

Cet ouvrage collectif, soumis à lecture critique, est le fruit des Journées d'étude du CLEI, qui ont eu lieu au Liban, les 25 et 26 octobre 2018 à l'Université La Sagesse, organisées en partenariat entre le Centre libanais pour les études internationales (CLEI) et le *Rule of Law Programme Middle East / North Africa* de la Konrad Adenauer Stiftung (KAS). Cette initiative fait partie d'une série de recherches visant à analyser de manière comparative le fonctionnement du contrôle constitutionnel dans la région, dans le cadre du projet « Mapping Constitutional Control in the MENA Region » de la KAS.

Ce travail est en même temps la continuation de précédentes Journées d'étude autour de l'Application du droit international dans l'Ordre juridique interne. Il se positionne dans la ligne d'intérêt du Conseil constitutionnel libanais, qui étudie l'extension de ses compétences. Ainsi, des experts juridiques libanais et étrangers se sont réunis, d'une part, pour étudier les différents courants de pensée relatifs à la soumission des traités internationaux à un contrôle de constitutionnalité ainsi que la pertinence d'un tel contrôle, et, d'une autre, pour comparer quelques systèmes appliqués dans le monde, afin de profiter de l'expérience de certains pays arabes ayant adopté de nouvelles constitutions à la suite du « Printemps arabe », et de celle de pays européens, comme la France avec son lien historique avec le Liban, et aussi l'Allemagne avec ses difficiles épreuves passées, surmontées avec courage, persévérance et ouverture.

هذا المؤلف الجماعي المحكم هو نتاج الأيام الدراسية للمركز اللبناني للدراسات الدولية التي عقدت في ٢٥ و٢٦ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٨ في جامعة الحكمة، لبنان، بالتعاون ما بين المركز اللبناني للدراسات الدولية ومؤسسة كونراد أديناور - برنامج حكم القانون في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، وهو من جهة يتم أيام دراسية جرت في السنة السابقة حول تطبيق القانون الدولي في النظام القانوني الداخلي، ومن جهة أخرى يتلاقى مع اهتمامات المجلس الدستوري الذي يدرس موضوع توسيع صلاحياته. ومن هذا المنظار، جمعت تلك الأيام الدراسية خبراء حقوقيين، لبنانيين ودوليين، لدراسة التيارات الفقهية المختلفة التي تسود الموضوع، وملائمة إجراء رقابة على دستورية المعاهدات، ومقارنة بعض الأنظمة والممارسات الدولية، للاستفادة من خبرة بعض الدول العربية التي اعتنقت دساتير جديدة على أثر ما سمي بـ«الربيع العربي»، ومن خبرة بعض الدول الأوروبية، مثل فرنسا المعروفة بصلتها التاريخية مع لبنان، وألمانيا التي تخطت محن ماضية بشجاعة ومثابرة وانفتاح على العالم.

Le Contrôle de la Constitutionnalité des Traités

Ghantous /
Schoeller-Schletter (éd.)

Le Contrôle de la Constitutionnalité des Traités

الرّقابة
على
دستورية
المعاهدات

Sous la direction de

Marie Ghantous

Anja Schoeller-Schletter

KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG



Le Contrôle de la Constitutionnalité des Traités

**Journées d'étude du CLEI
en coopération avec KAS
Beyrouth – Liban**

Sous la direction de

Marie Ghantous
Anja Schoeller-Schletter

SOMMAIRE

فهرس

À propos des organisateurs	7	٨	لمحة عن منظمي الأيام الدراسية
Note liminaire	9	١١	ملاحظة تمهيدية
Allocutions préliminaires	13	١٢	كلمات تمهيدية
Anja SCHOELLER-SCHLETTER : Mapping of Constitutional Control in the MENA Region	15	١٥	أنيا شولر-شلاتر: رسم خريطة المراقبة الدستورية في منطقة الـ«مينا» (نص بالإنجليزية)
Marie GHANTOUS : Le contrôle de la constitutionnalité des traités (texte en arabe)	20	٢٠	ماري غنطوس: الرقابة على دستورية المعاهدات
Allocutions d'ouverture	23	٢٢	كلمات الافتتاحية
Mot du bâtonnier de l'Ordre des avocats, André CHIDIAC (texte en arabe)	28	٢٨	كلمة نقيب المحامين في بيروت اندره الشدياق
Mot du président du Conseil constitutionnel, Issam SLEIMANE (texte en arabe)	34	٣٤	كلمة رئيس المجلس الدستوري عصام سليمان
Mot du ministre de la Justice, Sélim JREISSATI (texte en arabe)	42	٤٢	كلمة وزير العدل سليم جريصاتي، ألقته ريتا كرم

Direction de l'ouvrage

Marie Ghantous est présidente du Centre libanais pour les études internationales (CLEI). Détentrice d'un doctorat en Droit international public, elle est professeur de Droit international public, Droit international humanitaire, Droits de l'homme et Droit de l'environnement. Ancien doyen de la Faculté de Droit de la Royal University for Women, Bahreïn.

Anja Schoeller-Schletter is an expert in comparative constitutional law, focusing on law and development in the Middle East, following a decade of research and consultancy in Latin America, Central Asia and Germany. In 2017 she was appointed Director of the Rule of Law Programme Middle East / North Africa of the Konrad-Adenauer-Stiftung, after several years of legal counselling at Mena Associates & Amereller Rechtsanwälte, Cairo. Anja Schoeller-Schletter has received various scholarships and grants, and lectures and publishes on a wide range of constitutional and legal reform topics.

Couverture et mise en page : Johnny Karlitch

© Konrad-Adenauer-Stiftung / CLEI 2019

Tous droits de reproduction
et de traduction réservés pour tous pays.

ISBN 978-614-423-432-7

LES ÉTUDES

Première partie :

Analyse générale

Hoda HAGE : Les traités internationaux à la lumière des principes généraux du droit administratif libanais (texte en arabe)	70	٧٠	هدى الحاج: المعاهدات الدولية على ضوء المبادئ العامة للقانون الإداري اللبناني
Georges J. ASSAF : Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conformité des traités avec la Constitution	73	٧٣	جورج أصاف: الرقابة على دستورية المعاهدات وعلى مطابقتها مع الدستور (نص بالفرنسية)
Marie GHANTOUS : La constitutionnalité des traités et le droit international (texte en arabe)	136	١٣٦	ماري غنطوس: دستورية المعاهدات والقانون الدولي العام

Note : Cet ouvrage réunit des études rédigées les unes en arabe, les autres en français. Elles se suivent selon une progression thématique. Pour cela, une étude rédigée en arabe commence, par exemple, à la page 70 et se termine à la page 47, selon le sens de lecture de cette langue.

الدراسات

الجزء الأول:

تحليل عام

LES ÉTUDES			الدراسات
Seconde partie : Sur l'expérience de certains États			الجزء الثاني: عن تجربة بعض الدول
Abdul Aziz SALMAN : Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des traités internationaux en Égypte (texte en arabe)	139	١٣٩	عبد العزيز محمد سالم: الرقابة القضائية على دستورية المعاهدات الدولية في مصر
Taïmour Mostafa KAMEL : Le contrôle de la constitutionnalité des traités internationaux en Égypte	179	١٧٩	تيمور مصطفى كامل: رقابة دستورية المعاهدات الدولية في القانون المصري (نص بالفرنسية)
Hadi Naim AL-MALIKI : Contrôle de la constitutionnalité des traités en vertu de la Constitution irakienne de 2005 (texte en arabe)	248	٢٤٨	هادي نعيم المالكي: الرقابة على دستورية المعاهدات في ظل دستور جمهورية العراق لسنة 2005
Christian TOMUSCHAT : Le contrôle de la constitutionnalité des traités internationaux en Allemagne	251	٢٥١	كريستيان توموشا: الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية في ألمانيا (نص بالفرنسية)
Amin MAHFOUDH : Le juge constitutionnel et le traité international en Tunisie (texte en arabe)	306	٣٠٦	أمين محفوظ: القاضي الدستوري والمعاهدة الدولية في تونس
Paul TAVERNIER : Le contrôle de la constitutionnalité des traités en France	309	٣٠٩	بول تافرنيه: الرقابة على دستورية المعاهدات في فرنسا (نص بالفرنسية)
Table des matières	328	٣٢٨	جدول المحتويات

BREF APERÇU SUR LES ORGANISATEURS DES JOURNÉES D'ÉTUDE

Le **Centre libanais pour les études internationales (CLEI)** est une association à but non lucratif constituée sous la loi de 1909, par décision de ses membres, le 13 mars 2009, puis enregistrée auprès du ministère de l'Intérieur sous le numéro 2061/2014, et publiée dans le JO, numéro 43, du 16 octobre 2014. C'est une institution scientifique académique dont la mission est de promouvoir les recherches et les études internationales en général, et en droit international public, en particulier. Elle aspire au renforcement de l'enseignement supérieur dans ce secteur et du rôle des sciences internationales dans les relations extérieures du Liban comme au sein des institutions publiques et privées.

La **Konrad-Adenauer-Stiftung (KAS)** est une institution allemande. Elle porte le nom de son fondateur Konrad Adenauer – le premier chancelier de l'Allemagne après la Seconde Guerre mondiale – et fait partie intégrante des efforts déployés par l'Allemagne après la guerre pour éduquer ses citoyens aux principes et procédures démocratiques et à l'importance de la participation civique et politique.

Généralement associée à la reconstruction démocratique de l'Allemagne, à la construction de l'Union européenne et à l'entrée dans une ère de coopération internationale, la Konrad-Adenauer-Stiftung s'inscrit dans une tradition de profond respect de la dignité humaine, des droits fondamentaux et des principes de l'économie sociale de marché.

Elle a plus de 90 programmes et bureaux dans le monde, dont cinq programmes régionaux pour la promotion de l'État de droit, le plus récent étant celui du Proche-Orient et de l'Afrique du Nord. Ce programme (*Rule of Law Programme Middle East / North Africa*) contribue à l'échange continu d'expertise et d'expériences dans le but de promouvoir et de consolider des structures juridiques et institutionnelles conformément à l'État de droit, de favoriser la séparation des pouvoirs, en particulier une justice professionnelle, indépendante et efficace, et de protéger les droits et libertés fondamentaux.

لمحة عن منظمي الأيام الدراسية

المركز اللبناني للدراسات الدوليّة هو جمعية لا تبغي الربح، تأسست عملاً بقانون ١٩٠٩ بموجب قرار من مؤسسيها تاريخ ١٢ آذار/مارس ٢٠٠٩، ولقد حصلت على العلم والخبر رقم ٢٠٦١/٢٠١٤ من وزارة الداخلية اللبنانية، الذي نُشر في الجريدة الرسمية عدد ٤٢، تاريخ ١٦ تشرين الأوّل/أكتوبر ٢٠١٤. المركز اللبناني للدراسات الدولية هو مؤسسة علمية أكاديمية مهمتها تحفيز وتشجيع الأبحاث والدراسات الدوليّة بشكل عامّ، وفي القانون الدوليّ العامّ بشكل خاص. وهي تطمح إلى دعم التعليم العالي في هذا المجال ودعم دور العلوم الدوليّة في علاقات لبنان الخارجيّة وداخل المؤسسات العامّة والخاصّة على السواء.

إن مؤسسة كونراد أديناور (KAS) هي مؤسسة ألمانية. سميت تيمناً بمؤسسها كونراد أديناور – المستشار الأوّل لألمانيا بعد الحرب العالمية الثانية – وهي جزء لا يتجزأ من الجهود التي بذلتها ألمانيا بعد الحرب لتتقيف مواطنيها حول المبادئ والإجراءات الديمقراطية وأهمية المشاركة المدنية والسياسية.

فهي مرتبطة عموماً بإعادة البناء الديمقراطي في ألمانيا، بناء الاتحاد الأوروبي والدخول في حقبة التعاون الدولي. لدى مؤسسة كونراد أديناور سجل حافل من الاحترام لكرامة الإنسان، الحقوق الأساسية ومبادئ السوق الاقتصادي الاجتماعي.

لدى المؤسسة أكثر من ٩٠ برنامج ومكتب حول العالم، ضمناً البرامج الخمس الإقليمية لتعزيز حكم القانون وأحدثها برنامج الشرق الأوسط وشمال أفريقيا. يساهم البرنامج (برنامج حكم القانون في منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا) في التبادل المستمر للخبرة والتجارب بهدف توطيد الهياكل القانونية والمؤسسية وفقاً لسيادة القانون، تعزيز الفصل بين السلطات، وبوجه خاص العدالة المهنية والمستقلة والفعالة، كما وحماية الحقوق والحريات الأساسية.

NOTE LIMINAIRE

Cet ouvrage collectif, qui a été soumis à une lecture critique anonyme, est le fruit des *Journées d'étude du CLEI* qui ont eu lieu au Liban, les 25 et 26 octobre 2018, dans l'enceinte de l'Université La Sagesse – Furn el Chebbak, organisées en partenariat entre le **Centre libanais pour les études internationales (CLEI)** et le **Rule of Law Programme Middle East / North Africa** de la **Konrad Adenauer Stiftung (KAS)**. Cette initiative fait partie d'une série de recherches visant à analyser de manière comparative le fonctionnement du contrôle constitutionnel dans la région, dans le cadre du projet « Mapping Constitutional Control in the MENA Region » de la KAS.

Ce travail est en même temps la continuation de précédentes Journées d'étude autour de l'Application du droit international dans l'Ordre juridique interne. Il se positionne dans la ligne d'intérêt du Conseil constitutionnel libanais, qui étudie l'extension de ses compétences.

Dans cette perspective, ces Journées d'étude ont réuni des experts juridiques libanais et étrangers, pour étudier d'abord les différents courants de pensée relatifs à la soumission des traités internationaux à un contrôle de constitutionnalité ainsi que la pertinence d'un tel contrôle, et comparer ensuite quelques systèmes appliqués dans le monde afin de profiter de l'expérience de certains pays arabes, qui ont adopté de nouvelles constitutions à la suite de ce que l'on a appelé « Le printemps arabe », et de bénéficier également de l'expérience de pays européens, comme la France avec son lien historique avec le Liban, et l'Allemagne avec ses difficiles épreuves passées surmontées avec courage, persévérance et ouverture.

Ont ainsi répondu à notre appel, MM. Abdel Aziz SALMAN (Égypte), Taïmour Moustapha KAMEL (Égypte), Hadi Naïm AL-MALIKI (Irak), Christian TOMUSCHAT (Allemagne), Amine MAHFOUDH (Tunisie) et Paul TAVERNIER (France). Le sujet a également été étudié sous des angles juridiques

différents : droit administratif, droit constitutionnel et droit international public, par, respectivement, Mme/MM. Hoda HAGE, Georges ASSAF et Marie GHANTOUS.

Il nous importe par ailleurs de souligner que ces Journées d'étude ont reçu le soutien du bâtonnier de l'Ordre des avocats de Beyrouth, Me André CHIDIAC, du président du Conseil constitutionnel, Dr Issam SLEIMANE, et du ministre de la Justice, Prof. Sélim JREISSATI, qui ont proposé des solutions et ont enrichi le débat.

كلمة تمهيدية

هذا المؤلّف الجماعيّ المحكّم، الذي خضع لقراءة نقدية أكاديمية، هو نتاج الأيام الدراسية للمركز اللبنانيّ للدراسات الدولية التي عقدت في ٢٥ و ٢٦ تشرين الأوّل/أكتوبر ٢٠١٨ في جامعة الحكمة، فرن الشبّاك، لبنان.

نُظّم المؤتمر بالتعاون ما بين المركز اللبناني للدراسات الدولية ومؤسسة كونراد أديناور - برنامج حكم القانون في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، وهو من جهة تتمّة لأيام دراسية جرت في السنة السابقة حول تطبيق القانون الدولي في النظام القانوني الداخلي، ومن جهة أخرى يتلاقى مع اهتمامات المجلس الدستوري الذي يدرس موضوع توسيع صلاحيّاته.

ومن هذا المنظار، جمعت تلك الأيام الدراسية خبراء حقوقيين، لبنانيين ودوليين، لدراسة التيارات الفقهية المختلفة التي تسود الموضوع، وملاءمة إجراء رقابة على دستورية المعاهدات، ومقارنة بعض الأنظمة والممارسات الدولية، للاستفادة من خبرة بعض الدول العربية التي اعتنقت دساتير جديدة على أثر ما سمي بـ«الربيع العربي»، ومن خبرة بعض الدول الأوروبية مثل فرنسا المعروفة بصلتها التاريخية مع لبنان، وألمانيا التي تخطت محن ماضية بشجاعة ومثابرة وانفتاح على العالم.

في القانون الإداري والقانون الدستوري والقانون الدولي العام من قبل السيدات والسادة هدى الحاج، جورج أصاف، وماري غنطوس.

ويهمنا التنويه بمساندة نقيب المحامين في بيروت الاستاذ أندريه شدياق، ورئيس المجلس الدستوري الدكتور عصام سليمان، ومعالي وزير العدل البروفسور سليم جريصاتي الذين شاركوا الحضور بتقديم آراء ومقترحات أغنت النقاش.

ولقد لبي الدعوة كل من السادة (مع حفظ الألقاب) عبد العزيز سالمان (مصر)، تيمور مصطفى كامل (مصر)، هادي نعيم المالكي (العراق)، كريستيان توموشات (ألمانيا)، أمين محفوظ (تونس) و بول تافرنبيه (فرنسا). كما جرى تناول الموضوع من زوايا قانونية مختلفة

ALLOCUTIONS PRÉLIMINAIRES
كلمات تمهيدية

**Mapping of Constitutional Control in the MENA Region:
The relation between Constitutional Law and
International Law in view of Treaties' Constitutionality**

Anja Schoeller-Schletter

The control of treaties' constitutionality is a topic of mayor interest to the work of the *Rule of Law Programme Middle East / North Africa*. It is thematically assigned to a project that is of core concern for its regional and comparative studies: The "Mapping" of Constitutional Control in the MENA region.

In recent years, a rising awareness for the importance of constitutional review as an instrument for judicial oversight is being witnessed among scholars, legal practitioners and society – in the Middle East, North Africa, the Golf countries, and beyond.

Institutions charged with constitutional review in the countries of the MENA region (constitutional courts and Councils, Supreme Courts, High Tribunals etc.) are undergoing fundamental reforms (e.g., Morocco, Tunisia). Some have been established for the first time (e.g., Bahrain in 2002, Iraq in 2004 or Saudi Arabia in 2009), some have been attributed new competences, and new procedures have been introduced.

While the number of online collections of constitutional documents and comments have multiplied, comprehensive surveys regarding constitutional review in the Middle East and North Africa, the ongoing reforms and achievements, the different approaches countries adopt in dealing with old and new challenges, is still lacking.

Comparative analysis of the scope of jurisdiction of institutions charged with constitutional review in the region, competences and procedures, the decisions themselves and their impact on subsequent legislation, are rare or non-existent, as are studies on the often complex position of constitutional courts and councils between the state powers and the relationship with other state institutions.

This publication can be seen as part of the over-all endeavour of “Mapping Constitutional Control in the MENA Region” started by the *Rule of Law Programme Middle East / North Africa* in 2017, an undertaking that aims to better understand the extent and functioning of constitutional control mechanisms, its challenges and recent reforms. It shall set ground for debates on how to improve or render more effective constitutional review institutions in the MENA region by developing insights on topics of cross-cutting interest to the region and internationally¹.

In contemporary constitutional law the relationship between constitutional law and international law is of great importance. The recognition that certain tasks, due to their specific character, can be better dealt with in cooperation with other states, has led to an increasing number of international treaties concerning areas that are traditionally subject of national legislation. International treaties no longer exist only in classical areas of international law, such as international humanitarian law or international commercial law, but also concern environmental protection, health, cyberspace, telecommunication and transport, only to mention a few.

Traditionally, the conclusion of treaties under international law has been a classic task of the executive branch. However, the growing number of international treaties in a broadening range of topics have led to the involvement of the legislature and thus the control by the judiciary. One of the first legal texts to introduce explicitly a system of ex-ante review of the constitutionality of international treaties was the French Constitution in 1958. The ex-ante review of international treaties is by now a widespread idea in Europe, Africa and Latin America - whether it is explicitly standardized or a consequence of practice.

However, the constitutional control of international treaties poses major challenges, most of them relating to the relationship between international treaties and national constitutional law – a question that is especially difficult to answer in cases the constitution remains silent on this subject. How to deal with an international treaty that is considered to be in violation of the

1. A handbook-like volume on other topics of Constitutional Control will be published separately. It includes chapters on: Nomination and Appointment Procedures of Justices to Constitutional Courts and Councils; Constitutional Review Procedures for the Protection of Fundamental Rights; Constitutional Review of Elections and Electoral Disputes in the MENA Region; The Role of Religious Law/Courts in the Constitutional Order; Role and Impact of Constitutional Courts and Councils in Relation with other High Courts.

constitution? The Vienna Convention on the Law of Treaties merely states in Art. 27: “A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty.”

Presenting different ways of how countries of the region accommodate the complex relation between international treaties and national constitutional law, including views from outside the region is a means to this end. With contributions on Tunisia, Egypt, Lebanon, Irak, including outlooks on France and Germany, the compilation is only a first attempt to a regional overview and invites to more comparative research.

Research is becoming more easily accessible, the world becoming more and more global, regional debates may link up with international ones, inspiring one another.

The symposium, held in Beirut on 25th and 26th October 2018, as a result of the fruitful cooperation between the *Rule of Law Programme Middle East / North Africa* with the *Lebanese Center for International Studies*, has been a basis for fostering ties between experts and continuous exchange on questions of constitutional control – regionally, and worldwide.

I would like to express my gratitude to Marie Ghantous, for the many hours of inspiring discussions on the need of discerning to what extent and by what means constitutional control is exerted with regard to international treaties, exploring into the complex relation between constitutional law and international law; and to Issam Sleiman, for his continuous cooperation over the years in developing a forum of debate on constitutional law. To La Sagesse University, I wish to extend my thanks for the generous hospitality we experienced. For excellent support in coordination, I am grateful to Sandy Haddad and my entire team, to which I express deep appreciation for tireless assistance at all times. My thanks go out to all those who have contributed to successfully realizing this joint project.

This volume shall serve to present and evaluate what options or solutions have turned out most successful in different contexts - always aware that “copy-paste” will not work, that a good solution in one country may not necessarily serve for another – but to inspire debates in regional or country specific contexts•

هل إنّ الرقابة اللاحقة جيّدة أم سيّئة بالنسبة إلى استقرار المعاهدات وإلى المبادئ الديمقراطية و السلم الأهليّ؟
هل يجب ترك الرقابة لمجلس النواب؟ أم للحكومة مجتمعة؟ هل إنّ الإبطال دولياً أمر ممكن؟ وهل فيه يكمن الحلّ؟ وما هي الخيارات التي تبنّتها دول عريقة وصديقة؟
هذا ما سنحاول الإجابة عليه اليوم. ولن أقول إنّنا سنصل بالضرورة إلى نتيجة إنّما نحن هنا في صرح أكاديميّ، مع أكاديميين من ذوي الخبرة والامتهان، نحاول أن نفكر معاً ونستخلص العبر من خبرة بعض الدول. فأهلاً وسهلاً بكم جميعاً، وأتمنى لكم نقاشات ممتعة •

إنّ موضوعنا اليوم هو تنمّة ما كنّا بدأنا بدراسته العام السابق، حيث نظّمنا أياماً دراسية حول تطبيق القانون الدوليّ في النظام القانونيّ الداخليّ، فتطرّقنا إلى مختلف أوجه الموضوع، خصوصاً لجهة تطبيق المعاهدات الدوليّة من قبل القضاء الداخليّ. فدرسنا موضوع العلاقة بين القانون الدوليّ والقانون الداخليّ مع نظرية القانون الدوليّ والمدارس الفكرية الموجودة: المدرسة الوحدوية أو الوحدانية (école moniste) والمدرسة الازدواجية أو الثنائية (école dualiste)، وصولاً إلى مفاعيل اختيار إحدى المدرستين. وميّرنا أيضاً بين الرقابة على دستورية القوانين والرقابة على تعاقديّة القوانين (constitutionnalité et conventionnalité).

وانتهينا بالتطرّق إلى تشعبات الموضوع، فحاولنا أن نستخلص «طريقة» أو «نمطاً» تسيّر عليه الدول من حيث تطبيق القانون الدوليّ في النظام القانونيّ الداخليّ فلم نجد نمطاً واحداً تسيّر عليه الدول كافة. إنّ هذا المجال تسوده البراغماتية. فالقانون الدوليّ لا يُخضع الدول لأيّ أصول في هذا المجال ويترك لها حرية الاختيار.

فتبعنا الطريق التي تسلكها القاعدة الدولية إلى محطتها الأخيرة. إذ لا يكفي القول إنّ المصادقة تجعل المعاهدة ملزمة في العلاقات المتبادلة بين الدول المعنية، بل يجب أن تصل هذه القاعدة إلى التطبيق الفعليّ في النظام الداخليّ، إذ هذا هو الهدف المرجو من "دمج" intégration القاعدة الدولية في النظام الداخليّ. وقد نستعمل كلمة «دمج»، كما يمكن استعمال عبارات أخرى مثل «مزج» (incorporation)، «تفويض» (exécution) أو «تطبيق» (application) أو «تسيق» (adaptation).

وطرّحنا السؤال عن النظام الذي اختاره لبنان لنفسه. فهل يتبع نظرية الوحدوية أم نظرية الازدواجية؟ وماذا عن تطبيق المعاهدات في النظام الداخليّ؟ وعن المعاهدات البسيطة؟ وماذا عن العرف الدوليّ؟ والأعمال الأحادية الجانب (actes unilatéraux). فهل يتبعون الطريق نفسها؟ وتساءلنا عن تعارض القواعد في ما بينها؟ فلائي قاعدة الأولوية أو السمو؟ وهل هذا ينطبق على الدستور أيضاً؟ ماذا عن القاضي الإداريّ والقانون الدوليّ؟ ولأحظنا أنّ المشتري اللبناني ترك في الدستور وفي القانون هامشاً واسعاً جداً للقضاء لإعطاء الأجوبة عن كلّ هذه التساؤلات. وانطلاقاً من هنا، استعرضنا اجتهاد القضاء العدليّ والقضاء الإداريّ، كما تعمّقنا في قانون إنشاء المجلس الدستوريّ.

وبقي موضوع دستورية المعاهدات الذي سنغوص فيه اليوم محاولين ربما الإجابة عن أسئلة تبدو بسيطة مثل: هل يجب إدراج المجلس الدستوريّ الرقابة على المعاهدات أم لا؟

كلمة الافتتاح

الرّقابة على دستوريّة المعاهدات ماري غنطوس

معالي وزير العدل البروفسور سليم جريصاتي ممثلاً بالقاضي ريتا كرم،
حضرة رئيس المجلس الدستوريّ الدكتور عصام سليمان،
حضرة نقيب المحامين في بيروت الأستاذ أندريه شدياق ممثلاً بالأستاذ رزق زغيب،
أصحاب السعادة،
حضرة الأساتذة الكرام، حضرة الطلاب الأعزاء، أيّها الحفل الكريم...

أتوجّه لكلّ فرد منكم بالشكر لحضوركم هذه الأيام الدراسيّة حول موضوع حسّاس،
وتشجيعكم للدراسات وتطوير علم القانون الذي بدونه لا يمكننا تطوير حكم القانون. فالحكم
بدون العلم والقانون هو ديكتاتوريّة.
وأخصّ بالشكر الخبراء الدوليين الذي قبلوا دعوتنا وتحملوا مشقّات السفر بهدف مشاركتنا
علمهم وخبرتهم.
ولا بدّ من أن أشكر جامعة الحكمة الممثّلة بعميد كلية الحقوق الدكتور مارون بستاني لترحيبه
بمبادرتنا ومساعدتنا بكل الطرق المتاحة لديه.
أخيراً وليس آخراً ، أشكر برنامج حكم القانون في مؤسسة كونراد آديناور ممثلاً برئيسه
الدكتورة أنيا شولر – شلاتر والذي من دون دعمه لم نكن هنا اليوم.
وأتوجّه بالشكر الكبير لمديرة البرنامج لدى المركز اللبنانيّ للدراسات الدوليّة المحامية أنابيس
سماحة، كما مديرة البرنامج لدى مؤسسة كونراد آديناور الأنسة ساندي حداد ومنسّقة البرنامج
الآنسة ساره زغيب وكل الأشخاص الذين ساهموا في إنجاح هذه الأيام الدراسيّة.

ALLOCUTIONS D'OUVERTURE
كلمات افتتاحية

فخلافًا للمادة ٧٤ من الدستور الفرنسي للجمهورية الخامسة التي تنصّ على إجراءات خاصّة لرقابة المجلس الدستوريّ على التوافق (compatibilité) بين التزامات المعاهدة والدستور، فإنّ الدستور اللبنانيّ جاء خاليًا من نصّ كهذا، فما برحت مسألة رقابة المجلس الدستوريّ في لبنان على دستوريّة المعاهدات الدوليّة موضوع تجاذب أو تساؤل. ويجدر التذكير، في هذا السياق، على أنّ المادة ٥٢ من الدستور باتت تنصّ، بعد تعديلها في ١٩٩٠/٩/٢١، على أن «يتولّى رئيس الجمهورية المفاوضات في عقد المعاهدات الدوليّة وإبرامها بالاتّفاق مع رئيس الحكومة. ولا تصبح مبرمة إلا بعد موافقة مجلس الوزراء. وتطلع الحكومة مجلس النواب عليها حينما تمكّنها من ذلك مصلحة البلاد وسلامة الدولة. أما المعاهدات التي تنطوي على شروط تتعلق بماليّة الدولة والمعاهدات التجاريّة وسائر المعاهدات التي لا يجوز فسخها سنة فسنة، فلا يمكن إبرامها إلا بعد موافقة مجلس النواب».

وقد اعتبر مجلس شوريّ الدولة في هذا السياق أنّ قانون إجازة إبرام المعاهدة هو قانون، فالعمل الصادر عن المجلس النيابيّ بالإجازة للسلطة المختصة إبرام معاهدة دوليّة والمنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة ٥٢ من الدستور هو قانون، وإن اقتصر صلاحية المجلس النيابيّ بشأنه واختلفت قواعد وأصول وضعه عن مشاريع القوانين المقدّمة من الحكومة أو من النواب... وكلّ القوانين الصادرة عن المجلس النيابيّ، تخضع للوصف القانونيّ نفسه لأنّ ذلك أضمن للمواطن وأكثر احترامًا لمبدأ انفصال السلطات ومنعًا لكلّ تصنيف بين أنواع القوانين^٧. إلا أنّ المجلس نفسه، وفي القرار عينه، قد أكد أنّ قانون إجازة إبرام المعاهدة يبقى قانونًا من نوع خاصّ: «ففي مشاريع القوانين يحقّ للمجلس النيابيّ أن يعدّل المشروع المقترح ويقرّه بالنتيجة وحده. بينما في قانون إجازة إبرام المعاهدة، إنّ النصّ المعروف على المجلس النيابيّ جهزته وأعدت السلطة التنفيذية. وللمجلس أن يرفض أو يمنح الإجازة بدون أي حقّ في تعديل أي بند من بنودها. ولرئيس الجمهورية، بعد منحه الإجازة الحقّ الاستثنائيّ في إبرام المعاهدة أو الامتناع عن إبرامها».

ويتضح من أحكام المادة ٥٢ من الدستور المذكورة أنّه يمكن أن يتمّ التصديق على المعاهدة بقانون، كما يمكن أن يتمّ بموجب مرسوم. فتدخل المجلس النيابيّ في عملية التصديق أمر الزاميّ في المعاهدات التي يترتب عليها إلزام الدولة نفقات مالية وتلك التجاريّة وسائر المعاهدات التي لا يجوز فسخها سنة فسنة، أي بمعنى آخر مجمل المعاهدات المهمّة.

٧. قرار رقم ١٢٣ تاريخ ١٩٨٤/٧/٤، بلدية مجليا/شركة نفط العراق المحدودة، مجلة القضاء الإداري في لبنان، العدد الاول، ١٩٨٥، ص. ١٠٥-١٠٦.

وإنّنا نرى أنّه بالنظر إلى نصّ المادة المذكورة، يمكن أن يختصّ المجلس الدستوريّ بمراقبة دستوريّة ليس كلّ المعاهدات، وإنّما تلك التي يتطلّب النصّ الدستوريّ وجوب عرضها على مجلس النواب للموافقة عليها بموجب قانون قبل إبرامها والتي تبدو ذات صلة بفكرة أو بمبدأ السيادة. فنحن من مؤيديّ أحقية المجلس الدستوريّ في بحث دستوريّتها عند الطعن في القانون بعد نشره. ولا خطورة في ذلك، لأنّه لو كان هناك نصّ في المعاهدات يخالف الدستور فيمكن لرئيسي الدولة والحكومة السعي لتعديله مع الطرف الآخر الدوليّ قبل إبرام المعاهدة. فهو إجراء وقائيّ للمصلحة العامّة يتفق مع اختصاص المجلس الدستوريّ، الذي تتمنّى نقابة المحامين في بيروت، بصفتها صرحًا مؤتمنًا على الحريّات العامّة في لبنان، أن تصبح إحدى الهيئات المخوّلة مراجعته بدستوريّة القوانين التي تمسّ الحقوق الأساسيّة والحريّات العامّة للمواطنين •

التي تخضع للرقابة الدستورية التي يمارسها المجلس الدستوري؟ وهل يمكن المجلس الدستوري التثبت من مدى مطابقة المعاهدات لأحكام الدستور؟

إلا أنه، وقبل أن نحاول الإحاطة بهذه الأسئلة، يقتضي التنويه بداية إلى أن اجتهاد المجلس الدستوري قد أرسى مفهوم الكتلة الدستورية (bloc de constitutionnalité)، وهي عبارة تشمل مجموع الأحكام التي يعتبر المجلس الدستوري في فرنسا ولبنان أن البرلمان ملزم بها في إطار ممارسته السلطة التشريعية وهي أحكام تتجاوز مواد الدستور لتشمل مجالات أوسع. وذلك في سلسلة قرارات اعتبرت بداية «أن المبادئ الواردة في مقدمة الدستور تعتبر جزءاً لا يتجزأ منه وتتمتع بقيمة دستورية، شأنها في ذلك شأن أحكام الدستور نفسها». ثم ما لبثت أن اعتبرت أيضاً أن «المواثيق الدولية المعطوف عليها صراحة في مقدمة الدستور تؤلف مع هذه المقدمة والدستور جزءاً لا يتجزأ وتتمتع معاً بالقوة الدستورية»؛ أي عبارات أخرى إن مضمون بعض المعاهدات التي أبرمها لبنان، وبحسب صراحة منطوق قرار المجلس الدستوري، بات يتمتع بالقيمة الدستورية مما يضي فرادة على نظامنا القانوني وعلى التسلسل الهرمي للقواعد فيه.

غير أن هذا المعطى يجب ألا يدفعنا إلى القول إن مضمون الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وبقية المعاهدات والمواثيق الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة وجامعة الدول العربية، التي تعطف عليها مقدمة الدستور، وقد أبرمها لبنان، قابلة للتطبيق المباشر وتمتع بمفعول أني وفوري بدون حاجة إلى أي إجراء آخر. فأغلبية الاتفاقيات الخاصة بحقوق الإنسان تتضمن نصوصاً عامة وغير مفصلة، بشكل يتعدّر تطبيقها مباشرة بمعزل عن تشريعات داخلية تحدد دقائق تطبيقها. فالاجتهاد الإداري مستقر على ألا يتم النظر إلى المعاهدة برمتها كتكتلة مترابطة، وإنما التمهيد فيها مادة للتأكد من توافر المفعول الآني أو الأثر المباشر لها، لا بل إن القاضي الإداري في لبنان قد حذر من تطبيق نصوص الاتفاقيات الخاصة بحقوق الإنسان مباشرة.

ومرّد ذلك إلى أن بعض نصوصها يلفه الغموض من جهة، وان بعض مبادئ وأحكام الإعلان العالمي والمواثيق الأخرى لا يتألف مع مواد الدستور أو نصوص القوانين (كقانون الإعدام مثلاً) أو القيم الاجتماعية أو المبادئ السياسية التي يقوم عليها الكيان اللبناني (كقاعدة التمثيل الطائفي مثلاً) من جهة ثانية، فيرى مثلاً الوزير السابق ورئيس الغرفة

٣. المجلس الدستوري، قرار رقم ٩٧/١ تاريخ ٩٧/٩/١٢: ١٩٩٧، قرار رقم ٩٧/٢ تاريخ ٩٧/٩/١٢. ١٩٩٧.

٤. المجلس الدستوري، قرار رقم ٢٠٠١/٢ تاريخ ٢٠٠١/٥/١٠.

شرفاً في مجلس شوري الدولة الدكتور خالد قباني أنه «لا يمكن تبنيها بالمطلق، ولا بدّ من إمعان النظر في هذه النصوص والحذر عند تطبيقها».

وفي هذا السياق، أشار مجلس شوري الدولة اللبناني إلى أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ليس «معاهدة دولية ملزمة للدول في شؤونها الداخلية، وإنما هو تصريح صادر عن الجمعية العمومية للأمم المتحدة في ما يجب أن تكون عليه الحياة الاجتماعية والإنسانية في العالم. وقد ترك التصريح للدول الموقعة اتخاذ التدابير التي ترتأها لتطبيق مبادئه في الميدان العملي الداخلي... وطالما إنه لم تصدر التشريعات الداخلية لتطبيق المبادئ المرسومة في الإعلان، فإن القضاء يبقى غير صالح للنظر في موضوعه».

بعد هذه الملاحظة البديهية التي لا بدّ منها، وبالعودة إلى موضوع أيامكم الدراسية، نشير إلى أن النصوص التشريعية التي تشملها الرقابة الدستورية هي القوانين العادية التي تقرها السلطة التشريعية أي مجلس النواب عملاً بالمواد ١٨ و٥١ و٥٦ من الدستور؛ والمراسيم الصادرة تطبيقاً للمادة ٥٨ من الدستور، أي مشاريع القوانين الموضوعة موضع التنفيذ، سنداً لهذه المادة (والتي كان القضاء الإداري، منذ ١٩٧٠، في قراره الياس شبل الخوري/الدولة، يعتبرها أعمالاً إدارية قابلة للطعن أمامه ضمن مهلة الشهرين التالية لنشرها)؛ والمراسيم الاشتراعية الصادرة بتفويض تشريعي إذا ما خالفت نصوصاً دستورية، أو خالفت نصوص قانون التفويض ذاته الذي يعتبر عملاً تشريعياً صادراً عن مجلس النواب (والتي كان القاضي الإداري ينظر إليها أيضاً كأعمال إدارية قابلة للطعن أمامه ضمن مهلة الشهرين وطالما لم يُصادق عليها البرلمان صراحة أو ضمناً)؛ والنصوص الصادرة عن السلطات الطائفية وفقاً للتفويض التي منحها إياها السلطة التشريعية، بموجب قانون ١٩٥١/٢٤، والقوانين المماثلة اللاحقة.

فلدَى البحث في نطاق الرقابة على دستورية القوانين وصلاحيات المجلس الدستوري، لا بدّ للباحث القانوني من أن يتساءل: إذا كان النص القانوني المطعون فيه معاهدة دولية، فهل يُعقل الطعن في دستوريته بعد صدوره ونشره في الجريدة الرسمية، على غرار القوانين التي يقرها مجلس النواب وبعد أن يصبح ملزماً للدولة، وفقاً لمبادئ القانون الدولي العام التي دونتها معاهدة جنيف حول قانون المعاهدات لعام ١٩٦٩؟

٥. د. خالد قباني، «المواثيق الدولية لحقوق الإنسان والقضاء في المنطقة العربية: مدى الاستفادة في الحاضر والمستقبل»، مجلة القضاء الإدارية في لبنان، العدد الرابع عشر، ٢٠٠٣، ص. ٢٣.

٦. قرار رقم ٦٠٦ (مجلس القضاة) تاريخ ١٧/٦/١٩٩٩، الرئيس خليل جريج/الدولة، مجلة القضاء الإداري في لبنان، العدد الرابع عشر، ٢٠٠٣، ص. ٦٥٦.

أما المعاهدات الدوليّة التي لا يتطلّب إبرامها، من قبل مجلس الوزراء، موافقة مجلس النواب، فيبقى البتّ في دستوريّتها في لبنان خارج صلاحيّات المجلس الدستوريّ، بينما في دول أخرى تخضع لرقابة المحاكم والمجالس الدستوريّة.

تجنباً لإلغاء الإنضمام إلى معاهدة بعد إبرامها، نتيجة تعارضها والدستور، وما يترك ذلك من آثار سلبية على الدولة، ينبغي أن يترث مجلس الوزراء في إبرام معاهدة أجاز له مجلس النواب إبرامها، ريثما تنتهي مهلة الطعن في القانون الذي يجيز إبرامها، وهي مهلة قصيرة ١٥ يوماً تلي نشر القانون في الجريدة الرسميّة. والمجلس الدستوريّ، إذا ما تلقى طعناً، يصدر فوراً قراراً بوقف العمل بالقانون الذي يجيز الإبرام، وذلك بهدف الحيلولة دون إبرام معاهدة، قد تكون مخالفة للدستور، ومن ثم الغاؤها، لما في ذلك من محازير سياسيّة على الدولة. هذا الإجراء تبرره المراجعة اللاحقة للمجلس الدستوريّ في لبنان.

لم يتلق المجلس الدستوريّ، منذ البدء في ممارسة مهامه في العام ١٩٩٤ حتى الآن، أي طعن في قانون يجيز إبرام معاهدة. والطعون التي يتلقاها في دستوريّة القوانين تكاد تكون نادرة لأسباب عديدة، وإذا كان، في السنوات الأخيرة، عدد المعاهدات التي جرى إبرامها، يفوق بكثير عدد القوانين التي تم نشرها، فإن ذلك لا يدلّ على أن الحاجة إلى عقد المعاهدات تفوق الحاجة إلى التشريع، إنما تدلّ على بطء في عملية التشريع، وتقاعس في وضع التشريعات الضروريّة وتطوير القوانين، واللجوء إلى اتفاقيّات مع دول ومنظمات دوليّة تدعم بواسطتها الدولة اللبنانيّة أوضاعها الاقتصاديّة والمالية المأزومة.

لقد وضعنا مشروعاً لتوسيع صلاحيّات المجلس الدستوريّ، وإخضاع القوانين الأساسيّة، التي جرى تحديدها في المشروع، لرقابة المجلس الدستوريّ دون أيّ طعن، ومراجعة المجلس الدستوريّ من خلال المحاكم وفق إجراءات محددة. نأمل أن يسلك هذا المشروع طريقه إلى الإقرار في مجلس النواب، إذا ما توافرت الإرادة السياسيّة الصادقة والرؤية الإصلاحية، لأن للمجلس الدستوريّ دوراً أساسياً في بناء دولة الحقّ والمؤسّسات، وتطوير ما توافر في لبنان من ديمقراطيّة، تعرّضت لانتكاسات متتالية، بفعل الممارسات السياسيّة غير المنضبطة بالدستور. ولكي يستطيع المجلس الدستوريّ أن يلعب هذا الدور كاملاً، ويقوم بالمهام التي وجد من أجلها، يجب توسيع صلاحيّاته وفك القيود التي تقيد الحقّ بمراجعته.

كلمة نقيب المحامين في بيروت، اندره الشدياق ألقاها المحامي الدكتور رزق زغيب

نصّ الدستور اللبنانيّ، الصادر في ٢٢ أيار ١٩٢٦ بعد تعديله بموجب القانون الدستوريّ رقم ١٨ الصادر في ٢١/٩/١٩٩٠، على إنشاء «مجلس دستوريّ» لمراقبة دستوريّة القوانين وبتّ النزاعات والطعون الناشئة عن الانتخابات الرئاسيّة والنيابيّة^١.

وفي ١٤/٧/١٩٩٢ صدر قانون بإنشاء المجلس وتحديد اختصاصه. علماً أنّ هذا القانون قد عدلّ مرّات عديدة كان آخرها في العام ٢٠١١. وقد نصّت الفقرة الأولى من المادة ١٨ منه على أن «يتولّى المجلس الدستوريّ الرقابة على دستوريّة القوانين وسائر النصوص التي لها قوّة القانون». ونصّت أيضاً المادة الأولى من النظام الداخليّ للمجلس الدستوريّ على أن «المجلس الدستوريّ هيئة دستوريّة مستقلة ذات صفة قضائيّة تتولى مراقبة دستوريّة القوانين وبتّ النزاعات والطعون الناشئة عن الانتخابات الرئاسيّة والنيابيّة».

إنّ اعتماد هذا النوع من الرقابة الذي أتى متأخراً في لبنان ما هو إلا ترجمة وتحقيقاً لمبدأ سموّ الدستور. هذا المبدأ الذي يعني أنّ الدستور يعلو ولا يُعلَى عليه، فتأتي القوانين العاديّة متجانسة مع أحكامه. وإن تعارضت في نصوصها أو روحها أو أهدافها مع الدستور، كانت الأرجحية له. فهو القانون الأساسيّ الأعلى للدولة.

لدى البحث في نطاق الرقابة على دستوريّة القوانين و«سائر النصوص التي لها قوّة القانون»، تُطرح أسئلة هامّة هي في

للدراستات الدوليّة بالتعاون مع جامعة الحكمة. من هذه الاسئلة: ما هي النصوص القانونيّة

١. المادة ١٩ من الدستور.

٢. القانون رقم ٢٤٣ تاريخ ٧/٨/٢٠٠٠ المعدل أيضاً مراراً.

هذه القاعدة العامة في إعطاء الأولوية للدستور على القانون الدولي، تشدّد عنها سويسرا، إلى حدّ ما في بعض الحالات، حيث يُعتمد مبدأ أولوية القانون الدولي على القانون الداخلي. فالدستور الفيدرالي السويسري لا يشير إلى كيفية حلّ نزاع بين قواعد القانون الدولي والقانون الداخلي، وترك الباب مفتوحاً، في بعض الحالات، لإعطاء الأولوية استثنائياً للقانون الدولي، وهذا ما تقرّره المحكمة الفيدرالية.

أمّا في فرنسا، فاعتبر المجلس الدستوري أن المكانة الخاصة لقوانين الإتحاد الأوروبي لا تتال من موقع الدستور الفرنسي في قمة تراتبية القواعد الحقوقية في الدولة.

هناك بعض الدول التي تقدّم الاتفاقيات الدولية الراعية لحقوق الإنسان على دساتيرها، إذا كانت هذه الاتفاقيات تعطي ضمانات لهذه الحقوق أكثر من الضمانات المنصوص عنها في الدستور.

لقد أناط الدستور اللبناني بالمجلس الدستوري الرقابة على دستورية القوانين، وجاء في المادة الأولى من القانون رقم ١٩٩٣/٢٥٠ (قانون إنشاء المجلس الدستوري) ما يلي:

«تفيداً لأحكام المادة ١٩ من الدستور ينشأ مجلس يسمى المجلس الدستوري، مهمته مراقبة دستورية القوانين وسائر النصوص التي لها قوة القانون والبتّ في النزاعات والطعون الناشئة عن الانتخابات الرئاسية والنيابية. المجلس الدستوري هيئة دستورية مستقلة ذات صفة قضائية.»

كما جاء في المادة الثامنة عشرة من القانون نفسه ما يلي:

«يتولّى المجلس الدستوري الرقابة على دستورية القوانين وسائر النصوص التي لها قوة القانون... خلافاً لأي نصّ مغاير، لا يجوز لأيّ مرجع قضائي أن يقوم بهذه الرقابة مباشرة عن طريق الطعن أو بصورة غير مباشرة عن طريق الدفع بمخالفة الدستور أو مخالفة مبدأ تسلسل القواعد والنصوص.»

لقد نصّت المادة الثانية والخمسون من الدستور على «تولّي رئيس الجمهورية المفاوضة في عقد المعاهدات وإبرامها بالاتفاق مع رئيس الحكومة. ولا تصبح مبرمة إلا بعد موافقة مجلس الوزراء. وتُطلع الحكومة مجلس النواب عليها حينما تمكّنها من ذلك مصلحة البلاد وسلامة الدولة. أمّا المعاهدات التي تنطوي على شروط تتعلق بمالية الدولة والمعاهدات التجارية وسائر المعاهدات التي لا يجوز فسحها سنة فسنة، فلا يمكن إبرامها إلا بعد موافقة مجلس النواب.» بغضّ النظر عن رأينا في نصّ هذه المادة، فالمعاهدات الدولية لا تدخل حيز التنفيذ وتصبح جزءاً من المنظومة القانونية في الدولة إلا بعد إبرامها.

لقد أعطى الدستور مجلس الوزراء صلاحية إبرام معاهدات، حددت نوعيتها بالنصّ الدستوري، دون الرجوع إلى مجلس النواب، وألزم مجلس الوزراء بالحصول على موافقة مجلس النواب لإبرام النوع الآخر من المعاهدات.

موافقة مجلس النواب تأتي بقانون يجيز للحكومة إبرام معاهدة، وهذا القانون كأني قانون آخر خاضع للرقابة على دستوريته، وبالتالي على دستورية المعاهدة، إذا ما تعرض للطعن أمام المجلس الدستوري، على الرغم من أنه لم يرد نصّ في الدستور اللبناني يشير إلى إمكانية الطعن بدستورية معاهدة، على غرار نصّ المادة ٥٤ في دستور الجمهورية الخامسة في فرنسا، والذي جاء فيه أنه إذا تلقى المجلس الدستوري مراجعة من رئيس الجمهورية، أو من الوزير الأول أو من كل من رئيسي الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، أو من سبّتين نائباً أو سبّتين عضواً في مجلس الشيوخ، وإذا أعلن المجلس الدستوري أن الالتزام الدولي يتضمن مواداً مخالفة للدستور، لا يعود بالإمكان الموافقة على الالتزام الدولي المعني بالمراجعة إلا بعد إعادة النظر بالدستور. وإعادة النظر بالدستور لا تعني تقوق المعاهدة الدولية على الدستور، إنما تعني مراعاة الدولة لمصالحها في العلاقات مع الدول الموقعة على المعاهدة. فالدستور وجد من أجل تحقيق المصلحة العليا لمجتمع الدولة، وهو يتطور ويتعدل في ضوء تطوّر المعطيات الداخلية وعلاقات الدولة بالدول الأخرى، وهذا أمر طبيعي، كما أنه من الطبيعي أيضاً الحفاظ على الانسجام في منظومة الدولة القانونية التي يأتي الدستور في قمّتها، وذلك من خلال تعديله لكي لا تتعارض المعاهدة والدستور.

إن عدم التعارض بين المعاهدة والدستور، أمر على جانب كبير من الأهمية، والمؤسّسات الدستورية السياسية التي تتولّى التفاوض في عقد المعاهدات وإبرامها، ينبغي أن تأخذ هذا المبدأ بالاعتبار والتقيّد به، غير أنه لا يمكن الاستغناء عن الرقابة على دستورية المعاهدات، بذريعة أنّ الجهات السياسية، قبل عقد المعاهدات، تستعين بهيئات قضائية لها صفة إستشارية، لأنّ الجهات السياسية هذه قد تأخذ بالاستشارة وقد لا تأخذ بها، لذلك ينبغي أن تمارس الرقابة على دستورية المعاهدات من قبل جهات دستورية قضائية لقراراتها قوة الإلزام.

وفي لبنان يجيز مجلس النواب لمجلس الوزراء بقانون إبرام المعاهدة، بعد الاطلاع على بنود المعاهدة، المفترض أن لا تتضمن أحكاماً مخالفة للدستور، والبتّ في دستورية المعاهدة هذه يدخل في اختصاص المجلس الدستوري حصراً عملاً بالمادة ١٩ من الدستور والمادة ١٨ من قانون إنشاء المجلس الدستوري، لأنه لا يجوز أن تتضمن المنظومة القانونية في الدولة نصوصاً مخالفة للدستور للأسباب التي سبق ذكرها.

ساهم هذا الواقع في بروز إشكاليات بين القانون الداخلي والقانون الدولي، وبخاصة في الكيانات الدولية القارية حيث تقوم مرجعيات قضائية على مستوى الاتحاد، كالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ومحكمة العدل الأوروبية، ما خلق إشكاليات في العلاقة بين القضاء الوطني والقضاء الأوروبي، إشكاليات وجدت غالباً حلاً لها من خلال اجتهادات المحاكم وبخاصة الوطنية منها. لا يمكن والحالة هذه التنكر للقانون الدولي، وبخاصة القانون الدولي لحقوق الإنسان، عند صياغة الدساتير، التي لا بد لها من أن تأخذ بالاعتبار مبادئ القانون الدولي، وهذا ما نشاهده في الدساتير الحديثة العهد حيث نرى إشارة واضحة فيها إلى الالتزام بالمواثيق والاتفاقيات الدولية. ففي دستور كامبوديا، على سبيل المثال، ما لا يقل عن خمسة وثلاثين مادة، من أصل مئة وتسعة وثلاثين، يُشار فيها إلى الالتزام بقواعد القانون الدولي والاتفاقيات الدولية. وفي دستور المملكة المغربية للعام ٢٠١١، كما في دستور الجمهورية التونسية للعام ٢٠١٤، مكانة خاصة للاتفاقيات الدولية الرامية لحقوق الإنسان. وفي جمهورية Bénin، ورد نص في الدستور يؤكد أن الضمانات الواردة في الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب تشكل جزءاً لا يتجزأ من الدستور وحقوق شعب «بنان». وذهبت بعض الدول أبعد من ذلك في الالتزام بالقانون الدولي في منظومتها القانونية، ومنها جمهورية سلوفينيا فنصّ دستورها، في المادة الثامنة منه، على ضرورة أن تراعي القوانين والأنظمة مبادئ القانون الدولي والمعاهدات التي التزمت بها سلوفينيا، وعادت المادة ١٥٢ من الدستور نفسه لتؤكد ضرورة تطابق القوانين مع مبادئ القانون الدولي، فجميع المعاهدات الدولية والمبادئ العامة في القانون الدولي تشكل جزءاً من الكتلة الدستورية في جمهورية سلوفينيا.

لقد التزم لبنان، في مقدمة دستوره، بمواثيق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وأكد أن الدولة تجسد المبادئ الواردة فيه في جميع الحقول والمجالات دون استثناء. وصدر عن المجلس الدستوري قرارات أكدت أن المقدمة جزء لا يتجزأ من الدستور، وأصبح بالتالي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في صلب الدستور.

وعلى الرغم من تطور العلاقة بين القانون الداخلي والقانون الدولي، بقي للدستور مكانته بصفته القانون الأسمى في الدولة، والمعبّر عن سيادتها. بعض الدول عبّرت صراحة في دساتيرها عن سمو الدستور على ما عداها، إما في مقدمة الدستور كالجرائر، وإما في منته وإما في الإيتين معاً كالمغرب وبلغاريا وبنان. وقد أعطي للدستور في هذا المجال نعتاً شتى، فوصف بالقانون الأسمى (loi suprême) وبالقانون الأعلى (loi supérieure) والقانون الأساسي (loi fondamentale) وقانون القوانين (la loi des lois)، كما جاء في دستور بلغاريا.

ولم تعبّر بعض الدول صراحة في دساتيرها عن سمو الدستور، إنّما عبّرت عن ذلك ضمناً، ومنها لبنان. فالدستور اللبناني، بمنحه المجلس الدستوري صلاحية الرقابة على دستورية القوانين، أكد أن الدستور يسمو على القوانين وأنّ المعايير الدستورية تتقدّم على سائر المعايير في المنظومة القانونية في الدولة.

يأتي الدستور في رأس تراتبية القواعد الحقوقية التي تشكل منها المنظومة القانونية في الدولة. والتي ينبغي، وفق نظرية «هانس كلسن» (Hans Kelsen)، أن تكون كل قاعدة متطابقة، أو على الأقل غير متناقضة، مع القاعدة الأعلى منها، وذلك من أجل الحفاظ على الانسجام في منظومة الدولة القانونية. ما يعني أن كل القواعد الحقوقية المعتمدة في الدولة يجب أن تكون مقيّدة بما نصّ عليه الدستور، فليس ثمة قاعدة، على المستوى الوطني، تسمو على الدستور، ومبدأ ما يسمى supraconstitutionnel والقواعد التي اعتبر أن لها قيمة تفوق الدستور valeur supraconstitutionnelle هي غريبة عن القانون الدستوري الوضعي، ولم يعد لها مكانة إلا في المناقشات النظرية، ولا تأخذ بها المحاكم والمجالس الدستورية، المناط بها فرض التقيد بالدستور في عملية التشريع.

إن المحاكم والمجالس الدستورية لا تبت في دستورية القوانين، إستناداً إلى قواعد القانون الدولي، إنّما بالاستناد إلى القواعد والمبادئ التي نصّ عليها الدستور والكتلة الدستورية. وإذا كان المجلس الدستوري في لبنان قد استند، في بعض قراراته، إلى مبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقيات الدولية، التي جاءت لترجمة هذه المبادئ في الواقع، فإن ذلك قد حدث على أساس أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أصبح جزءاً لا يتجزأ من الدستور، وليس لكونه وثيقة دولية أعلى من الدستور. فالاتفاقيات الدولية لا تعلق على الدستور، إنّما تأتي، وفق تراتبية القواعد الحقوقية، في مرتبة دون الدستور وأعلى من القانون، ما يقضي بإخضاعها للرقابة على دستورتها، لأن الاتفاقية الدولية بعد إبرامها تصبح جزءاً من القانون الداخلي، أي من المنظومة القانونية في الدولة، ولا يجوز أن تكون متعارضة بالتالي مع الدستور، القانون الأسمى في الدولة، كي لا تختل هذه المنظومة، وبخاصة أن الخلل، في حال حدوثه، سيمتد إلى قوانين أخرى في المنظومة نفسها، لأن على الدولة الملتزمة بالاتفاقية واجب التشريع بما يتفق ومضمونها، وعليها أن تزيل من قوانينها كل ما يتعارض معها. والخلل يمتد أيضاً إلى قرارات المحاكم، فالاتفاقيات الدولية تتقدم على القوانين في إصدار الأحكام. فإذا كان القانون يخضع للرقابة على دستوريته، فكيف يعقل عدم إخضاع المعاهدة للرقابة على دستورتها، واعتمادها كمعيار للتشريع، وتطبيقها من قبل المحاكم، حتى ولو كانت متعارضة والدستور.

وفي هذا العصر الذي يشهد اتساعاً وتشعباً للبعد الدولي في عمل المؤسسات السياسية، يبقى الدستور الحصن الأول والأخير للسيادة الوطنية التي لا يمكن التسليم بانتهاء دورها كركن من أركان الدولة المستقلة.

الرقابة على دستورية المعاهدات عصام سليمان*

تستمد الكيانات الدولية وجودها من الكيانات الوطنية المجسدة سياسياً وقانونياً في الدول، فالدولة هي الأساس في المنظومة الدولية، وهي بحكم تكوينها وطبيعتها، مشكلة من إقليم وشعب وسلطة ذات سيادة، فالسيادة صفة ملازمة للدولة، وقد نصّ ميثاق الأمم المتحدة على احترام سيادة الدول.

بعد الحرب العالمية الثانية، ونشوء منظمة الأمم المتحدة، جرى التوسع في القانون الدولي وأصبحت حقوق الإنسان محوراً من محاوره، فنشأ القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني. ومن ثمّ نمت العلاقات الدولية تحت تأثير الحاجة والتعاون، ونشأت كيانات ما فوق الدول تحكمها معاهدات، منها الاتحاد الأوروبي ومنظمة الوحدة الإفريقية.

ومع العولمة توسّعت العلاقات الدولية أكثر فأكثر فأصبحت الدول مرتبطة مع بعضها البعض بشبكة من العلاقات التجارية والاقتصادية العابرة للحدود، أدت إلى نمو القانون الدولي وتعزيز مكانته.

* رئيس المجلس الدستوري.

أستاذ القانون الدستوري وحقوق الإنسان في الجامعة اللبنانية وفي جامعة الحكمة والجامعة الإسلامية.

* President of the Constitutional Council, Beyrouth.

Professor of Constitutional Law, and Human Rights at the Lebanese University, Sagesse University and Islamic University.

Président du Conseil constitutionnel.

Professeur de Droit constitutionnel et de Droits de l'homme à l'Université libanaise, l'Université La Sagesse et l'Université islamique.

إلى الصدور، وهي حالة ما برحت ظاهرة في الدساتير المعاصرة (ادمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، الجزء الأول، الدول وأنظمتها، دار العلم للملايين، الطبعة الثالثة، ص. ١٠٢).

إلا أنّ أهميّة المعاهدات الدوليّة ودخولها المتزايد في المنظومة القانونية الداخليّة لا يعنيان بأنّها تسمو على الدستور، إذ لا خلاف على الإطلاق في أنّ الدستور هو القانون الأسمى في الدولة، أي إنّ القانون الاساسي والمبدئي، وله الصدارة العليا في الانتظام القانوني القائم. في فرنسا، تكّرس المادة ٥٤ من الدستور مبدأ الرقابة المسبقة على الاتفاقيات الدوليّة إذا كانت مطابقة للدستور قبل الشروع في التصديق عليها. وهذا يعتبر بمثابة تأكيد ضمنيّ لأسبقية الدستور على الالتزامات الدوليّة. فانضمام الدول إلى الاتفاقيات الدوليّة يرتّب عليها التزام تنفيذ هذه الاتفاقيات. وإبرام الاتفاقيّة وتصديقها من جانب السلطات المعنية في الدولة، وفق دستورها، يُدخلان الاتفاقيّة الدوليّة في إطار القانون الداخليّ، فتصبح جزءاً من منظومتها القانونيّة. ويتطلّب الحفاظ على التجانس داخل هذه المنظومة عدم تعارض الاتفاقيّة الدوليّة مع الدستور، القانون الأسمى في الدولة، وعدم تعارض القوانين مع الإفاقيّة الدوليّة التي تأتي في مرتبة أعلى من القانون.

لكنّ قاعدة سموّ الدستور، تبقى قاعدة داخلية أي إنّها تعني القواعد والنصوص القانونيّة داخل الدولة. وليس لهذه القاعدة أي مفعول أو تأثير بين الدول، أي إنّها لا تطبق على الصعيد الدوليّ وليست من قواعد القانون الدوليّ العام. والدليل على ذلك أنّ الدول لا تستطيع أن تحتجّ تجاه الدول الأخرى بمبدأ سموّ دستورها لكي تتصلّ من التزاماتها الدوليّة، لا بل أثبتت الوقائع أنّ الدول تعمد إلى تعديل دساتيرها متى كان يتطلّب استمرار نفاذ معاهداتها الدوليّة تعديلاً مماثلاً. وإلا كان عليها أن تنقّض المعاهدة أو تسحب منها، وتحمّل بالتالي نتائج ذلك على المستوى الدوليّ. وبهذا الشكل، يثبت أنّ الرقابة على دستوريّة المعاهدات تؤديّ في الواقع إلى تدويل نصوص الدساتير الوطنيّة أو إخضاعها لمتطلّبات الالتزامات الخارجيّة المتنامية للدول.

هي، إذاً، رقابة تتحوّل من رقابة على دستوريّة المعاهدات إلى رقابة على مدى تطابق الدستور مع المعاهدات الدوليّة، طالما أنّ المشتريّ الدستوريّ يعمد إلى تعديل الدستور لكي يتوافق نصّه مع التزامات الدولة الخارجيّة.

وفي لبنان، خطا الدستور اللبنانيّ خطوة كبيرة في اتجاه التدويل حين أعطى في الفقرة «ب» من مقدّمته بعض المواثيق والمعاهدات القوّة الدستوريّة، وهي مواثيق جامعة الدول العربيّة

ومواثيق منظمة الامم المتّحدة والإعلان العالميّ لحقوق الإنسان. وقد بحث المجلس الدستوريّ اللبنانيّ مسألة قيمة هذه النصوص الدوليّة (في معرض الطعن في القانون رقم ٢٩٦ تاريخ ٢٠٠١/٤/٣ والمتعلّق باكتساب غير اللبنانيين الحقوق العينيّة العقاريّة في لبنان)، واعتبر «أنّه من المعتمد أنّ هذه المواثيق الدوليّة المعطوف عليها صراحةً في مقدّمة الدستور تؤلّف، مع هذه المقدّمة والدستور، جزءاً لا يتجزأ وتتمتع معاً بالقوّة الدستوريّة».

وبذلك، أصبح على المؤسّسات السياسيّة أن تحرص على احترام المعاهدات والمواثيق الدوليّة التي ذكرها الدستور في المقدّمة، احترامها للدستور نفسه. وهنا يقتضي التنويه إلى الكمّ الكبير الذي تضمّنه تلك النصوص الدوليّة من المبادئ والقواعد والالتزامات التي أصبح على المشتريّ الداخليّ احترامها. على أنّ عدم احترام تلك النصوص الدوليّة يرتّب نتائج على المستوى الداخليّ وهي عدم دستوريّة التشريعات الوطنيّة المخالفة لها.

وفي ذروة الحديث عن التدويل، تجدر الإشارة إلى أنّ الالتزامات الخارجيّة للدولة تأتي أحياناً، ليس من خلال ارتضائها بالتوقيع أو بالانضمام إلى معاهدة دوليّة، ولكنها تكون ناجمة عن قرارات دوليّة ملزمة، كتلك الصادرة عن مجلس الأمن الدوليّ. وهنا، لا بدّ من التذكير بأحد أكثر الأدلّة على تدويل الدساتير الوطنيّة وضوحاً حين يقرّر مجلس الأمن الدوليّ وضع مسوّد مشروع معاهدة دوليّة موضع التنفيذ من دون انتظار إقرارها وفق العمليّة الدستوريّة الداخليّة. وهو ما حصل في موضوع الاتفاقيّة بين لبنان والامم المتّحدة حول المحكمة الخاصّة بلبنان، والتي أقرّها مجلس الأمن وأصبحت نافذة من دون أن يبرمها الجانب اللبنانيّ.

فالقرار رقم ١٧٥٧/٢٠٠٧، الذي اتّخذه مجلس الأمن في جلسته المنعقدة في ٣٠ أيار ٢٠٠٧، بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتّحدة، قضى ببدء سريان أحكام نصّ الاتفاقيّة المتعلّقة بإنشاء محكمة خاصّة للبنان وملحقاتها، اعتباراً من ١٠ حزيران ٢٠٠٧. مستنداً إلى تقرير المستشار القانونيّ لديه والذي لاحظ أنّ إنشاء المحكمة عن طريق العمليّة الدستوريّة يواجه عقبات حقيقيّة.

ختاماً، إذا كان الفرد بحاجة إلى جماعة يرتبط بها ويعيش في كنفها، فإنّ هذه الحقيقة تنطبق على الدولة المعاصرة التي يستحيل عليها الانفصال عن محيط لا ينفكّ يزداد اتساعاً وشمولاً، وهو المجتمع الدوليّ. فمن المستحيل أن تحيا دولة بعزلة عن بقية الدول، مهما بلغت من قوّة واقترار. والدولة، بحكم وجودها ضمن الأسرة الدوليّة، هي ملزمة تنظيم علاقاتها بها من خلال المعاهدات الدوليّة.

وقد أُلغِيَ هذا الاتفاق في العام ١٩٨٧ بموجب القانون رقم ٢٥ تاريخ ١٥/٦/١٩٨٧، الذي أُلغِيَ أيضاً قانون الإجازة للحكومة إبرام اتفاق ١٧ أيار ١٩٨٢.

إنّ الموافقة التي يُعطيها مجلس النواب لإبرام الاتفاق هي غير الإبرام الذي يبقى مستقلاً عن الموافقة. ومن البديهي القول إنّ الإجازة للحكومة إبرام الاتفاق لا تُقيدها بل تُطلق يدها وتترك لها الخيار لإبرام الاتفاق أو رفضه، وصلاحيّتها تبقى استثنائية وخاضعة لتقديرها. فلو أنّ المجلس رفض منح الإجازة للحكومة إبرام الاتفاق، لتعدّر عليها إبرامه. أمّا وقد منحها هذه الإجازة، فإنّ صلاحيتها تصبح كاملة لجهة الإبرام أو عدم الإبرام. وحتى لو كان الاتفاق ناجزاً ومُبرماً وفق الأصول، وشاءت الحكومة أن تنقضه أو تلغيه فلا يستدعي ذلك تدخل المجلس من جديد. وهذا يشكّل مستوى إضافياً من الرقابة التي يمكن ممارستها على دستورية المعاهدات حيث يعود للحكومة أن تمتنع عن الإبرام حتى بعد نيلها الإجازة التشريعية. وفي هذا السياق، لا بدّ من الحديث عن اتفاق ١٧ أيار ١٩٨٢ الذي وُقِعَ بين لبنان والاحتلال الإسرائيلي بعد الاجتياح الذي شمل جزءاً كبيراً من الأراضي اللبنانية في العام ١٩٨٢، ومن بينها العاصمة بيروت. فقد أقرّ مجلس النواب، آنذاك، القانون المتعلق بإجازة إبرام ذلك الاتفاق في ١٤/٦/١٩٨٢، وبتاريخ ٢٠/٦/١٩٨٢، أحال رئيس مجلس النواب القانون إلى الحكومة. ولكنّ رئيس الجمهورية في حينه لم يبرمه، وبقي الاتفاق بالتالي مجرداً من أيّ قيمة قانونية، ولم يدخل حيّز التنفيذ.

وجدير بالذكر أنّ الدستور الذي أناط السلطة الإجرائية بمجلس الوزراء، ونصّ في المادة ٦٥ منه على صلاحياته، قد صنّف المعاهدات الدولية في عداد المواضيع الأساسية التي تحتاج إلى أكثرية الثلثين في مجلس الوزراء للموافقة عليها.

انطلاقاً ممّا تقدّم، تتخذ الرقابة المسبقة التي تمارسها السلطات الدستورية في إطار درسها وإقرارها للمعاهدات الدولية طابعاً علمياً مؤسّساتياً عندما تعمد إلى استشارة الهيئات القضائية المختصة بشأن نصوص المعاهدات المنوي عقدها. وبهذه الطريقة، تتسلّح المؤسسات السياسية بالرأي القانوني الدستوري المناسب قبل الإقدام على توقيع المعاهدة وإبرامها.

وهنا تظهر أهمية الدور الاستشاري لمجلس شوري الدولة الذي يمارسه تطبيقاً لأحكام المادة ٥٧ من نظامه والتي نصّت على إمكانيّة استشارته في مشاريع المعاهدات الدولية. وأهمية استشارة مجلس شوري الدولة في مشاريع المعاهدات الدولية تكمن في أنّ القضاة أعضاء المجلس هم من أصحاب الاختصاص في القانون العام، ويملكون المعرفة العلمية التي تؤهلهم كشف المخالفات المحتملة لأحكام الدستور، وبالتالي تمكين المؤسسات السياسية المختصة من اتخاذ الموقف السليم قبل التوقيع على المعاهدة وإبرامها.

وفي السياق عينه، تقتضي الإشارة إلى أنّه في العام ٢٠١٢ أصدر رئيس الحكومة تعميماً بالاستناد إلى قرار مُتخذ في مجلس الوزراء يطلب فيه إلى جميع الإدارات العامة عرض مشاريع الاتفاقيات على هيئة التشريع والاستشارات في وزارة العدل ومركز الاستشارات القانونية والأبحاث في وزارة الخارجية والمغتربين قبل توقيعها بالأحرف الأولى. (التعميم رقم ٢٣/٢٠١٢، تاريخ ٢٩/٩/٢٠١٢). وأهمية هذا التعميم تتمثل في أنّه يشكّل نهجاً اعتمده الحكومة في وجوب درس مشاريع المعاهدات بما يشكّل رقابة دستورية مسبقة يُؤمّل في أن تكون فعالة في حماية الدستور والحوُول دون خرقه.

ثانياً : دستورية المعاهدات أم تدويل الدساتير؟

لطالما اعتُبرت المعاهدة أداة من الأدوات التاريخية لصناعة السلام بين الدول، وما هي اليوم تتحوّل إلى إحدى أبرز أدوات تحقيق الاستقرار المالي والاقتصادي للدول. وقد أثبتت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات في ديباجتها، أهمية الدور الذي تؤديه المعاهدات في العلاقات الدولية عندما أوضحت أنّ من منطلقات التوقيع على هذه الاتفاقية أنّ الدول الأطراف «تقدّر الدور الأساسي للمعاهدات في تاريخ العلاقات الدولية. وتعترف بالأهمية المتزايدة للمعاهدات كمصدر للقانون الدولي وكوسيلة لتنمية التعاون السلمي بين الدول مهما كانت نظمها الدستورية والاجتماعية».

إنّ مقارنة بسيطة بين ما يصدر من تشريعات داخلية صرف، وما يصدر من اتفاقيات دولية تُظهر جيّداً حقيقة تزايد عدد المعاهدات الدولية، وتبيّن بالتالي أهمية هذا النقاش. إذ في النصف الأوّل من العام ٢٠١٨، أصدرَ رئيس الجمهورية ٢٥ اتفاقية دولية في مقابل أربعة قوانين. وفي العام ٢٠١٧، أصدرَ ٧٧ اتفاقية دولية (سواء جديدة أو نصوص تعديلية لاتفاقية سابقة)، مقابل ٤١ قانوناً في الفترة الزمنية نفسها. وفي العام ٢٠١٦، أصدرَ ٣٥ اتفاقية دولية مقابل ١٦ قانوناً.

إنّ هذه الأرقام كافية لإدراك الأهمية المتزايدة للقانون الدولي على الصعيد الداخلي، ولا سيّما لناحية تأثير التشريعات الدولية على المحلية منها. وقد بدأ الحديث بصورة معاكسة عن تدويل الدساتير الوطنية، أي بمعنى محاولة تعديل الدساتير لتكون متوافقة مع المتغيّرات التشريعية على الصعيد الدولي. إذ ما من دستور مكتوب يجري وضعه، إلّا ويكون منطوقاً على التأثيرات التي تعرّض لها، ومتجاوباً مع التيارات السياسية والاجتماعية التي دفعته

أولاً : كيف تراقب المؤسسات السياسية دستورية المعاهدات الدولية؟

إذا كانت غاية الرقابة الدستورية تكمن في تأمين خضوع القوانين العادية لأحكام الدستور، أي في مراقبة أعمال البرلمان، فإن هذه الرقابة، بوجهها القضائي، لم تتجسّد في لبنان إلا مع قيام الجمهورية الثالثة في العام ١٩٩٠، وذلك بموجب المادة ١٩ المعدلة من الدستور والتي أنشأت المجلس الدستوري.

وبتاريخ ١٤/٧/١٩٩٣، صدر قانون إنشاء المجلس الدستوري رقم ٢٥٠ الذي نصّ في المادة ١٨ منه على أن «يتولّى المجلس الدستوري الرقابة على دستورية القوانين وسائر النصوص التي لها قوة القانون».

وبالمقابل، كانت المؤسسات السياسية التي تتولّى إقرار المعاهدات الدولية حاضرة، ولا تزال، تمارس واجبها في السهر على احترام الدستور والحوّول دون مخالفة أحكامه في إطار العلاقات الخارجية للدولة اللبنانية. ولربّما كان من شأن إنشاء الرقابة القضائية على دستورية القوانين أن ارتفع مستوى الحرص لدى المؤسسات السياسية على عدم المسّ بالدستور، وبالتالي أدى ويؤدّي كلّ من نوعي الرقابة إلى تعزيز الآخر وترسيخه.

إذا كان اختصاص المجلس الدستوري اللبناني يشمل النظر في دستورية المعاهدات الدولية أو في دستورية قانون الإجازة للحكومة إبرام المعاهدة، استناداً إلى نصّ المادة ١٨ المذكورة الذي أشار إلى أنّ ولاية المجلس الدستوري تشمل سائر النصوص التي لها قوة القانون، فإنّ السؤال الذي يطرح هو هل يُعقل الطعن في دستورية قانون أجاز إبرام المعاهدة الدولية بعد صدوره ونشره في الجريدة الرسمية، وإبرام المعاهدة على أساسه، وبعد أن أصبحت هذه المعاهدة ملزمة للدولة وفقاً لمبادئ القانون الدولي العام؟

والسؤال يجد مبرّره في أنّ الرقابة الدستورية في لبنان هي رقابة لاحقة تتمّ بعد صدور القانون، وليست رقابة مسبقة كما هي الحال في فرنسا مثلاً.

هكذا، وفي غياب الرقابة المسبقة للمجلس الدستوري اللبناني على دستورية المعاهدات الدولية، وفي ظلّ مخاطر الرقابة القضائية اللاحقة وأثارها على العلاقات الخارجية للدولة، تظهر أهمية الرقابة المسبقة التي تمارسها، في الإطار الدستوري الحالي، السلطات الدستورية التي تتولّى المفاوضات في شأن المعاهدات وإبرامها وفق أحكام الدستور. وهي تستعين بطبيعة الحال بالهيئات القضائية ذات الدور الاستشاري في إعداد نصوص المعاهدات ومراجعتها قبل التوقيع عليها أو قبل إبرامها.

تنصّ المادة ٥٢ من الدستور، المعدّلة بالقانون الدستوري الصادر في ٢١/٩/١٩٩٠، على أن:

«يتولّى رئيس الجمهورية المفاوضات في عقد المعاهدات الدولية وإبرامها بالاتفاق مع رئيس الحكومة. ولا تُصبح مُبرمة إلا بعد موافقة مجلس الوزراء. وتُطلع الحكومة مجلس النواب عليها حينما تُمكنها من ذلك مصلحة البلاد وسلامة الدولة. أمّا المعاهدات التي تنطوي على شروط تتعلق بمالية الدولة والمعاهدات التجارية وسائر المعاهدات التي لا يجوز فسحها سنة فسنة، فلا يُمكن إبرامها إلا بعد موافقة مجلس النواب».

من هنا، تتمثّل الضمانة الأهمّ لعدم خرق الدستور برئيس الجمهورية الذي هو على رأس السلطات السياسية الدستورية التي تتولّى عملية إقرار المعاهدات الدولية بحسب المادة ٥٢ المذكورة. فريئيس الجمهورية، وفقاً لنصّ المادة ٤٩ من الدستور، هو رئيس الدولة ورمز وحدة الوطن، يسهر على احترام الدستور والمحافظة على استقلال لبنان ووحدته وسلامة أراضيه وفقاً لأحكام الدستور. وهو الذي يُقسم يمين احترام الدستور التي نصّت عليها المادة ٥٠ منه. أمّا المجلس النيابي فهو يُجيز أو يأذن للحكومة بإبرام المعاهدة. وإنّ دوره بموجب المادة ٥٢، وإن كان يُمارس بشكل قانون يُصوّت عليه، إلا أنّه في الواقع، ليس إلا إجازة إبرام أو ترخيصاً ممنوحاً لرئيس الجمهورية ومجلس الوزراء لممارسة صلاحية أو اختصاص عهد الدستور به إليهما. لكنّ دور مجلس النواب يبقى محورياً ويشكّل ضمانة أساسية في إطار الرقابة على مدى توافق المعاهدات الدولية مع الدستور، وذلك من خلال ما يتيح العمل البرلماني من مناقشات على مستويات عدّة لمشاريع القوانين، سواء أمام اللجان النيابية أم أمام الهيئة العامة. ولا يحول دون ممارسة هذا الدور سوى إمكان لجوء الحكومة إلى الطابع السري للمعاهدات لعدم إطلاع مجلس النواب على مضمونها. والمعاهدات السرية أشارت إليها ضمناً المادة ٥٢ حين نصّت على أن «تُطلع الحكومة مجلس النواب عليها (اي المعاهدات) حينما تُمكنها من ذلك مصلحة البلاد وسلامة الدولة».

إنّ اللجوء إلى طابع السرية الذي أتاحه النص الدستوري من شأنه، بدون شك، أن يقوّض الرقابة البرلمانية على دستورية المعاهدة. وقد شهد لبنان مثل هذه الحالة في ما يعرف باتفاق القاهرة الذي وُقّع في العام ١٩٦٩ مع منظمة التحرير الفلسطينية، والذي نظم الوجود الفلسطيني في لبنان بعد الصدمات التي حصلت مع القوى النظامية اللبنانية. فقد حصل رئيس الجمهورية آنذاك على موافقة مجلس الوزراء على هذا الاتفاق من دون أن يطلع عليه. واعتمدت الطريقة نفسها أمام مجلس النواب الذي وافق على الاتفاق من دون الاطلاع عليه.

دور المؤسّسات السياسيّة في الرقابة على دستوريّة المعاهدات الدوليّة كلمة وزير العدل ، سليم جريصاتي ، ألقتها القاضي ريتا كرم

إنّ مخالفة الدستور أمر لا خلاف على خطورته حين يتمّ على المستوى الداخليّ، أي عندما يصدر نصّ تشريعيّ يناقض الدستور أو يخالف أحكامه في أحد مندرجاته. لكنّ الخطورة الأشدّ تكمن في مخالفة الدستور على صعيد العلاقات الخارجيّة، أي عندما تُقدم السلطات المعنيّة بإقرار المعاهدات الدوليّة، على مخالفة الدستور في إطار العلاقة مع دولٍ أجنبيّة أو لمصلحة هذه الدول على حساب الدستور اللبنانيّ.

وإنّ رقابة المؤسّسات السياسيّة على دستوريّة المعاهدات وُجدت قبل نشوء الرقابة القضائيّة. فالسلطات الدستوريّة المعنيّة كانت ولا تزال ملزمةً احتراماً أحكام الدستور ومراعاته في كل أعمالها، وهذا طبعاً بغضّ النظر عن مدى فعاليتها وعمّا إذا كانت تشكّل ضماناً كافية تحوّل فعلاً دون حصول خرق للدستور. من هنا، ينبغي معرفة دور المؤسّسات السياسيّة في الرقابة على دستوريّة المعاهدات الدوليّة (أولاً).

أمّا تزايد الالتزامات الدوليّة للدولة في عصرنا الحاليّ، واضطرارها في الكثير من الأحيان إلى الانسجام مع متطلبات هذه الالتزامات عبر تعديل نصوصها الداخليّة وحتى الدستوريّة منها عند حصول تعارض بين تلك النصوص والالتزامات المعبر عنها في المعاهدات الدوليّة، فإنهما يجعلان التساؤل مشروعاً عن حقيقة الرقابة على دستوريّة المعاهدات وما إذا كانت تؤدي في الواقع إلى تدويل الدساتير بدلاً من إخضاع المعاهدات للدساتير الوطنيّة (ثانياً).

LES ÉTUDES | الدراسات

**PREMIÈRE PARTIE
ANALYSE GÉNÉRALE**

الجزء الأول
تحليل عام

في الخاتمة، حاولنا، من خلال هذا البحث، إلقاء الضوء على إشكالية رقابة القاضي الإداري القيم على الرقابة على شرعية الأعمال الإدارية لجهة انطباقها على القوانين الداخلية وعلى القواعد القانونية الدولية، من جهة ثانية. إن القاضي الإداري، باعتباره المعاهدات الدولية مصدرًا من مصادر الشرعية الإدارية، يدخل في اختصاصه القضائي إعطاء الوصف القانوني لطبيعة الوثيقة الدولية المدلى بها، والتحقق مما إذا كانت تُعتبر معاهدة دولية أو لا، بغية التثبت من نفاذها وإنتاجها مفاعيلها القانونية على صعيد النظام القانوني الداخلي.

وبما أن القاضي الإداري اللبناني بات مرجعًا مختصًا لتفسير بنود المعاهدة الدولية بنفسه دونما الرجوع إلى تفسير يعطيه وزير الخارجية، على حدّ ما استقر عليه الاجتهاد، وذلك على ضوء المستندات والاستقصاءات التي يعود له الحصول عليها عند الاقتضاء من السلطات الحكومية²³.

وبما أن المعاهدات والاتفاقيات الدولية، في مراحلها كافة، تُعتبر أعمالاً حكومية وتعبيراً عن إرادة الدولة في سياستها الخارجية الرقابة على إنفاذ الاتفاقيات الدولية من خلال مراقبته مشروعيتها القرارات الإدارية وكيفية التزامها النصوص التي تلونها مرتبة ومنها المعاهدات الدولية، فتبرز إشكالية صلاحيات القاضي الإداري واختصاصه في تفعيلها وكيفية التعامل مع سمو النظام القانوني الدولي.

فمن خلال دوره الرقابي على مشروعية القرارات الإدارية، فردية وتنظيمية، تعترض القاضي الإداري مسألة كيفية تطبيق الاتفاقيات الدولية وانسجامها مع حقوق الأفراد، وكيفية التزام تطبيق الإدارة المعاهدات بشكل منسجم معها ومن دون المسّ بحقوق الأفراد، وارتضاءها التزام معاهدة على صعيد القانون الدولي العام وتتناول أعمالاً متصلة بعلاقات الحكومة الدولية وبتمثيل الدولة أمام أشخاص القانون العام وتنظيم ارتباطات الدولة الخارجية. وهي تستوجب احترام أصول دبلوماسية معينة وأحكام ذات صفة تشريعية مجردة ومتفق عليها بالأحرف الأولى وخاضعة لقواعد دولية وداخلية، على حدّ سواء ♦

23. CE français, arrêt Niccolo, précité à la note n° 14.

وتُعتبر الاتفاقيات الدولية التي تبرمها الدولة في علاقاتها مع الدول أو من خلال المنظمات الدولية، من المصادر الرسمية التي تكون القاعدة القانونية. وقد كرس المشتري اللبناني، في المادة الثانية من قانون أصول المحاكمات المدنية، مبدأ سمو الاتفاقية الدولية على القانون العادي، استناداً إلى مبدأ تسلسل القواعد: «على المحاكم أن تتقيد بمبدأ تسلسل القواعد، عند تعارض أحكام المعاهدات الدولية مع أحكام القانون العادي، تتقدم في مجال التطبيق، الأولى على الثانية» يضاف إلى ذلك أن المادة ١٠٣٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية، نصت على أنه: «تعتبر ملحقة بهذا القانون جميع نصوص المعاهدات والاتفاقيات الدولية المتضمنة قواعد خاصة بأصول المحاكمات أو باختصاص محاكم أو مراجع قضائية أو بأصول التنفيذ أو قواعد الإثبات.

وبالتالي، فإنّ العهدين الدوليين للحقوق السياسية والمدنية والحقوق الاقتصادية والاجتهادية، بعد انضمام لبنان إليهما، أصبحتا قاعدتين ملحقتين بالقانون الوضعي اللبناني وأعلى رتبة منه، كونهما تكرسا باتفاقيات دولية.

كما جاءت مقدمة الدستور اللبناني لتؤكد التزام لبنان ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان. وهكذا انصهر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مادياً في النظام القانوني اللبناني، بعد أن أصبح جزءاً من المقدمة في العام ١٩٩٠. وعليه، فقد مارس القضاء الإداري دوراً في العديد من الحالات، كونه الرقيب على الأعمال الإدارية، سواء كانت فردية أو تنظيمية بتدخله لحماية الحريات والحقوق السياسية، لا سيما لجهة حرية الانتساب إلى النقابات وتعدد النقابات للمهنة الواحدة.

كما كان لمجلس شوري الدولة موقف بارز لجهة حماية حرية الجمعيات لتأسيس جمعية بدون قرار ترخيص من وزارة الداخلية. واعتبر أنّ «العلم والخبر» يكفي استناداً إلى قانون الجمعيات لعام ١٩٠٩. كما اعتبر حقّ المراجعة من المبادئ القانونية العامة ذات القيمة الدستورية، وهي تتعلق بالنظام العامّ. وردّ الدفع لعدم صلاحية مجلس الشوري للنظر عن طريق نقض قرارات الهيئة العليا للتأديب^{٢٠}. وأبطل مجلس شوري الدولة القرارات الإدارية التي كانت تحرم الموظف حقّ الدفاع في حال العقوبة المقننة^{٢١}.

«الإجازة بإبرام الإتفاق الدولي بموجب قانون لبناني، فإنّ وضعيّة هذا الاتفاق، في ما يتعلّق بالحقوق التي يطالب الأفراد اللبنانيون الدولة اللبنانية بها بالاستناد إليه، أصبحت كوضعيّة كلّ قانون لبناني ملزم. ويعود للقضاء اللبناني، ضمن هذا النطاق، أن يفسّر بنود الإتفاق ويراقب كيفية تطبيقه، كما يفسّر ويراقب تطبيق القوانين اللبنانية العادية. ذلك أنّ نطاق الحقوق المشار إليها منفصل عن نطاق العلاقات بين الدولتين المتعاقبتين، بحيث إنّ موضوع المراجعة الحاضرة لن ينال تلك العلاقات الدولية بل يقتصر على بحث موجبات الدولة اللبنانية في الحقل الداخلي تجاه المواطنين اللبنانيين، الأمر الذي يدخل، بدون شك، ضمن سلطة هذا المجلس»^{٢٢}.

خلاصة

خطا لبنان خطوة هامة على صعيد تكريس حقوق الإنسان في نظامه القانوني الداخلي حين التزم تطبيق مبادئ شرعية حقوق الانسان في الدستور. فرغ الحريات العامة وحقوق الأفراد إلى مرتبة الحريات والحقوق الأساسية، وأصبح القاضي الإداري رقيباً من خلال رقابته على مشروعية الأعمال الإدارية على تطبيق هذه الحريات والحقوق الأساسية، إلى جانب القضاء العدلي والدستوري طبعاً. تمّ إدماج مفهوم حقوق الإنسان والمبادئ الدولية في القانون الوضعي اللبناني. وذلك حين انضمّ لبنان سنة ١٩٧٢ إلى العهدين الدوليين، الأول المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والثاني المتعلق بالحقوق السياسية والمدنية بموجب القانون المنفذ في المرسوم تاريخ أول أيلول ١٩٧٢. المرحلة الثانية حين أصبح الإعلان العالمي لحقوق الانسان جزءاً من مقدمة الدستور من خلال التعديلات لدستورية سنة ١٩٩٠، والذي كرس التزامه بموجب الفقرة الثانية من المقدمة المذكورة التي نصت على ما يلي:

«ب/ لبنان عربي الهوية والانتماء، وهو عضو مؤسس وعامل في جامعة الدول العربية وملتزم موثيقها، كما هو عضو مؤسس وعامل في منظمة الأمم المتحدة وملتزم موثيقها والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وتحبذ الدولة هذه المبادئ في جميع الحقول والمجالات دون استثناء».

٢٠. شوري، جمعية الدفاع عن الحقوق والحريات/ الدولة، قرار رقم ١٣٥ تاريخ ٢٠٠٣.

٢١. شوري، السفير غصن - الدولة / السفير غصن، قرار ٢٠٠١.

٢٢. شوري، رياض العبد الله/ الدولة، ٢٠٠١.

١٩. قرار رقم ٣١٥ تاريخ ١٩٧٣، أصحاب الاموال المؤتممة في مصر، الفرد كئانه/ الدولة.

قرار مجلس القضايا رقم ٤٧ تاريخ ١٩٧١، شركة ممدوح نمللي اخوان/ الدولة.

المعاهدة نافذة في فرنسا ومطبقة. إن القاضي الإداري الفرنسي كانت تقتصر رقابته على التأكد من وجود التوافق. وإن عملية المصادقة أو الإبرام قد تمت في ما يتعلق بالمعاهدات الدولية. كانت هذه الرقابة شكلية إلى حين صدور اجتهاد سنة ١٩٩٨. حينها، فقط، أصبح يتحقق من صحة هذه الأعمال وليس فقط من وجودها^{١٦}.

حتى إن الاجتهاد الفرنسي ذهب أبعد من ذلك في رقابته على مشروعية المعاهدات الدولية، من خلال تأكده من التطبيق المتبادل من قبل الدولة المتعاقدة، وذلك احتراماً لمبدأ المعاملة بالمثل، وذلك في قرار شهير عام ٢٠١٠^{١٧}.

أما في ما يتعلق بالآثار المترتبة على تنفيذ المعاهدات، فإن هذا الأثر يتخطى الدول المتعاقدة ليرتّب نتائج على الأفراد. ويمكن الاتفاقيات الدولية أن تُنشئ حقوقاً وموجبات على مواطني الدول. فالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان كرّست حق الأفراد في أن لا يُعاملوا بطريقة غير إنسانية ومؤلمة وأن يتمتعوا بحرية التعبير المنوطة للأفراد، ويُمكن مساءلة الدولة المعنية بسببها.

- II - مدى اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية

إن مشاكل التفسير لا تظهر إلا بمناسبة تطبيق المعاهدة. ويُقصد بتفسير المعاهدة بيان حقيقة معاني النصوص وتطبيقها على الأعمال الإدارية. وقد يكون نص المعاهدة غير واضح ويحتاج إلى تفسير. وهذا الأخير ليس دائماً بالأمر اليسير لأنه يؤدي كثيراً إلى إثارة الخلافات بين الدول المتعاقدة. لذلك، يقتضي التفسير بدقة وحذر. وهنا تبرز مسألة مدى اختصاص القضاء الإداري بالتفسير. ومن خلال مطالعة الاجتهاد الإداري اللبناني، يتبين أن تفسير المعاهدات الدولية هو صلاحية وزارة الخارجية في الحقل الدولي العام وصلاحية القضاء الإداري في التفسير في الحقل الداخلي^{١٨}. لأنه، في حال الغموض في الاتفاقيات الدولية، يجب اللجوء إلى وزارة الخارجية لتفسيرها، وإن رقابة القضاء الإداري على التدابير التطبيقية التي يقتضيها الحكومة اتخاذها لتنفيذ الاتفاقيات الدولية، تعود إلى اختصاصه العادي برقابة أعمال الإدارة كافة. كما ورد في اجتهاد لبناني آخر صادر عن مجلس شورى الدولة، أنه بعد

16. *Idem*.

