دور القضاء الدستوري في حل التعارض بين الدستور والمعاهدة

م.و. شهاب احمد عبدالله
كلية آشور الجامعة - قسم القانون

المستخلص

للقضاء الدستوري دور مهم في ايجاد حل للتعارض الذي قد يحصل بين الدستور والمعاهدة الدولية، فبقاء هذا التعارض يجعله ينعكس على القوانين الوطنية مسببا ارباكا لعمل السلطات ، لذا تباينت مواقف الانظمة القانونية من ذلك فبعض الأنظمة كانت تعطي المعاهدات منزلة القوانين ودساتير اخرى تجعلها في منزلة اعلى من ذلك اما دراستنا فكانت منصبة على موقف المشرع العراقي من المعاهدات الدولية في حالة تعارض الدستور و كذلك البحث في الية عمل القضاء الدستوري في معالجة هكذا تعارض .

Abstract

The constitutional judiciary plays an important role to find out a solution to dissolve the contradiction occurred between the constitution and the international convention . This contradiction reflects the national laws and causing confusion for the judicial authorities . Thus , the attitudes of the legal systems get discrepancy , so there were constitutions granting the convention legal place and other constitutions make them occupying high position . Our current study has focused on the Iraqi , of the international conventions if standing opposite to the constitution and searching for a mechanism of constitutional judiciary to address such contradiction.

مقدمة

إن نفاذ المعاهدات الدولية داخل الدول ، قد يؤدي إلى تنازع بين نصوص المعاهدة التي ترتبط بها الدولة وبين أحكام دستورها الداخلي ، وقد يسبب اثارت المسؤولية الدولية والاشكالات القانونية اثناء تطبيق المعاهدة لذلك نجد ان معظم الانظمة القانونية ضمنت دساتيرها نصوصا لحل هذه الاشكالية اذ منحت بعض الدول المعاهدة منزلة لها اعلى من الدستور واخرى منزلة القوانين الداخلية واخرى لم تنص صراحة على ذلك. لذا ستكون دراستنا التعرف على دور القضاء الدستوري لحل هذه الاشكالية المعقدة .

مشكلة البحث

البحث في الاشكال الحاصل بين المعاهدة الدولية والدستور في ظل التشريع محل الدراسة وموقف القضاء الدستوري المتمثل في المحكمة الاتحادية العليا في العراق خاصة وان الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ لم يعالج مسألة رقابة دستورية المعاهدات والاتفاقيات الدولية بشكل صريح .

اهمية البحث

معرفة موقف القضاء الدستوري العراقي من المعاهدات الدولية خاصة التعارض الذي يحصل بين نصوصها والدستور وهل تعامل معها باعتبارها قواعد تسمو على الدستور او عدها قانونا داخليا يمكن الطعن به في حالة تعارضه مع الدستور.

هدف البحث

التعرف على الية عمل القضاء الدستوري، وكذلك التعريف بالمعاهدة الدولية والية نفادها، ودور القاضي الدستوري في حل التعارض بين الدستور والمعاهدة الدولية.

منهجية البحث

تم اعتماد منهجية البحث التحليلي لموضوع الاشكالات أثناء تعارض النصوص الدستورية مع المعاهدة الدولية من اجل توظيفها في معالجة المشكلات التي تواجه نظامنا على المستوى القانوني والقضائي .

هيكلية البحث

للإحاطة بالبحث من جوانبه كاملا قسم البحث الى ثلاثة مباحث الاول قسم الى مطلبين ،الاول تناول تعريف القضاء الدستوري ، والمطلب الثاني خصص لتعريف المعاهدة وتناولنا في المبحث الثاني العلاقة بين القانون الدولي والداخلي ومركز المعاهدات في التشريع العراقي فخصص المطلب الاول للعلاقة بين القانون الدولي والداخلي اما المطلب الثاني فتطرقنا فيه الى مركز المعاهدات الدولية في التشريع العراقي قبل دستور ٢٠٠٥ وبعده واخيرا المبحث الثالث خصص للقرارات القضائية المتعلقة بالمعاهدات الدولية في العراق فكان المطلب الاول للقرارات القضائية المتعلقة بالمعاهدات الدولية في القضاء العادي والثاني تعرفنا فيه على القرارات القضائية المتعلقة بالمعاهدات الدولية وموقف القضاء الدستوري منها وختمنا بحثنا بجملة من النتائج والتوصيات.

المبحث الاول: ماهية القضاء الدستوري والمعاهدة الدولية

تم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين الاول لتعريف القضاء الدستوري لغة واصطلاحا وتطرقنا لتعريف المعاهدة الدولية لغة واصطلاحا في المطلب الثاني .

المطلب الاول: القضاء الدستوري

قسم هذا المطلب الى فرعين الاول تعريف القضاء لغة واصطلاحا ،ثم تعريف الدستور لغة واصطلاحا، والفرع الثاني خصص لتعريف المعاهدة الدولية .

الفرع الاول: تعريف القضاء لغة واصطلاحا وتعريف الدستور لغة واصطلاحا

اولا - تعريف القضاء لغة :

للقضاء في اللغة مصدر الفعل قضى، وله معانٍ متعددة منها:

- الحكم: تقول: قضى قضاء؛ أي حكم حكماً، ومنه قول الله تعالى : (وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُواْ إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً)[١] أي حَكَمَ بذلك.
- الفراغ والانتهاء من الشيء: يُقال: قضى حاجته إذا فرغ منها، ومن ذلك قول الله تعالى (فَوَكَزَهُ مُوسَى فَقَضَى عَلَيْهِ)[٢] ، أي قتله وفرغ من قتله.
- الأداء والإنهاء: تقول: قضيتُ ديني إذا أديتَه وفرغتَ منه، قال تعالى (وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الأَمْرَ أَنَّ دَابِرَ هَؤُلاء مَقْطُوعٌ مُّصْبِحِينَ)[٣] ، أي أنهينا إلى علمه، وأدينا له بحتمية استئصال آخر هؤلاء القوم في الصباح.
- الصنع والتقدير: يُقال: قضى عمله في ساعة، أي أنهاه فيها، يقول الله تعالى : (فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ)[٤]، أي صنعهن وقدرهن .وعلى هذا فالقضاء في اللغة هو: الحكم والإنفاذ بإتقان، يقول ابن فارس (القاف والضاد والحرف المعتل أصل صحيح يدل على إحكام أمر وإنفاذه لجهته)[٥].

ثانيا - القضاء اصطلاحا :

عرف القضاء في اصطلاح الفقهاء(هو ولاية الحكم شرعا لمن له اهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على اشخاص معينة بشرية متعلقة بأثبات الحقوق واستيفائها للمستحق) كما عرف قانونا (هو فض النزاعات والخصومات الناشئة بين الاشخاص الطبيعيين والمعنويين وتوجيه العقوبة الرادعة بحق من يثبت ارتكابهم للمخالفات والجنح والجنايات)[٦]

الفرع الثاني: تعريف الدستور لغة واصطلاحا

اولا - تعريف الدستور لغة :

الدستور لغة : (كلمة غير عربية في أصلها اللغوي، وهي تعني القانون والإجازة والقاعدة التي يجري العمل بموجبها)[٧].وهي ذات اصل فارسي يقصد بها الاساس او البناء او القاعدة[٨] .

---

[١] سورة الإسراء رقم الآية ٢٣.
[٢] سورة القصص، رقم الآية ١٥.
[٣] سورة الحجر، رقم الآية ٦٦.
[٤] سورة فصلت، رقم الآية ١٢.
[٥] أي الحسن ابن فارس، معجم المقاييس في اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون ،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ،١٩٧٩ مادة (قضى)، ص٤٧٨.
[٦] علي خالد دبيس وميثاق طالب غركان، القضاء في القانون والفقه الاسلامي (دراسة تطبيقية)، مجلة أهل البيت عليهم السلام العدد (١٤) ، ٢٠١٣ ، ص١٧٩.
[٧] بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، مطابع مؤسسة حوار، ١٩٧٧، ص٢٧٩.
[٨] د. نعمان الخطيب ،والوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ،ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان، ٢٠٠٤،ص ٤٤٨.

