



التنظيم الدستوري في فلسطين
دراسة تمهيدية لغايات اقتراح النصوص الناظمة للحقوق والحريات والسلطة القضائية في دستور
دولة فلسطين المقبل
(دراسة محكمة)

أ . محمد خضر

نيسان 2015

المركز الفلسطيني لاستقلال

المحاماة والقضاء

« مساواة »

Palestinian Center For The
Independence Of The Judiciary

And The Legal Profession

"MUSAWA"

جمعية أهلية غير حكومية مستقلة، تأسست بتاريخ 18 / 3 / 2002 بمبادرة من محامين وقضاة سابقين وشخصيات اجتماعية،

أخذت على عاتقها تكريس جهدها لتعزيز ضمانات استقلال المحاماة والقضاء تشريعاً ومنهجاً وسلوكاً، عن طريق رصد وتوثيق

ومراقبة ومعالجة كافة العوائق الاجتماعية والثقافية والسياسية والاقتصادية والتشريعية، التي تحول دون التطبيق السليم
لمبدأ سيادة القانون، وتعيق تفعيل عناصر ومقومات ومضامين استقلال القضاء والمحاماة وذلك بالطرق والوسائل القانونية
مجلس إدارة مساواة

المحامي ياسر جبر رئيس مجلس الإدارة

المحامي فهد الشويكي نائب رئيس مجلس الإدارة

المحامي يوسف بختان أمين السر

المحامي فيصل جاسر أمين الصندوق

المحامية فائزة الشاويش عضو

المحامي غسان مساد عضو

المحامي نضال ابو فرحة عضو

المحامية رنا واصف عضو

الاستاذ سمير البرغوثي عضو

الرئيس التنفيذي المحامي إبراهيم البرغوثي

البيرة – البالوع- شارع المحاكم مكتب غزة – شارع الجلاء،

« تلفون: 0097022424870 برج الجلاء «الطابق الخامس

فاكس: 0097022424866 تلفاكس: 00970 8 2864206

www.musawa.ps: صفحة الكترونية - musawa@musawa.ps: بريد الكتروني

حقوق الطبع والنشر محفوظة للمركز

الآراء الواردة في هذا الكتاب لا تعبر بالضرورة عن رأي المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» والجهة الداعمة

مطابع

3

"المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة

:الرؤية

من أجل دولة العدالة و سيادة القانون في فلسطين

:الرسالة

المساهمة في بناء الدولة من خلال تجسيد مبدأ الفصل بين السلطات وسيادة القانون

والدفاع عن استقلال القضاء وتعزيز مهنة المحاماة

:الاهداف

المساهمة في الحد من انتهاك حكم القانون 1. 1

التأثير على المشرع الفلسطيني والإرتقاء بمستوى قوانين منظومة العدالة .

رصد وتوثيق ومتابعة إنتهاكات حكم القانون .

المساهمة في تعزيز ثقافة إحترام سيادة القانون 2 .

تطوير قدرات ومهارات العاملين في منظومة العدالة .

تنقيف العاملين في مؤسسات وفعاليات المجتمع المدني في مجال العدالة والحكم الرشيد .

الإستثمار في البناء المؤسسي 3 .

تحقيق الكفاءة الإدارية والتنشغيلية للمؤسسة .

تحسين فرص الإستقرار المالي للمؤسسة .

•تعزيز الاتصال والتواصل الداخلي والخارجي

تقديم....

بقدر ما مثل الاعتراف الدولي في فلسطين كدولة ، من انجاز معنوي على الصعيد السياسي، مثل في ذات الوقت تحدٍ قانوني يتمثل في ضرورة اعادة النظر في القانون الاساسي المعدل الساري المفعول ، باتجاه صياغة وإقرار دستور دولة فلسطين.

ولغايات الوصول الى دستور دولة فلسطين القادم لابد من التوافق ابتداء على المبادئ والاسس والقواعد والاحكام التي يستند اليها الدستور ويجسدها وينطلق منها آخذين بعين الاعتبار ان اي دستور وأيا كانت طبيعة النظام السياسي للدولة ، يتولى معالجة امرين لاثالث لهما : أولهما الحقوق والحريات وثانيهما ، السلطات التي يوجدتها الدستور لرعاية وتنمية وحماية وصيانة تلك الحقوق والحريات ، حتى لاتفرغ الحقوق والحريات من مضمونها ، وحتى لاتتشكل النصوص الدستورية مدخلا تعبر منه سلطات الحكم للمس بترك الحقوق والحريات ، أو افراغها من مضامينها ، وحتى لاتتحول القيود والشروط التي قد تفرضها السلطات على ممارسة تلك الحقوق والحريات لأصل ، ما يحول النص على تلك الحقوق والحريات لكلمات جوفاء ، الامر الذي يتطلب ان تأتي النصوص الدستورية باحكام واضحة لاتقبل الجدل والتفسير ، بما يحافظ على مكانة الدستور وسموه بوصفه الهرم التشريعي والمظلة والمحدد لصلاحيات وسلطات الحكم ، بما لا يمكنها من تجاوز احكامه او الانقلاب على رؤيته ، واستخدامه لخدمة مصالحها على حساب خضوعها لأحكامه.

وحيث ان النص التشريعي وممارسة السلطات لصلاحياتها في الواقع الفلسطيني أنبأ عن الحاجة لصياغة نصوص دستورية محكمة دقيقة مغلقة الابواب ، على اي انتهاك جدي للحقوق والحريات الجماعية والفردية ، وممانعة لأي مساس بمبدأ الفصل بين السلطات او استقلال وحيدة السلطة القضائية ، وقدرتها على فرض حكم القانون على الكافة ،

لكل ذلك وغيره من الاسباب السياسية والاجتماعية والوطنية ولغايات الاسهام في تحقيق حلم شعبنا في دولة مستقلة ديمقراطية تضمن له حياة كريمة وحكم عادل ونزيه ، ارتأى المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة " ، ان يعد مقترح نصوص دستورية ناظمة للحقوق والحريات والسلطة القضائية، يعمل من اجل اعتمادها في دستور دولة فلسطين.

هذا المقترح المستند الى دراسة تشخيصية للواقع الدستوري في فلسطين وواقع ممارسة الحكم فيها ، واداء السلطة القضائية وبنيتها ومدى حيديتها وقدرتها على فرض حكم القانون وتجسيد العدالة ، وهي دراسة وصفية نقدية مقارنة "محكمة" ، يتلوه حوارات ولقاءات قانونية يشارك فيها ممثلين من مختلف الفئات المجتمعية ، تسند التوصيات المنبثقة عنها الى جانب الدراسة المذكورة ، وعديد النماذج الدستورية للدول الديمقراطية الحديثة ، عمل لجنة الصياغة الفنية للمقترحات ، والتي ستقوم "مساواة" بنتيجة اعتماد اللجنة المذكورة لها ، بنشرها واخضاعها لنقاش مجتمعي مماثل ينتهي الى مقترح مستند الى اوسع توافق مجتمعي من جهة ، وينسجم مع أحدث التشريعات الدستورية في الدول الحديثة من جهة أخرى ويتلائم مع روح ومضامين الاتفاقيات الدولية ذات الصلة ويتجاوزها نحو مزيد من الايجابية الضامنة للحقوق والحريات ، بما يقرر ويحمي ويصون الحقوق والحريات، ويسهم ببناء سلطة قضائية فاعلة ومهنية ومستقلة قولاً وفعلأً أخيراً.

واللافت ان ما ارتأته "مساواة" وشرعت في تنفيذه اعقبه الاعلان الرسمي عن اعادة عمل لجنة اعداد الدستور والتي ستتولى مساواة تقديم مقترحها للجنة المذكورة ، الى جانب كافة الجهات واصحاب القرار وممثلي القوى المجتمعية والبرلمانية والحزبية بما يضمن اعتماد مقترحها النهائي كنصوص يتضمنها دستور دولة فلسطين المقبل.

ولعل في هذه الدراسة التي اعدھا الاستاذ محمد خضر أستاذ القانون الدستوري ، و قامت "مساواة" بتحكيمةا من قبل فقيهين في القانون الدستوري معروفان في العالم العربي، وهما معالي الاستاذ الدكتور محمد الحموري من الاردن ومعالي الدكتور فتحي فكري من مصر، ما يشكل المدخل والمرشد لعمل لجنة الصياغة بحيث تقترح "مساواة" دستور فلسطيني ديمقراطي يعطي النموذج الدولي لقدرة شعب فلسطين على بناء دولة تستحق ان تكون مثلاً يحتذى به في اسرة دولية ديمقراطية تعمل سلطاتها تحت مظلة دساتير دولية تنتعش في ظلها الحقوق والحريات وتزدهر ويتسم حق المواطنة فيها بسمات الحق الانساني المقدس.

تأمل مساواة من كافة المعنيين بدستور عصري لدولة فلسطين دراستها بإمعان والوقوف على توصياتها والمشاركة الفاعلة في اعداد مقترح "مساواة" بوصفه اسهاماً وطنياً في صياغة عقد اجتماعي أحوج ما يكون شعبنا اليه الا وهو : دستور دولة فلسطين القادم .

مساواة

المحتويات

10	1. مقدمة
11	1-1. أهمية الدراسة
12	2-1. مشكلة الدراسة
12	3-1. أهداف الدراسة
12	4-1. أسئلة الدراسة
13	5-1. الأدبيات السابقة
14	6-1. منهجية الدراسة
14	7-1. أدوات الدراسة
14	8-1. مجتمع وعينة الدراسة
14	9-1. تقسيم الدراسة
16	2. الحقوق والحريات الأساسية والسلطة القضائية في الوثائق الدستورية المتعاقبة
16	1-1. القانون الأساسي العثماني لسنة 1876
16	2-2. مرسوم دستور فلسطين لسنة 1922 وتعديلاته
18	3-2. الوثائق الدستورية في الضفة والقطاع منذ النكبة وحتى سنة 2002
21	3. الدستور الفلسطيني: الجهود الوطنية والسياق
21	1-3. الدستور المؤقت سنة 1948
21	2-3. وثيقة إعلان الاستقلال سنة 1988
22	3-3. القانون الأساسي الفلسطيني
23	4-3. مسودات مشروع الدستور الأربع
25	4. الوثائق الدستورية الوطنية: الهيكلية العامة والمضمون
27	1-4. الحقوق والحريات الأساسية
28	2-4. أهمية النص على الحقوق والحريات الأساسية -بوجه خاص- في الدستور
30	5. الدستور ومبادئ النظام الدستوري الديمقراطي
30	1-5. مبادئ النظام الدستوري الديمقراطي

- 1-1-5. انطباق مبدأ سيادة القانون على أشخاص ومؤسسات الدولة 31
- 2-1-5. الفصل المتوازن بين السلطات 31
- 3-1-5. حماية الحقوق والحريات الأساسية 32
- 4-1-5. سلطة قضائية فعّالة لحماية الحقوق والحريات الأساسية 33
- 5-1-5. سلطة قضائية مستقلة محايدة ونزيهة 33
- 2-5. مبادئ النظام الدستوري الديمقراطي: الحماية والاستقرار 35
- 1-2-5. الاستفادة من هيكلية الدستور 35
- 2-2-5. الاستفادة من النمو الشكلي للدستور 36
- 1-2-2-5. المستوى الأول: الجمود المطلق 37
- 2-2-2-5. المستوى الثاني: الأغلبية المشددة أو العظمى 38
- 3-2-2-5. المستوى الثالث: الموضوعات الدستورية التي تنظم بقوانين أساسية (القوانين المكملّة للدستور) 38
- 4-2-2-5. المستوى الرابع: القوانين العادية 39
- 5-2-2-5. المستوى الخامس: التشريعات الثانوية أو التشريعات التنفيذية 40
- 6-2-2-5. القرار بقانون: خروج على مبادئ النظام الدستوري الديمقراطي والفصل بين السلطات 40
6. القيود الدستورية على ممارسة الحقوق والحريات الأساسية 42
- 1-6. الحقوق والحريات الأساسية ليست مطلقة 42
- 2-6. أهمية تحديد القيود في الدستور 44
- 3-6. طرق تقييد الحقوق والحريات الأساسية 44
- 1-3-6. "في حدود القانون" مع مراعاة أحكام القانون؛ قيود لاسترداد الحقوق والحريات 44
- 2-3-6. التقييد الخاص 48
- 3-3-6. التقييد العام 50
- 4-3-6. المزاوجة بين التقييد الخاص والتقييد العام 52
- 5-3-6. نصوص بلا قيود 53
- 4-6. مضمون القيود على الحقوق والحريات الأساسية 54
- 1-4-6. إنفاذ الحقوق والحريات مسؤولية كل القضاة وليس القاضي الإداري أو الدستوري فقط 55
- 2-4-6. إرشادات لعملية الموازنة بين فرض القيد وغايته (Balancing) 55
- 1-2-4-6. تفسير النص لصالح الحقوق والحريات الأساسية 56

56	2-2-4-6. قانونية التقييد
57	3-2-4-6. الغاية من التقييد
57	4-2-4-6. مبدأ التناسب
58	1-4-2-4-6. المصلحة المشروعة
58	2-4-2-4-6. العلاقة المباشرة والحقيقية ما بين القيد والمصلحة
59	3-4-2-4-6. الوسيلة الأقل تأثيراً على الحق أو الحرية
60	4-4-2-4-6. الموازنة ما بين أهمية الحق الأساسي وأهمية المصلحة المراد حمايتها
61	7. الرقابة القضائية: ضمانات لحماية الحقوق والحريات الأساسية
61	1-7. المعالم الرئيسية للنظام القضائي الفلسطيني وخلفياتها
61	1-1-7. نوع النظام القضائي
62	2-1-7. المركز القانوني للنيابة العامة
62	3-1-7. تعدد الأجسام القضائية
63	4-1-7. إدارات السلطات القضائية: مجلس القضاء الأعلى مثلاً
64	2-7. مضمون الرقابة القضائية
66	3-7. الرقابة القضائية وأعمال السيادة
69	4-7. تقييم دور المحكمة العليا الرقابي في حماية الحقوق والحريات الأساسية
69	1-4-7. محكمة العدل العليا
70	1-1-4-7. رفض محكمة العدل العليا لاختصاصها بمنازعات العقود الإدارية
71	2-1-4-7. رفض محكمة العدل العليا لممارسة الرقابة القضائية الكاملة
73	2-4-7. المحكمة العليا بصفقتها محكمة دستورية
75	8. غياب ضمانات استقلال وحياد القضاة
75	1-8. الرقابة على تعيينات السلطة التنفيذية للمناصب العليا والقضاة: إطار فلسفي
78	2-8. تأثير طريقة تعيين القضاة على استقلالهم وحيادهم
81	3-8. مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل
81	4-8. نقل القضاة
84	5-8. ترقية القضاة
85	9. طبيعة النظام السياسي وحماية الحقوق والحريات الأساسية

9-1.	النظام شبه الرئاسي: المفهوم والسياق	85
9-2.	تقييم النظام شبه الرئاسي من حيث الاستقرار وضمانات حماية الحقوق والحريات	88
9-3.	تقييم النظام شبه الرئاسي من حيث توزيع المسؤولية داخل السلطة التنفيذية	89
10.	متطلبات صياغة دستور لدولة فلسطين يلبي متطلبات دولة ديمقراطية حديثة	90
11.	إجراءات عملية دستورية ديمقراطية: اثنا عشر إجراء	91
12.	مؤشرات بشأن رؤية قطاع العدالة	93
12-1.	المؤشرات بشأن المبادئ الدستورية العامة	94
12-1-1.	عرض المؤشرات بشأن المبادئ الدستورية العامة	95
12-1-2.	تحليل المؤشرات بشأن المبادئ الدستورية العامة	99
12-2.	المؤشرات بشأن المبادئ الدستورية العامة والحقوق والحريات الأساسية	99
12-2-1.	عرض المؤشرات بشأن المبادئ الدستورية العامة والحقوق والحريات الأساسية	100
12-2-2.	تحليل المبادئ الدستورية العامة والحقوق والحريات الأساسية	105
12-3.	المؤشرات بشأن المبادئ الدستورية العامة والسلطة القضائية	105
12-3-1.	عرض المؤشرات بشأن المبادئ الدستورية العامة والسلطة القضائية	106
12-3-2.	تحليل المؤشرات بشأن المبادئ الدستورية العامة والسلطة القضائية	113
12-4.	المؤشرات بشأن السلطة القضائية والحقوق والحريات الأساسية	114
12-4-1.	عرض المؤشرات بشأن السلطة القضائية والحقوق والحريات الأساسية	115
12-4-2.	تحليل المؤشرات بشأن السلطة القضائية والحقوق والحريات الأساسية	119
12-5.	قراءة في المؤشرات بشكل عام	119
13.	قائمة المراجع	120
14.	ملحق	127

1. مقدمة

"لا نعرف لأي محكمة نتوجه من أجل الطعن في القرار"، "تعلم مسبقاً أن نتيجة الحكم ستكون رد الطعن، لكننا لا نعرف تحديداً ما هو السبب الذي ستلجأ إليه المحكمة". بهذه العبارات يصف المتقاضون والمختصون والمتابعون للشأن القضائي أداء المحاكم الفلسطينية في الطعون التي تقدم إليها بشأن القوانين والقرارات التي تنتهك مبدأ سيادة القانون أو حقوق الإنسان وحياته الأساسية. وعند الحديث عن الوثيقة الدستورية، فعامة الناس لا يعرفون ما هو القانون الذي يحكم عمل السلطات ويفترض أن يشكل مصدر حماية رئيسية لحقوقهم وحياتهم. أما القلة ممن يعرفون جيداً القانون الأساسي ويستطيعون تقييم أداء السلطات المختلفة، فيقولون: "نصوص القانون الأساسي لا تساوي الحبر الذي كتبت فيه"، و"لا يوجد شيء اسمه قانون أساسي باستثناء طبعاً المادة (43) منه". وخطورة هذه التعليقات تكمن في كونها تتناول الوثيقة الأسمى حالياً في النظام الدستوري الفلسطيني، وما يفترض أن تمثله نصوصها من تنظيم لسلطات الدولة وعلاقاتها فيما بينها، وعلاقاتها بالأفراد على نحو يكفل حقوقهم وحياتهم الأساسية من تعسف السلطة.

لكل ذلك، وبعد أكثر من عشرين سنة على ممارسة السلطات المختلفة لوظائفها بصورة أو بأخرى، يجب التأكيد على أهمية المراجعة، لأن الاستمرار بذات النهج وذات السياسات يعني استمرار وتجدد حالة مخالفة مبدأ سيادة القانون، وحالة الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، وأخيراً حالة غياب المساءلة والإفلات من العقاب. هذا يعني ضرورة إعادة النظر في التاريخ من أجل الاستفادة من هتات الماضي، والنظر إلى المستقبل بعيون ترفض كل الممارسات التي من شأنها أن تنال من كرامة الإنسان الفلسطيني، الإنسان هو الثروة الحقيقية، الأجيال القادمة هي فلسطين، فلسطين ليست مقدسات وحجارة وطبيعة، فلسطين هي الإنسان، هي حق المواطن وحيته.

يجب أن يكون التركيز على أن ممارسة السلطات المختلفة لوظائفها يحكمها أسس ومبادئ محورها احترام كرامة الإنسان وحيته، كل أوصاف وحيته، دون أن يقيد سلبات الموروث والعادات والتقاليد، وبما يعزز من وحيته في أن يختار شكل السلطة السياسية ومن يقوم بممارستها بالنيابة عنه ولمصلحته، وأخيراً وحيته في عدم الخضوع للحكم الأجنبي. وتقييم مدى التقدم في الوصول إلى هذا الهدف هو معيار الحكم على النجاح أو الفشل في أداء السلطات المختلفة.

للوصول إلى ذلك، ثمة وسائل عديدة يأتي على رأسها إعادة الاعتبار لدور حقوق الإنسان وحياته كغاية أساسية من غايات صياغة نظام دستوري، وتكون كافة المبادئ المتعلقة بخلق حكومة حقيقية تعمل وفق أسس النظام الدستوري الديمقراطي هي البوصلة للوصول إلى الهدف، وتكون جميع السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية تعمل جميعاً على هدي قيم الديمقراطية والحرية والكرامة. الحرية والكرامة لكافة أفراد الشعب وليس لطائفة منهم، لأجيال الشعب الفلسطيني وليس لنخبة منهم.

ضمن هذا الإطار والتوجه، تأتي هذه الدراسة، لتكون محاولة في وضع خارطة للوصول إلى الهدف وذلك بتسليط الضوء على المبادئ الدستورية والنصوص النازمة للحقوق والحريات والسلطة القضائية في فلسطين، ابتداء بوصف القائم، مروراً بنقده وتقييمه نصاً وواقعاً، وأخيراً الاستفادة من تجارب الأنظمة الناجحة فيما وظفته من أدوات وما اتبعته من آليات للوصول إلى نظام يحترم الحقوق والحريات الأساسية، ويوفر ضمانات ردع انتهاكها أثناء ممارسة السلطات المختلفة لوظائفها، في ظل مبدأ "حكومة الشعب من الشعب ولمصلحة الشعب"، ضمن رؤية تؤمن بكونية الإنسان وعالمية حقوقه وحرياته.

1-1. أهمية الدراسة

تكمن أهمية الدراسة من الناحية النظرية في أن موضوع احترام وحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية وما يتطلبه من ضمانات تتمثل في توفر كافة عناصر النظام الدستوري الديمقراطي؛ فصل متوازن بين السلطات، استقلال القضاء، سيادة القانون،... يعد شرطاً رئيساً لنعت النظام السياسي في الدول بالشرعية الوطنية، فعلى النظام لكي ينعى بالشرعية التزام باحترام الحقوق والحريات، والتزاماً آخر بحمايتها، وأن تخليه عن التزاميه، يفقده الشرعية، ويكون مبعث للثورات وعدم الاستقرار في الدولة.

أما أهمية الدراسة من الناحية العملية، فتكمن في أنها تأت في سياق جملة من التطورات الدولية التي تتعلق بمكانة الكيان الفلسطيني في المجتمع الدولي، كالتطور المتعلق بالاعتراف بالدولة الفلسطينية دولة مراقب غير عضو في منظمة الأمم المتحدة، واعتراف العديد من حكومات وبرلمانات العالم بالدولة الفلسطينية.¹ مما يجعل مسألة إقرار دستور فلسطيني ديمقراطي، متطلباً ضرورياً لدولة تتال الاعتراف الدولي بشكل متسارع. ولأن هذه التطورات مكّنت الفلسطينيين من توقيع العديد من الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان.² فإنها بالمقابل، ألقت على عاتقهم التزاماً بإفاد هذه الاتفاقيات في قانونهم الوطني،³ وفي ذلك -إن حصل- انسجاماً بين الخطابين السياسي والقانوني للفلسطينيين الذين ما فتئوا يقنعون العالم وبفهمونه بديمقراطية الدولة الفلسطينية، وبحقوقهم وحرياتهم التي حرّموا منها طويلاً، وفي ذلك أيضاً مدخلاً لاكتساب الشرعية في المجتمع الدولي. بالإضافة إلى ذلك، تكتسب الدراسة أهميتها العملية من كونها تأت

¹ انظر في اعتراف البرلمانات الأوروبية بفلسطين: تيسير الحوراني، اعتراف البرلمانات الأوروبية والحراك السياسي الفلسطيني، مجلة المجلس (المجلس الوطني الفلسطيني: منظمة التحرير الفلسطينية)، رام الله، السنة (11)، العدد (50)، كانون ثاني 2015، ص 23-24.

² انظر الاتفاقيات الدولية التي وقعتها فلسطين: اسماء الاتفاقيات الدولية التي قرر الرئيس انضمام فلسطين لها، الحياة برس، على الرابط الآتي: <http://www.alhayatp.net/?p=27223>، تاريخ الاسترداد: 2015/3/15.

³ للمزيد حول الالتزام الفلسطيني بتنفيذ الاتفاقيات الدولية في القانون الوطني، انظر: ريم البطمة، المعاهدات الدولية والقانون الوطني: دراسة مقارنة للعلاقة ما بين المعاهدات الدولية والقانون الوطني وآليات توطئها، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة": رام الله، كانون أول 2014، ص 47-54.

في ظل واقع الانقسام الذي يتسم بانتهاك الحقوق والحريات الأساسية من قبل السلطة التنفيذية وأجهزتها، وعدم فعالية السلطة القضائية في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية، واستمرار تعطل المجلس التشريعي⁴.

2-1. مشكلة الدراسة

تبدو مشكلة الدراسة في صياغة العديد من الوثائق الدستورية في فلسطين. هذه الوثائق لم تعمل على إرساء متطلبات إقامة نظام ديمقراطي يؤسس لدولة تحترم حقوق المواطنين وتصورها. في الوقت الذي يشير فيه الواقع إلى غياب الممارسة الديمقراطية، وإلى انتهاكات مستمرة لحقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية، وازدياد التدخل في عمل السلطة القضائية والقضاة وقطاع العدالة بشكل عام، وبخاصة في ظل تعطل المجلس التشريعي، وضعف نظام الإدارة والمراجعة القضائية. كما تبدو مشكلة الدراسة، في غياب الربط بين العناصر التي يقوم عليها النظام الدستوري الديمقراطي من جهة، ودور الدستور في إرساء هذه العناصر والمحافظة عليها بما يحقق حماية الحقوق والحريات الأساسية وضمان استقلال وفعالية السلطة القضائية باعتبارها أحد أهم عناصر ذلك النظام من جهة أخرى.

3-1. أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة بشكل رئيسي إلى تقديم مقترحات لصناعة وصياغة النصوص الدستورية النازمة للحقوق والحريات الأساسية، والنصوص الدستورية النازمة للسلطة القضائية على نحو يستجيب للمعايير الدولية والتجارب الدستورية الديمقراطية المقارنة، ويتجاوز مساوئ الصياغة في الوثائق الدستورية الوطنية (القانون الأساسي المعدل في مرحلة آنية، ودستور دولة فلسطين في مرحلة لاحقة)، وينفرد عن هذا الهدف جملة أهداف فرعية تتمثل في الآتي:

- بيان العناصر الرئيسية للنظام الدستوري الديمقراطي ودور الدستور في تحقيقها.
- بيان مدى مساهمة القانون الأساسي في إنتاج الواقع المضاد للحقوق والحريات الأساسية.
- تقييم واقع السلطة القضائية ودورها في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية.
- عرض المعالم الرئيسية للوثائق الدستورية الديمقراطية في العالم.
- مناقشة الخيارات والحلول التي تبنتها الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، والدساتير الديمقراطية المقارنة فيما يتعلق بموضوعات حقوق الإنسان والسلطة القضائية.

4-1. أسئلة الدراسة

تثير هذه الدراسة تساؤلات رئيسية، وهو: ما الذي يجب أن تكون عليه النصوص الدستورية النازمة للحقوق والحريات الأساسية وللسلطة القضائية في دستور دولة فلسطين المستقبلي أو في أي تعديل قريب للقانون الأساسي، حتى تكون

⁴ للمزيد حول واقع الحقوق والحريات الأساسية وواقع السلطة القضائية بعد الانقسام السياسي، انظر: التقارير السنوية للهيئة المستقلة لحقوق الإنسان عن حالة حقوق الإنسان الفلسطيني من التقرير رقم (13) ولغاية التقرير رقم (19)، على الموقع الإلكتروني للهيئة، على الرابط الآتي: <http://www.ichr.ps/ar/1/6>.

متوائمة مع المعايير الدولية والتجارب الدستورية الديمقراطية المقارنة؟ ويتفرع عن هذه التساؤل جملة تساؤلات فرعية تتمثل في الآتي:

- ما مدى فعالية تنظيم المشرع الفلسطيني في القانون الأساسي للأحكام المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية والسلطة القضائية؟
- ما مدى قرب أو بعد النصوص النازمة للحقوق والحريات الأساسية وللسلطة القضائية في القانون الأساسي عن المعايير الدولية والتجارب الدستورية الديمقراطية المقارنة؟
- ما هو وضع الحقوق والحريات الأساسية والسلطة القضائية في ظل القانون الأساسي؟
- ما مدى ملائمة النظام السياسي الذي جاء به القانون الأساسي للواقع الفلسطيني، وبخاصة واقع الانقسام؟
- ما هو المحتوى الأمثل للنصوص الدستورية النازمة للحقوق والحريات الأساسية والسلطة القضائية؟

1-5. الأدبيات السابقة

بحثت هذه الدراسة في العديد من موضوعات القانون العام الداخلي والدولي، وهي موضوعات تتداخل وتتشابك العلاقة فيما بينها على نحو يجعل من بحثها؛ في دراسة واحدة، وفق منهجية تحليلية مقارنة لها ولما بينها من علاقات متداخلة -متشابكة، أمرٌ ليس من السهل القيام به ألبتة، وبخاصة، في ظل موروث قانوني ودستوري، يوصف بالفقير ديمقراطياً بالغني دكتاتورياً. ولعل هذا وذاك وغيرهما هو سبب افتقار المكتبة الفلسطينية لأدبيات، عالجت هذه الموضوعات تفصيلاً في إطار رؤية منفتحة على التجارب الحديثة لدول ديمقراطية أو لدول صنعت تحول ديمقراطي يحتذى به. لا تدعي هذه الدراسة كمالها ولا إلمامها في بحثها أيضاً، هي فقط محاولة متواضعة لتوصيف وتحليل نص وواقع يتكرر لحقوق الإنسان وضماناتها وأدوات إنفاذها، يتكرر لنظام دستوري ديمقراطي، كلاهما (ذاك النص وذلك الواقع) لم يسع إلى الاستفادة من التجارب الديمقراطية الحديثة ولا من إلى آخر ما توصل إليه العلم الحديث في هذا المجال.

أدبيات سابقة عديدة، وصلت إليها أيدينا، بحثت في الدستور الفلسطيني بشكل عام، وتناولت موضوع حقوق الإنسان والسلطة القضائية في سياق بحثها العام، اقترح بعضها نصوصاً للدستور الذي تريده لفلسطين، لم تبحث أو توجه تركيز بحثها على السلطة القضائية أو النظام الدستوري الديمقراطي، قدمت مقارنات اقتصر على الدساتير العربية أو الوثائق الدولية، فلم تنفتح في معظمها على التجارب الدستورية الديمقراطية المقارنة، والتي اتخذنا منها نحن معياراً مساعداً لقياس مدى نجاح عملية صناعة وصياغة دستور جديد، وعلى العكس من ذلك، وجدنا المكتبة الأجنبية، وبخاصة الأدبيات باللغة الإنكليزية، وافرة وغنية، وقد تم استخدامها كأساس نظري حيث لزم، وإن كان ما ينقصها هو الربط مع الحالة العربية، والفلسطينية تحديداً. وهذا، وسوف يتم بيان هذه الأدبيات في بند الأخير من هذه الدراسة "قائمة المراجع".

6-1. منهجية الدراسة

تتبع هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، والمنهج المقارن، فمن خلال المنهج الوصفي التحليلي سوف يتم وصف وتحليل النصوص الدستورية وواقع الممارسة الفلسطينية المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية والسلطة القضائية. أما المنهج المقارن، فسوف يتم من خلاله مقارنة تلك النصوص مع الشريعة الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، بالإضافة إلى مقارنتها بالنصوص الدستورية في العديد من البلدان الديمقراطية وتطبيقاتها القضائية، وبخاصة القانون الأساسي الألماني الصادر سنة 1949،⁵ ودستور جمهورية جنوب أفريقيا الصادر سنة 1996.⁶

7-1. أدوات الدراسة

بالإضافة إلى مراجعة الأدبيات السابقة، تم تصميم استبانة كإحدى أدوات البحث العلمي التي تقيس البيانات الكمية، وذلك بهدف الوقوف على رؤية مجتمع الدراسة من الموضوعات التي تعالجها. وقد تضمنت الاستبانة عشرين مؤشر، موزعة على أربع مجموعات؛ مؤشرات بشأن المبادئ الدستورية العامة، مؤشرات بشأن المبادئ الدستورية العامة والحقوق والحريات الأساسية، مؤشرات بشأن المبادئ الدستورية العامة والسلطة القضائية، ومؤشرات بشأن السلطة القضائية والحقوق والحريات الأساسية. وقد رصد لكل مؤشر عشر درجات من (0) "لا أوافق مطلقاً" إلى (10) "أوافق بشدة". وقد تم صياغة بعض المؤشرات بطريقة إيجابية، بينما صيغ البعض الآخر بطريقة سلبية.⁷

8-1. مجتمع وعينة الدراسة

تم تحديد مجتمع هذه الدراسة في الضفة الغربية وقطاع غزة، شاملاً عينة عشوائية من البرلمانيين، والقضاة، وأعضاء النيابة العامة، وموظفي الوزارات، والمحامين، ونشطاء مؤسسات المجتمع المدني، بالإضافة إلى الأكاديميين. وقد بلغ مجموع العينة 70 شخصاً؛ موزعين بالتساوي بين الضفة والقطاع.

9-1. تقسيم الدراسة

لقد قمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى أحد عشر بنداً فضلاً عن بند المقدمة وبند قائمة المراجع وبند الملحق، وذلك على النحو الآتي:

2. الحقوق والحريات الأساسية والسلطة القضائية في الوثائق الدستورية المتعاقبة

3. الدستور الفلسطيني: الجهود الوطنية والسياق

⁵ يمكن الاطلاع على القانون الأساسي الألماني شاملاً تعديلاته لغاية 2012، مترجم إلى العربية من قبل قسم الترجمة بالبوندستاغ الألماني، على الرابط الآتي: www.constituteproject.org

⁶ نفس الموضوع.

⁷ انظر: ملحق هذه الدراسة.

4. الوثائق الدستورية الوطنية: الهيكلية العامة والمضمون
5. الدستور ومبادئ نظام الحكم الدستوري الديمقراطي
6. القيود الدستورية على ممارسة الحقوق والحريات الأساسية
7. الرقابة القضائية: ضمانات لحماية الحقوق والحريات الأساسية
8. غياب ضمانات استقلال وحياد القضاة
9. طبيعة النظام السياسي وحماية الحقوق والحريات الأساسية
10. متطلبات صياغة دستور لدولة فلسطين يلبي متطلبات دولة ديمقراطية حديثة
11. إجراءات عملية دستورية ديمقراطية: اثنا عشر إجراءً
12. مؤشرات بشأن رؤى أطراف العدالة

2. الحقوق والحريات الأساسية والسلطة القضائية في الوثائق الدستورية المتعاقبة

يقدم هذا البند إطلالة سريعة على التنظيم الدستوري للحقوق والحريات الأساسية والسلطة القضائية في الوثائق الدستورية التي وضعتها السلطات المختلفة التي تعاقبت على حكم فلسطين، بدءاً بالقانون الأساسي العثماني لسنة 1876،⁸ مروراً بمرسوم دستور فلسطين لسنة 1922 زمن الانتداب البريطاني،⁹ وانتهاءً بالوثائق الدستورية التي تم العمل بها بعد النكبة سنة 1948 إلى تاريخ إصدار القانون الأساسي الفلسطيني سنة 2002.¹⁰

2-1. القانون الأساسي العثماني لسنة 1876

كان أول دستور طبق في فلسطين هو القانون الأساسي العثماني لسنة 1876، والذي اقتبس جل أحكامه من الدستور البلجيكي الصادر سنة 1831. وجاء هذا الدستور في سياق حركة الإصلاحات الواسعة التي قامت بها السلطات التركية في النصف الأول من القرن التاسع عشر. هذا الدستور، أقام نظام الحكم على أساس وجود ثلاث سلطات رئيسية؛ تشريعية، تنفيذية، وقضائية، وبذلك شكل خطوة نحو إصلاح نظام الحكم الفردي الذي كان قائماً. إلا أن عدم إرسائه لقواعد الفصل المتوازن بين السلطات¹¹؛ لم يكن يسمح أولاً بممارسة مثلى للحقوق والحريات الأساسية، ولا بوجود سلطة قضائية مستقلة قادرة على ممارسة أي دور يتعلق بحماية حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية ثانياً.¹² ويرجع ذلك إلى أن المفاهيم المرتبطة بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية لم تكن قد وصلت إلى درجة التطور التي وصلت إليه الآن.¹³

2-2. مرسوم دستور فلسطين لسنة 1922 وتعديلاته

أصدرت سلطات الانتداب البريطاني مرسوم دستور فلسطين لسنة 1922، والذي احتوى على المعالم الرئيسية للوثيقة الدستورية، بالرغم من صدوره كأمر ملكي صادر عن البلاط الملكي (ملك بريطانيا) تنفيذاً لصك الانتداب على فلسطين

⁸ انظر: نص القانون الأساسي العثماني لسنة 1876 لدى: يوسف قزما خوري، *الديساتير في العالم العربي: نصوص وتعديلات 1839-1987*، دار الحمراء: بيروت، 1988، ص 16.

⁹ مرسوم دستور فلسطين، المنشور على الصفحة (3303)، من *قوانين فلسطين (مجموعة درايتون - الانتداب البريطاني)*، بتاريخ 1937/1/22. يذكر أن هذا المرسوم قد جرى تعديله سنة 1923؛ 1935؛ 1933؛ 1939؛ 1940؛ 1947، وهو ما زال سارياً في قطاع غزة إلى الحد الذي لا يتعارض فيه مع أحكام القانون الأساسي المعدل لسنة 2003. أما في الضفة الغربية فقد ألغي صراحة بموجب الدستور الأردني لسنة 1952.

¹⁰ نشر هذا التشريع على الصفحة (4)، من *عدد الوقائع الفلسطينية رقم (0)*، بتاريخ 2002/7/7.

¹¹ انظر مثلاً نص المادة السابعة من القانون الأساسي العثماني: "إن عزل الوكلاء ونصبهم، وتوجيه المناصب والرتب، وإعطاء النياشين وتوجيهات الولايات الممتازة توفيقاً لشروط امتيازهم، وضرب المسكوكات، وذكر اسمه في الخطب، وعقد المعاهدات مع الدول الأجنبية وإعلان الحرب والصالح، والترأس على القوة البحرية والبرية، وإجراء الحركات العسكرية والأحكام الشرعية والقانونية، وتنظيم المنظمات المتعلقة بمعاملات دوائر الإدارة، وتخفيف المجازاة القانونية أو العفو عنها، وعقد المجلس العمومي أو فضه وتعطيله، وفسخ هيئة المبعوثان لدى الاقتضاء على شرط انتخاب الأعضاء مجدداً، ذلك جميعه من جملة حقوق الحضرة السلطانية المقدسة".

¹² لدى مراجعة هذا القانون الأساسي، يلاحظ عدم تضمينه أي نص يؤكد مبدأ الفصل بين السلطات أو أي نص يؤكد استقلال القضاء.

¹³ للمزيد حول وضع الحقوق والحريات الأساسية، والقانون الأساسي العثماني، ولمحة حول التطورات الدستورية في العالم العربي، انظر: يوسف قزما خوري، مرجع سابق، ص 1-11.

والمستند أساساً إلى وعد بلفور سنة 1917، بهدف إقامة وطن قومي لليهود في فلسطين، وقد جاءت نصوص هذا الدستور متسقة بدرجة كبيرة مع ذلك الهدف.¹⁴

لم يتضمن مرسوم دستور فلسطين نصوصاً ناظمة للحقوق والحريات الأساسية باستثناء نصه على الحق في المساواة وعلى حرية الاعتقاد (مادة 83)،¹⁵ وفي هذا الإطار، منع المرسوم المجلس التشريعي من إصدار أي قانون يقيد حرية العقيدة أو حرية القيام بشعائر العبادة، أو أي قانون من شأنه التمييز بين أهالي فلسطين بسبب العنصر أو الدين أو اللغة، كما منع إصدار أي قانون يناقض أو يخالف أحكام صك الانتداب (مادة 18).¹⁶ وتأسيساً على ذلك، أقرت المحكمة العليا المنشأة وفقاً للمرسوم في قضية ينايب أرطاس، بصلاحية المحاكم المحلية في فلسطين بمراقبة التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية للتحقق من مدى اتفاقها مع نص المادة (18) من المرسوم، كما أقرت اللجنة القضائية في مجلس اللوردات البريطاني بهذا التوجه،¹⁷ إلا أن هذا التوجه للمحكمة العليا ولاحقاً لمجلس اللوردات، لم يكن الهدف منهما الاثنتين أن تكون تلك الرقابة لحماية الحقوق والحريات الأساسية، بل كان الهدف هو ضمان عدم وجود تشريعات من شأنها إعاقة إقامة وطن قومي لليهود في فلسطين، بالنظر إلى اعتبارهم أقلية في ذلك الوقت، حيث لم يكونوا يشكلون أكثر من (12%) من سكان فلسطين لحظة صدور المرسوم.¹⁸

على أي حال، فإن توجه المحكمة ومجلس اللوردات بشأن الرقابة على القوانين المنصوص عليها في المادة (18)، يعني إلزامية ذلك التوجه للمحكمة العليا وللمحاكم الأخرى على حد سواء، على اعتبار أن النظام البريطاني يعتمد على السوابق القضائية التي تعتبر من أهم مصادر القاعدة القانونية في دول النظام الإنجلو-سكسوني وعلى رأسها بريطانيا، بشرط عدم إلغاء السابقة أو الرجوع عنها.

وعلى فرض اعتبار أن ما تضمنته المادة (18) سابقة الذكر، وما قرره المحكمة العليا وأقره مجلس اللوردات من بعدها؛ خطوة متقدمة في طريق حماية الحقوق والحريات من خلال إرساء مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين، فإن الهدف الحقيقي من هذه الرقابة يسقط ذلك الفرض.

¹⁴ للمزيد، انظر: فتحي الوحيد، التطورات الدستورية في فلسطين مع شرح المبادئ الدستورية العامة، بدون دار نشر: غزة، 2004، ص 181-183.

¹⁵ نصت المادة (83) على أنه: "تضمن لجميع سكان فلسطين حرية الاعتقاد التامة وحرية القيام بشعائر العبادة وفقاً لعاداتهم ما لم تكن مخالفة للنظام العام أو منافية للأداب العامة، وتتمتع كل طائفة دينية اعترفت بها الحكومة بالاستقلال الذاتي في إدارة شؤونها الداخلية مع مراعاة أحكام كل قانون أو مرسوم يصدره المندوب السامي".

¹⁶ نصت هذه المادة على أنه: "للمجلس التشريعي السلطة والصلاحيات التامة في إصدار ما تدعو الضرورة إليه من القوانين من أجل السلام والنظام وحسن إدارة الحكم في فلسطين دون إخلال بالسلطات المنوطة بجلالته أو المحتفظ له بها في هذا المرسوم، على أن تراعى في ذلك دائماً جميع الشروط والقيود المقررة في أية تعليمات يصدرها جلالته بختمه وتوقيعه بشرط أن لا يصدر قانون من شأنه أن يقيد الحرية التامة في العقيدة وحرية القيام بشعائر العبادة على اختلاف أنواعها إلا بمقدار ما قد يكون ضرورياً لحفظ النظام العام والآداب العامة، وأن لا يصدر أي قانون من شأنه أن يميز بين أهالي فلسطين على أي وجه كان على أساس العنصر أو المعتقد أو اللغة. ولا يجوز أن يصدر قانون يكون مناقضاً أو مخالفاً لأحكام صك الانتداب بوجه من الوجوه".

¹⁷ للمزيد حول قضية ينايب أرطاس، انظر: فنست لومير، الصراع على المياه في أرطاس سنة 1925، حوليات القدس (مؤسسة الدراسات الفلسطينية)، رام الله، العدد (12)، شتاء 2011، ص 49-60.

¹⁸ يوسف كامل إبراهيم، التحول الديموقراطي القسري في فلسطين، الموقع الإلكتروني لمركز المعلومات الوطني، على الرابط الآتي: <http://www.wafainfo.ps/atemplate.aspx?id=3269>، تاريخ الاسترداد: 2015/2/15.

بالإضافة إلى ما تقدم، فإن مرسوم دستور فلسطين لم يقدم أي ضمانات لحقوق الشعب الفلسطيني، فلم ينص على مبادئ النظام الدستوري الديمقراطي أو أدوات تحقيقها؛ السيادة الشعبية، سيادة القانون، سمو الدستور، الفصل بين السلطات، واستقلال القضاء، بل إنه دمج وركز السلطات بيد ملك بريطانيا والمندوب السامي، وأناط بالحكام الإداريين صفة القضاء، وأنشأ الكثير من المحاكم الخاصة (محاكم العشائر، المحاكم الدينية، ومحاكم الأراضي)،¹⁹ وأتاح أيضاً إلغاء أو تعديل أو استبدال الدستور من قبل الملك وورثته وخلفائه، ومنح المندوب السامي خلال سنة من نفاذ المرسوم إلغاء أو تعديل أي حكم من أحكامه بما ينسجم والأهداف التي يسعى إلى تحقيقها بعد موافقة وزير المستعمرات في البلاط الملكي. أما الهياكل الرسمية التي كان للمندوب السامي صلاحية إحداثها (المجلس التشريعي مثلاً)، فلم يكن لها سوى دور استشاري غير ملزم دون أن تمتع بأي اختصاص حقيقي.²⁰

3-2. الوثائق الدستورية في الضفة والقطاع منذ النكبة وحتى سنة 2002

في سنة 1948 وعلى إثر جلاء الانتداب البريطاني عن فلسطين، بعد أن هيا البيئة المناسبة لسيطرة العصابات الصهيونية وقيام دولة "إسرائيل". تفتت فلسطين إلى ثلاثة كيانات؛ قامت على الأول دولة "إسرائيل"، وخضع الثاني للحكم الأردني "الضفة الغربية"، بينما خضع الثالث للإدارة المصرية "قطاع غزة".

ففي الضفة الغربية وعلى إثر قرار الوحدة مع الأردن، تم مد مؤسسات وسلطات الحكم الأردني على الضفة الغربية وصدر في أعقاب ذلك دستور سنة 1952،²¹ هذا الأخير، والذي طُبق في الضفة الغربية، أقام نظام حكم ملكي فردي وراثي، إلى جانب بعض النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية ووظائف السلطات الثلاث تحت سيادة الملك، وهو بالرغم من إنشائه لسلطات واضحة المعالم، إلا أنه أعطى الملك -وفقاً للعديد من نصوصه-، شل جميع السلطات، والحكم بصورة مطلقة وفقاً لإرادته المنفردة. وبالتالي، يغدو الحديث عن مبادئ النظام الدستوري الديمقراطي من فصل للسلطات أو استقلال القضاء أو حماية الحقوق والحريات الأساسية، من قبيل الشعارات التي يراد بها تجميل شكل نظام الحكم ليس إلا، فالسلطات "مستقلة"، طالما تعمل وفقاً للإرادة الملكية وتتماشى مع توجهاتها ولا تمس بصلاحيات الملك المطلقة.

¹⁹ يأخذ البعض رأي آخر فيما يتعلق بتنظيم مرسوم دستور فلسطين للسلطة القضائية، ويراه في هذا الإطار أنه عمل على تنظيم المحاكم وهيكلتها وأدائها بصورة مفصلة ومنظمة ومفعلة إلى حد كبير (هيثم الزعبي، التطور الدستوري والقانون الأساسي الحالي وانعكاساته على الواقع في فلسطين، ورقة غير منشورة قدمت في ندوة الإطار والتنظيم الدستوري في فلسطين في 2002/1/21، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت: رام الله، 2002، ص 1، مشار إليه لدى: عبد الكريم البرغوثي، طلال عوكل، في نادر عزت سعيد، عبد الكريم البرغوثي (محررون)، الدستور الفلسطيني ومتطلبات التنمية البشرية "أبحاث وأوراق عمل"، برنامج دراسات التنمية، جامعة بيرزيت: رام الله، أيار 2004، ص 24)؛ ويرى الكاتبون في المرجع الأخير أن المرسوم قد ساهم في تكريس مبدأ فصل السلطات وأهمية السلطة القضائية، وعمل على القطع مع التجربة العثمانية وإن ليس بشكل نهائي... (نفس الموضوع).

²⁰ أحمد مبارك الخالدي، الأسس الدستورية للنظام السياسي الفلسطيني، بدون دار نشر: بدون مكان نشر، بدون تاريخ نشر، ص 43-54.
²¹ الدستور الأردني لسنة 1952، المنشور على الصفحة (3)، من عدد الجريدة الرسمية الأردنية رقم (1039)، بتاريخ 1962/1/8. وقد عدل هذا الدستور سنة 1954؛ 1955؛ 1958؛ 1960؛ 1965.

وبالرغم من نص الدستور على إيجاد أدوات للرقابة والمراجعة على دستورية التشريعات والمتمثلة بالمجلس العالي لتفسير الدستور، والذي يبدو ظاهرياً أنه خطوة في طريق حماية الحقوق والحريات الأساسية، إلا أن تركيبة هذا المجلس من حيث تشكله من أعضاء في السلطة التشريعية والقضائية (رئيس مجلس الأعيان رئيساً، وعضوية ثلاثة من أعضاء مجلس الأعيان، وخمسة قضاة من أعلى محكمة نظامية (المادة 57 بموجب تعديل 1958))، وكيفية ممارسته لاختصاصاته (من خلال طلب يقدم إليه من قبل مجلس الوزراء أو من قبل أحد مجلسي الأمة "النواب أو الأعيان" بالأغلبية المطلقة (مادة 122))، وآلية إصداره للقرارات (بأغلبية ستة من أعضائه)، وطبيعة هذه القرارات من حيث كونها رقابة سياسية وتتعلق بصلاحيات السلطات، ولا تتعلق بالحقوق والحريات الأساسية؛ تشير جميعها إلى عدم أهمية هذه الرقابة كجزء من منظومة حماية الحقوق والحريات الأساسية، بل إنها رقابة تتسجم مع طبيعة نظام الحكم الذي صدر الدستور في ظلّه.

في الكيان الثالث (قطاع غزة)، لم يختلف الواقع كثيراً عن الضفة الغربية، وذلك بالرغم من نص القانون الأساسي رقم (255) لسنة 1955،²² والمعدل بموجب إعلان بالنظام الدستوري لسنة 1962،²³ على استمرار سريان مرسوم دستور فلسطين لسنة 1922 وتعديلاته إلى الحد الذي لا يتعارض فيه مع أحكامه،²⁴ وبالرغم من تأكيد القول على أن النظام الذي استمر في السريان في قطاع غزة هو النظام البريطاني الذي يقوم على مبادئ السوابق القضائية، وبالرغم من عدم إلغاء السابقة المتعلقة بولاية المحاكم المحلية في مراقبة دستورية القوانين ذات العلاقة بالمعتقد الديني والمساواة والمشار إليها آنفاً، إلا أن الطبيعة الشخصية للقضاة وللنظام السلطوي الذي نشأ بموجب الوثائق الدستورية المذكورة لم يكن ليتحمل أي نوع من الرقابة باتجاه حماية الحقوق والحريات أو حتى فيما يتعلق بصلاحيات السلطات. وبالتالي، فإنه لم يكن هناك أي أثر لمثل هذه الرقابة في الممارسة العملية للمحاكم المختلفة في قطاع غزة. بالإضافة إلى ذلك، وهو الأهم، فإن تلك الوثائق، ركزت ودمجت السلطات العامة، وبخاصة التنفيذية والتشريعية، حيث تولى الحاكم الإداري العام والحاكم العام من بعده سلطتي التشريع والتنفيذ.²⁵

وعلى إثر الهزيمة العربية سنة 1967، سيطرت "إسرائيل" على ما تبقى من أراضي فلسطين التاريخية (الضفة والقطاع)، ونتيجة لذلك، لم تعد مسألة الحقوق والحريات الأساسية ذات قيمة في تلك الفترة، طالما أن الاحتلال نفسه هو من يتولى أمر السلطات المختلفة، وبخاصة السلطة القضائية.

²² المنشور على الصفحة (306)، من عدد الوقائع الفلسطينية رقم (0)، بتاريخ 1958/2/25.

²³ نشر هذا الإعلان على الصفحة (664)، من عدد الوقائع الفلسطينية رقم (0)، بتاريخ 1962/3/29.

²⁴ نصت المادة (45) من القانون الأساسي لسنة 1955 على أنه: "النصوص الواردة بمرسوم دستور فلسطين لسنة 1922 وجميع القوانين والأوامر والمنشورات والتعليمات التي أصدرها وزير الحربية أو الحاكم الإداري العام أو القائد العام للقوات المسلحة أو أية سلطة مختصة في تلك المنطقة منذ دخول القوات المصرية فيها في 15 من أيار سنة 1948 وكذلك القوانين الفلسطينية القائمة في هذا التاريخ يظل معمولاً بها فيما لا يخالف أحكام هذا القانون وذلك مع عدم الإخلال بما للسلطة التشريعية من حق إلغائها وتعديلها في حدود سلطتها. ولا تترتب أي مسؤولية بسبب الإجراءات والأعمال والأوامر والأحكام التي اتخذت بمقتضى القوانين واللوائح والأوامر والمنشورات والتعليمات المنصوص عليها في الفقرة السابقة".

²⁵ أحمد مبارك الخالدي، الأسس الدستورية للنظام السياسي الفلسطيني، ص 111.

بالخلاصة؛ إن الأنظمة السلطوية التي خضعت لها فلسطين ونظام الاحتلال من بعدها، قد أثروا بشكل مباشر على طبيعة السلطة القضائية ومهمتها وطبيعة العلاقة بينها وبين السلطات الأخرى، حيث عانت تلك السلطة من إهمال ومن هيمنة سلطة الحكم عليها، فقد كانت مجرد أداة باتجاه تحقيق سلطة الحكم لأهدافها. كما لم تكن للمبادئ المتعلقة بالفصل بين السلطات أو استقلال القضاء أي قيمة في ظل تلك الأنظمة، ولم تكن مسألة الحقوق والحريات الأساسية وحمايتها على أجندة سلطات الحكم المختلفة. وبالتالي، لم يكن من وظيفة السلطة القضائية -حقيقةً- حماية الحقوق والحريات أو مراقبة السلطات في مختلف ما تقوم به من أعمال.

3. الدستور الفلسطيني: الجهود الوطنية والسياق

يقدم هذا البند وصفاً للجهود التي بذلها الفلسطينيون في سبيل صياغتهم دستورهم، بالإضافة إلى وصف السياق الذي مرت به تلك الجهود، ابتداءً بالدستور الفلسطيني المؤقت الصادر سنة 1948،²⁶ وانتهاءً بمسودة مشروع الدستور النهائية "الثالثة المنقحة" في أيار سنة 2003.²⁷

3-1. الدستور المؤقت سنة 1948

إن الجذور التاريخية الأولى لمحاولة الفلسطينيين صياغة دستور دولتهم ترجع إلى سنة 1948، عندما قام المجلس الوطني الفلسطيني بإصدار الدستور المؤقت وتشكيل حكومة عموم فلسطين بتاريخ 1948/10/1. اتسم هذا الدستور بتركيز جميع السلطات العامة بيد المجلس الوطني، وعكف على معالجة الاختصاصات والصلاحيات التي يملكها، دون أن يشير إلى حقوق الشعب الفلسطيني وحرياته، أو مبدأ سمو الدستور أو الفصل بين السلطات، أو استقلال السلطة القضائية وغيرها من مبادئ النظام الدستوري الديمقراطي. ونتيجة التجاذبات السياسية العربية في ذلك الوقت، فقد دفنت هذه الوثيقة مع دفن حكومة عموم فلسطين.²⁸ ومنذ ذلك الحين غابت فكرة صياغة الدستور عن الفكر السياسي الفلسطيني.