17. CE, Ass., Mme Cheriet-Benseghir, arr. 9 juil. 2010, n° 317747, Rec. Lebon 2010.

١٨. قرار مجلس القضايا رقم ٤٧ تاريخ ١٩٧١، شركة ممدوح نملي اخوان/الدولة.

كما للأفراد الحق في طلب إبطال قرار إداري خُرِفَ بموجبه نصوص معاهدة دولية، باعتبار أن لهذه الأخيرة قوة القانون. (طلب إبطال قرار إداري بتسليم السيدة كيركوود إلى دولة أجنبية لتحاكمها)^{١٩}.

قرّر مجلس الشورى الفرنسي بتاريخ ١٩٨٩ أن المعاهدات الدولية باتت تتقدّم على القوانين العادية في سلم الشرعية، حتى ولو كانت هذه القوانين لاحقة زمنياً للمعاهدات المتعارضة معها^{٢٠}. في لبنان اجتهادات مجلس الشورى كثيرة، في ما يتعلق بانصهار الاتفاقيات الدولية في القانون الداخلي. فعندما يُقرّ مجلس النواب اتفاقاً دولياً وينشره رئيس الدولة، يصبح الاتفاق جزءاً من التشريع اللبناني يحق للأفراد التذرع بأحكامه. كما اعتبر مجلس الشورى اللبناني أن العمل الصادر عن المجلس النيابي بالإجازة للسلطة المختصة إبرام معاهدة دولية والمنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة ٥٢ من الدستور، هو قانون. وهو نصّ جهّته وأعدته السلطة التنفيذية، وللمجلس أن يرفض أن يمنح الإجازة من دون أي حق في تعديل بند من بنودها. ولرئيس الجمهورية، بعد منحه الإجازة، الحق الاستثنائي في إبرام المعاهدة أو الامتناع عن إبرامها^{٢١}.

إن إشكالية دخول المعاهدة حيز التنفيذ وتطبيقها تُطرح من خلال اجتهاد القضاء الإداري. بمعنى آخر، إن معاهدة دولية لا تستوفي شروطها المنصوص عنها في الدستور، لا تُعتبر في موقع أسمى من القانون ولا كقاعدة قانونية أرفع وأعلى من الأعمال الإدارية. هناك شروط مادية، شكلية يجب مراعاتها، مثل النشر والإبرام. بالإضافة إلى شروط أخرى في الدستور الفرنسي تحديداً تتعلق بالمعاملة بالمثل والأثر المباشر للمعاهدة (condition de réciprocité et effet direct) في القانون الفرنسي، بعض المعاهدات تُصادق عليه السلطة التنفيذية وبعضها الآخر تُصادق عليه السلطة التشريعية. إن مجلس الشورى الفرنسي، في اجتهاد له سنة ١٩٩٨، كان رقيباً على وجود أو عدم وجود مصادقة وفقاً للأصول^{٢٢}. وفي حال عدم المصادقة بحسب الأصول، لا تُعتبر

contraires J. Célier; CE, ass., Salgues 11 juillet 1947, Lebon 315.

Le juge admet pour les faits de guerre par assimilation, c'est-à-dire ceux commis à l'occasion de la guerre mais autres que les faits de guerre au sens strict, que la victime bénéficie d'une option et puisse réclamer la réparation de ses dommages corporels ou matériels sur le fondement du droit commun de la faute de service.

12. CE, Assemblée, Arrêt Dame Kirkwood, 30 mai 1952, req. n° 16690, rec. Lebon p. 291.

13. CE, Ass., Niccolo, arr. 20 octobre 1989, n° 108243, Rec. Lebon, 1989.

١٤. شوري، بلدية مجدليا/شركة نفط العراق، قرار رقم ١٣٣/١٩٨٤.

15. CE, Ass., SARL du Parc d'activités de Blotzheim, arr. 18 déc. 1998, n°181249, Rec. Lebon 1998.

عناصرها فقط، وهي رقابة الشرعية الخارجية أي التقيّد بالأصول الشكلية فقط من دون الولوج إلى مشروعية المضمون.

كما اعتبر القضاء الإداري اللبناني، في قرار له، أنّ العمل المشكوك منه صادر عن عناصر الجيش اللبناني في نطاق تنفيذ مهمة الحفاظ على الأمن الداخلي والخارجي ضمن الحدود اللبنانية، من دون أن ينشأ عن هذا العمل أي علاقة عادية أو غير عادية بين الدولة اللبنانية ودولة أخرى أو مؤسسة تابعة للقانون الدولي العام. وبالتالي، يكون العمل المطعون فيه غير داخل في فئة الأعمال الحكومية (فايز الاحدب: وزارة الدفاع - ١٩٩٧ قرار ٩٧/٢٧١). كما قضى مجلس شوري الدولة اللبناني في قضية أخرى أنه عندما تعمد الدولة إلى التشويش على إذاعة أجنبية كائنة على أرض دولة أخرى خلافاً للمعاهدات الدولية أو العرف الدولي فإن عملها هذا يتصل إتصلاً وثيقاً بعلاقاتها الخارجية مع هذه الدولة ولا يمكن أن يُؤلف هذا العمل عملاً مُستقلاً عن العلاقات الدولية وليس بإستطاعة القاضي أن يقدر شرعيته ونتائجه بصورة مستقلة عن مصدره وعن تفاعله وتأثيره الدولي وُردت بالنتيجة المراجعة لعدم الصلاحية لأن عمل التشويش في أرض أجنبية خاضع لسلطة دولة أجنبية يخرج، نظراً إلى طبيعته، عن أي مراقبة قضائية لأنه يطرح، على بساط البحث، تقدير تصرفات الدولة اللبنانية في علاقاتها الخارجية. وهذا الموضوع هو خارج إطار رقابة القضاء اللبناني. (جبارة/وزارة الإعلام- مجلس قضايا - ١٩٧٥).

وفي قرار قضائي آخر، اعتبر مجلس شوري الدولة اللبناني أنّ المجلس لا ينظر إلا في المراجعات التي تتعلق بالنظام القانوني الداخلي، وأنّ المقاومة الفلسطينية تُعتبر من أشخاص القانون الدولي العام، وموضوع المراجعة يمتّ بصلته إلى العلاقة بين الدولة اللبنانية والدولة الفلسطينية ويؤدي إلى بحث علاقات يتناولها القانون الدولي العام، ويخرج بالتالي عن اختصاص المجلس، العمل الذي أدى إلى الضرر المشكوك منه ويدخل في فئة الأعمال الحكومية التي لا يعود النظر فيها، أي المحاكم الإدارية^{١٠}. إنّ الأعمال الإدارية تتناول العلاقات الدولية، فيكون هناك عمل حكومي وتُرد المراجعة. أمّا إذا كان تطبيق المعاهدة لا يتناول العلاقات الدولية بل يقتصر على الآثار المتعلقة بحقوق الأفراد، فلا يكون هناك عمل حكومي وتُقبل المراجعة^{١١}.

١٠. شوري، فايز الاحدب/الدولة، قرار ٩٧/٢٧١. كان المستدعي يطلب التعويض عن الضرر الذي لحق بفيته من جراء اعتداءات فلسطينية.

١١. التعويضات التي نالها المتضررون من أفعال الجنود الأميركيين في فرنسا:

CE, ass., Tropower, 30 janv. 1948, Lebon 48; CE, Fanni, Lebon. 51; S. 1948. III, 45, concl.

إنّ للقاضي الإداري، على ما استقر عليه الاجتهاد الحديث، صلاحية بتّ صحة الوجود المادي لتوقيع الأطراف على المعاهدة الدولية وما إذا استُكملت عناصر الإصدار والنشر لنصوصها كاملة، إنّما ذلك من الناحية المادية أي لجهة التثبت من إتمام العملية المادية الموصوفة في القانون الدستوري والقانون الدولي العام بإدخال المعاهدات في النظام القانوني الداخلي ولجهة الشرعية الخارجية للأعمال المتعلقة بمرحلتَي الإصدار والنشر^{١٢}.

إنّ القاضي الإداري هو قاضي شرعية. يوجد نوعان من الرقابة على شرعية القرارات الإدارية: الشرعية الخارجية والشرعية الداخلية.

إنّ الشرعية الخارجية تعني الرقابة على التقيّد بالأصول والقواعد الشكلية للمعاهدات من دون المضمون. أمّا الشرعية الداخلية فهي تعني الرقابة على مضمين المعاهدات، وهي في المبدأ كونها أعمالاً حكومية أو سيادية غير خاضعة لرقابة القاضي الإداري. إذ توجد طائفة من الأعمال لا تخضع، بحكم طبيعتها، لرقابة القاضي الإداري لأنّها طابعاً سيادياً. هذا ما يُسمى بالأعمال الحكومية. إنّ آراء كثيرة في الفقه عارضت وجود أعمال لا يمكن إخضاعها للرقابة القضائية، ولكن، مع الوقت، اتضح أنّ هذه الاعمال لا تشكل خروجاً مطلقاً عن الرقابة بل ببعض

CE français, Mégret et Mekhantar, arrêt 5 juillet 2000, requête Bruno MÉGRET n° 206303 et Joël MEKHANTAR n° 206965, Rec. 2000.

- والقرار بعدم نشر معاهدة:

CE français, Sieur de Malglaive, arrêt, 4 novembre 1970, Rec. 1970, p. 635.

- والقرار بتوثيق العمل بمعاهدة:

CE français, Ass., Préfet de la Gironde c Mhamedi, arrêt 18 décembre 1992, n° 120461, Rec. 1992, p. 446.

- والقرار بوقف التعاون العلمي والتقني مع العراق خلال حرب الخليج:

CE français, GISTI-MRAP, 23 septembre 1992, Rec. p. 346. (Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (M.R.A.P.)) : « Cons. que la circulaire en date du 24 septembre 1990 par laquelle le ministre de l'éducation nationale a demandé aux établissements d'enseignement supérieur de suspendre toute coopération scientifique et technique avec l'Irak et d'interdire aux ressortissants de ce pays de s'inscrire pour l'année universitaire 1990-1991 n'est pas détachable de la conduite des relations diplomatiques de la France et échappe ainsi à tout contrôle juridictionnel ; que, par suite, la juridiction administrative n'est pas compétente pour connaître des requêtes du Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et du Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (M.R.A.P.) tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de cette circulaire ;... (rejet des requêtes) »

- وقرار رئيس الجمهورية الفرنسي بالسماح للطيران البريطاني والأميركي بالتحليق فوق الأراضي الفرنسية لغزو العراق:

CE français, Comité contre la Guerre en Irak, arrêt 10 avril 2003, n° 255905, Rec. 2003.

٩. شوري لبنان، القرار المذكور سابقاً رقم ٤٣١/٢٠٠٢.

للإجابة عن هذه الأسئلة، لا سيّما أننا لم نستثنِ بالكامل أعمال الحكم ولم نخرجها مطلقاً من دائرة الرقابة، بل ميّزنا بين الأعمال المادية التي تبقى خاضعة لرقابة القضاء. لذلك، سنتطرق إلى الرقابة على صحّة إجراءات التصديق على المعاهدة الدولية، ثمّ مراقبة شرط نشر أحكام الاتفاقيات الدولية.

إنّ المعاهدات التي تُبرمها الدولة في مجال علاقاتها الدولية تصبح جزءاً من قانونها الداخلي، بحيث يتعيّن على جميع سلطات الدولة أن تطبّق المعاهدة. وتصبح أيضاً مصدرًا من مصادر الشرعية الإدارية من ناحية احترامها والتقيّد بها من خلال الأعمال الإدارية الصادرة عن السلطة التنفيذية والسلطات الإدارية كافة.

إنّ المعاهدات والاتفاقيات الدولية، عندما تصبح مصدرًا من مصادر الشرعية الداخلية، لها قوة تفوق قوة القانون، وذلك اعتباراً من تاريخ نشرها. هذا ما ورد في الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ (المادة ٥٥) بعدما كان دستور عام ١٩٤٦ قد تضمّن نصاً مماثلاً (المادة ٢٦). وهذا ما ورد صراحة في المادة ٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية فقرتها الأولى، حيث جاء ما حرفته: «عند تعارض أحكام المعاهدات الدولية مع أحكام القانون العادي، تتقدّم في مجال التطبيق الأولى على الثانية».

فالمعاهدات الدولية لا يلتزمها إلا الأطراف الدولية المعنية بها، ولا تتعدى بطبيعتها النطاق الخارجي. ولكن، عندما تدخل حيّز التنفيذ على الصعيد الداخلي قانوناً، تصبح ملزمة للأفراد إذا تمّ نشرها في الجريدة الرسمية على غرار القوانين والأنظمة بعد أن يُبرمها رئيس الجمهورية بالاتفاق مع رئيس الحكومة وبعد موافقة مجلس الوزراء، بموافقة مجلس النواب أو بدونها (حسب الأصول المعتمدة في الدولة المعنية).

استناداً إلى ما تقدّم، يكون العمل الإداري الذي يخرق معاهدة أو اتفاقاً دولياً عرضة للإبطال لتجاوز حدّ السلطة، ما لم يكن في الأمر عمل حكومي حيث يحظر على القاضي مراقبة العمل المذكور. إنّ الاجتهادين الفرنسي واللبناني يميّزان بين حالتين ناجمتين عن تطبيق المعاهدة. وإذا كان هذا التطبيق يتناول العلاقات الدولية وحدها، فيكون هناك عمل حكومي وتُردّ المراجعة^٧. وهناك أمثلة عديدة في الاجتهاد الفرنسي^٨

٧. شوري، أبي خليل، قرار ١٩٩٦، م. ف. ا. العدد ١٢، ١٩٩٨، م ١ ص ٧٥.

٨. وعلى سبيل المثال:

– القرار الصادر بإرسال قوى مسلحة إلى يوغوسلافيا تتعلق بأزمة كوسوفو. لم يعتبر القضاء الفرنسي هذا القرار قابلاً للطعن ولرقابة القضاء الإداري:

التزام لبنان المواثيق الدولية، وفي مقدمها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، بصورة صريحة، يُعتبر إنجازاً تاريخياً، بالرغم من حداثة عهد الدستور فيه. وهو أمر يجعل لبنان جزءاً من الورشة العالمية القائمة – بدفع من منظمة الأمم المتحدة – والعاملة على تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريّات العامة في جميع البلدان وفي النظم القانونية التي تتبعها، وعلى تأمين الاعتراف والتقيّد الفعليين بها للجميع من دون تمييز؛ والأهمّ أنّ لبنان يلتزم، في هذا المجال، أن يخضع لمساءلة الأسرة الدولية.

– القسم الثاني –

صلاحية تفسير المعاهدات والاتفاقيات

وإشكالية رقابة القاضي الإداري على أعمال الحكم

بات القاضي الإداري مرجعاً مختصاً لتفسير بنود المعاهدة الدولية بنفسه دونما الرجوع إلى تفسير يعطيه وزير الخارجية، على حدّ ما كان مستقرّاً عليه في الفقه والاجتهاد، وذلك على ضوء المستندات والاستقصاءات التي يعود إليه الحصول عليها عند الاقتضاء من السلطات الحكومية. إنّ القاضي الإداري ليس بإمكانه إبطال معاهدة دولية، بل إبطال بعض القرارات الإدارية المتخذة تنفيذاً لمعاهدة وتعلق بحقوق الأفراد مباشرة وليس بالعلاقات الدولية، وإلا تُعتبر عملاً حكومياً يتعلق بسيادة الدولة ولا يُمكن إبطال القرارات المتصلة بنوع كهذا من المعاهدات.

I – دور القاضي الإداري في الرقابة على المشروعية الخارجية

للمعاهدات الدولية

إنّ نظرية الأعمال الحكومية هي من خلق مجلس شوري الدولة الفرنسي، ومقتضاها أنّ بعض الأعمال التي تجريها السلطة الإدارية تظلّ في منأى عن رقابة القضاء الإداري. ومن أبرز الأعمال تلك المتعلقة بأعمال السلطة التنفيذية في علاقتها مع الدول الخارجية والمنظمات الدولية، أي العلاقات الدبلوماسية.

فإذا كانت توجد طائفة من الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية في مجال القانون الدولي العام غير خاضعة لرقابة القضاء الإداري، فتطرح الأسئلة عن كيفية تطبيق القواعد الدولية وسلطات القاضي الإداري في الرقابة على الاتفاقيات الدولية، واحترامها؟

وبتنظيم ارتباطات الدولة الخارجية. وهي تستوجب احترام أصول دبلوماسية معينة وأحكام ذات صفة تشريعية مجردة ومتفق عليها بالأحرف الأولى وخاضعة لقواعد دولية وداخلية، على حد سواء. وهناك قرارات كثيرة لمجلس شوري الدولة اللبناني اعتبرت أن قرارات مجلس الوزراء المتعلقة بتنفيذ توصية جامعة الدول العربية، هي عمل حكم.

تستند الدساتير والقوانين الوطنية إلى مصادر اجتماعية وثقافية وعقائدية خاصة بالدولة ومجتمعها. إلا أنه ينبغي أيضاً أن تستلهم المبادئ والمعايير الدولية لحقوق الإنسان - الرامية إلى رسم سياسة حقوقية عالمية موحدة - مصدرًا أساسياً وملزماً لها؛ والمعايير الدولية تستخلص من مضمون المعاهدات والبروتوكولات والإعلانات والتوصيات التي تصدر عن منظمة الأمم المتحدة وأجهزتها المتخصصة وجامعة الدول العربية والاتحاد الأوروبي وسائر المنظمات الدولية والإقليمية. إن واجب الدولة، في هذا المجال، لا يقتصر على الإحالة على المواثيق الدولية أو التصديق عليها، إنما يقتضي عليها - فضلاً عن ذلك - أن تبذل ما في وسعها لإعمال تلك المواثيق، عبر تعديل أو إلغاء النصوص التشريعية الداخلية أو استحداث تشريعات جديدة ومواءمة التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية المصدّق عليها في لبنان، بالشكل الذي يضمن فاعلية تطبيق الأحكام الدولية وشموليته. كما يقتضي عليها تخصيص الموارد اللازمة لتأمين تنفيذها بالتعاون والتنسيق مع القطاعين الأهلي والخاص؛ ولا بدّ من أن يرافق (أو يلي) ذلك صدور مراسيم وقرارات تطبيقية. وبعد ذلك، لا بدّ، لكل من السلطة التنفيذية والسلطة القضائية وجمهور الشعب، من أن يلتزموا بمضمون تلك النصوص وروحيتها.

في ما يتعلق بلبنان، وإضافة إلى الحماية الصريحة أو الضمنية الواردة في مواد الدستور اللبناني أو في القوانين والمراسيم والقرارات المرعية الإجراء، فإنّ الحالة التشريعية قد شهدت تطوراً بالغ الأهمية بفعل التعديل الدستوري في ١٩٩٠/٩/٢١ الذي أضاف إلى الدستور مقدّمة جاء في الفقرة «ب» منها:

«لبنان عربي الهوية والانتماء، وهو عضو مؤسس وعامل في جامعة الدول العربية وملتزم مواثيقها، كما هو عضو مؤسس وعامل في منظمة الأمم المتحدة وملتزم مواثيقها والإعلان العالمي لحقوق الإنسان. وتجسد الدولة هذه المبادئ في جميع الحقوق والمجالات دون استثناء.»
تكمّن أهمية هذا النصّ في أنّ المواثيق الدولية المعطوف عليها صراحة في مقدّمة الدستور، باتت تتمتع بالقوة الدستورية الكاملة، على ما قضى به المجلس الدستوري في قرار مبدئي. وإنّ

٦. شوري، أبي خليل/ الدولة، قرار رقم ٦٧، تاريخ ١١/٦/٩٦.

غير المباشر الذي أوجده الاجتهاد للأفراد في سياق طعنهم في أعمال تنفيذ اتفاقية دولية أغلقت بشأنها سبل الطعن المباشر مسألة مراقبة صحّة التعبير عن ارتضاء الدولة التزام معاهدة دولية، وما إذا كان هذا الالتزام قد تمّ خلافاً لأحكام قانونها الداخلي المتعلقة باختصاص إبرام المعاهدات. وقد جاء في القرار المذكور ما مفاده: «بما أنّ الجهة المستدعية تطلب إعلان انعدام الوجود القانوني في حالة اغتصاب السلطة للمرسم الاشتراعي المطعون فيه رقم ١٢٤ الصادر بتاريخ ١٩٧٧/٦/٢٠ واعتباره قابلاً للطعن أمام مجلس شوري الدولة لاحتفاظه لجهة الشكل بصفة النظام لعدم اقترانه بمصادقة السلطة الاشتراعية بشكل صريح أو بصورة ضمنية، وذلك عن طريق الطعن المباشر في هدف إبطاله وإبطال الاتفاقية المطعون فيها التي أجاز للحكومة إبرامها بمقتضاه. وبما أنّ الجهة المستدعية تدلي بإبرام السلطة الإجرائية الاتفاقية المطعون فيها بدون موافقة مجلس النواب أي ما يُعرف بالتصديق الناقص، وأنّ مجلس النواب لم يصوّت على قانون التأهيل الذي يرخّص بموجبه للحكومة ممارسة اختصاصها الاستثنائي بإتمام عملية الإبرام. وإنه، بالتالي، لا يمكن الاحتجاج في وجهها بالاتفاقية المذكورة لإخلالها الواضح بقاعدة ذات أهمية جوهرية من قواعد القانون الداخلي ولخرقها أحكام الدستور ولافتقارها، على صعيد النظام الداخلي، إلى أيّ أساس قانوني ولانتفاء أحد الشروط اللازمة والأساسية لصحة تكوينها». وبما أنّ من بديهيّات الاختصاص القضائي إعطاء الوصف القانوني لطبيعة الوثيقة الدولية المدلى بها والتحقّق مما إذا كانت تعتبر معاهدة دولية أم لا، بغية التنبّه من نفاذها وإنتاجها مفاعيلها القانونية على صعيد النظام القانوني الداخلي.

إنّ المعاهدات والاتفاقيات الدولية، في مراحلها كافة، تُعتبر أعمالاً حكومية وتعبيراً عن إرادة الدولة في سياستها الخارجية وارتضاءها التزام معاهدة على صعيد القانون الدولي العامّ وتتناول أعمالاً متّصلة بعلاقات الحكومة الدولية وبتمثيل الدولة أمام أشخاص القانون العامّ

٥. قرار رقم ٤٣١ تاريخ ٢٦/٣/٢٠٠٢. الرئيس غالب غانم والمستشاران البرت سرحان وكرام بدوي.

من مراجعة اجتهاد مجلس الشوري: «إزاء صراحة النصوص المبينة في المادتين الأولى والثانية من الاتفاقية المطعون فيها وفي المادة الثالثة من ميثاق إنشاء المركز الدولي للبحوث الزراعية في المناطق الجافة «ايكاردا» في لبنان، فإنّه من الثابت أنّ الوثيقة الدولية المشكو منها تُعتبر من الاتفاقيات الدولية لأنها تهدف إلى تحقيق عملية قانونية معينة، من شأنها إحداث آثار قانونية محدّدة أو مجموعة من الحقوق والالتزامات في ما بين أشخاص القانون العامّ، أي بين الدولة اللبنانية ذات السيادة ومركز البحوث للتنمية الدولية لإنشاء المركز الدولي للبحوث الزراعية في المناطق الجافة.

«ايكاردا» الذي له صفة المنظمة الدولية التي تتمتع بالشخصية القانونية الدولية في حدود اختصاصاتها والأهلية الدولية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ولها دورها في حياة الجماعة الدولية، خلافاً للاتفاقات المعقودة مع الأقاليم التي لا تتمتع بالسيادة أو مع الأفراد والمؤسسات والهيئات الأهلية الخاصة غير المخولة إبرام المعاهدات والاتفاقيات الدولية، والتي لا تطبق بشأنها الإجراءات الدستورية الواردة في المادة ٥٢ المعدلة من الدستور.»

عليه التقيّد بتنفيذها. وفي حال عدم التقيّد بالتطبيق، يصبح الطرف الآخر في حلّ من تطبيقها. وبالتالي، لن يغلبها على قواعد قوانينه الداخلية. أمّا في لبنان، فإنّ صلاحية المفاوضة والتوقيع على المعاهدات منصوص عليها في المادة ٥٢ من الدستور، وتصبح مبرمة نهائياً بعد ان تُعرض على مجلس الوزراء. أمّا إذا كانت من المعاهدات التي لا يجوز فسخها سنة فسنة، أو من الاتفاقيات التجارية، أو ترتب أعباء مالية، فعندها يبرمها مجلس النواب. فطالما أنّ المعاهدة تستلزم، في حالات كثيرة، مصادقة مجلس النواب، فلا تصبح ملزمة للدولة إلا بعد المصادقة عليها. وهنا، يتبادر إلينا السؤال لمعرفة إذا كانت المعاهدة يُمكن إبطال مفعولها أمام مجلس شوري الدولة.

- II - المعاهدات هي من الأعمال الحكومية

إنّ فئة الأعمال الحكومية لا تدخل ضمن صلاحيات القضاء الإداري، إذ أنّ العمل الحكومي هو العمل الذي يعني تحديد الصلاحيات في ما بين السلطات الدستورية. وهو العمل الذي يضع المتعلّق بإعمال مبدأ فصل السلطات: مثلاً، تعديل الحقائق الوزارية أو تشكيل الحكومة وتأليفها. ولا تدخل الأعمال الصادرة عن رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء في علاقاتهم المتبادلة، كتسمية أو استقالة أعضاء الحكومة في اختصاص القضاء الإداري لأنها من عداد الأعمال الحكومية.

إنّ المعاهدات هي من أعمال الحكم المرتبطة بسيادة الدولة، وهي غير خاضعة للرقابة. ولكنّ هذا الأمر لا يمنع القاضي من أن يرى إذا كان هناك معاهدة صحيحة أو لا، فينظر في مقومات النصّ إذا كان يشكّل معاهدة أو لا. من مراجعة اجتهاد مجلس الشوري، يتبيّن أنّه إذا للقاضي الإداري، على حدّ ما استقرّ عليه الفقه والاجتهاد في اتجاه حديث لهما، بتّ صحّة الوجود الماديّ لتوقيع الأطراف على المعاهدة الدولية وما إذا استكملت عناصر الإصدار والنشر لنصوصها كاملة، إنّما ذلك من الناحية المادية أي لجهة التثبت من إتمام العملية المادية الموصوفة في القانون الدستوري والقانون الدولي العام بإدخال المعاهدات في النظام القانون الداخلي ولجهة الشرعية الخارجية للأعمال المتعلقة بمراحلتي الإصدار والنشر، عن طريق الدفع

إنّ المجلس الدستوريّ في اجتهاده هذا، استند إلى مقدّمة الدستور المعدّل سنة ١٩٩٠ والتي تنصّ على التزام لبنان موثيق منظمة الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان. وبذلك، يكون المجلس الدستوريّ قد وجد مخرجاً للمشاكل التي تُعيق عمل القاضي الدستوريّ والإداريّ في معرض مهمّته حماية حقوق الإنسان التي نصّت عليها الموثيق والاتفاقات الدولية، كونها وردت في مقدّمة الدستور وأصبحت جزءاً لا يتجزأ منه:

«إنّ الإعلانات والاتفاقيات والموثيق المعطوف عليها صراحة في مقدّمة الدستور، تؤلّف مع هذه المقدّمة والدستور جزءاً لا يتجزأ وتتمتع معاً بالقوة الدستورية.^٢»

- I - إمكانية رقابة القاضي الإداري على المعاهدات الدولية

عرّف شارل روسو المعاهدة بأنّها عقدٌ جارٍ بين دولٍ معترف بها، أي بين أعضاء ينتمون إلى الأسرة الدولية، وهدفه إعطاء حقوق وإلقاء موجبات قانونية على المتعاقدين، وهو عقدٌ ملزمٌ للطرفين.

نصّت المادة ٥٢ من الدستور اللبناني المعدّل سنة ١٩٩٠ على أن يتولّى رئيس الجمهورية المفاوضة في عقد المعاهدات الدولية وإبرامها بالاتفاق مع رئيس الحكومة. ولا تصبح مبرمة إلا بعد موافقة مجلس الوزراء. وتطلع الحكومة مجلس النواب عليها حينما تمكّنها من ذلك مصلحة البلاد وسلامة الدولة. أمّا المعاهدات التي تنطوي على شروط تتعلق بمالية الدولة والمعاهدات التجارية وسائر المعاهدات التي لا يجوز فسخها سنة فسنة، فلا يُمكن إبرامها إلا بعد موافقة مجلس النواب.

إنّ مفعول الاتفاقية هو أن تصبح قانوناً عندما تُبرم، ولكن تصبح قانوناً أسمى من القانون العاديّ. وإذا تعارضت نصوص القانون مع المعاهدة، تُطبّق المعاهدة. ففي فرنسا، جاء نصّ الدستور واضحاً لجهة المادة ٥٥ من دستور ١٩٥٨ الذي يلحظ صراحة أنّ المعاهدات الدولية لها أهميّة تفوق القوانين الداخلية شرط المعاملة بالمثل. ولكنّ هذين السموّ والأسبقية للمعاهدات على القوانين الداخلية في فرنسا مشروطان بالمعاملة بالمثل، بمعنى أنّ كلّ بلد موقع على معاهدة،

٢. المجلس الدستوريّ قرار رقم ٢/٢٠٠١ تاريخ ١٠/٥/٢٠٠١ الصادر في الطعن بالقانون المتعلّق بتعديل قانون اكتساب غير اللبنانيين الحقوق العينية العقارية في لبنان.

3. Charles ROUSSEAU, *Droit International public*, L. IV, Paris, Sirey, 1979, p. 66.

٤. شوري، بشارة مرهج/ الدولة، رقم ٩٨/٦٤٦-٩٩، تاريخ ٢٩/٦/١٩٩٩. اعتبر هذا القرار أنّ قرار مجلس الوزراء المتعلّق بتنفيذ توصية جامعة الدول العربية هو عمل حكوميّ.

- القسم الأول -

المواثيق الدولية والمعاهدات كمصدر للشرعية

والسؤال المطروح هو مكانة المواثيق الدولية أو الإعلانات العالمية في سلم القواعد القانونية ومدى إلزاميتها، وهل تؤلف مصدرًا من مصادر الشرعية الإدارية بمعنى أن على الإدارة التزامها في معرض أعمالها وقراراتها¹.

هل يستطيع القاضي الإداري تطبيق النصوص الدولية لحقوق الإنسان مباشرة؟ بمعنى هل يستطيع ذلك من دون أن تمرّ هذه النصوص عبر القانون الداخلي؟

هناك رأي يقول إن الإعلانات العالمية، مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن منظمة الأمم المتحدة في ١٠ كانون الأول ١٩٤٨، ليس لها قوة إلزامية بمعنى أنها لا تتضمن قواعد أخرى تلزم القضاء الوطني تطبيقها. ولا يمكن القاضي تطبيقها ما لم تصبح جزءًا من الانتظام القانوني الداخلي للدولة، أي أن يُصار إلى إدخالها في صلب القوانين الداخلية. ولنا مثال على هذا، اجتهاد صادر عن مجلس شوري الدولة اللبناني: مجلس القضايا رقم ١٩٩٨/٦٠٦ اعتبر أن «إعلان حقوق الإنسان ١٩٤٨ الذي يستند المستدعي إلى مواد منه ليطلب إبطال قرار إداري ليس معاهدة دولية ملزمة للدولة في شؤونها الداخلية، وإنما هو تصريح صادر عن الجمعية العمومية للأمم المتحدة في ما يجب أن تكون عليه الحياة الاجتماعية والإنسانية في العالم... وطالما أنه لم تصدر التشريعات الداخلية لتطبيق المبادئ الواردة في الإعلان، فإن القضاء يبقى غير صالح للنظر في موضوعه».

إن هذا الاجتهاد ينطبق على الرأي القائل إن المواثيق والاتفاقات الدولية، ما لم تصادق عليها الدولة وفقاً للأصول الدستورية، بحيث تصبح بمثابة القانون الداخلي، لا يمكن تطبيقها حتى ولو من خلال اعتبارها مبادئ قانونية عامة، لأن هذه المبادئ التي يطبقها عادة الاجتهاد الإداري، عند عدم وجود النص الداخلي، هي مبادئ قانونية عامة داخلية معترف بها داخلياً، ومستمدة من قيم المجتمع الوطني... وبالتالي، وبحسب هذا الرأي، ليس هناك مبادئ قانونية عامة دولية ذات طبيعة أمرّة وملزمة للقاضي الوطني، وإن كان لبعضها قيمة إنسانية.

ورأي آخر انبثق من اجتهاد المجلس الدستوري اللبناني في قراره ٩٧/٢ و ٩٧/١ تاريخ ٩٧/٢/١٢، استند فيهما إلى المادة ٢٥ من الاتفاقية الدولية لحقوق المدنية والسياسية، والذي أبطل بموجبها القانون تاريخ ١٩٩٧/٧/٢٤ المتعلق بتمديد ولاية المجالس البلدية واللجان القائمة بأعمال المجالس البلدية والقانون رقم ٦٥٥ تاريخ ٩٧/٧/٢٤ المتعلق بتمديد ولاية المجالس الاختيارية.

مبدأ الشرعية هو التزام السلطة التنفيذية الخضوع في كل أعمالها لأحكام القانون وللأنظمة التي تصدرها، تطبيقاً لأحكام القانون والتزام المبادئ العامة القانونية والدستورية وأحكام الدستور الذي هو القاعدة الأسمى في سلم قواعد الشرعية. الدستور هو أعلى قوانين الدولة وأسمائها قوة، فينبغي التقيّد بنصوصه وبالمبادئ التي يشتمل عليها والتي تلتزمها جميع السلطات في الدولة، ومنها السلطة الإدارية. فإذا خالف القرار الإداري أحكام الدستور، اعتُبر بالتالي قراراً غير شرعيّ وجاز طلب إبطاله لتجاوز حدّ السلطة.

وقد يشتمل الدستور على مقدّمة تتضمن مبادئ عامة. وقد يكون بعض هذه المبادئ منطوقاً على قواعد وضعيّة، أي على نصوص محدّدة تماثل موادّ الدستور بالذات. فتعتبر هذه، عندئذ، نصوصاً قانونية ملزمة وقابلة للتطبيق المباشر وبالتالي مصدرًا للشرعية التي تلتزم السلطات العامة التقيّد بها، كالنصوص التي تقرّر حرية الرأي أو العقيدة شرط عدم الإخلال بالانظام العامّ، أو تقرّر الملكية الفردية كحقّ مقدّس لا يمكن نزعها إلا لضرورة عامة وشرط أداء تعويض عادل ومسبق. فإذا خالف قرار إداري مضمون هذه النصوص، اعتُبر قراراً غير شرعيّ وتعرّض للإبطال. فنستطيع القول بالنتيجة إن القرار الإداري غير الدستوريّ - أي المخالف لأحكام الدستور - هو قرار غير شرعيّ وقابل للإبطال، على أن عدم شرعيّته أو عدم دستوريّته - يجب أن يُقدّر بالنظر إلى نصوص الدستور بوجه مباشر، وليس بطريقة غير مباشرة أي بالاستناد إلى قانون اتّخذ القرار الإداري على أساس أحكامه المخالفة للدستور، إذ يُحظر على القاضي النظر في دستورية القوانين.

إن نصوص المعاهدات الدولية النافذة في الإقليم الوطني، بعد إبرامها وتصديقها ونشرها طبقاً للقواعد المرعية، تكون ملزمة للإدارة والأفراد كالنصوص الداخلية ذات الصفة العامة. فإذا أصدرت السلطة الإدارية قراراً يخالف تلك النصوص، فيكون قرارها معيباً بمخالفة القانون، وقابلًا بالتالي للإبطال لتجاوز حدّ السلطة.

1. Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1995, p. 331.

المقدمة

إن القانون الدولي في تعاضم وتطور بفعل تطور الشعوب وإدراكها ووعي المواطن بإمكانية التمسك باتفاقيات دولية تضمن له حقوقه وتلزم دولته التقيّد بها. إن فكرة دولة القانون تعني الخضوع للمشروعية. فالمؤسسات الدستورية جميعها خاضعة للتشريعات الداخلية. ووجود قضاء مستقل يطبق هذا المبدأ، من خلال رقابته على مشروعية القوانين والأعمال الإدارية، هو المفهوم الأساسي في إرساء دولة القانون. إن القاضي الإداري هو في المبدأ قاضي مشروعية أي رقيب على مشروعية الأعمال الإدارية من ناحية انطباقها على القواعد القانونية الداخلية منها والخارجية أي المواثيق والاتفاقيات الدولية. إن مهمة القاضي الإداري تقتصر مبدئياً على تأمين احترام القواعد القانونية بتطبيق النصوص المرعية الإجراء بممارسة رقابة موضوعية على شرعية التدابير التي تتخذها الإدارة. إن القاضي الإداري يجد نفسه في مواجهة قواعد قانونية متميزة وجديدة، فيلجأ إلى البحث عن سبل تطبيق القاعدة الدولية ووسائل الرقابة. إن موقع القانون الدولي، بالنسبة إلى التشريعات الداخلية كونها مصادر للشرعية الإدارية، ما زال يطرح إشكاليات عدّة. من هنا، تبرز أهمية اجتهادات مجلس شورى الدولة اللبناني الذي سعى دوماً لإعطاء القانون الدولي مكانته وموقعه باعتماده مصدراً للشرعية الداخلية.

سنتناول، في قسم أول صلاحية القاضي الإداري في إطار القانون الدولي من خلال: اعتبار المعاهدات والاتفاقيات مصدراً من مصادر الشرعية الداخلية وكيفية تطبيقها في النظام الداخلي، وفي قسم ثانٍ صلاحية تفسير القاضي الإداري المعاهدات والاتفاقيات (وإشكالية أعمال الحكم).

International Treaties in the Light of the General Principles of Administrative Law

Abstract

The position of international law with regard to domestic legislation as sources of administrative legitimacy continues to be problematic. Hence the importance of the jurisprudence of the Lebanese State Council (Shura council), which has always sought to grant international law its status and position by adopting it as a source of internal legitimacy.

In fact, the administrative judge is the guardian of the control of the legitimacy of administrative acts in terms, on the one hand, of their applicability to domestic laws and to the rules of international law on the other.

International treaties in force in the national territory, after their conclusion, ratification and publication in accordance with the rules in force, shall be binding on the administration and individuals, as internal texts of a general nature. If the administrative authority issues a decision that contradicts these provisions, its decision shall be defective for violating the law and thus voidable for excess power. The question is the status of international conventions or international declarations in the hierarchy of legal rules and to which extent they are mandatory and whether they constitute a source of administrative legitimacy in the sense that the Administration must abide by them in the course of its actions and decisions.

Consequently, can the administrative judge apply directly international human rights provisions? In other words, can he do so without these provisions passing through domestic law?

In its both decisions 1/97 and 2/97, the Lebanese Constitutional Council based its opinion on article 25 of the International Covenant on Civil and Political Rights, by which the law of 24/7/1997 on the extension of the mandate of the municipal councils and the acting committees as Municipal Councils and Law n° 655 of 24/7/97 on the extension of the mandate of the optional councils, were repealed. The Constitutional Council has built this jurisprudence on the Preamble of the Constitution amended in 1990, which stipulates Lebanon's commitment to the conventions of the United Nations Organization and the Universal Declaration of Human Rights; therefore, the Constitutional Council will have found a way out of the problems that hinder the work of the constitutional and administrative judge in his task of protecting human rights provided for in international charters and conventions since they are contained in the preamble of the Constitution and thus, have become an integral part of it.

Article 52 of the Lebanese Constitution amended in 1990 stipulates that the President of the Republic shall negotiate and conclude international treaties in agreement with the Prime Minister, and which shall not be concluded unless approved by the Council of Ministers. The Government shall share international treaties with the Chamber of Deputies when it is in the best interest of the country and the safety of the State. However, treaties that involve conditions relating to the finances of the State, commercial treaties and other treaties which may not be dissolved year by year can only be concluded with the consent of the Chamber of Deputies

In Lebanon, the power to negotiate and sign treaties is stipulated in article 52 of the Constitution and becomes definitively concluded once it is submitted to the Council of Ministers. If it is a treaty that may not be dissolved year by year, or a trade agreement or one that incurs financial burdens, then they are concluded by The House of Representatives.

As long as in many cases the treaty requires the ratification of the House of Representatives, it becomes binding on the State only after ratification.

Here comes the question of whether the treaty can be invalidated before the State Council? International treaties fall within the category of governmental acts that do not fall within the competence of the administrative judiciary, since the governmental act is one that entails powers among constitutional authorities and is governed by the principles of sovereignty.

Treaties are acts of Government linked to State sovereignty and are not subject to control but this does not prevent the judge from considering whether there is a valid treaty or not, therefore, he shall consider the merits of the text to see whether it constitutes a treaty or not.

The review of the jurisprudence of the State Council shows that the administrative judge has the right to decide on the validity of the physical existence of the parties to the signing of the international treaty and whether the elements of issuance and publication of its texts have been completed in full, but on the physical level, that is, to confirm the completion of the physical operation described in the constitutional law and the international law by introducing treaties in the internal legal system, and with regard to the external legitimacy of actions related to the stages of issuance and publication through indirect refutation created by the jurisprudence for individuals in the context of challenging the implementation of an international convention on which the means of direct appeal have been closed.

In this regard, the State has the duty not only to refer to or ratify international conventions, but also to do its utmost to implement them by amending or annulling domestic legislative texts or introducing new legislation in conformity with international conventions ratified by Lebanon, in a way that guarantees the effectiveness and comprehensiveness of the application of international provisions.

Hoda HAGE
Lecturer of Administrative Law,
Institute of Political Science, USJ, Beirut
Judge at the State Council

Les traités internationaux à la lumière des principes généraux du droit administratif libanais

Résumé

Maintes problématiques naissent du conflit hiérarchique existant entre le droit international et les législations internes, sources de légalité administrative, d'où l'importance de la jurisprudence du Conseil d'État au Liban, qui, depuis toujours a cherché à consolider le droit international en tant que source de légalité interne.

En effet, le juge administratif est responsable du contrôle de la légalité des actes administratifs et de leur conformité aux lois internes et aux normes internationales.

Une fois conclus, ratifiés et publiés en vertu de la constitution et des principes généraux de droit international, les traités internationaux exécutoires au Liban ont un pouvoir de contrainte vis-à-vis de l'administration et des administrés. Une fois intégrés à l'ordre juridique interne, ils vont acquérir la force de la loi et seront placés au rang des législations internes. Toute décision adoptée par l'Administration, en cas de non-conformité aux règles de droit, fera l'objet d'une annulation pour excès de pouvoir. À cet effet, la question qui se pose n'est autre que leur placement, dans l'ordre hiérarchique, en cas de conflit, entre les traités internationaux d'une part et les législations internes d'autre part.

Les traités internationaux auront-ils la primauté sur les lois ? Sont-ils contraignants et constituent-ils une source de légitimité administrative ; en d'autres termes, les décisions et actions de l'administration devraient-elles s'y conformer ?

Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel libanais, le juge administratif est en mesure d'appliquer directement les textes internationaux relatifs aux Droits de l'homme, sans pour autant se référer aux législations internes en vigueur.

Dans sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel s'est basé sur le Préambule de la Constitution, modifié en 1990, qui met en évidence l'engagement du Liban vis-à-vis des pactes de l'Organisation des Nations unies et la Déclaration universelle des Droits de l'homme. Il a ainsi mis fin à tous les antagonismes relatifs à la place accordée aux traités. Le fait de reconnaître le Préambule de la Constitution libanaise de 1990 comme faisant partie intégrante de la Constitution, et comme étant une source écrite de droit, détermine la compétence des juges constitutionnel et administratif libanais. Ces derniers sont tous les deux chargés de la protection des Droits de l'homme et de faire prévaloir les principes et les règles de droit qui sont objet des conventions et pactes internationaux figurant dans le Préambule de la Constitution.

Au Liban, les prérogatives relatives à la négociation et à la signature des traités sont prévues à l'article 52 de la Constitution modifiée en 1990, qui stipule que le président de la République négocie les traités et les ratifie en accord avec le chef du Gouvernement. Ceux-ci ne seront considérés comme ratifiés qu'après accord du Conseil des ministres. Le Gouvernement en informe la Chambre des députés lorsque l'intérêt du pays et la sûreté de l'État le permettent. Les traités qui engagent les finances de l'État, les traités de commerce et tous les traités qui ne peuvent être expirés chaque année ne peuvent être ratifiés qu'après l'accord de la Chambre des députés.

Toutefois, les traités ne deviennent exécutoires qu'après leur ratification au Conseil des ministres. Pour ce qui est des traités qui ne peuvent prendre fin à l'expiration de chaque année, les traités de commerce, ou les traités qui engagent les finances de l'État, ils nécessitent l'approbation de la Chambre des députés.

La question surgit par rapport aux traités qui peuvent être ratifiés par le seul Conseil des ministres : sont-ils considérés comme étant des actes administratifs, puisqu'ils émanent d'une autorité administrative, et pourront-ils en conséquence faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir auprès du Conseil d'État en cas de non-conformité avec les règles de droit qui leur sont supérieures ? Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'État peut-il prononcer l'invalidité d'une convention internationale ?

Le Conseil d'État libanais s'est toujours inspiré de la jurisprudence administrative française en la matière, en estimant que les traités rentrent dans la catégorie des actes de gouvernement et échappent ainsi au contrôle juridictionnel. Le Conseil d'État libanais s'est conformé à la jurisprudence du Conseil d'État français, établie par l'arrêt prince Napoléon dès 1875, en abandonnant le mobile politique, et il s'est limité aux actes qui revêtent un caractère de souveraineté, que ça soit sur le plan interne ou externe. Les rapports du gouvernement avec le parlement, les relations diplomatiques, ainsi que les traités internationaux dans toutes leurs formes s'inscrivent dans le cadre des actes de gouvernement, non susceptibles de recours devant le juge administratif. En effet, un acte gouvernemental s'inscrit dans le cadre des prérogatives des autorités publiques en vertu des principes de souveraineté. Les conventions internationales, selon la jurisprudence du Conseil d'État libanais, s'inscrivent dans le cadre de la gouvernance et de la souveraineté de l'État. Toutefois, le juge a la possibilité de contrôler si certaines formalités substantielles ont été respectées durant la conclusion et lors de la ratification de ces conventions. Selon la jurisprudence du Conseil d'État, le juge administratif examine si les signatures des États-parties apposées sur la convention internationale ont été faites en bonne et due forme, et si la convention répond à tous les critères d'adoption et de publication. Il relève de la compétence du juge de s'assurer du bon déroulement des étapes relatives à la conclusion des traités et leur ratification, selon les conventions internationales – en particulier la Convention de Vienne sur le Droit des traités. Une jurisprudence du Conseil d'État libanais du 26 mars 2002 permet aux individus de présenter un recours indirect relatif à la mise en application de la convention internationale, en l'absence de voie de recours direct. Il est donc du devoir de l'État, dans ce cadre, non seulement de ratifier les traités internationaux mais de veiller à leur bonne application en respectant les lois internes, et, en cas de non-conformité, soit de modifier ou d'annuler les législations internes, ou encore, de promulguer de nouvelles lois conformes aux traités internationaux ratifiés, afin de garantir la mise en exécution des dispositions internationales et faire prévaloir l'État de droit.

Hoda HAGE
Professeur de Droit administratif, Institut
de Sciences politiques, USJ, Beyrouth
Juge au Conseil d'État

موجز

إن موقع القانون الدولي بالنسبة للتشريعات الداخلية كونها مصادر للشرعية الإدارية ما زال يطرح إشكاليات عدة. من هنا تبرز أهمية إجتهدات مجلس شورى الدولة اللبناني الذي سعى دوماً لإعطاء القانون الدولي مكانته وموقعه باعتماده كمصدر للشرعية الداخلية.

في الواقع، إن القاضي الإداري هو القيم على الرقابة على شرعية الأعمال الإدارية لجهة إنطباقها على القوانين الداخلية وعلى قواعد القانونية الدولية من جهة ثانية.

إن نصوص المعاهدات الدولية النافذة في الأقليم الوطني، بعد إبرامها وتصديقها ونشرها طبقاً للقواعد المرعية، تكون ملزمة للإدارة والأفراد كالنصوص الداخلية ذات الصلة العامة. فإذا أصدرت السلطة الإدارية قراراً يخالف تلك النصوص فيكون قرارها معيباً بمخالفة القانون وقابلاً بالتالي للإبطال لتجاوز حد السلطة.

السؤال المطروح هو مكانة المواثيق الدولية أو الإعلانات العالمية في سلم القواعد القانونية ومدى إلزاميتها وهل تؤلف مصدراً من مصادر الشرعية الإدارية بمعنى أن على الإدارة الإلتزام بها بمعرض أعمالها وقراراتها.

فهل يستطيع القاضي الإداري تطبيق النصوص الدولية لحقوق الإنسان مباشرة؟ أي هل يستطيع ذلك دون أن تمر هذه النصوص عبر القانون الداخلي؟

إنبتق عن إجتهد المجلس الدستوري اللبناني في قراره ٩٧/١ و ٩٧/٢ تاريخ ٩٧/٩/١٢ رأي إسند فيه الى المادة ٢٥ من الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان والسياسية أبطل بموجبها القانون تاريخ ١٩٩٧/٧/٢٤ المتعلق بتمديد ولاية المجالس البلدية واللجان القائمة بأعمال المجالس البلدية والقانون رقم ٦٥٥ تاريخ ٩٧/٧/٢٤ المتعلق بتمديد ولاية المجالس الإختيارية.

إن المجلس الدستوري في إجتهد هذا إسند الى مقدمة الدستور المعدل سنة ١٩٩٠ والتي تنص على التزام لبنان بمواثيق منظمة الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان ويكون ذلك المجلس الدستوري قد وجد مخرجاً للمشاكل التي تعيق عمل القاضي الدستوري والإداري في معرض مهمته حماية حقوق الإنسان التي نصت عليها المواثيق والاتفاقيات الدولية كونها وردت في مقدمة الدستور وأصبحت جزءاً لا يتجزأ منه.

نصت المادة ٥٢ من الدستور اللبناني المعدل سنة ١٩٩٠ أن يتولى رئيس الجمهورية المفاوضات في عقد المعاهدات الدولية وإبرامها بالاتفاق مع رئيس الحكومة. ولا تصبح مبرمة إلا بعد موافقة مجلس الوزراء. وتُطلع الحكومة مجلس النواب عليها حينما تمكّنها من ذلك مصلحة البلاد وسلامة الدولة. أما المعاهدات التي تنطوي على شروط تتعلق بمالية الدولة والمعاهدات التجارية سائر المعاهدات التي لا يجوز فسخها سنة فسنة، فلا يُمكن إبرامها إلا بعد موافقة مجلس النواب.

في لبنان، إن صلاحية المفاوضات والتوقيع على المعاهدات منصوص عليها في المادة ٥٢ من الدستور وتصبح مبرمة نهائياً بعد أن تُعرض على مجلس الوزراء أما إذا كانت من المعاهدات التي لا يجوز فسخها سنة فسنة، أو من الاتفاقيات التجارية أو ترتب أعباء مالية، فعندها يتم إبرامها من قبل مجلس النواب.

فطالما أن المعاهدة تستلزم في حالات كثيرة مصادقة مجلس النواب فلا تصبح ملزمة للدولة إلا بعد المصادقة عليها.

وهنا يتبادر الينا السؤال لمعرفة إذا كانت المعاهدة يُمكن إبطال مفعولها أمام مجلس شورى الدولة؟ إن المعاهدات الدولية هي من فئة الأعمال الحكومية لا تدخل ضمن صلاحيات القضاء

الإداري إذ أن العمل الحكومي هو العمل الذي يعني الصلاحيات فيما بين السلطات الدستورية والتي ترعاها مبادئ السيادة. (قرار رقم ٩٨/٦٤٦-٩٩ تاريخ ١٩٩٩/٦/٢٩ النائب بشارة مرهج/الدولة) إن المعاهدات هي من أعمال الحكم المرتبطة بسيادة الدولة وهي غير خاضعة للرقابة إبطالاً، ولكن هذا الامر لا يمنع القاضي بأن يرى إذا كان هناك معاهدة صحيحة أم لا، فينظر بمقومات النص إذا كان يشكل معاهدة أم لا.

من مراجعة اجتهاد مجلس الشورى يتبين أن القاضي الإداري له البت في صحة الوجود المادي لتوقيع الأطراف على المعاهدة الدولية وما اذا استكملت عناصر الاصدار والنشر لنصوصها كاملة انما ذلك من الناحية المادية أي لجهة التثبيت من اتمام العملية المادية الموصوفة في القانون الدستوري والقانوني الدولي العام بإدخال المعاهدات في النظام القانوني الداخلي ولجهة الشرعية الخارجية للأعمال المتعلقة بمرحلتى الاصدار والنشر عن طريق الدفع غير المباشر الذي اوجده الاجتهاد للأفراد في سياق طعنهم بأعمال التنفيذ لاتفاقية دولية اغلقت بشأنها سبل الطعن المباشر (قرار مجلس شورى الدولة رقم ٤٣١؛ تاريخ ٢٠٠٢/٣/٢٦. الرئيس غالب غانم والمستشاران البرت سرحان وكارمن بدوي).

إن واجب الدولة، في هذا المجال، لا يقتصر على الإحالة الى المواثيق الدولية أو التصديق عليها، إنما يقتضي عليها - فضلاً عن ذلك - أن تبذل ما في وسعها لإعمال تلك المواثيق عبر تعديل أو الغاء النصوص التشريعية الداخلية أو استحداث تشريعات جديدة متلائمة مع الاتفاقيات الدولية المصدّق عليها من لبنان، بالشكل الذي يضمن فاعليّة وشمولية تطبيق الأحكام الدولية.

هدى الحاج

المعاهدات الدوليّة على ضوء المبادئ العامّة لللقانون الإداريّ اللبنانيّ

هدى الحاج

أستاذة محاضرة في القانون الإداريّ، معهد العلوم

السياسيّة، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة،

جامعة القديس يوسف، بيروت

قاضية لدى مجلس شوريّ الدولة

Georges J. ASSAF

**Contrôle de constitutionnalité
et contrôle de conformité
des traités avec
la Constitution**

*Georges J. ASSAF
Docteur en Droit international public
Expert international en Droits de l'Homme
Avocat à la Cour*

Résumé

L'on aurait pu penser que la problématique du conflit Traité-Constitution relève du virtuel puisque la question ne s'est jamais encore présentée, depuis que le Conseil constitutionnel a été institué par la loi n° 250/93. L'introduction d'un préambule à valeur constitutionnelle, en vertu dudit amendement, a porté au cœur de l'ordre juridique interne la Charte de l'Organisation des Nations unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme devenue ainsi exécutoire, ainsi que les conventions des Nations unies, confirmant, s'il le fallait, la conception moniste en droit libanais. Le Conseil constitutionnel a résolument pris le parti d'intégrer le droit conventionnel dans le bloc de constitutionnalité.

En conséquence, il est difficile conceptuellement d'envisager un conflit entre un traité et la Constitution, qui doit être sanctionné par un amendement ou une annulation de dispositions conventionnelles.

Ajoutons à cela que la Constitution libanaise a cela de particulier qu'elle est pour partie non écrite, en vertu du « Pacte national » ;

Que, par ailleurs, l'ordre juridique national est dualiste, civil, et religieux – ce dernier avec ses propres juridictions qui appliquent leurs propres codes « reconnus » par l'État, lesquels contredisent pour certaines dispositions les termes des conventions internationales régulièrement ratifiées par le Liban ;

Que les communautés religieuses sont au nombre des détenteurs (politiques) de la saisine du Conseil constitutionnel ;

Que les traités régulièrement ratifiés ont prééminence sur les textes juridiques internes et sont directement applicables devant les tribunaux judiciaires et administratifs, voire religieux ;

Qu'un contrôle indirect des traités, conformément à la Convention de Vienne, est exercé par le législateur, qui, à cet égard, fait usage de réserves pour éviter un éventuel conflit Traité-Constitution.

La problématique du conflit Traité-Constitution paraît ainsi moins simple en raison de la nature de la Constitution, de la complexité des institutions et des modalités de contrôle de constitutionnalité, concentré ou éventuellement diffus.

Notre communication se propose de cerner le contexte du contrôle de constitutionnalité des lois, concentré ou éventuellement diffus, et des actes sur lesquels il porte.

Et, dans ce cadre, d'examiner de manière systématique les opportunités d'émergence de conflit Traité-Constitution et les moyens d'y remédier.

Control of treaties constitutionality and conformity with the Constitution

Abstract

One could have thought that the problematic of the Treaty-Constitutional conflict is virtual, as the question has never been raised since the Constitutional Council was created by Law no 250/93. The insertion of a Preamble of a constitutional value in virtue of the afore mentioned amendment brought the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights which thus became enforceable, and the United Nations conventions into the heart of the domestic legal order, confirming, if need be, the monistic conception in Lebanese law. The Constitutional Council has resolutely decided to integrate conventional law into the constitutionality bloc.

As a consequence, it is difficult conceptually to consider a conflict between a treaty and the Constitution that must be sanctioned by an amendment or annulment of treaty provisions.

Add to it that the Lebanese Constitution is unique in that it is partly unwritten under the « National Pact »;

That the national legal order is dualistic, civil and religious, the latter with its own tribunals that apply their own laws « recognized » by the State, contradicting in certain provisions the terms of international conventions duly ratified by Lebanon;

That the religious communities are among the (political) holders of the referral to the Constitutional Council;

That duly ratified treaties have supremacy over domestic legal texts and are directly applicable before judicial and administrative courts, even religious ones;

That an indirect control of treaties, in compliance with the Vienna Convention, is exercised by the legislator who uses reservations to avoid a possible Treaty-Constitutional conflict.

Therefore, the problem of the Treaty-Constitutional conflict seems less simple because of the nature of the Constitution, the complexity of the institutions and the methods of constitutionality control, whether concentrated or possibly diffuse.

Our paper proposes to define the context of the control of constitutionality of laws, concentrated or possibly diffuse, and the acts to which it relates.

And in this context, to systematically examine the possibilities of emergence of a Treaty-Constitution conflict and the means to remedy it.

Georges J. ASSAF
Ph.D. in International Law
International legal expert in Human Rights
Barrister-at-Law

يمكن للمرء أن يعتقد أن مشكلة التعارض ما بين المعاهدة والدستور هي مشكلة افتراضية، لأن المسألة لم تُطرح قط منذ إنشاء المجلس الدستوري اللبناني بموجب القانون 93/250. ولقد أدى إدخال مقدمة ذو قيمة دستورية بموجب التعديل المذكور إلى وضع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أدخل في صلب النظام القانوني الداخلي ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي أصبحت بالتالي نافذة، إضافة إلى اتفاقيات الأمم المتحدة، مما أكد، إذا لزم الأمر، على الطابع الأحادي في القانون اللبناني. ولقد قرر المجلس الدستوري بحزم دمج القانون التعاقد في كتلة الدستورية.

ونتيجة لذلك، يصعب من الناحية النظرية التفكير في تعارض ما بين المعاهدة والدستور يُعاقب إما بتعديل الأحكام التعاقدية أو بإلغائها.

أضف إلى ذلك أن للدستور اللبناني ميزة فريدة حيث أن جزءاً منه غير مكتوب وهو «الميثاق الوطني»؛

وإن النظام القانوني الوطني هو نظام مزدوج، أي إنّه مدني وديني، ويتمتع النظام الديني بصلاحياته الخاصة التي تطبق قوانينها «المُعترف بها» من قبل الدولة والتي تتعارض في ما يخص أحكام معينة، مع أحكام الاتفاقيات الدولية التي يقوم لبنان بتصديقها بانتظام.

وأن الطوائف في لبنان هي من بين أصحاب الحق (السياسيين) بالإحالة إلى المجلس الدستوري؛ وأن المعاهدات التي يتم التصديق عليها أصولاً لها الأسبقية على النصوص القانونية الداخلية وهي قابلة للتطبيق مباشرة أمام المحاكم العدلية والإدارية، وحتى الدينية منها؛

وإنه يتم ممارسة رقابة غير مباشرة على المعاهدات وفقاً لاتفاقية فيينا، من قبل المشرع، الذي يستخدم في هذا الصدد التحفظات لتجنب أي تعارض بين المعاهدات والدستور.

وبالتالي، تبدو مشكلة التعارض بين الدستور والمعاهدات أقل وضوحاً بسبب طبيعة الدستور وتعقيد المؤسسات وطرق الرقابة على دستورية القوانين. أكانت مركزة أو ربما منتشرة.

وتحاول دراستنا الإحاطة بإطر الرقابة على دستورية القوانين، المركزة أو ربما على نطاق أوسع، والأفعال التي تتناولها.

وفي هذا السياق، نقترح دراسة منهجية للحالات التي قد يظهر فيها تعارض ما بين المعاهدة والدستور، و وسائل معالجتها.

جورج أصاف

دكتور في القانون الدولي العام

خبير قانوني دولي في حقوق الإنسان

محمّم في الاستئناف

INTRODUCTION

C'est un sujet intéressant que d'étudier dans notre contexte de droit libanais les rapports existant entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conformité constitutionnelle des traités, étude qui serait de nature à expliquer pourquoi le sujet si peu abordé jusque-là par la doctrine, qui le tient pour hypothétique, n'a eu que des réponses lapidaires sans tentative de traiter le fond du sujet. Ceci, d'autant plus que le contrôle de conformité des traités avec la Constitution avait été envisagé dans le projet initial de création du Conseil constitutionnel.

Dans la première partie (A), cette étude fait le point sur l'état actuel en droit libanais de deux types de contrôle juridictionnel des actes de la puissance publique, l'un en rapport direct avec le contrôle de constitutionnalité, doublement limité pour ce qui est de la nature de l'acte contrôlable et des détenteurs de la saisine, et l'autre, diffus, de contrôle de conformité avec les traités régulièrement ratifiés par l'État :

1. Le premier, donc, est un contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois réservé à la juridiction constitutionnelle, exclusivité contestée en ce qui concerne certaines situations pour lesquelles les juridictions administratives, soit le Conseil d'État, en l'absence en pratique de tribunaux administratifs autres¹, serait aussi compétent.

2. Le deuxième est un contrôle de conformité aux traités ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne, exercé par les juridictions judiciaires et administratives de manière diffuse au gré des contentieux qu'elles doivent trancher, et qui s'apparente, dans la mesure où il se réfère à des normes internationales qui font partie du droit interne, à un contrôle de la constitutionnalité des lois par les juridictions judiciaires.

1. Ceci, bien qu'il existe une multitude d'instances administratives spécialisées à caractère juridictionnel.

La deuxième partie (B) de cette étude est consacrée à la problématique du conflit Traité-Constitution dans le contexte libanais, et, en conséquence, s'il y a prééminence de l'un ou l'autre texte ; autrement dit, à quelles normes doit être donnée la primauté, à celles du premier sur celles de la Constitution ou à celles de la Constitution sur les termes du Traité, et à quelle éventuelle juridiction en reviendrait la compétence, s'il devait en être une.

I. ÉTAT ACTUEL EN DROIT LIBANAIS DE CES DEUX MODES DE CONTRÔLE

A. Le contrôle de constitutionnalité : l'exclusivité de la compétence juridictionnelle constitutionnelle

L'état actuel du droit libanais montre une exclusivité de la fonction juridictionnelle dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité, réservant le contrôle des lois et textes à valeur législative au Conseil constitutionnel.

1. Le contrôle juridictionnel concentré des lois et autres textes ayant force de loi par le Conseil constitutionnel

La création du Conseil constitutionnel, juridiction spécialisée, s'est accompagnée de la suppression du contrôle par voie d'exception (portant sur les lois et textes à valeur législative, mais aussi, bien que de manière contestée, sur les textes réglementaires), qui s'offrait jusque-là aux justiciables devant les juridictions judiciaires et devant le Conseil d'État. La raison de cette suppression du recours par voie d'exception, rarement utilisé, il faut le reconnaître, serait due à la volonté des parties à l'Accord de Taëf de donner un rôle dominant au Conseil constitutionnel, dont la création était une revendication de longue date des formations politiques libanaises, comme l'un des pivots de la réforme du système politique vers un perfectionnement de l'État de droit².

2. Cette revendication a concrètement émergé sous forme de propositions de loi, avancées dès les années soixante, notamment celle de l'avocat constitutionnaliste, Mohsen Slim, en 1961 sous forme de « Commission supérieure pour le contrôle de la constitutionnalité des lois », proposition appuyée par le président Alfred Naccache, ou celle d'un éminent juriste, Me Edmond Naïm, qui, à son tour, proposa une alternative consistant en un amendement du Code de procédure civile en vue de rendre le contrôle de constitutionnalité des lois possible par voie d'exception (introduit quelque vingt ans plus tard avec la promulgation du nouveau Code de procédure civile en 1983, puis abrogé par la loi créant le Conseil constitutionnel).

Le contrôle de constitutionnalité des lois et textes à valeur législative peut prendre, à certains égards, un caractère politique décelable à travers les enjeux liés à la saisine.

À ce sujet :

– Ce caractère politique provient, en premier lieu, de la limitation des titulaires aux autorités politiques et religieuses à l'exclusion des individus (et des corporations professionnelles et autres émanations de la société civile...), limitation très critiquée par les tenants du modèle allemand qui estiment nécessaire que le type de recours réservé aux politiques doit se doubler par celui réservé aux tribunaux et par un troisième type de recours ouvert aux membres de la société civile, individus et associations de toute nature ;

– Deuxièmement, des délais extrêmement courts, notamment celui dans lequel est enfermée la saisine ;

– Troisièmement, de l'exclusion du contrôle par voie d'exception auparavant en vigueur, bien qu'utilisé de manière sporadique.

La saisine du Conseil constitutionnel, hormis le cas du contentieux électoral³, classique dans sa conception, a cela de particulier qu'elle se limite à ce qu'il est convenu d'appeler dans le jargon politique du pays, la « troïka du pouvoir », devenue tricéphale après l'Accord de Taëf, constituée par les présidents de la République, du Parlement et du Conseil des ministres, lesquels ne peuvent qu'éviter soigneusement de s'en prendre aux lois proposées, votées et promulguées par eux. Depuis la création du Conseil constitutionnel, de très rares recours ont été déposés par les présidents et les chefs de communautés détenteurs de la saisine, et ce, dans des circonstances conflictuelles opposant le président de la République au président du Parlement⁴, ou un chef de communauté religieuse aux leaderships politiques de sa communauté⁵, plutôt que par souci d'éventuelle inconstitutionnalité d'une loi.

3. Loi n° 250 du 14 juillet 1993, portant création et statut du Conseil constitutionnel, qui prévoit en son article 23 (tel qu'amendé par la loi n° 150 du 30 octobre 1999) la procédure spéciale aux recours relatifs à l'élection du président de la République et à celle du président du Parlement. L'article 24 porte sur les recours en annulation de résultats des élections législatives et pour lesquels le Conseil constitutionnel procède comme un juge ordinaire, instruisant et tranchant un contentieux et qui n'a pas d'attribution relative à l'annulation de la loi électorale.

Voir DCC n° 18, du 8 décembre 2000, *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel*, 1993-2001, p. 256.

4. Recours n° 2/2013, du 1^{er} juin 2013, visant à l'annulation de la loi n° 246 du 1^{er} juin 2013 prorogeant le mandat du Parlement : *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, 1994-2014, t. 1, Publications du Conseil constitutionnel, p. 321.

5. Voir DCC 1/99, du 23 novembre 1993 : recours introduit par le chef de la communauté druze pour faire annuler des dispositions de la loi n° 127 du 25 octobre 1999, visant à limiter ses prérogatives, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, 1994-2014, p. 69 ; voir aussi DCC n° 2, du 8 juin 2000, annulant l'article 16 de la loi n° 208/2000 visant à élire le chef de la communauté druze par les députés d'obédience druze, *ibid.*, p. 101.

Aussi, et dans l'état actuel des choses, seule la possibilité pour dix parlementaires de s'opposer à une loi inconstitutionnelle constitue une garantie pour les libertés et droits fondamentaux consacrés dans la sphère civile ou religieuse, et qui transcendent la Constitution.

Geste éminemment politique donc, le privilège de la saisine a aussi été prévu pour les chefs des communautés religieuses reconnues (c.-à-d., les 18 communautés dites « historiques »), et c'est là un trait original particulier au régime politique libanais consociatif, pour tout ce qui se rapporte à la liberté de conscience et de croyance, à la liberté du culte, à la liberté de l'enseignement religieux ou à une matière quelconque faisant partie du statut personnel (soit le droit de la famille, en général)⁶.

Il y a dans cet aménagement un double contrepois aux pouvoirs constitués : celui de l'opposition parlementaire pour ce qui est de la sphère nationale (ou supra-communautaire) et celui des hiérarchies religieuses pour ce qui est de la sphère communautaire.

Mais alors que ce dernier est prévu dans un souci de préserver les privilèges des communautés religieuses ou de leurs hiérarchies, lesquelles prennent part à des degrés variables à la vie politique au Liban, celui constitué par l'opposition parlementaire est bien plus large et englobe certainement l'ensemble des libertés et droits garantis par la Constitution, y inclus ceux en rapport avec le domaine communautaire.

À cet égard, la question de savoir si le domaine de compétence concernant la saisine par les autorités religieuses était un domaine réservé ne s'est pas encore posée, rien n'empêchant que celles-ci puissent opposer leur propre recours aux recours présentés par l'un quelconque ou plusieurs des autres détenteurs de la saisine concernant la sphère religieuse. À notre sens, rien n'empêche qu'un groupe de parlementaires (10 au moins), qui, par ailleurs, peuvent appartenir (même tous) à une communauté donnée (et même autre que celle qui serait la première concernée par une loi portant atteinte à la liberté de conscience, ou de religion, ou de croyance, ou de l'enseignement religieux), puissent intervenir pour faire déclarer une loi inconstitutionnelle parce que attentatoire à ces libertés des membres d'une autre communauté, notamment au bénéfice de celles ne jouissant pas du statut de « communauté historique » et ne disposant pas en conséquence du droit de saisine⁷.

6. Il est clair que la liberté de changer de religion, par ailleurs consacrée par le droit libanais, ne saurait figurer parmi les questions donnant aux chefs des communautés religieuses qualité pour mettre en œuvre la saisine du Conseil constitutionnel.

7. Ce statut permet de participer au partage de pouvoir politique dans le système dit consociatif. Des communautés autres existent au Liban et jouissent de la liberté du culte et autres droits

Plus près de la réalité, en l'absence de partis politiques organisés, présents en tant que tels au Parlement, la création du Conseil constitutionnel aurait donné un moyen de plus aux politiciens pour croiser le fer entre eux et ôté aux simples citoyens le droit de s'opposer devant les tribunaux, par voie d'exception, à l'inconstitutionnalité d'une loi⁸ qui leur dénie un droit ou porte atteinte à l'une des libertés consacrées par la Constitution.

Les citoyens sont ainsi écartés de la saisine, que ce soit par voie d'action ou par voie d'exception, voies ouvertes aux individus aux États-Unis, depuis la célèbre décision *Marbury c. Madison* en 1803, mais aussi en Suisse et, plus près de nous, en Égypte.

À ce jour, et après vingt-cinq années de la création du Conseil constitutionnel, l'écrasante majorité des recours en inconstitutionnalité a été déposée par des groupes ad hoc de parlementaires.

Le Gouvernement y a vu quand même une menace pour sa politique quand, à la suite de la décision annulant la loi électorale en 1996, le ministre de l'Intérieur a préconisé des amendements à la loi organisant le fonctionnement du Conseil constitutionnel, notamment un relèvement à vingt du nombre de députés nécessaire pour pouvoir saisir le Conseil constitutionnel d'un recours⁹.

La saisine est enfermée dans un délai très court, soit quinze jours à dater de la publication du texte de loi au Journal officiel. Ceci emporte que les lois peuvent entrer en vigueur avant d'être attaquées par-devant le Conseil constitutionnel, puisque, sauf disposition contraire, toute loi entre en vigueur à dater du huitième jour de sa publication au Journal officiel¹⁰. Ceci fixe enfin toute loi inconstitutionnelle dans une chape de légitimité, passé le délai de quinze jours sans que le Conseil constitutionnel ait rendu de décision. Une hérésie¹¹, dénoncée par la doctrine¹², que cet article 21 de la loi n° 250/93,

attachés à la liberté de religion, sans pouvoir inscrire leurs membres au registre de l'état civil comme appartenant à leur communauté puisque non-reconnue officiellement. C'est le cas notamment des Témoins de Jéhovah et de la communauté bahá'í, laquelle cependant dispose de biens enregistrés en son nom propre, et des membres de la communauté sont inscrits en tant que Bahá'ís dans les registres d'état civil et sur les listes électorales, entre autres anomalies administratives.

8. T. CHAMBOUR, « Le projet de Conseil Constitutionnel », in *An-Nahar* du 6 septembre 1992.

9. *An-Nahar* du 3 septembre 1996.

10. Décret-loi n°9, du 21 novembre 1939, tel qu'amendé en 1943. Sauf exception, lorsque le président de la République renvoie la loi votée pour examen par le Parlement en vertu de l'article 57 de la Constitution. Dans ce cas, la loi même publiée n'entre en vigueur qu'une fois le délai prévu pour cette procédure venant à terme.

11. « Si la décision n'est pas rendue dans le délai de quinze jours qui suivent le dépôt de la requête, la loi attaquée est considérée acceptée », c'est-à-dire implicitement considérée comme étant conforme à la Constitution.

12. Kh. ABOURJELI, « Du déni de justice constitutionnelle », in *Al Adl* (revue de l'Ordre des avocats), n° 1, 1997 p. 48.

qui dispose qu'un texte ayant fait l'objet d'un recours sans réponse endéans les quinze jours est réputé en vigueur !

Le contrôle de constitutionnalité des lois et actes à valeur législative n'est pas un contrôle préventif automatique, contrairement au système instauré en France par la Constitution de 1958, qui prévoit que la loi votée mais déclarée inconstitutionnelle ne peut pas être promulguée, et qu'une fois promulguée, elle ne peut plus être attaquée.

La Haute Juridiction constitutionnelle exclut qu'un projet de loi puisse lui être soumis pour en vérifier la conformité à la Constitution avant son entrée en vigueur¹³, la loi constitutionnelle n° 250/93 précisant qu'il vérifie la constitutionnalité des « lois » et « de tous les textes ayant valeur de loi »¹⁴, ce qui inclut les décrets-lois, encore que ceux-ci peuvent être attaqués devant le Conseil d'État tant qu'ils n'ont pas été validés par le Parlement¹⁵.

Le Conseil d'État avait d'abord refusé d'accepter des recours présentés contre des décrets-lois, tirant argument du fait que ce sont des textes de loi. Puis il a jugé que tel n'était pas le cas au cours de la période qui sépare la promulgation de la ratification par le Parlement, laquelle ratification leur donne une nature législative, excluant tout recours devant le Conseil d'État¹⁶.

Ne pourraient donc faire l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel que les décrets-lois ayant été ratifiés par le Parlement, et ce, dans les quinze jours qui suivent cette ratification.

Le Conseil constitutionnel ne peut non plus apprécier la conformité des lois en vigueur avant sa création, lesquelles restent ainsi à l'abri du contrôle une fois pour toutes (mais pas à l'abri du contrôle de conformité avec les conventions internationales effectué à l'occasion de contentieux par les juridictions judiciaires et administratives, en vertu de l'article 2 du Code de procédure civile). La loi constitutionnelle no 250/93 cloisonne donc le corps de lois en lois aptes à être contrôlées, et en d'autres, antérieures à sa création, qui ne seraient pas sujettes à contrôle.

Mais rien n'empêche qu'à l'occasion de l'examen d'une loi, le Conseil constitutionnel puisse mettre en cause la constitutionnalité d'autres textes de loi qui s'y rattachent, par voie d'amendement ou parce qu'ils la complètent.

13. Voir DCC n° 5/2014, du 13 juin 2014, rejetant le recours visant à faire annuler une loi publiée au Journal officiel mais non encore en vigueur (article 57 de la Constitution).

14. L'article 18 de la Constitution a adopté, ainsi que dans la Constitution de la Troisième République en France, le concept organique de la loi, qui qualifie de tel tout texte voté par le Parlement et promulgué par le président de la République, selon les formes prévues pour cela.

15. C. E. n° 125 du 12 mars 1970, *Revue de la juridiction administrative libanaise*, vol. 14, p. 111.

16. *Ibid.*

Cette thèse (qui ne contredit pas la compétence du Conseil constitutionnel en ce qu'il a pouvoir de juger dans quelle mesure l'annulation d'une ou de plusieurs dispositions d'une loi faisant l'objet d'un recours frapperait d'autres dispositions ou même l'ensemble de la loi d'inconstitutionnalité) a été avancée à l'occasion du recours présenté par des députés pour faire annuler certaines dispositions de la loi électorale, estimant que l'ensemble de la loi électorale (datant de 1960) devrait être examiné et non seulement les amendements introduits par la loi du 12 juillet 1996, ayant trait au découpage des circonscriptions électorales notamment¹⁷.

Cette position ne manque pas de rappeler la jurisprudence du Conseil constitutionnel français qui accepte, depuis 1985 sous certaines conditions¹⁸, que la constitutionnalité d'une loi promulguée, et donc à l'abri de tout recours (puisque, à la différence du système libanais, c'est le contrôle *a priori* qui est pratiqué en France), puisse être contestée à l'occasion de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine.

Pour ce qui est des domaines réservés à la loi, donc des matières qui peuvent faire l'objet de contrôle constitutionnel, il faut relever que le concept de domaines réservés à la loi et aux règlements n'a pas cours dans le système libanais. Le Parlement peut prendre les lois dans les domaines qu'il entend, le domaine des règlements étant à cet égard résiduel¹⁹.

La Constitution a cependant déterminé des domaines qui, bien que d'importance inégale, ne peuvent être organisés que par la loi²⁰. De même, ne peuvent être organisées que par la loi d'autres matières qui ne sont pas expressément énoncées par la Constitution, mais sont consacrées par des principes généraux, comme par exemple toute mesure de nature à poser des limites aux libertés publiques, telles la création de syndicats (ou de corporations ou ordres professionnels auxquels l'affiliation serait obligatoire) ou l'adoption de mesures restrictives en matière de liberté du commerce et de l'industrie.

17. E. NAÏM, « En appui au recours en invalidation de la loi électorale » in *An-Nahar* du 29 juillet 1996.

18. CCF, 25 janvier 1985 : État d'urgence en Nouvelle-Calédonie, *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, p. 199. Cette décision a posé un corollaire, qui établit qu'une loi ne faisant qu'appliquer une loi promulguée ne saurait entraîner la contestation de la constitutionnalité de cette dernière.

19. C.E. n° 209, du 27 février 1957, R. A., 1957, p. 106.

20. À savoir la modification des circonscriptions administratives (art. 3), la nationalité (art. 6), les libertés publiques (art. 8 à 10, et 12 à 15), l'indemnisation des membres du parlement (art. 48), les traités qui engagent les finances de l'État, les traités de commerce et en général les traités qui ne peuvent être dénoncés à l'expiration de chaque année (art. 52), l'amnistie générale (art. 53), les indemnités du chef de l'État (art. 63), les impôts, le vote du budget de l'État, l'ouverture de crédits extraordinaires, l'approbation du compte de l'exercice clos, les emprunts publics, l'octroi de concessions et de monopoles (art. 81 à 83, 85, et 87 à 89).

Entrent, par ailleurs, dans la catégorie « d'autres textes ayant valeur de loi »²¹ :

- Le Règlement intérieur du Parlement ;
- De même que les décisions du Parlement et ses recommandations concernant la création de commissions d'enquête et de désignation des membres de la Haute Cour de Justice ainsi que la mise en accusation du président de la République, du Premier ministre ou de l'un quelconque des ministres ;
- Sans compter les décrets-lois et les lois promulgués en base de l'article 58 de la Constitution²².

Cette dernière variante comprend les projets de loi jugés urgents par le Gouvernement et transmis en tant que tels par décret au Parlement et qui, passé un délai de quarante jours de leur communication au Parlement, de leur inscription à l'ordre du jour d'une séance régulière et de leur lecture sans que le Parlement ait statué, peuvent être rendus exécutoires par le président de la République après approbation du Conseil des ministres²³.

Ce mécanisme avait fini par devenir une pratique courante de l'exécutif pour faire passer des projets de loi, quel qu'en soit l'objet, selon le moment politique et constitua à une certaine époque pas lointaine un abcès de fixation des conflits opposant le président de la République au président du Parlement²⁴.

2. Le contrôle juridictionnel diffus exercé par le Conseil d'État sur la constitutionnalité des actes administratifs (décrets, arrêtés et autres règlements) de la puissance publique : une compétence contestée

Une fois votée, la loi ne peut être critiquée ni par voie directe ni par voie indirecte, c'est-à-dire ni par voie d'action (devant le juge) ni par voie d'exception.

La loi constitutionnelle n° 18 de 1990, parmi les amendements introduits en application de l'Accord de Taëf, a institué un Conseil constitutionnel

21. Selon les termes de l'article de la loi n° 250/93.

22. A. SERHAL, « Du contrôle de constitutionnalité des lois », in *As-Safir* du 25 juin 1993.

23. Article 58 de la Constitution ainsi que modifié par la loi constitutionnelle n° 250, portant amendement de la Constitution.

24. Le transfert de compétences concernant la responsabilité du pouvoir exécutif du président de la République au Conseil des ministres par l'amendement de 1990, conformément à l'Accord de Taëf, n'a pas pour autant résolu le problème susmentionné, lequel a ressurgi entre l'exécutif et le chef du Parlement, qui a fait modifier le règlement intérieur du Parlement (art. 115) pour paralyser le pouvoir de l'exécutif en la matière en laissant « dans les tiroirs », sans aucune considération de leur caractère « urgent », les projets transmis en vertu de l'article 58. Cf. « Historique du conflit autour de l'utilisation de cette prérogative par l'exécutif » in B. MENASSA, *Constitution libanaise, Textes et commentaires et Accord de Taëf*, Beyrouth, 1995.

prévoyant parmi ses principales attributions le contrôle de constitutionnalité des lois et amendé le Code de procédure civile mettant un terme au contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception qui avait cours jusque-là²⁵.

La question s'est posée de savoir si cela ôtait au Conseil d'État la compétence pour contrôler des projets de loi revêtus du caractère d'urgence par le Gouvernement qui, passé le délai de quarante jours après leur communication au Parlement, sont promulgués par décret en application de l'article 58 de la Constitution²⁶. Le Conseil d'État était en effet compétent, avant la promulgation de la loi n° 250/93, pour connaître de l'annulation de tels textes et, en cas d'expiration du délai d'introduction d'un tel recours, de contrôle de leur constitutionnalité par voie d'exception.

Une ébauche de « rébellion jurisprudentielle » s'est fait jour, au lendemain de la suppression du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, le Conseil d'État ayant rendu des décisions affirmant sa compétence pour contrôler, par voie d'exception dans de tels cas, la constitutionnalité des textes qui font l'objet de recours.

Cette « rébellion » est expliquée par un conseiller d'État²⁷ qui se fonde sur la doctrine française (abondamment citée), mais aussi sur une contradiction entre la loi n° 250/93 et le Code de procédure civile qui, en son article 68, est explicite à ce sujet puisqu'il dispose que « les tribunaux sont compétents pour connaître des exceptions et moyens de défense qui lui sont présentés (par les parties), à l'exception de ceux qui soulèvent la question de compétence exclusive d'une autre juridiction ».

Or, expliquent les tenants de cette thèse, la question de l'examen de la constitutionnalité d'une loi par voie d'exception ne rentre pas dans la compétence du Conseil constitutionnel et, par conséquent, elle devrait rester possible en vertu du principe que le juge de l'action est le juge de l'exception. Ce moyen ferait d'ailleurs partie intégrante des droits de la défense consacrés par le Code de procédure civile²⁸ et qui constituent une des normes essentielles du procès équitable... Mais il faut relever que le principe du procès équitable

25. La loi n° 250/93 du 15 juillet 1993, qui a organisé le Conseil constitutionnel, prévoit en son article 18 que celui-ci a compétence pour le contrôle des lois et autres textes à valeur législative. En son alinéa 2, cet article dispose que « contrairement à tout texte contradictoire, nulle instance judiciaire ne saurait exercer ce contrôle par voie judiciaire directe ou indirecte en soulevant le moyen d'inconstitutionnalité ou de violation du principe de l'échelle des normes et textes ».

26. A. ZAIN, « *Ishkaliyyat dusturiyya wa niyabiyya* » (« Problématiques constitutionnelles et parlementaires ») in *Al hayat al niyabiyya (La vie parlementaire)*, revue du Parlement libanais, vol. 6, 1993.

27. Kh. ABOURJELI, *op. cit.*, pp. 46-47.

28. Article 7.

est consacré par la Déclaration universelle des droits de l'homme et par le Pacte relatif aux droits civils et politiques incorporés dans la Constitution et auxquels le Conseil constitutionnel fait expressément référence dans plus d'une de ces décisions !

Une option possible serait celle, préconisée par la doctrine, de procéder à un amendement²⁹ qui permettrait aux tribunaux, devant lesquels une exception d'inconstitutionnalité d'une loi est soulevée, d'élever la demande au Conseil constitutionnel et de surseoir à statuer jusqu'à ce que celui-ci rende son verdict. Ce serait en fait un droit de saisine indirect ouvert aux citoyens à l'occasion d'une instance judiciaire dans laquelle ils sont engagés.

B. Le contrôle juridictionnel de compatibilité des normes internes avec les traités ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne : un contrôle d'origine législative (Code de procédure civile, art. 2) à caractère général et diffus qui constitue à certains égards une forme de contrôle de constitutionnalité

1. Le principe de la primauté du droit international conventionnel est appliqué par les juridictions de tous ordres (judiciaires, administratives, et – de manière controversée en raison, semble-t-il, du concept d'ordre public religieux³⁰ –, les juridictions religieuses³¹)

29. Voir le projet d'amendements à la loi constitutionnelle créant le Conseil constitutionnel (Publications du Conseil constitutionnel, Beyrouth, 2017) visant, entre autres, et à l'exemple de la réforme ayant introduit en France la Question prioritaire de constitutionnalité (QPC), permettant un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, un droit de saisine indirect ouvert aux particuliers à l'occasion d'une procédure contentieuse.

30. S. MANSOUR, « Le rôle de protection par les juridictions civiles de la compétence des tribunaux religieux en matière de statut personnel » in *Al Adl*, 1998, n° 3-4, p. 212.

31. Ainsi l'opinion recueillie à l'occasion d'un séminaire, organisé en date du 6 décembre 2018 par le CEDROMA de l'Université Saint-Joseph de Beyrouth et l'association suisse Terre des Hommes, sur l'application de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, auprès de juges religieux musulmans de diverses sectes, respectivement sunnite hanafite (école de droit musulman orthodoxe par excellence), chiite duodécimaine (de rite jaafarite) et druze, interrogés sur l'application de ladite convention par les juridictions religieuses musulmanes, elles-mêmes juridictions de l'État et dont les juges comme le personnel de greffe ou autres sont des fonctionnaires de l'État, lequel a ratifié les conventions internationales, dont la primauté sur la législation nationale est consacrée par le Code de procédure civile.

En réponse à l'application par les tribunaux *char'i* de la Convention sur les droits de l'enfant ratifiée sans réserve aucune par le Liban, cheikh Nokkari, président du tribunal supérieur *char'i* et professeur à la Faculté de droit et de science politique de l'Université Saint-Joseph de Beyrouth, a affirmé, argument spacieux s'il en est un, que lesdits tribunaux sont tenus par la loi et que celle-ci (le Code de procédure *char'i*) ne prévoit pas d'obligation de faire primer le droit international sur les lois qu'appliquent ces tribunaux. À moins d'un texte contraignant, ceux-ci n'appliquent pas les conventions internationales ratifiées par le Liban. M. Nokkari s'est étendu cependant sur l'application par les tribunaux *char'i* du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de

La prééminence des conventions internationales est consacrée par le Code de procédure civile³², qui rend obligatoire leur application par les juridictions libanaises, en vertu du caractère dit *self-executing* des conventions internationales dans certains systèmes de droit.

La conclusion, par ratification, adhésion ou accession, d'une convention internationale implique trois étapes : négociation, soumission au Parlement pour autorisation de ratification, ratification et promulgation par le président de la République suivie par la publication au Journal officiel³³, dernière étape pour l'intégration dans l'ordre juridique interne³⁴ ouvrant le délai de recours pour inconstitutionnalité et permettant d'autre part aux tribunaux civils et administratifs d'écarter les dispositions législatives au profit de l'application des normes internationales conventionnelles (voir *infra*).

La jurisprudence, très stricte quant au respect de cette procédure pour les lois et les décrets, considère qu'une convention internationale prend effet quel que soit le moyen de publication, étant incorporée dans le droit interne à partir de la publication au Journal officiel de la loi autorisant la ratification³⁵, sans nécessairement que le texte même de la convention y soit publié en même temps³⁶.

Ainsi incorporées, les normes contenues dans ces conventions peuvent être appliquées par les tribunaux chaque fois que la législation interne est en

la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, sans cependant préciser si le contenu du principe appliqué correspondait à celui de l'article premier de ladite convention. Le président du tribunal *char'i* jaafarite, cheikh Charara, a, lui, de manière ne manquant pas de subtilité, affirmé que son tribunal opère loin de tout formalisme, et que dans le cas d'espèce, soit l'application de la Convention relative aux droits de l'enfant, le tribunal statue en puisant dans les sources de la justice, que cela soit dans les conventions internationales ou dans d'autres sources.

Le juge du *mazhab* druze, cheikh Fouad Salmene, a été le seul à clairement affirmer que rien ne permet d'écarter l'application des conventions internationales par les tribunaux du *mazhab* d'obédience druze et qu'en conséquence, ceux-ci se doivent de faire prévaloir les termes des conventions internationales sur la législation nationale, dont le Code de Procédure civile a consacré la primauté.

32. Article 2.

33. L'amendement en 1990 de l'article 52 de la Constitution a introduit un système de ratification complexe, dans lequel l'Exécutif est impliqué, à travers le président de la République qui négocie et ratifie les conventions internationales, en accord avec le Premier ministre et avec l'approbation du Conseil des ministres. Pour les conventions dont la validité dépasse un an, et certaines autres, notamment celles qui ont des incidences financières et les traités de commerce, l'approbation du Parlement est nécessaire. Selon la documentation disponible au Parlement, 945 des 1 046 traités et accords ratifiés par le Liban entre 1943 et 2006 l'ont été en vertu d'une loi d'autorisation. Voir *Silsilat al dirasat wal maaloumate*, Direction générale des études et de l'information, Dossier 17, février 2007, publication conjointe PNUD-Parlement.

34. J. BAZ, *Traité de droit administratif*, 1971, t. 1, pp. 349-350.

35. *Revue judiciaire*, 1950, 50:650, *Index de la Jurisprudence*, Beyrouth, IDREL, p. 2379.

36. C'est ainsi que nombre de conventions de l'OIT auxquelles le Liban est partie et qu'il a régulièrement ratifiées n'ont été publiées au Journal officiel qu'en 1997 dans un recueil spécial.

contradiction avec celles-ci. Ceci ne rend pas les dispositions internes caduques mais inapplicables au cas d'espèce.

Ces normes priment donc sur celles de la législation interne, laquelle restera cependant valide jusqu'à sa mise en harmonie par le Parlement avec les standards exprimés par les conventions internationales³⁷.

La jurisprudence estime même que les termes des conventions internationales sont applicables en priorité lorsqu'elles viennent en concurrence avec la législation interne³⁸ sur un même sujet³⁹, nonobstant la question de la contradiction ou de la non-contradiction entre leurs dispositions respectives⁴⁰.

Le Conseil d'État, jusqu'à une date relativement récente⁴¹, assurait la suprématie des conventions internationales sur les actes administratifs lorsque aucune loi ne venait s'interposer entre les deux catégories de normes, et ce, en vertu du principe dit de « l'écran législatif⁴² ». Cette jurisprudence trouve son origine dans la doctrine et la jurisprudence du Conseil d'État en France, bien que le Conseil constitutionnel français ait, dès 1975, estimé que le contrôle de conformité d'une loi à un traité n'avait rien à voir avec un contrôle de constitutionnalité de loi⁴³.

Par une décision relativement récente⁴⁴, le Conseil d'État s'est cependant démarqué de la jurisprudence antérieure, estimant que le traité conserve sa

primauté quel que soit le caractère antérieur ou postérieur de la loi, que le texte de l'article 2 du Code de procédure civile était clair à cet égard et ne saurait connaître d'exception que s'il était abrogé.

