



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ديالى

كلية القانون والعلوم السياسية

قسم القانون

الرقابة القضائية على مشروعية المعاهدات الدولية

بحث تقدم به الطالب

علي هادي نجم عبد الوهاب التميمي

الى كلية القانون والعلوم السياسية

وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

اشراف

م . م باسم غناوي علوان

٢٠١٨ م

١٤٣٩ هـ

الاهـداء

الى وطني الجريح..... بشهادته الابرار واطفاله الايتام

الى من حصد الأشواك في دربي ليمهد لي طريق العلم (ابي الغالي)

الى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي الى اغلى الحبايب (امي

الحنونة)الى من قدمت لي يد المساعدة الى كل من ساندني لإكمال بحثي الى كل من
ضحى بدمه وعانق الرصاص

بجسده ليصون وطنه ويحمي ارضه.....

الى الاستاذ العزيز الفاضل (الاستاذ باسم غناوي علوان)

الى كلية القانون والعلوم السياسية _ديالى_ قسم القانون

خالص احترامي وتقديري الى كل قلب طاهر وضمير حي اهدي ثمرة بحثي

هذا.....

الملخص

يحتل موضوع الرقابة القضائية على مشروعية المعاهدات الدولية أهمية بالغة كونه يحمي أعلوية الدستور وقديسيته ليس امام التشريع الوطني لكن امام التشريع الدولي بالإضافة الى ذلك ان هذه الرقابة بصورتها المثالية تشكل سد منيع امام كل خرق لسيادة الدولة والمصالح الهامة لها اذا ما علمنا ان الكثير من الدول لم تهدد مصالحها ولم يمس الاستغلال الخاص بها الا بموجب المعاهدات التي قامت بأبرامها مع باق الدول وتبنت الدساتير المقارنة اتجاهات متعددة قامت بتنظيمها فمن الدساتير من اسندها الى السلطة التشريعية (التصديق) وبعض منها تركها للقضاء الذي تولى مهمة تنظيمها باعتبارها السلطة الحارسة على القانون وتطبيقه كما فعل المجلس الدستوري لكن الاشكال الذي نجده ان يثار انه هناك بعض الدساتير لم تسند الرقابة لا للقضاء ولا لهيئة مستقلة بل انها ايضاً لم تحدد القيمة القانونية اصلاً بالنسبة للتشريع الداخلي (القانون العادي - الدستور) واكتفت برقابة السلطة التشريعية فقط .

المقدمة

الحمد لله الذي وهب لنا العلم نورا والصلاة على رسوله المصطفى نبراس العلم في مشارق الارض ومغاربها اما بعد...

اقدم لكم هذا البحث المتواضع الذي طالما تشوقتم ان اضعه بين ايديكم واسأل الله ان يكون مصدر للعلم والاستفادة للجميع فأني أقدم لكم اليوم بحث تحت عنوان (الرقابة القضائية على مشروعية المعاهدات الدولية)

يحتل هذا الموضوع اهمية بالغة على الصعيدين المحلي والدولي حيث نجد ان هناك هيئة تتولى الرقابة على المعاهدات الدولية من حيث مشروعيتها ومدى مطابقتها للقانون في تعارض نصوصها الدولية والوطنية كون المعاهدات هي من ابرز صور الالتزام الدولي وندناول في بحثنا هذا دساتير الدول التي لم تحدد القيمة القانونية للمعاهدات وان كانت متبنيه قضاء دستوري مستقل كالعراق في ظل دستور ٢٠٠٥.

مشكلة البحث

فهل لهذا القضاء فرض رقابة على مشروعية المعاهدات حيث ان الدساتير تباينت بفرض رقابتها على مشروعية المعاهدات التي تبرمها ونجد بعض الدساتير التي تجرد خضوع المعاهدات لهذه الرقابة مستنديين بذلك الى ان هذه الطائفة من الاعمال التي تسمى بأعمال السيادة فأن غالبية دول العالم حصنت المعاهدات الدولية من خضوعها لأي رقابة نظراً لتعارض العلاقات الدولية مع القواعد الدستورية .

اهمية البحث

يعتبر هذا الموضوع ذو اهمية بالغة وذلك لتناوله مبدأ المشروعية لمراقبة القوانين المخالفة للدستور فمهمة الرقابة تنحصر بمراقبة القوانين والمعاهدات للتأكد من مدى مطابقتها للدستور .

منهجية البحث

اعتمدنا في بحثنا هذا الاسلوب التحليلي وذلك من خلال مراقبة القوانين والمعاهدات وذلك للتوصل الى حقيقة وهي هل هذه القوانين والمعاهدات مخالفة للدستور ام مخالفة له وبرز ما تبينناه في اسلوبنا التحليلي هذا هو رقابة القضاء في العراق في ظل دستور ١٩٥٨ ودستور ٢٠٠٥

هيكلية البحث

قسمت بحثي الى مبحثين خصصت الاول منه للتعريف بمبدأ المشروعية ذلك بمطلبين الاول هو مفهوم مبدأ المشروعية والثاني عناصر مبدأ المشروعية اما المبحث الثاني كرسناه للتعريف بالرقابة القضائية وذلك بمطلبين ايضاً تناولنا بالأول منه مفهوم الرقابة القضائية والثاني انواع الرقابة القضائية .

المبحث الاول

التعريف بمبدأ المشروعية

لمبدأ المشروعية اهمية في معرفة مدى خضوع ورضوخ الدولة للقانون اولا ثم ما تقوم به هذه الدولة من تصرفات ومقارنتها اذا ما كانت مطابقة للقانون ولا بد ان يراقب القانون بجهاته الرقابية على شرعية هذه التصرفات القانونية والوقوف على الاعمال التي تقوم بها الدولة وبيان ما اذا كانت هذه التصرفات منتجة لأثارها ووفقا للإجراءات القانونية ام لا .

وللمشروعية اهمية قوية في الوقت الراهن حيث تنادي سلطة الدولة دوما ضرورة تحقيقها والالتزام بها اذ يتميز هذا النشاط بأستهدافه لتحقيق المصلحة العامة لذا في ضوء هذه الاهمية فقد قسمت هذا المبحث الى مطلبين وعلى النحو التالي :

المطلب الاول : مفهوم مبدأ المشروعية

المطلب الثاني : عناصر مبدأ المشروعية

المطلب الاول

مفهوم مبدأ المشروعية

يقصد بمبدأ المشروعية مبدأ الخضوع للقانون ولما كانت الدولة الحديثة دولة قانونية فهو يعني خضوع جميع افرادها حكما ومحكومين للقانون كون نطاق تطبيق القانون يشمل جميع السلطات الحاكمة في الدولة لذا جاء القصد بمبدأ المشروعية وفق القضاء الاداري على انها تمثل خضوع الادارة للقانون وتصرفها وفقا لأحكامه واختلاف الفقه في هذا المدلول فجانبا من الفقه فسر المشروعية على انها عدم جواز ان تأتي الادارة عملا مخالفا للقانون وذهب جانب آخر منهم خضوع الادارة للقانون بضرورة اسنادها في كل ما تأتيه من اعمال الى اساس من القانون فلا يكفي ان يكون عمل الادارة غير مخالف للقانون بل يجب ان يستند الى قاعدة قانونية تجيزه حتى يكون مشروعا وذهب رأي ثالث منهم الى ابعد من ذلك اذ يقرر ان اعمال الادارة لا تكون مشروعة الا اذا كانت مجرد تنفيذ او تطبيق لقاعدة تشريعية قائمة من قبل والحقيقة ان هذا الرأي يوسع من مبدأ المشروعية على حساب سلطة الادارة وحريتها في التصرف اذ جعل منها مجرد اداة لتنفيذ القانون وتجردها من كل قدرة على الخلق والابداع في اداء وظائفها اما الرأيان الاول والثاني هما اللذان يحظيان في اتفاق غالبية الفقه والقضاء (١)

هذا وتبنى القضاء الاداري مفهوم آخر للمشروعية لا يختلف كثيرا عن ما سبق اذ جاءت المشروعية فيه على انها خضوع الحكام والمحكومين للقانون بمعنى آخر سيادة حكم القانون في ظل الدولة القانونية هذا بمعناه الواسع وقد اقرت بعض الدساتير كالمصري خضوع الدولة للقانون واستقلال القضاء وحصانته كضمانه اساسية لحماية الحقوق والحريات وضمان حق التقاضي للناس كافة هذا ويعتبر مبدأ المشروعية بمعناه العام من المبادئ القانونية العامة الواجبة التطبيق في الدولة الحديثة وقد نظمت التشريعات المقارنة وسائل رقابة السلطات الثلاث في الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية في مباشرتها لوظائفها المحددة في الدستور فأخضعت السلطة التشريعية لأحكام الدستور في سنها للقوانين اما التنفيذية اخضعت لتنفيذ القوانين مع الالتزام بحدودها الحكومية و الادارية في تنفيذ وظائفها واخضعت السلطة القضائية للقانون بحيث تلتزم به في تطبيق احكامه على المنازعات التي تعرض عليها اما في ما يخص مبدأ المشروعية في معناه الضيق تعني تصرفات الادارة في حدود القانون (٢).