3-2. وثيقة إعلان الاستقلال سنة 1988

جاء العام 1988، والذي شهد إعلان المجلس الوطني لمنظمة التحرير الفلسطينية في دورته (16) المنعقدة في الجزائر؛ استقلال دولة فلسطين، حيث أكد الإعلان على "قيام نظام حكم ديمقراطي برلماني يقوم على أساس حرية الرأي وتكوين الأحزاب... في ظل دستور يؤمن سيادة القانون والقضاء المستقل".²⁹ وعلى ذلك، عادت فكرة صياغة الدستور إلى الفكر والعمل السياسي الفلسطيني من جديد، واتخذ المجلس الوطني قراراً بإعداد الدستور للدولة المستقبلية، وتكرر نفس الأمر في سنة 1993 عندما كلفت اللجنة التنفيذية في منظمة التحرير لجنة لإعداد الدستور، وقد قدمت اللجنة المسودة الأولى من الدستور والتي سميت في حينه بالقانون الأساسي إلى اللجنة التنفيذية في كانون الأول من سنة 1993، وقد أعقب ذلك صياغة عدة مسودات أخرى وصلت إلى خمس، تم تجهيز الأخيرة في ربيع 1996، شكلت هذه المسودات

²⁶ يمكن الاطلاع على الدستور الفلسطيني المؤقت، وخصائصه العامة، لدى: فتحي الوحيدي، مرجع سابق، ص 319 وما بعدها.
²⁷ يمكن الاطلاع على مسودة مشروع الدستور الثالثة المنقحة مع تعليقات عضو اللجنة الدولية الاستشارية لدعم صياغة الدستور الفلسطيني البرفسور ناتان براون، وكذلك الاطلاع على مسودة مشروع الدستور الأولى، وبعض الدراسات والتقارير المتعلقة بسير العملية الدستورية في فلسطين، لدى: الموقع الإلكتروني للمركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية في رام الله، على الرابط الآتي: <http://www.pcpsr.org/ar/node/276>

²⁸ فتحي الوحيدي، مرجع سابق، ص 322.
²⁹ يمكن الاطلاع على وثيقة إعلان الاستقلال سنة 1988، لدى: الموقع الإلكتروني للمجلس الوطني الفلسطيني لمنظمة التحرير الفلسطينية على الرابط الآتي:

http://www.palestinepnc.org/index.php?option=com_content&view=article&id=659%3A2013-01-06-08-26-12&catid=97%3A2010-05-25-10-57-00&Itemid=360&lang=ar، تاريخ الاسترداد: 2015/2/5.

مجتمعة نواة القانون الأساسي الفلسطيني.³⁰ وبالرغم من أن المطلوب كان دستور دائم وليس قانون أساسي يُشرع لمرحلة مؤقتة (ورد في مقدمة القانون الأساسي التأكيد على صفة التأسيس)،³¹ إلا أن التطورات السياسية التي شهدتها القضية الفلسطينية، وبخاصة مفاوضات السلام مع "إسرائيل"، ساهمت في تكريس هذا التوجه (قانون أساسي مؤقت وليس دستور).³²

3-3. القانون الأساسي الفلسطيني

في سنة 1993، وعقب توقيع اتفاقيات أوسلو بين حكومة "إسرائيل" ومنظمة التحرير الفلسطينية، تولت السلطة الفلسطينية بعض صلاحيات الحكم والإدارة في بعض مناطق الضفة الغربية وقطاع غزة، وأنشأ المجلس التشريعي الفلسطيني بعد انتخابات كانون ثاني 1996. وكانت عملية تشريع قانون أساسي محل اهتمام كبير من الأعضاء المنتخبين في المجلس، وفعلاً، عكف الأعضاء على عملية سن هذا القانون رغم معارضة رئيس السلطة الفلسطينية، إلى أن أقره بالقراءة الثالثة وأحالوه إلى رئيس السلطة من أجل التصديق عليه وإصداره بتاريخ 1997/10/4، إلا أن الرئيس لم يصدر القانون، وبقي حبيس أدراجة حتى تاريخ 2002/5/29، فنتيجة للإصلاحات التي كانت مستحقة على السلطة الفلسطينية تحت ضغوط داخلية وخارجية؛ أصدر رئيس السلطة القانون الأساسي في ذلك التاريخ، ونشر في الوقائع الفلسطينية (الجريدة الرسمية) بتاريخ 2002/7/7، وفي نفس التاريخ ابتدأ سريانه، بالرغم من أنه كان من المفترض تشريعه وسريانه خلال المرحلة الانتقالية الممتدة من 1994/5/4 إلى 1999/5/4 بحسب الاتفاقية المرحلية، إلا أنه كما رأينا صدر بعد انتهاء المرحلة الانتقالية بثلاث سنوات.³³

ومنذ تاريخ سريانه وبعد تعديله سنة 2003، نتيجة الضغوط الدولية على مؤسسة الرئاسة للحد من صلاحيات رئيس السلطة، وفي سنة 2005 وفي سياق التحضير لانتخابات المجلس التشريعي الثاني؛³⁴ شكّل القانون الأساسي وتعديلاته المظلة الدستورية لمرتكزات التشريع والتنفيذ والقضاء في الضفة الغربية وقطاع غزة. قبل ذلك، كانت العديد من الأدوات التشريعية والدستورية ما زالت سارية المفعول في الضفة الغربية وقطاع غزة، وتمثلت هذه الأدوات بالقانون الأساسي لسنة 1955 والمعدل بإعلان بالنظام الدستوري لسنة 1962 (في قطاع غزة)، والدستور الأردني لسنة 1952 وتعديلاته

³⁰ Mahler, S.Gergory. Constitutionalism and Palestinian Constitutional Development. Jerusalem: Passia, 1996, Pg.126-129

مشار إليه لدى: حسني فلاح فارس دقة، العوامل السياسية التي واكبت عملية تحضير الدستور الفلسطيني، رسالة ماجستير (غير منشورة)، برنامج الديمقراطية وحقوق الإنسان، كلية الدراسات العليا، جامعة بيرزيت، 2009، ص 20 - 21.

³¹ حيث جاء المقدمة: "إن كون هذا القانون الأساسي المؤقت قد شرع لفترة انتقالية مؤقتة...".
³² هذا ما يتمشى إلى حد كبير مع حقيقة لجوء دول أو وحدات سياسية انتقالية أو ناقصة السيادة والاستقلال وغير واثقة من مستقبلها السياسي، إلى إصدار إعلان دستوري أو قانون أساسي يكون هو القانون الأعلى لمرحلة انتقالية قد تطول أو تقصر، ويبقى هذا القانون سارياً المفعول إلى أن يحل محله دستور يصدر حسب الأصول، ومن الأمثلة على ذلك: إصدار القانون الأساسي لإمارة شرق الأردن سنة 1928. (انظر: نافع الحسن، الوضع والغموض في النظام الدستوري والقانون الأساسي الفلسطيني، مجلة جامعة القدس المفتوحة للدراسات والأبحاث، جامعة القدس المفتوحة، فلسطين، المجلد (1)، العدد (25)، أيلول 2011، ص 207).

³³ Milhem, Feras. The Origins and Evolution of the Palestinian Sources of Law, (Ph.D.Virje Universiteit Brussel) 2004. Pg.125.

³⁴ القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، المنشور على الصفحة (5)، من عدد الوقائع الفلسطينية (عدد ممتاز)، بتاريخ 2003/3/19.

(في الضفة الغربية)، وذلك بالبناء على قرار رئيس السلطة رقم (1) لسنة 1994،³⁵ والذي أعاد بموجبه العمل بالأدوات التشريعية والدستورية التي كانت سارية المفعول قبل 1967/6/5، إلا أنه لم يجر -في الواقع- الاستناد إلى تلك الأدوات إلا في مناسبات قليلة.³⁶ ما تقدم كان عرض موجز للسياق الذي مر به إصدار القانون الأساسي قبل سريانه.³⁷ وفي الآتي، نبحث في جهود صياغة دستور دولة فلسطيني وسياقها.

3-4. مسودات مشروع الدستور الأربع

عادت الجهود الوطنية لصياغة الدستور تتسارع في وتيرتها من جديد، بالتزامن مع انتهاء المرحلة الانتقالية المحددة بموجب اتفاقيات أوسلو بخمس سنوات، دون التوصل إلى اتفاق على إعلان الدولة الفلسطينية، مما حدا بالفلسطينيين إلى الاهتمام بصياغة الدستور كمؤشر لإصرارهم على بلوغ هدف الدولة. وفعلاً، كلف المجلس المركزي في منظمة التحرير في نيسان 1999، وزير التخطيط والتعاون الدولي في ذلك الوقت الدكتور نبيل شعث، لترأس لجنة لإعداد الدستور مشكلة بموجب قرار من رئيس السلطة، قدمت اللجنة المسودة الأولى في أواخر كانون أول 2000، وجرى تعديلها بمسودة أخرى في شباط 2002. وبعد عرضها على المجلس المركزي نشرت المسودة الثالثة في آذار 2003، وبعدها بقليل من ذات السنة تم تقديم المسودة الرابعة والأخيرة، تحت اسم المسودة الثالثة المنقحة.³⁸

ويرجع سبب هذا النشاط الدستوري الفلسطيني في تلك الفترة إلى التطورات السياسية التي لم تكن ببعيدة عن الاستحقاقات المترتبة على الطرف الفلسطيني كجزء من عملية السلام، فعلى سبيل المثال، تضمنت خطة خارطة الطريق 2003، والتي عكست رؤية الإدارة الأمريكية لحل الصراع الفلسطيني -الإسرائيلي؛ ضرورة إقرار دستور عصري كواحد من الاستحقاقات المترتبة على الفلسطينيين في الخطة. ولكن، لا يعني ذلك أن العامل السياسي هو المؤثر الوحيد في عمليات صياغة الوثائق الدستورية أو تعديلها، إلا أنه الأهم، وهو مبعث التعاطي الجدي مع تلك الأفكار.³⁹ والتطورات السياسية حديثة العهد تؤكد هذا الاستنتاج، ففي سياق التوجه الفلسطيني إلى الأمم المتحدة سنة 2011 (عامل سياسي)، عادت جهود صياغة الدستور تطفوا على السطح مرة أخرى مع إصدار رئيس السلطة قبل ذلك بقليل؛ قراراً رئاسياً بإعادة تشكيل لجنة الدستور الفلسطيني.⁴⁰ وقد اجتمعت اللجنة بتاريخ 2011/9/21 في مدينة رام الله، وذلك بهدف "استكمال

³⁵ المنشور على الصفحة (10)، من عدد الوقائع الفلسطينية رقم (1)، بتاريخ 1994/11/20.

³⁶ معن ادعيس، الاختصاص التشريعي للسلطة التنفيذية في السلطة الوطنية الفلسطينية: النظرية والتطبيق، الجمعية الفلسطينية لحماية حقوق الإنسان والبيئة (القانون): القدس، 2000، ص 5. ومن الحالات التي جرى فيها الاستناد إلى تلك الأدوات، وبالتحديد الإعلان بالنظام الدستوري لسنة 1962، حالة إصدار القرار رقم (49) لسنة 1995 بشأن إنشاء محكمة أمن دولة عليا، حيث جاء في ديباجة هذا القرار: "بعد الإطلاع على القرار رقم (1) لسنة 1994م باستمرار العمل بالقوانين ... وعلى النظام الدستوري لقطاع غزة لسنة 1962م وبخاصة المادة (59) منه... أقرر ما يلي:.. (نشر هذا القرار على الصفحة (53)، من عدد الوقائع الفلسطينية رقم (4)، بتاريخ 1995/5/6).

³⁷ For more details on the context of the adoption of the Basic Law and its structure see, Brown, Nathan J. Palestinian Politics After the Oslo Accords, Univ of California Press, 2003. 74 - 94

³⁸ للمزيد من التفاصيل حول مراحل سير العملية الدستورية، وتشكيل ودور لجنة إعداد الدستور، انظر: عصام عابدين، سير العملية الدستورية وكيفية بناء الدستور الفلسطيني، المركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية: رام الله، حزيران 2004، ص 5-12.

³⁹ عبد الكريم البرغوثي، طلال عوكل، مرجع سابق، ص 32 - 33.

⁴⁰ قرار رقم (102) لسنة 2011 بشأن تعديل القرار الرئاسي بتشكيل لجنة الدستور الفلسطيني، المنشور على الصفحة (79)، من عدد الوقائع الفلسطينية رقم (92)، بتاريخ 2011/12/25.

خطة عمل اللجنة وصولاً لإعداد دستور فلسطين في ظل التوجه الفلسطيني لنيل الاعتراف بالدولة الفلسطينية"⁴¹، وفي ذلك برهانٌ على ارتباط تفعيل العملية الدستورية بالعوامل والظروف السياسية.⁴²

⁴¹ انظر: الزعنون يرأس اجتماعاً لفريق لجنة الدستور الفلسطيني برام الله، منشور على الموقع الإلكتروني للمجلس الوطني الفلسطيني، على الرابط الآتي:

http://www.palestinepnc.org/index.php?option=com_content&view=article&id=609&catid=93&Itemid=356&lang=ar، تاريخ الاسترداد: 2015/2/18.

⁴² صرح رئيس اللجنة بتاريخ 2014/5/9 بأنها ستعقد قريباً بمشاركة حماس والجهاد الإسلامي. (انظر: الزعنون: لجنة الدستور ستعقد قريباً بمشاركة حماس والجهاد الإسلامي، وكالة أنباء فلسطين المستقلة "سوا"، على الرابط الآتي: <http://palsawa.com/post/715/>، تاريخ الاسترداد: 2015/2/18. ومع ذلك، فلم تنعقد اللجنة.

4. الوثائق الدستورية الوطنية: الهيكلية العامة والمضمون

أدى تطور الفكر الدستوري والذي تمثل بصورة جلية بظهور ما يسمى بـ "المدرسة الدستورية الجديدة" في تسعينيات القرن الماضي، إلى تحول جذري على حجم الوثيقة الدستورية ومضامينها، بحيث أصبحت أكثر طولاً وتفصيلاً ودقة من الوثائق الدستورية القديمة، كما أن المواضيع والمسائل التي تعالجها، تعدت حازم المواضيع والمسائل التي انكبت الدساتير القديمة على معالجتها، فقد نصت على الكثير من المواضيع التي تعتبر من مستلزمات دولة القانون، واتخذت من حماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية مرتكزاً رئيسياً، وذلك بالإعلان عنها في قائمة مدرجة بصفة رمزية في مطلع الوثيقة الدستورية، أو بإحالة الأخيرة إلى وثيقة أخرى مستقلة عنها تتضمن الإعلان عن الحقوق والحريات الأساسية تعرف غالباً بـ "ميثاق الحقوق"، الأمر الذي يمنح المواطنين في كلتا الحالتين النفاذ المباشر إلى حقوقهم وحرياتهم الأساسية وسهولة قراءتها. كما أن تلك الدساتير اتجهت إلى تدعيم المنظومة القضائية، وذلك بتضمينها أكثر ما يمكن من القواعد الإجرائية والتنظيمية لضمان استقلال القضاء.⁴³

ارتبط هذا التحول الجذري في حجم الدساتير ومضامينها بظاهرة التحول الديمقراطي في الدول التي مرت بالحكم الدكتاتوري -الاستبدادي بشكل رئيسي،⁴⁴ والتي اكتتفتها الرغبة الجامحة في القطع مع كافة أشكال ومظاهر الماضي من جهة، واستشراف مستقبل أفضل من جهة أخرى، فوجدت ضالتها في النصوص الدستورية، بما لها من ثبات واستقرار ومكانة تعلو فيها على كافة القواعد القانونية في الدولة، فعكفت على تضمين دساتيرها أدق التفاصيل، لتمنع التأويلات الاعتبارية للنصوص الدستورية من قبل السلطة الحاكمة، والتي حصل منها الكثير في ظل دستور تقليدي يتضمن نصوص مقتضبة وغامضة، وفي ظل نظام يفتقد لوجود أدوات الرقابة على دستورية القوانين، أو في ظل وجود تلك الأدوات دون توفير الضمانات اللازمة لقيامها بعملها بفاعلية واستقلال.⁴⁵

على أي حال، غالباً ما تتضمن هيكلية أو بنية الوثيقة الدستورية مواضيع تتفق على تبنيها جميع دساتير العالم، وهي على وجه الخصوص، ما يتعلق بالقيم والمبادئ، وشكل الدولة وطبيعة النظام السياسي،... والتي يعبر عنها بـ "الثوابت الدستورية" أو "الحد الأدنى الدستوري"، وتعد انعكاساً للوظيفة الأساسية للدستور في تنظيم السلطات داخل الدولة وتحديد علاقات الدولة بالأفراد. إلى جانب ذلك، تتضمن الوثيقة الدستورية الحديثة النص على بعض المسائل المستحدثة، كالنص على أدوات لضمان سمو الدستور، وإحداث هيئات عمومية مستقلة. وقد تتضمن بعض الدساتير بالإضافة إلى ذلك، أحكام تعالج مسائل خاصة، يأتي النص عليها في الدستور استجابة لخصوصيات محلية؛ جغرافية كانت، أو

⁴³ المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، تقرير المدرسة الدستورية الجديدة: الشكل الجديد للمسار التأسيسي، المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية: برلين، تشرين ثاني 2012، ص 5.

⁴⁴ كان لمؤسسات المجتمع المدني أيضاً دور في إحداث هذا التحول.

⁴⁵ فتحي فكري، "إرهاصات دستورية" قراءة في دساتير بعض الدول المتحولة إلى الديمقراطية، مجلة العدالة والقانون (المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة")، رام الله، العدد (17)، كانون ثاني 2012، ص 279.

سياسية، ثقافية، اجتماعية، كاعتراف الدستور بالأقليات وبخصوصياتهم وحقوقهم، وذلك بغية تحقيق جملة أهداف؛ كالمصالحة الوطنية وتعزيز الوحدة الوطنية.⁴⁶

وقد جاءت هيكليّة الوثائق الدستورية الوطنية منسجمة إلى حد كبير مع هيكليّة معظم الدساتير الحديثة من حيث الموضوعات التي عالجتها، حيث تضمنت جميعها أقسام مستقلة تحت مسميات مختلفة "فصل، باب..."، مع اختلاف في التراتبية وعدد المواد، واختلاف آخر هامشي في مضامين كل قسم والخيارات المعتمدة في معالجه موضوعاته- على نحو غطى مواضيع القيم والمبادئ التي تقوم عليها الدولة "الأسس العامة للدولة"،⁴⁷ الحقوق والحريات،⁴⁸ السلطات الثلاث،⁴⁹ بالإضافة إلى ذلك، تضمنت تلك الهيكليات، نصوص تتعلق بالمسائل الدستورية المستحدثة، كإحداث المحكمة الدستورية،⁵⁰ فضلاً عن النص على بعض المسائل الدستورية الخاصة، كانفراد المسودة الأولى بالنص على حق تقرير المصير في مادة خاصة،⁵¹ ونص جميع المسودات على حق عودة اللاجئين.⁵² وقد أشار القانون الأساسي لهذه الحقوق في مقدمته.

أما من حيث الحلول والخيارات المعتمدة في معالجة كل موضوع من تلك الموضوعات؛ أي الأحكام والقواعد وآليات التنفيذ وكافة التفصيلات المرتبطة بالمسائل والموضوعات التي تضمنتها، فقد اختلفت الوثائق الدستورية الوطنية في هذا السياق عن الدساتير الحديثة والمعايير الدولية، وهذا أمر طبيعي، طالما أن هذه المسألة سيادية بامتياز، وتختلف من دولة لأخرى باختلاف توجهات الدولة وسياستها، من دولة ديمقراطية إلى أخرى دكتاتورية. ومع ذلك، تتفق الدساتير الحديثة، ولو شكلاً، على تبني خيارات تظهر تماشيها مع المعايير الدولية، واحترام وحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وتعمل على إنشاء وتدعيم المنظومة القضائية التي تساعد في تحقيق ذلك،⁵³ على النحو الذي أشرنا إليه في مطلع هذا البند.

⁴⁶ نرجس طاهر، دنيا بن رمضان، ورقة نقاش صياغة مشروع الدستور: تجارب مقارنة ودروس مستفادة، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات: السويد، حزيران 2013، ص 36.

⁴⁷ نص القانون الأساسي على هذه الأسس في الباب الأول من المواد (1-9)، ومنها؛ المرجعية القومية "فلسطين جزء من الوطن العربي"، الشعب مصدر السلطات، دين الدولة، وطبيعة نظام الحكم. ونصت جميع مسودات مشروع الدستور في الباب الأول منها على هذه الأسس. ⁴⁸ نص القانون الأساسي على الحقوق والحريات العامة في الباب الثاني منه؛ فنص على حقوق وحريات مدنية (الحق في المساواة، الحرية الشخصية، حظر الإكراه والتعذيب، حرية العقيد والعبادة، حرية الرأي والتعبير،...)، وحقوق اقتصادية واجتماعية (حق العمل، التعليم،...)، كما نص على حق البيئة باعتباره أحد حقوق التضامن. ونصت المسودة الأولى على الحقوق والحريات في الفصل الثاني من الباب الأول منها. وفي الباب الثاني من المسودتين الثانية والثالثة والثالثة المنقحة.

⁴⁹ أفرد القانون الأساسي الباب الثالث منه لرئيس السلطة التنفيذية، والباب الرابع للسلطة التشريعية، والباب الخامس للسلطة التنفيذية مجلس الوزراء، وفي الباب السادس للسلطة القضائية. أما المسودة الأولى فقد أفردت الباب الثاني منها للسلطات الثلاث؛ التشريعية في الفصل الأول، التنفيذية في الثاني، والقضائية في الثالث، دون إفراء باب للرئيس الدولة، حيث تم تنظيمه ضمن الفصل الخاص بالسلطة التنفيذية. بينما خصصت المسودات اللاحقة؛ الباب الثالث منها لتنظيم السلطات العامة، وذلك ضمن ثلاثة فصول.

⁵⁰ نص القانون الثاني على إنشاء المحكمة الدستورية العليا ضمن باب السلطة القضائية في المواد (103-104) منه. وكذلك مسودات مشروع الدستور حيث نصت على الأحكام الخاصة بالمحكمة الدستورية ضمن باب السلطة القضائية بتفصيل أكثر من القانون الأساسي في هذا الشأن.

⁵¹ نصت المادة (2) من المسودة الأولى على أنه: "يؤمن الشعب العربي الفلسطيني بمبادئ العدل والحرية والمساواة والكرامة الإنسانية وحقه في ممارسة السيادة على أرضه وتقرير المصير". كما تضمنت ديباجة هذه المسودة الإشارة إلى حق تقرير المصير.

⁵² نصت المسودة الأولى على هذا الحق في المادة (32)، والمسودات الثانية والثالثة والثالثة المنقحة في مادتها رقم (13).

⁵³ نرجس طاهر، دنيا بن رمضان، مرجع السابق، ص 35.

4-1. الحقوق والحريات الأساسية

أشرنا سابقاً إلى أن جميع الوثائق الدستورية الوطنية محل الدراسة، قد أفردت قسماً مستقلاً منها، نصت فيه على الحقوق والحريات بتقسيماتها المختلفة، والتي لم تكن بدورها تختلف عن الحقوق والحريات المعترف بها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان،⁵⁴ وفي العهدين الدوليين للحقوق، وفي معظم الدساتير المقارنة. ولكن ذلك لا يعني أن الوثائق الدستورية الوطنية تتبنى نفس الخيارات التي تبنتها الوثائق العالمية والإقليمية والمحلية في معالجتها لحقوق الإنسان وحرياته، حيث سبقت الإشارة أن هذه المسألة سيادية بامتياز، وتختلف من دولة لأخرى. في هذا البند، نقدم وصفاً فقهياً مختصراً للحقوق والحريات الأساسية، والمتمثلة في معظمها بالحقوق المدنية والسياسية، وهذا يعني استبعاد البحث في الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وحقوق التضامن الدولية.

حقوق الإنسان المدنية والسياسية والتي يعبر عنها بحقوق الجيل الأول، هي أول طوائف حقوق الإنسان التي حظيت بالاعتراف والتدوين في إعلانات ووثائق حقوق الإنسان المحلية، ابتداءً بالماكنّا كارتا أو الشرعة العظمى 1215، مروراً بإعلان ولاية فيرجينيا 1776، وإعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي 1789.⁵⁵ وبعد الحرب العالمية الثانية 1945، مثلت هذه الطائفة من الحقوق؛ محوراً رئيسياً في معظم الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، فقد كانت المحور الرئيس في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966، ومحوراً رئيسياً في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948، كما أن الدساتير المحلية، قد تواترت على النص عليها.⁵⁶

ودون الحاجة إلى التوسع في شرح مفهوم الحقوق المدنية والسياسية ومشتملاتها، لأنه موضوع يخرج عن حدود دراستنا هذه، وفيه الكثير من المؤلفات والكتابات الفقهية التي يمكن الرجوع إليها. لذلك، نكتفي بالإشارة هنا إلى أن الحقوق المدنية هي الحقوق الملازمة للإنسان، والتي تشكل الحد الأدنى الضروري، الذي لا يمكن للإنسان ضمان حياته وحريته وكرامته من دونها. أما الحقوق السياسية، فهي الأخرى ضرورية لحياة الإنسان الاجتماعية، وبها يستكمل الإنسان حريته وكرامته، وبها أيضاً يضمن ممارسة حقوقه الأساسية الأخرى، فكلاهما إذن، مترابط مع الآخر، بحيث لا يمكن التمتع الكامل ببعضها دون البعض الآخر.⁵⁷

⁵⁴ للمزيد حول مدى انسجام مسودات مشروع الدستور الفلسطيني مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، من حيث الحقوق والحريات الأساسية، انظر: زكريا السره، انعكاس الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مشروع الدستور الفلسطيني: الحقوق والحريات والواجبات العامة، مجلة تسامح (مركز رام الله لدراسات حقوق الإنسان)، رام الله، المجلد (8)، العدد (29)، 2010، ص 155-178.

⁵⁵ للمزيد حول شرعات حقوق الإنسان الأوروبية والأمريكية، انظر: عيسى بيرم، الحريات العامة وحقوق الإنسان بين النص والواقع، دار المنهل اللبناني: بيروت، 1998، ص 131-144.

⁵⁶ للمزيد حول تطور حقوق الإنسان المدنية والسياسية في المواثيق والمعاهدات الدولية وسياق هذا التطور، انظر: محمد يوسف علوان، محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان: الحقوق المحمية، ج 2، ط 4، دار الثقافة: عمّان، 2014، ص 12.

⁵⁷ الصادق شعبان، الحقوق السياسية للإنسان في الدساتير العربية، في محمد شريف بسيوني، محمد سعيد الدقان، حقوق الإنسان: دراسات تطبيقية عن العالم العربي، مرجع سابق، ص 135.

2-4. أهمية النص على الحقوق والحريات الأساسية -بوجه خاص- في الدستور

يمثل النص في الدستور على الحقوق والحريات الأساسية خطوة أولى على طريق حماية هذه الحقوق وضمان فعاليتها، حتى إن البعض يعتبرها أكبر ضمان وأقصر طريق لحماية حقوق الإنسان بنقسيمااتها المختلفة؛ المدنية، السياسية، والاقتصادية...، فعلى الرغم من الدور المهم للإعلانات والعهود الدولية المعنية بحقوق الإنسان في حماية وضمان فعالية هذه الحقوق، إلا أن تلك الوثائق العالمية لن تؤت أكلها على أكمل وجه، إلا بضمان تقرير الحقوق والحريات في التشريعات الوطنية وصياغتها في قواعد قانونية داخلية، وبخاصة في قواعد دستورية.⁵⁸

وترجع أهمية تضمين الوثيقة الدستورية جملة من الحقوق والحريات الأساسية، إلى تمتع القواعد الدستورية في الدولة بمكانة تسمو بموجبها على كافة القواعد القانونية داخل النظام القانوني، الأمر الذي يجعل للقاعدة الدستورية بما فيها تلك الناطمة للحقوق والحريات، درجة إلزامية كبيرة لجميع السلطات العامة في الدولة عند ممارسة أنشطتها التشريعية أو الإدارية أو القضائية. وبالتالي، فإنه يكون على كافة تلك السلطات، التزام أصيل بالعمل على هدي تلك القواعد واحترامها وعدم مخالفتها، وإلا كان عملها موصوم بعيب عدم الدستورية.⁵⁹ وربما يذهب جزاء مخالفة الدستور أبعد من وصم عدم الدستورية، وذلك باعتبار السلطة المنتهكة للدستور؛ سلطة غير دستورية، مما يؤدي إلى إدخالها في طور سلطة الأمر الواقع أو السلطة الفعلية، مع التسليم عندئذٍ بحق الأفراد في مقاومتها، إذا عجزت النصوص والمؤسسات الدستورية عن ذلك.⁶⁰

بالإضافة إلى ما تقدم، يمثل تحديد الدستور لعلاقة السلطة العامة فيما بينها، وعلاقتها مع الأفراد، تحديداً في الوقت نفسه لطبيعة ومدى حرية الأفراد وكيفية تقريرها وضمان تنفيذها، وهي نصوص تعتبر في مجملها مرتكزات أساسية تضمن حماية حقوق الإنسان.⁶¹ كما أن نص الوثيقة الدستورية على الحقوق والحريات، يعني تمتع هذه الأخيرة بدرجة من الثبات والاستقرار، بالنظر إلى الإجراءات الطويلة والمعقدة في تعديل الدستور، الأمر الذي يؤدي بدوره إلى تقييد سلطة المشرع في تعديل أي من النصوص الدستورية المتعلقة بالمنظومة الدستورية لحقوق الإنسان بشكل عام.⁶²

وبالرغم من أهمية النص الدستوري على الحقوق والحريات الأساسية فيما يمثله من ضمان لها على النحو المشار إليه آنفاً، إلا أن مجرد النص لا يعتبر كافياً، إذ لا بد أن تكون الصياغة القانونية للنصوص الدستورية واضحة وشاملة على نحو لا يترك مجالاً لتفسيرات مختلفة وواسعة من قبل سلطات الحكم في الدولة، الأمر الذي يجعل معه الفرصة مواتية

⁵⁸ نعمان الخطيب، النصوص الدستورية أهم ضمانات حقوق الإنسان، في محمد شريف بسيوني، محمد سعيد الدقان، **حقوق الإنسان: دراسات تطبيقية عن العالم العربي**، مجلد (3)، دار العلم للملايين: بيروت، تشرين ثاني 1989، ص 181؛ رشا خليل، الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان، **مجلة ديالى للبحوث الإنسانية**، (جامعة ديالى: ديالى)، العراق، الإصدار (88)، 2008، ص 88.

⁵⁹ انظر في ذلك: مها بهجت يونس، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في دستور جمهورية العراق لسنة 2005، **مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية**، (جامعة الكوفة: الكوفة)، العراق، مجلد (1)، العدد (1)، 2009، ص 134؛ حكمت موسى سليمان، مقارنة بعض الدساتير العربية بالعهدين الدوليين، في محمد شريف بسيوني، محمد سعيد الدقان، **حقوق الإنسان: دراسات تطبيقية عن العالم العربي**، مرجع سابق، ص 217.

⁶⁰ نصت المادة (4/20) من القانون الأساسي الألماني على حق مقاومة المواطنين لأي شخص يحاول القضاء على النظام الدستوري الديمقراطي، إذا لم يمكن مواجهته بوسائل أخرى.

⁶¹ نعمان الخطيب، النصوص الدستورية أهم ضمانات حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 182.

⁶² انظر في ذلك: مها بهجت يونس، مرجع سابق، ص 134.

لانتهاك حقوق الإنسان وحياته. بالإضافة إلى ذلك، لا بد من تنظيم دستوري يوفر الضمانات التي تكفل ممارسة الحرية، وينشأ نظام فعال للمساءلة والمحاسبة في حال الانتهاك، كتطبيق مبدأ سيادة القانون، الفصل بين السلطات، إقامة علاقاتها على أساس الفصل المتوازن، استقلال القضاء، وغيرها من المبادئ التي تكفل قيام نظام دستوري ديمقراطي يخلق حكومة مقيدة في مواجهة حقوق الأفراد وحياتهم. وفي هذا يقول الأستاذ بيردو: "بدون هذه الضمانات يغدو -يقصد النص على الحقوق والحريات في الدستور- مجرد كلمة جوفاء خالية من أي مضمون، ما دام انتهاك الدستور من قبل سلطات الدولة يكون بمنجاة من الجزاء".⁶³

⁶³ مشار إليه لدى: رشا خليل، مرجع سابق، ص 88.

5. الدستور ومبادئ النظام الدستوري الديمقراطي

إن الغاية الرئيسية من وجود الوثيقة الدستورية في الدولة المدنية الحديثة، هي إقامة نظام دستوري ديمقراطي، يستند إلى مبادئ الديمقراطية، والتداول السلمي للسلطة، مع احترام كامل لحقوق الأفراد وحياتهم الأساسية. وتنهض الوثيقة الدستورية بتحقيق تلك الغاية، من خلال نصها على المبادئ التي يتطلبها إقامة النظام الدستوري الديمقراطي، وعلى الأدوات الكفيلة التي تضمن احترامها وفعاليتها، بالإضافة إلى الأدوات اللازمة لاستقرارها وثباتها. بحيث يمكن تعريف الدستور حينها بأنه: الوثيقة التي تحدد شكل نظام الحكم الأمثل، الذي يحقق غايات خلق حكومة مقيدة في مواجهة الأفراد وحياتهم، وتحدد السلطات واختصاصاتها وفقاً لمفاهيم الفصل بين السلطات والتوازن فيما بينها تحقيقاً لمبدأ التقييد الذاتي⁶⁴، ومنعاً لتسلط الحكومة على حرية الأفراد، بالإضافة إلى تحديدها مجموعة من الحقوق والحريات الأساسية التي لا يجوز للسلطة النيل منها أو تقييدها بطريقة اعتباطية غير مبررة، كما أنها هي التي تمنع النظام الديمقراطي "الشكلي" الذي يقوم على الأغلبية القادرة على انتهاك حقوق الأقلية.

وعلى ذلك، فمفاهيم الأغلبية والأقلية، ليست هي المعيار الأساسي والوحيد في تحديد ما إذا كان النظام؛ نظام دستوري ديمقراطي أم لا، بل إن ذلك المعيار يتعلق -من حيث المبدأ- بحرية الأفراد داخل النظام، فإذا كان هذا الأخير -بصرف النظر عن شعبيته أو الأغلبية التي يحظى بها- يحكم وفقاً لقواعد دستورية تراعى فيها حريات جميع الأفراد بما في ذلك الأقلية؛ يعتبر حينها نظاماً دستورياً ديمقراطياً أو نظاماً دستورياً جمهورياً، وبخلاف ذلك، يمكن اعتبار النظام شريعياً وفقاً لمفهوم النظام الديمقراطي الشكلي وهو حكم الأغلبية، ولكنه لا يعتبر كذلك وفقاً لمفهوم النظام الدستوري الديمقراطي، الذي يحكم طريقة ممارسة الأغلبية للحكم، ويلزمها بمبادئ وقواعد أساسية يمنعها بموجبها من التغول على حقوق وحريات الأفراد، بصرف النظر عن مفاهيم الأغلبية والأقلية.⁶⁵

يقدم هذا البند عرضاً للمبادئ التي يقوم عليها النظام الدستوري الديمقراطي، بالإضافة إلى تقديمه لخيارات يمكن الاستفادة منها في تحقيق الحماية والاستقرار للمبادئ التي يقوم عليها ذلك النظام.

5-1. مبادئ النظام الدستوري الديمقراطي

يعرض الفقه الدستوري في الكثير من الكتابات إلى المبادئ التي يجب توفرها لنعت نظام ما بالدستوري الديمقراطي، والتي ينبغي للمشرع الدستوري أن يأخذها هي وأدوات تحقيقها بعين الاعتبار، إن هو أراد إقامة ذلك النظام، وفيما يلي هذه المبادئ:

⁶⁴ للمزيد حول مبدأ التقييد الذاتي كأساس لخضوع الدولة للقانون، انظر: نعمان الخطيب، *الوجيز في النظم السياسية*، دار الثقافة: عمان، 1999، ص 176.

⁶⁵ For more details see, Fleiner, Thomas, and Lidija Basta Fleiner. *Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalised World*, Berlin, Heidelberg: Springer Science & Business Media, 2009. 400

5-1-1. انطباق مبدأ سيادة القانون على أشخاص ومؤسسات الدولة

يعني هذا المبدأ خضوع كافة أشخاص ومؤسسات الدولة في تصرفاتهم وأعمالهم للقانون بمفهومه الواسع، بما يشمل كافة القواعد القانونية، والتي من أهمها وأسمائها قواعد الدستور. والتي يجب أن تنص بدورها على إلزام السلطة بالقانون، وأن تحدد الجزاءات والمسؤوليات الفردية والمؤسسية المترتبة على مخالفة أشخاص السلطة ومؤسساتها لحكم القانون.⁶⁶ وأن تنشأ من المؤسسات وتحدد من الإجراءات ما يكفل القيام بمساءلة ومحاسبة فعالة للسلطة وأشخاصها ومؤسساتها.⁶⁷ بالإضافة إلى معالجتها لحالة خروج أشخاص السلطة ومؤسساتها على قواعد الدستور، وما يترتب على ذلك من اعتبار تلك السلطة غير دستورية وانتقالها إلى حالة السلطة الفعلية أو سلطة الأمر الواقع، وما ينجم عن هذه الحالة من آثار، أهمها: حق الأفراد في مقاومتها، إذا عجزت نصوص الدستور ومؤسساته عن ذلك. ومن الدول التي نصت دساتيرها صراحةً على هذه الآثار، القانون الأساسي الألماني في المادة (4/20)، حيث نصت هذه المادة على أنه: "يحق لكافة المواطنين مقاومة أي شخص يحاول القضاء على هذا النظام الدستوري، إذا لم يمكن منعه من ذلك بوسائل أخرى".

5-1-2. الفصل المتوازن بين السلطات

يتطلب النظام الدستوري الديمقراطي، تحقيق مبدأ الفصل المتوازن بين السلطات، ليس كشعار فقط، إنما تحقيقه في كافة نصوص الوثيقة الدستورية، فلا يكفي القول بوجود مبدأ الفصل بين السلطات النص عليه صراحةً في مقدمة الدستور أو في باب الأحكام العامة، ثم تأت النصوص الدستورية اللاحقة، مفرغة المبدأ من محتواه، من خلال إخضاعه لاعتبارات تتعلق بموازن القوى أو بالأغلبية والأقلية، على نحو لا يؤدي إلى خلق حكومة تقوم على أساس مبدأ الفصل المتوازن بين السلطات.

ويتطلب تحقيق مبدأ الفصل المتوازن بين السلطات بالإضافة إلى تقسيم وظائف الدولة إلى ثلاث: تشريعية، تنفيذية، وقضائية، تضطلع بكل منها سلطة، بحيث لا يجوز لأي سلطة قائمة على وظيفة من تلك الوظائف أن تمارس جوهر وظيفة مناهضة لسلطة أخرى؛ يتطلب بالإضافة إلى ذلك، وجود رقابة على كل صلاحية يمنحها الدستور لأي سلطة.⁶⁸ وألا يكون هناك حصانة من المساءلة لأي سلطة أو لأي شخص بصرف النظر عن أي اعتبارات لن تتوان السلطة الفعلية في ابتداعها والتدبر بها لتغطية مخالفتها لنصوص الدستور والقانون، والإفلات من المسؤولية السياسية والقانونية والأخلاقية.⁶⁹

وقد أكدت الوثائق الدستورية التي ترعرع هذا المبدأ في أكنافها على معياره لوصف أي نظام بالشرعية من عدمه، فهذه المادة (16) من أول دستور فرنسي بعد الثورة الكبرى تقرر أن كل هيئة لا تكون فيها حقوق الأفراد تحظى بضمانات فعلية بواسطة السلطة العمومية، ولا تكون فيها السلطة التشريعية (البرلمان) والسلطة التنفيذية (الحكومة)

⁶⁶ For more details see also, Fleiner, Thomas, and Lidija Basta Fleiner. Ibid. 221

⁶⁷ انظر في ذلك: أنيس القاسم، سيادة القانون والقضاء، ورقة غير منشورة، ص 2-3.

⁶⁸ For more details see also, Fleiner, Thomas, and Lidija Basta Fleiner. Ibid. 230 - 232

⁶⁹ للمزيد حول متطلبات مبدأ الفصل بين السلطات، انظر: أحمد أبو دية، جهاد حرب، الفصل المتوازن بين السلطات في النظام السياسي الفلسطيني: السلطة التشريعية، الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة "أمان": رام الله، بدون تاريخ نشر، ص 2، منشورة على الرابط ال: <http://www.aman-palestine.org/ar/reports-and-studies/776.html> تاريخ الاسترداد: 2015/2/22.

منفصلتين الواحدة عن الأخرى انفصالاً تاماً، نكون حينها أمام هيئة غير دستورية. وهذا يعني أنه لا يمكن اعتبار الدستور الذي يتكرر لمبدأ الفصل المتوازن بين السلطات، دستور شرعي من الأساس، وهو بالنتيجة لن ينتج عنه نظام دستوري ديمقراطي بأي حال من الأحوال، وفي ذلك الدستور، ستكون السلطة التي يتم إنشاؤها، هي الخطر الحقيقي على حرية الأفراد، بما في ذلك أمنهم، الذي لن تدخر السلطة الحاكمة جهداً في الادعاء بحمايته في مقابل إهدارها لحريات الأفراد وحقوقهم بما في ذلك أمنهم ذاته.⁷⁰

3-1-5. حماية الحقوق والحريات الأساسية

للوصول إلى النظام الدستوري الديمقراطي، يجب أن تكون حماية حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية، الهدف والغاية الأساسية من وضع الدستور ومن تضمينه كافة المبادئ الدستورية بما فيها مبدأ سيادة القانون والفصل بين السلطات. وبالرغم من وجود عناصر المبادئ السابقة في النصوص الدستورية بشكل كامل، بما في ذلك ضماناتها من إنشاء للمؤسسات وتحديد للإجراءات التي تكفل إنفاذها، إلا أنه لا بد من التأكيد على أن ضمان احترام حريات الأفراد الأساسية تمثل الوظيفة الأساسية لجميع مؤسسات الدولة، وهو الغاية من وجودها. ويجب أن يشمل هذا التأكيد السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، فلا يمكن أن تتنازل مؤسسات الدولة المختلفة عن هذا الواجب بادعاء وجود السلطة القضائية، التي تعد -وفقاً لما هو سائد- السلطة الحامية لنصوص الدستور وللحقوق والحريات الأساسية الواردة فيه من تغول السلطات المختلفة سواءً على صلاحياتها واختصاصاتها فيما بينها، أو على حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية. والقول بخلاف ذلك غير منطقي، باعتبار أن السلطة القضائية هي الحلقة الأضعف بين السلطات.⁷¹

وعلى فرض وجود فصل بين السلطات؛ بين السلطتين التنفيذية والتشريعية -وهو غير قائم فعلياً في كل الأنظمة الاستبدادية-، فإن السلطة التنفيذية والتي توصف بـ "سلطة السيف" بما تملكه من قوات مسلحة وبيروقراطية إدارية رئاسية. والسلطة التشريعية، والتي توصف بـ "سلطة المال" بما تملكه من صلاحيات تشريعية تستطيع من خلالها شرعنة وضع يد السلطة التنفيذية في جيوب الأفراد، ومن ثم، فإن السلطة القضائية التي لا تملك لا سلطة السيف ولا سلطة المال، لن تستطيع الوقوف في وجه السلطتين الأخريين، إذا ما تصرفت إحداها منفردة أو بالتواطؤ مع الأخرى أو بالجمع بينهما في سلطة واحدة على نحو ينال دون وجه مشروع من حقوق الأفراد وحرياتهم، وإذا ما حاولت الوقوف، فإنها ستكون ضحية لهاتين السلطتين، وستكون هي من يعلن "انتحارها" سواءً كأفراد داخل السلطة أو كمؤسسة، أو اللجوء إلى الحل الأسهل وهو التواطؤ مع السلطة الفعلية في تبرير انتهاكها لحقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية.

⁷⁰ انظر في استخدام الأنظمة العربية لمفهوم الأمن العام وغيره من المفاهيم المشابهة في تقييد حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية: فاتح سمير عزام، *حقوق الإنسان السياسية والممارسة الديمقراطية*، سلسلة ركائز الديمقراطية، مواطن المؤسسة الفلسطينية لدراسة الديمقراطية: رام الله، أيار 1995، ص 103.

⁷¹ تضمن القانون الأساسي الألماني نص يحقق هذه الغاية، فقد نصت المادة (1) منه على أنه: "1. تكون كرامة الإنسان مصونة. وتضطلع جميع السلطات في الدولة بواجبات احترامها وصونها. 2. بناء على ذلك، يقر الشعب الألماني بحقوق الإنسان غير القابلة للانتقاص أو النزاع كقاعدة أساسية للتعايش في كل مجتمع، وللسلام والعدالة في العالم. 3. تلتزم السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية بالحقوق الأساسية التالية بوصفها قانوناً يطبق مباشرة". وينص مشابه لنص المادة (1) من القانون الأساسي الألماني، نصت المادة (1/8) من دستور جنوب أفريقيا على أنه: "يسري ميثاق الحقوق على كل القوانين، وتلتزم بها السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية وكل أجهزة الدولة".

وعليه، فإن ضمان احترام حقوق الأفراد وحياتهم الأساسية هو واجب جميع السلطات، وهو الغاية الأساسية من قسّم جميع أعضاء السلطات على احترام الدستور والمبادئ والقيم التي يقوم عليها. والقول بخلاف ذلك، هو تضليل وتشتيت للمسؤولية، والسلطة القضائية كما هو الحال في معظم الأنظمة الاستبدادية، ستعمل على التهرب من هذه المسؤولية بجميع الوسائل المتاحة سواءً منها القانونية أو غير القانونية، وهو ما يظهر في أحكامها التي تعتبر بحد ذاتها -إذا تعلقت المسألة بحقوق المواطنين وحياتهم الأساسية في مواجهة السلطة-، انتهاكاً لمبدأ ضمانات حق النقاضي أو إنكاراً للعدالة في أفضل وصف لها.

4-1-5. سلطة قضائية فعّالة لحماية الحقوق والحريات الأساسية

يعد وجود نظام قضائي فعّال لحماية حقوق الأفراد وحياتهم الأساسية في حال انتهاكها، نظام قضائي قادرٌ على تحقيق الإنصاف، قادر على رفع الانتهاك تحقيقاً للردع، على الحكم بالتعويض الفعلي الذي يحقق جبر الضرر عند ثبوت وقوع الانتهاك؛ متطلباً محورياً من متطلبات النظام الدستوري الديمقراطي.

إن مثل هذا نظام يتطلب التفصيل بصورة موسعة حول مفهوم استقلال السلطة القضائية، وأن هذا الاستقلال لحماية حقوق الأفراد وحياتهم، وليس امتياز لها ولأشخاصها بحسب ما هو متعارف عليه في ذهن أشخاصها. فعدم تحقيق النظام القضائي كمؤسسة للغاية الأساسية من مبدأ الفصل المتوازن بين السلطات، وهو وقف السلطة عن تجاوز صلاحياتها ووظائفها على السلطات الأخرى، أو كف يدها عن انتهاكها لحقوق الأفراد وحياتهم، يؤدي بالنتيجة إلى تفريغ مبدأ استقلال السلطة القضائية من محتواه، ويصبح بالنتيجة أحد الامتيازات التي يحظى بها أشخاص السلطة أو الموالين لهم داخل مؤسسات الدولة، بما في ذلك السلطة القضائية وأجهزتها المختلفة.⁷²

5-1-5. سلطة قضائية مستقلة محايدة ونزيهة

بالرغم من أن عناصر النظام الدستوري الديمقراطي السابقة يفترض أن تنشأ عنها سلطة قضائية محايدة ومستقلة ونزيهة، إلا أنه من المهم التأكيد على استقلال هذه السلطة، كأحد أهم عناصر مبدأ الفصل بين السلطات، وكضمانة رئيسية لتحقيق مبدأ التعويض الفعال في حال انتهاك حقوق الأفراد وحياتهم.

مبدأ الفصل بين السلطات يتناول في جانب منه علاقة السلطتين التشريعية والتنفيذية، وبناءً على هذه العلاقة، يميز الفقه بين الفصل المرن والفصل الجامد بين السلطتين. ويقولون بأن الفصل المرن أو الجامد بين السلطتين؛ التشريعية والتنفيذية، يتحدد بطريقة إنشاء السلطة التنفيذية واستمرارها في أدائها لعملها، فإذا كانت السلطة التنفيذية تنشأ من خلال السلطة التشريعية، كأن يتم اختيار الرئيس، أو رئيس الوزراء، ومنحه الثقة من خلال الأغلبية في البرلمان، ويكون

⁷² انظر في عدم اعتبار استقلال القضاء امتياز لأعضاء السلطة القضائية: أحمد الخالدي، معوقات استقلال السلطة القضائية الفلسطينية: دراسة مقارنة في ظل التشريعات الفلسطينية (1994-1998)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث "العلوم الإنسانية" (كلية الدراسات العليا: جامعة النجاح)، نابلس، المجلد (16)، العدد (2)، 2002، ص 361-362.

ويقترّب هذا المفهوم لاستقلال القضاء باعتباره ليس امتيازاً لأشخاصه، من نظام الحصانة لأعضاء المجلس التشريعي، فهذه الأخيرة لا يعد امتيازاً وظيفياً لأشخاصها، وإنما هي أداة نحو تحقيق غاية أساسية، وهي تمكينهم من أداء دورهم بالرقابة على السلطات المختلفة بصورة فعّالة، على نحو لا يكونون فيه تحت سيف السلطة ومعرضين للمساءلة أو الملاحقة القانونية بسبب ما يعبرون عنه من آراء سواء تحت سقف البرلمان أو بمناسبة أدائهم لوظيفته خارجه.

استمرار الحكومة في أدائها لعملها مرهون بالغطاء الذي تمنحه الأغلبية في السلطة التشريعية لها، ففي جميع تلك الحالات نكون أمام ما يطلق عليه الفقه "الفصل المرن بين السلطات". وبالمقابل، إذا كان إنشاء السلطة التنفيذية لا يعتمد على السلطة التشريعية، كأن يتم انتخاب الرئيس أو رئيس الوزراء مباشرة من قبل الشعب، ويكون استمرار السلطة التنفيذية في أدائها لعملها لا يعتمد على الغطاء الذي توفره الأغلبية في البرلمان، نكون أمام ما يطلق عليه الفقه "الفصل الجامد بين السلطات".⁷³

وبالرغم من وجود العديد من العناصر الإضافية الأخرى التي من شأنها تعزيز القول بوجود فصل جامد أو فصل مرن، إلا أنه ولغايات هذه الدراسة وباعتبار أن هذه العناصر جميعها تتعلق بالظروف السياسية والاجتماعية والثقافية بالإضافة إلى عناصر لا تقل أهمية تتعلق بالسياق التاريخي ونضوج الفكر السياسي، فسوف نتوجه مباشرة إلى بحث علاقة هذا المبدأ، بمبدأ استقلال السلطة القضائية، وهل هناك اختلاف ما بين الأنظمة السياسية الرئيسية فيما يتعلق بعلاقة السلطة القضائية مع أي من السلطتين أو كليهما سواء من ناحية تعيين أعضائها أو استمرارها في أدائها لعملها؟

لا نجد هناك من يقول باستقلال أي من السلطتين التنفيذية أو التشريعية، فلا يوجد مثلاً مبدأ استقلال السلطة التنفيذية أو مبدأ استقلال السلطة التشريعية، وإنما نجد أن هذا المبدأ يخص فقط السلطة القضائية. فعند القول بمبدأ استقلال السلطة القضائية، فما الذي يعنيه هذا الاستقلال كمبدأ دستوري؟ وعن أي سلطة يكون هذا الاستقلال؟

إن استقلال السلطة القضائية، يعني أن تكون كمؤسسة وكأفراد بمنأى عن التدخل والتأثير عليها من أي سلطة كانت، سواء أكانت السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية والتي تعتبر الأكثر خطورة⁷⁴، وليس هذا فحسب، بل إن هذه السلطة يجب أن تكون بمنأى عن التدخل أو التأثير على قراراتها من قبل الأفراد أو المجموعات أو المؤسسات أو أي أغلبية سياسية أو أيديولوجية أو اجتماعية أو اقتصادية، ويجب ألا تخضع في قراراتها لأي سلطة، باستثناء القانون بمعناه الواسع، وهذا يشمل النصوص والقواعد والمبادئ والقيم الدستورية، بما يحقق الغاية منها، وهي حماية حقوق الأفراد وحررياتهم الأساسية من استبداد وتعسف السلطة.⁷⁵

وعليه، تتجلى العلاقة فيما بين مبادئ النظام الدستوري الديمقراطي من جهة، والحقوق والحرريات الأساسية والسلطة القضائية من جهة أخرى، فتحقيق استقلال السلطة القضائية وحيادها ونزاهتها، بالإضافة إلى القواعد الدستورية ذات العلاقة، وبخاصة مبدأ سيادة القانون والفصل المتوازن بين السلطات، هي الضمانات الأساسية لقيام النظام الدستوري الديمقراطي، ومن ثم حماية الحقوق والحرريات الأساسية، ولا يمكن الحديث عن أحد هذه المبادئ بمعزل عن المبادئ

⁷³ للمزيد حول أنواع الأنظمة السياسية في الدساتير المقارنة، انظر: محمد هلال، نظام الحكم في الدساتير المقارنة وفي الدستور المصري، في المحاور العملية للبناء الدستوري: دراسة مقارنة، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات: السويد، 2012، ص 25-34.

⁷⁴ For more details on judicial protection of human rights see, Fleiner, Thomas, and Lidija Basta Fleiner. Ibid. 188 - 198

⁷⁵ للمزيد حول مكونات استقلال القضاء، كمؤسسة وكأفراد، انظر: الكتاب القيم في هذا الموضوع للأستاذ فاروق الكيلاني رئيس مجلس القضاء الأعلى الأردني ورئيس محكمة التمييز الأسبق (فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، ط 2، دار المؤلف: بيروت، 1999، ص 25-28)؛ انظر أيضاً: أحمد الخالدي، معوقات استقلال السلطة القضائية الفلسطينية: دراسة مقارنة في ظل التشريعات الفلسطينية (1994-1998)، مرجع سابق، ص 361-363؛ وللإطلاع على المعايير الدولية بشأن استقلال القضاء، انظر: ريشارد ستايسي، سوجيت شودري، المعايير الدولية بشأن استقلال القضاء، المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية: برلين، أيلول 2013.

الأخرى، فهي جميعاً تعمل ككل متكامل من أجل ضمان بناء نظام دستوري ديمقراطي وضمن استمراريته، وأن الإخلال بأحد هذه المبادئ من قبل السلطات القائمة يمكن تصحيحه من خلال المبادئ الأخرى، وهذا يعني أن النظام الدستوري الديمقراطي، هو نظام قابل لأن يصحح نفسه بنفسه في حالة وجود خلل داخله، كون السلطات جميعها تعمل وفقاً لآليات محددة تقوم على مبادئ الشرعية الدستورية والقانونية، وتعمل وفقاً لمبدأ الفصل المتوازن بين السلطات، ضماناً لحقوق الأفراد وحررياتهم الأساسية، وفي حال كان هناك انتهاك لأحد النصوص أو الحريات أو المبادئ أو القيم الدستورية، فإن هناك أدوات سلمية لمعالجة ذلك، ويعتبر اللجوء إلى السلطة القضائية أحد أهم هذه الأدوات، ويعتبر حق التقاضي للأفراد -تبعاً لذلك- المدخل الرئيس،⁷⁶ واستقلال السلطة القضائية هو الضمان النهائي.