Les juridictions judiciaires et administratives sont restées relativement timides⁴⁵ dans l'exercice de leur pouvoir d'assurer la primauté des traités sur la législation interne, même lorsqu'il s'agissait de libertés et droits fondamentaux garantis par lesdits traités, et ce, malgré le texte qui leur fait clairement obligation de se conformer à la hiérarchie des normes, texte d'ordre public.

Serait en cause « la traditionnelle faiblesse et timidité du juge de modèle continental, s'expliquant par son statut de magistrat de carrière⁴⁶ », mais l'on doit reconnaître aussi la part qu'y prend la formation insuffisante des professionnels du droit – juges et avocats – au droit international⁴⁷, alors même que celui-ci a été intégré dans le droit interne depuis des décennies et dans le bloc de constitutionnalité depuis l'amendement de la Constitution en 1990⁴⁸.

37. E. RABBATH, *Traité de droit constitutionnel*, vol. 2, p. 336.

38. À noter un avis du Département de la législation et des consultations du ministère de la Justice qui, curieusement, estime que les conventions internationales régulièrement ratifiées ont « force de loi » ! Voir Avis consultatif, n° 1801/1995, du 20 octobre 1995 : Sader et Bridi, *Recueil des avis du Département de la législation et des consultations*, ministère de la Justice, Sader Éditeurs, vol. 10, p. 10181.

39. Cour de cassation, A. A., 1974, n° 59, 9/12/1973, p. 277 ; Cour d'appel de Beyrouth, n° 121, 26/4/1988, *Revue judiciaire*, 1988, p. 692.

40. *Ibid.*, n°15.

41. C. E., décision n° 225, du 29 février 2000, Req. n° 6916/96 ICARDA, *Revue de la jurisprudence administrative*, 15^e année, 2003, vol. 2, p. 415.

42. En vertu de la théorie dite de l'« écran législatif » (voir l'arrêt Kirkwood, C. E. français, Ass., 30 mai 1952, *Revue du droit public*, 1952, p. 781, conc. Letourneur, note Waline), lorsque la loi s'interpose, c'est-à-dire lorsque l'acte administratif est conforme à la loi mais que la loi n'est pas conforme au traité applicable dans l'ordre juridique interne de manière prioritaire, la position du juge administratif dépendrait de l'antériorité de la loi au traité ou de sa promulgation après la ratification du traité. Le juge administratif appliquera la norme la plus récente. Si c'est la norme conventionnelle, il confrontera directement la norme administrative à celle du traité. Ce faisant, il aura indirectement assuré la suprématie de la convention sur la loi antérieure. En revanche, si la loi est postérieure à la ratification de la convention internationale, le juge administratif appliquera la loi. Ceci a été justifié par le fait que si celui-ci appliquait la convention au détriment de la loi, il serait juge de la constitutionnalité de la loi, ce qui serait contraire à la loi créant le Conseil constitutionnel, en vertu de laquelle celui-ci est seul juge de la constitutionnalité des lois.

43. Conseil constitutionnel français, décision 75-54 DC, du 15 janvier 1975, *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, p. 291

44. Voir *supra*, arrêt ICARDA, C. E., décision n° 225, du 29 février 2000.

45. Une revue de la jurisprudence (recueillie et publiée par IDREL, à la date du 30 septembre 2018) concernant la question depuis 1983, date de promulgation du nouveau Code de procédure civile et jusqu'à 2014, ne montre pas plus de 31 décisions de justice faisant prévaloir les conventions internationales sur la législation nationale, soit moins de deux décisions par an, avec une prévalence des décisions de protection de mineurs prenant appui sur la Convention relative aux droits de l'enfant, et ce, depuis la promulgation de la loi sur la protection de l'enfance, n° 422, du 6 juin 2002, *JO*, n° 34, du 13 juin 2002.

46. L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, Paris, 1986. p. 9.

47. Aussi n'est-il pas étonnant qu'une étude sur les dispositions législatives discriminatoires à l'égard de la femme, commandée par le PNUD, dans le cadre de sa coopération avec le Parlement et dont il conserve les droits d'auteur, à une avocate « spécialiste du droit international » ainsi qu'indiqué sur la page de garde de l'étude disponible en ligne sur le site officiel du Parlement, ne fasse pas de distinction entre signature et ratification de traité, ni entre la Déclaration universelle des droits de l'homme et les traités !

48. Loi constitutionnelle n° 18, du 21 septembre 1990.

Ainsi, les réserves portées à la Convention de Vienne sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard de la femme (1996), relatives au statut personnel que l'organe du traité a jugé « *too extensive with regard to what international law of treaties tolerates* », sans pour autant qu'il y ait d'incidence sur l'acceptation de la ratification par le Liban.

Nous pouvons dire que la question de la compatibilité d'un Traité avec la Constitution serait un faux problème si l'on considère que :

- Les réserves exprimées dans la limite des termes de la Convention de Vienne de 1969 par le Parlement dans la loi d'autorisation de ratification d'un traité peuvent pallier à une éventuelle contradiction avec les termes de la Constitution (comme il en a été pour la loi de ratification de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination contre la femme assortie de réserves portant sur le statut personnel (voir *supra*, note 45) ;
- D'éventuelles dispositions du traité peuvent laisser une marge pour faire prévaloir les normes nationales ;
- L'avis préalable du Conseil d'État sur le projet de loi d'autorisation de conclusion d'un traité à la demande du Gouvernement devrait aussi pouvoir prévenir une contradiction Constitution-Traité.

2. La juridiction constitutionnelle est-elle compétente pour statuer sur la violation par une norme interne d'une norme de droit international ?

Dans l'ordre juridique national, les juridictions judiciaires et administratives⁴⁹ sont les seules compétentes pour exercer un contrôle direct de la compatibilité des normes internes avec le droit international exprimé par les conventions directement applicables dans l'ordre juridique interne.

Il est admis cependant que le juge constitutionnel, dans le contentieux de l'élection des députés, statue à l'instar du juge ordinaire⁵⁰ et, de ce fait, devrait pouvoir contrôler la conformité de la loi aux conventions internationales.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel jugeant de la constitutionnalité de lois est toutefois constante, qui, pour ce faire, a dès 1997 fait référence aux normes du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966⁵¹, et, par la suite, a systématiquement recouru dans ses décisions à la primauté des normes internationales, notamment celles relatives à la protection des libertés et droits fondamentaux (voir *supra*).

À l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme⁵², la référence aux principes du droit international conventionnel ou général concerne, au-delà du mécanisme de contrôle, le contenu même des obligations normatives.

Par interprétation extensive de ses attributions, la Haute Juridiction constitutionnelle, dans une décision de 2001, a clairement affirmé que « les conventions internationales auxquelles il est fait référence dans le préambule de la Constitution font ensemble avec ce préambule partie intégrante de la Constitution et sont revêtues de force constitutionnelle », insérant ainsi la Charte des droits de l'homme (Déclaration et Pactes) ainsi que les conventions régulièrement ratifiées et publiées dans le « bloc de constitutionnalité⁵³ » à l'aune

duquel il mesure la constitutionnalité des lois. Plus précisément, cette décision dit que « les conventions internationales auxquelles il est fait référence dans le préambule font, ainsi que le préambule, partie intégrante de la Constitution », ce qui ne laisse pas de doute quant à l'intégration des conventions internationales régulièrement ratifiées et publiées dans le bloc constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel a, par la suite, rendu des décisions en se fondant expressément sur les conventions internationales ratifiées par le Liban, notamment la Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de racisme⁵⁴, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination contre la femme⁵⁵ et les deux Pactes de 1966 auxquels le Liban a adhéré sans réserve en 1972⁵⁶.

Le Conseil constitutionnel a ainsi élargi le faisceau des libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution, peu nombreux dans le texte même de la Constitution⁵⁷, à ceux reconnus par les traités et a écarté les lois qui pourraient y faire obstacle. Ceci soulève la question de la place des libertés et droits fondamentaux dans la hiérarchie des normes, une place qui nous paraît être supra-constitutionnelle.

Ce faisant, le contrôle de constitutionnalité des lois coïnciderait avec la garantie de la primauté des conventions internationales sur la législation interne qu'assurerait ainsi le Conseil constitutionnel.

49. Dans ce cas, ce n'est pas uniquement le Conseil d'État, mais aussi les instances administratives spécialisées à caractère juridictionnel qui sont tenues de faire primer dans l'exercice de leurs fonctions le droit conventionnel en vigueur au Liban sur les textes internes.

50. Voir article 32 de la Constitution.

51. DCC n° 1/97, du 12 septembre 1997, par laquelle le Conseil constitutionnel a jugé la loi n° 127 du 25 octobre 1999 prorogeant le mandat des conseils municipaux, comme étant contradictoire avec le principe constitutionnel de la périodicité des élections ainsi qu'avec l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et l'a invalidée en conséquence, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, 1994-2014, t. 1, p.45 ; DCC n° 2/97, rendue à la même date, invalide dans les mêmes termes la loi relative à la prorogation du mandat des officiers locaux d'état civil (*moukhtars*) et des conseils de *moukhtars*, *ibid.*, p. 55.

52. Voir à cet égard G. COHEN-JONATHAN, « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme » in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, pp. 165-196.

53. Voir N. DIAB, note sous décision DCC 2/2001, du 10 mai 2001 in *Al Adl*, vol. 35, 2001.

54. 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969, et dont la ratification a été autorisée par la loi n° 44 du 24 juin 1971, *JO*, n° 53, du 5 juillet 1971.

55. 18 décembre 1979 dont la ratification a été autorisée par la loi n° 572 du 24 juillet 1996, *JO*, n° 34 du premier août 1996.

56. Loi n° 3855 du premier septembre 1972, *JO*, n° 76 du 21 septembre 1972.

57. Le principe de liberté est consacré par la Constitution dans ses deux aspects individuel et collectif. La Constitution réserve ainsi son premier titre aux dispositions qualifiées de « fondamentales ». Sous le chapitre II intitulé « Des Libanais, de leurs droits et de leurs devoirs », les articles qui constituent la grille formelle des libertés sont au nombre de neuf : ce sont les articles 7 à 15, qui énoncent les principes fondamentaux relatifs à l'égalité, la liberté individuelle, la liberté de conscience, la liberté de l'enseignement, l'inviolabilité du domicile, la propriété privée, en sus de l'article 95 de la Constitution qui institue, bien qu'à titre transitoire, l'équilibre confessionnel dans la répartition des postes dans la fonction publique, afin de garantir la participation au pouvoir de toutes les composantes communautaires de la société libanaise.

II. LA PROBLÉMATIQUE DU CONFLIT TRAITÉ-CONSTITUTION : CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES TRAITÉS OU CONTRÔLE DE COMPATIBILITÉ DE LA CONSTITUTION AVEC LES TRAITÉS : QUELLES NORMES DE RÉFÉRENCE ?

Dans l'ordre juridique international, le principe de la primauté des traités sur les constitutions des États-parties est unanimement admis. Celui-ci est différemment appliqué selon les conceptions dualiste ou moniste. Dans les systèmes monistes, comme celui du Liban dont la Constitution est pour partie non écrite et où un contrôle juridictionnel, limité et concentré sur les actes législatifs (lois et textes à valeur législative) coexiste avec celui général et diffus de la compatibilité des normes de droit interne (lois et autres actes de la puissance publique) avec les traités ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne, la problématique des rapports entre Constitution et Traité revêt des aspects relativement complexes.

Comment situer les normes des traités dans la hiérarchie des règles applicables dans l'État afin de traiter le problème que pose le conflit du Traité avec la Constitution⁵⁸ ?

Les considérations que nous évoquons ci-dessous, et qui reflètent l'état actuel du droit libanais, excluent que l'inconstitutionnalité extrinsèque (la régularité externe par opposition à la régularité intrinsèque ; c.-à-d., la procédure de conclusion d'un traité) d'un traité en vigueur ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne puisse être invoquée.

A. Le conflit Traité-Constitution dans l'ordre juridique international

Ce conflit est réglé par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969⁵⁹, qui pose le principe du respect des termes du traité mais apporte à ce principe des tempéraments.

La solution à cette problématique en droit international est donnée par l'article 27, qui interdit aux États-parties d'invoquer leur droit interne pour justifier de la non-exécution du traité.

Cette règle est consacrée par la Cour permanente de justice internationale : un État ayant consenti à être lié par un traité en vigueur à son égard ne peut

58. L. FAVOREU a développé l'idée que les normes internationales ne sauraient être assimilées à des normes internes, ni même être insérées dans le bloc de constitutionnalité, et a proposé de les situer « hors hiérarchie ». Voir « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public » in *Le Conseil constitutionnel*, Pouvoirs n° 13, Paris, 1980.

59. Du 23 mars 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

invoquer les règles de sa Constitution pour se soustraire à l'exécution des obligations découlant du traité.

Cette règle est cependant relativisée par une autre qui la tempère puisque, selon l'article 27 précité, elle est sans préjudice de l'application de l'article 46, qui porte sur les dispositions de droit interne, lesquelles concernent exclusivement la compétence pour conclure des traités selon les règles constitutionnelles et autres règles de droit interne relatives à la compétence pour conclure des traités⁶⁰. Ce tempérament de l'article 46 ne s'appliquerait qu'aux règles constitutionnelles et autres règles du droit interne qui concernent uniquement la compétence pour conclure les traités, et il n'est pas applicable aux autres règles constitutionnelles.

L'État-partie au traité ne pourrait cependant invoquer ce vice de consentement entachant le traité d'une cause de nullité qu'à la double condition que cette violation soit manifeste et que la règle violée revête une importance fondamentale.

Dans ce cadre, il est clair qu'avant l'entrée en vigueur du traité par une loi autorisant sa ratification, il n'existe pas d'obligation d'en exécuter les termes dans l'ordre juridique interne. Ceci, bien que la signature du traité négocié résulte en une obligation de s'abstenir d'actes qui priveraient le traité signé de son objet ou de son but, ainsi qu'en l'article 18 de la Convention de Vienne.

Aussi, après signature et jusqu'à l'adoption d'une loi autorisant la ratification du traité et jusqu'à sa publication, les termes de la Constitution, norme interne, priment.

B. Le conflit Traité-Constitution dans l'ordre juridique interne

Un tel conflit ne s'est jamais encore présenté au Liban.

La question s'est cependant posée de savoir si le Conseil constitutionnel était compétent pour vérifier la conformité des traités internationaux à la Constitution. Cette éventualité prévue dans le projet initial de création du Conseil constitutionnel avait été écartée, la question étant réglée par le fait que ces traités ne pénètrent la sphère du droit interne qu'en vertu d'une loi autorisant l'adhésion, l'accession ou la ratification d'un traité, loi qui elle-même serait soumise au contrôle de constitutionnalité.

60. Aux termes de l'article 46, alinéa 1, « le fait que le consentement d'un État à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale ».

1. Le contrôle serait-il seulement intrinsèque, sur la procédure de mise en vigueur du traité, ou pourrait-il porter sur le contenu du traité en question ?

Le rôle du Conseil d'État sur tous les projets de textes législatifs élaborés à l'initiative du Gouvernement (cinquième chambre administrative), avant de les soumettre au bureau du Parlement, n'est pas une forme de contrôle à proprement parler juridictionnelle. Il est rempli sous forme d'avis sur les projets de loi, dans le but de relever d'éventuelles contradictions avec les lois ou d'autres textes en vigueur, et prévoir, s'il y a lieu, des dispositions abrogeant les textes contradictoires.

Les projets de loi visant à obtenir pour l'exécutif (président de la République et Gouvernement) l'autorisation du Parlement pour adhérer, accéder ou ratifier un traité sont simples en la forme, sans contenu substantiel, mais ils sont accompagnés par les instruments internationaux pour lesquels l'autorisation de ratification du Parlement est requise.

L'avis du Conseil d'État (qui peut se doubler aussi de l'avis d'instances concernées, comme le ministère des Affaires étrangères lorsque ces traités portent sur les relations entre États) en ce qui concerne l'incompatibilité avec des termes de la Constitution pourrait-il faire office de contrôle extrinsèque soit porter sur les termes du traité ?

Tout porte à le croire, d'autant plus que la soumission d'un texte de loi sans contenu substantiel au Conseil d'État pour avis conforme, comme c'est le cas des projets de loi d'autorisation de ratification de traité, serait dépourvue d'objet, sinon de sens.

Dans ce cas, un examen extrinsèque (du texte du traité) serait une étape préparatoire à la décision du Parlement, auquel est demandée l'autorisation de ratification. Celui-ci, en conséquence, pourra se fonder sur l'avis du Conseil d'État, pour éventuellement émettre des réserves sur des questions considérées comme contraires à l'une quelconque des parties écrite et non écrite de la Constitution.

2. La problématique de l'intégration des conventions internationales dans le bloc de constitutionnalité

D'autre part, un contrôle de constitutionnalité des traités serait paradoxal puisque le préambule de la Constitution, les principes fondamentaux énoncés dans ce préambule, ainsi que la Déclaration universelle des droits de l'homme

et les conventions internationales incluses à la manière d'un tapis de traités, dont le Liban s'est « engagé à traduire (dans son système juridique) les principes en tous domaines sans exception » (c.-à-d., imprégner entièrement son système juridique), font partie du bloc de constitutionnalité.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel donnant valeur constitutionnelle aux conventions internationales, les incluant ainsi dans l'ordonnancement juridique interne, n'a pas manqué d'alarmer une partie de la doctrine, nourrie sans doute par les arguments en ce sens avancés par la doctrine française, qui y a décelé un réel danger de « déjuridictionnalisation » du Conseil en raison, semble-t-il, des « contours jugés peu juridiques des matières du préambule en rapport avec les droits de l'homme⁶¹ ». Un argument qui n'est pas sans fondement en ce qui concerne l'applicabilité de dispositions qui sont d'ordre déclaratoire, mais qui reste sans portée pour ce qui est des autres dispositions claires et porteuses d'obligations précises⁶².

Les détracteurs de l'intégration des conventions internationales, du moins celles régulièrement ratifiées par le Parlement et publiées dans le bloc de constitutionnalité, y voient d'autre part « un gonflement excessif », qui rendrait une telle masse au-dessus des capacités du Conseil constitutionnel pour remplir sa tâche. Cet argument est contredit par le nombre très réduit de décisions prises à l'issue de recours présentés par les titulaires de la saisine⁶³.

3. Pour hypothétique qu'il soit dans le contexte libanais actuel, le contrôle de constitutionnalité d'un traité reste envisageable dès lors qu'un recours au Conseil constitutionnel contre la loi approuvant l'adhésion, l'accession, la ratification d'un traité, est présenté

La question qui se pose alors est la même que celle relative à l'avis du Conseil d'État sur les projets de loi : savoir si le Conseil constitutionnel exerce un contrôle extrinsèque en la forme seulement ou aussi un contrôle intrinsèque sur le contenu. Dans le cas d'un traité entré internationalement en vigueur et ayant fait l'objet d'assentiment législatif et de publication ; c'est-à-dire, dont les termes sont devenus directement applicables par les juridictions de

61. H. TABET-RIFAAT, « Droits fondamentaux et procès équitable » in *La Constitution libanaise et ses modifications*, ministère de la Justice, Beyrouth, 1995.

62. Voir décision CC n° 6/2014, du 6 août 2014, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, 1994-2004*, t. 1, p. 351.

63. Près d'une centaine de décisions depuis la création du Conseil constitutionnel en 1993, dont soixante décisions en matière électorale. Voir M. NAJM-CHEKRALLA in « *Electoral Disputes Resolution in Lebanon. The Current Situation and Future Perspective* », Konrad Adenauer Stiftung-Lebanese Foundation for Permanent Civil Peace, Bibliothèque orientale, Beyrouth, 2018, p. 30.

l'ordre interne, l'on pourrait penser, comme corollaire des règles tirées de la Convention de Vienne en son article 46, qu'un recours auprès du Conseil constitutionnel puisse être introduit.

Sur quoi porterait ce recours ?

Logiquement, ce serait uniquement sur la procédure (contrôle intrinsèque)⁶⁴ et non sur les termes du traité ratifié (contrôle extrinsèque), et ce, pour les considérations suivantes :

– Premièrement, il faut supposer qu'une révision constitutionnelle, préalablement à l'autorisation législative de ratification pour prévenir le conflit Traité-Constitution, serait dans ce contexte redondante, le législateur ayant lui-même l'exclusive compétence pour l'interprétation de la Constitution, contrairement aux termes de l'Accord de Taëf, qui donnait initialement au Conseil constitutionnel ce pouvoir⁶⁵ (le Conseil constitutionnel interprète cependant les règles constitutionnelles à la lumière de l'examen du texte qui lui est soumis).

En conséquence, et en l'absence de procédure spéciale dans la Constitution libanaise propre à la révision des normes constitutionnelles incompatibles avec un traité, si le Parlement autorise la ratification d'un traité, même s'il devait être dissonant par rapport à une norme constitutionnelle, il aurait implicitement admis sa constitutionnalité sans pour autant réviser formellement la Constitution⁶⁶.

Dans cet ordre d'idées, il faudrait en toute logique que le quorum des deux tiers des membres du Parlement, requis pour une révision constitutionnelle

soit assuré pour autoriser la ratification d'un traité⁶⁷. Cette interprétation de la révision implicite, reçue en droit constitutionnel en France, évacue l'omniprésente question de la souveraineté nationale, celle-ci étant limitée à l'intérêt national et non à l'ordre juridique international, puisque les règles constitutionnelles de par leur nature même ne peuvent s'appliquer pour des affaires d'essence internationale qui dépendent des traités et du droit international.

Elle a l'avantage de garder l'initiative aux mains du Parlement pour en juger, le pouvoir donné au président de la République de négocier et de signer ne constituant pas un abandon de compétence du premier au profit du second ;

– Enfin, et dans cet ordre d'idées, l'on pourrait penser à une révision constitutionnelle pour inscrire dans la Constitution le principe de la primauté du traité ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne. Mais cela serait, en notre opinion, sans objet puisque l'intégration dans le bloc de constitutionnalité de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des conventions internationales, en vertu de l'amendement de la Constitution en 1990 reflète *in fine* une inscription de la primauté du droit international sur le droit interne ;

– D'autre part, et pour revenir au cas de contradiction du Traité avec la Constitution, le Parlement peut toujours émettre des réserves⁶⁸ de nature à éliminer un éventuel conflit Traité-Constitution, à condition que ces réserves respectent la Convention de Vienne en son article 19, qui exclut la possibilité d'émettre des réserves si celles-ci sont expressément interdites par le traité en question ou si le traité limite les réserves à certains domaines qu'il détermine, ou si celles-ci sont incompatibles avec le but ou l'objet du traité⁶⁹.

64. Après l'entrée en vigueur du traité dans le droit interne, ce sont les règles constitutionnelles concernant la compétence pour conclure des traités qui doivent prévaloir si, comme le prévoit la Convention de Vienne, le consentement de l'État à être lié par un traité l'a été en violation manifeste d'une règle d'importance fondamentale de son droit interne.

65. Voir B. MENASSA, qui rapporte dans son ouvrage sur le Conseil constitutionnel, *Aldustur al lubnani* (Beyrouth, 1998, p. 50), que c'est le député Georges Saadé qui avait été à l'origine de l'amendement du texte initial durant la session du 21 août 1990 du Parlement, consacrée au débat sur le texte de la loi de révision de l'article 19 de la Constitution pour instituer le Conseil constitutionnel, en se fondant sur le principe que le Parlement était seul maître de l'interprétation de la Constitution. Voir le procès-verbal de la discussion entre parlementaires, lors des débats en préalable au vote de la loi constitutionnelle de révision de la Constitution, conformément à l'Accord de Taëf, le 2 août 1990, au cours duquel la majorité des présents a rejeté toute idée de dépouiller le Parlement du pouvoir d'interprétation de la Constitution, non sans référence aux attributions de l'Assemblée nationale en France, *Dawr al qadaa al dusturi fibina' dawlat al haq fi lebnane*, Konrad Adenauer Stiftung–Al markaz al arabi li tatwir hekmal qanun wal nazaha, Beyrouth, 2017, p. 144-154.

66. En cas de rejet de la demande d'autorisation de ratification d'un traité, négocié et signé par le président de la République de concert avec le Gouvernement à la majorité des deux tiers des ministres – la contradiction entre Traité et Constitution pourrait être la cause de ce rejet (mais pas exclusivement cependant, d'autres considérations pouvant en être la raison) –, une telle demande de l'exécutif ne pourrait être réitérée au cours de la même session parlementaire.

67. L'article 52 de la Constitution ne prévoit pas une majorité qualifiée pour le vote de la loi d'autorisation de ratification des traités ayant une incidence sur les finances publiques, les traités commerciaux et les traités qui ne sont pas reconductibles annuellement.

68. Voir *supra*, note 65.

69. Ainsi, les réserves portées à la Convention de Vienne sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard de la femme (1996), relatives au statut personnel que l'organe du traité a jugé « *too extensive with regard to what international law of treaties tolerates* », sans pour autant qu'il y ait d'incidence sur l'acceptation de la ratification par le Liban. Nous pouvons dire que la question de la compatibilité d'un Traité avec la Constitution serait un faux problème si l'on considère que :

- Les réserves exprimées dans la limite des termes de la Convention de Vienne de 1969 par le Parlement dans la loi d'autorisation de ratification d'un traité peuvent pallier à une éventuelle contradiction avec les termes de la Constitution (comme il en a été pour la loi de ratification de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination contre la femme assortie de réserves portant sur le statut personnel (voir *supra*, note 45) ;
- D'éventuelles dispositions du traité peuvent laisser une marge pour faire prévaloir les normes nationales ;
- L'avis préalable du Conseil d'État sur le projet de loi d'autorisation de conclusion d'un traité à la demande du Gouvernement devrait aussi pouvoir prévenir une contradiction Constitution-Traité.

CONCLUSION

En conclusion, et sans préjudice des arguments et propositions en rapport avec la problématique du conflit Traité-Constitution exprimés dans cette brève étude, l'on peut penser que le contrôle de constitutionnalité du traité dans le contexte libanais devrait être écarté pour trois raisons principales :

– La première étant la non-application des règles constitutionnelles aux affaires d'essence internationale ;

– La deuxième étant en rapport avec le pouvoir d'interprétation de la Constitution réservé au législateur qui en connaît lors du vote de la loi d'autorisation de ratification d'un traité ;

– Et enfin, du fait de la constitutionnalisation du droit international, le préambule de la Constitution ayant gravé la primauté du droit international dans la Constitution par l'engagement solennel de transcrire tous les principes contenus dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans les conventions internationales en tous domaines du droit national sans exception, faisant ainsi de l'ordre juridique national une sphère couvrant deux composantes intimement liées : celles du droit interne et du droit international.●

إنّ الرقابة اللاحقة على دستوريّة المعاهدات مطالب بها لأسباب عدّة. فتفرض الديمقراطية أن يكون هناك سلطة تحدّ من استتسائيّة السلطة السياسيّة، أو حتّى تحمي السلطة السياسيّة من ضغوط مختلفة! فتكون الضامن لسيادة الدولة. وهذه الرقابة هامة أيضاً من أجل ضمان تعاهديّة القوانين، أي احترامها للمعاهدات الدوليّة من خلال تمكين الأفراد من إثارة الدفع بعدم تعاهديّة القوانين. أمّا المحاكم الداخليّة فتحال المسألة إلى المجلس الدستوريّ الذي يُوّدي دور الرقيب على تنفيذ المعاهدات بشكل صحيح.

إلا أنّ الرقابة المسبقة تبقى هي الأفضل والأهمّ. وفي حال وجود أحكام دستوريّة تنفرد بها دولة ما، أو شروط خاصة تودّ تطبيقها، فيُستحسن إدخال تلك الشروط الدستوريّة الخاصّة بالدولة المتعاقدة ضمن نصّ المعاهدة من أجل تعاون شفّاف، وفي النهاية تطبيق أكيد للمعاهدة •

فبطبيعته، يرجع القانون الدولي للمعاهدات إلى القانون الداخلي من أجل التطبيق. وموضوع عدم دستورية المعاهدات هو من أكثر المواضيع التي أثارت نقاشات غنية، كما موضوع التصديق غير المكتمل (les ratifications imparfaites) فأى نظرية يجب تبنيها؟ فهل يجب تبني النظرية التي تقول إنَّ المعاهدة التي يُطعن بدستوريتها بعد أن أصبحت ملزمة هي لاجبة لأنَّ دولة ما لم تحترم دستورها؟ أم يجب التمسك بالنظرية الازدواجية، فالإبقاء على صحة المعاهدة دولياً وإلزامها داخلياً (وهذه النظرية طُبِّقت بالنسبة إلى المعاهدة التي أنشأت المحكمة الخاصة بלבنا)؟ أم هل يجب القول إنَّ القانون الدولي هو الذي أحال الموضوع على القانون الدستوري لتحديد أصول عقد المعاهدات، فيجب الاعتراف ببطلان المعاهدة التي عُقدت خلافاً للقانون الدستوري لدولة ما؟

يبدو أنَّ الحلَّ الذي اعتمده معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ هو الحلَّ الذي كرَّسته الممارسة الدولية^{٧٨}، ويشكّل حلاً وسطياً مرضياً للجميع. يبقى أنه، في دول عديدة، هناك عدم ثقة تجاه السلطة التنفيذية، نظراً إلى الضغوط الخارجية التي يمكن أن تخضع لها. فتضع تلك الدول آليات تخضع المعاهدات لتقبلها السلطة التشريعية، الشيء الذي يترك المجال لاستعمال حجة عدم الدستورية بشكل واسع. وفي النهاية، تبقى فكرة «الممارسة العادية» للعلاقات الدولية هي المعيار الرئيس الذي اعتمده معاهدة فيينا ضمن إطار حسن النية الذي يشكّل القاعدة الأسمى في العلاقات الدولية. وفي النتيجة، تشكّل المادة ٤٦ من معاهدة فيينا التوازن الذي يجب أن يوجد بين القانون الداخلي وإنشاء قاعدة دولية، وإنَّ التعاون ما بين النظامين الدولي والداخلي واجب عند عقد المعاهدات، بعيداً من فصل صارم بين النظامين. وأيّ خلل في هذا التوازن يؤدي إلى أزمات سياسية - داخلية أو دولية - غير مفيدة.

إنَّ عدم احترام الدستور يشوب المعاهدة بعلّة بليغة. فحتى لو كانت صالحة دولياً، إلا أنَّها ستكون باطلة داخلياً. كما يمكن قلب الفكرة والقول إنَّ بطلان القاعدة الدولية في النظام الداخلي هو، في الحقيقة، من آثار بطلانها في النظام الدولي أيضاً. فللدستور قيمة دولية كعمل قانوني (وليس كواقعة قانونية) في النواحي التي ينظّم فيها تعبير الدولة عن الرضى في التعاقد. وعلى كلِّ حال، وبالرغم من التوازن الظاهري الذي تعتقه معاهدة فيينا، أثبتنا، من خلال هذه الدراسة، أنَّ إبطال المعاهدات دولياً بسبب عدم دستورتها، أمر في غاية الصعوبة، وأنَّ الممارسة الدولية لم تشهد العديد من الأمثال عليه^{٧٩}.

78. H. Blix, *Treaty Making Power*, London, Stevens, 1960.

79. M. GHANTOUS, *La valeur internationale de la Constitution à la lumière de la résolution 1757 (2007) créant le Tribunal spécial pour le liban (TSL)*, in *JDI-Clunet*, n°1/2010, pp. 35 à 74.

ويعتبر بعض المؤلفين أنَّ معاهدة فيينا أتاحت للدولة الضحية إمكانية الموافقة على المخالفة والرضوخ لها، إضافة إلى الحقِّ في إثارة العيب الذي يشوب المخالفة^{٧٦}. وقد يؤدي هذا التفسير إلى اعتبار أنه إذا لم يكن هناك من ضرر من المخالفة لا يمكن الطعن في صحة المعاهدة. ويكون القانون الدولي قد قلَّص مرّة جديدة إمكانية إبطال المعاهدات.

الخاتمة

عُرفت ظاهرة المعاهدات منذ القدم لكنّها اليوم تشهد نمواً متزايداً، مردّه التضامن المتزايد بين عناصر المجتمع الدولي. ويظهر هذا التضامن من خلال تزايد المعاهدات المتعددة الأطراف والمنظمات الدولية.

وإذا كانت النظريات الدولية تبرز تحت عنوانين عريضين يضمّ كلَّ منهما مدارس مختلفة، إلا أنَّ اعتناق النظرية الوحدوية للقانون أو تفضيل النظرية الازدواجية يختلف بين الدول، بحسب الشروط التاريخية التي صنعتها.

فالنظرية الوحدوية تبدو كنظام اندماج قانوني حيث ينصهر القانون الدولي والقانون الداخلي في نظام واحد منظم، ذي هرمية واضحة، ويتناسب مع مجتمع دولي قوي نسبياً يسمح بتلاقي النظامين وتناغمهما. لكن، عندما يكون المجتمع الدولي ضعيفاً ومتفككاً، تغلق الدول على نفسها وتمارس رقابة دقيقة على علاقاتها الخارجية، فيصعب على القواعد الدولية الدخول إلى البيئة الداخلية^{٧٧}.

أمّا الموقف الذي اتخذته معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، فهو موقف وسطي، يشكّل حلاً وسطياً ما بين مجموعات دول مختلفة، منها ما يريد أن يبقى بعيداً من التأثيرات الخارجية غير المسيطر عليها والتي تتأقلم مع النظرية الثنائية؛ وأخرى أكثر انفتاحاً على التعاقد مع دول أخرى في شتى المواضيع وقبول آثارها في نظامها الداخلي.

76. N. QUOC DINH, P. DAILLIER ET A. PELLET, *Droit international public*, 5^e éd., 1994, p. 206 et s. « Régime des nullités pour défaut de validité ».

77. P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, 1^e édition A. Colin, 1972; 2^e édition, *Publications de l'IIHEI*, Genève, PUF, 1985; 3^e édition revue et augmentée par Philippe CAHIER en 1995 dans la collection *Publications de l'IIHEI*, Genève, PUF, Paris, publiée sur le site Internet, <https://books.openedition.org/iheid/1748>, Ch. 1 : *Le phénomène conventionnel*, § 35 et s.

المفعول عام ١٩٨٨^{٧٣}. وبشرت المحكمة تحليل القانون الدستوري، وأقرت إجراءات المصادقة على المعاهدات كما لحظها هذا الدستور. وذهبت المحكمة أبعد من ذلك، فدرست العرف والممارسة الدستورية في البرتغال، معتبرة أن للعرف الدستوري قوة القانون.

ب- الجهة التي يمكنها إثارة المخالفة

لم تأت معاهدة فيينا على ذكر الجهة التي يحق لها الادعاء وطلب إبطال المعاهدة لعدم دستورتها. وأعطى القضاء التحكيمي الجواب عن هذه النقطة.

ففي قضية غينيا-بيساو/السينيغال^{٧٤}، وضعت المحكمة المبدأ القائل إنه لا يمكن الدولة التذرع بأنها هي التي خرقت دستورها. ورفضت السبب الذي قدمته غينيا-بيساو الذي اعتبر أن فرنسا - وهو يليها - خالفت دستورها، واعتبرت أن وحده السينيغال يستطيع الإدلاء بهذه السبب. فغينيا بيساو ليس لها الصفة لتقديم هذا الطلب للمحكمة^{٧٥}. واعتبرت المحكمة بوضوح أن التذرع بإبطال المعاهدة لعدم دستورتها هو للطرف الذي كان ضحية المخالفة. فالدولة المخالفة عليها فقط تطبيق المعاهدة ولا يمكنها إبطال المعاهدة دولياً.

ج- عنصر الضرر

هناك أيضاً عنصر إضافي، وهو مفهوم الضرر الذي تتكبده الدولة بسبب عدم دستورية المعاهدة. لم تلحظ معاهدة فيينا هذا العنصر في حين كانت لجنة القانون الدولي قد تبنت مفهوم الضرر والتعويض عنه. ونعتقد أن معاهدة فيينا تركت الموضوع لمبادئ القانون الدولي العامة.

فجاء الجواب من الاجتهاد. إذ جاء قرار المحكمة التحكيمي في قضية غينيا-بيساو/السينيغال بفكرة أو مفهوم «الضحية» التي تتضمن فكرة تكبد الضرر من جراء عدم الدستورية. فهل يعني ذلك أن عدم توافر عنصر الضرر يحرم الدول إثارة عدم دستورية المعاهدات؟ وهل في حال أبطلت المعاهدة داخلياً لعدم دستورتها، فهل يعطي ذلك دافعاً للدولة المتعاقدة للمطالبة بالإبطال دولياً؟ أم يحق لها فقط المطالبة بالاعطال والضرر بتحريك المسؤولية الدولية للدولة المخالفة؟

73. *Aff. Guinée-Bissau/Sénégal*, SA, 31 juillet 1989, RGDIP, 1990, § 56.

74. *Aff. Détermination de la frontière maritime Guinée-Bissau/Sénégal*, SA, 31 juillet 1989, RGDIP, 1990.

75. La sentence, 31 juillet 1989, RGDIP 1990, § 60, *op. cit.*

قبل معاهدة فيينا، كان الاجتهاد متأرجحاً ومتناقضاً. ففي حين اعتمدت المحكمة التحكيمية للرئيس كليفلاند في قضية معاهدة الترسيم لعام ١٨٥٨ بين كوستاريكا ونيكاراغوا^{٦٨} مبدأ بطلان المعاهدات غير الدستورية، أقرت مبدأ تفسير الدساتير من قبل المحاكم الدولية. واعتبرت محكمة العدل الدولية الدائمة أن القوانين الداخلية ليست سوى «وقائع قانونية» بسيطة ولا يمكن المحكمة أن تفسرها^{٦٩}. أما محكمة العدل الدولية، فاعتبرت أن ذلك أن القوانين النروجية الداخلية ليست سوى «وقائع قانونية» لأنها أعطت لنفسها صلاحية تفسيرها^{٧٠}.

وبعد معاهدة فيينا، أجمع الاجتهاد على أن الدساتير تفسرها المراجع القضائية الدولية^{٧١}. ففي قضية غينيا-بيساو/السينيغال، اعتبرت المحكمة التحكيمية أن، قبل ١٩٦٩، كانت القواعد القانونية في مجال المعاهدات عرفية. ولم يوجد أي سابقة، إن في القضاء العدلي أو التحكيمي، قضت بطلان معاهدة لعلّة خرق دولة لقانونها الداخلي حين وقّعت المعاهدة. كذلك، لم تكن السوابق الدبلوماسية متجانسة. لكن الأمر الوحيد الذي كان يمكن قوله، هو أن وحدها المخالفة الجسيمة والبيّنة (أي العلانية) للقانون الداخلي كانت تبرر إعلان بطلان معاهدة ما^{٧٢}.

لم تعتبر المحكمة التحكيمية في قضية غينيا-بيساو/السينيغال أن هناك بالنسبة إلى القاضي الدولي سؤالاً أولياً (question préjudicielle pour le juge international) إذ إن القاضي الدولي يفسر القانون الدستوري الداخلي بنفسه، بل اعتبرت أنه، من أجل معرفة إذا ما حصلت مخالفة للقانون الداخلي أم لا، يجب الأخذ بالقانون المطبق أو الساري المفعول. في الدولة المعنية، أي القانون كما تفسره وتطبقه أجهزة الدولة، ومن ضمنها الأجهزة القضائية والإدارية. وبالتالي، يقتضي تحليل الدستور السياسي لجمهورية البرتغال لعام ١٩٢٣ والتي كانت سارية

68. S.A., 22 mars 1883, La Fontaine, *Pasicrisie*, 298: « Pour déterminer la validité d'un traité conclu au nom de l'État, il convient de s'en rapporter aux lois fondamentales de cet État. »

69. *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)* CPJI, arrêt, 25 mai 1926, série A, n° 7, p. 19 : « Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestation de la volonté et de l'activité des États au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives. La Cour n'est certainement pas appelée à interpréter la loi polonaise comme telle [...] ».

70. *Affaire relative à Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, CIJ, arrêt, 6 juillet 1957, Rec., 1957, opinion dissidente BASDEVANT, p. 78: « Mais si la Cour est saisie de points de droit international dans le différend actuellement pendant entre la France et la Norvège et si elle est compétente à ce titre pour connaître de ce différend, il va de soi qu'elle aura aussi à examiner les *points de fait* qui se posent. Elle doit ranger parmi ceux-ci les questions d'interprétation des lois norvégiennes qu'elle pourra rencontrer. Il n'a jamais été soutenu que la Cour devrait renvoyer l'examen de telles questions à la décision de tel ou tel tribunal national. »

71. *Aff. Guinée-Bissau/Sénégal*, SA, 31 juillet 1989, RGDIP, 1990, § 56.

72. *Ibid.*, § 55.

أما اجتهاد المحاكم الدولية، فاعتمد على معيار إضافي لتقييم الطابع العلاني والبيّن للقاعدة الدستورية ولخرقها.

وفي قضية تحديد الحدود بين غينيا-بيساو والسينغال⁶²، قضت المحكمة أنّ العمل بالقاعدة الدستورية أو «علانيتها» يمكن أن يؤمّن من خلال إدراجها في المعاهدة. وبهذه الطريقة، تصبح القاعدة الداخلية علانية، وتصبح أية مخالفة «بيّنة». فلم تكن المحكمة التحكيمية بالطابع البيّن للمخالفة، بل تطلب أن تكون للقاعدة الدستورية الطابع العلاني⁶³. في الحقيقة، أخذت المحكمة ببعض المبادئ المتداولة أيضًا في ما يخص المصادقة. فبحسب بعض المؤلفين، إنّ المصادقة مطلوبة فقط إذا لحظت في المعاهدة⁶⁴، في حين يؤكد البعض الآخر أنه على العكس، يفترض أن المصادقة مطلوبة ما لم يرد في المعاهدة عكس ذلك⁶⁵.

أما محكمة العدل الدولية، في قضية كامرون/نيجيريا⁶⁶، فلقد واجهت أيضًا موضوع علانية قاعدة دستورية. فطلبت أن تكون القاعدة علانية. واعتبرت أنّها تقبل بأيّ طريقة ملائمة لجعل القاعدة علانية⁶⁷.

III - الشروط الأخرى التي قد تحول دون إبطال المعاهدة دولياً

أ- مسألة تفسير الدستور

إذا كانت الدول تتردّد في تفسير دساتير الدول الأخرى، إلا أنّ المحاكم الدولية تعاطت مع هذه المسألة منذ زمن بعيد.

62. *Aff. Détermination de la frontière maritime Guinée-Bissau/Sénégal*, SA, 31 juillet 1989, *RGDIP*, 1990.

63. *Aff. Guinée-Bissau/Sénégal*, la sentence, *op. cit.*, § 58 : « Lorsque deux pays concluent un accord par échange de lettres, accord qui, pour des raisons constitutionnelles, exige l'approbation du Parlement de l'un d'eux, il est d'usage de faire mention de cette circonstance dans le texte ou au cours de la négociation. »

64. G. FITZMAURICE, *Do Treaties Need Ratification?*, 15 *BYBIL* 1934, p. 129; O'CONNEL, *International*

Law, p. 222; Hans BLIX, *The Requirement of Ratification*, 30 *BYBIL* 1953, p. 380.

65. I. McNAIR, *Law of Treaties*.

66. *Aff. Cameroun/Nigeria*, arr., CIJ, *Recueil* 2002, p. 430, § 265.

67. « Cependant, si la capacité d'un chef d'État à cet égard est restreinte, cette restriction n'est manifeste au sens du paragraphe 2 de l'article 46 que si, à tout le moins, elle a été rendue publique de manière appropriée. »

كما خضعت المعاهدة لتدقيق الوزارة المعنية أي وزارة الخارجية. وهذه الرقابة هي ما نسميه الرقابة السياسية المسبقة، أي التي تسبق التوقيع النهائي أو المصادقة. أثار مستشار وزارة الخارجية الأميركية نقاشاً عدّة تتعلّق بالطابع العلاني والبيّن للمخالفة. وكان المستشار القانوني لمجلس الشيوخ قد اعتبر أنّ الطابع العلاني أو البيّن للقاعدة الدستورية الأميركية مؤلف من «إشارات إنذار قانونية وسياسية... يمكن تحديدها بسهولة»⁵⁹. لكنّ مستشار وزارة الخارجية رفض هذا التعريف بسبب غموضه ولأنّه لا يدلّ على الطريقة التي يمكن بها إسرائيل أن تعرف أحكام الدستور الأميركي، مع التمييز بين سجلّ علاني حول مخالفة للدستور والمخالفة عينها. فقال: «من الصحيح أنّ السجلّ قد يكون علانياً وبيّناً، لكنّ هذا لا يعني أنّ المخالفة هي هكذا أيضاً»⁶⁰. وانتهى الرأي بالقول إنّ أي نزاع داخلي حول القاعدة التي يزعم خرقها، تحوّل المشكلة إلى نزاع حول تفسير القاعدة، فتخسر المخالفة المزعومة طابعها «البيّن».

ب- الطابع العلاني للقاعدة الدستورية في التطبيق

بالنسبة إلى الممارسة الدبلوماسية، تحدّثت معاهدة فيينا فقط عن «مخالفة بيّنة». لكنّ الممارسة الدولية اعتبرت هذا التعبير غير مكتمل لأنّ القاعدة هي التي يجب أن تكون بيّنة لكي تصبح معاقبة المخالفة ممكنة.

وفي إطار اتفاقيات سيناء⁶¹، كانت الحجة الأساسية لمستشار وزارة الخارجية، روفين (ROVINE) تستند إلى اللحظة التي تصبح المصادقة على المعاهدة واجباً. فاستند إلى رأي البروفيسور هنكين الذي كان يعتبر أنّه «بما أنّ أحداً لا يستطيع التأكيد في أي وقت موافقة مجلس الشيوخ مطلوبة، فالتخلف عن الحصول على هذه الموافقة لا يكون بيّناً»⁶².

وبعبارة أخرى، لكي نكون أمام مخالفة بيّنة، فالموجب الذي يقابلها يجب أن يكون بيّناً أيضاً. وفي هذه الحالة بالذات، لم يكن موعد تنفيذ الموجب الدستوري معروفاً، وبالتالي لم يكن هناك خرق بيّن لهذا الموجب.

59. Th. MERON, *Article 46 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, *BYBIL*, 1978, p. 180: «[...] legal and political warning lights have been readily visible.»

60. Th. MERON, *susmentionné*, p. 191: «But the fact that a claim of violation has gained notoriety does not mean that the violation - if any - is necessarily a manifest one.»

61. L. HENKIN, *Foreign Affairs and Constitution*, 1972, pp. 133-134: «Since no one can say with certainty when the consent of the Senate to an agreement is required, failure to obtain such consent cannot be manifest.»

الدولي^{٥٨}. فكل شيء يجب أن يساهم في تنفيذ المعاهدة، ويجب دائماً البحث عن سبل حلّ مشاكل التنفيذ ووضع المعاهدات حيّز التنفيذ في النظام القانوني الداخلي. وهذه هي وظيفة المعاهدة بامتياز.

- II - شرط علانية المخالفة هو شبه تعجيزي

جاء في المادة ٤٦ فقرة ٢ من معاهدة فيينا (الترجمة العربية لجامعة مينيوتا): «تعتبر المخالفة بيّنة إذا كانت واضحة بصورة موضوعية لأيّ دولة تتصرّف في هذا الشأن، وفق التعامل المعتاد وبحسن نيّة».

من الواضح أنّ هذا التعبير مطاط ويحتل تفسيرات مختلفة. إلا أنّ الفقرة وضعت ثلاثة شروط يجب أن تتوفر لكي تعتبر المخالفة «بيّنة» أو «علانية»:

١- أن تكون واضحة بشكل موضوعي بالنسبة إلى الدول؛

٢- حسب التعامل المعتاد أي الممارسة الجارية؛

٣- أن تكون قد حصلت المخالفة بحسن نيّة.

وقد نتساءل عمّا إذا كانت المخالفة هي التي يجب أن تكون بيّنة أم القاعدة القانونية؟ فضلاً عن أنه من الصعب تحديد ما يمكن أن يكون «واضحاً بشكل موضوعي» وما هي «الممارسات المعتادة» في هذا الموضوع. ولقد ظهر من الممارسة الدولية أنّ تفسيرات مختلفة يمكن أن تعطى لكل تلك المفاهيم.

أ- التمييز بين الطابع العلاني أو البين للمخالفة مع وجود خلاف علاني أو بين بشأن المخالفة

في اتفاقيات سيناء ٢، وبالرغم من أنها كانت تعني إسرائيل ومصر، إلا أنّ الولايات المتحدة تعهدت إرسال ٢٠٠ جندي إلى صحراء سيناء للمساعدة على تنفيذ الاتفاقيات وكضمان لإسرائيل. فتوجّب الحصول على موافقة الكونغرس للمصادقة على تلك المعاهدات.

58. B. MIRKINE-GUIETZEVITH, *Droit international et droit constitutionnel*, RCADI, 1931- IV, p. 461 : « [...] sans le droit constitutionnel l'exécution des règles du droit international serait impossible ».

بتوقيعه^{٥٩}. وأكدت البحرين بأنّ دولة قطر كانت على بيّنة من الشروط التي يفرضها الدستور إذ أنّ الدستور البحريني نُشر في الجريدة الرسمية القطرية، عملاً بعرف يقضي بتبادل الجرائد الرسمية بين البلدين. فضلاً عن أنّ الصيغة الأولى للمحضر كانت تتضمن فقرة تنصّ على أنّ الاتفاق الخاص يدخل حيّز التنفيذ بتاريخ تبادل أدوات المصادقة عملاً بالشروط الدستورية لكلّ من الدولتين^{٥٦}. كما أكدت البحرين أنّ القاعدة التي قد جرى خرقها هي ذو أهمية أساسية لأنها مندرجة في دستورها^{٥٧}.

اعتبرت محكمة العدل الدولية أنّ المحضر المذكور يُنشئ حقوقاً وواجبات للطرفين، وهو بالتالي يشكّل اتفاقاً دولياً^{٥٨}. لكنّها لم تتطرق قطّ لموضوع بطلان الاتفاق بسبب عدم دستوريته، وفصلت النزاع وقضت بأنّ المحضر المؤرّخ ٢٥ كانون الأول ١٩٩٠ كما تبادل الرسائل في كانون الأول ١٩٨٧، يشكّلان اتفاقاً دولياً يُنشئ حقوقاً وواجبات للفرقاء^{٥٩}.

- قضية الحدود البرية والبحرية بين الكاميرون و نيجيريا^{٥٦}: في هذه القضية كرّست محكمة العدل الدولية مبدأ أهمية القواعد الدستورية مؤكّدة في فقرتها الحكمية أنّ القواعد المتعلقة بصلاحيّة توقيع المعاهدات باسم الدولة، هي قواعد دستورية ذات أهمية أساسية^{٥٧}. وتدلّ هذه الفقرة على أنّ بعض أحكام الدستور لها أهمية بالنسبة إلى القانون الدولي تختلف عن أهمية باقي القواعد القانونية الداخلية.

فبالنسبة إلى القانون الدولي، لا تتمتع أحكام الدستور كافة بقيمة دولية. وحدها القواعد الدستورية المتعلقة بصلاحيّة التوقيع على المعاهدات باسم الدولة هي ذات أهمية أساسية. إذ وحدها الأحكام المخصّصة «للاستعمال» الدولي لها قيمة وأثار دولية وينتج من خرقها بطلان المعاهدة.

ففعالية المعاهدة دولياً وتنفيذها في النظام القانوني الدولي يبقيان هما المحوران الرئيسيان، ممّا أدى ببعض الفقهاء إلى القول إنه «دون القانون الدستوري قد يستحال تنفيذ قواعد القانون

51. Contre-mémoire du Bahreïn, *susmentionné*, § 6.91.

52. *Ibid.*, § 6.91. «This Special Agreement shall enter into force on the date of exchange of instruments of ratification in accordance with the respective constitutional requirements of the Parties», Annex 1.9, Vol. II, p.52.

53. Contre-mémoire du Bahreïn, *susmentionné*, § 6.98.

54. L'arrêt, § 25.

55. *Ibid.*, § 30.

56. *Aff. Cameroun/Nigéria*, CIJ., Arr., 10 octobre 2002, Recueil 2002, p. 430, § 265.

57. *Ibid.*, p. 430, § 265.

ب- الاجتهاد الدولي

١- المحاكم التحكيمية

وكان اجتهاد المحاكم التحكيمية يؤكد، منذ زمن بعيد، أولوية القانون الدولي وسموه على القانون الدستوري^{٣٧}. لكن القرار القضائي الذي أكد أن الدستور هو قاعدة داخلية ذو قيمة أساسية أي ذو مفعول دولي، فكان في قضية التحكيم في الحدود البحرية بين غينيا-بيساو والسينيغال^{٣٨}. فالمعاهدة التي جرى الاعتراض على صحتها كانت قد عُقدت قبل دخول معاهدة فيينا حيز التنفيذ. وكانت قد عُقدت بين فرنسا والبرتغال بواسطة تبادل رسائل في ٢٦ نيسان ١٩٦٠، وتناولت تحديد الحدود بين جمهورية السينيغال وأراضي غينيا البرتغالية^{٣٩}.

واعترفت جمهورية غينيا-بيساو أن تبادل الرسائل الفرنسي البرتغالي كان مشوباً بالبطلان وكأنه لم يكن، بسبب خرقه قواعد داخلية ذات قيمة أساسية^{٤٠}، وأنها كانت واضحة بحسب المادة ٤٦ من معاهدة فيينا^{٤١}.

رفضت جمهورية السينيغال هذا الادعاء، مستندة إلى العرف الدولي والممارسة الداخلية لدولة غينيا-بيساو، متطرفة أيضاً إلى تفسير بعض الأحكام الدستورية الداخلية لهذه الدولة^{٤٢}. وفصلت المحكمة التحكيمية هذه النقطة، ووضعت المبادئ الواجب تطبيقها في موضوع بطلان المعاهدات لعدم دستورتيتها.

ميّزت المحكمة أولاً ما بين ما قبل معاهدة فيينا وما بعدها. ورأت أن، قبل المعاهدة، كانت المبادئ المطبقة عرفية. أما الاجتهاد فلم يحكم أبداً ببطلان معاهدة لعدم دستورتيتها عند توقيعها. أما السوابق الدبلوماسية فلم تكن متجانسة. لكن، يمكن أن يستخلص منها أن، وحده، خرقاً خطيراً وفادحاً للقانون الداخلي كان بإمكانه تبرير إعلان بطلان معاهدة دولية^{٤٣}.

ثم نظرت في القضية المعروضة عليها، ورأت أنه لمعرفة ما إذا كان هناك خرق للقانون الداخلي، يجب الأخذ بالقانون المعمول به في الدولة المعنية، أي القانون كما هو مفسر ومطبق من

قبل أجهزة الدولة ومن ضمنها الأجهزة القضائية والإدارية^{٤٤} وبالتالي، وقبل كل شيء، تحليل الدستور السياسي للجمهورية البرتغالية لعام ١٩٢٢ التي كانت سارية المفعول عام ١٩٦٠^{٤٥}. وانطلاقاً من هنا، بادرت المحكمة إلى تحليل وتفسير القانون الدستوري وآلية التصديق على المعاهدات الملحوظة في هذا الدستور. واعتُبر أن ليس هناك *question préjudicielle pour le juge international*. فللقاضي الدولي الصلاحية لتفسير القانون الداخلي للدول. أكدت المحكمة أن الدستور هو قاعدة قانون ذو قيمة أساسية، وأخذت بالعرف الدستوري الذي يتمتع بقيمة دستورية^{٤٦}.

٢- محكمة العدل الدولية

لم تتخذ محكمة العدل الدولية موقفاً من هذا الموضوع إلا بشكل متأخر.

- قضية التحديد البحري والمسائل الإقليمية بين قطر والبحرين^{٤٧}: في هذه القضية، ادعت قطر على البحرين بشكل أحادي الجانب على أساس محضر اجتماع لعام ١٩٩٠ معتبرة أن الدولتين أعطت موافقتهم معتبرة المحضر كإثبات لاتفاق دولي، وبالتالي كأساس لصلاحية المحكمة^{٤٨}.

اعترضت البحرين على صلاحية المحكمة مدلية بأن المحضر لم يكن سوى مستند قانوني غير ملزم لأنه لم يكن سوى محضر مفاوضات وليس له قيمة اتفاق دولي^{٤٩}.

وبنت البحرين دفاعها على أسباب عدة، منها أن المحضر ليس معاهدة، لكن حتى لو اعتبر هكذا لكان قد شكّل خرقاً للدستور ولا يمكن بالتالي إلزام البحرين^{٥٠}. إذ أن المادة ٣٧ من دستور البحرين تنص على أن المعاهدات التي تتعلق بإقليم الدولة وحقوقها السيادية لا يمكن أن تدخل حيز التنفيذ سوى بموجب قانون. ومن الصعب أن يعقل بأن وزير الخارجية أراد إلزام الدولة

44. *Aff. Détermination de la frontière maritime Guinée-Bissau/Sénégal*, la sentence, § 56.

45. *Ibid.*, § 57.

46. *Ibid.*, § 58.

47. *Aff. délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, CIJ, arr. 1^{er} juillet 1994, « *Compétence et recevabilité* » (www.icj-cij.org/docket/files/87/6994.pdf).

48. *Aff. Qatar/Bahreïn susmentionnée*, l'arrêt, n° 20, p. 120.

49. *Ibid.*, n° 22, p. 120.

50. Contre-mémoire du Gouvernement de l'État du Bahreïn du 11 juin 1992, § D/6.91 et s. (www.icj-cij.org/docket/files/87/7025.pdf): « *The requirements necessary for its effective operation as a treaty were not* » (Les conditions nécessaires pour qu'il devienne effectivement opérationnel en tant que traité n'étaient pas réunies) [*Notre traduction*].

36. HACKWORTH, *Digest of International Law*, vol. 5, 1943, p. 83.

37. Sentence arbitrale *Montijo* du 26 juillet 1875. Texte in Moore, *Digest*, 1898, II. 1440.

38. *Aff. Détermination de la frontière maritime Guinée-Bissau/Sénégal*, SA, 31 juillet 1989, *RGDIP*, 1990.

39. *Aff. Détermination de la frontière maritime Guinée-Bissau/Sénégal*, la sentence, § 21.

40. *Ibid.*, § 22.

41. *Ibid.*, § 53.

42. Contre-mémoire, p. 40.

43. *Aff. Détermination de la frontière maritime Guinée-Bissau/Sénégal*, la sentence, § 54.

لدى دراسة المعاهدات، أثير موضوع تجاوز صلاحيات ممثل الدولة الأميركية في البعض من تلك المعاهدات واعتبرت إحداها باطلا. وتجدر الإشارة إلى أن الرقابة كانت «سياسية» مسبقة، أي إنها مارسها السلطة التشريعية الأميركية قبل إبرام المعاهدات بشكل نهائي.

– معاهدة قناة بنما ومعاهدة حياد قناة بنما: في ٢٢ تشرين الأول ١٩٧٧، بموجب المادة ٢٧٤ من دستورهما، نظمت بنما استفتاءً شعبياً لتبني معاهدة حياد قناة بنما والمستندات المرفقة بالمعاهدة. إلا أن إعلان التفاهم المشترك (Joint statement Understanding) الذي قام به الرئيس الأميركي كارتر والرئيس البنمي الجنرال طوريوخوس لم يرق بالمعاهدة ولم يعرض على الاستفتاء الشعبي. علماً أنه كان قد بث علنياً على قنوات التلفزة كافة، وأعدت الصحف نشر مضمونه.

أحيلت المعاهدة إلى مجلس الشيوخ للموافقة، إلا أن لجنة مجلس الشيوخ للشؤون الخارجية الأميركية اعتبرت أن الإعلان كاتر / طوريوخوس يجب أن يلحق بالمعاهدة مما قد يوجب استفتاءً جديداً.

لكن وزارة الخارجية أخطرت مجلس الشيوخ أن استفتاءً جديداً قد يؤدي إلى رفض الشعب البانامي معاهدة الحياد. فقررت اللجنة إضافة فحوى إعلان كارتر/طوريوخوس كتعديلات على معاهدة الحياد. وإضافة إلى ذلك، وضع مجلس الشيوخ عدداً من الشروط، والتحفّظات، وتجاهمات في المعاهدة. وحلت المشكلة بهذه الطريقة «الدبلوماسية». وبغض النظر عن النتيجة، فإن النقاش الذي دار في مجلس الشيوخ وفي وزارة الخارجية، أعطى آراء قانونية مختلفة. إلا أن صلب الموضوع كان عدم دستورية المعاهدة كما هي. فوزارة الخارجية رأت أن الإعلان لم يكن سوى تفسير للمعاهدة، ولم يكن يستوجب استفتاءً جديداً. وفي النهاية، قبل مجلس الشيوخ المعاهدة مع التحفّظات والشروط والتعديل الذي أضافه، وقبلت الباناما بهذا التعديل وهذه الشروط معتبرة أن الإعلان كان تفسيراً للمعاهدة وأن الشروط والتحفّظات والتعديلات كانت مطابقة لهذا التفسير.

– أشار المؤلف بول دو فيشير إلى إشكال حول صحة انضمام اللوكسمبورغ إلى عسبة الأمم³⁴.

– عام ١٩٣٢، فسخت دولة أيرلندا الحرّة معاهدة مع بريطانيا العظمى بالنسبة إلى تسديد القروض العقارية السنوية، على أساس أن مجلس النواب لم يوافق عليها كما نص عليه الدستور³⁵.

– عام ١٩٢٩، طلبت سويسرا سحب انضمامها إلى قرار اتخذته مؤتمر واشنطن للحد من التسلح الذي ألزم الدول إعطاء الدول الأخرى لأتحة بالمعاهدات الموقعة مع الصين. ولم يكن هذا الطلب بمثابة انسحاب فردي، لكنه قدّم على أساس أن سويسرا اكتشفت لاحقاً أن هذا الانضمام جرى خلافاً لبعض متطلبات الدستور³⁶. لكن، من اللافت أن الموقف السويسري، عندما أجابت عن الأسئلة التي طرحها، عام ١٩٢٦، لجنة الخبراء في التقنين التدريجي للقانون الدولي، كان بالأخذ بـمعيار سلامة العلاقات الدولية والذي يؤول إلى اعتبار أن المعاهدة التي صادقت عليها الأجهزة التنفيذية تلزم الدولة.

أما، حديثاً، فنستطيع التحدّث عن بضع مسائل قد توضح الصورة:

– اتفاق سيناء ٢ بين إسرائيل وجمهورية مصر العربية الذي وقع في جنيف في ٤ أيلول ١٩٧٥ والذي، بموجبه، على إسرائيل الانسحاب بعد خطّ معين وإعادة حقول النفط في السويس، وعلى مصر أن تسمح بعبور البواخر غير الحربية في قناة السويس من وإلى الموانئ الإسرائيلية. في المقابل، تلقت إسرائيل مساعدات مالية غير مسبوقه من الولايات المتحدة، إضافة إلى نشر حوالي ٢٠٠ تقني أميركي لتشغيل نظام إنذار مبكر يتموضع في صحراء سيناء. ولتحفيز الطرفين على توقيع المعاهدة، وقعت الولايات المتحدة مع الدولتين اتفاقيات ثنائية مستقبلية. فطلبت الحكومة الأميركية موافقة الكونغرس من أجل تموضع الفنيين المدنيين الأميركيين.

34. Un incident discuté en détail par P. de VISSCHER, *De la conclusion des traités internationaux*, Bruxelles, 1943, pp. 165-170.

35. التفاصيل مراجعة مقدمة سير أرنولد ماكنير، صلاحية إبرام المعاهدات، *Treaty-Making Procedure*، ص. 3-13، إضافة إلى تعليقه على المادة 22 من مسودة المعاهدة التي أعدتها جامعة هارفارد، ص. 1002-1005. إن محاولة الرجوع عن اتفاقيات الامتيازات النفطية المبرمة مع شركة النفط البريطانية الإيرانية Anglo-Iranian Oil Company، من قبل الدولة الإيرانية على أسس دستورية، كان يستهدف اتفاقية كانت الحكومة تعتبرها عقداً خاصاً وليس معاهدة دولية.

Sir A. McNair, *The Law of the Treaties: British Practice and Opinions*, pp. 3-13, et le commentaire sur l'article 22 de la "Harvard Draft Convention", pp. 1002-1005.

- القسم الثاني -

صعوبة إعلان بطلان معاهدة دولياً لعدم دستوريّتها

- I - الممارسة الدولية تتسم بالخلج

كان موقف الاجتهاد الدولي لمحكمة العدل الدولية الدائمة، قبل معاهدة فيينا، واضحاً وثابتاً. فكان يقضي بصحة المعاهدات غير الدستورية دولياً ويرفض للدول التذرع بقانونها الداخلي، ومن ضمنه القانون الدستوري، من أجل التملص من المعاهدة³². وبعد إبرام معاهدة فيينا ودخولها حيّز التنفيذ، برزت تدريجياً مواقف بلورت، بشكل أوضح، المبادئ المعتمدة في هذا المجال.

أ- الممارسة الدبلوماسية

الممارسة الدبلوماسية تعني موقف الدول وممارستها حيال هذه المسألة. وفي السابق، كانت الممارسة الدبلوماسية مناوئة لفكرة بطلان معاهدة لعدم دستوريّتها³³. لكن يبدو، اليوم، أنّ للدستور حساباً في النظام القانوني الدولي، ولو كانت الأمثلة غير متوفرة بغزارة. فمن ناحية، إنّ موقف الدول، من خلال إدلائها أمام المحاكم الدولية، هو جزء من الممارسة الدبلوماسية الدولية. فكلّ المواقف التي تتبنّاها الدول في القضايا التي تترافع بها، هي جزء من الممارسة الدولية. الدعاوى القضائية قليلة في هذا المجال.

حصلت، في السابق، بعض الحوادث العابرة والمتفرقة. وعلى سبيل المثال:

- عام ١٨٣٢، فسخت فرنسا المعاهدة المعقودة مع الولايات المتحدة بشأن دفع تعويض لمواطنين أميركيين، من جراء الضرر الذي أصابهم خلال الثورة، وذلك بسبب عدم موافقة مجلس النواب؛

- عام ١٨٣٥، احتجت الولايات المتحدة على المعاهدة التجارية المعقودة بين البيرو والشيلي.

إنّ المبدأ الأساسي، في هذا المجال، هو الذي لحظته المادة ٢٧ من معاهدة فيينا والذي يقصد، بشكل عام، أنّ لا شيء يجب أن يعرقل تطبيق معاهدة ما، بخاصة القانون الداخلي. لكنّ المادة ٢٧ لحظت أيضاً استثناء لهذه القاعدة إذ قضت أنّ هذه المادة لا تحول دون تطبيق المادة ٤٦ من المعاهدة نفسها. فالمادة ٤٦ هي استثناء للقاعدة، فضلاً عن أنّها استثناء مشروط بشكل يجعل تطبيقه بغاية الصعوبة. وتنصّ المادة ٤٦ المتعلقة بـ«نصوص القانون الداخلي بشأن الاختصاص بعقد المعاهدات» على ما يلي:

١- ليس للدولة أن تحتج بأنّ التعبير عن رضاها بالالتزام بالمعاهدة قد تمّ بالمخالفة لحكم في قانونها الداخلي يتعلّق بالاختصاص بعقد المعاهدات كسبب لإبطال هذا الرضى، إلا إذا كانت المخالفة بيّنة وتعلقت بقاعدة أساسية من قواعد القانون الداخلي؛
٢- تعتبر المخالفة بيّنة إذا كانت واضحة بصورة موضوعية لأية دولة تتصرف في هذا الشأن وفق التعامل المعتاد وبحسن نية.

فوضعت شروط الإبطال إذا كان الموضوع يتعلّق بالقانون الداخلي:

١- القانون الداخلي الذي يؤخذ بمخالفته هو «قاعدة أساسية»، وهناك إجماع بأنّ التعبير يقصد به الدستور؛

٢- يجب أن تكون المخالفة «بيّنة»، أي «واضحة بصورة موضوعية» حسب «التعامل المعتاد»؛

٣- يجب أن تكون المخالفة حصلت بحسن نية.

ويعود الفضل في إدخال مفهوم «المخالفة الواضحة بصورة موضوعية»، كما جاء في الفقرة

الثانية في المادة ٤٦، لبريطانيا العظمى³¹.

32. *Affaire du traitement des nationaux polonais à Dantzig*, CPJI, AC, 4 février 1932, série A/B, n° 44, p. 24. (www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_44/01_Traitement_nationaux_polonais_Avis_consultatif.pdf).

Affaire des Zones franches de Haute-Savoie et du Pays de Gex, entre la France et la Suisse, CPJI, arr. 7 juin 1932, série A/B, n° 46, p. 167.

Affaire du Groenland oriental, CPJI, arrêt, 5 avril 1933, série A/B, n° 53, pp. 56 à 71 et 91.

33. Ch. ROUSSEAU, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1971, t. I, pp. 109-110 (pratique des États en matière de traités ratifiés en violation de la Constitution).

31. J. HOSTERT, *op. cit.*, AFDI, 1969, p. 108.

أ- الدستور هو مصدر الصلاحيات

عندما تنشأ دولة، فستعطي نفسها مؤسّسات، حكومة. المؤسّسات التي تُنشئها الدولة تجد مصدرها في الدستور. لكن ليس لتلك الأجهزة الدستورية حقوق خاصة لممارسة السلطة، بل صلاحية بسيطة يُنشئها القانون²⁰. فلا يملك الجهاز الدستوري سلطة إلا ضمن الحدود التي لحظها الدستور صراحة أو ضمناً²¹. فالدستور يُنشئ الصلاحيات. وبالنسبة إلى «الشرعية الدولية»، حسب تعبير البروفسور كومباكو²²، فطرق اكتساب الصلاحيات أو تعديلها هي تماماً تكوين الدولة أو تغييرها²³، إذ إن إنشاء الدولة ليس سوى وسيلة اكتساب جامعة للصلاحيات الدولية كافة²⁴. فنكون، والحالة هذه، أمام صلاحياتين قانونيتين متنافستين لقاعدة قانونية واحدة: من جهة، الصلاحية الداخلية التي ينظم الدستور بموجبها صلاحيات الدولة وعمل أجهزتها؛ ومن جهة أخرى، الصلاحية الدولية، إذ ينظم القانون الدولي حياة الدول وصلاحياتها حيث إن وظيفة القانون الدولي هي تنظيم ممارسة هاتين الحريتين الأساسيتين²⁵.

ب- تكريس مبدأ بطلان المعاهدات لعدم دستوريّتها في معاهدة فيينا

أخذت معاهدة فيينا بالموضوع الدستوري، وعاقبت خرقه في مرحلة عقد المعاهدات. ورأى البعض ثلاثة أسباب لبطلان المعاهدات في معاهدة فيينا، وهي تتعلق بأهلية المتعاقدين (المادتين ٤٦ و٤٧)، صحة الرضى للالتزام (م. ٤٨-٥٠) وقانونية موضوع المعاهدة (م. ٥١-٥٢). فيما اعتبر البعض الآخر أن أسباب البطلان يمكن أن تقسم إلى قسمين: الأسباب «النسبية» للبطلان في المواد ٤٦ إلى ٥٠، والأسباب «المطلقة» في المواد ٥١ إلى ٥٢²⁶. فالأسباب النسبية تمكّن من إبطال المعاهدة بناء على طلب الفريق المتضرر، في حين أنّ الأسباب المطلقة تجعل المعاهدة باطلة منذ عقدها (ab initio). لكن بالنسبة إلى المعاهدات الثنائية، فإنّ الأثر القانوني لأسباب

20. J. BARTHELEMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, Éditions Panthéon-Assas, 2004, pp. 195-196.

21. *Ibid.*, pp. 195-196.

22. In C. SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001. Préface J. COMBAKU, p. VII.

23. N. QUOC DINH, P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 510.

24. *Ibid.*, p. 510.

25. *Ibid.*, p. 511.

26. I. SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 1984, p. 160.

27. M. FITZMAURICE, *The Practical Working of the Law of the Treaties*, pp. 187-213, in Malcolm D. EVANS, *International Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2000, p. 192 et s.

الإبطال النسبية والمطلقة واحد: المعاهدة تسقط²⁸. على كلّ حال، عاقبت معاهدة فيينا عدم احترام الدستور على مستويات عدّة لدى عقدها:

– إنّ تعيين الأشخاص المتمتعين بصلاحيّة إلزام الدولة يجب أن يجري حسب الأصول التي حددها الدستور:

* فحسب المادتين ٧ و٨ من معاهدة فيينا، يُفترض أنّ الشخص الذي يبرز بأنّه يتصرّف ضمن حدود صلاحيّاته، وأنّه يعبر عن رضى الدولة التي يمثلها بأن تلتزم المعاهدة. والد *pleins pouvoirs* تأتي من الدستور.

* حتّى عندما ليس هناك حاجة إلى إبراز الـ *pleins pouvoirs*، فيمكن أن يتمتع شخص ما بقرينة تمثيل دولته إذا بدا من ممارسة تلك الدولة، أو من خلال أحداث أخرى، أنّ نيّة الدولة كانت اعتبار هذا الشخص ممثلاً لها في المهمة التي أوكلت إليه وإعطاءه كامل الصلاحيّات. وهنا يؤخذ بالأعراف الدستورية.

* أمّا بالنسبة إلى الأشخاص الذين يتمتعون بقرينة تمثيل دولته بموجب مهامهم، فهم أيضاً يعتبرون كأصحاب صلاحية إلزام الدولة بدون إشهار الـ *pleins pouvoirs* (م. ٧، فقرة ٢). وهؤلاء الأشخاص هم رؤساء الدول، ورؤساء الحكومات، ووزراء الخارجية، ورؤساء البعثات الدبلوماسية المعتمدة رسمياً، أو المعتمدة لعقد معاهدة محدّدة، ممثّلو الدولة المعيّنون لدى منظمات دولية لتبني نصّ معاهدة معينة²⁹. وكلّ تلك الوظائف والمهام يحددها الدستور.

– يمكن بالتالي أن تلزم الدولة بموجب «سلطة ظاهرية» لعقد المعاهدات الدولية. ولقد كرّست معاهدة فيينا الاجتهاد الدوليّ التي سبق وحدّد معالم هذه النظرية حين أكّدت محكمة العدل الدولية الدائمة أنّ الدولة تلزم بمجرد ما أنّه لم يكن من الواضح بالنسبة إلى الدولة الأخرى بأنّ الشخص الذي كان يفاوض رسمياً باسم دولته تخطى صلاحيّاته. واعتبرت أنّ وزير الخارجية الذي يتصرّف باسم حكومته يلزم الدولة التي هو وزير في حكومتها³⁰.

– لكن إذا عمد شخص إلى توقيع معاهدة ولا يتمتع بالصلاحية، تلحظ المادة ٨ أنّ التوقيع هو من غير أثر، إلا إذا جرى اصدّقت الدولة المعنية لاحقاً على هذه المعاهدة. ومفهوم التصديق اللاحق مفهوم أدخله الاجتهاد إلى هذا الموضوع.

28. I. SINCLAIR, *The Vienna Convention [...] op. cit.*

29. M. D. EVANS, *International Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2006, p. 191.

30. Aff. *Grønland oriental*, CPJI 5 avril 1933, série A/B, n° 53, p. 293, § 71 ; Aff. *Zones franches*, CPJI, série A/B, n° 46.

التي من خصائصها الأساسية التقليل بقدر الإمكان من أثر الأحكام الدستورية الداخلية في صحة المعاهدات، بهدف ضمان استقرار العلاقات التعاقدية¹⁴.

صحيح أن معاهدة فيينا تفرض على الفرقاء المتعاقدين موجب تسهيل تطبيق المعاهدات وعدم حرمانها من موضوعها ومن هدفها قبل دخولها حيز التنفيذ (م. ١٨)، إلا أن وضع المعاهدة موضع التنفيذ يتعلّق فعلياً بالقانون الداخلي للدول. وتشير معاهدة فيينا صراحة في أكثر من حالة إلى القانون الداخلي، بخاصة في المادتين ٤٦ و٢٧. فتطبيق المعاهدات بواسطة تدابير داخلية هو الطريقة الوحيدة من أجل تحميل الدول المسؤولية من جراء عدم تنفيذ موجباتها. لذلك، من المهم أن تكون المعاهدة صالحة داخلياً.

فالموقف التقليدي هو أن عدم توافر الشروط الداخلية المسبقة التي وضعها القانون الداخلي لا يمسّ بصحة المعاهدة دولياً، بل يتأثر تطبيقها داخلياً. ويمكن تحميل الوزير المعني بالمسؤولية السياسية لخرق الدستور أمام البرلمان¹⁵.

وبعيداً من مشكلة فعالية المعاهدة، يبقى أنه يجب تحديد طبيعة الدستور القانونية. فهل إن إدراج معاهدة فيينا مفاعيل الدستور ضمن أحكامها يجعل من الدستور «عملاً» قانونياً بالنسبة إلى القاضي الدولي (أي في النظام القانوني الدولي) وأنه لا يمكن تخطيه؟ أم يبقى الدستور «واقعة قانونية» كباقي القوانين الداخلية أي إنه لا يلزم دولياً؟ هل ينتمي الدستور إلى فئة قانونية كان تريبل يسميها «القانوني الداخلي الضروري دولياً»¹⁶، أو لما كان ميركين-غيتزيفيتش يُطلق عليه اسم «القانون الدستوري الدولي»¹⁷؟ فالمبدأ، حسب النظرية الثنائية (dualiste)، هو أن القواعد الدولية وحدها تعطي مفاعيل في النظام القانوني الدولي، في حين أن القواعد الداخلية ليس لها مفاعيل سوى في النظام الداخلي الذي تنتمي إليه¹⁸ والقوانين الداخلية ليست سوى «وقائع قانونية» يمكن أن تنتج آثاراً في النظام الدولي¹⁹. فالدستور، تحديداً، هو مصدر صلاحيات الدولة دولياً.

أخذت معاهدة فيينا لعام ١٩٦٩ مبدئياً بالحلّ الوسط الذي اقترحتته لجنة القانون الدولي لدى الأمم المتحدة، فأدرجت موضوع احترام «القواعد الجوهرية» (أو «الأساسية») للدولة في فصل مخصّص لبطلان المعاهدات، مميّزة بين القانون الداخلي العادي والقوانين الجوهرية. لكنّها وضعت شروطاً من أجل الأخذ بالقيود الدستورية.

تكون معاهدة فيينا أخذت بمجمل المبادئ التي اقترحتها لجنة القانون الدولي:

- ١- أخذت المعاهدة موقفاً يتماشى مع النظرية الثنائية (dualiste)؛
 - ٢- أخذت بسموّ القانون الدولي على القانون الداخلي؛
 - ٣- أخذت بمبدأ حسن النية؛
 - ٤- حصرت المعاهدة حقّ التذرع بمخالفة الدستور بالدولة التي خرق دستورها دون الدول الأخرى؛
 - ٥- اعتمدت مبدأ علانية القيود الدستورية ووضوحها؛
 - ٦- في حال كان هناك من تقليص أو حدود لممثل الدولة المعتمد ظاهرياً، فللدول أن تأخذ بظاهر الحال ما لم تبلغ الدول الأخرى بهذا الحد من الصلاحيات.
- لكنّها لم تنصّ على موجب التعويض عن الضرر الحاصل، تاركة إياه للمبادئ العامة للمسؤولية الدولية. لكن معاهدة فيينا نظمت التطبيق العملي للمادة ٤٦ في حال مطالبة بإلغاء الالتزام بناء على القيود الدستورية الداخلية، وأدرجت هذه الآلية في ملحق اعتبره البعض نواة حلّ إلزامي للنزاعات الناشئة عن تفسير معاهدة فيينا وتطبيقها.
- وعلى كل حال، يتساءل بعض المؤلفين كيف يمكن مخالفة قواعد داخلية تتسم بالعلانية، ذات أهمية أساسية، واضحة موضوعياً، أن تبقى غير معروفة من الدولة عينها²⁰.
- إنّ معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ هي التي تعاطت مع الدستور لأول مرة، فلحظت بحذر كبير موضوع بطلان المعاهدات غير الدستورية. فموضوع صحة الالتزامات الدولية ذو أهمية كبيرة في القانون الدولي نظراً إلى المصالح الكبيرة السياسية أو الاقتصادية المرتبطة عادةً بالمعاهدات، والتركيز الدائم هو على حفظ استقرارها.

عرّف الفقه في القانون الدولي تيارين أساسيين في ما يخصّ موضوع دستورية المعاهدات: النظرية الدستورية التي تريد قدر المستطاع احترام سيادة الدول والتي اعتبرت أن احترام أحكام الدستور للدول المتعاقدة هو شرط أساسي لصحة المعاهدات دولياً؛ والنظرية الدولية

14. J. HOSTERT, *op. cit.*, pp. 92-121.

15. *Ibid.*, p. 105.

16. H. TRIEPEL, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, RCADI, 1923, t. 1, p. 113. (« le droit interne internationalement indispensable »)

17. MIRKINE-GUIETZEVITH, *Droit international et droit constitutionnel*, RCADI, 1931- IV, pp. 308-464.

18. D. ANZILLOTTI, *Cours de droit international*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 1999, Collection « Les introuvables », pp. 55-56.

19. C. SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, p. 445 et s.

20. Jean HOSTERT, *Droit international et Droit interne dans la CVDT sur le droit des traités*, AFDI, 1969, p. 109.

المعاهدة، أو التي تطبقها منذ فترة، فتحرم حق إثارة هذه النقطة والمطالبة بإبطال المعاهدة لخرقها قيوداً دستورية.

كما أخذت اللجنة بموجب التعويض في حال نتج ضرر عن هذا العكوف.

فإذا كانت القاعدة أنه لا يمكن إلزام دولة التمسك بمعاهدة أبرمت خلافاً لقوانينها الجوهرية، إلا أن هذه القاعدة لا تعني أنه بإمكان الدول التصرف بشكل يلحق الأذى بمبدأ إلزامية المعاهدات، وينتهك مبدأ حسن النية، كالحصول على منافع من المعاهدة ثم رفضها بحجة عدم احترام مبادئ دستورية، كما عليها التعويض عن الضرر الحاصل من جراء عدول كهذا، حتى ولو كان العدول بحسن نية والضرر حصل من دون أي خطأ من قبل الدولة.

- II - المبادئ التي اعتمدها الدول في معاهدة فيينا

منذ ما قبل معاهدة فيينا، كان بول دو فيشير يقول مع ميركين-غيتزيفيتش «إن الأحكام الدستورية المتعلقة بتكوين الإرادة الدولية هي ذات مفعول دولي شرط أن تكون علانية»⁸، ولو أن، برأيه، لا تتأثر صحة المعاهدات دولياً بتجاهل الأحكام الدستورية الأساسية⁹. لا بل لاحظ نوعاً من التقارب والتناغم التدريجي بين ما بين القانون الدستوري والقانون الدولي¹⁰ واعتبر أن بعض النصوص الدستورية لها «الطابع» الدولي¹¹، إلا أنها ليست سوى علاقة وثيقة بين القانون الدستوري والقانون الدولي، في المواضيع التي كان بإمكان القانون الدستوري ضمان احترام القواعد التي وضعها القانون الدولي على الصعيد الداخلي¹². فبالنهاية، يبقى القانون الدستوري قانوناً خاضعاً للقانون الدولي. فالقاعدة هي سمو القانون الدولي على القوانين الداخلية كافة، والدستورية منها أيضاً.

8. P. de VISSCHER, *Les tendances internationales des constitutions modernes*, RCADI, 1952-I, t. 80, p. 454.

9. P. de VISSCHER, *De la conclusion des traités internationaux*, Bruxelles 1943, p. 267.

10. P. de VISSCHER, *Les tendances internationales [...]*, RCADI, 1952-I, t. 80, p. 515.

11. *Ibid.*, pp. 515-516.

12. *Ibid.*, p. 573.

١- ثبات المعاهدات الدولية التي قد تصبح في خطر إذا أُتيحَ إبطالها بهذا الشكل.

٢- لإجراج التي تتسبب به للأطراف حيث يصعب عليهم تناول موضوع داخلي يتعلق بصلاحيات أجهزة دولة.

ب- عدم احترام القيود الدستورية لإبرام المعاهدات يُبطل المعاهدة، والسبب هو:

١- أن القانون الدولي يترك للقانون الداخلي (délégation) شأن ترتيب كيفية التمثيل لعملاء الدولة ونطاق سلطتهم التمثيلية، أي إلى المدى الذي إذا ما تخطاه العميل وعمل خارجه يكون قد عمل من دون أية صلاحية؛

٢- يفترض بالفريق المتعاقد أن يكون على علم بالقيود الدستورية على صلاحية عملاء الدولة الأخرى لإبرام المعاهدات (vérification des pleins pouvoirs) - من جهة - كما إن القول إن الدولة يُلزمها أشخاص يعملون خارج نطاق صلاحياتهم فهو غير مقبول، إذ يذهب في اتجاه يخالف كل قيم الحكم التمثيلي والمبادئ الديمقراطية.

فاختارت الحل الوسط.

انطلقت اللجنة من ثلاثة مبادئ أساسية، هي:

١- ضرورة حماية الاستقرار التعاقدية؛

٢- ضرورة حماية المبادئ الديمقراطية؛

٣- ضرورة الأخذ بمبدأ حسن النية.

فقررت أن الأخذ بدستور الدولة هو مبدأ اتفق عليه الجميع وبأن تجاهل القيود الدستورية يُفسد المعاهدة، أي إن القيود الدستورية لها في المبدأ قوة إلزامية؛

لكنها اقترحت حدوداً لهذا المبدأ من أجل حماية الاستقرار التعاقدية. لذا أكدت ضرورة إلزام الدولة دولياً حتى ولو كان عميلها قد تجاوز حد السلطة المعطاة له، فميزت بين الصحة الدولية للمعاهدة وصحتها الداخلية. فالمعاهدة التي أبرمت بفضل عميل له ظاهرياً الصلاحية لإلزام الدولة، تكون صحيحة وملزمة دولياً حتى ولو جرى إبطالها داخلياً لعلّة في صلاحيات العميل.

والاستثناء الوحيد التي اعترفت به هو إمكانية إبطال المعاهدة في حال اتّصفت القاعدة

الدستورية المزعوم خرقها بالعلانية أو الشهرة (notoriété) ووضوح تلك القيود الدستورية.

ولقد اقترحت اللجنة الأخذ بالتصرف اللاحق للدولة (comportement subséquent) التي

تحاول الإفلات من المعاهدة، فالدولة التي لا تثير فوراً العيب المشكوك منه، أو التي تستفيد من

وإذا كان مفعول القيود الدستورية أن تحرم عملاء الدولة صلاحية إزام الدولة دولياً، فلماذا قد تتحمل الدولة مسؤولية من جراء تصرف عميل لم يكن مخولاً لإزامها. وإذا كانت القوانين الدستورية الداخلية تُعتبر جزءاً من القانون الدولي، فلماذا وحدها الدولة التي تسبب دستورها بالعبء في صحة المعاهدة هي الوحيدة المخولة الادلاء بهذا السبب دون الأطراف الآخرين؟ وكيف يمكن التمييز بين الأحكام الدستورية العلانية والأحكام غير العلانية؛ ما هي الأحكام الواضحة وتلك غير الواضحة؟ كما أن هذه النظرية لا تحمي، بشكل كافٍ، استقرار المعاهدات.

ج- النظرية الثالثة

أمّا المقرر الثالث للجنة القانون الدولي لدى الأمم المتحدة، سير جيرالد فيتز موريس، فكان من المدافعين عن نظرية ثالثة تمثلت بعدد من الفقهاء⁷ أكدوا أن القانون الدولي ترك لكل دولة شأن تحديد القيود والأصول التي تتمكّن الدولة، من خلالها، من التعبير عن إرادتها التزام المعاهدة، وهو أيضاً ينظم المظاهر الدولية لهذه الإرادة ولمفاعيلها. فبالنسبة إليه، القانون الدولي هو الذي يضع القواعد والشروط التي تسمح للدول بالتعبير عن رضاها في المعاهدات على الصعيد الدولي. فإذا قام عميل الدولة - له الأهلية الدولية لإلزام الدولة، وجرى «ظاهرياً» انتدابه من قبل الدولة للتعبير عن رضاها بواسطة أحد الأصول المعتمدة دولياً، فتكون الدولة ملزمة دولياً بالمعاهدة. فيحسب هذه النظرية، إن تجاهل أحكام الدستور قد يؤدي إلى بطلان المعاهدة في النظام القانوني الداخلي، وإلى تحميل العميل المسؤولية في النظام الداخلي. لكنّه لا يمسّ بصحة المعاهدة دولياً، طالما أن العميل قد تصرف ضمن إطار الصلاحيات «الظاهرية» التي يعطيه إياها القانون الدولي. ويلطف بعض المؤلفين هذه النظرية بقبول عدم صحة المعاهدة دولياً، إذا كان الخرق «فادحاً» أو «صارخاً» وكان على الدولة الأخرى الانتباه له. إن نقطة انطلاق هذه النظرية هو مبدأ سمو القواعد الدولية المتعلقة بإبرام المعاهدات.

د- خيار لجنة القانون الدولي

في الخلاصة، كانت اللجنة أمام نظريتين متناقضتين:

أ- عدم احترام القيود الدستورية لا أثر له على صحة المعاهدة، ودوافعه هي:

7. ANZILOTTI, Georges SCELLE, Hans BLIX : ومنهم

القيود الدستورية التي يمكن الأخذ بها هي التي ينتظر من الأطراف منطقياً أن تكون على علم بها. أي الأحكام الدستورية البارزة أو التي يسهل التأكد منها. ويؤكد بعض المؤلفين أنه من الضروري التعويض على الطرف الحسن النية والذي لم يرتكب أي خطأ، عن أي ضرر ناجم عن عدول الدولة عن توقيعها أو مصادقتها أو انضمامها أو قبولها بالمعاهدة. ويعتبرون أن العدول بعد فترة زمنية طويلة قبل إثارة موضوع عدم صحة المعاهدة، أو العدول بعد الاستفادة من المعاهدة، أمر غير ممكن. ففي هذه الحالة، تفقد الدولة الحق في الاعتراض على صحة المعاهدة وقوة التوقيع أو المصادقة الإلزامية.

فوضع البروفيسور لوترباخ مشروع بنود في إطار التحضير لإبرام معاهدة فيينا⁵. تناول تقريره نقاطاً محددة في قانون المعاهدات، ومنها شروط صحة المعاهدات وبالتالي أسباب نهايتها. أما موضوعنا في هذه الورقة فاندرج ضمن «أهلية الأطراف وأهلية عملائهم»⁶. واقترح في المادة 11 من مشروعه، عن أهلية العملاء والقيود الدستورية على صلاحية إبرام المعاهدات (treaty-making power) الأفكار المذكورة أعلاه كافة التي لا يمكن أن فصلها في عرضنا هذا.

اعتبر لوترباخ أن هذه المبادئ المقترحة تتماشى مع ممارسة الدول وآراء العديد من المؤلفين الذين يحبذون نظاماً يأتي بحلٍ وسطيٍّ ما بين المبدأ الأساسي وهو عدم صحة المعاهدات التي يبرمها من عملاء يتجاوزون حدود صلاحياتهم من جهة، وضرورة الحفاظ على حسن النية واستقرار المعاهدات من جهة أخرى.

نقد النظرية الثانية

وتعليقاً على هذه النظرية، رأت لجنة القانون الدولي أنها تثير مشكلات عديدة على الصعيد المنطقي وعلى الصعيد العملي. فإذا كانت القيود الدستورية العلانية تحد من صلاحية رئيس الدولة أو عميل آخر للدولة، فلماذا لا تحد القيود غير العلانية من صلاحيتهم. ففي القانون الداخلي كلاهما تحدان من صلاحيتهم.

5. Report by H. LAUTERPACHT, Special Rapporteur, Ref. Document A/CN.4/63, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1953, Volume II, Documents of the fifth session including the report of the Commission to the General Assembly, A/CN. 4/8ER. A/1953/Add. 1, on the *Law of Treaties*.

6. H. LAUTERPACHT, *Section I - Capacity of the parties and of their agents*, op. cit., pp. 137-147.

- القسم الأول -

المبدأ الذي كرّسه اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩

عالت معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ موضوع دستورية المعاهدات، وهي القانون الواجب تطبيقه اليوم. أتت بعد سنين من الدراسات والعمل الدؤوب، وكانت من أهم أعمال التشريع التي قامت بها لجنة القانون الدولي في الأمم المتحدة، ولقد قننت المبادئ العرفية الدولية التي كانت سائدة حينه.

خلال الأعمال التحضيرية التي مهّدت لمعاهدة فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، جرى التداول بعدد كبير من المبادئ والمفاهيم. ومن دراسة أعمال لجنة القانون الدولي لدى الأمم المتحدة التي مهّدت للمعاهدة، يتبين أن الدول لم تتبن كل المقترحات التي تقدّم بها الخبراء، فتمّ الاتفاق على قواسم مشتركة. فأخذت بالمبدأ العام، وهو أن للدستور مفاعيل دولية لكن ضمن أطر أو شروط معينة.

