جامعة البحرين

كلية الحقوق

القسم العام

قيمة المعاهدة الدولية في النظام القانوني البحريني والمقارن

مخطط بحث لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القانون العام

إعداد

أسامة محمد بحر

١٩٩٤١٠٧٧

إشراف

د. فاروق خماس

أستاذ القانون العام

مملكة البحرين

يونيو ٢٠١٩

University of Bahrain

Law department



Public Section

Value of International Treaties in Bahraini Legal System and Comparative

Research plan to complete the requirements of obtaining a PHD degree in public law

Prepared by :

Osama Mohammd Bahar

19941077

Supervised by :

Dr. Faruq Khammas

Kingdom of Bahrain

June 2019

جامعة البحرين

كلية الحقوق

القسم العام

قيمة المعاهدة الدولية في النظام القانوني البحريني والمقارن

مخطط بحث لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القانون العام

إعداد

أسامة محمد بحر

19941077

إشراف

د. فاروق خماس

أستاذ القانون العام

مملكة البحرين

يونيو 2019

University of Bahrain
Deanship of Graduate Studies
And scientific Research

جامعة البحرين
عمادة الدراسات العليا والبحث العلمي

استمارة إيداع البحث

اسم الباحث:	أسامة محمد مبارك بحر		
عنوان البحث:	قيمة المعاهدة الدولية في النظام القانوني البحريني والمقارن		
سنة النشر:	2019		
الكلية:	كلية الحقوق	القسم:	قسم القانون العام
ذالبريد الإلكتروني:	osamabahar@yahoo.com	رقم الاتصال:	36666651

إقرار الباحث بالموافقة على الشروط التالية:

يحق لجامعة البحرين إتاحة وتوفير الرسالة أو الأطروحة المذكورة أعلاه في مكتبة الجامعة أو من خلال موقع الإسهامات البحثية للجامعة أو على نطاق أوسع في الخارج؛ كما ويمكن إعادة طباعة الرسالة إذا اقتضت الحاجة لذلك أو رقمنتها مع إتاحتها على شبكة الأنترنت وذلك حسب تقدير إدارة الجامعة.

تنطبق هذه الشروط على جميع النسخ بما في ذلك النسخ الإلكترونية

تعتبر هذه الرسالة أو الأطروحة من المواد المحمية والتي تخضع إلى حقوق النشر والتأليف، ولا يجوز نشر أي اقتباس من الرسالة بدون توثيق المصدر.

توقيع الباحث: التاريخ: **3/6/2019**

Approved at the University Council 6th meeting, 2013
In accordance with Decision No. 736/2013 dated 14/3/2013
Modified by University Council Decision No. 2043/2013 dated 20/11/2013.

جامعة البحرين

كلية الحقوق

قسم القانون العام/ الخاص

برنامج الدكتوراه

نموذج رقم (2)

صفحة الاعتماد من قبل لجنة التحكيم

ناقش الطالب أسامة محمد ~~عبد~~ رقم جامعي 19941077 الأطروحة التي استكمل بها متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في (القانون العام) والمعنونة (حجية المعاهدة الدولية في النظام القانوني المصري والمقارن)

وذلك في يوم الاثنين الموافق 2019/6/3

وتوصي اللجنة بمنحه درجة الدكتوراه، بتقدير A-

(لجنة المناقشة)

الاسم		التوقيع
د. فاروق ~~عبد~~	مشرفاً	
أ.د. ~~محمد~~	ممتحناً خارجياً	
~~د. مصطفى محمد~~	ممتحناً داخلياً	
~~د. مروان المدني~~	ممتحناً داخلياً	
~~د. عادل الأحمر~~	ممتحناً داخليا	

الختم

كلية الحقوق
قسم القانون العام
COLLEGE OF LAW
PUBLIC LAW
DEPT.
UNIVERSITY OF BAHRAIN

ملخص الأطروحة:

يتناول البحث القيمة القانونية للمعاهدة الدولية في النظام القانوني البحريني، ممهداً بتعريف المعاهدة وعناصرها، ومراحل إبرامها، والاتصال والتفاوض، ثم تحرير ما تم الاتفاق عليه، ليتم اعتماد النص بالتوقيع عليه، ثم يأتي دور المشرع الوطني في التصديق على المعاهدة، ثم تقوم وزارة الخارجية بإخطار الأمانة العامة في الأمم المتحدة وتسجيل المعاهدة، لتكتسب المعاهدة قبولاً في فروع الأمم المتحدة.

والأساس الفقهي لقيمة المعاهدة الدولية يكمن في نظريتي ثنائية القانون ووحدة القانون، فنظرية ثنائية القانون تعتمد على أن القانون الدولي يختلف عن القانون الوطني، ولكل قانون قواعد تحكمه، ومن أجل إعطاء المعاهدة قيمة قانونية في النظام القانوني الوطني، يتوجب على الدولة إدخال المعاهدة في تشريع وطني عبر الإدماج أو الإحالة، على عكس نظرية وحدة القانون، التي تعتمد أن القواعد الدولية والقواعد الوطنية هي قواعد واحدة.

وفي البحرين، أقر الدستور للمعاهدة الدولية مرتبة مساوية للقانون العادي، بينما اختلف القضاء في بيان المراد الدستوري، فالقضاء الدستوري أقر بأن للمعاهدة مرتبة مساوية للقانون، والقضاء الجنائي فرق بين المعاهدة الجنائية الإجرائية والمعاهدات الجنائية الموضوعية، أما القضاء الإداري والقضاء المدني فاعتمدا على مدى إمكانية النفاذ المباشر للمعاهدة، واعتمدا على أن المعاهدات الدولية تقيد عموم نصوص القانون، ولم يعتبرها ناسخة لمجمل نصوص القانون.

ولقبول المعاهدة في النظام القانوني البحريني، لابد من استيفاء الشروط الشكلية والموضوعية للمعاهدة الدولية، وللرقابة الدستورية دور مهم بشأن نفاذ المعاهدة الدولية في النظام القانوني الوطني عند تعارض المعاهدة والقانون الوطني، ولحل تلك الإشكالية لابد من تطبيق قواعد النسخ الضمني المنصوص عليها في القانون الوطني، مع التأكيد على أن القضاء المقارن ذهب إلى حل تلك الاشكالية عن طريق التوفيق.

وتختص المحكمة الدستورية برقابتها السابقة أو اللاحقة على المعاهدات المتعلقة بحقوق الإنسان والصكوك الدولية، ولا تختص بالرقابة على أعمال الحكومة وأعمال السيادة التي لم يتم حصرها، كما تراقب مدى مواءمة التشريعات الوطنية لالتزاماتها الدولية، وتراقب صحة اجراءات التصديق والنشر، وأخيراً تمارس المحكمة الدستورية رقابة ما قد يغفل عنه المشرع من نقص، وتدارك ذلك النقص بما يتناسب مع المبادئ لتصبح النصوص متوافقة مع الدستور.

إهداء

إلى الغائبة التي لم تغيب (فوزية)

أهدي ثواب عملي هذا إن كتب الله له القبول

شكر وتقدير

إلى من تحملت طول انشغالي (زوجتي)

وإلى من كان – ولا يزال - نعم الأخ (أحمد بخيت)

وإلى من لم تشغله أمور الدنيا عن مواصلة الدعاء لي

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة
الآية القرآنية	**ب**
الإهداء	**ج**
الشكر والتقدير	**د**
ملخص الأطروحة	**هـ**
قائمة المحتويات	**و**
المقدمة	**1**
المبحث التمهيدي: ماهية المعاهدة الدولية ومراحل إبرامها.	**3**
المطلب الأول: تعريف المعاهدة الدولية.	**4**
الفرع الأول: التعريف الفقهي للمعاهدة.	**4**
الفرع الثاني: عناصر المعاهدة الدولية.	**7**
المطلب الثاني: مراحل إبرام المعاهدة الدولية.	**10**
الفرع الأول: الاتصال والتفاوض.	**11**
الفرع الثاني: تحرير المعاهدة.	**12**
الفرع الثالث: اعتماد نص المعاهدة.	**13**
الفرع الرابع: التصديق.	**14**
الفرع الخامس: تسجيل المعاهدة.	**15**
الباب الأول: مرتبة المعاهدة الدولية ومشروعيتها في النظام القانوني البحريني.	**17**
الفصل الأول: مرتبة المعاهدة في النظام القانوني البحريني.	**18**
المبحث الأول: النظريات المفسرة لمرتبة المعاهدة الدولية.	**19**
المطلب الأول: نظرية ثنائية ووحدة القانون.	**19**
الفرع الأول: نظرية ثنائية القانون.	**19**
الفرع الثاني: نظرية وحدة القانون.	**22**
المطلب الثاني: نظرية سمو القانون.	**25**
الفرع الأول: علو المعاهدة الدولية على الدستور الوطني.	**25**
الفرع الثاني: علو المعاهدة الدولية على القانون الوطني.	**27**
الفرع الثالث: تساوي المعاهدة الدولية مع القانون الوطني	**28**
المبحث الثاني: القيمة القانونية للمعاهدة في النظام القانوني البحريني.	**33**
المطلب الأول: القيمة القانونية للمعاهدة الدولية في دستور البحرين.	**33**
المطلب الثاني: القيمة القانونية للمعاهدة الدولية في القضاء البحريني.	**35**
الفرع الأول: مرتبة المعاهدة الدولية في القضاء الدستوري.	**35**

الفرع الثاني: مرتبة المعاهدة الدولية في القضاء الجنائي.	42
الفرع الثالث: مرتبة المعاهدة الدولية في القضاء الإداري.	45
الفرع الرابع: مرتبة المعاهدة الدولية في القضاء المدني.	47
الفصل الثاني: مشروعية المعاهدات الدولية في النظام القانوني البحريني.	57
المبحث الأول: مشروعية المعاهدات الدولية من حيث الشكل.	58
المطلب الأول: الشروط الشكلية في مراحل إبرام المعاهدة الدولية.	58
المطلب الثاني: التصديق على المعاهدة الدولية.	60
الفرع الأول: مدى حرية الدولة في التصديق على المعاهدة الدولية.	60
الفرع الثاني: السلطة المختصة بالتصديق على المعاهدة الدولية.	64
الفرع الثالث: القيمة القانونية للمعاهدة التي صودق عليها بشكل معيب.	66
المطلب الثالث: نشر المعاهدة الدولية وتسجيلها.	69
الفرع الأول: نشر المعاهدة الدولية.	69
الفرع الثاني: التسجيل والإخطار.	81
المبحث الثاني: مشروعية المعاهدات الدولية باعتبار الموضوع.	86
المطلب الأول: الشروط الموضوعية لصحة المعاهدة الدولية في النظام القانوني البحريني.	86
الفرع الأول: أهلية إبرام المعاهدات الدولية.	87
الفرع الثاني: الإرادة الخالية من العيوب.	90
المطلب الثاني: احترام المعاهدة الدولية لأحكام الدستور والنظام العام.	96
الفرع الأول: احترام المعاهدة الدولية لأحكام دستور البحرين.	96
الفرع الثاني: احترام المعاهدة للنظام العام في البحرين.	100
الباب الثاني: موقف القضاء الوطني من تعارض المعاهدة الدولية والرقابة على دستوريتها.	102
الفصل الأول: إشكالية تعارض المعاهدة الدولية مع نصوص الدستور.	103
المبحث الأول: إشكالية تعارض المعاهدة الدولية مع الدستور.	104
المطلب الأول: رقابة المحكمة الدستورية على قانون التصديق.	104
المطلب الثاني: مخالفة المعاهدة لنصوص الدستور.	110
المبحث الثاني: إشكالية تعارض المعاهدة مع القانون.	122
المطلب الأول: إشكالية تعارض المعاهدة الدولية مع القانون الوطني.	123
المطلب الثاني: إشكالية تعارض المعاهدة مع غيرها من المعاهدات في النظام القانوني الوطني.	136
الفصل الثاني: الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية في النظام البحريني.	141

المبحث الأول:أساليب الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية.	142
المطلب الأول: الرقابة القضائية السابقة على تصديق المعاهدات الدولية.	142
الفرع الأول: خصائص الرقابة السابقة على المعاهدات الدولية.	143
اولا: الرقابة السابقة وقائية.	143
ثانيا: المحافظة على المراكز القانونية للمخاطبين.	144
الفرع الثاني: الرقابة السابقة على ما يتصل بالمعاهدة الدولية من أعمال السيادة وحقوق الانسان.	147
أولاً: أعمال السيادة.	147
ثانيا: الرقابة السابقة على صكوك حقوق الإنسان.	151
المطلب الثاني: الرقابة الدستورية اللاحقة على نفاذ المعاهدة الدولية.	155
الفرع الأول: حدود سلطة المشرع الوطني في مواضيع المعاهدات الدولية.	155
الفرع الثاني: مدى مواءمة التشريعات البحرينية لالتزاماتها الدولية.	156
الفرع الثالث: رقابة القضاء على مواءمة التشريعات الوطنية مع المعاهدات الدولية.	163
أولاً: مراقبة صحة إجراءات التصديق.	163
ثانياً: مراقبة نشر المعاهدة الدولية.	163
ثالثاً: مراقبة مدى قابلية التنفيذ المباشر لنصوص المعاهدة.	164
رابعاً: مراقبة المعاملة بالمثل.	165
خامساً: رقابة المحكمة الدستورية على الإغفال التشريعي.	165
المبحث الثاني: حجية الحكم الدستوري وأثره على المعاهدة الدولية.	167
المطلب الأول: الحكم الدستوري والمعاهدة الدولية.	167
الفرع الأول: حجية الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى.	168
اولاً: العيب الشكلي.	169
ثانياً: المصلحة الشخصية والصفة.	175
الفرع الثاني: حجية الحكم الصادر برفض الدعوى.	178
الفرع الثالث: حجية القرارات الصادرة من المحكمة الدستورية.	180
المطلب الثاني: أثر الحكم الدستوري الصادر بعدم دستورية معاهدة.	184
الفرع الأول: مفهوم أثر الحكم الصادر بعدم دستورية معاهدة دولية.	185
الفرع الثاني: النتائج المترتبة على الحكم الصادر بعد دستورية معاهدة دولية.	191
أولاً: عدم التصديق على المعاهدة.	191
ثانياً: الفراغ التشريعي.	193

ثالثاً: قيام المسؤولية الدولية.	**194**
رابعاً: إمكانية التحفظ على المعاهدة.	**196**
الخاتمة.	**198**
النتائج.	**200**
التوصيات.	**201**
المراجع.	**202**

المقدمة

موضوع البحث:

أصبحت المعاهدة الدولية مصدراً مهماً للقاعدة القانونية الدولية، ومصدراً لا يستغنى عنه للقواعد الوطنية، خصوصاً مع التطور القانوني في القوانين الاسترشادية التي تصدر عن المنظمات الدولية، وصكوك حقوق الانسان، وما صاحب ذلك من تأثير على الدساتير الوطنية والتشريعات المحلية، مصدره الاتفاقيات الجماعية والثنائية والعرف الدولي.

وفي البحرين، أدت النصوص الدستورية إلى تباين مرتبة المعاهدة الدولية في النظام القانوني البحريني، فقد اعتبر جانب من الفقه أن المادة 36 من الدستور تعطي قيمة مختلفة لما قررته المادة 121 من الدستور، كما أن تباين مرتبة المعاهدة في الأحكام القضائية تحتم علينا معالجة القيمة القانونية للمعاهدة الدولية، ومعالجة أسباب ذلك التباين.

أهمية البحث:

ترتكز أهمية البحث في ظل عدم وضوح الآراء المحددة لقيمة المعاهدة الدولية، فمع وجود رأي يعتبر أن المعاهدة أعلى من الدستور اعتماداً على نص المادة 121 من الدستور، ورأي لديه قناعة بأن المعاهدة المتعلقة بحقوق الانسان لها مرتبة النصوص الدستورية، واعتبرها جزءاً من الكتلة الدستورية، فيما كان صريح النص الدستوري بأن المعاهدة لها قوة القانون العادي، ومن أجل ذلك لابد من بحث المعاهدة الدولية من جانب دستوري، وبحث المعاهدة من جانب دولي، لوضع معايير قانونية مقبولة لتوحيد السياسة التشريعية الوطنية، وتأسيس تشريعات وطنية متناسبة مع ثقافة المجتمع ولا تخل بدور القانون الدولي في مملكة البحرين.

ويزيد من أهمية البحث أن المكتبة القانونية البحرينية في حاجة إلى بحوث تتناول جملة من المواضيع المتعلقة بالمعاهدة الدولية، والحاجة ماسة لوضع قواعد وأسس يعتمد عليها لكيفية نفاذ المعاهدة وشروط قبولها أمام المحاكم لتطبيق نصوصها، وخصوصية المعاهدة في الشأن الدستوري، وحساسيتها عند تطبيق قواعد نسخ التشريعات السابقة وتقييدها، مع التأكيد على تلك الآليات بشروط واضحة، متسقة مع الدستور.

أهداف البحث:

يطمح الباحث أن يحصل على إجابات واضحة ومحددة لعدة تساؤلات من خلال البحث العلمي والمقارنة والقياس، وهي:

1- هل تستطيع المحاكم تطبيق نصوص المعاهدة بشكل مباشر على النزاعات المعروضة أمامها؟
2- هل يحق للمشرع الوطني تعديل نصوص المعاهدات الجماعية لتكون منسجمة مع السياسة التشريعية الوطنية؟
3- ما هي المرتبة الحقيقية للمعاهدة الدولية في النظام القانوني البحريني؟
4- ما هي الآلية القانونية المتبعة لحل إشكالية تعارض المعاهدة مع الدستور والتشريعات الوطنية والمعاهدات الأخرى؟
5- ما هي آلية نفاذ المعاهدة في النظام القانوني البحريني؟

منهج البحث:

لعل المنهج العلمي المناسب هو المنهج الوصفي التحليلي، مع تطبيق أسلوب المقارنة بين الأنظمة القانونية التي تتناسب مع النظام القانوني البحريني، فالمنهج الوصفي هو منهج استكشافي، يلقي الضوء على أفضل الممارسات وتاريخها، والمنهج التحليلي يؤصل الفكرة ويبلورها تمهيداً لتحليلها وتقييمها بأسلوب علمي معمق، فيسهل المنهج الوصفي التحليلي لاستخراج المبادئ، بعد أن حدد الفكرة بملامحها الرئيسية والنتائج التي من الممكن تطبيقها على النظام القانوني البحريني.

خطة البحث:

تنقسم الخطة إلى بابين، في كل باب فصلان، مع خاتمة ونتائج وتوصيات على النحو الوارد في مقدمة الأطروحة.

المبحث التمهيدي:

ماهية المعاهدة الدولية ومراحل إبرامها

التعاهد قديم[1] قدم التاريخ السياسي المعاصر، ويذكر في التاريخ معاهدة (وستفاليا)[2] كأول تدوين للعلاقات الدولية، وانطلاق قانوني دولي ينظم العلاقات بين الدول المستقلة ذات السيادة[3]، وذلك بعد حرب دامية بين الكاثوليك والبروتستانت، دارت رحاها بين الدول الأوروبية مدة ثلاثين عاماً من عام 1618 حتى توقيع معاهدة (أوسنبرغ) في عام 1648 ومعاهدة (مونستر) بين ملك السويد وحلفائه وأمراء ألمانيا كأول معاهدة تعطي أسرى الحرب حق الإفراج.[4]

وفي العصر الحديث، تعاظم دور المعاهدة الدولية حتى نص ميثاق منظمة الأمم المتحدة على أن الدول الأعضاء في المجتمع الدولي لهم تمثيل بشكل متساو فلا يوجد في قانون العلاقات الدولية تابع ومتبوع، وإنما تنظيم ذلك مرده لمصادر القانون الدولي، ومن أهم تلك المصادر (المعاهدات) التي تنشأ بين الدول وكذلك مع المنظمات، وما استقر في أعراف المجتمع الدولي.

في هذا المبحث سأتناول تعريف المعاهدة في المطلب الأول ومراحل إبرام المعاهدة في مطلب ثان.

---

[1] عظم الاسلام أهمية المعاهدة باعتبارها من علامات القوة السياسية "وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم" سورة النحل الآية 91 ، والوفاء بالعهد من أسس القواعد السياسية والأخلاقية لدى المسلمين، ويؤكد ذلك قوله تعالى ((كيف يكون للمشركين عهد عند الله وعند رسوله إلا الذين عاهدتم عند المسجد الحرام)) سورة التوبة الآية 7، بالإضافة جاء إلى معاهدة صلح الحديبية، والأمر الرباني بترك الحرب معهم مدة عشر سنوات إلى أن نقضت قريش العهد وتحلل المسلمون من المعاهدة وبالتالي تحرك المسلمون لفتح مكة وما تلا ذلك من عفو عن مجموعة (الطلقاء) ، انظر ساجر ناصر الجبوري، التشريع الاسلامي والغزو القانوني الغربي للبلاد الاسلامية، دار الكتب العالمية، بيروت 1971 ص 43.

[2] رشيد الجزراوي وشهاب الزوبعي، الحماية الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان في ضوء المتغيرات الدولية، مركز الكتاب الأكاديمي، الأردن، الطبعة الأولى، 2015 ص 10. والأسم الرسمي للمعاهدة (Peace of Westphalia).

[3] عادل أحمد الطائي، القانون الدولي العام، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2009 ص 64.

[4] عبدالكريم العلوجي، الصراع على العراق من الاحتلال البريطاني إلى الاحتلال الأمريكي، دار الثقافة للنشر، الطبعة الأولى 2007 ص 122.

المطلب الأول:

تعريف المعاهدة الدولية

في اللغة العربية عهد عهداً أي أوصاه بحفظه، قال تعالى: (وعهدنا إلى إبراهيم وإسماعيل أن طهرا بيتي للطائفين) والعهد هو العلم والوصية والميثاق[5] وعاهد يعاهد معاهدة أي أعطاه عهداً بتنفيذ ما طلبه منه[6]، والعهد هو الوفاء وهو الأمان والذمة[7].

الفرع الأول: التعريف الفقهي للمعاهدة

هنالك اتجاهان لتعريف المعاهدة الدولية في الفقه الإسلامي[8]، الاتجاه الأول يطلق على المعاهدة عقد الأمان وما يترتب عليه من دفع للجزية لتنظيم السلم والحرب، والاتجاه الثاني يرى أنها وسيلة تنظيم العلاقات بين الدول الإسلامية[9].

وقد استخدمت مسميات أخرى للمعاهدة مثل المهادنة، وهي العقد على ترك القتال مدة معلومة، والموادعة وهي الصلح على ترك القتال وطلب الأمان[10]، والمتاركة[11]، والمسالمة[12]، واللفظان بمعنى المصالحة، وقد غلب في فقه المذاهب

---

[5] علي بن هادية وآخرون، القاموس الجديد للطلاب، الطبعة الأولى 1979 ص704 وما بعدها.

[6] المعجم العربي الأساسي، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، لاروس ص874.

[7] عثمان جمعة ضميرية، المعاهدات الدولية في فقه الإمام محمد حسن الشيباني، كتاب يصدر عن رابطة العالم الإسلامي، السنة 15 رمضان 1417 العدد 177 ص 25.

[8] إن الله عز وجل أمر بالوفاء بالعهود (وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الإيمان بعد توكيدها) وتخصيصا لعموم الآية أمر الله بحسن التعامل مع المحاربين لدولة الإسلام (وإن جنحوا للسلم فاجنح لها) وأمر الله تعالى بالبعد عن الغدر لقوله (الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه) وربط الغدر بالنفاق فعَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: (أَرْبَعٌ مَنْ كُنَّ فِيهِ كَانَ مُنَافِقًا خَالِصًا ، وَمَنْ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِنْهُنَّ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِنْ النِّفَاقِ حَتَّى يَدَعَهَا : إِذَا اؤْتُمِنَ خَانَ ، وَإِذَا حَدَّثَ كَذَبَ ، وَإِذَا عَاهَدَ غَدَرَ، وَإِذَا خَاصَمَ فجر) رواه البخاري.

9 محمد فؤاد رشاد، قواعد تفسير المعاهدات في الشريعة الإسلامية وللقانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2008 ص52 وما بعدها.

[10] عثمان جمعة ضميرية، مرجع سابق ص 28 وما بعدها.

[11] تعاهد النبي عليه الصلاة والسلام في معاهدة مشهورة وهي صلح الحديبية، وتعاهد عليه السلام مع يهود المدينة وتعاهد عليه السلام مع القبائل المجاورة للمدينة المنورة من الناحية الغربية ومنها ضمرة فعقد مع بني ضمرة معاهدة هذا نصها (بسم الله الرحمن الرحيم هذا كتاب من محمد رسول الله لبني ضمرة، فإنهم آمنون على أموالهم وأنفسهم، وإن لهم النصر على من رامهم إلا أن يحاربوا في دين الله ما بلّ بحر صُوفه، وإن النبي إذا دعاهم لنصره أجابوه، عليهم بذلك ذمة الله وذمة رسوله، ولهم النصر على من بر منهم واتقى). انظر خليل رجب حمدان الكبيسي، السلام الدولي في الإسلام، دار أمجد للنشر، عمان، الطبعة الأولى، 2018 ص 266.

[12] عبد السلام نجادات، المعاهدات والمواثيق في الدولة الإسلامية: دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه التقليدي، مجلة كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، مجلد 12 عدد 3 تموز 2011 ص 90.

الأربعة قصر تعريف المعاهدة بأنها الاتفاق على (حالات إنهاء القتال) دون التطلع لتنظيم العلاقات بين الدول[13]، لأن ذلك لم يشكل أهمية لدى المسلمين في تلك الأزمنة، لحداثة الدولة ولارتباط العلاقات الدولية آنذاك بالسلم والحرب[14].

وتسمى المعاهدة في اللغة الإنجليزية[15](treaty) وتعرف الاتفاقية بأنها (an international agreement concluded between states in written form and governed by international law)[16].

ويعرفها شارل روسو بأنها اتفاق بين أشخاص القانون الدولي المخصص لإحداث نتائج قانونية معينة، ثم يعرفها بأنها (التعهدات الدولية المعقودة من قبل السلطة صاحبة الاختصاص في عقد المعاهدات)[17]، وهي تلاقي إرادة شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي لتنظيم العلاقات القانونية بينهما أو بينهم وفقاً لأحكام القانون الدولي.[18]

وتعرف المعاهدة الدولية بأنها اتفاق دولي يعقد بين أشخاص القانون الدولي[19]، وبأنها اتفاق مكتوب بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي، أياً كانت التسمية التي تطلق على الاتفاق، ويتم إبرامه وفقا لأحكام القانون الدولي بهدف إحداث آثار قانونية، وهي اتفاقات تعقدها الدول فيما بينها بغرض تنظيم علاقة قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة، كما أنها توافق إرادة شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي على إحداث آثار قانونية طبقا لقواعد القانون الدولي[20]،

---

[13]مصطفى إسماعيل إبراهيم التل، المعاهدات الدولية في الفقه الإسلامي، جامعة آل البيت، رسالة ماجستير، 2005 ص 13 وما بعدها، فقد عرفها المذهب الحنفي على أنها (الصلح على ترك القتال) وعرفها المذهب المالكي أنها (عقد المسلم مع الحربي على المتاركة) وعرفها المذهب الشافعي على أنها (مصالحة أهل الحرب على ترك القتال على المدة التالية بعوض أو بغيره) وفي المذهب الحنبلي (ترك القتال مدة معلومة بقدر الحاجة).

[14] لمزيد من التفاصيل انظر على عوني عبد الرحمن السبعاوي، العلاقات الدولية: دراسة في منظور الفقه الإسلامي للشيباني، المجلة العربية للعلوم والسياسة، العدد 37 يناير 2013 ص 106 وما بعدها.

[15]Treaty is formal agreement between two or more states in reference to peace, alliance, commerce or other international relations, oxford dictionary.

[16]Malgosia Fitzmaurice and OlufemiElias, Contemporary Issues in The Law of Treaties, Eleven International publishing, p.7.

[17] شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة شكر الله خليفة، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، 1987، ص34 وما بعدها.

[18]محمد السعيد الدقاق، القانون الدولي العام، الجزء الأول، وزارة الخارجية، الإمارات، الطبعة الأولى، 2017 ص 62.

[19] صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 ص 245

[20] انظر علي صادق أبوهيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الاسكندرية ص 456، وانظرمصطفى أحمد فؤاد، القانون الدولي العام -القاعدة الدولية، دار الكتب القانونية، 2004 ص 248، وانظرمحمد سعيد الدقاق ومحمد سامي عبدالحميد وإبراهيم أحمد خليفة، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004 ص 11، وانظرجمال محي الدين، القانون الدولي، دار الجامعة الجديدة، 2009 ص 59، وانظرزايد علي زايد الغواري وعثمان جمعة ضميرية، القانون الدولي العام مقارناً بالشريعة الإسلامية، مكتبة الجامعة، الشارقة، الطبعة الأولى، 2015 ص 68.

والمعاهدة اتفاق يكون أطرافه الدول أو غيرها من أشخاص القانون الدولي ممن يملكون أهلية إبرام المعاهدات[21]، وهي اتفاقات تعقدها الدول فيما بينها بغرض تنظيم علاقات قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة[22]، وهي (توافق إرادة شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي على إحداث آثار قانونية معينة طبقاً لقواعد القانون الدولي)[23]، ومع أن اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات قصرت نطاق التعريف على المعاهدات المبرمة بين الدول فقط[24] عندما عرفتها بأنها الاتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة والذي ينظمه القانون الدولي سواء تضمنته وثيقة واحدة أو وثيقتين أو أكثر ومهما كانت تسميتها الخاصة، على عكس ما ذهب إليه بعض المؤلفين في شمول المعاهدة المنظمات الدولية[25]، كاتفاقية المقر بين أمريكا ومنظمة الأمم المتحدة، واتفاقية المقر بين فرنسا واليونسكو، كما أن الفاتيكان[26] له

---

21 محمد غانم حافظ، الوجيز في القانون الدولي، دار النهضة العربية، 1979 ص 419.

22 علي صادق أبوهيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الاسكندرية 1975 ص 525.

23 محمد يوسف علوان، القانون الدولي العام، دار وائل الطبعة الثالثة 2007ص105.

24 نصت اتفاقية فيينا على تعريف المعاهدة بأنها الاتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة والذي ينظمه القانون الدولي سواء تضمنته وثيقة واحدة أو وثيقتان أو أكثر ومهما كانت تسميتها الخاصة.

25 نصت المادة 5 من اتفاقية فيينا على أنه (تطبق هذه الاتفاقية على أية معاهدة تعتبر أداة منشئة لمنظمة دولية وعلى أية معاهدة تعتمد في نطاق منظمة دولية وذلك مع عدم الإخلال بأية قواعد خاصة بالمنطقة.) والبديهي من هذا النص أن اتفاقية فيينا اعترفت بالمعاهدات المبرمة بين الدول والمنظمات الدولية، إلا أن الاتفاقية نصت على عدم الاعتراف بالمنظمات الدولية كطرف في المعاهدات، ولم تقبل الاتفاقيات المنعقدة مع بقاء حجيتها القانونية إلا بين الدول، وذلك لنص المادة 3 من المعاهدة (إن عدم سريان هذه الاتفاقية على الاتفاقات الدولية التي تعقد بين الدول والأشخاص الأخرى للقانون الدولي أو بين الأشخاص الأخرى مع بعضها البعض، أو على الاتفاقات الدولية التي لا تتخذ شكلاً مكتوباً لا يخل بـ:

(أ) القوة القانونية لتلك الاتفاقات.

(ب) سريان أية قاعدة واردة في هذه الاتفاقية على تلك الاتفاقات إذا كانت تخضع لها بصورة مستقلة عن الاتفاقية.

(ج) بسريان هذه الاتفاقية على علاقات الدول مع بعضها البعض في ظل الاتفاقات الدولية التي تكون الأشخاص الأخرى للقانون الدولي أطرافاً فيها أيضاً.) وقد يفهم من هذه النصوص والمواد 7 و 20 و 76 و 77 بأن الاتفاقية اعتبرت المنظمة الدولية في شأن المعاهدات الدولية كأمانة عامة تخدم الدول وعليها الاخطار والتنسيق، مع صلاحية الدول لإنشاء المنظمات دون أن يكون للمنظمات حق المفاوضة أو التعاقد باسم المنظمة، ويوجد مشروع اتفاقية تختص بتنظيم المعاهدات المبرمة بين الدول والمنظمات الدولية وبالمعاهدات المبرمة بين المنظمات الدولية وسيطلق عليها معاهدة فيينا لقانون المعاهدات التي تعقد بين الدول والمنظمات الدولية أو فيما بين المنظمات الدولية لعام 1986. انظر دليل الأحكام الختامية للمعاهدات المتعددة الأطراف، منشورات الأمم المتحدة، 2005 ص 15 وما بعدها، كما يمكن الاطلاع على الدليل على الوصلة النافذة بتاريخ 2018/11/26
https://treaties.un.org/doc/source/publications/FC/Arabic.pdf

26 تقع الفاتيكان داخل روما بإيطاليا وتبلغ مساحتها أقل من نصف كيلو متر مربع وعدد سكانها 900 شخص هم عبارة عن موظفي الفاتيكان، وتتكفل حكومة إيطاليا بإدارة المرافق والتمويل، وتخضع الجرائم الواقعة في الفاتيكان لمحاكم مدينة روما، ويتمتع مبعوثو البابا بحصانات وامتيازات دبلوماسية طبقا لقانون الضمان لعام 1871. لمزيد من التفاصيل انظر سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي في دولة السلم، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2010 ص 266.

أهلية عقد معاهدات مع الدول الكاثوليكية، ويطلق عليها (concordat) وهي اتفاق قانوني بين الدولة والفاتيكان يعطي بموجب هذه المعاهدة التمويل للمدارس والمؤسسات الكاثوليكية في الدول وتصل لإعفاء الكنائس والوكالات التابعة لها من الضرائب، وضمان عدم الإبلاغ عن الجرائم التي يتم الاعتراف بها أمام ممثلي الكنائس[27]، إضافة إلى المعاهدات المبرمة بين المنظمات الدولية مثل المعاهدة بين عصبة الأمم ومنظمة الأمم المتحدة التي بموجبها نُقلت أموال العصبة للأمم المتحدة.

ويخرج من نطاق المعاهدات الدولية عقود الزواج بين العائلات المالكة حينما يكون الزواج من دول مختلفة، كما لا تعد معاهدة دولية تلك الاتفاقات التي تبرمها الدولة مع الشركات التجارية أو الاتفاقات التي تعقدها الشركات الدولية فيما بينها[28].

ويطلق على المعاهدة العديد من المسميات، مثل الاتفاقية، البروتوكول، النظام، الميثاق أو القانون الموحد[29]، والاسم الذي يطلق على الوثيقة، يختلف باختلاف رغبة أطراف المعاهدة، ومع ذلك تعارف أن يطلق على الاتفاق السياسي لفظ (معاهدة) في حين أن الاتفاقات الجماعية غلب عليها لفظ (اتفاقية) وقد يكون لفظ (عهد) يراد به شيء من القدسية للمعاهدة التي يطلق عليها (عهد) كالعهد الدولي، والاتفاقات المكملة لاتفاق أصلي عادة ما يطلق عليها (بروتوكول)[30].

والباحث يرى أن التعريف الشامل هو الذي يحتوي عناصر المعاهدة التي سترد في لفرع القادم.

الفرع الثاني: عناصر المعاهدة الدولية

يستوجب إطلاق وصف (معاهدة دولية) على أي وثيقة دولية أن تتوافر فيها عدة خصائص[31] هي:

أولا: التعبير عن إرادتين أو أكثر لإنتاج آثار قانونية.

---

[27] لمزيد من التفاصيل انظر الوصلة النافذة بتاريخ 2018/11/19
/http://www.concordatwatch.eu

[28] محمد نصر محمد، الوافي في شرح المعاهدات الدولية في ظل أحكام اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض 2012 ص14 وقد أضاف أن اتفاقيات الحماية الاستعمارية التي أبرمتها بريطانيا مع مشايخ الجزيرة العربية لا تعد في نظره معاهدة دولية.

[29] وائل علام، الملامح الأساسية لأحكام القضاء الإماراتي في مجال المعاهدات الدولية، مجلة الأمن والقانون، العدد1، المجلد21 يناير 2013 أكاديمية شرطة دبي ص105.

[30] محمد نصر محمد، مرجع سابق ص 14.

[31] Malgosia Fitzmaurice and OlufemiElias,Contemporary Issues in The Law of Treaties, Eleven International publishing, p.10

الأثر القانوني ملزم لجميع الأطراف، فلا يعتد بالأماني السياسية أو البيانات الصحفية المشتركة أو اتفاقات الشرف[32]، لأنها تخلو من صفة الإلزام، وإن كان هنالك التزام أدبي ذو طابع شخصي في حق من صدر عنه شيء من ذلك، ولا تسأل الدولة عنه لعدم إمكانية إدماجه في نظامها القانوني الداخلي، كما أن الوعود لا يتم تسجيلها لدى أمانة الأمم المتحدة على خلاف ما يكون من تسجيل المعاهدات[33].

ثانياً: الصيغة المكتوبة

أوجبت اتفاقية فيينا بأن تكون المعاهدة مكتوبة لصعوبة إثبات ما دون ذلك، مع حرية الدول المتعاقدة في اختيار شكل المعاهدة ومضمونها وعما تتضمنه المعاهدة من وثائق.

والكتابة وإن لم تكن شرطاً لصحة المعاهدة، وإنما هي شرط لسريان أحكام (معاهدة فيينا) على الوثيقة المتفق عليها[34]، والتوثيق يكون في وثيقة واحدة أو عدة وثائق أو وثيقة مع ملاحقها، وتحرر المعاهدة بلغة واحدة أو عدة لغات، وتعطى الملاحق لتفسير المعاهدة أو البروتوكول نفس قيمة المعاهدة وتعد جزءاً منها، وفي ذلك قضت محكمة العدل الدولية أن التصريح الصادر عن وزير خارجية النرويج بشأن سيادة الدنمارك على إحدى الجزر هو بمثابة اتفاق شفوي ملزم[35].

فلا يوجد أي مانع قانوني من انعقاد المعاهدة بالاتفاق الشفوي، دون تحرير ذلك الاتفاق[36]، ولكن صعوبة اثبات ما تم الاتفاق عليه وما يتبع ذلك من منازعات

---

32 يسمى اتفاق الشرفاء (gentleman agreement) وهو اتفاق بين القائمين على الشؤون الخارجية للدول لإثبات أسلوب ونهج الدولة بالنسبة لموضوع محدد، دون أي ارتباط قانوني، لمزيد من التفاصيل انظر علي صادق أبوهيف، مرجع سابق ص 457.

33محمد يوسف علوان، القانون الدولي العام، مرجع سابق ص158 وما بعدها.

34 صلاح الدين عامر، مرجع سابق ص 195.

35أعلن وزير خارجية النرويج (نيلس كلوز إهلن) في 1919 شفوياً لوزير خارجية الدنمارك بأن السيادة الدنماركية على كامل تراب غرين لاند تحقق بدون أي مشاكل من جانب النرويج، ومع ذلك استمرت النرويج في بقائها في غرين لاند حتى رفعت القضية إلى محكمة العدل الدائمة في 1933 وصدر القرار بمنح الأراضي للدنمارك لأن الإعلان كان وعداً غير مشروط ونهائياً.

36 في قضية التجارب النووية (أستراليا ضد فرنسا) قررت محكمة العدل الدولية أن مطلب أستراليا لم يعد له غاية وأنه ليس مطلوبا من المحكمة أن تصدر قراراً بشأن ذلك لأن الغاية النهائية التي تريدها أستراليا هي وقف التجارب، والمحكمة ترى أن أستراليا حققت ذلك (حيث إن فرنسا قد تعهدت بالالتزام بعدم إجراء تجارب نووية أخرى ... ولا تعود للمطالبة أي غاية وليس هناك ما يمكن اصدار حكم بشأنه) محكمة العدل الدولية، الحكم الصادر في 1974/12/20 ، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948-1991 ، منشورات الأمم المتحدة، ص 128 ، وكذلك اعتبرت المحكمة أن مطالب نيوزيلاندا لم تعد لها غاية، في ذات الشأن (التجارب النووية الفرنسية) واعتمدت المحكمة على التصريحات الفرنسية ومؤتمر رئيس الجمهورية الصحفي بتاريخ 25 يوليو 1974 وخطاب وزير الخارجية الفرنسي في الجمعية العامة للأمم المتحدة في 25 سبتمبر و المقابلة التلفزيونية لوزير الدفاع الفرنسي في 16 أغسطس، واعتبرت الحكمة أن تلك الإعلانات هي تعهد من الحكومة الفرنسية لأن (من المسلم به تماما أن التصريحات التي يتم الإدلاء بها عن طريق أفعال

بين المتعاقدين يجعل توثيق الاتفاق الدولي أمراً محتماً لا غنى عنه، فلو عرض النزاع على محكمة دولية وتم التسليم من قبل الأطراف بوجود اتفاق شفوي مثل قضية (غرين لاند)، فسيكون الاتفاق منتجاً لآثاره القانونية.

ثالثاً: المعاهدة تصرف بين أشخاص القانون الدولي.

الأصل في التصرفات الدولية أن تصدر عبر ممثلي (دول) كاملة السيادة، وقد ظلت على هذا الحال حتى تطور الفقه والقضاء الدولي ليعترف بكيانات دولية جديدة لا يتوافر فيها وصف الدولة، وهي المنظمات الدولية، فقد أفتت محكمة العدل الدولية بوجوب تعويض الأضرار التي طالت الأمم المتحدة في فلسطين عام 1948، وتضمن الحكم اعتراف المحكمة بالشخصية القانونية لمنظمة الأمم المتحدة[37]، وتوصلت المحكمة إلى أن للمنظمة شخصية دولية، وإن كان ميثاق الأمم المتحدة لم يفصل في أهلية المنظمة إلا أن الميثاق أسند إلى المنظمة حقوقا وواجبات تختلف عن حقوق الدول الأعضاء فيها وواجباتها، وبناء على ذلك قررت المحكمة أن المنظمة مع ما لديها من حقوق والتزامات، لها في الوقت نفسه، إلى درجة كبيرة، (شخصية دولية وأهلية للعمل على الصعيد الدولي مع أنها بالتأكيد ليست دولة أعظم.)[38].

وأوردت المحكمة أن للمنظمة طبيعة خاصة متميزة عن الدول، تتمتع بأهلية تتناسب في اتساع مجالها أو ضيقه مع الأهداف التي أُنشئت من أجلها المنظمة[39] وأنه قد يتمتع بالشخصية القانونية الدولية كائنات أخرى غير الدول، إذا ما اقتضت ظروف نشأتها وطبيعة الأهداف المنوطه بها تحقيقها الاعتراف بهذه الشخصية، ولا تتمتع المنظمات الدولية بالضرورة بكل هذه الحقوق والالتزامات، بل يتوقف مقدار ما تتمتع به من حقوق والتزامات على أهدافها ووظائفها خاصة، صراحة أو ضمنا من الوثيقة التأسيسية المنشئة.

انفرادية وتتعلق بحالات قانونية أو وقائعية قد يكون لها أثر إيجاد التزامات قانونية وليس مطلوبا لكي يتم إعمال هذه التصريحات أن يكون هناك أي شيء من قبيل الشيء بالشيء، أو أي قبول لاحق أو حتى بأي رد فعل من دول أخرى) . المرجع نفسه ص 131.

[37]صدرت فتوى محكمة العدل الدولية بتاريخ 11 أبريل 1949 بعد مقتل مبعوث منظمة الأمم المتحدة من قبل القوات الإسرائيلية في الأراضي المحتلة، فقد قامت الحكومة الإسرائيلية بقتل مبعوث الوفد (الكونت فولك برنادوت) وهو حفيد ملك السويد والنرويج، وهو رئيس الصليب الأحمر السويدي وقد شارك في عملية تبادل الأسرى خلال الحرب العالمية الثانية وساهم في إنقاذ 152000 ، وبعد قرار تقسيم فلسطين اختارته الأمم المتحدة للتوسط ووقف النزاع وفعلا استطاع تحقيق هدنة إلا أن الجانب الصهيوني رفض وقف الهجرة و تم اغتياله في القدس بتاريخ 1948/9/17، موجز الأحكام والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948- 1991 ، مطبوعات الأمم المتحدة ص 9 وما بعدها.

[38]المرجع السابق، ص 9.

[39]لقمان عمر حسين، مرجع سابق ص 24.

وتثور مشكلة في الدول الفيدرالية عندما تسمح دساتير الولايات المحلية بأن تبرم معاهدة دولية[40] أو أن يسمح القانون للجماعات المحلية في المناطق الحدودية التعاقد مع مثيلاتها في الدول المجاورة[41].

رابعاً: خضوع التصرف للقانون الدولي

لتمييز المعاهدة الدولية عن بقية التصرفات لابد أن يكون التصرف خاضعاً للقانون الدولي، فالقروض بين الدول لا تعد معاهدة دولية[42]، وتنازل الدولة لقطعة أرض لبناء مبنى لا يعد معاهدة دولية، وكذلك لا يعد بيع مبان حكومية أو تأجيرها كمعاهدة دولية، ومعيار ذلك ألا تكون تصرفات الدولة كتصرفات الأشخاص العاديين[43] حتى وإن كان التصرف بين حكومات الدول، لكن تنازل الدولة عن جزء من إقليمها يعد معاهدة دولية خاضعة لأحكام القانون الدولي[44].

المطلب الثاني:

مراحل إبرام المعاهدة

تنعقد المعاهدة بعد مرورها بعدة مراحل، تتسم عموماً بالرضا، ومع إيمان الفقه بالتعقيدات التي تمر بها المعاهدة، وطول المدة الزمنية للتوصل إلى اتفاق، إلا أن المواضيع المدرجة في المعاهدات من الأهمية بمكان بحيث تستدعي كل تلك الجهود لنفاذ محتواها على البلدان أطراف المعاهدة.

---

[40] لمزيد من التفاصيل انظر لقمان عمر حسين، الاختصاصات الدستورية لإبرام المعاهدات في الدولة الفدرالية، منشورات زين الحقوقية، بيروت.

[41] محمد يوسف علوان، مرجع سابق160. وسيتم تبيان أثر تلك المعاهدات المبرمة من قبل الولايات في الدول الفيدرالية في الباب الثاني بشكل مستفيض.

[42] انظر على سبيل المثال القانون رقم 7 لسنة 2014 بالتصديق على الاتفاقية الاطارية بشأن استغلال المنحة المخصصة من حكومة دولة الكويت لتمويل مشاريع إنمائية في مملكة البحرين بين حكومة مملكة البحرين والصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية، منشور في الجريدة الرسمية العدد 3150 بتاريخ 2014/4/3 والقانون رقم 6 لسنة 2013 بالتصديق على اتفاقيتي قرض وضمان مشروع تطوير شبكة نقل المياه في مملكة البحرين بين حكومة مملكة البحرين والصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية منشور في الجريدة الرسمية العدد 3096 بتاريخ 2013/3/21 وقانون رقم (16) لسنة 2009بالتصديق على اتفاقية قرض بين حكومة مملكة البحرين والصندوق العربي للإنماء الاقتصادي والاجتماعي للمساهمة في تمويل مشروع إنشاء معبر سترة البحري منشور في الجريدة الرسمية العدد 2869 المنشور بتاريخ 2009/5/21.

[43] لقمان عمر حسين، مرجع سابق ص24.

[44] يوسف علوان، مرجع سابق ص163.

وسواء كانت المعاهدة ثنائية أو جماعية فإنها لا تخلو من المراحل التالي ذكرها في الأفرع القادمة وبشكل متداخل.

الفرع الأول: الاتصال والتفاوض

تتحاور الدول الأطراف عبر ممثليها[45] في لقاء مباشر أو عن طريق الاتصالات والمراسلات السابقة لطاولة المفاوضات، سواء بشكل ثنائي أو من خلال مؤتمر دولي، وقد يسبق ذلك زيارات بعيدة عن الأضواء[46].

ويقصد بالتفاوض تبادل وجهات النظر، في موضوع يشغل أطراف التفاوض، أو الجماعة الدولية سواء كان اقتصادياً أو سياسياً أو اجتماعياً أو جنائياً أو يتعلق بتنظيم وتسهيل الإجراءات أو توحيدها أو رفع مستوى حقوق الإنسان في العالم.

ويتم تحديد هوية المتفاوضين، في ضوء وثيقة التفويض التي تخول مندوب الدولة التفاوض نيابة عن الدولة وباسمها، ويصعب أن يكون التفاوض من قبل رئيس الدولة[47]، وفي المفاوضات الثنائية يتم التأكد من وثائق التفويض الكامل[48] الصادرة عن حكومة الدول سواء بختم رئيس الدولة أو رئيس الحكومة.

وتسمح اتفاقية فيينا للمعاهدات لرئيس الدولة ورئيس الحكومة ووزير الخارجية ورئيس البعثة الدبلوماسية المعتمدة لدى الدولة التي يتم التفاوض معها، تسمح المعاهدة لهم باعتماد نص المعاهدة دون وثائق التفويض[49] لأنهم مخولون أصلاً بإصدار (وثائق التفويض) للممثلين الدبلوماسيين والمبعوثين من قبلهم، فمن يملك إصدار التفويض للآخرين فهو يملك الاختصاص والصلاحية.

---

[45] تنص المادة 7 من اتفاقية فيينا للمعاهدات الدولية على أنه "يعتبر الأشخاص المذكورون فيما يلي ممثلين لدولهم بحكم وظائفهم دون حاجة إلى تقييم وثائق تفويض: -

أ- رؤساء الدول ورؤساء الحكومات ووزراء الخارجية فيما يتعلق بجميع الأعمال الخاصة بإبرام المعاهدة.

ب- رؤساء البعثات الدبلوماسية فيما يتعلق بإقرار نص معاهدة بين الدول المعتمدة والدول المعتمدين لديها.

الممثلون المعتمدون في الدول لدى مؤتمر دولي لدى منظمة دولية أو إحدى فروعها، فيما يتعلق بإقرار نص معاهدة في هذا المؤتمر أو المنظمة أو الفرع.

[46] محمد يوسف علوان، مرجع سابق ص179.

[47] يعد رئيس الدولة في بعض الأنظمة السياسية غير مسائل بنص صريح في دستور، وفي أحيان أخرى يُبعد الرئيس عن التفاوض حتى لا يتعرض للحرج عند رفض البرلمان المصادقة على المعاهدة أو في حال دخول الدولة في تبعات دبلوماسية ذات ضرر على الدولة. كاظم علي الجنابي، المسؤولية السياسية لرئيس الدولة في النظم البرلماني، المركز القومي للإصدارات القانوني، القاهرة، الطبعة الأولى 2105 ص 108.

[4848] هي وثيقة تصدر عن رئيس الدولة، أو رئيس الحكومة أو وزير الشؤون الخارجية لترخيص شخص معين غالباً ما يكون سفيراً أو وزيراً للتوقيع على المعاهدة باسم تلك الدولة، أنظر دليل الاستخدام، مكتب المعاهدات، مديرية السؤون القانونية، مجلس أوروبا ص 3.

[49] المادة السابعة من اتفاقية فيينا للمعاهدات 1969.

الفرع الثاني: تحرير المعاهدة

إذا أسفرت المفاوضات عن توافق، فمن الطبيعي أن يتم التوقيع على ما تم الاتفاق عليه، وعند الاتفاق على الخطوط العريضة من قبل الأطراف المتفاوضة تبدأ المرحلة التالية لتحويل تلك النقاط التي تم الاتفاق عليها بشكل شفوي إلى نصوص قانونية مكتوبة، وهذا الشكل المكتوب من الممكن إثباته لاحقاً في حال حدوث اختلاف بين الأطراف.

وتحرر المعاهدة بلغة المتفاوضين في حال لو كانت الأطراف توحدها لغة رسمية، فإن كانت المعاهدة عالمية وتطبق بين دول مختلفة اللغات، أصبح واجباً اختيار أكثر من لغة لتحرير المعاهدة، سواء معاهدة ثنائية أو معاهدة جماعية[50]، وقديماً كانت اللاتينية هي لغة المعاهدات الدولية، ثم أصبحت اللغة الفرنسية مكانها، وتم قبول اللغة الإنجليزية بعد ذلك، حتى أصبح من الممكن تحرير المعاهدة بأكثر من لغة[51].

فعلى سبيل المثال، معاهدة (كامب ديفيد) بين مصر وإسرائيل حررت بثلاث لغات، العربية والعبرية والإنجليزية، واعتبرت كل لغة متساوية في الحجية، وعند اختلاف التفسيرترجح الوثيقة المحررة باللغة الإنجليزية[52].

أما المعاهدات الجماعية فيتم تحريرها باللغات العالمية الرئيسة المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة، الصينية، والفرنسية، والروسية، والإنجليزية، والأسبانية، وأضيفت اللغة العربية في عام 1973. [53]

وتحرر المعاهدة من مقدمة (ديباجة) تحتوي على أسماء الدول الأطراف، ومكان وتاريخ الانعقاد، ودوافع المعاهدة[54]، وتعد مقدمة المعاهدة الدولية ذات قيمة

---

[50] منذ نشأة القانون الدولي، كانت اللغة اللاتينية هي لغة المعاهدات الدولية كون اللاتينية هي أصل اللغات الأوروبية، ثم تراجعت اللاتينية ودخلت اللغة الفرنسية لتكون هي لغة المعاهدات الدولية، وما لبثت حتى أصبحت اللغة الإنجليزية هي اللغة التي تتصدر اللغات المستخدمة في تحرير المعاهدات الدولية، انظر صلاح الدين عامر، مرجع سابق ص221.

[51] أحمد شاكر عبدالعليم، مرجع سابق ص 104.

[52] انظر المادة 9 من معاهدة السلام بين جمهورية مصر العربية ودولة إسرائيل، للاطلاع على نصوص المعاهدة والبروتوكولات والملاحق كاملة على موقع الدراسات الفلسطينية - http://www.palestine-studies.org/sites/default/files/Treaty_of_peace_between_egypt.pdf تمت زيارته في 2018/8/30 .

[53] تنص المادة 111 من ميثاق الأمم المتحدة على " وضع هذا الميثاق بلغات خمس ... وهي لغاته الرسمية على وجه السواء" موقع الأمم المتحدة http://www.un.org/ar/charter-united-nations/ تمت زيارته في 2018/9/2 .

[54] كانت صيغة الديباجة المستخدمة في نص ميثاق الأمم المتحدة (نحن شعوب الأمم المتحدة وقد آلينا على أنفسنا أن ننقذ الأجيال القادمة من ويلات الحرب ...) لمزيد من التفاصيل، نجيب أبوزيد، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، مرجع سابق ص 34.

قانونية أقل من قيمة متن المعاهدة، إلا أنه يمكن الاستعانة بها في تفسير المعاهدة للوصول إلى نية الأطراف المتعاقدة[55]، وقد اعتدت محكمة العدل الدولية بمقدمة ميثاق الأمم المتحدة كأساس أخلاقي دون أن تكون المقدمة جزءاً من القواعد القانونية الملزمة للمحكمة.

وبعد المقدمة يتم إيراد نصوص المواد، ثم الحقوق والالتزامات المتبادلة، ويلي ذلك أحكام ختامية لتوضيح آلية نفاذ المعاهدة، ومدة سريانها، وكيفية تسوية النزاعات، واللغة المرجحة عند التفسير، وأسلوب التعديل أو الانسحاب منها، كما أن الملاحق المرفقة في المعاهدة هي جزء لا يتجزأ من المعاهدة، وهذا اتجاه القضاء الدولي[56].

الفرع الثالث: اعتماد نص المعاهدة (التوقيع).

يعد التوقيع على المعاهدة من قبل المندوب المفوض للدولة المتعاقدة بمثابة قبول مؤقت[57] فيكسب النص الصفة الرسمية ولايقبل أن يكون محلاً للتفاوض[58]، وهذا في المعاهدات الثنائية.

أما في المعاهدات الجماعية فهنالك (توقيع بالأحرف الأولى) ويقصد بذلك إمكانية الرجوع إلى الدولة قبل التوقيع النهائي على نص المعاهدة، وهذا التوقيع لا يحقق أثراً قانونياً ما لم يتبعه توقيع رسمي ونهائي من شخص يحتل مركزاً أسمى وأعلى من المفاوض، ولديه وثيقة التفويض.

وجدير بالذكرأن التوقيع ليس له أثر قانوني، إلا أن الدولة ملتزمة –عرفياً - بالامتناع عن القيام بأي عمل يعطل تنفيذ المعاهدة، أو يعطل تحقيق الغرض منها[59]،

---

55 محمد يوسف علوان، القانون الدولي العام، مرجع سابق ص 184.

56 محمد يوسف علوان، مرجع سابق ص 185 ونجيب أبوزيد مرجع سابق ص 34.

57 لقمان عمر، الاختصاصات الدستورية الإبرام المعاهدات في الدولة الفدرالية، مرجع سابق ص38.

58 المادة 79 من اتفاقية فيينا للمعاهدات 1969.

59 تنص المادة 14 من معاهدة فيينا لقانون المعاهدات على (1-تعبر الدولة عن رضاها الالتزام بالمعاهدة بالتصديق عليها في إحدى الحالات التالية:

(أ) إذا نصت المعاهدة على أن التعبير عن الرضا يتم بالتصديق؛ أو

(ب) إذا ثبت بطريقة أخرى أن الدول المتفاوضة كانت قد اتفقت على اشتراط التصديق؛ أو

(ج) إذا كان ممثل الدولة قد وقع المعاهدة بشرط التصديق؛ أو

(د) إذا بدت نية الدولة المعنية من وثيقة تفويض ممثلها أن يكون توقيعها مشروطاً بالتصديق على المعاهدة، أو عبرت الدولة عن مثل هذه النية أثناء المفاوضات.

2- يتم تعبير الدولة عن رضاها الالتزام بالمعاهدة عن طريق قبولها أو الموافقة عليها بشروط مماثلة لتلك التي تطبق على التصديق.) يمكن الاطلاع على نص المعاهدة باللغة العربية على الشؤون القانونية التابعة للأمم المتحدة http://legal.un.org/avl/pdf/ha/vclt/vclt-a.pdf وموقع جامعة

كما أن التوقيع على المعاهدة يتطلب الالتزام بحسن النية عند تحديد الدولة موقفها النهائي من المعاهدة سواء بالقبول، أو الرفض، أو إبداء التحفظات.

وفي كل الأحوال فإن التوقيع يجعل الدولة في وضع وسط ومؤقت[60] وهذا رأي محكمة العدل الدولية في الفتوى الصادرة بشأن (التحفظات على اتفاقية مكافحة جريمة الإبادة الجماعية)، واعتبرت أن الدولة الموقعة على المعاهدة ولم تصادق عليها بعد في مركز مؤقت يختلف عن الدولة التي لم توقع على المعاهدة أصلاً[61].

الفرع الرابع: التصديق

ينظم القانون الوطني السلطة المختصة باعتماد المعاهدة بشكلها النهائي، ويحدد الدستور الجهة المنوط بها القيام بإجراءات التصديق، ثم تقوم وزارة الخارجية بمهمة إخطار منظمة الأمم المتحدة وتبادل الوثائق مع الدول الأطراف.

وإجراء التصديق هو القبول الرسمي لتنفيذ المعاهدة من قبل جميع سلطات الدولة، لتكون الدولة ملتزمة بها على الصعيد الدولي، وتعني أيضاً موافقة الدولة على الالتزام بأحكام المعاهدة بشكل رسمي.

ومن ناحية إجرائية، فإن من الممكن أن يكون (التصديق) جزء من الأحكام الاتفاقية للمعاهدة، فالتصديق يعد شرطاً لازماً إذا كان منصوصاً عليه في المعاهدة، ومن باب أولى يجوز الاتفاق على عقد معاهدة شكلية[62].

والسلطة المختصة بالتصديق على المعاهدة الدولية تختلف من دولة إلى أخرى، طبقاً لما يحدده دستور كل دولة، وبحسب الأوضاع الدستورية، ففي السابق كانت السلطة التنفيذية تنفرد دون بقية السلطات بالتصديق، مثل: دستور اليابان 1889، ودستور إيطاليا 1922، ودستور ألمانيا 1933، ودستور فرنسا 1940 ثم تحولت الدساتير لتعطي السلطة التشريعية اختصاص التصديق دون إشراك السلطة التنفيذية، كدستور يوغوسلافيا 1946، ودستور رومانيا 1948، ودستور الاتحاد السوفييتي 1977.

وبعد ذلك تقاسمت السلطتان التنفيذية والتشريعية التصديق بحسب الآليات الدستورية في كل دولة، ففي بريطانيا يعد التصديق من صلاحيات الملكة، ولكن لابد

منيسوتا http://hrlibrary.umn.edu/arabic/viennaLawTreatyCONV.html تمت الزيارة في 2018//9/3 .

60 لقمان عمر، الاختصاصات الدستورية لإبرام المعاهدة الدولية في الدول الفيدرالية، مرجع سابق ص38.

61 موجز الأحكام والفتاوي والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948-1991، مرجع سابق ص 25، لمزيد من التفاصيل موقع محكمة العدل الدولية، http://www.icj-cij.org/files/summaries/summaries-1948-1991-ar.pdf تمت زيارته في 2017/9/1

62 محمد يوسف علون، مرجع سابق ص185، نجيب أبو زيد مرجع سابق ص34.

من الحصول على إذن من البرلمان قبل التصديق[63]، وفي أمريكا يملك الرئيس التصديق بعد موافقة ثلثي مجلس الشيوخ.

ولقد أكدت محكمة العدل الدولية ذلك في قضية الإفريز القاري في بحر الشمال بين ألمانيا الاتحادية ضد الدنمارك وهولندا، إذ وقعت ألمانيا المعاهدة دون التصديق عليها واعتبرت المحكمة أن ألمانيا وإن كانت غير ملزمة بأحكام هذه المعاهدة إلا أنه يجب أن تلتزم ألمانيا بمبدأ حسن النية[64].

وفي دساتير دول مثل مصر والكويت والبحرين تكون صلاحية التصديق لرئيس الدولة، الأمير أو الملك أو الرئيس، ما لم تكن المعاهدة تتعلق بحقوق السيادة أو تحمل خزانة الدولة نفقات غير واردة في الميزانية أو تتعلق بثروات الدولة، فإن ذلك من اختصاص البرلمان، الذي يصادق على المعاهدة بقانون.

الفرع الخامس: تسجيل المعاهدة

للتمسك بنصوص المعاهدة الدولية أمام جميع فروع الأمم المتحدة لابد من تسجيل المعاهدة في الأمانة العامة للأمم المتحدة، وينتج عن عدم التسجيل عدم قبول الدعاوى أمام محكمة العدل الدولية، أو مجلس الأمن، أو الجمعية العامة إذا كان موضوع النزاع يتعلق بمعاهدة لم يتم تسجيلها[65] وهذا الإجراء تم إقراره في عهد عصبة الأمم[66]، إذ أشارت إليه المادة 17 (كل معاهدة أو ارتباط دولي يعقده عضو في العصبة يجب أن يسجل فورا في أمانة العصبة التي عليها أن تنشره بأسرع ما يمكن، ولا تكون أمثال هذه المعاهدات والاتفاقات الدولية ملزمة إلا بعد هذا التسجيل).

ويتم تسجيل المعاهدة في سجل خاص وبلغات الأمم المتحدة الرسمية في الأمانة العامة للأمم المتحدة، ويدون في السجل اسم المعاهدة وأطرافها وتواريخ التوقيع والتصديق والانضمام ولغة تحرير المعاهدة[67]، وتقوم الأمانة العامة بنشر المعاهدة مع الترجمة، كما أنها تعد قائمة بالمعاهدات المسجلة وترسلها للدول الأعضاء بشكل شهري.

وإلزامية تسجيل المعاهدة الدولية يشمل المعاهدات بين الدول والمنظمات الدولية وجميع أنواع المعاهدات دونما استثناء[68]، في حين أن الاتفاقيات بين المنظمات الدولية لا تستوجب التسجيل، وفي حال وجود معاهدة جماعية سبق إبرامها يجوز لأي

---

[63] يوسف علون، مرجع سابق ص198 ومابعدها.

[64] مشار إليه لدى محمد سعيد الدقاق، مرجع سابق ص 79.

[65] عبدالكريم بوزيد المسماري، دور القضاء الوطني في تطبيق وتفسير المعاهدات الدولية، دار الفكر الجامعي، 2010ص38.

[66] علي صادق أبو هيف، مرجع سابق ص480.

[67] تنص المادة (1، 4) من النظام الداخلي الذي أقرته الجمعية العمومية في 1964/12/14.

[68] المادة 80 من اتفاقية فيينا للمعاهدات الدولية 1969م.

دولة الانضمام للمعاهدة دون اشتراط المشاركة في المفاوضات، وعليها إرسال الوثائق أو إيداعها لدى الجهة المنصوص عليها في المعاهدة مع إبلاغ الدول الأطراف بهذه الوثائق.

وتسجيل المعاهدة الدولية يحقق غرضين: الأول؛ هو إنكار المعاهدات والاتفاقيات السرية التي تهدد الأمن والسلم الدولي، والغرض الثاني؛ هو توفير مرجعية مدونة يسهل الوصول إليها[69]، فالدول أيقنت خطورة المعاهدات والدبلوماسية السرية، وقررت وضع حد لذلك، وبعد نشر المعاهدات تتحقق الشفافية وعلانية النصوص.

وفي حال عدم تسجيل المعاهدة، فإن القيمة القانونية للمعاهدة لا تزول[70]،لأن المعاهدة ملزمة وواجبة التنفيذ بمجرد التصديق عليها، إلا أن عدم تسجيل المعاهدة الدولية يؤدي إلى عدم قبول الدعاوى المتعلقة بالمعاهدة التي لم يتم تسجيلها، وعدم قبول الدعوى مقرر سواء كان التداعي إلى محكمة العدل الدولية أو مجلس الأمن أو الجمعية العامة[71] وجميع فروع هيئة الأمم المتحدة، لأن الفقرة الثانية من المادة 102 من ميثاق الأمم المتحدة، نصت على أنه ((ليس لأي طرف في معاهدة أو اتفاق دولي لم يسجل وفقاً للفقرة الأولى من هذه المادة أن يتمسك بتلك المعاهدة أو ذلك الاتفاق أمام أي فرع من فروع الأمم المتحدة))، مع التأكيد أن المعاهدة نافذة بين أطرافها حتى وإن لم يتم تسجيلها في الأمم المتحدة، وكذلك من الممكن التمسك بها أمام هيئات التحكيم الخاصة.

---

69 مصطفى أحمد فؤاد، مرجع سابق ص269.

70 عبدالكريم بوزيد السماري، دور القضاء الوطني في تطبيق وتفسير المعاهدات الدولية، دار الفكر الجامعي 2010 ص38.

71 الشكليات تؤثر على المعاهدة الدولية، إلا أن الفقه اختلف في الجزاء المترتب على عدم تسجيل المعاهدة، فمنهم من يرى نفاذ المعاهدة بين أطرافها دون الاحتجاج بها أمام الأمم المتحدة، ورأي آخر يرى أنه لا يجوز التمسك بأحكام المعاهدة غير المسجلة ولا يمكن إلزام الدول الأطراف بالتزامات المعاهدة، ومع كل تلك الآراء إلا ان المعاهدة غير المسجلة لا تعد معاهدة باطلة، انظر صلاح الدين عامر، مرجع سابق ص256 وما بعدها.

الباب الأول:

مرتبة المعاهدة الدولية في النظام القانوني البحريني وضوابط مشروعيتها

تتلاقى قواعد القانون الدولي مع قواعد القانون الوطني عند حدود صعبة التحديد، لسببين، هما تشابه المواضيع الداخلة في متن المعاهدة الدولية مع نصوص القانون الداخلي، ويزيد من تلك الصعوبة اختلاف النظريات المفسرة لقيمة القانون الدولي عند تلاقيه مع القانون الداخلي، وعلى فرضية أن الأدوات الدستورية اتفقت لترجيح القانون الأعلى، إلا أن آلية العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي تصبح أكثر صعوبة في التطبيق العملي.

ومع وجود نص دستوري يحدد قيمة المعاهدة الدولية في النظام القانوني الوطني، إلا أن التطورات التي ألقت بظلالها على القانون الدولي، جعلت الفقه والقضاء ملزمين بالنظر في صياغة أفكار حديثة لإدماج المعاهدات بأسلوب متطور لنفاذ المعاهدة في القانون الوطني.

في هذا الباب سيتم معالجة مرتبة المعاهدة الدولية في النظام القانوني البحريني في الفصل الأول، وضوابط مشروعية المعاهدة الدولية طبقاً للقانون البحريني في فصل ثان.

الفصل الأول:

مرتبة المعاهدة في النظام القانوني البحريني

تختلف قيمة المعاهدة الدولية باختلاف الأنظمة القانونية في كل دولة، وتعتمد جميع تلك الأنظمة القانونية على نظرية وحدة القانون أو نظرية ثنائية القانون، ومن أجل فهم أعمق لتلك النصوص الدستورية والقيمة المعطاة في كل نظام قانوني، لابد من تناول هاتين النظريتين.

سأتناول في هذا الفصل مبحثين، أولهما يشرح ويحلل النظريات المفسرة لقيمة المعاهدة الدولية، والثاني يتناول مكانة المعاهدة داخل النظام القانوني البحريني، سواء في نصوص الدستور والتشريعات، أو في التطبيق العملي في القضاء، في مبحث ثان مستقل.

المبحث الأول: النظريات المفسرة لمرتبة المعاهدة الدولية.

تثير مسألة العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي مشاكل جمة، إلا أن دراسة النظريات المختلفة في تلك العلاقة قد تمنحنا فرصة الحصول على إجابة شافية ومقنعة، مع التأكيد على أن الدساتير التي أعطت المعاهدة قيمة قانونية ومرتبة محددة للمعاهدة الدولية قد استندت إلى إحدى تلك النظريات.

سنعالج نظرية ثنائية القانون ووحدة القانون في المطلب الأول، ونظرية سمو القانون في المطلب الثاني.

المطلب الأول:

نظريتا ثنائية القانون وأحاديته.[72]

مناط الوحدة أو الثنائية يتأسس على التوحيد أو التفريق بين القانون الدولي والقانون الوطني، وذلك بأسانيد واعتبارات معينة اعتنقها بعض الفقهاء، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: نظرية ثنائية القانون.

يرى مذهب ثنائية القانون أن هنالك قواعد قانونية داخلية منفصلة تماماً عن قواعد القانون الدولي باعتبار أن لكل نظام قواعد خاصة تحكمه، فيصبح النظامان (متلامسين لكن لايتقاطعان أبداً)[73] وأنهما (دائرتان متصلتان اتصالا وثيقا دون أن يتداخلا مطلقا)[74] وينظمان علاقات مختلفة، وأساس ذلك تساوي القواعد القانونية الوطنية مع القواعد القانونية الدولية، وتتباين الموضوعات وتختلف الفئة المخاطبة مع اختلاف البناء التنظيمي لكل نظام، وبالتالي لا يوجد تعارض بينهما[75]، بل أن القاضي الوطني لا يختص بتطبيق أو تفسير القانون الدولي ما لم يتم تحويل تلك القواعد الدولية إلى تشريع وطني[76] سواء بأسلوب الإدماج أو الإحالة، وقد أخذت دساتير دول الكومنولث والنمسا وبلجيكا وأسبانيا بهذه النظرية، وقد ساق المفكران

---

[72] أحمد عبدالعليم شاكر علي، المعاهدات الدولية أمام القضاء الجنائي، دار الكتب القانونية، 2006 ص 19 وما بعدها، جمال محي الدين، مرجع سابق ص 23، محمد نعيم علوه، موسوعة القانون الدولي (المبادئ والمصادر) الجزء الأول، مكتبة زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2012 ص 86.

[73] خانزاد أحمد عبد، القانون الدستوري الدولي، منشورات الزين الحقوقية، الطبعة الأولى ،2011ص90.

[74] مفيد شهاب، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 1985 ص 47.

[75] منصور خضران الداموك، مبادئ القانون الدولي وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية ص11 وما بعدها.

[76] عبدالعزيز ناصر العبيكان، الحصانات والامتيازات الدبلوماسية والقنصلية في القانون الدولي، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى، 2007 ص 20 وما بعدها.

(تريبل)[77] وهو أول من صاغ النظرية والتي تعتمد على إرادة الدولة في جميع تصرفاتها سواء كان مصدر القانون داخلياً أم خارجياً، و(أنزيلوتي)[78] الذي يرى أن القانون الدولي والقانون الوطني هما قانونان ينظم الأول علاقات دولية، والثاني ينظم علاقات المقيمين على إقليم الدولة، وقدم كل من الفقيهين أسانيد وحجج لنصرة مذهب الثنائية، منها[79] أن قواعد القانون الدولي تتميز وتختلف عن قواعد القانون الوطني، من حيث شكل القواعد أو من حيث الموضوع، وأن الطبيعة القانونية لكل من النظامين مختلفة لاختلاف المصدر، ولاختلاف الموضوع، واختلاف الأشخاص المخاطبين واختلاف البناء القانوني لكل نظام، فالبناء القانوني الوطني به جهات تطبق القانون على الأفراد والمؤسسات التابعة للدولة، وجهة تنفيذية مع وجود البرلمان الذي يسن القوانين المناسبة للمجتمع، وهذا ما لا يحدث في البناء القانوني الدولي.

إذن تتلخص تلك الاختلافات على النحو التالي بيانه:

1. يوجد اختلاف في المصدر؛ فالقانون الوطني يصدر عن البرلمان أو عن السلطة التنفيذية في حالات استثنائية، والمعاهدة الدولية تصدر بموجب الاتفاق بين الدول.

2. هنالك اختلاف في الموضوع؛ فالقانون ينظم علاقات الأفراد بعضهم ببعض أو مع المؤسسات الخاضعة للدولة، في حين أن المعاهدة تنظم علاقات الدول في السلم والحرب.

3. اختلاف المخاطبين؛ فالقانون يخاطب الأفراد والسلطات المحلية، والمعاهدة تخاطب الدول وكيفية تنظيم العلاقات بين الدول.

4. اختلاف البناء القانوني؛ فالدولة بها سلطات ثلاث لتطبيق القانون على الأفراد ومؤسسات الدولة، عكس المعاهدة الدولية التي تحتوي على قواعد تنسيق.

---

[77] هانريش تريبل (1868-1964) عميد كلية القانون في ألمانيا ومؤسس النظرية الثنائية في القانون الدولي، انظر موقع جامعة كالفورنيا على الوصلة النافذة https://publishing.cdlib.org/ucpressebooks/view?docId=kt209nc4v2&chunk.id=ch05&toc.id=ch05&brand=ucpress

[78] ديونيسيو أنزيلوتي فقيه إيطالي (1867–1950) تدرج في القانون حتى أصبح عضو محكمة العدل الدولية ومن ثم رئيساً لها، أنظر المقال المنشور على المجلة الأوروبية للقانون الدولي، المجلد 1، العدد 3، 1992 ص 165، منشور على شبكة الانترنت على الوصلة النافذة https://academic.oup.com/ejil/article-abstract/3/1/156/425279?redirectedFrom=fulltext

[79] لمزيد من التفاصيل عبدالكريم بوزيد المسماري، دور القضاء الوطني في تطبيق وتغيير المعاهدات الدولية، دار الفكر الجامعي، للطبعة الأولى2010 ص50.

ومقتضى هذه الأوجه من الاختلاف أنه: -

1. لا تسري القواعد الدولية في القانون الداخلي إلا بعد تحويلها إلى قواعد قانونية داخلية، وذلك بإصدار تشريع داخلي متضمن لتلك القواعد الموجودة في المعاهدة.
2. استحالة قيام تنازع بين القانونين؛ لأنهما لا يشتركان في الهدف، حتى وإن صدرت قرارات قضائية مخالفة للقانون الدولي، فلا تعد أكثر من واقعة يتم التعويض عنها طبقاً للمسؤولية الدولية[80].
3. لا توجد أفضلية لقانون على الآخر[81]؛ فالقضاء الدولي يمتنع عن تطبيق القواعد القانونية الداخلية إلا إذا تحولت إلى قواعد للقانون الدولي، وكذلك يمتنع القضاء الوطني عن تطبيق قواعد القانون الدولي ما لم يتم تحويلها إلى قانون داخلي وفقاً للإجراءات الشكلية المتبعة في الدولة[82].

وعلى الرغم من ذلك التباين في النظامين القانونيين، إلا أن أصحاب هذه النظرية يرون إمكانية تطبيق القانون الدولي في حال تم إدماجه أو إحالته لقانون وطني[83]، والإدماج هو استقبال القانون الوطني لجزء محدد من القانون الدولي ويعامل بذلك معاملة القانون الوطني، وذلك بنص في الدستور يسمح بذلك، مثل الدستور الأمريكي والقانون العام البريطاني، أما الإحالة فحقيقتها أن يحيل المشرع الوطني على تفاصيل نص عليها القانون الدولي، كمعاملة الدبلوماسيين في الدولة.

وقد تعرضت النظرية للعديد من الانتقادات، منها: أن النظرية لا تتماشى مع ما آل إليه القانون الدولي من تطور ليشمل العديد من المواضيع فضلاً عن قضايا السلم والحرب، إذ دخل في جميع مناحي الحياة، وغدا القانون الدولي مصدراً لحقوق مباشرة لمواطني الدول.

كما يرى أصحاب هذه النظرية أن اختلاف مصدر كلا القانونين هو مجرد اختلاف شكلي وليس اختلافاً موضوعياً إذ يمكن للمعاهدة التشريع كما يشرع البرلمان.

ونتيجة لتلك الانتقادات والاجتهادات، ومع قبول الرأي المعتدل من أصحاب نظرية ثنائية القانون، ظهرت نظرية أخرى، هي نظرية وحدة القانون.

---

80 محمد يوسف علون، مرجع سابق ص114.

81 خانزاد أحمد عبد، مرجع سابق ص92.

82 سليمان حويلة الزين، تفوق المعاهدات الدولية على القانون الوطني، دراسة مقارنة بين الأردن وفرنسا، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، 2005 ص 8.

83 أحمد عبدالعليم شاكر، مرجع سابق ص 27 وما بعدها.

الفرع الثاني: نظرية وحدة القانون.

نتيجة للانتقادات التي وجهت إلى نظرية ثنائية القانون، والتي أكدها ظهور رأي معتدل من بعض أصحاب نظرية ثنائية القانون يرى بأن يكون القانون الداخلي مراعيا في محتواه الالتزامات الدولية، مع ثبات الرأي بأن القانون الداخلي صحيح حتى وإن خالف التزاماً دولياً[84]، لذا نشأت نظرية وحدة القانون التي ترى أن النظام القانوني الدولي والوطني هو قانون واحد غير قابل للتجزئة.

وتزعم فقهاء المدرسة النمساوية (كلسن) و (كنز) نظرية وحدة القانون، ومؤدى هذه النظرية أن النظام القانوني الدولي والداخلي يمثل كتلة قانونية ونظاماً قانونياً واحداً يخضع لتدرج القوانين، فالقواعد الأدنى يجب أن تحترم القواعد الأعلى، وهذا ما خلق خلافاً آخر في تدرج القوانين بين علو القانون الداخلي أو علو المعاهدة الدولية، ونلخص هذا الاختلاف بين أنصار ذات المدرسة، على النحو التالي:-

أولاً: علو (سمو) القانون الداخلي على المعاهدة.

بنيت هذه النظرية على أن القانون واحد، خاضع للدستور، وبالتالي تخضع المعاهدة الدولية لنصوص الدستور، فلا يقبل أن تخالفه، ولكون القواعد الوطنية وبشكل خاص القواعد الدستورية أعلى من بقية التشريعات فبالتالي تخضع المعاهدة وبقية التشريعات للدستور.

ويصر أصحاب هذه النظرية على أن القانون الدولي جزء من القانون العام الخارجي للدولة، لأنه يختص بتنظيم علاقاتها مع الدول الأخرى[85]، وأساس هذا الفكر يعود إلى الفيلسوف الألماني (هيجل)، وبطبيعة الحال فإن أولوية التطبيق منعقدة للقانون الداخلي عند التعارض مع أي معاهدة دولية، لأن دستور الدولة هو المرجع والسلطة الأعلى الذي يبين الحقوق والواجبات وكيفية إبرام المعاهدات وبسببها نشأ القانون الدولي العام، ولكن هذا الرأي على قوة منطقه القانوني يتعارض مع فكرة السلام العالمي[86].

ثانياً: علو (سمو) القانون الدولي على القانون الداخلي.

ويرى أصحاب هذا المذهب من أنصار نظرية وحدة القانون أن قانون الدولة الداخلي مستمد من القواعد المنصوص عليها في القانون الدولي.

وأبرز المدافعين عن هذا المذهب هو الفقيه (كلسن) الذي يدرك بأن المجتمع الدولي لا يمتلك آلية لإلغاء قاعدة في القانون الداخلي عند تعارضها مع المعاهدة الدولية، وعلى أثر ذلك يرجح كلسن علو القانون الدولي على القانون الداخلي

---

[84] الرأي منسوب لشارك روسو، القانون الدولي العام، ترجمة شكرالله خليفة وعبدالمحسن سعد، دار الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت ص 198 مشار إليه لدى خانزاد أحمد عبد، مرجع سابقاً ص95.

[85] محمد يوسف علوان، مرجع سابق ص 117.

[86] رأي سايدل هو هن فيلدرن، مشار إليه لدى خانزاد أحمد عبد، مرجع سابق ص99.

لاعتبارات عملية[87]، بل يرى أن أفضلية القانون الدولي هي نتيجة مباشرة لكونه القاعدة الأساسية التي يجب على الدولة أن تتبعها، لأنه يقدم أفضل ضمانات لحقوق الإنسان، وعلى هذا الأساس تكون الأفضلية والعلو للقانون الدولي.

بينما يرى (فيردروس) أن القواعد الآمرة في القانون الدولي يجب أن تنفذ حال تنازعها مع القانون الداخلي، لكونها قواعد دستورية للمجتمع الدولي[88].

ومن أسانيد هذا الرأي وحججه أنه لو أن كل دولة تعللت بالقانون الداخلي وعلوه على القانون الدولي، لأصبح بالإمكان التحلل من جميع الالتزامات الدولية متى شاءت أية دولة، وذلك من خلال تعديل قوانينها الداخلية.

وقد تبنت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969 موقفاً يؤكد عدم مشروعية امتناع الدولة عن تنفيذ أحكام معاهدة دولية بحجة تعارضها مع أحكام القانون الداخلي، مع وجود استثناء، وهو تطبيق قاعدة ذات أهمية جوهرية من قواعد القانون الداخلي[89].

بينما يرى الفقيه الفرنسي جورج سل بأن وحدة القانون هي نتيجة للوحدة بين المجتمعات، وسمو القانون الدولي من باب تدرج القواعد القانونية، وأكد على أن القاعدة الوطنية المناقضة للمعاهدة تلغى تلقائياً[90].

وهذا رأي نظري قد يتعارض مع الواقع العملي، إذ لا يعقل أن يتدخل القانون الدولي في تحديد صلاحيات وإجراءات القانون الوطني، ولا يمكن القول بإن القانون الوطني مشتق أصلاً من القانون الدولي، لأن القانون الدولي نشأ بعد أن نشأت الدول والحضارات[91].

كما نرى أن تغليب معاهدة دولية على قواعد ونصوص الدستور الذي وضعه الشعب، سواء عن طريق جمعية تأسيسية أو استفتاء شعبي، أمراً لا يستقيم مع منطق الأمور، لأن الحفاظ على الدولة وسيادتها وثرواتها وكيانها القانوني والاجتماعي والبناء التشريعي فيها أولى من حماية العلاقة مع بقية الدول.

وبعد عرض الاتجاهات الفكرية بشأن ثنائية القانون أو وحدة القانون لابد من الإشارة إلى أمر غاية في الأهمية، وهو أن الآراء تلك كانت تعبر عن أفضل ما لدى البشر من اجتهاد فكري آنذاك؛ فهي تطور تاريخي لظروف وعوامل سياسية ودولية

---

87 محمد يوسف علوان، مرجع سابق ص119.

88 خانزادأحمد عبد، مرجع سابق ص102.

89 منصور الداموك، مرجع سابق ص13.

90 محمد يوسف علوان، مرجع سابق ص120.

91 تتحدث المراجع عن معاهدات في العصور القديمة مثل معاهدة ترسم الحدود السومرية وقانون الشعوب في العهد الروماني والمعاهدات في العصر الإسلامي المتعلقة بالسلم والحرب، والمعاهدة التي تجسد المبادئ الدولية السائدة هي معاهدة وستفاليا 1648 في حين أن الدول نشأت قبل ذلك التاريخ. انظر عبدالرحمن ناصر العبيكان، الحصانات والامتيازات الدبلوماسية والقنصلية في القانون الدولي، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، 2007 ص 23.

