جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الانبار

مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

مجلة جامعة الانبار

للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية محكمة تصدر عن

كلية القانون والعلوم السياسية في جامعة الانبار

الترقيم الدولي

P-ISSN:2075-2024 E-ISSN:2706-5804

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق في بغداد ١٦٢٩

السنة ٢٠١١

المجلد الثاني عشر ـ العدد الثاني – الجزء الاول

السنة(٢٠٢٢) (الشهر/تموز)

افتتاحية العدد

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد وعلى اله وصحبه اجمعين

على بركة الله تقدم مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية اصدارها الثاني للعام ٢٠٢٢ باسم العدد الثاني – الجزء الاول من المجلد الثاني عشر والذي ضم عدداً من البحوث العلمية في تخصص القانون والعلوم السياسية بعد ان استوفت هذه البحوث شروط النشر وحصلت على اجازة المحكمين المعتمدين من قبل هيأة تحرير المجلة .املين ان تنفع هذه البحوث المختصين في القانون والسياسة وان تثري حركة البحث العلمي في جامعتنا العزيزة وبلدنا الحبيب .إن هيأة تحرير مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية تسعى دائماً الى تعزيز المكانة العلمية للمجلة على المستويين الوطني والدولي. وفي هذا الاطار واستكمالاً لخطوات تحسين تصنيف المجلة حصلت مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية على الرقم المعياري الدولي الالكتروني E-ISSN:2706-5804 وعلى : DOI PREFIX 10.37651وهي كخطوة جديدة في طريق الدخول في المجلة الى التصنيفات العالمية. والله ولي التوفيق والسداد

هيأة التحرير

تعليمات النشر:

❖ **نوع النشر: types of publications**

١. بحوث علمية Journal Article: على ان لا يتجاوز عدد الكلمات (١٠,٠٠٠) كلمة من ضمنها الهوامش.

٢.تعليقات قضائية Court Cases Review: على ان لا يتجاوز عدد الكلمات (٥,٠٠٠) ما عدا الهوامش.

٣.مراجعة للكتب العلمية Book Review: على ان لا يتجاوز (٢٠٠٠) كلمة ماعدا الهوامش.

❖ **هيكلية البحث Structure:**

١- **العناوين** Titles:- ويشمل عنوان البحث وملخص البحث ويجب ان تكون بلون غامق وبحجم (١٨) وبدون ترقيم.

٢- **العناوين الداخلية الرئيسية Headings**:- يجب ان ترقم باعتماد على النظام الروماني باستخدام (I.II.III) مثال على ذلك

I. المبحث الأول

التعريف بالتمويل العقاري

٣- **العناوين الداخلية الثانوية Subheadings**:- وتكون بخط (١٦) وتعطى ترقيم حسب الترتيب الحرفي (أ. ب. ج) امثلة على ذلك

I. أ. المطلب الأول

تعريف التمويل العقاري بموجب قانون التمويل العقاري الفرنسي رقم ٥٧٩

I.ج.المطلب الثالث

اهمية التموين العقاري

٤- **العناوين الداخلية الفرعية Subheadings**:- يجب ان تكون بحجم خط (١٦ مائل) وتعطى ارقاماً بصيغة (١ – ٢ – ٣). مثال على ذلك

I.ج.٢ الفرع الثاني

تعريف المستثمر

❖ **ترتيب البحث:**

١- عنوان البحث باللغة العربية والانكليزية.

٢- اسماء الباحثين والقابهم العلمية واماكن عملهم باللغة العربية والانكليزية.

٣- البريد الالكتروني.

٤- ملخص البحث باللغة العربية والانكليزية على ان لايزيد عن (٢٠٠ كلمة) ويجب ان يتضمن الاتي:

أ- مشكلة البحث.

ب_ اهمية مشكلة البحث.

ج- المنهجية التي تستخدم في معالجة مشكلة البحث.

د- النتائج او الحلول لمعالجة مشكلة البحث.

٥- الكلمات المفتاحية بعد الملخص العربي و **(keyword)** بعد الملخص باللغة الانكليزية.

٦- المقدمة.

٧- متن البحث.

٨- الخاتمة.

٩- قائمة المصادر.

❖ **نوع وحجم الخط .**

١- يفضل استخدام نوع الخط (Times New Roman) وبحجم (١٦). على ان تكون المسافة بين الاسطر (١.٥).

❖ **الفهرس والمصادر.**

١- يجب استخدام الهوامش السفلية في توثيق المصادر ويشار إلى المصادر حسب ورودها في متن البحث بأرقام متسلسلة.

٢- يعتمد نظام (Chicago 16 or 17 في الاشارة إلى الهوامش في الحواشي السفلية وقائمة المصادر وحسب الترتيب الآتي. مثال على ذلك

* بحث علمي :

- في الهوامش السفلية: اسم الباحث، " عنوان البحث،" *اسم المجلة* عدد المجلة، الاصدار (سنة النشر): رقم الصفحة

- في قائمة المصادر: اسم الباحث. "عنوان البحث." *اسم المجلة*. عدد الاصدار. (سنة النشر): رقم الصفحة الاولى والصفحة الاخيرة من البحث. مثال على ذلك.

د.عادل ناصر حسين. " اثار الاقرار بالنسب على الغير في حالة عدم اثباته." *مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية*، عدد١ (٢٠١٠): ص١١٢- ١٣٦.

❖ **كتاب:**

- في الهوامش السفلية:

اسم المؤلف، *عنوان الكتاب*(مكان النشر: اسم الناشر، سنة النشر)،رقم الصفحة.

- في قائمة المصادر:

اسم الباحث. *عنوان الكتاب*. مكان النشر: اسم الناشر، سنة النشر.

* مواقع الانترنت: اسم الناشر. " عنوان المقال." اسم الموقع الالكتروني. تاريخ الدخول الى الموقع. رابط الموقع.

* قرار في دعوى قضائية اجنبية: اطراف الدعوى (الطرف الاول v. الطرف الثاني)، رقم المجلد الناشر. رقم الصفحة (السنة).

* قرار في دعوى قضائية عربية: رقم القرار، تاريخ القرار، النشرة القضائية ان كان منشور، الصفحة.

كان على موقع الكتروني يشار إلى الموقع حسب ما مذكور انفاً. مع القرار الانكليزي.

مثال على ذلك:-

هيرنك V. نيويورك، ٤٢٢ الولايات المتحدة الامريكية. ٥٥٣ (١٩٧٥).

❖ **رسالة ماجستير او اطروحة دكتوراه:**

- في الهوامش السفلية: اسم الباحث، " عنوان الرسالة او الاطروحة" (نوع الرسالة او الاطروحة (ماجستير او دكتوراه، اسم الجامعة، سنة النشر)، رقم الصفحة.

في قائمة المصادر: اسم المؤلف. "عنوان الاطروحة او الرسالة." نوع الرسالة او الاطروحة، اسم الجامعة، سنة النشر.

❖ **بحوث المؤتمرات:**

اسم المؤلف، "اسم البحث،" نشر في *اسم المؤتمر* (الناشر، سنة النشر)، رقم الصفحة.

*جريدة او موقع اخباري:

-في الهوامش السفلية: اسم الناشر، "عنوان المقال، *اسم الجريدة*، تاريخ النشر، رقم الصفحة.

- في قائمة المصادر: اسم الناشر، "عنوان المقال، *اسم الجريدة*، تاريخ النشر.

❖ **المستحقات المالية:**

تكون اجور النشر حسب اللقب العلمي وكالآتي:

١-	المدرس المساعد	٥٠،٠٠٠ خمسون الف دينار
٢-	المدرس	٦٠،٠٠٠ ستون الف دينار
٣-	الاستاذ المساعد	٧٥،٠٠٠ خمسة وسبعون الف دينار
٤-	الأستاذ	٧٥،٠٠٠ خمسة وسبعون الف دينار
يدفع مبلغ ٦٠٠٠٠ ستون الف دينار اجور تقويم مقطوعة		
في حال رغبة الباحث يمكن ان تتولى اللجنة المختصة في المجلة مهمة تنضيد وتنظيم البحث وفقاً للشروط الواردة في اعلاه لقاء مبلغ قدره (٢٥٠٠٠) خمسة وعشرون الف دينار مقطوعة		

❖ **تسليم مادة النشر: Manuscript Submission**

١) ترسل مادة النشر حصراً عن طريق البريد الالكتروني للمجلة المبين ادناه.

aujlps@uoanbar.edu.iq

٢) ارسال استمارة تتضمن المعلومات الاتية.

- اسم الباحث.
- مكان العمل
- معلومات الاتصال (رقم الهاتف – البريد الالكتروني).
- عنوان البحث.

اخيراً نرجو من جميع الباحثين التقييد بهذه الشروط وسيهمل اي بحث غير مستوفي كونها ملزمة لقبول نشر البحث وفق معايير النشر.

هيأة التحرير

ت	الاسم الثلاثي	مكان العمل	الصفة
١	ا.م.د. عبد الباسط جاسم محمد	جامعة الانبار/كلية القانون والعلوم السياسية	رئيساً
٢	م.د. انس غنام جبارة	جامعة الانبار/كلية القانون والعلوم السياسية	مدير التحرير
٣	ا.د. احمد أد علي عبدالله	جامعة ابن طفيل/كلية العلوم القانونية والسياسية/ المغرب	عضواً
٤	ا.د. عمر فخري عبدالرزاق الحديثي	جامعة مملكة البحرين/كلية القانون	عضواً
٥	ا.د. عمار سعدون المشهداني	جامعة الموصل/كلية الحقوق	عضوا
٦	ا.د.اسعد فاضل منديل الجياشي	جامعة القادسية /كلية القانون	عضوا
٧	ا.م.د. مصطفى جابر العلواني	جامعة الانبار /كلية القانون والعلوم السياسية	عضواً
٨	ا.م.د. اركان ابراهيم عدوان	جامعة الانبار /كلية القانون والعلوم السياسية	عضواً
٩	ا.م.د. عماد رزيك عمر	جامعة الانبار /كلية القانون والعلوم السياسية	عضواً
١٠	أ.م.د. ليث الدين صلاح حبيب	جامعة الانبار /كلية القانون والعلوم السياسية	عضواً
١١	ا.م.د. لور سبع أبي خليل	الجامعة اللبنانية/ كلية الحقوق والعلوم السياسية والادارية	عضوا
١٢	أ.م.د. كهينة محمد قونان	جامعة مولود معمري/تيزي وزو/ كلية الحقوق والعلوم السياسية/ الجزائر	عضوا

قائمة محتويات المجلد الثاني عشر- العدد الثاني - الجزء الاول - لشهر تموز لسنة ٢٠٢٢

ت	عنوان البحث	اسم البا حث	مكان عمله	رقم الصفحة
٠١	تأديب الزوجة بين مطرقة الإباحة وسندان العنف المفرط	أ.م. د. معالي حميد الشمري	كلية القانون / جامعة واسط	١ ـ ٢١
٠٢	نطاق الحق في الرجوع بالبيوع المنزلية (دراسة مقارنة)	م.م موج إبراهيم خلف	كلية الحقوق – جامعة تكريت	٢٢ ـ ٤٧
٠٣	الطبيعة القانونية للإجراءات التحقيقية في قانون أصول المحاكمات الجزائية لقوى الأمن الداخلي.	عبد الله ناجي احمد أ.د. معاذ جاسم محمد	جامعة الانبار / كلية القانون والعلوم السياسية	٤٨ ـ ٨٨
٠٤	المصلحة من تجريم العنف في قانون مكافحة الإرهاب العراقي	احمد رزاق عبد مطرود أ.د. معاذ جاسم محمد	جامعة الانبار / كلية القانون والعلوم السياسية	٨٩ ـ ١٣٦
٠٥	التستر على مرتكب الجريمة	الاء ريكان عبد الرحمن أ.م.د. فاضل عواد محيميد	جامعة الانبار / كلية القانون والعلوم السياسية	١٣٧ ـ ١٧٤
٠٦	السياسة الجنائية لمواجهة الابتزاز الالكتروني "دراسة مقارنة"	طه محمود طه ياسين العبدلي م.د. زياد ناظم جاسم الطواني	جامعة الانبار / كلية القانون والعلوم السياسية	١٧٥ ـ ٢١٩
٠٧	تجارة الاسلحة في اطار قواعد القانون الدولي الإنساني	م.د. اكرم غالب علي معروف	وزارة التربية/ المديرية العامة لتربية صلاح الدين- قسم تربية العلم	٢٢٠ ـ ٢٥٢
٠٨	تحقيق فكرة الأمن القانوني وتطبيقاتها في القرار الإداري	أ.م.د. وليد حسن حميد الزيادي	جامعة القادسية ـ كلية القانون	٢٥٣ ـ ٢٨٠
٠٩	الشفافية الادارية في العراق واقعها وطرق تعزيزها	رافد محمد حماد م. د عبد رزيج اسود	جامعة الانبار/ كلية القانون والعلوم السياسية	٢٨١ ـ ٣٠٨
١٠	التوفيق الدستوري كسلطة مبتكرة للقاضي الدستوري	قحطان عدنان احمد م.د. د. احمد عودة محمد	جامعة الانبار/ كلية القانون والعلوم السياسية	٣٠٩ ـ ٣٥٤
١١	المسؤولية المترتبة عن انتهاك مبدأ الإنسانية	محمود عادل شافي عيفان أ.م.د. أركان حميد جديع	جامعة الانبار / كلية القانون والعلوم السياسية	٣٥٥ ـ ٣٨٣