ومن المهم العودة إلى أعمال لجنة القانون الدولي لفهم الموضوع بشكل شامل. لذلك، نستعرض، في الجزء الأول، النظريات التي تصارعت أمام اللجنة والنتيجة التي توصلت إليها و التعمق في الجانب النظري من الموضوع، كما ظهر في الأعمال التحضيرية وفي الفقه. ثمّ نتنقل، في الجزء الثاني، إلى دراسة المبادئ التي تبنتها المعاهدة واستعراض الممارسة الدولية، أكانت دبلوماسية أم قضائية دولية.

I - النظريات الأساسية التي تداولتها لجنة القانون الدولي

في الأمم المتحدة

في إطار عملها الهادف إلى تطوير القانون الدولي العام، طلبت لجنة القانون الدولي لدى الأمم المتحدة من خبراء عدّة، إعداد مشاريع معاهدات حول موضوع صحة المعاهدات ومدتها. فورّد ضمنها موضوع احترام المعاهدة لأحكام دستور الدول المتعاقدة، وإمكانية إثارة عدم صحة المعاهدة في حال عدم احترامها لدستور إحدى الدول الأطراف في المعاهدة.

وطلبت اللجنة من ثلاثة خبراء أساسيين وضع مشاريع معاهدات في موضوع صحة المعاهدات. وجاءت مشاريعهم مندرجة في ثلاثة توجّهات فقهية مختلفة.

أ- النظرية الأولى

جاء تقرير المقرر الأول البروفسور بريولي (BRIERLY) متماشياً مع مجموعة مؤلفين³ يقولون إن القانون الدولي يترك للقانون الداخلي شأن تحديد الأجهزة والأصول التي تمكن الدولة من التعبير عن إرادتها التزام المعاهدة. هذا التيار يعتبر أنه من الواجب الأخذ بالقوانين الدستورية التي تنظم تكوين الرضى بالتزام الدولة معاهدة معينة، والتعبير عن هذا الرضى، عند البحث عمّا إذا كان أثر العمل الدولي، أكان توقيفاً أم مصادقة، أم قبولاً، أم موافقة، أم انضماماً، هو إلزام الدولة دولياً. فبالنسبة إلى هذا التيار يجب اعتبار أحكام القانون الداخلي التي تحد من صلاحيات أجهزة الدولة لإبرام المعاهدات، جزءاً من القانوني الدولي إذا أردنا إبطال المعاهدة لعيب في الرضى وقع بسبب عدم احترام القيود الدستورية الداخلية.

نقد النظرية الأولى

إن الأخذ بهذه النظرية يعني أنه يصبح من المستحيل على الدول أن تأخذ بظاهر الحال أو بالصلاحيات الظاهرة للعميل، ولا يمكن رؤساء الدول ورؤساء الوزارات ووزراء الخارجية أن يلزموا الدولة تلقائياً. على الدول المتعاقدة أن تتحقق بذاتها من صحة الصفة التمثيلية للعميل الذي يتقدّم للمشاركة في المعاهدة، ما قد يتسبب بالإحراج لها. من ناحية أخرى، قد ينتج منها خطر عدم استقرار المعاهدات، وإن احترمت المبادئ الديمقراطية بحسب المدافعين عنها.

ب- النظرية الثانية

اعتنق المقرر الثاني للجنة القانون الدولي، سير هيرش لوترباخ، نظرية أخرى، مشاركاً عدد من المؤلفين⁴.

تعترف هذه النظرية بأن القيود الدستورية تشكل جزءاً من القانون الدولي، إلا أنهم أدخلوا بعض التحفظات على هذا المبدأ من أجل الحفاظ على استقرار المعاهدات. فيجب، برأيهم، الأخذ فقط بالقيود الدستورية ذات الطابع العلاني، عملاً بمبدأ حسن النية الذي يفترض أن

3. SHUCKING, CHAILLET, CRANDALL, Ch. de VISSCHER : ومنهم

4. Lord McNair, Paul de VISSCHER, Paul GUGGENHEIM : ومنهم

١- ليس للدولة أن تحتج بأن التعبير عن رضاها بالالتزام بالمعاهدة قد تم بالمخالفة لحكم في قانونها الداخلي يتعلّق بالاختصاص بعقد المعاهدات كسبب لإبطال هذا الرضى، إلا إذا كانت المخالفة بيّنة وتعلّقت بقاعدة أساسية من قواعد القانون الداخلي؛

٢- تعتبر المخالفة بيّنة إذا كانت واضحة بصورة موضوعية لأية دولة تتصرّف في هذا الشأن وفق التعامل المعتاد وبحسن نية.

وأخيراً، أخذت المادة ٤٧ المتعلقة بـ«القيود الخاصة على السلطة في التعبير عن رضى الدولة» بأحكام الدستور التي تنظّم صلاحيات ممثلي الدولة لتوقيع المعاهدات، فنصّت على ما يلي:

– إذا كانت سلطة الممثل في التعبير عن رضى الدولة الالتزام بمعاهدة ما خاضعة لقيود معيّن، فلا يجوز الاحتجاج بإغفال الممثل مراعاة هذا القيد كسبب لإبطال ما عبّر عنه من رضى، إلا إذا كانت الدول المتفاوضة الأخرى قد أخطرت بالقيود قبل قيام الممثل بالتعبير عن هذا الرضى.

إنّ عطف هذه النصوص بعضها على بعض، يُظهر المبدأ الذي استقرت عليه معاهدة فيينا والاستثناءات التي سمحت بها ضمن شروط ضيقة، وأحياناً بتعايير غامضة تسمح بالتأويل والتفسير وربما الاستسباب. فإذا كان مبدأ الأخذ ببطان المعاهدات لعدم دستوريّتها قد حصل على تكريس واضح، إلا أنّ الشروط التي وضعتها المعاهدة لهذا الإبطال هي شروط شبه تعجيزية تجعل من إبطال المعاهدات مهمّة صعبة للغاية، كي لا نقول شبه مستحيلة.

فما هو المبدأ المعتمد دولياً بالنسبة لدستورية المعاهدات؟ وما هي شروط إبطال المعاهدات غير الدستورية؟

إنّ القانون الواجب تطبيقه في هذا المجال هو معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ التي ركّزت على ضرورة ضمان تنفيذ المعاهدات بحسن نية. والنقاش متّصل بالأهمية التي نريد إعطاؤها للقانون الدوليّ ولإبرام المعاهدات ولتنفيذها. لأنّ بيت القصيد هو، في النهاية، تنفيذ المعاهدات. ومبدأ حسن النية هو المبدأ المحوريّ في القانون الدوليّ عامّة. وتبقى القيم الديمقراطية أساساً للنقاش، فسنرى أين وكيف ستلعب دورها المحوريّ.

أمّا الإشكالية، فتأتي من تطبيق أحكام موادّ مختلفة في المعاهدة، وهي بشكل خاصّ الموادّ ١٨ و ٢٧ و ٤٦ و ٤٧. فإنّ استقرار المعاهدة ووجوب دخولها حيّز التنفيذ هما الأساس المطلق عملاً بمبدأ Pacta sunt servanda الذي يسود العلاقات التعاقدية في القانون الدوليّ. وهذا ما ذكرته ديباجة المعاهدة التي جاء فيها التأكيد على «مبادئ حرية الإرادة، وحسن النية، وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين (...). ووجوب احترام الالتزامات الناشئة من المعاهدات»، فالتوقيع يلزم الدولة ولا يمكن الرجوع عنه إلا بشروط ضيقة.

وتحمي معاهدة فيينا المعاهدات المعقودة وتضمن تنفيذها. ففي مرحلة ما بعد التوقيع وما قبل دخولها حيّز التنفيذ، نصّت المادة ١٨ التي تناولت «الالتزام بعدم تعطيل موضوع المعاهدة أو الغرض منها قبل دخولها حيّز التنفيذ»، على ما يلي:

– تلتزم الدولة الامتناع عن الأعمال التي تعطلّ موضوع المعاهدة أو غرضها وذلك:

أ- إذا كانت قد وقّعت المعاهدة أو تبادلت الوثائق المنشئة لها بشرط التصديق، أو القبول، أو الموافقة، إلى أن تظهر بوضوح نيتها في أن لا تصبح طرفاً في المعاهدة؛ أو...

ب- إذا كانت قد عبّرت عن رضاها بالالتزام بالمعاهدة حتى دخولها حيّز التنفيذ على أن لا يتأخّر هذا التنفيذ بغير مبرر.

وبالنسبة إلى مرحلة تطبيق المعاهدة ودخولها حيّز التنفيذ، منعت المادة ٢٧، التي تناولت «القانون الداخلي واحترام المعاهدات»، التدرّع بالقانون الداخلي للتملّص من الموجبات الدولية، فنصّت على أنّه:

– لا يجوز لطرف في معاهدة أن يحتج بنصوص قانونه الداخلي كمبرر لإخفاقها في تنفيذ المعاهدة، لا تخلّ هذه القاعدة بالمادة ٤٦.

لكنّ معاهدة فيينا ميّزت بين القانون الداخلي للدولة ودستور الدولة، إذ أقامت المادة ٤٦ استثناء للمادة ٢٧ فسمحت بالاعتداد بالقوانين الداخلية ذات «أهمية أساسية» لإبطال المعاهدة، فنصّت على ما يلي:

المقدمة

إنّ موضوع دستوريّة المعاهدات في القانون الدوليّ هو موضوع قديم وهامّ جدًّا، إذ يتعلّق باستقرار العلاقات الدوليّة كما يمَسّ بمبدأ سيادة الدولة من جهة، وهو في صلب النقاش حول العلاقة بين النظام القانونيّ الدوليّ والنظام القانونيّ الداخليّ وسلّم أو هرميّة القواعد القانونيّة، من جهة أخرى. ويدخل، في صلب النقاش حول نظريّة القانون الدوليّ التيارات اللذان ينتجان منها وهما النظريّة الوحدويّة والنظريّة الثنائيّة¹. وفي مقدّمة دراسته في مؤتمر تونس عن «القانون الدوليّ والقانون الداخليّ. التطورات الحديثّة»، عام ١٩٩٨، رأى البروفسور باتريك دايه أنّ موضوع الوحدويّة والثنائيّة لا يمكن يومًا أن يكون موضوع مرّ عليه الزمن وأصبح من الماضي لأسباب، منها أنّ وجود نظامين قانونيّين أو أكثر (النظام الأوروبيّ) سيظلّ قائمًا طالما أنّ الدول تخضع لمنطق مختلف ولضغوط قانونيّة مختلفة، تتبدّل مع الوقت، كما أنّ الفقه القانونيّ يلجأ إلى تعابير غامضة ولم يصل بعد إلى موقف موحد حول تبعات هذا الموضوع ونطاقه.

تندرج هذه الورقة في إطار دراسة موضوع «الرقابة على دستوريّة المعاهدات» وتطبيقها من قبل دول ذات أنظمة مختلفة. فتطرح مشكلة الخيار ما بين ممارسة الرقابة على دستوريّة المعاهدات من الداخل إن عبر المجلس الدستوريّ أو عبر السلطة التنفيذية أو أيضًا عبر السلطة التشريعيّة، أم تركها للنظام القانونيّ الدوليّ. فافتضى البحث في إمكانيّة الرقابة على دستوريّة المعاهدات في النظام القانونيّ الدوليّ. أي في إمكانيّة إبطال القاضي الدوليّ معاهدة مخالفة للدستور، والأساس القانونيّ لمثل هذه الخطوة.

1. Doctrine moniste et doctrine dualiste.

2. Patrick DAILLER, « Monisme et dualisme : un débat dépassé ? » in *Droit international et Droits internes, Développements récents*, Les actes du colloque de Tunis, sous la direction de Rafaâ BEN ACHOUR et Slim LAGHMANI, Paris, Pedone, 1998, p. 9.

Treaties Constitutionality and International Law

Abstract

The question of treaties constitutionality is related to the relation between the Domestic Legal Order and the international legal Order. In a dual system, the issue of the binding force of a domestic norm in the International Legal Order takes another dimension since the Constitution – far from being a simple internal norm – constitutes in reality the mechanism that allows the State to express its will and its consent to be bound. Therefore, any violation of the constitutional provisions while concluding a treaty would vitiate the State's consent

However, this nullity was not initially accepted by International Law. It is the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 (VCLT) that introduced the concept based on several principles: 1- the principle stability of treaties; 2- the principle of good faith; and 3- respect of the democratic processes leading to the adoption of the Constitution.

The reports of the International Law Commission (ILC) show that several theories clashed during the preparatory works. The VCLT did not adopt all the suggestions of the ILC, but laid down the general principle that a State party to a treaty may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform the treaty, except for constitutional norms of international effect. It made hence a distinction between « ordinary » domestic law and domestic constitutional law of international effect. Only a violation of the latter could affect the international validity of the treaty.

However, the VCLT put a condition: the violation of the Constitution will not produce legal effects unless it is manifest and concerns a rule of fundamental importance. It is hard to define the importance of a violation and its notoriety. Isn't the notoriety of the breached norm that shall be taken into account?

In addition, the international judge has jurisdiction to interpret domestic law.

Moreover, the State responsible of the breach cannot invoke the nullity of the treaty on this ground. Only the State that is « victim » of the violation can invoke such grounds, which considerably reduces the scope of application of the nullity of treaties on grounds of unconstitutionality.

Finally, the idea of « victim » State induces the corollary notion of prejudice. Hadn't the State suffered from a prejudice caused by the violation of the Constitution of another contracting State, could the notion of nullity be invoked?

Nevertheless, if the nullity of the treaty on the international level is not easy, the termination a posteriori of an unconstitutional treaty on the domestic level is not the solution, because it does not affect the international validity of the treaty, but on the contrary, puts the State in the situation of violation of its international obligations. At the same time, disregarding constitutional requirements can lead to major political crises.

The ineffectiveness of a treaty at the domestic level is a symptom of its nullity in the International Legal Order, the Constitution having an international value for the part that regulates the international expression of the State's will to be bound by a treaty. But the control of the political institutions in every step of the conclusion of treaties is fundamental, even if posterior control is necessary to create a counter-power against political power: to take part to the effective implementation of the treaty while controlling the conventionality of laws; and to allow individuals to seek this control through the "exception d'inconstitutionnalité", safeguarding thus their fundamental rights. In fact, the implementation of treaties is the only principle that should prevail.

Marie GHANTOUS
President of the Lebanese Center
for International Studies (LCIS)
Lecturer of Public International Law, Institute of
Political Science, Université Saint-Joseph, Beirut
Consultant in Public International Law, Human Rights,
Humanitarian Law and Environmental Law
Former Dean of the Faculty of Law of the
Royal University for Women, Bahrain

La constitutionnalité des traités et le droit international

Résumé

La question de la constitutionnalité des traités relève de la relation entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international. Dans un système dualiste, la question de la force obligatoire d'une norme interne dans l'ordre juridique international prend une autre dimension, dans la mesure où la Constitution, loin d'être une simple norme interne, constitue en réalité la mise en place du mécanisme permettant à l'État d'exprimer sa volonté et son consentement à être lié. La violation des dispositions de la Constitution dans la conclusion d'un traité peut vicier le consentement de l'État.

Toutefois, cette nullité n'a pas toujours été acceptée par le droit international. C'est la Convention de Vienne sur le Droit des traités de 1969 (CVDT) qui l'a introduite en tenant compte de plusieurs principes mis dans la balance : 1- Le principe de la stabilité des traités ; 2- Le respect de la bonne foi ; 3- Le respect des processus démocratiques qui aboutissent au vote de la Constitution.

Les travaux de la Commission du droit international (CDI) montrent que plusieurs courants se sont affrontés lors des travaux préparatifs. La CVDT n'a pas adopté toutes les propositions de la CDI, mais elle a posé le principe général que l'État ne pouvait invoquer son droit interne pour se soustraire à ses obligations internationales, en admettant une exception pour les normes constitutionnelles à effet international. Elle a ainsi fait une distinction entre normes internes « ordinaires » et normes internes « constitutionnelles à effet international ». Seule la violation de ces dernières peut affecter la validité internationale du traité.

Toutefois, pour que la violation de la Constitution puisse produire des effets juridiques, la CVDT a posé des conditions qui rendent son application extrêmement difficile : il faut que la violation de la norme constitutionnelle soit notoire et manifeste. La notoriété de la violation est une notion difficile à préciser. Et n'est-ce pas cette notoriété de la norme violée qui devrait être prise en compte ? Par ailleurs, le juge international est considéré comme ayant compétence pour interpréter le droit interne.

De surcroît, l'État responsable de la violation n'a pas compétence pour soulever la nullité du traité. Seul l'État « victime » le peut, ce qui réduit le champ d'application de la nullité des traités pour inconstitutionnalité.

Enfin, l'idée d'État « victime » induit une notion corollaire, celle de préjudice. Si l'État n'a pas subi de préjudice du fait de la violation de la Constitution d'un autre État cocontractant, la nullité peut-elle être invoquée ?

Toutefois, si la nullité du traité sur le plan international n'est pas aisée, l'annulation a posteriori du traité inconstitutionnel sur le plan interne n'est pas la solution, car cela n'affecte pas sa validité internationale mais, au contraire, met l'État en situation de violation de ses engagements internationaux. En même temps, ignorer les exigences constitutionnelles peut aboutir à des crises politiques majeures.

L'inefficacité interne d'un traité n'est qu'un symptôme du vice plus général de sa nullité dans l'ordre juridique international, la Constitution ayant une valeur internationale dans ses aspects où elle régit l'expression internationale de la volonté de l'État à être lié par un traité. Mais le contrôle des institutions politiques à chaque étape de la conclusion des traités est primordial, même si le contrôle postérieur est nécessaire pour créer un contre-pouvoir face au pouvoir politique, pour participer à la mise en œuvre effective des traités en contrôlant la conventionnalité des lois, et pour permettre aux individus de demander ce contrôle par voie d'exception d'inconstitutionnalité, permettant ainsi de protéger leurs droits fondamentaux. Car la mise en œuvre des traités reste le principe qui doit prévaloir.

Marie GHANTOUS
Présidente du Centre libanais pour
les études internationales (CLEI)
Professeur de Droit international public,
Institut de Sciences politiques, USJ, Beyrouth
Consultante en Droit international public,
Droit international humanitaire, Droits de
l'homme et Droit de l'environnement
Ancien doyen de la Faculté de Droit de la
Royal University for Women, Bahreïn

موجز

ترتبط مسألة دستورية المعاهدات بالعلاقة القائمة بين النظام القانوني الداخلي والنظام القانوني الدولي. في ظل النظام الثنائي، يأخذ موضوع الزامية قاعدة داخلية في النظام القانوني الدولي بعداً أكبر بحيث أن الدستور ليس مجرد قاعدة داخلية إنما الآلية التي تمكن الدولة من التعبير عن إرادتها للالتزام بمعاهدة والموافقة عليها. ويؤدي أي انتهاك لأحكام الدستور في إطار إبرام معاهدة إلى عيب في رضى الدولة.

ألا أن القانون الدولي لم يقبل دوماً بهذا البطلان؛ فإتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ هي التي أدخلته أخذة بعدة مبادئ: ١/ مبدأ استقرار المعاهدات؛ ٢/ مبدأ حسن النية و ٣/ مبدأ احترام العمليات الديمقراطية التي تؤدي إلى التصويت على الدستور.

ويبين عمل لجنة القانون الدولي أن عدة تيارات تضاربت في المرحلة التحضيرية. لم تعتمد الاتفاقية مقترحات اللجنة كلها إنما وضعت المبدأ العام الذي بموجبه لا يجوز لدولة استخدام قانونها الداخلي للتملص من التزاماتها الدولية، وقبلت باستثناء واحد بالنسبة للقواعد الدستورية ذات القيمة الدولية. وهكذا تمكنت الاتفاقية التمييز ما بين القواعد الداخلية العادية والقواعد الداخلية الدستورية ذات المضاعيل الدولية. وحده خرق هذه الأخيرة يمكن أن يكون له أثر على صحة المعاهدة دولياً.

لكن، ولكي يكون لانتهاك الدستور مضاعيل قانونية، وضعت معاهدة فيينا بضعة شروط زادت عملية التطبيق صعوبة. فأوجب أن يكون انتهاك القاعدة الدستورية علانياً وظاهراً. إلا أنه من الصعب تحديد علانية الانتهاك. أليست علانية القاعدة التي تم انتهاكها ما يجب أخذه في الحسبان؟ من ناحية أخرى، يعتبر القاضي الدولي هو صاحب الصلاحية لتفسير القانون الداخلي.

إضافة إلى ذلك، لا يجوز للدولة المسؤولة عن الانتهاك إثارة موضوع إبطال المعاهدة. وحدها الدولة «الضحية» تستطيع ذلك. ما يقلص مجال تطبيق بطلان المعاهدات لعدم دستورتها.

أخيراً تحمل فكرة الدولة «الضحية» في طياتها مفهوم متلازم هو مفهوم الضرر. فهل يجوز طلب الإبطال في حال لم يصب الدولة أي ضرر جراء انتهاك دولة طرف أخرى لدستورها؟

لكن، وإن لم يكن من السهل إبطال المعاهدة دولياً، فليس الحل في الإبطال اللاحق للمعاهدة غير الدستورية على الصعيد الداخلي، لأن ذلك لن يؤثر على صحتها دولياً إنما يضع الدولة في موقع الإخلال بالتزاماتها الدولية. وفي سياق متسق، إن تجاهل الالتزامات الدستورية يؤدي إلى أزمات سياسية كبيرة.

إن عدم فعالية المعاهدة على الصعيد الداخلي ليست إلا عارض من عوارض بطلانها على الصعيد الدولي ذلك لأن الدستور قيمة دولية في بعض جوانبه بما أنه يشكل الآلية التي تنظم تعبير الدولة عن رضاها بالالتزام بالمعاهدة. وتبقى الرقابة التي تمارسها مؤسسات الدولة في كل مرحلة من مراحل إبرام المعاهدات أساسية، ولو كانت الرقابة اللاحقة ضرورية لإرساء التوازن في وجه السلطة السياسية، وللمشاركة في عملية تطبيق المعاهدات فعلياً من خلال مراقبة تعاهدية القوانين، والسماح للأفراد بطلب هذه الرقابة من خلال الدفع بعدم الدستورية، مما يسمح بحماية حقوقهم الأساسية. إذ أن تطبيق المعاهدات هو المبدأ الوحيد الذي يجب أن يسود.

ماري غنطوس

دستورية المعاهدات والقانون الدولي العام

ماري غنطوس

رئيسة المركز اللبناني للدراسات الدولية

أستاذة محاضرة في القانون الدولي العام

باحثة ومستشارة قانونية في القانون الدولي العام وحقوق

الإنسان والقانون الدولي الإنساني وقانون البيئة الدولي

عميدة سابقة لكلية الحقوق في الجامعة الملكية

للبنات (RUW) في البحرين

LES ÉTUDES | الدراسات

**SECONDE PARTIE
SUR L'EXPÉRIENCE DE CERTAINS ÉTATS**

الجزء الثاني
عن تجربة بعض الدول

تمامها، فإذا نُشرت المعاهدة وفقاً للأوضاع المقررة في الدستور، وأصبح لها قوة القانون، جاز مراقبتها قضائياً من وجهين، الأول: رقابة استيفائها للشروط الشكلية المقررة في الدستور، الثاني: الرقابة الموضوعية للمعاهدة، وهي رقابة تجد موجباتها في نص الفقرة الأخيرة من المادة ١٥١ من الدستور، التي حظرت مخالفة المعاهدة لأحكام الدستور كافة، وهذه الرقابة القضائية على المعاهدات، من وجهيها، هي رقابة دستورية لامشروعية، وهي، بهذه المثابة، منوطة استثنائاً بالمحكمة الدستورية العليا، لا تشاركها فيها جهة قضائية أخرى أياً كانت، وذلك متى اتصلت الدعوى الدستورية بها طبقاً لأحكام قانونها»^{١٢}.

– سابقاً: المعاهدة الدولية الخاصة بترسيم الحدود بين مصر والسعودية تمت الموافقة عليها من قبل مجلس النواب، وصدّق عليها رئيس الجمهورية ونشرت في الجريدة الرسمية، ومن ثمّ فقد غدت قانوناً من قوانين الدولة، ويتمتع شأنه شأن سائر القوانين بقرينة الدستورية. ولم تعرض أمر دستورية المعاهدة على المحكمة الدستورية العليا، لم تفصل في أمرها بقضاء.

وما أثير أمام المحكمة أثناء نظر المنازعة التي عرضنا لها دفعاً بعدم دستورية قرار وزير الخارجية رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٧ وما تضمنته من القرار الجمهوري رقم ٦٠٧ لسنة ٢٠١٦، وكتاب رئيس مجلس النواب المؤرخ ١٤ حزيران/ يونيو سنة ٢٠١٧، ووثيقة تصديق رئيس الجمهورية والخطابات المتبادلة والمنشورة جميعها بالجريدة الرسمية، وكذلك الدفع بعدم دستورية اتفاقية تعيين الحدود البحرية بين حكومتَي جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية.

فقد اعتبرت المحكمة هذا الدفع في حقيقته، طلباً من الخصوم يتغيا حث المحكمة الدستورية العليا على استعمال رخصة التصدي المخولة لها بمقتضى المادة ٢٧ من قانونها، في شأن قرار وزير الخارجية رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٧، وما أرفق به من وثائق قانونية وعلى رأسها اتفاقية تعيين الحدود البحرية بين حكومتَي جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية. وقد رأَت المحكمة أنه ليس هناك مسوّغ لأعمال الرخصة المخولة لها في التصدي، على نحو ما أوردته في أسباب حكمها •

١٢. الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٢ لسنة ٣٩ قضائية «تنازع» - جلسة ٢٠١٨/٣/٣.

- ثالثاً: العبرة عند فضّ التعارض الذي يقوم بين الأحكام النهائية هو بوضع النزاع عند إقامة دعوى التنازع أمام المحكمة الدستورية العليا، ولا تعدّ المحكمة بأي إجراءات تلي ذلك.

- رابعاً: عند تقديم طلب الفصل في النزاع بين الأحكام سائلة البيان، لم يكن قد عرضت على مجلس النواب، المعاهدة الدولية، ولم يكن قد ناقشها، ولم يكن - بطبيعة الحال - قد صدّق عليها رئيس الجمهورية، ولم تنشر في الجريدة الرسمية ولم تتخذ أي إجراءات. ومن ثمّ فهي لم تكن - بعد - قانوناً من قوانين الدولة، ولم تندمج في نسيج التشريعات الوطنية.

- خامساً: الأحكام التي صدرت عن جهة القضاء الإداري وتلك التي صدرت عن جهة القضاء العادي كانت تعلق بتوقيع ممثل الحكومة المصرية على المعاهدة - أي «مرحلة إبرامها» - ترسيم الحدود بين مصر والسعودية.

- سادساً: أكدت المحكمة الدستورية العليا على أنّ هذا العمل «إبرام المعاهدة» هو عمل سياسي وذلك بقولها «وحيث إنّ العبرة في تحديد التكييف القانوني لأي عمل تجريه السلطة التنفيذية، لمعرفة ما إذا كان من أعمال السياسة أم لا، وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة، رهن بطبيعة العمل ذاته، فإذا تعلق العمل بعلاقات سياسية بين الدولة وغيرها من أشخاص القانون الدولي العام، أو دخل في نطاق التعاون والرقابة الدستورية المتبادلة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، عدّ عملاً من أعمال السياسة. وبالنسبة على هذا النظر، فإنّ إبرام المعاهدات والتوقيع عليها يُعدّان من أبرز أمثلة هذه الأعمال، وذلك من وجهين: الأول: تعلقها بعلاقة بين السلطة التنفيذية، ممثلة للدولة، وبين سائر أشخاص القانون الدولي العام، من دول ومنظمات دولية، وذلك في مراحل التفاوض والتوقيع والتنفيذ، الثاني: وقوعها في مجال الاختصاص المشترك، والرقابة المتبادلة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، فبمقتضى المادة ١٥١ من الدستور يراقب مجلس النواب السلطة التنفيذية ما تبرمه من معاهدات، وله أن يوافق أو يرفض ما يدخل منها في اختصاصه بموجب الفقرة الأولى من المادة المذكورة، كما له تقرير ما إذا كانت تلك المعاهدات تعلق بالفقرتين الثانية والثالثة من المادة ذاتها، فيُحال ما يندرج منها في الفقرة الثانية على الاستفتاء، ويمتنع عن الموافقة، بأية صورة، على ما يتعلّق منها بالنزول عن شيء من إقليم الدولة أو ما يخالف الدستور. وسلطة البرلمان في ذلك سلطة حصرية لا يشاركه فيها غيره. فإذا ما استنفد مجلس النواب سلطاته، كان ملاك الأمر، مرة أخرى، لرئيس الجمهورية وحده، بما له من سلطة رقابة سياسية، إن شاء صدّق على المعاهدة، وإن شاء أبى، وذلك كله وفقاً لتقديراته السياسية وما يتطلبه صون المصالح العليا للبلاد، ويمتنع على السلطة القضائية بجميع جهاتها ومحاكمها التدخل في أي من هذه الشؤون جميعها حتى

رقم ٧٤٢٣٦ لسنة ٦٢ «قضائية عليا»، والحكم الصادر من محكمة مستعجل جنوب القاهرة في جلسة ٢٠١٧/٤/٢ في الدعوى رقم ١٢١ لسنة ٢٠١٧ «مستعجل القاهرة» المؤيد بالحكم الصادر من محكمة جنوب القاهرة بجلسته ٢٠١٧/٥/٢٨ في الاستئناف رقم ١٥٧ لسنة ٢٠١٧ «مستأنف تنفيذ موضوعي جنوب القاهرة»^{١١}.

ملاحظات حول ما تناوله الحكم وما يستخلص منه

- أولاً: لم يعرض على المحكمة الدستورية العليا - بالطرق المقررة قانوناً - الفصل في دستورية المعاهدة المتعلقة بفصل الحدود البحرية بين جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية، وهذا ثابت من الطلبات المطروحة في الدعوى الذي صدر فيها الحكم. فدستورية المعاهدة أو عدم دستورتها أمر لم يفصل فيه بعد.

- ثانياً: ما عرض على المحكمة في الدعوى المشار إليها من طلبات هي طلب الحكم أولاً بصفة مستعجلة: بوقف تنفيذ الحكم الصادر في الدعويين رقمي ٤٣٧٠٩، ٤٣٨٦٦ لسنة ٧٠ ق «قضاء إداري»، والحكم الصادر في الطعن رقم ٧٤٢٣٦ لسنة ٦٢ ق «عليا». ثانياً: وفي الموضوع بعدم الاعتداد بالحكمين المشار إليهما، والاعتداد بالحكم الصادر في الدعوى رقم ١٢١ لسنة ٢٠١٧ مستعجل القاهرة في جلسة ٢٠١٧/٤/٢.

وهذه الطلبات طُرحت على المحكمة الدستورية العليا بمقتضى ولايتها في فضّ التعارض الذي يقوم حول تنفيذ حكمين قضائيين نهائيين فصلاً في موضوع واحد على نحو متعارض وكان أحدهما صادراً من جهة القضاء العادي والآخر من جهة القضاء الإداري ولا يمكن تنفيذهما معاً، وهي الولاية المنوطة بها بموجب المادة ١٩٢ من الدستور والمادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩. والتي حرص المشرع فيها على قيام رقابة مهيمنة تحسم الخلاف في موضوع واحد من جهتين أو أكثر، من جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، إذا كان تنفيذها معاً متعذراً، إعلاء منه لمبدأ الدولة القانونية، ذلك أنّ الحق في التقاضي بوصفه حقاً دستورياً أصيلاً، لا تكتمل مقوماته إذا لم توفر الدولة للخصومة في نهاية مطافها حلاً منصفاً يمثل الترضية القضائية التي يقتضيها ردّ العدوان على الحقوق المدعى بها، ولا كذلك إذا تعذر تنفيذ حكم قضائي صادر من جهة قضاء مختصة ولائياً بالفصل في النزاع، إذا تناقض مع حكم آخر صادر من جهة قضائية أخرى غير مختصة ولائياً في الفصل في النزاع ذاته.

١١. الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٢ لسنة ٣٩ قضائية «تنازع» - جلسة ٢٠١٨/٣/٣.

بجميع جهاتها ومحاكمها التدخل في أي من هذه الشؤون جميعها حتى تمامها. فإذا نُشرت المعاهدة وفقاً للأوضاع المقررة في الدستور، وأصبح لها قوة القانون، جاز مراقبتها قضائياً من وجهين، الأول: رقابة استيفائها الشروط الشكلية المقررة في الدستور، الثاني: الرقابة الموضوعية للمعاهدة، وهي رقابة تجد موجباتها في نصّ الفقرة الأخيرة من المادة ١٥١ من الدستور، التي حظرت مخالفة المعاهدة لأحكام الدستور كافة. وهذه الرقابة القضائية على المعاهدات، من وجهيها، هي رقابة دستورية لا مشروعية. وهي، بهذه المثابة، منوطة استثنائاً بالمحكمة الدستورية العليا، لا تشاركها فيها جهة قضائية أخرى أيًا كانت، وذلك متى اتصلت الدعوى الدستورية بها طبقاً لأحكام قانونها.

وهدياً بما سبق؛ فإن توقيع ممثل الدولة المصرية اتفاقية تعيين الحدود البحرية بين حكومتَي جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية يُعدّ، لا ريب، من الأعمال السياسية، وإذ كان الحكم الصادر في الدعويين رقمي ٤٢٧٠٩، ٤٢٨٦٦ لسنة ٧٠ ق «قضاء إداري» والمؤيد بالحكم الصادر من دائرة فحص الطعون في المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٧٤٢٣٦ لسنة ٦٢ ق «عليها»، قد خالف هذا المبدأ، بأن قضى باختصاص القضاء الإداري بنظر صحة توقيع ممثل الدولة المصرية اتفاقية تعيين الحدود البحرية بين حكومتَي جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية، حال كونه ممنوعاً من ذلك، على نحو ما سلف، عدواناً على اختصاص السلطة التشريعية، فإنه يكون خليقاً بعدم الاعتداد به.

وحيث إن المادة ١٩٠ من الدستور تنصّ على أن «مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختصّ دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه.....»، وكان الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٢١ لسنة ٢٠١٧ مستعجل القاهرة، المؤيد بالحكم الصادر في الاستئناف رقم ١٥٧ لسنة ٢٠١٧ مستأنف تنفيذ موضوعي جنوب القاهرة قد خالف هذا النظر، وفصل في منازعة تنفيذ موضوعية متعلقة بحكم صادر من المحكمة الإدارية العليا، فإنه يكون قد انتحل اختصاصاً ممتنعاً عليه دستورياً، ويكون، والحال كذلك، حقيقاً بعدم الاعتداد به.

فلهذه الأسباب،

حكمت المحكمة بعدم الاعتداد بكلّ من الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في جلسة ٢٠١٦/٦/٢١ في الدعويين رقمي ٤٢٧٠٩، ٤٢٨٦٦ لسنة ٧٠ ق «قضائية» المؤيد بالحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا «دائرة فحص الطعون» بجلسة ٢٠١٧/١/١٦ في الطعن

على احترام دستورها والإشراف على علاقتها مع الدول الأخرى وتأمين سلامتها وأمنها في الداخل والخارج. وهو ما يفارق هذه الأعمال عن أعمال الإدارة العادية التي تجريها السلطة التنفيذية بوصفها سلطة إدارة، تتولّى الإشراف على المصالح اليومية للجمهور ومرافقه العامة. ويبرّر، في الآن ذاته، منح السلطة التنفيذية، في شأن الأعمال السياسية، سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقاً، ومن ثمّ استبعادها من ولاية القضاء عامة، تحقيقاً للغايات المتقدمة، وأتساقاً مع الاعتبارات السياسية التي تقتضيها طبيعة هذه الأعمال، بل إن خروج الأعمال السياسية عن ولاية القضاء يُعدّ أحد صور التطبيق الأمثل لإعمال المفهوم الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات، الذي يوجب إقامة توازن دقيق بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية بحيث تتولّى كلّ من هذه السلطات صلاحياتها التي خلعتها عليها الدستور وفي الحدود التي رسمها من دون افتئات من إحداها على الأخرى.

وحيث إن العبرة في تحديد التكليف القانوني لأي عمل تجريه السلطة التنفيذية، لمعرفة ما إذا كان من أعمال السياسة أم لا، وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة، رهن بطبيعة العمل ذاته. فإذا تعلق العمل بعلاقات سياسية بين الدولة وغيرها من أشخاص القانون الدولي العام، أو دخل في نطاق التعاون والرقابة الدستورية المتبادلة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، عدّ عملاً من أعمال السياسة. وبالبناء على هذا النظر، فإن إبرام المعاهدات والتوقيع عليها يُعدّان من أبرز أمثلة هذه الأعمال، وذلك من وجهين؛ الأول: تعلقها بعلاقة بين السلطة التنفيذية، ممثلة للدولة، وبين سائر أشخاص القانون الدولي العام، من دول ومنظمات دولية، وذلك في مراحل التفاوض والتوقيع والتنفيذ، الثاني: وقوعها في مجال الاختصاص المشترك، والرقابة المتبادلة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية. فبمقتضى المادة ١٥١ من الدستور، يراقب مجلس النواب السلطة التنفيذية في ما تبرمه من معاهدات، وله أن يوافق أو يرفض ما يدخل منها في اختصاصه بموجب الفقرة الأولى من المادة المذكورة، كما له تقرير ما إذا كانت تلك المعاهدات تتعلق بالفقرتين الثانية والثالثة من المادة ذاتها، فيُحال ما يندرج منها في الفقرة الثانية على الاستفتاء، ويمتنع عن الموافقة، بأية صورة، على ما يتعلّق منها بالنزول عن شيء من إقليم الدولة أو ما يخالف الدستور. وسلطة البرلمان في ذلك سلطة حصرية لا يشاركه فيها غيره. فإذا ما استفد مجلس النواب سلطاته، كان ملاك الأمر، مرة أخرى، لرئيس الجمهورية وحده، بما له من سلطة رقابة سياسية، إن شاء صدّق على المعاهدة، وإن شاء أبى، وذلك كله وفقاً لتقديراته السياسية وما يتطلبه صون المصالح العليا للبلاد، ويمتنع على السلطة القضائية

٢٨ من مايو سنة ٢٠١٧ في الاستئناف رقم ١٥٧ لسنة ٢٠١٧ مستأنف تنفيذ موضوعي؛ بتأييد الحكم الصادر بتاريخ الثاني من نيسان/ إبريل سنة ٢٠١٧ في الدعوى رقم ١٢١ لسنة ٢٠١٧ مستعجل القاهرة، على نحو يتعدّر تنفيذها معاً، أقاموا دعواهم المعروضة. وحيث إنّه لما كان اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في التناقض وفقاً للبند ثالثاً من المادة ٢٥ من قانونها، ليس مقرراً لها بوصفها جهة طعن تفصل في ما يعرض عليها من الطعون خلال ميعاد محدد بقاعدة أمرّة لا تجوز مخالفتها. ذلك أنّ النزاع الموضوعي لا ينتقل إليها لتجليل بصرها في العناصر التي قام عليها، واقعية كانت أم قانونية، ولكنها، وأياً كانت الأخطاء التي تكون قد نسبت إلى الحكّمين المدّعى تناقضهما، لا تفصل في شأن التناقض بينهما إلا على ضوء قواعد الاختصاص الولائي التي ضببطها المشرّع؛ ليحدّد بها لكل هيئة قضائية قسطها أو نصيبها من المنازعات التي اختصّها بالفصل فيها، حتى لا تتحلّ الأحكام عدواناً من إحدى جهات القضاء على الولاية التي أثبتتها المشرّع لجهة أخرى، أو كان ممّا يمثل افتئاتاً على اختصاص خرج عن ولايتها وولاية القضاء عامّة، واحتجّزه الدستور لسلطة أخرى من سلطات الدولة، بما يناقض مبدأ الفصل بين السلطات وخضوع الدولة للقانون. ذلك أنّ الدولة القانونية هي التي تتقيّد في ممارستها سلطاتها، أيّاً كانت وظائفها أو غاياتها، بقواعد قانونية تعلق عليها، وتردّها على أعقابها إن هي جاوزتها، فلا تتحلّل منها، إذ إنّ سلطاتها هذه، وأياً كان القائمون عليها، لا تُعتبر امتيازاً شخصياً لمن يتولّونها، ولا هي من صنعهم، بل أسستها إرادة الجماهير في تجمّعاتها على امتداد الوطن، وضببطتها بقواعد أمرّة لا يجوز النزول عنها. ومن ثمّ تكون هذه القواعد قيدياً على كل أعمالها وتصرفاتها، فلا تأتيها إلا في الحدود التي رسمها الدستور.

ومن حيث إنّ مناهج الفصل في الدعوى المعروضة، هو تحديد ما إذا كان توقيع ممثلّ الحكومة المصرية على اتفاقية تعيين الحدود البحرية بين جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية مندرجاً في أعمال السياسة، أم إنّه محض عمل من أعمال الإدارة، توصلًا إلى تحديد جهة القضاء المختصة بنظره. وعلى الرغم من تعدّد وضع تعريف جامع مانع لأعمال السيادة، وفي القلب منها الأعمال السياسية، التي تعدّ بحقّ المجال الحيوي والطبيعيّ لنظرية أعمال السيادة، فإنّ ثمة عناصر ومميّزات تميّز هذه الأعمال عن الأعمال الإدارية العادية، أهمّها تلك الصبغة السياسية البارزة فيها، فهي تتصل بنظام الدولة السياسيّ، أو بسيادتها في الداخل أو الخارج، اتصالاً وثيقاً، إذ تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم، وبما لها من سلطة عليا لتحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلّها والسهر

ومن جهة أخرى، أقام الأستاذ/ خيرى عبد الفتاح إبراهيم كيلة «المحامي» وأخران دعوى، قُيدت برقم ١٢١ لسنة ٢٠١٧ مستعجل القاهرة، ضدّ المدّعى عليهم، في الدعوى المعروضة، بطلب إسقاط مسببات الحكم رقم ٧٤٢٣٦ لسنة ٦٢ قضائية الصادر من دائرة فحص الطعون في المحكمة الإدارية العليا، وبانعدام وجوده ووجود الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في الدعويين رقمي ٤٢٧٠٩ و٤٢٨٦٦ لسنة ٧٠ قضائية، وإزالة كل ما لهما من آثار والاستمرار في تنفيذ الحكم رقم ١٨٦٣ لسنة ٢٠١٦ مستعجل القاهرة والمستأنف برقم ٣٧٢ لسنة ٢٠١٦ مستعجل القاهرة. وإذ تدوولت الدعوى في الجلسات، وفيها تدخلت السيدة/ نهلة أحمد محمد قنديل هجومياً، فقضت المحكمة في جلسة الثاني من نيسان/ إبريل سنة ٢٠١٧: بعدم قبول التدخل شكلاً، وبرفض الدفعين المبدئين من المدعى عليه الثاني بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى وبعدم قبولها لرفعها بغير الطريق الذي رسمه القانون، وفي الموضوع بعدم الاعتداد بالحكم الصادر في الدعويين رقمي ٤٢٧٠٩، ٤٢٨٦٦ لسنة ٧٠ ق من محكمة القضاء الإداري، وكذا الحكم الصادر في الطعن رقم ٧٤٢٣٦ لسنة ٦٢ قضائية عليا واعتبارهما منعدمي الأثر. وقد شيّد هذا الحكم قضاءه على أنّ الحكم الصادر من دائرة فحص الطعون في المحكمة الإدارية العليا، أنف الإشارة إليه، هو حكم منعدم؛ لتعرضه لعمل من أعمال السيادة هو علاقة الدولة بغيرها من الدول الأجنبية، وهو ما يحظر على المحاكم كافة التعرّض له، لعلو سيادة الدولة لكافة السلطات بها، وإنّ الإرادة الشعبية هي المحدّدة لاختصاصات سلطات الدولة والعلاقات بينها، فلا يجوز لإحدى هذه السلطات تجاوز تخوم ولايتها الدستورية، ومن ثمّ يكون ذلك الحكم قد جاوز اختصاصه الولائي منعدماً لا يعتدّ به. وإذ استأنفت هذا الحكم المتدخلّة أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية؛ مختصمة فيه جميع خصوم الدعوى، قُيد الاستئناف برقم ١٥٧ لسنة ٢٠١٧ مستأنف تنفيذ موضوعي جنوب القاهرة، وبتاريخ ٢٨ من أيار/ مايو سنة ٢٠١٧، قضت محكمة جنوب القاهرة الابتدائية بهيئة استئنافية، في مادّة تنفيذ موضوعية، بقبول الاستئناف شكلاً، وفي الموضوع برفضه وتأييد الحكم المستأنف، متخذة من كامل الأسباب الواردة في الحكم المستأنف أسباباً لقضائها. وإذ ارتأى المدّعون أنّ ثمة تناقضاً بين الحكمين، الصادر أولهما في ١٦ كانون الثاني/ يناير سنة ٢٠١٧ من المحكمة الإدارية العليا «دائرة فحص الطعون» في الطعن رقم ٧٤٢٣٦ لسنة ٦٢ ق «عليا»؛ تأييداً للحكم الصادر في ٢١ حزيران/ يونيو سنة ٢٠١٦ من محكمة القضاء الإداري في الدعويين رقمي ٤٢٧٠٩ و٤٢٨٦٦ لسنة ٧٠ ق، والصادر ثانيهما من محكمة جنوب القاهرة الابتدائية بتاريخ

لسيادتها التي مارستها عليها، ولما كان توقيع ممثل الحكومة المصرية هذه الاتفاقية قراراً إدارياً، فمن ثم يجوز مخصصته أمام القضاء الإداري.

وأثناء نظر الدعوى أمام محكمة القضاء الإداري، تدخل فيهما باقي المدعى عليهم، في الدعوى المعروضة، ودفع الحاضر عن الدولة بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى؛ كون إبرام المعاهدات بين الدول من أعمال السيادة التي يتمتع على القضاء نظرها، وبعدم قبولهما لانتفاء القرار الإداري، فقررت المحكمة ضم الدعوى للارتباط، وليصدر فيهما حكم واحد. وفي جلسة ٢١ من حزيران/يونيو سنة ٢٠١٦ حكمت المحكمة: أولاً: برفض الدفع بعدم الاختصاص الولايتي بنظر الدعوى واختصاصها، ثانياً: بقبول الدعوى شكلاً وببطلان توقيع ممثل الحكومة المصرية اتفاقية ترسيم الحدود البحرية بين جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية الموقعة في نيسان/إبريل سنة ٢٠١٦ المتضمنة التنازل عن جزيرتي تيران وصنافير للمملكة العربية السعودية مع ما يترتب على ذلك من آثار، أخصها استمرار هاتين الجزيرتين ضمن الإقليم البري المصري وضمن حدود الدولة المصرية واستمرار السيادة عليهما وحظر تغيير وصفهما بأي شكل لمصلحة أي دولة أخرى، وذلك على النحو المبين في الأسباب. وقد قام ذلك الحكم، في رفضه الدفع بعدم اختصاص القضاء الإداري ولائياً بنظر الدعوى، على أسباب حاصلها أن توقيع ممثل الحكومة المصرية الاتفاقية، بالرغم من كونه لا يعد قراراً إدارياً، إلا أنه يدخل ضمن المنازعات الإدارية التي تنبسط عليها ولاية محاكم مجلس الدولة إعمالاً لحكم المادة ١٩٠ من الدستور، ونص البند ١٤ من المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة، وبهذه المثابة فإنه لا يندرج ضمن أعمال السيادة. وإذ لم يرتض المدعون، في الدعوى المعروضة، الحكم، فقد طعنوا فيه أمام المحكمة الإدارية العليا، الدائرة الأولى «فحص طعون»، وقيد الطعن برقم ٧٤٢٣٦ لسنة ٦٢ ق «عليا»، طالبين الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه، ثم إحالته على دائرة الموضوع في المحكمة الإدارية العليا لتقضي بقبول الطعن شكلاً، وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه فيما قضى بمنطوقه، والقضاء مجدداً بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى، واحتياطياً بعدم قبول الدعوى لانتفاء القرار الإداري، ومن باب الاحتياط الكلي رفض الدعوى؛ وذلك على سند من أن الحكم المطعون فيه قد صدر مشوباً بعيب مخالفة القانون. وتدوول الطعن أمامها، وفي جلسة ١٦ كانون الثاني/يناير سنة ٢٠١٧، أصدرت المحكمة الإدارية العليا «دائرة فحص الطعون» حكمها، بإجماع الآراء، برفض الطعن.

الصادر في الدعوى رقمي ٤٣٧٠٩، ٤٣٨٦٦ لسنة ٧٠ ق «قضاء إداري»، والحكم الصادر في الطعن رقم ٧٤٢٣٦ لسنة ٦٢ ق «عليا». ثانياً: وفي الموضوع بعدم الاعتداد بالحكمين المشار إليهما، والاعتداد بالحكم الصادر في الدعوى رقم ١٢١ لسنة ٢٠١٧ مستعجل القاهرة بجلسة ٢٠١٧/٤/٢.

وبتاريخ ٢٠ حزيران/يونيو سنة ٢٠١٧، أصدر المستشار رئيس المحكمة الدستورية العليا أمراً وقتياً بوقف تنفيذ كل من: ١- الحكم الصادر في الدعوى رقمي ٤٣٧٠٩، ٤٣٨٦٦ لسنة ٧٠ ق «قضاء إداري»، والمؤيد بالحكم الصادر من دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٧٤٢٣٦ لسنة ٦٢ ق «عليا».

- الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٢١ لسنة ٢٠١٧ مستعجل القاهرة المؤيد بالحكم الصادر في الاستئناف رقم ١٥٧ لسنة ٢٠١٧ مستأنف تنفيذ موضوعي جنوب القاهرة.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة،

تخلص وقائع الدعوى - حسبما يتبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - في أن المدعى عليه «أولاً: ١- أقام الدعوى رقم ٤٣٧٠٩ لسنة ٧٠ ق، أمام محكمة القضاء الإداري بالقاهرة، ضد المدعين الثلاثة الأوائل؛ بطلب الحكم بقبول الدعوى شكلاً، وبوقف تنفيذ وإلغاء القرار المطعون فيه بإبرام وتوقيع ممثل الحكومة اتفاقية ترسيم الحدود البحرية بين مصر والسعودية، وبالتنازل عن جزيرتي تيران وصنافير مع ما يترتب على ذلك من آثار، أخصها عدم أحقية المدعي الثالث في الدعوى المعروضة «رئيس مجلس النواب» في مناقشة الاتفاقية، كما أقام المدعى عليه» ٢- قبل المدعيان عدا الثالث، الدعوى رقم ٤٣٨٦٦ لسنة ٧٠ ق أمام المحكمة عينها؛ بطلب الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر من المدعي الثاني بصفته بإعادة ترسيم الحدود بين جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية وما يترتب على ذلك من آثار، أخصها الإبقاء على تبعية جزيرتي تيران وصنافير ضمن السيادة والملكية المصرية. وأسس المدعيان في الدعوى طلباتهما على أنه في التاسع من إبريل سنة ٢٠١٦ أبرمت اتفاقية بين الحكومتين المصرية والسعودية لتعيين الحدود البحرية بين الدولتين. وقد تضمنت هذه الاتفاقية تنازل الحكومة المصرية عن جزيرتي تيران وصنافير، بالمخالفة لنص المادة ١٥١ من الدستور، كما تخالف اتفاقية ترسيم الحدود التي أبرمت عام ١٩٠٦، وأن الجزيرتين جزء من إقليم الدولة المصرية وخاضعة

وفي بعض الأحيان، قد لا تُصدّق الدولة على معاهدة أبرمتها، أو تتراخى في هذا التصديق مدة الزمن قد تطول وقد تقصر، فلا تقيدها المعاهدة حتى في النطاق الدولي والتصديق على المعاهدة هو الإجراء الذي تدخل به أحكامها مرحلة التنفيذ، وعدولها عن التصديق عليها أو إرجاؤه مرده إلى مصالحها التي تزنها بالقسط على ضوء أثر المعاهدة عليها. فإذا استقر أمرها على التصديق، وتم التصديق فعلاً، فإن المعاهدة تنتقل بصفة تلقائية إلى المجال الداخلي في الدول التي تنص دساتيرها على أن مجرد التصديق على المعاهدة ونشرها في الجريدة الرسمية يدمجها في القوانين الوطنية ويجعلها جزءاً منها. وفي مقدمة هذه الدساتير الدستور المصري. الكلام السابق ينطبق على المعاهدات الدولية كافة التي يتم التصديق عليها ونشرها، وذلك دون الدخول في تفاصيل فقهية حول أنواع المعاهدات والتي لا محل لها هنا.

المبحث الخامس: قضية تيران وصنافير

تحليل الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٢ لسنة ٢٩ قضائية «تنازع».

تعدّ المعاهدة الدولية التي أبرمتها جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية بترسيم الحدود البحرية بينهما، من أكثر المعاهدات إثارة للجدل داخل المجتمع المصري. وامتدّ الجدل إلى الأحكام القضائية التي أصدرتها جهة القضاء الإداري، وكذلك القضاء العادي إلى أن عُرض الأمر على المحكمة الدستورية العليا. وكثير من المهتمين اعتقدوا أن المحكمة الدستورية العليا فصلت بالحكم الذي سنعرض جانباً من حيثياته - في دستورية هذه المعاهدة أو أنها قضت بأن جزيرتي تيران وصنافير سعوديتان.

والحقيقة التي ينطق بها الحكم مغايرة تماماً لما يثار.

ونعرض جانباً من حيثيات الحكم الصادر بشأن جزيرتي تيران وصنافير لتتعرف على ما فصلت فيه المحكمة، ثم نعلق على الحكم لتتعرف على حقيقة ما فصل فيه.

وماذا يستفاد منه في خصوص بحثنا، وهل فصلت المحكمة في دستورية المعاهدة ٥ هل اندمجت المعاهدة في النظام القانوني المصري وأصبحت قانوناً من قوانينها... إلخ التساؤلات التي يمكن أن تُطرح.... وهذا جانب من حيثيات الحكم.

بتاريخ الأول من حزيران/يونيو سنة ٢٠١٧، أودع المدعون صحيفة هذه الدعوى، قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا، طلباً للحكم أولاً: بصفة مستعجلة: بوقف تنفيذ الحكم

الإنسان وحرّياته لا يجوز التضحية بها لمجرد أن بلدًا آخر لا يعطيها ما تستحقه من الاهتمام، أو لا يكفلها بصورة ملائمة، أو يعمل على نقضها، أو يرهق الحصول عليها بوسائل مختلفة، أهمّها القواعد الإجرائية المعقّدة التي يحيطها بها، بخاصة أن المفاهيم التقليدية للسيادة الإقليمية يقيدها اليوم ما هو ملحوظ من تداخل مصالح الدول لا تصادمها وتعاونها من خلال التفاوض عليها بحلّ منازعتها.

ويجب أن نلاحظ أمرين هامّين:

– الأول: إن نفاذ المعاهدة في القانون الداخلي، يكفل وحدة تطبيقها بما يتفق وموضوع المعاهدة في سياق ألفاظها وبمراعاة الغرض المقصود منها.

– الثاني: إن الطبيعة الأهمية لحقوق الإنسان تفرض حماية دولية لها، ولن تؤتي هذه الحماية ثمارها بغير تدخل الدول لضمان تنفيذ هذه الحقوق من خلال الوسائل الداخلية كافة التي تملكها، ذلك أن الحقوق التي لا نفاذ لها لا قيمة لها، إنّما تكمن قيمة الحقوق في طبيعتها، وفي دورها، وفي الأغراض التي تعمل على تحقيقها.

هذا الأمر هو ما حدا بالدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤ إلى أن يُفرد نصاً خاصاً بالتأكيد على التزام مصر الاتفاقيات والعهود والمواثيق المتعلقة بحقوق الإنسان والتي تصدّق عليها مصر. فقد نصّت المادة ٩٣ على أن «تلتزم الدولة الاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان التي تصدّق عليها مصر، وتصبح لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً للأوضاع المقررة».

شروط تطبيق المعاهدة في النطاق الداخلي المصري:

في مجال رقابة دستورية المعاهدة الدولية يلزم للاعتداد بالمعاهدة واعتبارها قانوناً من قوانين الدولة، أن يتوافر لها شروط عدّة:

– أن تكون قد أبرمها المختص بإبرامها قانوناً، وهو وفقاً للدستور رئيس الجمهورية.

– أن تعرض بعد ذلك على مجلس النواب ويُقرها بالأغلبية المطلوبة قانوناً.

– أن يُصدّق عليها بعد إقرار رئيس الجمهورية.

– أن تُنشر في الجريدة الرسمية، شأنها شأن سائر قوانين الدولة بتفاصيلها كافة.

وذلك حتى يُلمّ بها القاضي ويتولّى تفسيرها وفق اجتهاده وفي حدود فهمه لها، غير مقيد في ذلك برأي وزارة الخارجية في شأن دلالتها، وإن جاز أن يستأنس برأيها.

فإذا توافرت هذه الشروط جميعها في المعاهدة، فإنها تندمج تلقائياً في القوانين الوطنية، وتعدّ جزءاً منها.

المبحث الرابع: نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني المصري

لم تشترط المادة ١٥١ من الدستور المصري الصادر في ٢٠١٤ أي شروط لكي تنفذ المعاهدة الدولية بعد إبرامها وموافقة مجلس النواب عليها وتصديق رئيس الجمهورية عليها ونشرها في الجريدة الرسمية. فالمعاهدة، بعد هذه الأمور، تنفذ بصورة تلقائية في النظام القانوني المصري تأثراً وتأثيراً فتصبح كأنها قانون من قوانين الدولة، يمكن أن تلغيه ويمكن أن يلغىها قانون آخر لاحق عليها على نحو ما سبق أن أوردنا من قبل.

فليس ثمة حاجز في النظام الدستوري والقانوني المصري بين سريان المعاهدة على الصعيد الدولي، والتقيّد بها في النظام الداخلي. وتلك هي وحدة الصلة بين النظامين، وهي وحدة مقتضاها أن تنفيذ المعاهدة في النطاق الداخلي لا يشترط فيه أن يصدر بعد التصديق عليها قانون خاص يدمجها في الأنظمة الوطنية ويحققها بها.

ذلك أن صدور هذا القانون لا يشترط إلا في الدول التي تفصل بين سريان المعاهدة في النطاق الدولي وتطبيقها في النطاق الداخلي بقانون أو تجعل هذا التطبيق على صدور ذلك القانون. وهذه الدول ليس من بينها مصر.

والواقع أن النظم التي تعلق نفاذ المعاهدات الدولية في نظامها الداخلي على صدور قانون ينظم ذلك ينطوي مسلكها على كثير من المخاطر. ذلك أن المعاهدات الدولية تعدّ الوسيلة المثلى التي تنظم بها الدول علاقاتها المتبادلة، فإن تنفيذها بحسن نية يكون واجباً. ولا يتحقق ذلك في النطاق الداخلي بغير إعمال المعاهدة كجزء من القوانين الوطنية فور التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية. وهو ما نراه الحلّ الأفضل للعلاقة بين القانونين الدولي والداخلي. إذ لا يجوز القول بمنطقتين لنفاذ المعاهدة، أحدهما على صعيد العلاقات في ما بين الدول وبعضها البعض، وثانيهما على صعيد العلاقات بين الدولة المتعاقدة ومواطنيها. ذلك أن هذا الفصل غير متصور كلما كان الأفراد معنيين أصلاً بالحقوق التي كفلتها المعاهدة لهم وخولتهم الانتفاع بها. هذا من ناحية، ومن الناحية الأخرى فإن المعاهدات التي تنظم حقوق الأفراد وحرّياتهم لا تعاملهم بوصفهم مواطنين ينتمون إلى الدول المتعاقدة، وإنما بالنظر إلى كونهم بشرًا، وينبغي أن يعاملوا على هذا النحو فلا تكون حقوقهم قبل هذه الدول حقوقاً هامة، بل حقوقاً نافذة تبض الحياة فيها، وليس للدولة المتعاقدة أن تمنعها أو تمنحها وفق مشيئته، ولا أن تتدرّع بحقوق السيادة التي تملكها حتى تتخلص من معاهدة قبلتها، ولا أن تجعل من إخلال إحدى الدول المتعاقدة بالحقوق التي كفلتها المعاهدة للأفراد، سبباً لتصلها هي منها. ذلك أن حقوق

إجراء تقبل الدولة بمقتضاه أن تكون طرفاً في معاهدة وقعتها فعلاً دول أخرى، ولو لم تكن المعاهدة قد دخلت بعد مرحلة التنفيذ، بما مؤداه: إن انضمام مصر إلى معاهدة قائمة، واستكمال هذه المعاهدة لشروط تنفيذها، يقيدها بها بشرط نشرها في الجريدة الرسمية. فشان المعاهدة التي تصدق مصر عليها، شأن المعاهدة التي تنضم إليها في نقل أحكامها إلى القانون الداخلي بمجرد نشرها في الجريدة الرسمية.

ولئن كان الدستور في مصر لم يُشر إلى الانضمام إلى المعاهدة كوسيلة للتقيّد بأحكامها في المجال الدولي؛ إلا أن لهذا الانضمام اثر التصديق تماماً بلا زيادة ولا نقصان بما مؤداه: إن انضمام مصر إلى معاهدة دولية ونشر أحكامها في الجريدة الرسمية يدمجها في القوانين الداخلية، ويجعلها جزءاً منها لتحيل إليها المحاكم في كل نزاع يتعلق بتطبيق هذه المعاهدة. - سادساً: إن حقوق الإنسان تتخطى الحدود الوطنية، وخاصيتها هذه تجعلها من طبيعة عالمية. فإذا حوتها معاهدة، فإن التراخي في التصديق عليها أو في نشرها، يعتبر موقفاً سلبياً من السلطة التنفيذية، وتخلياً عن اتخاذ إجراء كان يجب عليها اتخاذه وفقاً للدستور والقانون، بما يعوق حصول الأفراد على الحقوق التي يتلقونها من المعاهدة لاقتضاء الحقوق المنصوص عليها فيها.

- سابعاً: إن الأفراد، وإن كانوا لا يستطيعون قضاء إلزام السلطة التنفيذية التصديق على معاهدة دولية، أو الانضمام إلى معاهدة قائمة، أو حملها على نشر المعاهدة في الجريدة الرسمية بعد التصديق عليها أو الانضمام لها؛ إلا أن كل معاهدة تدخل مصر فيها قد تقتضي - حتى بعد التصديق عليها أو الانضمام إليها ثم نشرها في الجريدة الرسمية - تدخلاً تشريعياً - ويتحقق ذلك في كل معاهدة لا تكون نافذة بذاتها. وتعتبر المعاهدة كذلك إذا كانت تحيل إلى القانون لتنظيم الحقوق المقررة بها. إذا، يعتبر تدخّل المشرع عندئذ لازماً لإعطاء هذه الحقوق فاعليتها. فإن لم يتدخل المشرع على هذا النحو، كان ذلك موقفاً سلبياً من المشرع مخالفاً للدستور، ذلك أن الرقابة التي تفرضها المحكمة الدستورية العليا على دستورية النصوص القانونية جميعها، لا تقتصر على تلك التي يقرها المشرع، ولكنها تشمل كذلك صور الامتناع عن تنظيم الحقوق بما يكفل فعاليتها، فلا يكون تخلي المشرع عن تنظيم الحقوق التي كفلتها المعاهدة للمواطنين، إلا إغفالاً من جهته يناقض الدستور^{١٠}.

١٠. يراجع لمزيد من التفاصيل: أستاذنا المستشار الدكتور عوض المر، المرجع السابق، ص. ٨٣١-٨٣٤.

الأساليب هي ذاتها التي تتبع عند التعرّض لأمر دستورية المعاهدات الدولية، على اعتبار أنّها أصبحت بعد - التصديق والنشر - قانوناً شأن سائر القوانين.

ضوابط دستورية المعاهدات الدولية وفقاً لقضاء المحكمة الدستورية العليا
قضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد على مفاهيم عدّة في شأن الفصل في دستورية المعاهدة،
لعل أهمّها:

- أولاً: إنّ حقّ التقاضي مكفول لكل فرد وطنياً كان أم أجنبياً. وهو حق لا يقتصر على
النفذ إلى محكمة أيّاً كان تشكيلها أو ضماناتها، وإنّما إلى محكمة تكون هي القاضي
الطبيعي للنزاع المعروض عليها.

- ثانياً: إنّ الحقوق التي اكتسبها غير المواطنين في الدولة - وعلى ضوء نظمها - يجوز
لهم حمايتها بالوسائل كافة التي أتاحتها الدستور للمواطنين، وأهمّها النفاذ إلى محكمة
مستقلة محايدة يُنشئها القانون، وأن تكون القواعد الموضوعية والإجرائية المعمول بها
أمامها، كافية لضمان محاكمة مُنصفة في المراحل كافة التي يستغرقها الفصل في النزاع.
- ثالثاً: لا يجوز تجزئة أحكام المعاهدة بما يفصل بعض أحكامها عن بعض، ويُخلّ
بتكاملها، إلا بشرطين:

أولهما: ألاّ تتضمن المعاهدة من النصوص ما يدلّ على أنّ الدول المتعاقدة، قصدت إلى
تطبيق المعاهدة في كامل أحكامها بوصفها كلاً غير منقسم.

ثانيهما: إذا لم يكن تطبيق الأجزاء المتبقية من المعاهدة - بعد فصل بعض أجزائها عنها
إذا قام الدليل على جواز هذا الفصل - مجافياً للعادلة.

- رابعاً: إنّ الفصل في دستورية المعاهدة لا يجوز أن يستبعد بصفة مطلقة، العوامل
السياسية كافة التي تحيط بها، ذلك أنّ هذه العوامل تؤثر في العلائق المباشرة وغير
المباشرة في ما بين الدول بعضها البعض، ويتعيّن أن توليها المحكمة الدستورية العليا
اعتبارها، فلا تصدّ أذنها أو تغضّ بصرها عنها.

- خامساً: إنّ انضمام مصر إلى معاهدة دولية قائمة، يأخذ حكم التصديق عليها، ذلك
أنّ التصديق على المعاهدة إجراء يفيد إرادة الدولة التقيد بها. وهو يقتدر غالباً بتبادل
إيداع وثائق التصديق في الجهة التي عيّنتها المعاهدة، ليقيد هذا الإيداع الدولتين اللتين
تبادلتاه في مواجهة إحدهما الأخرى.

وبذلك، يغيّر التصديق على المعاهدة، الانضمام إليها. ذلك أنّ الانضمام إلى المعاهدة

فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنصّ جنائيّ، تُعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة
استناداً إلى ذلك النصّ كأنّها لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم
فور النطق به لإجراء مقتضاه.

والمستفاد من هذه النصوص التي أوردناها أمور عدّة، نعرضها بصورة موجزة:

- أولاً: ليس هناك - في الدستور أو في قانون المحكمة الدستورية العليا - نصّ صريح
يخوّل للمحكمة الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية. على عكس بعض الدول التي
تنصّ دساتيرها بصورة صريحة على الاختصاص برقابة دستورية المعاهدة الدولية،
وأبرز مثال لها فرنسا في ظلّ دستور ١٩٥٨ حيث تنصّ المادة ٥٤ منه على اختصاص
المجلس الدستوريّ الفرنسيّ بالرقابة على دستورية المعاهدات الدولية.

- ثانياً: اختصاص المحكمة الدستورية العليا برقابة دستورية المعاهدات جاء من
منطلق أنّها بمثابة «قانون»، وذلك بعد التصديق عليها ونشرها بالطرق المقرّرة.

ثالثاً: قبل تمام التصديق، لا تأخذ المعاهدات حكم القانون ولا تكون محلاً للرقابة
الدستورية.

- رابعاً: مدلول المعاهدة التي تخضع للرقابة هو ذات المدلول الذي أوردناه في تعريف
المعاهدات الدولية الذي يجعلها تمتد إلى كل أشكال الاتفاقيات من دون اعتبار للمسمّى
الذي يطلق عليه طالما تمّ التصديق عليها، ونشرت في الجريدة الرسمية.

أساليب الرقابة في ظلّ المحكمة الدستورية العليا

والمستفاد من نصّي المادتين ٢٧، ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا أنّ أسلوب الرقابة
ثلاثة أنواع، أي إنّ هناك أساليب ثلاثة يمكن بأحدها أن تمارس المحكمة رقابتها على دستورية
القوانين، وهذه الطرق هي:

- الدفع بعدم الدستورية من جانب أي من الخصوم أمام محكمة الموضوع حال نظر
دعوى موضوعية.

- الإحالة من محكمة الموضوع ذاتها، إذ قد ترى أنّ نصّاً ما لازماً للفصل في الدعوى
الموضوعية يشوبه عوار دستوريّ، فلها أن تحيل الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة
الدستورية العليا للفصل في دستوريته.

- حقّ التصديّ المقرّر للمحكمة الدستورية العليا.

والكلام حول هذه الأساليب يخرج عن نطاق بحثنا. لكن ما نوّد أن نشير إليه أنّ هذه

وتنص المادة ٢٦ على أن: تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور، وذلك إذا أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها.

كما جرى نص المادة ٢٧ على أن: يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها، وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية.

وتنص المادة ٢٩ على أن تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين والمراسيم على الوجه التالي:

أ- إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة مرسوم لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية.

ب- إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة مرسوم، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدّي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأنه لم يكن.

وتنص المادة ٤٩ من قانونها على أن أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة.

وتنشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورهما. ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة مرسوم عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك من دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص^٩.

٩. استبدلت الفقرة الثالثة بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، الجريدة الرسمية العدد ٢٨ (مكرر) في ١١/٧/١٩٩٨، مع ملاحظة أن الفقرة المذكورة قد صححت بالاستدراك المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٢٨ مكرر (ب) في ١٢/٧/١٩٩٨.

أعضائها، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة منها. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها.

— مادة ١٩٣: تؤلف المحكمة من رئيس، وعدد كافٍ من نواب الرئيس. وتؤلف هيئة المفوضين بالمحكمة من رئيس، وعدد كافٍ من الرؤساء بالهيئة، والمستشارين، والمستشارين المساعدين. وتختار الجمعية العامة رئيس المحكمة من بين أقدم ثلاثة نواب لرئيس المحكمة، كما تختار نواب الرئيس، وأعضاء هيئة المفوضين بها، ويصدر بتعيينهم قرار من رئيس الجمهورية، وذلك كله على النحو المبين في القانون.

— مادة ١٩٤: رئيس ونواب رئيس المحكمة الدستورية العليا، ورئيس وأعضاء هيئة المفوضين بها، مستقلون وغير قابلين للعزل، ولا سلطان عليهم في عملهم لغير القانون، ويبين القانون الشروط الواجب توافرها فيهم، وتتولى المحكمة مساءلتهم تأديبياً، على الوجه المبين في القانون، وتسري بشأنهم جميع الحقوق والواجبات والضمانات المقررة لأعضاء السلطة القضائية.

— مادة ١٩٥: تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، وهي ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة، وتكون لها حجية مطلقة بالنسبة إليهم. وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار.

وإنفاذاً لأحكام الدستور، جاء قانون المحكمة الدستورية العليا ليحدد أساليب الرقابة على الدستورية وحجية الحكم الصادر من المحكمة، فقد جرى نص المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا، على أن: تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي:

— أولاً: الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح المراسيم.

— ثانياً: الفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخلل إحداها عن نظرها أو تخلت كلتاها عنها.

— ثالثاً: الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها.

المؤسسات الدولية الأخرى. وله التملك والتعاقد، ويديره مجلس إدارة من ممثلين للمساهمين يتم اختيارهم لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد. وإن مدة المصرف خمسون عاماً، وحدد النظام الأساسي للمصرف أحوال حله وكيفية تصفية أمواله.

وحيث إن مؤدى ما تقدم، إن الاتفاقية المشار إليها إنما تتمحّض عن إنشاء بنك يقوم بالأعمال التي تقوم بها البنوك التجارية، فلا يسوغ اعتبارها من «الأعمال السياسية» التي تتحسر عنها رقابة القضاء الدستوري، ولا يغير من ذلك ما تضمنته بعض نصوص الاتفاقية من امتيازات معينة للمصرف أو لموظفيه أو لأموال المساهمين أو المودعين فيه. كما لا يغير ذلك ما ورد بصدر هذه الاتفاقية بشأن البواعث التي دفعت الحكومات العربية الموقعة عليها إلى تأسيس هذا المصرف. ومن ثمّ يكون الدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى المائلة قائماً على غير أساس واجب الإطراح.

المبحث الثالث: كيفية رقابة دستورية المعاهدات الدولية في مصر

نظم الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤، الجهة التي تتولّى مهمة الرقابة على دستورية القوانين والقواعد القانونية التي تأخذ حكم القانون وقوّته ومنها المعاهدات الدولية، وإن كان لم يرد فيها نصّ صريح، مبيّناً طبيعته، واستقلالها وتشكيلها وكيفية مباشرة الرقابة والحكم الصادر منها، فتعرض بداية لنصوص المواد من ١٩١-١٩٥ من الدستور، والنصوص المنظمة لأساليب الرقابة في قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، ثمّ لإطلالة موجزة حول كيفية الرقابة على دستورية المعاهدة.

نصوص الدستور الحالي الصادر في عام ٢٠١٤

– مادة ١٩١: المحكمة الدستورية العليا جهة قضائية مستقلة، قائمة بذاتها، مقرّها مدينة القاهرة، ويجوز في حالة الضرورة انعقادها في أيّ مكان آخر داخل البلاد، بموافقة الجمعية العامة للمحكمة، ويكون لها موازنة مستقلة، يناقشها مجلس النواب بكامل عناصرها، وتدرج بعد إقرارها في الموازنة العامة للدولة رقمًا واحدًا، وتقوم الجمعية العامة للمحكمة على شؤونها، ويؤخذ رأيها في مشروعات القوانين المتعلقة بشؤون المحكمة.

– مادة ١٩٢: تتولّى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح والمراسيم، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشؤون

ومن ذلك حكمها الصادر في الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية «دستورية» جلسة ١٩/٦/١٩٩٣، حيث أوردت أنّ المدعى عليهما الأول والثالث دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى الراهنة تأسيساً على أنّ اتفاقية تأسيس المصرف المشار إليه وقرار رئيس الجمهورية الصادر بالموافقة عليها يعتبران من أعمال السيادة التي تنأى بحسب طبيعتها أن تكون محلّاً للرقابة القضائية، بمقولة إنّ إنشاء هذا المصرف إنما استهدف بناء الاقتصاد العربي على أساس متين، تلبيةً لمتطلبات التنمية العربية والاقتصادية والاجتماعية، وإنّ قرار رئيس الجمهورية الموافقة على هذه الاتفاقية صدر بعد موافقة مجلس الشعب عليها لاندراجها ضمن الاتفاقيات التي حدّتها حصراً الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور.

وحيث إنّّه وإن كانت نظرية «الأعمال السياسية» – كقيد على ولاية القضاء الدستوري – تجد في ميدان العلاقات والاتفاقيات الدولية معظم تطبيقاتها بأكثر مما يقع في المجال الداخلي، نظراً إلى ارتباط ذلك الميدان بالاعتبارات السياسية وسيادة الدولة ومصالحها العليا، إلّا أنّه ليس صحيحاً إطلاق القول إنّ جميع الاتفاقيات الدولية – أيّاً كان موضوعها – تعتبر من «الأعمال السياسية». كما أنّه ليس صحيحاً أيضاً القول إنّ الاتفاقيات الدولية التي حدّتها الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور واستلزم عرضها على مجلس الشعب وموافقته عليها، تضحي جميعها – وتلقائياً – من «الأعمال السياسية» التي تخرج عن ولاية القضاء الدستوري، ذلك أنّ كلا القولين السابقين يتناقضان والأساس الذي تقوم عليه اعتبارات استبعاد هذه الأعمال من الرقابة القضائية على دستوريتها، وهي اعتبارات ترجع إلى طبيعة الأعمال ذاتها وليس إلى طريقة أو إجراءات إبرامها والتصديق عليها.

وحيث إنّ البين من اتفاقية تأسيس المصرف العربي الدولي ونظامه الأساسي الذي يعتبر – وفقاً لمادتها الأولى – جزءاً لا يتجزأ منها، إنّ حكومات مصر وليبيا وسلطنة عمان اتّفقت على تأسيس هذا المصرف، وقد انضمّ إليهم – حال إبرام الاتفاقية – أحد المواطنين الكويتيين. وقد فتحت الاتفاقية باب الانضمام إليها – وفقاً لمادتها الثانية – للحكومات العربية الأخرى وكذلك للبنوك والهيئات والمؤسسات والشركات العربية وأيضاً للأفراد العرب. وإنّ هذا المصرف يقوم بالأعمال التجارية التي تقوم بها البنوك التجارية، عادة، من قبول للودائع وتقديم للقروض وتحرير وتظهير للأوراق المالية والتجارية وتمويل لعمليات التجارة الخارجية وتنظيم للمساهمة في برامج ومشروعات الاستثمار، وإنّ المصرف يزاول أعماله في مجال التجارة الخارجية وفقاً للقواعد والأسس المصرفية الدولية السائدة، وأن يكون للمصرف الشخصية القانونية وله في سبيل تحقيق أغراضه إبرام اتفاقيات مع الدول الأعضاء أو غير الأعضاء وكذلك مع

تقدير ما إذا كان قد صدر عن إحدى الدول المتعاقدة إجراء يخوّل للسلطة الوطنية حق الرد عليها بإجراء مقابل كالاتفاق عن تنفيذ المعاهدة أو بوقفها أو باتخاذ إجراء على خلافها^٧.

ليس لقضاة الدستورية شأن بقرار التحفظ على المعاهدة ولا بقرار سحبه.

ليس لقضاة الدستورية شأن بالشروط التي تتفق عليها الدولتان المتعاقدتان لتطبيق معاهدة دولية بصورة مؤقتة، سواء بالنسبة لأحكام المعاهدة برمتها أو لجزء منها. لا شأن لجهة الرقابة الدستورية بنصوص المعاهدة التي تكفل للدول الأغيار عنها حقوقاً تمنحهم إياها.

ولا شأن لها بتعديل معاهدة قائمة.

فصل بعض أجزاء المعاهدة بعضها عن بعض لا شأن لجهة الرقابة فيه.

الانسحاب من المعاهدة لا شأن للقاضي الدستورية فيه.

إنهاء المعاهدة - في جميع الأحوال - وسواء صدر في إطار توافق بين السلطة التشريعية ورئيس الجمهورية أو انفرد به أيهما، فإن هذا الإنهاء يظل دائماً من الأعمال السياسية التي تخرج بطبيعتها عن الرقابة القضائية^٨.

المفاوضات حول المعاهدات الدولية أياً كان القائم بها لا شأن للقاضي الدستوري فيها.

الانضمام إلى معاهدة دولية قائمة لا علاقة للقاضي الدستوري فيها.

- ليس كل معاهدة أياً كانت التسمية التي تطلق عليها، عمل سيادة :

استقام قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنه ليس صحيحاً إطلاق القول إن جميع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية من الأعمال السياسية المستبعدة من نطاق الرقابة على دستورية القوانين.

وقد عرض عليها العديد من المعاهدات الدولية، فراقبت البعض ونفت عنها وصف

الأعمال السياسية، والبعض الآخر أكدت أنه من أعمال السيادة.

ونعرض نموذجاً لبعض الأحكام التي أصدرتها المحكمة بصدد اتفاقية دولية، لم تر فيها ما يحول دون رقابتها. إذ أن موضوعها لا علاقة له بأعمال السيادة، والعبرة دائماً بحقيقة العمل وطبيعته وفقاً للتكييف القانوني الذي تسبغه المحكمة عليها.

- وحيث إن من اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في دستورية القوانين والمراسيم أن يكون أساس الطعن هو مخالفة التشريع لنص دستوري، فلا يمتد إلى حالات التعارض أو التنازع بين المراسيم والقوانين، ولا بين التشريعات الأصلية والفرعية ذات المرتبة الواحدة.

- لما كان ذلك، وكانت الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من الدستور تنص على أن «رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها إلى مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة»، وكانت اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات بين حكومتى مصر العربية والجمهورية اليونانية الموقع عليها في القاهرة، بتاريخ أول نيسان / إبريل سنة ١٩٧٥ والصادرة بالقرار الجمهوري رقم ٢٥٠ لسنة ١٩٧٦ التي تستند إليها المدعية في طعنها المائل، لا تجاوز قوة القانون ولا ترقى إلى مرتبة النصوص الدستورية، فإن ما تثيره المدعية من أن الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ المشار إليها تخالف أحكام تلك الاتفاقية - أياً ما كان وجه الرأي في شأن هذه المخالفة - لا يعدو أن يكون نوعياً بمخالفة قانون لاتفاقية دولية لها قوة القانون، ولا يشكّل ذلك خروجاً على أحكام الدستور المنوط بهذه المحكمة صونها وحمايتها، الأمر الذي يتعين معه رفض الدعوى».

المبحث الثاني: المعاهدات الدولية وأعمال السيادة

العلاقة بين المعاهدات الدولية وأعمال السيادة أو الأعمال السياسية يشوبها الكثير من الغموض، إذ يربط الكثيرون بينها. فالمعاهدات، عندهم، هي دائماً من أعمال السيادة التي لا دخل للقضاء فيها، سواء القضاء الموضوعي أو القضاء الدستوري.

لكن الأمر ليس بهذا اليسر، إذ أن كثيراً من المعاهدات الدولية لا علاقة لها بأعمال السيادة. فالأصل في المعاهدات الدولية أن تتقيد بالشروط الشكلية والموضوعية التي يتطلبها الدستور فيها. وثمة أحكام في المعاهدات الدولية تخرج، بطبيعتها، عن مجال الرقابة القضائية على الدستورية ويندرج تحتها أمور عدة، لعل أهمها:

إذا كان ثمة إخلال بأحكام المعاهدة قد صدر عن دولة متعاقدة.

النظر في ما إذا كان الدخول في المعاهدة يرتبط بأوضاع لم يعد لها وجود، بالنظر إلى ما طرأ من تغيير جوهري في الظروف المحيطة بالدولة.

٧. يراجع: أستاذنا المستشار الدكتور عوض المر، المرجع السابق، ص. ٨١٩.

٨. أستاذنا المستشار الدكتور عوض المر، المرجع السابق، ص. ٨٢٢.

في النظام المصري

يجرى نصّ المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية الحالي الصادر عام ٢٠١٤ على أن «يمثل رئيس الجمهورية الدولة في علاقاتها الخارجية، ويبرم المعاهدات، ويصدق عليها بعد موافقة مجلس النواب. وتكون لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً لأحكام الدستور. ويجب دعوة الناخبين للاستفتاء على معاهدات الصلح والتحالف وما يتعلّق بحقوق السيادة، ولا يتمّ التصديق عليها إلا بعد إعلان نتيجة الاستفتاء بالموافقة. وفي جميع الأحوال، لا يجوز إبرام أية معاهدة تخالف أحكام الدستور، أو يترتب عليها التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة».

– المستفاد من هذه المادة، في فقرتها الأولى، هو أنّ المعاهدة الدولية بعد تمام التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية وفقاً للأوضاع المقررة، تكون لها قوة القانون أي في ذات مرتبة القانون.

ومرتبة المعاهدة بذات القوة والكيفية ورد النص عليها في الدساتير المصرية المتعاقبة ابتداء من دستور ١٩٥٦ في المادة ٤٣ منه، ودستور ١٩٥٨ في المادة ٥٦ منه، والمادة ١٢٥ من دستور ١٩٦٤، والمادة ١٥١ من دستور ١٩٧١.

فمرتبة المعاهدات الدولية لم تتغيّر على مدى التاريخ الدستوري المصري.

ويشترط لاعتبارها قانوناً شروط أربعة:

١- أن تُبرم بمعرفة من خوّله الدستور هذا الاختصاص أي من رئيس الجمهورية.

٢- أن يوافق مجلس النواب عليها.

٣- أن يصدّق عليها رئيس الجمهورية بعد الموافقة.

٤- أن تُنشر في الجريدة الرسمية وفقاً للأوضاع المقررة.

بعد استيفاء هذه الشروط، تكون المعاهدة الدولية شأنها شأن القانون في كل شيء. فلا يعلو القانون على المعاهدة، ولا تعلق المعاهدة على القانون.

لكنهما يتكافآن في مرتبتهما في مدارج القواعد القانونية. وإذا كان الدستور يسمو على المعاهدة والقانون، فإنّ عليهما أن يتقيداً بأحكامه. وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تكفل للمعاهدة قوتها بقدر اتفاقها مع أحكام الدستور، فإن هي جاوزتها تعيّن إبطالها.

وفي جميع الأحوال، لا يجوز أن تنال معاهدة دولية – أيّاً كان موضوعها – من نصوص الدستور في جوانبها الشكلية أو الموضوعية.

وعند التعارض بين مضمون المعاهدة، وقانون لاحق عليها وكانت للمعاهدة قوة القانون، فإنّ أولوية التطبيق تكون للقانون من دون المعاهدة.

وهذه نتيجة مترتبة على تكافؤ المعاهدة مع القانون، ذلك أنّ كلا المعاهدة والقانون تتكافآن في هذه الصورة في درجتهما، فلا يكون القانون اللاحق على المعاهدة إلا معدّلاً لها أو منهيّاً لها. فإذا كانت المعاهدة لاحقة للقانون، فإنّها تعدّله بشرط أن تكون نافذة بذاتها. وتعتبر المعاهدة كذلك، إذا كان تنفيذها لا يرتبط بصدور قانون ينقل أحكامها إلى النطاق الداخلي، ويجعلها واجبة الاحترام. فإذا كان تنفيذها معلقاً على صدر قانون لاحق، فإنّ القانون السابق يظل قائماً إلى أن يصدر القانون اللاحق^٦.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية أنّ هذه المعاني، بحكمها الصادر في الدعوى رقم ٢١ لسنة ٢، قضائية «دستورية» في جلسة ١٩٨٢/٥/٧، بقولها «وحيث إنّ المدعية تنعى على الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ أنّها إذ حظرت على غير المصريين اكتساب ملكية العقارات المبنية أو الأراضي الفضاء أيّاً كان سبب اكتساب الملكية عدا الميراث، من دون أن تستثني من هذا الحظر الأجانب الذين أبرمت دولهم اتفاقيات مع مصر كفلت بمقتضاها لمواطنيها حقوقاً مساوية لما يتمتع به المصريون داخل البلاد، ومنها اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومتَي جمهورية مصر العربية والجمهورية اليونانية، تكون قد خالفت حكم المادة ١٥١ من الدستور التي توجب احترام الاتفاقيات والمعاهدات الدولية».

– وحيث إنّ الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء تنصّ على أنه «مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٤ بنظام استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة، يحظر على غير المصريين، سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم اعتباريين اكتساب ملكية العقارات المبنية والأراضي الفضاء في جمهورية مصر العربية أيّاً كان سبب اكتساب الملكية عدا الميراث». وقد أشارت المذكرة الأيضاحية لهذا القانون إلى أنّ هذا الحظر «لا يمتدّ إلى حالات تملك الأجانب التي تنظمها المعاهدات والاتفاقيات الدولية السارية في مصر طبقاً للأوضاع المقررة والتي تكون لها قوة القانون وفقاً للمادة ١٥١ من الدستور، وذلك باعتبار أنّ تلك المعاهدات والاتفاقيات تعتبر من قبيل القوانين الخاصة التي لا ينسخها القانون العام كشأن المشروع الراهن».

٦. يراجع: المستشار الدكتور عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الأساسية، مركز رينيه-جان دوى للقانون والتنمية، ص ٨١٦.

عليها، وأيضاً مسألة القيمة القانونية للمعاهدة الدولية في النظام الداخلي، ومدى اعتبارها من مصادر التشريعية، وموقف المعاهدات من موضوع رقابة دستورية القوانين، وعلاقة المعاهدات بالدساتير الوطنية. وهي تساؤلات سنحاول أن نجيب عنها فيما بعد، عند تعرّضنا للنظام المصريّ.

المبحث الأول: مرتبة المعاهدات الدولية وعلاقتها بالقوانين في النظام المصريّ

يُقصد بمرتبة المعاهدة الدولية موقعها بين القواعد القانونية داخل الدولة، أي موقعها في سلم التدرّج التشريعيّ. إذ من المعروف أنّ مبدأ تدرّج الشرائع هو مبدأ يصوّر البناء القانونيّ تصويراً هرمياً متتابع الدرجات تتقيّد فيه كل درجة بما يعلوها من درجات. ففي القمة، يوجد الدستور. وهو مجموعة القواعد التي تبيّن كيفية إنشاء القواعد القانونية العامة المسماة بالتشريع. وقد تحدّد، فوق ذلك، مضمون هذا التشريع على نحو إجماليّ عام. فهو يحدّد الهيئة التي تتولّى إنشاء القانون، ويبين طريقتها في ذلك، يلي ذلك التشريع، وهو القواعد التي يبيّن الدستور كيفية إنشائها وطريقته. يلي ذلك المراسيم، ثمّ القرارات الإدارية^٤. والصلة بين هذه القواعد السابقة هي صلة تدرّج وتبعية، فالقاعدة الجديدة تستمدّ أساس وجودها من القاعدة التي أنشأتها.

ولقد عرفت النظم الدستورية المقارنة نماذج مختلفة لتحديد مرتبة المعاهدات الدولية بين سائر القواعد القانونية داخل الدولة على النحو التالي:

- دول خلت دساتيرها وتشريعاتها من نصّ يحدّد مرتبة المعاهدات الدولية.
 - دول أخرى جعلت المعاهدات الدولية في مرتبة تسمو على الدستور ذاته.
 - دول ثالثة تجعل المعاهدات في ذات مرتبة القانون.
 - ودول رابعة تجعل من المعاهدات في مرتبة وسطى بين الدستور والقانون، فهي أدنى من الدستور لكنّها تعلو على التشريعات العادية.
 - وأخيراً، فثمة دول تجعل المعاهدة في مرتبة أدنى من مرتبة القوانين.
- ولا محلّ لتفصيلات هذه النظم جميعها^٥.

٤. في التفاصيل، مؤلفنا عن رقابة دستورية القوانين سنة ١٩٩٥، دار الفكر العربيّ، ص. ١٢٣، وما بعدها.
٥. للاستزادة ومعرفة أمثلة الأستاذ فيصل عقله شطناوي، في بحثه عن الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية - دراسة مقارنة، منشور بمجلة دراسات علوم الشريعة و القانون المجلد ٤٢ العدد ١ سنة ٢٠١٥، عمادة البحث العلمي بالجامعة الأردنية.

ب- رقابة القاضي الدستوريّ للمعاهدات الدولية

لرقابة القاضي الدستوريّ دستورية المعاهدة الدولية أنماط مختلفة تختلف باختلاف النظم المقررة لرقابة دستورية القوانين. وهذه تختلف باختلاف الدساتير: فمنها ما يعتنق فكر الرقابة السياسية، ومنها ما يأخذ بالرقابة القضائية. والرقابة الدستورية قد تكون رقابة وقائية سابقة على إصدار التشريعات ونشرها والعمل بها، وقد تكون رقابة علاجية تمارس على القوانين بعد نشرها والعمل بها.

وبالنسبة إلى المعاهدات، فالأمر لا يختلف كثيراً إذ أنّ مسلك النظم القانونية بشأن إخضاعها لرقابة القاضي الدستوريّ ليس واحداً.

ففي بعض الدول، يكتفي بأسلوب الرقابة السابقة من دون غيره، كما في فرنسا، والسنغال، وموريتانيا.

وفي دول أخرى، تخضع المعاهدات - في الأساس - لأسلوب الرقابة السابقة، مع إمكانية إخضاعها أيضاً للرقابة اللاحقة، شأنها شأن بقية التشريعات.

كما هو الحال في الكونغو والبرتغال وإسبانيا والجزائر وألمانيا^٦. ومراقبة القاضي الدستوريّ يمكن أن تتمّ بأحد أسلوبين: الأسلوب المباشر، والأسلوب غير المباشر.

المراقبة بالأسلوب المباشر: يعني إخضاع مشروع المعاهدة ذاتها لرقابة القاضي الدستوريّ، وتنصّب رقابته مباشرة عليها. ويُعمل بهذا الأسلوب في فرنسا والبرتغال وإسبانيا والجزائر.

أمّا الرقابة عن طريق الأسلوب غير المباشر، ففيه تنصيب الرقابة على قانون التصديق على المعاهدة، شأنه شأن بقية التشريعات. ويوصف هذا الأسلوب بأنه غير مباشر لأنّه فحص القاضي دستورية قانون التصديق يمكن أن يقوده إلى بحث دستورية المعاهدة ذاتها.