أثرت في اتجاهات الفقهاء وتبلورت تلك الاختلافات حتى ألقت بظلالها على دساتير بعض الدول، ومع اختلاف الاتجاهين، إلا أن ذلك لا يعد تعارضاً أو تنافراً بقدر ما كان يعكس الاجتهاد الأفضل في حينه، وقد ساهم هذا الاجتهاد في تطور الفكر القانوني، حتى تلت تلك الأفكار اجتهادات بنيت عليها وطورتها، وتطور الفكر القانوني تبعا لذلك، وهو ما يوجب علينا أن نبين أن تلك الآراء مراحل زمنية، فقناعتنا أن القادم سيحمل فكراً قانونياً ذا طبيعة تختلف عما نراه الآن ونعتقد بأنه من المسلمات التي لا تدحض.

كما لا يجب أن يغيب عن أذهاننا سبب سمو المعاهدات في بعض الدساتير الأوروبية، أو علوها على القانون العادي على أقل تقدير، وذلك بعد الحروب الطاحنة التي اجتاحت أوروبا بجميع مجتمعاتها، ولعل رفض هتلر المعاهدات الدولية التي أبرمتها ألمانيا مهد الطريق - مع بقية الأسباب - لقيام حرب لم تبق ولم تذر، فلذلك أصبح من الضروري على الدول الأوروبية النص على احترام أكبر للمعاهدات الدولية، ولكي يُضمن احترام الدول للمعاهدات، يتعين إعطاء المعاهدة الدولية قيمة قانونية أعلى من القانون العادي.

وفي النظام القانوني البحريني، فإن النظرية الثانائية هي المطبقة في نصوص الدستور وتطبيق القضاء، فالقانون الدولي لا تطبقه المحاكم ما لم يكن هنالك ادخال للمعاهدة في النظام القانوني الوطني، على الوجه الذي سيتم بإذن الله شرحه باستفاضه في الفصل الثاني من الباب الأول من البحث.

المطلب الثاني:

نظرية سمو القانون

تختلف الدساتير في إقرار موقفها بشأن المعاهدة الدولية، فمن الدساتير ما يعطي للمعاهدة الدولية سمواً فوق الدستور، ومنها ما يعطي المعاهدة الدولية علواً على القانون الوطني، ومنها مايعادل المعاهدة بالقانون الوطني، ومنها دساتير لم تحدد موقفها بشأن المعاهدة الدولية.

لهذا سأعالج هذه المسألة في أربعة فروع؛ الفرع الأول في علو القانون الدولي على الدستور، والفرع الثاني في علو القانون الدولي على القانون الوطني، والفرع الثالث في مساواة القانون الدولي للقانون الوطني، وأخيراً الفرع الرابع أتناول فيه مسألة غياب النصوص أوعدم وضوحها.

الفرع الأول: علو المعاهدة الدولية على الدستور الوطني.

الدساتير التي تعطي علواً للمعاهدة على الدساتير قليلة، ومنها دساتير هولندا وبلجيكا ولكسمبورغ والدنمارك، فقد نص دستور هولندا لعام 1815 والمعدل في عام 1953 في المادة 63 على أنه (يمكن للمعاهدة أن تخالف أحكام الدستور إذا كان تطور النظام القانوني الدولي يستوجب ذلك) وبموافقة ثلثي أعضاء البرلمان[92].

كما تنص المادة 90 على إنه (يتعين على الحكومة تشجيع تطوير النظام القانوني الدولي) وتنص المادة 91 فقرة 3 على (أن أحكام أي معاهدة قد تتعارض مع الدستور أو قد تؤدي إلى نشوء نزاعات معها، لا يجوز المصادقة عليها من مجلسي البرلمان مالم تحصل على ثلثي الأصوات المدلى بها في البرلمان لصالح الموافقة والمصادقة عليها)[93] وبالتالي يجوز إقرار معاهدات تخالف نصوص الدستور بموافقة

---

[92] انظر مصطفى محمد محمود عبدالكريم، اتفاقية مكافحة الفساد-نفاذ وتطبيق اتفاقية مكافحة الفساد في القانون الداخلي وأثرها في محاكمة الفاسدين واسترداد الأموال، دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى 2012 ص 172 وما بعدها، وعند التأكد من هذا النص تبين عدم وجوده إلا في المؤلف السابق ومقال منشور لخالد الحمدوني، مركز الاتفاقيات الدولية في الوثيقة الدستورية المغربية، على الوصلة النافذة بتاريخ 2018/10/17 https://www.maghress.com/almassae/148525.

[93] www.constituteproject.org visited on 15/11/2017

وتنص المادة 91 من الدستور الهولندي النافذ على (1- لا يجوز التزام المملكة بالمعاهدات، كما لا يجوز نقض هذه المعاهدات دون موافقة مسبقة من البرلمان. كما ينبغي تحديد الحالات التي لا يشترط فيها ضرورة الحصول على موافقة المجلس بقانون صادر عن البرلمان.

2-ينبغي وضع الطريقة التي يتم فيها منح الموافقة بموجب قانون صادر عن البرلمان، مما قد يوفر إمكانية إعطاء موافقة ضمنية.

البرلمان وبأغلبية خاصة، ويصبح ذلك بمثابة تعديل دستوري، وقد ذهب الدستور الهولندي إلى أبعد من ذلك، إذ قرر أن تكون (القواعد والأنظمة واللوائح القانونية السارية داخل المملكة، لا يجوز أن تصبح قابلة للتطبيق إذا كان ذلك التطبيق يتعارض مع أحكام المعاهدات الملزمة لجميع الأشخاص أو مع أحكام القرارات من قبل المؤسسات الدولية)[94] كما يمنع الدستور المحاكم من مراجعة دستورية المعاهدات[95].

وعلو القانون الدولي في القضاء الوطني مرده إلى نصوص الدستور الوطني الذي أعطى ذلك العلو للمعاهدة على حساب جميع القوانين، واعتبر ذلك جزءاً من دستور الدولة ونظامها القانوني.

وعلى صعيد القضاء الدولي، فإن القانون الدولي يعد الدستور المخالف للمعاهدة الدولية مجرد واقعة مادية، لايملك القضاء الدولي إلغاءه، إذ يقتصر دور المحكمة الدولية على إثبات مخالفة القاعدة الدولية وبالتالي مسؤولية الدولة عن هذه المخالفة[96].

وجاء في الحكم التحكيمي في قضية النزاع الأمريكي الكولومبي والمعروفة بقضية (مونتيقو) في عام 1875 بأن المعاهدة تسمو على الدستور، وذلك بعد دفع كولومبيا بأن دستورها يمنع احترام المعاهدات، وقضية جورج بينسون بين فرنسا والمكسيك عام 1928، إذ جاء في الحكم بأن القوانين الوطنية ليست معدومة الفائدة في المحاكم الدولية ولكن لا تتقيد بها المحاكم لأن القانون الدولي يسمو على القانون الداخلي[97].

وبالعودة للقانون الداخلي، فإن دستور هولندا، كمثال على الدساتير التي تعطي المعاهدة الدولية علواً على الدستور، فإن القصد من هذه النصوص السماح لنصوص القانون الدولي بالتطبيق دون عوائق، والحذر من إثارة المسؤولية الدولية لدى المحاكم الدولية، وفي ذلك الاتجاه ذهب الدستور البلجيكي ودستور لكسمبورغ ودستور الدنمارك.

3- إن أحكام أية معاهدة قد تتعارض مع الدستور أو قد تؤدي إلى نشوء نزاعات معها، لا يجوز المصادقة عليها من مجلسي البرلمان ما لم تحصل على ثلثي الأصوات المدلى بها في البرلمان لصالح الموافقة والمصادقة عليها.)

[94] المادة 94 من دستور هولندا 1815 المعدل في 2008.

[95] تنص المادة 102 بأنه (لا يجوز مراجعة دستورية القوانين الصادرة عن البرلمان والمعاهدات من قبل المحاكم).

[96] راجع حكم المحكمة الدائمة للعدل الدولي (سيليزيا العليا البولندية) وقضية القروض الصربية والبرازيلية.

[97] أحمد شاكر عبدالعليم، مرجع سابق ص 74 وما بعدها.

الفرع الثاني: علو المعاهدة الدولية على القانون الوطني

أخذت بعض الدساتير بعلو المعاهدة على القانون العادي مع بقاء الدستور في رأس هرم القوانين، فتكون المعاهدة دون الدستور وفوق القانون الوطني العادي.

ففي دستور فرنسا 1958 المعدل في 2008 نصت المادة 55 على أنه (يكون للمعاهدات أو الاتفاقيات التي يتم التصديق أو الموافقة عليها بحسب الأصول، وعند نشرها، قوة تفوق قوانين البرلمان شريطة أن يطبقها الطرف الآخر فيما يتعلق بهذا الاتفاق أو هذه المعاهدة)[98] وبالتالي يجوز للقاضي تطبيق نصوص الاتفاقية حتى وإن خالفت نصوص القانون الوطني، دون السماح لها بمخالفة الدستور، على عكس ما كانت عليه القواعد في الدستور[99]، وبالتالي يكون ترتيب القواعد القانونية في فرنسا، الدستور، المعاهدة الدولية، القانون، ثم اللائحة وهذا الترتيب للقاعدة الأعلى.

وفي دستور روسيا (يجب أن تكون مبادئ وقواعد القانون الدولي المعترف بها دولياً، فضلاً عن الاتفاقيات الدولية التي يبرمها الاتحاد الروسي، جزءاً لا يتجزأ من نظام الاتحاد القانوني، وفي حال حدد اتفاق دولي أبرمه الاتحاد الروسي قواعد تختلف عن تلك التي ينص عليها القانون، ينبغي تطبيق قواعد الاتفاق الدولي)[100].

كما يملك رئيس الاتحاد الروسي تعليق القوانين المحلية في حال مخالفتها لالتزام دولي[101]، وتملك المحكمة الدستورية وقف نفاذ نصوص معاهدة مخالفة للدستور الاتحادي الروسي[102]، فقد نصت الفقرة 6 من المادة 125 المتعلقة باختصاصات وصلاحيات المحكمة الدستورية (تفقد بعض التشريعات أو الأحكام التي يتم تبيان عدم دستورية سلطتها (قوتها)، ولا يجوز تنفيذ أو استخدام المعاهدات الدولية التي يبرمها الاتحاد الروسي إذا كانت لا تتوافق مع دستور الاتحاد) وبذلك تصبح

---

98 المادة 55 من دستور فرنسا 1958 وتعديلات 2008، المنشور على موقع مشروع الدستور النافذ https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=ar بتاريخ 2018/10/17

99 نصت المادة 26 من دستور 1964 على أن للمعاهدة قوة تفوق القانون الوطني في حال التعارض والمادة 28 من ذات الدستور أعطت المعاهدة قوة بحيث لا يمكن تعديلها أو إلغاؤها أو إيقافها، ومع غياب الرقابة الدستورية اللاحقة أصبح من الممكن أن تخالف المعاهدة نصاً دستورياً.

100 الفقرة 3 من المادة 15 من دستور الاتحاد الروسي 1993 مع تعديلات 2014 من موقع www.consistutproject.org تمت الزيارة في 2017/11/15 .

101المادة 85 الفقرة 2 من دستور الاتحاد الروسي.

102الفقرة 6 من المادة 125 من دستور الاتحاد الروسي.

المعاهدة في درجة أعلى من القانون الوطني وليس على أساس أيهما السابق وأيهما اللاحق[103].

وفي الجزائر نصت المادة 150 من دستور 2016 على أن (المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية بحسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون) وهذا ما حدا بالقضاء الجزائري إلى رفض تطبيق القانون الوطني عند اختلافه مع المعاهدة الدولية، فقد رفضت محكمة تطبيق الإكراه البدني المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية لمخالفته المادة 11 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي تمنع الإكراه البدني[104]، وكذلك قررت المحكمة العليا بالجزائر منع (سجن أي إنسان بمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي)[105] لمخالفة المادة 11 من ذات العهد.

الفرع الثالث: حالة تساوي المعاهدة مع القانون الوطني.

تُعطي بعض الأنظمة القانونية، مثل بريطانيا وأمريكا، المعاهدة الدولية قوة مساوية للقانون، وذلك بجعل المعاهدة مجرد قانون وطني وذلك بعد إدماج المعاهدة في النظام القانوني الوطني، وعلى هذا الأساس يستوجب أن تكون المعاهدة متوافقة مع نصوص الدستور، ومن الممكن أن تنسخ المعاهدة القانون الوطني، تطبيقا لقاعدة اللاحق ينسخ السابق.

ومن جهة أخرى، فإن المعاهدة – كونها قانوناً – يمكن تعديلها بذات الأداة التي يتم بها تعديل القوانين الوطنية، وذلك بسن تشريع وطني ينظم ذات الموضوع، سواء بالتعديل أو بالإلغاء ودون أن يمتد ذلك للقاعدة الدولية، كل ما هنالك أن القاعدة القانونية تم تعديلها على المستوى الوطني، حتى وإن أدى ذلك إلى قيام مسؤولية الدولة تجاه المجتمع الدولي.

ففي بريطانيا يختص الملك بإبرام المعاهدات والتصديق عليها بعد الموافقة عليها من قبل البرلمان، فإذا رفض البرلمان الموافقة عليها فلا ترفع أصلا إلى الملك ولا يملك (الملك) بعدئذ إبرامها.

---

[103] أشرف عرفات أبو حجازة، مكانة القانون الدولي العام في إطار المواد الداخلية الدستورية والتشريعية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 60 2004 ص 177.

[104] حكم محكمة (غرادية) -القسم المستعجل، الأمر 2002/6 مشار إليه لدى حساني خالد، نفاذ المعاهدات الدولية في النظم القانونية الوطنية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد الثالث، 2015 ص76.

[105] المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قضية ي. ب ضد ح.ب ملف 288587 بتاريخ 2002/12/11 مشار إليه لدى حساني خالد، مرجع سابق ص76.

والمعاهدات في النظام القانوني الإنجليزي لا تندمج ولا تصبح جزءاً منه إلا إذا أصدر البرلمان قانوناً بالموافقة عليها، سواء كانت تلك المعاهدة تنظم الحقوق الفردية أو الحقوق الخاصة بالرعايا البريطانيين، أو التي تحدث تعديلاً على القانون الإنجليزي العام، كما تتطلب معاهدات التخلي عن إقليم أو التي تضيف أعباء مالية على الدولة، قانونا بالتصديق، أما المعاهدات التنفيذية فلا تحتاج إلى قانون التصديق (من البرلمان).

والقضاء البريطاني لا يطبق– في منازعاته- إلا المعاهدة التي تم إقرارها بتشريع من البرلمان، فيقوم القضاء بتطبيق التشريع وليس المعاهدة[106]، ولكون النظام القانوني الإنجليزي يقوم على مبدأ فصل السلطات، وبالتالي لا يمكن للتاج حق إقرار معاهدة تؤثر على التشريع الوطني، لأن التشريع حق للبرلمان أما القضاء فلا يملك إقرار عدم دستورية معاهدة، وإن القضاء يطبق القانون الوطني حتى عند مخالفته القانون الدولي ما دام أن القانون الدولي لم يتم إدماجه في التشريع الوطني، مع وجود قرينة يستخدمها القضاء بأن القوانين الصادرة عن البرلمان لا تتعمد مخالفة القانون الدولي، وفي كل الأحوال فإن القضاء لا يعنيه عدم توافق القانون الوطني مع القانون الدولي، لأن تلك مسألة يجب على البرلمان أن يراعيها.[107]

أما في النظام القانوني الأمريكي، فقد نص الدستور الأمريكي لعام 1789 على أن (هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة التي تصدر تبعاً له، وجميع المعاهدات المعقودة أو التي تحت سلطة الولايات المتحدة، تكون القانون الأعلى للبلاد ويكون القضاة في جميع الولايات ملزمين به، ولا يعتد بأي نص في دستور أو قوانين أية ولاية يكون مخالفاً لذلك)[108].

وفي قضية (كوك ضد الولايات المتحدة) والتي يعود أصلها إلى معاهدة بين أمريكا وبريطانيا في عام 1924 تهدف إلى التعامل مع السفن البريطانية خارج الحدود الإقليمية، وذلك من قبض وتفتيش، وتنص المادة الثانية على أن بريطانيا لا تمانع من صعود السفن الخاصة خارج الحدود الإقليمية التي يبلغ طولها 3 أميال للتأكد من أوراق السفينة والأشخاص ومن وجود مواد كحولية على متن السفينة.

وتنص على أن المسافة التي يجوز للسلطات الأمريكية هي مسافة ساعة واحدة من الإبحار، وبما لا يتجاوز 3 اميال، ومع ذلك كان قانون التعرفة يسمح لضباط الجمارك أن يفتشوا السفن في مسافة 12 ميلاً، وفي 1930 دخلت سفينة بريطانية مسافة 11 ميلاً من سواحل ولاية (ماساتشوستس) وتم تفتيشها، وتبين وجود خمور وتم قطر السفينة لميناء (بروفيدنس)، وأثر ذلك تم تغريم ربان السفينة 14 ألف دولار

---

[106] أشرف عرفة، مرجع سابق ص 223

[107] See Lord Advocate v. Scotsman publisher and Mortensen v. Peters

[108] الفقرة 2 من المادة السادسة من دستور الولايات المتحدة الأمريكية، مكتبة حقوق الإنسان – جامعة منيسوتا، على الرابط الذي تمت زيارته في 2018/1/20 www.hrlibrary.umn.edu/arabic/us-con.html

لعدم وجود (الخمور) في بيان الحمولة، ولأن القانون يسمح بمصادرة السفينة والحمولة، للحصول على قيمة الغرامة.

وقضت المحكمة العليا الأمريكية بأفضلية المعاهدة على القانون الداخلي، لأن المعاهدة قابلة للتنفيذ بشكل مباشر ولا تحتاج إلى تشريع[109]، وبعد صدور حكم جنائي على ربان السفينة الذي تم ضبطه على الميل 11 من ساحل أمريكا، تم الدفع بأن المعاهدة واجبة النفاذ وبأن القبض لم يكن صحيحاً بناء على نصوص المعاهدة، وانتهت المحكمة بقرار يقضي بأن القانون المحلي لا يمكن أن يخالف معاهدة دولية.

كما أضافت المحكمة أن المعاهدة لا تُعدل ولا تُلغى إلا بقانون لاحق وصريح من الكونغرس، وأن موقع ضبط السفينة غير خاضع ولائياً ولا قضائياً لسلطات أمريكا القضائية.

وفي ذات الموضوع أقرت المحكمة العليا في قضية (صيد الطيور المهاجرة) سمو المعاهدة على القانون المحلي؛ فالقانون الاتحادي الصادر في 1913 يمنع صيد الطيور المهاجرة في موسم الربيع ويمنع تسويق ريش الطيور في عروض الأزياء، ثم استبدل القانون بمعاهدة حماية الطيور المهاجرة مع كندا في عام 1918، وتم توقيعها من قبل الحكومة البريطانية التي كانت تسير أعمال حكومة كندا آنذاك، ليشمل الطيور الحية والميتة وما يتصل بها، وعند الطعن بأن قوانين الولايات تسمح بالصيد، أقرت المحكمة العليا أن الاتفاقية تعلو على القانون الداخلي للولايات[110]، وبالتالي تكون المعاهدة مع كندا بشأن الطيور هي واجبة النفاذ، حتى لو كان قانون الولاية يسمح بذلك الصيد.

والمشكلة تبرز عند تعارض قانون اتحادي مع معاهدة دولية، فالمعاهدة الدولية أعلى من القوانين المحلية للولايات، إلا أن القانون الاتحادي في ذات المرتبة مع القانون الفيدرالي، فلا تملك (معاهدة لاحقة) أن تلغي قانوناً ما لم يكن التعارض مباشراً أو أشار الكونغرس بالإلغاء صراحة.[111]

ولحل تلك المعضلة تقوم المحاكم الأمريكية بوضع افتراض عند تفسير القوانين، مؤداه بأن السلطة التشريعية لم تتعمد مخالفة القانون الدولي، مما يجعل المحاكم تبحث عن أفضل السبل للمواءمة بين القانون الدولي والقانون الوطني[112]،

---

[109] القضية رقم (102 us 288) الصادرة بتاريخ 1933/1/23 موجودة على الموقع الذي تمت زيارته بتاريخ 2018/1/20 www.supreme.justia.com/cases/federal/us/288/102/case.html

[110] حكم المحكمة العليا رقم (416 us 252) بتاريخ 1920/4/19 المنشور على موقع كلية كورنل للحقوق بتاريخ 2018/1/21 www.law.cornell.edu/supremecourt/text/252/416

[111] أشرف عرفات، مرجع سابق ص 231، وقد اشار سيادته إلى حكم المحكمة العليا في قضية (Johnson v. Browne)

[112] إلا أن في حالة الإرهاب لم يتم اعطاء الافضلية لمعاهدة فيينا وتم تنفيذ القانون الاتحادي.

ولعل أشهر قضية لأسلوب المواءمة ما ذهب إليه القضاء الأمريكي بشأن البعثة الدائمة لمنظمة التحرير الفلسطينية عند التعارض مع قانون مكافحة الإرهاب.

وتتلخص القضية في أن مواطناً أمريكياً قُتل وزوجته في إسرائيل على يد عناصر من حماس، ورفعت دعوى في محكمة رود آيلاند ضد المنظمة الفلسطينية، وطالب الأهالي بتعويض استنادا إلى قانون الإرهاب، وأصدرت المحكمة حكما بالتعويض وأيدته محكمة الاستئناف.

ثم صدر حكم من المحكمة العليا في نيويورك بوضع بعض الممتلكات التي تعود إلى السلطة الفلسطينية (منظمة التحرير الفلسطينية)، من أجل دفع التعويضات التي قدرت ب 116 مليون دولار أمريكي إلى أسرة القتيلين.

والمحكمة الأمريكية العليا أقرت في عام 1988 بأن قانون الإرهاب عند تعارضه مع اتفاقية المقر للأمم المتحدة، لم ينص على تعديل اتفاقية المقر للأمم المتحدة بشكل واضح، وأن البعثة الفلسطينية تمت دعوتها بصفتها (مراقباً) وليس بعثة دولة ومع ذلك تظل المنظمة محمية بموجب اتفاقية المقر.[113]

والمعاهدة بين الأمم المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية nations (headquarter agreement) united[114] وتتلخص الاتفاقية الخاصة بالمقر والتي وقعها الأمين العام ووزير الخارجية الأمريكي جورج سي. مارشال في 26 يونيو 1947 في أن تكون الاتفاقية نافذة في 21 نوفمبر 1947وتم تحديد مساحة بمدينة نيويورك، كمنطقة مقر الأمم المتحدة، ومن خلال الاتفاقات التكميلية بين الأمم المتحدة والولايات المتحدة، تم إدراج مساحة لمكاتب إضافية تقع في المباني المجاورة لمنطقة المقر الرئيسي، على أن يكون المقر تحت سيطرة وسلطة الأمم المتحدة، وينص الاتفاق على عدم جواز انتهاك حرمة المقر، ولا يجوز للأفراد الاتحاديين والولائيين والمحليين الذين يؤدون واجبات رسمية أن يدخلوها إلا بموافقة الأمين العام، ويحق لمنظمة الأمم المتحدة وضع لوائح تنظيمية لمنطقة المقر، كما لا ينطبق القانون الفيدرالي والولائي والمحلي في الولايات المتحدة بقدر ما يتماشى مع لوائح الأمم المتحدة، وبخلاف ذلك، فإن المحاكم الأمريكية لديها ولاية قضائية على الإجراءات والمعاملات التي تجري في منطقة المقر الرئيسي.

ويجوز للأمم المتحدة طرد أشخاص من المنطقة بسبب مخالفات الأنظمة، والحفاظ على القانون والنظام، ويتعين على السلطات الأمريكية توفير عدد كاف من

---

[113] Koenig, Eric S. "United States v. Palestine Liberation Organization. No. 88 Civ. 1962 (ELP)." *The American Journal of International Law*, vol. 82, no. 4, 1988, pp. 833–837. *JSTOR*, JSTOR, www.jstor.org/stable/2203521 visited in 18/10/2018

[114] See the website https://www.euclidtreaty.org/headquarters-agreements visited in 18/10/2018

الشرطة إذا طلب الأمين العام ذلك، وتتناول الأحكام التفصيلية الأخرى في الاتفاق بين الأمم المتحدة والولايات المتحدة المسألة المتعلقة بإمكانية الوصول إلى مقر الأمم المتحدة من قبل المواطنين غير الأمريكيين.

والمحكمة اعتبرت أن مقر الأمم المتحدة (منطقة دولية) وأن الوصول للمقر يجب أن يكون ميسراً للدخول والوصول لكل المدعوين من قبل المنظمة، وكذلك يجب أن يكون هنالك مكتب للمنظمة ولغيرها من البعثات لتنظيم وترتيب أعمالهم الرسمية.

أما مسألة تعارض قانون مكافحة الإرهاب الصادر في عام 1988 مع اتفاقية المقر للأمم المتحدة، فقانون الإرهاب يعتبر منظمة التحرير الفلسطينية (منظمة إرهابية) ويجب ألا تدير أية أعمال في أمريكا، واتفاقية المقر توجب على السلطات الأمريكية السماح للعاملين وضيوف المنظمة بالدخول للمقر وإدارة أعمالهم في مكاتب في أمريكا، وإزاء هذا التعارض الواضح، يجب على المحكمة حل هذا التعارض بينهما، وذلك بالتوافق (reconcile) أو الأولوية (precedence).

وتستشهد المحكمة بمسألة هامة وذات أولوية (في ظل غياب النية الواضحة في قانون مكافحة الإرهاب لتعديل اتفاقية المقر)، حيث إن المحكمة تفسر القوانين المعروضة عليها بطريقة ملائمة ومناسبة لالتزامات المعاهدة الدولية.

وتطبق المعاهدة بشكل عام أمام القضاء الأمريكي عند توافر شرطين، وهما موافقة المعاهدة للدستور الأمريكي، وأن تكون المعاهدة قابلة للنفاذ بذاتها، أي لا تحتاج إلى إصدار تشريع لازم لتطبيقها.

المبحث الثاني:

القيمة القانونية للمعاهدة الدولية في النظام القانوني البحريني

يعطي الدستور مرتبة محددة للمعاهدة الدولية في النظام القانوني البحريني، وذلك بالنص مباشرة في الوثيقة الدستورية على أن للمعاهدة قوة القانون، غير أن الدستور وفي أحكامه الختامية ينص على أنه (لا يخل تطبيق هذا الدستور بما ارتبطت به مملكة البحرين مع الدول والهيئات الدولية من معاهدات واتفاقيات)[115] ويأتي القضاء ليفسر تلك المرتبة باجتهادات قضائية تعطي كل نوع من أنواع المعاهدة قيمتها الواقعية والقانونية على النزاعات المعروضة عليه، فما يذهب إليه القضاء الدستوري يختلف كلياً عما هو مستقر لدى القضاء المدني وبذات الصورة القضاء الجنائي، أما القضاء الإداري فيظل ذا أسلوب مختلف في تطبيق وتفسير المعاهدة الدولية.

وفي هذا المطلب سأعالج قيمة المعاهدة في الدستور البحريني في المطلب الأول، وقيمة المعاهدة في تطبيق القضاء البحريني في المطلب الثاني.

المطلب الأول:

القيمة القانونية للمعاهدة الدولية في دستور البحرين

نص دستور البحرين[116] في المادة 37 على أنه (يبرم الملك المعاهدات بمرسوم ، ويبلغها إلى مجلس الشورى والنواب فوراً مشفوعة بما يناسب من البيان،

---

115 الفقرة أ من المادة 121 من دستور 2002 المطابقة للمادة 105 من دستور 1973 .

116 بعد أن حصلت البحرين على استقلالها من الاستعمار البريطاني، ورغبة من أمير البحرين الشيخ عيسى بن سلمان آل خليفة في إرساء الحكم في البلاد على أسس قويمة من الديمقراطية والعدل، وفي ظل نظام دستوري، برلماني، يوطد حكم الشورى ويتفق مع ظروف البلاد وتراثها العربي والإسلامي، تم إنشاء مجلس تأسيسي في يونيو 1972 ليضع مسودة دستور (انظرالمرسوم بقانون رقم 12 لسنة 1972 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 974 بتاريخ 1972/6/22)، وتمت دعوة الناخبين لانتخاب اعضاء المجلس التأسيسي لإعداد دستور الدولة في اكتوبر 1972 واجتمع المجلس التأسيسي في 1972/12/16 وفي عام 1973م وبعد أن قام المجلس التأسيسي الذي تم انتخابه مع أعضاء معنيين بوضع مسودة وافق عليها أمير البحرين وأصدر الدستور في 1973/12/6م (انظردستور دولة البحرين 1973 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1049 بتاريخ 1973/12/6) وتمت أول انتخابات نيابية في تاريخ البحرين بتاريخ 1973/12/7 لانتخاب اعضاء المجلس الوطني واجتمع المجلس الوطني لأول مرة بتاريخ 1973/12/16 وبعد خلاف بين المجلس الوطني (البرلمان) مع الحكومة ، حل المجلس وذلك لأسباب الحفاظ على الوحدة الوطنية وتم تأجيل الانتخابات النيابية وتعطيل المادة 65 من الدستور وتم تكليف مجلس الوزراء القيام بمهام السلطة التشريعية (انظرالأمر الأميري رقم 4 لسنة 1975 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1138 بتاريخ 1975/8/28) وتقضي المادة 65 بإعادة المجلس المنحل خلال مدة معينة مالم تكن هنالك انتخابات للمجلس الوطني. وأثر ذلك قامت الحكومة بإصدار التشريعات بمراسيم بقانون حتى تم تعديل الدستور في عام 2002 بعد أن تم تكليف لجنة يوضع ميثاق عمل وطني الذي تم الاستفتاء عليه وبعد الموافقة عليه من الناخبين أصدره أمير البحرين وعادت الحياة النيابية وتغير مسمى البحرين من دولة إلى مملكة، مع

وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية، على أن معاهدات الصلح والتحالف، والمعاهدات المتعلقة بأراضي الدولة أو ثرواتها الطبيعية أو بحقوق السيادة أو حقوق المواطنين العامة أو الخاصة ومعاهدات التجارة والملاحة والإقامة، والمعاهدات التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الميزانية أو تتضمن تعديلاً لقوانين البحرين، يجب لنفاذها أن تصدر بقانون) [117].

وعملاً بالنص الدستوري، غدت جميع المعاهدات في مرتبة القانون، سواء كان التصديق من اختصاص السلطة التنفيذية، وصدرت المعاهدة الدولية بمرسوم[118] أو أن التصديق من اختصاص السلطة التشريعية وصدرت المعاهدة بقانون[119]، إلا أن قيمة المعاهدة الدولي تعتمد على عدة أمور قانونية شكلية وموضوعية ، وأخرى تعتمد على طبيعة نصوص المعاهدة الدولية، لكي يتم تحديد قيمة المعاهدة الدولية في النظام القانوني البحريني، فعلى سبيل المثال، المعاهدات التي لم يتم التصديق عليها لها قيمة مختلفة عن المعاهدة المصدق عليها بشكل قانوني صحيح، وتختلف الأخيرة عن المعاهدة الصدق عليها بشكل معيب، وفي حال تم التصديق على مجموعة من المعاهدات فلن تحوز ذات القيمة لأن نصوص المعاهدة –كمثال أيضاً- الجنائية الموضوعية تختلف عن المعاهدة الجنائية الإجرائية، حيث أن الإجرائية في غالب الأحيان قابلة للتطبيق المباشر على عكس المعاهدة الدولية الجنائية الموضوعية، وسيأتي شرح ذلك باستفاضة.

وبعد استيفاء جميع الإجراءات الدستورية من إبرام المعاهدة، والتصديق، ثم النشر في الجريدة الرسمية، تكون للمعاهدة الدولية قوة القانون ولا تصل إلى مرتبة النصوص الدستورية[120].

ونص المادة في دستور البحرين مطابق لما هو منصوص عليه في دستور الكويت (يبرم الأمير المعاهدات بمرسوم ويبلغها مجلس الأمة فوراً مشفوعة بما يناسب من بيان، وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية، على أن معاهدات الصلح والتحالف، والمعاهدات المتعلقة بأراضي الدولة أو ثرواتها الطبيعية أو بحقوق السيادة أو حقوق المواطنين العامة أو الخاصة ومعاهدات التجارة والملاحة، والإقامة، والمعاهدات التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الميزانية أو تتضمن تعديلاً لقوانين الكويت يجب لنفاذها أن

إنشاء محكمة دستورية ومجلس للشورى معين من الملك ومجلس نواب منتخب من الشعب، ولحق ذلك تعديلات في 2012م وتعديل في2013م بشأن اختصاص القضاء العسكري، وتعديل عام 2018.

[117] المادة 37 من دستور مملكة البحرين الصادر في 2002/2/14 والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 2517.

[118] وفي هذه الحالة يقوم الملك بإرسال المعاهدة إلى السلطة التشريعية إخطاراً بالعلم فقط.

[119] ومع وجود حق السلطة التشريعية في بعض أنواع المعاهدات إلا أن هنالك دور للسلطة التنفيذية في جميع مراحل إبرام المعاهدة.

[120] رمزي طه الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، دراسة مقارنة، دار أوال للنشر، 2003 ص331.

تصدر بقانون، ولايجوز في أي حال أن تتضمن المعاهدة شروطاً سرية تناقض شروطها العلنية)[121].

المطلب الثاني:

القيمة القانونية للمعاهدة الدولية في القضاء البحريني.

يلعب القضاء دوراً مهماً في تفسير النصوص القانونية عموماً، وفي المعاهدات الدولية يقوم القضاء بمهمة عملية وغاية في الدقة، إذ يعطي القضاء نصوص المعاهدة حجمها الحقيقي في واقع الحال.

ولقلة الدفوع المتعلقة بنصوص المعاهدات، إما بسبب انحسار رقابة القضاء تطبيقاً لنظرية أعمال السيادة، وإما لقلة طعون الأفراد في نصوص المعاهدات، لذلك نجد أن المجال الأوسع لتفسير نصوص المعاهدات من قبل شراح القانون واجتهاداتهم.

وفي هذا المطلب، سيتم تناول مرتبة المعاهدة في القضاء الدستوري في الفرع الأول، والقضاء الجنائي في الفرع الثاني والقضاء الإداري في الفرع الثالث، والقضاء المدني في الفرع الرابع.

الفرع الأول: مرتبة المعاهدة الدولية في القضاء الدستوري

تسمو مكانة المعاهدة الدولية لدى الأنظمة القانونية التي تعطي المعاهدة مرتبة أعلى من القانون، ففي فرنسا مثلاً تسمو المعاهدات الدولية على جميع القوانين، طبقاً للمادة 55 من دستور فرنسا[122]، وفي حال تعارض المعاهدة مع نصوص الدستور، يقوم المجلس الدستوري الفرنسي بتقرير مصير النص الدستوري المتعارض مع المعاهدة على قدم المساواة مع المعاهدة، وعلى السلطة التشريعية الاختيار بين تعديل النص الدستوري أو رفض الانضمام للمعاهدة الدولية[123].

أما في النظام القانوني الذي يعطي المعاهدة قوة القانون، وبحيث تكون الرقابة الدستورية لاحقة، فإن الوضع حتماً سيكون مختلفاً، ففي القضاء الدستوري البحريني تطرقت المحكمة الدستورية إلى العديد من المعاهدات الدولية، سواء بصورة مباشرة،

---

[121] المادة 7 من دستور الكويت الصادر في 1962/11/11م.

[122] تنص المادة على أنه (يكون للمعاهدات أو الاتفاقيات التي يتم التصديق أو الموافقة عليها حسب الأصول، وعند نشرها، قوة تفوق قوانين البرلمان شريطة أن يطبقها الطرف الآخر فيما يتعلق بهذا الاتفاق أو هذه المعاهدة.) من موقع مشروع الدستور على الوصلة النافذة بتاريخ 2018/10/18 https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=ar،

[123] عوض عبدالجليل الترساوي، المعاهدات الدولية أمام القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار العربية ص 28.

أو بصورة عرضية، ففي حكم (السلامة الوطنية)[124] أشارت المحكمة إلى حالات جواز إعلان الطوارئ الاستثنائية المنصوص عليها في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لكي تؤسس أسباب حكمها الذي انتهى بأن مرسوم السلامة الوطنية موافق للدستور[125].

وفي حكم (الاستشارات الأجنبية)[126] أكدت المحكمة على أن البحرين أبرمت معاهدات دولية تجيز الترخيص لمكاتب استشارات قانونية أجنبية، وجاء منها الاتفاقية الاقتصادية الموحدة بين دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية التي اعتبرتها المحكمة تعديلاً على أحكام قانون المحاماة (القانون الوطني) بشأن شرط الجنسية.[127]

---

[124] حكم المحكمة الدستورية رقم ط ح 2011/1 لسنة 9 قضائية الصادر في 25 يناير 2012 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 3036 المنشورة في 26 يناير 2012 ص20 وما بعدها.

[125] جاء في حيثيات الحكم (وحيث إن نظرية الضرورة قد استقر تطبيقها في الدول كافة، نظرًا لما تصادفه جميعها من ظروف استثنائية غير عادية مثل فترات الأزمات والحروب والاضطرابات والفتن الداخلية والخارجية، وكان القضاء سباقًا في ابتداع الحلول القضائية لهذه الظروف الاستثنائية، إذ أقام مجلس الدولة الفرنسي نظرية متكاملة الأركان لمعالجة الظروف الاستثنائية الطارئة، التي تؤدي إلى التوسع في سلطات وصلاحيات السلطة العامة في أحوال الضرورة، كما نصت عليها صراحة معظم الدساتير الحديثة استثناء من مبدأ الفصل بين السلطات. ومن بين الدول التي استقر العمل فيها بنظرية الضرورة الولايات المتحدة الأمريكية - رغم عدم وجود نص دستوري يُقررها – إذ جرى قِضاء المحكمة العليا الأمريكية على أن ظروف الحرب أو الحصار تتيح اللجوء إلى المحاكم العسكرية، إعمالاً لقوانين إعلان الأحكام العرفية وحالة الطوارئ في البلاد.

وحيث إن مملكة البحرين قد انضمت إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وتم التصديق على انضمامها بتاريخ 12 أغسطس 2006، وصدر بشأن ذلك القانون رقم (56) لسنة 2006، ونُشِر في الجريدة الرسمية في العدد (2752) بتاريخ 16 أغسطس 2006. ولما كانت الفقرة الأولى من المادة الرابعة منه، قد نصت على أنه: ((في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تُهدد حياة الأمة والمُعلن قيامها رسميًّا، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ، في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد، شريطة عدم منافاة هذه التدابير للالتزامات الأخرى المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي)). واستنادًا إلى الفقرة رقم (3) من المادة أعلاه بادرت المملكة بتاريخ 28 أبريل 2011 إلى إبلاغ الأمين العام للأمم المتحدة باستخدام حق عدم التقيد المنوه به في الفقرة (أ)، وبتاريخ 13 يونيو 2011 قامت المملكة أيضًا بإبلاغ الأمين العام بفحوى المرسوم الملكي رقم (39) لسنة 2011 برفع حالة السلامة الوطنية.)

[126] حكم المحكمة الدستورية رقم د/7/5 لسنة 5 قضائية الصادر في 19 أبريل 2010م.

[127] جاء في حيثيات الحكم (وكان البين من استعراض أحكام القانون الذي ينظم مهنة المحاماة في مملكة البحرين، أن تنظيمها قد مر بعدة تعديلات، منذ صدور قانون المحاماة الصادر بالمرسوم بقانون رقم (26) لسنة 1980 حتى صدور المرسوم بقانون ولائحته المطعون عليهما في هذه الدعوى. ففي المرحلة الأولى كانت المادة (2) من قانون المحاماة المذكور تقصر من يقيد اسمه في جدول المحامين على المحامي البحريني، إلا أن المشرع أجرى عدة تعديلات تسمح لغير المحامي البحريني بممارسة المحاماة وتقديم الاستشارات القانونية في البحرين. فأجاز للمحامين من مواطني دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ممارسة المحاماة بما فيها تمثيل الخصوم وتقديم الاستشارات القانونية، ثم بعد ذلك أبرمت البحرين اتفاقيات دولية تجيز الترخيص لمكاتب الاستشارات القانونية الأجنبية بتقديم الاستشارات القانونية. فبالنسبة للفريق الأول، وقعت مملكة البحرين مع شقيقاتها من دول الخليج العربية عدة اتفاقيات بشأن ممارسة النشاط الاقتصادي في دول مجلس التعاون الخليجي تسمح لمواطني هذه الدول بممارسة العديد من المهن، بما فيها مهنة المحاماة، في هذه الدول كافة. وتنفيذا لالتزام المملكة، صادق المشرع

وأشارت المحكمة إلى اتفاقية (Gats) واتفاقية التجارة الحرة مع أمريكا (بما مؤداه أن تراخيص المكاتب المدعي عليها قد انتظمت وفقاً لأوضاع قانونية سارية واستقرت حقوقها المكتسبة ومراكزها القانونية بناء على هذه الاتفاقيات)[128].

البحريني على تلك الاتفاقيات، وأصدر في شأنها عدة تشريعات؛ وهي المرسوم بقانون رقم (3) لسنة 1983 في شأن معاملة مواطني دول مجلس التعاون الخليجي فيما يتعلق بالنشاط الاقتصادي في البحرين، والمرسوم بقانون رقم (9) لسنة 1988 بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم (3) لسنة 1983 في شأن معاملة مواطني دول مجلس التعاون الخليجي فيما يتعلق بالنشاط الاقتصادي في البحرين، والمرسوم بقانون رقم (7) لسنة 2002 بشأن التصديق على الاتفاقية الاقتصادية الموحدة بين دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، والقانون رقم (24) لسنة 2004 بشأن معاملة مواطني دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية فيما يتعلق بالنشاط الاقتصادي في مملكة البحرين. وقد تضمنت هذه الاتفاقيات جميعها صراحة أو ضمناً تعديل أحكام قانون المحاماة المتعلقة بشرط الجنسية البحرينية، ونصت على وجوب معاملة أصحاب المهن الحرة، من مواطني دول مجلس التعاون، من الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين، ومن بينهم المحامون، معاملة البحرينيين تماماً كما أجازت لهم تأسيس شركات مهنية للعمل في مملكة البحرين. أما بالنسبة للفريق الثاني، فقد صادقت المملكة بموجب المرسوم بقانون رقم (7) لسنة 1994 على اتفاقية تأسيس منظمة التجارة العالمية الموقعة في مراكش بتاريخ 15 أبريل 1994، ومن ضمنها التصديق على الاتفاقية العامة لتجارة الخدمات((GATS)) والتي تنص على الالتزام بمبدأ تحرير تجارة الخدمات، ويتعهد بمقتضاها كل طرف متعاقد على إصدار التشريعات اللازمة التي تتيح نفاذ مقدمي الخدمات، بما فيها خدمة الاستشارات القانونية، لباقي الأطراف المتعاقدة إلى إقليمه، لتقديم الخدمات التي يلتزم بتحريرها، وذلك في حدود ما يضعه الطرف المتعاقد من شروط وقيود وإجراءات بهذا الشأن. كما وقعت حكومة مملكة البحرين وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية اتفاقية التجارة الحرة في واشنطن بتاريخ 14سبتمبر2004 وصادقت عليها وأصدرتها بموجب القانون رقم (23) لسنة2005 ، ودخلت حيز النفاذ بتاريخ 2006/8/1 . وقد تضمن الملحق الخاص بجدول البحرين حول قطاع الخدمات القانونية، نصا يجيز بشروط وقيود محددة، للمحامين من غير البحرينيين والمحامين من غير مواطني مجلس التعاون لدول الخليج العربية تقديم الخدمات القانونية في إقليم البحرين، باستثناء تمثيل الموكلين أمام المحاكم وهيئات التحكيم ودوائر الشرطة واللجان القضائية والإدارية ذات الاختصاص القضائي، إذا ما كانوا مستخدمين من قبل محاكم مرخص له بمزاولة المهنة في البحرين، وكذلك الترخيص للمستشارين القانونيين التابعين للطرف الآخر، سواء كانوا أفرادا أو مكاتب أن يقدموا خدمات قانونية بشأن قوانين الدول الأخرى عدا البحرين، بعد الحصول على ترخيص من السلطات البحرينية، بما مؤداه أن تراخيص المكاتب المدعى عليها قد انتظمت وفقاً لأوضاع قانونية سارية واستقرت حقوقها المكتسبة ومراكزها القانونية بناء على هذه الاتفاقيات، والتي لم يطعن المدعون على أي منها بسوء. ثم صدر المرسوم بقانون الطعين ولائحة تنظيم عمل مكاتب الاستشارات القانونية الأجنبية المطعون عليها، وقد تضمنت نصوصهما قيودا تحد من نطاق نشاط هذه المكاتب ومن مجال عملها، إذ قيدت عملها بمجال الاستشارات القانونية الدولية، وحظرت عليها القيام بأعمال قانونية محددة، وحظر إبداء المشورة القانونية في شأن يتعلق مباشرة بقوانين المملكة، ما لم يتم تدقيقها من محام بحريني، وأن تحتفظ بسجلات تثبت مراعاة ذلك، وحظرت عليها الحضور عن ذوي الشأن أمام المحاكم وهيئات التحكيم واللجان القضائية والإدارية ذات الاختصاص القضائي وجهات التحقيق الجنائي والإداري وإدارات ومراكز الشرطة، والدفاع عنهم في الدعاوى التي ترفع منهم أو عليهم والقيام بأعمال المرافعات والإجراءات القضائية المتصلة بذلك، وفرضت على المكاتب المرخصة سابقا أن تقوم بتوفيق أوضاعها طبقا لأحكام المرسوم بقانون الطعين خلال ستة أشهر من تاريخ العمل به، تأكيدا على حماية المحامين البحرينيين من المنافسة الأجنبية التي قد تترتب على تطبيق الاتفاقيات المذكورة ذات العلاقة والمعمول بها في مملكة البحرين، مما يشكل في جملته مزايا استفاد منها المدعون.).

[128] المرجع السابق ص8.

وبذلك أقرت المحكمة أن الاتفاقيات قد عدلت التشريع الوطني، في حين لم تبين المحكمة إن كان ذلك التعديل باعتبار الاتفاقية قانوناً خاصاً يقيد القانون العام أو أن القانون اللاحق قد نسخ أو عدل القانون السابق.

وفي حكم (التأمين الإجباري)[129] اعتبرت المحكمة الدستورية أن اتفاقية التأمين الموحدة عن سير السيارات عبر البلاد العربية (بعد استيفاء الإجراءات الدستورية المتطلبة لإبرامها والتصديق عليها ونشرها تكون لها قوة القانون).[130]

وفي حكم (غسل الأموال) قضت المحكمة بعدم دستورية نص فقرة في المادة 3 من قانون حظر ومكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب[131] بشأن مصادرة الأموال موضوع الجريمة أو أية أموال مملوكة له أو لزوجه أو لأبنائه القصر مساوية في القيمة للأموال موضوع الجريمة.

واعتبرت المحكمة أن قانون غسل الأموال مستلهم من المعاهدات الدولية (ولا شك أن سياسة المُشرع البحريني بالنص على تطلب القصد الجنائي، يرجع مردها إلى استلهام المُشرع للأحكام والقواعد التي نصت عليها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية المعتمدة في ديسمبر 1988 والمعروفة باتفاقية (فيينا)، والمصادق عليها من مملكة البحرين بموجب المرسوم

---

[129] حكم المحكمة الدستورية رقم د/7/3 لسنة 5 قضائية الصادر في 25مايو2009 الدستور في الجريدة الرسمية رقم 2898 بتاريخ 4 يونيو 2009 ص103 وما بعدها.

[130] وجاء في حيثيات الحكم (وحيث إن الفقرة الأولى من المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم (3) لسنة 1987 تقضي بأنه: ((يجب أن تغطي وثيقة التأمين المنصوص عليها في المادة السابقة المسئولية المدنية الناشئة عن الأضرار الجسمانية والمادية من حوادث المركبات إذا وقعت في البحرين)) كما تقضي المادة الثانية من اتفاقية التأمين الموحدة عن سير السيارات عبر البلاد العربية بأن: ((يكون تعويض الحوادث الناجمة عن السيارات طبقاً للشروط وبالأوضاع التي يقررها قانون التأمين الإجباري في الدول التي يقع فيها الحادث)) وإذ انضمت البحرين إلى الاتفاقية المذكورة بموجب المرسوم بقانون رقم (8) لمنة 1985 الذي تم نشره بالجريدة الرسمية بتاريخ 1985/9/19، فإن هذه الاتفاقية بعد استيفاء الإجراءات الدستورية المتطلبة لإبرامها والتصديق عليها ونشرها تكون، لها قوة القانون. وإذ كان الحادث موضوع الدعوى الموضوعية قد وقع بالمملكة العربية السعودية فيكون تعويض الحادث وفقا للشروط والأوضاع المقررة بقانون التأمين الإجباري بالمملكة العربية السعودية إعمالاً لقاعدة الإسناد التي قررتها المادة الثانية من الاتفاقية. إلا أن القاضي الوطني لا يعمل أحكام القانون الأجنبي من تلقاء نفسه بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة الذي يتعين عليه أن يقوم بإثبات ذلك القانون باعتبار أن القانون الأجنبي يعتبر بالنسبة للقاضي الوطني واقعة من وقائع الدعوى يتعين على من يتمسك به أن يقيم الدليل عليه وإلا طبق القاضي قانونه الوطني.

وحيث إن أيا من الطرفين لم يتمسك بتطبيق القانون السعودي بل إن إرادتهما قد تلاقت على تطبيق قانون التأمين الإجباري البحريني حيث أسست المدعى عليها الثانية دفاعها على أحكام النص المطعون فيه كما طعن المدعون على النص المذكور بعدم الدستورية باعتباره النص الذي يحكم الواقعة وإذ كان ذلك فإن النص المطعون فيه يكون هو الواجب التطبيق.).

[131] المرسوم بقانون رقم 4 لسنة 2001 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2462 بتاريخ 2001/1/31 وتعديلاته بالمرسوم بقانون رقم (36) لسنة 2017 بتعديل المادة (3) ، والقانون رقم (25) لسنة 2013 ، والقانون رقم (54) لسنة 2006 .

بقانون رقم (17) لسنة 1989، إذ بيّنت هذه الاتفاقية في الفقرة (ب/2/1) من المادة الثالثة منها، بأن العمد هو فحوى الركن المعنوي، ونصت صراحة على أن عنصر العلم الذي يقوم عليه القصد الجنائي، يتضمن العلم بأن الأموال مستمدة من أية جريمة أو جرائم منصوص عليها في الاتفاقية.)[132] واعتمد الحكم على المعاهدة لتبيان الركن المعنوي[133] تمهيدا للحكم بعدم دستورية الفقرة في مد نطاق مصادرة أموال الزوج والأولاد القصر، باعتبار أن النص وضع قرينة تحكمية تؤدي إلى مصادرة أموال أشخاص دون ارتكابهم لأي فعل مادي مؤثم.

وفي حكم (مشروع قانون المرور) [134] الذي أحيل قبل إصدار القانون بشأن المادة المتعلقة بمنع السماح للأجنبي بالحصول على رخصة قيادة[135]، استرسلت المحكمة في مسألة تنظيم الحقوق والحريات ومدى التزام المشرع بحدود الدستور، ثم تناول الحكم القواعد القانونية الآمرة (التي ارتضتها أسرة الدول سلوكاً لأعضائها يبلور أعرافها التي استقر العمل عليها)[136] ثم أشار الحكم إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وتحديدا لحق التنقل، ثم أشار إلى إعلان الأمم المتحدة لعام 1985م بشأن حقوق الإنسان للأفراد الذين ليسوا من مواطني البلد الذي يعيشون فيه، دون أن يشير الحكم إلى تلك الحقوق .[137]

---

[132] الدعوى رقم د/7/4 لسنة 5 قضائية، جلسة 2009/12/21 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2928 بتاريخ 2009/12/31.

[133] تنص المادة الثالثة الفقرة ب البند 1 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية على وجوب تجريم الأفعال في حال ارتكبها عمدا كل من يخفي الاموال أو يموه حقيقتها أو يخفي مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها، لمزيد من التفاصيل انظر المرسوم بقانون رقم 17 لسنة 1989 بشأن التصديق على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية المنشورة في الجريدة الرسمية العدد 1879 بتاريخ 1989/11/9.

[134] حكم المحكمة الدستورية رقم إ ح م / 1 / 2014 لسنة 12 قضائية بتاريخ 2 يوليو 2014م المنشور في الجريدة الرسمية العدد 3164 بتاريخ 10 يوليو 2014م ص29 وما بعدها.

[135] جاء في المادة 20 من مشروع قانون المرور أنه (مع عدم الإخلال بالشروط الواجب توافرها في المادة السابقة، لا يجوز للأجانب المقيمين في البحرين، من غير مواطني دول مجلس التعاون الخليجي، الحصول على رخصة قيادة أو قيادة مركبة آلية إلا إذا كانت طبيعة عملهم تقتضي ذلك، وتحدد اللائحة التنفيذية الأعمال الأخرى التي تمنح بموجبها رخص القيادة للأجانب أو يسمح لهم بقيادة مركبة آلية في مملكة البحرين).

[136] المرجع السابق ص33.

[137] وجاء في حيثيات الحكم أنه (وحيث إنه من المقرّر في القضاء الدستوري المقارن وفي قضاء المحكمة الاوروبية لحقوق الإنسان، أن الدولة القانونية هي التي تُقرّر لمن يُقيمون على إقليمها تلك الحقوق والحريات الأساسية التي يتوافق مضمونها مع الضوابط التي التزمتها الدول الديمقراطية باطّراد في مجتمعاتها، واستقر نهجُها على التقيد بها في مظاهر سلوكها على اختلافها، فلا تنزل بالحماية التي توفرُها لمن يمارسونها عمّا يكون لازماً لضمان فعاليتها.

وحيث إن للدول - على صعيد علاقاتها الدولية - حقوقاً أساسية تتمثل في ضمان استقلالها؛ ومباشرتها لولايتها فوق إقليمها. إلاّ أن مُؤدّى مناط التكافؤ في السيادة بين الدول أنه لئن خوّل كلاً منها، أن تنظم شروط دخول غير مواطنيها إليها، وأن تقرر كذلك قواعد ممارستهم لنشاطهم فيها على ضوء مصالحها القومية التي تمليها توجهاتها

واعتمد الحكم على (المعايير الدولية) والتي (لا يجوز إهدارها من خلال أعمال تناهضها تأتيها الدول التي يقيم غير المواطنين بها، إلا في أضيق الحدود التي تمليها المصالح الوطنية العليا في مجتمع ديمقراطي، فقد أضحى مقضياً أنه كلما كان العمل الصادر عنها متضمناً مساساً بالحقوق التي كلفتها هذه المعايير، أو تحديداً لآثارها، أو كان منبئاً عن إخلالها ولو عن غير قصد، بواجباتها، أو منحدراً - بوجه عام - لمعاملتهم إلى مادون مستوياتها الدولية التي لايجوز التخلي عنها، كان إبطال هذا

الداخلية وسياستها الخارجية، إلا أن سلطتها هذه لا يجوز القولُ بإطلاقها؛ وإنما تقيدُها تلك القواعد الآمرة التي ارتضتها أسرة الدول سلوكاً لأعضائها يبلور أعرافَها التي استقر العمل عليها فيما بينها. بما حاصِلُه أن القواعد التي تنظم بها الدول شئونَ غيرِ مواطنيها الذين يستقرون فيها بصفة قانونية، وإن لم تكن هي ذاتها التي تشبّههم بمواطنيها، إلا أنها تمثل بمستوياتها تلك الحدود الدنيا التي لا يجوز النزول بمعاملتهم عنها، والتي لا تستقيم حياتهم بدونها، فلا تقاس تصرفاتها قِبَلهم إلا على ضوئها. ولا يعدو الإخلال بها أن يكون نكولاً من الدولة التي نقضتها عن واجباتها الدولية.

وحيث إن مملكة البحرين قد انضمت إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية للأمم المتحدة، وتم التصديق على انضمامها بتاريخ 12 أغسطس 2006، وصدر بشأن ذلك القانون رقم (56) لسنة 2006 ونُشر في الجريدة الرسمية في العدد (2752) بتاريخ 16 أغسطس 2006م، وقد نصّت المادة (1/12) من هذا العهد على أن: ((لكل فرد يوجد على نحو قانوني داخل أقليم دولة ما حقُّ حريّة التنقّل فيه...)). كما نصّت المادة (26) منه على أن ((الناس جميعا سواء أمام القانون ويتمتّعون دون أي تمييز بحق متساوٍ في التمتّع بحمايته. وفي هذا الصدد يجب أن يحظر القانون أي تمييز وأن يكفل لجميع الأشخاص على السواء حماية فعالة من التمييز لأي سبب كالعرق أو اللّون أو الجنس أو اللّغة أو الدين أو الرأي سياسيا أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الإجتماعي، أو الثروة أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب)). وإنّه لمن نافل القول الإلماعُ إلى أن عبارتَي " فرد" و" الناس" الواردتين تِباعاً في كل من المادتين (12) و(26) آنفتي البيان، إنما تستغرقان الناس كافة ولا تنصرفان فقط إلى من انعقدت له صفة المواطن.

وحيث إنه استصحاباً لهذه المعايير، وتوكيداً لضرورة العمل بمقتضاها، صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الأربعين قرارُها رقم 40/ 144 المؤرخ 13/ 12/ 1985 متضمناً إعلانها في شأن ((حقوق الإنسان للأفراد الذين ليسوا من مواطني البلد الذي يعيشون فيه))، مقرّراً سريان أحكامه في شأن كل فرد يوجد في إحدى الدول ولا يكون من رعاياها؛ ومنوها بضرورة أن تتقيد الدول في كل تشريعاتها التي تنظم بها دخولَ غير مواطنيها إليها، وشروطَ إقامتهم فيها، وما يمكن أن يقوم بينهم وبين رعاياها من الفروق؛ بالحدود التي رسمتها التزاماتُها الدولية، بما في ذلك ما يتعلق منها بحقوق الإنسان. ومُبيناً في المادة (3) منه حقَّهم في حرية التنقّل صَونا لحريتهم الشخصية التي لا يجوز الإخلال بها إلا وفقاً للقانون، مما ينبغي أن يكون مكفولاً بقوانينها المحلية، ودون إخلال بالتزاماتها الدولية المتصلة بها. وذلك كله - لا مشاحة- وفقَ القيود التي يجوز أن تفرضها الدول الديمقراطية في مجتمعاتها لأغراض محددة، يندرج تحتها حمايةُ أمنها القومي، ودعمُ نظامها العام، وصونُ أخلاقها، مع ضمان حقوق الآخرين، وبما لا يخل بغيرها من الحقوق المنصوص عليها في هذا الإعلان، وكذلك تلك التي قررتها المواثيق الدولية التي تنظمها.

وحيث إنه من المقرَّر أن المعايير الدولية المتقدم بيانها، لا يجوز إهدارها من خلال أعمال تُناهِضها تأتيها الدول التي يقيم غيرُ المواطنين بها، إلاّ في أضيق الحدود التي تمليها المصالح الوطنية العليا في مجتمع ديموقراطي، فقد أضحى مقضيًا أنه كُلّما كان العمل الصادر عنها متضمناً مساسا بالحقوق التي كفلتها هذه المعايير، أو تحديداً لآثارها، أو كان مُنبئا عن إخلالها ولو عن غير قصد، بواجباتها، أو منحدراً - بوجه عام - بمعاملتهم إلى ما دون مستوياتها الدولية التي لا يجوز التخلي عنها، كان إبطالُ هذا العمل - من خلال الرقابة التي تفرضها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية - لازماً. أساس ذلك كله ومناط القول فيه ما اقتضاه صدر المادة (18) من الدستور من أن ((الناس سواسية في الكرامة الإنسانية)).)

العمل - من خلال الرقابة التي تفرضها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية - لازماً)[138].

وقررت المحكمة عدم مطابقة المادة للدستور[139]، بناء على ما أوردته من أسباب وعلى المستوى الدولي من الحقوق، وفي ظن الباحث أنه تم تحميل النصوص الدستورية ما لا تتحمل من قياس، كما أن الحقوق الواردة في الوثيقة الدستورية هي من نتاج تطور حقوق الإنسان في دول العالم نتيجة ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان والصكوك العالمية التي تجد تفسيراً لها في القضاء الدولي والمقارن[140] ولا يمكن القول بأن المحكمة الدستورية اعتبرت المعاهدات والقواعد الدولية الآمرة في مرتبة تعادل مرتبة نصوص الدستور، لأنها قد قضت في أحكام سابقة باعتبار قواعد التحكيم أمام مركز التحكيم التجاري (مستمدة من معاهدة دولية ... إلا أنها ليست في مرتبة تعلو التشريع وتنأى بذلك عن الرقابة الدستورية ... وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن المعاهدة الدولية بعد استيفاء الإجراءات الدستورية المتطلبة لإبرامها والتصديق عليها ونشرها تكون لها قوة القانون وفقاً للمادة 37 من الدستور)[141].

---

[138]المرجع السابق ص34.

[139] في القضاء الدستوري البحريني تصدر أحكام وقرارات، فالأحكام تصدر في الدعاوى التي تصل للمحكمة الدستورية (بحسب الأحوال) في الرقابة اللاحقة، أما القرارات فهي تصدر على الإحالة السابقة لصدور القانون، وتحوز ذات الحجية، إلا أن البحرين تفردت في دول المنطقة بأن تكون الرقابة القضائية الدستورية لاحقة وسابقة وذلك أمر محمود.

[140]لسنا مؤهلين لتقييم مؤسسة عظيمة كالمحكمة الدستورية في البحرين، كما أني كباحث ولعل غيري أيضاً لا يملك من قدم الملكة القانونية الحصيفة الذي يؤهل نفسه لتقييم أحكام وقرارات المحكمة الدستورية، إلا أن العلم والتعلم والصواب والخطأ يجعلنا في أمان من طرح فكرة قد تكون لها حجية ذات أثر يذكر- وإن كنت على قناعة بأن الجهابذة المستشارين على علم ودراية بما يفوق ما لدى الباحث والآخرين بمراحل- ولذلك قد يغلب على ظني أن القرار الصادر في منطوقه به جانب كبير من الصحة إلى ما انتهى به من نتيجة، إلا أن أسباب الحكم يغلبها الحاجة للتساند في الحجج، فقد تم الاعتماد على المعايير الدولية لحقوق الأجانب وما احتوته الصكوك الدولية والقواعد الدولية العرفية الآمرة ثم تم إلباس تلك المعايير لنص المادة (19/أ) من دستور البحرين المعدل وصدر قرار الحكمة بناء على ذلك ، في حين أن المادة 19 التي تحمي الحرية الشخصية من أي اعتداء، فالنص الدستوري بأن (الحرية الشخصية مكفولة وفقاً للقانون) ثم جاء في الفقرات من ذات المادة، عدم جواز القبض أو التفتيش أو تحديد الإقامة أو تقييد حق التنقل إلا وفق أحكام القانون، وإن عدم الحصول على رخصة قيادة – في رأي الباحث- لا يخل بحق الأجنبي في التنقل لوجود بدائل أخرى للتنقل داخل البحرين، وإذا كانت المادة 19 فقرة ب تعني ذلك بوضوح فلا حاجة للمحكمة أن تورد تلك الصكوك أو الاتفاقيات لأنها أصلاً في مرتبة القانون، والمحكمة لا تنظر مخالفة مشروع القانون لأي قانون، لأن اختصاص المحكمة هو إلغاء القوانين المخالفة للدستور ونصوصه، ولا تنظر مخالفة القوانين بعضها من بعض.

[141] حكم المحكمة الدستورية رقم د/1/2016 لسنة 14 قضائية الصادر في 2017/1/25 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 3299 بتاريخ 2017/2/2، وجاء في حيثيات الحكم (...وحيث إن قواعد التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الواردة في نظام المركز الصادر بقرار عن المجلس الأعلى لمجلس التعاون لدول الخليج العربية في ديسمبر 1993م، ولائحة إجراءاته التي تمت المصادقة عليها وعلى تعديلاتها من قبل لجنة التعاون التجاري بمجلس التعاون، وإن كانت مستمدة من معاهدة دولية بين هذه الدول إلا أنها ليست في مرتبة تعلو التشريع وتنأى بذلك عن الرقابة الدستورية، إذ إن اعتماد دول مجلس التعاون للنظام واللائحة أعقبته الموافقة على هذا النظام

بينما يرى الدكتور مروان المدرس أن المعاهدة الدولية في النظام الدستوري البحريني تنقسم طبقاً لنص المادة 37 من الدستور إلى نوعين من المعاهدات، معاهدات تختص السلطة التنفيذية بإبرامها والأداة القانونية اللازمة هي (المرسوم) ويتم إبلاغ السلطة التشريعية بغرفتيها بالبيان اللازم، وتدخل المعاهدة في النظام القانوني للبحرين تلقائياً.

والنوع الثاني للمعاهدات الدولية هو ما تختص به السلطة التشريعية، والأداة القانونية هي القانون، ويتم إدماج المعاهدة بمجرد صدور القانون.

وبذلك يفرق الدكتور مروان بين الاختصاص الأصيل للسلطة التنفيذية في إبرام المعاهدات وإدخالها تلقائياً بمجرد المصادقة (المرسوم) ونشرها في الجريدة الرسمية وإدماج المعاهدة الدولية في النظام القانوني لمملكة البحرين بواسطة السلطة التشريعية (قانون)[142] وهذا التقسييم، مع عمق الطرح، إلا أنه بحاجة إلى مساندة آراء أخرى، وثبات في أحكام محاكم دستورية، بحرينية أو دول أخرى تتناسق أنظمتها مع النظام القانوني البحريني.

وقد ذهب الدكتور مروان المدرس إلى أن اتفاقيات حقوق الإنسان لها قيمة مساوية للدستور، اعتمادا على أن المعاهدات الخاصة بحقوق الإنسان تشكل مع نصوص الدستور والمذكرة التفسيرية وميثاق العمل الوطني والشريعة الإسلامية كتلة دستورية متكاملة[143]، وسيأتي في الفصل الثاني من الباب الثاني بيان الاتفاق والاختلاف مع تلك الفكرة.

في حين أنه يتبين لنا من الموقف الثابت أن المحكمة الدستورية قررت أن المعاهدة لها قوة القانون، مع التأكيد على صحة نتيجة قرار المحكمة بشأن مشروع قانون المرور دون الموافقة على أسباب القرار.

الفرع الثاني: مرتبة المعاهدة الدولية في القضاء الجنائي

تنقسم المعاهدة الدولية في النظام القانوني البحريني إلى معاهدة تصدر بمرسوم ومعاهدة تصدر بقانون، ولا يتصور أن تصدر معاهدة جنائية بمرسوم لأن المعاهدات الدولية ذات الصبغة الجنائية من المعاهدات التي تمس حقوق المواطنين سواء كانت المعاهدة الجنائية معاهدة جنائية موضوعية أو معاهدة جنائية إجرائية[144].

وإصداره بمقتضى المرسوم بقانون رقم 6 لسنة 2000م، بعد تصديق أمير دولة البحرين ونشره في الجريدة الرسمية. بذلك أصبح تشريعاً نافذاً في مملكة البحرين له قوته الملزمة المقررة للقوانين وخضوعه للرقابة القضائية على دستورية التشريعات التي تتولاها المحكمة الدستورية.

[142] مروان محمد المدرس، القيمة القانونية لاتفاقية السيداو في النظام القانوني البحريني، مجلة دراسات دستورية، المجلد الثاني، العدد الرابع البحرين، سبتمبر 2015 ص41 وما بعدها.

[143] المرجع السابق ص50 وما بعدها.

[144] المعاهدات الجنائية الموضوعية تقوم أساساً لحث الدول المتعاقدة على تجريم فعل معين يمقته المجتمع الدولي مثل معاهدة التعذيب أو معاهدة غسل الأموال، وتقوم المعاهدة على وضع تعريف نموذجي مع بعض المتطلبات

ويجتهد القضاء الجنائي في تفسير المعاهدة الجنائية، فالمعاهدة الدولية الجنائية، بعد التصديق عليها ونشرها، لها قوة القانون الوطني، وقد تتضمن العديد من المعاهدات الدولية الجنائية تجريماً لبعض الأفعال، من أجل توحيد الجهود الدولية لمكافحتها والقضاء على تلك الأفعال، ولعل أفضل مثال على ذلك الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لعام 1961م[145] واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لعام 1988م[146]، وما احتوت عليه الاتفاقيتان من تجريم لتلك الأفعال، إلا أنه لا يمكن للقاضي الوطني تطبيق نص معاهدة دولية جنائية موضوعية وذلك لعدم وجود عقوبة جزائية محددة في تلك المعاهدة، وبالتالي فإن المعاهدة الدولية الجنائية تلزم السلطة التشريعية في الدول المنضمة لها بتجريم الأفعال المراد تأثيمها، إلا أن القاضي الجنائي لا يمكنه إصدار عقوبات على المخالفين لنصوص المعاهدة، وهو ما يعني أن المعاهدة الدولية الجنائية الموضوعية غير قابلة للنفاذ المباشر ومن غير الممكن تطبيقها من قبل القاضي الجنائي الوطني، ولعل ذلك من اختصاص القاضي الجنائي الدولي.

فطبقاً لنظام روما الأساسي فإنه لا يعاقب أي شخص أدانته المحكمة إلا بموجب هذا النظام، فقد نصت المادة (23) على ألا تجوز المساءلة جنائياً إلا بموجب هذا النظام، كما أن المادة (22)[147] حددت الجرائم التي تختص بها المحكمة.

واتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 أحالت على (التشريعات الوطنية مهمة تأثيم جرائم الحرب، بحيث عنيت اتفاقيات جنيف وبروتوكولاها الإضافيان بتعريف هذه الجرائم وتحديد عناصرها، وتركت للمشرع الوطني الالتزام بتقرير العقوبات الملائمة لها في التشريعات الوطنية، فأصبح لزاماً أن تستكمل التشريعات الوطنية ما توقفت عنده هذه الاتفاقيات)[148].

وبالتالي فإنه لا يمكن تطبيق المعاهدة الجنائية الموضوعية إلا إذا نصت المعاهدة على جرائم محددة وسنت لكل جريمة ما يناسبها من عقوبة، تطبيقا لقاعدة لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص، غير أنه لم يجد الباحث معاهدة دولية بها تجريم للأفعال محددة العقوبات لكل جريمة، إلا نظام روما الأساسي الذي وردت فيه جرائم أربع

التي يبتغيها المجتمع الدولي من الدول الأطراف في حين أن المعاهدة الجنائية الإجرائية تتعلق بالتعاون الدولي سواء في الإنابات القضائية أو تسليم المتهمين أو نقل المحكومين وتقوم تلك المعاهدات على تسهيل إجراءات الدول في مكافحة الجريمة العادية والمنظمة.

145 انضمت لها البحرين وصادقت عليها بالمرسوم بقانون رقم 14 لسنة 1989م والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 184 بتاريخ 1989/10/26م.

146انضمت لها البحرين وصادقت عليها بالمرسوم بقانون رقم 17 لسنة 1989 والمنشورة في الجريدة الرسمية العدد 1876 بتاريخ 1989/11/9م.

147 نظام روما الأساسي المحكمة الجنائية الوثيقة المؤرخة في 1998/6/17م .

148شريف عتلم، تطبيق القانون الدولي الإنساني على الأصعدة الوطنية، القانون الدولي الإنساني (دليل للتطبيق على الصعيد الوطني) بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، 2010 ص291.

محددة على سبيل الحصر[149]، استناداً إلى مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وقواعد التجريم والعقاب[150] التي تطبقها المحكمة الجنائية الدولية، وقد عرّف النظام الأساسي تلك الجرائم ووضع العقوبات عليها في المادة (77).

أما المعاهدات الدولية الجنائية الإجرائية فهي معاهدات ذاتية النفاذ، ومن الممكن تطبيقها بمجرد دخولها التشريع الوطني سواء بمرسوم أو بقانون، ومن أمثلة تلك المعاهدات، الاتفاقية الأمنية لدول مجلس التعاون للدول العربية الموقعة في الرياض لعام 2012م[151]، والمعاهدات الدولية ذات التنفيذ المباشر (ذاتية النفاذ) هي المعاهدة التي تنص أحكامها أو بحكم طبيعتها، إلى جعلها سارية المفعول في النظام القانوني الوطني دون حاجة إلى تشريع خاص أو تدابير أخرى غير التي أشترطها الدستور لصحة نفاذ أي معاهدة، أي بأسلوب الأدماج التلقائي[152].

فقد قضت محكمة التمييز البحرينية في دفع بشأن مخالفة قانون المسيرات للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لممارسة الحق في التجمع السلمي والقيود التي فرضها القانون، وقد ردت المحكمة على ذلك الدفع بأنه طبقاً للمرسوم بقانون رقم 32 لعام 2006 بشأن الاجتماعات العامة والمسيرات والتجمعات (والذي اشترط تقديم إخطار لرئيس الأمن العام بحسب الشروط الواردة في القانون - والتي لم توضع إلا لحماية وتنظيم ممارسة حق التجمع السلمي أو المسيرة السليمة – وهو ما لم يلتزم المستأنف باتباعه)[153] اعتبرت المحكمة أن المعاهدة الدولية بعد التصديق عليها ونشرها هي قانون، وأن القانون الوطني احتوى على ما تطلبه العهد الدولي من ضمانات واجب إدراجها في القانون الوطني.

وقضت محكمة التمييز الكويتية بأولوية تطبيق القانون الوطني عند تعارضه مع اتفاقية دولية (لم تنضم إليها الكويت) وذلك بشأن تحديد المياه الإقليمية التي دفع المتهم بأنه خارج المياه الإقليمية الكويتية، واعتمد في دفاعه على أحكام اتفاقية جنيف

---

149 . نصت المادة 5 في الباب الثاني: الاختصاص والقانون الواجب التطبيق على أن (يقتصر اختصاص المحكمة على أشد الجرائم خطورة موضع اهتمام المجتمع الدولي باسره، وللمحكمة بموجب هذا النظام الأساسي اختصاص النظر في الجرائم التالية (جرائم الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب، جريمة العدوان).

150المزيد من التفاصيل، انظر رشا فاروق أيوب، الاختصاص الجنائي العالمي، دار النهضة العربية، 2017 ص 148 وما بعدها.

151تنص الاتفاقية على تعاون أمني بين دول الخليج للدول العربية مثل تسليم المتهمين والمحكومين وبيانات المبعدين وأصحاب السوابق وتبادل الخبرات وتقديم الدعم والمساندة للدول الأطراف المواجهةللاضطرابات الأمنية والكوارث، لمزيد من التفاصيل راجع موقع الأمانة العامة لدول مجلس التعاون، تمت زيارة الموقع في 2018/7/10م WWW.gcc-sg.org.

152 صباح لطفي الكربولي، المعاهدات الدولية – إلزامية تنفيذها في الفقخ الإسلامي والقانون الدولي، دار دجلة، الأردن، الطبعة الأولى، 2011، ص 104.

153 القاعدة رقم 133 الطعن رقم 116 لعام 2013 جلسة 2014/3/17م مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز سنة 2005 الجزء الثاني في المواد الجنائية المكتب الفني – محكمة التمييز مملكة البحرين صفحة (165).

التي لم تنضم إليها الكويت أصلاً، على أن المياه الإقليمية تمتد (12) ميلاً من الساحل و(3) أميال من الجزر، في حين أنه تم القبض عليه بعد 6 أميال من إحدى الجزر الكويتية، وبذلك يكون الضبط قد تم في المياه الدولية، بمعنى عدم اختصاص القضاء الكويتي بالجريمة، إلا أن المحكمة رفضت الدفع وطبقت مرسوم تحديد المياه الإقليمية الكويتية المخالف لأحكام الاتفاقية[154].

وفي حكم آخر تناولت محكمة التمييز الكويتية اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب، والتي انضمت إليها الكويت، وتهدف هذه الاتفاقية إلى حماية المدنيين الموجودين على إقليم محتل من التصرفات غير المشروعة التي تلجأ إليها دولة الاحتلال، ومنها إلغاء القانون الجزائي في الدولة المحتلة، فقد دفع المتهم بعدم سريان قانون الجزاء خلال فترة احتلال الكويت من قبل القوات العراقية، واعتبرت المحكمة هذا الطعن (لا يجدي الطاعن التمسك بحكم المادة (74) من الاتفاقية سالفة الذكر للقول بعدم سريان قانون الجزاء إبان فترة الاحتلال توصلاً إلى عدم مساءلته عما أسند إليه من جرائم أرتكبها خلال هذه الفترة ضد دولة الكويت ونظامها الشرعي).[155]

ومن أجل مواءمة التشريع الوطني مع أحكام القانون الدولي الإنساني، كمثال، يملك المشرع عدة خيارات، منها تجريم عام في القانون الوطني مع الإشارة إلى القانون الدولي الإنساني مع تحديد مجموعة من العقوبات للتطبيق، أو وضع تعريف منفصل في التشريع الوطني للسلوكيات التي تشكل الجريمة[156].

ويتضح جلياً من الأحكام القضائية السابقة أن القضاء الجنائي يعطي للمعاهدة قيمة مختلفة بإختلاف نوع المعاهدة، فالمعاهدة الجنائية الإجرائية غالباً ما تكون معاهدة قابلة للنفاذ المباشر، مثل اتفاقيات نقل وتسليم النزلاء والمتهمين، فهي اتفاقيات تطبق مباشرة من الأجهزة التنفيذية دون الحاجة لتعديل أو إصدار قانون خاص غير قانون التصديق على الاتفاقية، أما المعاهدات الجنائية الموضوعية فلا يمكن تطبيقها على النطاق الوطني ما لم تكن تلك المعاهدة قد نصت على عقوبات واضحة ونصت على أن تعدل القوانين الجزائية الوطنية، سواء بالحذف أو التعديل أو الإضافة.

الفرع الثالث: مرتبة المعاهدة الدولية في القضاء الإداري

وفي القضاء الإداري تراوحت الأحكام في إعطاء المعاهدة قيمة قانونية مختلفة في كل حكم، فقد قضت محكمة التمييز البحرينية في نزاع بشأن لائحة

---

[154] طعن رقم (167) لسنة 86 جلسة 1986/2/1 محكمة التمييز الكويتية، مشار إليه لدى ثقل العجمي، قواعد القانون الدولي الوطني الكويت نموذجاً، مجلة حقوق كلية الحقوق، المجلد 35، العدد 1، سنة 2011 ص105.

155 الطعن رقم 196 لعام 2001 جلسة 2001/3/13 مشار إليه لدى ثقل العجمي، مرجع صـ 106.

[156] شريف عتلم، تطبيق القانون الدولي الإنساني على الأصعدة الوطنية، مرجع سابق ص 300.

الانضباط المدرسي للمرحلتين الإعدادية والثانوية في وزارة التربية والتعليم، والذي بموجبه أصدرت وزارة التربية والتعليم قراراً بإلغاء نتائج طالب في الصف الأول الإعدادي وذلك بعد أن تم الاعتداء على عرضه من قبل أحد زملائه، وقد دفع وكيل الطالب أن لائحة الانضباط المدرسي والجزاء الموقع على الطالب يتعارض مع وثيقة حقوق الطفل الصادرة عن الأمم المتحدة والتي انضمت إليها البحرين[157]، فيما اعتبرت محكمة التمييز أن المواد 34 ، 39 التي تدعو إلى حماية الطفل من جميع أشكال الاستغلال والانتهاك الجنسي وإعادة الاندماج الاجتماعي لا تتعارض مع قرار وزارة التربية والتعليم رقم 2002/133 [158].

وفي حكم آخر، اعتبرت محكمة التمييز قانون الاتحاد الدولي للكرة الطائرة مجرد نظام إداري يخاطب أعضاء الاتحاد (ولا يعتبر من قبيل المعاهدات الدولية التي يكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها)[159]، ويأتي ذلك بعد أن تم شطب أحد المدربين وحرمانه من مرافقة الفرق نهائياً، والمحكمة الإدارية قد ألغت القرار لعدم تطابق لائحة المسابقات التي تتعلق أصلاً بجزاءات اللاعبين، فطعنت الجهة القائمة على المسابقات على الحكم ودفعت بعدم اختصاص محاكم البحرين طبقاً لنص المادة 12 من قانون الاتحاد الدولي للكرة الطائرة، الذي يمنع رفع شكوى إلى السلطات القضائية ضد أي قرار يخص أعضائه، وانتهت المحكمة إلى أن قانون الاتحاد الدولي لكرة الطائرة لا يعد معاهدة دولية وبالتالي لا يمكن لهذا القانون منازعة قانون المرافعات أو قانون السلطة القضائية.

وفي دعوى جمركية قضت محكمة التمييز واستناداً إلى الاتفاقية الاقتصادية الموحدة بين دول مجلس التعاون لدول الخليج العربي الموقعة بتاريخ 2001/12/31 والتي انضمت إليها البحرين وصدرت بالمرسوم بقانون رقم 7 لسنة 2002م[160]، واعتبرتها المحكمة قانوناً داخلياً واجب التطبيق.

ومن جهة أخرى، اعتبرت محكمة التمييز الكويتية أن اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة التي انضمت إليها دولة الكويت (لا يجعل أياً منهما قانوناً قابلاً للتطبيق بذاته وإنما مجرد دعوة للمشرع لمراعاة أحكامهما فيما يصدر

---

157 انضمت البحرين للوثيقة بموجب المرسوم بقانون رقم 16 لسنة 1999.

158 القاعدة رقم 86 الطعن رقم 729 لسنة 2010 جلسة 2011/5/2 محكمة التمييز مملكة البحرين، موقع مجلس القضاء الأعلى.

159القاعدة رقم 43، طعن رقم 355 لسنة 2010 جلسة 2012/2/20 محكمة التمييز، مملكة البحرين، موقع مجلس القضاء الأعلى.

160القاعدة رقم 107 الطعن رقم 383 لسنة 2007 جلسة 2008/4/28 محكمة التمييز – البحرين – مجلس القضاء الأعلى، وقد قررت المحكمة أنه نتيجة لقيام اتحاد جمركي بين دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية فإن تحصيل الرسوم الجمركية الموحدة عما يدخل هذه الدول من بضائع في أول نقطة دخول، وبالتالي إذا دخلت مركبة إلى السعودية، وبالتالي هي التي تقيم تلك البضاعة وتستوفي الرسوم الجمركية، حتى وإن تم تقيم المركبة في جمارك البحرين على أساس قيمة مختلفة.

عنه من تشريع في هذا الخصوص)[161] وذلك بعد دفع من قبل إحدى السيدات بعدم صحة تطبيق قوانين الرعاية السكنية التي لا تساوي بين الرجل والمرأة في التمتع بحق الرعاية السكنية.

وفي حكم آخر، اعتبرت المحكمة أن العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمصادقة عليها من قبل دولة الكويت، وعلى الأخص في التزام الأطراف بمنح الفرد الحق في التمتع بشروط عمل صالحة وعادلة وأجور عادلة متساوية (لا يعدو أن يكون دعوة للقيام بعمل منسق لضمان المساواة وعدم التمييز)[162] ولا يعني ذلك إخلال الكويت بالتزاماتها الدولية، فقد صدر حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة المتعلقة بمنح بدل سكن للإناث إلا إذا كنّ متزوجات وفي ذلك عدم مساواة في قواعد إسكان أعضاء الإدارة العامة للتحقيقات بوزارة الداخلية[163].

كما اعتبرت المحكمة (أن انضمام الكويت إلى اتفاقية منظمة التجارة العالمية (الجات) بالقانون رقم 81 لسنة 1995 وإلى اتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية بالقانون رقم 1998/2 والتي تضمنت أحكامها إضفاء حماية دولية للعلامات التجارية المسجلة في إحدى الدول الأعضاء تمتد إلى خارج حدود موطنها، مؤداه أن أحكام الاتفاقيتين تجري مجرى التشريعات التي يلتزم بأعمال القواعد الواردة بها)[164]، ونقضت المحكمة الحكم تمهيدا لإلغاء القرار الإداري الذي رفض اعتراض التاجر بشأن اعتداء على علامة تجارية مسجلة في سنغافورا واليونان وإيطاليا.

الفرع الرابع: مرتبة المعاهدة الدولية في القضاء المدني

لا يجد القضاء المدني صعوبة في تطبيق المعاهدة الدولية لجملة أسباب؛ أهمها أن المعاهدات الدولية التي يختص القاضي المدني بتطبيقها هي في الغالب من فئة المعاهدات الدولية ذات النفاذ المباشر، فعلى سبيل المثال اتفاقية "فيينا للعلاقات الدبلوماسية" التي انضمت إليها البحرين[165]، هي معاهدة قابلة للنفاذ المباشر، وقد

161حكم محكمة التمييز الكويتية طعن رقم 2000/295إداري صادر بجلسة 2000/12/4س 28 -2ج ص 195 مشار إليه لدى ثقل العجمي مرجع سابق ص188.