(١) د. وسام صبار العاني ، القضاء الاداري ، ط ١ ، دار السنهاوري ، ٢٠١٥ ، لبنان ، ص ٩-١٠

(٢) د. نواف كنعان ، القضاء الاداري ، دار الثقافة ، ط ١ ، عمان ، ٢٠٠٢ ، ص ٣-٤

كذلك عد مبدأ المشروعية في الوقت الراهن قمة الضمانات الأساسية الجدية والحاسمة لحقوق وحريات الشعوب اذ يبلور هذا المبدأ كل ما استطاعت الشعوب ان تحرزه من مكاسب في صراعها مع السلطات الحاكمة لإجبارها عن التنازل عن كل مظاهر الحكم المطلق هذا في حين ان معظم الفقه تقريبا متفق على ان مبدأ المشروعية يعني سيادة القانون بحيث اصبح مبدأ سيادة القانون مرادف لمبدأ المشروعية هذا ونص المشرع الدستوري في المادة (٦٤) على ان سيادة القانون اساس الحكم في الدولة وذهبت المحكمة الدستورية العليا الى بيان كل من المشروعية وسيادة القانون بعد صدور دستور ١٩٧١ اذ نصت على ان مبدأ المشروعية وسيادة القانون هو المبدأ الذي يوجب خضوع الدولة للقانون هذا حسب ما نصت عليه المحكمة العليا في احكامها وبعد ما حلت المحكمة الدستورية محلها قضت هذه المحكمة بان الدولة تقوم بمفهومها المعاصر في توجهها نحو الحرية وهذا ما يعني ان لمبدأ المشروعية جانبان الاول هو مشروعية السلطة لا تتأسس وفقا لما ورد في وثيقة اعلان الدستور إلا على سيادة القانون اما الثاني هو مبدأ خضوع سلطات الدولة للقانون بأن تنقيد كما ورد في قضاء المحكمة الدستورية العليا ممارستها لسلطاتها وكافة مظاهر نشاطها وایاً كانت طبيعة هذه السلطات والوظائف (١)

وعلى الادارة كإحدى سلطات الدولة ان تحترم جمع القواعد القانونية النافذة في الدولة والمشروعية في شقها المادي او الموضوعي يعني أي تصرف يصدر عن الادارة يجب ان يكون غير مخالف للقواعد القانونية النافذة ومطابق لها اما المشروعية في شقيه الشكلي او العضوي يتعلق بتعديل والغاء القواعد القانونية ومفاد هذا ان كل سلطة او جهة تريد اصدار قاعدة قانونية عليها مراعاة القواعد القانونية الصادرة من السلطات او الجهات الاعلى (٢)

اما المشروعية كاصطلاح قانوني توصل فقهاء القانون الى حقيقة وعرفوا المشروعية بانها الالتزام بأحكام القانون من قبل المخاطبين به حكاما كانوا او محكومين وعلى قدم من المساواة مع الاخذ بالاعتبار بان الخضوع للقانون والتزام حدوده لا يقصد به القانون بمعناه الضيق اي الصادر عن السلطة التشريعية فحسب بل يقصد به القانون بمعناه الواسع الذي يستغرق كل قواعد القانون الوضعي القائم في الدولة (٣)

كما جاء مفهوم اخر لها على انها صفة كل ما هو مطابق للقانون وهذا بدأ اساس للتصرف الاداري حيث تتوافر الضمانات الاساس للفرد وحيث لا تستطيع الادارة بموجبه العمل الا طبقا للقانون وهذا يعني ان تصرفات الاجهزة التي تكون منها الدولة وعلى وجه الخصوص الاجراءات التي تتخذها السلطة التنفيذية لا تتمتع بحماية القانون ولن تكون لها اي قيمة مالم تكون متوافقة مع قواعده النافذة (٤)

(١) د. سامي جمال الدين، القضاء الاداري-تنظيم القضاء الاداري دراسة مقارنة، دار المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٢-١٤

(٢) د. ابراهيم عب العزيز شيخا، القضاء الاداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٨-١٦

(٣) عوض عبد الجليل عوض السيد الترساوي، الرقابة القضائية على مشروعية المعاهدات الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٦٣

(٤) ٨٦٨ t / forum / www.Tribunaldz.com تمت زيارته ٢٠١٧ / ١٢ / ٢٠ .

اما فيما يخص مشروعية المعاهدات وهي مجال بحثنا فلا تعد المعاهدة صحيحة الا اذا كان موضوعها جائزاً او مشروعاً قانوناً وتقره الاخلاق الدولية وهذا الشرط يعد مشكلة دقيقة لانه يفترض وجود قواعد دولية آمرة ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها وكل اتفاق على مخالفتها يقع باطلاً اي فيما لو خالفت المعاهدة القواعد الامرة التي اقرها القانون الدولي العام او القانون الداخلي وتبطل بطلان مطلق فيما لو خالفت هذه القواعد وقت ابرامها حيث ان القواعد الامرة تكون بمرتبة اعلى من المعاهدة ذلك استناد الى نص اتفاقية فينا اذ نصت لا يمكن للمعاهدة مخالفتها والا عدت باطلة فالمادة (٥٣) اوجدت فكرة تدرج شكلي بين كل من المعاهدة والقواعد الامرة بوصف الاخيرة تتمتع بالأفضلية على المعاهدات (١)

قد نجد ان الدستور يشترط على الدولة للتصديق على المعاهدات التي تبرمها ضرورة عرضها على السلطة التشريعية لأخذ موافقتها فاذا صدرت هذه الموافقة امكن لرئيس الدولة التصديق عليها وذلك طبقاً للدستور اما في حالة اذا ما عمد رئيس الدولة الى التصديق على المعاهدات دون الرجوع الى السلطة التشريعية مسبقاً يكون هنا قد خالف الدستور وان فعله هذا غير مشروع ونكون هنا امام تصديق ناقص وللحيلولة دون ذلك ظهرت مجموعة من النظريات لمعالجة هذا الفعل المخالف للدستور وهي

أ- النظرية الاولى : والتي دافع عنها كل من لاباند ، بينتر ، وكاره دوماليرغ وهؤلاء من دعاة ازدواج القانون وهذه النظرية تقر بصحة المعاهدات المصادق عليها بشكل غير اصولي وذلك حرصاً على صيانة العلاقات الدولية وللحيلولة دون تدخل بعض الدول في الشؤون الداخلية للدول الاخرى بحجة مراقبة صحة ابرام المعاهدات .

ب- النظرية الثانية : دافع عنها كل من شتروب ، بوركان ، لابراديل ، شارل روسو الى قولهم ببطلان المعاهدة المصادق عليها بشكل مخالف للدستور وحجتهم في ذلك هو عدم تولد اي اثر قانوني للمعاهدة الا اذا قامت به السلطة المختصة بشكل قانوني ومتى ما خالف رئيس الدولة اختصاصه تبطل تصرفاته .

ج- النظرية الثالثة : هذه النظرية نادت بها المدرسة الوضعية الايطالية على رأسها انزيلوتي و كافاليري والتي تقضي بنفاذ المعاهدة المصادق عليها بشكل غير صحيح مستندي في ذلك الى فكرة مسؤولية الدولة من الناحية الدولية فالدولة التي خالف رئيسها احكام الدستور بتصديقه على المعاهدات تكون الدولة مسؤولة دولياً عن اعمال رئيسها كون ان التصديق الناقص هو عمل غير مشروع .

د - النظرية الرابعة : قال بها فردروس وتكون مستندة الى فكرة الفاعلية التي تسود القانون الدولي والتي تقر بصحة المعاهدة المصادق عليها بشكل غير اصولي لان القانون الدولي لا يستند الى حرفية النصوص الدستورية ولكن على ممارستها الفعلية .

كذلك ما صدر عن محكمة العدل الدولية في السابع من حزيران عام ١٩٣٢ والذي يقر بصحة المعاهدة المصادق عليها بشكل غير صحيح ، وكذلك ما استندت عليه معاهدة فينا والتي لا تجيز ابطال المعاهدة كون التصديق عليها ناقص الا اذا كان العيب الدستوري الذي شاب التصديق عيباً واضحاً (٢)

(١) د . سلوى احمد ميدان المفرجي - دستورية المعاهدات الدولية والرقابة عليها دراسة مقارنة ، مكتبة الحامد ، عمان ، ط ١ ، ٢٠١٣ ، ص ٦٦-٦٧ .

(٢) د عصام العطية ، القانون الدولي العام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص ٧٠-٧١ .