وسواء خضعت المعاهدة للرقابة السابقة بالأسلوب المباشر أو غير المباشر، فإنّ فحص دستوريّتها، لا ينصّب فقط على مراجعة أحكامها الموضوعية، وإنما لا بدّ من أن يتطرّق إلى رقابة شكل المعاهدة للتأكد من أنّ أحكام انعقادها لا يخالف الدستور، وللتأكد أيضاً من احترام قواعد توزيع الاختصاص.

ويشير موضوع المعاهدات الدولية كثيراً من المشكلات. لعلّ أهمّها يتعلّق بموضوع توزيع الاختصاصات الدستورية بين السلطات العامة في الدولة وما بين عقد المعاهدة أو التصديق

٣. في التفاصيل: د. عيد أحمد الغفلول، الرقابة القضائية على دستورية المعاهدات الدولية، دراسة مقارنة، سنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ص. ٥.

مبحث تمهيدِي: إطلالة عامة حول تعريف المعاهدة ورقابة دستورية المعاهدات الدولية في النظم المختلفة

أ- تعريف المعاهدات الدولية

المعاهدة الدولية يعرفها الفقه بأنها اتفاق مكتوب بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي، أيًا كانت التسمية التي تطلق عليه، يتم إبرامه وفقًا لأحكام القانون الدولي بهدف إحداث آثار قانونية.

هذا التعريف مستوحى من المادة الثانية فقرة ١ / أ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، وكذلك من المادة المقابلة لها من اتفاقية قانون المعاهدات بين الدول والمنظمات الدولية الموقعة في فيينا في ٢١ آذار/ مارس ١٩٨٦.

والمستفاد من هذا التعريف أنّ المعاهدة الدولية تقوم على عناصر أساسية هي:

- أن يقوم الاتفاق بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام؛
- أن يكون الاتفاق مكتوبًا؛
- أن يبرم الاتفاق وفقًا لأحكام القانون الدولي؛
- أن يهدف إلى إحداث أو ترتيب آثار قانونية.

والمحكمة الدستورية العليا المصرية تناولت تعريف المعاهدة بـ «أن عبارة المعاهدة الدولية لا تعدو أن تكون مصطلحًا عامًا، يمتد إلى كل أشكال الاتفاق الدولي في ما بين دولتين أو أكثر إذا دُون هذا الاتفاق في وثيقة واحدة أو أكثر، وأيًا كانت المسائل التي ينظمها، أو موضوعها. ومن ثمّ يندرج تحتها ما يتصل بمفهومها من صور هذا الاتفاق سواء كانت عهدًا، أو ميثاقًا، أو إعلانًا، أو بروتوكولًا، أو نظامًا، أو تبادلًا لمذكرتين»^١.

فالمعاهدة الدولية - في قضاء المحكمة الدستورية العليا - تتسع لكل هذه الأنماط جميعها، فكلها يندرج تحت «الاتفاق».

الذي يملك ذلك هو وجود رقابة فعّالة على دستورية القوانين من جانب قضاء دستوري مستقل.

ومن ناحية المعاهدات الدولية، فإنّ القانون الدولي الاتفاقي قد شهد تطورًا هائلًا إذ أصبحت المعاهدات الدولية - وما يأخذ حكمها من القواعد الدولية الاتفاقيّة الأخرى - أهمّ وسائل تنظيم التعاون والتواصل بين أعضاء المجتمع الدولي في المجالات كافة، مما جعل لموضوع الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية أهمية بالغة، كونه يتعلّق بحماية سمو الدستور وقديسيته أمام التشريع الدولي، هذا بالإضافة إلى أنّ هذه الرقابة، في صورتها المثالية تشكل سدًا منيعًا أمام أي خرق لسيادة الدولة ومصالحها.

ومن هنا، كانت الأهمية الكبرى لتناول موضوع رقابة دستورية المعاهدات الدولية في مصر وأهمية أن تعقد محاضرات وجلسات نقاشية حول هذا الموضوع الحيوي، والذي يثير إشكاليات تتعلّق بالعلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي ومرتبته المعاهدة في التدرج الهرمي للقواعد القانونية داخل الدولة، وكيفية مراقبة دستورية المعاهدة بعد نفاذها والآثار التي تترتب على الحكم بعدم دستورية المعاهدة... إلخ هذه المسائل المتشعبة، ونعرض لموضوعنا حول «الرقابة القضائية على دستورية المعاهدات الدولية في مصر» من خلال مباحث عدّة:

مبحث تمهيدِي: إطلالة عامة حول رقابة دستورية المعاهدات في الأنظمة المختلفة.

المبحث الأول: مرتبة المعاهدات الدولية وعلاقتها بالتشريعات المصرية.

المبحث الثاني: المعاهدات الدولية وأعمال السيادة.

المبحث الثالث: كيفية رقابة دستورية المعاهدات الدولية في مصر.

المبحث الرابع: نفاذ المعاهدات في النظام الداخلي.

المبحث الخامس: قضية «تيران وصنافير» تحليل للحكم الصادر من المحكمة الدستورية

العليا في القضية رقم ١٢ لسنة ٢٩ قضائية «تنازع».

١. في التفاصيل: د. الشافعي محمد بشير، القانون الدولي العام في السلم والحرب، الطبعة السادسة سنة ١٩٩٧/١٩٩٨، مكتبة الجلاء الجديدة، ص. ٦٢٥ وما بعدها؛ د. عبدالعليم عبد المجيد مشرف، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، دراسة مقارنة، بدون ناشر أو سنة طبع، ص. ٨ وما بعدها.

٢. يراجع على سبيل المثال حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، جلسة ١٩٩٦/٣/٢.

المقدمة

تأتي الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مقدمة الوسائل الفنية التي ابتكرها العلم الدستوري لحماية مبدأ المشروعية وسيادة القانون. فهي الضمان الحقيقي له، كما إنها تحافظ على الحدود الدستورية للسلطات، وهي خير ضمان ضد تعسف السلطة التشريعية، فضلاً عن أنها أهم ضمانات الحقوق والحريات الفردية.

والشرعية في أبسط معانيها تعني أن يسود القانون بمعناه العام كل سلطات الدولة. والقانون - في غالبية النظم - ليس مرتبة واحدة تضم جميع قواعده، بل أن هناك مبدأ غاية في الأهمية ينظم القواعد القانونية داخل الدولة هو «مبدأ تدرج التشريعات» وهو مبدأ يصور البناء القانوني تصوير هرمياً متتابع الدرجات تتقيد فيه كل درجة بما يعلوها من درجات. ووفقاً لهذه النظرية، يعتبر «الدستور» هو أساس الشرعية في الدولة وقمتها. فهو أصل كل نشاط قانوني يمارس داخل الدولة. لذلك، فهو يعلو على هذه الأنشطة جميعها، وهو القاعدة الأساسية التي يرتكز عليها النظام القانوني... والقول بعلو الدستور، هنا، منطقي ما دام هو الذي ينشئ السلطات العامة، وينظم اختصاصاتها، فلا بد من أن يعلو عليها. ولا بد من أن نقرر أيضاً أن أيًا من السلطات المنشئة، يجب عدم الاعتراف بالقيمة القانونية لأي عمل صادر عنها، ويكون خارجاً عن الإطار الدستوري لها، أي ذلك المحيط الذي حدده الدستور لهذه السلطة.

لكن القول بعلو الدستور يصبح قولاً عديم القيمة إذا أمكن مخالفة أحكامه من جانب سلطات الدولة بغير جزاء، والجزاء الوحيد الذي يجب أن يرصد على ذلك هو إبطال التصرف المخالف وعدم نفاذه. لكن من الذي يملك أن يقرر ذلك؟ من الذي يملك أن يحافظ على الدستور موثلاً للحريات؟

Judicial Control of International Treaties Constitutionality in Egypt

Abstract

The rules of the conventional international law have lately undergone major developments, since international treaties have now become the pillars of cooperation and communication among the international community members in all fields, giving a greater importance to the issue of the control of treaties constitutionality, which is related to the safeguard of the supremacy and sanctity of the Constitution over international law, and because it consolidates the State's sovereignty and protects its interests.

It was hence of the greatest importance to tackle the subject of «the judicial control of international treaties constitutionality in Egypt» which raises the problem of the hierarchal relationship between international law and domestic law, the rank occupied by the treaty in the state's hierarchy of legal rules, the means adopted to control the treaty's constitutionality after its ratification, and the consequences resulting from the unconstitutionality of a treaty, etc.

The present research is composed of an introduction and five parts.

The introduction gives a general overview of the control of international treaties' constitutionality in different constitutional systems, a definition of the international treaty and its main elements, and the means used by the constitutional judge to control the constitutionality of international treaties. We explained that depending on the system, the judge can have direct control over the treaty itself, or have indirect control where he controls the treaty ratification law.

Part I addresses the rank of international treaties and their relation with the domestic laws in the Egyptian legal system. It also underlines that many constitutions do not define the rank occupied by treaties in their legal system, whereas some States made them supra-constitutional, others put them in a middle rank between the Constitution and the law, and others placed them in the same level or gave them the value of ordinary law. In Egypt, treaty has the value of an ordinary law which makes it infra-constitutional; it cannot violate the Constitution but can contradict the law if it is subsequent to it, and the law, in turn, can contradict or nullify the treaty if subsequent/posterior.

In Part II, we tackled the relationship between the treaty and the acts of sovereignty and the degree of correlation between them. We stated that not all treaties constitute acts of sovereignty, for this is a matter bound to the nature of the treaty, whether it organizes a political activity or not. Only treaties relating to political acts constitute acts of sovereignty. Grosso modo, some provisions of international treaties are by nature out of the scope of judicial control such as reservations on or withdrawal from the treaty, or the objective conditions of the treaty agreed upon, or joined, or negotiated, etc.

Part III studies the procedures of the control of treaties' constitutionality in Egypt where the control of treaties' constitutionality can only be exercised after the ratification and publication of

the treaty in the Official Gazette, under applicable laws. Treaties are subject to the same control of constitutionality of laws. We provided several rules from the case law of the Supreme Constitutional Court on the control of treaties constitutionality.

Part IV is dedicated to the entry into force of international treaties in the Egyptian legal system. For an international treaty to enter into effect, it must be subject to prior ratification and publication in the Official Gazette and it will then be considered of the State laws. It shall enter into effect without any measures and no law is required to enforce it, and there are no obstacles set by the Egyptian Constitution between the entry into force of the treaty internationally, and its application in the domestic order.

Part V sheds light on the «Tiran and Sanafir» case and all what was said about it. We asserted that the question of the constitutionality of the Treaty setting the demarcation of the maritime boundary between Egypt and Saudi Arabia was not raised before the High Constitutional Court, and it has not been solved judicially till date. In fact, the treaty, in its negotiation phase – before its ratification or the Parliament approval – was subject to a judgment issued by the State Council that pronounced the nullity of the signature of the State representative of the Egyptian Government to the treaty on the maritime boundaries' demarcation between the Arab Republic of Egypt, and the Saudi Arabian Kingdom, signed in April 2016, comprising the cession of sovereignty from Egypt to Saudi Arabia and its consequences.

This judgment was approved by the State Council. However, the Judge of urgent matters (juge des référés) issued an Order refusing the two previous judgments for the motives that the Government's act is considered as an act of sovereignty, which the judiciary is not allowed to control. Given that the final rulings issued by the Administrative Court and the Ordinary Court were contradictory, the High Constitutional Court had competence to settle this contradiction. It rejected all judgments issued on this question and held that the subject raised is an act of sovereignty.

Abdul Aziz SALMAN
Lecturer of Constitutional Law, Faculty of
Law – British University of Egypt, Cairo
Judge and Vice-President of the
Supreme Constitutional Court, Cairo

Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des traités internationaux en Égypte

Résumé

Les règles du droit international ont récemment grandement évolué, étant donné que les traités internationaux et les normes internationales demeurent aujourd'hui le pilier sur lequel se fondent la coopération et la communication entre les membres de la communauté internationale dans tous les secteurs. Ainsi le sujet du contrôle de la constitutionnalité des traités internationaux revêt-il une importance primordiale, parce qu'il vise à consolider la primauté de la Constitution sur la législation internationale, et qu'un tel contrôle, le meilleur des mondes, n'est autre que le fort solide immunisant la souveraineté et les intérêts de l'État contre toute violation.

Voilà le cadre dans lequel s'inscrit le sujet du « contrôle de la constitutionnalité des traités internationaux en Égypte », la problématique du conflit droit international et droit interne, le rang qu'occupe le traité dans la hiérarchie des législations, les modalités du contrôle de la constitutionnalité des traités a posteriori, et les mesures adoptées en cas d'inconstitutionnalité d'un traité, outre les conférences et les discussions y afférentes.

La recherche est composée d'un préambule et de cinq parties.

Le préambule donne un aperçu général sur le contrôle de la constitutionnalité des traités dans différents régimes constitutionnels, définit le traité international et ses principaux piliers ainsi que les modalités employées par le juge constitutionnel dans l'exercice du contrôle de la constitutionnalité du traité. Nous avons également souligné l'exercice direct du contrôle des traités ainsi que le contrôle indirect où le juge contrôle la loi de ratification du traité.

La première partie porte sur le rang des traités internationaux et leur relation hiérarchique avec les lois dans le régime égyptien, sans oublier de mentionner que les constitutions de certains pays ne définissent pas le rang du traité, d'autres lui accordent une primauté sur la Constitution, le placent entre la Constitution et la loi, ou lui accordent le même rang que la loi. En Égypte, le traité ayant la même valeur que la loi est alors infra-constitutionnel, raison pour laquelle il ne peut contredire la Constitution, mais la loi s'il elle lui est annexée, alors que la loi peut la contredire voire-même l'annuler si elle lui est annexée.

La deuxième partie porte sur la relation qui existe entre le traité et les actes de souveraineté, précisant que tous les traités ne relèvent pas d'un acte de souveraineté, car ceci dépend de la nature du traité, portant ou pas une activité politique. Les traités qui portent sur les activités politiques sont perçus en tant qu'actes de souveraineté. En gros, la nature de certaines dispositions des traités internationaux est incompatible avec le contrôle judiciaire, telles les réserves formulées dans le cadre du traité, l'invocation du traité, les conditions objectives au traité nécessitant le consensus des États-parties, l'adhésion à un traité en vigueur ou les négociations portant sur un traité... ce qui est déjà évoqué.

La troisième partie s'est penchée sur les modalités de contrôle des traités internationaux en Égypte. En effet, le contrôle de la constitutionnalité d'un traité ne peut être effectué qu'après ratification

et publication du traité au Journal Officiel en vertu des lois applicables, le contrôle étant exercé à l'instar du contrôle de la constitutionnalité des lois, avec des exemples tirés de la Haute Cour constitutionnelle pour ce qui est de la constitutionnalité des traités.

La quatrième partie est consacrée à la prise d'effet des traités internationaux en Égypte. En effet, tout traité doit être ratifié et publié au Journal Officiel avant d'entrer en vigueur en Égypte. Par cela, le traité recevra le rang de loi, et entrera en vigueur sans aucune procédure supplémentaire, sans même promulgation de loi, étant donné que la Constitution égyptienne ne compte aucune restriction entre la prise d'effet du traité à l'échelle internationale et sa mise en application à l'échelle nationale.

La cinquième et dernière partie traite de l'affaire « Tiran et Sanafir ». En effet, le traité international relatif à la délimitation de la frontière maritime entre l'Égypte et le Royaume d'Arabie saoudite n'a pas été soumis à la Cour constitutionnelle pour contrôle, et aucun jugement n'a été rendu jusqu'à présent. L'unique point soulevé étant que durant sa conclusion, et avant sa ratification ou son adoption par le parlement, la Cour administrative du Conseil d'État a rendu un jugement visant à annuler la signature du représentant de l'Égypte apposée au traité de délimitation de la frontière maritime entre l'Égypte et le Royaume d'Arabie saoudite, en date d'avril 2016, stipulant la cession de l'Égypte des îles de Tiran et Sanafir à l'Arabie saoudite.

Ce jugement a été approuvé par la Haute Cour administrative. Toutefois, la cour des référés a rendu un jugement prévoyant l'annulation des deux jugements précédents, car le Gouvernement a exercé un acte de souveraineté qui ne regarde pas la justice. Il convient de préciser que les deux jugements susmentionnés étaient définitifs ; le premier rendu par la cour administrative et le second par la cour ordinaire. Dans le cadre des deux jugements contradictoires rendus pour une seule affaire, il relève donc de la compétence de la Haute Cour constitutionnelle de trancher ce litige. Elle a rendu un jugement prévoyant l'annulation de tous les jugements rendus dans cette affaire étant donné que ce sujet relève d'un acte de souveraineté.

Abdul Aziz SALMAN
Professeur de Droit constitutionnel,
Faculté de droit de l'Université
britannique d'Égypte, Le Caire
Juge et vice-président de la Cour
suprême constitutionnelle, Le Caire

موجز

لعل التطور الهائل الذي شهدته مؤخرًا قواعد القانون الدولي الاتفاقيّ بحيث غدت المعاهدات الدولية وما يأخذ حكمها من القواعد الدولية الاتفاقيّة أهمّ وسائل تنظيم التعاون والتواصل بين أعضاء المجتمع الدوليّ في المجالات كافة، ممّا جعل لموضوع الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية أهمية بالغة، كونه يتعلّق بحماية سموّ الدستور وقدسيّته أمام التشريع الدوليّ، بالإضافة إلى أنّ هذه الرقابة في صورتها المثاليّة تشكّل سدّاً منيعاً أمام أيّ خرق لسيادة الدولة ومصالحها. ومن هنا، كانت الأهمية الكبرى لتناول موضوع «الرقابة القضائية على دستورية المعاهدات الدولية في مصر». وأهمية أن تُعقد محاضرات وجلسات نقاشيّة حول هذا الموضوع الحيويّ، وما يمكن أن يثيره من إشكاليّات تتعلّق بالعلاقة بين القانون الدوليّ والقانون الداخليّ، ومرتبة المعاهدة في التدرج الهرميّ للقواعد القانونيّة داخل الدولة، وكيفية مراقبة دستورية المعاهدة بعد نفاذها، والآثار التي تترتّب على الحكم بعدم دستورية المعاهدة... الخ، هذه المسائل المتشعبة. وقد تناولنا البحث من خلال مبحث تمهيديّ وخمسة مباحث أخرى.

في المبحث التمهيديّ، أطللنا فيه إطلالة عامّة على رقابة دستورية المعاهدات الدولية في الأنظمة الدستورية المختلفة، وتناولنا تعريف المعاهدة الدولية والعناصر الأساسيّة التي تقوم عليها، والأساليب التي يقوم القاضي الدستوريّ من خلالها برقابة دستورية المعاهدة الدولية. وأوردنا أنّ هناك الأسلوب المباشر الذي يراقب فيه القاضي المعاهدة ذاتها مباشرة، والأسلوب غير المباشر الذي يراقب فيه القاضي قانون التصديق على المعاهدة.

وفي المبحث الأوّل، تناولنا مرتبة المعاهدات الدولية وعلاقتها بالقوانين في النظام المصريّ. وقد بيّنا أنّ ثمة دولاً خلّت دساتيرها من تحديد لمرتبة المعاهدة، بينما دول أخرى جعلت للمعاهدة سموّاً على الدستور ذاته، ودولاً جعلتها في مرتبة وسطى بين الدستور والقانون، ودولاً جعلتها في ذات مرتبة القانون. وأوردنا أنّ المعاهدات في النظام المصريّ تحتلّ ذات مرتبة القانون، فهي دون الدستور، ويجب أن لا تخالفه، لكنّها يمكنها مخالفة القانون إذا لحقت عليه، ويمكن القانون مخالفتها أو إلغاؤها إذا أتى لاحقاً عليها.

وفي المبحث الثاني، تناولنا العلاقة بين المعاهدة وأعمال السيادة، ومدى وجود علاقة تلازم بينهما، وأوردنا أنّه ليس كل المعاهدات عملاً من أعمال السيادة، وإنّما الأمر يرتبط بطبيعة المعاهدة، وما إذا كانت تنظّم عملاً سياسياً من عدمه، والمعاهدة التي تتناول الأعمال السياسيّة هي التي تُعدّ من أعمال السيادة، وفي الجملة، فإنّ ثمة أحكاماً في المعاهدات الدولية تخرج بطبيعتها عن مجال الرقابة القضائية، مثل التحفّظ على المعاهدة أو سحبها أو الشروط الموضوعيّة للمعاهدة التي يتفق عليها الأطراف، أو الانضمام إلى معاهدة قائمة أو المفاوضات حول المعاهدة، الخ. الأمور التي ذكرناها.

أمّا المبحث الثالث، فكان محلاً لدراسة عن كيفية رقابة المعاهدات الدولية في مصر. وقلنا إنّ الرقابة على دستورية المعاهدة لا تكون إلا بعد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسميّة طبقاً للأوضاع القانونيّة المقرّرة، وهي تتمّ وفقاً لذات الأساليب التي نجري عن طريقها رقابة دستورية القوانين. وأوردنا ضوابط عدّة من واقع قضاء المحكمة الدستورية العليا لدستورية المعاهدات.

أمّا المبحث الرابع، فقد خصّصناه لكيفية نفاذ المعاهدات الدولية في النظام المصريّ وقلنا إنّّه لكي تنفّذ المعاهدات الدولية، لا بدّ من أن يتمّ التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسميّة.

وبذلك تصبح قانوناً من قوانين الدولة تكون نافذة بذاتها من دون أيّة إجراءات، ولا يشترط صدور قانون لإنفاذها. فليس ثمة حاجز في النظام الدستوريّ المصريّ بين سريان المعاهدة على الصعيد الدوليّ والتقيّد بها في النظام الداخليّ.

وفي المبحث الخامس والأخير، تناولنا الكلام على قضية «تيران وصنافير» وما أثير حولها. وقلنا إنّ المعاهدة الدولية المتعلقة بترسيم الحدود البحريّة بين جمهورية مصر العربيّة والمملكة العربيّة السعوديّة لم يطرح أمر دستوريّتها على المحكمة الدستورية العليا، ولم تفصل فيه المحكمة بقضاء حتّى اليوم، وإنّما ما طرح هو أنّ المعاهدة، أثناء إبرامها وفي مرحلة ما قبل التصديق عليها أو حتّى إقرارها من جانب البرلمان، هي حكم لمحكمة القضاء الإداري في مجلس الدولة قضى ببطلان توقيع ممثّل الحكومة المصريّة على اتفاقيّة ترسيم الحدود البحريّة بين جمهورية مصر العربيّة والمملكة العربيّة السعوديّة الموقّعة في أبريل ٢٠١٦ المتضمّنة التنازل عن جزيرتيّ تيران وصنافير للمملكة العربيّة السعوديّة مع ما يترتّب على ذلك من آثار.

وأيدت هذا الحكم المحكمة الإداريّة العليا، وصدر على عكس ذلك حكم من القضاء المستعجل بعدم الاعتداد بالحكمين السابقين، استناداً إلى أنّ ما قامت به الحكومة يُعدّ من أعمال السيادة التي لا يجوز للقضاء التعرّض لها. وإذا ما كان ما صدر أنّها حكمان قضائيّان نهائيّان أصدر أحدهما القضاء الإداري والآخر القضاء العاديّ، وفصلاً على نحو متعارض في موضوع واحد بما يجعل المحكمة الدستورية العليا مختصة بفضّ هذا التناقض. وهو ما قامت به المحكمة الدستورية العليا التي قضت بعدم الاعتداد بجميع الأحكام الصادرة في هذا الشأن. وأنّ الموضوع المتار هو عمل من أعمال السيادة.

عبد العزيز محمد سالمان

الرقابة القضائيّة على
دستوريّة المعاهدات الدوليّة
في مصر

عبد العزيز سالمان

أستاذ القانون الدستوري في كلية الحقوق

في الجامعة البريطانيّة في مصر

قاض ونائب رئيس المحكمة الدستورية العليا في مصر

Taimour Mostafa KAMEL

**Le contrôle de la
constitutionnalité des
traités internationaux
dans le droit égyptien**

*Taimour Mostafa KAMEL
Docteur d'État en droit
Président de l'IDEF et de l'AEJF
Professeur invité à l'Université
de Paris 1 – Sorbonne*

Résumé

Le principe est que la réception des engagements internationaux fait partie des questions relevant du droit constitutionnel écrit du coutumier de chaque État.

La réception des normes internationales constitutionnelles en droit égyptien n'a été réglée de façon claire et suffisante ni par la Constitution de l'époque monarchique (1923-1952) ni par celle de l'époque républicaine (1952 à nos jours).

Vu l'insuffisance de dispositions constitutionnelles relatives au sujet de notre étude, nous nous référons aux solutions théoriques et pratiques concernant l'application de normes juridiques en droit égyptien. Les lois qui introduisent les Traités en droit interne font en principe l'objet d'un contrôle de la constitutionnalité tout au long de cette étude.

Nous prenons en considération les divergences entre les constitutions de l'époque monarchique et celle de l'époque républicaine. Une référence spéciale est cependant faite à la Constitution de 1971 et à celle de 2014 (actuellement en vigueur).

Au cours de notre étude, nous avons constaté depuis le début de l'époque républicaine que le président de la République est l'acteur principal de la politique étrangère et le titulaire de la compétence exécutive pour conclure, c'est-à-dire négocier, signer et ratifier les engagements internationaux.

Le rôle du Parlement consiste, a posteriori, à légitimer, en quelque sorte, l'action du Traité. Il n'échappe pas à l'influence du pouvoir exécutif.

Le juge administratif et constitutionnel assimilent les Traités aux actes du gouvernement, dont l'unanimité juridictionnelle est consacrée par les textes.

Le juge judiciaire considère les Traités comme des « lois spéciales » apportant une exception au droit positif interne normalement applicable.

Le principe de primauté des Traités peut souffrir d'entorses, notamment devant les lois d'ordre public et les dispositions répressives internes.

Nous allons traiter en première partie la primauté des Traités sur les lois internes tant antérieures que postérieures en droit égyptien. D'après une doctrine dominante et une jurisprudence bien établie, quand le législateur intervient par la voie conventionnelle pour traiter une matière qui est réglée par des dispositions internes, la primauté doit être toujours donnée à la norme conventionnelle.

En deuxième partie, nous verrons l'exclusion des Traités internationaux du champ de contrôle juridictionnel de constitutionnalité. Deux facteurs essentiels rendent difficiles la résolution de la question du rapport du Traité avec la Constitution en droit égyptien.

Le principe de la supériorité de la Constitution sur toutes autres normes juridiques quelque soit leur nature. La Constitution comprend, depuis 1980, non seulement les règles écrites et inscrites dans la Constitution mais également les principes de la loi islamique.

L'attitude des juges constitutionnels considère la soumission des Traités à la Constitution au même titre que les lois internes. On peut noter l'attitude développée du juge constitutionnel tendant à

l'exclusion des Traités du champ d'application du contrôle de constitutionnalité. À cet égard, la Cour constitutionnelle suprême a jugé, à l'audience du 3 mars 2018 dans le cas de Tiran et Sanafir, la non-soumission des Traités au contrôle juridictionnel de constitutionnalité parce qu'il s'agit d'un acte de souveraineté à objet politique.

En conclusion, nous constatons qu'en Égypte, le besoin se fait sentir d'une redistribution des rôles entre les pouvoirs publics pour l'insertion des Traités en droit interne, en vue d'aboutir à une harmonisation entre normes juridiques internes et normes d'origine constitutionnelle. Il nous paraît légitime de préconiser le renforcement du rôle du Parlement et du gouvernement à ses fins, ainsi que l'adoption d'un modèle de contrôle préventif de constitutionnalité des engagements internationaux par le juge constitutionnel.

The control of international treaties constitutionality in the Egyptian law

Abstract

As a principle, international treaties fall within the framework of matters relating to constitutional law written in the customary law of each state.

Both the Egyptian Constitution of the Monarchy (1923-1952) and that of the Republic (1952 till now) has failed to clearly define the reception mechanisms pertaining to international constitutional norms.

Due to the lack of constitutional provisions relevant to this study, we will refer to the theoretical and practical solutions relevant to the implementation of legal norms in the Egyptian legal system.

Laws introducing treaties to domestic laws are, in principle, the subject of constitutionality control throughout the present study.

We also highlight the big difference between the constitution at the time of the monarchy and that of the Republic, with a special reference to both the 1971 and 2014 (currently enforced) Constitutions.

Throughout the study, we have noticed that since the establishment of the Egyptian Republic, the President of the Republic represents the State in foreign relations and holds the executive power to negotiate and ratify international treaties.

The Parliament's role is to provide legitimacy to the treaty. It is however subjected by the Executive authority.

Administrative and constitutional judge give the treaties the value of Government acts.

The ordinary judge gives the treaties the value of «special laws» with the exception of the applicable positive domestic law.

The principle of supremacy of treaties may face obstacles, especially when it comes to public law and domestic repressive provisions.

We will review in the first part of the present study the priori and posteriori precedence of treaties over domestic laws in the Egyptian law system, according to the dominant creed and a well-established case-law.

In fact, since the legislator controls a decision based on domestic provisions through conventions, conventional norms shall always supersede domestic norms.

In the second part, we will address the exclusion of international treaties from the control of constitutionality; In fact, the hierarchal relationship between the treaty and the Egyptian constitution is hard to define, due to two major factors:

The principle of supremacy of the Constitution over legal norms, regardless of their nature. Since 1980, the Constitution is not only composed of written rules, but also of the principles of Islamic laws.

Constitutional jurisdiction considers treaties are subjected to the Constitution as domestic laws. The Constitutional Judge has sought not to exclude treaties from constitutional control.

According to this, the Supreme Constitutional Court ruled during the 03/03/2018 hearing in the case of Tiran and Sanafir, not to subject the treaties to constitutional control, as this is a sovereign act with a political purpose.

Finally, we note that it is necessary in Egypt to redistribute the roles between the different public authorities to give treaties the power of internal law in order to harmonize internal legal rules and norms that are of constitutional origin.

It is legitimate to call for strengthening the role of parliament and the government and to adopt a precautionary model (former control authority) by the constitutional judge to monitor the constitutionality of international treaties.

Taimour Mostafa KAMEL
Ph. D. in Law
President of IDEF and AEJF
Guest Lecturer at La Sorbonne, Paris 1

رقابة دستورية المعاهدات الدولية في القانون المصري

موجز

من حيث المبدأ، تندرج المعاهدات الدولية في إطار المسائل المتعلقة بالقانون الدستوري المكتوب في القانون العرفي الخاص بكل دولة .

في القانون المصري، لم يعمد دستور المملكة ١٩٢٣-١٩٥٢ ولا دستور الجمهورية (١٩٥٢ حتى الآن) إلى تحديد مكانة القواعد الدستورية الدولية من التشريع الداخلي للدولة .

في ظل النقص في الأحكام الدستورية ذات الصلة بهذا البحث، سنركز في معرض الدراسة إلى الحلول النظرية والعملية المتعلقة بإنفاذ القواعد في القانون المصري .

ففي هذه الدراسة، تخضع القوانين التي تصبح بموجبها المعاهدات نافذة إلى مراقبة لدستوريتها .

نسلط الضوء على الفرق الشاسع بين الدستور في ظل النظام الملكي والدستور في ظل النظام الجمهوري وبصورة خاصة دستور عام ١٩٧١ ودستور عام ٢٠١٤ (المعمول به حالياً).

وفي معرض الدراسة، استنتاجان: في عصر الجمهورية يكون رئيس الجمهورية الفاعل الرئيسي في السياسة الخارجية وهو يتمتع بالصلاحية التنفيذية لإبرام المعاهدات الدولية والمصادقة عليها .

ويكمن دور البرلمان في مرحلة لاحقة في وضع المعاهدة موضع التشريع الداخلي، لكنّه يبقى خاضعاً للسلطة التنفيذية .

ويمنح القاضي الإداري والدستوري للمعاهدات قوة قرارات مجلس الوزراء .

يضع القاضي العادي المعاهدات في مكانة القوانين الخاصة باستثناء التشريع الداخلي للدولة المطبق عادة .

ويمكن لمبدأ سيادة المعاهدات أن يواجه بعض العراقيل، خاصة أمام النظام العام الداخلي والأحكام الجنائية الداخلية .

في الجزء الأول سنستعرض مبدأ سيادة المعاهدات على القوانين الداخلية السابقة واللاحقة .

في القانون المصري، واستناداً إلى العقيدة السائدة والفقهاء الراجح، عندما يستخدم المشرع الطريقة التقليدية لمعالجة مسألة تنظيمها الأحكام الداخلية، القاعدة التقليدية هي التي تسمو دائماً .

في الجزء الثاني، نسلط الضوء على عدم إخضاع المعاهدات الدولية إلى الرقابة الدستورية ذلك أنّ عملية تحديد العلاقة بين المعاهدة والدستور في القانون المصري باتت معقدة بسبب عاملين أساسيين .

ويسمو الدستور المصري فوق كلّ القواعد القانونية مهما كانت طبيعته. فالدستور منذ عام ١٩٨٠ لا يشتمل فقط على القواعد المكتوبة؛ إنّما على مبادئ الشريعة الإسلامية أيضاً .

ويعتبر القضاء الدستوري أن المعاهدات تخضع للدستور تماماً كالقوانين الداخلية. وقد سعى القاضي الدستوري إلى عدم إخضاع المعاهدات إلى الرقابة الدستورية . وفي هذا

الصدد، حكمت المحكمة الدستورية العليا في الجلسة المنعقدة في ٣ / ٠٣ / ٢٠١٨ في قضية

تيران وصنافر على عدم إخضاع المعاهدات إلى الرقابة الدستورية ذلك أنّ الأمر يتعلّق بعمل سيادي ذا غرض سياسي .

أخيراً نلاحظ أنّ لآبدياً في مصر من إعادة توزيع الأدوار بين السلطات العامة المختلفة لمنح المعاهدات قوة القانون الداخلي بغية موازنة القواعد القانونية الداخلية والقواعد التي هي من أصل دستوري .

لآبدياً من إطلاق دعوة لتعزيز دور البرلمان والحكومة واعتماد القاضي الدستوري نموذجاً وقائياً (الرقابة السابقة) لمراقبة دستورية المعاهدات الدولية.

تيمور مصطفى كامل

دكتوراه دولة في القانون

رئيس المعهد الدولي للقانون الفرنسي

والمتمثّر به (IDEF) ورئيس الجمعية

المصرية للحقوقيين الفرنكوفونيين (AEJF)

استاذ ضيف، جامعة السوربون باريس ١

APERÇU HISTORIQUE

Si le droit international coutumier est en principe intégré automatiquement dans la loi interne des États, il n'en est pas de même pour le droit conventionnel qui fait appel à leur volonté propre. Le principe est que la réception des engagements internationaux fait partie des questions relevant du droit constitutionnel écrit ou coutumier de chaque État.

La réception des normes internationales conventionnelles en droit égyptien n'a été réglée de façon claire et suffisante ni par les constitutions de l'époque monarchique (1923 à 1952), ni par celles de l'époque républicaine (1952 à nos jours).

Le droit de l'époque monarchique s'est borné à attribuer au monarque le pouvoir de conclure les traités, sans évoquer la ratification, ni l'effet juridique de ceux-ci en droit national. De là, est née la pratique de promulgation des traités. Pour être appliqués par les juridictions égyptiennes, ces derniers devaient faire l'objet d'une promulgation ou d'une transformation en lois et règlements internes. La première Constitution en 1956 a supprimé « la réception formelle » des traités. Leurs conclusions relèvent toujours de la compétence exclusive du chef de l'État, mais ils acquièrent « force de loi » après leur ratification. Cette solution est actuellement consacrée en droit positif par la Constitution de 1971 et celle de 2014.

Vu l'insuffisance de dispositions constitutionnelles relatives au sujet de notre étude, nous nous référerons aux solutions théoriques et pratiques concernant l'application des normes juridiques en droit égyptien.

Les lois qui introduisent les traités en droit interne font en principe l'objet d'un contrôle de la constitutionnalité.

Le juge constitutionnel assimile les traités aux actes de gouvernement, dont l'immunité juridictionnelle est consacrée par le texte.

Le pouvoir judiciaire n'intervient que pour veiller à l'application des traités, mais il n'échappe pas à l'influence du pouvoir exécutif.

Le juge judiciaire considère les traités comme « des lois spéciales » apportant une exception au droit positif interne normalement applicable.

Toutefois, le principe de primauté des traités peut souffrir des entorses, notamment devant les lois d'ordre public et les dispositions répressives internes.

Nous allons traiter, en première partie, la primauté des traités sur les lois internes, tant antérieures que postérieures, et, en deuxième partie, l'exclusion des traités internationaux du champ d'application du contrôle préventif des engagements internationaux.

I. LA PRIMAUTÉ DES TRAITÉS SUR LES LOIS INTERNES TANT ANTÉRIEURES QUE POSTÉRIEURES

En droit égyptien, d'après une doctrine dominante et une jurisprudence bien établie, quand le législateur intervient, par la voie conventionnelle, pour régler une matière qui est normalisée par des dispositions internes, la primauté doit toujours être donnée à la norme conventionnelle.

A. Le principe est donc celui de la primauté du traité sur la loi interne.

B. Ce principe connaît pourtant des exceptions dans le cas où l'application de la norme conventionnelle pourrait heurter l'ordre public égyptien, ou mettre en péril les intérêts supérieurs du pays, protégés par les lois répressives internes.

A. Le principe de la primauté des traités

1. Le principe de la primauté du traité sur la loi interne, même postérieure, se trouve actuellement consacré par les textes législatifs portant sur quelques matières susceptibles d'être réglées également par des traités internationaux.

2. La jurisprudence égyptienne fait application de ce principe et aidée par la doctrine, étend son champ d'application à d'autres matières que celles prévues par le législateur.

1. Le fondement législatif de la primauté des traités

Le législateur égyptien a traité le problème de conflits entre les traités internationaux et les lois internes en prévoyant la primauté des premiers à propos de trois matières limitativement déterminées.

D'abord, c'est dans le Code civil de 1949 qu'a été réglé le problème d'éventuels conflits entre la loi interne et le traité antérieur ou postérieur. En effet, après avoir réglé, dans les articles 11 à 22, les questions concernant les conflits de lois dans l'espace, le Code civil stipule, dans son article 23, que « les dispositions qui précèdent ne s'appliquent que lorsqu'il n'en est pas autrement disposé par une loi spéciale ou par une convention internationale en vigueur en Égypte ». Le législateur égyptien a donc voulu, en matière de conflit de lois dans l'espace, consacrer en toute hypothèse la supériorité des traités internationaux sur les lois internes égyptiennes¹.

En outre, dans le Code de procédures civiles et commerciales de 1968, au chapitre consacré à l'exécution des jugements étrangers en Égypte, le législateur se prononce très clairement en faveur de la supériorité du traité.

L'article 301 de ce code stipule, en effet, que « l'application des dispositions précédentes ne doit pas mettre en échec les traités conclus ou à conclure entre l'Égypte et les autres États et concernant cette matière ».

Il existe, enfin, une troisième disposition figurant dans le Code de la nationalité et touchant également à la question du rapport du traité avec la loi interne. Il s'agit de l'article 26 de la loi de 1975 sur la nationalité égyptienne. D'après cet article, « seront applicables tous les traités et toutes les conventions conclus entre l'Égypte et les États étrangers et concernant la matière de la nationalité, même en cas de contradiction avec la présente loi ».

Cet article ne traite pas le rapport du traité avec la loi interne postérieure. Cependant, les auteurs égyptiens sont unanimes sur le fait que, dans les trois domaines précités, la volonté du législateur s'est bien orientée vers la reconnaissance de la primauté des traités internationaux sur les lois internes aussi des traités².

1. Mohamed Kamal FAHMY, *Droit international privé*, Le Caire, 1985, p. 53 ; Azze Eddine ABDALLAH, *Droit international privé*, t. 2, Le Caire, 1986, p. 77.

2. Voir, sur ce point, Mohamed Kamal FAHMY, *op. cit.*, p. 53 ; Fouad RIAD, *Droit international privé*, Le Caire, 1993, p. 88 ; Azze Eddine ABDALLAH, *op. cit.*, pp. 77-78 ; Hecham SADEK, *Conflit de lois*, Alexandrie, 1974, p. 89.

2. Les applications jurisprudentielles du principe de la primauté des traités

En Égypte, la primauté du traité international sur la loi interne antérieure n'a pas provoqué de problèmes particuliers, ni dans la doctrine ni dans la jurisprudence.

En effet, en matière de conflits de lois dans le temps en droit interne, il est admis que lorsqu'une loi ancienne est en contradiction avec une loi nouvelle, c'est cette dernière qui l'emporte. À cet égard, l'article 2 du Code civil prévoit qu'une législation en vigueur ne peut être abrogée que « par une nouvelle législation postérieure prévoyant expressément cette abrogation, ou contenant une disposition contradictoire avec l'une des dispositions de l'ancienne loi, ou réorganisant de nouveau le sujet précédemment organisé par l'ancienne loi ».

L'abrogation de la loi en vigueur peut, d'après ce texte, avoir lieu par une nouvelle loi, de deux manières différentes. D'abord, par la voie explicite, quand elle est expressément prévue par la loi nouvelle, et en second lieu, par la voie implicite dans deux hypothèses. Premièrement, au cas où il existerait une contradiction entre les deux lois, et deuxièmement, si la nouvelle loi règle différemment la question précédemment réglée par l'ancienne loi³.

En application de la règle « *lex posterior derogat priori* », consacrée par l'article 2 du Code civil, le tribunal sommaire d'Alexandrie avait jugé en 1951 que « s'il devait être objecté que le législateur égyptien a interdit la clause-or pour des raisons touchant à l'ordre public, en même temps qu'il a établi un cours forcé de la livre-papier, il suffirait d'observer que les lois qui ont imposé le cours forcé et interdit la clause-or sont antérieures à la loi portant promulgation de la Convention sur le connaissement, laquelle édicte en son article 9 que les unités monétaires, dont il s'agit dans la présente convention, s'entendent valeur-or⁴ ».

Dans ce jugement, le tribunal tient compte de la loi nationale promulguant le traité en droit interne et dont la date d'entrée en vigueur est postérieure à la date d'entrée en vigueur des lois égyptiennes interdisant la clause-or.

3. Nous avons déjà vu que la fameuse règle, « *lex posterior derogat priori* », consacrée par le Code civil, peut également, selon une partie de la doctrine égyptienne, être considérée comme fondement pour déroger aux dispositions du traité par le moyen d'une loi interne. Cependant, la jurisprudence égyptienne ne tire pas les mêmes conclusions de cette règle : nous verrons plus tard que la Cour de cassation accepte, au moins depuis 1956, le principe de la supériorité des traités sur les lois internes postérieures.

4. Tribunal sommaire d'Alexandrie, 19 décembre 1951, *B.L.J.E.*, 1953, I, p. 141 ; 26 décembre 1951, *B.L.J.E.*, 1953, I, p. 139. Cette jurisprudence qui ne tient pas compte de l'ordre public égyptien fut très rapidement mise en cause par la Cour d'Appel mixte.

Mais, depuis 1956, l'Égypte abandonne la promulgation des traités. Ceux-ci ont désormais « force de loi » après leur ratification et leur publication. Il s'ensuit que depuis cette décision, les tribunaux se fondent sur le traité lui-même et la date de sa publication au Journal officiel.

La primauté des traités sur les lois internes antérieures est également consacrée par la Cour de cassation⁵, qui n'a, cependant, pas voulu jusqu'à nos jours abandonner le recours à la notion d'ordre public, pour faire prévaloir les dispositions des lois internes antérieures sur les traités applicables en Égypte.

Le problème du rapport du traité avec la loi interne postérieure ne fut tranché par la jurisprudence qu'en 1956 par la Cour de cassation. Dans un arrêt de principe, rendu le 7 mars 1956, elle consacre pour la première fois le principe de la primauté des traités sur les lois internes, quelles que soient leurs dates d'entrée en vigueur. Cela fait une première application de la Constitution du 26 janvier 1956, qui venait de mettre fin à la pratique de promulgation des traités, en consacrant l'intégration de ceux-ci en droit interne égyptien, dès leur ratification et leur publication au Journal officiel.

Dans cet important arrêt, rendu à propos de l'arrangement égypto-soudanais du 17 mai 1902, relatif à la signification des actes juridiques et de l'extradition, la Cour de cassation décide qu'« il est de doctrine généralement acceptée en droit international public que, si les stipulations d'un traité sont en contradiction avec celles de la loi interne, ce sont les stipulations du traité seules qui doivent être obligatoirement appliquées, que la loi interne ait été promulguée avant ou après la conclusion du traité ; car le traité constitue un lien contractuel entre deux États et sur lequel les législations internes antérieures ou postérieures, qui lui seraient contraires, n'ont aucun effet⁶ ».

Au-delà de la nature contractuelle du traité, évoqué par cet arrêt, et qui constitue pour la Cour de cassation un fondement de sa primauté sur la loi interne, cette primauté a, d'après la même cour, un autre fondement qui est celui du caractère de « loi spéciale » de la norme juridique consacrée par le traité et par laquelle le législateur a entendu, pour une question déterminée, déroger aux dispositions internes régissant la même matière. Ce caractère de « loi spéciale » est d'ailleurs rappelé souvent par l'Assemblée générale des sections d'avis du Conseil d'État comme fondement de la primauté du traité.

5. Voir, à titre d'exemple, Cassation civile et commerciale, 10 juillet 1966, *Recueil officiel*, 17^e année, pp. 1050-1055, cité par Abdel Aziz SARHANN, *Droit international public*, 1980, p. 960.

6. Cassation civile, 7 mars 1956, publiée en français dans la *Revue égyptienne de droit international*, 1957, pp. 122 et ss.

B. Les exceptions au principe de la primauté des traités

Le principe de la primauté des traités sur les lois internes égyptiennes est parfois mis en échec par la jurisprudence. En effet, la norme internationale issue d'un traité ou d'une convention reconnue exécutoire en Égypte, peut reculer devant les lois internes même antérieures. La primauté de la loi interne peut avoir lieu en deux cas :

1. D'abord, dans le cas où la disposition conventionnelle est contraire à l'ordre public égyptien ;
2. En second lieu, quand la disposition interne en cause est d'une nature répressive, en application du principe de la territorialité de la loi pénale.

1. La primauté des lois internes d'ordre public

En droit international privé et précisément en matière de conflits de lois dans l'espace, la loi étrangère désignée applicable par une règle de conflit interne ou conventionnelle peut être écartée par le juge national qui voit dans son application une violation de l'ordre public dans son pays⁷.

À cet égard, le Code civil égyptien, après avoir posé les conditions d'applicabilité de la loi étrangère, prévoit dans son article 28 que « l'application de la loi étrangère en vertu des articles précédents sera exclue si elle se trouve contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs en Égypte ».

L'état de la jurisprudence égyptienne permet de déceler que l'ordre public peut être opposé à une loi étrangère reconnue applicable, non seulement par la règle interne de conflit, mais également par une convention internationale⁸.

La question est de savoir si l'exception d'ordre public peut produire ses effets, non pas sur une loi étrangère, mais sur un traité international exécutoire dans un système juridique donné. En cherchant une réponse à cette question dans la jurisprudence comparée, nous avons constaté qu'en Suisse, par exemple, l'exception d'ordre public peut avoir pour effet de mettre en échec le principe de la primauté du traité sur la loi interne seulement dans le cas où il a été réservé de façon explicite, dans la convention en cause⁹.

7. Cf., entre autres, Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE, *Droit international privé*, t. 1, 7^e édition, Paris, L.G.D.J., 1983, pp. 409 et ss.

8. Ahmed Abdel-Karim SALAMA, *Les conflits de lois en matière de prêts internationaux* (thèse), Paris X, 1981, t. 2, p. 698.

9. Sur l'état de la jurisprudence suisse, cf. Jacques DEHASSY et Mohamed SALEM ; *Juriscasseur Droit international*, fascicule 12-3-9-1992, p. 23, n. 132.

En droit égyptien, nous avons constaté qu'en l'absence de toute réserve explicite, la jurisprudence, se fondant sur la notion de « réserve tacite », est arrivée, dès le début des années 1950, par l'exception d'ordre public, à paralyser l'application des dispositions conventionnelles. À notre connaissance, d'après la jurisprudence dont nous disposons, l'exclusion des dispositions internationales s'est toujours faite pour permettre l'application de deux lois égyptiennes se rattachant d'après la jurisprudence aux intérêts économiques supérieurs du pays. Il s'agit du décret du 2 août 1914 et de la loi n°45 de 1935, imposant le cours forcé de la livre-papier et interdisant la clause du paiement en or dans les conventions à caractère international¹⁰.

Les premières applications de la notion d'ordre public en la matière remontent, comme on vient de le souligner, au début des années 1950. Ainsi, en 1953, le Tribunal de Grande instance d'Alexandrie, statuant en appel, devait se prononcer sur l'application en droit égyptien des dispositions de l'article 4-5 et de l'article 9 de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924¹¹. Il s'est prononcé ainsi : « Attendu que l'Égypte, qui n'a adhéré à la Convention de Bruxelles qu'en 1940, ne doit appliquer ladite Convention que dans les limites des principes de l'ordre public, en écartant l'application des dispositions de l'article 9 de la Convention comme contraires aux principes de l'ordre public en vigueur en Égypte, énoncés au décret-loi n°45 de 1935, qui stipule la nullité des clauses de paiement en or dans les conventions qui ont un caractère international ; qu'on ne peut déroger à ce principe en soulevant le fait que l'Égypte a adhéré à ladite Convention¹² ». En 1950, la Cour d'Appel d'Alexandrie s'était déjà prononcée dans le même sens¹³.

Cette jurisprudence fut critiquée par la doctrine. Ainsi, on estimait que « lorsque le législateur égyptien a promulgué la Convention de Bruxelles en 1940, il l'a fait en connaissance du décret du 2 août 1914 sur le cours forcé et postérieurement à la loi n°45 de 1935 interdisant la clause-or dans les contrats internationaux. Si le Parlement avait voulu écarter l'application de la clause-or, il n'aurait certainement pas manqué de le signaler ».

10. Pour plus de détails sur ces deux législations, voir Bouchra BICHARA, *La clause-or en droit égyptien* (thèse), Paris, 1940, pp. 109 et ss.

11. La Convention de Bruxelles sur l'unification de certaines règles en matière de connaissance a été promulguée en droit égyptien par la loi n° 18 de 1940.

12. Tribunal de Grande instance d'Alexandrie, 30 mai 1953, *B.L.J.E.*, 1953, n° 1, p. 141 ; et voir les notes de A. G. OURFALLIAN sous cet arrêt, *ibid.*, pp. 281-285

13. Cour d'Appel mixte, 12 février 1950, cité par A. G. OURFALLIAN, note précitée.

La Cour de cassation a eu l'occasion en 1960 de se prononcer sur ce problème. Son attitude est, jusqu'à présent, celle retenue par les arrêts précités¹⁴. Ainsi, par son arrêt du 11 février 1960, elle repousse l'application des dispositions de la Convention de Bruxelles précitée, en leur opposant l'exception d'ordre public. Elle décide que « le décret-loi du 2 mai 1935, interdisant la clause-or, est considéré comme une législation spéciale concernant le système monétaire qui était de pur ordre public et la ratification par l'Égypte de la Convention de Bruxelles ne devait pas affecter la portée de ce décret-loi¹⁵ ».

Dans son arrêt du 27 avril 1967¹⁶, la Cour de cassation décide que « l'adhésion de l'Égypte à la Convention de Varsovie de 1929 sur l'aviation civile par la loi n°593 de 1955 ne peut avoir pour effet de repousser l'application des lois égyptiennes de 1914 et de 1935, ou d'apporter une exception à la règle de prohibition de clause-or autre que les exceptions limitativement prévues par ces deux lois¹⁷ ».

L'attitude de la Cour est en fait critiquée par la plupart des auteurs égyptiens. Ils estiment que « si l'exception d'ordre public interne protège les intérêts du pays à l'échelle nationale, il existe l'ordre public international ou de "direction" spécifique aux relations du commerce international, qui réalise les intérêts du pays à l'échelle mondiale et doit l'emporter sur l'ordre public national¹⁸ ».

On estime également que le recours à la notion d'ordre public par la Cour de cassation, pour écarter l'application des traités, qui n'est, qu'une application de la notion de « réserve tacite », constitue une violation expresse de l'article 23-1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités stipulant que « la réserve, l'acceptation expresse d'une réserve et l'objection à une réserve doivent être formulées par écrit et communiquées aux États contractants et aux autres États ayant qualité pour devenir parties au traité ».

La notion de « réserve tacite » a été évoquée devant la Cour internationale de Justice en 1958, à l'occasion de l'affaire de *l'Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs* (Pays-Bas c. Suède). Dans cette affaire,

14. Mohamed Abdel-Karim SALAMA, thèse précitée, t. 2, p. 700 ; Mohamed Farid EL-EREINY, « L'évolution du système monétaire international et ses effets sur le droit aérien et maritime » in revue *Al-Houqouq*, 1991, n°s 1 et 2, pp. 20 et ss.

15. Cassation civile, *Recueil officiel*, 11^e année, 1960, p. 126, cité par Mohamed Abdel-Karim SALAMA, thèse précitée, p. 700 ; voir également les nombreux arrêts cités par le même auteur, à la même page.

16. Cassation civile, *Recueil officiel*, 18^e année, II, p. 907.

17. Voir, également, Cassation civile, 5 juin 1986, à propos de cette même convention, citée par Mohamed Farid EL-EREINY, étude précitée, p. 20.

18. Mohamed Abdel-Karim SALAMA, thèse précitée, p. 701.

la réserve tacite au profit de la loi interne hollandaise fut rejetée par la Cour, qui se prononce pour la primauté de la Convention de La Haye de 1902, exigeant ainsi qu'une réserve à ladite convention soit explicite¹⁹.

Les commentateurs de l'affaire précitée relèvent, avec raison, que l'exception d'ordre public, fondée sur la notion de réserve tacite, peut aboutir à l'effondrement de la force obligatoire des traités internationaux²⁰.

2. De la primauté des lois répressives internes

a. Le principe de la territorialité de la loi pénale

En droit international privé, toutes les fois qu'un tribunal a à connaître d'un litige comportant un élément étranger, susceptible pour cette raison de se rattacher à deux ou plusieurs pays, il doit consulter son propre système de conflits de lois, afin de déterminer la loi applicable.

En matière pénale, il en va autrement, dans la mesure où il existe une identité entre la compétence législative et la compétence judiciaire. Le principe est que le juge, appelé à statuer sur un procès criminel, ne peut appliquer que sa loi nationale. Cette solution qui est le résultat du principe de la territorialité de la loi pénale, n'est cependant pas absolue dans la mesure où le juge pénal doit, parfois, tenir compte de la loi pénale étrangère²¹.

Le principe de la territorialité de la loi pénale est consacré par l'article 1^{er} du Code pénal égyptien de 1939, actuellement en vigueur. Comme dans les autres systèmes juridiques, ce principe a une double signification. D'une part, la loi pénale égyptienne doit régir les faits délictueux commis sur le territoire national, et d'autre part, le juge répressif, saisi d'une affaire pénale, ne peut lui appliquer que sa propre loi pénale. Certaines infractions peuvent cependant échapper à la compétence de la loi et de la juridiction égyptienne²².

La question est de savoir si le juge répressif peut, dans une affaire pénale en vertu du fameux principe de la territorialité, écarter l'application d'un traité international exécutoire dans son système juridique.

19. Humphrey WALDOCK, *General Course on Public International Law*, R.C.A.D.I., 1962, II, pp. 126 et ss.

20. *Ibid.*, p. 127, et dans le même sens en Égypte, cf. Abdel-Wahed EL-FAR, *Les principes d'interprétation des traités internationaux*, Le Caire, 1980, p. 164.

21. Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, t. 1, 1984, p. 277.

22. Sur le principe de la territorialité et de ses exceptions en droit pénal égyptien, cf. Mohamed Naguib HOSNY, *Droit pénal général* (en arabe), Le Caire, 1989, pp. 126 et ss.

Dans certains systèmes juridiques, cette question a été tranchée au profit de l'application de la norme conventionnelle au détriment de la norme répressive qui lui est contraire. Ainsi, en France, le principe de la territorialité de la loi pénale n'a pas empêché la chambre criminelle de la Cour de cassation, après une longue hésitation, de consacrer, par son arrêt du 5 décembre 1978, la supériorité de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme sur les dispositions répressives internes²³.

b. La primauté des lois répressives internes dans la jurisprudence de la Cour de cassation

Dans la jurisprudence égyptienne, il en va autrement. En effet, la règle conventionnelle doit s'incliner également devant les lois répressives internes, même antérieures. Cette solution est celle que retient la chambre criminelle de la Cour de cassation depuis 1958.

Cependant, la première application jurisprudentielle du Pacte international, relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, a permis, en 1987, à la Cour suprême de sûreté de l'État de faire exception à la jurisprudence de la Cour de cassation, en proclamant la primauté des dispositions de ce pacte sur celles du Code pénal égyptien.

Nous avons choisi deux arrêts à l'occasion desquels les dispositions répressives égyptiennes ont été opposées aux dispositions de deux conventions internationales ratifiées par l'Égypte et, par conséquent, exécutoires sur son territoire. Il s'agit de l'Accord d'armistice égypto-israélien de 1949 et de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961.

Dans ces deux affaires, la Cour de cassation a considéré fermement que « le droit pénal est un droit répressif autonome par rapport aux autres systèmes juridiques. Ayant ses objectifs propres, il vise par les sanctions qu'il énonce la sauvegarde de la sécurité de l'État et la protection de ses ressortissants. Le juge doit se conformer aux règles du droit pénal, qui expriment la volonté du législateur interne à l'exclusion des règles et principes du droit international dont les sujets sont les États membres de la communauté internationale ».

Dans la première affaire, en 1958, il s'agissait d'un pourvoi en cassation tendant à l'annulation d'un arrêt de la Cour d'Assises prononçant une peine

maximale contre les auteurs d'un crime d'espionnage pour le compte d'Israël. La peine maximale était justifiée par l'état de guerre, alors existant entre l'Égypte et Israël, et dont la Cour d'Assises a constaté le déroulement des opérations militaires malgré la signature d'un Accord d'armistice par les deux parties, le 24 février 1949. Les requérants reprochaient à la Cour d'Assises le fait de ne pas prendre en considération l'Accord d'armistice, dont la bonne interprétation excluait l'existence de la circonstance aggravante prévue par le Code pénal et sur laquelle la Cour s'est fondée. La Cour de cassation, par sa décision du 13 mai 1958²⁴, constate également l'état de guerre, en dépit de l'Accord d'armistice, qui, d'après elle, n'y a pas mis fin. Elle rejette donc le pourvoi des requérants et approuve la peine prononcée par la Cour d'Assises, en estimant que seules les lois pénales égyptiennes doivent être appliquées en l'espèce, et ce, à l'exception des règles du droit international.

Le second arrêt de la Cour de cassation²⁵ fut rendu à l'occasion d'un conflit qui opposait la loi égyptienne n° 182 de 1960, relative à la lutte contre les stupéfiants à la Convention unique sur les stupéfiants, signée à New York, le 30 mars 1961, ratifiée en Égypte par le décret n° 1764 du 2 mai 1966 et publiée au Journal officiel le 19 août de la même année. Devant la Cour de cassation, le requérant reprochait à la Cour d'Assises d'avoir donné une définition aux substances – objet de l'accusation –, conformément aux dispositions de la loi égyptienne, négligeant ainsi les dispositions de la Convention de 1961, dont les annexes ne font pas référence aux substances saisies.

La Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la Cour d'Assises en mettant de nouveau l'accent sur l'autonomie du droit pénal et son indépendance par rapport aux autres systèmes juridiques. La Cour rappelle également qu'en appliquant les lois répressives, seule la volonté du législateur interne doit être prise en considération.

Les tribunaux militaires, institués par la loi n 25 de 1966, sont compétents pour statuer sur les jurisprudences bien établies. Seuls les dispositions de la Constitution et les principes de la loi islamique peuvent bénéficier de la protection du juge constitutionnel.

23. Jean PRADEL et André VARINARD, *Les grands arrêts du droit criminel*, t. 1, Paris, Dalloz, 1995, pp. 57 et ss.

24. Cassation criminelle, 13 mai 1958, *Recueil officiel*, 9^e année, nos 1 et 2, p. 910.

25. Cassation criminelle, 6 mars 1972, *Recueil officiel*, 23^e année, n°1, p. 301.

II. L'EXCLUSION DES TRAITÉS INTERNATIONAUX DU CHAMP DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE CONSTITUTIONNALITÉ

Deux facteurs essentiels rendent difficile la résolution de la question du rapport du traité avec la Constitution en droit égyptien.

D'abord, le principe de la supériorité de la Constitution sur toutes autres normes juridiques, quelle que soit leur nature. La Constitution comprend, depuis 1980, non seulement les règles écrites et inscrites dans le document constitutionnel, mais également les principes de la loi islamique. Saisi de la question du rapport du traité avec la Constitution, le juge constitutionnel égyptien se prononça, en 1975, en faveur de la soumission des traités à la Constitution, au même titre que les lois législatives internes (A).

Cette décision n'a cependant pas fait jurisprudence, puisqu'en 1984, les traités ont été assimilés aux actes de gouvernement et, par conséquent, exclus du champ d'application du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois (B et C).

A. L'attitude initiale du juge constitutionnel : la soumission des traités à la Constitution au même titre que les lois législatives internes

C'est en 1975 que le juge constitutionnel égyptien a eu l'occasion, pour la première fois, de se prononcer sur la question concernant le rapport du traité avec la Constitution. À cette époque, la question posée à l'ancienne Cour suprême n'était pas celle de la constitutionnalité d'un traité ou d'une disposition d'un traité, mais plutôt celle de la conformité à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, du décret de nécessité n° 236 de 1960, relatif à la dissolution des « loges bahaïes » instituées en vertu de la loi n° 383 de 1956, relative aux associations privées.

L'exception d'inconstitutionnalité du décret présidentiel a été soulevée par le requérant lors d'un procès tenu devant la Cour d'Appel, laquelle sursoit au principal et envoie l'affaire à la Cour constitutionnelle, qui s'est prononcée le 1^{er} mars 1975²⁶.

Les requérants se fondaient, entre autres, sur la violation, par le décret présidentiel, de la liberté de croyance et de l'exercice du culte garantis par la Constitution de 1958 ainsi que par la Déclaration universelle des droits de l'homme, signée par l'Égypte le jour même de sa proclamation à Paris, le 10 février 1948.

La Cour constitutionnelle a facilement réfuté les arguments des requérants.

D'abord, elle a reconnu que « toutes les constitutions égyptiennes à compter de celles de 1923 ont consacré la liberté de croyance et ont offert la protection nécessaire pour l'exercice du culte, mais à condition que l'exercice de cette liberté n'entrave pas l'ordre public, ou ne soit pas contraire aux bonnes mœurs ». Elle en conclut que « les requérants n'étant pas des fidèles des trois religions monothéistes, c'est-à-dire l'islam, le christianisme et le judaïsme, pourront bénéficier de la liberté de croyance qui n'est pas interdite par le décret présidentiel, mais ils ne peuvent pas exercer la liberté du culte en raison des multiples violations de la religion musulmane contenues dans le bahaïsme ».

En second lieu, la Cour estima que la Déclaration universelle des droits de l'homme n'est qu'une « simple recommandation non obligatoire et ne peut avoir la force juridique d'un traité régulièrement ratifié ». La Cour poursuit en disant que « même pour les traités, ils ne peuvent avoir une valeur constitutionnelle, et, en cas de leur violation par une loi interne, cette dernière ne peut être déclarée inconstitutionnelle. Les traités ne peuvent avoir, en effet, une valeur supérieure à celle des lois ».

Ainsi, par cette décision, le juge constitutionnel égyptien avait posé les directives suivantes :

- Un traité ne peut avoir une valeur constitutionnelle ;
- Un traité ne peut avoir une valeur supérieure à celle des lois ordinaires ;
- Une loi interne contraire au traité ne peut être considérée comme anticonstitutionnelle ;
- Cette attitude, qui correspond à celle que retient jusqu'à nos jours une partie importante de la doctrine égyptienne, ne dura que jusqu'en 1984. En effet, à l'occasion du premier conflit direct entre la Constitution et le traité, le juge constitutionnel abandonna sa position initiale en assimilant le traité à l'acte de gouvernement.

26. Affaire n° 7, 2^e année judiciaire, *Recueil officiel*, t. 1, p. 228.

B. L'attitude développée du juge constitutionnel tendant à l'exclusion des traités du champ d'application du contrôle de constitutionnalité

En 1984, ce n'est plus la Cour suprême, mais la Cour constitutionnelle suprême qui devait se prononcer sur la question du rapport du Traité avec la Constitution, à l'occasion d'un conflit opposant directement les deux normes. La Cour était saisie par le Tribunal de Grande instance du sud du Caire de la constitutionnalité des articles 3 et 5 de l'Accord du 11 septembre 1965, signé par les États membres de la Ligue arabe et relatif au déplacement et au séjour des forces arabes communes dans les États signataires.

Comme nous le savons déjà, en Égypte, la juridiction judiciaire est compétente pour statuer sur les demandes tendant à engager la responsabilité de l'administration du fait de ses actes matériels. Or, pendant le séjour des forces armées arabes en Égypte dans le cadre de l'accord précité, un soldat algérien, au moyen d'un véhicule appartenant à l'armée de son pays, avait, le 16 juillet 1975, causé la mort d'un piéton dans le quartier El-Gamalyah au Caire. Les ayants droit de la victime intentent un recours devant le Tribunal de Grande instance du sud du Caire, tendant à condamner l'auteur de l'accident ainsi que le ministre égyptien de la Défense à verser des indemnités de 20 000 livres égyptiennes.

En examinant la demande, le Tribunal de Grande instance se trouva en face des articles 3 et 5 de l'accord précité, qui prévoient l'incompétence des juridictions égyptiennes, en attribuant la compétence pour trancher toutes sortes de litiges nés de l'application de cet accord à une commission spéciale formée par le soin du Secrétaire général de la Ligue arabe, sauf en matière pénale où tout accusé devait être jugé par les juridictions de son pays. Le tribunal soulève la question d'inconstitutionnalité, sursoit au principal et renvoie l'affaire à la Cour constitutionnelle suprême, après avoir constaté que les dispositions de l'accord violaient directement l'article 68 de la Constitution de 1971. Cet article stipule, en effet, que « le recours à la justice est un droit inviolable et garanti à tous. Chaque citoyen a le droit de recourir à son juge naturel. L'État assure aux justiciables l'accès aux autorités judiciaires et la célérité de l'examen de leurs procès. Il est interdit d'inclure dans les lois une disposition qui soit de nature à soustraire au contrôle de la justice un acte ou une décision administrative quelconque ».

Ainsi saisie, la Cour constitutionnelle suprême estima que « l'adhésion de l'Égypte à cet accord s'est effectuée dans le but de sauvegarder l'intégrité de

l'État et de protéger sa sécurité extérieure. Cet accord se rattache aux relations internationales du pays et constitue, par conséquent, un acte de gouvernement insusceptible de faire l'objet du contrôle juridictionnel de constitutionnalité²⁷ ».

Dans sa décision du 19 juin 1993²⁸, la Cour constitutionnelle a eu de nouveau l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité de certaines dispositions d'un autre accord international. Il s'agissait de l'Accord interarabe de 1974 instituant la « banque arabe internationale du commerce extérieur et du développement ». Dans cette décision, la Cour se prononce sur les limites de l'application de la théorie des actes de gouvernement en cette matière. Elle estime d'abord qu'« il n'est pas exact de dire que tous les traités internationaux, quel que soit leur objet, constituent des actes de gouvernement. Il n'est pas exact non plus de donner ce caractère aux traités faisant l'objet d'une autorisation parlementaire conformément à l'article 151-2 de la Constitution. Ces prétentions sont contradictoires avec les raisons de l'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement, cette immunité juridictionnelle trouve son fondement dans la nature de l'acte et non pas dans les procédures suivies pour sa formation ».

Se rattachant à la nature de l'accord, la Cour semble bien faire la distinction entre les traités à objet politique et les traités à objet économique et financier tels que l'accord, objet du recours, dont le but est, d'après la Cour, d'instituer une « banque exerçant les mêmes activités que toutes les banques commerciales » et que, par conséquent, « il ne peut être considéré comme un (acte politique) insusceptible du contrôle de constitutionnalité ».

Pour des raisons d'ordre juridique, le recours en inconstitutionnalité contre cet accord fut rejeté. Mais, étant de nature économique ou plutôt non politique, et, par conséquent, n'ayant pas le caractère d'un acte de gouvernement, l'accord pouvait, d'après la Cour, être soumis au contrôle *a posteriori* du juge constitutionnel.

Nous ne croyons pas que, dans cette affaire, la position du juge constitutionnel soit définitive, puisqu'en 1975, il avait d'une manière passagère assimilé les traités aux lois ordinaires, mais en 1984, où il avait été appelé explicitement à juger, soit en faveur de la constitution, soit en faveur du traité, il a négligé la norme constitutionnelle en assimilant le traité à l'acte de gouvernement. Il

27. Cour constitutionnelle suprême, 28 janvier 1984, affaire n° 48, 4^e année judiciaire, *Recueil officiel*, t. 3, p. 22.

28. Publiée dans la revue *Al-Muhimmah*, 73^e année, 1994, n° 3, p. 53 et ss. ; Affaire n° 10, 14^e année judiciaire, Cour constitutionnelle suprême, session du 19 juin 1993.

va donc falloir attendre que le juge constitutionnel se trouve face à un conflit opposant directement la Constitution à un traité à objet économique ou autre que politique, pour savoir qu'au nom de la théorie d'actes de gouvernement, il va sacrifier la Constitution.

Nous pouvons donc dire que dans le domaine du contrôle de constitutionnalité des lois en Égypte, les traités, quel que soit leur objet, sont assimilés aux actes de gouvernement. Rappelons enfin que le point de vue de la Cour constitutionnelle, qui consiste à ce qu'un accord ayant un objet autre que politique puisse être soumis à son contrôle et risque, par conséquent, d'être annulé, n'est pas admissible, surtout en présence de textes internationaux et d'une jurisprudence internationale interdisant aux États d'invoquer les dispositions de leur droit interne pour justifier la non-application des traités.

C. La Cour constitutionnelle suprême exclut les traités du champ d'application du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité, cité à l'article 151 de la Constitution de 2014

Le principe général est que le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois et des règlements repose sur le principe de la légalité, de la primauté du droit et de la soumission de l'État à ce dernier. Mais, selon la Cour constitutionnelle suprême, « les actes politiques » sont exclus du domaine du contrôle judiciaire, en raison des considérations politiques qui exigent – vu la nature de ces actes et de leurs liens étroits avec le système politique de l'État, ou avec sa souveraineté – de les écarter du champ du contrôle judiciaire dans le but de préserver l'État, de défendre sa souveraineté et de protéger ses intérêts suprêmes.

Bien que la théorie des « actes politiques », comme limite de la compétence du juge constitutionnel, trouve la plupart de ses applications plus dans les relations et les conventions internationales que dans le domaine interne en raison de la connexion de ce domaine aux considérations politiques et à la souveraineté de l'État et de ses intérêts suprêmes, il n'est pas vrai que toutes les conventions internationales, quel que soit leur sujet, sont des « actes politiques ». Il est également faux de dire que les conventions internationales évoquées au deuxième alinéa de l'article 151 de la Constitution, et devant être soumises au Parlement et à son approbation, sont toutes – et automatiquement – des « actes politiques » qui ne sont pas soumis à la compétence du juge constitutionnel. Ainsi, les deux assertions précédentes sont contradictoires et la base sur laquelle reposent des considérations visant à exclure ces actes du contrôle juridictionnel

de leur constitutionnalité, se réfère à la nature même des actes et non à la méthode ou aux procédures permettant de les conclure et de les ratifier. C'est la Cour constitutionnelle suprême seule qui détermine – en examinant la nature des questions régies par les textes contestés dont elle est saisie – si ces derniers sont considérés comme des « actes politiques », qui échappent ou non à son contrôle de la constitutionnalité.

D. Applications

1. La Convention créant la Banque arabe internationale

La Banque arabe internationale (BAI) est un établissement bancaire égyptien off-shore, créée en 1974 par un traité entre certains pays arabes, dont l'Égypte²⁹. La constitutionnalité de cette Convention a été mise en cause devant la Cour constitutionnelle suprême. Mais la défense a plaidé « l'acte politique » qui échapperait au contrôle du juge constitutionnel.

La Cour a constaté que la Convention stipule qu'il s'agit d'une banque qui traite des affaires habituellement menées par les banques commerciales. En effet, les gouvernements d'Égypte, de Libye et du sultanat d'Oman ont convenu de créer cette banque, et de permettre, dès la conclusion du Traité, aux citoyens koweïtiens d'y adhérer. L'adhésion à la Convention a également été ouverte aux autres gouvernements arabes, aux banques, institutions, organismes et aux sociétés arabes ainsi qu'à des particuliers arabes. Cette banque exerce différentes activités commerciales ordinaires, à l'instar des banques commerciales. Elle exerce également ses affaires dans le domaine du commerce extérieur selon les règles et les principes bancaires internationaux en vigueur. Elle a une personnalité juridique propre et, pour atteindre ses objectifs, elle peut conclure des conventions avec des États membres ou non membres, ainsi qu'avec d'autres institutions internationales. Elle est gérée par un Conseil d'administration composé de représentants des actionnaires, nommés et choisis pour une période de trois ans renouvelable. La durée d'activité de la banque est de cinquante ans, et son statut détermine les conditions de sa dissolution et le processus de liquidation de son actif.

29. Quotidien égyptien Al-Ahram, en langue anglaise : <http://english.ahram.org.eg/NewsContent/3/12/37942/Business/Economy/Arab-International-Bank-to-fall-under-central-bank.aspx>

La Cour constate que la Convention a ainsi créé une banque qui exerce les mêmes activités que les banques commerciales et que, par conséquent, ces activités ne doivent pas être considérées comme des « actes politiques » échappant au contrôle du juge constitutionnel³⁰. La Cour assoit ainsi sa compétence pour instruire de cette affaire.

Elle déclare ensuite que, pour que la Convention ait force de loi en ce qui concerne sa conclusion, sa ratification et sa publication selon les conditions prévues, l'action constitutionnelle par un pourvoi concernant l'inconstitutionnalité d'un texte de loi, la Cour doit vérifier que les formalités imposées par la Constitution ont été respectées. De même, la contestation de l'inconstitutionnalité d'un texte dans une convention internationale doit répondre aux mêmes formalités exigées par l'article 151 de la Constitution. Le pourvoi concernant les textes susmentionnés s'étend également à l'examen de la décision du président de la République n° 547 de 1974, portant sur l'approbation de la convention visée, même si la Cour compétente n'a pas autorisé le demandeur à contester.

2. Le cas de Tiran et Sanafir

Dans l'affaire de Tiran et Sanafir, la Cour constitutionnelle suprême a jugé, dans le procès numéro 12 de la 39^e année juridique (« Conflit »), à l'audience du 3 mars 2018, qu'il convient de décider si la signature du représentant du gouvernement égyptien à la convention concernant la délimitation des frontières maritimes entre l'Égypte et l'Arabie saoudite, est liée à des actes de politique générale ou se limite purement à des actes de gestion, et ce, afin de déterminer la juridiction compétente.

Bien qu'il ne soit pas possible de formuler une définition complète et inclusive du travail de souveraineté au cœur de laquelle se trouvent les travaux politiques, domaine vital et naturel de la théorie des actes de souveraineté, certains éléments et caractéristiques distinguent lesdits actes du travail administratif ordinaire, dont le plus important est leur caractère politique. Celui-ci est étroitement lié au système politique de l'État ou à sa souveraineté à l'intérieur ou à l'étranger, car il est défini par le pouvoir exécutif en tant qu'autorité dirigeante, avec l'autorité suprême qu'il détient pour défendre les intérêts de toute la communauté politique, garantir le respect de sa Constitution,

30. Procès n° 10 pour la 14^e année juridique constitutionnelle, session du 19 juin 1993.

superviser ses relations avec les autres pays et assurer sa sécurité et sa sûreté à l'intérieur et à l'étranger. C'est ce qui distingue ces actes de ceux concernant l'administration ordinaire, du fait que les premiers sont effectués par le pouvoir exécutif en tant qu'autorité administrative qui veille aux intérêts quotidiens de la population et à ses installations, tout en justifiant l'intervention d'un pouvoir exécutif.

En conséquence, les affaires politiques faisant partie d'un pouvoir discrétionnaire plus large et plus étendu, seront exclues de la compétence du pouvoir judiciaire en général. C'est donc le critère « affaires politiques » qui sert à déterminer la compétence des tribunaux. La soustraction de ces actes à tout contrôle judiciaire est l'une des formes optimales d'application du principe de la séparation des pouvoirs, qui suppose la mise en place d'un équilibre délicat entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, de sorte que chacun d'eux exerce ses compétences conférées par la Constitution, dans les limites imposées, sans l'empiètement de l'un sur l'autre.

Il s'agit ainsi de donner la qualification juridique de tout acte accompli par le pouvoir exécutif afin de savoir s'il s'agit ou non d'un « acte politique ». Si l'acte est relatif aux relations politiques entre l'État et d'autres personnes de droit international public, ou bien s'il entre dans le champ de la coopération et du contrôle constitutionnel mutuel entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, il sera donc considéré comme un acte politique.

La conclusion et la signature de traités sont l'un des exemples les plus frappants de ces actes, qui sont de deux types :

1) Ils se rapportent aux relations entre le pouvoir exécutif, le représentant de l'État et d'autres personnes de droit international public appartenant aux États et aux organisations internationales, dans les étapes de la négociation, de la signature et de la mise en œuvre ;

2) Leur présence dans le domaine de la compétence conjointe et du contrôle mutuel entre les pouvoirs exécutif et législatif, en vertu de l'article 151 de la Constitution. Ainsi, le Parlement supervise le pouvoir exécutif concernant la conclusion des traités, et il a le droit d'approuver ou de rejeter ce qui relève de sa compétence, en vertu du premier alinéa dudit article et de décider si ces traités se rapportent aux deuxième et troisième alinéas du même article. Le deuxième alinéa, qui fait référence au référendum, s'abstient d'approuver, de quelque manière que ce soit, toute question relative à renoncer à quelque portion ou prérogative du territoire de l'État ou qui soit en violation de la Constitution. Le pouvoir du Parlement concernant ce sujet est un pouvoir exclusif qui n'est pas partagé par d'autres. Si l'assemblée des députés épuise ses

pouvoirs, seul le président de la République peut reprendre les rênes du contrôle politique. S'il souhaite conclure ce processus, il ratifie le traité, et s'il souhaite ne pas le conclure, il le rejette, conformément à ses considérations politiques et au maintien des intérêts suprêmes du pays. Et le pouvoir judiciaire, dans toutes ses instances et dans tous les tribunaux, doit s'abstenir d'intervenir dans ces affaires jusqu'à leur achèvement.

Si le traité est publié conformément aux conditions énoncées dans la Constitution et ayant force de loi, il peut être soumis à un contrôle juridictionnel sous deux aspects :

1) Le contrôle de son respect des conditions de forme prescrites dans la Constitution ;

2) Le contrôle de fond : c'est un contrôle dont les obligations sont énoncées dans le texte du dernier alinéa de l'article 151 de la Constitution, qui interdit la violation par le traité de toutes les dispositions de la Constitution. Ce contrôle juridictionnel des traités, de par sa nature même, est constitutionnel et légitime, donc, à cet égard, il appartient à la Cour constitutionnelle suprême. Il n'est partagé par aucun autre organe judiciaire, du moment que l'affaire constitutionnelle est relative à cette Cour conformément aux dispositions de sa loi.

En conséquence, la signature du représentant de l'État égyptien à la Convention concernant la délimitation des limites maritimes entre les gouvernements de la République arabe d'Égypte et de l'Arabie saoudite est sans conteste un acte politique. Ainsi, le jugement rendu concernant les deux procès numéros 43709 et 43866 de la 70^e année juridique (« Juridiction administrative »), renforcé par le jugement rendu lors de la session d'examen des pourvois à la Cour administrative suprême concernant le pourvoi numéro 74236 de la 62^e année juridique (« Suprême »), a violé ce principe, car il a jugé que la juridiction administrative est compétente pour examiner la validité de la signature du représentant de l'État égyptien à ladite convention, bien qu'il soit interdit d'effectuer une telle action. Ceci est un empiètement sur la compétence du pouvoir exécutif, menant au non-respect de ce jugement, vu que l'article 190 de la Constitution dispose que « le Conseil d'État est un organe judiciaire indépendant, exclusivement compétent pour statuer sur les litiges administratifs et les différends relatifs à la mise en œuvre de toutes ses dispositions ».

Le jugement rendu par le Juge des Référé du Caire dans l'affaire numéro 121 de l'année 2017, allait dans le sens de l'arrêt rendu en appel³¹,

31. Numéro 157 de l'année 2017 ; exécution substantielle, Sud du Caire.

concernant la violation de cette considération et ayant jugé, dans le cadre d'un litige, de l'exécution de fond relative au jugement rendu par la Cour administrative suprême, a présumé d'une compétence qui lui est interdite constitutionnellement. Selon cette nature, cela mène effectivement au non-respect dudit jugement³².

CONCLUSION

Ainsi nous pouvons constater qu'en droit égyptien, le problème du rapport de la Constitution avec le Traité reste sans solution logique. À notre sens, le contrôle préventif de la constitutionnalité des traités peut fournir une solution efficace à ce problème en créant une présentation de non-contrariété entre les deux normes internes, conventionnelle et constitutionnelle.

L'attitude du juge constitutionnel a connu deux étapes différentes. D'abord, en 1975, d'une manière passagère, la Cour suprême considère que les traités ont le même régime juridique que les lois internes dans leur rapport avec la Constitution, et, par conséquent, leur constitutionnalité peut être contestée après leur entrée en vigueur.

Mais, en 1984, à l'occasion d'un conflit sérieux opposant les dispositions d'un Traité à celles de la Constitution, la Cour constitutionnelle suprême assimile les traités aux actes de gouvernement et les exclut ainsi du champ d'application du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité. Un traité reste donc applicable en droit égyptien même s'il est contraire à la Constitution.

La Cour constitutionnelle suprême semble bien comprendre qu'elle ne peut être à l'origine d'une éventuelle mise en cause de la responsabilité internationale de l'Égypte, au cas où elle déclarerait l'inconstitutionnalité d'un traité. En droit égyptien, une décision d'inconstitutionnalité entraîne la disposition automatique de « l'ordonnancement juridique » de la norme en cause.

Un tel point de vue répond aux exigences du droit international, selon lequel les organes de l'État, chacun dans les limites de sa compétence, doivent exécuter le traité par lequel leur État se déclare lié et que ce dernier ne peut évoquer

32. الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٢١ لسنة ٢٠١٧ مستعجل القاهرة المؤيد بالحكم الصادر في الاستئناف رقم ١٥٧ لسنة ٢٠١٧ مستأنف تنفيذ موضوعى جنوب القاهرة.

les dispositions de son droit interne, même de nature constitutionnelle, pour l'inexécution du traité. En effet, selon les juristes les plus éminents des deux écoles, moniste et dualiste, « la notion d'inconstitutionnalité d'un traité dans l'ordre juridique interne est impensable³³ » et « le traité, lorsque les conditions voulues par le droit international sont réunies, sera valable même si le chef de l'État a fait ce qu'il n'était pas autorisé à faire ou a violé en quelque façon ses devoirs constitutionnels³⁴ ».

Le problème du rapport du Traité avec la Constitution reste cependant sans solution en droit égyptien. En assimilant les traités aux actes de gouvernement insusceptibles de faire l'objet du contrôle de constitutionnalité, la Cour constitutionnelle semble se rendre compte de la nature conventionnelle du traité, qui n'est pas l'expression de la seule volonté de l'Égypte mais aussi de celle d'un ou de plusieurs puissances étrangères. La Cour n'a pas à vérifier la constitutionnalité des actes juridiques émanant d'un État étranger. Mais cela ne justifierait pas l'existence dans « l'ordonnement juridique » égyptien de deux catégories de règles, incompatibles : les règles constitutionnelles d'un côté et les règles conventionnelles de l'autre. Une solution *a priori* du conflit entre le Traité et la Constitution est nécessaire. Pour cette raison, nous avons proposé d'introduire en droit égyptien un contrôle préventif de constitutionnalité des traités internationaux³⁵.

A. Prémisses du contrôle préventif de constitutionnalité des lois et des traités en droit égyptien, et traités essentiels du modèle proposé

L'idée du contrôle préventif de constitutionnalité des lois ne date pas d'aujourd'hui. Son existence est liée, en effet, à celle des Assemblées parlementaires, et aux travaux qu'effectuent leurs commissions, durant la phase de préparation des projets des actes législatifs avant leur soumission au vote final. Le développement des idées démocratiques a fait en sorte que cette forme de contrôle politique ne soit pas la seule. Ainsi, comme nous venons de le voir,

33. Georges SCELLE, « De la prétendue inconstitutionnalité du traité », in *R.D.P.*, 1952, p. 1002.

34. DIONISIO ANZILOTTI, *Cours du droit international*, t. 1, traduction française, Paris, Pedone, p. 200 et ss.

35. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, p. 390 et ss.

des juridictions spécialisées ont été installées pour vérifier si les textes législatifs votés par le Parlement, mais non encore promulgués, étaient conformes à la Constitution.

Le droit public égyptien n'a pas échappé à cette évolution. En effet, l'Égypte a déjà connu et connaît toujours les prémisses du contrôle préventif de constitutionnalité des lois et des traités, tel que nous le proposons pour le droit égyptien et dont nous allons exposer les traits essentiels.

B. Autorités de saisine et effets des décisions d'inconstitutionnalité

Le contrôle que nous proposons serait évidemment exercé par la Cour constitutionnelle suprême, juge actuel de la constitutionnalité des lois et règlements en droit égyptien. Après avoir déterminé les engagements internationaux susceptibles de faire l'objet du contrôle préventif de constitutionnalité, il convient maintenant de voir, en premier lieu, les autorités habilitées à le mettre en œuvre (1), et en second lieu, les effets des décisions d'inconstitutionnalité (2).

1. Les autorités de saisine de la Cour constitutionnelle suprême.

Les différents systèmes juridiques adoptent des attitudes différentes vis-à-vis de la place accordée au contrôle préventif de constitutionnalité. Cette différence n'est pas sans rapport avec les autorités habilitées à mettre en œuvre ce contrôle.

Ainsi, dans les pays où le contrôle *a priori* occupe une place principale, tels que la France, la Mauritanie et le Sénégal, le droit de saisir le juge constitutionnel des projets de traités, ou des lois autorisant leur ratification, est plus ou moins large.

Bénéficient, en effet, de ce droit, à côté du pouvoir exécutif, les présidents des Assemblées parlementaires, et un nombre de députés, déterminé de façon à permettre à l'opposition parlementaire de reprendre sur le plan juridique les pertes qu'ils subissent déjà sur le plan politique en ne participant pas efficacement dans l'élaboration des traités.

Par contre, les autorités de saisine sont restreintes dans les pays où le contrôle *a priori* n'occupe qu'une place exceptionnelle, dans la mesure où il existe un contrôle *a posteriori* assez développé, qui permet à un grand nombre de

justiciables, personnes publiques ou privées, de contester la constitutionnalité des règles juridiques déjà entrées en vigueur, y compris les traités internationaux.

Il en est, en effet, ainsi en Espagne, où le droit de saisir le tribunal constitutionnel d'un projet de traité est accordé au Gouvernement et à l'une ou l'autre des deux Assemblées ; au Portugal, où ce droit relève du seul président de la République ; en Algérie, où les autorités de saisine du Conseil constitutionnel sont le président de la République et celui de l'Assemblée nationale populaire, et au Congo, où le Conseil constitutionnel est saisi par le Gouvernement.

Cette différence de conception des autorités habilitées à mettre en œuvre ce contrôle n'empêche pas qu'un principe commun soit retenu. Selon ce principe, le droit de saisine est partagé entre le législatif et l'exécutif, c'est-à-dire les deux pouvoirs concernés par l'élaboration des normes juridiques et l'introduction des traités en droit interne. Seul le Portugal fait l'exception à cette règle, où le droit de saisine du tribunal des projets de traités est accordé au seul président de la République.

En ce qui concerne l'Égypte, nous savons déjà qu'elle connaît un système très développé de contrôle préventif de la constitutionnalité *a posteriori*, qui permet à tout justiciable et toute juridiction de contester, au cours d'un procès, la constitutionnalité des règles juridiques déjà entrées en vigueur, y compris celles issues des traités internationaux introduits en droit interne.

Par ailleurs, nous avons constaté que la Constitution actuelle met en place un exécutif fort, détenu par le président de la République. Celui-ci domine complètement le Parlement et réduit le Gouvernement, doté d'attributions propres et responsables devant l'Assemblée, à un simple organe d'exécution de sa propre politique.

Si on ajoute à ce qui précède que, depuis le début de l'époque républicaine, les engagements internationaux de l'Égypte sont la mise en œuvre d'une politique étrangère strictement présidentielle, on constate qu'en l'état actuel du droit en Égypte, la question de détermination des autorités de mise en œuvre du contrôle préventif de la constitutionnalité des traités devient délicate. On imagine donc mal que les parlementaires de la majorité puissent contester la politique de leur chef. Une saisine parlementaire ne pourrait donc servir qu'aux parlementaires de l'opposition. De même que pour les parlementaires de la majorité, le gouvernement aurait du mal à contester la politique étrangère du chef de l'État. En effet, les ministres égyptiens, y compris le Premier ministre, ne sont pas choisis parmi les chefs des groupes parlementaires, d'autant plus qu'ils sont désignés et révoqués par la seule volonté du chef de l'État.

L'introduction en droit égyptien d'un contrôle préventif de la constitutionnalité des traités suppose donc qu'aient été déjà entreprises les réformes qui tendent à renforcer le rôle du Gouvernement et du Parlement face au président de la République, notamment en matière de détermination et de conduite de la politique étrangère et de la conclusion des engagements internationaux permettant sa mise en œuvre. La saisine parlementaire et gouvernementale serait ainsi imaginable.

Ainsi, la Cour constitutionnelle suprême égyptienne pourrait être saisie des projets d'engagements internationaux, précédemment déterminés par le président de la République, le Premier ministre, et le président de l'Assemblée parlementaire.

2. Les effets des décisions d'inconstitutionnalité

Saisie du projet d'un traité international, la Cour constitutionnelle suprême égyptienne doit se prononcer par une décision juridictionnelle et non par un simple avis non obligatoire. Cette solution nous semble parfaitement justifiée. D'abord, par l'expérience de trois quarts de siècle qu'a le pouvoir judiciaire en Égypte en matière de contrôle de constitutionnalité et, d'autre part, par la logique même du contrôle préventif, qui nécessite le fait d'imposer le respect de la Constitution par les actes contrôlés, aussi bien par leur forme que par les dispositions matérielles qu'ils édictent.

L'examen du projet d'un traité donné, à la demande des autorités précédemment citées, donnerait normalement lieu, soit à une décision de conformité à la Constitution, soit à une décision d'inconstitutionnalité.

En cas de décision de conformité du traité à la Constitution, celui-ci peut être ratifié comme il peut ne pas l'être. Le chef de l'État n'est pas tenu de ratifier un traité signé et déclaré conforme à la Constitution. La ratification relèverait toujours de la compétence discrétionnaire du chef de l'État.

Les systèmes juridiques fournissent des réponses différentes à cette question. Ainsi, dans certains pays, quand l'intervention du juge constitutionnel donne lieu à une décision d'inconstitutionnalité, la ratification de l'engagement ne peut avoir lieu qu'après la révision de la Constitution, comme c'est le cas en France, en Mauritanie et en Espagne. Au Portugal, une décision de ce genre a pour effet que l'engagement ne peut être ratifié que si l'Assemblée l'approuve à la majorité des deux tiers des députés présents.

L'article 32 de la loi hongroise de 1989 prévoit que « si la Cour constitutionnelle constate l'inconstitutionnalité des dispositions censées être

contestables d'une convention internationale, cette convention ne peut être ratifiée jusqu'à ce que l'organe ou la personne qui conclut la convention supprime l'inconstitutionnalité ».

