مدي تأثر القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن
"دراسة تحليلية مقارنة"

د. محمد أحمد سلامة مشعل
أستاذ القانون العام المساعد بكلية الحقوق جامعة الزقازيق
المعار إلى كلية الحقوق جامعة السلطان قابوس بسلطنة عمان

(ISSN : 2537 - 0758)

مدي تأثر القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن

"دراسة تحليلية مقارنة "

د. محمد أحمد سلامة مشعل

الملخص باللغة العربية

لم تعد المحاكم التي تجري المراجعة الدستورية تعمل بمثابة "أبراج عاجية" بعد الآن: فهي جزء من الحوار العالمي حول الأفكار الدستورية. حيث تمثل هجرة الأفكار الدستورية سمة للدستورية المعاصرة والتي تظهر نوعا من التقارب بين القضاة الدستوريين كأفراد أو المحاكم الدستورية والعليا كمؤسسات في معالجة قضايا مماثلة من حيث الصعوبة والتعقيد.

تم إعطاء اهتمام متزايد في الدراسات القانونية لظاهرة التفاعلات المعقدة بين القضاة والمحاكم الدولية والوطنية على حد سواء، من مختلف البلدان. ولقد كانت هذه الظاهرة محل اهتمام وجدال في نفس الوقت على المستوي الفقهي والقضائي والسياسي أيضا وبصفة خاصة في الولايات المتحدة الأمريكية.

يهدف هذا البحث إلى إجراء تحليل عميق لكيفية استخدام المحاكم الدستورية لأحكام القضاء الدستوري المقارن ويدرس العوامل التي قد تؤثر على ممارسة المحكمة في هذا الشأن مع العرض للاتجاهات الفقهية والقضائية المؤيدة والمعارضة لهذا الاتجاه والمخاطر التي من الممكن أن تشوب هذه العملية. مع بيان موقف القضاء الدستوري المصري من هذه المسألة وتحليله ومقارنته مع الدول الأخرى.

كلمات مفتاحية (الحوار القضائي – المحاكم الدستورية الاستشهاد بالأحكام الأجنبية القضاء الدستوري المقارن – خطر الانتقاء – المواد الأجنبية– بلدان القانون المدني – بلدان القانون العام).

Abstract

The courts conducting constitutional review no longer function as "ivory towers": they are part of the global dialogue about constitutional ideas. The migration of constitutional ideas represents a feature of contemporary constitutionalism, which shows a kind of convergence between constitutional judges as

individuals or between the constitutional and supreme courts as institutions in dealing with issues that are similar in terms of difficulty and complexity.
This research aims to conduct an in-depth analysis of how constitutional courts use comparative constitutional judiciary rulings and examines the factors that may affect the court's practice in this regard, while presenting the jurisprudential and judicial trends supporting and opposing this trend and the risks that could mar this process. With a statement of the position of the Egyptian constitutional judiciary on this issue, analyzing it and comparing it with other countries.
Keywords: (judicial dialogue - constitutional courts - citing foreign rulings - comparative constitutional judiciary - danger of selection - foreign materials - civil law countries - common law countries).

مقدمة

إن مسألة تداول القواعد والأفكار القانونية هو حقيقة من حقائق الحياة التي غيرت الأنظمة القانونية وكذلك مسار التاريخ. ويعد تداول الأفكار "حقيقة من حقائق الحياة وشرطًا تمكينيًا مفيدًا للنشاط الفكري".[١]

فعلى مدى عقدين من الزمن تقريبًا، تم إيلاء اهتمام متزايد في الدراسات القانونية لظاهرة التفاعلات المعقدة بين القضاة والمحاكم الدولية والوطنية على حد سواء، من مختلف البلدان[٢].

---

[1] Edward Said, The World, the Text, and the Critic (1983), 226, Cited in, Vlad Perju, Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations (January 9, 2012). OXFORD HANDBOOK ON COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW, M. Rosenfeld , A. Sajo, eds., Oxford University Press, 2012, Boston College Law School Legal Studies Research Paper No. 254, available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1982230

[٢] على سبيل المثال في الولايات المتحدة، هناك جدل كبير حول ما إذا كان يُسمح للمحاكم بذلك، أو حتى يتم تشجيعها على الرجوع إلى السوابق القضائية من المحاكم الأجنبية. هذه ليست مناقشة أكاديمية بحتة. المحكمة العليا الأمريكية نفسها منقسمة حول ما إذا كان من المشروع الاعتماد على القانون الأجنبي في تفسير دستور الولايات المتحدة. وكانت الإشارة الة إلى مصادر أجنبية من قبل بعض القضاة هي السبب وراء ذلك موضوع جلسات الاستماع والمناقشات في الكونجرس.

(ISSN : 2537 - 0758)

وتمثل "هجرة الأفكار الدستورية"Migration of constitutional ideas سمة مميزة للدستورية المعاصرة[١]، وهذا التعبير يجسد الزيادة تبادل الأفكار القانونية التي حدثت بين الأنظمة الدستورية منذ نهاية القرن العشرين، عندما ظهرت موجة جديدة من صياغة الدستور وقد دفعت المساعي إلى اعتماد جيل جديد من مواثيق الحقوق الوطنية.[٢]

وتصف Mary Ann Glendon حوار المحاكم مع بعضها البعض عبر دول العالم على أنه "حركة دولية سريعة للأفكار حول الحقوق" يجريها القضاة، وتضيف قائلة: "في أوروبا عمومًا، وفي أستراليا وكندا ونيوزيلندا، أصبح القانون الوطني منخرطًا بشكل متزايد في عملية الإثراء بين النظم القانونية."[٣]

See: Martin Gelter and Mathias M. Siems, Citations to Foreign Courts Illegitimate and Superfluous, or Unavoidable? Evidence from Europe, 62 Am. J. Comp. L. 35 (2014) available at: :https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/961

[1]Gianluca Gentili, Canada: Protecting Rights in a 'World wide Rights Culture'. An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the Supreme Court of Canada (1982–2010), p.39, in Tania Groppi, Marie-Claire Ponthoreau (eds.), "The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges", Hart Publishing, Oxford, 2013,pp.39-68(Chapter2),available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2246364

[٢] إن مسألة التأثر من جانب القضاء الوطني بأحكام القضاء المقارن ترجع إلى زمن بعيد، فعلي سبيل المثال نجد قرار المحكمة العليا في النرويج بتاريخ ١ نوفمبر ١٨٦٦ يعتبر مثل الحكم الصادر عن المحكمة العليا الأمريكية في قضية ماربوري ضد ماديسون. في عام ١٩١٢، كذلك اعتمدت محكمة النقض الرومانية منطق ماربوري ضد ماديسون في الموافقة على النطق بشأن دستورية القوانين اللازمة للفصل في المحاكمة.

Didier Maus, Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles, Dans Revue française de droit constitutionnel 2009/4 (n° 80), pages 675 à 696 Éditions Presses Universitaires de France.,p.676..sur le site: https://shs.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2009-4-page-675?lang=fr

[3] MARY A. GLENDON, RIGHTS TALK THE IMPOVERISHMENT OF POLITICAL DisCOURSE 158 (1991), Cited in, Anne-Marie Slaughte, A Typology of Transjudicial Communication, University of Richmond Law Review Volume 29 | Issue 1, p.99. https://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6

كتب المحامي البريطاني Anthony Lesterوأشار إلى ميثاق الحقوق الأمريكي بقوله عندما تكون الحياة أو الحرية على المحك، فإن الأحكام التاريخية الصادرة عن المحكمة العليا في الولايات المتحدة، والتي تعطي معنى جديدًا لمبادئ ميثاق الحقوق، تتم دراستها بنفس القدر من الاهتمام في نيودلهي أو ستراسبورج كما هو الحال في واشنطن العاصمة. أو ولاية واشنطن، أو سبرينج فيلد، إلينوي.[١]

ويعد القضاء الدستوري هو الأكثر قدرة على تطوير المنظومة الدستورية من خلال اجتهاداته وقراراته، شرط توافر الجرأة والمعرفة والرؤية الشاملة والحزم في اتخاذ القرار، وفتح الباب واسعا أمام الوصول إلى القضاء الدستوري وتوسيع صلاحياته لكي يستطيع القيام بدوره في تنظيم المنظومة الدستورية. خاصة في ظل المهام الموكلة إليه من رقابة على السلطة التشريعية وتأطير لعمل المؤسسات الدستورية واحترام الحقوق والحريات التي تعتبر أحد أركان دولة الحق والقانون.

ولقد تمت الإشارة إلى استعانة القاضي الدستوري الوطني بالمواد الأجنبية المقارنة[٢] بمصطلحات عديدة تحت مسمي الاستعارة الدستورية[٣]، الحوار القضائي[١]، والتدويل

ولم يقتصر الأمر فقط على القارة الأوروبية وأمريكا فقط، فعلي سبيل المثال نجد إشارات للمحكمة العليا في زيمبابوي إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بشأن العقوبات البدنية على الأحداث غير دستورية.

Judgment of June 19, 1989 (Juvenile v. State), Judgment No. 64/89 (Zimb.)

(1) Anthony Lester, The Overseas Trade in the American Bill ofRights, 88 CoLYM. L. REv. 537,541 (1988)., Cited in, Claire L'Heureux-Dube, The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court, 34 Tulsa L. J. 15 (2013), p. 15.

(٢) أقصد بهذا المصطلح الإشارة إلى الأحكام القضائية من القضاء المقارن، وكذلك القانون المقارن، والإشارة إلى الدساتير المقارنة والكتابات الفقهية المقارنة. ولن يدخل في إطار البحث الحديث عن القوة الملزمة للاتفاقيات الدولية وقواعد القانون الدولي.

(3) Nelson Tebbe & Robert L Tsai, Constitutional Borrowing, 108 MICH. L. REV. 459 (2010); Dennis M. Davis, Constitutional Borrowing: The Influence of Legal Culture and Local History in the Construction of Comparative Influence: The South African Experience, 1 INT'L J. CONST. L. 181 (2003 Laurie W.H. Ackermann, Constitutional Comparativism in South Africa: A Response to Sir Basil Markesinis and Jörg Fedtke, 80 TUL. L. REV. 169 (2005).

(ISSN : 2537 - 0758)

القضائي أو العولمة القضائية[٢]، أو التعامل القضائي مع القانون الأجنبي[٣]، أو المقارنة الدستورية [٤]، أو الحوار الدستوري[٥]، أو الاتصال القضائي [٦].

ولا شك أن مسألة مراعاة تأثير الأحكام القضائية الأجنبية والقانون المقارن عند إصدار الأحكام أصبحت اليوم من أهم الأدوات المستخدمة في القضاء الدستوري وفي عالم متطور ومترابط، أصبح نقص الوعي بالقانون الأجنبي والأحكام الأجنبية أقل احتمالا فالنفوذ «الخفي» لهذه التأثيرات آخذ في الازدياد.[٧]

---

(1) S. HARDING, Comparative Reasoning and Judicial Review, in Yale Journal of International Law, 2003, Vol. 28, p. 40, available at: https://scholarship.kentlaw.iit.edu/fac_schol/265.

(2) Vicki C. Jackson, Constitutional engagement in a transnational era (Oxford: Oxford University Press, 2010), Cited in, Eszter BODNÁR, THE INVISIBLE FACTORS BEHIND USING COMPARATIVE LAW IN CONSTITUTIONAL ADJUDICATION, Romanian Journal of Comparative Law n° 1/2019, p.202, See also: Sam Müller, Sidney Richards (eds.), Highest courts and globalisation (Hague: Asser Press, 2010), p. 4, Hannah L. Buxbaum, From Empire to Globalization … and Back? A Post-Colonial View of Transjudicialism, 11 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 183, 183 (2004).

(3) Vici Jackson, Constitutional Engagement in a Transnational Era (New York, Oxford University Press,2010), Ibid.

(4) Laurie W.H. Ackermann, Constitutional Comparativism in South Africa: A Response to Sir Basil Markesinis and Jörg Fedtke, 80 TUL. L. REV. 169 (2005.)

(5) Brun-Otto Bryde, The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue, 80 TUL. L. REV. 203, 203 (2005).

(6) Ryan C Black & Lee Epstein, (Re-)Setting the Scholarly Agenda on Transjudicial Communication, 32 LAW & SOC. INQUIRY 791, 791 (2007) (book review); Anne-Marie Slaughter, A Typology of Trans judicial Communication, Ibid.

(٧) نقتصر من خلال البحث على الإشارة لاستشهاد القاضي الدستوري الوطني بالأحكام الصادرة عن المحاكم الدستورية والمحاكم العليا في الدول الأخرى دون الإشارة لأحكام المحاكم الأخرى مثل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

ولقد كان لتطور التكنولوجيا وعولمة جميع أنواع التبادل دور كبير وبالغ الأهمية في تدعيم حوار بين القضاة وإمكانية نقل أو تداول الحلول الفقهية حسب التعبيرات المختلفة التي يستخدمها المؤلفون المختلفون.(١)

ولقد استخدمت Anne-Marie Slaughter تعبير "الاتصال عبر القضاء" Transjudicial Communication لوصف هذا الاتجاه. وفي مقال تم الاستشهاد به كثيرًا ونشر في عام ١٩٩٤، وصفت ثلاث طرق مختلفة يتم من خلالها النظر في الأحكام الأجنبية والقانون المقارن(٢)، وما يهمنا هنا في إطار البحث هو الحديث عن الحوار القضائي بين المحاكم الدستورية والعليا الوطنية مع القضاء الدستوري المقارن.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذه الظاهرة لم تحظ باهتمام وجدال فقهي إلا منذ وقت حديث متأثرة في ذلك بالعديد من العوامل في هذا الخصوص، فمن المسلم به بالإجماع أن

---

(1) Josselin Rio.Le Conseil constitutionnel et l'argument de droit comparé.Revue juridique de l'Océan Indien,2015,p.1 ,Publié sur le site: https://hal.univ-reunion.fr

(٢) **أولا: من خلال الوسائل الرأسية *vertical* means:** أي عندما تشير المحاكم المحلية إلى قرارات المؤسسات القضائية الدولية، بغض النظر عما إذا كانت بلدانها أطرافًا في الصك الدولي الذي تعمل بموجبه المؤسسة القضائية المذكورة. على سبيل المثال، تم الاستشهاد بقرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان [يشار إليها اختصارا "ECHR"] ومحكمة العدل الأوروبية [يشار إليها اختصارا بـ "ECJ"] على نطاق واسع من قبل المحاكم في العديد من البلدان غير الأعضاء في الاتحاد الأوروبي [يشار إليها فيما بعد بـ "الاتحاد الأوروبي"] أيضًا. وهذا يفتح أيضًا إمكانية اعتماد المحاكم المحلية على قرارات الهيئات الأخرى غير الوطنية في المستقبل.
ثانيًا، من خلال الوسائل الأفقية*horizontal* means ، أي عندما تنظر محكمة محلية إلى الأحكام القضائية من ولايات قضائية وطنية أخرى لتفسير قوانينها الخاصة. في الولايات القضائية التي تطبق القانون العام حيث يتم اتباع مبدأ السوابق القضائية، يعتبر هذا التحليل المقارن مفيدًا بشكل خاص في الأنظمة الدستورية الأحدث نسبيًا والتي لم تقم بعد بتطوير مجموعة كبيرة من السوابق القضائية.
على سبيل المثال، كثيرًا ما استشهدت المحاكم الدستورية المنشأة في كندا وجنوب أفريقيا بسوابق أجنبية لتفسير ميثاق الحقوق. في أنظمتها القانونية. يعد التحليل المقارن أيضًا استراتيجية مفيدة للبت في القضايا الدستورية الصعبة، حيث قد تؤدي الرؤى المستمدة من الولايات القضائية الأجنبية إلى إدخال خط جديد من التفكير.
ثالثا: من خلال وسائل مختلطة عموديًا وأفقيًا mixed vertical-horizontal means، أي عندما يجوز لمحكمة محلية أن تستشهد بقرار محكمة أجنبية بشأن تفسير الالتزامات المنطبقة على كلا الولايتين القضائيتين بموجب صك دولي.
See: Anne-Marie Slaughter, A Typology of Transjudicial Communication, Ibid, pp.103-112.

(ISSN : 2537 - 0758)

تطور تقنيات الكمبيوتر والنقل والاتصالات قد أحدث ثورة في عالم القانون بالضرورة وتؤدي لتدفقات علمية وثقافية[١].

تتحدث Mireille Delmas-Mart عن "التقنيات التي تلغي المسافات وتتجاهل الحدود". وفي رأيها أن هذه التقنيات تتيح لأي محام أن يكون على اتصال مع نظرائه، مما يسهل إنشاء شبكات وجمعيات القضاة التي يتم من خلالها تداول المعلومات والتفكير والحلول والحجج القانونية المختلفة.[٢]

إن "ظاهرة اللجوء إلى القانون المقارن والأحكام الأجنبية في قرارات المحاكم تؤثر اليوم على جميع القضاة"، لأن المشاكل "لم يعد من الممكن فهمها بطريقة غير عالمية، أي على نطاق واسع".[٣]

ومن المعروف أن الاستشهاد بالأحكام الأجنبية والقانون المقارن تختلف بشكل ثابت بين البلدان، وفي عدد صغير جدا من الحالات يتم النظر في استعانة المحاكم بالقانون الأجنبي بعين الاعتبار بل وينص عليها في الدستور كما هو الحال في جنوب إفريقيا ومالاوي.[٤]

أهمية موضوع البحث:

إن ظاهرة الاستشهاد من جانب القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن والمواد المقارنة من الظواهر المتنامية بشكل كبير على مستوى العالم لاستخدامها في التفسير الدستوري. علما بأن طريقة تفسير القاضي الدستوري مختلفة عن غيره لأنه يهدف من تفسيره اعتبارات سياسية واجتماعية واقتصادية ولا يكتفي كغيره بمعايير وضوابط معتادة عند تفسير النصوص، بل يجب عليه أن يستوحي أفكارا، وضوابط مختلفة كثيرا عن غيره، وأن يستصحبها دائما وإياه بما لا يجعل الدستور أداة جامدة،

(1) M. DELMAS-MARTY, « Le relatif et l'universel », in Leçon inaugurale au Collège de France: études juridiques comparatives et internationalisation du droit, Paris, Fayard, 2003, p. 634.
(2) Josselin Rio, op.cit., p. 5.
(3) op.cit.
(4) L. PEGORARO, La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato. Un'analisi comparatistica, Clueb, 2006, at 65, Cité par, Maurizia De Bellis, The Italian Constitutional Court and Comparative Law: A Tale of Two Courts (1), sur le site: https://images.irpa.eu.

معطلة الوثوب، مع قفزات الجماعة، أو يجعله آلة صماء لا تجاري أوضاع الحكام، وأفكار الجماعة السياسية وأهدافها.[١]

وفي الحقيقة الإشارة إلى الأحكام الأجنبية والمواد الأجنبية من قبل المحاكم الدستورية على المستوي الدولي هي ظاهرة متنامية ولقد أثارت اهتمام علماء القانون بشكل متزايد في الفترة الأخيرة[٢].وكثيرا ما يتم تقديم هذه الظاهرة على أنها أحد آثار الحوار بين المحاكم[٣] أو الاتصال بين القضاء[٤] أو أحد مظاهر العولمة القضائية[٥].

ولا شك أن "ظاهرة اللجوء إلى القانون المقارن والأحكام الأجنبية في قرارات المحاكم تؤثر اليوم على جميع القضاة"، لأن المشاكل المتعلقة بالقضايا المنظورة أمامهم " لم يعد من الممكن فهمها بطريقة غير عالمية، أي على نطاق واسع".

وفي الحقيقة وعلى الرغم من انتشار هذه الظاهرة بشكل كبير وتعرض الفقه الأجنبي لها بالدراسة والتحليل وحتى على المستوي القضائي إلا أنها لم تنل قدرا كبيرا من الاهتمام في الفقه العربي. ولذلك جاءت هذه الدراسة من أجل التعرف على هذه الظاهرة العالمية وتسليط الضوء عليها للتعرف على كافة الأمور المحيطة بها مع التعرض لمسلك القضاء الدستوري المصري في هذا الخصوص.

تساؤلات البحث:

نحاول من خلال البحث الإجابة على عدد من التساؤلات التي تتلخص فيما يلي:

---

[١] أنظر: د/ محمد فوزي نويجي، د/ عبد الحفيظ الشيمي، تفسير القاضي الدستوري المضيف ودوره في تطوير القانون، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية – السنة الخامسة مايو ٢٠١٧ ، ص ١٧.

[2] T. GROPPI and M.-C. PONTHOREAU (eds.), The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2013; See also: G. CANIVET, M. ANDENAS and D. FAIRGRIEVE, Comparative Law Before the Courts, British Institute of International and Comparative Law, 2005.

[3] S. HARDING, Comparative Reasoning and Judicial Review, Ibid, p. 40.

[4] Anne-Marie Slaughter, A Typology of Transjudicial Communication, Ibid, p. 99.

[5] Anne-Marie Slaughter, Judicial Globalization, in Virginia Journal Of International Law,2000,Vol.40,p.1103,available at: https://www.jura.fu-berlin.de.

(ISSN : 2537 - 0758)

البحث في مسألة إلى أي مدي يتأثر القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن، ما هي الأسباب التي قد تدفع القاضي للاستعانة بهذه الأحكام والمواد المقارنة؟ وهل لجوء القاضي لأحكام القضائي الدستوري المقارن بصفة خاصة أو للمواد الأجنبية بصفة عامة مرتبط بنوع معين من القضايا فقط دون غيرها؟ وما هي القيمة القانونية لهذه المواد الأجنبية؟ وما هي المخاطر التي تحيط بمسألة استشهاد القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن، وما هي العوامل المحفزة لهذا الحوار القضائي والمعوقات والمخاطر المحيطة به؟ وما هي الآلية التي يتم اتباعها في الاستشهاد بالأحكام الأجنبية والقانون المقارن؟ وما هو النهج المتبع من المحاكم الدستورية على مستوي دول العالم المختلفة في هذا الخصوص سواء دول القانون المدني أو دول القانون العام؟

كما سيتعرض البحث للإجابة عن التساؤلات المتعلقة بمدي تأثر القضاء الدستوري المصري بأحكام القضاء الدستوري المقارن والمواد الأجنبية بصفة عامة، وما هي المنهجية التي اتبعها في هذا الخصوص؟ وهل سارت هذه المنهجية على وتيرة واحدة منذ نشأة القضاء الدستوري المصري أم أن الوضع شهد بعض التغييرات طوال فترة عمل المحكمة الدستورية العليا؟ وما هو موقع القضاء الدستوري المصري من الحوار القضائي العالمي؟

صعوبات البحث: تتلخص صعوبات البحث في النقاط التالية:

ركزت الدراسات الأجنبية التي تناولت الموضوع بشكل مكثف على الجوانب النظرية لهذه الممارسة... بينما يبقى التحليل لتكرار الاستشهادات ومعناها عموما نادرا.

عندما تستشهد المحاكم الدستورية في مختلف أنحاء العالم، في أحكامها، بالقانون الأجنبي واجتهادات أقرانها في الخارج، فإن الأطراف في القضايا والقانونيين لا يستطيعون التأكد من السبب الذي دفع القضاة إلى إلقاء نظرة خاطفة على هذه المواد الأجنبية. ولا يمكنهم التأكد من متى ستفعل المحكمة ذلك مرة أخرى، أو ما الذي قد يدفع القاضي إلى القيام بذلك، أو ما يمكن فعله بالمعرفة أو البصيرة التي يمكن اكتسابها من ذلك. وهو ما يعني عدم وضوح توجه القضاء الدستوري المقارن والوطني في اتباع منهج معين أو نظرية معينة في مسألة الاستعانة بالمواد الأجنبية في أحكامه. مما يتطلب تحليلا عميقا لهذه الأحكام للوقوف على مدي تأثر القاضي الدستوري بها.

ندرة الدراسات الفقهية التي تناولت هذا الموضوع بصورة متكاملة على مستوي الفقه العربي وهو ما دفعنا للبحث في هذا الموضوع وعدم وجود مراجع تتناول هذه الظاهرة بصورة واضحة.[١]

فحص الأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري المصري منذ إنشائه حتى اللحظة لتتبع النهج الذي اتبعه في هذه المسألة محل البحث.

منهج البحث: سأتبع من خلال هذا البحث المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل مسلك القضاء الدستوري المقارن في العديد من البلدان على مستوي العالم في الاستعانة بالأحكام الأجنبية والمواد المقارنة والتوقف على الآلية المتبعة من جانبهم في هذا الخصوص وتحليل اتجاه القضاء الدستوري المصري في هذا الخصوص، وتحليل الاتجاهات الفقهية التي تناولت ظاهرة الحوار القضائي بين المحاكم، وكذلك تحليل منهج القضاء الدستوري المصري في هذا الإطار والمقارنة بين المنهج الذي اتبعه والمنهج الذي اتبعه القضاء الدستوري المقارن وبيان أوجه التشابه والاختلاف بينهما

خطة البحث: بناء على ما تقدم نتناول معالجة موضوع البحث على التقسيم الآتي:

مبحث تمهيدي: مدلول الحوار القضائي الدستوري والأسباب المؤدية له.

الفصل الأول: استشهاد القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن بين الإنكار والتأييد.

الفصل الثاني: الضوابط المنظمة لاستعانة القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن.

الفصل الثالث: آليات وصور استعانة القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن.

---

[١] الدراسة الوحيدة – على حد ما توصلنا إليه – بحث د/ عصام سعيد العبيدي، استشهاد القضاء الدستوري بالدساتير والأحكام الأجنبية لتفسير الدستور الوطني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ـ السنة السادسة، العدد ٣، سبتمبر ٢٠١٨.

(ISSN : 2537 - 0758)

مبحث تمهيدي

مدلول الحوار القضائي الدستوري والأسباب المؤدية له

نتعرف من خلال هذا المبحث على مفهوم الحوار القضائي الدستوري وتأثير العولمة على تداول الحوار ووسائل وطرق هذا الحوار والأسباب المؤدية له من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: مدلول الحوار القضائي الدستوري وتأثير العولمة عليه.

المطلب الثاني: طرق الحوار الدستوري والأسباب المؤدية له.

المطلب الأول

مدلول الحوار القضائي الدستوري وتأثير العولمة عليه

أولا: مدلول الحوار القضائي الدستوري:

لقد تعددت التعريفات التي تناولت الحوار القضائي الدستوري ونقصد به الحوار بين قضاة المحاكم والمجالس الدستورية وكذلك المحاكم العليا في الدول التي لا تمتلك محكمة دستورية متخصصة مع بعضهم البعض كأفراد وكذلك بين المحاكم والمجالس الدستورية والمحاكم العليا كمؤسسات قضائية.

ومن بين هذه التعريفات ما ذكره Dophne Barak بأنه" العملية التي يسعي من خلالها القاضي الدستوري إلى طلب النصيحة من الأنظمة الدستورية الأخرى عندما يقوم بتفسير القواعد الدستورية المحلية [١]، و يُعرّف D. Mauss الحوار بأنه" أن تأخذ الولاية القضائية في الاعتبار "سوابق الولايات القضائية غير الوطنية" من أجل تأكيد أو تأهيل أو رفض الحلول المعتمدة في أماكن أخرى".[٢] ويري Sam F. Halabi أن المقصود

---

(1) Dophne Barak Eres, The Institutional Aspects of Comparative Law, Columbia Journal of European Law, Vol.15,2009, P.486: http://www.tau.ac.il/law/barakerez/articals/Barak-ErezCJEL153-.pdf.
مرجع مشار إليه لدي / د. عصام سعد العبيدي، استشهاد القضاء الدستوري بالدساتير والأحكام الأجنبية لتفسير الدستور الوطني، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

(2)Didier Maus, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », in Conférence mondiale de justice constitutionnelle intitulée La justice constitutionnelle influente: son influence sur la société et sur le développement d'une jurisprudence

بالحوار القضائي أو كما أطلق عليه " الاستعارة الدستورية "على وجه التحديد نظر القضاة في القرارات التي توصل إليها القضاة في الولايات القضائية الأجنبية الأخرى"[١]، ويقول البعض الآخر أن الاقتراض الدستوريConstitutional borrowing يأتي في أشكال مختلفة. حيث يجوز للقضاة النظر في القرارات التي توصل إليها نظرائهم في المجتمعات الأخرى عند حل النزاعات؛ وقد يتطلع واضعو الدستور إلى الخارج عند النظر في الأحكام التي يجب إدراجها في وثائقهم؛ فحتى المواطنون قد ينتبهون إلى الممارسات في أماكن أخرى عند صياغة الآراء حول التغيير الدستوري.[٢]

ويشير البعض الآخر إلى الحوار القضائي الدستوري بشكل أكثر عمومية على أنه تسمية تشير إلى "التعلم المتبادل والتحسين"[٣]، كما يشير البعض الآخر إلى الحوار الدستوري على أنه "تبادل مفتوح وصريح وتبادل ومناقشة الأفكار والآراء". في البحث عن الانسجام المتبادل".[٤]

---

mondiale des droits de l'homme, tenue au Cap les 22-24 janvier 2009, organisée par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud et la Commission de Venise, p. 8

(1) Sam F. Halabi, Constitutional Borrowing as Jurisprudential and Political Doctrine in Shri D.K. Basu v. State of West Bengal, Notre Dame Journal of International & Comparative Law: Vol. 3: Iss. 1, Article 2. 2013 ,p.75, avaiable at: http://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol3/iss1/

(2) Lee Epstein and Jack Knight, Constitutional borrowing and nonborrowing, Oxford University Press and New York University School of Law 2003, Volume 1, Number 2, 2003, P.196 ,available at:https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3398/

(3) Anne Meuwese& Marnix Snel, 'Constitutional Dialogue': An Overview, Utrecht law review Volume 9, Issue 2 (March) 2013, p.123.

(4)G. Dor, 'Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective', 2000 Indiana International & Comparative Law Review 11, pp. 17-18, Cited in, Anne Meuwese& Marnix Snel, Ibid, p.125.

(ISSN : 2537 - 0758)

ويريJ. ALLARD أن فكرة الحوار القضائي قائمة على أساس "إن الأمر لا يتعلق (...) بالتفكير مثل الآخرين، بل بالتفكير في الذات بناءً على الآخرين"[١]، ويري كلا من Thierry Di Manno &Alexis le Quinio ضرورة إعادة تناول مفهوم حوار القضاة خاصة أنه من وجهة نظرهم يقتصر على تداول أو نقل الحلول دون وجود حوار حقيقي وفعلي.[٢]

مما تقدم يمكن لنا تعريف الحوار القضائي الدستوري على أنه عملية تظهر نوعا من التقارب بين القضاة الدستوريين كأفراد أو المحاكم الدستورية والعليا كمؤسسات في معالجة قضايا مماثلة من حيث الصعوبة والتعقيد ويمكنها من الاطلاع على الحلول التي قدمتها الأنظمة الأخرى دون أن يكون لها أي قيمة ملزمة ويتيح لهم أيضًا تمييز وجهات نظرهم عن آراء المحاكم الأخرى التي نظرت في مشكلات مماثلة.

تأثير العولمة على تداول الحوار القضائي الدستوري:

مما لا شك فيه أن العولمة قد أثرت على مختلف جوانب حياتنا وعلى كل الأصعدة، وفيما يخص تأثيرها على مجال التعاون والحوار القضائي الدستوري يرىD. Maus أنه «في منظور العولمة لا تعمل هذه المحاكم الدستورية بمعزل عن غيرها. ويتحاورون مع بعضهم البعض. إن "حوار القضاة" هذا تطور كثيرًا في حوار المحاكم الدستورية، ليس دائمًا بطريقة واضحة، ولكن دائمًا بطريقة ضمنية. وبقوة الظروف، هناك روح مشتركة تتطور".[٣]

ومن ناحية أخرى، فإن العولمة تعزز الاتصال بين الثقافات وتجعل المقارنة بين النظم القانونية أمرا لا مفر منه.[٤] وكما يشير Guy Canivet، الرئيس الأسبق لمحكمة

---

(1) J. ALLARD, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », p.88, Cité par, Josselin Rio.op.cit., p.37.
(2) Josselin Rio.op.cit., p.48.
(3)Didier Maus, « Sur la mondialisation du droit constitutionnel », in Les institutions du droit constitutionnel à l'heure de l'intégration européenne, Mélanges en l'honneur de Maria KRUK-JAROSZ, Varşovia, 2009, p. 88.
(4) Rahdert (M.), « Comparative constitutional advocacy », American University L. Rev., vol. 53, 2007, p. 553-665, spéc. p. 576, Cité par.

النقض الفرنسية، فإن العولمة تعرض القضاة بشكل متزايد لأنظمة فكرية وثقافات تتجاوز الحدود الوطنية والثقافات.(١)

وتساهم هذه العلاقات في ظهور حوار بين هؤلاء القضاة. يمكن أن يشير هذا الحوار "المتعدد الأبعاد" إلى "تبادل الحجج والتفسيرات والحلول القانونية (...) من خلال السوابق القضائية أو من خلال التعاون بين الولايات القضائية".(٢)

والحقيقة أن حوار القضاة في حد ذاته لا يفترض أنهم يفكرون بنفس الطريقة، ولا أنهم يتوصلون دائمًا إلى نفس الاستنتاجات. فالحوار، مع قيوده الخاصة، لا يؤدي بالضرورة إلى توحيد القرارات، وبالتالي يمكن القول بأن حوار القضاة لا يتمثل في تعميم نموذج قانوني معين، بل في ضرب قرارات معينة كأمثلة.

وفي مصر وبعض الأنظمة المقارنة نجد أن هناك إدراك تام لأهمية حوار القضاة والسعي نحو إضفاء الطابع المؤسسي عليها من خلال التبادل الفكري بين أعضاء المحاكم الدستورية.

إن تطوير أدوات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات يجعل من الممكن إلغاء الحدود وزيادة الاتصالات من خلال تقليل العقبة التي كانت تمثلها المسافات الجغرافية في السابق إلى لا شيء، وفي هذا الخصوص يقول B. FRYDMAN "لا يختلف القضاة عن غيرهم من البشر والمهن الأخرى: فهم يستفيدون من التكنولوجيا الحديثة لتكثيف شبكة تبادلاتهم وعلاقاتهم." (٣)

ويري البعض أن القضاة يستفيدون بشكل خاص من الانترنت في تقوية شبكة علاقاتهم إلى جانب جلسات عمل مع قضاة دستوريين أجانب، وزيارات إلى محاكم دستورية أو

Julie Allard, Laura Van den Eynde, Le dialogue des jurisprudences comme source du droit Arguments entre idéalisation et scepticisme, Les sources du droit revisitées, p. 291.

(1) Julie Allard, Laura Van den Eynde, op.cit., p. 291.

(2) J. ALLARDet A. VAN WAEYENBERGE, «De la bouche à l'oreille? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et la montée en puissance de la fonction de juger», FUSL, 2008, p.110 et 115.Cité par, Josselin Rio, op.cit., p. 5.

(3) Josselin Rio, op.cit., p.52.

(ISSN : 2537 - 0758)

عليا أخرى، ومؤتمرات مع قضاة دستوريين أو أكاديميين أجانب، وما إلى ذلك. ولا يجب الاستهانة بثقل العلاقات الخارجية في الثقافة القانونية لأعضاء المجلس، لأنه "[...] عندما يلتقي القاضي بقاضٍ آخر، ماذا يرويان لبعضهما البعض، إن لم تكن متعلقة بالقضايا المنظورة أمامهم ؟".[١]

ويشير الواقع العملي إلى أن المحاكم الدستورية تفضل الاستشهاد بقرارات المحاكم التي سبق لها العمل معها. ولذلك فإن هناك تأثيرًا مباشرًا على أحكام هذه المحاكم لهذا الحوار بين الأشخاص بين القضاة. ويصبح هذا التأثير أكثر أهمية لأن هذه العلاقات الثنائية تميل إلى أن تشمل الأكاديميين بشكل متزايد.[٢]

---

(1) Benoit Frydman, « Le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle »2007, p. 4, Article publié sur le site: https://www.academia.edu/2319767/Le_dialogue_international_des_juges_et_la_perspective_id%C3%A9ale_d_une_justice_universelle

بدأ قضاة المحاكم العليا في أوروبا الغربية الاجتماع كل ثلاث سنوات في عام ١٩٧٨. ومنذ ذلك الحين أصبح كل منهم أكثر وعياً بقرارات الآخر، وخاصة فيما يتعلق باستعداد كل منهم لقبول الإفادات التي تصدرها محكمة العدل الأوروبية. تمت رعاية الاجتماعات بين قضاة المحكمة العليا الأمريكية ونظرائهم في المحكمة الأوروبية من قبل مجموعات خاصة، كما هو الحال مع اجتماعات الولايات المتحدة. قضاة مع قضاة من المحاكم العليا في أوروبا الوسطى والشرقية وروسيا.

See: Anne-Marie Slaughter, A New World Order, FOREIGN AFFAIRS, Volume 76 No 5 , p.189, available at:: www.ir101.co.uk/wp-content/uploads/2017/11/slaughter-the-real-new-world-order.pdf .

(٢) التعاون المفترض بين القضاة الدستوريين والعالم الأكاديمي يتم بالفعل عن طريق تنظيم ندوات ومؤتمرات وحلقات نقاش، على سبيل المثال، تنظيم مؤتمر في المجلس بمناسبة الذكرى ٥٥ للدستور الفرنسي، حول موضوع: "المجلس الدستوري: أي مكان؟ ما التصور؟ ما السيطرة؟ ما المنظور؟»

"l'organisation d'une conférence au Conseil à l'occasion du 55ème anniversaire de la Constitution, sur le thème: « Le Conseil constitutionnel: Quelle place? Quelle perception? Quel contrôle? Quelle perspective? » avec la participation de Nicole Belloubet, Denys de Béchillon, et propos introductif de Jean-Louis Debré".

Voir: Josselin Rio, op.cit., p.53.

المطلب الثاني
طرق الحوار القضائي الدستوري والأسباب المؤدية له

طرق الحوار القضائي الدستوري:

لقد كانت الاتصالات المتزايدة باستمرار بين الأشخاص بين القضاة والمحامين والأكاديميين من مختلف الولايات القضائية هي المحفز الأكثر أهمية لـ "التواصل عبر القضاء". ويتم ذلك في شكل اجتماعات شخصية وندوات قضائية ومؤتمرات مخصصة للمجالات العملية بالإضافة إلى المناقشات الأكاديمية.

ويمكن أن تتخذ هذه العلاقات أشكالًا متنوعة تشمل الاستشهادات بالأحكام الأجنبية في القرارات ذات النطاق الوطني، وتبادل الحجج، والتدريب المشترك، والحوارات بين الولايات القضائية، وإنشاء جمعيات، ونوادي أو نقابات للقضاة، وأيضا مجازيًا، من خلال القراءة والاستشهاد بآراء بعضهم البعض، وما إلى ذلك. وتساهم هذه العلاقات في ظهور حوار بين هؤلاء القضاة.

وبعد الحرب الباردة، استفاد القضاة في الديمقراطيات الجديدة من التمويل الغربي للندوات القضائية والتدريب الذي يمكّنهم التواصل مع الزملاء في الدول الغربية. وهو ما أطلقت عليه Anna-Marie Slaughter " مجتمع المحاكم العالمي ".[١]

وبالفعل في منتصف التسعينات، كان أول عمل حول "القانون الدستوري العالمي »[٢]، ولقد تناولت هذه الدراسة الحديث عن الدور المتزايد للقضاة في التداول القانوني من خلال استخدام الحجج الخارجية ومن بينها الاستعانة بالقانون المقارن وأحكام القضاء المقارن.

والسؤال الذي يدور الآن إلى أي حد أثرت العولمة على الأحكام القضائية، ويأتي هذا التساؤل في ظل النظر بشكل متزايد في الحلول للمشاكل القانونية المماثلة التي تواجهها المحاكم على المستوي الدولي.

---

(1) Anna-Marie Slaughter, A Global Community of Courts, (2003) 44 Harvard International Law Journal, pp. 192-193.available at: https://www.jura.uni-hamburg.de

(2) Anne-Marie Slaughter, « A Typology of Transjudicial Communication», Ibid, p.771.

(ISSN : 2537 - 0758)

ويتطلع القضاة في مختلف أنحاء العالم إلى بعضهم البعض بحثاً عن سلطة مقنعة، بدلاً من أن يكون بعض القضاة "مانحي" للقانون بينما يكون آخرون "متلقين".

ولقد مرت عملية الحوار القضائي بين القضاة والمحاكم الدستورية بعدة مراحل. بداية من استقبال الحلول من الخارج وصولا إلى وجود حوار فعلي حقيقي.

كما تغيرت عملية النفوذ الدولي من الاستقبال إلى الحوار لأن القضاة لم يعودوا يستقبلون ببساطة قضايا ولايات قضائية أخرى ثم تطبيقها أو تعديلها لولاياتهم القضائية، بل لهم دور في الانخراط في "الاثراء المتبادل والحوار"، والبناء على أفكار بعضهم البعض.(١)

بالنسبة للقاضية الكندية Claire L'Heureux–Dube، فإن أهم انفصال عن الماضي هو أن "عملية التأثيرات الدولية قد تغيرت من الاستقبال إلى الحوار. ولم يعد القضاة ببساطة يستقبلون قضايا الولايات القضائية الأخرى ثم يطبقونها أو يعدلونها بما يناسبهم". بدلاً من ذلك، ينخرط القضاة في جميع أنحاء العالم في "الحوار، "بناءً على آراء بعضهم البعض بطريقة تعزز "الاحترام المتبادل والحوار... بين المحاكم ".(٢)

وهناك تحول كبير آخر يتمثل في رغبة القضاة في النظر إلى ما وراء حدودهم عندما يكون لديهم بالفعل قانون محلي في هذا الشأن. إنه أمر مختلف عندما تقترض المحكمة لسد فجوة أو حتى لبناء أساس، كما كان على المحاكم في الدول الناشئة أو البلدان التي تحررت حديثاً من الاستعمار أن تفعل منذ فترة طويلة. والأمر مختلف تمامًا عندما يسعى قضاة من نظام قانوني محلي متطور يتمتع بقوانين كافية للبت في القضية المعنية، مع ذلك، إلى معرفة كيفية استجابة القضاة الآخرين عندما يواجهون قضية مماثلة. وهذا التحرر وهذه النظرة إلى ما وراء الحدود هي مصدر لإثراء الفكر القانوني. فهي تتيح للقاضي أن يتجنب الاقتصار على فكر واحد يجهل تطورات العالم وقضاياه.

إنها الرغبة البسيطة في البحث حول العالم عن أفكار جيدة، بدلا من اعتبار بعض القضاة "مانحين" والبعض الآخر "متلقين" للأفكار الجيدة. إن ممارسة الاستشهاد بالقرارات الأجنبية تعكس روح المداولات الحقيقية العابرة للحدود القضائية داخل مجتمع عابر للحدود.

---

(1) Claire L'Heureux-Dubé, The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Requinist Court, Ibid, p.17.
(2) Ibid.

وتريClaire L'Heureux-Dube أن التحاور المتبادل بين الولايات القضائية يحدث بشكل متزايد ويتطلع القضاة في مختلف أنحاء العالم إلى بعضهم البعض كسلطة مقنعة، بدلا أن يكون بعض القضاة مانحين للقانون في حين أن الآخرين هم المتلقين، فيتحول الاستقبال إلى حوار.(١)

وتستشهد المحاكم الدستورية بسوابق بعضها البعض في قضايا تتراوح بين حرية التعبير وحقوق الخصوصية وعقوبة الإعدام، وهو ما يطلق عليه الإثراء الدستوري، Constitutional Cross-fertilization حيث لا يشارك القضاة الآن في الاستقبال السلبي للقرارات الأجنبية، ولكن في حوار نشط ومستمر.(٢)

ولعل ما يدلل على ذلك البيان الذي أدلى به رئيس المحكمة العليا النرويجية والذي يقول من خلاله: "يتعين على المحكمة العليا أن تشارك بدرجة متزايدة في التعاون الدولي بين المحاكم العليا. إنه التزام طبيعي، بقدر ما لدينا من القدرة على ذلك". يجب أن نشارك في النقاش والتفاعل المتبادل على المستوى الأوروبي والدولي" (٣) وبشكل أكثر عمومية، يلاحظ أنه "[من واجب المحاكم الوطنية - وخاصة أعلى محكمة في بلد صغير - إدخال أفكار قانونية جديدة من العالم الخارجي إلى القرارات القضائية الوطنية.(٤)

ومع ذلك، فإن قضاة المحاكم العليا في جميع أنحاء العالم - القضاة الذين يتمتعون بسلطة قضائية دستورية، سواء كانوا يعملون في محاكم تقتصر على القضايا الدستورية أم لا - ينخرطون في حوار متزايد حول القضايا التي تنشأ أمامهم. وعلى حد تعبير القاضية Claire L'Heureux-Dube من المحكمة العليا الكندية، "فإن المزيد والمزيد من المحاكم، لا سيما في عالم القانون العام، تنظر إلى أحكام ولايات قضائية أخرى، لا سيما عند اتخاذ القرارات بشأن قضايا حقوق الإنسان "، كما تضيف: " اتخاذ القرار بشأن المبادئ والحلول القانونية القابلة للتطبيق يتضمن بشكل متزايد النظر في الأساليب التي تم اعتمادها فيما يتعلق بالمشاكل القانونية المماثلة في أماكن أخرى."(٥)

---

(1) Ibid.
(2) Ibid.
(3) Carsten Smith, The Supreme Court in Present-day Society, in THE SUPREME COURT OF NORWAY 96, 134-35 (Stephan Tschudi-Madsen ed., 1998).
(4) Id. at 135.
(5) Claire L'Heureux-Dube, The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court, Ibid.

(ISSN : 2537 - 0758)

ويجري القضاة هذا الأمر من خلال الاستشهاد المتبادل، وكذلك من خلال التفاعلات المباشرة بشكل متزايد، سواء وجهًا لوجه أو إلكترونيًا. وفي هذه العملية، كما اقترح رئيس المحكمة العليا النرويجية، تساهم هذه التفاعلات في فقه عالمي ناشئ بشأن قضايا معينة وتحسين جودة قرارات وطنية معينة، أحيانًا عن طريق استيراد الأفكار وأحيانًا عن طريق الإصرار على نهج وطني خاص لقضايا ثقافية وتاريخية محددة. أو لأسباب سياسية.(١)

علاوة على ذلك، فإنهم يدركون بشكل ملحوظ ما يفعلونه، وينخرطون في مناقشات مفتوحة حول استخدامات وإساءة استخدام "سلطة الإقناع" من المحاكم الزميلة ضمن الأنظمة القانونية الوطنية الأخرى. ولنأخذ مثالاً بارزًا واحدًا فقط، في قرار تاريخي بشأن عقوبة الإعدام، استشهدت المحكمة الدستورية في جنوب أفريقيا بقرارات المحاكم الدستورية المماثلة لها في جميع أنحاء العالم: المحكمة العليا في الولايات المتحدة، والمحكمة العليا في كندا، والمحكمة الدستورية الألمانية، والمحكمة العليا في كندا. ومحكمة الهند، والمحكمة العليا في المجر، ومحكمة الاستئناف التنزانية.(٢)

ويتطلع القضاة في مختلف أنحاء العالم إلى بعضهم البعض بحثاً عن سلطة مقنعة، بدلاً من أن يكون بعض القضاة "مانحي" للقانون بينما يكون آخرون "متلقين". الاستقبال يتحول إلى الحوار.

ومع ذلك، فمن المعروف عمومًا أن هناك حوارًا عالميًا بين القضاة وأن الكثير منهم يأخذون علمًا بالأبحاث الدستورية المقارنة، غالبًا دون الاعتراف بذلك في أحكامهم المكتوبة. بل إن هناك دلائل تشير إلى أن بعض الشوفينية القضائية المشاكسة التي تعارض هذا الاتجاه بحماس، قد يلقون نظرة من حين لآخر، في خصوصية غرفهم، على مواد غريبة، ربما فقط لتأكيد اقتناعهم بأن بقية العالم غير قادر على التعامل مع الأمر على النحو الصحيح.

الأسباب المؤدية إلى الحوار القضائي الدستوري:

في الواقع توجد مجموعة من الأسباب المؤدية إلى الحوار الدستوري والتي يمكن لنا أن نجملها فيما يلي:

---

(1) Anne-Marie Slaughter, A Global Community of Courts, Ibid, p.195.
(2) Ibid.

–في مقدمة هذه الأسباب أن الأنظمة الوطنية تواجه مشاكل مماثلة وذلك بسبب الافتقار إلى المصادر القانونية اللازمة لذلك أو عدم وضوحها[١]، وبالتالي فهي تلجأ إلى القانون الأجنبي والأحكام والأجنبية لإيجاد حل للمشاكل المعروضة أمامها [٢]، وعلاوة على ذلك يري الكثيرون أن استخدام القانون الأجنبي يرتبط بصورة كبيرة بالعولمة وهو الأمر الذي عزز تداول هذه السوابق واستخدامها.[٣]

وفي هذا الخصوص تقول Marie–Claire Ponthoreau أن هناك أسباب من شأنها أن تجعل المحاكم تأخذ في الاعتبار في كثير من الأحيان الأحكام القضائية الأجنبية وترجع هذا الأمر من وجهة نظرها إلى البحث عن الشرعية الديموقراطية والبحث عن حلول محلية للمشاكل الجديدة[٤]، وهو نفس ما رددته Anne–Marie Slaughter بقولها " لا يمكن أن يكون للقرارات الصادرة عن محاكم خارجية أي قيمة موثوقة. فهي لا تحمل وزنًا إلا بسبب قوتها المنطقية الجوهرية أو لأن المحكمة التي تستشهد بها تسعى إلى اكتساب الشرعية من خلال ربط نفسها بمجتمع أكبر من المحاكم التي تنظر في قضايا مماثلة".[٥]

ولذلك تعد القضايا المتعلقة بحقوق الإنسان من أكثر القضايا التي تكون محفزة للحوار القضائي، وفيما يتعلق بحقوق الإنسان فإن ضمانها على وجه الخصوص يسمح بـ "توحيد معايير الحماية" وفقًا ل Tania Groppi، التي تضيف إلى هذه العوامل "دور

(1) Lee Epstein and Jack Knight, Constitutional borrowing and nonborrowing, Ibid, p. 204.
(2) S. CASSESE, Legal Comparison by the Courts, in Piélagus, no. 9, 2010, p. 21 et seq., at 2, Cité par, Maurizia De Bellis, Ibid.
(3) G.F. FERRARI and A. Gambaro, Le Corti nazionali ed il diritto comparato. Una premessa, in Id. (ed.), Corti nazionali e comparazione giuridica, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. VII et seq., at XI, Cité par, Maurizia De Bellis, Ibid.
(4) Eduardo Ferrer Mac-GreGor, & Rubén Sánchez G, FOREIGN PRECEDENTS IN MEXICAN CONSTITUTIONAL ADJUDICATION, MEXICAN LAW REVIEW 294 Vol. IV, No. 2, p. 294.
(5) Anne-Marie Slaughter, A New World Order, Ibid, p.186.

(ISSN : 2537 - 0758)

الوساطة الثقافية الذي يلعبه مبدأ القانون المقارن؛ والتدريب الفكري العالمي المتزايد للفقهاء؛ اجتماعات القضاة، التي كثيرا ما تنظمها أو تساعدها المنظمات الإقليمية".[١]

ومع الاتساع المستمر لنطاق حقوق الإنسان الدولية والمؤسسات الدولية التي تتعامل مع قضايا متباينة مثل تحرير التجارة، وتغير المناخ، وجرائم الحرب، وقانون البحار، ونزاعات الاستثمار عبر الحدود وغيرها، هناك اتجاه مصاحب نحو التقارب في مجال حقوق الإنسان، ولذلك لا يوجد سبب لقمع الحوار القضائي بين الأنظمة القانونية المختلفة التي تعتمد على قيم ومبادئ مماثلة.[٢]

فالقضاة في جميع أنحاء العالم يقرأون، ويستشهدون، و"يتفاعلون" عمومًا، كما قالت Vicki Jackson قرارات أقرانهم الأجانب. على مدى العقود القليلة الماضية، أصبح حوار المحاكم الدستورية مكانًا رئيسيًا لهجرة الأفكار الدستورية.[٣]

–زيادة توافر المواد الأجنبية عبر الإنترنت، وعولمة التعليم القانوني، وسهولة الوصول إلى المعلومات. السفر والتواصل الذي وضع الشروط لمجتمع معرفي من صناع القرار الدستوري[٤]، وهو ما يمكن لنا أن نصفه بعبارة " امكانية الوصول " ولذلك لن تتم الاستشهادات إلا إذا كانت القرارات متاحة ومفهومة للجمهور الدولي، ويظهر هذا في المقام الأول من خلال متغيرات اللغة. وإذا كانت لدينا متغيرات تقيس مدى إتاحة قرارات محكمة معينة دوليًا (مطبوعة أو عبر الإنترنت)، فقد نكتشف تأثيرًا ذا صلة في هذه المسألة.

---

(1) T. GROPPI, « Le recours aux précédents étrangers par les juges constitutionnels », in F. HOURQUEBIE et M.-CL. PONTHOREAU (dir.), La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 56.

(2) Vicki Jackson, Constitutions as 'Living Trees?: Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors (2006 75 Fordham L. Rev. 921-960)available at: https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/108/

(3) Vicki Jackson, 'Federalism and the Uses and Limits of Law: Printz and Principle' (1998) 111 Harvard Law Review 2180, See also: Anne-Marie Slaughter, A Global Community of Courts, Ibid, p.192.

(4) Anne-Marie Slaughter, A New World Order, Ibid, p. 182.

الفصل الأول
استشهاد القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن بين الإنكار والتأييد

تمهيد وتقسيم:

لقد حظيت مسألة استشهاد القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن بمزيد من الاهتمام في الأوساط القضائية والفقهية وأيضا السياسية و بصفة خاصة في الولايات المتحدة الأمريكية.[١] ولذلك كانت مسألة استخدام القانون الأجنبي أو ما تم استخدامه تحت مصطلح المواد القانونية Legal materials محل تعليق من قضاة المحكمة العليا الأمريكية وغيرها من المحاكم على مستوي العالم.[٢]

وفي أوروبا يعد الحديث حول مدي شرعية استخدام السوابق القضائية الأجنبية أقل إثارة للجدل من الناحية السياسية وذلك بسبب وجود قانون الإتحاد الأوروبي والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان فيكون من الطبيعي أن تنظر المحاكم الوطنية في السوابق القضائية للدول الأعضاء الأخرى.

وسنتناول من خلال هذا الفصل اتجاهات الفقه والقضاء في شأن تناول ظاهرة استشهاد القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن والمواد المقارنة أو من خلال بيان الاتجاهات المعارضة والمؤيدة لهذه الظاهرة والحجج التي ساقها كل اتجاه في هذا الخصوص.

بناء على ما تقد نقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: الاتجاه المعارض لاستعانة القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن.

المبحث الثاني: الاتجاه المؤيد لاستعانة القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء المقارن.

---

[١] وذلك على الرغم من أن الاستعانة بالأحكام الأجنبية تتم من جانب أشخاص مستقلين عن السلطة السياسية وهم (القضاة) ولكن البعض يبرر ذلك على أساس أن الأحكام التي يصدرونها في هذا الخصوص تؤثر على السياسة الخارجية في بعض الأحيان.

A. M. Dodek, « Canada as Constitutional Exporter: The Rise of 'the Canadian Model' of Constitutionalism », Supreme Court Law Review, 2007, p. 309.

[٢] تشكل القضايا الدستورية أكثر من نصف عدد القضايا التي تنظرها المحكمة العليا الأمريكية.

(ISSN : 2537 - 0758)

المبحث الأول

الاتجاه المعارض لاستعانة القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن

لقيت عملية استعانة القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن معارضة شديدة من جانب الفقه والقضاء في بداية انتشار هذه الظاهرة، مما جعل المحكمة العليا الأمريكية نفسها تنقسم حول مشروعية استخدام الأحكام الأجنبية والقانون الأجنبي في تفسير دستور الولايات المتحدة.(١)

وقد رأي البعض أن هذه الاختلافات أحدثت انقسامًا عميقًا في المحكمة المنقسمة بالفعل، على نفس الخطوط الأيديولوجية التي استقطبت اجتهاداتها القضائية.(٢)

ولقد كان هناك تنافر بارز حول الاستشهاد بالسوابق الأجنبية بين القضاة ذوي الميول الليبرالية مثل القاضي Breyer، والقاضي Scalia المعروف بمواقفه المحافظة.(٣)

فمن ناحية، هناك من يدين أي إشارة إلى قانون أجنبي مهما كان الاستخدام الذي يستخدم من أجله وكان على رأسهم قاضي المحكمة العليا الأمريكية .Scalia

---

(1) The most contentious cases were Roper v. Simmons, 125 S. Ct. 1183 (2005); Lawrence v. Texas 123 Ct. 2472 (2003); Aktins v Virginia 536 US 304 (2002); Foster v. Florida, 537 US 990 (2002); Thompson v. Oklahoma, 487 US 815 (1988). See, e.g. Joan Larsen, Importing Constitutional Norms from a Wider Civilization, 65 Ohio St. L.J. 1283, 1286 (2004); See also the transcript of a debate between Justices Scalia and Breyer on foreign law, available at http://www.freerepublic.com/focus/news/1352357/posts.

(2) Sujit Choudhry, Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law in The Migration of Constitutional Ideas S. Choudhry, ed., Cambridge University Press, 2006, p.1.

(3) Norman Dorsen, The relevance of foreign legal materials in U.S.constitutional cases: A conversation between U.S. Supreme Court justices Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer International Journal of Constitutional Law, Volume 3, Issue 4, October 2005, Pages 519–541, https://doi.org/10.1093/icon/moi032

ولقد عبر Sujit Choudhryعن النقاش الذي دار بين أعضاء المحكمة العليا الأمريكية بقوله "عادةً ما يطرح القضاة الأسئلة، لكن الأدوار انقلبت في هذه الليلة. كانت المناسبة عبارة عن محادثة عامة بين قاضيي المحكمة العليا في الولايات المتحدة Breyer and Scalia، حيث كانا يجيبان على الأسئلة التي طرحها الباحث الدستوري NormanDorsen حيث جرت المناظرة مع في الجامعة الأمريكية في شهر يناير ٢٠٠٥.[١]

يشار هنا إلى أن هذا النهج وجد مكانا في المقترحات السياسية، عندما حاول الجمهوريون إقناع مجلس النواب بتبنيه في عام ٢٠٠٤ من قبل مجلس الشيوخ، قرارا يحظر أي إشارة إلى القانون الأجنبي. هذا كان أيضا النقطة الرئيسية خلال جلسات الاستماع لرئيس المحكمة العليا Roberts والقاضي Alito، حتى عندما اقترح أحد أعضاء مجلس الشيوخ أن استخدام القانون الأجنبي في الحكم يعد جريمة تستوجب العزل.[٢]

وقد اتفق القاضيان على أن استخدام القانون المقارن ليس "موثوقا"، أي أنه غير ملزم كسابقة. لكن بالنسبة للقاضيScalia ، لم تكن مثل هذه الاستشهادات مشروعة أو مفيدة، بينما بالنسبة للقاضي Breyer، كانت مفيدة ومشروعة.[٣]

---

[١] وعلق Sujit Choudhryعلى هذا الأمر بالنسبة للمحكمة التي يُطلب منها بشكل روتيني معالجة القضايا الأكثر إثارة للانقسام في الحياة العامة في الولايات المتحدة، فإن ممارسات الاستشهاد القضائي لا تبدو وكأنها تستحق أمسية نادرة مع اثنين من أعضائها المتميزين. ومع ذلك، كانت القاعة مكتظة بالمئات من الأشخاص الذين يشاهدون بث الفيديو المباشر.
A conversation between U.S. Supreme Court justices (2005)3I nternational Journal of Constitutional Law 519; Transcript of Discussion Between U.S. Supreme Court Justices Antonin Scalia and Stephen Breyer, American University Washington College of Law ,available at http://domino.american.edu/AU/media/mediarel.nsf/0/1F2F7DC4757FD01E85256F890068E6E0?OpenDocument.

[2] A.L. Parrish, « Storm in a Teacup: The U.S. Supreme Court's Use of Foreign Law», University of Illinois Law Review, 2007, p. 37.

[3] Sujit Choudhry, Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law in The Migration of Constitutional Ideas, Ibid, p. 3.

(ISSN : 2537 - 0758)

فعلى سبيل المثال، في قضية Stanford v. Kentucky[1]، حكمت الأغلبية لصالح عقوبة الإعدام للأحداث ورفض القاضي Scaliaالحجج التي تشير إلى إلغاء هذه العقوبة في العديد من دول أوروبا الغربية وكرر القاضي Scalia معارضته للاستشهاد بالسوابق الأجنبية في رأيه المعارض في قضية Roper v. Simmons، نظرًا لأن رأي الأغلبية الذي أدلى به القاضي أنتوني كينيدي أشار إلى العديد من الصكوك الدولية بالإضافة إلى القرارات الأجنبية للحكم ضد الدستورية من عقوبة الإعدام للمجرمين الأحداث. في الرأي المذكور، تمت قراءة الحق في مواجهة العقوبة القاسية وغير العادية المنصوص عليها في التعديل الثامن لدستور الولايات المتحدة على نطاق واسع من خلال الاعتماد على مواد أجنبية.[٢]

ويعتبر الأصوليون أن قضاة المحكمة العليا مسئولون لإعادة اكتشاف النية الأصلية للآباء المؤسسين للدستور الأمريكي وعدم تكييف الدستور مع تطور الأخلاق يعارضون في الغالب الحوار حول السوابق القضائية ويشككوا في القيمة المضافة التي يقدمها هذا الحوار بالنسبة للقانون.[٣]

كما يؤسس البعض حجته في رفض الاستعانة من جانب القاضي الدستوري الوطني بالسوابق الأجنبية بأن هذا القاضي وهو يباشر عملية الرقابة على دستورية القوانين فهو ينظر في صحة القوانين المحلية الخاصة بهم، يمكن القول بأن من الصعب أن يبحث القضاة خارج بلدهم عن مصادر قانونية في البت في قضية ما.

---

(1) Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989).

(2) K.G. Balakrishnan, THE ROLE OF FOREIGN PRECEDENTS IN A COUNTRY'S LEGAL SYSTEM, National Law School of India Review, Vol. 22(1),2010, p.6.

(3) Voy. Gray (D.), « Why justice Scalia should be a constitutional comparativist… Sometimes », Stanford L. Rev., vol. 59, 2007, spéc. p. 1249, Cité par, Julie Allard, Laura Van den Eynde, op.cit., p.306.
يقصد بآباء الدستور هؤلاء الذين صاغوه بأفكارهم وعباراتهم ليظهر الدستور وكلما كان مواكبا لتطور النظم الديموقراطية – باعتباره متوخيا حماية الحرية الفردية داعما انطلاقها إلى آفاق مفتوحة تكون بذاتها عاصما من جموح السلطة أو انفلاتها وبما يحدد للجماعة إطارا لمصالح تصون بها مقوماتها. حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية ".

ويوصف دائما قاضي المحكمة العليا الأمريكية Scalia باعتباره منتقدًا بارزًا، وله بعض التعليقات الشهيرة فيما يتعلق بالاستشهاد بالقانون الأجنبي والأحكام الأجنبية. على سبيل المثال، في عام ١٩٩٧، أكد Scaliaفي قضية Printz v. United States أن «التحليل المقارن غير مناسب لمهمة تفسير الدستور».[١]

علاوة على ذلك، "خلال المناقشة العامة بين قاضيي المحكمة العليا في الولايات المتحدة Breyer and Scalia " حول "الأهمية الدستورية لقرارات المحكمة الأجنبية"، كرر Scalia "وجهة نظره القائلة بأنه لا ينبغي للمحاكم المحلية الاستشهاد بالقانون الأجنبي. فيما يتعلق بأسلوب تفسيره، ذكر Scalia أن أسلوبه في التفسير هو "محاولة فهم ما يعنيه، وما فهمه المجتمع عندما تم تبنيه. ولا أعتقد أن الأمر تغير منذ ذلك الحين».

ولم تقتصر على المعارضة فقط على القاضي Scaliaبل شايعه الرأي الكثير من القضاة منهم على سبيل المثال القاضي Clarence Thomas الذي يري أن القانون الأجنبي يشبه "الأمزجة أو البدع أو الموضات".[٢] ويعتقد القاضي Scaliaأن القانون الأجنبي يمكن أن يجعل آراء الأمريكيين "غير ذات صلة بالأساس".[٣] كما انتهج العديد من الفقه نفس التوجه في مهاجمة استعانة القاضي الوطني بالأحكام الأجنبية والقانون المقارن.

وقد تأسست هذه الانتقادات على مجموعة من الأسس نعرض لها من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: الحجة القائمة على انتهاك مبدأ الفصل بين السلطات ومنح القضاة سلطات تشريعية وتنفيذية.

المطلب الثاني: الحجة القائمة على أساس فكرة السيادة.

---

(1) Murkens, Jo Eric Khushal (2008) Comparative constitutional law in the courts: reflections on the originalists' objections. LSE law, society and economics working papers, 15---2008. Department of Law, London School of Economics and Political Science, London, UK. 1.

(2) Foster v. Florida, 537 U.S. 990, 990 n.* (2002) (Thomas, J., concurring in denial of certiorari.)

(3) Roper, 543 U.S. at 622 (Scalia, J., dissenting.)

(ISSN : 2537 - 0758)

المطلب الثالث: الحجة المتعلقة بالتأثير على جودة وانتقائية الأحكام.
المطلب الرابع: الحجة المتعلقة بالهوية الدستورية للمحكمة وتكلفة إصدار الأحكام.

المطلب الأول

الحجة القائمة على انتهاك مبدأ الفصل بين السلطات ومنح القضاة سلطات تشريعية وتنفيذية

يستند الاعتراض الأول إلى منطق مفاده أنه بما أن القضاة الأجانب ليسوا مسؤولين أمام الناخبين أو أي هيئة عامة، فإن الاعتماد على قراراتهم يرقى إلى مستوى الممارسة المناهضة للديمقراطية. ويقال إنه بموجب مبدأ "الفصل بين السلطات"، فإن دمج القانون الأجنبي عن طريق الدخول في المعاهدات أو الدبلوماسية الدولية هو وظيفة تقع بوضوح في مجال السلطة التنفيذية.

ويخضع تنفيذ هذه الالتزامات الدولية لمزيد من التدقيق عن طريق الموافقة التشريعية. كما أن للسلطة التشريعية الحرية في الاقتراض من القوانين والسوابق الأجنبية في صياغة القوانين المحلية، لأنها هيئة تشكلها العملية الانتخابية. ليس للقضاء "غير المنتخب" دور يلعبه في دمج القواعد القانونية التي نشأت في الخارج.

وفي هذا الصدد، قال القاضي Scalia إنه في حين أنه من المقبول مناقشة القانون الأجنبي والاعتماد عليه في عملية صياغة الدستور، إلا أنه لا ينبغي للسلطة القضائية أن تفعل الشيء نفسه. كما تذرع بالمقاربة "الأصلية" في تفسير الدستور من خلال ملاحظة أن واضعي الدستور لم يقصدوا الاعتماد على مصادر أجنبية، إذ لم يرد أي ذكر لهذه الفكرة في النص الدستوري. كما تم تقديم حجج مفادها أن الاعتماد على السوابق الأجنبية هو مثال على "النخبوية القضائية" 'judicial elitism' التي غالبًا ما تتعارض مع آراء غالبية عامة الناس.[1]

وفي رأيي الشخصي لا يبدو أن هذه الحجة المستندة إلى مبدأ "الفصل بين السلطات" تحمل قدرًا كبيرًا من الأهمية نظرًا لأن إحدى المهام الرئيسية للقضاة في المحكمة الدستورية هي حماية الضمانات المنصوص عليها في الدستور – على سبيل المثال،

[1] K. G. Balakrishnan, Ibid, p.6.

الحقوق الأقليات الدينية ومجموعات السكان الأصليين والعمل الإيجابي للمجتمعات المحرومة تاريخياً. في كثير من الأحيان، يمكن أن يستفيد فهم هذه الضمانات من تقييم كيفية تفسير وتطبيق أحكام مماثلة في ولايات قضائية أخرى.

كذلك يعارض جانب من الفقه مسألة الاستعانة من جانب القضاء الدستوري بالأحكام القضائية الأجنبية استنادا إلى فكرة " الاستثناء " أو المكانة الفريدة للولايات المتحدة الأمريكية exceptional or even unique، وفي رأيهم أن واضعي دستور الولايات المتحدة والنظام الأمريكي يهدف إلى قيادة الطريق للدول الأخرى وليس العكس.[١]

كما "يصر الأصوليون على أنه ما لم يتم تعديله رسميًا، فإن الدستور لا يزال يعني اليوم ما كان يعنيه عندما تم سنه أو اعتماده لأول مرة.[٢]

والعملية الصحيحة للتغيير بالنسبة للولايات المتحدة، في رأي Scalia، لا تتم من خلال المحاكم، بل من خلال التعديل الدستوري أو من خلال إلغاء بعض القوانين. صرح Scalia قائلاً: " ليس لدي مشكلة في التغيير. كل ما في الأمر أنني لا أعتبر الدستور أداة للتغيير من خلال السماح للقضاة بقراءة القضايا [الأجنبية] [...]. هذه ليست الطريقة التي نفعل بها الأشياء في ظل نظام ديمقراطي"، حيث من المفترض أن " تقنع مواطنيك وتلغي القوانين. لماذا يجب على المحكمة العليا أن تقرر هذا السؤال؟

كما كان الأصوليون مثل القاضي Scalia صريحين بشأن معارضتهم للاستشهاد بسابقة أجنبية في القضايا الدستورية. على سبيل المثال، النقد الشائع هو أن هذه العملية غير ديمقراطية لأننا نشير إلى سابقة من بلد مختلف وأن هذه القرارات في نهاية المطاف لا تعكس بالضرورة نفس النوع من القيم التي يحملها الأمريكيون.

---

[١] للمزيد حول الحجة القائلة باستثنائية النظام في الولايات المتحدة الأمريكية راجع ما يلي:
S.G. Calabresi, A Shining City on a Hill: American Exceptionalism and the Supreme Court's Practice of Relying on Foreign Law, 86 B.U.L.R. 1335 (December 2006), Jed Rubenfeld, Unilateralism and Constitutionalism, 79 NYU L. REV (2004), available at: https://nyulawreview.org/wp-content/uploads/2018/08/NYULawReview-79-6-Rubenfeld.pdf

[2] Goldsworthy, Jeffrey. 'Constitutional Interpretation: Originalism.' Philosophy Compass 4.4 (2009): 683.

(ISSN : 2537 - 0758)

ويقر بعض الفقهاء، مثل Robert Delahunty، John Yoo، بأن يمكن أن يكون الحوار حول السوابق القضائية مفيدًا عندما يتعلق الأمر باقتراض حل ذكي أو معلومات تجريبية، ولكنها تصبح غير شرعية عندما يتعلق الأمر بإضفاء الشرعية على "الاستيلاء" على السلطة من قبل القضاة. ويرون أن هذا الأمر من شأنه أن يمس بمبدأ الفصل بين السلطات.

المطلب الثاني

الحجة القائمة على أساس فكرة السيادة

تعد هذه الحجة من أبرز الحجج التي تم الاعتماد عليها من جانب الاتجاه المعارض لمسألة الاستشهاد بالسوابق القضائية الأجنبية.

ويري أنصار هذا الاتجاه أن جوهر المشكلة هو الجدل الدائم حول السيادة. إذا استخدمت المحكمة السوابق القضائية الأجنبية لتطوير القانون المحلي. واللجوء إلى مثل هذه القواعد من قبل المحكمة أمر غير لائق على حد تعبير البعض، كما أنه يحدث دون تفويض مناسب من الشعب.[١]

ووفقا للقاضي Cram فإن اللجوء إلى أحكام القضاء الأجنبي تثير أسئلة تتعلق بالتدخل القضائي في صنع السياسات وتآكل السيادة البرلمانية erosion of parliamentary sovereignty[٢].

وتتركز فكرة السيادة في الطابع الوطني للنظم القانونية وأن القانون حتي الآن ليس عالميا، وعلي وجه الخصوص تظل هناك اختلافات عميقة بين بلدان القانون العام والقانون المدني على الرغم من أن النقاد قد يشيرون أيضًا إلى الاختلافات داخل العائلات القانونية، على حد تعبير الحكم الإنجليزي الشهير: "على الرغم من أن مصدر القانون في البلدين قد يكون هو نفسه، قد يتدفق تياره في قنوات مختلفة.[٣]

---

(1) Ian Cram, 'Resort to foreign constitutional norms in domestic human rights jurisprudence with reference to terrorism cases' [2009] CLJ 118, 123-124.
(2) Ibid, p.125.
(3) Donoghue v. Stevenson [1932] AC 576 per Lord Buckmaster (dissenting) [House of Lords.

ويرجع السبب الرئيسي وراء هذه الحجة هو القول بأن السوابق القضائية الأجنبية تقوض السيادة الوطنية وأنه على القاضي الوطني أن يطبق قانون بلده ما لم ينص على غير ذلك.[١]

فعلي سبيل المثال تنص المادة ٣٩ (١) من دستور جنوب إفريقيا صراحة على السماح للقاضي بالنظر في القانون الأجنبي. وكذلك الحال بالنسبة للمادة ١١.٢ من دستور مالاوي لعام ١٩٩٤.

كما يري هذا الجانب إلى أنه إذا كانت هناك أفكار قانونية مفيدة في الخارج فإن المشرع هو الذي يمكنه فقط العودة إليها للنظر في مدي الاعتماد عليها. وإذا كان الأمر خلاف ذلك، فمن المتوقع أيضًا أن هذا قد يهدد شرعية المحاكم وقبولها.[٢]

وتعد أحد الانتقادات الرئيسية لاستخدام السوابق الأجنبية لتفسير دستور الولايات المتحدة هو أنه قد يفرض معايير وتفضيلات أجنبية على الشعب الأمريكي دون موافقته. وهذا اعتراض يستند إلى النظرية الديمقراطية والشرعية السياسية. ومن هذا المنطلق، لا ينبغي للقضاة تفسير دستور الولايات المتحدة بالإشارة إلى سابقة أجنبية لأن الدستور يهدف إلى تجسيد تفضيلات والتزامات الشعب الأمريكي المتحرر من سيطرة أي قوة أجنبية. إن دمج سابقة أجنبية يخاطر بتفويض السلطة الدستورية إلى جهات أجنبية.[٣]

ويتجلى هذا الموقف في آراء القاضي Scalia التي تنتقد استخدام المحكمة للقانون الأجنبي في التفسير الدستوري. في قضية Thompson v._Oklahoma،[٤] على سبيل المثال، وصف القاضي Scaliaاستخدام سابقة أجنبية لتفسير "العقوبة القاسية والمعتادة" بموجب التعديل الثامن بأنها "غير مناسبة على الإطلاق كوسيلة لتأسيس المعتقدات الأساسية لهذه الأمة".[٥]

---

(1) Ernesto J. Sanchez, A Case Against Judicial Internationalism, 38 CONN. L. REV. 185 (2005), Ian Cram, Ibid, p, 123-124.
(2) Richard A. Posner, Foreword: A Political Court, 199 HARV. L. REV. 31 (2005)
(3) Robert J. Delahunty & John Yoo, Against Foreign Law, 29 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 291, 295 (2005), p. 299.
(4) Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815 (1988).
(5) Id. at 868 n.4 (Scalia, J., dissenting).

(ISSN : 2537 - 0758)

وتابع بالقول: "آراء الدول الأخرى، مهما اعتقد قضاة هذه المحكمة أنها مستنيرة، لا يمكن فرضها على الأمريكيين من خلال الدستور".[١] بعد كل شيء، وفقًا للقاضي Scalia، "[علينا] أن لا تنسوا أبدًا أن هذا هو دستور الولايات المتحدة الأمريكية الذي نقوم بشرحه.[٢]

وقد أوضح القاضي Scalia هذه النقطة باستمرار في قضايا أخري. مثال ذلك في قضية Atkins v. Virginia حيث قال لا أهمية أيضًا لممارسات "المجتمع العالمي"، الذي لا تكون مفاهيمه عن العدالة دائمًا (لحسن الحظ) هي أفكار شعوبنا."[٣]

كما يعتقد Scaliaأن استخدام القانون الأجنبي "يسهل (تآكل سيادة الولايات المتحدة من قبل قوى العولمة)".[٤]

وكذلك صرح رئيس المحكمة العليا الأمريكية Roberts بذلك بوضوح في جلسة استماع أمام الكونجرس الأمريكي. وذكر أنه "من حيث النظرية الديمقراطية"، فمن المشكوك فيه الاعتماد على قرار صادر عن قاض ألماني حول ما يعنيه دستورنا.[٥]

ولم يقتصر الأمر على القضاة والفقهاء فقط بل شمل السياسيين أيضا، فقد عبر السيناتور الأمريكي Senator Cornyn عن ولاية تكساس عن مخاوفه بقوله " اتجاه يقول بعض الباحثين القانونيين والمراقبين إنه قد يتطور في محاكمنا – وهو اتجاه يتعلق بالتأثير المحتمل للحكومات الأجنبية والمحاكم الأجنبية في تطبيق وإنفاذ القانون الأمريكي. إذا كان هذا الاتجاه حقيقيا، فإنني أخشى أن الشعب الأمريكي، شيئا فشيئا، وكل حالة على حدة، قد يفقد السيطرة ببطء على معنى قوانيننا ودستورنا. وإذا استمر هذا

---

(1) Id.
(2) Id.
(3) Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304, 347 (2002), Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 598 (2003).
(4) Sujit Choudry, “Migration as a new metaphor in comparative constitutional law", Ibid, p. 7.
(5) Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. to be Chief Justice of the United States: Hearing Before the Committee on the Judiciary United States Senate, 109th Cong. 200–01 (2005).

الاتجاه، فربما تبدأ الحكومات الأجنبية في إملاء ما تعنيه قوانيننا ودستورنا المشترك، وما ينبغي أن تكون عليه سياساتنا في أمريكا.[١]

كما يري البعض أن السماح للسابقة الأجنبية بالتأثير على تفسير دستور الولايات المتحدة يخاطر بفرض تفضيلات المجتمع الأجنبي على الشعب الأمريكي دون موافقته. ويشعر أنصار هذا النقد بالقلق من أنه باستخدام سابقة أجنبية لتفسير دستور الولايات المتحدة، فإن المحكمة العليا في وضع صعب. تأثير فرض القيم والأعراف والأفكار الأجنبية على الأمريكيين غير الموافقين.[٢]

وهناك سبب موضوعي آخر وهو أنه من منظور خارجي، يُنظر إلى القانون على أنه مرآة لثقافة ومجتمع معين، وبالتالي فإن استخدام السوابق القضائية الأجنبية من شأنه أن يؤدي إلى عدم احترام هذا القانون الذي لا يمكن فهمه إلا من خلال السياق الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي.[٣] من الواضح أن هذا قد يكون هو الحال بالنسبة للقضايا التي لها بعد أخلاقيMoral dimension .

وهناك حجة أخري يقول بها البعض وهي تتعلق بجانب سياسي والتي تتمثل في أن الحوار من شأنه أن يضعف السيادة. من خلال أنه يمكن أن يكون للقانون الأجنبي تأثير كبير على القانون وعلى الجانب الفقهي يري Roger Alford أن الاستشهاد بالقرارات الأجنبية يرقى إلى تخصيص سلطة اتخاذ القرار "المناهضة للأغلبية". للقرارات الأجنبية عندما تتعارض وجهات نظرها مع القيم المحلية ومن غير المناسب على الإطلاق إسناد قيمة دستورية إلى "الآراء العالمية للإنسانية" لمعارضة الآراء الوطنية.

كما انتقد Alberto Gonzalez علنًا هذا الاستخدام لـ"المقارنة الدستورية" التي تقوض شرعية المحكمة العليا ويغتصب دور الفروع السياسية الأخرى[٤]، وفي الوقت نفسه

---

(1) Stephen Yeazell, "When and How U.S. Courts Should Cite Foreign Law" (2009). Constitutional Commentary. 1028, p. 50, available at: https://scholarship.law.umn.edu/concomm/1028

(2) Robert J. Delahunty & John Yoo, Ibid, p. 299.

(3) Pierre Legrand, Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity, 1 J. COMP. L. 371, 419 (2006) .

(4) Gonzales (A.), « US Attorney General », Prepared Remarks of Attorney General Alberto Gonzales at the University of Chicago Law

(ISSN : 2537 - 0758)

تحدث أعضاء مجلس الشيوخ ضد هذه الممارسة خلال جلسات الاستماع تأكيد وطرح البعض مقترحات تشريعية تهدف إلى منع المحاكم الفيدرالية من استخدام قرارات المحاكم الأجنبية لتفسير الدستور.[١]

وفي هذا الخصوص أيضا يقول القاضي Clarence Thomas من المحكمة العليا في الولايات المتحدة عن هذا الأمر في قضية Foster v. Florida: "نعم قد يرغب الكونجرس، بصفته مشرعًا، في أن يأخذ في الاعتبار تصرفات الدول الأخرى، لا ينبغي للسوابق القضائية [...] لهذه المحكمة أن تفعل ذلك فرض أمزجة أو هوس أو موضات غريبة على الأمريكيين.[٢]

ولقد عبر البعض عن هذا الأمر المتعلق بتقويض السيادة بقوله" إن الخوف من أن يؤدي الاستشهاد المقارن إلى تحويل المحاكم إلى وكلاء لقوى خارجية، مثل الرأي العام الدولي، والمنظمات الدولية، وحتى الحكومات الأجنبية ".[٣]

وقد أعرب John Yoo عن نقد مماثل. حيث يري أن استخدام السوابق الأجنبية في التفسير الدستوري لديه "القدرة" على "إخضاع المواطنين الأمريكيين لأحكام المحاكم الأجنبية والدولية".[٤]

كما يشير أيضا إلى أنه في العديد من الآراء الأخيرة للمحكمة العليا الأمريكية، قامت "بقياس إجراءات الدولة – مثل إعدام الأحداث والمتخلفين عقليًا وتجريم اللواط الجنسي المثلي – ضد الأعراف الاجتماعية. ويبرز ذلك بقوله إن المحكمة نظرت إلى السابقة الأوروبية باعتبارها مؤشرا للرأي العالمي بشأن هذه المسألة".

ويري Yoo من وجهة نظره أن هذا الاستخدام للسوابق لديه القدرة على التحول إلى شكل من أشكال الاحترام الذي من شأنه تقويض السيادة بشكل فعال.[٥]

School, 9 Novembre 2005, available at: www.usdoj.gov/ag/speeches/2005/ag_speech_0511091.html.

(1) Julie Allard& Laura Van den Eynde, op.cit., p.304.