المطلب الثاني

عناصر مبدأ المشروعية

ان عناصر مبدأ المشروعية بواقعها تتضمن مجموعة من القواعد القانونية وهذه العناصر لا تشتمل على المعنى الضيق في القانون بل على المعنى الواسع بطرق مختلفة كطريق التشريع مثلا اذ هو بمثابة الطريق الذي تكون منه الاغلبية من القواعد القانونية الموجودة ونظرا لهذا فأن عناصر المشروعية يمكن ان تكون مشتملة لنوعين منها ما يكون عناصر مدونة كالدستور والقانون العادي والانظمة والتعليمات ومنها ما يكون غير مدون كمبادئ القانون العامة والعرف والذي يهتما في مجال بحثنا هذا العناصر المدونة والتي سنقتصر بحثنا حولها وتشمل :

فيما يتعلق بالقواعد الدستورية حيث تعد القواعد الدستورية (الدستور) التشريعي الاساس في اي دولة قانونية حيث لا يتصور قيام الدولة القانونية دون ان يكون لها دستورا يقيم النظام السياسي في الدولة ويؤسس الوجود القانوني للهيئات الحاكمة في الجماعة ويحدد وسائل حماية من لا سلطة لهم في مواجهة من لهم السلطة ، ويقصد من القواعد الدستورية مجموعة القواعد القانونية التي تبين نظام الحكم في الدولة وتحدد الحقوق والحريات العامة للأفراد وتقرر الاسس والمقومات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمجتمع ولما كان دور هذه القواعد انشاء وتنظيم السلطات العامة جميعها وتحديد نطاق اختصاص كل منها وكيفية ممارسة هذه الاختصاصات فإنه يترتب على ذلك ان تسمو هذه القواعد وتحتل المرتبة الاولى على قمة التنظيم القانوني في الدولة وتكون ملزمة لجميع السلطات و وجوب احترامها (١) .

وفيما يعنى بالقوانين العادية :تعني قواعد القانون العادي مجموعة القواعد القانونية التي تقرها وتصدرها السلطة التشريعية وهي تأتي بالمرتبة الثانية بعد القواعد

(١) د . سامي جمال الدين ، مصدر سابق ، ص ٢٨ - ٢٩ .

دستورية ويشكل القانون العادي همزة وصل بين الدستور والادارة فقلما يخاطب الدستور بأوامر مباشرة الادارة العامة ، الاصل ان الادارة تخضع وهي تقوم بوظيفتها في مجال مبدأ المشروعية ان لا يخالف القانون العادي الدستور والا اصبح هذا القانون غير دستوري واصبح القرار الصادر بموجب هذا القانون غير مشروع ايضا (١) .

وخضوع الادارة لأحكام القوانين العادية لا يعني خضوع اعضاء السلطة الادارية عضواً للسلطة التشريعية وذلك ان هذا الخضوع يقتصر على الجانب الوظيفي فقط دون ان يؤدي الى خضوع عمال الادارة وموظفيها خضوعاً رئاسياً لأعضاء السلطة التشريعية ذلك طبقاً لما يقتضيه مبدأ الفصل بين السلطات والجدير بالذكر ان الادارة لا تلتزم التزام مطلق بالقواعد القانونية جميعها بل تلتزم بعدم مخالفة القوانين التي تخاطبها او تتفق مع طبيعة الوظيفة الادارية (٢) .

اما الانظمة (اللوائح) - القرارات التنظيمية :

فهي تحتل المرتبة الثالثة من حيث التدرج التشريعي وبعد القواعد الدستورية والقانون العادي وهي تنقسم بدورها الى :

- انظمة تنفيذية وهي قواعد قانونية تصدر عن السلطة التنفيذية بموجب الاختصاص المناط بها وفقاً لأحكام الدستور كأنظمة انشاء وترتيب المرافق العامة وانظمة الضبط الاداري .

- وانظمة مستقلة ويرجع اساس هذه الانظمة الى عرف دستوري يمنح السلطة التنفيذية مثل هذا الحق بعد ان استقر القضاء واعترف بتوسيع مثل هذه السلطة الخاصة بأصدار الانظمة المستقلة للسلطة التنفيذية من امثلة هذا النوع هي انظمة الضبط الاداري والمرافق العامة .

- كما تفسر الانظمة التفويضية قواعد قانونية تصدر عن السلطة التنفيذية بموجب تصريح من البرلمان لتحل محله والقيام بالتشريع في بعض المسائل التي يحددها لها كما يتم تحديد مدة ليتم التشريع خلالها وتعتبر هذه الانظمة مظهر من مظاهر التعاون بين السلطتين التشريعية والتنفيذية حيث تساهم بموجبها السلطة التنفيذية بالوظيفة التشريعية

(١) د. نواف كنعان ، المصدر السابق، ص ٩-١٠

(٢) د. وسام صبار العاني، مصدر السابق، ص ١٧

وقد نصت بعض الدساتير كالمصري صراحة على جواز التفويض التشريعي بأن منح رئيس الجمهورية صلاحية اصدار قرارات لها قوة القانون عند الضرورة في الاحوال الاستثنائية بناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي الاعضاء.

- واخيراً انظمة الضرورة :وهي انظمة تجد سندها في الدستور حيث تنص غالبية الدساتير بما فيها الدستور العراقي على تحويل السلطة التنفيذية اصدار انظمة ادارية لمواجهة الاوقات الاستثنائية ودفع الاخطار التي تتعرض لها الدولة كما هو الحال في حالات الحرب والفيضانات (١).

واختلفت دساتير الدول حول درجة ترتيب المعاهدات فبعض الدساتير وضعها في مرتبة القانون العادي ودساتير دول اخرى وضعتها في درجة تفوق الدستور نفسه فالمعاهدة تسمو على القانون العادي والدستور يعلو عليها وهذا ما اخذ به التشريع المغربي الذي يقضي بإخضاع المعاهدة شأنها شأن القانون الداخلي لرقابة الدستور فالقضاء الدستوري هو من يقوم بهذا الدور الرقابي (٢).

وعليه فإن الملك هو من ينفرد بالتوقيع على هذه المعاهدات مع ذلك هناك استثناء وارد على ذلك فالملك تكون صلاحيته مقيدة في حالة ما اذا كانت المعاهدة تلزم مالية الدولة وكذلك ما يكون متعارض مع نصوص الدستور ووارد في المعاهدة وعند الرجوع الى دستور ٢٠١١ نجد انه ورد في الفقرة الرابعة من الدستور (اذا حرصت المحكمة الدستورية أثر احالة الملك او رئيس مجلس النواب او رئيس مجلس المستشارين او سدس اعضاء المجلس الأول وربع اعضاء المجلس الثاني الامر اليها ان التزاما دوليا يتضمن مبدأ يخالف الدستور المصادق على هذا الالتزام لا تقع الا بعد مراجعة الدستور) واهم ما يستفاد مما ذكر هو ان مسألة احالة اي التزام دولي يكون من اطراف محددين على سبيل الحصر وهؤلاء الاطراف اما يكون من جانب الملك او رئيس الحكومة (السلطة التنفيذية) او من جانب رئيس مجلس النواب او كذلك قد يحال من طرف سدس اعضاء مجلس النواب او ربع اعضاء مجلس المستشارين وهذا ما تم الاشارة اليه في المادة (٢٤) من القانون التنظيمي رقم ١٣-٦٦ الخاص بالمحكمة الدستورية وقد اغفل المشرع الدستوري مسألة تقييد سلطة المحكمة الدستورية بأجل معين حيث ترك المجال مفتوحاً للقاضي الدستوري لنظر في مدى دستورية الاتفاقية الدولية بخلاف ما ذهب اليه الفصل ١٣٢ من الفقرة الرابعة حيث الزم المحكمة بأجل شهر للنظر في دستورية المعاهدة عدا الحالات المستعجلة فهي حددت بثمانية ايام لكن القانون التنظيمي استدرك الامر في المادة ٢٦ والذي جاء فيه على المحكمة الدستورية ان تبت في مدى مطابقة المعاهدة للدستور في اجل (٣٠يوما) يحتسب من تاريخ احالتها اليها وثمانية ايام في الامور المستعجلة (٣).

(١) د. نواف كنعان ، المصدر السابق، ص ١٣- ١٩.

(٢) مصطفى قلوش ، القانون الدستوري، النظرية العامة، مكتبة دار السلام، ٢٠٠٤، ص ٦٣.

(٣) القانون التنظيمي رقم ١٣ - ٦٦ المتعلق بالمحكمة الدستورية المغربية ، الجريدة الرسمية ع ٦٢٨٨ ، ٢٠١٤ ، ص ٦٦٦٤ ، المادة ٢٦ .