١٢	التهرب الضريبي للمصارف الأهلية (دراسة في الأسباب والآثار)	وليد خالد عبد صالح أ.م. معتز علي صبار	جامعة الانبار / كلية القانون والعلوم السياسية	٣٨٤ ـ ٤١٥
١٣	مستقبل دور منظمة التعاون الاسلامي تجاه القضية الفلسطينية	بسام محمد وسمي ا.د. هادي مشعان ربيع	جامعة الانبار / كلية القانون والعلوم السياسية	٤١٦ ـ ٤٥٧
١٤	واقع العلاقات الخليجية – الاسرائيلية في ظل الاتفاقيات الابراهيمية	عبد الرحمن حسين علي أ.م.د. حميد فجر ذبان	جامعة الانبار / كلية القانون والعلوم السياسية	٤٥٨-٥٠٦
١٥	التحديات الأمنية غير التقليدية للأمن القومي للدول [دراسة حالة: الأمن الغذائي في العراق بعد الحرب على الإرهاب]	م.م. اسعد علي فرحان	رئاسة جامعة الفلوجة / قسم الشؤون العلمية	٥٠٧ ـ ٥٥٠
١٦	Turkish Interference In Liby Affiars	جبار إسماعيل عبد	جامعة النهرين/ كلية هندسة المعلومات	٥٥١ ـ ٥٧٣

التوفيق الدستوري كسلطة مبتكرة للقاضي الدستوري

as an innovative power Constitutional Conciliation of constitutional judge

الطالب ماجستير / قحطان عدنان احمد الدليمي

Qahtan Adnan Ahmed AL-Dulaimi

جامعة الانبار / كلية القانون والعلوم السياسية

د. احمد عودة محمد الدليمي

Dr. Ahmed Oudah Mohammed AL-Dulaimi

جامعة الانبار/ كلية القانون والعلوم السياسية

المستخلص:

يسلط هذا البحث الضوء على سلطة القاضي الدستوري المبتكرة في مجال التوفيق بين النصوص او المبادئ الدستورية المتعارضة، الغاية التي تكمن وراء ابتكار القاضي الدستوري لنفسه هذه السلطة هي لعدم مقدرته عن رفع هذا التعارض بموجب الصلاحيات التقليدية الممنوحة له دستوريا (كالتفسير او الرقابة على دستورية القوانين)، اذ يتوجب على القاضي الدستوري دفع التعارض بين تلك القواعد المتعارضة من خلال التوفيق بين هذين النصين او المبدائين دون ان يترتب عليها إضفاء الصفة ما فوق الدستورية لاحدها و انكار الصفة الدستورية عن الاخرى، كون التعارض لا يقع بين نص او مبدا دستوري وقاعدة قانونية اعتيادية،

بل يقع بين نصين او مبدئين دستورين داخل الكتلة الدستورية، ومن اجل الوصول الى هذه النتيجة، يعتمد هذا البحث على المنهج التحليلي والمقارن اللذان يساهمان بشكل فعال في الحصول على فهم واضح عن ماهية هذه السلطة المبتكرة وبيان طبيعتها واليه تطبيقها بشكل سليم.

الكلمات المفتاحية : القاضي الدستوري، التوفيق الدستوري، الاختصاص المبتكر.

المقدمة:

ان دور القاضي الدستوري وهو في اطار ممارسة اختصاصاته لا يمكن اختزاله على نصوص الدساتير المكتوبة فقط، بل ان اختصاصاته واسعة النطاق وتشمل مبادئ وقواعد خارج اطار الوثيقة الدستورية، وان هذا التنوع والاتساع في مصادر القواعد الدستورية يؤدي الى اختلاف معانيها وكذلك تزيد من فرصة احتمالية وجود التعارض والتناقض بين قواعدها، وهذا ليس مقصورا على مرجعيات القاضي الدستوري خارج اطار الوثيقة الدستورية، ولكن نصوص الدساتير المكتوبة يمكن ان تتعارض بعضها مع البعض الاخر، وانما يتوجب على القاضي الدستوري دفع التعارض بين تلك القواعد المتعارضة والمتدرجة حيث ان ما يميز هذه القواعد المختلفة هو التعارض وليس التوافق والاختلاف في المدى والتطبيق، وذلك لاختلاف الاسس الفلسفية والتوجهات الفكرية على مختلف الظروف والازمنة فان مرجعيات القاضي الدستوري الى جانب الوثيقة الدستورية هي اعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير والدساتير السابقة وان هذه المرجعيات تشكل كتلة دستورية مختلفة الآراء والتوجهات على وفق الازمنة التي صدرت فيها والقيم التي تحتويها والاهداف القانونية التي تكمن ورائها.

أهمية الدراسة:

مما لا شك فيه ان دراسة مبدأ التوفيق كسلطة مبتكرة للقاضي الدستوري له أهمية كبيرة في اثراء الجانب العلمي و الأكاديمي والمؤسساتي من خلال تقديم دراسة شاملة لمبدأ التوفيق للقاضي الدستوري كألية مستحدثة من آليات فض المنازعات الدستورية في ميدان القضاء الدستوري والمبعثرة بين العديد من التطبيقات الدستورية في المجال المقارن، بالإضافة الى ان هذه الدراسة تبين أهمية الدور الذي يلعبه القاضي الدستوري لضبط إيقاع توازن الحياة الدستورية لكافة السلطات في الدولة وهي بمثابة ضوابط حاكمة للنظام القانوني في الدولة بأجمعه على الصعيد الداخلي والخارجي.

إشكالية الدراسة:

ان الكتلة الدستورية بمعناها الموضوعي[1] كافلة للحقوق والحريات والمصالح المختلفة سواء كانت العامة منها او الخاصة وسواء كانت مرتبطة بالدولة ونظامها القانوني او مرتبطة بالأفراد او تلك المنظمة اختصاصات السلطات العامة، ومن هنا تبدأ الإشكالية في حال التعارض والتناقض بين مكونات تلك الكتلة الدستورية، فثمة تساؤل يثار هنا هو هل يمكن للقاضي الدستوري اهدار احد النصوص الدستورية المنظمة لحق معين في حال تعارضه مع نص يتضمن مصلحة او حق يسمو على النص الأول؟ فمن المعروف ان بعض الدول قد اقرت كتلة دستورية من مكونات داخل وخارج الوثيقة الدستورية والتي تكفل الحقوق والحريات

(١) عرفها الدكتور احمد عودة الدليمي بانها مجموعة من المبادئ والقواعد ذات طبيعة دستورية منها ما محدد في النص الدستوري بحد ذاته او تستنبط من المبادئ ذات قيمه دستورية مستسقاة من مقدمات الدساتير او إعلانات حقوق الانسان على مختلف مصادرها او من الاتفاقيات الدولية التي تشكل بمجموعها هرما دستوريا لتعد مرجعا للقاضي الدستوري. د. احمد عودة محمد الدليمي، *تدرج القواعد الدستورية (دراسة مقارنة)*، (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٢١)، ص ٧٤.

الأساسية فهل جميع مكونات الكتلة الدستورية تكون في مرتبة واحدة؟ ام يسمو بعضها على البعض الاخر؟ وكيف يمكن للقاضي الدستوري ان يرفع هذا التعارض في الوقت الذي لا يمكن سلطة ممارسة الرقابة على القواعد الدستورية؟ فهل يقوم القاضي الدستوري بإعمال التوفيق بين تلك القواعد المتعارضة ام يقوم بإعمال التدرج بين المصالح الأكثر سمو واهمية؟ كل هذه الإشكاليات سنجيب عليها في هذا البحث.

منهجية الدراسة:

تعتمد هذه الدراسة على اعتماد منهج البحث التحليلي لموقف كل من الفقه والقضاء الدستوري، اذ يساهم هذا المنهج في الحصول على فهم واضح لسلطة القاضي الدستوري في مجال التوفيق بين النصوص او المبادئ الدستورية المتعارضة.

I. المبحث الأول

مفهوم مبدأ التوفيق بين القواعد الدستورية

لبيان مفهوم سلطة القاضي الدستوري في مجال التوفيق بين النصوص الدستورية، حري بنا من تعريف تلك السلطة و بيان طبيعتها ومن ثم تميزها عن غيرها من السلطات القضائية أخرى بشكل يحدد معالمها وسنتناول ذلك في المطالب الاتية:

I.أ. المطلب الأول

تعريف سلطة التوفيق بين القواعد الدستورية المتعارضة

ان التوفيق الدستوري ظهر كفكرة لإيجاد نوع من التوافق بين القواعد المتعارضة في فرنسا نهاية القرن العشرين ومن ثم انتقل الى الدول الاخرى، ويعتبر من اهم المبادئ الدستورية المستحدثة وكوسيلة مبتكره للقضاء الدستوري لرفع التعارض وإيجاد نوع من التقارب بين مصادر الكتلة الدستورية[١] اذ تناول الفقه بتعريف مفهوم التعارض بين القواعد الدستورية واليه التوفيق بينها، فقد تم تعريف مفهوم التعارض بين القواعد الدستورية بانه الاختلاف بالحكم بين نصين دستوريين، سواء كان الاختلاف لفظي ام كان اختلافا بالمفهوم، وسواء حدث التعارض منذ لحظة اصدار الدستور ام تأخر الى وقت لاحق وسواء كان التعارض بين نصين دستورين ام كان بين نص دستوري ومضمون الديباجة، او عناوين الفصول والابواب، وذلك يرجع الى الطبيعة الواحدة التي تتصف بها النصوص الدستورية، كونها كله عمل المشرع نفسه [٢].

والتعارض الذي نقصده في دراستنا هذه هو التعارض في نطاق القوانين الدستورية بمعناها الموضوعي فقط دون القوانين العادية، ولك لعدم وجود أي اشكاليه في حال وقوع التعارض بين قاعدة دستورية وقاعدة عادية، اذ يتمكن القاضي الدستوري من خلال سلطاته التقليدية استبعاد القاعدة القانونية العادية وذلك لأنها أدنى مرتبة من الدستور، الامر الذي يؤدي الى الغاء القانون المتعارض مع الدستور دون اللجوء الى فكرة التوفيق، اما في حال وقوع التعارض بين القواعد

(١) علي محمد الغماري، "الدور الانشائي للقاضي الدستوري"، (أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنوفية، ٢٠١٩)، ص٢٥٧.

(٢) د. علي هادي عطية الهلالي، *النظرية العامة في تفسير الدستور*، ط١، (بغداد: منشورات زين الحقوقية، ٢٠١١)، ص١٠١.

الدستورية بحد ذاتها، فان مهمة القاضي الدستوري سوف تكون اكثر صعوبة وتعقيدا، لعدم امتلاكه الالية او الوسيلة القضائية لرفع ذلك التعارض كونها تقع ضمن اعلى مصدر قانوني في البلاد والذي يعد الأساس الذي يستند عليه في مجال اختصاصاته، ومن اجل ازاله هكذا تعارض وحسم الخلاف المعروض عليه، يتوجب عليه ان أبتكر لنفسه سلطة يستطيع من خلالها ابتكار لنفسه سلطة جديدة دون ان ترتب عليها إضفاء قيمة ما فوق الدستورية لاحدهما ولا نكار الصفة الدستورية عن الأخرى.

ومن جانبنا نعرف التعارض بين القواعد الدستورية بانه هو التنافر والتناقض بين المصالح التي تنظمها وتحتويها النصوص الدستورية فيتطلب من القاضي الدستوري ترجيح وتفضيل المصلحة الأسمى او الاكثر سموا إذا تعارضت مع مصلحة اقل سمو داخل إطار الوثيقة الدستورية دون ان ترتب عليها اهمال القاضي الدستوري لمصلحة الاقل سمو وأنكر عنها الصفة الدستورية، الا انه وظفها في خدمة مصلحة اخرى أكثر سموا وقدسية من خلال ايجاد توازن بينهما.

اما سلطة التوفيق بين القواعد الدستورية فقد تم تعريفها بانها السلطة المبتكرة من قبل القاضي الدستوري لإيجاد التوازن الامثل بين نص او مبدا دستوري متعارضين عن طريق اختيار القاعدة الاقرب لحل النزاع والاكثر اتصالا بأبعاده من خلال خلق نظام تدرجي بين مكونات الكتلة الدستورية مع احتفاظ تلك المكونات بالقيمة دستورية بغض النظر عن مكانتها ضمن الهرم الدستوري[١].

(١) د. احمد عودة محمد الدليمي، مصدر سابق، ص ٢٠٥- ٢٠٦.

I.ب. المطلب الثاني

طبيعة سلطة التوفيق الدستوري:

تعد سلطة التوفيق الدستوري واحدة من اهم الاختصاصات التي ابتدعها القاضي الدستوري لنفسه دون ان يكون لها أي أساس تشريعي، ولكونها سلطة مبتدعه حري بنا إيضاح طبيعتها بشكل يعطي فهم واضح لها من خلال بيان خصائصها التي تمتاز بها:

(أولا) ذات مصدر قضائي:

كما اسلفنا سابقا ان سلطة التوفيق الدستوري هي من خلق القاضي الدستوري، مما يدفع الي وصفها ذات مصدر قضائي لإغفال المشرع عن وضع أساس تشريعي لها، اذ بالرغم من وجود نصوص دستورية تتعلق بالتنظيم القانوني لمختلف الأوضاع في الدولة وتحكم اختصاصات كافة السلطات الا ان النظام القانوني والدستوري في الدولة لايزال يعتمد بالدرجة الأولى على احكام القضاء، لما يلعبه من دور في تشيد مبادئ القانون الدستوري وفروع القانون الأخرى، كما ان المشرع يستلهم ما تصل اليه احكام القضاء من مبادئ فيصوغها تشريعيا على هذا الأساس، فكل من المشرع والقاضي يبحث عن الهدف والغاية من القانون او الغاية من تطبيقه[1]، فدور القاضي الدستوري لا يقتصر على ابتكار المبادئ القانونية وتطويرها، بل اتجه نحو خلق نفسه سلطات استثنائية يتمكن من خلالها حل النزاع المسالة المعروضة عليه وان لم يكن لها أي أساس تشريعي، وتعد سلطة التوفيق الدستوري من اهم تلك السلطات التي من خلالها يتمكن القاضي الدستوري من التوفيق بين النصوص والمبادئ الدستورية المتعارضة.

