أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية

المجلد الأول
(2017)

1

أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية

المجلد الأول (2017)

2019

جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

هذا الكتاب

يحوي هذا الكتاب الأوراق المنشورة في الأصل إلكترونيًا ضمن "سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية"، على موقع SSRN، مخصصا مجلدًا للأوراق الصادرة في كل عام. لا يُعدّ هذا الكتاب منشورًا بالمعنى الدقيق؛ إذ إنّ الغرض منه تجميع تلك الأوراق وإتاحتها بشكل ورقي، في نسخ محدودة لإيداعها في المكتبات، بناء على طلب جمهور القراء. وينصح بتوثيق الأوراق التي تحويها هذه المجلدات بالإشارة إلى أصلها الإلكتروني، وليس هذه النسخة المطبوعة.

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية

هي سلسلة إلكترونية، تصدرها وحدة القانون الدستوري، ويشرف عليها كرسي الشيخ حمد بن خليفة آل ثاني للقانون الدستوري والدولي، بجامعة بيرزيت. تعنى السلسلة بنشر الأوراق البحثية المتخصصة في القانون، وفي حقول القانون العام بالأخص، التي من شأنها إفادة الطلبة والأساتذة والباحثين والمهنيين في هذه المجالات، في فلسطين والدول العربية. وذلك ضمن سعي الوحدة لتعزيز البحث العلمي القانوني في جامعة بيرزيت. تضم السلسلة تسع فئات: أوراق الموقف، المقالات المترجمة، أوراق المؤتمرات والنشاطات العامة، النصوص المرجعية، أوراق مرجعية، موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن، أوراق سياساتية، أوراق طلبة الماجستير، أوراق طلبة البكالوريوس. وقد يجري استحداث فئات أخرى جديدة. تصدر السلسلة أوراقها أساسًا باللغة العربية، فيما يجري نشر بعض الأوراق باللغة الإنجليزية.

وحدة القانون الدستوري

أول وحدة بحثية أكاديمية من نوعها في فلسطين. أنشأتها كلية الحقوق والإدارة العامة في جامعة بيرزيت، مطلع العام 2014، إيمانًا منها بأهمية مواكبة فلسفة التعليم الحديث القائم على البحث العلمي، وبأهمية القانون الدستوري بوصفه أهم حقل من حقول القانون الذي ترتكز على أساسه أركان الدولة، وعلاقة السلطات الثلاث ببعضها، وكونه يُنظم حقوق الإنسان أحد أهم الموضوعات السامية على الصعيدين الداخلي والدولي. تضم الوحدة الباحثين والمهتمين في القانون الدستوري من أساتذة الكلية وطلبتها وخريجيها، وتهدف بشكل خاص إلى: تطوير البحث العلمي، وتطوير تعليم القانون الدستوري، وتقديم فرص تدريب للطلبة وإكسابهم الخبرات البحثية، ومواكبة التطورات على صعيد النظام الدستوري الفلسطيني.

أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية

المجلد الأول (2017)

أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية

المجلد الأول

(2017)

رئيس التحرير
د. عاصم خليل

مدير التحرير
د. رشاد توام

2019

جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

بدعم

H.H. Shaikh Hamad Bin Khalifa Al-Thani Chair in Constitutional and International Law

كرسي الشيخ حمد بن خليفة آل ثاني للقانون الدستوري والدولي في كلية الحقوق والإدارة العامة بجامعة بيرزيت، هو أول كرسي متخصص في القانون الدستوري والدولي في فلسطين، أنشأته الجامعة عام 1996، وأعادت تفعيله عام 2015. ويعمل بالتشبيك مع وحدة القانون الدستوري في كلية الحقوق والإدارة العامة بالجامعة. تجيء تسمية الكرسي تكريماً من الجامعة لدولة قطر على وقفيّتها الكريمة للجامعة منذ العام 1996.

الرسالة: "الارتقاء بالمواضيع القانونية الدستورية والدولية، وبالتحديد الحالة الفلسطينية؛ لاستغلالها بما يخدم مصالح الشعب الفلسطيني، وخدمة المجتمع وتطوير مؤسسات المجتمع المختلفة."

الرؤية: رفع مستوى الوعي القانوني وتدريب المختصين على استخدام القانون الدولي وفقاً لغايته الأساسية، بالوسائل القانونية المشروعة لاسترجاع حقوق الفلسطينيين ومنحهم الحق في تقرير المصير، وملاحقة كل من يرتكب الجرائم الدولية بحقهم ومحاسبته. فضلاً عن صون الحقوق والحريات المختلفة لأفراد الشعب الفلسطيني وحمايتها على الصعيد الوطني والدولي.

قائمة المحتويات*

عاصم خليل

دور الدساتير المكتوبة في تأجيج الأزمات الدستوريّة: السلطة الفلسطينيّة بعد وصول حركة حماس للحكم عام 2006 كحالة دراسيّة 7

ورقة رقم (2017/1)، فئة المقالات المترجمة، آب 2017

وحدة القانون الدستوري

ورقة موقف حول القرار بقانون المعدل لقانون المحكمة الدستورية العليا 55

ورقة رقم (2017/2)، فئة أوراق الموقف، تشرين الثاني 2017

ملكة عبد اللطيف

ملامح حق المرأة المسلمة في اختيار زوجها في المنظومة الفلسطينية 61

ورقة رقم (2017/3)، فئة أوراق طلبة الماجستير، تشرين الثاني 2017

سما سقف الحيط

الحق في الصورة: مظهر للحق في الخصوصية أم حق مستقل؟ 83

ورقة رقم (2017/4)، فئة أوراق طلبة الماجستير، تشرين الثاني 2017

نوار بدير

الرقابة القضائية على دستورية القوانين 117

ورقة رقم (2017/5)، فئة موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن، كانون الأول 2017

عاصم خليل

قابلية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للتقاضي في فلسطين: التطبيق، الإنفاذ، ودور المحكمة الدستورية العليا 139

ورقة رقم (2017/6)، فئة المقالات المترجمة، كانون الأول 2017

وحدة القانون الدستوري

ورقة موقف حول شرط السلامة الأمنية في تولي الوظائف 175

ورقة رقم (2017/7)، فئة أوراق الموقف، كانون الأول 2017

* جرى ترتيب الأوراق وفقًا لرقم كل ورقة، المستند أساسًا لتاريخ نشر الورقة بنسختها الإلكترونية الأصلية. ويظهر أسفل عنوان كل ورقة رقمها وفئتها وتاريخ نشرها.

تشير أرقام الصفحات في هذه القائمة إلى الأرقام الظاهرة أعلى الصفحات (مستمرة في جميع المجلد). أما الأرقام الظاهرة في الأسفل، فهي خاصة بكل ورقة (غير مستمرة في جميع المجلد).

سجى مجدوبة
هوية الفرد الدينية وبطاقة هويته الشخصية 181
ورقة رقم (2017/8)، فئة أوراق طلبة الماجستير، كانون الأول 2017

نوار بدير
الحق في التعليم 209
ورقة رقم (2017/9)، فئة موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن، كانون الأول 2017

تالا ناصر
الطلاق في المسيحية: ما بين المساواة واستقلالية الطوائف 225
ورقة رقم (2017/10)، فئة أوراق طلبة الماجستير، كانون الأول 2017

Leena AlKurd
A Dignified End: A Right to Live, Die or Exist? 245
Paper No (11/2017), MA Students Papers Module, December 2017

وحدة القانون الدستوري
ورقة موقف حول حكم المحكمة الدستورية بخصوص مكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الفلسطيني 261
ورقة رقم (2017/12)، فئة أوراق الموقف، كانون الأول 2017

جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/1)
فئة المقالات المترجمة

عاصم خليل

دور الدساتير المكتوبة في تأجيج الأزمات الدستوريّة:

السلطة الفلسطينيّة بعد وصول حركة حماس للحكم عام 2006 كحالة دراسيّة

آب/ أغسطس 2017

BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

دور الدساتير المكتوبة في تأجيج الأزمات الدستورية: السلطة الفلسطينية بعد وصول حركة حماس للحكم عام 2006 كحالة دراسية

عاصم خليل
أستاذ مشارك في القانون العام، جامعة بيرزيت

ترجمة الدراسة الأصلية: ولاء سمارة
التدقيق اللغوي: إبراهيم المصري

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/1)
فئة المقالات المترجمة

© 2017، جامعة بيرزيت
وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقيّاً أو إلكترونيّاً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة القانون الدستوريّ في جامعة بيرزيت.
للتواصل والمعلومات بالخصوص: chairofcil@birzeit.edu

في حال الاقتباس أو التوثيق يجب أن يتم التوثيق كما يلي:
[اسم المؤلف أو المؤلفين كاملاً]، [العنوان]، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونيّة [رقم السلسلة]، وحدة القانون الدستوريّ، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، [سنة النشر].

لا تعبر الآراء الواردة في هذا المنشور تحت أي حال من الأحوال عن الموقف الرسمي لجامعة بيرزيت.

The Role of Written Constitutions in Fueling Constitutional Crises: The Palestinian Authority after Hamas came to power in 2006 as a case study [Arabic]

Asem Khalil
Associate Professor in Public Law, Birzeit University

Note: Original edition (in English) published in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11 No. 1 (2013): 34-73.

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (1/2017)
Translated Papers Module

© 2017, Birzeit University
Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration

This text may be downloaded for personal research purposes. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copies or electronically, requires the consent of the Constitutional Law Unit, at Birzeit University. Requests should be addressed to : chairofcil@birzeit.edu

If cited or quoted, reference should be made as follows:
[Full name of the author(s)], [Title], Birzeit's Working Papers in Legal Studies [Series Number], Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration: Birzeit University [year of publication].

The views expressed in this publication cannot in any circumstances be regarded as the official position of Birzeit University.

بدعم من:

Supported by:

BIRZEIT UNIVERSITY
H.H. Shaikh Hamad Bin Khalifa Al-Thani Chair in Constitutional and International Law

عاصم خليل*

دور الدساتير المكتوبة في تأجيج الأزمات الدستوريّة:

السلطة الفلسطينيّة بعد وصول حركة حماس للحكم عام 2006 كحالة دراسيّة**

المقدّمة

موضوع هذه الدراسة هو النظام السياسيّ للسلطة الفلسطينيّة، حيث تهتمّ بجذور الأزمة السياسيّة الحاليّة التي تعتصره، وأثرها على مستقبل النظام السياسيّ الفلسطينيّ بشكل عام. لقد وصلت الأزمة الحالية ذُروتها عام 2007 والذي شهد الاشتباك المسلّح بين الفصائل الفلسطينيّة. فمن ناحية، سيطرت حماس على قطاع غزّة من خلال استخدام القوّة المسلحة ضدّ أجهزة السلطة الفلسطينيّة. ومن ناحية أخرى استمرّت السلطة الفلسطينيّة تحت قيادة الرئيس محمود عباس في حكم الضفّة الغربيّة منذ ذلك الحين، من خلال مراسيم رئاسيّة وقرارات حكوميّة، وبدون أنْ ينعقد المجلس التشريعيّ الفلسطينيّ. وفي الوقت ذاته، بقي الكيانان جزءاً من الإقليم الذي تعتبره قرارات الأمم المتّحدة على أنّه "الأرض الفلسطينيّة المحتلّة" – وهو وضع قانونيّ لم يتغير نتيجة قرار الجمعيّة العامّة عام 2012 باعتبار فلسطين لغايات الجمعيّة العامّة على أنّها دولة غير عضو.

---

* استاذ مشارك في القانون العام، جامعة بيرزيت.

** ظهرت للمؤلف نسخة أوليّة عن هذه الدراسة باللغة الإنجليزيّة في المجلّة الدوليّة للقانون الدستوريّ والصادرة عن جامعة نيويورك، مطبعة جامعة أكسفورد. وقد جرى تحديث هذه الدراسة بعد تحضيرها باللغة العربيّة، في ضوء بعض المستجدّات ذات العلاقة، وبما يتلائم مع القُراء العرب وإضافات وتوضيحات قد تكون مناسبة لطبيعة الدراسة باللغة العربيّة؛ وذلك لفقر المكتبة العربيّة لمثل هذه الدراسات والتي تدخل ضمن حقل النظريّة الدستوريّة. للاطّلاع على النسخة الأصليّة بالانجليزيّة، انظر:

Asem Khalil, 'Beyond the written constitution: Constitutional crisis of, and the institutional deadlock in, the Palestinian political system as entrenched in the basic law', *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11 No. 1 (2013): 34–73.

منذ ذلك الحين، ازدادت الأسئلة والشكوك والمخاوف حول شرعيّة بعض الإجراءات المتّخذة. فمن جهة هناك الإجراءات المتّخذة في الضفّة الغربيّة من قِبل رئيس السلطة الفلسطينيّة، محمود عباس، (مثل إصدار القرارات بقانون، إنشاء حكومة إنفاذ حالة الطوارئ، إلخ)، وحكومته التي لم تحصل على ثقة المجلس التشريعيّ منذ 2007. ومن جهة أخرى، الإجراءات المتّخذة في قطاع غزّة من قِبل حركة حماس. أيضاً، هناك تساؤلات كثيرة حول مدى مشروعية التغييرات في النظام القانونيّ والقضائيّ في قطاع غزّة (مثل تعيين مجلس أعلى للقضاء خاصّ بقطاع غزّة،[1] والتعديل على آليات تعيين القضاة وأعضاء النيابة العامّة، إلخ). على نحو مماثل، أثيرت تساؤلات فيما يتعلّق بالنظام السياسيّ الفلسطينيّ ككلّ، ودور القانون الأساسيّ والترتيبات الدستوريّة في التسبب في هذا الصدام (والطريقة التي يمكن فيها للقانون الأساسيّ أنْ يساعد على وقف ذلك الصدام بين الأطراف المتنازعة)، بالإضافة الى مستقبل السلطة الفلسطينيّة ومنظّمة التحرير الفلسطينيّة نفسها، وجدوى الدولة الفلسطينيّة المستقبليّة وإمكانيّة استمرار وجودها.

تتّخذ هذه الدراسة من الأزمة في النظام السياسيّ للسلطة الفلسطينيّة نقطة انطلاق في تحليلها؛ إلّا أنّها في بعض الأحيان ستتقدّم إلى ما بعد الأزمة، وأحياناً أخرى ستعود إلى ما وراءَها، بالقدر اللازم لتدعيم الحُجج المطروحة. وبهذا لن يتعامل الباحث مع هذه الأزمة على أنّها حدث خارج عن التاريخ، وإنّما كحدث حصل في سياق معيّن. وبهذا يُولي الباحث أهميّة خاصّة للسياق العامّ الذي تمّت فيه هذه الأزمة من أجل تسليط الضوء على القضايا الحقيقية الواقعة على المحك، وليس فقط على القضايا التي أثارت النقاشات الدستوريّة في حينه خاصّة تلك الأزمة التي رافقت وصول حركة حماس إلى الحكم من خلال انتخابات ديمقراطيّة عام 2006.

في هذا السياق، إنّ المخاوف المرتبطة بالنظام السياسيّ الفلسطينيّ والذي لا يتمّ التعامل معه هنا على أنّه هدف بحدّ ذاته بل بوصفه وببساطة ترتيباً ملائماً لصنع القرار سواء أكان سياسياً أم قانونياً؛ أي تلك القرارات التي يعبّر فيها المسؤولون عن تطبيق القانون بالتعبير فيها عن إرادتهم بما يسمح به القانون نفسه.[2] وحيث إن القانون في الأنظمة الديمقراطيّة يعبّر عن الإرادة الشعبيّة، والذي يتمّ سَنّه من خلال ممثلي الشعب، فإنّ الشعب يبقى عادةً بعيداً عن النقاشات العامّة، سواء تلك المرتبطة بالتشريعات أو حتّى المتعلّقة بتنفيذ الدستور، فيتمّ التعامل مع النزاعات

[1] للمزيد، يمكن الاطّلاع على صفحة المجلس الأعلى للقضاء الخاصّ بقطاع غزّة على الرابط التالي: http://www.hjc.gov.ps/ar

[2] تكمن أهميّة الدستور في أنّه يتيح الاحتكام للقانون (rule by law) (أي، تخضع إرادة الحكومة لقيود القانون) بالإضافة إلى تمكين الحكم من خلال القانون (rule through law) (يُستخدم القانون كشكل من أشكال الحكم). هذا هو المعنى المزدوج لسيادة القانون (Rule of law).

Ulrich K. Preuss, The political meaning of constitutionalism, in CONSTITUTIONALISM, DEMOCRACY AND SOVEREIGNTY: AMERICAN AND EUROPEAN PERSPECTIVES 11, 16 (R. Bellamy ed., Avebury 1996).

الدستوريّة من خلال المؤسّسات الرسميّة والإجراءات الشكليّة التي وردت في الدستور نفسه دون الحاجة لتدخل عامّة الشعب في هذه المنازعات.