162حكم محكمة التمييز، الطعن 2006/201 اداري جلسة 2008/3/25م والطعن 2008/14 جلسة 2009/3/17 مشار إليه لدى ثقل العجمي، مرجع سابق صـ118.

163لمزيد من التفاصيل، انظر حكم المحكمة الدستورية الدعوى رقم 2 لسنة 2015 دستوري جلسة 2015/12/9 والحكم الصادر في جلسة 2007/9/23 وفحوى الحكم بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة الثانية والفقرة الخامسة من المادة الثالثة من قرار مجلس الوزراء رقم 142 لسنة 1992 بشأن إسكان القضاة وأعضاء النيابة وإدارة الفتوى والتشريع، وصدر الحكم بعدم دستورية الفقرة 5 من المادة الثالثة فيما تضمنته من إسقاط أحقية الإناث غير المتزوجات في الاستفادة من الحكم الوارد بالمادة الثانية من قرار مجلس الوزراء، راجع الدعوى 5 لسنة 2008 جلسة 2008/5/28 المحكمة الدستورية بدولة الكويت.

164 القاعدة رقم 33 الطعن رقم 401 لسنة 2010 جلسة 2012/6/20 محكمة التمييز الكويتية الدائرة الإدارية.

165 انضمت البحرين لاتفاقية "فيينا" الموقعة في 1961/04/18م وذلك بالمرسوم الأميري رقم (6) لسنة 1971م مع وجود تحفظين عليها.

قضت محكمة التمييز البحرينية بأن (المبعوثين الدبلوماسيين المعتمدين لديها يتمتعون بالحصانة القضائية التي تمنع خضوعهم لقضائها الإقليمي ما لم تتنازل دولتهم عن حصانتهم تنازلاً صريحاً وكانت هذه الحصانة تشمل القضاء المدني وتغطي كافة أعمال المبعوث الدبلوماسي، إلا أن تكون متعلقة بنشاط مهني أو تجاري يمارسه خارج وظائفه الرسمية، لما كان ذلك، وكان استئجار المطعون ضده بيتاً لسكن أحد موظفيها لا يدخل ضمن هذا النشاط المستثنى من أحكام الاتفاقية، كما أن الاتفاق في عقد الإيجار على أن يتحمل المصاريف القضائية الطرف الذي يخل بالتزاماته لا يعتبر تنازلاً صريحاً من دولتهم عن الحصانة المقررة لمبعوثيها)[166]، وجاء في حيثيات حكم آخر (من المقرر طبقاً لأحكام اتفاقية فيينا للعلاقات الدبوماسية التي استند إليها الحكم المطعون فيه والتي انضمت إليها دولة البحرين بالمرسوم الأميري رقم 6 لسنة 1971 أن المبعوثين الدبلوماسيين المعتمدين لديها يتمتعون بالحصانة القضائية التي تمنع خضوعهم لقضائها الإقليمي مالم تتنازل دولتهم عن حصانتهم تنازلاً صريحاً وكان الاتفاق في عقد الإيجار المبرم بين الطرفين على أن يتحمل المصاريف القضائية الطرف الذي يخل بالتزاماته لا يعتبر تنازلاً صريحاً من دولة الفلبين عن الحصانة المقررة لمبعوثيها)[167].

والسبب الآخر الذي يساهم في سهولة تطبيق المعاهدات الدولية في القضاء المدني هو وجود نص بالقوانين الوطنية بموجبه تتم الإحالة إلى تطبيق نصوص الاتفاقية، مثل اتفاقية "وارسو" والبروتوكولات المكملة للاتفاقية[168]، فقانون الطيران المدني[169]نص في المادة 4 على سريان أحكام الاتفاقيات الدولية للطيران المدني التي انضمت إليها البحرين والتي سوف تنضم إليها مستقبلاً جنباً إلى جنب مع نصوص القانون "الوطني" ((بما لا يتعارض مع أحكام هذه الاتفاقيات))[170].

وجاء من ضمن التعريفات الواردة في المادة الأولى من قانون الطيران على أن (اتفاقية شيكاغو) مصدر يحال إليه في نصوص قانون الطيران المدني، وقد جاء في المادة 95 من قانون الطيران على أن ((تطبيق أحكام اتفاقية توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي الموقعة في وارسو بتاريخ 1929/10/12 والاتفاقيات الأخرى

الأول: بشأن تفتيش الحقيبة الدبلوماسية في المادة 27 الفقرة 3.

الثاني: عدم الاعتراف بإسرائيل، انظر الجريدة الرسمية العدد 939 بتاريخ 1971/10/21.

166 القاعدة رقم 87، الطعن رقم 21 لسنة 1999، جلسة 1999/05/30 موقع المجلس الأعلى للقضاء البحريني.

167 القاعدة رقم 80، الطعن رقم 171 لسنة 2003 ، جلسة 2003/4/12 ، الأحكام الصادرة من محكمة التمييز السنة الخامسة عشرة، المكتب الفني، وزارة العدل، البحرين، ص 304 .

168 انضمت البحرين إلى اتفاقية وارسو الخاصة بتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي الموقعة في مدينة وارسو في 1929/10/12 وبروتوكول لاهاي الموقع في المكسيك بتاريخ 1961/9/18 وبروتوكول غواتيمالا بتاريخ 1971/3/18 وصادقت البحرين بالمرسوم بقانون رقم 1 لسنة 1998 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 2302 بتاريخ 1998/1/7.

169 مرسوم بقانون رقم 6 لسنة 1995 منشور بالجريدة الرسمية العدد 2152 بتاريخ 1995/2/22.

170 راجع المادة 4 من قانون الطيران المدني.

المعدلة والمكملة لها المنضمة إليها الدولة على النقل الجوي الدولي والداخلي)) وذلك في تحديد المسؤولية التعاقدية للناقل الجوي.

وقد صدر العديد من الأحكام القضائية في منازعات التعويض، واعتبرت محكمة التمييز أن ((المشرع البحريني قد اتخذ من أحكام هذه الاتفاقيات تشريعاً داخلياً يسري على جميع أنواع النقل الجوي حتى لو لم يكن خاضعاً لأحكامها طبقاً لنصوصها إلا أنه لما كانت واقعة الدعوى حصلت قبل صدور هذا القانون فإنه لا يسري عليها))[171].

بمعنى أن المحكمة لم تطبق أحكام المعاهدة التي انضمت إليها البحرين في عام 1992[172] وإن كان هذا الانضمام - وبحسب ما تم الاطلاع عليه كان مشوباً بالبطلان وذلك لعدم نشر نص الاتفاقية- وهو ما يعني أن المحكمة لم تعترف بقواعد القانون الدولي العرفي، بدليل أنها في حكم آخر لم تطبق مدة السنتين المنصوص عليها في المادة 29 من اتفاقية وارسو[173] وإنما تم تطبيق الإعلان رقم 46 لسنة 1374 هجرية [174] وجاء في الحكم (أن مدة السنتين التي حددتها المادة 29 من اتفاقية وارسو الخاصة بتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي لرفع الدعوى الخاصة بدعاوى المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تنشأ في حالة وفاة الراكب أو إصابته بجروح أو بأي إصابات بدنية أخرى، وفي حال حدوث دمار أو ضياع أو تلف الأمتعة والبضائع أو التأخير في نقل الركاب أو الأمتعة أو البضائع بطريق الجو طبقاً لنص المواد 17 ، 18 ، 19 من تلك الاتفاقية، وإذا كانت دعوى المطعون ضده الأول خاصة بالمطالبة برد قيمة تذاكر اشتراها من الطاعنة فإنها من ثم تخرج عن هذا النطاق فلا تسري عليها مدة السقوط المنصوص عليها في المادة 29 سالفة الذكر، إنما تخضع للمدة المقررة لسماع الدعاوى بنص الإعلان 1374/46 وهي عشر سنوات)[175].

في حين أن محكمة الاستئناف - أعلى جهة قضائية آنذاك- طبقت أحكام معاهدة بروكسل قبل انضمام البحرين إلى المعاهدة، وجاء في حيثيات الحكم (... واذا كانت

---

171 القاعدة 136 الطعن رقم 88 لسنة 1996 جلسة تاريخ 1996/12/8، محكمة التمييز، موقع المجلس الأعلى للقضاء البحريني.

172 انضمت البحرين إلى البروتوكولات الإضافية من (1 – 4) المعدلة لاتفاقية توحيد بعض القواعد المتعلقة بالنقل الدولي عن طريق الجو الموقعة في وارسو في 1292/10/12، المرسوم بقانون رقم 1992/7/29، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2018 بتاريخ 1992/7/29 ولا يوجد مرفق للاتفاقية في هذا العدد، ثم صدر المرسوم بقانون رقم 1 لسنة 1998 وارفق نصوص الاتفاقية والبروتوكولات المكملة والمعدلة لها، تمت زيارة موقع هيئة التشريع والإفتاء القانوني في 2018/8/14 www.legalaffairs.gov.bh

173 تنص المادة 29 على أنه (يسقط الحق في التعويض إذا لم ترفع الدعوى خلال مدة السنتين، اعتبارا من تاريخ الوصول إلى المقصد النهائي أو من التاريخ الذي يتعين وصول الطائرة فيه، أو من التاريخ الذي توقفت فيه عملية النقل).

174 الإعلان بشأن المدة القانونية لسماع الدعاوى في المحاكم والمعاملات التجارية، ودين الغواصين، الذي لم يلغه القانون المدني الصادر بمرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2476 بتاريخ 2001/5/9 والذي ألغى قانون العقود لسنة 1969 وقانون المخالفات المدنية لسنة 1970 والمرسوم بقانون رقم 8 لسنة 1987 بتنظيم ملكية الطبقات والشقق.

175 القاعدة رقم 60، الطعن 20 لسنة 1998 جلسة 1998/4/12 محكمة التمييز، موقع المجلس الأعلى للقضاء البحريني.

البحرين لم تنضم إلى معاهدة بروكسل الدولية لسندات الشحن لسنة 1924 فإنه ليس (هنالك) ما يمنع من اقتباس أحكامها والنص عليها في عقد النقل باعتبارها شروط المتعاقدين أو النص في العقد على سريان أحكام المعاهدة عليه فيلزم تطبيق أحكامها لا باعتبارها اتفاقية دولية تلتزم أجهزة الدولة بها بل باعتبارها قانون المتعاقدين الواجب التطبيق نزولا على إرادتهما)[176] في حين أن ذات المحكمة رفضت تطبيق المدد الواردة في معاهدة بروكسل، وأوجبت المحكمة أن تكون المعاهدات (مقننة في احكام تشريعات دولة البحرين ... ولأن الأمر بالنسبة للمعاهدات الدولية لتصبح من قوانين الدولة ويجب على المحاكم تطبيقها أن تكون الدولة قد انضمت إلى هذه المعاهدات وصدر بأحكامها قانون محلي، أو قانون خاص يوجب التطبيق)[177] وطبقت المحكمة مدة العشر سنوات المنصوص عليها في إعلان 46 لسنة 1374 هـ.

وبعد أن صدر قانون الطيران المدني كقانون وطني، والذي نص على تطبيق اتفاقية وارسو، والتي اعتبرتها المحكمة (واجبة التطبيق على عقد النقل المبرم بين الطرفين سواء كان نقلاً دولياً طبقاً لنصوصها يخضع مباشرة لأحكامها أو كان غير ذلك فتنطبق عليه باعتبارها قانوناً داخلياً وفقاً لأحكام قانون الطيران المدني)[178]، وقد قضت المحكمة في حكم آخر أن (كل نقل دولي للأشخاص أو بضائع تقوم به طائرة مقابل أجر، يخضع لأحكام هذه الاتفاقية)[179]، وبذلك اعترفت المحكمة بالاتفاقية نتيجة لإحالة القانون الوطني على نصوص المعاهدة.

والسبب الأخير المدعم للسبب الأول هو أن غالبية المعاهدات الدولية المعروضة على القضاء المدني هي معاهدات إجرائية، سواء كانت معاهدة ثنائية بين البحرين ودولة أخرى أو معاهدة جماعية، والمعاهدات الدولية الاجرائية هي معاهدة قابلة للنفاذ المباشر.

فقد قضت محكمة التمييز بأن اتفاقية تنفيذ الأحكام والإنابات والإعلانات القضائية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي[180]بعد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية تصبح لها قوة القانون الداخلي[181]، وقضت محكمة التمييز البحرينية بصحة حكم الاستئناف الذي قضى بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها من محاكم إمارة ابوظبي، وبأن هذا الحكم الصادر (قد حاز حجية مانعة من معاودة النزاع

176حكم محكمة الاستئناف، دعوى رقم 1978/740 جلسة 1979/5/1 البحرين، منشور الحكم على شبكة الشرق القانونية، تمت الزيارة في 2018/9/2 .

177حكم محكمة الاستئناف، الدعوى رقم 1978/9538 الحكم الصادر بتاريخ 1976/11/14 منشور في شبكة قوانين الشرق، تمت الزيارة في 2018/9/1.

178 القاعدة رقم 10 الطعن رقم 129 لسنة 2002 جلسة تاريخ 2003/1/27، محكمة التمييز، موقع المجلس الأعلى للقضاء البحريني.

179 الطعن رقم 599 لسنة 2011 جلسة 2013/12/31.

180 الصادرة بالمرسوم بقانون رقم 6 لسنة 1996 المنشورة في الجريدة الرسمية العدد 2207 بتاريخ 1996/3/13.

181 القاعدة رقم 167 الطعن 211 لسنة 2008 جلسة 2008/6/30 محكمة التمييز البحرينية، موقع المجلس الأعلى للقضاء.

فيما فصل فيه ولو بأدلة قانونية أو واقعية جديدة)[182] غير أن الحكم استبعد تطبيق اتفاقية تنفيذ الأحكام[183] لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية رغم تعلقها بتنفيذ الأحكام وطبقت اتفاقية الرياض للتعاون القضائي[184].

كما قضت المحكمة في دعوى مدنية تتعلق بتنفيذ حكم قضائي بات صادراً عن المحاكم الجنائية في دولة الكويت في الجناية رقم 182 لسنة 1988 والاستئناف رقم 790 لسنة 1988 مع تأييد محكمة التمييز الكويتية عقوبة السجن ورد مبلغ ثلاثة ملايين دولار.

واستند الحكم إلى اتفاقية الرياض[185] للتعاون القضائي لعام 1983 ، وانتهى الحكم إلى أن اتفاقية الرياض في المادة 25/ب اعترفت بالأحكام الصادرة عن الدول الأطراف في القضايا المدنية والحقوق المدنية الصادرة عن محاكم جزائية والقضايا التجارية والإدارية وقضايا الأحوال الشخصية، والأحكام المعترف بها هي الحائزة لقوة الأمر المقضي به، واعتبرت المحكمة أن إلزام المطعون ضده الأول برد المبلغ (وهو عين ما قضى به الحكم الجزائي، وإنما هو في حقيقته طلب بتنفيذ ذلك الحكم، رفع بغير الطريق الذي أوجبه القانون لتنفيذ الأحكام الجزائية ومن ثم يتعين القضاء بعدم القبول) [186].

وأياً يكن الرأي فيما انتهت إليه محكمة التمييز، ومع تقدير الباحث لاجتهاد المحكمة ، إلا أنه من غير المقبول لدعوى مدنية بدأت في محاكم الكويت منذ عام 1990 (طعن 1990/54) وصدر حكم عن محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم 1995/49 تجاري اعتماداً على حكم جزائي في الجناية رقم 1988/182، ثم ترفع دعوى في البحرين (الدعوى 1998/491) لتنفيذ الحكم المدني، والمحكمة في 2004 أصدرت حكمها بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها (من محاكم الكويت) ثم يستأنف الطاعن بالطعن رقم 2004/41، وأخيراً صدر حكم التمييز في 2008/10/13 بعدم قبول الدعوى استنادا إلى أنها رفعت بغير الطريق القانوني أي بعد 20 عاماً، يعد أمرا غير مستساغ عقلا وقانونا، لأن طلب التنفيذ هو (رد المبلغ) وبحسب ما انتهت إليه محكمة التمييز هو طلب للتنفيذ الجنائي وليس التنفيذ المدني، وكان من المفترض (بحسب ما انتهت إليه المحكمة) أن يرفع الطلب بالطريق القانوني لتنفيذ الأحكام الجنائية، في حين أن عجز المادة 12 من قانون العقوبات التي استندت

---

182 القاعدة رقم 180، الطعن رقم 586 و590 لسنة 2007 بجلسة 2008/10/13 محكمة التمييز البحرينية، موقع المجلس الأعلى للقضاء.

183 صادقت البحرين على الاتفاقية بالمرسوم بقانون رقم 9 لسنة 1996 والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 2207 بتاريخ 1996/3/13.

184 صادقت البحرين على الاتفاقية بالمرسوم بقانون رقم 41 لسنة 1999 والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 2404 بتاريخ 1999/12/22.

185اتفاقية الرياض تم التوقيع عليها في 1983/4/6م وصادقت البحرين عليها بمرسوم بقانون رقم 41 لسنة 1999 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2404 بتاريخ 1999/12/22 صـ3 وما بعدها.

186القاعدة رقم 179، طعن 108 لسنة 2006 صادرة في الجلسة بتاريخ 2008/10/13.

إليها المحكمة تنص على أن تسمح في حال رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة بأن تكون صلاحية اعتماد الحكم من اختصاص هذه المحكمة.

وقد استندت محكمة التمييز في البحرين إلى قانون العقوبات (قانون وطني) وبالتحديد المادة 12من قانون العقوبات[187] التي تنص على أنه (يجوز الاستناد إلى الأحكام الجنائية الصادرة عن المحاكم الأجنبية العادية في جرائم منصوص عليها في هذا القانون وقعت في الخارج وذلك:

أ. لتنفيذ العقوبات الفرعية متى كانت متفقة مع أحكام هذا القانون ولإجراء الرد والتعويض وغير ذلك من الآثار المدنية.
ب. لتوقيع العقوبات الفرعية المنصوص عليها في هذا القانون أو الحكم بالرد والتعويض.
ج. لتطبيق أحكام هذا القانون فيما يتعلق بالعود وتعدد الجرائم والإفراج تحت الشرط.

ويجب للاستناد إلى حكم أجنبي التثبت من صحته واعتماده من المحكمة المختصة بنوع الجريمة المقضي فيها، ومع ذلك إذا رفعت الدعوى واستند فيها إلى الحكم الأجنبي فيكون اعتماده من اختصاص المحكمة التي تنظر أمامها الدعوى)[188].

أضف إلى ذلك ما ورد في الباب السادس في اتفاقية الرياض بشأن تسليم المتهمين والمحكوم عليهم، الذي يتبين منه أنه يجوز التسليم حتى وإن كان المحكوم في هذه القضية مواطناً بحرينياً، فيجوز تسليم المواطنين إذا ما تم تقديم طلب من الكويت مصحوباً بالوثائق، فقد نصت المادة 38 من اتفاقية الرياض على أنه (يتعهد كل طرف من الأطراف المتعاقدة أن يسلم الأشخاص الموجودين لديه الموجه إليهم اتهام من الجهات المختصة أو المحكوم عليهم من الهيئات القضائية لدى أي من الأطراف المتعاقدة الأخرى وذلك وفقاً للقواعد والشروط الواردة في هذا الباب). وورد في المادة 40/ج من الاتفاقية أن التسليم يكون واجباً في حال حكم عليه بعقوبة سالبة للحرية مدة سنة أو بعقوبة أشد صادرة من الدولة طالبة التسليم ومعاقب عليها في قانون المطلوب إليه التسليم.

---

[187]المرسوم بقانون رقم 15 لسنة 1967 بإصدار قانون العقوبات المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1170 بتاريخ 1967/4/8.

[188]نص المادة 12 من قانون العقوبات البحريني.

وفي هذه الحالة لا يمكن تطبيق اتفاقية نقل المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية بين دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية[189]، لأن المادة الثانية من الاتفاقية تنص على أن تتبادل الدول الأطراف نقل المحكوم عليهم وهم محبوسون[190].

أما الاتفاقيات الثنائية، مثل اتفاقية التعاون القضائي والقانوني بين البحرين وسوريا والتي صادقت عليها البحرين[191]، فقد أصدرت محكمة التمييز حكماً يرفض تسليم البنت لأبيها بعد أن أسقطت حضانة الأم من المحاكم الشرعية (محكمة البوكمال) في سوريا وطلب تنفيذ الحكم في البحرين.

وقد قامت المحكمة بتطبيق الاتفاقية الثنائية واستبعاد اتفاقية الرياض تأسيساً على أن المادة 255 من قانون المرافعات وما سبقها من مواد متعلقة بتنفيذ الأحكام الصادرة عن بلد أجنبي بما لا يخل بأحكام المعاهدات الدولية في هذا الشأن، وبالتالي فإن الاتفاقية الثنائية ((واجبة التطبيق دون غيرها فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكم إحدى الدولتين في الدولة الأخرى))[192].

وأضافت المحكمة (وكان من المقرر وفقاً لأحكام قانون الأسرة المعمول به في مملكة البحرين استمرار حضانة الأم للأنثى حتى زواجها والدخول بها، ويعتبر ذلك من الأمور المتعلقة بالنظام العام، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بإسباغ الصيغة التنفيذية على الحكم الصادر من إحدى المحاكم السورية بانتهاء حضانة أبنتي الطاعنة لبلوغهما سن الخامس عشرة يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يعيبه ويوجب نقضه)[193].

ومن جهة أخرى، تُعرض على محكمة التمييز العديد من النزاعات في مسألة التأمين الإجباري والحوادث التي تتعرض لها المركبات البحرينية خارج البحرين، فقد قضت المحكمة بأن وفاة سائق المركبة المتسببة في الحادث مستثنى من التعويض هو والأصول والفروع والزوج، ورفضت المحكمة الحكم بالتعويض لأن (السيارة المتسببة في الحادث سيارة خاصة وأن مورث الطاعنين أحد ركابها ومن ثم فإن

189الموقعة في مايو 2006 والتي صادقت عليها البحرين بقانون رقم 4 لسنة 2008 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2835 بتاريخ 2008/03/20.

190 لا يمكن الجزم بأن محكمة التمييز طبقت القانون الوطني عند تعارضه مع المعاهدة الدولية، لأن اجتهاد المحكمة كان يعتمد على مظنة قصور في الاتفاقية من جانب تنفيذ الأحكام الجنائية بدليل أنها اعتمدت على نص المادة 25 بالاعتراف للأحكام المدنية ولم تشر بطبيعة الحال إلى الأحكام الجنائية، والتي افردت لها الاتفاقية باباً خاصا، وبعد افتراضه القصور في نصوص المعاهدة، استندت إلى القانون الوطني – وهذا رأي للباحث-انتهت إلى نتيجة مظنها أنها غير دقيقة.

191 اتفاقية التعاون القضائي والقانوني في المواد المدنية والتجارية والجزائية والأحوال الشخصية وتسليم المجرمين وتصفية التركات، تم التوقيع عليها في 2001/4/30 وصادقت عليها البحرين بموجب المرسوم بقانون رقم 30 لسنة 2001 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2497 بتاريخ 2001/10/3

192 القاعدة رقم 8 الطعن 611 لسنة 2009 بجلسة 2011/1/10 -محكمة التمييز، موقع مجلس القضاء الأعلى البحريني.

193 المرجع السابق، ويلاحظ على الحكم استبعاده نص الاتفاقية وتطبيق القانون الوطني فيما اعتبره مخالفاً للنظام العام في البحرين.

التأمين الإجباري على السيارة لا يغطي المسؤولية عن وفاته))[194] إعمالاً لاتفاقية بطاقة التأمين الموحدة عن سير السيارات عبر الدول العربية[195] والتي بموجبها تم التأمين على السيارة البحرينية والتي تعرضت لحادث مروري في الأردن، وقد تم اعتماد وثيقة التأمين في البحرين[196]، بناءً على اتفاقية بطاقة التأمين الموحد[197] التي نصت المادة 2 على أن تغطي وثيقة التأمين المسؤولية المدنية الناشئة عن الأضرار الجسمانية والمادية من حوادث المركبات، إذا وقعت في البحرين، ويشمل التزام شركة التأمين بالتعويض عن وفاة أي شخص أو عن أي أصابه جسدية لأي شخص وكذلك الأضرار المادية الناشئة عن الحادث.

ولم يرد في القانون استثناء السائق المتسبب في الحادث وزوجه وفروعه وأصوله من التعويض، حتى صدر التعديل على المادة الثانية من قانون التأمين الاجباري الذي أوجد هذا الاستثناء[198].

وفي قضاء الكويت اعتبرت محكمة التمييز أن (اتفاقية منظمة التجارة العالمية وأيضا اتفاقية الملكية الفكرية من الاتفاقيات التي تندرج في معاهدات التجارة والمعاهدات التي تمس حقوق المواطنين العامة والخاصة كما تتضمن تعديلا لقوانين الكويت، ويجب لنفاذها أن تصدر بقانون، ولا يعمل بها إلا بعد نشرها في الجريدة الرسمية)[199]، واعتبرت المحكمة أن المعاهدة قد تنسخ القانون الوطني باعتبار أن اللاحق ينسخ القانون السابق، ولم تعط المحكمة للمعاهدة علواً على القوانين بل اعتبرته (قانوناً لا يطبق على واقعة النزاع لعدم سريان أحكامه على الماضي).

---

[194] القاعدة رقم 184، الطعن رقم 18 لسنة 2006 بجلسة 2006/05/29 محكمة التمييز، موقع مجلس القضاء الأعلى البحريني.

[195] تم توقيع الاتفاقية في تونس في 1975/04/26 وصادقت عليها البحرين بموجب المرسوم رقم 8 لسنة 1985 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1661 بتاريخ 1985/09/19.

[196] يرجع تاريخ التأمين على المركبات منذ مرسوم التأمين على الغير للمركبات الميكانيكية لسنة 1945 ثم تم إلغاء المرسوم بإعلان قانون السيارات (التأمين على الطرف الثالث) لعام 1957 الذي ألغي بمرسوم بقانون رقم 3 لسنة 1987 في شأن التأمين الإجباري عن المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المركبات المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1734 بتاريخ 1987/02/19.

[197] المادة 3 من قانون التأمين الإجباري.

[198] تم تعديل القانون بمرسوم بقانون رقم 7 لسنة 1996 ونشر في الجريدة الرسمية العدد 2206 بتاريخ 1996/03/06، وقد حكم بعدم دستورية هذا النص على مرحلتين، فقد صدر حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية استثناء زوج المتسبب في الحادث وأولاده القصر من الحق في التعويض، انظر الدعوى الدستورية رقم د/7/3 لسنة 5 قضائية، جلسة 2009/05/25 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2898 بتاريخ 2009/07/04 ، ثم صدر حكم بعدم دستورية ذات النص فيما تضمنه من استثناء مالك المركبة وزوجته وأولاده القصر في التعويض، إذا كان يستخدم سائقاً خاصاً للمركبة، وكان السائق هو المتسبب في الحادث، انظر الدعوى الدستورية رقم ح/1/2013 لسنة 11 قضائية، جلسة 2013/11/27 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 3133 بتاريخ 2013/12/05، وما يهمنا في تلكم الأحكام تناولها المعاهدات الدولية فقد اعتبرت المحكمة الدستورية أن اتفاقية التأمين الموحدة بعد التصديق عليها ونشرها (تكون لها قوة القانون).

[199] القاعدة 33 الطعن رقم 1997/18 تجاري، جلسة 2006/3/15 محكمة التمييز الدائرة التجارية، منشور على شبكة قوانين الشرق، تمت الزيارة في 2018/8/31.

وقضت المحكمة بأن انضمام دولة الكويت إلى الاتفاقية الاقتصادية بين دول مجلس التعاون الخليجي خصصت العموم في قانون التجارة، فقانون التجارة منع الأجنبي من مزاولة التجارة داخل الكويت إلا مع شريك كويتي يمتلك 51% من مجموع رأس المال، في حين أن الاتفاقية الاقتصادية تسمح لمواطني دول المجلس بمزاولة جميع الأنشطة التجارية (وبالتالي لا يسري عليهم الحظر الوارد بالمادة 23 من قانون التجارة الكويتي ويضحى العقد المبرم بين الطاعن والمطعون ضدها بمنأى عن البطلان، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى ببطلان هذا العقد على سند من أن الطاعن أجنبي ولا يجوز له الاتجار بمفرده بالكويت فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب تمييزه دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن)[200].

وهو ما ذهبت إليه محكمة التمييز في البحرين، إذ اعتبرت اتفاقية تنفيذ الأحكام بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية والتي صادقت عليها البحرين بالمرسوم بقانون رقم 9 لسنة 1996، اعتبرتها المحكمة قيداً على النص العام، ولم تلغ نصوص قانون المرافعات بل قيدت العام، فقد نصت الاتفاقية (على أن يكون الحكم الصادر من محاكم إحدى هذه الدول قابلا للتنفيذ في أي منها متى كان قابلا للتنفيذ في دولة المحكمة التي أصدرته، وتخضع الإجراءات الخاصة بتنفيذه لقانون الدولة المطلوب إليها التنفيذ وأن تقتصر مهمة الجهة القضائية لدى الدولة على التحقق ما إذا كان الحكم قد توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في الاتفاقية. وتأمر تلك الجهة باتخاذ التدابير اللازمة لتسبغ على الحكم القوة التنفيذية، كما لو أنه صدر من الدولة ذاتها. مما مفاده أن الاحكام الصادرة من محاكم أي دولة عضو في مجلس التعاون يجرى تنفيذها في دولة البحرين كما لو كانت صادره من محاكمها استثناء مما نصت عليه المادة 252 من قانون المرافعات بخصوص تنفيذ الاحكام الصادرة في بلد أجنبي ...)[201]، كما اعتبرت محكمة التمييز الكويتية انضمام الكويت إلى اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ المحكمين والصادرة بالمرسوم بقانون رقم 10 لسنة 1978 يجعل أحكام (الاتفاقية قانونا خاصا من المتعين إعماله دون القانون العام)[202].

وقضت بانطباق قواعد معاهدة مونتريال لتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي التي وقعت عليها الكويت وتم نشرها في الجريدة الرسمية[203]، وقضت أيضاً

---

200 القاعدة 14 الطعن رقم 2007/328 تجاري جلسة 2008/10/23 محكمة التمييز الدائرة التجارية، منشور على شبكة قوانين الشرق، تمت زيارته في 2018/8/31.

201 القاعدة رقم 130، الطعن رقم 93 لسنة 1998 جلسة 1998/7/28 محكمة التمييز في مملكة البحرين، منشور في شبكة قوانين الشرق، تمت زيارته في 2018/9/1.

202 الطعن رقم 62 لسنة 1980 جلسة 1980/5/27 محكمة التمييز بدولة الكويت، منشور لدى شبكة قوانين الشرق، تمت زيارته في 2018/9/1.

203 الطعن رقم 1744 لسنة 2014 تجاري جلسة 2017/4/12 محكمة التمييز الكويتية، الدائرة التجارية، منشور على مركز تصنيف الأحكام القضائية، جامعة الكويت، تمت الزيارة في 2018/10/16 على الوصلة ccda.kuniv.kw.

بأن (الاتفاقية تسري مجرى التشريعات الداخلية ويلتزم القاضي بأعمال القواعد التي وردت بها ...) وذلك في نزاع على علامة تجارية[204].

وقضت أيضاً في نزاع بين شركة نقل وشركة تأمين[205]، وذلك بعد أن تم نقل البضائع من كوريا إلى الكويت وفي الرحلة تعرضت البضاعة للصدأ، ومحكمة الموضوع قضت بالتعويض إلا أن شركة النقل دفعت أمام محكمة التمييز بعدم اختصاص محاكم الكويت بنظر النزاع لاختصاص محكمة مقاطعة بازل في سويسرا، وذلك بموجب العقد المبرم بين الناقل وشركة التأمين.

ورفضت المحكمة هذا الدفع لأن تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي (طبقاً لقانون 5 لسنة 1961) الذي أسند إلى محاكم الكويت ولاية النظر في المسائل المدنية والتجارية حتى إذا كان هنالك عنصر أجنبي وقضت بذلك لأن (... أداء العدالة تباشرها الدولة في الحدود التي تحقق هذه المصلحة بواسطة قضائها والذي تراه دون غيره من أجنبي جديراً بتحقيق هذه الغاية فإن الاختصاص الدولي المعقود للمحاكم الكويتية يكون بهذه المثابة من النظام العام لارتباطه بسيادة الدولة وتبعا لذلك لا يجوز الاتفاق على تنحية القضاء الكويتي لصالح قضاء أجنبي ويقع باطلاً كل شرط من هذا القبيل)[206].

---

[204] يتلخص النزاع في أن وكيل سيارات (تويوتا ولكزس) رفع دعوى جنائية ومدنية ضد شركة تستخدم العلامة التجارية على محلاتها وإعلاناتها وعلى مركباتها دون ترخيص من وكيل تويوتا بالكويت، وقضت المحكمة بإزالة جميع تلك الإعلانات لأن اتفاقية (WTO) تقضي بأن صاحب العلامة التجارية له حق الاستئثار بالعلامة التجارية.

[205] قضية رقم 1716 لسنة 2014 تجاري، جلسة 2016/2/14 محكمة التمييز الكويتية، منشور على مركز تصنيف الأحكام القضائية، جامعة الكويت، تمت الزيارة في 2018/10/16 على الوصلة ccda.kuniv.kw

[206] دفع الطاعن بنص المادة 66 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر، ولم يتبين لنا عما كان انضمت الكويت للمعاهدة من عدمه، والجدير بالذكر أن المحكمة التفتت عن هذا الدفع ولم تشر إليه بل اشارت لمعاهدة بروكسل.

الفصل الثاني:

مشروعية المعاهدات الدولية في النظام القانوني البحريني

تمهيد:

في دولة القانون لابد أن تكون الأداة والغاية موافقتين للقانون والدستور، وكذلك المعاهدات الدولية، يجب لصحة نفادها أن تكون مراحل إبرامها حسب الأصول المتبعة في القانون الدولي، وأن تكون متوافقة مع القانون الوطني وإجراءاته، على أن تتناول في موضوعاتها ما لا يخالف بعض الأساسيات التي بنيت عليها الدول المتمدينة.

وفي هذا الفصل سأتناول مشروعية المعاهدة الدولية من الناحية الشكلية في المبحث الأول، وشروط مشروعية المعاهدات الدولية من حيث الموضوع في المبحث الثاني

المبحث الأول:

مشروعية المعاهدات الدولية من حيث الشكل

لا تتحقق قانونية المعاهدة بمشروعية موضوعها وفقا لقواعد القانون الدولي فحسب، فإلى جانب عدم إخلال المعاهدة بالأمن والسلم الدوليين، وعدم الإضرار بالإنسانية، والبراءة من التحيز ضد طائفة أو جنس، وتوافق المعاهدة مع ميثاق الأمم المتحدة والنظام العام الدولي[207]، فضلاً عن كل ذلك يلزم أن تستوفي المعاهدة الشروط الشكلية لمشروعية المعاهدة.

المطلب الأول:

الشروط الشكلية في مراحل إبرام المعاهدة

لا يوجد شكل معين للمفاوضة أو لأسلوب التفاوض، غير أن المفاوضة، تختص بها السلطة التنفيذية، ففي المعاهدات الثنائية تجري المفاوضات بالطرق الدبلوماسية، وتختص وزارة الخارجية ممثلة في مبعوثيها الدبلوماسيين بالقيام بتلك المهمة، أما المعاهدات الجماعية فتتولى المفاوضات هيئة مؤتمر تضم مبعوثي كل دولة[208] الذين يتم تفويضهم بأوراق تفويض[209] وهي (الوثيقة الصادرة من السلطة المختصة في الدولة والتي تعين شخصاً أو أشخاصاً لتمثيل الدولة في التفاوض، أو في قبول نص المعاهدة، أو في إضفاء الصيغة الرسمية عليه، أو في التعبير عن رضاها بمعاهدة أو في القيام بأي عمل آخر يتعلق بمعاهدات)[210].

---

207 محمد نصر محمد، الوافي في شرح المعاهدات الدولية، مرجع صفحة 36.

208 يوسف علون، مرجع سابق، صفحة 178.

209 محمد خالد برع، المعاهدات الدولية وآليات توصليها في القانون الوطني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأول 2017م صفحة 86.

210 المادة 2 الفقرة ج من اتفاقية فيينا للمعاهدات المنشورة على موقع جامعة مينسوتا http://hrlibrary.umn.edu/arabic/viennaLawTreatyCONV.html تمت الزيارة في 2018/9/13.

وفي حال التفاوض مع ممثل دولة غير مفوض، يصبح التصرف الصادر في تلك المفاوضات بلا أثر قانوني[211] فتاريخياً، لم يقبل تصرف شخص سويدي أثناء المفاوضة مع ممثل النرويج، كون السويدي لم يكن مفوضاً بالتوقيع من قبل دولته[212].

ووفقاً للمادة 9 من معاهدة فيينا لقانون المعاهدات فإن اعتماد النص المتفاوض عليه يتم عبر التصويت عليه، أو بتوافق آراء الدول المتفاوضة حوله[213].

ثم يأتي إجراء يتم فيه توثيق النص المتفق عليه، بواسطة التوقيع، على ما تم الاتفاق عليه من قبل المتفاوضين، سواء التوقيع الكامل أو بالأحرف الأولى، من قبل رؤساء الوفود في المعاهدات الجماعية، أو من قبل المتفاوضين في المعاهدات الثنائية، ويعتبر التوقيع توثيقاً للنص المتفق عليه، دون حاجة لختم الدولة[214].

وتختلف قيمة التصرفات باختلاف التوقيع، فعدم التوقيع نهائياً يختلف عن التوقيع بالأحرف الأولى[215]، ويختلف عند التوقيع بشرط الرجوع إلى الحكومة، إذ أن التوقيعين لا يشكلان قيمة قانونية كالتوقيع الكامل، وفي حين أن التوقيع المؤقت بنوعيه يحتاج لتوقيع رسمي[216].

---

[211] يوسف علوان، مرجع سابق صفحة 182.

[212] انظر حولية لجنة القانون الدولي المجلد الثاني 1966 صفحة 195 وتم قبول المفاوضة بموجب موافقة لاحقة من الدولتيين بالتصديق على المعاهدة.

[213] تنص المادة 9 من الاتفاقية على أن (1 - يتم اعتماد نص المعاهدة برضا جميع الدول المشتركة في صياغتها مع مراعاة الاستثناء الوارد في الفقرة (2) 2- يتم اعتماد نص المعاهدة في مؤتمر دولي بأغلبية ثلثي الدول الحاضرة والمصوتة، إلا إذا قررت بالأغلبية ذاتها إتباع قاعدة مغايرة.) للاطلاع على نص المعاهدة على الوصلة النافذة بتاريخ 2018/9/15
http://hrlibrary.umn.edu/arabic/viennaLawTreatyCONV.html

[214] يوسف علوان، مرجع سابق 187 .

[215] ولعل أبرز مثال هو معاهدة السلام الأردنية – الإسرائيلية التي وقعها بالأحرف الأولى رئيس وزراء الأردن عبدالسلام المجالي ورئيس وزراء إسرائيل إسحاق رابين في قصر الهاشمية بحضور ملك الأردن بتاريخ 1994/10/17 وتم التوقيع النهائي على المعاهدة في 1994/10/26 لاطلاع على نص المعاهدة على الوصلة http://www.palestine-studies.org/sites/default/files/mdf-articles/2966_0.pdf تمت الزيارة في 2018/9/15 .

[216] التوقيع المؤقت اسلوب يتبعه من يحتاج إلى موافقة البرلمان أو أن المندوب لا يملك وثيقة التفويض الكامل أو أن إبرام المعاهدة بحاجة لمنصب أعلى.

المطلب الثاني:

التصديق على المعاهدة الدولية

يعد التصديق – تاريخيا[217] - مجرد موافقة الأمير على عمل قام به المبعوث، وموافقة الأمير تعني إعطاء تلك التصرفات التي قام بها المبعوث شرعية وذلك عند الموافقة عليها، وتطورت الفكرة لتعتبر المبعوث وكيلا للأمير، وتصديق الأمير مجرد شكل يعطي تصرفات المبعوث الشرعية، ثم تطورت الفكرة وأصبح ممثل الدولة في حاجة لأوراق تفويض من أجل المفاوضة والتوقيع، وغدا القرار النهائي بيد رئيس الدولة للتصديق على الاتفاقية المبرمة.

الفرع الأول: مدى حرية الدولة في التصديق على المعاهدة الدولية

يعرف الفقه (التصديق) بأنه الإقرار النهائي لما تم الاتفاق عليه في الوثيقة التي وقعها ممثلو الدول الأطراف في المفاوضات[218] فالتصديق هو أن تتعهد (السلطة المختصة دستورياً بعقد المعاهدة بالالتزام بالمعاهدة وتنفيذها)[219] وهو إجراء تعلن الدولة بموجبه قبولها الالتزام بالمعاهدة[220]، وهو الإجراء الذي تقبل به الدول الاطراف الالتزام بصورة نهائية بأحكام المعاهدة وفقاً للإجراءات الدستورية في كل دولة[221]، وهو بلا شك التأكيد الرسمي على ارتضاء الالتزام بالمعاهدة التي تم التوقيع عليها[222].

إن السلطة التنفيذية تملك الحق في إبرام المعاهدة، والتفاوض عبر ممثلي الدولة، ومن ثم تفويضهم رسمياً للتوقيع، إلا أن لنفاذ المعاهدة الدولية، وبحسب ما تنص عليه الدساتير الوطنية، لابد من التصديق عليها من قبل السلطة التشريعية، أو من السلطة التنفيذية بالتوافق مع السلطة التشريعية، وذلك بحسب الأحوال، فإذا استجد أمر في البلاد أو قام البرلمان برفض المعاهدة[223] لأي سبب كان فلا يحق للمجتمع الدولي القول بأن اتفاقية فيينا جعلت للتوقيع قيمة قانونية مساوية للتصديق، إذ نصت الاتفاقية على أنه (يمكن التعبير عن رضا الدولة الالتزام بالمعاهدة بتوقيعها، أو بتبادل

---

217 حياة حسين، التصديق على المعاهدات الدولية، أطروحة دكتوراة، كلية حقوق جامعة الجزائر، 2016 ص 22 وما بعدها.

218 علي صادق أبو هيف، مرجع سابق صفحة 543.

219 يوسف علوان، مرجع سابق صفحة 192.

220 نجيب أبو زيد، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، دار الفكر والقانون، 2010 صفحة 38.

221 محمد سعيد الدقاق وآخرون، مرجع سابق ص 29.

222 صالح زيد صالح قصيله، دور القضاء الوطني في تطبيق المعاهدات والاتفاقيات الدولية، مجلة جامعة الملكة أروى، العدد السابع، يوليو- ديسمبر 2011 ص 162.

223 رفض البرلمان الفرنسي التصديق على معاهدة منع الاتجار بالرق العام 1841، كما رفض مجلس الشيوخ الأمريكي عام 1940 التصديق على معاهدة فرساي عام 1919 والتي وقع عليها الرئيس الأمريكي.

وثائق إنشائها، أو بالتصديق عليها، أو بالموافقة عليها، أو بقبولها، أو بالانضمام إليها، أو بأية وسيلة أخرى متفق عليها)[224]، أو اعتبرت حتمية التصديق في بعض الحالات[225].

فالغرض من التصديق هو منح أجهزة الدولة الفرصة للتأكد من الإجراءات التي قام بها ممثلها في المفاوضات، والتأكد من جهة القانون الداخلي بقبول التشريعات لإدماج المعاهدة الدولية فيها، ولضمان قيام أجهزة الدولة بتعديل أوضاعها بما يتوافق مع المعاهدة الدولية، وسواء كانت السلطة التنفيذية مشكلة من قبل الأغلبية البرلمانية أو أنها معينة من رئيس الدولة، فإن موافقة السلطة التشريعية على المعاهدة هو سياق ديمقراطي مهم لمرحلة إجرائية غاية في الأهمية[226]، ناهيك عن وجوب قيام الولايات المكونة للدول الاتحادية بتدابير تشريعية وقضائية وإدارية تمهيداً لسريان المعاهدة في الدولة الاتحادية، ولا يغيب عن البال أن التصديق هو مظهر من مظاهر التعاون والرقابة بين السلطات[227] كما نصت عليه الدساتير، وأن استحواذ السلطة المتفاوضة بالمفاوضة والتوقيع والتصديق هو إلغاء لذلك التعاون والرقابة بين السلطات.

وتتبين القيمة الحقيقية للتصديق في السماح والاعتراف بحق الدول في التحفظ على نصوص المعاهدات الدولية، ولذا يحق لها تحديد موعد التصديق، والقول بغير ذلك ينزع عن سلطات الدولة اختصاصها، ويركزه في يد شخص واحد هو ممثل الدولة في المفاوضات، أو الذي تم تفويضه في التوقيع، كما أنه يجعل التصديق إجراء

---

224 نص المادة 11 من اتفاقية فيينا لعام 1969.

225 تنص المادة 12 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 على أنه (1- تعبر الدولة عن رضاها الالتزام بالمعاهدة بتوقيعها من قبل ممثلها في إحدى الحالات الآتية:

(أ) إذا نصت المعاهدة على أن يكون للتوقيع هذا الأثر؛ أو

(ب) إذا ثبت بطريقة أخرى أن الدول المتفاوضة كانت قد اتفقت على أن يكون للتوقيع هذا الأثر؛ أو

(ج) إذا بدت نية الدولة المعنية في إعطاء التوقيع هذا الأثر من وثيقة التفويض الكامل الصادرة لممثلها أو عبرت الدولة عن مثل هذه النية أثناء المفاوضات.2- لأغراض الفقرة الأولى:

(أ) يشكل التوقيع بالأحرف الأولى على نص المعاهدة توقيعاً على المعاهدة إذا ثبت أن الدول المتفاوضة قد اتفقت على ذلك؛

(ب) يشكل التوقيع بشرط الرجوع إلى الحكومة من قبل ممثل الدولة توقيعاً كاملاً على المعاهدة إذا أجازت دولته ذلك).

226 نجيب أبو زيد، مرجع سابق صفحة 38.

227 علي يوسف شكري، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية - دراسة مقارنة في الدساتير العربية، كلية القانون، جامعة الكوفة، مركز دراسات الكوفة ، العدد السابع ، 2008 ص 20.

صورياً لا فائدة منه، ناهيك أصلا عن أن بعض المعاهدات تطلبت أصلا التصديق من قبل المنضمين للمعاهدة، فعلى سبيل المثال، نص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية[228] على أن (يخضع هذا العهد للتصديق. وتودع صكوك التصديق لدى الأمين العام للأمم المتحدة) كما ورد في العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ذات النص الذي يستوجب التصديق في المادة 26[229]، وأيضا اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل التي اعتمدتها الجمعية العامة في نوفمبر 1989 والتي نصت على أن (تخضع هذه الاتفاقية للتصديق. وتودع صكوك التصديق لدى الأمين العام للأمم المتحدة)[230].

وينتج عن حرية الدولة في التصديق على المعاهدة الدولية نتائج مهمة[231] أولها حرية الدولة في التصديق دون التقيد بوقت معين، فاتفاقية التأمين الموحد للدول العربية التي وقعت عليها البحرين في عام 1975[232] لم تصادق عليها البحرين إلا قبل افتتاح

---

228 تنص المادة 48 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على (1- هذا العهد متاح لتوقيع أية دولة عضو في الأمم المتحدة أو عضو في أية وكالة من وكالاتها المتخصصة، وأية دولة طرف في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وأية دولة أخرى دعتها الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى أن تصبح طرفا في هذا العهد.
2- يخضع هذا العهد للتصديق. وتودع صكوك التصديق لدى الأمين العام للأمم المتحدة.
3- يتاح الانضمام إلى هذا العهد لأية دولة من الدول المشار إليها في الفقرة 1 من هذه المادة.
4- يقع الانضمام بإيداع صك انضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة.
5- يخطر الأمين العام للأمم المتحدة جميع الدول التي وقعت هذا العهد أو انضمت إليه بإيداع كل صك من صكوك التصديق أو الانضمام.) وقد انضمت البحرين للعهد بالقانون رقم 56 لسنة 2006 والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 2752 بتاريخ 2006/8/16 مع إعلان البحرين 1- إن التزام مملكة البحرين بالمواد (3) و(18) و(23) من هذا العهد يكون في حدود أحكام المادة (2) والفقرة (ب) من المادة (5) من الدستور.

2- تفسير مملكة البحرين الفقرة (5) من المادة (9) من هذا العهد بأنها لا تخل بحقها في تحديد أسس وقواعد الحصول على التعويض المنصوص عليه في هذه الفقرة.

3- إن التزام مملكة البحرين بالفقرة (7) من المادة (14) من هذا العهد يكون في حدود أحكام المادة (10) من قانون العقوبات الصادر بالمرسوم بقانون رقم (15) لسنة 1976.

229 صادقت البحرين على العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بالقانون رقم 10 لسنة 2007 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2800 بتاريخ 2007/7/19 وقد أعلنت البحرين أن البحرين ملتزمة بالعهد وملتزمة بحقها في حظر الاضراب في المرافق الحيوية الهامة.

230 صادقت البحرين على اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل بالمرسوم بقانون 16 لسنة 1991 المنشورة في الجريدة الرسمية بتاريخ 1991/9/4.

231 يوسف علوان، مرجع سابق صفحة 195.

232 صادقت البحرين على اتفاقية البطاقة الموحدة عن سير السيارات في الدول العربية بالمرسوم رقم 8 لسنة 1985 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1661 بتاريخ 1985/9/19.

الجسر الذي يربط البحرين بالسعودية[233]، وفرنسا لم تصادق على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الموقعة في 1950 إلابعد عام 1974، وقد يبدو ذلك عاديً في المعاهدات الجماعية إلا أن الجزائر وقعت اتفاقية تعاون قضائي وتنفيذ أحكام مع الإمارات في عام 1983 ولم تصادق عليها إلا في 2007 [234].

كما ينتج عن حرية الدولة في التصديق، أن يتم التصديق بشكل مشروط، والمثال التقليدي على ذلك أشتراط فرنسا تعليق تبادل وثائق التصديق مع ليبيا في معاهدة الصداقة وحسن الجوار الموقعة في 1956 لحين قيام لبيبا بترسيم الحدود مع الجزائر[235]، وتظل للدولة مطلق الحرية في الامتناع عن التصديق على المعاهدة سواء كان الامتناع من قبل البرلمان أو من السلطة التنفيذية، وإن كان ذلك يؤثر سلباً على العلاقات الدولية في حال عدم التصديق، وتزداد الآثار سوءًا في المعاهدات الثنائية[236].

فقد رفضت فرنسا التصديق على اتفاقية العقاب على تجارة الرقيق لعدم موافقة البرلمان الفرنسي، كما رفض الكونغرس الأمريكي التصديق على معاهدة القضاء على تجارة الرقيق المبرمة مع بريطانيا، ورفض أيضاً التصديق على معاهدة تبادل المطلوبين مع بلجيكا، ولم يتم التصديق على معاهدة الحظر التام للتجارب النووية، وخلال 150 عاماً رفضت أمريكا التصديق على 200 معاهدة دولية من أصل 900[237].

---

233 تم الاتفاق ببين حكومة السعودية والبحرين على بناء جسر يربط البلدين وذلك في اتفاقية وقعت بين الطرفين في يوليو 1981 وصادقت عليها البحرين بالمرسوم بقانون رقم 21 لسنة 1981 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1455 بتاريخ 1981/10/1 ثم تم توقيع اتفاقية إنشاء مؤسسة عامة تدير الجسر في ديسمبر 1985 وصادقت البحرين على الاتفاقية بالمرسوم بقانون رقم 4 لسنة 1986 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1680 بتاريخ 1986/2/6.

234 حياة حسين، مرجع سابق ص 43.

235 انظر نجيب أبو زيد، مرجع سابق صفحة 41 ، ويوسف علوان ، مرجع سابق صفحة 195.

236 تم الاتفاق بين البحرين وقطر لإنشاء جسر يربط البلدين وذلك في الاتفاقية الموقعة بتاريخ 2006/6/11 بشأن انشاء جسر يربط بين البلدين، واتفاقية انشاء جسر البحرين - قطر وصادقت البحرين على الاتفاقية بالمرسوم بقانون رقم 79 لسنة 2006 والمرسوم بقانون رقم 80 لسنة 2006 المنشوران في الجريدة الرسمية العدد 2766 بتاريخ 2006/11/23 وتم إرسال نسخ من الاتفاقيتين لمنظمة الأمم المتحدة، ومع ذلك رفضت الحكومة القطرية، ودون توضيح الأسباب تنفيذ الاتفاق ، ولم نستطع الحصول على مصدر من مواقع الحكومة القطرية للاطلاع عما إذا كان قد تم التصديق من عدمه.

237 حياة حسين، مرجع سابق ص77.

الفرع الثاني: السلطة المختصة بالتصديق على المعاهدة الدولة

تختلف الدساتير في اسناد مهمة التصديق من دولة إلى أخرى، وذلك لاعتبارات ينظمهما القانون الوطني ولا يتدخل فيها القانون الدولي.

وتنظم الدساتير الوطنية اختصاصات السلطات في الدولة، ومن ضمن تلك الاختصاصات تنظم الدساتير السلطة المختصة بالتصديق على المعاهدات الدولية، سواء كانت السلطة التنفيذية، أو كان ذلك من اختصاص السلطة التشريعية، أو أن الاختصاص يكون مشتركاً بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، بحسب النصوص الدستورية، كما يأتي:-

أولاً: اختصاص السلطة التنفيذية

تنفرد السلطة التنفيذية في ظل الأنظمة الشمولية والدكتاتورية بسلطة التصديق على المعاهدات الدولية، سواء في ذلك الأنظمة الملكية، كدستور فرنسا 1852، واليابان الصادر في 1889، أو في الأنظمة الديكتاتورية، مثل دستور ايطاليا لعام 1922 وألمانيا 1933.

وقد كانت تلك النصوص مناسبة لتلك الحقبة الزمنية ولتلك الدول، ومع تطور الدساتير، تم إسناد اختصاص التصديق لسلطة أخرى غير تلك السلطة التي قامت – عبر ممثليها-بالمفاوضة والتوقيع على المعاهدة، وهي السلطة التشريعية.

ثانياً: اختصاص السلطة التشريعية

في الأنظمة البرلمانية تنفرد السلطة التشريعية بالتصديق على المعاهدة الدولية، كدستور تركيا 1924، ودستور الاتحاد السوفيتي 1997، والصين الشعبية[238] وبلغاريا، وهنغاريا، ورومانيا، ويوغسلافيا.

والسلطة التشريعية تقوم برقابة كاملة على نصوص المعاهدة، وبذلك تملك المصادقة من عدمه دون أن يكون للسلطة التنفيذية سلطة تذكر في هذا الشأن، إلا أن التعاون الدولي بحاجة لكثير من المرونة والتبسيط، فالمصادقة على المعاهدة الدولية عبر البرلمان قد تؤدي لتعطيل أو رفض بعض المعاهدات البسيطة أو الاتفاقات التنفيذية، أو تلك التي تحتاج لأمور فنية خاصة قد لا تتوفر لدى السلطة التشريعية،

---

238 تنص المادة 89 من دستور الصين الشعبية على صلاحية مجلس الدولة في إبرام المعاهدات وصلاحية رئيس الدولة في المادة 81 في ابطال المعاهدات والاتفاقيات الهامة،
http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=475310 تمت زيارة الموقع بتاريخ 2018/9/14

أو أنها لا تتناسب مع المجاذبات السياسية داخل البرلمان، فبعض المعاهدات الدولية يجب النأي بها بعيداً عن تلك التجاذبات السياسية.

وبذلك تطورت الدساتير لتعطي مجالاً أفضل وتعاوناً أكثر بين السلطات، وهذا ما تتجه إليه أغلب الدساتير في الوقت الحالي.

ثالثاً: اختصاص السلطتين التشريعية والتنفيذية

ثم تطور الحال في الأنظمة البرلمانية والرئاسية يتقاسم الاختصاص رئيس الدولة والبرلمان، إذ يملك رئيس الدولة التصديق بعد موافقة البرلمان، أو بعد الحصول على إذن بذلك، ثم تغيرت الدساتير بأن قصرت الحصول على إذن من السلطة التشريعية على بعض المعاهدات الدولية.

ففي انجلترا يكون اختصاص الملك بالتصديق على المعاهدات، ويجب أخذ موافقة البرلمان في حالة المعاهدات التي ترتب التزامات مالية على الحكومة، أو تؤثر على حقوق المواطنين[239]، وفي أمريكا يملك الرئيس التصديق على المعاهدات بعد موافقة ثلثي أعضاء مجلس الشيوخ الحاضرين[240]، وفي فرنسا فإن رئيس الجمهورية هو المختص بالتصديق على المعاهدات الدولية بعد موافقة البرلمان [241]، والمعاهدات المهمة لا تصدر إلا بقانون [242]، وهي معاهدات السلام، والمعاهدات التجارية، ومعاهدات التنظيم الدولي، والمعاهدات المتعلقة بإقليم فرنسا، والمعاهدات التي تحمل

---

[239] يوسف علوان مرجع، سابق صفحة 198

[240] تنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من دستور الولايات المتحدة لعام 1787 على أن (الرئيس هو القائد الأعلى لجيش وبحرية الولايات المتحدة، وللقوات الشعبية في مختلف الولايات عندما يتم استدعاؤها لأداء الخدمة الفعلية لدى الولايات المتحدة. وله أن يطلب رأيا خطيا من المسؤول الرئيسي في كل من الوزارات التنفيذية حول أي موضوع يتعلق بمهام وزارة كل منهم، كما تكون له سلطة إرجاء تنفيذ الأحكام، ومنح العفو عن جرائم ترتكب ضد الولايات المتحدة، ما عدا في حالات تهم المسؤولين.

تكون له السلطة، بمشورة مجلس الشيوخ وموافقته، لعقد معاهدات، شرط أن يوافق عليها ثلثا عدد أعضاء المجلس الحاضرين، كما له أن يرشح، وبمشورة مجلس الشيوخ وموافقته، أن يعين، سفراء ووزراء مفوضين آخرين وقناصل وقضاة للمحكمة العليا وسائر موظفي الولايات المتحدة الآخرين، الذين لا ينص هذا الدستور على أحكام تعيينهم والتي سيتم استحداثها بقانون. ولكن يمكن للكونغرس حسبما يرى أن ينيط بواسطة قانون بالرئيس وحده أو بالمحاكم أو بالوزراء تعيين الموظفين الأدنى رتبة.

للرئيس سلطة ملء جميع المناصب الشاغرة التي قد تصبح شاغرة أثناء عطلة مجلس الشيوخ. وذلك عن طريق منح تفويضات ينتهي أجلها بنهاية الدورة التالية للمجلس.) للاطلاع على نص الدستور على الوصلة النافذة بتاريخ 2018/9/15

https://www.constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992.pdf?lang=ar

[241] عوض عبدالجليل الترساوي، المعاهدات الدولية أمام القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، صفحة 48.

[242] المادة 53 من دستور الجمهورية الخامسة.

الحكومة أعباء مالية[243]، وفي البحرين والكويت ومصر يختص الملك أو الأمير أو رئيس الجمهورية بالتصديق على المعاهدات، فإذا كانت معاهدات سلام أو تحالف، أو معاهدات متعلقة بإقليم الدولة، أو ثرواتها الطبيعية، أو بسيادة الوطن، أو أنها تتعلق بحقوق المواطنين الخاصة والعامة، أو أنها تحمل خزينة الدولة نفقات، أو تتضمن تعديلاً على القوانين الوطنية، فلابد أن يصادق عليها البرلمان وأن تصدر بقانون.

الفرع الثالث: القيمة القانونية للمعاهدة الدولية التي صودق عليها بشكل معيب

إزاء تلك الاختصاصات الدستورية في كل دولة، قد يحدث أن تتجاوز سلطة ما على سلطة أخرى بشأن التصديق على المعاهدة، كأن تقوم السلطة التنفيذية بالتصديق على معاهدة دولية تتعلق بحقوق المواطنين الخاصة في دولة ينص دستورها على أن تتم المصادقة على المعاهدة بقانون، إلا أن رئيس الدولة صادق عليها وأصدرها بمرسوم.

ويطلق على ذلك التصديق (التصديق الناقص) وهو التصديق الذي لم يتبع فيه الإجراءات الدستورية أو لم تحترم فيه القواعد القانونية الوطنية، واختلف الفقه في مدى إلزامية تلك المعاهدات على أربعة آراء[244]:-

الاتجاه الأول: التصديق المعيب صحيح قانوناً:

يرى أصحاب هذ الاتجاه أن المتطلبات الدستورية الوطنية لا تؤثر على القانون الدولي وتظل الدولة ملتزمة بها دولياً، ولا يقبل منها الاحتجاج بذلك الخطأ للتحلل من المعاهدة الدولية، مع بقاء مسؤولية الجهة الوطنية التي تجاوزت حدود سلطاتها وذلك ضمن أسلوب المحاسبة الوطنية ولا يؤثر ذلك على نفاذ المعاهدة دولياُ.

ومتى ما وصلت وثيقة التصديق للدول المبرمة للمعاهدة وتم تبادلها أو تم تسجيلها في الأمانة العامة للأمم المتحدة تصبح المعاهدة ملزمة للدولة على الصعيد الدولي، وهذا هو اتجاه محكمة العدل الدولية في قضية اتفاقية المقر المبرمة بين أمريكا ومنظمة الأمم المتحدة، وقضية الرعايا البولنديين، وذلك بأنه لا يجوز للدولة التذرع بقانونها الوطني للتهرب من التزاماتها الدولية.

---

243 عوض الترساوي، مرجع سابق صفحة 48 ويوسف علوان مرجع سابق صفحة 189.

244 حياة حسين، التصديق على المعاهدات الدولية، مرجع سابق ص131، ومحمد خالد برع، مرجع سابق صفحة 98 ونجيب أبو زيد، مرجع سابق صفحة 44، ومحمد سامي عبدالحميد وآخرون، مرجع سابق ص 33، وجمال محي الدين، مرجع سابق ص 83.

وطلباً لاستقرار وثبات قواعد القانون الدولي، يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التصديق المعيب لا يؤثر في قيمة المعاهدة الدولية، كما أنه يمتنع على الدول الأطراف البحث في تلك المسألة لأنها من قبيل التدخل في شأن داخلي، ويجب تجنب الخوض فيها كي لا تكن عرضة لمخالفة دولية وهي التدخل في شؤون الدول بدعوى التأكد من دستورية التصديق على المعاهدة من عدمه، ناهيك عن صعوبة القيام بذلك التدقيق القانوني لاختلاف النظم القانونية من دولة لأخرى، فضلاً عن رأي بعض الأنظمة القانونية في سمو القانون الدولي على القانون الوطني، وبالتالي يكون من قبيل سوء النية (المفترضة) الدفع بعدم اتباع الدولة لإجراءاتها الدستورية الصحيحة والتعلل بتلك الحجة.

ويفرق أصحاب الاتجاه بين التعبير عن إرادة الدولة أو تكوين إرادة الدولة، فتكوين الإرادة يحتاج لاستكمال ما اشترطه الدستور من إجراءات شكلية لنفاذ المعاهدة، وهو شكل قانون التصديق، في حين أن التعبير عن الإرادة يكون بموافقة رئيس الدولة أو من يمثله[245].

الاتجاه الثاني: بطلان التصديق المعيب ونفاذه

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القانون الدولي لا يقبل أن يكون مصدره عملاً غير مشروع، وأن التصديق المعيب هو تجاوز غير مشروع من سلطة على سلطة أخرى، وبالتالي يصبح عملاً باطلاً في القانون الوطني، إلا أنه وفي ذات الوقت تتحمل الدولة مسؤولية أعمالها، ولا يجوز للدولة الطعن أو الدفع بهذا البطلان للتحلل من التزامات المعاهدة، بل يجب إلزام الدولة بالمعاهدة سواء كانت المعاهدة ثنائية أو جماعية، ولا يمنع ذلك أن تقوم الدولة بتصحيح أوضاعها القانونية الداخلية.

الاتجاه الثالث: بطلان التصديق المعيب وعدم نفاذه

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التصديق الناقص هو إجراء باطل لعدم اختصاص الجهة التي إصدرته ولا ينتج آثاره القانونية، وقد كان حرياً بالدولة أن تتخذ إجراء قانونياً صحيحاً للتصديق على المعاهدة، ولأنها لم تفعل ذلك، فبالتالي لا يمكن إلزامها دوليا بتلك المعاهدة.

---

[245] محمد عبدالمطلب الخشن، مرجع سابق ص143.

ويقوم هذا الرأي على اعتبار قانوني محض، إذ يعتبر أن عدم اختصاص السلطة التي قامت بالتصديق يبطل الإجراء، ولا يمكن قبوله في القانون الدولي ولا الاعتداد به، كما أن إرادة الدولة في عقد المعاهدة لابد أن تفصح عنه جهة مختصة ولا يقبل القانون الدولي أن يكون أصل الالتزام المبرم بين الدول هو في الاصل باطل في القانون الوطني.

وسواء كان الواجب إشراك السلطة التشريعية مع التنفيذية، أو كان الاختصاص أصلا معقوداً للبرلمان فقط دون رئيس الدولة، فإن فعله يعد تجاوزا للاختصاص وبالتالي لا يحقق نفاذ المعاهدة الدولية.

الاتجاه الرابع: التفرقة بين المخالفة الواضحة والمخالفة الخفية

يوفق أصحاب هذا الاتجاه بين (وحدة القانون) و(ثنائية القانون) ويعتبرون أن الأصل العام هو عدم جواز التمسك بعذر التصديق الناقص، إلا أن يكون التصديق قد تم بإخلال واضح بقاعدة ذات أهمية جوهرية من القواعد الوطنية وهذا رأي اتفاقية فيينا، التي نصت في الفصل الثاني تحت عنوان بطلان المعاهدات:

(1- ليس للدولة أن تحتج بأن التعبير عن رضاها الالتزام بالمعاهدة قد تم بالمخالفة لحكم في قانونها الداخلي يتعلق بالاختصاص بعقد المعاهدات كسبب لإبطال هذا الرضا إلا إذا كانت المخالفة بينة وتعلقت بقاعدة أساسية من قواعد القانون الداخلي.

2- تعتبر المخالفة بينة إذا كانت واضحة بصورة موضوعية لأية دولة تتصرف في هذا الشأن وفق التعامل المعتاد وبحسن نية.)[246]

فإذا كانت مخالفة الاختصاص بالتصديق في هذه المعاهدة المبرمة واضحة للجميع ولا لبس فيها، اعتبرت المعاهدة غير نافذة دوليا، وأما إذا كانت المخالفة تحتمل أكثر من رأي فالمعاهدة مع تلك المخالفة تعد نافذة ومنتجة لآثارها.

ونرى في ذلك أمراً متناقضاً، إذ إن الاختصاصات الواضحة التي لا لبس فيها هي التي يجب على الدولة الالتزام بها بشكل قانوني وبديهي، وإذا خالفت الدولة تلك

---

[246] انظر نص المعاهدة على موقع جامعة مانسيوتا النافذ بتاريخ 2018/10/16
http://hrlibrary.umn.edu/arabic/viennaLawTreatyCONV.html

الإجراءات الواضحة فلا يقبل أن يتم اعفائها دوليا من تبعات مسئوليتها على الصعيد الدولي، وكان الأجدر بواضعي نصوص اتفاقية فيينا عدم وضع ذلك الاستثناء لأن الدول التي تريد أن تتملص من مسئوليتها ستقوم بالتصديق المعيب وفقاً للاختصاصات الواضحة البينة ومن ثم ستعفى الدولة من أية تبعات.

في حين أن المعاهدات التي صودق عليها بشكل معيب وكان العيب أو المخالفة تحتمل تأويلاً أو أكثر من رأي، أي مخالفة ليست واضحة، فإنها ستصبح غير نافذة وغير منتجة لآثارها بسبب ذلك العيب الخفي، وبذلك نرى عدم دقة ما ذهبت إليه أتفاقية فيينا للمعاهدات.

المطلب الثالث:

نشر وتسجيل المعاهدات الدولية

لتوطين المعاهدات الدولية في النظام القانوني، ومن أجل السماح لأصحاب المصلحة في الاستفادة من نصوص المعاهدة، ولكي يقول القضاء كلمة الفصل فيما يتنازع فيه الأفراد والمؤسسات من حقوق خاصة أو عامة، كان لابد من نشر المعاهدة في الجريدة الرسمية، لتكسب قوتها القانونية، فإذا كان التصديق على المعاهدة الدولية يعطي المعاهدة قبولاً بين أطرافها "دولياً" إلا أن الافراد في الدولة لن تكون المعاهدة ملزمة لهم ما لم تنشر بطريقة رسمية.[247]

الفرع الأول: نشر المعاهدة الدولية.

النشر هو إجراء يتم بمقتضاه إعلام المواطنين رسمياً بما تضمنته المعاهدة من أحكام[248]، وهو إجراء لاحق على إجراء التصديق، والعبرة من إلزامية النشر-

---

247 تنظم اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 قواعد القانون الدولي الإنساني في وقت الحرب، ومع ذلك (يمتد العمل على النشر ليشمل زمن السلم وفترات المنازعات المسلحة، ويستهدف المدنيين والعسكريين حيثما وجدوا ...) انظر شريف عتلم، محاضرات في القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، 2001 ص123.

248 عوض الترساوي، المعاهدات الدولية أمام القضاء الدستوري، مرجع سابق صفحة 54.

في بعض الدساتير-للتأكيد على عدم قانونية المعاهدات أو الشروط السرية[249] ونص دستور البحرين على عدم جواز ذلك[250].

فالنشـــر هو وســـيلة تمكن الأفراد من العلم بالقواعد القانونية[251]، وهو قرينة العلم بالقانون، وتواترت الدساتير على اعتبار النشر في الجريدة الرسمية قرينة العلم بالقانون باختلاف مسميات جريدة النشر في كل بلد[252].

ولذلك اعتبرت المحكمة الدستورية العليا في مصـر أن (كل قاعدة قانونية لا تكتمل في ذاتها الأوضـاع الشكلية التي تطلبها الدستور في شـأنها، لا تفقد مقوماتها باعتبارها كذلك فحسـب، بل إن تطبيقها في شـأن المشـمولين بأحكامها مع افتقارها لهذه الأوضـــاع لا يتلاءم ومفهوم الدولة القانونية التي لا يتصـــور وجودها ولا مشروعية مباشرتها لسلطاتها إلا بخضوعها للقانون وسموه عليها ، باعتبارها قيداً على كل تصـرفاتها وأعمالها متى كان ذلك فإن تطبيقها القرار قبل نشره في الوقائع المصرية ... يزيل عن القواعد القانونية ... صفتها الإلزامية ...)[253].

وقد نص دســـتور البحرين المعدل في 2002 على أن (تنشـــر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها ، ويعمل بها بعد شهر من تاريخ نشـــرها ، ويجوز بنص خاص في القانون تقصـــير هذا الأجل أو إطالته) [254] بل إن الدستور ذاته تم العمل به من تاريخ نشره [255]، فقد نصت المادة 125 (ينشر هذا الدستور المعدل في الجريدة الرسمية، ويعمل به من تاريخ نشره) ونص الدستور

---

[249] أزاحت الحرب العالمية الأولى الستار عن معاهدات سرية كانت السبب في قيام الحرب، مثل معاهدة التحالف بين روسيا وفرنسا لعام 1891 ومعاهدة تحالف ألمانيا وروسيا لعام 1905 ومعاهدة سايكس بيكو لعام 1905 ، كما ازاحت الثورة البلشفية عن المعاهدات السرية التي كانت حكومة القياصرة تبرمها بالاستهانة بحقوق الشعوب، لمزيد من التفاصيل انظر مصطفى أبو الخير، القانون الدولي المعاصر، دار الجنان، 2007 ص 122، وانظرمحمد نصر محمد، الوافي في شرح المعاهدات الدولية في ظل أحكام اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2012 ص 57.

[250] نصت المادة 37 من دستور البحرين المعدل في 2002 على أنه (... لا يجوز في أي حال من الأحوال أن تتضمن المعاهدة شروطاً سرية تناقض شروطها العلنية) ومن باب أولى عدم قانونية المعاهدات السرية بمجملها.

[251] مصطفى عبد الكريم، القوة الملزمة للمعاهدات الدولية أمام القاضي الجنائي، دار النهضة العربية، صفحة122.

[252] يطلق على المجلة أو الصحيفة التي تنشر بها القوانين والقرارات والأحكام والإعلانات اسم (الجريدة الرسمية) وذلك في أغلب الدول العربية كالكويت والبحرين والإمارات وعمان والمغرب وليبيا والاردن وتونس والجزائر ولبنان، أما في السعودية فيطلق عليها اسم (أم القرى) وأما في أمريكا فيطلق عليها (السجل الفيدرالي) ويطلق عليها في مصر اسم (الوقائع المصرية).

[253] حكم الدستورية العليا، القضية 220 لسنة 26 قضائية دستورية جلسة 2007/1/14 منشور في شبكة قوانين الشرق تمت الزيارة في 2018/9/15م.

[254] المادة 122 من دستور البحرين المعدل في 2002 مع تعديلاته.

[255] المادة 125 من دستور البحرين المعدل في 2002 مع تعديلاته.

على أن (يبرم الملك المعاهدات بمرسوم، ويبلغها إلى مجلس الشورى والنواب فوراً مشفوعة بما يناسب من البيان، وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية) وبالتالي استوجب الدستور النشر، ولا يكون النشر الا بعد التصديق على المعاهدة سواء صدرت بقانون أو مرسوم[256].

وقد نص قانون المحكمة الدستورية على أن (أحكام المحكمة وقرارتها الصادرة في المسائل الدستورية تكون ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة وتنشر في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشرة يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها ... ويمتنع تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم)[257]، وقد حكمت المحكمة الدستورية بعدم دستورية قرار هيئة البلدية بشأن تعديل جدول الرسوم وذلك لصدوره باللغة الإنجليزية ولعدم نشره في الجريدة الرسمية[258]، كما قضت بعدم دستورية قرار مجلس الوزراء بتعديل مسمى لجنة (المجهود الحربي) إلى (لجنة المساعدات الإنسانية) وذلك لذات العلة[259].

---

256 الفقرة الأول من المادة 37 م من دستور البحرين المعدل في 2002 مع تعديلاته.

257 المادة 31 من المرسوم بقانون رقم 27 لسنة 2002 بشأن المحكمة الدستورية.

258 وجاء في حيثيات الحكم (وحيث إن إخطار المخاطبين بالقاعدة القانونية بمضمونها، يعتبر شرطاً لإنبائهم بمحتوياتها، وكان نفاذها بالتالي يفترض إعلانها من خلال نشرها وحلول الميعاد المحدد لبدء سريانها، وكان ذلك مؤداه أن دخول هذه القاعدة مرحلة التنفيذ مرتبط بواقعتين تجريان معاً وتتكاملان – وإن كان تحقق ثانيتهما معلق على وقوع أولاهما – هما نشرها وباللغة الرسمية للدولة وهي اللغة العربية وانقضاء المدة التي حققها المشرع لبدء العمل بها ... ومؤدى ذلك أن نشر القاعدة القانونية ضمان لعلانيتها وذيوع أحكامها واتصالها بمن يفيدهم أمرها، وامتناع القول بالجهل بها ... فقد تعين القول بأن القاعدة القانونية التي لا تنشر، أو تلك التي تصدر بغير اللغة العربية وهي اللغة الرسمية للدولة، لا تتضمن إخطاراً كافياً بمضمونها ولا بشروط تطبيقها ... فإن تطبيق القرار المطعون فيه الصادر باللغة الإنجليزية وبغير اللغة الرسمية للدولة وهي اللغة العربية قبل نشره، يزيل عن القواعد القانونية التي تضمنتها صفة الإلزامية، فلا يكون لها قانوناً من الوجود، مما يعتبر هذا القرار المطعون فيه مخالفاً للدستور من هذا الوجه كذلك) انظر حكم القضية رقم (د/3/3) لسنة 1 قضائية، جلسة 2005/6/13 منشور في الجريدة الرسمية بالعدد 2692 بتاريخ 2005/6/22، وقضت المحكمة بنفاذ الحكم من يناير 2006 بمعنى سريان القرار المخالف للدستور حتى 2005/12/31 على أن يستفيد الطاعن من الحكم بأثر مباشر.

259 وجاء في حيثيات الحكم (وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن إخطار المُخاطَبين بالقاعدة القانونية بمضمونها، يُعتبر شرطًا لإنبائهم بمُحتوياتها؛ وكان نفاذها بالتالي يفترض إعلانها من خلال نشرها وحلول الميعاد المُحدد لبدء سريانها، وكان من المقرر أن كل قاعدة قانونية سواء تضمنها قانون أو لائحة لا يجوز اعتبارها كذلك، إلا إذا قارنتها صفتها الإلزامية التي تمايز بينها وبين القواعد الخلقية، فإن خاصيتها هذه تُعتبر جزءًا منها، فلا تستكمل مقوماتها بفواتها. ومؤدى ذلك أن نشر القاعدة القانونية ضمان لعلانيتها وذيوع أحكامها واتصالها بمن يعنيهم أمرها، وامتناع القول بالجهل بها ؛ وكان هذا النشر يُعتبر كافلاً وقوفهم على ماهيتها ونطاقها، حائلاً دون تنصلهم منها، ولو لم يكن علمهم بها قد صار يقينيًا، أو كان إدراكهم لمضمونها واهنًا؛ وكان حملهم قبل نشرها على النزول عليها - هم من الغير في مجال تطبيقها - متضمنًا إخلالاً بحرياتهم أو بالحقوق التي كفلها الدستور، من دون التقيد بالوسائل القانونية التي حدد تخومها وفصّل أوضاعها، فقد تعّين القول بأن القاعدة القانونية التي لا تنشر، لا تتضمن إخطارًا كافيًا بمضمونها ولا بشروط تطبيقها، فلا تتكامل مقوماتها التي اعتبر الدستور تحققها

ويعذر الأفراد في حال لم يتحقق النشـــر، مع الأخذ بعين الاعتبار نوعية وأســلوب النشــر في وقتنا الراهن، فهو نشــر ورقي وإلكتروني، فالعديد من الدول تضع موقعاً خاصاً بالجريدة الرسمية[260]، فلا يتطلب أن تصل الجريدة الرسمية إلى كل بيت أو كل مؤسسة، بل يكفي أن تكون في متناول الجميع.

وحدث في البحرين أن تم نشر قانون أو مرسوم التصديق على المعاهدة دون إرفاق نص المعاهدة التي تمت المصادقة عليها، وفي ذلك شبهة بطلان.

إن هنالك العديد من المعاهدات التي صادقت عليها البحرين ولكن تم نشر قانون أو مرسوم التصديق دون نشر المعاهدة ذاتها، فعلى سبيل المثال، اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية[261]، واتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية[262]، قد صدر قانونا الموافقة والانضمام، دون ارفاق نص الاتفاقية، وكذلك اتفاقية امتيازات وحصانات الوكالات المتخصصة للأمم المتحدة لعام 1949[263]، واتفاقية امتيازات وحصانات الوكالات المتخصصة للأمم المتحدة لعام 1947[264]، في حين أن اتفاقية مزايا وحصانات مجلس التعاون لدول الخليج العربية قد تم نشرها[265]، بل إن سن قانون المنظمات الدولية (الحصانات والامتيازات) لعام 1967[266] قبل صدور دستور البحرين.

شرطًا لجواز التدخل بها لتنظيم الحقوق والحريات على اختلافها.) حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم د / 4 / 2010 جلسة 2012/12/26 منشور في الجريدة الرسمية العدد 3086 بتاريخ 2013/1/10.

260 انظر موقع الجريدة الرسمية في البحرين http://www.msia.gov.bh/ar/official-gazette/Pages/default.aspx

وموقع الجريدة الرسمية في المغرب http://www.sgg.gov.ma/arabe/Legislations/BulletinsOfficielsAns.aspx

وموقع الجريدة الرسمية في الأردن http://pm.gov.jo/newspaper

وموقع الجريدة الرسمية في الجزائر https://www.joradp.dz/HAR/Index.htm

وصفحة الجريدة الرسمية (الوقائع المصرية) في موقع محكمة النقض http://www.cc.gov.eg/Garida.aspx

وموقع الجريدة الرسمية في عمان /http://gazette.qanoon.om

وموقع الجريدة الرسمية في دبي http://ogp.dubai.gov.ae/#gazette

261 المرسوم بقانون رقم 7 لسنة 1992 والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 2011 بتاريخ 1992/9/10.

262انظر المرسوم بقانون رقم 8 لسنة 1992 والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 2011 بتاريخ 1992/9/10.

263 انظر المرسوم بقانون رقم 9 لسنة 1992 والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 2011 بتاريخ 1992/9/10

264 انظر المرسوم بقانون رقم 5 لسنة 1984 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1586 بتاريخ 1984/4/5

265 انظر إعلان حكومة البحرين رقم 11 لسنة 1967 والذي ضم منظمة التربية والعلوم والثقافة، ومنظمة الصحة العالمية، ومنظمة التغذية والزراعة، وبرنامج الأمم المتحدة للأنماء وصندوق الأمم المتحدة الدولي للطوارئ لإغاثة الأطفال.

266 انظر المرسوم الأميري رقم 6 لسنة 1971 المنشور في الجريدة الرسمية العدد (939) بتاريخ 1971/10/21.

وكذلك الانضمام إلى منظمة العمل الدولية، فقد تم نشر مرسوم التصديق دون نشر المعاهدة[267]، وأيضاً اتفاقيات العمل الدولية[268]، وهي اتفاقية الراحة الأسبوعية في المنشآت الصناعية، واتفاقية السخرة والعمل الإجباري، واتفاقية تفتيش العمل في الصناعة والتجارة، واتفاقية تشغيل الإنشاء في الصناعة ليلاً، وجميع تلك الاتفاقيات لم ترفق بمرسوم التصديق.

في حين تم نشر التعديل على دستور منظمة العمل الدولية[269] إلا أن الانضمام إلى معاهدة (دستور) منظمة العمل الدولية لم يرفق به نشر نصوص دستور المنظمة، ولم يتم أيضاً نشر صك تعديل دستور منظمة العمل الدولية لعام 1997[270] على عكس ما قامت به البحرين من نشر نصوص اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 182 لسنة 1999 بشأن أسوأ أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها[271] واتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن السلامة والصحة وبيئة العمل[272].

وفي مجال حقوق الإنسان، فقد انضمت البحرين للعديد من الصكوك الدولية دون نشر المعاهدة، فقد انضمت البحرين إلى اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949[273]، كما انضمت البحرين إلى البروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف[274].

---

[267] انظر مرسوم رقم 9 لسنة 1977.

[268] انظر المرسوم رقم 5 لسنة 1981 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1435 بتاريخ 1981/5/14 .

[269] انظر المرسوم رقم 4 لسنة 1987 بشأن التصديق على بعض تعديلات دستور منظمة العمل الدولية، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1741 بتاريخ 1987/4/9.

[270] انظر المرسوم رقم 22 لسنة 1997 بالموافقة على صك تعديل دستور منظمة العمل الدولية 1997 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2291 بتاريخ 1997/10/22.

[271] انظر المرسوم بقانون رقم 12 لسنة 2001 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2465 بتاريخ 2001/2/21.

[272] انظر القانون رقم 25 لسنة 2009 بالموافقة على انضمام البحرين إلى اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 155 لسنة 1981 بشأن السلامة والصحة المهنيتين وبيئة العمل المنشور في الجرية الرسمية العدد 2901 بتاريخ 2009/6/25.

[273] انظر المرسوم بقانون رقم 7 لسنة 1971 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 914 بتاريخ 1971/4/29 والمتضمن أربع اتفاقيات هي: الاتفاقية الخاصة بتحسين حالة الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان، والاتفاقية الخاصة بتحسين حالة الجرحى والمرضى والغرقى بالقوات المسلحة في البحار، والاتفاقية الخاصة بمعاملة أسري الحرب والاتفاقية الخاصة بحماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب.

[274] انظر المرسوم بقانون رقم 16 لسنة 1986 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1708 بتاريخ 1986/8/21.

ومن جانب آخر، وافقت البحرين على البروتوكولات الإضافية المعدلة لاتفاقية وارسو قبل الانضمام للاتفاقية أصلاً، ودون نشر البروتوكولات الإضافية[275]، فقد تمت الموافقة على التعديلات في عام 1992 في حين أن الانضمام كان اصلاً في عام1998[276].

ولم يتم نشر اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار[277] وكذلك اتفاقية الكويت بشأن حماية البيئة البحرية[278] ومعاهدة الجرائم الواقعة على متن الطائرات[279] وبروتوكول الهيئة القضائية لمنظمة الأقطار العربية المصدرة للبترول[280]، واتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها[281]

غير أن اتفاقية نيويورك للتحكيم قد تم نشرها عن طريق (الاستدراك) وذلك بعد سبع سنوات من الانضمام للاتفاقية، فقد ورد في الجريدة الرسمية (وحيث إن الاتفاقية المذكورة لم تنشر بالعدد 1790 من الجريدة الرسمية مرافقة للمرسوم بقانون رقم 4 لسنة 1988 لذا وجب التنبيه بالنشر في هذا العدد من الجريدة الرسمية الترجمة العربية للاتفاقية التالية والتي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من المرسوم بقانون 4 لسنة 1988)[282]، أي إن الاتفاقية المترجمة إلى العربية هي جزء أساسي من مرسوم التصديق على المعاهدة.