(2) Foster v. Florida, 537 U.S. 990 (2002)

(3) Roger P. Alford, Misusing International Sources to Interpret the Constituion, 98 Am. J. Int'l L. 57 (2004), p. 59.

(4) Robert J. Delahunty & John Yoo, Ibid, p.298. 299.

(5) Ibid.

تثير كل هذه الانتقادات مخاوف خفية بشأن استخدام سابقة أجنبية لتفسير الدستور. ومع ذلك، فإنهم جميعاً يتقاسمون خوفاً مشتركاً: فالسماح للسابقة الأجنبية بإحداث المعنى الدستوري يخاطر بفرض تفضيلات المجتمع الأجنبي على الشعب الأميركي دون موافقته - وأحياناً حتى ضد رغباته الصريحة.

وفي فرنسا نجد مفردات مماثلة لما ذكرة القاضي Clarence Thomas من خلال رأي ذكره الفقيه Georges Vedel بقوله " يجب أن نتخلص من فكرة أن هذه النظرية أو تلك، أو هذه الممارسة أو تلك، التي تتبناها محكمة دستورية أجنبية في ديمقراطية شابة في بعض الأحيان، تبرز كأحدث صرخة في أزياء المرأة التي انطلقت في مجموعات الربيع ".[١]ولذلك يعارض البعض استشهاد القضاة الأجانب بالقرارات الأجنبية بسبب نقص الشرعية الديموقراطية للقضاة الأجانب.

ويؤيد هذا الرأي Peter Berkowitz عندما يكتب:" كيف يمكن للدستور أن يظل القانون الأعلى للبلاد إذا [...] وينظر القضاة الأميركيون في الأمر نحو «فقه دستوري» "عالمي" بشكل متزايد ويعتبرون أنفسهم كذلك ممثلين لنوع من الدوائر الانتخابية العابرة للحدود الوطنية أو حتى العالمية؟ ».[٢] وبعبارة أخرى، نحن ننتقد الطبيعة غير المنهجية، محفوفة بالمخاطر أو انتهازية لهذه المراجع الأجنبية ".

كما رفض رئيس المحكمة العليا في سنغافورة Yong الإشارة إلى القضايا الأمريكية على أساس أن الظروف الاجتماعية في سنغافورة مختلفة تماما عن الظروف في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث يقول "على هذا الأساس وحده، لست كذلك متأثرًا بالآراء المختلفة كما وردت في القضايا الأمريكية المذكورة لي ولكن بدلاً من ذلك يجب أن أقيد تحليلي للقضايا هنا بالإشارة إلى السياق المحلي."[٣]

---

(1) Vedel (G.), « Souveraineté et supra constitutionnalité », Pouvoirs, 1993/67, p. 96, Cité par, Julie Allard& Laura Van den Eynde, Le dialogue des jurisprudences comme source du droit Arguments entre idéalisation et scepticisme, Les sources du droit revisitées، op.cit., p.306.

(2) Berkowitz (P.), « Laws of nations », Policy Review, avril-mai 2005, p. 78.

(3) Jack Tsen-Ta Lee, Foreign Precedents in Constitutional Adjudication by the Supreme Court of Singapore, 1963-2013, Washington International Law Journal, Volume 24 Number 2 4-1-2015, p. 277.

(ISSN : 2537 - 0758)

كما أبدت القاضية Kristīne Krūma بالمحكمة الدستورية في لاتفيا في رأيها المعارض في حكم قضائي تخوفها من تدخل الأمور السياسية في مسألة الاستعانة بالأحكام الأجنبية وخاصة تلك الإشارات التي تتم لمجرد دعم نهج الحزب المعني، تحمل شرعية مشكوك فيها. ويجب أن تتوافق قرارات المحكمة الدستورية مع تقاليد وقيم النظم القانونية الوطنية. ومن ثم، فإن إشارة المحكمة إلى القانون الدستوري المقارن قد تكون عرضة لانتقادات معقولة.(١)

وفي سياق مماثل، يرى أحد الباحثين أن استخدام القانون الأجنبي لتفسير دستور الولايات المتحدة "يقوض السيادة بشكل كبير من خلال استخدام الأداة الوحيدة – التفوق الدستوري – التي يمكن أن تتفوق على الإرادة الديمقراطية(٢)

وبتحليل الآراء التي تناولت هذه المسألة نجد أن "الاعتراض على السيادة" يجد صداه في العديد من التصريحات السياسية – خاصة تلك التي يصدرها المحافظون في الولايات المتحدة، فالبعض يعتمد على روايات شبيهة بنظرية المؤامرة للإشارة إلى أن بعض أعضاء المحكمة، تحت تأثير الاستشهاد بالمواد الأجنبية، يقوضون القانون والسيادة الأمريكية بشكل خبيث. ذلك الخوف المصحوب بجنون العظمة حقا من أن المحاكم الأجنبية قد تقوم بصياغة أحكامها بشكل خبيث من أجل الإضرار بالولايات المتحدة، على أمل أن تستشهد محكمة أمريكية بهذا الحكم.(٣)

تناول القاضي Scalia على سبيل المثال، في مقال ردًا على التأكيدات بأن المحاكم الأمريكية يجب أن تضع في اعتبارها المعايير الدولية لحقوق الإنسان(٤). حيث صرح من خلاله بأن " القانون الدولي له مكان في محاكمنا، ولكنه ليس مكانًا مميزًا... " وأكد

(1) Dissenting Opinion of Justice Kristīne Krūma in Case No.2008-03-03, para.6.
(2) Roger P. Alford, Misusing International Sources to Interpret the Constituion, Ibid,
p. 59.
(3) Sujit Choudhry, Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law in The Migration of Constitutional Ideas, Ibid, p. 3.
(4) Antonin Scalia, Program V: Commentary, 40 ST. LOUIS U. L.J. 1119, 1119 (1996).

أنه حتى عندما تلجأ الولايات المتحدة إلى "انتهاك "صادم" للقانون الدولي، [فهذا] لا يعنينا" طالما لم يتم انتهاك القوانين المحلية. ومضى القاضي في الإشارة إلى ما يلي:

"صحيح أنه في حالات قليلة جدًا في الماضي الأقل بعدًا، نظرت المحكمة العليا في الولايات المتحدة إلى معايير "حقوق الإنسان" الدولية في تحديد ما إذا كانت أشكال معينة من العقوبة تنتهك التعديل الثامن، الذي يحظر "العقوبات القاسية وغير العادية". ولكن هذا النهج، حتى ضمن نطاق تطبيقه المحدود، كان قصير الأجل وقد توقف الآن عن العمل ".[١]

واستشهد برأي المحكمة العليا الصادر عام ١٨١٢ والذي أوضح فيه رئيس المحكمة العليا John Marshall أن السماح بأي قيود من خارج حدودنا من شأنه أن يعرض سيادة الأمة للخطر، وتابع: أنا أقف في تقليد John Marshall أرحب بالمؤتمرات الدولية... حيث يمكن للقضاة من مختلف البلدان أن يتبادلوا الأفكار والمعلومات المفيدة، ويمكنهم، من خلال الارتباط مع زملائهم في القانون، تعزيز شعورهم بالكرامة والاستقلال. ولكن، في التحليل الأخير، نحن قضاة الديمقراطيات الأمريكية خدم لشعبنا.... نحن لسنا كهنوتًا دوليًا مخولًا بفرض قيم فوق وطنية على مواطنينا الأحرار والمستقلين.... لو كانت "الأعراف الدولية" تسيطر على أسلافنا، لما ولدت الديمقراطية هنا في الأمريكتين.[٢]

المطلب الثالث

الحجة المتعلقة بالتأثير على جودة وانتقائية الأحكام

ترتكز هذه الحجة على الفكرة القائلة بأن الاستشهاد بالسوابق القضائية الأجنبية تضر بجودة الأحكام، وتفسير ذلك يتعلق بأن القضاة يتمتعون بإمكانية " قطف الكرز على أساس النتائج "result-driven cherry picking"، وعلي أساس المقارنة العشوائية[٣] haphazard comparativism، وعلي حد تعبير رئيس قضاة الولايات المتحدة في

(1) Ibid. at 1121.
(2) Ibid. at 1122
(3) Roger P. Alford, Misusing International Sources to Interpret the Constitution, Ibid, p.64.

(ISSN : 2537 - 0758)

جلسات الاستماع من قبل مجلس الشيوخ الأمريكي، "يمكنك أن تجد أي شيء تريده [في القانون الأجنبي].[١] فقد لا تجد ذلك في قرارات فرنسا أو إيطاليا، بل في قرارات الصومال أو اليابان أو إندونيسيا أو في أي مكان.[٢]

ذكر Scaliaأن القضاة الذين يستخدمون مواد أجنبية يستشهدون بالقانون المقارن بشكل انتقائي، بحيث "عندما يوافق على ما يود القضاة أن تقوله القضية، فإننا نستخدم القانون الأجنبي، وعندما لا يتفق لا نستخدمه". وهو الأمر الذي يعني أن الاستشهاد بالأحكام الأجنبية يفتح مجالا للتلاعب "lends itself to manipulation".

ولقد اعترض Scaliaعلى الإشارة إلى المحكمة الألمانية الفيدرالية في قضية Printz [٣]عندما كتب " أن التحليل المقارن غير مناسب لمهمة تفسير الدستور، على الرغم من أنه كان بالطبع وثيق الصلة بكتابته ".[٤]

ويري أيضا أن الاستعانة بالسوابق الأجنبية قد يكون فيه بعض التلاعب من جانب القضاة، ومن الواضح أن هذا قد يأخذ شكل انتقائية غير مبررة في اختيار المصادر، حسب الاختصاص أو حسب البند، عن عمد أو عن غير قصد، وهو ما عبر عنه في رأيه في قضية Roper v. Simmonsبقوله " إن استحضار قانون غريب عندما يتفق مع تفكير المرء وتجاهله بخلاف ذلك، لا يعد قرار عقلاني، بل هو سفسطة sophistry".[٥]

أخيرًا، صرح Scaliaبأن "مناقشة المحكمة لهذه الآراء الأجنبية (متجاهلة، بالطبع، العديد من البلدان التي أبقت على الحظر الجنائي على اللواط) هي بالتالي أحكام لا معنى لها" – في الواقع "قرارات خطيرة،" بما أن هذه المحكمة... لا ينبغي أن تفرض

---

(1)Chief Justice Roberts at his confirmation hearings, transcript, available at: http://transcripts.cnn.com/TRANSCRIPTS/0509/13/se.04.html.

(2) Repeated at Confirmation Hearing on the Nomination of John G Roberts Jr to be Chief Justice of the United States, 2005, 109th Congress 200, 200-201.

(3) Printz v. United States, 521 U.S. 898, 921 n. 11 (1997).

(4) Printz, 521 U.S. 898. at 921 n.ll.

(5) Roper v. Simmons, 125 S. Ct. 1183, 1228 (2005) .

أحكامًا أجنبية المزاجية، أو البدع، أو موضة أجنبية على الأمريكيين" هي إشكالية كبيرة.(١)

وقد لاحظ رئيس المحكمة العليا John Roberts Jr أنه إذا سمح للقضاة بالاعتماد بحرية على السوابق الأجنبية، فهناك ميل إلى الاستشهاد بشكل تعسفي arbitrarily cite بقرارات لصالح وجهات نظرهم الشخصية.(٢)

وفي مثل هذا السيناريو، سيكون للقضاة الحرية في الانغماس في "الانتقاء" لتبرير قراراتهم بدلاً من الانخراط في تحقيق صارم في السوابق المحلية.

وكذلك يري Roger Alford أنه وحتى الآن، نشرت المحكمة العليا الأمريكية مصادر أجنبية بطريقة انتقائية ومتساهلة وأن من أنصار الحوار فشلوا في وضع نظرية كافية لنهجهم.(٣)

ويري Michael Ramsey أن استخدام المواد الأجنبية بمثابة غطاء لتطوير الحقوق التي تختارها وتفضلها مجموعات الضغط ولن يستشهد القضاة إلا بالسلطات الأجنبية المناسبة لهم تفضيلاتهم الشخصية.(٤) وتم التعبير عن هذا القلق نفسه بواسطة القاضي John Roberts أثناء جلسة استماع، ومناقشة الشكوك حول السلطة "غير المقيدة" التي سيتمكن القاضي من احتكارها بذهابه إلى قطف الكرز cherry–picking لتأسيس آرائه الخاصة.(٥)

---

(١) يقصد هنا القاضي Scaliaقضية Lawrence v. Texas في عام ٢٠٠٣ والتي انتهت المحكمة من خلالها إلى أن قوانين الولايات الأمريكية التي تجرم اللواط بين البالغين الراغبين غير دستورية.

(2) M.C. Rahdert, Comparative Constitutional Advocacy, 56 AM. U. L. R. 553 (2007), Cited in , K.G. Balakrishnan,Ibid,p.5.

(3) Roger P. Alford, « In search of a theory for constitutional comparativism », UCLA L. Rev., 52, 2005, p. 639, p. 641-642, p. 644, p. 713, Cité par Julie Allard& Laura Van den Eynde ,op.cit.,p. 303.

(4) Julie Allard & Laura Van den Eynde ,op.cit.,p.304.

(5) Audition de confirmation de la nomination de John G. Roberts, Jr. devant le comité judiciaire du Sénat, 109th Cong., 2005, disponible à l'adresse www.gpo.gov/fdsys/search/pagedetails.action?granuleId=&packageId=GPO-CHRG-ROBERTS, p. 200-201 .

(ISSN : 2537 - 0758)

كما يري Ran Hirschl أن "الإشارة الطوعية إلى السوابق الأجنبية هي على الأقل ظاهرة سياسية بقدر ما هي ظاهرة قانونية"، وهو ما عبر عنه Thiruvengadam أنه "غالبًا ما تساعد الاختيارات السياسية للقضاة في تفسير بعض خياراتهم القانونية، لا سيما فيما يتعلق بما إذا كان سيتم التعامل مع القانون المقارن وما هو القانون المقارن الذي يجب التعامل معه".(١)

جدير بالذكر أن هذه الحجة تجد صدي لها خارج الولايات المتحدة أيضا، فقد وصف Yash Ghai النهج الذي اتبعته محاكم هونج كونج في الاستعانة بالقضايا الأجنبية بأنها غير متسقة للغاية؛ ويتم الاستناد إليها عندما تدعم الموقف الذي تفضله المحكمة، وإلا فسيتم رفضها باعتبارها غير ذات صلة".(٢)

المطلب الرابع

الحجة المتعلقة بالهوية الدستورية للمحكمة وتكلفة إصدار الأحكام

من الملاحظ في الفقه الأجنبي أن هناك انتقادات توجه على أساس يتعلق بالهوية une critique identitaire والمخاطرة بأصالة المحكمة والاندماج في مجموعة المحاكم التي يتم اجراء المقارنات معها.(٣)

---

(1) JEHOSH PAUL, As courts look for light from foreign jurisprudence, they can refuse to be blown off by it , August 1, 2022, available at: https://theleaflet.in/as-courts-look-for-light-from-foreign-jurisprudence-they-can-refuse-to-be-blown-off-by-it/

(2) Yash Ghai, Sentinels of Liberty or Sheep in Wolfs Clothing? Judicial Politics and the Hong Kong Bill of Rights, 60 MoD. L. REv. 459, 479 (1997), Cited in , Saunders, Cheryl (2006) "The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law (The George P. Smith Lecture in International Law)," Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 13: Iss. 1, Article 2., p. 67, available at: https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol13/iss1/2

(٣) في هذا الخصوص يقول F. JACQUELOT أن القاضي الدستوري في حالة استعانته بالأحكام القضائية الأجنبية فإنه يجازف هنا بالظهور على أنه " مؤلف رواية كتبها آخرون " «l'auteur d'un roman dont le début a été écrit par d'autres" ويري أن عملية المقارنة تطمس هوية القاضي ويفقدون منطقهم الخاص عندما يتم تداول الحلول.

F. JACQUELOT, « L'ambivalence du recours au droit comparé par le juge constitutionnel », p. 158-159, Cité par, Josselin Rio,op.cit., p. 64.

اتخذ القاضي Scalia موقفاً قوياً بشأن هذه القضية في عام ١٩٨٨. فعندما واجه الأدلة التي تثبت الكيفية التي تنظر بها الدول الأخرى إلى عقوبة الإعدام، كتب: "علينا ألا ننسى أبداً أننا نشرح دستور الولايات المتحدة"[١]. ناقش القاضيBreyer هذا الموقف في عام ١٩٩٧، ووافق على "أننا نفسر دستورنا، وليس دستور الدول الأخرى، وقد تكون هناك اختلافات سياسية وهيكلية ذات صلة" بين الأنظمة القانونية الأجنبية وتلك الخاصة بالولايات المتحدة.

وكذلك أصر قضاة المحكمة الدستورية الروسية في كتاباتهم على استقلالية المحكمة في بناء مواقفها ورفضوا فكرة استعارة المحكمة لهذه المواقف من الخارج. إذا كان هناك تشابه بين موقف المحكمة الدستورية الروسية وموقف المحاكم الأجنبية، فسيتم تفسيره على أنه "نفس النهج" أو "طريقة تفكير موازية" ولكن ليس على أنه اتباع سابقة أجنبية.[٢]

كما تلعب تكاليف الاستشهادات المتقاطعة أيضًا دورًا في الحجج الإجرائية المضادة. هنا، وجهة النظر هي أنه على الرغم من أن البحث المناسب حول القانون الأجنبي قد يكون ممكنًا، إلا أنه غالبًا ما يكون مكلفا ويستغرق وقتا طويلا. ولكي يتمكن أي قاض من الحصول حتى على الحقائق الأساسية للنظام الدستوري لدولة أخرى، وبنيته، وثقافته، وتاريخه، وعملياته بشكل صحيح، فإن ذلك يتطلب وقتًا وجهدًا ونفقات كبيرة.[٣]

---

(1) Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815, 869 (1988.)

(٢) منذ عام ١٩٩١ وحتى عام ٢٠١٣، أشارت المحكمة الدستورية الروسية ست مرات فقط إلى سوابق المحاكم الأجنبية، من بين أكثر من ١١ ألف قرار. للمزيد من الاطلاع حول هذه القضايا التي أشارت خلالها المحكمة الدستورية الروسية لسوابق أجنبية من خلال آراء قضاتها راجع الأحكام التالية:

Separate opinion of Justice Anatoliy Kononov to Judgment 25 April 2001 No 6-P. Separate opinions of Justice Anatoliy Kononov to Judgment 30 October 2003 No 15-P and Judgment 16 June 2006 No 7-P., Separate opinion of Justice Gadis Gadgiev to Judgment 14 November 2005 No 10-P. See: Sergey Belov, Ibid.

(3) Ernest A. Young, Foreign Law and the Denominator Problem, 119 HARV. L. REV. 148 (2005), 165-66, Cited in, Ganesh Sitaraman, The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation, 32

(ISSN : 2537 - 0758)

ويمكن أيضًا الإشارة إلى أن إصدار حكم يحتوي على العديد من الإشارات إلى المحاكم الأجنبية ليس جهدًا يستحق الإنفاق على أي حال، لأنه بدلاً من اتباع "الأسلوب الأرستقراطي"aristocratic mode" " في الاستشهاد بالأحكام الأجنبية، سيكون من الأهم أن نكون شفافين بشأن الحجج السياسية الفعلية الكامنة وراء القرار المعني[١].

المبحث الثاني

الاتجاه المؤيد لاستعانة القاضي الدستوري الوطني

بأحكام القضاء الدستوري المقارن

على النقيض من الجانب المعارض لاستعانة القاضي الدستوري بأحكام القضاء الدستوري المقارن، كان هناك جانبا من الفقه والقضاء يؤيد هذا الأمر.

فعلى الجانب الآخر نجد أن هناك من يؤكدون أن الاستشهاد بالمواد الأجنبية مفيد في التفسير الدستوري: من بينهم يمكننا أن نذكر القضاة السابقين في المحكمة العليا الأمريكية مثل (Day O'Connor، Bader–Ginsburg، Kennedy،Breyer)، الذين عبروا عن وجهة نظرهم في الأحكام والمؤتمرات.

وقد اعترف العديد من القضاة بأنه لا يجوز تفسير الدستور بمعزل عن الفهم السائد لدى معظم الدول الديمقراطية الأخرى بشأن المسألة التي يتعين تفسيرها. بل على العكس من ذلك، فإن تفسير الدستور يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار تلك المعارف التي تم تحديدها في تجربة الدول الديمقراطية.[٢]

لاحظ القاضي Breyerأن تجربة المحاكم الأخرى قد "تلقي ضوءً تجريبيًا على عواقب الحلول المختلفة لمشكلة قانونية مشتركة".[٣]

Harvard Journalof Law & Public Policy. 653 (2009),p.661.available at: https://scholarship.law.vanderbilt.edu/faculty-publications/937.

(1) John O. McGinnis, Foreign to Our Constitution, 100 NW. U. L. REV. 303, 329 (2006),available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=790945

(2) Jānis Pleps, Foreign precedents in the case-law of the Latvian Constitutional Court, EUROPEAN JOURNAL OF PUBLIC MATTERS No. 1/2017, p. 23.

(3) Printz v. U.S., 521 U.S. 898, 977 (1997) (Breyer, J., dissenting).

وهكذا، يلاحظ Breyer، "أن نظرة المحاكم الأجنبية في بعض المسائل متشابهة تماما. وقد رأت كل محكمة أو افترضت أن تلك المعايير تسمح بتطبيق عقوبة الإعدام نفسها. وبالتالي يري أن وجهات نظرهم مفيدة حتى وإن لم تكن ملزمة."(١)

ووصف Ackermann القاضي بالمحكمة الدستورية في جنوب افريقيا الغرض من اللجوء للأحكام الأجنبية أنه بمثابة " بحث عن المعلومات أو التوجيه أو التوضيح أو حتي التنوير enlightenment وهو الأمر الذي يجعل القاضي منفتحا على الأفكار الجديدة (٢)، ونفس النهج يدعمه القاضي الأمريكي Bryerبقوله " أود أن أقول إنني أفهم أن القاضي لا يستطيع قراءة كل شيء. ولكن إذا وجد المحامون قضية أجنبية مثيرة للاهتمام ومفيدة، وإذا أشاروا إلى هذه القضية، فمن المرجح أن يقرأها القضاة ويستخدمونها كغذاء للفكر، وليس كسابقة ملزمة. أعتقد أن هذا جيد.(٣)

وكما يعبر Cheryl Saunders عن دعم هذا النهج أيضا بقوله أن النهج القضائي المقارن يمكن أن يمنح القضاة نظرة ثاقبة لأحكامهم ويساعدهم على القضاء على التفضيلات الشخصية(٤).

كما عبر القضاة الانجليز عن وجهة نظر مماثلة في هذا الخصوص من ذلك ما ذكرته القاضية Ardenعند سؤالها عن فائدة الاستعانة بالأحكام الأجنبية مما يجعلها أكثر فائدة من غيرها من المصادر المقنعة الأخرى أجابت بقولها " هناك فرق كبير بين الحكم والمقال والذي لا يتعلق بقضية محددة، ويظهر هذا الفرق في أن القرار أو الحكم يتم استخدامه لتغيير حقوق الأفراد وبالتالي فله تأثير واضح وقد اختبر في النار tested in the fire عن طريق الاستخدام الفعلي(٥).

---

(1) Knight v. Florida, 528 U.S. 990 (1999) (Breyer, J., dissenting).

(2) Laurie H Ackermann, 'Constitutional Comparativism in South Africa: A Response to Sir Basil Markesinis and Jörg Fedtke' (2005) 80 Tulane Law Review 169, 183.

(3) Norman Dorsen, 'A conversation between U.S. Supreme Court justices' (2005) 3(3) International Journal of Constitutional Law 524.

(4) Cheryl Saunders, 'Comparative Constitutional Law in the Courts: Is There a Problem?' in Jane Holder and Colm O'Cinneide (eds), Current Legal Problems (Vol 59, Oxford University Press 2006).

(5) Interview with The Rt. Hon. Lady Justice Arden, Lord Justice of Appeal (Royal Courts of Justice, London, 7 December 2011), Cited in,

(ISSN : 2537 - 0758)

وقد عبر عن ذلك أيضا القاضي Manceبالمحكمة العليا الانجليزية بقوله " إن الفقه الأجنبي يمنحك رؤي ويساعد على ضمان أنك فكرت في كل شيء وكل الجوانب المحتملة للمشكلة "[١]، وهو نفس النهج الذي اتبعه القاضي Collinsبذات المحكمة والذي يعد أكثر القضاة حماسا في استخدام الأحكام الأجنبية في القضايا المعروضة عليه وذلك بقوله " من المفيد فقط أن أرى، في صياغة استنتاجاتي، كيف فعل الآخرون ذلك وما إذا **كان** هناك أي شيء يمكن التعلم منه. ليس فقط حيث توجد فجوات... لأنه من الناحية النظرية لا توجد فجوات أبدا، وهذا الأمر سيساعدك لترى فقط ما النتيجة التي توصلوا إليها.[٢]

ويري القاضي Kennedy أن استخدام القانون الأجنبي هو جزء أساسي من القيادة الأخلاقية الأمريكية في العالم لأنه يمكن أن يساعد في التعبير عن "مفهوم موحد لما تعنيه الكرامة الإنسانية". [٣]وتعتقد القاضية Ginsburg أنه ينطوي فقط على "المشاركة مع الآخرين والتعلم منهم".[٤]

وفي ندوة عقدتها جامعة أوهايو الأمريكية استضافت خلالها القاضية الأمريكية Ginsburgبالمحكمة العليا الأمريكية تم توجيه سؤال إليها حول الاستشهادات الأجنبية فأجابت "أنا بصراحة لا أفهم كل الضجة التي صدرت مؤخرًا من الكونجرس وحتى من

Hélène Tyrrell, The Use of Foreign Jurisprudence in Human Rights Cases before the UK Supreme Court,2014, p.213.

(1) Interview with The Rt. Hon. Lord Mance, Justice of the United Kingdom Supreme Court (The Supreme Court, London, 6 December 2011), Cited in, Hélène Tyrrell,Ibid, p.214.

(2) Interview with The Rt. Hon. Lord Collins of Mapesbury, retired Justice of the United Kingdom Supreme Court (The Supreme Court, London, 22 May 2012, Cited in, Hélène Tyrrell,Ibid, p.214.

(3) Jeffrey Toobin, Swing Shift, NEW YORKER, Sept. 12, 2005, at 50., Cited in, Ganesh Sitaraman,Ibid, p. 655.

(4) Ruth Bader Ginsburg, Assoc. Justice, U.S. Supreme Court, Remarks at the 99th Annual Meeting of the American Society of International Law: "A decent Respect to the Opinions of [Human]kind": The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication (Apr. 1, 2005), available at http://www.asil.org/ events/AM05/ginsburgO5O4Ol.html.

بعض زملائي حول الإشارة إلى القانون الأجنبي" وأوضحت رأيها قائلة " جارتنا في الشمال، كندا... هي محكمة عليا مثيرة للاهتمام للغاية. ربما يتم الاستشهاد بها على نطاق أوسع في الخارج من المحكمة العليا في الولايات المتحدة، أعتقد لسبب واحد: لن يتم الاستماع إليك إذا لم تستمع للآخرين"، وأوضحت أنها سئلت من جانب قانونيين بالخارج هذا السؤال " نحن في بلدنا نستلهم نموذج المحكمة العليا في الولايات المتحدة. ونحن نشير إلى قراراتكم. لكن المحكمة العليا لا تشير أبدًا إلى قراراتنا. أليس لدينا ما نساهم به؟"(١)

واستكملت حديثها خلال الندوة قائلة " ولكن هناك العديد من الأنظمة التي يتم التعامل معها نحن نتقاسم القيم المشتركة، وتنظر قضايا مماثلة. لماذا لا ننظر إلى حكم القاضي القادم من الخارج بنفس السهولة التي نقرأ بها مقالة قانونية كتبها أستاذ جامعي ؟(٢)

وتؤكد REBECCA LEFLER أهمية قرارات المحاكم الأجنبية وتستخدمها لتكملة وتحسين عملية صنع القرار القانوني الخاصة بها. وتعبر عن ذلك بقولها " بما أن التكنولوجيا تجعل نشر المعلومات أكثر كفاءة على نحو متزايد، فإن المحاكم في جميع أنحاء العالم، من خلال أحكامها وآرائها، تنخرط في خطاب حول القضايا القانونية المهمة".(٣)

وقد ناقشت Claire L'Heureux-Dubé هذه الظاهرة المتعلقة بالاستشهاد بأحكام المحاكم الأجنبية وعبرت عن ذلك بقولها: إن تطور فقه حقوق الإنسان، على وجه الخصوص، أصبح يتحول بشكل متزايد إلى حوار. يتطلع القضاة إلى مجموعة واسعة من المصادر في قانون حقوق الإنسان عندما يقررون كيفية تفسير دساتيرهم والتعامل

---

(1) Stephen Yeazell, Ibid" p. 59-60.
(2) Ibid, p. 73
(3) REBECCA LEFLER, A COMPARISON OF COMPARISON: USE OF FOREIGN CASE LAW AS PERSUASIVE AUTHORITY BY THE UNITED STATES SUPREME COURT, THE SUPREME COURT OF CANADA, AND THE HIGH COURT OF AUSTRALIA, Southern California Interdisciplinary Law Journal [Vol. 11:165,2001 , p.168 , available at: https://gould.usc.edu/why/students/orgs/ilj/assets/docs/11%20Lefler.pdf

(ISSN : 2537 - 0758)

مع المشكلات الجديدة. وإلى حد أكبر وأكبر، فإنهم يقرؤون ويناقشون فقه بعضهم البعض بشكل متبادل.[١]

ويري جانب أن استخدام القانون المقارن يستخدم للتأثير على المشرع بشأن وجود حلول أكثر ملاءمة في الخارج، وبالتالي فإن مسألة الاستعانة بالأحكام الدستورية الأجنبية يكون من شأنه تنبيه المشرع إلى ضرورة التدخل من جانبه من أجل لتطويع القانون الوضعي الذي مر عليه فترة زمنية طويلة أو غير فعال. فقد استلهم المجلس الدستوري على سبيل المثال جودة التشريع من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.[٢]

ويمكن القول من وجهة نظري إن استخدام أحكام القضاء الدستوري الأجنبي تتعلق بمسألة التمييز بين التأثير الذي يمكن أن تحدثه القراءة البسيطة والاستخدام الإيجابي لهذه القراءة. وهو فرق بين ما يقرأه القاضي وما يقوله القاضي.

وبمطالعة الآراء الفقهية والقضائية في هذه المسألة نجد أن الكل يجمع إن السوابق القضائية الأجنبية ليس لها وزن قانوني والاستحضار لها ليس له سوى طابع غير رسمي بالنسبة للقاضي الذي ينظر فيه، وبالتالي يمكن القول بأنها ذات طبيعة اختيارية غير رسمية.

وترتيبا على ما تقدم ليس هناك أي التزام على القاضي الدستوري بالنظر في السوابق القضائية الدستورية الأجنبية، ولا يتمتع القاضي الوطني بترخيص أو تفويض دستوري لاستخدام القانون المقارن، ويظل القضاة أحرارا في استخدام أو عدم استخدام القانون المقارن الذي اتصل علمهم به، وفي الحقيقة يوجد فارق بين فهم القانون المقارن وبين استخدامه.

وتأكيدا على ذلك نجد رئيس المحكمة الدستورية في جنوب افريقيا وقضاتها –وهم من أشد المؤيدين للاستعانة بالقانون الأجنبي والأحكام الأجنبية في أحكامهم – يؤكدون على أن مسألة الاستعانة بهذه الحجج ليست سوي مجرد سلطة مقنعة persuasive

(1) Claire L'Heureux-Dubé, The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court,Ibid.

(2) B. RAVAZ, « Le recours au droit comparé comme moyen pour le juge de suggérer une évolution legislative? Cité par, Josselin Rio, Le Conseil constitutionnel et l'argument de droit comparé, op.cit., p.65

authority، وفي هذا الخصوص يقول القاضي Chaskalson في قضية Makwanyane الشهيرة بخصوص دستورية عقوبة الإعدام حيث كتب " إننا نستمد المساعدة من القانون الدولي العام والسوابق القضائية الأجنبية ولكننا لسنا مطالبين باتباعها بأي حال من الأحوال ".(١)

وفي نفس الاتجاه لم يتم اتباع النتائج التي توصلت إليها المحاكم الأمريكية من جانب المحاكم الكندية في بعض الحالات والتي من بينها قضية In Lavigne v Ontario Public Service Employees Union والتي ذكر من خلالها القاضي Wilson أن المحكمة الكندية تستفيد بلا شك من المحاكم الأمريكية وغيرها في القضايا الدستورية إلا أنها في ذات الوقت غير ملزمة بما انتهت إليه هذه المحاكم وهذا يرجع إلى الخصائص المميزة للتقاليد الثقافية والتاريخية والاجتماعية والسياسية الكندية.(٢)

وفي هذا الخصوص أيضا يقول القاضي Albie Sachs من المحكمة الدستورية لجنوب أفريقيا: "إنني أهتم بتصريحات بعض قضاة المحكمة العليا في الولايات المتحدة... ليس لأنني أتعامل مع قراراتهم باعتبارها سوابق يجب تطبيقها في محاكمنا، ولكن لأنها توضح بشكل أنيق ومفيد المشكلات التي تواجه أي محكمة حديثة. وعلى الرغم من أنها مستمدة من ثقافة قانونية أخرى، إلا أنها تعبر عن القيم والمعضلات بطريقة أجدها ذات قيمة في توضيح معنى نصنا الدستوري".(٣)

وبناء على ذلك، قضت المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا مرارا وتكرارا بأنه "لا يوجد أثر ملزم للمحكمة الدستورية الاتحادية نفسها" وحددت أنه "يجوز للمحكمة أن تتخلى عن آرائها القانونية التي تم التعبير عنها في قرار سابق، حتى إلى الحد الذي كانت فيه أساسية بالنسبة للمحكمة الدستورية الاتحادية نفسها في ذلك الوقت'.(٤)

---

(1) S v. Makwanyane (1995) 3 SA 391 (CC) 39.
(2) Lavigne v Ontario Public Service Employees Union [1991] 2 SCR 211.
(3) S. v. Lawrence, S. v. Negal; S. v. Solberg (CCT38/96, CCT39/96, CCT40/96) 1997 (4) S.A.L.R. 1176, 1223 (C.C.) (Sachs, J.), § 141.
(4) BVerfGE 4, 31 (38); See also BVerfGE 20, 56 (87)—Party Financing I; 77, 84 (104)—Temporary Employment; 82, 198 (205); 104, 151 (197)—NATO Strategy.

(ISSN : 2537 - 0758)

ولقد عبر عن ذلك أيضا القاضيAckermann من المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا بقوله:

قد يسعى المرء للحصول على معلومات، أو توجيه، أو تحفيز، أو توضيح، أو حتى تنوير، ولكن ليست المحكمة ملزمة أبدًا بقراره. ولا يفعل المرء أكثر من إبقاء العقل القضائي منفتحًا على الأفكار والمشاكل والحجج والحلول الجديدة.[١]

ومن وجهة نظر أخري مختلفة تماما عن ما سبق يذهب البعض إلى القول بأن عملية الاستشهاد بالقانون المقارن والأحكام الأجنبية نوع من " مجاملة الأمم" Comity of nations، وهو مصطلح قديم وغامض ومحبوب من قبل الدبلوماسيين والمحامين الدوليين، كان يشير تقليديا إلى الاحترام المتبادل الذي تمنحه دولة ما لدولة أخرى اعترافا بسيادتها المتبادلة. على سبيل المثال، تعترف دولة ما بقوانين دولة أخرى أو أحكامها القضائية على أساس المجاملة.[٢]

ومن خلال العرض السابق نجد أن هناك مجموعة من المزايا يحققها استشهاد القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن والمواد المقارنة نتناولها من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: تقديم حل للمشاكل المشتركة أو المماثلة.

المطلب الثاني: تعزيز سيادة الدولة.

المطلب الثالث: تماسك الأحكام وجودتها ودعم الشفافية في إصدارها.

المطلب الأول

تقديم حل للمشاكل المشتركة أو المماثلة

يري القاضي Breyer أن القانون الأجنبي يسلط "الضوء التجريبي" على المشاكل المشتركة.[٣] كما أشار إلى أن القضاة في جميع البلدان يواجهون "نفس أنواع المشاكل... مسلحين بنفس أنواع الأدوات القانونية".[١]

---

(1) Ackermann 2006 SALJ 507.
(2)Anne-Marie Slaughter, A New World Order,Ibid, p. 190.
(3). Printz v. United States, 521 U.S. 898, 977 (1997) (Breyer, J., dissenting).

ويري أنه ربما واجهت الولايات القضائية الأجنبية مشاكل مماثلة، وبالتالي قد توفر تحليلاً أو تفكيرًا ثاقبًا. وينبغي للقضاة النظر في مثل هذا التحليل.[٢] بالإضافة إلى ذلك، إذا توصلت العديد من الولايات القضائية إلى نفس الإجابة، فهناك فرصة أفضل لأن يكون النهج "صحيحًا". وهو الأمر الذي عبر عنه بعض الفقه بالقول " رأسان أفضل من رأس واحد "two heads are better than one."[٣]

وبالنسبة لمؤيدي الحوار، فإن الإشارة إلى التجارب الأجنبية أمر منطقي. ويقول القاضي Breyer في هذا الخصوص: "إذا كان هناك إنسان يسمى قاضيا في بلد آخر يواجه مشكلة مماثلة، فلماذا لا أقرأ ما يقوله إذا كان هناك ما يكفي من التشابه؟ ربما سأتعلم شيئا[٤]، يتيح لنا الانفتاح على الحوار الاستفادة من تجربة القضاة الآخرين الذين، من خلال قراراتهم السابقة، يوضحون بشكل ملموس تطبيق الحل على قضية صعبة وعواقبها المحتملة. ومن غير المنطقي أن نتجاهل في هذا الأمر "مجموعة من النتائج التي ساهم فيها آخرون على مدى سنوات.[٥]

ومن ثم يُنظر إلى القرارات الأجنبية باعتبارها صندوق أدوات يمكن الاستفادة منه. يقارن Jeremy Waldron ذلك بالمعرفة المتراكمة في العلوم الدقيقة التي يعتمد عليها

---

(1) Roger P. Alford, Misusing International Sources to Interpret the Constitution,Ibid at 57 (quoting Stephen Breyer, Assoc. Justice, U.S. Supreme Court, Rflexions Relatives au Principe de Fraternit6, Address to the 30th Congress of the Association of French-Speaking Constitutional Courts (June 20, 2003), available at http://www.supremecourtus.gov/publinfo/speeches/sp-06-2003.html).

(2) Roger P. Alford, Misusing International Sources to Interpret the Constitution,Ibid, p. 57., Vicki C. Jackson, Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement, 119 HARV. L. REV. 109 (2005); at 116., Cited in , Ganesh Sitaraman, Ibid, p. 663.

(3) Rosalind Dixon, A Democratic Theory of Constitutional Comparison, 56 AM. J. COMP. L. 947 (2008).

(٤) نص المحادثة بين القاضيين Stephen Breyer وAntonin Scalia في الجامعة الأمريكية، كلية الحقوق بواشنطن، ١٣ يناير ٢٠٠٥، متاح على الرابط التالي: www.freerepublic.com/focus/fnews/1352357/posts

(5) Jeremy Waldron, 'Foreign Law and the Modern Ius Gentium' (2005) 119 Harvard Law Review 129, 140.

(ISSN : 2537 - 0758)

العلماء. هذه "الحكمة المتراكمة" « sagesse accumulée »حول الحقوق والعدالة من خلال القرارات المتعلقة بالمشاكل الحقيقية والمشتركة تعمل كأداة لحل المشكلات لا ينبغي استبعادها.[١] وأوضح كما ذكر القاضي Breyer سابقا أنه من غير المنطقي أن نتجاهل الأمر "مجموعة من النتائج التي ساهم فيها آخرون على مدى سنوات".[٢]

ويري الجانب المؤيد لاستعانة القاضي الدستوري بأحكام القضاء المقارن أنه غالبًا ما تواجه المحاكم قضايا مماثلة (مثل خطاب الكراهية، والحق في الخصوصية، ومكافحة الإرهاب). وبقدر ما توجد أوجه التشابه هذه، يصبح القضاء والقانون المقارن أداة مهمة يمكن للقضاة من خلالها أداء دورهم في الديمقراطية.

كما يري البعض بالنسبة لهؤلاء القضاة، فإن النظر إلى الخارج يساعدهم ببساطة على القيام بعمل أفضل في الوطن، بمعنى أنهم يستطيعون التعامل مع مشكلة معينة بشكل أكثر إبداعًا أو ببصيرة أكبر لأنها تعلمهم شيئًا لم يعرفوه أو تساعدهم على رؤية القضية في ضوء مختلف وأكثر سهولة.[٣]

وبالتالي فإن استخدام السوابق القضائية للاستدلال المقنع يشير إلى أن الدول المختلفة قد تواجه مواقف مماثلة، وبالتالي فإن تحليل أحد القضاة للموقف قد يكون مفيدًا لقاض آخر في مكان آخر وهو ما يطلق عليه البعض مصطلح القواعد الموازية " parallel rules".[٤]

---

(1) Jeremy Waldron, « Foreign law and the modern ius gentium », Harvard L. Rev., vol. 119, 2005-2006, p. 129-147, Cité par, Julie Allard&Laura Van den Eynde, Ibid, p.291.

(٢) ومع ذلك، فقدت نظرية «العقول المتعددة» many minds زخمها وكثيرًا ما تتعرض للانتقاد لكونها منمقة أو تم تناولها على مستوى عالٍ من التجريد.
See:Adrian Vermeule, 'Many-Minds Arguments in Legal Theory' (2008) Harvard Public Law Working Paper No. 08-02 http://ssrn.com/abstract=1087017

(3) United States v. Then, 56 E3d 464,468-69 (2d Cir. 1995) (Calabresi, J., concurring),Cited in , Anne-Marie Slaughter , A Global Community of Courts,Ibid, p. 201.

(4) Harold Hongju Koh, International Law as Part of Our Law, 98 AM. J. INT'L L. 43 (2004), available at: https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-

ويتضمن الاستدلال المقنع أن يأخذ القاضي في الاعتبار حجة أو منطق القرار الأجنبي ويستخدم تلك الحجة في قراره، وعلى حد تعبير Ganesh Sitaramanإن القضية الأجنبية ليست موثوقة، ولكنها تقدم فقط مثالاً لشخص ذكي يفكر في مشكلة قانونية – ربما أشبه بمقال أكاديمي يسعى إلى تحليل مشكلة واقتراح إجابة. وبعبارة أخرى، فإن جوهر التعليل، وليس هوية المصدر، هو الذي يوفر سبب تبني الحجة.(١)

ولقد عبر Dikgang Moseneke القاضي بالمحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا عن هذا الأمر بقوله " يجب بالتأكيد أن يكون من المفيد النظر إلى ما تقوله السلطات القضائية الأخرى [...]" (٢)، كما أوضحتKate O'Regan القاضية بالمحكمة الدستورية ذاتها نفس الأمر بقولها سيبدو من غير الملائم اعتبار أنه لا يمكن استخلاص أي توجيه، سواء كان إيجابيا أو سلبيا، من أنظمة قانونية أخرى تتصارع مع قضايا مماثلة لتلك التي نحن الآن بصددها"(٣).

وقد اعترف القاضي Langaبالمحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا أيضًا بفائدة السوابق القضائية الأجنبية في غياب الحلول في التعامل مع مسألة ما إذا كان ارتداء Sunali "حلق الأنف" ينبغي حمايته أم لا بموجب الدستور وقانون المساواة.(٤)

ولتطوير الفقه القانوني فيما يتعلق بهذه المسألة، كان يُعتقد أن استخدام السوابق القضائية الأجنبية له قيمة لأنه كما أقر القاضي Langa، "لم تُطرح هذه المسألة بعد

---

international-law/article/abs/international-law-as-part-of-our-law/E7FCAE41AB34F105890C3C7EC5A62462

(1) Ganesh Sitaraman,Ibid, p.675.

(2) Interview with Dikgang Moseneke, Deputy Chief Justice, Constitutional Court of S. Aft., in Johannesburg, S. Aft. (Mar. 5, 2007),Cited in , Ursula Bentele, Mining for Gold: The Constitutional Court of South Africa's Experience with Comparative Constitutional Law ,Volume 37,Number 2,p. 222.

(3) Julie Allard& Laura Van den Eynde ,op.cit.,p. 291.

(4) C Rautenbach, he South African Constitutional Court's use of foreign precedent in matters of religion: Without fear or favour? PER / PELJ 2015(18)5, p. 1546.

(ISSN : 2537 - 0758)

أمام محاكم جنوب أفريقيا[١]، ولذلك كان من المهم الإشارة إلى القيم المشتركة للولايات القضائية الأخرى، مثل كندا، حيث أكدت المحكمة العليا أيضًا ضرورة حماية الممارسات الدينية التطوعية.[٢]

كما تمت إعادة النظر في القضايا الأجنبية مرة أخرى عندما قام القاضي Langa بتقييم تطبيق "الترتيبات التيسيرية المعقولة" للتنوع "reasonable accommodation" of diversity، وهي مسؤولية تقع بقوة على عاتق مجتمع جنوب إفريقيا: "لذلك يجب على مجتمعنا الذي يقدر الكرامة والمساواة والحرية أن يطلب من الناس التصرف بشكل إيجابي لاستيعاب التنوع."[٣]

ويعد هذا النهج الذي يستخدمه القاضي Langa في التعامل مع القانون الأجنبي يتماشى مع ما قاله Ackermann عن خبرته الخاصة بقوله [٤]:

"وكثيراً ما ساعدني اللجوء إلى القانون الأجنبي (على الأقل) في تحديد المشكلة الصحيحة، أو تحديدها على النحو الصحيح، وأنا في حيرة من أمري في رؤية الخطر الذي قد يكمن هنا. ففي نهاية المطاف، هناك عدد قليل من المشاكل الإنسانية والمجتمعية التي ليست في جوهرها عالمية. ومن المفيد أيضًا أن نرى كيف قامت المحاكم الأجنبية بحل المشكلة، وما هي المنهجية التي تم استخدامها لتحقيق هذه الغاية، وما هي الاعتبارات المتنافسة، وما إذا تم تحديد أي مخاطر محتملة في هذه العملية".

ولقد قال بذلك القاضي Barak والذي يعتبر من أبرز المدافعين عن استخدام السوابق الأجنبية في الأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري بقوله " إن القانون المقارن يخدمني كالمرآة فهو يسمح لي بمراقبة نفسي وفهم نفسي بشكل أفضل ".[١]

---

(1) MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others v Pillay (CCT 51/06) [2007] ZACC 21; 2007 (3) BCLR 287 (CC); 2007 (2) SA 106 (CC); (2007) 28 ILJ 133 (CC) (5 October 2007) para 61.

(2) Ibid, para 65.

(3) Ibid, para 75.

يقصد بمصطلح الترتيبات التيسيرية المعقولة مراعاة الآثار العملية للتنوع الثقافي في تصميم وتنفيذ السياسات والبرامج والممارسات التنظيمية. ويتعلق الأمر بإجراء التعديلات وتوفير معاملة خاصة ومرافق لضمان إدماج السود والأقليات العرقية.
https://www.lawinsider.com/dictionary/reasonable-accommodation-of-diversity

(4) Ackermann 2006 SALJ 508.

ويري المؤيدون أيضا أن هذه الاستشهادات التبادلية لها ما يبرها وتشكل جوهر مشترك للأنظمة القانونية، وقد يقتصر هذا الأمر على نفس البلدان التي تنتمي إلى العائلة القانونية وقد يشمل بلدان أخري ، وفي خطاب للقاضي Breyer لاحظ أن هناك تشابهات تعكس شمولية أخلاقية moral universalis[٢]، كما يشير الواقع إلى أن العديد من الأنظمة القانونية الحديثة إن لم يكن جميعها متقاربة وتشهد تاريخ طويل من الاستعارات القانونية judicial borrowings.[٣]

حجة أخري هي أن العولمة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أدت إلى تحول ولا يمكن للقضاة أن يتجاهلوا خشية أن يصبح نظامهم القانوني "متخلفًا قانونيًا" legal backwater.[٤]

كما تقدم هذه الأحكام فهما أكثر للأنظمة المقارنة وهناك احتمال أن تكون محكمة أجنبية قد قررت في قضية حالة مماثلة في الماضي. يمكن للمحاكم أن تستورد التقاليد التي تفتقر إليها أنظمتهم الخاصة والتي يمكن للقضاة بعد ذلك بناء فقه خاص بها مع مرور الوقت[٥]. حتى لو كان السياق (الأحكام الدستورية أو القانونية أو الحقائق) مختلفة، فإن دراسة هذه القرارات قد تساعد في التعرف عليها "أفضل الممارسات"[٦].

---

(1) A. Barak, The Judge in a Democracy, Princeton, Princeton University Press, 2006, p. 201.

(2) Lisa Sofio, Recent Developments in the Debate Concerning the Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation, 30 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 131, 143 (2006).

(3) Austen L. Parrish, Storm in a Teacup: The U.S. Supreme Court's Use of Foreign Law, 2007 U. ILL. L. REV. 637،668.

(4) Daniel J. Frank, Interpretation Revisited: The Effects of a Delicate Supreme Court Balance on the Inclusion of Foreign law in American Jurisprudence, 92 IOWA L. REV. 1037, 1069 (2007).

(5) Vlad Perju, Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations, Ibid, p. 1318.

(6) Vicki C. Jackson, Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law, (2010) 28 PennState International Law Review, p. 321.

(ISSN : 2537 - 0758)

وفي هذا الخصوص أشار Sujit Choudhryإلى أن المصادر الأجنبية تم تحليلها "ليس بهدف أساسي هو فهم كل تفاصيلها بدقة تامة"، ولكن بهدف لانتزاع منهم ما من شأنه أن يساعد على فهم أفضل للمسألة أمام المحكمة[١].

كما يذهب البعض إلى القول بأن الحلول التي تم اختبارها بالفعل في أنظمة أخرى يمكن أن يكون توفير التكاليف وحتى توفير الوقت[٢].على الرغم من أن عملية المقارنة مكلفة وتستغرق وقتا طويلا.[٣]

وفي الولايات المتحدة الأمريكية أكد ثلاثة من قضاة المحكمة العليا وعدد من قضاة محاكم الاستئناف ومحاكم الولايات البارزين على أهمية الاعتماد على القرارات الأجنبية. قادت القاضية Sandra Day O'Connor الطريق، حيث حثت المحامين الأمريكيين من جميع أنحاء البلاد على إيلاء المزيد من الاهتمام للقانون الأجنبي[٤].

وبعد تبادل وجهات النظر لمدة يوم كامل مع أعضاء محكمة العدل الأوروبية وجلسة استماع، أشار كلا من O'Connor، Breyer إلى استعدادهما للتشاور مع قرارات محكمة العدل الأوروبية "وربما استخدامها والاستشهاد بها في قرارات مستقبلية". وفي هذا الخصوص صرحت القاضية بشأن حاجة القضاة الأمريكيين إلى النظر خارج نطاق ولاياتهم القضائية إلى القانون الأجنبي والدولي، وفي المؤتمر الحادي والأربعين للاتحاد الدولي للمحامين في سبتمبر ١٩٩٧، أعربت عن أسفها لحقيقة أن المحامين والقضاة في أمريكا وأماكن أخرى يميلون إلى نسيان وجود أنظمة قانونية أخرى.[٥]

---

(1) Sujit Choudhry, The Lochner Era and Comparative Constitutionalism, Volume 2, Number 1, 2004, p.52.
(2) Vlad Perju, Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations, Ibid, p.1318.
(3) Osmar J. Benvenuto, Reevaluating the Debate Surrounding the Supreme Court's Use of Foreign Precedent, 38 FORDHAM L. REV. 2596, 2726 (2006).
(4) Sandra Day O'Connor, Broadening Our Horizons: Why American Lawyers Must Learn About Foreign Law, 45-SEP FED. LAw. 20 (1998.)
(5) Ibid.

كما أشارت القاضية الأمريكية Ginsburg إلى تجربة الهند مع العمل الإيجابي، بما في ذلك قرار المحكمة العليا في الهند بفرض حد أقصى لعدد المناصب التي يمكن حجزها للطبقات المهمشة وتري من جانبها أن هذه المبادرات التي تبنتها الهند أقدم وأوسع نطاقا من المبادرات التي شهدتها الولايات المتحدة. وتشير إلى أنه "في مجال حقوق الإنسان، فإن الخبرة في دولة أو منطقة ما قد تلهم أو تطلع دولًا أو مناطق أخرى".(١)

وفي نفس الخصوص يقول Waldron لا نعتقد أن العلماء يجب أن يقتصروا على استخدام المعرفة العلمية من المصادر المحلية فقط، فلماذا يتعين على القضاة أن يفعلوا ذلك؟ وكما ينبغي للعلماء أن يكونوا قادرين على استخدام النتائج العلمية والمعلومات المستمدة من التجارب، بغض النظر عن مصدرها، فلابد من السماح للقضاة بالاعتماد على المعرفة القانونية من جميع أنحاء العالم لتعزيز قراراتهم.(٢)

وربما يكون القضاة الأجانب قادرين على تقديم رؤى ربما فاتتها أعظم العقول القانونية لدينا أو على الأقل ستساعدهم على إدراك أنهم سليمون في الآراء التي توصلوا إليها، من خلال التعامل مع السوابق القضائية. المنطق الذي يختلف عن منطقهم.

وفي رأيي الشخصي إن السماح للقضاة بالقدرة على الرجوع إلى القانون الأجنبي إذا شعروا أنه قد يقدم نظرة ثاقبة للقضية الحالية لا يبدو لي أنه يمثل مشكلة. وكما أن القضاة غير ملزمين بمقتنيات القضايا الأجنبية، فمن المؤكد أنهم غير ملزمين بهذه الإملاءات.

وبالتالي فإن استخدام القانون المقارن في القضاء الدستوري ليس غاية في حد ذاتها هذه الأهداف غالبا ما تكون غير واضحة يمكن التعرف عليها لأنها تظل مخفية أو مدمجة مع بعضها البعض.

---

(1) Ruth Bader Ginsburg, Affirmative Action as an International Human Rights Dialogue: Considered Opinion, December 1, 2000 , available at: https://www.brookings.edu/articles/affirmative-action-as-an-international-human-rights-dialogue-considered-opinion/

(2) Jeremy Waldron, Ibid.

(ISSN : 2537 - 0758)

المطلب الثاني
تعزيز سيادة الدولة

لقد أوضح القاضي Breyer شكلاً مختلفًا من هذه الحجة عندما حث المحكمة العليا في الولايات المتحدة على النظر إلى محاكم أخرى لأنه " لسنوات عديدة كان الناس في جميع أنحاء العالم يستشهدون بالمحكمة العليا، فلماذا لا نستشهد بها من حين لآخر؟ سوف يذهبون بعد ذلك إلى بعض مشرعيهم وغيرهم ويقولون: "انظروا، المحكمة العليا في الولايات المتحدة تستشهد بنا". وهذا قد يمنحهم فرصة للتقدم".(١)

ببساطة، كان القاضيBreyer يحث على النظر إلى القانون الأجنبي ليس على أسس قانونية، بل على أنه "رد الجميل" "return a favor"، وعدم غض الطرف عن الإشارات العديدة إلى السوابق القضائية للمحكمة العليا الأمريكية من قبل جهات أخرى.

وهذا الدافع للاستشهاد بالقانون الأجنبي "لتعزيز المراجعة القضائية في الديمقراطيات الانتقالية" هو في أحسن الأحوال، دافع أبوي، ويجادل بشكل أساسي بأن المحكمة يمكن أن "تتنازل" "condescend" إلى مستوى المحاكم الأخرى في محاولة لمنحها نوعًا من الدعم الفقهيjurisprudential boost .

وفي رأيي الشخصي هذا الافتراض إلى أن منطق "منح الآخرين دفعة" للإشارة إلى القانون الأجنبي قد يولد ردود فعل عكسية من المحاكم الأخرى ويؤدي إلى ترسيخ العزلة القضائية بشكل واضح. كما أن مسألة التلويح بأننا " مختلفون " للابتعاد عن الاستعانة بالقضايا الأجنبية هو أمر لا معني له.

وقد ذكرت القاضية Sandra O'Connor بالفعل صيغة مختلفة لهذا الرأي عندما لاحظت أن استخدام المحكمة للسوابق الأجنبية من شأنه أن يعزز "قدرة الولايات المتحدة على العمل كنموذج لسيادة القانون للدول الأخرى".(٢)

يقلب هذا الخط من الحجج انتقادات السيادة التي ناقشتها سابقًا من خلال القول بشكل أساسي بأن الإشارات إلى القانون الأجنبي من قبل قضاة المحكمة العليا الأمريكية يمكن

(1) Sujit Choudhry, Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law in The Migration of Constitutional Ideas,Ibid, pp. 9-10

(2) Posner, E. & Sunstein, C. (2006). "The Law of Other States", Stanford Law Review, Vol. 59, No. 1, p. 140, fn. 43. Justice O'Connor's speech is also quoted in Sujit Choudry (2006). p. 10.

أن تساهم في تعزيز نفوذ الولايات المتحدة في الخارج – وهو ما يعكس بشكل أساسي موضوع التأثير في الصياغة الأصلية لانتقاد السيادة من كونها الولايات المتحدة بالنسبة لدول أخرى.

ولعل أهم ما يردده أنصار الجانب المؤيد للاستشهادات الأجنبية في ردهم على ما يثار حول تأثير ذلك على سيادة الدولة أن عملية الاستشهاد بالأحكام الأجنبية غير ملزمة بالنسبة للمحكمة، وذلك لأن هذه الاستشهادات ستكون في الأساس بلاغية،[١]ويجوز أن يقال ذلك أيضًا الاستشهادات المتقاطعة لها (فقط) "قيمة إعلامية" لتوصيل فكرة جيدة عنها الطريقة التي تعامل بها الآخرون مع مشكلة معينة[٢].

وهو ما عبر عنه Taavi Annus بقوله أن هذا ما يسمي " الاستخدام الناعم للأحكام القضائية الأجنبية " 'soft use'[٣].

كما أكد البعض الآخر على أن هذا الشكل من الحوار بين القضاة، وهذا التداول، وإمكانية توصيل الحلول يسمح للقضاة الوطنيين بالمشاركة في تطوير سوابق قضائية مرنة مثل القانون غير الملزمsoft law ، القادر على تكييف القواعد الوطنية مع عولمة القضايا القانونية. ويحرر القضاة أنفسهم من السلطة السياسية ويصبحون جهات فاعلة في عولمة القانون.[٤]

ووفقا لوصف آخر يري البعض بأن هذه الإشارات لها وظيفة "زخرفية" أو" جمالية " 'ornamental function.'[٥].

وفي رأينا أنه لا يوجد ما يمنع القاضي من ذلك لأنه غالبًا ما تكون القواعد غير واضحة تمامًا، وبالتالي من الطبيعي أن يقوم القضاة بحل هذه الأمور الغامضة، استخدام أي

(1) John O. McGinnis, Foreign to Our Constitution,Ibid.
(2) Ibid.
(3) Taavi Annus: Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Argument, 14 Duke Journal of Comparative and International Law301 (2004), p. 304 , available at: https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol14/iss2/4/
(4) S. ROBIN-OLIVIER, La référence (non imposée) à d'autres droits par les juges des États membres de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 141. Cité par, Josselin Rio,op.cit.
(5) Drobnig, U.: The Use of Comparative Law by Courts, in The Use of Comparative Law.by Courts 3, 18. (Ulrich Drobnig and Sjef van Erp eds, 1999).

(ISSN : 2537 - 0758)

معلومات ذات صلة ومفيدة، سواء كانت كتابات أكاديمية أو الاستعانة السوابق القضائية الأجنبية، وفي هذا الخصوص يقولJohn Bell أن استلهام الحجة من نظام قانوني أجنبي عادة يضيف بريقًا إلى الحجة المتاحة بالفعل في النظام القانوني المضيف(١).

وفي هذا الخصوص أيضا نتفق مع ما ذهب إليه جانب من الفقه للقول بأن استعمال القانون الدستوري الأجنبي في التفسير لا يعني أن يهيمن على الدستور الوطني. بل يساعد القضاء الدستوري في تفسير وتوضيح معاني الدساتير الوطنية من خلال استفادته من التجارب الدستورية الأخرى في الدول الأخرى وهو ما يساعد على زيادة التواصل مع المحاكم الدستورية على مستوي العالم(٢).

المطلب الثالث

تماسك الأحكام وجودتها ودعم الشفافية في إصدارها

يؤيد هذا الجانب أيضا الاستعانة بالأحكام القضائية الأجنبية من زاوية أنها تؤدي إلى توفير معلومات لتحسين جودة الأحكام. وذلك لأن هذه المحاكم الأجنبية قد يكون لديها المزيد من فرص التعامل مع بعض المشاكل القانونية الصعبة، وبالتالي يكون النظر في خبرتها مفيدا لسد فجوة مؤقتة في القانون الحالي(٣).

فمن ناحية، فإن النظر إلى الأنظمة الأخرى، بل وحتى إلى الثقافات القانونية الأخرى، يسمح لك برؤية قانونك الخاص في ضوء مختلف، وعلى وجه الخصوص، فهم الخصائص الهيكلية لنظامك بشكل أفضل، فضلاً عن مقدماته الفلسفية والثقافية والتاريخية و السياسية(٤).

وكما تلخص Anne–Marie Slaughter، فإن ذلك "يساعد [القضاة] على الأداء بشكل أفضل، بمعنى أنهم يستطيعون التعامل مع مشكلة معينة بشكل أكثر إبداعًا أو ببصيرة أكبر". إن الأحكام الأجنبية مقنعة لأنها تعلمهم شيئًا لم يعرفوه أو تساعدهم على

---

(1) John Bell, The Argumentative Status of Foreign Legal Arguments 8 UTRECHT L. REV. 8, 11 (2012).

(٢) أنظر: د/ عصام سعيد عبد العبيدي، مرجع سابق، ص ٢١٤.

(3) Jacob Foster, The Use of Foreign Case Law in Constitutional Interpretation: Lessons from South-Africa, 45 U.S.F. L. REV. 79.

(4) Botha (H.), « Comparative constitutional law in the classroom: a South African perspective », Penn. State International L. Rev., vol. 28, Issue 3, 2010, p. 531-540.

رؤية المشكلة في ضوء مختلف. وهذا يوفر نطاقًا أوسع من الأفكار التي تسمح بآراء أفضل وأكثر تفكيرًا(١).

وفي وقت مبكر من عام ١٩٨٩، كتبت Mary Ann Glendonأيضًا أن "الحساسية المتزايدة للطرق التي تعاملت بها الدول الأخرى مع المشكلات التي يتصارع معها نظامنا القانوني حاليًا لا يمكن إلا أن تكون مفيدة. حتى لو كانت الأنظمة القانونية التي تم تطويرها في بلدان أخرى نادراً ما يتم تكييفها مع النقل المباشر للحلول، فإنها غالباً ما تعمل على إظهار أن نطاق خياراتنا قد يكون أوسع مما كنا نتصور، وتنبيهنا إلى العيوب المحتملة بالإضافة إلى المزايا المحتملة من أساليب مختلفة. وبالتالي يمكن أن تكون دراسة التجارب الأجنبية أيضًا مصدرًا خصبًا للإلهام والأفكار. وحتى عندما لا يأخذنا ذلك مباشرة "إلى مرحلة جديدة من التفكير"، فإنه يسمح دائمًا تقريبًا بفهم أفضل ومنظور أكثر توازناً لقانوننا.(٢)

ويؤيد هذا الاتجاه أيضا القاضي البولندي Piotr Pszczółkowski في رأيه المعارض الذي ذكر من خلاله: ولا يمكن للمرء أن يغيب عن باله تجربة البلدان الأخرى في دائرتنا الحضارية، ولا سيما التجربة التشريعية والقضائية لبلدان أوروبا الغربية، التي تحاول المحكمة الدستورية باستمرار الاعتماد على إنجازاتها في أحكامها(٣).

وفيما يتعلق بتأييد منطق الاستشهادات بالأحكام الأجنبية يري هذا الجانب أن هذه الاستشهادات تدعم الشفافية بشأن العوامل التي أثرت على حكم القاضي، وبالتالي فإنه لو كان محظورا على القاضي الاستشهاد بالأحكام القضائية الأجنبية سيستمر القضاة في قراءة السوابق القضائية الأجنبية والنظر فيها، لكنهم لا يعترفون بها علنًا.

وفي هذا الخصوص يقولJeremy Waldron أنه يجوز للقضاة الذين يعتمدون على سوابق أجنبية، من خلال عملية تكرارية، التوصل إلى توافق في الآراء، أو نسخة من التوحيد بشأن المبادئ الأساسية أو تفسيرات تلك المبادئ. و كلما زادت درجة الاتفاق، زاد احتمال أن تكون أسس الاتفاق صحيحة أو على الأقل تستحق دراسة جوهرية.(٤)

---

(1) Anne Marie Slaughter, « A global community of courts », Ibid.
(2) Glendon (M. A.), The Transformation of Family Law: State, Law and Family in the United States and Western Europe, University of Chicago Press, 1989, p. 4, Cité par, Julie Allard &Laura Van den Eynde, op.cit., p.293.
(3) CT judgment of 28 May 1997, K 26/96.
(4) Jeremy Waldron,Ibid.

(ISSN : 2537 - 0758)

وعند إلغاء عقوبة الإعدام للأحداث في الولايات المتحدة، استشهدت المحكمة العليا الأمريكية، من خلال القاضي Anthony M. Kennedy، بممارسة فحص "قوانين البلدان الأخرى والأحكام القضائية باعتبارها مفيدة لتفسيرها لحظر التعديل الثامن للدستور الأمريكي لعقوبة الإعدام للأحداث على " العقوبات القاسية وغير العادية"[١]، وهو الأمر الذي علق عليه كلا من Stephanie Zimdahl&Steven Calabresi بأن المحكمة قد سلطت في حكمها الضوء ببراعة على عقود من التفسير الدستوري.

ويري البعض أن شرعية القرارات الخاصة بالمحكمة سترتبط بقدرة القضاة على إبداء أسباب قراراتهم. وفي هذا السياق، فإن الإشارة إلى قرار أجنبي، مستعار من نظام يتمتع بتقليد قانوني عظيم وسمعة لا تشوبها شائبة تسمح للقاضي بأن يبني دوافعه على مبادئ مشتركة بين الديمقراطيات الكبرى..

ولذلك يساهم الحوار في ترسيخ الشرعية العقلانية للأحكام القضائية من خلال "توسيع الأفق"« élargissant l'horizon ».[٢]

وفي مجال الحقوق الأساسية، تكثر الحجج المؤيدة للحوار، ووفقا Sydney Kentridge القاضي السابق في المحكمة الدستورية لجنوب أفريقيا، فإن النهج المقارن مناسب بشكل خاص للتفسير والتطبيق من ضمانات الحقوق الأساسية.[٣]

وفي هذا الخصوص يقول القاضي Murray إن إحالة المحاكم الوطنية بشكل متزايد إلى السوابق القضائية للمحاكم الأجنبية والدولية هي ظاهرة تدل على العصر الذي نعيش فيه. وهذا يعني عصر العولمة... تنظر المحاكم، وخاصة المحاكم العليا أو الدستورية، أكثر من أي وقت مضى في كيفية حل المشكلات الفقهية المعقدة في القرارات القضائية للدول الأجنبية.[٤]

وهو كذلك ما يؤكدهGábor Halmai بقوله " لقد أصبح الاستخدام القضائي للقانون الأجنبي ممكنًا من خلال الحوار بين قضاة المحكمة العليا ذوي الاختصاص الدستوري

---

(1) Roper v. Simmons, 543 U.S. 551, 575 (2005).
(2) Julie Allard& Laura Van den Eynde, op.cit., p. 294.
(3) Kentridge (S.), « Comparative law in constitutional adjudication: The South African experience », TulaneL. Rev., 2005, p. 245-256, spéc. p. 245.
(4) Justice John L Murray, "Judicial Cosmopolitanism" (2008) 2 Judicial Studies Institute Journal 1, 1 and 2.

في جميع أنحاء العالم، والذي تم إجراؤه من خلال الاستشهاد المتبادل والتفاعلات المباشرة بشكل متزايد. وهذا "النقل الدستوري" المتنامي من الممكن أن يثبت أنه ليس مجرد أداة لتحسين الأحكام القضائية، بل وأيضاً في نهاية المطاف لبناء "نظام قانوني عالمي".(١)

فإن استخدام القانون الأجنبي، كمظهر من مظاهر العولمة، يشجع الدول على النظر إلى ما هو أبعد من حدودها والمساهمة في "مجتمع المحاكم الدولي" والتعامل معه. التي تشترك في وجهات نظر مماثلة بشأن مسائل قانونية مماثلة".

وهو ما أكده رئيس المحكمة العليا النرويجية بقوله " ومن الواجب الطبيعي أن نشارك، بقدر ما لدينا من القدرة، في الحوار الأوروبي والدولي والتفاعل المتبادل. ومن واجب المحاكم الوطنية... أن تقدم أفكاراً قانونية جديدة من العالم الخارجي إلى القرارات القضائية الوطنية".(٢)

ويدافع كلا من Anne-Marie Slaughter & Laurence Burgorgue-Larsen عن فكرة أن حوار القضاة يهدف إلى ضمان أن تسود رؤية مشتركة ليس فقط للقانون، بل لوظيفة القاضي. وقد عبرا عن ذلك بقولهما: "من خلال التواصل مع بعضها البعض [المحاكم الوطنية والإقليمية والعالمية] في شكل من أشكال المداولات الجماعية حول المسائل القانونية المشتركة، يمكن لهذه المحاكم [...] أيضًا تعزيز مفهوم عالمي للعدالة." سيادة القانون، مع الاعتراف بمظاهرها التاريخية والثقافية المتعددة".(٣)

كما يساعد الاقتراض القضائي المحاكم على إصدار قرارات تبدو موضوعية ومحايدة، وهو أمر ذو قيمة خاصة للمحاكم الدستورية المنشأة حديثًا. ومن الممكن أن يؤدي

(1) Gábor Halmai, "The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation" in Michel Rosenfeld and András Sajó (eds), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law (Oxford: Oxford University Press, 2012) pp.1328, 1328, citing Anne-Marie Slaughter, A New World Order (Princeton: Princeton University Press, 2004) pp.65–103.

(2) Anne-Marie Slaughter, A Global Community of Courts Ibid, pp.194–195.

(3) Helfer (L.) et Slaughter (A.-M.), « Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication », The Yale Law Journal , vol. 107, 1997, p. 273-391, spéc. p. 321,available at: https://core.ac.uk/download/pdf/160555034.pdf

(ISSN : 2537 - 0758)

التعامل مع النظراء الأجانب أيضًا إلى تعزيز المكانة الخارجية للمحاكم حتى عندما يؤدي ذلك إلى رفض الأساليب الأجنبية.

ويري البعض أن محكمة نشطة على الساحة العالمية، تشارك في تداول السوابق القضائية، تصبح أقوى في نظامها القانوني الوطني. ومع ذلك، تظهر الممارسة أن المحكمة، لكي يتم الاستشهاد بها، يجب أن تستشهد بالآخرين، ومن غير المرجح أن يتم الاستشهاد بمحكمة منعزلة، وهذا ما حدث مع المحكمة العليا الأمريكية التي كانت سوابقها في كل مكان في العالم والآن على حسب تعبير البعض أصبحت منعزلة.[1]

وعلى الرغم من وجاهة هذا الرأي وتبريراته إلا أنني أري أنه ليس بأمر لازم بمعني أن هناك العديد من المحاكم الدستورية التي يستشهد بأحكامها وفي نفس الوقت لا تستشهد بأحكام المحاكم الأخرى أو أنها تقوم بالاستشهاد بأحكام المحاكم الأخرى بصورة نادرة.

وينبغي التأكيد هنا إلى أن هذه المطالبات الخاصة بعدم العزلة لا تعني أن تتخلي المحكمة الخصائص الدستورية الوطنية لتتوافق مع التيار السائد بشأن القانون المقارن، بل يظهر من خلال أحكامه الوعي بكونه أحد الشركاء في عملية حوار داخل مجتمع لا يعترف بحدود الدولة.

خلاصة ما تقدم: بعض أن انتهينا من العرض للآراء المعارضة والمؤيدة لاستعانة القاضي الدستوري بأحكام القضاء الدستوري المقارن أو ما أطلق عليه البعض مصطلح – المواد الأجنبية – لتشمل الأحكام والقوانين والكتابات الفقهية الأجنبية نجد أن هذه المسألة تتطلب توافر مجموعة من الضوابط المنظمة لها وأن الآراء المعارضة لا تنكر هذا الأمر على إطلاقه ولكنها تبدي تخوفات في هذه المسألة، مع الإشارة إلى أن الواقع العملي يشير بوضوح إلى أنه رغم تلك الانتقادات إلا أن عملية الاستشهاد بأحكام الأجنبية في ازدياد واضطراد بفضل مجموعة من العوامل التي ساعدت على انتشارها ولكن هذا الأمر يتم وفق آليات وضوابط معينة سنتعرف عليها من خلال الفصل الثاني.

---

[1] Claire L’Heureux-Dubé, «The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court», cit., p. 14.

الفصل الثاني
الضوابط المنظمة لاستعانة القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن

تمهيد وتقسيم:

نتناول من خلال هذا الفصل الحديث عن الأسس والضوابط المنظمة لاستعانة القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن والمواد الأجنبية وذلك من خلال العرض للإطار المنظم لهذه العملية والعرض للعوامل المساعدة على استخدام هذه المواد والتي ترجع لأسباب متعددة، وكذلك القيود التي ترد على القاضي أثناء عملية الاستعانة بهذه الأحكام والمواد الأجنبية.

ويتفق الفقه على أن ينبغي ألا يتم الاستشهاد بالسوابق الأجنبية لتزيين الواجهة window– dressingأو من الناحية الجمالية فقط ولكن لابد أن تكون هذه المسألة مرتبطة بضوابط وشروط معينة كأن أن يعكس المصدر الأجنبي معلومات خاصة، ومعالجة لمشكلة مماثلة، كما يجب أن يعكس المصدر الأجنبي حكمًا مستقلاً. نظرًا لأن هذا النهج مصمم خصيصًا لحالة معينة قيد البحث، فإنه قد يخلق في حد ذاته بعض خطر "انتقاء الكرز" للدول الأجنبية التي تتوافق ممارساتها مع نتيجة معينة. وقد يتطلب الأمر أيضًا معرفة كبيرة بالأنظمة الأجنبية[1]. وبالتالي فإن هذه العملية أيضا تحاط بمجموعة من المعوقات والمخاطر.

بناء على ما تقدم نتناول هذه الضوابط من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: العوامل المؤثرة في استعانة القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن.

المبحث الثاني: المعوقات والمخاطر المتعلقة بعملية استشهاد القاضي الدستوري بأحكام القضاء الدستوري المقارن.

---

(1) Eric A. Posner & Cass R. Sunstein, The Law of Other States, 59 STAN. L. REV. \ (2006.)p.159 ,available at: https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/6976/

(ISSN : 2537 - 0758)

المبحث الأول

العوامل المؤثرة في استعانة القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن

تتعدد العوامل المؤثرة على مسألة استعانة القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن والمواد الأجنبية والتي تتنوع بين عوامل ترجع لقاضي المحكمة نفسه وسماته الشخصية وخلفيته الثقافية وتعليمه القانوني وتفضيلاته الشخصية وكذلك لمساعديه مثل كتبة القانون.

وإلي جانب ذلك تلعب القضية المنظورة أمام المحكمة دورا هاما ومؤثرا في دفع القاضي للاستشهاد بحكم أجنبي أو البحث في المواد المقارنة،، وبالإضافة لذلك الروابط والعلاقات الثقافية المشتركة بين بعض الدول والانتماء لنفس النظام القانوني، كما أن هناك سبب مؤثر للغاية في هذه المسألة والمتعلق بما قدمته التكنولوجيا الحديثة من سهولة الوصول للأحكام القضائية في مختلف دول العالم والاتصال الشخصي بين قضاة المحاكم الدستورية والعليا والذي سهل إلى حد كبير من مسألة الاستعانة بالأحكام الأجنبية في الدعاوي المنظورة أمام القاضي الدستوري الوطني.

وفيما يلي نعرض لكل هذه العوامل بشيء من التفصيل:

المطلب الأول: العوامل المتعلقة بطبيعة القضية المنظورة أمام المحكمة.

المطلب الثاني: العوامل المتعلقة بالقضاة وخلفياتهم الأكاديمية وتفضيلاتهم الشخصية.

المطلب الثالث: العوامل المتعلقة بطبيعة النظام القانوني والسياسي للدولة.

المطلب الرابع: العوامل المتعلقة بالروابط التاريخية والثقافية المشتركة.

المطلب الخامس: العوامل المتعلقة بحوار القضاة وسهولة الوصول للمواد الأجنبية.

المطلب السادس: العوامل المتعلقة بالمحكمة التي يتم الاستشهاد بأحكامها.

المطلب الأول

العوامل المتعلقة بطبيعة القضية المنظورة أمام المحكمة

تعد طبيعة القضية المعروضة على المحكمة من أهم العوامل المؤثرة على استعانتها بأحكام القضاء الدستوري المقارن والمواد المقارنة.

ويشعر القضاة بالحاجة إلى اللجوء إلى السوابق القضائية الأجنبية والقانون المقارن في حالات معينة. خاصة وأن كثيرا من المسائل التي يتناولونها ببحثهم تثير نقاطا قانونية بالغة الدقة، فغالبا ما تحدث الاستشهادات في الحالات الجديدة والمعقدة، أو في القضايا التي تتناول قضايا ذات تأثير سياسي واجتماعي.

ويواجه القضاء الدستوري على مستوي دول العالم في كثير من الأحيان قضايا قد تختلط فيها السياسة بالقيم الاجتماعية والخلقية مثل الانتحار بمساعدة طبية، والإجهاض، وخطاب الكراهية، والقضايا المتعلقة بالمثليين، وحماية البيئة، والخصوصية وذلك في نفس الوقت تقريبا.

وبالتالي فإن جهود المحاكم الأخرى للتعامل مع مشكلة مماثلة والتوصل إلى نتيجة توفر معلومات إضافية يعتبر ذا قيمة بالنسبة للاعتبارات الأخلاقية والسياسية.

هذا فضلا عن ارتكاز هذه الرقابة التي يباشرها القاضي الدستوري في وسائلها على نظام للقيم لا تختص به دولة دون أخري. وإنما يسعها جميعا من منظور كرامة الإنسان وآدميته، فلا تفترق مفاهيم الدول في هذا الشأن، ولكنها تتلاقي مع بعضها البعض.[١]

ولذلك يمكن القول بوضوح أنه من المرجح أيضًا أن تستدعي القضايا المثيرة للجدل أو الجديدة المقارنة وجهات النظر، والتأثير السياسي والاجتماعي المحتمل يمكن أن يكون أيضًا ذات الصلة في هذه المسألة.[٢]

ويعد الإجماع حول قضية معينة أحد أكثر الأسباب أهمية لدفع القضاة للاستعانة بالاجتهاد القضائي الأجنبي[٣]، فهو إجماع يمثل "شبكة كثيفة من نتائج الفحص وإعادة الفحص".

---

[١] أنظر: المستشار الدكتور / محمد عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه – جان دبوي للقانون والتنمية، دون سنة نشر، ص ١٨٥.

[2] Tania Groppi, Marie-Claire Ponthoreau, The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges (Oxford: Hart Publishing, 2013), Ibid, p.413.

[3] Vlad Perju, 'The Puzzling Parameters of the Foreign Law Debate' (2007) 1 Utah Law Review 167, 179.

(ISSN : 2537 - 0758)

وبالنسبة لأولئك الذين يرون الفقه الأجنبي فرصة لاستخلاص المساعدة من القضاة الآخرين الذين يواجهون مشاكل مماثلة، قد يمثل الإجماع أو وجهة نظر من الخطأ أن يتجاهلها القاضي. وفي نفس الوقت تشكل نوعا من سلطة الإقناع الكبيرة authority 'super persuasive'[١].

ويمكن أن يرجع هذا التشابه الاجتماعي جزئيا إلى التقدم في الاتصالات العالمية مع تزايد نقل الأخبار والمعلومات، يصبح المتقاضون المحتملون أكثر وعيًا بنتائج التقاضي في أماكن أخرى، وقد يتم تشجيعهم على متابعة قضية مماثلة في بلدهم.

وننوه هنا إلى عدم وجود مفهوم أو تعريف محدد ودقيق لمصطلح القضايا الصعبة ولكن يمكن لنا التعرف عليها من خلال بعض الحالات التي تتمثل فيما يلي:

- عندما يكون القانون الوضعي غير كاف لحل النزاع في وضعه الحالي.[٢]
- عندما تكون المشكلة دولية، وتتجاوز الإطار الوطني ولا يمكن حلها إلا على نطاق عالمي[٣].
- عندما تكون المشكلة جديدة و حديثة[٤].
- عندما يتعلق الأمر بمشكلة اجتماعية: يكون السؤال معقدًا ومثيرًا للجدل، ويثير جدلًا يقترب من القانون (مسائل أخلاقية، خيارات اقتصادية أو اجتماعية، إلخ)[٥]، ويعبر البعض هذا النوع من القضايا بمصطلح القضايا المسيسة politicized cases أو ذات تأثير سياسي كبير high political impact[٦].

(1) Chris Flanders, 'Towards a theory of persuasive authority' (2009) 62 Oklahoma Law Review, p.59.
(2) E. DUBOUT et S. TOUZÉ, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in Charnières entre ordres et systèmes juridiques, Paris, Pedone, 2009, p.18.
(3) J. Julie Allard& Laura Van den Eynde, op. cit., p.116.
(4) T. GROPPI, « Le recours aux précédents étrangers par les juges constitutionnels » op. cit., p. 57.
(5) S. ROBIN-OLIVIER, op.cit., p.147.
(6) Martin Gelter and Mathias M. Siems,ibid ,p.32.

وترتيبا على ما تقدم يمكن القول بأن القاضي الذي يواجه قضية أكثر تعقيدا من المعتاد سيجد نفسه أمام صعوبة إضافية يتغلب عليها أحيانا باللجوء إلى الاجتهاد الدستوري المقارن.

ووفقا للمقابلات التي أجراها بعض الباحثين مع قضاة من المحكمة الدستورية المجرية قد ذكروا أنهم كانوا أكثر عرضة للبحث عن أمثلة أجنبية جذبت المزيد من الاهتمام في الدوائر السياسية أو العامة أو الأكاديمية. على العكس من ذلك، نادرًا ما أجروا أبحاثًا مقارنة في مجال سبق للمحكمة أن أجرته السوابق القضائية الراسخة، أو في القضايا ذات الأهمية المنخفضة (خاصة تلك التي تم رفضها) لأسباب شكلية[١].