لكن بما أنّ النزاعات السياسيّة والدستوريّة لم يتمّ حلّها من خلال الآليات الواردة في الدستور بل تمّ الاحتكام للسلاح وفرض الرأي بالقوّة بطريقة أحاديّة الجانب، فإنّ هذه الدراسة تدافع عن فكرة أنّ الشعب يجب أنْ يوضع مجدداً في صميم أيّ نقاش دستوريّ متعلّق بالنظام السياسيّ الفلسطينيّ. ففي نهاية المطاف، أليس هذه نتيجة منطقيّة للاعتراف بحقّ الفلسطينيّين بتقرير المصير؟ والأهمّ من ذلك، ستحاول هذه الدراسة أنْ تعلي صوت القانون والدستور في وقت علا فيه ضجيج السلاح بين الأطراف المتنازعة فلسطينيّاً بالرغم من استمرار الاحتلال الإسرائيليّ[3] وذلك في وقت يبدو فيه أن كلاً من القانون والشرعيّة يتمّ سحقهما من قِبل الأحزاب والفصائل الفلسطينيّة التي تقدّم مختلف الذرائع لتبرير قراراتها السياسيّة، متطلّعة بأثر رجعي إلى القانون الأساسيّ للحصول على دعم أو تبرير لأفعالهم، والتي تظهر للعيان بأنّها غير دستوريّة – دون أنْ يكون هذا سبباً كافياً يمنعهم من تنفيذها.

يقترح الباحث في هذه الدراسة أنّ فشل القانون الأساسيّ في تسوية النزاعات بين مؤسّسات السلطة الفلسطينيّة وأجهزتها الحكوميّة يمكن تفسيره جزئيّاً بسبب الأدوات الدستوريّة التي تستخدمها السلطة الفلسطينيّة من أحكام وآليات ومؤسّسات دستوريّة، والتي ورد ذكرها بالأساس في القانون الأساسيّ الفلسطينيّ.

إنّ الإشارة إلى وجود إشكاليّات جوهريّة في القانون الأساسيّ الفلسطينيّ لا يجب تفسيره على أنّه دعوة لرفض القانون الأساسيّ كدستور مكتوب يحكم السلطة الفلسطينيّة وفروع الحكومة. كما أنّ هذا لا يعني أيضاً بأنّ القانون الأساسيّ لا يصلح كنقطة انطلاق لتطوّر القانون الدستوريّ الفلسطينيّ، إذ إنّ ذلك من شأنه إنكار أمر واضح وهو أنّ الجهات السياسيّة الفاعلة المعنيّة والتي هي أطراف النزاع تستمر في استخدام القانون الأساسيّ من أجل تبرير مواقفها المتناقضة مع مسائل دستوريّة معيّنة.

عوضاً عن رفض القانون الأساسيّ الفلسطينيّ، يدّعي الباحث أنّ ما ينبغي أنْ يوضع جانباً هو بعض الافتراضات الخاطئة والمتعلّقة بالقانون الأساسيّ، وبمكانته ودوره، وأهميّته بالنسبة للنظام القانونيّ الفلسطينيّ، وطريقة تفسير وتطبيق بنوده وأحكامه. بمعنى آخر، لا يشكّك الباحث (1) بأنّ هناك أهمية لدراسة الأزمة التي تعتصر النظام السياسيّ للسلطة الفلسطينيّة؛ كما لا يشكّك أيضاً (2) بأنّ تلك الأزمة السياسيّة مهمّة من ناحية القانون والنظريّة الدستوريّة؛ كما لا ينكر الباحث أخيراً بأنّ (3) الفاعلين السياسيّين الرئيسين في النزاع القائم يُولون اهتماماً معقولاً بما يرد في نصّ القانون الأساسيّ. بل على العكس

[3] نجد توجّهاً مشابهاً في هذه الدراسة:
David Dyzenhaus, *Intimations of legality amid the clash of arms*, 2 INT'L J. CONST. L. 244, 244 (2004).

من ذلك، تنطلق هذه الدراسة من افتراض صحّة ما ورد أعلاه من ادّعاءات وسيكتفي الباحث في جزء لاحق في توضيح سبب قبوله لتلك الافتراضات.

تركّز هذا الدراسة بالمقابل على وجه الخصوص على الطرق التي يُعتبر فيها القانون الأساسيّ مهمّاً فعلاً؛ ولماذا فشل القانون الأساسيّ في حلّ النزاعات السياسيّة على الرغم من استمرار الاهتمام بالقانون الأساسيّ واستمرار استخدامه كمرجع أساسيّ – بالرغم من أن الخبرة الدستوريّة تؤكّد على أنّ القانون الأساسيّ لم يحتوِ على أدوات دستوريّة مناسبة لحلّ الأزمة السياسيّة التي عصفت بالسلطة الفلسطينيّة منذ انتخابات 2006.

تجدر الإشارة إلى أنّ استخدام الأزمة التي رافقت وصول حماس للحكم وما تلاه من أحداث يأتي فقط كذريعة لتطوير تحليل دستوريّ ذات طابع نظريّ حول دور الدساتير المكتوبة في تجنّب الأزمات الدستوريّة. لذلك سيسعى الباحث لوضع عدد من الملاحظات العامّة التي من الممكن أنْ تكون مطبّقة على نظم دستوريّة في أماكن أخرى من العالم – والعالم العربيّ بشكل خاصّ– في ضوء الثورات العربيّة والاهتمام المتزايد بالدساتير المكتوبة.

إنّ هدف هذه الدراسة ليس أخذ موقف من الخلافات الفقهيّة حول قضايا دستوريّة أو نزاعات سياسيّة، بل اقتراح "براديغم" جديد لفهم وتفسير القانون الأساسيّ الفلسطينيّ – وأيّ دستور مكتوب. إذا ما تمّ اعتبار هذا النموذج مناسباً ومفيداً، فبإمكانه أنْ يساهم في تسليط الضوء على العديد من الأسئلة الدستوريّة التي يتمّ نقاشها في أراضي السلطة الفلسطينيّة (الضفّة الغربيّة) أو سيطرة حركة حماس (قطاع غزّة). أضف إلى ذلك، سيرسم البراديغم الجديد إرشادات جديدة تساعد السلطات في إيجاد طريقها للخروج من أزمة السلطة الفلسطينيّة الدستوريّة الحاليّة.

ومن حيث المنهجيّة لقد تناولت هذه الدراسة النظام الحالي للسلطة الفلسطينيّة، وبالتالي فإنّها انتقلت ضمن نطاق ما يسميه البعض النظريّة الدستوريّة بالمعنى الدقيق، لتمييزه عن الفلسفة السياسيّة.[4] ركّز النهج الوصفيّ على الاحتمالات الجوهريّة، حيث التاريخ والحقائق تخفّف العقلانيّة والمعايير.[5] لهذا السبب ركّز

---

[4] *See* Martin Loughlin and Neil Walker, *Introduction*, *in* THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM 1, 2 (Martin Loughlin & Neil Walker eds., 2007).

بالنسبة لآخرين، وهذا هو النهج الوحيد الممكن للنظريّة الدستوريّة، إنّ النهج الوصفيّ يتميز عن غيره من الأساليب الممكنة الأخرى، أيّ النهج المعياريّ، أو المفاهيميّة، أو الفلسفيّ.

D. J. Galligan, *The Paradox of Constitutionalism or the Potential of Constitutional Theory*, 28 OX. J. LEGAL STUD. 343, 244–246 (2008).

[5] *See* Loughlin & Walker, *Introduction,* at 2.

لتحقيق هذا الطموح، يمكن توخّي اثنين من خطوط التفسير: التحليليّة، والتي يتمّ فيها تحليل الأفكار والمفاهيم التي تحدث في الممارسة، واجتماعيّة قانونيّة، والتي تتركّز بشكل كبير على البحوث التجريبيّة التطبيقيّة. تجدر الملاحظة بأنّه تمّ استخدام "الاجتماعيّة القانونيّة" وهي تشير إلى (sociolegal) وفي الوقت نفسه (Law and Society) الذي تحدّث عنه جاليغان (Galligan) كنهج متميّز ضمن النظريّة الدستوريّة الوصفيّة. إنّ هذا النهج يستفيد من البحوث التجريبيّة لمعرفة طريقة سير الأمور في الممارسة من الناحيّة العمليّة. انظر:

Galligan, The Paradox, at 346.

أمّا النهج المعتمد في هذه الدراسة فهو يدور حول الأسلوب الأوّل من التفسير، أيْ الأسلوب التحليليّ (والذي يدخل ضمن النهج الوصفيّ

الباحث في تحليله على "النظام السياسيّ"– بمفهومه الضيّق كشكل الحكومة، أيْ الطريقة التي يتمّ فيها فصل السلطات الثلاث، والطريقة التي يتمّ فيها ممارسة السلطات والتشارك فيها، والرقابة عليها وإجراء التوازن بينها – وفي القواعد والمؤسّسات القانونيّة التي تمّ تجميعها وتنسيقها في القانون الأساسيّ للسلطة الفلسطينيّة.[6]

سيقوم الباحث أوّلاً بتقييم النظام السياسيّ للسلطة الفلسطينيّة في ضوء القانون الأساسيّ المعدّل لعام 2003، مبيّناً أنّ هذا النظام السياسيّ يتضمّن بذور فنائه، وموضّحاً لماذا لم يساعد القانون الأساسيّ في إدارة الصراع على السلطة بين الفصائل المتنافسة. بل على العكس، يدّعي الباحث أنّ القانون الأساسيّ ساهم في وصول النظام السياسيّ إلى طريق مسدود. ثم ستقترح الدراسة إطاراً تحليليّاً مختلفاً يمكن استخدامه لاستخلاص قراءة بديلة للنظام السياسيّ الفلسطينيّ، ويؤدّي إلى حدّ ما إلى رؤى جديدة للنظام السياسيّ للدولة الفلسطينيّة المستقبليّة (المطلب الثاني). تستند استنتاجات الباحث بشأن القانون الأساسيّ باعتباره دستوراً مكتوباً على أوجه التشابه بين القانون الأساسيّ ودساتير أخرى في العالم صيغت بطريقة لا تفيد في هندسة نظام سياسيّ متماسك (المطلب الثالث). قبل هذا وذاك، سيتم تقديم الافتراضات الثلاثة التي يُبنى عليها متن هذه الدراسة (المطلب الأوّل).

المطلب الأول: الأزمة الدستوريّة للسلطة الفلسطينيّة

يبدأ الباحث أوّلاً بتفسير الأسباب وراء استخدام النظام السياسيّ للسلطة الفلسطينيّة كنقطة بداية للنقاش الدستوريّ حول النظام السياسيّ الفلسطينيّ. سيقوم الباحث بعد ذلك بدراسة أزمة النظام السياسيّ للسلطة الفلسطينيّة وتفسير أسباب اعتبار تلك الأزمة على أنّها أزمة دستوريّة. وأخيراً، سيبيّن الباحث أنّ القانون الأساسيّ الذي يعتبر دستورَ السلطة الفلسطينيّة له علاقة مباشرة بهذه الأزمة.

1. الانطلاق من السلطة الفلسطينيّة

قد يعترض البعض على استخدام السلطة الفلسطينيّة كنقطة بداية لتحليل النظام

والذي يختلف عن النهج المعياريّ أو المفاهيميّ أو الفلسفيّ) في النظريّة الدستوريّة، وهي الطريقة التي يعتمدها بالعادة فقهاء القانون الوضعيّ. أمّا فقهاء القانون الواقعيّ فيتبنّون بالعادة أسلوب التفسير الاجتماعيّ القانونيّ. بخصوص أسلوب التحليل المعتمد في هذه الدراسة والتي تُقدّم على أنّها الوسيلة المعتمدة من قِبل فقهاء القانون الوضعيّ، هناك – بالعادة– روايتان ممكنتان في الأدبيّات؛ تلك التي تعتمد على آراء ونظريّات هانس كيلسن (Hans Kelsen) والأخرى هي تلك التي تعتمد على آراء ونظريّات أتش أل إي هارت (H.L.A. Hart)، حيث إنّ منشورات الفقيهين عن الوضعية القانونيّة ستلهم النقاش المعتمد في هذه الدراسة حول "ما يجب أنْ يكون" (من الناحية القانونيّة) النظام السياسيّ للسلطة الفلسطينيّة.

[6] إنّ القانون الأساسيّ في الواقع، هو أقرب ما يكون إلى دستور مكتوب، فهو يحدّد صلاحيّات أجهزة الحكومة الرئيسة في ممارسة السلطات التشريعيّة، والتنفيذيّة والقضائيّة، وينظم علاقاتها مع بعضها البعض. كما يتضمّن القانون الأساسيّ أيضا قائمة من الحقوق والحرّيّات وينظّم الطريقة التي يمكن بها تعديل القانون الأساسيّ ضمن إجراءات متميّزة عن إجراءات تبني التشريعات العاديّة والثانويّة. للتوسع، انظر:

ASEM KHALIL, THE ENACTMENT OF CONSTITUENT POWER IN THE ARAB WORLD: THE PALESTINIAN CASE (PIFF Etudes et Colloques. 47, 2006).

السياسيّ الفلسطينيّ. وسيدّعون بأنّ مفهوم الأنظمة السياسيّة أو أنواع الحكومة بالعادة يتمّ استخدامه في القانون الدستوريّ ضمن إطار الدول. حيث إن السلطة الفلسطينيّة ليست دولة بعد فليس بالإمكان إذن استخدام السلطة الفلسطينيّة بالأساس.[7] قد يعترض آخرون مرتكزين على ادّعاء مختلف تماماً، وهو أنّ منظّمة التحرير الفلسطينيّة لها تنظيم داخليّ يحكمها كالدول وتتمتّع بالفاعليّة الدوليّة كونها حركةَ تحرّر تمثّل الشعب الفلسطينيّ. وبما أنّ منظّمة التحرير الفلسطينيّة هي من فوّضت السلطة الفلسطينيّة لحكم المناطق التي انسحبت منها إسرائيل فإنّ النقاشات حول النظام السياسيّ الفلسطينيّ يجب أنْ تنحصر بحسب هؤلاء في دراسةِ هيكليّةِ منظّمة التحرير الفلسطينيّة عوضاً عن السلطة الفلسطينيّة. وقد يتّفق آخرون مع نتيجة الاعتراضيْن السابقين ولكنّهم يرون أنّ سبب ذلك يكمن في ضرورة التركيز على الدولة الفلسطينيّة – تلك التي تمّ الإعلان عنها في الجزائر عام 1988 أو التي حصلت على قرار الجمعيّة العامّة باعتبارها دولة مراقب أو تلك الدولة المستقبليّة التي يسعى الفلسطينيّون لإنشائها.

ما سيرد أدناه يفسّر سبب اتّخاذ الباحث للسلطة الفلسطينيّة كنقطة بداية عند الحديث عن النظام السياسيّ الفلسطينيّ.

أوّلاً، على الرغم من أنّ السلطة الفلسطينيّة ليست دولة ذات سيادة، وبالتالي، لا يعدّ القانون الأساسيّ دستوراً لدولة ذات سيادة بالمعنى الدقيق، إلّا أنّ افتراض أنّ وجود دستور مكتوب أو نظام دستوريّ يحدّد كيفية ممارسة الحكومة لسلطاتها، وطريقة فصلها وتعاونها ورقابتها المتبادلة، ممكن في إطار دولة ذات سيادة فقط هو افتراض ليس له أساس، سواء في إطار النظريّة الدستوريّة أو في إطار الممارسة الدستوريّة. فالسيادة ليست شرطاً لوجود كيان سياسيّ يحكم من خلال سلطات تشريعيّة، تنفيذيّة وقضائيّة. تمثّل الدول الأعضاء في الاتّحاد الفدراليّ المثال الأوضح على ذلك، وهناك أمثلة أخرى تتضمّن كيانات فوق وطنيّة كالاتّحاد الأوروبيّ. تحكم السلطة الفلسطينيّة "مناطق الحكم الذاتيّ" عن طريق سلطة تشريعية (المجلس التشريعيّ الفلسطينيّ)، سلطة تنفيذية (الرئيس والحكومة)، سلطة قضائية (المحاكم)، ونظام دستوريّ يستعان به من أجل تنظيم العلاقة بين الفروع المختلفة للحكومة وسلطاتها المختلفة، سواء أكانت تشكّل دولة ذات سيادة أم لا. يمكن الادّعاء إذن بأن القانون الأساسيّ، على الرغم من أنّه ليس دستوراً لدولة ذات سيادة، إلّا أنّه يعمل على أنّه دستور للسلطة الفلسطينيّة. إنّ القانون الأساسيّ هو بمثابة دستور مكتوب: نصوصه جامدة ويشبه الدستور، ويعمل على أنّه القانون الأسمى في نطاق الإقليم الذي تمتدّ عليه ولاية

[7] يفترض الباحث هنا بأنّ قيام السلطة الفلسطينيّة ومنظّمة التحرير باستصدار قرار صادر عن الجمعيّة العامّة يشير إلى "فلسطين" كدولة غير عضو في الأمم المتّحدة عام 2012، لم يغيّر شيئاً في الإطار الدستوريّ الناظم للسلطة الفلسطينيّة ومكانتها الدوليّة وإنّ أدّى عمليّاً إلى قبول انضمام فلسطين في بعض الاتفاقيّات الدوليّة. إلّا أنّ هذا سيكون موضوع دراسة أخرى قريبة ولن يتمّ التعرض له في هذه الدراسة. للمزيد حول قرار الأمم المتّحدة بشأن فلسطين: أبو دقة، محمد. "قرار الجمعية العامة بشأن مركز فلسطين في الأمم *سياسات*، عدد 22 (2012): 31-48.