فشعار السلطة القضائية هي حامية الحقوق والحريات للمواطنين هو شعار مفضل، فالحامي الأساسي لحقوق الأفراد وحررياتهم، هو النظام الدستوري الديمقراطي بكافة عناصره، بما في ذلك السلطة التشريعية من خلال ما تصدره من تشريعات وبما تملكه من أدوات رقابية مالية وسياسية. وكذلك السلطة التنفيذية، سلطة الحكم، من خلال ما تملكه من احتكار لأدوات العنف المشروعة، وسلطة تنفيذ القانون، بما في ذلك أحكام المحاكم،⁷⁷ مع أهمية دور السلطة القضائية، في حالات انتهاك القانون من قبل السلطات أو الأفراد، فعندئذٍ ينبغي لها العمل على تحقيق رفع الانتهاك، وما يمثل ذلك من وضع لمبادئ النظام الدستوري الديمقراطي موضع التنفيذ والإنفاذ القضائي، وتحقيق الردع متمثلاً بالمسؤولية المدنية أو الجنائية عند مخالفة أحكام الدستور والقانون، وجبر الضرر من خلال التعويض العادل لمن انتهكت حقوقه وحرياته الأساسية.⁷⁸

2-5. مبادئ النظام الدستوري الديمقراطي: الحماية والاستقرار

يبحث هذا البند في آليات توفير الحماية والاستقرار للمبادئ التي يقوم عليها النظام الدستوري الديمقراطي، وتتعلق هذه الأدوات بكيفية الاستفادة من هيكليّة الدستور، ومن مبدأ سمو الدستور في تحقيق الحماية والاستقرار المرجو.

2-5.1. الاستفادة من هيكليّة الدستور

أشرنا سابقاً إلى أن الغاية من وجود الوثيقة الدستورية في الدولة المدنية الحديثة، تتمثل في إقامة نظام دستوري ديمقراطي، وقد عرضنا للمبادئ التي يقوم عليها هذا النظام. وبالتالي، أهمية العمل على استهدافها بالنص في دستور الدولة التي تسعى إلى إقامة ذلك النظام. ويتطلب تحقيق هذه الغاية بالإضافة إلى ذلك الاستهداف، بناء نصوص الدستور وفقاً لفلسفة تتعلق بهيكليّة الوثيقة الدستورية،⁷⁹ بحيث يتم وضع المبادئ العامة في مقدمة نصوص الدستور، وعند تناول

⁷⁶ للمزيد حول حق التقاضي وأهميته، انظر: عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية: بيروت، 2001، ص 31 وما بعدها.

⁷⁷ للمزيد حول معضلة امتناع السلطة التنفيذية عن تنفيذ أحكام وقرارات القضاء، انظر: محمد الخضر، تنفيذ الأحكام القضائية و ضمانات حسن سير العدالة، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة": رام الله، كانون أول 2014، ص 38 وما بعدها.

⁷⁸ Sharīf, 'Adil 'Umar, Nathan J Brown, and United Nations Development Programme. Judicial Independence in the Arab World, 2002.

⁷⁹ انظر في هيكليّة الدستور: محسن خليل، القانون الدستوري والدساتير المصرية، دار الجامعة الجديد للنشر: الإسكندرية، 1996، ص 34 وما بعدها، مشار إليها لدى: عصام عابدين، مرجع سابق، ص 13.

كل موضوع من موضوعاته، على نحو يؤدي إلى تحقيق مجمل الفلسفة التي يقوم عليها الدستور. فمثلاً، يتم النص في المواد الأولى من الدستور على شكل نظام الحكم والمبادئ والقيم التي يقوم عليها هذا النظام، وفي حالة كانت الغاية من الدستور بناء نظام جمهوري يقوم على مبادئ الديمقراطية، فيتم إعلان ذلك بنصوص مواد واضحة لا لبس فيها بشأن إقامة نظام جمهوري يستند إلى مبادئ الديمقراطية من خلال "حكم الشعب بواسطة الشعب ولصالح الشعب"، وباعتبار الشعب مناط السيادة في هذا النظام، فلا يجوز لشخص أو مجموعة منه ادعاء السيادة لأنفسهم أو الاستئثار بممارستها نيابة عنه. ومن الدساتير التي أخذت بهذه الفكرة؛ الدستور الفرنسي الصادر سنة 1958 "دستور الجمهورية الخامسة"؛ والذي نصت المادة (3) منه على أنه: "السيادة ملك للشعب يمارسها عن طريق ممثليه بواسطة الاستفتاء، ولا يجوز لأي فئة من الشعب أو لأي فرد أن يستأثر بحق ممارسة السيادة الوطنية".⁸⁰

بالرغم من أهمية مثل هذه النصوص باعتبارها تمثل الفلسفة التي يقوم عليها البناء الهيكلي لنصوص الدستور، إلا أن هذه النصوص يمكن أن يتم النيل منها في النصوص الدستور الأخرى، ومنها على سبيل المثال: النصوص المتعلقة بانتخاب الرئيس وصلاحياته وكيفية مساءلته، فإذا لم تتوافق مثل هذه النصوص مع تلك الفلسفة والغاية من وجود الدستور، فإن نصوص هذا الأخير ذاتها ستكون مرتبكة، بحيث يعلن بعضها عن فلسفة ما أو تحقيق غاية معينة، في حين تكون نصوصه التفصيلية على صدام مع هذه الفلسفة أو تلك الغاية، مما يتيح المجال أمام السلطات غير المؤمنة بالديمقراطية في استغلال مثل هذه النصوص، أو تجاهل الفلسفة والغاية من أجل توسيع صلاحياتها والجذب نحو الاستبداد.

ليست الغاية من هذه الدراسة التوسع في الفلسفات والمبادئ التي يقوم عليها النظام الدستوري الديمقراطي، ولكن تمت الإشارة إلى بعض هذه المبادئ للتدليل على أهمية أن يقوم الدستور في بنائه على فلسفة محددة، فمجرد الإعلان عن فلسفة معينة في صورة مبادئ عامة ينص عليها الدستور، لن يحقق لها الغاية المرجوة، ما لم تعكس نصوصه الأخرى التفصيلية هذه الفلسفة وتقوم عليها. ولهذا توصف نصوص الدساتير في معظم الأنظمة غير الديمقراطية، بأنها لا تساوي الحبر الذي كتبت فيه. بينما ستكون تساوى هذه القيمة في ظل نظام استبدادي يسعى دوماً إلى غطاء دستوري لممارساتها الدكتاتورية، وإلى تحديد قواعد اللعبة بين السلطات التي يسعى إلى إنشائها ضمن منظور حمايته واستدامته.

2-2-5. الاستفادة من النمو الشكلي للدستور

تتعلق هذه الآلية بالظروف السابقة على صياغة نصوص الدستور، والتي يمكن أخذ العبرة منها للانطلاق نحو المستقبل في دستور يأخذ بالاعتبار هنات الماضي وإخفاقاته، ويؤسس لنصوص ترفض العودة لذلك الماضي، والذي كان يعود في جزء كبير منه لنصوص الدستور ذاته أو لتفسيراتها المنحرفة التي تستهدف تطويع النصوص تعزيزاً لاحتكار السلطة، أو تغيير شكل نظام الحكم، أو منح السلطة التنفيذية صلاحيات تمس بجوهر مبدأ الفصل بين السلطات، كاحتكارها صلاحيات تعيين أعضاء السلطة القضائية، أو إصدار تشريعات تمنح القائمين على الحكم حصانة صريحة أو ضمنية،

⁸⁰انظر: الدستور الفرنسي الصادر سنة 1958 شاملاً تعديلاته لغاية سنة 2008، مترجم إلى العربية، لدى: www.constituteproject.org

أو من خلال حالة توازن القوى في انتهاك حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية، سواءً بالتشريع أو القرارات أو الأعمال الإدارية أو من خلال الأحكام القضائية.

وتتضمن هذه الآلية الاستفادة من مبدأ سمو الدستور من خلال تضمين الأخير نصوصاً جامدة لا تستطيع السلطة التشريعية العادية، ومن باب أولى السلطة التنفيذية، دون وجود توافق مجتمعي وحزبي كبير من تعديلها أو تجاوزها.⁸¹ وفي هذا السياق، يمكن الاستفادة من التجارب الدستورية المقارنة، مع التأكيد على أهمية تضمين الدستور المبادئ الأساسية التي يقوم عليها وتحقق الغاية منه، ومنح نصوصه بصفة عامة جموداً، وذلك بتطلب إجراءات معقدة لتعديلها، سواءً تعلق هذه الإجراءات بالجهة المختصة باقتراح التعديل أو إقراره أو نفاذه،⁸² ومن ثم العمل على تقسيم نصوص الدستور لهذه الغاية إلى مستويات وفقاً للآتي:

5-2-1. المستوى الأول: الجمود المطلق

المبادئ الأساسية، ومنها إنشاء واستدامة نظام جمهوري ديمقراطي يقوم على أساس مبادئ التداول السلمي للسلطة، وهذه المبادئ يتم الخروج فيها عن القاعدة العامة بخصوص تعديل نصوص الدستور، بمنحها صفة الجمود المطلق، والتي يعبر عنها بـ "النصوص الأبدية"، وذلك من خلال النص الصريح على عدم جواز تعديلها أو تعطيلها أو وقف العمل بها بأية صورة من الصور، وأن أي مخالفة لذلك، تقلب الحكومة والسلطة القائمة عليها إلى حكومة غير شرعية يجوز مقاومتها.⁸³

ويمكن الاستفادة من بعض التجارب الدستورية المقارنة في هذا الإطار، فعلى سبيل المثال: نصت المادة (1) من القانون الأساسي الألماني على أنه: "كرامة الإنسان غير قابلة للمساس بها، فاحترامها وحمايتها يمثلان واجباً إلزامياً على جميع سلطات الدولة". ونص في المادة (20) منه على أنه: "1. جمهورية ألمانيا الاتحادية هي دولة فدرالية وديمقراطية بعدالة اجتماعية. 2. الشعب هو مصدر جميع سلطات الدولة، ويمارس الشعب سلطته من خلال الانتخابات والتصويت، ومن خلال السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية. 3. ترتبط وتلتزم السلطة التشريعية بالنظام الدستوري، بينما ترتبط وتلتزم السلطة التنفيذية والسلطة القضائية بمبدأ سيادة القانون والشرعية. 4. لكافة المواطنين الألمان الحق في مقاومة أي شخص يعتزم أن يقوم بإزالة هذا النظام إذا تعذر عليهم ذلك بوسائل أخرى". وتحصينا من القانون الأساس لهذين النصين من التعديل الدستوري اللاحق، نصت المادة (3/70) على أنه: "لا يجوز إجراء تعديلات على

⁸¹ يقصد بمبدأ سمو الدستور: أن يكون الدستور القانون الأعلى في الدولة والذي لا تعلوه أي قاعدة قانونية أخرى، ومن ثم، يكون على كافة سلطات وأجهزة الدولة الالتزام به نصاً وروحاً، ويرجع هذا سمو إلى معيارين؛ أحدهما شكلي والذي يعني صعوبة تعديل نصوصه، والآخر موضوعي يتعلق بتميز واختلاف الموضوعات التي ينظمها الدستور عن بقية القوانين في الدولة (للمزيد حول هذا المبدأ بشكل عام، انظر: أحمد العزي النقشبندى، سمو النصوص الدستورية: دراسة مقارنة، مجلة النهضة، مصر، المجلد (13)، العدد (2)، نيسان 2012، ص 81-100؛ للمزيد حول هذا المبدأ في فلسطين بشكل خاص، انظر: غسان خالد، سمو القواعد الدستورية وحالات من عدم الانسجام التشريعي دستورياً في فلسطين، مجلة الحقوق (كلية الحقوق: جامعة الكويت)، الكويت، المجلد (37)، العدد (4)، 2013، ص 595-615).

⁸² للمزيد حول تعديل الدساتير، انظر: أكرام فالح، تعديل الدستور وأثره في تغيير خصائص الدساتير، دراسات إقليمية (مركز الدراسات الإقليمية: جامعة الموصل)، العراق، المجلد (5)، العدد (14)، 2009، ص 259 وما بعدها.

⁸³ اعتبرت الهيئة الاستشارية لمجلس أوروبا في مجال القانون الدستوري (لجنة البندقية) في سياق تقييمها للنصوص الأبدية: "أنها آلية دستورية معقدة ومثيرة للجدل، يجب ألا يتم تطبيقها إلا لصالح المبادئ الأساسية للنظام الديمقراطي" (انظر في ذلك: توماس ماركيت، منع الدكتاتورية: الضمانات الدستورية ضد إعادة إنتاج السلطوية، ورقة مقدمة لورشة عمل بعنوان الإصلاح الدستوري في العالم العربي، 2 تموز 2011، المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية: برلين، 2011، ص 5).

هذا القانون الأساسي من شأنها أن تمس تجزئة الاتحاد إلى ولايات اتحادية أو مشاركة الولايات من حيث المبدأ في عملية التشريع بشكل فعال، أو بشكل يمس المبادئ الأساسية الواردة في المواد (1) و(20) من هذا القانون.⁸⁴

2-2-2-5. المستوى الثاني: الأغلبية المشددة أو العظمى

هو مستوى نصوص الدستور بصورة عامة، ويتناول هذا المستوى كامل نصوص الدستور المتعلقة بأنواع السلطات وكيفية إنشائها والمبادئ التي تحكمها، سواء في علاقتها فيما بينها أو مع الأفراد. تختلف هذه الموضوعات من دستور إلى آخر، فعلى سبيل المثال: الدستور الأمريكي لعام 1789، يحتوي على سبع مواد فقط، تتعلق بالسلطات الثلاث؛ التشريعية، التنفيذية، والقضائية، ثم الأحكام المتعلقة بالحكومة الاتحادية والولايات، وأخيراً بعض المبادئ العامة، كمبدأ سمو الدستور الأمريكي وكيفية تعديله.

ولاحقاً لإقرار الدستور الأمريكي سريانه؛ تم إقرار وثيقة الحقوق كملحق له في سنة 1791، وتحتوي على التعديلات العشر الأولى. وتطبيقاً لمبدأ سمو الموضوعات التي تناولتها وثيقة الدستور الأمريكي، حددت المادة (5) منها طريقة تعديل نصوصها، بحيث يتم ذلك بموافقة (3/2) أعضاء مجلسي النواب والشيوخ وموافقة (4/3) برلمانات الولايات بأغلبية (3/2) من برلمان كل ولاية بمجلسيه، وهي أغلبية عظمى تحتاج حتماً إلى التوافق.⁸⁵

2-2-3-5. المستوى الثالث: الموضوعات الدستورية التي تنظم بقوانين أساسية (القوانين المكملة للدستور)

أشرنا في المستوى الثاني، إلى نصوص الدستور ذاتها، وكيف يمكن الاستفادة من المعيار الشكلي لتعريف الدستور لمنح نصوصه السمو، بحيث لا تستطيع السلطة التشريعية العادية أن تتال منها وفقاً لمفاهيم اللعبة الديمقراطية والتي تقوم على الحكم والمعارضة، أو الأغلبية والمعارضة، أو الأغلبية والأقلية. فالمزج ما بين التعريف الشكلي للدستور والذي يتعامل مع الدستور كوثيقة لها سمو، وما بين الموضوعات التي تحتويها الوثيقة الدستورية، سيحقق فعلياً السمو لهذه الموضوعات، وبخاصة عندما تصاغ هذه الموضوعات بطريقة تحقق الغاية من وجود الدستور، وهي تقييد السلطة وحماية الحرية.

ومع هذا تبقى الموضوعات التي يمكن أن تندرج في إطار الموضوعات الدستورية واسعة جداً، ويمكن التمييز في هذا السياق، بين المبادئ العامة لهذه الموضوعات من جهة، وتفصيلاتها والتي من الصعب أن يكون محلها نصوص الدستور ذاته من جهة أخرى. وثمة حل عملي لذلك، بحيث لا يخل هذا الحل باعتبار هذه الموضوعات من الموضوعات الدستورية التي يجب أن تتمتع بنوع من الحصانة والسمو، فلا يخضعها لهوى المشرع العادي، وبنفس الوقت لا يؤدي إلى إغراق الوثيقة الدستورية بتفصيلات لا يفضل أن يكون محلها الدستور.

⁸⁴ الدستور الفرنسي تبنى هذه الآلية أيضاً، فقد نص على عدم جواز تعديل النظام الجمهوري وما من شأنه المساس بوحدة إقليم الدولة (المادة 89 من الدستور).

⁸⁵ ومن الأمثلة الأخرى على النصوص الدستورية التي تبنت هذه الآلية؛ الدستور العراقي لسنة 2005، إذ نصت المادة (2/126) منه على أنه: "لا يجوز تعديل المبادئ الأساسية الواردة في الباب الأول والحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني من الدستور، إلا بعد دورتين انتخابيتين متعاقبتين، وبناء على موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب عليه، وموافقة الشعب بالاستفتاء العام ومصادقة رئيس الجمهورية خلال سبعة أيام". للمزيد حول اشتراط الأغلبية العظمى لتعديل الدستور، انظر: توماس ماركيت، مرجع سابق، ص 6.

يكن هذا الحل في نص الوثيقة الدستورية نفسها على أن القوانين المنظمة لموضوعات معينة، كموضوع الحقوق والحريات والسلطة القضائية، والهيئات العامة المستقلة التي تشرف على الانتخابات، والأحزاب، وضمانات المحاكمة العادلة... الخ، يجب أن يتم تنظيمها بـ "قانون أساسي"، أو بـ "قانون عضوي"، فعلى سبيل المثال، حدد الدستور الفرنسي العديد من الموضوعات التي يجب تنظيمها بقانون أساسي، يصدر عن المشرع العادي، ولكن وفق أغلبية أعلى من الأغلبية المطلوبة لإصدار القانون العادي. ومن هذه الموضوعات على سبيل المثال، انتخاب رئيس الجمهورية، فبعد أن حددت المادة (6) من الدستور الفرنسي مدة ولاية رئيس الجمهورية بخمس سنوات، وأنه لا يجوز أن يتقلد أكثر من ولايتين؛ أحالت مسألة تطبيق هذه النصوص الدستورية إلى قانون الأساسي.

المثال السابق، يوضح كيفية الجمع ما بين الموضوعات التي يجب أن يحتويها الدستور من جهة، وكيفية استعمال أسلوب القوانين الأساسية للإبقاء على صفة سمو لهذه الموضوعات من جهة أخرى. حيث لا يمكن للأغلبية التشريعية العادية إقرارها أو تعديلها، بل يتم النص على أن إقرار هذه القوانين أو تعديلها، إنما يتطلب إجراءات أكثر تعقيداً من إجراءات صدور القوانين العادية، كأن يتطلب إقرارها مثلاً أغلبية ثلثي أعضاء البرلمان.

ومن الأمثلة الأخرى على الموضوعات التي تعتبر بطبيعتها دستورية في الدستور الفرنسي، وتمت إحالة تنظيمها إلى قوانين أساسية، الاستفتاء (المادة 11)، التعيين في الوظائف الحكومية (المادة 13)، إجراءات عمل مجلسي النواب والشيوخ (المادة 23)، أعضاء المجلس الدستوري (المادة 57)، إحالة القضايا إلى المجلس الدستوري (المادة 61)، تنظيم عمل المجلس الدستوري وإجراءاته (المادة 63)، نظام القضاة (المادة 46)، نظام مجلس القضاء الأعلى (المادة 65)... الخ. ويلاحظ من الأمثلة السابقة أن هذه الموضوعات، إنما تتعلق بالحقوق والحريات أو بتنظيم عمل السلطات، ولهذا نجد العديد من هذه القوانين تتعلق بالسلطة القضائية، وهو ما سنعلق عليه بعد قليل عند بحثنا علاقة مبدأ سمو الدستور بالمادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني، والتي نجد ما يقابلها في الكثير من الأنظمة الاستبدادية، كونها تعتبر مقتل رئيسي لمبدأ الفصل بين السلطات.

4-2-2-5. المستوى الرابع: القوانين العادية

هذه القوانين تتعلق بجميع المواضيع الأخرى، باستثناء الموضوعات التي تم حجزها بنص الدستور إلى القوانين الأساسية، وبالرغم من أن القوانين العادية والقوانين الأساسية تصدر عن ذات الجهة، وهي السلطة التشريعية، إلا أن ما يميز الثانية "القوانين الأساسية" عن الأولى "القوانين العادية"، هو ما تتطلبه من إجراءات أكثر تعقيداً في إصدارها، ضماناً لحصول التوافق عليها، وليس انفراد أغلبية داخل البرلمان بتمريرها، مع ضرورة الالتفات هنا إلى أهمية تطلب أغلبية بسيطة من أعضاء البرلمان عند التصويت على مشروع القانون كحد أدنى، بحيث لا يعد هذا القانون مقراً، إلا إذا صوت عليه بالموافقة؛ النصف + 1 من أعضاء البرلمان ككل، وذلك لتلافي صدور قوانين دون نقاش حقيقي بين ممثلي الشعب.

5-2-2-5. المستوى الخامس: التشريعات الثانوية أو التشريعات التنفيذية

بالرغم من أن مبدأ الفصل بين السلطات يتطلب عدم ممارسة أي سلطة لجوهر اختصاصات سلطة أخرى، وهذا بطبيعة الحال يشمل التشريعات الثانوية التي تصدر عن السلطة التنفيذية، إلا أنه ولا اعتبارات عملية، وطالما أن هذه التشريعات تجد أساساً تفويضياً لها في نصوص القوانين العادية، منحت العديد من الأنظمة القانونية السلطة التنفيذية هذه الصلاحية، مع وضعها لضوابط صارمة في ممارستها.⁸⁶

وأهم هذه الضوابط، أن يضع النص التفويضي للتشريع الثانوي مجاله، بحيث لا يكون نص التفويض عاماً، كما جرت عليه الممارسة في القوانين الفلسطينية، وإنما يجب أن يكون محدداً في إطار تنفيذ النص الصادر عن السلطة التشريعية، وألا يشمل مسائل هي بطبيعتها من اختصاص السلطة التشريعية، مثل الحقوق والحريات والمسائل الجنائية، والمسائل المالية، كما أنها لا تتعلق بواجبات ومسؤوليات السلطات المختلفة، وأن يقتصر مجالها على مسائل إجرائية في حدود النص التفويضي. وكما جرت عليه العادة في الأنظمة الدستورية، فإن نص التفويض يخضع للرقابة القضائية الدستورية، فضلاً عن خضوع نصوص التشريع الثانوي لرقابة المحاكم الإدارية باعتباره قراراً إدارياً أخذاً بالمعيار الشكلي.⁸⁷

5-2-2-6. القرار بقانون: خروج على مبادئ النظام الدستوري الديمقراطي والفصل بين السلطات

بالاستناد إلى ما أشرنا إليه سابقاً، ودون الخوض في مبررات منح السلطة التنفيذية صلاحية التشريع بناء على نصوص معظم الدساتير العربية ومنها القانون الأساسي الفلسطيني في المادة (43) منه،⁸⁸ فإن مثل هذه الصلاحية، تعتبر مقتلاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وخروجاً على مبادئ النظام الدستوري الديمقراطي، والذي يشكل مبدأ الفصل بين السلطات أحد أهم ركائزها، كما أن مثل هذه الصلاحية تناقض فكرة الدولة الحديثة، فقديمًا كانت السلطات تمارس من قبل شخص واحد، يجمع ما بين سلطة التشريع والتنفيذ، وهو ما شكل أساس الاستبداد والفساد وانعدام الحرية. وبالرغم من أهمية التفصيل في هذا الجانب، إلا أن مجاله ليس في هذه الدراسة، وتكفي الإشارة هنا إلى أن جميع المبادئ التي تم تناولها سابقاً، لن يكون لها أي قيمة في اتجاه تبني نظام دستوري ديمقراطي، طالما وجدت مثل هذه الصلاحية، وطالما أن المحاكم في الدول التي تتبنى دساتيرها هذه الصلاحية فسرتها بصورة تسمح للسلطة التنفيذية، إصدار القوانين في جميع المجالات التي يجوز للسلطة التشريعية التشريع فيها ابتداءً.⁸⁹

⁸⁶ انظر في اعتبارات منح السلطة التنفيذية صلاحية إصدار التشريعات التنفيذية: سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة القضائية، الإسكندرية: منشأة المعارف، بدون تاريخ نشر، ص 9-10.

⁸⁷ انظر في قيود التشريعات الثانوية والممارسات التشريعية بهذا الشأن: مصطفى عبد الباقي، محمد الخضر، دليل صياغة التشريعات الثانوية، معهد الحقوق - جامعة بيرزيت: رام الله، 2004، ص 47-51.

⁸⁸ تنص هذه المادة على أنه: "الرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون".

⁸⁹ لم تعمل المحكمة العليا الفلسطينية التي تتعقد بصفتها محكمة دستورية قرار بقانون على تحديد ضوابط أو مجالات يمنع معالجتها بموجب قرارات بقوانين، بمناسبة نظرها وفصلها في طعن قدم لها بعدم دستورية قرار بقانون على تحديد ضوابط أو مجالات يمنع معالجتها بموجب قرارات بقوانين، بل أنها أقرت عدم وجود ضوابط على صلاحية الرئيس بهذا الشأن (انظر: حكم المحكمة العليا المنعقدة في رام الله بصفتها الدستورية، رقم (2007/3)، بتاريخ 2009/5/26؛ حكم المحكمة العليا المنعقدة في رام الله بصفتها الدستورية، رقم (2009/3)، بتاريخ 2010/4/13، منشورات منظومة القضاء والتشريع في فلسطين "المقتفي"، على الرابط الإلكتروني الآتي: <http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=87235>، تاريخ الاسترداد 2015/2/20

كما أن مثل هذه النصوص تعود بنا إلى تبني مبدأ الالتزام الذاتي أو التقيد الذاتي بمبادئ العدالة، واحترام حقوق الإنسان وحرياته، وهو ما ثبت أنه وهمٌ يجري خلفه فقط من يحاولون تبرير تصرفات السلطة، كما أنه يناقض فكرة وجود دستور يتناول شكل السلطات وصلاحياتها واختصاصاتها وعلاقتها فيما بينها، ثم يعود النص ليحول دور سلطة كاملة في يد شخص هو إما غير منتخب (في الأنظمة الملكية والأنظمة الوراثية) أو شخص فاقد للشرعية أو ذاهب باتجاه فقدانها من خلال إسرافه باستعمال هذه الصلاحية، وبخاصة، عند تعلق تشريعاته بالحقوق والحريات الأساسية أو بتعديل شكل السلطات واختصاصاتها على نحو يركز من صلاحياته كأن يمنح نفسه صلاحية تعيين أو عزل أعضائها.

بالإضافة إلى ذلك، تنهي هذه الصلاحية مبدأ سمو موضوعات القانون الدستوري، فالسلطة التنفيذية تشرع في جميع المجالات دون أي حاجة لأدنى توافق، ودون أي اتباع لإجراءات تشريعية تضمن الحد الأدنى من الرقابة على أداء السلطات، وهذا ما يطعن في مبدأ الديمقراطية القائم على أساس حكم الشعب بواسطة الشعب ولصالح الشعب. وهو بالنتيجة ما يوصل النظام إلى مأزق حقيقي، لن يكون هناك إمكانية للخروج منه إلا من خلال هدمه، وهو أحد الأسباب الأساسية للثورات، حيث يفشل النظام في تحقيق مبادئ النظام الدستوري الديمقراطي، ويتجه نحو مبادئ النظام الحاكم، وسمو الرئيس أو الملك بدلاً من سمو الدستور أو سيادة القانون.⁹⁰

⁹⁰ تضمن تصور شامل بشأن قطاع العدالة تبناه مجلس الوزراء الفلسطيني بتاريخ 2012/9/18، اقتراح بعض النصوص التشريعية النازمة لعمل القضاء يتم اقرارها بموجب قرارات بقوانين. ومن بينها اقتراح بتولي وزير العدل مهام واختصاصات النائب العام، ومن هنا، تلحظ إشارة إلى إمكانية تعديل القانون الأساسي بموجب قرارات بقوانين، إذ لا يمكن تصور تطبيق هذا الاقتراح دون أن يبطال التعديل بعض نصوص القانون الأساسي المعدل.

6. القيود الدستورية على ممارسة الحقوق والحريات الأساسية

يركز هذا البند على الطرق التي تتبعها الدساتير المقارنة في سياق تنظيمها للقيود التي تخضع لها ممارسة الحقوق والحريات الأساسية التي تنص عليها، وذلك بهدف تحديد الطريقة المثلى بشأن هذه المسألة، والتي من شأنها توفير الضمانات اللازمة لاحترام وحماية الحقوق والحريات الأساسية، بحيث يكون أمام المشرع الدستوري في فلسطين خيار تبنيها في أي جهد مستقبلي لتعديل القانون الأساسي أو صياغة دستور الدولة الفلسطينية، ويكون أمام القاضي الفلسطيني أيضاً خيار إعمالها في سياق نظره لقضايا تعرض عليه وتتعلق بانتهاك أي من الحقوق والحريات الأساسية للأفراد. ولا بد قبل ذلك من التطرق إلى مسألتين؛ الأولى أن الحقوق والحريات الأساسية ليست مطلقة ويجوز تقييدها ضمن ضوابط معينة، وتتعلق الأخرى بأهمية النص على القيود في صلب مواد الدستور، ثم نبحث بعد ذلك طرق تحديد القيود على الحقوق والحريات ونفاضل بينها.

6-1. الحقوق والحريات الأساسية ليست مطلقة

بانتت مسألة جواز فرض القيود على ممارسة الحقوق والحريات الأساسية، مسألة مسلم بها في دساتير الدول حتى في أكثرها ديمقراطية، كما أن المعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، تجيز هي الأخرى فرض قيود على ممارسة الأفراد للحقوق والحريات التي تنص عليها، مع استثناءها في ذلك لعدد قليل من هذه الحقوق، والتي لا يجب أن تخضع ممارستها لأي نوع من القيود.⁹¹ وفي هذا السياق، يمكن القول بوجود شبه إجماع في الدساتير وفي المعاهدات الدولية على الحق في عدم التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية واللاإنسانية، والحق في الحماية من العبودية أو الرق أو السخرة، وحرية المعتقد والفكر والوجدان وحرية الرأي، وليس الحق في التعبير عنها، هي حقوق مطلقة لا يجب أن تتطوي على أي نوع من القيود مهما كانت درجة معقوليتها. فالمادة (7) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على سبيل المثال، تقرر عدم جواز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة...، وتؤكد المادة (18) على حق الإنسان في حرية الفكر والوجدان والدين، وفي المادة (19)، تأكيد على حق كل إنسان في اعتناق الآراء دون مضايقة، فهذه المواد منفردة أو مجتمعة، لا تخضع الحقوق التي نصت عليها لأي نوع من القيود أو الاستثناءات. بينما نجد أن نصوص أخرى في ذات العهد تقرر صراحة إخضاع ممارسة العديد من الحقوق والحريات للقيود، فالمادة (2/19) تقرر جواز إخضاع ممارسة الحق في حرية التعبير لبعض القيود، ثم تبين ماهية هذه القيود وضوابطها.⁹²

إن مسألة جواز فرض القيود على ممارسة الحقوق والحريات الأساسية، هي من أكثر المسائل حساسية في منظومة حقوق الإنسان، فثمة جملة من الاعتبارات والمصالح يجب أخذها بعين الاعتبار عند ممارسة أي من الحقوق والحريات،

⁹¹ المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، المدرسة الدستورية الجديدة: الشكل الجديد للمسار التأسيسي، مرجع سابق، ص 12-13.
⁹² للمزيد حول ما يجوز تقييده من الحقوق والحريات وما لا يجوز في الأنظمة الوطنية والدولية، أنظر: محمد يوسف علوان، محمد خليل الموسى، مرجع سابق، ص 16-20. وقد تناوله تحت عنوان حقوق الإنسان الأساسية وحقوق الإنسان العادية.

وأول هذه الاعتبارات وأكثرها منطقية؛ هي المتعلقة باحترام حقوق وحرريات الآخرين، فكل الحقوق والحرريات متساوية، يجب الاعتراف بها للجميع بشكل متساوٍ وشامل. وبالتالي، يمثل عدم مراعاة هذا الاعتبار؛ إخلالاً بمبدأ المساواة، لأن حقوق وحرريات بعض الأشخاص سوف تفقد فعاليتها لحساب حقوق وحرريات أشخاص آخرين⁹³. وفي هذا يقول (أوليفر ويندل هولمز) قاضي المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية: "حق في أرجحة معصمي ينتهي حيثما يبدأ أنف الرجل الآخر". وقد بين إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي معالم هذه المعادلة بوضوح، إذ جاء فيه: "تتمثل الحرية في إمكانية القيام بكل ما لا يضر بالغير: فممارسة الحقوق الطبيعية لكل إنسان لا حدود لها، إلا في تلك التي تضمن لبقية أفراد المجتمع التمتع بنفس الحقوق..."⁹⁴.

بالإضافة إلى ذلك، ثمة اعتبارات تتعلق باحترام وحماية مصالح المجتمع ككل، والتي يعبر عنها غالباً بمصطلحات النظام العام، والأمن الوطني، والصحة العامة، والآداب العامة.⁹⁵ وهذه الاعتبارات هي التي تفرز المعادلة الأهم والأصعب في إطار الموازنة بين الحقوق والحرريات الأساسية من جهة، وإخضاعها للقيود من جهة أخرى، ذلك أن السلطة العامة والتي تحتكر وسائل العنف المشروعة، هي التي تقف على حسن سير المصلحة العامة في مواجهة الأفراد الطرف الأضعف في هذه المعادلة. كما أن هذه الاعتبارات غالباً ما تم استخدامها من قبل الأنظمة الاستبدادية كمبرر لفرض القيود الاعتبارية على ممارسة الحقوق والحرريات الأساسية، وبخاصة السياسية منها، على نحو أدى إلى إفراغ هذه الحقوق من محتواها.

ولعل هذا السبب هو الذي حذا بالكثيرين إلى الدعوة لإطلاق الحقوق والحرريات الأساسية وعدم تقييدها بأي نوع من القيود مهما بلغت درجة معقوليتها. بيد أن هذا القول يفتقد للكثير من الواقعية، فمن جانب، يمثل إخضاع الحقوق والحرريات للقيود إحدى أدوات حمايتها، وأن عدم إخضاعها للقيود يشكل تقويضاً لمصادقية النصوص الدستورية النازمة للحقوق والحرريات، بل ومصادقية الدستور ككل من جانب آخر، وذلك بإعلانه عن حقوق غير واقعية مطلقة لا تحدها حدود ولا تخضع لأي قيود، مما يؤدي إلى حالة من الفوضى تصاحب ممارسة الأفراد لحقوقهم وحررياتهم.⁹⁶

ويجب هنا التفرقة بين القيود السابق ذكرها، وهي قيود تتطوي عليها الحقوق، ويجب إعمالها حتى وإن لم يرد النص عليها في معاهدة دولية أو في دستور أو في ميثاق للحقوق، لأنها معروفة ضمناً، وبين القيود التي يجري فرضها بناءً على التقييم الذي تجريه سلطات الدولة للواقع السياسي والاقتصادي والاجتماعي،⁹⁷ ففي الأخيرة تكمن الخطورة، لأن

⁹³ For more details on limits of human rights see, Fleiner, Thomas, and Lidija Basta Fleiner. Ibed. 198 – 209.

⁹⁴ انظر في ذلك: المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، القيود القانونية على الحقوق المدنية والسياسية، المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية: برلين، تشرين أول 2012، ص 2؛ المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، المدرسة الدستورية الجديدة: الشكل الجديد للمسار التأسيسي، مرجع سابق، ص 12-13.

⁹⁵ للمزيد حول هذه المفاهيم، وما يجب أن تعنيه، انظر: المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، القيود القانونية على الحقوق المدنية والسياسية، مرجع سابق، ص 3-4.

⁹⁶ دزيك كيزيا، روبرت هاوبندر، الدليل الإرشادي عن حقوق الإنسان ووضع الدستور، ترجمة ناديا عبد العظيم، المفوضية السامية لحقوق الإنسان – الأمم المتحدة ومركز العقد الاجتماعي: جنيف والقاهرة، بدون تاريخ نشر، ص 14-15.

⁹⁷ See, Robert Alexy, Discourse Theory and Fundamental Rights. Menéndez, Agustín J, and Erik O Eriksen. Arguing Fundamental Rights, Springer, 2006. 15 - 33

التفسير الواسع لها قد يؤدي إلى إساءة استعمال السلطة. وبالتالي، يجب أن تكون القيود المبنية على تقييم الواقع وحسن أداء الدولة لوظائفها بما يحقق الرفاه العام لمواطنيها، منصوص عليها في الدستور بشكل منضبط إلى حد كبير.⁹⁸

2-6. أهمية تحديد القيود في الدستور

من الأهمية بمكان، تحديد القيود التي تخضع لها ممارسة الحقوق والحريات الأساسية، وتحديد المدى الذي يمكن أن تصل إليه هذه القيود، والأساس الذي تستند إليه، في صلب مواد الدستور بشكل واضح ومنضبط، وذلك تجنباً لقيام سلطات الدولة وأجهزتها المختلفة، وبخاصة السلطتين التشريعية والتنفيذية بفرض قيود اعتباطية غير مبررة على ممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم من خلال ما يصدرونه من تشريعات أو ما يتخذونه من إجراءات وتدابير إدارية وتنفيذية، واتخاذ القضاء من هذه القيود مبرراً لوصف أعمال السلطات الأخرى بالمشروعية. صفوة القول: أنه يجب النص في صلب الدستور على إخضاع سلطات الدولة هي الأخرى لقيود محددة وواضحة في سياق قيامها بفرض القيود على ممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم، وهذا ما يعبر عنه بالقيود المضادة للقيود أو بالحدود المضادة للحدود.⁹⁹

بناءً على ما تقدم، يغدو التساؤل الرئيس في سياق جواز إخضاع الحقوق والحريات الأساسية للقيود، هو: كيف يتم تقييد الحقوق والحريات الأساسية في الوثيقة الدستورية؟ أي الآليات أو الطرق المختلفة لتقييد الحقوق والحريات الأساسية، هذا ما سوف نبحثه في الآتي:

3-6. طرق تقييد الحقوق والحريات الأساسية

تتبنى الدول في وثائقها الدستورية آليات مختلفة في كيفية فرض القيود على الحقوق والحريات، والتي تشكل من الوجهة الأخرى، القيود التي تخضع لها سلطات الدولة عند فرضها لتلك القيود. وتختلف هذه الآليات في مدى توفيرها لضمانات احترام وحماية الحقوق والحريات، ففي حين لم يوفر بعضها ضمانات حقيقية في هذا المضمار، نجح البعض الآخر في ذلك، ووفر الضمانات اللازمة لاحترام وحماية الحقوق والحريات.

3-6-1. "في حدود القانون" "مع مراعاة أحكام القانون"؛ قيود لاسترداد الحقوق والحريات

أول هذه الطرق، هي إحالة فرض القيود إلى البرلمان، بحيث يأتي النص الدستوري مؤكداً على ضمان هذا الحق، ثم يربط ممارسته بالقيود التي يحددها القانون الصادر عن البرلمان، ويظهر ذلك بعبارات "في حدود القانون" أو "مع مراعاة أحكام القانون"، وقد جرى تبني هذه الآلية في معظم الدساتير العربية، ولم يتجنبها سوى عدد قليل أبزها الدستور التونسي الصادر سنة 2014.

⁹⁸ دزيك كيدزيا، روبرت هاوبندر، مرجع سابق، ص 15.

⁹⁹ انظر في ذلك: ياش غاي، جل كوترل، إعلان الألفية والحقوق والدساتير، صندوق الأمم المتحدة الإنمائي UNDP: نيروبي، 2010، ص 107.

فعلى الرغم من تسليم الدساتير العربية ومنها فلسطين بخضوع ممارسة الحقوق والحريات للقيود، إلا أنها أحيات مسألة وضع هذه القيود إلى برلماناتها بموجب قوانين تصدرها لهذه الغاية، فالمادة (19) من القانون الأساسي المعدل على سبيل المثال تقرر حق كل إنسان في التعبير عن رأيه، ولكنها تربط هذا الحق بمراعاة أحكام القانون، وهو نص مطابق تقريباً لنص المادة (47) من الدستور المصري لسنة 1971.¹⁰⁰ وفي المادة (26) من القانون الأساسي ربط لممارسة الحقوق السياسية بالقيود التي ينص عليها القانون، فحق تشكيل الأحزاب السياسية والانضمام إليها يتم وفقاً للقانون، وحق عقد الاجتماعات العامة والمواكب والتجمعات يتم في حدود القانون. وفي المادة (27) كفل القانون الأساسي حرية وسائل الإعلام وفقاً له وللقوانين ذات العلاقة. وتكفل المادة (4/25) حق الإضراب في حدود القانون.¹⁰¹

في الواقع، إن مثل هذا النصوص لا تمنح حقاً أو تحميه، إنها بمثابة إعلان يفيد بوجود هذا الحق، وأنه خاضع للقيود دون تحديد المدى الذي يمكن أن تصل إليه هذه القيود، وهو ما يبرر للسلطات المختلفة تضيق مدى الحقوق وتوسيع مدى القيود، وهذا بخلاف ما هو الحال عليه في الأنظمة الديمقراطية حيث استقر دور السلطات فيها على توسيع مدى الحقوق إلى أكبر قدر ممكن، وتفسير القيود في أضيق نطاق ممكن. في حين أدت هذه النصوص في دساتير الدول العربية وفلسطين إلى صدور الكثير من القوانين التي تقيد الحقوق على نحو أدى إلى إفراغ هذه الأخيرة من محتواها، فعلى سبيل المثال، أصدر مجلس الشعب المصري في ظل سريان دستور 1971، قانوناً يحظر أي نقاش عام حول صحة الرئيس على أسس تتعلق بالأمن العام، وتم إصدار تشريعات تمنع توجيه النقد العلني للشرطة والجيش والمحاكم. ونتج عن هذه التشريعات، والتي لبست في الغالب ثوب القانون، والتي اتخذت من الدستور غطاءً شرعياً لها، واقعاً أصبح معه انتقاد الدولة أمراً شبه مستحيل، رغم النص الدستوري على الحق في حرية التعبير.¹⁰²

وفي فلسطين، أصدر رئيس السلطة الوطنية بالاستناد إلى صلاحيته التشريعية الاستثنائية في القانون الأساسي، مجموعة من القرارات التي لها قوة القانون والمراسيم والقرارات الرئاسية، كان لها أثر في فرض القيود على ممارسة الحقوق والحريات الأساسية، منها على سبيل المثال، القرار بقانون رقم (11) لسنة 2007 بشأن الأمن الوقائي،¹⁰³ والذي منح بموجبه لضباط وضباط صف الإدارة العامة في الأمن الوقائي صفة الضبط القضائي، وقد أدى ذلك إلى نتائج سلبية على الحقوق والحريات الأساسية، وبخاصة فيما يتعلق بالحرية الشخصية والأمن الشخصي (القبض غير المشروع) وفي هذا السياق، يمكن قراءة القرار بقانون رقم (15) لسنة 2009 بشأن الهيئة الفلسطينية لتنظيم قطاع الاتصالات،¹⁰⁴ والذي منح تلك الهيئة سلطة منح بعض موظفيها صفة الضبط القضائي، والقرار بقانون رقم (5) لسنة 2008 بشأن

¹⁰⁰ يلاحظ التطور عن هذا النص في الدستور المصري الصادر سنة 2014، حيث لم يربط حرية التعبير بأي من القيود، فقد نصت المادة (65) منه على أنه: "حرية التعبير ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه بالقول، أو الكتابة، أو التصوير، أو غير ذلك من وسائل التعبير والنشر".

¹⁰¹ للمزيد من نصوص أخرى من دساتير العالم العربي وتحليلها في مجال القيود على الحقوق المدنية والسياسية، انظر: فاتح سمير عزام، **ضمانات الحقوق المدنية والسياسية في الدساتير العربية: دراسة مقارنة**، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان: القاهرة، 1995، ص 27 وما بعدها.

¹⁰² المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، **المحاور الرئيسية في العملية الدستورية الليبية**، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات: السويد، 2014، ص 13-14.

¹⁰³ المنشور على الصفحة (4)، من عدد الوقائع الفلسطينية رقم (74)، بتاريخ 2008/9/6.

¹⁰⁴ المنشور على الصفحة (6)، من عدد الوقائع الفلسطينية رقم (82)، بتاريخ 2009/8/22.

تنظيم ممارسة حق الإضراب في الخدمة المدنية،¹⁰⁵ والذي أحال بموجبه تنظيم الاضراب في الوظيفة العامة إلى قانون العمل، الذي يتطلب بدوره الحصول على موافقة خطية من (51%) من عدد العاملين في المنشأة لتنفيذ الإضراب، الأمر الذي يجعل معه ممارسة حق الإضراب، أمر مستحيل في ظل اشتراط تحقق هذه النسبة الكبيرة، فضلاً عن أن هذين التشريعين لم يأت كليهما بأحكام تتعلق بدور النقابات.

ومن الأمثلة الأخرى على تشريعات فرضت قيوداً، إن لم نقل انتهكت، الحقوق والحريات الأساسية بعد صدور القانون الأساسي: القرار رقم (28) لسنة 2007 بشأن اختصاص القضاء العسكري في حالة الطوارئ،¹⁰⁶ والذي وسع بموجبه من اختصاص هذا القضاء على نحو شمل محاكمة المدنيين،¹⁰⁷ والقرار رقم (8) لسنة 2007 بشأن الجمعيات والهيئات،¹⁰⁸ والذي تم بموجبه منح وزارة الداخلية سلطات واسعة في مواجهة الجمعيات الخيرية بما فيها وقف النشاط.

أما بخصوص التشريعات التي صدرت في فترة سابقة على صدور القانون الأساسي واستمرت بالسريان بعد ذلك، وكان لها أثر في تقييد الحقوق والحريات الأساسية، فهي كثيرة، وقد تم الركون إليها في الكثير من الممارسات التي قوضت ممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم، وأوغلت في انتهاكها، منها على سبيل المثال: قانون منع الجرائم الأردني رقم (7) لسنة 1954،¹⁰⁹ والذي أعطى للمحافظ، وهو جهة تنفيذية، صلاحية التوقيف بمجرد الشبهة دون الرجوع إلى القضاء، وقانون المطبوعات والنشر رقم (9) لسنة 1995،¹¹⁰ والذي فرض الكثير من القيود على الحريات الإعلامية. وكان من أهم تلك التشريعات وأخطرها، المرسوم الرئاسي رقم (3) لسنة 1998 بشأن تكريس الوحدة الوطنية ومنع التحريض،¹¹¹ والذي تتضمن تجريماً لكثير من الأفعال بموجب عبارات غامضة وفضفاضة. ونشير في هذا السياق إلى منظومة التجريم والعقاب في قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960،¹¹² التي تقوم على اعتبار القيود على الحقوق والحريات هي القاعدة العامة في حين أن الحق الأساسي، إن تم الاعتراف به أصلاً، فإنه يكون في إطار الاستثناء، ومن الأمثلة على ذلك ما يسمى بجرائم النشر، والتي أفرط هذا القانون بتناولها، بحيث لم يبق من حرية التعبير الواردة في القانون الأساسي سوى الاسم أو الشعار.¹¹³

ويبدو أن هناك توجه في فلسطين لاستمرار هذه الممارسة التشريعية، فمشروع قانون المحافظين، الذي تم الإعلان عن بعض نصوصه مؤخراً، تضمن الكثير من الأحكام التي تتطوي على مساس خطير ليس فقط بالحقوق والحريات المعترف بها في القانون الأساسي، بل أيضاً بالنظام القضائي ودور السلطة القضائية في ممارسة الرقابة على أعمال السلطات

¹⁰⁵ المنشور على الصفحة (29)، من عدد الوقائع الفلسطينية رقم (0)، بتاريخ 2008/6/20.

¹⁰⁶ المنشور على الصفحة (36)، من عدد الوقائع الفلسطينية رقم (73)، بتاريخ 2007/9/13.

¹⁰⁷ للمزيد حول محاكمة القضاء العسكري للمدنيين، انظر: ناصر الرئيس، عدم مشروعية محاكمة المدنيين الفلسطينيين أمام القضاء العسكري، مؤسسة الحق: رام الله، 2011.

¹⁰⁸ المنشور على الصفحة (74)، من عدد الوقائع الفلسطينية رقم (71)، بتاريخ 2007/8/9.

¹⁰⁹ المنشور على الصفحة (141)، من عدد الجريدة الرسمية الأردنية رقم (1173)، بتاريخ 1954/3/1.

¹¹⁰ المنشور على الصفحة (11)، من عدد الوقائع الفلسطينية رقم (6)، بتاريخ 1995/8/29.

¹¹¹ المنشور على الصفحة (11)، من عدد الوقائع الفلسطينية رقم (26)، بتاريخ 1998/11/26.

¹¹² المنشور على الصفحة (374)، من عدد الجريدة الرسمية الأردنية رقم (1487)، بتاريخ 1960/5/1.

¹¹³ للمزيد حول هذه المسألة في قانون العقوبات تفصيلاً، انظر: محمد فوزي الخضر، القضاء والإعلام: حرية التعبير بين النظرية والتطبيق: دراسة مقارنة، المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية "مدى": رام الله، 2012، ص 71-85.

المختلفة، فالمحافظ سيكون له الحق بحبس أي شخص في حالة وجود شبهة أو قرائن على أنه ينوي ارتكاب جريمة، وذلك بمعزل عن أي دور للقضاء في هذا الإطار.¹¹⁴

يلاحظ مما سبق، أنه لا فرق بين فلسفة التشريعات التي وضعت قيوداً مفرطة على ممارسة الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها شكلاً في كافة الوثائق الدستورية التي تعاقبت على حكم فلسطين، بما في ذلك القانون الأساسي، لا باختلاف المدة الزمنية، ولا باختلاف جهة التشريع، سواءً أكانت جهة وطنية أو غير وطنية، أو كانت السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية من خلال صلاحياتها التشريعية الاستثنائية. وهذا يعني أن النصوص النازمة للحقوق والحريات في تلك الوثائق، لم يكن لها أثر واضح في حمايتها، كما أن هذه الحالة لم تتغير، حتى ما بعد انضمام السلطة الوطنية لعدد من الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان.¹¹⁵

إنها بحق النصوص الاستردادية، إنها "أحكام الاسترداد"، هذا هو الوصف الأصدق للنصوص الدستورية النازمة للحقوق والحريات الأساسية في الدساتير التي تنشئ نظاماً لا يقوم على مبادئ النظام الدستوري الديمقراطي، نصوص تعلن عن الحقوق والحريات الأساسية لجميع الأفراد، وفي نفس الوقت تنص على إمكانية سحب تلك الحقوق من قبل سلطات الدولة عبر إصدار التشريعات. هذا التوصيف يشبه إلى حد كبير من يعطي باليد اليمني، ليعود ويأخذ باليد اليسرى (مع تأكيدنا هنا على أن الدولة لا تمنح حقاً أو تلغيه، فالحقوق والحريات لا تمنح، بل هي لصيقة بالإنسان، وما على الدولة سوى التزام باحترامها وحمايتها). ونصوص الاسترداد تلك، تمثل تقويضاً لأي حماية يوفرها الدستور للحقوق والحريات الأساسية، لأنها تسمح للتشريعات بإلغاء كل المعاني الكامنة في الحقوق الأساسية، وبخاصة في ظل غياب جهاز قضائي قوي ومستقل، بحيث تعتبر عملية استرداد السلطات للحقوق الدستورية في ظل تلك الظروف أكثر سهولة ويسراً.¹¹⁶

نتيجة للواقع المضاد لمنظومة حقوق الإنسان ككل، والذي نشأ عن تبني الطريقة السابقة في فرض القيود على ممارسة الحقوق والحريات الأساسية "أحكام الاسترداد"؛ اتجهت العديد من بلدان العالم، وبخاصة من ذاق منها مرارة الحكم الدكتاتوري -الاستبدادي، إلى تبني الحلول الناجمة التي تكبح جماح السلطات العامة عن فرض القيود الاعتبارية غير المبررة على ممارسة الحقوق والحريات الأساسية، فأدرجت هذه القيود في وثيقتها الدستورية، وأوضحتها، وفصلتها، ولم تحل أمرها لا إلى البرلمان ولا إلى غيره. وعملت بالإضافة إلى ذلك، على إيجاد الأدوات التي تؤدي إلى إنفاذ هذه الحقوق وتطبيقها. وفي هذا السياق، قدمت التجارب الدستورية في كل من ألمانيا 1949، وكندا 1982، وجنوب أفريقيا 1996، وحديثاً تونس 2014، نماذجاً يحتذى بها في كيفية التقيد الدستوري لممارسة الحقوق والحريات من جهة، وفي إخضاع السلطات العامة هي الأخرى للقيود عندما تهم بفرض قيود على حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية من جهة

¹¹⁴ للمزيد حول مشروع قانون المحافظين، انظر مقال: علي دراغمة، السيد الرئيس: اقرأ مشروع قانون المحافظين، هناك صيد ثمين، وكالة وطن للأبناء على الرابط الآتي: <http://www.wattan.tv/ar/news/120288.html>، تاريخ الاسترداد: 2015/2/25.

¹¹⁵ وقد اتسم الواقع الفلسطيني بوجود انتهاكات عديدة لحقوق المواطنين وحرياتهم (انظر في ذلك، تقارير الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، مرجع سابق).

¹¹⁶ المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، المحاور الرئيسية في العملية الدستورية الليبية، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات: السويد، 2014، ص 14.

أخرى. كما أن الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، قدمت هي الأخرى بعض النماذج الحسنة في هذا المضمار، والتي لا تختلف جذرياً عن التجارب الدستورية في الدول الديمقراطية.

تتبنى تلك الوثائق طرقاً مختلفة في سياق تحديدها للقيود التي يمكن فرضها على الحقوق والحريات الأساسية، سوف نعمل على تغطيتها في الآتي:

6-3-2. التقييد الخاص

تتمثل هذه الطريقة في ربط كل حق أو حرية بقيد أو بأكثر في ذات النص الذي يعترف بالحق أو الحرية، وذلك على نحو يبين الأسس التي يقوم عليها هذا التقييد، ويشرح بوضوح الحالات التي يمكن فيها خضوع الحق أو الحرية للقيود. وتتفاوت مدى الحماية التي توفرها هذه الطريقة من دستور لآخر، بالنظر إلى اختلاف الصياغة القانونية للنص. ويرجع سبب تبني هذه الطريقة إلى الرغبة في تأطير سلطة التأويل التي يتمتع بها القاضي المكلف بتنفيذ الحقوق والحريات.¹¹⁷ وقد اتبعت هذه الطريقة في دستور جنوب أفريقيا، فمثلاً: نصت المادة (16) منه على أنه:

"1. لكل شخص الحق بالتمتع بحرية التعبير، التي تتضمن:

أ. حرية الصحافة ووسائل الإعلام الأخرى؛

ب. حرية تلقي أو إرسال المعلومات أو الأفكار.

ج. حرية الإبداع الفني؛

د. الحرية الأكاديمية وحرية البحث العلمي.

2. الحق في الفقرة (1) لا يشمل:

أ. الدعاية للحرب؛

ب. التحريض على العنف الوشيك؛

ج. تشجيع الكراهية المبنية على العنصر، أو العرق، أو الجنس، أو الدين، وما يشكل تحريضاً على إلحاق الضرر".