وقد حدث في الأردن انه تم نشر العهدين الدوليين، الخاص بالحقوق السياسية والمدنية والخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في الجريدة الرسمية بتاريخ 2006/6/15 في حين أنه تم التوقيع على العهدين في 1972/6/30 وتم

---

[275] انظر المرسوم بقانون رقم 12 لسنة 1992 بالانضمام إلى البروتوكولات الإضافية من (1-4) المعدلة لاتفاقية توحيد بعض القواعد المتعلقة بالنقل الدولي عن طريق الجو الموقعة في وارسو 1929 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2018 بتاريخ 1992/6/29.

[276] انظر المرسوم بقانون رقم 1 لسنة 1998 بالانضمام إلى اتفاقية وارسو الخاصة بتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي لعام 1929 وبروتوكول لاهاي 1955 والاتفاقية المكملة لاتفاقية عام 1961 وبروتوكول غواتميلا 1971 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2302 بتاريخ 1998/1/7.

[277] انظر المرسوم بقانون رقم 8 لسنة 1985 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1637 بتاريخ 1985/4/4

[278] انظر المرسوم بقانون رقم 17 لسنة 1978 بالموافقة على اتفاقية الكويت الإقليمية للتعاون في حماية البيئة البحرية من التلوث والبروتوكول الملحق بها المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1302 بتاريخ 1978/10/19.

[279] انظر المرسوم بقانون رقم 4 لسنة 1983 في شأن الموافقة على الانضمام مع التحفظ إلى معاهدة الجرائم والأفعال الأخرى التي ترتكب على متن الطائرات والموقعة في طوكيو 1963 ومعاهدة قمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات الموقعة في لاهاي 1970 ومعاهدة قمع الأفعال غير المشروعة ضد سلامة الطيران المدني والموقعة في مونتريال 1971، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1534 بتاريخ 1983/4/7

[280] انظر المرسوم بقانون رقم 15 لسنة 1978 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1394 بتاريخ 1978/8/24.

[281] انظر المرسوم بقانون رقم 4 لسنة 1988 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1790 بتاريخ 1988/3/17.

[282] انظر الجريدة الرسمية العدد 2158 بتاريخ 1995/4/5.

التصـديق عليهما رسـميا في 1975/5/28، أي أنه نشـر العهدان بعد 30 عاماً من التوقيع، وكـذلـك اتفـاقيـة الطفـل التي تم التوقيع عليهـا بتـاريخ 1990/8/29 وتم التصديق عليها بتاريخ 1991/5/24 وتم النشر بتاريخ 2006/10/16[283].

ولا يقبل القول بأن المعاهدة الدولية، خصـوصـا المعاهدات الجماعية، قد تم نشر نصوصها في العديد من المواقع لسبق انضمام دول أخرى لذات المعاهدة، فهذا قول ضعيف لا تسانده حجج، لأن المعاهدة ذاتها قد تم حجبها عن الأفراد لما للسلطة التنفيذية من حق في إبقاء نصـوص المعاهدة قيد الكتمان، وهذا ما لا يقبله الدسـتور بشأن سرية الشروط[284]، ولا تقبله دولة القانون.

وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأنه (إذا كان الثابت بالأوراق أنـه وإن صـــدر قرار رئيس الجمهورية رقم 72 لســنة 1995 المنشـــور في 1995/6/16 بالموافقة على انضـــمام جمهورية مصـــر العربية لمنظمة التجارة العالمية والاتفاقات التي تضـمنتها الوثيقة الختامية المتضـمنة نتائج جولة أوروغواي للمفاوضـات التجارية متعددة الأطراف وجداول تعهدات جمهورية مصر العربية في مجال تجارة السلع والخدمات وقد وافق عليها مجلس الشعب بتاريخ 1995/4/16، إلا أن هذا النشـــر اقتصـــر على مجرد الموافقة على الانضـــمام لهذه الاتفاقية. أما بالنسبة للجداول المكملة لهذه المعاهدة فقد حجبت عن النشر بما مقتضاه عدم سريانها في مواجهة ذوي الشـأن لعدم العلم، والذي لا يكون إلا بطريق النشـر ...[285]) وقالت المحكمة في حكمها أن نشر الجداول ليس حقاً للسلطة التنفيذية، واعتبرت ذلك مخالفاً لغرض المشرع.

ومع أهميـة النشـــر، فـإن هنـالـك بعض الـدســـاتير لا تحتمـه، ومن تلـك الدســـاتيرالدســـتور العماني فقد نص النظام الأســـاســـي على أنه (لا تكون للمعاهدة والاتفاقيات الدولية قوة القانون إلا بعد التصـــديق عليها ...)[286]، وكذلك لم ينص

---

283 موفق سمور المحاميد، القيمة القانونية للمعاهدات في الدستور الاردني لعام 1952 وتعديلاته (القسم الثاني) مجلة حقوق جامعة الكويت، العدد 1 السنة 36، مارس 2012 ص 223 وما بعدها.

284 راجع المادة 37 من دستور البحرين المعدل في 2002.

285 نقض تجاري رقم 1896 سنة 75 ق جلسة 2011/6/13 موقع محكمة النقض.

286 المادة 76 من النظام الأساسي لسلطنة عمان لعام 1996 المنشور على موقع الحكومة العمانية http://www.oman.om/wps/wcm/connect/183d4ed5-593a-49ae-b8f6-fea03d6dd6df/%D8%A7%D9%84%D9%86%D8%B8%D8%A7%D9%85+%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%B3%D8%A7%D8%B3%D9%8A+%D9%84%D9%84%D8%AF%D9%88%D9%84%D8%A9+%D8%A7%D9%84%D9%86%D8

الدستور الأردني على وجوب النشر، فقد نص على أنه (ولا يجوز في أي حال أن تكون الشروط السرية في معاهدة أو اتفاق ما مناقضة للشروط العلنية)[287].

أما الدستور الكويتي فقد نص على أن (... تكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية)[288] وكذلك الدستور المصري لعام 1971 ودستور 2014 اللذان تطلبا النشر فقد نص على (وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة)[289].

وأما الدستور الموريتاني فقد نص على أن (للمعاهدات أو الاتفاقيات المصدقة أو الموافق عليها كذلك، سلطة أعلى من سلطة القوانين وذلك فور نشرها، شريطة أن يطبق الطرف الثاني المعاهدة أو الاتفاقية.)[290] .

ومن الدساتير التي لم تشترط إجراء النشر، الدستور الجزائري، فدستور الجزائر لعام 2016م[291] نص على أن (يوقع رئيس الجمهورية اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم)[292] ونص على أن (يصادق رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة، والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص، والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، والاتفاقات الثنائية أو المتعددة الأطراف المتعلقة بمناطق التبادل الحر والشراكة بالتكامل الاقتصادي، بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة)[293].

%B3%D8%AE%D8%A9+%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D8%A8%D
9%8A%D8%A9+.pdf?MOD=AJPERES ، تمت الزيارة في 2018/9/27

[287] الفقرة 2 من المادة 33 من دستور الأردن لعام 1958 وتعديلاته المنشور على الوصلة النافذة بتاريخ
https://iec.jo/sites/default/files/%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%B.2018/9/27
3%D8%AA%D9%88%D8%B1%20%281%29.pdf

[288] المادة 70 من دستور الكويت لعام 1962 المنشور على موقع الحكومة الالكترونية
https://www.e.gov.kw/sites/kgoArabic/Forms/DastoorKuwaity.pdf ، تمت الزيارة في
2018/9/27 .

[289] المادة 151 من دستور مصر لعام 1971 في حين أن دستور 2014 قد تطلب النشر أيضا وقد استوجب موافقة البرلمان في كل المعاهدات، انظر المادة 151 من دستور مصر لعام 2014 .

[290] المادة 80 من دستور موريتانيا المنشور على موقع وكالة موريتانيا للأنباء
http://www.ami.mr/Mauritanie-Constitution5 ، تمت الزيارة في 2018/9/27

[291] دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر بقانون رقم 16 بتاريخ 2016/3/6، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 14، لسنة 53 بتاريخ 2016/3/7.

[292] المادة 111 من دستور 2016.

[293] المادة 149 من دستور 2016.

وقد كان دستور الجزائر لعام 1996[294] قد نص على ذات المواد ولم يشترط وجوب النشـر في كلتا الوثيقتين، غير أن الدسـتور جعل المعاهدات (التي يصـادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون)[295]، في حين أن المحكمة الدستورية قررت أثناء ممارسة دورها في الرقابة السابقة على أنه (وإذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورية معاهدة أو اتفاق، أو اتفاقية، فلا يتم التصديق عليها)[296].

ومن جملة الأمر أن الدساتير المتعاقبة على الجزائر لم تنص على النشر إلا أن المجلس الدستوري استوجب إجراء النشر[297]، وهذا أمر مستحسن من المجلس الدستوري فيما ذهب من وجوب نشر المعاهدات.

وفي لبنان لم تنص المادة المتعلقة بالمعاهدات الدولية على النشـر، التي تنص على أن (يتولى رئيس الجمهورية المفاوضـة في عقد المعاهدات الدولية وإبرامها بالاتفاق مع رئيس الحكومة. ولا تصبح مبرمة إلا بعد موافقة مجلس الوزراء، وتطلع الحكومة مجلس النواب عليها حينما تمكنت من ذلك مصـلحة البلاد وسـلامة الدولة. أما المعاهدات التي تنطوي على شـروط تتعلق بمالية الدولة والمعاهدات التجارية وسائر المعاهدات التي لا يجوز فسخها سنة فسنة، فلا يمكن إبرامها إلا بعد موافقة مجلس النواب)[298] وعلى خلاف المعاهدات فإن المادة 51 قد أوجبت نشـر القوانين والمراسـيم[299]، بل وأعطت لرئيس الدولة حق طلب إعادة النظر في القوانين، وذلك بالتمهل في اصـدار القانون ونشـره وإعادته لمجلس النواب، إلا أن رفض البرلمان

---

[294] المادة 160 من دستور الجزائر لعام 1976 المنشور على موقع المجلس الدستوري www.conseil-consitutionennel.dz تمت زيارته في 2018/9/16م.

[295] المادة 132 من دستور الجزائر لعام 1996 وتعديلاته والمادة 150 من دستور 2016.

[296] المادة 190 من دستور الجزائر لعام 2016.

[297] انظر قرار المجلس الدستوري بتاريخ 20 أوت 1989، مشار إليه لدى عمار الزريق، نشر الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، مجلة العلوم الإنسانية 2002 جامعة القسطنطينية العدد 13 لعام 2000 صفحة 105 وما بعدها .

[298] المادة 52 من دستور جمهورية لبنان لعام 1926 المعدلة بالقانون الدستوري الصادر في 1990/9/21

للاطلاع على الدستور اللبناني على موقع رئاسة الجمهورية، تمت الزيارة في 2018/9/21 www.Presidency.gov.ib

[299] تنص المادة 51 المعدلة بالقانون الدستوري الصادر في 17/10/1927 وبالقانون الدستوري الصادر في 21/9/1990 (يصدر رئيس الجمهورية القوانين وفق المهل المحددة في الدستور بعد أن يكون وافق عليها المجلس، ويطلب نشرها، وليس له أن يدخل تعديل عليها أو أن يعفي أحدا من التقيد بأحكامها.).

لطلب إعادة النظر يعتبر صـــدوراً للقانون ويســـتوجب ذلك نشـــره، أي أن رئيس الجمهورية لا يملك منع نشر التشريعات بل يجب عليه التصديق والنشر[300].

وفي سويسرا، تصبح مسألة النشر أمراً معقداً نوعاً ما، فالمعلومات تُعرض على الشـــعب في اســـتفتاء اختياري خلال مئة يوم من نشـــرها رســـمياً، وتعرض المعاهدات التي لا يمكن إنهاؤها والمعاهدات التي تقضـــي بالانضـــمام إلى منظمات دولية في اســـتفتاء وبالتالي ســـيصـــبح الشـــعب لديه علم بمحتوى المعاهدة أثناء قيامه بالاســـتفتاء عليها[301]، وأما إذا كان قرار الموافقة على معاهدة دولية ســـيخضـــع الدستور لتعديلات فيتم تضمين الاستفتاء على المعاهدة التعديلات الدستورية اللازمة لنفاذ المعاهدة، ولا يزال نص الدستور يستوجب عرض الموضوع على الشعب في حال دخول سويسرا في منظمات الأمن الجماعي أو المنظمات الدولية[302].

ووضـــع النمســـا أكثر تعقيداً من ســـويســـرا، فلا يجوز للحكومة الاتحادية إبرام معاهدة تغيير الحدود إلا بموافقة الولايات المتأثرة بهذه المعاهدة[303]، وللولايات صلاحية اختصاص في معاهدات معينة، فقد نص الدستور على أنه (يحق للولايات، في المســـائل التي تدخل ضـــمن اختصـــاصـــاتها، إبرام معاهدات مع الدول، أو مع

---

300 تنص المادة 57 من الدستور اللبناني (لرئيس الجمهورية بعد إطلاع مجلس الوزراء حق طلب إعادة النظر في القانون مرة واحدة ضمن المهلة المحددة لإصداره ولا يجوز أن يرفض طلبه. وعندما يستعمل الرئيس حقه هذا يصبح في حل من إصدار القانون إلى أن يوافق عليه المجلس بعد مناقشة أخرى في شأنه، وإقراره بالغالبية المطلقة من مجموع الأعضاء الذين يؤلفون المجلس قانوناً، وفي حال انقضاء المهلة دون إصدار القانون أو إعادته يعتبر القانون نافذ حكماً ووجب نشره.).

301 تنص المادة 141 من دستور سويسرا على أنه (. 1تُعرض الموضوعات الآتية، خلال مئة يوم من نشرها رسمياً، على الشعب للتصويت بناء على طلب خمسين ألف مواطن ومواطنة ممن لهم حق التصويت أو ثماني مقاطعات :أ. القوانين الاتحادية؛ ب. القوانين الاتحادية الطارئة التي تمتد صلاحيتها إلى أكثر من عام؛ ج. القرارات الاتحادية إذا كان الدستور أو القانون يقضيان بذلك؛ د. المعاهدات الدولية التي . 1بدون حد زمني في مدة الصلاحية أو التي لا يمكن إنهاؤها فيما بعد؛ 2 .تقضي بالانضمام إلى المنظمات الدولية؛ . 3تتضمن مواد هامة تحدد قواعد قانونية أو تحتاج إلى تبني قوانين اتحادية لتطبيقها) من موقع مشروع الدستور على الوصلة https://www.constituteproject.org/constitution/Switzerland_2014.pdf?lang=ar تمت الزيارة في 2018/9/19 .

302 تنص المادة 140 من دستور سويسرا على أنه (1- تعرض الموضوعات الآتية للتصويت على الشعب والمقاطعات أ. تعديلات الدستور الاتحادي؛ ب. الدخول في منظمات الأمن الجماعي أو المنظمات الدولية؛ ج. القوانين الاتحادية الطارئة التي ليس لها أساس دستوري والتي تمتد صلاحيتها إلى أكثر من عام .ويجب عرض هذه القوانين للتصويت بعد عام من موافقة الجمعية الاتحادية عليها.).

303 ينص دستور النمسا الصادر في عام 1920 مع تعديلاته لغاية 2013 على أنه (.لا يجوز إبرام معاهدات دولية لتغيير الحدود الاتحادية إلا بموافقة الولايات المتأثرة بالتعديل.) كما ينص على (الشؤون الخارجية، بما في ذلك التمثيل السياسي والاقتصادي فيما يتعلق بالبلدان الأخرى، لا سيما إبرام المعاهدات الدولية، على الرغم من اختصاص الولايات وفقاً للمادة 16 الفقرة 1؛ وتخطيط الحدود؛ والتجارة في السلع والثروة الحيوانية مع البلدان الأخرى؛ والجمارك؛) .

الولايات التي تتشكل منها تلك الدول، المجاورة لحدود النمسا.) وتراقب الحكومة الاتحادية أداء الولايات فيما يتعلق بتنفيذ المعاهدات، فإذا تقاعست الولايات تتدخل الحكومة الاتحادية بما يقتضي تنفيذ المعاهدة، (تلتزم الولايات باتخاذ التدابير اللازمة ضمن نطاق اختصاصها المستقل بتنفيذ المعاهدات الدولية؛ وفي حالة فشل الولاية في الامتثال الصارم لهذا الالتزام ينتقل الاختصاص في اتخاذ تلك التدابير، لا سيما المتعلقة بمسألة إصدار القوانين اللازمة، إلى الاتحاد. ويصبح أي إجراء يتخذه الاتحاد وفقاً لهذا الحكم، لا سيما إصدار قانون من هذا القبيل أو إصدار مرسوم من هذا القبيل لاغياً بمجرد اتخاذ الولاية الإجراء المطلوب) وفي كل الأحوال فإن الدستور تطلب النشر بشكل تلقائي (سيتم نشر القوانين الاتحادية والمعاهدات الدولية بعد الموافقة عليها وفقاً للمادة 50 الفقرة 1 مع الإشارة إلى اعتمادها من قبل المجلس الوطني، والقوانين الاتحادية بناء على استفتاء شعبي مع الإشارة إلى نتيجة ذلك الاستفتاء.) وتتعقد إجراءات النشر في النمسا لتصل إلى اللغات وترجمتها[304]، وإلى امتداد نفاذ القوانين المنشورة في جميع الأراضي النمساوية ما عدا المعاهدات التي تحتاج لتدابير تشريعية[305]، كما أن هنالك إجراءات أخرى تطلبها الدستور في حالات إعادة نشر المعاهدة الدولية[306].

وفي الدول التي تعتبر القانون الدولي العرفي جزء من قانون البلاد، كبريطانيا، التي تعترف بأن القانون الدولي جزء من قانون بريطانيا وتسمى هذه القاعدة (القانون الدولي جزء من قانون البلاد أو من قانون الأرض)[307] إلا أن هذه

---

304 وتطلب الدستور لغات النشر (يتم نشر المعاهدات الاتحادية وفقاً للمادة 50 الفقرة 1 من قبل المستشار الاتحادي في الجريدة الرسمية للقوانين الاتحادية. وفي حالة وضع معاهدة ولاية بموجب المادة 50 الفقرة 1 الفقرة فرعية 1 بأكثر مِن لغتين في الأصل، يكون كافياً نشر نسختين باللغتين الأصليتين مع ترجمة إلى اللغة الألمانية لكن، إذا كانت النسخة باللغة الألمانية أصلية، يتم نشرها مع نسخة بلغة أصلية أخرى).

305 ينص الدستور على أنه (...ويستطيع المجلس الوطني بمناسبة الموافقة على المعاهدات الدولية وفقاً للمادة 50 الفقرة 1 أن يقرر أي طريقة أخرى غير الجريدة الرسمية للقوانين الاتحادية لنشر المعاهدة الدولية أو أجزاء معينة منها؛ ويتم نشر قرارات المجلس الاتحادي من هذا القبيل من قبل المستشار الاتحادي في الجريدة الرسمية للقوانين الاتحادية. وما لم ينص صراحة على خلاف ذلك، فإن المعاهدات الدولية وفقاً للمادة 50 الفقرة 1تدخل حيز النفاذ بعد انقضاء يوم نشرها - في حالة العبارة الثالثة عند انتهاء تاريخ إعلان قرار المجلس الوطني - ويمتد أثرها إلى الأراضي الاتحادية بالكامل؛ ولا ينطبق هذا على المعاهدات الدولية التي سيتم تنفيذها عن طريق إقرار قوانين (المادة 50 الفقرة 2 الفقرة الفرعية 4).) .

306 لمزيد من التفاصيل انظر الوصلة النافذة بتاريخ 2018/9/30 https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2013.pdf?lang=ar ، ولقد واجه الباحث في الدستور النمسا مشكلة الترقيم التي تكررت في أكثر من موقع .

307زكية بلهول، تطبيق معاهدات حقوق الإنسان في بريطانيا، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة فرحات عباس، 2010 ص 16.

القاعدة لا تطبق على المعاهدات التي تتعلق بحقوق الأفراد الخاصـــة، فهذه تتطلب تشريعاً من البرلمان والنشر[308].

وفي فرنسا، فإن القاضي يمتنع عن تطبيق المعاهدة الدولية التي لم تنشر، أي بعلة عدم النشـر وليس علة عدم الإصـدار[309]، ومن الباحثين من يرى أن التصـديق في فرنسا من صلاحية البرلمان، والسلطة التنفيذية لا تملك سوى إصدار المرسوم الرئاسـي لنشـر المعاهدة، وأن المقصـود بالنشـر في فرنسـا لا يقتصـر على قانون التصديق على المعاهدة، بل يشمل فضلاً عنه نص المعاهدة برمته[310].

ومن المفارقات أن يصـــبح إجراء النشـــر من الأمور التي لا تطالها رقابة المجلس الدستوري في الأنظمة التي تطبق الرقابة السابقة، فإجراء النشر هو إجراء لاحق على التصديق ولاحق على رقابة المحكمة الدستورية وذلك في كل من فرنسا والجزائر، ففي الرقابة السـابقة يختص المجلس الدسـتوري بنظر الدعوى قبل أن يتم نفاذ القانون، أي بمعنى لم تتم المصادقة ولم يتم النشر أصلاً، وبلك لا يملك المجلس الدستوري في رقابته السابقة أن يتأكد من وجود النشر لأسبقية الحكم الدستوري على نفاذ التشريع، ما لم يتم تعديل الاختصاص ليكون برقابة لاحقة كما حصل في التعديل الدستوري الفرنسي.

ففي فرنسا تختص المجلس الدستوري بالرقابة على فحص دستورية المعاهدة من الناحية الإجرائية، بمعنى أنها تمارس رقابة على (الاختصـــاص) و(التصـــديق) على المعاهدة الدولية[311].

ونرى أن نشر المعاهدة الدولية، حق للجميع، ولا يمكن الانتقاص منه إطلاقاً، لأن الحق في الحصول على المعلومة وتلقيها هو من أسس الدول المتحضرة، ناهيك عن أن النشـر ضـروري لعلم الكافة بحقوقهم وواجباتهم، وليس مجرد إجراء شـكلي أو مادي، وإنما هو تصـرف قانوني مهم لسيادة القانون الدولي في التشـريع الوطني ونفاذه.

---

308 المعاهدات الدولية والقانون الوطني: دراسة مقارنة للعلاقات ما بين المعاهدات الدولية والقانون الوطني وآليات توطينها، المركز الوطني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة) 2014، ص 42.

309المرجع سابق ص 43.

310حياة حسين، مرجع سابق صفحة 200.

311عوض الترساوي، مرجع سابق صفحة 130.

الفرع الثاني: التسجيل والإخطار

التسـجيل هو الوظيفة التي تقوم بها الأمانة العامة للأمم المتحدة بموجب نص المادة 102 من ميثاق الأمم المتحدة (1 – كل معاهدة وكل اتفاق دولي يعقده أي عضـو من أعضـاء الأمم المتحدة بعد العمل بهذا الميثاق يجب أن يسـجّل في الأمانة العامة وأن تقوم بنشـره بأسـرع ما يمكن. 2 - ليس لأي طرف في معاهدة أو اتفاق دولي لم يسـجل وفقاً للفقرة الأولى من هذه المادة أن يتمسـك بتلك المعاهدة أو ذلك الاتفاق أمام أي فرع من فروع الأمم المتحدة) [312].

وأصـل هذه المادة، ميثاق عصـبة الأمم لعام 1919[313] التي نصـت على أن (لكل معاهدة أمر التزام دولي يعقد في المستقبل بواسطة أحد أعضـاء العصـبة يجب أن يسـجل فوراً بواسـطة السـكرتارية، وان يعلن بواسـطتها في أسـرع وقت ممكن، وكل معاهدة أو التزام دولي لا يعتبر ملزماً إلا بعد تسجيله)[314].

وقبل وجود منظمة الأمم المتحدة وعصـبة الأمم، أبرمت الدول العديد من المعاهدات السـرية، في ظل ما كان يطلق عليه الدبلوماسـية السـرية[315] وبعد قيام الثورة البلشـفية في أكتوبر 1917 قامت الحكومية الروسـية بنشـر اتفاقيات أبرمتها حكومات القياصرة مع بريطانيا وفرنسا وإيطاليا، وكشفت أهداف الدول الاستعمارية

312تم توقيع ميثاق الأمم المتحدة في 1945/6/26 في سان فرانسيسكو، وأصبح نافذا في 1945/10/24 وقد تم تعديل بعض المواد في تواريخ متفرقة واعتمدتها الجمعية العامة، ولم يقف الباحث على تصديق البحرين على ميثاق الأمم المتحدة، وإنما وجدنا التصديق على تعديل المادة 61 من ميثاق الأمم المتحدة الصادر بناء على قرار الجمعية العامة رقم 2841 (الدورة 26) الصادر بتاريخ 1970/12/20 والمصادق عليه بالمرسوم الأميري (بدون رقم) بتاريخ 1972/8/17 في الجريدة الرسمية العدد 982.

313 تم توقيع عهد عصبة الأمم في 1919/6/28 وأصبح نافذ في 1920/1/10 في مؤتمر فرنسا، وبعد مؤتمر طهران في عام 1943 بدأ نفوذ عصبة الأمم يضعف، إلى أن تم عقد آخر اجتماع لها في 1946/4/12 لتصفية أموالها وتصفية منشأة قصر السلام وهو مقر العصبة في جنيف، ومن جملة أسباب فشل عصبة الأمم في البقاء هو رغبة الحلفاء بعد فوزهم في الحرب الحصول على السطوة، وسبق ذلك استبداد اليابان، وكذلك ألمانيا لمزيد من التفاصيل انظر عبدالله محمد آل عيون، نظام الأمن الجماعي في التنظيم الدولي الحديث، الشركة المتحدة للنشر، 1995.

314 المادة 18 من عهد عصبة الأمم.

315 محمد نصر محمد، الوافي في المعاهدات الدولية، مرجع سابق ص 51.

وسياستها لاقتسام المغانم[316]، ولعل أكثرها ذيوعاً وسوءً معاهدة سايكس بيكو[317]، وأسمها الحقيقي (الاتفاقية السرية بين فرنسا وبريطانيا وروسيا بشأن مناطق آسيا الصغرى)[318].

ولذلك كان الغرض من تسجيل المعاهدات القضاء على هذه الدبلوماسية السرية وهذا مبدأ التزم به الرئيس الأمريكي (ولسون) الرافض للاتفاقات غير المعلنة[319]، باعتبار أن تلك الدبلوماسية كان سبباً رئيسياً لعدم الاستقرار الدولي[320]، واستطاعت عصبة الأمم تسجيل 4834 معاهدة خلال عملها من عام 1920 حتى 1945[321] ولعل المعاهدات والاتفاقيات القديمة كانت تهتم بشكل أكبر بشأن تسجيل المعاهدة، وهو ما تفيده عبارة تخول الأمين العام للأمم المتحدة بتسجيل المعاهدة.[322]

والتسجيل يشمل جميع المعاهدات سواء كانت الدول أعضاء في الأمم المتحدة أو لم تكن، وتشمل أيضا المعاهدات الجماعية التي تبرم برعاية الأمم المتحدة، فينص الميثاق على تسجيل النصوص باللغات الرسمية للأمم المتحدة، وتجعل جميع اللغات متساوية في الحجية، ولا تقبل نصوص المعاهدات لكي تودع لدى الأمين العام إلا باللغات الرسمية للمنظمة[323].

---

316 صلاح محمد عبدالحميد، فن التفاوض والدبلوماسية، القاهرة، الطبعة الأولى 2012 ص 34.

317 للاطلاع على نص معاهدة سايكس – بيكو زيارة موقع فلسطين بالعربية على الوصلة www.palestineinarabic.com، تمت الزيارة في 2018/9/19 ومن نصوص المعاهدة، المادة 10 التي تنص على أن "تتفق الحكومتان الإنكليزية والفرنسية، بصفتهما حاميتين للدولة العربية، على أن لا تمتلكا ولا تسمحا لدولة ثالثة أن تمتلك أقطاراً في شبة جزيرة العرب، أو تنشأ قاعدة بحرية في الجزائر على ساحل البحر المتوسط الشرقي".

318 محمد الغزالي، حقيقة القومية العربية وأسطورة البعث العربي، نهضة مصر للطباعة والنشر، 1980 ص 228.

319 عادل أحمد الطائي، مرجع سابق ص 142.

320 دليل الأحكام الختامية للمعاهدات المتحدة الأطراف، منشورات الأمم المتحدة، 2005 ص54.

321 محمد يوسف علون، مرجع سابق ص 212.

322 ومن أمثلة ذلك المادة السادسة من اتفاقية قمع الاتجار غير المشروع بالراشدات لعام 1933 والمادة 19 من اتفاقية منع جريمة الأجناس والمعاقبة عليها لعام 1948 واتفاقية خفض حالات انعدام الجنسية لعام 1961

323 واستثناء من ذلك، قبل الأمين العام تسجيل الاتفاق الأوروبي بشأن نقل البضائع الخطرة بالطرق المائية الداخلية لعام 2000 وهي باللغة الألمانية، انظر دليل الأحكام الختامية للمعاهدات المتعددة الأطراف، مرجع سابق.

والتسجيل والإيداع في سجلات الأمانة العامة هو من اختصاص قسم المعاهدات بإدارة الشؤون القانونية، كما يتم إرسال مشاريع المعاهدات المزمع إرسالها للأمين العام وذلك لوضعها في صيغتها النهائية.

وتتم تسمية الأمين العام وديعاً للمعاهدات الدولية، فتبقى المعاهدات لدى الأمين العام مفتوحة للتوقيع، وعليه التأكد من التفويض الكامل لتخويل الممثلين توقيع المعاهدات المودعة لدى الأمين العام، ثم تحال لقسم المعاهدات، صكوك التصديق أو القبول أو الانضمام أو غيرها المتصلة بالمعاهدات، ويقوم الأمين العام بصفته وديعاً بإخطار الدول الأعضاء والوكالات المتخصصة للأمم المتحدة ومكاتب الأمم المتحدة رسمياً بما تم من تصرفات بشأن المعاهدة، وتبقى النسخ الأصلية المعتمدة لدى الوديع مالم تنص المعاهدة على غير ذلك.[324]

وفي حال مخالفة إجراء التسجيل فلا يمكن التمسك بتلك المعاهدات أمام أي فرع من فروع الأمم المتحدة، بموجب المادة 102 من ميثاق الأمم المتحدة، ومع ذلك، فإن الخلاف الحدودي بين البحرين وقطر، قد تم حله بواسطة محكمة العدل الدولية، وهي فرع من فروع الأمم المتحدة، اعتماداً على اتفاق بين البحرين وقطر لم يتم تسجيله لدى الأمين العام، ولم يلتزم شروط المعاهدة الدولية.

ومحكمة العدل الدولية التي لا تقبل النظر في المنازعات التي تنشب بين الدول إلا في حالة اتفاق الأطراف على عرض النزاع أمام المحكمة على أن يكون ذلك الاتفاق بين الأطراف موثقاً في اتفاقية دولية وبحسب شروط الاتفاقية والمعاهدة الدولية، ثم قررت المحكمة أن الرسائل بين ملك السعودية وأمير قطر في 1987/12/19 وبين ملك السعودية وأمير البحرين في 1987/12/26، والوثيقة التي وقعها وزراء خارجية البحرين وقطر والسعودية في 1990/12/25 هي اتفاقات دولية تنشى حقوقاً وتعطي ولاية للمحكمة في نظر الدعوى، وقررت المحكمة أن لها ولاية البت في النزاع القائم، في حين أنه تختص المحكمة إذا وافقت الدول أن تكون طرفاً في الدعاوي التي ترفع للمحكمة (المادة 34)، وهذا ما نراه غير متوافق مع القانون الدولي.[325]

---

[324] دليل المعاهدات، مرجع سابق ص7.

[325] أوضح الحكم العديد من المسائل المهمة منها أن قطر كانت تابعة للبحرين ودليل ذلك اتفاقية 1867 مع بريطانيا العظمى، بينما اعتبرت قطر أن هذه الاتفاقية اعترافاً رسمياً لأول مرة بهوية قطر المستقلة، وكانت شركات التنقيب عن النفط في جزر حوار أرسلت إلى شيخ البحرين للقيام بعمليات التنقيب، كما أن مجموعة من القبائل تدفع (الزكاة) الضرائب لشيوخ البحرين، فيما حاول شيوخ قطر فرض تلك الضرائب على قبيلة النعيم في

والمحكمة تمارس ولايتها على أســـلوب تصـــريح القبول الذي تودعه الدولة لدى الأمين العام للأمم المتحدة[326]، وينص النظام الأســاســي للمحكمة[327] على قبول عرض النزاع على المحكمة دون حاجة لاتفاق خاص، في حال صرحت دولة بقبول

منطقة الزبارة في عام 1937 ولكنها قوبلت بردة فعل عنيفة آنذاك، ولم تقبل المحكمة الادعاء بأن قبائل النعيم ظلوا على ولائهم لشيوخ البحرين، وقررت المحكمة أن البحرين لها السيادة على جزر حوار، ولكن الغريب في الحكم أنه فصل جزيرة جنان عن مجموعة جزر حوار، واعتبر جزيرة جنان بنداً مختلفاً في القضية كأدعاء الزبارة وفشت الديبل وقطعة جرادة، في حين أن الجزيرة جغرافياً تعد جزء من مجموعة جزر حوار وتبعد عنها بمسافة أمتار فقط، والمحكمة تطرقت لجزيرة مشتان وأم خالد كموضوع واحد ولم تتم التجزئة بينهما (راجع الفقرات 178 – 216) ومن جهة أخرى، اعترفت المحكمة بقلة خبرتها بشأن فشت الديبل وفشت العظم لأن القانون الدولي كان صامتاً بشأن المرتفعات التي ينحسر عنها الماء في أوقات الجزر، وعن ما إذا كان يتم اعتبارها أرضاً من عدمه، وأهملت المحكمة طلب البحرين وقطر واستنتجت المحكمة أنه يجب إهمال هذه المرتفعات لأغراض رسم خط متساوي لنهاية الحدود على اليابسة (الفقرات 199 – 209) ناهيك عن الوثائق التي لعبت دوراً أساسياً في مذكرة قطر فكادت أن تكون الأساس الوحيد لادعاء قطر بالحق في جزر حوار وقد سحبت قطر الوثائق التي طعنت البحرين فيها بالتزوير، انظر (الرأي المستقل للقاضي فورتير) وأن هجوم شيوخ قطر على الزبارة عام 1937 على قبائل النعيم لو حدث في الوقت الحاضر لاعتبر عملاً غير مشروع ، في حين أن المنطقة بقبائلها يدين أهلها بالولاء لشيوخ البحرين، وذلك سند ملكية للبحرين لأن القانون الدولي يعترف لأقاليم معينة لها ظروف استثنائية كقلة قابليتها للسكن، وتتضح معالم السيطرة على الاقليم بواسطة ولاء القبائل هناك، في حين ان القاضي (اودا) أضاف في رأيه بأن ترسيم الحدود البحرية (لا مبرر له) وكان يفترض أن يتم تكليف لجنة من الخبراء للقيام بهذه المهمة، أما القضاة الثلاثة بجيف ورانجيفا وكوروما سقطوا في ذات المشكلة وهي عدم معرفة أهمية الفشوت في منطقة الخليج واعتبروا أن تلك المناطق والأراضي غير مستقرة ولا تفي بمتطلبات اتفاقية قانون البحار 1982، في حين أن القاضي (كويمانس) يرى أن في استبعاد جزيرة جنان من مجموعة جزر حوار اعتماداً على قرار 1947 هو قرار غامض، وأن احتجاج البحرين بولاء قبيلة الدواسر في حوار ووجودها في البحرين هو احتجاج صحيح بالنظر إلى أن قطر لم تقدم في الواقع أي فعاليات مطلقاً، وهذا رأي القاضي الخصاونة أيضاً، وإذا نظرنا في انعقاد الاختصاص اصلاً للمحكمة التي لا توجد لها ولاية مطلقاً لنظر الدعوى وذلك بموجب نص المادة 102 من ميثاق الأمم المتحدة التي أوجبت تسجيل المعاهدات لدى الأمين العام وجزاء عدم تسجيلها هو عدم قبولها في فروع الأمم المتحدة، وان الاتفاقية الموقعة في الدوحة عام 1990 لم يتم تسجيلها ولا التصديق عليها من قبل الدول الأطراف، كما أن النظام الأساسي للمحكمة لا يقبل ولاية المحكمة من دون إعلان أو معاهدة تم تسجيلها لدى الأمين العام للأمم المتحدة، ناهيك اصلاً ان اتفاق الدوحة 1990 كان لبحث غزو القوات العراقية للكويت وتبعات التحرير، وليس لحل نزاع البحرين وقطر، للاطلاع على رأي مخالف لما ذكر أعلاه، انظر عبدالله عبداللطيف المسلماني، نفاذ المعاهدات في دول مجلس التعاون الخليجي وبصفة خاصة في دولة قطر، المجلة القانونية والقضائية، العدد الأول، السنة الثانية، وزارة العدل، دولة قطر، ص 77 وما بعدها.

[326] بلغت عدد التصريحات 70 تصريحاً، انظر موقع المحكمة www.icj-cij.org.

[327] الفقرة 2 من المادة 36 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية تنص على أن (2- للدول التي هي أطراف في هذا النظام الأساسي أن تصرح، في أي وقت، بأنها بذات تصريحها هذا وبدون حاجة إلى اتفاق خاص، تقر للمحكمة بولايتها الجبرية في نظر جميع المنازعات القانونية التي تقوم بينها وبين دولة تقبل الالتزام نفسه، متى كانت هذه المنازعات القانونية تتعلق بالمسائل الآتية أ-تفسير معاهدة من المعاهدات، ب- أية مسألة من مسائل القانون الدولي، ج- تحقيق واقعة من الوقائع التي إذا ثبتت كانت خرقا لالتزام دولي، د- نوع التعويض المترتب على خرق التزام دولة ومدى هذا التعويض- 3 .يجوز أن تصدر التصريحات المشار إليها آنفا دون قيد ولا شرط أو أن تعلق على شرط التبادل من جانب عدة دول أو دول معينة بذاتها أو أن تقيد بمدة معينة- 4 .تودع هذه التصريحات لدى الأمين العام "للأمم المتحدة" وعليه أن يرسل صورا منها إلى الدول التي هي أطراف ل في هذا النظام الأساسي وإلى مسجل المحكمة.)

ولاية المحكمة في نظر نزاع مع دولة تقبل الالتزام ذاته[328] وبذلك فإن الأصـــل في ولاية المحكمة أن يرد في المعاهدات والاتفاقيات الخاصـــة بشـــأن ولاية المحكمة أو في معاهدات ثنائية أو جماعية النص على ولاية المحكمة في الفصـل في المنازعات بشأن تفسير المعاهدات[329].

جزاء عدم التسجيل:

في ظل عهد عصـــبة الأمم كانت المعاهدة غير المســـجلة تجرد من قوتها الإلزامية [330]، ففي النزاع بين فرنســـا والمكســـيك، قررت لجنة التحكيم الدولية عام 1928 أن الاتفاقية مشـوبة بعيب عدم التسـجيل ومن ثم تكون المعاهدة غير ملزمة، ويجب عدم التمسك بها أمام اجهزة العصبة أو أمام أي محكمة دولية، ومن ثم قررت عدم تطبيق قواعد تلك المعاهدة[331].

وفي ظـل ميثـاق الأمم المتحـدة فـإن جزاء عـدم التســـجيـل هو عـدم جواز الاحتجاج بالمعاهدة أمام أي فرع من فروع الأمم المتحدة، لكن تبقى المعاهدة الدولية غير المســـجلة صـــحيحة ومحتفظه بقوتها الإلزامية أمام الهيئات التي لا تتبع منظمة الأمم المتحدة[332].

وقد كانت الدول غير المنضـــمة لمنظمة الأمم المتحدة لها الحق في أن تبرم معاهدات ثنائية مع دول ومنظمات غير تابعة للأمم المتحدة، ودون الحاجة لتســـجيل تلك المعاهدات، أما الآن فقد أصبح من الضروري أن تتم عملية تسجيل المعاهدة في سجلات الأمم المتحدة حتى وإن كان الأطراف لا يحملون عضوية الأمم المتحدة[333].

---

[328] انطونيو أوغستو، النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، منشورات منظمة الأمم المتحدة، 2017 ص4.

[329] وقد بلغت تلك المعاهدات، 128 معاهدة جماعية و166 معاهدة ثنائية، أنطلونيو أوغســـتو ، مرجع ســـابق ص6.

[330] محمد نعيم علوه، مرجع سابق ص 143.

[331] محمد خالد برع، مرجع سابق 102، القرار صدر في قضية (Pablo Naera).

[332] محمد يوسف علوان، مرجع سابق ص214.

[333] محمد كريم وابراهيم مشـــورب، قانون المعاهدات بين الدول والمنظمات الدولية، المكتبة العصـــرية، بيروت 1992 ص90 وما بعدها.

المبحث الثاني:

مشروعية المعاهدات الدولية من حيث الموضوع.

بينا إنه لنفاذ المعاهدة في النظام القانوني البحريني لابد أن تتوافر الشـــروط الشكلية للمعاهدة الدولية وقد استعرضت الشروط الشكلية آنفاً، ولابد أيضاً من توافر الشروط الموضوعية.

وفي هذا المبحث أستعرض شروط مشروعية المعاهدات الدولية في مطلبين، الأول الشروط الموضوعية لصحة المعاهدات في النظام القانوني البحريني، والثاني في احترام المعاهدة لأحكام دستور البحرين ونظامه العام.

المطلب الأول:

الشروط الموضوعية لصحة المعاهدة في النظام القانوني البحريني.

لكي تقبل المعاهدة وتنتج آثارها القانونية، لا بد من إتمام الإجراءات القانونية بشكل صحيح وإتباع الإجراءات الشكلية، فإذا أغفلت الإجراءات الشكلية والشروط الموضوعية فالمعاهدة قابلة للإبطال، أو باطلة[334].

وقد اجتهد الفقه الدولي لوضع نظرية متكاملة لشروط صحة المعاهدة محاولاً أن يجعلها مختلفة عن شـــروط صـــحة العقود في القانون الداخلي، ونتج ذلك اعتماد اتفاقية "فيينا" للمعاهدات 1969، وتلك الشـــروط من الممكن تطبيقها على البحرين في ظل الوضع القانوني القائم ومن الممكن في حال أي تعديلات قانونية مستقبلاً.

وفي هذا المطلب ســـيتم تناول أهلية (البحرين) لإبرام المعاهدات الدولية في الفرع الأول، وسلامة رضا البحرين من عيوب الإرادة في الفرع الثاني.

---

[334]محمد يوسف علوان، مرجع سابق صفحة 249.

الفرع الأول: أهلية إبرام المعاهدات الدولية.

تختلف الأهلية في القانون الدولي عن تلك الأهلية المعروفة في القانون المدني، وفي سبيل تحديد الأهلية في القانون الدولي كان لزاماً تحديد أشخاص القانون الدولي الذين يتمتعون بالأهلية القانونية، ومدى أهليتهم لإبرام تلك المعاهدات.

أولاً: أشخاص القانون الدولي.

تختلف أحكام أهلية أشخاص القانون الدولي باختلاف أوضاعهم القانونية، والدول كذلك، فالدول كاملة السيادة لها أهلية إبرام المعاهدات بل إن ذلك من أهم مظاهر السيادة والاستقلال.

ولبيان ذلك بشكل مفصل سيتم تقسيم الأشخاص الدولية في إبرام المعاهدات الدولية إلى النقاط التالية:

1) الدول المستقلة ذات السيادة:

تنص اتفاقية فيينا على أن لكل دولة أهلية عقد المعاهدات، والدول كاملة السيادة تقوم بالمفاوضة والتوقيع وإبرام المعاهدات، ولها الأهلية الكاملة للقيام بتلك التصرفات، وتتحمل الدولة عواقب تلك المعاهدات، وتحصل في المقابل على مزاياها.

2) الدول ذات السيادة الناقصة.

و هذه الدول لا تملك القدرة القانونية لإبرام معاهدات دولية مع غير الدولة صاحبة الولاية عليها، وسواءً كانت الدولة تحت الاحتلال أو الوصاية أو الانتداب فإن الدولة منقوصة السيادة لا تملك إبرام المعاهدات إلا مع الدولة الحامية أو المنتدبة طيلة فترة نقص السيادة.

وقد ظلت البحرين تحت الاحتلال البريطاني حتى 1971/08/15 تاريخ استعادة البحرين سيادتها، فأبرمت أول معاهدة لها وهي كاملة السيادة ونصت في ديباجتها على (أن دولة البحرين وتوابعها والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وإيرلندا الشمالية، تقديراً منهما أن دولة البحرين قد استعادت المسئولية الدولية كاملة

كدولة ذات سيادة ومستلقة)[335] وذلك بعد إعلان بريطانيا عبر المقيم السياسي في البحرين إنهاء الاستعمار البريطاني في البحرين.

وجاء في المذكرة (لي الشرف أن أشير إلى المباحثات التي جرت بين عظمتكم وبيني بشأن إنهاء مفعول العلاقات التعاقدية الخاصة وبشأن رغبة حكومة عظمتكم في أن تستعيد دولة البحرين المسئولية الدولية الكاملة كدولة ذات سيادة ومستقلة ... إبطال مفعول الاتفاقات الخاصة المعقودة في 1880/12/23م و 1892/03/13م وغيرها من الاتفاقات والارتباطات والتعهدات والترتيبات القائمة بين المملكة المتحدة ودولة البحرين)[336] والدول بعد حصولها على السيادة الكاملة، تقرر بشأن المعاهدات التي أبرمتها الدولة الحامية آنذاك إبقائها أو إنهائها، ولعل المثال على ذلك استفادة كمبوديا في الحكم الصادر من محكمة العدل الدولية بأحقيتها في أرضٍ عليها معبد، وذلك في نزاعها مع تايلاند على الأرض المتاخمة لحدود البلدين، وذلك استنادا إلى معاهدة أبرمتها فرنسا لحسابها في عام 1904[337].

3) أعضاء الدول الاتحادية:

ينظم دستور الدول الاتحادية صلاحية ومهام إبرام المعاهدات وكيفية نفادها في القانون الوطني مثلها مثل أي دولة كاملة السيادة إلا أن هنالك دساتير أعطت بعض الأقاليم أو الولايات الأعضاء في الاتحاد صلاحية إبرام وعقد معاهدات محددة يختص بها الأعضاء.

فالدستور السويسري يجيز للمقاطعات السويسرية عقد اتفاقيات لتنظيم الجوار والحدود[338]، كما ان الدستور أجاز مشاركة المقاطعات في المفاوضات والقرارات التي تمس اختصاص ومصالح المقاطعات[339] وأعطت المادة 56 الصلاحية

---

335 معاهدة صداقة بين دولة البحرين وتوابعها والمملكة المتحدة البريطانية العظمى وأيرلندا الشمالية المنشورة في الجريدة الرسمية العدد 931 بتاريخ 1971/8/26.

336 المذكرات المتبادلة بين المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وشمال إيرلندا ودولة البحرين حول إنهاء العلاقات التعاقدية الخاصة بينهما بتاريخ 1971/8/15م المنشورة في الجريدة الرسمية العدد 931 بتاريخ 1971/8/26م.

337 لمزيد من التفاصيل انظر موجزات لأحكام محكمة العدل الدولية على موقع إدارة الشئون القانونية للأمم المتحدة الفقرة 203 وتقرير المحكمة في وثائق الجمعية العامة الدورة 69 الملحق رقم 4 من أغسطس 2013 إلى يوليو 2014 وصفحة رقم 47 وما بعدها.

338 محمد خالد برع، مرجع سابق صفحة 105 ذكر سيادته المادة 8 وهي في الحقيقة المادة 56.

339 المادة 55 من دستور سويسرا بتعديلاته لغاية عام 2014 منشور على موقع مشروع الدستور على الوصلة https://www.constituteproject.org/constitution/Switzerland_2014.pdf?lang=ar، تمت الزيارة بتاريخ 2018/9/22م.

للمقاطعات إبرام معاهدات تتعلق بمصالحها واختصاصاتها (الاقتصادية) بشرط حماية مصالح الاتحاد والمقاطعات الأخرى[340]، ولها أن تتعامل مباشرة مع المقاطعات أو الولايات المكونة لاتحادات أخرى، وفي كل الأحوال يجب أن يتم اعتماد التصديق) على تلك المعاهدات من قبل المجلس الاتحادي، فإذا رفض يعرض الأمر على الجمعية الاتحادية[341].

وتنص المادة 352 من دستور ألمانيا على أن:

1- تكون رعاية العلاقات مع الدول الأجنبية من اختصاص الاتحاد.
2- قبل عقد أي اتفاقية تؤثر على الظروف الخاصة بأي ولاية، يتعين استشارة الولاية في الوقت المناسب.
3- إذا تمتعت الولايات بسلطة سن التشريعات يجوز لها إبرام معاهدات مع دولة أجنبية بموافقة من الحكومة الاتحادية[342]، أي أن الولاية التي بها برلمان محلي لها الحق بعد موافقة الاتحاد في إبرام معاهدات دولية.

وفي الأرجنتين نص الدستور على أنه (يجوز للأقاليم بمعرفة الكونجرس الوطني الدخول في معاهدات جزئية لأغراض إقامة العدل والمصالح الاقتصادية وأعمال المنفعة المشتركة (يجوز لها تشجيع صناعتها والهجرة إليها وبناء السكك الحديدية والقنوات الصالحة للملاحة واستيطان الأراضي التي يملكها الإقليم، وإدخال وتأسيس صناعات جديدة، واستيراد رأس المال الأجنبي واستكشاف أنهارها، من خلال قوانين تحمي هذه الأغراض وبأموالها الخاصة [343]) ومنعت المادة 126 الأقاليم من إبرام معاهدات جزئية ذات طابع سياسي، وبذلك يكون الدستور الأرجنتيني أكثر وضوحاً وتحديداً للموضوعات التي يجوز للإقاليم المحلية إبرام المعاهدات بشأنها .

---

340 يطلق عليها (لاندر) وقد عقد اللاندر العديد من المعاهدات منها الاتفاق مع بلجيكا لإنشاء منتزه طبيعي، مشار إليه لدى يوسف علوان، مرجع سابق صفحة 254.

341 المادة 172 من دستور سويسرا والمادة 186 ويطلق عليها اسم (كانتونات) والتي يحق لها أيضاً إبرام معاهدات تسليم المجرمين ووسائل تنظيم الحدود والجوار، انظر يوسف علوان، مرجع سابق صفحة 245 .

342 المادة 352 من دستور ألمانيا بتعديلاته لغاية عام 2012 منشور على موقع مشروع الدستور على الوصلة https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2012.pdf?lang=ar بتاريخ 2018/9/22م .

343 المادة 125 من دستور الأرجنتين الصادر في 1853 وأعيد العمل به في 1983 مع تعديلاته لغاية 1994 منشور في مشروع دستور https://www.constituteproject.org/constitution/Argentina_1994.pdf?lang=ar ، تمت الزيارة في 2018/9/22 .

4) المنظمات الدولية:

تستمد أهلية المنظمة الدولية من الإرادة الصريحة للدول الأعضاء[344]، وتلك الأهلية لا تتساوي مع أهلية الدولة كاملة السيادة، فالدول تملك عقد جميع أنواع المعاهدات التي تخدم شعوبها ومصالحها القومية، في حين أن المنظمات الدولية لا تبرم إلا المعاهدات التي يقتضيها القيام بوظائفها، فالاتحاد الأوربي، وبعد معاهدات ماسترخيت ولشبونة، أصبح كياناً بمقدوره عقد المعاهدات باسم الأعضاء، وأن يمثلهم في ذلك، وتلك ميزة لا تتحقق غالباً في المنظمات الأخرى، ومرد ذلك إلى الإرادة الصريحة لأعضاء المنظمة، ومدى تنازلهم عن سلطاتهم الوطنية لصالح المنظمة الدولية.

الفرع الثاني: الإرادة الخالية من العيوب.

لا تكفي الأهلية وحدها للتعبير عن الإرادة الصحيحة بشكل يعد في نظر القانون (تصرفاً قانونياً) وإنما لابد أن تكون سليمة من المثالب والعيوب، وعيوب الإرادة هي الإكراه، الغلط، الغش أو التدليس، وإفساد إرادة ممثل الدولة[345].

وقد انقسمت الآراء في أثر تلك العيوب على رضا أشخاص القانون الدولي على ثلاثة آراء[346] ، الأول يرى تطبيق نظرية عيوب الرضا المطبقة في القانون الخاص دونما تعديل أو تمييز، ويساوي هذا الرأي بين عقود الأفراد واتفاقات الدول لخضوعها لمبدأ واحد، بينما يرى الرأي الثاني أنه لتطبيق عيوب الرضا لابد من أن ينال العيب إرادة الممثل عن الدولة، فإذا شاب العيب إرادة الدولة فلا أثر له، بينما لو شاب إرادة رئيس الدولة أو من يمثله فإنه يؤثر على الاتفاق ويعرضه للبطلان، أما الرأي الثالث فلا يسلم باعتبار عيوب الرضا على ممثلي الدولة أو الدولة ذاتها لأن أجهزة الدولة المتشعبة تملك على الأقل عدم التصديق على المعاهدة وبالتالي عدم نفاذها في مواجهة الدولة.

---

[344] محمد يوسف علوان، مرجع سابق صفحة 255.

[345] مأمون المنان، مبادئ القانون الدولي العام، دار الكتب القانونية، مصر، 2010 ص 73.

[346] محمد عبدالمطلب الخشن، الوضع القانوني لرئيس الدولة في القانون الدولي العام، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة 2004 ص 123 وما بعدها، وانظرمحمد السعيد الدقاق، مرجع سابق ص 99 وما بعدها.

وقد أخذت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بتلك العيوب واعتبرتها مســـببات لبطلان المعاهدة وذلك في المواد 46-52.[347]

---

[347] تنص اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على (المادة 46: 1- ليس للدولة أن تحتج بأن التعبير عن رضاها الالتزام بالمعاهدة قد تم بالمخالفة لحكم في قانونها الداخلي يتعلق بالاختصاص بعقد المعاهدات كسبب لإبطال هذا الرضا إلا إذا كانت المخالفة بينة وتعلقت بقاعدة أساسية من قواعد القانون الداخلي.

2- تعتبر المخالفة بينة إذا كانت واضحة بصورة موضوعية لأية دولة تتصرف في هذا الشأن وفق التعامل المعتاد وبحسن نية.

المادة 47: القيود الخاصة على السلطة في التعبير عن رضا الدولة

إذا كانت سلطة الممثل في التعبير عن رضا الدولة الالتزام بمعاهدة ما خاضعة لقيد معين فلا يجوز الاحتجاج بإغفال الممثل مراعاة هذا القيد كسبب لإبطال ما عبر عنه من رضا إلا إذا كانت الدول المتفاوضة الأخرى قد أخطرت بالقيد قبل قيام الممثل بالتعبير عن هذا الرضا.

المادة 48: الغلط

1- يجوز للدولة الاحتجاج بالغلط في المعاهدة كسبب لإبطال رضاها الالتزام بها إذا تعلق الغلط بواقعة أو حالة اعتقدت هذه الدولة بوجودها عند عقد المعاهدة وكانت سبباً أساسياً في رضاها الالتزام بها.

2- لا تنطبق الفقرة (1) إذا كانت الدولة المعنية قد أسهمت بسلوكها في الغلط أو كانت الظروف قد جعلت هذه الدولة على علم باحتمال وقوعه.

3- لا يؤثر الغلط المتعلق فقط بألفاظ المعاهدة، على صحتها. وتطبق في هذه الحالة أحكام المادة 79.

المادة 49: التدليس

يجوز للدولة التي عقدت المعاهدة بسلوك تدليسى لدولة متفاوضة أخرى أن تحتج بالتدليس كسبب لإبطال رضاها الالتزام بالمعاهدة.

المادة 50: إفساد ممثل الدولة

إذا تم التوصل إلى تعبير الدولة عن رضاها الالتزام بالمعاهدة عن طريق إفساد ممثلها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من قبل دولة متفاوضة أخرى فإنه يجوز لتلك الدولة أن تحتج بالإفساد كسبب لإبطال رضاها الالتزام بالمعاهدة.

المادة 51: إكراه ممثل الدولة

ليس لتعبير الدولة عن رضاها الالتزام بمعاهدة والذي تم التوصل إليه بإكراه ممثلها عن طريق أعمال أو تهديدات موجهة ضده أي أثر قانوني.

المادة 52: إكراه الدولة بالتهديد أو باستخدام القوة

تكون المعاهدة باطلة إذا تم التوصل إلى عقدها بطريق التهديد أو استخدام القوة بصورة مخالفة لمبادئ القانون الدولي المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة.)

أولاً: القيمة القانونية للمعاهدة في حال الإكراه.

قد يظن من وهم الاستقلال والمساواة بين الدول ألا تكون هنالك دولة ترضخ بكل شعبها لإبرام معاهدة ما، إلا أن التاريخ حافل بوقوع ذلك فعلاً.

والإكراه قوة خارجية، مادية أو معنوية، تعطل الإرادة، وهي من موانع المسؤولية في التشريع الجنائي[348] بينما تعد في القانون المدني من أسباب إبطال العقد[349]، وفي القانون الدولي من الممكن أن يقع ذلك على ممثل الدولة أو على الدولة ككل، فقد احتلت اليابان عاصمة كوريا والقصر الإمبراطوري، وأجبرت الكوريتان على قبول معاهدة تضع كوريا تحت الوصايا اليابانية[350]، وتم إبطال المعاهدة بعد هزيمة اليابان في الحرب العالمية الثانية.

وما تعرضت له تشيكوسلوفاكيا على أيدي القوات السوفيتية في عام 1968م، وقبل تلك المعاهدة قام السوفييت مع حلف وارسو بإنزال جوي في براغ ومدن أخرى، وتم القبض على (الكسندر دوبتشيك) وبعدها تم توقيع معاهدة أكتوبر 1968م بشان تمركز القوات السوفيتية في تشيكوسلوفاكيا[351]، وكذلك ما حدث في تشيكوسلوفاكيا مع ألمانيا النازية باقتراح من موسوليني في مؤتمر رباعي يتكون من فرنسا وبريطانيا وألمانيا وإيطاليا، وطلبت ألمانيا ضم إقليم ذا أغلبية ألمانية (السويدت)، وما لبثت بولندا حتى طلبت من تشيكوسلوفاكيا التخلي عن إقليم (تيشن) وإقليم (كاربات) للمجر إلى ان اضطرت تشيكوسلوفاكيا إلى طلب الحماية من هتلر نفسه، ودخلت ألمانيا إلى براغ وصدر إعلان باستقلال سلوفاكيا[352] والغريب أن المعاهدات التي تبرمها الدول المنتصرة في الحروب مع الدول المهزومة لم يدفع أحد ببطلانها في حين أنها أيضاً تبرم تحت الإكراه، وكأنما لم يزل ينتظر العالم حتى تنهزم اليابان ليقرروا بطلان المعاهدة أو التحلل منها أو هزيمة هتلر[353] أو السوفييت.

---

348 لمزيد من التفاصيل انظر عبد الوهاب الحومة، الوسيط في شرح القانون الجزائي الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الثالثة 1983 ص278 وما بعدها.

349 تنص المادة 94 من القانون المدني البحريني على أنه (يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد الشخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس ...) المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 بإصدار القانون المدني، دائرة الشئون القانونية، الطبعة الأولى 2002 ص25.

350 محمد يوسف علوان، مرجع سابق ص 269 ومحمد خالد برع، مربع سابق ص 108.

351 لمزيد من التفاصيل انظر مقابلة المخططين للقضاء على (ربيع براغ) في قناة (روسيا اليوم) وانظرأيضاً بشأن دخول نصف مليون جندي من حلف وارسو للقضاء على الحركة الديمقراطية في براغ.

352 لمزيد من التفصيل انظر تقرير مفصل في جريدة الحياة، بتاريخ 2003/10/14 على موقع الجريدة www.alnayat.com/article/1143857 تمت الزيارة بتاريخ 2018/09/23م.

والحقيقة أن الألمان قد تحللوا من التزامات معاهدة فرســـاي 1919م بعد خســـارتهم الحرب، ومن ثم رفضـــوها لأنهم كانوا في نشـــوة انتصـــارات المعارك، وفعلت ذلك أيضاً إيطاليا.

ولعل الآراء المخالفة للقضـــاة، في حكم قضـــية ويمبلدون، تحدد الفكرة بوضـوح، فالقاضـي شـوكينغ يرى أنه (لا يمكن أن تكون نية الدول المنتصـرة إلزام ألمانيا من خلال معاهدة فرساي بارتكاب مخالفات ضد دولة أخرى) [354] فيما أضاف القاضـي انزيلوتي والقاضـي هوبر في الرأي المخالف (أن الاتفاقيات الدولية، وعلي الأخص تلك المتعلقة بالتجارة والاتصـالات، تبرمها الأطراف عموماً وهي تأخذ في اعتبارها ظروف السلم العادية، واذا اضطرت دولة محايدة أو متحاربة بسبب حرب ما، إلى اتخاذ تدابير اسـتثنائية تؤثر موقتاً على تطبيق هذه الاتفاقيات من أجل حماية حيادها أو للدفاع عن نفسها، فإنه يحق لها أن تفعل ذلك حتى ولو لم تتضمن الاتفاقية أي تحفظات صريحة) [355].

وتلخيصا لما سبق، فإن استخدام القوة العسكرية كان يعد، وحتى وقت قريب، عملاً مشـروعا من وجهة نظر القانون الدولي، إلا أنه في الوقت المعاصـر تم حظر اسـتخدام القوة العسـكرية، ورتب على تلك المعاهدات بطلان يحمي الدول الأضـعف والطرف المكره، واعتبر العدوان على الدول عملاً غير مشـروع، وقد تأكد ذلك في قرارات الأمم المتحدة وإعلانها (مبدأ امتناع الدول في علاقاتها الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استعمالها ضد السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لأي دولة أو على أي نحو آخر يتنافى مع مقاصـد الأمم المتحدة) وأشـار الإعلان إلى الامتناع في العلاقات الدولية عن ممارسة الإكراه العسكري[356].

وقد دفعت أيســـلندا بعيب الإكراه في معاهدتها مع المملكة المتحدة، إلا أن المحكمة التفت عن هذا الدفاع لعدم وجود دليل واعتبرتها مجرد مزاعم لا ترقى

---

[354]موجز الأحكام والفتاوي الصادرة عن محكمة العدل الدولي الدائمة في قضية السفينة البخارية (ويمبدلون) بتاريخ 1923/09/17م، المخلص متاح على موقع إدارة الشئون القانونية بمنظمة الأمم المتحدة www.legal.un.arg

[355]موجز الأحكام والفتاوي الصادرة من محكمة العدل الدولي، مرجع سابق ص130.

[356]القرار رقم 2652 صادر في 1970/10/24 متاح على مركز الوثائق التابع بمنظمة الأمم المتحدة على الوصلة www.un.org/arabic/document.

لتكون دليلاً[357]، كما أن المعاهدة البريطانية المصـــرية لعام 1963 والتي ألغتها مصر، من أمثلة المعاهدات المبرمة تحت وطأة الاكراه[358].

ثانياً: القيمة القانونية للمعاهدة في حال الغلط.

الغلط تصـــور مخالف للواقع، قام في ذهن الدولة أو ممثليها فدفعها لإبرام المعاهدة، والغلط نوعان: أولهما غلط في صياغة نصوص المعاهدة، وهذا الغلط لا يؤثر على صحة المعاهدة، واتفاقية فيينا أوجدت آلية لتصحيح هذا الغلط بالاتفاق بين أطراف المعاهدة لإحلال النص المعدل بديلاً عن النص المشوب بالأخطاء المادية.

النوع الثاني: هو الغلط المتعلق بواقعة أو حالة توهمت الدولة أو المنظمة وجودها وشكلت سبباً جوهرياً في إبرام المعاهدة[359] وهذا أمرنادر، إلا أن المعاهدات الحدودية عرضـــة لهذا النوع من الغلط، فبعد معاهدة فرســـاي 1783 بين الولايات المتحدة وبريطانيا تبين أن سلسلة الجبال التي أقرتها المعاهدة كحد فاصل لم يكن لها وجود أصلاً[360] وأن نهر (saint-croix) يطلق على مجموعة أنهار[361] وبالتالي تم تصحيح الغلط في معاهدة جديدة هي معاهدة جاي لعام 1793.[362]

واحتوت المعاهدة الجديدة التي أبرمت في 1794/11/19م على التصـــحيح اللازم، ونصـــت في المادة الرابعة على أن (من غير المؤكد ما إذا كان نهر المسيسيبي يمتد حتى الآن إلى الشمال إلى أن يتقاطع مع خط يتم رسمه إلى غرب

---

358 من الباحثين من يرى أن اتفاقية كامب ديفيد لعام 1978 واتفاقية أوسلو بين إسرائيل ومنظمة التحرير الفلسطينية هي معاهدات أبرمت تحت التهديد وهي (اتفاقيات إملاء) وينتهي الباحث إلى نتيجة بطلان تلك الاتفاقيات، ومن جانبنا ، ومع تقديرنا للقضية السامية في الدفاع عن القضية الفلسطينية إلا أنه لا يمكن الاتفاق مع ما ذهب إليه الباحث، انظر خيري يوسف مريكب، الاتفاق الفلسطيني الإسرائلي "غزة أريحا" أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2006 ص 398 وما بعدها.

359 انظر المادة 48 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات

360 انظر موقع الحكومة الأمريكية قسم التاريخ https://www.usa.gov/history ، تمت الزيارة في 2018/9/26 .

361 محمد يوسف علوان، مرجع سابق ص264.

362 انظر نص المعاهدة على موقع جامعة ييل على الوصلة www.avalon.law.yale.edu/18th_century/jay.asp تمت الزيارة في 2018/09/23م.

بحيرة الغابة...)[363] وجاء في المادة الخامسة (.... أن الشكوك قد نشأت بشأن ما إذا كان هنالك نهر حقاً اسمه (saint-croix) المذكور في معاهدة السلام ومسألة تحديد الحدود والتي تتم الإحالة في هذه المسـألة إلى قرار المفوضـين النهائي ...)، وقد قضـت محكمة العدل الدولية بأن الغلط يجب أن يكون ذا خطورة كافية للتأثير في رضا الدولة.[364]

ثالثاً: القيمة القانونية للمعاهدة في حال الغش والتدليس.

الغش والتدليس هو اسـتعمال طرق غير حقيقية لدفع دولة أو منظمة لإبرام معاهدة دولية نتيجة ذلك الغش.

وعلى ندرة حالات الغش في القانون الدولي إلا أن التجارب قد دلت على وجود دول تستخدم هذه الطرق الاحتيالية لخلق حالة جديرة بالاتفاق.

وأقرب مثال على ذلك ما قامت به قطر من إدخال أكثر من 80 وثيقة مزورة أثناء نظر النزاع بين قطر والبحرين على الحدود، وقد أثبتت المحكمة أن قطر سحبت تلك الوثائق من سجلات المحكمة بعد طعنت عليها البحرين بالتزوير[365].

رابعاً: القيمة القانونية للمعاهدة في حال إفساد ممثل الدولة.

تتقارب مسألة إفساد ذمة ممثل الدولة مع المجاملات الدبلوماسية وما تحتويه من هدايا أو منح أوسـمة أو احتفالات فخمة لممثلي الدول المفوضـين بتوقيع المعاهدات.

---

[363] لمزيد من التفاصـيل انظر (The Diplomatic Search for st.Croix River 1796-1798) منشـور على موقع مجلة أكادينس بتاريخ الأطلسـي www.journals.lib.unb.ca تمت الزيارة في 2018/09/23م.

[364] محمد خالد برع مرجع سابق ص111.

[365] لمزيد من التفاصيل انظر كتاب وثائق قطر المزورة وأسرار أكبر عمليات التزوير في تاريخ العدالة الدولية، الأيام للصحافة والنشر، البحرين2000 ، وانظرحيثيات الحكم المنشور على موقع محكمة العدل الدولية والذي سبقت الإشارة اليه.

والحقيقة أنه من الصعب إثبات هذا العيب[366]، لكون الدول، غالباً، تختار من دبلوماسيها الأكفاء والأكثر ولاء ومن ثم لا يتوقع أن تمر المعاهدة المعيبة دون تدقيق من الحكومة وأجهزتها أو البرلمان. [367]

المطلب الثاني:

احترام المعاهدة لأحكام الدستور ونظام الدولة العام

لكي تكتسب المعاهدة الدولية الشرعية القانونية في النظام القانوني الوطني، يجب أن تكون نصوص المعاهدة متوافقة مع نصوص الدستور والوثيقة الدستورية والنظام العام البحريني.

وفي هذا المطلب أبحث احترام المعاهدة لأحكام الدستور في الفرع الأول واحترام المعاهدة للنظام العام في الفرع الثاني.

الفرع الأول: احترام المعاهدة الدولية لأحكام الدستور البحريني.

إن نصوص الدستور ومحتوى الوثائق الدستورية[368]، لهي نتاج تلك المبادئ، وما وصل إليه الآباء المؤسسون للبحرين الحديثة[369] الذين أكملوا بناء أجدادهم في

---

366 سعود خلف النويس، القانون الدولي العام، مكتبة القانون والاقتصاد الرياض، الطبعة الأولى، 2014 ص 108.

367 بتاريخ 2018/08/05م غرد الرئيس الأمريكي رونالد ترامب بشأن قيام وزير الخارجية الأمريكي السابق جون كيري بالتفاوض سراً مع الإيرانيين وطلب منه عدم الإضرار بأمريكا وأنه أخذ فرصة في عهد الرئيس السابق باراك أوباما ولم يحقق الا الفوضى (تعبير ترامب) وقد قابل جون كيري واجتمع مع وزير خارجية إيران لإنقاذ الاتفاق النووي وبحث ذلك الملف أيضا في فرنسا والاتحاد الأوروبي، كما لو كانت هنالك حكومة ظل. انظر مجموعة من مقالات وأخبار في هذا الشأن على الوصلة النافذة بتاريخ 2019/3/19 http://arabic.cnn.com/tag/jwn-kyry

368 انظرميثاق العمل الوطني الذي صادق عليه الأمير بالأمر الأميري رقم 17 لسنة 2001 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2465 بتاريخ 2001/2/21 ونتيجة الاستفتاء على مشروع الميثاق في اعلان وزير العدل بالقرار رقم 6 لسنة 2001.

369 ورد في ديباجة المرسوم بقانون رقم 12 لسنة 1972 بشأن إنشاء مجلس تأسيسي لإعداد دستور البلاد وباسم حاكم البحرين وتوابعها (ورغبة منا في إرساء الحكم في البلاد على أسس قويمة من الديمقراطية والعدل، وفي ظل نظام دستوري، برلماني، يوطد حكم الشورى ويتفق مع ظروف البلاد وتراثها العربي والإسلامي.) انظرالمرسوم بقانون المنشور في الجريدة الرسمية العدد 974 بتاريخ 1972/6/22 ، وانظرالمرسوم بقانون رقم 13 لسنة 1972 بشأن أحكام الانتخاب للمجلس التأسيسي المنشور في الجريدة الرسمية العدد 978 بتاريخ 1972/7/20 وانظركذلك قرار مجلس الوزراء رقم 21 لسنة 1972 بشأن دعوة الناخبين لانتخاب أعضاء المجلس التأسيسي المنشور في الجريدة الرسمية العدد 992 بتاريخ 1972/10/26 والمرسوم رقم 18 لسنة

تلك الأوقات العصيبة[370] والتي تجاوزها المؤسسون للدولة مع الشعب لبناء شخصية وكيان وطني[371] واستكمال شكلها الدستوري الصحيح النابع من صميم تطلعات وآمال شعب هذه المنطقة[372].

واذ كان للمشرع التأسيسي والشعب الذي تم استفتائه، كلمة الفصل عندما صاغ نصوص الدستور، فإن الواجب على المشرع الوطني أن يحترم تلك القواعد والمبادئ الدستورية التي تعكس ثقافة البحرين ورقي مجتمعه، وتحقق للجميع القيم الرفيعة والمبادئ الإنسانية العظيمة التي تضمنها الميثاق، والتي تكفل للشعب النهوض إلى المنزلة العليا التي تؤهله لها قدراته واستعداداته، وتتفق مع عظمة تاريخه، وتسمح له بتبوء المكان اللائق به بين شعوب العالم المتمدين[373].

والمعاهدة الدولية شأنها شأن التشريع الوطني فلا يحق للمعاهدة ونصوصها أو أهدافها تقويض مبادئ الدستور أو أن تنال بالتعديل، سواء بالحذف أو بالإضافة من مقومات الدستور، وغاية ما تملكه المعاهدة الدولية هو التصدي لتنظيم وتفسير حقوق وحريات قد نص عليها الدستور أصلاً، أو أنها تنظم ما غفل عنه التشريع الوطني بالتنظيم المناسب للبلد والمجتمع الدولي.

وإذا كانت السياسة التشريعية في المجتمع، بما للمجتمع من حضارة ضاربة في جذور التاريخ، وتنقلُ تلك الثقافة إلى المجتمع وأبنائه، في طريقة راقية لتنظيم المجتمع، أو من أجل نبذ الافعال المراد تأثيمها، ودعم الأخلاق والأفكار التي يأمل الشعب في الحفاظ عليها وصونها، دونما تدخل خارجي في ذلك، فمن باب أولى فإن المقومات والأسس الدستورية التي يقوم عليها الدستور من نظام سياسي واجتماعي

1972 بشأن تعيين أعضاء في المجلس التأسيسي والمرسوم رقم 19 لسنة 1972 بشأن دعوة المجلس التأسيسي للاجتماع المنشوران في الجريدة الرسمية العدد 998 بتاريخ 1972/12/14 .

370 كانت إيران تطالب دائماً بالبحرين كجزء من اقاليمها وازدادت الحملة ضد البحرين منذ الأربعينيات، حتى رأت أن استقلال البحرين في السبعينيات فرصة لموضع قدم، إلا أن القرار التاريخي لمجلس الأمن بتاريخ 1970/05/11م والذي أكد بصورة قطعية رغبة شعب البحرين في بقائها عربية مسلمة وتحت حكم آل خليفة وذلك بعد قيام الأمم المتحدة بتقصي حقيقة مطالب إيران.

371انضمت البحرين لمشاورات في قيام اتحاد بين الإمارات السبع وتم التوقيع على اتفاقية مشروع اتحاد الإمارات العربية، إلا أن اجتماعات يونيو واكتوبر 1970م لم تكن موفقة بالنسبة لتطلعات البحرين.

372من نص إعلان حاكم البحرين وتوابعها الشيخ عيسى بن سلمان آل خليفة بتاريخ 1971/08/14 منشور في الجريدة الرسمية العدد 930 بتاريخ 1971/08/19.

373ديباجة دستور البحرين المعدل في عام 2002، منشور في الجريدة الرسمية العدد 2517 بتاريخ 2002/2/14م.

واقتصادي ذات أهمية لحمايته والحفاظ على هويته، لتبقى تلك الشرعية الدستورية تشمل كل تصرفات المؤسسات والأفراد.

ودستور البحرين يتبنى النظام شبه البرلماني الذي يرتكز على الديمقراطية، والأسس التي بني عليها الدستور، فأي تصادم أو اختلاف بين المعاهدة الدولية وحدود الديمقراطية في البحرين، يؤدي لعدم شرعية المعاهدة.

كما أن الحقوق الممنوحة للأفراد، والحريات العامة المنصوص عليها في الوثائق الدستورية، هي من مقومات مجتمع البحرين التي ينبغي التمسك بها والحفاظ عليها، بل الدفاع عنها، لأنها اختيار المجتمع ذاته، وهي غرس الآباء والأجداد من أجل وجود مجتمع فاضل، فلا يجوز للسلطات العامة ولا للأفراد الخروج عليها أو تجاوزها[374] فالعدل أساس الحكم، والحرية والمساواة والأمن دعامات للمجتمع تكفلها الدولة[375] ومستقبل قائم على الشورى والعدل، حافل بالمشاركة في مسئوليات الحكم والإدارة، كافل للحرية والمساواة، وموطد للإخاء والتضامن الاجتماعي.[376]

وإزاء تلك المقومات التي تعد نظاماً عاماً لا تجوز مخالفته، وإزاء إطلاق بعض الحقوق والحريات دونما قيد كالحق في الكرامة الإنسانية، أو المساواة أمام القانون أو عدم التمييز[377] أو في شخصية العقوبة، وافتراض البراءة والحماية الشخصية[378]، وإزاء الحقوق والحريات التي أحال الدستور للقانون تنظيمها، دون أن ينال التنظيم من جوهر الحق أو الحرية[379]، فإذا كان موضوع المعاهدة يتعلق بالحقوق والحريات، مثلاً، فالواجب على المعاهدة الالتزام بعدم تجاوز الضوابط الموضوعية في الدستور.

---

374 من الفصل الأول لميثاق العمل الوطني، مرجع سابق.

375 مقتطفات من المادة 4 من دستور البحرين 2002، وهي ذات المادة 4 من دستور 1973 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1049 بتاريخ 1973/12/6.

376 ديباجة دستور 1973.

377 المادة 18 من دستور البحرين 2002.

378 المادة 19 فقرة (د) والمادة 20 من دستور 2002.

379 المادة 31 من دستور 2002.

وقد أصدرت المحكمة الدستورية العليا في مصر حكماً في مجال حرية الرأي بعد أن قضت بعدم دستورية مادة في قانون، تضمنت مصادرة لحق المواطنين في نقد وابداء الرأي في معاهدة السلام مع إسرائيل، واعتبرت المحكمة (أن حرية الرأي إذ تعد من الدعامات الأساسية التي تقوم عليها النظم الديمقراطية الحرة...)[380] .

فإذا كانت الرقابة الدستورية تمتد إلى عدم مخالفة الأحكام الموضوعية للدستور والكتلة الدستورية والمبادئ العامة التي تحكم المجتمع من حقوق وحريات ولا تمس بالتوازنات العامة للسلطات والمؤسسات والأسس الدستورية العامة[381] فإنه ليكون من باب أولى التأكد من المعاهدات والاتفاقيات قبل إبرامها وقبل التصديق عليها للتأكد من توافقها مع المبادئ الأساسية للمجتمع، وأنها منسجمة مع الثوابت الوطنية وما منع الدستور ذاته التعديل عليه[382].

وفي ألمانيا قررت المحكمة الدستورية الفيدرالية دستورية اتفاقية "لشبونة" وقالت المحكمة إن أهداف اتفاقية "لشبونة"[383] هي المحافظة على النظام الديموقراطي الألماني، فبالتالي لا تتعارض مع دستور ألمانيا[384]، وقد طلبت المحكمة إعداد قوانين تهدف لحماية صلاحية البرلمان الوطني (البوندستاج)[385] لزيادة فعالية قرارات البرلمان الألماني في القرارات الأوربية[386] وتم العمل بمعاهدة لشبونة بعد مصادقة جميع الدول الأعضاء على المعاهدة، ومنها التشيك، فقد اعتبرت المحكمة الدستورية التشيكية المعاهدة متوافقة مع دستور البلاد، بعد أن تعهد الاتحاد الأوربي للتشيك بحق الانسحاب من ميثاق الحقوق الملحق بالمعاهدة.

---

380 دعوى رقم 44 لسنة 7 ق جلسة 1988/5/7منشور الحكم على شبكة قوانين الشرق، تمت الزيارة في 2018/9/21 .

381عبدالمنعم بن أحمد، الرقابة الدستورية على المعاهدات الدولية، جامعة الجلفة، الجزائر، ص 19.

382 لا يجوز تعديل المادة 2 من الدستور المعدل 2002 التي تنص على أن الإسلام دين الدولة وأن الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع، كما لايجوز إلغاء نظام الحكم الملكي ومبادئ الحكم الوراثي ونظام المجلسين، كما لايجوز تعديل مبادئ الحرية والمساواة المنصوص عليها، انظر المادة 120 من دستور البحرين المعدل في 2002.

383 تسمى المعاهدة (إصلاح الاتحاد الأوربي) المعروفة بمعاهدة لشبونة وتهدف المعاهدة لتبسيط عمل مؤسسات الاتحاد الأوربي، وتعطي اختصاصات وطنية للاتحاد الأوربي، مثل استحداث منصب قريب من وزير خارجية للاتحاد الأوربي، وإنشاء هيئات أوروبية للعمل الخارجي، وتعاون قضائي وأمني أكثر، وإعطاء مواطني الاتحاد حق اقتراح القوانين مباشرة إلى المفوضية الأوربية.

384 محمد بوسلطان، الرقابة على دستورية المعاهدات في الجزائر، مجلة المجلس الدستوري، العدد 01 – 2013 صفحة 57.

385 لمزيد من التفاصيل عن طبيعة المجلس التشريعي في ألمانيا، انظر موقع حقائق عن ألمانيا على الوصلة النافذة https://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/ar/lfyt/ldwl-wlsys/dwl-fdrly

386 موقع الأخبار الألمانية (www.dw.com) تمت الزيارة في 2018/09/20م.

الفرع الثاني: احترام المعاهدة للنظام العام في البحرين.

النظام العام (الوطني) هو مجموعة القيم والمبادئ التي يقوم عليها المجتمع وهو مفهوم نسبي ومتغير إلا أنه يتعلق بالأسس الجوهرية للمجتمع، ولا تختلف فكرة النظام العام في القضـــاء الدســـتوري عن المفهوم المتواتر في القضـــاء العادي والإداري.[387]

وقد حاول الفقهاء وضـــع تعريف للنظام العام، فمنهم من يراه الأســـاس الذي يوجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق في الحالات التي يخالف فيها تطبيقه قانون وقواعد الآداب العامة في البلد[388] وهو معيار عام تطبقه المحاكم ضمن سلطاتها التقديرية في حالات الإساءة للنظام العام[389] وهي منع تطبيق القاعدة الأجنبية واجبة التطبيق لتعارضـها مع المبادئ والقيم العليا الاجتماعية والاقتصـادية والسياسية والدينية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي.

ومن ذلك؛ أن يلزم بالضـــرورة عدم تعارض المعاهدة الدولية مع مبادئ الشـريعة الإسـلامية قطعية الثبوت والدلالة[390] وقد قضـت المحكمة الدسـتورية العليا في مصـــر بأنه (لا يجوز لنص تشـــريعي أن يناقض الأحكام الشـــرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً ... إذ هي عصـــية على التعديل ولا يجوز الالتواء عليها أو الخروج بها عن معناها. وتقصـــر ولاية المحكمة الدسـتورية في شأنها على مراقبة التقيد بها، وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها)[391].

والنظام الاجتماعي البحريني، ســـور آخر للمشـــروعية يجب ألا تتخطاه المعاهدات الدولية، وهذا النظام تحميه المقومات الأســـاســـية للمجتمع وهي التعاون

---

[387] عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2006 ص 7.

[388]حسن هداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، الطبعة الأولى، دار مجدلاوي، صفحة 89.

[389]دنيس لويد، مفهوم النظام العام والآداب في القانونين الإنجليزي والفرنسي، مجلة حقوق القضاء، السنة 14، عدد 4، 1956 صفحة 8.

[390]عوض عبدالجليل الترساوي، مرجع سابق صفحة 102.

[391]حكم المحكمة الدستورية دعوى رقم 29 لسنة 11 ق جلسة 1994/4/26 منشور في شبكة قوانين الشرق، تمت الزيارة بتاريخ 2018/9/22م.

والتراحم والطمأنينة والعلم والتضامن الاجتماعي وتكافؤ الفرص[392] وتقوية أواصر الأسرة البحرينية وتمكين الشباب[393] والوحدة الوطنية.

كما أن التكامل مع دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية سواء كان في الوحدة الاقتصادية[394] أو في العمل المشترك لتعميق التلاحم لصيانة المصالح العليا لأعضاء المجلس ولدعم قضاياه وزيادة التقارب والتكامل مع التنسيق الأكثر فاعلية في الجوانب الأمنية والدفاعية والإعلامية، هي من ثوابت سياسات البحرين تجاه الأشقاء في مجلس التعاون كما أن أمن الخليج هو أمن البحرين[395].

وتأكيداً على اعتبار الشريعة الإسلامية من النظم العام، فإعمالاً لذلك، رفض القضاء في البحرين تنفيذ اتفاقية بين البحرين وسوريا بشأن تنفيذ الأحكام وذلك لأن الحكم الصادر من سوريا يوجب تسليم البنت لوالدها في حين أن القانون في البحرين يجعل البنت في حضانة أمها لحين الزواج، وبذلك يكون حكم محاكم سوريا مخالفاً للنظام العام في البحرين.