السلطة الفلسطينيّة. والأهمّ من ذلك، كما ستُبيّن هذه الدراسة، هناك أسباب جديّة للاعتقاد بأنّ الموظّفين الحكوميّين والمحاكم الفلسطينيّة والجمهور بشكل عامّ يتعاملون مع القانون الأساسيّ على هذا الأساس.

ثانياً، إنّ حقيقة أنّ منظّمة التحرير لديها بنية تشبه بنية الدولة، لا يمكن إنكارها. فالمجلس الوطنيّ الفلسطينيّ هو هيئة تشبه البرلمان في الدول واللجنة التنفيذيّة تعمل كسلطة تنفيذيّة. هناك أيضاً محاكم عسكريّة تطبق قانون عقوبات ثوريّ صادر عن منظّمة التحرير الفلسطينيّة. وعليه يمكن أنْ يدخل موضوع العلاقة بين أجهزة منظّمة التحرير الرئيسة ضمن حقل القانون الدستوريّ. وبالتالي ضمن النظام السياسيّ الفلسطينيّ ككلّ، إلّا أنّ تشكيل السلطة الفلسطينيّة وضع هذه النقاشات على المحك حيث أصبحت أجهزة السلطة الفلسطينيّة ولأوّل مرّة تتعامل مع سكان فلسطينيّين وتطبق قانوناً فلسطينيّاً على أرض فلسطينيّة. فالسلطة الفلسطينيّة تمارس سلطتها، وبغض النظر عن علاقتها مع منظّمة التحرير الفلسطينيّة، من خلال سلطات تشريعيّة، تنفيذيّة وقضائيّة. عندما حدث ذلك، بقيت منظّمة التحرير الفلسطينيّة موجودة ولكنّه تمّ تهميشها تدريجيّاً من مركزيّة النقاشات الدستوريّة. حيث أصبحت القضايا "الدستوريّة" تتمحور منذ نشأة السلطة الفلسطينيّة بطريقة ممارسة السلطة العامّة، التشريعيّة والتنفيذيّة والقضائيّة، وأثر ذلك على الفلسطينيّين الذين تحكمهم هذه السلطات.

ثالثاً، صحيح أنّ خبرة السلطة الفلسطينيّة تختلف عن خبرة الدولة. فالأولى هي سلطة حكم ذاتي بينما الأخيرة هي كيان ذو سيادة. وصحيح أنّ الأسس الدستوريّة ستكون مختلفة – فهو القانون الأساسيّ في الحالة الأولى، والدستور الفلسطينيّ في الحالة الثانية.[8] إلّا أنّ أسباب

[8] تمّ العمل على تحضير مسوّدات "دستور" في سياق "الدولة الفلسطينيّة" والتي أنشئت في الجزائر في عام 1988. ومع ذلك، لم تظهر المسوّدات الأوليّة إلّا بعد اتفاقيّات أوسلو، مع الأخذ بعين الاعتبار القيود التي تقومُ الاتّفاقيّاتُ مع اسرائيل بفرضها وما ينتج عنها من حقائق جديدة. إنّ القانون الأساسيّ ليس دستوراً لدولة ذات سيادة؛ فهو انتقاليّ، ويمكن أنْ يستبدل بالدستور حالما (وإذا) تمّ تأسيس الدولة. اعتمد المجلس التشريعيّ الفلسطينيّ القانون الأساسيّ في عام 1997، وتمّت المصادقة عليه من قِبل الرئيس السابق عرفات عام 2002. وتمّ تعديله في وقت لاحق (في عام 2003 و2005)، ولا يزال ساريَ المفعول في الأراضي التي تقع تحت سيطرة السلطة الفلسطينيّة. وتمّ تشكيل لجنة قانونيّة في عام 1999 بمهمّة صياغة الدستور الفلسطينيّ تحضيراً للدولة. حيث عيّن ياسر عرفات الوزير نبيل شعث رئيساً للجنة. وتألفت اللجنة من مجموعة مؤهّلة من الدستوريّين والقانونيّين الفلسطينيّين، وذلك بعد التوصّل إلى اتّفاق مع الجامعة العربيّة لتشكيل لجنة استشاريّة من الخبراء. وقد تمّ الانتهاء من مسوّدة الدستور الفلسطينيّ في 14 شباط 2001، في حين انهارت تماماً المفاوضات مع إسرائيل. لقد كان النصّ نفسه هو محور المراجعات في عام 2003 (تمّ إصدار المسوّدة الثانية والثالثة على التوالي)، كما أثار الاهتمام على الساحة الدولية كأساس مهم نحو إقامة دولة فلسطينيّة. للمزيد: عاصم خليل، "عملية تحضير الدستور الفلسطيني وطريقة كتابته: لماذا؟ كيف؟ ولماذا الآن؟" دراسات، 2009: 223–242. نصّ مسوّدة الدستور متاح ضمن: ناثان براون، *مسودة دستور فلسطين (المسوّدة الثالثة)* (رام الله: المركز الفلسطينيّ للبحوث السياسيّة والمسحيّة، 2003). وهو متوفّر أيضاً على الصفحة الإلكترونيّة التالية:

http://www.constitutionnet.org/files/constitution_of_palestine-3rd_draft-comments_of_nathan_brown-arabic.pdf

أما بالنسخة الإنجليزيّة، فيمكن إيجاده في كتاب ناثان براون:
NATHAN BROWN, THE THIRD DRAFT CONSTITUTION FOR A PALESTINIAN STATE:

استخدام الباحث للقانون الأساسيّ للسلطة الفلسطينيّة بدل مشروع الدستور للدولة الفلسطينيّة يرتكز على مجموعتين من الأسباب.

ترتبط مجموعة الأسباب الأولى بالطريقة التي تعمل فيها المؤسّسات عادة: حيث تميل إلى ممارسة الحفاظ على الذات، والسلطة الفلسطينيّة لم تختلف في نهجها عن أيّة مؤسّسة أخرى. حيث لوحظ في كثير من الأحيان، بل ومنذ إنشاء السلطة الفلسطينيّة، بأنّ مركز الثقل السياسيّ تحول من منظّمة التحرير الفلسطينيّة إلى السلطة الفلسطينيّة،[9] وأصبح القانون الأساسيّ نقطة محوريّة لأيّ نقاش بين الفصائل والأحزاب السياسيّة. على الرغم من الإشارة الصريحة إلى سريان القانون الأساسيّ خلال الفترة الانتقاليّة،[10] إلّا أنّ الرئيس الفلسطينيّ السابق، ياسر عرفات، صادق على القانون الأساسيّ – الذي تبنّاه المجلس التشريعيّ الفلسطينيّ عام 1997 – فقط في العام 2002 (أي بعد ثلاث سنوات من انتهاء "مدة الخمس سنوات" المحدّدة أصلاً على أنّها فترة انتقاليّة بموجب اتفاقيات أوسلو). وقد تمّ إصدار نسخة معدلة عن القانون الأساسيّ عام 2003 لاستحداث منصب رئيس الوزراء. وعندما تمّ تعديل القانون الأساسيّ عام 2005 تمّ إدخال البنود الخاصّة بتحديد الولاية لعضويّة المجلس التشريعيّ ولرئاسة السلطة بأربع سنوات (بعدما كانت غير محدّدة مسبقاً).[11] وبالتالي، فإنّ السلطة الفلسطينيّة، والتي كان يُنظر إليها في الاصل على أنّها سلطة "مؤقّتة" أو "انتقاليّة" أو

TRANSLATION AND COMMENTARY (Palestinian Center for Policy and Survey Research, 2003).

تجدر الإشارة إلى أنّه قد تمّ تفعيل لجنة دستور جديدة في السنوات السابقة لتوجّه السلطة الفلسطينيّة ومنظّمة التحرير الفلسطينيّة إلى الأمم المتّحدة لاستصدار قرار الاعتراف بفلسطين كدولة غير عضو في العام 2012. إلّا أنّ النسخة الجديدة لم تصدر بعد عن هذه اللجنة ومن غير المتوقّع أنّ تحتوي على تعديلات جوهريّة بخصوص القضايا التي يتمّ نقاشها في هذه الدراسة.

[9] إنّ رواية بناء المؤسّسات التي رافقت تأسيس السلطة الفلسطينيّة طغت خلال عمليّة اعتماد القانون الأساسيّ على روايات أخرى كثيرة مثل خطاب الاستقلال أو التحرير والذي أصبح من مواضيع الطراز القديم كما أنّها طغت أيضاً على الحلّ القائم على دولتين وفقا لقرار التقسيم – ولكنّ هذه القضايا ليست موضوع اهتمام هذه الدراسة. لمعرفة المزيد عن تأثير إنشاء السلطة الفلسطينيّة على منظّمة التحرير الفلسطينيّة، أنظر: خليل الشقاقي، "مستقبل الديمقراطية في فلسطين بالنظر إلى إشكاليّات العلاقة بين منظمة التحرير الفلسطينية والسلطة الوطنية"، *السياسة الفلسطينية* 15-16 (1997)، ص. 59-62. تيسير قبعة، "في إشكالية العلاقة بين منظمة التحرير الفلسطينية والسلطة الوطنية الفلسطينية"، *مجلة السياسة الفلسطينية* 15-16 (1997)، 68-80.

Lamis Andoni, The PLO at the Crossroads, 21 JOURNAL OF PALESTINE STUDIES 54 (1991); Omar M. Dajani, Stalled between Seasons: the International Legal Status of Palestine during the Interim Period, 26 DENVER JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND POLICY 27 (1997); Jamil Hilal, PLO Institutions: The Challenge Ahead, 23 JOURNAL OF PALESTINE STUDIES 46 (1993); Ali Jarbawi, Palestinian Politics at a Crossroads, 25 JOURNAL OF PALESTINE STUDIES 29 (1996).

[10] المادة 115 من القانون الأساسيّ 2003: "يعمل بأحكام هذا القانون الأساسي مدة المرحلة الانتقالية ويمكن تمديد العمل به إلى حين دخول الدستور الجديد للدولة الفلسطينية حيز التنفيذ". النصّ متوفّر على الموقع الالكترونيّ: http://muqtafi2.birzeit.edu

[11] إنّ المادة (1) من القانون الأساسيّ 2005 والمتعلّق بأحكام القانون الأساسيّ المعدّل 2003 (المواد المعدّلة 36 و 47 (3)). وقد أصبح نصّ المادّة (36) بعد التعديل كالآتي: "مدة رئاسة السلطة الوطنية الفلسطينية هي أربع سنوات، ويحق للرئيس ترشيح نفسه لفترة رئاسية ثانية على أن لا يشغل منصب الرئاسة أكثر من دورتين متتاليتين". المادة 47 (3) التعديل اللاحق هو كالآتي: "مدة المجلس التشريعي أربع سنوات من تاريخ انتخابه وتجري الانتخابات مرة كل أربع سنوات بصورة دورية".

"مرحليّة"، أصبحت مع الوقت تجربة يتوقّع منها أنْ تستمرّ لفترة أطول.

ثانياً، حتّى في حال نشأة دولة فلسطينيّة فإنّه لا يتوقّع – كما هي العادة بالنسبة للدول الجديدة – أنْ يتمّ خلق نظام دستوريّ وسياسيّ من العدم. أمّا الإشارة إلى "البداية الجديدة" التي سترافق قيام الدولة المستقلة ذات السيادة فهو مجرّد خيال قانونيّ ضروريّ للإشارة إلى بداية عصر دستوريّ جديد يتمثّل ببناء الدولة. وعليه فإنّه لا يُتوقّع بأنْ تقوم الدولة بالتخلّص كليّة ممّا هو قائم من أنظمة قانونيّة ومؤسّساتيّة سابقة.[12] ولكنّ الدولة ستبني لا محالة على ما هو موجود – والموجود هي تلك الأسس التي وضعت السلطة الفلسطينيّة مُعظمها. بمعنى آخر، إنّ السلطة الفلسطينيّة كنظام قانونيّ ومؤسّسيّ، ستكمل وجودها داخل دولة فلسطين ومن خلالها. وبهذا فإنّه من غير الممكن بعد قيام الدولة أنْ يتمّ استئصال النظام الدستوريّ والسياسيّ الذي وضعت أساساته السلطة الفلسطينيّة.[13] وبما أنّ السلطة الفلسطينيّة ستقوم لا محالة بصقل شكل النظام السياسيّ والدستوريّ للدولة الفلسطينيّة، فإنّ أيّة دراسة مهتمّة بطبيعة النظام السياسيّ الفلسطينيّ للدولة المستقبليّة، عليها أنْ تكون على إطّلاع كافٍ بالنظام السياسيّ للسلطة الفلسطينيّة.[14]

يمكن للبعض أنْ يجد أنّ منطق الفقرة السابقة غير مقنع. فسيدّعون بأنّه على الرغم من صحّة ما سبق إلى أنّ النظام السياسيّ للسلطة الفلسطينيّة قد فشل عمليّاً في القيام بما تقوم به عادة الأنظمة السياسيّة؛ فنظامها السياسيّ في مأزق، وقانونها الأساسيّ غير فعّال. تبعاً لذلك، سيستخلصون بأنّه من غير المفيد وضع السلطة الفلسطينيّة كنقطة بداية في تأمّل النظام السياسيّ للدولة الفلسطينيّة (المستقبليّة). إنّه من المستحيل أنْ نضع جانباً الشكوك المتعلّقة بالوضع الراهن للسلطة الفلسطينيّة. إلّا أنّ فشل القانون الأساسيّ والنظام الأساسيّ للسلطة الفلسطينيّة ككلّ (وهي المقدّمة لمن يقدّم حججاً تقوم بالأساس على الشكّ) لا يقود بالضرورة للنتيجة المقترحة. ففي المقابل، يمكن لشخص آخر أنْ يستنتج من المقدّمة أعلاه (فشل النظام السياسيّ الفلسطينيّ) بأنّه سبب آخر للاهتمام بهذا النظام لتحليل السبب وراء فشل القانون الأساسيّ في توفير إطار

[12] اعتمد القانون الأساسيّ هذه الآلية بموجب ما ورد في المادّة 118: "فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون الأساسي المعدل تظل سارية القوانين واللوائح والقرارات المعمول بها في فلسطين قبل العمل بهذا القانون إلى أن تعدل أو تلغى وفقاً للقانون". من الظاهر أنّ مسوّدة الدستور للدولة الفلسطينيّة تتبنّى نهجاً مشابها كما يظهر في المادّة 189: "تستمر المؤسسات الرسمية في ممارسة اختصاصاتها وفقاً للقواعد الدستورية والقانونية التي تنظمها إلى حين إصدار التشريعات التي يقتضيها الدستور". براون، مسودة، 64.

[13] Nasser H. Aruri & John J. Caroll, A New Palestinian Charter, 23 JOURNAL OF PALESTINE STUDIES 5, 8 (1994).

[14] إنّ مسوّدة الدستور الفلسطينيّ – والتي يعتبرها الباحث "الرواية الرسميّة" الرئيسة التي تمتلكها دولة فلسطين، على الأقل في إطار حلّ الدولتين – تُظهر أنّ القانون الأساسيّ لا يختلف كثيراً عن الطريقة التي قد تبدو فيها فلسطين، وعن الطريقة التي يمكن فيها مشاركة وإدارة السلطة. إنّ هذين المفهومين يمكن إرجاعهما إلى مسوّدة الدستور الفلسطينيّ، حيث كانا في مركز المناقشات العامّة من 2001 إلى 2003. ومنذ اعتماد مسوّدة الدستور الفلسطينيّ لمؤسّسات سياسيّة مماثلة وأحكام متشابهة بشكل عامّ مع ما ورد في القانون الأساسيّ.

ناظم لتقسيم السلطات وإجراء توازن بينها وحلّ الصراعات بين الفاعلين الرئيسيّين بالطرق السلميّة. أمّا بخصوص العيوب الظاهرة للعيان في النظام السياسيّ الفلسطينيّ ككلّ، فإنّ هذه الدارسة تعتزم المشاركة في تحليله وذلك تقديماً لما يمكن أنْ يكون عليه شكل النظام الدستوريّ والسياسيّ للدولة الفلسطينيّة المستقبلية.

2. أزمة النظام السياسيّ للسلطة الفلسطينيّة

إنّ الدور الرئيس للـ"القضايا الدستوريّة" في المناقشات الداخليّة للسلطة الفلسطينيّة هو دور بارز. حتّى إنّه يسبق عام 2007، عندما قامت حماس بما أصبح يعرف في إحدى الروايات المهيمنة على أنّه الانقلاب في قطاع غزّة وتداعياته، ويعود لفترة إنشاء السلطة الفلسطينيّة عام 1994 والنقاشات العامّة التي رافقت بدء تداول المسوّدات الأولى من النظام الأساسيّ للسلطة الفلسطينيّة (الذي أصبح لاحقاً القانون الأساسيّ للسلطة الفلسطينيّة). ففي السنوات التالية، بدأت نقاشات مماثلة في وقت انتخابات المجلس التشريعيّ لعام 1996، وبدأت الجهود لوضع مسوّدة القانون الأساسيّ. وبعد عام واحد، قام المجلس التشريعيّ الفلسطينيّ بإقرار القانون الأساسيّ في مسوّدته الثالثة على الرغم من مقاومة السلطة التنفيذيّة، وبشكل خاصّ الرئيس ياسر عرفات – الذي لم يصادق على القانون حتّى العام 2002. حينها كانت هناك قضيّة أخرى على المحك، وهي وضع السلطة الفلسطينيّة بعد انتهاء المرحلة الانتقاليّة دون التوصّل إلى اتّفاق نهائيّ مع إسرائيل.