وهي ليست عربية الأصل ، ولم تذكرها المعاجم العربية القديمة وهي كلمة فارسية الأصل دخلت اللغة العربية عن طريق اللغة التركية، ويقصد بها التأسيس او النظام او التكوين. [٩] وهناك معنى آخر لكلمة الدستور على أساس إنها كلمة مركبة من كلمتي(دست) وتعني (يد) و(ور) وتعني (صاحب) و يراد بها قاعدة أساسية يرجع إليها كدفتر الجند أو مجموعة قوانين آما ان وكلمة دستور تعني أيضا بالفارسية الأساس أو القاعدة أو الإذن أو الدولة أما في اللغتين الإنكليزية والفرنسية فإن المصطلح المستخدم للدلالة على الدستور هو مصطلح(Constitution) البناء أو التأسيس أما في اللغة الإيطالية فان المصطلح المستخدم هو(Constituzion) الذي تعني ذات المعنى المستخدم في اللغتين الإنكليزية والفرنسية[١٠].

ثانيا : تعريف الدستور اصطلاحا:

هناك اختلاف بين العلماء في تعريف الدستور، كل حسب وجهة نظره ولكن بالمجمل، أن التعاريف التي سوف تأتي اما لبيان الدستور كمنظم لشؤون السلطة، أو أنها تذكر على أساس أنها القواعد الضامنة لحقوق الأفراد. ولذلك سنقدم بعض التعاريف حتى يتبين من خلالها الاختلاف الحاصل أو وجهات نظر الفقهاء بهذا الصدد

فيعرفه الفقيه (دايس) ، بأنه (المنظم لشؤون السلطة. و يشمل القواعد التي تنظم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة توزيع السلطات العليا ومزاولتها) [١١].

أما الأستاذ(بريلو) فيعرف الدستور، بأنه (قانون السلطة السياسية. أو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد السلطة السياسية وتنظيم انتقالها ومزاولتها)[١٢].

اما الدكتور(منذر الشاوي) فيعرفه بأنه(مجموع القواعد المكتوبة أو العرفية التي تحدد أو بصورة أدق تبين الطريقة التي تمارس بها مباشرة القوة الحاكمة من قبل الافراد القابضين عليها)[١٣]. وازاء ما تقدم فمصطلح القضاء الدستوري يعني وجود محكمة او هيئات قضائية متخصصة بالسهر على احترام أعلوية الدستور او انه الجهة القضائية التي خصها الدستور برقابة الشرعية الدستورية عندما تكون الرقابة مركزية بقضاء دستوري متخصص[١٤]. وعرف ايضا (بانه مجموعة القواعد المستنبطة من

---

[٩] الموسوعة العالمية https://ar.wikipedia.org تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٣/١٥.

[١٠] سلوان رشيد السنجاري ، القانون الدولي لحقوق الإنسان و دساتير الدول ، أطروحة مقدمة الى إلى مجلس كلية القانون في جامعة الموصل ، ٢٠٠٤ ،ص٩.

[١١] د. إسماعيل مرزه، مبادئ القانون الدستوري والعالم السياسي، بغداد، شركة الأهلية للطبع والنشر، ١٩٩٠، ص١٩.

[١٢] د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، المبادئ الدستورية العامة، بيروت، الدر الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٢م، ص ١٥

[١٣] د. منذر الشاوي، القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية العراقية، بغداد، ط٢ ، مطبعة شفيق، ١٩٩٩ ، ص٢٠.

[١٤] د. عصمت عبد الله الشيخ ، متى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص٧ .

احكام المحاكم في المجال الدستوري) [١٥] . ومن استعراض التعاريف اعلاه يتضح ان الدستور سواء أكان عرفيا ام مكتوبا يمثل مجموعة قواعد تنظم عملية انتقال السلطة وممارستها وكذلك بيان النظام الاقتصادي والاجتماعي القائم في مجتمع معين .

المطلب الثاني: تعريف المعاهدة

استقر العرف على أن المعاهدة هي (اتفاق بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام الهدف من هذا الاتفاق هو إنشاء آثار قانونية بين الأشخاص المتعاهدون و هذا الاتفاق يخضع للقانون الدولي، ويقصد بالمعاهدة الدولية أو الاتفاق الدولي بالمعنى الواسع توافق إرادة شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي على إحداث أثار قانونية معينة طبقا لقواعد القانون الدولي)[١٦].

ولم تخرج اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ في مادته (الثانية) من اطار هذا التعريف [١٧] .

وعليه فان المعاهدة الدولية تقوم على عدة عناصر اساسية منها :

١- انها اتفاق بين شخصين او اكثر من اشخاص القانون الدولي العام .
٢- ان هذا الاتفاق لابد ان يكون مكتوباً.
٣- ان يتم ابرامه وفقا لقواعد القانون الدولي.
٤- الهدف من ابرامه احداث وترتيب اثار قانونية[١٨] .

اما الفقهاء فقد وضعوا تعريفا لها فعرفها (اميل روبير) بانها (اجراء قديم ومتعدد الاشكال لا نشاء التزامات قانونية بين الدول) اما الدكتور محمد شبير الشافعي فعرفها (انها اتفاق تحدد فيه دولتان او اكثر لقواعد تنوي استخدامها لحل مشكلة تثور في مجال العلاقات الدولية)[١٩] .

كذلك المشرع العراقي لم يخرج عن اطار هذا التعريف فقد عرفها وفقا لقانون عقد المعاهدات رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٥[٢٠] بانها توافق ارادات لأحداث اثار قانونية تخضع

---

[١٥] د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري ،دار المطبوعات بالجامعة الاسكندرية ،١٩٩٧،ص١١ .

[١٦] محمد يوسف علوان، القانون الدول العام (المقدمة والمصادر)، الطبعة الثالثة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣، صفحة ١١٣ . و قد عرفت اتفاقية فيينا للاطلاع على نص الاتفاقية كاملا ينظر الموقع الرسمي للأمم المتحدة، http://www.un.org تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٣/١٩.

[١٧] (اتفاق دولي يعقد بين دولتان أو أكثر كتابة و يخضع للقانون الدولي سواءً تم في وثيقة واحدة أو أكثر و أياً كانت التسمية التي تطبق عليه) وينصرف اصطلاح المعاهدة الى كل اتفاق مكتوب بين شخصين او اكثر من اشخاص القانون الدولي العام أيا كانت التسمية التي تطلق عليها يتم ابرامها وفقاً لأحكام القانون الدولي تهدف الى احداث اثار قانونية. ينظر: د. علي ابراهيم ، الوسيط في المعاهدات الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٦٩ .

[١٨] د. محمد بشير الشافعي، القانون الدولي العام في السلم والحرب، ط٦، مكتبة الجلاء الجديدة ، القاهرة ، ١٩٩٧،ص٦٢٥.

[١٩] غشام عمرانه ،اختصاص القاضي الاداري بتفسير المعاهدات الدولية ،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ٢٠١٣ ص٩.

[٢٠] عرف المعاهدة " بانها توافق ارادات لأحداث اثار قانونية مثبتة بصورة تحريرية أيا كانت تسميتها بين جمهورية العراق او حكومتها وبين دولة او دول اخرى او حكوماتها او منظمة دولية او أي شخص من

لأحكام القانون الدولي. ومن خلال التعاريف نستنتج ان المعاهدة هي توافق ارادتين او اكثر لأحداث اثار قانونية معينة .

المبحث الثاني: العلاقة بين القانون الدولي والداخلي ومركز المعاهدات في التشريع العراقي

تم تقسيم هذا المبحث لمطلبين الاول يتطرق للعلاقة بين القانون الدولي والداخلي، والثاني خصص لمركز المعاهدات في التشريع العراقي.