---

[392] المادة 4 من دستور البحرين 2002.

[393] المادة 5 من دستور البحرين 2002.

[394] المادة 10 من دستور البحرين 2002.

[395] الفصل السادس من ميثاق العمل الوطني.

الباب الثاني:

موقف القضاء الوطني من تعارض المعاهدة الدولية مع التشريع والرقابة على دستوريتها

تمهيد وتقسيم:

يتولى القضاء الوطني مهمة الفصل في إشكالية تعارض المعاهدة الدولية مع التشريعات الوطنية، باختلاف درجاتها، وفي النظم القانونية التي تعطي للمعاهدة الدولية مرتبة القانون أو مرتبة تقل عن الدستور، فإن المعاهدة قد تحتوي نصوصاً تخالف الدستور، وكذلك الحال مع القانون العادي الذي قد يتعرض لإشكالية تعارضه مع المعاهدة الدولية، وفي هذا الشان يأتي دور القضاء الوطني لاتخاذ موقف ثابت ومحدد إزاء تلك النزاعات الناشئة بشأن تطبيق المعاهدات الدولية أمام القاضي الوطني.

وفيما تمارس المحكمة الدستورية صلاحياتها لضمان عدم مخالفة المعاهدة الدولية للدستور، سواء في رقابتها السابقة أو رقابتها اللاحقة، إلا أن الرقابة اللاحقة لها النصيب الأكبر في حل التعارض بين المعاهدة والتشريعات بمختلف درجاتها.

ومع أن الرقابة الدستورية على مدى توافق المعاهدة مع الدستور وروحه، لا تختلف كثيرا عن الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، إلا أن لها أحكاماً تناسب الرقابة الدستورية على المعاهدات الدولية، وتتناسب مع أساليب الرقابة الدستورية وحجية أحكامها.

وأعالج في هذا الباب إشكالية تعارض المعاهدة مع الوثيقة الدستورية في الفصل الأول، والرقابة على دستورية المعاهدات في الفصل الثاني.

الفصل الأول:

إشكالية تعارض المعاهدة مع نصوص الدستور.

تطور قانون حقوق الإنسان في العالم بشكل تدريجي، وتطورت معه دساتير الدول، حتى غدت العديد من الدساتير تحوي في نصوصها العديد من الحقوق والحريات العامة التي قد تغني عن تلك الإعلانات والصكوك المتعلقة بحقوق الإنسان.

فمنذ صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 ودساتير الدول في تطور دائم يستهدف تبني معايير حقوق الإنسان، وساهم في ذلك صدور العهدان الدوليان لعام 1966 اللذان، وبدون أدنى شك، ساهما في رفع مستوى الحقوق الواردة في دساتيرالدول قاطبة وفي أحكام القضاء الوطني، ومع ذلك تعد تلك الحقوق طبقا لدساتير الدول المتمدنة، مجرد مثل عليا يجب على كافة الشعوب اتخاذ التدابير اللازمة بشأنها، ومن ذلك أن المحكمة الدستورية في مصر قضت بأن (الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وكذلك العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وإن صح القول باحتوائهما على العديد من الحقوق التي كفلها الدستور القائم، وإن هاتين الوثيقتين تتضمنان في جوهر أحكامهما تلك القيم التي التزمتها الدول الديمقراطية باطراد في مجتمعاتها، والتي تظاهرها هذه المحكمة وترسيها بوصفها تراثاً إنسانياً احتواه دستور جمهورية مصر العربية في نطاق الحقوق والحريات الأساسية التي كفلها ...)[396]

فحق الحياة، والحق في الأمن، وتجريم الاتجار بالبشر، وتحريم التعذيب، وحماية حق الإنسان في تكوين شخصية قانونية، والمساواة والعدل وضمانات القضاء، وحق التنقل والتملك، وحرية التعبير والعمل، وبناء أسرة، وحق التعليم، كلها من الحقوق البديهية التي حصل عليها أغلب شعوب دول العالم، بما يتناسب مع ثقافة تلك الدول، وبما لا يتعارض أصلاً مع الإعلان.

ومع أهمية تلك المعاهدات، وتأثيرها، إلا أنه قد تحول دون تطبيق المباشر للمعاهدة إشكالية تعارض المعاهدة مع الدستور الوطني، سواء التعارض في الموضوع أو في عدم اتباع الشكل المناسب والإجراءات التي تطلبها الدستور لإدماج المعاهدة في القانون الوطني.

---

396 المحكمة الدستورية العليا-الطعن رقم - 47 لسنة 17 قضائية - تاريخ الجلسة، 1997/1/4 - مكتب فني - 8 رقم الجزء - 1 رقم الصفحة 223 منشور على موقع قوانين الشرق.

ولبحث تلك الإشكاليات القانونية، أتناول في هذا المبحث إشكالية تعارض المعاهدة مع الدستور في المبحث الأول، وإشكالية تعارض المعاهدة مع القانون في المبحث الثاني.

المبحث الأول:

إشكالية تعارض المعاهدة مع الدستور

إذا قبلنا –افتراضاً- أن للمعاهدة قوة القانون في النظام القانوني البحريني، فلا يمكن لأي معاهدة أن تخالف أحكام الدستور أوميثاق العمل الوطني أو النظام العام البحريني، أو للتعديل على ما ذهب إليه واضعو الدستور من قيم ومثل ونظام قانوني، فكل ذلك سيبقى دون مخالفة أو تعديل مالم تكن هنالك رغبة صريحة من المشرع أو الشعب.

وإذا قبلنا أن تكون للمعاهدة قوة القانون، وإن نصوصها قابلة للتطبيق في النظام القانوني الوطني، فبالتالي لابد من جهة قضائية تراقب تلك التشريعات، ومن باب أولى، يجب أن تخضع تلك التصرفات لرقابة المحكمة الدستورية للتأكد من سلامة نصوص المعاهدة من أي مخالفة لنصوص الدستور، على النحو التالي بيانه.

المطلب الأول:

رقابة المحكمة الدستورية على قانون التصديق.

طبقاً للنظام القانوني البحريني، فإن الأداة القانونية للتصديق على المعاهدة هي القانون، في حال كانت المعاهدة تتعلق بثروات البلد، أو بحقوق المواطنين، أو تكلف خزينة الدولة، أو تتعلق بإقليم الدولة، في حين أن أداة التصديق على المعاهدات البسيطة والمعاهدات التنفيذية[397] هي

---

[397] المعاهدات ذات الشكل المبسط هي المعاهدات التي تدخل حيز النفاذ بمجرد التوقيع عليها دون اتخاذ الاجراءات الشكلية المطلوبة للمعاهدة، وتقوم غالباً على تنظيم علاقات ثنائية لتفعيل إجراءات تنفيذية متعلقة باتفاقية سابقة، وتهدف هذه الاتفاقيات المبسطة لتطوير علاقات قائمة دون إضافة التزامات حقيقية وهي موجودة ومطبقة في فرنسا وألمانيا وفي أمريكا التي تبرم تلك المعاهدات للتحايل على الشروط الواجبة لنفاذ المعاهدة وهي وجوب موافقة ثلثي مجلس الشيوخ الأمريكي، فقام الرؤساء بعقد اتفاقات تنفيذية لتفادي رفض مجلس الشيوخ، والمحكمة العليا الأمريكية اعترفت بقانونية تلك الاتفاقات في العديد من النزاعات المعروضة عليها مادام إن الاتفاقيات التنفيذية لا تنتهك الحقوق الواردة في الدستور وتعديلاته.

المرسوم، وفي كلتا الحالتين يكون القانون أو المرسوم تحت رقابة المحكمة الدستورية، وغرض رقابة المحكمة في هذا الجانب هو التأكد من وجود المعاهدة بشكل صحيح، أي الوجود المادي للمعاهدة[398].

وتحدد دساتير الدول الجهة المختصة بالتصديق على المعاهدة، ففي فرنسا تختص الحكومة بإبرام الاتفاقيات المبسطة، أما المعاهدات التي يختص بها البرلمان فيجب لنفاذها أن يوافق البرلمان عليها، في حين أن المعاهدات التي تتعلق بالتنازل عن أقليم فرنسا يجب أن تكون بالاستفتاء العام.

وفي عام 1952 انضمت فرنسا لمعاهدة المجموعة الأوروبية (CED)[399] وانقسم الرأي العام والقانونيين في فرنسا بشأن شرعية التنازل عن السيادة الوطنية، وعما إذا كان التنازل إخلالا بالدستور، ومن أجل إقرار هذه المعاهدة تطلب الأمر أن يصدر تعديل دستوري، وذهب الفقه إلى أن التصديق على المعاهدة، بقانون عادي، وسيصبح لقانون التصديق على المعاهدة الأوروبية علو مساو للدستور، وبذلك يكون للمشرع العادي، عند إقراره للقانون، صلاحية المشرع الدستوري[400].

ولعل الداعي لهذا الانقسام يرجع إلى سوابق تاريخية بين فرنسا وألمانيا، فقد كانت فرنسا تعاني من عقدة التعامل مع (ألمانيا) حتى وإن كانت في ذلك الوقت دولة مقسومة بين ألمانيا الشرقية وألمانيا الغربية، ومن أجل التحايل على الضغط الأمريكي لإنهاء سياسة نزع السلاح من ألمانيا الغربية وإعادة تسليحها، قامت فرنسا في اكتوبر 1950 بتشكيل جيش أوروبي خاضع للجنة أوروبية للدفاع، من أجل حماية فرنسا وبقية الدول من الجيش الألماني القادم، وقد انقسم البرلمان الفرنسي حتى رفضها في

---

[398] عيد الغفلول، الرقابة القضائية السابقة على دستورية المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية، ص 98.

[399] دعت اللجنة الأوروبية لتنسيق الحركات الرامية إلى إنشاء تكتل أوروبي موحد، في (مؤتمر أوروبا) المنعقد في لاهاي عام 1948 ، لتأسيس مجلس أوروبا المختص بالتكاتف بين الدول في مختلف المجالات ودعم مسيرة التقدم الاقتصادي والاجتماعي، وتعمدت المعاهدة على عدم إدراج فكرة الدفاع الوطني للدول الأعضاء، ولكن الجمعية الاستشارية لمجلس أوروبا، دعت في عام 1950 إلى تأسيس جيش أوروبي، ولاقت الفكرة انقساماً بين مؤيد ومعارض واستهجان اللجنة الوزارية لمجلس أوروبا، لمزيد من التفاصيل انظر شمس الدين معنصري، الآليات الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2011 ص 11 وما بعدها.

[400] هيلين تورار، تدويل الدساتير الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ص 274.

عام 1954 لعدم قدرة فرنسا على كبح جماح التسلح الالماني، وفي ديسمبر من نفس العام تغير رأي أعضاء الجمعية الوطنية وقبلوا لجنة الدفاع[401].

ويأتي دور المجلس الدستوري الفرنسي للتأكد من قواعد الاختصاص والصلاحيات الدستورية، وذلك لحمايتها، وحماية السلطات من تجاوز أحدها على اختصاصات الأخرى[402].

كما تمتد الرقابة إلى البروتوكولات الملحقة بالمعاهدة والإقرارات الحكومية المتصلة بالمعاهدة، ولكن لا يمكن للمجلس الدستوري الرقابة على إجراء النشر لأن الرقابة السياسية رقابة سابقة لعملية نشر المعاهدة.

ويتأكد المجلس الدستوري من اختصاص السلطة المعنية بالتصديق، والذي لابد أن يكون صادراً من رئيس الجمهورية، وإلا أصاب قانون التصديق عوار عدم الدستورية، ويدخل ضمن الاختصاص ما يأذن به البرلمان لرئيس الجمهورية بالتصديق على بعض المعاهدات، وعندما يصدر البرلمان الإذن لرئيس الجمهورية، مثل الإذن بإبرام المعاهدات المتعلقة بالصلح والتجارة والتنظيم الدولي والتي تكلف خزانة الدولة، أو تؤثر على حقوق الأشخاص والحريات العامة، ويطلق عليها المعاهدات الهامة[403]، فإذا صّادق شخص آخر غير رئيس الجمهورية، أو أنه صّادق على المعاهدات الهامة دون إذن من البرلمان، أصابت المعاهدة شائبة مخالفة الدستور، فلا يملك رئيس الجمهورية تفويض غيره لإجراء التصديق، وعليه أن يباشر التصديق بنفسه وبصفته[404].

ويملك رئيس الجمهورية الفرنسي حق عرض المعاهدات على الشعب للاستفتاء العام، حتى وإن كانت المعاهدة موافقة للدستور، متى كان في تطبيقها ما يؤثر على عمل المؤسسات في الدولة[405].

---

401 ج. أ. سغرنفيل، الموسوعة التاريخية العسكرية الكبرى لأحداث القرن العشرين، المجلد الثالث، الدار العربية للموسوعات، الطبعة الأولى، 2012 ص 91.

402 عوض الترساوي، مرجع سابق ص137 وما بعدها.

403 محمد خالد برع، مرجع سابق ص 186.

404 عوض الترساوي، مرجع سابق 2 131.

405 تنص المادة 11 من دستور فرنسا لعام 1958 على أنه (يجوز لرئيس الجمهورية، بناءً على اقتراح من الحكومة خلال انعقاد جلسة البرلمان، أو بناء على طلب مشترك من مجلسي البرلمان تم نشره في الجريدة الرسمية، أن يعرض للاستفتاء الشعبي أي قانون حكومي يتضمن تنظيم السلطات العامة أو الإصلاحات المتعلقة بالسياسة الاقتصادية أو الاجتماعية للأمة، وبالخدمات العامة التي تساهم في ذلك، أو يهدف إلى التفويض بالتصديق على معاهدة، والتي بالرغم من عدم تعارضها مع الدستور، قد تؤثر على سير عمل المؤسسات.) منشور على موقع مشروع الدستور على الوصلة النافذة بتاريخ 2018/10/26

وفي الشأن الوطني فإن الرقابة على المعاهدة في البحرين تشمل أداتي التصديق، القانون و المرسوم، وتتضح تلك الرقابة من جانبين، الجانب الأول ومبناه على أن أداة التصديق هي قانون عادي يخضع لرقابة المحكمة الدستورية، سواء صدرت المعاهدة بقانون أو أنها صدرت بمرسوم، شأنها في ذلك شأن التشريعات التي تخضع لرقابة المحكمة الدستورية، والجانب الثاني، أن الرقابة على قانون التصديق هي رقابة على الجانب الشكلي دون التطرق للجانب الموضوعي في محتوى أداة التصديق، لأن مواد التصديق لا ترد إلا بعبارات مثل (ووفق على انضمام مملكة البحرين)[406] أو (نوافق على انضمام البحرين)[407] أو (يصادق على اتفاقية)[408] أو (يوافق على ...)[409] أو (صودق على اتفاقية)[410].

ومع اختلاف تلك العبارات إلا أنها تحمل في طياتها ذات المعنى، فبعد الاطلاع على عدد من المعاهدت التي صدقت عليها البحرين لم يتبين للباحث خط معين تم

---

https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=ar

406 انظر القانون رقم 4 لسنة 2012 بالموافقة على الانضمام إلى معاهدة بودابست بشأن الاعتراف الدولي بإيداع الكائنات الدقيقة المنشور في الجريدة الرسمية العدد 3038 بتاريخ 2012/2/9م، والقانون رقم 56 لسنة 2012 بالموافقة على انضمام البحرين إلى معاهدة إلغاء شرط التصديق على الوثائق العامة الأجنبية المنشورة في الجريدة الرسمية العدد 3036 بتاريخ 2013/1/10م، وعلى القانون رقم 34 لسنة 2006 بالموافقة على تعديل الفقرة (1) من المادة الثامنة من معاهدة الدفاع المشترك والتعاون الاقتصادي بين دول الجامعة العربية المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2749 بتاريخ 2006/7/26، والمرسوم رقم 10 لسنة 1988 بالموافقة على انضمام دولة البحرين إلى معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية الموقعة في 1 يوليو 1968.

407 انظر المرسوم الأميري رقم 6 لسنة 1971 بالموافقة على انضمام دولة البحرين إلى اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية الموقعة في 18 إبريل 1961 المنشورة في الجريدة الرسمية العدد 939 بتاريخ 1971/10/21.

408 انظر القانون رقم 2 لسنة 1974 بشأن التصديق على اتفاقية الشركة العربية لبناء واصلاح السفن المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1066 بتاريخ 1974/4/11، والمرسوم رقم 11 لسنة 1973 بالتصديق على اتفاق التعاون الاقتصادي والتربوي والاعلامي بين حكومة دولة البحرين ودولة الكويت المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1032 بتاريخ 1973/8/9.

409 انظر المرسوم رقم 1 لسنة 1975 بشأن التصديق على قرار تعديل الفقرة الأولى من المادة الخامسة لاتفاقية مجلس الطيران المدني للدول العربية المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1112 بتاريخ 1975/2/27.

410 انظر المرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1997 بالتصديق على اتفاقية الخدمات الجوية بين حكومة دولة البحرين وحكومة جمهورية بلغاريا المنشورة في الجريدة الرسمية للعدد 2297 بتاريخ 1997/12/3، والمرسوم بقانون رقم 2 لسنة 1998 بالتصديق على اتفاقية نقل المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية بين حكومة دولة البحرين وجمهورية مصر العربية المنشورة في الجريدة الرسمية العدد 2303 بتاريخ 1998/1/14، والمرسوم بقانون رقم 5 لسنة 1998 بالتصديق على اتفاقية الخدمات الجوية بين حكومة البحرين وحكومة اليابان المنشورة في الجريدة الرسمية العدد2313 بتاريخ 1998/3/25 ، والمرسوم بقانون رقم 31 لسنة 1999 بالتصديق على اتفاقيةتشجيع وحماية الاستثمارات بين حكومة دولة البحرين وحكومة ماليزيا المنشورة في الجريدة الرسمية 2384 بتاريخ 1999/8/4 ، والقانون رقم 23 لسنة 2005 بالتصديق على اتفاقية التجارة الحرة بين حكومة مملكة البحرين وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية المنشورة في الجريدة الرسمية العدد 2697 بتاريخ 2005/7/27.

اتباعه في اختيار عبارة التصديق في أداة التصديق، ولم يتم الربط بين عبارة محددة للتصديق مع مسمى معين للمعاهدة، فقد وردت عبارات نوافق، ويصادق، وصودق، ويوافق في التصديق على معاهدة، أو اتفاقية، أو اتفاق، أو حتى بروتوكول، كما أن العبارة لم تكن مختلفة في حال صدورها بقانون أو صدورها بمرسوم، وظلت العبارة في السطر الأخير من أداة التصديق ثابته دون تغيير، وهي (التصديق) سواء صدرت بقانون، (وقد صدقنا عليه وأصدرناه)[411] أو بمرسوم وتكون بلفظ (وبعد موافقة مجلس الوزراء، رسمنا بما يلي: يصادق على اتفاقية)[412].

وجملة القول إن قانون التصديق يخلو من أي قواعد موضوعية، ولذلك تراقب المحكمة الدستورية الاختصاص والأدة القانونية التي صدرت بها المعاهدة.

وبالاطلاع على المعاهدات والاتفاقيات المصادق عليها في البحرين، نجد أن بعضاً منها صدر بقانون وآخر بمرسوم، إلا أنه لا يوجد اتجاه واضح يعطي الباحث فرصة لتقسيم المعاهدات التي يختص بها البرلمان عن تلك المعاهدات التي تختص بها السلطة التنفيذية[413].

فالمعاهدات التي تصدر بقانون هي اتفاقيات ومعاهدات تتعلق بالجمارك، مثل النظام الموحد للجمارك لدول مجلس التعاون[414]، واتفاقية تنظيم النقل بالعبور (ترانزيت) بين دول الجامعة العربية[415]، واتفاقيات ومعاهدات تتعلق بالضرائب، مثل الاتفاقية الموحدة للضريبة الانتقائية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية[416]،

---

411 انظر القانون رقم 4 لسنة 2011 بالتصديق على اتفاقية حكومة مملكة البحرين وحكومة مملكة هولندا للإعفاء المتبادل من الضرائب على الدخل والأرباح العائدة من عمليات النقل الجوي الدولية والبرتوكول المرافق، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 3000بتاريخ 2011/5/19

412 انظر المرسوم بقانون رقم 17 لسنة 1973 بالتصديق على اتفاقية التعاون الثقافي والتربوي والصحي والعلمي والفني بين دولة البحرين وجمهورية مصر العربية المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1036 بتاريخ 1973/9/6.

413 طبقاً لنص الدستور، فإن المعاهدات التي يجب أن تصدر بقانون المعاهدات المتعلقة بالصلح والتحالفات، والمعاهدات المتعلقة بأراضي الدولة أو الثروات الطبيعة أو بحقوق السيادة أو حقوق المواطنين الخاصة والعامة، ومعاهدات التجارة والملاحة والإقامة والمعاهدات التي تحمل خزينة الدولة نفقات غير واردة في الميزانية، أو المعاهدات الشارعة التي تعدل قوانين البحرين، وماعدا ذلك من معاهدات فيجوز أن تصدر بمرسوم.

414 الصادر بالمرسوم بقانون رقم 10 لسنة 2002 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2535 بتاريخ 2002/6/19.

415 الصادرة بالمرسوم بقانون رقم السنة 1979 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1316 بتاريخ 1979/2/1.

416 انظر القانون رقم 39 لسنة 2017 بالتصديق على الاتفاقية الموحدة للضريبة الانتقائية لدول مجلس التعاون المنشورة في الجريدة الرسمية العدد 3344 بتاريخ 2017/12/14.

واتفاقيات تجنب الازدواج الضريبي ومنع التهرب من الضرائب[417] أو اتفاقيات الإعفاء الضريبي[418]، وكذلك اتفاقيات الطيران والنقل الجوي، مثل اتفاقيات الخدمات الجوية مع البحرين[419] واتفاقية النقل الجوي مع البحرين[420]، واتفاقية التجارة والتعاون الاقتصادي، كاتفاقية التجارة الحرة مع أمريكا[421] واتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار مع تايلاند[422]، واتفاقيات الدفاع والأمن، كاتفاقية الدفاع المشترك لمجلس التعاون لدول الخليج العربية[423] واتفاقية التعاون الدفاعي مع أمريكا[424]، والاتفاقية الأمنية بين دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية[425]، كلها اتفاقيات أو معاهدات تصدر بقانون.

إلا أن الاتفاقيات الجماعية التي انضمت إليها البحرين والمتعلقة بالطيران المدني[426]، لم يكن فيها اختيار أداة التصديق بهذا الشأن موحداً، فتوجد معاهدات صدرت بمرسوم وأخرى بقانون، فعلى سبيل المثال، اتفاقية مونتريال للطيران المدني تم التصديق عليها بقانون، وتعديلات الاتفاقية والإضافات على الاتفاقية تم التصديق عليها بمرسوم[427].

وفي كل الأحوال، إذا عرض قانون التصديق على المحكمة الدستورية، فإن المحكمة ستصدر حكمها أما بدستورية القانون، أو بعدم دستوريته، ولا تصل حجية الحكم الدستوري الصادر بشأن قانون التصديق إلى نصوص المعاهدة، إذ لا تلازم

---

417 انظر القانون رقم 11 لسنة 2013 مع أستونيا والقانون رقم 21 لسنة 2010 مع أيرلندا والمرسوم بقانون رقم 34 لسنة 2001 مع الفلبين.

418 انظر المرسوم بقانون رقم 8 لسنة 1990، اتفاقية تبادل الإعفاء من الضرائب والرسوم على نشاطات ومعدات النقل الجوي العربي المنشورة في الجريدة الرسمية العدد 1897 بتاريخ 1990/4/4.

419 انظر المرسوم بقانون رقم 18 لسنة 1998 مع بلجيكا والمرسوم بقانون رقم 9 لسنة 1981 مع تايلند.

420 انظر المرسوم بقانون رقم 3 لسنة 2001 مع إيطاليا والمرسوم بقانون رقم 36 لسنة 2000 مع مونتريال.

421 انظر قانون رقم 23 لسنة 2005 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2535 بتاريخ 2005/7/27.

422 المرسوم بقانون رقم 11 لسنة 2002 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2535 بتاريخ 2002/6/19.

423 انظر المرسوم بقانون رقم 1 لسنة 2002 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2460 بتاريخ 2002/1/17.

424 انظر المرسوم بقانون رقم 45 لسنة 2002 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2554 بتاريخ 2002/10/30 .

425 انظر المرسوم بقانون رقم 8 لسنة 1995 المنشور في الجريدة الرسمة العدد 2157 بتاريخ 1995/3/29

426 انضمت البحرين إلى اتفاقية مونتريال لتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي بالمرسوم بقانون رقم 36 لسنة 2000 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2456 بتاريخ 2000/12/20 .

427 انظر المرسوم رقم 11 لسنة 1998 بالتصديق على بروتكول النص الرسمي للغات لاتفاقية الطيران المدني الدولي الموقع في مونتريال عام 1998، الجريدة الرسمية العدد 2348 بتاريخ 1998/11/25، كذلك انظر مرسوم رقم (32) لسنة 1995 بالتصديق على البروتوكول بشأن تعديل المادة (56) من اتفاقية الطيران المدني الدولي والبروتوكول بشأن تعديل المادة (50-أ) من اتفاقية الطيران المدني الدولي، المنشور في الجردية الرسمية العدد 2188 بتاريخ 1995/11/1

بين الاثنين فقد يكون أحدهما مخالفاً للدستور، ولا يعني بالضرورة أن كليهما مخالف للدستور[428].

فإذا صدر حكم بعدم دستورية قانون التصديق، فإن المعاهدة لن تكون نافذة، ويجب على المشرع إعادة إصدار قانون تصديق للمعاهدة يتوافق مع الدستور، ويبتعد عن المطاعن التي قضت بها المحكمة الدستورية، وستظل المعاهدة غير نافذه لحين صدور قانون التصديق مرة أخرى، وبشكل موافق للدستور.

فاذا صدر مرسوم تصديق على معاهدة تتعلق بحقوق المواطنين، على غير ما تطلب الدستور في أن تتم المصادقة عليها بقانون، وصدر حكم من المحكمة الدستورية بعدم دستورية مرسوم التصديق، فإن المعاهدة ستكون معطلة وغير نافذة في مواجهة الأفراد ومؤسسات الدولة لحين صدور قانون للتصديق على المعاهدة.

المطلب الثاني:

مخالفة المعاهدة لنص في الدستور.

لما كان الدستور يعطي مرتبة للمعاهدة تساوي القانون العادي، وكانت المحكمة الدستورية تختص برقابة القوانين العادية واللوائح، فبالتالي، يجوز للمحكمة الدستورية بسط رقابتها على القواعد القانونية، ومن ضمنها القواعد الواردة في المعاهدات الدولية، لأن المعاهدة جزء من تشريعات الدولة ولا يقبل أن يتم إخراجها من طائفة القوانين التي تخضع لرقابة المحكمة الدستورية، فقد أعطى مجلس الشورى اللبناني للإعلان العالمي لحقوق الإنسان واعتبره (غير قابل للتطبيق المباشر، ويستلزم تدابير أو نصوصا تشريعية داخلية لوضعه موضع التنفيذ) وعده بذلك تصريح صادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فيما يجب أن تكون عليه الحياة الاجتماعية والإنسانية في العالم وتعود للدول الموقعة اتخاذ التدابير التي ترتئيها لتطبيقه[429].

وفي حين أن جانب من أعمال الدولة في الشأن الدبلوماسي تختص به الحكومة وتعتبر من أعمال السيادة، إلا أن اعتبار جميع المعاهدات من ضمن أعمال السيادة أمراً غير منطقي، إذ إن معاهدات التجارة الدولية أو الضريبة أو معاهدات المحافظة

---

[428] عبيد أحمد الغفول، مرجع سابق ص 107 وما بعدها.

[429] انظر القرار رقم 606 مجلس قضايا الدولة، جلسة 1999/6/17 مجلة القضاء الاداري، لبنان، العدد 14، 2003 ص 656، مشار إليه في الكتاب السنوي للمجلس الدستوري، لبنان، المجلد 8 2014 ص 122.

على البيئة أو معاهدة تنظيم تنفيذ أحكام المحكمين، لا يقبل عقلا ولا قانونا أن تكون من ضمن أعمال السيادة لكي تحجب الرقابة عنها.

والمعاهدة كالقانون، لا تملك تغييراً ولا تعديلاً لنص دستوري، كما لا يملك تقييداً ولا انتقاصاً لحقوق وحريات الأفراد الدستورية، مع إيماننا بأن للمعاهدة دوراً تنظيمياً إيجابياً لا ينتقص من الحقوق ولا الحريات العامة.

ومن جهة أخرى، فالدستور يعد مظهراً من مظاهر الإرادة الشعبية، وتلك الارادة خولت الدستور ليكون نبراسا منظما وحاميا من تعدي أية تشريعات، ولو كانت الرغبة الشعبية ترنو إلى أن يعلو تشريع على إرادتها لنصت على ذلك صراحة، بل أكدت بأن تكون جميع تصرفات مؤسسات الدولة مطابقة وخاضعة للدستور، وخلقت الإطار العام الذي يجب على الجميع اتباع شكله وموضوعه، وجعلت نصوصه سبيلاً للاحتكام في حال ما تجاوزته سلطة أو نص تشريعي.

وفي هذا المعنى أوضحت المحكمة الدستورية في البحرين حدود تنظيم الحقوق العامة وجاء في الحكم (من المُقرر – وفقًا لقضاء هذه المحكمة – أن الأصل الدستوري لسلطة المُشرع في مجال تنظيم الحقوق والواجبات أنه سلطة تقديرية ما لم يكن الدستور قد فرض عليه في شأن ممارستها ضوابط محددة تحد من إطلاقها باعتبار أن جوهر هذه السلطة يتمثل في المفاضلة التي يجريها المُشرع بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم، موازنًا بينها ومرجحًا لما يراه أنسبها لمضمونها وأجدرها بتحديد مصالح الجماعة، واختيار أصلحها ملاءَمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله التنظيم، إلا أن ممارسة هذه السلطة مقيدة بضوابط الدستور وحدوده، التي تُعد سياجًا لا يجوز اقتحامه أو تخطيه، فإذا ما عهد الدستور إلى أي من السلطتين التشريعية أو التنفيذية بتنظيم موضوع معين، كان لِزامًا على القواعد القانونية التي تصدر عن أي منهما في هذا النطاق ألا تنال من جوهر الحقوق أو الحريات التي كفلها الدستور، سواء بنقضها من أساسها بإهدارها، أو بانتقاصها من أطرافها بتهميشها، وإلا كان ذلك بمثابة عدوان على مجالاتها الحيوية)[430].

والقضاء الدستوري البحريني والمقارن يقوم برقابة نصوص المعاهدات وبقية التشريعات مغبة مخالفة الدستور، وللمحكمة في ذلك أن تراقب التزام المعاهدة بنصوص الدستور، وتراقب مدى التزام المعاهدة بالمقومات الأساسية في المجتمع[431].

---

[430] حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم د / 7 /11 جلسة 2012/5/30 منشور في الجريدة الرسمية العدد 3055 بتاريخ 2012/6/7 وأيضا حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم د / 3 / 06 جلسة 2009/3/30 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2889 بتاريخ 2009/4/2.

[431] عوض الترساوي، مرجع سابق ص 86 وما بعدها.

فالمحكمة الدستورية العليا في مصر قضت بأن القانون الذي يمنع ممارسة حق التعبير وإبداء الرأي المعارض لاتفاقية السلام المصرية الإسرائيلية غير دستوري[432]، فلا يمكن للتشريع أن يشترط في مؤسسي الأحزاب السياسية عدم معارضتهم لمعاهدة السلام، وبذلك اعتبرت المحكمة الدستورية أن حرية التعبير دعامة أساسية يقوم عليها النظام الديمقراطي.

ومما لاشك فيه، (وهذا رأي للباحث) أنه يتوجب على من وضع مسودة المعاهدة عند التفاوض عليها، ومن قام بإبرمها، احترام المقومات الاقتصادية في المجتمع، كمثال، وخصوصا حق الملكية، وهو الحق الذي أضفت عليه النصوص الدستورية حماية وضمانات وضوابط لا يجوز مخالفتها، واعتبر الدستور أن الملكية، ورأس المال، والعمل، مقومات أساسية لكيان الدولة الاجتماعي[433] كما أكدت المحكمة الدستورية على دور الملكية الخاصة في تنمية الوطن الذي (لا يجوز التفريط فيها أو استخدامها على وجه يعوق التنمية أو يعطل مصالح الجماعة)[434] كما قضت المحكمة الدستورية بأن الحماية تمتد إلى الملكية الأدبية والفنية والصناعية سواء كان الحق شخصيا أم عينيا[435]، وقد قضت المحكمة الدستورية البحرينية بعدم دستورية قانون

---

432 انظر حكم المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم 44 لسنة 7 ق جلسة 1988/5/7 منشور على موقع قوانين الشرق.

433 تنص المادة 9 من دستور البحرين على (أ - الملكية ورأس المال والعمل، وفقاً لمبادئ العدالة الإسلامية، مقومات أساسية لكيان الدولة الاجتماعي وللثروة الوطنية، وهي جميعا حقوق فردية ذات وظيفة اجتماعية ينظمها القانون.

ب - للأموال العامة حرمة، وحمايتها واجب على كل مواطن.

ج - الملكية الخاصة مصونة، فلا يمنع أحد من التصرف في مِلكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وبشرط تعويضه عنه تعويضا عادلا.

د - المصادرة العامة للأموال محظورة، ولا تكون عقوبة المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي في الأحوال المبينة بالقانون.

هـ - ينظم القانون، على أسس اقتصادية، مع مراعاة العدالة الاجتماعية، العلاقة بين ملاك الأراضي والعقارات ومستأجريها.

و - تعمل الدولة على توفير السكن لذوي الدخل المحدود من المواطنين.

ز - تتخذ الدولة التدابير اللازمة من أجل تحقيق استغلال الأراضي الصالحة للزراعة بصورة مثمرة، وتعمل على رفع مستوى الفلاح، ويحدد القانون وسائل مساعدة صغار المزارعين وتمليكهم الأراضي.

ح - تأخذ الدولة التدابير اللازمة لصيانة البيئة والحفاظ على الحياة الفطرية.)

434 حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (د/2/9) لسنة 7 قضائية دستورية جلسة 2012/4/25 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 3051 بتاريخ 2012/5/10

435 جاء في حيثيات الحكم (وحيث إنه من المُقرر أن الحماية التي أظل بها الدستور الملكية الخاصة لضمان صونها من العدوان وفقًا لنص الفقرتين (أ،ج) من المادة (9) منه لا تنحصر في الملكية الفردية، بل تمتد هذه الحماية إلى الأموال جميعها من دون تمييز باعتبار أن المال هو الحق ذو القيمة المالية سواء كان هذا الحق شخصيًّا أم عينيًّا أم كان من حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية، وإذ كان ذلك، وكانت حصيلة الغرامات المحكوم بها وفقًا

الاستملاك برمته[436] بعد أن طُعن في قانون الاستملاك الذي لم يحدد الحالات التي يجوز فيها للإدارة استملاك العقارات للمنفعة العامة[437].

وتعد الأسرة مقوماً أساسياً للنظام الاجتماعي في البحرين، وهذا ما جعل القضاء يرفض تنفيذ اتفاقية تنفيذ الأحكام بين البحرين وسوريا، والتي بموجبها تم رفض الحكم الشرعي المخالف للنظام العام ولمقومات المجتمع والتي من مقوماتها الأسرة والدين والخلق القويم.[438]

كما اعتبرت المحكمة أن التضامن الاجتماعي من المقومات الأساسية للمجتمع استنادا أن الدولة تكفل الضمان الاجتماعي للمواطنين في حال الشيخوخة أو المرض أو العجز عن العمل أو الترمل أو اليتم أو البطالة، كما أوجب الدستور على الدولة توفير الرعاية الصحية والعمل على وقاية الأفراد من براثن الجهل والخوف والفاقة[439]، وخلصت المحكمة إلى أن نص المادة 136 من قانون التأمين الاجتماعي رقم 24 لسنة 1976 وتعديلاته، قد ميز بين المشتركين في التأمين الاجتماعي بصورة تحكمية دون الاستناد إلى أسس موضوعية، وبذلك تكون المادة مخالفة للقواعد الدستورية المتعلقة بالعدالة المنصوص عليها في المادة 4 من الدستور، ومساواة المواطنين امام القانون المنصوص عليها في المادة 18 (وانتقاصا من جوهر الحق في خدمات التأمين الاجتماعي ...).

وقد قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص مادة في قانون غسل الأموال، وجاء في الحكم أن المشرع الوطني قد بنى القواعد القانونية بناء على ما

للنص المطعون فيه، تؤول جميعها بقوة القانون إلى خزانة الدولة - فتذوب في إيراداتها الأخرى - باعتبارها جزاءً للجريمة التي اقترفها المحكوم عليه وُضِعت حماية لمصالح المجتمع ومصالح المحكوم عليه، ولم يكن هدفها إثراءً للدولة على حساب المُذنب، فلا تمتد إليها الحماية القانونية التي قررها الدستور لحق الملكية في الفقرتين سالفتي الذكر، ومن ثم فإن النص الطعين لا ينحل – والحالة هذه – عدوانًا على حق الملكية أو جباية لأموال المدعي.) حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم د / 7 /11 جلسة 2012/5/30 منشور في الجريدة الرسمية العدد 3055 بتاريخ 2012/6/7

[436] انظرحكم المحكمة الدستورية في القضية رقم د/05/2 لسنة 3 قضائية جلسة 2007/3/26

[437] لمزيد من التفاصيل حول ضمانات حق الملكية انظر مروان المدرس وخليل محمد عبدالله، حماية الملكية الخاصة في أحكام المحكمة الدستورية البحرينية على ضوء التشريعات المنظمة لهذه الحماية، مجلة جامعة الشارقة، للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 14، العدد 2، ديسمبر 2017 ص 379 .

[438] جاء في حيثيات الحكم (من المقرر وفقاً لأحكام قانون الأسرة المعمول به في مملكة البحرين استمرار حضانة الأم للأنثى حتى زواجها والدخول بها، ويعتبر ذلك من الأمور المتعلقة بالنظام العام، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بإسباغ الصيغة التنفيذية على الحكم الصادر من إحدى المحاكم السورية بانتهاء حضانة أبنتي الطاعنة لبلوغهما سن الخامسة عشر يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يعيبه ويوجب نقضه) القاعدة رقم 8 الطعن 611 لسنة 2009 بجلسة 2011/1/10 -محكمة التمييز، موقع مجلس القضاء الأعلى البحريني.

[439] انظرحكم المحكمة الدستورية في القضية رقم د/08/6 لسنة 6 قضائية جلسة 2011/11/30 المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 2011/12/8.

ذهبت إليه الاتفاقيات الدولية (ولا شك أن سياسة المُشرع البحريني بالنص على تطلب القصد الجنائي، يرجع مردها إلى استلهام المُشرع للأحكام والقواعد التي نصت عليها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية المعتمدة في ديسمبر 1988 والمعروفة باتفاقية (فينا)) كما أضافت المحكمة أنه (ولا مراء أن الحكمة التي توخاها المُشرع من مضمون نص المادة (2/2-1) الفقرة (أ-ج) من المرسوم بقانون رقم (4) لسنة 2001 بشأن حظر ومكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، المعدّل بالقانون رقم (54) لسنة 2006، وتطلبه العلم أو الاعتقاد أو ما يحمل على الاعتقاد هي حرصه على ألا يفلت مرتكب جريمة غسل الأموال من العقاب كونها جريمة تتم بالخفاء والدقة والتقنية العالية في تنفيذها، وهي جريمة بالغة الخطورة حرص المُشرع الدولي على مكافحتها ووضع الوسائل اللازمة لمواجهتها والحد منها لما لها من تأثير بالغ على اقتصاد الدول.) وبعدها جاء القانون ليقرر قرينة تحكمية، مما حدا بالمحكمة لأن تحكم بعدم دستورية نص الفقرة (3-3) من المادة (3) من قانون حظر ومكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، الصادر بالمرسوم بقانون رقم (4) لسنة 2001، المعّدل بالقانون رقم (54) لسنة 2006 فيما تضمنه هذا النص من عبارة (أو لزوجه أو لأبنائه القصر)[440].

ومن المعاهدات ما قد يخالف الدستور، ويبرز عندئذ دور المحكمة الدستورية في حماية نصوص الدستور من أي تعدي، ففي فرنسا قضى المجلس الدستوري بعدم دستورية بعض مواد معاهدة ماستريخت، لأنها تتعارض مع السيادة الفرنسية[441] مما أدى لمراجعة الدستوروصدور المادة 88 من دستور فرنسا التي تنص على أنه (مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل وبحسب الوسائل التي أقرتها معاهدة الاتحاد الأوروبي الموقعة يوم 7 فيفري 1992 يجوز منح سكان الاتحاد المقيمين في فرنسا دون سواها – حق التصويت وحق الترشح للانتخابات البلدية ولا يجوز لهؤلاء المواطنين ممارسة مهام وظائف رئيس البلدية أو مساعد رئيس البلدية أو المشاركة في تعيين الناخبين

---

[440] تنص المادة على أنه (مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية يحكم على كل من ارتكب جريمة من جرائم غسل الأموال بالإضافة للعقوبة المقررة، بمصادرة الأموال موضوع الجريمة أو أية أموال مملوكة له أو لزوجه أو لأبنائه القصر مساوية في القيمة للأموال موضوع الجريمة. كما يقضى بمصادرة هذه الأموال والأملاك في حالة انقضاء الدعوى الجنائية لوفاة المتهم ولم يثبت ورثته مشروعية مصدرها) وبذلك يكون القانون قد مد نطاق المصادرة المنصوص عليها فيه إلى أية أموال مملوكة لزوج مرتكب جريمة غسل الأموال أو لأبنائه القصر، ولو لم تكن هذه الأموال متحصلة من جريمة ، مقيمًا بذلك قرينة قانونية تحكمية مقتضاها ارتباط هذه الأموال بالجريمة بدون الحاجة إلى إقامة الدليل على هذه الرابطة وصدور حكم قضائي في شأنها، مما يقوض مبدأ شرعية العقوبة، وينتهك الحرية الشخصية، وينال من مبدأ افتراض البراءة، ويخالف مبدأ شخصية العقوبة، ويخل بضوابط المحاكمة المنصفة، ويزعزع مبدأ الفصل بين السلطات.

[441] عماركوسة، محاضرات في القضاء الدستوري، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة محمد لمين، 2014 ص99).

لأعضاء مجلس الشيوخ وفي انتخابات أعضاء مجلس الشيوخ. ويحدد قانون أساسي يصوت عليه المجلسان بصيغة واحدة شروط تطبيق هذه المادة)[442].

ونصت الفقرات السبع من المادة 88 على اندماج النظام القانوني الفرنسي بالاتحاد الأوربي عبر السماح بالمشاركة في الاتحاد، والسماح بتطبيق مذكرات التوقيف الأوروبية بواسطة قانون يصدر من برلمان فرنسا، وعلى وجوب عرض مشاريع النصوص التشريعية الأوربية على غرفتي البرلمان على أن تنشأ لجنة تكلف بالشئون الأوربية في كل مجلس، وفي حال انضمام دولة للاتحاد الأوربي يجب على رئيس فرنسا عرض المشروع في استفتاء شعبي، أو موافقة ثلاثة أخماس كل مجلس.

ومن أكثر المعاهدات إثارة لإشكالية مخالفة الدستور الوطني، نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية[443]، فالعديد من الباحثين[444] يرون بأن الانضمام لنظام روما يتعارض مع العديد من نصوص الدستور، أهمها التنازل عن سيادة القضاء الوطني لصالح المحكمة الجنائية الدولية، واختصاص مجلس الأمن التكميلي بإحالة المتهمين على المحكمة الجنائية الدولية دون أن يكون للقضاء الوطني أي ولاية على الجريمة[445]، وتسليم المطلوبين وخصوصا اللاجئين السياسيين خلافاً لنصوص الدستور، كما أن إعادة محاكمة شخص عن نفس الفعل مرتين أمر مخالف الدستور، فقد سمح نظام روما بمحاكمة المتهم مرة أخرى عن نفس الأفعال إذا تبين للمحكمة الجنائية الدولية بأن المحاكمة الأولى قد تمت لحماية المتهم أو أن المحكمة لم تتحلى بالنزاهة المطلوبة[446].

---

442 انظر النص الكامل لدستور الجمهورية الخامسة الصادر في 1958/10/4 والمنشور على موقع المجلس الدستوري الفرنسي www.conseil-consitutionnel.fr

443 انظر الوثيقة المؤرخة في 17 يوليو 1998 مع تعديلاتها والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1 يوليو 2002، لنسخة الكترونية انظر الوصلة النافذة بتاريخ 2018/12/17 http://legal.un.org/icc/statute/arabic/rome_statute(a).pdf

444 انظر فهد دخين العدواني، المحكمة الجنائية الدولية ومعوقات إنضمام دولة الكويت إليها، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 2007، وعادل الطبطبائي، النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ومدى تعارضه مع أحكام الدستور الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة 27، يونيو 2003

445 لمزيد من المعلومات عن الاختصاص التكميلي لمجلس الأمن والآراء القانونية في ذلك، انظر غادة كمال محمود سيد، الموقف الافريقي من قرارات المحكمة الجنائية الدولية تجاه افريقيا، المكتب العربي للمعارف، ص 128.

446 تنص المادة 20 من نظام روما على أنه:

1- لا يجوز، إلا كما هو منصوص عليه في هذا النظام الأساسي، محاكمة أي شخص أمام المحكمة عن سلوك شكل الأساس لجرائم كانت المحكمة قد أدانت الشخص بها أو برأته منها.

2- لا تجوز محاكمة أي شخص أمام محكمة أخرى عن جريمة من تلك المشار إليها في المادة 5 كان قد سبق لذلك الشخص أن أدانته بها المحكمة أو برأته منها.

ومن المحاكم الدستورية التي قضت في نظام روما، المجلس الدستوري الفرنسي، الذي قرر بدستورية نظام روما، وعدم تعارضه مع السيادة الوطنية، أما مجلس الدولة البلجيكي فقد قرر بأن بقاء المحكوم عليه تحت التحفظ لدى دولة التنفيذ أو قبل نقله لدولة التنفيذ يعد تعدياً على القضاء البلجيكي، واعتبرت أسبانيا أن الحماية القضائية الفعالة لا تقتصر على محاكم أسبانيا بل تمتد للهيئات القضائية الدولية[447].

جدير بالذكر والتقدير، ما ذهب إليه القاضي (بلاك) قاضي المحكمة العليا الأمريكية في رأيه المنفرد تعليقا على قضية (أبينا)[448] إذ أنه يرى عدم جواز انتهاك القواعد الدستورية حتى من قبل المعاهدات الدولية، وأعطى مثالاً على ذلك في أن لو أبرمت الولايات المتحدة مع دولة ما، معاهدة تحظر جميع الخطب السياسية، ووافق عليها ثلثا الكونغرس، وهي الأغلبية التي تطلبها الدستور للموافقة على المعاهدات الدولية، فإن هذه المعاهدة ستكون قابلة للإبطال، لأنها تخالف الدستور بتعديلاته لحق دستوري مهم وهو حق التعبير، فلا يوجد في المادة السادسة من الدستور الأمريكي ما يوحي أو يعطي المعاهدة مرتبة أعلى من القانون، كما أن الدستور لا يعطي المعاهدة حصانة تتحقق للمعاهدة بعدم امتثالها للأحكام الدستور، وبالتالي يرى القاضي بلاك أن تعارض المعاهدة مع الدستور يستتبعه بطلان المعاهدة، لأنها تتعارض مع أهداف مؤسسي الدستور[449] والذين وضعوا وثيقة الحقوق.

والدساتير ليست سواء في الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، وفي حل النزاع القائم بين المعاهدة في حال مخالفتها للدستور، فالإشكالية غير موجودة في

3- الشخص الذي يكون قد حوكم أمام محكمة أخرى عن سلوك يكون محظوراً أيضاً بموجب المواد 6 أو 7 أو 8 لا يجوز محاكمته أمام المحكمة فيما يتعلق بنفس السلوك إلا إذا كانت الإجراءات في المحكمة الأخرى- :

أ) قد اتخذت لغرض حماية الشخص المعني من المسئولية الجنائية عن جرائم تدخل في اختصاص المحكمة أو،

ب) لم تجر بصورة تتسم بالاستقلال أو النزاهة وفقاً لأصول المحاكمات المعترف بها بموجب القانون الدولي، أو جرت في هذه الظروف، على نحو لا يتسق مع النية إلى تقديم الشخص المعني للعدالة)

447 عمروش نزار، المحكمة الجنائية الدولية في مواجهة المحاكم الوطنية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2011 ص 95.

448 سيرد في المطلب القادم شرح وتعليق على قضية (أبينا) .

449 ورد للدكتور سعيد الجدار، رأي – نخالفه - يرى فيه أن المحاكم الأمريكية لم تقرر عدم دستورية نص في أي معاهدة، كما أن القضاء في بريطانيا لا يملك تقرير عدم دستورية نص في معاهدة، وفي فرنسا تعد المفاوضة وإبرام المعاهدة والتصديق عليها من أعمال السيادة وتخرج من رقابة القضاء، كما أن الدستور الفرنسي يعطي للمعاهدات الدولية المصادق عليها قوة التشريعات الداخلية، وكل تلك الآراء محل نظر ولا نتفق فيما ذهب من رأي بشأن فرنسا، انظر سعيد الجدار، تطبيق القانون الدولي أمام المحاكم المصرية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1999 ص 64 وما بعدها.

الأنظمة القانونية التي تعطي للمعاهدة علوا على الدستور مثل بلجيكا وسويسرا وهولندا، وذلك لعلو المعاهدة بالدرجة الأولى، ولصراحة نصوص الدستور التي تمنع الرقابة، فقد نص الدستور الهولندي على أنه (لا يجوز مراجعة دستورية القوانين الصادرة عن البرلمان والمعاهدات من قبل المحاكم)[450].

معنى عبارة (مع عدم الإخلال)

ومما تجب ملاحظته، أن الدساتير والقوانين تنص على عبارة مفادها بأن لا يخل تطبيق هذا القانون بتطبيق القوانين أو المعاهدات الأخرى، والتي قد تعطي تفسيرا أوليا بإن هذا القانون الذي ترد فيه هذه العبارة هو قانون أدني من القانون الاخر، وللباحث في ذلك رأي مختلف.

نص دستور البحرين المعدل في 2002 على أنه (لا يخل تطبيق هذا الدستور بما ارتبطت به مملكة البحرين مع الدول والهيئات الدولية من معاهدات واتفاقيات) وهذ النص ورد في دستور 1973[451] لضمان سلامة المعاهدات التي أبرمتها البحرين وانضمت إليها قبل الاستقلال وقبل قيام الدولة الحديثة، وهي من ضمن المواد التي نص عليها الدستور تحت باب الأحكام الانتقالية، والانتقال من إمارة إلى دولة.

وعلى هذا المعنى تصبح المادة مهمة في دستور 1973 وغير ضرورية في التعديل الدستوري لعام 2002، وقد تكون من قبيل التزيد، وهذا ما لم ينتهجه أي مشرع دستوري، مما سمح لبعض المؤلفين أن يقرروا أن البحرين تعطي للمعاهدة

---

[450] المادة 120 من دستور هولندا لعام 1815 وتعديلاته حتى 2008 المنشور على موقع مشروع الدستور النافذ بتاريخ 2018/12/16
https://www.constituteproject.org/constitution/Netherlands_2008.pdf?lang=ar

[451] تنص المادة 105 من دستور البحرين لعام 1973 على (أ- لا يخل تطبيق هذا الدستور بما ارتبطت به البحرين مع الدول والهيئات الدولية من معاهدات واتفاقات. ب- كل ما قررته القوانين والمراسيم واللوائح والأوامر والقرارات المعمول بها عند العمل بهذا الدستور يظل ساريا ما لم يعدل أو يلغ وفقا للنظام المقرر بهذا الدستور، وبشرط ألا يتعارض مع نص من نصوصه.) بينما تنص المادة 121 من دستور 2002 على (لا يخل تطبيق هذا الدستور بما ارتبطت به مملكة البحرين مع الدول والهيئات الدولية من معاهدات واتفاقات.استثناء من حكم الفقرة الثانية من المادة (38) من هذا الدستور يبقى صحيحًا ونافذًا كل ما صدر من قوانين ومراسيم بقوانين ومراسيم ولوائح وأوامر وقرارات وإعلانات معمول بها قبل أول اجتماع يعقده المجلس الوطني ما لم تعدل أو تلغ وفقًا للنظام المقرر بهذا الدستو.).

علوا على الدستور واستندوا إلى هذه المادة[452]، مقررين أن هذه المادة تعطي علوا للمعاهدة الدولية على النصوص الدستورية[453].

وفي رأينا أن الأصل التاريخي لدستور البحرين هو دستور دولة الكويت[454]، والدستور المصري الذي يعد مصدراً للعديد من الدساتير العربية[455] ومع ذلك لم تعط تلك الدساتير المعاهدة الدولية علوا على القوانين الوطنية ولا على الدساتير، وبمراعاة المصدر نستبعد أن يكون دستور البحرين لعام 1973 قد أعطى المعاهدة علواً على القانون أو الدستور.

إلا أن الإشكالية تظل قائمة بشأن إيراد النص في تعديل 2002 ، وغموض مقصد المشرع الدستوري بشأن إيراد هذه المادة في التعديل الدستوري، وبالنظر إلى المادة وما معها من مواد نجد أن المادة وردت في تعديل 2002 للتأكيد على الأحكام الانتقالية، بدلالة المادة التي أعطت المراسيم بقوانين التي صدرت في غياب المجلس الوطني حصانة شكلية، في حين أن البعض أعتقد بأن تلك المادة أعطت المراسيم بقوانين حصانة دستورية، وأعطت المعاهدات علوا على الدستور، فقد نصت الفقرة ب من المادة 121 من دستور 2002 على (...يبقى صحيحًا ونافذا كل ما صدر من قوانين ومراسيم بقوانين ومراسيم ولوائح وأوامر وقرارات وإعلانات معمول بها قبل أول اجتماع يعقده المجلس الوطني ما لم تعدل أو تلغ وفقًا للنظام المقرر بهذاالدستور).

مستنداً إلى أن المحكمة الدستورية لم تقبل الدفع بشأن حصانة المراسيم بقوانين التي صدرت قبل تعديل الدستور، وهي المراسيم بقوانين التي صدرت من بعد حل المجلس الوطني (البرلمان) في 1975 حتى تم انتخاب مجلس نواب (برلمان) في 2002 ومنها قانون الإجراءات الجنائية لعام 2002، وأبدت المحكمة رأيها في هذه الجزئية بأن اعتبرت إصدار قانون الإجراءات صحيح، وفقاً للأوضاع التي صدرت بها تلك المراسيم بقوانين، دون حصانة موضوعية للنصوص من الطعن أمام المحكمة الدستورية[456]، وقررت المحكمة (...أن جميع القواعد القانونية التي صدرت قبل أول

---

[452] سلوى أحمد المفرجي، دستورية المعاهدات الدولية والرقابة عليها، مرجع سابق ص 186.

[453] د.ضاري خليل محمود، القيمة القانونية لاتفاقيات حقوق الإنسان في التشريع الداخلي ودور القاضي الوطني في تطبيقها، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الرابع، العدد الاول، يناير 2007 ص 80.

[454] تنص المادة 177 من دستور دولة الكويت لعام 1962 على أن (لا يخل تطبيق هذا الدستور بما ارتبطت به الكويت مع الدول والهيئات الدولية من معاهدات واتفاقات.)

[455] نصت المادة 154 من دستور مصر لعام 1923 على أنه (لا يخل تطبيق هذا الدستور بتعهدات مصر للدول الأجنبية ولا يمكن أن يمس ما يكون للأجانب من الحقوق في مصر بمقتضى القوانين والمعاهدات الدولية والعادات المرعية).

[456] قضت المحكمة الدستورية في أحدى الدفوع المقدمة لعدالتها بشأن (المراسيم بقوانين التي صدرت قبل التعديل الدستوري لعام 2002 ومنها المرسوم بقانون الإجراءات الجنائية، وجاء في الدفع أن المرسوم بقانون قد تم

إقراره بغير الطريق الدستوري) وجاء في حيثيات الحكم رداً على الدفع (ومفاد ما تقدم أن نص الفقرة (ب) من المادة (121) من الدستور جاء صريحا وقاطعا في أن جميع القواعد القانونية التي صدرت قبل أول اجتماع يعقده المجلس الوطني - وبغير استثناء -تدخل في إطار ما ورد بالنص وتبقى صحيحة ونافذة بعد انعقاد المجلس دون حاجة إلى أي إجراء آخر ما لم يتقرر تعديلها أو إلغاؤها وفقاً للنظام المقرر بالدستور بواسطة السلطة التشريعية، أو يقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم تصدره المحكمة الدستورية التي أولاها المشرع سلطة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. وقد تأكد ذلك بما ورد بالمذكرة التفسيرية للدستور في تفسيرها لنص المادة (121) من الدستور حيث كشفت عن أن القصد من تعديل عبارة (عند العمل بالدستور) - الواردة بالمادة (105) من الدستور قبل تعديله- إلى عبارة - المعمول به قبل أول اجتماع يعقده المجلس الوطني » التي تضمنتها المادة (121) من الدستور المعدل هو أن يدخل في إطار ما ورد بالمادة المذكورة كل ما سيصدر من قواعد قانونية في الفترة الواقعة بين نشر الدستورواجتماع المجلس الوطني بالإضافة إلى ما سبق صدوره منها قبل تعديل الدستور. و إن القوانين التي صدرت من قبل أو التي ستصدر خلال هذه الفترة هي قوانين صادرة أثناء تعطيل الحياة النيابية من الناحية الواقعية لعدم وجود مجلس الشورى ومجلس النواب وبالتالي لا تزول قوتها القانونية عند بدء الحياة البرلمانية بل تعتبر قوانين قائمة ما لم يلغها البرلمان بقوانين أخرى، وقد جاء تفسير المذكرة التفسيرية مطابقا لنص الفقرة(ب) من المادة (121) فيما قررته من دخول (كل القوانين) السابقة على أول انعقاد المجلس الوطني في إطار ما ورد بالنص المذكور، بما لازمه أنها تظل قوانين قائمة وصحيحة ونافذة بعد انعقاد المجلس - بغير حاجة إلى اتخاذ أي إجراء آخر - محصنة من الطعن عليها بما أثاره المدعي من مناع شكلية. وقد جاءت صياغة كل من النص والمذكرة عامة تتسع لجميع القوانين دون قصرها على القوانين التي تنظم موضوعات بعينها على ما ذهب إليه المدعى في دفاعه من أن المذكرة التفسيرية في شرحها لنعى المادة(121) قد قصرت حق الملك في إصدار القوانين على قوانين تنظم أمورا بعينها. ويجب صدورها بعد صدور الدستور - على ما ورد تفصيلا في معرض سرد دفاعه - ذلك أن ما أوردته المذكرة من قوانين قد ورد على سبيل المثال للقوانين التي يجوز للملك إصدارها بعد صدور الدستور وقبل أول اجتماع للمجلس الوطني ولم يرد على سبيل الحصر لتلك القوانين. وهو ما يتفق مع ما سبق تقريره من أنه في حالة تعطيل الحياة النيابية يتولى الملك السلطة التشريعية كما تتولاها الهيئة التشريعية، ويكون له جميع حقوقها وسلطانها في مجال التشريع، ويحق له إصدار مراسيم بقوانين تتناول بالتنظيم كافة الموضوعات، حتى لو كانت من الموضوعات التي نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون، غير مقيد في ذلك بأحكام المادة (38) من الدستور المعدل -الخاصة بلوائح الضرورة- فيما استلزمته من توافر حالة الضرورة لإصدار تلك المراسيم وعرضها على المجلس الوطني بعد انعقاده، ذلك أن المادة المذكورة- على ما سلف القول - لا تسري بداهة إلا عند قيام الحياة النيابية.

ومن ناحية أخرى فلئن كانت الفقرة(ب) من المادة (121) من الدستور قد نصت على أن تكون القاعدة القانونية معمولا بها قبل أول اجتماع يعقده المجلس الوطني حتى تدخل في إطار ما ورد بالنص وتعتبر قاعدة صحيحة ونافذة بعد انعقاد المجلس إلا أن المذكرة التفسيرية في شرحها لنص المادة (121) قد أكدت على أن القصد من عبارة المعمول به قبل أول اجتماع يعقده المجلس الوطني أن يدخل في إطار ما ورد في النص المذكور كل ما سيصدر من قواعد قانونية في الفترة الواقعة بين نشر الدستور واجتماع المجلس الوطني، بالإضافة إلى ما سبق صدوره منها قبل تعديل الدستور، وأن القوانين التي صدرت من قبل أو التي ستصدر خلال هذه الفترة هي قوانين صادرة إثناء تعطيل الحياة النيابية من الناحية الواقعية لعدم وجود مجلس الشورى ومجلس النواب ولا تزول قوتها القانونية عند بدء الحياة البرلمانية، بل تعتبر قوانين قائمة ما لم يلغها البرلمان بقوانين أخرى. وصياغة المذكرة على هذا النحو- في سياق تفسيرها لنص المادة (121) من الدستور- قد جاءت قاطعة بأنه بمجرد صدور القانون يدخل في إطار القوانين المعمول بها التي عنتها المادة المذكورة حيث قرنت المذكرة بين صدور القانون والعمل به واعتبرت العمل بالقانون متزامنا مع صدوره وفسرت العمل بالقانون بصدور القانون واعتبرت كلاً من التعبيرين مرادفا للآخر، و إذ كانت المذكرة التفسيرية هي المرجع في تفسير أحكام الدستور فيما ورد بها من إيضاحات فلا محل لمناقشة أي تفسير مخالف، و إذ كانت المراسيم بقوانين الثلاثة محل الطعن قد صدرت جميعها في الفترة ما بين نشر الدستور المعدل وأول

اجتماع يعقده المجلس الوطني - وبغير استثناء -تدخل في إطار ما ورد بالنص وتبقى صحيحة ونافذة بعد انعقاد المجلس دون حاجة إلى أي إجراء آخر ما لم يتقرر تعديلها أو إلغاؤها وفقاً للنظام المقرر بالدستور بواسطة السلطة التشريعية، أو يقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم تصدره المحكمة الدستورية ...).

وما يراه الباحث أن المادة 121 تم تضمينها تعديل دستور 2002 كحكم انتقالي للمعاهدات التي تم إبرامها والانضمام إليها وتم التصديق عليها خلال فترة غياب البرلمان، ولم يعط تلك المعاهدات والاتفاقيات أي علو أو سمو على الدستور.

ويسند هذا الرأي أن عبارة (مع عدم الإخلال) وردت في العديد من القوانين، منها قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية[457] إذ نص القانون على (مع عدم الإخلال بأحكام المعاهدات والاتفاقيات النافذة في مملكة البحرين يعمل بأحكام هذا القانون في شأن تنظيم عمليات شراء السلع والإنشاء والخدمات ...)[458] وأيضاً في قانون الإجراءات الجنائية[459] إذ نصت المادة 412 (مع عدم الإخلال بأحكام المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي لها قوة القانون في مملكة البحرين، يكون تسليم الأشخاص المحكوم عليهم أو المتهمين إلى الدولة الأجنبية التي تطلب استلامهم لتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة عليهم أو لمحاكمتهم جنائياً طبقاً للأحكام التالية ولقواعد القانون الدولي العام فيما لم يرد في شأنه نص خاص) وفي قانون الرسوم والنماذج الصناعية نص على أنه (لا تخل أحكام الحماية المنصوص عليها في هذا القانون بأية حقوق أخرى متصلة بالرسوم والنماذج الصناعية، سواء كان مصدرها القانون أو الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تكون المملكة طرف فيها)[460] وجاء في ذات

اجتماع للمجلس الوطني فإنها تدخل في إطار القوانين المعمول بها وفقاً لنص الفقرة(ب) من المادة (121) من الدستور وتظل صحيحة ونافذة بعد انعقاد المجلس المذكور طالما لم يتقرر تعديلها أو إلغاؤها وفقا لأحكام الدستور بواسطة الهيئة التشريعية، أو يقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم تصدره المحكمة الدستورية التي أولاها الدستور سلطة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. وغني عن البيان أن قضاء المحكمة الدستورية برفض المطاعن الشكلية لا يحول دون إثارة أية مناع موضوعية يدعي قيامها بأي نص من نصوص المراسيم بقوانين الثلاثة المطعون عليها.) انظر حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم د/3/2 لسنة 1 قضائية جلسة 2004/12/27 منشور في الجريدة الرسمية العدد 2668 بتاريخ 2005/1/5 .

457 المرسوم بقانون رقم 36 لسنة 2002 بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2551 بتاريخ 2002/10/9.

458 المادة 3 من الرسوم بقانون رقم 36 لسنة 2002 .

459 المرسوم بقانون رقم 46 لسنة 2002 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2553 بتاريخ 2002/10/23

460 المادة 4 من قانون رقم 6 لسنة 2006 بشأن الرسوم والنماذج الصناعية المنشور في الجريدة الرسمية2737 بتاريخ 2006/5/3 .

القانون (مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في مملكة البحرين ...).

وفي معاجم اللغة العربية فإن مصدر الفعل أخل (إخلالاً)، والإخلال بالواجب أي التقصير فيه، والإخلال بالوعد يعني عدم الالتزام والوفاء به وعبارة (مع عدم الإخلال بهذا) تعني مع أخذه في الحسبان[461].

ويرد في القوانين العقابية عبارة مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد يعاقب عليها قانون آخر، ويقصد بها المشرع أن يختار القاضي، أن كان لذلك مقتضى، أن يطبق العقوبة الأشد، غير أن عبارة (مع عدم الإخلال بالمسئولية الجنائية للشخص الطبيعي، يسأل الشخص الاعتباري جنائياً ويعاقب بالغرامة...)[462] أي أن مساءلة الشخص الاعتباري لا تحجب الشخص الطبيعي عما اقترفه.

إن عبارة (مع عدم الإخلال) التي ترد في القوانين الوطنية لا يراد بها علواً للمعاهدة الدولية وإنما غاية مدلولها أن تؤخذ في الحسبان المعاهدات ذات الصلة أو الأوضاع القائمة قبل نفاذ القانون، والقول بعكس ذلك يصطدم أصلاً مع ما يرد في المعاهدات الدولية، ومن ذلك مثلاً ما نصت عليه اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لعام 1983[463] من أن (... ترسل الوثائق والأوراق القضائية وغير القضائية بالقضايا الجزائية مباشرة عن طريق وزارة العدل لدى كل طرف متعاقد وذلك مع عدم الإخلال بأحكام المواد الخاصة بتسليم المتهمين والمحكوم عليهم...)[464] فهذه الفقرة تدعو للأخذ بعين الاعتبار الأسلوب الخاص الذي يجب تطبيقه عند تسليم المتهمين والمحكومين.

وقد فسرت المحكمة الدستورية عبارة (مع عدم الإخلال بأحكام قانون الإجراءات الجنائية) أي الحصول على (إذن بذلك من النيابة العامة أو أمر من القاضي المختص)[465] ولو أراد المشرع أن يعطي المعاهدة مجالاً أوسع أو أعلى من القانون، لنص على ذلك صراحة في القانون، أو من باب أولى نص على ذلك في الدستور.

---

461 موقع المعني الجامع، تمت زيارته في 2018/12/8 على الوصلة النافذة www.almaany.com

462 المادة 27 من المرسوم بقانون رقم 54 لسنة 2018 بشأن الخطابات والمعاملات الإلكترونية المنشور في الجريدة الرسمية العدد 3395 بتاريخ 2018/11/29.

463 الصادرة بالمرسوم بقانون رقم 41 لسنة 1999 المنشورة في الجريدة الرسمية العدد 2404 بتاريخ 1999/12/22.

464 الفقرة 2 من المادة 6 من اتفاقية الرياض لعام 1983 .

465 القضية رقم (ط ن/1/)2010 جلسة 2012/5/30 منشور في الجريدة الرسمية العدد 3055 بتاريخ 2012/6/7 وجاء في حيثيات الحكم (وكانت المادة (75) من قانون الاتصالات - الموسومة ((التضليل واعتراض الرسائل وكشفها)) - قد نصت على أنه: ((مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر، يعاقب بالغرامة التي لا تجاوز عشرة آلاف دينار كل من استخدم أجهزة أو شبكة

ومع ذلك يجب الأخذ بما ورد في قانون خدمات الحوسبة السحابية لأطراف أجنبية[466] كمثال لتفسير أدق للعبارة، فقد ورد في القانون أن (لا تخل أحكام هذا القانون بأية حماية إضافية أو مزايا مقررة بموجب القوانين الأخرى، أو الاتفاقيات أو المعاهدات المعمول بها في مملكة البحرين) بمعنى أن القانون سمح للتشريعات الأخرى، في حال وجود مزايا إضافية، بتطبيقها وألا يكون ذلك حصراً على هذا القانون فقط، وهذا هو المقصود من عبارة (مع عدم الإخلال) ومن ذلك كله يتبين لنا أن المصطلح لا يعطي للمعاهدة الدولية علواً على الدستور أو النصوص القانونية، وإنما تطلب القانون من الجهة المنفذة للقانون احترام المعاهدات القائمة.

المبحث الثاني:

إشكالية تعارض المعاهدة مع القانون

قد تقع المعاهدة الدولية أثناء تطبيقها في النظام القانوني الوطني في حومة معارضة قوانين داخلية، وهذا أمر متوقع من منظور المعاهدة الدولية، فقد تنظم موضوعا سبق للقانون الوطني تنظيمه، أو أنه بصدد تنظيمه، دون اعتبار للسياسة التشريعية الوطنية، وغني عن الذكر أن فرضية التعارض لا تختص المعاهدة الدولية وحدها فقد يتم التعارض بين قانونين داخليين، ولذلك تم النص على دفع التعارض في القانون المدني، وتدخل القضاء لفض هذا التعارض حسب ما تنص عليه القوانين السارية.

سأتناول في هذا المبحث تعارض المعاهدة مع التشريع الوطني في المطلب الأول، وتعارض المعاهدة مع غيرها من المعاهدات في المطلب الثاني.

الاتصالات بقصد: 1-... 2- التصنت على أو إفشاء سرية أية مكالمات أو بيانات تتعلق بمضمون أية رسالة أو بمرسلها أو بالمرسل إليه، ما لم يكن التصنت أو الإفشاء بموجب إذن من النيابة العامة أو أمر صادر من المحكمة المختصة)). وهو نص عام يخاطب الكافة بأحكامه بمن فيهم مأمورو الضبط القضائي التابعون لأجهزة الأمن المختصة، وموظفو شركات الاتصالات، وآحاد الناس. وإذ أن المادة (77) من القانون ذاته إذ أناطت بموظفي هيئة تنظيم الاتصالات سلطة مراقبة تنفيذ أحكامه، فإنها نصت في مستهلّها صراحة على عدم الإخلال بأحكام قانون الاجراءات الجنائية، فإن مؤدى ذلك وحاصِلَه أن نية المُشرع تكون قد توجّهت في المادة (78) من القانون إلى إلزام مشَغلي شبكة الاتصالات بتوفير الإمكانيات الفنية التي تمكّن الأجهزة الأمنية من النفاذ إلى الشبكة تحقيقًا لمتطلبات الأمن الوطني بما يتيح فنّيا لهذه الأجهزة ولوجَ الشبكة في أي وقت بشرط أن تكون قد حصلت سلفًا على إذنٍ بذلك من النيابة العامة أو أمرٍ من القاضي المختص...).

[466] المرسوم بقانون رقم 56 لسنة 2018 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 3395 بتاريخ 2018/11/29.

المطلب الأول:

إشكالية تعارض المعاهدة مع القانون الوطني.

تمايزت الدول في تقرير مرتبة المعاهدة الدولية في نظامها القانوني، وفي البحرين كما العديد من الدول أعطيت المعاهدة مرتبة القانون، غير أن المعاهدة التي هي في مرتبة القانون قد تتعارض مع القانون الوطني، وللفصل في هذه الإشكالية تتعدد الآراء الفقهية وتتباين، في طرح له جل التقدير والرعاية مع عدم استبعاد أن يكون بعضها شرح لنظام قانوني مختلف عن النظام القانوني في البحرين.

والذي لا خلاف فيه، أنه طالما أصبحت المعاهدة جزءً من النظام القانوني الوطني، بصرف النظر عن أداة تقريرها، فإنها تكتسب قوة القانون، فتلتزم جميع سلطات الدولة بتطبيقها كأي تشريع وطني سار في النظام القانوني.

فإذا كان النظام القانوني قائماً على نظرية وحدة القانون، فإن المعاهدات لها أثر مباشر دون حاجة لصدور تشريع بذلك، ويجب على القاضي الوطني تطبيق نصوص المعاهدة دون القانون الوطني، في حال اختلافها مع القانون الوطني.

أما في حالة كون النظام القانوني للدولة قائما على نظرية ثنائية القانون، فيتم حل الإشكالية بنفس طريقة دفع التعارض بين التشريعات المختلفة، فالقواعد الأدنى تخضع للقواعد الأعلى، والخاص يقيد العام والسابق ينسخ اللاحق، وفي البحرين، ينص القانون المدني على أنه (أ- يلغى التشريع إما صراحة أو ضمنيا . ب) يكون إلغاء التشريع صراحة ، بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء . ج) ويكون إلغاء التشريع ضمنيا ، إذا تضمن تشريع لاحق حكما يتعارض مع أحكامه ، أو إذا صدر تشريع لاحق ينظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده التشريع السابق)[467].

والتشريع يقصد به التشريع الدستوري أو التشريع الصادر من البرلمان، وحتى اللوائح التنفيذية الصادرة من الحكومة، إلا أن إلغاء التشريع يجب أن يكون بتشريع آخر في مرتبته أو في مرتبة أعلى منه، فالتشريع الدستوري يلغيه تشريع دستوري، والتشريع العادي يلغيه تشريع عادي أو تشريع دستوري.

والإلغاء الصريح لا جدال فيه، مثلما نص القانون المدني البحريني في المادة الثانية من مواد الإصدار على أن تلغى قوانين العقود لعام 1969 والمخالفات المدنية لعام 1970 وتنظيم ملكية الطبقات والشقق لعام 1987.

---

[467] المادة 2 من القانون المدني الصادر بمرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2476 بتاريخ 2001/5/9 .

أما الإلغاء الضمني فبحاجة لتفسيير واجتهاد، فقد يصدر التشريع الجديد (اللاحق) متضمنا نصا يتعارض مع نص في تشريع قديم (لاحق) وهنا يقتصر الإلغاء على النص القديم وفي حدود ذلك التعارض، وقد يصدر تشريع ينظم وبشكل جديد موضوعا كان ينظمه تشريع قديم، وفي هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخا بحكم اللاحق، (حتى ولو تضمن حكماً لا يتعارض ونصوص التشريع الجديد)[468].

غير أن للمعاهدة الدولية نوعاً من الخصوصية وذلك عند تعارضها مع القانون الوطني، وهذا ما استحدثه القضاء الأمريكي والبريطاني بتطبيق أسلوب التوفيق.

فالدستور الأمريكي لم يعالج إشكالية التعارض بين المعاهدة الدولية والقواعد القانونية الداخلية في حال تعارضهما، كل ما هنالك أن الدستور اعتبر أن المعاهدات جزءً من قانون البلاد، ووضع المعاهدة في موقع يعلو على دساتير الولايات الاتحادية، ويساوي القوانين الفيدرالية، وبالتالي تكون المعاهدة أدنى من الدستور الأمريكي، إلا أن احتمالية تعارض المعاهدة الدولية مع القوانين الفيدرالية قائمة، وبالتالي فإن الطريقة التي ابتكرها القضاء الأمريكي ضرورية لخلق حالة من الاستقرار في القواعد القانونية وفي الأحكام القضائية، فقرر القضاء أنه في حال عدم النص من قبل الكونغرس صراحة على اعتبار المعاهدة لاغية، أو تم تعديلها من قبل الكونجرس، فتلك قرينة على أن الكونجرس لا ينوي إلغاء المعاهدة ولا مخالفتها، أي أن الكونجرس لم يسن قانوناً يراد به مخالفة معاهدة دولية قائمة أو انضمت لها أمريكا.

وفي قضية الأسلحة الكيميائية[469]، أصدر القضاء الأمريكي حكمه بشأن تعارض القانون الجنائي الاتحادي أو حتى القانون الجنائي في ولاية بنسلفانيا مع القانون الفيدرالي لتنفيذ اتفاقية الأسلحة الكيمائية لعام 1998.

وتدور الواقعة حول عالمة ميكروبيولوجي تدعى آن بوند اكتشفت أن صديقتها المقربة حامل من زوجها، ومن أجل الانتقام، قامت بشراء مواد من موقع إلكتروني، وسرقة مواد كيمائية تستخدم للتنظيف وطباعة الصور الفوتوغرافية، وقامت (آن) بوضع تلك المواد على سيارة (هاينز) وصندوق البريد وأماكن متعددة وعانت هاينز من حرق في يدها، لم تستطع الشرطة المحلية تحديد هوية الفاعل وبعد تكرار الفعل تم تحديد الفاعل من قبل محقق اتحادي والذي اتهمها بانتهاك قانون 1998، ودفعت

---

[468] المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، الفتوى والتشريع، الكويت، الطبعة الثالثة، 1994 ص 11.

[469] See Bond v. United States, 131 S. Ct. 2355, 2364 (2011) and see legal review on Harvard University website https://harvardlawreview.org/2014/01/limits-on-the-treaty-power/#_ftn103 visited on 11/11/2018 .

(آن) في محكمة الولاية بأن الكونغرس لا يملك سلطة تطبيق قانون المعاهدة، ولكن صدر حكم ضدها بالسجن ست سنوات، فيما رفضت محكمة الاستئناف تعديل أو إلغاء الحكم، أما المحكمة العليا الأمريكية فقد أعادت القضية لمحكمة الاستئناف لإعادة النظر في القضية، التي بدورها قضت أنه يجوز للكونغرس إصدار قانون لتنفيذ الاتفاقية.

وجاء في حكم المحكمة العليا أن القانون الفيدرالي لا يتدخل في صلاحية الولايات لإصدار قوانين محلية، وفي حال صدر قانون من الكونغرس وجب أن يحترم حدود الصلاحيات بين السلطة الفيدرالية والسلطة المحلية للولايات، وأكدت المحكمة العليا على أنه يجب التأكد من نية الكونغرس قبل إصدار هذا الحكم، لأنه لا يوجد دليل على أن الكونغرس كان يقصد إلغاء القوانين الأخرى، ولذلك يجب أن يفسر قانون تنفيذ الاتفاقية بشكل ضيق.

وصدرت آراء منفردة لعدة قضاة منهم القاضي (سكاليا) الذي له رأي متوافق مع الحكم بشأن تطبيق الاتفاقية على الأفعال التي اقترفتها (آن) كما أن الأفعال الجرمية معاقب عليها طبقاً لاتفاقية حظر الأسلحة الكيمائية، في حين أن القضاة الآخرين يرون أن قانون تنفيذ المعاهدة غير دستوري، لأنه يتجاوز صلاحية الولايات المحلية في سن قوانين وطنية، كما أثار القاضي (توماس) أن المقصود بالمعاهدة أن تقتصر على الشؤون الدولية وعدم التدخل في السلطات الفيدرالية أو سلطة الولايات في سن القوانين.

إن اتفاقية الأسلحة الكيمائية المعروفة رسمياً باتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتكديس واستخدام الأسلحة الكيمائية وتدمير تلك الأسلحة، هي اتفاق دولي، الغرض منه نزع الأسلحة من الدول وعدم السماح بتطويرها أو حيازتها أو تخزينها أو استخدامها، وعدم السماح للأفراد بانتهاك هذه الاتفاقية، وقد صادق مجلس الشيوخ الكونغرس عليها في عام 1997 وأصبح القانون نافذا بعد عام.

وقد جاوز قانون تنفيذ المعاهدة إلى ماهو أبعد من الاتفاقية، فقد تقررت جريمة فيدرالية جديدة ضمن تعريف السلاح الكيميائي ليشمل أي مادة كيمائية سامة وسلائفها، وأصبح تعريف المادة الكيميائية عاماً من كل مادة يمكن أن تسبب من خلال نشاط كيميائي الوفاة أو العجز أو الأذى الدائم للإنسان أو الحيوان[470].

---

[470] The Convention's definition of "chemical weapon," which covers any "toxic chemical and its precursors, except where intended for a purpose not prohibited under this chapter."And "toxic chemical," in turn, includes "any chemical which

وفي قضية أخرى، حكمت المحكمة العليا في واقعة قتل زوج على يد زوجته داخل قاعدة جوية أمريكية في انجلترا[471]، والقاعدة الجوية تخضع لاتفاقية تنفيذية بين أمريكا وبريطانيا، وقد تمت محاكمة (كليت) أمام محكمة عسكرية بدون محلفين وذلك طبقاً لقانون القضاء العسكري، والمحكمة العليا قضت بأن المدنيين الأمريكيين في الخارج لهم الحق في التعديل الخامس والتعديل السادس للدستور، والحصول على محاكمة بضماناتها بالرغم من ارتكابهم لجرائم خارج أمريكا.

وأضاف القاضي (كلارك) في رأيه المستقل، بأن الجيش يمارس اختصاص محاكمة المدنيين من قبل محكمة عسكرية، وهؤلاء المدنيون مرافقون للجيوش وقت الحرب، ولأسباب تتعلق بالانضباط والمعنويات، لم يشكك أحد في هذه السلطة، إلا أن المسافات الشاسعة بين الولايات المتحدة وقطعها العسكرية حول العالم قد فتحت الباب لعدد من المخالفات الصغيرة التي سوف تنظرها المحاكم الفيدرالية، فترتب تكاليف وتأخيراً دون مبرر.

وفي قضية المواطنين المكسيكيين، والتي تعرف أيضاً بقضية أفيينا أو أبينا، تتخلص القضية في أن 54 مواطناً مكسيكياً صدرت عليهم أحكام جنائية تصل عقوبتها إلى الإعدام في ولايات مختلفة مثل تكساس وكاليفورنيا وأريزونا وفلوريدا ونيفادا، وقد رفعت المكسيك دعوى أمام محكمة العدل الدولية مدعية أن أمريكا قد انتهكت وبشكل منتظم المادتين 5 و36 من اتفاقية العلاقات القنصلية لعام 1963[472] وحرمت المكسيك من ممارسة حقها في الحماية القنصلية لمواطنيها.

وطالبت المكسيك بعدم تطبيق القانون الوطني الأمريكي، وعدم تنفيذ عقوبات الاعدام وذلك لعدم تفعيل الحماية القنصلية لمواطنيها، والسماح بالتواصل مع مواطنيها مستقبلا عند السجن أو التوقيف، وتفعيل الإشعار القنصلي كما هو منصوص عليه في

---

through its chemical action on life processes can cause death, temporary incapacitation or permanent harm to humans or animals." For the full text of the convention https://www.opcw.org/sites/default/files/documents/CWC/CWC_en.pdf visited on 8/12/2018.

[471] See Reid v. Covert 354 US 1 (1957) , full text on website visited on 12/11/2018 https://www.oyez.org/cases/1955/701

[472] لمزيد من التفاصيل عن الحماية القنصلية، انظر بن صفاف فرحات، العلاقات القنصلية، رسالة ماجستير، جامعة القسطنطينية، كلية الحقوق، الجزائر، 2013 ص 129 وما بعدها، للاطلاع على النسخة الالكترونية على الوصلة النافذة بتاريخ 2018/12/9 https://bu.umc.edu.dz/theses/droit/ABEN4002.pdf

اتفاقية فيينا، وأن تتخذ أمريكا التدابير الضرورية والكافية لضمان أن يكون قانونها الوطني متوافقا مع تلك الحقوق الواردة في الاتفاقية[473].

وقررت محكمة العدل الدولية بأن تتخذ أمريكا جميع التدابير الضرورية لضمان عدم توقيع عقوبة الإعدام وأن تبلغ الولايات المتحدة الأمريكية المحكمة (محكمة العدل الدولية) بجميع التدابير المتخذة لتنفيذ قرارها.

وقضت المحكمة في 2004 بأن الولايات المتحدة الأمريكية، وبعدم إبلاغها المواطنين المكسيكيين عند احتجازهم بحقوقهم بموجب اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية، قد أخلت بالالتزامات الواقعة على عاتقها، وقضت أيضاً بأن عدم إشعار القنصلية المكسيكية بهذا الاحتجاز، وبالتالي حرمانهم من مساعدة القنصلية، يعد إخلالا بالمادة 36 من اتفاقية فيينا[474]، وكذلك حرمانهم من حق الاتصال في الوقت المناسب، وألزمت المحكمة الولايات المتحدة بإعادة النظر ومراجعة أحكام الإدانة والعقوبات الصادرة في حق المواطنين المكسيكيين[475].