وفي هذه الأوضاع الصعبة يكون هدف الرجوع إلى القضاء الدستوري المقارن هو الإقناع. فإذا كان تأثير الفقه المقارن حجة غير رسمية، فإن استخدامه والاستشهاد به له غرض أكثر دقة. ويرجع ذلك لأن القاضي يرغب في إعطاء وزن أكبر لهذه الحجة، وتصبح حجة القانون المقارن مقنعة فيما يتعلق بالجمهور المخاطب بالقرار، ولكن أيضًا فيما يتعلق بأعضاء المحكمة الآخرين[٢].

ولذلك يمكن القول هنا بأن استخدام الأحكام الأجنبية يتم لسد الثغرات في القانون الداخلي، وفي هذا الخصوص كتب Gutteridge في عام ١٩٤٩ أنه "في وقت ما في المستقبل سوف يكون هناك استخدام أكثر شمولا القانون الأجنبي بغرض مساعدة قضاتنا على ملء ملف الثغرات التي لا تزال موجودة في قانوننا"[٣].

---

(1) ESZTER BODNAR, The use of comparative law in the practice of the Hungarian Constitutional Court: An empirical analysis (1990–2019), Hungarian Journal of Legal Studies,2021, p.16.

(2) A. LE QUINIO, « La légitimité contrastée d'une technique juridictionnelle: le recours au droit comparé par le juge », in T. DI MANNO (dir.), Le recours au droit comparé par le juge, Bruxelles, Bruylant, 2014, *op. cit.*, p.32, Cité par, Josselin Rio, op.cit., p.33.

(3) Harold Cooke Gutteridge, Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research (2nd edn, Cambridge University Press 1949),40, Cited in, Hélène Tyrrell,Ibid, p.204.

(ISSN : 2537 - 0758)

ويعبر البعض عن ذلك بقوله عادة ما يقال أن الفقه الأجنبي يمكن أن يساهم في حلول مماثلة مشاكل قانونية إنه نهج وظيفي، والذي يستمر على أساس "المنفعة والحاجة". "...فقط الأحمق سيرفض" الكينين"[١] فقط لأنه لم ينمو في حديقته الخلفية only a fool would refuse 'quinine just because it didn't grown in his back garden'.[٢]

وبحسب Herbert Lionel Adolphus Hart، لا يتعامل القضاة إلا في القضايا الصعبة بالتأكيد، وفي القضايا الصعبة (hard cases) يتم اللجوء إلى الحلول الأجنبية[٣].

وهذه القضايا بلا شك هي قضايا حساسة تنطوي على اعتبارات أخلاقية أو دينية، وبالتالي فإن اللجوء إلى الحلول المقدمة من قبل الأنظمة الأجنبية الكبري تعتبر مرجعًا قيمًا للسلطات القضائية في مواجهة آراء وطنية مضطربة ».[٤]

ويمكن لنا القول بأن الطبيعة العالمية لحقوق الإنسان تساعد على كثرة الاستشهاد بالقضاء المقارن في مثل هذه القضايا. فعلى سبيل المثال، كثيرًا ما استشهدت المحاكم الدستورية المنشأة في كندا وجنوب أفريقيا بسوابق أجنبية لتفسير ميثاق الحقوق في أنظمتها القانونية. كما يعد التحليل المقارن أيضًا استراتيجية مفيدة للبت في القضايا الدستورية الصعبة، حيث قد تؤدي الرؤى المستمدة من الولايات القضائية الأجنبية إلى إدخال خط جديد من التفكير. كما يجب أن يكون القضاة قادرين على تقديم أسباب لخياراتهم، بما في ذلك في الحوار الذي سيقودهم للربط مع الفقه الأجنبي.

وهكذا فإن التنوع القانوني مفيد لأنه يوفر مختبرا لإيجاد أفضل الحلول، ويمكن للخبرة الأجنبية أن توفر بيانات تجريبية مفيدة حول تأثير القانون، مثال ذلك المعرفة حول تأثير

---

[١] نوع من النباتات يستخدم لأغراض مفيدة.

[2] Rudolph von Jhering, quoted in Konrad Zweigert and Hein Kötz, An Introduction to Comparative Law (Tony Weir tr, 3rd edn, Oxford University Press 1998), 17.

[3] Julie Allard& Laura Van den Eynde ,op.cit.,p.312.

[4] Didier Maus, Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles, op.cit., p. 682.

قرار محكمة أجنبية بشأن قضية مثيرة للجدل يمكن أن يساعد المحاكم المحلية على القيام بذلك واتخاذ قرار بشأن ما إذا كان هذا النهج يستحق اتباعه أم لا[١].

وفي نفس الإطار وبخصوص استخدام القانون الأجنبي في حالة القضايا الصعبة يعبر Waldron عن ذلك باستخدامه مصطلح قانون الأمم والبيانات المتراكمة التي تشكل المعرفة العلمية ويقول: "إن فكرة قانون الأمم تجعل نفسها متاحة لواضعي القوانين والقضاة كمجموعة راسخة من الرؤية القانونية، لتذكيرهم بأن مواجهتهم لمشكلة معينة – على سبيل المثال، ما إذا كان من الممكن إعدام البالغين بشكل عادل" الجرائم التي ارتكبوها عندما كانوا أطفالاً – "ليست هذه هي المرة الأولى التي تتصارع فيها البشرية مع هذه القضية، ويجب عليهم، مثل العلماء، أن يحاولوا التفكير في المشكلات التي يواجهونها بصحبة (أو على أكتاف) أولئك" الذين تناولوا قضايا مماثلة سابقا[٢].

وكما يستخدم الطبيب كل المعرفة الطبية المكتسبة في العالم لعلاج مرضاه وليس فقط المعرفة الطبية المحلية، فلا ينبغي للقضاة أن يقتصروا على القضايا المحلية عند التعامل مع القضايا الدستورية الصعبة.

ويمكن القول بأن الهدف ليس الاقتراض أو الاستشهاد بالسابقة القضائية في حد ذاته بقدر ما هو السعي للحصول على فائدة المداولات المقارنة، وهو الأمر الذي كان محل خلاف بين قضاة المحكمة العليا في الولايات المتحدة. في قضية Knight v. Florida

---

(١) تُظهر الدراسات الاستقصائية التجريبية القليلة جدًا أنه بالنسبة للعديد من القضاة، يشكل الزملاء القضائيون الأجانب مجموعة مرجعية بشأن حل المسائل الدستورية. على سبيل المثال كانت هناك دراسة استقصائية أجريت على ٤٣ قاضيًا من مجلس اللوردات البريطاني، ومحكمة العدل الكاريبية، والمحكمة العليا في أستراليا، والمحكمة الدستورية في جنوب أفريقيا، والمحكمة العليا في أيرلندا، والهند، وكندا، ونيوزيلندا، والولايات المتحدة. أظهرت الولايات المتحدة بشأن استخدام القانون الأجنبي في قضايا الحقوق الدستورية أن ٢٠من أصل ٤٣ قاضيًا شعروا أنهم يستخدمون القانون الأجنبي أحيانًا أو نادرًا بينما شعر ٢٣ أنهم يستخدمونه بانتظام. وفيما يتعلق بمسألة ما إذا كانوا يستخدمون المواد المقارنة لتبرير استنتاجاتهم القانونية، اعتبر ٤٢% أنفسهم مستخدمين متكررين، وبالتالي فإن تكرار استخدام القضاة للمواد المقارنة لتبرير استنتاجاتهم كان مرتبطًا بشكل كبير بتكرار الاستشهاد بالقانون الأجنبي.

See:B. Flanagan & S. Ahern, 'Judicial Decision-Making and Transnational Law: A Survey of Common Law Supreme Court Judges', International and Comparative Law Quarterly, 2011, vol. 60, p. 28.

(2) Jeremy Waldron, Ibid.

(ISSN : 2537 - 0758)

حيث استعرض القاضي Breyer عددًا من السوابق الأجنبية المعارضة، لاحظ القاضي Thomas بشكل لاذع: "إذا كان هناك أي دعم [لحجة المدعى عليه] في اجتهادنا القانوني، فسيكون ذلك غير ضروري لمؤيدي هذا الادعاء أن يعتمدوا على المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، أو المحكمة العليا في زيمبابوي، أو المحكمة العليا في الهند، أو مجلس الملكة الخاص. "إن الاستعداد للنظر في وجهات النظر القضائية الأجنبية في قضايا مماثلة ليس أمرًا مفاجئًا في أمة أعطت منذ ولادتها" احترامًا لائقًا لآراء البشرية ".[1]

ومن أمثلة القضايا الصعبة قضية Roper v Simmonsوالتي قررت من خلالها المحكمة العليا الأمريكية عدم دستورية فرض عقوبة الإعدام على الجرائم التي يرتكبها الأحداث دون سن الثامنة عشر تم استخدام قائمة الدول التي لم تتخلى عن عقوبة إعدام الأحداث بشكل مقنع حتى تتمكن الولايات المتحدة من تغيير قرارها. ولقد استعرضت المحكمة في قراراها الحديث عن الدول التي ما زالت تقر توقيع هذه العقوبة على الأحداث، لكنها في النهاية انحازت إلى الدول التي قضت بعدم دستورية توقيع هذه العقوبة على الأحداث.

كما استجابت المحكمة العليا في الهند لطلب القتل الرحيم في قضية Aruna Shaunbag v. Union of India لكن في حكمها التاريخي، سمحت بالقتل الرحيم السلبي في الهند. وفي الواقع ما فعلته المحكمة في هذه القضية أنها اعتمدت على أحكام محاكم أجنبية حيث لم يكن هناك قانون في هذا الشأن في الهند. وقالت المحكمة: "هناك عدد كبير من السوابق القضائية المتعلقة بموضوع المحاكم في جميع أنحاء العالم فيما يتعلق بالقتل الرحيم الإيجابي والسلبي. ليس من الضروري الإشارة بالتفصيل إلى جميع قرارات المحاكم في العالم بشأن موضوع القتل الرحيم أو الوفاة بمساعدة جسدية، ولكننا نعتقد أنه من المناسب الإشارة بالتفصيل إلى بعض القرارات التاريخية، التي أرست القانون المتعلق بهذا الموضوع. ". ثم استشهدوا بقضية قررها مجلس اللوردات والمعروفة

[1] Knight v. Florida, 528 U.S. 990 (1999 (Breyer, J., dissenting)

باسم قضية AIREDALE: (Airedale NHS Trust v. Bland)[1] التي حكم فيها أنه في حالة المرضى غير الأكفاء، إذا تصرف الأطباء على أساس رأي طبي مستنير، وسحب نظام دعم الحياة الاصطناعي إذا كان ذلك في مصلحة المريض، ولا يمكن اعتبار الفعل المذكور جريمة، ومع ذلك، لم توضح المحكمة عددًا من المسائل في هذه القضية، على سبيل المثال السؤال المتعلق بـ " من سيعطي الموافقة".

والأهم من ذلك، أنه منذ أواخر سبعينيات القرن الماضي، قامت السلطة القضائية العليا في الهند، من أجل التغلب على انتشار الفقر والأمية والتمييز الاجتماعي الراسخ، بصياغة استراتيجيتين عامتين لتوسيع الوصول إلى العدالة وتقديم سبل انتصاف فعالة. الاستراتيجيتان المعنيتان هما أداة التقاضي بشأن المصلحة العامة والتوسع الإبداعي في "حماية الحياة والحرية الشخصية" المنصوص عليها في المادة ٢١ من دستور الهند. هي الابتكارات الأصلية للقضاة الهنود، إلا أن الاعتماد على القانون الأجنبي كان فعالاً في كشف القضاة الهنود كل من هذه الاستراتيجيات الناشطة.

ونعرض مثال آخر في ناميبيا في قضية Mwellie v. Ministry of Works كان على المحكمة العليا تفسير ضمان المساواة في الدستور الجديد للبلاد. ومن خلال القيام بذلك، استندت المحكمة إلى قرارات المحاكم العليا في الهند والولايات المتحدة وكندا وإنجلترا وماليزيا وجنوب أفريقيا، فضلاً عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

ومن الأمثلة الأخرى قضية جنوب أفريقيا قضية State v. Makwanyaneحيث قام أعضاء المحكمة الدستورية، عند تحديد دستورية عقوبة الإعدام، بدراسة تفصيلية للقرارات الصادرة عن الهند وزيمبابوي وجامايكا وألمانيا وكندا والولايات المتحدة، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، والمجر، ولجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، وبوتسوانا، وهونج كونج، وتنزانيا.

[1] 1993 (All E.R. 82) (H.L).

(ISSN : 2537 - 0758)

المطلب الثاني

العوامل المتعلقة بالقضاة وخلفياتهم الأكاديمية وتفضيلاتهم الشخصية

بعد أن أشرنا في المطلب الأول إلى العوامل المؤثرة على استعانة القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن والمتعلقة بالقضية المنظورة أمام المحكمة، ننتقل هنا إلى الحديث عن عامل آخر في هذه المسألة المتعلقة بالاستعانة بالسوابق الأجنبية وهو المتعلق بالقضاة أنفسهم وتكوينهم العلمي وخلفياتهم الأكاديمية والثقافية وتفضيلاتهم الشخصية. كما سنتعرف أيضا على دور الآراء الفردية للقضاة في الدول التي تأخذ بهذا النظام في تحفيز عملية الاستشهاد بالأحكام الأجنبية والمواد المقارنة.

ويتكون للقاضي الدستوري الفرد أو للمحكمة الدستورية مخزون من المعلومات الدستورية والسياسية والقضائية والتي يجب استثمارها بشكل موضوعي في ممارسة صلاحياتها واختصاصاتها. هذا المخزون الفكري يجب أن يتغذى وباستمرار من خلال الدراسات القانونية والدستورية المقارنة والإطلاع على واقع الحال الدستوري والقانوني كما هو كائن في الدولة، والعمل على تطويره ليصبح على ما يجب أن يكون في إطار المقومات الأساسية للمجتمع وإمكانياته. وهذا بدوره يتطلب ثقافة واسعة للقاضي الدستوري ينميها من خلال المصادر التقليدية كالموسوعات وأحكام المحاكم والكتب والمجلات القانونية المتخصصة والتقارير والنشرات الدورية المكتوبة، ومن وسائل الاتصال الالكترونية الأخرى بأنواعها المختلفة.[١]

وتشير الدراسات إلى أن بداية القرن الحادي والعشرين، كان تكرار الاستشهاد بالسوابق القضائية الأجنبية في ارتفاع متزايد. ويمكن تفسير ذلك من خلال تزايد الطابع الأوروبي والتدويل الذي ينعكس في السوابق القضائية. وقد يكون السبب الآخر هو أن القضاة المعينين حديثًا أكثر دراية بالقانون المقارن.[٢]

---

[١] أنظر: د. نعمان أحمد الخطيب، دور القضاء الدستوري في تطوير الأنظمة الدستورية والسياسية، مقال منشور عبر الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية الأردنية، ص ٥، متاح على الرابط التالي: https://www.cco.gov.jo

[2] Anna-Bettina Kaiser, 'Herstellung und Darstellung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts' in Johannes Masing, Matthias Jestaedt, Olivier Jouanjan and David Capitant (eds.),

كما أن النظرة المتعمقة لأحكام جهة الرقابة على الدستورية تدل على أن قضاتها يرتبطون بوجه أو بآخر ببعض القيم الشخصية أو بفلسفة خاصة يرونها أكثر صوابا من غيرها.

ولا شك أن الخبرة العريضة للقضاة وفلسفتهم الخاصة تلعب دورا هاما وبارزا في الفصل في القضايا المعروضة أمامهم، فقد لا يلتزم القضاة بقيم الجماعة ولا يعملون من أجل إرسائها من خلال أحكامهم ولكنهم يحورونها أو يبدلونها على ضوء قيم خاصة بهم يفرضونها في نطاق الخصومة القضائية التي تعرض عليهم[١]، كما يلعب الواقع السياسي دورا بارزا في تكوين عقيدة القاضي، فهذا الأخير لا يمكن أن يعيش معصوب العينين أو في برج عاجي معزولا عن الواقع المحيط به[٢].

ولذلك يظل وهما ما يقال إن القضاة بوسعهم الانفصال عن خبراتهم السابقة التي تشكل خلفية تتحدد على ضوئها قراراتهم في المسائل الدستورية التي يبحثونها.

ولقد لعبت عملية التدويل المتزايد للتعليم القانوني ورحابة التعليم القانوني واتساع دائرته دورا بارزا في التكوين الفكري للقضاة مما أثر على مسألة فصلهم في المنازعات المعروضة أمامهم واستعانتهم بالأحكام القضاء الدستوري المقارن.

Entscheidungen und Entscheidungsprozesse der Rechtsprechung (Mohr Siebeck 2020) 8–9; on distinguishing, explaining, modifying and overruling in German jurisprudence in general, Cited in , Ruth Weber and Laura Wittmann, The role of precedents and case law in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court in, Constitutional Law and Precedent International Perspectives on Case-Based Reasoning , Edited by Monika Florczak-Wątor , 2022,p.100.

[١] أنظر: المستشار الدكتور / محمد عوض المر، مرجع سابق، ص ١٩٣.
وفيما يتعلق بمسألة توجهات القضاة أيضا نجد أنها لا تنحصر في مسألة الاستعانة بالسوابق القضائية الأجنبية ولكنها تؤثر أيضا على مسألة صنع السياسات التشريعية، ويتوقف هذا الأمر على كون القاضي متحفظا وفي هذا الحالة سيقاوم هذا الأمر، على جانب آخر ينتهز القضاة النشطون كل فرصة للتعبير عن قيمهم السياسية.
قريب من هذا المعني د/ وليد الشناوي، دور المحاكم الدستورية كمشرع ايجابي " دراسة تأصلية تحليلية مقارنة، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٦٢ إبريل ٢٠١٦، ص ٣٤٩.

[٢] المستشار الدكتور / عبد العزيز سالمان، أسلوب واجراءات إصدار الحكم الدستوري، مقال منشور بمجلة الدستورية، العدد الثامن والعشرون، إبريل ٢٠٢١.

(ISSN : 2537 - 0758)

فعلى سبيل المثال، اتضح جليا أن كليات الحقوق الرائدة في أوروبا والولايات المتحدة تجتذب الطلاب بشكل متزايد من عدد كبير من البلدان، وخاصة للدراسات العليا والدورات البحثية. ويساهم التنوع في الفصول الدراسية في نقل وتبادل الأفكار بين الأفراد الذين ينتمون إلى ولايات قضائية مختلفة. عندما يتولى الطلاب الذين استفادوا من التعليم الأجنبي وظائف في نقابة المحامين والسلطة القضائية في بلدهم، فإنهم يجلبون الأفكار التي تشربوها أثناء تعليمهم.[١]

وعادة ما يلتحق القضاة والمحامون والأكاديميون الذين يسافرون إلى الخارج لإكمال أجزاء من تعليمهم بجامعات في أماكن مثل بريطانيا وفرنسا والولايات المتحدة. وعندما يحين الوقت للبحث عن حلول لمشاكل مماثلة، فمن الطبيعي أن يلجأوا إلى الإلهام والمقارنة بتلك الولايات القضائية التي تكون أفكارها مألوفة لهم.

وبالتالي تشكل ميول القضاة الفردية inclination of the individual Justicesوالثقافة القانونية والتعليم بالنسبة للقاضي دورا هاما وبارزا في عملية الاستعانة بأحكام القضاء الدستوري المقارن [٢]، فالحقوقيون المدربون وفقًا لتقليد قانوني معين، أو من كلية حقوق أجنبية، سيكون لديهم ميل للرجوع إلى قرارات المحاكم التي درسوها.

وفي رأيي الشخصي أن هذه المنح الدراسية legal scholarshipتقدم ميزة كبيرة، لأن هؤلاء الشباب عندما يعودوا لبلادهم فسوف ينظرون في القضايا الوطنية البحتة سواء بوعي من جانبهم أو لا شعوريا إلى نموذج البلد الذي تلقوا فيه دراستهم.

---

(1) The Role of Foreign Precedents in a Country's Legal System" Lecture delivered by Chief Justice K.G. Balakrishnan at Northwestern University, Illinois (October 28, 2008.)

(٢) على سبيل المثال أوضح اللورد Mance في مقابلة أن مسألة الاستعانة بالسوابق الأجنبية تعتمد على ما مدى اهتمامك، وما مدى أهمية ذلك في اعتقادك وكم كان الأمر صعبا، وأوضح أن اللورد Collinsاعتاد على التركيز بشكل كبير على السلطة الأمريكية. كان لديه حق الوصول إلى قواعد البيانات وما إلى ذلك فضلا عن عمله الأكاديمي الذي يشير بوضوح لكونه مهتما بالقانون المقارن.

See: Interview with The Rt. Hon. Lord Mance, Justice of the United Kingdom Supreme Court the Supreme Court, London, 6 December 2011), Cited in, Hélène Tyrrell, Ibid, p.147.

فعلي سبيل المثال يذكر الفقه أن قضاة المحكمة العليا في كندا الذين تلقوا تعليمهم في الولايات المتحدة على سبيل المثال كانوا أكثر إشارة لأحكام المحكمة العليا في أحكامهم(١).

ويقال في هذا الخصوص أنه من الطبيعي أن يميل القضاة الكنديين الذين درسوا في الولايات المتحدة الأمريكية أن يلجأوا إلى استخدام أحكام المحكمة العليا الأمريكية، بينما من درس بطبيعة الحال في ألمانيا ينتقل إلى السوابق القضائية في كارلسروه Karlsruhe، ويشار هنا إلى أنه تم التأكيد على وجود استعداد طبيعي للقضاة الدارسين للقانون الجرماني – الروماني – في بوتسوانا – للبحث عن السوابق القضائية لهذه البلدان بينما يبحث القضاة الذين تم تكوينهم في بلدان القانون العام يلجأون إلى بريطانيا العظمي والدول ذات التقاليد القضائية المشتركة(٢).

ومثال ذلك القاضي الأمريكي Breyer، فهو مثالي له من المؤكد أن معرفة اللغة الفرنسية تسهل عليه الإطلاع على قرارات المجلس الدستوري الفرنسي ذلك مع مراعاة خصوصيات الفقه الخاص بالمجلس (٣).

وفي هذا الخصوص يقول القاضي Kentridge بالمحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا إن المقارنة مع السوابق الألمانية من المرجح أن تتراجع في المستقبل عندما يقول: "الآن بعد أن تقاعد [القاضيAckermann]، أتساءل عما إذا كنا سنستمر في رؤية المواد الألمانية في أحكام [المحكمة الدستورية]".(٤)

---

(1) S.I. Bushnell, The Use of American Cases, 35 U.N.B.LJ. 157, 169 (1986).

(2)Didier Maus, Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles, op.cit., p.686.

(3) op.cit.

(4) Sydney Kentridge, Judge, Constitutional Court of S. Afr., Speech delivered in Johannesburg, South Africa: Comparative Law in Constitutional Adjudication (Mar. 20, 2004), available at http://www.constitutionalcourt.org.za/site/judges/justicekentridge/index1.html.

كان القاضي Ackermann هو الأكثر نشاطًا حيث استشهد بثمانية وستين قضية ألمانية. وهذا الرقم ملفت للنظر بشكل خاص عندما نأخذ في الاعتبار أن القاضي الثاني في الترتيب، القاضي الراحل محمد، استشهد بثلاثة عشر قضية ألمانية فقط، يليه القاضي Ngcobo بإحدى عشرة حالة.

(ISSN : 2537 - 0758)

كما يميل بعض القضاة ذوي الخلفيات الأكاديمية إلى الحصول على معرفة قانونية أكثر مقارنة. وخير مثال هو القاضي Ito الذي كان سابقًا أستاذًا للقانون الأنجلوأمريكي في جامعة طوكيو قبل تعيينه قاضيًا في المحكمة العليا اليابانية. ولذلك، فإن تفكيره يتأثر بشدة بدراسته عن السوابق القضائية الأمريكية.[١]

وإلى جانب العلاقات المؤسسية، كان للقضاة أيضًا علاقات شخصية بالخارج. فقد ذكر بعض القضاة الذين تمت إجراء مقابلات معهم من قبل بعض الباحثين في المجر اتصالاتهم مع زملائهم في المحكمة الدستورية أو العليا (على سبيل المثال من النمسا وإيطاليا وألمانيا والولايات المتحدة). وكان لبعضهم أيضا الاتصالات مع المحاكم الدستورية في البلدان المجاورة، وعلى وجه التحديد، مع تلك المحاكم الأعضاء الذين كانوا من أصل مجري. وأخيرا، كان للقضاة الذين كانوا أساتذة سابقين تفاعلات مهمة مع زملائه الأساتذة الذين يمكنهم المساعدة في حالات محددة[٢].

الخلفية الثقافية والأكاديمية للقضاة:

من المسلم به أن لكل قاض شخصيته وثقافته وتوجهاته التي ينفرد بها، ولا شك في أن القضاة الذين يتعاملون مع القضاء الدستوري يأتون من مختلف الخلفيات. بينما في بعض الولايات القضائية، لا يشترط بالضرورة أن يكون قضاة المحكمة الدستورية لديهم خلفية قانونية[٣].

See: Christa Rautenbach & Lourens du Plessis, In the Name of Comparative Constitutional Jurisprudence, The Consideration of German Precedents by South African Constitutional Court Judges, G e r m a n L a w J o u r n a l, [Vol. 14 No. 08. p. 1571.

(1) Akiko EJIMA, The Enigmatic Attitude of the Supreme Court of Japan towards Foreign Precedents— Refusal at the Front Door and Admission at the Back Door, MEIJI LAWJOURNAL / 16 p. 42.

(2)Eszter Bodnar, The use of comparative law in the practice of the Hungarian Constitutional Court, Ibid, p. 17.

(٣) على سبيل المثال المجلس الدستوري في فرنسا، ينبغي للعضو أن يفي فقط شرط واحد: التمتع بالحقوق المدنية والسياسية الكاملة – لا توجد مؤهلات مطلوبة ودرجة البكالوريوس في القانون ليست شرطا. لكن، وفقا للبيانات التجريبية، في الممارسة منذ عام ١٩٥٩، أكثر من ٩٠٪ من الأعضاء كان لديه شهادة في القانون أو الإدارة العامة.

فالذين آمنوا بالأفكار الرأسمالية كجزء من عقائدهم، قلما يحيدون عن الدفاع عنها. بل يصبونها في الآراء التي يبدونها. ولا تزيد قراراتهم عن أن تكون أصداء لفلسفة طبعتهم بمذهبها وصاغتهم على نمطها، وهم يساندونها بمبادئ قانونية يبتدعونها، أو يستمدونها من أقوال لفقهاء، أو حتى من السوابق القضائية ذاتها. فلا يكون تصورهم للحلول القضائية إلا استلهاما لمفاهيم سابقة عندهم، ثم التماس دعائم تكفي لحملها، ولو من مصادر خارجية(١).

ووفقا لأبحاث تجريبية حديثة، فإن القضاة ذوو الخلفية الأكاديمية يهتمون أكثر بالمقارنة القانون والسوابق الأجنبية أكثر من القضاة المهنيين. ولا يقصد ب "الخلفية" هنا الخبرة المهنية فقط؛ بل تشمل أيضًا التعليم القانوني.

ولقد كانت الدراسات في بلد أجنبي دائمًا عنصرًا مهمًا في التعليم القانوني للمهنيين القانونيين الشباب، وهذا التأثير سوف يكون حاضرا بلا شك في عملهم القضائي في المستقبل(٢).

وتظهر الأبحاث أن القضاة الذين لديهم خلفية أكاديمية موقفًا أقوى للانخراط في المنهجيات المقارنة(٣) ويمكن أن يكون هذا عاملاً رئيسياً يؤثر بشكل فعال على استخدام القانون الأجنبي(٤).

See: Thierry S. Renoux and Michel de Villiers, Code Constitutionnel (Paris: LexisNexis, 2013), p. 695.

(1) Jerome Frank, " Law and the Modern Mind " NY 1930 p.104.
مشار إليه في مؤلف المستشار الدكتور / محمد عوض المر، مرجع سابق، هامش ص ١٩٣.

(2) T. Groppi and M-C. Ponthoreau, Conclusion. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges, Ibid, p.414.

(3) A. EJIMA, A Gap Between the Apparent and Hidden Attitudes of the Supreme Court of Japan towards Foreign Precedents, in T. GROPPI and M.-C. PONTHOREAU (eds.), The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges, cit., p. 273 et seq., at 290.

(4) T. GROPPI and M.-C. PONTHOREAU, Conclusion. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice, An Uncertain Future, cit., at 414.

(ISSN : 2537 - 0758)

فعلي سبيل المثال في بعض الدول كان معظم القضاة يأتون منها الأكاديميين، فطبقوا معرفتهم المقارنة في عملهم القضائي، وذلك لأن أسلوب البحث والتدريس الأكاديمي يزيد من الاستعداد لإدراج هذا الأسلوب في النشاط القضائي.

ومثال ذلك نجد أن سبعة من قضاة المحكمة الدستورية الرومانية التسعة الأوائل الذين تم تعيينهم في عام ١٩٩٢ كانوا أساتذة قانون من مختلف الجامعات في جميع أنحاء البلاد[١].

كما تشمل هذه العوامل، من بين أمور أخرى، الوظائف السابقة، المعرفة باللغة الأجنبية، والدراسات الأجنبية، والتركيز على البحوث، والاتصالات الدولية والخصائص الشخصية.

ومن الوارد أن يكون لدى القضاة خبرة واسعة في القانون المقارن في وظائفهم السابقة. عادة ما يستشهد القضاة ذوو الخلفيات الأكاديمية بالقانون الأجنبي في كثير من الأحيان. مثال ذلك نجد أن هناك في المحكمة الدستورية المجرية ٦ قضاة من أصل ٨ استخدموا العدد الأكبر من الاستشهادات بالمواد الأجنبية كانوا في الأصل أكاديميين أو يعملون في معاهد بحثية.

على العكس من ذلك، فإن القضاة الذين يتمتعون بخلفيات كقضاة في المحاكم ذات المستوى الأدنى، أو في المحكمة العليا، أو كمحامين، أو كموظفين عموميين، أو حتى كأعضاء في البرلمان، يحتلون المرتبة الأخيرة في قائمة أولئك الذين استشهدوا بالأحكام القضائية الأجنبية.

وتحدث بعض القضاة الذين تمت مقابلتهم من قبل بعض الباحثين حول العداء تجاه ما يسمى "القضاء الدستوري المهني"، حيث القضاة من دون خلفيات أكاديمية ينتقدون أساليب كتابة الأساتذة السابقين، الذين يستشهدون بالمزيد الدراسات البحثية والاستخدام العام لأسلوب مشابه لأسلوب المقالة العلمية[٢].

---

(1) Elena Simina Tanasescu & Stefan Deaconu, Romania: Analogical Reasoning as a Dialectical Instrument, The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges, (eds.) Tania GROPPI & Marie-Claire PONTHOREAU, Ibid, p.321-345

(2) Eszter Bodnar, The use of comparative law in the practice of the Hungarian Constitutional Court, Ibid, p. 17.

من المؤثر أيضًا في التجارب الأجنبية – الدراسة أو العمل أو إجراء الأبحاث في الخارج على سبيل المثال. وفي هذا الخصوص نجد أن المحكمة الدستورية المجرية ضمت العديد من القضاة حصلوا على جوائز بحثية من مؤسسة Humboldt ودرسوا في ألمانيا. فيما بعد، كان للقضاة تجارب في فرنسا، وألمانيا، المملكة المتحدة والولايات المتحدة ومحكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي(١).

مما تقدم قد يكون الاستنتاج المحتمل هو أن القضاة الذين ليس لديهم خلفية أكاديمية يشعرون بالحاجة إلى دعم تفكيرهم بمواد مقارنة، في محاولة لإثبات أنه "حتى هناك" يمكن التوصل إلى استنتاجات مماثلة أو تم التوصل إليها(٢).

وتلعب مسألة الروابط بين الأوساط الأكاديمية والقضاة، والاهتمام الذي يوليه العلماء لتأثير السوابق القضائية الأجنبية، ووجود جدل فقهي حولها استخدام السوابق القضائية الأجنبية من قبل المحاكم دورا كبيرا للغاية في هذا المجال.

ومن المؤكد أن المجلات العلمية القانونية الكبرى وخاصة تلك التي تكتب بلغة تستخدم على نطاق واسع تلعب دورا كبيرا في مسألة البحث عن السوابق القضائية وحوار القضاة، ويسعي الكتاب في هذا الخصوص إلى مقارنة الحلول التي تم اعتمادها وتسليط الضوء على أوجه الشبه والاختلاف(٣).

وللتدليل على أهمية الروابط الثقافية والتكوين الفكري للعناصر القضائية نشير إلى جنوب افريقيا وهي الدولة المعروف عنها كثرة استشهاد القضاء الدستوري لديها بالسوابق الأجنبية، ففي ذروة الفصل العنصري، كان العديد من البيض، وخاصة الناطقين باللغة الأفريكانية Afrikaans speaking، في جنوب إفريقيا يتعاطفون روحيا وثقافيا، أو على الأقل يشعرون براحة شديدة، مع السمات "الجرمانية" لروح الشعب الألماني(٤).

---

(1)Ibid.

(2) Elena Simina Tanasescu & Stefan Deaconu, Ibid.

(3)Didier Maus, Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles, op.cit., p.687.

(٤) لعل ما يدلل على ذلك هو التشابه الذي قد يصل إلى حد التطابق بين الدستور في جنوب افريقيا وألمانيا، هناك شعور بأن الدستور النهائي لعام ١٩٩٦ يظهر طابعاً ألمانياً أقوى من الدستور الانتقالي لعام ١٩٩٣. على سبيل المثال يؤدي القسم الأول من دستور جنوب إفريقيا دورًا مشابهًا للمادة ٢٠ من القانون الأساسي الألماني.

(ISSN : 2537 - 0758)

حيث كانت اللغة الألمانية هي اللغة الثالثة المفضلة في العديد من المدارس الثانوية المتوسطة باللغة الأفريكانية، وحظيت المنح الدراسية الألمانية بتقدير كبير، وكانت ألمانيا الوجهة الأولى للعديد من طلاب الدكتوراه وما بعد الدكتوراه الناطقين باللغة الأفريكانية (في القانون بشكل خاص). ونظرًا لأن نظام الفصل العنصري في جنوب إفريقيا واجه عزلة أكاديمية متزايدة، واصلت معظم المؤسسات الألمانية المشاركة في التبادل الأكاديمي والجامعات وكذلك منظمات التمويل مثل مؤسسة Alexander von Humboldt، "توفير قنوات مفتوحة للبحث المقارن للحقوقيين في جنوب إفريقيا". ولقد أدى الوصول الحر إلى العالم الأكاديمي الألماني، وسط العزلة الأكاديمية المتزايدة في أماكن أخرى، إلى اعتماد "العديد من القانونيين في جنوب إفريقيا بشكل أقل على القانون الأنجلو أمريكي للتحليل المقارن"، فضلاً عن "التأثير الإيجابي الملحوظ للقانون الألماني على قانون جنوب إفريقيا". الإصلاح. – وعملية صنع الدستور – في وضع جيد[١].

وإذا كنا قد تحدثنا في السطور السابقة عن دور التكوين الثقافي والتفضيلات والميول الشخصية للقضاة، فإننا ننوه هنا إلى أن مسألة الاستشهاد بالسوابق الأجنبية لا تنحصر فقط على القضاة ولكن قد تثار أيضا عن طريق المحامين الذين قد يثيرون في دعواهم ودفوعهم أمام المحكمة الحجة المقارنة[٢]، وكذلك الأمر بالنسبة لما يطلق عليهم " كتبة القانون " تشير التجارب العملية إلى قيامهم بدور هام للغاية في هذه المسألة[٣].

---

[1] Christa Rautenbach & Lourens du Plessis, Ibid, p.1546.

[٢] يقول القاضي Johann Kriegler بالمحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا أنه في كثير من الأحيان يجد اقتباسًا من محامٍ، على سبيل المثال، لحكم أمريكي يدعم اقتراحًا يتعلق بدستورنا، دون أي محاولة لشرح سبب الإشارة إليه. تعتبر الدراسة المقارنة مفيدة دائمًا، لا سيما عندما تصارعت المحاكم في الولايات القضائية النموذجية مع القضايا العالمية التي تواجهنا. لكن هذا بعيد كل البعد عن تبني مفاهيم غريبة أو غير مناسبة من السوابق الأجنبية.

D. M. Davis, Constitutional borrowing: The influence of legal culture and local history in the reconstitution of comparative influence: The South African experience, CON, Volume 1, Number 2, 2003, pp. 181–195.

[٣] الكتبة عمومًا هم من المهنيين القانونيين ذوي الخبرة، وقد عمل بعضهم في المحكمة لسنوات أو حتى عقود.

التفضيلات الشخصية للقضاة:

تلعب التفضيلات الشخصية للقضاة دورا هاما في مسألة الاستعانة بالسوابق الأجنبية، ذلك لأن القضاة يختلفون فيما بينهم في مجال القيم التي ينتصفون لها، فقد يعدل قاض عن بعض القيم الشخصية التي كان حريصا على تطبيقها مغلبا عليها المفهوم الاجتماعي للقيم[١].

وقد يؤمن أحد القضاة بأن لحرية العقيدة مكانة تسمو بها على سواها. ومنهم من يكون معنيا بشكل خاص بعناصر تكامل الشخصية التي يقدمها على أي اعتبار آخر، كما قد يكون انحياز القاضي إلى رفض أشكال التمييز العنصرية في طبيعتها ناجما عن تجربته الشخصية، وقد يرتبط قاض بقوة بمبدأ الحماية القانونية المتكافئة، أو أن يكون مدافعا عنيدا عن حرية التعبير وحرية الاجتماع، أو خصما لكل القيود التي تفرضها السلطة على حرية التنقل أو مناهضا أخذ الملكية من أصحابها من خلال تنظيم تشريعي يجردها عملا من قيمتها الاقتصادية، أو يهبط بصفة جوهرية بهذه القيمة إلى حدود لا يجوز التسامح فيها. بل إن مجموعة القيم التي ينحاز القضاة لها تتدرج مراتبها في أذهانهم فمنهم من يقدم القيم الجمالية على غيرها وعند غيرهم تكون لحرمة الملكية الخاصة منزلتها التي تصل إلى حد تقديسها فلا يكون دفاعهم عنها إلا عقيدة لا يتحولون عنها[٢].

ولا شك في أن هذه التفضيلات سالفة الذكر تؤثر على القاضي عندما يكون معروضا عليه قضية متعلقة بتفضيلاته الشخصية، حيث سيذهب بالطبع للبحث عن تدعيم وجهة نظره وتفضيلاته الشخصية من الأحكام الأجنبية والقانون المقارن.

الآراء الفردية للقضاة ودورها في إثراء الحوار القضائي:

---

[١] المحامون أنفسهم يفضلون الظهور أمام قضاة يعرفون سلفا دعمهم للحقوق التي يطلبونها ويناضلون لاقتضائها.
Carr, The Supreme Court and Judicial Review (Farrar and Rine – hart, N Y, 1942) p.233.
مشار إلى هذا المرجع لدي / المستشار الدكتور / محمد عوض المر، هامش ص ١٩٤.

[٢] أنظر: المستشار الدكتور / محمد عوض المر، مرجع سابق، ص ١٩٤ و١٩٥.

(ISSN : 2537 - 0758)

إن الآراء الفردية للقضاة تشكل مصدر ضروري وهام للغاية لاستخدام السوابق الأجنبية وترتبط أيضا بشكل كبير بميول القاضي وتعليمه وأفكاره الخاصة.

وتبدو أهمية الآراء الفردية للقضاة في أنها تقوم على تشريح كامل لرأي الأغلبية، وتحليل لجوانبه المختلفة بما يحول دون تحكم الأغلبية. وتبدو هذه الأهمية أيضا في أن بعضها لها من قوتها، ومتانة حجتها، وعمق تأصيلها لنقاط التوافق والتعارض، ما يجعلها مستقبلا جاذبة لأغلبية جديدة تنحاز لها.

وهو ما يعني أن الآراء المخالفة تؤكد استقلال القائمين بها، وأنهم لا يميلون لغير الحقيقة التي يؤمنون بها، وأن مردها إلى تعقد المسائل التي يبحثونها، وأن من يبدونها لا يندرجون في إطار كتلة محافظة أو متحررة، داخل جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وإنما يعبرون من خلالها عن وجهة نظر قانونية يرونها أكثر صوابا[١].

وقد يكون لدى قضاة محددين عادة استشارة أساتذة القانون عندما يشعرون أن هناك حاجة إلى مادة إضافية لخط حججهم، ولكن هذا غير رسمي تمامًا ويجب أن يظل دائمًا سريًا، ولا يمكن تحديد أي أثر للتشاور "الخارجي" في أي من قرارات المحكمة. وقد أكدت بقوة العديد من المناقشات والمقابلات التي أجريت مع شاغلي هذا المنصب الحاليين والسابقين.

وينظر البعض إلى الآراء الفردية للقضاة بوجه عام على أنها إثراء للجدل المهني وتبصير للرأي العام بأن هناك مسائل خلافية لم ينحسم أمرها بعد عند القضاة المخالفين. وأن لكل من المؤيدين والمعارضين للحكم وجهة نظر مدعومة بالحجج القانونية. كذلك فإن بعض الآراء المخالفة لها من قوتها ومتانة حجتها وعمق تأصيلها لنقاط التوافق والتعارض ما يجعلها مستقبلا جاذبة لأغلبية جديدة تنحاز لها.

إحدى الحجج للسماح بالآراء المعارضة هي أنهم سيشجعون آراء الأغلبية الأكثر وضوحًا، لأنهم سيحتاجون إلى الرد مباشرة على الحجج التي قدمها المعارضون. علاوة على ذلك، انتقاد قرارات المحكمة قد يتحرك بعيدا عن الادعاءات التبسيطية التي لدى القضاة بكل بساطة المسبق على القضايا والتوجه نحو المناقشات المنطقية التركيز على

[١] المرجع السابق، ص ١٣٢.

الحجج القانونية الموضوعية. هذا من شأنه يبدد فكرة أن مجموعة من القضاة ربما تكون لها الغلبة بناءً على قوة عددهم فقط، أو بناء على أفكار مسبقة[١].

ومن ناحية أخرى، يخشى البعض من أن تؤدي الآراء المخالفة إلى "الشخصنة" المفرطة excessive personalisation للأحكام الدستورية، التي تعرض القضاة الأفراد للضغوط الخارجية[٢].

وعادةً ما تعلن المحكمة نفسها بعد مداولات مستفيضة حول الأحكام القانونية التي يجب أن تطبقها في القضية المرفوعة أمامها. ولا يعني ذلك بأي حال من الأحوال أن المداولات بين القضاة المعارضين من شأنها أن تقودهم إلى توافق في الآراء أو تسوية من خلال حوار عام. ولا يمنع من تبادل آراء القضاة لتقليل أي خلاف بينهم والوصول إلى توافق أو التوصل إلى نتيجة إجماعيه. عندما تسمح قواعد المحكمة بذلك، فإن الرأي الفردي للقاضي المرفق بالحكم يأخذ في الاعتبار الحوار الداخلي ويشكل في كثير من الأحيان مصدرًا أساسيًا لتحليل اللجوء إلى السوابق القضائية للمحاكم الأجنبية، ووفقاً للعديد من المعلقين، تشكل هذه الآراء أفضل مصدر لفهم أفضل للحوارات بين القضاة[٣].

---

(1) Anna Silvia Bruno, The sidelining of foreign precedents and the Italian hesitation on “alieni juris”1, Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito(RECHTD),7(1):13-27,p.18 ,available at: https://research.unipg.it/handle/11391/1395669

(2) Ibid.

(3) Didier Maus, Application of the law of foreign Courts and Dialouge between Constitutional Courts, constitutional law Review ,p.4 ,available at: http://eprints.iliauni.edu.ge

في بعض النظم مثل مصر لا يعرف أحد من الذي دون الحكم، وما حقيقة الاعتراضات التي أبداها بعض قضاة المحكمة عليه. إذ يظل كل ذلك مكتوما عن الناس تذرعا بقاعدة سرية المداولة.

ويري المستشار محمد عوض المر الرئيس السابق للمحكمة الدستورية العليا المصرية أن هذه القاعدة تخرج في مصر عن مفهومها الصحيح. ذلك أن السرية لا ينبغي أن تحول دون أن يكون للقضاة كلمتهم التي يعبرون بها عن موقفهم من الحكم سواء بتأييده أو انتقاده. كما ذهب إلى أن الوضع المعمول به في مصر يدعو إلى التواكل والسلبية وكذلك الانتهازية أحيانا من خلال تكتل بعض القضاة لدعم اتجاه خاطئ وهم آمنون أن أحدا لن يعرف شيئا مما يفعلون.

(ISSN : 2537 - 0758)

ولقد طورت المحكمة العليا الأمريكية فقها غزيرا منذ بداية نشأتها وينشط بداخلها الآراء الفردية للقضاة بحكم الأسبقية التاريخية بالنسبة لها كما أن الآراء الفردية العديدة للقضاة تتيح فهمًا أفضل للنهج الذي تتبعه المحكمة العليا الأمريكية.

وفيما يخص المحكمة الدستورية الألمانية، فإن الاستشهادات بالسوابق القضائية الأجنبية تظهر في آراء منفصلة بمعدل ضعفي ما تظهره في قرارات المحكمة نفسها[١].

وبما أن الآراء المنفصلة ليست جزءًا من الجزء الرسمي من الحكم،[٢] ولكنها تشكل مجرد إضافة إلى قرار المحكمة، فيمكنها أن تتمتع بحريات أكبر في حججها واختيار المصادر. وتتم كتابة الآراء المنفصلة في الغالب بواسطة قاض واحد بمفرده أو في مجموعات أصغر، مما يسمح بأسلوب أكثر فردية.

وفي الحقيقة فإن أهمية هذه الاقتباسات لا تكمن في جوهرها فحسب، بل أيضًا في الموقف الذي دفع القاضي إلى الاستشهاد بها. مثال ذلك Genaro Góngora ورأيه في قضية عدم دستورية قانون الإعلام (Ley de Medios) في المكسيك والتي يتم تصنيفها داخل المكسيك على أنها القضية الدستورية الأكثر أهمية في خلال العشرين سنة الماضية فيما يتعلق بالإصلاحات القانونية التي يُزعم أنها تم سنها لتعزيز أرباح شركات الإعلام القوية ضد مصالح الدولة، ولقد تم إلغاء هذه الإصلاحات في النهاية. وفي نفس الرأي، استشهد – وهو يمارس ما يدعو إليه – بسوابق دستورية من ألمانيا[٣] وإيطاليا[٤] وفرنسا[٥] لدعم آرائه، وربطها بقرار محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان الذي اعترف بأنه ملزم للمحاكم المكسيكية.

أسلوب صياغة الأحكام القضائية:

(1) Stefan Martini, 'Lifting the Constitutional Curtain? The Use of Foreign Precedent by the GFCC, 1999–2010' in Tania Groppi and Marie-Claire Ponthoreau (eds.), The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges (Hart Publishing 2013) 247, Cited in, Ruth Weber and Laura Wittmann, Ibid, p.99.
(2) Ibid.
(3) 73 BVerfGE 118.
(4) Judgment 420/94 of the Constitutional Court.
(5) Decision of October 10th and 11th 1984, of the Constitutional Council.

تختلف آلية صياغة الأحكام بين دول القانون العام ودول القانون المدني، فعلي سبيل المثال وفيما يخص دول القانون العام نجد التباين الكبير في أساليب الكتابة القضائية والأساليب الدستورية لدى قضاة المحكمة العليا الأمريكية على سبيل المثال وممارسة المحكمة لكتابة أحكام تسلسلية طويلة من شأنها. ويتحقق نفس الأمر في الدول التي تسير على نفس النهج مثل انجلترا والهند وكندا[١].

ومن المعروف أن قضاة القانون العام يميلون أكثر إلى تقديم دوافع تفصيلية تكشف جميع العناصر التي تم أخذها في الاعتبار في بناء المنطق القانوني للقضاة وخاصة القانون المقارن. ولذلك فإن بعض المحاكم تميل أكثر إلى اللجوء إلى القانون المقارن[٢].

وبالتالي نجد أن دوافع قرارات قضاة القانون العام تترك المجال لآراء متباينة وتفسير كل حجة وتطوير كل قاض لوجهة نظره، ولذلك يمكن القول بأن قضاة القانون العام يسهلون تطوير القانون، ليس فقط داخل الحدود الوطنية، بل خارجها أيضًا[٣].

وعلى العكس من ذلك، فإن تسبيب الأحكام من جانب قضاة القانون المدني، وخاصة القضاة الفرنسيين، موجزة للغاية وتذهب إلى الأساسيات دون الكشف عن عملية تفكير القضاة، حيث تكتب الأحكام بأسلوب مكثف ورسمي للغاية very condensed and formal style، ولكن يتبين أنه خلف الكواليس، تستخدم المحاكم الفرنسية على سبيل

---

[١] يشمل تقاليد القانون المدني مجموعات من البلدان ذات اللغات المشتركة القائمة على الماضي الاستعماري المشترك، مثل المستعمرات الفرنسية والبلجيكية والإسبانية والبرتغالية السابقة. ويشمل أيضًا بلدانًا لم تكن أبدًا جزءًا من تلك الإمبراطوريات الاستعمارية الأوروبية، مثل الصين واليابان وروسيا. وبمعني آخر يمكن أن هذا المصطلح يعبر عن جميع النظم القانونية خارج تقاليد القانون العام الذي ينظر إليه على أنه- تراث بريطاني مشترك بين الولايات المتحدة وكندا والكومنولث. وتُعرف الدولة التي تطبق القانون المدني بأنها دولة تتبع نظامًا قانونيًا يعتمد على مجموعة شاملة من القوانين المكتوبة التي تغطي مجالات مختلفة مثل قانون الضرائب والقانون الجنائي والقانون التجاري، حيث يلعب القضاة دورًا نشطًا في تفسير هذه القوانين وتطبيقها.

See: Ann D. Zeigler, Ernesto F. Rojas, in Preserving Electronic Evidence for Trial, 2016,avialble at: https://www.sciencedirect.com/topics/computer-science/civil-law-country

[٢] على سبيل المثال، تستشهد المحكمة العليا في كندا بسهولة بالسوابق القضائية من المحاكم الدستورية أو المحاكم العليا الأخرى. وهي تحكم وفق الأسلوب الإنجليزي في الاستدلال الطويل مع تطورات كثيرة، وبالتالي تذكر العديد من المراجع والسوابق القضائية في أحكامها.

[3] S. ROBIN-OLIVIER, op. cit., p.150.

(ISSN : 2537 - 0758)

المثال حججًا أكثر شمولاً[١]، ويرجع هذا الإيجاز إلى الطريقة التي تم بها صياغة القرار في حين يرى الأنجلوسكسونيون أنه مزيج من آراء مختلفة، ولكن القضاة الفرنسيين يقدمون فقط رأي الأغلبية، وهو الرأي الذي يحمل أكبر عدد من التأييد[٢].

لذلك يمكن القول بأن قاضي القانون العام لديه ما يسمى بالمنطق الاستقرائي، فهو يبدأ من الوقائع ليستنتج القانون بينما قاضي القانون المدني يبدأ من القاعدة ليستنتج القانون الواجب التطبيق.

وفي وجهة نظري أن نموذج تسبيب الأحكام في دول القانون العام يفسح المجال بشكل طبيعي أكثر للتصدير والفهم من قبل النظراء من القضاة الأجانب، وبالإضافة إلى هذه "الثقافة الأساسية" لقضاة القانون العام في الاستشهاد بالسوابق، فإن استخدام اللغة الإنجليزية يشجع عمومًا على تعميم قرار المحكمة.

المطلب الثالث

العوامل المتعلقة بطبيعة النظام القانوني والسياسي للدولة

إن القضية الدستورية التي تكون من خلالها المحكمة مستعدة لاستخدام القانون المقارن ينظر إليها في سياق النظام الدستوري والقانوني والواقع التاريخي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي. لذلك، قد تؤثر السمات الرئيسية لهذا السياق على استخدام القانون المقارن والأحكام الأجنبية في القضاء الدستوري بشكل كبير. وفوق كل شيء، فإن للدستور ونصه وأصله تأثيراً حاسماً في هذه المسألة.

وفي الحقيقة إن طبيعة النظام السياسي للقانون الذي تم الاستشهاد به له أهمية قصوى، فالسلطات القضائية في الأنظمة الديمقراطية الليبرالية تستشهد ببعضها البعض.

كما تؤدي عمليات التحول الديمقراطي عادة إلى إصلاحات واسعة النطاق إلى حد ما، ومع ذلك، لا يمكن حذف التراث القانوني الاستبدادي بأكمله. لذلك، بعض القواعد أصبحت غير قانونية في ضوء المسار الديمقراطي الجديد الذي اتخذته البلاد.[٣]

---

(1) MITCHEL DE S.-O.-L'E. LASSER, JUDICIAL DELIBERATIONS: A COMPARATIVE ANALYSIS OF JUDICIAL TRANSPARENCY AND LEGITIMACY (2006).

(2) S. ROBIN-OLIVIER, op. cit., p. 151.

(3) Mher Arshakyan; Jacopo Paffarini; Márcio Ricardo Staffen. Constitutional Interpretation and Foreign Law: A Comparative Analysis

وفي هذا الخصوص يري بعض الفقه أن تشابه دساتير الدول في القرن العشرين وبصفة خاصة دول القانون العام يجعل احتمالية لجوء القضاة في هذه الدول إلى اجتهادات بعضهم البعض باعتبارها أكثر صلة بخبراتهم(١).

ويشير الواقع إلى أنه عندما يكون للدستور له أصل أجنبي، قد تشعر المحكمة بأنها مضطرة بشكل خاص إلى اتباع هذا الأصل في تفسير هذا الدستور – وتسمى هذه الظاهرة فقه القوانين المقترضة The borrowed-statutes doctrine. وفي هذه الحالة تنظر المحكمة إلى "الوالد" الدستور وتفسيره في حل المشكلات الدستورية.(٢). ومن الأمثلة على ذلك الأرجنتين، حيث تفسر القرارات القضائية في الولايات المتحدة كما لو كانت هي القرارات أمام محكمة أرجنتينية(٣).

ويشير في هذا الإطار القاضي Calabresi في الولايات المتحدة بأن القرارات الصادرة عن المحاكم الدستورية في ألمانيا وإيطاليا كانت ذات صلة بتفسير بند الحماية المتساوية في التعديل الخامس. وجادل القاضي بأن هذه السوابق الأجنبية كانت ذات صلة بالتفسير الدستوري الأمريكي لأن الدستورين الألماني والإيطالي "يستمدان أصلهما وإلهامهما بشكل لا لبس فيه من النظرية والممارسة الدستورية الأمريكية".

ووفقاً للقاضي Calabresi، فإن تلك الأنظمة الدستورية الأجنبية هي "ذريتنا الدستورية" و"لا يتردد الآباء الحكماء في التعلم من أطفالهم"(٤).

ولقد أسس القاضي حجته على افتراض منهجي مهم حول التحليل الدستوري المقارن. ويبدو أنه يقترح أنه عند البحث عن رؤية مقارنة، فمن الأفضل الاستفادة من الدساتير التي تشترك في "النسب". هذا الافتراض له جاذبية بديهية قوية. فإذا كان المرء يبحث عن التوجيه من الأنظمة الدستورية الأجنبية، فمن المرجح أن تأتي المقارنات الأكثر

---

between the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p.120.

(1) Claire L'Heureux-Dube, Ibid, p. 31.

(2) Taavi Annus, Ibid, p. 312.

(3) Cheryl Saunders, Judicial engagement with comparative law, in Tom Ginsburg and Rosalind Dixon (eds.) , Comparative Constitutional Law (Cheltenham-Northhampton: Edward Elgar, 2011), p. 579.

(4) United States v. Then, 56 F.3d 464at 469.

(ISSN : 2537 - 0758)

موثوقية وغنية بالمعلومات من بلدان ذات أوجه تشابه نظامية. ستكون لجميع المقارنات قيود، ولكن من المفترض أن تأتي المقارنات الأكثر موثوقية من الأنظمة التي لديها أوجه التشابه الأكثر صلة[١].

وفي هذا الشأن نجد أن قرارات مجلس اللوردات في انجلترا في عام٢٠٠٩، أظهرت أنه تمت الإشارة إلى خارج المملكة المتحدة في ٢٤% من الحالات كانت من مصدر القانون العام على وجه الحصر تقريبًا"[٢].

وتشير الدراسات إلى أن أحد العوامل المؤثرة في عملية الاستشهاد بالأحكام الأجنبية تعود إلى طبيعة النظام القانوني نفسه كما هو الحال بالنسبة لجنوب افريقيا[٣].

ويتضح لنا في حالة جنوب إفريقيا أنه لأكثر من ثلاثمائة عام، اعتمد القضاء هناك على نهج القانون المقارن" فيما يتعلق بالسوابق الأجنبية[٤].

ولا شك أن الطبيعة المختلطة للنظام القانوني في جنوب أفريقيا (مزيج من القانون الروماني الهولندي والقانون الإنجليزي) تتطلب اتباع نهج قانوني مقارن للعثور على القانون وتطويره ووضعه، وكانت محاكم جنوب أفريقيا تفعل ذلك سراً خلف الكواليس، لا سيما منذ التوحيد. لقد كانوا يطلبون باستمرار التوجيه من أحكام المحاكم العليا الأجنبية،

---

(1) Jonathan L. Marshfield, Foreign Precedent in State Constitutional Interpretation, 53 Duq. L. Rev. 413 (2015), p. 418.

(2) Michael Bobek, Comparative Reasoning in European Supreme Courts, (Oxford University Press 2013), 85.

(3)C Rautenbach, THE SOUTH AFRICAN CONSTITUTIONAL COURT'S USE OF FOREIGN PRECEDENT IN MATTERS OF RELIGION: WITHOUT FEAR OR FAVOUR? PER / PELJ 2015(18)5, p. 1546.

ويظهر استخدام المحكمة الدستورية في جنوب افريقيا للسوابق القضائية الأجنبية أن المحكمة كذلك من بين أكثر مستخدمي القانون المقارن في العالم.

Christa Rautebach, 'South Africa: Teaching an 'Old Dog' New Tricks? An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the South African Constitutional Court (1995-2010), in Tania Groppi and Marie-Claire Ponthoreau (eds), The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges (Hart Publishing 2013), 194, 411-12.

(4) Ackermann 2006 SALJ 500.

خاصة في دول الكومنولث والولايات المتحدة وهولندا وألمانيا وأجزاء أخرى من أوروبا الغربية حيث تم أيضًا قبول القانون الروماني[١].

وهنا ينبغي التأكيد على أن الرغبة الظاهرة من جانب السلطة القضائية أحد العوامل المؤثرة والتي تدلل على الرغبة في الانخراط في مسألة المناقشات القضائية العالمية[٢].

وفي حالة جنوب إفريقيا على وجه الخصوص نجد أن المحفز الأكثر أهمية للمقارنة القضائية اليوم هو بند التفسير الفريد في الدستور (القسم ٣٩ (١)). والتي تنص على أنه:

عند تفسير وثيقة الحقوق، على المحكمة العادية أو الخاصة أو غير الرسمية–

أن تعزز القيم التي تمثل أساس مجتمع مفتوح وديمقراطي يقوم على الكرامة الإنسانية، والمساواة، والحرية؛ أن تنظر في القانون الدولي؛ ويجوز لها أن تنظر في القانون الأجنبي. عند تفسير أي تشريع، وعند وضع مبادئ القانون العام أو القانون العرفي، تعزز كل محكمة عادية أو خاصة أو غير رسمية، روح وثيقة الحقوق وغرضها وأهدافها. لا تنكر وثيقة الحقوق وجود أي حقوق أخرى للحريات يعترف بها ويخولها

---

(1) Ackermann 2006 SALJ 500.

(2) Rautenbach "South Africa: Teaching an 'Old Dog' New Tricks?" 185-209.

ومنذ إنشائها في عام ١٩٩٤ حتى نهاية عام ٢٠١١، أصدرت المحكمة ٤٣٧ حكمًا. وقد استشهد أكثر من نصف هذه الأحكام (٢٢٣ حكماً) بأكثر من ٣٠٤٧ قضية أجنبية.
http://www4-win2.p.nwu.ac.za/dbtw-wpd/textbases/ccj.htm.

وعلى الرغم من أن هذه القضايا تتناول جميع المسائل القانونية، وخاصة قضايا حقوق الإنسان، إلا أن استخدام المحكمة للقضايا الأجنبية في مجال الدين أمر جدير بالملاحظة. وخلال فترة التحقيق التي دامت ستة عشر عاماً، استشهدت المحكمة بقضايا أجنبية تتناول الدين من ولايات قضائية مختلفة أكثر من ١٠٩ مرات - وهو ليس بالأمر الهين إذا أخذنا في الاعتبار أن تلك الاستشهادات وردت في خمسة أحكام فقط للمحكمة الدستورية.

S v Lawrence, S v Negal, S v Solberg 1997 4 SA 1176 (CC) (the Lawrence case); Christian Education South Africa v Minister of Education 1999 2 SA 83 (CC); Christian Education South Africa v Minister of Education 2000 4 SA 757 (CC) (the Chrstian Education case); Prince v President, Cape Law Society 2002 2 SA 794 (CC) (the Prince case); MEC for Education KwaZulu-Natal v Pillay 2008 1 SA 474 (CC).

(ISSN : 2537 - 0758)

نظام القانون العام أو القانون العرفي أو التشريعات، بقدر ما تتوافق تلك الحقوق مع الوثيقة..

وتشير صياغة القسمين الفرعيين (ب) و (ج) إلى وجود اختلاف في النهج المتبع تجاه القانون الدولي والقانون الأجنبي. في حالة القانون الدولي يجب على المحكمة أن تنظر فيه، وفي حالة القانون الأجنبي يجوز للمحكمة أن تنظر فيه. وإن كان هناك فرق واضح بين الفعلين "يجوز" و"يجب"، إلا أن كلاهما مرتبط بفعل "يعتبر" الذي له معاني متنوعة مثل "يفكر في (شيء)"؛ إلى "اعتبار (شخص ما أو شيء ما) يتمتع بجودة محددة"؛ فإن هذه الأنواع من الإجراءات تستخدمها المحكمة الدستورية جميعًا بطريقة أو بأخرى أثناء عملية الاستدلال.

في حالة القانون الدولي، تكون المحاكم ملزمة بالمرور (أي "يجب أن تنظر") في عملية النظر هذه، بينما في حالة القانون الأجنبي لا يوجد مثل هذا الالتزام (أي "يمكن أن تنظر"). وبعبارة أخرى، تتمتع المحاكم بسلطة تقديرية للنظر في القانون الأجنبي بموجب المادة ٣٩ (١) (ج)، ولكن هناك التزام بالنظر في القانون الدولي بموجب المادة ٣٩ (١) (ب) بالإضافة إلى ذلك، قد يتضمن القانون الدولي قانونًا ملزمًا وغير ملزم.

مما تقدم يمكن لنا القول بأن المادة ٣٩ من دستور جنوب إفريقيا تسمح للمحكمة الدستورية بدور تفسيري رائد[١].

---

[1] Andrea Lollini, Legal argumentation based on foreign law An example from case law of the South African Constitutional Court, utrechtlawreview ,Volume 3, Issue 1 (June) 2007,p.63,available at: http://www.utrechtlawreview.org

جدير بالإشارة أن المادة ١١ من دستور مالاوي لعام ١٩٩٤ قد نصت هي الأخري على أحكام مشابهة لتلك المنصوص عليها في جنوب إفريقيا وذلك بقولها "يجب تطوير المبادئ المناسبة لتفسير هذا الدستور واستخدامها من قبل المحاكم لتعكس الطابع الفريد والمكانة العليا لهذا الدستور.

عند تفسير أحكام هذا الدستور، يجب على المحكمة ما يلي:

تعزيز القيم التي يقوم عليها مجتمع منفتح وديمقراطي؛ تأخذ في الاعتبار الكامل أحكام الفصل الثالث والفصل الرابع؛ وحيثما ينطبق ذلك، مراعاة القواعد الحالية للقانون الدولي العام والسوابق القضائية الأجنبية المماثلة.

ويشير القاضي Ackermann إلى هذا المفهوم ويقول: "ليس لدي أدنى شك في أنه، بسبب روح القانون المقارن في جنوب أفريقيا، كانت المحكمة ستضع نفس الاعتماد على القانون الأجنبي حتى لو لم يكن هناك نص من هذا القبيل في الدساتير[١].

ولإثبات وجهة نظره، أشار إلى تعليق القاضي Chaskalson في قضية S v Makwanyane إن – المواد – الدولية والأجنبية ذات قيمة [بالنسبة للقضاة] لأنها تحلل الحجج المؤيدة والمعارضة لعقوبة الإعدام وتوضح كيف تعاملت محاكم الولايات القضائية الأخرى مع هذه القضية الشائكة. ولهذا السبب وحده فإنها تتطلب اهتمامنا. وقد يتعين أيضًا أخذها في الاعتبار بسبب صلتها بالمادة ٣٥ (١) من الدستور[٢].

وفي قضية Ferreira v. Levin، لخص القاضي Ackermann من جنوب أفريقيا التفسير المقارن بأنه استكشاف "القانون العام لدينا، فضلاً عن القانون العام في ولايات قضائية أخرى..."... في سياق "مجتمع منفتح وديمقراطي قائم على الحرية والمساواة"... "لتعزيز القيم التي تكمن وراء" مثل هذا المجتمع على وجه التحديد[٣].

وإذا نظرنا إلى الهند نجد أن الاعتماد على السوابق الأجنبية أداة حيوية لقرارات المحكمة العليا الهندية التي وسعت الحماية الدستورية لتشمل العديد من الاستحقاقات الاجتماعية والاقتصادية والقضايا المتقدمة مثل حماية البيئة والعدالة بين الجنسين.

يشار هنا إلى أن معظم القانون الهندي تم استعارته من العديد من البلدان، على الرغم من أن الهند تبنته مع بعض التعديلات. ومع ذلك، فقد تناولت المحكمة العليا في الهند سلسلة من القضايا، على سبيل المثال في قضية ولاية البنغال الغربية ضد ب.ك. وأكدت شركة موندال وأولاده، أن المساعدة في مثل هذه القرارات تخضع لشرط إعطاء أهمية قصوى دائمًا للغة النظام الأساسي الهندي ذي الصلة، والظروف والإطار الذي تم سنه فيه، والأهم من ذلك الظروف الهندية.

---

(1)Ackermann 2006 SALJ 500" I have not the slightest doubt that, because of the comparative law ethos in South Africa, the Court would have placed the same reliance on foreign law even had there been no such provision in the Constitutions".

(2) The Makwanyane case para 34

(3) Ferreira v. Levin & Others 1996 (1) SA 984 (CC) at 111 para. 91 (S. Afr).

(ISSN : 2537 - 0758)

واعتمدت المحاكم في الهند مرارًا وتكرارًا على قرارات صادرة عن ولايات قضائية أخرى تطبق القانون العام، معظمها في المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية وكندا وأستراليا.

ولقد كان للاستعمار البريطاني الطويل دورا في ذلك. حيث ورثت الهند اللغة والمؤسسات السياسية التي أثر بها جزءًا كبيرًا من تدوين حقوق الإنسان العالمية الذي تم ببطء ونمت من حيث العدد والتفصيل على مدار القرن التاسع عشر.

ويتضح لنا أيضا أن دستور الهند اعتمد على المجموعة المتنامية من القانون الدولي لحقوق الإنسان بالإضافة إلى السمات والأحكام الدستورية الأمريكية والأسترالية والبريطانية والكندية والألمانية والأيرلندية[١]، لذلك أشارت المحكمة العليا في الهند بحرية إلى سوابق المحاكم الدستورية الأجنبية منذ بدايتها[٢].

ويستشهد القضاة في الهند بشكل روتيني بالسوابق القضائية من محاكم الولايات المتحدة إلى جانب الولايات القضائية الأجنبية الأخرى والقانون الدولي[٣].

ويتضح لنا كذلك أن هناك أيضًا ميل واضح من جانب المحاكم الهندية للإشارة إلى الكتابات الأكاديمية، خاصة تلك الناتجة عن مراجعات القانون التي تنشرها الجامعات الأمريكية[٤].

---

(1) See generally Burt Neuborne, The Supreme Court of India, 1 INT'L J. CONST. L. 476 (2003).

(2) Sujit Choudhry, how to Do Comparative Constitutional Law in India: Naz Foundation, Same Sex Rights, and Dialogical Interpretation, in COMPARATIVE CONSTITUTIONALISM IN SOUTH ASIA 45, 53 (Sunil Khilnani, Vikram Raghavan & Arun K. Thiruvengadam eds., 2013) (citing Adam M. Smith, Making Itself at Home: Understanding Foreign Law in Domestic Jurisprudence: The Indian Case, 24 BERKELEY J. INT'L L. 218 (2006)., Cited in Sam F. Halabi, Ibid, p.78.

(3) A.M. Smith, Making Itself at Home: Understanding Foreign Law in Domestic Jurisprudence – The Indian Case, 24 BERKELEY J. INT'L L. 218 (2006).

(4) R. Dhavan, Borrowed Ideas: On the Impact of American Scholarship on Indian Law, 33(3) AM. J. COMP. L. 505 (1985).

وإلي جانب تبني الهند للمبادئ الأمريكية للفصل بين السلطات، فقد اختارت المبادئ الفيدرالية الأسترالية والكندية لتوزيع السيادة بين الحكومة والولايات. وبسبب هذه العوامل مجتمعة يتعامل القضاة في الهند بأريحية مع الاقتراض الدستوري[١].

وفي هذا الخصوص نجد أن المحكمة العليا في الهند استخدمت الأحكام الصادرة من المحكمة العليا الأمريكية والأيرلندية والنيوزلندية من أجل إظهار الدور المشترك للمحاكم فيما يتعلق بحقوق المتهمين جنائيا والمحتجزين وذلك من خلال حكمها في قضية hri D.K. Basu [٢].

إلا أنه ينبغي التأكيد هنا على أن تشابه النظام القانوني لا يمنع المحكمة على الإطلاق من الاستعانة بأحكام من المحاكم التي تنتمي لنظام مختلف، فعلي سبيل المثال تستشهد المحكمة العليا الاسترالية بانتظام بقضايا من المحاكم العليا في بلدان القانون العام الأخرى، في أغلب الأحيان في المملكة المتحدة والولايات المتحدة وكندا ونيوزيلندا.[٣] ولكن هذا لا يمنع المحكمة من الاستشهاد بأحكام محاكم القانون المدني.[٤]

ويعبر البعض عن ذلك بقوله " ولئن قيل بأن الاعتماد على التنظيم المقارن، يفترض توافقا مع النظم القانونية التي تتأثر به، أو على الأقل تقاربها فيما بينها من النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية، إلا أن وحدة هذه النظم أو اقترابها من بعضها، لا تشترط في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي تؤمن أكثر الدول بها، وتراها خطا واضحا لردع كل عدوان على حقوق الأفراد وحرياتهم "[٥].

---

(1) Anil Kalhan et al., Colonial Continuities: Human Rights, Terrorism, and Security Laws in India, 29 COLUM. J. ASIAN L. 93, 114–15 (2006).

(2) Shri D.K. Basu, 1 S.C.R. 416 at paras. 33, 49–50, 53–54.

(3) B. Topperwien, Foreign Precedents. In the Oxford Companion to the High Court of Aus-tralia (Oxford University Press 2001), Cited in, Selena Bateman and Adrienne Stone, Precedents and case-based reasoning in the case law of the High Court of Australia in: Constitutional Law and Precedent International Perspectives on Case-Based Reasoning, Edited by Monika Florczak-Wątor, 2022, p.65.

(٤) في دراسة تم إجراؤها في المجر اعتمدت على مقابلات مع بعض القضاة أفادوا من خلالها أنهم حاولوا تجنب الإشارة إلى البلدان التي كان فيها وضع سيادة القانون هشًا. أو البلدان التي كان النظام القانوني فيها غير مألوف لزملائه القضاة (مثل جنوب أفريقيا).

(٥) أنظر: المستشار الدكتور محمد عوض المر، مرجع سابق، ص ١٨٥.

(ISSN : 2537 - 0758)

كما قد تشهد العلاقة بين بعض الدول المنتمية لنظام قانوني متشابه تقاربا في بعض الأوقات ثم تشهد بعد ذلك نوعا من التباعد على الرغم من أن العلاقة التاريخية القوية بين الأطر الدستورية لأستراليا والمملكة المتحدة قد اعترفت بها المحكمة دائمًا، إلا أن هذه الروابط النصية والهيكلية أضعف بكثير في الوقت الحالي.

بالإضافة إلى ذلك، تباعدت المملكة المتحدة وأستراليا على مدى العقود الأخيرة في ضوء دور المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وسن قانون حقوق الإنسان لعام ١٩٩٨ (المملكة المتحدة).

وعلى النقيض من ذلك يجادل البعض كذلك بأن الحوار القضائي قد يؤدي أيضًا إلى المزيد من المذاهب الانعزالية خاصة إذا تم الاستناد إلى القانون الأجنبي بهدف توضيح تفرد الولاية القضائية ووضعها الاستثنائي من بين أمور أخرى.

أحد الأمثلة الصارخة يأتي من المحكمة العليا في الكيان الصهيوني، التي تتجنب باستمرار التذرع بالقانون الأجنبي للأنظمة السياسية ذات الأغلبية المسلمة التي تواجه صعوبات مماثلة في تحقيق توازن تفسيري مُرض بين القوانين الدينية والعلمانية/الديمقراطية[١]، وتلعب التوترات السياسية والتاريخية دورا كبيرا في هذا الخصوص[٢].

وإلى جانب ما يتعلق بالنظام القانوني نجد أن طبيعة النظام السياسي داخل الدولة والظروف التاريخية التي تحيط به تلعب دورا فعالا وبارزا في مسألة الاستعانة بالقانون الأجنبي والسوابق القضائية الأجنبية.

---

[1] HIrschl, R. (2014b). "In Search of an Identity: Voluntary Foreign Citations in Discordant Constitutional Settings", The American Journal of Comparative Law, Vol. 62, No. 3, p. 580. See also Yıldırım, E. & Gülener, S. (2018). p. 113., Cited in, Cem TECİMER, THE USE OF FOREIGN LAW IN TURKISH CONSTITUTIONAL ADJUDICATION, Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 2, (2019), s.111–154., P.121.

[٢] على سبيل المثال في حين أن التأكيد على أنه "لا يوجد أي ذكر على الإطلاق لقضايا المحكمة العليا للكيان الصهيوني من قبل المحكمة الدستورية التركية (أو العكس)" إلا أن هذا القول غير دقيق من الناحية الوصفية، نظرًا لرأي مخالف واحد على الأقل في قرار اتخذته المحكمة الدستورية التركية أشارت فيه لأحد أحكام المحكمة العليا للكيان الصهيوني".
TCC, E.2013/99, K.2014/61, 27/03/2014.

فعلي سبيل المثال تعد مسألة استخدام القانون الأجنبي والسوابق غير معتادة بالنسبة للمحاكم في روسيا بشكل عام والمحكمة الدستورية بشكل خاص ويمكن طرح عدد من الأسباب لذلك.

وترجع أسباب ذلك إلى أن معظم القضاة الروس ينظرون إلى النظام القانوني الروسي باعتباره وعاءً مغلقًا. وتعتبر المبادئ القانونية والنظام القانوني مكتفية ذاتيا. علاوة على ذلك، فإن الشكلية القانونية تدفع القضاة إلى التفكير (في الغالب إن لم يكن حصرا) في صياغة القواعد، وليس في المؤسسات والمبادئ والمفاهيم القانونية الموضوعية. حيث يعتقد العديد من القضاة أنهم لا يستطيعون الاستشهاد بسوابق أجنبية في قراراتهم لأنها غير ملزمة في النظام القانوني الروسي. ولذلك يتم تحديد الدافع وراء أي قرار محكمة حصريًا من خلال مصادر القانون الروسية وترى محاكم الاستئناف أن القاضي الذي يتخذ القرار يجب أن يعكس في نصه كل الحجج التي يأخذها في الاعتبار. وإذا كانت الحجة مبنية على مصدر غير ملزم، يصبح هذا سبباً (إضافياً) للشك في صحة القرار[1].

وعلى الرغم من أن الفقه القانوني الروسي (أساسا في مجال القانون الخاص) غالبا ما يتطلع إلى الخارج لتحليل واعتماد (تحويل) الخبرة الأجنبية، فإن الممارسة القانونية بعيدة كل البعد عن استخدام السوابق من الولايات القضائية الأجنبية لدعم القرارات القضائية.

خلاصة الأمر أن هناك العديد من العقبات الخطيرة التي تحول دون استخدام المحكمة الدستورية الروسية للسوابق الأجنبية على نطاق واسع وبشكل متكرر. وتكمن بعض هذه العقبات في مجال خصوصيات النظام السياسي الروسي والثقافة السياسية والظروف الاجتماعية والسياسية. وتبدو الممارسات الأجنبية متباينة إلى حد ما في الولايات القضائية المختلفة، وهذا يسمح للمحكمة باتباع منطقها الخاص في نهاية المطاف،

(1) Sergey Belov, foreign transplants in the Russian Constitution and invisible foreign precedents in decisions of the Russian Constitutional Court ,in Groppi, Tania.; Ponthoreau, Marie-Claire The use of foreign precedents by constitutional judges, 2013 ,available at: https://www.academia.edu/21061812/Russia_Foreign_Transplants_in_the_Russian_Constitution_and_Invisible_Foreign_Precedents_in_Decisions_of_the_Russian_Constitutional_Court_The_Russian_Constitution_its_Cultural_and_Historical_Origins_and_Foreign_Influences_on_the_Text

(ISSN : 2537 - 0758)

باستخدام ممارسات أخرى على سبيل التقدير باختيار سابقة يجب اتباعها، وبالتالي من الواضح أن المحكمة الدستورية الروسية سيكون لديها المزيد من الأسباب لمتابعة القرارات الصادرة عن بلدان رابطة الدول المستقلة، والتي هي أقرب في السياق السياسي والاجتماعي، من الديمقراطيات القديمة في أوروبا الغربية والولايات المتحدة، على الرغم من أنها تتناول ممارسة المحاكم في الديمقراطيات القديمة[١].

ومما لا شك فيه أيضا أن الظروف السياسية للدول تؤثر تأثيرا بالغا على مسألة الاستشهادات الأجنبية، وتدليلا على ذلك نجد أنه كانت هناك زيادة في وتيرة تطبيق الحجة المقارنة في الفترة التي أعقبت انضمام بعض البلدان إلى الاتحاد الأوروبي.

ويمكن تفسير ذلك بحقيقة أن المحاكم الدستورية غالبًا ما حكمت بشأن دستورية نفس لوائح الاتحاد الأوروبي، أو بشأن قوانين تنفذ لوائح الاتحاد الأوروبي في الأنظمة القانونية الوطنية. وفي أحكامها، غالبًا ما تراجع المحاكم التي تفصل في هذه القضايا لاحقًا الأحكام الصادرة عن المحاكم الدستورية الأخرى التي سبق لها أن حكمت في قضايا مماثلة.

على سبيل المثال نجد أنه بعد انضمام بولندا إلى الاتحاد الأوروبي في عام ٢٠٠٤، زاد بشكل كبير عدد القضايا التي طبقت فيها المحكمة الحجة المقارنة استنادا إلى السوابق القضائية للمحاكم الأجنبية. واتضح أن المراقبة المستمرة للسوابق القضائية للمحاكم الدستورية في الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي لها ما يبررها من خلال حقيقة أنها تبت في دستورية نفس القضايا أو قضايا مماثلة لتلك التي قررتها المحكمة البولندية[٢].

ومن الأمثلة الجيدة في هذا الصدد أيضا حكم المحكمة الدستورية البولندية بشأن دستورية معاهدة لشبونة، الذي أشار إلى أحكام المحاكم الدستورية في الجمهورية التشيكية وألمانيا وأستراليا والمجر ولاتفيا.

وفي هذا الشأن يري كلا من Mark Tushnet &Vicki C. Jacksonأنه ربما حكمت المحكمة الدستورية المجرية بعدم دستورية عقوبة الإعدام على الأقل جزئيًا بسبب النخب

---

(1) Ibid, p. 42.

(2) Piotr Czarny and Monika Florczak-Wątor, PReview of European and Comparative Law |2022Vol. 49, No. 2, precedents and case-based reasoning in the case law of the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland: in Constitutional Law and Precedent International Perspectives on Case-Based Reasoning, Edited by Monika Florczak-Wątor, 2022, p.170.

السياسية والقانونية المجرية يعتقد أن القيام بذلك كان شرطًا مسبقًا للدخول في علاقة مع الاتحاد الأوروبي[١].

وعلي جانب متصل يري البعض أن تعزيز شرعية المحكمة هو الهدف الأكثر مناقشة في كثير من الأحيان استخدام القانون المقارن[٢]، ويمكن أن يكون أيضًا إشارة للعالم المجتمع الذي قطعته البلاد مع ماض غير ديمقراطي[٣]، وفي هذا الخصوص تتم الإشارة إلى استشهاد المحكمة العليا في أوغندا بسابقة أجنبية في القضايا الدستورية من أجل ابعدهم عن الماضي الذي لم يكونوا فخورين به.

وبالإضافة لما تقدم قد تكون الرسالة حول المحكمة أيضًا أنها موضوعية ومحايدة، وهو أمر ذو قيمة خاصة بالنسبة للمحاكم الدستورية المؤسسة حديثا[٤]، ويمكن أن يكون الجمهور المستهدف للرسالة داخليًا(مؤسسات الدولة الأخرى أو عامة الناس) أو خارجية (دولية والمؤسسات والمحاكم الأجنبية).

وفي هذا الخصوص يذهب البعض إلى القول بأن هناك فوائد دبلوماسية يمكن أن تحدث من استخدام القضاة المحليين للسوابق الأجنبية والإعلان ضمنيًا عن موافقتهم على الطرق التي حل بها القضاة الأجانب مشاكل دستورية مماثلة.

وتجدر الإشارة هنا إلى وجود آراء بأن المحاكم، خاصة في تاريخهم المبكر، يميلون إلى استخدام القانون الأجنبي في تفكيرهم لأغراض استراتيجية، لحماية القرارات المثيرة للجدل والمتنازع عليها من خلال الرجوع إلى الفقه الدستوري المعمول به في ديمقراطية دستورية محترمة.[٥]

---

(1) Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, Comparative Constitutional Law (St. Paul: Foundation Press, 1999), p. 171.

(2) Michel Rosenfeld, Comparative Constitutional Analysis in United States Adjudication and Scholarship, in Michel Rosenfeld, András Sajó (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp. 43-51.