يبين هذا النص بوضوح القيود التي يمكن فرضها على حرية التعبير، ويجعل هذه القيود في أضيق الحدود، إذ لا يجوز فرض أي قيد على حرية التعبير بخلاف الحالات المنصوص عليها في الفقرة (2) من تلك المادة، وهو بذلك لا يترك أمر فرض القيود للمشرع، كما أنه لم ينص على هذه القيود بعبارة فضفاضة غامضة، كالنظام العام أو الآداب العامة. والتي بقيت فترة طويلة، قيمت تشترط العديد من دساتير العالم ومنها الدساتير العربية مراعاتها في سياق ممارسة بعض الحقوق والحريات الأساسية، فمثلاً: نصت المادة (18) من القانون الأساسي المعدل على أنه: "حرية العقيدة والعبادة وممارسة الشعائر الدينية مكفولة شريطة عدم الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة". إن استخدام هذه القيم في تقييد

¹¹⁷ المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، المدرسة الدستورية الجديدة: الشكل الجديد للمسار التأسيسي، مرجع سابق، ص 13؛ محمد فوزي الخضر، مرجع سابق، ص 71.

الحقوق والحريات لا يؤدي إلى توفير ضمانات حقيقية لاحترام وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم، إذ إنها تتسم بدرجة كبيرة من الذاتية والعمومية، كما أنها غير معرفة في أي مكان آخر في الدستور.¹¹⁸

وقد تم تبني هذا الطريقة في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، فهو ينص على القيد في نفس النص الذي يعترف فيه بالحق أو الحرية، فعلى سبيل المثال، نصت المادة (3/19) منه على أنه: "تستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة 2 من هذه المادة (وهي التي تعترف بالحق في حرية التعبير) واجبات ومسؤوليات خاصة، وعلى ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية:

أ. لاحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم،

ب. لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة".

وتضيف المادة (20) من العهد قيوداً أخرى يمكن فرضها على الحق في حرية التعبير بنصها على حظر القانون أي دعاية للحرب، أو أي دعوة إلى الكراهية القومية أو العنصرية أو الدينية تشكل تحريضاً على التمييز أو العداوة أو العنف. وهذا يعني أنه يمكن فرض القيود على الحق في حرية التعبير للأسباب الواردة في المادة (3/19) وفي المادة (20).

يحدد كلا النصين السابقين بوضوح، الحالات التي يجوز الاستناد إليها لتقييد ممارسة الحق في حرية التعبير، وهذا من شأنه أن يوفر ضمانات لاحترام وحماية هذا الحق، ولكن يؤخذ عليهما استخدامهما لقيم النظام العام، الأمن القومي في تقييد الحق في حرية التعبير، وهي قيم ما فتئت الأنظمة الاستبدادية في استخدامها كذرائع لفرض القيود الاعتبارية وغير المبررة على ممارسة الحقوق والحريات الأساسية كما سبقت الإشارة إلى ذلك. وقد تكرر هذا النهج في معظم مواد العهد، فهذه المادة (21) تعتبر مثلاً آخر على ذلك، إذ نصت على أنه: "يكون الحق في التجمع السلمي معترفاً به. ولا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسة هذا الحق إلا تلك التي تفرض طبقاً للقانون وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم".

إن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، هو التطبيق الأكثر وضوحاً للطريقة التي تقوم على ربط كل قيد بكل حق أو حرية على حدة. لكنه ليس الأمثل كما الطريقة التي تبناها، فهي ليست الطريقة المثلى التي يجدر اتباعها لتقييد الحقوق والحريات الأساسية. فلهذه الطريقة محاسن ومساوئ، فهي تأخذ بعين الاعتبار الحاجة إلى فرض قيود تتفاوت في مداها بتفاوت أهمية الحقوق وخصائصها، فعلى سبيل المثال، يعد مقبولاً اجتماعياً فرض قيود على الحق في حرية التعبير، بينما لا يحظى بذلك القبول أو مثله؛ فرض نفس تلك القيود على الحق في الحياة. بيد أن هذه الطريقة تعثرها العديد من المشكلات، أهمها: أن عدد الكلمات التي تنظم القيود تتجاوز تلك التي تتعلق بالحقوق والحريات نفسها، الأمر الذي يعطي انطباعاً عاماً بأن تلك الحقوق لا أهمية لها، أو أن صلتها بالموضوع ضعيفة. كما أنها قد تؤدي إلى

¹¹⁸ انظر في ذلك: المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، المحاور الرئيسية في العملية الدستورية الليبية، مرجع سابق، ص 15.

تشنت الذهن بعيداً عن أولوية الحقوق، وتجعل من الصعب على غير المختصين قراءتها وفهمها. وتبقى مشكلة "عدم التوقع" أو عدم إمكانية معالجة نص القيود لكافة الأسباب الداعية إلى تقييد الحقوق والحريات بصورة شرعية، هي المشكلة الأبرز، لأنها قد تؤدي إلى العودة لفرض القيود الاعتبارية وغير المبررة من قبل السلطات لمواجهة الحالات الجديدة والتي لم يجر توقعها في النص.¹¹⁹

إن النصوص الفصفاضة المصاحبة لطريقة التقييد الخاص للحقوق والحريات المعترف بها في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وما قد يترتب عليها من نتائج سلبية، قد دفعت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان والتي تشرف على تنفيذ الدول الأطراف للحقوق والحريات المعترف بها في العهد، إلى وضع عدة مبادئ أو توصيات بحسب تسمية البعض "قانون حالة لاستكشاف معنى القيود غير المعقولة"، بحكم كيفية فرض القيود على جميع الحقوق والحريات الأساسية التي يعترف بها العهد، وتمثلت تلك المبادئ أو ذلك القانون في الآتي:

1. يجب أن يحدد القانون هذه القيود.
2. تفرض القيود فقط إذ كان من الضروري حماية الأمن العام، النظام العام، الصحة العامة، وحقوق وحريات الآخرين.
3. لا توضع قيود على أساس أمور لم يحددها العهد الدولي، ولا تفرض لأغراض تمييزية، أو تطبق بطريقة تمييزية.
4. يجب أن ترتبط القيود بالغاية التي وضعت من أجلها.
5. لا يجب أن تؤدي القيود إلى المساس بجوهر الحق المعني أو الحط منه.
6. ألا يتجاوز القيد الحد اللازم لتحقيق الهدف الاجتماعي المرجو منه، وهو ما يعرف بمبدأ التناسب.¹²⁰

3-3-6. التقييد العام

تتمثل هذه الطريقة في إيراد نص عام يبين كيفية تقييد جميع الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها في الدستور أو في فصل محدد منه. بحيث يتضمن هذا النص الوسائل التي يمكن من خلالها فرض القيود على أي حق أو حرية، والغايات الضرورية من هذا التقييد، بالإضافة إلى ذلك، قد يتضمن عدداً من المحددات أو المعايير التي يجب مراعاتها من قبل سلطات الدولة وأجهزتها عند فرضها للقيود على ممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم. وتتفاوت الضمانات التي توفرها هذه الطريقة لجهة احترام وحماية الحقوق والحريات الأساسية، باختلاف طريقة صياغة المعايير أو المحددات التي يتضمنها النص العام.¹²¹

وينحى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في تحديده القيود التي تخضع لها الحقوق والحريات الأساسية منحاً يقوم على إيراد نص منفصل للتقييد، ينطبق على جميع الحقوق والحريات التي يعترف بها، ولا يدرج هذه القيود في سياق النص

¹¹⁹ ياش غاي، جل كوتزل، مرجع سابق، ص 108.

¹²⁰ دزيك كيزيا، روبرت هازيدز، مرجع سابق، ص 15؛ المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، القيود القانونية على الحقوق المدنية والسياسية، مرجع سابق، ص 3.

¹²¹ المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، المحاور الرئيسية في العملية الدستورية الليبية، مرجع سابق، ص 15.

الذي يعترف بكل حق على حدة، فقد نصت المادة (29) منه على أنه: "يخضع الفرد في ممارسة حقوقه وحرياته لتلك القيود التي يقرها القانون فقط، لضمان الاعتراف بحقوق الغير وحرياته واحترامها، ولتحقيق المقتضيات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة والأخلاق في مجتمع ديمقراطي".

وتبنت العديد من الدساتير هذه الطريقة في تحديدها للقيود التي تخضع لها ممارسة الحقوق والحريات الأساسية، فقد نص القانون الأساسي الألماني في المادة (19) على أنه: "1. إذا أُجيز وفقاً لهذا القانون الأساسي تقييد أحد الحقوق الأساسية بقانون، أو بناءً على قانون، فيجب أن ينطبق هذا القانون بشكل عام، ولا يقتصر على حالة منفردة، وعلاوة على ذلك، يجب أن يحدد هذا القانون الحق الأساسي المعني، والمادة الخاصة به في القانون الأساسي. 2. لا يجوز بأي حال من الأحوال المساس بجوهر مضمون الحق الأساسي". وقد تم تبني هذه الطريقة أيضاً في الميثاق الكندي للحقوق الصادر سنة 1982، إذ نصت المادة (1) منه على أنه: "يضمن الميثاق الكندي للحقوق والحريات، الحقوق والحريات المنصوص عليها في الميثاق، والتي لا تخضع إلا في حدود المعقول للقيود التي ينص عليها القانون، ويمكن تبريرها بوضوح في مجتمع ديمقراطي حر".¹²²

وقد تبني الدستور التونسي الصادر سنة 2014 هذه الطريقة في إخضاع الحقوق والحريات الأساسية للقيود، فالمادة (49) منه نصت على أنه: "يحدد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارسته بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية ويهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها".¹²³

بيد أن دستور جنوب أفريقيا هو التطبيق الأصدق والأفصح تعبيراً عن هذه الطريقة في تحديد القيود التي تخضع لها ممارسة الحقوق والحريات الأساسية، فهو أكثر شمولاً ودقة ووضوحاً من الدساتير السابق الإشارة إليها، ويظهر ذلك جلياً بنصه في المادة (36) على بند التقييد العام:

"1. لا يمكن تقييد الحقوق الواردة في شرعة الحقوق هذه إلا بموجب قانون ذي طابع عام، وبالحد الذي يكون فيه التقييد معقولاً ومبرراً في مجتمع منفتح وديمقراطي، وبلاستناد إلى الكرامة والحرية الإنسانية، مع أخذ جميع العوامل ذات الصلة بعين الاعتبار، بما فيها:

أ. طبيعة الحق؛

ب. أهمية الغاية من القيد؛

¹²² بالرغم من قلة عدد كلمات هذا النص، إلا أن المحكمة العليا الكندية كان لها دوراً كبيراً في تفعيله، وتفسيره بما يخدم حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية، حيث اشترطت على من يدعي تقييد الحق دون وجه حق أن يتقدم باتِّبات واقعة التقييد، ومن ثم يترك للحكومة لإثبات أن قيدها كان مبرراً وفي حدود هذه المادة، وعلاوة على ذلك، فقد اشترطت المحكمة، أن يكون التقييد قد تم بحكم القانون، لا بإجراء إداري، وأن يقدم إثبات على أن الهدف منه مشروع ويمكن تبريره في ظل مجتمع ديمقراطي من المفترض إعلاؤه من قيمة الإنسان وحرياته الأساسية، بالإضافة إلى شرطها المهم، بضرورة تناسب القيد على الحق مع الهدف منه (ياش غاي، جل كوتزل، مرجع سابق، ص 108).

¹²³ يتضمن الدستور المصري الصادر سنة 2014 طريقة التقييد العام أيضاً، ولكن ليس بذات الوضوح والشمول الوارد في الدستور التونسي أو في دستور جنوب أفريقيا، حيث نصت المادة (92) منه على أنه: "الحقوق والحريات اللصيقة بشخص المواطن لا تقبل تعطيلاً ولا انتقاصاً ولا يجوز لأي قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيد بها بما يمس أصلها وجوهرها".

ج. طبيعة ونطاق القيد؛

د. العلاقة بين القيد وغايته؛

هـ. استعمال وسائل أقل تقييداً لتحقيق الغاية.

2. باستثناء ما تنص عليه الفقرة (1) أو أي من أحكام الدستور الأخرى، لا يمكن لأي قانون أن يقيد أي حق تنص عليه شرعة الحقوق".

لقد حازت هذه الطريقة على رضا غالبية المختصين في القانون الدستوري، إذ أنها عملت على تجاوز المساوئ التي من الممكن أن تنشأ عن تبني طريقة التقييد الخاص للحقوق والحريات الأساسية، فهي من ناحية لا تؤدي إلى التمييز بين الحقوق والحريات الأساسية بالقول أن بعضها يمكن أن يقبل فرض قيود عليه أكثر من غيره، فهذه الطريقة تتعامل مع الحقوق والحريات كمجموعة واحدة، وتخضعها جميعاً إلى نفس المبادئ وقواعد التضييق، لا فرق في ذلك بين حق مدني أو سياسي أو اقتصادي أو اجتماعي. ومن ناحية أخرى، فإن إدراج نص عام لتقييد الحقوق، يؤدي إلى تبسيط وتوضيح النصوص النازمة للحقوق والحريات، بحيث يصبح من السهل على غير المتخصصين قراءتها وفهما جيداً، وقد عبر محررو ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي صراحةً عن هذا الهدف (التبسيط والتوضيح)، وذلك بتقريرهم منهج مختلف عن ذلك الذي توخاه محررو الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان سنة 1950. والأهم من ذلك، أن هذه الطريقة تحدد للقاضي طائفة من الضوابط التي إن عمل على مراعاتها بالتسلسل الواردة فيه بالدستور، أنتجت ضمانات تلقائية -إجرائية للحقوق والحريات الأساسية.¹²⁴

4-3-6. المزاجية بين التقييد الخاص والتقييد العام

ثمة طريقة أخرى تتبناها الدساتير في تحديد القيود التي يمكن فرضها على ممارسة الحقوق والحريات الأساسية، وهي طريقة تقوم على الجمع أو المزاجية بين التقييد العام والتقييد الخاص، وذلك بإيراد نص عام للقيود ينطبق على جميع الحقوق والحريات في الدستور، وفي نفس الوقت، يتم تحديد القيود التي تخضع لها ممارسة حقوق أو حريات معينة.¹²⁵

دستور جنوب أفريقيا يتبنى هذه الطريقة، فهو إلى جانب نصه العام المتعلق بكيفية تقييد جميع الحقوق والحريات والذي سبقت إشارتنا إليه (المادة 36)، ينص على قيود ترتبط بممارسة حق أو حرية معينة، فالمادة (25) منه، تورد قيوداً إضافية على سلطة الدولة في تقييدها لحق الملكية الخاصة بإجراء الاستيلاء عليها للمنفعة العامة (الاستملاك)، وهي قيودٌ تستجيب لخصوصية حق الملكية الخاصة، الذي يمكن الاستيلاء عليه بوسائل لا يمكن استعمالها لتقييد الحقوق الأخرى غير الملموسة، فعندئذٍ يكون مفيداً النص على قيود إضافية ترتبط بهذا الحق. وقد نص هذا الدستور صراحةً على إمكانية المزاجية بين التقييد العام والتقييد الخاص في المادة (3/7) منه بنصها على أنه: "يمكن إخضاع الحقوق المدرجة في إعلان الحقوق للقيود الواردة في الفصل 36 أو المذكورة في أي موضع آخر من هذا النص"، فالبعبارة

¹²⁴ المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، المدرسة الدستورية الجديدة: الشكل الجديد للمسار التأسيسي، مرجع سابق، ص 14.

¹²⁵ المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، المحاور الرئيسية في العملية الدستورية الليبية، مرجع سابق، ص 17.

الأخيرة" أو المذكورة في أي موضع آخر من هذا النص"، تأكيد على إمكانية وجود قيود على ممارسة حقوق أو حريات معينة، من غير تلك القيود المنصوص عليها في المادة (36).

طريقة المزاوجة في تحديد القيود التي تخضع لها ممارسة الحقوق والحريات الأساسية، كانت محل تخوف البعض، إذ أن وجود مستويين من التقييد "العام والخاص"، سوف يجعل الحقوق والحريات وكأنها عرضة للتقييد دوماً. كما أن تبني هذه الطريقة أدى في كثير من الدساتير إلى جعل بنود التقييد العام أقل ملاءمة وفعالية من بنود التقييد الخاص. إلا أن هذه التخوفات تم تبديدها، فبنود التقييد العام سوف تمثل حماية لجميع الحقوق دون الحاجة لأشكال إضافية من الحماية، وفي نفس الوقت، فإن بنود التقييد الخاص تستجيب لخصوصيات وتباين أهمية بعض الحقوق، بحيث يمكن للأخيرة (بنود التقييد الخاص) أن تلعب دوراً في تفصيل حالات التقييد طبقاً للخصائص التي تنفرد بها بعض الحقوق، وقد ظهر ذلك جلياً في معالجة المادة (25) من دستور جنوب أفريقيا للقيود الخاصة المرتبطة بحق الملكية الخاصة على النحو الذي أشرنا إليه آنفاً.¹²⁶

6-3-5. نصوص بلا قيود

هذه الطريقة تجد لها تطبيقاً في عدد من الدول الديمقراطية، فالدستور الأمريكي لا يفرض أي قيود على ممارسة الحقوق والحريات الأساسية، حيث ينص التعديل الأول للدستور الأمريكي على أنه: "لا يصدر الكونغرس أي قانون خاص بإقامة دين من الأديان أو يمنع حرية ممارسته، أو يحد من حرية التعبير أو الصحافة، أو من حق الناس في الاجتماع سلمياً، وفي مطالبة الحكومة بإنصافهم من الإجحاف".¹²⁷

وهنا، يجب ألا يفهم أن الحقوق والحريات في الولايات المتحدة الأمريكية، حقوق وحريات مطلقة، فقد سبقنا إشارتنا بأنه لا حقوق مطلقة باستثناء طائفة حقوق معينة لا تخضع لأي قيود. على أي حال، فإن مهمة تحديد القيود الواردة على الحقوق والحريات الأساسية في الولايات المتحدة الأمريكية ملقاة على عاتق القضاء هناك. وفي هذا السياق، فرضت المحكمة العليا قيود على الحق في حرية التعبير، فحكمت سنة 1919 بأن الخطاب الذي يخلق "خطر واضح ودهام" كالصراخ بكلمة "حريق" في مسرح مزدحم ليس محمياً.¹²⁸

ثمة مشكلة حقيقية سوف تواجه الحقوق والحريات الأساسية في الدول التي تتبنى دساتيرها هذه الطريقة (عدم فرض القيود)، تتمثل هذه المشكلة في حالة الافتقاد إلى وجود قضاء قوي ومستقل، فعدم وجود هذا الأخير بتلك المواصفات، سوف يجعل الاحتمال كبيراً بحكمه لمصلحة السلطات في الدولة، وبخاصة في القضايا ذات النزعة السياسية، وهذا التخوف مقبول في ظل عدم وجود قضاء محايد ومستقل، فقد ذهب القضاء في دول عديدة بعيداً في سماحه بالقيود على الحقوق من قبل السلطات المختلفة. كما يمكن أن يواجه القضاء نفسه صعوبة في فرض هذه القيود أو إلغائها في ظل عدم وجود إرشادات واضحة في هذا الشأن. كما أن السلطة التشريعية التي تخضع للاعتبارات السياسية هي الأخرى

¹²⁶ نفس الموضع.

¹²⁷ يمكن الاطلاع على الدستور الأمريكي لسنة 1787 شاملاً تعديلاته لغاية سنة 1992، مترجماً إلى العربية، على الرابط الإلكتروني الآتي:

www.constituteproject.org

¹²⁸ المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، القيود القانون على الحقوق المدنية والسياسية، مرجع سابق، ص 6.

سوف تواجه نفس الصعوبة أثناء قيامها بعملية سن القوانين، وذلك بتبنيها لقيود اعتباطية وغير مبررة إرضاء للسلطات الحاكمة، أو لجماعات الضغط المختلفة. والمواطنون أيضاً لن يكونوا قادرين على استشراف هذه التطورات ومواكبتها. لذلك، قلما يوجد دستور في هذه الأيام لا يقدم مؤشرات إرشادية على القيود التي يمكن فرضها على الحقوق والحريات الأساسية.¹²⁹

بحثنا فيما تقدم، الطرق المتبعة في إدراج القيود على ممارسة الحقوق والحريات الأساسية في الدساتير، وقد رأينا في هذا أن دساتير بلدان العالم تختلف فيما بينها بالطريقة التي تختارها لإدراج قيود الحقوق والحريات ضمن نصوصها، وفي البند الآتي، نبحث مضمون هذه القيود بصرف النظر عن طريقة إدراجها في الدستور.

4-6. مضمون القيود على الحقوق والحريات الأساسية

يؤدي بناء مضمون أو محتوى القيود التي يمكن فرضها على الحقوق والحريات الأساسية؛ دور مهم في تحديد مدى فعالية منظومة حقوق الإنسان ككل، فشمولية المضمون ودقة صياغته ووضوحها، لهم مجتمعين، أثر كبير في تحديد مدى توفير الضمانات اللازمة لاحترام وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية. ويتعلق هذا الموضوع في جانب كبير منه بدور سلطات الدولة، وبخاصة السلطة القضائية، لأنها الجهة المكلفة دستورياً وقانونياً بفحص مشروعية التصرفات والأعمال الصادرة عن سلطات الدولة وأجهزتها المختلفة.

ويمثل مضمون القيود في هذا السياق؛ إرشادات أو توجيهات ينبغي للقاضي أن يتبعها عند فحصه لمشروعية أي تصرف أو عمل يتعلق بتقييد أي من الحقوق والحريات الأساسية، حتى وإن لم يكن دستور بلده ينص على هذه الإرشادات، وذلك ليس بالبناء على أن الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان والتي ارتبطت بها دولته، قدمت نموذجاً من الإرشادات يمكن الاستناد إليها في عملية الفحص هذه، بل لأن القيود التي تنطوي عليها الحقوق والمعروفة ضمناً دون الحاجة إلى قاعدة قانونية لإقرارها، يجب أن توجه فقط، وفقط، إلى حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وبناءً على موازنة عادلة بين الحق من جهة، وأسباب القيد من جهة أخرى. فثمة قاعدة ضمنية كامنة في القاعدة الضمنية الأولى (القيود التي تنطوي عليها الحقوق)، تحتم هذه القاعدة عدم جواز فرض قيود لغير تلك الأسباب المعروفة ضمناً، وهنا يأتي دور القاضي في تحري تلك الأسباب ووزنها دون الحاجة إلى قاعدة قانونية ترشده لذلك، وهذا لا يعني إنكارنا لأهمية وجود مثل تلك القاعدة.¹³⁰

وفي هذا البند، نبحث الإرشادات أو الأسس التي ينبغي للقضاة إعمالها من أجل إنفاذ حقوق الأفراد وحرياتهم، وتحريرها من القيود غير المبررة التي قد تفرضها السلطة الحاكمة، ولكن ينبغي لنا قبل ذلك، التطرق إلى مسألة الاختصاص

¹²⁹ ياش غاي، جل كوتزل، مرجع سابق، ص 107.

¹³⁰ انظر في ذلك: دزيبك كيدزيا، مرجع سابق، ص 14.

القضائي في هذا الشأن؛ فهل ثمة قضاء بعينه يختص بإنفاذ الحقوق والحريات الأساسية؟ أم أن مثل هذا الإنفاذ يدخل في اختصاص أي قاضٍ؟

6-4-1. إنفاذ الحقوق والحريات مسؤولية كل القضاة وليس القاضي الإداري أو الدستوري فقط

القاضي الذي يقوم بالتحري، والموازنة بين تقييد أو انتهاك حق الفرد من جهة، والغاية التي فرض التقييد لأجلها، هو أي قاضي ينظر قضية يعترها انتهاك لأي حق أو حرية أساسية، وليس فقط -كما هو سائد- القاضي الإداري أو الدستوري، فالقاضي الجنائي في درجة التقاضي الأولى أو الثانية مثلاً، والذي ينظر قضية يدفع المتهم فيها بأن اعترافه بارتكاب الجريمة قد جاء نتيجة إكراه، ينبغي لهذا القاضي، أن يقوم باستبعاد ذلك الاعتراف من عداد الأدلة المقبولة في القضية والتي تؤيد إدانة المتهم، حتى لو لم يكن هناك نص صريح في هذا الشأن، وعندها يكون القاضي، قد قام بتفسير النص لصالح الحقوق والحريات الأساسية.¹³¹

إذن، ينعقد الاختصاص في إنفاذ الحقوق والحريات الأساسية، لأي محكمة تنظر قضية فيها انتهاك لأحد حقوق الفرد أو إحدى حرياته، وفي ذلك تطبيقاً لنص بعض الدساتير الصريح على اعتبار الحقوق والحريات الأساسية ملزمة لجميع الهيئات في الدولة؛ التشريعية والتنفيذية والقضائية. هذا ما جاء في المادة (3/1) من القانون الأساسي الألماني، والمادة (1/8) من دستور جنوب أفريقيا. وبصورة أكثر وضوحاً نصت المادة (24) من ميثاق الحقوق الكندي، إذ جاء فيها: "يحق لأي شخص تنتهك حرياته أو حقوقه أو يحرم منها، كما يكفلها هذا الميثاق، أن يتقدم إلى المحكمة ذات السلطة القضائية المختصة للحصول على المعالجة التي تراها المحكمة مناسبة وعادلة في تلك الظروف".

وإذا لم يرق القاضي بتحقيق الإنفاذ أو الحماية المرجوة، أو أنه لم يستطع ذلك، يكون للمتقاضي في الحالة الأولى، وذلك بعد استنفاد كافة طرق الطعن العادية، التوجه إلى المحكمة الدستورية للطعن في الإجراء الذي انتهك حقه أو حريته. ويكون للقاضي في الحالة الثانية؛ أي في حالة عدم استطاعته تفسير النص التشريعي لصالح حماية الحق أو الحرية، وقف النظر في الدعوى وإحالتها إلى المحكمة الدستورية للفصل في دستورية نص التشريع المطعون فيه، والذي استندت السلطة إليه في اتخاذ الإجراء المقيد للحقوق، فأعلان عدم دستورية النصوص التشريعية هو من اختصاص المحكمة الدستورية فقط.¹³²

6-4-2. إرشادات لعملية الموازنة بين فرض القيد وغايته (Balancing)

أما عن الإرشادات أو المعايير التي ينبغي للقاضي إعمالها في سياق فحصه لمشروعية فرض القيود على الحقوق والحريات الأساسية.¹³³ والتي تم النص عليها ضمن "فقرات القيود" في الدساتير المقارنة، فهي:

¹³¹ انظر في دور المحاكم الجنائية والمدنية في حماية الحقوق والحريات الأساسية بشكل مفصل: أحمد الأشقر، *الحماية القضائية للحقوق والحريات العامة في فلسطين: تطبيقات قضائية*، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان: رام الله، 2013، ص 39-58.

¹³² انظر في دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات الأساسية لدى: المرجع السابق، ص 59-120. وفي ذات الدور للقضاء الإداري لدى: نفس المرجع، ص 121-165.

¹³³ For details on Proportionality and the Relevance of Interpretation see, Huscroft, Grant, Bradley W Miller, and Gregoire Webber. *Proportionality and the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2014. 186 - 205

6-4-2-1. تفسير النص لصالح الحقوق والحريات الأساسية

يتضمن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، إرشادات للقاضي المختص عند تفسيره للقواعد القانونية، على نحو يؤدي إلى ضمان احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وإلى عدم تقييدها بغير القيود المسموح بها وفي إطارها فقط، حيث نصت المادة (1/5) منه على أنه: "ليس في هذا العهد أي حكم يجوز تأويله على نحو يفيد انطواءه على حق لأي دولة أو جماعة أو شخص بمباشرة أي نشاط أو القيام بأي عمل يهدف إلى إهدار أي من الحقوق أو الحريات المعترف بها في هذا العهد أو إلى فرض قيود عليها أوسع من تلك المنصوص عليها". كما أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، أكد في المادة (30) منه على عدم جواز تأويل أي من نصوصه على نحو يخول دولة أو جماعة أو فرد أي حق في القيام بنشاط أو تأدية عمل يهدف إلى هدم الحقوق والحريات الواردة فيه.

ويظهر هذا المبدأ في دستور جنوب أفريقيا بوضوح ليس له مثيل على الإطلاق، حيث قدمت المادة (39) منه؛ أسس مرشدة لتفسير النص لصالح حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية، تميزت هذه الأسس بالوضوح والتفصيل، وهي بحسب نص المادة المذكورة: "...

- أ. أن تعزز القيم التي تمثل أساس مجتمع مفتوح وديمقراطي يقوم على الكرامة الإنسانية، والمساواة، والحرية؛
- ب. أن تنتظر في القانون الدولي؛ و
- ج. يجوز لها أن تنتظر في القانون الأجنبي.

2. عند تفسير أي تشريع، وعند وضع مبادئ القانون العام أو القانون العرفي، تعزز كل محكمة عادية أو خاصة أو غير رسمية، روح وثيقة الحقوق وغرضها وأهدافها.

3. لا تنكر وثيقة الحقوق وجود أي حقوق أخرى للحريات يعترف بها وبخولها نظام القانون العام أو القانون العرفي أو التشريعات، بقدر ما تتوافق تلك الحقوق مع الوثيقة".

6-4-2-2. قانونية التقييد

تشترط الدساتير المقارنة، أن يتم فرض القيود على الحقوق والحريات الأساسية بموجب قانون صادر عن السلطة التشريعية الأصلية، وليس بموجب إجراء أو تشريع صادر عن السلطة التنفيذية مهما كان الثوب الذي لبسه "لائحة، قرار له قوة القانون، مرسوم"، أو حتى تشريع صادر عن السلطة التشريعية ولكن بمستوى أقل من قانون "نظام أو قرارات برلمانية".

ويرجع ذلك، إلى تطلب القوانين قدراً كبيراً من الحرص والمداولة والعناية مقارنة بغيرها من الإجراءات أو التشريعات الصادرة عن السلطة التنفيذية، والتي تصدر بناءً على إجراءات سريعة واعتباطية وغالباً ما تتسم بالسرية. كما يوفر هذا الفيد للأفراد، معرفة الجهة المسؤولة عن سياسة فرض القيود على الحقوق والحريات الأساسية، وإمكانية محاسبتها وأعضائها في أي عملية انتخابية.¹³⁴

¹³⁴ المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، المحاور الرئيسية في العملية الدستورية الليبية، مرجع سابق، ص 18.

ولأن تقييد الحقوق والحريات بموجب قانون صادر عن السلطة التشريعية، قد لا يكون كافياً، تشترط بعض الدساتير في ذلك القانون؛ توفر معايير معينة حتى يكون تقييده للحقوق والحريات مشروعاً، كاشتراط تطبيقه على الجميع، ومن الأمثلة على ذلك، القانون الأساسي الألماني، والذي اشترطت مادته (1/19) أن ينطبق ذلك القانون بشكل عام، ولا يقتصر على حالة منفردة. بالإضافة إلى تحديده الحق الأساسي المعني والمادة الخاصة به في القانون الأساسي.¹³⁵

3-2-4-6. الغاية من التقييد

يشترط عدد من الدساتير استهداف التقييد الذي يمكن فرضه على الحقوق؛ تحقيق غايات معينة، كالنظام العام والأمن العام والآداب العامة...، إن من شأن هذه المصطلحات كما أشرنا سابقاً أن تؤدي إلى فرض قيود اعتبارية على الحقوق والحريات، وبخاصة إذا جرى تفسيرها تفسيراً واسعاً، كما أن من شأنها المساس بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، والذي يقضي أن يكون السلوك الإجرامي محدداً تحديداً واضحاً لا لبس فيه. ولذلك، تلجأ دساتير بعض الدول ممن نص على هذه المصطلحات إلى إضافة شرط آخر وهو الضرورة الديمقراطية، بمعنى أن يكون القيد الوارد على الحقوق والحريات الأساسية ضرورياً للحفاظ على مبادئ الديمقراطية في الدولة. ومن الأمثلة على ذلك: حظر الجماعات العنصرية التي تسعى بشكل منهجي إلى تخويف الأقليات العرقية في الوقت الذي تستعد فيه للتصويت، ولهذا التقييد ما يبرره، لأنه يهدد القيم الأساسية للمجتمع. ويعود أمر تفسير الضرورة الديمقراطية إلى المحاكم، وليس محاكم بعينها، بل أي محكمة تنظر في قضية يعترضها انتهاك لأي حق أو حرية، وقد سبقت إشارتنا إلى ذلك.¹³⁶

4-2-4-6. مبدأ التناسب

يعد مبدأ التناسب في فرض القيود على حقوق الأفراد وحرياتهم، أهم شروط هذه القيود، فلا يجوز لسلطات الدولة فرض قيود، تتجاوز في مداها الحد اللازم لتحقيق الرفاه الاجتماعي، وحماية حقوق وحريات الآخرين، وفي هذا السياق، قدمت منظمة الأمن والتعاون الأوروبية وصفاً للقيود التي يمكن فرضها على الحقوق والحريات الأساسية، والتي تمثل من الوجهة الأخرى قيوداً على الدولة: "يجب على أي قيود أن تكون على صلة وثيقة بالمسائل المثارة، ويجب أن تصمم على نطاق ضيق يحقق الأهداف المرجوة من قبل السلطات. كما يجب على الدولة بيان أي قيود تحقق مصلحة كبيرة قد لا يمكن تحقيقها في غياب القيد. وعليه، فمبدأ التناسب قد يتطلب من السلطات قيوداً روتينية يمكن أن تحقق غايات مشروعة في ذات الوقت، مثل حماية الحق في التجمع السلمي ومصلحة الدولة في استمرار ممارسة الأفراد لنشاطاتهم المختلفة. فيمكن للدولة الاستمرار في حماية الحق في التجمع السلمي وفي ذات الوقت إمكانية مراجعة وتوجيه مساراته، بحيث يحقق الغايات المشروعة المشار إليها.

¹³⁵ نصت هذه المادة على أنه: "إذا أجاز وفقاً لهذا القانون الأساسي تقييد أحد الحقوق الأساسية بقانون، أو بناء على قانون، فيجب أن ينطبق هذا القانون بشكل عام، ولا يقتصر على حالة منفردة. وعلاوة على ذلك يجب أن يُحدد هذا القانون الحق الأساسي المعني، والمادة الخاصة به في القانون الأساسي".

¹³⁶ المرجع السابق، ص 19؛ المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، مرجع سابق، ص 5.

وتتحقق المحكمة من مدى مراعاة مبدأ التناسب في تقييد الحقوق والحريات الأساسية، وذلك بفحصها توفر معايير محددة في القانون المقيد للحقوق والحريات الأساسية، وفقاً للخطوات الآتية:¹³⁷

أولاً: أن يكون الهدف مشروعاً أو يؤدي إلى تحقيق مصلحة مشروعة؛

ثانياً: العلاقة المباشرة والحقيقية ما بين القيد والمصلحة؛

ثالثاً: الوسيلة الأقل تأثيراً على الحق أو الحرية؛

رابعاً: التناسب ما بين أهمية الحق الأساسي وأهمية المصلحة المراد حمايتها.

6-4-4-1. المصلحة المشروعة

يمكن للدولة فرض قيود على الحقوق والحريات الأساسية بما يؤدي إلى تحقيق مصلحة مشروعة، بشرط أن تكون هذه المصلحة محددة تحديداً دقيقاً، وأن تكون الدولة قادرة على إثبات وجودها وجديتها في تحقيقها تحت رقابة القضاء، وفي هذا الإطار، فإن الغاية المراد تحقيقها من صدور التشريع أو من تبني نص معين يمكن أن تكون هي المصلحة التي تهدف الدولة إلى تحقيقها. أما دور القضاء فيما يتعلق بالمصلحة المشروعة، فيتمثل في التحقق من وجودها، وأنها تتطابق مع غاية وفلسفة نصوص ومبادئ الوثيقة الدستورية من خلال ما تقدمه سلطات الدولة من أدلة على توفرها. ومن ثم، فلا يمكن اعتبار التشريع الذي يصدر بالمخالفة لنصوص ومبادئ الوثيقة الدستورية، بما في ذلك مبدأ الفصل المتوازن بين السلطات، كأن يمنح الرئيس صلاحيات منفردة ومطلقة بالتعيين في المناصب العليا، أو الذي ينال من حق التقاضي بتقييده لحق الأفراد في الحصول على الإنصاف، أو الذي يهدف إلى إطلاق يد السلطات المختلفة، كأن يمنح حصانة من المساءلة والمراجعة القضائية؛ لا يمكن اعتباره تشريع يهدف إلى تحقيق مصلحة مشروعة.

6-4-4-2. العلاقة المباشرة والحقيقية ما بين القيد والمصلحة

بالإضافة إلى المصلحة المشروعة، يشترط أن يكون القيد المتعلق بتحقيق هذه المصلحة على علاقة مباشرة معها، وأن تكون هذه العلاقة حقيقية ومعقولة، فإذا وجدت المحكمة أن هذه العلاقة غير متوفرة أو أن ثمة احتمال على أن مؤداها لا يحقق المصلحة؛ حكمت بعدم التناسب ما بين القيد والمصلحة بسبب عدم ارتباط القيد مباشرة بتحقيقها.¹³⁸

وفي قضية بولوانا (Bhulwana)¹³⁹ الصادرة عن المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا، كان على المحكمة التعامل مع مسألة نقل عبء الإثبات في جريمة حيازة مواد مخدرة، والنص المطعون فيه في هذه القضية كان ينص على

¹³⁷ For details on the balancing within the context of German Constitutionalism, see, Benvindo, Juliano Zaiden, and Juliano Zaiden Towards a conception of limited rationality in constitutional adjudication Benvindo. On the Limits of Constitutional Adjudication : Deconstructing Balancing and Judicial Activism, Heidelberg [Germany] ; New York : Springer, 2010. 31 and beyond

¹³⁸ Petersen, Niels. "Proportionality and the Incommensurability Challenge – Some Lessons from the South African Constitutional Court." NELLCO Legal Scholarship Repository, January 3, 2013, 5.

¹³⁹ "Bhulwana, v Gwaddiso (CCT12/95, CCT11/95) [1995] ZACC 11; 1996 (1) SA 388; 1995 (12) BCLR 1579 (29 November 1995)." Safflii.org. Accessed March 24, 2015. <http://www.safflii.org/za/cases/ZACC/1995/11.html>

افتراض جريمة الاتجار في مادة مخدرة في حال ضبط أي شخص بحيازته مادة القنب الهندي بما يزيد (115) غرام، وهذا يعتبر قيد على قرينة البراءة في القضايا الجنائية. وكانت حجة الحكومة في نقل عبء الإثبات، تسهيل مكافحة الاتجار بالمخدرات، وهذه الغاية أقرتها المحكمة باعتبارها مصلحة مشروعة لتقييد قرينة البراءة. لكن المحكمة وجدت، أنه لا علاقة مباشرة ومعقولة ما بين افتراض الاتجار في حالة الحيازة لهذه الكمية، والغاية المراد تحقيقها، وهي مكافحة الاتجار بالمادة المخدرة. فافتراض الاتجار بمجرد تحقق الحيازة بما يتجاوز عن (115) غرام من هذه المادة هو في الغالب غير واقعي، حيث إن الأدلة الواقعية التي تم تقديمها في القضية، أشارت إلى أن وجود هذه المادة بحيازة الأشخاص المتعاطين بكمية تزيد عن (115) غرام دون أن يكون هناك غاية في الاتجار. ولهذا، حكمت المحكمة بأنه لا يوجد علاقة كافية بين واقعة الحيازة لهذه الكمية من ناحية، وافتراض الاتجار فيها من ناحية أخرى.¹⁴⁰

3-4-2-4-6. الوسيلة الأقل تأثيراً على الحق أو الحرية

في العديد من القضايا، يكون عدم انسجام التشريع مع الدستور؛ مبنياً على حجة أن القيد الوارد في التشريع ليس الأقل تأثيراً على الحق، وإن كان يحقق الغاية من تقييد الحق الأساسي. ومن القضايا المشهورة في هذا الإطار؛ قضية ماكوينين (Makwanyane)¹⁴¹، والتي تتعلق بمسألة فحص التناسب الذي تجريه المحكمة بهدف التحقق من أن القيد المفروض على الحق الأساسي هو الإجراء الأقل تقييداً للحق، والذي تحقق من خلاله الحكومة مصلحة مشروعة.

عرضت هذه القضية على المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا أثناء عملية صياغة الدستور الجديد. وفي هذه الفترة كان هناك جدل بين النخب السياسية بشأن إلغاء عقوبة الإعدام بسبب إساءة استخدامها من قبل نظام الفصل العنصري السابق ضد السود. وبالمقابل كان هناك توجه داعم للإبقاء على هذه العقوبة بسبب معدلات الجريمة المرتفعة في جنوب إفريقيا، وما تحققه هذه العقوبة من ردع عام. هذه المسألة بقيت غير محسومة خلال فترة سريان الدستور المؤقت، وعندما عرضت المسألة على المحكمة الدستورية، وجدت المحكمة في قرارها أن عقوبة الإعدام تشكل عقوبة قاسية وغير إنسانية وحاطة من الكرامة الإنسانية.

ولم يتوقف رأي المحكمة عند هذا الحد، بل بحثت بالإضافة إلى ذلك، فيما إذا كان هذا القيد على الحق في الحياة والكرامة، من الممكن تبريره ضمن مادة القيود الواردة في الدستور. وعلى نحو خاص، سألت المحكمة فيما إذا كانت عقوبة السجن مدة طويلة هي عقوبة أقل تأثيراً على الحق وتحقق الغاية من عقوبة الإعدام في الردع بشكل متساوي. فوجدت المحكمة في هذا الإطار، أن السجن أقل تأثيراً على الحق في الحياة والكرامة بشكل واضح.

والسؤال الحاسم الذي أثارته المحكمة بعد ذلك، هو فيما إذا كانت عقوبة السجن فترة طويلة، تؤدي إلى نفس حالة الردع التي تؤديها عقوبة الإعدام. ولبيان ذلك، وضعت المحكمة عبء الإثبات على الحكومة. ولم تجد المحكمة فيما قدمته الحكومة من حجج ما يشير إلى أن عقوبة السجن فترة طويلة، هي أقل ردعاً من عقوبة الإعدام. بل وجدت المحكمة

¹⁴⁰ Petersen, Niels. Ibid, 13.

¹⁴¹ "Makwanyane and Another (CCT3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6 June 1995)." Safflii.org. Accessed March 24, 2015. <http://www.safflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html>

أن احتمالية تعريض الشخص لإجراءات المحاكمة بما في ذلك حجز الحرية ولاحقاً صدور حكم بالإدانة، ومن ثم إيقاع العقوبة بالسجن مدة طويلة من الزمن، له أثر في تحقيق الردع بشكل أقوى من مجرد اللجوء إلى عقوبة أكثر قسوة كالإعدام، ولم تقدم الحكومة في المقابل ما يثبت عملياً خلاف ذلك. ولهذا، حكمت المحكمة بعدم دستورية عقوبة الإعدام واستبدالها بعقوبة السجن مدة طويلة، والتي رأت فيها تحقيقاً للمصلحة المشروعة والمتمثلة في تحقيق الردع.¹⁴²

4-4-2-4-6. الموازنة ما بين أهمية الحق الأساسي وأهمية المصلحة المراد حمايتها

يتعلق هذا المبدأ بإمكانية الموازنة ما بين الأثر الناتج عن تقييد الحق المحمي من جهة، وأهمية وأثر حماية المصلحة المشروعة من جهة أخرى. وفي هذا الإطار، يمكن الاستعانة بأهمية الحق المحمي وأثر التنازل عن هذه الحماية للفرد أو للمجتمع، بالإضافة إلى ما يمكن أن ينجم عن هذا التنازل من أضرار على مبدأ سيادة القانون أو الديمقراطية أو الحرية، أو من شأنه النيل من الثقة في نظام العدالة وسمعته، وذلك في مقابل ما سوف يتم جنيته من مصلحة في حال تغليبها على الحق المحمي. وهنا، يمكن التأكيد على أهمية التفرقة بين ما توليه الدولة من حماية للحقوق والحريات الأساسية للأفراد، باعتبارها القاعدة العامة التي تنشأ الدولة ومؤسساتها لتحقيقها من جهة. وبين المصالح المشروعة التي تتنازع مع هذه القاعدة والمتعلقة بتحقيق أحد أسباب ضرورة وجود الدولة، وهي تحقيق الأمن والعدل والرفاه لجميع الأفراد في المجتمع، وليس لطائفة منهم على حساب باقي الأفراد.

¹⁴² Petersen, Niels. Ibid, 6.

7. الرقابة القضائية: ضمانات لحماية الحقوق والحريات الأساسية

يبحث هذا البند دور الرقابة القضائية على تصرفات وأعمال السلطة العامة في حماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية، بالإضافة إلى الوقوف على الإشكاليات التي تواجه تفعيل هذه الرقابة لجهة تحقيق تلك الغاية في فلسطين، ولكننا نجد في أنفسنا حاجة قبل ذلك إلى بيان المعالم الرئيسية للنظام القضائي الفلسطيني وخلفياتها.

7-1. المعالم الرئيسية للنظام القضائي الفلسطيني وخلفياتها

سوف نعمل هنا على بيان بعض المعالم الرئيسية للنظام القضائي الفلسطيني، وذلك من خلال التطرق إلى نوع النظام القضائي، والمركز القانوني للنيابة العامة، وحالة "تعدد الأجسام القضائية". بالإضافة إلى دور مجلس القضاء الأعلى كمثال على الدور المنوط بإدارات السلطة القضائية في النظام الفلسطيني.

7-1-1. نوع النظام القضائي

تبنى المشرع الفلسطيني في الباب السادس من القانون الأساسي المعدل النظام القضائي المزدوج (المادة 102)،¹⁴³ وذلك نزولاً عند رغبة المهيمنين على عملية التشريع المتأثرين بالنظام القضائي المصري في قطاع غزة، ويتوافق أيضاً مع رغبات أعضاء المجلس التشريعي المنتمين للمدرسة الأردنية في الضفة الغربية. ولم يعكس هذا الاختيار توجهات مصلحة حقيقية، كما أنه لم يأت نتيجة دراسة وفحص متأنين للنظام القضائي الأنسب لفلسطين، من حيث الأفضل في حماية الحقوق والحريات الأساسية، والأفضل في الرقابة على أداء السلطات العامة، بقدر ما كان هذا الاختيار، تقليداً للأنظمة القانونية المجاورة في مصر والأردن والدول العربية، ولم يبين أي من المشرعين، ما إذا كان هذا ينسجم مع المعايير الدولية، أو مع الممارسات الفضلى في الديمقراطيات المعتمدة.¹⁴⁴

ولم يبين القانون الأساسي طبيعة العلاقة المحتملة بين المحاكم الإدارية وبين المحاكم الأخرى، وطبيعة العلاقة مع مجلس القضاء الأعلى، حيث أبقى الباب مشرعاً لإقامة نظامين قضائيين إداري ودستوري موازيين للقضاء العادي، مما يعني إمكانية إنشاء المزيد من المؤسسات القضائية في المستقبل، بما يشمل إدارات جديدة ومحاكم منفصلة للقضاء الإداري والدستوري، وتعيين مزيد من القضاة في هذه المؤسسات دون أن تكون الغاية الأساسية من وجودها تفعيل الرقابة القضائية على أعمال السلطات المختلفة وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية، بل يكون خلق هذه المؤسسات وتحقيق مزيد من الزبائنية هو الغاية الأساسية من وجودها.

¹⁴³ نصت هذه المادة على أنه: "يجوز بقانون إنشاء محاكم إدارية للنظر في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى، والإجراءات التي تتبع أمامها". وقد تأكد نفس التوجه بالنص في قانون تشكيل المحاكم النظامية وقانون السلطة القضائية على إنشاء محكمة عدل عليا، وتحديد اختصاصاتها. وفي هذا السياق، نصت المادة (23) من قانون تشكيل المحاكم النظامية على أنه: "تتكون المحكمة العليا: 1. محكمة النقض. 2. محكمة العدل العليا". وقد حددت المادة (33) منه اختصاصات هذه المحكمة (قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001، المنشور على الصفحة (279)، من عدد الوقائع الفلسطينية رقم (38)، بتاريخ 2001/9/5).
¹⁴⁴ للمزيد حول تطورات وسياق نشأة القضاء الإداري في فلسطين، انظر: حسين أبو هنود، **محاكم العدل العليا الفلسطينية: التطورات، والإشكاليات، والأداء في مجال الحقوق والحريات**، سلسلة التقارير القانونية (13)، الهيئة المستقلة لحقوق المواطن: رام الله، تشرين أول 1999.

7-1-2. المركز القانوني للنيابة العامة

شكلت النصوص القانونية المتعلقة بالنيابة العامة في القانون الأساسي، والتي وردت تحت الباب الخاص بالسلطة القضائية حالة من الغموض والإرباك بخصوص المركز القانوني للنائب العام والنيابة العامة.¹⁴⁵ فقد سمحت تلك النصوص، والتي جاءت عامة ومبهمّة، في تأويل كل جهة لها على أسس شخصية. ونتج عن ذلك، خلاف حاد بين أركان قطاع العدالة حول تبعية النيابة العامة؛¹⁴⁶ فريق يرى بأن النيابة تتبع وزارة العدل والسلطة التنفيذية، ويجد هذا الفريق جانباً من الفقه يسنده في ذلك. وبخاصة، كون الحكومة هي التي تحدد السياسة العقابية وتنفذها من خلال النيابة العامة، والأخيرة هي التي تتولى تمثيل الدولة في القضايا المقامة عليها أمام المحاكم. وفريق آخر (معظمه من أعضاء النيابة العامة) يرى أن النائب العام والنيابة العامة جزء من السلطة القضائية على شاكلة الأردن ومصر، ويرى الفريق الأول أن هدف الفريق الثاني الرغبة في الاستفادة من الامتيازات والمنافع التي يتمتع بها القضاة، كالرواتب وغيرها من الامتيازات، ناهيك عن افتقار هذا الادعاء للنصوص التي تدعمه دستورياً وقانونياً.

فمن الواضح أنّ سبب الخلاف في قراءة وتفسير النصوص القانونية المتعلقة بالنيابة العامة؛ مردّه بالأساس عدم وضوح نصوص القانون الأساسي، والتي لم تحدد بوضوح جهة التبعية،¹⁴⁷ حيث لم يجر أثناء إعداد القانون الأساسي مناقشة الأنظمة المختلفة بهذا الشأن، ولم يتم تحديد الأكفاً منها لتحقيق مبدأ الدولة المدنية، وسيادة القانون.

7-1-3. تعدد الأجسام القضائية

تضمن الباب المتعلق بالسلطة القضائية أيضاً؛ النص بالإضافة إلى القضاء النظامي، على أنواع عديدة من الأجهزة القضائية، وهي القضاء الدستوري، والقضاء الإداري، والقضاء الديني، والقضاء العسكري.¹⁴⁸ وقد عملت كل جهة من تلك الجهات على تشكيل أجسام وبنى تحاكي أجسام القضاء النظامي، ومنها تشكيل محكمة عليا، ومجلس أعلى للقضاء، ونيابة متخصصة، وأمانة عامة، وأقرت مبادئ قضائية،¹⁴⁹ وغير ذلك من الممارسات التي تشكل تقليداً لكل ما هو قائم في القضاء النظامي. وقد نتج عن هذه الحالة، اعتبار أعضاء هذه الأجسام القضائية لأنفسهم على درجة موازية لنظرائهم في القضاء النظامي، وطالبوا بتطبيق الشق المتعلق برواتب القضاة عليهم، والاستفادة من ذات الامتيازات الممنوحة للقضاة، كجوازات السفر لقضاة المحاكم العليا، والحق في الحصول على خدمات المعهد القضائي، وغير ذلك.

¹⁴⁵ وردت النصوص النازمة للنيابة العامة في القانون الأساسي المعدل في ثلاث مواد؛ المادة (100)، والتي قررت أخذ رأي مجلس القضاء الأعلى بمشروعات القوانين التي تتعلق بالنيابة العامة. المادة (107)، والتي حددت آلية تعيين النائب العام. المادة (108) والتي أحالت إلى القانون تنظيم شؤون النيابة العامة وتشكيلها.

¹⁴⁶ وليس أدل على هذا القول، اختلاف الرؤى بين وزارة العدل ومجلس القضاء الأعلى سنة 2012 حول تبعية النيابة العامة، فتمّة اقتراح - أشرنا إليه في موضوع سابق من هذه الدراسة، بتولي وزير العدل لمهام النائب العام.

¹⁴⁷ هذا على عكس مسودات مشروع الدستور، والتي حسمت موقفها من تبعية النيابة العامة بالنص الصريح على ذلك، مع اختلاف بين المسودة الأولى من جهة، والمسودات اللاحقة من جهة أخرى، فالأولى اعتبرت النيابة العامة إحدى هيئات السلطة القضائية ولم تنص على تبعيةها لوزارة العدل (مادة 207)، أما المسودات اللاحقة، فنصت صراحة على تبعية النيابة العامة لوزارة العدل بعد أن اعتبرت إحدى هيئات السلطة القضائية (مادة 173 من الثالثة المنقحة، ومادة 192 من الثانية).

¹⁴⁸ تم النص على إنشاء المحكمة الدستورية في المادة (103)، وعلى القضاء الإداري في المادة (102)، والقضاء الديني والعسكري في المادة (101).

¹⁴⁹ تم إنشاء المحكمة العليا الشرعية، والمجلس الأعلى للقضاء الشرعي، ونيابة الأحوال الشخصية لجهة القضاء الديني.

إنّ المشرع الفلسطيني لدى تضمينه أنواع الأقضية الأخرى ضمن الباب المتعلق بالسلطة القضائية، ترك لهذه الجهات فرصة التفسير، وتطوير النصوص بما يحقق مكاسب شخصية للبعض. وهنا أيضاً لم يتم نقاش الشكل الأفضل لهذه الأنواع من القضاء، وأياً الأفضل للمصلحة العامة. كل هذا وسع من باب الخلافات بين القائمين على هذه المؤسسات، ما بين الاختلاف على الصلاحيات، أو الهروب من القيام بالمسؤوليات.

4-1-7. إدارات السلطات القضائية: مجلس القضاء الأعلى مثلاً

لم ينص القانون الأساسي على وظيفة ومهام مجلس القضاء الأعلى، بل تمت إحالة جميع هذه الموضوعات إلى القانون،¹⁵⁰ وبالرغم من نص قانون السلطة القضائية على عدد من الضمانات المتعلقة باستقلال مجلس القضاء الأعلى، إلا أن التعيينات المتعاقبة لرؤساء المجالس، وأثر هذه التعيينات على أداء مجلس القضاء الأعلى؛ تنبئ بخلاف ذلك على نحو ما سنشير إليه عند بحثنا للبند المتعلق بتعيين القضاة.

لسنا هنا بصدد تقييم عمل مجلس القضاء الأعلى، إلا أن ما يهمنا الإشارة إليه، هو الجدل بشأن دور مجلس القضاء الأعلى ودوره في تحقيق استقلال القاضي. وكما هو معلوم، فإن للمجلس ممارسة ثلاثة أدوار: الأول سياساتي، والثاني قضائي، والثالث تنفيذي، أو الخلط ما بين دور أو أكثر من هذه الأدوار. والملاحظ من التجارب المختلفة لمجالس القضاء المتعاقبة ممارستها لهذه الأدوار الثلاثة بطريقة أو بأخرى، وهذا بالتأكيد، لم يؤدي في كثير من الحالات، إلى تحقيق الغاية من إنشاء المجلس والمتمثلة في ضمان استقلال السلطة القضائية كمؤسسة وكأفراد.