المطلب الاول: العلاقة بين القانون الدولي والداخلي

مازالت العلاقة بين القانونين ، مثار جدل وخلاف بين فقهاء القانون، إذ إن الدولة عادةً ما ترتبط بالمعاهدات الدولية، وتنضم إلى العديد من المنظمات الدولية، مما يرتب التزاما على الدولة وجب عليها تنفيذه بحسن نية لكن عند التطبيق والتنفيذ له نجد أن بعض تلك المعاهدات قد تتعارض مع احكام قانونها الداخلي، فهل يجب على القاضي الوطني الأخذ بالقاعدة الدولية مع أنها متعارضة في نفس الوقت مع قانونه الوطني؟ أم الأخذ بالقانون الوطني وعدم تطبيق القاعدة الدولية؟[٢١] .

للإجابة على هذه التساؤلات يجب ان نعلم ان العلاقة التي تربط بين قواعد القانون الدولي والدساتير، لم تحظ إلا باهتمام أقلية من الفقهاء باعتبار أن الفقه التقليدي كان يعتبر أن هذين الفرعين مستقلين بعضهما عن الآخر استقلالا اما، على أساس عدم خضوع القانون الدولي لأحكام الدساتير الوطنية، وكذلك عدم خضوع أحكام هذه الأخيرة لقواعد القانون الدولي[٢٢] .

وقد ظهرت نظريتان في الفقه الدولي بشأن العلاقة بينهما تعرف أولهما بنظرية ازدواجية القانون، وتعرف الثانية بنظرية وحدة القانون وهما:

الفرع الاول : نظرية ازدواج القانون :

وتقضي بأن القانونين لهما نظامان مستقل عن الآخر بسبب وجود عدد من الاعتبارات منها :

١- من حيث المصادر فكل منهما يختلف عن الاخر ، فمصدر القانون الداخلي هو إرادة الدولة المطلقة ومصدر القانون الدولي هو الرضا المشترك لدولتين أو أكثر .

اشخاص القانون الدولي تعترف به جمهورية العراق لغرض اهداف اثار قانونية تخضع لأحكام القانون الدولي بصرف النظر عن تسمية الوثيقة او عدد الوثائق التي يدون فيها احكام التوافق كالمعاهدة او الاتفاق او الاتفاقية او البروتوكول او الميثاق او العهد او المحضر المشترك او المذكرات او الرسائل او الكتب المتبادلة او غير ذلك من التسميات ويشار اليها في هذا القانون في المعاهدة". المادة (١) من قانون عقد المعاهدات النافذ رقم (٣٥) لسنة ٢٠١٥ .للاطلاع على القانون كاملا ينظر جريدة الوقائع العراقية العدد(٤٣٨٣) في ١٢ /١٠ /٢٠١٥ .

[٢١] عمر صالح علي العكور، مرتبة المعاهدة الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلّد (٤٠) ، العدد(١)،عمان ، ٢٠١٣،ص٧٧.

[٢٢] صام الياس، العلاقة بين قواعد القانون الدولي وأحكام القانون الدستوري تبعية، سمو، أو تكامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود ،الجزائر، ٢٠١٠ ص٢.

٢- من حيث موضوعهما فكل منهما يختلف عن الاخر ، فموضوع القانون الداخلي هو علاقات الأفراد بينما موضوع القانون الدولي هو علاقات الدول .
٣- من حيث الأشخاص فكل منهما اشخاص يتم مخاطبتهم ، فأشخاص القانون الداخلي هم الأفراد وأشخاص القانون الدولي هي الدول فضلا عن الأشخاص الدولية .
٤- من حيث التركيب الفني لهما ، فالقانون الداخلي يحتوي على سلطة تنفيذية وتشريعية وقضائية ، أما القانون الدولي فلا وجود لها ما تزال في مرحلة بدائية .

واستناداً إلى هذه النظرية، فإن قواعد كل منهما مستقلة عن الاخرى ، وعليه فإنه من الاستحالة لتطبيق أي منهما في نطاق الآخر وكأن النظامين القانونيين يسيران في خطوط متوازية، فلا مجال للالتقاء أو التعارض[٢٣] .

الفرع الثاني: نظرية وحدة القانونين:

تستند هذه النظرية على أن كلا من (الدولي والداخلي) لهما نظام قانوني واحد، وعليه فان إمكانية التعارض والاختلاف بين القانونين واردة، ولحل هذه المشكلة، نادى الفقهاء بإمكانية تغليب احدهما على الآخر، بمعنى أن أحدهما قد يتبع أو يخضع للآخر وذلك حسب التدرج للقاعدة القانونية حيث أنه قد تسمو قواعد القانون الدولي على قواعد القانون الداخلي والعكس صحيح ووفقا لتصور الأحادية وسمو القانون الدولي، فإن القانون الداخلي هو الذي ينبثق عن القانون الدولي، وهذا الأخير يعلو على النظام الداخلي. عليه لا نكون أمام نظامين قانونيين منقسمين، وإنما أمام نظامين قانونيين أحدهما، وهو القانون الدولي، أعلى منزلة من الآخر، وهو القانون الداخلي، الذي يكون بمثابة التابع. والنظام القانوني الداخلي المنبثق عن القانون الدولي هو بمثابة اشتقاق أو تفويض صادر عن القانون الدولي. وهو التوجه الذي تأخذ به العديد من القرارات الدولية والدساتير الوطنية التي تنص على سمو القانون الدولي على القانون الداخلي[٢٤] مهما يكن من أمر فإنهم اي اصحاب هذا الراي انقسموا فيما بينهم حول أسبقية أو أولوية أحدهما على الآخر وفق ما ياتي:

اولا - وحدة القانونين مع سيادة القانون الدولي :

يرى كل من (كميفر) و(ديجي) و(جورج سل) و(كلمسن) و آخرون، بأن قواعد القانونين كتلة واحدة وكلا لا يتجزأ ، بل هما فرعان لنظام قانوني واحد و ليس هناك اختلاف بينهما لا في المصادر ولا في الموضوع ولا حتى في الطبيعة و تأسيسا على ذلك فالقانون الدولي ليس إلا جزء من قانون الدولة (قانون عام خارجي) يختص بتنظيم العلاقات مع الدول الأخرى مع عده في ذات الوقت الجزء الأسمى أو الأعلى من

---

[٢٣] مرشح محمود ، الوجيز في القانون الدولي العام، ط ٢، جامعة حلب، ٢٠٠٤ ص ٤٤١.
[٢٤] شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة شكر الله خليفة وعبدالمحسن سعد، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٢، ص ١٧ - ٢٤ .

قانونها، و هكذا فالتعارض المحتمل بينها يتم رفعه بتطبيق قاعدة سمو القانون الدولي على القانون الداخلي من منطلق ان القاعدة الدولية تنسخ تلقائيا القاعدة الداخلية[٢٥].

ويهدف مبدأ سمو احكام المعاهدات على احكام القانون الوطني، فيما يهدف إليه إلى تحقيق الاستقرار في التعامل الدولي، ومنْح المعاهدات هيبة في السياسات الدولية . كما يحول المبدأ دون تنصل الدول من التزاماتها الدولية بحجة تعارضها مع تشريعاتها الداخلية. فالدولة عند توقعيها على المعاهدة فإنها تكون على دراية بقوانينها الداخلية، ولا يرغمها أحد على توقيع المعاهدة إذا كانت تتعارض مع تشريعاتها، أي أن الدولة تتمتع بسيادتها الكاملة قبل التوقيع، وعليها احترام التزاماتها بعد التوقيع. وإذا حصل أي تجاوز للتشريعات الوطنية فهو شأن داخلي، ولا شأن للدول الأخرى بذلك[٢٦]

ثانيا- وحدة القانونين مع سيادة القانون الداخلي:

لا ينكر هذا الراي بدوره وحدة القانونين واعتبارهما نظاما قانونيا واحدا، غير ان أنصاره و منهم (كوفمان) يذهبون الى ان القانون الدولي اصله من القانون الداخلي، لكن في حالة يرجّح القانون الداخلي لأنه الأصل كون هذه الدول في التزاماتها الدولية محكومة بتشريعاتها الداخلية، لا سيما الدستور الذي يحدد كيفية و نطاق هذه الالتزامات حتى تكسب قوتها القانونية داخل الدولة و تنفّذ كما تنفذ احكام القانون الداخلي[٢٧] .