عاد القانون الأساسيّ مرّة أخرى تحت الأضواء عندما كانت هناك حاجة لترتيبات دستوريّة لتحديد سلطات الرئيس ورئيس الوزراء– وتلك الأخيرة وظيفة تمّ استحداثها في عام 2003، حيث تمّ تبنّي القانون الأساسيّ المعدل للعام 2003. ومرّة أخرى بعد وفاة الرئيس عرفات نهاية العام 2004 حيث تمّت العودة لأحكام القانون الأساسيّ لتنظيم الانتقال السلميّ للسلطة للرئيس الجديد المنتخب خلال مدّة الـ 60 التي نصّ عليها القانون الأساسيّ الفلسطينيّ. في العام 2005، تمّ تبنّي بعض التعديلات الدستوريّة المهمّة، وهذه المرّة بعد "إجماع وطنيّ" بين الفصائل الفلسطينيّة بالنسبة لشكل النظام الانتخابيّ، وهو من بين التعديلات التي كانت ضروريّة لضمان مشاركة حركة حماس في الانتخابات التشريعيّة بداية العام 2006.

منذ فوز حماس في الانتخابات عام 2006، تكثّفت المناقشات الدستوريّة على صلاحيّات الرئيس من جهة ورئيس الوزراء والحكومة، والمجلس التشريعيّ الفلسطينيّ من جهة أخرى. وتشمل القضايا التي نوقشت: المسؤوليّة على قوّات الأمن، الأموال العامّة، والخدمة المدنيّة، إلخ. وبعد انقلاب حماس في غزّة عام 2007، تمّ تمديد المناقشات الدستوريّة لحقّ الرئيس في إعلان حالة الطوارئ وتشكيل حكومة طوارئ. أعقبت المناقشات مدّة الثلاثين يوماً لحالة الطوارئ، مناقشة وضع حكومة الطوارئ، سلطة الرئيس في إصدار المراسيم، وشرعيّة حكومة إسماعيل هنيّة، كحكومة تسيير أعمال في قطاع غزّة، بالرغم من قرار الرئيس بإعفائها من

مسؤولياتها وتعيين رئيس وزراء جديد (سلام فيّاض). ومن بين القضايا الرئيسة الأخرى حقّ الرئيس في حلّ المجلس التشريعيّ الفلسطينيّ، الدعوة الى استفتاء، والدعوة إلى انتخابات مسبقة. وُضعت الولاية الرئاسيّة نفسها تحت المجهر، كما عمليّة الانتخابات المقبلة والجدول الزمنيّ لها. مرّة أخرى عادت منظّمة التحرير الفلسطينيّة، وخاصّة من خلال المجلس المركزيّ، لاعباً سياسيّاً رئيساً.

الجدير بالذكر أنّه ليس هناك سوى عدد محدود من القضايا التي وصلت المحكمة العليا بصفتها المحكمة الدستوريّة العليا.[15] ومن بين هذه القرارات: القرار الخاصّ بدستوريّة قانون السلطة القضائيّة رقم 15 لعام 2005 (القرار رقم 5 لسنة 2005)، دستوريّة قرار اتّخذه المجلس التشريعيّ الفلسطينيّ (بقيادة الأغلبيّة الجديدة حماس)، لإبطال جميع الإجراءات التي قامت بها دورة المجلس التشريعيّ السابقة (القرار رقم 1 لسنة 2006)، و القرار الذي اتّخذته المحكمة والذي اعتبر أنّه ليس لديها ولاية قضائيّة لإعادة النظر في دستوريّة قانونيْن اثنين صادريْن عن منظّمة التحرير الفلسطينيّة (وهما قانون العقوبات الثوريّ وقانون العقوبات الثوريّ الإجرائيّ لعام 1979). إن العدد المحدود من القضايا التي وصلت إلى المحكمة العليا بصفتها المحكمة الدستوريّة العليا يعني أنّ معظم القضايا "الساخنة" والأكثر إلحاحاً هي متنازع عليها أو قد تمَّ حلُها، أو تمَّ استيعابها في أُطر أخرى بما في ذلك، ولكن ليس على سبيل الحصر، المنتديات العامّة مثل وسائل الاعلام.[16]

3. الدستور وشكل الحكومة والنظام السياسيّ

ممّا لا شكّ فيه، أنّ معظم القضايا المطروحة أعلاه ترقى إلى وصفها قضايا "دستوريّة"، لأنّها ترتبط بممارسة السلطات التشريعيّة والتنفيذيّة والقضائيّة. والأهمّ من ذلك أنّها تبيّن شرعيّة ممارسة أجهزة السلطة الفلسطينيّة لسلطاتها على الفلسطينيّين. في الوقت عينه كان "الفصل بين السلطات" جزءاً من الدساتير الحديثة منذ فترة طويلة. حيث أعلنته المادة 16 من الإعلان الفرنسيّ لحقوق الإنسان (1789) كونه عنصراً لا غنىً عنه في أيّ دستور.[17] وهو ما تضمنه القانون الأساسيّ الفلسطينيّ أيضاً[18] – مثل الكثير من الدساتير العربيّة والأجنبيّة.

[15] لقد دعا القانون الأساسيّ إلى إنشاء المحكمة الدستوريّة العليا ولكنه ترك هذه القضيّة ليحددها القانون (المادة 103). إلى حين ذلك تقوم المحكمة العليا بصفتها الدستوريّة بمهام المحكمة الدستوريّة العليا. علماً بأنّه قد تمّ إنشاء المحكمة من خلال قانون المحكمة الدستوريّة العليا رقم 3 لسنة 2006. تماما مثل القانون الأساسيّ، نظم القانون المحكمة على شكل هيئة قضائيّة مركزيّة، ولكنّها مستقلّة عن السلطة القضائيّة. وحتّى تاريخ كتابة هذه الدراسة، لم يقمِ الرئيس – وهو المخول بتعيين أعضاء المحكمة الدستوريّة العليا – بتعيين القضاة وبالتالي فالمحكمة الدستوريّة العليا غير جاهزة للعمل بعد كمحكمة مستقلّة.

[16] لقد صدرت عن المحكمة العليا بصفتها الدستوريّة بعض القرارات الأخرى ولكنّها لم تخرج في المحصّلة عن الوصف الموجود هنا لتوجهات المحكمة بصفتها الدستوريّة إنطلاقاً من القرارات التي تمّ التعرّض لها.

[17] Preuss, The Political, at 17.

[18] تنصّ المادّة 2 من القانون الأساسيّ للدول 2003: "الشعب مصدر السلطات ويمارسها عن طريق السلطات التشريعيّة والتنفيذيّة والقضائيّة على أساس مبدأ الفصل بين السلطات على الوجه المبين في هذا القانون الأساسيّ. إنّ مسوّدة الدستور الثالثة للدولة الفلسطينيّة

إنّ الفصل بين السلطات هو إضفاء الطابع المؤسّسيّ على نظام غير هرميّ بحيث تنقسم فيه سلطة الدولة الواحدة على فروع الحكومة. يتمّ تقنين هذه المأسسة في دستور مكتوب، وبالتالي إنتاج نظام أفقيّ لسلطة الدولة التي هي "نظام التنسيق الدقيق بين القوى المحدّدة وظيفيّاً لتنتج شبكة من الاعتماد المتبادل والدائريّ تقريباً."[19] لذا، فإنّ الفصل بين السلطات هو ضروريّ للدسترة،[20] "لأنّه يضع القاعدة التي "تحكم الحاكم" دون اللجوء إلى فكرة السلطة العليا الأحاديّة التي تسيطر على الحاكم، وبالتالي التي تعمل بوصفها الضامن النهائيّ لقاعدة سياسيّة منظّمة."[21] وبالتالي فإنّ القانون الأساسيّ أمر أساسيّ لمناقشة النظام السياسيّ، لأنّه يقنّن معظم القواعد والمؤسّسات التي تحدّد الشكل الذي تعتمد عليه عمليّة الحكم.

اعتمدت على نصّ مماثل في المادّة 64: إذ تقوم العلاقة بين السلطات العامّة الثلاثة على الاستقلاليّة في ممارسة اختصاصاتها عى أساس مبدأ الفصل والتعاون والتوازن فيما بينها. وليس لسلطة أنْ تمارس اختصاصات أسندت إلى سلطة أخرى وفقاً لأحكام الدستور." براون، مسودة، 23.

[19] Preuss, The Political, at 17.

[20] على الرغم من عدم وجود من يستخدم هذه الكلمة في الأدبيات العربيّة، إلّا أنّ الباحث يستخدم "الدسترة" كترجمة لمفهوم (constitutionalism). الدسترة هنا أفضل من الدستوريّة التي يتمّ استخدامها أحياناً، كون الأخيرة قد تختلط على القارئ مع الصفة لما هو مرتبط بالدستور (constitutional)، في الوقت الذي تشير فيه الدسترة إلى ذلك النظام الذي يتبنى مجموعة من المثل السياسيّة العليا، ومنها الفصل ما بين السلطات، والرقابة على دستوريّة القوانين، واحترام حقوق الإنسان وحرياته. لنقاش مفهوم الدسترة، يمكن مراجعة: عاصم خليل، *"قانون" التشريع و"قانون" الحرية: هل الديمقراطية بديل عن حكم القانون* (رام الله: مؤسسة مواطن لدراسات الديمقراطية، 2013).

[21] Preuss, The Political, at 17.

إنّ أهميّة القانون الأساسيّ مستمدّة من كونه دستورَ السلطة الفلسطينيّة، بمعنى أنّه النصّ الدستوريّ المكتوب الذي يقنّن القواعد والمؤسّسات الموجودة مسبقاً والتي كانت موضوع النقاشات العامّة.[22] إنّ المؤسّسات في الواقع مهمّة، والاختلافات المؤسّساتيّة تُحْدِثُ فرقاً.[23] فالدساتير مهمّة لأنّ المؤسّسات السياسيّة الأساسيّة تلعب دوراً مهمّا في الطريقة التي يعمل بها المجتمع والنظام السياسيّ. فعلى سبيل المثال يؤثّر الدستور في تحديد من يمارس السلطة ومن لا يمارسها، من يربح أو يخسر في اللعبة السياسيّة.[24] يساعد شكل الدستور أيضاً في وضع شكل القوانين والسياسات، بغض النظر عمّن هو في السلطة.[25] والأهمّ من ذلك، أنّ تصميم الدستور ينظّم العلاقة بين الدولة والأفراد في المجتمع، وبالتالي فإنّه يمكن أنْ ينظرَ إليها على أنّها نوع من العقد المبرم بين من هو موجود في الوظيفة الحكوميّة والشعب.[26]

على الرغم من وظيفة القانون الأساسيّ بمثابة الدستور والتعامل معه بهذه الصفة، إلّا أنّه عمليّاً يعرض وجهتين دستوريّتين مختلفتين. ففي

[22] Bruce Ackerman, Revolution on a Human Scale, 108 YALE L. J. 2279, 2285 (1999).

[23] Maurice Duverger, Arend Lijphart, & Gianfranco Pasquino, A new political system, 31 EUR. J. POL. RESEARCH 125, 128 (1997).

[24] See Niclas Berggren, Nils Karlson, & Joakim Nergelius, Introduction, in: WHY CONSTITUTIONS MATTER vii (Niclas Berggren, Nils Karlson, & Joakim Nergelius eds., 2000).

[25] المرجع السابق.

[26] المرجع السابق.

الوقت الذي وفّر للأطراف المتنازعة لغة مشتركة لتأطير القضايا الحاسمة بطريقة مفهومة لكلا الطرفين، ساهم القانون الأساسيّ في زعزعة النقاش، ممّا فتح المجال لقتال أعمى بين الأطراف. وعلى الرغم من وضعه لإجراءاتٍ قد تكون مقبولة كحد أدنى للطرفين، إلّا أنّه احتوى على أحكام يمكن الاعتبار على أنّها تأذن لطرفٍ ما الانقضاض على الطرف الآخر. والأهمّ من ذلك، في حين أنّه غالباً ما تمّ تصوّر النظام الدستوريّ كأداة لإضفاء الشرعيّة من قِبل الفاعلين السياسيّين الذين يدّعون أنّهم يمثّلون الشعب، فإنّه لا يشجّع الطرف الخاسر لأنْ يعترف بأنّ النظام الدستوريّ يترجم إرادة الشعب، مهما كانوا يبغضون النتيجة.[27]

المطلب الثاني: أي نظامٍ سياسيّ لفلسطين؟

سيتمّ أوّلاً نقاش التوجهات الفقهية المختلفة بخصوص أنواع الشرعيّة، وأثر ذلك على النظام السياسيّ وأنواع الحكومة المختلفة، مع التركيز على النهج القانونيّ الوضعيّ. بعد ذلك سيتمّ تقديم التصنيفات الكلاسيكيّة لأشكال الحكومة (الرئاسيّ والبرلمانيّ) وتقديم النموذج الجديد الذي لقي رواجاً في كثير من الدول المعاصرة (النظام شبه الرئاسيّ). بناءً على تلك المعايير، سيتمّ نقاش النظام السياسيّ الفلسطينيّ وأوجه القصور الموجودة في فيه، في حال تمّ اعتماد النهج القانونيّ الوضعيّ كمدخل لتفسير القانون الأساسيّ الفلسطينيّ.

1. شرعيّة النظام السياسيّ

خلافاً لمدرسة القانون الطبيعيّ التقليديّ، تفترض المدرسة الوضعيّة القانونيّة أنّ القانون يمكن أن يكونَ شرعياً من ناحية قانونيّة دون أنْ يكون شرعيّاً بالضرورة من ناحية أخلاقية.[28] ويميّز "ريتشارد فالون" بين هذيْن الشكلين من الشرعيّة بحجّة أنّ الشرعيّة القانونيّة تعتمد على مجموعة واحدة من الاختبارات (القواعد القانونيّة)،[29] بينما الشرعيّة الأخلاقيّة مبنيّة على مجموعة أخرى (التبرير الأخلاقيّ وجدارة الاحترام).[30] ثمّ يميّز فالون بين ما يسمى النظريّات المثاليّة ونظريّات الحدّ الأدنى من الشرعيّة الأخلاقيّة، فإمّا أنْ تكون النظريّة المثاليّة مستندة على الموافقة أو نظريّة مثاليّة موضوعيّة. فالنظريّة المثاليّة الموضوعيّة تعتمد على المعايير

[27] *See*, Ackerman, Revolution, at 2285.

[28] *See,* Richard H. Fallon, Legitimacy and the Constitution, 118 HARV. L. REV. 1787, 1801 (2005).

[29] ووفقاً لـ "ريتشارد فالون: "تعتمد الشرعيّة أو عدم الشرعيّة القانونيّة على القواعد المعياريّة القانونيّة. فما هو قانونيّ هو أيضاً شرعيّ، على الرغم من أنّ القرارات القانونيّة... قد تكون في بعض الأحيان خاطئة دون أنْ تصبح غير شرعيّة. إنّ الهجمة على شرعيّة قواعد قانونيّة تعني إدانة قويّة لا تقوم بتبريرها الأخطاء القانونيّة كافّة." المرجع السابق، 1794.

[30] ووفقاً لريتشارد فالون: عندما يستخدم هذا المصطلح في المعنى الأخلاقيّ، فإنّ الشرعيّة تكون وظيفتها التبرير الأخلاقيّ أو احترام الاستحقاقيّة. حتّى لو كان يحظى نظام أو قرار ما بتأييد واسع، أو إذا كان القرار قراراً صحيحاً من الناحية القانونيّة، فقد يكون غيرَ شرعيّ بموجب المفهوم الأخلاقيّ هذا إذا كان غير مبرّر أخلاقيّاً. المرجع السابق، 1796.