ففي فرنسا مثلاً نجد ان في المادة (٥٤) من الدستور تكون الاحالة من طرف رئيس الجمهورية او الوزير الاول او رئيس احد المجلسين او ستين نائباً او عضواً من مجلس الشيوخ (١).

كذلك ما ورد في الدستور الاسباني في العقد (٩٥) من الدستور فإن احالة اي التزام دولي على المحكمة الدستورية يكون من طرف الحكومة والمجلسين (الشيوخ والنواب) وهذا الدستور لم يحدد اجل للاحالة على خلاف دستور فرنسا والمغرب (٢).

(١) الدستور الفرنسي ١٩٥٨ والمعدل ٢٠٠٨ .
(٢) الدستور الاسباني ١٩٧٨ .

المبحث الثاني

التعريف بالرقابة القضائية على مشروعية المعاهدات

للرقابة دور مهم على المعاهدات وذلك لمعرفة ما اذا كانت هذه المعاهدات قد شرعت وفقا للقوانين والانظمة ام انها قد خالفت القانون اذ ان دور الرقابة يبرز هنا في مهمة الرقابة على المشروعية فقط دون تتدخل في انشاء المعاهدات فمهمة الرقابة تنحصر في رقابة مشروعية ومطابقة المعاهدات للقانون فدور الرقابة مهم جدا لكي يحد من خطورة مخالفة الدول للقانون في مجال انشاء المعاهدات الدولية لذا فإن دور الرقابة يبرز في مجال الإلغاء او في مجال الامتناع. وكان جديرا اولا معرفة مفهوم الرقابة القضائية وثانيا بيان انواع الرقابة وفق الاتي:

المطلب الأول

مفهوم الرقابة القضائية

تتمثل الرقابة القضائية بوجود هيئة قضائية تتولى مهمة مراقبة دستورية القوانين اي ان يتولى القضاء فحص القوانين ليتأكد من مطابقة احكامها للدستور وهذا يشمل الجهة التي جعل الدستور من اختصاصها الرقابة على دستورية القوانين عندما تكون الرقابة مركزية اي قضاء دستوريا متخصصا وكذلك يشمل المحاكم على اختلاف انواعها ودرجاتها. فالرقابة القضائية تشار عند مخالفة احد القوانين التي يصدرها المشرع للقواعد الدستورية التي تتضمن عدد من الحقوق والحريات للأفراد (١).

ولما كان موضوع الرقابة القضائية والمسائل التي تشيرها تؤلف مسألة قانونية وهي التحقق من مدى تطابق القانون او عدم تطابقه مع احكام الدستور فمن المنطقي ان يعهد بهذه الرقابة الى هيئة قضائية يكون في التكوين القانوني لأعضائها وما تقدمه من ضمانات الحياة الموضوعية والاستقلال وحرية التقاضي وعلانية الجلسات وتسبب الاحكام مما يجعل هذه الرقابة ضمانا حقيقية لإحترام الدستور واذا كانت غالبية الدول قد اخذت بأسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين إلا انها لم تتفق على اسلوب واحد فبعضها اخذ برقابة الإلغاء والبعض الاخر اخذ برقابة الامتناع (٢).

وجاء لها مفهوم اخر على ان يتولى القضاء فحص دستورية القوانين الصادرة من البرلمان للتحقق من مدى مطابقتها او مخالفتها لقواعد الدستور (٣).

(١) د. سلوى احمد ميدان المفرجي ، دستورية المعاهدات الدولية والرقابة عليها ، مصدر سابق، ص ٨٠-٨١

(٢) د. منذر الشاوي، القانون الدستوري ، نظرية الدستور ج ٢، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧٢، ص ٥٨-٥٩

(٣) د. محمد رفعت عبدالوهاب- رقابة دستورية القوانين والمبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية ، الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، ٢٠١١، ص ٢٦٠.

واما المشرع العراقي فقد اخذ في دستوره الاول الصادر سنة ١٩٢٥ بالرقابة القضائية الا ان الدساتير التي تلتها منذ عام ١٩٥٨ حتى ٢٠٠٣/٤/٩ لم يأخذ المشرع بالرقابة على دستورية القوانين باستثناء دستور ١٩٦٨ الذي نص على الرقابة القضائية لكن دون تنفيذ وبعد احتلال العراق في ٢٠٠٣ أخذ قانون ادارة الدولة العراقية لسنة ٢٠٠٤ وكذلك دستور ٢٠٠٥ بالرقابة القضائية.

حيث انط القانون الاساسي مهمة الرقابة على مطابقة القوانين العادية لأحكامه بمحكمة خاصة سميت المحكمة الاتحادية العليا فأى قرار يصدر من المحكمة العليا يقضي بمخالفة احد القوانين او بعض احكامه

للدستور يلغى هذا القانون او القسم المخالف منه منت تاريخ صدور قرار المحكمة والرقابة القضائية تقوم بها هيئة قضائية تختص بالرقابة على دستورية القوانين كما يمكن ان تقوم بهذا الدور هيئة لا قضائية كما سنتناول ذلك تفصيلا في انواع الرقابة القضائية فمهمة رقابة القوانين هي اثبات مصير القانون المشكوك في دستوريته وليس للمحكمة ان تقوم بهذا من تلقاء نفسها انما يجب ان تحرك اليها هذه القضية من قبل الآخرين لكي تتوصل المحكمة للنظر في دستورية وعدم دستورية القوانين (١).

المطلب الثاني

انواع الرقابة القضائية

اولاً: الرقابة القضائية بطريقة الدعوى المباشرة (رقابة الإلغاء) لكي تقوم المحكمة بمهمة مراقبة القوانين لابد ان يكون هناك تحريك لدعوى من قبل الافراد حتى تستطيع المحكمة من الرقابة فليس لها ان تقوم بها من تلقاء نفسها والرقابة القضائية بهذا النوع تقوم على اساس دعوى قيمها الافراد او بعض الهيئات في الدولة على القانون الذي يشك في كونه مخالف للدستور فهنا الدعوى لا تقام من قبل فرد او هيئة على فرد او هيئة اخرى انما تقام على قانون معين بسبب مخالفته للدستور لذا يكون المدعي في هذه الدعوى اما فرداً او هيئة قضائية والمدعى عليه هو القانون المشكوك في دستوريته ويثور تساؤلاً امام من تقام هذه الدعوى من المحاكم ؟

للإجابة على هذا هناك حلان اما ان تقام الدعوى امام محكمة اعتيادية (التي تمارس القضاء في امور الناس وتتنظر ايضا في الدعاوي التي يقيمها الافراد والهيئات على القوانين المشكوك في دستوريته)

واما ان تقام امام محكمة مختصة في النظر في هذا النوع من الدعاوي ولكن لأهمية الامر اقتضى ان لا تعهد الدعوى الى الي محكمة اعتيادية انما الى اعلى محكمة اعتيادية في الدولة وهذه المحكمة بالاضافة الى اختصاصها للنظر في مختلف الدعاوي المدنية والجزائية كذلك تنظر الدعاوي المقامة على القوانين التي يدعى انها تخالف الدستور فهذه المهمة من الرقابة قد عهد الى اعلى درجة من درجات المحاكم الاعتيادية ونجد خير مثال لذلك في سويسرا حيث انه لا توجد محكمة اقيمت خصيصا للنظر في دستورية القوانين انما عهد بذلك الى المحكمة الفيدرالية فهي تمثل اعلى درجات المحاكم الاعتيادية (٢).

(١) د. حميد حنون خالد ، القانون الدستوري ، دار السنهوري، ط١، بغداد، ٢٠١١، ص ١٧١-١٧٢

(١) د. منذر الشاوي ، القانون الدستوري-نظرية الدستور ، بغداد، ١٩٨١، ص ٥٨-٥٩

وبما ان هذه الدعوى هي مخاصمة القانون المخالف فتقام بدعوى اصلية يرفعها الطاعن امام جهة القضاء المختص وبعد فحص القانون المشكوك في دستوريته من قبل المحكمة فأن وجد القاضي فعلا ان هذا القانون مخالف للدستور يقوم بإصدار حكم بإلغاء كلاً او جزءاً من القانون وان لم يجد هذا الخلاف بقرر رد الدعوى ففي هذا النوع من الرقابة نفترض وجود قانون مخالف للدستور يدفع الافراد والسلطات الى الطعن به امام القضاء كما ان دعوى الالغاء قد نجد انها تهاجم القانون المخالف للدستور وخروجه على احكام الدستور ليس فقط في دعوى اصلية انما كذلك في دعوى موضوعية يخاصم فيها المدعي القانون وبذلك فهي تختلف عن الدعوى الشخصية التي يخاصم فيها الاشخاص.(١).