La suppression de l'inconstitutionnalité ne peut être, à notre avis, réalisée que par une action à dimension internationale. C'est-à-dire, soit la reprise des négociations afin d'élaborer un nouveau projet d'engagement conforme à la Constitution, soit la renonciation à l'engagement. Cette solution de l'effet des décisions d'inconstitutionnalité nous paraît être la plus recommandable pour le droit égyptien •

حرية التعامل من بعض المعاهدات التي قد تشكل عبئاً على الدولة لاحقاً بعد تمام انعقادها، أو يتبين أنها تنطوي على مخالفة للدستور. فيتمكّن كل فرد ذي مصلحة أو أي جهة رسمية من الطعن في دستورية المعاهدة أمام القضاء العراقي ممثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا. فإذا قضت المحكمة ببطالان المعاهدة لمخالفتها دستور البلاد استناداً إلى المادة ١٢ منه التي أرست مبدأ سمو الدستور على ما سواه من قوانين عادية. فإن ذلك قد يؤدي إلى تحمّل الدولة العراقية تبعاً للمسؤولية الدولية عن عدم احترام التزاماتها الدولية. نوصي بضرورة الإسراع في إصدار القانون الجديد للمحكمة الاتحادية العليا لأنها تمارس مهامها حالياً بموجب القانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ الذي صدر في ظل قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤. وهذا الأخير يتكلم عن الرقابة على التقيد بشرعية القوانين وليس دستورية القوانين في المادة ٤٤/ب/٢ و ٤٤/ج، وتوجد الأحكام التشريعية التفصيلية لطرق ممارسة هذه الرقابة في النظام الداخلي رقم ١ الذي صدر عن المحكمة الاتحادية نفسها. وهو أمر لا يستقيم أن تصدر أحكاماً تشريعية مهمة وتفصيلية تتيح للأفراد حق الطعن في دستورية القوانين بموجب نظام داخلي يصدر عن محكمة. لذلك، ندعو إلى الإسراع في إصدار قانون المحكمة الاتحادية العليا الجديد للتخلص من هذا الإرباك التشريعي الواضح ♦

من المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية قانون أو نظام في ظل دستور العراق لسنة ٢٠٠٥، إلغاء هذا القانون أو النظام لمخالفته أحكام الدستور، مع ما يترتب عليه حكم الإلغاء من انعدام النص التشريعي وزوال آثاره المادية والقانونية^{٦٠}. ولكن عدم قيام مجلس النواب بإلغاء القانون المحكوم بعدم دستوريته على الرغم من التزام جميع السلطات العراقية عدم تطبيقه، يدفعنا إلى القول إن القانون الذي تقضي المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستوريته سيموت سريراً.

الخاتمة

وهكذا يتبين لنا، من خلال البحث، أن المحكمة الاتحادية العليا في العراق تتولّى مهمة الرقابة على دستورية المعاهدات في العراق في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وفقاً لأحكام الفقرة أولاً من المادة ٩٢ من الدستور. وتشكّلت هذه المحكمة بموجب قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥. وتوجد الأحكام التفصيلية لطريقة ممارسة هذه الرقابة في النظام الداخلي للمحكمة رقم ١ لسنة ٢٠٠٥. وهي تكون بإحدى طريقتين: إما بطريقة المزج بين طريقتي الدفع الفرعي والدعوى الأصلية، أو بطريقة الدعوى الأصلية دعوى الإلغاء. وبذلك، تكون الرقابة على دستورية المعاهدات في العراق رقابة قضائية لاحقة. هذه الرقابة على المعاهدات تتم بالطريقة نفسها التي تتم بها رقابة دستورية القوانين العادية، وذلك لأنّ الدساتير العراقية المتعاقبة قد سكتت جميعاً عن بيان القيمة القانونية للمعاهدة في مواجهة النظام القانوني الداخلي العراقي. ولكن، في المقابل، فقد استقرّ التطبيق في العراق على إعطاء المعاهدة قيمة القانون العادي. فالمعاهدة التي يرتبط بها العراق لا تصبح جزءاً من نظامه القانوني الداخلي إلا بعد أن تصدر بتشريع داخلي يسمّى بقانون التصديق على المعاهدة، وتُرفق به أحكام المعاهدة كاملة. فهذه هي الطريقة المعتمدة لإدماج المعاهدة في النظام القانوني العراقي. وبهذه الطريقة، تكون للمعاهدة قيمة القانون العادي في العراق. فالرقابة على دستورية المعاهدات في العراق هي رقابة قضائية لاحقة وغير مباشرة تكون من خلال الرقابة على دستورية القانون الذي أدمج المعاهدة في النظام القانوني العراقي. ونحن نفضّل الإبقاء على هذا الوضع، فهو طريقة تتميز بالبساطة والوضوح في تحويل الالتزامات العراقية الدولية قواعد قانونية داخلية في مواجهة السلطات والأفراد كافة، وتعطي الدولة العراقية والمواطنين

٦٠. المصدر السابق، ص. ١٨٠.

الاتفاقية. فالمادة ١٣ من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ كانت صريحة وواضحة في تأكيد مبدأ سمو الدستور على ما دونه من قوانين بالقول:

«أولاً: يُعدّ هذا الدستور القانون الأعلى والأعلى في العراق، ويكون ملزماً في أنحاءه كافة، وبدون استثناء.

ثانياً: لا يجوز سنّ قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويُعدّ باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم، أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه.»^{٥٧}

وهذا يعني أنّ المعاهدة التي يصدر بشأنها قانون تصديق أو انضمام يمكن أن تكون عرضة للبطلان إذا كانت متعارضة مع الدستور، من دون الحاجة إلى التعرض لمسألة التعارض بين الدستور والمعاهدات والاتفاقيات الدولية، لأنّ الدستور العراقي ليس من شأنه مواجهة التعارض بين الدستور والمعاهدة، وأن المحكمة الاتحادية العليا لا تجد مفرّاً من الحكم ببطلان هذه المعاهدة إذا ما طلب إليها ممارسة وظيفتها في الرقابة على دستورية القوانين استناداً إلى المادة ٩٢ من الدستور، ووجدت المعاهدة متعارضة مع الدستور العراقي، وإن أدّى ذلك إلى تحمّل العراق تبعة المسؤولية الدولية نتيجة انتهاكه التزاماته الدولية الناجمة عن تلك الاتفاقية أو المعاهدة.^{٥٨} إذاً، فقرارات المحكمة الاتحادية العليا وفقاً للمادة ٩٤ من دستور سنة ٢٠٠٥ والمادة ٥/ثانياً من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ هي قرارات باتّة وقطعية لا يجوز الطعن فيها بأي وجه من أوجه الطعن، وهي ملزمة لجميع سلطات الدولة. فهي أحكام ذات حجّة مطلقة وليست نسبية.^{٥٩} وعلى الرغم من خلوّ دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ من نصّ يحدّد الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم دستورية قانون أو نظام لمخالفته أحكام الدستور، إلا أنّ حكم الإلغاء للقوانين والأنظمة المخالفة للدستور ثابت بحكم المادة ٤/ثانياً من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥، والذي استمرّ ساري المفعول في ظلّ دستور سنة ٢٠٠٥. إذ تنصّ المادة ٤/ثانياً على أنّ: «الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية. ويكون ذلك بناء على طلب من محكمة أو جهة رسمية أو من مدّع بمصلحة». وبناء على هذا النصّ، يترتب على الحكم الصادر

العليا للنظر في شرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام الدستور.^{٥٩}

يلاحظ في نصّ المادة ٤/ثانياً أنف الذكر، أنّه وإن وسع من الجهات التي يحقّ لها تحريك الرقابة على دستورية القوانين والمعاهدات وجعلها تشمل أي محكمة، مهما كانت درجتها أو أي جهة رسمية حكومية أو من أي فرد له مصلحة، إلا أنّه لم يعط المحكمة الاتحادية العليا حق التصدي لعدم الدستورية من تلقاء نفسها، كما أنّه لم يبيّن الشروط والمهل القانونية عند النظر في دستورية نصّ أمامها، فضلاً عن أنّه لم يبيّن تفاصيل دفع الخصوم ذوي المصلحة بعدم دستورية النصّ، كما فعل مثلاً المشرع المصري، ولم يبيّن تفاصيل إحالة محكمة الموضوع وشروطها.^{٥٩}

ب- حجّة الأحكام الدستورية

نصّ الدستور على أنّ أحكام المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى الدستورية وقراراتها ملزمة لسلطات الدولة كافة، كما ورد في المادة ٩٤ من دستور سنة ٢٠٠٥ التي نصّت على أنّ: «قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتّة وملزمة للسلطات كافة.»^{٥٩} وهذا ما أفترته أيضاً المادة ٥/ثانياً من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ التي نصّت على أنّه: «الأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا باتّة.»^{٥٩}

من ذلك، يتبيّن أنّ المحكمة الاتحادية العليا هي واحدة من أهم الهيئات التي تتولّى الحرص على سلامة تطبيق الدستور، سواء من حيث تفسيره وحلّ المنازعات، أو من خلال اختصاصها بالرقابة على دستورية جميع القوانين والأنظمة والتعليمات السارية المفعول، بما في ذلك المعاهدات. حيث يترتب على مبدأ المساواة القانونية بين القانون العادي والمعاهدات الدولية المدمجة في النظام الداخلي، نتيجة مفادها سمو القواعد الدستورية على القواعد الدولية

٥٣. بوتان عثمان دزهي، مصدر سابق؛ صلاح البصيصي. المعاهدات الدولية والرقابة عليها في ظلّ دستور العراق الجديد، مجلة الغري للعلوم الاقتصادية والإدارية، جامعة الكوفة، عدد ١٠، ٢٠٠٨، ص. ٢٥٢-٢٥٣.

٥٤. ماهر فيصل صالح ومحمد خالد برع، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانونين الدستوري والدولي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٣، ٢٠١١، ص. ٨٦.

٥٥. المادة ٩٤ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

٥٦. المادة ٥/ثانياً من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥.

٥٧. المادة ١٣ من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

٥٨. بوتان عثمان دزهي، مصدر سابق.

٥٩. مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، ط ١،

بغداد: منشورات بيت الحكمة، ٢٠٠٩، ص. ١٣٣.

وتتخذ قراراً باستئجار الدعوى الأصلية للنتيجة. أما إذا رفضت الدفع، فيكون قرارها بالرفض قابلاً للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا.^{٤٨}

إن هذا النص جاء خالياً من تحديد مدة للخصم في رفع الدعوى هذا لأن تحديد المدّة يعطي رؤية للمحكمة للتحقق من أن رغبة الطاعن أمامها جدية وليس مجرد كسب الوقت أو إضاعته. وهنا، يبدو الخلل في عدم تحديد مدّة محدّدة. وعليه، يجب معالجة هذه المسألة. وتقرّر المحكمة استئجار الدعوى التي تنظرها أصلاً إلى حين بت المحكمة الاتحادية العليا دستورية القانون المراد تطبيقه من عدمه.^{٤٩}

(٢) طريقة الدعوى الأصلية دعوى الإلغاء: الأسلوب الآخر الذي اتبعته المحكمة الاتحادية العليا للرقابة على دستورية القوانين هو طريق الدعوى الأصلية أو المباشرة. وهو ما يتبين من نصّ المادة ٥ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا حيث جاء في النصّ أنه: «إذا طلبت إحدى الجهات الرسمية، بمناسبة منازعة قائمة بينها وبين جهة أخرى، الفصل في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر، فترسل الطلب بدعوى إلى المحكمة الاتحادية العليا معللاً مع أسانيده، وذلك بكتاب موقع من الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة.»^{٥٠}

وهذه المادة تطرقت إلى المنازعات التي قد تنشأ بين جهة رسمية وجهة أخرى، سواء أكانت تلك الجهة رسمية أم غير رسمية. ومن ثم، فإن إقامة الدعوى من تلك الجهة تقتض وجود منازعة قائمة وأن تُقدّم الأسباب بكتاب موقع من الوزير إذا كانت جهة رسمية مرتبطة بوزارة، أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة. ويُطلق على هذه الدعوى بالدعوى المباشرة أو دعوى الإلغاء.^{٥١}

وتستند المحكمة الاتحادية العليا في اختصاصها هذا إلى نصّ المادة ٤/ثانياً من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ التي نصّت على أن: «الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية. ويكون ذلك بناء على طلب من محكمة أو جهة رسمية أو من مدّع بمصلحة.^{٥٢}» ومن الجدير بالذكر أن هذا النصّ يسمح لكل مدّع بمصلحة، بما في ذلك الأفراد أن يرفعوا الدعوى أمام المحكمة الاتحادية

القانون. وفي هذه الحالة، لا تفصل المحكمة في صحة الدفع، بل تؤجّل النظر في الدعوى وتُحيل الطعن في دستورية القانون إلى المحكمة الدستورية التي يكون لحكمها حجّية مطلقة تجاه الكافة. والرقابة التي تمارسها المحكمة الاتحادية العليا في العراق تتمثل بطريقتين:^{٥٣}

(١) بأسلوب المزج بين طريقتي الدفع الفرعي والدعوى الأصلية: ويتم الطعن في دستورية القوانين بحسب هذا الطريق، بأسلوبين:

(أ) أن يتم الطعن من خلال المحاكم بطلب من تلقاء نفسها، أثناء نظرها دعوى ومن دون دفع من المتقاضين. ويتّضح هذا من نصّ المادة ٣ من النظام الداخلي للمحكمة حيث ورد فيه: «إذا طلبت إحدى المحاكم من تلقاء نفسها أثناء نظرها دعوى بتّ شرعية نصّ في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات يتعلّق بتلك الدعوى، فترسل الطلب معللاً إلى المحكمة الاتحادية العليا لبتّه، ولا يخضع هذا الطلب للرسم.^{٥٤}»

وهذا النصّ أعطى المحاكم، على اختلاف درجاتها، أثناء نظرها دعوى مدنية أو جزائية، عندما تجد أن النصّ القانوني أو القرار أو التعليمات أو النظام واجب التطبيق على وقائع الدعوى، مخالف للدستور. فلها أن تطلب، من تلقاء نفسها، بتّ شرعية النصّ. وترسل طلباً معللاً إلى المحكمة الاتحادية العليا غير خاضع للرسم. وهنا، فإن محكمة الموضوع لا تُلغي النصّ، وإنما تُحيله إلى المحكمة الاتحادية العليا التي تقوم بدورها التحقق من دستورية أو عدم دستورية النصّ المحال إليها من محكمة الموضوع. والإلغاء يكون من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا دون غيرها.

(ب) أن يدفع أحد الخصوم في دعوى تنظرها إحدى المحاكم بأنّ النصّ القانوني أو القرار المراد تطبيقه عليه، غير دستوري. فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى، فتبتّ هي قبول الدعوى. فإذا قبلتها، ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا لبتّ عدم الشرعية، وفق تفصيل أوردته المادة ٤ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا التي جاء فيها: «إذا طلبت إحدى المحاكم الفصل في شرعية نصّ في قانون أو قرار تشريعي أو تعليمات أو أمر بناء على دفع أحد الخصوم بعدم الشرعية، فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى، وبعد استيفاء الرسم عنها تبت قبول الدعوى. فإذا قبلتها، ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا لبتّ عدم الشرعية،

٤٨. المادة ٤ من النظام الداخلي رقم ١ للمحكمة الاتحادية العليا.

٤٩. بوتان عثمان دزهي، مصدر سابق.

٥٠. المادة ٥ من النظام الداخلي رقم ١ للمحكمة الاتحادية العليا.

٥١. بوتان عثمان دزهي، مصدر سابق.

٥٢. المادة ٤/ثانياً من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥.

٤٦. بوتان عثمان دزهي، مصدر سابق.

٤٧. المادة ٣ من النظام الداخلي رقم ١ للمحكمة الاتحادية العليا، منشور في الوقائع العراقية عدد ٣٩٩٧ بتاريخ ٢٠٠٥/٥/٢.

القضائي وتسليم المجرمين المصادق عليها بالقانون رقم ١١٠ لسنة ١٩٨٢، والتي توجب تسليم الأشخاص الذين يتم الحكم عليهم بالحبس لمدة سنة أو أكثر، بخلاف المادة ٢١/أولاً التي حظرت تسليم العراقي إلى الجهات والسلطات الأجنبية. وحيث إن الدستور منع سن أي قاعدة قانونية تتعارض مع أحكامه في المادة ١٣/ثانياً، وقضى ببطلان أي نص يرد في دساتير الأقاليم أو القوانين الأخرى، لذا ذهبت المحكمة إلى عدم دستورية نص المادة ٤٠/ج من الاتفاقية كونها تعارض النص الدستوري الأعلى درجة منها^{٤٤}.

فالمحكمة الاتحادية العليا تنظر إلى المعاهدات المصادق عليها كونها قانوناً عادياً خاضعاً لولايتها. وبالتالي، قبلت النظر في الطعن المقدم بصدد المعاهدات بطريق غير مباشر من خلال قانون التصديق عليها، كون الأخير قد عمد إلى دمجها ضمن المنظمة القانونية وحولها قانوناً وطنياً. فالمحكمة الاتحادية تسط رقابتها على المعاهدات الدولية، شأنها شأن أي قانون عادي، فهي داخلة ضمن نطاق ولايتها على الدستورية. فهي لم ترفض النظر فيها بحجة خلوق قانونها والدستور من الإشارة إلى إمكانية خضوعها للرقابة. إذ اعتمدت قانون التصديق كقناة يمكن من خلالها الوصول إلى بحث مدى احترام السلطات الشروط الإجرائية في عقد المعاهدات ومدى توافق أحكامها الموضوعية مع ما هو موجود في الدستور. فالرقابة على المعاهدات داخلة ضمناً في الرقابة التي يمارسها القاضي الدستوري على القوانين العادية^{٤٥}.

II - طرق ممارسة الرقابة وحجية الأحكام الدستورية

أ- طرق ممارسة الرقابة على الدستورية

إن طرق الرقابة القضائية وأساليبها في الدول هي إما أن تتم بطريقة الدفع الفرعي وهي رقابة الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور، أو رقابة الدعوى المباشرة وتسمى أيضاً الدعوى الأصلية أو دعوى الإلغاء؛ أو بطريقة المزج بين الدعوى الأصلية المباشرة والدفع بعدم الدستورية. ويتم الأسلوب الأخير بأن يتقدم الأفراد بالطعن في عدم دستورية قانون ما أمام المحاكم، فإن اقتنعت بجديّة الطعن، تقدّمت به إلى المحكمة الدستورية. وهذه الطريقة تقتض وجود دعوى يراد فيها تطبيق قانون معين، فيدفع أحد الخصوم بعدم دستورية هذا

المحكمة الاتحادية العليا من قوانين، باعتبارها قانوناً شأنها شأن القوانين الاتحادية الأخرى. وهذا ما أكدته المحكمة عملياً عند قبولها النظر في طلبات بتّ مدى دستورية بعض المعاهدات الدولية. ففي قرارها الرقم ٤٤/اتحادية/٢٠٠٨ الصادر في ٩/٢/٢٠٠٩، قرّرت المحكمة ردّ الطعن المقدم بعدم دستورية اتفاقية انسحاب القوات الأمريكية من العراق وتنظيم أنشطتها خلال وجودها الموقت حيث ذهبت في قرارها إلى القول: «... وتأسيساً على ما تقدّم، يكون المدعي قد أقام دعواه والاتفاقية موضوع الدعوى ما زالت في دور التشريع وغير معمول بها وغير نافذة ولم تصبح قانوناً وفق الاجراءات الدستورية، وقد تشرّع وتكتسب المرحلة النهائية، وقد لا يتم في ذلك الوقت. عليه تكون دعوى المدعي قد اقيمت قبل أوانها...». حيث نجد المحكمة قد أضفت صفة القانون صراحة على المعاهدة متى ما اكتملت الإجراءات الدستورية لالتزامها، واعتبرت هذه الإجراءات بمثابة الآلية الخاصة بتشريع المعاهدة حتى تتحوّل قانوناً ملزماً^{٤٦}.

وعادت المحكمة لتؤكد منهجها في قرارها الرقم ١٥/اتحادية/٢٠٠٩ الصادر في ١٥/٦/٢٠٠٩، حيث بيّنت في قرارها بصدد الطعن الثاني المقدم بخصوص عدم دستورية اتفاقية انسحاب القوات الأمريكية المصادق عليها بالقانون رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٨، أنه باكتمال إجراءات المصادقة على الاتفاقية «... أصبحت الاتفاقية موضوع الدعوى نافذة بموجب قانون صدر على وفق الإجراءات الدستورية. وتأسيساً على ما تقدّم، تكون الاتفاقية موضوع الدعوى قد مرّت بالمراحل القانونية كافة التي رسمها دستور جمهورية العراق...». حيث قبلت النظر في الدعوى على أساس قانون التصديق. وكذلك قرار المحكمة رقم ٢١/اتحادية/إعلام/٢٠١٤ الصادر في ١٨/١٢/٢٠١٤ والمتعلق بالطعن المقدم في عدم دستورية قانون تصديق اتفاقية تنظيم الملاحة بين العراق والكويت في خور عبد الله، حيث قرّرت المحكمة صحة المعاهدة وقانون تصديقها طبقاً للمادة ٥٩/ثانياً من الدستور بالقول: «... وحيث إن القانون محلّ الطعن قد استوفى الشكلية القانونية التي نصّ عليها الدستور في مجلس النواب، وذلك بالموافقة عليه بالأغلبية البسيطة لعدد الأعضاء الحاضرين...». فالمحكمة قبلت النظر في موضوع المعاهدة من خلال قانون التصديق عليها، باعتبارها مدخلاً للنظر في مدى دستورية ما تضمنته من أحكام. أمّا في قرارها الصادر في ٢١/٤/٢٠١٥ بالعدد ١٦/اتحادية/إعلام/٢٠١٥ فقد نظرت في طلب رئاسة محكمة الجنايات في قصر القضاء في الرصافة / الهيئة الثالثة، بتّ شرعية المادة ٤٠/ج من اتفاقية الرياض للتعاون

٤٤. المصدر السابق، ص. ١٠٩-١١٠.

٤٥. المصدر السابق، ص. ١١٠.

٤٦. وائل منذر البياتي، مصدر سابق، ص. ١٠٨-١٠٩.

جديداً في تشكيل المحكمة الاتحادية العليا. فهو لم يشكّلها من فئة واحدة القضاة كما فعل دستور ١٩٢٥ في المحكمة العليا، أو مزج في تشكيلها بين الجانب القضائي والإداري كما فعل دستور ١٩٦٨ في المحكمة الدستورية العليا. إذ أضاف فئات أخرى إلى تشكيل هذه المحكمة، وهي فئة الخبراء في الفقه الإسلامي وفئة فقهاء القانون، حيث أصبحت المحكمة الاتحادية العليا يجب أن تتشكل، وبموجب أحكام الدستور، من هاتين الفئتين إضافة إلى فئة القضاة. إن هذه التشكيلة التي أوجب دستور ٢٠٠٥ أن تؤلف منها المحكمة الاتحادية العليا قد أثارت جدلاً واسعاً على صعيد الفقه في العراق. حيث ذهب جانب منه إلى القول إن هيكلية المحكمة المكوّنة من العنصر القضائي والقانوني والإسلامي أمر ليس بممدوح للمشرع العراقي فعلة، ذلك لأن هيكلية تكوين المحكمة إذا كانت تتضمن العنصرين القضائي والقانوني فلا تثريب عليها، بيد أن إقحام العنصر من الخبراء في الفقه الإسلامي في هذه الهيكلية، أمر لم تعهده الدساتير والتشريعات المقارنة، بل نكاد نجزم أن المشرع العراقي هو الوحيد الذي ضمن هيكلية المحكمة بهذا العنصر المتكّون من خبراء في الفقه الإسلامي^{٤٢}.

ب- اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على دستورية المعاهدات

أما اختصاصات المحكمة فقد بيّنتها المادة ٩٢ من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥، وفي مقدمتها الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة. ولم يُشر الدستور أو قانون المحكمة النافذ إلى الرقابة على المعاهدات الدولية بنص صريح، كما هو الحال بالنسبة إلى الدول التي نصّت دساتيرها أو قوانين قضائها الدستوري على هذا النوع من الرقابة. لكن هذا لا يعني عدم خضوع المعاهدات الدولية للرقابة، وإنما تتم الرقابة عليها بصورة غير مباشرة، ومن خلال قانون التصديق، حيث كما تبين لنا أن العراق تعارف على تصديق المعاهدات من خلال قانون يصدر. لذلك، يُسمّى بقانون التصديق على المعاهدة تلحق بأحكامه بنود ما تمّ الاتفاق عليه. وبعد صدور قانون المعاهدات الدولية رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٥، وتضمّنه النص صراحة على التصديق من خلال قانون يصدر لذلك، أصبحت موافقة الدولة العراقية النهائية والتعبير عن إرادتها في التزام المعاهدات الدولية وإنفاذها في النظام القانوني الداخلي يتمان من خلال هذا القانون، باعتباره خياراً تشريعياً نصّ عليه في القانون الخاص بعقدها. وبما أن القيمة القانونية للمعاهدات لا تتعدى القوانين العادية، كما أن الدستور أخذ بالرقابة على دستورية القوانين وأطلق الكلمة من دون تقييد لها، فهذا يجعل المعاهدات الدولية داخلة ضمناً فيما يخضع لرقابة

٤٢. صلاح خلف عبد، مصدر سابق، ص. ٣٢ و ٣٣ و ٣٦.

سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٢ وبالتالي، ستكون المحكمة الاتحادية العليا مشكّلة من فئة القضاة من دون الفئات الأخرى، مثل فقهاء القانون من أساتذة الجامعات أو العاملين في مجال القانون من المحامين أو المستشارين وغيرهم. ذلك لأن للقضاء الدستوري خصوصية تختلف عن القضاء العادي. فالقاضي الدستوري يكون بمنزلة المشرع ممّا يجعله بحاجة إلى الجانب الفقهي والعملي ليعطي القضية المعروضة أمامه أبعاداً فقهية وإعطاء مفهوم دقيق لأساسها والإلمام بجوانبها كافة. أما القاضي العادي فيقتصر عمله على تطبيق النص القانوني على علّته، إذا كان قد استوفى الشكلية الدستورية لتمريره من دون النظر فيه كمحلّ لواقعة يتصدى لها القضاء، بخلاف القضاء الدستوري الذي يكون اختصاصه النظر في دستورية القانون أو النص القانوني. وكل هذا لا يكتمل من دون وجود من لديه العقلية البحثية والتأصيل لدراسة المشكلة وإيجاد الحلول. كما أن هذا التنوع في الاختصاصات سيمد المحكمة بالخبرات والكفاءات، ويمكّنها من أداء رسالتها على الوجه الأسمى^{٣٨}.

بعد صدور دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، فقد أكد على وجود المحكمة الاتحادية العليا، حيث تناول، في الفصل الثالث من الباب الثالث منه، السلطة القضائية الاتحادية وخصّص لها الفرع الثاني بعنوان المحكمة الاتحادية العليا. إذ جاء في المادة ٨٩ من الدستور ما يلي: «تتكوّن السلطة القضائية الاتحادية من مجلس القضاء الأعلى، والمحكمة الاتحادية العليا ومحكمة التمييز الاتحادية وجهاز الادعاء العام، وهيئة الإشراف القضائي، والمحاكم الاتحادية الأخرى التي تنظّم وفقاً للقانون»^{٣٩}. فالمحكمة الاتحادية العليا على هذا تكون إحدى السلطات القضائية الاتحادية. كما ورد في المادة ٩٢/أولاً منه «المحكمة الاتحادية هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً»^{٤٠}. أما في ما يتعلق بألية تشكيل المحكمة الاتحادية العليا فقد نصّت المادة ٩٢/ثانياً في دستور ٢٠٠٥ على تكوين جديد يختلف عن تكوينها في ظلّ قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ الملقى وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٥ حيث نصّت هذه المادة على أن: «تتكوّن المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون، يحدّد عددهم، وتنظّم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يُسنّ بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب»^{٤١}. إن نصّ المادة ٩٢/ثانياً من دستور ٢٠٠٥ قد أورد مبدأ

٣٨. صلاح خلف عبد، مصدر سابق، ص. ٣٠-٣٢.

٣٩. المادة ٨٩ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

٤٠. المادة ٩٢/أولاً من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

٤١. المادة ٩٢/ثانياً في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

إنشاء المحكمة الاتحادية العليا التي نصّت على أن: «يجري تشكيل محكمة في العراق بقانون وتسمى المحكمة الاتحادية العليا»^{٢٤}. وقد أصدر مجلس الوزراء، بعد موافقة مجلس الرئاسة، وبحسب صلاحياته التشريعية، الأمر رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٥ في ١٧/٣/٢٠٠٥، وهو قانون المحكمة الاتحادية العليا. وقد نصّت المادة الأولى منه على أن: «تتشأ محكمة تسمى المحكمة الاتحادية العليا ويكون مقرها في بغداد تمارس مهامها بشكل مستقل، لا سلطان عليها لغير القانون»^{٢٥}. أما المادة ٣ من هذا القانون فقد وضعت الآلية التي تُشكّل، بموجبها، المحكمة الاتحادية العليا، حيث يتبين منها أنّ هذه المحكمة تتكوّن من رئيس وثمانية أعضاء يُعيّنهم من مجلس الرئاسة، بناءً على ترشيح مجلس القضاء الأعلى بالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم، وفق ما جاء في الفقرة ٥ من المادة ٤٤ من قانون إدارة الدولة المذكور آنفاً، حيث لم يفصل قانون المحكمة تلك الآلية، وإنّما أحال على الفقرة ٥ من المادة ٤٤ من قانون إدارة الدولة والذي يستبين منها قيام مجلس القضاء الأعلى أولاً وبالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم بترشيح ما لا يقلّ عن ثمانية عشر إلى سبعة وعشرين فرداً لغرض ملء الشواغر في المحكمة الاتحادية العليا. وبناءً على ذلك، فقد رشّح مجلس القضاء الأعلى سبعة وعشرين مرشحاً لرئاسة وعضوية المحكمة الاتحادية العليا، أي ثلاثة أضعاف عدد أعضاء المحكمة. وتمّ اختيار أعضاء المحكمة التسعة من خلال عملية اقتراع سرّي، وبموجب محاضر رسمية رُفعت إلى مجلس الرئاسة. وبعد التدقيق لمدة سبعة أشهر، اختير رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا، وصدر المرسوم الجمهوري الرقم ٢٩٨ في ٣٠/٣/٢٠٠٥ بالتعيين. وبعد إجراء انتخابات الجمعية الوطنية العراقية وتشكيل الحكومة، أعيد تعيين رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا مرّة ثانية بالقرار الجمهوري رقم ٢ في ١/٦/٢٠٠٥^{٢٦}.

جاء قانون المحكمة الاتحادية العليا بمبدأ بقاء الأعضاء في المحكمة الاتحادية العليا مدى الحياة حيث نصّت المادة ٦/٦ ثالثاً منه على أن: «ثالثاً: يستمرّ رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا بالخدمة من دون تحديد حدّ أعلى للعمر إلا إذا رغب في ترك الخدمة»^{٢٧}. وحصراً أمر الترشيح بمجلس القضاء الأعلى يعني أنّ الترشيح سيكون لفئة القضاة فقط لأنّ هذا المجلس يختصّ بشؤون القضاة من دون غيرهم، وفق أحكام البند أ من الفقرة ١ من المادة ٢ من أمر

٢٤. المادة ٤٤/أ من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤.

٢٥. المادة ١ من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، منشور بالوقائع العراقية عدد ٣٩٩٦ بتاريخ ١٧/٣/٢٠٠٥.

٢٦. صلاح خلف عبد، مصدر سابق، ص. ٢٨-٢٩.

٢٧. المادة ٦/٦ ثالثاً من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥.

للتطبيق لعدم وضوحها أو لأنها بحاجة إلى قانون يصدر لتسهيل تطبيق نصوصها، فيلتزم مجلس النواب إصدار التشريعات اللازمة لتسهيل تطبيق الاتفاقية. أما في ما يتعلق بالقيمة القانونية لنصوص المعاهدات الدولية، فإنّ النظام القانوني العراقي لا يعطى لنصوص المعاهدات التي يُصادق عليها وتُنشر في الجريدة الرسمية سوى قيمة التشريعات الداخلية. وهذا يعني أنّ لا علوية لنصوص المعاهدات على نصوص التشريعات الداخلية في القانون العراقي^{٢٨}.

– المبحث الثاني –

رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية المعاهدات

سنعرض في هذا المبحث الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية في العراق في ظلّ دستور سنة ٢٠٠٥، من خلال البحث في تشكيل المحكمة الاتحادية العليا في العراق واختصاصها بالرقابة على دستورية المعاهدات، باعتبارها الجهة المسؤولة عن ذلك، وهذا سيكون في المطلب الأول. أمّا المطلب الثاني فسيكرّس لطرق ممارسة هذه الرقابة وحجية الأحكام الدستورية.

I – تشكيل المحكمة الاتحادية العليا في العراق

واختصاصها بالرقابة على دستورية المعاهدات

أ- تشكيل المحكمة الاتحادية العليا في العراق

إنّ قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ الملغى هو الوثيقة الدستورية الأساسية التي وُضعت بعد أحداث عام ٢٠٠٢ والتي نظّمت أعمال سلطات ومؤسّسات الدولة العراقية الأساسية خلال الفترة الانتقالية التي تلت انتهاء سلطة الائتلاف المؤقت ولغاية صدور دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥^{٢٩}. لقد نظّمت هذه الوثيقة السلطة القضائية في الباب السادس بعنوان السلطة القضائية الاتحادية. وقد نصّت المادة ٤٤/أ من هذا القانون على

٢٨. طارق كاظم جليل، إدماج النصوص، الدولية في القوانين الداخلية، (دراسة مقارنة، منشور على الموقع الإلكتروني: http://www.tqmag.net/body.asp?field=news_arabic&id=1299&page_namper=p3

٢٩. صلاح خلف عبد، المحكمة الاتحادية العليا في العراق، تشكيلها واختصاصها (دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، مقدمة لكلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠١١، ص. ٢٨.

إمكانية إصدار تعميم إلى المحاكم الشرعية في العراق يتضمن الامتناع عن إجراء عقود الزواج أو النظر في أمور الطلاق بين المصريين لعدم وجود اتفاقية بين البلدين يمكن الرجوع إليها لتعديل أحكام المادة ٢/٢ من قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم ٧٨ لسنة ١٩٢١، والتي أعطت محاكمها الشرعية هذا الحق من دون منازعة من أي اتفاقية أخرى. كما أستند الديوان في قراره بالرقم ٣٠٢ في ٢٥ / ١٢ / ١٩٧٣، إلى أحكام اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية والمصادق عليها بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٢ لتقرير تمتع الدول الأجنبية بالحصانة القضائية على الأموال العائدة ملكيتها لها في العراق، وما يترتب على ذلك من عدم جواز مقاضاتها أمام محاكم الدولة. أما في قراره الرقم ٢ في ١٠ / ١٠ / ١٩٧٦، فقد ذهب إلى أبعد من الإشارة إلى المعاهدة من دون القانون. وإنما أقرّ وجوب توافق المعاهدة المزمع إبرامها مع ما سبق من التزامات دولية، وذلك عندما بين انسجام مشروع اتفاقية اللجوء الإقليمي مع أحكام الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية المصادق عليها بالقانون ١٩٢ لسنة ١٩٧٠. في المقابل، نجد أنّ الديوان، في قرارات أخرى، لا يشير إلى إمكانية الإفادة من نصوص المعاهدات مباشرة. ففي قراره الرقم ٥ في ١٠ / ١ / ١٩٧٦، والمتعلق بحقوق الشخص الأجنبي المضمونة بموجب الاتفاقيات الدولية التي دخل العراق طرفاً فيها كالاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية، والاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، نجده يشير إلى نصوص القوانين العراقية عند الاستشهاد إلى ما يقابل هذه الحقوق. وإنّ القضاء هو من يعمل على حمايتها عند تطبيقه للقوانين، حيث عدد النصوص من دون مراعاة كونها سابقة أو لاحقة على قوانين التصديق على هذه الاتفاقيات. أما مجلس شوري الدولة فإنه دائماً ما يشير في آرائه الافتائية إلى أوجه تعارض مشاريع المعاهدات والاتفاقيات الدولية وتوافقها مع ما موجود من نصوص تشريعية لغرض توضيح الآثار المترتبة على التصديق، حتى يمكن للسلطات المختصة بالموازنة بين الحقوق والتزامات العراق في ضوء ما قدم لها^{٢٠}.

وما يخص القرارات الصادرة عن محكمة التمييز، فإنها كانت لا تصدر بالاستناد إلى أحكام المعاهدات الدولية فقط، وإنما يشار إلى القوانين العراقية بالإضافة إليها. ففي قرارها الرقم ٦١٥ / حقوقية رابعة / ١٩٧٠ الصادر في ٢٠ / ٢ / ١٩٧٠، صادقت على حكم محكمة العمل في بغداد والقاضي بردّ الدعوى المرفوعة ضدّ السفير الهندي بخصوص حقوق مالية مترتبة بذمة السفارة، حيث استندت إلى أحكام المادة ٣١ من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية والمادة ١ من قانون امتيازات الممثلين السياسيين رقم ٤ لسنة ١٩٣٥، كونها تعطيه حصانة قضائية تمنع

وخلص القول، إنّ المعاهدات الدولية التي يصادق عليها العراق وتشر في الجريدة الرسمية، تُعدّ جزءاً من القانون الداخلي من دون أن تكون لها أية علوية على القانون الداخلي، وإنما تعامل معاملة التشريعات الداخلية. أمّا إذا وُجد تعارض بينها وبين القوانين الداخلية، فإنّ القاضي الوطني ملزم بتطبيق قواعد التفسير التي تُزيل هذا التعارض بالاستعانة بالقاعدتين الآتيتين: الخاصّ يقيد العامّ.

وقاعدة اللاحق يلغي أو يعدل أو يقيد السابق. وبالإستعانة بهذه القواعد، يمكن القاضي الوطني تطبيق نصوص الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، ما لم تكن نصوص الاتفاقية غير قابلة

٢٠. المصدر السابق، ص. ٩٢-٩٣.

٢١. المصدر السابق، ص. ٩٤-٩٥.

فمحكمة التمييز، في قرارها ٦١٥ / حقوقية رابعة / ١٩٧٠ الصادر في ٢٠ / ٢ / ١٩٧١، صادقت على حكم محكمة صلح العمل في بغداد والقاضي بردّ الدعوى المرفوعة ضدّ السفير الهندي في بغداد بخصوص حقوق مالية مترتبة بذمة السفارة، حيث بيّنت أنّ المادة ٢١ من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية المصادق عليها بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٢، تعطي لهم حصانة قضائية تمنع المحاكم المدنية من النظر في الدعاوى المرفوعة ضدّهم أو الخوض في موضوعها. ولورجعنا إلى أحكام قانون العمل رقم ١٥١ لسنة ١٩٧٠ النافذ حينها، لوجدنا أنّ المادة ١٦٤ تنصّ على إلغاء جميع النصوص القانونية المخالفة لأحكام القانون أينما وجدت في القوانين الأخرى. لكنّ للمعاهدة خصوصية تجعلها غير خاضعة لعمومية النصّ القانوني. في المقابل، نجد اتجاهًا آخر وهو الأُصوب، يذهب إلى اعتبار الأحكام التي وردت في المعاهدة، نصوصًا خاصة لا تعدل بموجب نصّ عامّ لاحق. وإنّما على القاضي أن يترك مجالاً لتطبيقها في النطاق الذي أبرمت لأجله. وعلى الأشخاص الذين يخضعون لأحكامها، حيث من غير المعقول قبول الدولة بوجود قاعدتين قانونيتين متعارضتين، إحداهما في النطاق المحلي والأخرى على الصعيد الدولي. ذلك أنّه، من غير المحتمل، أن تتعمد الدولة المتمدنة وضع قاعدة تعارض ما سبق الالتزام به بناء على رضى دول العالم المختلفة. لذا، على القاضي السعي للتوفيق بين النصوص. ويعزز هذا الرأي ما يذهب إليه القضاء الإداري العراقيّ حيث ذهب مجلس شوري الدولة في قراره الرقم ٢٩ في ٢٠ / ٩ / ١٩٨٢، من أنّ عدم وجود نصّ دستوريّ أو قانوني يبيّن القواعد الواجب اتّباعها عند حصول تعارض بين القوانين المحليّة والقواعد المذكورة في الاتفاقيات الدوليّة. لذا، يتمّ حلّ التعارض طبقاً للقواعد العامّة وأسس وأصول التفسير التي تقوم بها المحاكم التي تنظر موضوع النزاع. وأوّل هذه الأسس التمييز بين النصوص العامّة والخاصّة وتقييد الأولى بالثانية، حيث يمكن القضاء اعتبار المعاهدة نصّاً خاصّاً لا يتعدى تطبيقه أطرافها أو الأشخاص المشمولين بأحكامها^{٢٨}.

أمّا على صعيد الواقع العمليّ والتطبيق القضائيّ، ومن استقرار الآراء الافتائية لديوان التدوين القانوني ومجلس شوري الدولة وأحكام القضاء، يلاحظ عدم استقرار في توجّه القضاء حيال المعاهدات الدوليّة عند تعارضها مع القوانين العاديّة. وعند الرجوع إلى ديوان التدوين القانوني كونه جهازاً استشارياً للسلطة التنفيذية قبل إغائه وإحلال مجلس شوري الدولة محلّه، نجده ومن خلال القرارات الصادرة عنه، عند بيانه الرأي بشأن المصادقة على المعاهدة أو في احوال تطبيقها بعد ذلك، في القرار الصادر في ٢٠ / ٤ / ١٩٧٣ بالرقم ٩٢ / ١٩٧٣ قد بيّن عدم

الدستوريّ الذي أوجب اتّباع أحكامها. وكذلك ما أورده قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ في ديباجته من إعلان عن احترام العراق للقانون الدوليّ بشكل عامّ، وتخصيصه في المادة ٢٣ بالنسبة إلى المعاهدات الدوليّة المتعلقة بحقوق الإنسان حيث نصّت على: «يجب أن لا يفسر تعداد الحقوق المذكورة أنّها بأنّها الحقوق الوحيدة التي يتمتع بها أبناء الشعب العراقيّ، فهم يتمتعون بكلّ الحقوق اللائقة بشعب حرّ، له كرامته الإنسانية وبضمنها الحقوق المنصوص عليها في المعاهدات والاتفاقيات الدوليّة وغيرها من وثائق القانون الدوليّ التي وقّعها العراق أو انضمت إليها، أو غيرها التي تُعدّ ملزمة له، وفقاً للقانون الدوليّ...»^{٢٨}. حيث يستفاد من نصّ المادة أنّ معاهدات حقوق الإنسان، وخصوصاً ما يتعلق بالاعتراف بهذه الحقوق، تتمتع بقيمة مساوية لما ورد في الدستور من حقوق معترف بها للأفراد، ممّا يعني إلزام المشرّع العاديّ بعدم تجاوزها كونه سيخالف نصّاً أعلى مرتبة ممّا سيصدر عنه، وكذلك ما نصّت عليه المادة ٢٦ / ب من قانون إدارة الدولة من علو المعاهدات على القوانين الخاصّة بالإقليم مع مراعاة ما يتمتع به المجلس الوطنيّ لإقليم كردستان من صلاحية تعديل تنفيذ أيّ قانون اتحاديّ يتعلّق بالمواضيع التي لا تدخل ضمن الاختصاصات الحصريّة للسلطات الاتحادية. إنّ مرتبة التشريع العاديّ التي تتمتع بها المعاهدة في النظام القانوني العراقيّ، لا تشير إشكالية في ما يخصّ الحالات التي تنظّم فيها أموراً لم يتطرّق إليها المشرّع، أو إنّها تنظّم أموراً سبق تنظيمها، سوا في الأحكام نفسها أو في أخرى مخالفة. ففي كلّ هذه الحالات، سيكون النصّ ساري التطبيق باعتبارها قانوناً نافذاً. الإشكالية تكون عندما يصدر قانون لاحق ينظّم الأحكام نفسها التي وردت في المعاهدة الدوليّة، ولكن بتنظيم مغاير ومتعارض معها. فإن صرّح القانون بأنّه يلغي أحكام المعاهدة، هنا الدولة تتحلّل من التزاماتها الدوليّة بإرادتها المنفردة الصريحة. وهذا التحلل لا يعفيها من المسؤولية الدوليّة. لكن إن خلا القانون من أيّ حكم يتناول الموادّ التي تتعارض معه والتي أوردتها الاتفاقات الدوليّة السابقة عليه، هنا هل تعتبر المعاهدة نصّاً خاصّاً لا يشمل القانون اللاحق أم إنّ الأخير يعدل أو يلغي أحكامها باعتبار نسخته لما سبقه من أحكام في حدود تعارضها معه؟ نجد أنّ الآراء ذهبت إلى اتجاهين لحلّ هذه الإشكالية، الاتجاه الأوّل يلزم القاضي، في هذه الاحوال، بتطبيق قواعد التعارض القاضية بأن اللاحق يعدل أو يلغي الأحكام السابقة عليه، عند تعارضها مع ما نظّمه هو. ذلك أنّ المشرّع، عند سنّه القاعدة الجديدة يفترض منه العلم بالمعاهدة التي ارتبطت بها دولته. ومخالفتها تشريعياً يعني إقراراً منه أنّ لا مجال لتطبيق المعاهدة. وهذا الرأي يتعارض مع بعض أحكام القضاء العراقيّ.

٢٨. المادة ٢٣ قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤.

٢٩. منذر وائل البياتي، مصدر سابق، ص. ٨٩-٩٢.

القانونية. وفي الاتجاه ذاته، هناك من يعطي معاهدات حقوق الإنسان من دون غيرها، مرتبة أعلى من القانون العادي، باعتبار أن أي قول خلاف ذلك، يعني إفراغها من محتواها وما يلحق ذلك من إشكاليات للدولة في مواجهة التزاماتها تجاه المجتمع الدولي. ويعمم رأي آخر هذه القيمة على جميع المعاهدات في ظل دستور الجمهورية لعام ١٩٧٠ الملغى، حيث يذهب إلى أن تمتع المعاهدات بقوة القانون يرجع لمصادقتها من قبل مجلس قيادة الثورة المنحل. وهذه القيمة هي نظرية أكثر منها عملية، كون الواقع يتطلب علوها لعدم تمكن الدولة من إصدار تشريع لاحق يعارضها لتناقضه مع الغرض من الارتباط بالالتزام الدولي. والقبول بالمساواة لا يكون إلا في أسوأ الحالات. هذه الآراء تنطلق من الرغبة في النأي بالعراق عن المسؤولية الدولية. وصدق هذه الرغبة والميل نحوها لا يعضيان من القول إن هذا يتعارض مع صريح واقع المعاهدات الدولية في العراق، من خضوعها لما يطبق على التشريعات العادية من قواعد في أفضل الحالات، هذا إن تناضينا عن مسألة التحفظ الطبيعي للقاضي تجاهها، مقارنة بالنصوص الصادرة عن المشرع العادي على الرغم من أنها مصدر من مصادر القواعد القانونية التي يلزم القاضي بالرجوع إليها من دون حاجة إلى دفع أحد طرفي النزاع باعتباره ملزماً بتطبيق القانون. ويذهب بعيداً من يعطي معاهدات حقوق الإنسان التي أعلن العراق التزامه بها في دستور ٢٠٠٥، قيمة خاصة عندما أدخلها في نطاق الكتلة الدستورية التي لا يمكن سن قانون يتعارض مع أحكامها، أي إنه أعطاه قيمة مساوية للدستور. وبهذا يكون قد ابتعد كثيراً باتجاه إعلاء قيمة المعاهدات إلى الدرجة التي ألزم القاضي الدستوري بمراعاة أحكامها عند فحصه دستورية التشريعات. وهذا غير منطقي، مع خلو الدستور من تحديد قيمة المعاهدة أو إشارته إلى وجوب توافق التشريعات معها^{٢٧}.

أما الاتجاه الغالب والراجح، فإنه يُقر أن المعاهدة لا تعدو أن تكون مرتبتها بعد نفاذها داخلياً هي مرتبة التشريع العادي، وذلك من خلال النظر إلى الإجراءات الخاصة بتشريع قانون التصديق عليها، وهي المرتبة التي تمتعت بها المعاهدات عند تطبيق دساتير العراق المختلفة. ولا تخرج عن هذا السياق سوى ما نصت عليه المادة ١١٠ من القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥، التي خصت المعاهدات التي تتعلق بتحديد إقليم الدولة العراقية، والمنعقدة بتصديق مجلس الأمة أو المجلس التأسيسي بأعلوية على أي قانون يختص بتنظيم المناطق الإدارية في العراق، حيث ينبغي مراعاة أحكام هذه المعاهدات عند إصدار أي قانون بهذا الخصوص. فلا يملك المشرع مخالفتها بحجة أنه لاحق عليها من حيث الزمان. ذلك أن هذه الأحكام تتمتع بسمو النص

الأخيرة يعني وجوب تعديل القوانين على ضوء أحكامها. أما الاتجاه الثاني فيميز عند تحديد المكانة بين المعاهدات نفسها، حيث يذهب رأي إلى أن الأصل في المعاهدات أن لا تتعدى قيمتها مرتبة التشريع العادي. أما في حالات تنازع القواعد المنظمة بموجب أحكام القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، فإن المعاهدات التي تكون محلاً لهذا التنازع، تتمتع بأعلوية عليها متى تعارضت حلولها مع ما ورد في القانون من أحكام، وذلك استناداً لأحكام المادة ٢٩ من القانون التي نصت على أن: «لا تُطبق أحكام المواد السابقة إذا وُجد نص على خلافها في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في العراق»^{٢٥}. أما المعاهدات التي لم تُنشر في الجريدة الرسمية، فمن غير الممكن الاحتجاج بأحكامها في النظام القانوني الداخلي، كون عدم النشر يدل على رغبة الحكومة في عدم إنفاذها داخلياً، ولا سيما المتعلقة منها بحقوق وحرّيات الإنسان، باعتبار النشر هو الإجراء اللازم لاكتساب المعاهدة قوة القانون^{٢٦}.

وهذا الرأي قابل للنقاش في أوجه عدة، فالقول بأعلوية المعاهدات المنظمة لقواعد حلّ التنازع الخاصة بالمسائل الواردة في القانون المدني، يحتاج إلى تدقيق، ذلك لعدم وجود نص صريح بذلك في القانون. فجل ما تتمتع به هذه المعاهدات هو أولوية في التطبيق لا أعلوية في المرتبة، بمعنى أن المعاهدات هي من حيث الأصل تنظم حالات خاصة. وبالتالي، عند تطبيق القواعد الاعتيادية المتعلقة برفع التعارض بين النصوص القانونية ومنها أن الخاص يقيد العام. وبما أن هذه المعاهدات تنظم موضوعاً خاصاً، سواء من حيث اشخاصه أو موضوعاته، فإنها تعتبر من قبيل الاستثناء على الأحكام العامة التي وردت في القانون المدني. وصراحة نص المادة ٢٩ من القانون المدني تعزز القول بوجوب تقديم المعاهدات الدولية في الحدود التي أوردها النص. أما القول إن النشر هو الذي يكسب المعاهدة قوة القانون، فإنه أيضاً محل نظر، كون النشر هو إجراء إداري، الغرض منه تحقيق العلم لدى المخاطبين بالقاعدة القانونية، التي تم إثبات وجودها رسمياً بالإصدار، والذي يمثل شهادة ميلاد للقاعدة القانونية المكتمل وجودها بتصديق رئيس الدولة على ما سنته السلطة التشريعية من أحكام. أما عدم النشر فإن أثره يتمثل في عدم إمكانية إلزام الأفراد بالخضوع لأحكامها إن كانت تلزمهم بواجبات معينة. فنفاذ المعاهدة داخلياً مرتبط بالمصادقة عليها بموجب قانون التصديق. أما تمتع القانون أو المعاهدة بالقوة التنفيذية لغرض السريان في المجالات التي أعدت لأجلها، فإنه يرتبط بالنشر، كونه يؤمن تحقيق العلم لدى المخاطبين بأحكامه من خلال إجراء إداري خارج عن العناصر المكونة للقاعدة

٢٥. المادة ٢٩ من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٢٦. وائل منذر البياتي، مصدر سابق، ص. ٨٥-٨٧.

٢٧. المصدر السابق، ص. ٨٧-٨٩.

- III - قيمة المعاهدة في النظام القانوني العراقي

مثلما سكتت الدساتير العراقية المتعاقبة عن بيان طريقة إنفاذ المعاهدات داخل النظام القانوني للعراق، نجدتها انتهجت أيضاً الصمت حيال مكانتها، فلا نص صريحاً في أي وثيقة دستورية يشير إلى موقع المعاهدات قبل القواعد القانونية الأخرى. ولم يشذ الدستور الحالي عن هذه القاعدة حيث إنه، وبتعبير الفقه، وضع صياغة غير محدّدة للعلاقة مع القواعد الدولية بشكل عام، لعدم امكانية استخلاص معنى منضبط لألفاظ النص في سياق تحديد القيمة القانونية لهذه القواعد، عندما اعلن احترامه لجميع التزاماته الدولية، وأعاد النص على احترام هذه الالتزامات مع تخصيصها في ما يتعلق بمنع انتشار وتطوير وتداول وانتاج الأسلحة النووية والكيميائية والبيولوجية، وإن كان قد أضاف إلى إعلان الاحترام هذا، تعهداً بتنفيذ الالتزامات الدولية الناشئة على عاتق العراق بخصوصها، ممّا يعطيها بُعداً وعلواً دستوريين، باعتبارها نصاً ملزماً لجميع السلطات العامة، لا يمكن مدّه إلى غيرها من التّعهدات الدولية. وهذا يدفعنا إلى البحث في ضوء الآراء القانونية والأحكام القضائية لمعرفة فيما إذا كانت المعاهدات الدولية، بصورة عامة، تلو النص الدستوري أم هي تساويه في المرتبة، وهل في الإمكان مساواتها بالتشريع العادي أم إنّها تلو عليه مرتبة أم دونه في ترتيب القواعد القانونية عند التطبيق. وبالرجوع إلى الآراء القانونية، في هذا السياق، نجدتها تباينت إلى اتجاهات عدّة: فهناك رأي يذهب إلى أعلوية القانون الداخلي على المعاهدات في العراق، حيث إنّ أجهزة السلطة التنفيذية والمؤسسات القضائية لا تطبق ولا تنفذ إلا القوانين الصادرة من الدولة من دون المعاهدات. وهذا القول لا يمكن التسليم به، ذلك أنّ أحكام عقد المعاهدات وما تعارف عليه من المصادقة عليها بموجب قانون تصديق يتضمّن نصوصها، تجعلنا لا نقبل الأخذ بهذا الرأي. فمن غير المعقول منطقيّاً أن تكون أحكام المعاهدة الملحقّة بقانون التصديق بمرتبة أدنى من القانون نفسه، فكيف تكون للشيء ذاته قيمتان قانونيتان في الوقت ذاته. كما إنّ الآراء الصادرة من ديوان التدوين القانوني السابق ومجلس شوري الدولة في العراق، كثيراً ما تشير إلى مدى تعارض المعاهدات مع القوانين العراقية عند عرضها لإبداء الرأي في الانضمام إليها. وكثيراً ما تشير الآراء الافتائية إلى ملاحظة التعارض وأحياناً انعدامه. وفي كلتا الحالتين يترك للسلطة السياسية الخيار في الانضمام أو عقد المعاهدات من عدمه. وهذا يشير ضمناً إلى أنّ أحكام المعاهدة إن لم تكن تلو النص القانوني العادي، فإنّها مساوية له بدليل الإشارة إلى أنّ التعارض هو لغرض إتاحة الفرصة للسلطة بالموازنة بين قوانينها الداخلية وأحكام المعاهدة، كون التزام

المصادقة عليها، أي اتباع الإجراءات الشكلية اللازمة لإضفاء صفة القانون عليها. ولا وجود للمعاهدات التنفيذية التي تُنفذ بمجرد التوقيع عليها، حيث يتوجب موافقة مجلس النواب على قانون التصديق على المعاهدات أو قانون الانضمام إليها بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس، عدا المعاهدات المتعلقة بالحدود أو التي تمسّ السيادة الإقليمية ومعاهدات الصلح والسلام والتحالفات السياسيّة أو الأمنيّة أو العسكريّة ومعاهدات تأسيس المنظمات الإقليمية أو الانضمام إليها حيث يتطلب القانون أغلبية الثلثين^{٢٣}.

ولا يعترف قانون عقد المعاهدات رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٥، بالاتفاقيات الشفوية، حيث إنّ عرف المعاهدة في المادة ١/ اولا بأنّها: «توافق إرادات مثبت بصورة تحريرية...»، وبالتالي فإنّ لا قيمة قانونية لما يتمّ الاتفاق عليه في أحوال عدم إفراغ محتواه تحريراً. ومثل هذه الاتفاقيات لا تلزم سوى من صدرت عنه، من دون أن يمتدّ أثرها إلى الدولة العراقية. كما أخرج قانون عقد المعاهدات الاتفاقيات التنفيذية التي وقعها وزراء أو رؤساء الجهات غير المرتبطة بوزارة أو مجلس الوزراء، من نطاق سريان أحكامه عليها، باعتبارها لا تتعدّد إلا لتنفيذ أحكام معاهدات مصادق عليها قانوناً. فهي آليات للتنفيذ لا أكثر، فالقانون العراقي لا يعرف الصورة المبسّطة للاتفاقيات الدولية والتي تُنفذ بمجرد توقيعها، حيث ربط هذا النوع من الاتفاق الدولي بكونه عبارة عن اتفاق يُبرم لغرض تنفيذ المعاهدات التي صودق عليها بمرورها في جميع مراحل عقد المعاهدات الشكلية، وإن كان قد اشترط موافقة مجلس الوزراء في حال تطلّب تنفيذها التزاماً مالياً. وهذا يتطلب، بطبيعة الحال، وجود تخصيص مالي في بنود الموازنة العامة، وافق عليه مجلس النواب لأجل تنفيذها. وبخلاف ذلك، تكون موافقة مجلس الوزراء قد صدرت خلافاً لأحكام قانون الموازنة العامة. وكذلك أخرج القانون من ولايته مذكرات التفاهم المنعقدة بين الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة وما يقابلها من الدول الأخرى حيث تخضع لموافقة رئيس مجلس الوزراء أو من يخوّلها. وكذلك اتفاقيات التعامل بالمثل في الحقوق والالتزامات التي تعقدها وزارة الخارجية مع نظيرتها، حيث لا تخضع هذه المعاهدات للرقابة على دستورتها، وإنّما تكون خاضعة للرقابة السياسية التي يمارسها مجلس النواب على أداء الوزارات أو مجلس الوزراء. فالمعاهدات التي تخضع للرقابة على دستورتها في العراق هي المعاهدات التي يتمّ التصديق عليها وفقاً لما نصّ عليه القانون^{٢٤}.

٢٣. وائل منذر البياتي، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية في العراق، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة النهرين ٢٠١٦، ص. ٢٨ و ٣١.

٢٤. المصدر السابق، ص. ٢٢-٢٣.

ويتضح من هذا النص أن المعاهدة لا تصبح ملزمة للعراق إلا بعد صدور القانون الذي يجعلها ملزمة ونافاذة في النظام القانوني العراقي. وهذا القانون الذي يسمّى بقانون التصديق على المعاهدة هو الكفيل بتحويل المعاهدة من التزام دولي إلى قاعدة قانونية وطنية ملزمة للجميع.

وقد ميّز قانون عقد المعاهدات العراقي بالنسبة إلى موافقة مجلس النواب على قانون التصديق على المعاهدة من حيث الأغلبية اللازمة لذلك، إذ اشترط الأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب، عدا المعاهدات المتعلقة بالحدود أو السيادة الإقليمية للعراق ومعاهدات الصلح والسلام والتحالفات السياسية والأمنية والعسكرية ومعاهدات تأسيس المنظمات الإقليمية أو الانضمام إليها حيث تطلب أغلبية الثلثين.

من ذلك، يتبين أن الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ قد تبني آلية التصديق المجتمعة حيث تتم المصادقة على المعاهدات الدولية باتفاق السلطة التشريعية ورئيس الدولة، كما جاء في نص المادة ٦١/١ رابعاً من الدستور الأنفة الذكر، والمادة ٧٢/٢ ثانياً من الدستور، ومن استعراض هذين النصين يبدو أن مجلس النواب يضطلع بالدور الفعلي بعملية المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية. وليس لرئيس الجمهورية في ذلك سوى دور شكلي بروتوكولي، بدليل أن المادة ٧٢ من الدستور تقترض مصادقة رئيس الجمهورية على المعاهدة، بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ إحالتها عليه. وبالتالي، فإن مجلس النواب يختص بالمصادقة على جميع المعاهدات، السياسية منها وغير السياسية وهو، بدوره، يمارس الالتزام النهائي بالمعاهدات الدولية من خلال إمّا المصادقة على المعاهدات الدولية أو رفضها. ففي حالة المصادقة عليها. لا بد من أن يكون ذلك بقانون يُسنّ بالأغلبية المطلوبة، وإلا فإن امتناع المصادقة من شأنه أن ينهي المعاهدة. وقد سبق وأن امتنع مجلس النواب عن الموافقة على اتفاقية الشراكة الاقتصادية الشاملة الموقع عليها مع تركيا في ٢٢/٣/٢٠٠٩، بسبب عدم النصّ فيها على حصّة مائيّة للعراق في مياه دجلة والفرات، استناداً إلى الإعلان الاستراتيجي الموقع عليه بين العراق وتركيا في ١٠/٧/٢٠٠٨.^{٢٢}

ففي العراق، فإنّه، وبشكل عامّ، يتطلّب التصديق على جميع أنواع المعاهدات من دون استثناء. إذ جاءت الدساتير بحكم ثابت تجاهها يتضمّن وجوب التصديق عليها حتى تُنفذ. فالمشرّع العراقي لا يعرف سوى المعاهدات الشكلية التي تتطلّب، لإتمام الارتباط بأحكامها، خضوعها للتصديق اللاحق على التوقيع حيث لا تدخل المعاهدات حيّز النفاذ من دون أن تتمّ

«إيراد توقيع ممثل جمهورية العراق رسمياً على نصّ المعاهدة»^{١٧}. فسلطة التفاوض والتوقيع على المعاهدات في العراق هي في يد مجلس الوزراء حصرياً بموجب دستور سنة ٢٠٠٥. وبعد مرحلة التوقيع، تأتي مرحلة التصديق. وهي المرحلة الأهمّ التي تمرّ بها المعاهدة. والتصديق هو إجراء يُقصد به الحصول على إقرار السلطات المختصة في داخل الدولة للمعاهدة التي تمّ التوقيع عليها وفقاً لأحكام الدستور في كلّ دولة^{١٨}. وقد أوكل الدستور مهمة التصديق على المعاهدات لكلّ من مجلس النواب ورئيس الجمهورية. حيث أوردت المادة ٦١/١ رابعاً: «يختصّ مجلس النواب... بتنظيم عملية المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية، بقانون يُسنّ بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب»^{١٩}. أما المادة ٧٢ من الدستور فقد نصّت على أن: «يتولّى رئيس الجمهورية الصلاحيات الآتية: ... ثانياً المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية بعد موافقة مجلس النواب، وتُعدّ مصادقاً عليها بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ تسليمها»^{٢٠}. أمّا عن قانون عقد المعاهدات العراقي رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٥ فقد جاء صريحاً في تأكيد طريقة التزام العراق بالمعاهدات الدولية في الفصل التاسع منه تحت عنوان التصديق والانضمام في المادة ١٧ التي نصّت على أن: «يخضع التزام جمهورية العراق بالمعاهدات المعقودة وفقاً لأحكام هذا القانون إلى موافقة مجلس النواب على قانون التصديق على المعاهدة أو قانون الانضمام إليها بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس، عدا المعاهدات التالية التي يجب حصول الموافقة عليها بأغلبية الثلثين:

أولاً- معاهدات الحدود والمعاهدات التي تمسّ السيادة الإقليمية لجمهورية العراق.

ثانياً- معاهدات الصلح والسلام.

ثالثاً- معاهدات التحالف السياسيّة والأمنيّة والعسكريّة.

رابعاً- معاهدات تأسيس المنظمات الإقليمية أو الانضمام إليها»^{٢١}.

١٧. المادة ١/١ ثامناً من قانون عقد المعاهدات العراقي رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٥.

١٨. عصام العطية، مصدر سابق، ص. ١٢٣؛ وانظر المادة ١٤ من اتفاقية بيننا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩.

١٩. المادة ٦١/١ رابعاً من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

٢٠. المادة ٧٢/٢ ثانياً من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

٢١. المادة ١٧ من قانون عقد المعاهدات العراقي رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٥؛ ولمزيد من التفاصيل انظر: عامر عياش عبد الجبوري وضامن مهدي حبيب. نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني العراقي، دراسة مقارنة في ضوء أحكام دستور ٢٠٠٥ وقانون عقد المعاهدات العراقية رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٥، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ١، مج ١، ع ٢، ج ٢، كانون الأول ٢٠١٦، ص. ٤٧-٦١.

٢٢. بوتان عثمان دزهيبي، مقال حول الرقابة الدستورية على المعاهدات الدولية في العراق، منشور على الرابط: <http://afaqdroit.com/2018/05/04>.

التعبير عن رضی الدولة في الالتزام بمعاهدة معينة، او القيام بالأعمال المتعلقة بها تسمى بوثيقة التفاوض. وقد عرفتها المادة ٢١/ج من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩ بالقول: «الوثيقة الصادرة عن السلطة المختصة في الدولة التي تعين شخصاً أو أشخاصاً لتمثيل الدولة في المفاوضات، أو في اعتماد نصّ المعاهدة أو توثيقه، أو في التعبير عن رضی الدولة بالالتزام به، أو في القيام بأيّ تصرف آخر يتعلّق بالمعاهدة»^{١٢}.

أما قانون عقد المعاهدات العراقي رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٥ فقد عرّف وثيقة التفاوض في المادة ١/سادساً بأنها: «الوثيقة التي يعين بموجبها مجلس الوزراء شخصاً أو أكثر لتمثيل جمهورية العراق في التفاوض في شأن عقد معاهدة ما أو اعتمادها أو توثيقها أو الإعراب عن موافقة جمهورية العراق على التزام معاهدة ما، أو في القيام بأيّ عمل آخر إزاء معاهدة ما. ولا يجوز لمن يخوّله مجلس الوزراء هذه الصلاحيّة تخويلها للغير، وتصدر بتوقيع رئيس مجلس الوزراء ووزير الخارجية»^{١٣}.

وبعد انتهاء عمليّة المفاوضات، يصار إلى تحرير ما اتفق عليه بوثيقة مكتوبة. وأمّا عن اللغة التي يتمّ تحرير المعاهدة بها فتخصّ المادة ٧ من قانون عقد المعاهدات العراقية رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٥ على أن: «تحرّر المعاهدات الثنائية بين حكومة جمهورية العراق والدول الأخرى بلغة واحدة أو أكثر، وفق إحدى الصور الآتية: أولاً- باللغة العربية في حالة عقد المعاهدات مع دولة عربية أو أكثر. ثانياً- باللغة العربية واللغة التي تعتمدها الدولة المتفاوضة الأخرى على أن يكون للغتين حجّية قانونية واحدة. ثالثاً - باللغة العربية واللغة القومية للدولة المتفاوضة الأخرى وبلغتها ثالثة إما الانكليزية أو الفرنسية، شريطة أن يكون للغات الثلاث حجّية قانونية واحدة وعلى أن يُعول على اللغة الثالثة فقط عند حصول خلاف في شأن تفسير أحد نصوص المعاهدة»^{١٤}.

وبعد تحرير المعاهدة، تأتي مرحلة توقيع وثيقة الالتزام، ويعني قبول الأطراف بجميع ما ورد فيها من أحكام. وقد يتمّ التوقيع بأسماء المفاوضين الكاملة، أو قد يكون بالأحرف الأولى للأسماء في حالة ما إذا كانوا غير مزوّدين بالتفويض اللازم للتوقيع أو في حالة ترددهم في الموافقة نهائياً على المعاهدة ورغبتهم في الرجوع إلى حكومات دولهم للتشاور معها قبل التوقيع النهائي^{١٥}. أما عن قانون عقد المعاهدات العراقي فقد عرّف في مادته ١/ثامناً التوقيع بأنه:

١٣. المادة ٢ (ج/١) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩.

١٤. المادة ١/سادساً من قانون عقد المعاهدات العراقي رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٥، منشور في الوقائع العراقية عدد ٤٣٨٣ بتاريخ ١٢/١٠/٢٠١٥.

١٥. المادة ٧ من قانون عقد المعاهدات العراقي رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٥.

١٦. عصام العطية، مصدر سابق، ص. ١٢١؛ وانظر المادة ١٢ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩.

فرضها بالقوة. ومع ذلك، تبقى المخالفة للدستور أمراً متوقّعا ممّا يستوجب خضوعها للرقابة على الدستورية^{١٦}.

وهذه الأحكام التي تتضمنها المعاهدة الدولية التي عقدتها الدولة وأمست طرفاً فيها، قد ينطوي بعضها أو كلّها على مخالفة لأحكام دستور الدولة، وهذا هو منشأ مشكلة الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية.

وتختلف القيمة القانونية للمعاهدة الدولية من نظام دستوريّ إلى آخر. فهي تتمتع بقوة أعلى من قوة القانون في بعض الدساتير، مثل فرنسا والجزائر، وتمثّل القانون الأعلى في الدولة في الولايات المتحدة الأمريكية، ولها قوة القانون في مصر. أمّا في الأردن فإنّ المشرّع الدستوريّ لم يحدّد مكانة معينة للمعاهدة الدولية، وإنما اكتفى بتحديد جهة الاختصاص في التصديق على المعاهدات^{١٧}. فما هي مكانة المعاهدة الدولية في النظام القانوني العراقي.

II - كَيْفِيَّةُ إِدْمَاجِ الْمَعَاهِدَةِ فِي النِّظَامِ الْقَانُونِيِّ الْعِرَاقِيِّ

في البداية، لا بدّ من توضيح كيفية انعقاد المعاهدة الدولية التي يكون العراق طرفاً فيها. فحتّى يتمّ انعقاد المعاهدة الدولية نهائياً، فإنّها تمرّ بمجموعة من الإجراءات الواجب اتّباعها لصيرورة المعاهدة كاملة. ومن هذه الإجراءات هي المفاوضات، ويُقصد بها تبادل وجهات النظر بين ممثلي دولتين أو أكثر بقصد التوصل إلى عقد اتفاق بينهما^{١٨}.

وفي العراق، فإنّ الجهة التي تمتلك الحقّ في التعبير عن إرادة الدولة في عقد المعاهدة هي مجلس الوزراء حيث نصّت المادة ٨٠/سادساً من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ على أنّ: «يمارس مجلس الوزراء صلاحيّات ... التفاوض بشأن المعاهدات والاتفاقات الدولية والتوقيع عليها، أو من يخوّله»^{١٩}. والتحويل أو التفويض هو أن يزوّد المفاوض أو المفاوضين وثيقة تفيد

٩. علي يوسف الشكري، مباحث في الدساتير العربية، ط ٢، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٤، ص. ٤٤١.

١٠. فيصل عقلة شطناوي، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، مج ٤٢، ع ١، ٢٠١٥، ص. ٤٥؛ عبد المنعم بن أحمد ونقيش لخضر. الرقابة الدستورية على المعاهدات الدولية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي الأغواط، الجزائر، ع ١٣، مارس ٢٠١٧، ص. ١٠.

١١. عصام العطية، مصدر سابق، ص. ١١٤.

١٢. المادة ٨٠/سادساً من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

تنظيم علاقة قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة^٣. أما الأستاذ عبد الحسين القطيفي فقد عرفها بأنها: «عبارة عن توافق إرادة شخصين دوليين أو أكثر بقصد إنشاء علاقات بينهما تخضع للأحكام العامة للقانون الدولي»^٤. أما شارل روسو فقد عرفها بأن: «المعاهدات، مهما كانت تسميتها، هي عبارة عن اتفاق بين أشخاص القانون الدولي مخصص لإحداث آثار قانونية معينة، وهي شبيهة في النظام الداخلي بالقانون والعقد في آن معاً»^٥. وقد جاء تعريف المعاهدة الدولية وفقاً لاتفاقية فيينا لقانون المعاهدات عام ١٩٦٩، في المادة الثانية ١/أ منها بأنها: «يُقصد بـ «المعاهدة» الاتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة والذي ينظمه القانون الدولي، سواء تضمنته وثيقة واحدة أو وثيقتان متصلتان أو أكثر، ومهما كانت تسميته الخاصة»^٦. وهذا التعريف هو الذي سارت عليه أغلبية فقهاء القانون الدولي. من خلال التعريفات السابقة، نستخلص بأن المعاهدة الدولية تقوم على عناصر أساسية فهي عبارة عن اتفاق بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام؛ وإن هذا الاتفاق لا بد من أن يكون مكتوباً؛ وأن يعقد بحسب أحكام القانون الدولي العام؛ وأن يكون الهدف من عقده إحداث أو ترتيب آثار قانونية معينة^٧.

وهذه المعاهدات ترتب مجموعة من الآثار والالتزامات الدولية في حق الدول الأطراف في المعاهدة، كما إنها تتضمن قواعد قانونية يلتزم القاضي الوطني تطبيقها وإعمال ما تضمنته من أحكام. وهو في تطبيقه أحكام المعاهدة الدولية إنما يطبقها بوصفها جزءاً لا يتجزأ من نظامه القانوني الداخلي^٨.

فمخالفة المعاهدة للدستور أمر متوقع، إنما نتيجة لعدم خبرة السلطة القائمة على عقد المعاهدة، أو بفعل فرضها من قبل أحد أو بعض الأطراف الدولية. وهو أمر كثير الحدوث في المعاهدات الثنائية، أما في المعاهدات الجماعية أو الشارعة فيندر حدوث ذلك لعدم المصلحة في

وهذا ما سنتناوله في هذه الدراسة من خلال تقسيمها إلى مبحثين، يتناول الأول منها مكانة المعاهدة في النظام القانوني العراقي، أما المبحث الثاني فسيكرس لرقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية المعاهدات.

– المبحث الأول –

مكانة المعاهدة في النظام القانوني العراقي

يُقصد بمكانة المعاهدات الدولية في القانون الداخلي قيمتها القانونية ضمن الهرم القانوني الداخلي للدولة بعد عملية إدماجها ضمن هذا الهرم، والتي قد تتج منها مشكلة التنازع بين المعاهدة والقانون الداخلي. وفي هذا المبحث، سنض لمكانة المعاهدة في النظام القانوني العراقي من خلال مطلبين، الأول يوضح تعريف المعاهدة الدولية، أما المطلب الثاني فسيتناول كيفية إدماج المعاهدة في النظام القانوني العراقي.

I – تعريف المعاهدة الدولية

المعاهدة هي اتفاق يعقد بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي ترمي إلى إحداث آثار قانونية معينة. فهي اتفاق مكتوب بين الدول أو أشخاص القانون الدولي العام ممن يملكون الأهلية لعقد المعاهدة، بقصد ترتيب آثار قانونية معينة وفقاً لقواعد القانون الدولي العام، وإنشاء حقوق والتزامات قانونية على عاتق أطرافه، سواء تم هذا الاتفاق في وثيقة واحدة أو وثائق عدة، وأياً كانت التسمية التي تُطلق عليه^١. ويعرف الأستاذ الدكتور حكمت شبر المعاهدة بأنها: «الاتفاقيات التي تقوم على الإرادة الصريحة للأطراف المتساوية، وهذه الأطراف هي أشخاص القانون الدولي. وتتطوي آثار هذا الاتفاق على تغيير أو إيقاف الالتزامات والحقوق المتبادلة في المجالات الاقتصادية والثقافية أو في أي حق من حقوق التعاون، بشرط أن يراعى في عقدها ولزومها ونفاذها جميع الأحكام الشكلية والموضوعية المقررة في القانون الدولي العام»^٢. ويعرفها الأستاذ الدكتور علي صادق أبو هيف بأنها: «اتفاقات تعقدها الدول في ما بينها بغرض

١. عصام العطية، القانون الدولي العام، ط ٦، بغداد: المكتبة القانونية، ٢٠٠٨، ص. ١٠٤.

٢. حكمت شبر، القانون الدولي العام، دراسة مقارنة، ط ٢، بغداد: المكتبة القانونية، ٢٠٠٩، ص. ٦٠.

٣. علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، ط ١٦، الإسكندرية منشأة المعارف، ١٩٩٧، ص. ٥٢٥.

٤. عبد الحسين القطيفي، القانون الدولي العام، ج ١، في أصول القانون الدولي العام، بغداد: مطبعة العاني، ١٩٧٠، ص. ١٦٧.

٥. شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة شكر الله خليفة وعبد المحسن سعد، بيروت: ١٩٨٢، ص. ٣٤.

٦. اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩، المادة ٢ (أ/١).

٧. عبد العليم عبد المجيد مشرف، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، دراسة مقارنة، القاهرة: دار النهضة العربية، بلا سنة طبع، ص. ٨.

٨. عوض عبد الجليل عوض الترساوي، المعاهدات الدولية أمام القضاء الدستوري، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص. ٢.

المقدمة

إن الرقابة على دستورية القوانين تُعدّ من أهمّ موضوعات القانون الدستوري وأكثرها إثارة للبحث والدراسة، باعتبارها السدّ المنيع الذي يحول دون نفوذ قوانين مخالفة للدستور ولتأكيد احترام حقوق الأفراد وحرّياتهم الأساسية واختصاصات السلطات الدستورية، وسواء جاءت هذه المخالفة بصورة قانون عاديّ أو معاهدة موافق عليها حسب الأصول الدستورية المعتمدة في كل دولة.

تقوم النظم القانونية الداخلية للدول على مبدأ سموّ الدستور على جميع الأعمال التشريعية، وذلك من خلال الاعتراف بالاختلاف في الطبيعة بين القاعدة الدستورية الموجودة سواء داخل الدستور أو خارجه وبين القاعدة التشريعية الأدنى درجة، سواء كانت عادية أو فرعية. إذ يجب التوافق بين القواعد الدنيا مع ما يعلوها شكلاً ومضموناً. إذ أنّ القواعد الدستورية تتّصف بالثبات ولا تتغيّر إلاّ باتّباع إجراءات خاصّة تضمن عدم العبث بها، حيث يمثّل الدستور رأس الهرم بالنسبة إلى القواعد التي تطبّق داخل الدولة، الأمر الذي يستلزم معه وجود وسيلة لاحترام هذا سموّ تتمثّل في الرقابة على الدستورية لضمان احترام مبدأ سموّ الدستور.

ومن هنا، جاء إقرار الدول، ومنها العراق، على الرقابة على الدستورية لضمان احترام سيادة الدستور على القواعد التشريعية الأخرى. وبما أنّ المعاهدات تشكّل جزءاً من هذه القواعد التشريعية وتنفذ داخل الدول، سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، الأمر الذي ينطوي على احتمالية تعارضها مع القواعد الدستورية. لذلك، اقتضت الضرورة خضوعها للرقابة على الدستورية. إنّ الرقابة الدستورية على القوانين في العراق قد منحت للمحكمة الاتحادية العليا، كما جاء في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤، ومن ثمّ في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥. وهذه المحكمة قد تنظر في مدى دستورية معاهدة ما مرتبط بها العراق من خلال النظر في دستورية القانون الذي أدمج هذه المعاهدة في النظام القانوني العراقي.

Control of the constitutionality of treaties under the Constitution of the Republic of Iraq for 2005

Abstract

This research is entitled «Control of the constitutionality of treaties under the Constitution of the Republic of Iraq for 2005». The Federal Supreme Court of Iraq is responsible for controlling the constitutionality of treaties in Iraq under the Constitution of the Republic of Iraq for the year 2005 in accordance with the provisions of article 93, paragraph 1, of the Constitution. The Federal Supreme Court Act n° 30 of 2005 formed this court. The detailed provisions on the manner in which such control is exercised are contained in the Rules of Procedure of Court n° 1 of 2005. They are two ways of control, either by way of a combination of the sub-allegation method and the original claim, or the original claim (Abolition Claim), and thus control of the constitutionality of treaties in Iraq is subsequent judicial control. This control of treaties is done in the same way as the constitutionality of ordinary laws, because the successive Iraqi constitutions have all been silent about the legal value of the treaty in the face of the Iraqi internal law system. On the other hand, the application in Iraq has been based on giving the treaty the value of ordinary law. The treaty to which Iraq is bound does not become part of its domestic legal system until it has been promulgated by an internal legislation called the «Law of Ratification of The Treaty», which annexed by the full provisions of the treaty. This is the method adopted to incorporate the treaty into the Iraqi legal system. In this way, the treaty has the value of ordinary law in Iraq. The monitoring of the constitutionality of treaties in Iraq is a subsequent and indirect judicial control, which is through controlling of the constitutionality of the law that incorporated the treaty into the Iraqi legal system. We prefer to maintain this situation. It is a simple and clear way to transform Iraq's international obligations into internal rules of law in the face of all authorities and individuals. It gives the Iraqi state and citizens the freedom to deal with some treaties that may be a burden on the state after it is fully concluded, or violates the Constitution. So that each interested individual or any official body can challenge the constitutionality of the treaty before the Iraqi judiciary represented by the Federal Supreme Court. If the court ruled the invalidity of the treaty for violating the Constitution of the country based on article 13, which established the principle of the supremacy of the Constitution over other ordinary laws, this may lead to the assumption by the Iraqi State of international responsibility for not respecting its international obligations. We recommend that the new law of the Federal Supreme Court should be expeditiously enacted because it is currently exercised by law n° 30 of 2005, which was issued under the State Administration Law for The Transitional Period of 2004. The latter speaks about the supervision of compliance with the legality of laws in articles 44/b/2 and 44/c. The detailed legislative provisions for the methods of exercising such control are found in the Federal Court's own Rules of Procedure n° 1, which is not appropriate way to issue important

and detailed legislative provisions that allow individuals to challenge the constitutionality of laws under a bylaw issued by the Court itself. We therefore call for the speedy enactment of the new Federal Supreme Court Act to end this obvious legislative confusion.

Hadi Naim AL-MALIKI
Professor of International Law
Vice-Dean for Scientific Affairs and
Master's Studies, University
of Baghdad, College of Law

Contrôle de la constitutionnalité des traités en vertu de la Constitution irakienne de 2005

Résumé

Cette recherche s'intitule « Le contrôle de la constitutionnalité des traités en vertu de la Constitution irakienne de 2005 ». La Cour suprême fédérale d'Irak est chargée du contrôle de la constitutionnalité des traités en Irak, en vertu de la Constitution irakienne de 2005, notamment les dispositions de l'article 93, alinéa 1 de la Constitution. La Cour a été établie en vertu de la loi n° 30 de 2005. Les dispositions relatives aux modalités d'exercice du contrôle sont stipulées par le règlement intérieur de la Cour n° 1 de 2005. En effet, deux modalités de contrôle sont exercées, soit en conjuguant la méthode de recours indirect et recours direct, soit en adoptant uniquement le recours direct (recours en annulation), le contrôle de la constitutionnalité en Irak tombant sous la compétence du pouvoir judiciaire.

Le contrôle exercé sur les traités est le même exercé sur la constitutionnalité des lois ordinaires. En effet, toutes les constitutions irakiennes successives étaient restées silencieuses quant à la valeur légale des traités face aux législations internes irakiennes. D'autre part, le contrôle en Irak se base sur l'attribution au traité du même rang que la loi ordinaire. Les traités auxquels l'Irak est contraint ne peuvent faire partie du système juridique interne que s'ils sont promulgués en vertu d'une législation interne nommée « La loi sur la ratification des traités », à laquelle sera joint l'ensemble des provisions dudit traité. Voilà la méthode adoptée afin d'inclure le traité dans le système juridique irakien.

Ainsi, les traités auront-ils la même valeur que les lois ordinaires en Irak. Le contrôle de la constitutionnalité des traités en Irak est un contrôle judiciaire a posteriori et indirect, effectué par l'exercice d'un contrôle sur la constitutionnalité de la loi en vertu de laquelle le traité a été incorporé dans le système juridique irakien. Pour nous, il serait préférable de préserver la situation telle quelle, étant donné que c'est un moyen simple et clair nous permettant de changer les obligations internationales de l'Irak en normes légales internes, face aux autorités et individus. Cette procédure dote également l'État et les citoyens irakiens d'une marge de liberté afin d'examiner des traités qui pourraient peser sur l'Irak une fois conclus, ou ceux qui constituent une violation à la Constitution. Chaque individu intéressé ou entité officielle aura donc la possibilité de contester la constitutionnalité du traité auprès du pouvoir judiciaire irakien représentée par la Cour suprême fédérale. Au cas où la Cour prononcerait l'invalidité du traité en raison de violation de la Constitution de l'État selon l'article 13, qui consacre le principe de la suprématie de la Constitution sur les lois ordinaires, l'Irak devrait peut-être assumer toutes les responsabilités internationales pour avoir failli au respect de ses obligations internationales. Nous recommandons la promulgation de la nouvelle loi relative à la Cour suprême fédérale sans délai, régie actuellement par la loi n° 30 de 2005 adoptée dans le cadre de la loi pour l'administration de l'État irakien pendant la période transitoire de 2004. Cette dernière porte sur le contrôle du respect de la légalité des lois, notamment les

articles 44/b/2 et 44/c. Le détail des dispositions législatives relatives à l'exercice d'un tel contrôle figure dans le Règlement intérieur de la Cour suprême fédérale n° 1, et ne peut en aucun cas être perçu en tant que moyen approprié de promulguer des dispositions législatives permettant aux individus de contester la constitutionnalité des lois, en vertu d'un règlement intérieur élaboré par la Cour elle-même. Voilà pourquoi nous appelons à la promulgation sans délai de la nouvelle loi relative à la Cour suprême fédérale, mettant ainsi un terme à toute ambiguïté législative.

Hadi Naïm AL-MALIKI
Professeur de droit international public
Vice-doyen pour les affaires scientifiques
et les études de mastère, Université
de Bagdad, Faculté de droit

موجز

يحمل هذا البحث عنوان «الرقابة على دستورية المعاهدات في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥». نصّت أحكام الفقرة الأولى من المادة ٩٣ من الدستور العراقي على أن المحكمة الاتحادية العليا في العراق تتولّى الرقابة على دستورية المعاهدات بموجب دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ توافقاً مع احكام المادة ٩٣. الفقرة الأولى من الدستور. ولقد تأسست المحكمة الاتحادية العليا في العراق بموجب المادة ٣٠ منه. ينصّ النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لعام ٢٠٠٥ على الأحكام المتعلقة بممارسة الرقابة على دستورية المعاهدات التي تتمثل سواء بأسلوب المزج بين طريقتي الدفع الفرعي والدعوى الأصلية أو بالدعوى الأصلية (دعوى الإلغاء). بالتالي فإن الرقابة على دستورية المعاهدات في العراق هي رقابة قضائية. وشأن الرقابة الدستورية على المعاهدات شأن الرقابة على القوانين العادية. ذلك أن الدساتير العراقية المتتالية كانت لغافلة عن الأهمية القانونية التي تكتسبها المعاهدات في وجه النظام القضائي العراقي. من جهة أخرى. في العراق تعتبر المعاهدة بمثابة قانون عادي. ولا يجوز اعتبار اي معاهدة ملزمة ما لم يتم اصدارها بقانون داخلي معروف «بقانون المصادقة على المعاهدات» الذي يخضع المعاهدة والملاحق ذات الصلة الى الرقابة الدستورية فتصبح جزءاً من التشريع العراقي. وبالتالي تكتسب المعاهدات صفة القانون العادي في العراق. وتشكّل الرقابة على دستورية المعاهدات في العراق رقابة قضائية غير مباشرة. تتم عبر فرض الرقابة على دستورية القانون الذي تمتّ بموجبه المصادقة على المعاهدة ودمجها في النظام القانوني العراقي. ونحن نفضّل الإبقاء على هذه الأساليب. لأنها واضحة وبسيطة وتمكّننا من تحويل التزامات العراق الدولية إلى قوانين داخلية تلزم السلطات والأفراد وتمنح العراق دولة وشعباً حرية التعامل وبعض المعاهدات التي من الممكن إما أن تتقل كاهل الدولة في إثر إبرامها. أو تنتهك الدستور. وبالتالي تمنح أي مواطن مهتمّ أو هيئة رسمية القدرة على الطعن بدستورية المعاهدة أمام السلطة القضائية العراقية المتمثلة بالمحكمة الاتحادية العليا. سيما إن حكمت المحكمة بإبطال المعاهدة لانتهاكها دستور الدولة بموجب المادة ١٣ التي تكرّس مبدأ سمو الدستور العراقي فوق سائر التشريعات العادية. يمكن أن يؤدي هذا الاجراء إلى تحميل دولة العراق مسؤولية دولية لعدم الوفاء بالتزاماتها الدولية. لذا نحن ندعو إلى سنّ القانون الجديد الخاصّ بالمحكمة الاتحادية العليا بسرعة لأنها اليوم ما زالت تعمل بموجب القانون رقم ٣٠ لعام ٢٠٠٥. الذي تمّ اعتماده في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ والذي ينصّ على مراقبة احترام مشروعية القوانين في المواد (٤٤/ب/٢) و(٤٤/ج). تدرج الأحكام التشريعية المفصلة الخاصة بأساليب ممارسة هذه الرقابة ضمن النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١. علماً أنّها ليست طريقة مناسبة لإصدار أحكام تشريعية مهمة ومفصلة تسمح للأفراد الطعن بدستورية القوانين بموجب نظام داخلي أصدرته المحكمة ذاتها. لذا نحن ندعو لسنّ قانون المحكمة الاتحادية العليا الجديد بسرعة لإنهاء هذا الالتباس التشريعي الواضح.

هادي نعيم المالكي

الرقابة على دستورية المعاهدات
في ظل دستور جمهورية العراق
لسنة ٢٠٠٥

هادي نعيم المالكي
أستاذ القانون الدولي العام
نائب عميد كلية القانون للشؤون العلمية
والدراسات العليا في جامعة بغداد

Christian TOMUSCHAT

**Le contrôle
de la constitutionnalité
des traités internationaux
en Allemagne**

*Christian TOMUSCHAT
Professeur émérite de Droit
international public et Droits de
l'homme, Université de Humboldt, Berlin*

La nouvelle Constitution de l'Allemagne démocratique – la Loi fondamentale de 1949 – a soigneusement défini les compétences des différents organes de l'État dans le secteur des relations internationales. Tous les traités internationaux qui affectent les droits et les obligations des individus requièrent, après leur négociation par le Gouvernement fédéral, l'approbation des Assemblées parlementaires : la Chambre nationale (Bundestag) et le Conseil fédéral (Bundesrat). La même chose vaut pour les traités qui ont un caractère spécifique de « haute politique ». De cette façon, une garantie a été institutionnalisée, qui assure que les principes constitutionnels, en particulier les droits fondamentaux, soient respectés même dans les rapports avec les nations étrangères.

Les traités internationaux, de par leur approbation en vertu d'une loi ordinaire, reçoivent le même rang ordinaire, ne jouissant d'aucune primauté par rapport aux autres actes législatifs. Une exception a été faite pour les lois transférant des compétences souveraines à des institutions internationales dans le cadre de l'Europe. Cette exception n'était pas prévue dans le texte primitif de la Loi fondamentale, mais la Cour constitutionnelle a accepté la jurisprudence de la Cour de l'Union européenne qui, depuis 1964 (arrêt Costa/ENEL), a affirmé qu'aucun acte législatif national ne pouvait déroger à une norme du droit communautaire. C'est maintenant une pratique bien établie qui, toutefois, connaît certaines limites, au cas où le droit de l'Union se trouverait en contradiction avec les valeurs fondamentales de l'architecture constitutionnelle.

La législation en vigueur met à la disposition des organes constitutionnels et des particuliers toute une gamme de recours pour la sauvegarde de leurs droits. Même le recours constitutionnel, remède pour protéger les droits fondamentaux, est disponible pour attaquer un traité international, le cas échéant. Formellement, c'est toujours l'acte national, surtout la loi d'approbation, qui fait l'objet du recours. La Cour constitutionnelle ne se prononce donc pas directement sur le traité international en question. Mais, en pratique, c'est bel et bien une appréciation de l'instrument international qui s'opère.

L'Allemagne a fait de bonnes expériences avec sa largesse en soumettant les traités internationaux au scrutin de ses tribunaux. Surtout, la Cour constitutionnelle a fait preuve de grande sagesse. Tout en respectant le pouvoir d'appréciation des organes politiques, elle a fermement défendu les principes directeurs du régime constitutionnel allemand, sans jamais faire appel au concept de « question politique », développé par la Cour suprême des États-Unis. Les relations étrangères de l'Allemagne se trouvent donc entièrement sous contrôle juridictionnel. La Loi fondamentale ne cède pas aux pressions émergeant dans les relations extérieures.

The constitution of the new democratic Germany called Basic Law, thoroughly defined the powers of the various State bodies entrusted with responsibilities in the field of international relations. Many international treaties cannot be concluded by the Federal Government alone. To the extent that they relate to the rights and obligations of individuals they shall be enacted by a parliamentary statute. Accordingly, they shall be submitted for approval to the parliamentary bodies, the Federal Assembly (Bundestag) and the Federal Council (Bundesrat). The same applies to treaties that have a highly political character. A guarantee has thus been institutionalized to safeguard in foreign relations all constitutional principles, in particular fundamental rights.