(3) Vlad Perju, Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations, in Rosenfeld and Sajó(eds.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law (Oxford: Oxford University Press, 2012), p.1318

(4) Ibid.

(5) Michel Rosenfeld, András Sajó (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law (Oxford: Oxford University Press, 2012), p.13.

(ISSN : 2537 - 0758)

المطلب الرابع
العوامل المتعلقة بالروابط التاريخية والثقافية المشتركة

لاشك أن آراء محكمة ما قد تبدو أكثر إقناعا لأعلى المستويات في دولة أخرى بسبب التشابه بين البلدين وأنظمتهما القانونية كما ذكرنا سابقا ولذلك فرصة استشهاد المحاكم الدستورية بدول تختلف أنظمتها القانونية عنها اختلافا واضحا يبقي أمر نادر الحدوث[١].

وفي هذا الشأن يري البعض أن الاستشهاد بأحكام أجنبية من محاكم معينة ليس مفاجئا بشكل كبير وذلك نظرا للروابط التاريخية التي تجمع هذه الدول ومثال ذلك الروابط التي تجمع كندا وانجلترا ونظام الكومنولث لكن سن الميثاق الكندي، على الأقل فيما يتعلق بالجانب الدستوري، سرعان ما أنهت "الأسر الإنجليزي"[٢].

وفي نفس الإطار يتضح لنا بجلاء أن تأثير التقاليد القانونية الألمانية قوي في الثقافة القانونية المجرية، وذلك لأسباب تاريخية وثقافية.

ويشار هنا إلى أنه عند بدء نشاطهم، عمل الأعضاء المؤسسون للمحكمة الدستورية المجرية مع اختصاص المحكمة الدستورية الألمانية كنموذج. حيث ساعدت المفاهيم القانونية التي تم تطويرها في الفقه الألماني على إيجاد إجابات متماسكة لأصعب الأسئلة المتعلقة بدسترة النظام القانوني في فترة زمنية قصيرة نسبيا[٣].

---

[١] يشير McCrudden إلى هذا الأمر بقوله إن استشهاد مجلس اللوردات في انجلترا على سبيل المثال بالقضايا الصينية يبدو غير محتمل.
Christopher McCrudden, A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights, (2000) 4 Oxford Journal of Legal Studies, p.517, Cited in, Eszter BODNÁR, THE INVISIBLE FACTORS BEHIND USING COMPARATIVELAW IN CONSTITUTIONAL ADJUDICATION, Ibid, p.223.

[2] B Laskin, 'The Supreme Court of Canada: A Final Court of and for Canadians' (1951) 29 Canadian Bar Review 1038, 1045–46.

[3] Catherine Dupre, Importing the Law in Post-Communist Transitions: The Hungar-ian Constitutional Court and the Right to Human Dignity (Hart 2003), Cited in, Zoltán Pozsár-Szentmiklósy, Precedents and case-based reasoning in the case law of the Hungarian Constitutional Court, in Constitutional Law and Precedent International Perspectives on Case-Based Reasoning, Edited by Monika Florczak-Wątor, 2022, p.113.

وتأكيدا على أهمية الروابط التاريخية أيضا نجد أن المحكمة الدستورية في بولندا تشير في أغلب الأحيان وفي أكثر من ٤٠ قضية، إلى أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية ويمكن تفسير ميل المحكمة للنظر في قرارات هذه المحكمة بالروابط التاريخية بين القانون البولندي والقانون الألماني[١].

ومن حيث المبدأ، لا تشير المحكمة البولندية إلى قرارات المحاكم غير الأوروبية. والاستثناء في هذا الصدد هو المحكمة العليا في الولايات المتحدة[٢]، التي استشهدت بقراراتها في عدة قضايا(٤٣)، فضلا عن المحكمة العليا في كندا[٣].

ويري البعض أن السبب في عدم إشارة المحكمة الدستورية في بولندا لمحاكم أوروبا الغربية على الرغم أنه من الممكن أن تواجه هذه المحاكم نفس القضايا المعروضة أمام المحكمة البولندية يرجع إلى الخلفية التاريخية أو السياسية أو الاجتماعية المختلفة تخلق سياقًا لهذه المشكلة الدستورية والقانونية في هذه البلدان. يعني أن الحجج والاستنتاجات التي توصلت إليها المحاكم الدستورية في ذلك الجزء من أوروبا قد تكون لها فائدة محدودة بالنسبة للمحكمة الدستورية البولندية[٤].

---

(1) Agnieszka Liszewska and Krzysztof Skotnicki, Związki prawa polskiego z prawem nie-mieckim (Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 2006), Cited in, Grzegorz Maroń, References to jurisprudence of foreign constitutional courts in judgments and decisions of the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland Review of European and Comparative Law |2022Vol. 49, No. 2, p.78.

(2) CT judgments of 6 April 2011, Pp 1/10 and of 11 December 2012, K 37/11

(3) CT judgment of 11 October 2016, SK 28/15.

استشهدت المحكمة البولندية عادةً بالسوابق القضائية للمحكمة الدستورية التشيكية

CT judgments of 24 November 2010, K 32/09 and of 23 November 2016, K6/14.

كما استشهدت بدرجة أقل من السوابق القضائية للمحكمة الدستورية السلوفاكية والمجرية.

CT judgments of 11 July 2012, K 8/10 and of 17 March 2008, K 32/05.
CT judgments of 19 November 2011, K 11/10 and of 5 June 2012, K 11/10.

(4)Grzegorz Maroń, References to jurisprudence of foreign constitutional courts in judgments and decisions of the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland, Review of European and Comparative Law |2022Vol. 49, No. 2, p.84.

(ISSN : 2537 - 0758)

ومن الأمثلة الجيدة في هذا الصدد حكم المحكمة الدستورية البولندية بشأن دستورية معاهدة لشبونة، الذي أشار إلى أحكام المحاكم الدستورية في الجمهورية التشيكية وألمانيا وأستراليا والمجر ولاتفيا، أيضًا فيما يتعلق بقرار المجلس الدستوري الفرنسي(١).

وبالمثل، أثرت ممارسة المحكمة الدستورية الاتحادية لألمانيا على المحكمة الدستورية في لاتفيا، من خلال صياغة الموقف تجاه معايير القانون الدولي في مجال حقوق الإنسان والسوابق القضائية لتطبيقها. وقد تبنت المحكمة الدستورية النهج الذي اعتمدته المحكمة الدستورية الاتحادية لألمانيا، وهو أن نطاق الحقوق الأساسية التي يكفلها الدستور يشمل كافة الالتزامات الدولية للبلاد في مجال حقوق الإنسان(٢).

وقد لعبت أحكام المحكمة الدستورية الاتحادية في ألمانيا دورا هاما في توضيح محتويات حقوق أساسية محددة. على سبيل المثال، استناداً إلى ممارسة المحكمة الدستورية الاتحادية لألمانيا، أوضحت المحكمة الدستورية في لاتفيا مضمون الحق في العمل(٣).

وبالمثل، استخدمت المحكمة الدستورية في لاتفيا ممارسة المحكمة الدستورية الفيدرالية في ألمانيا لتوضيح مدى واجبات الوالدين والدولة في تعليم الأطفال(٤).

ولقد كانت الآراء التي تم التعبير عنها في أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية في ألمانيا بمثابة أساس لتفسير نظرية حرية التجمع(٥)، والقواعد الأساسية لمبدأ الخدمة المدنية للدولة(٦)،ونظرية إعادة دمج المدانين في المجتمع(٧).

---

(1) Judgment of the Polish Constitutional Tribunal of 24 November 2010, K 32/09.
(2) Judgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 17 January 2001 – Case No.2001-08-01.
(3) Judgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia 4 June 2002 – Case No.200116-01.
(4) Judgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 13 May 2005 – Case No.200418-0106
(5) Judgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia, 23 November 2006 – Case No.2006-03-0106.
(6) Judgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 10 May 2007 – Case No.200629-0103
(7) udgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 14 June 2007 – Case No.200631-01.

جدير بالإشارة هنا أن المحكمة الدستورية في لاتفيا بحثت في سنواتها الأولي عن حلول لقضايا مماثلة في بلدان أخرى شهدت أيضًا تحولًا في أنظمتها القانونية، ولذلك أشارت إلى تجربة المحاكم في بلدان ما بعد الاشتراكية الأخرى، مثل المحكمة الدستورية سلوفينيا(١)، المحكمة الدستورية البولندية(٢)، المحكمة الدستورية لجمهورية التشيك(٣)، والمحكمة العليا لجمهورية إستونيا(٤).

مثال آخر لتشابه النظام القانوني وتأثيره على مسألة الاقتراض الدستوري حالة تركيا وسويسرا، حيث يتضح لنا في هذه الحالة أن تشابه التقاليد القانونية" قد حفز القضاة النظر إلى الولايات القضائية الأصلية التي تم الاقتراض منها لمعرفة كيف تعاملت تلك الولايات القضائية مع مسائل مماثلة تتعلق بالفصل الدستوري.

وفي هذا الأمر يظهر لنا إشارات المحكمة الدستورية التركية العديدة إلى القانون السويسري(٥) والذي ينبع منه جزء كبير من القانون المدني التركي – والذي غالبًا ما يكون موضوعًا للمراجعة الدستورية – قد يكون له علاقة بالتشابه بين أنظمة القانون المدني في البلدين نتيجة للاقتراض القانوني المكثف في تركيا.

ويبرر البعض هذا التقارب على أساس التواصل من أجل التعلم من تجارب الآخرين. "حتى لو كنت تعرف ألف شيء"، كما يقول المثل التركي القديم، "فاستشر من يعرف شيئًا واحدًا"(٦).

---

(1) Judgment of the Constitutional Court, Case No 2002–08–01, 23 September 2002

(2) Judgment of the Constitutional Court, Case No 2009–11–01, 18 January 2010, para 10.2.

(3) Judgment of the Constitutional Court, Case No 2002–08–01, 23 September 2002.

(4) Judgment of the Constitutional Court, Case No 2005–16–01, 8 March 2006, paras 15, 17.5.

(5) See e.g., TCC, E.1980/29, K.1981/22, 21/05/1981; TCC, E.1988/15, K.1989/9, 14/02/1989; TCC, E.1990/30, K.1990/31, 29/11/1990; TCC, E.1990/15, K.1991/5, 28/02/1991; TCC, E.1999/47, K.1999/46, 28/12/1999; TCC, E.1992/2, K.2001/2, 22/06/2001.

(6) Cem TECİMER, Ibid, p.149.

الإطار الدستوري التركي علماني بأغلبية ساحقة وأكثر أقرب إلى جيرانه الغربيين. ولكن بصرف النظر عن هذا الاختلاف بين الهياكل الدستورية في تركيا وغيرها من الأنظمة السياسية

(ISSN : 2537 - 0758)

ولا ريب في أن العلاقات والروابط الاستعمارية قد ألقت بظلالها بشكل كثيف على مسألة استعانة القضاء الدستوري بالسوابق الأجنبية في مجال القضايا المنظورة أمامهم.

فعلي سبيل المثال نجد توجيه الجزء الأكبر من الاستشهادات الخارجية نحو المملكة المتحدة ومن المحتمل أن يكون هذا بسبب عوامل تاريخية: جميعها كانت البلدان في الشبكة في مرحلة ما خاضعة للبريطانيين الحكم الإمبراطوري، ونتيجة لذلك، تم تصميم أنظمة القانون على تلك المستخدمة في إنجلترا[١].

ومن الواضح أنه في بداية عمل المحكمة العليا الأمريكية، كانت الإشارة إلى السوابق الإنجليزية أو البريطانية أمرًا مفهومًا وضروريًا، حيث كان الأمريكيون يتبعون أنماط القانون العام الإنجليزي، بما في ذلك التعريفات القانونية ومبادئ القانون. ونتيجة لذلك، في العقدين الأولين من قيام الدولة الأمريكية، غالبًا ما استندت المحكمة العليا الأمريكية في تفكيرها القانوني إلى سوابق المحاكم الإنجليزية، والتي يعود تاريخ بعضها إلى القرن الثالث عشر. اليوم، مثل هذا النهج غير ضروري و من المستبعد إلى حد كبير، بالنظر إلى إحجام القضاة الأمريكيين عن اتباع أحكام المحاكم الخارجية[٢].

ويظهر تأثر المحكمة العليا الأمريكية جليا من خلال قضية Loving v. United States وكان قد حُكم على Dwight Loving، الجندي في الجيش الأمريكي بالإعدام لقتله اثنين من سائقي سيارة الأجرة. وقد قام بالطعن على الحكم الصادر بحقه على أن الرئيس لم يكن لديه سلطة وصف العوامل المشددة، وهي سلطة تقع فقط ضمن اختصاص الكونجرس[٣].

ذات الأغلبية المسلمة، فإن السياسات القضائية الهوية يجب أن تلعب بلا شك دورًا، إن لم يكن الأكبر، في ضمان الإشارات المتكررة إلى الدول الغربية، وليس إلى الدول ذات الأغلبية المسلمة.

See: Cem TECİMER, Ibid, p.146.

(1) Hoadley et al, A Global Community of Courts? Modelling the Use of Persuasive Authority as Complex Network, Volume 9 - 2021 | p. 15.available at: https://www.frontiersin.org/journals/physics/articles/10.3389/fphy.2021.665719/full

(2) James Shevory, John Marshall's Law: Interpretation, Ideology, and Interest (Greenwood Press 1994.)

(3) Loving v. United States, 517 U.S. 748, 751 (1996).

وبالاعتماد على التاريخ القانوني الإنجليزي، قال القاضي Kennedyإنه من أجل فهم سلطة الكونجرس والرئيس في سياق المحاكم العسكرية، يجب على المحكمة العليا الأمريكية فحص القانون الدستوري المقارن في إنجلترا بسبب أهمية المحاولات البرلمانية لتنظيم المحاكم العسكرية[١].

وبالمثل، في قضية مقاطعة Columbia v. Heller، قررت المحكمة العليا الأمريكية أن التعديل الثاني يحمي حق الفرد في حمل السلاح، إلى حد كبير من خلال الإشارة إلى تطور القانون الإنجليزي[٢].

كما يمكن أيضًا العثور على الكثير من الأدلة على الاقتراض من القانون الإنجليزي في التقارير الأمريكية والفيدرالية في القرن التاسع عشر. وفي هذا القرن، تدفقت حركة المرور إلى حد كبير في الاتجاه الآخر؛ منذ عام ١٩٤٥، استعارت المحاكم الدستورية الحديثة في جميع أنحاء العالم، على غرار المحكمة العليا الأمريكية، بشكل كبير من فقه المحكمة العليا الأمريكية[٣].

وتشير احصائية أن كندا على سبيل المثال تشكل نسبة كبيرة من الاستشهادات الخاصة بالمحكمة العليا الكندية للأحكام الصادرة عن محاكم المملكة المتحدة ويأتي بعدها أحكام المحاكم الأمريكية[٤]. حيث نظر القضاة الكنديون باستمرار إلى ممارسات المحاكم الأمريكية فيما يتعلق بمعاملة الأمريكيين الأصليين.

---

(1) David Fontana, Note, Refined Comparativism in Constitutional Law, 49 UCLA L. REV. 539, 550 (2001).

(2) District of Columbia v. Heller, 554 U.S 570, 599 (2008).

(3) Andrzej Rapaczynski, Bibhliographical Essay: The Influence of U.S. Constitutionalism Abroad, in CONSTITUTIONALISM AND RIGHTS: THE INFLUENCE OF THE UNITED STATES CONSTITUTION ABROAD, (Louis Henkin & Albert J. Rosenthal eds., 1989); Bruce Ackerman, The Rise of World Constitutionalism, 83 VA. L. REV. 771 (1997); MARY ANN GLENDON, RIGHTS TALK: THE IMPOVERISHMENT OF POLITICAL DISCOURSE 158 (1991)., Cited in, Anne-Marie Slaughter, A Global Community of Courts, Ibid, p.196.

(4) Zaring D. The Use of Foreign Decisions by Federal Courts: An Empirical Analysis.J Empirical Leg Stud (2006) 3:297–331.

(ISSN : 2537 - 0758)

ولذلك يمكن القول بأن الأصل البريطاني المشترك للتعاملات الأمريكية والكندية مع الشعوب الأصلية وتوضيح تلك المبادئ من قبل رئيس المحكمة العليا John Marshall هو ذو صلة بتفسير الدستور الكندي وخاصة المادة ٣٥(١) المتعلقة بتأكيد حقوق السكان الأصليين القائمة، وهذه المبادئ "ذات صلة لكندا بقدر ما هي ذات صلة بالولايات المتحدة"[١].

وفي إطار الحديث عن العلاقات الاستعمارية أيضا يُنظر إلى المحاكم الماليزية على أنها تفضل السوابق القضائية في سنغافورة، وتوجه نيوزيلندا معظم طلباتها الخارجية خارج المملكة المتحدة إلى أقرب جيرانها، أستراليا.

ويمكن لنا أن نعلق على هذه المسألة ومن خلال النظر للأحكام القضائية لهذه البلدان السابق الإشارة إليها بأن هذه المرحلة تتميز بالاستقبال في اتجاه واحد؛ ولذلك يمكن لنا القول بأن هذه المرحلة شهدت استقبالا في جانب واحد دون أن يكون هناك حوار قضائي وذلك لأن الحوار بحكم تعريفه يتطلب تبادلاً في الاتجاهين.

وفي هذا الخصوص يمكن القول بأن مسألة الاستشهاد أو الاستعانة من جانب المحاكم الوطنية بأحكام القضاء الدستوري المقارن يمكن أن تتم في اتجاه one-way process وذلك على الرغم من عدم وجود علاقة استعمارية، مثال ذلك المحكمة العليا الكندية والقرارات الصادرة عن المجلس الدستوري الفرنسي.

إن أوضح دعم لدليل الحوار في الشبكة العابرة للولاية القضائية يظهر بين الولايات القضائية في منطقة البحر الكاريبي، حيث تحليلنا للدور الجغرافي يشير القرب إلى توزيع متساوٍ إلى حد ما في الاقتباس بين محاكم الدول في تلك المنطقة. ونلاحظ أيضًا وجود درجة معقولة من التبادل بين الولايات القضائية "الأساسية" للشبكة العابرة للولايات القضائية: أستراليا، كندا، نيوزيلندا والمملكة المتحدة والولايات المتحدة. وتعد الولايات المتحدة أكثر تقييدًا في استخدامها للقرارات بلدان اخرى وفقا لما تتضمنه الدراسات المتخصصة[٢].

---

(1) Sujit Choudhry, Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation, 74 IND. L.J. 819 (1999), Cited in, Sam F. Halabi, Constitutional Borrowing as Jurisprudential and Political Doctrine in Shri D.K. Basu v. State of West Bengal, Ibid, p. 91.

(2) Hoadley et al. ibid, p. 15.

وننتقل هنا للحديث عن مثال آخر وهو يتعلق بكندا حيث يظهر لنا أن استقبال قرارات المحاكم الأخرى بالمعنى الواسع كان منتشرا للغاية في كندا، كما هو الحال في العديد من المستعمرات السابقة الأخرى، وكانت المحكمة العليا الكندية ملزمة بقرارات اللجنة القضائية لمجلس الملكة الخاص في لندن حتى إلغاء الاستئناف أمام تلك الهيئة في عام ١٩٤٩. وحتى مع تفكك الروابط الرسمية للاستعمار، ولم يعد الالتزام بهذه القرارات أمرًا ضروريًا وظل تأثير الفقه البريطاني على المحاكم الكندية قويا[١].

جدير بالإشارة أن هذا اللجوء المتكرر لأحكام أحد الأنظمة المشابهة للنظام القضائي لأحد المحاكم ليس دائما ومستمرا على الإطلاق، فعلي سبيل المثال ورغم التأثر الشديد للمحكمة العليا في كندا بالأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الأمريكية إلا أنها رفضت في كثير من الحالات أن تتبع النهج الأمريكي نظرا للخلافات القانونية والمجتمعية في هذا الخصوص، كما هو الحال بالنسبة لخطابات الكراهية والمساهمات الالزامية للنقابات من أجل أغراض سياسية، ومع ذلك يري الفقه أن هذا الأمر قد سمح للمحكمة في هذه الحالة بالاستفادة من الخبرة المكتسبة للمحكمة العليا خلال مائتي عام من التفسير الدستوري[٢].

العوامل المتعلقة بوحدة اللغة والقرب الجغرافي:

يمكن أن تكون المعرفة اللغوية عاملاً مؤثراً في مسألة استشهاد القاضي الدستوري بالأحكام والمواد الأجنبية؛ ومع ذلك، فقد تتضاءل أهميتها بسبب توفر المزيد من المواد اللغة الإنجليزية (مما يقلل من ضرورة اللغات الأخرى) والمحاكم في كثير من الأحيان لديها قسم منفصل للعمل المقارن.

وغالباً ما يشار إلى الجانب اللغوي، خاصة بالنسبة للبلدان الناطقة باللغة الإنجليزية، على أنه عامل قوي من حيث التأثير القضائي. وبشكل عام، فإن شرعية الاستفسار عن

---

(1) Gerard V. La Forest, The Use ofAmerican Precedents in Canadian Courts, 46 Ma. L. REV. 211,212-13 (1994), Cited in, Claire L'Heureux-Dube, The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court, ibid, p. 17.

(2) Claire L'Heureux-Dube, The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court, Ibid, p. 17.

(ISSN : 2537 - 0758)

الأحكام الأجنبية يتم تبريرها إما من خلال القرب الثقافي أو تشابه النصوص الواجب تطبيقها أو من خلال الحقيقة البسيطة المتمثلة في أن إحدى المحاكم لها تاريخ أطول من محكمة أخرى.

وفي هذا الخصوص يقول Rosenfeld، المقارنون هم مثل الأشخاص الذين يحتاجون إلى تعلم واستخدام لغة أجنبية لتعمل في أرض غريبة؛ لن يهيمنوا أبدًا على اللغة الأجنبية بنفس طريقة لغتهم الأم[١].

ويري البعض أنه قد يكون لقرب الولايات القضائية من بعضها البعض أهمية في اختيار القانون الأجنبي المستخدم. وهذا يعني بالأحرى القرب الدستوري وليس بالمعنى الجغرافي، ويتأثر بالثقافة والتاريخ، السمعة والسياسة والأيديولوجية[٢].

في دول الكومنولث، على سبيل المثال، اللغة الواحدة، والفضاء الثقافي والقانوني المشترك، يعد من العوامل المحفزة في اختيار الأحكام القضائية المستشهد بها.

أحد الأمثلة على الانفتاح هو مجموعة دول الكومنولث لأنها تجد أصولها في الإرث المشترك منهجية القانون العام وتطور الدول داخل التقاليد الدستورية للمملكة المتحدة[٣]، كما يكون لإرث الأحداث التاريخية المؤلمة أيضًا له تأثير[٤].

---

(1) Michel Rosenfeld, Comparative Constitutional Analysis in United States Adjudication and Scholarship, in Michel Rosenfeld, András Sajó (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law (Oxford: Oxford University Press, 2012), p.42.

(2) Frederick Schauer, The Politics and Incentives of Legal Transplantation, in Joseph S. Nye and John D. Donahue (eds.), Governance in a globalizing world (Washington DC: Brookings Institution Press, 2000), p. 261., Cited in, Eszter BODNÁR, THE INVISIBLE FACTORS BEHIND USING COMPARATIVELAW IN CONSTITUTIONAL ADJUDICATION, Ibid, p.224.

(3) Tania Groppi and Marie-Claire Ponthoreau, Conclusion. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A limited practice, an uncertain future, in Groppi and Ponthoreau (eds.), The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges (Oxford: Hart Publishing, 2013), p. 413.

(4) András Jakab et al, Conclusion. Comparing constitutional reasoning with quantitative and qualitative methods, in András Jakab et al. (eds.),

وعلي سبيل المثال في كندا وفي مجال رقابة التناسب تحديدا كانوا يميلون إلى الولايات المتحدة الأمريكية للقرب الثقافي واللغة المشتركة(١).

ومن حيث السمات القانونية والمؤسسية يشترك كل من الولايات المتحدة الأمريكية وكندا في كونهما مستعمرات بريطانية سابقة وتنتمي إلى نفس التقاليد القانونية للقانون العام ذات الأصل البريطاني الموجودة في كليهما علاوة على ذلك، اتبعت كندا الولايات المتحدة، بدلاً من النموذج البريطاني – نموذج للتعليم القانوني عندما تم تأسيسه في القرن العشرين التعليم داخل جامعاتها. وأخيرا، لدى كلا البلدين. محكمة عليا مختصة بالنظر في القضايا القانونية العادية والدستورية.

ولعل ما يؤكد أهمية الدور الهام الذي تلعبه اللغة في مسألة الاستعانة بالسوابق القضائية الأجنبية، تلك الدراسة التي تضمنتها أحد الأبحاث العلمية والتي انتهت إلى أن المحكمة العليا في كندا خلال ٣٠ عام من عملها قد استشهدت في ٩٨% من قراراتها بست ولايات قضائية من الدول الأعضاء السابقين في الكومنولث البريطاني أو الذين يتحدثون لغات مألوفة في كندا (الانجليزية والفرنسية اللغتان الرسميتان في كندا)، والولايات المتحدة الأمريكية، ونيوزلندا، وجنوب افريقيا، والمحكمة الأوروبية لحقوق الانسان (والتي تصدر قراراتها باللغتين الانجليزية والفرنسية) تمثل الاستشهادات بالسوابق الأمريكية والبريطانية وحدها ٨٨ في المائة من إجمالي الاستشهادات الأجنبية في القضايا الدستورية(٢).

وهنا ينبغي الإشارة إلى أن البعض من الفقه يفسر هذه الإشارات المتعددة للدول ذات الصلة الثقافية واللغوية بما يطلق عليه " تفسير الأنساب " ‘ genealogic Interpretation وهي المقصود بها أن محكمة قانون عام قد تجد أنه من المفيد اللجوء إلى سوابق محكمة أجنبية تابعة لبلد ينتمي في الماضي أو في الوقت الحالي إلى نفس

Comparative constitutional reasoning (Cambridge: CambridgeUniversity Press, 2017), p. 791.

(1) Gerard V. La Forest, “The Use of American Precedents in Canadian Courts” (1994), 46 Maine Law Review 211.

(2) GIANLUCA GENTILI, Canada: Protecting Rights in a‘Worldwide Rights Culture.’, Ibid, p.58&59.

(ISSN : 2537 - 0758)

النظام الثقافي أو القانوني لمعالجة القضايا المثيرة للجدل متي غابت المساعدات الفقهية والتشريعية في نظامها القانوني[١].

ويري بعض الفقه في كندا أنه على الرغم من الاستعانة المتكررة بالسوابق القضائية الأمريكية ومن جميع مستويات المحاكم المختلفة، فإن هذا الأمر لم يجعل هذه السوابق تتمتع بكونها أكثر من سلطة مقنعة persuasive authority[٢].

وفي الواقع لعبت اللغة أيضا دورا هاما في هذه المسألة في الهند حيث أن استخدام اللغة الإنجليزية كنص رسمي للقوانين الهندية هو عامل آخر يلزم المحاكم الهندية باللجوء إلى الأحكام الأجنبية الصادرة عن البلدان الناطقة باللغة الإنجليزية. على سبيل المثال قضية Akola،Ram AvatarBadhaiprasad v. Assistant sales Tax officer [٣].

حتى عند تفسير كلمة شائعة "خضروات" في قانون الضرائب، تمت الإشارة إلى قرار كندي يفسر تلك الكلمة في قانون مماثل. علاوة على ذلك، في الحالات التي لا يوجد فيها قانون محلي حول هذه النقطة، اعتمدت المحكمة العليا في الهند في أغلب الأحيان على الأحكام الأجنبية. ومع ذلك، فقد أكدت المحاكم أنه، في كل حالة، لا ينبغي تخصيص سابقة أجنبية إلا لقيمة مقنعة ولا يمكن الاعتماد عليها عندما تتعارض بشكل واضح مع القانون المحلي القائم.

وفي حالة جنوب أفريقيا، كانت معارضة كندا طويلة الأمد لنظام الفصل العنصري يعود تاريخها إلى ستينيات القرن الماضي، وهو ما جعل واضعي دستور جنوب أفريقيا الجديد على وجه الخصوص متقبلة للأفكار الدستورية الكندية حيث تزامن الميثاق مع تبني

---

(1) G de Vergottini, Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione (Bologna, Il Mulino, 2010) 108., Cited in, GIANLUCA GENTILI, Ibid, p, 59.

(٢) هذا على العكس من دولة الأرجنتين، حيث يرجع تأثير الدستور الأمريكي على الدستور الأرجنتيني إلى عام ١٨٥٣ ولعدد معين من السنوات تمتعت قرارات المحكمة العليا الأمريكية بسلطة ملزمة.

See: JM Miller, 'The Authority of a Foreign Talisman: A Study of US Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith' (1997) 46 American University Law Review 1483.

(3) AIR 1961 SC.

حزب العمل في ذلك البلد لسياسة دستورية ترسيخ حماية الحقوق. وكذلك الأمر بالنسبة لنيوزلندا حيث كان للباحثين في المجال الدستوري علاقات مع كندا[١].

وينبغي لنا في هذه المسألة الإشارة أيضا إلى كون علاقات أو روابط الأنساب Genealogical relationships تعد سببا من أسباب التأثر بالأحكام الأجنبية في نطاق تفسير الدستور.

وتوجد علاقات الأنساب عندما ينبثق نظام دستوري حرفيًا من نظام آخر. على سبيل المثال، يعترف الدستور الكندي "بالحقوق القائمة للسكان الأصليين..."، مما يتطلب فهم القانون الدستوري الإمبراطوري البريطاني لتحديد محتوى تلك الحقوق. كما ورث الدستور الأمريكي المبادئ التي تحكم حقوق السكان الأصليين من القانون الإمبراطوري البريطاني. وهكذا، وفقًا ل Choudhry، عندما ينظر المفسرون الدستوريون الكنديون إلى قرارات رئيس المحكمة العليا الأمريكية –مارشال– بشأن مسائل حقوق السكان الأصليين، فإنهم يستخدمون علاقة الأنساب المشتركة بين دستوري الولايات المتحدة وكندا كأساس لتوضيح المعنى الدستوري. كما يؤثر الدستور على صياغة دستور آخر أو عندما يكون أحد الدساتير نتاجًا لآخر، كما قد يكون الاستشهاد بالقرارات التفسيرية للدستور الأقدم ضروريًا أو على الأقل مفيدًا في تحديد أصول النص والغرض منه ونطاقه.[٢]

وقد أكدت العديد من المحاكم على أهمية النظر إلى البلدان التي تتشابه فيها دساتيرها من حيث البنية واللغة مع دساتيرها. على سبيل المثال، في قضية Kauesa v. Minister of Home Affairs[٣]، ذكر القاضي O'Linn من المحكمة العليا في ناميبيا أهمية التمييز بين الحقوق الأساسية والحريات الأساسية، واقترح أن القضاء الهندي كان

---

(1) Marie Deschamps, Maxime St-Hilaire, Pierre Gemson, he cross-fertilization of jurisprudence and the principle of proportionality : process and result from a canadian perspective, January2010SSRNElectronicJournal,p.8,available at: https://ssrn.com/abstract=2327537

(2) Ganesh Sitaraman, Ibid, p. 675.

(3) 1994 12 L.R.C. 263 (Namiba.).

(ISSN : 2537 - 0758)

له فائدة كبير ة للغاية في تفسير تلك الوثيقة نظرا لأوجه التشابه القوية في اللغة والبنية بين الوثيقتين.

وعلى الرغم من أن الأرجنتين كان لديها دستوران في أوائل القرن التاسع عشر لم يكونا مستوحى من دستور الولايات المتحدة، إلا أن دستور عام ١٨٥٣ كان يرتكز على النموذج الأمريكي على أمل أن يخلق النظام الدستوري نفس النوع من النجاح السياسي والاقتصادي الذي تمتع به الأمريكيون. ولتحقيق هذه الأهداف، قصد واضعو الدستور الأرجنتيني أن "التفسيرات الموضوعية لدستور الولايات المتحدة يجب أن تكون ملزمة أيضًا في الأرجنتين".

وبالمثل كذلك في قضية S. v. Zuma [(١)] رأي القاضي Kentridge من المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا أن المادة ١١ من الميثاق الكندي لها علاقة وثيقة بالقسم ٢٥(٣) (أ) و (ج) من دستور جنوب إفريقيا، وفي سياق ذلك ذكر أنه في كل من جنوب إفريقيا وكندا يشتق افتراض البراءة من مبادئ القانون الإنجليزي التي يعود تاريخها إلى قرون.... وبناء على ذلك فهو يري أنه يجوز تطبيق المبادئ التي وضعتها المحكمة العليا الكندية بشكل مناسب....[(٢)]

وبالتالي فإن أصل الدستور له دور حاسم في الاستعانة بالقانون المقارن، ومن أمثلة ذلك الدستور المجري الذي اتخذ الدستور الألماني نموذجا في هذا الخصوص.

وتنبغي الإشارة هنا إلى مسألة مهمة للغاية والتي تتعلق بأنه ليس من الضروري أن يكون هناك تقارب أو تشابه بين الدول من ناحية اللغة أو الثقافة، ففي كثير من الأحيان يلجأ القاضي إلى الاستعانة بأحكام لمحاكم في أنظمة قضائية أخري لتحليلها وفحص ما إذا كانت مناهجها مناسبة للأخذ بها أم لا.

وترتيبا على ما سبق فإنه على الرغم من أوجه التشابه الكبيرة بين الأنظمة التي تحدثنا عنها إلا أن هذا الأمر لا يعني بالضرورة القبول التلقائي وتبني الحلول الأجنبية.

ومما لا شك أن التشابه بين الدول يولد الاتصال والحوار على المستوي القضائي، وهو الأمر الذي يتعلق بعدد من نقاط التشابه بين الأنظمة القانونية الوطنية، بما في ذلك

---

(1) 1995, SACLR LEXIS 219.
(2) Ibid. at 48.

العوامل الاجتماعية والاقتصادية واللغة والدستور ونظام الحكم. وأن القضاة يميلون إلى تفضيل الاستشهاد بالسوابق القضائية الأجنبية التي تنبثق من الدول القريبة جغرافيا.(١)

وفي هذا الخصوص ووفقا لدراسة متخصصة نجد أن المحكمة العليا في أستراليا على سبيل المثال تفترض ذلك في اتخاذ الخيارات المتعلقة من أي بلد أجنبي يمكن الاستشهاد به، حيث يفضل القضاة بشكل عام الأحكام القضائية التي تعكس قيمهم الاجتماعية وتقاليدهم القانونية(٢).

ويؤدي القرب الجغرافي بالطبع إلى التقارب الثقافي، وحتى المؤسسي، بسبب التاريخ المشترك الأطول من التاريخ المشترك مع البلدان الأخرى. وهو ما يفسر على سبيل المثال بالنسبة للمجلس الدستوري الفرنسي، الإشارة الأكثر تواترا إلى محكمة كارلسروه، أو المحكمة الدستورية الإيطالية.

وعلي جانب آخر يبرر أعضاء المحكمة العليا الكندية بطريقة بسيطة جداً لجوئهم إلى الفقه الأمريكي ليس فقط في القرب الجغرافي، ولكن أيضًا منذ الميثاق الحقوق والحريات الكندية لعام ١٩٨٢، ولكن أيضا في القرب القانوني.(٣)

وبالتالي تطلعت كندا إلى الولايات المتحدة للحصول على التوجيه في السنوات الأولى لميثاق حقوق الإنسان الكندي، ويرجع ذلك إلى الخبرة الأكبر التي تتمتع بها الولايات المتحدة في معالجة بعض القضايا، وبالتالي استفادت المحاكم الكندية من دراسة كيفية تعامل الولايات المتحدة مع قضايا مماثلة(٤)، ويري هذا الجانب أن استخدام الفقه والنظريات القانونية الأمريكية ذا أهمية استثنائية مع صدور الميثاق(٥).

وترتيبا على ما تقدم تطلعت كندا إلى الولايات المتحدة للحصول على التوجيه في بعض الحالات، مثل قضايا حرية التعبير، حيث كانت الولايات المتحدة تتعامل مع هذه الأنواع

---

(1) Hoadley et al, Ibid, p. 12.
(2) Spottiswood S. The Use of Foreign Law by the High Court of australia. Fed L Rev (2018) 46:161–91.
(3)Didier Maus, Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles, op.cit., p.685.
(4) Gerard V. La Forest, 'The Use of American Precedents in Canadian Courts' (1994) 46(2) Maine LR 211, 212.
(5) Ibid, p. 213.

(ISSN : 2537 - 0758)

من حالات لعدة قرون. وفي دراسة نشرت في مجلة Osgoode Hall للقانون، أظهرت زيادة الاستشهادات من جانب المحكمة العليا الكندية بالأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الأمريكية(١).

وفي الواقع، ذكرت المحكمة العليا الكندية في إحدى القضايا الأولى للميثاق أن "المحاكم في الولايات المتحدة لديها ما يقرب من مائتي عام من الخبرة في هذه المهمة، وهي أكثر من مجرد اهتمام عابر لأولئك المعنيين بهذه المهام الجديدة"(٢)، كما ساعد الفقه القضائي الأمريكي أيضًا في تطوير حقوق حرية التعبير المعبر عنها في القسم ٢ (ب) من الميثاق(٣).

وإذا انتقلنا هنا للحديث عن حالة أخري تتعلق بالمحكمة الدستورية في لاتفيا نجد بوضوح أن السياق الإقليمي يعد عاملاً مهمًا بالنسبة للمحكمة الدستورية، فهو غالبًا ما يشير إلى أحكام المحاكم الدستورية في البلدان المجاورة.

وتشير الإحصائيات إلى أن أحكام المحكمة الدستورية في لاتفيا تحتوي على ٢٢ مرجعًا أو ١٧ % من إجمالي الإشارات إلى أحكام المحكمة الدستورية لجمهورية ليتوانيا القريبة منها من الناحية الجغرافية، مما يجعلها ثاني أهم مصدر للإلهام بعد المحكمة الدستورية الفيدرالية لألمانيا(٤).

---

(1)" The Impact of Foreign Law on Domestic Judgments: Canada." Library of Congress, www.loc.gov/law/help/domestic-judgment/canada.php.

(2) Law Society of Upper Canada v Skapinker, 1984 CanLII 3 (SCC), [1984] 1 SCR 357, 367.

(3) La Forest (n 157) 215.

(4) Jānis Pleps, Foreign precedents in the case-law of the Latvian Constitutional Court, Ibid, p. 27.

يمكن إثبات استخدام الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة من خلال حقيقة أن النظامين القانونيين في ليتوانيا ولاتفيا كانا في وضع مماثل وكان على كلا البلدين التعامل مع القضايا الأساسية التي تؤثر على حياة الدولة والمجتمع. ويبين تحليل الأحكام أن لاتفيا كثيرا ما سعت إلى الاستلهام من حل قضية معينة في السوابق القضائية للمحكمة الدستورية الليتوانية.

Judgment of the Constitutional Court, Case No 2002–12–01, 25 March 2003, para 1

وبخصوص استعانة المحكمة الدستورية في لاتفيا بأحكام المحكمة الدستورية الألمانية أشارت المحكمة الدستورية إلى ممارسات المحكمة الدستورية الفيدرالية لألمانيا - ٥٠ إشارة مباشرة إلى أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية لألمانيا أو ٣٩ % من جميع الإشارات إلى السوابق

وقد أشارت المحكمة الدستورية في لاتفيا إلى تجربة البلدان الأخرى باعتبارها التراث الدستوري الشامل لأوروبا[١]، وفي إطار القانون المقارن، نجد أن التجربة الألمانية كان لها أهمية خاصة بالنسبة للاتفيا بشكل عام وفي القانون الدستوري بشكل خاص. ويرجع ذلك إلى الانتماء إلى نفس الأسرة القانونية والتقاليد التاريخية، فضلا عن الخلفية اللغوية[٢].

جدير بالذكر أنه وقت إنشاء المحكمة الدستورية في لاتفيا تمت دراسة نموذج المحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية. وقد تم تطوير قضايا إجرائية محددة، مثل الحق في اتخاذ قرار بشأن ما يسمى بالمسألة المفصول فيها، على أساس تجربة المحكمة الألمانية. وقد اتخذت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية كأساس لتطوير منهجية تقييم القيود المفروضة على حقوق الإنسان الأساسية[٣].

ويمكن القول إن المحكمة الدستورية في لاتفيا "استعارت" طريقة تشكيل عناصر محتوى هذا المبدأ من المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية، وعلى سبيل المثال، تم التوصل،

الأجنبية. بالإضافة إلى ذلك، يجب الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية تشير أيضًا إلى التعليقات على القانون الأساسي لألمانيا٢٨ أو قانون المحكمة الدستورية الفيدرالية٢٩، أو مصادر الفقه القانوني الأخرى، مما يعني غالبًا إشارة غير مباشرة إلى ممارسة المحكمة الدستورية الفيدرالية من ألمانيا.

Jānis Pleps , Ibid, p.27.

وفي أغلب الأحيان، أشارت المحكمة الدستورية إلى أحكام المحكمة الدستورية الاتحادية لألمانيا. يمكن إثبات هذا الاختيار بناءً على عدة أسباب أهمها هو النظام الدستوري في ألمانيا .

لقد كان دائمًا مصدر إلهام للنظام الدستوري في لاتفيا. على سبيل المثال، عند صياغة دستور ١٥ فبراير ١٩٢٢، تم أخذ دستور Weimar بعين الاعتبار.

Jānis Pleps, 'About the Constitution of the Republic of Latvia: History and Modern Days' in The Constitution of the Republic of Latvia (Latvijas Vēstnesis 2012) 306.

(1) Judgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 22 February 2010 – Case No.2009-45-01, para. 9.

(2) E. Levits, Nopietns darbs konstitucionālajās tiesībās, "Jurista Vārds", 2001, No.16, p. 209, Cited in, Jānis Pleps, Foreign precedents in the case-law of the Latvian Constitutional Court, Ibid, p. 23.

(3) Judgment of the Constitutional Court, Case No 2001–05–03, 19 December 2001, para 6.

(ISSN : 2537 - 0758)

على أساس السوابق القضائية للمحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية، إلى أن التزام الدولة بحماية كرامة الإنسان لا ينتهي بوفاة الشخص[١].

وتعد المحكمة الثانية الأكثر اقتباسًا من جانب المحكمة الدستورية في لاتفيا هي المحكمة الدستورية لجمهورية ليتوانيا بعد المحكمة الدستورية الألمانية وذلك أيضا بسبب القرب الجغرافي والثقافي. يمكن إثبات استخدام الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة من خلال حقيقة أن النظامين القانونيين في ليتوانيا ولاتفيا كانا في وضع مماثل وكان على كلا البلدين التعامل مع القضايا الأساسية التي تؤثر على حياة الدولة والمجتمع. ويبين تحليل الأحكام أن لاتفيا كثيرا ما سعت إلى الاستلهام من حل قضية معينة في السوابق القضائية للمحكمة الدستورية الليتوانية[٢].

وبالنسبة للمحكمة الدستورية الرومانية يضم المصدر الجغرافي للسوابق الأجنبية الذي أشارت إليه المحكمة الدستورية في رومانيا تنوعًا واسعًا في البلدان: من ألمانيا والنمسا وفرنسا في أوروبا الغربية، إلى كندا والولايات المتحدة الأمريكية في أمريكا الشمالية وأيضًا بلغاريا وجمهورية التشيك والمجر، لاتفيا وليتوانيا في أوروبا الشرقية[٣].

ومن الملاحظ أن البلدان التي يمكن اعتبارها تواجه أوضاعًا قانونية أو وقائع مماثلة مثل تلك الموجودة في أوروبا الشرقية هي أكثر عددًا من حيث عدد الاستشهادات في حين أن تلك التي كان من الممكن اعتبارها سابقًا "نماذج أولية" أقل تكرارًا. وهكذا، من بين دول أوروبا الشرقية الخمس المذكورة في السوابق القضائية للمحكمة الدستورية الرومانية، تبرز المجر بأربعة اقتباسات، وفرنسا، التي يُنظر إليها عمومًا على أنها المصدر الكبير للإلهام القانوني للنظام القانوني الروماني.

---

(1) Judgment of the Constitutional Court, Case No 2018–08–03, 5 March 2019, para 11.

(2) Judgment of the Constitutional Court, Case No 2002–12–01, 25 March 2003, para 1.

(3) Elena Simina Tanasescuand, Stefan Deaconu, Romania: Analogical Reasoning as a Dialectical Instrument, in T. Groppi, M.-C. Ponthoreau (eds)., The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges (Oxford: Hart Publishing, 2013).

وترسيخا لفكرة القرب الجغرافي ولأسباب تاريخية وثقافية وسياسية أيضا نجد أن المحكمة العليا في ناميبيا تستشهد بأحكام المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا وكذلك أحكام المحاكم في زيمبابوي وزامبيا و روديسيا[١].

ونؤكد هنا مرة أخري على أن القرب الجغرافي والثقافي والتاريخي لا يعني تلقائيا الأخذ بنفس الحلول، وتدليلا على ذلك نجد أنه بعد مرور شهر من تأييد المحكمة العليا في كينيا لقوانينها التي تجرم المثلية الجنسية، قامت المحكمة العليا في بوتسوانا، في حكم وصف بأنه تاريخي على حد قول البعض، بإلغاء تجريم المثلية الجنسية وأعلنت أن المادة ١٦٤ من قانون العقوبات في بوتسوانا، التي تجرم السلوك الجنسي المثلي، غير دستورية وتتعارض مع المصلحة العامة[٢]، واستشهدت المحكمة في حكمها بحكم المحكمة العليا الهندية في قضية Navtej Singh Johar & Ors. Versus Union of India لدعم خصوصية وكرامة والمساواة للمثليين جنسيا في البلاد.

وعلي جانب آخر يري البعض أن القرب الجغرافي والثقافي قد لا يشكل عاملا مؤثرا في الاستعانة بالأحكام الأجنبية، حيث يشير القاضي Abrahamson إلى أن قضاة المحكمة العليا الأمريكية يقومون تلقائيًا بدراسة السوابق القضائية للدول الشقيقة بحثًا عن أفكار ووجهات نظر حول القضايا المعروضة عليهم، ومع ذلك يحجمون تلقائيًا عن النظر في السوابق القضائية حتى من جار قريب جغرافيًا وثقافيًا مثل كندا[٣].

مما تقدم يمكن القول بأن القضاة يميلون إلى تفضيل الاستشهاد بالسوابق القضائية التي تنبع من البلدان التي تكون كذلك القريبة جغرافيا على البلدان الأقل قربا خاصة وأن القرب الجغرافي في كثير من الحالات يرتبط بالعوامل التاريخية والثقافية أيضا.

---

(1)Didier Maus, Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles, op.cit., p.685.

(2)NISHANT SIROHI, Botswana High Court decriminalises homosexuality; cites India's Navtej Johar, JUNE 13, 2019,available at: https://theleaflet.in/botswana-decriminalises-homosexuality-cites-indias-navtej-johar/

(3) Shirley S. Abrahamson & Michael J. Fischer, All the Worlds a Courtroom: Judging in the New Millennium, 26 HOFSTRA L. REV. 273 (1997), Cited in Anne-Marie Slaughter, A Global Community of Courts, Ibid, p. 201.

(ISSN : 2537 - 0758)

المطلب الخامس
العوامل المتعلقة بحوار القضاة وسهولة الوصول للمواد الأجنبية

هناك عامل آخر يساهم في الاتجاه المتزايد لما أسميه بالعولمة القضائية، وهو المتعلق باللقاءات والمؤتمرات والندوات التي يلتقي القضاة من خلالها بأقرانهم وتشمل الحوار على القضايا الهامة والشائكة وتبادل الخبرات.

وغني عن البيان أن القاضي يستطيع القاضي قد يحصل على المواد الأجنبية من مصادر متعددة مثل قواعد البيانات العالمية والمواقع الخاصة بنشر الأبحاث والمقالات، وكذلك من خلال الكتابات الفقهية التي تتناول بالعرض والتحليل والتعليق على السوابق القضائية الأجنبية، ومن خلال المؤتمرات والندوات المشتركة بين القضاة في هذا الخصوص.

اللقاءات والمؤتمرات والندوات التي تجمع بين القضاة:

تلعب الاجتماعات واللقاءات التي يجتمع القضاة وجهاً لوجه من خلال التبادلات المؤسسية، والاجتماعات غير الرسمية برعاية مختلف وكالات الإغاثة والمنظمات غير الحكومية وكليات الحقوق دورا هاما وحيويا في مسألة تبادل الآراء والأفكار حول القضايا الدستورية.

لقد كانت الاتصالات المتزايدة باستمرار بين الأشخاص بين القضاة والمحامين والأكاديميين من مختلف الولايات القضائية هي المحفز الأكثر أهمية لـ "التواصل القضائي". ويتم ذلك في شكل اجتماعات شخصية وندوات قضائية ومؤتمرات مخصصة للمجالات العملية بالإضافة إلى المناقشات الأكاديمية.

ويري البعض أن تدفق التمويل المؤسسي والحكومي للندوات القضائية وبرامج التدريب والمواد التعليمية تحت شعار برامج "سيادة القانون" قد ساعد على توفير الاتصالات الشخصية والفرص الفكرية لهؤلاء القضاة الجدد[1].

---

[1] Jacques de Lisle, Lex Americana? United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond, 20 U. PA. J. INT'L ECON. L. 179 (1999); George P. Fletcher, Searching for the Rule of Law in the Wake ofCommunism,

وكثيرًا ما يناقش القضاة المشكلات الشائعة في مؤتمرات القضاة الدولية، ورغم أنه لم يكن من المألوف حتى وقت قريب أن يتعرف القضاة في مختلف القارات على بعضهم البعض، ناهيك عن التواصل بانتظام حول القضايا ذات الاهتمام المشترك، إلا أن التفاعلات الوثيقة أصبحت الآن أمرًا شائعًا. خاصة أن التواصل مع الأشخاص من خارج البلاد يوفر وجهات نظر لم يكن من الممكن سماعها بطريقة أخرى.[١]

ويترتب على هذه اللقاءات نتيجة هامة تتعلق بأن يرون بعضهم البعض "ليس فقط كممثلين لنظام سياسي معين"، ولكن أيضًا كزملاء محترفين في مسعى يتجاوز الحدود الوطنية. ويحاولون من خلال الجهود المشتركة إيجاد حلول للمشاكل الموضعية[٢].

ويشار هنا أيضا إلى فاعلية الروابط بين الأوساط الأكاديمية والقضاة، والاهتمام الذي يوليه العلماء لتأثير السوابق القضائية الأجنبية، ووجود جدل فقهي حولها استخدام السوابق القضائية الأجنبية من قبل المحاكم.

وعلي جانب آخر يري البعض أنه إذا كان الشعور العام هو أن الاجتماعات الدولية عادة ما تكون مثيرة للاهتمام للغاية ولكن ليس من المحتمل دائمًا أن تساهم بشكل كبير لعمل القاضي في محكمته الأصلية[٣]. وكان هناك بعض القضاة الذين لم يشاركوا في

B.YU. L. REV. 145 (1992), Cited in, Anne-Marie Slaughter, A Global Community of Courts, Ibid, p. 198.

(١) في هذا الخصوص يقول Claire L'Heureux-Dubeإن الصداقات التي طورتها مع قضاة من الولايات المتحدة الأمريكية، وجنوب افريقيا، وزيمبابوي على سبيل المثال لا الحصر مكنتها من مناقشة القرارات التي تصدرها المحكمة العليا في كندا والمراسلة معهم والنقاش معهم حول القرارات التي يصدرونها. كما يري أن الاجتماع وجهًا لوجه وبناء العلاقات وتبادل الأفكار بين القضاة من مختلف الولايات القضائية لا بد أن يؤدي إلى تحسين وصقل عملية العولمة القضائية، بينما يسمح لنا أيضًا بتحديد المخاطر التي يجب أن ننتبه إليها عند استخدام قرارات البلدان الأخرى.

See: Claire L'Heureux-Dube, The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court, Ibid, p. 26.

(٢) على سبيل المثال أثرت مثل هذه القاءات والتفاعلات على عمل المحكمة الدستورية في ليتوانيا بشكل جيد في استخدام السوابق القضائية الأجنبية حيث تشير المحكمة الدستورية غالبًا إلى أحكام المحاكم الدستورية في جمهورية التشيك وبولندا.

Jānis Pleps, Foreign precedents in the case-law of the Latvian Constitutional Court Ibid, p. 24.

(3) Elaine Mak, Judicial Decision-Making in a Globalised World: A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts (Hart Publishing 2013),85.

(ISSN : 2537 - 0758)

تلك المؤتمرات شعروا بمزيد من التشكك بشأنها قيمة التبادلات القضائية الدولية، معبرة عن الشعور بذلك بقولهم إنه كان من المرجح في كثير من الأحيان أن تنحدر الاجتماعات إلى "الثرثرة" chitter chatter.

تطور تكنولوجيا المعلومات وسهولة الوصول للمواد الأجنبية:

بعيدا عن الاجتماعات الرسمية التي تجمع بين القضاة يمكننا أن نتخيل تمامًا أن هؤلاء القضاة لديهم مراسلات خاصة تتعلق بمسؤولياتهم. ولا شك أن تطوير أدوات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات يجعل من الممكن إلغاء الحدود وزيادة الاتصالات من خلال تقليل العقبة التي كانت تمثلها المسافات الجغرافية في السابق إلى لا شيء.

وتتميز الفترة من عام ١٩٩٠ فصاعدًا بزيادة رقمنه كل من الأحكام نفسها والمنصات المستخدمة لتسهيل نشرها واستخدام التقدم التكنولوجي في البحث القانوني عبر الإنترنت المجال على وجه الخصوص أدى إلى زيادة السهولة بشكل ملحوظ والتي يتمكن القضاة والمحامون من الوصول إلى الاجتهاد القضائي الأجنبي والانخراط في التحليل المقارن[١].

وترتيبا على ما تقدم يمكن لنا القول أن الزيادة القوية في الاستشهادات منذ عام ٢٠٠٠ فصاعدا تعود إلى الاستخدام المتزايد لإمكانيات البحث الرقمي [٢].

وإذا تحدثنا عن الفترة السابقة على رقمنه المصادر القانونية على نطاق واسع، نجد أن الوصول إلى السوابق القضائية الأجنبية والمحلية كانت تعتمد إلى حد كبير على

---

(1)Ruth Bader Ginsburg, Looking Beyond Our Borders: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication. Yale Law & Policy Review Vol. 22:329, 2004.22:329–37., Abrahamson S, and Fisher MJ. All the World's a Court: Judging in the New Millennium. Hofstra L Rev (1997) 26:273–92, James Wilson and Alexander Horne, 'Judgment Matters', (2010) New Law Journal 7446.
http://www.newlawjournal.co.uk/nlj/content/judgment-matters

(2) Ali Ighreiz, Christoph Möllers, Louis Rolfes, Anna Shadrova and Alexander Tischbirek, 'Karlsruher Kanones? Selbst- und Fremdkanonisierung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts' (2020) 145 (4) AöR 537, Cited in, Ruth Weber and Laura Wittmann, Ibid, p.90.

الوصول إلى المواد المطبوعة في شكل مجموعات من التقارير أو الكتب القانونية، وكلاهما يميل إلى يقتصر على تناول القضايا المعروفة أو المشهورة.

ولقد ترتب على سهولة الوصول إلى الوصول إلى السوابق القضائية الأجنبية بكميات كبيرة عبر الإنترنت في توسيع آفاق القضاة، وهو ما عبر عنه البعض بقوله أن القضاة ألقوا شباكهم cast their nets على نطاق أوسع عبر عدد متزايد من الهيئات القضائية الأجنبية والتعمق في السوابق القضائية المتعلقة بالقضايا الداخلية[١].

ولا شك أن الوصول إلى المواد القانونية الأجنبية أصبح أسهل بكثير بسبب تطور تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. لنأخذ مثال الهند، حتى سنوات قليلة مضت، كانت الاشتراكات في تقارير القانون الأجنبي ومراجعات القوانين باهظة الثمن، وغالبًا ما كانت بعيدة عن متناول العديد من الممارسين والقضاة أيضًا. ومع ذلك، فإن نمو الإنترنت قد غيّر الصورة بشكل جذري. حيث يتم تحميل قرارات معظم المحاكم الدستورية على مواقع الانترنت التي يمكن الوصول إليها مجانًا، مما يتيح سهولة الوصول إليها في جميع أنحاء العالم. علاوة على ذلك، ضمنت قواعد البيانات عبر الإنترنت، مثل Westlaw & LexisNexis، من بين قواعد أخرى، أن القضاة والممارسين وطلاب القانون في جميع أنحاء العالم يمكنهم بسهولة تصفح المواد الأجنبية من عدة ولايات قضائية. وكان هذا الوصول السهل إلى المواد الدولية والمقارنة أيضًا هو العامل الرئيسي وراء ظهور شركات محاماة تجارية قادرة على المنافسة دوليًا وعمليات الاستعانة بمصادر خارجية للعمليات القانونية[٢].

---

(1) Hoadley et al, Ibid, p. 15.

(٢) تقول القاضية الأمريكية Ginsburgإن الإنترنت يتيح إمكانية الوصول إلى القرارات القضائية الأجنبية، وتحتوي المجلات القانونية على جميع أنواع التعليقات. كما ذكرت أنه في عامي ١٩٩٩ و٢٠٠٣، أنتج كبار ناشري كتب القانون في الولايات المتحدة مجموعتين ممتازتين من القضايا والمواد المتعلقة بالقانون الدستوري المقارن. وأشارت أنه يجب أن تجذب هذه الأعمال المزيد من المعلمين والطلاب إلى الميدان. ونقلت عن زميلها القاضي Bryerآنذاك بقولها.." يتحدث زميلي القاضي بحماس عن آماله في عالم الاتصالات السلكية واللاسلكية. ويشير إلى أن التكنولوجيا الصوتية والمرئية في الفصول الدراسية الجديدة تسمح بالفعل للأساتذة الأمريكيين والكنديين والأوروبيين والهنود "بالتدريس الجماعي" team teach في الفصول الدراسية التي تقام في وقت واحد في دول مختلفة. ويتوقع أن التطورات التكنولوجية ستفتح حتماً آفاقاً في قاعات المحكمة وكذلك في الفصول الدراسية ".

See: Ruth Bader Ginsburg, Looking Beyond Our Borders: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication, Ibid, p.331"".

(ISSN : 2537 - 0758)

وبالتالي فلا شك في مساهمة وسائل الاتصال الأسرع وعولمة التعليم القانوني في تكثيف الاقتراض الدستوري. وكما لاحظ Sujit Choudhryمؤخرًا، فإن "هجرة الأفكار الدستورية عبر الأنظمة القانونية تظهر بسرعة باعتبارها واحدة من السمات الأساسية للممارسة الدستورية المعاصرة".[١]

وفي لقاء أحد الباحثين مع أحد قضاة المحكمة العليا الإنجليزية أبرز الدور الهام لتكنولوجيا الاتصالات في مسألة الاستشهاد بالسوابق القضائية الأجنبية، وهو ما عبر عنه بقوله " هناك عامل آخر يساهم في الاتجاه المتزايد لما أسميه بالعولمة القضائية، وهو ما أنا مقتنع به، وهو الوصول إلى المواد القانونية الأجنبية التي أصبحت الآن أسهل بكثير بسبب تطور تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. ومع وجود أجهزة الكمبيوتر وقواعد البيانات الإلكترونية، أصبح الوصول إلى القرارات في مجموعة واسعة من الولايات القضائية ممكنا. على سبيل المثال، يمكن لأي شخص لديه اتصال بشبكة الانترنت الحصول على القرارات الأخيرة لأي محكمة مجانًا، بمجرد صدورها. كما يتم نشر قرارات المحاكم الأخرى في جميع أنحاء العالم إلكترونيًا، في حين تعمل العديد من مواقع الإنترنت على توحيد الوصول إلى بنوك السوابق القضائية والقوانين وغيرها من المواد من مختلف الولايات القضائية. هذه التطورات تجعل من الأسهل بكثير استشارة المصادر الدستورية المقارنة في الحجج والأحكام وهو ما عبر عنه البعض بالقول "ما عليك سوى الضغط على بضعة أزرار" للعثور على أي مادة قد يكون ذلك موضع اهتمام[٢].

وفي الوقت الراهن عند عرض التطور والحالة الراهنة للمقارنة القانون الدستوري، يشير معظم المؤلفين إلى نفس العوامل التي جعلت تداول القانون أسهل وأكثر تواترا: تطوير تكنولوجيا الكمبيوتر الحديثة، سهولة السفر والاتصالات، وزيادة توافر الإنترنت المواد الأجنبية، والعلاقات الشخصية بين القضاة، والتطورات في التعليم القانوني، وبشكل أعم، الانتشار العالمي للقانون الدستورية.[٣]

---

(1) Sujit Choudhry, Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law in The Migration of Constitutional Ideas, Ibid, p.16.

(2) Interview with The Rt. Hon. Baroness Hale of Richmond, Justice of the United Kingdom Supreme Court (The Supreme Court, London, 8 May 2012), Cited in, Hélène Tyrrell, Ibid, p.156.

(3) R. Dixon and T. Ginsburg (eds)., Comparative Constitutional Law (Cheltenham-Northhampton: Edward Elgar, 2011), pp. 3-4, Cited in

وفي الواقع العملي أظهرت المحادثات التي أجراها بعض الباحثين مع القضاة من المحكمة الدستورية الرومانية أن أحد المصادر الرئيسية للمعلومات هو لجنة البندقية Venice Commission وموقعها الإلكتروني المخصص.(١)

وتوفر لجنة البندقية شبكة للمحاكم الدستورية يمكن من خلالها يمكن للأعضاء تبادل الخبرات ومشاركة القرارات الأساسية وطلب المشورة من المحاكم الأخرى.(٢) كما يجوز للمحاكم أيضًا أن تطلب من لجنة البندقية صياغة مذكرة صديق المحكمة amicus curiae.(٣)

Eszter BODNÁR, THE INVISIBLE FACTORS BEHIND USING COMPARATIVELAW IN CONSTITUTIONAL ADJUDICATIOn, Ibid, p.212.

(1) Bianca Selejan-Guţan and Elena-Simina Tănăsescu, The role of precedents and case-based reasoning in the case law of the Romanian Constitutional Court, Ibid, p. 199.

تعمل لجنة البندقية على وضع كافة العناصر اللازمة لتنظيم استخدام السوابق الدستورية الأجنبية، ولم يعد ذلك على المستوى الأوروبي فحسب، بل وعلى المستوى الدولي منذ عام ٢٠٠٢. وعلى هذا فإن لجنة البندقية تبدأ من التعاون المبدئي بين المحاكم الدستورية على المستوى الإقليمي، وتجد نفسها اليوم تسمح بالتعاون بين حوالي ستين محكمة دستورية. كما أن لجنة البندقية هي أصل مؤسسة جديدة من بين الصكوك الدولية لإضفاء الطابع المؤسسي على الحوار بين القضاة. وتزود لجنة البندقية المحاكم الأعضاء بقاعدة بيانات "CODICES" التي تسرد وتترجم أهم السوابق القضائية لكل ولاية قضائية دستورية. تتيح قاعدة البيانات هذه للمحاكم الدستورية إجراء دراسات فقهية مقارنة دون الحاجة إلى مكتب محاماة مقارن. ولذلك فهو نوع من مكتب التبادل للسوابق القضائية الدستورية للمحاكم الأعضاء. وهو عمليا مكتب محاماة مقارن مشترك بين جميع المحاكم الدستورية الأعضاء.

V. Josselin Rio, op.cit., p.65.

(2) ESZTER BODNAR, The use of comparative law in the practice of the Hungarian Constitutional Court, Ibid, p. 14

على سبيل المثال نجد المحكمة الدستورية في لاتفيا تستخدم هذه البيانات، حيث أصبح استخدام هذه الممارسة ممكنًا بفضل شبكة التعاون بين المحاكم الدستورية التي نظمتها لجنة البندقية "الديمقراطية من خلال القانون" وقاعدة البيانات التي تم إنشاؤها CODICES55. وقد أشارت المحكمة الدستورية في عدد من المناسبات بشكل مباشر إلى توفر السابقة المعنية في قاعدة البيانات CODICES. على سبيل المثال، بهذه الطريقة، أوضحت المحكمة الدستورية محتوى الحق في الاستماع، من خلال الإشارة إلى سوابق المحكمة العليا في سويسرا ومحكمة ولاية ليختنشتاين.

Judgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 5 November 2008 – Case No.2008-04-01.

(٣)صديق المحكمة هو الشخص الذي ليس طرفًا في قضية ولكنه يساعد المحكمة من خلال تقديم معلومات أو خبرة أو استشارات لها تأثير على القضايا المطروحة أمام المحكمة. القرار بشأن ما إذا كان سيتم الاستعانة بصديق المحكمة يقع ضمن تقدير المحكمة.

(ISSN : 2537 - 0758)

المطلب السادس
العوامل المتعلقة بالمحكمة التي يتم الاستشهاد بأحكامها

يشير الواقع العملي ومن خلال الإحصائيات الرسمية أن فكرة " سمعة المحكمة " أو " الثقة " التي تتمتع بها المحكمة تلعب أيضا دورا بارزا في عملية الحوار القضائي والاستشهاد بالأحكام الأجنبية مع التسليم بالطبع أنها ليست لها عنصر الإلزام بالنسبة للمحاكم الأخري.

ومما لا شك فيه أن الافتقار إلى الخبرة الدستورية يمكن أن يؤدي إلى دفع البلدان إلى الاستشهاد بسوابق قضائية أجنبية وذلك للاستفادة من الحلول التي تبتها هذه المحاكم خصوصا في مسألة القضايا المماثلة.

وفي الحقيقة فإن شرعية القرارات الخاصة بالمحكمة سترتبط بقدرة القضاة على إبداء أسباب قراراتهم. وفي هذا السياق، فإن الإشارة إلى قرار أجنبي، مستعار من نظام يتمتع بتقليد قانوني عظيم وسمعة لا تشوبها شائبة تسمح للقاضي بأن يبني دوافعه على مبادئ مشتركة بين الديمقراطيات الكبرى، وبالتالي نجد أن بعض المحاكم يتم الاستشهاد بها لأن وجهات نظرها تحمل أهمية أكبر درجة السلطة (الإقناع) عن الآخرين.

كما يري البعض أيضا أن مسألة الاستعانة بالسوابق الأجنبية للمحاكم الرائدة هو أمر منطقي للغاية، فمن الطبيعي أن تسعى الأنظمة الدستورية المنشأة حديثًا إلى التعلم من الأنظمة الراسخة مثل تلك الموجودة في الولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا. وفي حين كان زرع المبادئ الدستورية هذا سائداً في حالة معظم البلدان المحررة حديثاً في آسيا وأفريقيا، فقد اتبعت الكتلة التي قادها السوفييت مساراً متبايناً من خلال إعطاء الأولوية للأهداف الاجتماعية والاقتصادية الجماعية على حساب الحقوق الفردية الأساسية[١].

وإذا تحدثنا عن الأسبقية التاريخية فبطبيعة الحال سنشير إلى المحكمة العليا الأمريكية والتي طورت فقها غزيرا منذ بداية نشأتها وينشط بداخلها الآراء الفردية للقضاة بحكم الأسبقية التاريخية بالنسبة لها[٢].

---

https://en.wikipedia.org/wiki/Amicus_curiae

[1] K.G. Balakrishnan, Ibid, p.2.

[٢] يري البعض فإن التطورات التي حدثت بعد ١١ سبتمبر أدت إلى تقليص مكانة هذا البلد بشكل حاد باعتباره منارة للحرية بين دول العالم. وأعرب العديد من قضاة جنوب أفريقيا عن

وتأكيدا لذلك يمكن لنا أن نعرض إلى كلمة القاضي Wolfang Hoffman–Riem عضو المحكمة الدستورية الألمانية أمام المؤتمر العالمي الذي عقد في Santiago بدولة Chiliفي عام ٢٠٠٤ والتي ذكر فيها " إن تفسير الدستور يقع ضمن صلاحيات المحكمة الوطنية وحدها ولكن يمكن اللجوء إلى الأفكار الأجنبية وعلي وجه الخصوص الصادرة من المحكمة العليا للولايات المتحدة ".[١]

وبطبيعة الحال، تستخدم المحاكم في بلدان "النموذج القضائي ما بعد الحرب" لحماية الحقوق المزيد من السوابق القضائية من محاكم الديمقراطيات الأقدم والأكثر رسوخا، مثل المحكمة العليا في الولايات المتحدة.

وفي هذا الشأن كتب القاضيAlbie Sachs من المحكمة الدستورية لجنوب أفريقيا قائلا: "إذا كنت أعتمد على تصريحات بعض قضاة المحكمة العليا في الولايات المتحدة، فإنني أفعل ذلك ليس لأنني أتعامل مع قراراتهم باعتبارها سوابق يجب تطبيقها في محاكمنا، ولكن لأن أحكامهم واضحة في أسلوب أنيق ومفيد للمشاكل التي تواجه أي محكمة حديثة تتعامل مع ما كان يُطلق عليه عمومًا علاقات الدولة/الكنيسة. وهكذا، وعلى الرغم من أنها مستمدة من ثقافة قانونية أخرى، فإنها تعبر عن القيم والمعضلات بطريقة أجدها مفيدة للغاية في توضيح معنى نصنا الدستوري.[٢]

أسفهم لهذه التطورات، معربين عن حزنهم الشديد لأن أمريكا لم تعد تقف بحزم ضد جميع أشكال القمع والتعذيب. على سبيل المثال، أعرب القاضي Richard Goldstone، الذي قطع فترة ولايته في محكمة جنوب أفريقيا للعمل كمدعي عام في المحكمتين الجنائيتين الدوليتين التابعتين للأمم المتحدة لرواندا ويوغوسلافيا السابقة، عن أسفه لأن المحاكم لم تعد قادرة على التطلع إلى الولايات المتحدة في تقييم الوضع. دستورية الممارسات المتعلقة بأساليب الاستجواب المعززة، المستخدمة ضد المعتقلين." وأعرب القاضيان Arthur Chaskalson و Kate O'Regan عن مشاعر مماثلة، مشيرين إلى حزنهما لأن الولايات المتحدة، التي كانت لفترة طويلة نصيرا رئيسيا لحقوق الإنسان، لم تعد تقف بحزم إلى جانب حقوق الإنسان. مبادئها. " إلى الحد الذي تضررت فيه سمعة هذا البلد بالطرق التي وصفها هؤلاء القضاة، ربما يمكنها استعادة أهميتها واحترامها السابقين من خلال الانضمام إلى الحوار العالمي.

See: Ursula Bentele,Ibid p. 230.

[١] على الرغم مما ذكره القاضي Wolfang Hoffman-Riem في كلمته إلا أن الواقع العملي يشير إلى أنه لا توجد أمثلة كثيرة على الاستشهادات الصريحة بالقرارات الدستورية الدول الأجنبية في جمع قرارات المحكمة الدستورية الألمانية.

Didier Maus, Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles, op.cit., p.685.

[2] S. v. Lawrence, S. v. Negal, S. v. Solberg, (4) SA 1176, 1223 (South Africa 1997). Marie Slaughter, A New World Order (2004),at 77, Cited

(ISSN : 2537 - 0758)

يشار هنا أن الواقع العملي يبرهن على أهمية فكرة أسبقية وسمعة المحكمة، فعلي سبيل المثال نجد في الولايات المتحدة الأمريكية أن العديد من المشاركين في مسألة الحوار حول استخدام السوابق القضائية الأجنبية متشككين بشأن القيمة في الاقتراض من ولايات قضائية معينة لم تكن مشهورة سابقًا بجودة قراراتهم المتعلقة بحقوق الإنسان.

مثال ذلك كان هناك سخط من جانب بعض السياسين في الولايات المتحدة الأمريكية عندما تقوم المحكمة العليا بالإشارة إلى الدول التي لا علاقة لها بالمجال الجيوسياسي الأقرب، كما حدث عندما استدلت المحكمة العليا للولايات المتحدة بقرارًا من المحكمة العليا في زيمبابوي[١].

وتجد هذه الحجة صدي لها أيضا في انجلترا. فمنذ وقت ليس ببعيد كتب اللورد Binghamعن إحجام المحاكم الإنجليزية في وقت سابق عن الاستفادة من الفقه الأجنبي، حيث شعر "بالاعتقاد الذي لا جدال فيه في التفوق" أن يكون القانون العام ومؤسساته هو أصل الأمر.

وهو يري أن القانون الإنجليزي والمؤسسات القانونية لا مثيل لها في العالم، مع القليل جدًا مما يمكن تعلمه بشكل مفيد من الآخرين[٢].

وفي الحقيقة أري أن هذا المنطق بلاغيًا إلى حد ما نظرًا لأن أي دولة في العالم يمكنها أن تطالب بمثل هذا الوضع "الاستثنائي" لنفسها والصيغة الأفضل لهذه الفكرة هي أن البلدان المختلفة تواجه ظروفاً اجتماعية وسياسية مختلفة، وأن حل المسائل الدستورية يجب أن يعالج الظروف المحلية بدلاً من الاعتماد على القانون الأجنبي.

كما يذهب رأي من الفقه أري أنه جدير بالتأييد إلى القول بأن مؤشر الفساد يدخل في مسألة الإستعانة بأحكام أجنبية ويبررون ذلك بأن غياب الفساد قد يشير إلى أن آراء المحكمة هي على الأرجح نتيجة لمداولات قضائية غير متحيزة لأنها تعكس نظاما إداريا

---

in , Gábor Halmai, Constitutional Transplants, Chapter • October 2019,p.9 ,available at: https://me.eui.eu/gabor-halmai/wp-content/uploads/sites/385/2018/11/Cambridge_Companion_22-Halmai.pdf

(1) Knight v. Florida [1999].

(2) Tom Bingham, 'There is a World Elsewhere: The Changing Perspectives of English Law(1992) 41 ICLQ 513, 514 .

وقضائيا يعمل بشكل جيد، وبالتالي من غير المرجح أن تستشهد المحاكم، على سبيل المثال، ببلدان ذات نظام قانوني أقل سمعة فقط لتبرير نتيجة معينة.

ونتنقل هنا للإشارة إلى نقطة تتعلق بحداثة المحكمة أو المحاكم الجديدة والمقصود هنا الدول التي تمتلك حديثا محاكم دستورية، وبالتالي نجد في البلدان التي لم يكن لديها مثل هذا التقليد والتي في غياب تراث السوابق القضائية، غالبًا ما تعتمد على أحكام المحاكم الدستورية الأسبق في الظهور. خاصة أنه غالبًا ما يتضمن التعامل مع المشكلات التي كانت موجودة تمامًا جديدة وحديثة، لم يتم ضبطها بعد من قبل المشرعين، ولا سيما في القضايا المتعلقة بتطوير التقنيات الطبية الحيوية أو تقنيات الاتصالات، أو الظواهر العالمية مثل الهجرة والإرهاب والبيئة. حتى لو لم يكن ذلك واضحا في نص الأحكام التي أصدرتها.

فعلي سبيل المثال نجد أن المحكمة الدستورية الإسبانية من المرجح أنها في السنوات الأولي من عمرها لم يكن أمامها خيار سوى الاستلهام من نظيرتها الإيطالية والألمانية. ومع ذلك، فإن حقيقة الأمر هي أنه لا يوجد دليل مكتوب على هذه الحقيقة البديهية في أحكامها، مما يجعل من المستحيل التمييز بين المراحل المختلفة لتطبيق القانون الأجنبي[١].

ويشير الواقع أن المحكمة قد تسعي للإستشهاد بالسوابق الأجنبية رغبة منها في الإشارة إلى المجتمع الدولي بالانفصال عن الماضي غير الديمقراطي. حيث يمكنها ذلك من استيراد التقاليد التي تفتقر إليها. والتي يمكن للقضاة بعد ذلك أن يبنوا عليها مذاهب "محلية" مع مرور الوقت[٢].

---

[1]Pedro Tenorio Sánchez, "Comparative Law in the decisions of the Spanish Constitutional Court", en Percorsi Costituzionali, nº 3.2017, Ed. Jovene Editore, pp. 903-918.available at: https://www.academia.edu/38321344/Comparative_Law_in_the_decisions_of_the_Spanish_Constitutional_Court

[2] Herman Schwartz, 'The New Courts: An Overview' (1993) East European Constitutional Review 28. See also Herman Schwartz, The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe (2000).

(ISSN : 2537 - 0758)

وعلى نحو مماثل، تحظي المحكمة الدستورية الفيدرالية في ألمانيا بسمعة لا تقبل الجدل بفضل الأسبقية وتنوع اجتهاداتها وعمق تفكيرها والصورة الأكثر إيجابية للجمهورية الاتحادية على المستوى العالمي عززت هذه السمعة.[١]

وللتدليل على ذلك نجد أن المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية، التي تعاملت، خلال سبعين عامًا من الفصل الدستوري، مع مشاكل دستورية لا حصر لها من خلال تطوير حلول نموذجية لها تم تطبيقها لاحقًا من قبل هيئات دستورية أخرى كما سنري لاحقا في بعض الدول المجاورة مثل المجر وبولندا وليتوانيا ولاتفيا، وبالتالي يمكن القول بأن سلطة نفوذ المحكمة الدستورية الفيدرالية ليس لها بعد وطني فحسب، بل أيضًا بعد دولي[٢].

وتظهر فعليا مسألة الأسبقية والسمعة من خلال معدل الاستشهاد المرتفع بقرارات المحكمة الدستورية الألمانية من قبل المحاكم الدستورية الأخرى، وخاصة تلك الموجودة في منطقة أوروبا الوسطى والشرقية، هو أمر بالغ الأهمية ويعد أحد الأسباب التي تجعل المحكمة الدستورية الاتحادية مهتمة للغاية بتطوير مجموعة اجتهاداتها القضائية، وأيضاً من خلال الاستشهاد بها بشكل متكرر.

وتكتسب أي محكمة بالطبع سمعتها عن طريق قضاة حصلوا على سمعة أكبر بكثير من غيرهم، وفي هذا الخصوص يقول Collinsيمكن للمرء أن يولي المزيد من الاهتمام لما يفعله اللورد Bingham أواللورد Hoffman عن قاض آخر لا يمتلك سمعة جيدة[٣].

ومن ذلك على سبيل المثال ما ذكره اللورد Mance في ذكري القاضي Rodger بأن الأخير كان قادرا على اتخاذ وجهة نظر مقارنة بما يملكه من امكانيات شكلت جزءا

---

[١] يري بعض الفقه أنه يجب الاعتراف بأن المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية هي المحكمة الدستورية الأجنبية الأكثر ذكرًا في الفقه الدستوري للعديد من الدول الأوروبية الأخرى.
Christoph Grabenwarter, "The Cooperation of Constitutional Courts in Europe – Current Situation and Perspectives," Bulletin on Constitutional Case-Law (2014): XXI–XXIV; Luis Lopez Guerra, "Constitutional court judges' roundtable," International Journal of Constitu-tional Law 3, no. 4 (2005): 567–569.

[2] András Jakab, 'Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective' (2013) 14 German Law Journal 8, 1275.

[3] Interview with The Rt. Hon. Lord Collins of Mapesbury, Justice of the United Kingdom Supreme Court (The Supreme Court, London, 22 May 2012). Cited in, Hélène Tyrrell, Ibid, p.171.

مهما من أحكامه التي أصدرها موضحا أنه كان "يصر على الاستخدام السليم للقانون المقارن"[١].

وقد عبر عن ذلك بقوله " جزء من إرث اللورد Rodeger كقاضي يكمن في النظر إلى الأمور من جميع الزوايا ومن وجهة نظر الآخرين".

ولذلك يمكن القول بأن القضاة يشيرون إلى الولايات القضائية التي يشعرون بثقة أكبر بها، إما لوجود انطباع مسبق عن بعض القضاة بهذه المحاكم فمن الأسهل على سبيل المثال للقضاة الانجليز ببساطة النظر في القرارات الصادرة عن السلطات القضائية الناطقة باللغة الإنجليزية.

جدير بالإشارة أن فكرة الأسبقية هنا لا تعني فقط الأسبقية التاريخية فقط بل تشمل في وجهة نظري أسبقية اتخاذ خطوات رائدة في مجال المقارنة الدستورية، وهنا نشير إلى أسبقية المحكمة الدستورية الإيطالية في عام ١٩٨٧ والتي تتمثل في أنها قامت بإنشاء قسم خاص للأبحاث حتى في المحكمة الدستورية تتمثل المهمة الرئيسية له في إعداد ملف تفصيلي يتضمن التشريعات المقارنة لكل قضية[٢]. وكان يعمل به متدربون أمريكيون وإنجليز وألمان وفرنسيون وإسبانيون ونمساويون. يعمل المكتب باستمرار على القرارات الدستورية لتوضيح كيفية الفصل في قضايا مماثلة أوامر قانونية أخرى. ولا شك أن هذا الأمر كان له بالغ الأثر في مسألة الاستشهاد بالأحكام والتشريعات الأجنبية من جانب المحكمة الدستورية الإيطالية.

وإذا عدنا للحديث عن فكرة الأسبقية في وضع النظريات في القضاء الدستوري نلحظ أيضا التأثر الكبير من جانب المجلس الدستوري الفرنسي في مسايرة التطور الذي انتهجته المحكمة الدستورية الإيطالية في مجال القانون الحي. حيث صدر أول حكم للمجلس الدستوري الفرنسي معترفا بالقانون الحي في ٦ أكتوبر ٢٠١٠ أي بعد أشهر قليلة من تطبيق نظام المسألة الأولوية الدستورية في الأول من مارس ٢٠١٠[٣].

---

(1) Lord Mance, 'Foreign Laws and Languages', above n 348, 88, citing 'The Use of Civil Law in Scottish Courts' in David L Carey Miller and Reinhard Zimmerman (eds), *The Civilian Tradition and Scots Law* (1997) 225, 228-9

(2) Anna Silvia Bruno, Ibid, p. 26.

(٣) يعتبر حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٣ في ١٥ يونيو ١٩٥٦الحكم المرجعي الذي يؤسس لنظرية القانون الحي: فالمحكمة تقرر بوضوح أنها ملزمة قانونا أن تأخذ في الاعتبار

(ISSN : 2537 - 0758)

وكما لاحظ Andrea Zimmermann، فإن تأثير المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية كان حاسمًا في فقه الحقوق السياسية والمدنية في شرق ووسط أوروبا. وعلى هذا الأساس، طورت المحكمة الدستورية المجرية مفهومها المستقل الخاص بالكرامة الإنسانية.[١]، وهو نفس ما أكده Zoltan Szente بقوله أن المحكمة الدستورية المجرية استوردت من ممارسات المحاكم الأخرى، مثل "الكرامة الإنسانية المتساوية" و"القانون الحي".