وقد يكون حكم الالغاء قبل صدور القانون المخالف فتسمى الرقابة في هذه الحالة برقابة الالغاء السابقة اما بعد ذلك فإنها تسمى برقابة الالغاء اللاحقة وبسبب الخطورة المترتبة من جراء هذه الرقابة المتمثلة بإلغاء القوانين وتشريعات البرلمان فقد اعطيت هذه الرقابة مهمة خاصة واوكلت الى اعلى درجات المحاكم الاعتيادية لكي تقوم بالرقابة كما تجيز بعضها للأفراد ان يطعنوا مباشرة في دستورية القوانين بينما اجاز بعضها ذلك بطريق غير مباشر امام بعض المحاكم فاذا ما رأت هذه المحكمة واتفقت بجدية الطعن تقوم بتقديمها الى المحكمة الدستورية التي تقوم بدورها في فحص مطابقة القانون للدستور فرقابة الالغاء السابقة (٢).

بعد قيام السلطة التشريعية المكلفة بأعداد القوانين بإصدار قانون وقبل ان يصدر يرسل الى الجهة المختصة بالتصديق لغرض المصادقة عليه وقد تجد الجهة المختصة بالتصديق ضرورة ارسال هذا القانون الى محكمة خاصة يقوم بتخصيصها الدستور للتأكد من عدم تعارض القانون المراد اصداره مع الدستور فتحريك الرقابة هنا يكون من قبل السلطة وليس الافراد وقد اخذ بهذا النوع دستور ايرلندا لعام ١٩٣٧ حيث يتعين على رئيس الدولة اذا رغب بممارسة حق الرقابة ان يحيل القانون في مدة سبعة ايام من تاريخ استلام القانون الى المحكمة العليا بعد استشارة مجلس الدولة وعلى المحكمة ان تصدر حكماً في مدة لا تتجاوز الستين يوم في القانون المحال اليها فأن وجدت ان القانون مطابق للدستور وجب على رئيس الجمهورية المصادقة عليه وقد اخذت بهذا النوع من الرقابة امريكا اللاتينية مثل كولومبيا في دستورها لعام ١٩٥٤ كذلك الاكوادور لعام ١٩٢٩.

فرقابة الالغاء السابقة تعد وسيلة هجومية تسمح لبعض الجهات مراجعة الطعن في القانون مباشرة بصورة مستقلة عن اي نزاع عن طريق الدعوى الاصلية (٣).

هذا واذا اقتنعت المحكمة بعدم دستورية القانون فأنها تصدر قرار بإلغائه ويسري هذا القرار على الجميع دون مصلحة الطاعن ونظراً لخطورة ما تقوم به المحكمة من دور في هذه الحالة نجد انه يعهد في هذه الرقابة الى محكمة واحدة في الدول تجنباً للوقوع في تضارب الاحكام في حالة اذا ما عهد في هذه المهمة الى اكثر من محكمة ومن الدول التي ثبتت نظام المحكمة المختصة المانيا في دستورها لعام ١٩٤٩ وكذلك دستور العراق لعام ٢٠٠٥ الذي عهد بهذا الجانب الى المحكمة الاتحادية العليا في المادة الرابعة من قانونها (٤).

-
- (١) اسماعيل مرزة، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، ط٢، دار الملاك، بغداد، ٢٠٠٤، ص ١٩٣.
 - (٢) حسن ناصر المحنة، الرقابة على دستورية القوانين، رسالة ماجستير، الاكاديمية العربية المفتوحة الدنمارك، ٢٠٠٨، ص ٢٥٨-٢٥٩.
 - (٣) حسن ناصر المحنة، مصدر سابق، ص ٥٩.
 - (٤) د. عدنان عاجل عبيد، مصدر سابق، ص ١٢٥.

ويمتاز هذا النوع من الرقابة بميزات عدة من أهمها :

- ١- تمتاز رقابة الالغاء بأثرها الحاسم في مواجهة القوانين واللوائح الغير دستورية فهي تسعى الى اعدامها و الغائها
- ٢- جعل كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية في وضع تسعيان فيه الى تماشي التشريعات الصادرة من قبلهم مع احكام الدستور خوفا من الغائها
- ٣- حفظ واستقرار المعاملات وثبات الاوضاع القانونية والغاء التشريع المخالف للدستور لكافة السلطات والافراد (١).

ويبدو ان المحكمة الاتحادية العليا في العراق تأخذ بأسلوب المزج بين طريقتي الدفع الفرعي والدعوى الاصلية ونصت المادة (٣) من نظام المحكمة الداخلي على (اذا طلبت احدى المحاكم من تلقاء نفسها اثناء نظرها دعوة البت في شرعية نص في قانون او قرار تشريعي او نظام او تعليمات يتعلق بتلك الدعوى فترسل الطلب معلاً الى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه ولا يخضع هذا الطلب الى رسم).

فعند صدور معاهدة مخالفة للدستور او تكون بعض نصوصها مخالفة للدستور فإنها تلغى او يلغى نصها المخالف للدستور وذلك طبقاً لدستور العراق ٢٠٠٥ (٢).

ومن الدول التي اخذ بهذا النوع من الرقابة هي ايرلندا في دستورها لعام ١٩٣٧ وبعض دول امريكا اللاتينية مثل بنما ١٩٠٤ والاكوادور ١٩٢٩ وان الاثر الترتب على القانون المخالف للدستور يختلف من دولة الى اخرى فالعراق في القانون الاساس لعام ١٩٢٥ المادة (١١٨٦) يعد القانون ملغي من تاريخ قرار المحكمة بالإلغاء اما الدول الاخرى كالدستور الياباني لعام ١٩٤٦ يعد القانون المخالف للدستور ملغي من تاريخ صدوره (٣).

وتبنى هذا النوع من الرقابة كذلك الدستور اللبناني لسنة ١٩٢٦ وكذلك المغربي لسنة ١٩٩٦ وايضا الجزائري لسنة ١٩٩٦ (٤).

ثانياً: الرقابة القضائية بطريقة الامتناع او كما تسمى (الدفع بعدم الدستورية) فيقصد من هذا النوع من الرقابة وجود نزاع مطروح امام القضاء ثم يدفع احد الخصوم بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع ففي هذه الحالة يتوجب على القاضي في المحكمة المعروض امامها النزاع ان يتحقق من مدى مطابقة او عدم مطابقة هذا القانون للدستور فإذا تبين للقاضي ان القانون قد طابق الدستور فحينها يقضي برفض الدفع ونظر النزاع الاصيلي وهذا لا على العكس اذا تبين للقاضي ان القانون محل النزاع مخالف للدستور فيمتنع في هذه الحالة عن تطبيق هذا القانون في النزاع المطروح عليه وفحوى هذا النوع من الرقابة ان المحكمة في هذه الصورة لا تحكم بدستورية او عدم دستورية القانون من تلقاء

(١) غسان مدحت الخيري، الرقابة القضائية على القوانين، دار الراية، عمان، ٢٠١٢، ص ١٧٠-١٧٦

(٢) د. سلوى احمد ميدان المفرجي، المصدر السابق، ص ٨٤

(٣) المادة (١٣٢) من الدستور الجزائري

(٤) د. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٧٤، ص ٢٦٣-٢٦٤

نفسها بل تستند في ذلك الى دفع يتقدم به احد الخصوم ونجد جواز قيام المحكمة اذا قضت بعدم دستورية قانون في نزاع ما ان تعدل عن رأيها الاول وتقرر دستورية القانون في نزاع اخر معروض عليها (١).

وفي هذا النوع من الرقابة التي تكون دائما رقابة لاحقة يفترض ان تكون هناك دعوى منظورة اما قاض مختص ومطبق عليها واحد من القوانين النافذة في الدولة فهي دائما ما نجدها رقابة ملموسة كونها متعلقة بفحص دستورية قانون مطبق على دعوى او خلاف محدد هذا ما نجده على خلاف الدعوى المباشرة التي هي دائما تكون رقابة مجردة وهذا لا نجد ان بالضرورة ان يقدم الدفع خلال فترة قصيرة نسبيا فالدفع وكما يسمى بالدفع الفرعي يعد وسيلة دفاعية وليست هجومية لان الغرض منه نجده محصور في نطاق معين وهو عدم تطبيق القانون المدفوع فرعا بعدم دستوريته على الدعوى المنظورة امام القضاء وهذا نجده على خلاف الدعوى المباشرة التي تهدف الى الغاء القانون المخالف للدستور فالأثر المترتب على هذا النوع من الرقابة هو ان تمتنع المحكمة عن تطبيق القانون المدفوع بعدم دستوريته اذا ما وجد ان هناك صحة بالدفع وبالتالي فان الحكم الصادر الناتج عن الدفع الفرعي لا يعد لا حجية نسبية على عكس الدعوى المباشرة الذي يعد حجية مطلقة معنى ذلك ان قيام المحكمة بالامتناع عن تطبيق القانون المدفوع بعدم دستوريته لا يؤثر على المحكمة ذاتها اذ يمكن لها ان تطبق نفس هذا القانون لكن على دعوى اخرى والرقابة بهذا النوع اما نجدها تكون رقابة شائعة وهذا ما نجده في الاسلوب الامريكي من الرقابة واما تكون رقابة مركزة وهذا ما نجده في أوروبا باستثناء فرنسا (٢).