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق، ص٣١٣.

(ثانيا) تتصف بالمرونة:

ان الطبيعة القضائية للاختصاصات المبتكرة للقاضي الدستوري تنعكس على طبيعة احكام هذا القضاء من حيث الطبيعة وسرعة التطور، وذلك ان الحكم القضائي في نطاق القضاء الدستوري يكون وليد الظرف الواقعي، فالقضاء الدستوري ينظر الى كل قضية بانها فريدة من نوعها وبالتالي تحتاج الى تحليل وتمحيص للوصول الى حل عادل ومنصف، فالقاضي الدستوري يلجا الى ابتكار الحلول في حالتين: حالة عدم تنظيم المشرع الدستوري لمسألة معينة او في حالة عدم كفاية النص الدستوري[١] ومن جانبنا نرى ان الصفة العملية لأحكام القضاء الدستوري تجعل له خاصية متطورة ومرنة تنسجم مع متطلبات الحياة المتطورة وتستجيب لها بسرعة وبصورة مستمرة، ومع ذلك يتقيد القضاء الدستوري في أدائه لمهامه لمبادئ واحكام دستورية بعدم مخالفة الدستور على أساس ان القضاء انما يعبر عن إرادة مفترضة للمشرع الدستوري، ونظرا لعدم وجود أساس دستوري يستطيع القاضي الدستوري من خلاله رفع التعارض بين نص او مبدا دستوري يلجا الي التوفيق بينهما دون ان ترتب عليها انكار الصفة الدستورية عن احدهما[٢] .

(ثالثا) تتصف بالنسبية:

من اهم الصفات التي تتصف بها هذه السلطة هي نسبية الاثار المترتبة عليها، في لا تعد ملزمة للمحكمة نفسها في الوقائع القضائية المستقبلية، بل يستطيع القاضي الدستوري عن العدول على حكمه التوفيقي السابق في حال وجود حالات مماثلة، والسبب الذي يمكن وراء وصفها بالنسبية يعود للمصلحة التي يراد تفضيلها على الأخرى، قد يقوم القاضي الدستوري بتغليب نص او مبدا دستوري الذي يحمي

(١) د. حسن مصطفى البحري، مصدر سابق، ص١٢٧.
(٢) د. محمد كامل أبو ليلة، *الرقابة على اعمال الإدارة*، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٧٨)، ص١٣٤.

P- ISSN:2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

مصلحة معينة علي حساب نص او مبدا دستوري اخر لحسم المسالة المعروضة عليه من خلال إعطائها مرتبة اسمى من الأخرى، الا ان القاضي الدستوري قد يعدل عن إعطاء الأفضلية او السمو لتلك المصلحة في مسالة تعرض عليه مستقبلا في حال وجدت ظروف او مناسبات تستوجب إعطاء هذه المنزلة.

(رابعا) تخضع لمبدأ تدرج القواعد الدستورية:

ان تطبيق سلطة التوفيق بين النصوص او المبادئ المتعارضة فيما بينها يستلزم خلق نوع من التدرج بين تلك النصوص او المبادئ الدستورية المتعارضة، اذ يساهم هذا التدرج في وضع تدرج هرمي بين النصوص والمبادئ الدستورية فيما بينها، وفي حال وقوع أي تعارض بين تلك القواعد فان القاضي الدستوري سوف يلجا الى تطبيق مبدا تدرج القواعد الدستورية، لكي يستنتج ايهما تحتل مرتبة اعلى من الأخرى لكي يوفق بينهما مع احتفاظ بالقيمة الدستورية لكلاهما، فعليه فان مبدا التدرج بين القواعد الدستورية يعد الأساس الذي يستند عليه القاضي الدستوري في مجال تطبيق سلطة التوفيق الدستوري[1].

I.I. المبحث الثاني

صور التوفيق بين النصوص الدستورية:

ان ممارسة القاضي الدستوري لسلطة التوفيق بين القواعد الدستورية لا ينحصر في مجال رفع التعارض بين النصوص الدستورية المدرجة داخل إطار الوثيقة الدستورية، بل تعدى إطار الوثيقة الدستورية ليشمل جميع النصوص او المبادئ ذات طبيعة دستورية سواء أدرجت داخل إطار الوثيقة الدستورية ام خارجها، فقد يكون التوفيق بين نص دستوري او مبدا او بين مبدأين او بين حقين دستورين، هذا

(1) Ahmed Oudah Al-Dulaimi et al., "Are All Constitutional Rules Created Equal? Substantive Hierarchy in Constitutions in Theory and Practice," 45, no. 1 (2018).

التعارض يدفعنا الى بحث في بيان صور التعارض بين تلك المبادئ او النصوص ذات القيمة دستورية وعلى النحو الاتي:

I.I.أ. المطلب الأول

التوفيق بين النصوص الدستورية داخل الوثيقة الدستورية:

يعني التدرج القانوني ان توافق القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى شكلا وموضوعا وخلاف ذلك يكون مصيرها البطلان بسبب مخالفة مبدأ المشروعية، اما في تدرج القواعد الدستورية فالقاعدة الدستورية لا تستمد صحتها وقوتها الإلزامية القانونية من بعضها البعض، وذلك لان كافة القواعد الدستورية داخل الكتلة الدستورية تتمتع بالقيمة الدستورية ذاتها، غير ان هناك قواعد دستورية ذات أهمية جوهرية تسبق القاعدة الأخرى، وبالتالي لا تكون القاعدة الأولى أساسا لصحة القاعدة الثانية، وفي حال وجد تعارض بين نصين دستوريين فأن دور القاضي الدستوري هنا هو التوفيق بين مضمون كليهما ويختار واحد منهما لحسم المسألة المعروضة عليه دون ان يترتب عليه ابطال القاعدة الدستورية المستبعدة، اما في حال تدرج القواعد القانونية يتم ابطال القاعدة التي تخالف القاعدة التي تعلوها مرتبة ويقصد بالتعارض بين نصين دستوريين: الاختلاف بالحكم بين نصين دستوريين سواء كان الاختلاف لفضي ام الاختلاف بالمضمون، وسواء كان التعارض بين نصين دستوريين ام بين نص دستوري ومضمون الديباجة، او عناوين الفصول والابواب ويرجع ذلك كله الى الطبيعة الواحدة التي تتصف بها النصوص الدستورية[١].

لذا فان التعارض الذي نقصده هو التعارض الذي يظهر بين نصوص الدستور فقط، فالتعارض بين النصوص الدستورية ليس امر مستبعد سواء كان التعارض بين

(١) د. رجب محمود طاجن، مصدر سابق، ص٢١٧.

الوثائق الدستورية المتعددة ام بين نصوص وثيقة دستورية واحدة، ففي نطاق الكتلة الدستورية يظهر التعارض نتيجة لتنوع مصادرها والمضامين والقيم التي تحتويها، فعلى سبيل المثال التعارض الحاصل بين نص وارد في اعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي لسنة ١٧٨٩ ونص وارد في مقدمة الدستور الفرنسي لسنة ١٩٤٦ اذ ان كل من الإعلان والمقدمة هو من مكونات الكتلة الدستورية التي نص عليها الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨ إذ نص الإعلان الفرنسي على(لما كانت الملكية حقا مصونا ومقدسا فلا يمكن لاحد ان يحرم منها الا عندما تقتضي الضرورة المثبتة قانونا ذلك وبصورة واضحة بشرط التعويض العادل والمسبق)[١].

بينما نصت الفقرة التاسعة من مقدمة دستور ١٩٤٦ على (كل مشروع استثماري يتمتع باحتكار فعلي او اكتسب صفة مرفق عام وطني يجب ان تصبح ملكيته للدولة)[٢]، وما يلحظ على النصين أعلاه الاختلاف في الحكم أذ ان تنظيم حق الملكية وفق الإعلان يختلف عن تنظيمه في مقدمة دستور ١٩٤٦ مما يتطلب من القاضي الدستوري إزالة التعارض بين النصين ومحاولة التوفيق بينهما[٣].

وكذلك التعارض بين المادة الخامسة عشر والمادة السادسة والاربعون من دستور العراق سنة ٢٠٠٥ اذ نصت المادة الخامسة عشر على (لكل فرد الحق في الحياة والامن والحرية ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق الا وفقا للقانون او بناء على قرار قضائي صادر من جهة قضائية مختصة) [٤] بينما نصت المادة السادسة والاربعون على انه (لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في

(١) ينظر اعلان حقوق الانسان الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩.
(٢) ينظر مقدمة الدستور الفرنسي سنة ١٩٤٦.
(٣) علي محمد الغماري، مصدر سابق، ص٣٣٤.
(٤) ينظر المادة ١٥ من دستور العراق سنة ٢٠٠٥.

الدستور او تحديدها الا بقانون او بناء عليه، على ان لا يمس ذلك التقييد والتحديد جوهر الحق او الحرية)[١].

فالتعارض بين النصين المذكورين يتمثل وفق المادة الخامسة عشر بإمكانية الحرمان من هذا الحق، ولكن وفق المادة السادسة والاربعون تنص على القيد العام مع وجوب عدم المساس بجوهر الحق وان الاعتداء على حق الحياة هو الاعتداء على جوهر حق الحياة لهذا الشخص، اما من الناحية الثانية اجازت المادة الخامسة عشر حرمان الافراد من الحقوق والحريات المكفولة دستوريا او تقييدها وفق القانون او بناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصة، في حين اجازت المادة السادسة والاربعون تقييد الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور بقانون او بناء عليه، فالنص الأول يشترط ان يتم الحرمان او التقييد بقانون او بقرار قضائي في حين ان المادة الأخيرة تجيز ذلك بالاستناد الى القانون، ومن ثم تبيح التقييد والحرمان بأوامر إدارية ولا يستوجب اصدار قرارات قضائية.

I.I.ب. المطلب الثاني

التوفيق بين المبادئ والنصوص الدستورية:

لم تعد الوثيقة الدستورية هي المرجع الوحيد للقاضي الدستوري، بل هناك مبادئ أخرى خارج الوثيقة الدستورية المكتوبة اعترفت لها الدساتير والقضاء الدستوري بقيمة دستورية عليا، ففي فرنسا توجد الى جانب الدستور كتلة من الحقوق وقوانين الجمهوريات السابقة والدساتير السابقة، وفي مصر والعراق توجد مبادئ الشريعة الإسلامية الى جانب الدساتير التي اشارت اليها الدساتير صراحة، وفي الولايات المتحدة الامريكية أشار دستورها الى مبادئ القانون الدولي والاتفاقيات

(١) ينظر المادة ٤٦ من دستور العراق سنة ٢٠٠٥.

الدولية، وما نلاحظه هنا هو اتساع نطاق الكتلة الدستورية الى جانب الوثيقة الدستورية قد يؤدي الى التعارض بين هذه المبادئ وبين نصوص الدستور، لذا فقد يظهر هذا التعارض اثناء تطبيق تلك القواعد من الناحية العملية في النزاع المعروض امام القاضي الدستوري، وبما ان هذه المبادئ والقواعد المتعارضة والمتدرجة تتمتع في مجموعها بقيمة دستورية يستوجب على القاضي الدستوري إزالة هذا التعارض ومحاولة التوفيق بين تلك الكتلة الدستورية والوثيقة الدستورية المكتوبة(١).

ففي العراق بعد صدور دستور ٢٠٠٥ اتسعت مرجعيات القاضي الدستوري ولم يبقى محصورا بين نصوص الوثيقة الدستورية، بل أصبحت مبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ الديمقراطية مرجعا للقاضي الدستوري وقيدا على السلطة التشريعية فنصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من الدستور على عدم سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الإسلام هذا من جهة، وعدم سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية من جهة أخرى(٢).

وعند امعان النظر في هذا النص نجد فيه من الصعوبة الجمع بين ثوابت احكام الإسلام ومبادئ الديمقراطية، وان الزام المشرع بسن قانون لا يتعارض مع ثوابت الإسلام ومبادئ الديمقراطية في آن واحد ليس بالأمر اليسير، فاذا كان من الخطأ القول بوجود تعارض تام بين احكام ومبادئ الإسلام ومبادئ الديمقراطية، كما ان القول بوجود توافق تام وكلي أيضا ليس بالأمر الصحيح، اذ ان هناك عدة احكام هي مواضع تعارض، ومن اهم الأمور المتعارضة بين مبادئ احكام الإسلام ومبادئ الديمقراطية هو فيما يتعلق بالمعاملات المالية والاقتصادية اذ ان مبادئ احكام

(١) محمد عامر صالح فتحي الكبيسي، مصدر سابق، ص٧٣.
(٢) ينظر المادة ٢ من دستور العراق سنة ٢٠٠٥.

الإسلام تحرم التعامل بالقروض الربوية وتلك الأنشطة الاقتصادية من هذا النوع، بينما تؤسس مبادئ الديمقراطية الى النشاط الاقتصادي الحر والتعامل اليومي مع اقتصاديات السوق القائمة على المعاملات الربوية المحرمة(١).

ويثير الباحث هنا تساؤلا الى أي اتجاه يحكم القاضي الدستوري عندما يواجه تعارضا من هذا النوع؟ وللإجابة على هذا التساؤل يرى الباحث ان القاضي الدستوري اذا جاء حكمه وفق مبادئ الديمقراطية فهذا يعني ان القاضي الدستوري يؤيد تسيير الأمور الاقتصادية في العراق وفق نظام الاقتصاد الحر الذي يؤمن بنظام الفوائد الربوية التي تتعارض تماما مع مبادئ الشريعة الإسلامية، لذلك ندعو المحكمة الاتحادية العليا الى إزالة هذا التعارض في المادة المذكورة ومحاولة التوفيق بين شقيها والحكم وفق مبادئ وثوابت احكام الإسلام وتقديمها على مبادئ الديمقراطية، اذ نجد ان المشرع الدستوري اعطى لمبادئ احكام الإسلام ومبادئ الديمقراطية قيمة دستورية وبالتالي يستوجب التوفيق بينهما ورفع هذا التعارض بين تلك المبادئ ذات القيمة الدستورية.