وكذلك طلبت المحكمة الدستورية في جنوب أفريقيا الخبرة من نظيرتها الألمانية بحكم أسبقيتها، بشأن التفسير القانوني المتوافق مع الدستور، وكيفية تفسير الكرامة الإنسانية كقيمة دستورية وكحق أساسي، وبشأن تطبيق ميثاق الحقوق، والحكومة التعاونية، والتقسيم الرأسي والأفقي للسلطة.

وإذا نظرنا أيضا إلى المحكمة الدستورية الاسبانية على سبيل المثال لا يتردد القاضي Luis Lopez في الإشارة إلى أن: "الإشارات إلى السوابق القضائية للمحاكم الدستورية لدول أخرى أو المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان شائعة في قرارات المحكمة الدستورية الاسبانية[٢].

وبالإضافة لما تقدم تلعب الخصائص المؤسسية والإجرائية والفنية لمحكمة معينة لها تأثير حاسم على استخدام القانون المقارن في القضاء الدستوري. وهنا قد يكون أحد العوامل المحتملة هو عمر المحكمة أو مرحلة تطورها والعكس صحيح أيضًا. فقد ترغب الدولة في أن تنأى بنفسها عن دولة أخرى، وبالتالي يجوز لمحكمتها أن تتردد في الاستشهاد بالسوابق القضائية من الولاية القضائية المعنية[٣].

الواجب التفسير القضائي المستقر الذي يمنح المبدأ التشريعي قيمته الفعالة في الحياة ليست على النحو الذي تظهر فيه في الإطار المجرد، وإنما على النحو الذي تطبق فيه في العمل اليومي للقاضي الذي يحرص على جعلها ملموسة وفعالة.

أنظر: د. محمد محمد عبد اللطيف، القانون الحي ورقابة الدستورية، دار الفكر والقانون، ٢٠١٩، ص ٥١.

[١] أقر رئيس المحكمة الدستورية المجرية ومستشاره بهذا الاستخدام للقانون الألماني في التفسير.

See: Gábor Halmai, Constitutional Transplants, Ibid.

[2]Didier Maus, Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles, op.cit., p.686.

[3] Christopher McCrudden, A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights, (2000) 4 Oxford Journal of Legal Studies, p.521.

ويطلق McCrudden على ذلك اسم "الدافع التربوي" 'pedagogical impulse' ويوضح ذلك قائلا "عندما تكون المحاكم ناشئة في الديمقراطية تنظر إلى آراء المحاكم الأقدم أو الأكثر رسوخاً الديمقراطيات"، ويري أن هناك ميزة واضحة للمحاكم الأقدم أو المحاكم القريبة من حيث الجغرافيا أو الثقافة. ولهذا السبب لا يتساءل أحد عن الإشارة المتكررة إلى المحكمة العليا الأمريكية في البيانات المتعلقة بسوابق المحاكم الأجنبية. إنها رائدة طورت فقهًا قضائيًا متنوعًا يُعتبر ليبراليًا، كما أن الآراء الفردية العديدة للقضاة تتيح فهمًا أفضل للنهج الذي تتبعه المحكمة العليا الأمريكية، ووفقا له، فإن التأثير التربوي يمكن أيضا يؤدي إلى اختلاف استخدام الأحكام الأجنبية، حيث لم يتم استخدامها الإقناع ولكن على سبيل التحذير، أو كشيء يريده القضاة أن يتجنبوه(١).

وفي هذا الخصوص أيضا يقول القاضي Mance بالمحكمة العليا الإنجليزية " لا يمكن أن يبحث القاضي عن أحكام قضائية أجنبية لدي محاكم أجنبية أصغر حجما(٢).

وهنا يثار تساؤل هنا حول مدي امكانية استعانة المحاكم العليا الأقدم والأكثر رسوخا بأحكام المحاكم الأحدث في النشأة.

وللإجابة على هذا التساؤل نوضح أنه لا يوجد ما يمنع على الإطلاق من هذا الأمر حيث يشير الواقع العملي إلى إمكانية حدوث ذلك كما هو الحال في استعانة بعض المحاكم الأقدم لأحكام صادرة عن المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا التي تعد حديثة نسبية من حيث النشأة، وبالتالي فإن المحاكم التي تتمتع بسجلات دستورية طويلة قد تشير أحيانًا إلى السوابق القضائية للمحاكم الأحدث سنًا(٣).

جدير بالإشارة إلى أن هناك بعض المحاكم لم تشر في قراراتها بعد إلى أحكام المحاكم الدستورية في تلك الدول الأوروبية التي تثير حالتها الديمقراطية واستقلال القضاء تحفظات جدية كما هو الحال في عدم استشهاد المحكمة الدستورية البولندية بأحكام من دول مثل بيلاروسيا أو روسيا أو أوكرانيا أو تركيا

(1) Christopher McCrudden, A Common Law of Human Rights? Ibid, p.518.

(2) Interview with The Rt. Hon. Lord Mance, Justice of the United Kingdom Supreme Court (The Supreme Court, London, 6 December 2011), Cited in, Hélène Tyrrell, Ibid, p.158.

(3) Tania Groppi, Marie-Claire Ponthoreau, Introduction. The Methodology of the Research: How to Assess the Reality of Transjudicial Communication? in T. Groppi, M.-C. Ponthoreau (eds.) ,

(ISSN : 2537 - 0758)

وفي هذا الخصوص يلاحظ القاضي Calabresi أن الولايات المتحدة لم تعد "تحتكر المراجعة القضائية الدستورية"، بعد أن ساعدت في ظهور جيل جديد من المحاكم الدستورية في جميع أنحاء العالم. وأضاف أن "الآباء الحكماء لا يترددون في التعلم من أطفالهم" (" Wise parents do not hesitate to learn from their children")[١].

ويضيف قائلا ومع ذلك، أعتقد أن النظر في الأحكام الصادرة عن ولايات قضائية مختلفة والمقارنة بينها يؤدي إلى قرارات أقوى وأكثر تفكيرًا، حتى لو كانت النتيجة واحدة. كما يري أنه ربما نظرت المحكمة الأمريكية أيضًا في الحكم الصادر عن المحكمة العليا في الهند في قضية جيان كور (سمت) ضد ولاية البنجاب[٢]، التي أيدت بالإجماع دستورية تجريم الانتحار بمساعدة طبية، بعد الأخذ في الاعتبار القرارات الأمريكية والبريطانية والكندية.

ويثار هنا تساؤل آخر حول امكانية انخفاض استخدام المحاكم الأحدث من حيث النشأة بأحكام المحاكم الأقدم بعد مرور فترة زمنية معينة أو كونها قد أصبح لها سوابقها الخاصة؟

وللإجابة على هذا التساؤل نشير أنه لا يوجد دليل على أن الاستخدام السوابق الأجنبية تنخفض بشكل كبير بمجرد أن تكون المحكمة مجموعة سوابقها[٣].

ويمكن أن يكون العكس صحيحًا أيضًا حيث قد تفضل الدول الجديدة "القيام بذلك بنفسها"، أي المحاكم الجديدة لا تستشهد بالضرورة بالقانون الأجنبي في كثير من الأحيان[٤].

The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges (Oxford: Hart Publishing, 2013), p.2.

(1) Ibid

(2) 1996 2L.R.C. 264 (India) .

(3) Tania Groppi and Marie-Claire Ponthoreau, Conclusion. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A limited practice, an uncertain future, Ibid, p.415.

(4) Frederick Schauer, The Politics and Incentives of Legal Transplantation, in Joseph S. Nye and John D. Donahue (eds.), Governance in a globalizing world (Washington DC: Brookings

وفي وجهة نظر على قدر من الصحة في رأيي يشير Frederick Schauer إلى أنه في البلدان التي تسعى إلى التخلص من الماضي الإمبريالي، سواء كان استعماريًا أو شيوعيًا، من المرجح أن يكون من المهم بشكل خاص إنشاء دستور محلي، بما في ذلك مجموعة من حماية حقوق الإنسان(١)، وبالتالي فإن اختياراتهم من المرجح أن تتشكل بفعل عوامل سياسية ورمزية وليس بالجدارة الجوهرية للأفكار القانونية التي يستعيرونها.

ويري أن المحاكم الدستورية في جنوب أفريقيا وكندا تتمتع بنفوذ كبير، ويبدو أنها كانت أكثر تأثيرًا في العقود الأخيرة من المحكمة العليا في الولايات المتحدة وغيرها من المحاكم الدستورية الأقدم والأكثر رسوخًا. ويشير أيضًا إلى أن "الظاهرة تبدو قوية ليس فقط في البلدان ذات خلفية الكومنولث البريطاني ولكن أيضًا في البلدان البعيدة ثقافيًا عن الكومنولث البريطاني مثل فيتنام"(٢).

ويبرر البعض هذا الوضع بأنه قد ينبع تأثيرهم من حقيقة بسيطة مفادها أنهم ليسوا أمريكيين، مما يجعل تفكيرهم أكثر قبولًا من الناحية السياسية للجمهور المحلي في عصر القوة العسكرية والسياسية والاقتصادية والثقافية الأمريكية غير العادية(٣).

وتشير البيانات الإحصائية إلى أن تأثير المحكمة العليا في الولايات المتحدة آخذة في الانخفاض، في حين أن المحاكم كندا وجنوب أفريقيا وألمانيا تكتسب المزيد من المراجع في الوقت الحالي(٤).

Institution Press, 2000), p. 255, Cited in, Eszter Bondar, The Invisible Factors Behind Using Comparative Law in Constitutional Adjudication, Ibid, p.217.

(1) Frederick Schauer, The Politics and Incentives of Legal Transplantation, CID Working Paper No. 44 April 2000 Law and Development Paper No. 2, p.2 ,available at: https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/cid/files/publications/faculty-working-papers/044.pdf

(2) Ibid, p. 12.

(3)Frederick Schauer, The Politics and Incentives of Legal Transplantation, Ibid, at 258.

(4) Tania Groppi and Marie-Claire Ponthoreau, Conclusion. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A limited practice, an uncertain future, in Groppi and Ponthoreau (eds.), p.418.

(ISSN : 2537 - 0758)

ويري البعض أنه في بعض الأحيان، يتم تجنب النفوذ الأمريكي لمجرد أنه أمريكي في كثير من الأحيان يبدو أنه قوة دافعة، وفي أحيان أخرى تستشهد المحاكم بالسوابق القضائية الأمريكية وتتجنب القانون الإنجليزي (على سبيل المثال، المحكمة العليا في أيرلندا). وتبدو الأحكام في فيتنام وكأنها تتجنب الفرنسيين، بينما يتقبل في نفس الوقت مساعدة الدنمارك والسويد، ويعتمد جزء كبير من أوروبا الشرقية بشكل كبير على ألمانيا[١].

وكما تري Anne–Marie Slaughter، فإن الإثراء الدستوري – والوعي بمن يستشهد بمن بين القضاة أنفسهم، وما يصاحب ذلك من فخر بالنظرة القضائية العالمية – يخلق حافزًا لكل من المقرض والمقترض، مما يؤدي إلى الحوار بدلاً من الحوار الفردي. والمداولات بدلاً من سد الفجوات. ويري البعض أن هذا الزخم يؤدي إلى مناورات قضائية غير مسبوقة، حيث تسعى المحاكم الخارجية عمداً إلى إعادة ترسيخ مكانتها في المجتمع القضائي العالمي[٢].

المبحث الثاني
المعوقات والمخاطر المتعلقة بعملية استشهاد القاضي الدستوري بأحكام القضاء الدستوري المقارن

بعد أن تناولنا في المبحث السابق الحديث عن العوامل المؤثرة على مسألة استعانة القاضي الدستوري بأحكام القضاء المقارن ننتقل في هذا المبحث للحديث عن المعوقات والمخاطر المحيطة بهذه العملية.

وكما اتضح لنا سابقا فإن عملية الاستعانة بالمواد المقارنة تعتمد على عدة عوامل منها ما يرجع للقاضي نفسه وما يرجع للمحكمة ككل وأسبقيتها التاريخية وأسبقيتها في التعرض لموضوعات معينة إلى جانب العوامل الثقافية والجغرافية، إلا أنه في الوقت

(1) Frederick Schauer, The Politics and Incentives of Legal Transplantation, in Joseph S. Nye and John D. Donahue (eds.), Governance in a globalizing world (Washington DC: Brookings Institution Press, 2000), p. 260, Cited in, Eszter BODNÁR, The Invisible Factors Behind Using Comparative Law in Constitutional Adjudication.Ibid, p.224.

(2) Anne-Marie Slaughter, A Global Community of Courts, Ibid, p. 198.

نفسه توجد معوقات تحول دون عملية الاستعانة بهذه الأحكام الأجنبية أو تقلل منها ومنها ما يرجع للقاضي نفسه وتكوينه الشخصي كأن يكون متحفظا في هذا الأمر أو يفتقد للمهارات اللغوية المطلوبة للتعرف على هذه المواد الأجنبية أو عدم فهم السياق الثقافي للبلد الذي تمت الإستعانة به، وإلي جانب هذه المعوقات توجد مخاطر قد تنجم عن هذه الممارسة بشكل غير سليم مثل المخاطر المتعلقة بالإنتقاء وهو ما سنعرض له من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: المعوقات التي ترجع إلى عدم الإلمام باللغة وعدم فهم السياق الثقافي للبلد التي يتم الاستعانة بأحكامها.

المطلب الثاني: المعوقات المتعلقة بالآجال المخصصة للفصل في الدعاوي.

المطلب الثالث: المخاطر الخاصة بانتقاء القاضي للأحكام الداعمة لوجهة نظره الخاصة " قطف الكرز".

المطلب الرابع: المخاطر الناجمة عن عدم مراعاة السياق الذي صدر فيه الحكم الذي يتم الاستشهاد به.

المطلب الأول

المعوقات التي ترجع إلى عدم الإلمام باللغة وعدم فهم السياق الثقافي للبلد التي يتم الاستعانة بأحكامها

إن مسألة المقارنة مع الأنظمة الأخرى يعتمد بدرجة كبيرة على فكرة الثقافة القانونية، وبالتالي فإن مسألة افتقار المهارات اللغوية يعد عاملا حاسما في عدم وجود ميل نحو الاستعانة بالأحكام الأجنبية من جانب القضاة[1].

كما تبدو عملية الاقتراض الدستوري محفوفة بمخاطر سوء الفهم، وبالتالي لا بد من الأخذ بعين الاعتبار إمكانية التفسير الخاطئ للقانون الأجنبي.

---

[1] قريب من هذا المعني:

Alexis Le quinio, Le recours aux précédents étrangers par le juge constitutionnel français. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 66 N°2,2014. Études de droit contemporain. Contributions françaises au 19e Congrès international de droit comparé (Vienne, 20 - 26 juillet 2014) p.590.

(ISSN : 2537 - 0758)

وحول هذه العوائق المتعلقة بالمسائل اللغوية يري البعض أن الأنظمة الأجنبية لا تزال بعيدة المنال إلى حد كبير لفهمهم. وهكذا يتساءل "المشككون" حول كيفية يمكن "زرع " أو نقل "transplantées" أفكار من أماكن أخرى بنجاح نظرا للصعوبات في فهم الأنظمة القانونية الأخري، خاصة عندما يتعلق الأمر بلغة أخرى"[١].

ويري Carlos Rosenkrantz أن الاستشهاد بالقرارات الأجنبية لا يؤدي إلا إلى تعقيد القرارات ويخلق حالة من عدم اليقين، ويري من أن جانبه أنه لابد أن تظل بسيطة ويسهل الوصول إليها simples et accessibles[٢].

وتعتبر تصريحات رئيس المحكمة الدستورية التركية Zühtü Arslan في خطاب ألقاه في عام ٢٠١٨ معبرة في هذا الخصوص حيث يقول "أقول لأصدقائي المقررين في المحكمة: لا تكتبوا جملة (باللغة التركية) لا تستطيعون ترجمتها إلى لغة أجنبية"[٣].

ويمكن قراءة هذا البيان كدليل إضافي على رغبة المحكمة في المشاركة في حوار شامل لجميع الهيئات القضائية (أو على الأقل رغبة أحد الأعضاء، ولكن هناك سبب للاعتقاد بأن أعضاء آخرين في المحكمة يشاركونهم هذا الشعور أيضًا). حيث يتم تصوير الإشارات إلى القانون الأجنبي بهذه الطريقة على أنها جزء من "ممارسة تعزز السلطة أو الهيبة أو الشرعية"[٤].

---

(1) Rahdert (M.), « Comparative constitutional advocacy », American University L. Rev., vol. 53, 2007, p. 586.

(2) Rosenkrantz (C.), « Against borrowings and nonauthoritative of foreign law », I.J.Const.L., vol. 1, 2003، p. 269-295, spéc. p. 292-293.

(3) Arslan, Z. (2018). "Yargı Reformu Strateji Belgesinin Yenileme Çalışmalarında Yaptığı Konuşma" (October 30, 2018), https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/baskanin-konusmalari/ , Cited in , Cem Tecimer, The use of Foreign Law in Turkish Constitutional Adjudication Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 2, (2019), s.111–154.,P.145.

(4)Hirschl, R. (2018). "Judicial review and the politics of comparative citations: theory, evidence and methodological challenges", in Comparative Judicial Review (Erin F. Delaney & Rosalind Dixon, Massachusetts: Edward Elgar Publishing) p.411, Cited in, Cem TECİMER, Ibid, p.145.

ووفقا للمقابلات التي أجراها بعض الباحثين في المجر مع قضاة المحكمة الدستورية، فقد أكد جميع القضاة الذين تمت مقابلتهم أنهم أخذوا في الاعتبار العوائق اللغوية عند اختيار الدولة التي سيتم الاستشهاد بأحكامها وكان معظم القضاة والموظفين الذين تمت مقابلتهم يتقنون اللغة الإنجليزية، الألمانية وبعضهم يتقن الفرنسية، ولذلك تظهر البيانات التجريبية أن الولايات القضائية الخمس الأكثر ذكرًا من جانب المحكمة الدستورية المجرية كانت البلدان التي تستخدم الإنجليزية أو الألمانية أو الفرنسية كلغات رسمية. أما الأحكام الخاصة بالولايات القضائية الأخرى فلا يمكن الوصول إليها إلا عند ترجمتها[١].

وفي هذا الخصوص أيضا يقول القاضي Mance من المحكمة العليا الإنجليزية أنه لأسباب لغوية، من الواضح أنه من الأسهل استخدام أحكام محاكم القانون العام، إلا إذا كنت تتحدث اللغة بطلاقة، فالأمر ليس بهذه السهولة التي تمكن من استخدام معظم المحاكم الأوروبية الأخرى[٢].

ووفقا لما ذكره Markesinis and Fedtke فإنه "يجب على المرء ألا يتجاهل الأمور الواقعية للغاية" موضحا أن القيود اللغوية قد تحد من نطاق "الصيد" والرحلات الاستكشافية"[٣].

على جانب آخر يري البعض من الفقه أن المحكمة الدستورية الألمانية النشطة للغاية على حد وصفهم تشهد صعوبة في الاستعانة بأحكامها بسبب الحاجز اللغوي linguistic barrier[٤]، وهو ما يفسر في نظري كثرة الاستشهادات بالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان عن المحكمة الدستورية الألمانية.

---

(1)Eszter Bodnár, The use of comparative law in the practice of the Hungarian Constitutional Court, Ibid, p. 18.

(2) Interview with The Rt. Hon. Lord Mance, Justice of the United Kingdom Supreme Court
(The Supreme Court, London, 6 December 2011),Cited in, Hélène Tyrrell, Ibid, p.177.

(3) Sir Basil Markesinis and Jörg Fedtke (eds), Judicial Recourse to Foreign Law: A new source of inspiration? (University College London Press 2006), 71, Cited in, Hélène Tyrrell, Ibid, p.198.

(4) Gábor Halmai, Constitutional Transplants, Ibid, p.9.

(ISSN : 2537 - 0758)

وبخصوص اللغة أيضا نجد أن قضاة جنوب افريقيا يواجهون عدد من التحديات في الاستعانة بالسوابق القضائية الألمانية والتحدي الأبرز يتمثل في التعامل مع الأحكام المنشورة باللغة الألمانية وهو الأمر الذي يشير إليه القاضي Kriegler بقوله " الألمانية " ليست لغة سهلة من الناحية الفنية وهناك تقنيات خاصة للكتابة باللغة الألمانية، ويشير القاضي أيضا وعلي حد تعبيره " إذا لم أتمكن من الوصول إلى جوهر الموضوع، وإذا لم أفهم ما يقولونه حقا، وما الذي بني على ذلك فلن أستطيع المضي قدما معها"[١].

وأري من جانبي أن الافتقار للغة الأجنبية يعد عاملا مؤثرا وبشدة على استعانة القاضي الدستوري في مصر بالأحكام الأجنبية والمواد المقارنة كما سنري لاحقا.

وعلي ذلك يمكن القول بأن اللغة تشكل عاملا مؤثرا للغاية في مسألة الاستعانة بالسوابق الأجنبية إلى جانب مسألة فهم التعقيدات القانونية الخاصة ببعض البلاد، وفي هذا الخصوص يشير القاضي Kriegler في قضية Du Plessis v. De Klerk في جنوب افريقيا إلى هذا الأمر بقوله " أجد أنه من غير الضروري الدخول في نقاش مع زملائي بشأن المزايا والعيوب الخاصة بالنهج الذي تتبناه المحاكم في الولايات المتحدة وكندا وأمريكا، وهذا يسعدني لأنني أجد صعوبة كافية في التعامل مع دستورنا ولا أرغب في التورط في تعقيدات الدول الأخري[٢].

كما صرح القاضي الجنوب افريقي Kentridge في قضية Du Plessis v. De Klerk أنه يأخذ بعين الاعتبار القانون الألماني وهو يفعل ذلك من خلال الاستعانة بمراجع غير مكتوبة باللغة الألمانية، ويبدو أنه أكثر ارتياحا لاستخدام الترجمات أو التفسيرات للسوابق القضائية الألمانية، لكنه لا يثق في أحكام زملائه "والمقصود من ذلك أنه لا يستعين بالأحكام المدونة باللغة الألمانية ولكنه يفضل الاستعانة بتعليقات على هذه الأحكام مدونة بغير اللغة الألمانية ".

---

(1) Ursula Bentele, Mining for Gold: the Constitutional Court of South Africa's Experience with Comparative Constitutional Law, 37 GA. J. INT'L & COMP. L. 219, 242–43 (2009) (quoting Justice Kriegler in an interview for the article).

(2) Du Plessis v. De Klerk 1996 (3) SA 850 (CC) at para.147 (S. Afr) .
See Du Plessis v. De Klerk 1996 (3) SA 850 (CC) at para. 39 (S. Afr).

فقد ساهم توافر الكتب باللغة الإنجليزية حول القانون الألماني وغيرها من الأعمال العلمية لتأثير الأحكام الألمانية في أحكام المحكمة الدستورية،فعلى سبيل المثال، تمت الإشارة إلى كتاب Kommers حول الفقه الدستوري في ألمانيا في عدد لا بأس به من قضايا المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا[١].

كما يعتمد القاضي Chaskalson[٢]، ولو بشكل عابر، على مناقشة Kommers حول تعامل المحاكم الألمانية مع دور الكرامة الإنسانية في التفسير الدستوري. ويستخدم مصدرًا ثانويًا، ربما لأنه معرفته باللغة الألمانية ليست كافية للسماح باستخدام المصادر الأصلية.

ولذلك يمكن القول أنه في بعض الأحيان الاستشهادات الألمانية تتم بشكل غير مباشر، عن طريق الإشارة إلى مساهمات الأكاديميين الألمان[٣].

المطلب الثاني

المعوقات المتعلقة بالآجال المخصصة للفصل في الدعاوي

لا شك أن ضيق الوقت اللازم للفصل في الدعوي في كثير من الأحيان يكون عائقا أمام الاستعانة بالسوابق الأجنبية والقانون المقارن.

وتلعب المدة الزمنية المقررة للفصل في الدعاوي المنظورة أمام الهيئات الدستورية دورا حاسما في عدم الاستعانة بالسوابق القضائية الأجنبية كما هو الحال في النظام الفرنسي على سبيل المثال وهو الأمر الذي حدا ببعض الفقه الفرنسي إلى النظر في مسألة إعادة النظر في آجال التقاضي التي يجب على المجلس أن يمارس صلاحياته خلالها. ويجب

(1) For example: DIETER UMBACH & THOMAS CLEMENS, BUNDESVERFASSUNGSGERICHTSGESETZ (1992) (cited in Ferreira v. Levin; Vryenhoek v. Powell 1996 1 SA 984 (CC) para. 39 n.21 (S. Afr.)., THEODOR MAUNZ & GÜNTER DÜRIG, GRUNDGESETZ KOMMENTAR (1944) (cited in Ferreira v. Levin; Vryenhoek v. Powell 1996 1 SA 984 (CC) para. 83, n.108, 109 (S. Afr.)., JOSEF ISENSEE & PAUL KIRCHHOF, HANDBUCH DES STAATSRECHTS (1988) (cited in Ferreira v. Levin; Vryenhoek v. Powell 1996 1 SA 984 (CC) para. 85, n.114 (S. Afr.)

(2) S v. Makwanyane 1995 (3) SA 391 (CC) para.59.

(3) Ibid., p. 418.

(ISSN : 2537 - 0758)

مراجعة المواعيد النهائية للسماح للقاضي الدستوري بممارسة مهامه في ظروف أفضل، ومن المرجح أن يؤدي ذلك إلى تعزيز ممارسة مقارنة أفضل.[١] وهو ما يدفع المجلس بشكل متكرر أو حتى تلقائيا إلى الإشارة إلى السوابق القضائية للمحكمة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان.

ويعبر البعض عن ذلك بقوله " يمكن أن يكون للقضايا وعبء عمل المحكمة تأثير خطير على استخدام القانون المقارن في القضاء الدستوري ويصف الآجال القصيرة بأنها أعداء المنطق المقارن"[٢].

وكذلك أيضا يذكر اللورد Mance بأن استيعاب المعنى الدقيق للفقه الأجنبي سوف يستغرق وقتا طويلا بالضرورة قائلا " إذا حصلت على ستة قرارات من المحكمة الدستورية الألمانية، يستغرق الأمر بعض الوقت لقراءتها – إنها قضايا ليست قصيرة! يمكنك بسهولة أن تنفق، كما تعلم، ثلاثة أو أربعة ساعات من قراءة تلك القرارات بمجرد حصولك عليها، وحتي تفعل ذلك يجب أن تجدهم أولاً[٣].

وهو ما عبرت عنه أيضا القاضية Arden بمحكمة الاستئناف في انجلترا حيث ذكرت أن ضغوط الوقت غالبًا ما تكون كبيرة جدًا للسماح بالكثير من الأبحاث من هذا النوع من جانب القضاة.[٤] وهو أيضا ما ذكره اللورد Phillips الذي ترأس المحكمة العليا في المملكة المتحدة سابقا بقوله أنه ليس لدينا وقت للذهاب إلى الدول الأوروبية الأخرى والنظر إلى الطريقة التي عالجوا بها قضية معينة[٥].

---

(1) B. FRYDMAN, « Le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », op. cit., p. 157-158.

(2)" Short Deadlines are the enemies of comparative reasoning", Eszter Bodnár, The Invisible Factors behind Using Comparative Law in Constitutional Adjudication, Ibid, p.217.

(3) Interview with The Rt. Hon. Lord Mance, Justice of the United Kingdom Supreme Court (The Supreme Court, London, 6 December 2011.), Cited in, Hélène Tyrrell, Ibid, p.156.

(4) Interview with The Rt. Hon. Lady Justice Arden, Lord Justice of Appeal (Royal Courts of Justice, London, 7 December 2011). Cited in, Hélène Tyrrell, Ibid, p.157.

(5) Interview with The Rt. Hon. Lord Phillips of Worth Matravers, Cited in, Hélène Tyrrell, Ibid, p.176.

وتتغلب العديد من المحاكم على هذه الإشكالية عن طريق إنشاء أقسام متخصصة في إعداد المواد المقارنة وذلك حتى يتمكن القضاة من العمل مع هذه التحليلات حتى لا يقضوا وقت عملهم الخاص في هذه المسألة. ومن ذلك على سبيل المثال ما قامت به المحكمة الدستورية الإيطالية بإنشاء وحدة خاصة بالقانون المقارن كما أشرنا سابقا.

كما تعتبر الممارسات المتعلقة بتعيين كل من القضاة الأجانب وكتبة القانون بمثابة العامل ذو الصلة في هذه المسألة حيث تجعل لوائح بعض المحاكم من الممكن اختيار قضاة من دول أخرى، وتوجد بالفعل هناك أكثر من ٣٠ دولة في جميع أنحاء العالم يجلس القضاة الأجانب في أعلى المحاكم ويفصلون في القضايا[١]، كما أن بعض المحاكم لديها إمكانية توظيف كتبة من ولايات قضائية أخرى لنفس السبب[٢].

وعلى جانب آخر فمن الواضح من النتائج التجريبية أن الأمر عكس ذلك تماما. بالفعل، ظهرت المراجع الأجنبية في كثير من الأحيان في الإجراءات ذات المواعيد النهائية القصيرة مقارنة بتلك التي لا توجد بها مواعيد نهائية ويمكن تفسير ذلك، من ناحية، بالقدرة المالية والموارد مؤسسات الدولة التي بادرت بهذه الإجراءات، ومن ناحية أخرى، لارتفاع مستوى أهمية هذه الحالات، مما يبرر استدلالاً أكثر دقة.

See: Eszter Bodnar, The use of comparative law in the practice of the Hungarian Constitutional Court, Ibid, p. 16.

[١]ومن الأمثلة على ذلك تعيين قضاة أجانب في المحكمة الدستورية للبوسنة والهرسك. وينشأ سبب آخر عندما لا يكون هناك عدد كاف من السكان المحليين المؤهلين القادرين والراغبين في قبول التعيين كقضاة. وهذا هو الحال في العديد من الدول الصغيرة في منطقة المحيط الهادئ والبحر الكاريبي، وكذلك الدول التي تمر بعملية (إعادة) بناء المؤسسات القضائية بعد الصراع أو الاستعمار. ويمكن أيضًا تعيين قضاة أجانب لتعزيز خبرة ومكانة المحاكم. وقد يُفهم إدراج قضاة أجانب في محكمة الاستئناف النهائي في هونغ كونغ بهذا المعنى. وقد يحدد القانون حدًا لنسبة القضاة الأجانب في هيئة قضائية أو في السلطة القضائية ككل (على سبيل المثال، مرسوم محكمة الاستئناف النهائي في هونغ كونغ ج ٤٨٤ (١٩٩٥) ق ٥ (٥)؛ دستور ليختنشتاين المادة ١٠٥.

See:Anna Dziedzic, Foreign Judges on Constitutional Court', IACL-IADC Blog (June 13, 2018),https://blog-iacl-aidc.org/blog/2018/6/13/foreign-judges-on-constitutional-courts.

[2] For example , Foreign Law Clerk Programme of the Constitutional Court of South Africa(https://www.concourt.org.za/index.php/law-researchers/recruitment/foreignlaw-clerk-programme).

(ISSN : 2537 - 0758)

المطلب الثالث

المخاطر الخاصة بانتقاء القاضي للأحكام الداعمة لوجهة نظره الخاصة " قطف الكرز"

إن فهم الأهداف الحقيقية لاستخدام القانون المقارن أمام القضاء الدستوري يتطلب الفصل في الأسباب والعوامل المؤثرة بحثًا معقدًا ودقيقا. ولعل المتأمل في أحكام القضاء الدستوري المقارن يجد أن هناك بعض المخاطر التي تحيط بمسألة الاستشهاد بأحكام القضاء المقارن والتي تتمثل في فكرة الانتقاء من جانب القاضي لما يدعم وجهة نظره وهو ما يطلق عليه في الفقه الأجنبي " قطف الكرز".

وتعد مسألة اختيار السوابق وانتقائها خطر لا ينبغي الاستهانة به ولكن مسألة الاختيار الدقيق ووضع السوابق في سياقها ينفي هذا الخطر. وفي هذه الحدود يمكن النظر إلى السوابق القضائية الأجنبية على أنها ثروة حقيقية، وتشكل مصدرا رائعا للإلهام للقاضي الدستوري الوطني.

ورغم هذه الأهمية للسوابق القضائية الأجنبية ينبغي التنويه هنا إلى أن استخدام السوابق القضائية للبلدان الأخرى لا ينبغي أن يتحول إلى "عملية انتقاء"[(١)]، وينبغي أن يكون مفهوما ومدعما بالأدلة.

وقد عبر عن ذلك John Roberts رئيس قضاة بالمحكمة العليا الأمريكية في جلسات الاستماع من قبل مجلس الشيوخ الأمريكي بقوله "يمكنك أن تجد أي شيء تريده [في القانون الأجنبي]. واستكمل قائلا " قد لا تجد ذلك في قرارات فرنسا أو إيطاليا، بل في قرارات الصومال أو اليابان أو إندونيسيا أو في أي مكان"[(٢)].

ولا يجوز السماح بالاستشهادات الفضفاضة أو الانتقائية loose or selective citation للمواد الأجنبية العشوائية بالكامل.

---

(1) Andreas Paulus, 'Engaging in Judicial Dialogue: The Practice of the German Federal Con-stitutional Court' in Amrei Müller (ed.), Judicial Dialogue and Human Rights (Cambridge University Press 2017) 265.

(2) Repeated at Confirmation Hearing on the Nomination of John G Roberts Jr to be Chief
Justice of the United States, 2005, 109th Congress 200, 200-201.

ولذلك يجب توخي الحذر عند الإشارة إلى الأحكام الصادرة عن محكمة دولة أخرى. فمن غير الممكن دائمًا نقل السوابق القضائية لدولة أخرى تلقائيًا إلى القضاء الوطني، فقد يختلف محتوى القواعد الدستورية، وقد تختلف اللوائح القانونية ونظام تنفيذ مؤسسة معينة بشكل عام، ولذلك فإن استعارة الأفكار والحجج من المحاكم الدستورية الوطنية الأخرى أمر ممكن، ولكن على مستوى مفهوم وقابل للتفسير.

وفي عصر العولمة القضائية الحالي، يجب على القضاة توخي الحذر من إعطاء وزن غير ضروري لسوابق تم اتخاذها في بيئات اجتماعية وسياسية مختلفة تمامًا لسببين رئيسيين:

الأول: أنه إذا سمح للقضاة بالاعتماد بحرية على القرارات الأجنبية، فهناك ميل إلى الاستشهاد بشكل تعسفي بالقرارات المؤيدة لوجهات نظرهم. في مثل هذا السيناريو، سيكون للقضاة الحرية في الانغماس في "الانتقاء" لتبرير قراراتهم بدلاً من الانخراط في بحث دقيق في السوابق المحلية.

ثانيا: هناك أيضًا خطر " الزرع الدستوري " أو النقل الدستوري إذا لم يتم التعامل مع ممارسة ذلك بعناية والحذر.

ولقد تناول الفقه الإشارة إلى المخاطر الناجمة عن الإشارات غير الصحيحة أو " السيئة " une mauvaise reference أو الإشارات غير الدقيقة، حيث وصف القاضي Scaliaمثل هذا النهج بالمغالطة وعلق على ذلك في قضية Roper v. Simmons هل قامت المحكمة بإلقاء نظرة سريعة على عدد كبير من الأنظمة واستقبلت أصدقائها فقط؟ (...) إن الاستناد إلى القانون الأجنبي عندما يسير في اتجاه ما نقوله وتجاهله في حالات أخرى ليس منهجاً عقلانياً، بل مغالطة.[1]

[1]« Le juge Scalia, de la source étrangère et internationale, fustige ainsi cette méthode dans l'arrêt Roper v. Simmons: « la Cour s'est-elle tout bonnement contentée de jeter un coup d'œil dans la foule pour ne prendre que ses amis? (…) Invoquer le droit étranger quand il va dans le sens de ce que l'on dit et en faire abstraction dans les autres cas n'est pas une démarche rationnelle, mais un sophisme » (Cour sup. Des États-Unis, Roper v. Simmons, 543 US 551 [2005]) »

(ISSN : 2537 - 0758)

ويشير العديد من الفقهاء لهذ الأمر تحت مصطلحات مختلفة مثل السياحة القضائية [١]، أو قطف الكرز، أو حتي استخدام السوابق الإنتقائية[٢]، وتوضح هذه الممارسة الحالات التي "يلجأ فيها القضاة إلى الدول الأجنبية فقط عندما يبدو قرارهم صعب التبرير داخل نظامهم الخاص، لكنهم يتجاهلون تمامًا هذه المراجع الأجنبية نفسها عندما تقودهم إلى الاستنتاج،، بطريقة لا تناسبهم في قضايا أخرى، وبعبارة أخرى، لن يبحث القضاة إلا في مكان آخر عن شيء يعزز قناعاتهم[٣].

والواقع العملي يبرز أنه غالبًا ما تأخذ استشهادات القضاة بالقرارات الأجنبية شكل دراسة للقانون المقارن، والطريقة التي تتم بها هذه الدراسة تثير تحفظات جدية وحتى انتقادات شديدة من العالم الأكاديمي، وهكذا يتعرض القاضي للانتقاد لأنه يمارس نوعاً من «السياحة القضائية» بحسب التعبير الذي أشار إليه اللورد سيدلي، أو حتى «قطف الكرز». في إشارة إلى انتقاد الطابع غير المنهجي والعشوائي والانتهازي لهذه المرجعيات الأجنبية وبصفة خاصة القضاة الذين ليس لديهم سوى القليل من المعرفة بالأنظمة الأجنبية سوف يستخدمون مواد القانون الأجنبي بشكل انتقائي أو عشوائي.

وعلي حد وصف بعض الأكاديميين البريطانيين أن هذه الممارسة كالسياحة القضائية ويعبرون عن ذلك بقولهم أن السياحة هي ممتعة وغنية بالمعلومات، ولكن القطع الأثرية التي تعيدها لا يمكن أن يكون أكثر من ديكور decorative[٤].

---

(1) B. FRYDMAN, op. cit., p. 157

(2) T. GROPPI, « Le recours aux précédents étrangers par les juges constitutionnels » op. cit., p. 58-59., See also, Sam F. Halabi, Ibid, p.80,

(٣) تناول المرحوم الدكتور/ عبد المنعم البدراوي الإشارة لفكرة الانتقاء - في نطاق التشريعات - أيضا في بحثه المعنون " دور القانون المقارن في تطوير القانون الوطني " حيث يقول " وعلي أنه يجب عند الرجوع إلى القوانين الأجنبية للاستعانة بها في تطوير التشريع الوطني أن نراعي بعض الأصول والمبادئ: يجب أولا عند النقل عن شرائع أجنبية مراعاة ما نأخذه منها لظروف وحاجات وتقاليد البلد..وفضلا عن ذلك لا يجوز أن نقف عند نصوص التشريع بل يجب الإحاطة بأحكام القضاء وبآراء الفقه في ذلك التشريع، وفي إطار النظام القانوني العام الذي يعتبر هذا التشريع جزءا منه، ثم يجب بعد ذلك أن نتساءل عما إذا كان من المناسب نقله كما هو أم بعد اجراء التعديل الملائم فيه. ويجب في جميع الأحوال مراعاة ما بين الشرائع من خلاف في الصياغة القانونية. أنظر: د. عبد المنعم البدراوي، " دور القانون المقارن في تطوير القانون الوطني "، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، العدد الثاني، المجلد الرابع، ص ١٥.

(4) Stephen Sedley, ‘Constitutional Court Judge’ in ‘Comparative Constitutionalism in Practice: Constitutional court judges' roundtable’ (2005) 3 International Journal of Constitutional Law 543, 569–70.

كما يذكر McCrudden أن استخدام الأحكام الأجنبية يعتمد ببساطة على النتائج: حيث يستخدم المحامون والقضاة القرار الأجنبي الذي سيدعم النتيجة التي يريدونها في قضية معينة أمام المحكمة. بل إنه يثير الشكوك في أن الاستخدام الانتقائي للأحكام الأجنبية(١).

وحول مسألة الاستخدام العشوائي للسوابق القضائية تقول قاضية المحكمة الدستورية في لاتفيا Kristīne Krūma "ليس هناك شك في أن التطبيق الأوسع لمنطق القانون المقارن في جوهره يجب أن يُنظر إليه بشكل إيجابي، لأن حوار المحاكم الوطنية والدولية أصبح واقعًا في الوقت الحاضر ويجب تطبيق هذا الواقع بأكبر قدر ممكن من الكفاءة في تطوير وتعزيز النظام القانوني. ومع ذلك، يجب أن يؤخذ في الاعتبار أنه من خلال الفشل في إجراء تحليل مدروس بما فيه الكفاية للبنية الدستورية للبلدان الأخرى ومن خلال النقل والتطبيق الآلي للحلول التي تم التوصل إليها في المصادر القانونية للبلدان الأخرى، فإنه ذلك من شأنه أن يتعارض مع النظام القانوني في لاتفيا.

كما أكدت المحكمة العليا البولندية Polish Supreme Court ذلك في قرارها الذي أعلنته في عام ٢٠٠٩، وأشارت إلى أنه لا ينبغي نقل الممارسة القضائية للمحاكم الدستورية في بلدان أخرى أو نسخها دون انتقاد داخل نطاق الولاية القضائية المحلية(٢).

تجدر الإشارة هنا إلى تصريح أدلى به الرئيس السابق للمحكمة الدستورية في بولندا Marek Safjan في عام ١٩٩٩، وقد أشار فيه إلى أن بولندا نجحت في اعتماد القيم العالمية للديمقراطيات الأوروبية، فضلاً عن إنجازات المحاكم الدستورية الأخرى، على سبيل المثال. تلك الموجودة في ألمانيا والنمسا، ولكن أيضًا تلك التي واجهت في بداية رحلتها مشاكل مماثلة مع التحول المنهجي، مثل جمهورية التشيك وليتوانيا والمجر وسلوفينيا(٣).

---

(1) Christopher McCrudden, A Common Law of Human Rights? Ibid, p.527.

اعترف القاضي Moseneke في جنوب افريقيا بعملية الانتقاء بقوله... نعم، نحن نختار دائمًا عندما نستخدم السلطات، الأجنبية أو المحلية.... إن عملية الفصل في حد ذاتها تنطوي على اختيار، وعملية منطقية وعقلانية للبحث عن الحقيقة من خلال التخلص مما ليس له صلة بالموضوع وإيجاد ما هو متماسك وأن أفضل الإجابات...المشكلة التي أمامنا. كما رأي القاضي Albie Sachs خطرًا ضئيلًا في فكرة قطف الكرز، مشيرًا إلى أنه "يجب أن يكون الكرز مناسبًا إذا لم يكن مناسبًا، فسوف يكون في الواقع مدمرًا للحجة.

Ursula Bentele, Ibid, p. 239.

(2) SC resolution of 17 December 2009, III PZP 2/09.

(3) Piotr Czarny and Monika Florczak-Wątor, Ibid, p.174.

(ISSN : 2537 - 0758)

وفي جنوب إفريقيا وفي قضية Sanderson versus Attorney–General, Eastern Cape[1]، لاحظت المحكمة نفسها ما يلي: "إن البحث المقارن ذو قيمة بشكل عام، ويزداد أهميته عند التعامل مع مشاكل جديدة في فقهنا القانوني ولكنها متطورة بشكل جيد في الديمقراطيات الدستورية الناضجة... ومع ذلك، فإن استخدام السوابق الأجنبية يتطلب الحذر والاعتراف بأن عمليات النقل أو الزرع Transplants تتطلب إدارة حذرة".

وهو ما عبر عنه القاضي Klug بقوله:

"بدلاً من الاعتماد على المواد الدولية والأجنبية بمعنى السوابق القانونية، استخدمت المحكمة هذه "المواد" في المقام الأول كوسيلة لتمييز قضية جنوب إفريقيا... ومالت المحكمة إلى استخدام المواد الدولية والمقارنة كمصدر لخطوط محددة من الحجة والتبرير وبمعنى أعم كمصدر لدعم الدور العام للمحكمة، والمراجعة القضائية بشكل خاص"[2].

علاوة على ذلك، فيما يتعلق باستخدام السوابق الأجنبية في القضايا التي لا تتعلق بميثاق الحقوق، استنتج Klug أن "المحكمة الدستورية سارعت إلى الإشارة إلى الاختلافات في اللغة والبنية الدستورية، فضلاً عن التاريخ والثقافة كأسباب للدستور". المحكمة أن تكون حذرة إلى حد ما ".

وإذا انتقلنا للحديث عن نظام قضائي آخر يمكن تصنيف الطريقة التي يتعامل بها القضاة في سنغافورة مع الاستشهاد بالسلطات الأجنبية على أنها "مقاومة" وليس "مشاركة". وفي ملاحظة مماثلة، يقول القاضي Andrew Phang Boon Leong"يجب التعامل مع القضايا الأجنبية التي منحت حقًا دستوريًا موسعًا في الحياة والحرية بحذر، لأنه تم البت فيها في سياق ظروفهم الاجتماعية والسياسية والقانونية الفريدة". وكذلك في القضية التاريخية Lim Meng Suang versus Attorney General (2014) التي فصلت فيها محكمة الاستئناف في سنغافورة.

ويقول القاضي Quentin Loh في هذا الخصوص:[3]

"أولاً وقبل كل شيء، سنغافورة دولة مستقلة لها تاريخها وجغرافيتها ومجتمعها واقتصادها الفريد. وما يتم اعتماده في أجزاء أخرى من العالم قد لا يكون مناسبًا للتبني في

(1) Sanderson versus Attorney-General, Eastern Cape (1997).
(2) JEHOSH PAUL, Ibid.
(3) Ibid.

سنغافورة. ثانيًا، إن افتراض أمثلة لكيفية تغير العالم أمر غير مفيد، حيث يمكن مواجهة مثل هذه الأمثلة بأمثلة للمناطق التي توجد فيها تحولات في الاتجاه المعاكس.

وهو ما نستخلص منه أن المحكمة العليا في سنغافورة قاومت، إلى حد كبير، تطبيق السوابق الأجنبية. ولم يكن الفقه التقدمي للمحاكم الغربية فعالاً للغاية في التأثير على النتائج القضائية.

ويريS. CASSESE أن "المقارنة الجيدة يجب ألا تأخذ في الاعتبار نظامًا قانونيًا واحدًا أو نظامين قانونيين أجنبيين فقط، يتم اختيارهما لأنهما ينتميان إلى نفس المنطقة، أو لأنهما يشتركان في نفس القيم، أو ببساطة لأن لديهم لغة مشتركة. وينبغي للمحكمة أن تنظر في "العائلات" القانونية المختلفة وتزن الحلول المختلفة"[1]، وكذلك الدراسة بشكل أعمق الحلول المعتمدة في الأنظمة القانونية التي يشير إليها، مما يوضح استخداما أكثر نضجا وتطورا للمنهجية المقارنة.

المطلب الرابع
المخاطر الناجمة عن عدم مراعاة السياق الذي صدر فيه الحكم الذي يتم الاستشهاد به

نتناول هنا الحديث عن المخاطر الناجمة عن عدم مراعاة السياق الذي صدر فيه الحكم الذي يتم الاستشهاد به من جانب القاضي الدستوري. فعلي الرغم من أن الحلول التي تقدمها بلدان أخرى أو المجتمع الدولي تشكل اعتبارات مفيدة ومهمة للقاضي الوطني، فيتعين علينا أن نضمن عدم استيراد المنطق الأجنبي دون النظر بشكل كاف في السياق الذي يتم تطبيقه فيه. فهناك أسباب مهمة تجعل الحلول التي تم تطويرها في إحدى الولايات القضائية غير مناسبة في أماكن أخرى. حيث تختلف الحقائق والقيم والتقاليد السياسية والاجتماعية عبر الحدود والمناطق ومستويات التنمية. وعلى وجه الخصوص، فإن قضايا حقوق الإنسان الملحة غالباً ما تختلف اختلافاً كبيراً من البلدان المتقدمة إلى البلدان النامية.

وفي هذا الخصوص يقول القاضي Breyerبطبيعة الحال، نحن نفسر دستورنا، وليس دستور الدول الأخرى، وربما تكون هناك اختلافات سياسية وبنيوية ذات صلة بين أنظمتها وأنظمتنا. لكن تجربتهم قد تلقي الضوء رغم ذلك على العواقب المترتبة على الحلول المختلفة لمشكلة قانونية مشتركة[2].

(1) S. CASSESE, Legal Comparison by the Courts, cit., at 24.
(2)Printz v. United States.

(ISSN : 2537 - 0758)

كما يري البعض أن الاقتباس يعكس في الواقع فهمًا خاطئًا أو عفا عليها الزمن وهكذا تم استجواب القاضي الأمريكي Samuel Alito حول هذا الموضوع خلال جلسة الاستماع تأكيد الترشيح للمحكمة العليا للولايات المتحدة، وأوضح ذلك لأعضاء اللجنة القضائية بمجلس الشيوخ قائلا: "أعتقد أن ذلك يطرح العديد من المشاكل العملية التي تم تسليط الضوء عليها بالفعل. من الضروري تحديد الدول التي سيتم فحصها. ثم غالبا ما يكون الأمر صعبا لفهم ما يجب القيام به مع قرارات المحاكم الأجنبية. فجميع البلدان لا تنشئ أنظمتها القضائية بنفس الطريقة.[...] يجب أن نفهم اختصاص وسلطة هذه المحاكم الأجنبية[١].

ويري Ganesh Sitaramanبالإضافة إلى ذلك، أنه قد يستند القرار الأجنبي إلى مصالح وقيم سياسية، أو سياق سياسي معين، مما يقلل من فائدته كموقف منطقي وقابل للتعميم[٢].

وفي جنوب إفريقيا نجد أن القاضي Sachs من المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا قد حذر من الاستخدام غير المشروط للسوابق القضائية الأجنبية لحل القضايا، لكنه مع ذلك أقر بضرورة البحث في أماكن أخرى عن تطوير المبادئ القانونية في جنوب أفريقيا. وعبر عن ذلك بقوله " وفي الوقت نفسه ذكرنا أنه عند تطوير الفقه الخاص بنا، كان علينا أن نأخذ في الاعتبار وضعنا الخاص والمشاكل التي نتقاسمها مع البشرية جمعاء.... إذا اعتمدت على تصريحات بعض قضاة المحكمة العليا في الولايات المتحدة، فإنني أفعل ذلك ليس لأنني أتعامل مع قراراتهم كسوابق يجب تطبيقها في محاكمنا، ولكن لأن أحكامهم تعبر بطريقة أنيقة ومفيدة عن المشكلات التي تواجه أي تعامل قضائي حديث مع ما يسمى بشكل فضفاض علاقات الكنيسة / الدولة. وهكذا، وعلى الرغم من أنها مستمدة من ثقافة قانونية أخرى، فإنها تعبر عن القيم والمعضلات بطريقة أجدها مفيدة للغاية في توضيح معنى نصنا الدستوري"[٣].

وفي هذا الخصوص أيضا يقول القاضي Chaskalson في قضية S v. Makwanyane "... عند التعامل مع القانون المقارن يجب أن نضع في اعتبارنا أننا

---

[١] جلسة تأكيد ترشيح القاضي Samuel Alito أمام اللجنة القضائية في مجلس الشيوخ متاح على الرابط التالي:
www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-109shrg25429/html/CHRG-109shrg25429.htm

[2] Ganesh Sitaraman, Ibid, p. 662.

[3] The Lawrence case para 141.

مطالبون ببناء دستور جنوب إفريقيا، وليس صكًا دوليًا أو ميثاق الأمم المتحدة أو دستور دولة أجنبية ما، وأن هذا يجب أن يتم مع المراعاة الواجبة لنظامنا القانوني، وتاريخنا وظروفنا، وبنية ولغة دستورنا"[١].

وفي دراسة أجريت عام ٢٠١٣ حول ممارسة التفسير الدستوري للمحكمة الدستورية المجرية أعدها كلا من Johanna Fr€ohlich &Andras Jakab ولاحظا أن المحكمة كثيرا ما تستورد حلولا متناقضة من ولايات قضائية مختلفة وأشارا في هذا الخصوص إلى مفهوم الكرامة الإنسانية الذي طوره القضاء الألماني والمفهوم انتهت إليه المحكمة في أحد قراراتها[٢].

وقد تلقت بالمثل إشارات المحكمة الدستورية في لاتفيا إلى سوابق أجنبية على سبيل المثال انتقادات متكررة حتى في الآراء المعارضة داخل المحكمة. على سبيل المثال، أشارت المحكمة الدستورية لأول مرة إلى سابقة أجنبية في القضية رقم ٠١-٠٣-٢٠٠٠. حيث أشارت المحكمة الدستورية في استنتاجها بشأن الطبيعة القانونية للقانون إلى ما يلي: "وقد تم أيضًا التعبير عن رأي مماثل من قبل المحكمة الدستورية الفيدرالية لجمهورية ألمانيا الفيدرالية: "هؤلاء الذين تجسسوا واضطهدوا، والذين احتالوا وخانوا

---

(1) See: S v. Makwanyane 1995 (3) SA 391 (CC) para. 39 (S. Afr).

(2) Jakab, A. and Fr€ohlich, J., 'The Constitutional Court of Hungary' in Jakab, A. and others (eds), Comparative Constitutional Reasoning (Cambridge University Press, 2017) 394–437, available at: https://www.academia.edu/36868315/Andr%C3%A1s_Jakab_Johanna_Fr%C3%B6hlich_The_Constitutional_Court_of_Hungary_in_A_Jakab_A_Dyevre_G_Itzkovich_Comparative_Constitutional_Reasoning_Cambridge_University_Press_2017_pp_394_437

قضت المحكمة الدستورية المجرية فى قرارها Decision 23/1990. (X. 31 بعدم دستورية عقوبة الإعدام وأبطلت جميع اللوائح القانونية ذات الصلة السارية. ووفقاً لمنطقها الموجز، فقد زعمت أن هناك مادتين من الدستور متناقضتين. ففى حين أن المادة ٥٤ (١) تحظر فقط الحرمان التعسفى من الحياة، فإن المادة ٨ (٢) "لا تسمح بأي قيود على المحتويات الأساسية للحقوق الأساسية حتى عن طريق التشريع". ودعت المحكمة البرلمان إلى حل هذا الصراع ولكنها فى الوقت نفسه اختارت البند الأخير كدليل (باستخدام ضمنى لقاعدة القانون اللاحق الذي ينتقص من القانون المسبق). وباستخدام المنطق الأخلاقى، ذكرت أنه "بما أن الحق فى الحياة والكرامة الإنسانية هو فى حد ذاته المحتوى الأساسى، فلا يمكن للدولة التصرف فيه. وأي حرمان منه هو مفهوم "تعسفى". وستتعارض الدولة مع مفهوم الحقوق الدستورية الأساسية برمته إذا كانت ستسمح بالحرمان من هذا الحق من خلال السماح بعقوبة الإعدام وتنظيمه.

(ISSN : 2537 - 0758)

وخذلوا شعبهم يتحملون المسؤولية عن كل ذلك، ليس لهم مكان في البوندستاغ حتى لو لم يكن من الممكن تجريدهم من ولايتهم[١].

وفي انتقاد هذه الإشارة، يشير الرأي المعارض للقاضية Kristīne Krūma إلى أن: "الإشارة إلى ممارسة المحكمة الدستورية الاتحادية لألمانيا في الحكم تمت دون إيلاء اهتمام كامل لجوهر القضية المعنية وبمعزل عن السياق. الاقتباس "أولئك الذين تجسسوا وقمعوا شعبهم، والذين احتالوا وخانوا وخذلوا أو الذين يتحملون المسؤولية عن كل ذلك، ليس لهم مكان في البوندستاغ حتى لو لم يكن من الممكن تجريدهم من ولايتهم". ليس رأي المحكمة، بل جزء من خطاب نائب البوندستاغ Wiefelspütz، والذي تم تضمينه في الحكم لتوضيح مقصد القاعدة القانونية ذات الصلة – وهي المتعلقة بتطهير البرلمان الذاتي[٢].

وتنتقد قاضية المحكمة الدستورية في لاتفيا Kristīne Krūma، في رأيها المعارض، التطبيق الواسع النطاق للسوابق الأجنبية في حكم أصدرته المحكمة الدستورية، مع تجاهل التنظيم والسياق المختلفين للنظام القانوني في لاتفيا. وفيما يتعلق بتطبيق ممارسة المحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية، أشارت القاضية إلى أنه "لا يُشار إلى القانون الألماني ولا قانون أي بلد آخر بشكل مباشر أو غير مباشر كأحد مصادر القانون. بموجب المادة الأولي من الدستور، لاتفيا جمهورية ديمقراطية مستقلة. وهذا يعني أن القانون الملزم والقابل للتطبيق بشكل عام في لاتفيا يمكن وضعه وإقراره من قبل البرلمان وهيئة من المواطنين بدلاً من البرلمان أو المحاكم أو الفقه الألماني. وإذا استرشدت المحكمة الدستورية بنظرية القانون الدستوري المقارن، فسوف يتطلب الأمر اتباع نهج أكثر تفصيلاً ورقابة في تطبيق السوابق القضائية في البلدان الأخرى[٣].

ما يمكن قوله هو أنه لا يوجد اتفاق تام على مسألة الاستشهاد الأحكام الأجنبية من جانب قضاة المحكمة الدستورية.

خلاصة ما تقدم الأمر أنه على الرغم من هذا التقارب الواضح بين الأنظمة إلا أنه في بعض الأحيان لا يتم الاستعانة بقرارات المحاكم الأخرى على الرغم من تشابه الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية.

---

(1) Judgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 30 August 2000 – Case No.2000-03-01.
(2) Dissenting Opinion of Justice Kristīne Krūma in Case No.2008-03-03.
(3) Dissenting Opinion of Justice Kristīne Krūma in Case No.2008-03-03.

مثال ذلك ما أقرته المحكمة العليا الكندية بوجود اختلافات سياسية واجتماعية واسعة بين كندا والولايات المتحدة، والتي يجب أخذها في الاعتبار عند اتخاذ القرارات القضائية.

على وجه الخصوص، في قضية R v Keegstra، قال Dickson C.J.: "أنا غير راغب في تبني التصنيفات المختلفة والقواعد التوجيهية التي أنشأها القانون الأمريكي دون دراسة متأنية لمدى ملاءمتها للنظرية الدستورية الكندية"[١].

ويشار هنا إلى أن الفقه القانوني الأميركي ليس السياسة الخارجية الوحيدة أو السابقة التي أدرجتها المحكمة العليا الكندية عند تقديم أسبابها. ولكنها استشهدت أيضا في بعض الحالات بالسوابق القضائية في نيوزلندا[٢] وأستراليا [٣]. وتري المحكمة أنه يجب تفسير الدستور على أنه "شجرة حية"، مع الأخذ في الاعتبار العوامل الحالية ذات الصلة وأفضل الممارسات[٤].

وعلى الرغم من مشاركة المحكمة العليا في المنظمات العالمية، يتم دمج القانون الدولي والأحكام الأجنبية في الفقه القانوني الكندي بحذر وكسلطة مقنعة وليست ملزمة.

ويري البعض أن هذه الممارسة الخاصة بالإطلاع على القانون الأجنبي هو قبل كل شيء تمرين في فهم الذات exercise in self-understanding مما يؤدي إلى التعرف على العناصر المميزة للقانون الكندي. ولذلك ينظر البعض إلى السوابق الأمريكية بشكل مكروه أو سلبي[٥]، وتظهر الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الكندية

---

(1) R v Keegstra, 1990 CanLII 24 (SCC), [1990] 3 SCR 697.

(2) Haida Nation v British Columbia (Minister of Forests), 2004 CanLII 73 (SCC), [2004] 3 SCR 511, 46–47.

(3) Mabo v Queensland (No. 2), [1992] HCA 23.

(٤) والحقيقة أن نظرية الشجرة الحية والتي تعد نظرية لتفسير الدستور وبموجبها يجب أن يفسر الدستور بطريقة واسعة أو حرة بحيث يتطور ويتكيف مع تطور المجتمع، وهذه النظرية متجذرة في القانون الدستوري في كندا وترجع إلى العام ١٩٣٠. ففي حكم للجنة القضائية للمجلس الخاص ويتعلق بتفسير المادة ٢٤ من التشريع الدستوري في عام ١٨٦٧ والذي يتعلق بما إذا كان جائزا تعيين المرأة عضوا في مجلس الشيوخ كان رد اللجنة ايجابيا، وتؤكد في حكمها على ما يأتي: إن قانون أمريكا الشمالية البريطانية قد غرس في كندا شجرة قابلة للنماء والتطور داخل حدودهما الطبيعية.

أنظر: د. محمد محمد عبد اللطيف، القانون الحي ورقابة الدستورية، دار الفكر والقانون ٢٠١٩، ص ١٣ و١٤.

(5) CL Ostberg, ME Wetstein and CR Ducat, 'Attitudes, Precedents, and Cultural Change: Explaining.the Citation of Foreign Precedents by the

(ISSN : 2537 - 0758)

أنها لا تتقبل الحلول الأجنبية إلا في حالة توافقها مع مبادئ المجتمع الكندي ونظامه القانوني.

وفي جنوب إفريقيا ومن خلال أحد الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا هناك أشار القاضي Langa إلى فائدة الفقه القضائي الأجنبي لكنه حذر من مخاطر المقارنة القضائية المهملة من خلال التأكيد على أن "السياق الذي صدر فيه حكم معين يحتاج إلى دراسة متأنية"[١]. وعلى العموم، استشهد القاضي في هذا الحكم بالقضايا الأجنبية ١٩ مرة[٢].

ويضيف البعض إلى هذه المخاطر مسألة الأيديولوجية السياسية للقاضي تلعب دورا هاما للغاية في مسألة الاستشهاد بالسوابق الأجنبية، وهو الأمر الذي يراه البعض من بين مخاطر الاستشهاد بالسوابق الأجنبية، ويري هذا الاتجاه أن الأيديولوجية السياسية السائدة في محاكم دولة أخرى قد تتغير بمرور الوقت، فبعض القرارات السابقة قد لا يتم اتباعها حتى من قبل المحكمة التي أصدرتها. ولذلك فإن القاضي الذي يسعى إلى استخدام تلك القرارات الأجنبية سيحتاج إلى معرفة الديناميكيات السياسية المتغيرة للدولة الأجنبية والتفضيلات السياسية لسلطتها القضائية. ونتيجة لذلك، فإن ضمان ما أسماه Mark Tushnet"مراقبة الجودة"[٣]، قد يكون ببساطة أمراً صعباً للغاية، لا سيما وأن الأساليب الحالية للتعليم القانوني لا تنطوي على تدريب كبير على قوانين الدول الأخرى وعلي منهجية المقارنة.

وأخيرا، فإنه يقال إنه من المستحيل على القاضي أن يفهم القانون الأجنبي بشكل مناسب، ولا سيما في الجانب القانوني ولكن أيضًا سياقه الاجتماعي والثقافي. وعلي حد

Supreme Court of Canada' (2001) 34 Canadian Journal of Political Science 377.

(1) The Pillay case para 49.

(2) Canada – 7 citations; European Court of Human Rights – 1 citation; Germany – 1 citation; UK – 2 citations, the USA – 7 citations; and Zimbabwe – 1 citation.

(3) Mark Tushnet, When Is Knowing Less Good than Knowing More? Unpacking the Controversy over Supreme Court Reference to Non-U.S. Law, 90 MINN. L. REV. 1275 (2006)at,1294, Cited in, Ganesh Sitaraman, p.662, Ibid.

تعبير بعض الفقه في الولايات المتحدة فإن " القليل من التعلم قد يكون خطيرا " " a little learning can be dangerous"، حتي النظر في القانون الأجنبي بأفضل النوايا يؤدي لنتائج عكسية بالنسبة لجودة الأحكام(١).

ويجب التنويه هنا إلى أن الترجمة القانونية تواجه مخاطر لا حصر لها وأن القرار لا يمكن فهمه بسهولة إلا بالرجوع، ليس فقط إلى اللغة الأصلية، ولكن قبل كل شيء إلى السياق القانوني الوطني. قد تنجم أخطاء جسيمة في التفسير والاستخدام اللاحق عن عدم الامتثال لهذه الاحتياطات.

وفيما يخص ذلك أثار البعض شكوكا حول الترجمة اللغوية ومدي دقتها من ذلك ما ذكرته القاضية Hale بقولها " أعتقد أن الحاجز اللغوي قوي جدًا لأن الترجمة الجيدة صعبة المنال ومكلفة للغاية، أعتقد أننا نفهم الفرنسية وأن أحد زملائي يفهم لغة ألمانية جيدة ولكن مع ذلك عليك أن تكون واثقًا جدًا من ذلك وأن تكون لديك لغة فرنسية قانونية جيدة وألمانية قانونية جيدة"(٢).

وعلى النقيض من ذلك تبني البعض من القضاة وجهة نظر معارضة تتلخص في أن عامل اللغة يلعب دورا أقل تأثيرا في مسألة الاستعانة بالأحكام القضائية الأجنبية. من ذلك على سبيل المثال ما ذكر اللورد Sumption في بريطانيا قائلا " شعرت أن "الحاجز اللغوي ليس مهما بدرجة كبيرة ". "معظم القضاة يتحدثون الفرنسية"، وأضاف من واجب كل رجل متحضر أن يقرأ لغة أخرى إذا لم يكن كذلك". فأكثر من لغة، كما يري اللورد Kerr أن الحاجز اللغوي لا يمنع من استخدام السوابق القضائية من المحاكم المحلية الأوروبية، لأنه من الممكن دائمًا القيام بذلك الحصول على ترجمة للحكم(٣).

---

(1) Ganesh Sitaraman, Ibid.

(2) Interview with The Rt. Hon. Baroness Hale of Richmond, Justice of the United Kingdom Supreme Court (The Supreme Court, London, 8 May 2012, Cited in, Hélène Tyrrell, Ibid, p.177.

عبر عن هذه النقطة بوضوح اللورد Clarkeبقوله عليك أن تتحدث الفرنسية جيدًا لفهم الفرنسية القانونية. ... قضيت ذات مرة ستة أشهر في مزرعة بفرنسا وتحدثت الفرنسية بشكل جيد في النهاية، ولكن هذا لا يؤهلك حقًا لقراءة النصوص المعمقة لمجلس الدولة الفرنسي.

See: Interview with The Rt. Hon. Lord Clarke, Justice of the United Kingdom Supreme Court (The Supreme Court, London, 9 May 2012), Cited in, Hélène Tyrrell, Ibid, p.178.

(3) Hélène Tyrrell, Ibid, p.178.

(ISSN : 2537 - 0758)

ويؤكد Richard A. Posner أن العديد من الأنظمة القانونية لا يمكن الوصول إليها الاستيراد الدستوري بسبب الحواجز اللغوية، علاوة على ذلك لا يستطيع القضاة فهم النظام القانوني الأجنبي وخصائصه الاجتماعية، وكذلك السياق الاقتصادي والثقافي على المستوى الذي يجعلهم قادرين على ذلك استخدام القانون الأجنبي في المقارنة بطريقة دقيقة(١).

كما يحذر Legrand Pierreأيضًا من أن المقارنة قد لا تؤدي دورها بسبب الترجمة حيث تلعب التقاليد والعادات دورًا حاسمًا في تفسير معيار معين(٢).

ويشير الواقع العملي إلى أنه في كثير من الأحيان، قد تتجاهل المحاكم الناطقة باللغة الإنجليزية عمدًا قضايا من ولايات قضائية غير ناطقة باللغة الإنجليزية، وليس لأسباب متعلقة بالسمات الخاصة للأنظمة القانونية لهذه البلدان ولكن بسبب وجود حاجز لغوي وثقافي(٣).

خلاصة ما تقدم فإن مسألة استعانة القاضي الدستوري الوطني بالأحكام الأجنبية والمواد المقارنة يجب أن تحاط بمجموعة من الضوابط والتي يمكن وصفها بضوابط ذاتية، فهي لا ترد في نصوص أو تشريعات بل ترجع للقاضي نفسه الذي يتعين عليه أن يعني أن عملية الاستشهاد بالأحكام والمواد المقارنة ليست مطلقة بل لابد أولا من تجنب خطر الانتقاء وكذلك مراعاة البعد والسياق الذي تم من خلاله تم إصدار هذا الحكم بالخارج.

(1) Richard A. Posner, Foreword: A Political Court, (2005) 119 Harvard Law Review, pp. 84-89.
(2) Pierre Legrand, European Legal Systems Are Not Converging, (1996) 45 International and
Comparative Law Quarterly, p. 56
(3) Tania Groppi and Marie-Claire Ponthoreau, Conclusion. The Use of Foreign Precedents byConstitutional Judges: A limited practice, an uncertain future, in Groppi and Ponthoreau (eds.), p. 421.

الفصل الثالث
آليات وصور استعانة القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن

تمهيد وتقسيم:

إن عملية استشهاد القاضي الدستوري الوطني بأحكام القضاء الدستوري المقارن والمواد الأجنبية تتأثر بمجموعة من العوامل المختلفة التي سبق العرض لها. كما أنها تأخذ في الواقع العملي صورا متعددة ولا تكون دائما على وتيرة واحدة. فهناك بعض الأنظمة يمكن القول إنها "منفتحة" بعض الشيء على القضاء والقانون المقارن بل أن هذا الأمر يذكر صراحة داخل دساتيرها، وعلى الجانب الآخر نجد أن هناك العديد من الأنظمة الأخرى يمكن وصفها بأنه " متحفظة " أو "مترددة" في شأن مسألة الإستعانة بأحكام القضاء المقارن والمواد الأجنبية.

ويشير الواقع إلى أن عملية الاستشهاد بالأحكام المقارنة والقانون المقارن وغيرهما من المواد الأجنبية كالدساتير المقارنة قد تتم بصورة صريحة وواضحة داخل الحكم الذي تصدره المحكمة، وإلى جانب ذلك قد يكون استخدام هذه السوابق بشكل خفي وهو الأمر الذي يصعب معه استنتاج مدي تأثر القاضي الدستوري بهذه المواد في الحكم الذي أصدره.

كما أن آلية الاستشهاد بأحكام القضاء الدستوري المقارن يتم الأخذ بها في معظم الحالات "كحجة مقنعة" لكي تثبت وجهة نظر المحكمة في القضية المعروضة عليها وبصفة خاصة في القضايا الصعبة والمماثلة والقضايا المتعلقة بحقوق الإنسان، وإلى جانب ذلك قد يتم الاستعانة بها "كحجة مناقضة أو على وجه المعارضة" لوجهة النظر التي تتبناها المحكمة.

بناء على ما تقدم سنتناول الحديث عن نهج القضاء الدستوري المقارن في الاستشهاد بأحكام القضاء الدستوري والمواد المقارنة، ثم نتحدث عن نهج القضاء الدستوري المصري في مسألة الاستشهاد بأحكام القضاء الدستوري المقارن في القضايا المعروضة عليه للوقوف على منهجية المحكمة في هذه المسألة والآلية التي اعتمدتها في الاستعانة بأحكام القضاء الدستوري المقارن والمواد المقارنة من خلال المبحثين التاليين:

(ISSN : 2537 - 0758)

المبحث الأول: نهج القضاء الدستوري المقارن في الاستشهاد بالسوابق القضائية الأجنبية.

المبحث الثاني: نهج القضاء الدستوري المصري في الاستشهاد بأحكام القضاء الدستوري المقارن.

المبحث الأول

نهج القضاء الدستوري المقارن في الاستشهاد بالسوابق القضائية الأجنبية

نتناول من خلال هذا المبحث الحديث عن النهج المتبع من جانب القضاء الدستوري المقارن في الاستشهاد بالأحكام الأجنبية والمواد المقارنة من حيث التردد أو الانفتاح على ذلك، كما سنعرض للآلية المتبعة في ذلك من جانب القضاء الدستوري المقارن سواء كانت تتم بصورة صريحة أو ضمنية وكذلك من حيث استعمالها كحجة مقنعة للمحكمة أو كونها تستعين بها لتبني منطق مخالف لهذه الحجة. وهو ما نتناوله خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: اتجاهات القضاء الدستوري في الاستشهاد بالأحكام الأجنبية.

المطلب الثاني: صور استشهاد القضاء الدستوري المقارن بالأحكام الأجنبية.

المطلب الأول

اتجاهات القضاء الدستوري في الاستشهاد بالأحكام الأجنبية

إن استخدام القضاء والقانون المقارن لدعم الاختيارات التي اتخذتها المحاكم الدستورية. يمكن أن يتخذ أشكالًا مختلفة، بالإضافة إلى درجات قوة مختلفة.

ومن خلال مطالعة الأحكام القضائية ونشاط المحاكم الدستورية على مستوي العالم يمكن القول بحدوث تغيير في مسألة الاستشهاد بالأحكام القضائية الأجنبية كانتقال من مجرد كون ذلك "غير قابل للتطبيق" "non-applicable" إلى "لقد حدث هناك أيضًا" it" also happened there.

وفي الحقيقة فإن الانتقال في استخدام السوابق الأجنبية من جانب القضاء الدستوري "لا ينطبق"not applicable' " إلى "حتى هناك في قضية محددة"" even there in a specific case" وإلى "هناك أيضًا في عدة قضايا" " also there in several cases" يمكن أن يعكس تطورًا محتملاً في طريقة تفكير القضاة الدستوريين.

وبمرور الوقت، بدأ القضاة الدستوريون يدركون الفوائد المترتبة على مثل هذا الأسلوب وقاموا بتحويل موقفهم فيما يتصل بالأحكام الأجنبية والمواد المقارنة من التردد المحض إلى ما يمكن أن نسميه بالمصلحة المحفوظةreserved interest .

ويشار هنا إلى أن هذا التداول، وهذا التواصل، وهذا الحوار ليس له نفس القدر من الأهمية داخل جميع المحاكم الدستورية. فهناك "عدم تناسق عميق في الحوار لأن بعض الولايات القضائية منفتحة للغاية على القانون الأجنبي، مثل المحكمة الدستورية في جنوب أفريقيا، في حين أن البعض الآخر أكثر حذرا، مثل المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية الإيطالية وغيرها من المحاكم[١].

وبالتالي يمكن تناول نهج المحاكم الدستورية على مستوي العالم في الاشتراك في الحوار الدستوري والتأثر بأحكام المحاكم الأخرى والمواد المقارنة إلى دول يمكن وصف نهجها بالنهج المتحفظ وهي في الغالب الأعم تنتمي إلى دول القانون المدني[٢]، ودول أخري يمكن وصف نهجها بالنهج المنفتح في مسألة التأثر بأحكام القضاء الدستوري المقارن والمواد المقارنة وهو في الغالب أيضا دول القانون العام[٣].

---

(1) J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE, De la bouche à l'oreille? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et la montée en puissance de la fonction de juger», FUSL, 2008, p.124-125, Cité par, Josselin Rio.Le Conseil constitutionnel et l'argument de droit comparé. Revue juridique de l'Océan Indien,2015, P.5.

(٢) ومن المؤكد أنه حتى بين دول القانون المدني نجد استثناءات، أي المحاكم الدستورية التي تشير بشكل متكرر إلى السوابق الأجنبية. نحن يمكن أن نستشهد بالمحكمة الدستورية في البرتغال على سبيل المثال في القرارات المتعلقة بزواج المثليين. وتحتوي على صفحات طويلة من السوابق الأجنبية في العديد من البلدان حول العالم.

Acórdão n. º 359/2009 et Acórdão n. º 121/2010, Cité par, Tania Groppi, Le « dialogue » des juges constitutionnels: entre décline des exceptionnalismes et légitimation de la justice constitutionnelle, op, cit p.6.

(٣) ويذهب البعض إلى القول بأن النظام القضائي الذي يتم فيه التلقي الصريح للسوابق الأجنبية الحالية ليست كثيرة وأنها تقتصر على مجال القانون العام (وتشمل على سبيل المثال، كندا، أستراليا، جنوب أفريقيا، ناميبيا، هونج كونج، الهند، نيوزيلندا، أيرلندا).

Tania Groppi, Le « dialogue » des juges constitutionnels: entre décline des exceptionnalismes et légitimation de la justice constitutionnelle, op. cit., p.5.

(ISSN : 2537 - 0758)

ويمكن تقسيم دول العالم إلى مجموعتين: المجموعة الأولي وتشمل دول مثل (أستراليا وكندا وجنوب إفريقيا والهند) وينتشر فيها استخدام السوابق القضائية بشكل كبير وفي المجموعة الثانية من الدول مثل (النمسا والمجر وألمانيا وروسيا وبلجيكا وفرنسا وإيطاليا) تعد الإشارة إلى السوابق القضائية الأجنبية وحتي إلى القانون الأجنبي أكثر ندرة وتكون أقل من ٥% من هذه القرارات(١).

وفيما يلي سأعرض لنماذج من الأنظمة القضائية المتحفظة في مسألة الإشارة إلى السوابق القضائية الأجنبية وكذلك لنماذج من الأنظمة المنفتحة في هذا الخصوص. مع الأخذ في الاعتبار أن عملية الإشارة للسوابق الأجنبية قد تتم بصورة واضحة وصريحة وقد تتم في حالات أخري بصورة خفية أو ضمنية. كما أن هذه الإشارات قد تكون بصورة تفصيلية للحكم الأجنبي أو قد تكون إشارة عابرة أو موجزة تقتصر فقط على إبراز النتيجة التي توصل إليها الحكم الأجنبي فقط.

المحكمة العليا الأمريكية:

في حين أن المحاكم الأمريكية، وخاصة المحكمة العليا نادرًا ما تشير نسبيًا إلى كل من القانون الأجنبي والسوابق القضائية، فإن محاكم بلدان القانون العام الأخرى تظهر استعدادًا أكبر بكثير لاقتباس القانون الأجنبي والسوابق القضائية في أسباب أحكامها الخاصة(٢).

أظهرت المحكمة العليا في الولايات المتحدة، بتاريخها وسلطتها، فيما يتعلق باستخدام القانون الأجنبي، موقفاً "من اللامبالاة إلى العدائية" «from indifferent to hostile»(٣).

---

(1) Tania Groppi and Marie-Claire Ponthoreau, Conclusion. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice, An Uncertain Future, in ID. (eds.), The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges, op. cit., p. 411.

(2) Elaine Mak, "Reference to Foreign Law in the Supreme Courts of Britain and the Neth-erlands: Explaining the Development of Judicial Practices", Utrecht Law Review 8, no. 2 (2012): 20–34. Bijon Roy, "An Empirical Survey of Foreign Jurisprudence and International Instruments in Charter Litigation", University of Toronto Faculty of Law Review 62, no. 2 (2004): 99–148.

(3) S.K. Harding, «Comparative Reasoning and Judicial Review», Yale Journal of International Law,2003, p. 409.

ولقد أصدرت المحكمة قرارات مثيرة للجدل في نهاية التسعينات والعقد الأول من القرن الحادي والعشرين حول موضوعات حساسة مثل عقوبة الاعدام وحقوق المثليين.

وتري القاضية الكندية Claire L'Heureux–Dube أن الأحكام الأمريكية لا تأخذ في الاعتبار أبداً منطق المحاكم الأخرى. حيث لم تشر المحكمة العليا في الولايات المتحدة قط إلى أي قرارات صادرة عن المحكمة الأوروبية أو لجنة حقوق الإنسان. وتري باختصار أن المحكمة العليا في الولايات المتحدة ليست طرفاً مشاركاً في الحوار الدولي حول حقوق الإنسان. وفي الواقع، فإن استخدام المواد الدولية من قبل المحكمة العليا الأمريكية نادر جدًا لدرجة أن إشارات القاضي Breyer إلى الدساتير الأجنبية جذبت تعليقات الصحف(١).

كما علق على هذا الأمر Mark Tushnet بقوله " المحكمة العليا لم تتعامل تقريبًا مع الخبرة الدستورية في أي مكان آخر على أنها ذات صلة"(٢)، وبالتالي يمكن وصفها بأنها معطية أكثر من كونها متلقية في الحوار القضائي(٣).

كما أظهرت أحدث الاحصائيات أن المحكمة العليا الأمريكية الأقل استعانة بالسوابق الأجنبية(٤) على الرغم من أن أحكام الولايات المتحدة تبدو كذلك وهم معزولون نسبياً عن تأثير الفقه الأجنبي(٥).

---

(1) Claire L'Heureux-Dube, Ibid, p. 31.

(2) Linda Greenhouse, appealing to the Law's Brooding Spirit, N.Y. TIES, July 6, 1997, at 4., Cited in, Claire L'Heureux-Dube, Ibid, p. 38.

(3)Anne-Marie Slaughter, The Real New World Order, Ibid, p. 187.

(4) Zaring D. The Use of Foreign Decisions by Federal Courts: An Empirical Analysis. J Empirical Leg Stud (2006) 3:297–331. doi:10.1111/j.1740-1461.2006. 00071.x

(٥) وعلى حد تعبير البعض فإن القضاة الأميركيين بدأوا في المشاركة. لقد اعتادت المحكمة العليا في الولايات المتحدة أن تكون مصدرًا للقرارات المستوردة إلى أنظمة قانونية أخرى. في الواقع، في أواخر الثمانينيات، كان المعلقون يشيرون إلى حركة أحادية الاتجاه للأفكار الدستورية من الولايات المتحدة إلى الخارج.

Bruce Ackerman, The Rise of World Constitutionalism, 83 VA. L. REV. 771 (1997); MARY ANN GLENDON, RIGHTS TALK: THE IMPOVERISHMENT OF POLITICAL DISCOURSE 158 (1991.)

(ISSN : 2537 - 0758)

المجلس الدستوري الفرنسي:

كنقطة أولية، تجدر الإشارة إلى أن دستور الجمهورية الخامسة لم يتضمن أي حكم يتعلق بالأحكام الأجنبية أو القانون المقارن كوسيلة للتفسير. ومع ذلك، فإن النهج المقارن ليس غريبا على الثقافة الدستورية الفرنسية(١).

وتكمن درجة الصعوبة بالنسبة للتعرض لموقف المجلس الدستوري الفرنسي في الاستعانة بالسوابق الأجنبية أنه لا يسلك أي منهجية معينة فيما يتعلق بالاستشهاد بالسوابق القضائية الأجنبية. ومن ثم فإن دراسة تأثير حجة القانون المقارن على اجتهادات المجلس الدستوري يجب أن تنتقل من الاكتفاء بالقرارات القضائية إلى مراعاة عدد كبير من الوثائق، بالإضافة إلى قرارات المجلس، حيث يمكن الإشارة إلى السوابق القضائية الدستورية الأجنبية في الوثائق المتعلقة بالقرارات (الملف الوثائقي والتعليق على القرار).

ومن خلال البحث عن توجه المجلس الدستوري الفرنسي في مسألة الاستعانة بالسوابق الأجنبية يمكن القول أن هناك ندرة في الاستشهاد بالسوابق القضائية الأجنبية في قراراته، وهو الأمر الذي دفع بعض الفقه داخل فرنسا إلى القول بأن عملية البحث عن الإشارة إلى الأحكام الأجنبية في قرار المجلس الدستوري يعتبر جهدا ضائعا(٢)، وهو الأمر الذي تم التعبير عنه أيضا بأن أحكام القضاء الدستوري الأجنبي لا تؤثر على قرارات المجلس الدستوري إلا بطريقة غير مباشرة وعشوائية للغاية(٣).