النهائيّة للعدالة، بغض النظر عن موافقة المحكومين. أمّا النظريّة المثاليّة القائمة على الموافقة، فإنّها تفترض أنّ تلك الموافقة قد أُعطيت، سواءٌ كانت حقيقيّةً أم افتراضيّة. أمّا نظريّات الحدّ الأدنى من الشرعيّة الأخلاقيّة،[31] والتي تنطلق بالعادة من افتراض أنّ الحياة الإنسانيّة الكريمة ستكون مستحيلة من دون حكومة، فهي تعتبر أنّ النظم القانونيّة لها شرعيّة أخلاقيّة عندما "تكون عادلة بما فيه الكفاية لتستحقّ الدعم من أولئك الذين تخضع لهم في ظلّ غياب أفضل أيّة بدائل يمكن بلوغها واقعيّاً".[32]

ويمكن إجراء تمييز آخر فيما يتعلّق بالشرعيّة الاجتماعيّة. أمّا الشرعيّة الاجتماعيّة بمعناها القويّ فهي تعني أنّ النظام القانونيّ يمكن تبريره أو اعتباره مناسباً أو يستحقّ الدعم لأسباب أخرى غير الخوف من العقوبات أو على أمل تحقيق مكاسب شخصيّة. أمّا الشرعيّة الاجتماعيّة بمعناها الضعيف، فهي مستمدّة من مجرّد إذعان العامّة. يمكن إرجاع النسخة القويّة للشرعيّة الاجتماعيّة إلى "ماكس فيبر"، حيث إنّه يفترض أنّ النسخة الضعيفة من الشرعيّة الاجتماعيّة تفتقر للأسس الكافية؛ إذ قد يرضخ العامّة لتأكيدات من السلطة فقط لوجود هذه العادة أو للمصلحة الذاتية.[33]

وفقاً للتمييز الموجود في الفقرة السابقة، فإنّ الشرعيّة القانونيّة المستمدّة من الإجراءات المتّخذة من جانب الموظفين العموميّين لا تعتمد على الشرعيّة الأخلاقيّة أو الاجتماعيّة، ولكنّ بدلاً من ذلك تعتمد على انسجام ما يقوم به الموظّفون العموميّون مع القواعد القانونيّة المقرّرة مسبقاً. إنّ هذه القواعد القانونيّة (المؤلِّفة للدستور بالمعنى المادّيّ) تعيّن حدود صلاحيّات فروع الحكومة وتحدّد طريقة أجهزة الدولة في تحديد حدود بعضها بعضاً، ثمّ خلق نوع من نظام الضوابط والتوازنات. لقد قامت غالبية الدول المعاصرة بتدوين هذه القواعد المكتوبة، غير المرنة، والموجودة على شكل نصّ تشريعيّ، وهو الدستور بالمعنى الشكليّ. لا يجب تفسير ما سبق على أنّه يعني بالنسبة للوضعيّة القانونيّة أنّ القانون الوضعيّ فقط هو ما يهمّ (في بعض النظم، على سبيل المثال، العرف، يوفر معايير صالحة للأفعال المشروعة للموظّفين العموميّين). وهو لا يعني أيضا، أن في إطار القانون الوضعي، فقط ما يهمّ هو القانون الصادر بموجب تشريع (legislated laws) (على سبيل المثال، في بعض البلدان التي تأخذ بتقاليد قانون العموم، تلعب السوابق دوراً رئيساً في النظام القانونيّ المعني). هذا يعني أيضاً أنّ ما يهمّ في الوضعيّة القانونيّة هو ليس فقط الدستور المكتوب، وهذا هو الدستور بالمعنى الشكليّ، ولكنّ الدستور أيضاً بالمعنى الماديّ (بعض الدول مثل المملكة

[31] تلك التي يبدو أنّها حصلت على أفضليّة ودعم من ريتشارد فالون. انظر: المرجع السابق، 1803.

[32] انظر: المرجع السابق، 1798.

[33] انظر: المرجع السابق، 1795-1796.

المتّحدة أو إسرائيل لا تملك دستوراً حتّى بالمعنى الشكليّ).[34]

سيُعنى القانونيّون الوضعيّون المهتمّون بالنظام السياسيّ بالنظام الدستوريّ المنظّم للحكومة. فهذه القواعد هي المعايير التي تساعد في تحديد حدود الشرعيّة (من الناحية القانونيّة) أو عدم الشرعيّة بالنسبة لأفعال الموظّفين الحكوميّين. إنّ هؤلاء القانونيّين الوضعيّين سيكونون –على الأرجح – راضين بالشرعيّة الاجتماعيّة بمعناها الضعيف وبالحدّ الأدنى من الشرعيّة الأخلاقيّة، لأنّها موجودة في جميع الأنظمة القانونيّة القائمة: بالنسبة لبعض هؤلاء يتمّ اعتبار الشرعيّة الاجتماعيّة بالحدّ الضعيف على أنّه أمر واقع سابق للنظام القانونيّ (كما يقول كيلسن، والذي يبدو أنّه يبني منظومة قانونيّة متكاملة على القاعدة المعياريّة الأسمى (grundnorm) أو القاعدة المعياريّة الأساسيّة (basic norm) والتي يفترض وجودها، دون أن يتجرّأ أنْ يحاول فهم القاعدة الأسمى كأمر واقع سابق للنظام القانونيّ باعتبار أنّها ليست مسألة قانونيّة أساساً). بالنسبة لآخرين يتمّ اعتبار الشرعيّة الاجتماعيّة على أنّها الممارسة الاجتماعيّة (على أساس قاعدة الاعتراف (rule of recognition)، والتي تتحدّد كما يقول هارت، بشكل كبير من قِبل الجمهور).[35] وقد حصل نوعا الوضعيّة القانونيّة على مسمّى القانونيّة اللاإراديّة (legal nonvolitionism) لأنّ كلاً منهما بنى نظام قواعده على الوقائع والممارسة الاجتماعية حيث إنهما يصرّان على أنّ "أسس القواعد القانونيّة يمكن أنْ تتبلور بشكل أساسيّ في وقائع الممارسة الاجتماعيّة، والتي تتميّز عن أفعال أو عن تعبير إرادة أحد ما."[36]

يعتبر كلّ من الانقسام في الواقع والممارسة الاجتماعية منطقيّاً بالنسة للوضعيّين القانونيّين الذين يدّعون بأنّ الأنظمة القانونيّة على أنّها قليلة الفجوات، ومغلقة، ومكتفية ذاتياً. وسيكون التحدّي بالتمييز بين ما يمكن اعتباره جزءاً من النظام القانونيّ وما هو ليس كذلك. إنّ النوعين المختلفين من الوضعيّة اللذيْن يمثلهما كيلسن وهارت لا يتّفقان بالطريقة التي يفسران بها

[34] أمّا بالنسبة للمسألة المهمّة والمرتبطة بالشرعيّة القانونيّة للدستور نفسه (الدستور بالمعنى الشكليّ)، أو بشكل أهمّ بخصوص القاعدة المعياريّة الأسمى أو "القاعدة الأساسيّة" (Grundnorm or Basic Norm) كما أطلق عليه كيلسن، أو قاعدة الاعتراف (the rule of recognition)، كما سماها هارت، فهذه كلّها مسائل مهمّة ولكنّها مختلفة عن موضوع الدراسة وبالتالي لا يعد الباحث من خلال هذه الدراسة بالتطرق لهذه المسائل.

[35] لا يوجد نهج وضعيّ واحد تجاه طبيعة القانون. فبالنسبة لأوستن: القانون عبارة عن أوامر (الأوامر المغلفة بالتهديد) يقوم بإصداره صاحب السيادة. ولقد ميّز هارت لاحقاً ما بين "القواعد الأوليّة" و"القواعد الثانويّة". ثمّ أصرّ على ضرورة الحاجة إلى "حكم الاعتراف" والذي هو قبول أنظمة المسؤولين (كما أصرّ عليها هارت) من أجل ايجاد نظام قانونيّ. أما بالنسبة لكيلسن، والذي بنى نظريته على أساس نظريّ مختلف اختلافاً واضحاً (كونه منشقّ عن الفكر الكانطيّ الجديد (neo-Kantian))، فجميع القواعد القانونيّة يمكن فهمها من حيث إعطاء التفويض للمسؤول لفرض العقوبات، في حين أن صلاحيّة القواعد القانونيّة تعتمد على قاعدة أساسيّة أو القاعدة الأسمى (والتي تمّ افتراضها سابقاً). انظر:
Brian H. Bix, Legal Positivism, in THE BLACKWELL GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY 29, 32–33 (Martin P. Golding & William A. Edmundson eds., 2005).

[36] Frank I. Michelman, Constitutional Authorship by the People, 74 NOTRE DAME L. REV. 1605, 1613.

إدراج قاعدة معياريّة (norm) ضمن النظام القانونيّ. فتبعاً لهارت، يجب للقاعدة أنْ تستوفي معايير الاعتراف، والتي تمّ وضعها من قبل قاعدة خاصّة للاعتراف (rule of recognition).[37] أمّا بالنسبة لكيلسن، فالمعيار النهائيّ يكون من خلال القاعدة المعياريّة الأساسيّة.[38] ومع ذلك، في نهاية المطاف، فإنّ كلاً منهما يقرّب النظام القانونيّ لنظام قواعد معياريّة (system of norms)، وكلاهما يجادل بأنّ مهمة الفقه (jurisprudence) أنْ يصف ويحلّل ما هو قانون البلد (وليس ما يجب أنْ يكون)؛ وفقاً لذلك، فإنّ القواعد القائمة فقط، وليس القيم، هي من تقع ضمن اختصاص الفقه.[39]

وفقاً لهذا النهج الوضعيّ للأنظمة السياسيّة – وهو النهج المستخدم في الأقسام التالية من هذه الدراسة – فإنّ القانون الأساسيّ، والذي يُعامل على أنّه دستور من قبل السلطة الفلسطينيّة، هو عبارة عن قانون يتميّز، كما هي معظم القوانين الحديثة، باثنتين من الميّزات. الأولى هي وضعية القانون الحديث،[40] والتي تعني بأنّ القوّة الملزمة للقانون هي ليست قوّة الحقيقة المتأصّلة فيه، وإنّما هي سلطة مؤلّف القانون، أو على حدّ تعبير توماس هوبز: السلطة وليست الحقيقة هي التي تسنّ القوانين ("auctoritas, non veritas facit legem.").[41] أمّا الميّزة الثانية فهي فصل الأخلاق عن الشرعيّة (legality).[42] بهذا المعنى تكون الطاعة للقانون واجبة لأنّه ذات طابع مؤسسيّ دون أن تكون هناك حاجة للاحتجاج بأية أسس أخلاقيّة قد يستند إليها القانون أو لا يستند.[43]

---

[37] JAN-ERIK LANE, CONSTITUTIONS AND POLITICAL THEORY 138-139 (1996).

[38] *See* LANE, Constitutions, at 138-139.

[39] انظر: المرجع السابق.
يمكن أيضا العثور على نهج مماثل في المذاهب الفرنسيّة التقليديّة لسيادة الدولة على النحو الذي عرضه الفقيه البارز كاريه دي مالبرغ (Carré de Malberg). إنّ مثل هذه النظريّات لا تفسّر قيمة الأنظمة السياسيّة الديمقراطيّة. وبالتالي، فإنّ دور علم القانون كما عبّر عنه دي مالبرغ يقتصر على وصف قواعد ومبادئ القانون. انظر:
Yasuo Hasebe, *Constitutional borrowing and political theory*, 1 INT.L J. CONST. L. 224, 230 (2003).

[40] إنّ القانون الوضعيّ هو مصطلح لهذا النوع من القانون الذي يحصل على سلطته وقوّته الملزمة ليس بسبب محتوى دينيّ أو فلسفيّ أو مقدّس وليس بسبب كونها تعكس تقاليد معينة بل لكونها صادرة عن مشرّع يتحلى بالشرعيّة (legitimate law-giver). انظر:
Preuss, The Political, at 13.

[41] Quoted in *id.* at 14.

[42] بالإشارة إلى نظرية هانز كلسن عن القانون والتي عرّفها على أنّها نظريّة القانون الوضعيّ بشكل عام... "كنظريّة، فالهدف الحصري منها هو معرفة ووصف موضوعها. إذ تحاول هذه النظريّة الإجابة على السؤال ما القانون وكيف هو القانون، وليس كيف ينبغي أن يكون. إنّه علم القانون، وليس السياسة القانونيّة. انظر:
HANS KELSEN PURE THEORY OF LAW 1 (Max Knight trans., 1967).
قبله بكثير، لخص أوستن في محاضراته الشهيرة حول علم القانون والمعروفة باسم "الوضعيّة القانونيّة": "وجود القانون شيء، وحسن أو سوء محتواه فهو شيء آخر. البحث في وجود القانون أو عدمه هو شيء، أمّا البحث في مدى انطباق القانون مع قاعدة معياريّة مفترضة مسبقاً فهذا موضوع بحث آخر. إنّ القانون، الموجود في الواقع، هو قانون، على الرغم من أنّه قد لا يروقنا، وعلى الرغم من أنّه قد يختلف عن النصّ، الذي نبني عليه لإعطاء تقبّلنا أو استهجاننا.
Quoted in Bix, Legal, at 29-30.

[43] *See* Preuss, The Political, at 14.

2. أشكال الحكومة المختلفة

من وجهة نظر القانون الدستوريّ، هناك نماذجُ مفيدة فيما يخصّ طريقة تقسيم السلطات بين فروع الحكومة التشريعيّة، التنفيذيّة والقضائيّة. وعليه، فإنّ أشكال الحكومة هي ببساطة عبارة عن طرق مختلفة يتمّ فيها ممارسة مبدأ الفصل بين السلطات. بعبارة أخرى، فإنّ النظام السياسيّ، من الناحية القانونيّة، هو مرادف للطريقة المحدّدة التي يتمّ فيها فصل السلطات. وأكثر الأنظمة شيوعاً هما النظامان: البرلمانيّ والرئاسيّ. اللذان يمثّلان شكلين مختلفين للحكومة بحيث يحدّدان هيكليْن متعارضيْن لتشكيل الحكومة وحلّها.[44] هاتان الطريقتان تستمدّان خصائصهما على التوالي من شكل نظام الحكومة في الولايات المتّحدة وبريطانيا والمتأصّلة جذورهما في التاريخ (على التوالي، في نظاميمها الجمهوريّ والنظام الملكيّ) وأشكال الدولة (على التوالي، الدولة الاتّحاديّة والدولة الموحّدة).

ما يلفت الانتباه في الدول المعاصرة هو أنّها نادراً ما تتبنّى نظاماً رئاسيّاً بحتاً (والذي– ومن أجل التبسيط– يقوم الباحث بتحديده على أنّه على غرار شكل الحكومة في الولايات المتّحدة) أو نظام برلمانيّ بحت (والذي يحدّده الباحث على أنّه على غرار شكل الحكومة في المملكة المتّحدة). وبدلاً من ذلك، فإنّ معظم الدول لديها الكثير من القواسم المشتركة مع ما يسمّى النظام شبه الرئاسيّ، وهو مصطلح ابتدعه موريس دوفيرجيه (Duverger) في العام 1980،[45] من أجل وصف النظام الذي أسّسه دستور الجمهوريّة الخامسة في فرنسا.[46] إنّ ميزة هذه الفئة أو النموذج أو النوع الثالث من الحكومة، هو أنّه يضم عناصر النظاميْن الاثنين الآخريْن. إلّا أنّ ما كتبه دوفيرجيه ساعد بشكل واضح في تحديد مجموعة من الآليات والمؤسسات التي تميز هذا النظام الجديد عن الأنظمة التقليديّة، البرلمانيّة والرئاسيّة على حدّ سواء.[47]

يمكن لشخص ما أنْ يجادل بأنّ كلّ نظام حكم هو فريد من نوعه، وبالتالي فإنّ تطبيق النماذج المذكورة أعلاه لن يكون مفيداً؛ بدلا من

---

[44] Cindy Skach, The "newest" separation of powers: Semipresidentialism, 5 INT.L J. CONST. L. 93, 95–6 (2007).

[45] *See* Duverger, Lijphart, & Pasquino, A new, at 126.

[46] إنّ النظام شبه الرئاسيّ هو في الواقع ليس بنظام جديد. فهو قديم قدم جمهوريّة الفايمار (ألمانيا ما بين الحرب العالمية الأولى والثانية) – وهي أوّل خبرة تاريخيّة على ما يبدو لما حدّده لاحقا دوفيرجيه على أنّه نظام شبه رئاسيّ. ما جاء به دوفيرجيه هو وضع النظريات حول الموضوع، واعتباره شكلاً متميزاً من أشكال الحكومة. ومع ذلك، وكما حدّدت سكاتش (Skach)، فإنّ انتشاره السريع، وأهميته المتزايدة منذ سقوط جدار برلين هو ما يجعله أحدث شكل من أشكال الفصل بين السلطات. انظر:

Skach, The "newest" separation, at 96, 98.

بالنسبة لأوسياتنسكي (Osiatynski) قامت الكثير من الدول ما بعد الشيوعيّة بخلق أنظمة برلمانيّة مع رؤساء يتمّ انتخابهم شعبيّاً. انظر:

Wiktor Osiatynski, *Paradoxes of Constitutional Borrowing,* 1 INT.L J. CONST. L. 244, 260 (2003).

لكنّ النظام شبه الرئاسيّ يبقى ضعيف الوجود ضمن النظريّة الدستوريّة، بالرغم من شعبيته العالية وبالرغم من كونه من ناحية نظريّة وعملية مثيراً للإشكاليّات من وجهة نظر الديمقراطيّة، الدسترة، وحماية الحرّيّات الأساسيّة المدنيّة والسياسيّة. انظر:

Skach, The "newest" separation, at 94–95.

[47] *See* Duverger, Lijphart, & Pasquino, A new, at 129.