وبالمقابل نجد العمل الدولي مستقرا على الإبقاء على الالتزامات الدولية بغض النظر عما قد يطرأ على الدستور من تغيير إعمالا لمبدأ استمرارية الدولة، كون التزام الدولة بما تبرمه من اتفاقيات دولية مع أشخاص القانون الدولي لا يستند إلى القانون الدستوري الداخلي، ولكنه مبني على قاعدة جوهرية في التعامل الدولي هي قاعدة وجوب الوفاء بالعهد أو قدسية الاتفاق[٢٨] .

ان نفاذ المعاهدات داخل الدول ، قد يؤدي في بعض الأحيان إلى حصول تنازع بين أحكام المعاهدة التي ترتبط بها الدولة وبين أحكام تشريعاتها الداخلية ، فقد تنظم المعاهدات حالات لم يسبق للقانون الداخلي تنظيمها ، وقد تنظم حالات سبق وأن نظمها القانون الداخلي، وفي هذه الحالة قد تتفق أحكام المعاهدة مع أحكام القانون الداخلي، وقد تتعارض هذه الأحكام بعضها مع البعض الآخر، فأي حكم يطبق القاضي الوطني؟ ايطبق حكم المعاهدة التي التزمت بها دولته أم يطبق حكم القانون الوطني؟ للإجابة على هذا السؤال يجب الرجوع إلى دستور الدولة إن كان يوجد فيه نص دستوري يبين هذه المسألة من عدمه.

---

[٢٥] د .محمد بو سلطان ، مبادئ القانون الدولي العام ، ط٣، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، ٢٠٠٧، ص٣٧.

[٢٦] معين البرغوثي، مصادر القانون الدولي الخاص في فلسطين ، مجلة القانون والقضاء، عدد(٣)غزة ، ديوان الفتوى والتشريع بوزارة العدل، ٢٠٠١ ، ص ٦٤.

[٢٧] د .محمد بو سلطان مصدر سابق ، ص٣٩.

[٢٨] أحمد اسكندري، محاضرات في القانون الدولي العام، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة ١٩٩٤، ص٣٤.

ففي حالة وجود نص دستوري يغلب حكم المعاهدة على القانون الداخلي، فإن المعاهدة هي التي يطبقها القاضي الوطني في حالة وجود التنازع ، أما في عدم وجود نص دستوري ، ففي هذه الحالة يجب أن نميز بين حالتين:

ا- أن يكون التشريع سابقاً على المعاهدة، هنا لا يجد القاضي الوطني أية صعوبة، إذ يطبق نصوص المعاهدة ويهمل القانون الداخلي، وذلك بالاستناد إلى المبدأ الذي يحكم تنازع القوانين من حيث الزمان، أي مبدأ النص اللاحق ينسخ النص السابق ، وبما أن المعاهدة من حيث القوة القانونية تعادل القانون، فتعتبر قانونا لاحقا على القانون الداخلي.

ب- أن يكون القانون الداخلي لاحقا للمعاهدة ، وفي هذه الحالة فإن استبعاد أحدهما للآخر يتوقف على مدى القوة التي يتمتع بها كل منهما ، فإذا كانت المعاهدة لها قوة أعلى من القانون الداخلي فإن القانون اللاحق لا يستبعد أحكام المعاهدة على الرغم من تعارضها التام معه ، بل تستمر المعاهدة في التطبيق رغم صدور قانون لاحق عليها ، وإذا كانت المعاهدة الدولية تتمتع بذات قوة القانون العادي فإن القانون اللاحق يستبعد أحكام المعاهدة [٢٩] .

المطلب الثاني: مركز المعاهدات الدولية في التشريع العراقي

قسم هذا المطلب الى فرعين الاول سنتناول فيه التعرف على مركز المعاهدات الدولية في التشريع العراقي قبل دستور ٢٠٠٥ والثاني، يتناول مركز المعاهدات الدولية بعد دستور ٢٠٠٥.

الفرع الاول :مركز المعاهدات الدولية قبل دستور ٢٠٠٥

تضمنت الدساتير العراقية الاشارة الى المعاهدات الدولية فأول دستور صدر عام ١٩٢٥ والذي نص في مادته (٢٦ الفقرة ٤) على ان (الملك يعقد المعاهدات، بشرط أن لا يصدقها إلا بعد موافقة مجلس الأمة عليها) ودستور ١٩٥٨ لم يتطرق للمعاهدات اما دستور ١٩٦٣ فقد نص في المادة (٤٥) على ان (يقر رئيس الجمهورية المعاهدات والاتفاقيات الدولية ويصادق عليها) وكذلك دستور١٩٦٨ الذي منح مجلس قيادة الثورة سلطة اقرار القوانين والأنظمة والمعاهدات والاتفاقات الدولية. ودستور ١٩٧٠في المادة (٤٣) الفقرة (د) التي نصت على ان (المصادقة على المعاهدات والاتفاقات الدولية.)[٣٠] وكذلك تضمنت القوانين العراقية الاشارة الى المعاهدات الدولية[٣١]

---

[٢٩] د.على عبد القادر القهوجي ، المعاهدات الدولية أمام القاضي الجنائي دار الجامعة الجديدة للنشر . الإسكندرية ١٩٩٧ ص ٦٧.

[٣٠] الموقع الرسمي للتشريعات العراقية http://iraqld.hjc.iq:8080/identity تاريخ الزيارة ٣/٢٣ /٢٠١٩.

[٣١] فقد نصت المادة (٢٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة١٩٥١ (لا تطبق أحكام المواد السابقة إذا وجد نص على خلافها في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في العراق). للاطلاع على القانون كاملا ينظر جريدة الوقائع العراقية العدد (٣٠١٥) في ٨/ ١٩٥١/٩. والمقصود بالمواد السابقة هي (من ١٧ الى ٢٨) من القانون المدني وكذلك نص المادة (٣٠) من نفس القانون على ان (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في

الفرع الثاني : مركز المعاهدات الدولية بعد دستور ٢٠٠٥

نص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ المعاهدات في العديد من نصوصه فقد نص في المادة (٨) منه على ان (احترام العراق للمعاهدات الدولية والالتزامات الدولية [٣٢]. وكذلك هناك نصوص من الدستور تجد أساس مصدرها اتفاقيات ومعاهدات وإعلانات دولية مثال ذلك الفقرة (ثانيا) من المادة (١٩) والتي نصت على ان (ثانياً:- لا جريمة ولا عقوبة الا بنص ....) [٣٣]ويعد هذا اندماج للقواعد الدستورية مع المعاهدات الدولية من وجهة نظرنا

ومن تحليل هذه المواد القانونية والدستورية يتضح ان العراق ملزم باحترام الالتزامات الدولية وقد منح الدستور مجلس النواب تنظيم عملية المصادقة على المعاهدات في المواد(٦١ و٧٣ و٨٠) [٣٤] من الدستور .

ومن استعراض هذه النصوص نجد ان الدستور العراقي قد اخذ اتجاها فريدا في التعامل مع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية لا يوجد له مثيل بين الدساتير العربية على الاطلاق وهو ان جميع تلك الاتفاقيات يجب ان تعرض على مجلس النواب قبل المصادقة عليها ، وليس لرئيس الجمهورية في ذلك سوى دور شكلي بروتوكولي ، بدليل أن المادة (٧٣) من الدستور تفترض المصادقة على المعاهدة من قبل رئيس الجمهورية بعد مضي خمسة عشر يوما من تاريخ إحالتها عليه ولم يمنح الرئيس حتى صلاحية الاعتراض او الرفض كما هو الحال في تشريعات القوانين الداخلية فليس بإمكان الرئيس اعادة الاتفاقيات الدولية الى المجلس لمناقشتها فليس له سوى التصديق والا اعتبرت المعاهدة مصادقا عليها بعد مرور خمسة عشر يوما.

المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً) وهذه المادة تخويل من المشرع الى اللجوء الى الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في حل تنازع القوانين وكذلك قانون العمل رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥. فقد نصت الفقرة (١) من المادة (١٤) على ان "ثالثا : عند عدم وجود نص في هذا القانون يصار الى تطبيق احكام اتفاقيات العمل العربية و الدولية ذات الصلة المصادق عليها قانونا"وهذه رخصة للقاضي الوطني بتطبيق احكام اتفاقيات العمل العربية و الدولية ذات= =الصلة المصادق عليها قانونا معتبرها في منزلة القانون للاطلاع على جميع القوانين كاملة ينظر: الموقع الرسمي للتشريعات العراقية مصدر سابق تاريخ الزيارة ٣/٢٣ /٢٠١٩.

[٣٢] "يرعى العراق مبدأ حسن الجوار، ويلتزم بعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى، ويسعى لحل النزاعات بالوسائل السلمية، ويقيم علاقاته على اساس المصالح المشتركة والتعامل بالمثل، ويحترم التزاماته الدولية"المادة (٨) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

[٣٣] الفقرة (ثانيا) من المادة (١٩) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

[٣٤] نصت الفقرة (٤) المادة (٦١) من على ان (يختص مجلس النواب بما يأتي: تنظيم عملية المصادقة على المعاهدات الاتفاقيات الدولية، بقانون يُسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب) اما المادة (٧٣) يتولى رئيس الجمهورية الصلاحيات الآتية: ثانياً:- المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية، بعد موافقة مجلس النواب، وتُعد مصادقاً عليها بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها" واخيرا المادة (٨٠) يمارس مجلس الوزراء الصلاحيات الآتية: سادساً:- التفاوض بشأن المعاهدات والاتفاقيات الدولية، والتوقيع عليها، أو من يخوله) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

هذه النصوص الدستورية التي وضعها المشرع الدستوري للألية المتبعة لأبرام المعاهدات الدولية ولكن الدستور لم يبين المرتبة القانونية للمعاهدات الدولية في النظام القانوني العراقي وكان اصدر المشرع العراقي اصدر قبل دستور ٢٠٠٥ قانون المعاهدات في العراق رقم (١١١) لسنة ١٩٧٩[٣٥] تناول فيها اليات تنفيذ المعاهدات الدولية والذي ظل نافذا لحين صدور قانون عقد المعاهدات رقم (٣٥) لسنة ٢٠١٥ .الذي وضح اليات ابرام المعاهدات الدولية نستنتج ان المعاهدة الدولية تتحول بمقتضى هذا القانون الى تشريع داخلي كما نصت المادة (١٩) [٣٦] وكذلك المادة (٢٧) في فقرتها سابعاً[٣٧] على ذلك. وبالتالي يخضع شأنه شأن أي قانون داخلي الى اختصاص المحكمة الاتحادية العليا ، ويكون محلا للطعن كأي قانون داخلي حتى وان لم يكن هناك نص صريح هنا نقطة التحول في اختصاص المحكمة وعليه فأنه يمكن لكل من مجلس الوزراء او ذوي الشأن وحتى الافراد حق الطعن المباشر لدى المحكمة في حال مخالفة المعاهدة لمضامين الدستور أي ان الدعوى بشأن الطعن في دستورية المعاهدة يتم بطريق دفع اصلي وليس بطريق فرعي ، أي انه حتى لو لم يتم لهذه المعاهدة من تطبيق عملي فأنه يمكن الطعن بها طالما شابها مخالفة لأحد نصوص الدستور. ولكن عند استعراض المادتين (٨٨) في الفقرة (رابعا) و (١٢٧) من النظام الداخلي لمجلس النواب[٣٨] التي نصت منها قيام لجنة العلاقات الخارجية على دراسة الاتفاقات والمعاهدات الدولية بالتعاون مع اللجنة القانونية وكذلك المادة (١٢٧) من نفس النظام تضمنت عملية المصادقة. " والملاحظ أن نص المادة (٨٨) يبدو وكأنه متعارض في صياغته وفحواه ونص المادتين (٦١/ رابعا) من الدستور والمادة (١٢٧) من النظام

---

[٣٥] للاطلاع على القانون كاملا ينظر جريدة الوقائع العراقية ، العدد (٢٧٣١) ،في١٩٧٩/٩/١٧.

[٣٦] نصت المادة (١٩) من القانون أعلاه بان الاتفاقية أو المعاهدة تدخل حيز النفاذ تجاه جمهورية العراق في التاريخ الذي تنص عليه المعاهدة بناء على :

أولاً- المصادقة على المعاهدة الثنائية وفق أحكام هذا القانون وتبادل وثائق التصديق او تبادل المذكرات المؤيدة للتصديق.

ثانياً- المصادقة على المعاهدة متعددة الأطراف او الانضمام إليها وفق أحكام هذا القانون وجرى إيداع الوثيقة اللازمة أو الأشعار بها وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المعاهدة لدى جهة الإيداع طبقاً للأحكام الختامية للمعاهدة .

ثالثاً - تطبيق الأحكام الختامية للمعاهدة اعتبارا من وقت اعتماد نصها فيما يتعلق بتنظيم توثيق نصوصها واثبات موافقة الدول على الالتزام بها ، وطريقة أو تاريخ دخولها حيز النفاذ والتحفظات عليها ووظائف جهة الإيداع وغير ذلك من الأمور التي تتم قبل دخولها حيز النفاذ .المادة (١٩) من قانون عقد المعاهدات رقم (٣٥) لسنة ٢٠١٥ .

[٣٧] (تقوم وزارة العدل بنشر المعاهدة وقانون التصديق عليها او الانضمام اليها في الجريدة الرسمية) . الفقرة(سابعا) من المادة (٢٧) والمادة من المادة (٢٧) من قانون عقد المعاهدات رقم (٣٥) لسنة ٢٠١٥.

[٣٨] للاطلاع على النظام كاملا ينظر جريدة الوقائع العراقية العدد (٤٠٣٢) في ٢٠٠٧/٢/٥. تنص على أنه (لجنة العلاقات الخارجية : تختص هذه اللجنة بما يأتي : ..... رابعا- دراسة الاتفاقات والمعاهدات السياسية بالتعاون مع اللجنة القانونية)، كما نصت المادة (١٢٧) من نفس النظام على أنه (تنظيم عملية المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب) .

الداخلي ، حيث حددت المادة (٨٨) من النظام الداخلي اختصاص لجنة العلاقات الخارجية في مجلس النواب بدراسة الاتفاقيات والمعاهدات السياسية الدولية ، في الوقت الذي ذهبت فيه المادة (٦١/رابعا) من الدستور والمادة (١٢٧) من النظام الداخلي إلى أن مجلس النواب يختص بالمصادقة على جميع المعاهدات والاتفاقيات الدولية دون تحديد نوع منها بعينه . ومن المؤكد أن لا مجال هنا لإعمال قاعدة الخاص يقيد العام ولكن إعمال قاعدة التدرج القانوني التي تقضي بالضرورة تغليب النص الدستوري على ما سواه من النصوص ، وبالتالي فإن مجلس النواب يختص بالمصادقة على جميع المعاهدات ، السياسية منها وغير السياسية"[٣٩].

ويتضح من هذا أن مجلس النواب يضطلع بالدور الفعلي بعملية المصادقة على المعاهدات باتفاق السلطة التشريعية ورئيس الدولة وبالرجوع الفقرة (٤) المادة (٦١) اعلاه نستنتج ان المعاهدة الدولية تتحول بمقتضى هذا القانون الى تشريع داخلي و هذا التشريع يخضع شأنه شأن أي قانون داخلي الى اختصاص المحكمة الاتحادية العليا ، وبالتالي يكون محلا للطعن كأي قانون داخلي حتى وان لم يكن هناك نص صريح ونقطة التحول في اختصاص المحكمة على خلاف الدستور المصري فأنه يمكن لكل من مجلس الوزراء او ذوي الشأن وحتى الافراد حق الطعن المباشر لدى المحكمة في حال مخالفة المعاهدة لمضامين الدستور، أي ان الدعوى بشأن الطعن في دستورية المعاهدة يتم بطريق دفع اصلي وليس بطرق فرعي ، أي انه حتى لو لم يتم لهذه المعاهدة من تطبيق عملي فأنه يمكن الطعن بها طالما شابها مخالفة لأحد نصوص الدستور. اي انه كأي قانون داخلي يكون نافذا بعد استكمال شروطه الموضوعية والشكلية ومنها النشر[٤٠] .