وعلي حد تعبير الفقه الفرنسي فإن مسألة ندرة الإستعانة بالأحكام القضائية الأجنبية في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي يجب ألا يفسر على أنه يوجد نوع من العداء المبدئي بين القاضي الدستوري الفرنسي والقانون المقارن، وذلك على الرغم من رفض القضاة الاعتراف بأن قراراتهم تأثرت بالقانون المقارن(٤).

---

(1) Alexis Le quinio, Le recours aux précédents étrangers par le juge constitutionnel français, op.cit., p. 583.

(2) G. CANIVET, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », in S. CAUDAL(dir.), La motivation en droit public, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2013, p. 237.

(3) Josselin Rio, op.cit., p.1.

(4) T. DI MANNO (dir.), Le recours au droit comparé par le juge, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 16, Cité par, Josselin Rio, op.cit., p.16.

ويرجع هذا الأمر إلى مجموعة من العوامل التي ترجع إلى الثقافة الفرنسية التي تعد جزءا من التقاليد الرومانية الجرمانية والتي تعد أقل ملاءمة لمبدأ السوابق القضائية، وإذا كان البعض يرجع توجه المجلس الدستوري الذي يكتفي بإلقاء نظرة عشوائية على حجج القانون المقارن، إلى ضعف الإمكانيات البشرية والمادية المتاحة له[١].

وإذا لم يدرج القاضي الدستوري الفرنسي استخدام القضاء الدستوري المقارن، فهذا لا يعني أنه لا يستخدمه. فالمجلس الدستوري ينتمي إلى فئة القضاة الذين يستعملونه، ولكن لا يظهرونه، يجب أن نبحث عن مراجع "ضمنية ومخفية في كثير من الأحيان[٢]، حيث يتم جمع هذه المراجع الضمنية والخفية أحيانًا في ملف وثائقي un dossier documentaire، أو تنبثق من التعليق على القرار Commentaire de la décision أو من مجموعة وثائق أخرى تندرج تحت عنوان عام للوثائق المتعلقة «connexes» بقرارات المجلس الدستوري.

وبمراجعة قرارات المجلس الدستوري يمكن القول بأنه لا يرجع إلى الأحكام القضائية المقارنة في متن قراره في كثير من الأحيان. وقد يحدث أن يشير بشكل غير مباشر إلى السوابق القضائية الدستورية الأجنبية من خلال ربط أصل الحجة التي أبرزتها السوابق القضائية الدستورية الأجنبية المذكورة والإحالة التي تمت من أعضاء البرلمان، وبمعني آخر لا يأخذ المجلس الدستوري الحجة المتعلقة بالاستعانة بأحكام القضاء الدستوري المقارن إلا من خلال الإشارة من جانب طرف الإحالة إلى المجلس الدستوري.

وإذا نظرنا على سبيل المثال إلى الإحالة المتعلقة بالقرار رقم ٩٦-٣٨٣ DC (المتعلق باستقلال ممثلي النقابات)، أثار أعضاء مجلس الشيوخ حجة محددة للغاية من السوابق القضائية للمحكمة الدستورية الألمانية التي يأخذها المجلس الدستوري في الاعتبار من خلال الإشارة فقط إلى الإحالة وليس إلى قرار محكمة كارلسروه[٣].

مما تقدم يتضح لنا أن إثارة السوابق الأجنبية يمكن أن تتم من جانب أطراف الدعوي ولا يشترط أن تثار بالفعل من جانب القاضي وحده[٤].

---

(1) Josselin Rio.op.cit., p.1.
(2) T. GROPPI, op. cit., p. 51.
(3) V. l'annexe relative à la décision no 96-383 DC.
(٤) في النمسا على سبيل المثال وفي الفترة من ١٩٨٠ إلى ٢٠١٠، بلغ عدد الأحكام التي تشير إلى القانون الأجنبي والسوابق الأجنبية حكما ٦٠؛ ومع ذلك، في ١٦ قضية فقط من أصل ٦٠

(ISSN : 2537 - 0758)

وفي إسبانيا، على سبيل المثال، تعد "المحكمة الدستورية" من بين المحاكم التي تلجأ صراحة إلى القانون المقارن، بما في ذلك السوابق الأجنبية، في لأسباب قانونية، ولا سيما آراء معينة، ولكن فقط... [في] حالات نادرة جدًا"[١].

وبالمثل، في إيطاليا، " نجد أن الإشارات الصريحة إلى القانون الأجنبي والسوابق القضائية الأجنبية و القانون المقارن محدود للغاية في الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية الإيطالية.[٢] وهو ما دفع جانب من الفقه الإيطالي للقول بأن البحث عن استخدام المنهج المقارن من قبل المحكمة كان «بحثًا عن لا شيء»[٣]، وعبر عنه جانب آخر بقوله " الكثير من اللغط حول لا شيء"«much ado about nothing»[٤].

تكون المحكمة هي استشهدت بالقانون أو الحكم الأجنبي، بينما في القضايا الأخرى تكون الإشارة من جانب الأطراف في الدعوي.

A. GAMPER, Austria: Non-cosmopolitan, but Europe friendly – The Constitutional Court's Comparative Approach, cit., at 221.

(1) Ángel Aday Jiménez Alemán, "The Spanish Constitutional Court and Foreign and Comparative Law: Theory and Practice of a Marriage of Convenience" in Judicial Cosmopolitanism (n.7), pp.375, 381.

(٢) يأتي هذا الوضع على الرغم من وجود قسم خاص للقانون المقارن بالمحكمة الأمر الذي يستنتج منه أن المحكمة تكون على علم بالقانون المقارن والسوابق الأجنبية المتعلقة بالقضية المنظورة أمامها ولكنها لا تشير إليها صراحة في حكمها.

(3) Vincenzo Zeno-Zencovich, "The Italian Constitutional Court" in Judicial Cosmopolitanism (n.7), pp.449, 453., See also: V. ZENO-ZENCOVICH, Il contributo storico-comparatistico nellagiurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla? in Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, 2005, p. 1993 et seq. Cited in Maurizia De Bellis, The Italian Constitutional Court and Comparative Law: A Tale of Two Courts,2014, p.3.

(4)Maurizia De Bellis, Ibid, p. 29.

تشير الإحصائيات في هذا الخصوص إلى ن الاستشهادات بالقانون الأجنبي في أحكام المحكمة الدستورية الإيطالية محدودة بالمقارنة مع المحاكم الدستورية الأخرى: "تجدر الإشارة إلى أن هذه الإشارات تكون دائمًا تقريبًا إلى القانون التشريعي وليس إلى السوابق القضائية".

See: G.F. Ferrari, A. Gambaro, The Italian Constitutional Court and Comparative Law. A Premise (2010), Comparative Law Review, vol. 1, n. 1, 4, at http://www.comparativelawreview.com/ojs/index.php/CoLR/article/view/3 /7

وإذا نظرنا إلى نهج المحكمة الدستورية الروسية نجد أن المحكمة غير راغبة أو مترددة في الإشارة إلى الأحكام الأجنبية والقانون المقارن، فعلى سبيل المثال، بين عامي ١٩٩١ و٢٠١٥ "في بإجمالي أكثر من أحد عشر ألف قرار.. ستة إشارات فقط للقرارات تم العثور عليها من قبل محاكم أجنبية"[١].

المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية:

إذا كانت المحكمة الدستورية الألمانية على النحو السابق بيانه تتمتع بسمعة وأسبقية بين المحاكم الدستورية جعل منها الأعلي استشهادا بأحكامها، وعلي الرغم من أن المحكمة استشهدت بمزيد من السوابق القضائية الأجنبية في سنواتها الأولى خلال الخمسينيات و ستينيات القرن العشرين وحتى تسعينياته، كان هناك عدد ثابت إلى حد ما من الاستشهادات[٢]، إلا أن السمة المميزة لأسلوب الاستدلال الذي تطبقه المحكمة الدستورية الفيدرالية كما لاحظ Brun-Otto Bryde هو أنها "تستشهد أساسًا بسوابقها الخاصة فقط ".[٣]

ولعل ما يؤكد ذلك أنه لا يوجد سوى عدد قليل جدًا من القرارات التي لا تشير فيها المحكمة إلى السوابق الخاصة بها على الإطلاق. وهو ما أكدته دراسة حديثة في ألمانيا خلصت إلى أنه من بين ٣٢١٦ قرارًا للمحكمة الدستورية الألمانية، يشير ٣٠٢٩ (٩٤.٢%) إلى قرارات سابقة للمحكمة[٤].

---

(1) Mauro Mazza, "The Russian Constitutional Court and the Judicial Use of Comparative Law:
A Problematic Relationship" in Judicial Cosmopolitanism (n.7), pp.531, 545.

(2) Aura María Cárdenas-Paulsen, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts—Analyse der Heranziehung ausländischer Judikatur (Verlag Dr Kovac 2009), Cited in, Ruth Weber and Laura Wittmann, Ibid, p. 100.

(3) Brun-Otto Bryde, 'The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue' (2005) 80 TulLRev 203, 206.

(4) Ali Ighreiz, Christoph Möllers, Louis Rolfes, Anna Shadrova and Alexander Tischbirek 'Karlsruher Kanones? Selbst- und Fremdkanonisierung der Rechtsprechung des Bundesver-fassungsgerichts' (2020) 145 (4) AöR 537., Cited in, Ruth Weber and Laura Wittmann, Ibid, p. 89.

(ISSN : 2537 - 0758)

وهو الأمر الذي دفع جانب من الفقه للقول بأن المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية أحيانًا "منطوية"'introverted' من حيث انفتاحها على المراجع القانونية الأجنبية(١).

وفي احصائية أخري أشارت فإن عدد قضايا المحكمة التي تستشهد بقرارات المحاكم الأجنبية صغير جدًا. حيث أشارت إلى أن السوابق القضائية للمحكمة الدستورية الاتحادية بين عامي ١٩٥١ ويوليو ٢٠٠٧ أحصت ٥٩ قرارا إجمالا (٢)، وفي دراسة أخري من عام ٢٠١٣ تحصي ٣٢ إشارة في ١٣٥١ قرارًا(٣).

ويفترض البعض أن القانون المقارن لا يحظى بأي وزن حاسم من قبل محكمة كارلسروه. ومع ذلك، يري القاضي السابق ورئيس المحكمة الدستورية الفيدرالية Andreas Voßkuhle أن المحكمة تستخدم القانون المقارن بانتظام في عملية اتخاذ القرار في الإجراءات المهمة عند التداول حول الحلول القانونية(٤).

المحكمة الدستورية بجنوب إفريقيا:

باعتبارها واحدة من أحدث المحاكم الدستورية في العالم، اجتذبت المحكمة الدستورية في جنوب أفريقيا، بشكل غير مفاجئ، اهتمام علماء القانون. ويرجع ذلك جزئيًا إلى الطبيعة الدرامية للتحول الذي وصفته المحكمة الدستورية نفسها بأنه "القفزة من حكم الأقلية إلى الديمقراطية التمثيلية المبنية على الاقتراع العام للبالغين وإنشاء محكمة دستورية متخصصة(٥).

وجاءت الأسس من دستور جنوب أفريقيا، الذي يسعى إلى إحداث تحول كبير مجتمع طبقي وغير عادل على أساس غير عنصري وغير ديمقراطي تم بناء أسسها من خلال

ويبين البحث الإحصائي الذي قدمتهRuth Weber and Laura Wittmann أن إشارات المحكمة الدستورية الألمانية إلى سوابقها القضائية السابقة ترد في أكثر من ٩٠% من قراراتها، كما أنها تستشهد في المتوسط بـ ٤٥ من قراراتها السابقة في كل حكم من أحكامها اللاحقة.

(1) Ruth Weber and Laura Wittmann, Ibid, p. 99.

(2) Aura María Cárdenas-Paulsen, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts—Analyse der Heranziehung ausländischer Judikatur (Verlag Dr Kovac 2009) 88 , Cited in , Ruth Weber and Laura Wittmann,ibid , p. 99.

(3)Stefan Martini, 'Lifting the Constitutional Curtain? The Use of Foreign Precedent by the GFCC, 1999–2010' ,Ibid.

(4) Ibid, p.102.

(5). Du Plessis v. De Klerk 1996 (5) BCLR 658 (CC) at para. 127 (S. Afr.)

دراسة التجربة الدستورية الأمريكية والتبادلات الثقافية والتعليمية بين علماء القانون في جنوب إفريقيا والأجانب[١].

وتعد المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا من بين أحدث المحاكم الدستورية وأنشطها في نفس الوقت على مستوي العالم، حيث أظهرت المحكمة انفتاحاً استثنائياً على القانون الأجنبي. وينظر قضاة المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا إلى القانون الأجنبي والقضاء المقارن بشكل متكرر أكثر بكثير من أي من نظرائهم في جميع أنحاء العالم[٢].

إن المنطق الدستوري للمحكمة الدستورية في جنوب أفريقيا يعد من بين تلك الأنظمة التي لا تزال في بداياتها – أو تتجاوزها بقليل – ولكنها مع ذلك، على مدى العقدين الماضيين، اكتسبت ثناءً كبيرًا بين أقرانها والمراقبين الخبراء.

وكان أساس ذلك على وجه الخصوص وفقا لنص المادة ٣٩ من دستور ١٩٩٦ المشتقة من المادة ٣٥ من الدستور المؤقت لسنة ١٩٩٣ والذي ينص على أنه "عند تفسير وثيقة الحقوق يمكن للمحكمة أن تنظر في القانون الأجنبي" بينما "يجب عليها أن تنظر في القانون الدولي"[٣].

وقد اتبع هذا النص الدستوري ممارسة ثرية تتمثل في الاستشهاد بالأحكام ولايات قضائية أخرى، والتي استمرت على مر السنين، حتى وصلت المحكمة للاستقرار وخلقت تراثًا مهمًا من سوابقها. علاوة على ذلك، فإن هذه السوابق القضائية تجعل من جنوب أفريقيا موقعًا مثاليًا للبحث الأدلة التجريبية على استخدام القانون الأجنبي[٤].

---

(1) JACOB FOSTER, The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation: Lessons from South Africa , CONSTITUTIONAL LESSONS FROM SOUTH AFRICA, Summer 2010],P.82.available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1784247

(2) Christa Rautenbach & Lourens du Plessis, p. 1541, Ibid.

(٣) نحن نعرف فقط دستورًا واحدًا يحتوي على بند مماثل، وهو دستور ملاوي لعام ١٩٩٤، الذي ينص القسم ١١.٢ على ما يلي: "في تفسير أحكام هذا الدستور، يجب على المحكمة... حيث المعمول بها، مع مراعاة القواعد الحالية للقانون الدولي العام والسوابق القضائية الأجنبية المماثلة.

(٤) ومنذ إنشائها عام ١٩٩٤ وحتى نهاية عام ٢٠١١، أصدرت المحكمة الدستورية ٤٣٧ حكماً. وقد تناول أكثر من نصف هذه الأحكام، أي ما مجموعه ٢٢٣ حكمًا من السوابق القضائية الأجنبية. واللافت في هذه الحالات أنه تم الاستشهاد في المنطقة بـ ٣٠٤٧ قضية أجنبية.

See: Christa Rautenbach, Use of Foreign Law, NORTH-WEST UNIVERSITY, http://www4-win2.p.nwu.ac.za/dbtw-wpd/textbases/ccj.htm.

(ISSN : 2537 - 0758)

ومن الواضح لنا من خلال مطالعة عدد كبير من أحكام المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا منذ نشأتها إلى الآن أن المحكمة كانت تنظر في السوابق القضائية الأجنبية أكثر بكثير مما نظرت فيه أي محكمة دستورية أخري – وبعبارة أخرى، كانت هذه إلى حد كبير حالة حركة مرور في اتجاه واحد.

ولعل ما يدلل على ذلك هو القرار الافتتاحي للمحكمة الدستوريةMakwanyane حيث أعلنت المحكمة عدم دستورية عقوبة الإعدام، والذي يتضمن ٢٢٠ قضية أجنبية مستشهد بها، وعلى حد علمنا، لا يمكن لأي محكمة أجنبية أخرى أن تتباهى بإحصائيات مماثلة(١).

ولم يقتصر استشهاد المحكمة الدستورية على الأحكام الأجنبية بل شمل أيضا القانون المقارن وبكثافة واضحة، إلا أن البعض قد لاحظ أن هناك بعض القضايا يكون الاستشهاد فيها بالقانون الأجنبي نادرا للغاية، ويرجع ذلك لأن الدستور في جنوب افريقيا نظم مجموعة من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والتي ربما لم تشر إليها الدساتير الأخري. مثال ذلك الإشارة إلى تراث الفصل العنصري فيما يتعلق بالإبعاد القسري للأشخاص من السكن، وقد ذكرت المحكمة أن التركيز على أمن الحيازة في المادة ٢٦ من الدستور يشير إلى نية رفض هذا الجزء من تاريخنا تم استخدام التشريعات الغازية لإزالة الناس من أراضيهم وبيوتهم بالقوة والترهيب والمضايقة عليهم بعمليات إخلاء لا معنى لها مما يجعلهم بلا مأوى، وعدم وجود حق مماثل في الدساتير الأجنبية، يشرح الاستشهادات القليلة للقانون الأجنبي(٢).

المحكمة العليا الهندية:

منذ البداية، اعتمدت المحاكم في الهند المستقلة مرارًا وتكرارًا على قرارات صادرة عن ولايات قضائية أخرى تطبق القانون العام، معظمها في المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية وكندا وأستراليا.

(1) Christa Rautenbach & Lourens du Plessis,Ibid, p. 1540.
(2)JACOB FOSTER, The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation: Lessons from South Africa , CONSTITUTIONAL LESSONS FROM SOUTH AFRICA, Ibid, p. 100.

ويمكن القول بأن القضاء الهندي كان منفتحا بشكل كبير على السوابق الأجنبية. وذلك على حد تعبير المحامي الأيرلندي McCrudden.

ووفقًا لMcCrudden ، كان أحد أسباب الطبيعة المنفتحة للقضاء الهندي تجاه القانون الأجنبي هو أنه "عندما يُنظر إلى الدستور على أنه تحويلي[١]transformative فمن المرجح أن يتم استخلاص الخبرة الأجنبية كأمثلة على كيفية إمكانية حدوث هذا التحول في قضايا معينة".

ولقد اعتمد دستور الهند على المجموعة المتنامية من القانون الدولي لحقوق الإنسان بالإضافة إلى السمات والأحكام الدستورية الأمريكية والأسترالية والبريطانية والكندية والألمانية والأيرلندية[٢]، لذلك أشارت المحكمة العليا في الهند بحرية إلى سوابق المحاكم الدستورية الأجنبية منذ بدايتها[٣].

ويستشهد القضاة في الهند بشكل روتيني بالسوابق القضائية من محاكم الولايات المتحدة إلى جانب الولايات القضائية الأجنبية الأخرى والقانون الدولي[٤]، كما أن هناك أيضًا

---

[١] يعود أصل الدستورية التحويلية إلى جنوب أفريقيا في مرحلة ما بعد الفصل العنصري. يتتبع رئيس قضاة جنوب أفريقيا السابق جوهر الدستورية التحويلية إلى ديباجة الدستور المؤقت لجنوب أفريقيا التي تنص على ما يلي:
"جسر تاريخي بين ماضي مجتمع منقسم بشدة يتسم بالصراع والصراع والمعاناة التي لا توصف والظلم، ومستقبل يقوم على الاعتراف بحقوق الإنسان والديمقراطية والتعايش السلمي وفرص التنمية لجميع مواطني جنوب أفريقيا، بغض النظر عن العرق". اللون أو العرق أو الطبقة أو المعتقد أو الجنس".
See: INDIRA JAISING, Transformative Constitutionalism- A post-colonial experiment, JULY 22, 2019, available at: https://theleaflet.in/transformative-constitutionalism-a-post-colonial-/experiment-indira-jaising.

[2] See generally Burt Neuborne, The Supreme Court of India, 1 INT'L J. CONST. L. 476 (2003).

[3] Sujit Choudhry, how to Do Comparative Constitutional Law in India: Naz Foundation, Same Sex Rights, and Dialogical Interpretation, in COMPARATIVE CONSTITUTIONALISM IN SOUTH ASIA 45, 53 (Sunil Khilnani, Vikram Raghavan & Arun K. Thiruvengadam eds., 2013) (citing Adam M. Smith, Making Itself at Home: Understanding Foreign Law in Domestic Jurisprudence: The Indian Case, 24 BERKELEY J. INT'L L. 218 (2006)., Cited in Sam F. Halabi, ibid, p.78.

[4] A.M. Smith, Ibid.

(ISSN : 2537 - 0758)

ميل واضح من جانب المحاكم الهندية للإشارة إلى الكتابات الأكاديمية، خاصة تلك الناتجة عن مراجعات القانون التي تنشرها الجامعات الأمريكية[١].

لقد كان الاعتماد على السوابق الأجنبية أداة حيوية لقرارات المحكمة العليا الهندية التي وسعت الحماية الدستورية لتشمل العديد من الاستحقاقات الاجتماعية والاقتصادية والقضايا المتقدمة مثل حماية البيئة والعدالة بين الجنسين.

وبالتالي يمكن لنا القول بأن هناك مجموعة من العوامل جعلت القضاء الهندي منفتحا على مسألة الاستعانة بالأحكام الأجنبية والقضاء المقارن، ويعد الاستعمار البريطاني الطويل بلا شك أحد أهم هذه العوامل حيث ورثت الهند اللغة والمؤسسات السياسية، وتبنت كذلك المبادئ الأمريكية للفصل بين السلطات، واختارت المبادئ الفيدرالية الأسترالية والكندية لتوزيع السيادة بين الحكومة والولايات وبسبب هذه العوامل مجتمعة يتعامل القضاة في الهند بأريحية مع الاقتراض الدستوري[٢].

المطلب الثاني

صور استشهاد القضاء الدستوري المقارن بالأحكام الأجنبية

من المتفق عليه فقها وقضاء أن السوابق القضائية الأجنبية لا تتمتع بوزن قانوني يلزم القاضي باتباعها والأخذ بها، وأن الاستحضار لها ليس له سوى طابع غير رسمي بالنسبة للقاضي الذي ينظر فيه، وبالتالي يمكن القول بأنها ذات طبيعة اختيارية غير رسمية.

وفقا لTania Groppi and Marie-Claire Pontherau يمكن التمييز بين ثلاث فئات على الأقل من الأسباب لاستخدام السوابق الأجنبية: الاستشهادات في وقت مبكر من الأحكام التي تهدف إلى توفير "أفق توجيهي""a guiding horizon" للحجة القضائية اللاحقة؛ والاستشهادات الأجنبية لتعزيز الحجة في شكل "مقارنة

(1) R. Dhavan, Borrowed Ideas: On the Impact of American Scholarship on Indian Law, 33(3) AM. J. COMP. L. 505 (1985).

(2) Anil Kalhan et al., Colonial Continuities: Human Rights, Terrorism, and Security Laws in India, 29 COLUM. J. ASIAN L. 93, 114–15 (2006).

إثباتية"“probative comparison”؛ والاستشهاد بالعكس، يستخدم لمقارنة الموقف الوطني بالموقف الأجنبي.(١)

وبالإضافة إلى ما تقدم فإن الاستشهاد بالأحكام الأجنبية والمواد المقارنة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا أو خفيا، كما أن هذا الاستشهاد قد يستخدم في الغالب كحجة مقنعة لوجهة نظر المحكمة وقد تستخدمها على وجه المخالفة أو المناقضة.

أولا: الاستشهاد الصريح بأحكام القضاء الدستوري والمواد الأجنبية:

قد يأخذ استشهاد القضاء الدستوري المقارن بالأحكام الأجنبية والمواد المقارنة صورة الاستشهاد الصريح وهذا الأمر بالطبع لا يثير أي اشكالية حيث يتم الإشارة للحكم الأجنبي أو القانون المقارن أو الدستور الأجنبي بشكل واضح وصريح مثل الإشارة إلى حكم المحكمة الدستورية بين قوسين مع استخدام لفظ انظر أيضا see also، أو لفظ انظر see أو انظر على سبيل المثال see for example، وبالتالي تثبت المحكمة أن مثل هذا الاستنتاج قد تم التوصل إليه سابقًا وأنه قابل للتطبيق بشكل مباشر وذو صلة في هذه القضية، وقد يشهد هذا الأمر الجمع بين الإشارة إلى القضايا الأجنبية والتشريعات والدساتير الأجنبية في حكم واحد وهو أمر كثير الحدوث حيث لا يوجد ما يمنع من استشهاد القاضي الدستوري بحكم أجنبي والإشارة للقانون المقارن والقانون الدولي ودساتير الدول الأخرى ولكن الأمر الغالب أنه نادرا ما يشمل الحكم الواحد جميع هذه الاستشهادات.

كما قد تشير المحكمة إلى الحكم الأجنبي بشكل تفصيلي وقد تشير إليه بشكل عابر دون أن تذكر تفاصيل الحكم بشكل كامل وتكتفي في هذه الحالة بذكر النتيجة التي انتهي إليها الحكم الأجنبي دون تفاصيل، وهو ما يمكن القول معه بأن الاستشهاد في هذه الحالة كان بمثابة إشارة عابرة، أو على العكس من ذلك فقد يعكس الاستشهاد دراسة واسعة النطاق لنهج تلك المحكمة وللنص القانوني الذي تمت الاستعانة به.

(1) T. GROPPI and M.-C. PONTHOREAU, Conclusion. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice, An Uncertain Future, cit., at 424-6.

(ISSN : 2537 - 0758)

وفي رأيي الشخصي أنه في حالة الإشارة الصريحة لأحد الأحكام القضائية الأجنبية فلابد من أن يتم الإشارة إلى اسم المحكمة، وتاريخ الحكم، ورقم القضية والناشر الرسمي للحكم وهو الأمر الذي ينطبق أيضا حال الاستعانة بكتابات فقهية متعلقة بالقضية المنظورة أمام المحكمة، وبالتالي أري أن عدم تضمن الحكم لأي من هذه البيانات يعد شكلا من أشكال عدم الموثوقية بالحكم المشار إليه[١].

ثانيا: الاستشهاد الضمني أو الخفي بأحكام القضاء الدستوري والمواد الأجنبية:

في الحقيقة نجد أن التأثير الخفيhidden influence للقانون الأجنبي أو السوابق القضائية الأجنبية من قبل القضاة الدستوريين هو أمر معترف به عادة ولكن تبقي معظم هذه الممارسات من الصعب جدًا تتبعها وقياسها.

ولعل هذه الإشارات الضمنية أو الخفية للأحكام الأجنبية لا يمكن أن تجذب إلا جمهورا مطلعا. ومن ثم، فإن هذه الإشارات الضمنية يتم تسليط الضوء عليها بشكل رئيسي من خلال المطلعين على خصوصية المشكلة المعنية، ولقد ظهر هذا الأمر على سبيل المثال في تأثير المحكمة الفيدرالية الألمانية على المحكمة الدستورية المجرية في كثير من الأحكام المتعلقة بالكرامة الإنسانية[٢]، و في كثير من الأحيان يكون الاستشهاد الضمني من خلال الأعمال العلمية التي تتناول حكما معينا ومثال ذلك المحكمة الدستورية البولندية التي أشارت في بعض أحكامها صراحة للأحكام الخاصة بالمحكمة الدستورية الألمانية، وفي حالات أخري أشارت بشكل غير مباشر إلى السوابق القضائية للمحكمة الألمانية، مستشهدة بالأعمال العلمية التي تحلل هذه السوابق القضائية [٣] أو تقرير من أحد المنظمات غير الحكومية.

---

[١] في بعض الحالات توفر المحكمة رابطا للحكم الأجنبي الذي تمت الإستعانة به كما هو الحال للمحكمة الدستورية في بولندا. أنظر على سبيل المثال:
PCT, Judgment of 2 April 2015, P 31/12, OTK-A 2015, no. 4, item 44 (pt. III.8.2); PCT, Judgment of 10 December 2013 r., U 5/13, OTK-A 2013/9/136 (pt. III.2.5).

[2] C. Dupré, Importing Law in Post-Communist Transitions, Oxford, Hart Publishing, 2003.

[3] CT judgments of 7 October 2015, K 12/14, of 26 January 2005, P 10/04 and of 24 November 2010, K 32/09.

وفي رأيي الشخصي أن أحد العوامل التي تطمس أهمية دور السوابق الأجنبية في أحكام القضاء الدستوري هو عدم الإشارة إلى هذه الأحكام التي استلهم منها القاضي حكمه وقد يكون متعمدا في ذلك. مع الأخذ في الاعتبار ووفقا لما صرح بعض القضاة فإن عدم الإشارة للنظام القانوني الأجنبي داخل الحكم لا يعني أنه لم يتأثر بعمق بهذا النموذج(١).

ومن الواضح أن عدم اللجوء إلى السوابق القضائية الأجنبية من جانب بعض المحاكم الدستورية لا يعني تجاهلها، ولكنه بالأحرى نتيجة لتقاليد ثقافية مختلفة. وينظر إلى مثال جيد لهذا التقليد في موقف المحكمة الدستورية الإيطالية التي رغم أنها مجهزة بمكتب للدراسة في القانون المقارن، لا يستخدم السوابق الأجنبية بشكل صريح أبدًا(٢).

وترتيبا على ما تقدم يمكن تصنيف دول القانون المدني في فئة "تفعل ذلك ولكن لا أعترف"doing it but not admitting" ، كما قال كلا من Basil Markesinis Jörg Fedtk(٣)، أي في فئة المراجع الضمنية والمخفية في كثير من الأحيان مع وجود بعض الاستثناءات النادرة في هذا الخصوص.

وفي كثير من الأحيان نلاحظ أن العديد من المحاكم الدستورية تستخدم تعبيرات مثل " تجربة البلدان الأخري" أو" التشريعات الأجنبية " دون تحديد اسم الدولة أو التشريع المعني على وجه الخصوص.

مثال ذلك أنه وعلى الرغم من أن القانون الأجنبي والسوابق القضائية نادرا ما يتم ذكرهما في أحكام المحكمة الدستورية الرومانية، فقد أكدت العديد من المقابلات التي أجريت مع قضاة المحكمة أنهم عادة ما يكونون على علم أو من الممكن أن يكونوا على علم بقضايا مماثلة تم الحكم فيها أمام محاكم أخرى وأن هذه المعلومات ذات الصلة التي

---

(1)Maurizia De Bellis,Ibid, p.20.

(2) L. Pegoraro, La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica، Bologna, CLUEB, 2007; P. Ridola, « La giurisprudenza costituzionale e la comparazione», G. Alpa (dir) Il giudice e l'uso delle sentenze straniere, Milano, Giuffré, 2006.Cited in , Maurizia De Bellis,,Ibid.

(3) B. Markesinis, J.Fedtke, « The Judge as Comparatist», Tulsa Law Review, 2005, p. 11; B. Markesinis، J.Fedtke (dir.), Giudici e diritto straniero, Bologna, Il Mulino, 2009.

(ISSN : 2537 - 0758)

يمكن أن تدعم عملية اتخاذ القرار في القضية المطروحة بالنسبة لهم.[١] ومع ذلك، فإن العديد من المقابلات أو المحادثات الخاصة التي أجريت مع القضاة والموظفين في المحكمة الدستورية لم تساعد في تحديد السابقة الأجنبية المحددة المشار إليها، على الرغم من أنهم جميعًا "يعترفون" علنًا بالوعي بالسوابق القضائية الأجنبية.

ويثار التساؤل هنا حول مدي اتجاه دول القانون المدني للاستشهاد بشكل صريح بالسوابق الأجنبية أم أنها فقط تعتمد على الاستشهاد غير الصريح " الخفي " في هذا الخصوص؟

وللإجابة على هذا التساؤل نؤكد أنه إذا كان من الواضح لنا من خلال العرض السابق أن الاستشهاد الخفي بالأحكام الأجنبية ينشط بصورة واضحة في دول القانون المدني، إلا أن هذا القول ليس صحيحا على اطلاقه، فقد اتضح لنا وجود استثناءات على هذا الأمر، ولعل ما يدلل على ذلك على سبيل المثال الاستشهاد بالمحكمة الدستورية للبرتغال مثل القرارات المتعلقة بزواج المثليين[٢]، تحتوي على صفحات طويلة عن التشريعات (بما في ذلك السوابق القضائية) في العديد من البلدان حول العالم، نستطيع كذلك نذكر بعض الولايات القضائية في أمريكا اللاتينية، ولا سيما البرازيل وكولومبيا، الأرجنتين، حيث تم تطوير الإشارات الصريحة إلى حد ما[٣].

يشار هنا إلى أن نهج الاستشهاد الخفي بالسوابق الأجنبية لم يقتصر على القارة الأوروبية فقط ولكننا نلحظ ذلك أيضا في توجه المحكمة العليا في المكسيك. حيث تشير الأدلة إلى أن العديد من السوابق الأجنبية التي أثرت على قرارات المحاكم المكسيكية قد تم حذفها عمداً؛ وأفضل مثال على ذلك هو "نقل" مبدأ التناسب من المحاكم الإسبانية. هذا الصمت بشأن أصل الآراء القضائية المتأثرة بالأجانب يحرم أي طرف (المتقاضين أو فقهاء القانون أو المواطنين) من فرصة تتبع العديد من المعايير أو الإجراءات التي

(1) Elena Simina Tanasescuand, Stefan Deaconu, Romania: Analogical Reasoning as a Dialectical Instrument, Ibid.
(2) Acórdão n. º 359/2009 et Acórdão n. º 121/2010.
(3) T. Daly: « The Differential Openness of Brazil's Supreme Federal Court to External Jurisprudence», IXe Congrès Mondial de l'AIDC, Oslo 16-20 juin 2014.

تستخدمها المحاكم المكسيكية؛ ولهذا السبب، لا يمكن إجراء مراجعة مناسبة لمعرفة ما إذا كان استخدامها مناسبًا أم لا.

كما أن العديد من المحاكم الأخرى في المكسيك قد أعملت اختبار التناسب هي الأخرى مثل المحاكم الابتدائية ومحكمة الانتخابات العليا[١]قد أصدرت أحكاما تحدد اختبار التناسب إلا أنها لم تذكر مطلقا القانون الأجنبي على وجه التحديد ومع ذلك، فمن الواضح أنهم تأثروا بالمفاهيم الأوروبية (وخاصة الألمانية والإسبانية)[٢].

ويرجع البعض ذلك إلى أن الاستشهاد في بعض الحالات بالأحكام الأجنبية يكون زخرفيا أو جماليا أو تكميليًا بطبيعته، وليس كذلك ذات أهمية تحليلية في القرار الأساسي[٣].

ومن جانبي أتفق مع الاتجاه القائل بأن التأثيرات «الخفية» للسوابق الأجنبية تأتي من الخلفية القانونية للقضاة الدستوريين والتي تظهر أن أولئك الذين لديهم خلفية أكاديمية لديهم موقفًا أقوى للانخراط في المنهجيات المقارنة[٤] ويمكن أن يكون هذا عاملاً رئيسياً يؤثر بشكل فعال على استخدام القانون الأجنبي[٥].

---

[١] جدير بالذكر المحكمة المحلية الوحيدة التي تتمتع بسلطة تصحيح تفسير القانون الدستوري المكسيكي هي المحكمة العليا. على الرغم من أن بعض المحاكم، مثل محكمة الانتخابات، قد تفصل في بعض القضايا الدستورية، إلا أن أحكامها الدستورية ليست ملزمة بشكل عام، ونتيجة لذلك، لا تعتبر سوابق. ومع ذلك، فهي مقنعة وتُؤخذ على أنها "مجرد" مثال توضيحي".

[2] See Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [T.E.P.J.F.] [Federal Electoral Court], Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, S3ELJ 62/2002, Página 235 (Mex.); Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (4th Administrative Court of the 1st Federal Circuit), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXII, Septiembre de 2005, Tesis I.4o.A.60 K, Página 1579 (Mex.) (explicitly using Alexy's "theory of principles).

[3] Vicki C. Jackson, Comparative Constitutional Law: Methodologies, in Rosenfeld and Sajó(eds.), Ibid, p.60.

[4] A. EJIMA, A Gap Between the Apparent and Hidden Attitudes of the Supreme Court of Japan towards Foreign Precedents, in T. GROPPI and M.-C. PONTHOREAU (eds.), The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges, cit., p. 273 et seq., at 290.

[5] T. GROPPI and M.-C. PONTHOREAU, Conclusion. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice, An Uncertain Future, cit., at 414.

(ISSN : 2537 - 0758)

مثال ذلك تحليل القاضي الدستوري لبعض التشريعات المقارنة يسمح لنا أن نفترض أنه لاحظ قرارات نظرائه الأجانب بشأن التشريع المعني كما هو الحال في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية.

وفي رأيي الشخصي أنه إذا كانت التأثيرات «الخفية» للسوابق الأجنبية تأتي من الخلفية القانونية للقضاة الدستوريين، إلا أنه يمكن أن نضيف إلى ذلك عاملا آخر يتعلق بأطراف الدعوي حيث تحاول الأطراف المشاركة في المحاكمة التي بدأت منها الإجراءات الدستورية التدخل في الإجراءات الدستورية وإثارة سابقة أجنبية من أجل التأثير على قرار المحكمة.

وفي هذه الحالة تتم الإشارة إلى الأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري المقارن من جانب أحد طرفي الخصومة، وبالتالي فإن تبادل الاستنتاجات بين مختلف الأطراف سيكون له تأثير على القاضي الدستوري.

وفي هذا الخصوص يقول J. ALLARD إن أحد "الأطراف، أو حتى في بعض الأحيان أطراف ثالثة، تدمج العناصر الأجنبية بشكل متزايد في حججها، مما يجبر القضاة على إجراء عملية مقارنة"[١].

وفيما يلي أعرض لبعض نماذج التأثيرات الخفية للأحكام والمواد المقارنة على القاضي الدستوري:

التأثير الخفي للأحكام الأجنبية والمواد المقارنة في قرارات المجلس الدستوري الفرنسي:

إن المجلس الدستوري الفرنسي يدين بوجوده وتطوره الاستثنائي إلى حد كبير للقانون المقارن الذي استوحى منه التحرر والذي لعب دور المعيار الديمقراطي، وهو نموذج لا غنى عنه بالنسبة للمجلس[٢].

(1) J. ALLARD, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », op. cit., p. 80

(2) B. RAVAZ, « Le recours au droit comparé comme moyen pour le juge de suggérer une évolution législative? », in T. DI MANNO (dir.), Le recours au droit comparé par le juge, op. cit., 2014, p. 225.

ونسرد فيما يلي بعض التطبيقات لهذه التأثيرات الضمنية في قرارات المجلس الدستوري الفرنسي، حيث نجد أن المجلس لا يشير صراحة إلى الحجة القضائية المقارنة في قراراته بشكل صريح وهو ما عبر عنه Didier Mauss بقوله إن المجلس الدستوري متحفظ بشكل خاص فيما يتعلق بالنظر إلى السوابق القضائية الأجنبية(١)، وتؤكد Marie-Claire Ponthoreau هذا الأمر بقولها "إن المجلس الدستوري الفرنسي لا يشير أبدا بشكل صريح إلى القانون الأجنبي ".(٢) وهو ذات الأمر الذي ذكره De Vergottini بقوله إن هناك نوع من القضاة يعرفون القانون الأجنبي ولا يشيرون إليه في أحكامهم مثل المجلس الدستوري الفرنسي(٣).

وهكذا تؤكد Fanny Jacquelotعلى أنه "في مسائل الإنهاء الإرادي للحمل " الإجهاض "، على سبيل المثال، استلهم المجلس الدستوري الفرنسي، في عام ١٩٧٥، من الموقف الذي تبنته المحكمة العليا للولايات المتحدة في عام ١٩٧٣". وهذا التأثير للمحكمة العليا الأمريكية يمكن العثور عليه في القرار رقم DC 446-2001 المتعلق بالإنهاء الطوعي للحمل وكذلك وسائل منع الحمل(٤).

وبذلك كان للمجلس الدستوري أن يستلهم مباشرة قرار المحكمة الدستورية الألمانية الصادر في ٢٤ مايو ١٩٧٣ والذي أقر مبدأ حرية التعليم العالي، ليحدد مبدأ استقلالية الأساتذة الجامعيين في حكمها رقم DC 165-83(٥).

---

(1) D. MAUSS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », op. cit., Cité par, Josselin Rio, op.cit., p. 11.

(2) M-CL. PONTHOREAU, « Le recours à "l'argument de droit comparé" par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques », in F. MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), L'interprétation constitutionnelle, Paris, Dalloz, 2005, p. 167.

(3)Pedro Tenorio Sánchez, Ibid.

(4) O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, intervention au Sixième congrès mondial de droit constitutionnel, tenu à Santiago du Chili le 16 janvier 2004, intitulé « Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel ». V. plus précisément l'annexe relative aux décisions nos 74-54 DC et 2001-446 DC.

(5) O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, préc. V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 83-165 DC.

(ISSN : 2537 - 0758)

وعلي نحو مماثل عندما قرر المجلس الدستوري للمرة الأولي في تطبيق ما يعنيه مبدأ المساواة في حالة وجود مواقف مختلفة فقد أشار إلى السوابق القضائية الدستورية الإسبانية والألمانية التي تفرض معاملة مختلفة وإلي السوابق الإيطالية والأمريكية التي تقبل معاملة مختلفة دون فرضها(١).

ويلاحظ كذلك بالقرار المتعلق بمراقبة الهجرة وإقامة الأجانب في فرنسا كان على المجلس الدستوري أن يأخذ في الاعتبار تشريعات الدول الأخرى في الاتحاد الأوروبي وهو أمر يفترض معه أنه قد نظر في السوابق القضائية الدستورية للمحاكم الدستورية الأوروبية في هذا الخصوص(٢).

ويري B. Genevois أن التأثير المرجعي الضمني للفقه الدستوري الأجنبي على منطق القاضي الدستوري الفرنسي يبدو واضحا منذ قرار المجلس الدستوري الخاص بالإجهاض "IVG" الصادر في عام ١٩٧٥، ولكنه ظهر أيضا في مشكلة ترسيم الدوائر الانتخابية التي أضيفت إليها مشكلة التمثيل لهذه الدوائر المختلفة التي أدت إلى سلسلة من قرارات المجلس متأثرة بالعديد من السوابق القضائية للمحكمة العليا الأمريكية وكذلك المحكمة الدستورية الألمانية(٣).

وفي هذا الخصوص يقول B.Genevois "لا شك أن التجارب الخارجية كانت لها أثر على الاتجاه الذي قدمه المجلس لسوابقه القضائية في عام ١٩٨٥ و ١٩٨٦ "(٤).

وعندما كان على المجلس الدستوري الفرنسي أن يبت في وضع المجلس الأعلى للقضاء، فمن المرجح أنه قام بدراسة التشريعات المقارنة مما يؤدي بالضرورة إلى البحث عن حلول فقهية دستورية في البلدان التي لديها مؤسسة مماثلة. ومن المؤكد أن المجلس قد أخذ في الاعتبار التقارير المتاحة على موقع مجلس أوروبا على شبكة الإنترنت والتي

(1) O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, préc. V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 2003-489 DC.
(2) O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, préc. V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 2003-484 DC.
(3) Décisions nos 85-196 DC, 86-208 DC et 86-218 DC.
(4) B. GENEVOIS, « L'inspiration réciproque des jurisprudences des juridictions suprêmes nationales et internationales en matière de droits fondamentaux », in Diversité des systèmes juridiques et inspiration réciproque des juges, LPA, n° 112, 2008,p.18.

توضح بالتفصيل حالة الدول الأعضاء التي أنشأت مؤسسة مماثلة لتلك التي أنشأها المجلس الأعلى للقضاء.

وكان على المجلس الدستوري، لتقييم مدى توافق القانون مع الدستور، أن يأخذ في الاعتبار الوضع القانوني في الدول الأعضاء الأخرى، ولا سيما فيما يتعلق بفترات الاعتقال الإداري"les délais de rétention administrative.

وهذا ما تؤكده بشكل خاص الإشارة في ملاحظات الحكومة إلى دراسة التشريعات المقارنةوذلك بقولها "يجب أن نصر، في هذا الصدد، على خصوصية الوضع الفرنسي. وفي الواقع، حددت جميع الدول الأعضاء الأخرى في الاتحاد الأوروبي فترات احتجاز أطول بكثير من فرنسا. وقد تمت الإشارة في هذا الخصوص للوضع في الدنمارك وأيرلندا وألمانيا والبرتغال وإيطاليا واليونان ولوكسمبورج والنمسا وبلجيكا[١].

وبنفس الطريقة، بالنسبة للقرار المتعلق بالاحتجاز لدى الشرطة في مسائل الإرهاب، فإن كل شيء يشير إلى أن الإلهام الإسباني للنص التشريعي دفع القاضي الدستوري إلى دراسة هذا التشريع الأجنبي والسوابق القضائية الدستورية في هذا المجال. وكانت وثائق أخرى قادرة على تنوير المجلس والتي تتمثل في دراسات القانون المقارن المتاحة على موقع Carta Europea فيما يتعلق بإيطاليا وبولندا ورومانيا، وتقرير مجلس الشيوخ الذي يدرس التشريعات المقارنة بشأن الاحتجاز لدى الشرطة في ديسمبر ٢٠٠٩، والكتابات الفقهية التي تتناول التشريعات المقارنة مثل تلك التي نشرها André Giudicelli في مجلة العلوم الجنائية لعام ٢٠١١[٢].

وأخيرا، ربما أدى الجدل السياسي والإعلامي الواسع حول استغلال الغاز الصخري إلى قيام المجلس بالتعرف على أصل هذا الاستغلال والدول التي استخدمته. ويمكن الافتراض أن المجلس درس التشريعات الأمريكية قبل أن يبت في المسألة في قراره QPC 346-2013.[٣]

(1) Décision n° 2003-484 DC.
(2) V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 2011-223 QPC.
(3) V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 2013-346 QPC.

(ISSN : 2537 - 0758)

مما تقدم يتضح لنا أنه في الكثير من الحالات تأثر المجلس الدستوري الفرنسي بسوابق قضائية أجنبية وكذلك على المستوي التشريعي بتشريعات دول أخري في مسائل مماثلة قد عرضت عليه ولم يفصح عن ذلك صراحة في قراره.

جدير بالإشارة أن ملاحظات الحكومة – في الحالات التي يتم خلالها الإحالة إلى المجلس الدستوري من جانب رئيس الوزراء وكذلك الإحالات من جانب أعضاء الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ – تعد مفتاحا هاما لتحليل تأثير الاجتهاد الدستوري الأجنبي في بناء قرارات المجلس الدستوري، رغم ضعف المرجعيات وقلة تسليط الضوء عليها. وقد تشير ملاحظات الحكومة أيضًا إلى السوابق القضائية الدستورية الأجنبية[١].

وردًا على إشارة أعضاء مجلس الشيوخ إلى القضاء الدستوري الإسباني في القضية رقم 2013–669 بشأن زواج المثليين، تشير ملاحظات الحكومة بشكل غامض إلى السوابق القضائية للمحكمة الدستورية الألمانية. وهذا الحوار المتناقض بين المراجع الفقهية الدستورية الأجنبية سيدفع المجلس إلى إجراء دراسة أكثر اكتمالا القضاء الدستوري المقارن وإدراجه في الملف الوثائقي وفي التعليق دراسة أكثر اكتمالا تدمج أحكام القضاء الدستوري البلجيكي والبرتغالي[٢].

وإلى جانب هذه الإشارات الصريحة، هناك عدد من الإشارات إلى التشريعات المقارنة، مما يشير إلى أن المجلس الدستوري كان قادرا على دراسة السوابق القضائية الصادرة بشأن هذا التشريع[٣].

وبالتالي فإن الملف الوثائقيLe dossier documentaire يشكل مصدرا إضافيا يمكن من خلاله العثور على إشارة إلى الفقه الدستوري المقارن. ويشهد هذا المصدر بقوة أكبر على تأثير المجلس الدستوري من خلال هذه الحجة الفقهية المقارنة، حيث أن هذا الملف، رغم أنه يتعلق فقط بمصلحة التوثيق، إلا أنه يتم إعداده أثناء التحقيق في الاستئناف وتوزيعه على جميع الأعضاء. مما يعني أنه عندما يحتوي مثل هذا الملف

---

(١) على سبيل المثال، يمكننا الإشارة إلى المحكمة الدستورية الألمانية في ملاحظات الحكومة المرفقة بالقرار رقم ٢٠٠٥-٥١٤ DC (المتعلق بإنشاء سجل دولي فرنسي) وفي الملاحظات المرفقة بالقرار رقم ٢٠٠٨-٥٦٢ العاصمة (المتعلقة بالاعتقال الأمني).

(2) V. l’annexe relative à la décision no 2013-669 DC.

(3)Décisions nos 2001-446 DC, 2003-484 DC et 2004-492 DC54.

على عناصر من الاجتهاد الدستوري الأجنبي، فلا يمكن للقضاة الدستوريين إنكار معرفتهم بهذا الاجتهاد المقارن. ولا شك أن هذه المعرفة والقراءة البسيطة لعناصر القانون المقارن من المرجح أن تؤثر على التعليل وبناء حل المجلس حتى لو لم تكشف عن جميع المصادر التي أخذها في الاعتبار في دوافع القرار الذي يتخذه.

وبالإضافة إلى الملف الوثائقي الذي يحدد العناصر التي تم أخذها في الاعتبار، يتم أيضًا إصدار وثيقة توضيحية للقرار من قبل الدائرة القانونية Le service juridique وتجعل من الممكن التعويض عن قصر قرارات المجلس، وهذا هو التعليق على القرار Les commentaires de décisions.

ويبدو أن هذا التعليق أيضًا بمثابة مخفف للتقليد الفرنسي المتمثل في الإيجاز في دوافع قرارات المحكمة. إنها وثيقة تلزم فقط الدائرة القانونية وليس القضاة الدستوريين، ولكنها تتيح شرح اعتبارات غامضة وتفصيل أصل بعض الاستدلالات، ويتولى التعليق أيضًا مهمة ضمان الاتساق في السوابق القضائية للمجلس، وهو يشكل نوعًا من الحافز الإضافي في منتصف الطريق بين تسبيب قضاة القانون المدني وتسبيب قضاة القانون العام، ويصبح وثيقة تكميلية لفهم قرارات المجلس. وفي هذا المنطق "الأنجلوسكسوني" لتسبيب القرارات، سيشكل التعليق أيضًا مصدرًا مرجعيًا للفقه الدستوري المقارن[١].

وهكذا، في التعليقات على القرارات DC 2005-514، DC 2008-562، DC 2008-682 DC 2013 المتعلقة على التوالي بإنشاء سجل دولي فرنسي لتسجيل السفن والاحتفاظ بالضمان ومبدأ الأمن القانوني، تمت الإشارة إلى السوابق القضائية لـ المحكمة الدستورية الألمانية وبالمثل، في التعليقات على القرارين رقم DC 2008-564 ، 2010-39 QPC، تم تحديد أن المجلس الدستوري استلهم بشكل مباشر من فقه المحكمة الدستورية الإيطالية فيما يتعلق بمفهوم "الهوية الدستورية لفرنسا". كما يمكننا أيضًا أن نجد إشارة إلى السوابق القضائية للمحكمة العليا في الولايات المتحدة فيما يتعلق بمبدأ عدم جواز العقاب عن نفس الفعل مرتين le principe non bis in idem، وفيما يتعلق بمبدأ علمانية الدولة le principe de laïcité étatique في التعليقات على القرارين رقم QPC 289-2012، QPC. 297-2012[٢].

(1) Josselin Rio,op.cit.,p.23.
(2) V. l'annexe relative aux décisions nos 2005-514 DC, 2008-562 DC, 2008-564 DC, 2010-39 QPC, 2012-289 QPC et 2012-297 QPC.

(ISSN : 2537 - 0758)

التأثير الخفي للأحكام الأجنبية والمواد المقارنة على أحكام المحكمة الدستورية الإيطالية:

إن المتأمل في أحكام المحكمة الدستورية الإيطالية يجد أنها تشير على قدم المساواة للقانون الأجنبي إن لم يكن أكثر مما تفعله بالسوابق الأجنبية، ولا ينبغي للمنهجية المقارنة الأكثر اكتمالا أن تأخذ في الاعتبار الحكم الذي يصدره القاضي الأجنبي فحسب بل مصادر القانون الأجنبي بشكل عام.

ويمكن للأطراف في الدعوي استخدام السوابق القضائية الأجنبية أمام المحكمة الدستورية الإيطالية من أجل تعزيز مطالبتهم، والمحكمة غالبا ما تتجاهل هذه الحجج في قرارها [١]. وهذا يدل على أن المحكمة على علم بوجود سابقة أجنبية ولكنها فضلت عدم الإشارة إليها في حكمها.

وكما أشار العديد من القضاة في إيطاليا، فإن مجرد قيام المحكمة بعدم الاقتباس صراحةً من نظام قانوني أجنبي لا يعني أن لا يمكن أن يتأثر منطق الحكم بعمق بالحكم الأجنبي deeply influenced[٢].

وكما هو الحال في العديد من البلدان الأخرى، يوجد في إيطاليا أيضًا "قسم القانون المقارن" المحدد، والذي يتكون من محامين شباب من العديد من البلدان المختلفة. يقوم هذا المكتب بإعداد عدد من تقارير القانون المقارن، بناء على طلب القضاة، حول موضوع ستناقشه المحكمة. ومع ذلك، نادرًا ما يمكن قراءة صدى هذه الأبحاث في الحكم. في معظم الحالات، تبقى هذه التقارير في الخلف، وتلعب "تأثيرًا خفيًا" على القرارات؛ ومع ذلك، فإن هذا الجزء من "التأثير الخفي" يمكن قياسه وتتبعه، على أساس عدد التقارير التي يتم إعدادها كل عام. ومن ثم، هناك ما يدل على أن المحكمة تأخذ بعين الاعتبار المصادر الأجنبية في عملية اتخاذ قرارها، رغم أنها لا تشير إليها صراحة

---

[١] وهو نفس الأمر الذي اتبعته المحكمة الدستورية النمساوية في العديد من الدعاوي التي نظرتها.

A similar attitude can be found in the activity of the Austrian Court: See A. GAMPER, Austria: Non-cosmopolitan, but Europe-friendly – The Constitutional Court's Comparative Approach.

[2] Maurizia De Bellis, Ibid, p. 20.

في أحكامها. ومن ناحية أخرى، من الشائع بشكل متزايد أن يشير الأطراف إلى قضايا أجنبية في استدلالهم، ويستخدمونها كحجة لإقناع المحكمة. لكن الأخير يتجاهل بانتظام مثل هذه الاقتراحات.

وتظهر البيانات الرسمية المعتمدة في ايطاليا أن الإحالة إلى القانون الأجنبي والسوابق القضائية نادرة جدا فعندما تصل إلى ذروتها تكون الإشارة إليها بمعدل أربعة أحكام سنويا.

وفقا ل Antonio Baldassarre فإن حكم المحكمة الدستورية العليا الإيطالية رقم ١٩٨٤/١٧٠والذي وضع أساس التفاعل بين النظام القانوني الإيطالي والمفوضية الأوروبية قد تأثر بشكل واضح بالنموذج الذي تم تطويره في السوابق القضائية الأمريكية والتي تحدد التفاعلات بين الهيئات الفيدرالية في مراحلها الأولي وكذلك من خلال لموقف الذي اتخذته المحكمة الفيدرالية الألمانية في نفس السنوات[١].

والمجالات الأخرى التي على الرغم من عدم ذكرها بوضوح، كانت المعرفة بالسوابق والقوانين الأجنبية أمرًا محوريًا هو المجال المتعلق بالخصوصية[٢]، وهذا النوع من الاستخدام «الضمني» للقانون الأجنبي يصعب تحديدها والتحقق منها بشكل خاص.

وقد تفضل المحكمة في بعض القضايا رغم ذلك، المحكمة الدستورية في استنتاجها لا يشير إلى القضايا القضائية الأجنبية ويرتكز عليها قرار "داخلي" من منظور وطني. مثال ذلك الحكم رقم 448/2002 الصادر عن المحكمة الدستورية الإيطالية.

وقد أصدرت المحكمة قرارها بتنظيم تنازع الاختصاصات بين سلطات الدولة حددت المحكمة "من" كان عليه اتخاذ قرار بشأن تطبيق المادة ٦٨ من الدستور الإيطالي.

أن نطاق التطبيق المادة ٦٨ من قبل البرلمان أوسع بكثير في إيطاليا عنه في بلدان أخرى، كما أثبت الأحكام الأمريكية والألمانية بشأن عدم مساءلة البرلمانيين عند التعبير عن آرائهم. رغم ذلك، المحكمة الدستورية في استنتاجها لا تشير إلى القضايا الأجنبية وتؤسس قرارها على منظور وطني.

---

(1) A. BALDASSARRE, La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo, cit., at 989, Cited in , Maurizia De Bellis,Ibid, p.21.
(2) Ibid.

(ISSN : 2537 - 0758)

وفي بعض الحالات تكون الإشارة غامضة بعض الأحيان لهذه السوابق القضائية الأجنبية أو القانون الأجنبي مثل استخدام عبارة " تجربة بلدان أخري " experience» of other countries، أو أغلبية البلدان«the majority of the countries» أو بعض دول الاتحاد الأوروبيsome EU countries» ، وفي بعض الأحيان يستخدم بعض التعبيرات الأكثر إبداعا مثل الديموقراطيات الناضجة « mature democracies»[١].

التأثير الخفي للأحكام الأجنبية والمواد المقارنة على أحكام المحكمة العليا اليابانية:

تلعب السوابق القضائية الأجنبية (وخاصة السوابق القضائية في الولايات المتحدة) في بعض الأحيان دورا حاسما في استنتاج الاستدلال القانوني "من الباب الخلفي" لدي المحكمة العليا في اليابان.[٢]

ويعبر عن ذلك أحد الباحثين في اليابان بأنه رفض من الباب الأمامي وقبول من الباب الخلفي Refusal at the Front Door and Admission at the Back Door[٣].

ومن الواضح أن المحكمة العليا في اليابان لا تستشهد بأحكام القضاء المقارن والقانون الأجنبي في أغلب الأحوال بصورة صريحة ولكن يتم ذلك في أغلب الأحوال بشكل ضمني غير صريح.

ومن الغالب أن يشير أطراف الدعوي إلى السوابق القضائية الأجنبية أو القانون الأجنبي لتعزيز حجتهم على الرغم من أنه من غير المرجح أن يتبنى القضاة حجتهم.

ويميل بعض القضاة ذوي الخلفيات الأكاديمية إلى الحصول على معرفة قانونية أكثر مقارنة. وكما أشرنا سلفا يعد القاضي Ito والذي كان سابقًا أستاذًا للقانون الأنجلو

---

[١] على سبيل المثال راجع السوابق القضائية للمحكمة الدستورية الإيطالية:
No. 20/1978; No. 60/1980; No. 68/1980; No. 25/1981; No. 145/1982; No. 161/1985; No. 286/1985; No. 428/1997; No. 155/2002; No. 469/2002; No. 49/2003; No. 379/2004; No. 61/2006; No. 104/2006.

[2] Akiko EJIMA, The Enigmatic Attitude of the Supreme Court of Japan towards Foreign Precedents, Ibid, p. 36.

[3] Akiko EJIMA, Ibid, p.19.

أمريكي في جامعة طوكيو قبل تعيينه قاضيًا في المحكمة العليا خير مثال على ذلك وقد ظهر ذلك بوضوح في آرائه في بعض القضايا المعروضة على المحكمة.

وأخيرًا، يمكن افتراض أن الكتبة القانونيينlaw clerks قد يقومون بإعداد بعض مواد القانون المقارن بما في ذلك القانون الأجنبي والسوابق القضائية ذات الصلة بقضية معينة معنية. وحتى من الممكن التكهن بأنه عندما يدعم الكتبة القانونيون عملية صياغة الأحكام، فإن معرفتهم بالسوابق القضائية الأجنبية، وخاصة السوابق القضائية الأمريكية، قد تؤثر بشكل غير مباشر على العملية. يبدو الأمر أكثر أهمية عندما تؤخذ في الاعتبار حقيقة أن كتبة القانون هم في أواخر الخمسينيات أو أوائل الأربعينيات. وقد درس العديد منهم القانون الدستوري باستخدام الكتب التي ألفها أكاديميون تأثروا بالسوابق القضائية الدستورية الأمريكية[١].

ويمكن لنا القول بأن المحكمة العليا في اليابان قد تأثرت كثيرا بالأحكام من الولايات المتحدة الأمريكية حتى وإن لم تشر لها صراحة إلا أنها يظهر بجلاء مدي تأثرها بهذه الأحكام.

ومن بين هذه القضايا التي تأثرت فيها المحكمة العليا اليابانية بأحكام المحكمة العليا الأمريكية تلك المتعلقة بقضية نظرتها المحكمة وطبقت من خلالها اختبارا قامت به المحكمة العليا الأمريكية من قبل وأطلق عليه في حينها اختبار " الليمون " نسبة إلى القضية التي نظرتها المحكمة العليا الأمريكية[٢].

وتتعلق هذه القضية التي نظرتها المحكمة العليا في اليابان بدستورية ما قامت به الحكومة المحلية التي ترأست احتفالًا على طراز الشنتو (Jichinsai4’) [٣]والذي غالبًا

---

[١]. وخير مثال هو كتاب دراسي من تأليف البروفيسور Ashibe من جامعة طوكيو الذي حرص على تفعيل دور المحكمة العليا كحارس للدستور وحقوق الإنسان بعد دراسته المقارنة في الولايات المتحدة.

[٢] يذكر أن المحكمة العليا قد نظرت مجموعة متنوعة ومتعدد من القضايا دون أن تضع مذهباً متكاملاً يفسر طبيعة العلاقة بين الدين والدولة قرابة القرنين إلى حينما نظرت في قضية Lemon V. Kurtzmanوالتي وضعت فيها معايير لَيْمون Lemon Test في العام ١٩٧٢ والتي تمثل أول محاولة في هذا الاتجاه، وكانت معايير قضية لَيْمون هي: وجوب أن تكون غايات التشريع علمانية. كما يجب ألا يؤدي التشريع إلى تشجيع أو منع أحد الأديان ويجب أيضا ألا يؤدي التشريع لتداخل كبير بين الدين والدولة .

[٣] حفل "ديني" للصلاة من أجل "إله" الأرض "ألا" "ينزعج" من "البناء".

(ISSN : 2537 - 0758)

ما يتم إجراؤه قبل تشييد المباني في اليابان للصلاة من أجل سلامة المبني. والمسألة التي عرضت على المحكمة هي ما إذا كان الحفل نشاطًا دينيًا محظورًا على الحكومات المركزية والمحلية بموجب الدستور الياباني (المادتان ٢٠ و٨٩) أو عادة اجتماعية أو نمط سلوكي ثابت ومقبول social custom يتوقع الناس من الحكومة المحلية أن تفعلها من أجل سلامة أعمال البناء. وأظهرت المحكمة اختبارًا لتحديد ما إذا كان الفعل المعني دستوريًا أم لا.

وانتهت المحكمة إلى أنه ينبغي ألا يفهم من النشاط الديني أنه يعني جميع أنشطة الدولة وأجهزتها والتي تجعلها دائما على اتصال بالدين، ولكن فقط تلك التي تظهر اتصالا واضحا تتجاوز به الحدود المعقولة والتي يكون لها هدف ديني كبير، أو التأثير الذي يهدف إلى الترويج أو دعم الدين أو على العكس من ذلك التدخل في الدين أو معارضته.

ويعد المثال الرئيسي على هذه الأنشطة هو نشر الأنشطة التعليمية الدينية المحظورة بموجب الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ من الدستور الياباني لكن الأنشطة "الدينية" الأخرى مثل "الاحتفالات" و"الطقوس" لا يتم استبعادها تلقائيًا إذا كانت أغراضها وتأثيراتها كما هو مذكور أعلاه. وهكذا في تحديد ما إذا كان فعل معين يؤسس لنشاط ديني محظور فإن العوامل الخارجية المتعلقة فاذا كان من قام بهذا الأمر يعد شخصية دينية رسمية أو أن هذه الإجراءات تتبع نموذج ديني لا تعد العوامل الوحيدة التي تؤخذ في الاعتبار.

وانتهت المحكمة إلى وجود مجموعة من العوامل المتضافرة بما في ذلك مكان النشاط، وما إذا كان الشخص العادي ينظر إليه على أنه عمل ديني، ونية الفاعل، والغرض منه. كما يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار الوعي الديني (إن وجد)، وتأثيراته على الشخص العادي للوصول إلى حكم موضوعي مبني على أفكار مقبولة اجتماعيا.

وقد أشار الباحثون اليابانيون إلى أوجه التشابه الصارخة (باستخدام نفس الكلمات مثل الغرض والنتيجة) بين اختبار تأثير الغرض المذكور أعلاه واختبار للمحكمة العليا الأمريكية في أحد القضايا المعروضة عليها، على الرغم من أن المحكمة العليا اليابانية لم تشر من الأساس للقضية التي تناولتها المحكمة العليا الأمريكية .Lemon v

Kurtzman[١]، وهو النهج الذي اتبعته المحكمة العليا اليابانية في كثير من القضايا الأخرى[٢].

مما تقدم يمكن لنا صعوبة استنتاج التأثير الخفي للسوابق القضائية الأجنبية على القاضي الدستوري وذلك ببساطة لأنه ربما لا يشير مطلقا إلى ما يدلل على استعانته أو نظره في هذا الحكم أو التشريع الأجنبي وهو ما يتطلب بحثا دقيقا.

ثالثا: الاستشهاد بالأحكام الأجنبية والمواد المقارنة كحجة مقنعة تعزز وجهة نظر المحكمة:

في كثير من الحالات يعرض على القاضي بعض القضايا التي يمكن وصفها بالقضايا الصعبة والتي قد تكون قد عرضت على محكمة أخري من قبل ونظرتها بالفعل وأصدرت حكما فيها، ولذلك نجد أن القاضي في مثل هذه الحالات ومن أجل إظهار تعقيد وصعوبة القضية يمكن أن يشير إلى حلول مماثلة تم التوصل إليها في بلدان أخرى من أجل حل هذه المشاكل وتقديم دعم إضافي لحكمه.

وينبغي التأكيد هنا على أن مسألة أن تنظر المحكمة قضية مماثلة لقضية أخري تم البت فيها من قبل محكمة أجنبية لا يعني على الإطلاق ضرورة تبني هذا الحكم والاعتماد عليه حيث لا يوجد على المحكمة أي إلزام بمثل هذا الأمر.[٣] ففي كثير من القضايا تجد المحكمة المبادئ الداعمة لحكمها في القانون الوطني وفي هذه الحالة يكون للحجة المقارنة دور داعم لما استقرت عليه المحكمة.

---

(1) Lemon v. Nurtzrnon, 403 U.S. 602 (1971.)

(2)Supreme Court (Third Bench), judgment of 18 December 1984, Keishu 38—12—3026, supreme Court (Third Bench), judgment of 7 March 1995, ٧١4inshu 49—3—687, Supreme Court (GB), judgment of 10 September 1975, 1 (eishu) 29—8—489.

[٣] يظهر هذا لنا بوضوح في القضية المتعلقة بالدعاوي المقامة في مواجهة القوانين الجنائية التي تجرم المثلية الجنسية، فقد انتهت وكما أشرنا سابقا المحكمة العليا في بوتسوانا إلى عدم دستورية قانون تجريم المثلية الجنسية مستشهدة بأحكام أجنبية في الهند وجنوب افريقيا على سبيل المثال وذلك بعد فترة قليلة للغاية من حكم المحكمة في كينيا بتجريم المثلية الجنسية. والرغم من أن القضية متماثلة بين المحكمتين إلا أن كل منهما قد انتهي إلى نتيجة مختلفة عن الآخر. على الرغم من أنها قضية مماثلة وتتعلق بجوانب أخلاقية.

(ISSN : 2537 - 0758)

ولذلك فمن الشائع أن تشير المحكمة الدستورية إلى حلول مماثلة تم التوصل إليها في بلدان أخرى من أجل حل هذه المشاكل وتقديم دعم إضافي لحكمهم. كما أن المحكمة قد تتعمد في بعض الحالات أن تقوم بالإشارة إلى السوابق القضائية للمحاكم الدستورية الأخرى لإظهار حجم وأهمية المشكلة التي حكمت فيها المحكمة(١).

وفي هذا الخصوص يري كلا من Stephanie Zimdahl&Steven Calabresi أنه قد يتم الاستعانة بالسوابق الأجنبية على أساس أنها " تعزيز منطقي "" logical reinforcement" لوجهة نظر فيها المحكمة إلى القانون والممارسات الأجنبية لإثبات أن قراراتها منطقية ومدعومة بالسبب"(٢).

وهذه الاستشهادات يطلق عليها طريقة حتى هناك "even there "بمعني أنه تم اعتماد إجراء معين، وتنوي المحكمة اعتماده "حتى هنا". ويمكن أيضًا وصف هذه المرحلة بأنها مرحلة "الحجة القانونية". وهنا تستخدم الاستشهادات الأجنبية لتعزيز الحجة في شكل "مقارنة إثباتية"probative comparison".

إن مسألة الإشارة إلى الأحكام القضائية الأجنبية في مثل هذه الحالات تسعي إلى الإشارة إلى الوضع في الخارج "حتى هناك""even there"، بشكل مختلف السياقات، وقد تم اقتراح حل معين وتريد المحكمة استخدام عبارة "حتى هنا" "even here" في السياق الوطني، وبالتالي يتم استخدام الاستشهادات بغرض إثبات أنه تم اعتماد إجراء معين في مكان آخر أيضًا.

ويمكن أن تستخدم الحجة عنصرا من عناصر المقارنة المريحة comparaison confortative أو عنصرا من عناصر الإثبات في مرحلة إصدار القرار يظهر أن القرار الذي ستتخذه المحكمة والذي تم اتخاذه بناء على نصوص الدستور الوطني تم اتخاذه أيضا في بلدان أخري.

---

(١) على سبيل المثال نجد أن المحكمة الدستورية البولندية قامت بالإشارة للحكم المتعلق بدستورية اللوائح التي تحكم الحدائق المجتمعيةcommunity gardens ، قدمت المحكمة، من أجل الحصول على منظور مقارن أوسع، لوائح مماثلة من بلدان أخرى. ولاحظت أن المحكمة الدستورية للجمهورية التشيكية لم تبت بعد في مسألة مماثلة، في حين أن المحكمة الدستورية السلوفاكية بحثت دستورية لوائح مماثلة، كما قامت المحكمة الدستورية الألمانية بفحصها مرتين. CT judgment of 11 July 2012, K 8/10.

(2) Ganesh Sitaraman,Ibid, p.666.

وتوجد أمثلة كثيرة على هذا النهج من جانب المحاكم الدستورية والمحاكم العليا، مثال ذلك في قضية Roper v. Simmons . تم استخدام قائمة الدول التي لم تتخلى عن عقوبة إعدام الأحداث كحجة مقنعة من جانب المحكمة العليا الأمريكية حتى تتمكن الولايات المتحدة من تغيير قرارها.

وفي كثير من الأحيان تتم الإشارة إلى الأحكام الأجنبية لإظهار نفس الحجة التفسيرية ولا سيما وقد استخدمت العديد من المحاكم مبدأ التناسب في هذا الخصوص، فعلي سبيل المثال، اعتمدت المحكمة العليا في نيوزيلندا، في قضية Zaoui، مجموعة الاختبار بشكل صريح التي وضعتها المحكمة العليا لكندا في قضية لاختبار مدى المعقولية طرد الأجنبي يمثل خطرا على الأمن الداخلي[١].

وعلى جانب آخر نجد أن أشارت المحكمة الدستورية في لاتفيا تشير إلى ممارسة المحكمة الدستورية الفيدرالية لألمانيا عند صياغة منهجية تقييم القيود على الحقوق الأساسية. في القضية رقم ٠٣-٠٥-٢٠٠١، أشارت المحكمة الدستورية إلى الاستنتاج الذي توصلت إليه المحكمة الدستورية الفيدرالية لألمانيا، وهو أنه يجوز تقييد الحقوق الأساسية بموجب قانون أو على أساس قانون with a law or on the grounds of a law[٢]، وفي قضية أخري في القضية رقم ٠٣-٠٤-٢٠٠٢، أشارت المحكمة الدستورية إلى قضية المحكمة الدستورية الفيدرالية لألمانيا، حيث تم منح المشرع إطارًا زمنيًا لترتيب القيود على الحقوق الأساسية في السجون. في قضية أخري مكّنت الإشارة إلى حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية في ألمانيا من صياغة واجبات المشرع في تقييم القيود على الحقوق الأساسية[٣].

وغالبًا ما تستخدم المحكمة الدستورية في لاتفيا ممارسات المحكمة الدستورية الفيدرالية لألمانيا في القضايا مماثلة حيث قامت المحكمة الدستورية بتقييم حقوق النائب في الحصول على تعويض وشفافية نظام تحديد هذا التعويض. ولقد توصلت المحكمة إلى

---

(1) Zaoui n. 2, [2006] 1 NZLR 289.
(2) Judgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 19 December 2001 – Case No.2001-05-03.
(3) Judgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 15 February 2005 – Case No.2004-19-01.

(ISSN : 2537 - 0758)

ذلك من خلال القرارات التي انتهت إليها المحكمة الدستورية الفيدرالية في ألمانيا لإيجاد التوازن الصحيح بين مبدأ العدالة والاستقرار القانوني في الإجراءات الجنائية[١].

وكذلك مسألة حق المحكمة الدستورية في إعادة النظر في دستورية تشريع قانوني محدد، إذا حدثت تغييرات كبيرة منذ الحكم السابق، تم تبريرها بالمثل[٢]. كما تم استخدام ممارسة المحكمة الدستورية الفيدرالية لألمانيا لتكوين نظرية انتهاك الحقوق، لإثبات حقوق الشخص في تقديم شكوى دستورية[٣].

وبالمثل، تم استخدام السوابق القضائية للمحكمة الدستورية الألمانية في القضايا التي تم النظر فيها من جانب المحكمة في عام ٢٠٢٠ لفحص وفاء الدولة بالتزامها بضمان حقوق الإنسان الاجتماعية الأساسية، مع الاعتراف بأنه من أجل ضمان حياة إنسانية تليق بالكرامة الإنسانية، لا يكفي فقط ضمان الحد الأدنى من وسائل البقاء، وأن المساعدة الاجتماعية يجب أن تضمن، على الأقل على الحد الأدنى، قدرة الأفراد على المشاركة في الحياة الاجتماعية والسياسية والثقافية؛ وأنه يتعين على الدولة أن تضمن حصول كل شخص على وضع مناسب كعضو في المجتمع[٤].

وعند البت في مسألة اللغة الرسمية، اختارت المحكمة الدستورية الاستشهاد بقرار المحكمة الدستورية في ليتوانيا للتوضيح فيما يتعلق بدور ووظائف اللغة الرسمية في بلد ما،[٥] وكذلك عند فحص قانون الانتخابات، أشارت المحكمة الدستورية إلى أن المحكمتين الدستوريتين التشيكية والسلوفينية قد اعترفتا بتقييد مماثل بما يتوافق مع الدستور[٦].

---

(1) Judgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 5 March 2002 – Case No.2001-10-01.
(2) Judgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 15 June 2006 – Case No.200513-0106.
(3) Judgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 18 February 2010 – Case No.2009-74-01
(4) Judgment of the Constitutional Court, Case No 2019–24–03, 25 June 2020, para 17.3.
(5) Judgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 21 December 2001 – Case No.2001-04-0103.
(6) Judgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 23 September 2002, Case No.2002-08-01.

وكانت الإشارات إلى السوابق الإستونية والليتوانية والتشيكية مهمة أيضًا في تحليل عواقب التغلب على النظام الاشتراكي في لاتفيا. وفي القضية ذات الأهمية الاجتماعية المتمثلة في وضع حدود قصوى للإيجارات، أشارت المحكمة الدستورية بإسهاب إلى أحكام مماثلة صدرت عن بولندا، وجمهورية التشيك، وإستونيا، وحتى ألمانيا[١].

وبالمثل، تشير المحكمة الدستورية في كثير من الأحيان إلى القرارات التي توصلت إليها المحاكم الدستورية في بلدان أوروبا الوسطى والشرقية الأخرى، لتولي مفاهيم نظرية واستنتاجات عقائدية مماثلة. وهكذا، على سبيل المثال، بالإشارة إلى ممارسة المحكمة الدستورية في ليتوانيا، قامت المحكمة الدستورية بتحسين محتوى مبدأ التوقعات المشروعة[٢]، وبالمثل، فإن الإشارة إلى السابقة الليتوانية ساعدت على استنتاج أن حقوق الملكية تحمي مبلغ المعاش التقاعدي الحكومي. وكانت سوابق المحكمة الدستورية في ليتوانيا مهمة أيضًا في تحديد محتويات مبدأ استقلال القضاة[٣].

وفي حكم المحكمة الدستورية البولندية الصادر في ٣٠ سبتمبر ٢٠٠٨، الذي ينص على عدم دستورية نص يجيز إسقاط طائرة في حالة استخدامها كوسيلة لهجوم إرهابي، أحالت المحكمة إلى حكم المحكمة الدستورية الألمانية الصادر في ١٥ فبراير ٢٠٠٦، والذي وجد فيه حكمًا مشابهًا إلى حد كبير في أن قانون أمن الملاحة الجوية غير دستوري. وفي هذا الحكم، أيدت المحكمة حجة المحكمة الدستورية الألمانية بأن الأحكام المعنية تنتهك التزام سلطة الدولة بحماية الحياة البشرية والكرامة الإنسانية للأشخاص الأبرياء (الركاب والموظفين) على متن الطائرة.[٤] وإلزام ربط أحزمة الأمان في المركبات

(1) Judgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 8 March 2006 – Case No.200516-01.
(2) Judgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 25 October 2004 – Case No.2004-03-01.
(3) Judgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 18 October 2007 – Case No.2007-03-01.
(4) Judgment of the Polish Constitutional Court of 30 September 2008, K 44/07.

(ISSN : 2537 - 0758)

الآلية[١]،وحظر استخدام الهاتف من قبل الشخص المعتقل مؤقتا للتواصل مع محامي الدفاع عنه[٢].

وبهذه الطريقة، تعطي المحكمة الدستورية بشكل أساسي إشارة إعلامية إلى قارئ الحكم بأن مشاكل مماثلة قد حدثت في بلدان أخرى ويتم حلها بشكل مماثل للحل الذي توصلت إليه المحكمة الدستورية. على سبيل المثال، عند اتخاذ قرار بشأن حقوق الاستئناف ضد قرارات القضاة في قضايا متعلقة بالمخالفات الإدارية، أشارت المحكمة الدستورية في لاتفيا إلى أن المحكمتين الدستوريتين في روسيا وأذربيجان قد اعترفتا بالفعل بأن لائحة مماثلة لا تتوافق مع الدستور [٣].

وبالمثل إذا نظرنا إلى الأحكام الصادرة عن المحاكم الدستورية البولندية نجد أن المحكمة اتبعت المنطق الذي اعتمدته المحكمتان الدستوريتان النمساوية والألمانية في قضايا مماثلة.

لقد استشهدت المحكمة في أغلب الأحيان بأحكام المحكمة الفيدرالية الألمانية لدعم خط معين من الحجج وفي كثير من الأحيان كانت تتم الإشارات إلى الآراء الفردية أو المنفصلة لقضاة المحكمة الدستورية الألمانية[٤]. وفي كثير من الأحيان، أشارت المحكمة إلى وجود خط "ثابت" أو "راسخ" من السوابق القضائية للمحكمة الدستورية الألمانية ومنها على سبيل المثال القضايا المتعلقة بمبدأ القطعية في القانون الجنائي. وفي الوقت نفسه، وجدت المحكمة أن وجهة نظر المحكمة الدستورية الألمانية "صحيحة"، حيث ينبغي صياغة الأحكام الجنائية بطريقة تجعل "خطر التجريم نفسه واضحًا لمخاطبي القاعدة" [٥]، وفي أحكامها اللاحقة، أشارت المحكمة أيضًا، عدة مرات، إلى السوابق القضائية للمحكمة الدستورية الألمانية فيما يتعلق بمبدأ التحديد في

(1) Judgment of the Polish Constitutional Tribunal of 9 July 2009, SK 48/05
(2) Judgment of the Polish Constitutional Tribunal of 25 November 2014, K 54/13.
(3) Judgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of 20 June 2002 – Case No.200117-0106.
(4)Piotr Czarny and Monika Florczak-Wątor, Ibid, p. 174.
(5) CT judgment of 26 November 2003, SK 22/02.

القانون الجنائيprinciple of determinacy in criminal law.[١] وكذلك في القضايا المتعلقة بحقوق الإنسان حيث أشارت المحكمة البولندية إلى اجتهادات المحكمة الدستورية الألمانية في القضايا المتعلقة بقضايا الحقوق والحريات الفردية. كما استشهدت المحكمة بأحكام المحكمة الفيدرالية في القضايا المتعلقة بحماية الكرامة الفردية[٢]، الحرية الشخصية[٣]، حرية المهنة[٤]،حرية التجمع[٥]، والحق في اللجوء إلى المحكمة[٦].

وعلى جانب آخر نجد أن المحكمة الدستورية الإيطالية قد تشير في بعض الأحيان في حكمها إلى القانون المقارن وذلك من أجل إثبات وجهة نظرها ونظرا للتماثل في هذه الحالة بين القانون الأجنبي والقانون الوطني المعروض على المحكمة لفحص دستوريته. الاستثناء الملحوظ هو الحكم رقم ١٩٩٢/٣٢٩، وهي أقدم قضية تشير إلى القانون الأجنبي والسوابق الأجنبية، بالإضافة إلى عدد كبير من البلدان الأجنبية: ليس فقط فرنسا وألمانيا والمملكة المتحدة والولايات المتحدة، ولكن أيضًا سويسرا وأستراليا وكندا وسنغافورة وباكستان وجنوب أفريقيا. نشأت القضية من مصادرة شحنة مملوكة لحكومة نيجيريا، بترخيص من محكمة بيزا وبناء على طلب الشركات النيجيرية التي كانت الحكومة النيجيرية تمتلك لها بعض الأموال (كانت الشركات النيجيرية، على الجانب الآخر، مدينة لبعض الأموال للشركات الإيطالية) وقد ألغت وزارة العدل المصادرة confiscation، لأن القانون الوطني الذي يعود تاريخه إلى عام ١٩٢٦ لم يجز أعمال مصادرة سلع دولة ذات سيادة، دون الحصول على إذن من الوزارة نفسها. يأخذ تعليل المحكمة الدستورية الإيطالية في الاعتبار الاتجاه العام، في جميع البلدان المذكورة أعلاه، والذي يشير إلى التخلي التدريجي عن مفهوم حصانة الدولة "المطلقة"

(1)CT judgments of 5 May 2004, P 2/03, of 25 May 2004, SK 44/03 and of 9 June 2010, SK 52/08.
(2) CT judgments of 5 March 2003, K 7/01, of 30 September 2008, K 44/07 and of 28 Octo-ber 2015, K 21/14
(3) CT judgment of 10 July 2007, SK 50/06.
(4) CT judgments of 26 April 1999, K 33/98 and of 10 December 2014, K 52/13.
(5) CT judgment of 10 November 2004, Kp 1/04.
(6) CT judgments of 3 July 2008, K 38/07, of 3 June 2008, K 42/07 and of 12 May 2011, P 38/08.