ذلك، يقترح هؤلاء أنْ يتمّ فحص كلّ نظام بغض النظر عن أيّة من النماذج المحدّدة مسبقا.[48] إنّ مثل هذه الملاحظات جديرة بالاهتمام بشكل عام كونها تحفّز المزيد من النقاشات حول الأنظمة الدستوريّة حيث يُعامل كل نظام على أنّه شكل فريد من أشكال الحكومة. مع ذلك، فإنّ لدى النماذج الدستوريّة لأشكال الحكومة ميّزة إظهار الطرق المختلفة للفصل بين السلطات؛ ويتمّ هذا من خلال المساعدة في تصنيف أشكال الحكومة المختلفة، حيث تحدّد على ضوء ذلك الأنظمة السياسيّة المختلفة. إنّ هدف هذه الدراسة هو تمييز المؤسّسات السياسيّة التي تؤدّي بعض المهام المشتركة لجميع النظم التي تعمل بشكل جيد، ولتبيان كيف أنّ مكوناتها وآلياتها المختلفة تضمن استقرار النظام السياسيّ في بيئة سياسية متغيرة.[49]

2-1. *التصنيفات الكلاسيكيّة*

في النظام الرئاسيّ (Presidentialism)، يلعب الرئيس دوراً أساسيّاً وذلك لأنّه يتمتّع بسلطة إجرائيّة تنفيذيّة، وفي الوقت نفسه، هو رئيس الدولة. أمّا في النظام البرلمانيّ، فيختلف رئيس الدولة عن السلطة التنفيذيّة التي تكون من اختصاص مجلس وزراء. حيث يمكن لمجلس الوزراء أنْ يمارس سلطته فقط إذا ما كسب ثقة البرلمان، وتعتمد قوته على الثقة المستمرّة التي يُولِيها إليه البرلمان (والتي يمكن حجبها عنه في أي وقت). وفي الوقت نفسه، يكون للحكومة الحقّ بأنْ تدعو لانتخابات برلمانيّة مبكّرة. إنّ هذه التبعيّة المتبادلة بين السلطتين التنفيذيّة والسلطة التشريعيّة غائبة في النظام الرئاسيّ والتي تُحَدِّد مسبقاً فترات محدّدة للانتخابات الرئاسيّة ولعضويّة البرلمان، بحيث ينبغي اتّباع تلك المواعيد بدقّة.

بمعنى أدقّ، يمكن اعتبار الحكومة الرئاسيّة البحتة على أنّها حكومة مقسّمة (بين الرئيس والبرلمان)، في حين أنّ الحكومة في النظام البرلمانيّ البحت هي حكومة موحّدة (تابعة لحزب الأغلبيّة، بمعنى للحزب الذي يملك أغلبيّة المقاعد في البرلمان). في الوقت الذي يعتمد كِلا النظاميْن على الفصل بين السلطات؛ حيث أثبت النموذجان على حدّ سواء بأنّهما نظامان فعّالان بشكل عام ويضمنان الاستقرار السياسيّ.

وفقاً لذلك، هناك نوعان من المعايير التي تميّز النموذج الرئاسيّ البحت عن النموذج البرلمانيّ البحت. فالمعيار الأوّل له علاقة بالسلطة التنفيذيّة، في حين يتمّ تحديد الثاني في علاقة السلطة التنفيذيّة مع السلطة التشريعيّة. ففي النظام الرئاسيّ البحت، يتّحد رئيس الدولة والسلطة التنفيذيّة في شخص واحد وهو – رئيس البلاد. في حين يتميّز النظام البرلمانيّ بوجود ازدواجيّة في

---

[48] للمزيد حول من يتبنّى مثل هذا الموقف في القانون الدستوريّ المقارن، انظر:

Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 YALE L. J. 1225, 1269–1285 (1999).

[49] وهذا هو النهج الذي يمكن أن يدخل ضمن ما أطلق عليه البعض بأنّه "الوظيفيّة" (functionalism) وذلك لوصف واحدة من ثلاث طرق ممكنة لمقارنة التجارب الدستوريّة في أي مكان آخر والذي يمكن أنْ يساعد في تفسير كلّ دستور وطني. انظر: المرجع السابق، 1238.

السلطة التنفيذيّة: فهناك رئيس الدولة –الملك أو الرئيس– والذي يلعب دوراً رمزياً، دون ممارسة سلطة تنفيذيّة فعليّة حيث إن السلطة التنفيذيّة بموجب النظام البرلمانيّ لا تُمارس إلا من قِبل من يكون مسؤولاً أمام البرلمان (أي من قبل الكابينيت، أي الحكومة بالمعنى الضيّق). أمّا المعيار الثاني، فيتعلّق منطقيّاً وبشكل دقيق بالمعيار الأوّل، وهو مدى وجود اعتماد أو استقلال متبادل، ما بين السلطتين التشريعيّة والتنفيذيّة.[50]

على الرغم من تمييز المعياريْن نظريّاً، إلّا أنّ المعياريْن مع ذلك وإذا أردنا أن يكون لهما معنى (بمعنى أنّهما معاً ضروريان لوجود أحد النموذجيْن)، لا يمكن فصلهما: إنّ استقلال كل من الرئيس والبرلمان لا يمكن تحقيقه إلّا إذا كانت السلطة التنفيذيّة تكمن في شخص واحد وهو رئيس الدولة، في حين أنّ الاعتماد المتبادل بين السلطتين التنفيذيّة والتشريعيّة لا يمكن تحقيقه إلّا إذا كان رئيس الدولة منفصلاً عن السلطة التنفيذيّة. إنّ هذا التماسك المنطقيّ للمعيارين ينبع من الخلاف بين الحكومة والدولة، وبين فرع من الحكومة ورئيس الدولة. حيث إن رئيس الدولة يرمز إلى وحدة الدولة، والرئيس، لا يمكن أن يعتمد على أيّ من فروع الحكومة من دون تقويض وحدة وسيادة الدولة على هذا النحو.

وبعبارة أخرى، يجب النظر إلى المعيارين الاثنين معاً إذا ما أردنا أن يكون لهما معنى ضمن النظام السياسيّ والذي يمكن أن يكون حكومة منقسمة أو حكومة موحّدة. وإنّ هذا المبدأ، ينعكس على شكل الحكومة، وهو ما يميّز النظام السياسيّ بموجب النموذج الأميركيّ عن النظام السياسيّ بموجب النموذج البريطانيّ. إنّ الاختلافات الأخرى جميعها بين هذين الشكلين من الحكومة ليست سوى عبارة عن النتائج المنطقيّة والتقنيّة. وبالتالي يدعي الباحث بأنّ حلّ البرلمان هو مسألة تقنيّة لا تتعارض مع مفهوم الفصل بين السلطات في حدّ ذاته، وإنّما يندرج ضمن النموذج الثاني من الحكومة التي تعتمد على مبدأ الحكومة الموحّدة (النموذج البريطانيّ). أمّا ممارسة السلطة التنفيذيّة من دون تصويت مسبق من البرلمان لمنح الثقة لا يتعارض أيضاً مع مفهوم الفصل بين السلطات في حدّ ذاته، وإنّما تندرج ضمن أوّل شكل من أشكال الحكومة والتي تتبنى النظام السياسيّ بموجب نظام الحكومة المقسّمة، أي النموذج الأمريكيّ. وبالتالي، فإنّ العديد من المسائل التقنيّة المتعلّقة بالسلطات المختصّة لها معنى داخل نموذج معين من الحكومة أو نموذج آخر فقط من خلال كونها جزءاً من النظام السياسيّ المحدّد (أي أنّها إمّا أن تكون ضمن نموذج الحكومة المقسّمة على الطريقة الأمريكيّة، أو نموذج الحكومة الموحَدة على الطريقة البريطانيّة).

2-2. نموذج جديد؟

وفقاً لدوفيرجيه، يتميّز النظام شبه الرئاسيّ بثلاثة ملامح رئيسة هي: انتخاب الرئيس بالاقتراع العامّ، سلطات الرئيس الواسعة، ووجود

[50] *See* Skach, The “newest” separation, at 95–96.

رئيس وزراء ووزراء يمارسون السلطة التنفيذيّة، والسلطة الحكوميّة والذين يمكن أنْ يستمروا بالعمل في مناصبهم طالما أنّه ليس هناك معارضة من البرلمان.[51] جاء غيرهم من الفقهاء بمعايير أخرى مختلفة من أجل تمييز النظام شبه الرئاسيّ، مثل سلطة تعيين رئيس الوزراء أو السلطة في حلّ البرلمان.[52]

بناء على هذه المعايير، لم يكن من المفاجئ أنّ دوفيرجيه نفسه لم يعتبر "نموذجه الجديد" على أنّه فريد من نوعه بالنسبة للجمهوريّة الفرنسيّة الخامسة، وإنّما أيضاً يستخدم لوصف ستة أنظمة بما فيها جمهوريّة فايمر الألمانيّة.[53] إنّ المرونة التي يتمتّع بها هذا النموذج كبيرة وهو ما جعله ينطبق على غيره من النظم التي ليست رئاسيّة بحتة ولا برلمانيّة بحتة. وحيث تقدم الولايات المتّحدة والمملكة المتّحدة على أنّهما نموذجان يمثّلان على التوالي شكلي الحكومة الرئاسيّ والبرلمانيّ، إلّا أنّه في حالة الجمهوريّة الفرنسيّة الخامسة، فهي ليست إلّا مثالاً ممكناً لما يمكن أن يكون فيه أحد الأشكال الكثيرة الممكنة للنظام شبه الرئاسيّ – وهو ما يقلّل من فرص الاقتناع من كونها نموذجاً واحداً يمكن أن يُضاف إلى التصنيفات التقليديّة للأنظمة السياسيّة الرئاسيّة والبرلمانيّة.

إنّ ازدواجيّة السلطة التنفيذيّة (رئيس الجمهوريّة ورئيس الوزراء) جعلت بعض الفقهاء يفضّلون اسم "الوزير الأوّل/الرئاسيّ" (premier–presidential) بدلاً من "شبه الرئاسيّ" (semi–presidential)، لأنّ هذا الأخير يحمل تطبيقاً مضلّلا لنوع النظام الذي يقع في منتصف المسافة بين الرئاسة والبرلمانيّ.[54] وهو بالضبط ما أراد دوفيرجيه تجنّبه. في الواقع، أشار دوفيرجيه إلى أنّ نموذجه الجديد ليس نصف رئاسيّ ولا نصف برلمانيّ، وإنّما يتناوب بين مراحل الرئاسيّة والبرلمانيّة. فهو رئاسيّ طالما الرئاسة والأغلبيّة البرلمانيّة تنتمي إلى نفس الحزب أو الائتلاف؛ وهو برلمانيّ عندما يكون في أيدي أحزاب أو ائتلافات معارضة.[55] يتمّ تحديد هذا التناوب من قبل أربعة متغيّرات: القواعد الدستوريّة، التقاليد والظروف السياسيّة، والمكوّن السياسيّ للأغلبيّة في المجلس التشريعيّ، والعلاقة بين الرئيس وهذه الأغلبيّة.[56] يبدو أن دوفيرجيه يرى أنّ نموذج شبه الرئاسيّ للحكم هو ليس نظاما سياسيّا واحد ولكنّ مظلة جامعة لأشكالٍ مختلفة من الحكومة. ويبدو أنّ هذا الاستنتاج يبنى على تناقض ذاتي: حيث يدافع دوفيرجيه عن نموذجه كشكل مختلف من أشكال الحكومة، مع آلياته المميّزة الخاصّة والمؤسّسات، ولكن في الوقت نفسه يصف نظامه

[51] *See* Duverger, Lijphart, & Pasquino, A new, at 130.

[52] انظر: المرجع السابق، 130.

[53] بالطبع قام دوفيرجيه باحتساب البلدان ذات النظام شبه الرئاسيّ في الوقت الذي كتب فيه ورقته البحثيّة في الثمانينيّات من القرن العشرين. والأنظمة الأخرى هي تلك في كلّ من أستراليا، فنلندا، أيسلندا، إيرلندا، البرتغال. انظر: المرجع السابق، 126.

[54] انظر: المرجع السابق، 126.

[55] انظر: المرجع السابق، 127.

[56] انظر: المرجع السابق، 126.

السياسيّ الجديد بأنّه في الحقيقة عبارة عن أنظمة متعدّدة، وليس نموذجاً واحداً لنظام واحد![57]

يوافق الباحث على أنّ النموذج شبه الرئاسيّ هو عبارة عن شكل مختلف من أشكال الحكومة ويحتاج إلى تأطير في إطار نظريّة دستوريّة ملائمة، بصرف النظر عن حقيقة أنّه كان في الأصل عبارة عن تحريف بسيط من أحد أو كلا النظامين، أو حتّى إنّه أنشئ بهدف شمل العديد من المؤسّسات والآليات من الأنظمة الأخرى، كما، على سبيل المثال، في حالة جمهوريّة فايمار الألمانيّة.[58] الّا أنّ الباحث لا يوافق، على الرغم من ذلك، على التفسير السائد لتفرّد النظام شبه الرئاسيّ كشكل مختلف من أشكال الحكومة بناء على ما تمت الإشارة إليه سابقاً على أنّه "النتائج التقنيّة والمنطقيّة" لشكل معيّن من الحكومة، والتي لا تكفي لإنشاء نظام سياسيّ محدّد المعالم. بهذا المعنى، يمكن تصنيف نظام معيّن على أنّه برلمانيّ حتّى لو كان لديه رئيس منتخب،[59] بينما يمكن لآخر أن يكون شبه رئاسيّ حتى لو احتوى على رئيس غير منتخب بطريق الاقتراع العامّ.[60] في الواقع، وكما ورد سابقاً، فإنّ الباحث يفرّق بين شكل الحكومة كمجموعة من الآليات والمؤسّسات وكنوع من فصل السلطات المتبنّاة. إنّ ما يميّز النظام السياسيّ الجديد، شبه الرئاسيّ، ليس لأنّه يتبنى آليّة أو مؤسّسة محدّدة بل كونه عوضاً عن ذلك – وهذا هو المكان الذي يحدّد فيه الباحث السمة المميّزة للنظام شبه الرئاسيّ – يعطي للرئيس مكانة متميّزة، بالتزامن مع التركيز على أفكار ومفاهيم مثل السيادة الوطنيّة، والإرادة الشعبية، والسلطة التأسيسيّة (وجميعها مفاهيم فرنسيّة المصدر أو تمّ التنظير لها في الفقه الفرنسيّ). في الحقيقة هذا هو ما يضفي على هذه الاختلافات التقنيّة معنى مميّزاً ويجعل منها اختلافات هيكليّة متكاملة تعمل معاً كشكل من أشكال الحكومة، بحيث يمكن تمييزها عن النظم السياسيّة الأخرى. بهذا المعنى، يعدُّ هيكل النظام شبه الرئاسيّ فريداً من نوعه من حيث إنّه يدخل في ازدواجيّة في السلطة التنفيذيّة، حيث يسيطر الرئيس على قطاعات من السلطة التنفيذيّة، دون الاعتماد على تصويت ثقة الجمعيّة الوطنيّة (وهو ما يعادل استقلال الرئاسة عن السلطتين التنفيذيّة والتشريعيّة) ولكن بوجود اختصاص للرئيس، في ظروف معيّنة، لحل الجمعيّة الوطنيّة أو المجلس النيابيّ (في الأنظمة البرلمانيّة يتمّ منح هذه السلطة للحكومة من خلال إمكانيّة الحكومة الدعوة لانتخابات مبكّرة). تشكّل تلك الآليات والمؤسّسات نظاماً متميزاً لأنّها تشكّل نوعاً من الفصل بين السلطات والتي تقدّم لعامل ثالث في النظام الجديد، وهو "الرئيس". والذي يقع بين (أو أعلى) من الأجهزة التشريعيّة والتنفيذيّة في الدولة، وهو يقدّم على أنّه عنصر الثبات والاستقرار في

[57] يبدو أنّ ليجفرات (Lijphart) يوافق على هذا الاستنتاج المحتمل. المرجع السابق، 127.

[58] *See* LANE, Constitutions, at 196.

[59] في النمسا على سبيل المثال، يتمّ انتخاب الرئيس من خلال الاقتراع العام، ولكن مع ذلك لا يمكن اعتبار ذلك النظام رئاسيّاً لهذا السبب لا غير.

[60] هذا ما كان عليه الحال في فرنسا قبل أنّ يتمّ التعديل الدستوريّ بموجب استفتاء شعبيّ في العام 1962 ليصبح انتخاب رئيس الجمهوريّة يتمّ من خلال الاقتراع الشعبيّ العام.

النظام.[61] بموجب هذا النظام لا تزال الحكومة تعتمد على الثقة البرلمانيّة (مما يجعل من الممكن نظريّاً وعمليّاً لمجلس الوزراء أن يتألّف من حزب آخر غير حزب الرئيس)، في حين أنّ البرلمان يعتمد على الرئيس الذي يستطيع الأخير حلّه في ظلّ ظروف معيّنة. هاتان النتيجتان التقنيّتان لهما معنى داخل نظام برلمانيّ يتبنى مبدأ الحكومة الموحّدة. ولهذا السبب يسمّى النظام الفرنسيّ في بعض الأحيان على أنّه "برلمانيّة معقلنة" (rationalized parlamentarism) حيث يفهم الباحث هنا كلمة "معقلنة" على أنّها تعني آليّات تساعد على استقرار النظام السياسيّ وأهمّها وجود مؤسّسة الرئاسة كعامل استقرار إضافيّ في النظام السياسيّ. فشخص الرئيس هو عامل استقرار وهو ما يميز النظام الفرنسيّ أصلاً، حيث إنّ النصّ الدستوريّ يشير إلى كونه حامياً للدستور والنظام الدستوريّ المستمدّ منه.