وإزاء رفض تنفيذ الحكم من قبل أمريكا، طلبت المكسيك من محكمة العدل الدولية تفسير الحكم، وعما إذا كان الواجب على أمريكا تحقيق غاية أو التزام ببذل عناية؟

في حين أن المحكمة العليا الأمريكية قررت أن حكم محكمة العدل (لا يستوجب على الولايات المتحدة وبشكل مباشر أن توفر إعادة النظر أو مراجعة للحكم بموجب القانون المحلي) ومع ذلك تعترف المحكمة أن الولايات المتحدة ملتزمة بالحكم طبقاً للقانون الدولي غير أن وسائل الامتثال للحكم الدولي غير موجودة واقعيا، لا في

---

473 قضية أبينا ومواطيون مكسيكيون آخرون (المكسيك ضد الولايات المتحدة الأمريكية)، تقرير محكمة العدل الدولية، 1 أغسطس 2002- 31 يوليو 2003، الجمعية العامة الدورة 58 المحلق رقم4 ص62 وما بعدها (a/58/4).

474 رفعت ألمانيا دعوى ضد أمريكا لمخالفتها ذات المواد في اتفاقية فيينا، إلا أن السلطات الأمريكية في ولاية أريزونا نفذت عقوبة الإعدام بحق كل من كارل وولتر لاغراند، حتى بعد صدور أمر من محكمة العدل الدولية بتاريخ 1999/3/3 بكفالة عدم إعدامهما وإحالة الموضوع لحاكم أريزونا، انظر تقرير محكمة العدل الدولية، 1 اغسطس 2000 – 31 يوليو 2001 ، وثائق الجمعية العامة، الدورة 56 الملحق 4 منشورات الأمم المتحدة، نيويورك 2001 ص 50.

475 قضية أبينا ومواطنون مكسيكيون آخرون (المكسيك ضد الولايات المتحدة الأمريكية) تقرير محكمة العدل الدولي (a/59/4) ، 1 أغسطس 2003-31 يوليو 2004، الجمعية العامة ، الدورة 59 الملحق4 ص 68 وما بعدها.

الدستور ولا في القوانين الأخرى[476]، واقترحت أن يبادر الكونغرس بإصدار قانون فيدرالي[477].

وفي ذات القضية (المواطنين المكسيكيين)، قدمت (مدلين) طلب إلى محكمة تكساس ضد إدانتها بالقتل وضد عقوبة الإعدام وذلك لعدم إبلاغها بحقوقها الواردة في اتفاقية فيينا، ورفضت المحكمة الطلب ولم تعتد بمذكرة الرئيس الأمريكي لأنها ليست قانوناً فيدرالياً ملزماً، ولا تحل المذكرة محل القيود القانونية التي تطبق على طلبات المثول أمام القضاء، وبالتالي فإن الحكم الدولي غير قابل للتنفيذ المباشر ولا يعد قانوناً محلياً من أجل تطبيقه.

مع التذكير بأن إنفاذ المعاهدة قد يتطلب تدخل مجلس الأمن وذلك بعد طلب من الدولة المتضررة، وهذه حال عدم الامتثال الاختياري للدولة[478]، فمجلس الأمن يصدر قراراً بالتدابير الملائمة لتنفيذ الحكم، وفي كل الأحوال تملك الولايات المتحدة صلاحية نقض أي قرار يصدر بموجب الفيتو[479].

وجملة القول أن الكونغرس يملك إلغاء معاهدة موجودة أو اتفاق تنفيذي، وهو ما يضع الولايات المتحدة في مخالفة لخرق التزاماتها الدولية، والمحاكم لا ترغب في البحث عما إذا كان الكونغرس ينوي مخالفة معاهدة أو أنه تم الغاؤها ضمناً، وبدلاً من ذلك تجتهد المحكمة في تفسير المعاهدة والقانون الفيدرالي بطريقة التوفيق بين الاثنين[480] أما المعاهدات ذات التنفيذ المباشر فمحاكم الولايات تطبقها تلقائياً، فإن

---

476 صدرت رسالة من الرئيس الأمريكي جورج بوش بتاريخ 2005/2/28 إلى المحامي العام الأمريكي يطلب منه تنفيذ حكم محكمة العدل الدولية، وعلى أثر ذلك صدر قرار المحكمة العليا بشأن الرسائل التي طلبها الرئيس للامتثال للحكم وأنها غير موجودة في دستور أمريكا، انظر المجلة الأمريكية للقانون الدولي، العدد 99 مجلد 2 أبريل 2005 ص 489، المقال تحن عنوان (U.S. STRATEGY FOR RESPONDING to ICJ's AVENA DECISION)

www.jstor.org/stable/1562520 المقال على الوصلة النافذة بتاريخ 2018/11/27

477 طلب تفسير الحكم الصادر في قضية أبينا ومواطنون آخرون (المكسيك ضد الولايات المتحدة الأمريكية)، تقرير محكمة العدل الدولية 1 أغسطس 2007-31 يوليو 2008 الجمعية العامة، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 2008 ص 56 وما بعدها. (A/63/4) الدورة 63 الملحق4

478 See www.Supreme.justia.com/cases/federal/us/552/491 visited on 29/11/2018.

479 انظر المادة 94 من ميثاق الأمم المتحدة

480 See Fredric L. Kirgis, International Agreements and US Laws, Issue 5 Volume 2 on website www.asil.org/insight/volume/2/issue/5/internatonal-agreement visited on 27/11/2018

كانت المعاهدة غير (ذاتية التنفيذ) فلن تطبق ولن تلغى ضمنياً، ولكن تقوم المحاكم بحماية المعاهدة من الانتهاك سواء من الولايات أو من الاتحاد الفيدرالي عبر أسلوب التوفيق.

وفي قضية حمدان ضد وزير الدفاع، قضت المحكمة العليا بأن اتفاقية جنيف غير قابلة للتطبيق القضائي، فقد خول الكونغرس الرئيس الأمريكي استخدام كل قوة ضرورية ومناسبة ضد الدول أو المنظمات أو الأشخاص الذين خططوا أو ارتكبوا أو ساعدوا في هجمات 2001، وتفعيلاً لذلك القرار هجمت أمريكا على أفغانستان وقبضت على مواطن يمني يدعى حمدان، وتم تسليمه للجيش الأمريكي الذي نقله إلى سجن غوانتنامو في كوبا، وتمت محاكمته من قبل اللجنة العسكرية والتي طعن فيها حمدان لأنها لا تملك السلطة لمحاكمته، وأن تهمة التآمر ليست مخالفة لقانون الحرب، والمحكمة وإن وافقت على الدفع المبدي بأن تشكيل اللجنة العسكرية يخالف المادة 3 المشتركة من اتفاقية جنيف الثالثة، ومحكمة الاستئناف انتهت إلى أن حمدان لا يحق له الحصول على تعويض، لأن اتفاقيات جنيف غير قابلة للإنفاذ القضائي، كما أن الحرب كانت مع منظمة القاعدة وليست مع دولة (أفغانستان) وانتهت المحكمة العليا الأمريكية إلى ما انتهت إليه محكمة الاستئناف[481].

وفي بريطانيا ترى المحكمة العليا أن اتفاقية اللاجئين تنشئ التزامات في القانون الدولي إلا أن الاتفاقية ليست جزء من القانون الوطني في المملكة المتحدة باستثناء نطاق محدود، ويجب لقبول اللاجئين أن يكون القرار الصادر من الحكومة متسقاً مع اتفاقية اللاجئين ومعتمداً على قانون الهجرة لعام 1993[482] بمعنى أن القانون الدولي ذو احترام إلا أن القانون الوطني لم يتم نسخه بتلك الاتفاقية، وبالتالي فإن القانون الوطني نافذ على أن يؤخذ بالاعتبار القانون الدولي عند إصدار قرارات ادارية بذلك الشأن.

وبذلك طبقت بريطانيا القانون الدولي (بقدر الإمكان)، فقد نص قانون حقوق الإنسان لسنة 1998 على هذه الآلية بحيث يتم وزن الأمور وتطبيق القانون الوطني

---

[481] See www.Supeme.justia.com/case/feadral/us/548/557 visited on 29/11/208.
ويرى الدكتور مصطفى عبدالكريم أن حكم المحكمة العليا ألزم وزير الدفاع رامسفيلد بوقف تطبيق قرار تشكيل لجان عسكرية لمحاكمة المدنيين، انظر مصطفى عبدالكريم، مرجع سابق ص 341 هذا ولم يقف الباحث على رأي آخر يسند هذا الرأي.

[482] حكم مؤقت صادر من المحكمة العليا البريطانية، في قضية رقم (2018UKsc45) في الاستئناف رقم (2017EWcaCiv397) مقدم من علاء الدين رمضان ضد وزير الداخلية بجلسة 2018/7/30، منشور على موقع المحكمة على الوصلة النافذة بتاريخ 2018/11/26 www.supremecourt.uk

بالتوافق مع الاتفاقيات كي لا تنتهك تلك المعاهدات[483] ويطلق على تلك الطريقة (التفسير المتوافق) الذي يتشابه إلى حد كبير مع ما يذهب إليه القضاء الأمريكي من وضع قرينة بأن البرلمان لا ينوي مخالفة التزاماته الدولية، مادام أن البرلمان لم ينص صراحة على المخالفة.

ويتم تطبيق التفسير المتوافق في حالة غموض النصوص، والقاضي الانجليزي يفسر النص الغامض بما يتوافق مع المعاهدات الدولية، سواء انضمت بريطانيا إلى هذه المعاهدات أم لم تنضم إليها، وللأخذ بتفسير التوافق يجب أن يشوب النص القانوني الوطني الغموض، ولكن إن كان التناقض بين المعاهدة والنص الوطني واضحاً فلا مناص من تقرير أولوية القانون الوطني[484].

ويعتنق القضاء الأوروبي مبدأ أولوية قانون الجماعة (Community Law) لأن العلاقة بين أحكام المعاهدة والمعايير المطبقة من قبل المؤسسات الوطنية والقانون الوطني للدول الاعضاء، تجعل النص القانوني الوطني غير قابل للتطبيق، وأن التعدي على قانون الجماعة وسلطة الاتحاد (أي الاتحاد الاوروبي) التشريعية قد تؤدي إلى البطلان، وعلى كل محكمة وطنية تطبيق (Community Law) وإقصاء أي نص وطني يخالف قانون الجماعة سواء كان سابقا له أو لاحقا عليه[485].

ولا تطلب المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلغاء النصوص المخالفة للمعاهدة، ففي قضية رفعها أحد المحكومين في ليتوانيا ضد دولته التي رفضت السماح له بإدخال أجهزة إلكترونية للإصلاحية التي ينفذ فيها الحكم، جهاز كمبيوتر محمول ومشغل موسيقى وسماعات رأس، اعتبرت المحكمة أن رفض السماح للمسجون بإدخال تلك الأجهزة يعد مخالفا لاتفاقية أوروبا لحقوق الإنسان، ووجددت المحكمة أن تطبيق المادة 41 من الاتفاقية مناسب[486]، وتنص المادة على أنه (إذا وجدت المحكمة

---

[483] حياة حسين، مرجع سابق ص 125.

[484] حياة حسين، مرجع سابق ص 130.

[485] See Simmenthal Case, Judgment of the Court of Justice, case 106/77 (9 March1978) on website www.evce.eu visited on 14/12/2018

[486] وكذلك قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية (CASE OF MAGYAR JETI ZRT v. HUNGARY) بتاريخ4 ديسمبر 2018 ، وجاء في حيثيات الحكم (تكرر المحكمة التأكيد على أن معاقبة صحفي للمساعدة في نشر البيانات التي أدلى بها شخص آخر في مقابلة، من شأنها أن تعرقل بشكل خطير مساهمة الصحافة في مناقشة المسائل ذات الأهمية للرأي العام، ما لم تكن هناك أسباب قوية ، لا يمكن معها التوفيق بين مطلب عام للصحافيين بشكل منهجي ينأى بأنفسهم عن محتوى الاقتباس الذي قد يهين أو يستفز الآخرين أو يضر بسمعتهم ، مع دور الصحافة في توفير المعلومات حول الأحداث والآراء والأفكار الحالية، وعلاوة على ذلك ، فإن حدود النقد المقبول أوسع نطاقاً فيما يتعلق بسياسي - أو حزب سياسي - على هذا النحو من الأفراد العاديين، على عكس الأخير، يضع الأول نفسه حتمًا ومعرفيًا مفتوحًا أمام التدقيق الدقيق في كل كلمة وفعل من قبل كل من الصحفيين والجمهور بوجه عام ، ويجب عليه بالتالي إظهار درجة أكبر من

أن هناك انتهاكاً للاتفاقية أو البروتوكولات الملحقة بها، وإذا كان القانون الداخلي للطرف المتعاقد السامي المعني لا يسمح إلا بإجراء جبر جزئي، فإن المحكمة، إذا لزم الأمر، توفر الرضا للطرف المتضرر)[487].

كما قضت محكمة حقوق الإنسان الأوروبية بمخالفة قانون الإجراءات الجنائية (الوطني) في ليتوانيا، لمعاهدة حقوق الإنسان الأوروبية، إذ أن المدعي تم تغريمه 188 يورو لرفضه الشهادة ضد زوجته في إحدى القضايا، ومع وجود النص الدستوري الذي يمنع شهادة أحد ضد أقربائه، فالمادة 31 من دستور ليتوانا تمنع الادلاء بمعلومات ضد الأقرباء أو الشهادة على النفس، وكذلك تنص المادة 82 من قانون الإجراءات الجنائية، إلا أنه تم تعديل القانون ليضع مركزاً قانونياً أسماه (الشاهد الخاص) وتحت ذلك المركز تم وضع المدعي للشهادة ضد سيدة (زوجته) تعمل بشركة محاسبية تحت مسمى (شاهد خاص) إلا أنه رفض الشهادة عليها وتم تغريمه مبلغاً يساوي 188 يورو، والمحكمة الأوروبية وبإجماع الآراء قررت أن هنالك مخالفة للمعاهدة وإن تلك المخالفة بسيطة، وتستوجب تطبيق المادة 41 وجبر الضرر، والتعويض[488].

وفي أحكام سابقة للمحاكم الأوروبية، قضت المحكمة الإدارية الفيدرالية الألمانية التي استبعدت تطبيق قواعد إبعاد الأجانب في القانون الوطني والاستعاضة بالتطبيق المباشر لاتفاقية حقوق الإنسان الأوروبية المتعلقة بإقامة الأجانب وإبعادهم،

التسامح، وبالاعتماد على هذه المبادئ ، ترى المحكمة أن الصحفي في الطلب الحالي يمكن أن يفترض بشكل معقول أن المحتويات التي أتيح الوصول إليها ، وإن كانت مثيرة للجدل ، ستظل ضمن نطاق الانتقاد المسموح به للأحزاب السياسية ، واستناداً إلى ما ورد أعلاه ، ترى المحكمة أن فرض المحاكم المحلية المسؤولية الموضوعية على الشركة المودعة لا يستند إلى أسباب ذات صلة كافية. لذلك فإن هذا التدبير يشكل قيدا غير متناسب مع حقه في حرية التعبير.) ومن ثم قامت المحكمة بتطبيق المادة 41 التي تفرض التعويض دون تعديل للقانون المخالف للاتفاقية.

[487]See CASE OF KAZLAUSKAS AND NANARTONIS v. LITHUANIA *Applications nos. 234/15 and 22357/15)* 04/12/2018 on website visited on 17/12/2018 https://hudoc.echr.coe.int/

[488] See CASE OF KRYŽEVIČIUS v. LITHUANIA(Application no. 67816/14) 11 December 2018 , on website visited on 17/12/2018 https://hudoc.echr.coe.int

واعترفت المحكمة الإدارية والمحكمة الدستورية في حكم سابق بأن أحكام المعاهدة الأوروبية قد نسخت وعدلت من القواعد الجنائية الوطنية[489].

وفي فرنسا، قضت محكمة النقض في قضية مقهى (فايبر)، وذلك بخصوص تفوق المعاهدة الدولية على القانون الوطني، إذ قررت المحكمة أن المعاهدات الدولية ذات سلطة تفوق القوانين الوطنية، حتى اللاحق منها، وضمنت المحكمة قرارها أنه يؤخذ على القرار المطعون أنه أعلن انعدام شرعية ضريبة الاستهلاك المنصوص عليها في المادة 95 من معاهدة 25 مارس 1957 وذلك استنادا إلى أن المعاهدة الدولية ذات قوة أعلى من القانون الداخلي حتى وإن كان لاحقا للمعاهدة اعتمادا على المادة 55 من الدستور الفرنسي التي تعطي سمواً للمعاهدة، واعترفت المحكمة أن للقاضي الضريبي حق تقييم شرعية النصوص المنشئة للضريبة المتنازع عليها، إلا أنه لا يمكن للقاضي تجاوز صلاحياته باستبعاد تطبيق قانون داخلي بحجة أن له طابعاً غير دستوري، لأن المادة 265 من قانون الجمارك قد استوحيت من قانون 14 ديسمبر 1966 والذي منحها القوة المطلقة العائدة للأحكام التشريعية والتي تفرض نفسها على كامل القضاء الفرنسي... وحيث إن معاهدة 25 مارس 1957 لها قوة أعلى من القانون، لذلك تنشئ نظاماً قضائياً خاصا بها يندمج في النظام القضائي، ونظرا لهذه الصفة فإن المعاهدة قابلة للتنفيذ المباشر على الخاضعين لها، وإن محكمة الاستئناف قررت أن المادة 95 من المعاهدة، واجبة التطبيق في الدعوى الحالية دون المادة 265 من قانون الجمارك على الرغم من أن النص الأخير قد جاء لاحقاً، وبذلك يكون وجه النقض مبنياً على غير أساس من القانون[490].

وقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه (من الخطأ أن تعلق محكمة الاستئناف معرفة علو المعاهدة على القوانين الداخلية المنصوص عليها في المادة 55 من الدستور على تطبيقها (أي المعاهدة) بواسطة الطرف الآخر، خصوصا فيما يتعلق بالمعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان ... فتطبيق المعاهدة بواسطة الطرف الآخر هي مسألة لا تخص القاضي، وإنما تخص الحكومة – وبالتحديد وزير الخارجية – فهي مختصة بالفصل والتصريح في هذه النقطة لمعرفة ما إذا كان الطرف الآخر يطبق

---

489 حكم المحكمة الادارية صادر بتارخ 1956/10/25 والحكم الدستوري بتاريخ 1957/5/15 مشار للحكمين لدى عبدالعزيز محمد سرحان، العلاقة بين الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والقوانين الداخلية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الرابعة، العدد الاول، يناير 1980 ص121 وكذلك مشار اليهما لدى عبدالعزيز محمد سرحان، حقيقة العلاقة بين المجموعة الدولية لحقوق الإنسان والقانون الداخلي في الولايات المتحدة الأمريكية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثالث، السنة الخامسة، سبتمبر 1981 ص 118.

490 قرار الغرفة المختلطة بتاريخ 24 مايو 1975، محكمة النقض الفرنسية مشار اليه لدى حامد شاكر الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي، المركز العربي للنشر، الطبعة الاولى، 2018 ص 60.

المعاهدة أم لا يطبقها، وعلى القاضي في حالة الشك أن يستفتي وزير الخارجية ويؤجل الفصل في النزاع لحين ورود الرد)[491].

والقضاء المصري حل أشكالية تعارض المعاهدة الدولية مع القانون الوطني وذلك في قضائه بشأن تعارض نصوص معاهدة بروكسل مع قانون التجارة البحري، واعتبرت المحكمة أن معاهدة بروكسل لا تنطبق في مسائل النقل البحري الدولي إلا في نطاق محدود، وبالتالي لا تعتبر المعاهدة ناسخة للقانون الوطني وإنما تخلق ازدواجا تشريعيا، والمشرع يقدر هذه الحكمة من الازدواج[492].

وفي رأينا استخدمت المحكمة عبارة مناسبة جدا لحالة التعارض وهي (الاستبعاد) وجاء في الحيثيات (من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن معاهدة بروكسل الدولية في شأن سندات الشحن ... وقد أصبحت تشريعا نافذاً ... فإن توافر شروط انطباقها المنصوص عليها في مادته العاشرة يؤدي إلى استبعاد تطبيق احكام المادتين 274 و275 من قانون التجاري البحري ...)[493].

إلا أن في قضية إضراب عمال سكك الحديد شأناً آخر، إذ اعتبرت محكمة أمن الدولة العليا التصديق على العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية يجعله قانونا وطنيا[494]، وبالتالي تعد المادة 124 من قانون العقوبات التي تجرم الاضراب قد ألغيت ضمنياً[495] وانتهى الحكم إلى أن (... الاتفاقية المذكورة وقد نشرت في الجريدة الرسمية ... تعتبر قانونا من قوانين الدولة، وما دامت لاحقة على قانون العقوبات، فإنه يتعين اعتبار المادة 124 قد الغيت ضمنيا بالمادة 8 الفقرة د من الاتفاقية المشار إليها، عملا بنص المادة الثانية من القانون المدني ... ولا يقدح في ذلك أن المادة 124 قد عدلت ... بعد نشر الاتفاقية ... فمن المقرر فقها وقضاء أن الساقط لا يعود فإنه ومن باب أولى لا يعدل لأن التعديل لا يمكن أن يرد على معدوم ...) وقد جاء في حيثيات الحكم، (... فإن الواضح من هذين النصين وجود تعارض

---

491 حكم محكمة النقض الفرنسية دون رقم دعوى، جلسة 1989/11/15 مشار إليه لدى سعيد الجدار، مرجع سابق ص 78.

492 فيصل عقلة شطناوي، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية-دراسة مقارنة، مجلة دراسات، الجامعة الاردنية، المجلد 42 العدد 1 2015 ص 53.

493 القاعدة 265 الطعن رقم 659 لسنة 64 قضائية جلسة 2001/2/15 أحكام النقض، المكتب الفني، المدني، الجزء الأول، السنة 52 ص 319.

494 علي محمد نعمه الذبحاوي، دور القضاء الاداري والدستوري في حماية حرية التعبير، مركز الدراسات العربية، الطبعة الاولى، 2018 ص 110.

495 حكم محكمة أمن الدولة العليا، طوارئ، الدعوى رقم 4190 لسنة 1986 جلسة 1987/4/16 مشار إليه لدى مصطفى محمد محمود عبدالكريم، نفاذ وتطبيق مكافحة الفساد في القانون الداخلي وأثرها في محاكمة الفاسدين واسترداد الأموال، دار الفكر والقانون، الطبعة الاولى، 2012 ص 107.

بين التشريع الداخلي والاتفاقية المذكورة، مما يتعين معه بحث أيهما أجدر بالتطبيق، لذلك ينبغي أولا معرفة القوة التي تتمتع بها القاعدة الاتفاقية الدولية في مواجهة القاعدة التشريعية العادية وهل تعتبر في مرتبة التشريع، باعتبار أن كليهما صادر من السلطة صاحبة السيادة في الدولة، أم أنه يجب اعتبار المعاهدة تحمل وزناً أكبر من التشريع الداخلي، إذ إنها تتضمن في الوقت ذاته التزام الدولة قبل الدول الاخرى في المعاهدة باتباع القاعدة، في حين أن الدولة لا يقع عليها أي التزام دولي بالأخذ بالقاعدة التشريعية، إلا أن هذا الاعتبار لا يمكن الاستناد إليه في المجال الداخلي لتفضيل القاعدة التي تقضي بها المعاهدة على القاعدة التشريعية. فمسئولية الدولة في المجال الدولي شيء وقيام القضاء الداخلي بتطبيق المعاهدة شيء آخر. فالقاضي الوطني لا يطبق المعاهدة تأسيسا على أن الدولة قد التزمت دوليا بتطبيقها، بل يطبقها باعتبارها جزءاً من القوانين الداخلية إذا ما تم استيفاءها الشروط اللازمة لنفاذها داخل الاقليم ...)[496].

ولعل الحكم الدستوري الذي يمثل استقلال القضاء الدستوري، ما قضت به المحكمة الدستورية الكويتية، إذ قضت بعدم دستورية مادة من قانون الجمارك الموحد لدول الخليج العربية رقم 10 لسنة 2003[497]، فقد قضت المحكمة بعدم دستورية البند 12 من المادة 143[498]، من النظام الموحد، وقد نص البند على قرينة تحكمية

---

[496] مشار اليه لدى سعيد الجدار، مرجع سابق ص 93.

[497] للاطلاع على نصوص القانون في موقع الجمارك لدولة الكويت النافذ بتاريخ 2018/12/18 www.customs.gov.kw

[498] تنص المادة 143 من قانون الجمارك الموحد على (يدخل في حكم التهريب بصورة خاصة ما يلي:

1 عدم التوجه بالبضائع عند الإدخال إلى أول دائرة جمركية.

2 عدم اتباع الطرق المحددة في إدخال البضائع وإخراجها.

3 تفريغ البضائع من السفن أو تحميلها عليها بصورة مغايرة للأنظمة في الدائرة الجمركية أو تفريغها أو تحميلها في النطاق الجمركي البحري.

4 تفريغ البضائع من الطائرات أو تحميلها عليها بصورة غير مشروعة خارج المطارات الرسمية أو إلقاء البضائع أثناء النقل الجوى مع مراعاة أحكام المادة (40) من هذا النظام "القانون".

5 عدم التصريح في الدائرة الجمركية عن البضائع الواردة أو الصادرة دون بيان حمولة "منافست", ويدخل في ذلك ما يصطحبه المسافرون من بضائع ذات صفة تجارية.

6 تجاوز البضائع في الإدخال أو الإخراج الدائرة الجمركية دون التصريح عنها.

7 اكتشاف بضائع غير مصرح عنها في إحدى الدوائر الجمركية موضوعة في مخابئ بقصد إخفائها أو في فجوات أو فراغات لا تكون مخصصة عادة لاحتواء مثل هذه البضائع.

باعتبار ما يوجد لدى الحائز من بضائع ممنوعة ولا يوجد ما يثبت استيرادها بشكل قانوني، تعد في حكم التهريب[499].

---

8 الزيادة أو النقص أو التبديل في عدد الطرود أو في محتوياتها المصرح عنها في وضع معلق للرسوم المنصوص عليها في الباب السابع من هذا "القانون والمكتشفة بعد مغادرة البضاعة الدائرة الجمركية ويشمل هذا الحكم البضائع التي عبرت البلاد تهريبا أو دون إنهاء إجراءاتها الجمركية ويتحمل الناقل مسئولية ذلك.

9 عدم تقديم الإثباتات التي تحددها الإدارة لإبراء بيانات الأوضاع المعلقة للضرائب "الرسوم" الجمركية المنصوص عليها في الباب السابع من هذا النظام "القانون".

10 إخراج البضائع من المناطق والأسواق الحرة أو المخازن الجمركية أو المستودعات أو المناطق الجمركية دون إنهاء إجراءاتها الجمركية.

11 تقديم مستندات أو قوائم كاذبة أو مزورة أو مصطنعة أو وضع علامات كاذبة بقصد التهريب من تأدية الضرائب "الرسوم الجمركية " كليا أو جزئيا أو بقصد تجاوز أحكام المنع أو التقييد.

12 نقل أو حيازة البضائع الممنوعة أو المقيدة دون تقديم إثباتات تؤيد استيرادها بصورة نظامية.

13 نقل أو حيازة البضائع الخاضعة لسلطة الجمارك ضمن النطاق الجمركي دون مستند نظامي.

14 عدم إعادة استيراد البضائع الممنوع تصديرها والمصدرة مؤقتا لأي غاية كانت.)

499 مشار للحكم لدى يسرى محمد العصار، القيمة القانونية لإعلانات ومواثيق واتفاقيات الحقوق بين مصادر القانون في الكويت ومصر وفرنسا، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 2 السنة الأولى، يونيو 2013 ص 52، وقد أوردت أحكام من محكمة التمييز الكويتية تشير إلى الحكم الدستوري، ومن ذلك حكم محكمة التمييز الكويتية -الأحكام الجزائية - الطعن رقم - 157 لسنة 2005 قضائية – جلسة 2005/5/30 – مكتب فني - 34 رقم الجزء - 1 رقم الصفحة534 وجاء في حيثيات الحكم (... كان قضاء هذه المحكمة – محكمة التمييز – قد جرى على أن زوال صفة التأثيم عن فعل التهريب الجمركي الحكمي الوارد بنص البند 12 من الماد 143 من قانون الجمارك الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية الصادر بالقانون رقم 10 لسنة 2003 – بصدور الحكم بعدم دستورية هذا النص- يتحقق به معنى القانون الأصلح للطاعن) وجاء في حكم آخر (إذ كانت المحكمة الدستورية قد قضت في حكمها الصادر بتاريخ 2005/6/22 في الطعن رقم 2 لسنة 2005 دستوري والمنشور بتاريخ 2005/7/3 بعدم دستورية نص البند 12 من المادة 143 من قانون الجمارك الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية الصادر بالقانون رقم 10 لسنة 2003 فيما تضمنه من أن نقل أو حيازة البضائع الممنوعة أو المقيدة دون تقديم الناقل أو الحائز لها إثباتات تؤيد استيرادها بصورة نظامية يعتبر في حكم التهريب، وكان من المقرر وفقاً لنص المادة الأخيرة من المادة 173 من الدستور الكويتي، والمادة السادسة من القانون رقم 14 لسنة 1973 من الدستور الكويتي، والمادة السادسة من القانون رقم 14 لسنة 1973 بإنشاء المحكمة الدستورية أنه إذ قضى بعدم دستورية قانون أو لائحة فإنه يعتبر كأن لم تكن، ومن ثم فإنه بصدور الحكم المار بيانه يكون قد زالت عن الأفعال المذكورة في النص المشار إليه - المقضي بعدم دستوريته - صفة التأثيم. لما كان ذلك، وكانت النيابة العامة قد نسبت للطاعن - في التهمة الأخيرة - قيامه بالتهريب الجمركي الحكمي بأن حاز البضاعة الممنوعة دون أن يقدم ما يثبت استيرادها بصورة نظامية استناداً إلى نص البند 12 المار ذكره وقد دانه الحكم المطعون فيه عن هذه الجريمة على هذا الأساس، وبصدور حكم المحكمة الدستورية المار بيانه بتاريخ 2005/6/22 وزوال صفة التأثيم عن هذا الفعل بعد صدور الحكم المطعون فيه بتاريخ 2005/5/29 وقبل أن يفصل في الطعن بالتمييز المرفوع عنه يتحقق به معنى القانون الأصلح للطاعن واجب التطبيق عملاً بالفقرة الأولى من المادة 15 من قانون الجزاء ومن ثم فإن هذه المحكمة- محكمة التمييز - وإعمالاً لحكم الفقرة الأخيرة من المادة العاشرة من

المطلب الثاني:

إشكالية تعارض المعاهدة مع غيرها من المعاهدات في النظام القانوني الوطني.

تتنازع المعاهدات الدولية فيما بينها، وذلك لعدم وجود سياسة تشريعية في القانون الدولي، كما أن متطلبات الدول تختلف باختلاف الزمان والظروف وبالتالي يتصور أن ترد معاهدات متتابعة من حيث الزمان وتتناول ذات الموضوع.

وللفقه إزاء ذلك اجتهادات مختلفة ومتناقضة لحل تلك الإشكالية، والقضاء لم يسلك اتجاها واضحا في دفع تعارض المعاهدات، وقانون المعاهدات جعل الأمر أكثر غموضا، لأنه يطبق مجموعة مبادئ متنوعة، ولم يعط الأفضلية إلا لميثاق الأمم المتحدة، في حين أنه لم يوضح بشكل قاطع حدود أعمال قاعدة النسخ وقاعدة تخصيص العام.

فقد رتبت معاهدة فيينا للمعاهدات أولوية القواعد المطبقة في حال تنارع معاهدة ما في موضوع معين مع معاهدة أخرى، وفي ذلك اعتبرت ميثاق الأمم المتحدة أعلى معاهدة، وفتحت مجالا لمبدأ تدرج المعاهدات.

وعلو ميثاق الأمم المتحدة له مصدر تاريخي، وهو ميثاق أو عهد عصبة الأمم، إذ نصت المادة 20 على أنه (يوافق أعضاء العصبة على أن قبول هذا العهد يترتب عليه إلغاء الالتزامات والتفاهمات القائمة بينهم والتي تتعارض مع أحكامه، ويتعاهدون بصفة رسمية بعدم الدخول في أي تعهدات تتعارض مع أحكامه) كما أن النص على ذلك يعطي الميثاق علوا على المعاهدات السابقة واللاحقة، وبالتالي يفترض أن يتخذ الاعضاء المحتملون التدابير لضمان عدم مخالفتهم هذا الالتزام الدولي.

ثم أقرت معاهدة فيينا للمعاهدات أولوية تطبيق المعاهدة عند النص عليها في معاهدة أخرى، على أولويتها، أو النص بعدم التعارض معها، وهو ما يطلق عليه شرط التوفيق[500] وهذا ما يقطع الشك بيقينية علم الأطراف بالمعاهدة السابقة، والتأكد من نيتهم تطبيق المعاهدة اللاحقة على نحو من الاحترام للمعاهدتين، دون الإخلال بأولوية (المعاهدة الأخرى) سواء كانت سابقة أو لاحقة، فقد نصت معاهدة روما لعام

القانون 40 لسنة 1972 بشأن حالات الطعن بالتمييز وإجراءاته تقضي بتمييز الحكم المطعون فيه تمييزاً جزئياً وتصحيحه بإلغاء ما قضى به من إدانة الطاعن عن تهمة التهريب الجمركي وبراءته عنها.)محكمة التمييز الكويتية، الأحكام الجزائية - الطعن رقم - 372 لسنة 2005 قضائية - تاريخ الجلسة 2006/2/7 مكتب فني - 34 رقم الجزء - 1 رقم الصفحة477 .

[500] مصطفى عبدالكريم، القوة الملزمة للمعاهدات الدولية أمام القاضي الجنائي، دار النهضة العربية، 2014 ص 330.

1957 المنشئة للمجموعة الأوروبية للفحم والصلب بأنها لا تخل بأحكام المعاهدة المنشئة لمجموعة الطاقة الذرية[501].

وسن قانون المعاهدات أنه في حال المعاهدات ذات الأطراف السابقة، يتم أعمال قاعدة نسخ السابق بواسطة اللاحق، وذلك في حال عدم الاتفاق على إنهاء المعاهدة أو إيقاف العمل بها، ولم تضع معاهدة المعاهدات شروطا لذلك، بل إنها سمحت بالنسخ الجزئي، فقد نصت اتفاقية فيينا على أنه (إذا كان كل الأطراف في المعاهدة السابقة أطرافا كذلك في المعاهدة اللاحقة دون أن تكون المعاهدة السابقة ملغاة أو معلقة طبقا للمادة 59، فإن المعاهدة السابقة تنطبق فقط على الحد الذي لا تتعارض فيه نصوصها مع نصوص المعاهدة اللاحقة).

وجاءت المادة 59 من قانون المعاهدات لتنص على انقضاء المعاهدة السابقة في حال أبرمت المعاهدة اللاحقة واتفق على ذات الموضوع المتفق عليه في المعاهدة السابقة، ولابد من توافر شرطين، الأول، أن تنص المعاهدة صراحة على تطبيق المعاهدة اللاحقة، والشرط الثاني، أن تكون النصوص في المعاهدتين من التعارض بمكان بحيث لا يمكن أن تطبق أحكام المعاهدتين على ذات الواقعة[502].

وبذلك، واعتمادا على هذه النصوص، يمكن القول، بأنه لا يوجد حل لإشكالية تعارض معاهدة مع معاهدة أخرى سوى اجتهاد المحاكم التي لم تختط اتجاهاً واحدا، لتعدد ضوابط ومبادئ حل إشكالية التعارض، وهذا ليس نقداً للقضاء بقدر ما هو تبيان بأن القضاء عليه واجب حل النزاعات المعروضة عليه، ويجب حل تلك الإشكالية

---

501 عادل بلجبل، التجربة الاوروبية في التعاون والتكامل الاقليمي، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، كلية العلوم الاقتصادية، بدون تاريخ مناقشة ص 28.

502 تنص المادة 59 على أنه :

(1- تعتبر المعاهدة منقضية إذا عقد جميع أطرافها معاهدة لاحقة تتعلق بذات الموضوع وتحقق أحد الشرطين الآتيين:

(أ) ظهر في المعاهدة اللاحقة أو ثبت بطريقة أخرى أن الأطراف قد قصدت أن يكون الموضوع محكوماً بهذه المعاهدة؛ أو

(ب) كانت نصوص المعاهدة اللاحقة غير متمشية مع نصوص المعاهدة الأسبق لدرجة لا يمكن معها تطبيق المعاهدتين في الوقت ذاته.

2- تعتبر المعاهدة الأسبق قد أوقف تطبيقها إذا ظهر من المعاهدة أو ثبت بطريقة أخرى أن نية الأطراف كانت كذلك.) للاطلاع على نصوص الاتفاقية على موقع جامعة مانسيتو http://hrlibrary.umn.edu/arabic/viennaLawTreatyCONV.html

بواسطة قواعده الوطنية، التي هي أولى بالتطبيق مع عدم الإخلال بأحكام اتفاقية فيينا للمعاهدات.

والعديد من الأنظمة تعتمد في حال قيام تعارض بين القانون الوطني السابق ومعاهدة لاحقة بإلغاء القانون السابق، وتصبح الأولوية لقانون المعاهدة اللاحقة ويطلق عليها عبارة[503](lex posterior – proioridesogat) وهذه القاعدة لها أكثر من صورة، فهي تطبق على المعاهدات في ذات المستوى، وتطبق احياناً في حال المعاهدات التي في نفس المستوى ولكن ترد إشارة خاصة في إحدى المعاهدات (المتعارضة) تسمح بتطبيق المعاهدة اللاحقة على حساب المعاهدة السابقة.

ولتطبيق هذا المبدأ لا بد من استيفاء مجموعة متطلبات[504]، أولاً يجب أن تغطى المعاهدة اللاحقة ذات موضوع المعاهدة السابقة، ثانيا، يجب أن يكون أطراف المعاهدة اللاحقة هم ذاتهم أطراف المعاهدة السابقة، ثالثاً، يجب أن تكون المعاهدتان على ذات المستوى، أو أن تكون المعاهدة اللاحقة أعلى، رابعاً أن تكون نصوص المعاهدتين تقرر أحكاما عامة، أي أن لا تكون المعاهدة اللاحقة تتطرق لجزيئات خاصة، فإن حصل تصبح المعاهدة اللاحقة مقيدة وليست لاغية للمعاهدة السابقة.

ولتبسيط تلك المتطلبات، فإن ميثاق الأمم المتحدة كمعاهدة لاحقة، ألغى عهد عصبة الأمم وذلك لأنه تناول أهداف عصبة الأمم، وقام بإبرامه أطراف المعاهدتين، وكان (الميثاق) معاهدة ذات قيمة قانونية مساوية لعهد عصبة الأمم، ولم يكن ميثاق الأمم المتحدة به تخصيص لقواعد عامة، بل جاءت نصوص ميثاق الأمم المتحدة بذات درجة العمومية، وبالتالي أصبح عهد عصبة الأمم لاغيا لدخول ميثاق الأمم المتحدة حيز النفاذ، وهكذا بقية المعاهدات، ولكن المشكلة تثور عندما يتم استيفاء بعض المتطلبات وليس جميعها، وهذا يخلق إشكالية يصعب معها وضع حلول تلقائية، فتكون لكل مسألة خصوصيتها وكلمة الفصل فيها للقضاء.

وقد يعتبر الإلغاء ضمنياً، فيثبت أن الأحكام الواردة في المعاهدة اللاحقة لا تتوافق نهائياً مع المعاهدة السابقة، ولا يمكن تطبيق المعاهدتين في ذات الوقت، وبالتالي تطبيق المعاهدة اللاحقة، ويستغنى عن تطبيق المعاهدة السابقة.

---

[503] Hans Aufrich, Supersession of treaties in intentional law, Cornell law review, Volume 37 Issue 2 winter 1952.

[504] See Hans Aufricht,opti p.700.

ففي حكم المحكمة العليا الأمريكية[505]، بشأن معاهدة 1857 التي تنص مع ملحقاتها على أن للقنصليات الأمريكية سلطة قضائية على الجرائم التي يرتكبها المواطنون الأمريكان في اليابان، وقد جاء في المعاهدة في الفصل الرابع (يحاكم المواطنون الأمريكيون الذين يرتكبون جرائم في اليابان من قبل القنصل العام أو القنصل الأمريكي ويعاقبون وفقاً للقوانين اليابانية).

ثم أبرمت معاهدة 1858 وتغير النص إلى (يحاكم المواطنون الأمريكان الذين يرتكبون جرائم ضد اليابانيين في المحاكم القنصلية الأمريكية، وتحاكم السلطات اليابانية عن الجرائم التي ترتكب ضد الأمريكيين ويطبق عليهم القانون الياباني وستكون المحاكم القنصلية مفتوحة للدائنين اليابانيين لتمكينهم من استرداد مطالباتهم العادلة ضد المواطنين الأمريكيين، وتكون المحاكم اليابانية مفتوحة بالمثل للمواطنين الأمريكيين لاسترداد مطالبتهم ضد اليابانيين).

واعتبرت المحكمة أن المعاهدة السابقة قائمة وصحيحة، وأن المعاهدة اللاحقة قد قيدت العام في معاهدة 1857، أي أن المعاهدة السابقة كانت عمومية إذ جعلت الاختصاص القضائي للقنصليات على جميع الأمريكيين، في حين أن المعاهدة التالية لعام 1858 قد قيدت العام بجعل الاختصاص في حال كانت الجرائم الأمريكية مرتكبة من أمريكي في حق ياباني، وبالتالي يخرج من هذه المعاهدة الجرائم المرتكبة من أمريكي في حق أمريكي إذ يصبح القضاء الياباني هو المختص في هذه الحالة[506] وهذا ما رفضته المحكمة العليا واعتبرت أن كلتا المعاهدتين نافذتان ولم يتم إلغاء المعاهدة السابقة.

---

[505] See US Supreme court website in case of (In Re Ross) case Number 140 U.S, 453 in 25 May 1891 visited on 5/12/2018.

[506] تعود وقائع القضية إلى ان روس جندي بحرية يعمل في الجيش الأمريكي على ظهر السفينة (بولين) قام بقتل زميله في السكن، ومن ثم تم تسليمه،وصدر عفو مشروط من قبل الرئيس الأمريكي وتبدلت عقوبة الشنق إلى السجن مدى الحياة، وتقدم المحكوم بطلب الغاء حكم لعدم قانونيته، واعتمد على عدة دفوع من ضمنها أنه مواطن كندي، وأنه يتبع القضاء البريطاني الموجود في اليابان والصين، والتي كان يطلق عليها المحكمة العليا في اليابان والصين ومقرها مدينة يوكوهاما، وقضت المحكمة العليا بأن السفينة أمريكية ويطبق قانون العلم وإن المعاهدتين دمجا وإن جاء نص من المعاهدة اللاحقة يفيد بإلغاء المعاهدة السابقة، إذ أن الامتياز هو ذاته، وجاء في حيثيات الحكم أن المجتمعات المسيحية تتطور في مجال حقوق الإنسان وأنه لا يمكن قياس الحقوق في وقت رفع الدعوى عن تلك التي كانت مطبقة اثناء محاكمة روس (أي قبل عشر سنوات) وتم رفض الطلب الغاء الحكم الصادر من القنصل العام الأمريكي في اليابان، للاطلاع على الحكم كاملا انظر الموقع النافذ بتاريخ 2018/12/8 https://openjurist.org/140/us/453 ولمزيد من المعلومات عن الحكم من موقع الكونجرس الأمريكي، النافذ بتاريخ 2018/12/8 http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep140/usrep140453/usrep140453.pdf

وفي قضية أحمد ضد هيئة التعليم في لندن[507]، طعن أحمد في قرارات الهيئة لعدم السماح له بالتفرغ لصلاة الجمعة من كل أسبوع، قضت المحكمة بأن الاتفاقية الأوروبية لم تكن جزء من القانون الانجليزي ولكن ستبذل المحكمة قصارى جهدها لتوافق قراراتها مع الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وأن الاتفاقية الأوروبية لا تعطي الموظفين حق الغياب من العمل من أجل المعتقدات مالم يكن ذلك متوافقا مع العقد المبرم للعمل، وبذلك صدر قرار المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، والقضية مشابهة لمن طلب تفريغه يوم السبت لتعارض ذلك مع معتقداته[508] وأن هذا الحق منصوص عليه في الاتفاقية الأوروبية، وفي هذا قضت المحكمة بأن الواجب على المدعي تنسيق أوقات عمله بما يتناسب مع معتقداته، وكذلك الموظف الذي أراد الاستقالة من العمل لعدم رغبته في العمل أيام الأحد لأسباب دينية[509].

---

[507] See Ahmed Vs. Inner London Education Authority, on website visited on 8/12/2018 https://swarb.co.uk/ahmad-v-inner-london-education-authority-ca-1977/ or visit https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff78360d03e7f57eadee6 for full text, visited on 8/12/2018.

[508] See Eason Vs London Transport Executive 1975 IRLR 48

[509] See Kerry O'halloran, religion charity and human rights, Cambridge University Press, 2004 P. 212.

الفصل الثاني:

الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية في النظام البحريني.

تمهيد:

فيما ساوى دستور البحرين بين قيمة المعاهدة والقانون العادي فإن القضاء البحريني لم يجعل للمعاهدة مرتبة واحدة، اعتماداً على نوع المعاهدة والنزاع المعروض أمام المحكمة، وهذا ما درج عليها القضاء المقارن، فقد تدرجت قيمة المعاهدة الدولية بين ما تم اعتباره مثلاً وقيماً عليا، وما اعتبرته من أعمال السيادة التي غلت يد القضاء عند فض نزاع ما.

ولمباشرة القضاء الدستوري اختصاصه، فإن له نوعين من الرقابة؛ رقابة لاحقة، ورقابة سابقة، والمعاهدة مع بقية التشريعات تخضع لرقابة المحكمة الدستورية، التي تراقب الإجراءات والشكليات التي تطلبها الدستور، وما تحتوي تلك التشريعات من مواضيع لضمان عدم مخالفتها الدستور.

وفي هذا الفصل نبحث صور الرقابة القضائية التي تحمي الشرعية الدستورية، وأثر الحكم الدستوري، فأتناول في المبحث الأول أساليب الرقابة على دستورية المعاهدة الدولية، وفي المبحث الثاني أثر الحكم الدستوري الصادر في معاهدة دولية.

المبحث الأول:

أساليب الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية في البحرين

زاوج النظام القانوني في البحرين بين الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة وذلك بعد تعديل الدستور في 2002، بينما كان دستور 1973 ينص على وجود رقابة دستورية قضائية دون تسميتها، وخول القانون أن تسند تلك المهمة إلى الجهة القضائية المناسبة، وعلى إثر حل المجلس الوطني ووقف العمل ببعض مواد الدستور، وإسناد صلاحية إصدار القوانين إلى مجلس الوزراء منذ ذلك التاريخ، لم يتم إنشاء المحكمة الدستورية في البحرين إلا بعد تعديل الدستور في 2002، الذي نص على الرقابة اللاحقة بشكل صريح وسمح كذلك بالرقابة السابقة.

سأتناول في هذا المبحث نوعي الرقابة على دستورية التشريعات، الرقابة القضائية السابقة على التصديق على المعاهدة في المطلب الأول، والرقابة الدستورية اللاحقة على نفاذ المعاهدة في المطلب الثاني.

المطلب الأول:

الرقابة القضائية السابقة على التصديق على المعاهدة الدولية

يقصد بالرقابة السابقة على دستورية القوانين، أن تقوم المحكمة المختصة ببحث دستورية النصوص القانونية قبل إصدارها وقبل دخولها حيز النفاذ، وتهدف الرقابة السابقة إلى تأكيد خلو مواد التشريع من أي شائبة قبل نفاذ التشريعات، ويطلق عليها الرقابة السياسية، معتمدة في هذا الوصف على تشكيل المجلس أو المحكمة التي خولها الدستور هذه المهمة، ففي فرنسا تم تعيين وزراء وأعضاء برلمان سابقين، وأساتذة طب وتاريخ وآداب، ومواطن يعمل كصحفي، مع تعيين رؤساء الجمهورية مدى الحياة في المجلس الدستوري الفرنسي[510].

وتمتاز الرقابة السياسية – كما يدافع عنها – بأن أعضاءها ملمون بقضايا المجتمع، وبالقانون الدستوري المرتبط بسياسة الدولة، والمجتمع، وتلك ميزة تعد-مع وجاهتها-من مثالب الرقابة السياسية، فالتشكيل المعتمد على محاصصة الأحزاب السياسية ذو أثر على استقلالية أعضاء المجلس أو المحكمة، كما أن تدخل السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية في اختيار القضاة يضر بالحيدة اللازمة للقاضي عموما،

---

[510] عيد الغفلول، مرجع سابق ص 112.

ولقاضي المجالس الدستورية خصوصاً، والتي يفترض فيها تحقيق أعلى درجات الاستقلالية والحيدة[511].

وفي دستور البحرين المعدل، نصت المادة 106 على أن (تنشأ محكمة دستورية، من رئيس وستة أعضاء يعينون بأمر ملكي لمدة يحددها القانون، وتختص بمراقبة دستورية القوانين واللوائح ويبين القانون القواعد التي تكفل عدم قابلية أعضاء المحكمة للعزل، ويحدد الإجراءات التي تُتَّبع أمامها، ويكفل حق كل من الحكومة ومجلس الشورى ومجلس النواب وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم في الطعن لدى المحكمة في دستورية القوانين واللوائح. ويكون للحكم الصادر بعدم دستورية نصّ في قانون أو لائحة أثر مباشر، مالم تحدد المحكمة لذلك تاريخاً لاحقاً، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تُعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن، وللملك أن يحيل إلى المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها لتقرير مدى مطابقتها للدستور، ويعتبر التقرير ملزما لجميع سلطات الدولة وللكافة)[512] واختصرت المذكرة التفسيرية الهدف من استحداث الرقابة السابقة، وذلك تفاديا للنقد الموجه إلى الرقابة اللاحقة والقصور فيها بأن (الطعن بعدم دستورية قانون لا يمنع من تطبيقه إلى أن تقضي المحكمة بعدم دستوريته)[513] ، وبذلك استحدث التعديل تلك الرقابة ولكن بتأكيد أنها رقابة قضائية.

الفرع الأول: خصائص الرقابة السابقة على المعاهدات الدولية

إن الجمع بين أسلوبي الرقابة الدستورية على المعاهدات الدولية يضمن تنقية المعاهدات والتشريعات من أية قواعد مخالفة للدستور، إلا أن الرقابة السابقة ذات فعالية أكبر من الرقابة اللاحقة على المعاهدات الدولية للأسباب التالية:

أولا: الرقابة السابقة وقائية

الرقابة السابقة تمنع من تطبيق التشريع المخالف للدستور قبل نفاذه، كما أن المعاهدة الدولية التي تم التوقيع عليها أو حتى تلك التي وافق عليها مجلسا النواب والشورى ولم يتبق سوى تصديق الملك، تتم إحالتها بأمرملكي كمشروع قانون، وهنا تبرز الأهمية الوقائية للرقابة السابقة، حيث إن المعاهدة ما زالت قبل التصديق وبالتالي لم تلتزم البحرين بها بعد، ومن ثم متى صدر القرار من المحكمة الدستورية بعدم

---

511 منصور طارق منصور، الرقابة السابقة على دستورية القوانين، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المملكة، البحرين، 2015 ص 69 .

512 دستور مملكة البحرين الصادر في 2002/2/14 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2517.

513 المذكرة التفسيرية لدستور مملكة البحرين، المنشورة في الجريدة الرسمية العدد 2517 (الملحق) بتاريخ 2002/2/14 .

مطابقة المعاهدة للدستور فلن تنهض مسؤولية البحرين الدولية عن قرار المحكمة، لعدم التصديق على المعاهدة بعد، وذلك في الرقابة السابقة.

والقاضي الدستوري ملم بآثار الحكم الدستوري على النظام القانوني الوطني أكثر من إلمامه بتبعات الحكم بعدم دستورية معاهدة على الجانب الدولي، فما تحتويه تلك العلاقات الدولية قد تكون متشعبة وذات أبعاد استراتيجية مهمة لدولة القاضي، ولا يمنع ذلك أن للدولة المتضررة من الحكم بعدم دستورية المعاهدة برقابة لاحقة، أن تحصل على التعويض من الحكم الدستوري، كما سيرد شرحه لاحقا.

وجدير بالذكر، أن الأنظمة القانونية التي تطبق الرقابة السابقة تختلف في مرتبة المعاهدة في نظامها القانوني عن البحرين، وبالتالي يجب دراسة ما انتهت إليه من أحكام بدستورية وعدم دستورية المعاهدات بعناية فائقة، وكذلك البحث فيما تفادت الحكم فيه بعين الاعتبار، وذلك للطبيعة المختلفة للأنظمة الدستورية المقارنة[514].

ويبقى، مهما ذكر، أن الرقابة الدستورية في فرنسا تعد رقابة سياسية نظرا لتركيبة أعضاء المجلس، لكن ليس من المحتم أن تكون الرقابة السياسية رقابة سابقة دائما، ففي الجزائر المجلس الدستوري يباشر صلاحياته بالرقابة السابقة والرقابة اللاحقة[515]، وهو ما صار إليه المجلس الدستوري في فرنسا بعد التعديل الدستوري الأخير.

ثانيا: المحافظة على المراكز القانونية للمخاطبين

تقوم الرقابة السابقة بوظيفة غاية في الأهمية، وهي تحقق مبدأ الأمن القانوني للمخاطبين بالنص التشريعي[516]، وللمحافظة على المراكز القانونية لابد من تفعيل الرقابة السابقة لتحفظ التشريعات مما قد يعكر صفو الشرعية الدستورية.

ومع أن المجلس الدستوري الفرنسي هو الرائد في الرقابة السابقة، إلا أنه لم يقبل الأمن القانوني كمبدأ قائم بذاته، بل اعتبره من باب جودة التفسير الذي يجب على المحكمة الاجتهاد لتقديمه[517]، وفي حين أن الفقه لم يضع تعريفاً لماهية الأمن

---

514 على عكس الرقابة الدستورية في أمريكا، تأثرت أوروبا بأفكار الفقيه (هانز كلسن) الذي اعتبر أن النظام القانوني يحتوي على قواعد قانونية متدرجة من حيث القوة، مشابهة للهرم، وكان يدعو إلى إسناد الرقابة على القواعد الأعلى (الدستورية) إلى محكمة متخصصة، فتأثرت النمسا وأنشأت أول محكمة دستورية في عام 1920 وتلتها بقية الدول الأوروبية باستثناء اليونان التي أوكلت مهمة الرقابة الدستورية إلى المحكمة العليا، وتفاوت الحاكم بصلاحياتها وأساليبها على الرقابة الدستورية، في حين أن المجلس الدستوري الفرنسي تولى الرقابة السابقة على دستورية التشريعات والمعاهدات بناء على مواد دستور 1958 . انظر عيد الغفلول، مرجع سابق ص 15 ما بعدها.

515 نجيب أبوزيد، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، دار الفكر والقانون، 2010 ص 57 وما بعدها.

516 يوسف عبدالمحسن عبدالفتاح، تجربة الرقابة السابقة على دستورية القوانين في النظامين المصري والبحريني، مجلة القانونية، هيئة التشويع والإفتاء القانوني، العدد السابع، يناير 2017 ص 155.

517 حامد شاكر الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي، المركز العربي، الطبعة الاولى، 2018 ص 121.

القانوني، إلا أنه ضمن مساحة الاطمئنان التي يحتاجها الأفراد على مراكزهم القانونية المستقرة، مع معرفة حقوقهم وواجباتهم للتصرف بأمان مع مؤسسات الدولة ومع الأفراد، فالأمن القانوني يرتبط مع الاستقرار في المراكز واستبعاد التغيرات المفاجئة في تطبيق القانون.[518]

ومجلس الدولة الفرنسي عرف الأمن القانوني بأنه حالة يستطيع الأفراد مع حصولها تحديد المباح من الممنوع في القانون المطبق، بقواعد واضحة، ومفهومة وألا تخضع للتغيير المتكرر أو المفاجئ[519]، وبشكل ثابت لكي يبعث الطمأنينة ويجعل الأفراد يباشرون حقوقهم دونما تعرض لما يهز الثقة في القانون أو في القضاء[520].

ولزيادة الأمن القانوني لابد من التزام الدولة بعدم مفاجأة الأفراد بالقوانين أو القرارات التي قد تخالف توقعاتهم المشروعة[521]، والتوقع المشروع المحقق للعدالة التشريعية هو تدرج القواعد القانونية على نحو لا يخل بتوقعات المخاطبين بها وما ترتب لهم من مراكز قانونية، ولا يخل بالآمال التي رتبوها لأنفسهم اعتماداً على القواعد السارية[522]، وقد قضت محكمة حقوق الإنسان الأوروبية[523] في هذا الشأن بأن مراقبة الاتصالات في فرنسا لم تكن واضحة المعالم وليست في متناول علم المخاطبين بأحكامها[524]، وكذلك حكمت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن قضاء رومانيا لم يكن منصفاً، بعد أن فصل موظف إحدى الشركات لاستخدامه بريد الشركة الإلكتروني لأغراضه الشخصية، واعتبرت المحكمة أن الشركة

---

518 أحمد عبدالحسيب عبدالفتاح السنتريسي، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2018 ص 23 وما بعدها.

519 حامد الطائي، مرجع سابق ص 123.

520 لتفاصيل أكثر انظر رفعت عيد سيد، مبدأ الأمن القانوني، دار النهضة، القاهرة، ص109 وما بعدها.

521 عامر زغير محيسن، الموازنة بين الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية، مجلة دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، المجلد 1 العدد 18، 2010 ص 6.

522 أحمد عبدالحسيب، مرجع سابق ص 25.

523 See case of Kruslin v. France, application no (11801/85) Judgment 24/4/1990 European Human Rights Court. وانتهت المحكمة أن هنالك مخالفة لمعاهدة أوروبا لحقوق الإنسان وبالتحديد المادة 8 ولم تحكم للطاعن بالتعويض، واعتبرت الحكم بحد ذاته تعويضاً له مع الحكم لصالح الطاعن بمبلغ عشرين ألف فرنك فرنسي نتيجة ما تكبده من مصاريف.

524 حكمت الحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية (Kruslin)بتاريخ 1990/4/24 بإدانة اجراءات مراقبة الاتصالات في فرنسا وذلك لأن النصوص لم تبين مشروعية المراقبة ولم تتوافر الضمانات القضائية الكافية، وطالبت بوجود قانون ينظم ذلك وهو ما جعل فرنسا تصدر قانوناً لمراقبة وتسجيل الاتصالات في 1991/7/10. انظر عمار عباس الحسيني، التصوير المرئي والتسجيل الصوتي وحجيتهما في الإثبات الجنائي، المركز العربي، الطبعة الأولى 2017 ص 234.

تدخلت في حياته الخاصة وأنها لم تبلغه بطبيعة الرقابة التي تقوم بها الشركة على بريد الشركة الإلكتروني[525].

ولكي تتضح أهمية الرقابة السابقة نعرض اتفاقية تعيين الحدود بين مصر والسعودية الموقعة بتاريخ 2016/4/8 وما تلى ذلك من أحكام قضائية متعارضة، في تلك المنازعة التي اشتهرت باسم تيران وصنافير، فقد كان سيتحقق الأمن القانوني لو أنه تم النص على وجوبية إحالة المعاهدة إلى المحكمة الدستورية بدلاً من الأحكام المتضادة التي صدرت في هذا الخصوص.

فقد دار جدل بشأن الحكم الصادر من القضاء الإداري، وقد أيدته المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2017/1/16 ، ببطلان توقيع ممثل الحكومة على اتفاقية تعيين الحدود البحرية مع السعودية، في حين أن محكمة جنوب القاهرة بهيئتها الاستئنافية، قضت في الحكم المستعجل، بأن حكم المحكمة الإدارية العليا منعدم، لتجاوز ولايته بنظر دعوى تتعلق بأعمال السيادة، والمحكمة الدستورية بصفتها محكمة تفصل في النزاع في تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين، طبقاً للمادة 25 من قانون المحكمة الدستورية رقم 48 لسنة 1979 قضت بالتالي: في معرض الحكم أجابت المحكمة الدستورية عن السؤال (هل توقيع ممثل الحكومة على الاتفاقية مندرج ضمن أعمال السيادة؟ أم أنه عمل إداري يخضع لرقابة القضاء الإداري؟) وللإجابة عن هذا السؤال، اعتبرت المحكمة الدستورية أن إبرام المعاهدات والتوقيع عليها يعد من أعمال السيادة مع رقابة السلطة التشريعية، فإذا صادقت السلطة التشريعية على المعاهدة تصبح معرضة للرقابة القضائية من جهة الإجراءات الشكلية والتأكد من تحققها، ورقابة موضوع المعاهدة وعدم مخالفته لأي مادة من مواد الدستور، وبالتالي فإن الرقابة على المعاهدات لا تكون إلا للمحكمة الدستورية.

ورفضت المحكمة الدستورية حقها في التصدي لدستورية الاتفاقية أو دستورية قرار رئيس الجمهورية أو دستورية قرار وزير الخارجية، وذكرت في حيثيات الحكم (لا يكون هنالك مسوغ لأعمال سلطاتها في التصدي) وحكمت بعدم الاعتداد بحكم القضاء الإداري وبحكم محكمة جنوب القاهرة.[526]

---

[525]See www.swissinfo.ch visited on 7/1/2019.

[526] انظر حكم الحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 12 لسنة 39 قضائية، جلسة 2018/3/3 ، منشور في موقع قوانين الشرق.

الفرع الثاني: الرقابة السابقة على ما يتصل بالمعاهدة الدولية من أعمال السيادة وحقوق الإنسان

تتنوع المعاهدات الدولية بالنظر إلى الهدف من إبرامها إلى أنواع شتى، فهناك معاهدات تنظم التجارة الدولية، ومعاهدات ترسم الحدود الدولية، ومعاهدات تنظم التجارة الدولية، ومعاهدات تنشئ منظمات أو كيانات دولية، ومعاهدات تتعلق بمعايير حقوق الإنسان، ومعاهدات تهدف إلى المحافظة على البيئة، أو الحد من أنواع معينة من السلاح، أو إلى حماية فئة ضعيفة في المجتمع أو أقليات.

ومهما استرسلنا في تعداد أنواع المعاهدات، فسيظهر لنا في المستقبل معاهدات ذات أهداف أخرى، وفي كل حال فإن المعاهدات التي تبرمها الدولة وتصنف على أنها من أعمال السيادة، والمعاهدات المتعلقة بحقوق الإنسان، هي التي دار حولها العديد من الأبحاث والدراسات لتبيان مدى خضوعها للرقابة الدستورية من عدمه، أو من حيث اعتبارها جزءاً من الكتلة الدستورية.

أولاً: أعمال السيادة[527]

تحصنت أعمال السياسة أو كما يطلق عليها (أعمال السيادة)[528] من الرقابة القضائية وذلك بعد أن استحدث القضاء الإداري الفرنسي هذه الفكرة إثر تنازله عن الرقابة القضائية على الكثير من تصرفات الحكومة، وذلك بعد عودة الملكية مرة أخرى[529]، فتنازل مختاراً ليحافظ على نفسه ويحفظ القضاء، وأعمال السيادة تدل على الأعمال المتصلة بالعلاقات بين السلطات العامة وسلطات الحكومة في المجال الدبلوماسي[530]، وبعد سقوط الملكية ظلت تلك التصرفات حتى أصبحت جزءً من القانون الفرنسي وكذلك في مصر والبحرين.

---

527 انظر عبدالفتاح ساير داير، نظرية أعمال السيادة دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، مطبعة جامعة القاهرة 1955.

528 ويطلق عليها (أعمال الدولة) في القانون الإنجليزي، انظر حافظ هريدي، أعمال السيادة في القانون المصري المقارن، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، 1952 ص 28.

529 رمضان محمد بطيخ، الحصانة البرلمانية في مصر، دار النهضة العربية، 1994 ص32، ومجلس الدولة تنازل عن ذلك كعربون لبقائه باعتباره من مخلفات نابليون، ويطلق عليها في بريطانيا أعمال الدولة، وفي فرنسا أعمال الحكومة وفي مصر أعمال السيادة.

530علام لياس، الأعمال الحكومية بين الحصانة المطلقة والرقابة القضائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمرى، الجزائر 2018 ص2.

فقد نص قانون السلطة القضائية على استثناء أعمال السيادة من الرقابة القضائية[531]، وتم استبعاد أعمال السيادة من الرقابة القضائية لطبيعة تلك الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسي وسيادتها في الداخل والخارج[532] مما جعل القضاء الدستوري يحتذي بالقضاء الإداري، مع بعض التطوير في طبيعة تلك الأعمال التي تُحجب عن القضاء.

وقد انتهت المحكمة الدستورية في البحرين إلى ذلك في طلب مجلس الوزراء بشأن دستورية مرسوم السلامة الوطنية، وقضت المحكمة بأن مرسوم إعلان حالة السلامة الوطنية يخضع لرقابة المحكمة الدستورية، إلا أن (مدى توافر متطلبات إصداره تخرج عن اختصاص المحكمة وتدخل في عداد الأعمال السياسية التي تقتضي – بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالا وثيقاً أو بسيادتها في الداخل والخارج – النأي بها عن نطاق الرقابة القضائية استجابة لدواعي الحفاظ على الدولة والذود عن سيادتها ورعاية مصادرها العليا، مما يقتضي منح الجهة القائمة بهذه الأعمال – سواء كانت من السلطة التشريعية أو التنفيذية – سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقا تحقيقاً لصالح الوطن وسلامته، من دون تخويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه في هذا الصدد).[533] وبذلك فرقت المحكمة بين مرسوم السلامة الوطنية والإعلان عن الحالة.

وظلت المحكمة الدستورية تركز على السبب الذي يعطي (أعمال السيادة) تلك الميزة (لأن النظر فيها والتعقيب عليها يستلزم توافر معلومات وضوابط وموازين تقدير لا تتاح للقضاء، فضلاً عن عدم ملاءمة طرح هذه المسائل علناً في ساحاته)[534]، ومن ثم أكدت المحكمة الدستورية أن مرجع اعتبار الأعمال الحكومية أعمالاً سيادية من عدمه هو قرار المحكمة، وذلك أوضح وأجلى تسبيب بشأن أعمال السيادة.

وفي حكم دستوري آخر، بشأن الاتفاق الجنائي، دفعت الحكومة بأن الهدف من تأثيم الاتفاق الجنائي هو سلامة الدولة ونظامها السياسي، وتحقيق مصلحتها السياسية

---

531 تنص المادة 7 من قانون السلطة القضائية الصادر بمرسوم بقانون رقم 42 لسنة 2002 على أنه (فيما عدا أعمال السيادة، تختص المحكمة الكبرى المدنية – بدائرة إدارية – بالفصل في المنازعات الإدارية التي تنشأ بين الأفراد وبين الحكومة أو الهيئات أو المؤسسات العامة عدا الحالات التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك) وذات المادة منصوص عليها في قانون تنظيم القضاء لعام 1971.

532 أحمد فتحي سرور، مرجع سابق ص 192.

533 القضية رقم (ط.ح/2011/1) لسنة 9 قضائية جلسة 2012/1/25 الحكم منشور في الجريدة الرسمية العدد 3036 بتاريخ 2012/1/26.

534 المرجع السابق.

والسلام الاجتماعي، مما يدخل في نطاق المسئولية السياسية، ويعتبر ذلك – طبقاً للدفع – من قبيل الأعمال السياسية التي تخرج عن نطاق الرقابة الدستورية.

وجاء رد المحكمة الدستورية على هذا الدفع بأن الأعمال السياسية تم استبعادها من ولاية القضاء إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وبأن ذلك تختص به السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية بما لهما من سلطة تقديرية مع شرط التزام الاختصاص وعدم التعدي على الدستور، وبأن القضاء هو المعني بتحديد نوعية الأعمال وطبيعتها.

وشددت المحكمة الدستورية على ضابط موضوعي في طبيعة الأعمال التي تعد أعمالاً سياسية (أعمال السيادة) وهي الأعمال (التي تتصل اتصالا وثيقاً بالسياسة العليا للدولة، بما لها من سلطة عليا وسيادة في الداخل والخارج، مستهدفة مصلحة الجماعة السياسية العليا، وتنظم علاقاتها الخارجية بالدول الأخرى، وتأمين سلامتها في الداخل والخارج، والدفاع عن إقليمها من الاعتداء الخارجي)[535]، وأضافت المحكمة (أن نظرية الأعمال السياسية – كقيد على ولاية القضاء الدستوري – تجد في ميدان العلاقات والاتفاقيات معظم تطبيقاتها بأكثر مما يقع في المجال الداخلي، نظراً لارتباط ذلك الميدان بالاعتبارات السياسية وسيادة الدولة ومصالحها العليا ...) وبذلك فإن أعمال السياسة (أعمال السيادة) تم حجبها عن القضاء كي لا تطرح في علانية الجلسات معلومات سرية، غير ملائمة للمناقشة أمام القضاء والخصوم ومحاضر الجلسات، وترى المحكمة الدستورية أن الاتفاقيات الدولية والعلاقات الخارجية هي المجال الأكبر للأعمال التي تعد سيادية، مع مراعاة أن ذلك يخص بعض المعاهدات دون غيرها[536].

ومن جانب آخر، يختص رئيس الدولة بإدارة شئون الدولة الخارجية، وإبرام المعاهدات الدولية مستنداً إلى نصوص الدستور التي لم تعط لأحد الحق في إبرام المعاهدات سوى الملك[537]، لتوافر ما تحتاجه المعاهدة من معلومات في الأوضاع السياسية والداخلية للدول الأطراف، فلديه الأجهزة التي تملك المعلومات المعتمدة،

---

[535] انظر القضية رقم (د/4/3) والقضية (د/4/4) لسنة قضائية جلسة 26-6-2006 – الحكم منشور في الجريدة الرسمية العدد 2746 بتاريخ 5-7-2006.

[536] قضت المحكمة الدستورية البحرينية في العديد من أحكامها وتناولت شأن المعاهدات الدولية وانتهت المحكمة أن المعاهدة مساوية للقانون ودون أن تمتنع عن الرقابة الدستورية عليها، مثل الاتفاقية الخليجية للتحكيم، واتفاقية التجارة الحرة مع أمريكا، راجع الفصل الأول من الرسالة.

[537] تنص المادة 37 من الدستور البحريني على أنه (يبرم الملك المعاهدات بمرسوم).

ولديه السفراء الموثوق بهم[538]، كما أن المستشارين والوزراء يبدون الرأي ليقرر في ضوء تلك التقارير السرية الوسائل الأنجع للسياسة الخارجية البحرينية، دون تدخل من السلطة التشريعية.

وفي الرقابة السابقة يجوز أن يحيل الملك المعاهدة مع مشروع قانون التصديق إلى المحكمة الدستورية، وللمحكمة فحص مدى دستورية المعاهدة مع قانون التصديق، إلا أن المحكمة الدستورية لا يحق لها أن تقرر مدى ملاءمة عملية المفاوضات، أو درجة كفاية التقارير التي اعتمدت عليها الجهة المفوضة بالتفاوض، وإنما تفرض المحكمة الرقابة على شكلية المعاهدة ومحتواها الموضوعي ليكون مطابقاً للدستور من عدمه.

فإذا تبين للمحكمة الدستورية أن المعاهدة المحالة إلى المحكمة تضم أعمالاً تتعلق بالسيادة، فإن المحكمة الدستورية تبتعد عن تناول ما يتعلق بأعمال السيادة ولكنها تفصل في توافر الإجراءات الشكلية اللازمة، وتبدي ما غفل عنه المشرع، ليكتسي النص بالشرعية الدستورية، أو أنها تقرر مطابقة النص لأحكام الدستور.

والمحكمة الدستورية العليا في مصر فرقت بين المعاهدات التي تعد من أعمال السيادة والمعاهدات التي تخضع لرقابة المحكمة بقولها: (فليس صحيحاً إطلاق القول بأن جميع الاتفاقيات الدولية – أياً كان موضوعها – تعتبر من الأعمال السياسية)[539] وبالتالي فإن اتفاقية تأسيس المصرف الدولي العربي ليست من أعمال السيادة، بينما اتفاقية تنظيم الجيوش العربية تعد من أعمال السيادة[540]، كما لم تقبل المحكمة الدفع بأن قانون حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي الصادر بالاستفتاء الشعبي يعتبر من أعمال السيادة، لأن الموافقة الشعبية لا تعني تحول القانون إلى نص دستوري.[541]

---

[538] عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه جان دبوي للقانون والتنمية ص808.

[539] المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 10 لسنة 14 قضائية جلسة 1993/6/19 مشار إليه لدى رمزي الشاعر، مرجع سابق ص33.

[540] أحمد فتحي سرور، مرجع سابق ص 193.

[541] ثروت عبدالعال أحمد، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004 ص 81.

ثانيا: الرقابة السابقة على صكوك حقوق الإنسان

الدستور هو مصدر الحقوق والحريات ومرجعها[542]، وقد تأثرت هذه الدساتير بوثائق وإعلانات وصكوك حقوق الإنسان[543]، وترجم القضاء الدستوري في أحكامه ما يحقق تلك الحماية للمبادئ الدستورية، والحقوق والحريات.

ومع يقيننا التام بأن الحريات المنصوص عليها في أغلب الدساتير الحديثة هي نتاج تلك الصكوك العالمية المتعلقة بحقوق الإنسان، وبأن الحريات الواردة في دستور البحرين هي ذاتها الواردة في الصكوك الدولية، فالعدل والحرية والمساواة الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لا تختلف عما ورد في المادة 4 من الدستور[544].

والمادة 2 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية مشابهة للمادة 18 من الدستور التي جعلت الناس سواسية ومتساوين وبلا تمييز[545]، كما أن الحرية الشخصية المنصوص عليها في المادتين 9 و10 من العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية[546] هي مقاربة للمادتين 19 و20 من دستور البحرين[547].

---

542 أحمد فتحي سرور، مرجع سابق ص 58.

543 أمين عاطف صليبا، دور الدساتير والسيادة الوطنية في ظل المعاهدات والقرارات الدولية، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2014 ص 144.

544 تنص المادة 4 من دستور البحرين على أن (العدل أساس الحكم، والتعاون والتراحم صلة وثقى بين المواطنين، والحرية والمساواة والأمن والطمأنينة والعلم والتضامن الاجتماعي وتكافؤ الفرص بين المواطنين دعامات للمجتمع تكفلها الدولة.).

545 تنص المادة 18 على أن (الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، ويتساوى المواطنون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة.)

546 تنص المادة 9 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على (1-لكل فرد حق في الحرية وفى الأمان على شخصه. ولا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسفا. ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون وطبقاً للإجراء المقرر فيه. 2-يتوجب إبلاغ أي شخص يتم توقيفه بأسباب هذا التوقيف لدى وقوعه كما يتوجب إبلاغه سريعا بأية تهمة توجه إليه. 3-يقدم الموقوف أو المعتقل بتهمة جزائية، سريعا، إلى أحد القضاة أو أحد الموظفين المخولين قانونا مباشرة وظائف قضائية، ويكون من حقه أن يحاكم خلال مهلة معقولة أو أن يفرج عنه. ولا يجوز أن يكون احتجاز الأشخاص الذين ينتظرون المحاكمة هو القاعدة العامة، ولكن من الجائز تعليق الإفراج عنهم على ضمانات لكفالة حضورهم المحاكمة في أية مرحلة أخرى من مراحل الإجراءات القضائية، ولكفالة تنفيذ الحكم عند الاقتضاء. 4- لكل شخص حرم من حريته بالتوقيف أو الاعتقال حق الرجوع إلى محكمة لكي تفصل هذه المحكمة دون إبطاء في قانونية اعتقاله، وتأمر بالإفراج عنه إذا كان الاعتقال غير قانوني.5-لكل شخص كان ضحية توقيف أو اعتقال غير قانوني حق في الحصول على تعويض.).

547 تنص المادة 19 على أن (أ - الحرية الشخصية مكفولة وفقاً للقانون.

ب- لا يجوز القبض على إنسان أو توقيفه أو حبسه أو تفتيشه أو تحديد إقامته أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل إلا وفق أحكام القانون وبرقابة من القضاء.

ج - لا يجوز الحجز أو الحبس في غير الأماكن المخصصة لذلك في قوانين السجون المشمولة بالرعاية الصحية والاجتماعية والخاضعة لرقابة السلطة القضائية.

كما ترعى الدولة العلوم والآداب والفنون وتشجع على البحث العلمي، وتؤكد على إلزامية التعليم ومجانيته[548] وهذا ما تطلبته المادة 26 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[549]، والتي نص عليها العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية[550].

أما الحق في الصحة، فقد أقره العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية[551]، وهو حق مكفول بالدستور[552]، وللأفراد الحق في شروط عادلة للعمل، وتحمي الدولة حق الملكية الخاصة وجميع تلك الحقوق منصوص عليها في دستور البحرين، وهي أيضاً حقوق معترف بها في العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية[553]، كما أن حق التكافل الاجتماعي، وحرية تكوين الأسرة،

د - لا يعرّض أي إنسان للتعذيب المادي أو المعنوي، أو للإغراء، أو للمعاملة الحاطة بالكرامة، ويحدد القانون عقاب من يفعل ذلك. كما يبطل كل قول أو اعتراف يثبت صدوره تحت وطأة التعذيب أو بالإغراء أو لتلك المعاملة أو التهديد بأي منها.).

548 تنص الفقرة (أ) من المادة 7 من دستور البحرين على أنه (ترعى الدولة العلوم والآداب والفنون، وتشجع البحث العلمي، كما تكفل الخدمات التعليمية والثقافية للمواطنين، ويكون التعليم إلزاميا ومجانيا في المراحل الأولى التي يعينها القانون وعلى النحو الذي يبين فيه. ويضع القانون الخطة اللازمة للقضاء على الأمية).

549 تنص المادة 26 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه (1)لكلِّ شخص حقٌّ في التعليم. ويجب أن يُوفَّر التعليمُ مجَّانًا، على الأقل في مرحلتيه الابتدائية والأساسية. ويكون التعليمُ الابتدائيُّ إلزاميًّا. ويكون التعليمُ الفنِّي والمهني متاحًا للعموم. ويكون التعليمُ العالي مُتاحًا للجميع تبعًا لكفاءتهم (2) .يجب أن يستهدف التعليمُ التنميةَ الكاملةَ لشخصية الإنسان وتعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية. كما يجب أن يعزّز التفاهمَ والتسامحَ والصداقةَ بين جميع الأمم وجميع الفئات العنصرية أو الدينية، وأن يؤيد الأنشطةَ التي تضطلع بها الأممُ المتحدةُ لحفظ السلام (3) .للآباء، على سبيل الأولوية، حقُّ اختيار نوع التعليم الذي يُعطى لأولادهم).

550 تنص المادة 14 على أنه (تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد، لم تكن بعد وهي تصبح طرفا فيه قد تمكنت من كفالة إلزامية ومجانية التعليم الابتدائي في بلدها ذاته أو في أقاليم أخرى تحت ولايتها، بالقيام، في غضون سنتين، بوضع واعتماد خطة عمل مفصلة للتنفيذ الفعلي والتدريجي لمبدأ إلزامية التعليم ومجانيته للجميع، خلال عدد معقول من السنين يحدد في الخطة).

551 تنص المادة 12 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية على (.1تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه.

.2تشمل التدابير التي يتعين على الدول الأطراف في هذا العهد اتخاذها لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق، تلك التدابير اللازمة من أجل) :أ) العمل علي خفض معدل موتى المواليد ومعدل وفيات الرضع وتأمين نمو الطفل نموا صحيا،) ب) تحسين جميع جوانب الصحة البيئية والصناعية،

(ج) الوقاية من الأمراض الوبائية والمتوطنة والمهنية والأمراض الأخرى وعلاجها ومكافحتها،

(د) تهيئة ظروف من شأنها تأمين الخدمات الطبية والعناية الطبية للجميع في حالة المرض.)

552 تنص المادة 8 من دستور البحرين على (أ - لكل مواطن الحق في الرعاية الصحية، وتعنى الدولة بالصحة العامة، وتكفل وسائل الوقاية والعلاج بإنشاء مختلف أنواع المستشفيات والمؤسسات الصحية.

ب- يجوز للأفراد والهيئات إنشاء مستشفيات أو مستوصفات أو دُور علاج بإشراف من الدولة، ووفقاً للقانون.)

553 تنص المادة 7 من العهد على أن (تعترف الدول الأطراف في هذا العهد بما لكل شخص من حق في التمتع بشروط عمل عادلة ومرضية تكفل على الخصوص :

(أ) مكافأة توفر لجميع العمال، كحد أدنى:

"1" أجر منصفا، ومكافأة متساوية لدى تساوي قيمة العمل دون أي تمييز، على أن يضمن للمرأة خصوصاً تمتعها بشروط عمل لا تكون أدنى من تلك التي يتمتع بها الرجل، وتقاضيها أجرا يساوى أجر الرجل لدى

وحرية التعبير، والتنقل، وحرية الفكر والوجدان والدين، وتكوين النقابات، والتجمع السلمي، والحق في إدارة شئون البلد، كلها حقوق وردت في صكوك حقوق الإنسان ولم يخل دستور البحرين من النص عليها.

ونظراً لما ذهبت إليه الدساتير من تبني نصوص حقوق الإنسان بهذا القدر بجانب من الفقه، وقياساً بما ذهبت إليه المحاكم في أوروبا، إلى اعتبار المعاهدات الخاصة بحقوق الإنسان ترقى إلى أن تكون جزءاً من الكتلة الدستورية[554]، التي هي مجموعة من المبادئ القانونية والقوانين والمعاهدات الدولية التي تشكل مع الدستور والمذكرة التفسيرية وميثاق العمل الوطني والشريعة الإسلامية كتلة دستورية متكاملة.

ومبنى تأسيس تلك الفكرة على ما اعتبرته فرنسا جزءاً من الكتلة الدستورية، وهو دستور فرنسا وإعلان حقوق الإنسان والمواطن 1789 ومقدمة دستور 1946 والمبادئ الأساسية، والمعاهدات المصدق عليها، وقد قام المجلس الدستوري فيما بعد، باستبعاد الالتزامات الدولية والمبادئ العامة للقانون ذات القيمة الدستورية من الكتلة الدستورية.[555]

وفي اعتقادنا أن الاعتبارات التي قبلت بها فرنسا غير متواجدة في حالة البحرين، لاختلاف قيمة ومرتبة المعاهدة في النظامين، كما أن عدم ثبات محتوى الكتلة الدستورية يخل بقواعد القياس التي يستوجب أن يكون الأصل (المقيس عليه) ثابتاً لا اضطراب فيه.

ومن أجل ذلك، نعتقد أن معاهدات حقوق الإنسان احتوت معايير متفاوتة لحماية الحقوق والحريات، وبعضاً من تلك المعاهدات لم تكن أصلاً نصوصاً قابلة للتطبيق (النفاذ المباشر)، فإذا اعتمد القاضي الدستوري لتفسير الحقوق والحريات الواردة في الدستور على القضاء المقارن في تفسيره لتلك الحقوق، فلن يعتبر القضاء المقارن

تساوى العمل،

"2"عيشا كريما لهم ولأسرهم طبقا لأحكام هذا العهد،

(ب) ظروف عمل تكفل السلامة والصحة،

(ج) تساوي الجميع في فرص الترقية، داخل عملهم، إلى مرتبة أعلى ملائمة، دون إخضاع ذلك إلا لاعتباري الأقدمية والكفاءة،

(د) الاستراحة وأوقات الفراغ، والتحديد المعقول لساعات العمل، والإجازات الدورية المدفوعة الأجر، وكذلك المكافأة عن أيام العطل الرسمية.)

[554] مروان المدرس، القيمة القانونية لاتفاقية السيداو في النظام القانوني البحريني، مجلة دراسات دستورية، المحكمة الدستورية، المجلد الثاني، العدد الرابع، البحرين، يناير 2015 ص 50.

[555] مروان المدرس، المرجع السابق ص 51.

جزءاً من الكتلة الدستورية، بل ولن يكون القضاء المقارن ملزماً للمجتمع البحريني ما لم يصدر عن المحكمة الدستورية الوطنية.

كما أن المعاهدة في النظام القانوني تساوي القانون، والرجوع إليها في الأحكام الدستورية لا يعطيها مرتبة أعلى مما نص عليها الدستور، ولو كان غير ذلك لما فات المشرع الدستوري أو المؤسسين أن يجعلوا للمعاهدة الدولية علواً على القانون أو مساواة مع نصوص الدستور، وانطلاقاً من تلك الحجج نرى أنه يجوز أن تخضع المعاهدة الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان للرقابة السابقة للتأكد من مطابقتها للدستور شكلياً وموضوعياً.