(ISSN : 2537 - 0758)

«absolute» من تدابير الإنفاذ إلى نهج أكثر محدودية وتقييدًا «restrictive». وبتطبيق هذا النوع من النهج، أعلنت المحكمة الإيطالية أن القانون الوطني غير دستوري في الجزء الذي جعل فيه حصانة الدولة أوسع مما يعترف به القانون الدولي.

ومن المحتمل أن يكون هذا الحكم هو الحكم الذي استخدمت فيه المحكمة الدستورية الإيطالية الطريقة المقارنة على نطاق أوسع وأعمق، ليس فقط بسبب عدد الأمثلة الأجنبية التي تم أخذها في الاعتبار، ولكن بشكل خاص للطريقة التي يتم بها هذا المقارنة. ويشكل الاستدلال أسس القرار نفسه استخدام «قوي» للقانون الأجنبي «strong» use of foreign law، وفقًا لتصنيف Lollini[1]، ومع ذلك، فإن هذه القضية تعتبر، في كثير من النواحي، استثنائية، لأنها تناولت مسألة – حصانة الدولة – موضوعا للقانون الدولي ولأن هناك عددا متزايدا من القرارات في المحاكم الأجنبية الوطنية التي أظهرت أن هناك توافقا جديدا في الآراء بشأن النهج التقييدي بشأن حقوق الإنسان وكانت حصانة الدولة في طور الظهور[٢].

ومن أمثلة ذلك أيضا الحكم رقم ٢٠١٠/٢٥٠ الصادر عن المحكمة الدستورية الإيطالية، وكانت المحكمة تقوم بفحص دستورية قانون وطني بشأن الهجرة، يقضي بتطبيق عقوبة مالية عندما يدخل فرد أجنبي إلى الحدود الوطنية دون الأذونات التي يطلبها القانون الإيطالي. واعتبرت المحكمة أن هذا الحل مشروع، ويستند منطقها إلى المبادئ المنصوص عليها في الدستور الإيطالي. ومع ذلك، استخدمت المحكمة حجة المقارنة "بطريقة ضعيفة"«weak way» أو "كمقارنة ثبوتية" «probative comparison»: فقد دعمت تعليلها من خلال الاستشهاد بتشريعات أخرى تطبق عقوبات مالية على الهجرة غير الشرعية (تم ذكر فرنسا وألمانيا وإسبانيا والمملكة المتحدة). وفي حكمها رقم ٢٠١١/٣٢، فيما يتعلق بنفس الحكم المتعلق بالهجرة،

---

[1] Maurizia De Bellis, Ibid, p. 15.

[٢] حول ظهور مبادئ مشتركة حول حصانة الدول، مما يمثل نهجًا أكثر تقييدًا من الماضي، وكيف تم دمج هذه المبادئ في اتفاقيات الأمم المتحدة لعام ٢٠٠٤ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية راجع ما يلي:

A. REINISCH, European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures, in European Journal of International Law, 2006, Vol. 17, No. 4, 803.

استخدمت المحكمة منطقًا مقارنًا لتعزيز حججها (القوانين الأجنبية المذكورة في هذا الحكم هي نفسها تمامًا التي ذكرت في الحكم رقم ٢٥٠/٢٠١٠)[١].

وفي حالة أخري أيضا انخرطت المحكمة الدستورية الإيطالية في مقارنة متعمقة مع القوانين الفرنسية والألمانية والبريطانية في القضية270/2010 والتي تعرضت فيها المحكمة للطعن بعدم دستورية الاستثناء الوارد بالقانون المتعلق بمراقبة الإندماج(٢)، وكان الأمر بالنسبة للمحكمة أنه من المشروع النص على هذا الاستثناء عندما يتعلق الأمر بمصلحة عامة، ورأت المحكمة الدستورية الإيطالية أن كل التشريعات المقارنة تتضمن مثل هذا الاستثناء المقرر من أجل المصلحة العامة.

وفي قضية أخري تتعلق بالتطعيم الإجباري في ايطاليا في عام ٢٠١٨ رفضت المحكمة الدستورية الدعوي المقدمة إليها والخاصة بالطعن بعدم الدستورية على الأحكام التي تعلقت بإدراج عشرة لقاحات إلزامية لجميع الأطفال القاصرين الذين تقل أعمارهم عن ستة عشر عاما المقيمين بإيطاليا. أربعة منهم كانوا إلزاميين بالفعل، وتم رفع ستة منهم من الوضع الموصي به إلى الوضع الإلزامي. وبموجب المرسوم بقانون، تعد اللقاحات الإلزامية شرطًا للحصول على الخدمات التعليمية في مرحلة الطفولة المبكرة، مما يجعل التسجيل مشروطًا بتقديم شهادة التطعيم، ويمكن أن يؤدي عدم الامتثال أيضًا إلى غرامات إدارية[٣].

وادعى المدعي أن هذه المتطلبات ضغطت بشكل غير مبرر على حريات الأفراد المكفولة دستوريًا والحكم الذاتي الإقليمي. ولم توافق المحكمة على ذلك، واعتبرت أن هذه الادعاءات لا أساس لها من الصحة، ولقد عرضت المحكمة لأول مرة تاريخ تشريعات اللقاحات في إيطاليا، والتي تميزت بمزيج من اللقاحات الإجبارية والموصي بها، وكلها

---

(1)Maurizia De Bellis, Ibid, p. 18.

(٢) مراقبة الاندماج هو منع الاندماجات التي تؤدي إلى إنشاء أو تعزيز موقف مهيمن وبالتالي حرمان المستهلكين من الفوائد الناتجة عن المنافسة الفعالة مثل الأسعار المنخفضة والمنتجات عالية الجودة والاختيار الواسع للسلع والخدمات والابتكار.

(3)Italian Constitutional Court (Corte costituzionale), No. 5/2018, 24 January 2018.

(ISSN : 2537 - 0758)

مقدمة مجانًا، وبدرجات متفاوتة من الاستقلال الإقليمي في منطقة تنظيم اللقاحات، خاصة عندما بلغت التغطية باللقاحات ذروتها في التسعينيات. ثم أشارت إلى السياق الوبائي الحالي في إيطاليا، والذي يتسم بانخفاض مقلق في تغطية اللقاحات إلى مستويات تعتبرها المنظمات الصحية الوطنية والدولية مثيرة للقلق، وتفشي مرض الحصبة الذي تسبب في وفاة أربعة أشخاص. كما أشارت إلى أنه لا يوجد أي أساس علمي للرأي الشعبي السائد الذي يعتبر اللقاحات عديمة الجدوى أو حتى خطيرة. ثم، مع التذكير بتقدير المشرع في إجراء توازن معقول بين هذه العوامل والاستقلال الفردي، توصلت المحكمة إلى عدة استنتاجات: أولاً، أن الأحكام العاجلة كانت مناسبة بالنظر إلى الطبيعة الوقائية للتطعيم والمستوى الحرج للتغطية في إيطاليا، وأن المدعية خلطت بشكل غير مناسب بين حالات الطوارئ الوبائية ونوع الحاجة الملحة التي يمكن أن تبرر التدخل التشريعي.

ولقد استعرضت المحكم الدستورية الإيطالية عددا من التشريعات المقارنة لتأييد وجهة نظرها، حيث استعرضت الوضع في فرنسا الذي يتضمن عقوبات جنائية ملحقة بالتشريعات الخاصة بالتطعيمات الاجبارية، وعلي الجانب الآخر برامج ترويج اللقاحات التي تترك مساحة قصوي للاستقلالية الفردية كما هو الحال في المملكة المتحدة، ويقع بين الاثنين مجموعة متنوعة من الخيارات والتي تتضمن أمثلة يكون فيها التطعيم إلزاميًا من أجل دخول النظام المدرسي (كما هو الحال في الولايات المتحدة، وبعض المجتمعات ذاتية الحكم في إسبانيا، وفرنسا حتى يومنا هذا) وغيرها التي تتطلب من الآباء (أو الأوصياء الذين يمارسون المسؤولية الأبوية) استشارة الطبيب قبل لاتخاذ الاختيار بأنفسهم، وإلا فسيواجهون غرامات (ألمانيا).

ومن هنا يتضح أن المحكمة في سبيل تدعيم وجهة نظرها عرضت للوضع الغالب المتبع والمتمثل في الاعتراف بالتطعيم الاجباري لتأسيس حكمها ودعم وجهة نظرها.

وكذلك فإن المحكمة الدستورية الإيطالية لم تقتصر فقط على الاستعانة بالتشريعات المقارنة لدعم وجهة نظرها في القضايا المعروضة عليها بل أيضا استعانت بالأحكام الأجنبية لدعم النتائج التي توصلت إليها وخصوصا في القضايا الصعبة المماثلة والأخلاقية. مثال ذلك تعرضت المحكمة الدستورية الإيطالية لفحص دستورية الأمر رقم

٢٠٧ لسنة ٢٠١٨ والخاص بتجريم الانتحار بمساعدة طبية، ولقد أجلت المحكمة مناقشة القضية لمدة عام، وذلك لإتاحة الوقت للمشرع لوضع لائحة جديدة، ولقد أكدت المحكمة على أن هذا الحل يتحمل بالتأكيد مخاوف مماثلة لتلك التي ألهمت المحكمة العليا الكندية في عام ٢٠١٥[١]، عندما قررت إلغاء أمر جنائي باعتباره غير دستوري، ولكن قررت تعليق حكمها لمدة اثني عشر شهرا لإعطاء البرلمان فرصة لصياغة تشريعات شاملة في هذا المجال من أجل تجنب الفجوة في التشريع التي كان من الممكن أن يحدثها الحكم لولا ذلك.

وعلاوة على ذلك فإن " روح " هذا الأمر الصادر من المحكمة يتطابق مع الحكم الأخير الذي أصدرته المحكمة العليا في انجلترا بشأن الانتحار بمساعدة طبية، حيث رأي أغلبية القضاة أن ذلك سيكون غير مناسبا من الناحية المؤسسية في هذه المرحلة أن تعلنها المحكمة أن " الحكم قيد النظر " وهو لا يتوافق مع المادة ٨ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان [٢] بدون إعطاء البرلمان الفرصة للنظر في القضية[٣].

وتثبت هذه الإشارات إلى الأحكام الأجنبية أنها ملهمة المحكمة الدستورية، وخاصة في المسائل الحساسة، وتعمل على تعزيز تطوير "التعاون" و"الحوار" بين المحكمة والبرلمان.

وعلى جانب آخر نجد أن المحكمة الدستورية الإيطالية تشير صراحة داخل إلى صعوبة القضية المطروحة عليها بعد أن استعرضت الوضع في بعض الدول.

ويظهر هذا جليا في حكمها رقم ٨٤ لسنة ٢٠١٦ بشأن الحظر المطلق لإجراء البحوث السريرية أو التجريبية على الأجنة، وفي الاستدلال القانوني تشير المحكمة بإسهاب إلى حكم Parrill v. Italy الصادر في ٢٧ أغسطس ٢٠١٥ وأيضا في الجزء الذي قامت

---

(1) Supreme Court of Canada, Judgment of 6 February 2015, *Carter v. Canada*,2015 scc 5.

(٢) تنص الفقرة الثانية من المادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان " لا يجوز للسلطة العامة أن تتعرض لممارسة هذا الحق إلا وفقاً للقانون وبما تمليه الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي وسلامة الجمهور أو الرخاء الاقتصادي للمجتمع، أو حفظ النظام ومنع الجريمة، أو حماية الصحة العامة والآداب، أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم ".

(3) Supreme Court of the United Kingdom, Judgment of 25 June 2014, Nicklinson and another, [2014] uksc 38.

(ISSN : 2537 - 0758)

فيه الغرفة الكبري بالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بتحليل الحلول المعتمدة من قبل الأنظمة القانونية المختلفة للدول الأعضاء في مجلس أوروبا، ونتيجة المقارنة تتمثل في أنه لا يوجد إجماع أوروبي واسع على الموضوع على اعتبار أنه " بينما يوجد سبعة عشر من أصل أربعين عضوا لم تضمن قوانينها حظرا بشأن هذا المجال وقد سنت دول أخرى قوانين ذلك تحظر صراحة أي بحث في الخلايا الجنينية، في حين يسمح البعض الآخر بذلك البحث المعني ضمن شروط صارمة" وبالتالي فإن إيطاليا ليست الدولة العضو الوحيدة في مجلس أوروبا التي تحظر التبرع بالأجنة البشرية للبحث العلمي(١).

ونتيجة لذلك فإن هذه الأساليب المتعددة دفعت المحكمة الدستورية إلى تسليط الضوء على ضرورة الإذعان للسلطة التقديرية المشرع، الذي "يعمل كمترجم للإرادة العامة، وهو أمر مطلوب لتحقيق التوازن من خلال التشريع بين القيم الأساسية المتضاربة.

وفي أوروبا أيضا نجد أن هناك العديد من المحاكم قد استخدمت أيضا السوابق الأجنبية والقانون المقارن لتدعيم وجهة نظرها في القضايا المماثلة المعروضة عليها للوصول إلى نفس الحلول.

فعلي سبيل المثال في رومانيا يتم الاستشهاد في كثير من الحالات بالقرارات المحددة التي اعتمدها المجلس الدستوري الفرنسي من أجل تسليط الضوء على تشابه الحجج التي يمكن تقديمها فيما يتعلق بالإجراءات أمام البرلمان الروماني(٢).

فعلي سبيل المثال وبخصوص معاشات القضاة في رومانيا وبخصوص القضية n°873/2010 المتعلقة بقانون وضع تدابير معينة في مجال المعاشات التي تقدمها الدولة والذي يهدف إلى تخفيض المعاشات التقاعدية الخاصة بالقضاة في رومانيا.

وقرر القضاة الدستوريون أن تخفيض معاشات التقاعد الخاصة (الأكبر) التي يتمتع بها القضاة سيكون له أثر في الحد من استقلال القضاة.

---

(1) Judgment No. 84 of 2016.

(٢) جدير بالإشارة أنه فيما يتعلق بالبنية المؤسسية فقد استلهمت المحكمة الدستورية الرومانية الكثير من المجلس الدستوري الفرنسي من حيث التشكيل والاختصاصات. وهو ما يفسر كثرة الاستشهادات من جانب المحكمة بقرارات المجلس الدستوري الفرنسي.

See: Viorica Vita, The Romanian Constitutional Court and the Principle of Primacy: To Refer or Not to Refer? German Law Journal, Vol. 16 No. 06, 1627.

استندت المحكمة الدستورية الرومانية إلى وضع مماثل تم تقديمه أمام المحكمة الدستورية في لاتفيا، وأعلنت في حكمها الصادر في ١٨ يناير ٢٠١٠ عدم دستورية القانون المعروض عليها، لأنها تتعارض مع مبدأ استقلال القضاة. ونظرًا للوضع المالي للاتفيا والالتزامات الدولية فقد اتخذ البرلمان قرارًا بإعادة حساب رواتب القضاة بهدف تخفيضها. ولاحظت المحكمة الدستورية أن مفهوم استقلال القضاة يشمل منحهم أجراً مناسباً يضاهي هيبة ومسؤولية مهنتهم.

وهكذا أيضا أعلنت المحكمة الدستورية الليتوانية، في حكمها الصادر في ١٢ يوليو ٢٠٠١، أن الدول الديمقراطية تقبل حقيقة أن القضاة يجب ألا يتمتعوا بمؤهلات مهنية عالية وسمعة مثالية فحسب، بل يحتاجون أيضًا إلى الاستقلال المادي والأمن فيما يتعلق بمستقبلهم. تلتزم الدولة بتحديد رواتب القضاة بما يتناسب مع وضعهم ومهامهم ومسؤولياتهم، ويعتبر الحفاظ على رواتب القضاة أحد ضمانات استقلالهم.

كما لاحظت المحكمة الدستورية للجمهورية التشيكية، في حكمها الصادر في ١٤ يوليو ٢٠٠٥، أنه في الدول الديمقراطية يُعترف بالأمن المالي financial security بوضوح كأحد العناصر الأساسية لضمان استقلال القضاة.

وحول مسألة المساواة بين الرجال والنساء فيما يتعلق بالحد الأدنى لسن التقاعد في رومانيا نظرت المحكمة دعوي بهذا الخصوص التي تم تحريكها من جانب بعض الأحزاب بعدم دستورية القانون رقم ٣ لسنة ١٩٧٧ بشأن التقاعد والمساعدة الاجتماعية.واستعان المدعون من خلالها بأحكام أجنبية لدعم موقفهم[1].

ولقد تذرع المدعون بعدم دستورية النص القانوني الذي ينص على أنه يمكن للمرأة أن تتقاعد عند ٦٠ عامًا ويجب أن تتقاعد عند ٦٢ عامًا بينما يمكن للرجال أن يتقاعدوا عند ٦٥ عامًا وينبغي أن يتقاعدوا عند ٦٧ عامًا مرفقة بالوثائق. حيث قدموا أحكاما للمحكمة الدستورية لألمانيا والمحكمة الدستورية للنمسا إلى المحكمة. في تعليلها العام القرار، وكحجة إضافية لتلك التي سبق ذكرها لصالح دستورية الفرق في سن التقاعد، استأنفت المحكمة الدستورية في رومانيا تلخيص القرارين اللذين قدمتهما الأحزاب (في ما لا يزيد عن ثلاثة أسطر) وذكرت المراسلات التي_أجرتها مع تلك المحاكم ذاتها من أجل

(1) Decision n°107/1995.

(ISSN : 2537 - 0758)

توضيح المشكلة، وخلصت إلى أن الحقائق الاجتماعية والمهنية تجعل الأمر، في الوقت الحالي، أنه يجب الحفاظ على الفرق المتعلق بسن التقاعد في رومانيا[١].

ولعل ما انتهت إليه المحكمة في القرار سالف الذكر يعكس ما سبق وأن نوهنا له بأنه في الأغلب الأعم من القضايا التي تنظرها المحكمة وتثار خلالها الحجة المقارنة من أطراف الدعوي فإن المحكمة ترفض هذه الحجة، ولكن على الرغم من رفضها إلا أن المحكمة تستعرض هذه الحجج وتفحصها حتى ولو لم تأخذ بها.

رابعا: الاستشهاد بالأحكام الأجنبية والمواد المقارنة من جانب المحكمة على سبيل المناقضة والاختلاف:

إذا كان الوضع الغالب في مسألة استعانة المحكمة بالأحكام الأجنبية كحجة مقنعة تدعم وجهة نظرها في القضية المعروضة عليها خاصة وإن كانت يمكن وصفها بأنها قضية صعبة أو مماثلة للقضية التي تنظرها المحكمة الوطنية، ففي كثير من الحالات قد يشير القاضي إلى النتيجة التي توصل إليها حكم أجنبي ومع ذلك لا يكون لهذا الاقتباس أثر في النتيجة التي توصلت لها المحكمة.

وفي هذا الشكل من أشكال الاستشهادات تستخدم المحكمة حكما أجنبيا ولكنها تدفع بأن هذا الحكم لا ينطبق على القضية المعروضة أمامها وبالتالي لا يمكن تطبيقه عليها. وهو ما يعبر عنه أن الاستشهاد بأحكام القضاء الأجنبي تم على سبيل " المخالفة " أو النقيض ".

وغالبًا ما تستخدم المحاكم القانون المقارن لتوضيح المواقف التي ترفضها، مما يسمح بفهم أكثر دقة لاستنتاجاتها النهائية. بمعنى آخر، يمكن القول بأن المقارنة مفيدة ليس فقط للحجج المقنعة ولكن أيضًا للحجج المضادة[٢].

يشار هنا إلى أن هذه الطريقة التي تقوم على فكرة استخدام السوابق القضائية لتوضيح التناقض أو المخالفة مع الوضع المحلي يطلق عليها البعض مصطلح الاقتراض السلبي "negative borrowing"[٣]، ويكون الهدف منها رؤية ما تفعله دولة أخرى قد يساعد في توضيح الممارسات التي تسعى المحكمة إلى تجنبها. وكأسلوب "للمشاركة" بهدف

---

(1) Elena Simina Tanasescu & Stefan Deaconu, Ibid.
(2) REBECCA LEFLER, Ibid, p.171.
(3)Carlos F. Rosenkrantz, against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law, 1 INT'L J. CONST. L. 269 (2003), p.289., Cited in, Ganesh Sitaraman, Ibid, p. 665.

إبراز الخصوصيات الوطنية والحفاظ عليها، وعلى حد تعبير Vicki Jackson، فإن المصادر الأجنبية هي محادثة أو محاورة، تقدم طريقة لاختبار فهم الفرد لتقاليده وإمكانياته من خلال فحصها لدي الآخرين".[١]

وتشير الأحكام الصادرة عن المحاكم الدستورية والمحاكم العليا أن هذا الاستخدام بالنسبة للسوابق الأجنبية موجود بالفعل ولكن بنسبة أقل من الاستشهاد بالأحكام كحجة مقنعة.

مثال ذلك حكم Keegstra الصادر عن المحكمة العليا في كندا، بشأن التحريض على الكراهية العنصرية وشدد بطريقة واضحة للغاية على الفرق بين كندا والولايات المتحدة فيما يتعلق حرية التعبير.[٢] وغالبًا ما تشير المحكمة العليا كندا في فقه حرية التعبير إلى هذه الممارسة من نظيرتها الأمريكية لتمييز نفسها عنها بوعي ذاتي[٣].

وفي حالات أخري كانت تتم الإشارة لتشريعات أجنبية على النقيض من التشريع الوطني في حالة تتعلق بتفسير قانون الضرائب الروسي، فإن التقليد القانوني الروسي يتمثل في استخدام المصطلحات القانونية بنفس المعنى في جميع فروع القانون (على سبيل المثال، يجب أن يكون فهم "الملكية المشتركة" هو نفسه في قانون الأسرة وفي قانون الضرائب) كان يتناقض مع الكومنولث البريطاني[٤].

---

(1)Vicki C. Jackson, Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement, 119 HARV. L. REV. 109 (2005).at 114.

(2) Supreme Court of Canada, Regina v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697.
ولقد ذكر القاضي في حكمه ما يلي :
إن الأوضاع في كندا والولايات المتحدة ليست متشابهة في كل شيء، ولم تنشأ الوثائق التي ترسخ حقوق الإنسان في البلدين في نفس السياق. ومن المنطقي أن ندرك ذلك، تماما كما تبرر أوجه التشابه الاقتراض من التجربة الأمريكية، فإن الاختلافات قد تتطلب خروج الرؤية الدستورية لكندا عن مسارها التي تم اعتمادها في الولايات المتحدة.... على الرغم من أنني وجدت التجربة الأمريكية مفيدة للغاية في التوصل إلى استنتاجاتي الخاصة فيما يتعلق بهذا الاستثناف، ولا أرفض بأي حال من الأحوال الأول برمته مبدأ التعديل، في عدد من النواحي، أنا أشك في إمكانية تطبيق هذا المبدأ في سياق التحدي لتشريعات دعاية الكراهية.

(3) Tania Groppi and Marie-Claire Ponthoreau, Conclusion. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A limited practice, an uncertain future, in T. Groppi, M.-C. Ponthoreau (eds). The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges (Oxford: Hart Publishing, 2013), pp. 424-425.

(4) Separate opinion of Justice Gadis Gadgiev to Ruling 2 November 2006 No 444-O., Ibid.

(ISSN : 2537 - 0758)

وعلى الرغم من الاعتماد الكبير من جانب المحكمة الدستورية البولندية على الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية الألمانية كما أوضحنا سلفا، إلا أنه في بعض الحالات لم تنته المحكمة إلى نفس النتائج التي انتهت إليها المحكمة الألمانية.

فعلي سبيل المثال اعتمدت فيه المحكمة البولندية على قرار سابق مشابه أصدرته المحكمة الدستورية الألمانية فيما يتعلق باستحقاقات التقاعد للضباط السابقين في الأجهزة الأمنية للدولة الشيوعية. وتنص النصوص المطعون عليها على تخفيض هذه الاستحقاقات، وخلصت المحكمة، بعد دراسة الأنظمة في بلدان أخرى، إلى أنه، بشكل عام، كان هناك اتجاه للحد من امتيازات المعاشات التقاعدية لهؤلاء الموظفين ومساواتها مع المعاشات التقاعدية والفوائد التي يحصل عليها المواطنون الآخرون. ومن بين الدول التي تم تحليلها كانت ألمانيا، حيث انتهت المحكمة الدستورية الألمانية إلى أن القواعد التي أدت إلى خفض كبير في معاشات تقاعد ضباط الخدمات الأمنية غير دستورية. ومع ذلك، لأن معاشات التقاعد للضباط البولنديين بعد التخفيض كانت أعلى بكثير من المتوسط، وجدت المحكمة البولندية أن النصوص المطعون عليها متوافقة مع الدستور، وبالتالي لم يكن حكم المحكمة الدستورية الألمانية حاسمًا بالنسبة لقرار المحكمة، لكنه سمح للمحكمة بإظهار أنها نظرت في خلفية مقارنة أوسع للمسألة قيد البحث[1].

وفي بعض الحالات يتم الاستشهاد بالقضية لتوضيح الفرق بين النظام الوطني والنظم الأجنبية الأخرى من أجل توضيح الفرق في المراجعة القضائية بين النظام القانوني الوطني والأنظمة الأجنبية.

وفي هذه الحالات لا تستخدم السوابق الأجنبية لإثبات استنتاجاتها، بل لدعم الآراء الأساسية والعامة فيما يتعلق بحقوق الإنسان. ومع ذلك، فإن أهميتها تكمن في توفير نافذة على التفكير القانوني والاستدلال القانوني للمحاكم.

كما استخدمت المحكمة الدستورية الرومانية في قرارها رقم Decision n°140/1996 الحجة المقارنة على وجه المناقضة والخلاف أيضا، وهي قضية كانت تتعلق بالطعن بعدم الدستورية على أحكام القانون المتعلق بتوقيع عقوبة جنائية في مواجهة التشهير بشخص يشغل منصب عام، حيث استعان الأطراف في الدعوي بحكم من المحكمة

(1) judgment of 24 February 2010, K 6/09.

الدستورية المجرية والتي انتهت في حكمها إلى عدم دستورية هذه القواعد، إلا أن المحكمة الدستورية الرومانية انتهت إلى أن هذه القواعد لا تتعارض مع نصوص الدستور التي تكفل حرية الرأي والتعبير فقد ذكر القضاة أن ""قرار المحكمة الدستورية في المجر لا يمكن اعتباره حجة للإجراء الحالي ولا يمكن للمحكمة الدستورية في رومانيا أن تدرس الأسباب التي تم تقديمها هناك"[١].

وإذا تحدثنا عن المجلس الدستوري الفرنسي نجد أنه في بعض القرارات الصادرة عنه قد استخدم الحجة المقارنة كحجة مناقضة كما في القرار DC 514 –2005، والتي تهدف إلى توضيح المواقف التي لا يريد المجلس اتخاذها بمعني انتقاد المنطق الأجنبي لتسليط الضوء على منطقه الخاص.

ومثال ذلك قرار المجلس في شأن الفصل في دستورية القانون الأساسي المتعلق بالشفافية المالية للحياة السياسية، وفيما يتعلق بتمويل الحملات الانتخابية، فإن الحكم الذي أصدرته المحكمة العليا الأمريكية في قضية Buckley c/ Valeo لم يقنع المجلس الدستوري بشكل كامل[٢] بعد أن حكم القاضي الدستوري في عام ١٩٨٨ بشأن دستورية القانون الأساسي المتعلق بالشفافية المالية للحياة السياسية، فقد التزم بالتأكيد بجزء من منطق المحكمة العليا، ولا سيما الفكرة التي بموجبها يمكن للقانون أن ينص على حد أقصى بشأن المساهمات "حتى يتم التعامل بفعالية مع الفساد (الحقيقي أو المفترض) المتأصل في نظام يسمح بمساهمات مالية غير محدودة". ولكن في الاتجاه المعاكس، أثارت الفلسفة التي يقوم عليها فقه المحكمة العليا القلق من حيث أنها تعطي الأولوية لشرط حرية التعبير على تحديد النفقات الانتخابية[٣].

---

(1) Elena Simina Tanasescu & Stefan Deaconu, Ibid.

(2) Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976).
انتهت المحكمة العليا الأمريكية من خلال هذا الحكم إلى أن اللائحة الفيدرالية التي تمكن لجنة الانتخابات الفيدرالية من فرض قيود على الإنفاق على الحملات الانتخابية كانت غير دستورية. وعلى وجه التحديد، أشارت إلى أن الأحكام التي تحد من الإنفاق على الحملات الانتخابية، أو الإنفاق "المستقل" من قبل الأفراد والجماعات، أو إنفاق المرشح من الأموال الخاصة، غير دستورية. كما نصت على أن موظفي لجنة الانتخابات الفيدرالية ليسوا "مسؤولين في الولايات المتحدة" - كما هو محدد في المادة ٢ من الدستور - بحيث يمكنهم فرض قيود الإنفاق الموضحة في اللائحة.

(3) Décision no 88-242 DC.

(ISSN : 2537 - 0758)

حيث تقول المحكمة العليا الأمريكية " في المجتمع الحر الذي أنشأه دستورنا، ليست الحكومة، بل الشعب – فرديًا، كمواطنين ومرشحين وجماعيًا كجمعية ولجان سياسية – هو الذي يجب أن يحافظ على سيطرته على نطاق ومدى النقاش السياسي حول القضايا العامة. الاهتمام خلال الحملات الانتخابية ".

وعلى العكس من ذلك، فإن المجلس الدستوري يعترف على نطاق أوسع بعمل السلطات العامة حيث يقول "لا تمنع الدولة من منح المساعدة المالية للمرشحين في الانتخابات، سواء كانوا ينتمون إلى أحزاب أو جماعات سياسية أم لا؛ أن المساعدات التي تقدمها الدولة يمكن أن تأخذ شكل تغطية بعض النفقات وكذلك منح إعفاءات ضريبية تهدف إلى تشجيع المساعدة المالية من دافعي الضرائب ومع ذلك، فإن المساعدات المخصصة للمرشحين يجب، امتثالاً لمبدأ المساواة، أن تخضع لمعايير موضوعية؛ علاوة على ذلك، ومهما كانت آلية المساعدة المختارة، يجب ألا تؤدي إلى إقامة علاقة تبعية للمرشح أو الحزب السياسي تجاه كل من يساهم في تمويل نفقاته، ولا يجب أن تؤدي إلى المساس بالتعبير الديمقراطي لمختلف التيارات. الأفكار والآراء، ولا لإثراء شخص طبيعي أو اعتباري ".

وهنا يمكن القول بأن المحكمة العليا في الولايات المتحدة اتخذت منظوراً ليبرالياً في الأساس، بينما احتفظ المجلس الدستوري بمفهوم المساواة.

المبحث الثاني
نهج القضاء الدستوري المصري في الاستشهاد بأحكام القضاء الدستوري المقارن والمواد المقارنة

تمهيد وتقسيم:

نستعرض في هذا المبحث الحديث عن نهج القضاء الدستوري المصري ف مسألة الاستشهاد بالقانون المقارن والأحكام الأجنبية في الأحكام التي أصدرها منذ نشأته حتى الآن.

وفي البداية نؤكد على أن الدستور المصري الحالي وكذلك الدساتير السابقة وكذلك التشريع المنظم للمحكمة الدستورية العليا لم يتضمنوا أي نص يتعلق بمسألة الاستشهاد من جانب القاضي الدستوري بالأحكام الأجنبية للقضاء الدستوري وكذلك القانون

المقارن. كما هو المتبع من الغالبية العظمي من دول العالم على النحو الذي عرضناه سابقا.

وفي الحقيقة لم تكن هناك على حد علمنا أي دراسات متعلقة بتحليل اتجاه القضاء الدستوري المصري في الاستشهاد بالقانون المقارن أو الأحكام الأجنبية منذ نشأته حتى الآن، وقد اعتمدنا في التعرف على هذا النهج وبصفة رئيسية على الموقع الالكتروني للمحكمة الدستورية العليا المصرية وكذلك موسوعات الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة منذ نشأتها حتى الآن.

وبناء على ما تقدم سنتعرف من خلال هذا المبحث في البداية عن موقف القضاء الدستوري المصري من الحوار القضائي الدستوري بصفة عامة، ثم نتعرف على توجه القضاء الدستوري المصري في التعامل مع السوابق الأجنبية والقانون المقارن منذ نشأته إلى الآن، وكذلك الصور المختلفة لاستعانة القضاء الدستوري المصري بالسوابق الأجنبية والقانون المقارن والمنهجية التي اتبعها في هذا الخصوص من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: موقف القضاء الدستوري المصري من الحوار القضائي العالمي.

المطلب الثاني: الصور المختلفة لاستشهاد القضاء الدستوري المصري بالأحكام الأجنبية والمواد المقارنة.

المطلب الأول

موقف القضاء الدستوري المصري من الحوار القضائي العالمي

يثار التساؤل هنا حول توجه المحكمة الدستورية العليا في مسألة الحوار القضائي العالمي التي تحدثنا عنها في بداية بحثنا، وهل توجهها في هذا الخصوص يمكن وصفه بالمعارضة لفكرة الحوار أم أن المحكمة انخرطت بالفعل في حوار مع المحاكم الأخرى وما هو النهج المتبع من جانبها في هذا الخصوص؟

والحقيقة أن المحكمة الدستورية العليا المصرية لم تكن أبدًا بمعزل عن المتغيرات القضائية على الساحتين الإقليمية والدولية، بل، وعلى العكس من ذلك، كان لها دورًا مؤثرًا في إحداثها وتطويرها. إذ لم تُقصر المحكمة أنشطتها على النطاق الوطني، وإنما كانت لها إسهاماتها الملحوظة في هذا المجال بالتعاون مع محاكم الدول الأخرى، سواء

(ISSN : 2537 - 0758)

على المستوى العربي، أو الإفريقي، وصولاً إلى المستوى الدولي. حيث تعد مقرًا لاتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، وعضوًا فاعلاً فيه، وصارت كذلك مظلة للتجمع رفيع المستوى لرؤساء وقضاة المحاكم والمجالس الدستورية والمحاكم العليا في قارة إفريقيا؛ كما غدت المحكمة مقصدًا لاجتماعات واتفاقيات ثنائية مع جهات القضاء الدستوري على المستوى الدولي، وكان الغرض من هذا التواصل العريض، ولا زال، هو تبادل الخبرات والمعارف من أجل إثراء وتطوير مبادئ القضاء الدستوري، وما يترتب على ذلك من تكريس لحماية الحقوق والحريات على المستوى الدولي في العالم المعاصر؛ ذلك العالم الذي زالت فيه كل الحواجز والمسافات، ليتحول إلى قرية صغيرة أساس العيش السلمى فيها هو التعاون المشترك[١].

وفي سبيل تعزيز مسألة الحوار القضائي بين قضاة المحكمة الدستورية العليا وغيرهم من القضاة في الدول الأخرى فقد عقدت المحكمة مجموعة من المؤتمرات والتي تعد من أهم أولويات المحكمة من أجل تبادل الخبرات وبحث القضايا المشتركة والاستفادة من تجارب الآخرين في إطار القضاء الدستوري لتجاوز التحديات التي تواجهها المحاكم والمجالس الدستورية[٢].

---

[١] منقول بتصرف من كلمة المستشار / عادل شريف " انطلاقة القضاء الدستوري المصري إلى العالمية " عدد خاص بمناسبة اليوبيل الذهبي لإنشاء المحكمة الدستورية العليا. ديسمبر ٢٠١٩.

[٢] عقدت المحكمة الدستورية العليا مجموعة من المؤتمرات على النحو التالي:
المؤتمر الذي عقد للاحتفال بمرور ٥٠ عاما على إنشاء القضاء الدستورى بجمهورية مصر العربية بتاريخ ٢٠١٩/١٠/١٩ والذي تضمن مسألة أطر العلاقة/التفاعل بين المحاكم الدستورية والمحاكم العليا، وتعزيز النزاهة القضائية ومكافحة الفساد. وكذلك تضمن هذا المؤتمر من بين محاوره الحديث عن تحسين الكفاءة القضائية: استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في تحسين عملية التقاضي.
كما عقدت المحكمة اجتماع القاهرة الثالث رفيع المستوى لرؤساء المحاكم الدستورية، والمحاكم العليا، والمجالس الدستورية الأفريقية بتاريخ ٢٠١٩/٠٢/٢٢. والذي تضمن من بين الموضوعات المطروحة للنقاش العلاقة / التفاعل بين المحاكم الدستورية والمحاكم العليا.
كما كانت الموضوعات الحديثة محل تشاور بين الوفود المشاركة في المؤتمر والمتعلقة بالمسائل التي تثير قضايا صعبة واشكاليات في الواقع العملي مثل المشاكل الخاصة باللاجئين والحق في الحياة وحرمة الجسد البشري.
اجتماع القاهرة الرابع رفيع المستوى لرؤساء المحاكم الدستورية، والمحاكم العليا، والمجالس الدستورية الأفريقية بتاريخ ٢٠٢٠/٠٢/٢٢.

كما كانت المحكمة الدستورية العليا سباقة دوماً إلى الانضمام والمشاركة الفعالة في المحافل الدولية المعنية بالرقابة الدستورية، فالتحقت بها، وأثَرت جنباتها بأبحاث قيمة، وعززت من جهودها الرامية إلى توطيد التعاون بينها وبين مثيلاتها على مستوى العالم، فكانت، ولا تزال، حاضرة ومؤثرة، في المؤتمر العالمي للعدالة الدستورية واتحاد المحاكم والمجالس الدستورية الفرانكفونية واتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية ومؤتمر الهيئات القضائية الدستورية الإفريقية وغيرها من التجمعات الدستورية الدولية.

وفى ظل الثورة التكنولوجية الهائلة، والتقدم المذهل في مجال تكنولوجيا المعلومات، جاءت فكرة الموقع الإلكترونى للمحكمة الدستورية العليا، لكفالة خدمات جديدة يتسع بها مجال المعرفة، ويُزيد من أعداد المستخدمين لهذا الموقع، ليشمل القضاة والمتقاضين أنفسهم، وإفساح المجال أمام الجميع للاطلاع على المعلومات الضرورية والموثقة. وهو أمر يساهم بلا أدني شك في مسألة الحوار القضائي حيث يمكن للقضاة من الدول الأخرى وبصفة خاصة من الدول الناطقة بالعربية سهولة استخدام الموقع والإطلاع على أحكام المحكمة بكل سهولة ويسر.

وفي رأيي الشخصي أن إطلاق المحكمة الدستورية لمجلة الدستورية يساهم في المقام الأول من أجل تعظيم التوعية بالحقوق الدستورية والمبادئ التي أرستها المحكمة في هذا المجال، من خلال ما تنشره من أحكام، أو ما يتناوله المتخصصون والباحثون في دراساتهم من شرح لها أو تعليق عليها – خدمة للمشتغلين بالقانون، والدارسين، والمواطنين كافة على نحو سواء. بالإضافة إفساح المجال أمام الفقهاء والباحثين والدارسين وسائر المشتغلين بالقانون. كى يرصدوا – من خلال ما ينشر فيها، وما تنشره

اجتماع القاهرة الخامس رفيع المستوى لرؤساء المحاكم الدستورية، والمحاكم العليا، والمجالس الدستورية الأفريقية حول التعاون القضائي الدستوري الافريقي ٢٠٢١/٠٦/١٢
اجتماع القاهرة السابع رفيع المستوى لرؤساء المحاكم الدستورية والمحاكم العليا والمجالس الدستورية الأفريقية حول حماية الحق في الخصوصية في ظل التحول الرقمي بتاريخ ١١/٨/ ٢٠٢٣ واجتماع القاهرة السادس رفيع المستوى لرؤساء المحاكم الدستورية والمحاكم العليا والمجالس الدستورية الإفريقية، خلال الفترة من ١٠ إلى ١٢ سبتمبر ٢٠٢٢، بمشاركة ٤٠ دولة إفريقية يمثلهم ٥١ رئيس محكمة دستورية ومجلس دستوري ومحكمة عليا بإجمالي ١٢٦ مشاركًا في أعمال الاجتماع ما بين رئيس محكمة ورئيس مجلس. ولقد ناقش الاجتماع القضايا الدستورية محل الاهتمام المشترك بين الدول الإفريقية، كما يستهدف تعزيز التعاون القضائي والقانوني والدستوري بين الدول الإفريقية.

(ISSN : 2537 - 0758)

لهم من أراء وأبحاث – تطور القضاء الدستوري في مصر وما يرتبط به من تطور ملازم ومواكب لأحكامه في نطاق التشريع بما يسمح بالمشاركة الإيجابية في إثراء الفقه الدستوري. ليس هذا فحسب بل يقدم خدمة أيضا الموقع ككل وأبحاث المجلة للقضاة من الدول الأخرى للتعرف على أحكام المحكمة والتأثر بالكتابات الفقهية المنشورة عبر المجلة. وكذلك أتاحت المحكمة النشر لقضاة وفقهاء من الخارج بالمجلة كنوع من تبادل الخبرات والتوعية بالحقوق الدستورية من وجهة نظر مقارنة.

مسلك القضاء الدستوري المصري فيما يتعلق بالاستشهاد بالأحكام الأجنبية والمواد المقارنة:

إذا تحدثنا عن النهج المتبع من القضاء الدستوري المصري في الاستعانة بأحكام القضاء الدستوري المقارن، يمكن لنا القول بأنه سار على نفس الذي تتبعه دول القانون المدني في الاستشهاد بالأحكام الأجنبية والقانون المقارن. ويمكن وصف مسلك القضاء الدستوري المصري بالمسلك المشابه للمجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية الإيطالية وغيرها من دول القانون المدني في هذا الخصوص وهو مسلك يمكن وصفه بالتحفظ والتردد وعدم الوضوح.

وبذلك سنتعرض هنا مراحل تطور استشهاد المحكمة الدستورية العليا المصرية بالأحكام الأجنبية والقانون المقارن منذ نشأتها حتى الآن.

فترة عمل المحكمة العليا المصرية:

يمكن القول بأن هذه المرحلة لم تشهد نشاطا واضحا في الاستشهاد من جانب المحكمة بالأحكام الأجنبية أو القانون المقارن والمواد المقارنة سواء خلال مرحلة عمل المحكمة العليا أو في الفترة الأولي من عمل المحكمة الدستورية العليا إلا في حالات نادرة [1]، وكما ذكرنا من قبل فإنه من المعتاد أن المحاكم الدستورية في بداية إنشائها تستعين عادة وليس بصورة دائمة بأحكام من القضاء المقارن، إلا أن المتأمل في أحكام المحكمة العليا المصرية خلال فترة عملها وكذلك الفترة الأولي من عمل المحكمة الدستورية يجد أنها كانت أقل انفتاحا بكثير عن المرحلة التالية لهذه الفترة.

[1] مثال ذلك حكم المحكمة العليا المصرية بجلسة ٢٠ نوفمبر ١٩٧٦ في القضية رقم ٢ لسنة ٧ قضائية عليا وسنتعرض لتفاصيل الحكم وآلية الاستشهاد بالقانون المقارن لاحقا.

فعلي سبيل المثال تمت إثارة الحجة المقارنة من جانب المحكمة العليا في الدعوي المتعلقة بفحص مدي دستورية حظر المحافل البهائية، فقد أشارت المحكمة إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة ووقعته مصر لا يعدو أن يكون وفقا لما قررته المحكمة توصية غير ملزمة وليست له قيمة المعاهدات الدولية المصدق عليها، وذلك في معرض تبريرها لوجهة نظرها التي انتهت إلى أنه لا يوجد تعارض بين القرار بقانون المطعون فيه ومبدأ المساواة ذلك أن هذا المبدأ لا يعني التماثل بين الأفراد من كل الوجوه بين جميع الأفراد وإن اختلفت مركزهم القانونية[١].

الفترة منذ عام ١٩٩١ – من عمل المحكمة الدستورية العليا المصرية ١٩٩٨:

يمكن وصف هذه المرحلة على أنها فترة نشاط وانفتاح من جانب المحكمة على القضاء والقانون المقارن، فعلي امتداد فترة خصيبة امتدت لزهاء سبع سنوات، أحدثت أحكام المحكمة تغييرًا شاملًا في المفاهيم والسياسات القضائية التقليدية، مستهلًا لمرحلة جديدة شكلت حدًا فاصلًا افترق معه الفكر القانوني عما كان سائدًا قبلها، وبحيث أصبحنا نميز في تناولنا لهذه المرحلة بين ما كان ساريًا قبلها.

وكما ذكرنا من قبل فإن من أهم العوامل التي تؤثر على مسألة الانفتاح على السوابق الأجنبية والقانون المقارن والقانون الدولي كذلك تلك العوامل المتعلقة بالقاضي وتكوينه العلمي والثقافي وميوله واتجاهاته، وإذا نظرنا إلى هذه الفترة نجد أن هذا التوجه من جانب رئيس المحكمة آنذاك لم يكن محض فكر نظري يردد به ثوابت متفق عليها، وإنما كانت سياسته حكيمة وفاعلة نقل بها الشرعية الدستورية من صيغها النظرية التقليدية إلى تطبيقات عملية متطورة. وقد ساعده على ذلك فكره المتطور المستنير، واستيعابه للمدارس والمذاهب القانونية المختلفة الإسلامية واللاتينية والانجلو أمريكية وغير ذلك من تحليل دقيق وفهم عميق في اقتباس وابتكار الحلول المناسبة لظروف البلاد وأحوال أبنائها حتي أصبحنا نميز في تناولنا لهذه المرحلة وبحق كما عبر عن ذلك أحد قضاة المحكمة بين ما كان ساريًا قبل رئاسة عوض المر للمحكمة الدستورية العليا، وما صار عليه الحال بعد ذلك[٢].

---

[١] حكم المحكمة العليا المصرية بجلسة الأول من مارس في القضية رقم ٧ لسنة ٢ قضائية.

[٢] مقال للمستشار / عادل عمر الشريف – القاضي بالمحكمة الدستورية العليا المصرية آنذاك - منشور بجريدة الأهرام المصرية بتاريخ ٢٣ مايو ٢٠٠٤ العدد ٤٢٩٠٢. تمت الإشارة إليه في مقال بعنوان عوض المر.. مفجر الوعي الدستوري بتاريخ ٨ أكتوبر ٢٠٢٣ عبر الرابط التالي:

(ISSN : 2537 - 0758)

ولقد شهدت هذه الفترة معالجة الحقوق السياسية والحقوق الاجتماعية والاقتصادية بل والحق في البيئة والتنمية، واتفقت إلى حد كبير مع المستويات المتعارف عليها في أرقي الأمم المتحضرة على نحو أبرز دور القضاء المصري على الساحة القانونية الدولية.

وقد جاوز قضاء المحكمة الدستورية العليا – بمضمونه – حدود إقليمها، وصار لافتا بأهميته أنظار كثيرين من الفقهاء في الدول الغربية إلى حد قول أحدهم في مؤلفه عن " القاعدة القانونية في العالم العربي " بأن هذه المحكمة – وبالنظر إلى هيكلها وولايتها وكيفية تشكيلها – أثبتت قدرتها أكثر من أية جهة قضائية غيرها، على أن تطور مداخل متماسكة، وأن تتابعها في كل المسائل الدستورية الأساسية التي تواجه بلدها[١].

ولقد ظهر توجه المحكمة جليا نحو الانفتاح على القانون المقارن والسوابق الأجنبية في هذه الفترة التي شهدت المحكمة حراكا كبيرا وكثافة في الاستشهاد بالقوانين والدساتير المقارنة وكذلك بعض السوابق الأجنبية من المحاكم والمجالس الدستورية الرائدة وهو ما عبر عن رئيس المحكمة الدستورية الأسبق بقوله " وعلي جهة الرقابة على الدستورية، أن تمد بصرها إلى الفقه والقضاء المقارن في مجال الفصل في المسائل الدستورية، وأن يكون عقلها مفتوحا كي تأخذ من القانون المقارن أو اجتهاداته في كل عصر، خاصة إذا كان هذا التنظيم نهرا ثريا بقيم العدل المتدفقة في عطائها والتي لا ينقطع جريانها عبر الحدود الاقليمية على اختلافها[٢].

وقد كان هذا النظر محل اعتبار المحكمة الدستورية العليا التي أطرد قضاؤها على أن حقوق المواطن وحرياته في مصر، لا تتحدد مفاهيمها إلا على ضوء مستوياتها التي درج العمل في الدول الديموقراطية على انتهاجها في مظاهر سلوكها وطرائقها في الحياة[٣].

---

https://hewarat.org/index.php/2023-09-21-15-44-57/item/98-2023-10-08-12-13-19

(1) Nathan J. Brown, The George Washingtion University, The Rule of law in the Arab world, Courts in Egypt and the Gulf, Cambridge University Press 1997. p.117.

أشار إلى هذا المرجع / المستشار الدكتور محمد عوض المر، هامش ١ ، ص ٧. جدير بالإشارة أن هذا الاهتمام من الفقه الأجنبي جاء معاصرا من الناحية الزمنية لما أصدرته المحكمة من أحكام هامة ومؤثرة بلغ صداها خارج النطاق الإقليمي في هذا التوقيت.

(٢) أنظر: المستشار الدكتور محمد عوض المر، مرجع سابق، ص ١٨٧.

(٣) دستورية عليا – القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية – جلسة ٤ يناير ١٩٩٢.

وكذلك فقد عبر أحد قضاة المحكمة الدستورية العليا المصرية عن أن ما أقرته المحكمة من مبادئ جاء في ضوء ما استقرت عليه المحاكم والمجالس الدستورية في أعرق الأمم وأسبقها إلى الأخذ بنظام الرقابة على دستورية القوانين[١].

ولقد كان من أبرز المبادئ التي قررتها المحكمة الدستورية العليا في الفترة المنصرمة – في ضوء ما استقرت عليه ولقد ظهر ذلك بوضوح في مجال الحريات الشخصية في مجال خدمات التأمين الاجتماعى والصحي[٢]، حرية الزواج، حرية زيارة الأماكن المقدسة، حرية العقيدة وإقامة الشعائر الدينية،حرية التعاقد وتكوين الجمعيات، وذلك لأن التنظيم المقارن لحقوق الأفراد وحرياتهم – تشريعيا كان أم قضائيا، تراث للبشرية في مجموعها، لا تعزل الدول المعاصرة نفسها عن محتواه، ولا تضيق به أو تنحيه كلية. ولكنها تستلهمه في خطاها، بشرط اتفاق القيم التي يقوم عليها هذا التنظيم، أو تقاربها، مع مفاهيم الدول التي تتأثر به[٣].

ولعل ما ينبغي الإشادة به في هذه الفترة من عمل المحكمة الدستورية العليا أن المواد الأجنبية بمعناها الواسع من أحكام وتشريعات واتفاقيات دولية لم تكن متاحة بمثل هذا الانتشار الذي نحن عليه اليوم، مما يظهر أن المحكمة بذلت جهدا مضنيا في سبيل التغلب على الصعوبات المتعلقة بالترجمة وفهم اللغة الأجنبية في سياقها والوصول لهذه الأحكام الأجنبية والاستشهاد يها تدعيما لوجهة نظرها فيما يعرض عليها من قضايا.

---

[١] المستشار رجب سليم، المحكمة الدستورية العليا في عيدها الذهبي، منشور بمجلة الدستورية عبر الموقع الالكتروني للمجلة، عدد خاص. نوفمبر ٢٠١٩.

[٢] وفي هذا الخصوص يقول الدكتور / أحمد كمال أبو المجد رحمه الله ... " وإن بين يدى وأنا أكتب هذه السطور المجلدات التسعة التى تضم ما أصدرته المحكمة الدستورية من أحكام منذ إنشائها عام ١٩٧٩ وحتى شهر يونيه سنة ٢٠٠١ وبين يدى كذلك مجلدات تضم أهم الأحكام التى أصدرتها المحكمة العليا الأمريكية في الشئون الدستورية، وأشهد – بغير مبالغة يميلها الانحياز أو يدفع إليها الشعور بالاعتزاز- أن محكمتنا الدستورية قد بلغت في بعض أحكامها ولا أقول فيها جميعًا مبلغًا من الحرص على سيادة الدستور، ومن التحليل القانونى الدقيق، ومن الصناعة الفقهية والقضائية المتمكنة ما لا يقل بحال عما بلغته المحكمة العليا الأمريكية التى بدأت مسيرتها قبل محكمتنا بنحو قرنين من الزمان".
أنظر: مقال الدكتور / أحمد كمال أبو المجد، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسى والقانونى في مصر، منشور بمجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا "الجزء الأول "، يناير ٢٠٠٣.

(ISSN : 2537 - 0758)

وفي رأيي الشخصي أن هذا الأمر يرجع بصورة أساسية لعوامل تخص القاضي نفسه ومدي انفتاحه واطلاعه على المواد المقارنة وهو ما انعكس بشكل كبير على الأحكام خلال هذه الفترة كما سنري لاحقا بالتفصيل.

يشار إلى أن المحكمة لم تنقطع بعد ذلك عن الاستشهادات بعد نهاية الفترة سالفة الذكر. حيث تشير الفترة من بداية القرن الحالي حتي هذه اللحظة إلى وجود بعض الاستشهادات من جانب المحكمة والتي يمكن القول بأنها تركزت على استشهادها بأحكامها السابقة في الفترة التي أصدرت بها أحكاما كثيرة خاصة بالحقوق والحريات وهو مايبرر أنها قد أنشأت سوابقها الخاصة في هذه المسألو وربما يكون هذا الأمر سببا في قلة استشهاداتها بالأحكام الأجنبية والقانون المقارن. كما شهدت المحكمة بعض الاستشهادات بالقوانين المقارنة ودساتير الدول الأخرى وكذلك الاتفاقيات الدولية ولكنها كما ذكرنا لم تصل إلى الفترة التي شهدت من جانبها انفتاحا أكبر على القضاء المقارن والمواد المقارنة.

المطلب الثاني
الصور المختلفة لاستشهاد القضاء الدستوري المصري بالأحكام الأجنبية والمواد المقارنة

تعرفنا من قبل على الصور المختلفة لاستشهاد القضاء الدستوري المقارن بالأحكام الأجنبية والقانون المقارن، ويمكن لنا القول من خلال الإطلاع على الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا المصرية منذ نشأتها وحتى هذه اللحظة أنه قد سار أيضا على نفس النمط الذي اتبعه القضاء الدستوري المقارن في هذا الشأن.

وقد جاءت أغلب الاستشهادات التي استعانت بها المحكمة سواء من الأحكام الأجنبية أو من القانون المقارن والدساتير الأخرى والاتفاقيات الدولية في أغلب الأحيان كحجة مقنعة تعزز من وجهة نظر المحكمة وتدعم استنتاجاتها وبصفة خاصة كما هو الحال في القضاء المقارن في القضايا المتعلقة بالحقوق والحريات[1].

[1] سنقتصر هنا على الإشارة لحالات الاستشهاد بالمواد الأجنبية دون الحالات التي تشتهد فيها المحكمة بأحكامها السابقة والتي دائما ما تشير إليه في أحكامها بعبارة " وعلى ما جري عليه قضاء المحكمة " أو عبارة " على ما استقر عليه قضاء المحكمة ".

كما أن استخدام الحجة المقارنة من جانب المحكمة كان في بعض الأحوال يتم بصورة صريحة، وفي حالات أخري كان يمكن استخدامه بصورة ضمنية أو خفية، علما بأن هذه الاستشهادات قد شملت في بعض الحالات الإشارة إلى الأحكام الأجنبية وفي بعض الحالات تكتفي المحكمة بالإشارة إلى التشريعات المقارنة ودساتير الدول الأخرى أو الاستعانة بالكتابات الفقهية الأجنبية والاتفاقيات والمعاهدات الدولية[١].

وقبل أن نتعرض للحديث عن صور الاستشهاد بالأحكام الأجنبية والقانون المقارن نؤكد ما تمت الإشارة إليه سابق من أن الحجة المقارنة يمكن ألا تثار من جانب المحكمة ولكن من قبل أحد أطراف الدعوي[٢]، وفي هذه الحالة لم يختلف مسلك المحكمة عن منهج المحكمة الدستورية الايطالية والمجلس الدستوري الفرنسي في رفض الحجة المقارنة في أغلب الأحوال ولا يعني هذا الأمر أن إثارة الحجة المقارنة من جانب أطراف الدعوي يدفع المحكمة تلقائيا لرفضها بل تفحصها المحكمة ويتصل علمها بها ولكن في الأغلب الأعم من الحالات يكون الاستدلال من جانب أطراف الدعوي بالحجة المقارنة في غير موضعه.[٣]

---

[١] للمزيد حول استخدام قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري في قضاء المحكمة الدستورية العليا راجع: د/ إسلام إبراهيم شيحا، التفسير الدستوري للحقوق والحريات الدستورية في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية، العدد الأول ، ٢٠١٦.

[٢] أنظر على سبيل المثال: حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٢ مايو ٢٠٠٢ في القضية رقم ٥٠ لسنة ٢١ قضائية "دستورية " حيث تم استخدام مصطلح " وفقاً لبعض القضاء والفقه المقارن " للدفع بعدم قبول الدعوي لعدم توافر الشروط أمام المحكمة، وأنظر أيضا حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩٨١/١٢/١٩ في القضية رقم ١ لسنة ٣ القضائية " تنازع " حيث تم إثارة الحجة المقارنة أمام المحكمة ولكن المحكمة قضت ببطلان صحيفة الدعوي اعمالا لنص المادة ٦٣ من قانون المرافعات لأن عبارات صحيفة الدعوى وطلبات المدعية فيها يشوبها الغموض وعدم الترابط ولا تكشف عن وقائع الدعوى وطلبات المدعية.

[٣] مثال ذلك ما قضت به المحكمة الدستورية العليا بدستورية نصي المادتين (٥ بند ٢ و٧٩) من قانون نظام السلك الدبلوماسي والقنصلي الصادر بالقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٢، فيما تضمناه من منع عضو السلك الدبلوماسي من الزواج بغير مصري الجنسية، واعتباره مستقيلاً من وظيفته إن فعل. ولقد نعي المدعي على النصين المطعون عليهما إهدار الحق في الزواج، وتكوين أسرة، بما يتناقض مع كافة الإتفاقيات الدولية التى إنضمت إليها، وصدقت عليها مصر، في شأن حق اختيار الزوج لزوجه، فضلاً عن مجافاة النصين المطعون عليهما لنهج التشريعات المقارنة التى تجيز زواج الدبلوماسى ممن يختار دون اعتداد بجنسيته، بالإضافة إلى أن النصين المطعون عليهما قد نالا من الحق في العمل، وتقلد الوظائف العامة، ولم يتساندا إلى أية

(ISSN : 2537 - 0758)

جدير بالذكر أنه من المستقر عليه في قضاء المحكمة الدستورية العليا أيضا أن مخالفة القانون للمبادئ المعمول بها في الدول الأخرى يخرج من نطاق رقابة المحكمة، وفي هذا الشأن فقد قضت المحكمة الدستورية العليا وحيث إن ما أثاره المدعون من أن النص التشريعى المطعون فيه ينتكس بمبدأ تطور التشريع إلى الأحسن، مردود بأن إعراض السلطة التشريعية عن اتجاه تقدمى – بفرض صحة ما قرره المدعون في هذا الصدد – لا ينطوى بالضرورة على مخالفة لأحكام الدستور، ولا يصلح بذاته وجهاً لتجريح نص تشريعى. ذلك أن مناط الرقابة القضائية على الدستورية هو التقيد بالضوابط التي فرضها الدستور على السلطتين التشريعية والتنفيذية في مجال ممارستهما لولاية إقرار القوانين أو إصدارها، فإذا ما أقر قانون أو صدر قرار بقانون ملتزماً حدودها، كان موافقاً للدستور ولايجوز تعيينه. وحيث إن قالة مخالفة النص التشريعى المطعون فيه لمبادئ معمول بها في بعض الدول، لا ترقى في ذاتها إلى مرتبة المخالفة الدستورية، ذلك أن المفاهيم التي تصوغ بعض الدول تشريعاتها على ضوئها لا تعتبر بمثابة نصوص دستورية مندمجة

اعتبارات موضوعية تسوغ أحكامهما المعطلة لهذين الحقين اللصيقين بالحرية الشخصية، وذلك كله بالمخالفة لنصوص المواد (٩ و١٣ و ١٤ و ٤٠ و ٤٥) من دستور سنة ١٩٧١.
ولقد تعرضت المحكمة للنعي الذي أبداه المدعي بخصوص مخالفة هذه النصوص سالفة الذكر للاتفاقيات الدولية التي صدقت عليها مصر وكذلك التشريعات المقارنة بقولها " ولا ينال مما تقدم، ما نعاه المدعى على النصين المطعون عليهما، بمخالفتهما للإتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، والتى تم التصديق عليها بقوانين مصرية، والتى تكفل حق اختيار الزوج، وكذلك التشريعات المقارنة التى لا تقيم تمييزاً بين الدبلوماسى وغيره في مجال الحق في اختيار الزوج، ذلك أن الإتفاقيات المشار إليها، وإن صح القول بإنطوائها على عديد من القيم التى التزمتها الدول الديمقراطية والتى تظاهرها هذه المحكمة وترسيها، باعتبارها تراثاً إنسانياً ذات طابع حضارى، يتعين التأكيد عليه والإعلاء من شأنه لا سيما ما اتصل منها بالحقوق والحريات الأساسية، إلا أنه لا يعزب عن النظر أن هذه الاتفاقيات الدولية، وإن تم التصديق عليها من السلطة المختصة، تظل في مدارج التشريع نصوصاً قانونية، لا تطاول المبادئ المنصوص عليها في الوثائق الدستورية، ويغدو – من ثم- الإدعاء بعدم التزام النصين المطعون عليهما – حدود النصوص الواردة بتلك الإتفاقيات الدولية غير مجد لإستنهاض ولاية المحكمة الدستورية العليا لتبسط رقابتها القضائية عليها. كما وأن المحاجة بمخالفة النصين المذكورين لنهج تشريعات مقارنة - وصولاً لوصمهما بعدم الدستورية – يضحى إقحاماً لتلك التشريعات في غير موضعه، واستئناساً بها، لا طائل منه. متى كان ما تقدم كله، فإن النصين المطعون عليهما – محددان نطاقاً على ما سلف بيانه – لا يكونان قد خرجا على أوامر ونواهى المشرع الدستورى في شأن حق الزواج، واختيار الزوج، ويكون النعى عليهما – في هذا الخصوص – خليقاً بالالتفات عنه.
حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوي رقم ١٥١ لسنة ٢٧ قضائية بتاريخ ٢٠١٢/١٠/١٤.

في دستور جمهورية مصر العربية، ولا تستنهض بالتالى ولاية المحكمة الدستورية العليا[1].

وسوف نتعرض هنا للإشارة للصور المختلفة لاستشهاد المحكمة الدستورية العليا بالأحكام الأجنبية والمواد المقارنة.

أولا: الاستشهاد الصريح بالمواد الأجنبية كحجة مقنعة لوجهة نظر المحكمة:

إن الاستشهاد الصريح بالحجة المقارنة من جانب المحكمة يشمل عدة صور ولم يكن على وتيرة واحدة. حيث أشارت المحكمة في بعض أحكامها لأحكام قضائية من نظامين على وجه الخصوص هما المحكمة العليا الأمريكية والمجلس الدستوري الفرنسي بل أنها استشهدت داخل حكم واحد بما أصدرته المحكمة العليا الأمريكية وما قرره المجلس الدستوري الفرنسي، وفي حالات أخري اكتفت المحكمة بالإشارة إلى التشريعات الأجنبية وكذلك الدساتير المقارنة لتأييد وجهة نظرها وكذلك بما ورد في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.

الاستشهاد من جانب المحكمة الدستورية العليا بالقواعد الواردة في الدساتير الأخري:

درجت المحكمة الدستورية العليا في بعض القضايا التي عرضت عليها في مجال الحقوق والحريات وبصفة خاصة في مجال تكوين الجمعيات بما نصت عليه الدساتير الأخرى والمواثيق الدولية. حيث تقول المحكمة " وحيث إن المواثيق الدولية قد حفلت بالنص على حق المواطنين في تكوين الجمعيات، ومن ذلك المادة (٢٠) من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الذي تمت الموافقة عليه وإعلانه بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٩٤٨/١٢/١٠، والعهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والذى حظر – بنص الفقرة الثانية من المادة (٢٢) – فرض قيود على ممارسة هذا الحق إلا تلك التي ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية في مجتمع ديمقراطى لصيانة الأمن القومى أو السلام العام أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحرماتهم. كما **عُنيت الدساتير المقارنة** بالنص على هذا الحق في وثائقها، فهو مستفاد مما تضمنه التعديل الأول الذي أُدخل على دستور الولايات

[1] حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ في القضية رقم ٤ لسنة ١٤ قضائية " دستورية ".

(ISSN : 2537 - 0758)

المتحدة الأمريكية في ١٧٩١/١٢/١٥، والذى قرر الحق في الاجتماع، ونص عليه صراحة الدستور القائم في كل من: ألمانيا والأردن وتركيا ولبنان وتونس والمغرب والكويت واليمن وسوريا والبحرين والجزائر، وجرت كذلك الدساتير المصرية المتعاقبة – ابتداء من دستور سنة ١٩٢٣، وانتهاء بالدستور الحالى – على كفالة الحق في تأليف الجمعيات؛ وهو ما نصت عليه المادة (٧٥) من الدستور القائم من أن "للمواطنين حق تكوين الجمعيات والمؤسسات الأهلية على أســـاس ديمقراطى، وتكــون لها الشخصية الاعتبارية بمجــرد الإخطــار، وتمارس نشاطها بحرية، ولا يجوز للجهات الإدارية التدخـل في شئونها أو حلهــا أو حل مجالس إدارتها أو مجالس أمنائها إلا بحكم قضائى،.....وذلك كله على النحو الذي ينظمه القانون"[١].

والملاحظ هنا أن المحكمة قد استشهدت في حكمها بما ورد في عدد من الدساتير المقارنة – بصورة عابرة – لتدعيم وجهة نظرها وبما يتفق أساسا مع ما ورد في الدستور المصري كنوع من اضفاء المزيد من الاقناع لأسباب حكمها[٢].

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٢ فبراير ٢٠١٩ في القضية رقم ٨٤ لسنة ٣٩ قضائية "دستورية، حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوي رقم ١٥٣ لسنة ٢١ قضائية "دستورية " الصادر ٣ يونية ٢٠٠٠ ، حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوي رقم ١٦٠ لسنة ٣٧ قضائية "دستورية" الصادر في ٢٠١٨/٦/٢.

[٢] وحيث إن ضمان الدستور القائم – بنص المادة (٤٧) التى رددت ما اجتمعت عليه الدساتير المقارنة – لحرية التعبير عن الأراء والتمكين من عرضها ونشرها سواء بالقول أو بالتصوير أو بطباعتها أو بتدوينها وغير ذلك من وسائل التعبير، قد تقرر بوصفها الحرية الأصل التى لا يتم الحوار المفتوح إلا في نطاقها، ذلك أن ما توخاه الدستور من خلال ضمان حرية التعبير- وعلى ما اطرد عليه قضاء هذه المحكمة – هو أن يكون التماس الأراء والأفكار وتلقيها عن الغير ونقلها غير من حصر في مصادر بذواتها تحد من قنواتها، بل قصد أن تترامى آفاقها، وأن تتعدد مواردها وأدواتها، سعياً لتعدد الأراء، ومحوراً لكل اتجاه، بل أن حرية التعبير أبلغ ما تكون أثراً في مجال اتصالها بالشئون العامة، وعرض أوضاعها تبياناً لنواحى التقصير فيها، فقد أراد الدستور بضمانها أن تهيمن على مظاهر الحياة في أعماق منابتها، بما يحول بين السلطة وفرض وصايتها على العقل العام، وألا تكون معاييرها مرجعاً لتقييم الأراء التى تتصل بتكوينه ولا عائقاً دون تدفقها، ومن ثم لم يعد جائزاً تقييد حرية التعبير وتفاعل الأراء التى تتولد عنها بأغلال تعوق ممارستها، سواء من ناحية فرض قيود مسبقة على نشرها أو من ناحية العقوبة اللاحقة التى تتوخى قمعها، إذ يتعين أن ينقل المواطنون من خلالها – وعلانية – تلك الأفكار التى تجول في عقولهم ويطرحونها عزماً – ولو عارضتها السلطة العامة – إحداثاً من جانبهم – وبالوسائل السلمية – لتغيير قد يكون مطلوباً، ومن ثم وجب القول بأن حرية التعبير التى كفلها الدستور هى القاعدة في كل تنظيم ديموقراطى، فلا يقوم إلا بها، ولا ينهض مستوياً إلا عليها؛ وما الحق في

وفي الحقيقة تعددت إشارات المحكمة للدساتير المقارنة في أحكام أخري للمحكمة وأيضا بالتحديد في مجال الحقوق والحريات لتأكيد المنهج مثل الدستور الهندي و الإيطالي والروماني والتركي وكذلك المادة ٧٥ من العهد الدولي للحقوق الاجتماعية والاقتصادية و كذلك المادة (١٥) من الميثاق المبرم بين بعض الدول الأفريقية في شأن حقوق شعوبها، بنصها على أن لكل فرد الحق في العمل وفقاً لشروط مرضية ومن صفة مع ضمان المساواة في الأجر عن الأعمال المتماثلة.

وفي هذا الخصوص فقد قضت المحكمة بعدم دستورية ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة (٢١) من قانون شركات قطاع الأعمال العام الصادر بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ من تحديد حد أقصى للمكافأة السنوية التي يتقاضاها أعضاء مجلس الإدارة المنتخبون. لأنه يشكل تمييزا بين هؤلاء الأعضاء وغيرهم من الأعضاء المعينين[١].

وذكرت المحكمة في حكمها أن... وحيث إن كل تمييز لا يتصل بالشروط الموضوعية التي ينبغى أن يمارس العمل في نطاقها، يعتبر منهياً عنه دستورياً، سواء انعكس هذا التمييز في شكل آثار اقتصادية، أم كان مرهقاً لبيئة العمل ذاتها أو ملوثاً لها من خلال صور من التعامل تحيطها، وتتباين أبعادها، إذا كان من شأنها في مجموعها –وعلى امتداد حلقاتها– الإضرار بقيمة العمل، أو الإخلال بطبيعة الشروط التي تقتضيها. ومن ثم لا يكون التمييز في مجال العمل مقبولاً، كلما كان حائلاً دون قيام العمال بواجباتهم، سواء من خلال صرفهم عن الأداء الأقوم لها، أو بإثنائهم عن متابعتها، أو حملهم على التخلى عنها بتمامها. بما مؤداه: أن بيئة العمل لايجوز إرهاقها بعوامل تنافى طبيعتها، ولو كان أثرها من حصراً في مشاعر العاملين وصحتهم النفسية، ذلك أن التحامل في شروط العمل والأوضاع التي يتصل بها، يعنى عدوانية البيئة التي يمارس فيها أو إنحرافهاobjectively Hostile or abusive to Work environment .

ولقد رأت المحكمة أن القواعد الدولية والدستور الوطني والدساتير المقارنة قد نصت على امتناع التمييز بين العمال في مجال استخدامهم لاعتبار لا يتعلق بقيمة العمل، أو

الرقابة الشعبية النابعة من يقظة المواطنين المعنيين بالشئون العامة.حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوي رقم ٢٥ لسنة ٢٢ قضائية " دستورية " الصادر في ٢٠٠١/٥/٥.

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في الدعوي رقم ٣٠ لسنة ١٦ " قضائية " الصادر في ١٩٩٦/٤/٦.

(ISSN : 2537 - 0758)

النزول بأجورهم عن حد أدنى يكفيهم لمعاشهم. ويتعين دوماً ضمان راحتهم الأسبوعية، وأن يكون زمن عملهم محدداً، وعجزهم عن العمل مُؤمَّناً، وعطلاتهم الرسمية مأجورة، وينبغى بوجه خاص أن يكفل المشرع مساواتهم في الأجر عن الأعمال عينها،

وفي سبيل تدعيم وجهة نظرها استعرضت المحكمة عددا من المواد الواردة في بعض الدساتير المقارنة لتدعيم وجهة نظرها وذلك بقولها "وحيث إن الدساتير الوطنية تؤكد المعانى السابقة وتبلورها. ومن ذلك ما ينص عليه البند (د) من المادة (٣٩) من دستور جمهورية الهند، من أن تعمل الدولة بوجه خاص على أن تُؤَمن من خلال توجيهها لسياستها، أجراً متكافئاً في شأن الأعمال ذاتها أياً كان القائمون بها؛ وما تنص عليه المادة (٣٦) من الدستور الإيطالى، من أن لكل عامل الحق في أجر يكون متناسباً مع الأعمال التي يزاولها في كمها ونوعها، وكافياً لأن يوفر للعمال وعائلاتهم وجوداً حراً كريماً؛ وما ينص عليه البند (٤) من المادة (٣٨) من الدستور الرومانى، من أن للمرأة أجراً مماثلاً للرجل عن الأعمال عينها؛ وما تنص عليه المادة (٩٥) من الدستور التركى من أن تتخذ الدولة التدابير اللازمة التي تكفل بها حصول العمال على أجر يكون منصفاً ومناسبا للأعمال التي ينجزونها ".

وهنا يمكن لنا القول بأن الاستشهاد بالدساتير المقارنة كان صريحا حيث عرضت المحكمة لهذه الدساتير والنصوص المتعلقة بالقضية بشكل صريح عكس بعض القضايا الأخرى التي تلقي من خلالها نظرة عابرة فقط على الدساتير المقارنة دون تفصيل.

الاشارة إلى التشريعات المقارنة من جانب المحكمة العليا المصرية:

استخدم القضاء الدستوري المصري في مرحلة مبكرة من عمره ممثلا في المحكمة العليا المصرية أثناء فترة عملها منهج الإشارة إلى التشريعات المقارنة وذلك في الدعوي المنظورة أمامها والمتمثلة في طلب وزير العدل بكتابه رقم ٢٣٤ المؤرخ ٢٦ من يونية سنة ١٩٧٦ – بناء على طلب السيد رئيس المخابرات العامة – إصدار قرار تفسيرى للمادة الثالثة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧١ بنظام المخابرات العامة، لبيان ما إذا كانت المخابرات العامة تختص بالحفاظ على سلامة وأمن الدولة من جهة الداخل، سواء باعتباره مما يدخل في الاختصاص العام للمخابرات وفقاً لما جاء في صدر تلك المادة أو باعتباره عملاً إضافيا مما يجوز أن يعهد به إليها رئيس الجمهورية أو مجلس الدفاع الوطنى ويكون متعلقاً بسلامة البلاد على نحو ما جاء في عجز المادة المذكورة.

وجاء بهذا الطلب أن نص المادة الثالثة من القانون المذكور أثار خلافاً في الرأى حول اختصاص المخابرات العامة بالمحافظة على سلامة الدولة وأمنها من جهة الداخل، فذهب رأى – وهو الذي يجرى العمل على مقتضاه – إلى أن اختصاص المخابرات العامة بالمحافظة على سلامة وأمن الدولة من اختصاص عام يشمل الحفاظ على سلامة الدولة وأمنها سواء من جهة الخارج او من جهة الداخل، في حين ذهب رأى آخر إلى أن اختصاص المخابرات العامة بالمحافظة على سلامة الدولة وأمنها مقصور على الحفاظ على أمن الدولة الخارجى ولا يمتد إلى ما يتصل بأمن الدولة الداخلى الذي تختص بالمحافظة عليه جهة الشرطة وإدارة مباحث أمن الدولة التابعة لوزارة الداخلية.

ولقد قررت المحكمة أن الحفاظ على سلامة الدولة وأمنها من جهة الداخل يدخل في الاختصاص الأصيل للمخابرات العامة وفقاً لما جاء في صدر المادة الثالثة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧١ بنظام المخابرات العامة.

ولقد استخدمت المحكمة في هذا الحكم ما يشير قيامها بالإطلاع على عدد من التشريعات المقارنة وذلك باستخدامها مصطلح " ومن حيث إنه يبين من استقصاء تاريخ الشرائع الجنائية التي عرضت للجرائم الماسة بأمن الدولة " نها لم تكن تفرق – حتى منتصف القرن السابع عشر – بين الأفعال الماسة بأمن الدولة الخارجى وبين الأفعال الماسة بأمن الدولة الداخلى، إذ كان تجريم هذه الأفعال وتلك – غير مقصود به سوى حماية الحكام أنفسهم وضمان ولاء الرعية لهم، ولذا فقد جرت هذه التشريعات على جمع كل هذه الجرائم تحت عنوان واحد وهو " الجرائم الماسة بالتاج أو بهيبة السلطان ". Crimer de lese Majeste ثم أخذت – منذ نهاية القرن الثامن عشر – تنظر إلى هذه الأفعال جميعاً باعتبارها واقعة على الدولة، وصنفتها صنفين لطبيعة الحق والمصلحة المعتدى عليها تبعاً لدرجة جسامة الفعل ؛ فخلعت على الجرائم التي تمس حقوق الدولة أو مصالحها في مواجهة غيرها من الدول والتى تستهدف الاعتداء على استقلالها أو إعانة عدوها عليها أو زعزعة كيانها في المحيط الدولى وصف " الجرائم الماسة بأمن الدولة من جهة الخارج " بينما وصفت الجرائم التي تقع على حقوق الدولة ومصالحها تجاه المحكومين والتى تستهدف تغيير النظام السياسى الداخلى أو الإطاحة بالسلطة الحاكمة بوصف " الجرائم الماسة بأمن الدولة من جهة الداخل " وقد نهج

(ISSN : 2537 - 0758)

الشارع المصرى هذا النهج، في قوانين العقوبات، ثم تطرقت المحكمة على وجه الخصوص للإشارة إلى التشريع الإيطالي بقولها " وهذا هو ما حدا ببعض التشريعات الأجنبية كالتشريع الإيطالى إلى تسمية جرائم الأمن الخارجى بالجرائم " التي تقع ضد الشخصية الدولية للدولة " وإلى تسمية الجرائم الماسة بأمن الدولة من جهة الداخل بالجرائم " التي تقع ضد الشخصية الداخلية للدولة " إبرازاً لهذا المعيار رغم تعارض هاتين التسميتين مع الرأى الراجح في القانون العام من أن للدولة شخصية واحدة ".

ويلاحظ أن المحكمة أبرزت في حكمها أن تفرقة التشريع الإيطالي في التسمية بين الجرائم التي تقع ضد الشخصية الدولية للدولة وكذلك الجرائم التي تقع ضد الشخصية الداخلية للدولة في غير محلها لتعارض ذلك مع الرأي الراجح في القانون العام من أن للدولة شخصية واحدة ولكن التفرقة التي أقامها المشرع الإيطالي ورغم الخلاف على التسمية قد دفعت المحكمة إلى الاستعانة بما ورد في التشريع لتبرير وجهة نظرها أن عمل المخابرات العامة يشمل الحفاظ على الأمن الداخلي والخارجي للدولة.

الإشارة من جانب المحكمة الدستورية العليا إلى التشريعات المقارنة:

استشهدت المحكمة الدستورية العليا في أحكامها في بعض الحالات بما نصت عليه التشريعات المقارنة سواء كانت قوانين السلطة القضائية أو التشريعات المدنية أو الجنائية وذلك لدعم وجهة نظرها التي تبنتها وانتهت إليها في حكمها. ونعرض فيما يلي لهذه الصور:

الإشارة إلى التشريعات الأجنبية لإبراز الضمانات المتعلقة بالقضاة بشأن معاشاتهم:

فيما يتعلق بالضمانات المقررة للقضاة وبصفة خاصة الحق في المعاش. فقد أشارت المحكمة في العديد من أحكامها بما هو معمول به في النظم المقارنة والتي استقرت على تهيئة أسباب الحياة الكريمة والمستوي اللائق الذي يعين القاضي على النهوض بواجبه المقدس في ثقة واطمئنان، وأن تهيأ له كذلك معاشا ومزايا تأمينية تكفل له المعيشة في المستوي ذاته الذي كان يعيش فيه أثناء وجوده بالخدمة. وذلك بمناسبة الطلبات المثارة أمامها والمتعلقة بإعادة تسوية المعاشات الخاصة بقضاة المحكمة.

وقد أوردت المحكمة لدعم وجهة نظرها التي انتهت إليها ما هو معمول به في قانون السلطة القضائية بالولايات المتحدة الأمريكية وكذلك قانون المعاملة المالية للقضاة

بجمهورية جنوب إفريقيا وذلك بقولها " وحيث إن البادى من استقراء النظم المقارنة، أنها حرصت على تقرير معاملة مالية وتأمينية خاصة لرجال القضاء تتفق وما تمليه عليهم مناصبهم وأسلوب حياتهم من تكاليف وأعباء جسام، حيث نص البند الخامس من الباب الثامن والعشرين من قانون السلطة القضائية بالولايات المتحدة الأمريكية على أن " كل قاض يعمل بأى محكمة من المحاكم الأمريكية،.....، بعد بلوغه (٧٠) عامًا يجوز له الاستقالة من منصبه والحصول على الراتب نفسه الذي كان يتقاضاه بموجب القانون وقت الاستقالة، كما نص قانون المعاملة المالية للقضاة بجمهورية جنوب أفريقيا على استحقاق قضاة المحكمة الدستورية والمحكمة العليا بعد التقاعد معاشًا يساوى الراتب السنوى الذي كان يتقاضاه كل منهم في أعلى منصب شغله خلال مدة خدمته الفعلية التي يجب ألا تقل عن عشرين سنة[١].