3. "شكل الحكومة" في السلطة الفلسطينيّة

لقد كانت مسألة "النظام السياسيّ" الفلسطينيّ محور النقاشات العامّة الفلسطينيّة.[62] يميل الفلسطينيّون إلى الاختلاف ليس فقط في نوع النظام الذي ينبغي أنْ يتبنوه، ولكن أيضاً على كيفية تصنيف النظام السياسيّ الحاليّ للسلطة الفلسطينيّة. يقترح الباحث بأنّ هذا الخلط سببه جزئيّ هو الخلط بين الروايّات التي تتعامل مع النظام السياسيّ على أنّه توصيف لما هو كائن (descriptive) مع تلك التي تتعامل مع النظام السياسيّ الذي ينبغي أنْ يكون (prescriptive) – أي الخلط بين ما هو كائن وبين ما سيكون أو ما ينبغي أنْ يكون. إنّ الخلط بين هاتين الروايتين هو أمر مؤسف من ناحية منهجيّة حيث إن افتراضات التوجهين وأسئلتهما إضافة إلى معطياتهما وإجاباتهما مختلفة كليّاً. فقد جادل البعض بأنّ النظام السياسيّ للسلطة الفلسطينيّة هو نظام رئاسيّ، أو أنّه ينبغي أنْ يكون كذلك؛ وآخرون، يرون أنّه نظام برلمانيّ، أو أنّه ينبغي أنْ يكون كذلك. بينما أشار البعض الآخر إلى أنّه نظام برلمانيّ معقلن، شبه رئاسيّ، أو نظام مختلط، أو منهم من ادّعى أنّه ينبغي أن يكون كذلك. إن السؤال الذي يطرح نفسه هو كيف يحدّد أحكام القانون الأساسيّ النظام السياسيّ للسلطة الفلسطينيّة؟ فيما يلي بعض الأفكار.

أوّلاً، رئيس السلطة الفلسطينيّة، كما أعضاء المجلس التشريعيّ، منتخبون من قبل الشعب الفلسطينيّ (الموجودون في الضفّة الغربيّة بما فيه القدس الشرقيّة وقطاع غزّة). تستبعد الانتخابات المباشرة المسؤوليّة السياسيّة المتبادلة بين هاتين المؤسّستين (الرئاسة والمجلس التشريعيّ): أي أنّ الرئيس لا يحتاج لثقة المجلس التشريعيّ كما أنّه غير مخوّل بحلّ المجلس التشريعيّ. إذ يدّعي البعض بأن النظام الرئاسيّ هو الأكثر شبهاً بهذا النظام. ولكن، النظام الرئاسيّ البحت لا يقبل بوجود شريك في السلطات التنفيذيّة مع رئيس وزراء، وحكومة، كما هو في

[61] *See* Skach, The "newest" separation, at 97, 104.

[62] أنظر على سبيل المثال: علي جرباوي، "النظام السياسيّ الحالي للسلطة الوطنيّة الفلسطينيّة"، في: أمان، *للخروج من أزمة النظام السياسي الحالي: نظام ديمقراطي "رئاسي" أم نظام "برلماني" لفلسطين؟* (مؤتمر 2007/3/4)، (2007)، ص. 14-18.

حالة السلطة الفلسطينيّة. فالنظام الرئاسيّ البحت لا ينطبق على الحالة الفلسطينيّة إذن.

ثانياً، الحكومة– والتي يرأسها رئيس وزراء (منذ أنْ استحدث المنصب في تعديلات القانون الأساسيّ 2003) – لها اختصاصات كمجلس وزراء – وهي اختصاصات منفصلة عن اختصاصات رئيس السلطة الفلسطينيّة. يمثل مجلس الوزراء أعلى سلطة تنفيذيّة وادارية، وهو مسؤول أمام المجلس التشريعيّ، والذي يكون على هيئة برلمان بمجلس واحد. يمكن اختيار الوزراء من المجلس التشريعيّ أو من خارجه، بدون حاجتهم إلى الاستقالة من عضويّة المجلس التشريعيّ: إنّ إمكانية الجمع بين العمل في مهمتي البرلمان والحكومة هو من مزايا النظام البرلمانيّ. في الاتجاه المقابل، النظام الرئاسيّ (كما النظام شبه الرئاسيّ، مع وجود بعض الاختلافات في آليّات تنفيذ ذلك) يجعل من المستحيل لعضو في البرلمان أنْ يعمل في الوقت نفسه كعضو برلمانيّ. بهذا المعنى، فإنّ النظام الفلسطينيّ لا يمثّل نظاماً برلمانيّاً بحتاً، حيث إنّ النظام البرلمانيّ لا يوجد فيه اختصاص للرئيس بالاعتراض على التشريعات (كما في الحالة الفلسطينيّة)، أو يكون له اختصاص إعلان حالة الطوارئ، واعتماد قرارات بقوّة القانون، وتعيين كبار الموظّفين والقضاة، بما في ذلك قضاة المحكمة العليا والمحكمة الدستوريّة العليا، دون الحصول على موافقة من قِبل أيّة سلطة أخرى. إنّ النظام البرلمانيّ البحت لا يتسامح مع الازدواجيّة في السلطة التنفيذيّة ولا يتسامح مع الفصل الصارم بين السلطتين التنفيذيّة والهيئة التشريعيّة. ولذلك، فإن النظام البرلمانيّ ليس الجواب الصائب أيضاً.

ثالثاً، بعض الميّزات المبيّنة في الفقرة السابقة موجودة في النظام شبه الرئاسيّ. في الواقع، فإن رئيس السلطة الفلسطينيّة، والذي ينتخب مباشرة، يتقاسم السلطة التنفيذيّة مع مجلس الوزراء. إنّ هذه الازدواجيّة هي الحال في الطريقة الفرنسيّة في النظام شبه الرئاسيّ. بحيث تتألّف الكابينيت من الوزير الأوّل وعدد من الوزراء بينما يرأس رئيس الجمهوريّة مجلس الوزراء ويحلّ محلّه الوزير الأوّل فقط في حال تغيّبه. أمّا في القانون الأساسيّ، فالحكومة و"مجلس الوزراء" يستخدمان وكأنّهما يعنيان الشيء ذاته. ويرأس مجلس الوزراء في الحالة الفلسطينيّة رئيس الوزراء وليس رئيس السلطة الفلسطينيّة. في الوقت عينه منح القانون الأساسيّ الفلسطينيّ رئيس السلطة سلطة إصدار قرارات أو مراسيم دون الالتزام بأخذ توقيع رئيس الوزراء أو أيّ من الوزراء على قراراته ومراسيمه. وللرئيس وحده، تحت ظروف معيّنة، سلطة إصدار القرارات التي لها قوّة القانون (قرار بقانون)، أو الذي يمكن أنْ يعلن حالة الطوارئ، وما إلى ذلك. بعبارة أخرى، فإنّ الرئيس يمارس "صلاحيات تنفيذيّة" مباشرة وليس من خلال مجلس الوزراء. في أحسن الأحوال، يتمّ مساعدة الرئيس من قِبل مجلس الوزراء، وهو ما يعني أيضاً أنّ الرئيس لا يحتاج موافقة مجلس الوزراء لممارسة صلاحياته. وهذا بدوره يخلق تشابهاً مع النظام الرئاسيّ الأميركيّ، على الرغم من أنّ هذا التصنيف تمّ استثناؤه في البداية.

الأمثلة المذكورة في الفقرات السابقة، قد تفسّر الارتباك الملحوظ فيما يتعلّق بالطريقة التي ينبغي أنْ يوصف بها النظام السياسيّ للسلطة الفلسطينيّة أو تصنيفها في الأدبيّات ذات العلاقة. تشير الأمثلة في الواقع إلى أنّ الارتباك –إلى حدّ كبير– هو نتيجة لانعدام الوضوح الموجود في القانون الأساسيّ. فكيف يمكننا إذن، أن نصنّف النظام الفلسطينيّ؟ الإجابة على هذا السؤال ليست مجرد تمرين أكاديميّ. وإنّما ينطوي على تقييم الطريقة التي يعمل بها النظام، ومن يتمتّع بسلطة اتّخاذ القرار، ومن الذي يسيطر ويراقب الآخر. بعبارة أخرى، إن الاهتمام بموضوع علاقات القوّة بين مختلف فروع الحكومة يكتمل بالضرورة في بحث مواضيع مرتبطة بالتمثيل، والشرعيّة، وشرعيّة الإجراءات الحكوميّة.

4. أوجه القصور في المنهج الوضعي

في هذا القسم، سيتمّ تناول الجدالات المختلفة التي جَرَت في السلطة الفلسطينيّة. وباستخدام النماذج الثلاثة أعلاه لأشكال الحكومة، سيتمّ تقديم حلول ممكنة ومقارنتها مع تلك التي يقدمها القانون الأساسيّ والقوانين الأخرى النافذة. يتمثل الأوّل في الجدال المتمثل بسلطة رئيس الدولة (الملك أو الرئيس) للدعوة الى استفتاء شعبيّ؛ ويتناول الثاني حقّ الرئيس في الدعوة لانتخابات برلمانيّة مسبقة؛ والثالث يتناول حقّ الرئيس في تشكيل حكومة طوارئ دون تصويت مسبق لمنح الثقة من قِبل البرلمان.

الحجة المقدّمة هنا واضحة وصريحة. إذا كان النظام السياسيّ للسلطة الفلسطينيّة برلمانيّاً بحتاً، أيْ على غرار المملكة المتّحدة، ستكون الأجوبة على الأسئلة أعلاه بهذا الاتّجاه: لا استفتاء؛ يُجوّز إجراء انتخابات مسبقة؛ لا يمكن للحكومة ممارسة اختصاصاتها دون ثقة البرلمان. أما إذا كان النظام السياسيّ الفلسطينيّ يشبه النظام الرئاسيّ البحت الموجود في الولايات المتّحدة، سيكون الميل إلى اتّجاه آخر: لا استفتاء، لا انتخابات مسبقة، إلا أنّ السلطة التنفيذيّة لا تحتاج للثقة البرلمانيّة. أمّا إذا تمّ تعريف النظام السياسيّ الفلسطينيّ على أنه نظام شبه رئاسيّ على الطريقة الفرنسيّة، فالجواب سيكون مختلفاً: نعم، سيكون هناك إمكانيّة للاستفتاء، نعم، سيكون هناك انتخابات مسبقة، بالإضافة إلى أنّ الرئيس يتحمّل كامل الصلاحيّات في حالة الطوارئ. لقد فشل القانون الأساسيّ كونه لم يتخذ قراراً بخصوص أيّ من المواضيع الثلاثة أعلاه فترك جميع الاحتمالات مفتوحة، وبالتالي ترك النظام السياسيّ الفلسطينيّ في مأزق.

في العام 2006، فازت حماس في الانتخابات التشريعيّة. وعندما كلّف رئيس السلطة الفلسطينيّة، محمود عباس، التابع لحركة فتح، إسماعيل هنيّة، التابع لحركة حماس، تشكيل حكومة السلطة الفلسطينيّة تبيّن للعيان بأنّ التعايش بين الفصيلين الكبيرين والمختلفين جداً لم يكن ممكناً. حيث رفضت حكومة إسماعيل هنيّة مرجعيّة منظّمة التحرير الفلسطينيّة في برنامجها، ممّا خلق توتّراً مع المجلس المركزيّ لمنظّمة التحرير الفلسطينيّة؛ كما رفضت أيضاً الاعتراف بإسرائيل أو أيّة اتفاقيّات سابقة؛ وبالتالي خالفت

الشروط التي تفرضها الرباعيّة الدوليّة التي تنظر لها كشروط لا غنى عنها للاعتراف بأيّة حكومة فلسطينيّة، ولِتَلقّي المساعدات الدوليّة.[63] اعتقلت إسرائيل أكثر من أربعين نائباً من حماس من المنتخبين لعضويّة المجلس التشريعيّ الفلسطينيّ. ودعا الرئيس الفلسطينيّين للمشاركة في الاستفتاء الشعبيّ الذي كان من المقرر عقده في يوليو 2006.[64] لا يوجد شيء في القانون الأساسيّ يتعلّق بحقّ الرئيس في تنفيذ تلك الإجراءات، وانتقدت حماس الرئيس لتصرّفه بطريقة غير قانونيّة.

وصلت حماس وفتح لاتّفاق مبدئيّ في مكّة بداية العام 2007، ظهرت على إثرها حكومة وحدة وطنيّة جديدة يرأسها إسماعيل هنيّة. كان للحكومة حياة قصيرة حيث قامت حماس بالاستيلاء على قطاع غزّة بالقوّة في حزيران 2007 واستمرّت بالسيطرة على قطاع غزّة بحكم الواقع منذ ذلك الحين. أعلن الرئيس عباس حالة الطوارئ وفقاً لصلاحيّاته كما هو محدّد في القانون الأساسيّ (المواد 110–114)، وشكّل حكومة جديدة برئاسة سلام فيّاض.[65] أمّا القانون الأساسيّ فكان صامتاً حول موضوع "حكومة الطوارئ". والأهمّ من ذلك، أنّه لم يتناول مسألة حكومة الطوارئ ما بعد مدة حالة الطوارئ (مدة الثلاثين يوماً). في أيّة حال، رفضت حماس قرارات الرئيس، معتبرة أنّها غير قانونيّة، وواصل القياديّ في حركة حماس، إسماعيل هنيّة، حكم قطاع غزّة، مؤكّدا شرعيّة حكومته. بل إنّه كلّف أعضاء جدد لحكومته، منذ أن انسحب البعض أو قبلت استقالته، وفقاً لمرسوم الرئيس.

انتهى اليوم الثلاثون من فترة الطوارئ، ولم يتمّ التوصل إلى أيّ اتّفاق بين حماس وفتح.[66] أعاد المجتمع الدَّوْليّ تقديم المساعدات الدوليّة للسلطة الفلسطينيّة في الضفّة الغربيّة برئاسة محمود عباس، في حين أنّ قطاع غزّة، القابع تحت سيطرة صارمة من قِبل حركة حماس، ظلّ تحت الحصار. ظلّ العديد من نواب حماس في السجون الإسرائيليّة، والمجلس التشريعيّ لم ينعقد. وهنا أُثيرت مسألة فيما إذا كان لرئيس السلطة أنْ يدعو لانتخابات مسبقة. مرة أخرى، كان القانون الأساسيّ صامتاً بشأن هذه المسألة.[67]

---

[63] للمزيد حول الحصار الذي فرضه المجتمع الدولي على حركة حماس وقطاع غزّة، بلال الحسن، "لماذا يحاصر العالم حكومة حماس؟ إعادة بناء المشروع الوطني الفلسطيني أو الموت والتلاشي" *مجلة الدراسات الفلسطينية* 67 (2006)، ص. 34–40.

[64] لم يتم الاستفتاء؛ حيث اتّفق الفصيلان على البدء في عمليّة التفاوض من أجل المصالحة، ولا يوجد أيّ شيء جديد حتّى تاريخ كتابة هذه الدراسة.

[65] في العام 2013 تمّ تكليف رامي الحمدالله بتشكيل الحكومة الفلسطينيّة بدلاً عن سلام فيّاض وما زال رئيساً للوزارة حتّى تاريخ كتابة هذه الدراسة.

[66] للمزيد: جورج جقمان، ""حماس" و"فتح": صراع برامج أم صراع على السلطة؟"، *مجلة الدراسات الفلسطينية* 68 (2006)، ص. 54–58.

[67] إنّ الإشارة الوحيدة حول هذا الموضوع ذكرت سلباً من خلال تقييد سلطة الرئيس خلال فترة الطوارئ، حيث ورد في القانون الأساسيّ بأنّ رئيس السلطة لا يستطيع أنْ يحلّ المجلس التشريعيّ أثناء حالة الطوارئ. ولقد فسّر البعض هذه الجملة على أنّ رئيس السلطة لا يستطيع حلّ المجلس التشريعيّ حتّى مع وجود حالة الطوارئ وبالتالي فهو لا يستطيع أنْ يحلّه في الظروف الطبيعيّة إذ إنّ من لا يستطيع الأكثر لا يستطيع الأقل. لكن البعض الآخر فسّر النصّ بموجب

ما هو أكثر أهمية، هو أن القانون الأساسيّ لم يكن مفيداً فيما يتعلّق بالإجراءات التي اتّخذت منذ الانقلاب الذي حدث في قطاع غزّة. واصل الطرفان إجراء أعمالهم، كل في جزء من الأراضي الواقعة تحت سيطرته. في الضفّة الغربيّة، يحكمها الرئيس بالمراسيم والقرارات بقانون. بينما حكمت حماس قطاع غزّة، ولم يتمّ تطبيق المراسيم الرئاسيّة. وصل النظام السياسيّ للسلطة الفلسطينيّة طريقاً مسدوداً، على الأقل كنظام سياسيّ موحّد، وفقاً للقانون الأساسيّ. بالنسبة لفقهاء القانون، كان القانون الأساسيّ بمثابة خيبة أمل: حيث بدا غير قادر على الاستجابة للظروف الجديدة والاحتياجات السياسيّة.