ويكون واجب على القاضي ان ينظر في الدفع المعروض فاذا ما توصل الى صحة كون القانون غير دستوري اي مخالف للدستور القائم في الدولة فيقرر قبول الدفع وبالتالي يمتنع عن تطبيق القانون على القضية المعروضة امامه فالقاضي في هذا النوع من الرقابة ينظر بصورة عارضة وليست اصلية في اثناء نظره لدعوى اقيمت امامه فاذا قام احد الخصوم في الدعوى بالاحتجاج على ان القانون غير دستوري وذلك لغرض التخلص من الحكم الذي يهدده او يرد على مطالب خصمه حينئذ يكون القاضي ملزم بفحص الدفع وهو الذي يقرر قبوله من عدمه ذلك لتعلق الحكم الذي سيصدره مع الحكم بالدفع فاذا صدر حكما من القاضي فهنا لا يعني انه يلغي القانون وانما يبتعد عن تطبيقه واما الادارة فتبقى حرة في تطبيق هذا القانون من عدمه كذلك الحال بالنسبة للمشرع فهو حر في الغاء هذا القانون من عدمه مع ذلك نجد ان هذه الطريقة من الرقابة اقل خطرا من سابقتها من الناحية السياسية (٣).

فدستور ٢٠٠٥ في العراق اناط مهمة الرقابة على دستورية القوانين بمحكمة خاصة سميت (المحكمة الاتحادية العليا) ولم يحدد المشرع الشروط الواجب توافرها في عضو المحكمة ولا عدد اعضائها وكان الجدير بالأفضلية ذكر عدد اعضاء المحكمة وشروط الواجب توافرها فيه بموجب نص دستوري وذلك لكي لا يتدخل المشرع العادي مستقبلاً في شؤون المحكمة وقراراتها ويتعين عمل المحكمة طبقاً للدستور حيث اجاز في البند الثالث من المادة الثالثة والتسعين لكل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الافراد وغيرهم الطعن مباشرة لدى المحكمة تجاه القوانين الغير دستورية (٤).

(١) د. عصام علي الدبس، القانون الدستوري، دار الثقافة، ط١، ٢٠١١، ص ١٩١-١٩٥.

(٢) د. محمد علي آل ياسين، القانون الدستوري والنظم السياسية، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٤، ص ٨٧-٨٩.

(٣) د. حميد حنون خالد، مصدر سابق، ص ١٨١-١٨٢.

(٤) غسان مدحت الخيري، مصدر سابق، ص ١٨٢-١٨٥.

ومن الاختصاص الرقابي للمحكمة الاتحادية العليا فقد رفضت النظر بصحة التصويت على مشروع قانون تشكيل الاقليم في العراق فالمحكمة هنا لها دور في النظر على ما يتم التصويت عليه من مجلس النواب (١).

وفي حال تعارض المعاهدة مع الدستور الوطني التي تكون في حالة اعلى من القانون واقل درجة من الدستور حسب الدستوري الجزائري والموريتاني فإنه لا يجوز للمعاهدة ان تخالف الدستور والا تعرضت لرقابة المجلس الدستوري حيث يختص بالفصل في دستورية المعاهدات والقوانين اضافة الى اختصاصاته (٢).

ولا تثير الرقابة على دستورية المعاهدات الاشكال والخلاف في البلدان التي نصت دساتيرها صراحة على القيمة القانونية للمعاهدات حيث جعلت بعض الدساتير لها قيمة قانونية مساوية للقوانين او اعلى منها واسندت مهمة الرقابة لقضاء دستوري مختص ومن هذه الدساتير الدستور الكويتي ١٩٦٢ (يبرم الامير المعاهدات بمرسوم ويبلغها مجلس الامة فوراً مشفوعة بما يناسب من بيان وتكون لها قوة القانون بعد ابرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية (٣).

كذلك عمان في ظل نظامها الاساس لسنة ١٩٩٦ والذي جاء فيه (لا تكون للمعاهدة والاتفاقية الدولية قوة القانون الا بعد المصادقة عليها) (٤).

في حين بعض الدول لم تحدد القيمة القانونية للمعاهدة ولا حتى الجهة التي تتولى الرقابة عليها وهذا ما نجده في الدستور اليمني لسنة ١٩٩٠ المعدل (يصادق مجلس النواب على المعاهدات والاتفاقيات السياسية) (٥).

حيث نجد ان المعاهدات هي احد مصادر المشروعية في الدولة وذلك بعد ان يتم التصديق عليها من قبل السلطة المختصة في الدولة وذلك تبعاً للإجراءات القانونية المتبعة في الدولة اذا بعد ان يتم التصديق عليها تصبح جزءاً من القانون الداخلي ومن ثم يكون الافراد والسلطات العامة ملزمين بها ونجد لها اختلاف في قيمتها القانونية تبعاً للدولة التي تبرمها حيث ان فرنسا مثلاً تضعها في مرتبة اعلى من القوانين العادية بينما نجد ان الدستور المصري يضعها في مرتبة القوانين العادية فحسب، اما في الدستور العراقي فلم تنص الدساتير العراقية المتعاقبة نص صريح يحدد القيمة القانونية للمعاهدات واكتفت فقط ببيان كيفية التصديق والجهة المختصة بالتصديق على المعاهدات حيث نصت المادة السادسة والعشرين من القانون الاساس لسنة ١٩٢٥ على ان الملك يعقد المعاهدات بشرط ان لا يصدقها الا بموافقة مجلس الامة .

اما نص المادة ٨٠ سادساً من دستور ٢٠٠٥ على ان مجلس الوزراء يمارس التفاوض بشأن المعاهدات والاتفاقيات الدولية والتوقيع عليها او من يخوله، في حين جاء نص المادة ٧٣ ثانياً يتولى رئيس الجمهورية المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية بعد موافقة مجلس النواب ويعد مصادق عليها بعد مضي مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ تسليمها (٦).

-
- (١) الدستور الكويتي لسنة ١٩٦٢.
 - (٢) النظام الاساس العماني لسنة ١٩٩٦.
 - (٣) الدستور اليمني لسنة ١٩٩٠.
 - (٤) د. وسام صبار العاني ، مصدر سابق ، ص ١٥-١٦ .
 - (٥) د. عبدالكريم علوان ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، ط١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٢٠.
 - (٦) د. علي غالب خضير العاني ، د. نوري لطيف ن القانون الدستوري ، بدون طبعة وسنة نشر.

ومن الدساتير والدول التي اخذت بالرقابة القضائية بطريقة الامتناع بشكل خاص كندا وايرلندا والبرتغال كذلك اتبعتها دول امريكا الجنوبية في اتحاد جنوبي افريقيا (١).

بالاضافة الى ذلك فان المشرع العراقي اخذ بهذا النوع من الرقابة ايضا وذلك في دستور عام ١٩٦٨ في المادة (٨٣/ف٦) والذي جاء فيه (تشكل بقانون محكمة دستورية عليا تقوم بتغيير احكام هذا الدستور والبت في دستورية القوانين) (٢).

ومع بيان القيمة القانونية للمعاهدات يبرز تساؤل حول الجهة التي تختص بالتصديق على المعاهدات الدولية ؟

يعد التصديق اجراء دستوري يختص القانون الداخلي بتنظيمه وهو الذي يعطي للمعاهدة وصف الالتزام الدولي فقد اتجهت الدساتير الدولية الى توزيع الاختصاص في تشريع القوانين ،بين السلطتين التنفيذية والقضائية وبعد انتشار النظام البرلماني حتى في الدول التي تتبع النظام الرئاسي في المساهمة يرسم السياسة الخارجية للدولة مع السلطة التنفيذية ممثل برئيسها ،ويختلف اختصاص التصديق بين الدول فمنها ما اوكل ذلك الى رئيس الدولة بعد ان يوافق مجلس النواب على ذلك بينما نجد ان غالبية دول العالم اتجهت الى التميز بين انواع هذه المعاهدات واشترط موافقة البرلمان بعد او قبل تصديق رئيس الدولة بالنسبة لبعضها دون غيرها على اعتبار انها ذات اهمية مع الاختلاف الكبير بشأن تحديد مثل هذه المعاهدات (٣).