ويلاحظ أن نهج المحكمة في هذه القضية المعروضة عليها والحكم الذي أصدرته مشابها بدرجة كبيرة للأحكام التي صدرت في قضايا مماثلة عن المحكمة الدستورية الرومانية والليتوانية والتشيكية والتي سبق الإشارة إليها، وإن كان الحكم لم يرد به إشارة إلى أي حكم أجنبي واقتصرت الإشارة فقط على بعض التشريعات الأجنبية ربما لعدم اتصال المحكمة بهذه الأحكام أو لأنها اكتفت فقط بهذه النصوص التشريعية التي استشهدت بها. والملاحظ هنا أن المحكمة قد استعانت بهذه الأحكام كحجة مقنعة لوجهة النظر التي تبنتها مستخدمة أسلوب " حتي هناك " لإضفاء مزيدا من الإقناع على حكمها

الاستعانة بالقوانين المقارنة لتوافقها في نفس الظروف والأوضاع لتبني نفس الموقف:

وفي حكم آخر استشهدت المحكمة بالأحكام الواردة في التشريعات المقارنة وعلي وجه التحديد التشريع الفرنسي والروماني وذلك في حكمها الصادر حكمت المحكمة بعدم

[١] على سبيل المثال، حكم المحكمة الدستورية العليا برقم ٢ لسنة ٣٤ قضائية " طلبات أعضاء ". الصادر في ٥/١٨ /٢٠١٤ ، حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوي رقم ٥ لسنة ٣٥ قضائية " طلبات أعضاء " الصادر في ٢٠١٤/٦/١، حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوي رقم ٢ لسنة ٣٦ قضائية " طلبات أعضاء ". الصادر في ٢٠١٥/٥/١ ، حكم المحكمة الدستورية العليا في الطلب المقيد بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٠ لسنة ٣٩ قضائية "طلبات أعضاء". بتاريخ ٢ /٢٠١٩/٢.

(ISSN : 2537 - 0758)

دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (١٨) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ بإنشاء بنك فيصل الإسلامى الذي يفرض التحكيم الإجباري قسرا على المخاطبين بأحكامه[١].

وأوضحت المحكمة أنه وإن كان قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام الصادر بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ قد نظم صُوراً بذاتها كان التحكيم فيها إجبارياً، هي تلك التي تقوم بين الدولة –بتنظيماتها المختلفة – وبين وحداتها الاقتصادية، إلا أن النزاع بين هذه الجهات لا يثور بين أشخاص اعتبارية تتناقض مصالحها أو تتعارض توجهاتها، إذ تعمل جميعها باعتبار أن ثمار نشاطها عائدة – في منتهاها– إلى المرافق العامة التي تقوم الدولة على تسييرها.....

كما استعرضت المحكمة في حكمها التطور التاريخي للطبيعة الرضائية للتحكيم موضحة ما نصت عليه الشريعة العامة في جمهورية مصر العربية وفقاً لأحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والتى يفصح عنها كذلك ما جاء بمضبطة الجلسة الحادية والخمسين لمجلس الشعب المعقودة في ٢٠ من يناير ١٩٩٤ إبان دور الانعقاد العادى الرابع للفصل التشريعى السادس قوامها أن التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح وليد الاتفاق، سواء أكان تحكيماً داخلياً، أم دولياً، مدنياً، أم تجاريا، وأن المحتكمين يجوز أن يكونوا من اشخاص القانون الخاص أو العام. كذلك يؤكد هذا القانون، أن التراضى على التحكيم والقبول به، هو المدخل إليه، وذلك من جهتين: أولاهما: ما تفيده المادة (٢٢) من هذا القانون ضمناً من انتفاء ولاية هيئة التحكيم وامتناع مضيها في النزاع المعروض عليها، إذا قام الدليل أمامها على انعدام أو سقوط أو بطلان اتفاق التحكيم، أو مجاوزة الموضوع محل بحثها لنطاق المسائل التي اشتمل عليها. ثانيهما: ما تنص عليه المادتان (٤، ١٠) من هذا القانون، من أن التحكيم في تطبيق أحكامه ينصرف إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة وذلك سواء كانت الجهة التي اتفق الطرفان على توليتها إجراءات التحكيم، منظمة أو مركزاً دائماً أو لم تكن كذلك، وسواء كان اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع أم لاحقاً لوجوده، وسواء كان هذا الاتفاق قائماً بذاته، أم ورد في عقد معين. ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤ في القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية "

واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد. بل إن المادة (٢٢) من هذا القانون صريحة في نصها على أن شرط التحكيم يعتبر اتفاقاً مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وأن بطلان العقد الذي أدمج هذا الشرط فيه، أو زوال هذا العقد بالفسخ أو الإنهاء، ليس بذى أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته.

وبعد أن استعرضت المحكمة الوضع على المستوي الوطني أفصحت بما يعني قد أجرت مقارنة في هذا الخصوص بقولها أن الأحكام التي أتى بها قانون التحكيم سالف البيان، لا ينافيها التنظيم المقارن، بل يظاهرها ويقوم إلى جوارها سواء في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي واتفاقية نيويورك التي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي كذلك، الاتفاقية المبرمة فيما بين الدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية.

وبعد أن استعرضت المحكمة الأحكام الواردة في الوثائق سالفة الذكر، انتقلت للإشارة إلى الوضع في القوانين المقارنة بقولها "...حيث إن القوانين الوطنية في عدد من الدول، تقرر كذلك أن الاتفاق مصدر للتحكيم. فقد عقد قانون المرافعات المدنية الفرنسى عدة فصول ضمنها كتابه الرابع منظماً بها شرط التحكيم واتفاق التحكيم، ومحدداً القواعد التي تجمعه ما، ومقرراً بموجبها أن شرط التحكيم هو كل اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد بعرض نزاعاتهم التي يمكن أن تتولد عنه، على التحكيم. ويجب أن يكون هذا الشرط مدوناً في العقد الأصلى، أو في وثيقة يحيل هذا الشرط إليها، وإلا كان باطلاً. ويبطل هذا الشرط كذلك إذا خلا من بيان أشخاص المحكمين أو أغفل تعيينهم بأوصافهم. ويعنى بطلان شرط التحكيم أن يعتبر كما لو كان غير مدون. ويجوز باتفاق مستقل، أن يحيل طرفان نزاعاً قائماً بينهما إلى محكم أو أكثر للفصل فيه، ولو كان عين النزاع منظوراً بالفعل أمام جهة قضاء. وكلما كان الفصل في النزاع موكولاً إلى محكمين وفقاً لاتفاق تحكيم، فإن عرضه على جهة قضاء، يلزمها أن تقرر عدم اختصاصها بنظره. ويكون الأمر كذلك ولو كان هذا النزاع لا يزال غير معروض على المحكمين، مالم يكن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان. واذا عارض أحد الطرفين المتنازعين في أصل الولاية التي يباشرها المحكم أو في مداها، كأن لهذا المحكم أن يفصل في صحة إسنادها إليه، وكذلك في نطاقها.

(ISSN : 2537 - 0758)

كذلك عدل القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٩٣ الصادر في رومانيا –بعد زوال التأثير الشيوعى من تنظيماتها القانونية – أحكام الباب السابع من قانون الإجراءات المدنية والتجارية، متبنيا نظاما للتحكيم يخول الأشخاص الذين يملكون مباشرة كامل حقوقهم، حرية الدخول فيه لتسوية نزاعاتهم المتعلقة بحقوقهم المالية باستثناء تلك المسائل التي لا يجوز التعامل فيها، ومقرراً كذلك أن التحكيم لا يتم إلا بمقتضى اتفاق يدون كتابة، وأن هذا الاتفاق إما ان يكون تفاهماً قائماً بذاته بين طرفين لمواجهة نزاع شجر بينهما بالفعل Compromise وإما أن يكون متخذاً شكل شرط بالتحكيم Compromissory Clause مندمجاً في عقد نافذ بين الطرفين المتنازعين، ويستقل في صحته عن العقد الذي يتضمنه، على أن يتناول هذا الشرط تخويل المحكمين فض ما قد يثور بينهما مستقبلاً من نزاع يكون ناشئاً عن ذلك العقد أو مرتبطاً به. ويعتبر اتفاق التحكيم مانعاً من مباشرة جهة القضاء لاختصاصها بنظر المسائل التي أحالها ذلك الاتفاق إلى التحكيم. ويكون لأعضاء هيئة التحكيم السلطة الكاملة التي يحددون من خلالها ما يدخل في اختصاصهم من المسائل، وذلك بقرار لا يجوز الطعن فيه إلا وفق الأحكام المنصوص عليها في الماده (٣٦٤) من هذا القانون.

وحيث إن النصوص القانونية السالف بيانها تؤكد جميعها أن التحكيم وفقاً لأحكامها لا يكون إلا عملاً إرادياً، وأن الطرفين المتنازعين إذ يبرمان فيما بينهما اتفاق تحكيم، ويركنان برضائهما إليه لحل خلافاتهما، ماكان منها قائماً عند إبرام هذا الاتفاق أو ما يتولد منها بعده، إنما يتوخيان عرض موضوع محدد من قبلهما على هيئة من المحكمين تتولى بإرادتهما الفصل فيه بما يكفل إنهاء نزاعهم بطريقه ميسرة في إجراءاتها وتكلفتها وزمنها، ليكون التحكيم بذلك نظاماً بديلاً عن القضاء، فلا يجتمعان. يؤيد ذلك أن الآثار التي يرتبها اتفاق التحكيم من نوعين، آثار إيجابية قوامها إنفاذ هذا الاتفاق من خلال عرض المسائل التي يشتمل عليها على محكمين، وأن يبذل الطرفان المتنازعان جهدهما من أجل تعيينهم وتسهيل أدائهم لواجباتهم والامتناع عن عرقلتها. وآثار سلبية جوهرها أن اتفاق التحكيم يعزل جهة القضاء ويمنعها من الفصل في المسائل التي أحيلت إلى المحكمين. بل إن الاتجاه السائد اليوم يخولهم عند إنكار ولايتهم، تقرير الإختصاص بما يدخل في نطاقها la Competence de leur Competence، وإن كان ذلك لا

يحول بين جهة القضاء وبين أن تفرض رقابتها – في الحدود التي يبينها القانون – على قراراتهم التي تنتهي بها الخصومة كلها، سواء في مجال الفصل في ادعاء بطلانها، أو بمناسبة عرضها عليها لضمان التقيد بها.

مما تقدم نجد أن المحكمة قد وسعت من نطاق المقارنة في هذا الحكم ولم تقتصر فقط على القواعد الواردة على المستوي الدولي بل أيضا استعانت بما نصت عليه بعض التشريعات المقارنة في هذا الخصوص التي تتوافق مع التشريع الوطني لدعم وجهة نظرها التي انتهت إليها.

وفي حكم آخر حديث نسبيا للمحكمة الدستورية لعليا تعرضت لفحص دستورية نص المادة نص المادة (٢٧٦) من قانون العقوبات الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ والذي يقضي بأن " الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هي القبض عليه حين تلبسه بالفعــل أو اعترافــه أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم".

ولقد استعرضت المحكمة الأصل التاريخي للنص التشريعي المطعون عليه وذلك بقولها " وحيث إن الأصل التاريخى للنص المطعون فيه يعود إلى نص الفقرة الثالثة من المادة (٣٣٨) من قانون العقوبات الفرنسى القديم، الذي حصر الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا في حالة التلبس بالزنا، وحالة الإثبات بالرسائل والمستندات المنسوب كتابتها للمتهم "، وحيث إن الأصل التاريخى للنص المطعون فيه يعود إلى نص الفقرة الثالثة من المادة (٣٣٨) من قانون العقوبات الفرنسى القديم، الذي حصر الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا في حالة التلبس بالزنا، وحالة الإثبات بالرسائل والمستندات المنسوب كتابتها للمتهم، وهو عين ما نصت عليه المادة (٢٥٤) من قانون العقوبات الأهلى المصرى الصادر سنة ١٨٨٣، وقد تبنى المشرع في قانون العقوبات الأهلى الصادر بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٠٤، القاعدة ذاتها، في المادة (٢٣٨)، وأضاف إلى هاتين الحالتين، حالة اعتراف المتهم، وحالة وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم. وهو النص عينه الذي تبناه قانون العقوبات الحالى الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧، في المادة (٢٧٦) منه.

(ISSN : 2537 - 0758)

ولقد رأت المحكمة أن وقد ابتنى هذا التمييز على أساس من الدين، دون مبرر موضوعى، بالمخالفة لأحكام المادتين (٤) و(٥٣) من الدستور، التي حظرت ثانيتهما، على نحو جازم، كافة صور التمييز بين المواطنين، وفى مقدمتها التمييز بسبب الديـن، أو العقيدة، لما لهـــذه الصـــورة أو تلك من أهمية عظمى تمثل إحدى القيم الجوهرية التي تؤمن بها المجتمعات المتحضرة، وحرصت على التأكيد عليها في مواثيقها الدولية، ومن بينها ما رددته المادة (٢) من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة، بموجب القرار رقم ٢١٧ (د-٣) بتاريخ ١٩٤٨/١٢/١٠. لما كان ذلك، وكان النص المطعون فيه قد أهدر الحماية الجنائية المتعينة لمنزل غير المسلم عند ارتكاب زوجته جريمة الزنا فيه، وأقرها في الحال ذاته لمنزل المسلم، فإنه يكون قد اتخذ من الدين أساسًا لإقامة تمييز تحكمى جائر، بين حرمة منازل المواطنين عند تحديد المسئولية الجنائية لشريك الزوجة الزانية، لا يستند إلى أسس موضوعية، فضلاً عن تبنيه تقسيمًا تشريعيًّا بين المواطنين لا يرتكـن إلـى أسس أو مقاييس منطقية، ويخل في الوقت ذاته بحقهم في الحماية القضائية، وذلك بالمخالفة لأحكام المواد (٤ و٥٣، ٩٧) من الدستور وكان النص المطعون فيه قد انطوى على تمييز في الحماية الجنائية بين الأسر المصرية بحسب ديانة الزوج صاحب المنزل الذي ارتكبت فيه الزوجة جريمة الزنا، بقصره تلك الحماية على منزل المسلم، وحجبها عن غيره، دون مبرر موضوعى، فإنه فضلاً عن إخلاله بالالتزام الدستوري الواقع على كاهل الدولة، بكافة أجهزتها، في هذا الشأن، فإن الوسيلة التي حددها المشرع – بموجب النص المطعون فيه – لا تؤدى إلى تحقيق الغرض الذي توخاه من تجريم الزنا، بحماية جميع الأسر المصرية، أيًّا كانت ديانتها، وذلك بالمخالفة لأحكام المادة (١٠) من الدستور.[١]

وهنا يتضح لنا أن المحكمة في سبيل فحصها لدستورية هذا النص عادت إلى الأصل التاريخي له الموجود بالقانون الفرنسي واستشهدت كذلك في حكمها بما هو معمول به في المجتمعات المتحضرة على حسب قولها من منع كافة صور التمييز بين المواطنين، وفى مقدمتها التمييز بسبب الديـن، أو العقيدة.

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢٠٢٠/٦/٦ في القضية رقم ٢٤٨ لسنة ٣٠ قضائية "دستورية".

الاستشهاد الصريح بأكثر من حكم أجنبي كحجة مقنعة لدعم وجهة نظر المحكمة في ذات الحكم:

في هذا النوع من الاستشهادات استعانت المحكمة بحكمين أجنبيين وذلك من أجل تدعيم وجهة النظر التي انتهت إليها، حيث أشارت صراحة إلى قرار للمجلس الدستوري الفرنسي وكذلك إلى حكم المحكمة العليا الأمريكية ولم تكتف فقط بالإشارة العابرة لكليهما ولكنها اقتبست الفقرة المدعمة لوجهة نظرها وأوردتها داخل الحكم نفسه. وهو الأمر الذي لم تدرج عليه المحكمة كثيرا في الأحكام الخاصة بها.

وقد استعانت المحكمة بهذه الأحكام الأجنبية في مجال المسئولية العقدية [1]، حيث تقول المحكمة إن الأصل في العقود – وباعتبارها شريعة المتعاقدين تقوم نصوصها مقام القانون في الدائرة التي يجيزها – هو ضرورة تنفيذها في كل ما تشمل عليه، فلا يجوز نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين أو وفقاً للقانون. وكلما نشأ العقد صحيحاً ملزماً، كان تنفيذه واجباً، فقد إلتزم المدين بالعقد، فإذا لم يقم بتنفيذه، كان ذلك خطأ عقدياً سواء نشأ هذا الخطأ عن عمد أو إهمال أو عن مجرد فعل لا يقترن بأيهما.

ومن ثم تظهر المسئولية العقدية باعتبارها جزاء إخفاق المدين في تنفيذ عقد نشأ صحيحاً ملزماً، وهي تتحقق بتوافر أركانها؛ وليس ثمة ما يحول بين المشرع وبين أن يقيم مسئولية جنائية إلى جانبها، فلا يكون اجتماعهما أمراً عصياً أو مستبعداً، بل متصوراً في إطار دائرة بذاتها، هي تلك التي يكون الإخلال بالإلتزام العقدى فيها قد أضر بمصلحة اجتماعية لها وزنها. وهو مايعنى أن الدستور لا يتضمن قاعدة كلية أو فرعية يمكن ردها إلى النصوص التي انتظمها أو ربطها بها، تحول دون تدخل المشرع لتأثيم

---

[1] وتتلخص هذه القضية في الدعوي المثارة أمام المحكمة والتي تتعلق بالدفع بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر والتي تنص على أن " ويعاقب بذات العقوبة المالك الذي يتخلف دون مقتض عن تسليم الوحدة في الموعد المحدد فضلا عن إلزامه بأن يؤدي للطرف الآخر مثلي مقدار المقدم وذلك دون إخلال بالتعاقد وبحق المستأجر في استكمال الأعمال الناقصة وفقا لحكم الفقرة الأخيرة من المادة (١٣) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧.وقد أسس المدعي نعيه على مجموعة من الدفوع منها غموض النص العقابي المطعون عليه.
حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوي رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية " الصادر في ١٩٩٧/٩/١٥.

(ISSN : 2537 - 0758)

واقعة النكول عن تنفيذ إلتزام لم ينشأ مباشرة عن نص القانون، وإنما كان العقد مصدره المباشر، وبشرط أن يكون هذا التأثيم مُحدِّدا بصورة واضحة لعناصر الجريمة التي أحدثها المشرع.

وهذه القاعدة ذاتها هي التي صاغها المجلس الدستوري الفرنسي[١]، وعلي جانب آخر من الحكم وفي سبيل تدعيم وجهة نظرها وفيما يتعلق بالحرية الشخصية استشهدت بالحكم الصادر عن المحكمة العليا الأمريكية في متن الحكم أيضا حيث تقول "أن الحرية الشخصية التي يكفلها الدستور، لا تخول أى فرد حقاً مطلقاً في أن يتحرر نهائياً في كل وقت، وتحت كل الظروف، من القيود عليها، بل يجوز كبحها بقيود تتعدد جوانبها تقتضيها أوضاع الجماعة وضرورة صون مصالحها، وتتطلبها كذلك أسس تنظيمها، دون إخلال بأمن أعضائها "[٢].

ويتضح لنا من العرض السابق أن الاستشهاد بالأحكام الأجنبية في القضية المذكورة جاء صريحا وواضحا، كما يتضح لنا أنه كان هناك تعدد في الاستشهاد من الأنظمة القضائية الأخرى بما يمكننا التعبير عنه ب " الاستشهاد الجيد " حيث استعانت المحكمة بالأحكام الأجنبية بما يدعم وجهة نظرها التي انتهت إليها، فعند حديثها عن المسئولية العقدية استشهدت بالمجال الدستوري الفرنسي وربما الدافع في وجهة نظري تشابه الأنظمة القانونية في الأساس بين القانون الفرنسي والمصري، وعندما أرادت التأكيد على الحريات الشخصية استعانت بالمحكمة العليا الأمريكية ولذلك يمكن أن نصف استشهاد المحكمة في هذه الحالة بالاستشهاد الجيد وتوظيف المواد الأجنبية في موعدها.

وفي حكم آخر للمحكمة الدستورية العليا استشهدت بقرار المجلس الدستوري الفرنسي وذلك في الدعوي المتعلقة بالجمعيات والتنظيمات النقابية، حيث أشارت المحكمة إلى أهمية مبدأ الحرية النقابية باعتباره لازماً لاستقرار العمال وتطوير أوضاعهم، على تقدير أن حق العمال –وأياً كان قطاع عملهم، ودون تمييز فيما بينهم– في تكوين منظماتهم التي يختارونها، غير مرتبط بآرائهم السياسية أو معتقداتهم أو انتماءاتهم، ودون إخلال

---

[١] وقد أشارت المحكمة في متن الحكم الصادر عنها لقرار المجلس الدستوري الفرنسي وقد اقتبست الفقرة المستشهد بها وقامت المحكمة بتوثيق القرار الصادر عن المجلس الدستوري الفرنسي عن طريق الإشارة لرقم القرار وسنة إصداره.

[٢] أشارت المحكمة في توثيقها للحكم الأمريكي ولكن شاب هذا التوثيق خطأ مادي حيث ذكرت أن سنة إصدار الحكم ١٩٥٠ ولكن التاريخ الصحيح لصدور الحكم عام ١٩٠٥.
Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905).

بحق النقابة ذاتها في أن تقرر بنفسها أهدافها، ووسائل تحقيقها، وطرق تمويلها، وإعداد القواعد التي تنظم شئونها. ولا يجوز بوجه خاص، إرهاقها بقيود تعطل مباشرتها لتلك الحقوق، أو تعلق تمتعها بالشخصية الاعتبارية على قبولها الحد منها، ولا أن يكون تأسيسها رهناً بإذن من الجهة الإدارية، ولا أن تتدخل هذه الجهة في عملها بما يعوق إدارتها لشئونها، ولا أن تُحل نفسها محل المنظمة النقابية فيما تراه اكفل لتأمين مصالح أعضائها، ولا أن تقرر إنهاء وجودها عقاباً لها. ولقد انتهت المحكمة إلى عدم دستورية المادة (٤٩) من القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٤ بإنشاء نقابة المهن الفنية التطبيقية، فيما نصت عليه من أن يكون الطعن في قرارات الجمعية العمومية للنقابة الفرعية موقعاً عليه من خمسين عضواً على الأقل ممن حضروا اجتماعها، ومصدقاً كذلك من الجهة الإدارية ذات الاختصاص على توقيعاتهم التي مهروا بها تقرير الطعن.

ولقد استشهدت المحكمة صراحة بقرار للمجلس الدستوري الفرنسي – كحجة مقنعة– والذي انتهي المجلس من خلاله إلى أن تقرير ما إذا كان التنظيم النقابى صحيحاً أم باطلاً، لا يجوز أن يكون معلقاً على تدخل مسبق، لا من الجهة الإدارية، ولا من قبل السلطة القضائية، ولو بدا هذا التنظيم مشوباً بالبطلان، أو كان قد تقرر لغرض غير مشروع[١].

ولقد استشهدت المحكمة الدستورية العليا مرة أخري بقرار المجلس الدستوري الفرنسي وذلك لتدعيم وجهة النظر التي انتهت إليها بشأن التناسب بين المصلحة الضريبية للدولة موازنتها بالعدالة الاجتماعية بوصفها مفهوماً وإطاراً مقيداً لنصوص هذا القانون، فلا يكون دين الضريبة –سواء بالنسبة إلى من يلتزمون أصلاً بها، أو يكونون مسئولين عنها– متمحضاً عقاباً بما يخرجها عن بواعثها الأصلية والعرضية، ويفقدها مقوماتها بالتالى لتنحل عدماً.

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية " الصادر في ٣ /١٩٩٦/٢.

La constitution d"associations, alors meme qu, elles paraitraient entachées de nullité ou auraient un objet illicite, ne peut etre soumise pour sa validité a l"intervention préalable de l"autorité administrative ou meme de l"autorité judiciare. (17 - 44 DC, 61 juillet 1791, cons. 2, Rec.p.29).

(ISSN : 2537 - 0758)

وأكدت المحكمة على أنه لا يجوز أن تعمد الدولة كذلك –استيفاء لمصلحتها في اقتضاء دين الضريبة – إلى تقرير جزاء على الإخلال بها، يكون مجاوزاً –بمداه أو تعدده– الحدود المنطقية التي يقتضيها صون مصلحتها الضريبية، وإلا كان هذا الجزاء غلواً وإفراطاً، منافياً بصورة ظاهرة لضوابط الاعتدال، واقعاً عملاً – وبالضرورة – وراء نطاق العدالة الاجتماعية، ليختل مضمونها بما ينافى القيود التي فرضها الدستور في مجال النظام الضريبى. وهو ما نحا إليه المجلس الدستوري الفرنسى بما قرره من أن القانون المالى إذ فرض –بنص المادة (٩٢)– على من يذيعون حقائق الدخل الخاص بأحد الأشخاص– من خلال إفشائهم لسريتها بالمخالفة لأحكامها – غرامة مالية يتعين دوماً توقيعها، وتعادل في مبلغها مقدار هذا الدخل، إنما يفقدها في عديد من الأحوال– وبصورة صارخة – تناسبها مع الأفعال التي ارتكبوها – ويتعين لهذا الاعتبار وحده – ودون ما ضرورة للخوض في غيره من مناحى الطعن على تلك المادة – تقرير عدم دستوريتها[١].

وفي حكم آخر حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٦٩٥ لسنة ١٩٨٣ وكذلك قرار وزير المالية رقم ٢١٨ لسنة ١٩٨٣ بشأن القواعد التنفيذية لقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٦٩٥ لسنة ١٩٨٣، وذلك فيما تضمناه من سريان أحكامهما بأثر رجعى. حيث أشار الحكم إلى أن المادة (١١٩) من الدستور تقضى في فقرتها الأولى بأن إنشاء الضرائب العامة وتعديلها أو إلغاءها لا يكون إلا بقانون، ولا يعفى أحد من أدائها إلا في الأحوال المبينة في القانون. وتنص فقرتها الثانية على أنه لا يجوز تكليف أحد أداء غير ذلك من الضرائب أو الرسوم إلا في حدود القانون. كما أوضح الحكم أن مفاد نص المادة (١١٩) المشار إليها، أن الدستور– وتقديراً من جهته لخطورة الآثار التي ترتبها الضريبة العامة، وبوجه خاص من زاوية

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٣ /١٩٩٦/٢. في القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية".
جدير بالإشارة أن المحكمة الدستورية إلى جانب استشهادها بقرار المجلس الدستوري الفرنسي صراحة في هذا الحكم إلا أنها أشارت لمصطلحات باللغة الانجليزية في مواضع عديدة من الحكم المشار إليه مما يعني ضمنا أن المحكمة قد استعانت إلى جانب القرار المشار إليه صراحة على الأرجح بكتابات فقهية أو أحكام قضائية تعالج المسألة المتعلقة بالدعوي المعروضة أمامها والخاصة بالضريبة والقانون المالي. ولكنها لم إليها صراحة وبالتالي يمكن القول بأنها جمعت بين الاستشهاد الصريح والضمني بالأحكام الأجنبية في حكم واحد.

جذبها لعوامل الإنتاج أو طردها أو تقييد تدفقها، وما يتصل بها من مظاهر الانكماش أو الانتعاش– قد مايز بينها وبين غيرها من الفرائض المالية، فنص على أن أولاًهما لا يجوز فرضها أو تعديلها أو إلغاؤها إلا بقانون، وأن ثانيتهما يجوز إنشاؤها في الحدود التي يبينها القانون.

وفي إطار حديث المحكمة عن حدود ممارسة السلطة التنفيذية لاختصاص فُوِّض إليها فقد ذكرت المحكمة أن السلطة التنفيذية تتقيد دوما بشروط هذا التفويض وحدوده وكان تقرير أثر رجعى للقواعد القانونية جميعها – سواء في ذلك ما تقره السلطة التشريعية منها أو ما يصدر عن السلطة التنفيذية – لا يجوز أن يفترض بالنظر إلى خطورة الآثار التي تحدثها الرجعية في محيط العلائق القانونية، وما يلابسها – في الأعم من الأحوال – من إخلال بالحقوق وباستقرار التعامل.

ولقد استشهدت المحكمة الدستورية العليا لتدعيم ما قررته وكحجة مقنعة لوجهة نظرها بصورة صريحة بحكم للمحكمة العليا الأمريكية التي انتهت من حيث أنه" أن كل تفويض يخول السلطة التنفيذية إصدار القواعد القانونية التي يقتضيها تنظيم موضوع معين، لا يجوز أن يفسر على نحو يمنحها الاختصاص بتقرير رجعيتها دون سند من نصوص التفويض ذاتها؛ فقد صار لازماً إبطال الأثر الرجعى لنصوص قانونية أصدرتها السلطة التنفيذية بناء على تفويض لا يخولها – بالنصوص التي تضمنها – هذا الاختصاص"[1].

وفي رأيي الشخصي أن استشهاد المحكمة الدستورية العليا في أحكامها على الأخص بالمحكمة العليا والمجلس الدستوري الفرنسي يعود في المقام الأول لما يتمتعان به من خبرة وأسبقية في مجال الفصل في القضايا الدستورية. فكما ذكرنا سابقا أن فكرة السمعة والأسبقية تلعبان دورا بالغ الأهمية في هذه المسألة فضلا عن الخلفية التعليمية للقضاة وتأثرهم بهذه الدول، وكذلك ما يفسر انحسار الاستشهاد على هذين النظامين مثلا وعدم الاستشهاد بالأحكام الألمانية على الرغم من جودتها يرجع إلى افتقار قضاة المحكمة للغة المطلوبة فضلا عن صعوبة اللغة نفسها وعدم فهم السياق الخاص بالأحكام وكذلك النصوص التشريعية.

(1) Bowen, secretary of health and human services v. Georgetown universty hospital. Decided december 12, 1988.

(ISSN : 2537 - 0758)

ثانيا: التأثير الضمني "الخفي" للأحكام الاجنبية والقانون المقارن في قضاء المحكمة الدستورية العليا:

كما أوضحنا مسبقا أن مصر تنتمي لدول القانون المدني والتي كما عرضنا سابقا نهجها في الاستشهاد بالأحكام الأجنبية والقانون المقارن والتي تم وصفها في فرنسا بأنها تفعل ذلك ولا تعترف أي أن المحكمة تستعين بالأحكام الأجنبية والمواد المقارنة في أحكامها دون أن تعلن ذلك صراحة في كثير من الحالات.

ولذلك نجد أن معظم الاستشهادات من جانب المحكمة الدستورية العليا المصرية لم تكن صريحة في أغلب الأحوال وهو الأمر الذي يمكن لنا القول معه أن هناك تأثير خفي " ضمني " لهذه السوابق والتشريعات على أحكام المحكمة وهو ما يمكن لنا أن نستنتجه من خلال النقاط التالية:

أولا: وردت الكثير من الاستشهادات من جانب المحكمة الدستورية العليا المصرية مستخدمة مصطلح "الأنظمة المقارنة" [١]، وكذلك مصطلح "القوانين الوطنية في عدد من الدول"، كما استعانت بمصطلح "يستخلص القضاء في بعض الدول"، ومصطلح "القضاء المقارن" [٢]، وكذلك مصطلح "وغيرها من الضمانات المعمول بها في كثير من الأنظمة الدستورية المقارنة"[٣]، واستخدمت أيضا مصطلح "في ظل النظم القانونية الحديثة" [٤]، ومصطلح "وهو ما ورد في بعض القوانين المقارنة"[٥]، ومصطلح "وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة"[٦]، ومصطلح " ما اجتمعت عليه الدساتير المقارنة"[٧]،

---

[١] درجت المحكمة على استخدام هذا المصطلح في أحكامها الخاصة بالطلبات المتعلقة بإعادة تسوية المعاش للقضاة والتي سبقت الإشارة إليها.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩ ديسمبر ٢٠٠٤ في القضية رقم ٨٢ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية، حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٤/٧/ ٢٠١٨في القضية رقم ١٦١ لسنة ٢٦ قضائية " دستورية ".

[٣] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية بجلسة ١ أكتوبر ٢٠٠٧ في القضية رقم ٧٦ لسنة ٢٩ قضائية.

[٤] حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٢ مايو ٢٠٠٢ في القضية رقم ٥٠ لسنة ٢١ قضائية " دستورية ".

[٥] حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية " دستورية ".

[٦] حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٣ يناير ٢٠٠٨ في القضية رقم ٧٨ لسنة ٢٥ قضائية " دستورية ".

[٧] حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢٠١٧/٦/٣ في القضية رقم ١٣ لسنة ٢٩ قضائية "دستورية".

ومصطلح "المبادئ التي رددتها النظم القانونية على اختلافها"[١]، ومصطلح "الاتجاهات المعاصرة للسياسة الجنائية"[٢]، وهو ما يعني أن المحكمة قد وسعت من نطاق المقارنة لتشمل أكثر من نظام ولكنها في نفس الوقت لم تفصح عن هذه الأنظمة تماما وهو الأمر الذي يعني أنه اتصل علمها حتما بما هو معمول به في الأنظمة المقارنة.

ثانيا: يمكن لنا أن نستخلص هذا التأثير الخفي بالنسبة للأحكام الأجنبية وكذلك الكتابات الفقهية الأجنبية من خلال تضمين الحكم الصادر من المحكمة للمصطلحات الأجنبية (الانجليزية والفرنسية) وهو من وجهة نظري يعني أن المحكمة قد استعانت ضمنا بحكم أجنبي أو مؤلف أو مقال علمي لأحد القضاة أو الفقهاء أو حتي اتفاقية دولية [٣]، ولكنها لم تشر مطلقا لمصدر هذا الاستدلال، وهو الأمر الذي تكرر كثيرا في العديد من الأحكام التي أصدرتها المحكمة[٤]، وإن كانت في بعض أحكامها كانت تعتاد أن تذكر النص بلغته الأصلية وتدرج ترجمته بالعربية داخل الحكم وقد تكرر ذلك كثيرا في العديد من أحكامها وبصفة خاصة ادراج بعض العبارات من الاتفاقيات الدولية وإدراج ترجمتها بالعربية[٥].

ثالثا: يتضح لنا حتي من كتابات أعضاء المحكمة الدستورية وكذلك أعضاء هيئة المفوضين كثرة استشهادهم بالمواد الأجنبية في كتاباتهم ومؤلفاتهم العلمية – خارج نطاق أحكام المحكمة – من خلال مقالاتهم المنشورة بالمجلة التي تصدرها المحكمة أو من

---

[١] في إشارة للمبادئ المتماثلة بين الأنظمة القانونية مثل مبدأ عدم جواز معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد. حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢ يناير ١٩٩٣ في القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية "دستورية".

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢ يونيو ٢٠٠١ في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية " دستورية ".

[٣] على سبيل المثال حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥ في القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية"، حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في الدعوي رقم ٣٠ لسنة ١٦ " قضائية " الصادر في ١٩٩٦/٤/٦، حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ في القضية رقم ١٣٧ لسنة ١٨ قضائية دستورية.

[٤] على سبيل المثال، حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٤ يناير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية، حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤ في القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية"، حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ في القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية " دستورية"، حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٥ سبتمبر ١٩٩٧ في القضية رقم ١٣٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية".

[٥] على سبيل المثال حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٦ إبريل ١٩٩٦ في القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية ".

(ISSN : 2537 - 0758)

خلال المؤلفات العلمية والتي تتنوع بين الإشارة إلى التشريعات والأحكام الأجنبية، وبصفة خاصة الصادرة عن المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة العليا الأمريكية والمحكمة الفيدرالية الألمانية وهو ما يؤثر حتما في عملية إصدار الأحكام حتي ولو لم يتم الإفصاح عن ذلك صراحة في الحكم[١].

كما يتعرف قضاة المحكمة على الوضع المقارن من خلال الكتابات الفقهية التي تتناول الإشارة للسوابق الأجنبية والقانون المقارن والتعليق عليها. وقد تكون هذه الكتابات أيضا من بين مصادر التأثير الضمني أو الخفي على الأحكام التي تصدرها المحكمة.

وبصفة عامة يمكن لنا أن القول بأن الفترة التي شهدت استشهادا صريحا بالأجنبية وبالتحديد من المحكمة العليا الأمريكية والمجلس الدستوري ويبررها في وجهة نظري ما تتمتع به هذه الهيئات من سمعة وأسبقية في التعرض لقضايا معينة لم يكن ظاهرا بوضوح إلا في تلك الفترة التي أشرنا لها مسبقا في العقد الأخير من القرن الماضي. ثم بعد ذلك اقتصرت هذه الاستشهادات فيما بعد ذلك على التشريعات والدساتير المقارنة بصورة صريحة أو ضمنية وبقيت المحكمة تستشهد بأحكامها السابقة في مجال الحقوق والحريات والتي شهدت كثافة في الاستشهاد بالمواد الأجنبية على مختلف صورها.

وبعد أن استعرضنا نهج القضاء الدستوري المصري في الاستشهاد بالأحكام الأجنبية والمواد المقارنة منذ بداية نشأته حتى الآن وقبل ذلك استعرضنا نهج القضاء الدستوري المقارن في هذه المسألة يمكن لنا إبداء بعض الملاحظات تتعلق بمسلك القضاء الدستوري المصري تتلخص في الآتي:

يمكن أن نصف نهج القضاء الدستوري المصري في مسألة الاستشهاد بالأحكام والمواد المقارنة منذ نشأته حتى الآن بالنهج المتحفظ أو المتردد حيث لم تظهر الاستشهادات الأجنبية بكثافة من خلال أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية إلا نادرا وفي فترات معينة من عمل المحكمة وهو النهج الذي نوهنا عنه سابقا بالنسبة لدول القانون المدني.

---

[١] أنظر على سبيل المثال: مقال المستشار الدكتور / طارق عبد القادر، أثر القضاء بعدم دستورية نص جنائي على الأحكام القضائية الباتة، مجلة الدستورية، العدد التاسع والعشرون ومقال المستشار الدكتور / محمد عماد النجار، الاختصاص بتفسير أحكام الدستور، مجلة الدستورية، العدد التاسع والعشرون (عدد الكتروني)، المستشار الدكتور / حسام فرحات أبو يوسف، من قضاء المحكمة العليا الأمريكية في العام القضائي ٢٠٠٨/٢٠٠٧، العدد الرابع عشر أكتوبر ٢٠٠٨، المستشار الدكتور / عبد العزيز سالمان، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، العدد التاسع والعشرون، مجلة الدستورية أكتوبر ٢٠٢١.

لعل ما يبرز هذا الأمر أن المحكمة قد أصدرت منذ إنشائها حتى لحظة كتابة هذه السطور عددا كبيرا من الأحكام لم تظهر خلالها الاستشهادات الأجنبية بمختلف صورها إلا في عدد ضئيل للغاية في هذه الأحكام. فضلا عن أن هذه الاستشهادات كان لها تأثيرا خفيا على الأحكام الصادرة عن المحكمة.

ويمكن أن نقول إن أحد هذه الأسباب التي أدت إلى قلة الاستشهاد بالسوابق الأجنبية والقانون المقارن هو السبب المتعلق بمسألة عدم جواز إبداء القضاة لآراء فردية أو منفصلة في القضايا المعروضة على المحكمة، وقد استعرضنا من قبل أن الآراء الفردية أو المنفصلة شهدت الاستعانة بالمواد الأجنبية في تطبيقات القضاء الدستوري المقارن السالف ذكرها.

وإذا تحدثنا عن الوضع داخل المحكمة الدستورية العليا المصرية نجد أنه لا يجوز لقاضي المحكمة الدستورية العليا أن يعلن عن موقفه من الحكم الصادر عنها في نزاع معين، ولو كان رأيه صوابا، وحجته أكثر اقناعا، وفهمه لواقع النزاع وبصره بجوانبها، حديدا[١].

وإنما يظل رأيه مكتوما، ودعائمه غائبة عن أن تتصل يد بها، والحقيقة التي آمن بها مطمورة في زوايا النسيان، فلا يكون لاجتهاده من فائدة، ولا إحاطته بأبعاد موضوع معين منتجا. وعليه بالتالي أن ينضم إلى القضاة الذين خالفهم، وأن يوقع الحكم معهم، وكأنهم جميعا متفقون فيما بينهم على مضمونه وأبعاده[٢].

ولقد هاجم رئيس المحكمة الدستورية الأسبق هذا النهج الخاص بسرية المداولة وعدم جواز إبداء الرأي المخالف وأسس وجهة نظره التي أراها جديرة بالتأييد على أن هذا المنهج من شأنه أن يجعل سرية المداولة هي الذريعة التي يتخفي وراءها بعض القضاة الذين يتسلبون من واجباتهم، فلا يعيرونها التفاتا، قانعين بأن تدير الحوار وتوجهه قلة

---

[١] لم يورد قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية نصا يتناول كيفية صدور الحكم الدستوري، وأسلوب هذا الإصدار والمرجع في ذلك يكون إلى قانون المرافعات الذي ينص على سرية المداولة وعدم إبداء الرأي المخالف.

[٢] أنظر: المستشار الدكتور / محمد عوض المر، مرجع سابق، ص ١٣٢، وراجع أيضا الانتقادات التي عرضها بشأن المحاذير المحيطة بسرية المداولات ص ١٣٢ وما بعدها.

(ISSN : 2537 - 0758)

من بينهم. فلا يتحاجون إلى مبادلتها عمق بعمق، ولا إلى الرد على حججها بما يقابلها وإنما يؤثرون صمتا أو دورا متضائلا. بدلا من أن يكون جهدهم علما نافعا[1].

يضاف إلى ما تقدم مسألة العوائق اللغوية لدي قضاة المحكمة لعدم اتقان اللغة الأجنبية وفهم السياق الخاص بالحكم أو النص المستشهد به. كما يصطدم القاضي في بعض الحالات بمسألة صعوبة اللغة في حد ذاتها والتي تمنعه بلا شك من الاستشهاد بهذه الأحكام.

ويمكن أن نضيف سببا لذلك أيضا وهو يتعلق بالقضية المنظورة أمام المحكمة فقد لا يجد القاضي نفسه في حاجة إلى اللجوء للقانون والقضاء المقارن لامتلاكه الحلول اللازمة لهذه الدعاوي المثارة أمامه. فكما اتضح لنا من قبل أن الاستشهادات بالأحكام الأجنبية والمواد المقارنة ليست هدفا في حد ذاتها بقدر أنها تساعد القاضي في بعض الحالات في القضايا المعروضة أمامه وتتيح له التعرف على الكيفية التي تصرف بها نظام قضائي آخر بشأن قضية صعبة أو مماثلة تعرض عليه.

وفي الختام نلاحظ أيضا أن مسلك القضاء الدستوري المصري في مسألة الاستشهاد بالأحكام الأجنبية والمواد المقارنة أنه لا توجد منهجية واضحة متماسكة في هذا الشأن كما هو الحال بالنسبة لمعظم العالم، وفي الغالبية العظمي من الأحكام لا يتم اللجوء لهذه الأحكام والمواد المقارنة إلا من أجل للبحث عن حلول أو تدعيم لوجهة نظر المحكمة كحجة معززة للنتيجة التي توصلت إليها، وهو ما يدفعنا للتأكيد على أن استخدام هذه الحجة المقارنة من جانب المحكمة على سبيل المناقضة والاختلاف ولإظهار خصوصية النظام المصري لم تظهر في أحكام المحكمة وإنما جاءت كل الاستشهادات تقريبا لدعم وجهة نظر المحكمة كحجة مقنعة.

---

[1] أنظر في الرد على هذه الانتقادات والمحاذير مقال المستشار الدكتور/ عبد العزيز سالمان، أسلوب واجراءات إصدار الحكم الدستوري، مقال منشور بمجلة الدستورية، العدد الثامن والعشرون، إبريل ٢٠٢١، حيث يري أن السماح لكل قاض من قضاة الدائرة بإعلان رأيه يعد عاملا من عوامل التعقيد في التقاضي لأن الأحكام تميل إلى أن تصبح أكثر طولا. فضلا عن وجود الرقابة الداخلية والذاتية للمحكمة التي من شأنها أن تمنع الاتكالية وعدم اجتهاد القضاة في البحث وتسبيب الأحكام.

خاتمة

تناول هذا البحث الحديث عن مدي تأثير الأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري المقارن على الأحكام التي يصدرها القاضي الدستوري الوطني. ولقد حظيت هذه الظاهرة الخاصة بعمل "نقل الأفكار الدستورية" أو "الاستعارة الدستورية" كما أطلق عليها البعض وما إلى ذلك من مسميات عديدة جدلا كبير على المستوي الفقهي والقضائي والسياسي أيضا على المستوي العالمي، وهو ما دفعنا لبحث هذه الفكرة أولا في ضوء الآراء الفقهية المؤيدة لهذه الظاهرة والآراء المعارضة لها، والعرض للضوابط المنظمة لهذه الظاهرة والعوامل المحفزة لها والمخاطر المحيطة بها، وكذلك التعرف على الآلية التي يتعامل بها القضاء الدستوري المقارن في هذه المسألة وكيفية الاستشهاد بالأحكام الأجنبية والمواد المقارنة. كما تناولنا بعد عرض الفكرة على القضاء الدستوري المقارن الوضع في القضاء الدستوري الوطني والمراحل التي مرت بها هذه الظاهرة داخل النظام القضائي الدستوري المصري وآلية استشهاده بالأحكام والمواد المقارنة.

وقد انتهت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو التالي:

أولا: جعلت تكنولوجيا الكمبيوتر الحديثة، والعلاقات الشخصية بين القضاة، والتطورات في التعليم القانوني، على سبيل المثال لا الحصر، تداول السوابق القضائية أسهل وأكثر تكرارا. ومما لا شك فيه أن الفقه القضائي الأجنبي يمارس تأثيرا "خفيا" على جميع الولايات القضائية، وحتى على أشد منتقدي الاستشهادات بالفقه القانوني الأجنبي.

ثانيا: يمكننا تصنيف أسباب الاستشهاد بقرارات محكمة معينة عبر الحدود أكثر من غيرها إلى إمكانية الوصول لهذه الأحكام. حيث لن تتم الاستشهادات إلا إذا كانت القرارات متاحة ومفهومة للجمهور الدولي. ويظهر هذا في المقام الأول من خلال متغيرات اللغة، كما أن أوجه التشابه بين البلدان تلعب دورا هاما للغاية في هذه المسألة فقد تبدو آراء إحدى المحاكم أكثر إقناعا للمحكمة الدستورية في بلد آخر بسبب أوجه التشابه بين البلدين وأنظمتهما القانونية. مع التأكيد على أنه على الرغم من أوجه التشابه الكبيرة بين بعض الدول التي تنتمي إلى نفس النظام القانوني والاشتراك في الثقافة واللغة، إلا أن هذا الأمر لا يعني بالضرورة القبول التلقائي وتبني الحلول الأجنبية.

(ISSN : 2537 - 0758)

ثالثا: عندما يكون دستور الدولة متجذرًا في القانون الأجنبي، فإن محاكم تلك الدولة يبدون أكثر استعدادًا وميلًا لمواصلة ممارسة الإشارة إلى الأجانب القانون في البت في القضايا وفي تفسير هذا الدستور.

رابعا: تبين لنا أن عدم وجود إشارات صريحة في قرارات العديد من المحاكم لا ينبغي اعتباره مؤشرا على عدم معرفة القضاة بالسوابق القضائية الأجنبية. وأعتقد من وجهة نظري أن مثل هذا الجهل مستحيل في عالم اليوم الذي تحكمه العولمة والمترابط.

خامسا: يمكن القول بأنه في كثير من الأحيان تلعب هذه الاستشهادات بالأحكام الأجنبية من جانب القضاء الدستوري الوطني دورا تكامليا فقط ويعزز الاختيار الذي قامت به المحكمة والذي كان من الممكن اعتماده حتى ولو لم يتم الرجوع للحكم الأجنبي. وتستخدم السوابق القضائية من المقارن كحجة إضافية في دعم الموقف الذي تم تطويره مسبقًا. وهذا يؤكد أن هذه السوابق ليس لها أي قوة ملزمة.

سادسا: المحكمة التي تستشهد في أحكامها بأحكام القضاء المقارن ليست ملزمة بتبرير استعانتها بالحكم القضائي من هذه الدولة دون غيرها وهو ما يفسر الخطر المتداول تحت مسمي الانتقاء. وفي نفس الوقت نؤكد على أنه لا يقتصر ذكرها على الزخرفة الجمالية في كل الحالات، بل هي جزء من ترشيد استنتاجات المحكمة. وبعبارة أخرى، فهي تشكل حجة إضافية لدقة النتائج المستقلة التي توصلت إليها المحكمة ولكنها لا تحدد قرار المحكمة.

سابعا: اتضح لنا أنه على المستوي الوطني وكذلك في معظم الأنظمة على مستوي العالم لا يوجد نص يشير إلى مراعاة قواعد القانون الدولي العام في تفسير الدستور وكذلك السوابق القضائية المماثلة إلا في دستور جنوب إفريقيا ودستور مالاوي وهو ما انعكس على كثرة الاستشهادات الأجنبية خاصة من جانب المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا.

ثامنا: اتضح لنا من خلال البحث أن الأرقام والاحصائيات المتعلقة بعدد الاستشهادات من جانب المحكمة لا تعد وحدها العامل الوحيد لوزن تأثير القانون المقارن والأحكام الأجنبية على عملها لأنه في أغلب الحالات وبصفة خاصة في دول القانون المدني

يكون الاستشهاد بالأحكام والمواد المقارنة خفيا. لذا يمكن لنا القول بأن السوابق الأجنبية لا تستخدم بأي شكل من الأشكال بصورة واضحة سوي في عدد قليل من البلدان، ولا يزال تأثيرها في التسبيب محدودا، مع الأخذ في الاعتبار أيضا أن هذه السوابق ستستخدم بعدة طرق، ولا سيما كحجة "معاكسة" أو مناقضة، بهدف إبراز الخصوصيات الوطنية والحفاظ عليها.

تاسعا: المحاكم الأجنبية لا تأخذ في الاعتبار إلا المحاكم الأخرى التي تستحق الاستشهاد بها والتي تتوافق معها فكريًا وثقافيًا وأيديولوجيًا. ولكن لا ينبغي المبالغة في التأكيد على هذه النقطة حيث اتضح لنا من خلال البحث وجود الاستشهادات حتى لو كانت من نظام مختلف تماما طالما تدعم وجهة نظر المحكمة.

عاشرا: من خلال البحث تبين لنا أن الاستشهاد بسابقة أجنبية هو الأكثر شيوعًا في القرارات التي تتناول حقوق الإنسان على أساس عالمية حقوق الإنسان، عن الاستشهاد بهذه الأحكام في القضايا المؤسسية. كما تتم الإشارة بشكل واسع وبصورة متكررة إلى المصادر غير المحلية في القضايا الصعبة مثل بعض القضايا الجديدة كالتناسب والتطورات الحديثة في أخلاقيات البيولوجيا.

حادي عشر: في رأيي الشخصي أفضل كثيرا أن يكون الاستشهاد بالحكم الأجنبي أو المواد المقارنة بشكل صريح حيث تشكل الإشارة الصريحة إلى القضية الأجنبية أهمية خاصة بالنسبة للمحاكم الدستورية الجديدة في البلدان التي تمر بمرحلة انتقالية. التي تحاول اظهار نفسها بشكل جيد وسط المحاكم الدستورية الأجنبية والمحاكم العليا وتكتسب مصداقية.

ثاني عشر: في ضوء البحث والإطلاع على العديد من الأحكام القضائية من مختلف البلدان يمكن القول بأن المحكمة العليا الأمريكية والمحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية والمحكمة الدستورية في جنوب افريقيا هي المحاكم الأكثر تأثيرا على المحاكم الدستورية على مستوي العالم.

ثالث عشر: تبين لنا من خلال الدراسة وبالإطلاع على العديد من الأحكام القضائية لمختلف المحاكم الدستورية والعليا أن عدد الاستشهادات بالأحكام الأجنبية يرتبط بشكل

(ISSN : 2537 - 0758)

مباشر بمسألة الآراء الخلافية داخل المحكمة يتم استخدام هذه الحجج من السوابق الاجنبية لإعطاء الانطباع بأنه تم التوصل إلى قرار بعد دراسة متأنية.

رابع عشر: القضاء الدستوري المصري لم يكن بعيدا عن الحوار القضائي العالمي بين المحاكم عن طريق استشهاده بالأحكام الأجنبية والقانون المقارن وهو ما ظهر لنا بشكل ضعيف في بداية إنشاء القضاء الدستوري المصري وتطور في هذا الشأن وصولا لفترة شهدت انفتاحا استثنائيا على القضاء والقانون المقارن بفضل عوامل وسمات شخصية بقضاة المحكمة ولم تتقطع المحكمة في الوقت الحالي عن هذه الإستشهادات ولكنها لا تتم بنفس القدر الذي شهده العقد الأخير من القرن الماضي.

خامس عشر: يمكن القول بعدم وجود منهجية واضحة من جانب المحكمة الدستورية العليا كغيرها من محاكم دول القانون المدني على وجه الخصوص في الاستشهاد بالأحكام الأجنبية والمواد المقارنة، ويمكننا القول بأنها استشهدت في الغالبية العظمي من أحكامها بالأحكام الأجنبية والمواد المقارنة بصورة خفية. ولكن هذا لا يمنع من القول بوجود استشهادات صريحة من جانبها وعلي وجه الخصوص من المحكمة العليا الأمريكية والمجلس الدستوري الفرنسي.

سادس عشر: في رأيي أيضا أن المحكمة كان لها تأثيرا بالغا على المحاكم الدستورية في المنطقة العربية بحكم القرب الجغرافي ووحدة اللغة والأسبقية التاريخية والأسبقية في تناول موضوعات بعينها وإصدار أحكام رائدة جذبت أنظار المتخصصين بالخارج كما أوضحنا خلال البحث وكذلك من خلال عمل الكثير من القضاة المصريين بالمحاكم الدستورية بالمنطقة العربية وما يعني بلا شك نقل خبرتهم الدستورية في أحكامهم حتى وإن لم يتم الإفصاح والاستشهاد بهذه الأحكام صراحة في أحكامهم.

سابع عشر: اقترح أن يتم ترجمة بعض الأحكام الهامة الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى اللغة الإنجليزية باعتبارها اللغة الأكثر انتشارا على مستوي العالم وبالتالي سيكون في رأيي سببا لتسهيل عملية اطلاع القضاة من الدول الأجنبية على هذه الأحكام.

ثامن عشر: أري أنه من الممكن إنشاء قسم خاص للعلاقات الدولية والبحث والتحليل للممارسات القضائية الأجنبية ملحق بالمحكمة الدستورية العليا المصرية يتكون من شباب الباحثين في مجال القانون الدستوري يتم اختيارهم وفق ضوابط معينة. ويكون مهمتها تجميع قاعدة بيانات لترجمات الدساتير الأجنبية والقوانين التي تنظم نشاط المحاكم الدستورية وقرارات المحاكم الدستورية والمحاكم الأخرى في مسائل القانون الدستوري. والكتابات الفقهية الأجنبية المتعلقة بالقانون الدستوري على أن تقوم المحكمة بإتاحة هذه الإصدارات على موقعها الإلكتروني. مع التنويه عن أن الغرض من هذه الوحدة لا يرتبط بمسألة معدل استشهادات المحكمة وإنما يتعلق في الأساس بإثراء الفكر الدستوري. فكما رأينا أنه على الرغم من وجود هذا القسم لدي المحكمة الدستورية الإيطالية منذ فترة زمنية كبيرة إلا أنه لم ينعكس على نسبة استشهادات المحكمة.

تاسع عشر: أري أنه وإن كنا نشيد بصورة كبيرة بالموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا والطفرة الكبيرة التي حققها لكل المهتمين والمشتغلين من الجانب القانوني سواء في مصر أو المنطقة العربية من خلال إتاحة الأحكام وسهولة الوصول إليها وتوفير مجموعات الأحكام الدستورية وكذلك المجلة الخاصة بالمحكمة إلا أننا نطمع في مزيد من التطوير للموقع كأن يتم إتاحة المواد العلمية الخاصة بالمؤتمرات التي تنظمها المحكمة أو تشارك فيها بصورة كاملة، كما أقترح أن يتضمن كل عدد عرض لأحدث الأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري المقارن وخاصة تلك المتعلقة بقضايا تثير إشكاليات حديثة على الساحة الدستورية وتناوله بالتحليل من جانب قضاة المحكمة أو من جانب كبار فقهاء القانون في مصر الذين يساهمون بشكل شبه دوري في أعداد المجلة بمقالاتهم. كما نؤكد على أهمية المؤتمرات والندوات والعلاقات المشتركة بين المحاكم الدستورية سواء على نطاق قارتنا الأم وكذلك على المستوي الدولي.

تم بحمد الله وفضله وكرمه.

(ISSN : 2537 - 0758)

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية:

المراجع العامة والمتخصصة:

أحمد كمال أبو المجد، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر، منشور بمجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا "الجزء الأول"، يناير ٢٠٠٣.

إسلام إبراهيم شيحا، التفسير الدستوري للحقوق والحريات الدستورية في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية، العدد الأول، ٢٠١٦.

رجب سليم، المحكمة الدستورية العليا في عيدها الذهبي، منشور بمجلة الدستورية عبر الموقع الالكتروني للمجلة، عدد خاص. نوفمبر ٢٠١٩.

عبد العزيز سالمان، أسلوب واجراءات إصدار الحكم الدستوري، مقال منشور بمجلة الدستورية، العدد الثامن والعشرون، إبريل ٢٠٢١.

عبد المنعم البدراوي، "دور القانون المقارن في تطوير القانون الوطني"، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، العدد الثاني، المجلد الرابع.

عصام سعيد العبيدي، استشهاد القضاء الدستوري بالدساتير والأحكام الأجنبية لتفسير الدستور الوطني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، – السنة السادسة، العدد ٣، سبتمبر ٢٠١٨.

محمد عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه – جان دبوي للقانون والتنمية، دون سنة نشر.

محمد فوزي نويجي، عبد الحفيظ الشيمي، تفسير القاضي الدستوري المضيف ودوره في تطوير القانون، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية – السنة الخامسة مايو ٢٠١٧.

محمد محمد عبد اللطيف، القانون الحي ورقابة الدستورية، دار الفكر والقانون، ٢٠١٩.

نعمان أحمد الخطيب، دور القضاء الدستوري في تطوير الأنظمة الدستورية والسياسية، مقال منشور عبر الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية الأردنية.

وليد الشناوي، دور المحاكم الدستورية كمشرع ايجابي "دراسة تأصليه تحليلية مقارنة"، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٦٢ إبريل ٢٠١٦.

الأحكام القضائية:

١. حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩ ديسمبر ٢٠٠٤ في القضية رقم ٨٢ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية ".
٢. حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٧ إبريل٢٠١٨ في القضية رقم ١٦١ لسنة ٢٦ قضائية " دستورية ".
٣. حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية بجلسة ١ أكتوبر ٢٠٠٧ في القضية رقم ٧٦ لسنة ٢٩ قضائية.
٤. حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٢ مايو ٢٠٠٢ في القضية رقم ٥٠ لسنة ٢١ قضائية " دستورية ".
٥. حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية " دستورية ".
٦. حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٣ يناير ٢٠٠٨ في القضية رقم ٧٨ لسنة ٢٥ قضائية " دستورية "
٧. حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢٠١٧/٦/٣ في القضية رقم ١٣ لسنة ٢٩ قضائية " دستورية ".
٨. حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢ يناير ١٩٩٣ في القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية " دستورية ".
٩. حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢ يونيو ٢٠٠١ في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية " دستورية ".
١٠. حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥ في القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية " دستورية "
١١. حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في الدعوي رقم ٣٠ لسنة ١٦ " قضائية " الصادر في ١٩٩٦/٤/٦.
١٢. حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ في القضية رقم ١٣٧ لسنة ١٨ قضائية دستورية.
١٣. حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٤ يناير سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية.

(ISSN : 2537 - 0758)

١٤. حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ في القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية " دستورية ".
١٥. حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٥ سبتمبر ١٩٩٧ في القضية رقم ١٣٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية "
١٦. حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية ".
١٧. حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢٠٢٠/٦/٦ في القضية رقم ٢٤٨ لسنة ٣٠ قضائية "دستورية".
١٨. حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤ في القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية ".
١٩. حكم المحكمة الدستورية العليا برقم ٢ لسنة ٣٤ قضائية "طلبات أعضاء". الصادر في ٥/١٨ /٢٠١٤.
٢٠. حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوي رقم ٥ لسنة ٣٥ قضائية " طلبات أعضاء " الصادر في ٢٠١٤/٦/١.
٢١. حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوي رقم ٢ لسنة ٣٦ قضائية " طلبات أعضاء". الصادر في ٢٠١٥/٥/١.
٢٢. حكم المحكمة الدستورية العليا في الطلب المقيد بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٠ لسنة ٣٩ قضائية "طلبات أعضاء". بتاريخ ٢ /٢٠١٩/٢.
٢٣. حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في الدعوي رقم ٣٠ لسنة ١٦ " قضائية " الصادر في ١٩٩٦/٤/٦.
٢٤. حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٢ فبراير ٢٠١٩ في القضية رقم ٨٤ لسنة ٣٩ قضائية "دستورية".
٢٥. حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوي رقم ١٥٣ لسنة ٢١ قضائية "دستورية " الصادر ٣ يونية ٢٠٠٠.
٢٦. حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوي رقم ١٦٠ لسنة ٣٧ قضائية "دستورية" الصادر في ٢٠١٨/٦/٢.

٢٧. حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ في القضية رقم ٤ لسنة ١٤ قضائية " دستورية ".
٢٨. حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوي رقم ١٥١ لسنة ٢٧ قضائية بتاريخ ٢٠١٢/١٠/١٤.
٢٩. حكم المحكمة الدستورية العليا – القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية – جلسة ٤ يناير ١٩٩٢.
٣٠. حكم المحكمة العليا المصرية بجلسة ٢٠ نوفمبر ١٩٧٦ في القضية رقم ٢ لسنة ٧ قضائية عليا.

ثانيا: مراجع باللغة الإنجليزية:

Books

1- T. GROPPI and M.-C. PONTHOREAU (eds.), The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2013.
2- Hélène Tyrrell, The Use of Foreign Jurisprudence in Human Rights Cases before the UK Supreme Court, 2014.
3- Ruth Weber and Laura Wittmann, the role of precedents and case law in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court in, Constitutional Law and Precedent International Perspectives on Case-Based Reasoning, Edited by Monika Florczak-Wątor, 2022.

Articles :

1- Anne-Marie Slaughter, A New World Order, FOREIGN AFFAIRS, Volume 76 No 5.
2- A.M. Smith, Making Itself at Home: Understanding Foreign Law in Domestic Jurisprudence – The Indian Case, 24 BERKELEY J. INT'L L. 218 (2006).
3- Akiko EJIMA, The Enigmatic Attitude of the Supreme Court of Japan towards Foreign Precedents— Refusal at the Front Door and Admission at the Back Door, MEIJI LAW JOURNAL
4- Alford, R. (2004). "Misusing International Sources to Interpret the Constitution", American Journal of International Law, Vol. 98, No. 1, p. 59; also quoted in Choudry, S. (2006).
5- András Jakab, 'Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective' (2013) 14 German Law Journal 8.

(ISSN : 2537 - 0758)

6- Andrea Lollini, Legal argumentation based on foreign law an example from case law of the South African Constitutional Court, utrechtlawreview, Volume 3, Issue 1 (June) 2007.
7- Andreas Paulus, 'Engaging in Judicial Dialogue: The Practice of the German Federal Con-stitutional Court' in Amrei Müller (ed.), Judicial Dialogue and Human Rights (Cambridge University Press 2017)
8- Anil Kalhan et al., Colonial Continuities: Human Rights, Terrorism, and Security Laws in India, 29 COLUM. J. ASIAN L. 93, 114–15 (2006).
9- Anna Dziedzic, Foreign Judges on Constitutional Court', IACL-IADC Blog (June 13, 2018).
10- Anna-Marie Slaughter, A Global Community of Courts, (2003) 44 Harvard International Law Journal.
11- Anne Meuwese& Marnix Snel, 'Constitutional Dialogue': An Overview, Utrecht law review Volume 9, Issue 2 (March) 2013.
12- Anne-Marie Slaughter, A Global Community of Courts, VOLUME 44, NUMBER 1, WINTER 2003.
13- Anne-Marie Slaughter, A Global Community of Courts (2003) 44 Harvard International Law Journal.
14- Anne-Marie Slaughter, A Typology of Transjudicial Communication, in U. Richmond L. Review, 1994, Vol. 29.
15- Antonin Scalia, Program V: Commentary, 40 ST. LOUIS U. L.J. 1119, 1119 (1996).
16- Austen L. Parrish, Storm in a Teacup: The U.S. Supreme Court's Use of Foreign Law, 2007 U. ILL. L. REV. 637،668.
17- Botha (H.), « Comparative constitutional law in the classroom: a South African perspective », Penn. State International L. Rev., vol. 28, Issue 3, 2010.
18- Brun-Otto Bryde, The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue, 80 TUL. L. REV. 203, 203 (2005).
19- C Dupré, 'The Importation of Law : A New Comparative Perspective and the Hungarian Constitutional Court' in A Harding and E Orocu (eds), Comparative Law in the 21st Century (The Hague, Kluwer, 2002).
20- C Rautenbach, THE SOUTH AFRICAN CONSTITUTIONAL COURT'S USE OF FOREIGN PRECEDENT IN MATTERS OF

RELIGION: WITHOUT FEAR OR FAVOUR? PER / PELJ 2015(18)5.
21- CANIVET, M. ANDENAS and D. FAIRGRIEVE, Comparative Law Before the Courts, British Institute of International and Comparative Law, 2005.
22- Carsten Smith, The Supreme Court in Present-day Society, in THE SUPREME COURT OF NORWAY 96, 134-35 (Stephan Tschudi-Madsen ed., 1998).
23- Cem TECİMER, THE USE OF FOREIGN LAW IN TURKISH CONSTITUTIONAL ADJUDICATION, Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 2, (2019), s.111–154.
24- Chris Flanders, 'Towards a theory of persuasive authority' (2009) 62 Oklahoma Law Review
25- Claire L'Heureux-Dube, The Importance of Dialogue : Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court, 34 Tulsa L. J. 15 (2013).
26- Claire L'Heureux-Dube, The Importance of Dialogue : Globalization and theInternational Impact of the Rehnquist Court. Tulsa L Rev (1998) 34 :15–40.
27- D. M. Davis, Constitutional borrowing: The influence of legal culture and local history in the reconstitution of comparative influence: The South African experience, CON, Volume 1, Number 2, 2003.
28- Daniel J. Frank, Interpretation Revisited: The Effects of a Delicate Supreme Court Balance on the Inclusion of Foreign law in American Jurisprudence, 92 IOWA L. REV. 1037, 1069 (2007).
29- David Fontana, Note, Refined Comparativism in Constitutional Law, 49 UCLA L. REV. 539, 550 (2001).
30- David T. Zaring. The Use of Foreign Decisions by Federal Courts: An Empirical Analysis.J Empirical Leg Stud (2006) 3:297–331.
31- Dennis M. Davis, Constitutional Borrowing: The Influence of Legal Culture and Local History in the Construction of Comparative Influence: The South African Experience, 1 INT'L J. CONST. L. 181 (2003).

(ISSN : 2537 - 0758)

32- Didier Maus, Application of the law of foreign Courts and Dialouge between Constitutional Courts, constitutional law Review.
33- Drobnig, U.: The Use of Comparative Law by Courts, in The Use of Comparative Law.by Courts 3, 18. (Ulrich Drobnig and Sjef van Erp eds, 1999).
34- Eduardo Ferrer Mac-GreGor, & Rubén Sánchez G, FOREIGN PRECEDENTS IN MEXICAN CONSTITUTIONAL ADJUDICATION, MEXICAN LAW REVIEW 294 Vol. IV, No. 2.
35- Edward Said, The World, the Text, and the Critic (1983), 226, Cited in, Vlad Perju, Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations (January 9, 2012). OXFORD HANDBOOK ON COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW, M. Rosenfeld, A. Sajo, eds., Oxford University Press, 2012, Boston College Law School Legal Studies Research Paper No. 254.
36- Eric A. Posner & Cass R. Sunstein, The Law of Other States, 59 STAN. L. REV. (2006).
37- Ernesto J. Sanchez, A Case Against Judicial Internationalism, 38 CONN. L. REV. 185 (2005), Ian Cram, 'Resort to foreign constitutional norms in domestic human rights jurisprudence with reference to terrorism cases' [2009] CLJ 118, 123-124.
38- Eszter BODNÁR, THE INVISIBLE FACTORS BEHIND USING COMPARATIVE LAW IN CONSTITUTIONAL ADJUDICATION, Romanian Journal of Comparative Law n° 1/2019.
39- ESZTER BODNAR, The use of comparative law in the practice of the Hungarian Constitutional Court: An empirical analysis (1990–2019), Hungarian Journal of Legal Studies,2021.
40- Frederick Schauer, The Politics and Incentives of Legal Transplantation, CID Working Paper No. 44 April 2000 Law and Development Paper No. 2.
41- G. Dor, ‘Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective’, 2000 Indiana International & Comparative Law Review 11.
42- Gábor Halmai, “The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation” in Michel Rosenfeld and András Sajó (eds), The

Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law (Oxford: Oxford University Press, 2012.
43- Gábor Halmai, Constitutional Transplants, October 2019.
44- Ganesh Sitaraman, The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation, 32 Harvard Journalof Law & Public Policy. 653 (2009).
45- GIANLUCA GENTILI, Canada : Protecting Rights in a 'Worldwide Rights Culture'. An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the Supreme Court of Canada (1982–2010).
46- Glendon (M. A.), Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse, The Free Press, États-Unis, 1991.
47- Gonzales (A.), « US Attorney General », Prepared Remarks of Attorney General Alberto Gonzales at the University of Chicago Law School, 9 novembre 2005.
48- Grzegorz Maroń, References to jurisprudence of foreign constitutional courts in judgments and decisions of the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland Review of European and Comparative Law |2022Vol. 49, No. 2
49- Hannah L. Buxbaum, From Empire to Globalization … and Back ? A Post-Colonial View of Transjudicialism, 11 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 183, 183 (2004).
50- Harold Hongju Koh, International Law as Part of Our Law, 98 AM. J. INT'L L. 43 (2004).
51- Ian Cram, 'Resort to foreign constitutional norms in domestic human rights jurisprudence with reference to terrorism cases' [2009] CLJ 118, 123-124.
52- INDIRA JAISING, Transformative Constitutionalism- A post-colonial experiment, JULY 22, 2019.
53- Jack Tsen-Ta Lee, Foreign Precedents in Constitutional Adjudication by the Supreme Court of Singapore, 1963-2013, Washington International Law Journal, Volume 24 Number 2 4-1-2015.
54- Jacob Foster, The Use of Foreign Case Law in Constitutional Interpretation: Lessons from South-Africa, 45 U.S.F. L. REV. 79.
55- Jakab, A. and Fr€ohlich, J., 'The Constitutional Court of Hungary' in Jakab, A. and others (eds), Comparative Constitutional Reasoning (Cambridge University Press, 2017)

(ISSN : 2537 - 0758)

56- Jānis Pleps, Foreign precedents in the case-law of the Latvian Constitutional Court, EUROPEAN JOURNAL OF PUBLIC MATTERS No. 1/2017.
57- Jed Rubenfeld, Unilateralism and Constitutionalism, 79 NYU L. REV (2004)
58- JEHOSH PAUL, as courts look for light from foreign jurisprudence, they can refuse to be blown off by it, August 1, 2022.
59- John Bell, The Argumentative Status of Foreign Legal Arguments 8 UTRECHT L. REV. 8, 11 (2012).
60- John O. McGinnis, Foreign to Our Constitution, 100 NW. U. L. REV. 303, 329 (2006).
61- John O. McGinnis, Foreign to Our Constitution, 100 NW. U. L. REV. 303, 329 (2006.)
62- Justice John L Murray, "Judicial Cosmopolitanism" (2008) 2 Judicial Studies Institute Journal 1, 1 and 2.
63- K.G. Balakrishnan, THE ROLE OF FOREIGN PRECEDENTS IN A COUNTRY'S LEGAL SYSTEM, National Law School of India Review, Vol. 22(1),2010.
64- Kentridge (S.), « Comparative law in constitutional adjudication: The South African experience », TulaneL. Rev., 2005, p. 245-256
65- Laurie H Ackermann, 'Constitutional Comparativism in South Africa: A Response to Sir Basil Markesinis and Jörg Fedtke' (2005) 80 Tulane Law Review.
66- Laurie W.H. Ackermann, Constitutional Comparativism in South Africa : A Response to Sir Basil Markesinis and Jörg Fedtke, 80 TUL. L. REV. 169 (2005.)
67- Lee Epstein and Jack Knight, Constitutional borrowing and nonborrowing, Oxford University Press and New York University School of Law 2003, Volume 1, Number 2, 2003.
68- Lisa Sofio, Recent Developments in the Debate Concerning the Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation, 30 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 131, 143 (2006).
69- Marie Deschamps, Maxime St-Hilaire, Pierre Gemson, THE CROSS-FERTILIZATION OF JURISPRUDENCE AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY Process and Result from a Canadian Perspective, January2010 SSRN Electronic Journal.

70- Martin Gelter and Mathias M. Siems, Citations to Foreign Courts -- Illegitimate and Superfluous, or Unavoidable? Evidence from Europe, 62 Am. J. Comp. L. 35 (2014)
71- MAURIZIA DE BELLIS, FOREIGN PRECEDENTS IN CONSTITUTIONAL LITIGATION. THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT AND COMPARATIVE LAW : A TALE OF TWO COURTS (1).
72- Mher Arshakyan; Jacopo Paffarini; Márcio Ricardo Staffen. Constitutional Interpretation and Foreign Law: A Comparative Analysis between the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 66.
73- Murkens, Jo Eric Khushal (2008) Comparative constitutional law in the courts : reflections on the originalists' objections. LSE law, society and economics working papers, 15---2008. Department of Law, London School of Economics and Political Science, London, UK. 1.
74- Myra J. Tawfik, No Longer Living in Splendid Isolation : The Globalization of National Courts and the Internationalization of Intellectual Property Law, 32 QUEEN'S L.J. 573 (2007.)
75- Nelson Tebbe & Robert L Tsai, Constitutional Borrowing, 108 MICH. L. REV. 459 (2010).
76- NISHANT SIROHI, Botswana High Court decriminalises homosexuality; cites India's Navtej Johar, JUNE 13, 2019.
77- Norman Dorsen, The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases: A conversation between U.S. Supreme Court justices Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer International Journal of Constitutional Law, Volume 3, Issue 4, October 2005.
78- O'Connor (S.), « Keynote address before the ninety-sixth annual meeting of the American society of international law (March 15, 2002) », in American Society of International Law Proceedings, 2002.
79- O'Scannlain (D.), « What role should foreign practice and precedent play in the interpretation of domestic law? », Lecture at the Institute of Advanced Legal Studies of the University of London, 11 octobre 2004, Notre Dame L. Rev., 80, 2005.
80- Olga Frishman, Transnational Judicial Dialogue as an Organisational Field, EUR. L. J. (forthcoming); Frank, id., at

(ISSN : 2537 - 0758)

1065; Anne Marie Slaughter, A Global Community of Courts, 44 HARV. INT'L L.J. 191 (2003).
81- Osmar J. Benvenuto, Reevaluating the Debate Surrounding the Supreme Court's Use of Foreign Precedent, 38 FORDHAM L. REV. 2596, 2726 (2006).
82- Pedro Tenorio Sánchez, "Comparative Law in the decisions of the Spanish Constitutional Court", en Percorsi Costituzionali, nº 3.2017, Ed. Jovene Editore, pp. 903-918.
83- Pierre Legrand, Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity, 1 J. COMP. L. 371, 419 (2006) .
84- Piotr Czarny and Monika Florczak-Wątor, PReview of European and Comparative Law |2022Vol. 49, No. 2, precedents and case-based reasoning in the case law of the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland: in Constitutional Law and Precedent International Perspectives on Case-Based Reasoning, Edited by Monika Florczak-Wątor, 2022.
85- Posner, E. & Sunstein, C. (2006). "The Law of Other States", Stanford Law Review, Vol. 59, No. 1, p. 140, fn. 43.
86- REBECCA LEFLER, A COMPARISON OF COMPARISON: USE OF FOREIGN CASE LAW AS PERSUASIVE AUTHORITY BY THE UNITED STATES SUPREME COURT, THE SUPREME COURT OF CANADA, AND THE HIGH COURT OF AUSTRALIA, Southern California Interdisciplinary Law Journal [Vol. 11:165,2001.
87- Robert J. Delahunty & John Yoo, Against Foreign Law, 29 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 291, 295 (2005).
88- Roger P. Alford, Misusing International Sources to Interpret the Constitution، AM. J. INT'L L. 57 (2004).
89- Rosalind Dixon, A Democratic Theory of Constitutional Comparison, 56 AM. J. COMP. L. 947 (2008).
90- Ruth Bader Ginsburg, Affirmative Action as an International Human Rights Dialogue, BROOKINGS REv., Winter 2000.
91- Ruth Bader Ginsburg, Assoc. Justice, U.S. Supreme Court, Remarks at the 99th Annual Meeting of the American Society of International Law: "A decent Respect to the Opinions of [Human]kind": The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication (Apr. 1, 2005)

92- S. HARDING, Comparative Reasoning and Judicial Review, in Yale Journal of International Law, 2003, Vol. 28.
93- S.G. Calabresi, A Shining City on a Hill : American Exceptionalism and the Supreme Court's Practice of Relying on Foreign Law, 86 B.U.L.R. 1335 (December 2006).
94- Sam F. Halabi, Constitutional Borrowing as Jurisprudential and Political Doctrine in Shri D.K. Basu v. State of West Bengal, Notre Dame Journal of International & Comparative Law: Vol. 3: Iss. 1, Article 2. 2013.
95- Sam Müller, Sidney Richards (eds.), Highest courts and globalisation (Hague: Asser Press, 2010), p. 4, Hannah L. Buxbaum, From Empire to Globalization … and Back? A Post-Colonial View of Transjudicialism, 11 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 183, 183 (2004).
96- Sandra Day O'Connor, Broadening Our Horizons: Why American Lawyers Must Learn About Foreign Law, 45-SEP FED. LAw. 20 (1998.)
97- Saunders, Cheryl (2006) "The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law (The George P. Smith Lecture in International Law)," Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 13: Iss. 1.
98- Selena Bateman and Adrienne Stone, Precedents and case-based reasoning in the case law of the High Court of Australia in: Constitutional Law and Precedent International Perspectives on Case-Based Reasoning, Edited by Monika Florczak-Wątor, 2022
99- Sergey Belov, foreign transplants in the Russian Constitution and invisible foreign precedents in decisions of the Russian Constitutional Court, in Tania Groppi, Marie-Claire Ponthoreau, The use of foreign precedents by constitutional judges, 2013
100- Stephen Sedley, 'Constitutional Court Judge' in 'Comparative Constitutionalism in Practice: Constitutional court judges' roundtable' (2005) 3 International Journal of Constitutional Law 543, 569–70.
101- Stephen Yeazell, "When and How U.S. Courts Should Cite Foreign Law" (2009). Constitutional Commentary.
102- Sujit Choudhry, Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law in The Migration of Constitutional Ideas S. Choudhry, ed., Cambridge University Press, 2006.

(ISSN : 2537 - 0758)

103- Sujit Choudhry, The Lochner Era and Comparative Constitutionalism, Volume 2, Number 1, 2004.
104- Taavi Annus: Comparative Constitutional Reasoning: The Law andStrategy of Selecting the Right Argument, 14 Duke Journal of Comparative and International Law 301 (2004).
105- Ursula Bentele, M1MNG FOR GOLD: THE CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA'S EXPERIENCE WITH COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW, GEORGIA JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW VOLUME 37, NUMBER 2.
106- Vicki C. Jackson, Constitutional engagement in a transnational era (Oxford: Oxford University Press, 2010),
107- Vicki C. Jackson, Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law, (2010) 28 PennState International Law Review.
108- Vicki Jackson, 'Federalism and the Uses and Limits of Law : Printz and Principle' (1998) 111 Harvard Law Review 2180.
109- Vicki Jackson, Constitutions as 'Living Trees ? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors (2006 75 Fordham L. Rev. 921-960).
110- Vlad F. Perju, 'The Puzzling Parameters of the Foreign Law Debate' (2007) 1 Utah Law Review
111- Vlad Perju, Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations (January 9, 2012). OXFORD HANDBOOK ON COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW, M. Rosenfeld, A. Sajo, eds., Oxford University Press, 2012, Boston College Law School Legal Studies Research Paper No. 254.
112- Waldron (J.), « Foreign law and the modern ius gentium », Harvard L. Rev., vol. 119, 2005-2006.

ثالثا: مراجع باللغة الفرنسية

Ouverages speciaux:

1- F. HOURQUEBIE et M.-CL. PONTHOREAU (dir.), La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles, Bruxelles, Bruylant, 2012.

Articles:

1- Alexis Le quinio, Le recours aux précédents étrangers par le juge constitutionnel français. In : Revue internationale de droit comparé. Vol. 66 N°2,2014. Études de droit contemporain. Contributions françaises au 19e Congrès international de droit comparé (Vienne, 20 - 26 juillet 2014).
2- B. GENEVOIS, « L'inspiration réciproque des jurisprudences des juridictions suprêmes nationales et internationales en matière de droits fondamentaux », in Diversité des systèmes juridiques et inspiration réciproque des juges, LPA, n° 112, 2008.
3- Benoit Frydman, « Le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle »2007.
4- DIDIER MAUSS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », in Conférence mondiale de justice constitutionnelle intitulée La justice constitutionnelle influente : son influence sur la société et sur le développement d'une jurisprudence mondiale des droits de l'homme, tenue au Cap les 22-24 janvier 2009, organisée par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud et la Commission de Venise.
5- DIDIER MAUSS, « Sur la mondialisation du droit constitutionnel », in Les institutions du droit constitutionnel à l'heure de l'intégration européenne, Mélanges en l'honneur de Maria KRUK-JAROSZ, Varşovia, 2009.
6- DIDIER MAUSS, Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles, Dans Revue française de droit constitutionnel 2009/4 (n° 80), pages 675 à 696 Éditions Presses Universitaires de France.
7- E. DUBOUT et S. TOUZÉ, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in Charnières entre ordres et systèmes juridiques, Paris, Pedone, 2009
8- Josselin Rio.Le Conseil constitutionnel et l'argument de droit comparé. Revue juridique de l'Océan Indien,2015.
9- Julie Allard, Laura Van den Eynde ‹Le dialogue des jurisprudences comme source du droit Arguments entre idéalisation et scepticisme ‹Les sources du droit revisitées, Volume 3.

(ISSN : 2537 - 0758)

10- M. DELMAS-MARTY, « Le relatif et l'universel », in Leçon inaugurale au Collège de France : études juridiques comparatives et internationalisation du droit, Paris, Fayard, 2003.
11- T. GROPPI, « Le recours aux précédents étrangers par les juges constitutionnels », in F. HOURQUEBIE et M.-CL. PONTHOREAU (dir.), La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles, Bruxelles, Bruylant, 2012.

Memoires :

1- Josselin RIO, L'argument de droit comparé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Mémoire de Master 2 droit public, Année Universitaire 2013-2014.