أياً كان الدور الذي يجب أن يمارسه مجلس القضاء، فإنه يجب أن يلتزم في ممارسته له، بألا يصدر عن المجلس أو باسمه بأي حال من الأحوال، أي توجيهات لهيئات المحاكم بشأن القضايا المنظورة أمامها أو التي صدرت فيها أحكام، وهذا بخلاف ما يحصل في الواقع.¹⁵¹ وأيضاً، يجب أن تكون هناك ضمانات كافية لعدم النيل من استقلال القضاة في سياق ممارسة المجلس للدور الإداري أو التنفيذي فيما يتعلق بالشؤون الوظيفية للقضاة، وبخاصة فيما يتعلق بمواضيع

¹⁵⁰ نصت المادة (100) من القانون الأساسي على أنه: "ينشأ مجلس أعلى للقضاء ويبين القانون طريقة تشكيله واختصاصاته وقواعد سير العمل فيه، ويؤخذ رأيه في مشروعات القوانين التي تنظم أي شأن من شؤون السلطة القضائية بما في ذلك النيابة العامة".

¹⁵¹ حيث صدر عن المجلس في الفترة الأخير عدد من التعميمات الإدارية والبيانات الإعلامية التي انطوت على توجيهات للهيئات القضائية أثناء نظرهم الدعوى، مثال ذلك: تعميم رقم 1354/20، بتاريخ 2014/9/22، يحدد للسادة القضاة السقف الأعلى للنقبات الشهود؛ تعميم يحدد للسادة القضاة حد زمني أقصى للفصل في الدعاوى المقامة قبل سنة 2010. ويمكن اعتبار ما ورد في بيان إعلامي أصدره المجلس بتاريخ 2015/1/18، تعقيباً على تداول وسائل الإعلام خبر نقل قاض لإصداره حكماً قضى فيه بعدم استمرار نفاذ اتفاقية أوسلو بتاريخ 2014/1/11، أنه ينطوي على توجيهها للسادة القضاة في القضايا التي تعرض عليهم ويكون أحد أطرافها من حملة الجنسية الإسرائيلية، إذا جاء في هذا البيان: "بخصوص إتفاق "أوسلو" ومحاكمة الإسرائيليين من عدمه فليس قاضي الصلح هو جهة القرار فيه بالنتيجة النهائية لجهة نفاذ إتفاق أوسلو من عدمها، لأن هذا الشأن هو شأن سياسي تقرره القيادة الفلسطينية وليس أية جهة قضائية". (انظر مضمون هذه التعميمات والتعليق عليها وما لها من أثر على استقلال القاضي في مذكرة مساواة الموجه إلى رئيس وأعضاء مجلس القضاء الأعلى بعنوان تعميمات وقرارات صادرة عن رئيس مجلس القضاء الأعلى بتاريخ 2015/2/16، يمكن الاطلاع على المذكرة لدى الموقع الإلكتروني لوكالة وطن للأنباء، على الرابط الآتي:

<http://www.alwatanvoice.com/arabic/news/2015/02/18/664706.html>، تاريخ الاسترداد: 2015/2/25؛ يمكن الاطلاع

على البيان الإعلامي لمجلس القضاء الأعلى، على الموقع الرسمي للمجلس على الرابط الآتي:

http://www.courts.gov.ps/details_ar.aspx?id=t5LqnHa4828242969at5LqnH، تاريخ الاسترداد: 2015/2/25). مما لا شك فيه أن مثل هذه التوجيهات التي انطوت عليها التعميمات أو البيان الإعلامي، تمثل بحق انتهاكاً صارخاً لعنصر حرية الرأي والاجتهاد؛ ركن استقلال القاضي الأهم، والذي يعني قدرة القاضي على التعبير عن آرائه في أحكامه وفقاً لما يمليه عليه ضميره دون ضغط أو إكراه (للمزيد حول حرية رأي واجتهاد القاضي، انظر: فاروق الكيلاني، مرجع سابق، ص 46 وما بعدها).

النقل أو النذب أو الإعارة أو التأديب أو الترقية، وهذا غير متوفر وفقاً لممارسات رئيس وأعضاء المجلس،¹⁵² كما يجب وضع ضمانات بشأن المصالح المتعارضة، لاسيما في إصدار القرارات التي تخص رئيس وقضاة المجلس أنفسهم.

وفي سياق ممارسة مجلس القضاء الأعلى لأدواره المتعلقة بالشأن الإداري والمالي، فيما لا يتعلق بالأوضاع الوظيفية للقضاة أو بإدارة العدالة القضائية، تثار التساؤلات حول مدى خضوع المجلس لإجراءات الرقابة المفروضة على مؤسسات السلطة التنفيذية، أو الرقابة التشريعية على أداء المجلس وإدارته باعتباره يمارس وظيفية تنفيذية، وهو ما يشكل إفلات من المساءلة أو المحاسبة في حال رفض الرقابة، أو يشكل مساساً باستقلال السلطة القضائية في حال وجودها. ولهذا، فإنه يجب إعادة النظر في ممارسة المجلس لهذه الأدوار.

2-7. مضمون الرقابة القضائية

بدون الرقابة القضائية لا وجود للقانون، لأن القانون بدون قاضي يطبق نصوصه يكون بلا معنى، والرقابة القضائية لا تعني مجرد وجود هيئة قضائية فحسب، وإنما تعني بالإضافة إلى هذا الوجود، أن تصدر الهيئة القضائية حكماً من خلال النظر إلى وقائع دعوى، ووفقاً لقواعد قانونية، وأن تقوم بتطبيق حكم القانون على الوقائع، وأن تصدر في النهاية حكماً يحقق مبادئ النصفة القضائية.¹⁵³

وحتى تقوم الهيئة القضائية بهذا الدور، يجب أن تكون مستقلة، ومن أجل تحقيق هذا الاستقلال، فإنه بحسب (مونتيكيو)، لا بد من الفصل بين السلطة القضائية والسلطتين التشريعية والتنفيذية، وهذا يضمن عدم تعدى السلطات الأخرى على السلطة القضائية، مستنداً إلى المبدأ الذي نادى به أرسطو باعتبار أن تعدي أي سلطة على اختصاصات أي سلطة أخرى هو إنكار لمبادئ العدالة.¹⁵⁴

وثمة العديد من المعايير التي يمكن تضمينها الوثيقة الدستورية، والتي يمكن من خلالها تحقيق استقلال القضاء، وممارسته للرقابة القضائية بشكل سليم، والتي يجب أن تؤدي بالنتيجة إلى إمكانية إصدار الأحكام دون خوف من نتيجة الحكم، ودون اعتبار لأي امتياز يمكن الحصول عليه بنتيجة ذلك الحكم من قبل أي طرف، سواءً أكان داخل القضاء أو خارجه، ومن هذه المعايير طريقة تعيين القضاة ومسألة استمرارهم بوظيفتهم، وعدم قابلية رواتبهم للتغير بسهولة وفقاً لإجراءات يمكن أن تتعلق بما يصدر عنه من أحكام سواءً بالزيادة أو النقصان.¹⁵⁵

¹⁵² جرى نقل قاضي الدائرة الجنائية في محكمة صلح جنين إلى دائرة التنفيذ في أقل من أسبوع على إصداره حكم بعدم استمرار نفاذ اتفاقيات أوسلو. (للمزيد حول هذا الإجراء لرئيس وأعضاء مجلس القضاء الأعلى، انظر: المفكرة القانونية، باسم الشعب العربي الفلسطيني تعليق على قرار قضائي بإبطال العمل بأوسلو وعلى قرار فوري بنقل القاضي الذي أصدره، مقال منشور على موقع الإلكتروني لمدينة المفكرة القانونية، على الرابط الآتي:

¹⁵³ <http://www.legal-agenda.com/print.php?id=993&folder=articles&lang=ar> تاريخ الاسترداد: 2015/3/1 للمزيد حول النصفة القضائية، انظر: محمد الخضر، السلطة التنفيذية ومبدأ سيادة القانون: أثر الانقسام على مبدأ سيادة القانون، دراسة قيد النشر مقدمة إلى معهد الحقوق في جامعة بيرزيت، 2015.

¹⁵⁴ انظر في ذلك: عيسى بيرم، مرجع سابق، ص 113-115.

¹⁵⁵ انظر في ذلك أيضاً: ريشارد ستايسي، سوجيت شودري، مرجع سابق، ص 7 وما بعدها.

كما أن هناك عدد من المعايير الأخرى التي يمكن إدراجها وفقاً للسياق المحلي والإقليمي وتتعلق بانتداب القضاة، وبخاصة إذا كان الانتداب إلى محكمة أدنى، بالإضافة إلى نقل القضاة باعتبار ذلك إحدى الوسائل الأساسية للالتفاف على استقلالهم والتقليل من فاعلية مبدأ عدم قابليتهم للعزل (ومثال ذلك، قانون القضاء الإداري الفرنسي، والذي يحظر نقل القضاة أو انتدابهم، دون موافقتهم حتى لو كان هذا النقل أو الانتداب ترقية لهم). عموماً، فإن المعيار الأساسي والحاسم للقول باستقلال القضاء، هو ذلك الذي أقرته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فالقضاء مستقل، إذا ظهر بأعين المتقاضين والجمهور كذلك.

تختلف الدول في موقفها من تبني الرقابة القضائية من عدمه، فالمملكة المتحدة مثلاً كانت مثلاً تقليدياً على رفض الرقابة على أعمال السلطة التشريعية، باعتبارها تشكل إخلالاً بمبدأ سمو البرلمان، فالبرلمان البريطاني هو صاحب الصلاحية بالتشريع، والرقابة القضائية هي أحد أوجه التدخل في عمل السلطة التشريعية من قبل السلطة القضائية، وبالرغم من وجهة هذا التوجه، وبخاصة لجهة الأسس التي يقوم عليها، إلا أنه ينطلق من مبدأ وجود ديمقراطية عريضة تمنع البرلمان من إصدار تشريعات تخل بمبدأ الفصل بين السلطات، وتتعدى على حقوق الأفراد وحياتهم، ومع ذلك، فقد تم هجر هذا المبدأ حتى في بريطانيا نفسها، فبعد صدور قانون حقوق الإنسان سنة 1998، تم منح القضاء البريطاني صلاحية إعلان مخالفة تشريع أو نص في تشريع بريطاني للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، إلا أنه، قد قصر دور السلطة القضائية في هذا السياق بأن يقوم المشرع بتعديل هذا التعارض وفقاً للإجراءات البرلمانية، وهذا التطور تم وصفه بأنه انتقال غير كامل للنظام البريطاني من النظام الديمقراطي التمثيلي إلى النظام الدستوري الديمقراطي.¹⁵⁶

وتتضمن الرقابة القضائية بوظيفتين أساسيتين؛ الأولى، منح الشرعية، وهذا يعني أن كل ما يتم فحصه من قبل السلطة القضائية يكون مطابقاً للقانون، ويعني ذلك بدوره، أن إضفاء الشرعية الدستورية والقانونية على أعمال السلطات المختلفة يكون شرعي. والوظيفة الأخرى للرقابة، ضمان عدم التعدي على نصوص الدستور وحقوق الأفراد وحياتهم. وهذا يعني أنه بدون الرقابة القضائية على أعمال السلطات المختلفة، فإن فكرة التعدي على السلطات الأخرى أو على حقوق الأفراد وحياتهم ستبقى قائمة، كما هو الحال عند تعدي السلطة التنفيذية على دور السلطتين التشريعية والتنفيذية. ولهذا، فإن الرقابة القضائية هي أبرز ضمانات مبدأ سيادة القانون، وبخاصة في الدول ذات التجربة الديمقراطية الحديثة.

وهناك من يعارض الرقابة القضائية باعتبار أن هذه الرقابة، تؤدي إلى العدول عن النظام الديمقراطي التمثيلي باتجاه سمو القضاء مستنداً إلى أن القضاة معينون من قبل السلطات الأخرى، ومن غير المقبول أن يقوموا لاحقاً بإلغاء تشريعات السلطة التشريعية المنتخبة، أو توجيه أوامر للإدارة التي يرأسها رئيس منتخب. بالرغم من هذه المعارضة، فإن الرقابة القضائية تحقق مع مبدأ سمو الدستور واحترام حقوق الأفراد وحياتهم أخذاً بالاعتبار ضمانات الاستقلال والحياد

¹⁵⁶ For more details on the effects of Human Rights Acts of 1998 see, Tushnet, Mark. Weak Courts, Strong Rights, Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law, Princeton University Press, 2009. 27 - 30

والنزاهة التي يجب أن تتمتع بها السلطة القضائية لتحقيق ذلك، وأخذاً بالاعتبار أيضاً توفر كافة ضمانات النظام الدستوري الديمقراطي وفق ما أشرنا إليه سابقاً.

وبتطبيق ذلك على الحالة الفلسطينية، نجد أن النظام القضائي أتخم في أنواع مختلفة من المحاكم، دون أن تكون الغاية من هذا النظام واضحة، سواء لدى الجهات التي أنشأت هذه المحاكم أو لدى القضاة فيها. فالمحكمة العليا، بالرغم من إناطة الدستور لها صلاحية الفصل في المنازعات الدستورية، إلا أنه ولغاية كتابة هذه الدراسة، لم تنشأ المحكمة أن تفسر هذه الصلاحية بأنها تتعلق بحقوق الإنسان أو الفصل بين السلطات على نحو تعطي الانطباع معه سواءً للسلطة التنفيذية أو للمتناقضين، بأنها ستراقب على انتهاك حقوق الإنسان أو تغول السلطة التنفيذية على باقي السلطات بما في ذلك السلطة القضائية ذاتها. وليست هذه الدراسة هي المكان المناسب لتحليل جميع العوامل التي أدت لذلك.

في فلسطين لم يكن هناك رقابة قضائية، ويرجع ذلك إلى قوة السلطة التنفيذية بشكل أساسي، وإلى عدم تبني مبدأ الفصل بين السلطات في جميع الأنظمة السابقة على تبني القانون الأساسي، وبعد صدور هذا الأخير، تم إقرار الرقابة القضائية. مع أن هذا الإقرار جاء خلواً من النص صراحة على تولي المحاكم المختصة النظر في القضايا التي يكون فيها ادعاء بالتعدي على الحقوق والحريات الأساسية، أو انتهاك لنصوص الدستور التي تتعلق بالصلاحيات والاختصاصات، بالإضافة إلى ما يرافق الحكم بعدم الدستورية من منح للنصفة القضائية في حال توفر أسبابها.

ولتحقيق مبدأ الرقابة القضائية بصورة فعالة، فإنه يجب الأخذ بالاعتبار أن الحريات الأساسية ليست مطلقة، وإنما يمكن أن ترد عليها قيود تكون مقبولة في مجتمع ديمقراطي، ومن هنا، يمكن الاستفادة من المعايير الدولية فيما يعتبر قيداً مقبولاً وفقاً لما أشرنا إليه سابقاً. وهذا التوجه يتوافق مع التزامات فلسطين بموجب الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها مؤخراً، كما أن ذلك يتوافق مع فكرة الديمقراطية الدستورية باعتبار أنه يعطي الحماية والنفذ للحقوق والحريات الأساسية. كما يجب ألا تؤدي القيود إلى النيل من النظام الدستوري الديمقراطي، وأن تكون متوافقة مع مبدأ سيادة القانون وتؤدي إلى تعزيز المساواة والحرية والكرامة الإنسانية، وقد سبق لنا بيان ذلك في موضوع سابق في هذه الدراسة.

3-7. الرقابة القضائية وأعمال السيادة

تعترف معظم الأنظمة القضائية بوجود مسائل غير قابلة للتقاضي بسبب طبيعتها، ونظراً لعلاقة هذه المسائل في وظائف السلطات المختلفة وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وهذه المسائل يطلق عليها في النظام الأنجلو-سكسوني بـ "المسائل السياسية"، ووفقاً للنظام اللاتيني بـ "أعمال السيادة".¹⁵⁷ إلا أنه يلاحظ أن هناك توجه عالمي نحو تقييد هذه المسائل وحصرها في مجالات محددة واستثنائية، وتحت رقابة السلطة القضائية نفسها. وتعتبر ألمانيا من الأنظمة القانونية التي لا تعترف بوجود مسائل خارج الرقابة القضائية، ولا يوجد ما يمنع القضاء من النظر في جميع المسائل.

¹⁵⁷ للمزيد حول فكرة أعمال السيادة، انظر: سليمان الطماوي، دروس في القضاء الإداري، دار الفكر العربي: القاهرة، بدون تاريخ نشر، 134 وما بعدها.

مع ملاحظة استمرار الخلاف بشأن فكرة تخلي القضاء عن مبدأ الرقابة القضائية في مسائل محددة، ولو كانت تلك المسائل في أضيق نطاق، وعلاقة ذلك بمبدأ سيادة القانون والنظام الدستوري الديمقراطي.

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن المستقر قضائياً في مختلف أنظمة العالم، هو إخراج القضايا التي تتعلق بحقوق الإنسان من ضمن المسائل الغير قابلة للنقض، فإذا كانت تتعلق القضية أمام المحكمة بانتهاك حق أساسي، فإن التدرج بأعمال السيادة أو المسألة السياسية، وإخراج هذه المسائل عن رقابة القضاء هو تعزيز لثقافة انتهاك حقوق الإنسان وخروج عن مبدأ سيادة القانون.¹⁵⁸

وقد درج الفقه على اعتبار بعض المسائل؛ مسائل سياسية، أو سيادية تخرج عن إطار الرقابة القضائية، من أمثلتها، اعتماد السفراء، والبعثات الدبلوماسية الأجنبية، واعتماد البعثات الدبلوماسية في الدول الأخرى. وبعض الدول تدرج ضمن هذه المسائل؛ صلاحية الرئيس بالعمو الخاص أثناء الإجراءات القضائية، وليس بعد صدور حكم قضائي نهائي، وأيضاً الاتفاقيات الدولية، ذات الطابع السياسي مثل اتفاقيات تبادل السجناء. وثمة من يدرج المسائل المتعلقة بالإجراءات الداخلية للبرلمان باعتباره سلطة مستقلة له صلاحية إدارة شؤونه بنفسه طبقاً لمبدأ البرلمان سيد نفسه. وهناك من يدخل صلاحية النيابة العامة في تحريك الدعاوى الجزائية من ضمن تلك المسائل أيضاً، على اعتبار أن هذا الإجراء يدخل ضمن السلطة التقديرية للنسابة، وأخيراً، تعد المسائل المتعلقة بتشكيل لجان تحقيق للنظر في مسائل إحقاق وسوء إدارة المؤسسات خاصة الأمنية في مسائل معينة من المسائل التي تدرج ضمن المسائل السياسية.¹⁵⁹

بالمقابل ورداً على جميع هذه الأنواع ومثلها من القضايا التي تدعي الحكومة فيها غالباً وجود أعمال سيادة أو وجود مسألة سياسية أو خروج بعض المسائل عن إطار الرقابة القضائية، فإن هناك مجموعة من الحجج التي تدعم الرقابة في جميع المسائل، وبشكل عام، وبغض النظر عن طبيعة المسألة، فإن آليات عمل المحاكم والتي تنظر في النزاعات ووفقاً لإجراءات التقاضي بما في ذلك المصلحة ووجوب توفر إمكانية الحكم بالنصف القضائية، فإن جميع هذه الآليات والضمانات تكفل عدم تعرض القضاء للمسائل السياسية البحتة، إلا أنه لا يجب تقييد القضاء مسبقاً من ممارسة الرقابة القضائية لما لذلك من خطورة على مبدأ سيادة القانون، كما أن جميع الأعمال وبغض النظر عن الجهة التي تمارسها يمكن أن يعترها الفساد وسوء الإدارة واستغلال المنصب. ولهذا، فإن غياب الرقابة القضائية تعني غياب إمكانية الفحص من قبل جهة محايدة ومستقلة على مظاهر غياب مبدأ سيادة القانون التي يمكن أن ترافق ممارسة السلطة.¹⁶⁰

¹⁵⁸ For more details on the importance of judicial review, see GINSBURG, TOM. Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases, Cambridge University Press, 2003. 21 - 33

¹⁵⁹ انظر في تحديد أعمال السيادة: عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 206 - 211؛ حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله، رقم 2010/531، بتاريخ 2015/12/13، منشورات المقتفي، حيث جاء فيه: "إن القضاء الإداري في البلاد التي نصت قوانينها على أعمال السيادة حصرت هذه الأعمال في الحالات التالية:
أولاً: الأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالبرلمان وبضمان سير السلطات العامة وفق الدستور.
ثانياً: الأعمال المتعلقة بسير مرفق التمثيل الدبلوماسي.
ثالثاً: الأعمال المتعلقة بالحرب.
رابعاً: بعض الأعمال المتعلقة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي في نطاق الحدود والضوابط التي بينها القانون".

¹⁶⁰ For more details on the importance of judicial review for the rule of law see, Elliott, Mark. The Constitutional Foundations of Judicial Review, Hart Publishing, 2001. 98 - 104

كما أن هناك حجج خاصة تتعلق بوجود توفر الرقابة القضائية على جميع الأعمال ومنها، أن مجرد الادعاء بوجود أعمال غير خاضعة لرقابة القضاء هو بحد ذاته إقرار مبدئي بعدم المشروعية والخروج على مبدأ سيادة القانون. ولهذا، فإن إخراج هذه المسائل عن رقابة القضاء لا يمكن القول باتفاقه مع مبدأ سيادة القانون. وحتى الادعاء بوجود مصلحة بمخالفة القانون هو ادعاء ساقط، لأن تعديل القانون الذي لا يحقق مصلحة محددة وملحة للدولة هو الحل، وليس الذهاب نحو خرق القانون بحجة خروج المسألة عن إطار الرقابة القضائية. وبالتالي، تشجيع خرق القانون والادعاء بشكل متواصل أمام القضاء بعدم وجود رقابة قضائية، وهو ما تمارسه السلطة العامة من خلال الهيئة التي تمثلها أمام القضاء. كما أن الادعاء بالمسألة السياسية، هو ادعاء عام وغامض وفيه تناقض، كون أنه لا يوجد مسألة سياسية بحتة، لا تجد لها منفذاً أو تبريراً باتخاذها بعداً قانونياً يشق بدوره طريقه للقضاء في أغلب الحالات.

بالإضافة إلى ذلك، إن اطمئنان السلطة صاحبة النفوذ بوجود تبرير لخرقها للقانون بادعاء وجود مسائل غير قابلة للتقاضي يعني أن السلطة تكون مخيرة بين الالتزام بالقانون من عدمه، وهذا مبرر للسلطة لخرق القانون دون مساءلة وهو ما يعني عدم وجود أي رادع لمخالفة القانون وهو ما يخلق ثقافة الإفلات من المراجعة والمساءلة لدى السلطات خاصة السلطة التنفيذية وأجهزتها وأشخاصها الأكثر سلطة وقوة وما يستتبع ذلك من خلق نفوذ وموازين قوى وتحالفات تتحدى القانون ولا تقبل المراجعة القضائية وتتنظر للقضاء نظرة دونية.¹⁶¹ وبالمقابل، فإن غياب سلطة مراجعة قرارات وإجراءات سلطات الدولة وأجهزتها المختلفة من قبل سلطة قضائية مستقلة يعني أن خرق القانون لن يكون له جزاء، وهذا يتعارض مع فكرة القاعدة القانونية التي تحمل الجزاء كعنصر أساسي من عناصرها، وبالرغم من اعتبار غياب المراجعة القضائية انتصاراً لأجهزة الدولة وأشخاصها على مبدأ سيادة القانون إلا أن ممارسة المراجعة القضائية بكامل عناصرها هي انتصار لمبدأ سيادة القانون والنظام الدستوري الديمقراطي.¹⁶²

كما أن وجود المراجعة القضائية من قبل سلطة قضائية مستقلة هي امتياز لمصلحة مبدأ سيادة القانون وليست سلطة أو ميزة بيد أشخاص السلطة القضائية يستطيعون وفقاً لإرادتهم التنازل عنها وفقاً لمبادئ ونظريات تنتصر للسلطة السياسية على حساب الثقة العامة بالسلطة القضائية، وهذا يعني أن إقرار السلطة القضائية بوجود أعمال خارج إطار الرقابة القضائية هو تنازل عن الثقة العامة بقضاء الدولة، والدولة التي لا يثق مواطنيها بقضاتها هي دولة مفلسة سياسياً، وأي ادعاء بأن ذلك يتوافق مع مبادئ الديمقراطية وسيادة القانون هو ادعاء زائف.¹⁶³

أخيراً، وبالرغم من نص المادة (30) من القانون الأساسي على عدم جواز تحصين أي قرار أو عمل من رقابة القضاء،¹⁶⁴ إلا أن درجة الوعي سواء لدى السلطات العامة، أو رغبة السلطات في الإفلات بخرق القانون، وفي بعض

¹⁶¹ For more details on the importance of judicial review for the protection of democracy rights see, Zurn, Christopher F 1966. Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review, Cambridge, UK ; New York : Cambridge University Press, 2007. 39 - 63

¹⁶² For more details on the importance of judicial, review for the Protection of human rights see, Elliott, Mark. Ibid. 197 and beyond

¹⁶³ انظر في أهمية المراجعة القضائية: عيسى بيرم، مرجع سابق، ص 203 وما بعدها.
¹⁶⁴ بالرغم من هذا النص، إلا أن ذلك لم يمنع من إصدار تشريعات أو الرضا باستمرار سريان أخرى، تتضمن تحصيناً لقرارات إدارية من رقابة القضاء، من ذلك: نص المادة (35) من قانون المواصفات والمقاييس رقم (6) لسنة 2000، المنشور على الصفحة (63)، من عدد

الحالات، عدم إدراك القضاة أنفسهم لقيمة ومسؤولية الرقابة باعتبارها واجباً، وليس امتيازاً أو سلطة يستطيعون التنازل عنها لصالح السلطة التنفيذية التي لن تألو جهداً في استعمال هذه المبادئ لتبرير خرقها للقانون. وعليه، فإنه يجب على القضاء نفسه أن يدافع عن مبدأ الرقابة القضائية، وألا يتنازل للمشرع العادي أو السلطة التنفيذية عن هذا المبدأ، نظراً لأثره المباشر على وظيفة أساسية من وظائف الدولة الديمقراطية، وهي وظيفة العدل من خلال حماية مبدأ سيادة القانون.¹⁶⁵

4-7. تقييم دور المحكمة العليا الرقابي في حماية الحقوق والحريات الأساسية

تعتبر المحكمة العليا وفقاً للاختصاصات الممنوحة لها؛ المحكمة الأكثر اتصالاً بالحقوق والحريات الأساسية، سواء فيما يتعلق بالاختصاصات الممنوحة لها بصفتها محكمة القضاء الإداري أو تلك الممنوحة لها بصفتها محكمة دستورية أنيطت بها صلاحية واختصاصات المحكمة الدستورية، عملاً بالمادة (104) من القانون الأساسي، والتي ولّت المحكمة العليا كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا.¹⁶⁶ وفي هذا البند، سوف نعمل على تقييم دور هذه المحكمة بصفاتها المشار إليها آنفاً في حماية الحقوق والحريات الأساسية، وذلك في سياق، نظرها لقضايا تنطوي على تقييد تعسفي أو انتهاك لأي حق أو حرية.

4-7.1. محكمة العدل العليا

تمثل محكمة العدل العليا وفقاً للتنظيم القضائي الفلسطيني؛ محكمة القضاء الإداري، وقد حددت المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية اختصاصات هذه المحكمة، ونصت على اختصاصها في:

1. الطعون الخاصة بالانتخابات.
2. الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام بما في ذلك النقابات المهنية.
3. الطلبات التي هي من نوع المعارضة في الحبس التي يطلب فيها إصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع.

الوقائع الفلسطينية رقم (36)، بتاريخ 2001/3/19، حيث نصت هذه المادة على أنه: "وفقاً لأحكام هذا القانون ولغايات فض النزاعات يعتبر التقرير الذي تصدره المؤسسة بناءً على نتائج اختبارات وتحاليل أجريت على سلعة أو مادة حول مطابقتها للمواصفات والمقاييس تقريراً نهائياً غير قابل للطعن أمام أي جهة قضائية أو إدارية".

¹⁶⁵ سوف نشير إلى العديد من تنازلات السلطة القضائية في موضع لاحق من هذه الدراسة. بيد أن هذه التنازلات لم تكن بالضرورة بموجب أحكام قضائية، فقد جاء بعضها ببيان صحفي، والبعض الآخر بالرد على مذكرات، من ذلك: رد رئيس مجلس القضاء الأعلى على كتاب وجهه له أحد المحامين بصفته وكيل مواطن جرى اعتقاله على خلاف حكم القانون، قضت محكمة العدل العليا بالإفراج الفوري عنه، إلا أن حكمها لم يلق أذاناً صاغية لدى أحد الأجهزة الأمنية الذين امتنعوا عن تنفيذ الحكم المذكور، وقاموا بإحالة المواطن إلى النيابة العسكرية التي قررت إخلاء سبيله بالكفالة، مما حدا بالمحامي الطلب من رئيس مجلس القضاء الأعلى بالتدخل لضمان تنفيذ الحكم، إلا أن رئيس مجلس القضاء الأعلى رد على كتاب المحامي، طالباً من موكله التقيد بقرار النيابة العسكرية، ودفع الكفالة لضمان إخلاء سبيله (المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، أحكام المحاكم أولى بالتطبيق، **عين على العدالة** (المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة")، رام الله، العدد (11)، كانون أول 2010، ص 36).

¹⁶⁶ نصت هذه المادة على أنه: "تولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخله في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين السارية".

4. المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين أو الترقية أو العلاوات أو المرتبات أو النقل أو الإحالة إلى المعاش أو التأديب أو الاستبعاد أو الفصل، وسائر ما يتعلق بالأعمال الوظيفية.
5. رفض الجهة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها.
6. سائر المنازعات الإدارية.
7. المسائل التي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أي محكمة تستوجب الضرورة الفصل فيها تحقيقاً للعدالة.
8. أي أمور أخرى ترفع إليها بموجب أحكام القانون.

وبالرغم من أن الاختصاصات التي جاءت بها المادة السابقة، قد وردت على سبيل الحصر، إلا أن ما ورد في الفقرتين (6: 7) من المادة السابقة، يجعل من اختصاص محكمة العدل العليا اختصاصاً واسعاً وعماماً، طالما أن الحكومة طرفاً في المنازعة الإدارية.

7-4-1. رفض محكمة العدل العليا اختصاصها بمنازعات العقود الإدارية

ثار الخلاف في معنى سائر المنازعات الإدارية، فهل يعني أن اختصاص محكمة العدل العليا، ينحصر فقط بالقرارات الإدارية أم أنها تختص أيضاً في النظر والفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية؟

لترجيح رأي على آخر لا بد ابتداءً من قراءة كافة النصوص القانونية المتعلقة باختصاصات محكمة العدل العليا، فعند النظر إلى المادة (34) من قانون تشكيل المحاكم النظامية، نجدها تنص على الأسباب أو العيوب التي يجب الاستناد إليه في أي طعن مقدم إلى المحكمة، وانحصرت هذه الأسباب أو العيوب، بالاختصاص أو الشكل أو مخالفة القانون أو التعسف في استعمال السلطة، وهذه جميعها عيوب القرار الإداري.¹⁶⁷ ما يعني أن هذه المادة قد حصرت الطعن أمام محكمة العدل العليا في القرارات الإدارية فقط، طالما أنها اشترطت أن يكون الطعن متعلقاً بأحد عيوب القرار الإداري، حتى يتم تقديم الدعوى لدى محكمة العدل العليا هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، نجد أن المادة (284) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية والتي وردت في الباب الرابع عشر من القانون المذكور، والذي نظم باقتضاب أصول المحاكمات المتبعة أمام محكمة العدل العليا، قد نصت في فقرتها الأولى على أنه: "يكون ميعاد تقديم الاستدعاء إلى محكمة العدل العليا ستين يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه أو تبليغه إلى صاحب الشأن، وفي حالة رفض الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار يبدأ الميعاد من تاريخ انقضاء ثلاثين يوماً على تقديم الطلب إليها." وهذا يعني -مبدئياً- أن هذه المادة، قد حصرت الطعن أمام محكمة العدل العليا بالقرارات الإدارية فقط.

ونرى أن ما ورد في المادتين السابقتين (34: 284)، لا ينسجم مع نص المادة (6/33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية، والذي حدد اختصاص محكمة العدل العليا بـ"سائر" المنازعات الإدارية بما يوحي بوجود اختصاص لها في

¹⁶⁷ للمزيد حول عيوب القرار الإداري، انظر: عيسى أبو شرار، القرار الإداري، في الجديد في القضاء الإداري والدستوري الفلسطيني، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة": رام الله، حزيران 2004، ص 102 وما بعدها.

النظر والفصل في منازعات العقود الإدارية، خلافاً لما جاءت به المواد الأخرى سائلة الذكر، ونجد أن محكمة العدل العليا الفلسطينية، قد استقر اجتهادها في العديد من أحكامها على أن مناط اختصاصها هو القرار الإداري، إلا أن هذه الأحكام لم تتضمن تسبباً مقنعاً لما توصلت إليه وأثر تنازلها عن هذا الاختصاص على مبدأ الرقابة القضائية.¹⁶⁸

7-4-2. رفض محكمة العدل العليا لممارسة الرقابة القضائية الكاملة

درجت تسمية القضاء الإداري في فلسطين بقضاء الإلغاء،¹⁶⁹ وتسمية الدعوى التي ترفع لدى القضاء الإداري بدعوى الإلغاء، ومعنى أن يكون القضاء الإداري قضاء إلغاء، هو أن يقتصر الحكم القضائي على إلغاء القرار الإداري فقط، بحيث يمتنع على القضاء الإداري أن يتدخل بعمل الإدارة، فليس له سوى إلغاء القرار الإداري الذي يعترضه عيب أو أكثر من العيوب المحصورة في المادة (34) من قانون تشكيل المحاكم النظامية، وقد حكمت محكمة العدل العليا بهذا المضمون صراحةً، واعتبرت أن صلاحيتها تقتصر فقط على إلغاء القرار الإداري وليس لها صلاحية تعديل القرار الإداري أو التدخل في عمل الإدارة وإصدار أوامر أو نواهي لها.¹⁷⁰

ولكن، عند النظر إلى نص المادة (291) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الواردة في الباب الخاص بأصول التقاضي أمام محكمة العدل العليا،¹⁷¹ نجد أن صلاحية المحكمة لا تقف عند إلغاء القرار الإداري، فلها بالإضافة إليه؛ تعديل القرار الإداري، ويمكن تفسير هذا النص على نحو يمنح محكمة العدل العليا، صلاحية الحكم بالتعويض، إذا ما رأت أن القرار الإداري المعيب ينتهك حقاً أساسياً ويسبب ضرراً للمستدعي، ولكن محكمة العدل العليا في الكثير من قراراتها، رفضت هذا الرأي، إذ اعتبرت أن مسألة التعويض تخرج عن اختصاص محكمة العدل العليا.¹⁷²

¹⁶⁸ جاء في حكم محكمة العدل العليا رقم (2005/17)، بتاريخ 2005/9/20، منشورات المقتفي أنه: "يشترط لقبول دعوى الإلغاء أمام محكمة العدل العليا أن تكون موجهة ضد قرار إداري وإلا لا ينعقد الاختصاص لمحكمة العدل العليا". كما جاء في حكمها رقم (2009/119) بتاريخ 2010/3/3، منشورات المقتفي، أنه: "المنازعات الخاصة بانعقاد العقود العادية التي تكون الإدارة طرفاً فيها أو بتنفيذها أو الالتزام بشروطها أو فسخها هي منازعات حقوقية تختص بنظرها المحاكم العادية، ولا تختص بنظرها محكمة العدل العليا".

¹⁶⁹ انظر في ذلك: عيسى أبو شرار، محكمة العدل العليا: اختصاصها وإجراءات التقاضي أمامها، في الجديد في القضاء الإداري والدستوري الفلسطيني، مرجع سابق، ص 16.

¹⁷⁰ جاء في حكم محكمة العدل العليا رقم (2008/275)، بتاريخ 2009/2/25، منشورات المقتفي أنه: "قضاء محكمة العدل العليا، قضاء إلغاء لا قضاء إنشاء، وليس لمحكمة العدل العليا أن تعدل القرار الإداري أو أن تصدر أمراً للإدارة بالقيام بعمل"؛ وجاء أيضاً في حكمها رقم (2008/3)، بتاريخ 2008/6/16، منشورات المقتفي أنه: "محكمة العدل العليا محكمة إلغاء وظيفتها إلغاء القرارات الإدارية ولا تملك المحكمة الحق في إصدار الأوامر والنواهي للموظفين العموميين".

¹⁷¹ نصت على أنه: "تصدر المحكمة حكمها على وجه السرعة في الطلب وذلك إما برفضه أو بإلغاء القرار المطعون فيه أو بتعديله مع ما يترتب على حكمها من آثار قانونية".

¹⁷² جاء في حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة رقم (1998/113)، بتاريخ 1999/2/3، منشورات المقتفي أنه: "مسألة التعويض تخرج عن اختصاص محكمة العدل العليا؛ وجاء أيضاً في حكمها رقم (1999/62)، بتاريخ 1998/6/27، منشورات المقتفي أنه: "من حق السلطة الإدارية اتخاذ كافة ما من شأنه إقامة الطرق وإصلاحها وتوسيعها بغية تحسين المدينة أو القرية وفق ما يحتاج إليه البلد وإنما تكون بذلك تؤدي واجباً عاماً نظم القانون كقيمه، إذ من حق البلدية أن تقوم بهذه الأعمال وتجري الخرائط وقد أباح القانون الاعتراض على خطوط التنظيم، وتنتظر اللجنة المركزية بهذه الاعتراضات لترى ما إذا كان المشروع حقيقياً أو قصد به مجرد الكيد بشخص ما، فإذا تبين أن المشروع قصد به التحسين والإصلاح فإنه إذا ترتب عليه ضرر بالفرد فإن حق هذا الأخير يقتصر على التعويض الملائم الذي يكون تقديره بين الطرفين أمام المحكمة المختصة والتي هي ليست محكمة العدل العليا، وعليه لما كان رئيس لجنة التخطيط والتنظيم وبناء المدن في محافظات غزة قد اتبع الأصول الفنية والقانونية للمخطط محل الطعن والذي ثبت بما لا يدع مجالاً للشك أنه سيؤدي إلى تحسين الأرض وتثريتها، فإن طلبات المستدعين بإلغاء قرار اللجنة المركزية برفض اعتراضهم على وضع الشارع واجب الرد".

ولغايات هذه الدراسة، تم أخذ عينة عشوائية من الأحكام الصادرة عن محكمة العدل العليا، وقد تبين من خلال تفحص هذه الأحكام،¹⁷³ أن المحكمة أصدرت حكماً بعدم قبول كافة طعون العينة المقدمة إليها، لأن التصرف أو العمل المطعون فيه؛ لا يعتبر قراراً إدارياً، أو أنها عمدت إلى رد الدعوى مستندةً إلى أسباب شكلية، إلا حكماً واحداً، تم بموجبه إلغاء القرار الإداري، كون القرار محل الطعن تضمن قراراً صادراً عن المحافظ بشق شارع، الأمر الذي يشكل تعدياً على اختصاص وصلاحيات القضاء.¹⁷⁴

وبالنظر إلى المادة (46) من قانون السلطة القضائية، فإن المحكمة العليا تختص دون غيرها بالفصل في طلبات الإلغاء والتعويض ووقف التنفيذ التي يرفعها القضاء على القرارات الإدارية المتعلقة بأي شأن من شؤونهم، وكذلك الفصل في المنازعات الخاصة بالرواتب والمعاشات والمكافآت المستحقة لهم أو لورثتهم، وهذا ما قضت فيه محكمة العدل العليا في حكمها رقم (2003/37) بتاريخ 2004/9/8،¹⁷⁵ حيث اعتبرت أن المحكمة العليا هي جهة الاختصاص في نظر الطلبات المتعلقة بالقضاء وأعضاء النيابة العامة الواردة في المادة (46) سالف الذكر.

إلا أن حكم محكمة العدل العليا رقم (2005/70) بتاريخ 2006/1/22،¹⁷⁶ قد اعتبر محكمة العدل العليا هي المختصة بنظر الطعون المتعلقة بأعضاء النيابة، ولا أدل على ذلك من أن محكمة العدل العليا ذاتها هي التي فصلت في موضوع هذا الطعن، وحكمت فيه، وقد أسس هذا الحكم لقاعدة هامة، فيما يتعلق بتطبيق أحكام قانون السلطة القضائية على أعضاء النيابة العامة، مفادها أنه لا ينطبق على أعضاء النيابة العامة من أحكام قانون السلطة القضائية إلا ما ورد فيه إحالة صريحة، وقد حكمت المحكمة بالنتيجة أن سن التقاعد لأعضاء النيابة العامة، هو ستون عاماً، وليس سبعين كالقضاة، لعدم وجود إحالة على المادة (34) من قانون السلطة القضائية، والمتعلقة بتقاعد القضاة إلى الباب المتعلق بأعضاء النيابة العامة، وعند قراءة الحكمين السابقين معاً، نجد أنهما متناقضان، فالأول قضى بأن المحكمة العليا

¹⁷³ الأحكام ذوات الأرقام الآتية: 2013/73، 2013/45، 2013/43، 2013/29، 2013/9، 2013/23، 2013/21، 2013/19، 2013/17، 2013/15، 2013/7، 2013/50، 2013/75، 2013/11، 2013/137، 2013/136، 2013/84، 2013/41، 2013/133، 2013/131، 2013/38، 2013/36، 2013/28، 2013/82، 2018/141، 2013/107، 2013/95، 2013/48، 2013/3، وجميعها من منشورات المقتفي.

¹⁷⁴ حكم محكمة العدل العليا رقم (2013/50)، بتاريخ 2013/8/5، والذي جاء فيه أنه: "فتح أي شارع أو إغلاقه لا يتم إلا بقرار صادر عن المحاكم النظامية كونها صاحبة الاختصاص الوحيد في هذه الأمور، وإن صدور القرار المطعون فيه المتمثل بفتح الشارع من قبل المحافظ فيه اعتداء واضح على اختصاص السلطة القضائية والمحاكم النظامية ويكون مشوباً بعبث استعمال السلطة وحري بالإلغاء".

¹⁷⁵ وقد جاء في هذا الحكم أنه: "1. تختص المحكمة العليا دون غيرها بالنظر بالطعون المرفوعة من القضاة وأعضاء النيابة العامة والمقدمة للطعن في القرارات الإدارية المتعلقة بأي شأن من شؤونهم. 2. المحكمة العليا دون غيرها مختصة بالفصل في طلبات الإلغاء والتعويض ووقف التنفيذ التي يرفعها القضاء على القرارات الإدارية المتعلقة بأي شأن من شؤونهم وكذلك الفصل في المنازعات الخاصة بالرواتب والمكافآت المستحقة لهم أو لورثتهم، ولا يمكن تطبيق ما نص عليه قانون تشكيل المحاكم النظامية في المادة 33 من أن محكمة العدل العليا مختصة بنظر طعون القضاة وأعضاء النيابة ما دام أن قانون السلطة القضائية قد أفرد بين نصوصه طريقة تقديم مثل هذه الطعون في المادة (46) منه، ولأن قانون السلطة القضائية هو القانون الخاص بالسلطة القضائية فيكون هو الأولي بالتطبيق سواء على أعضاء النيابة أو القضاة، وحيث أن لائحة الدعوى مقدمة إلى محكمة العدل العليا من قبل المستدعي الذي عين رئيس نيابة والذي يطعن في قرار نقله من قبل النائب العام، فإن محكمة العدل العليا تكون غير مختصة بالنظر في هذا الطعن وينعقد الاختصاص فيه للمحكمة العليا"، منشورات المقتفي.

¹⁷⁶ وجاء في هذا الحكم أنه: "بالرغم من أن قانون السلطة القضائية لسنة 2002 تضمن قواعداً وأحكاماً تتعلق بالقضاة وأعضاء النيابة العامة إلا أنه أفرد لكل منهما أحكاماً خاصة، فقد أفرد للنيابة العامة الباب الخامس من القانون المذكور كما أحال صراحة ببعض نصوص ذلك الباب إلى الأحكام الخاصة بالقضاة، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 61 من القانون من أنه يشترط فيمن يعين عضواً بالنيابة أن يكون مستملاً للشروط المنصوص عليها في المادة 16 من ذات القانون والمتعلقة بتعيين القضاة، وعليه فإن المادة 34 من القانون المذكور التي تنص على أنه لا يجوز أن يبقى في وظيفة قاض أو يعين فيها من تجاوز عمره سبعين سنة لا تنطبق على أعضاء النيابة العامة إذ يعد النص المذكور نصاً خاصاً أفردته المشرع للقضاة فقط ولو ذهبت إرادته لأبعد من ذلك لأحال إليه بنص خاص أو لأتى على ذكر ذلك صراحة، وبالتالي فإن قانون التقاعد المدني هو الذي يشمل أعضاء النيابة العامة"، منشورات المقتفي.

مختصة في نظر الطلبات المقدمة من أعضاء النيابة العامة، في حين قضى الحكم الثاني بعدم جواز تطبيق النصوص المتعلقة بالقضاة على أعضاء النيابة، إلا إذا نص القانون صراحة في الباب الخامس المتعلق بأعضاء النيابة العامة على ذلك، وعند النظر إلى الباب الخامس من قانون السلطة القضائية، لا نجد أي إحالة على حكم المادة (46) من ذلك القانون.

وفي مناسبة أخرى، وللخروج من هذا الخلاف والتناقض، تقدم أحد أعضاء النيابة العامة بطعن بسبب تجاوز ترقيته، ولعدم وضوح المحكمة المختصة، نظراً لتناقض الأحكام الصادرة عن محكمة العدل العليا والمحكمة العليا بهذا الشأن، تقدم رئيس النيابة بطعنين؛ الأول للمحكمة العليا، والآخر لمحكمة العدل العليا، وقد قررت كلتا المحكمتين عدم اختصاصها.¹⁷⁷

من وحي الأمثلة التي تم تسليط الضوء عليها في الأحكام سابقة؛ نجد أن أداء محكمة العدل العليا كمحكمة مختصة بنظر الطعون الموجه ضد السلطة التنفيذية، لم يكن بالمستوى المطلوب، وأن غالبية هذه الطعون كانت ترد لأسباب مختلفة؛ أهمها عدم الاختصاص في نظر الطعن، حتى وإن صدرت أحكام متناقضة عن المحكمة ذاتها في طعون تتطابق مواضعها إلى حد كبير.

7-4-2. المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

بالرغم من قلة الأحكام التي صدرت عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية، إلا أن هذه الأحكام تعتبر مؤشراً هاماً وخطيراً على وضع القضاء الدستوري في فلسطين، كون الغالبية العظمى منها، تضمنت نتيجته النهائية: رد الطعن شكلاً، إما بسبب عدم الاختصاص، أو لعدم مخاصمة الحكومة،¹⁷⁸ أو لعدم وجود مصلحة،¹⁷⁹ أو لأسباب موضوعية. ولعل نصوص المواد المتعلقة باختصاص محكمة العدل العليا والمحكمة الدستورية، وتحديدًا: المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية، والمادة (24) من قانون المحكمة الدستورية،¹⁸⁰ وما حملته هذه المواد من تناقض في قواعد

¹⁷⁷ حكم محكمة العدل العليا رقم (2013/7)، بتاريخ 2013/3/20، منشورات المقتفي، والذي جاء فيه أنه: "المحكمة العليا دون غيرها مختصة بالفصل في طلبات الإلغاء والتعويض ووقف التنفيذ التي يرفعها القضاة وأعضاء النيابة العامة على القرارات الإدارية المتعلقة بأي شأن من شؤونهم وكذلك الفصل في المنازعات الخاصة بالرواتب والمكافآت المستحقة لهم أو لورثتهم ونصت الفقرة الثانية من هذه المادة على طريقة تقديم هذه الطلبات. ولا يمكن تطبيق ما نص عليه قانون تشكيل المحاكم في المادة (33) من أن محكمة العدل العليا هي المختصة بنظر طعون القضاة وأعضاء النيابة ما دام أن قانون السلطة القضائية قد افرد بين نصوصه طريقة تقديم مثل هذه الطعون في المادة (46) منه وهو القانون الخاص بالسلطة القضائية وهو الأولى بالتطبيق سواء على أعضاء النيابة أو القضاة".

¹⁷⁸ الحكم الصادر عن المحكمة العليا بصفتها الدستورية والمنعقدة في رام الله في الطعن الدستوري، رقم (2010/3)، بتاريخ 2011/3/14، منشورات المقتفي.

¹⁷⁹ الحكم الصادر عن المحكمة العليا بصفتها الدستورية والمنعقدة في رام الله في الطعن الدستوري، رقم (2011/2)، بتاريخ 2011/9/6، منشورات المقتفي.

ومن الطعون الأخرى التي تم ردها لأسباب شكلية: الطعن رقم (2010/2)، بتاريخ 2010/12/28؛ الطعن رقم (2009/1)، بتاريخ 2009/7/21؛ الطعن رقم (2008/1)، بتاريخ 2009/7/28؛ الطعن رقم (2005/3)، بتاريخ 2008/4/24.

¹⁸⁰ تختص المحكمة دون غيرها بما يلي:

1. الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة.
2. تفسير نصوص القانون الأساسي والقوانين في حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها واختصاصاتها.
3. الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي.
4. الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من جهة قضائية أو جهة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها.
5. البت في الطعن بفقدان رئيس السلطة الوطنية الأهلية القانونية وفقاً لأحكام البند (ج/1) من المادة (37) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م، ويعتبر قرارها نافذاً من تاريخ مصادقة المجلس التشريعي عليه بأغلبية ثلثي عدد أعضائه.

الاختصاص، أعطت كل محكمة من المحكمتين، فرصة الرد بسبب عدم الاختصاص، فالطعون المتعلقة بالأنظمة أو اللوائح جاء الاختصاص بنظرها لمحكمة العدل العليا وفقاً للمادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية، وكذلك للمحكمة الدستورية وفقاً للمادة (24) من قانون المحاكم الدستورية، بحيث شكل هذا التناقض بيئة مناسبة لصدور الأحكام التي تقضي بعدم اختصاص أي من المحكمتين بنظر الدعوى.

أما فيما يتعلق بالأحكام التي قضت بها المحكمة بعدم الدستورية، فهي، على حد علمنا، اثنتين من الأحكام؛ أولهما: الحكم الذي قضت فيه المحكمة بعدم دستورية قانون السلطة القضائية رقم (15) لسنة 2005 بموجب الحكم رقم (2005/5) بتاريخ 2005/11/27،¹⁸¹ وآخرهما: الحكم الصادر بعدم دستورية نظام المحكمة العليا الشرعية الذي صدر في الطعن رقم (2007/4) بتاريخ 2008/7/24، والذي ما زال القضاء الشرعي يتكبد له ولا يعمل على تنفيذه، فالمحكمة العليا الشرعية ما زالت موجودة فعلاً، بل وتفصل في المنازعات الشرعية، وتعمل وفقاً لذلك النظام الذي حكمت المحكمة العليا بعدم دستوريته.

إن الإشكاليات التي نتجت عن تضارب قواعد الاختصاص المشار إليها آنفاً، وتوجه قضاة المحكمة العليا إلى النأي بأنفسهم عن الولوج في موضوع النزاع، فقد عكفوا على البحث في قواعد القانون الشكلية لرد الطعن؛ قد رتب آثاراً سلبية على الوضع العام للحقوق والحريات الأساسية، ودور القضاء الفلسطيني في حمايتها والدفاع عنها، وتدنى مستوى الثقة العامة بالقضاء نتيجة لذلك.

وبالرغم من أهمية تحديد التوجه الأمثل للوضع الفلسطيني من حيث القضاء الموحد والمزدوج، ودون الدخول في السلبيات والإيجابيات التي ينطوي عليها أي النظامين، إلا أن الضمانة التي يجب إدراجها بين نصوص القانون في حالة القضاء المزدوج، هي أن يتم تحديد قواعد الاختصاص بشكل دقيق، وأن يصار إلى إعمال قواعد الإحالة بين جهات الاختصاص القضائي المختلفة، مع تحديد جهة لتعيين المرجع في حالة تنازع الاختصاص، بحيث يجد كل من انتهكت حقوقه الدستورية، قضاء قادراً على نظر طعنه والبت فيه موضوعاً.

ومن جانب آخر، يجب تنظيم القضاء الإداري الفلسطيني، سواءً من حيث الاختصاص بالتعويض والعقود الإدارية والقرارات الإدارية، وكذلك الحاجة إلى قضاء إداري على درجتين عند تبني القضاء المزدوج، أو تنظيم الطعون الإدارية وتحديد الاختصاصات وإجراءات الطعن في المسائل الإدارية عند تبني القضاء الموحد.

ولأن فعالية الرقابة القضائية في حماية الحقوق والحريات الأساسية، تعتمد في قسم كبير منها على مدى تمتع القاضي بالضمانات اللازمة لاستقلاله وحياده، فسوف نفرّد البند الآتي للبحث في إشكاليات ضمانات استقلال القاضي وحياده في فلسطين.

¹⁸¹ منشورات المفتحي، مرجع سابق.

8. غياب ضمانات استقلال وحياد القضاة

نبحث في هذا البند، الإشكاليات النصية والعملية التي اعترت العديد من المبادئ الأساسية المتعلقة باستقلال القاضي وحياده في المنظومة الفلسطينية، ونقتصر هنا، على بحث إشكالية تعيين القضاة، ومبدأ عدم قابليتهم للعزل، بالإضافة إلى نقل القضاة وندبهم وترقيتهم. ونستبق ذلك ببند نبين فيه الإطار الفلسفي للرقابة على تعيينات السلطة التنفيذية للقضاة ولغيرهم في المناصب العليا.

8-1. الرقابة على تعيينات السلطة التنفيذية للمناصب العليا والقضاة: إطار فلسفي

قبل الحديث عن مسألة التعيينات سواءً في المناصب الإدارية العليا داخل السلطة التنفيذية المركزية وفي المؤسسات والهيئات العامة ذات الاستقلال المالي والإداري، أو في السلطة القضائية لا بد من الإشارة إلى أن شكل نظام الحكم له أثر مباشر في طريقة التعيين، وهذا لا ينطبق فقط على المناصب العليا، وإنما على التعيينات داخل السلطة القضائية.¹⁸²

قبل تبلور النظريات المتعلقة بالفصل بين السلطات والديمقراطية والحقوق والحريات كان النظام الملكي هو السائد في العالم، وكان الملك يمارس الحكم باعتباره يحمل نوع من التفويض الإلهي للقيام بذلك، فلم يكن فقط رئيساً للسلطة التنفيذية، وإنما كان يرأس السلطات الثلاث. ولهذا، فإنه هو من يصدر التشريعات، وهو الذي يأمر بتنفيذها، كما أن الأحكام القضائية تصدر باسمه. وبالتالي، يغدو الحديث عن مشاركة أكثر من سلطة في التعيينات بشكل عام بما في ذلك التعيينات القضائية هو وهمٌ وخروج عن المبادئ التي يقوم عليها ذلك النظام.