International treaties shall, as a rule, be enacted as ordinary laws. Accordingly, they shall have the same rank as other ordinary laws but remain subordinated to the Basic Law. Only laws that transfer sovereign powers to international institutions in Europe enjoy primacy, which was not provided for in the initial text of the Basic Law. Based on the European Union case law (Costa/ENEL decision), the Federal Constitutional Court has accepted that no national legal act may override any provisions of Community law (now: European Union law). However, the Constitutional Court's jurisprudence holds that in no case may Union law derogate from the fundamental values of the Basic Law.

The constitutional complaint, anchored in the Basic Law, permits to challenge legal statutes approving an international treaty. Formally, in such cases the challenge is always directed against the law of approval. Substantively, however, it is the substance of the treaty concerned that will be targeted. Germany has by now a vast experience with judicial review of international treaties. The Constitutional Court has made clear that it respects the discretionary authority of the political bodies, defending at the same time the guiding principles of the German constitutional regime. It has never had recourse to the political question doctrine elaborated by the United States Supreme Court. The German foreign relations are therefore comprehensively controlled by the judiciary, which will consistently protect the Basic Law against any pressure resulting from foreign relations.

Christian TOMUSCHAT
Professor Emeritus of Public International
Law and Human Rights,
Humboldt University, Berlin

بعناية كبيرة. حدّد الدستور الجديد لألمانيا الديمقراطية، أي القانون الأساسي لعام 1949، اختصاص أجهزة الدولة المختلفة في مجال العلاقات الدولية. ففرض أن تخضع جميع المعاهدات الدولية التي لها تأثير على حقوق والتزامات الأفراد، وبعد التفاوض بها من قبل الحكومة الفيدرالية، لموافقة المجالس النيابية: المجلس الوطني (Bundestag) والمجلس الاتحادي (Bundesrat). الشيء نفسه ينطبق على المعاهدات التي لها طابع «السياسة العليا». بهذه الطريقة، تمت مأسسة ضمان احترام المبادئ الدستورية، وخاصة احترام الحقوق الأساسية، حتى في العلاقات مع الدول الأجنبية. تحصل المعاهدات الدولية، بحكم الموافقة عليها بموجب القانون العادي، على الرتبة العادية ذاتها، وبالتالي لا تتمتع بأي أولوية على القوانين التشريعية الأخرى. إنّما، استثنى من ذلك القوانين التي تنقل الاختصاصات السيادية إلى المؤسسات الدولية في إطار أوروبا. لم يذكر هذا الاستثناء صراحة في النص الأصلي للقانون الأساسي، لكن قبلت المحكمة الدستورية اجتهاد محكمة الاتحاد الأوروبي التي أكدت منذ عام 1964 (قضية كوستا / إينيل)، أنّه لا يمكن لأيّ تشريع وطني مخالفة قوانين الاتحاد الأوروبي. وهي اليوم ممارسة راسخة، لكن مع قيود معينة في حال تعارض قانون الاتحاد مع القيم الأساسية للهندسة الدستورية.

يؤفّر التشريع الحالي للهيئات الدستورية والأفراد مجموعة من سبل الانتصاف لحماية حقوقهم. حتى الانتصاف الدستوري، وهو طريقة طعن لحماية الحقوق الأساسية، متاح لرفع قضية ضدّ معاهدة دولية عند الاقتضاء. من الناحية الشكلية، فإن العمل الوطني - خاصة قانون الموافقة - هو الذي يكون دائماً موضوع الطعن. وبالتالي لا تصدر المحكمة الدستورية قرارها مباشرة بمضمون المعاهدة الدولية المعنية. لكن في الممارسة العملية ما يحدث هو في الواقع تقييم للصك الدولي. لقد حققت ألمانيا تجارب جيدة مع سخائها في وضع المعاهدات الدولية تحت مجهر محاكمها. خاصة المحكمة الدستورية التي أظهرت حكمة عظيمة. بالفعل، مع احترامها للسلطة التقديرية للهيئات السياسية، فقد دافعت بحزم عن المبادئ التوجيهية للنظام الدستوري الألماني، من دون اللجوء إلى مفهوم القضية السياسية التي طوّرتها المحكمة العليا في الولايات المتحدة. وبالتالي، فإن العلاقات الخارجية لألمانيا تخضع بالكامل للرقابة القضائية. هكذا، لا يخضع القانون الأساسي للضغوط الناشئة عن العلاقات الخارجية.

كريستيان توموشات

أستاذ فخري للقانون الدولي العام وحقوق

الإنسان بجامعة هومبولدت في برلين

I. L'ALLEMAGNE DANS LE SYSTÈME INTERNATIONAL

La Constitution allemande, qui porte le nom de « Loi fondamentale »¹, consacre un nombre considérable de ses dispositions aux rapports de l'Allemagne avec l'ordre international. Issue en 1949, quelques années seulement après la Seconde Guerre mondiale, la Loi fondamentale (LF)² a cherché à intégrer la nouvelle entité démocratique, dans toute la mesure du possible, dans le nouveau système dominé par la Charte des Nations unies, avec son but principal de préserver la paix et la sécurité internationales. Délibérément, elle a renoncé à l'idée d'une souveraineté absolue. La nouvelle Allemagne qui a ressurgi des ruines d'une dictature meurtrière n'a pas seulement exprimé son respect pour les principes du droit international en vigueur, mais a voulu devenir un élément intégral d'une société internationale attachée aux valeurs d'une civilisation internationale de coexistence harmonieuse. Déjà dans son préambule, la LF proclame la volonté du peuple allemand « de servir la paix du monde en qualité de membre égal en droits dans une Europe unie ». L'une de ses caractéristiques les plus remarquables dans ce domaine est le principe, ancré dans son article 25, que les « règles générales du droit international public » font partie du droit fédéral et qu'elles sont « supérieures aux lois »³, créant directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral. Cela veut dire que les règles générales peuvent être invoquées dans toute procédure, tant administrative que juridictionnelle. Elles font partie de la légalité nationale. Aucun contrôle

1. Avec cette désignation, on voulait accentuer le caractère provisoire de la nouvelle entité politique érigée sur le sol de l'Allemagne de l'Ouest. On croyait que le nom de « constitution » aurait pu être interprété comme une renonciation à l'unité de l'État allemand, le *Deutsches Reich*, considéré comme ayant survécu à la capitulation militaire en 1945.

2. On sait que le texte de la LF a été souvent modifié dans les années suivantes jusqu'à l'heure actuelle. En effet, on ne recense pas moins de 62 lois d'amendement.

3. On est d'accord, toutefois, que les règles générales restent au-dessous de la LF.

préalable de ces règles n'a été instauré ; la LF s'est limitée à établir à cet égard une procédure de « vérification » qui sera déclenchée par un recours préjudiciel des instances des autres branches juridictionnelles (article 100-2). De ce fait, l'Allemagne fait pleine et entière confiance au système normatif universel qui s'est développé au sein de la communauté internationale, tel qu'il existait en 1949 et tel qu'il prendra forme à l'avenir⁴.

II. LE RÉGIME DES TRAITÉS INTERNATIONAUX DANS LA LOI FONDAMENTALE

Il est évident que les traités internationaux jouent un rôle important dans la construction d'une communauté internationale, où les relations sont régies par des normes juridiques et non pas par la force. À cette fin, la LF a établi des règles adaptées spécifiquement au contenu des conventions respectives. La disposition centrale est l'article 59-2 de la LF qui dispose que les traités qui règlent les « relations politiques » de la Fédération⁵ et ceux qui se rapportent « à des matières qui relèvent de la compétence législative fédérale » requièrent l'approbation des chambres législatives selon les modalités générales prescrites à cet égard. Un article spécifique (article 23) est consacré aux traités en matière d'intégration européenne, pour lesquels une majorité des deux tiers dans les deux chambres législatives est prescrite en ce qui concerne des modifications essentielles de l'architecture en vigueur, et une troisième disposition (article 24) établit le régime spécial pour d'autres situations où il s'agit, en dehors de l'intégration européenne, de transférer des droits de souveraineté à des institutions internationales. On se trouve donc en face d'un système bien différencié qui a évolué au cours du temps. Primitivement, l'article 24, dans une version bien sommaire, servait de base aux traités d'intégration européenne. Après des décennies seulement, en 1992, on a décidé d'y créer une assiette plus solide sans failles et lacunes (article 23). Pendant plus de

40 ans, il avait appartenu essentiellement à la doctrine et à la jurisprudence d'élaborer des critères précis pour la compatibilité de ces traités avec le système constitutionnel.

Pour les auteurs de la LF, il ne pouvait y avoir aucun doute que même les traités internationaux conclus par la République fédérale d'Allemagne (RFA) doivent remplir toutes les exigences prévues dans la perspective de l'État de droit pour des actes purement nationaux. En effet, une disposition comme l'article premier qui proclame que « la dignité de l'être humain est intangible » ne peut pas être réservée aux ressortissants allemands, et la même chose vaut évidemment pour tous les autres droits fondamentaux. Insister sur l'applicabilité générale des dispositions de la LF dans tous les domaines de la vie publique de l'État, même dans ses imbrications internationales, ne devrait point être considéré comme le signe d'un nationalisme aveugle. Les fondateurs de la LF ont estimé que leur architecture juridique, reflétant les valeurs profondes de la société allemande, devrait être protégée contre toute atteinte, quelle que soit leur origine. En effet, il est bien connu que parfois des gouvernements s'emploient à introduire des changements dans leur législation par le truchement de traités internationaux, changements qui seraient considérés comme inacceptables par voie de législation ordinaire.

Un deuxième point mérite une attention particulière. Résolument, la LF a accentué les fonctions essentielles des chambres législatives. Dans une démocratie, ce sont les chambres législatives, composées de députés directement élus par le peuple, qui représentent la souveraineté nationale. Par conséquent, il s'avère incompatible avec le principe démocratique de laisser au pouvoir exécutif un monopole de l'exercice des compétences en matière de relations extérieures. Il n'est pas nécessaire ici de souligner que la nature de ces relations a profondément changé depuis l'époque monarchique, où le prince souverain était reconnu comme le maître des affaires requérant une coordination avec d'autres États. À cette époque, la grande majorité des problèmes traités par voie de convention internationale concernait dans le sens strict les relations d'État à État. Aujourd'hui, par contre, comme il est bien connu, les dispositions des traités internationaux peuvent s'adresser directement aux individus. Par conséquent, il est nécessaire d'y faire intervenir le législateur, gardien des droits et libertés des particuliers. C'est donc la raison pour laquelle l'article 59-2 de la LF prescrit l'assentiment des chambres législatives en ce qui concerne tous les sujets qui rentrent dans la compétence législative, et la même chose vaut pour les articles 23 et 24 de la LF. En effet, si des compétences souveraines sont transférées à des institutions internationales, l'administré se voit soudainement

4. La large portée de l'article 25 de la LF a récemment été mise en exergue par la décision de la CCF du 15 mars 2018, 2 BvR 1371/13, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 2018, p. 326.

5. Ce sont des traités d'importance politique majeure, touchant l'existence de l'État, son intégrité territoriale, son indépendance, sa position et son poids politique dans la communauté internationale, jugement du 29 juillet 1952, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* (Recueil des arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale) 1, pp. 372, 381.

confronté à une autorité non étatique. Il appartient donc au législateur de veiller à ce que, dans ce nouvel environnement, le citoyen ne soit pas privé des garanties ordinaires que lui offre son régime juridique national.

En dehors des traités pour lesquels le consentement des chambres législatives est nécessaire, la LF reconnaît également des traités qui appartiennent au domaine exclusif de l'exécutif, par exemple des arrangements entre l'administration allemande et l'administration d'un autre pays sur les détails techniques de mise en œuvre d'un projet transnational (accords administratifs ou accords en forme simplifiée, *Verwaltungsabkommen*)⁶. La délimitation du domaine de la loi de celui des compétences exécutives a été forgée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale (CCF). Toutes les réglementations qui affectent directement les particuliers doivent être édictées sous forme de loi. De plus, la CCF a élaboré une jurisprudence selon laquelle toutes les questions « essentielles » font également partie du domaine de la loi⁷. Autrement, l'administration est libre d'agir sans habilitation spécifique, uniquement sur le fondement de sa mission générale d'assurer et de promouvoir le bien public. En d'autres termes, des accords administratifs peuvent être conclus même en l'absence d'une loi ou d'autre instrument régulateur y donnant une autorisation spécifique (article 59-2-2).

On notera que les traités internationaux, en vertu de la loi d'approbation qui est en règle générale une loi ordinaire, reçoivent également le rang d'une loi ordinaire dans l'ordonnement intérieur allemand⁸. Contrairement aux règles existant dans d'autres pays européens, notamment la France, la LF n'attribue pas une valeur hiérarchique supérieure aux traités internationaux dûment ratifiés. Cette classification vaut également pour les traités multilatéraux protégeant les droits de l'homme, notamment la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)⁹ et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁰. Ils ne font donc pas partie du « bloc de constitutionnalité », ce qui implique qu'en principe,

ils peuvent être modifiés par des lois postérieures, tout au moins à l'intérieur de l'ordre juridique allemand¹¹. Pendant des décennies, la jurisprudence avait toujours hésité à tirer des conséquences pratiques de cette constellation juridique. On se contentait d'appliquer un principe selon lequel tout conflit peut être évité par voie d'interprétation, la prémisse étant qu'en règle générale, sauf les cas où une volonté contraire aurait été exprimée expressément, le législateur ne veut pas enfreindre les obligations internationales de l'Allemagne. D'autre part, de nombreux auteurs avaient exprimé leur opinion que le temps était venu de se débarrasser de la classification traditionnelle¹². Assez récemment pourtant, la CCF a constaté, dans un arrêt qui concernait un traité de non-double imposition, qu'une loi allemande dérogeant à ce traité était parfaitement légale dans l'ordre juridique allemand, malgré l'infraction du principe *pacta sunt servanda*¹³. La juge Doris KÖNIG a opposé une forte opinion dissidente à cet arrêt¹⁴.

Il est remarquable que, selon la jurisprudence de la CCF, les droits fondamentaux de la LF doivent être interprétés en harmonie avec les droits énoncés par la CEDH. Cette jurisprudence a commencé par un arrêt qui avait pour objet la présomption d'innocence, laquelle ne figure pas dans la LF¹⁵. Plus récemment, cette ligne jurisprudentielle a semblé s'effriter en connexion avec une controverse entre la CCF et la Cour de Strasbourg, où la CCF¹⁶ avait été critiquée par les juges d'outre-Rhin¹⁷ au motif qu'elle ne protégeait pas de manière suffisante le droit au respect de la vie privée¹⁸. En ce qui concerne le droit de grève, que la Cour de Strasbourg déduit de l'article 11 de la CEDH sur la liberté d'association, la CCF s'est distancée nettement de la jurisprudence de son homologue en accentuant les particularités de la tradition allemande du service public, tout en affirmant de façon peu convaincante qu'il n'existe aucune disparité à cet égard entre les deux cours¹⁹.

6. En terminologie française, il s'agit d'« accords en forme simplifiée ».

7. Voir Peter BADURA, *Staatsrecht* (München : C. H. BECK, 6^e éd., 2015), section D-56.

8. Décision du 13 octobre 2016, *BVerfGE* 143, pp. 101, 136 (jurisprudence constante). Les traités conclus dans le secteur de l'intégration européenne selon l'article 23 de la LF ont un statut spécial de primauté, en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

9. Décision du 14 octobre 2004, *BVerfGE* 111, pp. 307, 317 (fameux cas *Görgölu*).

10. Les traités conclus dans le cadre de l'intégration européenne jouissent, sur la base de l'ancien article 24-1 de la LF et en vertu de la jurisprudence de la Cour de l'Union européenne, de la primauté à l'égard du droit national : jugement *Costa ENEL*, C-6/64, 15 juillet 1964, *Recueil* 1964, pp. 1253, 1269.

11. On est donc loin derrière la jurisprudence de la Cour interaméricaine qui, dans son arrêt *Almonacid Arellano c. Chile*, du 26 novembre 2006, a prescrit aux juges nationaux d'effectuer dans tous les cas un contrôle de la « conventionnalité » de la pratique officielle de leurs États.

12. Voir ces voix recueillies dans la décision de la CCF du 15 décembre 2015, *BVerfGE* 141, pp. 1, 14.

13. Décision du 15 décembre 2015, *BVerfGE* 141, p. 15.

14. *Ibid.*, p. 44.

15. Décision du 26 mars 1987, *BVerfGE* 74, pp. 358, 370. Voir aussi les décisions du 14 octobre 2004, *BVerfGE* 111, pp. 307, 317, 324 ; 4 mai 2011, *BVerfGE* 128, pp. 326, 367 ; 4 mai 2011, *BVerfGE* 128, pp. 326, 367 ; 22 octobre 2014, *BVerfGE* 137, pp. 273, 320.

16. Jugement du 15 décembre 1999, *BVerfGE* 101, p. 361.

17. Jugement du 24 juin 2004, requête n° 59320/00.

18. Décision du 26 février 2008, *BVerfGE* 120, p. 180.

19. Décision du 12 juin 2018, 2 BvR 1738/12.

III. LES DIFFÉRENTES PROCÉDURES DE CONTRÔLE

A. Remarques préliminaires

1. La coopération entre les différentes instances juridictionnelles et la CCF

L'instance juridictionnelle primordiale pour le contrôle juridictionnel des lois – et par conséquent des traités internationaux – est la Cour constitutionnelle fédérale. Cette cour est spécialisée dans le domaine du droit constitutionnel. Elle a été dotée d'une belle fourchette de compétences de contrôle juridictionnel, mais ne jouit point d'un monopole pour l'application du droit constitutionnel. Puisque l'ordre juridique national constitue une pyramide au sommet de laquelle se trouve la LF, chaque juge a le mandat de veiller à la sauvegarde de celle-ci en examinant, le cas échéant, la constitutionnalité des textes qu'il est appelé à appliquer. Il peut toujours en affirmer la compatibilité avec la LF mais n'est pas autorisé à refuser l'application d'une loi parlementaire formelle au motif que cette loi serait contraire à la LF. Dans une telle situation, le juge doit engager la procédure de « contrôle concret des normes » qui sera examinée dans la section B.

2. L'objet formel du contrôle : la loi d'approbation

Malgré la diversité qui va être présentée dans la suite, il y a un trait commun à toutes ces procédures, à savoir le fait que jamais le traité lui-même ne constitue l'objet direct d'un recours. Pour les architectes qui ont conçu ces voies de recours, il était clair qu'un traité international, faisant partie du régime général du droit international, ne saurait être assujéti entièrement au régime national d'une des parties. Il faut donc distinguer entre deux sortes de compatibilité normative : d'une part, il y a la conformité à la Constitution ; d'autre part, il y a la conformité aux règles générales du droit international, règles de forme et de procédure, et également règles de fond, dont il y a peu (le *jus cogens*). Bien que formellement la loi d'approbation fasse l'objet direct du recours concerné, c'est toujours la substance du traité qui est scrutée concernant sa constitutionnalité. La loi d'approbation n'a pas de substance propre. Comme manteau, elle se limite à donner le feu vert à l'instrument

concerné, le faisant entrer dans le système national selon le modèle dualiste. Mais l'appréciation de la CCF porte sur le contenu matériel du traité concerné.

3. Rareté des objections contre un traité international

Il convient d'ajouter une troisième observation préliminaire. Examiner des reproches alléguant qu'une loi ordinaire ne se concilie pas avec la LF est une tâche presque quotidienne de la CCF. Il est assez fréquent qu'une majorité parlementaire fasse un usage hasardeux de sa puissance politique en faisant adopter des lois qui sont localisées aux confins de la compatibilité constitutionnelle. Dans la conclusion des traités internationaux, c'est très rarement le cas. Les traités sont élaborés dans une procédure scrupuleuse, où les deux parties cherchent à créer un équilibre juste et équitable. Un texte qui violerait, dans le chef d'une des parties, des garanties constitutionnelles aurait peu de chances d'être adopté. Les faits montrent qu'en effet le nombre de procédures pertinentes a été minime. Les grandes luttes ont presque toutes eu lieu avec, d'une part, la reconstitution de l'Allemagne comme État souverain, ou en rapport, d'une autre part, avec l'intégration européenne. Les traités « de routine » n'ont jamais donné lieu à de grandes controverses.

B. Les différentes procédures – Examen de détail

1. Le contrôle abstrait des normes : contrôle préalable

Du point de vue politique, la procédure la plus importante est le contrôle « abstrait » des normes, confié à la Cour constitutionnelle fédérale. Selon l'article 93-1-2 de la LF, certains organes gouvernementaux ont la prérogative exclusive de soumettre à l'examen de la CCF une loi formelle, que ce soit une loi fédérale ou la loi d'un *Land* (État fédéré), s'ils doutent de la compatibilité d'un tel instrument avec la LF. Ces organes sont le Gouvernement fédéral, le gouvernement d'un *Land* ou un quart des membres du *Bundestag* (Assemblée parlementaire), habilités à exercer un droit de regard sur la législation sans avoir à démontrer que l'acte de législation en question leur fait grief.

Une loi approuvant un traité international constitue une loi dans le sens envisagé par l'article 93-1-2 de la LF. Dans cette rubrique, un nombre important de cas peut être signalé. Quelques-uns méritent une attention particulière...

Tout au début de ses activités²⁰, la CCF fut saisie du différend sur la cessation du régime d'occupation instauré en 1945 par les trois puissances occidentales, vainqueurs de la Seconde Guerre mondiale, et l'intégration de la RFA dans le système occidental de défense. Un paquet de traités négocié entre les parties, comprenant également, en dehors du Traité sur le rétablissement de la souveraineté allemande, le Traité instituant la Communauté européenne de défense (du 27 mai 1952), était vivement contesté par le parti social-démocrate. Au cœur du débat se situait la question de savoir si le réarmement de l'État allemand occidental était conforme aux stipulations de la LF qui n'avait pas prévu, dans sa version originale de 1949, une armée allemande. À un moment où les négociations étaient encore en route, un groupe de députés sociaux-démocrates du *Bundestag* demanda un ordre intérimaire contre le Gouvernement fédéral, lui enjoignant de faire des réserves au moment de la signature de ces traités, en indiquant que ceux-ci ne pourraient entrer en vigueur avant que la CCF n'ait rendu une décision sur leur compatibilité avec la LF. La CCF rejeta cette demande en précisant que les textes concernés n'avaient pas encore été introduits dans la procédure parlementaire²¹. Après cet épisode, un groupe de 145 députés introduisit formellement la procédure de contrôle abstrait, à un moment où les délibérations parlementaires n'avaient pas encore été clôturées. Soulignant qu'une loi considérée comme objet de l'appréciation demandée n'existait pas encore, la CCF rejeta également cette demande comme étant irrecevable²². Par la suite, la procédure devint sans objet puisque l'Assemblée nationale française vota contre le projet. Elle estimait que, peu d'années après la fin de la Seconde Guerre mondiale, le temps n'était pas encore mûr pour une telle initiative transformatrice. L'idée de créer une Communauté européenne de défense lui semblait être précoce. Un paquet de traités subséquents, entièrement révisés, ne suscita point les mêmes résistances en Allemagne parce que le nouveau texte²³ reconnut que la RFA « exercera [...] la pleine autorité d'un État souverain sur ses affaires intérieures et extérieures »²⁴. Cette version révisée fut donc approuvée par une grande majorité des deux chambres législatives. La CCF ne fut pas saisie.

20. La première décision date du 9 septembre 1951, *BVerfGE* 1, p. 1.

21. Décision du 15 mai 1952, *BVerfGE* 1, p. 281.

22. Décision du 30 juillet 1952, *BVerfGE* 1, p. 396.

23. Convention sur les relations entre les trois puissances et la République fédérale d'Allemagne, version du 23 octobre 1954, *Bundesgesetzblatt* 1955, II, p. 305.

24. Cette formule dissimulait les réserves de large portée que les puissances occidentales avaient encore faites en ce qui concerne le statut global de l'Allemagne.

Seul le Traité sur la réunification de la Sarre avec la RFA devait se justifier devant la CCF, qui reconnaissait que l'institution d'une période transitoire pour l'intégration complète de la Sarre dans l'État allemand ne contrevenait pas au principe de l'unité de l'État allemand²⁵.

Quelques décennies plus tard, le cas qui provoqua de profondes émotions fut le recours du Gouvernement de la Bavière contre la loi approuvant le traité entre la RFA, l'Allemagne de l'Ouest, et la République démocratique allemande (RDA), l'Allemagne de l'Est, « sur les bases des relations » entre les deux pays²⁶. Le Gouvernement bavarois alléguait que le Traité enfreignait le principe de l'unité allemande, inscrit dans le préambule de la LF, en cimentant pour toujours la division de l'Allemagne. La CCF éprouva de grandes difficultés à trancher dans ce différend aux dimensions historiques. Son arrêt du 31 juillet 1973²⁷, qui rejetait le recours en déclarant que les griefs d'inconstitutionnalité étaient non fondés, se basait sur l'unanimité des juges mais contenait des passages apparemment rédigés par un groupe de juges qui, au fond, partageaient les vues du requérant. Cette tension était apparue déjà au stade d'une procédure préalable de référé, où la chambre compétente de la CCF s'était scindée en deux groupes de quatre juges chacun, ce qui signifiait donc que la mesure demandée – arrêt de la procédure jusqu'à la publication du jugement sur le fond de l'affaire – était rejetée. Dans le jugement lui-même, le contraste se dessinait clairement derrière les lignes. Quelques passages cherchaient à imposer, non seulement au Gouvernement fédéral mais également à la RDA, une lecture du Traité conforme aux suggestions de la CCF. De cette façon, la minorité tendant vers l'inconstitutionnalité exprimait son opposition à la décision sans avoir recours à la technique du vote individuel²⁸. Évidemment, leurs vues divergentes avaient plus de poids comme partie intégrante de l'arrêt que comme un complément minoritaire²⁹. Dans la RDA, on se moquait de l'arrêt de la CCF en arguant, non pas à tort, qu'une instance juridictionnelle de l'une des parties se trouvait dans l'impossibilité de prescrire à l'autre l'interprétation correcte du Traité.

25. Jugement du 4 mai 1955, *BVerfGE* 4, p. 157.

26. Loi du 6 juin 1973, *Bundesgesetzblatt* 1973, II, p. 421. Le Traité lui-même datait du 21 décembre 1972.

27. *BVerfGE* 36, p. 1.

28. La CCF est la seule instance juridictionnelle en Allemagne où le vote individuel est admis.

29. Toutefois, il reste controversé dans quelle mesure un arrêt de la CCF jouit de l'autorité d'imposer une lecture spécifique du texte qu'il a examiné (interprétation conforme à la Constitution).

D'autres procédures, notamment en matière d'intégration européenne, ont été introduites en même temps par une demande de contrôle abstrait au lieu d'un recours constitutionnel. Nous en parlerons à l'occasion de l'examen du recours constitutionnel puisque celui-ci soulève des problèmes particulièrement complexes.

2. Le contrôle concret des normes : contrôle incident ou contrôle par voie d'exception

La seconde procédure permettant d'apprécier la constitutionnalité d'un traité est le contrôle « concret » des normes, selon l'article 100-1 de la LF. C'est un contrôle incident.

Si, dans une procédure devant une instance juridictionnelle, le juge saisi de l'affaire estime qu'une des dispositions législatives qui conditionne sa décision est entachée d'inconstitutionnalité, il doit surseoir à statuer et doit envoyer la question litigieuse à la CCF. Une procédure analogue s'applique à des procédures où la question controversée est la compatibilité d'une loi d'un *Land* avec la Constitution de ce dernier. Une bonne partie des cas concernés est parvenue à la CCF par cette voie³⁰. Le juge inférieur possède une grande marge discrétionnaire à cet égard. Il est pleinement habilité à rejeter les griefs formulés à l'égard de l'acte législatif. Néanmoins, s'il s'oppose à l'évidence même, il peut enfreindre le principe du juge légal (article 101 de la LF) en privant la partie intéressée du contrôle exercé par la CCF. La victime d'une telle infraction dispose alors du droit d'introduire une requête constitutionnelle devant la CCF³¹.

En aucun cas le juge saisi d'une affaire ne saurait refuser l'application d'une loi formelle (acte parlementaire) au motif qu'elle serait inconstitutionnelle. Déclarer l'inconstitutionnalité d'une telle loi se trouve réservé à la CCF. Tous les autres actes normatifs peuvent être appréciés par les tribunaux ordinaires ou autres.

La procédure du contrôle « concret » des normes cherche uniquement à sauvegarder l'autorité du législateur. On a voulu ainsi exclure l'éventualité de décisions de la part de juges inexpérimentés reprochant aux chambres législatives d'avoir enfreint la Constitution.

30. Voir comme exemples les décisions du 21 mars 1961, *BVerfGE* 12, pp. 281, 288 ; et du 6 février 1962, *BVerfGE* 14, p. 1.

31. Jugement du 6 mars 2007, *BVerfGE* 117, pp. 330, 356.

3. Le recours constitutionnel

La troisième procédure expliquée ci-après est celle du recours constitutionnel. Selon l'article 93-1-4a de la LF, chacun a le droit de soumettre un recours constitutionnel à la CCF en invoquant une violation, à son détriment, d'un droit fondamental inclus dans la LF ou d'une autre garantie constitutionnelle qui le protège individuellement. Avant de pouvoir accéder à la CCF, le requérant doit préalablement épuiser tous les moyens ordinaires disponibles devant les juridictions compétentes, selon les spécificités du différend. Mais cette condition préalable ne s'applique pas dans les hypothèses où l'acte législatif – dans le présent contexte : le traité international approuvé par acte législatif – est attaqué directement par le requérant³². On peut faire valoir soit que le traité concerné est lui-même contraire à la LF ou que son application a entraîné une telle violation. Dans le passé, cette hypothèse s'est vérifiée dans des situations où la RFA avait conclu des traités avec d'autres pays européens en vue de clarifier la situation légale après la Seconde Guerre mondiale sur la base de la réciprocité³³. Les hypothèses où un particulier peut valablement invoquer un préjudice individuel comme conséquence directe d'un traité international sont évidemment très rares mais non pas exclues. Un recours constitutionnel dirigé contre la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité³⁴ a en effet échoué, parce que les requérants se trouvaient dans l'impossibilité de démontrer que la Convention était susceptible de leur porter un préjudice direct³⁵.

Afin d'élargir son pouvoir de contrôle en matière d'affaires étrangères, la CCF a inventé de toutes pièces une doctrine qui lui permet de soumettre à son examen des traités impliquant certains aspects négatifs mais qui n'entraînent pas d'effet négatif pour les particuliers. C'est le jugement sur le Traité de Maastricht qui a introduit cette innovation. Il est bien connu que ce traité a imprimé une nouvelle direction à l'intégration européenne. Jusqu'en 1992, la pièce centrale de ce processus était la Communauté économique

32. Cela n'est admissible qu'exceptionnellement si l'acte législatif implique une violation directe du requérant. En principe, la victime doit attendre jusqu'au moment où un acte individuel de mise en œuvre l'affecte directement.

33. Voir la décision du 25 juin 1968, *BVerfGE* 24, p. 33, sur le Traité financier entre la RFA et les Pays-Bas. Le requérant a été débouté.

34. Du 23 novembre 2001.

35. Décision du 21 juin 2016, *BVerfGE* 142, p. 234. Voir, dans la jurisprudence récente également, la décision du 24 juillet 2018, 2 BvR 1961/09, sur la loi du 31 octobre 1996, approuvant la Convention portant statut des écoles européennes du 21 juin 1994 : rejet de tous les griefs.

européenne (CEE), avec deux auxiliaires : la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) datant de 1951 et la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEa), qui était entrée en vigueur en même temps que la CEE. Depuis Maastricht, l'entité européenne s'est émancipée de son exclusivité comme centre d'action économique. On lui a délibérément conféré une dimension politique, exprimant ce changement dans le nom qui est désormais « Union européenne ». En même temps, on a créé le concept de « citoyenneté européenne » pour mieux enraceriner le processus de l'intégration dans les fondements sociaux de la population.

L'opposition politique contre ce changement fondamental était forte. Mais ses protagonistes n'étaient pas capables d'initier une procédure de contrôle abstrait puisque le Traité de Maastricht était appuyé par toutes les grandes forces politiques en Allemagne. Les opposants ont donc fait usage de l'unique recours à leur disposition, à savoir le recours constitutionnel, pour combattre les nouvelles structures institutionnelles, surtout la monnaie commune et l'extension des compétences législatives au niveau européen.

En principe, le citoyen ordinaire devait accepter ces réformes de la géométrie constitutionnelle en Europe. Comme il a déjà été dit, le recours constitutionnel sert à protéger le particulier contre les ingérences directes dans ses droits fondamentaux. Par contre, les structures institutionnelles pour l'exercice de la puissance publique ne sont que partiellement couvertes par des garanties individuelles, notamment en ce qui concerne la protection juridictionnelle.

Pour la CCF, il était donc difficile d'affirmer un droit de contrôle à l'égard du Traité de Maastricht, auquel on ne pouvait pas reprocher de porter atteinte aux droits et libertés classiques. Pour éviter de se voir déchu d'une compétence juridictionnelle, la CCF a donc choisi une voie tout à fait originale en s'appuyant sur le droit de suffrage du citoyen constitutionnellement garanti par l'article 38-1 de la LF. Il y est dit que les députés du *Bundestag* sont élus « au suffrage universel, direct, libre, égal et secret » – formule courte et simple qui se rapporte aux modalités du suffrage. S'écartant de la lecture classique de ce texte, la CCF lui a donné une interprétation beaucoup plus vaste en estimant que cet article garantit au citoyen une assemblée parlementaire revêtue de toutes les prérogatives essentielles d'un législateur. Se basant sur le principe démocratique qu'elle voit reflété dans cet article, la CCF affirme qu'une loi transférant des pouvoirs de souveraineté à des institutions internationales doit laisser aux organes législatifs allemands, surtout au *Bundestag*, des fonctions et compétences

« d'un poids substantiel »³⁶. De cette façon, la CCF a considérablement élargi le champ d'application du recours constitutionnel, l'élevant plus ou moins au niveau du contrôle abstrait des normes qui, selon l'intention des auteurs de la LF, devait rester un privilège des trois organes mentionnés ci-dessus. C'est à juste titre que des voix critiques ont observé que la CCF a introduit une *actio popularis* que les auteurs de la LF n'avaient pas voulue.

Il est évident que la distinction requise entre des fonctions et compétences « essentielles » et d'autres attributions relève largement de la discrétion politique. En fin de compte, malgré les réticences qu'elle avait ouvertement montrées, la CCF a rejeté tous les recours qui avaient été dirigés contre la loi approuvant le Traité de Maastricht.

Malgré toutes les critiques qui ont été formulées contre l'interprétation extensive du droit au recours constitutionnel par voie d'invocation du droit de suffrage, la CCF a maintenu ses positions. La prochaine étape dans le raffermissement de l'intégration européenne, marquée par le Traité d'Amsterdam³⁷, a pu se réaliser sans son intervention puisque ce Traité de 1979 se confinait à un aménagement essentiellement technique des nouvelles structures créées par le Traité de Maastricht. Mais le projet d'une Constitution pour l'Europe (du 29 octobre 2004) suscita de nouveau de grandes émotions, poussant ses adversaires à chercher – sans succès – une injonction intérimaire à un stade embryonnaire des procédures parlementaires³⁸. Après que ce projet avait échoué à cause de deux référendums négatifs en France et aux Pays-Bas, il revint peu de temps plus tard sur la scène, avec seulement quelques petites modifications, sous la forme du Traité de Lisbonne. Cette fois-ci, la CCF pouvait être saisie valablement³⁹. Elle était confrontée à une situation procédurale très complexe. La loi d'approbation avait été attaquée par plusieurs requérants sur des bases juridiques diverses. Une nouvelle fois, la procédure de contrôle abstrait ne pouvait pas être mise en chantier parce qu'aucun des titulaires de ce droit de contrôle spécifique n'en faisait usage, le groupe contestataire, *Die Linke*, se trouvant numériquement loin au-dessous du seuil d'un quart des membres du *Bundestag*. *Die Linke* essayait donc d'employer le recours organique – qui permet à un organe constitutionnel violé dans ses

36. Jugement du 12 octobre 1993, *BVerfGE* 89, pp. 155, 186.

37. Du 2 octobre 1997, *Bundesgesetzblatt* 1998, II, p. 386.

38. Décision du 28 avril 2005, 2 BvE 1/05.

39. Jugement du 30 octobre 2009, *BVerfGE* 123, pp. 267, 328.

compétences de chercher justice contre l'organe responsable en demandant restitution dans ses droits – pour censurer le Traité en prétendant que dans la procédure législative ses droits de participation avaient été méconnus. Cette déviation du recours organique fut justement déclarée dénuée de fondement.

Ainsi, les recours constitutionnels pendant devant la CCF constituaient le centre de gravité du différend. Dans ce contexte, la CCF saisit l'occasion pour réaffirmer avec fermeté la jurisprudence qui avait vu son origine dans l'arrêt *Maastricht*. Contre toutes les critiques que cette jurisprudence avait suscitées,⁴⁰ elle précisait qu'un particulier était habilité, sur la base de l'article 38-1 de la LF, à dénoncer la violation de certains principes généraux de la LF, en particulier du principe démocratique et du principe de l'État social. En outre, la CCF a constaté qu'un individu peut valablement alléguer qu'un traité international portant transfert de compétences aux organes européens conduit à une « désétatisation » (*Entstaatlichung*) qui excède les limites tracées pour de tels transferts par l'article 23 de la LF⁴¹.

Donc, l'enjeu de la procédure était constitué par le cœur philosophique de la LF protégé par l'article 79-3 de la LF. La CCF s'y est engagée à défendre les piliers de l'architecture constitutionnelle qui se trouve condensée dans cette disposition. Primitivement, le centre des critiques dirigées contre le processus d'intégration avait été le manque allégué de droits de l'homme, une critique qui ne pouvait guère plus être maintenue puisque la Charte des droits fondamentaux entrainait en vigueur en même temps que le traité de Lisbonne lui-même. Il était donc logique pour la CCF de braquer désormais son regard sur « l'identité » de la LF qui selon elle doit être sauvegardée même au sein de l'Union européenne.

En fin de compte la CCF a débouté les requérants, tout en insistant que les interprétations faites par elle des dispositions du Traité de Lisbonne lient toutes les autorités allemandes dans les procédures de mise en œuvre⁴².

40. Voir surtout Christian TOMUSCHAT, *Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts (L'Union européenne sous le contrôle de la Cour constitutionnelle fédérale)*, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1993, pp. 489-496.

41. *Op. cit.*, note 39, 331/332.

42. La CCF s'est bornée à constater l'inconstitutionnalité de quelques dispositions des règles édictées pour la mise en œuvre du Traité de Lisbonne. Voir notre critique de l'arrêt : Christian TOMUSCHAT, *Lisbon – Terminal of the European Integration Process? The Judgment of the German Constitutional Court of 30 June 2009*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht/Heidelberg, Journal of International Law* 70, 2010, pp. 251-282.

Après le jugement sur le Traité de Lisbonne, on peut constater que l'interprétation généreuse du droit à l'accès au recours constitutionnel fait maintenant partie d'une jurisprudence constante.

D'autre part, il faut se rendre compte du fait que la victoire remportée par les juges peut très bien être de courte durée. En effet, les lignes générales tracées par les arrêts *Maastricht* et *Lisbonne* s'accommodent mal avec certaines décisions antérieures par lesquelles l'Allemagne s'était insérée dans le réseau des organisations à niveau universel.

L'exemple le plus frappant est l'accession aux Nations unies, survenue en 1973. En ratifiant la Charte, l'Allemagne a bien reconnu les compétences du Conseil de sécurité qui, selon l'article 7, est investi de compétences lui permettant d'adresser des injonctions obligatoires à tous les membres de l'Organisation mondiale. Lorsque le Conseil de sécurité agit ainsi sur la base du chapitre VII de la Charte, l'autonomie des pays membres se trouve suspendue.

Les décisions selon l'article 7 demandent un respect total, soumettant donc leurs destinataires à l'autorité de l'Organisation mondiale. Aucun État ne peut échapper à l'autorité du Conseil de sécurité⁴³. On se demande si la CCF accepterait à l'heure actuelle des recours constitutionnels qui mettraient en relief la menace, pour la souveraineté de l'Allemagne, des compétences du Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte.

L'unilatéralisme qui se manifeste dans les deux arrêts *Maastricht* et *Lisbonne* est carrément contraire aux grandes lignes de la LF telles qu'elles se dessinent dans son préambule et dans son article 25.

43. Il est controversé dans quelles mesures le Conseil de sécurité (CS) est tenu de respecter le *jus cogens* international. Dans ses rapports avec les membres de l'ONU, le CS jouit d'une grande latitude. La souveraineté des États ne constitue pas pour lui un obstacle juridique puisqu'on lui a confié le rôle d'assurer la paix et la sécurité internationales, particulièrement à l'égard d'États récalcitrants. D'autre part, le CS doit certainement observer les droits élémentaires de la personne humaine. En particulier, toute sorte de nettoyage ethnique lui est interdite. Pour plus de détails, voir Christian TOMUSCHAT, *The Security Council and Jus Cogens*, in *The Present and Future of Jus Cogens*, sous la direction d'Enzo CANNIZZARO, Sapienza Università Editrice, 2015, pp. 7-97.

IV. DÉTAILS IMPORTANTS DES PROCÉDURES

À côté des grandes lignes du régime pour l'appréciation de la constitutionnalité des traités, beaucoup de questions additionnelles restent à résoudre. Il serait faux de les considérer comme secondaires puisque c'est dans la procédure que le droit s'affirme.

A. Le concept de traité

Quels sont les traités qui peuvent être déferés à la CCF ? Il s'agit toujours de traités qui ont été conclus avec d'autres sujets du droit international, que ce soient des États souverains ou des organisations internationales. On ne connaît pas, en Allemagne, des traités internationaux qui auraient été conclus avec des sujets partiels du droit international comme, par exemple, des mouvements rebelles. Dès lors qu'un traité international a été reçu dans l'ordre juridique allemand en vertu d'une loi d'approbation, son contrôle tombe sous le monopole de la CCF selon les différentes procédures qui ont été décrites ci-dessus. En ce qui concerne les accords administratifs, les tribunaux saisis d'un différend ont toute latitude d'examiner leur constitutionnalité. Évidemment, il n'est pas aisé d'imaginer des situations où une incompatibilité pourrait être envisagée. En dernière analyse, le particulier qui se croit lésé pourrait toujours soumettre ses griefs à la CCF, après l'épuisement des voies de recours internes. À la connaissance du présent rapporteur, jusqu'à l'heure actuelle, il n'y a jamais eu un différend où un accord administratif ait été mis en cause devant les tribunaux allemands.

Au cours des premières années de l'existence de la RFA, la pratique a dû s'occuper de certaines formes irrégulières de traités, dont la nature d'instruments en vertu du droit international était douteuse. C'est ainsi que le *Land* de Baden avait conclu en 1951 un accord avec le port autonome de Strasbourg sur l'exploitation en commun du port de Kehl sur la rive allemande du Rhin. Cet accord résultait du régime d'occupation antérieur. La CCF, qui avait été saisie par le groupe du parti SPD au *Bundestag* demandant la constatation que les droits du *Bundestag* selon l'article 59-2 de la LF avaient été violés, rejeta la requête en précisant que les conventions conclues avec une autorité territoriale d'un autre pays ne rentraient pas dans la portée de cet

article⁴⁴. Seuls de vrais traités internationaux avec un sujet reconnu de droit international se trouvent assujettis à la procédure formelle de l'article 59-2 de la LF.

La même chose vaut pour les jumelages ou partenariats entre des communes allemandes et des communes étrangères. Ces arrangements existent en grand nombre. Ils sont rarement considérés comme des stipulations qui engendrent de vrais droits et obligations. Toutefois, la LF prévoit la faculté pour les *Länder* de transférer, de manière appropriée, certaines compétences de puissance publique à des institutions de voisinage frontalier (article 24-2). L'approbation du Gouvernement fédéral y est nécessaire.

Le problème le plus épineux était la question de savoir si le Traité de 1972 entre les deux Allemagnes rentrait dans le champ d'application de l'article 59-2 de la LF. Certes, ce traité avait été conclu selon les formes habituelles de la diplomatie internationale. Mais la RFA avait toujours maintenu que pour elle la RDA n'était pas un État étranger quelconque mais une entité encadrée par le *Deutsches Reich* (l'État allemand), sujet de droit international, qui continuait son existence malgré l'apparition sur son sol de deux États portant d'autres noms. Reconnaître l'applicabilité de l'article 59-2 de la LF était une solution de sagesse puisque, de ce fait, l'intervention des chambres législatives était assurée⁴⁵.

B. La protection provisoire par voie de référé

En ce qui concerne les traités internationaux approuvés par une loi formelle, la question se pose de savoir à quel moment un recours peut être considéré comme admissible. Le problème y afférent est évident. Une fois qu'un traité international a été valablement conclu par voie de ratification, il ne peut être révoqué au bon gré d'une des parties. Le principe, réaffirmé dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, est ferme : *pacta sunt servanda* (article 26). Le droit international ne permet que dans des circonstances exceptionnelles d'invoquer le droit national pour se dérober à l'effet obligatoire produit par la conclusion d'un traité. On ne retient à l'article 46 que des hypothèses où sont survenues, au niveau national, des violations « manifestes » de règles de compétence d'une importance « fondamentale ». Partant, les acteurs qui

44. Décision du 30 juin 1953, Port autonome de Strasbourg, *BVerfGE* 2, p. 347.

45. Jugement du 31 juillet 1973, *BVerfGE* 36, pp. 1, 13.

contestent la constitutionnalité d'un (projet de) traité doivent trouver le bon moment pour articuler leurs griefs. Même si un tribunal national constate qu'un traité est entaché d'inconstitutionnalité, ce verdict juridictionnel peut tomber dans le vide si la procédure de conclusion a déjà été parachevée, le traité étant entré en vigueur au niveau international. On ne peut donc pas attendre indéfiniment avant d'instituer une procédure juridictionnelle interne.

La loi d'approbation d'un traité international selon l'article 59-2 de la LF produit deux effets : d'une part, elle introduit le contenu du traité dans le droit interne ; d'autre part, elle autorise le Président fédéral à procéder à la ratification. Ces deux aspects ont une signification pertinente pour les procédures de contrôle.

La disposition sur le contrôle « abstrait » des normes prévoit, selon l'interprétation donnée à l'article 93-1-2 de la LF, qu'une loi formelle peut être déferée à la CCF. Mais avant sa promulgation, un projet, bien qu'on connaisse son contenu de par les délibérations parlementaires, n'est pas encore une loi. D'autre part, dès la publication dans la Gazette fédérale (*Bundesgesetzblatt*), le Président fédéral pourrait mettre un terme au contentieux en déposant le texte chez l'instance désignée comme dépositaire. La CCF s'est évidemment rendu compte de ce dilemme. Pour que la protection juridique contre des mesures possiblement inconstitutionnelles soit entièrement garantie, elle a reconnu que des lois portant approbation d'un traité international peuvent être attaquées, soit par le truchement de la procédure du contrôle abstrait, soit par le recours constitutionnel, dès lors que le texte a été définitivement arrêté et qu'une décision finale des chambres législatives est intervenue⁴⁶. Il ne faut donc pas attendre que le texte adopté acquière l'autorité formelle d'acte législatif par sa publication dans le *Bundesgesetzblatt*.

En même temps, pour ne laisser aucune échappatoire, la CCF considère que la procédure de référé est pleinement applicable concernant ce genre de différends. Dans une procédure où le Mécanisme européen de stabilité était en jeu, la CCF a ordonné que la ratification du traité concerné ne puisse avoir lieu avant qu'il ne soit garanti que l'Allemagne ne sera pas sujette à des engagements financiers plus élevés que ceux qui résultent du Traité sur le Mécanisme lui-même⁴⁷. Des événements postérieurs ne peuvent donc pas augmenter la charge financière.

46. Jugements du 30 juillet 1952, *BVerfGE* 1, pp. 396, 413 ; du 25 juin 1968, *BVerfGE* 24, 33, 53/4 ; décision du 28 avril 2005, *BVerfGE* 112, pp. 363, 367.

47. Jugement du 12 septembre 2012, *BVerfGE* 132, pp. 195, 196. Décision quant au fond : jugement du 18 mars 2014, *BVerfGE* 135, p. 317.

C. Le contrôle ex post

Il n'est pas exclu d'attaquer certaines dispositions d'un traité international après son entrée en vigueur. Dans ces conditions, pourtant, les conséquences d'une décision qui conclurait en effet à l'inconstitutionnalité seraient nécessairement limitées. Éventuellement, l'État allemand pourrait être tenu d'allouer une compensation financière au requérant. Pourtant, jusqu'à présent, une telle hypothèse ne s'est jamais présentée.

V. OBSERVATIONS FINALES

En rétrospective, on peut constater que le contrôle de la constitutionnalité des traités internationaux a joué un rôle important dans l'histoire de la RFA. Aucun traité n'a été déclaré inconstitutionnel. Mais la jurisprudence de la CCF a apporté une grande contribution à la clarification de la portée matérielle de certains traités, surtout ceux qui ont formé le statut international de l'Allemagne. La première grande affaire où le réarmement allemand était en cause s'est soldée sans l'intervention de la CCF. Mais l'arrangement avec la RDA en 1972 lui a donné l'occasion de se manifester comme le gardien de l'unité allemande. Il n'est certainement pas erroné d'affirmer que le jugement de la CCF du 31 juillet 1973, vivement critiqué pour sa démarche outrancière, a grandement contribué à consolider les perspectives de la réunification. Finalement, les affaires des Traités de Maastricht et de Lisbonne ont obligé la CCF à préciser l'équilibre entre intégration européenne et souveraineté nationale. On peut notamment conclure que le contrôle par la CCF, qui ne saurait jamais être éludé, a exercé un effet préventif en rendant les négociateurs diplomatiques conscients des entraves possibles sur leur route.

En principe, le fait que plusieurs procédures sont disponibles pour exercer un droit de regard sur les traités internationaux peut être apprécié comme un renforcement du principe de l'État de droit. Mais il est trop tôt de dresser un bilan général. La voie ouverte par la CCF permettant au particulier, en vertu du droit de suffrage qui lui est garanti par la Loi fédérale, non seulement d'attaquer des actes de puissance publique qui lui causent un préjudice individuel et direct, mais encore des lois portant accroissement des compétences des

institutions de l'intégration européenne, aura certainement des conséquences sur la capacité d'action de la RFA en politique extérieure. En s'adjudant la compétence de procéder à une appréciation de tous les traités qui restreignent de façon profonde (dans le système d'intégration de l'Union européenne) les compétences des autorités nationales, la CCF est devenue un acteur qui a de la peine à échapper à une orientation politique •

الخاتمة

يمكن القول في خاتمة هذه الدراسة، أن مراقبة المعاهدة الدولية من طرف القاضي الدستوري مرّت بمراحل عدّة. فقد سمحت رقابة معاهدتية القانون بفتح الطريق أمام القاضي الدستوري غير المتخصّص لبسط رقابته على دستورية القانون. على أن تعهّد «المحاكم غير المخولة»، طبق دستور ٢٧/٠١/٢٠١٤، «لمراقبة دستورية القوانين»، لن يمنع هذا المحاكم من بسط رقابتها على معاهدتية القانون التي ولئن تجد صداها في الدستور إلا أنها أصبحت مستقلة عن رقابة الدستورية. كما أن من شأن رقابة دستورية المعاهدة، قبل المصادقة عليها من قبل رئيس الجمهورية، أن تجعل المنظومة القانونية الداخلية منسجمة مع التعهدات الدولية للدولة. ولكن السؤال الذي يطرح كيف ستتصرف المحكمة الدستورية إذا تعهدت بناء على إحالة من محاكم تلتقت مذكرة مستقلة من أحد المتقاضين تضمّنت الدفع بعدم دستورية معاهدة دولية خضعت إلى إجراء الموافقة من البرلمان والمصادقة من قبل رئيس الجمهورية وتم نشرها؟

فمن جهة أولى تصدر المحكمة، عملاً بمقتضيات أحكام الفصل ١٢١ من الدستور، «قرارها في أجل خمسة وأربعين يوماً من تاريخ الطعن بعدم الدستورية وبالأغلبية المطلقة لأعضائها».

لتفادي التشريع لنكران العدالة، خاصة لتأكيد الدستور على الطبيعة القضائية للمحكمة فقد تضمن المشروع المقدم من الحكومة أنه يرجح، في صورة التساوي، صوت الرئيس. على أن المشروع فضل في النهاية تعديل مشروع الحكومة وكان ذلك ببادرة من النواب. واستقرّ المشروع، مثلما هو الشأن بالنسبة لقرارات الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين، على تكريس نكران العدالة^{٦٣}. فإذا لم تحترم المحكمة الأجل المذكور فإنه عليها، طبق الفصل ١٢١ من الدستور، إرجاع المشروع إلى رئيس الجمهورية ليختمه طبق الفصل ٨١ من الدستور.

وقد يعود حذف «ترجيح صوت الرئيس» إلى وجود نوايا لدى قيادات بعض الأحزاب السياسية، خاصة منها المهيمنة على الساحة السياسية منذ انتخابات ٢٠١١، على أن لا تحسم المحكمة الدستورية في بعض المسائل التي تثير مشاكل دستورية بيّنة. ولا تشكل هذه الحالة، الحالة الوحيدة لنكران العدالة^{٦٤}.

و تصدر، من جهة ثانية، المحكمة الدستورية، عملاً بأحكام الفصل ١٤٤ من الدستور، آراء. ولئن لم يضبط نص الدستور الأغلبية المطلوبة، إلا أن الفصل الخامس من القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية، اقتضى «تتخذ قرارات المحكمة الدستورية وآراءها بالأغلبية المطلقة لأعضائها عدا ما استثناه هذا القانون وتكون معللة».

تضمن الفصل ٥ فقرة أخيرة من القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية «تكون قرارات المحكمة الدستورية وآرائها ملزمة لجميع السلطات».

و يحال مشروع القانون غير الدستوري، طبق الفصل ١٢٢ من الدستور، إلى رئيس الجمهورية ومنه إلى مجلس نواب الشعب للتداول فيه ثانية طبقاً لقرار المحكمة الدستورية. وعلى رئيس الجمهورية قبل ختمه إرجاعه إلى المحكمة الدستورية للنظر في دستوريته.

وقد تعرّض دستور ٢٧/٠١/٢٠١٤ إلى بعض الإجراءات الواجب إتباعها. وهو ما جعل هامش المشرع في باب الإجراءات مقيداً. على أن ذلك لم يمنع المشرع من ضبط إجراءات إضافية وهو ما يتضح سواء عند إجراء الرقابة السابقة أو خلال الرقابة اللاحقة للمحكمة الدستورية.

– تعهد المحكمة الدستورية

تختلف إجراءات تعهد المحكمة الدستورية طبق طبيعة الرقابة: سابقة عن ختم القانون^{٦٥} أو لاحقة له.

إذ يمكن للمحكمة أن تتعهد عند إجراء الرقابة السابقة على إثر طلب كل من: رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة أو ٣٠ عضواً من أعضاء مجلس نواب الشعب ورئيس مجلس نواب الشعب.

ويمكن في هذا الإطار إبداء بعض الملاحظات التالية:

أثبتت التجربة، على عكس ما ذهب إليه الدستور، أن المعارضة في مجلس نواب الشعب قد تجد صعوبات كبيرة للحصول على عدد ٣٠ إمضاء من النواب الذين يريدون الطعن في دستورية مشروع قانون^{٦٦}.

وتختلف آجال تعهد المحكمة حسب طبيعة النصّ المعروض. فيمكن بالنسبة للمعاهدات، طبق الفصل ٤٢ من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية، لرئيس الجمهورية أن يعرضها على المحكمة «لمراقبة دستوريته» وذلك قبل ختم مشروع قانون الموافقة عليها». وكان بذلك العرض اختيارياً.

وقد قيد الدستور المحكمة بأجال معينة للبت. وهي تختلف طبق طبيعة النصّ الذي تعهدت به. إذ حدّد الأجل الأقصى بخمسة وأربعين يوماً عند بت المحكمة في دستورية مشاريع القوانين ومشاريع القوانين الدستورية والمعاهدات والنظام الداخلي لمجلس نواب الشعب (الفصل ١٢١ من الدستور).

– قرارات المحكمة

تصدر المحكمة الدستورية، طبق نص الدستور، نوعين من القرارات: القرارات والآراء^{٦٧}.

63. « Le déni de justice s'entend de l'impossibilité pour le plaideur d'obtenir confrontation, par un juge, de sa situation aux règles de droit applicables, à la suite d'une défaillance dans l'organisation ou le fonctionnement de l'appareil juridictionnel », FAVOREU (L), *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ, 1964, pp. 27-28.

64. A. MAHFOUDH, « Les dénis de Justice constitutionnelle en Tunisie », in <http://www.businessnews.com.tn/les-denis-de-justice-constitutionnelle-en-tunisie,526,77696,3>.

60. اقتضى الفصل ٨١ من الدستور «يختم رئيس الجمهورية القوانين ويأذن بنشرها بالرائد الرسمي بالجمهورية التونسية (...).».

61. حالة الطعن في مشروع القانون الأساسي المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء.

62. A. MAHFOUDH, « Les décisions de la Cour constitutionnelle en Tunisie », in L. TARCHOUNA et A. MAHFOUDH, *Le contrôle de constitutionnalité des lois : Regards croisés (à paraître)*.

كما منع الدستور على القضاة الجمع بين ممارسة مهامهم القضائية و مباشرة أي وظيفة أخرى. وتوسّع المشرّع في تعريف المنع ليشمل حتى الوظائف بدون أجر^{٥٨}. ويكون بذلك المشرع قد فرض على أعضاء المحكمة الدستورية عزلة، كان بالإمكان تفاديها. تسمح التجارب المقارنة لا فقط للأعضاء ممارسة بعض المهام وإنما على الأقل المشاركة في ملتقيات علمية وهو من شأنه أن تكون له انعكاسات إيجابية على اجتهاد المحكمة. على أن الفصل ٢٧ فقرة أخيرة من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية استثنى «التعليق على القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية المنشور في المجلات القانونية المختصة دون سواها».

وقد تضمّن القسم الثاني من الباب الثاني من القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية ضمانات والتزامات أعضاء المحكمة الدستورية. أهمها الحصانة ضدّ التبعية الجزائية.

٣- صلاحيات المحكمة الدستورية

تمارس المحكمة الدستورية، طبق نصّ الدستور، العديد من الصّلاحيات. فلها أن تبتّ في استمرار الحالة الإستثنائية من عدمه (الفصل ٨٠)، أو تلقي أداء يمين القائم بمهام رئيس الجمهورية عند حلّ مجلس نواب الشعب (الفصل ٨٥)، أو عزل رئيس الجمهورية (الفصل ٨٨)، أو البتّ في نزاعات الإختصاص بين رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة (الفصل ١٠١). و لكن تعدّ مراقبة الدستورية المهمة الأساسية للمحكمة (الفصل ١٢١).

تشمل مراقبة الدستورية نصوصاً من طبيعة مختلفة. فقد تضمّن الفصل ١٢٠ من الدستور «تختصّ المحكمة الدستورية دون سواها بمراقبة دستورية:

مشاريع القوانين ومشاريع القوانين الدستورية والمعاهدات قبل ختم مشروع قانون الموافقة عليها والنظام الداخلي لمجلس نواب الشعب والقوانين التي تحيلها عليها المحاكم تبعاً للدفع بعدم الدستورية».

وبذلك ضمن نصّ الدستور علوية مطلقة للنصّ الدستوري. فالرقابة يمكن أن تسلّط على المشاريع كما يمكن أن تمتد إلى القوانين السارية المفعول. وبذلك تكون رقابة المحكمة سابقة ولاحقة.

وبعد جدل بين الفرقاء السياسيين وعدد من المختصين، استقرّ موقف المشرّع على منع كل من تحمّل «مسؤولية حزبية مركزية أو جهوية أو محلية، أو كان مرشح حزب أو إئتلاف لانتخابات رئاسية أو تشريعية أو محلية خلال عشر سنوات قبل تعيينه في المحكمة الدستورية»^{٥٩}. ويعتبر هذا الحلّ حلاً وسطاً بين المنع المطلق للمنتمّنين للأحزاب السياسية لعضوية المحكمة الدستورية أو السماح المطلق لهم بعضويتها. إذ لا يخفى على أحد أن مسألة استقلال القاضي وحياده في دولة القانون لا يرتبط بمنع القاضي من ممارسة حقوقه الدستورية، كالإنخراط في جمعية أو حزب سياسي أو ممارسة حرية التعبير^{٥٨}. لذلك اقتصر المنع على تحمّل المسؤولية أو الترشح لوظائف سياسية وطنية أو محلية.

ومع ذلك يعدّ هذا الخيار، مقارنة مع نماذج عضوية المحاكم الدستورية في أنظمة دولة القانون خياراً معزولاً. علماً وأنّ المحكمة الدستورية سوف تكون مطالبة، في المستقبل القريب، بحسم العديد من القضايا المجتمعية (المساواة في الإرث بين الذكر والأنثى، تجريم العلاقات الجنسية الرضائية بين الرشد...).

ترتبط مسألة الإستقلال والحيادية، في تقديرنا، بمعطيات أخرى لعلّ أهمها مدّة العضوية، الحصانة، الإعفاء...

تعدّ مسألة مدّة العضوية من بين الضمانات الأساسية التي من شأنها أن تضمن لقضاة المحكمة الدستورية استقلالهم. فقد سمح الدستور للقضاة بممارسة مهامهم مدّة تسع سنوات غير قابلة للتجديد. ويجدد ثلث أعضاء المحكمة كل ٣ سنوات. كما أنه لم يقع السماح للسلط التي تتولى تعيين أعضاء المحكمة الدستورية أن تقوم بعزلهم. ولئن لم يتضمن القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية تحديد طريقة إعفاء أحد أعضاء المحكمة الدستورية، إلا أن الفصل ٢٠ من هذا القانون اعتبر «الإعفاء في صورة فقدان العضو لأحد شروط الترشح لعضوية المحكمة الدستورية أو إخلاله بالواجبات المحمولة عليه» «شغورا نهائياً في عضوية المحكمة» «تتولى المحكمة الدستورية» معاينته «وتبتّ فيه بأغلبية أعضائها».

٥٧. الفصل ٨ من القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية.

58. « Le magistrat bénéficie des droits reconnus à tout citoyen d'adhérer à un parti politique, à un syndicat professionnel, ou à une association et de pratiquer la religion de son choix », Conseil Supérieur de la Magistrature, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Dalloz, 2010, p. 6.

٥٩. الفصل ٢٦ من القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية.

الأقل برتبة أستاذ تعليم عالي» والقضاة المباشرين «للقضاء منذ عشرين سنة على الأقل» والمنتخبين «إلى أعلى رتبة» والمحامين المباشرين «منذ عشرين سنة على الأقل» مرسمين «بجدول المحامين لدى التعقيب». وبقدر ما كان نص مشروع الحكومة دقيقا بالنسبة لبقية المختصين في القانون^{٥٤} إلا أن النص النهائي استقرّ على التعميم وهو ما من شأنه أن يطرح سؤالاً حول الجدوى من الشروط السابقة. يعتبر مختصاً في القانون طبق المشرع كل من كان من «ذوي التجربة في الميدان القانوني منذ عشرين سنة على الأقل بشرط أن يكون حاملاً لشهادة الدكتوراه في القانون أو ما يعادلها».

و«يشترط في العضو من غير المختصين في القانون أن يكون حاملاً لشهادة الدكتوراه أو ما يعادلها». ويتم تعيين أعضاء المحكمة الدستورية طبق الفصل ١٠ من قانون المحكمة، «تباعاً من طرف مجلس نواب الشعب والمجلس الأعلى للقضاء ورئيس الجمهورية، وفقاً للشروط المنصوص عليها بالفصلين ٨ و٩ من هذا القانون مع السعي لاحترام مبدأ التناسف». وإذا كان تعيين أربعة أعضاء من طرف رئيس الجمهورية مبسطاً، تعتبر مسألة تعيين باقي الأعضاء من طرف مجلس نواب الشعب (أربعة أعضاء) والمجلس الأعلى للقضاء (أربعة أعضاء) معقدة. فهي تحتاج إلى مصادقة أغلبية ثلثي أعضاء المجالس المذكورة. وهو ما يدفع الفرقاء السياسيين إلى البحث عن أعضاء يحضون بنسبة كبيرة من الرضا. وهي ليست بالمسألة الهينة. علماً وأنه تم انتخاب أعضاء مجلس نواب الشعب طبق طريقة التمثيل النسبي مع اعتماد أكبر البقايا. فمنذ أن شرع مجلس نواب الشعب في إجراءات انتخاب الأربعة أعضاء فإنه توصل فقط إلى انتخاب عضوة واحدة.

وعلى عكس الأنظمة الديمقراطية، جدّ جدل مثير في تونس تعلق بعلاقة قضاة المحكمة الدستورية بالأحزاب^{٥٥}. وطرح تساؤل حول مدى اعتبار الإنتماء إلى الأحزاب السياسية أو الترشح للانتخابات السياسية حالة من حالات التناهي أم مانعا من موانع الترشح^{٥٦}.

٥٤. الفصل ٦: «ويشترط في المترشح المختص في القانون أن يكون (...) له أعمال علمية منشورة بدوريات ومجلات قانونية محكمة لبقية المختصين في القانون من غير المدرسين الباحثين التابعين للجامعات والقضاة والمحامين.»

٥٥. مشروع قانون المحكمة الدستورية: جدل ساخن حول شرط استقلالية قضاة عن الأحزاب السياسية، الصباح، ٢٠١٥/١١/١٧.

٥٦. الفصل ٨ من القانون الأساسي المتعلقة بالمحكمة الدستورية «يشترط في عضو المحكمة الدستورية (...) ألا يكون قد تحمل مسؤولية حزبية مركزية أو جهوية أو محلية أو كان مرشح حزب أو ائتلاف لانتخابات رئاسية أو تشريعية أو محلية خلال عشر سنوات قبل تعيينه في المحكمة الدستورية (...)».

تمّت المصادقة على النص يوم ٢٠/١١/٢٠١٥. ثم تولّى رئيس الجمهورية إصدار القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية بتاريخ ٠٣/١٢/٢٠١٥. ولم يتم إلى حدود هذا التاريخ إرساء المحكمة الدستورية.

٢- النظام القانوني للمحكمة الدستورية

لا يمكن الحديث عن علوية الدستور في دولة القانون إذا لم تتمتع المحكمة المتعهددة برقابة الدستورية بالضمانات الأساسية. وهو ما سعى النظام الدستوري التونسي إلى تكريسه سواء بالنسبة لتنظيم المحكمة أو العضوية بها.

- التنظيم

اعتبر كل من المؤسس والمشرع المحكمة الدستورية «هيئة قضائية مستقلة». تتمتع، طبق الفصل ٢٢ من القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية، بالإستقلالية الإدارية والمالية. رئيسها، المنتخب من قبل أعضاء المحكمة الدستورية^{٥٧}، هو «ممثلها القانوني والمشرع على مصالحها والقائم على حسن تسييرها» وهي التي تتولى إعداد «مشروع ميزانيتها ويخصّص لها باب بالميزانية العامة للدولة»^{٥٨}.

تحدث، طبق الفصل ٢٢ من القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية ولدى هذه الأخيرة «كتابة عامة يشرف عليها كاتب عام يخضع للسلطة المباشرة لرئيس المحكمة».

- العضوية

تتركب المحكمة الدستورية، طبق الفصل ١١٨ من الدستور، «من اثني عشر عضواً من ذوي الكفاءة، ثلاثة أرباعهم من المختصين في القانون الذين لا تقل خبرتهم عن عشرين سنة». تقتضي رقابة دستورية القوانين من طرف هيكل مختص بالبحث عن ذوي الاختصاص والكفاءة العالية. وقد عرّف الفصل ٩ القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية عناصر الكفاءة والاختصاص في القانون.

شمل الاختصاص في القانون «المدرسين الباحثين التابعين للجامعات منذ عشرين سنة على

٥٢. فقرة ٢ من الفصل ١٦ من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية «ينتخب أعضاء المحكمة الدستورية بالإقتراع السري وبالأغلبية المطلقة لأعضائها رئيساً للمحكمة ونائباً له على أن يكونا من بين المختصين في القانون».

٥٣. الفصل ٣٣ من القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية.

القوانين دون سواها. ولكن هل يتم ذلك في المستقبل خاصة وأن قادة البلاد غير متحمسين لإرساء المحكمة الدستورية؟

ب- المحكمة الدستورية

ولئن يستحيل، في غياب المحكمة الدستورية، دراسة رقابتها على المعاهدات الدولية. إلا أن الوقوف على ظروف إرساء المحكمة (١) قبل تناول نظامها القانوني (٢) و الإختصاصات التي تمارسها (٣) من شأنه أن يسمح بإلقاء الضوء، عند ممارسة هذه الرقابة، على بعض الإشكاليات المحتمل وقوعها في المستقبل.

١- ظروف إرساء المحكمة الدستورية

لم يتسم مسار إقرار علوية الدستور بالبساطة والفاعلية. فقد تخلل العمل التأسيسي التردد وهاجس التخوف من المحكمة الدستورية بشكل خاص ومن القضاء بشكل عام. وقد كان إعداد نص مشروع القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية مرتبطا بالإكراهات الدستورية الواردة في دستور ٢٧ جانفي ٢٠١٤.

فقد تضمن دستور ٢٧/٠١/٢٠١٤ في بابه الخامس، الذي يحمل عنوان السلطة القضائية، قسما ثانيا يحمل عنوان المحكمة الدستورية. ويتكون هذا القسم ٢ من ٧ فصول. وهي الفصول ١١٨، ١١٩، ١٢٠، ١٢١، ١٢٢، ١٢٣، ١٢٤.

كما تضمن الفصل ١٤٨ من الدستور «يتم (...) في أجل أقصاه سنة (من الإنتخابات التشريعية) إرساء المحكمة الدستورية».

يتطلب إرساء المحكمة الدستورية، في الأجل الدستورية، احترام مقتضيات الفصل ١٢٤ من الدستور الذي تضمن «يضبط القانون تنظيم المحكمة الدستورية والإجراءات المتبعة لديها والضمانات التي يتمتع بها أعضاؤها».

من المؤسف الإشارة إلى عدم احترام الآجال الدستورية، مثلما نصت على ذلك الأحكام الإنتقالية للدستور، لإرساء المحكمة الدستورية. وكما كان متوقعا، لم تكن عملية المصادقة على قانون يتعلق بالمحكمة الدستورية سهلة^{٥٠}. وكان بذلك الميلاد العسير^{٥١}.

٥٠. أمين محفوظ، علوية الدستور: بين التأكيد والتغيب، الطريق الجديد، مارس ٢٠١٤، الجزء الثاني، ص ٧.

٥١. أمين محفوظ، المحكمة الدستورية: الميلاد العسير، سبق ذكره.

أصدر رئيس الجمهورية بعد مصادقة المجلس الوطني التأسيسي، القانون الأساسي عدد ١٤ لسنة ٢٠١٤ مؤرخ في ١٨ أفريل ٢٠١٤ يتعلق بالهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين^{٥٢}. وقد اعتبر الفصل ١ من القانون الأساسي المذكور هذه الهيئة «هيئة قضائية وقتية».

ومباشرة بعد استكمال تركيبها^{٥٣} تولت الهيئة، وفي ظرف قياسي، مراقبة دستورية مشاريع القوانين. وقد كانت حصيلة الهيئة في مجال مراقبة دستورية مشاريع القوانين جديرة بالإهتمام. على أن الهيئة لم تقم برقابة المعاهدة الدولية باستثناء تعرضها بشكل مبهم إلى ما أسمته «معايير متعارف عليها دوليا» وذلك بمناسبة رقابتها لدستورية معايير الصيرفة الإسلامية الواردة في مشروع قانون^{٥٤}. إذ تمثل حسب قرار الهيئة «المعايير المتعارف عليها دوليا إطارا مرجعيا للدول التي تنظم ممارسة عمليات الصيرفة الإسلامية». غير أن الهيئة أوضحت في نفس القرار أن «مهمة مراقبة مطابقة عمليات الصيرفة الإسلامية مع المعايير الدولية موكولة بمقتضى مشروع القانون إلى البنك المركزي وهو ما يشكل ضمانا لتوافق هذه المعايير مع القانون الوضعي»^{٥٥}. لتضيف أن المعايير الدولية المعمول بها «خاضعة بدورها للقانون المتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية»^{٥٦}.

ويمكن تفسير عدم تعرض الهيئة الوقتية لرقابة المعاهدة الدولية لسببين.

يكمن السبب الأول في غياب العرض الوجوبي. إذ تنظر الهيئة، طبق الفصل ١٨ من القانون الأساسي لسنة ٢٠١٤، «في دستورية مشاريع القوانين المصادق عليها بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة أو ثلاثين نائبا على الأقل».

يكمن السبب الثاني في عدم استناد المعارضة عند طعنها في دستورية مشاريع القوانين إلى المعاهدات الدولية. وعلى مستوى آخر تتمسك المعارضة، من باب المفارقة خلال الجلسات العامة لمجلس نواب الشعب عند مناقشتها لمشاريع قوانين الموافقة على المعاهدات الدولية، بتعارض هذه المشاريع مع أحكام الدستور المتعلقة بسيادة الدولة التونسية. غير أنها لم ترفع أي طعن كان ضد مشاريع قوانين الموافقة. فاقترحت بذلك الطعون المقدمة إلى الهيئة الوقتية على مشاريع

٥٢. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد ٣٢ مؤرخ في ٢٢ أفريل ٢٠١٤، ص ١٠١٢-١٠١٤.

٥٣. بموجب القرار الجمهوري عدد ٨٩ لسنة ٢٠١٤ المؤرخ في ٢٢ أفريل المتعلق بتعيين أعضاء الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين.

٥٤. قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد ٢٠١٦/٠٥ بتاريخ ٢ جويلية ٢٠١٦ المتعلق بمشروع قانون البنوك والمؤسسات المالية، ر.ر.ج.ت عدد ٥٨ مؤرخ في ١٥/٠٧/٢٠١٦ ص ٢٥١٢.

٥٥. المرجع السابق.

٥٦. المرجع السابق.

التاريخ مما يجعل أحكام تلك الإتفاقية أقوى نفوذا من القوانين»^{٤٢}. وإذا كان فقه قضاء المجلس الدستوري ثريا في هذا المجال، فإن الأمر يختلف عن ذلك بالنسبة للقضاء المتخصص طبق دستور ٢٠١٤.

II - غياب موقف القاضي المتخصص طبق دستور 2014

لم تكن المعاهدة موضوع تناول من قبل القاضي الدستوري المؤقت (أ) ومن باب أولى القاضي الدستوري الدائم (ب) الذي لم ير النور بعد.

أ- الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين

أوكل الدستور مهمة مراقبة دستورية القوانين في الفترة الإنتقالية، إلى الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين وإلى القضاء.

تضمّن الفصل ١٤٨ من باب الأحكام الإنتقالية «يحدث المجلس التأسيسي بقانون أساسي، خلال الأشهر الثلاثة التي تلي ختم الدستور، هيئة وقتية تختص بمراقبة دستورية مشاريع القوانين». كما تضمّن الفصل ١٤٨ من الدستور «تعتبر سائر المحاكم غير مخولة لمراقبة دستورية القوانين».

على خلاف الصيغة المعتمدة في مشروع دستور غرة جوان ٢٠١٣^{٤٣}، فقد اقتضى الفصل ١٤٨-٧، من الدستور أن يحدث المجلس الوطني التأسيسي «بقانون أساسي، خلال الأشهر الثلاثة التي تلي ختم الدستور، هيئة وقتية تختص بمراقبة دستورية مشاريع القوانين وتتكون من: الرئيس الأول لمحكمة التعقيب رئيسا والرئيس الأول للمحكمة الإدارية عضوا والرئيس الأول لدائرة المحاسبات عضوا وثلاثة أعضاء من ذوي الإختصاص القانوني يعينهم تباعا وبالتساوي بينهم كل من رئيس المجلس الوطني التأسيسي ورئيس الجمهورية ورئيس الحكومة». وبالفعل

٤٣. المجلس الدستوري، رأي، عدد ٥٦-٢٠٠٦ بتاريخ ١١/٠٦/٢٠٠٦، ر.ج.ت، عدد ٣٤ بتاريخ ٢٧ أفريل ٢٠٠٧، ص. ١٤١١.

٤٤. الفصل ١٤٦: «(...) تتولى الجلسة العامة للمحكمة الإدارية الصلاحيات الممنوحة للمحكمة الدستورية عدا البت في الدفع بعدم الدستورية والبت في طلب إعفاء رئيس الجمهورية، ولا تدخل الأحكام المتعلقة بصلاحيات مراقبة الدستورية عن طريق الدفع حين النفاذ إلا بعد ثلاث سنوات من مباشرة المحكمة الدستورية لمهامها الأخرى. وتعتبر سائر المحاكم غير مخولة لمراقبة دستورية القوانين.»

التي يقوم عليها. فقد جاء بالرأي الصادر عن المجلس قائلًا «حيث أن العمل من أجل السلم الدولي والتعلق بالإنتماء للأسرة العربية، من المبادئ المعلنة بتوطئة الدستور، وحيث تنزل المهام الموكولة إلى مجلس السلم والأمن العربي بمقتضى نظامه الأساسي في هذا الإطار مما يجعل المواد ذات العلاقة بتلك المهام متلائمة مع الدستور»^{٤٤}. كما جاء برأي المجلس «إن مشروع القانون المتعلق بالموافقة على إتفاقية إنشاء المؤسسة الدولية الإسلامية لتمويل التجارة والموقع عليها باسم رئيس الجمهورية التونسية في ٣٠ ماي ٢٠٠٦ بالكويت، و الإتفاقية موضوع الموافقة، لا يثيران أي إشكال دستوري عدا الفقرة ب من المادة ٤٢ من الإتفاقية والتي لا تتلاءم مع الفصل الأول من الدستور والفصل ٦ منه والفقرة الثانية من المادة ٤٤ من الإتفاقية التي تتطابق مع الفصل ١٦ من الدستور ولا تتلاءم مع الفصل الأول منه»^{٤٥}.

ب- رقابة معاهدتية القانون

تشكل رقابة المعاهدتية، مبدئيا، شكلا من أشكال رقابة الدستورية ذلك أن الدستور هو أساس إقرار علوية المعاهدة على القانون. مع ذلك رفض المجلس الدستوري الفرنسي^{٤٦} القيام بهذا الدور الذي اعتبره من صميم اختصاص القضاء العدلي أو الإداري بالنظر إلى وجود شروط أخرى لإدخال المعاهدات إلى المنظومة القانونية الداخلية^{٤٧}.

لم يتبع المجلس الدستوري التونسي مثيله الفرنسي. فهو لم يتردد في بسط رقابته على معاهدتية القانون^{٤٨}. فقد ذكر المجلس الدستوري بعلوية المعاهدة في العديد من الآراء الصادرة عنه. من ذلك تضمّن الرأي الصادر عن المجلس «حيث نصت الفقرة الأخيرة من الفصل ٣٢ من الدستور على أن المعاهدات المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية والموافق عليها من قبل مجلس النواب أقوى نفوذا من القوانين»، «وحيث تمت المصادقة على إتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين واستعمال الأسلحة الكيميائية وتدمير تلك الأسلحة بمقتضى القانون عدد ١٣ لسنة ١٩٩٧ المؤرخ في ٣ مارس ١٩٩٧ وذلك طبقا للإجراءات الدستورية النافذة في ذلك

٣٨. الرأي، عدد ٥٤-٢٠٠٦، سبق ذكره.

٣٩. المجلس الدستوري، رأي، عدد ٦٧-٢٠٠٦ بتاريخ ٢٧/١٢/٢٠٠٦، ر.ج.ت، عدد ٢٢ بتاريخ ١٦ مارس ٢٠٠٧، ص. ٨٠٥.

40. «Lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, de s'assurer que la loi respecte le champ d'application de l'article 55, il ne lui appartient pas en revanche d'examiner la conformité de celle-ci aux stipulations d'un traité ou d'un accord international.»

41. 268DC, 293DC, 298DC, 321 DC., Voir L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2001, p. 320.

42. A. MAHFOUDH, «Le Conseil constitutionnel et le traité : un problème d'harmonisation normative», *op. cit.*, p. 99.

- القسم الثاني -

رقابة القاضي الدستوري المتخصص على المعاهدة الدولية

تعرض المجلس الدستوري في العديد من الآراء الصادرة عنه^{٣٦} إلى المعاهدة الدولية. وقام بمراقبة دستورية المعاهدة (أ) ومعاهدية القانون (ب).

أ- رقابة دستورية المعاهدة الدولية

بالرغم من غياب تنصيب صريح ضمن دستور يفرض على المجلس الدستوري مراقبة دستورية المعاهدة إلا أن المجلس الدستوري راقب مدى تطابق أو تلاؤم المعاهدات الدولية مع الدستور.

فقد حرص المجلس على بيان إن كانت المعاهدة المعروضة عليه تحتاج إلى موافقة مجلس النواب أم لا.

أكد المجلس في هذا الجانب « حيث يستمد من الفصل ٢٢ من الدستور، أنه لا تجوز المصادقة على المعاهدات الخاصة بالتنظيم الدولي، إلا بعد الموافقة عليها من قبل مجلس النواب^{٣٧} » وقد تبين للمجلس « أن النظام الأساسي لمجلس السلم والأمن العربي يشكل وفقا للقانون الدولي معاهدة وأن النظام الأساسي لمجلس السلم والأمن العربي المعروض على نظر المجلس الدستوري يتضمن أحكاما خاصة بالتنظيم الدولي، ولذا فهو يستوجب الموافقة من قبل مجلس النواب بقانون».

ويلجأ دائما المجلس الدستوري لتكييف مدى خضوع المعاهدة إلى موافقة البرلمان بتفحص مجالها وإن كان من ضمن المجالات الواردة في الفصل ٢٢ من الدستور. فقد تضمن هذا الفصل يصادق رئيس الجمهورية على المعاهدات. ولا تجوز المصادقة على المعاهدات المتعلقة بحدود الدولة، والمعاهدات التجارية والمعاهدات الخاصة بالتنظيم الدولي وتلك المتعلقة بالتعهدات المالية للدولة والمعاهدات المتضمنة لأحكام ذات صبغة تشريعية أو المتعلقة بحالة الأشخاص إلا بعد المصادقة عليها من مجلس النواب.

لا تعد المعاهدات نافذة المفعول إلا بعد المصادقة عليها و شريطة تطبيقها من الطرف الآخر. و المعاهدات المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية والموافق عليها من قبل مجلس النواب أقوى نفوذا من القوانين.»

و لم يكتف المجلس بمراقبة مطابقة المعاهدة للدستور بل راقب كذلك ملاءمتها له. ويحرص المجلس في هذا الإطار لا فقط إلى الرجوع إلى فصول الدستور وإنما إلى روح الدستور والفلسفة

٣٦. تم الاقتصار على الآراء المنشورة بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية انطلاقا من سنة ٢٠٠٤. ذلك أن قبل هذا التاريخ كانت آراء المجلس سرية.

٣٧. المجلس الدستوري، رأي عدد ٥٤-٢٠٠٦ صدر بتاريخ ٠١/١١/٢٠٠٦، ر.ج.ت عدد ١٣ بتاريخ ١٣/٠٢/٢٠٠٧، ص. ٣٩٨.

لا يمكن أن ننكر أن مسار القضاء الدستوري المتخصص لم يولد من عدم. فقد كان إنشاء المجلس الدستوري البذرة الأولى التي حاول من خلالها النظام التونسي أن يبنى، ودون أن ينجح في ذلك، نظام القضاء الدستوري المتخصص. إذ بالرغم من محاولة النظام السياسي آنذاك الإلتفاف على علوية الدستور إلا أن فقه قضاء المجلس كان في خصوص مجال المعاهدة الدولية ثريا (فقرة أولى). وذلك على عكس القاضي الدستوري المتخصص طبق دستور ٢٧/٠١/٢٠١٤ الذي لم يحسم المسألة بعد لعدة أسباب (فقرة ثانية).

I - رقابة المجلس الدستوري^{٣٢}

لم يكن عرض المعاهدات على المجلس الدستوري وجوبيا إلا بالنسبة للمعاهدات المنصوص عليها بالفصل ٢ المتعلقة بالمغرب العربي^{٣٣}. مع ذلك تعرض المجلس الدستوري إلى العديد من المعاهدات^{٣٤} وذلك بسبب تضمّنها لأحكام ذات صبغة تشريعية تدخل في إطار العرض الوجوبي أي التي لها علاقة ب«مشاريع القوانين الأساسية ومشاريع القوانين المتعلقة بالأساليب العامة لتطبيق الدستور وبالجنسية وبالحالة الشخصية وبالإلتزامات وبضبط الجرائم والعقوبات المنطبقة عليها وبالإجراءات أمام المحاكم وبالعضو التشريعي وبالمبادئ العامة لنظام الملكية وللحقوق العينية وللتعليم وللصحة العمومية وللشغل وللضمان الإجتماعي»^{٣٥}.

32. A. MAHFOUDH, « Le Conseil constitutionnel et le traité : un problème d'harmonisation normative », in JENAYAH ® (Sous-dir.), *Le Juge et le Traité*, op. cit, pp. 91-107.

٣٣. الفصل ٢ من دستور ١٩٥٩ «الجمهورية التونسية جزء من المغرب العربي الكبير تعمل لوحده في نطاق المصلحة المشتركة. إن المعاهدات المبرمة في هذا الغرض والتي يترتب عنها تحويل ما لهذا الدستور يعرضها رئيس الجمهورية على الاستفتاء الشعبي بعد أن يوافق عليها مجلس نواب الشعب حسب الصيغ والشروط المنصوص عليها بالدستور». الفصل ٧٢ من دستور ١٩٥٩ «...» يعرض رئيس الجمهورية وجوبا على المجلس الدستوري المعاهدات المنصوص عليها بالفصل ٢ من الدستور. «...».

٣٤. أصدر المجلس الدستوري، خلال الفترة الممتدة بين ٢٠٠٤ و ٢٠٠٨، ٦٢ رأيا، من جملة ٢٤٢، تعلق بمشاريع قوانين موافقة على معاهدات دولية.

٣٥. الفصل ٧٢ من الدستور.

II – إقرار أولوية المعاهدة الدولية على القانون في العديد من الحالات

من العلامات المضيئة في القانون التونسي، أن القاضي الدستوري غير المتخصص لم يتردد في العديد من القضايا بإعادة الأمور إلى نصابها من خلال إقرار أولوية المعاهدة الدولية على القانون.

تناول كل من القاضي العدلي^{٢٢} والقاضي الإداري^{٢٣} هذه المسألة في العديد من الحالات: فقد أقرّ ببطالان عقلة توقيفية لعدم احترام إجراءات التبليغ عن طريق القنصلية مثلما تقتضيه اتفاقية التعاون القانوني والقضائي في مجالي المادة المدنية والتجارية بين تونس وإيطاليا^{٢٤}.

كما اعتبر القاضي أن منع التونسيات من الميراث بسبب الزوج غير المسلم يتعارض مع مقتضيات الفصول ٢ و١٦ و١٨ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والفصل ٢ من العهد الدولي لحقوق الإنسان والسياسية والفصل ٢ من العهد الدولي لحقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية^{٢٥}. كما اعتبرت محكمة التعقيب أنه يجب أن يقع تأويل الفصل ٨٨ من مجلة الأحوال الشخصية على ضوء المبادئ الأساسية التي كرسها الدستور والمعاهدات الدولية^{٢٦}.

كما برزت علامة مضيئة أخرى، فقد إذ أعطى القاضي العدلي الأولوية لأحكام دستور غرة جوان ١٩٥٩ الضامنة للحقوق والحريات الأساسية، والتي اعتبرها لازالت نافذة، ولكن خاصة للمعاهدة الدولية^{٢٧}.

وفي قرار حديث صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ ٢٠١٨/٠٧/٠٩ أسست المحكمة حكمها القاضي بقبول تغيير اسم المدعية من لينا إلى ريان إلى الدستور والمعاهدات الدولية^{٢٨}. فقد اعتبرت المحكمة «على القاضي عند غياب نص قانوني الأخذ بعين الاعتبار عند التأويل المعاهدات الخاصة بحقوق الإنسان وبما تضمنه الدستور»^{٢٩}.

ومن جهته كان القاضي الإداري، كعادته، متصالحا مع الدستور وخاصة مع علوية المعاهدة على القانون. فقد أقرّ لنفسه حقّ رقابة دستورية القوانين. بل اعتبر ذلك، وعند اجتماع جملة من الشروط، واجبا. فقد اعتبرت المحكمة أنه «ولئن كان دور القاضي الإداري يتمثل في التثبت من مدى حسن تطبيق القانون فإنه من واجبه في غياب محكمة دستورية تبت بصفة أصلية في مطابقة القانون للدستور، النظر في مدى احترام النص التشريعي لمصادر القانون التي تلوه والمتمثلة في الدستور والمبادئ الأساسية ذات القيمة الدستورية وكذلك المعاهدات النافذة ليخلص عند الإقتضاء إلى استبعاده كلما تم الدفع بذلك أمامه»^{٣٠}.

وقد ذهب القاضي الإداري في تطبيق علوية المعاهدة الدولية على القانون «بقطع النظر عن زمن دخولها حيز التنفيذ»^{٣١}.

وإذا كانت قراءة القاضي الدستوري غير المتخصص متراوحة بين تكريس ودولة التشريع ودولة القانون فكيف كان الأمر بالنسبة للقاضي الدستوري المتخصص؟

٢٨. وحيث ورد بتوطئة الدستور (...) «أن الدولة تضمن علوية القانون واحترام الحريات وحقوق الإنسان». كما جاء بالفصل ٢٠ منه «أن المعاهدات الموافق عليها من قبل المجلس النيابي والمصادق عليها أعلى من القوانين وأدنى من الدستور» وتضمن الفصل ٢٤ منه الوارد تحت الباب الثاني المعنون «الحقوق والحريات» وأنه «تحمي الدولة الحياة الخاصة».

٢٩. المحكمة الابتدائية بتونس، الدائرة ٢٧، قضية عدد ١٢٣٠٤، جلسة ٢٠١٨/٠٧/٠٩، لينا عشاش ضد وكيل الجمهورية لدى المحكمة الابتدائية بتونس بوصفه ممثلا للحق العام.

٣٠. المحكمة الإدارية، الجلسة العامة، قضية عدد ١٣٤٨٥، فاطمة قويدر ضد رئيس المجلس الوطني التأسيسي ٢٠١٣/١١/٠٧.

انظر أيضا: قرار صادر عن الجلسة العامة القضائية بالمحكمة الإدارية بتاريخ ٧ نوفمبر ٢٠١٣ في القضية عدد ١٣٤٨٦٦، عبد العزيز القمودي ضد رئيس المجلس الوطني التأسيسي بصفته رئيس لجنة فرز الترشيحات لعضوية الهيئة العليا المستقلة للانتخابات.

٣١. المحكمة الإدارية، قضية عدد ١٥٣٢٧ بتاريخ ٢٤/٠٦/٢٠٠٥، سعيدة المدني ضد وزير الصحة.

22. M. MAHFOUDH, « L'application du traité par le juge judiciaire », in JENAYAH ® (Sous-dir.), *Le Juge et le Traité*, op. cit, p. 121.

23. A. BEN KHLIFA, « Le contrôle de la conventionalité par le juge administratif tunisien », in JENAYAH ® (Sous-dir.), *Le Juge et le Traité*, op. cit, pp. 109-120.

٢٤. المحكمة الابتدائية بصفافس، حكم عدد ١٤١٣ بتاريخ ٢٤/٠٤/٢٠٠١ والواقع إقراره من قبل محكمة الإستئناف بصفافس عن طريق القرار عدد ٢٧٤٧ بتاريخ ١٠/١٠/٢٠٠٧.

٢٥. المحكمة الابتدائية بتونس، قضية عدد ٧٦٠٢ بتاريخ ١٨ ماي ٢٠٠٧.

26. M. GHAZOUANI, « Renouveau dans la lecture des dispositions du code de statut personnel, commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation n° 3115 du 5 février 2009 », *RJL*, 2009, n° 3 mars, p. 106.

٢٧. قرار صادر عن محكمة الإستئناف بتونس بتاريخ ٠٥/٠٢/٢٠١٣. «حيث أن جواز السفر هو من مستلزمات حرية التنقل المضمونة بموجب الفصل ١٠ من دستور ١ جوان ١٩٥٩، الذي يبقى نافذا في أحكامه الضامنة للحقوق والحريات الأساسية لكونها غير قابلة بطبيعتها للإلغاء، وبموجب الفصل ١٢ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية...»

وبالرغم من سعي البعض إلى اعتبارها «دساتير صغيرة»، إلا أن النصوص المذكورة لا تشكل دساتير لاعتبار صيغتها المؤقتة، من جهة، ولكن خاصة لغياب أحكام تتعلق بضمان الحقوق والحريات العامة، من جهة أخرى.