I.I.ت. المطلب الثالث

التوفيق بين الحقوق والحريات الأساسية:

اكد المجلس الدستوري في اكثر من مناسبة ان وجود حماية فعالة للحقوق والحريات لا يجرد المشرع من صلاحياته إزاء تقدير الأهداف العليا والمناسبة لتحقيق الصالح العام، فعندما يتعلق الامر بممارسة حق من الحقوق او حرية أساسية فالقانون لا يمكنه تنظيم ممارستها الا بهدف جعلها اكثر فعالية واتفاقا مع القواعد

(١) شالاو صباح عبد الرحمن، المصدر السابق، ص٨٣.

الدستورية[١]، فعلى سبيل المثال يعتبر الحق في الامن والحرية حق دستوري يتمتع بقيمة دستورية كبيرة، وقد اقر المجلس الدستوري الفرنسي في قراره المرقم ١٢٧_ ٨٠ الصادر في ١٩-٢٠ يناير ١٩٨١ بشأن رقابته لقانون الامن والحرية، وذلك فيما يتعلق على القيود المفروضة على كيفية التحقق من الشخصية بأن غرض البحث عن مرتكبي المخالفات هو الرقابة من التعدي على الصالح العام، لاسيما التعدي على امن الأشخاص والأموال يعد هدفا دستوريا يبرر فرض قيود على حرية الذهاب والإياب بما يحقق المصلحة العامة والامن والاستقرار[٢].

وبالنسبة لمقتضيات النظام العام وأثرها على حرية التنقل والإقامة قرر المجلس الدستوري انه يتعين التوفيق بين الحرية الفردية وحرية التنقل مع ما هو ضروري للحفاظ على أغراض المصلحة العامة ذات القيمة الدستورية، فقد تطلب المجلس الدستوري من المشرع ضرورة الموازنة بين حقوق الافراد وحرياتهم من جانب ومقتضيات المصلحة العامة من جانب اخر، وهي مقتضيات تتطلب مراعاة اعتبارات الملاءمة والتوفيق بين هذه المصالح المتعارضة، ومن ثم يصدر التشريع لتحقيق هذه الأغراض[٣].

ونلخص مما تقدم ان عملية التوفيق موجودة ومستقر عليها قضاء المجلس الدستوري الفرنسي وتساعد القضاء الدستوري الفرنسي على تحقيق التوازن في المجتمع في ممارسة الكثير من الحقوق والحريات بشكل فيه ابتكار لكثير من القيم الدستورية التي من شأنها تكريس الحماية الدستورية وتفعيلها، فالحرية الشخصية حق دستوري مكفول للأفراد لكن أحيانا يتعارض مع المبادئ الدستورية الأخرى التي تهدف الى حماية النظام العام وتحقيق المصلحة العامة، لذا يقتضي التوفيق بين

(١) د. عيد احمد الغفلول، مصدر سابق ص٣٣.
(٢) د. عبد الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحقوق والحريات، مصدر سابق، ص١٥٤.
(٣) د. رجب محمود طاجن، مصدر سابق، ص ١٦٣.

P- ISSN:2075-2024
E-ISSN: 2706-5804

الحقوق والحريات الدستورية الخاصة بالأفراد ومبادئ دستورية وينبغي على القاضي الدستوري رفع التعارض بينهما من خلال التوفيق والموازنة.

I.I.ج. المطلب الرابع

التوفيق بين النصوص الدستورية وقواعد القانون الدولي:

لقد تباينت العلاقة بين الدساتير والقوانين من قواعد القانون الدولي من حيث المرتبة، فبعض الدساتير توجب تحويل الاتفاقيات الدولية الى قانونها الداخلي، اي تعتبر قواعد القانوني الدولي والقواعد القانونية الداخلية ذات مرتبة واحد، اذ تصبح المعاهدة قانونا يطبق داخل الدولة، بينما البعض الاخر من الدساتير اخذت بمفهوم وحدة القانونين بمعنى ان اثر قواعد القانون الدولي الاتفاقي يمتد الى نظامها القانوني من دون حاجة لتحويلها الى قانون داخلي، الا ان الدساتير التي تؤمن بنظرية وحدة القانونين اختلفت فيما بينها، فبعضها تجعل المعاهدة او الاتفاقية الدولية اعلى واسمى مرتبة من نظامها الدستوري والقانوني، اما البعض الاخر اخذ اتجاه مختلف تماما، اذ جعل القانون الدولي اعلى مرتبة من الدستور واعلى مرتبة من القانون العادي[1]، وقد لا نلمس هذا الاثر الامن خلال التطبيق القضائي في حال تعارض نص في الدستور ونص في المعاهدة الدولية.

وهنا يثير الباحث تساؤل خطير بهذا الصدد هو في حال تعارض نص معاهدة دولية مع نص دستوري في دولة تساوي بين النصين في المرتبة او تعطي لأحدهما مرتبة أسمى من الاخر في التدرج القانوني في نزاع معروض امام القاضي الدستوري فكيف يستطيع القاضي رفع هذا التعارض؟ وهل يستطيع القاضي

(١) طارق جمعة سعيد، "اليات توطين المعاهدات الدولية في القانون الوطني"، (رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠٢٠): ص١٢٣.

الدستوري اهمال النص الدستوري او نص المعاهدة الدستورية؟ وللإجابة على هذا التساؤل: يجد الباحث هنا بما ان ليس لقواعد القانون الدولي سلطان مباشر على قواعد القانون الداخلي فلا يمكن لقاعدة دولية ان تلغي قاعدة دستورية او قانونية من قواعد القانون الداخلي حتى وان كانت تتعارض معها، وذلك لان الالغاء والتعديل يحتاج الى اجراءات تشريعية ينظمها الدستور الوطني، كما ان القاعدة القانونية لا يمكن لها الغاء قاعدة دولية تتعارض معها لان ذلك مقرر بموجب ارادة الدول الاعضاء التي التزمت بها بموجب ارادتها الصريحة.

فهنا يتوجب على القاضي الدستوري إعمال مبدا التوفيق بين تلك النصوص المتعارضة دون اهمال احدهما فيعمل القاضي الدستوري على خلق نوع من التوازن او التوافق بين القاعدة الدولية والقاعدة الدستورية، كما ان القول بهذا الاتجاه يبرر اتساع مرجعيات القاضي الدستوري لإعماله التوفيق بين القواعد المتدرجة والمتعارضة، اذ يمكن للقاضي الدستوري تطبيق قواعد القانون الدولي في كل ما يعرض عليه من مسائل تفرضها القواعد الدولية وربما لا يتعرض لها القانون الداخلي بالتنظيم، ولكن يتوجب على القاضي الدستوري ايجاد علاقة توفيقية بحيث لا يؤدي تطبيق قواعد القانون الدولي الى الاخلال بالقانون الداخلي للدولة.

كما ان الدول في حال ارتباطها ودخولها طرفا في اتفاق او التزام دولي تحاول ان توفق بين قانونها الداخلي وقواعد الاتفاق الدولي بإصدار تشريعات خاصة لتنفيذ التزاماتها الدولية، وهذا ما يؤيد صحة قولنا بانه على القاضي الدستوري التوفيق بين قواعد القانون الدولي وقواعد الدستور الوطني في حال شابها التعارض دون اهمال احدهما على حساب الاخر، كما ان القول بخلاف ذلك اي في حال اهمل القاضي الدستوري نص اتفاق دولي بحجة تعارضه مع نص دستوري قد يؤدي الى اثار خطيرة تترتب على التزامات الدولة بقواعد القانون الدولي، فسلطات الدولة جميعها

ملزمة باحترام المعاهدات الدولية والالتزام بعدم الاخلال بها والعمل على تنفيذها وربما يترتب على الدولة الاخلال بقواعد القانون الدولي او انتهاك قاعدة من قواعد القانون الدولي في حال قرر القاضي الدستوري عدم دستوريتها او اهمالها، لذا فان كل ذلك يبرر للقاضي الدستوري القيام بعملية التوفيق، ويرى الباحث بشأن التدرج بين القواعد الدستورية وقواعد القانون الدولي ان بعض الدول ضمنت دساتيرها صراحة بان قواعد القانون الدولي والمعاهدات الدولية هي القانون الاسمى في البلاد الى جانب دستورها، والبعض الاخر من الدول قد نصت دساتيرها على اعطاء قواعد القانون الدولي مكانة اسمى من مكانة الدستور والقانون الداخلي، ففي حالة التعارض بين نصوص الدستور وقواعد القانون الدولي يواجه القاضي الدستوري صعوبات جمة فهو ايضا يواجه مبدأين من نفس المرتبة والقيمة القانونية الاول: هو مبدا دولي سمو قواعد القانون الدولي على التشريعات الداخلية حتى لو كان دستور الدولة وهذا المبدأ نصت عليه المادة (٢٧) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ والتي نصت (لا يجوز لطرف في المعاهدة ان يحتج في نصوص قانونه الداخلي كمبرر لإخفاقه في تنفيذ المعاهدة)[١]، ولا يترتب ذلك عليه اخلال بنص المادة ٤٦ من نفس الاتفاقية، اما المبدأ الثاني: هو سمو قواعد الدستور على سائر القواعد القانونية في الدولة، وبما ان بعض الدول اعتبرت المعاهدات الدولية بمثابة الدستور وأسمى ومن المعروف ايضا ان القاضي الدستوري هو الذي يختص بتفسير نصوص الدستور، فمن باب اولى ان يختص القاضي الدستوري في تلك الدول بتفسير نصوص المعاهدة في حال تعارضها مع الدستور لأنها تأخذ مرتبة الدستور.

ففي هذا الصدد افضل حل للقاضي الدستوري لإزالة الغموض والتعارض بين الدستور وقواعد القانون الدولي هو إعماله التوفيق بينهما، الامر الذي يعني بوجود

(١) ينظر: المواد (٢٧، ٤٦) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩.

مصلحة او حق من حقوق الانسان يحميه قاعدتين الأولى(قاعدة دولية) والثانية (قاعدة دستورية) وان هذا الحق لا تستطيع احدى السلطات تقييده او حظره والنيل منه الا وفق ما نظمنه الدستور والقانون الدولي، فالقاضي الدستوري لا يستطيع اهمال القاعدة الدولية نظرا للآثار السيئة التي تتركها على دولته، كما ان القاضي الدستوري لا يستطيع الحكم على قواعد القانون الدولي سواء كان بالسلب او الايجاب، وربما يثير ذلك الامر اشكالية معقدة من التنازع والحساسية بين القضاء الدولي والقضاء الدستوري هذا من جهة، وبين القضاء الدستوري للدول الاطراف في المعاهدة الدولية في حال تعرض القضاء الدستوري لنصوص المعاهدة بتفضيل نصوص الدستور الداخلي على احكام المعاهدة واهدار نصوص المعاهدة، مما يؤدي الى اختلاف تطبيق نصوص المعاهدة داخل الدول الاطراف الامر الذي قد يؤدي الى افساد الغرض الذي من اجله ابرمت المعاهدة ويثير الراي العام الدولي ضد احدى الدول التي انتهكت احكام معاهدة معينة.

فهنا يقوم القضاء الدستوري بالتوفيق بين نصوص الدستور وبين نصوص واحكام المعاهدة الدولية، ويكون التوفيق عندما يرى القاضي الدستوري بأفضلية تطبيق نصوص الدستور على المعاهدة الدولية، على ان لا يؤدي ذلك التفضيل او ينتهك نصوص الاتفاقية الدولية فيحاول القاضي الدستوري ان يوفق بينهما بشكل لا يترتب عليه اي اخلال او انتهاك من نص الاتفاقية او ضرر يلحق بالمصلحة التي تحميها القاعدة الدولية، إذ لا يحتج القاضي الدستوري بنصوص الدستور او القانون الداخلي للدولة امام قواعد القانون الدولي وذلك ان الالزامية التي تتمتع بها قواعد القانون الدولي تفرض على الدول كأشخاص القانون الدولي باحترامها والخضوع لها والا تتعرض الى جزاء دولي فكيف بإحدى السلطات داخل الدولة؟

اما عندما يريد القاضي الدستوري تفضيل او تقديم نصوص المعاهدة على الدستور فيكون ذلك بالتوفيق بينهما ايضا فهو يحمي مصلحة دولية ملتزمة بها دولته امام القانون الدولي، وان هذه المصلحة التي تنظمها القاعدة الدولية تكون على صعيد دولي وداخلي ربما تحتاج الى تظافر الجهود الدولية لمواجهتها، ففي عصرنا الحالي ظهرت العديد من الاحداث والمشاكل التي تتطلب جهود دولية وداخلية لحلها واهم تلك الاحداث هي المتعلقة بالمناخ والبيئة، والصحة ومكافحة المخدرات والاتجار بالبشر، والقرصنة والامن وتهديد مصادر الطاقة والملاحة الدولية، إذ ان ذلك قد يؤدي الى النزاع بين القضاء الدولي والقضاء الوطني وليس فقط بين قواعد القانون الدولي وقواعد الدستور والقوانين الوطنية، مما يحتاج الى خلق نوع من التوفيق على صعيد القضاء الدولي والقضاء الوطني وان بعض الدول اعترفت صراحة بالقضاء الدولي اي بمعنى ان احكام القضاء الدولي تكون سارية من حيث المكان على محاور اقليم الدولة المعترفة باتفاقيات القضاء الدولي، ومما يؤيد صحة بحثنا في هذا الصدد نصت المادة ٢/٥٣ من الدستور الفرنسي على (يجوز للجمهورية ان تعترف باختصاص المحكمة الجنائية الدولية...) [١].