وعليه ان المعاهدة يجب ان تنشر كقانون حتى يمكن الطعن بها امام القضاء الدستوري والمتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا وطالما أن المعاهدة الدولية وكما هو معمول به في العراق لها قوة القوانين العادية لذا لابد من أن يتم نشرها في الجريدة الرسمية لذلك يجري العمل على التصديق على كل معاهدة بقانون تصديق يتم نشره في الجريدة الرسمية وتنشر معه نصوص المعاهدة فتصبح عندئذ المعاهدة نافذة داخل العراق ولها قوة القوانين العادية) [٤١] ، وكذلك قانون عقد المعاهدات رقم (٣٥) لسنة٢٠١٥ [٤٢]

---

[٣٩] د. علي يوسف ألشكري، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية دراسة مقارنة في الدساتير العربية، مركز دراسات الكوفة ، العدد،(٧) ، ٢٠٠٨ ، ص٢٤.

[٤٠] نصت المادة (١٢٩) نصت على ان (تنشر القوانين في الجريدة الرسمية، ويعمل بها من تاريخ نشرها، ما لم يُنص على خلاف ذلك) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

[٤١] نصت المادة (١) من قانون النشر العراقي رقم ٣٤ لسنة ٢٠٠٧ المعدل (تنشر الوقائع العراقية الاتي .. ... نصوص المعاهدات والاتفاقيات وما يلحق بها). للاطلاع القانون كاملا ينظر جريدة الوقائع العراقية العدد (٤٠٤٧) في٢٠٠٧/٨/٣٠.

[٤٢] الفقرة (سابعا) من المادة (٢٧) من قانون عقد المعاهدات رقم (٣٥) لسنة ٢٠١٥ . نصت على ان (تقوم وزارة العدل بنشر المعاهدة وقانون التصديق عليها او الانضمام اليها في الجريدة الرسمية) .

المبحث الثالث: القرارات القضائية المتعلقة بالمعاهدات الدولية

أن القضاء الدستوري يعد أحد أبرز المؤسسات المعنية بالتأويل الديمقراطي للدستور؛ لأنه ،وكما قال دومينيك روسو (التأويل يقع في صلب عمل القاضي الدستوري)[٤٣] .

لذا فإن التزام دولة ما بتنفيذ معاهدة وقعت عليها، يفرض تقيّد سلطاتها وأجهزتها المختلفة بها وتطبيق أحكامها الواردة فيها. ولغرض النفاذ والالزام تكون ملزمة كما تتّصف به نصوص المعاهدات الدولية فإنه يستلزم إصدار القوانين اللازمة لتطبيقها . فالتدخّل التشريعي الذي يُفترض قيام الدولة به بعد الانضمام إلى اتفاقية ما تعبيرا عن الرضا. وتختلف مواقف الدساتير من المعاهدات بين دولة وأخرى سيما عند وجود تعارض بين نصوصها والدستور واستحالة التوفيق بين الأحكام المتعارضة. او يكون النصّ الداخلي للدولة سابقاً في تاريخ صدوره عن تاريخ المعاهدة، وقد يكون النصّ لاحقاً على تاريخ صدور المعاهدة [٤٤] .

فالقضاء الدستوري يؤدي دورا مهما ببسط دعائم دولة القانون، لان القاضي الدستوري يسعى من خلال اجتهاده الى حماية مبدا المشروعية و ربط القوانين بالنص الدستوري[٤٥]. ولأهمية ذلك فقد قسمنا هذا المبحث الى مطلبين الاول للتعرف على القرارات القضائية المتعلقة بالمعاهدات الدولية ولصادرة من القضاء العادي والثاني نتناول فيه موقف القضاء الدستوري من المعاهدات الدولية في حالة تعارضها مع نصوص الدستور .

المطلب الاول: القرارات القضائية الصادرة من القضاء العادي المتعلقة بالمعاهدات الدولية

للأسف لم يسجل القضاء العادي اي موقف حول التعارض الذي يحصل ين القانون الداخلي والمعاهدة الدولية. وبعد البحث وجدنا قرارا صادرا من محكمة الكرادة للأحوال المدنية المرقم ٥٧ /مواد/ ٢٠٠٨ في ٢٠٠٩/٥/٣١ محكمة المواد الشخصية في الكرادة)

وتتلخص هذه القضية ادعاء المدعي (مسيحية الديانة) المدعى عليها زوجته الداخل بها شرعاً وله منها من فراش الزوجية الطفلة (مريم) وقد تركت دار الزوجية من دون موافقته ،طلب الحكم بإلزامها بمطاوعته وحيث ان طرفي الدعوى من الديانة المسيحية فقد قررت المحكمة مفاتحة بطريركية بابل الكلدانية لبيان الرأي الشرعي لطلب الزوج زوجته للمطاوعة وفيما اذا كانت الاحكام الشرعية بالنسبة لهم تلزم الزوجة

---

[٤٣] د. رشيد المدور، تأويل الدستور ،مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، العدد الأول ، ألمانيا ، برلين٢٠١٨، ص١٤.

[٤٤] د. سعيد الجدار، تطبيق القانون الدولي أمام المحاكم المصرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،٢٠٠٠، ص٤٣.

[٤٥] د. امين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في ارساء دولة القانون، (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٢،ص١٢.

بمطاوعة زوجها من عدمه ، حيث ورد جواب البطريركية المذكورة المؤرخ في ٢٠٠٨/١١/٢٥ وتوقيع الاب رئيس الديوان البطريركي الجواب الاتي: " بخصوص الدعوى نقول (ان الحكم بمطاوعة الزوج يتم حسب القانون المدني السائد في العراق) ويتضح من هذا الكتاب عدم وجود احكام شرعية خاصة بالمطاوعة قدر تعلق الامر بالكنيسة المذكورة ، لما تقدم فقد اصدرت المحكمة حكمها في الدعوى الصادر بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/٣١ برد الدعوى ، طعن المدعي بحكم هذه المحكمة لدى محكمة التمييز الاتحادية في العراق التي نقضت حكم هذه المحكمة بقرارها المرقم ٧٦٦/شخصية اولى/٢٠٠٩ المؤرخ في ٢٠٠٩/٣/١٥ والذي تضمن (ان طلب المدعي الزام زوجته (المدعى عليها) بمطاوعته في دار الزوجية لا يعتبر اجراء قسرياً ولا يتناقض مع حرية الزوجة وكرامتها وانما هو اجراء **شرعي** ..... ولما كانت الاحكام الكنيسية خالية من حكم المطاوعة فيقتضي اللجوء للمبادئ العامة بشأنها وتكليف المدعي بتهيئة دار شرعية مستقلة بأثاث غير متنازع عليها ....) واتباعاً للحكم التمييزي فقد دعت المحكمة الطرفين للمرافعة المحددة لنظر الدعوى وعند النظر في القرار التمييزي فقد بين ان طلب المطاوعة انما هو اجراء **شرعي** ، وهذا القول كان محل نظر من قبل المحكمة لكون الطلب لم يكن اجراءاً شرعياً لان جواب الكنيسة لم يؤيد شرعيته وفقا لأحكام الكنيسة وانما طلب من المحكمة للبحث في القانون السائد في العراق ، أي ان طلب المطاوعة هو طلب قانوني ان قالت النصوص القانونية بذلك وليس طلبا (**شرعياً**) حسبما ذهبت اليه محكمة التمييز . هذا من جهة ،اما من جهة ثانية فلا يمكن تطبيق احكام الشريعة الاسلامية على طلب المدعي لأنه يتعارض مع الدستور الحالي في مواده (٣و ٣٧و٤٢) [٤٦] منه عليه وحيث ان طلب المدعي ليس طلبا شرعيا حسب كتاب الكنيسة وعدم امكانية تطبيق احكام الشريعة الاسلامية بشأن المتداعين للنصوص الدستورية الآمرة والمشار اليها في الاعلى لذا فلا مناص من البحث عن القانون السائد الذي ينطبق وحالة المتداعين ، ولدى التدقيق وجدت المحكمة ان اقرب النصوص التي تتناول هذه الحالة هي احكام الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها العراق المتعلقة بالقضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة المعروفة اختصاراً (سيداو) [٤٧]، والتي