فقد شكّلت بعض الأحكام القضائية نقطة سوداء من خلال التكرار لأهم المبادئ الدستورية أو المعاهدات الدولية المتعلقة بحماية الحقوق والحريات، أهمها حرية التعبير^{١٨} التي تعد أم الحريات. إذ تمّ، على أساس مجلة جزائية يعود تاريخها إلى سنة ١٩١٢، إدانة مواطنين بعقوبات سالبة للحرية، لمجرّد التعبير عن رأي^{١٩}. ورفض بذلك القضاء حماية حرية الرأي الذي يخالف رأي السّواد الأعظم من المجتمع أو الصادم له^{٢٠}. بل وصل الأمر بالمحكمة إلى أن استندت إلى الدستور، لا لحماية الحقوق والحريات من التجريم الذي قام به المشرع، وإنما لتفسير الأفراد^{٢١}. فكانت بذلك المعاهدات الدولية أو المواثيق الدولية في مرتبة أدنى من الدستور الذي تضمّن، في تقدير القاضي العدلي، أن الإسلام «دين الدولة».

مع ذلك يمكن القول أن فقه القضاء في تونس كان بمثابة المرآة التي تعكس، في الواقع، مشهد الصراع بين المحافظين على علوية الشريعة الإسلامية، من جهة، والمتمسكين بمبادئ دولة القانون، من جهة أخرى، انتهى في العديد من الحالات الأخرى بإقرار أولوية المعاهدة الدولية على القانون.

١٨. الزغدودي (أمين)، حرية التعبير في تونس، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة، ٢٠١٥-٢٠١٦.

١٩. قرار محكمة الإستئناف بالمنستير، عدد ١٠٥٦ بتاريخ ١٨/٠٦/٢٠١٢، جابر الماجري ضد الحق العام.

٢٠. «وحيث ولئن كان المتهم حر فيما يعتقه من ديانة من عدم ذلك الأمر الذي لا يمكن بحال أن يناله التجريم لتعلقه بحريته الشخصية وبحرية المعتقد التي تكفلها المواثيق الدولية وخاصة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ والمصادق عليه من قبل البلاد التونسية والذي يكرسه أيضا دستور هذه البلاد، فإن تحقير الإسلام وهو دين السواد الأعظم من مواطني هذه البلاد والمنصوص على ذلك بالدستور "تونس دولة عربية لغتها العربية ودينها الإسلام" (هكذا) وصولا إلى تكذيبه وكذلك إلى استحقاق رسول الله مثلما سبق الإلحاح (هكذا) إليه أنفا يخرج عن نطاق ممارسة الفرد لحرية الشخصية في إبداء الرأي والتعبير أو المشاركة في الحياة الثقافية والخلق والإبداع الفكريين ذلك أنها تمس من مقدسات التونسي وأوك معتقداته...»

٢١. «وأن ما أتاه المتهم ليس خروجاً على كتاب الله تعالى وكفر بالله ورسوله فحسب لكنه خروج أيضاً عن دستور البلاد وقوانينها ذلك أن الإسلام دين الدولة والدولة ليست علمانية ولا ملحدة وهي لا تدين بدين آخر غير الإسلام فيصبح الإعتداء على دين الدولة اعتداء على الدولة في كيانها ومقوماتها وهو أيضاً خروج على ما جاء به الفصل ١١ من الدستور (هكذا) الذي ينص على أن حرية التعبير عن الرأي وعن حرية المعتقد لكن في نطاق احترام القوانين التي تنظم حرية الرأي والتعبير عن الرأي التي يكفلها الدستور شريطة احترام القوانين المنظمة لها (...).»

تضمّن قرار صادر عن المحكمة الإدارية «حيث تدرّع الإدارة بنص الإتفاقية...مردود عليها ذلك أن هذه الإتفاقية لم يثبت أنها حصلت المصادقة عليها تشريعياً»^{٢٢}.

وإذا كان من الممكن تفهّم هذا الموقف على مستوى القانون الداخلي، إلا أن اعتماد القضاء لقراءة منافية لدولة القانون لا يمكن بأي حال فهمه.

ب- قراءة منافية لدولة القانون

عديدة هي القرارات والأحكام القضائية التي رفضت، قبل ١٤/٠١/٢٠١١، إقرار علوية المعاهدة الدولية على القانون.

وجب التذكير، من باب المفارقة أن دور القضاء في حماية الحقوق والحريات، بشكل عام وخاصة منه القضاء العدلي، كان، بصورة عامّة في ظل دستور غرة جوان ١٩٥٩، مخيباً للآمال. فقد صدرت قرارات عديدة في مجال الأحوال الشخصية أعطي فيها القاضي العدلي، بما في ذلك محكمة التعقيب، الأولوية للقانون على المعاهدات الدولية^{٢٣}. من ذلك اعتبرت محكمة التعقيب أن التوارث بين ملتين غير ممكن بما انجر عنه عدم تمكين الأجانب غير المسلمين من إرث تونسي مسلم^{٢٤}. ولم تتحسن الأمور بعد ١٤ جانفي ٢٠١٤. فقد كانت قراءة القاضي العدلي محافظة إلى أبعد الحدود.

لا يخفى خضوع النظام الدستوري التونسي خلال هذه الفترة إلى نصّين قانونيين تعلقا بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية. تجسّد النصّ الأول في المرسوم عدد ١٤ لسنة ٢٠١١ مؤرخ في ٢٣ مارس ٢٠١١ يتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية، وهو النصّ الذي علّق العمل بدستور ١٩٥٩^{٢٥}. في حين حكم الفترة الثانية القانون التأسيسي عدد ١٦ لسنة ٢٠١١ مؤرخ في ١٦ ديسمبر ٢٠١١ يتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية، وهو النصّ الذي ألغى العمل بدستور ١٩٥٩^{٢٦}.

١٣. المحكمة الإدارية، قضية عدد ٨٦١، ت.س. بتاريخ ١٤/٠٧/١٩٨٤.

14. S. BEN ACHOUR, « L'interprétation du droit tunisien de la famille : entre référence à l'islam et appel aux droits fondamentaux. Regard sur cinquante années de jurisprudence (1960-2010), in Snoussi (M) et (Ben ACHOUR (S), L'interprétation de la norme juridique, pp. 17-37. Voir, aussi, S. BEN ACHOUR, La réception des décisions étrangères dans l'ordre juridique tunisien, Tunis, C.P. U, 2017, p. 205.

١٥. محكمة التعقيب، مدني، قرار عدد ٩٦٥٨ بتاريخ ٠٨/٠٦/٢٠٠٦، م.ق.ت، عدد ٢٠٠٩، عدد ٣، مارس، ص. ١٣٥. كذلك محكمة التعقيب، مدني، قرار عدد ٤٤٨٧ جورج-جابر ٠١/١٦/٢٠٠٧.

١٦. أمين محفوظ، من الهيئة العليا لتحقيق أهداف الثورة والإصلاح السياسي والانتقال الديمقراطي إلى المجلس الوطني التأسيسي، سبق ذكره، ص. ٣٠.

١٧. نصّ الفصل ٢٧ من القانون التأسيسي عدد ١٦ لسنة ٢٠١١ المذكور «يقرّ المجلس الوطني التأسيسي ما تمّ من تعليق العمل بدستور الأول من جوان ١٩٥٩ ويقرّر إنهاء العمل به بصور هذا القانون».

I - رفض فرض علوية المعاهدة الدولية

يعود رفض القاضي الدستوري غير المتخصص لفرض علوية المعاهدة الدولية على القانون لأسباب إجرائية تتعلق بعدم سلامة إدماج المعاهدة الدولية في المنظومة القانونية الداخلية (أ) أو بسبب تبني قراءة منافية لدولة القانون (ب).

أ- عدم سلامة إدراج المعاهدة الدولية في المنظومة القانونية الداخلية ترتبط علوية المعاهدة على القانون بموافقة البرلمان بموجب قانون على المعاهدة وبمصادقة رئيس الجمهورية بأمر. تضمن دستور ٢٠١٤/٠١/٢٧ في الفصل منه ٧٧: « (...) . كما يتولى (رئيس الجمهورية): - المصادقة على المعاهدات والإذن بنشرها (...)».

يرتبط دخول المعاهدة حيز النفاذ، بالنسبة للقاضي في تونس، بدخول أمر المصادقة حيز النفاذ طبق القانون عدد ٩٣-٦٤ المتعلق بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبنفاذها الذي تضمن فصله الثاني «تكون النصوص القانونية والترتيبية نافذة المفعول بعد مضي خمسة أيام على إيداع الرائد الرسمي المدرجة به بمقر ولاية تونس العاصمة. ولا يعتبر في حساب الأجل يوم الإيداع.

ويمكن أن تتضمن هذه النصوص إذنا صريحا بتنفيذها حالا أو في أجل يتجاوز المهلة المذكورة بالفقرة الأولى من هذا الفصل.

فقد اشترط القاضي العدلي¹⁰ العمل بالمعاهدة بعد التأكد من نشر قانون الموافقة من البرلمان وأمر المصادقة من رئيس الجمهورية¹¹. وهو نفس موقف القاضي الإداري الذي تضمن «حيث تم التوقيع على الإتفاقية المذكورة باسم البلاد التونسية في ١١/٥/١٩٨٥ كما تمت المصادقة عليها بالقانون عدد ٥٨ لسنة ١٩٨٥ المؤرخ في ٢٩/٠٦/١٩٨٥ والقاضي بنشرها وتنفيذها كقانون من قوانين الدولة وحازت بذلك على نفوذ أقوى من القوانين عملا بأحكام الفصل ٢٢ من الدستور»¹². وقد رفض القاضي الإداري العمل باتفاقية لم تقع المصادقة. فقد

10. S. LAGHMANI, « Le rang des traités dans la hiérarchie des normes », in JENAYAH ® (Sous-dir.), *Le Juge et le Traité*, Tunis, 2009, pp. 23-34.

11. محكمة الإستئناف بتونس قضية عدد ٥ بتاريخ ٨ مارس ١٩٩٥. كذلك محكمة التعقيب بتاريخ ١٢ ماي ٢٠٠٠. (قرار تعقيبي مدني عدد ٢٠١٣، ٩٨٦٠، مؤرخ في ١٤ أفريل ٢٠١٦ (غير منشور)، قرار تعقيبي مدني عدد ٢٠١٦، ٣٥٥٢٣، مؤرخ في ٢ جانفي ٢٠١٧، ذكر من طرف عصام الأحمر، الجديد في فقه القضاء ٢٠١٨، تونس، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ٢٠١٨، ص ٦).

12. المحكمة الإدارية، دعوى تجاوز السلطة، قضية عدد ٣٩٧٠ بتاريخ ١٠/٠٤/١٩٩٦.

نلاحظ أن مكانة المعاهدة الدولية المتميزة في هذا السلم لم تتأثر بمناخ أحداث ١٤ جانفي ٢٠١١. على أن دستور ٢٠١٤/٠١/٢٧ تناول نوعا آخر من المعاهدات دون أن يحدد مكانتها في سلم القواعد القانونية. فقد تضمن الفصل ٩٢ « (...) يتصرف رئيس الحكومة في الإدارة، ويبرم الإتفاقيات الدولية ذات الصبغة الفنية (...)».

لكن كيف تعامل القاضي الدستوري التونسي، بأصنافه، مع المعاهدات الدولية؟ اختلفت الإجابة طبق طبيعة القاضي الدستوري المتعهد. ولكن وبالرغم من اعتماد دستور ٢٠١٤/٠١/٢٧ على معيار الإختصاص للتفريق بين القاضي الدستوري المختص والمحاكم غير المختصة، فإننا نفضل اعتماد معيار التخصص. وقد اختلفت، في هذا الإطار، رقابة القاضي الدستوري غير المتخصص (الجزء الأول) عن رقابة القاضي الدستوري المتخصص (الجزء الثاني).

- القسم الأول -

رقابة القاضي الدستوري غير المتخصص على المعاهدة الدولية

برز، من باب المفارقة، في النظام القضائي التونسي قضاء دستوري غير مختص كان نتاجا لاجتهاد المحاكم أو كذلك، كما أسلفنا القول، إلى دستور ٢٠١٤/٠١/٢٧. وقد تراوح الاتجاه العام للقاضي الدستوري غير المتخصص بين تكريس دولة التشريع (État légal)⁹ ودولة القانون (État de droit). يمكن القول أن القاضي الدستوري غير المتخصص تدخل في مناسبات عدة لحسم مسألة علوية المعاهدة على القانون وهو شأن القاضي العدلي والقاضي الإداري. وقد عرف فقه القضاء ترددا واضحا في هذا المجال. إذ تأرجح الموقف بين رفض هذه العلوية (فقرة أولى) وإقرارها (فقرة ثانية).

9. « L'État légal est bâti autour du dogme de la suprématie de la loi, expression de la volonté générale, "seule...doublée de puissance initiale absolue" (Carré de Malberg) et qui est en réalité la seule véritable "source de droit", la "source des sources". » (A. Pizzorusso). « Le système de l'État légal est essentiellement un système d'organisation des pouvoirs justifiant la prépondérance du pouvoir législatif », L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 25.

وحمل، من جهة أخرى نصّ الدستور القضاة مسؤولية ضمان علوية الدستور. وهو ما يعني أن مسألة ضمان علوية الدستور لا تحتاج، من الناحية المبدئية، إلى قاض مختص. بل تدخل هذه الوظيفة في صميم مهام الهيئات القضائية.

لا شك أن ضمان علوية الدستور هو ركيزة أساسية من ركائز دولة القانون^٦. وهو أمر لا يتحقق إلا عند توفر جملة من الشروط أهمها استقلال الوظيفة القضائية وحماية الحقوق والحريات^٧. غير أن الأمور ليست بمثل هذه البساطة خاصة في الفترة الإنتقالية. فإلى حدود هذا التاريخ لازالت الأحكام الإنتقالية المتعلقة بمراقبة دستورية القوانين، طبق دستور ٢٠١٤، سارية المفعول.

و يمكن أن نفرّق في مجال القضاء الدستوري، انطلاقاً من المعيار المعتمد في دستور ٢٠١٤/٠١/٢٧، بين المحاكم غير المخولة بمراقبة دستورية القوانين والمحاكم المختصة بمراقبة دستورية القوانين.

لا يفوت التذكير أن القاضي، مهما كان، هو في نهاية الأمر وكما كتب مونتسكيو، فم القانون^٨. ويعد النظام القانوني في تونس نظاماً مدوناً متعدد المصادر منظماً في شكل سلم من الهرم. تجد الدستور في أعلى الهرم تليه المعاهدات الدولية الموافق عليها من البرلمان والمصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية. ثم تجد القوانين الأساسية، فالقوانين العادية ثم المراسيم ثم الترتيب.

عرّفت اتفاقية فيانا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩ المعاهدة بأنها «الاتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة والذي ينظمه القانون الدولي، سواء تضمنته وثيقة واحدة أو وثيقتان متصلتان أو أكثر ومهما كانت تسميته الخاصة». وتتمتع المعاهدة الدولية في النظام القانوني التونسي بمكانة متميزة في هذا السلم. فقد تضمن الفصل ٣٢ من دستور ١٩٥٩ «المعاهدات المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية والموافق عليها من قبل مجلس النواب أقوى نفوذاً من القوانين». كما تضمن الفصل ٢٠ من دستور ٢٠١٤ «المعاهدات الموافق عليها من قبل المجلس النيابي والمصادق عليها، أعلى من القوانين وأدنى من الدستور». وبذلك

وبالرغم من بروز بعض العلامات النادرة والمضيئة، تجسّدت خاصة في اضطلاع بعض المحاكم بدور القاضي الدستوري وهو شأن محكمة الإستئناف بسوسة بموجب قرار صدر في ربيع ١٩٨٨، إلا أن هذه الإضاءة سرعان ما انطفأت. ثم أحدث النظام السياسي الدستوري، بعد تغيير مفاجئ على رأس الدولة، هيكل مختص بمراقبة دستورية القوانين، سمّي آنذاك بالمجلس الدستوري^٩. وقد اتّسم هذا التمشي بالتدرج والإحتشام. ولكن وفي كل الحالات لم يكن بإمكان المجلس الدستوري، بالنظر إلى عدّة اعتبارات، ضمان علوية كاملة لدستور ١٩٥٩.

تمّ في مرحلة لاحقة، بعد أحداث ٢٠١١/٠١/١٤، تعليق الدستور وحلّ أهم مؤسسات الدولة منها المجلس الدستوري^{١٠}. وهو ما ساهم في الإنتقال إلى مرحلة جديدة، صاحبت عمل المجلس الوطني التأسيسي، الذي قرّر إلغاء العمل بدستور ١٩٥٩. ومع ذلك فقد برز قاض دستوري جديد تجسد خاصة في القاضي العدلي والقاضي الإداري الذين قاما بدور أقلّ ما يقال فيه وأنه مثير للإنتباه.

وتستى، من ناحية أخرى، لتونس أن تتمتع في القرن الثالث على التوالي بدستور جديد قد يكون دستور القرن الواحد والعشرين، كما كان دستور ١٨٦١ دستور القرن التاسع عشر ودستور غرة جوان ١٩٥٩ دستور القرن العشرين. بعد أن صادق عليه المجلس الوطني التأسيسي، بتاريخ ٢٦ جانفي ٢٠١٤، وتمّ ختمه من طرف الرؤساء الثلاث بتاريخ ٢٧/٠١/٢٠١٤، دخل الدستور الجديد حيز النفاذ بتاريخ ١٠ فيفري ٢٠١٤^{١١} بعد نشره بعدد خاص من الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ ١٠/٠٢/٢٠١٤.

وقد أسند دستور ٢٧/٠١/٢٠١٤، وعلى عكس النسخة الأصلية لدستور غرة جوان ١٩٥٩، إلى هيكل مختصّ صلاحية مراقبة دستورية القوانين. يحمل هذا الهيكل في النظام السياسي المؤقت تسمية «الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين» وفي النظام السياسي الدائم، اسم «المحكمة الدستورية».

٣. أحدث بموجب الأمر عدد ١٤١٤ بتاريخ ١٦/١١/١٩٨٧. ثم أصبح منظماً بموجب القانون عدد ٩٠-٣٩ مؤرخ في ١٨/٠٤/١٩٩٠ وذلك قبل أن تصبح له مكانة دستورية بموجب القانون الدستوري عدد ٩٥-٩٠ لسنة ١٩٩٥/١١/٦.

Voir H. BEN M'RAD : « Commentaire du décret instituant le Conseil constitutionnel de la République », *A.J.T.*, 1989, n° 1-2, pp. 91-101.

٤. أمين محفوظ، من الهيئة العليا لتحقيق أهداف الثورة والإصلاح السياسي والإنتقال الديمقراطي إلى المجلس الوطني التأسيسي، منبر المحامي، الفرع الجهوي للمحامين بسوسة، نوفمبر ٢٠١١. العدد الثاني، ص ١-١٥.

5. MAHFOUDH (A), « Brèves réflexions sur la constitution du 27/01/2014 », in MAHFOUDH (A), Contributions à l'étude de la transition démocratique en Tunisie, 2016, pp. 28-56.

6. « Le régime de l'État de droit est établi simplement et uniquement dans l'intérêt et pour la sauvegarde des citoyens : il ne tend qu'à assurer la protection de leur droit ou de leur statut individuel. L'État de droit est incontestablement et essentiellement associé à la protection des droits de l'individu et cela dès les années vingt », L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 15^e éd., 2013, p. 25.

7. L. FAVOREU (dir), *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Paris, *Economica*, 1982 ; P. LAUVAUX, *Les grandes démocraties modernes*, 1^e éd., 2004, pp. 149-169.

8. « La bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur », voir Montesquieu : *De l'esprit des lois*, 1748.

المقدّمة

سعى الفقه إلى تصنيف القضاء الدستوري إلى أنموذجين. برز، من جهة، الأنموذج الأمريكي الذي سمح لسائر المحاكم، تحت رقابة المحكمة العليا، بمراقبة دستورية القوانين. كما تواجد، من جهة أخرى، الأنموذج الأوروبي الذي أوكل مراقبة دستورية القوانين إلى محكمة دستورية متخصصة¹.

لم تكن التجربة التونسية في هذا المجال، وعلى ضوء هذين الأنموذجين المختلفين، واضحة المعالم بل شهدت العديد من الإضطرابات. إذ ليس من اليسير، اليوم في تونس، التعريف بالقاضي الدستوري. فمن ناحية، لم يكن القضاء الدستوري من أولويات دولة الإستقلال. كما أن منظومة ما بعد ١٤ جانفي ٢٠١١ لم تكن، من ناحية أخرى، قاطعة وحازمة في خصوص إرساء القاضي المتعهد بضمان العلوية الكاملة للدستور.

لذلك لم يعرف النظام الدستوري التونسي رقابة دستورية القوانين، بالرغم من المطالبة بها^٢، إلا بشكل متأخر وبطريقة محتشمة.

1. Louis FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2013, p. 225.

٢. تعتبر «مجموعة آفاق» أول من تمسك أمام القضاء بعلوية الدستور وكان ذلك أمام محكمة أمن الدولة. « 2° Du point de vue de la Constitution : Le problème est celui de la définition des libertés publiques en Tunisie. Du fait des contradictions existant entre les différents textes juridiques qui en traitent, se pose la nécessité soit de concilier ces textes, soit de faire prévaloir un texte sur un autre, en cas de litige. (...) Il ressort de cela que la loi du 7 novembre 1959, par l'obligation de l'autorisation préalable, n'a pas respecté les buts fixés par la Constitution en ce qui concerne les libertés publiques (...). La Cour peut penser qu'il n'est pas dans ses attributions de contrôler la constitutionnalité des lois et que la Constitution Tunisienne n'a pas réglementé cette tâche et ne l'a pas confiée à une organisation spéciale. Mais cet argument ne serait valable que si on demandait à la Cour l'abrogation du texte juridique. (...) Mais ce qui est présentement demandé à la cour n'est point d'abroger la loi, mais de résoudre un conflit entre deux textes juridiques pour savoir lequel prévaut sur l'autre dans l'application. (...) Cela veut dire que la Constitution a la primauté absolue sur toutes les lois (...).» Groupe d'études et d'action socialistes tunisien, *Procès de Tunis, Mémoires de Militants*, Publication Perspectives tunisiennes, n° 3, décembre 1968, pp. 19-22.

The constitutional Judge and the International Treaty

Abstract

In Tunisia, the status of the constitutional judge is unclear. A direct consequence of the instability of the constitutional judge is in fact the uncertain status of international treaties within the legal norms hierarchy.

Nowadays, it is not easy to talk about the constitutional judge in Tunisia, since it has different names. Sometimes he was referred to as a judicial judge and sometimes as an administrative judge. For this reason, the pre-2011 political system favored the adoption of the Constitutional Council, which was established by presidential decree in 1987 and then developed into a legislative body until it became constitutional by the amendment of 1995. However, this Council, which was under the control of the President of the Republic, was limited to a tribal control of the primacy of the Constitution. However, the Council's role ended and was extinct by the former president's escape in 2011.

After that date, the judicial judge, who, as usual, was influenced by the prevailing cultural and political environment, attempted to play the role of the protector of rights and freedoms, by returning, paradoxically, to a Constitution that was suspended in 2011 but especially and sometimes based on international treaties.

Following the ratification of the Constitution of 27 January 2014, a temporary body was created to monitor the constitutionality of the bills. The work of this authority is supposed to extend until November 2015, when the Constitutional Court is established. But, the body's work has continued up to this date. Despite the promulgation of the Basic Law n° 50 of 2015 on the Constitutional Court, this Court has not yet been created.

In the Tunisian legal system, the international treaty enjoys a privileged status. Indeed, it ranks higher than laws and lower than the Constitution, whether the Constitution of 1959 or the Constitution of 2014 is being implemented.

But how did the Tunisian constitutional judge deal with international treaties?

The answer varied according to the nature of the constitutional assigned judge. However, despite the adoption of the Constitution of 27 January 2014 on the criterion of jurisdiction to differentiate between the competent constitutional judge and non-competent courts, we prefer to adopt the criterion of competence. In this context, the control of the Constitutional Judge not having competence (Part I) was different from that of the ad hoc Constitutional Judge, but the judiciary, which represents the mouthpiece of the law, as Montesquieu stated, was not really consistent in its position. Indeed, the situation has fluctuated between refusing to guarantee the supremacy of the treaty over the law on the one hand and accepting this supremacy on the other (Part II).

Paradoxically, a constitutional judiciary without jurisdiction has emerged within the Tunisian judicial system, that was the product of the jurisprudence of the courts or, as we have said, the Constitution of 27 January 2014.

The general tendency of a constitutional judge not having jurisdiction ranged from the consecration of the state of legislation (État légal)¹ to the rule of law (État de droit). It can be said that the constitutional judge without jurisdiction has intervened on several occasions to resolve the question of the supremacy of the treaty over the law, which falls within the competence of the judicial judge and the administrative judge. The jurisprudence has been clearly undetermined in this area. Indeed, the situation has fluctuated between the rejection of this supremacy (first paragraph) and its adoption (second paragraph).

On the other hand, we cannot deny that the process of a competent constitutional judiciary was not groundless. In fact, the establishment of the Constitutional Council was the first seed through which the Tunisian regime attempted to build, unsuccessfully, the competent constitutional justice system. Despite the attempt of the political system at the time to circumvent the supremacy of the Constitution, the Council's jurisprudence in the field of the international treaty was rich (first paragraph) and, contrary to the competent constitutional judge, implemented the Constitution of 27 January 2014 which has not resolved yet the issue for a number of reasons (second paragraph).

However, this study was a critical reading of the constitutional jurisprudence in this area.

Amin MAHFOUDH
Professor of Constitutional Law,
Faculty of Law and Political Science,
University of Sousse, Tunisia

1. «The Legal State is built around the dogma of the supremacy of the law, the expression of the general will, "the only one endowed with absolute initial power" (Carré de Malberg) and which, in reality is the only true "source of law", "source of sources". » (A. PIZZORUSSO). «The system of the Legal State is essentially a system of organization of powers justifying the preponderance of the legislative power», Louis FAVOREU and others, *Constitutional law*, p. 25.

Le juge constitutionnel et le traité international

Résumé

En Tunisie, le statut du juge constitutionnel balance entre une existence temporaire et une existence permanente. L'un des effets directs de cette instabilité est d'affecter le statut du traité international dans la hiérarchie des normes juridiques.

Il n'est pas aisé d'aborder aujourd'hui en Tunisie la question du juge constitutionnel. Ce juge a eu des appellations diverses. Il a été tantôt un juge judiciaire ; d'autres fois, juge administratif. C'est la raison pour laquelle le régime politique antérieur à 2011 a été appelé, et en vertu du décret présidentiel de 1987, à mettre en place un Conseil constitutionnel. Le statut de ce conseil a changé puisqu'il a été rehaussé par une loi, puis, après la révision de la Constitution en 1995, il a pu acquérir un caractère constitutionnel. Toutefois, ce Conseil, placé sous le contrôle du président de la République, chargé de la supervision préalable de la suprématie de la Constitution, s'est vu dissous suite à la fuite du Président en 2011.

À partir de cette date, le juge judiciaire, traditionnellement affecté par les contextes culturel et politique, a tenté de jouer le rôle du défenseur des droits et des libertés, en se basant paradoxalement sur la Constitution pourtant suspendue depuis 2011. Mais il a parfois fondé ses jugements sur les traités internationaux.

Suite à la ratification de la Constitution du 27 janvier 2014, une nouvelle instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de loi fut créée. Elle était supposée assumer ses fonctions jusqu'à fin novembre 2015, date prévue par le constituant pour la mise en place de la Cour constitutionnelle, mais elle, et à défaut du respect de ce délai constitutionnel, continue à exercer ses fonctions jusqu'à cette date. En effet, malgré la promulgation de la loi fondamentale n° 50 de 2015, relative à la Cour constitutionnelle, celle-ci n'a toujours pas vu le jour.

Le traité bénéficie d'un statut spécial dans l'ordre juridique tunisien, puisqu'il occupe – tant en vertu de la Constitution de 1959 que de celle de 2014 – un rang supra-légal et infra-constitutionnel.

Mais comment le juge constitutionnel tunisien, et abstraction faite de sa nature, a-t-il abordé les traités internationaux ?

La réponse à cette question diffère selon la nature du juge constitutionnel en charge. Et bien que la Constitution du 27 janvier 2014 se soit fondée sur le critère de compétence afin de faire la distinction entre le juge constitutionnel compétent et les cours non compétentes, nous aurions préféré adopter le critère de spécialisation. Le contrôle exercé par le juge constitutionnel non spécialisé (Première partie) est ainsi foncièrement différent de celui qu'exerce le juge constitutionnel spécialisé. Or, le pouvoir judiciaire qui, selon Montesquieu, représente la bouche qui dit le droit, n'était pas stable dans ses positions. En effet, celles-ci ont varié entre le refus de la suprématie du traité sur la loi, d'une part, et l'acceptation de cette suprématie, d'autre part (Seconde partie).

Paradoxalement, est ainsi apparu dans l'ordre juridique tunisien une justice constitutionnelle non compétente qui était le produit de la jurisprudence et de la Constitution du 27 janvier 2014, comme mentionné plus haut.

En effet, la tendance générale suivie par le juge constitutionnel non spécialisé balance à consacrer l'État légal¹ et l'État de droit.

On peut affirmer que le juge constitutionnel non spécialisé, qu'il soit juge judiciaire ou juge administratif, est intervenu à maintes reprises afin de trancher la question de suprématie du traité sur la loi. La jurisprudence dénote une hésitation claire à ce sujet, puisque cette suprématie a tantôt été refusée (paragraphe 1), et d'autres fois acceptée (paragraphe 2)

On ne peut ignorer, par ailleurs, que le processus de la justice constitutionnelle spécialisée n'est pas le fruit du néant. En effet, la création du Conseil constitutionnel n'était que la première graine semée par laquelle le régime tunisien a essayé de bâtir, sans succès, une justice constitutionnelle spécialisée. Car, en dépit des tentatives du pouvoir politique à l'époque de contourner la suprématie de la constitution, la jurisprudence du Conseil est, en matière de traité international, d'une grande richesse (paragraphe 1). En revanche, le juge constitutionnel compétent, selon la Constitution du 27 janvier 2014, qui, pour différentes raisons, n'a pas encore tranché la question (paragraphe 2).

En tout état de cause, cette étude constitue une contribution à une lecture critique de la jurisprudence constitutionnelle dans ce domaine.

Amin MAHFOUDH
Professeur de droit constitutionnel,
Faculté de Droit et de Sciences politiques,
Université de Sousse, Tunisie

1. « L'État légal est bâti autour du dogme de la suprématie de la loi, expression de la volonté générale, "seule...douée de puissance initiale absolue" (Carré de Malberg) et qui est en réalité la seule véritable "source de droit", la "source des sources". » (A. PIZZORUSSO). « Le système de l'État légal est essentiellement un système d'organisation des pouvoirs justifiant la prépondérance du pouvoir législatif », Louis FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, p. 25.

موجز

تتأرجح اليوم، في تونس، مكانة القاضي الدستوري بين التواجد الوقتي والقار. ولعل من النتائج المباشرة لعدم استقرار القاضي الدستوري تأرجح مكانة المعاهدة الدولية، في الواقع، في سلم هرم القواعد القانونية.

ليس من اليسير الحديث اليوم في تونس عن القاضي الدستوري. فقد اتخذ هذا القاضي تسميات متعدّدة. فأحيانا كان قاضيا عدليا وأحيانا أخرى كان قاضيا إداريا. لهذا السبب خيّر النظام السياسي لما قبل ٢٠١١ إقرار العمل بالمجلس الدستوري الذي تمّ إرساءه بموجب أمر رئاسي سنة ١٩٨٧، ثم تطوّرت مكانته لتصبح تشريعية، إلى أن أصبحت بموجب تعديل ١٩٩٥ دستورية. ولكن اقتصر هذا المجلس، الذي كان تحت هيمنة رئيس الجمهورية، بمراقبة قبلية لعلوية الدستور. وقد انتهى دور المجلس وانقرض بهروب الرئيس السابق سنة ٢٠١١. وبعد هذا التاريخ حاول القاضي العدلي، الذي كان كعادته متأثرا بالمحيط الثقافي والسياسي السائد، أن يلعب دور حامي الحقوق والحريات، بالعودة من باب المفارقة، إلى دستور تم تعليق العمل به سنة ٢٠١١، ولكن خاصة وأحيانا بالاستناد إلى معاهدات دولية. وبعد المصادقة على دستور ٢٠١٤/١/٢٧، تمّ إحداث هيئة وقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين. يفترض أن يمتد عمل هذه الهيئة إلى موفى نوفمبر ٢٠١٥ تاريخ إرساء المحكمة الدستورية. لكن تواصل عمل الهيئة إلى حدود هذا التاريخ. فبالرغم من إصدار القانون الأساسي عدد ٥٠ لسنة ٢٠١٥ المتعلق بالمحكمة الدستورية، إلا أن هذه المحكمة لم تر إلى حد اليوم النور.

تحظى المعاهدة الدولية في المنظومة القانونية التونسية بمكانة متميزة. إذ تحتل. سواء طبق نص دستور ١٩٥٩ أو دستور ٢٠١٤، مرتبة أعلى من القوانين وأدنى من الدستور. لكن كيف تعامل القاضي الدستوري التونسي بأصنافه مع المعاهدات الدولية؟ اختلفت الإجابة طبق طبيعة القاضي الدستوري المتعهد. ولكن وبالرغم من اعتماد دستور ٢٠١٤/١/٢٧ على معيار الإختصاص للتفريق بين القاضي الدستوري المختص والمحاكم غير المختصة، فإننا نفضّل اعتماد معيار التخصص. وقد اختلفت، في هذا الإطار، رقابة القاضي الدستوري غير المتخصص (الجزء الأول) عن رقابة القاضي الدستوري المتخصص غير أن القضاء، الذي يمثل فم القانون مثلما ذكر ذلك مونتسكيو، لم يكن في الواقع ثابتا في موقفه. فقد تأرجح الموقف بين رفض ضمان علوية المعاهدة على القانون من جهة وقبول هذه العلوية من جهة أخرى (الجزء الثاني).

فقد برز، من باب المفارقة، في النظام القضائي التونسي، قضاء دستوري غير متخصص كان نتاجا لأجتهد المحاكم أو كذلك، كما أسلفنا القول، إلى دستور ٢٠١٤/١/٢٧. وقد تراوح الاتجاه العام للقاضي الدستوري غير المتخصص بين تكريس دولة التشريع (État légal) ودولة القانون (État de droit). يمكن القول أن القاضي الدستوري غير المتخصص تدخل في مناسبات عدة لحسم مسألة علوية المعاهدة على القانون وهو شأن القاضي العدلي والقاضي الإداري. وقد عرف فقهاء القضاء ترددا واضحا في هذا المجال. إذ تأرجح الموقف بين رفض هذه العلوية (فقرة أولى) وإقرارها (فقرة ثانية).

لا يمكن أن ننكر، من جهة أخرى، أن مسار القضاء الدستوري المتخصص لم يولد من عدم. فقد كان إنشاء المجلس الدستوري البذرة الأولى التي حاول من خلالها النظام التونسي أن

يبني، ودون أن ينجح في ذلك، نظام القضاء الدستوري المتخصص. إذ بالرغم من محاولة النظام السياسي آنذاك الإلتفاف على علوية الدستور، إلا أن فقهاء القضاء المجلس كان في خصوص مجال المعاهدة الدولية ثريا (فقرة أولى). وذلك على عكس القاضي الدستوري المتخصص طبق دستور ٢٠١٤/١/٢٧ الذي لم يحسم المسألة بعد لعدة أسباب (فقرة ثانية).

ومهما كان الأمر، فقد كانت هذه الدراسة بمثابة القراءة النقدية لفقهاء القضاء الدستوري في هذا المجال.

1. « L'État légal est bâti autour du dogme de la suprématie de la loi, expression de la volonté générale, "seule...douée de puissance initiale absolue" (Carré de Malberg) et qui est en réalité la seule véritable "source de droit", la "source des sources". » (A. PIZZORUSSO). « Le système de l'État légal est essentiellement un système d'organisation des pouvoirs justifiant la prépondérance du pouvoir législatif », Louis FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, p. 25.

أمين محفوظ

القاضي الدستوري
والمعاهدة الدولية
في تونس

أمين محفوظ
أستاذ القانون الدستوري
كلية الحقوق والعلوم السياسية
بجامعة سوسة، الجمهورية التونسية

Paul TAVERNIER

**Le contrôle
de la constitutionnalité
des traités
en France**

*Paul TAVERNIER
Professeur émérite en Droit international public,
Droits de l'homme et Droit international humanitaire
Directeur du Centre de recherches et d'études
sur les droits de l'Homme et le droit humanitaire
(CREDHO) de Paris-Sud (Paris XI), France*

Résumé

La nouvelle Constitution de l'Allemagne démocratique – la Loi fondamentale de 1949 – a soigneusement défini les compétences des différents organes de l'État dans le secteur des relations internationales. Tous les traités internationaux qui affectent les droits et les obligations des individus requièrent, après leur négociation par le Gouvernement fédéral, l'approbation des Assemblées parlementaires : la Chambre nationale (Bundestag) et le Conseil fédéral (Bundesrat). La même chose vaut pour les traités qui ont un caractère spécifique de « haute politique ». De cette façon, une garantie a été institutionnalisée, qui assure que les principes constitutionnels, en particulier les droits fondamentaux, soient respectés même dans les rapports avec les nations étrangères.

Les traités internationaux, de par leur approbation en vertu d'une loi ordinaire, reçoivent le même rang ordinaire, ne jouissant d'aucune primauté par rapport aux autres actes législatifs. Une exception a été faite pour les lois transférant des compétences souveraines à des institutions internationales dans le cadre de l'Europe. Cette exception n'était pas prévue dans le texte primitif de la Loi fondamentale, mais la Cour constitutionnelle a accepté la jurisprudence de la Cour de l'Union européenne qui, depuis 1964 (arrêt Costa/ENEL), a affirmé qu'aucun acte législatif national ne pouvait déroger à une norme du droit communautaire. C'est maintenant une pratique bien établie qui, toutefois, connaît certaines limites, au cas où le droit de l'Union se trouverait en contradiction avec les valeurs fondamentales de l'architecture constitutionnelle.

La législation en vigueur met à la disposition des organes constitutionnels et des particuliers toute une gamme de recours pour la sauvegarde de leurs droits. Même le recours constitutionnel, remède pour protéger les droits fondamentaux, est disponible pour attaquer un traité international, le cas échéant. Formellement, c'est toujours l'acte national, surtout la loi d'approbation, qui fait l'objet du recours. La Cour constitutionnelle ne se prononce donc pas directement sur le traité international en question. Mais, en pratique, c'est bel et bien une appréciation de l'instrument international qui s'opère.

L'Allemagne a fait de bonnes expériences avec sa largesse en soumettant les traités internationaux au scrutin de ses tribunaux. Surtout, la Cour constitutionnelle a fait preuve de grande sagesse. Tout en respectant le pouvoir d'appréciation des organes politiques, elle a fermement défendu les principes directeurs du régime constitutionnel allemand, sans jamais faire appel au concept de « question politique », développé par la Cour suprême des États-Unis. Les relations étrangères de l'Allemagne se trouvent donc entièrement sous contrôle juridictionnel. La Loi fondamentale ne cède pas aux pressions émergeant dans les relations extérieures.

Control of Treaties' Constitutionality in France

Abstract

The Control of the constitutionality of laws and treaties is a subject that first appeared in France in 1958, when the Constitution established a Constitutional Council rather than a Constitutional Court. Very limited and highly political at first, the nature of control has now taken on a legal and judicial dimension. However, the Council's Membership and relevant appointment mechanisms remain unchanged since its creation. In the meantime, the relevant referral procedures and competencies have gradually been amended and refined. The Council's practice regarding the protection of State Sovereignty and consolidation of the fundamentals of national sovereignty wouldn't have evolved hadn't it been for this institutional development. This study emphasizes the most prominent decisions issued in the framework of the European Integration then, and the European Union nowadays, such as the decision issued on the 30 December 1976 on the election of the Assembly of European Communities (today known as the European Parliament) by direct universal suffrage, decision issued on the 9th of April 1992 on the European Union Treaty, the decision issued on the 19th of November 2004 on the Treaty establishing a constitution for Europe, the decision issued on the 20th of December 2007 on the Treaty of Lisbon that modifies the European Union Treaty and the Treaty establishing the European community and the latest decision, issued on the 31st of July 2017 on the Comprehensive Economic and Trade agreement signed between Canada and the member states of the European Union (CETA agreement). Under the latter, the Constitutional Council reserves the sole right to examine whether the agreement's provisions violate the principles inherent in France's constitutional identity or not.

The Constitutional Council has jurisdiction as well over the agreements adopted in the framework of the Council of Europe, a classical international organization that is keen on respecting the sovereignty of States (decision issued on the 15th June 1999 on the European Charter for Regional or Minority languages).

The Statute of the International Criminal Court reflects the integrated conception of the international community. It has been submitted to the review of the Constitutional Council, which stated that several provisions contradicted the Constitution. Therefore, it has subsequently been amended. Such an experience has been of interest to several countries facing the same type of problems in their quest for appropriate solutions. Lessons can also be drawn from the practice of the French Constitutional Council which has jurisdiction over the constitutionality of treaties and international agreements and his role concerning these questions is now fully accepted.

Paul TAVERNIER
Professor Emeritus in Public International Law,
Human Rights and International Humanitarian Law,
Paris-Sud University (Paris XI), France
Director of the Research and Studies Center
on Human Rights and Humanitarian Law (CREDHO),
University Paris-Sud (Paris XI), France

لم تظهر الرقابة على دستورية القوانين والمعاهدات في فرنسا إلا مؤخراً، عند إنشاء دستور ١٩٥٨ الذي أسس مجلساً دستورياً وليس محكمة دستورية حقيقية. وقد تطورت بشكل كبير هذه الرقابة التي كانت محدودة للغاية في الأصل وذات طبيعة سياسية في الأساس، وهي تقترب أكثر فأكثر من الرقابة القانونية والقضائية بالمعنى الكامل للكلمة. ظل تكوين المجلس وطريقة تعيين أعضائه مستقرين منذ البداية، بينما توسعت أنماط الإحالة وصلاحيات المجلس تدريجياً وبشكل عميق. وقد سمحت هذه التطورات المؤسسية بتطوير ممارسة المجلس، وخاصة في مجال حماية سيادة الدولة واحترام «الشروط الأساسية لممارسة السيادة الوطنية»، وهي صيغ غدت كلاسيكية.

سنقوم خلال هذه الدراسة بتحليل المقررات الأكثر أهمية. تم إصدار هذه المقررات بشكل خاص في مجال البناء المجتمعي الأوروبي والآن في بناء الاتحاد الأوروبي: القرار تاريخ ٣٠ كانون الأول ١٩٧٦ بشأن انتخاب جمعية المجتمعات (حالياً البرلمان الأوروبي) عن طريق الاقتراع العام المباشر. القرار تاريخ ٩ نيسان ١٩٩٢ بشأن معاهدة الاتحاد الأوروبي، القرار تاريخ ١٩ تشرين الثاني ٢٠٠٤ بشأن معاهدة إنشاء دستور لأوروبا، والقرار تاريخ ٢٠ كانون الأول ٢٠٠٧ بشأن معاهدة لشبونة المعدلة لمعاهدة الاتحاد الأوروبي والمعاهدة لتأسيس المجموعة الأوروبية وأحدث قرار، القرار الصادر في ٣١ تموز ٢٠١٧ بشأن الاتفاقية الاقتصادية والتجارية الشاملة بين كندا، من جهة، والاتحاد الأوروبي والدول الأعضاء فيه من ناحية أخرى (اتفاقية CETA). في هذا القرار، يحتفظ المجلس الدستوري بالحق في التحقق من أن أحكام هذه الاتفاقية لا تؤثر على المبادئ الملازمة لهوية فرنسا الدستورية. مارس المجلس الدستوري الرصد أيضاً فيما يتعلق بالاتفاقيات المعتمدة في إطار مجلس أوروبا، الذي يعتبر منظمة دولية من النوع الكلاسيكي، تحترم سيادة الدول (القرار الصادر في تاريخ ١٥ حزيران ١٩٩٩ بشأن ميثاق اللغات الإقليمية أو اللغات الأقلية).

يعكس النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تصوراً متكاملاً للغاية للمجتمع الدولي. وقد تم تقديمه أيضاً إلى المجلس الدستوري للنظر فيه وقد لاحظ هذا الأخير أن العديد من أحكام هذا النص تتعارض مع الدستور. نتيجة لذلك، كان لا بد من تعديله. هذه التجربة تهم الكثير من الدول التي واجهت أنواع المشاكل نفسها وقدمت حلولاً مختلفة للمشاكل التي أثرت.

يمكن أيضاً استخلاص بعض الاستنتاجات من ممارسة المجلس الدستوري الفرنسي الذي أصبح دوره معترفاً به حالياً في ما يتعلق بالرقابة على دستورية المعاهدات والاتفاقيات الدولية.

بول تافرنييه

بروفسور فخري في القانون الدولي العام والقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني،
جامعة باريس سود — فرنسا (Paris XI)

رئيس مركز الأبحاث والدراسات في حقوق الإنسان
والقانون الإنساني (CREDHO)، جامعة باريس سود

INTRODUCTION

Le contrôle de la constitutionnalité des traités est relativement récent dans l'histoire constitutionnelle – pourtant très riche – de la France. On peut d'ailleurs se demander si les termes « constitutionnalité des traités » sont appropriés puisque la France est rangée généralement parmi les États qui affichent une conception moniste des rapports entre les traités internationaux et le droit interne. En effet, l'article 55 de la Constitution de 1958, dont le sixième anniversaire a été célébré le 4 octobre 1958, prévoit que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Cette disposition constitue apparemment une affirmation très claire de la primauté du droit international par rapport au droit interne ou national. Mais une lecture plus attentive du texte montre que le constituant français a introduit des précisions d'inspiration dualiste. Ainsi, l'article 55 se réfère à la publication des traités ou accords, mais un certain nombre de traités ne sont jamais publiés, ou bien le sont avec retard. De plus, la supériorité du traité par rapport à la loi est soumise à une clause de réciprocité : « sous réserve [...] de son application par l'autre partie », disposition qui soulève beaucoup de difficultés d'interprétation. En outre, l'article 54 ajoute que « si le Conseil constitutionnel [...] a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ». Par conséquent, la vision moniste de l'article 55 se transforme en une véritable conception dualiste puisque le traité ou accord devra respecter, au moins formellement, la primauté de la Constitution qui est réintroduite par une sorte de « passe-passe ». La « constitutionnalité » des traités repose donc sur une ambiguïté en ce qui concerne la définition des

problèmes de contrariété des normes du droit international et du droit interne, plus particulièrement du droit constitutionnel.

L'introduction du contrôle de constitutionnalité des traités dans le système français n'a été réalisée véritablement qu'en 1958 avec la Constitution du 4 octobre, dont le titre VII est relatif au Conseil constitutionnel (articles 56 à 63). Il est vrai que la Constitution de 1946 avait prévu un Comité constitutionnel dont les pouvoirs étaient limités et qui n'a pas exercé une très grande influence (articles 91 et s.)¹. La Constitution de 1958 accorde au nouveau Conseil constitutionnel un statut renforcé par rapport au Comité constitutionnel de 1946, mais son rôle tel qu'il résulte des textes de 1958 reste limité et essentiellement politique. En effet, il ne peut être qualifié de juridiction ou d'organe juridictionnel, voire judiciaire. Les constituants lui ont reconnu le statut de « Conseil », c'est-à-dire d'un organe qui n'est pas un simple « comité » mais qui ne saurait être assimilé à une « Cour constitutionnelle ». Toutefois, cet organe a pris progressivement une place beaucoup plus importante dans le système politique de la France. Il conviendra par conséquent de retracer cette évolution, remarquable à bien des égards et qui modifie le cadre de l'examen de la constitutionnalité des traités (I). Puis nous examinerons la pratique française en matière de contrôle de la constitutionnalité des traités et les enseignements que l'on peut en tirer (II).

I. L'ÉVOLUTION DU CADRE DU CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES TRAITÉS EN FRANCE

Depuis 1958, des réformes importantes ont été apportées au cadre institutionnel dans lequel le Conseil constitutionnel exerce ses fonctions, et notamment le contrôle de la constitutionnalité des lois et des traités. Toutefois, une certaine contradiction est apparue entre la stabilité dans la composition du Conseil et les modes de désignation de ses membres, d'une part (A), et l'élargissement remarquable des modes de saisine, des attributions et des compétences qui en font de plus en plus une véritable « Cour » constitutionnelle, d'une autre part (B).

1. La thèse de la continuité du Comité constitutionnel de 1946 et du Conseil constitutionnel de 1958 a été soutenue par Manon CHARPY, « Le Comité constitutionnel de la Constitution de la IV^e République », in *Jus Politicum*, n° 16.

A. Stabilité de la composition et des modes de désignation des membres du Conseil

Les règles fixant la composition du Conseil constitutionnel sont restées pratiquement inchangées et aucune réforme de la Constitution n'est intervenue en ce domaine depuis 1958, à part une légère modification concernant la procédure de désignation. Le texte de l'article 56 de la Constitution prévoit que « le Conseil constitutionnel comprend neuf membres » et non pas neuf juges. Leur mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil lui-même est renouvelé par tiers tous les trois ans.

Les membres du Conseil constitutionnel sont nommés par les trois plus hautes autorités de l'État, à savoir le président de la République et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. Chacune de ces autorités nomme trois membres, assurant une égalité apparente, qui n'empêche pas une inégalité de fait en faveur du président de la République, qui nomme le président du Conseil constitutionnel, celui-ci ayant voix prépondérante en cas de partage des voix.

Une précision concernant la procédure de nomination des membres du Conseil a été ajoutée par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 : « Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée ». Quant au président de la République, il n'est pas soumis à une procédure d'avis préalable.

Outre les membres nommés du Conseil constitutionnel, les anciens présidents de la République en sont membres de droit et à vie. Cette disposition pouvait se justifier en 1958, dans la mesure où le Conseil constitutionnel n'était pas une juridiction, mais un organe essentiellement politique, chargé de résoudre des questions politiques et non pas des problèmes juridiques comme la constitutionnalité des lois et des traités. En pratique d'ailleurs, les anciens présidents de la République n'ont pas participé très assidûment aux séances du Conseil. Le maintien de membres de droit, et de surcroît à vie, ne répond pas aux exigences d'un organe qui revendique de plus en plus la qualité de juridiction.

C'est pourquoi la réforme constitutionnelle de 2019 pourrait supprimer cette catégorie de « membres du Conseil ». Le président du Conseil constitutionnel, Laurent FABIUS, s'en est fait l'écho dans les médias. Cela permettrait à la France de respecter les exigences du droit européen, en l'occurrence de la Convention européenne des droits de l'homme, notamment l'article 6, et du Protocole n° 16.

Le Conseil constitutionnel français a toujours manifesté une certaine méfiance à l'égard de la Convention, qu'elle ne cite pratiquement jamais, et de la Cour européenne des droits de l'homme, dont elle semble redouter un éventuel contrôle de conformité de ses décisions, alors même que de nombreuses décisions des juridictions constitutionnelles des pays du Conseil de l'Europe ont été soumises à l'examen et à la censure de la Cour de Strasbourg. La Cour européenne n'a pas admis d'« exception française » en ce domaine, mais elle a tenu compte d'une certaine manière des objections françaises, ce qui a conduit à une jurisprudence quelque peu contradictoire. Il résulte en effet des arrêts *Jean-Pierre Pierre-Bloch* du 21 octobre 1997 et *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres* du 28 octobre 1999 une situation paradoxale et curieuse que nous avons relevée en son temps : « Le Conseil constitutionnel français échappe au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'il statue en tant que juge électoral, c'est-à-dire finalement comme un juge ordinaire, alors qu'il est soumis à ce contrôle quand il intervient comme juge constitutionnel »². En effet, dans la première affaire (*Pierre-Bloch*), la Cour de Strasbourg a considéré que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme est inapplicable dans la mesure où un droit « politique » est en cause. Une telle argumentation est contestable et on peut regretter que la Cour soit restée si prudente³. Dans la seconde affaire (*Zielinski et Pradal...*), au contraire, la Cour a été plus audacieuse en admettant de censurer une loi déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel. Était en cause, pourtant, le problème délicat de la rétroactivité des lois de régularisation⁴.

La Cour européenne s'est donc montrée prudente vis-à-vis du Conseil constitutionnel. Toutefois, celui-ci sera conduit à accepter certaines réformes dans sa composition et dans son fonctionnement s'il veut devenir une véritable Cour constitutionnelle, comme devrait l'y pousser l'entrée en vigueur du

Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, ce dernier protocole instaure une nouvelle procédure dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme, sous la forme d'un avis consultatif non contraignant et destiné à favoriser le fameux « dialogue des juges » interne et international⁵. Il ne s'agit pas d'une procédure de question préjudicielle, mais d'une procédure originale, laquelle soulève des difficultés en ce qui concerne le Conseil constitutionnel français⁶.

Le Protocole n° 16 est entré en vigueur le 1^{er} août 2018 à la suite du dépôt par la France de son instrument de ratification. L'article 8 exige en effet dix ratifications : outre la France, neuf autres États ont également ratifié ce texte (Albanie, Arménie, Estonie, Finlande, Géorgie, Lituanie, Saint-Marin, Slovaquie et Ukraine). Par ailleurs, l'article 10 du protocole prévoit que les Hautes Parties contractantes désigneront les plus hautes juridictions qui pourront adresser à la Cour européenne des demandes d'avis consultatifs. La France a désigné le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et le Conseil d'État. Or le Conseil constitutionnel n'est pas une véritable juridiction, sauf lorsqu'il statue en matière électorale. Pour que la désignation du Conseil constitutionnel puisse produire ses effets, il faudrait, semble-t-il, une réforme constitutionnelle. Si

5. Voir Paul TAVERNIER, « Le dialogue des juges. Propos introductifs », in *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. IX, 2015-2016, actes du colloque d'Athènes : « Dialogue des juges. Interactions entre tribunaux nationaux et internationaux », pp. 3-12. Pour un point de vue réservé sur le Protocole n° 16, voir Frédéric KRENC, « Quelques notes dubitatives sur le Protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme. Pour un dépassement du "dialogue des juges" », in *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. IX, 2015-2016, pp. 411-423. L'auteur de cet article renvoie cependant à l'« analyse éclairante et exhaustive de ce nouveau dispositif », publiée par Linos-Alexandre SICILIANOS, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme – À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 97-2014, pp. 9-29.

6. Voir à ce sujet l'analyse critique de Laurence BURGORGUE-LARSEN, *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (1771-1773)*. Voir aussi, sur Internet, « Avis du Conseil constitutionnel. CEDH Protocole n° 16. Etrangeté ? » (<https://laconstitution.fr>, article de Pascal JAN, 20 décembre 2017), et « Protocole n° 16 : Le Conseil constitutionnel qualifié de "juridiction" par lui-même » (article de Roseline LETTERON sur <http://libertescherries.blogspot.com>, et via le site paternet.fr.) La procédure prévue par le Protocole n° 16 a donné lieu à une première application de la part de la Cour de Cassation (Sana YOUSSEF, « Protocole n° 16 : première demande d'avis consultatif », in *Département juridique*, 8 octobre 2018) alors que le Conseil d'État, suivant les conclusions du rapporteur public, a renoncé à saisir la Cour européenne (Jean-Marc PASTOR, « Le juge administratif face aux réserves d'interprétation d'un traité international. Conseil d'État, ass., 12 octobre 2018, SARL Super coiffeur », in *Actualité Juridique. Droit Administratif*, n° 35-2018, p. 1991). Voir aussi Charline NICOLAS et Yannick FAURE, *Chronique de jurisprudence du Conseil d'État*, « Le juge sur la réserve. Contrôle des réserves à un traité international, Conseil d'État, ass., 12 octobre 2018, SARL Super Coiffeur », in *Actualité Juridique. Droit Administratif*, n° 42-2018, pp. 2390-2396. Les auteurs de la chronique indiquent que la société requérante demandait la saisine de la Cour de Strasbourg, mais le « Conseil d'État, s'étant déclaré en amont incompétent pour trancher la question posée, ne pouvait que l'être pour en faire usage dans la présente affaire ».

2. Paul TAVERNIER, « Le Conseil constitutionnel français peut-il échapper au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme ? », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, textes rassemblés par Jean-Claude COLLARD et Yves JEGOUZO, Paris : Economica, 2001, XXIII, pp. 255-273.

3. Le juge DE MEYER conteste vigoureusement, dans son opinion dissidente, la pertinence de la distinction entre les droits « civils » et les droits « politiques ». En effet, se référant à l'étymologie, il constate que l'adjectif « civil » dérive du latin (*civile, civis, civitas*) alors que l'adjectif « politique » dérive du grec (*politikon, politis et politeia*), les mots ayant la même signification dans les deux langues. Le juge belge précise qu'« en réalité les droits "politiques" constituent une catégorie particulière de droits "civils". Ils sont même plus "civils" que d'autres en ce qu'ils sont plus directement inhérents à la qualité de citoyen et d'ailleurs normalement réservés aux seuls citoyens ».

4. Voir Xavier PRÉTOT, « Le Conseil constitutionnel, la Cour européenne de Strasbourg et les validations législatives. À constitutionnalisme, conventionnalisme et demi... », in *Mélanges Conac*, op. cit., pp. 219-240.

une telle réforme n'intervenait pas, il serait légitime de se demander si la Cour européenne est compétente pour contrôler la régularité de la liste soumise par les États⁷.

L'article 1 du Protocole n° 16 stipule à son alinéa 1 que « les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante [...] peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles » et l'alinéa 3 précise que la juridiction concernée « ne peut solliciter un avis consultatif que dans le cadre d'une affaire pendante devant elle ». Or il n'y a pas, au sens juridique, d'« affaire pendante » devant le Conseil constitutionnel français. Lorsqu'il statue sur la constitutionnalité des lois ou des traités, on n'est pas dans un litige ou une affaire (« case » en anglais). On se trouve donc devant une réelle difficulté, et la Cour de Strasbourg ne sera-t-elle pas tentée d'éluder la question ?

Pour que le Conseil constitutionnel puisse être considéré comme une véritable juridiction, au sens du protocole, il faudrait non seulement réformer son statut, mais aussi la procédure qu'il applique, c'est-à-dire qu'il respecte les exigences de l'équité de la procédure prévues à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, telles qu'elles sont interprétées par la Cour⁸. Une telle réforme constitutionnelle ne devrait pas soulever des difficultés insurmontables, dans la mesure où la saisine du Conseil s'est considérablement élargie et ses attributions se sont également étendues.

B. Élargissement progressif des modes de saisine et des attributions du Conseil

Alors que la composition du Conseil constitutionnel français et le statut de ses membres sont soumis à des dispositions qui n'ont pas été modifiées depuis 1958, des réformes constitutionnelles importantes sont intervenues en matière de saisine, de compétences et d'attributions du Conseil. Ces réformes

7. La Roumanie a inclus 15 Cours d'appel dans la liste des juridictions habilitées à saisir la Cour d'une demande d'avis consultatif, ce qui pose problème.

8. Pour une analyse fondée sur le droit constitutionnel français et comparé, lequel ne mentionne pas les exigences du droit européen (notamment, article 6 du CEDH), qui va cependant dans le même sens, voir Lauréline FONTAINE, « Qui a peur d'une juridiction constitutionnelle ? Ou, en quoi la composition et le fonctionnement du Conseil constitutionnel pourraient être améliorés », in *L'ENA hors les murs. La revue des anciens élèves de l'ENA*, octobre 2018, et sur Internet (www.ledroitdelafontaine.fr/qui-a-peur-du-conseil-constitutionnel).

ont profondément modifié la nature des tâches confiées à cet organisme, dont l'activité se rapproche de plus en plus de celle d'une juridiction constitutionnelle.

La première réforme concerne l'élargissement des possibilités de saisine du Conseil. À l'origine celui-ci ne pouvait être saisi que par le président de la République, le Premier ministre et les présidents des deux assemblées parlementaires (Assemblée nationale et Sénat). Cet accès très restreint reflétait bien la nature intrinsèque de cet organisme, dont le rôle et la fonction sont, à l'origine, essentiellement de nature politique : il s'agit de régler des difficultés et des conflits politiques entre les acteurs majeurs de la vie politique du pays. La réforme intervenue en 1974 permet à soixante députés ou à soixante sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel⁹. Cette réforme a donc considérablement élargi l'accès au Conseil tout en confirmant la nature politique de la procédure. Elle a néanmoins permis un développement remarquable de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La loi constitutionnelle de 1974 a été complétée par la loi constitutionnelle de 1992 qui modifie l'article 54 relatif aux effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un traité international, comblant ainsi un oubli ou une lacune étonnante¹⁰. Le constituant avait omis de préciser que les effets reconnus jusqu'alors aux déclarations d'inconstitutionnalité découlant d'une saisine du Conseil par l'une des quatre autorités habilitées, s'étendaient aux saisines par soixante députés ou soixante sénateurs.

Cette réforme a eu des conséquences très importantes et a permis un essor remarquable de la jurisprudence du Conseil, dont la portée demeurerait jusqu'alors relativement confidentielle, d'autant plus que le Conseil a inclus les droits de l'homme dans le bloc de constitutionnalité, donnant ainsi une tout autre dimension à son contrôle. Il se réfère donc à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, au préambule de la Constitution de 1946 et à celui de 1958. En revanche, il se refuse à utiliser les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui nous paraît très regrettable. En effet, le repli du Conseil constitutionnel français sur le droit national constitue un obstacle à sa reconnaissance comme une véritable juridiction constitutionnelle sur le plan européen.

En revanche, la réforme de 1998 concerne l'instauration en France d'une voie de recours nouvelle au niveau du droit national et non pas simplement

9. Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974, modifiant l'article 61.

10. Loi constitutionnelle n° 92554 du 25 juin 1992, article 2.

l'élargissement des titulaires du droit de saisine existant¹¹. La réforme de la QPC (question prioritaire de constitutionnalité) modifie profondément la nature du contrôle de la constitutionnalité des lois et des traités en introduisant un contrôle *a posteriori* alors que jusqu'à cette date, le Conseil constitutionnel n'exerçait qu'un contrôle *a priori*. Cette distinction entre deux catégories de contrôle n'est pas propre à la France et on la retrouve dans d'autres pays, comme l'Allemagne par exemple, où l'on oppose le contrôle abstrait (*a priori*) et le contrôle concret (*in concreto* ou *a posteriori*). On a aussi parfois recours aux termes utilisés par les économistes : *ex ante* et *ex post*¹².

II. LA PRATIQUE DU CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES TRAITÉS EN FRANCE

La question du contrôle de la constitutionnalité des traités et accords internationaux en France n'a pas retenu l'attention qu'elle mérite de la part de la doctrine. Mis à part le manuel de Nguyen QUOC DINH, mis à jour par Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET¹³, la plupart des manuels de droit international n'abordent le problème qu'assez rapidement¹⁴. Denis ALLAND constate que le système français est préventif et vise à une harmonisation *a priori* des traités et de la Constitution. Ce système trouve ses limites dans l'absence de contrôle *a posteriori* par le Conseil constitutionnel.

11. Article 61-1 nouveau de la Constitution, introduit par la loi constitutionnelle du 23 juillet 1998. La réforme est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010. La loi organique précise que la « question » mentionnée dans le nouvel article 61-1 est une « question prioritaire de constitutionnalité » et non pas une question « préalable » ni une question « préjudicielle », comme on avait pu l'imaginer.

12. Voir, à ce sujet, la contribution de Christian TOMUSCHAT.

13. Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8^{ème} édition, 2009 : « Contrôle de la constitutionnalité des traités et accords », pp.172-176, et « Normes conventionnelles et normes constitutionnelles », pp. 311-314. On peut compléter ces références en se reportant à la thèse de Patrick GAÏA, *Le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne. Contribution à l'étude des articles 53 et 54 de la Constitution*, Economica, Paris, 1991, VIII, et au *Code constitutionnel 2019*, Thierry RENOUX, Michel DE VILLIERS, Xavier MAGNON (sous la direction de), 9^e éd., LexisNexis, Paris, 2018.

14. Voir, par exemple, Denis ALLAND (sous la direction de), *Droit international public*, Paris, PUF, collection Droit fondamental, 2000 : « Rapports du droit international écrit et des normes internes françaises de rang constitutionnel », pp.375-378 ; et Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2008, 8^e édition : « Position du Conseil constitutionnel à l'égard des traités », pp. 457-460.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel s'inscrit donc jusqu'à présent dans le cadre du contrôle *a priori*, mais on peut envisager pour l'avenir un contrôle *a posteriori*, notamment dans le cadre de la procédure de la QPC. Les décisions du Conseil constitutionnel sont nombreuses et on en trouvera un tableau complet dans l'ouvrage classique déjà cité de P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET. Nous nous limiterons par conséquent à présenter les décisions les plus importantes concernant la question du respect de la souveraineté, laquelle s'est posée à propos de la construction européenne (aussi bien communautaire que dans le cadre du Conseil de l'Europe), et également au sujet du Statut de la Cour pénale internationale.

A. Le Conseil constitutionnel français et la construction européenne communautaire

Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 prévoit que « sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ». Ce texte visait notamment les organisations internationales mais n'envisageait pas spécifiquement la construction européenne. La Constitution du 4 octobre 1958 ne contient pas non plus de dispositions en la matière, bien que la querelle de la CED (Communauté européenne de défense) ait profondément divisé les milieux politiques français à l'époque.

Toutefois, le Conseil constitutionnel a été saisi du problème de la constitutionnalité de certains textes communautaires, notamment de la décision du Conseil des Communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct. Dans sa décision du 30 décembre 1976, le Conseil constitutionnel estime que la décision communautaire ne contient pas de clause contraire à la Constitution et il insiste sur le respect de la souveraineté : « Si le préambule de la Constitution de 1946, confirmé par celui de la Constitution de 1958, dispose que, sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix, aucune disposition de nature constitutionnelle n'autorise des transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation internationale que ce soit. »

Ces formules sont reprises par la suite, notamment dans la décision du 9 avril 1992 concernant le Traité sur l'Union européenne : « Considérant qu'il résulte de ces textes de valeur constitutionnelle que le respect de la souveraineté

nationale ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des dispositions précitées du préambule de la Constitution de 1946, la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les États membres. »

La décision du 19 novembre 2004 sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe précise que des transferts de compétence peuvent être consentis par les États membres mais « lorsque des engagements souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la Constitution, remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle ». Le projet de traité contenant certaines dispositions contraires à la Constitution, et la constitution française n'ayant pas été modifiée, le traité n'a pas pu être ratifié par la France.

La situation s'est présentée différemment quelques années plus tard. En effet, la décision du 20 décembre 2007 sur le Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne a constaté que plusieurs dispositions du Traité de Lisbonne portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, ce qui a entraîné une révision de la Constitution, permettant ainsi la ratification¹⁵.

On peut mentionner également une affaire originale, dans laquelle le Conseil constitutionnel a dû se prononcer et qui touche au domaine très délicat et très sensible de la répartition des compétences entre les États et la Communauté, et maintenant l'Union européenne : celui de la conclusion des accords internationaux, notamment en matière économique¹⁶. Il s'agit de la décision du 31 juillet 2017, concernant l'accord entre le Canada et l'Union européenne, connu comme l'Accord du CETA. La plupart des dispositions de cet accord sont de la compétence exclusive de l'Union, le reste relevant d'une compétence mixte. Le Conseil constitutionnel aurait pu écarter de son examen de constitutionnalité les stipulations appartenant à la catégorie des

compétences exclusives. Il ne l'a pas fait, se réservant la possibilité de vérifier le respect de l'« identité constitutionnelle de la France ». En effet, le Conseil précise que « s'agissant [...] des stipulations de l'accord qui relèvent d'une compétence exclusive de l'Union européenne, il revient seulement au Conseil constitutionnel, saisi afin de déterminer si l'autorisation de ratifier cet accord implique une révision constitutionnelle, de veiller à ce qu'elles ne mettent pas en cause une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ». Comme le fait remarquer le professeur Baptiste Bonnet, la distinction entre les compétences exclusives et les compétences mixtes n'est pas évidente, et par ailleurs, la formule utilisée par le Conseil constitutionnel de « l'identité constitutionnelle de la France » est différente de celle qui figure à l'article 4 du Traité sur l'Union européenne, qui se réfère à « l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». Le Conseil constitutionnel pourra jouer de ces subtilités et s'est réservé, en tout cas, un instrument qui pourrait s'avérer d'une grande efficacité pour protéger la souveraineté nationale.

Le Conseil constitutionnel a donc été très vigilant dans le contrôle qu'il a exercé, en ce qui concerne le respect de la souveraineté de l'État français dans le processus de l'intégration européenne. Il a étendu sa vigilance à des traités élaborés dans le cadre de l'Europe non communautaire, reconnue cependant comme moins intégratrice et respectueuse de la souveraineté des États.

B. Autres exemples : la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires

Le cas de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires est intéressant. La France est en effet très sourcilieuse en ce qui concerne la protection internationale des minorités. Le Conseil constitutionnel a été saisi de la question de la ratification de cet instrument et il a rendu, le 15 juin 1999, une décision constatant l'inconstitutionnalité de plusieurs articles touchant à la souveraineté de l'État. Il s'appuie notamment sur la souveraineté et l'article 2 de la Constitution. Précisant les normes de référence applicables, le Conseil considère qu'ainsi que le proclame l'article 1^{er} de la Constitution : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances ». En outre, « le principe d'unicité du peuple français, dont aucune section ne peut s'attribuer l'exercice

15. Loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février, modifiant le titre XV de la Constitution.

16. Conseil constitutionnel, 31 juillet 2017, Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part. Voir le commentaire substantiel de Baptiste BONNET : « Le Conseil constitutionnel et le CETA » in *Actualité juridique – Droit Administratif*, 27 octobre 2017, pp. 2008-2012. Voir aussi Marie-Cécile CADHILLAC et Cécile RAPOPORT, « "In between Seats"... The Conseil constitutionnel and the CETA » in *European Papers*, vol. 3, 2018, n° 2, pp. 811-832 (European Forum, 25 août 2018).

de la souveraineté nationale, a également valeur constitutionnelle ». De ce fait, « ces principes fondamentaux s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance ».

Le Conseil constitutionnel défend par conséquent une conception stricte de la souveraineté, alors que le texte de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires est d'une grande souplesse et laisse aux États une grande liberté pour choisir parmi les obligations énumérées celles qui lui conviennent.

La procédure de ratification a donc été interrompue et n'a pu être reprise, puisque aucune révision de la Constitution n'a abouti, malgré une nouvelle tentative infructueuse en 2014-2015. En effet, une proposition de loi constitutionnelle a été adoptée en ce sens par l'Assemblée nationale au début de l'année 2014, mais elle est restée sans suite. Quant au projet de loi constitutionnelle, il a été rejeté par le Sénat en octobre 2015.

Certains juristes se sont demandé s'il ne fallait pas envisager d'autres procédures pour contourner l'obstacle de la révision constitutionnelle. C'est ainsi que Roger PINTO explore diverses pistes à la recherche de « procédures constitutionnelles ouvertes à la France pour devenir partie à la Charte sans révision de la Constitution ». Il s'agirait, entre autres, d'écarter la ratification au profit d'une approbation de la Charte, accompagnée des réserves prévues lors de la signature, complétées par une réserve relative aux articles déclarés inconstitutionnels par le Conseil¹⁷.

Le contrôle de constitutionnalité des dispositions d'un traité s'est donc avéré efficace dans la pratique, puisqu'il a bloqué le processus de ratification d'un traité adopté pourtant dans le cadre d'une organisation européenne, le Conseil de l'Europe, qui n'est pas réputée pour présenter un danger en ce qui concerne la souveraineté des États. Il est vrai que cette organisation a développé, dans sa pratique conventionnelle et jurisprudentielle, une forme d'intégration très poussée, par le biais de la défense des droits de l'homme, et cela a pu être perçu par certains États comme une atteinte à leur souveraineté. Ce sont ces mêmes craintes qui ont été exprimées à propos du Statut de la Cour pénale internationale.

17. Roger PINTO, « La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. Examen des procédures constitutionnelles permettant à la France de devenir partie », in *Journal du droit international*, 2000-1, pp. 35-44.

C. Le cas de l'adhésion de la France au Statut de la Cour pénale internationale

Le Statut de la Cour pénale internationale, adopté le 17 juillet 1998 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, a été salué comme une grande victoire par les partisans d'une justice pénale internationale permanente chargée de juger les grands criminels de guerre, mettant fin à l'impunité qui prévalait jusqu'alors. Toutefois, la ratification de cet instrument international très spécifique et touchant de très près à la souveraineté des États n'a pas toujours été très aisée et elle s'est trouvée confrontée à des difficultés parfois très importantes, mais non insurmontables¹⁸. Ce fut le cas notamment en France, où le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur la conformité de cette convention à la Constitution française.

Le Conseil constitutionnel a rendu sa décision le 22 janvier 1999, dans laquelle il examine notamment le texte du Statut de Rome au regard des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »¹⁹. Après avoir passé en revue minutieusement les dispositions du Statut, il conclut dans un assez grand nombre de cas à l'absence de méconnaissance des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Toutefois, il relève aussi plusieurs dispositions incompatibles de ce chef avec la Constitution, ce qui nécessite une révision de la Constitution.

Ont été déclarées contraires à la Constitution les dispositions relatives à la responsabilité pénale du chef de l'État, des ministres et des parlementaires (articles 26, 68 et 68-1 de la Constitution). Par ailleurs, les dispositions du Statut de Rome relatives aux lois d'amnistie et en matière de prescription se heurtent aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et il en est de même en ce qui concerne la possibilité ouverte au Procureur de la Cour pénale internationale de mener des investigations sur le territoire national français sans être assisté par les autorités judiciaires françaises (article 99, alinéa 4 du Statut).

18. Voir Paul TAVERNIER, « Comment surmonter les obstacles constitutionnels à la ratification du Statut de Rome de la Cour pénale internationale », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 51, juillet 2002, pp. 545-561.

19. Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 : non-conformité partielle. Cette décision a donné lieu à de nombreux commentaires de la doctrine. Le Conseil constitutionnel ne relève pas moins de 65 références doctrinales sur son site www.conseil-constitutionnel.fr. Voir aussi notre article cité *supra*, note 18 (les références s'y trouvent à la page 552, note 18). Voir également Jacqueline DE GUILLENSCHMIDT, « Séminaire sur l'adhésion du Liban à la C.P.I. – L'expérience de la France quant à la participation au traité portant statut de la Cour pénale internationale », (19-20 mai 2006, Beyrouth, Liban), publié sur le site du Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr ; et Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD, « Cour pénale internationale et adaptations constitutionnelles comparées », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 55, n° 3, juillet-septembre 2003, pp. 539-573.

Les difficultés rencontrées par la France à l'occasion de la ratification du Statut de la Cour pénale internationale ne lui sont pas toutes propres et liées aux spécificités du régime juridique français. La plupart se retrouvent dans d'autres pays et elles ont été recensées en détail par l'ONG, *Human Rights Watch*, et par la Commission de Venise pour la démocratie²⁰. Celle-ci identifie quatre types de solutions pour surmonter les difficultés rencontrées par les États qui désirent ratifier le Statut tout en respectant les exigences de leur Constitution.

La première solution, adoptée par la France et par quelques États, consiste à modifier la Constitution, en insérant une clause générale déclarant que désormais rien ne s'oppose à la ratification. Ainsi, la loi du 8 juillet 1999 modifie la Constitution en ajoutant un article 53-2 ainsi libellé : « La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le Traité signé le 18 juillet 1998 »²¹. Cette solution présente des avantages : elle est simple, pratique et élégante. Mais on peut lui reprocher d'être incomplète et d'éluder les problèmes sans les résoudre de manière définitive. C'est ainsi que la question de la compatibilité de l'article 16 de la Constitution (relatif aux pouvoirs du président de la République en cas de crise) avec les dispositions du Statut de Rome n'a pas été examinée par le Conseil constitutionnel.

La deuxième solution consiste, au contraire, à rechercher dans le Statut toutes les dispositions qui pourraient être contraires à la Constitution et à les modifier en conséquence. Cette solution semble *a priori* être la plus satisfaisante car elle cherche à éviter des discussions dans le futur, mais elle comporte aussi le risque que le recensement des contradictions ne soit pas exhaustif.

Une troisième solution est possible, qui consiste à adopter des lois constitutionnelles spécifiques, propres à chaque obstacle constitutionnel et permettant de ratifier le Statut en dépit des dispositions contraires à la Constitution.

Enfin, la quatrième solution recensée par la Commission de Venise préconise une interprétation « conciliatrice » ou « constructive » (E. LAMBERT) des divergences entre le Statut et la Constitution. Encore faut-il que la conciliation des textes ne soit pas purement formelle et ne cache pas des désaccords réels.

Dans cette perspective, les déclarations de certains États peuvent laisser perplexes. On mentionnera à cet égard, et à titre d'exemple, la déclaration de l'Égypte au moment de la signature²².

CONCLUSION

L'exemple de la ratification du Statut de la Cour pénale internationale, qui soulevait de nombreux obstacles constitutionnels dans de nombreux pays, est intéressant et emblématique. Bien souvent, la ratification des traités internationaux est un processus complexe qui doit tenir compte des impératifs et des contraintes à la fois juridiques et politiques ou diplomatiques. La situation est particulièrement complexe, parce que le traité international est à la charnière de l'ordre interne et de l'ordre international. Chacun de ces « ordres » obéit à des contraintes contradictoires, et les diplomates, accompagnés de leurs conseillers juridiques, doivent faire la preuve de leur imagination. L'intervention de nouveaux acteurs sur la scène internationale, avec les organisations internationales, et de plus en plus également les ONG, peut contribuer à la solution des problèmes, mais peut aussi compliquer celle-ci.

À cet égard, l'examen du contrôle de constitutionnalité des traités en France, tel qu'il a été pratiqué, peut servir d'exemple, ou de modèle. Toutefois, il convient de tenir compte des spécificités et des traditions constitutionnelles propres à chaque pays. Par ailleurs, nous l'avons vu, le système de contrôle de constitutionnalité des traités en France a évolué et il doit encore évoluer dans l'avenir. Sera-t-il plus politique dans le futur ? Ou bien, au contraire, sera-t-il de plus en plus juridique et juridictionnel ? Ou encore un peu des deux... •

20. CDL-INF(2001)001-f : Rapport sur les questions constitutionnelles soulevées par la ratification du Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale.

21. Loi constitutionnelle n° 99-568 du 8 juillet 1999 insérant, au titre VI de la Constitution, un article 53-2 relatif à la Cour pénale internationale.

TABLE DES MATIÈRES

À propos des organisateurs 7 - Note liminaire 9

Allocutions préliminaires 13 - Anja SCHOELLER-SCHLETTER: Mapping of Constitutional Control in the MENA Region 15 - Marie GHANTOUS : Le contrôle de la constitutionnalité des traités (texte en arabe) 20

Allocutions d'ouverture 23 - Mot du bâtonnier de l'Ordre des avocats, André CHIDIAC (texte en arabe) 28 - Mot du président du Conseil constitutionnel, Issam SLEIMANE (texte en arabe) 34 - Mot du ministre de la Justice, Sélim JREISSATI (texte en arabe) 42

جدول المحتويات

لمحة عن منظّمي الأيام الدراسية ٨ - ملاحظة تمهيدية ١١

كلمات تمهيدية ١٢ - أنيا شولر-شلاتر: رسم خريطة المراقبة الدستورية في منطقة الـ«مينا» (نص بالإنجليزية) ١٥ - ماري غنطوس: الرقابة على دستورية المعاهدات ٢٠

كلمات الافتتاحية ٢٢ - كلمة نقيب المحامين في بيروت الأستاذ اندره الشدياق، ألقاها المحامي الدكتور رزق زغيب ٢٨ - كلمة رئيس المجلس الدستوري الدكتور عصام سليمان: الرقابة على دستورية المعاهدات ٣٤ - كلمة وزير العدل البروفسور سليم جريصاتي، ألقاها القاضية ريتا كرم: دور المؤسسات السياسية في الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية ٤٢

LES ÉTUDES

Première partie : Analyse générale

الدراسات الجزء الأول: تحليل عام

هدى الحاج: المعاهدات الدولية على ضوء المبادئ العامة للقانون الإداري اللبناني ٧٠
موجز باللغة العربية ٦٩ - موجز باللغة الفرنسية ٦٦ - موجز باللغة الإنجليزية ٦٤
المقدمة ٦٢

القسم الأول - المواثيق الدولية والمعاهدات كمصدر للشرعية ٦١

I - إمكانية رقابة القاضي الإداري على المعاهدات الدولية ٥٩

II - المعاهدات هي من الأعمال الحكومية ٥٨

القسم الثاني - صلاحية تفسير المعاهدات والاتفاقيات وإشكالية رقابة القاضي الإداري على أعمال الحكم ٥٥

I - دور القاضي الإداري في الرقابة على المشروع الخارجية للمعاهدات الدولية ٥٥

II - مدى اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية ٥٠

خلاصة ٤٩

Georges J. Assaf : Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conformité des traités avec la Constitution 73

Résumé en français 74 - Résumé en anglais 75 - Résumé en arabe 76

Introduction 77

I. État actuel en droit libanais de ces deux modes de contrôle 78

A. Le contrôle de constitutionnalité : l'exclusivité de la compétence juridictionnelle constitutionnelle 78

1. Le contrôle juridictionnel concentré des lois et autres textes ayant force de loi par le Conseil constitutionnel 78

2. Le contrôle juridictionnel diffus exercé par le Conseil d'État sur la constitutionnalité des actes administratifs (décrets, arrêtés et autres règlements) de la puissance publique : une compétence contestée 84

B. Le contrôle juridictionnel de compatibilité des normes internes avec les traités ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne : un contrôle d'origine législative (Code de procédure civile, art. 2) à caractère général et diffus qui constitue à certains égards une forme de contrôle de constitutionnalité 86

1. Le principe de la primauté du droit international conventionnel est appliqué par les juridictions de tous ordres (judiciaires, administratives, et - de manière controversée en raison, semble-t-il, du concept d'ordre public religieux -, les juridictions religieuses) 86

2. La juridiction constitutionnelle est-elle compétente pour statuer sur la violation par une norme interne d'une norme de droit international ? 90

II. La problématique du conflit Traité-Constitution : contrôle de constitutionnalité des traités ou contrôle de compatibilité de la Constitution avec les traités : quelles normes de référence ? 92

A. Le conflit Traité-Constitution dans l'ordre juridique international 92

B. Le conflit Traité-Constitution dans l'ordre juridique interne 93

1. Le contrôle serait-il seulement intrinsèque, sur la procédure de mise en vigueur du traité, ou pourrait-il porter sur le contenu du traité en question ? 94

2. La problématique de l'intégration des conventions internationales dans le bloc de constitutionnalité 94

3. Pour hypothétique qu'il soit dans le contexte libanais actuel, le contrôle de constitutionnalité d'un traité reste envisageable dès lors qu'un recours au Conseil constitutionnel contre la loi approuvant l'adhésion, l'accession, la ratification d'un traité, est présenté 95

Conclusion 98

- ماري غنطوس: دستورية المعاهدات والقانون الدولي العام ١٣٦
موجز باللغة العربية ١٢٤ - موجز باللغة الفرنسية ٢٢١ - موجز باللغة الإنجليزية ١٣٠
المقدمة ١٢٨
- القسم الأول - المبدأ الذي كرسه اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ ١٢٥
- I - النظريات الأساسية التي تداولتها لجنة القانون الدولي في الأمم المتحدة ١٢٥
- أ- النظرية الأولى ١٢٤
- ب- النظرية الثانية ١٢٤
- ج- النظرية الثالثة ١٢٢
- د- خيار لجنة القانون الدولي ١٢٢
- II - المبادئ التي اعتمدها الدول في معاهدة فيينا ١٢٠
- أ- الدستور هو مصدر الصلاحيات ١١٧
- ب- تكريس مبدأ بطلان المعاهدات لعدم دستورتها في معاهدة فيينا ١١٧
- القسم الثاني - صعوبة إعلان بطلان معاهدة دولياً لعدم دستورتها ١١٥
- I - الممارسة الدولية تنسجم بالخجل ١١٤
- أ- الممارسة الدبلوماسية ١١٤
- ب- الاجتهاد الدولي ١١١ (١- المحاكم التحكيمية ٢- محكمة العدل الدولية)

II - شرط علانية المخالفة هو شبه تعجيزي ١٠٨

أ- التمييز بين الطابع العلاني أو البين للمخالفة مع وجود خلاف علاني أو بين بشأن المخالفة ١٠٨

ب- الطابع العلاني للقاعدة الدستورية في التطبيق ١٠٧

III - الشروط الأخرى التي قد تحول دون إبطال المعاهدة دولياً ١٠٦

أ- مسألة تفسير الدستور ١٠٦

ب- الجهة التي يمكنها إثارة المخالفة ١٠٤

ج- عنصر الضرر ١٠٤

الخاتمة ١٠٢

LES ÉTUDES

الدراسات

الجزء الثاني: عن تجربة بعض الدول
Seconde partie : Sur l'expérience de certains États

عبد العزيز محمد سلمان: الرقابة القضائية على دستورية المعاهدات الدولية في مصر ١٧٦

موجز باللغة العربية ١٧٥ - موجز باللغة الفرنسية ١٧٢ - موجز باللغة الإنجليزية ١٧٠
المقدمة ١٦٨

مبحث تمهيدى: إطلالة عامة حول تعريف المعاهدة ورقابة دستورية المعاهدات الدولية في النظم المختلفة ١٦٦

أ- تعريف المعاهدات الدولية ١٦٦

ب- رقابة القاضي الدستوري للمعاهدات الدولية ١٦٥

المبحث الأول: مرتبة المعاهدات الدولية وعلاقتها بالقوانين في النظام المصري ١٦٤

المبحث الثاني: المعاهدات الدولية وأعمال السيادة ١٦١

المبحث الثالث: كيفية رقابة دستورية المعاهدات الدولية في مصر ١٥٨

نصوص الدستور الحالي الصادر في عام ٢٠١٤ ١٥٨

أساليب الرقابة في ظل المحكمة الدستورية العليا ١٥٥

ضوابط دستورية المعاهدات الدولية وفقاً لقضاء المحكمة الدستورية العليا ١٥٤

المبحث الرابع: نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني المصري ١٥٢

المبحث الخامس: قضية تيران وصنافير ١٥٠

المحكمة ١٤٩

ملاحظات حول ما تناوله الحكم وما يستخلص منه ١٤٢

Taïmour Mostafa Kamel : Le contrôle de la constitutionnalité des traités internationaux en Égypte 179

Résumé en français 180 - *Résumé en anglais* 182 - *Résumé en arabe* 184

Aperçu historique 187

I. La primauté des traités sur les lois internes tant antérieures que postérieures 188

- A. Le principe de la primauté des traités 188
 - 1. Le fondement législatif de la primauté des traités 189
 - 2. Les applications jurisprudentielles du principe de la primauté des traités 190
- B. Les exceptions au principe de la primauté des traités 192
 - 1. La primauté des lois internes d'ordre public 192
 - 2. De la primauté des lois répressives internes 195
 - a. *Le principe de la territorialité de la loi pénale* 195
 - b. *La primauté des lois répressives internes dans la jurisprudence de la Cour de cassation* 196

II. L'exclusion des traités internationaux du champ du contrôle juridictionnel de constitutionnalité 198

- A. L'attitude initiale du juge constitutionnel : la soumission des traités à la Constitution au même titre que les lois législatives internes 198
- B. L'attitude développée du juge constitutionnel tendant à l'exclusion des traités du champ d'application du contrôle de constitutionnalité 200
- C. La Cour constitutionnelle suprême exclut les traités du champ d'application du contrôle a posteriori de la constitutionnalité, cité à l'article 151 de la Constitution de 2014 202
- D. Applications 203
 - 1. La Convention créant la Banque arabe internationale 203
 - 2. Le cas de Tiran et Sanafir 204

Conclusion 207

- A. Prémisses du contrôle préventif de constitutionnalité des lois et des traités en droit égyptien, et traités essentiels du modèle proposé 208
- B. Autorités de saisine et effets des décisions d'inconstitutionnalité 209
 - 1. Les autorités de saisine de la Cour constitutionnelle suprême.
 - 2. Les effets des décisions d'inconstitutionnalité 211

هادي نعيم المالكي: الرقابة على دستورية المعاهدات في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ٢٤٨

موجز باللغة العربية ٢٤٦ - موجز باللغة الفرنسية ٢٤٤ - موجز باللغة الإنجليزية ٢٤٢
المقدمة ٢٤٠

المبحث الأول - مكانة المعاهدة في النظام القانوني العراقي ٢٣٩

I - تعريف المعاهدة الدولية ٢٣٩

II - كيفية إدماج المعاهدة في النظام القانوني العراقي ٢٣٧

III - قيمة المعاهدة في النظام القانوني العراقي ٢٣٢

المبحث الثاني - رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية المعاهدات ٢٢٥

I - تشكيل المحكمة الاتحادية العليا في العراق واختصاصها بالرقابة

على دستورية المعاهدات ٢٢٥

أ- تشكيل المحكمة الاتحادية العليا في العراق ٢٢٥

ب- اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على دستورية المعاهدات ٢٢٢

II - طرق ممارسة الرقابة وحجية الأحكام الدستورية ٢٢٠

أ- طرق ممارسة الرقابة على الدستورية ٢٢٠

ب- حجية الأحكام الدستورية ٢١٧

الخاتمة ٢١٥

Christian Tomuschat : Le contrôle de la constitutionnalité des traités internationaux en Allemagne 251

Résumé en français 252 - *Résumé en anglais* 253 - *Résumé en arabe* 254

I. L'Allemagne dans le système international 255

II. Le régime des traités internationaux dans la Loi fondamentale 256

III. Les différentes procédures de contrôle 260

A. Remarques préliminaires 260

1. La coopération entre les différentes instances juridictionnelles et la CCF 260

2. L'objet formel du contrôle : la loi d'approbation 260

3. Rareté des objections contre un traité international 261

B. Les différentes procédures - Examen de détail 261

1. Le contrôle abstrait des normes : contrôle préalable 261

2. Le contrôle concret des normes : contrôle incident ou contrôle par voie d'exception 264

3. 3. Le recours constitutionnel 265

IV. Détails importants des procédures 270

- A. Le concept de traité 270
- B. La protection provisoire par voie de référé 271
- C. Le contrôle ex post 273

V. Observations finales 273

-
- أمين محفوظ: القاضي الدستوري والمعاهدة الدولية في تونس ٢٠٦
موجز باللغة العربية ٢٠٥ - موجز باللغة الفرنسية ٢٠٢ - موجز باللغة الإنجليزية ٢٠٠
المقدمة ٢٩٨
- القسم الأول - رقابة القاضي الدستوري غير المتخصص على المعاهدة الدولية ٢٩٥
- I - رفض فرض علوية المعاهدة الدولية ٢٩٤
- أ- عدم سلامة إدراج المعاهدة الدولية في المنظومة القانونية الداخلية ٢٩٤
- ب- قراءة منافية لدولة القانون ٢٩٣
- II - إقرار أولوية المعاهدة الدولية على القانون في العديد من الحالات ٢٩١
- القسم الثاني - رقابة القاضي الدستوري المتخصص على المعاهدة الدولية ٢٨٩
- I - رقابة المجلس الدستوري ٢٨٩
- أ- رقابة دستورية المعاهدة الدولية ٢٨٨
- ب- رقابة معاهدتية القانون ٢٨٧
- II - غياب موقف القاضي المتخصص طبق دستور ٢٠١٤ ٢٨٦
- أ- الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين ٢٨٦
- ب- المحكمة الدستورية ٢٨٤
- ١- ظروف إرساء المحكمة الدستورية ٢٨٤
- ٢- النظام القانوني للمحكمة الدستورية ٢٨٣
- ٢- صلاحيات المحكمة الدستورية ٢٨٠
- الخاتمة ٢٧٧
-

Paul Tavernier : Le contrôle de la constitutionnalité des traités en France 309

Résumé en français 310 - Résumé en anglais 311 - Résumé en arabe 312

Introduction 313

I. L'évolution du cadre du contrôle de la constitutionnalité des traités en France 314

- A. Stabilité de la composition et des modes de désignation des membres du Conseil 315

- B. Élargissement progressif des modes de saisine et des attributions du Conseil 318

II. La pratique du contrôle de la constitutionnalité des traités en France 320

- A. Le Conseil constitutionnel français et la construction européenne communautaire 321
- B. Autres exemples : la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires 323
- C. Le cas de l'adhésion de la France au Statut de la Cour pénale internationale 325

Conclusion 327

ACHEVÉ D'IMPRIMER EN DÉCEMBRE 2019

PAR ALHADITHA BOOKS

TRIPOLI – LIBAN

شركة المؤسسة الحديثة للكتاب

طرابلس – لبنان