والملك كما هو معروف نصاً وممارسة في الأنظمة العربية له صفة شبه مقدسة، وهذا ينطبق حتى على الدول التي تسعى لممارسة الديمقراطية فعلاً وليس نصاً، كسعي الأنظمة التي تتبنى مفهوم الملكية الدستورية، كالكويت وقطر. فما زالت هذه الأنظمة تعاني من تجذر ورسوخ مشكلة الحقوق والحريات،¹⁸³ فعلى سبيل المثال، ما زال النقاش دائراً في تلك الأنظمة بشأن حق الأفراد في انتقاد الحكومة، وبدرجة أكثر تشدداً حقهم بانتقاد الملك أو الرئيس. وهذا يتعلق بآثار فكرة المقدس والمشكلة الذهنية والرواسب السلطوية التي لا شك أنها تلعب دوراً رئيسياً في هذا الإطار.¹⁸⁴

جون لوك، ومونتسكيو من المنظرين لمسألة أن هناك حقوقاً غير قابلة للتصرف،¹⁸⁵ وأن الديمقراطية القائمة على رضا المحكومين، هي من الأسس التي يجب أن يقوم عليها نظام الحكم، وبخلاف ذلك فإنه يحق للمحكومين السعي نحو

¹⁸² للمزيد حول التعيينات في المناصب العليا في السلطة الفلسطينية، انظر: راندة قنديل، النزاهة والشفافية في إجراءات تعيين المناصب العليا في السلطة الوطنية الفلسطينية، سلسلة تقارير رقم (43)، الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة "أمان": رام الله، 2011.

¹⁸³ See also, Sharif, 'Adil 'Umar, Nathan J Brown, and United Nations Development Programme. Judicial Independence in the Arab World, 2002.

¹⁸⁴ انظر في انتقاد السلطة الحاكمة في الأنظمة العربية: فاتح سمح عزام، ضمانات الحقوق المدنية والسياسية في الدساتير العربية، مرجع سابق، ص 30-32.

¹⁸⁵ More on social contract see Dahl, Robert Alan, Ian Shapiro, and Jose Antonio Cheibub. "The Democracy Sourcebook," August 7, 2003, 2-5

تغيير هذه الأنظمة باعتبارها لا تحظى بالشرعية،¹⁸⁶ وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذا الإرث الذي قامت على أساسه الأنظمة الديمقراطية الغربية هو شبه غائب في الحالة العربية. ولهذا، فإن تبني مبادئ النظام الدستوري الديمقراطي، حتى يكون لها أثر واضح في التطبيق العملي، فإنه يعتبر من العوامل المساعدة على ذلك، تبني ذات القيم من قبل الأنظمة الدستورية المجاورة التي تحمل ذات الثقافة والتاريخ المشترك، وهذه الفرصة مفقودة لدى الدول التي تحاول السعي نحو الديمقراطية في العالم العربي بسبب سيادة الإرث الدستوري والقانوني السلطوي فيها جميعاً، وما تنتجه من علاقة مشوهة ما بين قيم الأمن والحرية باعتبارها قيم متضاربة وليست مكملية لبعضها، وهو ما فهمته منذ البداية الأنظمة التي سعت لبناء نظام ديمقراطي يقوم على الحكومة المقيدة، "فالذين يضحون بحرياتهم الأساسية من أجل أمن مؤقت، لن يحصلوا لا على الحرية ولا على الأمن". (بنجامين فرانكلن)، وهنا يجب التذكير أن القانون الأساسي صدر في ظل سياق غير مساعد، حيث أنظمة عربية محيطة تقوم على أساس النظام الملكي، وحتى تلك التي تدعي الأخذ بالنظام الجمهوري لا نجدها تأخذ من هذا النظام سوى الاسم.

وبالرغم من أننا حالياً في سنة 2015، وتبلور هذه النظريات في الأنظمة المقارنة بشكل واضح، والنص عليها في معظم دساتير دول العالم، وبالرغم من فساد التعيينات التي تقوم بها السلطة التنفيذية في معظم الأنظمة غير الديمقراطية، إلا أن معظم الدول في العالم العربي ما تزال تحوي في بطن نصوص دساتيرها؛ أحكام من هذا النوع، والتي تمنح رئيس الدولة أو الملك الصلاحية الحصرية في تعيين الأشخاص في المناصب العليا بما في ذلك التعيينات المتعلقة بالقضاة ورئيس المحكمة العليا.

وبالرجوع إلى القانون الأساسي، نجد أنه فصل طريقة تعيين القضاة عن طريقة تعيين الأشخاص في المناصب العليا في السلطة التنفيذية، إلا أن ذلك لا يحسب للقانون الأساسي، باعتبار أنه لم يفرد نصاً واضحاً يبين فيه بوضوح طريقة تعيين القضاة (نص المادة (99) من القانون الأساسي المعدل التي أحال فيها طريقة تعيين القضاة إلى قانون السلطة القضائية)، وهذا ما فتح الباب على مخاطر تتعلق باستغلال ذلك من قبل السلطات الأخرى للتعدي على السلطة القضائية من خلال هذه التعيينات، وهو ما حصل في الواقع، حيث يشير هذا الواقع إلى ممارسة الرئيس لصلاحيات التعيين بصورة حصرية، وينطبق ذلك على جميع المناصب العليا في السلطة التنفيذية والتعيينات القضائية بما في ذلك منصب رئيس المحكمة العليا.

وعليه، ثمة عقبات ومراحل يجب تجاوزها من أجل التحول الديمقراطي، والنص أهمها، إلا أنه ليس كافياً لوحده من أجل إنجاز التحول المرجو، وهذا يعني أن صياغة الدستور، يجب أن تأخذ بعين الاعتبار عدم الثقة بالحكومة، وبأنها؛ أي الحكومة، لن تحترم الحقوق والحريات الواردة في الوثيقة الدستورية وفقاً لمبدأ التقيد الذاتي الذي ثبت فشله. وقد أشار روسو إلى أهمية أخذ هذا التخوف من سلطات الحكومة، وأهمية عدم الثقة في حسن أدائها، وهذا يتطلب فحص

¹⁸⁶ See also, ROSENFELD, MICHEL. "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy." <http://www-bcf.usc.edu/~usclev/pdf/074503.pdf> Accessed December 15, 2014.

وتقييم كل ممارسة للسلطة، بما يخلق نوع من التوازن بينها، ولذلك أهمية ليس من ناحية الفحص والتقييم فحسب، بل من ناحية التعاون والتكامل أيضاً.

إن الأخذ بعين الاعتبار نظرة مونتسكيو بشأن تبني مبدأ الفصل المتوازن بين السلطات من خلال توزيعها هو جزء من عدم الثقة في الحكومة بنص الدستور. كما أن تناول الحقوق والحريات ومنحها الآليات اللازمة لنفاذها هو من أجل طمأنة الأفراد، بسبب عدم ثقتهم بالحكومة، إلى أن هناك حماية دستورية وهناك آليات فعلية لإنفاذ هذه الحقوق في مواجهة السلطات المختلفة.

تكمّن الخطورة في النظام الحالي في مسألة التعيينات الذي يجريها الرئيس كسلطة تنفيذية، دون أن يكون هناك فحص من قبل سلطة أخرى على هذه التعيينات. ففي الولايات المتحدة، يقوم الرئيس بالترشيح لمناصب القضاء، ولا ينتج هذا التعيين أثره إلا بموافقة الكونغرس. وهذا يحقق مبدأ الرقابة المتبادلة ما بين الرئيس والسلطة التشريعية في مسألة التعيينات القضائية. وهنا يجب التأكيد على أهمية تفعيل مبدأ الفصل بين السلطات كمصلحة للشعب في حسن اختيار الأشخاص الذين يشغلون مناصب عامة، وتحديدًا القضائية باعتبار أن شرعية أداء السلطة القضائية ينطلق من مدى قيامها بالدور المنوط بها على أساس الكفاءة والحيدة والنزاهة.

ولهذه الآلية حسناتها، ليس فقط في إخضاعها تعيينات الرئيس للفحص، بل لأن حالة رفض السلطة التشريعية لهذه التعيينات وما يمثله ذلك من مواجهة ونقاش مفتوح، هو بحد ذاته إيجابي، ويساعد في تعليم وترسيخ قيم النقاش والحوار والآليات الديمقراطية في حل الخلافات تحت رقابة الشعب باعتباره مصدر السلطات كمبدأ واقعي وليس شعاراً.¹⁸⁷ كما أن التجربة تعلمنا أن الرئيس، بدون فحص من السلطات الأخرى سيكون قادراً على تعيين أشخاص غير مؤهلين، وهو ما ينعكس سلباً على أداء السلطة القضائية، وبدون هذا الفحص سيبقى الأفراد يعانون من تعيينات تقوم على الولاء وليس على الكفاءة.

وعليه، يجب أن يكون في هذا السياق نص واضح، يتم من خلاله توظيف مبدأ الفصل المتوازن بين السلطات في مسألة التعيينات بشكل عام، والتعيينات القضائية بشكل خاص، مع ضرورة فتح نقاش واسع وتفصيلي حول آليات الترشيح وطريقة التعيين والتصديق، وألا يتم ممارسة جميع هذه الصلاحيات أو اختزال جميع هذه الإجراءات. مع الأخذ بعين الاعتبار مسألة خطورة تتعلق بالإعاقة السياسية للتعينيات في مرحلة هذه الإجراءات، وهذا ينطبق على التعيينات القضائية، التي في حال قيامها بالدور المنوط بها دستورياً، فإنها ستكون من أخطر المناصب على السلطة التنفيذية. ونتيجة لقوة السلطة التنفيذية وتأثيرها، فإنها ستعمل على الدفع باتجاه تبني نصوص تعزز من الواقع الحالي بما في ذلك عدم التنازل والتتظير لأهمية استمرار صلاحيتها المنفردة في التعيين.

ولا بد من التنويه أيضاً، إلى أن إشراك أكثر من جهة في عملية التعيين يعني إطالة المدة، وهذا يمكن أن يستمر لفترة طويلة كما هو الحال في بعض الدول، حيث إن إجراءات تعيين قضاة المحكمة العليا، تتضمن إجراء جلسات استماع

¹⁸⁷ انظر في أهمية النقاش والحوار: توماس ماركيت، مرجع سابق، ص 5.

في البرلمان قبل أن تتم عملية التصويت، كما أن مسألة عدم التوافق وشغور المنصب لفترة زمنية طويلة تعتبر من الآثار السلبية لعملية الإشراف في التعيين، وهو ما يحصل في بعض الأحيان في الولايات المتحدة، الأمر الذي دفع إلى طرح نقاش حول هذا التأثير على إدارة العدالة في بعض الحالات.

بالخلاصة؛ يعتبر تحقيق مبدأ الفصل المتوازن بين السلطات، وما يتضمنه من فحص وتعاون بين السلطات، ذو أثر إيجابي ومهم، ليس فقط على الأفراد، بل على الشخص المعين في منصب عام، وبخاصة المنصب القضائي لجهة تمتعه بالشرعية من ناحية تعيينه، وكما هو الحال في أي نظام، فإن له إيجابياته وسلبياته، وهنا يمكن الموازنة بين تحقيق معايير الحيدة والنزاهة والاستقلال والاختيار الجيد، مقابل الوساطة والولاء والاختيار الخاطئ، وما يتضمنه كلا الخيارين في النتيجة من عدم القابلية للعزل.

2-8. تأثير طريقة تعيين القضاة على استقلالهم وحيادهم

نظم الباب السادس من القانون الأساسي الفلسطيني شؤون السلطة القضائية في المواد (97-109) منه، ونجد في ذلك التنظيم أن المشرع الدستوري، لم يكن يولي السلطة القضائية الاهتمام الذي أولاه لغيرها من السلطات، بحيث تناول تنظيمها على عجلة، وبشكل مختزل، محيلاً المسائل الجوهرية إلى قانون السلطة القضائية، من دون أن يعطي هذا القانون ميزة خاصة عن غيره من القوانين من حيث اشتراط نصاب معين للتعديل أو منع تعديله من خلال السلطة التنفيذية، كالقرارات التي تصدر عن رئيس السلطة وفقاً للمادة (43) من القانون الأساسي. وقد ترتب على عدم ذلك المنع-ومع تحفظنا على صلاحية الرئيس في إصدار قرارات لها قوة القانون، لما لها من مساس بمبدأ الفصل بين السلطات على نحو ما أشرنا إليه سابقاً- إصدار رئيس السلطة الوطنية "رأس السلطة التنفيذية"، ذلك النوع من القرارات لتعديل بعض نصوص قانون السلطة القضائية، والتي من شأنها أن تنتهك مبدأ استقلال القاضي. وخير دليل نأتى به على ذلك، القرار بقانون رقم (2) لسنة 2006، بشأن تعديل قانون السلطة القضائية.¹⁸⁸

وبالرغم من نص القانون الأساسي في المادة (99) منه، على أن تعيين القضاة ونقلهم وندبهم ومساءلتهم لا يكون، إلا بالكيفية التي يحددها قانون السلطة القضائية، وقانون السلطة القضائية فقط، ونصه في ذات المادة على أن القضاة غير قابلين للعزل، إلا في الأحوال التي ينص عليها ذات القانون. وبالرغم من أن قانون السلطة القضائية، قد راعى العديد من الضمانات التي من شأنها تعزيز استقلال السلطة القضائية كمؤسسة وكأفراد، إلا أن الممارسة العملية، قد أدت إلى إفراغ هذا المبدأ الدستوري من محتواه، إذ أصبح مفهوم عدم قابلية القضاة للعزل لا ينظر إليه كمفهوم دستوري مستقر وفق الفقه الدستوري، وإنما أصبح النظر إليه يتم باعتباره مفهوم يحدده القانون ولو أفقد الأخير ذلك المفهوم محتواه وجرده من غايته، بإصدار القرار بقانون رقم (2) لسنة 2006، المشار إليه آنفاً، أتاح لمجلس القضاء الأعلى؛ صلاحية إحالة القاضي مبكراً إلى التقاعد، والإحالة إلى الاستبداد، وغيرها الكثير من نصوصه التي تؤدي في نتائجها

¹⁸⁸ نشر هذا القرار بقانون على الصفحة (0)، من عدد الوقائع الفلسطينية رقم (0)، بتاريخ 2006/2/14. وقد تم إلغاؤه بموجب القرار الرئاسي رقم (364) لسنة 2006 بشأن إلغاء قرارات بقوانين، وذلك بعد إلغاء المجلس التشريعي لهذه القرارات.

إلى انتهاك مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل، بحيث شكلت نصوص هذا القانون وقتها سيفاً مسلطاً على رقاب القضاة وانتهاكاً لاستقلاليتهم.

من الإشكاليات العملية المتعلقة بتعيين القضاة أيضاً؛ الممارسة العملية لتعيين رئيس مجلس القضاء الأعلى،¹⁸⁹ والتي جاءت ليس فقط على خلاف مبدأ الفصل المتوازن بين السلطات، بل أيضاً على خلاف حكم القانون، حيث تم تعيين رؤساء مجلس القضاء الأعلى المتعاقبين، دون مراعاة المواد (38،¹⁹⁰ 98،¹⁹¹ 99)¹⁹² من القانون الأساسي، والمادة (18) من قانون السلطة القضائية،¹⁹³ والتي تشترط تنصيب مجلس القضاء الأعلى لصدور القرار الرئاسي بالتعيين. إن من شأن هذه الممارسة حقيقة، أن تجعل من المجلس القضائي خاضعاً لسيطرة السلطة التنفيذية على اعتبار أن "رأس السلطة التنفيذية"، هو من يقوم بتعيين "رأس السلطة القضائية" منفرداً، دون أدنى مشاركة من أي سلطة أخرى.

تزداد خطورة تلك الممارسة عند النظر إلى تعيين الرئيس الحالي لمجلس القضاء الأعلى، فبالإضافة إلى التأثير المتوقع لطريقة تعيينه على استقلاله للأسباب السابق ذكرها، ثمة احتمال تأثير من نوع آخر، يتعلق هذا الاحتمال تحديداً بمبدأ الحياد،¹⁹⁴ والذي يشترط توفره في أي منصب قضائي. وهذا يثير الشكوك بشأن حياد رئيس مجلس القضاء الأعلى الحالي بسبب المركز الوظيفي السابق له وانخراطه الحزبي العميق. فقد كان يشغل قبل توليه رئاسة المجلس الأعلى للقضاء بيوم واحد، منصب وزير العدل،¹⁹⁵ وعرف عنه حينها انتقاده العلني والصريح للسلطة القضائية، كما أنه لم يسبق له أن شغل منصباً قضائياً في السلطة الفلسطينية، هذا من ناحية المركز الوظيفي. أما من ناحية انخراطه الحزبي العميق، فقد كان عضواً للمجلس الثوري لحركة فتح، ورئيس محكمتها الثورية، ولا يرد هنا القول بأنه استقال من تلك المراكز والمناصب قبل توليه منصب رئيس مجلس القضاء الأعلى، فهذه الاستقالة، يمكن القول أيضاً أنها جاءت لغايات التماشي شكلياً مع ما نص عليه قانون السلطة القضائية من شرط استقالة القاضي من عضوية أي حزب

¹⁸⁹ تعاقب على رئاسة المجلس إلى الآن، خمسة رؤساء، هم رضوان الأغا، زهير الصوراني، عيسى أبو شرار، فريد الجلا، وعلي مهنا، إن أيًا منهم لم يجر تعيينه بناءً على تنصيب مجلس القضاء الأعلى فقد كان التعيين يتم من قبل رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية منفرداً ودون مشاركة المجلس القضائي، انظر: قرار تعيين القاضي فريد جلا، رئيس مجلس القضاء الأعلى رئيس المحكمة العليا، رقم (138) لسنة 2009، المنشور على الصفحة (22)، من عدد الوقائع الفلسطينية رقم (84)، بتاريخ 2009/12/27. وانظر قرار تعيين رئيس المجلس الحالي القاضي علي مهنا رقم (70) لسنة 2014، المنشور على الصفحة (108)، من عدد الوقائع الفلسطينية رقم (108)، بتاريخ 2014/7/15.

¹⁹⁰ نصت المادة (38) على أنه: "يمارس رئيس السلطة الوطنية مهامه التنفيذية على الوجه المبين في هذا القانون".
¹⁹¹ نصت المادة (98) على أنه: "القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة".

¹⁹² نصت المادة (99) على أنه: "1. تعيين القضاة ونقلهم وانتدابهم وترقيتهم ومساءلتهم يكون بالكيفية التي يقرها قانون السلطة القضائية.
2. القضاة غير قابلين للعزل إلا في الأحوال التي يجيزها قانون السلطة القضائية".

¹⁹³ نصت المادة (18) على أنه: "1. يكون شغل الوظائف القضائية بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بناءً على تنصيب من مجلس القضاء الأعلى وفقاً لما يلي: -...".

¹⁹⁴ انظر في مبدأ الحياد: فاروق الكيلاني، مرجع سابق، ص 30 - 37.

¹⁹⁵ وهذا المؤثر ينطبق أيضاً على رئيس مجلس القضاء الأعلى السابق القاضي فريد الجلا، حيث كان يشغل قبل تعيينه رئيساً للمجلس، منصب المستشار القانوني لرئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بدرجة وزير. (انظر: قرار رئيس السلطة رقم (120) لسنة 2009، بشأن تعيين السيد فريد الجلا مستشاراً قانونياً لرئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بدرجة وزير، المنشور على الصفحة (31)، من عدد الوقائع الفلسطينية رقم (83)، بتاريخ 2009/11/1. يذكر أن رئيس السلطة أصدر هذا القرار بتاريخ 2009/10/15، أي قبل شهر وخمسة عشر يوماً من تاريخ إصداره للقرار رقم (138) لسنة 2009 بشأن تعيين السيد فريد الجلا رئيساً للمحكمة العليا، ورئيساً لمجلس القضاء الأعلى. (نشر هذا القرار على الصفحة (22)، من عدد الوقائع الفلسطينية رقم (84)، بتاريخ 2009/12/27). ويذكر أن الجلا كان يشغل منصب وزير العدل قبل تشكيل الحكومة العاشرة، وشغل في فترات سابقة مناصب قضائية مختلفة.

سياسي، دون النظر بصورة موضوعية إلى مدى توفر عنصر الحياد الذي يشترط في أي قاض. إذ لا يتصور غياب التأثير الحزبي عن القاضي مباشرة في مثل هذه الحالة، كون أن الرتبة التي كان يشغلها في ذلك الحزب هي من الرتب الرفيعة والتي تكون بناءً على الانتخاب من أعضاء الحزب، ولأنه من غير المتصور أن يغير الشخص أفكاره وآرائه أو يقطع شبكة علاقاته ومصالحه السابقة بمجرد الاستقالة. وهذا الاندماج العالي في مصالح الحزب، يصبح أكثر خطورة عندما يكون هذا الحزب هو الحزب الحاكم الذي يسيطر على السلطة التنفيذية وفي ظل غياب للسلطة التشريعية، أخذاً بالاعتبار الصفة الجديدة له باعتباره رئيس مجلس القضاء الأعلى ورئيس المحكمة العليا المختصة بنظر الطعون الإدارية والدستورية، لا سيما وأن اختصاص المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية، قد يتصل بنزاع يتعلق بمصالح ومؤسسات وأشخاص الحزب الذي كان ينتمي إليه القاضي، وبصفتها محكمة إدارية قد يتصل بنزاع يتعلق بقرارات تشريعية أو إدارية صادرة عن رئيس السلطة التنفيذية الذي قام بتعيينه، أو بنزاع إداري يتعلق بقرارات إدارية شارك بإصدارها أثناء شغله لمنصب وزير العدل، قبل تعيينه بيوم واحد رئيساً لمجلس القضاء الأعلى، وبخاصة في ظل القرار الصادر عن مجلس القضاء الأعلى أو باسمه، بشأن التشكيلة القضائية والتي أصبح بموجبها رئيس السلطة القضائية رئيساً لكافة هيئات المحكمة العليا ومحكمة العدل العليا.¹⁹⁶

وبمقارنة آليات وطريقة تعيين رئيس السلطة القضائية في فلسطين مع الأنظمة الديمقراطية الأخرى، فنجد الأخيرة في معظمها، تشترط مشاركة أكثر من جهة في تعيين القاضي، ضماناً لاستقلاله ومنها من يشترط عدم ممارسة القاضي وظيفة تنفيذية أو منتخبة قبل توليه وظيفة القضاء بثلاث سنوات على الأقل في نفس المنطقة التي يعين فيها، ضماناً لعنصر الحياد، وهذا ما تبناه النظام القضائي الفرنسي في تعيين القضاة في المحاكم الإدارية.¹⁹⁷ وفي البند الآتي نلقي نظرة على مسألة الرقابة على تعيينات السلطة التنفيذية للمناصب العليا بشكل عام، ولأعضاء السلطة القضائية بشكل خاص والفلسفة التي تقوم عليها طريقة التعيين وما تشكله من ضمانات لمبدأ الفصل المتوازن بين السلطات، وبخاصة مبدأ استقلال السلطة القضائية.

¹⁹⁶ للمزيد حول هذه الإشكالية، انظر المقال الجريء لإبراهيم دودين، أزمة النقابات ومذبحة القضاء، وكالة وطن للإنباء، على الرابط الآتي: <http://www.wattan.tv/ar/news/113036.html>، تاريخ الاسترداد: 2015/3/10.

¹⁹⁷ Article L231-5, of the French Code of Administrative Justice, provides that “No person may be appointed as a member of an administrative tribunal or an administrative court of appeal if he or she holds or has held any of the following positions within the jurisdiction of the tribunal or court in question, within the last three years

1. An elective public position. However, a French representative at the European Parliament may be appointed as a member of an administrative tribunal or an administrative court of appeal at the end of his or her term of office;
2. Representative of the State in a region, or representative of the State in a department, or the delegate of such person in an urban district, or regional or departmental director of a State public service;
3. A senior position in the government of a territorial authority”

3-8. مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل

إن مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل هو إحدى أهم الضمانات التي تعزز مبدأ استقلال القاضي، وبالنتيجة استقلال السلطة القضائية كمؤسسة، حيث إن عدم تعريض القاضي للعزل من وظيفته دون سبب تأديبي، هو الضمانة الأساسية لتمتع القاضي بالاستقلال، وعدم ترهيبه، أو الضغط عليه، أو التأثير على حياده و نزاهته، ويعتبر من قبيل العزل أي إجراء من شأنه إنهاء عمل القاضي، ولو تغيرت المسميات، كالأحالة المبكرة إلى التقاعد أو الاستيذان أو غيرها من الصور التي تقطع القاضي عن الوظيفة القضائية. لذلك، فإن الضمانة الوحيدة لإعمال هذا المبدأ هو تحديد سن معين أو عدد سنوات معينة لخدمة القاضي دون زيادة أو نقصان، لأن إعطاء جهة معينة الحق في زيادة سنوات الخدمة، ستحقق ذات الآثار السلبية التي يحققها عزل القاضي، لاحتمال ترغيب القاضي والتأثير على استقلاله، فإن كان العزل يحمل الترهيب، فإن الزيادة تحمل الترغيب وكلاهما ينطوي على مساس مباشر أو غير مباشر على استقلال القاضي.¹⁹⁸

إن الغاية من عدم قابلية القضاة للعزل، هو أن السلطة القضائية، وعلى اعتبار أنها السلطة الأضعف من بين السلطات الثلاث، لا يمكن أن تتمتع بالاستقلال والحياد الذي يمكنها من القيام بدورها المتمثل في حماية الحقوق والحريات الأساسية، إلا من خلال تحصين أعضائها من العزل، بحيث يتمتع أعضاء هذه السلطة بالكفاءة اللازمة التي تؤهلهم القيام بمقتضيات وظيفتهم دون إمكانية عزلهم أو زيادة مدة خدمتهم كوسيلة يمكن من خلالها التأثير على نزاهة وحيدة القاضي، مع ملاحظة خطورة هذا المبدأ في عملية التحول الديمقراطي في حال فساد تعيينات أعضاء السلطة القضائية، ومن ثم تحصينهم بمبدأ عدم القابلية للعزل وفقاً لما تم تناوله في البند السابق.¹⁹⁹

4-8. نقل القضاة

حظرت المادة (99) من القانون الأساسي الفلسطيني نقل القضاة، إلا بالكيفية التي يحددها قانون السلطة القضائية حصراً، فعلى خلاف ما درجت عليه نصوص القانون الأساسي من إحالة إلى القانون بشكل عام، نجد أن المسائل المتصلة بنقل وندب القضاة، تم إحالتها حصراً إلى قانون السلطة القضائية. وبالرجوع إلى أحكام قانون السلطة القضائية نجد أن المادة (22) منه، نصت على عدم جواز نقل القضاة أو نديهم أو إعارتهم، إلا في الأحوال والكيفية المبينة في القانون، ويتخصص نصوص قانون السلطة القضائية وقانون تشكيل المحاكم النظامية، نجد أن هذين القانونين، قد جاء كلاهما خلواً من أي نص يعطي مجلس القضاء الأعلى صلاحية نقل القضاة مكانياً، وقد تضمنت المادة (23) من قانون السلطة القضائية،²⁰⁰ حظر نقل القضاة أو نديهم لغير الجلوس للقضاء إلا برضائهم، وما يُستنتج من هذه النصوص هو أن ذلك القانون، قيد عملية نقل القضاة بشكل عام، بما يستفاد منه أيضاً تقييد نقل القضاة مكانياً، وذلك

¹⁹⁸ من الأمثلة على أن تمديد الخدمة أو زيادتها تهدد استقلال القاضي هو وضع القضاء الشرعي الذي يخضع لأحكام قانون الخدمة المدنية الذي يسمح بالتمديد للموظف بعد بلوغه سن التقاعد.

¹⁹⁹ للمزيد حول ضمانات عدم قابلية القضاة للعزل، انظر: فاروق الكيلاني، مرجع سابق، ص 302.

²⁰⁰ نصت هذه المادة على أنه: "لا يجوز نقل القضاة أو نديهم لغير الجلوس للقضاء إلا برضائهم. 2- يكون نقل القضاة أو نديهم بقرار من مجلس القضاء الأعلى، ويعتبر تاريخ النقل أو الندب من تاريخ التبليغ بالقرار. 3- استثناء مما ورد في الفقرتين أعلاه يجوز نديب القاضي مؤقتاً للقيام بأعمال قضائية غير عمله أو بالإضافة إليه أو للقيام بأعمال قانونية متى اقتضت ذلك مصلحة وطنية بقرار من وزير العدل بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى".

لعدم اشتماله أي نصوص تعطي مجلس القضاء الأعلى صلاحية النقل، ولا يمكن في هذا الصدد القول أن قانون السلطة القضائية، لم يمنع نقل القاضي مكانياً، وأنه أجازته ضمناً، طالما لم يوجد نص يمنعه، ذلك أن القانون الأساسي وقانون السلطة القضائية، قيدا النقل والندب وغيرها من المسائل بما تم النص عليه صراحة في قانون السلطة القضائية.

كما أنه وحتى يحقق قانون السلطة القضائية؛ مبدأ استقلال القضاء وفقاً لنص المادة (97) من القانون الأساسي، واستقلال القضاة وفقاً لنص المادة (98) منه، فإن غايته يجب أن تفسر بأنها تقيد النقل بما نص عليه القانون تحقيقاً لاستقلال القاضي وعدم التأثير عليه من قبل إدارة السلطة القضائية، وليس إباحة النقل أو الندب كأصل عام، وما لهذه الإباحة من تأثير مباشر على استقلال القاضي. فطالما أن القانون اشترط عدم النقل أو الندب، إلا بالكيفية التي ينص عليها القانون، وطالما أن القانون لم يأت بنص يجيز النقل، لذلك، فإن النقل والحالة هذه يكون مقيداً، وليس أدل على ذلك من النصوص التي عالجت ندب القضاة، والتي أجازت ندب القضاة من محكمة أدنى درجة إلى محكمة أعلى درجة لمدة ستة أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة فقط، أو من محكمة الاستئناف أو البداية أو الصلح ليجلس قاضياً في محكمة من ذات الدرجة، إذ وفي فرض جواز النقل المكاني دون أي قيود، فلا داعي للنص على الندب مدة سنة كاملة، مما يعني أن النصوص التي تناولت حالات وكيفية ندب القضاة إنما جاءت لإقرار مبدأ تقييد النقل كأصل عام، وحددت مدة الندب في مدة معينة، حفاظاً على استقلال القاضي كي لا يكون الندب مؤيداً من شأنه التأثير على الاستقلالية.

وبالرغم من عدم تضمين نصوص القانون ما يتيح نقل القاضي دون أية قيود، نجد أن مجلس القضاء الأعلى الفلسطيني درج ومع بداية كل سنة قضائية؛ أي في الأول من أيلول من كل سنة ميلادية، بإعداد ما يسميه التشكيلة القضائية، وهذه الأخيرة عبارة عن قرارات تتضمن تشكيل كل محكمة، بحيث يتناول القرار الذي تصدر بموجبه؛ أسماء القضاة العاملين في كل محكمة من المحاكم، وإنها؛ أي التشكيلة، يصار إلى إصدارها سنوياً وتحمل قرارات نقل، تمس كافة القضاة، دون أن يصدر في ذلك، قراراً بنقل كل قاض على انفراد، فعلى سبيل المثال، إذا كان أحد القضاة يعمل في محكمة بداية نابلس ثم صدرت التشكيلة القضائية وكان ضمن القضاة الذي سيعملون في محكمة الخليل، فإن ذلك يعني قراراً بنقل هذا القاضي من محكمة نابلس إلى محكمة الخليل.

بالإضافة إلى ذلك، فإن أحكام قانون السلطة القضائية وقانون تشكيل المحاكم النظامية، لم يتضمن أي نص يعطي مجلس القضاء الأعلى صلاحية إعداد ما يسمى التشكيلة القضائية، بما يعني أنها نهج غير منظم بالقانون، ومن هنا تأتي خطورتها لأنه طالما أنها غير منظمة بالقانون فإنه يمكن ممارستها بطريقة تخلو من الضمانات الموضوعية وتكون خاضعة فقط للاعتبارات الشخصية، وهذا بالإضافة إلى خطورته على مبدأ استقلال القاضي، يتعارض مع مبدأ تقييد نقل القاضي، ومع منطق نصوص الندب التي سبق ذكرها.

أما ما نصت عليه المادة (2/44) من قانون السلطة القضائية،²⁰¹ من أن يقوم رئيس التفيتش القضائي بإخطار القضاة الذين حل دورهم في الترقية، ولم تشملهم الحركة القضائية بسبب غير متصل بتقارير الكفاية، ويبين في الإخطار أسباب

²⁰¹ نصت هذه المادة على أنه: "يفصل مجلس القضاء الأعلى في التظلم بعد الاطلاع على الأوراق وسماع أقوال المتظلم ويصدر قراره قبل إجراء الحركة القضائية بوقت كاف يخطر به صاحب الشأن بكتاب مسجل بعلم الوصول".

التخطي، ولمن أخطر الحق في التظلم في الميعاد، إنما يقصد به؛ الحركة المتصلة بترقية القضاة، بحيث ألزم القانون إخطار القاضي الذي تم تجاوزه بالترقية قبل إجراء حركة الترقيات، وليس المقصود به؛ التشكيلة القضائية، ولا يمكن تفسيرها على هذا النحو، لوضوح النص ومضمونه وغايته، كما أنه، وعلى الرغم من أن التشكيلة القضائية تصدر سنوياً وتتضمن نقلاً للقضاة، إلا أن التعديل الأخير الذي طرأ على قانون تشكيل المحاكم النظامية بموجب القرار بقانون رقم (15) لسنة 2014 تضمن أيضاً صلاحية النذب لمدة سنة قابلة للتجديد سنة أخرى،²⁰² وهذا يعني تعزيز ومراعاة الأدوات التي يمكن من خلالها التأثير على القضاة، إضافة إلى غياب الرؤيا التكاملية ما بين النصوص والممارسات ذات العلاقة بالأوضاع الوظيفية للقضاة وتحديد النقل والانتداب.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن ما يسمى التشكيلة القضائية، جاء استمراراً إلى ما درج عليه العمل سابقاً بموجب قانون استقلال القضاء الأردني رقم (19) لسنة 1955،²⁰³ الذي كان سارياً إبان الاحتلال الإسرائيلي، فقد كانت تصدر التشكيلة القضائية وفقاً لأحكام المادة (5) من هذا القانون،²⁰⁴ عن طريق ضابط شؤون العدلية، الذي تعسف في استعمال صلاحياته في النقل المكاني للقضاة، وهذا ما يردده الكثير من القضاة الذين يشغلون مناصب حالياً في مجلس القضاء الأعلى، وبالرغم من إلغاء قانون استقلال القضاء المشار إليه، صراحةً بموجب قانون السلطة القضائية، الذي لم يتضمن مثل هذا النص ولم يسمح بنقل القاضي دون موافقته، إلا أن العمل بالتشكيلة القضائية استمر من قبل المجالس القضائية المتعاقبة.

لا يخفى أن النقل المكاني أو النذب المكاني للقاضي، له تأثير سلبي ومباشر على استقلال القاضي،²⁰⁵ لما ينطوي عليه من تهديد لاستقرار القاضي العائلي والاجتماعي، ويضع عليه أعباءً مالية، ويتطلب جهداً جسدياً يتمثل في مشقة السفر والتنقل، وإن إعطاء أي جهة صلاحية نقل القاضي، تجعل القاضي خاضعاً، ولو بشكل غير مباشر، لإرادة هذه الجهة، وساعياً لإرضائها، تلافياً لنقله ولتبعات النقل عليه وعلى أفراد أسرته، الأمر الذي يهدد استقلال القاضي وحياده. وكل ذلك يعكسه أيضاً نص التعديل الأخير لقانون تشكيل المحاكم النظامية والذي تم بموجب قرار بقانون، فقد منح هذا التعديل رئيس مجلس القضاء الأعلى منفرداً صلاحية نذب القضاة مدة سنة كاملة قابلة للتجديد مرة أخرى.²⁰⁶

وللخروج من الآثار السلبية التي تترتب على نقل القضاة، فقد تضمنت النصوص الدستورية والقانونية في الأنظمة الديمقراطية؛ نصوصاً تحظر نقل القضاة من مكان إلى آخر، إلا بموافقتهم الخطية، ولو كان هذا النقل مرتبطاً بالترقية،

²⁰² نشر هذا القرار بقانون على الصفحة (35)، من عدد الوقائع الفلسطينية رقم (38)، بتاريخ 2014/7/15.
²⁰³ المنشور على الصفحة (341)، من عدد الوقائع الفلسطينية رقم (1224)، بتاريخ 1955/4/16. وقد تم إلغاء هذا القانون بصور قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002.

²⁰⁴ نصت هذه المادة على أنه: "تجري التعيينات والترقيات والتقلات في وظائف القضاة بقرار من المجلس القضائي وإرادة سنية تنشر في الجريدة الرسمية. تمنح الزيادة المقررة لرواتب القضاة بقرار من المجلس القضائي بعد تنسيب الوزير. لا يجوز نقل قاض من سلك القضاء إلى وظيفة أخرى إلا بموافقة المجلس القضائي".

²⁰⁵ انظر في نقل القضاة تعسفاً تفصيلاً: فاروق الكيلاني، مرجع سابق، ص 324-329.
²⁰⁶ نصت المادة (6) من هذا القرار بقانون على أنه: "تعديل المادة (35) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي: على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر، لرئيس المجلس أو لنائبه حال غيابه أن ينتدب أي قاض لأي محكمة أعلى أو أقل بدرجة واحدة لمدة لا تزيد على سنة، على أن يصادق مجلس القضاء الأعلى على ذلك في أول جلسة يعقدها بعد صدور قرار النذب، ولمجلس القضاء الأعلى تمديد الانتداب للمدة التي تقتضيها مصلحة العمل وبما لا يتجاوز سنة أخرى".

لضمان استقلال القضاة وعدم إخضاعهم لأي شكل من أشكال التهديد، إذ إنه؛ أي النقل المكاني دون موافقة القاضي عليه، غالباً سيؤدي به في حالة التعسف باستعماله بشكل مضطرب إلى الاستقالة، ليصبح النقل وسيلة غير مباشرة للعزل، فمن باب سد الذرائع، حظرت تشريعات الدول المتقدمة العزل، وكل ما قد يؤدي إليه بطريق غير مباشرة، كالنقل دون رضا القاضي، فقد تضمنت المادة (1/231) من قانون القضاء الإداري الفرنسي نصاً، يحظر فيه نقل القاضي من محكمة إلى أخرى أو من درجة إلى أخرى دون موافقته، ولو كان سبب النقل الترقية.²⁰⁷

كما أن المادة (107) من الدستور التونسي الصادر سنة 2014، نصت على أنه: "لا ينقل القاضي دون رضاه، ولا يعزل، كما لا يمكن إيقافه عن العمل، أو إعفاؤه...."، ويلاحظ أن هذا النص، قد قدم في الترتيب حظر النقل على عدم القابلية للعزل، كإشارة منه إلى خطورة النقل على استقلال القاضي، بسبب ما أفرزته الممارسة العملية لنقل القضاة، والتي كان تتم قبل الثورة في ظل نظام دكتاتوري -استبدادي، من تأثير على استقلالهم، الأمر الذي أثر بشكل مباشر على الحقوق والحريات الأساسية، وأسس لنظام شمولي قمعي لا يراعي أي حق أو حرية أو ضمانات، ولم يكن للقضاء دور في التخلص منه أو محاربته، بسبب تعريض القضاء للنقل أو العزل أو غيرها من دروب الترغيب أو التهريب التي تؤثر على استقلالهم وحيادهم وتؤدي بالنتيجة إلى إخضاعهم.

إن المبررات التي يسوقها البعض لإجراء التنقلات وإصدار التشكيلة القضائية؛ باعتبارها وسيلة لمنع فساد القضاء، تتنافى مع مقومات إشغال الوظيفة القضائية أصلاً، والتي تفترض حسن نية القاضي ونزاهته، وهي لا تحقق الغاية منها، ذلك أن وضع آليات مساعلة فعالة تجعل من تلاشي الفساد، حال وجوده فعلاً، أكثر نجاعة من النقل، الذي يعتبر تهديداً حقيقياً لاستقلال القاضي، وبالنتيجة تهديد حقيقي لحقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية.

5-8. ترقية القضاة

لم يتضمن قانون السلطة القضائية نصوماً توضح قواعد ترقية القضاة، سوى ما جاءت به المادة (18) من قانون السلطة القضائية من أن ترقية القاضي تكون بناءً على الأقدمية مع مراعاة الكفاءة. ولضمان استقلال القضاة وعدم التأثير على حيديتهم ونزاهتهم، يجب أن تتضمن النصوص الدستورية، ومن باب أولى التشريعات النازمة للسلطة القضائية قواعداً دقيقة بشأن ترقية القضاة، وألا تكون هذه الترقية مرتبطة بالمحكمة، بحيث تضمن هذه التشريعات ترقية القاضي بعد مضي مدة من الزمن، ولو لم يترتب على الترقية انتقال القاضي من محكمة إلى محكمة أعلى درجة، وأن تكون وفقاً لقواعد محكمة ودقيقة، دون إعطاء سلطة تقديرية للترقية لأي جهة كانت، بسبب إمكانية إساءة استخدام هذه السلطة، ومع التأكيد على ضرورة إشراك أكثر من جهة داخل السلطة القضائية في هذا الإجراء.

²⁰⁷ Article L231-3, of the French Code of Administrative Justice, provides that "When carrying out their functions as judges in an administrative court, the members of the administrative tribunals and administrative courts of appeal may not be moved to another post without their consent, even if the new appointment is a promotion".

9. طبيعة النظام السياسي وحماية الحقوق والحريات الأساسية

يبحث هذا البند بشكل رئيسي في أثر طبيعة النظام السياسي الفلسطيني "نظام شبه رئاسي" على عناصر النظام الدستوري الديمقراطي؛ حماية الحقوق والحريات، والمساءلة والمحاسبة (سيادة القانون)، فضلاً عن بيان مفهوم هذا النظام والعوامل التي دفعت باتجاه تبنيه.

9-1. النظام شبه الرئاسي: المفهوم والسياق

كان للظروف التي أحاطت بتبني القانون الأساسي الفلسطيني نصيب مهم وأساسي في تهيئة الأرضية التي أوصلت إلى حالة الانقسام، وفي طغيان السلطة التنفيذية على باقي السلطات. ويمكن الادعاء بأن هذا هو ما حصل في حالة تبني القانون الأساسي لسنة 2002، ومن ثم القانون الأساسي المعدل لسنة 2003. فمنذ بداية نشأتها، هيمنت السلطة التنفيذية على السلطة الفلسطينية ممثلة بشخص الرئيس، ولم تكن السلطة التنفيذية خاضعة لأي نوع من الرقابة حتى سنة 2002، حيث كان الرئيس، طوال الفترة السابقة، يشغل بالإضافة إلى منصبه منصب رئيس الوزراء. وقد رفض الرئيس في سنة 1997 إصدار ذات القانون الأساسي الذي وافق على إصداره في سنة 2002، وكان إصداره للأخير نتيجة ضغط داخلي ترافق مع ضغوط دولية من أجل الحد من سلطات وصلاحيات الرئيس التي كانت غير خاضعة للرقابة. وقد سبقت إشارتنا لذلك في موضع سابق من هذه الدراسة.

لم تؤد موافقة الرئيس على إصدار القانون الأساسي بتاريخ 2002/05/29، إلى تغيير جوهري عملي في الصلاحيات التي كان يمارسها الرئيس أو في إمكانية محاسبته، ولهذا استمر أعضاء في المجلس التشريعي، وأعضاء في اللجنة التنفيذية واللجنة المركزية لمنظمة التحرير، بالتوازي مع دعم دولي، بالضغط على الرئيس من أجل القبول بتعديل القانون الأساسي، بهدف استحداث منصب رئيس الوزراء، بحيث يمارس كامل صلاحيات الرئيس التنفيذية، ويكون مستقلاً عن منصب الرئيس، ويتم منحه الثقة من قبل المجلس التشريعي، ويكون خاضعاً لرقابته هو ومن معه من الوزراء. وقد أدى هذا الضغط بالنتيجة إلى الوصول إلى القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، والذي أقره المجلس التشريعي ووقع عليه الرئيس في ذات اليوم 2003/03/18، وقد نشر في اليوم التالي لإقراره.

داخلياً وبسبب الاحتكاك ما بين الرئيس والمجلس التشريعي، بدأ الأخير بممارسة دوره الرقابي على المال العام من خلال قانون الموازنة العامة السنوي، وتشكيل لجان تحقيق على ضوء تقارير هيئة الرقابة العامة وتقارير مؤسسات حقوق الإنسان، ولجان التحقيق داخل المجلس التشريعي. وبسبب عدم إمكانية مساءلة الرئيس بسبب شرعيته الثورية والنضالية والكاريزما التي كان يتمتع بها، كل ذلك أدى إلى الهروب باتجاه تعديل النظام السياسي واستحداث منصب رئيس الوزراء

وشغله من قبل شخص يحظى بقبول داخلياً ودولياً، بحيث يكون هذا الشخص قادراً على تحقيق هواجس المجتمع الدولي وتحديداً الدول المانحة.²⁰⁸

نتيجة للظروف المشار إليها سابقاً، تم تبني ما يسمى بالنظام شبه الرئاسي، وهذا النظام هو خليط ما بين النظام الرئاسي والبرلماني، لكن بسبب ما للرئيس من صلاحيات واسعة، فإنه يميل أكثر نحو النظام الرئاسي مع وجود عناصر هامة من النظام البرلماني، ولتوضيح ذلك أكثر نشير إلى أن الفقهاء قسموا شكل النظام الدستوري استناداً إلى توزيع وفصل السلطات الثلاث وطبيعة العلاقة فيما بينها على النحو الآتي:²⁰⁹

1. النظام الرئاسي

2. النظام البرلماني

3. النظام المختلط

الجدول الآتي يوضح أبرز الاختلافات ما بين الأنظمة السياسية المختلفة:

النظام الرئاسي	النظام برلماني	النظام المختلط شبه الرئاسي أو شبه البرلماني
للسلطة التنفيذية رأس واحد يتمثل في الرئيس المنتخب مباشرة من قبل الشعب.	يكون للسلطة التنفيذية رأسين يتمثلان في (الرئيس أو الملك في بعض الأنظمة) ورئيس الوزراء.	يكون للسلطة التنفيذية رأسين يتمثلان في (الرئيس أو الملك) ورئيس الوزراء.
يكون الرئيس على رأس الهيكلية التنفيذية الهرمية.	يكون أحد الرأسين (وهو الرئيس أو الملك) ذا صلاحيات بروتوكولية (شكلية) في حين يكون الرأس الثاني (رئيس الوزراء) ذا صلاحيات تنفيذية فعلية.	يكون أحد الرأسين منتخب مباشرة من قبل الشعب (الرئيس) والآخر يشغل منصبه بعد نيله ثقة البرلمان (رئيس الوزراء).
لا يعتمد تشكيل السلطة التنفيذية على موافقة السلطة التشريعية.	يعتمد تشكيل السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية حيث تقوم السلطة التشريعية بمنح الثقة للحكومة لتمكين من ممارسة مهامها.	لا يعتمد وجود الرئيس على موافقة السلطة التشريعية في حين يتوقف تعيين رئيس الوزراء والوزراء على دعم السلطة التشريعية.
لا يجوز اختيار أي من أعضاء السلطة التشريعية ليكون وزيراً في السلطة التنفيذية.	يمكن تعيين أحد أعضاء السلطة التشريعية ليكون وزيراً في السلطة التنفيذية.	يمكن اختيار أحد أعضاء السلطة التشريعية ليكون عضواً في السلطة التنفيذية.

²⁰⁸ للمزيد حول تأثير شخصية الرئيس على النظام السياسي الفلسطيني، انظر: علي جرباوي، النظام السياسي الحالي للسلطة الوطنية الفلسطينية، في صراع الصلاحيات وغياب المسؤوليات، أوراق عمل وتوصيات المؤتمر بشأن الفصل بين السلطات، مؤتمر أمان السنوي الثالث: رام الله - غزة، آذار 2007، ص 14 - 17.

²⁰⁹ للمزيد حول النظام شبه الرئاسي، انظر: المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، أنظمة الحكم: النظام شبه الرئاسي نموذجاً، المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية: برلين، آذار 2012؛ سوجيت شودري، ريتشارد ستايسي، وآخرون، النظام شبه الرئاسي كوسيلة لتقاسم السلطة: الإصلاح الدستوري بعد الربيع العربي، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات: السويد، 2014.

لا يمكن سحب الثقة من الرئيس أو إسقاطه من خلال السلطة التشريعية	يمكن سحب الثقة من رئيس الوزراء وحكومته من خلال السلطة التشريعية	يمكن سحب الثقة من رئيس الوزراء والوزراء أو إسقاطهم من خلال السلطة التشريعية لكن لا يمكن سحب الثقة من الرئيس.
--	---	--

بمراجعة التركيبة السياسية التي أنشأها القانون الأساسي المعدل، نجدها تميل إلى النظام المختلط، أو كما يسميه البعض النظام "نصف الرئاسي"، وهذا النظام نشأ لاعتبارات لها علاقة بالتفاوض ما بين السلطة القائمة، والمطالبين بتغيير شكل السلطات وصلاحياتها، ومن هنا، فإن هذا النظام قد نشأ في فلسطين بناءً على اعتبارات لها علاقة بالخلفية التاريخية والظروف السياسية القائمة في أغلب الدول التي تبنت هذا النظام. ولم يكن ذلك نتيجة لاعتبارات واعية مدروسة توازن ما بين الأنظمة المختلفة واختيار الأنسب منها لفلسطين.

ومن الأنظمة المعتمدة التي أخذت بهذا النظام؛ النظام الفرنسي. أما الخلفية التي أدت إلى الأخذ به، فتتعلق بالسلطة التشريعية التي نشأت بموجب دستور سنة 1946 "دستور الجمهورية الرابعة"، حيث كانت السلطة التشريعية وفقاً لهذا الدستور تتمتع بسلطات عالية، وقامت هذه السلطة بإسقاط العديد من الحكومات، الأمر الذي أنشأ حالة من عدم الاستقرار في النظام السياسي الفرنسي. ورافق عدم الاستقرار هذا، ثورات الاستقلال التي قامت بها الدول الخاضعة للاستعمار الفرنسي، وبخاصة الثورة الجزائرية، وبسبب عدم فاعلية الحكومات المتعاقبة نتيجة لتهديد السلطة التشريعية بحجب الثقة عنها.²¹⁰ فقد عازمت الدولة الفرنسية على إعادة صياغة دستور جديد، يتم بموجبه التخلي عن النظام البرلماني، وإنشاء نظام شبه رئاسي تكون للسلطة التنفيذية فيه صلاحيات قوية. وقد صدر هذا الدستور سنة 1958، ونشأت بناء عليه ما سميت بالجمهورية الفرنسية الخامسة.²¹¹

في المقابل يمكن الادعاء أن العكس تماماً، هو ما حذا بالمشروع الفلسطيني إلى تبني القانون الأساسي لسنة 2002، ومن ثم القانون الأساسي المعدل لسنة 2003. فبعد أن تم تبني الأول سنة 2002 الذي كان جانحاً بصورة كبيرة نحو النظام الرئاسي، وبالرغم من الضغط الذي مورس على الرئيس لتوقيع هذا القانون وإصداره، وبالرغم من أن الرئيس وفقاً لهذا القانون، بقي محتفظاً بالسلطات والصلاحيات التي صيغ القانون الأساسي وفقاً لها سنة 1997. لكن، وبسبب استمرار الرفض لصلاحيات الرئيس وفقاً لهذا القانون، وبهدف السعي داخلياً ودولياً نحو استحداث منصب رئيس للوزراء، تم الوصول إلى القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، والذي يمكن اعتباره نتيجة المفاوضات على الصلاحيات ما بين سلطة قائمة قوية لها صلاحيات مستمدة من النصوص الدستورية، والوضع القائم على تحالفات وموازين قوى مؤثرة، إلا أن هذه السلطة بدأت تضعف بسبب سوء أدائها في ممارسة الحكم، بالإضافة إلى الضغوط الداخلية والخارجية، وما بين قوى وتحالفات بديلة، تعد بالإصلاح ولها وجود مؤثر داخل منظمة التحرير وداخل أجهزة الدولة وتحظى بالدعم الخارجي.

²¹⁰ For more details see, Elgie, Robert. Semi-Presidentialism in Europe, Oxford University Press, 1999. 75
²¹¹ للمزيد حول النظام شبه الرئاسي في فرنسا، انظر: محمد هلال، مرجع سابق، ص 67 وما بعدها.

من هنا نلاحظ أن الظروف التي ساهمت في إصدار الدستور الفرنسي أو القانون الأساسي لسنة 2003، لم تكن ظروف طبيعية وعادية، ففي الحالة الفرنسية، كانت هناك ظروف عدم استقرار واشتراط المرشح لرئاسة الجمهورية الفرنسية في حينه (الرئيس السابق ديغول)، أن يتم إصدار دستور جديد بسلطة تنفيذية قوية يأخذ فيه الرئيس صلاحيات فعلية معتبرة من أجل القبول بتولي رئاسة الجمهورية الفرنسية الجديدة، وفي الحالة الفلسطينية، كانت هناك ظروف عدم استقرار، تتعلق بالاحتلال والضغوط الداخلية والدولية من أجل الإصلاح، واشتراط المرشح لتولي منصب رئيس الوزراء في حينه (الرئيس الحالي أبو مازن) تعديل القانون الأساسي ومنح صلاحيات تنفيذية كاملة ومستقلة عن الرئيس من أجل قبوله هذا المنصب كأول رئيس للوزراء.

2-9. تقييم النظام شبه الرئاسي من حيث الاستقرار وضمانات حماية الحقوق والحريات

إن التقسيم الفقهي لطبيعة النظام السياسي والذي أشرنا إليه آنفاً، ليس له علاقة -بحد ذاته- بكفالة الحقوق والحريات الأساسية أو بتوفير ضمانات أعلى من أجل حمايتها، بل إن الالتزام بمبدأ الفصل المتوازن بين السلطات، وضمان كافة عناصر النظام الدستوري الديمقراطي، هو الضمانة الأساسية لاحترام وحماية الحقوق والحريات الأساسية. وبالتالي، التزام كل سلطة بالصلاحيات المنوطة بها بصورة صحيحة.

وثمة ملاحظة هنا تتعلق بالاستقرار، فمن أجل تقييم هذه المسألة لا بد من التركيز على مسألة في غاية الأهمية، وهي المتعلقة بمجال النزاع بين السلطات. صحيح أن مبدأ الفصل بين السلطات، يعتمد أساساً على افتراض أن السلطة تقيد السلطة، أو السلطة تحد السلطة، لكن هذا المبدأ يفترض أيضاً وجود توازن أو تكامل بين السلطات، وكذلك يفترض التزام السلطات التام بالآليات السلمية لحل النزاعات في حال نشوبها، وهذه الفرضيات، إذا لم تكن متحققة، فمن الممكن أن يكون هذا المبدأ غير فاعل في حالة جنوح إحدى السلطات إلى الهيمنة على قرينتها. ومن هنا، فإن عدم وجود هذه الضمانات من خلال الدستور نفسه يمكن أن يؤدي إلى إلغاء سلطة لغيرها من السلطات وممارسة صلاحياتها بالكامل أو إجبارها على الخضوع لهيمنتها. وبالتالي، تحويلها إلى سلطة شكلية غير قادرة على ممارسة الدور الذي يفترض بها ممارسته.²¹²

كذلك، لا بد من الانتباه للمسألة المتعلقة بمجال النزاع بين السلطات أيضاً، وربطه مرة أخرى بمسألة الالتزام باللجوء إلى الوسائل السلمية لحل النزاعات (من خلال قضاء محايد ومستقل). ولهذا، نجد أن النظام الدستوري الفلسطيني يعد أكثر الأنظمة الدستورية خطورة، حيث يتم انتخاب الرئيس من قبل الشعب مباشرة، بينما يشاركه بالسلطة والحكم، رئيس وزراء، والذي يتم منحه الثقة من قبل السلطة التشريعية. ومن هنا، فإن مجالات النزاع ما بين السلطات وحتى داخل السلطة الواحدة، تكون أقوى، وهذا النزاع يمكن بسهولة أن ينشأ عنه صراع يؤدي إلى تهديد عمل مؤسسات الدولة وشلها أو هيمنة وإلغاء إحدى السلطات لغيرها، وممارستها السلطة والحكم منفردة. الأمر الذي يؤدي إلى إهدار كامل

²¹² For more details on the perils of Semi-Presidentialism see, Elgie, Robert. Semi-Presidentialism, Oxford University Press, USA, 2011. 1-19

للضمانات التي يوفرها مبدأ الفصل المتوازن بين السلطات،²¹³ وهذا ما حصل بالفعل في سنة 2003، حيث أدى النزاع على الصلاحيات بين الرئيس ورئيس الوزراء سنة 2003، إلى استقالة رئيس الوزراء في حينه، تحت ضغط التحالفات القوية والصلاحيات المعتبرة للرئيس في حينه، كما أدت في سنة 2007 إلى حالة الانقسام التي ما زالت قائمة بين الضفة والقطاع، حيث يمارس الرئيس صلاحية الحكم دون المجلس التشريعي، كما يمارس مجلس وزراء مدعوماً بما تبقى من مجلس تشريعي الحكم في قطاع غزة.