من هذا يتضح ان الدستور الداخلي لكل دولة هو الذي يحدد السلطة المختصة بالتصديق على المعاهدات وقد يتم التصديق من قبل السلطة التنفيذية او من قبل التشريعية او يقوم به كليهما معا في ان واحد وذلك طبق الاتي :

اولا: التصديق من قبل السلطة التنفيذية : يتبع هذا الاسلوب بالتصديق على المعاهدات بشكل كبير في الانظمة الملكية والدكتاتورية فقد اخذت به فرنسا عندما كانت خاضعة للنظام الامبراطوري لعام ١٨٥٢، واليابان منذ صدور دستور عام ١٨٨٩ حتى عام ١٩٤٦ وكذلك اخذت به ايطاليا في ظل الحكم الفاشي من ١٩٢٢ حتى عام ١٩٤٣ وكذلك المانيا في ظل الحكم النازي من عام ١٩٣٣ حتى عام ١٩٤٥ ، وان لكل هذه الانظمة رئيس دولة يصدق منفردا وحده على المعاهدات الدولية (٤).

حيث ان هذا الاسلوب يجعل من التصديق عملا من اختصاص السلطة التنفيذية وحدها حيث يباشر رئيس الدولة وحده دون الرجوع الى اي هيئة التصديق وهذا الاسلوب يتفق مع الحكم الفردي المطلق والانظمة الدكتاتورية المبنية على ترجيح السلطة التنفيذية من الناحيتين القانونية والسياسية ففي هذه الانظمة رئيس الدولة وحده له حق المصادقة على المعاهدات الدولية ،اما في الوقت الراهن نجد ان هذا النظام في حالة اقرب للاختفاء بشكل تام لا نه اسلوب فرضته ظروف تاريخية معينة وانظمة سياسية صارمة بعيدة عن الرغبة في اشراك الشعب في اعمالها ويتطابق هذا الاسلوب مع النظام الملكي البحت اما هذا اتبع في فرنسا في عهد الامبراطورية الثانية (٥).

-
- (١) د. عبد الكريم علوان ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، ط١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٢٠ .
 - (٢) د. علي غالب خضير العاني ، د. نوري لطيف ، القانون الدستوري ، بدون طبعة وسنة نشر ، ص ٨٥ .
 - (٣) د. عادل احمد الطائي ، القانون الدولي العام ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، بدون سنة نشر وطبع ، ص ١٣٢ .
 - (٤) د. عصام العطية ، القانون الدولي العام ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ط ٧ ، ص ١٢٤ .
 - (٥) جمال عبد الناصر مانع ، مصدر سابق ، ص ٨٤ .

ثانياً: التصديق من اختصاص السلطة التشريعية : نصت غالبية دساتير العالم على ان يعهد بهذا الاختصاص الى السلطة التشريعية وحدها باعتبارها السلطة التي لها حق التصديق على المعاهدات الدولية ، وبرز مثال لذلك ما نجده في نظام حكومة البرلمان هذه الطريقة من التصديق تطبق في الانظمة النيابية اي التي يمنح فيها الدستور صلاحية للسلطة التشريعية اوسع من الصلاحية الممنوحة للسلطة التنفيذية (١).

ان هذا الاسلوب هو استثنائي ويطبق في الدول التي تتبع نظام الحكم الجماعي حيث نجد تطبيقات عدة لهذا النظام اذا اتبع في تركيا منذ دستور عام ١٩٢٤ حتى عام ١٩٦٠ اذ كانت الجمعية الوطنية الكبيرة تتمتع وحدها بحق التصديق على المعاهدات ونجد كذلك نص عليه في الدستور السوفيتي لعام ١٩٢٣ ، لكن طبقا للمدة ٤٩ من الدستور السوفيتي لعام ١٩٣٦ ، كذلك المادة ١٢١ من دستور ١٩٧٧ اصبح التصديق من اختصاص هيئة رئاسة السوفييت الاعلى التي يتجئها المجلس الاعلى من بين اعضائه (٢).

ثالثا : التصديق من اختصاص السلطتين معا : ان توزيع حق التصديق بين السلطتين التنفيذية والتشريعية تعتبر هذه القاعدة التي تتبعها غالبية الدول وهذا التوزيع بين السلطتين يختلف من دولة الى اخرى ، نجد ان معظم الدساتير الحديثة تنص على وجوب الحصول على موافقة البرلمان للتصديق على المعاهدات تارة وعلى المعاهدات الهامة تارة اخرى ، حيث تضع الدساتير عادة لائحة بالمعاهدات الهامة التي تخضع لموافقة البرلمان وهذا النوع من التصديق هو الاكثر شيوعا في دساتير العالم ففي فرنسا ان رئيس الجمهورية يصدق وحده على الصلح والمعاهدة التجارية والمعاهدة المتعلقة بالمنظمات الدولية والمعاهدات التي تعدل احكاما ذات طبيعة تشريعية والمعاهدات المتعلقة بحالة الافراد (مثل المعاهدات المتعلقة بالكنيسة والاقامة والقنصلية واسترداد المجرمين وتنفيذ الاحكام وحماية الرعايا والمساعدة القضائية) كذلك الحال المعاهدات المتضمنة ادخال اي تعديل على اقليم البلاد من تنازل او معاهدات تخطيط الحدود وقد استثنى الدستور الفرنسي من موافقة البرلمان بعض المعاهدات التي تحمل جانب من الاهمية على الصعيد السياسي كمعاهدات التحالف والحماية والتحكيم وعدم الاعتداء والمساعدة المتبادلة (٣).

واخذ بهذا التصديق النظام الجزائري بحيث منح التصديق لرئيس الدولة شريطة حصوله مقدما على موافقة البرلمان بفرعه ، اذ تنص المادة ٩/٧٧ من الدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦ على ما يلي يضطلع رئيس الجمهورية بالإضافة الى السلطات التي تخوله اياها صراحة احكام اخرى في الدستور يبرم المعاهدة الدولية ويصادق عليها وتصديق رئيس الجمهورية على المعاهدات مرهون بموافقة البرلمان حيث تنص المادة ٩٧ من نفس الدستور على انه يوقع رئيس الجمهورية اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم وينتقل المجلس الدستوري في الاتفاقيات المتعلقة بهما ويعرضها فورا على كل غرفة من البرلمان لتوافق عليها صراحة وما يؤكد مشاركة السلطة التنفيذية مع السلطة التشريعية في الاجراءات الوطنية للتصديق هو نص المادة ١٣١ الذي نص

(١) د. عصام العطية ، مصدر سابق ، ص ١٢٩.

(٢) د. جمال عبد الناصر مانع ، مصدر سابق ، ص ٨٤-٨٥.

(٣) محمد يوسف علوان ، القانون الدولي العام ، دار وائل ، عمان ، ط ٢ ، ٢٠٠٠ ، ص ١٥٠.

(بصادق رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم والتحالف والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص بعد ان توافق عليها غرفة من البرلمان صراحة) وفي هذه تأكيد على الزامية موافقة البرلمان على المعاهدات والا عد التصديق معييا (١).

وقد تتعرض المعاهدة للامتناع عن التصديق على المعاهدات فما مصير المعاهدة عندما تمتنع الجهة المختصة بالتصديق عليها فقد نجد ان السلطة التشريعية تمتنع عن المصادقة على المعاهدات الدولية ويذهب جانب من الفقهاء الى ان الامتناع عن التصديق يقصد من ورائه الاضرار بالطرف الاخر بشكل يكاد ان يكون تعسفي في استعمال الحق ويرتب مسؤولية دولية تجاه الدولة الممتنعة عن المصادقة على المعاهدات (٢).

لكن هذا الرأي لم يحظى بالموافقة على الصعيد الدولي اذا ان غالبية الفقه الدولي ذهب الى ان الامتناع عن التصديق لا يترتب المسائلة الدولية تجاه الدولة الممتنعة عنه ، ففي قضية المصالح الالمانية (بولندا) لم تفر المحكمة الدائمة للعدل الدولي مسألة حصول التعسف في استعمال الحق نتيجة لامتناع الدولة عن المصادقة بعد توقيعها للمعاهدة (٣).

والامتناع عن المصادقة على المعاهدات امر بالغ الخطورة على النظام الديمقراطي ، كونه كثيرا ما يسبب الاحراج للدول ورؤسائها ، ومن هذا الامتناع نجد تطبيقات عدة كما هو الحال في رفض الكونغرس عام ١٩٢٠ المصادقة على معاهدة فرساي عام ١٩١٩ المنشئة لعصبة الامم بالرغم ان الرئيس الامريكي كان هو من ابتكرها ، وقد يستخدم هذا الامتناع كوسيلة للضغط على السلطة التنفيذية او رئيسها في البلدان المستخدمة للديمقراطية حديثا او تلك التي يهيمن على حياتها الدستورية والسياسية التوافقات السياسية ، وقد تلجأ السلطة التشريعية الى هذا الاجراء وهو امتناعها عن التصديق كوسيلة لعرقلة عمل الحكومة واسقاطها والتصديق يعد سلاح ذو حدين فهو وسيلة لرقابة السياسة الخارجية للدولة في البلدان الديمقراطية او تلك التي تتبع نظام الحكم النيابي هذا من جهة وكوسيلة لعرقلة عمل الحكومة في البلدان التي تسودها التوافقات السياسية من جهة اخرى كما حدث ذلك في العراق عقب سقوط بغداد ٢٠٠٣ حيث تشكلت الحكومة في دستور ٢٠٠٥ من عدة كتل وتيارات سياسية لا يجمع بينهما سوى الرغبة في تشكيل الحكومة والمشاركة في العملية السياسية ، وهذا ادى الى عرقلة عمل الحكومة على الصعيد الدولي نتيجة للصراع السياسي داخل الدولة وهذا ما اثر سلبا على رفض الحكومة التصديق على الكثير من المعاهدات التي ابرمت من قبل السلطة التنفيذية (٤).