---

[٤٦] **المادة (٣) من الدستور نصت على ان(العراق بلدٌ متعدد القوميات والأديان والمذاهب، وهو عضوٌ مؤسسٌ وفعال في جامعة الدول العربية وملتزمٌ بميثاقها، وجزءٌ من العالم الإسلامي.) المادة (٣٧/ثانياً) نصت على ان (تكفل الدولة حماية الفرد من الإكراه الفكري والسياسي والديني) و المادة (٤٢) نصت على ان (لكل فرد حرية الفكر والضمير والعقيدة) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .**

[٤٧] **اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المصادق عليها من قبل العراق بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٨٦العراقي لذا فان اعمال نصوصها امر يوجبه القانون كأحكام المادة (١٦) فقرة (أ) وفقرة (ج) التي الزمت الدول المصادقة عليها (بلزوم اتخاذ التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الامور المتعلقة بالأزواج والعلاقات العائلية وبوجه خاص الحق في عقد الزواج ونفس الحقوق والمسؤوليات اثناء الزواج وعند فسخه ، كما ان الاتفاقية الى تحقيق القضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الاخرى القائمة على الاعتقاد يكون أي الجنسين ادنى او= =اعلى من الآخر ، او على ادوار نمطية للرجل والمرأة – المادة - (٥/أ) من الاتفاقية . اضافة لما تقدم فان الدولة ملزمة بأن (تكفل تساوي حقوق الزوجين**

اصبحت نصوصها جزء من القانون الوطني ، ومما تقدم ولما كانت عقود الزواج التي تبرم على وفق احكام الشرع المسيحي تؤسس على المودة والحب والاحترام فان طلب المدعي زوجته لاستئناف الحياة الزوجية بهذه الطريقة اعلاه لا تنم عن المودة والاحترام لذا فهي جاءت مخالفة لا حكام ذلك العقد . كما ان الطلب المذكور الذي بنى على اساس بعلوية الزوج على الزوجة وهذا امر مخالف للقانون الذي ساوى في الحقوق الزوجية بين الزوجين كما ان الطلب المذكور لا سند شرعي له حسب رأي الكنيسة ، فضلا عن انه يتقاطع مع حرية الانسان وكرامته التي كفلتها المادة (٣٧/أ) من الدستور وما طلب المدعي الا اجراء قسريا يندرج تحت مفهوم العنف ضد المرأة ، اتخذ من التعسف وسيلة للوصول الى غايته الى ذلك عجزه عن اعداد البيت الشرعي الذي كفلته المحكمة بأعداده والذي يجب ان يكون مستقل وبأثاث غير متنازع عليها واصراره على البقاء في نفس الدار ونفس الاثاث المتنازع عليه . لما قررت المحكمة الحكم برد دعوى المدعي إلا أن محكمة التمييز كان لها اتجاه مغاير حيث نقضت القرار بما يوحي الى عدم جواز الاخذ بالاتفاقيات الدولية وجاء في قرار النقض الاتي (ان هذه الاتفاقيات والمواد الدستورية جاءت بمبادئ عامة يتوجب على المشرع مراعاتها عند سن القوانين الخاصة بالأمور التي تناولتها تلك الاتفاقيات والمواد الدستورية كما إن العراق تحفظ على بعض مواد الاتفاقية بموجب المادة الثانية من قانون تصديقها رقم ٦٦ لسنة ١٩٨٦[٤٨].

وعموما في هذه القضية يكون القضاء العراقي قد امتنع من تطبيق الشريعة الاسلامية على غير المسلمين ولجأ الى الدستور واكد على حقوق وحريات الانسان معتبراً ان لها الالوية في التطبيق وفي نفس الوقت تمسكه بالنصوص الدستورية م(٣ ، ٣٧/ثانيا و٤٢) المتعلقة بحرية العقيدة ، وكذلك الالتزام بالمعاهدات الدولية، فهذا اول حكم صدر من القضاء العراقي مطالباً بتطبيق المعاهدات والاتفاقيات الدولية ويمثل اشارة مضيئة .

وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزوجية) المادة (٢٣) الفقرة (٤) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المصدقة عليه من قبل العراق بالقانون المرقم ١٩٧ لسنة ١٩٧٠ المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ١٩٢٧ والمؤرخ في ١٩٧٠/١٠/٧ للاطلاع على جميع المعاهدات والقوانين المصادقة عليها ينظر الموقع الرسمي للتشريعات العراقية ، مصدر سابق ، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٤/٢٨ .

[٤٨] سالم روضان الموسوي، دور القضاء في إدماج الاتفاقيات الدولية مع النصوص الوطنية ، قرارات المحكمة الاتحادية العليا إنموذجاً (دراسة تطبيقية في ضوء قرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق)، ص١٣، بحث منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا https://www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة ٣ /٢٠١٩/٤.

المطلب الثاني: موقف القضاء الدستوري من تعارض التشريعات الداخلية مع المعاهدات الدولية

مرت مراحل انشاء قضاء دستوري في الدساتير العراقية[٤٩] بشكل غير مستقر او محدد المعالم ولحين صدور قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ الذي اسس لقضاء دستوري فقد نصت المادة (٤٤) منه الى انشاء المحكمة الاتحادية العليا وبصدور دستور عام ٢٠٠٥ حددت اختصاصاتها من المادة (٩٢و٩٤) و للقضاء الدستوري مهام كبيرة في حفظ الحقوق والمبادئ الدستورية وحماية الدستور والنظام السياسي القائم في أي بلد من خلال رقابته على التشريعات العادية بقصد التأكد من احترامها للقواعد الواردة في الوثيقة الدستورية وعدم مخالفة أحكامها وتعد هذه الرقابة من الوسائل القانونية التي تكفل نفاذ القانون الدستوري[٥٠] .ويمكن اعتبار دستور ٢٠٠٥ اول دستور تضمن الرقابة القضائية على دستورية القوانين واعطى حق الطعن للأفراد وهذا ويعد تحولا في مجال الرقابة القضائية وحماية للحقوق والحريات .

الفرع الاول : موقف المحكمة الاتحادية العليا من الاتفاقية التي أبرمت بين العراق والولايات المتحدة الأمريكية

تم الطعن بهذه الاتفاقية من قبل احد المحامين العراقيين على اعتبار ان الاتفاقية غير قانونية حيث دفع هذا المحامي ان والولايات المتحدة الأمريكية دولة ذات سيادة وان العراق دولة غير كاملة السيادة وان ابرام هذه الاتفاقية سيلحق ضررا لمصالح الشعب العراقي وان البرلمان ليس له سلطة ابرام الاتفاقية كون العراق دولة محتلة .