كما اقرت فرنسا ميثاق البيئة الملحق بالدستور الفرنسي في عام [٢]٢٠٠٨ وهذا الميثاق يحتاج الى العمل والتعاون الدولي والقضائي وهو تجد فيه مجالا واسعا للمجلس الدستوري للتوفيق بين القواعد الدولية والدستور الفرنسي وبالأحرى الكتلة الدستورية، إذ يعتبر هذا الميثاق اضافة الى الكتلة الدستورية التي اقرها المجلس وقد نص هذا الميثاق في مادته السادسة على انه (يجب ان تعزز السياسات العامة التنمية المستدامة، ولتحقيق هذه الغاية تقوم تلك السياسات بالتوفيق بين حماية وتحسين البيئة مع التنمية الاقتصادية والتقدم الاجتماعي) وكما ذكرنا سابقا بان المستجدات

(١) ينظر: المادة ٢/٥٣ من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ المعدل.
(٢) للمزيد ينظر ميثاق البيئة الفرنسي الملحق بالدستور الصادر سنة ٢٠٠٨.

والاحداث التي تتعلق بالبيئة والصحة وغيرها تحتاج الى ايجاد نوع من التوفيق بين القانون الدولي والانظمة الداخلية للدول وذلك بإيجاد عمل وتعاون مشترك وفي حال وجد تعارض بين تلك القوانين يجب الا يشكل عقبة امام تنفيذ اهداف تخدم مصالح الدول والبشرية جمعاء، وقد نصت المادة العاشرة من الميثاق الفرنسي للبيئة الملحق بالدستور على ما يلي (يلهم هذا الميثاق افعال فرنسا على الصعيدين الاوروبي والدولي).

I.I.I. المبحث الثالث

موقف الفقه والقضاء بشأن التوفيق بين القواعد الدستورية:

تباينت المواقف والآراء على مستوى الفقه والقضاء الدستوري الوطني، وكذلك الدولي بشان موقف كل منهما من فكرة التدرج والتعارض بين القواعد الدستورية ذاتها او بينها وبين القواعد الدولية، التي اعتبرتها بعض الدول جزء من قانونها الوطني، ونصت على ذلك صراحة في دستورها الوطني وكما ذكرنا سابقا فان في هذه الحالات ستكون هناك قواعد مختلفة امام القاضي الدستوري كلاهما يتمتع بالعلوية والسمو وربما تكون متعارضة بعض الشيء، وقد اختلف الفقه والقضاء بشأنها فهناك اتجاه في الفقه يؤيد فكرة التدرج اي في حال التعارض بين نصين على القاضي الدستوري ان يستند الى فكرة التدرج لرفع هذا التعارض، ويذهب اتجاه اخر الى ان القواعد الدستورية جميعها في مرتبة واحدة وعلى القاضي الدستوري إعمال التوفيق بينها دون اهدار قاعدة على حساب اخرى[١]، لذا سنقوم بين القواعد الدستورية، بينما يتضمن الفرع الثاني موقف الفقه والقضاء الدولي بشأن التوفيق بين القواعد المتدرجة والمتعارضة.

(١) فهد حمدان برجس الشمري، *الأثر القانوني للمعاهدات الدولية في النظام والقضاء الوطني*، (الإمارات: جامعة الامارات العربية المتحدة، ٢٠١٨)، ص٦٧.

I.I.I. أ. المطلب الأول

موقف الفقه والقضاء الدستوري بشأن التوفيق بين القواعد الدستورية:

أشرنا سابقا الى اختلاف موقف الفقه والقضاء بشأن القواعد الدستورية وقد انقسم الفقه بهذا الشأن الى اتجاهين ولكن غالبية الفقه يذهب الى اقامة التوازن والتوفيق بين تلك القواعد، لذلك سنقوم ببيان الاتجاهات الفقهية وموقفها من التوفيق بين القواعد الدستورية وكذلك بيان موقف القضاء الدستوري كالاتي:

I.I.I.أ.١ الفرع الأول

موقف الفقه الدستوري بشأن التوفيق بين القواعد الدستورية:

انقسم الفقه الدستوري الى اتجاهين اتجاه يؤيد فكرة التدرج والاخر ينفيها ويذهب الى وجوب التوفيق بهذا الشأن كالتالي:

١.الاتجاه المؤيد لفكرة التدرج بين القواعد الدستورية

أ. أنصار المذهب الحر: يرى هذا الاتجاه بوجود تدرج بين القواعد الدستورية وان جميع الحقوق والحريات التي يحميها الدستور ليس لها نفس الطبيعة، فعلى سبيل المثال ان الفقه الفرنسي من انصار هذا الاتجاه يجد ان المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية الخاصة والضرورية التي تم النص عليها في مقدمة دستور ١٩٤٦ تختلف من حيث قوتها الدستورية عن كتلة الحقوق المعلنة بإعلان الحقوق، وعن قوانين الجمهورية او الحقوق والحريات التي كفلها دستور عام ١٩٥٨، ويبرر انصار هذا الاتجاه حججهم بان المبادئ الثابتة في اعلان الحقوق الصادر عام ١٧٨٩ تعتبر مبادئ اساسية مرتبطة بالإنسان لا يمكن ان تسقط بالتقادم، غير ان على عكس ذلك المبادئ الواردة في مقدمة دستور ١٩٤٦ تكون ضرورية لوقتنا الحاضر، وقد تكون غير ضرورية بالنسبة للماضي وغير ضرورية بالنسبة للمستقبل، ودليلهم على

ذلك ان الحق في الاضراب يكون ضروري بالنسبة للمجتمع الرأسمالي، غير انه يعتبر حق غير ضروري بالنسبة لمجتمع اشتراكي واجتماعي[١].

وبالتماثل مع هذا المعنى يرى انصار هذا الاتجاه ان هناك اسس ومبادئ مهمة لنظامنا القانوني وهي تتسم بالأسبقية والعلو على مبادئ اخرى ترتبط بحضارتنا القانونية ولكنها تعتبر لاحقة على المبادئ والقواعد السابقة، وذلك لان هذه المبادئ المرتبطة بحضارتنا القانونية تتسم بالتوجيه والارشاد الحق لكل عامل في ان يساهم بنفسه او بوسيط يختاره في تحديد القواعد الجماعية للعمل، وكذلك مبدا الحق في ادارة المشروع إذ ان هذه المبادئ توجيهية وغير محددة، اما المبادئ المنصوص عليها في اعلان الحقوق لعام ١٧٨٩ تتسم بالأسبقية والعلو والثبات وهي اعلى مرتبة وتتقدم على المبادئ التوجيهية[٢].

ب. أنصار المذهب الاجتماعي: اعتمد انصار هذا الاتجاه على مبادئ اخرى على العكس تماما من المذهب الحر، فقد اعتمد هذا الاتجاه على القواعد العامة في التفسير والتي بموجبها ان النص الاكثر حداثة يسمو على القواعد الاكثر قدما بالاستناد الى مبدا اللاحق ينسخ السابق، الامر الذي يعني معه ان المبادئ الثابتة في دستور ١٩٥٨ في فرنسا تسمو على المبادئ الثابتة في مقدمة دستور ١٩٤٦، وكذلك مقدمة دستور ١٩٤٦ تعلو المبادئ الثابتة في كتلة الحقوق ١٧٨٩، والحقوق والحريات الثابتة في دستور ١٩٥٨ تسمو مرتبة من الحقوق والحريات الثابتة بمقدمة دستور ١٩٤٦، وان الحقوق والحريات الثابتة بمقدمة دستور ١٩٤٦ اعلى مرتبة من الحقوق والحريات الثابتة بإعلان الحقوق ١٧٨٩، كما يعتبر انصار المذهب الاجتماعي ان المبادئ الثابتة في اعلان الحقوق يجب ان تفسر في ضوء المبادئ

(١) د. رجب محمود طاجن، مصدر سابق، ص١٣٦.
(٢) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، القضاء الدستوري والحقوق والحريات الاساسية، مصدر سابق، ص١٦٦-١٦٧.

الاجتماعية والتي تعتبر لاحقة عليه ويتوجب على المجلس الدستوري ان يضع في حساباته ان اعلان ١٧٨٩ كان يعبر عن متطلبات عصره فان عصرنا وحضارتنا القانونية لها متطلبات حديثة وجديدة[١].

جـ. رأي الباحث في تقدير المذهبين وفق هذا الاتجاه الفقهي: ان انصار اتجاه المذهب الحر يقرون بوجود تدرج بين القواعد الدستورية، بمعنى وجود قواعد داخل الكتلة الدستورية تتمتع بالسمو والعلو على غيرها من القواعد الاخرى داخل الكتلة الدستورية، وحسب وجهة نظرهم يقسمون القواعد الدستورية من حيث المرتبة الى قواعد توجيهية عامة وارشادية، وقواعد مرتبطة بالإنسان وتتسم بنوع من الثبات ويجدون ان منها ما يلائم الوضع القانوني الحالي، ومنها لا يصلح لوضعنا الحالي او المستقبل وكانت اصلح للماضي فقط، وبالتالي يتوجب على القاضي الدستوري اهدار او اهمال احد هذه القواعد في حال تعارضها مع قاعدة تلائم عصرنا الحديث ويؤيدون ان يحكم القاضي الدستوري على اساس التدرج وليس على اساس التوفيق بينهما، ولا نتفق هنا مع هذا الراي من حيث إعمال فكرة التدرج في حال تعارض نصين في الكتلة الدستورية بإهدار احدهما بالاستناد الى التدرج، ونتفق مع هذا الاتجاه من ناحية واحدة وهي اننا نقر بوجود تدرج بين القواعد الدستورية من المصلحة الاهم والاسمى الى المصلحة المهمة او الادنى اهمية على سبيل المثال ان حرية الاعتقاد اسمى مرتبة من حرية ممارسة الشعائر الدينية.

لكن هنا يتوجب على القاضي الدستوري التوفيق بين الحريتين وليس اهدار احدهما وذلك لان القاضي الدستوري ينظر الى الوثيقة الدستورية بمنهج الوثيقة التقدمية التي تكمل نصوصها بعضها البعض الاخر لفهم محتوياتها وابعادها، ولتطبيقها بالصورة الصحيحة، وليس اهدار بعض النصوص على حساب الاخرى

(١) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، المصدر نفسه، ص١٧١.

هذا من الناحية الشكلية، اما من الناحية الموضوعية فان اهدار القاضي الدستوري لبعض النصوص يعني اهدار الحريات او المصالح التي تنظمها تلك النصوص، وبالتالي يعتبر القاضي الدستور ينتهك تلك الحريات والحقوق بدل من ان يكون هو الحامي للحقوق والصائن للحريات والحارس على الدستور، فالأمر هنا لا يكون استبدال التدرج بدل التوفيق وذلك لان التوفيق يؤمن حماية اكثر للحريات، ولا يترتب عليه اهدار احدى المصالح على حساب الأخرى، إذ يعد التدرج هو (الخطوة الأولى) للتوفيق بين القواعد المتعارضة، فبدون التدرج لا يمكن الوصول للتوفيق، وكل ما في الامر يتوجب على القاضي الدستوري الا يقف عند التدرج و يأخذ المصلحة الاسمى ثم يهدر المصلحة الأقل سمو، ولكن عليه التوفيق بينهما دون انتهاك او اهدار بل علية توظيف المصلحة الأقل سمو في خدمة المصلحة الأكثر سمو وليس الغاءها.

اما الاتجاه الثاني الذي يمثله اصحاب المذهب الاجتماعي والذي يميل انصاره الى المبادئ العامة في التفسير والاعتماد على المبادئ الحديثة تجب ما قبلها وتنسخها، فهذا الامر فيه نوع من الريب، وذلك لان حقوق الانسان هي ثابتة على مر العصور والشرائع والقوانين، فالحق في الحياة مثلا والحق في محاكمة علنية، وحق الدفاع الذي كفلهم اعلان الحقوق لعام ١٧٨٩ هي مرتبطة بالإنسان ولا يمكن المساس بها او نسخها لحجة وجود دساتير حديثة وينبغي الاعتماد على دستور عصرنا فقط، فمن المعروف في فرنسا تم اقرار كتلة دستورية مختلفة من اعلانات الحقوق، والدساتير السابقة ودساتير الجمهوريات ودستور ١٩٥٨ فالقول بان دستور ١٩٥٨ ينسخ تلك المبادئ داخل الكتلة يترتب عليه اهدار جزء كبير من الحقوق والحريات، فضلا عن ان هذه المبادئ راسخة ومستقرة في ضمير الامة وضمير القضاء، فكيف يتم اهدارها عن طريق التفسير والنسخ، ولأن ذلك يؤدي الى تضييق

نطاق الكتلة الدستورية، وبالتالي هنا نحن ايضا نؤيد وجود التدرج ولكن يجب اعتماد التوفيق بين محتويات الكتلة الدستورية بشكل لا يترتب عليه اهدار او اخلال بالحقوق والحريات وعلى العكس فعندما تكون هناك حلول متعددة امام القاضي الدستوري وعليه اختيار افضلها دون اهدار مجموعها يعتبر ضمانة دستورية للأفراد والسلطات العامة في الدولة.