(١) د. جمال عبد الناصر مانع ، مصدر سابق ، ص ٨٤-٨٥.

(٢) محمد يوسف علوان . القانون الدولي العام ، دار وائل ، عمان ، ط ٢ ، ٢٠٠٠ ، ص ١٥٠ .

(٣) احكام المحكمة الدائمة للعدل الدولي ، مجموعة a ، ص ٣٠ .

(٤) الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ ، المادة (٨٠ /سادسا) والمادة (٧٣ /ثانيا) .

الخاتمة

من خلال ما سبق يتضح لنا ان المعاهدة من الاعمال القانونية الاساسية للتعبير عن الارادة الوطنية في العلاقات الدولية ولكي يكتمل الهدف الذي سعينا من اجله من خلال البحث في الرقابة على مشروعية المعاهدات الدولية وتوصلنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو الاتي

اولا : النتائج

- ١- لأبرام المعاهدة الدولية يقتضي مرورها بعدة إجراءات وليس بشكل تلقائي واهم تلك الاجراءات هو البحث في مطابقة المعاهدة للدستور الداخلي للدولة .
- ٢- كذلك الحال نجد خطورة كبيرة على الدولة عند عقد المعاهدات الدولية ن خاصة ما يتعلق بالاستثمار والثروات الوطنية يتطلب ان تخضع مثل هذه المعاهدات لرقابة البرلمان ورقابة القضاء
- ٣- اختلفت دساتير الدول في تحديد القيمة القانونية للمعاهدات الدولية فهي على علاقة وطيدة بالتشريع الداخلي ومغزى هذه العلاقة ان المعاهدة تصبح بمثابة تشريع داخلي ولها نفس قوة الالتزام وذلك بعد ان يتولى المشرع مسألة تصديقها وطرق اصدارها وفقا للقواعد والضوابط المعمول بها في تلك الدولة .
- ٤- تختلف الرقابة على المعاهدات من دولة الى اخرى وكذلك بالنسبة للطريقة التي تتبعها كل دولة فعالية الدول تمارس هذه الرقابة عن طريق هيئة مستقلة وتحرك هذه الرقابة من قبل سلطات حددها الدستور التي تتكفل بتحريك الرقابة بنوعيتها .
- ٥- قد تلجأ السلطة المختصة بالتصديق على المعاهدات الى امتناعها عن التصديق على معاهدات ابرمت مع دول اخرى وذلك بقصد عرقلة عمل الحكومة واسقاطها .

ثانيا : التوصيات

- ١- ضرورة ايجاد نص دستوري يؤكد الدور الرقابي الذي يقوم به البرلمان في رقابة المعاهدات الدولية دون قيد او شرط.
- ٢- ضرورة وضع قسم بالمعاهدات الدولية يعالج كل ما يتعلق بهذه المعاهدة بدلا من الاحكام المتناثرة الخاصة بالمعاهدات والموجودة في لائحة احكام الدستور .
- ٣- نجد ان القانون الدولي التزم الصمت بشأن تنظيم المعاهدات بين القانونين الداخلي والدولي وتركها لتقدير الدول الاعضاء امر غير مقبول دوليا فلا بد من وضع حل ومعايير مناسبة لتنظيم هذه العلاقة والحيلولة للحد من هذا التباين .
- ٤- ضرورة تبني نظام دستوري في جميع الدول يحدد فيه القيمة القانونية للمعاهدات خاصة في الدول التي لم تتبنى القيمة القانونية للمعاهدات الدولية في دساتيرها .

المصادر

القران الكريم

اولاً: الكتب

- ١- د. ابراهيم عبد الغزيز شيحا ، القضاء الاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ٨-١٦
- ٢- اسماعيل ميرزا ، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي ، ط ٢ ، دار الملاك ، بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص ١٩٣
- ٣- جمال عبد الناصر مانع ، القانون الدولي العام ، العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ٢٠٠٥ ، ص ٧٢-٧٣
- ٤- د. حميد حنون خالد ، القانون الدستوري ، دار السنهوري ، ط ١ ، ٢٠١١ ، ص ١٧١-١٧٢
- ٥- د. سامي جمال الدين ، القضاء الاداري- التنظيم الاداري دراسة مقارنة ، دار المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ١٢-١٤
- ٦- د. سلوى احمد ميدان المفرجي ، دستورية المعاهدات الدولية والمراقبة عليها دراسة مقارنة ، مكتبة الحامد ، عمان ، ط ١ ، ٢٠١٣ ، ص ٦٦-٦٧
- ٧- د. عادل احمد الطائي ، قانون الدولي العام ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص ١٣٢
- ٨- عبد الكريم علوان ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٢٠
- ٩- د. عدنان عاجل عبيد ، القانون الدستوري – النظرية العامة والنظام الدستوري في العراق ، ط ٢ ، ٢٠١٣ ، ص ١٢٢
- ١٠- د. عصام العطية ، القانون الدولي العام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص ٧٠-٧١
- ١١- د. عصام العطية ، القانون الدولي العام ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ط ٧ ، ص ١٢٤
- ١٢- د. عصام علي الدبس ، القانون الدستوري ، دار الثقافة ، ط ١ ، ٢٠١١ ، ص ١٩١-١٩٥
- ١٣- د. علي غالب خضير العاني ، د. نوري لطيف ، القانون الدستوري ، بدون طبع وسنة نشر
- ١٤- غسان مدحت الخيري ، الرقابة القضائية على القوانين، دار الراية ، عمان ، ٢٠١٢ ، ص ١٧٠-١٧٦
- ١٥- د. فؤاد العطار ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٤ ، ص ٢٦٣-٢٦٤

- ١٦- د. محمد رفعت عبد الوهاب ، رقابة دستورية القوانين والمبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية ، الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١١ ، ص ٢٦٠
- ١٧- د. محمد علي ال ياسين ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، ط١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٦٤ ، ص ٧٢-٨٩
- ١٨- محمد يوسف علوان ، القانون الدولي العام ، دار وائل ، عمان ، ط٢ ، ٢٠٠٠ ، ص ١٥٠
- ١٩- مصطفى قلوش ، القانون الدستوري ، النظرية العامة ، مكتبة دار السلام ، ٢٠٠٤ ، ص ٦٣
- ٢٠- د. منذر الشاوي ، القانون الدستوري - نظرية الدستور ، بغداد ، ١٩٨١ ، ص ٥٨-٥٩
- ٢١- د. منذر الشاوي ، القانون الدستوري - نظرية الدستور ج٢ ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص ٥٨-٥٩
- ٢٢- د. نواف كنعان ، القضاء الاداري ، دار الثقافة ، ط١ ، عمان ، ٢٠٠٣ ، ص ٣-٤
- ٢٣- د. وسام صبار العاني ، القضاء الاداري ، ط١ ، دار السنهوري ، ٢٠١٥ ، لبنان ، ص ٩-١٠

ثانيا: الرسائل والاطاريح

- ١- عوض عبد الجليل عوض السيد الترساوي ، الرقابة القضائية على مشروعية المعاهدات الدولية ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ٦٣
- ٢- حسن ناصر المحنة ، الرقابة على دستورية القوانين ، رسالة ماجستير ، الاكاديمية العربية المفتوحة ، الدنمارك ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٥٨-٢٥٩

ثالثا: المواقع الالكترونية

www.tribunaldz.com/forum/t٨٦٨ تمت زيارته ٢/١٢/٢٠١٧

رابعا: الدساتير

- ١- الدستور الفرنسي ١٩٥٨- والمعدل ٢٠٠٨
- ٢- الدستور الاسباني ١٩٧٨
- ٣- المادة (١٣٢) من الدستور الجزائري
- ٤- الدستور الكويتي ١٩٦٢
- ٥- الدستور اليمني لسنة ١٩٩٠
- ٦- النظام الاساس العماني ١٩٩٦
- ٧- الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ ، المادة (٨٠/سادسا) والمادة (٧٣/ثانيا)
- ٨- احكام المحكمة الدائمة للعدل الدولي المجموعة a ، ص ٣٠