وجاء في حيثيات قرارها (.....ان الاتفاقية صدقت بموجب القانون المرقم (٥١) لسنة ٢٠٠٨...ووجدت المحكمة ان القانون صدر وتم نشره في جريدة الوقائع العراقية العدد (٤١٠٢) في ٢٠٠٨/١٢/٢٤ ونص القسم (١١) منها على ان (. تدخل هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في الأول من كانون الثاني ٢٠٠٩، بعد تبادل المذكرات الدبلوماسية المؤيدة لاكتمال الإجراءات اللازمة من الطرفين لتنفيذ هذه الاتفاقية بموجب الإجراءات

---

[٤٩] منذ اول دستور عراقي وهو القانون الاساسي الصادر عام ١٩٢٥، اسس لقضاء دستوري حيث انشأت المحكمة العليا لغرض الرقابة على مطابقة القوانين العادية لأحكام هذا الدستور، وتشكلت المحكمة العليا ومنحت حق الطعن في القانون حصريا بقرار من مجلس الوزراء او بقرار من احد مجلس الامة) (النواب والاعيان) وتصدر قرارتها بأغلبية= =ثلثي اعضاء المحكمة، وفي حالة اقتناع المحكمة بعدم دستورية قانون فتحكم بإلغائه من تاريخ صدور قرار المحكمة وليس باثر رجعي، ولم يتسنى للمحكمة ممارسة الرقابة على دستورية القوانين الا مرة واحدة عندما اصدرت حكماً بعدم دستورية (قانون منع الدعايات المضرة لسنة ١٩٣٨) واختفت فكرة القضاء الدستوري في ظل دستور عام (١٩٥٨) ودستور (١٩٦٣)(ودستور ١٩٦٤) وعاد القضاء الدستوري مجدداً في ظل دستور (١٩٦٨) حيث اناط هذه المهمة بالمحكمة الدستورية العليا، وتشكلت وفق قانون المحكمة الدستورية رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٨ اما دستور (١٩٧٠)الملغي فلم يشر الى المحكمة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين د. حميد حنون خالد، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق ، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص٢٣٠.

[٥٠] سالم روضان الموسوي، دور القضاء في إدماج الاتفاقيات الدولية مع النصوص الوطنية ، مصدر سابق تاريخ الزيارة ٣٠ /٢٠١٩/٤.

الدستورية ذات الصلة النافذة في كلا البلدين ...وعليه ان الاتفاقية لم تدخل حيز النفاذ ولا يجوز الطعن بها ..) [٥١]

المبدأ الوارد في القرار طلب المدعي إبطال الاتفاقية التي أبرمت بين العراق والولايات المتحدة الأمريكية واجب الرد لكون الاتفاقية ما زالت في دور التشريع وغير نافذة ولم تصبح قانوناً على وفق الإجراءات الدستورية ومن هذا يتضح ان الطعن في الاتفاقيات او المعاهدات التي يصدق عليها العراق لابد من اصدارها بقانون حتى يمكن الطعن بها حالها حال اي قانون

الفرع الثاني : موقف المحكمة الاتحادية العليا من اتفاقية الرياض لسنة ١٩٨٣

اعتبرت المحكمة الاتحادية ان الاتفاقية اذا تم المصادقة عليها وتم نشرها بقانون فأنها تعتبر قانونا ويمكن الطعن بها امام المحكمة بسبب التعارض الذي حصل بين المعاهدة والدستور العراقي حيث اعتبرت المحكمة المعاهدة بمنزلة القانون الداخلي التي وافق عليها العراق قبل صدور الدستور الحالي و المصادق عليها بالقانون (١١٠) لسنة ١٩٨٣في ١٩٨٣/٤/٢١ وملخص هذه القضية قيام دولة الامارات العربية بطلب للحكومة العراقية لتسليم احد الرعايا العراقيين بسبب صدور حكم ضده من احدى المحاكم الاماراتية وقد دفعت الامارات بتطبيق الفقرة (ج) من المادة (٤٠) والتي نصت على ان(من حكم عليهم حضورياً او غيابياً من محاكم الطرف المتعاقد الطالب بعقوبة سالبة للحرية لمدة سنة او بعقوبة اشد عن أفعال معاقب عليها بمقتضى قانون الطرف المتعاقد المطلوب اليه التسليم)[٥٢]الا انه تم الطعن امام المحكمة الاتحادية[٥٣] والتي ذهبت في حيثيات قرارها (.....ان نص الاتفاقية أعلاه أصبح يتقاطع وحكم المادة (اولا) من المادة (٢١) من الدستور النافذ التي نصت على ان (يحظر تسليم العراقي إلى الجهات والسلطات الاجنبية) [٥٤] وكذلك المادة (١٣) الفقرة (أولاً) والتي نصت على ان (يُعدُ هذا الدستور القانون الأسمى والأعلى في العراق، ويكون ملزماً في أنحائه كافة، وبدون استثناء) [٥٥].

ويتضح من هذا القرار ان احكام المعاهدة تعامل معاملة القوانين ، فهي في مرتبة أدنى من الدستور من حيث التدرج القانوني، وبالتالي فانه في حالة تعارضها مع الدستور فأنها تصبح غير دستورية ويمكن الطعن فيها أمام المحكمة كأي قانون .

---

[٥١] قرار المحكمة الاتحادية رقم ٤٤ /اتحادية/ ٢٠٠٨ في ٢٠٠٩/٢/٩ الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا، مصدر سابق تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٤/١ .

[٥٢] الفقرة (ج) من المادة (٤٠) من اتفاقية الرياض لسنة ١٩٨٣ .

[٥٣] قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ١٦ /اتحادية/ ٢٠١٥في ٢٠١٥/٤/٢١ . للاطلاع على القرار كاملاً ينظر : الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا ، مصدر سابق ، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٤/١ .

[٥٤] المادة (اولا) من المادة (٢١) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

[٥٥] المادة (١٣) الفقرة (أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

الفرع الثالث: موقف القضاء الدستوري العراقي من اعمال السيادة[٥٦]

في النظام القانوني العراقي سابقا كانت اعمال السيادة لا تخضع لرقابة القضاء ولكن بعد التغييرات التي حصلت بعد ٢٠٠٣ وقيام نظام دستوري وقانوني جديد فقد شرع القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٥ الذي نص على إلغاء جميع النصوص القانونية أينما وردت في القوانين والقرارات الصادرة من مجلس قيادة الثورة (المنحل) اعتبارا من ١٧/ ٧/ ١٩٦٨ لغاية ٩/ ٤/ ٢٠٠٣ التي تقضي بمنع المحاكم من سماع الدعاوى الناشئة من تطبيق القوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة(المنحل). وكذلك نص الدستور العراقي في مادته (١٠٠) التي نصت على ان (يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن) [٥٧] . وبهذا قطع المشرع الدستوري العراقي اي طريق عن اي تشريع الحصانة من الطعن ويكون المشرع العراقي منح ضمانات اكثر للأفراد في مواجهة السلطات من خلال حق الطعن امام القضاء .

الخاتمة

بعد ان انهينا بحثنا توصلنا الى جملة نتائج وتوصيات نجملها في الاتي :

اولا – النتائج

١- سمح المشرع العراقي بالطعن بجميع انواع المعاهدات ولم يأخذ بفكرة الحصانة.
٢- اعتبر المشرع العراقي مرتبة المعاهدة الدولية بمرتبة القانون العادي وادنى مرتبة من الدستور وان المعاهدة لا تنفذ الا بعد صدور قانون يسمح بنفادها .
٣- لعب القضاء العادي والدستوري في العراق دورا في تطبيق نصوص المعاهدة الدولية واعطائه الاولوية في التطبيق.
٤- تضمن الدستور العراقي الكثير من النصوص الدولية المتعلقة بحقوق الانسان وحرياته الاساسية ويعد هذا نوعا من الاندماج بين الدستور والمعاهدة الدولية.

ثانيا-التوصيات

١- نوصي المشرع العراقي إشراك الشعب في مسالة قبول المعاهدات الدولية المهمة التي يجد المشرع ضرورة طرحها امام الشعب عن طريق الاستفتاء .
٢- الاسراع بتشريع قانون المجلس الاتحادي على ان يكون التصديق مشتركا مع مجلس النواب، لضمان حقوق وسلطات الاقاليم، من خلال عدم تمرير المعاهدات المتجاوزة لسلطات الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم
٣- نوصي المشرع العراقي بضرورة دراسة نصوص اي معاهدة بشكل دقيق لان المعاهدة ليست كالقانون فالمعاهدة الدولية التي يتم المصادقة عليها ودخولها حيز النفاذ فان مسالة تعديلها وألغاها يتطلب ارادات دولية.

---

[٥٦] نص قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ الذي نصت المادة (١٠) منه على ان (ليس للمحاكم ان تنظر في كل ما يعتبر من اعمال السيادة).

[٥٧] المادة (١٠٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.