وكل تلك النقاط السابقة سبب عرضها من أجل تأكيد نقطة مهمة، هي: إذا كانت معاهدات حقوق الإنسان لها مرتبة مساوية للدستور فبالتالي لن تراقب المحكمة الدستورية تلك المعاهدات، وهذا القول لم تثبت صحته بشكل نهائي، فالمعاهدات الدولية ليست تعديلاً للدستور وليست مواد تكميلية للدستور، ولا حتى من الممكن اعتبارها قوانين أساسية، لأنه (لا يعتبر قانوناً مكملاً للدستور، القانون الذي لم يتطلب الدستور صدوره في مسألة بعينها ولا القانون المتصل بقاعدة دستورية من غير القواعد الكلية التي جرت الوثائق الدستورية عادة على تضمنها ...)[556].

والمعاهدة الدولية يجب أن تأخذ في اعتبارها حقوق المواطنين وحرياتهم، سواء الواردة بالدستور أو في الميثاق الوطني، وليس للسلطة التشريعية الحق بعد أن تمارس سلطاتها في دمج المعاهدة في قانون وطني، أن تعطي تلك الحقوق علواً على مواد الدستور[557]، ولو أراد المشرع الدستوري ذلك لنص على ذلك صراحة في مواد الدستور، أو في أعماله التحضيرية، أو في المذكرة التفسيرية، ولكن أيا من ذلك لم يحدث.[558]

---

[556] أحمد فتحي سرور، مرجع سابق ص 56.

[557] عوض المر، مرجع سابق ص806.

[558] يعد القانون الأساسي مصدراً رسمياً للقواعد الدستورية في الدول ذات الدساتير المكتوبة، مع الوثيقة الدستورية والعرف الدستوري، والقانون الأساسي هو قانون عادي ينظم أحكاماً دستورية، سواء كلفه الدستور لتنظيمها أو تم سن القانون الأساسي بصورة ذاتية، وفي البحرين ينظم قانون مباشرة الحقوق السياسية لحق الترشح وحق التصويت والانتخاب، واللائحة الداخلية تنظم عمل مجلس النواب وكذلك مجلس الشورى، وأي من تلك القوانين لم تكتس الصبغة الدستورية مثل ما نص عليه دستور البحرين المعدل في 2002 في الفقرة ج من المادة الأولى، إذ أعطت مرسوم توارث الحكم صبغة دستورية، فلا يجوز تعديله إلا وفقاً للمادة 120 من الدستور، والتي تطلبت موافقة ثلثي أعضاء المجلسين. انظر فتحي عبدالنبي الوحيدي، ضمانات نفاذ القواعد الدستورية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1982 ص 43.

المطلب الثاني: الرقابة الدستورية اللاحقة على نفاذ المعاهدة الدولية

وبالنظر لتاريخ الرقابة الدستورية، وخصوصاً الرقابة السابقة ، فإنها ذات طابع سياسي (رقابة سياسية) بسبب انفراد السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية في تعيين أعضاء المحكمة أو المجلس المكلف بمراقبة دستورية التشريعات، بينما الرقابة اللاحقة، وهي الرقابة القضائية، بدأت في النظام القانوني الأمريكي، ومع أن الدستور الأمريكي الصادر في 1787/9/17 وتعديلاته الستة وعشرون لم تتضمن الرقابة الدستورية، إلا أن الدستور قد أعطى للسلطة القضائية حق نظر جميع القضايا المتعلقة بالقانون والعدل في ظل أحكام الدستور، وقوانين الولايات، والمعاهدات، وقضايا الخارجية، وقضايا الملاحة البحرية، والقضايا التي تنشأ بين الولايات، أو بين الولايات والمواطنين، أو مع الرعايا الأجانب، والقضايا الجنائية الواقعة داخل أمريكا وتختص بالقضايا الجنائية الواقعة خارج أمريكا التي لم يتم تحديدها مسبقاً[559].

والرقابة القضائية مصطلح من أفكار الفقه الدستوري الأمريكي[560] وأول حكم صدر كان بمناسبة انتخابات عام 1800 في القضية (ماربوري ضد ماديسون)[561] وبرئاسة القاضي مارشال، ثم أخذت المحكمة العليا دورها الحقيقي في الرقابة على دستورية القوانين في عام 1830[562].

وسأتناول في هذا المطلب خصائص الرقابة الدستورية اللاحقة على نفاذ المعاهدات في الفرع الأول، ورقابة المحكمة لمدى مواءمة التشريعات البحرينية لالتزاماتها الدولية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: حدود التشريع الوطني في تنظيم مواضيع تناولتها المعاهدات الدولية

لمعرفة حدود المشرع الوطني لابد من ذكر مثال، فقد يصعب التسليم بأن يصدر قانون لتسليم المتهمين أو لنقل المحكومين دون الاعتماد على معاهدة دولية، وليس لمعاهدة دولية أن تنظم إجراءات داخلية وطنية، ومن باب أولى ليس للمعاهدة أن تنظم إجراءات تطلبها الدستور، كما لا يعقل أيضاً أن تعدل المعاهدة دستور البحرين.

---

[559] الفقرة الثانية من المادة الثالثة من دستور الولايات المتحدة الأمريكية.

[560] محمد عبدالعال، القضاء الدستوري المقارن، مرجع سابق ص 19.

[561] See Marbury v. Madison, Supreme Court of the United States,24-2-1803.website visited on 12-1-2019.

[562] محمد عبدالله الشوابكة، رقابة الامتناع على دستورية القوانين، دار الثقافة، 2012 ص 114.

ويرى الفقه أن السلطة التشريعية لا تملك تخويل القنصليات والسفارات سلطة قضائية، بينما المعاهدة تملك ذلك، كما لا يمكن للمشرع الفيدرالي أن يجرم فعلاً ما داخل ولاية معينة بذاتها ولكنه يملك تأثيم الأفعال ذاتها[563].

والسلطة التشريعية في البحرين، لها سلطة إجرائية لإقرار المعاهدة الدولية قبل نفادها، لأن الدستور أعطى البرلمان حق الموافقة على المعاهدات ذات الأهمية وأعطى الدستور للبرلمان حق (الاطلاع علماً) بالمعاهدات الأقل أهمية والتي يجوز أن تصدر بمرسوم.

ولكون السلطة التشريعية هي صاحبة السلطة في إصدار القوانين فلا بد وأن تلتزم بقواعد الدستور الموضوعية، فلا يجوز للسلطة التشريعية إصدار قوانين تسمح بالمصادرة العامة أو إصدار قوانين جنائية ذات أثر رجعي، أو إصدار قوانين لا تحافظ على الملكية الخاصة، أو تخل بمبدأ المساواة، أو تفرط في مبدأ تكافؤ الفرص، أو تسمح بإبعاد المواطن البحريني، أو تمنعه من العودة للبحرين، والرقابة اللاحقة تحقق للأفراد حماية الحقوق والحريات العامة، التي أناط الدستور بالمشرع أن ينظمها دون أن ينال من جوهر الحق[564].

الفرع الثاني: مدى مواءمة التشريعات البحرينية لالتزاماتها الدولية

لا نعلم عدد الاتفاقيات والمعاهدات التي صدقت عليها البحرين وانضمت إليها، إلا أن لبعض تلك المعاهدات أثراً على التشريع الوطني، ومن تلك المعاهدات اتفاقية التجارة الحرة مع أمريكا، واتفاقية الاتجار بالبشر، واتفاقية الطفل، واتفاقية مناهضة التعذيب، واتفاقية التحكيم، نعرضها كنماذج لبيان مدى مواءمة تشريعات البحرين لمتطلبات المعاهدة دولياً.

فقد صدقت البحرين على اتفاقية التجارة الحرة مع أمريكا[565] التي جاء بها عدد من المواد الملزمة للسلطة التشريعية لمواءمة التشريعات الوطنية، تنفيذاً

---

563 عوض المر، مرجع سابق ص 817.

564 تنص المادة 31 من دستور 2002 على أنه (لا يكون تنظيم الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون، أو بناءً عليه. ولا يجوز أن ينال التنظيم أو التحديد من جوهر الحق أو الحرية).

565 انظر القانون رقم23 لسنة 2005 بالتصديق على اتفاقية التجارة الحرة بين حكومة مملكة البحرين وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية، منشور في الجريدة الرسمية العدد 2697 بتاريخ 27-7-2015 المعدلة بالقانون رقم 28 لسنة 2010، بالتصديق على البروتوكول الأول لتعديل اتفاقية التجارة الحرة بين حكومة مملكة البحرين وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2954 بتاريخ 1-7-2010.

لالتزامات الاتفاقية، فعلى سبيل المثال جاء في المادة 17-5 (على كل طرف أن يعتمد أو أن يبقى على ما يلزم من تدابير تشريعية أو غيرها من التدابير والتي تعتبر أن ارتكاب أي من الآتي يعد جريمة تؤثر على التجارة والاستثمار الدوليين) وعددت الاتفاقية مجموعة أفعال وطلبت من الطرف الآخر أن يقوم بتجريمها في قانونه الوطني.

ونتيجة لذلك تم تعديل قانون العقوبات بإضافة مادة جديدة تنص على أن (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر من عرض على موظف عام أو مكلف بخدمة عامة بدولة أجنبية أو منحه بشكل مباشر أو غير مباشر عطية أو ميزة من أي نوع له أو لصالح شخص آخر في نطاق مباشرة عمل تجاري دولي مقابل قيام هذا الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة أو بالامتناع عن عمل لدى قيامه بمهام وظيفته)[566].

وجاء في الاتفاقية إلزام الطرفين بإصدار قوانين أو قرارات تلزم الجهات الحكومية باستخدام البرامج الأصلية[567]، وبناء على ذلك صدر قرار عن رئيس مجلس الوزراء بالتأكيد على عدم استخدام برمجيات تتعدى على حقوق الملكية الفكرية[568] كما تطلبت الاتفاقية نشر الأحكام القضائية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية[569]، وصدر قرار رئيس مجلس الوزراء لتنفيذ هذا الالتزام[570].

كما تطلبت الاتفاقية (حماية) لمن يقوم بتسويق منتج دوائي من التعرض من بقية المنافسين[571]، وبذلك صدر قرار وزير الصحة[572] الذي يلزم لجنة تسجيل الأدوية بعدم تسجيل دواء إلا بعد التحقق بشأن براءة الاختراع.

---

566 انظر القانون رقم 8 لسنة 2005 بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بمرسوم رقم 15 لسنة 1976 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2840 بتاريخ 2008/4/24 والذي عدل 3 مواد متعلقة بالرشوة وإضافة مادة جديدة برقم 190 مكرر.

567 تنص الفقرة 9 من المادة 14-4 من الاتفاقية الحرة مع أمريكا على أنه (يجب على كل الطرفين أن يضع ما يناسب من القوانين أو الأوامر أو اللوائح أو القرارات أو الأوامر الإدارية أو التنفيذية التي تلتزم الإدارات والهيئات التابعة له بأن لا تستخدم سوى البرمجيات المصرح بها من قبل صاحب الحق ...).

568 انظر القرار رقم 38 لسنة 2006 بشأن استخدام الجهات الحكومية للبرمجيات المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2747 بتاريخ 2006/7/12 ونص القرار على منع استخدام برامج بها تعدي على حقوق الملكية الفكرية، وخول تقنية المعلومات في كل وزارة بالتفتيش الدوري وإحالة الموظفين المخالفين للتحقيق الإداري.

569 انظر المادة 14-10 من الاتفاقية الحرة مع أمريكا.

570 انظر القرار رقم 31 لسنة 2006 بشأن نشر الأحكام والقرارات والمعلومات المتعلقة بإنفاذ حقوق الملكية الفكرية المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2744 بتاريخ 2006/6/21.

571 المادة 14-9 من اتفاقية التجارة الحرة مع أمريكا.

572 انظر قرار وزير الصحة المؤرخ في 2006/3/14 ورقمه (1) دون ذكر السنة، منشور في الجريدة الرسمية العدد رقم 2731 بتاريخ 2006/3/22.

وأما بشأن (الاتجار بالبشر)، فقد ألزمت المعاهدات الدولية مملكة البحرين بعدة تدابير تنفيذية وتشريعية وقضائية، وصدر في البحرين ما أطلق عليه قانون (الاتجار بالأشخاص)[573] الذي يعتمد على العديد من الأحكام المستقاة من الاتفاقيات التي انضمت اليها البحرين[574] بما احتوتها الاتفاقيات من التزامات تقع على السلطة التنفيذية بإنشاء اللجنة الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر[575] ولجنة تقييم وضعية الأجانب[576].

كما ألزمت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكولين المكملين لها[577] السلطة التشريعية بتجريم الأفعال الواردة في بروتوكول (منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال) المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، وتطلبت المعاقبة على الشروع في الجريمة والمشاركة والتنظيم والتوجيه[578].

ونقل القانون الوطني البحريني تعريف الاتجار بالبشر من البروتوكول، مع استبدال الفقرة التي بها شبهة دستورية، وهي الفقرة ج من المادة 3 التي تنص على أن (يعتبر تجنيد الطفل أو نقله أو تنقيله أو إيواؤه أو استقباله لغرض الاستغلال "اتجاراً بالأشخاص" حتى إذا لم ينطو على استعمال أي من الوسائل المبينة في الفقرة (أ) من هذه المادة).

والفقرة (ب) في المادة الأولى من قانون الاتجار بالأشخاص التي تنص على أنه (يعتبر اتجاراً بالأشخاص تجنيد أو نقل أو تنقيل أو إيواء أو استقبال من هم دون الثامنة عشراً أو من هم في حالة ظرفية أو شخصية لا يمكن الاعتداد برضائهم أو حرية اختيارهم متى كان ذلك بغرض إساءة استغلالهم ولو لم يقترن الفعل بأي من الوسائل المنصوص عليها في الفقرة السابقة) وهي وسائل الإكراه والتهديد والحيلة

---

573 انظر القانون رقم 1 لسنة 2008 بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2826 بتاريخ 2008/7/17.

574 اعتمد القانون على اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لعام 1989 أو البروتوكول الاختياريين، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكول المكملين لها، واتفاقية الرقّ لعام 1926 والاتفاقية التكميلية لإبطال الرقّ وتجارة الرقيق لعام 1956.

575 انظر قرار وزير الخارجية رقم السنة 2008 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2847 بتاريخ 2008/6/12 والقرار رقم 1 لسنة 2009 والقرار رقم 7 لسنة 2018 والقرار رقم 4 لسنة 2017 بشأن إعادة تشكيل اللجنة.

576 انظر قرار وزير التنمية الاجتماعية رقم 30 لسنة 2008 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 2857 بتاريخ 21-8-2008 والقرار رقم 20 لسنة 2011 والقرار رقم 11 لسنة 2013 بشأن إعادة تشكيل اللجنة.

577 انظر القانون رقم 4 لسنة 2004 بشأن الموافقة على انضمام مملكة البحرين إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكولين المكملين لها منشور في الجريدة الرسمية العدد 2628 بتاريخ 31-3-2004.

578 انظر المادة 6 من البروتوكول.

والنفوذ والسلطة والوظيفة، وهذه الصياغة الموفقة في إضافة أركان الجريمة وتعريفها بشكل واضح ومحدد بقالب جرمي، لتبيان الركن المادي للجريمة والركن المعنوي.

وفي بعض الدول تجد التشريعات الوطنية مبنية بالصياغة المتناسبة مع سياستها التشريعية المحلية وتظل متوافقة مع دستورها الوطني وتفي بالتزاماتها الدولية[579]، دون الالتزام بالنقل الحرفي لتعريف الاتفاقية، مثلما فعلت البحرين.

أما اتفاقية حقوق الطفل[580] فنصت على أن الطفل هو من لم يتجاوز ثماني عشرة سنة ميلادية، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه[581] وجاء قانون الطفل في البحرين ليعرف الطفل بأنه كل من لم يتجاوز ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة وذلك مع مراعاة القوانين النافذة الخاصة المنظمة لمن هم دون هذا السن[582].

ويقصد بالقوانين الخاصة تلك القوانين الوطنية التي أعطت للطفل عمراً مختلفا، ففي القانون الجنائي يعد طفلاً من لم يتجاوز الخامسة عشر عاماً[583] وفي القانون السياسي يحق التصويت في الانتخابات البلدية والنيابية وفي الاستفتاء لمن بلغ عشرين عاماً[584] في حين أن الأهلية في التعاقد تعد باطلة لمن لم يكمل سبع سنوات،

---

579 المشرع الإماراتي اختار تعريفاً مختلفاً يناسب سياسته التشريعية ويفي بمتطلباته الدولية، فقد نص القانون الاتحادي الاماراتي رقم 51 لسنة 2006 بشأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر والمعدل بالقانون رقم 1 لسنة 2015 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 456 لسنة 36 بتاريخ 14-11-2006 على تعريف جرائم الاتجار بالبشر وهو (1- يعد مرتكب جريمة الاتجار بالبشر كل من :أ- باع أشخاصاً أو عرضهم للبيع أو الشراء أو الوعد بهما. ب- استقطب أشخاصاً أو أستخدمهم أو جندهم أو نقلهم أو رحلهم أو آواهم أو أستقبلهم أو سلمهم أو أستلمهم سواء داخل البلاد أم عبر حدودها الوطنية بواسطة التهديد بالقوة أو باستعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو استغلال النفوذ أو اساءة استغلال حالة الضعف وذلك بغرض الاستغلال .

580 اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة رقم 44/25 بتاريخ 1989/11/20 وصادقت عليها مملكة البحرين بموجب المرسوم بقانون 16 لعام 1991.

581 المادة 1 من اتفاقية حقوق الطفل.

582 المادة 4 من القانون رقم 37 لسنة 2012 بإصدار قانون الطفل المنشور في الجريدة الرسمية العدد 3064 بتاريخ 9-8-2012.

583 تنص المادة 1 من قانون الأحداث على أن (يقصد بالحدث في حكم هذا القانون من لم يتجاوز سنه خمس عشرة سنة ميلادية كاملة وقت ارتكابه الجريمة أو عند وجوده في إحدى حالات التعرض للانحراف المرسوم بقانون رقم 17 لسنة 1976 وقانون المرافعات المدنية يقبل شهادة من لم يبلغ أربع عشرة سنة دون يمين وعلى سبيل الاستئناس انظر المادة 111 من المرسوم بقانون رقم12 لسنة 1971 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية.

584 انظر قانون مباشرة الحقوق السياسية الصادر بالمرسوم بقانون رقم 14 لسنة 2002 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2538 بتاريخ 10-7-2002 وتعديلاته بالقانون رقم 36 لسنة 2006 والتي عدلت سن الانتخابات من 21 إلى 20 سنة ميلادية لسنة 2001.

ويعد قاصراً بعد ذلك حتى سن الرشد[585]، وسن الرشد في البحرين إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة[586]، ويجوز في قانون العمل تشغيل الأحداث الذين بلغوا الخامسة عشرة ولم يبلغوا الثامنة عشرة[587].

وفيما عدا ذلك، فإن قانون الطفل جاء أشمل من الاتفاقية، وأعطى ضمانات وحقوق للطفل أكثر من تلك الواردة في نصوص الاتفاقية والاتفاقيات الأخرى، واختلف القانون البحريني عن الاتفاقية في مسألة منع التبني[588] على عكس ما قضت به أحكام الاتفاقية[589].

وفي خصوص مناهضة التعذيب، صدقت البحرين على اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية لعام 1984 والتي تحتوي على تعريف التعذيب، وقد تم التصديق على الاتفاقية في عام 1998 في حين أن قانون العقوبات الصادر في عام 1976 كان به تعريف مغاير لما ورد في الاتفاقية، وبعد أن تمت المصادقة على الاتفاقية لم يتغير تعريف التعذيب في المعاهدة، فلم يُنسخ التعريف في قانون العقوبات، لأن المعاهدة لا تقبل النفاذ بشكل مباشر، ولم يبادر المشرع لتعديل المادة، حتى صدرت توصيات لجنة التحقيق في أحداث 2011[590] فتم

---

585 انظر المواد 72-83 من القانون المدني رقم 19.

586 المادة 13 من المرسوم بقانون رقم7 لسنة 1986 بإصدار قانون الولاية على المال المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1688 بتاريخ 3-4-1986.

587 انظر المواد 23 – 28 من القانون رقم 36 لسنة 2012 بإصدار قانون العمل في القطاع الأهلي، المنشور في الجردة الرسمية العدد 3063 بتاريخ 2012/8/2 .

588 انظر المادة 5 من قانون الطفل.

589 المادة 21 من اتفاقية حقوق الطفل.

590 انظر الأمر الملكي رقم 28 لسنة 2011 بإنشاء اللجنة الملكية المستقلة للتحقيق في الأحداث التي وقعت في مملكة البحرين خلال شهري فبراير ومارس 2011، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 3006 بتاريخ 2011/6/30، المزيد من التفاصيل حول أحداث البحرين واللجنة المستقلة، انظر اسامة محمد بحر، سلطات الضبط الإداري في حالة السلامة الوطنية في التشريع البحريني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البحرين 2013.

تعديل قانون العقوبات[591] وقانون قوات الأمن العام[592] وقانون الإجراءات الجنائية[593] ليتناسب مع التزامات البحرين في المعاهدات الدولية.

وقد كانت المادة المؤثمة لجريمة التعذيب في قانون العقوبات لعام 1976 بالشكل التالي (يعاقب بالسجن كل موظف عام استعمل التعذيب أو القوة أو التهديد بنفسه أو بواسطة غيره مع متهم أو شاهد أو خبير لحمله على الاعتراف بجريمة أو على الإدلاء بأقوال أو معلومات في شأنها. وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا أفضى استعمال التعذيب أو القوة إلى الموت) والمادة 232 تعاقب بحبس الأفراد العاديين المرتكبين لجريمة التعذيب.

وبعد تقرير اللجنة، اعتمد المشرع التعريف الموجود في اتفاقية مناهضة التعذيب، وتمت إضافة العقوبة الملائمة وهي السجن وتصل إلى السجن المؤبد عند الوفاة، وأضاف القانون الوطني فقرة (ولا تطبق هذه المادة على حالات الألم أو المعاناة الناشئة عن أو المترتبة على أو اللازمة لإجراءات أو عقوبات قانونية) واكمالاً لالتزامات البحرين الدولية، نصت المادة على عدم سريان مدة التقادم على جرائم التعذيب[594].

وفي شأن التحكيم، صدقت البحرين على اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها[595] ثم أحال قانون مركز البحرين إلى التحكيم

---

591 انظر القانون رقم 52 لسنة 2012 بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بمرسوم بقانون رقم 15 لسنة 1976، منشور في الجريدة الرسمية العدد 3073 بتاريخ 2012/10/11.

592 انظر القانون رقم 49 لسنة 2012 بتعديل المادة 81 من قانون قوات الأمن العام وذلك باستثناء جرائم التعذيب من قائمة الجرائم العسكرية وبالتالي عدم اختصاص المحاكم العسكرية بوزارة الداخلية. انظر قرار النائب العام رقم 8 لسنة 2012 بإنشاء وحدة التحقيق الخاصة، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 3041 بتاريخ 2012/3/1.

593 انظر القانون رقم 50 لسنة 2012 بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالمرسوم رقم 46 لسنة 2002، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 3073 بتاريخ 2012/10/11 والذي يسمح بالادعاء المدني لكل من تعرض للتعذيب.

594 الجدير بالذكر أن البحرين تحفظت على بعض اختصاصات اللجنة المناهضة للتعذيب، وذلك في المادة 20 التي تخول اللجنة التحقيق السري في حال وجود تعذيب ممنهج في أي دولة طرف، ثم سحبت البحرين هذا التحفظ بالمرسوم بقانون رقم 4 1998 بالانضمام إلى اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية واللاإنسانية أو المهينة التي اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1984 ، منشور في الجريدة الرسمية العدد 2386 بتاريخ 1999/8/18 ، مع إبقاء تحفظ البحرين على اختصاص محكمة العدل الدولية في نظر أي نزاع ينشأ بين الاطراف فيما يتعلق بتفسير أو تنفيذ هذه الاتفاقية.

595 انضمت البحرين للاتفاقية بالمرسوم بقانون رقم 4 لسنة 1988، ونشر المرسوم بقانون – دون الاتفاقية – في الجريدة الرسمية العدد 1790 بتاريخ 1988/10/17 وتم نشر استدراك في الجريدة الرسمية مع نشر نصوص الاتفاقية في العدد 2158 بتاريخ 1995/4/5.

التجاري الدولي[596] لتطبيق قواعد عرفية، وهي قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والقانون النموذجي للتحكيم لعام 1985[597]، ثم صدر قانون آخر للتحكيم لعام 1994[598]، فأحال في نصوصه إلى تطبيق القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع اختصاص محكمة الاستئناف العليا بالمساعدة والإشراف على التحكيم، ولم يتم إلغاء أي من القوانين أو الاتفاقيات السابقة، ثم وافقت البحرين على نظام مركز التحكيم التجاري الخليجي[599]، وأصبح النظام القانوني للتحكيم في البحرين يحوي عدة تشريعات تنظم التحكيم، وأعطي المحتكمون حق اختيار التشريع المناسب لهم والمراد تطبيقه على الواقعة، وأخيراً صدر قانون التحكيم لعام 2015 الذي ألغى قانون 1994 وطبق القانون النموذجي للتحكيم التجاري لعام 1985 مع تعديلاته مرة أخرى[600]، والذي أحال إلى القانون النموذجي المرفق لقانون الإصدار، مع إدراج المصدر الدولي لتفسير أحكام القانون والسماح للمحامين غير البحرينيين بتمثيل طرفي النزاع.

وبذلك تكون البحرين قد أوفت بالتزاماتها الدولية بشأن التحكيم التجاري والتحكيم التجاري الدولي، ومع ذلك فإن سياستها التشريعية على الصعيد الوطني لم تكن منضبطة[601].

---

596 انظر المرسوم بقانون رقم 9 لسنة 1993 بإنشاء مركز البحرين للتحكيم التجاري الدولي، منشور في الجريدة الرسمية العدد 2060 بتاريخ 1993/5/20 مع تعديله بالمرسوم بقانون رقم 17 لسنة 1996 وأعطى حصانة لمقرات التحكيم وللمحكمين.

597 لم تنضم البحرين إلى تلك القواعد كمعاهدة دولية، وإنما تم إرفاقها كملحق لقانون إنشاء مركز التحكيم، وأيضا تم إرفاق قواعد التحكيم التي أقرتها لجنة القانون الدولي.

598 انظر المرسوم بقانون رقم 9 لسنة 1994 بإصدار قانون التحكيم التجاري الدولي، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2125 بتاريخ 1994/8/17.

599 انظر المرسوم بقانون رقم لسنة 2000 بالموافقة على نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2422 بتاريخ 2000/4/26.

600 انظر القانون رقم 9 لسنة 2015 بإصدار قانون التحكيم المنشور في الجريدة الرسمية العدد 3217 بتاريخ 2015/7/9.

601 المتتبع لتلك التشريعات سيجد وبدون أدنى شك أن المشرع البحريني لم يضع هويته الوطنية في تلك الاتفاقيات الدولية ، فالقانون النموذجي تصدره المنظمات الدولية من أجل توفير المساعدة للدول للاستفادة من أفضل التجارب الموجودة، ولا يمكن بأي حال من الأحوال اعتماد القانون النموذجي ليكون قانوناً وطنياً لأن القانون النموذجي وقواعد الأمم المتحدة تساهم في وضع (إطار قانوني موحد لتسوية النزاعات الناجمة عن العلاقات التجارية الدولية بصورة منصفة وفعالة) والتوصية الصادرة عن الجمعية العمومية في جلسة 1985/12/11 (بأن تعطي جميع الدول الاعتبار الواجب للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بالنظر إلى أنه من المرغوب فيه أن يكون قانون إجراءات التحكيم موحداً) وأضافت التوصية (وبالنظر إلى الاحتياجات المحددة لممارسات التحكيم التجاري الدولي) والاحتياجات المحددة لكل دولة وليس احتياجات عملية التحكيم وحدها ، وفي توصية الجمعية العامة في جلسة رقم 64 في 2006/12/4 (... وتوصي جميع الدول بأن تنظر بشكل إيجابي في تطبيق المواد المنقحة ... عندما تسن قوانينها أو تنقحها ...) ، وكان جديراً بالمشرع الاستفادة من تلك النصوص ليضع قانوناً وطنياً يتناسب

الفرع الثالث: رقابة القضاء على مواءمة التشريعات الوطنية مع المعاهدات الدولية

يختص القضاء الدستوري برقابة التشريعات والتأكد من توافق النصوص التشريعية مع نصوص الدستور ومبادئه، ويختص القاضي الإداري بمراقبة الشرعية في دولة القانون والتعويض إن كان له مقتضى، وفي شأن المعاهدات الدولية، تتركز سلطات القاضي الوطني في الرقابة على المعاهدات الدولية في عدة أوجه، وهي كالتالي[602]:-

أولاً: مراقبة صحة إجراءات التصديق

لكل قاضٍ، سواء كان قاضي المشروعية أم قاضي الشرعية الدستورية، أن يتأكد من الإجراءات الشكلية قبل الخوض في موضوع الدعوى، فإذا كان قانون النزاع معاهدة دولية، وجب التأكد من صحة التصديق على المعاهدة، بالأداة القانونية الملائمة ومن قبل الجهة التي خولها الدستور ذلك، وإلا فإن القضاء سيستبعد كل ماهو غير شرعي.

ثانيا: مراقبة نشر المعاهدة الدولية

جميع الأحكام التي تناولت– بشكل مباشر أو غير مباشر- أحكام معاهدة دولية، تتناول مسألة نشر المعاهدة الدولية وطنياً، حتى وإن لم ينص الدستور على وجوبية النشر، مثلما فعل المجلس الدستوري الجزائري، لكونها من الضمانات الشكلية الواجب التحقق منها قبل الاسترسال في صلب الطعن، فالأحكام القضائية تراقب مدى شرعية المعاهدة بالتصديق عليها ونشرها محلياً مع ذكر تاريخ النشر[603]، باعتبار أن تطبيقها محلياً يكون من اليوم التالي للنشر في الجريدة الرسمية، ودولياً من تاريخ إيداع التصديق لدى الأمانة العامة للأمم المتحدة، أو عند تبادل التصديق مع الدول الأطراف.

مع التزامات البحرين الدولية ويتناسب مع كونها مركزاً للتحكيم الخليجي، ويتوافق مع روح التشريعات الوطنية، ليكون بعد ذلك قانوناً واضح المعالم، سهل التطبيق، لا يتفاجأ الافراد بتغيير أحكامه بصورة عشوائية مع تغير القائمين على هيئات التحكيم.

602 سفيان عبدلي، سلطات القاضي الوطني في مادة الرقابة على تطبيق الاتفاقيات الدولية، مجلة الفقه والقانون، العدد 53، مارس 2017، وانظرسفيان عبدلي، سلطات القاضي الوطني في تطبيق وتفسير الاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة محمد خضير بسكرة، الجزائر، 2017.

603 انظر على سبيل المثال حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم د / 5 / 07 بجلسة 2010/4/19 والذي جاء في حيثياته (...كما وقعت حكومة مملكة البحرين وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية اتفاقية التجارة الحرة في واشنطن بتاريخ 14سبتمبر2004 وصادقت عليها وأصدرتها بموجب القانون رقم (23) لسنة 2005، ودخلت حيز النفاذ بتاريخ 2006/8/1).

ثالثاً: مراقبة مدى قابلية نصوص المعاهدة للتنفيذ المباشر

لتطبيق نصوص المعاهدة على النزاع المعروض على المحكمة لا بد من التأكد من أنها قابلة للتطبيق المباشر، ويطلق مصطلح القابلة للتطبيق المباشر على تلك المعاهدة التي تطبق ذاتياً ودون حاجة لتدخل من المشرع الوطني بتدابير تشريعية، فيطلق عليها ذاتية التطبيق، فقابلية المعاهدة الدولية للتطبيق من قبل القضاء الوطني والعمل بها تختلف عن إدخال أو إدماج المعاهدة الدولية في النظام القانوني الوطني، فالتصديق يحقق الإدماج، أما التطبيق العملي لنصوص المعاهدة فلابد من قيام قاض وطني بالتأكد من قابلية النصوص للتطبيق على النزاع المعروض أمامه.

والتنفيذ المباشر كمفهوم، يختلف عن مفهوم الأثر المباشر للمعاهدات الدولية[604]، وما يهمنا هنا أن ميزة التطبيق المباشر في عدم الحاجة إلى القيام بإجراءات أو تدابير تنفيذية أو تشريعية بشأن المعاهدة، وذلك ما يفسر وجود عبارة (أعمال تدابير تشريعية) كالتزام على الدول في العديد من المعاهدات.

إلا أن وجود هذه العبارة لا يعني بشكل قطعي أن المعاهدة غير قابلة للتنفيذ المباشر، فالعهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية، صك قابل للتطبيق المباشر، ومع ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة 2 على أن تتعهد الدول الأطراف (... إذا كانت تدابيرها التشريعية أو غير التشريعية القائمة لا تكفل فعلاً أعمال الحقوق المعترف بها في هذا العهد، ما يكون ضرورياً لهذا الأعمال ... من تدابير تشريعية أو غير تشريعية) وعلى العكس من ذلك، فالعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وهو غير قابل للتطبيق المباشر، لم ينص على تلك الفقرة، مع الأخذ بعين الاعتبار أن نصوص مواده فضفاضة بحيث لا يمكن قياس درجة المطلوب من الدولة لتنفيذه على أرض الواقع، فالمواد في العهد تقر بحق الحصول على الضمان الاجتماعي، وحق العمل، وحماية الأسرة، وتحسين الإنتاج، وتوزيع الموارد، والحق في الصحة، والبحث العلمي، كلها نصوص تحتاج إلى نصوص قانونية تطبقها على أرض الواقع، أو قرارات إدارية لتنفيذها بشكل فعلي.

ورقابة قابلية المعاهدة للتطبيق المباشر من اختصاص القاضي، سواء القاضي الإداري أو القاضي الدستوري، ويحق للقاضي المدني ذلك إذا دفع الخصوم بتطبيق معاهدة ما على النزاع.

---

604 محمد خليل الموسى، الأثر المباشر لاتفاقيات حقوق الإنسان في النظم القانونية الوطنية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 3 لسنة 34 سبتمبر 2010 ص 423.

ولا يطلق على معاهدة – برمتها – غير قابلة للتطبيق المباشر، فهنالك مواد من الممكن تطبيقها دونما حاجة لتدابير تشريعية أو تنفيذية، ففي فرنسا قضت محكمة النقض بأن اتفاقية حقوق الطفل ترتب أثراً مباشراً في النظام القانوني الفرنسي، والقضاء الإداري الفرنسي اعتبر أن بعض مواد اتفاقية حقوق الطفل قابلة للتطبيق باعتبارها المصلحة الفضلى للطفل[605].

رابعاً: مراقبة المعاملة بالمثل

اشترط الدستور الفرنسي لتطبيق المعاهدة الدولية، أن يتم تطبيق المعاهدة من قبل أطراف المعاهدة، وهذا الشرط يتناسب مع الاتفاقات الثنائية وقد لا ينسجم مع ارتباطات فرنسا في المعاهدات الجماعية، إلا أن المجلس الفرنسي يراقب مدى تطبيق الدول الأطراف للمعاهدة الدولية حتى يتم تطبيقها في فرنسا، وبالمرتبة التي نص عليها الدستور، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن عدم اعتبار هذا الالتزام الدولي سامٍ على القانون أي أن المعاهدة قابلة للتطبيق لكن بدرجة أقل من القانون[606].

ويجوز في الدول التي لم يشترط دستورها المعاملة بالمثل أن تطبق هذا الشرط، وذلك دون استبعاد المعاهدة الدولية – كتشريع يحكم النزاع – على أساس العرف الدولي الذي يقضي بأن الدولة يجوز لها أن تتحلل من التزاماتها في حال الإخلال الجوهري من قبل طرف المعاهدة[607]، وهذا الحكم من الممكن تطبيقه في البحرين وكذلك الدول التي لم يشترط دستورها المعاملة بالمثل.

خامساً: رقابة المحكمة الدستورية على الإغفال التشريعي[608]

تملك المحكمة الدستورية صلاحية تدارك النقص الوارد في صياغة التشريعات، وذلك بأن يقترح القضاء الدستوري في قراراته محتوى أفضل لنصوص

---

605 الحكمان مشار إليهما لدى محمد خليل الموسى، مرجع سابق ص 447.

606 طبقاً لاتفاقية التعاون الثقافي بين فرنسا والجزائر، فإن الرتب العلمية والشهادات معترف بها بشهادتها في فرنسا وطعنت على قرارات الرفض من قبل المجلس الإقليمي للأطباء الذي رفض الاعتراف بالشهادة لعدم تطبيق المعاهدة من قبل الجزائر، وبالتالي لن يتم تطبيق المعاهدة في فرنسا، الحكم مشار إليه لدى سفيان عبدلي، مرجع سابق ص 103.

607 سفيان عبدلي، دور القاضي الوطني في تطبيق وتغير الاتفاقيات الدولية، مرجع سابق ص 105.

608 انظر عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

التشريعات، بحيث تكون متوافقة مع الدستور فيما لو أنها تضمنت تلك الملاحظات التي توردها المحكمة الدستورية.

فقد يقوم المشرع، بما له من سلطة تقديرية في سن القوانين وتنظيم الحقوق والحريات العامة فينتقص جانباً من تلك الحقوق، أو أنه يخل بضمانات معينة تطلبها الدستور، فتقرر المحكمة الدستورية عدم مطابقة القانون لمواد الدستور وتقدم ملاحظاتها بشأنها.

وأبرز مثال على ذلك قرار المحكمة الدستورية بشأن غرفة البحرين لتسوية المنازعات حين قررت عدم مطابقة بعض مواد المشروع للدستور، وتم توجيه المشرع نحو تطبيق تلك الضمانات أو تدارك النقص، إذ قررت المحكمة الدستورية أن إصدار قانون غرفة البحرين لتسوية المنازعات يجب أن يتضمن بعضاً من الضمانات والمبادئ ليكون متوافقاً مع الدستور[609].

ومع تسليمنا بدور الرقابة السابقة في معالجة الإغفال التشريعي وعدم مواءمة التشريعات الوطنية مع متطلبات الدستور، فإن للرقابة اللاحقة دوراً بارزاً في هذا الشأن، ومن ذلك أن المحكمة الدستورية العليا قضت بعدم دستورية نص لعدم تعيينه الحدود المكانية للمحمية الطبيعية[610]، كما قضت بعدم دستورية نص قانون أغفل النص على إنذار العامل بشكل كتابي قبل إنهاء خدمته بشكل نهائي[611].

ونرى أن المحكمة الدستورية لا تراقب مدى مواءمة التشريعات المنفذة للمعاهدات الدولية، لأن تلك المواءمة بين قوانين في مرتبة واحدة، والمحكمة الدستورية لم يسند إليها هذا الاختصاص، فالمعاهدة مساوية للقانون العادي، ولا تسمو في مرتبتها عليه، ولا تعلو على الدستور مهما كان موضوع المعاهدة ومهما كانت أهميتها.

وللمواءمة بين المعاهدات الدولية والقوانين الوطنية في البحرين، يمكن إسناد هذا الاختصاص إلى هيئة التشريع والإفتاء بمالها من قرارات ملزمة للسلطة التنفيذية، وبمالها من فتاوى محل تقدير من السلطة التشريعية والسلطة القضائية، إن إسناد هذه الرقابة إلى الهيئة يحقق الفائدة العملية للأفراد والمجتمع ككل من أجل جودة التشريعات واتباع سياسة تشريعية موحدة ذات هوية وطنية، بشأن نفاذ المعاهدات الدولية في النظام الوطني البحريني.

---

609 انظر مطلب مرتبة المعاهدة الدولية في القضاء الدستوري، من الفصل الأول من الرسالة.

610 المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 20 لسنة 15 قضائية، جلسة 1994/10/1 موقع قوانين الشرق.

611 المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 177 لسنة 26 قضائية، جلسة 2007/1/14 موقع قوانين الشرق.

المبحث الثاني:

حجية الحكم الدستوري وأثره على المعاهدة الدولية

تختلف حجية الحكم الدستوري وآثاره باختلاف منطوق الحكم وأسبابه، كما تتميز الأحكام الدستورية الصادرة بشأن المعاهدات الدولية بأن لها آثاراً وطنية وآثاراً دولية.

وفي هذا المبحث أتناول أثر الحكم الدستوري على المعاهدة الدولية في المطلب الأول، وأثر الحكم الصادر بعدم دستورية المعاهدة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الحكم الدستوري والمعاهدة الدولية

الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، كبقية الأحكام القضائية، يخضع للقواعد العامة للأحكام القضائية، مع إعطاء القضاء الدستوري، نظراً لطبيعته الخاصة، شيئاً من الخصوصية، فالمحكمة تتأكد من تطبيق القانون في موضوع الدعوى، وفقاً للشكل الذي تطلبه القانون، كما تتأكد من سلامة اتصال المحكمة بالدعوى، والاختصاص، والمدد القانونية الممنوحة، ومصلحة الطاعن[612]، وصفته، والبحث عن الترضية القضائية التي ينشدها.

ولا يخل تفرد المحكمة الدستورية وتمايزها عن بقية المحاكم[613] بأن تطبق الضمانات الأساسية للتقاضي، كيف وهي الحامية للحقوق والحريات، فعلانية الجلسات، وشفوية المرافعات (إذا ارتأت المحكمة ذلك)[614]، أمر لا مفر منه.

ولكن مضمون المصلحة في الدعوى الدستورية يختلف عن مضمون المصلحة في الدعوى القضائية العادية، فيجب أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة، أي لا تقبل إلا من قبل من مسه ضرر من سريان النص التشريعي، ويستوي أن يكون الضرر قد

---

612 لم ينص قانون المحكمة الدستورية على شرط المصلحة، إلا أن المادة 33 من قانون المحكمة سمحت بتطبيق قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض مع طبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها، ولذلك فإن شرط المصلحة منصوص عليه في المادة 5 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم بقانون رقم 12 لسنة 1971 ، (لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زواله عند النزاع فيه).

613 على سبيل المثال لا تطبق المحكمة قواعد الحضور والغياب.

614 تنص المادة 25 من قانون المحكمة الدستورية الصادر بالمرسوم بقانون رقم 27 لسنة 2002 على أنه (تفصل المحكمة في الدعوى المعروضة عليها بعد اطلاعها على الأوراق بغير مرافعة شفوية، إلا إذا ارتأت المحكمة ضرورة المرافعة الشفوية فلها سماع محامي أطراف النزاع، ولها أن ترخص لهم بإيداع مذكرات في المواعيد التي تحددها).

وقع فعلاً أو كان وشيك الوقوع، مع قبول المحكمة الدستورية المصلحة المحتملة، ولا يقتصر ذلك على المصلحة المادية بل يتعداها إلى المصلحة الأدبية[615]، ومقتضى ذلك أن يكون الحكم في الدعوى الدستورية (مؤثراً وضرورياً وسابقاً للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها)[616].

وتحوز الأحكام القضائية – كأصلاً عام - حجية نسبية، فقانون الإثبات ينص على أن (الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً، وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها)[617]، أما الأحكام الدستورية، فالأمر له خصوصية مختلفة تظهر في المطلب التالي، مع التأكيد بأن المحكمة الدستورية ذات اختصاص في مراقبة محتوى المعاهدات الدولية ولها الحق في اصدار قرارها أو حكمها بدستورية أو عدم دستورية نص المعاهدة الدولية.

في المطلب الثاني، سأتناول حجية الأحكام الدستورية، وأتناوله في ثلاثة فروع، الفرع الأول: حجية الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى، والفرع الثاني: حجية الحكم الصادر برفض الدعوى، والفرع الثالث: حجية القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية.

الفرع الأول: حجية الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى

تحكم المحكمة الدستورية بعدم قبول الدعوى في حالات مختلفة، فتحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى متى وقعت إجراءات تحريكها خلافاً لقانون المحكمة، أو

---

615 يوسف فليفل، الرقابة الدستورية في مملكة البحرين، الطبعة الاولى، 2012 ص 150.

616 وأضافت المحكمة (...ولا يتحقق ذلك الارتباط في الواقع العملي إلا باجتماع عنصرين اثنين، أولهما: أن يقيم المدعى في حدود الصفة التي اختصم بها النص الطعين الدليل على أن ضرراً واقعياً قد لحق به، وثانيهما: أن يكون مرد الأمر في هذا الضرر عائداً في مصدره وسببه إلى النص الطعين، منفصلاً عن مجرد المخالفة النظرية للدستور، ومستقلاً بعناصره التي يقوم عليها. ومقتضى هذا التحديد لمفهوم المصلحة، أن كل ما يتغياه شرط المصلحة الشخصية هو أن تفصل المحكمة في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية والواقعية، وليس من معطياتها النظرية أو تصوراتها المجردة فلا تقبل الخصومة الدستورية إلا من الأشخاص الذين ألحق بهم النص الطعين ضرراً واقعياً ومباشراً منفصلاً عن مجرد المخالفة المحصنة للدستور، ومعنى ذلك أن شرط المصلحة ينفصل دوماً عن مطابقة النص التشريعي المطعون عليه للدستور أو مخالفته لأحكامه فإذا كان المدعى الذي طبق عليه النص قد أفاد في مجمله من مزاياه، أو كان غير مخاطب بأحكامه في دعواه الموضوعية، دل ذلك على انتقاء الضرر الواقعي، ومن ثم ينتفي في هذه الصور شرط المصلحة المباشرة في الطعن...) القضية رقم (د/1/6) لسنة 4 قضائية، جلسة 2008/6/19 المحكمة الدستورية، البحرين، منشور في الجريدة الرسمية العدد 2850 بتاريخ 2008/7/2 .

617 نص المادة 99 من قانون الإثبات الصادر بالمرسوم بقانون رقم 14 لسنة 1999 بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2218 بتاريخ 1996/5/29.

لعيب شكلي في صحيفة الدعوى، أو لسبق الحكم في الدعوى الدستورية، والمحكمة العليا في مصر أكدت على الحجية المطلقة للأحكام الصادرة عنها بعدم دستورية نص، ولم تحدد حجية الأحكام الصادرة بعدم القبول.[618]

أولاً: العيب الشكلي

تقضي المحكمة بعدم قبول الدعوى إذا كان في صحيفة الدعوى عيب شكلي، سواء في البيانات الجوهرية الواجب إدراجها، أو لحق الإجراءات الشكلية التي تطلبها القانون، كمن يقدم صحيفة الدعوى موقعة من قبل محامٍ غير مجاز أمام محكمة التمييز[619] أو يقدمها محام لا يملك وكالة عن الطاعن.

ومن ضمن العيوب الشكلية تلك المتعلقة بالمدد القانونية، فعند تصريح محكمة الموضوع للطاعن بالتقدم بطعنه للمحكمة الدستورية، يتعين أن يتم ذلك خلال مدة شهر واحد، فإن تجاوزها سقط طعنه، ومن ذلك حكم الاستملاك الأول، طعن مجلس العائلة الحاكمة بصفته متولياً إدارة أملاك أفراد العائلة المالكة، أمام المحكمة الإدارية طالبا إلغاء قرار وزير البلديات باستملاك عقار، وأثناء نظر الدعوى دفع المجلس بعدم دستورية قانون الاستملاك، فرفضت المحكمة، وبعد استئناف حكم محكمة أول درجة دفع مجلس العائلة بعدم دستورية قانون الاستملاك، فقبلت المحكمة وصرحت بالطعن أمام المحكمة الدستورية بجلسة 2005/7/12، فأقام دعواه الدستورية بتاريخ 2005/9/24 (أي بعد انقضاء مدة الشهر الذي صار دفعه بعدها كأن لم يكن وبقوة القانون – دونما أي أثر للأجل الذي أضافته محكمة الموضوع بهذه الجلسة لأنها لا تملكه على هذا النحو لمخالفته القانون- فإن دعواه الماثلة تكون غير مقبولة)[620].

وحجية الأحكام الصادرة بعدم قبول الدعوى لفوات المدة حجية نسبية، وذلك لأن المحكمة قبلت دفعاً آخر على ذات القانون وقضت بعدم دستورية القانون برمته لمخالفته نص المادة 9 من الدستور التي استوجبت تحديد أحوال المنفعة العامة التي

---

[618] محمد جمال عثمان جبريل، أثر الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، جامعة المنوفية، بدون تاريخ نشر، ص 10.

[619] اكتفت المحكمة الدستورية بأن يكون المحامي مجازاً أمام محكمة التمييز دون أن تذكر المحكمة الدستورية صراحة في الوكالة عن الطاعن.

[620] القضية رقم (د/5/1) لسنة 3 قضائية، جلسة 2006/10/30 ، منشور في الجريدة الرسمية العدد 2763 بتاريخ 2006/11/5.

يجوز فيها الاستملاك للمنفعة العامة، ولمخالفة القانون مبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه في المادة 32[621].

والحجية النسبية تسمح بإعادة الطعن على ذات النصوص باتباع الإجراءات التي تطلبها القانون[622] لأن الحكم المانع من إعادة الطعن (هو ذلك الحكم القطعي الذي يضع حلاً للنزاع في الدعوى برمتها أو في جزء منها أو في مسألة متفرعة عنها، ويكون من شأنه بطريق اللزوم استنفاد ولاية المحكمة بالنسبة لما تناوله بالفصل ومنعها من العودة إلى نظره أو الرجوع عن قضائها فيه)[623]، فإذا كان موضوع الدعوى قد انصب على (ذات التشريع الذي سبق أن قُضي بعدم دستوريته واستنفاد المحكمة ولايتها بإصداره بقضاء فاصل قاطع لدابر الخصومة الدستورية بما يحول دون إعادة الخوض فيه مجدداً)[624].

الحكم الدستوري الصادر في الدعوى التي لم تراع فيها المواعيد والمدد القانونية بعدم القبول، حجة على الخصوم فقط دون سواهم (وهذه الأوضاع الإجرائية، سواء ما اتصل منها برفع الدعوى الدستورية أو بميعاد رفعها، تتعلق بالنظام العام ... وعلى المحكمة الدستورية أن تقضي بذلك من تلقاء نفسها، لأن المشرع رتب على عدم رفع الدعوى خلال هذا الأجل اعتبار الدفع بعدم الدستورية كأن لم يكن، ومن ثم يقع هذا الجزاء بقوة القانون ودونما حاجة إلى الحكم به)[625] (ولا يغير من ذلك إن عادت محكمة الموضوع وقررت تأجيل الدعوى مرة ثانية ... لتمكين الشركة المدعى عليها من الطعن بعدم الدستورية، إذ أن ذلك يعد ميعاداً جديداً لا يعتد به)[626].

---

[621] واعتبرت المحكمة عدم تحديد أحوال المنفعة العامة التي يجوز فيها الاستملاك تنازلاً عن اختصاص أصيل للسلطة التشريعية لصالح السلطة التنفيذية على عكس ما أوجب الدستور بعدم جواز التنازل عن الاختصاصات المنصوص عليها في الدستور، وأضافت المحكمة (وإذ كان ذلك وكانت نصوص المرسوم بقانون المطعون فيه ... قد جاءت مترابطة ببعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل الفصل أو التجزئة، فإن عدم بيانها حالات المنفعة العامة يستتبع بحكم هذا الارتباط إبطال جميع نصوص القانون المطعون فيه مما يستوجب الحكم بعد دستوريته برمته) القضية رقم (د/2/5) لسنة 3 قضائية ، جلسة 2007/3/26 ، منشور في الجريدة الرسمية العدد 2786 بتاريخ 2007/4/12 .

[622] عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت، 2005 ص 460.

[623] الطعن رقم 31 لسنة 1997 دستوري، جلسة 1997/7/7، مجموعة الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية، المجلد الثاني، المكتب الفني للمحكمة الدستورية، الكويت، 2003 ص 47.

[624] الطعن رقم 8 لسنة 2005 دستوري، جلسة 2005/6/4 ، مجموعة الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية، المجلد الرابع، المكتب الفني للمحكمة الدستورية، الكويت، 2003 ص 104 .

[625] القضية رقم (د/2/11) لسنة 9 قضائية، جلسة 2012/6/27، منشور في الجريدة الرسمية العدد 3059 بتاريخ 2012/7/5 المحكمة الدستورية ، البحرين.

[626] القضية (د/1/2012) لسنة 9 قضائية، جلسة 2012/11/28 منشور في الجريدة الرسمية العدد 3082 بتاريخ 2012/12/13 المحكمة الدستورية، البحرين.

وبذلك يكون انقضاء الميعاد مانعاً على المدعي من دفع جديد[627] ولا يمنع الآخرين من ذلك، فإذا لم يحترم الميعاد (شهر) فلابد أن غيره سيحرص عليه، وإذا توافرت لذات الشخص الذي فوت الميعاد، فرصة للطعن أمام محكمة الموضوع أو محكمة التمييز في دعوى أخرى يتعلق بذات النص، فإنا لا نرى مانعاً أو حائلاً من الطعن عليه أمام المحكمة الدستورية.

وفي مجموعة من أحكام المحكمة الدستورية بشأن قواعد الإيجار في البحرين نموذج لحجية الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى، وتعود تفاصيل القضية تاريخياً إلى أن البحرين صدرت بها عدة قوانين لتنظيم استئجار العقارات [628] قبل الاستقلال وقبل إصدار الدستور، ومنها قانون الإيجارات الصادر بالإعلان رقم 42 لسنة 1365 هجرية (1946/8/21) الذي نظم (مقاولة) إيجار العقارات، على أن يسري إعلان 42 على (البيوت المبنية بالحجارة والغرف الواقعة في المنامة والمحرق ولا يسري على العمايِر والدكاكين والمحال التجارية والخانات وبيوت السعف)[629] ثم صدر قانون إيجار آخر بالإعلان 1373/12 الصادر في 1953/11/23 ومد نطاق سريان القانون (42) الذي يشمل (الدكاكين والحفيزات والكاراجات والمقاهي والفنادق ودور السينما)[630].

وانتهت العديد من أحكام التنفيذ وأحكام محكمة التمييز إلى أن القواعد المنظمة لإيجار العقار تختلف في منطقتي المنامة والمحرق عن بقية مناطق البحرين، وصدرت أحكام نهائية وباتة ونفذت أيضاً، واعتبر ذلك من القواعد المستقرة في القضاء البحريني.

---

[627] صبري محمد السنوسي، اثار الحكم بعدم الدستورية، دار النهضة العربية، 2000 ص 83.

[628] انظر الإعلان رقم 1355/32 الذي يستوجب تدوين عقد الإيجار وأطلق عليه (مقاولة) على أوراق ضمانات خاصة لإيجار المزارع التي تعدى إيجارها الشهري 50 روبية وعلى أوراق رسمية أخرى إذا كانت أقل من الخمسين روبية ، والإعلان صادر من مستشار حكومة البحرين بتاريخ 1936/11/14 ، وإعلان رقم 1363/29 الذي تم إلغاؤه لتطبيق الإعلان رقم 1365/32 الصادر في 1946/8/2 والذي جعل تقدير الإيجارات في المنامة والمحرق من اختصاص لجنة برئاسة مدير الطابو (إدارة المساحة) وعضوية رئيس البلدية المعنية وعضوين من البلدية اللذين تم انتخابهم بالتصويت، والإعلان رقم 1367/2 الملغي بالمرسوم بقانون رقم 9 لسنة 1970 الصادر في 1970/11/12 متضمناً ثلاث مواد ، الأولى تنص على أن لمستأجر العقار الحق في تجديد عقد الإيجار عند انتهاء مدته، ويستفيد من هذا الحكم كل شاغل للعقار بعقد انتهت مدته والمادة الثانية تلغي الإعلان رقم 1367/34 والمادة الثالثة للنشر، والإعلان رقم 1365/42 تم تعديله بالإعلان رقم 1367/34 الذي ألغي بالمرسوم بقانون رقم 9 ، والإعلان رقم 34 كان ينص على سريان قواعد الإيجار على المنازل الجديدة والتي بنيت بالكامل من جديد.

[629] بيوت السعف هي البيوت المبنية من النخل، والخانات هي الغرف المؤجرة للعزاب، أما الدكاكين فهي المحال التجارية الصغيرة، والعمايِر جمع عمارة وهي المباني المبنية من أكثر من طابق.

[630] عرفت المادة البنايات لتشمل المكاتب (الحفيز) والكراج (الورش الصناعية) والمقاهي والسينما.

غير أنه وبمناسبة الطعن في تلك الإعلانات والمرسوم بقانون أمام المحكمة الدستورية أصدرت المحكمة – فيما يهمنا –أحكاماً متباينة في الحجية المطلقة أو النسبية.

فقد قضت المحكمة الدستورية، بمناسبة الطعن أمامها على الإعلان رقم 42 لسنة 1365، بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة الشخصية المباشرة، لأن المرسوم بقانون 9 لسنة 1970 نسخ الإعلان المطعون فيه بقانون لاحق عليه، وبالتالي لا توجد مصلحة للطاعن (الأمر الذي تنتفي معه المصلحة الشخصية المباشرة للمدعي)[631].

ثم قضت المحكمة الدستورية بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة الشخصية المباشرة، وذلك لأن إعلان 1365/42 وإعلان 1373/12 (... نصوص قد نسخت بعد صدور المرسوم بقانون رقم 9 لسنة 1970)[632].

والمدعون يطعنون بتمييز الإعلانين بين المواطنين على أساس مناطقي، فهو يعطي للمنامة والمحرق مركزاً قانونياً يختلف عن بقية مناطق البحرين، ومع إقرار المحكمة الدستورية بأن الإعلانين قد تم نسخهما بقانون لاحق، إلا أنها قضت بأن (... تلك النصوص التشريعية المطعون فيها بعدم الدستورية من سريانها على المحرق والمنامة دون باقي مناطق المملكة مبناه قاعدة عامة مجردة تستند إلى مصلحة عامة أملتها ازدحام تلك المدن بالسكان وقلة المعروض من العقارات السكنية مع ازدياد الطلب وما يستلزمه ذلك من مواجهته بتدابير استثنائية، وتكون قالة الإخلال بمبدأ المساواة المنصوص عليها في الدستور فاقدة الأساس).

ثم قضت مرة أخرى بعدم قبول الدعوى بشأن دستورية المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 9 لسنة 1970 التي نسخت الإعلانين 42 و 12 ومدت قواعد تطبيق الإيجار على كل شاغل عقار، أياً كان موقع هذا العقار (فإن مصلحتها في إقامة الدعوى طعناً عليه تكون منتفية)[633]، وجاء في حيثيات الحكم (أن الفصل في دستورية النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور لا يتصل بكيفية تطبيقها عملا ولا

---

631 القضية رقم (د/6/2) لسنة 4 قضائية، جلسة 2008/11/24 الحكم منشور في الجريدة الرسمية العدد 2872 بتاريخ 2008/12/4.

632 القضية رقم (د/7/2) لسنة 5 قضائية، جلسة 2009/6/15 الحكم منشور في الجريدة الرسمية العدد 2900 بتاريخ 2009/6/18.

633 القضية رقم (د/9/3) لسنة 7 قضائية، جلسة 2012/1/25 الحكم منشور في الجريدة الرسمية العدد 3037 بتاريخ 2012/2/2.

بالصورة التي فهمها القائمون على تنفيذها، وإنما مرد اتفاقها مع الدستور أو خروجها عليه إلى الضوابط التي فرضها على الأعمال التشريعية جميعها ...)[634].

كما وقضت المحكمة الدستورية بمناسبة الطعن على ذات النصوص، إلا أن حكمها كان بعدم قبول الدعوى لعدم اتصال المحكمة بالدعوى وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانون المحكمة الدستورية، إذ كان نزاعاً قائماً بشأن عقد إيجار وتم عرضه على محكم، والمحتكم دفع بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم 9 لسنة 1970 ، والمحكم أجاز رفع الدعوى الدستورية إلا أن المحكمة الدستورية قضت بأن (... الأعمال القضائية التي عهد المشرع بها للمحاكم تتمايز عن غيرها من الأعمال التي يمارسها أفراد أو لجان أو هيئات حتى وإن خصها المشرع بالفصل في الخصومات، فهذا التمايز يرتكز على مجموعة من العناصر تكون بمثابة ضوابط تحكم العمل القضائي وتشكله ... وأبرز العناصر والضوابط ... مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل) واعتبرت المحكمة الدستورية أنه (لا ولاية للمحكم في تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية) [635].

كما قضت المحكمة الدستورية بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة من الطعن في المرسوم بقانون رقم 9 لسنة 1970[636] إلا أنها وفي ردها على الدفع بانتهاء الخصومة لسبق الفصل فيها بالحكم رقم د/2/2006 السنة الرابعة القضائية في جلسة 2008/11/24، التي قضت فيها بعدم قبول الدعوى (من دون أن تقابل هذا النص بأحكام الدستور وتنزل حكم هذا الأخير عليه، فلا تمتد إلى منطوق هذا الحكم القائم على هذا المعنى الحجية المطلقة التي أسبغها قانون المحكمة الدستورية على أحكامها في المسائل الدستورية) واعتبرت الحكم السابق، القاضي بعدم قبول الدعوى لانتفاء

---

634 قد يتراءى للباحث أن المحكمة الدستورية، وإزاء كثرة الدفع بعدم دستورية الإعلانين، ولقيام محكمة التمييز بتطبيق هذين الإعلانين على النزاعات المعروضة عليها، مدت المحكمة الدستورية في أسباب حكمها ما قد يوحي، وقد يكون ذلك افتراضاً خاطئاً، أنها تدخلت في اختصاص القضاء المدني، ففسرت الإعلانين وكيفية نسخهما، وأعطت معنى لا يوجد أصلاً في نص المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 9 لسنة 1970 بتطبيق قواعد إيجار العقار في جميع مناطق البحرين، ومع قبولي لصحة ما انتهت إليه المحكمة الدستورية من تفسير، إلا أنه يتجاوز في رأيي سلطاتها في تقرير دستورية المواد من عدمه لتمتد لتفسير ما كان يجب أن يصدر من القضاء المدني.

635 تحكم المحكمة الدستورية بعدم قبول الدعوى إذا تمت إحالتها من قبل هيئة تحكيم مشكلة من قبل محكمين وقضاة، لأن تشكيل هيئة التحكيم التابعة لوزارة العمل (لايغلب على تشكيلها العنصر القضائي) وأن وزير العدل يندبهم كل سنة قضائية (وهو مايتعارض مع ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة، الذي يتطلب أن يصدر بندب هؤلاء القضاة قرار من المجلس الأعلى للقضاء، ومن ثم فإن هذه الهيئة لاتعتبر هيئة قضائية ولاتعتبر قراراتها (بالتالي) أعمالاً قضائية)انظرالقضية رقم (د/2013/3)جلسة 2013/5/29 ، منشور في الجريدة الرسمية العدد 3108 بتاريخ 2013/6/13.

636 القضية رقم (د/2012/2) لسنة 10 قضائية، جلسة 2013/1/30 الحكم منشور في الجريدة الرسمية العدد 3091 بتاريخ 2013/2/14.

مصلحة الطاعن، من الأمور الشكلية (.. إن كانت المحكمة لم تفصل في دستورية هذا المرسوم ... فلم تقرر ما إذا كان هذا النص يوافق أو يخالف أحكام الدستور، فإن حجية حكمها بعدم القبول تكون مقصورة على هذا النطاق وحده، ولا تمنع من العودة إلى بحث دستورية هذا المرسوم...)[637].

وهذا الحكم أعطى (بعدم قبول الدعوى) قوته ومرتبته بين الأحكام وبالشرط الذي وضعته المحكمة، فطالما لم تتعرض المحكمة لدستورية النص، فذلك لا يمنع من إعادة الطعن فيه مرة أخرى.

أما في دعوى منازعة التنفيذ[638]، اعتبرت المحكمة أن الحكم الذي لم ينفذ بشكل صحيح وصاحب (اعتراضه عوائق تحول قانوناً – بمضمونها أو أبعادها – دون اكتمال مداه وتعطل تبعاً لذلك أو تقيد اتصال حلقاته وتضاممها بما يعرقل جريان آثاره كاملة دون نقصان، ومن ثم تكون عوائق التنفيذ القانونية هي ذاتها موضوع منازعة التنفيذ..)[639]، وأضافت (إنه من المقرر إذا أقامت المحكمة الدستورية حكمها بعدم قبول الدعوى على معنى معيناً للنص الطعين تستخلصه استخلاصاً سائغاً من مقاصد المشرع ... فإن هذا المعنى يغدو ملزماً لكافة سلطات الدولة، ومنها المحاكم على اختلاف درجاتها، لا يملك أحد دونه محيصاً ولا يستطيع حولاً) وجاء هذا الحكم بعد أن حكمت محكمة الأمور المستعجلة في مادة مستعجلة في قضائها (أنه لما كانت المحكمة الدستورية قد قضت بعدم قبول الدعوى بشأن المادة الأولى من المرسوم بقانون 9 لسنة 1970 فإن الدفع بتجدد عقد الإيجار وفقا للمرسوم رقم 9 لسنة 1970، يغدو من ثم في غير محله)[640] واعتمد حكم الأمور المستعجلة على حكم محكمة التميز[641] التي اعتبرت أن منطقتي المنامة والمحرق لهما تشريع خاص لعقد الإيجار، وذلك على عكس ما انتهت إليه المحكمة الدستورية في حيثيات الأحكام السابقة بأن المرسوم بقانون رقم 9 لسنة 1970 جعل القواعد المنظمة للإيجار سارية في كل

---

[637] جاءت ذات الأسباب في الحكم رقم (د/2012/2) لسنة 10 قضائية وفي الحكم (د/2012/3) لسنة 10 قضائية، جلسة 30 يناير، الحكم منشور في الجريدة الرسمية العدد 3091 بتاريخ 2013/2/14، وقضت أيضاً بعد قبول الدعوى.

[638] تختص المحكمة الدستورية في منازعات التنفيذ المتعلقة بالأحكام الدستورية، فقد نصت المادة 32 من قانون المحكمة الدستورية على أن (تفصل المحكمة دون غيرها في كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام الصادرة عنها، ولا يترتب على رفع المنازعات وفق تنفيذ الحكم مالم تأمر المحكمة بذلك).

[639] القضية رقم (م.ت/2013/1) لسنة 11 قضائية، جلسة 2013/5/16 منشور في الجريدة الرسمية العدد 3105 بتاريخ 2013/5/23.

[640] حكم محكمة الأمور المستعجلة رقم 01/2012/299/6 جلسة 2013/3/20 مشار إليه في الحكم الدستوري (م.ت /2013/1) لسنة 11 قضائية حلبة 2013/5/16 مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية، المجلد الرابع، البحرين،2017 ص 407.

[641]الطعن رقم 2003/343 جلسة 2004/3/12، مشار إليه في المرجع السابق ص 415.

مناطق البحرين، مما استدعى أن تقرر المحكمة الدستورية بأن الحكم بعدم القبول له حجية في مواجهة الكافة، وجاء في الحكم (... وكانت المحكمة الدستورية بحكمها المتقدم قد حددت معنى معيناً لمضمون نصوص المرسوم بقانون رقم 9 لسنة 1970، على النحو السالف بيانه، منتهية من ذلك إلى الحكم بعدم قبول الدعوى، فإن هذا المعنى يكون هو الدعامة الأساسية التي انبنى عليها هذا الحكم، ولازم النتيجة التي انتهى إليها، ويرتبط ارتباطاً وثيقاً بمنطوقه ويكمله، ليكون معه وحدة لا تقبل التجزئة، لتمتد إليه الحجية التي أسبغتها الفقرة الأولى من المادة 31 من قانون هذه المحكمة ... وذلك في مواجهة المدعي عليها، وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتهاالمختلفة، بحيث تلتزم تلك السلطات – بما فيها الجهات القضائية على اختلافها – باحترام قضائها، وتنفيذ مقتضاه على الوجه الصحيح).[642] وبذلك حكمت المحكمة الدستورية بالمضي في تنفيذ حكمها السابق والاعتماد على تفسيرها لقواعد الإيجار، ثم تلا ذلك منازعة تنفيذ ثانية، لم يكن بها أي قواعد جديدة، إلا أن منازعة التنفيذ الثالثة[643] وفي ذات الموضوع، حكمت فيها المحكمة الدستورية (... أن الخصومة الناشئة عن الدعاوى الدستورية عينية بطبيعتها، وأن الأحكام التي تصدر فيها حجية مطلقة، تتعدى أطرافها إلى السلطات ... وإلى الناس كافة، إلا أنه يبقى صحيحاً – في الوقت ذاته وبالدرجة عينها – أن الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية ليست آراء مجردة غايتها إثراء الفكر القانوني، وإنما هي تصدر بقصد أعمال آثارها)[644] غيرإنها قضت بعدم قبول الدعوى لعدم اتصالها بالدعوى اتصالاً مطابقاً للأوضاع القانونية.

ثانيا: المصلحة الشخصية والصفة

تحكم المحكمة الدستورية بعدم قبول الدعوى إذا انتفت المصلحة الشخصية، فإذا طعن الأفراد في قانون تقسيم الأراضي المعدة للتعميروالتطوير، ولائحته التنفيذية، في حين أن الأراضي التي تخصهم قد تم تقسيمها من قبل وزارة الإسكان، وأدت تلك التسمية إلى (ارتفاع سعر الأرض مما أفاد المدعين طبقاً لما جاء بتقرير الخبير

---

642 انظر أيضاً القضية رقم (م.ت /2013/2) لسنة 12 قضائية، جلسة 2015/2/25 منشور في الجريدة الرسمية العدد 3199 بتاريخ 2015/3/5 والتي قضت فيه المحكمة بذات الحكم واعتمدت على ذات الأسباب.

643 اعتبرت المحكمة الدستورية أن هذه الدعوى، دعوى تفسير ولم تعتبرها منازعة تنفيذ، وذلك بعد أن انتهت محكمة التمييز بأن الأرض الفضاء لا تمتد إليها أحكام المرسوم بقانون 9 لسنة 1970 ولا يمتد حكم المحكمة الدستورية رقم (د/2013/3) بشأن نوع العقار المؤجر الذي قصره على إيجار البيوت والبنايات دون الأرض الفضاء، وبالتالي لا ينطبق حكم المحكمة الدستورية على النزاع المعروض أمام محكمة التمييز. انظر الطعن 2014/381 دون تاريخ جلسة مشار إليه في المرجع السابق ص 434.

644القضية رقم (د.ت /2014/1) لسنة 12 قضائية، جلسة 2015/2/25 منشور في الجريدة الرسمية لعدد 3199 بتاريخ 2015/3/5 .

المنتدب ... فلا وجه للقول بأن تلك النصوص قد ألحقت بهم ضرراً من جراء تطبيقها عليهم ...)[645].

أما شرط الصفة، فيختلف أصحاب الصفة باختلاف أسلوب تحريك الدعوى، فالإحالة لا تكون إلا من الملك والطلب يجب أن يكون من رئيس المجلس، مجلس الوزراء أو مجلس النواب أو مجلس الشورى، والأفراد تثبت لهم الصفة في الدفع الفرعي أمام محكمة الموضوع متى ما صرحت لهم المحكمة، وأعضاء المجالس لا يملكون صفة الطلب أو التمثيل في الدعوى الدستورية، لأنها مقصورة على رؤساء تلك المجالس، فلا وزير العدل ولا وزير شئون مجلس الوزراء لهم الحق في تمثيل مجلس الوزراء، ولا يكونون خصماً في الدعوى الدستورية.[646]

كما تحكم المحكمة الدستورية بعدم قبول الدعوى إذا لم يورد المدعي في طلباته أو في صحيفة الدعوى بيان النص المطعون بعدم دستوريته، وأثر ذلك (عدم قبول الدعوى في هذا الشق)[647].

وقد حكمت المحكمة الدستورية بعدم قبول الدعوى إذا كانت (الخصومة تتعلق بذات المراسيم بقوانين التي قضت المحكمة الدستورية برفض ما أثير في شأنها من مطاعن شكلية – وهي ذات المطاعن المثارة في الدعوى المماثلة... فإن مصلحة المدعيين في الدعوى الراهنة تكون منتفية، ويتوجب الحكم بعدم قبولها)[648]، أو أنه سبق أن المحكمة الدستورية قد (انتهت إلى دستورية هذه النصوص ... وكان قضاؤها هذا له حجية مطلقة حسمت الخصومة بشأن دستورية هذه النصوص حسماً قاطعاً مانعاً من نظر أي طعن يثور من جديد بشأنها، فإن الخصومة في الدعوى الماثلة غير

---

[645] القضية رقم د/1/6 لسنة 4 قضائية جلسة 2008/6/19 منشور في الجريدة الرسمية العدد 2850 بتاريخ 2008/7/3 .

[646] القضية رقم (د/1/3) لسنة 1 قضائية، جلسة 2004/4/26 منشور في الجريدة الرسمية العدد 2633 بتاريخ 2004/5/5 .

[647] القاعدة رقم 5، القضية رقم د/2/6 لسنة 4 قضائية ، جلسة 3029 20111/12/8 2008/11/24، مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية، الكتاب الثاني البحرين، 2010 ص 90.

[648] إما إذا حكمت المحكمة بعدم دستورية نص فإنها تحكم باعتبار الخصومة منتهية وذلك بعد الطعن على قانون الاستملاك الذي سبق للمحكمة الدستورية الحكم بعدم دستوريته بجلسة 2007/3/26 ونشر الحكم في الجريدة الرسمية العدد 2786 بتاريخ 2007/4/12 وبتلك الحجية التي تحول دون إعادة طرح القضية من جديد أمام المحكمة الدستورية و (الأمر الذي تغدو معه الخصومة في الدعوى المعروضة منتهية). انظر القضية رقم (د/4/5) لسنة 3 قضائية، جلسة 2008/1/7، الحكم منشور في الجريدة الرسمية العدد 2826 بتاريخ 2008/1/17. وكذلك في الحكم الذي حكمت فيه باعتبار الخصومة منتهية وذلك لسبق الفصل في دستورية المادة الثانية من قانون التأمين الإجباري، والذي انتهت فيه المحكمة إلى عدم دستورية الفقرة الثانية من المادة الثانية، (الامر الذي تغدو معه الخصومة في الدعوى منتهية). انظر القضية رقم (د/1/2013) لسنة 11 قضائية، جلسة 2014/1/29 الحكم منشور في الجريدة الرسمية العدد 3042 بتاريخ 2014/2/6.

مقبولة لسابقة الفصل في المسألة الدستورية محل الدعوى)[649] أو إذا حكمت مسبقاً بعدم دستورية نص [650] فقد قضت المحكمة الدستورية بأن الطاعن استفاد (... من مزايا نصوص المرسوم بقانون واللائحة المطعون عليها ... وانتفت العلاقة السببية بين هذه النصوص وبين الضرر المدعي به، فإن إبطال هذه النصوص لن يحقق لهم أية فائدة عملية...)[651].

كما أن المحكمة الدستورية حكمت بعدم قبول الدعوى بعد تنازل الطاعن في دعواه الموضوعية والدعوى الدستورية[652] (وكان المدعي قد تنازل أمام محكمة الموضوع عن دعواه بما مؤداه سقوط الدفع بعدم الدستورية وإهدار كافة الآثار القانونية المترتبة عليه بعد أن انتفت طلبات المدعي في دعواه الموضوعية، وأصبح الدفع وارداً على غير محل، مما يتعين بعدم قبول الدعوى الراهنة لانتفاء مصلحة المدعي فيها).

كما تحكم المحكمة الدستورية بعدم قبول الدعوى إذا أحيلت القضية أو اتصلت بها المحكمة الدستورية بغير الأوضاع القانونية التي نص عليها قانون المحكمة[653].

وتقضي المحكمة بعدم قبول الدعوى إذا كانت الدعوى تتعلق بعيب عدم مشروعية قرار إداري وليس في دستورية اللائحة[654] (وكان الفصل في عوار

---

649 القضية رقم (د/2/8) لسنة6 قضائية، جلسة 2011/11/30 الحكم منشور في الجريدة الرسمية العدد 3029 بتاريخ 2011/12/8.

650 القضية رقم د/2010/2 لسنة 6 قضائية، جلسة 2012/6/27 الحكم منشور في الجريدة الرسمية العدد 3059 بتاريخ 2012/7/5.

651 القضية رقم (د/5/7) لسنة 5 قضائية، جلسة 2010/4/19 منشور في الجريدة الرسمية العدد 2945 بتاريخ 2010/4/29 وذلك بعد رفع دعوى من مجموعة محامين ضد وزارة التجارة التي درجت على إصدار تراخيص سجلات لشركات أجنبية لممارسة العمل القانوني في البحرين الترخيص لمكاتب محاماة دولية، وطعنوا في القواعد التي تنظم مهنة المحاماة.

652 القضية رقم (د/6/7) السنة 5 قضائية، جلسة 2010/6/21، منشور في الجريدة الرسمية العدد 2954 بتاريخ 2010/7/1.

653القضية رقم د/4/8 لسنة 6 قضائية، جلسة 2012/2/29، منشور في 3042 بتاريخ 2012/3/8

654 لقد خول قانون البلديات رئيس الوزراء إصدار اللائحة التنفيذية للقانون، إلا أن اللائحة صدرت عن وزير البلديات، والمحكمة الدستورية قررت أن وزير البلديات غير مختص، وجاء في حيثيات الحكم (... أنه متى عهد القانون إلى جهة معنية بإصدار القرار، استقل من عينه القانون دون غيره بإصداره، وإلا تمحض الأمر انتحالاً للاختصاص، وغصباً للسلطة. فمن ثم فإن القرار رقم 22 لسنة 2005 في شأن الرسوم البلدية (المطعون عليه) الصادر عن وزير شؤون البلديات والزراعة، قد صدر معيباً من الناحية القانونية (صدوره عن سلطة غير مختصة، وجاء متحيفاً حدود القانون متردياً بذلك في حمأة عيب عدم المشروعية)).

المشروعية تنحسر عنه ولاية المحكمة الدستورية، فإن الدعوى الماثلة تغدو في هذه الشق متعينة عدم القبول)[655].

الفرع الثاني: حجية الحكم الصادر برفض الدعوى

الفرق بين عدم قبول الدعوى ورفض الدعوى يكمن في أن الرفض جاء بعد أن محصت المحكمة الدستورية القضية ودرست النزاع فقررت أن التشريع المطعون فيه مطابق الدستور، فتصدر حكمها برفض الطعن، وباعتبار أن النص دستوري.

وتكون حجية الحكم برفض الدعوى مطلقة، إلا أن المحكمة الدستورية، وعند الطعن مرة أخرى على ذات النص تحكم بعدم قبول الدعوى، وبالتالي يتسرب إلينا الشك في أن حجية رفض الطعن حجية مطلقة، فإنها قد تكون حجية نسبية.

إلا أن أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر قضت بأن الأحكام التي رفضت فيها الدعوى، وبعد نشر الحكم، فإن أي نزاع أمام المحكمة على ذات النص التشريعي، لا يقبل إذ تكون للحكم حجية مطلقة، وجاء في أحد أحكامها بأن (... ما فصلت فيه فصلاً قاطعاً إنما يحوز حجية مطلقة في مواجهة الكافة وبالنسبة إلى الدولة بكامل سلطاتها، وعلى امتداد تنظيماتها المختلفة، وهي حجية تحول بذاتها دون مجادلة فيه أو السعي إلى نقضه من خلال إعادة طرحه على هذه المحكمة لمراجعته ...)[656] ويشمل ذلك ما رفضت المحكمة من (مطاعن شكلية أو موضوعية)[657] أو كانت الحجية تشمل المطاعن الموضوعية[658] أو أن المحكمة لم تشر إلى الأوضاع الشكلية، لكن كان ذلك لازماً للتحقق ودون ذكره، (فإن قضاء المحكمة الدستورية العليا وقد صدر على النحو المتقدم في شأن مطاعن موضوعية ليكون متضمناً لزوماً تحققها من استيفاء القرار بقانون رقم 36 لسنة 1979 المشار إليه لأوضاعه الشكلية، إذ لو كان الدليل قد قام على تخلفها، لسقط هذه القرار بقانون برمته، ولامتنع عليها أن تفصل في اتفاق بعض مواده أو مخالفتها أحكام الدستور الموضوعية، ليغدو ادعاء صدوره على خلاف الأوضاع الشكلية التي تطلبتها المادة 147 من الدستور على غير أساس،

---

655 القضية رقم (د/2011/3) لسنة 9 قضائية، جلسة 2013/4/24 منشور في الجريدة الرسمية العدد 3013 بتاريخ 2013/5/9 .

656 الدعوى رقم 12 لسنة 16 ق، جلسة 1990/6/3، مشار إليه لدى عزالدين الدناصوري وعبدالحميد الشواربي، الدعوى الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002 ص 127.

657 الدعوى رقم 6 لسنة 8 ق جلية 1994/11/5، مشار إليه لدى المرجع السابق ص 128.

658 الدعوى رقم 5 لسنة 14 ق جلسة 1994/10/1 مشار إليه لدى المرجع السابق ص 129.

حرياً بالالتفات عنه)[659] واختصرته المحكمة الدستورية في (... منطوياً لزوماً على استيفاء النص التشريعي المطعون عليه للأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور)[660].

كما أنه لو طعن في المناحي الشكلية دون الموضوعية، فإن المحكمة تنظر في العيوب الشكلية (فإن قضاء هذه المحكمة في شأن ذلك الوجه من النعي يكون متعلقاً بمطاعن شكلية صرفه، مقصوراً عليها، ولا يفيد- وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - تطهير النص التشريعي المطعون عليه مما قد يكون عالقاً به من مثالب موضوعية)[661].

إلا أن هناك من يرى، أن الحكم برفض الدعوى ليست له حجية مطلقة، وإنما حجية نسبية[662] وذلك لأن الحكم برفض الدعوى لا يؤدي إلى إلغاء نص تشريعي ولا يغير من المراكز والأوضاع القانونية القائمة، كما أن علة النشر في الجريدة الرسمية (... إعلاناً لمنهج المحكمة في رقابة دستورية القوانين، والتعريف بهذا القضاء، والتبصير به كي يستهدي به عند إثارة الطعون بعدم الدستورية أمام جهات القضاء، ولا يترتب عليه أن تكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء)[663].

غير أن الحكم الصادر برفض الدعوى، ولهذه الأسباب، قد يكون ذا حجية نسبية في منطوقه، إلا أن الرد على الطعون التي وجهت للنص، تكون له حجية مطلقة ولا يجوز إعادة الطعن وعرض تلك المطاعن على المحكمة الدستورية، لسبق الفصل فيها (ولكن ذلك لا يمنع من الطعن على هذا النص استنادا إلى مطاعن جديدة لم تنشر من قبل، إما لعدم اكتشافها سابقاً، أو لظهور أوضاع وتغيرات جديدة للنص كشفت عن أوجه أخرى لعدم دستوريته)[664].

ولا تصدر عن المحكمة الدستورية إلا الأحكام التالية، عدم قبول الدعوى كما سبق شرحه، أو رفض الطلب، رفض الإحالة من المحكمة كما تم بيانه في هذا الفرع الذي ينطبق على رفض الإحالة الملكية أو رفض الطلب المقدم من المجالس.

---

[659] الدعوى رقم 25 لسنة 16 ق جلسة 1995/7/3 والدعوى رقم 31 لسنة 10 ق جلسة 1991/12/7، مشار إليه لدى عادل الطبطبائي، المرجع السابق ص 131.

[660] الدعوى رقم 39 لسنة 9 ق جلسة 1992/11/7 مشار إليه لدى المرجع السابق ص 131.

[661] الدعوى رقم 23 لسنة 12 ق جلسة 1993/1/2.

[662] عادل الطبطبائي، مرجع سابق ص473 وما بعدها.

[663] المحكمة الدستورية العليا، مصر، القضية رقم 8 لسنة 3 قضائية دستورية جلسة 1976/12/11 مشار إليه لدى المرجع السابق ص 467.

[664] عادل الطبطبائي، مرجع السابق ص 475.

كما تحكم بعدم دستورية نص أو عدم دستورية قانون، وفي الرقابة السابقة تقرر عدم مطابقة الدستور كما سيأتي بيانه لاحقاً، أو مطابقة الدستور، وفي منازعة التنفيذ تحكم بالمضي في تنفيذ حكم المحكمة الدستورية.

ولكل حكم حجية تختلف عن الأخرى، وفي حجية انقطاع سير الخصومة تحوز الحجية النسبية، كالحكم بإثبات ترك المدعي للخصومة، إلا أن الحكم بانتهاء الخصومة نتيجة صدور حكم سابق بعدم دستورية نص، حكم ذو حجية مطلقة[665].