٢. **الاتجاه الذي يرفض التدرج الشكلي والموضوعي:** ان هذا الاتجاه الفقهي يعالج مسالة التدرج بين النصوص الدستورية من ناحية أخرى، وذلك من خلال تقديم مبررات الاولى تتعلق بوحدة القواعد الدستورية، اما الثانية تتعلق بالحل الواجب الاتباع عندما يكون هناك تنازع او تعارض بين النصوص والاحكام الدستورية وذلك كالتالي:

أ. من حيث وحدة القواعد الدستورية: ان الفقه من انصار هذا الاتجاه الرافض للتدرج يتصدى لقرار المجلس الدستوري الخاص بقضية التأميم في عام ١٩٨٢ والذي بموجبه تم اثارة موضوع التدرج بين القواعد الدستورية، إذ وصفه اصحاب هذا الاتجاه بانه اتجاه غير مفهوم وغير مدروس، كما يرى العميد (فيدل) ان القواعد الدستورية بمجموعها تكون ذات مرتبة واحدة على اساس ان قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر عام ١٩٧١ قد رجع الى مقدمة الدستور في مجموعها ولم يرجع الى جزء واحد فقط، كما ان الدستور ومقدمته تمت الموافقة عليهم من خلال استفتاء واحد في اكتوبر ١٩٥٨ كما اعد العميد" فيدل" ان تحديد مضمون النص الدستوري او عدم تحديده لا ينشئ اي نوع من التدرج بين النصوص، وانما يعطي السلطة التشريعية اختصاص او سلطة تقديرية[١].

(١) د. عبد المجيد إبراهيم سليم، مصدر سابق، ص ١٦٧.

ب. من حيث حالة التعارض والتنازع بين الحقوق والحريات الأساسية: ربما يكون هذا التعارض او التناقض ظاهريا، وقد يشكل التعارض الظاهري حقيقة ملائمة بين النصوص الدستورية، ومثال ذلك ان اعلان الحقوق ١٧٨٩ في مادته (١٧) نص على قدسية حق الملكية في حين نجد ان مقدمة دستور عام ١٩٤٦ نصت على انتقال ملكية بعض المشروعات الى الدولة هذا من جانب، ومن جانب اخر فان هذا التعارض والتناقض يكون بين حريتين اساسيتين بشكل حقيقي، ومن امثلة ذلك ممارسة الحق في (الاضراب وبين مبدا استمرارية المرافق العامة)[١]، فكلاهما يمثل مبدا دستوري ذو قيمة دستورية واحدة ولكن متعارضين، فما هو الحل في هذه الحالة؟

وللإجابة على هذا التساؤل فيكون الحل هو ليس إعمال مبدأ واهدار مبدأ دستوري اخر ولكن يكون من مهام القاضي الدستوري في هذه الحالة هو التوفيق ين القواعد الدستورية المتعارضة وهو ما وصفه بعض الفقه بالتوفيق الضروري بين النصوص الدستورية[٢].

والراي الغالب في الفقه الفرنسي ان المجلس الدستوري لم يستخدم تعبير التدرج بين الحقوق والحريات الاساسية، وانما استعمل تعبير التوفيق بين الحقوق والحريات المتعارضة، وبالتالي فانه من الصعب وفق هذا الاتجاه الرافض للتدرج ايجاد نوع من التدرج بين الحقوق والحريات الأساسية، وذلك لان هذا الاتجاه يرى ان النصوص الدستورية صدرت في يوم واحد وبموجب استفتاء واحد، ويكون لها نفس القوة القانونية من حيث الموضوع، وان بعض هذه النصوص الدستورية تقيد من نطاق السلطة التشريعية في سن القوانين الخاصة بتنظيم الحقوق والحريات، والبعض

(١) د. عبد المنعم محفوظ، *القضاء الدستوري في مصر*، ط١، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩١)، ص١٢.
(٢) د. عبد الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحقوق والحريات الاساسية، مصدر سابق، ص١٧١.

الاخر يترك للسلطة التشريعية سلطة تقديرية، ويكون من اثار ذلك انشاء مساحة قانونية للمشرع من حيث التقدير او عدم التقدير تحت رقابة القاضي الدستوري دون ان يكون هناك سبب للقول بوجود تدرج بين النصوص الدستورية او بين الحقوق والحريات الاساسية[١].

كما يبرر اصحاب هذا الاتجاه وجهة نظرهم ان نظرية الحقوق والحريات الاساسية وجدت في السبعينات، اما قبل ذلك فان هذه الحرية لم تكن تتمتع باي حصانة في مواجهة القانون الصادر عن البرلمان حيث للبرلمان كامل الحرية والتقدير في المساس بالحقوق والحريات الاساسية دون رقابة ودون مسؤولية.

I.I.I.أ.٢. الفرع الثاني

موقف القضاء الدستوري بشأن التوفيق بين القواعد الدستورية:

كما اوضحنا سابقا لقد تباين موقف الفقه الدستوري في فرنسا حول فكرة التدرج بين القواعد الدستورية الى اتجاهين الاتجاه الاول يقيم التدرج على اساس موضوع القاعدة، اما الاتجاه الاخر يعارض ويرفض هذه الفكرة وينادي بوحدة الدستور، وينكر وجود اي تدرج بين القواعد الدستورية، اما من حيث موقف القضاء الدستوري حول موضوع هذا الخلاف فقد انعكس هذا الخلاف الفقهي على موقف القضاء الدستوري في اقامة التدرج او إعمال التوفيق بين القواعد الدستورية

---

(١) ينظر: ثروت بدوي، *بصدد تدرج القواعد الدستورية وأثره على حماية الحقوق والحريات الأساسية* ، *تدرج القرارات الإدارية*، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٦٨). و د. عبد الحميد متولي، *الحريات العامة*، (الإسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٧٥)، ص٩١، و د. عاطف البنا، *الوسيط في القضاء الإداري*، ط٢، (بلا دار ومكان نشر، ١٩٩٩)، ص٢٠. ويقول الفقيه فيليب فيما يخص نظرية الحريات الأساسية في القانون الفرنسي عند نشؤها بمناسبة التعليق على قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في ١٦ يوليو ١٩٧١ والمتعلق بحرية الجمعيات ان قضاء المجلس الدستور استطاع ان يضع نهاية لاستبداد المشرع والذي كان يمكنه ان يحمل اخلال من جانبه للحريات مع كل حصانة ضد المسؤولية.

المتعارضة، إذ قرارات المجلس الدستوري الفرنسي تباينت فان المجلس اتجه تارة الى اعمال التوفيق بين الحقوق والحريات الاساسية المتعارضة ويتجه تارة اخرى الى اعطاء حماية اكثر لبعض الحقوق والحريات الاساسية مقارنة مع بعضها الاخر[١].

ونجد قرارات بعض المحاكم الدستورية في دول اخرى تأخذ بالتدرج بين الحقوق الحريات المتعارضة لإزالة هذا التعارض بينهما، لذا ستقوم ببيان القرارات القضائية التي تباين فيها موقف القضاء الدستوري بين فكرة التدرج وفكرة التوفيق لرفع التعارض بينهما وكالتالي:

١.احكام القضاء الدستوري التي اقرت بفكرة التدرج بين القواعد الدستورية:

لقد اقر المجلس الدستوري في فرنسا ان بعض الحقوق والحريات الاساسية الواردة في الكتلة الدستورية لها اهمية أكبر مقارنة مع غيرها في الكتلة الدستورية كما يلي:

أ. قرر المجلس الدستوري الفرنسي في حكمه المرقم (٤٤- ٧١) لسنة ١٩٧١ بشان حرية الجمعيات في فرنسا حيث قرر هذا المجلس في الفقرة الثانية من حكمه المذكور انه (٢-بالنظر الى المبادئ الاساسية التي تقررها قوانين الجمهورية والتي اعيد تأكيدها رسميا في ديباجة الدستور، ينبغي النظر في مبدا حرية تكوين الجمعيات والمتعلق بعقد الجمعيات حيث انه بموجب هذا المبد تكون الجمعيات المنشاة بحرية لا يجوز تقييدها الا رهنا بتقديم اعلان مسبق وباستثناء التدابير التي يمكن اتخاذها فيما يتعلق بفئات معينة من الجمعيات، لا يمكن ان يكون تشكيل الجمعيات حتى وان كانت لغاية باطلة او ذات غرض غير مشروع تقديمها لصلاحية التدخل المسبق للسلطة الادارية وحتى السلطة القضائية).

(١) شالاو صياح عبد الرحمن، تدرج القواعد الدستورية، مصدر سابق، ص١٤٧.

الواضح من نص الفقرة الثانية من قرار المجلس انه يعتبر حرية تكوين الجمعيات من المبادئ الاساسية طبقا للدستور الفرنسي، كما يقرر المجلس انه حرية تكوين الجمعيات غير خاضعة للترخيص المسبق سواء كان الترخيص المسبق صادر من السلطة التنفيذية او السلطة القضائية حتى لو كان تشكيل الجمعية باطل وذات غرض غير مشروع، كما ونجد ان المجلس ذاته قرر خضوع بعض الحقوق والحريات الاساسية للاذن المسبق من السلطة التنفيذية على الرغم من انها حقوق اساسية ودستورية كحق الملكية، الامر الذي يعني اعتراف قرره المجلس بوجود تدرج بين الحقوق والحريات الاساسية اي بوجود حقوق وحريات تتمتع بحماية اكثر من غيرها[١].

ب. اما المحكمة الدستورية المصرية: فقد اكدت انه على الرغم من وحدة الحقوق والحريات الاساسية دستوريا، الان بعض هذه الحقوق والحريات تتمتع بحماية دستورية اكثر من غيرها ومن اهم تلك الاحكام المتعلقة بحرية التعبير حيث نجد المحكمة ان حرية التعبير من الحريات الاساسية التي تحتمها طبيعة النظام الديمقراطي، وتعتبر ركيزة اساسية لكل نظام ديمقراطي سليم كما اعتبرت المحكمة الدستورية في مصر حرية التعبير بمثابة الحرية الاصل التي يتفرع عنها الكثير من الحقوق والحريات العامة الفكرية والثقافية، الامر الذي يعني وجود حريات اساسية تتمتع بدرجة من السمو لا يمكن المساس بها وهي مصونة وتتمتع بالحماية اكثر من غيرها الامر الذي يؤدي الى اعمال فكرة التدرج بين الحقوق والحريات الاساسية في حال تعارضها[٢].

(١) شالاو صياح عبد الرحمن، المصدر نفسه، ص١٥٢.
(٢) د. احمد عودة محمد الدليمي، مصدر سابق، ص١٨٨.

٢. احكام القضاء الدستوري التي اقرت بفكرة التوفيق بين القواعد الدستورية: لقد اوضحنا سابقا ان موقف القضاء الدستوري متباين في حال التعارض بين الحقوق والحريات، فيكتفي بالتدرج ومرة اخرى يذهب الى اعمال التوفيق بينهما كما يظهر ذلك العديد من احكامه:

أ. قرر المجلس الدستوري في فرنسا في حكمه المرقم (٧٧- ٨٧) الصادر في ١٩٧٧/١١/٢٣ بشان حرية التعليم والحرية الشخصية حيث نصت الفقرة الاولى من هذا القرار على ما يلي (فان المعلمين المكلفين بمهمة التدريس في المؤسسة الخاصة المرتبطة بالدولة بموجب عقد تأسيس يتعين عليهم ان يحترموا طابع المؤسسة) بينما نصت الفقرة الخامسة من نفس القرار (بالنظر ايضا الى ان المادة ١٠ من اعلان حقوق الانسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ تنص على انه يجب الامتناع عن ازعاج اي انسان بسبب آراءه حتى الدينية مادام التعبير عنها لا يعكر النظام العام المرتكز على القانون)[١].

وان ديباجة دستور سنة ١٩٤٦ تشير الى انه لا يجوز ازعاج أحد في عمله او وظيفته بسبب اصوله او آراءه او معتقداته، إذ ان حرية الضمير يجب ان تعتبر من المبادئ الاساسية التي تقرها قوانين الجمهورية) ويرى الباحث ان هناك تعارض حقيقي بين الحريات والحقوق الأساسية وان هذا التوفيق من جانب المجلس الدستوري لم يعالج التعارض من الناحية العملية فمن جانب يلزم المعلمين والمدرسين الذين يعملون في المؤسسات العلمية الخاصة باحترام الطابع الاساسي للمؤسسة، ومن جانب اخر يؤكد على عدم تعرض احد الى الاذى في عمله او وظيفته، بسبب اصوله او آراءه او معتقداته، فماذا لو ادلى احد المعلمين برايه الديني مخالفا بذلك سياسة

(١) د. عبد الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحقوق والحريات، مصدر سابق، ص ٢٨٦.

المؤسسة التعليمية ؟ فكلا الحقين دستوريان الا ان المجلس لم يبين كيفية معالجة هذا التعارض ورفعه وازالته.

ب. اما المحكمة الدستورية العليا في مصر ففي العديد من احكامها تبنت مبدا التوفيق ومنها حكمها في الدعوى المرقمة ٣٧ في ١٩/٥/١٩ فقد قضت المحكمة في هذه الدعوى بان تفسير نصوص الدستور انما يكون بالنظر اليها باعتبارها وحدة واحدة، يكمل بعضها البعض الاخر، إذ لا يفسر اي نص بمعزل عن النصوص الأخرى، بل يجب ان يكون تفسيره متساند معها يفهم مدلوله بما يقيم بينها التوفيق بالناي عن التعارض.

وكذلك قررت المحكمة الدستورية في الدعوى رقم (٦) في ١٩٩٥/٣/١٨ حكمها التاريخي بصدد الحق في التملك وما خضع له هذا الحق من تطور إذ ذهبت المحكمة الدستورية على انه يتعين على المشرع ان يتوخى دائما الصالح العام بصدد تنظيمه لحق الملكية، وانه في اطار من التوازن المفترض بين حق الملكية والقيود عليها يفاضل المشرع بين البدائل ويرجح على ضوء الموازنة التي يجريها ما يراه من المصالح اجدر بالحماية واولى بالرعاية وفقا لأحكام الدستور، وهذا يعني ان المحكمة الدستورية تعترف بوجود حريات اساسية جوهرية الى جانب حريات اساسية أخرى، ومن ثم إعمال مبدا التوازن والتوفيق بين الحقوق والحريات الاساسية عند وجود تعارض فيما بينها او بينها وبين اهداف ومبادئ دستورية اخرى[١].