3-9. تقييم النظام شبه الرئاسي من حيث توزيع المسؤولية داخل السلطة التنفيذية

يقوم النظام شبه الرئاسي على وجود رأسين داخل السلطة التنفيذية، وهذان الرأسان لهما صلاحيات فعلية، ونظراً لما يمكن أن ينشأ عن ممارسة السلطة من مسؤوليات، وبخاصة عندما يتعلق الأمر بفساد الحكم وانتهاكات حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، فإن توزيع السلطة، ومن ثم، توزيع المسؤولية داخل السلطة التنفيذية، يمكن أن تنشأ عنه حالة من تشتت المسؤولية الفعلية عن هذا الإخفاق، وهذا ما نلاحظه في معظم الأنظمة العربية، فبغض النظر عن شكل نظام الحكم سواء أكان ملكياً أم جمهورياً، نجد أنه يقوم على وجود رأسين داخل السلطة التنفيذية، الملك أو الرئيس وهو السلطة الحقيقية، ورئيس الوزراء وهو الأداة التنفيذية.²¹⁴

وهذه الحالة ويسبب ما للملك أو للرئيس من ولاءات وسيطرة على الأجهزة الأمنية والمال داخل الدولة، فإن رئيس الوزراء يكون تابعاً للرئيس، ومنفذاً سياساته، لكن في حال تبين إخفاق هذه السياسات، وما ينجم عنها من فساد وانتهاكات ينحى الملك أو الرئيس في هذه الحالة مع ما يملكه من تأثير السلطة والأجهزة الأمنية والإعلامية إلى وضع المسؤولية على رئيس الوزراء، ثم يقوم لاحقاً بتغييره كنوع من الإصلاح والاستجابة إلى مطالب التغيير. وبسبب عدم مقدرة النظام على تصحيح نفسه بسبب انتهاج ذات السياسات مع تغيير بسيط في الأشخاص بما في ذلك رئيس الحكومة، فإن حالة من التضييق حول المسؤولية الحقيقية عن الإخفاق ستستمر. والنظام شبه الرئاسي هو أحد أدوات توزيع السلطة وتوزيع المسؤولية وبغياب وجود أدوات دستورية ومجتمعية لتحديد هذه المسؤولية بطريقة ديمقراطية، الأمر الذي سوف يؤدي إلى إطالة عمر النظام رغم إخفاقاته المتتالية وفساده وتورطه بانتهاكات حقوق الإنسان بشكل واسع.²¹⁵

²¹³ انظر في خطوة الأخذ بالنظام شبه الرئاسي بشكل عام: سوجيت شودري، ريتشارد ستايسي، مرجع سابق.

²¹⁴ See, Stacey, Richard, and Sujit Choudhry. "Semi-Presidential Government in the Post-Authoritarian Context." Page 4. Constitutionaltransitions.org. Accessed March 23, 2015. <http://constitutionaltransitions.org/wp-content/uploads/2014/06/SEMI-PRESIDENTIAL-GOVERNMENT1.pdf>

²¹⁵ سوجيت شودري، ريتشارد ستايسي، مرجع سابق، ص 27.

10. متطلبات صياغة دستور لدولة فلسطين يلبي متطلبات دولة ديمقراطية حديثة

حاولت هذه الدراسة الإجابة على الإشكالية الرئيسية التي تمثلت في عدم تحقيق الدستور للربط المتكامل بين العناصر المختلفة للنظام الدستوري الديمقراطي من جهة، وبين النصوص النازمة للحقوق والحريات الأساسية والسلطة القضائية كأحد أهم عناصر هذا النظام من جهة أخرى. وللوصول إلى هذه الغاية، تم تسليط الضوء في هذه الدراسة على ما هو قائم من نصوص وممارسة، وما لها من آثار سلبية على مبدأ سيادة القانون، وحماية الحقوق والحريات الأساسية. كما تم نقد الواقع النصي والعملي من خلال مقارنته مع تجارب أسست لبناء واستدامة دستور جيد يقوم على مبادئ النظام الدستوري الديمقراطي. كما أشارت الدراسة إلى أهمية دور المبادئ التي يقوم عليها هذا النظام باعتبارها تعمل جميعاً وبشكل متكامل؛ على تعزيز بعضها بعضاً من أجل ضمان تصحيح النظام تحقيقاً لبقائه في إطار الغاية الأساسية من إنشائه. وكمفصل رئيسي، ودون إغفال دور المبادئ الدستورية العامة تم التركيز في هذه الدراسة على تحليل متطلبات وجود نظام فعال لحماية الحقوق والحريات الأساسية، وبيان ما للرقابة القضائية وضماناتها من أهمية في تحقيق ذلك.

ولاحقاً لما تم عرضه من موضوعات تؤكد جميعها على أهمية صياغة دستور جيد باعتبار ذلك مصلحة لكل فرد من أجل ضمان تحقيق حريته واستقلاله في إطار مبدأ سيادة القانون، وفي ظل نظام يعمل في إطار حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية ابتغاء تحقيق الرفاه الاجتماعي، والدستور الجيد هو الذي ينظم العلاقة ما بين الحكام والمحكومين على أساس ممارسة السلطة لمصلحة المحكومين وليس لمصلحة الحكام، ويجب أن يضمن الدستور الجيد الأسس أو المبادئ الموضوعية التالية:

1. خلق نظام تعددي وتجنب كل ما من شأنه الاستفراد بالحكم.
2. تعزيز عوامل التوحيد وتجنب عوامل التفرقة.
3. الاستناد إلى المبادئ العالمية المعترف بها بشأن الديمقراطية وسيادة القانون والحقوق الأساسية.
4. خلق نظام يقوم على مبدأ الفصل المتوازن بين السلطات.
5. خلق حكومة مقيدة بحقوق الأفراد وحرياتهم، وليس حقوق وحريات مقيدة بقوانين الحكومة وسياساتها وتوجهاتها.
6. خلق سلطة قضائية مستقلة تكون قادرة على ممارسة دور فاعل في الرقابة القضائية على انتهاك السلطات لمبدأ سيادة القانون أو تعديها على الحقوق والحريات الأساسية للأفراد.
7. ضمان استقلال القضاة كأفراد داخل النظام القضائي تحقيقاً لمبدأ الاستقلال والحياد.
8. إشراك أكثر من سلطة في تعيين القضاة لضمان تحقق عناصر الكفاءة والحياد والنزاهة.
9. ضمان كافة عناصر حق الأفراد في اللجوء إلى القاضي الطبيعي لتحقيق مبدأ الإنصاف في حال كان هناك ادعاء بانتهاك الحقوق والحريات الأساسية المكفولة دستورياً.
10. النص على الحقوق والحريات الأساسية في الوثيقة الدستورية بطريقة تضمن توسيع مفهوم الحق إلى أكبر قدر ممكن وتضييق نطاق القيود إلى الحد الأدنى.

11. إجراءات عملية دستورية ديمقراطية: اثنا عشر إجراءً

يشكل هذا البند أصعب مراحل هذه الدراسة، نظراً لما ينطوي عليه من عدم إمكانية التنبؤ بحالة توفر إرادة صياغة دستور جيد واللحظة المواتية للقيام بذلك، فبالاستناد إلى ما شهدته تجارب صياغة الدساتير، فإن توفر هذه اللحظة لا يعني بالضرورة توفر الإرادة السياسية للقيام بذلك، كما أن التجارب تشير إلى أهمية اللاعبين السياسيين في تلك اللحظة بما يفوق أهمية المتخصصين القادرين على اقتراح نصوص منهجية وعقلانية تؤدي إلى خلق نظام دستوري ديمقراطي. كما أن عملية الاختيار سواءً للمشاركين في صياغة الدستور أو في اختيار الخبراء، ليس بالضرورة أن تكون هي الحالة المثلى في حال توفر اللحظة المواتية، ولهذا فشلت معظم عمليات تبني نصوص دستورية جيدة في حالات ما بعد الصراع من تحقيق هذه الغاية، بسبب ما للظروف السياسية وموازن القوى والعامل الشخصي من دور يفوق ما للعقل والمنطق والحجة السليمة من دور في هذه العملية.²¹⁶

وعليه، فإن ما سيتم بيانه من إجراءات لا تعدو أن تكون محاولة غير شاملة ومتفحصة لعملية دستورية معقولة تأخذ بعين الاعتبار أفضل التجارب لعملية بناء الدستور، مع الوعي الكامل بما يمكن أن تواجهه من معوقات، تتمثل أهمها في مدى قابليتها للتطبيق في ظل الاحتلال والاعتبارات المتعلقة بالسلطات القائمة، وغياب عناصر حالة المرحلة الدستورية المناسبة.

من أجل تحقيق هذا الهدف، وتجنباً للثغرات التي وقع بها القانون الأساسي الفلسطيني بصدوره عن مجلس تشريعي وفق إجراءات تشريعية عادية، وغياب التوافق المطلوب من أجل سن مثل هذا التشريع ومشاركة أفراد الشعب الفلسطيني سواءً بإبداء الرأي أو من خلال الاستفتاء عليه. وبناءً على ذلك، يمكن اعتبار البنود التالية خطوات عملية من أجل الوصول إلى دستور توافقي يسعى إلى تحقيق المبادئ المشار إليها في البند السابق، ولا يكون خاضعاً لاتفاقات وسط، تتم بين السلطات القائمة بما تملكه من نفوذ السلطة والجبر والمصالح المتجذرة من ناحية، وجهة أو جهات مقابلة حضورها وتمثيلها لا يوازن حضور السلطات القائمة، ولو كان ذلك بادعاء ضمان نوع من التمثيل الشكلي القائم أو المتأثر بمجموعة من المصالح أو التهديدات من ناحية أخرى، وهذه الإجراءات أو الخطوات، هي:

1. انتخاب مجلس تأسيسي تمثيلي حقيقي من أجل صياغة الدستور، ويفضل أن يكون هذا المجلس منتخباً وفقاً لمبدأ التمثيل النسبي، بحيث يضمن تمثيل كافة القوى السياسية، ويتم تخصيص عدد من المقاعد فيه للنقابات والجامعات ومؤسسات المجتمع المدني.
2. أن يقوم هذا المجلس بالعمل وفق مبادئ ومحددات موضوعية يجب عليه تضمينها في الوثيقة الدستورية، (الأسس أو المبادئ الموضوعية)، ومحددات شكلية تضمن أن يتم إقراره من خلال نصاب لا يقل عن (4/3) المشاركين فيه.
3. أن يتم تخصيص ميزانية معقولة لا تؤثر على استقلاله خلال فترة عمله.

²¹⁶ For more details on Constitutional Convention choices, see Mueller, Dennis C. Constitutional Democracy, Oxford University Press, USA, 2000. Page 314 and beyond

4. أن يتم مراعاة ضمانات استقلال المجلس وعدم التدخل في عمله خلال فترة انعقاده.
 5. أن يكون المجلس قادراً على تشكيل لجان من الخبراء، يتم اختيارهم بناء على معايير التخصص والكفاءة والحياد والاستقلال.
 6. أن يكون عمل المجلس محدداً بفترة زمنية معقولة لا يجوز تجاوزها.
 7. أن يضمن المجلس مشاركة الأفراد والمجموعات من خلال آليات تشاور حقيقية تأخذ بالاعتبار آراءهم في صياغة مواد الدستور.
 8. أن يكون للمجلس صلاحية الدعوة للاستفتاء على مشروع الدستور، من خلال هيئة انتخابات تأسيسية محايدة ومستقلة تنشأ بالتوافق لهذا الغرض ووفق آليات ومعايير دولية، وأن يضمن هذا الاستفتاء نسبة مشاركين فعالة وحقيقية ونسبة أصوات محددة مسبقاً من أجل اعتباره مقراً حكماً.
 9. في حال التصويت بنعم، يتم إعلان نتيجة الاستفتاء، وينشر الدستور في الجريدة الرسمية فوراً مع تحديد فترة زمنية لنفاذه، بحيث لا تتجاوز ستة أشهر.
 10. أن ينحل المجلس حكماً بإعلان نتيجة التصويت على الاستفتاء، ويبقى مجلس تسيير أعمال لحين انتخاب سلطات عامة جديدة وفق مدد زمنية محددة.
 11. أن تنحل السلطات القائمة المركزية والمحلية بإعلان إقرار الدستور، وتبقى قائمة فقط لتسيير الأعمال لحين انتخاب سلطات عامة جديدة.
 12. أن يتم إجراء انتخابات للسلطات العامة المركزية والمحلية، من قبل هيئة الانتخابات التأسيسية، بالاستناد إلى هذا الدستور خلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر.
- هذه خطوات أساسية يمكن مناقشتها وإضافة عليها أو وضع ما يناسبها من تفصيلات، بما لا يخل بالمبادئ العامة الواردة فيها، مع الأخذ بعين الاعتبار، ظروف الوضع الفلسطيني الاستثنائية المتعلقة بالاحتلال واللاجئين والفلسطينيين المتواجدين في الخارج.

12. مؤشرات بشأن رؤية قطاع العدالة

تحقيقاً لغايات هذه الدراسة، يتناول هذا البند أهم المؤشرات بشأن رؤية مكونات قطاع العدالة في الموضوعات التي تتقاطع مع هذه الدراسة، سواءً ما تعلق منها بالمبادئ العامة في التنظيم الدستوري في فلسطين، أو بالنصوص الدستورية النازمة للحقوق والحريات والسلطة القضائية.

وتهدف هذه المؤشرات إلى تحقيق ثلاث غايات أساسية: الأولى، استعمال أدوات البحث الكمي كمعزز في هذه الدراسة من أجل فحص مدى تحقيق المبادئ الدستورية العامة والنصوص النازمة للحقوق والحريات والسلطة القضائية للغايات الأساسية منها، وهي توفير الضمانات الحقيقية لاحترام الحقوق الحريات الأساسية، وإيجاد الوسائل الكفيلة بتحقيق ذلك. الثانية، فحص مدى قناعة أطراف قطاع العدالة بضرورة مراجعة المبادئ الدستورية العامة بما يضمن تحقيق التعددية والتداول السلمي للسلطة والفصل المتوازن بين السلطات واستقلال السلطة القضائية وسيادة القانون، وبما يحمي الحقوق والحريات الأساسية للأفراد. الثالثة: فحص مدى توافق توجهات هذه الدراسة مع توجهات أطراف قطاع العدالة، بحيث يمكن الوقوف على مدى خطورة غياب بعض المبادئ والنصوص والممارسات المتعلقة بضمان وجود نظام فاعل لحماية الحقوق والحريات الأساسية، وبخاصة تلك المتعلقة بضمانات الرقابة القضائية الفاعلة عن طريق سلطة قضائية مستقلة ومحيدة ونزيهة، تكون قادرة على تحقيق الإنصاف من خلال ما تصدره من أحكام تتعلق بانتهاكات حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية.

هذه المؤشرات تم تصميمها على نحو يبرز كميّاً مدى الحاجة إلى مراجعة أبرز المبادئ التي يقوم عليها التنظيم الدستوري، والتحقق من مدى تحقيق هذا التنظيم للغايات الأساسية من وجوده، وهي ضمان مبدأ سيادة القانون والديمقراطية واحترام الحقوق والحريات الأساسية للأفراد. ويلاحظ من خلال هذه المؤشرات نسبة وحدة توجه أطراف قطاع العدالة في بعض الموضوعات بما يشير إلى ضرورة مراجعتها وفق آليات تأخذ بالاعتبار جدياً نسبة التوافق في ضرورة المراجعة وتصحيح المبادئ والنصوص والممارسات بهذا الشأن، بحيث تستجيب لشدة وجديّة هذه المؤشرات.

وتحقيقاً لغايات هذا الاستبيان تم توزيع المؤشرات في مجموعات أساسية تغطي الجوانب التي تعالجها الدراسة بما يشمل المبادئ الدستورية العامة، والمبادئ الدستورية والحقوق والحريات، والمبادئ الدستورية والسلطة القضائية، والأسس النازمة للسلطة القضائية والحقوق والحريات الأساسية. وتمت الاستعانة بالرسوم البيانية في كل مؤشر، بحيث يوضح الرسم البياني الأول بشكل عام توجه أطراف قطاع العدالة من حيث مدى موافقتهم على مضمونه. وفي هذا الرسم تم جمع الآراء التي أعطت للمؤشر درجة تزيد عن خمسة من عشرة، بحيث وضعت هذه الآراء ضمن مجموعة (أوافق) على مضمون المؤشر، في حين تم وضع الآراء التي أعطت لمضمون المؤشر درجة خمسة أو أقل ضمن مجموعة (لا أوافق) على مضمون المؤشر. أما الرسم البياني، فيوضح بالتفصيل الدرجة التي تم إعطاؤها لمضمون المؤشر، وتتراوح هذه الدرجات من صفر إلى عشرة، بحيث يشير الصفر إلى عدم الموافقة بشكل مطلق على مضمون المؤشر في حين يشير الرقم عشرة إلى الموافقة بشدة على مضمون المؤشر. وفقاً لذلك كانت نتيجة المؤشرات موزعة على المجموعات كما يأتي:

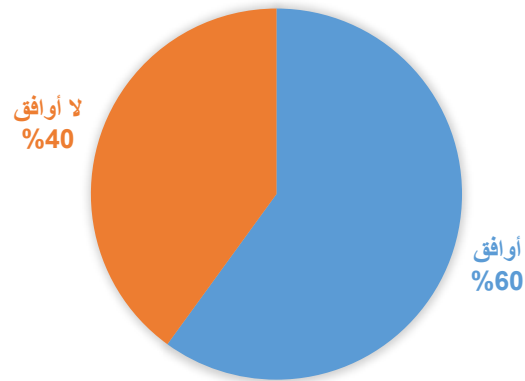
12-1. المؤشرات بشأن المبادئ الدستورية العامة

تناولت هذه المجموعة المؤشرات الفرعية الآتية:

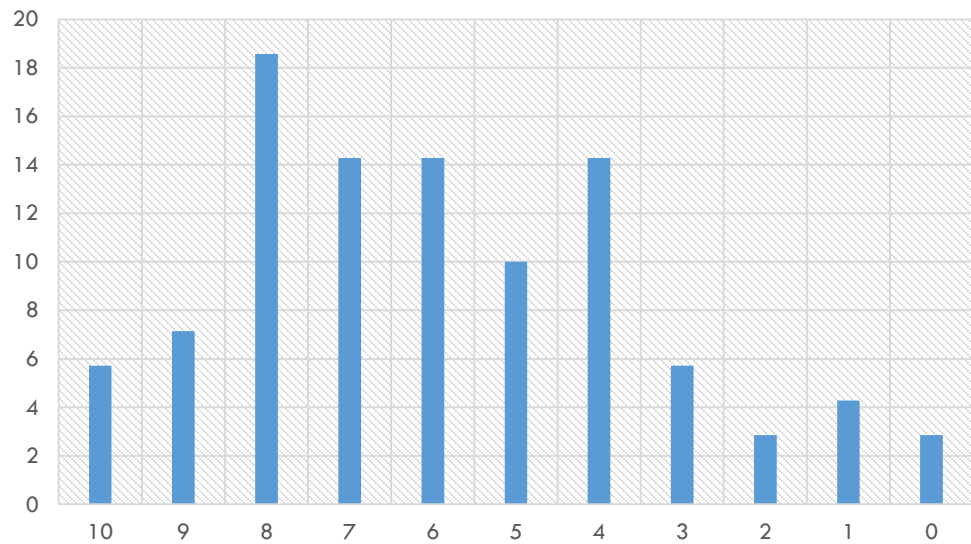
- تعزز نصوص القانون الأساسي والقوانين العادية من التعددية وتداول السلطة والمشاركة في الحياة السياسية.
- النظام شبه الرئاسي الذي يقوم على وجود رأسين في السلطة التنفيذية وهما الرئيس ورئيس الوزراء، والذي تبناه القانون الأساسي يعتبر النظام الأنسب للدولة الفلسطينية المستقبلية.
- السلطات العامة تلتزم بمبدأ سيادة القانون على النحو الوارد في القانون الأساسي.
- عدم الالتزام التام بالأحكام الخاصة بالفصل بين السلطات في القانون الأساسي، عزز من هيمنة السلطة التنفيذية على باقي السلطات.

1-1-12. عرض المؤشرات بشأن المبادئ الدستورية العامة

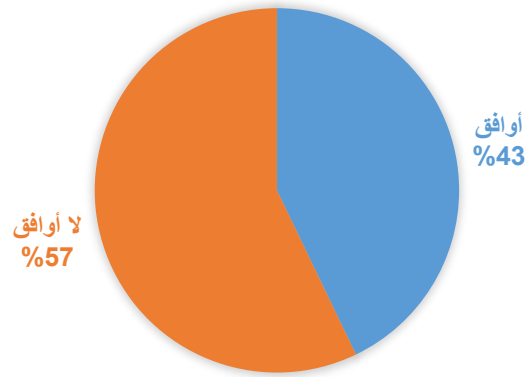
تعزز نصوص القانون الأساسي والقوانين العادية من التعددية وتداول السلطة والمشاركة في الحياة السياسية



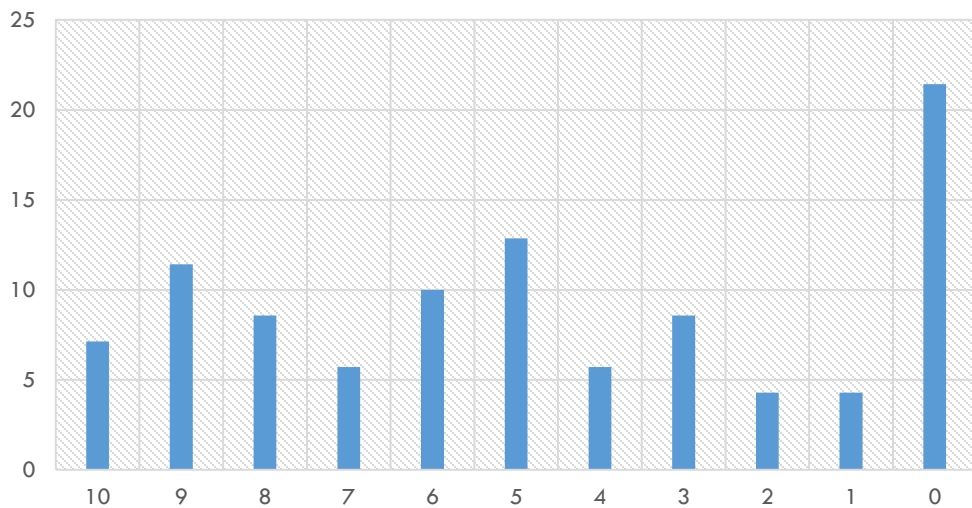
تعزز نصوص القانون الأساسي والقوانين العادية من التعددية وتداول السلطة والمشاركة في الحياة السياسية



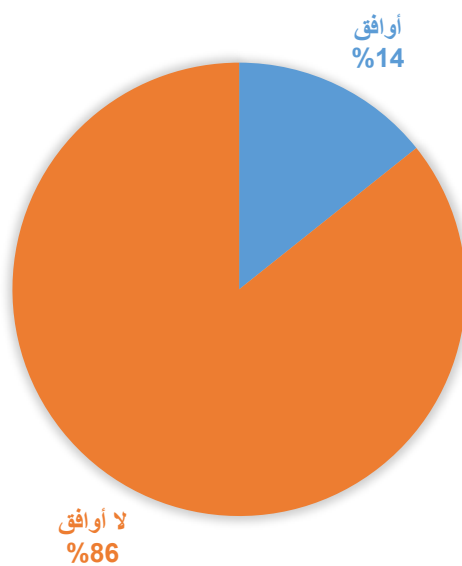
النظام شبه الرئاسي الذي يقوم على وجود رأسين في السلطة التنفيذية
وهما الرئيس ورئيس الوزراء، الذي تبناه القانون الأساسي يعتبر النظام
الأنسب للدولة الفلسطينية المستقبلية



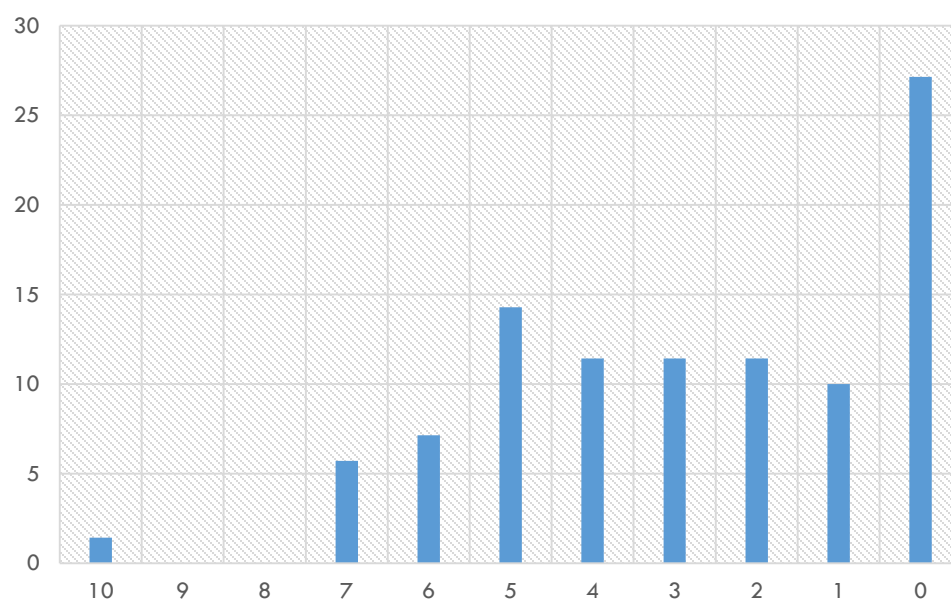
النظام شبه الرئاسي الذي يقوم على وجود رأسين في السلطة التنفيذية
وهما الرئيس ورئيس الوزراء، الذي تبناه القانون الأساسي يعتبر النظام
الأنسب للدولة الفلسطينية المستقبلية



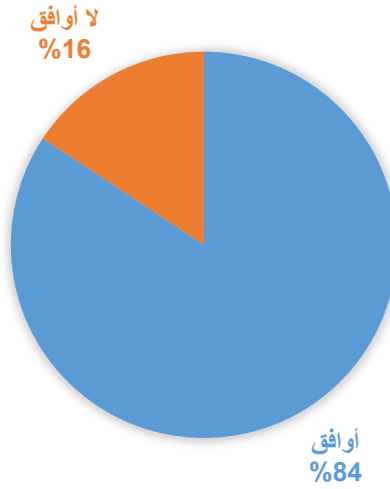
السلطات العامة تلتزم بمبدأ سيادة القانون على النحو الوارد في
القانون الأساسي



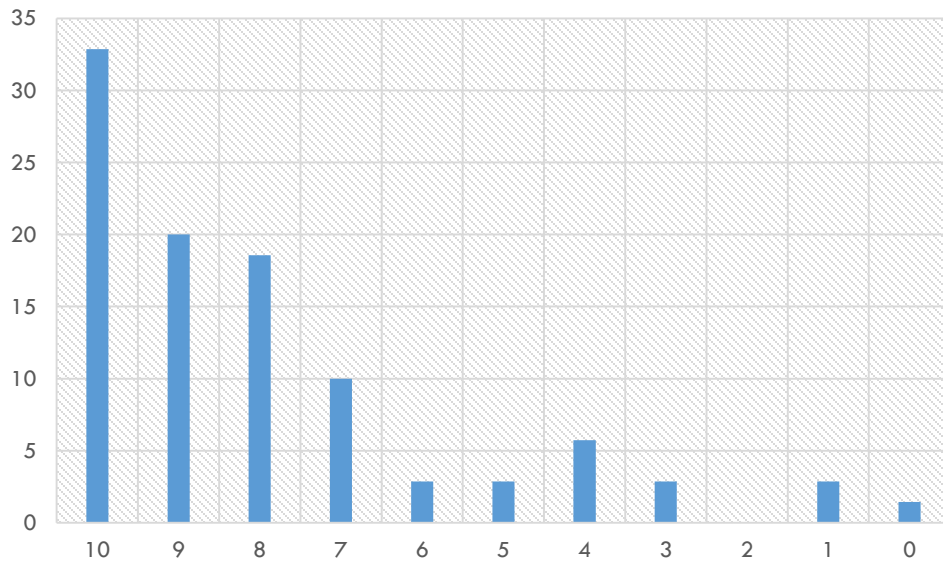
السلطات العامة تلتزم بمبدأ سيادة القانون على النحو الوارد في
القانون الأساسي



عدم الالتزام التام بالأحكام الخاصة بالفصل بين السلطات في
القانون الأساسي عزز من هيمنة السلطة التنفيذية على باقي
السلطات



عدم الالتزام التام بالأحكام الخاصة بالفصل بين السلطات في
القانون الأساسي عزز من هيمنة السلطة التنفيذية على باقي
السلطات



2-1-12. تحليل المؤشرات بشأن المبادئ الدستورية العامة

فيما يتعلق بالمبادئ الدستورية العامة، يلاحظ أن المؤشرات تتراوح في شدتها وفقاً لرؤية أطراف قطاع العدالة، ويلاحظ أن المؤشر بشأن عدم التزام السلطات بمبدأ سيادة القانون على النحو الوارد في القانون هو محل توافق كبير (86٪)، يليه في ذلك أن عدم التزام السلطات بالأحكام الخاصة بالفصل بين السلطات عزز من هيمنة السلطة التنفيذية على باقي السلطات (84٪)، بما يشير إلى ضرورة مراجعة المبادئ العامة على نحو يحقق مبدأ الفصل المتوازن بين السلطات، كما يجب إيجاد الضمانات الكفيلة بتعزيز مبدأ سيادة القانون في نصوص القانون الأساسي. كما أن ما نسبته (57٪) ترى أن النظام شبه الرئاسي القائم على وجود رأسين في السلطة التنفيذية وما نشأ عن هذا النظام من صدامات بين السلطات أدت إلى الدخول في حالة الانقسام التي ما زالت قائمة، بحاجة إلى مراجعة باعتبار أن هذا النظام، قد لا يكون هو الأنسب للدولة الفلسطينية المستقبلية. أما بخصوص تعزيز نصوص القانون الأساسي للتعددية والتداول السلمي للسلطة، فما نسبته (40٪) ترى خلاف ذلك، وهذه النسبة تشير إلى أهمية إعادة النظر في هذه النصوص من أجل تحقيق هذه الغاية وإيجاد الضمانات والمؤسسات اللازمة لذلك.

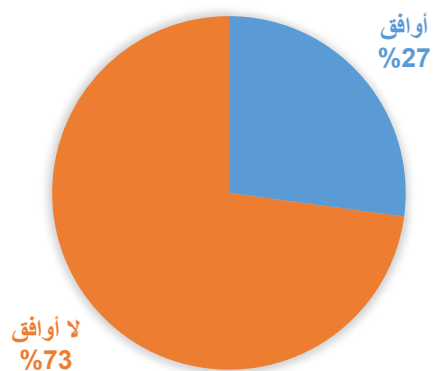
2-12. المؤشرات بشأن المبادئ الدستورية العامة والحقوق والحريات الأساسية

تناولت هذه المجموعة المؤشرات الفرعية الآتية:

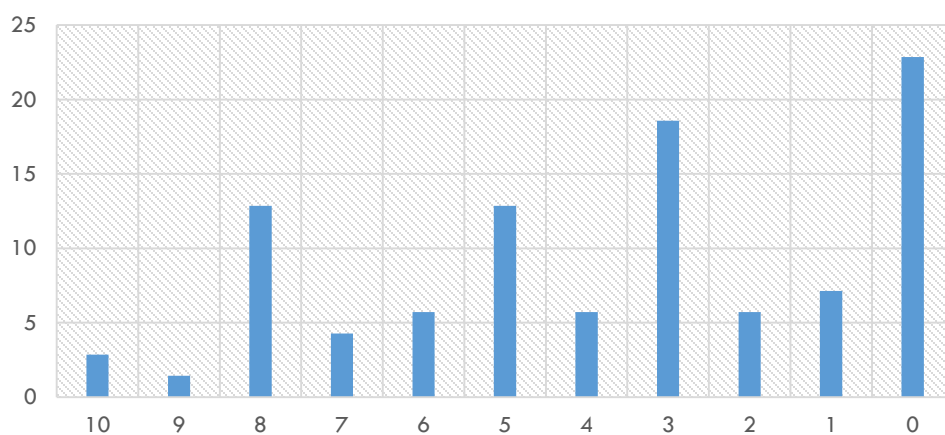
- السلطات العامة تعي وتدرك أن سبب وجودها وشرعيتها يقوم على أساس حماية الحقوق والحريات العامة ورعايتها وتحقيق رفاه المواطن.
- أوجدت نصوص القانون الأساسي الضمانات الكفيلة بالالتزام بالاتفاقيات والمعاهدات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية في التطبيق العملي.
- يوجد توافق ما بين القانون الأساسي والقوانين العادية في ضمان حرية الرأي والتعبير والصحافة.
- غياب الفصل بين السلطات في التطبيق العملي كان سبباً مباشراً في تعزيز انتهاكات حقوق الإنسان وحرياته الأساسية.
- سياسة المشرع الدستوري في إحالة الحقوق والحريات إلى قوانين عادية دون وضع قيود على المشرع تساهم في انتهاك تلك الحقوق من قبل السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية.

12-2.1. عرض المؤشرات بشأن المبادئ الدستورية العامة والحقوق والحريات الأساسية

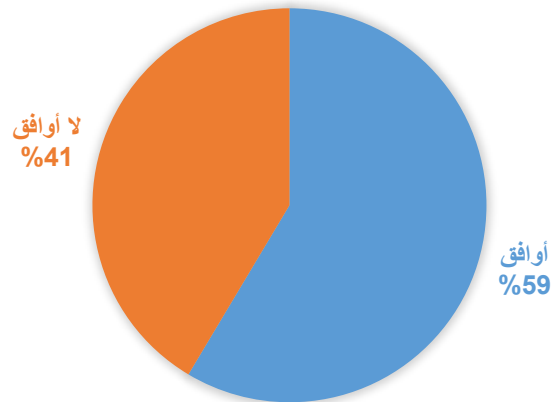
السلطات العامة تعي وتدرك أن سبب وجودها وشرعيتها يقوم على
أساس حماية الحقوق والحريات العامة ورعايتها وتحقيق رفاه
المواطن



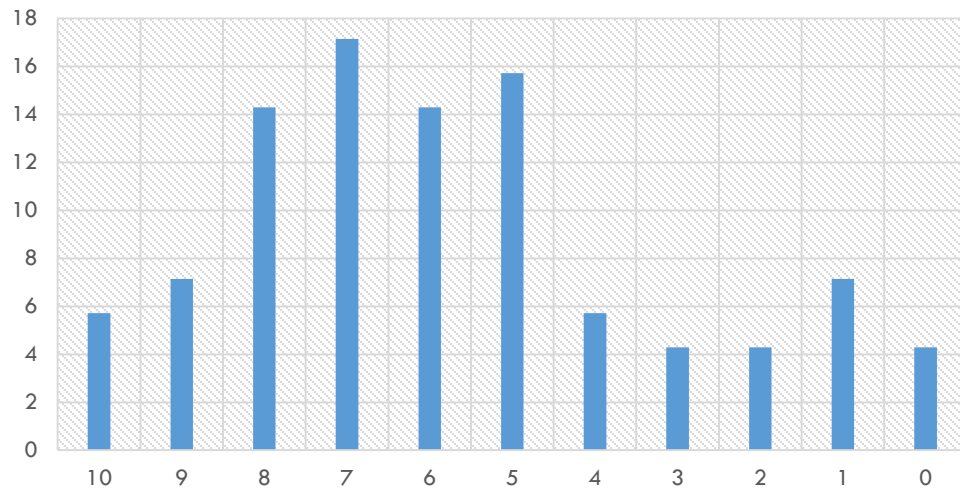
السلطات العامة تعي وتدرك أن سبب وجودها وشرعيتها يقوم على
أساس حماية الحقوق والحريات العامة ورعايتها وتحقيق رفاه
المواطن



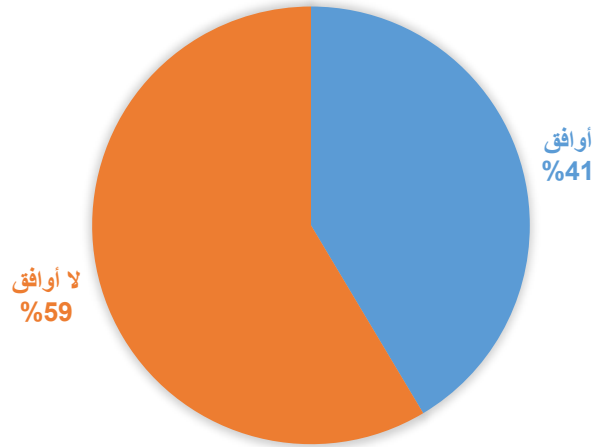
أوجدت نصوص القانون الأساسي الضمانات الكفيلة بالالتزام
بالاتفاقيات والمعاهدات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان وحياته
الأساسية في التطبيق العملي



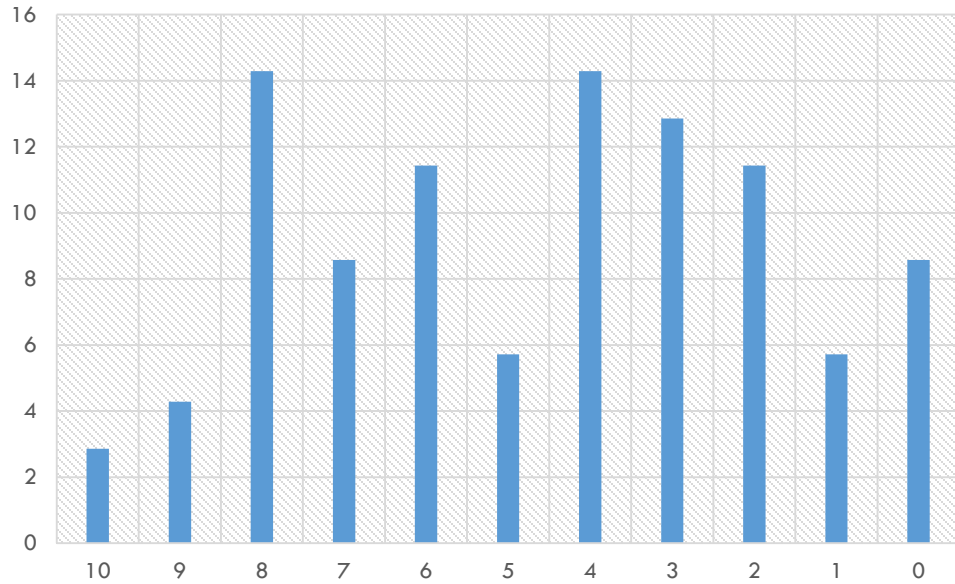
أوجدت نصوص القانون الأساسي الضمانات الكفيلة بالالتزام
بالاتفاقيات والمعاهدات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان وحياته
الأساسية في التطبيق العملي



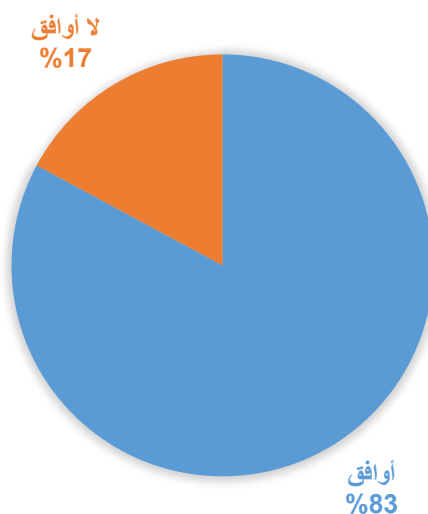
يوجد توافق ما بين القانون الأساسي والقوانين العادية في ضمان حرية الرأي والتعبير والصحافة.



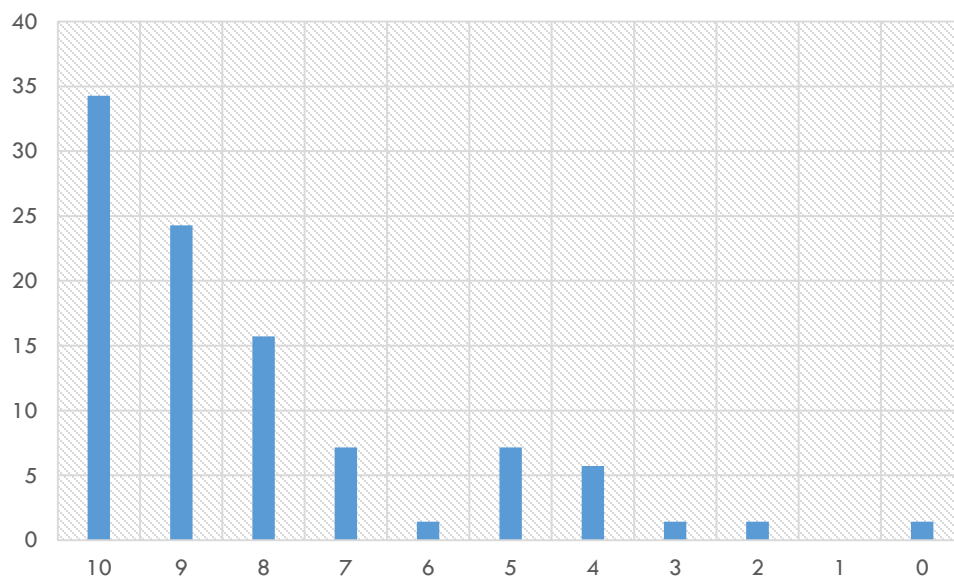
يوجد توافق ما بين القانون الأساسي والقوانين العادية في ضمان حرية الرأي والتعبير والصحافة.



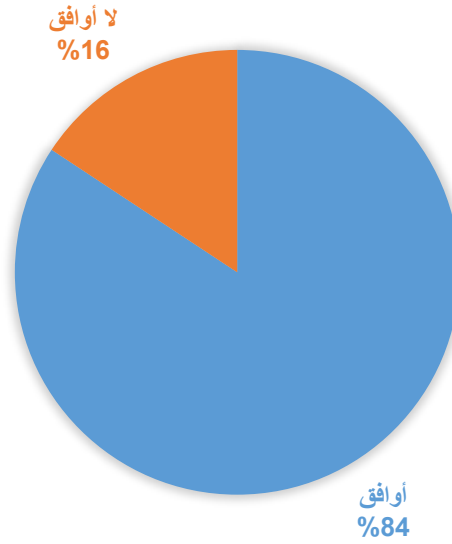
غياب الفصل بين السلطات في التطبيق العملي كان سبباً مباشراً في
تعزيز انتهاكات حقوق الإنسان وحرياته الأساسية



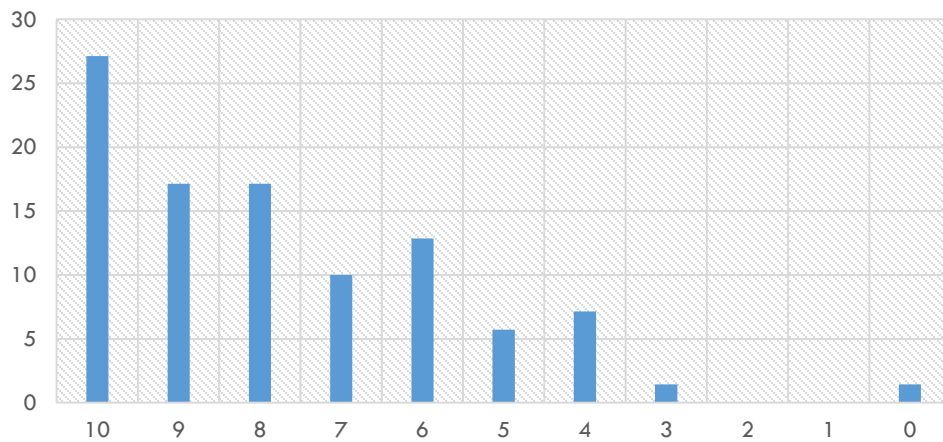
غياب الفصل بين السلطات في التطبيق العملي كان سبباً مباشراً في
تعزيز انتهاكات حقوق الإنسان وحرياته الأساسية



سياسة المشرع الدستوري في إحالة الحقوق والحريات إلى قوانين
عادية دون وضع قيود على المشرع تساهم في انتهاك تلك الحقوق
من قبل السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية



سياسة المشرع الدستوري في إحالة الحقوق والحريات إلى قوانين
عادية دون وضع قيود على المشرع تساهم في انتهاك تلك الحقوق
من قبل السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية



12-2-2. تحليل المبادئ الدستورية العامة والحقوق والحريات الأساسية

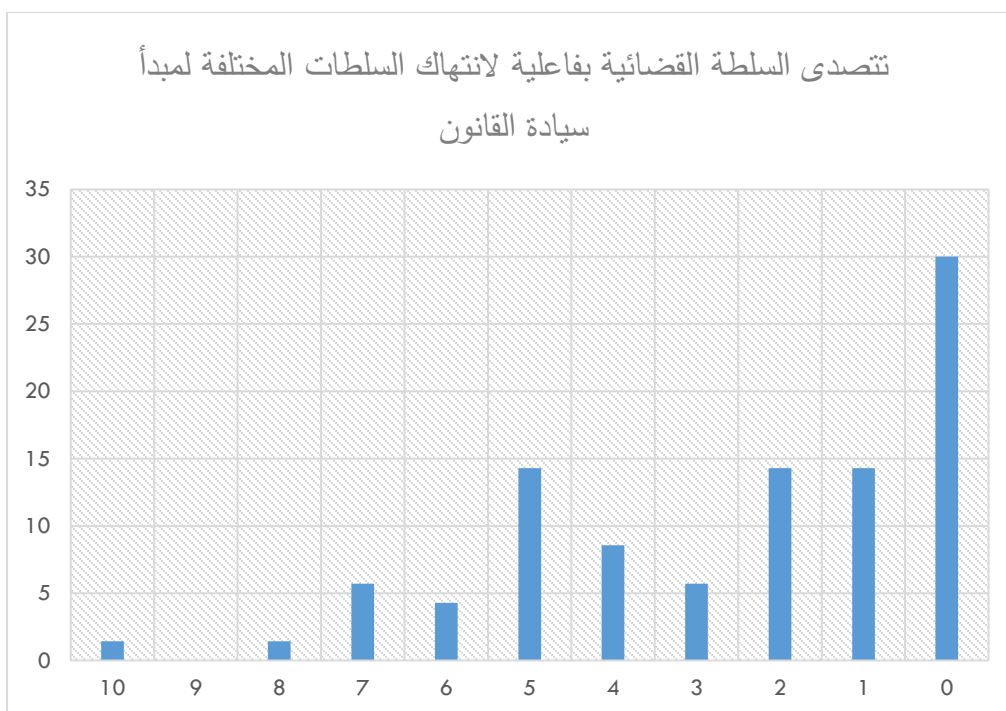
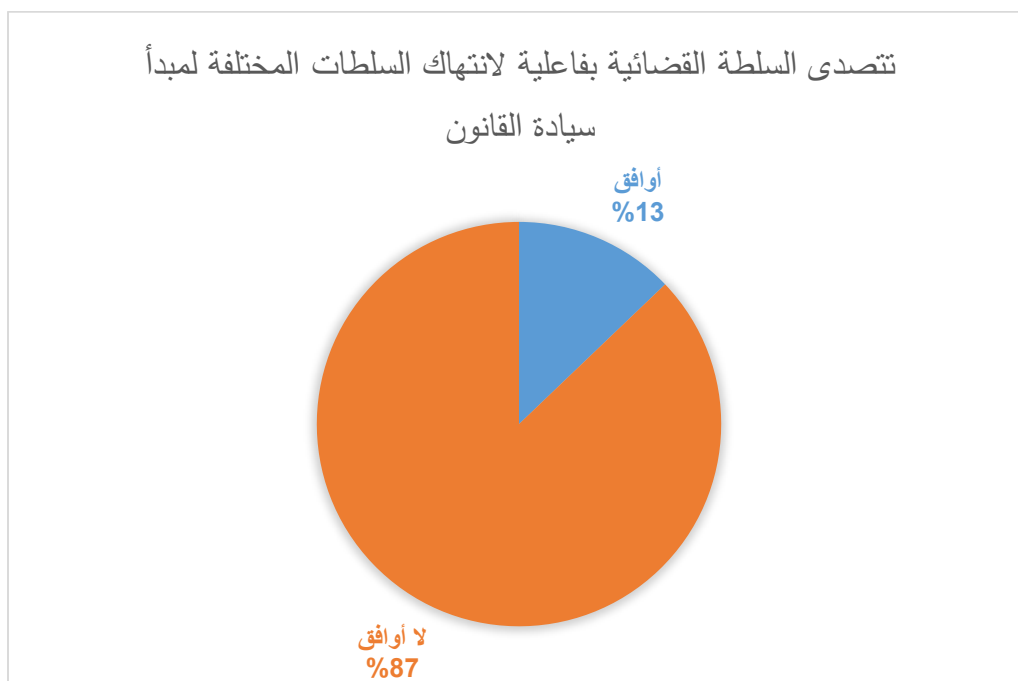
يعتبر الترابط بين المبادئ التي يقوم عليها النظام الدستوري، وحماية الحقوق والحريات الأساسية، ذات أهمية خاصة، نظراً لما يمثله من فلسفة وسياسة عامة تقوم عليها المبادئ الدستورية، وبمراجعة المؤشرات بهذا الشأن، نجد أن أكثرها خطورة هو ما يتعلق بسياسة المشرع الدستوري في إحالة تنظيم الحقوق والحريات العامة إلى القوانين العادية دون وضع قيود عليه، وما أدت إليه هذه السياسة من انتهاك للحقوق والحريات من قبل السلطات المختصة، حيث يرى (84%) أن هذه السياسة كانت سبباً في وجود هذه الانتهاكات، الأمر الذي يعنى ضرورة إعادة النظر في سياسة القانون الأساسي من هذه الناحية. كما أن ما نسبته (83%) يرون أن غياب الفصل بين السلطات في التطبيق العملي بحاجة إلى مراجعة، نظراً لما لذلك من خطورة على حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية. ويجد ما نسبته (73%) من المستطلعة آراؤهم أن السلطات العامة لا تعي أن سبب وجودها وشرعيتها ينطلق من مدى حمايتها واحترامها لحقوق المواطنين وتحقيق الرفاه لهم، وهذا يستدعى بالضرورة، التركيز على أهمية تقييم أداء السلطات بناءً على مدى احترامها لحقوق الإنسان أثناء ممارستها لوظائفها المختلفة. وأخيراً يرى (57%) أن نصوص القانون الأساسي لم توجد الضمانات الكفيلة باحترام حقوق الإنسان وفقاً لما هو وارد في الاتفاقيات الدولية في التطبيق العملي، وهذا يقتضي أيضاً إعادة النظر في نصوص القانون الأساسي من أجل تحقيق ذلك.

12-3. المؤشرات بشأن المبادئ الدستورية العامة والسلطة القضائية

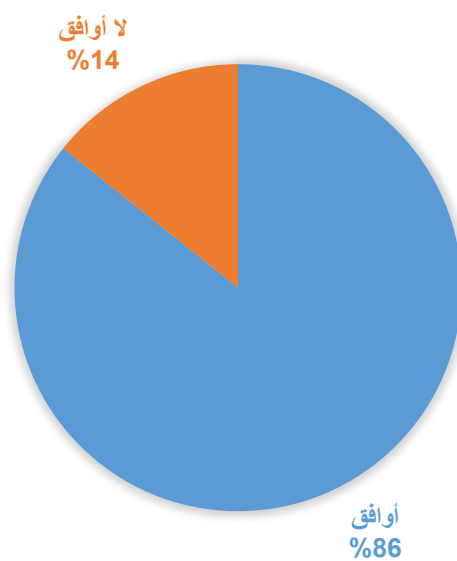
تناولت هذه المجموعة المؤشرات الفرعية التالية:

- تتصدى السلطة القضائية بفاعلية لانتهاك السلطات المختلفة لمبدأ سيادة القانون.
- غياب الفصل بين السلطات له أثر مباشر على استقلال السلطة القضائية.
- النصوص المتعلقة بالنائب العام والنيابة العامة في القانون الأساسي، كفلت للنيابة القيام بواجبها في تحريك الدعاوى الجزائية بالصورة التي تتفق مع مبدأ سيادة القانون وحماية الحقوق والحريات.
- يقوم مجلس القضاء الأعلى بدور فاعل في تعزيز استقلال القضاء.
- النصوص المتعلقة بتعيين القضاة تضمن كفاءة ونزاهة وحيدة القضاة أثناء النظر في المنازعات المعروضة عليهم
- طريقة تعيين رئيس المحكمة العليا من قبل رئيس السلطة التنفيذية تساهم في الانتقاص من استقلال السلطة القضائية.
- النصوص المتعلقة باختصاص جهات القضاء المختلفة أدت إلى حالة من الإرباك فيما يتعلق بالاختصاص ما بين القضاء الإداري والعادي من جهة، والقضاء الإداري والدستوري من جهة أخرى.