الفرع الثالث: حجية القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية

تتمتع الرقابة الدستورية في البحرين بنظام فريد من نوعه، فمع أن الأصل التاريخي لدستور البحرين هو الدستور الكويتي، فإن دستور البحرين الأول 1973 وإن نص على إنشاء المحكمة الدستورية، إلا أن المحكمة لم تنشأ إلا بعد تعديل الدستور بإقرار ميثاق العمل الوطني في 2002، ولم تكن المحكمة في البحرين، كتلك التي في الكويت، ولا التي في مصر تعتمد على الرقابة السابقة، مع وجود التشابه في العديد من الجوانب، فقد اعتنق قانون المحكمة الدستورية بجانب الرقابة اللاحقة، رقابة سابقة، قضائية، ذات حجية مطلقة.

ففي الفصل الرابع وتحت عنوان السلطة القضائية، جاءت المادة 106 من الدستور المعدل لتضيف إلى اختصاص المحكمة الدستورية، الرقابة السابقة، وقد نصت الفقرة الثالثة على أن (للملك أن يحيل إلى المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها لتقرير مدى مطابقتها للدستور، ويعتبر التقرير ملزماً لجميع سلطات الدولة وللكافة) وبالتالي يحق للملك بأسلوب الإحالة الملكية لأي مشروع قانون ليصدر من المحكمة تقرير يبين مطابقة مواد المشروع للدستور من عدمه.

بيد أنه لوصدر المشروع، وغدا قانوناً، فهل يجوز أن يطعن فيه أمام المحكمة الدستورية بمطاعن مخالفة القانون لنصوص الدستور؟

الظاهر من المذكرة التفسيرية لدستور البحرين أنها تحول دون إعادة الطعن، فقد جاء في المذكرة (أن التقرير الصادر من المحكمة في هذه الحالة ملزم لجميع سلطات الدولة وللكافة، يمنع بذلك إعادة الطعن بعد صدوره لسابقة الفصل في ذلك.) والمذكرة التفسيرية، تعتبر مكملة للدستور وجزءاً من الوثيقة الدستورية، فهل يعني ذلك أن تقرير المحكمة يؤدي إلى حصانة للقانون في حال صدوره، أم أن عبارة (التقرير ملزم للكافة)، مقارب للنص الذي يعطي لحكم المحكمة الدستورية حجية

---

[665] صبري محمد السنوسي، مرجع سابق ص 88.

مطلقة، بينما أثبت الواقع العملي أن الحجية المطلقة كانت للأحكام الصادرة بعدم الدستورية وبقية الأحكام بقيت متباينة الحجية واضحة الأثر.

وقبل شرح تلك الجزئية، لابد من الإشارة إلى أنه ليس من اختصاص المحكمة الدستورية أثناء الرقابة السابقة على أي مشروع قانون، أن تقوم بمراجعة صياغة المواد، أو البحث في التناقض بين نصوص ذات المشروع، أو تعارض نصوص المشروع مع قوانين أخرى، أو تقدير ملاءمة التشريع[666]، ويحق للملك إحالة مشروع قانون أو عدة مواد من المشروع أو مادة واحدة فقط، كما سيأتي ذكره في الأمثلة.

وأصدرت المحكمة الدستورية أول قرار لها في الرقابة السابقة في أول إحالة ملكية بشأن مشروع قانون بإنشاء غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية، وقررت المحكمة الدستورية عدم مطابقة خمس مواد من المشروع لأحكام الدستور، والمواد غير المطابقة للدستور، هي: المادة الأولى التي جعلت التحكيم إجبارياً، والمادة العاشرة التي خلت من ضوابط لفرض الرسوم، مع إعطائها صلاحية تقديرية مطلقة لوزير العدل في فرضها، والمادة 23 التي وضعت تمييزاً تحكمياً غير مبرر بين أطراف الخصومة، دون تحقيق ضمانة الحيدة للمتقاضين، والمادة 24 التي تعرقل طلب الحق عبر إلزام طرف الخصومة بدفع كفالة مالية تزيد من أعباء التقاضي وتعرقل الحصول على الحق في التقاضي، والمادة 26 التي فوضت وزير العدل في إصدار لائحة كان الواجب أن تصدر بقانون وليس بقرار إداري.

وأثراً لذلك القرار، نشب خلاف بين البرلمان والحكومة بشأن مدى دستورية الرسوم، وذلك تطبيقاً للحجية المطلقة لقرارات المحكمة الدستورية، مما حدا بالحكومة لتقديم طلب تفسير لبيان ما إذا كان قرار المحكمة الدستورية (بعدم مطابقة المادة 10 للدستور) يؤخذ به كمبدأ في مشروعات القوانين كافة المتعلقة بالرسوم والمحالة إلى مجلس النواب، أم ينطبق فقط على المواد التي صدر بشأنها قرار المحكمة.

وبعد أن قضت المحكمة بأن (لقضاء المحكمة الدستورية – سواء ماصدر عنه في إطار الرقابة السابقة أو اللاحقة التي اختص بها الدستور هذه المحكمة – حجية مطلقة قبل الكافة وفي مواجهة الدولة بسلطاتها المختلفة فيما فصل فيه)[667] إلا إنها قررت، بأن قرارها في الإحالة الملكية ذو حجية نسبية، (تقتصر حجيته على هذا

---

666 انظر القاعدة رقم 1، الإحالة الملكية رقم (أ.ح.م/9/1) لسنة 7 قضائية جلسة 2009/6/25 مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية الكتاب الثاني، البحرين 2010 ص 212.

667 القضية رقم (ط.ح/2012/1) لسنة 10 قضائية، جلسة 2012/5/30 منشور في الجريدة الرسمية العدد 3055 بتاريخ 2012/6/7.

النطاق وحده، ولا تتعداه، محمولاً على الدعائم التي قام عليها، إلى ما سواه من مشروعات القوانين ولا إلى القوانين التي تتضمن مواد مشابهة) فيقتصر حجية الحكم على هذا النص وحده ولايتعداه إلى ما سواه[668].

وفي القرار الصادر بشأن المادة 20 من قانون المرور، قررت المحكمة عدم مطابقة المادة للدستور، وكانت المادة في مشروع القانون تنص على (مع عدم الإخلال بالشروط الواجب توافرها في المادة السابقة، لا يجوز للأجانب المقيمين في مملكة البحرين، من غير مواطني دول مجلس التعاون الخليجي، الحصول على رخصة قيادة أو قيادة مركبة آلية إلا إذا كانت طبيعة عملهم تقتضي ذلك، وتحدد اللائحة التنفيذية طبيعة الأعمال الأخرى التي تمنح بموجبها رخص القيادة للأجانب أو يسمح لهم بقيادة مركبة آلية في مملكة البحرين) واعتمدت في قرارها على تفسير المادة 19/أ (الحرية الشخصية مكفولة وفقاً للقانون) طبقاً لما ذهبت إليه الاتفاقيات والمواثيق الدولية، وانتهت، وبحق، إلى عدم مطابقة المادة للدستور[669]، مع اختلافنا في شأن الأسانيد التي اعتمدت عليها المحكمة[670].

وفي الإحالة الملكية بشأن مشروع قانون البلديات، الذي يقرر استثناء بلدية العاصمة من الانتخابات البلدية، جاء قرار المحكمة الدستورية معتمداً على الأعمال التحضيرية لدستور 1973، للإحاطة بالمقصد الدستوري لتفسير المادة 50 من الدستور ، والتي نصت على أن القانون ينظم هيئات الإدارة البلدية، لإدارة المرافق ذات الطابع المحلي، دون الإشارة عما إذا كان الانتخاب سبيله أم التعيين، وانتهت المحكمة إلى قرار مطابقة المادة للدستور، التي تقضي بتعيين أعضاء المجلس البلدي بدلاً من الانتخابات فيما عدا صلاحية الإدارة في الفقرة الثانية بشأن الإعفاء من المنصب الذي يخل بضمانة الاستقلال المقررة لأعضاء الهيئات البلدية[671].

---

668 وتم الطلب بصفة مستعجلة في منازعة تنفيذ وذلك لكون نصوص المرسوم بقانون رقم 30 لسنة 2009 بشأن غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية عائق لتنفيذ قرار المحكمة الدستورية، واعتبرت المحكمة أن قراراتها ذات حجية مطلقة (إلا أن هذه الحجية مقصورة على المنطوق هذا الحكم أو القرار، ولا تمتد إلى الأسباب، إلا إذا كانت هذه الأسباب مكملة لما نقص في هذا المنطوق، ومن ثم يتعين أن يذكر منطوق الحكم أو القرار النص الذي تعرض له صراحة، وهو ما لم يتضمنه قرار هذه المحكمة في الإحالة الملكية رقم ا.ح.ح /2009/1 لسنة 7 قضائية بالنسبة إلى المادة 9 حتى تمتد الحجية إلى الأسباب المكملة له أو المرتبطة به) واعتبرت المحكمة القاعدة 1 م ت القضية رقم (م.ت /2010/1) لسنة 8 قضائية ، جلسة 2012/12/29.

669انظر القضية رقم (ا ح م /2014/1) لسنة 12 قضائية، جلسة 2014/7/2 منشور في الجريدة الرسمية العدد 3164 بتاريخ 2014/7/10، ولا يغير ذلك ما نراه في حيثيات الحكم، وجاء في الفصل الأول من هذا البحث.

670 يؤيد وجهة النظر ما ذهب إليه الباحث منصور طارق منصور هاشم، الرقابة على دستورية القوانين، رسالة الماجستير، جامعة المملكة، البحرين، 2015.

671 وأكدت المحكمة أن قرارها ذو حجية مطلقة بشأن المادة 5 من المشروع وتقتصر عليها ولا تتعداها إلى بقية مواد المشروع، انظر مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية، الكتاب الرابع، البحرين 207 ص 363.

وبذلك تكون لقرارات المحكمة الدستورية في رقابتها السابقة حجية مطلقة تمنع على جميع الجهات إعادة الطعن على ذات المواد التي عرضت على المحكمة في رقابتها السابقة، سواء قررت المحكمة مطابقتها للدستور أو عدم مطابقتها للدستور، وسواء كانت الإحالة الملكية لمشروع قانون برمته مثل مشروع قانون غرفة تسوية المنازعات، فقد أحيل المشروع كاملاً إلى المحكمة الدستورية، أو في إحالة مادة أو عدة مواد، مثل الإحالة التي اقتصرت على المادة 20 من مشروع قانون المرور.

ويلاحظ في ذلك، عدم دخول الحكومة طرفاً في الدعوى، ولعل عدم السماح للحكومة بأن تكون طرفاً في الدعوى الدستورية، أي في الرقابة السابقة، له تأثير واضح على جودة الحكم، ومع اتفاقنا بأن قرار المحكمة الدستورية منطقي، إلا أن وجود طرف آخر يقدم الطعون، يتيح للمحكمة الدستورية والباحثين الحصول على مبادئ قيمة جداً تصدر عن المحكمة رداً على تلك الطعون[672]، فقد قررت المحكمة (... أن الحكومة تعتبر من ذوي الشأن في الدعاوى الدستورية طبقاً لنص المادة 21 من قانون المحكمة الدستورية، إلا أنها لا تعتبر كذلك فيما يحيله جلالة الملك إلى المحكمة من مشروعات القوانين قبل إصدارها لتقرير مدى مطابقتها للدستور..)[673].

وجدير بالذكر أن منطوق أحكام المحكمة لا تخرج عن الأحكام التالية: عدم قبول الدعوى، رفض الدعوى، أو رفض الطلب، أو رفض الإحالة، أو عدم دستورية نص، أو عدم دستورية قانون، انقطاع سير الخصومة، وإثبات ترك المدعي للخصومة، وكل تلك الأحكام تصدر برقابة لاحقة (باستثناء رفض الإحالة) وبصيغة حكمت المحكمة، وفي الرقابة السابقة تقرر المحكمة مطابقة مشروع القانون للدستور أو مطابقة المادة للدستور أو عدم مطابقة الدستور، وهذه القرارات التي اطلعنا عليها من جميع أحكام المحكمة الدستورية في البحرين حتى 2018/12/31، إلا أن في منازعات التنفيذ صدرت أحكام (بالمضي في تنفيذ حكم المحكمة الدستورية) أحكام وليس قرارات، وكل تلك الأحكام أكسبت النص القانوني حجية مطلقة تجاه الكافة، إلا أن التطبيق العملي أوجد أن الحجية المطلقة هي للأحكام الصادرة بعدم دستورية نص أو قانون، مع تحفظنا على حجية قرار عدم مطابقة المشروع أو بعض نصوصه للدستور لسببين، أولهما أن المادة 19 أوجبت في قرارات الإحالة بيان النص المطعون

---

672 إحالة المشروع ككل إلى المحكمة الدستورية هو أمر وقائي لحماية من سيطبق عليهم القانون من تعسف السلطة التشريعية، إلا أن تقرير دستورية مشروع قانون برمته للتأكد من مطابقته لجميع مواد الدستور، أمر غاية في الصعوبة ومن الممكن أن تغفل المحكمة الدستورية عن جزئية أو فقرة قد تحتوي في طيات التطبيق العملي مخالفة للدستور، لذلك أرى أنه من الأفضل إحالة مجموعة مواد مع المواد الدستورية المشتبه في مخالفتها، ليصدر القرار سليماً، ويحقق تلك الحجية المطلقة.

673 انظر القاعدة رقم 1، الإحالة الملكية رقم (أ.ح.م/9/1) لسنة 7 قضائية، جلسة 2006/6/25، مجموعة المبادئ وأحكام المحكمة الدستورية، الكتاب الثاني، مرجع سابق ص 226.

بعدم دستوريته، والنص الدستوري المدعي بمخالفته وأوجه الخلاف[674]، في حين أن القرارات التي صدرت في الإحالة الملكية، لم تكن تلتزم بهذه المادة، فالإحالة بشأن سياقة الأجانب اقتصرت على المادة 20 من مشروع قانون المرور لتقرير مدى مطابقته للدستور، والأولى أن يتم تحديد النص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة الدستورية، وكذلك مشروع قانون البلديات بشأن أمانة العاصمة ، احتوت الإحالة على المشروع، وطلبت الإحالة لتقرير مدى مطابقة مشروع المادة 5 للدستور، أما مشروع قانون غرفة تسوية النزاعات فقد أحيل كاملاً لتقرير مدى مطابقته للدستور وهذا الجهد العظيم من المحكمة الدستورية، قد يتوقع، ولاعتبارات الخطأ البشري، أن بعض طيات فقراته، أو بين نصوصه ما قد يفوت على المحكمة الدستورية تقرير مدى دستوريته، وبالتالي سيفوت على أصحاب المصلحة الطعن في دستورية المواد مستقبلاً، لأن المشروع بعد إصداره أصبح محصناً من الطعن بدعوى الحجية المطلقة لقرارات المحكمة.

المطلب الثاني:

أثر الحكم الدستوري الصادر بعدم دستورية معاهدة

يمتاز الحكم الدستوري، بأنه ذو أثر مباشر، فتنص مواد الدستور على أن للحكم (الصادر بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة أثر مباشر، مالم تحدد المحكمة لذلك تاريخاً لاحقاً، فإن كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن)[675] كما تمتاز بأن أحكام

---

[674] تنص المادة 19 من دستور البحرين على أنه (أ - الحرية الشخصية مكفولة وفقاً للقانون.
ب- لا يجوز القبض على إنسان أو توقيفه أو حبسه أو تفتيشه أو تحديد إقامته أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل إلا وفق أحكام القانون وبرقابة من القضاء.

ج - لا يجوز الحجز أو الحبس في غير الأماكن المخصصة لذلك في قوانين السجون المشمولة بالرعاية الصحية والاجتماعية والخاضعة لرقابة السلطة القضائية.

د - لا يعرّض أي إنسان للتعذيب المادي أو المعنوي، أو للإغراء، أو للمعاملة الحاطة بالكرامة، ويحدد القانون عقاب من يفعل ذلك. كما يبطل كل قول أو اعتراف يثبت صدوره تحت وطأة التعذيب أو بالإغراء أو لتلك المعاملة أو التهديد بأي منها.).

[675] من الفقرة الثانية من المادة 106 من دستور البحرين المعدل في 2002.

المحكمة الدستورية (وقراراتها الصادرة في المسائل الدستورية تكون ملزمة لجميع سلطات الدولة كافة)[676].

وينطبق ذلك على المعاهدة الدولية في حال صدور حكم بعدم دستوريتها أو عدم دستورية نص من نصوص المعاهدة ، فالمعاهدة بعد أن يوافق عليها البرلمان ، ويصدق عليها ملك البلاد، وتنشر في الجريدة الرسمية، تصبح (تشريعاً نافذاً في دولة الكويت له قوته الملزمة المقررة للقوانين ، بما تنبسط عليه الرقابة القضائية التي تتولاها هذه المحكمة على دستورية التشريعات، دون أن ينال ذلك اعتماد المجلس الأعلى لمجلس التعاون لدول الخليج العربية لهذا النظام (معاهدة) إذ ليس من شأن هذا الإجراء أن يضفي على القانون الصادر في هذا الصدد حصانة تحول بين المحكمة ومراقبة دستورية النصوص التي تضمنها، أو يغير طبيعته كعمل تشريعي، أو يعصمه من خضوع أحكامه لرقابتها للتأكد من مدى تطابقها مع نصوص دستور دولة الكويت باعتباره القانون الأعلى الواجب التطبيق في مجال نطاقها الإقليمي..)[677] وبناء على هذا الحكم الدستوري، فإنه يجوز للمحكمة الدستورية الحكم بعدم دستورية نص في معاهدة يخالف دستور البحرين، ولا يعصم من ذلك مكانة من قام بالتوقيع أو قدر من أقر نصوص تلك المعاهدة.

الفرع الأول: الحكم الصادر بعدم دستورية معاهدة دولية

اختلف الفقه في تحديد أثر الحكم الدستوري في النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته، فمنهم من يرى أن الحكم يؤدي إلى إلغاء النص وإزالته وعدم العمل به، ومنهم من يرى أن إلغاء النص هو من اختصاص السلطة التشريعية وبالتالي فإن المحكمة الدستورية تملك فقط سحب فعالية النص[678]، وأحكام القضاء المقارن تتباين في أثر الحكم بعدم الدستورية على النص، ففي الولايات المتحدة لا يترتب على الحكم بعدم دستورية النص أن يتم إلغاؤه، وإنما يمتنع تطبيق هذا النص[679].

وسبب عدم إلغاء النص المخالف للدستور هو أن الرقابة الدستورية في أمريكا مقررة لجميع المحاكم، ولا يمنع من تطبيق القانون أن يكون الحكم من المحكمة العليا

---

[676] من الفقرة الأولى من المادة 31 من قانون المحكمة الدستورية الصادر بالمرسوم بقانون رقم 27 لسنة 2002 بإنشاء المحكمة الدستورية، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2548 بتاريخ 2002/9/18.

[677] الدعوى رقم 2 لسنة 2005 دستوري، جلسة 2005/6/22 ، مجموعة الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية، المجلد الرابع، المكتب الفني للمحكمة الدستورية، الكويت، نوفمبر 2005 ص 67 .

[678] سالم محمد سالم الكواري، المحكمة الدستورية في مملكة البحرين، الطبعة الأولى، 2004 ص 311.

[679] محمد عبدالعال، القضاء الدستوري المقارن، دار الجامعية الجديدة، 2017 ص 155.

أو من المحاكم الأدنى[680] ويحوز الحكم قوة الأمر المقضي به، ولكن تنحصر حجيته في أطراف الخصومة، ولا يوجد أثر يتعدى هذه الخصومة إلا مجرد اعتبارها سابقة قضائية تستمد قوتها من قيمتها في النظام القضائي[681].

أما في ألمانيا، فإن أثر الحكم بعدم دستورية نص يمتد إلى إلغائه، إلا أن ذلك لا يكون في جميع الأحكام؛ فالمحكمة الدستورية في ألمانيا استحدثت وسيلة تقضي بموجبها بعدم دستورية نص عبر الاكتفاء بالتقرير (عدم مطابقته للدستور) والإبقاء على التشريعات غير المطابقة للتشريع بشرط أن يقوم المشرع بتعديل تلك النصوص[682].

وقد ميزت المحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية في أثر الأحكام الصادرة بعدم الدستورية بين نوعين من الأحكام[683]، النوع الأول: يبطل المادة المقضي بعدم دستوريتها، وبالتالي يكون للحكم أثر كاشف يلغي القانون ويبقى على الأحكام التي صدرت اعتماداً على هذا القانون، فإذا تعلق الحكم بقانون ضريبي فإنه لا يتم استرداد ما تم دفعه من ضرائب.

والنوع الثاني، هو ما سبقت الإشارة إليه، الذي يجيز للمحكمة الدستورية تطبيق التشريع المخالف للدستور بصورة مؤقتة، تمهيداً للمشرع الذي يلتزم بتطهير النصوص من مخالفة الدستور، لتفادي الفراغ أو القصور التشريعي، وبذلك أخذت المحكمة الدستورية بالنتائج السياسية التي قد تنتج من الأثر المباشر للحكم الدستوري، ولهذا فإنها لم تحكم بعدم مخالفة قانون تقسيم الدوائر للدستور الفيدرالي (حتى وقت الانتهاء من الانتخابات).

وفي إيطاليا، طورت المحكمة رقابتها على دستورية القوانين لإعطاء مفهوم مختلف، فجعلتها على ثلاثة أنواع[684]، النوع الأول يطلق عليه أحكام الجر، وتعتمد فيه المحكمة على القياس (على أحكام سابقة) فتجر الواقعة إلى السابقة القضائية، والنوع الثاني هو الأحكام الاستبدالية، وذلك باستبدال النص المتوافق مع الدستور بالنص الذي يشتبه فيه مخالفة للدستور.

أما النوع الثالث فهو الحكم المضيف، ومضمونه أن تقوم المحكمة بالحكم بعدم دستورية نص لإغفاله قاعدة معينة، وتقوم المحكمة بإضافة قاعدة دستورية غفل عنها

---

680 صبري السنوسي، مرجع سابق ص 94.

681 أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والواجبات، دار الشروق 1999، ص 277.

682 صبري السنوسي، مرجع سابق ص 99.

683أحمد فتحي سرور، مرجع سابق ص 308.

684محمد عبدالعال، مرجع سابق ص159.

المشرع، وبالتالي تتولى بالتصحيح ما غفل عنه التشريع، وقد يكون السبب في ذلك ما للأثر المباغت أو غير المتوقع على الأفراد نتيجة الأثر المباشر للأحكام الدستورية، فقد قفزت أسعار الأدوية في إيطاليا 200% عام 1978 وذلك بعد صدور حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة 14 من قانون الاختراع[685].

ويأخذ النظام الدستوري البرتغالي، بنظام الرقابة الدستورية المزدوجة، فهي رقابة سابقة ورقابة لاحقة، والأسلوبان يخضعان المعاهدة للرقابة الدستورية.

وخضوع المعاهدة للرقابة الدستورية يستوجب صدور أحد الحكمين، إما بدستورية المعاهدة وإما بعدم دستوريتها، سواء في ذلك الرقابة السابقة أو الرقابة اللاحقة، فإذا صدر حكم المحكمة الدستورية في البرتغال بدستورية نصوص المعاهدة، فمن الممكن إقرارها والتصديق عليها، مع التذكير بأن حجية الحكم في الرقابة السابقة في النظام القانوني البرتغالي هي حجية نسبية[686].

وقد نص الدستور البرتغالي على أنه (لا يحول عدم دستورية القواعد المنصوص عليها في معاهدات دولية، شريطة أن تكون تلك المعاهدات قد صودق عليها على نحو سليم وأن تكون مُطبَّقة في النظام القانوني لأطرافها الأخرى، دون تطبيقها في النظام القانوني البرتغالي، سواءً كان عدم الدستورية شكليًا أو موضوعيًا، إلا إذا كان عدم الدستورية ناتجًا عن مخالفة لأي من الأحكام الأساسية لهذا الدستور.[687]، ففي حال الحكم بعدم دستورية المعاهدة، فإن الدستور يفرق بين المعاهدات العامة والمعاهدات البسيطة، فالمعاهدة البسيطة لا يصدق عليها رئيس الدولة، وإنما يعيد المعاهدة أو مشروع القانون إلى البرلمان لتصحيح وإزالة المخالفات الدستورية)[688] لأن الرئيس – كأصل عام – لا يستطيع التصديق على معاهدة أو قانون حكم بعدم دستوريته أو عدم دستورية بعض مواده.

---

685 عبدالرحيم عنتر عبدالرحمن، التنظيم القانوني للصناعات الدوائية على ضوء اتفاقية التريبس، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى 2015 ص 44.

686 عيد أحمدغفلول، الرقابة القضائية السابقة على دستورية المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية ص 148.

687 الفقرة الثانية من المادة 277 من دستور البرتغال الصادر في 1976 مع تعديلاته على موقع مشروع دستور على الوصلة النافذة بتاريخ 2019/1/12 https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf?lang=ar.

688 محمد عبدالعال، مرجع سابق ص 163.

إلا أن الدستور البرتغالي أوجد استثناء بجواز التصديق على المعاهدات الهامة، والتي حكمت المحكمة الدستورية بعدم دستوريتها ولكن بأغلبية ثلثي أعضاء الحاضرين بشرط أن تتجاوز تلك الأغلبية، الأغلبية المطلقة للأعضاء[689].

وبدلاً من تعديل الدستور، كما فعل الدستور الفرنسي، أوجد الدستور البرتغالي مجالاً لتطبيق المعاهدة غير الدستورية، ولا تعد تلك الموافقة الصادرة عن البرلمان تعديلاً على دستور البرتغال ضمنياً ولا صريحاً، مع بقاء حق الرئيس في الامتناع عن التصديق على المعاهدة المخالفة للدستور.

وأحكام المحكمة الدستورية في البرتغال كاشفة عن عيب عدم الدستورية وليست منشئة له[690]، كما أن لها أن تؤجل آثار الحكم الدستوري إلى تاريخ لاحق ، مراعاة للمصلحة العامة، إلا أنها حكمت في عام 2013 برفض سياسة صندوق النقد الدولي ومنطقة اليورو ولم تقبل بدفع الحكومة بمراعاة المصلحة العامة[691]، فقد تقدمت بعض الدول الأوروبية بحزمة إنقاذ وبشروط فرضتها على البرتغال لتقليل الإنفاق، ومن أجل الوفاء بتلك الشروط قامت الحكومة بزيادة الضريبة السنوية، وإلغاء بدلات العطلات الصيفية لموظفي القطاع العام والمتقاعدين مع مجموعة إجراءات تقشفية، فقضت المحكمة بعدم دستورية أربعة تدابير من أصل تسعة[692]، بينما أقرت المحكمة دستورية مشروع قانون لزيادة ساعات العمل بالقطاع العام[693].

وفي أسبانيا التي أبهم دستورها مرتبة المعاهدة الدولية في النظام القانوني الأسباني[694]، حتى صدر قانون المحكمة الدستورية الذي أخضع المعاهدات الدولية لرقابة المحكمة الدستورية، وأصبح للمعاهدة قوة القانون العادي.

ويقر القانون الأسباني الرقابتين، الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة، مع اقتصار الرقابة السابقة على المعاهدات الدولية، وتملك الحكومة وغرفتا البرلمان الحق في

---

689 تنص الفقرة الرابعة من المادة 279 من دستور البرتغال على أنه (إذا قرَّرت المحكمة الدستورية عدم دستورية أية قاعدة في معاهدة دولية، لا يُصدَّق على المعاهدة إلا إذا أقرتها الجمعية الوطنية للجمهورية بأغلبية لا تقل عن ثلثي الأعضاء الحاضرين وتزيد عن الأغلبية المطلقة لإجمالي الأعضاء).

690 أحمد فتحي سرور، مرجع سابق ص 113.

691 قضت المحكمة الدستورية العليا في ألمانيا بدستورية المساعدات التي أقرها البرلمان في صندوق الاستقرار المالي الأوروبي لمساعدة البرتغال، واعتبرت المحكمة أن قرار شراء سنوات الدول المديونة لا يخالف القانون الأساسي الألماني، ووضعت المحكمة الدستورية شرط عدم تعدي المساعدات 190 مليار يورو التي أقرتها لجنة الموازنات في البرلمان (بوند تاج) انظر الخبر على موقع www.de.comبتاريخ 2011/9/7 من زيارة 2019/1/2.

692 حكم المحكمة الدستورية بتاريخ 2013/4/5 موجود على مواقع وكالات الأنباء.

693 حكم المحكمة الدستورية بتاريخ 2013/11/25 متاح على جريدة الرياض السعودية.

694 عيد الغفلول، مرجع سابق ص 153.

تحريك الدعوى الدستورية السابقة بشكل وقائي قبل التصديق على المعاهدة الدستورية، وإذا صدر حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية المعاهدة، فإنه يجب تعديل الدستور قبل الانضمام للمعاهدة والتصديق عليها.

فقد نصت المادة 95 من دستور أسبانيا على أنه (يتطلب إبرام معاهدة دولية تنص على أحكام مخالفة للدستور إجراء تعديل دستوري مسبق)[695]، وقد قضت المحكمة الدستورية الأسبانية، بعدم دستورية معاهدة ماسترخيت لتعارض نصوص المعاهدة بشأن إعطاء جميع مواطني الاتحاد حق التصويت والترشيح في حين أن دستور أسبانيا قصر هذا الحق على رعايا الاتحاد فقط.

وتملك المحكمة الدستورية الأسبانية الحق في إصدار قرارات تنفيذ مؤقتة لحين صدور الحكم النهائي، مثل القرار المؤقت بوقف الاستفتاء المقام بشأن استقلال إقليم كاتلونيا حتى تبت في دستوريته.

فقد أعلن البرلمان في كاتلونيا عن مشروع بقانون (استفتاء تقرير المصير) وتمت الموافقة عليه من قبل برلمان كاتالونيا، وصدر حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية قانون الاستفتاء، وتدخل النائب العام والشرطة وتم اقتحام مقار الاستفتاء ومع ذلك نفذ الاستفتاء في 2017/10/1[696].

وفي البحرين، يؤدي الحكم بعدم دستورية نص إلى إبطاله، وتجريد النص الذي حكمت المحكمة بعدم دستوريته من قوة نفاذه، ويحوز هذا الحكم حجية مطلقة، وهذا ما يراه أصحاب الاتجاه القائل بإن حكم المحكمة الدستورية في البحرين لا يصل إلى إلغاء النص، ـ بل يبقى النص قائماً من الناحية المادية (وإن كان غير ذي فاعلية، فالأثر المترتب على الحكم هو توجيه خطاب للسلطات العامة وللكافة بعدم إكمال مقتضى النص، لكونه نصاً غير دستوري، دون أن يصل الأمر إلى إلغاء النص المحكوم بعدم دستوريته)[697].

ولكن قد نستدل على أن النص في البحرين يلغى، بناء على حكم المحكمة الدستورية، فيما قضت به من أن صدور قرار هيئة البلدية المركزية عام 1987 (مخالفاً للأوضاع الشكلية الدستورية السائدة وقت صدوره، وهي مخالفة تنحدر به

---

695 انظر موقع مشروع الدستور، تمت زيارته بتاريخ 2019/1/4 www.constituteproject.org.

696 الرغبة في الانفصال لم تكن رغبة جديدة بل كانت منذ قتل السكان نائب الملك في عام 1640 واستعانوا بلويس الثالث عشر ليتولى حكم الاقليم ولقبوه ب(كونت) برشلونة. انظر محمد يحي المضواحي، الأندلسيون عقب سقوط غرناطة، دار كتوبيا، 2016 ص48.

697 سالم محمد الكواري، المحكمة الدستورية في مملكة البحرين، مرجع سابق، ص 311.

إلى درجة العدم، ما يتعين معه القضاء بعدم دستوريته)[698]، فألغت المحكمة النص ولم تبطل مفعوله.

وجاء في ذات الحكم (أن قضاء المحكمة الدستورية بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة هو نوع من قضاء الإلغاء، إذ يترتب على حكمها تجريد النص المقضي بعدم دستوريته من قوة نفاذه ليؤول عدماً ...) كما يستفاد أيضاً من قرار المحكمة الدستورية بإلغاء المادة 20 من قانون المرور في الجريدة الرسمية، فقد صدر القانون بجميع مواده ونشر دون المادة 20 ، ولم يتم إعادة ترقيم المواد مرة أخرى، فجاء القانون بجميع مواده حتى التي قررت المحكمة عدم مطابقتها للدستور، وذكر بجانب المادة 20 عبارة (ملغاة)، وفي الهامش تم ذكر (ألغيت تنفيذاً لقرار المحكمة الدستورية ...)[699] وهذا ما ذهب إليه القضاء الدستوري الكويتي إذ قضى بأن الحكم الدستور يلغي النص[700].

وفسرت المحكمة الدستورية المادة 31 من قانون المحكمة (أن الحكم الصادر من المحكمة الدستورية بعدم دستورية قانون أو لائحة يعد – كقاعدة عامة – منشئاً لحالة عدم الدستورية وليس كاشفا عنها ... فلا يسري بأثر رجعي ولا ينطبق على الوقائع والعلاقات السابقة على صدوره إلا إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي)[701]، (وتظل القاعدة القانونية التي تضمنها النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته حاكمة الوقائع التي حدثت في الماضي، أي قبل نشر الحكم في الجريدة الرسمية، حفاظاً من المشرع الدستوري على مقتضيات الأمن والاستقرار القانوني، وفيما عدا الحالة التي أدت إلى صدور هذا الحكم طبقاً للاستثناء الذي أوردته المذكرة التفسيرية للدستور في هذا الشأن، وهو الاستثناء الذي يؤكد الأثر المنشئ للحكم بعدم دستورية نص تشريعي أو لائحي، في غير المواد الجنائية...)[702].

---

698 القضية رقم (د/3/3) لسنة 1 قضائية، جلسة 2005/6/13 منشور في الجريدة الرسمية العدد 2692 بتاريخ 2005/6/22، ويعتقد الباحث أن حكم عدم دستورية قانون الاستملاك اعتمد في حكمه على الرأي القائل بالبقاء المادي للنص دون إلغائه، يستوجب الحكم بعدم دستوريته برمته وأوردت عبارة (يمتنع تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته) القضية (5/2/3) لسنة 3 قضائية، جلسة 2007/3/26 منشور 2786 بتاريخ 2007/4/12 .

699 انظر قانون المرور رقم 23 لسنة 2014 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 3168 بتاريخ 2014/8/7.

700 على السيد باز، السلطات العامة في النظام الدستوري الكويتي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، المجلس العلمي، جامعة الكويت، 2006 ص 402 وعادل الطبطبائي، مرجع سابق ص 478.

701 القضية رقم (د/5/3) لسنة 3 قضائية، جلسة 2007/11/5 منشور في الجريدة الرسمية العدد 2817 بتاريخ 2007/11/15.

702 القاعدة رقم (1) م.ت، القضية رقم (م.ت /5/1) لسنة 3 قضائية، جلسة 2007/10/29 منشور في الجريدة الرسمية العدد 2816 بتاريخ 2007/11/8.

فقد أعطت المحكمة الدستورية لمن دفع بعدم الدستورية الحق في الاستفادة العملية من الحكم المباشر، ففي قضية رسوم البلدية، حكمت المحكمة بعدم دستورية قرار البلدية المركزية وجعلت بداية السنة المالية الجديدة توقيتاً لتنفيذ الحكم الدستوري دون الإخلال بحق المدعي في الاستفادة من عدم دستورية القرار بأثر رجعي، وكذلك قضت المحكمة الدستورية لمن طعن بعدم دستورية قانون الاستملاك[703].

وفي الأحكام الصادرة بعدم دستورية نص جنائي، فإن الأثر الرجعي حتمي لا محالة، مع حق جميع المخاطبين بالنص التشريعي المقضي بعدم دستوريته فور النطق بالحكم (وإذا كان النص قد اقتصر على ذكر الأحكام الجنائية التي صدرت فإنه من باب أولى يسري ذات الحكم على كل الدعاوى التي لم يكن قد صدر حكم فيها عند صدور حكم المحكمة الدستورية إذ تعتبر هذه الدعاوى كأن لم تكن)[704].

وكذلك فإن آثار الحكم الدستوري تعدم كل عائق أو عارض حتى وإن كان حكماً قضائياً، فلا يعدو (أن يكون عقبة مادية هي والعدم سواء)[705] وحجيتها على الكافة، وهي بطبيعتها (دعاوى عينية، تتوجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري ...)[706] فلا يجوز لأي سلطة أو محكمة مهما كانت درجتها أن تطبق نصاً قضي بعدم دستوريته.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة على الحكم الصادر بعدم دستورية معاهدة دولية

أياً يكن الرأي في الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية نص قانون أو لائحة، سواء بإلغاء قوة نفاذ النص أو إلغاء النص ذاته، فإن النتائج التي تترتب على عدم دستورية معاهدة دولية لابد من دراستها للحيلولة دون الوقوع فيها.

أولاً: إذا كانت المحكمة الدستورية أصدرت قرارها في الرقابة السابقة بعدم دستورية المعاهدة الدولية أو أحد نصوصها ، فإنه يتوجب على السلطة التنفيذية عدم التصديق

---

703 القضية رقم (د/5/4) لسنة 3 قضائية، جلسة 2008/1/7 منشور في الجريدة الرسمية العدد 2826 بتاريخ 2008/1/17.

704 القضية رقم (د/7/1) لسنة 4 قضائية، جلسة 2009/3/30 في الجريدة الرسمية العدد 2889 بتاريخ 2009/4/2 والقضية رقم (د/7/4) لسنة 5 قضائية، جلسة 2009/12/21 منشور في الجريدة الرسمية العدد 2928 بتاريخ 2009/12/31.

705 القضية رقم (د/8/1) لسنة 6 قضائية، جلسة 2011/10/26 منشور في الجريدة الرسمية العدد 3024 بتاريخ 2011/11/3.

706 القضية رقم (د/8/2) لسنة 6 قضائية، جلسة 2011/11/30 منشور في الجريدة الرسمية العدد 3029 بتاريخ 20111/12/8.

على المعاهدة الدولية، وذلك لأن المادة، أو عدة مواد من المعاهدة، تم إبطالها بذلك التقرير، ولا يمكن القول بإن من الممكن الموافقة على المعاهدة باستفتاء شعبي أو عبر أغلبية خاصة في مجلس النواب، إذ أن الحجية المطلقة لقرارات المحكمة الدستورية تمنع تطبيق النص المخالف للدستور، ولا يمكن التحايل بحجة أن قرارات المحكمة الدستورية سابقة (وليست لاحقة)، وأن المحكمة لن تراقب مدى تنفيذ الحكم في المستقبل، لأن حجية الأحكام المطلقة ستمنع من عودة ذات النصوص أمام المحكمة.

فطبقاً لقانون المحكمة، يجوز للمحكمة نظر ذات القضية في منازعات التنفيذ المتعلقة بتنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية[707]، كما أن الاستفتاء الشعبي لا يحجب نظر المحكمة الدستورية عن القانون، بل قد يتوجب عليها مراقبة مشروعية عملية الاستفتاء[708]، ودستور البحرين وإن لم ينص على إمكانية خضوع القوانين الصادرة للاستفتاء شعبي[709]، إلا أنه لا يوجد نص مانع من رقابة المحكمة الدستورية للإجراءات الشكلية ومحتوى القانون الموضوعي وبقائها ضمن التشريعات التي تخضع لرقابة المحكمة الدستورية.

كما لم ينص دستور البحرين بتعديلاته، على إمكانية الموافقة على المعاهدة المخالفة للدستور عبر أغلبية خاصة، أو الاختيار بين تعديل الدستور أو رفض المعاهدة المخالفة، فهذه قواعد عامة تثبت للسلطات التشريعية أو التنفيذية بما لها من سلطة تقديرية في اتخاذها من عدمه.

والحل الدستوري في التعامل مع المعاهدة التي صدر في شأنها قرار من المحكمة الدستورية، يكون بإحد الطريقين:

الطريق الأول، إذا كانت معاهدة ثنائية، فإن السلطة التنفيذية بما لها من اتصالات دبلوماسية، تعود إلى التفاوض في المادة أو المواد غير المطابقة للدستور، لتزيل ذلك العوار وتلتزم بحدود وضوابط الدستور، هذا إذا كانت المعاهدة مهمة

---

707 تنص المادة 32 من قانون المحكمة الدستورية (تفصل المحكمة دون غيرها في كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام الصادرة عنها، ولا يترتب على رفع المنازعة وقف تنفيذ حكم مالم تأمر المحكمة بذلك) انظر المرسوم بقانون رقم 27 لسنة 2002.

708 تنص المادة 60 من الدستور الفرنسي على أنه (يضمن المجلس الدستوري قانونية عمليات الاستفتاء الشعبي المنصوص عليها في المادتين 11 و 89 في الباب الخامس عشر، ويعلن نتائجها.) في حين أن المجلس الدستوري رفض النظر في دستورية القوانين التي تمت المصادقة عليها عن طريق الاستفتاء. انظر فتحي عبدالناظر، ضوابط الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاتها العملية في المجلس الدستوري التونسي، الملتقى العلمي الثاني، اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، السودان 2003 ص 11.

709 محمد المشهداني ومروان المدرس، القانون الدستوري البحريني مع مقدمة النظرية العامة للدستور، مطبوعات جامعة البحرين الطبعة الأولى 2009 ص 141.

للبحرين سياسياً أو اقتصادياً أو على البعد الاستراتيجي لمملكة البحرين، وإلا تصرف السلطات النظر، وتصبح الدولة غير ملتزمة بتلك المعاهدة لعدم التصديق عليها من قبل السلطة المختصة في البلاد.

الطريق الثاني، إذا كانت المعاهدة جماعية وتريد الدولة الانضمام إليها، أو أن المعاهدة متعلقة بحقوق الإنسان وتكتسي أهمية دولية، فإن قرار المحكمة الدستورية، يجعل السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية في زاوية تعديل المواد الدستورية التي خالفتها المعاهدة، أسوة بما فعلته فرنسا من تعديل وإضافة 8 مواد للانضمام للاتحاد الأوروبي.

ثانياً: الحكم بعدم دستورية معاهدة يسبب فراغاً تشريعياً

يتسبب الحكم الدستوري القاضي بعدم دستورية معاهدة دولية أو إحدى نصوصها في حدوث فراغ تشريعي، وذلك الفراغ لا تسأل عنه المحكمة الدستورية ولا تختص به، فقد قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية قانون الاستملاك، وذلك لعلة شابت القانون لعدم بيانه حالات المنفعة العامة التي يجوز للإدارة إصدار قرار الاستملاك لأجلها، والمادة التاسعة من دستور البحرين أوجبت تحديد أحوال المنفعة العامة في قانون الاستملاك[710].

وحيث إن القانون بكامل نصوصه قد خلا من تحديد حالات المنفعة العامة ، وأورد القانون في المادة الأولى أن المقصود من الاستملاك هو نزع ملكية الأرض لمصلحة المستملك بقصد تأمين متطلبات المشاريع ذات المنفعة العامة[711]، ولارتباط النص المطعون فيه ، والذي كان (... يعتبر نشر قرار الاستملاك طبقاً للمادة الثالثة بينة قاطعة على أن المشروع المراد استملاك الأرض من أجله هو مشروع للمنفعة العامة) إلا أن نطاق الدعوى اتسع ليشمل القانون بجميع نصوصه ، فقد يتسع نطاق الدعوى الدستورية إلى مواد لم يتضمنها الطعن ولم يرمي إليها الطاعن ، فضم بقية المواد أصبح لازماً لاستحالة الفصل وهذا ما يحقق مصلحة الطاعن في الدعوى الدستورية.

فإذا تنازلت السلطة التشريعية عن اختصاصها في تحديد أحوال المنفعة العامة، وأناطت بالسلطة التنفيذية تحديد تلك الحالات، فإن القانون يكون قد خالف مبدأ الفصل

---

710 نصت الفقرة ج من المادة 9 دستور البحرين على أن (الملكية الخاصة مصونة، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولاينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً).

711 انظر المرسوم بقانون رقم 8 لسنة 1970 بشأن استملاك الأراضي للمنفعة العامة.

بين السلطات، وإذ جاءت مواد قانون الاستملاك مرتبطة لا تقبل الفصل أو التجزئة، فإن المحكمة أبطلت جميع نصوص القانون وحكمت بعدم دستوريته، فقد جاء في حيثيات الحكم (وحيث إنه ولئن كان إبطال المرسوم بقانون المطعون فيه يستتبعه فراغ تشريعي يستدعي تدخل المشرع بإصدار نص جديد يملأ هذا الفراغ، فإن ذلك لايحول بذاته دون القضاء بعدم الدستورية ومن ثم يمتنع تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته ... وعند هذا الحد تقف سلطة القاضي الدستوري بغير امتداد إلى البديل، حيث يؤول ذلك إلى السلطة التشريعية، التي تظل محتفظة بسلطة التقدير التي تملكها، وهي تصدر قانوناً جديداً ترفع فيه العوار الذي شاب النص القديم ولا يجوز بالتالي حملها على التدخل في زمن معين أو على نحو معين)[712]، وقد ظلت المشاريع التنموية التي بحاجة إلى الاستملاك من أجل المنفعة العامة، معطلة، حتى صدر قانون الاستملاك الجديد[713].

ومع يقيننا بأن لتطور القضاء الدستوري ودوره في تعديل ما يغفل عنه المشرع (الإغفال التشريعي)، دوراً في إصلاح التشريع على نحو يوازن بين النص الدستوري والقانون المطعون بعدم دستوريته، إلا أنه في حالة عدم دستورية معاهدة دولية فإن المحكمة الدستورية لا تستطيع التدخل في مضمون القاعدة بإضافة ما يحتاج إليه النص المطعون، ليصبح متوافقاً مع الدستور، كما لا يمكنها استبدال النص المخالف بغيره، لأن ذلك يجدي نفعاً مع التشريعات الوطنية ولكنه قد لا يحقق ما تصبو إليه الأطراف المتعاقدة والمتفاوضة من أهداف سياسية دولية، تفوق ما يجب أن يرعى من سياسة تشريعية وطنية.

ثالثاً: قيام المسئولية الدولية

تنهض مسئولية الدولة عند تخلفها عن القيام بالتزاماتها الدولية، ومن تلك الالتزامات تنفيذ المعاهدات بين الدول، واتفاقية فيينا للمعاهدات تنص على أنه (لا يجوز لطرف في معاهدة أن يحتج بنصوص قانونه الداخلي كمبرر لإخفاقه في تنفيذ المعاهدة).

---

[712] القاعدة رقم 1، القضية رقم (د/5/2) لسنة 3 قضائية، جلسة 2007/3/26 مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية، الكتاب الثاني، 2010 ص 26.

[713] صدر قانون الاستملاك الجديد رقم 39 لسنة 2009 بشأن استملاك العقارات للمنفعة العامة، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2904 بتاريخ 2009/7/16، وحدد القانون في المادة 3 على 21 حالة كمنفعة عامة.

وتلك نصوص معاهدة، حتى وإن انضمت إليها البحرين وصادقت عليها تبقى قانوناً، في حين أن ما نتناوله هنا هو مخالفة معاهدة لدستور البلاد، وبالتالي من الأولى والأجدر حماية الدستور من أي نص يخالفه، على أن تتحمل الدولة مسئولياتها الدولية، إن كان لذلك مقتضى.

ولقيام مسئولية الدولة لا بد من التأكد من مشروعية الفعل من عدمه وفقاً للقانون الدولي، ولا يمكن للدولة أن تحتج بمشروعية التصرف وفقاً للقانون الداخلي[714]، ويعتبر خرقاً لأي التزام دولي إذا كان الفعل الصادر عن الدولة غير مطابق للالتزام، بغض النظر عن منشأ الالتزام[715].

ومما لا شك فيه، أن حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية معاهدة ما، قد ينشئ مسئولية الدولة تجاه أطراف المعاهدة، فإذا كانت المعاهدة ثنائية، فإن على البحرين محو آثار الفعل الذي أثار تلك المسؤولية، وهو الحكم الذي أبطل المعاهدة الدولية أو أحد نصوصها، فعليها إما أن تعيد الحال إلى ما كان عليه، وهذا أمر يستحيل فعله من الدولة، فلا يوجد في النظام القانون البحريني ما يعيد الحكم الدستوري أو إلغاءه، أياً كان الحكم، ولكن يمكن أن تقوم الدولة بالتعويض، أو تقدم الترضية المتناسبة، وذلك أمر ممكن على الصعيد الدولي.

ولجنة القانون الدولي أسست مسؤولية الدولة عند قيامها بأي فعل غير مشروع، ويستوي في هذا الفعل أن يكون صادراً عن هيئاتها الحكومية، أو من الممثلين لتلك الهيئات، أو حتى من الأفراد العاديين، وتصل إلى أن تتحمل الدولة مسئوليتها في حال صدور الأفعال من المقيمين على أراضيها.

والواقعة المنشئة للمسئولية الدولية يجب أن تصدر عن إحدى السلطات الثلاث، وأن تصدر تلك الأفعال بحكم وظائفهم، عن منتسبيها، أو بمناسبة تأدية أعمال وظيفتهم، ولا يحجب مسئولية الدولة إذا تجاوز أحد موظفي الدولة حدود اختصاصه، أو خالف القانون الوطني أو التعليمات الإدارية المفترض اتباعها في هذا الشأن، فالمسئولية تنهض في جميع الأحوال.

أما في حال التصرفات التي تصدر عن الأفراد، فلابد أن تكون الأفعال الصادرة منهم بحيث يثبت أن الدولة لم تبذل العناية الواجبة لمنع تلك الأعمال،

---

[714] إسلام دسوقي عبدالنبي دسوقي، النظرية العامة للمسئولية الدولية بدون خطأ المسئولية الدولية الموضوعية، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى 2016 ص 101.

[715] المادة 12 من مشروع قرار (مسئولية الدول عن الافعال غير المشروعة دولياً) الدورة السادسة والخمسون، البند 162، (A /56/532) بتاريخ 2001/11/26 وايضاً في دولية لجنة القانون الدولي 2001، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الأمم المتحدة نيويورك وجنيف 2007.

والتدابير اللازمة لمنع وقوع الضرر، فإذا أخلت السلطة القضائية بالاتفاقيات التي صادقت عليها الدولة، قامت المسئولية الدولية، ولن يقبل الاحتجاج باستقلال القضاء[716] لأن العلاقات الدولية أمر يختلف عن العلاقات بين السلطات الثلاث.

ولا شك أن تقدير الخسارة وكيفية جبر الضرر الناجم عن الحكم القاضي بعدم دستورية معاهدة يسير في المعاهدات الثنائية عنه في المعاهدات متعددة الأطراف وصكوك حقوق الإنسان التي تستوجب من الدولة الاستعداد للتقارير الدورية التي تصدر في حقها، وتلك مسألة أكثر تعقيداً، إذ أن الجبر يأخذ ثلاثة أشكال، الرد أو التعويض أو الترضية، ولا مجال هنا للرد، وبالإمكان التعويض أن كانت هنالك خسارة قابلة للتقييم من الناحية المالية[717] وإلا فيجب على الدولة أن تقدم ترضية عن الخسارة التي سببتها.

ونخلص من ذلك إلى أن مسئولية البحرين دولياً لا تمنع المحكمة الدستورية من القيام بواجبها في حماية الدستور، وإن كان من الأولى تفعيل الرقابة السابقة كي لا تقع البحرين في حرج المطالبات والتعويضات والاكتفاء بعدم المصادقة على المعاهدة الدولية، بدلاً من المصادقة عليها والدخول في تلك الإشكالات القانونية.

رابعاً: إمكانية التحفظ على المعاهدة

يترتب على صدور قرار المحكمة الدستورية بعدم مطابقة الدستور عدم إمكانية التصديق على المعاهدة الدولية، فلا يعقل أن تتم إحالة المعاهدة قبل التصديق عليها إلى المحكمة الدستورية، وبعد ذلك يتم التصديق عليها رغم ما فيها من مخالفة للدستور، ومع ذلك، فإن الأمر ممكن وذلك طبقاً للحالات التالية:

1- إذا صدر قرار المحكمة الدستورية بعدم دستورية المعاهدة ككل، وذلك إما لارتباط موادها، وإما لعدم موافقة جميع المواد للدستور، وعلى الرغم من ذلك تم إجراء التصديق على المعاهدة التي قررت المحكمة الدستورية عدم مطابقتها أو أحد نصوصها للدستور، فإنه لا يعقل أن يتراخى كل من مجلس الوزراء أو مجلس النواب أو مجلس الشورى عن الطعن في المعاهدة ورفع دعوى

---

716 بلخير طيب، النظام القانوني لمسؤولية الدول في ظل أحكام القانون الدولي الإنساني، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، الجزائر، 2016 ص 262، على موقع الجامعة النافذ بتاريخ 2019/1/5 Dspace.univ-tlemcen.dz

717 جيس كرفورد، المواد المتعلقة بمسئولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، مكتبة الامم المتحدة للقانون الدولي، ص 7، النسخة الإلكترونية متاحه بتاريخ 2019/1/5 على موقع الشؤون القانونية www.legal.un.org/avl/pfd/ha/rsiwa/rsiwa_a.pdf

أصلية مباشرة، أو من قبل محكمة الموضوع، بإحالة الموضوع، أو بقبول دفع فرعي، أو في رفع دعوى منازعة تنفيذ أو حتى طلب تفسير، وبلا شك سوف تصدر المحكمة حكماً يوقف العمل بتلك المعاهدة التي سبق أن اصدرت قرارها بعدم مطابقتها للدستور.

2- إذا صدر قرار المحكمة الدستورية بعدم مطابقة مادة أو بعض مواد المعاهدة للدستور، فإنه يمكن للجهة المختصة بالموافقة على المعاهدة، وبحسب الأحوال، أن تتم المصادقة على المعاهدة مع التحفظ على المادة المخالفة للدستور، ولن يقبل الدفع بأن المادة التي تم تقرير عدم مطابقتها للدستور هي مادة أساسية في المعاهدة ولا يجوز التحفظ عليها[718] لمخالفتها الهدف من المعاهدة، لأنه لو كانت المادة كذلك، لقررت المحكمة الدستورية عدم مطابقة المعاهدة برمتها لارتباط المواد بطريقة لا تقبل الفصل أو التجزئة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية في حكمها بعدم دستورية قانون الاستملاك.

3- إذا كانت المعاهدة موافقة لدستور البحرين، غير أن قانون التصديق به عوار دستوري، وذلك لسبب عدم الاختصاص، أو في حالة إغفال أداة التصديق على المعاهدة، القانون أو المرسوم، بيان جهة التصديق، فبالتالي ستقوم المحكمة الدستورية بما لها من هيمنة على الدعوى الدستورية بالتطرق إلى ذلك الإغفال بتحديد الجهة والإجراءات الواجب اتباعها، ومن ثم ستعطي قرارها بمطابقة المعاهدة للدستور.

إما في حالة مخالفة قانون التصديق للدستور، فإن ذلك مرده للسلطة التشريعية لتعديل قانون التصديق، أو للسلطة التنفيذية – بحسب الأحوال وبحسب أهمية المعاهدة – لتعديل أداة التصديق على المعاهدة بعد قرار المحكمة الدستورية بعدم موافقة المعاهدة للدستور.

---

718 التحفظ هو إعلان من جانب واحد أياً كانت تسميته ، يصدر عن الدولة عند تصديقها أو انضمامها للمعاهدة بهدف استبعاد الأثر القانوني لحكم المادة أو المواد التي تم التحفظ عليها ، واعترفت اتفاقية فيينا للمعاهدات بالتحفظ وأجازته مع منع التحفظ في ثلاث حالات وهي، في حال نص المعاهدة على عدم جواز التحفظ ، أو إذا اجازت المعاهدة التحفظ بشكل محدد مسبقاً ، أو في حالة اذا كان التحفظ مخالفاً لموضوع المعاهدة والغرض منها، انظر منصور خضران الداموك، مبادئ القانون الدولي وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية ص 36.

الخاتمة

تناول البحث القيمة القانونية للمعاهدة الدولية في النظام القانوني البحريني، وكان ضرورياً لاستجلاء القيمة القانونية للمعاهدة أن يمضي البحث على نحو ما أوضحت خطته من التمهيد بالتعريف للمعاهدة وعناصرها، ومراحل إبرامها، فالمعاهدة يسبقها اتصال وتفاوض، ثم يتم تحرير ما تم الاتفاق عليه، ليتم اعتماد النص بالتوقيع عليه، ليأتي دور المشرع الوطني في التصديق على المعاهدة والسلطة التنفيذية، فإذا تم التصديق تقوم وزارة الخارجية بإخطار الأمانة العامة في الأمم المتحدة وتسجيل المعاهدة، لتكتسب المعاهدة قبولاً في فروع الأمم المتحدة.

والأساس الفقهي لقيمة المعاهدة الدولية يبنى على أساس نظرية ثنائية القانون ونظرية وحدةالقانون، فنظرية ثنائية القانون تعتمد على أن القانون الدولي يختلف عن القانون الوطني، ولكل قانون قواعد تحكمه، ومن أجل إعطاء المعاهدة قيمة قانونية في النظام القانوني الوطني، يجب على الدولة إدخال المعاهدة في تشريع وطني عبر الإدماج أو الإحالة.

أما نظرية وحدة القانون فمبناها أن القواعد الدولية والقواعد الوطنية هي قواعد واحدة، ولذلك يطبق القانون الدولي في النظام القانوني الوطني دون أي إجراء تتخذه الدولة على الصعيد الوطني، ومن أجل حل مشكلة التعارض في هذه النظرية جاءت نظرية تسمى (سمو القانون) لتعطي المعاهدة سمواً على القانون، فقد تعلو المعاهدة على الدستور الوطني، أو انها تعلو على القوانين العادية، أو تتساوى مع القانون الوطني، وهنا تبرز المشكلة.

وفي البحرين، أقر الدستور بمرتبة المعاهدة الدولية المساوية للقانون العادي، بينما اختلف القضاء في تحديد تلك المرتبة، فالقضاء الدستوري أقر بأن قوة المعاهدة مساوية للقانون، في حين أن القضاء الدستوري أشار إلى معاهدات حقوق الإنسان في تفسير الحقوق والحريات الواردة في الدستور، مما جعل بعض المؤلفين ينضمون إلى الرأي القائل بإن للمعاهدة الدولية في البحرين سمواً على القانون العادي، وهذا ما نخالفه.

واعتمد القضاء الجنائي على المعاهدة الجنائية الإجرائية في أحكامه وطبقها كقانون واجب التنفيذ بينما لم يعتد بالمعاهدات الجنائية الموضوعية لأنها ذات نصوص غير قابلة للنفاذ المباشر.

وفرق القضاء الإداري في البحرين بين المعاهدات التي اكتملت عناصرها وتم التصديق عليها ونشرها وتحتوي على نصوص قابلة للنفاذ المباشر، وبين تلك المعاهدات التي لا تعبر إلا عن توجيه، أو قيم ومثل عليا يجب على المجتمعات أخذها بالاعتبار عند سن القوانين الوطنية.

في حين أن القضاء المدني، اعتمد على أن المعاهدات الدولية تقيد عموم نصوص القانون، ولم يعتبرها ناسخة لمجمل نصوص القانون، إلا أنه لم يفصح صراحة عن رأيه بشأن نسخ القانون الوطني اللاحق للمعاهدة السابقة.

ومن جهة أخرى، يجب لقبول المعاهدة في النظام القانوني البحريني، بحث مشروعية المعاهدة الدولية، والمشروعية تقتضي بحث الشروط الشكلية لمراحل إبرام المعاهدة الدولية، تطبيقاً للقواعد الدستورية المحلية، والتصديق على المعاهدة الدولية، وأخيراً نشر المعاهدة محلياً وتسجيلها دولياً.

أما المشروعية الموضوعية للمعاهدة الدولية، فهي أهلية ممثل الدولة في إبرام المعاهدات الدولية، والإرادة الخالية من العيوب، مثل الإكراه والغلط والتدليس، واحترام المعاهدة الدولية أحكام الدستور والنظام العام البحريني.

بينما الرقابة الدستورية لها دور مهم وموقف بشأن نفاذ المعاهدة الدولية في النظام القانوني الوطني، فتملك المحكمة الدستورية إصدار الأحكام والقرارات بشأن دستورية أو عدم دستورية المعاهدة الدولية، وبذلك تحل إشكالية التعارض بين الدستور والمعاهدة الدولية.

وقد تطرأ إشكالية التعارض بين المعاهدة والقانون الوطني، ولحل تلك الإشكالية لابد من تطبيق قواعد النسخ الضمني المنصوص عليها في القانون الوطني، مع التأكيد على أن القضاء المقارن ذهب إلى حل تلك الاشكالية عن طريق التوفيق ووضع قرينة مفادها أن المشرع لم يتعمد – عبر سنه القانون - مخالفة المعاهدة، وفي إشكالية تعارض المعاهدة مع غيرها من المعاهدات يجب أن يطبق القضاء قواعد النسخ، ولكن بشرط أن تكون نصوص المعاهدتين على ذات العمومية وإلا أصبحت المعاهدة اللاحقة مقيدة للمعاهدة السابقة وليست ناسخة لها، وأن يبرمها ذات الأطراف.

وللرقابة القضائية على دستورية المعاهدات أسلوبان، الأول الرقابة السابقة، وتصدر فيها قرارات، ورقابة لاحقة وتصدر فيها أحكام، وحجية تلك القرارات والأحكام مختلفة وإن كان النص القانوني أعطى حجية مطلقة لجميع القرارات والأحكام.

وتمتاز الرقابة السابقة بأنها وقائية وتحمي النظام القانوني من نصوص مخالفة للدستورية، كما أنها تحافظ على الأمن القانوني والمراكز القانونية للأفراد والمخاطبين.

وتختص المحكمة الدستورية برقابتها السابقة أو اللاحقة على المعاهدات المتعلقة بحقوق الانسان والصكوك الدولية، ولا تختص بالرقابة على أعمال الحكومة وأعمال السيادة التي لم يتم حصرها، فلا القانون حدد حالاتها ولا الفقه تمكن من حصرها، وإن كانت تكثر في العلاقات الدولية، إلا أنه لا يمكن اعتبار جميع المعاهدات الدولية أعمالاً سيادية.

والرقابة اللاحقة تراقب مدى مواءمة التشريعات الوطنية لالتزاماتها الدولية، وتراقب صحة إجراءات التصديق ووجود المعاهدة فعلياً ونشرها، ومدى قابلية المعاهدة للنفاذ المباشر، وتراقب أيضاً المعاملة بالمثل بين الدول الأطراف، وأخيراً تمارس المحكمة الدستورية رقابة ما قد يغفل عنه المشرع من نقص، وهذا النقص الذي يؤدي إلى مخالفة الدستور، وبتدارك ذلك النقص بما يتناسب مع المبادئ التي تطلبها الدستور، كي تصبح النصوص متوافقة معه.

وينتج عن الحكم الدستوري بعدم دستورية معاهدة دولية، أن لا يحق للسلطات التصديق على المعاهدة التي حكمت المحكمة الدستورية بعدم دستوريتها، مع إمكانية التحفظ على مواد المعاهدة التي حكمت المحكمة بعدم دستوريتها، كما ينتج عن الحكم فراغ تشريعي يجب على السلطة التشريعية المبادرة لسده، ولا ننكر أن الحكم قد يؤدي إلى مسئولية الدولة على الصعيد الدولي.

النتائج:

1- تختلف مسميات المعاهدة والاتفاقية كالعهد أو البروتوكول أو النظام أو الميثاق وذلك طبقاً لرغبة أطراف المعاهدة ولا يؤثر المسمى على قيمة المعاهدة.
2- تنقسم الدول بشأن قيمة المعاهدة الدولية في نظامها القانوني إلى دول تعتمد على نظرية ثنائية القانون، ودول تعتمد على وحدة القانون.
3- يعتمد النظام القانوني البحريني على فكرة ثنائية القانون.
4- الأساس التاريخي لدستور البحرين 1973 مستقى من الدستور الكويتي لعام 1961 والأساس التاريخي لنص المادة 37 بشأن القيمة القانونية للمعاهدة الدولية هو المادة 7 من دستور الكويت.
5- تختلف قيمة المعاهدة الدولية في النظام القانوني البحريني باختلاف نوع المعاهدة، وباختلاف فرع القضاء الذي ينظر النزاع بشأن المعاهدة، فالقضاء الدستوري يرى أن المعاهدة الدولية بعد المصادقة عليها ونشرها لها قوة القانون، وعند تفسير الحقوق والحريات الواردة في الدستور يقوم بتفسيرها بما يرد في صكوك حقوق الإنسان دون أن يعطي لتلك الصكوك أي صبغة دستورية، والقضاء الجنائي لا يطبق المعاهدة الجنائية الموضوعية على أي فعل مبرم، وفي ذات الوقت يطبق المعاهدة الجنائية الإجرائية على النزاع المعروض بصفتها قانوناً واجب التطبيق .
6- يطبق القضاء المدني والقضاء الإداري المعاهدات الدولية النافذة في البحرين بشرط أن تكون المعاهدة قابلة للنفاذ المباشر.
7- تنسخ القواعد اللاحقة القواعد السابقة لجميع التشريعات التي تنظم نفس الموضوع على أن تكون من ذات المرتبة، وإلا تعتبر المعاهدة قيداً على العام.

8- لا تطبق أي معاهدة مالم يتم التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية، ولم يتطرق القضاء البحريني لشائبة التصديق المعيب.
9- لا يجوز الاحتجاج بالمعاهدة التي لم يتم تسجيلها في أمانة الأمم المتحدة أمام أي فرع من فروعها.
10- يحق للمحكمة الدستورية مراقبة موضوع المعاهدة الدولية والإجراءات الشكلية التي تطلبها الدستور وكذلك عند تعارض معاهدتين تطبق قاعدة (LEX POSTERIOR) بشرط أن تنظم المعاهدة السابقة ذات موضوع المعاهدة اللاحقة، وأن يكون أطراف المعاهدتين متطابقين، وأن تكون المعاهدتان على ذات المستوى، وأن تتناولا احكاماً عامة.
11- تخضع المعاهدة الدولية للرقابة السابقة عن طريق الإحالة الملكية أو برقابة لاحقة وبذات الطرق المنصوص عليها في قانون المحكمة الدستورية.
12- يطبق القضاء نظرية أعمال السيادة على العديد من المواضيع ومنها المعاهدات الدولية، إلا أن تقرير مدى خضوع معاهدة ما لرقابة المحكمة الدستورية يرجع إلى المحكمة، وذلك لسبب منطقي ومهم وهو حجب المعلومات السرية التي يجب أن لا تطرح في جلسات المحاكم العلنية.
13- تختلف حجية الحكم الدستوري باختلاف منطوق الحكم.
14- يترتب على حكم المحكمة الدستورية القاضي بعدم دستورية نص في معاهدة أو المعاهدة، فراغ تشريعي، وقيام المسئولية الدولية وإمكانية التحفظ على النصوص التي قضت المحكمة بعدم دستوريتها.

التوصيات:

يوصي الباحث بأن: -

1- يعتمد مجلسا النواب والشورى خطاً واضحاً في التصديق على المعاهدات المهمة، وذلك في المعاهدات غير القابلة للتطبيق المباشر، عبر سن تعديلات تشريعية تصدر مع قانون المصادقة على المعاهدة.
2- تعديل قانون المحكمة الدستورية بشأن حجية قرارات المحكمة لتكون حجية نسبية مقتصرة على الدعوى المحالة إليها، على أن يجوز الطعن على ذات النصوص في الرقابة اللاحقة.
3- تنشر جميع المعاهدات التي انضمت إليها البحرين – ولم يتم نشرها - وصادقت عليها عن طريق التنويه في الجريدة الرسمية، لكي تكتسب تلك المعاهدات قوة القانون.
4- تفعل الرقابة السابقة من قبل هيئة الإفتاء والتشريع على مدى مواءمة التشريعات المنفذة للالتزامات الدولية أو المطبقة لتلك المعاهدات.

المراجع:

أولاً: الكتب.

1. أحمد عبدالعليم شاكر علي، المعاهدات الدولية أمام القضاء الجنائي، دار الكتب القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006.
2. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والواجبات، دار الشروق، القاهرة، 1999.
3. إسلام دسوقي عبدالنبي دسوقي، النظرية العامة للمسئولية الدولية بدون خطأ المسئولية الدولية الموضوعية، مركز الدراسات العربية، مصر، الطبعة الأولى، 2016.
4. أمين عاطف صليبا، دور الدساتير والسيادة الوطنية في ظل المعاهدات والقرارات الدولية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014.
5. حامد شاكر الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي، المركز العربي للنشر، القاهرة، الطبعة الاولى، 2018.
6. حسن هداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، دار مجدلاوي، عمان، الطبعة الأولى، 1993.
7. جمال محي الدين، القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
8. جواهر عادل، الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
9. خانزاد أحمد عبد، القانون الدستوري الدولي، منشورات الزين الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2011.
10. رشا فاروق أيوب، الاختصاص الجنائي العالمي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017.
11. رشيد الجزراوي وشهاب الزوبعي، الحماية الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان في ضوء المتغيرات الدولية، مركز الكتاب الأكاديمي، عمان، 2015.
12. رمزي طه الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، دراسة مقارنة، دار أوال للنشر، البحرين، 2003.
13. رمضان محمد بطيخ، الحصانة البرلمانية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
14. زايد علي زايد الغواري وعثمان جمعة ضميرية، القانون الدولي العام مقارناً بالشريعة الإسلامية، مكتبة الجامعة، الشارقة، الطبعة الأولى، 2015.
15. ساجر ناصر الجبوري، التشريع الإسلامي والغزو القانوني الغربي للبلاد الإسلامية، دار الكتب العالمية، بيروت 1971.

16. سالم محمد سالم الكواري، المحكمة الدستورية في مملكة البحرين، بدون دار نشر، البحرين، الطبعة الأولى، 2004.
17. سعود خلف النويس، القانون الدولي العام، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، 2014.
18. سلوى أحمد ميدان، دستورية المعاهدات الدولية والرقابة عليها، دار الحامد، عمان، الأردن، 2013.
19. سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي في دولة السلم، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2010.
20. شارل رسو، القانون الدولي العام، ترجمة شكر الله خليفة، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، 1987.
21. شريف عتلم، تطبيق القانون الدولي الإنساني على الأصعدة الوطنية، القانون الدولي الإنساني (دليل للتطبيق على الصعيد الوطني) بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، 2010.
22. صادق أبوهيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الاسكندرية 1975.
23. صبري محمد السنوسي، آثار الحكم بعدم الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
24. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
25. صلاح محمد عبدالحميد، فن التفاوض والدبلوماسية، القاهرة، الطبعة الأولى 2012.
26. عادل أحمد الطائي، القانون الدولي العام، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2009.
27. عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت، الكويت، 2005 .
28. عبدالكريم بوزيد السماري، دور القضاء الوطني في تطبيق وتفسير المعاهدات الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2010.
29. عبدالعزيز ناصر العبيكان، الحصانات والامتيازات الدبلوماسية والقنصلية في القانون الدولي، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، 2007.
30. عبدالكريم العلوجي، الصراع على العراق من الاحتلال البريطاني إلى الاحتلال الأمريكي، الدار الثقافية للنشر، القاهرة، الطبعة الاولى 2007.

31. عبدالرحيم عنتر عبدالرحمن، التنظيم القانوني للصناعات الدوائية على ضوء اتفاقية التريبس، مركز الدراسات العربية، مصر، الطبعة الأولى 2015.
32. عبد الوهاب الحومة، الوسيط في شرح القانون الجزائي الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الثالثة 1983.
33. عثمان جمعة ضميرية، المعاهدات الدولية في فقه الإمام محمد حسن الشيباني، كتاب يصدر عن رابطة العالم الاسلامي، السنة 15 رمضان 1417 العدد 177.
34. عزالدين الدناصوري وعبدالحميد الشواربي، الدعوى الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
35. عمار عباس الحسيني، التصوير المرئي والتسجيل الصوتي وحجيتهما في الإثبات الجنائي، المركز العربي، القاهرة، الطبعة الأولى 2017.
36. علي السيد باز، السلطات العامة في النظام الدستوري الكويتي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، المجلس العلمي، جامعة الكويت، الكويت، 2006.
37. علي صادق أبوهيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1959.
38. علي محمد نعمه الذبحاوي، دور القضاء الإداري والدستوري في حماية حرية التعبير، مركز الدراسات العربية، مصر، الطبعة الأولى، 2018.
39. عوض المر، رقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه جان دبوي للقانون والتنمية، الإسكندرية، 2003.
40. عوض عبدالجليل الترساوي، المعاهدات الدولية أمام القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
41. عيد الغفول، الرقابة القضائية السابقة على دستورية المعاهدات الدولية دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
42. لقمان عمر حسين، الاختصاصات الدستورية لإبرام المعاهدات في الدولة الفيدرالية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016.
43. مأمون المنان، مبادئ القانون الدولي العام، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.
44. محمد سعيد الدقاق، القانون الدولي العام، الجزء الأول، وزارة الخارجية، الإمارات، الطبعة الأولى، 2017.
45. محمد سعيد الدقاق ومحمد سامي عبدالحميد وإبراهيم أحمد خليفة، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

46. محمد المشهداني ومروان المدرس، القانون الدستوري البحريني مع مقدمة النظرية العامة للدستور، مطبوعات جامعة البحرين الطبعة الأولى 2009.
47. محمد عبدالله الشوابكة، رقابة الامتناع على دستورية القوانين، دار الثقافة، عمان، 2012.
48. محمد عبدالعال، القضاء الدستوري المقارن، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2017.
49. محمد غانم حافظ، الوجيز في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.
50. محمد فؤاد رشاد، قواعد تفسير المعاهدات في الشريعة الإسلامية وللقانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2008.
51. محمد نصر محمد، الوافي في شرح المعاهدات الدولية في ظل أحكام اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2012.
52. محمد كريم وإبراهيم مشورب، قانون المعاهدات بين الدول والمنظمات الدولية، المكتبة العصرية، بيروت 1992.
53. محمد نعيم علوه، موسوعة القانون الدولي (المبادئ والمصادر) الجزء الأول، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى 2012.
54. محمد يوسف علوان، القانون الدولي العام، دار وائل، عمان، الطبعة الثالثة 2007.
55. مصطفى أحمد فؤاد، القانون الدولي العام -القاعدة الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2004 .
56. مصطفى عبدالكريم، القوة الملزمة للمعاهدات الدولية أمام القاضي الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.
57. مصطفى محمد محمود عبدالكريم، نفاذ وتطبيق مكافحة الفساد في القانون الداخلي وأثرها في محاكمة الفاسدين واسترداد الأموال، دار الفكر والقانون، مصر، الطبعة الاولى، 2012.
58. مفيد شهاب، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1985.
59. منصور خضران الداموك، مبادئ القانون الدولي وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، 2003.
60. نجيب أبوزيد، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، دار الفكر والقانون، مصر، 2010.
61. هيلين تورار، تدويل الدساتير الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

62. يوسف فليفل، الرقابة الدستورية في مملكة البحرين، بدون دار نشر، الطبعة الاولى، 2012.
63. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، الفتوى والتشريع، الكويت، الطبعة الثالثة، 1994.
64. موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة من محكمة العدل الدولية 1948-1991 ، منشورات الأمم المتحدة.
65. المعاهدات الدولية والقانون الوطني: دراسة مقارنة للعلاقات ما بين المعاهدات الدولية والقانون الوطني وآليات توطينها، المركز الوطني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة) 2014.
66. دليل الأحكام الختامية للمعاهدات المتعددة الأطراف، منشورات الأمم المتحدة، 2005.

67. Fredric L. Kirgis, International Agreements and US Laws, Issue 5 Volume 2.
68. Hans Aufrich, Supersession of treaties in intentional law, Cornell law review, Volume 37 Issue 2 winter 1952.
69. Malgosia Fitzmaurice and OlufemiElias,Contemporary Issues in The Law of Treaties, Eleven International publishing.

ثانياً: البحوث المحكمة

1. أشرف عرفات أبو حجازة، مكانة القانون الدولي العام في إطار المواد الداخلية الدستورية والتشريعية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 60 2004.
2. ثقل العجمي، قواعد القانون الدولي الوطني الكويت نموذجاً، مجلة حقوق كلية الحقوق، الكويت، المجلد 35 العدد1 سنة 2011 .
3. حساني خالد، نفاذ المعاهدات الدولية في النظم القانونية الوطنية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزائر، العدد الثالث، 2015.
4. صالح زيد صالح قصيله، دور القضاء الوطني في تطبيق المعاهدات والاتفاقيات الدولية، مجلة جامعة الملكة أروى، العدد السابع، يوليو- ديسمبر 2011.
5. ضاري خليل محمود، القيمة القانونية لاتفاقيات حقوق الإنسان في التشريع الداخلي ودور القاضي الوطني في تطبيقها، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الرابع، العدد الأول، يناير 2007.

6. عادل الطبطبائي، النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ومدى تعارضه مع أحكام الدستور الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة 27، يونيو 2003.
7. عامر زغير محيسن، الموازنة بين الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعد الدستورية، مجلة دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، المجلد 1 العدد 18، 2010.
8. عبد السلام نجادات، المعاهدات والمواثيق في الدولة الاسلامية: دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه التقليدي، مجلة كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، مجلد 12 عدد 3 تموز 2011.

9. عبدالعزيز محمد سرحان، العلاقة بين الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والقوانين الداخلية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الرابعة، العدد الأول، يناير 1980.
10. عبدالعزيز محمد سرحان، حقيقة العلاقة بين المجموعة الدولية لحقوق الإنسان والقانون الداخلي في الولايات المتحدة الأمريكية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثالث، السنة الخامسة، سبتمبر 1981.
11. عمار الزريق، نشر الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، مجلة العلوم الإنسانية 2002 جامعة القسطنطينية العدد 13 لعام 2000.
12. عمار كوسة، محاضرات في القضاء الدستوري، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة محمد لمين، 2014.
13. علي يوسف شكري، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية - دراسة مقارنة في الدساتير العربية، كلية القانون، جامعة الكوفة، مركز دراسات الكوفة ، العدد السابع ، 2008.

14. فيصل عقلة شطناوي، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية- دراسة مقارنة، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، المجلد 42 العدد 1 2015.
15. محمد بو سلطان، الرقابة على دستورية المعاهدات في الجزائر، مجلة المجلس الدستوري، العدد1، 2013.

16. محمد خليل الموسى، الأثر المباشر لاتفاقيات حقوق الانسان في النظم القانونية الوطنية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 3 لسنة 34 سبتمبر 2010.
17. مروان المدرس وخليل محمد عبدالله، حماية الملكية الخاصة في أحكام المحكمة الدستورية البحرينية على ضوء التشريعات المنظمة لهذه الحماية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 14، العدد 2، ديسمبر 2017.

18. مروان المدرس، القيمة القانونية لاتفاقية السيداو في النظام القانوني البحريني، مجلة دراسات دستورية، المحكمة الدستورية، البحرين، المجلد الثاني، العدد الرابع، البحرين، يناير 2015.

19. موفق سمور المحاميد، القيمة القانونية للمعاهدات في الدستور الاردني لعام 1952 وتعديلاته (القسم الثاني) مجلة حقوق جامعة الكويت، العدد 1 السنة 36، مارس 2012.
20. وائل علام، الملامح الأساسية لأحكام القضاء الإماراتي في مجال المعاهدات الدولية، مجلة الأمن والقانون، العدد1، المجلد21 يناير 2013 أكاديمية شرطة دبي.
21. يسرى محمد العصار، القيمة القانونية لإعلانات ومواثيق واتفاقيات الحقوق بين مصادر القانون في الكويت ومصر وفرنسا، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 2 السنة الأولى، يونيو 2013.

ثالثاً: المواقع الإلكترونية.

- موقع مشروع الدستور https://www.constituteproject.org
- موقع المجلس الأعلى للقضاء البحريني. http://www.sjc.bh
- موقع هيئة الإفتاء والتشريع www.legalaffairs.gov.bh
- شبكة قوانين الشرق www.eastlaws.com
- موقع الشؤون القانونية في منظمة الأمم المتحدة www.legal.un.arg
- موقع محكمة العدل الدولية www.icj-cij.org
- موقع قاموس المعاني www.almaany.com
- مكتبة حقوق الانسان – جامعة منيسوتا، www.supreme.justia.com/cases/federal/us/288/102/case.html
- موقع كلية كورنل للحقوق www.law.cornell.edu/supremecourt/text/252/416
- موقع للأحكام القضائية للمحكمة العليا الأمريكية www.Supeme.justia.com/case/feadral/us

رابعاً: الرسائل العلمية.

1. أسامة محمد بحر، سلطات الضبط الإداري في حالة السلامة الوطنية في التشريع البحريني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البحرين 2013.

2. بلخير طيب، النظام القانوني لمسؤولية الدول في ظل أحكام القانون الدولي الإنساني، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، الجزائر، 2016.

3. بن صفاف فرحات، العلاقات القنصلية، رسالة ماجستير، جامعة القسطنطينية، كلية الحقوق، الجزائر، 2013.
4. حياة حسين، التصديق على المعاهدات الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية حقوق جامعة الجزائر 2006.
5. خيري يوسف مريكب، الاتفاق الفلسطيني الإسرائيلي "غزة أريحا" أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2006.
6. زكية بلهول، تطبيق معاهدات حقوق الإنسان في بريطانيا، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة فرحات عباس، الجزائر، 2010.
7. فهد دخين العدواني، المحكمة الجنائية الدولية ومعوقات انضمام دولة الكويت إليها، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 2007.
8. سليمان حويلة الزين، تفوق المعاهدات الدولية على القانون الوطني، دراسة مقارنة بين الأردن وفرنسا، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، 2005.
9. سفيان عبدلي، سلطات القاضي الوطني في مادة الرقابة على تطبيق الاتفاقيات الدولية، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 53، مارس 2017.
10. سفيان عبدلي، سلطات القاضي الوطني في تطبيق وتفسير الاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة محمد خضير بسكرة، الجزائر،2017.
11. عادل بلجبل، التجربة الأوروبية في التعاون والتكامل الإقليمي، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، كلية العلوم الاقتصادية، بدون تاريخ مناقشة.
12. علام لياس، الأعمال الحكومية بين الحصانة المطلقة والرقابة القضائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمرى، الجزائر 2018.
13. عمروش نزار، المحكمة الجنائية الدولية في مواجهة المحاكم الوطنية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2011.
14. محمد عبدالمطلب الخشن، الوضع القانوني لرئيس الدولة في القانون الدولي العام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة 2004.
15. مصطفى إسماعيل إبراهيم التل، المعاهدات الدولية في الفقه الإسلامي، جامعة آل البيت، الأردن، رسالة ماجستير، 2005.
16. منصور طارق منصور، الرقابة السابقة على دستورية القوانين، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المملكة، البحرين، 2015.

Abstract:

The thesis deals with the legal value of the international treaty in Bahraini legal system. In order to prepare, the stages of treaty are communication and negotiation, until the adoption of the text and signature, then determine the constitutional rules the competent authority to ratify the treaty to become effective at the national level, with informing the United Nations Secretariat and the registration of the treaty to gain acceptance in all branches of the organization.

The jurisprudential basis for the value of an international treaty lies on the theory of dualism and the theory of the monism. Bilateral theory holds that international law is different from national law, and each law has rules to control. In order to be legally binding, the treaty must be incorporated into national legislation by incorporation or referral. Unlike the theory of the unity of law, which is based on the fact that international and national rules are one, and international rules are in force once the international treaty is concluded.

In Bahrain, the Constitutional Court recognized that the treaty is in equal to the law while criminal courts differentiates between the procedural criminal treaty and the substantive criminal treaty. It is determined that the substantive treaty does not have a criminal judge as opposed to the procedural treaty. The administrative judiciary and the civil judiciary have determined that the treaty should be directly enforceable in order to apply it to the disputes before it, applying the rules of copying previous legislation and restricting the generality of the legal provision.

In order to enforce the treaty in the Bahraini legal system, the treaty must fulfill the formal requirements and substantive conditions. Formal requirements are ratification, publication and registration. The objective conditions are the competence of the State representative to conclude the treaty and the will of the State should be impeccable and that the provisions of the Constitution and public order in the Kingdom of Bahrain shall be respected by the Treaty.

In the case of inconsistency with national legislation, the rules of reproduction are among the mechanisms for resolving the problem of conflict and the entry into force of the treaty in national legislation, while adding the principle of harmonization between international rules and national norms.

It covers all types of international treaties, including human rights treaties, to ensure the constitutionality of the provisions of the treaty and the commitment of the authorities to the procedures required by the Constitution, with the exception of the acts of the so-called Government Acts of sovereignty. The determination of such acts is for the judiciary, which decides to prevent the protection of the confidentiality of the information contained therein, and the reason for such action.

The Court monitors the extent to which national legislation conforms to its international obligations, the validity of the ratification process, the party responsible for it, and the dissemination procedure. The Constitutional Court also exercises the role of oversight for the lack of legislative authority.

University of Bahrain

Law department

Public Section



Value of International Treaties in Bahraini Legal System and Comparative

Research plan to complete the requirements of obtaining a PHD degree in public law

Prepared by :

Osama Mohammd Bahar

19941077

Supervised by :

Dr. Faruq Khammas