ج. اما المحكمة الاتحادية العليا في العراق فقد لجأت الى اقامة التوفيق بين القواعد الدستورية المتعارضة لفض المنازعات وذلك من خلال قرارها المرقم (٩٩، ١٠٤، ١٠٦) في ٢٠١٨/٦ /٢١ الذي قرر بعدم دستورية نص المادة (٣) من قانون

(١) د. رجب محمود طاجن، مصدر سابق، ص١٩٩.

التعديل الثالث لقانون انتخابات مجلس النواب العراقي المرقم (٤٥) لسنة ٢٠١٣ واعتمدت المحكمة في تسبيبها للحكم بعدم الدستورية الا ان ذلك النص المطعون فيه قد خالف نص المادة (١٤) من الدستور التي اقرت مبدا المساواة، وذلك لان حرمان عدد من الاشخاص ممارسة حقهم في التصويت عبر الغاء اصواتهم تعني عدم مساواتهم مع اقرانهم الذين قاموا بالتصويت، وكما خالف نص المادة (٢٠) من الدستور الذي اقر حق المواطن في التصويت والانتخاب والترشيح وخالف كذلك نص المادة (٣٨/ اولا) الذي يكفل حرية التعبير لان التصويت هو وسيلة للتعبير عن ارادة الناخب ووجهت المحكمة مجلس النواب باتخاذ ما يلزم لسد النقص التشريعي بإيراد نص بديل يوازن بين الحق الدستوري للناخب وبين سلامة العملية الانتخابية ونزاهة التصويت[١].

I.I.I. ب. المطلب الثاني

موقف الفقه والقضاء الدولي بشأن التوفيق بين القواعد الدستورية والدولية:

اصبحت قواعد القانون الدولي والاتفاقيات الدولية جزء لا يتجزأ من النظام القانوني الداخلي للدول وقد ضمنت بعض الدول ذلك صراحة في دساتيرها، إذ باتت قواعد القانون الدولي تحتل مكانة مهمة بين سائر القواعد القانونية التي تطبق داخل اقليم الدولة، وقد يوجد هناك تعارض او تناقض بين الامور التي تهتم بتنظيمها تلك القواعد، فنجد احيانا ان القضاء الوطني يقتبس بعض احكامه من قواعد القانون الدولي ومن احكام بعض الاتفاقيات الدولية وذلك في حال عدم وجود نص يطبقه لذا سنقوم ببيان موقف الفقه الدولي والقضاء الدولي ايضا من قواعد القانون الدولي والداخلي وكالاتي:

(١) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٩٩، ١٠٤، ١٠٦/اتحادية/اعلام/٢٠١٨) في ٢١/ ٦/ ٢٠١٨.

I.I.I.ب.١. الفرع الأول

موقف الفقه الدولي بشأن التوفيق بين القواعد الدستورية والدولية:

اولى فقهاء القانون الدولي هذا الموضوع الاهمية التي يستحقها وفي جميع دول العالم دون استثناء فقد كتبت العديد من الدراسات والبحوث عن تحديد العلاقة بين القاعدة القانونية الدولية والقاعدة القانونية الداخلية، والموقف المطلوب في حال تعارضهما هو هل يعطل النص القانوني الداخلي ام يوقف العمل بنصوص المعاهدة، ام يحاول القضاء التوفيق والمفاضلة بينهما؟ ولقد اختلف الفقه القانوني في الاجابة على مثل هذه التساؤلات وقد ترتب على ذلك العديد من الآراء الفقهية ويمكن اجمال هذه الآراء في نظريتين رئيسيتين هي نظرية ازدواج القانونيين ونظرية وحدة القانون، لذا سنقوم بيان محتوى النظريتين كالاتي:

١.نظرية ثنائية القانونين: قال بهذه النظرية الفقهية الالماني (تريبل) والفقيه الايطالي (انزيلوتي) وان الفكرة الاساسية لهذه النظرية تقوم على ان قواعد القانون الدولي مستقلة عن قواعد القانون الداخلي، وان القانون الدولي يندرج ضمن نظام قانوني يختلف عن ذلك النظام الذي يرتبط به القانون الداخلي، ويترتب على هذه الفكرة نتيجة في غاية الاهمية وهي ان قواعد القانون الدولي لن يتم تطبيقها والعمل بها داخل الدولة الا اذا اصبحت جزء من القانون الداخلي الذي يصدر عن السلطة التشريعية[١]، ولكن على عكس هذه النظرية فان هناك حالات يمكن من خلالها قيام علاقة وثيقة الصلة بين القانون الدولي والقانون الداخلي واهم هذه الحالات هي:

(١) د. خانزاد احمد عبد، *القانون الدستوري الدولي*، ط١، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١١)، ص٩٨.

أ. الاحالة: وتكون عندما تحيل قواعد القانون الداخلي الى قواعد القانون الدولي تكييف قانوني معين او صفات قانونية معينة كالقواعد القانونية الخاصة بالدبلوماسي او الحرب او البحر الإقليمي، او اعالي البحار وقد تكون الاحالة عكسية، إذ تكون قواعد القانون الدولي هي التي تحيل الى قواعد القانون الداخلي لتحديد صفات قانونية معينة كوصف الاجنبي.

ب. التحويل او الاستقبال: يحصل هذا التحويل او الاستقبال عن طريق ادماج قواعد القانون الدولي في تشريع الدولة الداخلي حتى تقييدها سلطاتها الداخلية من ناحية ويلتزم بها الافراد فيما يخصهم من ناحية اخرى.

٢. نظرية وحدة القانونين: اتجه اصحاب هذه النظرية اتجاه مغاير لاتجاه اصحاب النظرية الاولى إذ انهم ذهبوا الى القول بان القانون الداخلي والقانون الدولي هما وحدة واحدة، ولكنهم اختلفوا حول القاعدة الاساسية هل هي موجودة في القانون الدولي ام في القانون الداخلي، وقد تنازع اصحاب هذه النظرية حول سمو قواعد القانون الدولي على القانون الداخلي او سمو قواعد القانون الداخلي على القانون الدولي وذلك في اتجاهين ايضا كما يلي:

أ. الاتجاه الاول: يرى اصحاب هذا الاتجاه ان القاعدة الاساسية تكمن في القانون الداخلي كما يذهبون الى وحدة القانونين مع سمو القانون الداخلي على القانون الدولي، ويشترط اصحاب هذه النظرية لإلزامية المعاهدة الدولية يتوجب النص عليها في دستور الدولة الذي يعتبر القانون الاسمى داخل الدولة، وهو الذي يحدد السلطات المختصة بعقد المعاهدات، الامر الذي يترتب عليه ان القانون الدولي سيكون فرع من فروع القانون داخل الدولة، فضلا عن ان المعاهدات تكتسب قوتها الملزمة من الدستور، وما يؤخذ على اصحاب هذا الاتجاه ان ربط المعاهدة مباشرة بنصوص

الدستور يجعل من المعاهدة عرضة للنيل منها فهي حال تعديل او الغاء الدستور فان مصير المعاهدة سيكون مع الدستور، وفي حين ان الامر مختلف تماما في القانون الدولي إذ ان العمل الدولي يتطلب الاستقرار والثبات(١).

ويرى الباحث في حال وجد التعارض بين نصوص الدستور ونص في معاهدة دولية فلا سبيل للقاضي الدستوري سوى إعمال التوفيق بين القاعدة الدولية والقاعدة الدستورية، إذ ان الحل الافضل والاسمى هو بيد القاضي الدستوري وذلك لأنه في حال وجود تعارض بين نصوص الدستور الوطني ومعاهدة دولية ارتبطت فيها الدولة، يحتاج الى تعديل دستورها وقوانينها، الامر الذي يؤدي الى مشاكل وصعوبات قانونية واجراءات معقدة وخصوصا بالنسبة للدساتير الجامدة، فضلا عن المناقشات والاستفتاءات والوقت الذي تستغرقه، ولهذه الاشكاليات تمهد الطريق امام القاضي الدستوري للابتكار وإعمال سلطته في التوفيق دون اي اخلال يترتب على احكام القواعد الدولية، ويخلص دولته من الاجراءات المعقدة لتعديل الدساتير والصعوبات القانونية، وان ما يؤكد صحة وجهة نظرنا هذه هو ارتباط الدولة بمعاهدات دولية متعددة في الماضي، وكذلك المعاهدات التي سوف تلتزم فيها بالمستقبل، ولا يمكن لها مراجعة نصوص دستورها او تعديله في كل التزام دولي ليتلاءم مع قواعد القانون الدولي واحكام الاتفاقيات الدولية، فالقضاء على اختلاف درجاته يستطيع حل هذا من خلال التوفيق بين النصوص الدستورية والمعاهدات الدولية هذا في الدول التي تؤخذ بالرقابة الدستورية اللامركزية مثل الولايات المتحدة الامريكية، اما في الدول التي تأخذ بالرقابة الدستورية المركزية فالقضاء الدستوري هو الحل لإزالة ذلك التعارض من خلال التوفيق او ممكن للقاضي الدستوري القيام بدور انشائي من خلال اقتباس قواعد القانون الدولي والاتفاقيات الدولية في حال

(١) د. عبد الكريم علوان، *القانون الدولي العام والمبادئ العامة للقانون الدولي المعاصر*، ج١، (الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٧)، ص٤٢.

سكوت دستور دولته عن تنظيم امر معين وهذا الامر يثبت ان قواعد القانون الدولي لا يمكن اهمالها بحجة سمو الدستور او القانون الداخلي، اما المحاكم العادية فهي تستطيع ايضا ازالة التعارض من خلال الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور والقانون الدولي وذلك لان الدستور هو الأسمى على القوانين الداخلية ومن المعقول والمنطق ان القانون الدولي يسمو على القوانين العادية والانظمة واللوائح.

ب. الاتجاه الثاني: يرى اصحاب هذا الاتجاه ان القاعدة الاساسية توجد في القانون الدولي العام لذلك هم يقولون بوحدة القانون مع علوية القانون الدولي العام، لذا فهذا الامر يعني ان القانون الدولي هو الاوسع نطاقا من حيث التطبيق فنظام الاسرة يخضع لنظام القرية ونظام القرية يخضع لنظام المدينة ونظام المدينة يخضع لنظام المحافظة ونظام المحافظة يخضع لنظام الدولة ونظام الدولة يخضع للقانون الدولي[١].

الا انه ما يؤخذ على هذا الاتجاه انه يجعل من القانون الدولي أداة تنسخ كل ما يتعارض معها من القوانين الداخلية، وإذ اننا على الرغم من تأكيدنا على التداخل بين القانونين من حيث تنظيم بعض الامور لكن الامر ليس على الاطلاق بحيث يتم الغاء ونسخ كل ما يتعارض مع القانون الدولي، وحسب هذا الاتجاه فان ازالة التعارض ترجع الى القواعد العامة للتفسير، فالقول بتفسير نصوص القانونين وتفضيل احدهما واستبعاد الاخر يجعل من القانونين نظامين منفصلين عن الاخر وينفي اي صلة او علاقة بينهما، وبالتالي سيادة القانون الداخلي على القانون الدولي، مما يؤدي الى عدم التزام الدول او تحللها من اي التزام دولي يقع على عاتقها في المستقبل، استنادا الى سيادة القانون الداخلي وما يؤكد صحة دراستنا لهذا الموضوع هو حكم محكمة العدل

(١) د. علي صادق أبو هيف، *القانون الدولي العام*، (الإسكندرية: *منشأة المعارف*، ٢٠١٥)، ص ٨٨.

الدولية الصادر عام ١٩٣٢ بشان نزاع بين فرنسا وسوريا الذي اقرت فيه المحكمة ان ليس لفرنسا ان تحكم بتشريعها الوطني تحد من نطاق التزاماتها الدولية[١].

وكذلك حكم محكمة العدل الدولية الصادر سنة ١٩٢٥ في مسالة تبادل السكان بين تركيا واليونان من المبادئ المسلم بها ان الدولة التي تقيدت بالتزام دولي ان تدخل على تشريعاتها، التعديلات اللازمة لتنفيذ هذا الالتزام، وان المادة ٣٨ من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية[٢] قد نصت على ان وظيفة المحكمة الفصل في المنازعات المرفوعة اليها يكون وفق القانون الدولي، واكدت على سمو القانون الدولي على القانون الداخلي في قضية مصنع شورزوف، لذا نجد ان القضاء الدولي مستقر على سمو القانون الدولي على القانون الداخلي، والمقابل فان الدساتير في اغلب الدول تنص على سمو الدستور على سائر القوانين اذن فالقاضي الدستوري عند ما يواجه تعارض بين المبدأ الدولي والمبدأ الدستوري يتبع نظام التوفيق على ان لا يترتب عليه اخلال بأحدهما.

ويبرر الباحث ذلك بالنسبة للقاضي الدستوري ليس من الناحية الشكلية، او المرتبة او المكانة للقواعد الدولية من القواعد الدستورية، ولكن الامر من الناحية الموضوعية المتعلقة بما تنظمه القاعدة الدولية وما يعارض هذا التنظيم الدولي من انظمة داخلية. وبالتالي بإمكان القاضي الدستوري توطين قواعد القانون الدولي

(١) د. سعود بن خلف النويمس، *القانون الدولي العام*، ط١، (الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد، ٢٠١٧)، ص٧٤.

(٢) تنص المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لسنة ١٩٤٦ على ان (١. وظيفة المحكمة ان تفصل في المنازعات التي ترفع اليها وفقا لأحكام القانون الدولي وهي تطبق في هذا الشأن: أ_ الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترف بها صراحة من جانب الدول المتنازعة، ب_ العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال، ج_ مبادئ القانون العامة التي اقرتها الأمم المتمدنة، د_ احكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم، ويعتبر هذا او ذاك مصدرا احتياطيا لقواعد القانون وذلك مع مراعاة احكام المادة ٥٩. ٢. ولا يترتب على النص المتقدم ذكره أي اخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقا لمبادئ العدل والانصاف متى وافق اطراف الدعوى على ذلك).