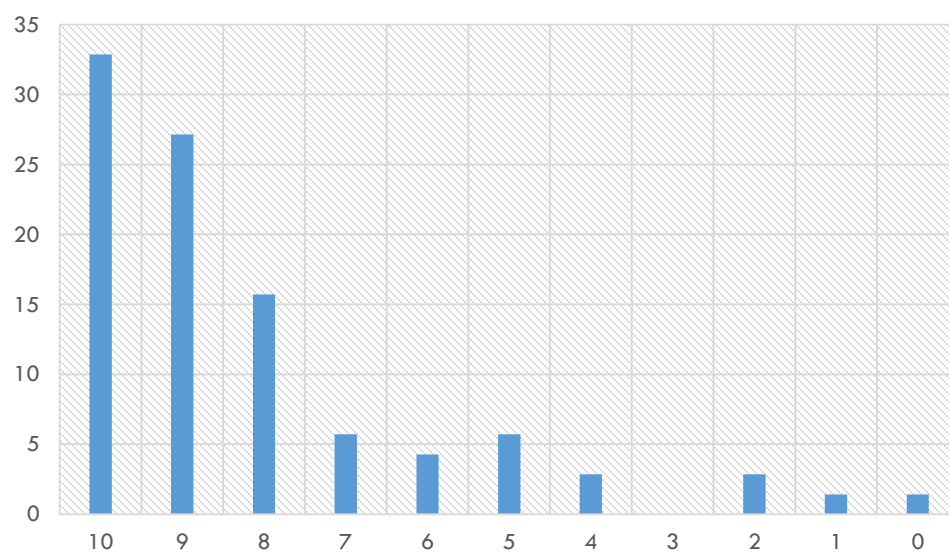
12-3-1. عرض المؤشرات بشأن المبادئ الدستورية العامة والسلطة القضائية



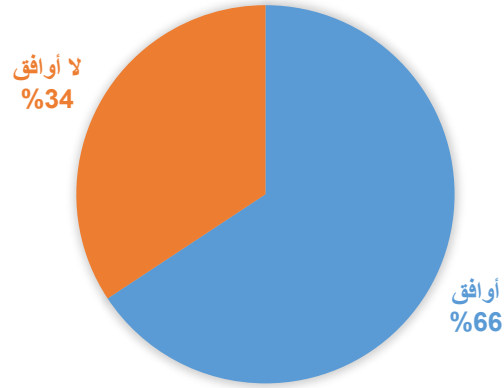
غياب الفصل بين السلطات له أثر مباشر على استقلال السلطة
القضائية



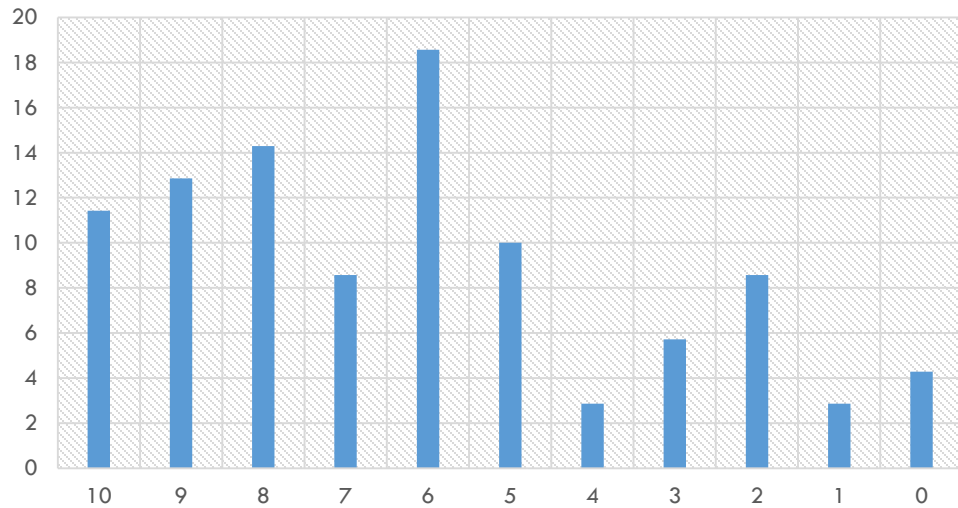
غياب الفصل بين السلطات له أثر مباشر على استقلال السلطة
القضائية



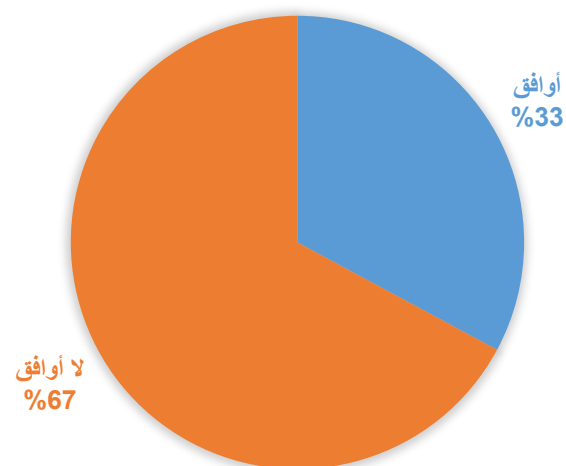
النصوص المتعلقة بالنائب العام والنيابة العامة في القانون الأساسي
كفلت للنيابة القيام بواجبها في تحريك الدعاوى الجزائية بالصورة التي
تتفق مع مبدأ سيادة القانون وحماية الحقوق والحريات



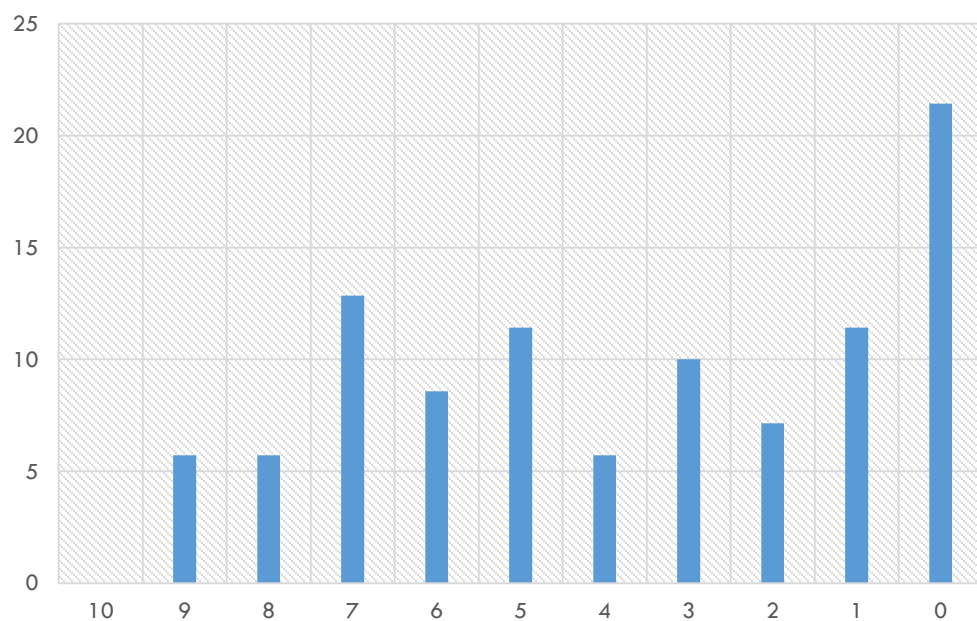
النصوص المتعلقة بالنائب العام والنيابة العامة في القانون الأساسي
كفلت للنيابة القيام بواجبها في تحريك الدعاوى الجزائية بالصورة التي
تتفق مع مبدأ سيادة القانون وحماية الحقوق والحريات



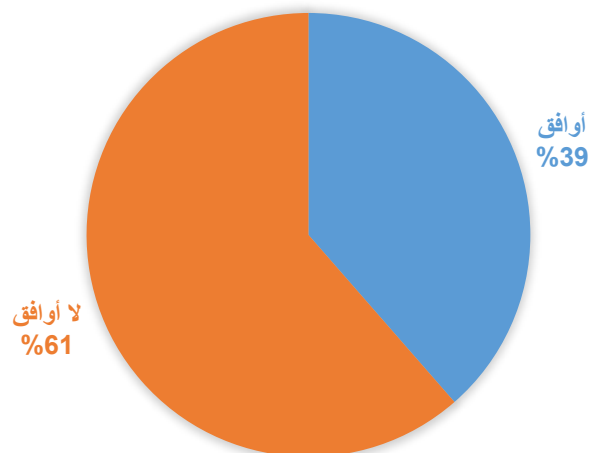
يقوم مجلس القضاء الأعلى بدور فاعل في تعزيز استقلال القضاء



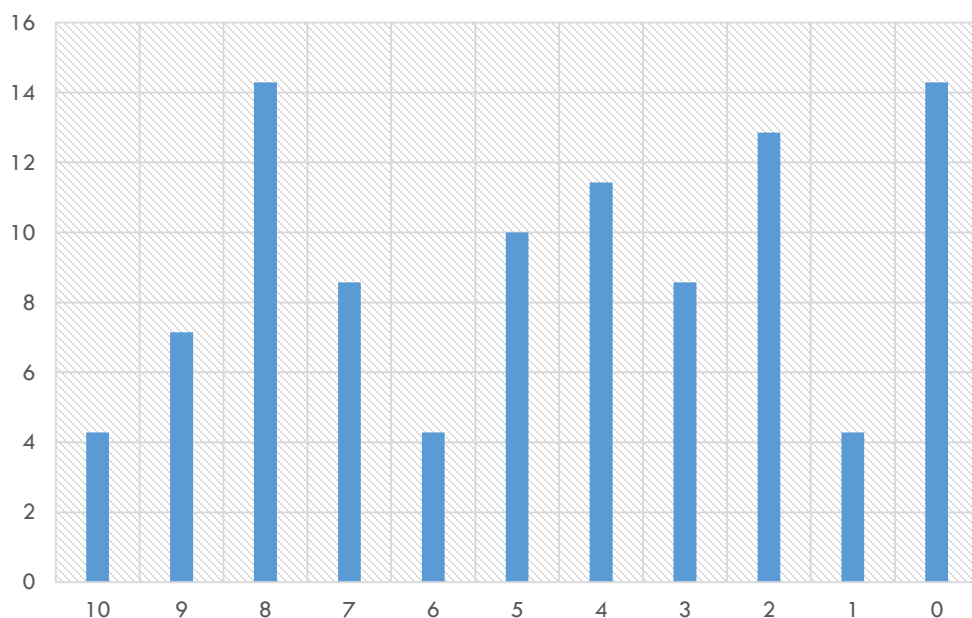
يقوم مجلس القضاء الأعلى بدور فاعل في تعزيز استقلال القضاء



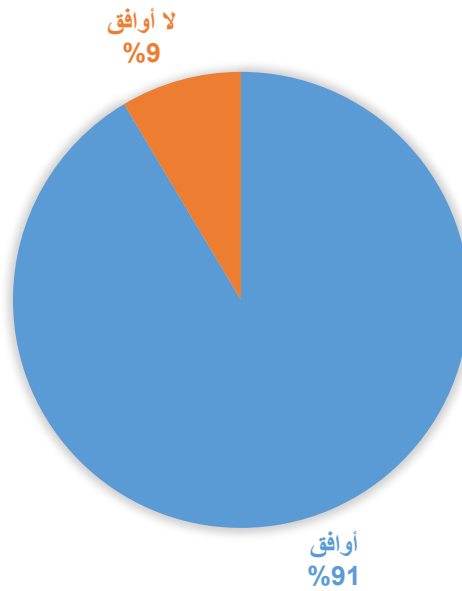
النصوص المتعلقة بتعيين القضاة تضمن كفاءة ونزاهة وحيدة القضاة
أثناء النظر في المنازعات المعروضة عليهم



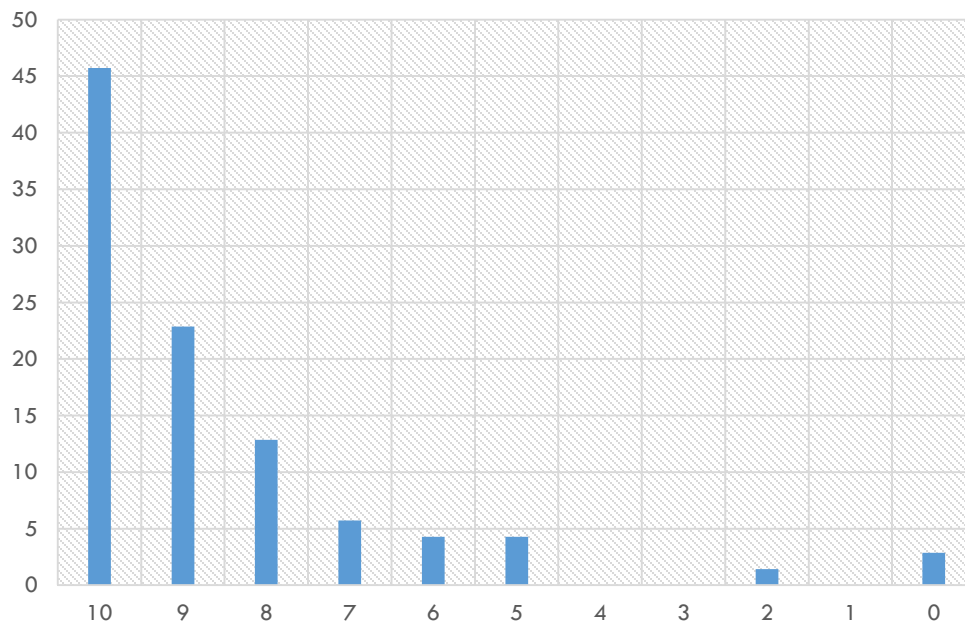
النصوص المتعلقة بتعيين القضاة تضمن كفاءة ونزاهة وحيدة القضاة
أثناء النظر في المنازعات المعروضة عليهم



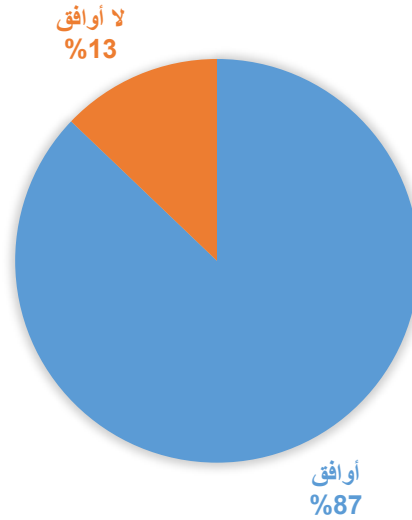
طريقة تعيين رئيس المحكمة العليا من قبل رئيس السلطة التنفيذية
تساهم في الانتقاص من استقلال السلطة القضائية



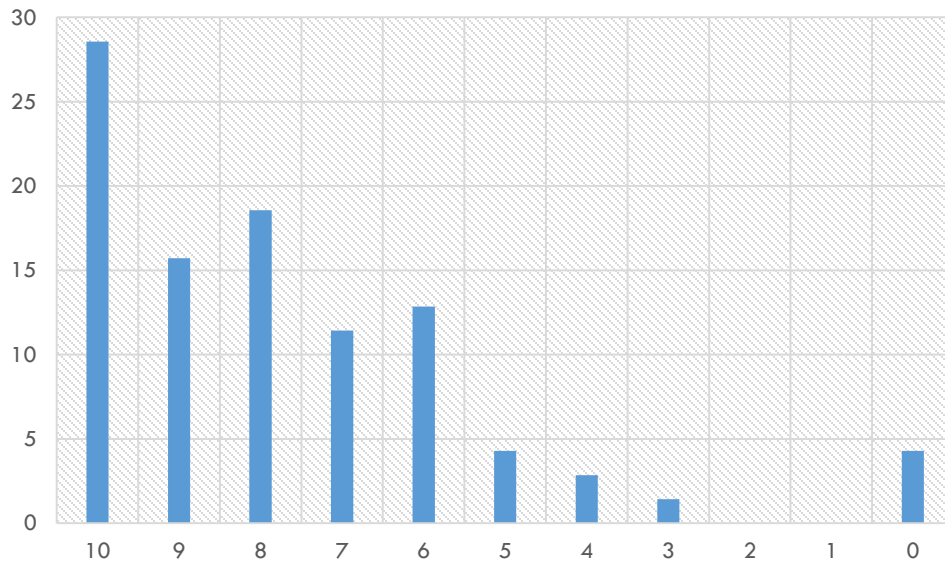
طريقة تعيين رئيس المحكمة العليا من قبل رئيس السلطة التنفيذية
تساهم في الانتقاص من استقلال السلطة القضائية



النصوص المتعلقة باختصاص جهات القضاء المختلفة أدت إلى حالة من الإرباك فيما يتعلق بالاختصاص ما بين القضاء الإداري والعادي من جهة، والقضاء الإداري والدستوري من جهة أخرى



النصوص المتعلقة باختصاص جهات القضاء المختلفة أدت إلى حالة من الإرباك فيما يتعلق بالاختصاص ما بين القضاء الإداري والعادي من جهة، والقضاء الإداري والدستوري من جهة أخرى



12-3-2. تحليل المؤشرات بشأن المبادئ الدستورية العامة والسلطة القضائية

تتناول هذه المؤشرات المبادئ الدستورية والنصوص النازمة للسلطة القضائية، بما يشمل النيابة العامة، ويعتبر المؤشر بشأن طريقة تعيين رئيس المحكمة العليا من أخطر المؤشرات ليس فقط على مستوى هذه المجموعة، بل على مستوى المؤشرات جميعها، حيث يرى ما نسبته (91%) أن طريقة تعيين رئيس المحكمة العليا رئيس السلطة القضائية من قبل رئيس السلطة التنفيذية تساهم في الانتقاص من استقلال السلطة القضائية، وهذا يتفق مع ما أشارت إليه الدراسة بشكل تفصيلي، الأمر الذي يقتضي إعطاء هذا المؤشر أهمية خاصة باعتباره المدخل الأساسي للنيل من استقلال السلطة القضائية، كما أن تعيين الرؤساء المتعاقبون للسلطة القضائية من قبل الرئيس بصورة مخالفة للقانون، قد أدى بالإضافة إلى المساس باستقلال السلطة القضائية، إلى إثارة التساؤل حول شرعية رئيس هذه السلطة باعتبار أن مصدرها هي السلطة التنفيذية، وليس القانون بالرغم من حاجة القانون للمراجعة وفق ما أشارت إليه درجة خطورة المؤشر.

ولاحقاً للمؤشر بشأن طريقة تعيين رئيس السلطة القضائية، يأتي المؤشر بشأن النصوص المتعلقة باختصاص جهات القضاء المختلفة حيث يرى ما نسبته (87%) أن هذه النصوص قد خلقت حالة من الإرباك، ونتج عن هذه الحالة عدم معرفة الجهة القضائية المختصة بالنظر في المنازعات الدستورية، وبخاصة تلك المتعلقة بانتهاكات حقوق الإنسان، وهذا يقتضي إعادة النظر في هذه النصوص باعتبارها مدخل رئيسي لتفعيل الرقابة القضائية كأساس من أسس الدولة الديمقراطية الحديثة.

كما يوجد تقارب في خطورة المؤشرات السابقة ودور السلطة القضائية في التصدي لانتهاكات مبدأ سيادة القانون، حيث يرى ما نسبته (87%) أن السلطة القضائية لا تتصدى بفاعلية لانتهاك السلطات المختلفة لمبدأ سيادة القانون، وهذا يشير إلى ضرورة مراجعة النصوص المتعلقة بدور السلطة القضائية في هذا الشأن، تعزيزاً لمبدأ سيادة القانون والتزام السلطات المختلفة به.

كما يرى ما نسبته (86%) أنه كان لغياب مبدأ الفصل بين السلطات أثر مباشر على استقلال السلطة القضائية، وهذا يوجب إعادة النظر في العلاقة بين السلطات، وبخاصة في علاقاتها بالسلطة القضائية، نظراً لحساسية هذه السلطة باعتبارها الجهة المكلفة بمراقبة أداء السلطات المختلفة والحكم بشأن مدى التزامها بنصوص الدستور وصور وحماية حقوق المواطنين. ولهذا، فإن إعادة النظر في علاقاتها مع السلطات المختلفة، وبخاصة السلطة التنفيذية بما يحقق استقلالها عنها، يمثل ضرورة أساسية من أجل بناء نظام دستوري ديمقراطي سليم.

أما المؤشر المتعلق بدور مجلس القضاء الأعلى في تعزيز استقلال القضاء فيرى ما نسبته (67%) أن مجلس القضاء الأعلى لا يقوم بدور فاعل في هذا الإطار وهو ما يقتضي إعادة النظر في هذا الدور من خلال مراجعة النصوص النازمة له سعياً نحو تعزيز دوره في حماية استقلال القضاء، كما أن ما نسبته (61%) يرون أن النصوص النازمة لطريقة اختيار وتعيين القضاء لا تضمن كفاءتهم وحيادهم ونزاهتهم أثناء نظرهم في النزاعات المعروضة عليهم وهو ما يقتضي إعادة النظر في هذه النصوص من أجل تعزيز مبادئ الكفاءة والنزاهة والحياد. وأخيراً فإن المؤشر بشأن

النصوص المتعلقة بالنيابة العامة والنائب العام جاءت في أقل درجة حيث يرى ما مجموعه (34%) أن هذه النصوص بحاجة إلى مراجعة من أجل ضمان قيام النيابة العامة بواجبها في تحريك الدعاوى الجزائية بالصورة التي تتفق مع مبدأ سيادة القانون وحماية الحقوق والحريات.

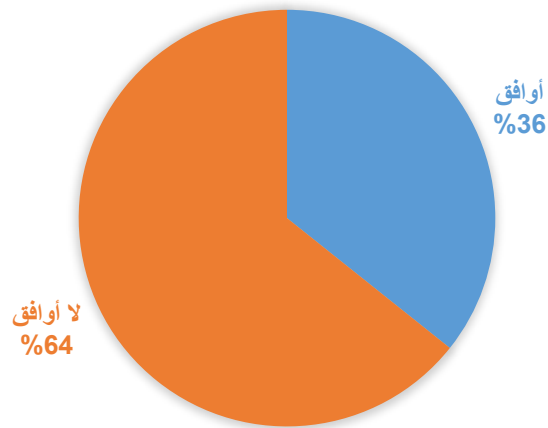
12-4. المؤشرات بشأن السلطة القضائية والحقوق والحريات الأساسية

تناولت هذه المجموعة المؤشرات الفرعية الآتية:

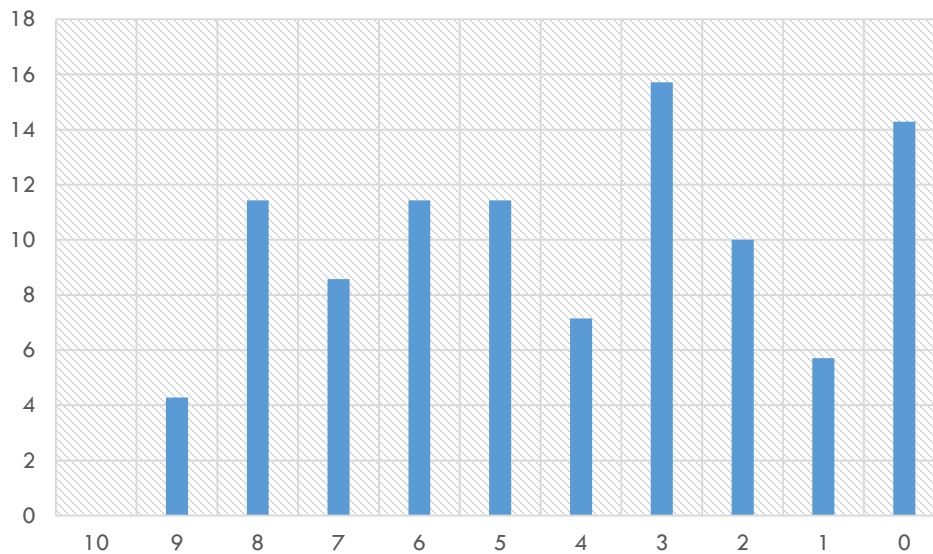
- تحقق نتيجة الحكم الصادر عن المحاكم الإنصاف القائم على رفع الانتهاك ومساءلة المنتهك والتعويض.
- تقوم السلطة القضائية بدور فعال في حماية الحقوق والحريات الأساسية.
- نظام العدالة الجنائية بما يشمل الأجهزة الأمنية والشرطة والنيابة والقضاء يراعي ضمانات المحاكمة العادلة خلال إجراءات التحقيق والمحاكمة.
- نصوص القانون الأساسي الحالية في مجالات حقوق الإنسان والسلطة القضائية بحاجة إلى مراجعة لتعزيز دور السلطة القضائية في حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

12-4-1. عرض المؤشرات بشأن السلطة القضائية والحقوق والحريات الأساسية

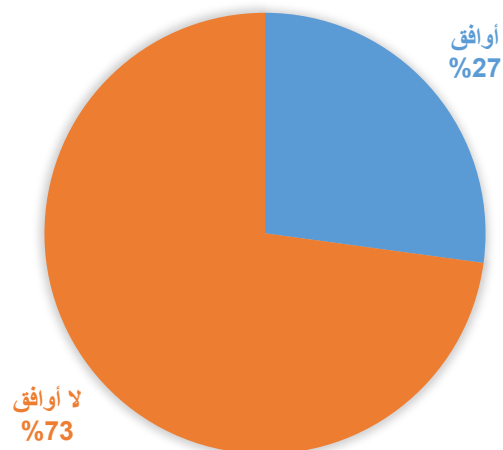
تحقق نتيجة الحكم الصادر عن المحاكم الإنصاف القائم على رفع الانتهاك ومساءلة المنتهك والتعويض



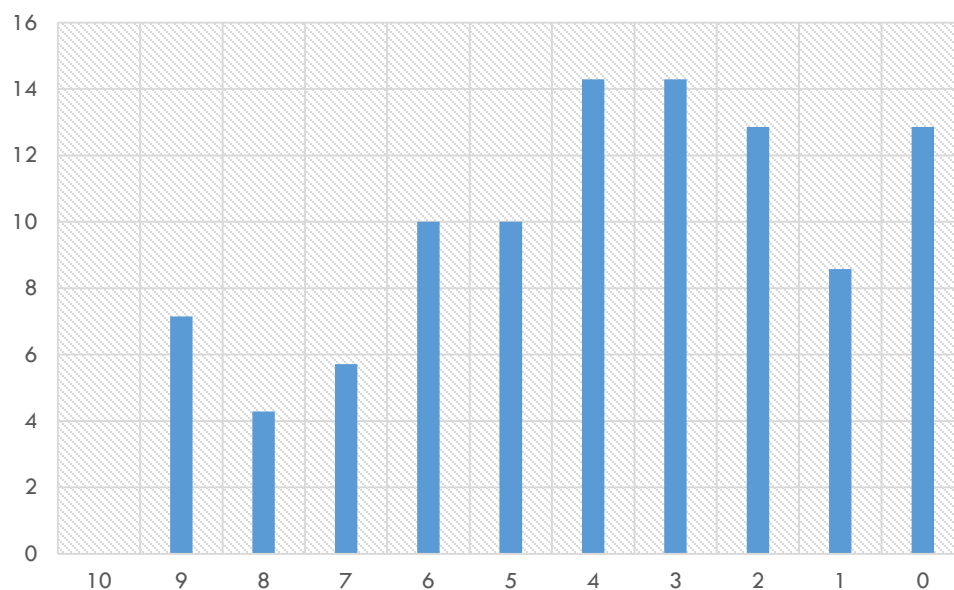
تحقق نتيجة الحكم الصادر عن المحاكم الإنصاف القائم على رفع الانتهاك ومساءلة المنتهك والتعويض



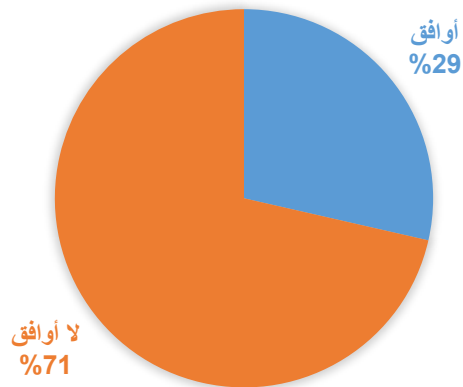
تقوم السلطة القضائية بدور فعال في حماية الحقوق والحريات الأساسية



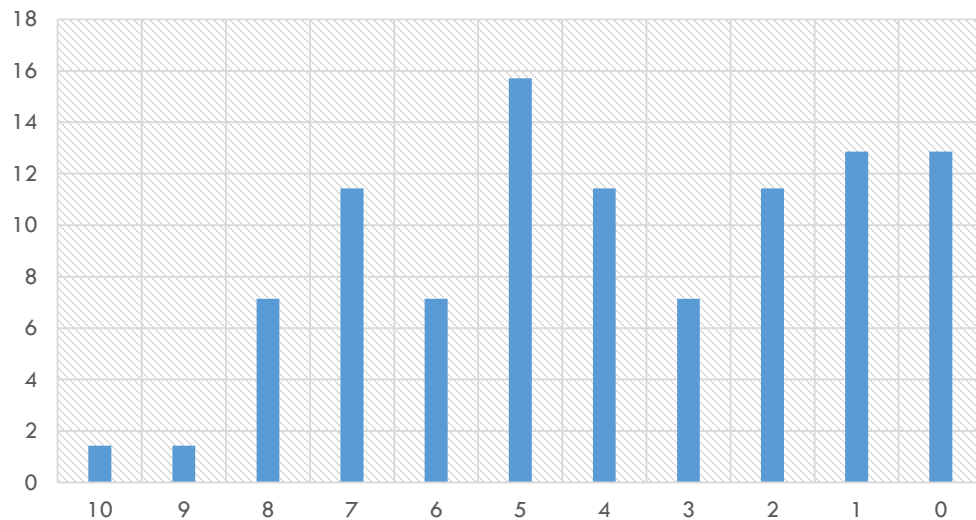
تقوم السلطة القضائية بدور فعال في حماية الحقوق والحريات الأساسية



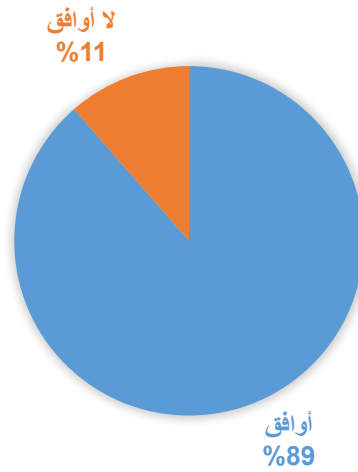
نظام العدالة الجنائية بما يشمل الأجهزة الأمنية والشرطة والنيابة
والقضاء يراعي ضمانات المحاكمة العادلة خلال إجراءات التحقيق
والمحاكمة



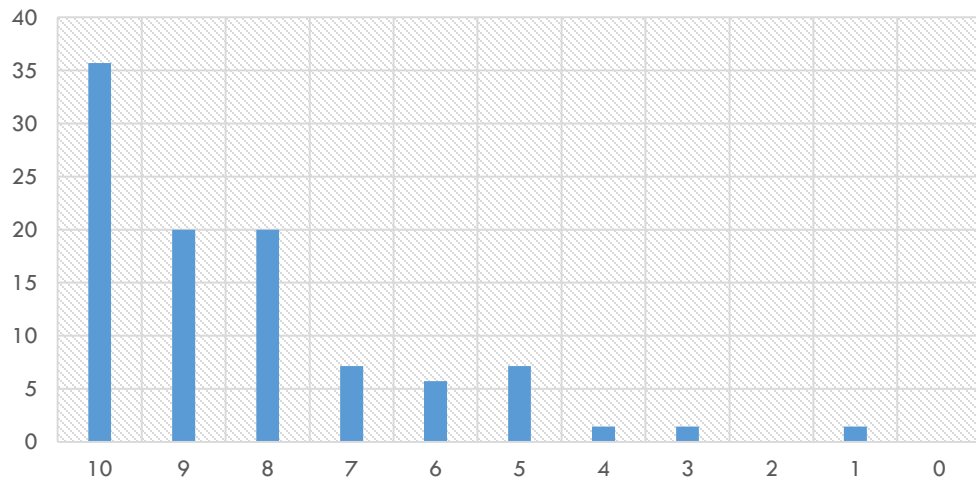
نظام العدالة الجنائية بما يشمل الأجهزة الأمنية والشرطة والنيابة
والقضاء يراعي ضمانات المحاكمة العادلة خلال إجراءات التحقيق
والمحاكمة



نصوص القانون الأساسي الحالية في مجالات حقوق الإنسان والسلطة القضائية بحاجة إلى مراجعة لتعزيز دور السلطة القضائية في حماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية



نصوص القانون الأساسي الحالية في مجالات حقوق الإنسان والسلطة القضائية بحاجة إلى مراجعة لتعزيز دور السلطة القضائية في حماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية



12-4-2. تحليل المؤشرات بشأن السلطة القضائية والحقوق والحريات الأساسية

تناولت المؤشرات بشأن السلطة القضائية والحقوق والحريات الأساسية، دور السلطة القضائية كضمان أساسي من ضمانات حقوق الإنسان، وفي هذا الإطار يرى ما نسبته (89%) أن نصوص القانون الأساسي الحالية بشأن دور السلطة القضائية في حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية بحاجة إلى مراجعة من أجل تعزيز هذا الدور، وهذا المؤشر يعتبر من أخطر المؤشرات في هذه المجموعة بما يعني ضرورة الوقوف عليه بصورة جدية من أجل ضمان قيام السلطة القضائية بهذا الدور بصورة فاعلة. وكنتيجة لعدم فاعلية نصوص القانون الأساسي بهذا الشأن يرى ما نسبته (73%) أن السلطة القضائية لا تقوم بدور فاعل في حماية الحقوق والحريات الأساسية في الواقع العملي، كما أن (71%) يرون أن نظام العدالة الجنائية بما يشمل الأجهزة الأمنية والشرطة والنيابة والقضاء لا يحقق ضمانات المحاكمة العادلة خلال إجراءات التحقيق والمحاكمة، وهو ما يقتضي مراجعة النصوص في هذا الشأن من أجل توفير كافة ضمانات المحاكمة العادلة. وأخيراً يرى (64%) من المستطلعة آراؤهم أن نتيجة الحكم الصادر عن المحاكم لا تحقق الإنصاف القائم على رفع الانتهاك ومساءلة المنتهك والتعويض، وهذا ما يقتضي أيضاً إعادة النظر في النصوص النازمة لقواعد الإنصاف في الحكم القضائي والتأكيد على أهمية القضاء الكامل في تحقيق العدالة في المسائل المتعلقة بانتهاك حقوق الإنسان من قبل السلطات المختلفة.

12-5. قراءة في المؤشرات بشكل عام

بالبناء على ما قدمته هذه الدراسة من إطار نظري ونصي وواقعي للمبادئ الدستورية العامة والنصوص النازمة للسلطة القضائية والحقوق والحريات الأساسية، بالإضافة إلى عرض وتحليل المؤشرات بشأن مدى توافق هذه الدراسة مع توجهات قطاع العدالة بضرورة إجراء مراجعة، وبخاصة أنها استهدفت عينة يفترض أن يكون لها دور عند صياغة دستور جديد. فإننا نجد أن ثمة ما يعزز من توجهات الدراسة بشكل كبير جداً، وما يدعم ذلك أن معظم الموضوعات التي تناولتها الدراسة تتوافق مع المؤشرات بشأن رؤى أطراف قطاع العدالة، وهو ما يقتضي بدوره مراجعة المبادئ الدستورية والنصوص النازمة للحقوق والحريات الأساسية والسلطة القضائية من أجل ضمان توافقها مع مبادئ النظام الدستوري الديمقراطي باعتباره أساس وجود الدولة الحديثة التي تقوم على أساس شرعي من حماية لحقوق وحريات مواطنيها وتحقيق الرفاه العام.

13. قائمة المراجع

1-13. بالعربية

1-1-13. الكتب

1. أحمد مبارك الخالدي، الأسس الدستورية للنظام السياسي الفلسطيني، بدون دار نشر: بدون مكان نشر، بدون تاريخ نشر.
2. سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة القضائية، الإسكندرية: منشأة المعارف، بدون تاريخ نشر.
3. سليمان الطماوي، دروس في القضاء الإداري، دار الفكر العربي: القاهرة، بدون تاريخ نشر.
4. عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية: بيروت، 2001.
5. عيسى بيرم، الحريات العامة وحقوق الإنسان بين النص والواقع، دار المنهل اللبناني: بيروت، 1998.
6. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، ط 2، دار المؤلف: بيروت، 1999.
7. فتحي الوحيددي، التطورات الدستورية في فلسطين مع شرح المبادئ الدستورية العامة، بدون دار نشر: غزة، 2004.
8. محمد شريف بسيوني، محمد سعيد الدقان، حقوق الإنسان: دراسات تطبيقية عن العالم العربي، مجلد (3)، دار العلم للملايين: بيروت، تشرين ثاني 1989.
9. محمد يوسف علوان، محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان: الحقوق المحمية، ج 2، ط 4، دار الثقافة: عمان، 2014.
10. المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، الجديد في القضاء الإداري والدستوري الفلسطيني، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة": رام الله، حزيران 2004.
11. نادر عزت سعيد، عبد الكريم البرغوثي وآخرون (محررون)، الدستور الفلسطيني ومتطلبات التنمية البشرية "أبحاث وأوراق عمل"، برنامج دراسات التنمية، جامعة بيرزيت: رام الله، أيار 2004.
12. نعمان الخطيب، الوجيز في النظم السياسية، دار الثقافة: عمان، 1999.
13. يوسف قزما خوري، الدساتير في العالم العربي: نصوص وتعديلات 1839-1987، دار الحمراء: بيروت، 1988.

13-1-2. الدوريات العلمية والمجلات

1. أحمد الخالدي، معوقات استقلال السلطة القضائية الفلسطينية: دراسة مقارنة في ظل التشريعات الفلسطينية (1994-1998)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث "العلوم الإنسانية" (كلية الدراسات العليا: جامعة النجاح)، نابلس، المجلد (16)، العدد (2)، 2002.

2. أحمد العزي النقشبندى، سمو النصوص الدستورية: دراسة مقارنة، **مجلة النهضة**، مصر، المجلد (13)، العدد (2)، نيسان 2012.
3. تيسير الحوراني، اعتراف البرلمانات الأوروبية والحراك السياسي الفلسطيني، **مجلة المجلس** (المجلس الوطني الفلسطيني: منظمة التحرير الفلسطينية)، رام الله، السنة (11)، العدد (50)، كانون ثاني 2015.
4. رشا خليل، الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان، **مجلة ديالى للبحوث الإنسانية**، (جامعة ديالى: ديالى)، العراق، الإصدار (88)، 2008.
5. زكريا السرهدي، انعكاس الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مشروع الدستور الفلسطيني: الحقوق والحريات والواجبات العامة، **مجلة تسامح** (مركز رام الله لدراسات حقوق الإنسان)، رام الله، المجلد (8)، العدد (29)، 2010.
6. غسان خالد، سمو القواعد الدستورية وحالات من عدم الانسجام التشريعي دستورياً في فلسطين، **مجلة الحقوق** (كلية الحقوق: جامعة الكويت)، الكويت، المجلد (37)، العدد (4)، 2013.
7. فتحي فكري، "إرهاصات دستورية" قراءة في دساتير بعض الدول المتحولة إلى الديمقراطية، **مجلة العدالة والقانون** (المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة")، رام الله، العدد (17)، كانون ثاني 2012.
8. فنست لومير، الصراع على المياه في أوطاس سنة 1925، **حوليات القدس** (مؤسسة الدراسات الفلسطينية)، رام الله، العدد (12)، شتاء 2011.
9. المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، أحكام المحاكم أولى بالتطبيق، **عين على العدالة** (المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة")، رام الله، العدد (11)، كانون أول 2010.
10. مها بهجت يونس، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في دستور جمهورية العراق لسنة 2005، **مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية**، (جامعة الكوفة: الكوفة)، العراق، مجلد (1)، العدد (1)، 2009.
11. نافع الحسن، الوضوح والغموض في النظام الدستوري والقانون الأساسي الفلسطيني، **مجلة جامعة القدس المفتوحة للدراسات والأبحاث**، (جامعة القدس المفتوحة)، فلسطين، المجلد (1)، العدد (25)، أيلول 2011.

3-1-13. الرسائل الجامعية

- حسني فلاح فارس دقة، العوامل السياسية التي واكبت عملية تحضير الدستور الفلسطيني، رسالة ماجستير (غير منشورة)، برنامج الديمقراطية وحقوق الإنسان، كلية الدراسات العليا، جامعة بيرزيت، 2009.

4-1-13. الأبحاث والتقارير المنشورة

1. أحمد الأشقر، الحماية القضائية للحقوق والحريات العامة في فلسطين: تطبيقات قضائية، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان: رام الله، 2013.

2. الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة "أمان"، صراع الصلاحيات وغياب المسؤوليات، أوراق عمل وتوصيات المؤتمر بشأن الفصل بين السلطات، مؤتمر أمان السنوي الثالث، رام الله - غزة، الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة: رام الله، آذار 2007.
3. حسين أبو هنود، محاكم العدل العليا الفلسطينية: التطورات، والإشكاليات، والأداء في مجال الحقوق والحريات، سلسلة التقارير القانونية (13)، الهيئة المستقلة لحقوق المواطن: رام الله، تشرين أول 1999.
4. دزيدك كيدزيا، روبرت هاویندر، الدليل الإرشادي عن حقوق الإنسان ووضع الدستور، ترجمة ناديا عبد العظيم، المفوضية السامية لحقوق الإنسان - الأمم المتحدة ومركز العقد الاجتماعي: جنيف والقاهرة، بدون تاريخ نشر.
5. رائدة قنديل، النزاهة والشفافية في إجراءات تعيين المناصب العليا في السلطة الوطنية الفلسطينية، سلسلة تقارير رقم (43)، الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة "أمان": رام الله، 2011.
6. ريتشارد ستايسي، سوجيت شودري، المعايير الدولية بشأن استقلال القضاء، المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية: برلين، أيلول 2013.
7. ريم البطمة، المعاهدات الدولية والقانون الوطني: دراسة مقارنة للعلاقة ما بين المعاهدات الدولية والقانون الوطني وآليات توطيئها، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة": رام الله، كانون أول 2014.
8. سوجيت شودري، ريتشارد ستايسي، وآخرون، النظام شبه الرئاسي كوسيلة لتقاسم السلطة: الإصلاح الدستوري بعد الربيع العربي، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات: السويد، 2014.
9. عصام عابدين، سير العملية الدستورية وكيفية بناء الدستور الفلسطيني، المركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية: رام الله، حزيران 2004.
10. فاتح سمير عزام، حقوق الإنسان السياسية والممارسة الديمقراطية، سلسلة ركائز الديمقراطية، مواطن المؤسسة الفلسطينية لدراسة الديمقراطية: رام الله، أيار 1995.
11. فاتح سمير عزام، ضمانات الحقوق المدنية والسياسية في الدساتير العربية: دراسة مقارنة، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان: القاهرة، 1995.
12. محمد الخضر، تنفيذ الأحكام القضائية و ضمانات حسن سير العدالة، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة": رام الله، كانون أول 2014.
13. محمد فوزي الخضر، القضاء والإعلام: حرية التعبير بين النظرية والتطبيق: دراسة مقارنة، المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية "مدى": رام الله، 2012.
14. محمد هلال، نظام الحكم في الدساتير المقارنة وفي الدستور المصري، في المحاور العملية للبناء الدستوري: دراسة مقارنة، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات: السويد، 2012.
15. مصطفى عبد الباقي، محمد الخضر، دليل صياغة التشريعات الثانوية، معهد الحقوق - جامعة بيرزيت: رام الله، 2004.

16. معن ادعيس، الاختصاص التشريعي للسلطة التنفيذية في السلطة الوطنية الفلسطينية: النظرية والتطبيق، الجمعية الفلسطينية لحماية حقوق الإنسان والبيئة (القانون): القدس، 2000.
17. المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، القيود القانونية على الحقوق المدنية والسياسية، المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية: برلين، تشرين أول 2012.
18. المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، أنظمة الحكم: النظام شبه الرئاسي نموذجاً، المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية: برلين، آذار 2012.
19. المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، تقرير المدرسة الدستورية الجديدة: الشكل الجديد للمسار التأسيسي، المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية: برلين، تشرين ثاني 2012.
20. المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، المحاور الرئيسية في العملية الدستورية الليبية، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات: السويد، 2014.
21. المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، المحاور الرئيسية في العملية الدستورية الليبية، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات: السويد، 2014.
22. ناصر الرئيس، عدم مشروعية محاكمة المدنيين الفلسطينيين أمام القضاء العسكري، مؤسسة الحق: رام الله، 2011.
23. نرجس طاهر، دنيا بن رمضان، ورقة نقاش صياغة مشروع الدستور: تجارب مقارنة ودروس مستفادة، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات: السويد، حزيران 2013.
24. ياش غاي، جل كوترل، إعلان الألفية والحقوق والداستير، صندوق الأمم المتحدة الإنمائي UNDP: نيروبي، 2010.

13-1-5. ورشات عمل وندوات

1. توماس ماركيت، منع الدكتاتورية: الضمانات الدستورية ضد إعادة انتاج السلطوية، ورقة مقدمة لورشة عمل بعنوان الإصلاح الدستوري في العالم العربي، 2 تشرين ثاني 2011، المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية: برلين، تموز 2011.
2. هيثم الزعبي، التطور الدستوري والقانون الأساسي الحالي وانعكاساته على الواقع في فلسطين، ورقة غير منشورة قدمت في ندوة الإطار والتنظيم الدستوري في فلسطين في 2002/1/21، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت: رام الله، 2002.

13-1-6. أوراق غير منشورة

- أنيس القاسم، سيادة القانون والقضاء، ورقة غير منشورة.

13-1-7. أوراق قيد النشر

- محمد الخضر، السلطة التنفيذية ومبدأ سيادة القانون: أثر الانقسام على مبدأ سيادة القانون، في الحقوق السياسية في فلسطين "بين سندان التشريع ومطرقة الانقسام وآفاق المصالحة"، سلسلة القانون والسياسة رقم (3)، معهد الحقوق - جامعة بيرزيت: رام الله، 2015. (قيد النشر)

13-1-8. شبكة الانترنت

1. إبراهيم دودين، أزمة النقابات ومذبحة القضاء، وكالة وطن للإنباء، على الرابط الآتي: <http://www.wattan.tv/ar/news/113036.html>، تاريخ الاسترداد: 2015/3/10
2. أحمد أبو دية، جهاد حرب، الفصل المتوازن بين السلطات في النظام السياسي الفلسطيني: السلطة التشريعية، الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة "أمان": رام الله، بدون تاريخ نشر، على الرابط الآتي: <http://www.aman-palestine.org/ar/reports-and-studies/776.html>، تاريخ الاسترداد: 2015/2/22
3. اسماء الاتفاقيات الدولية التي قرر الرئيس انضمام فلسطين لها، الحياة برس، على الرابط الآتي: <http://www.alhayatp.net/?p=27223>، تاريخ الاسترداد: 2015/3/15
4. بيان توضيحي صادر عن المركز الإعلامي القضائي، الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى، على الرابط الآتي: http://www.courts.gov.ps/details_ar.aspx?id=t5LqnHa4828242969at5LqnH، تاريخ الاسترداد: 2015/2/25
5. التقارير السنوية للهيئة المستقلة لحقوق الإنسان عن حالة حقوق الإنسان الفلسطيني، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، على الرابط الآتي: <http://www.ichr.ps/ar/1/6>
6. الزعنون: لجنة الدستور ستعقد قريباً بمشاركة حماس والجهاد الإسلامي، وكالة أنباء فلسطين المستقلة "سوا"، على الرابط الآتي: <http://palsawa.com/post/715/>، تاريخ الاسترداد: 2015/2/18
7. علي دراغمة، السيد الرئيس: اقرأ مشروع قانون المحافظين، هناك صيد ثمين، وكالة وطن للإنباء على الرابط الآتي: <http://www.wattan.tv/ar/news/120288.html>، تاريخ الاسترداد: 2015/2/25
8. مساواة تطالب بالغاء تعاميم رئيس مجلس القضاء الاعلى لمخالفتها القانون، دنيا الوطن، على الرابط الآتي: <http://www.alwatanvoice.com/arabic/news/2015/02/18/664706.html>، تاريخ الاسترداد: 2015/2/25
9. المفكرة القانونية، باسم الشعب العربي الفلسطيني تعليق على قرار قضائي بإبطال العمل بأوسلو وعلى قرار فوري بنقل القاضي الذي أصدره، مقال منشور على موقع الالكتروني لمدينة المفكرة القانونية، على الرابط الآتي: <http://www.legal-agenda.com/print.php?id=993&folder=articles&lang=arK>، تاريخ الاسترداد: 2015/3/1

10. الموقع الإلكتروني constitute دساتير العالم في متناول يديك، للبحث فيها وقراءتها ومقارنتها، على الرابط الآتي: <https://www.constituteproject.org/?lang=ar>
11. الموقع الإلكتروني للمجلس الوطني الفلسطيني لمنظمة التحرير الفلسطينية على الرابط الآتي: <http://www.palestinepnc.org>
12. الموقع الإلكتروني للمركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية في رام الله، على الرابط الآتي: <http://www.pcpsr.org/ar/node/276>
13. يوسف كامل إبراهيم، التحول الديموقراطي القسري في فلسطين، الموقع الإلكتروني لمركز المعلومات الوطني، على الرابط الآتي: <http://www.wafainfo.ps/atemplate.aspx?id=3269>، تاريخ الاسترداد: 2015/2/15.

13-2. In English

13-2-1. Books and research

1. Benvindo, Juliano Zaiden, and Juliano Zaiden Towards a conception of limited rationality in constitutional adjudication Benvindo. On the Limits of Constitutional Adjudication : Deconstructing Balancing and Judicial Activism, Heidelberg [Germany] ; New York : Springer, 2010.
2. Brown, Nathan J. Palestinian Politics After the Oslo Accords, Univ of California Press, 2003
3. Dahl, Robert Alan, Ian Shapiro, and Jose Antonio Cheibub. "The Democracy Sourcebook," August 7, 2003.
4. Elgie, Robert. Semi-Presidentialism, Oxford University Press, USA, 2011.
5. Elliott, Mark. The Constitutional Foundations of Judicial Review, Hart Publishing, 2001.
6. Fleiner, Thomas, and Lidija Basta Fleiner. Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalised World, Berlin, Heidelberg: Springer Science & Business Media, 2009.
7. GINSBURG, TOM. Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases, Cambridge University Press, 2003.
8. Huscroft, Grant, Bradley W Miller, and Gregoire Webber. Proportionality and the Rule of Law, Cambridge University Press, 2014.
9. Mahler, S.Gergory. Constitutionalism and Palestinian Constitutional Development. Jerusalem: Passia, 1996.

10. Menéndez, Agustín J, and Erik O Eriksen. *Arguing Fundamental Rights*, Springer, 2006.
11. Milhem, Feras. *The Origins and Evolution of the Palestinian Sources of Law*, (Ph.D.Virje Universiteit Brussel) 2004.
12. Mueller, Dennis C. *Constitutional Democracy*, Oxford University Press, USA, 2000.
13. Petersen, Niels. "Proportionality and the Incommensurability Challenge – Some Lessons from the South African Constitutional Court." NELLCO Legal Scholarship Repository, January 3, 2013.
14. Sharīf, ‘Ādil ‘Umar, Nathan J Brown, and United Nations Development Programme. *Judicial Independence in the Arab World*, 2002.
15. Tushnet, Mark. *Weak Courts, Strong Rights, Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2009.
16. Zurn, Christopher F 1966. *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge, UK ; New York : Cambridge University Press, 2007.

13–2–2.From the internet

1. Rosenfeld, Michel. "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy." WwW–Bcf.Usc.Edu. Accessed December 15, 2012. <http://www-bcf.usc.edu/~usclev/pdf/074503.pdf>.
2. Stacey, Richard, and Sujit Choudhry. "Semi–Presidential Government in the Post–Authoritarian Context." Constitutionaltransitions.org. Accessed March 23, 2015.
3. "Makwanyane and Another (CCT3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6 June 1995)." Safflii.org. Accessed March 24, 2015. <http://www.safflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html>.
4. "Bhulwana, v Gwadiso (CCT12/95, CCT11/95) [1995] ZACC 11; 1996 (1) SA 388; 1995 (12) BCLR 1579 (29 November 1995)." Safflii.org. Accessed March 24, 2015. <http://www.safflii.org/za/cases/ZACC/1995/11.html>
<http://constitutionaltransitions.org/wp-content/uploads/2014/06/SEMI-PRESIDENTIAL-GOVERNMENT1.pdf>.

14. ملحق

مؤشرات بشأن رؤية أطراف قطاع العدالة

للأحكام النازمة للحقوق والحريات العامة والسلطة القضائية في القانون الأساسي الفلسطيني

الرجاء وضع دائرة حول الرقم الذي يعبر عن وجهة النظر بشأن المؤشر، مع ملاحظة أن بعض المؤشرات مصاغة بطريقة إيجابية في حين بعضها الآخر تمت صياغته بطريقة سلبية

الرقم	المؤشر	10	9	8	7	6	5	4	3	2	1	0
1	السلطات العامة تعي وتدرك أن سبب وجودها وشرعيتها يقوم على أساس حماية الحقوق والحريات العامة ورعايتها وتحقيق رفاه المواطن											
2	تعزز نصوص القانون الأساسي والقوانين العادية من التعددية وتداول السلطة والمشاركة في الحياة السياسية											
3	أوجدت نصوص القانون الأساسي الضمانات الكفيلة بالالتزام بالاتفاقيات والمعاهدات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية في التطبيق العملي											
4	تحقق نتيجة الحكم الصادر عن المحاكم الإنصاف القائم على رفع الانتهاك ومساءلة المنتهك والتعويض											
5	النصوص المتعلقة بالنائب العام والنيابة العامة في القانون الأساسي كفلت للنيابة القيام بواجبها في تحريك الدعاوى الجزائية بالصورة التي تتفق مع مبدأ سيادة القانون وحماية الحقوق والحريات											
6	يقوم مجلس القضاء الأعلى بدور فاعل في تعزيز استقلال القضاء											
7	النصوص المتعلقة بتعيين القضاة تضمن كفاءة ونزاهة وحيدة القضاة أثناء النظر في المنازعات المعروضة عليهم											
8	تقوم السلطة القضائية بدور فعال في حماية الحقوق والحريات الأساسية											
9	النظام شبه الرئاسي الذي يقوم على وجود رأسين في السلطة التنفيذية وهما الرئيس ورئيس الوزراء، الذي تبناه القانون الأساسي يعتبر النظام الأنسب للدولة الفلسطينية المستقبلية											
10	السلطات العامة تلتزم بمبدأ سيادة القانون على النحو الوارد في القانون الأساسي											
11	تتصدى السلطة القضائية بفاعلية لانتهاك السلطات المختلفة لمبدأ سيادة القانون											

0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	المؤشر	الرقم
											نظام العدالة الجنائية بما يشمل الأجهزة الأمنية والشرطة والنيابة والقضاء يراعي ضمانات المحاكمة العادلة خلال إجراءات التحقيق والمحاكمة	12
											يوجد توافق ما بين القانون الأساسي والقوانين العادية في ضمان حرية الرأي والتعبير والصحافة.	13
											عدم الالتزام التام بالأحكام الخاصة بالفصل بين السلطات في القانون الأساسي عزز من هيمنة السلطة التنفيذية على باقي السلطات	14
											غياب الفصل بين السلطات في التطبيق العملي كان سبباً مباشراً في تعزيز انتهاكات حقوق الإنسان وحرياته الأساسية	15
											غياب الفصل بين السلطات له أثر مباشر على استقلال السلطة القضائية	16
											نصوص القانون الأساسي الحالية في مجالات حقوق الإنسان والسلطة القضائية بحاجة إلى مراجعة لتعزيز دور السلطة القضائية في حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية	17
											سياسة المشرع الدستوري في إحالة الحقوق والحرريات إلى قوانين عادية دون وضع قيود على المشرع تساهم في انتهاك تلك الحقوق من قبل السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية	18
											طريقة تعيين رئيس المحكمة العليا من قبل رئيس السلطة التنفيذية تساهم في الانتقاص من استقلال السلطة القضائية	19
											النصوص المتعلقة باختصاص جهات القضاء المختلفة أدت إلى حالة من الإرباك فيما يتعلق بالاختصاص ما بين القضاء الإداري والعادي من جهة، والقضاء الإداري والدستوري من جهة أخرى	20

أي ملاحظات أخرى قد ترغب/ين في إضافتها من شأنها تعزيز الحقوق والحرريات الأساسية وتُفَعِّل دور السلطة القضائية
في حمايتها:

.....

.....

.....

.....

.....

.....