والمعاهدات الدولية عن طريق مبدا التوفيق ويوسع من القواعد في اطار الكتلة الدستورية، لان ذلك يسمح له في حال ان نصوص الكتلة الدستورية الداخلية لم تنظم امر معين الاستعانة بقواعد القانون الدولي ومن المعروف ان بعض المسائل باتت تحتاج الى تعاون دولي لمواجهتها لان اجراءات الدولة وحدها لا تنفع، الامر الذي يجعل من مبدا التوفيق آلية من آليات توطين وادماج قواعد القانون الدولي داخل الدولة، وكذلك يؤدي الى استقرار الاحكام القضائية داخل الدولة، وفض المنازعات من خلال تحديد القواعد الواجبة التطبيق.

I.I.I.ب.٢. الفرع الثاني

موقف القضاء الدولي بشأن التوفيق بين القواعد الدستورية والدولية:

ان من الامور المستقرة في القانون الدولي هو ان القانون الدولي والمعاهدات الدولية تسمو على الدساتير والقوانين الداخلية في حال التعارض بينهما اي ان القانون الدولي اسمى مرتبة من القوانين الوطنية، ولكن ليس معنى ان هذه النصوص الوطنية ليس لها قيمة بالنسبة للمحاكم الدولية، ولكن معنى ذلك ان الدساتير والقوانين الوطنية لا تلزم او تقيد المحاكم الدولية اي ان اوجه الاعتبار للقواعد الدستورية هو في حال عدم معارضتها لقواعد القانون الدولي والمعاهدات الدولية والاعراف الدولية[١].

كما في حال وجود معارضة بين القواعد الدستورية والقواعد الدولية يمكن للقاضي الدستوري رفع هذا التعارض دون ان ينال من احكام وقواعد القانون الدولي ودون انتهاك احكام وقواعد الدستور الوطني وذلك عن طريق التوفيق بينهما كما ذكرنا سابقا ان التوفيق اداة لرفع التعارض بين متخاصمين على يد القاضي، وان دور القاضي هنا هو ابتكار افضل الحلول من خلال نظام التوفيق لكي يحافظ على

(١) د. علي ابراهيم، *النظام القانون الدولي والنظام القانوني الداخلي صراع متكامل*، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٥م)، ص٩٧.

القيمة الاعتبارية لقواعد الدستور امام القضاء الدولي والقانون الدولي ودون انتهاك مبدا دولي وهو سمو قواعد القانون الدولي على القوانين الوطنية، لذا ستقوم بعرض أهم القرارات القضائية للمحاكم الدولية بهذا الصدد وهي:

أ-في قضية المناطق الحرة بين فرنسا وسويسرا قضت المحكمة الدائمة العدل الدولي في قرارها الصادر في ١٩٣٢/١٢/٢٦م بان فرنسا لا يمكنها الاستناد الى تشريعها الوطني لكي تقيد من التزاماتها الدولية.

ب-الراي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية فيما حاولت الولايات المتحدة اغلاق مقر منظمة التحرير الفلسطينية في نيويورك فأصدرت المحكمة رايها في عام ١٩٨٨م والذي يقضي بان الولايات المتحدة الامريكية ملزمة باحترام التزاماتها الدولية باللجوء الى التحكيم طبقا للمادة ٢١/أ من اتفاق المقر العام لسنة ١٩٤٧م، فاذا كانت الولايات المتحدة تدعي بان قانونها الوطني يعلو على الالتزامات الناشئة عن اتفاق المقر، فان المحكمة تذكرها بان المبدأ الاساسي المستقر في القانون الدولي الا وهو سمو القانون الدولي على القانون الوطني وهذا السمو قد سجل بواسطة القضاء الدولي)[١].

الخاتمة

يقوم القاضي الدستوري بدور أساسي وكبير من اجل تحقيق رقابة دستورية فعالة ويسعى دائما لتحقيق حماية دستورية للحقوق والحريات والحياة الدستورية بمجملها وكان من مفردات ذلك الدور الذي يلعبه القاضي الدستوري في تحقيق التوازنات بين القواعد المتعارضة والمتدرجة التي تتميز بالتناقض والتنافر وعدم التطابق والتقارب هو ابتكار القضاء الدستوري لمبدأ التوفيق الدستوري بين

(١) د. علي إبراهيم، مصدر سابق، ص١٣٢.

تلك القواعد المتعارضة والمتدرجة إضافة الى ابتكاره العديد من الاليات الموضوعية والفنية التي تزيد من فاعلية عملية الرقابة القضائية، الامر الذي ترتب علية تنوع أساليب الرقابة وتطورها فقد تخطى القاضي الدستوري فكرة اقتصار الرقابة الدستورية على صراحة النص الدستوري فقط بل ذهب القاضي الدستوري في بعض المواضيع لتقرير نوع من عملية التوافقات والملائمات لمعالجة أوضاع يتسع مداها ولا يتضمنها النص الدستوري وهي من الابتكارات الفنية والذهنية المستحدثة من قبل القضاء الدستوري، وبعد ان انتهينا من كتابة هذه الدراسة توصلنا الى عدد من الاستنتاجات والمقترحات وهي كما يأتي:

أولا. الاستنتاجات:

١- وجود علاقة تدرجية بين النصوص الدستورية ذاتها من الناحية الشكلية وكذلك وجود علاقة تدرج بين ما تحتويه النصوص الدستورية من حقوق وحريات ومصالح مختلفة هذا من الناحية الموضوعية أي وجود التدرج بين القواعد الدستورية شكلا وموضوعا.

٢- وجود علاقة وثيقة الصلة بين القواعد الدستورية وقواعد القانون الدولي وكلاهما يتمتع بالسمو أي يواجه القاضي الدستوري أحيانا مبدأين ذي مرتبة واحدة هما مبدأ سمو الدستور ومبدأ سمو قواعد القانون الدولي وهنا لا يستطيع القاضي الدستوري اهدار أحدهما وانما علية اعمال التوفيق بين المبدأين.

٣- لاسبيل للقاضي الدستوري سوى اعمال مبدأ التوفيق لرفع التعارض بين القواعد المتدرجة والمتعارضة، ولا يمكن للقاضي الدستوري اعمال التدرج بين القواعد المتعارضة والمتدرجة لان ذلك يترتب عليه اهدار النص الدستوري وبالتالي يؤدي الى انتهاك الدستور الذي يفترض بالقاضي

الدستوري صيانة الدستور وحمايته، بل علية توظيف المصلحة الأدنى لخدمة المصلحة الأسمى دون التضحية بها.

٤- ان مبدأ التوفيق هو من ابتكار المجلس الدستوري الفرنسي ظهر في نهاية القرن العشرين في تطبيقات المجلس الدستوري ومن ثم انتقل الى الدول الأخرى من خلال استعارة القضاء الدستوري للمبادئ التي استقرت في الاحكام القضائية ولاسيما فرنسا تعتبر مرجع للعديد من الدول التي تأخذ بنظام القضاء اللاتيني.

٥- باالاستناد الى نص المادة ٢٧من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات الدولية لسنة ١٩٦٩لا يمكن للقاضي الدستوري الاحتجاج بسمو دستور دولته في مواجهة تنفيذ احكام الاتفاقيات الدولية وقواعد القانون الدولي في حال تعارضها واحكام الدستور بل عليه التوفيق والمفاضلة بينهما دون اهدار أحدهما وكذلك يمكن للقاضي الدستوري استعارة قواعد القانون الدولي لسد النقص التشريعي لدستور دولته مما يؤدي الى اتساع نطاق الكتلة الدستورية وانتظام الاحكام الدستورية وتوافقها وعدم التعارض.

ثانيا. المقترحات:

١- نقترح على الجهات المعنية في العراق ضرورة تعديل نص المادة ٩٣من دستور٢٠٠٥ لتنسجم اختصاصات المحكمة الاتحادية التقليدية او الرسمية مع التطورات المستجدة في القضاء الدستوري المقارن.

٢- ندعو المحكمة الاتحادية العليا في العراق الى ضرورة توسيع رقابتها وتطبيق مبدأ التوفيق لرفع التعارض بين القواعد المتعارضة اسوة بالدول المقارنة لتواكب المستجدات التي تطرا على القضاء الدستوري.

٣- كما نقترح على المحكمة الاتحادية العليا في العراق مراجعة بعض احكامها والعدول عنها وخصوصا قرارها المرقم ١٦|اتحادية في ٢١|٤\٢٠١٥ ولان ذلك القرار ينتهك نص المادة ٤٠ من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي والمادة ٢٧ من اتفاقية فينا للمعاهدات الدولية مما يؤدي الى اثار سيئة على العراق على الصعيد الدولي ومن الأفضل اعمال التوفيق في هكذا قرارات بدل من انتهاك قاعدة دولية.

٤- كما نقترح انشاء محكمة للقضاء الدستوري بصبغة دولية ضمن الجامعة العربية (محكمة العدل العربية) تتكون من قضاة دوليين من كافة الدول العربية لضمان انتظام الاحكام الدستورية والدولية باعتبار المعاهدات وقواعد القانون الدولي أصبحت نظام قانوني يطبق داخل الدول وذلك لان هناك موضوعات تشترك فيها الدول العربية وهي جزء من حضارتنا العربية والإسلامية والقانونية وعدم تركها مبعثرة في تطبيقات بعض المحاكم.

قائمة المصادر

أولا. الكتب القانونية:

١. د. احمد فتحي سرور، *الحماية الدستورية للحقوق والحريات*، القاهرة: دار الشروق، ٢٠٠٠.

٢. د. رجب محمود طاجن، *قيود تعديل الدستور*، ط١، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.

٣. د. سعود بن خلف النويمس، *القانون الدولي العام*، ط١، بغداد: مكتبة القانون والاقتصاد.

٤. د. عمر احمد حسبو، *القوانين الأساسية المكملة للدستور*، ط١، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

٥. د. عيد احمد الغفلول، *فكرة النظام العام الدستوري*: ط١، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.

٦. د. عصام العطية، *القانون الدولي العام*، ط٣، بغداد: المكتبة القانونية، ٢٠١٠.

٧. د. علي إبراهيم، *النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي صراع ام تكامل*، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

٨. د. عبد الحفيظ الشيمي، *القضاء الدستوري وحماية الحقوق والحريات الأساسية*، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

٩. د. علي هادي العطية الهلالي، *النظرية العامة في تفسير الدستور*، ط١، بغداد: منشورات زين الحقوقية، ٢٠١١.

١٠. د. عوض عبد الجليل عوض الترساوي، *المعاهدات الدولية امام القضاء الدستوري*، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.

١١. د. محمد عبد اللطيف، *الحريات العامة*، القاهرة: دار التأليف للترجمة والنشر، ١٩٩٥.

١٢. د. محمد عبد الرحمن الدسوقي، *مدى التزام الدول بغير ارادتها في القانون الدولي العام*، ط١، بيروت: منشورات الحلبي القانونية، ٢٠١٢.

١٣. د. محمد فوزي نويجي، *فكرة تدرج القواعد الدستورية*، ط١، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.

١٤. د. محمد نعمان النحال، *القانون الدولي العام*، ط١، غزة: مطبعة الجامعة الإسلامية، ٢٠٠٩.

١٥. د. محمد هشام أبو الفتوح، *الاضراب عن العمل بين التحريم والاباحة*، مصر: دار النهضة العربية، ١٩٨٩.

ثانيا . الرسائل والاطاريح الجامعية:

١. شالاو صباح عبد الرحمن، "تدرج القواعد الدستورية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة السليمانية، ٢٠١٨.

٢. طارق جمعة سعيد، "اليات توطين المعاهدات الدولية في القانون الوطني"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠٢٠.

٣. عمران يحيى أبو سامح، "التنظيم القانوني للالتزام بالمعاهدات الدولية في التشريع الفلسطيني"، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠١٧.

ثالثاً .البحوث والدراسات:

١. سالم روضان الموسوي، "دور القضاء في ادماج الاتفاقيات الدولية مع النصوص الوطنية"، بحث منشور على *موقع المحكمة الاتحادية العليا*، ٢٠١٧.

٢. شالاو صباح عبد الرحمن، "التوفيق بين القواعد الدستورية المتعارضة"، *مجلة كلية القانون، جامعة السليمانية*، العدد الرابع ، ٢٠١٩.

٢١. د. علي يوسف الشكري، "الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية"، *مجلة مركز دراسات الكوفة*، العدد السابع، المجلد الاول، ٢٠٠٨.

رابعا. الدساتير والمعاهدات والقوانين:

- الدساتير:

١. الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المعدل.

٢. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ.

- المعاهدات الدولية:

١. اتفاقية فينا لقانون المعاهدات الدولية لعام ١٩٦٩.

- القوانين:

١. قانون عقد الاتفاقيات العراقي رقم ٣٨لعام ٢٠١٥.

خامسا. القرارات القضائية:

١. قرار المحكمة الاتحادية العراقية رقم ١٦الصادر في ٢٠١٥/٤/٢١.

٢. قرار المحكمة الاتحادية العراقية رقم (٩٩، ١٠٤، ١٠٦) الصادر في ٢٠١٨/٦/٢١.

٣. قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٩٣٦ في ١٩٩٣/١١/١٣.

سادسا. المصادر الأجنبية:

1- Al-Dulaimi, Ahmed Oudah, Jacob Deem, Maher Faisal %J Journal of Malaysian Saleh, and Comparative Law. "Are All Constitutional Rules Created Equal? Substantive Hierarchy in Constitutions in Theory and Practice." 45, no. 1 (2018): 47-83.