ما العمل إذن؟ يرى الباحث بأنّ هناك سبيلين ممكنين للتعامل مع الوضع القائم. الأوّل، من الممكن القول إنّ ما تمّت من ممارسات حكوميّة نفذت دون أنْ يكون هناك ما يدعمها من قواعد محدّدة مسبقاً وبشكل صريح، ممّا يجعل هذه الممارسات غير شرعيّة من الناحية القانونيّة. للتأكيد هنا، ليس المقصود بالقواعد المحدّدة مسبقاً ما ورد في نصّ الدستور فحسب إذ يمكن أنْ تكون تلك القاعدة بموجب نهج القانون الوضعيّ أيضاً خارج الدستور بالمعنى الشكليّ.[68] أمّا الطريقة الثانية فهي القبول بأنْ تكون هذه الممارسات غير منصوص عليها صراحة من خلال قاعدة محدّدة بشكل مسبق وصريح ولكنّها تنسجم مع شكل الحكومة أو النظام السياسيّ الذي تتبنّاه السلطة الفلسطينيّة. ممّا يعني في حال انسجامها مع النظام السياسيّ ككلّ بأنّ تلك الإجراءات قد لا تكون بالضرورة إجراءات غير شرعية من الناحية القانونيّة. بالنسبة لمن يتبنّى التوجّه الثاني ما هو على المحك هنا ليس قراراً قانونيّاً بالمعنى الدقيق للكلمة، ولكنه قرار سياسيّ.

مفهوم المخالفة ليستنتج العكس حيث إنّهم يرون في النصّ إباحةً لحلّ المجلس التشريعيّ في الظروف الطبيعيّة لأنّ التقييد الوحيد هو حله أثناء حالة الطوارئ. وبالتالي يزول هذا التقييد مع زوال حالة الطوارئ.

[68] في السياق الفلسطينيّ، من الممكن أنْ يعني هذا العودة إلى الدساتير القديمة التي كانت مفروضة على فلسطين، أو على جزء منها، قبل تأسيس السلطة الفلسطينيّة. إنّ الدستور الأردنيّ لم يكن قد ألغي بشكل صريح، وبالتالي يشكّل جزءاً من النظام الدستوريّ والقانونيّ في الضفّة الغربيّة (على الرغم من أنّ أحداً سيجادل بأنّ القانون الأساسيّ قد ألغى الدستور الأردنيّ ضمنيّاً للتشابه من حيث الموضوع). أمّا في قطاع غزّة، فمرسوم دستور فلسطين، القانون الأساسيّ لقطاع غزّة، والإعلان بالنظام الدستوريّ لقطاع غزّة لم يتمّ إلغاؤها بشكل صريح في قطاع غزّة وينطبق عليها – مع حفظ الاختلافات – ما ينطبق على الدستور الأردنيّ بالنسبة للضفّة الغربيّة. من يبتّى الوضعيّة القانونيّة كنهج يمكنه أنْ يجد مدخلاً للعودة إلى تلك النصوص الدستوريّة، في حال تمّ قبول سريانها، للبحث فيما إذا كان هناك ما يبرّر وجود سلطة لرئيس السلطة الفلسطينيّة (بموجب ما يمكن أنْ يكون هناك من اختصاصات لملك الأردن في الدستور الأردنيّ، المندوب السامي بالنسبة لمرسوم دستور فلسطين، الحاكم الإداريّ المصريّ بالنسبة لقطاع غزّة) وبالتالي يُفسَّر ذلك على أنّه استمرار لتلك الاختصاصات في شخص رئيس السلطة الفلسطينيّة. بل إنّه سيكون من الممكن التوصّل لأجوبة مرضية بخصوص الإشكاليّات الدستوريّة المثارة في هذه الدراسة والمتعلّقة بسلطة الرئيس بالدعوة لاستفتاء شعبيّ، تعيين حكومة طوارئ بدون أنْ تحصل على ثقة المجلس التشريعيّ، وسلطة الرئيس في حل المجلس التشريعيّ. إنّ هذا التفكير والتحليل يبدو أنّه مرتبط بشكل معقول مع إصرار فقهاء القانون الوضعيّ على ضرورة أنْ يتصرّف صناع القرار في الدولة بناء على قواعد ومعايير قانونيّة محدّدة بشكل مسبق. موضوع هذه الدراسة يتجاوز هذا التحليل من حيث إنّ ما ستقدمه هو أنّ المشكلة ليس في الاستنتاجات التي يمكن للنهج الوضعيّ أنْ يساعد في الوصول إليها بل في النهج نفسه وفي المفهوم المقدّم من قِبل القانونيّين الوضعيّين بخصوص ما يعتبر قانوناً وما هو غير ذلك. سيتمّ تقديم الواقعيّة القانونيّة كبديل عن النهج الوضعيّ القانونيّ وذلك لتمييز ما يمكن اعتباره قانوناً، مقارنة مع السياسيّة، ولكن هذا النهج أيضاً سيتمّ تقديم الأسباب الموجبة لرفضه لاحقاً أيضاً.

حيث إنّه في ظروف معيّنة، يحتاج المسؤولون أنْ يقرروا ما هو القانون من أجل أن يكونوا قادرين على الحكم، وأداء الواجبات الإداريّة، وممارسة السلطة العامّة. وعندما يفعلون ذلك، فإنّهم يسنّون قرارات محدّدة (ذات طابع سياسيّ) والتي ببساطة تنشئ القانون.

إذا تمّ فهم الوضعيّة القانونيّة بالطريقة التي تمّ تعريفها في هذه الدراسة، فإنّه من المرجح أنْ يقوم فقهاء القانون الذين يتبنّون هذا النهج باختيار الحلّ الأوّل أعلاه. بالنسبة لهؤلاء من الممكن أنْ يكون هناك حاجة للتصرّف حيال الوضع الراهن وعدم وجود أجوبة مقنعة في القانون الوضعيّ، لكن بالنسبة لهؤلاء ليست المسألة هي الشرعيّة القانونيّة إذ الشرعيّة مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بأفعال المسؤولين السياسيّين بالتوافق مع القواعد المحدّدة سابقاً أو على الأقلّ في تفسيراتها. أما فقهاء القانون الذين يتبنّون الواقعيّة القانونيّة كنهج فيمكنهم أنْ يختاروا الحلّ الثاني. عندما يَقْبَل هؤلاء بأنّ هناك مجالات جديدة تحتاج لتدخل السلطات العامّة فيها دون دعم من قاعدة مقرّرة سابقاً، فإنّهم لا يعتبرونها سياسة فحسب بل يعتبرونها الطريقة التي يُسن فيها القانون.

المطلب الثالث: استعارة نظام سياسيّ؟

أظهرت في أقسام سابقة أنّ القانون الأساسيّ لم يكنْ كافياً لوضع الحدود بين اختصاصات مختلف فروع الحكومة؛ كما لم يساعد القانونُ الأساسيّ في حلّ قضيّة تقاسم السلطة بين أطراف متناحرة سياسيّاً أو حتّى المساعدة في تجنّب المواجهات بين أجهزة السلطة الفلسطينيّة المختلفة. وعند وقوع النزاعات، لم يوفر القانون الأساسيّ الأدوات المناسبة لحلّها. وبعبارة أخرى، فإنّ القانون الأساسيّ لم يكن جزءاً من الحلّ؛ وإنّما، كان جزءاً من المشكلة. حيث إنّه وضع نظاماً سياسيّاً مشوّهاً والذي لم يدخل ضمن أيّ من النماذج الموجودة للحكومة.

احتوى القانون الأساسيّ على أحكام متناقضة، ممّا يعطي إشارات مختلطة باتّجاهات مختلفة. وسكت أيضاً عن العديد من القضايا المهمّة التي يحتاج التعامل معها حتّى يتسنّى للنظام أنْ يعمل. هل يمكن اعتبار هذا التشويه هو خصوصية النظام السياسيّ الفلسطينيّ الذي تميزه عن غيره من الأنظمة؟ يمكن أنْ يكون هذا صحيحاً، ولكن ليست هذه هي القضيّة الأساسيّة – على الأقل ليس في هذه المرحلة من التحليل. المسألة هي أنّ القانون الأساسيّ قد فشل في توفير معايير واضحة بشأن شكل الحكومة في السلطة الفلسطينيّة. تدّعي هذه الدراسة بأنّ الإرباك كان إلى حدٍ كبير بسبب الطريقة التي تمّ فيها صياغة القانون الأساسيّ: حيث إنه دُوّن في عصر يتمّ فيها نسخ الدساتير بطريقة تعسّفيّة.

1. الإستعارة الدستوريّة

يميل الباحثون لعدم الموافقه على ما إذا كان استخدام نصوص أو أفكار أو مؤسّسات دساتير أجنبيّة هو أمر مقبول ويجب تشجيعه، أو إذا ما يجب مقاومته ورفضه. ولقد قُدّمت العديد من الحجج المعقولة ولكنّها معياريّة حتماً في صالح أو ضد ما يمكن أنْ يسمّى "الاستعارة

الدستوريّة."[69] على الرغم من الأهميّة النظريّة لمثل هذا النقاش، أو جديّة المخاوف الكامنة وراءها، لن يكون موضوع هذه الدراسة مناقشة الحكمة من وراء الاستعارة الدستوريّة. وبما أنّ هذه الدراسة هي بالأساس وصفية إلى حدٍ كبير، وتعتمد على الوقائع، يكتفي الباحث هنا بالتأكيد على أنّ النصوص، والأفكار، والمؤسسات الدستوريّة تنتقل بالفعل من دولة إلى أخرى. ومن المثير للاهتمام، أنّها ظاهرة واسعة الانتشار في الدول المعاصرة.

تستخدم الدساتير المكتوبة أحكام موحّدة بشكل متزايد، وتخلق مؤسّسات مماثلة، وتتمسّك بالمثل والمبادئ والمذاهب والنماذج الدستوريّة العليا المماثلة. في هذا السياق، يمكن أنْ تعتبر الاستعارة معقولة، وربّما هو عمل لا مفرّ منه، لها ما يبررها.[70] ولكن، لهذا السبب نفسه، ليس بالضرورة أنّه لا يمكن الاستغناء عنها،[71] أو أنّها بلا مشاكل ونقاط ضعف.[72] يمكن أنْ تشكّل الاستعارة الدستوريّة، معضلة من وجهة نظر النظريّة الدستوريّة.[73]

كلّما أطلقت عمليّة تدوين دستور جديد، لا يقوم المشرّعون بكتابته ببساطة من الألف إلى الياء: في واقع الأمر، "لا أحد يبدأ بكتابة الدستور من الصفر،[74] إذ يستخدمون موادَّ دستوريّة مختلفة كنقطة انطلاق: وهو ما يتضمّن نصوص دساتير وطنيّة سابقة، دساتير أجنبيّة، وحتّى مواثيق دوليّة.[75] والأكثر أهميّة، أنّ صائغي الدستور لا يحتاجون لإعادة اختراع العجلة، "لأنّ هناك عدداً محدوداً من الأفكار والآليات الدستوريّة العامّة، وهي متوفّرة منذ بعض الوقت."[76]

إنّ اتّساع خيارات واضعي الدستور لا تكون فقط بسبب الاستعارة. وإنّما يمكن أيضاً على ما تمّ رفضه أو تجنّبه.[77] وإن اختيار أو رفض نموذج دستوريّ معيّن يمكن أنْ يكون محفزاً

---

[69] انظر على سبيل المثال، مقالات حول قضايات مبكرة:
Lee Epstein & Jack Knight, Constitutional borrowing and nonborrowing, 1 INT'L J. CONST. L. 196–324 223 (2003).

غيرهم يستخدم مصطلحات أخرى موضحين أسباب رفضهم للصورة المجازيّة التي تعبّر عنها الاستعارة. انظر على سبيل المثال:
Kim Lane Scheppele, *Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-constitutional Influence Through Negative Models*, 1 INT.L J. CONST. L. 296, 297 (2003); Sujit Choudhry, *Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law*, *in* THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS 1, 20 (Sujit Choudhry ed., 2006); Mark Tushnet, *Returning with Interest: Observations on Some Putative Benefits of Studying Comparative Constitutional Law*, 1 U. PA. J. CONST. L. 325, 325 (1998).

[70] *See* Carlos F. Rosenkrantz, *Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law*, 1 INT.L J. CONST. L. 269, 282 (2003); Rosenkrantz, Against Borrowings, at 277.

[71] Tushnet, Returning, at 333.

[72] *See* Osiatynski, Paradoxes, at 245.

[73] *See* Rosenkrantz, Against Borrowings, at 282.

[74] See Osiatynski, Paradoxes, at 244.

[75] *See* LANE, Constitutions, at 195.

[76] See Osiatynski, Paradoxes, at 244.

[77] *See* Rosenkrantz, Against Borrowings, at 289–290, citing Scheppele.

ثقافيّاً، فكريّاً، سياسيّاً، تاريخيّاً، أو حتّى دينيّاً.[78] ورغم ذلك، يمكن أنْ تكون الاستعارة لحاجات عمليّة: أن التشابه في المشاكل والأهداف يمكن أنْ يؤدّي إلى حلول وآليات متشابهة.[79] والأكثر أهميّة ممّا سبق، هو أنّ هنالك أمثلة على أنّ استعارة أو رفض نماذج دستوريّة يمكن أنْ يفسّر بشكل كبير تبعاً للخلفيّة التاريخيّة للأمّة المعنيّة، والتي حاول واضعو الدستور الجديد إبعاده عنها.[80]

إنّ الاستعارة ممكنة، بطبيعة الحال، فيمكن أنْ تكون نتيجة لمصالح متساندة بين أولئك الذين وضعوا أو وافقوا على الدستور.[81] ويمكن العثور على حالات أكثر تطرفاً من حيث الاستعارة الدستوريّة، بدلاً من أنْ تكون نتيجة لمداولات حقيقيّة، كانت نتيجة مباشرة للهزيمة في الحرب. ففي الواقع، وفي كثير من الحالات، تبدأ عمليّة وضع الدستور تحت إشراف مباشر من السلطات الأجنبيّة، أو حتّى في الوقت الذي لا تزال فيه القوّات العسكريّة الأجنبيّة تسيطر سيطرة كاملة على البلاد. هذه الظاهرة غالباً ما تخلص إلى اعتماد دستور ولكنّ ذلك الدستور يكون دستوراً مفروضاً. مثل هذه التجارب لدساتير مفروضة حدثت بوتيرة أكبر منذ الحرب العالميّة الثانية. مع ذلك، يمكن العثور على تجارب مماثلة، حسب مقتضى الحال، في وقت سابق من ذلك بكثير،[82] وتستمرّ بالحصول في العديد من الدول المعاصرة.

في العديد من الحالات، يمكن أنْ يكون الضغط الممارس من قِبل العالم الخارجيّ على الدول لاختيار أحد الأنظمة الدستوريّة بدلاً من نظام آخر، أقل أو أكثر حدّة. مع ذلك، وحتّى في الحالات الأكثر تطرّفاً من "الدساتير المفروضة،" تحافظ المجتمعات الأصيلة على درجة من المشاركة. في الواقع، وضع الدستور غالباً ما يكون نتيجة لنوع من التفاوض بين النخب المحليّة التي استثمرت في السلطة في الفترة الانتقاليّة، من جهة، والسلطات الأجنبيّة ذات السيطرة الكاملة أو الجزئية على البلاد، من جهة أخرى.

على الرغم من أنه لا تزال المركزية في تعريف النظم القانونيّة الوطنيّة وتشكيل القانون الدولي، فإن دول القرن الحادي والعشرين لا يمكنها أن تدعي باسم السيادة الوطنيّة بموجب التعريف التقليدي الوستفالي (Westphalian) أنها تمتلك السلطة المطلقة على رعاياها. في هذا السياق، هناك شيء واحد يبدو واضحا. لم يعد من الممكن النظر في الدساتير فقط على أنها إما تم فرضها أو أنها أصيلة، لأنه لا يوجد دستور

[78] *See* Osiatynski, Paradoxes, at 248; *See* Julian Go, *A Globalizing Constitutionalism? Views from the Postocolony, 1945–2000*, *in* CONSTITUTIONALISM AND POLITICAL RECONSTRUCTION 89, 92 (Saïd Amir Arjomand ed., 2007).

[79] *See* Rosenkrantz, Against Borrowings, at 280.

[80] *See* Jeremy Sarkin, *The Effect of Constitutional Borrowings on the Drafting of South Africa's Bill of Rights and Interpretation of Human Rights Provisions*, 1 U. PA. J. CONST. L. 176, 178 (1998); *See* Rosenkrantz, Against Borrowings, at 281.

[81] *See* Osiatynski, Paradoxes, at 245; 259.

[82] *See id.* at 248–289; *See* Hasebe, Constitutional, at 224.

معاصر يمكن القول إنه قد فُرض كلية، كما لا يوجد دستور معاصر يمكن القول إنه أصيل كلية أيضاً.[83]

2. استعارة نموذج دستوريّ

بغض النظر عن التشابه بين النصوص الدستوريّة المختلفة، فإن انتشار الأفكار الدستوريّة أو المثل العليا الدستوريّة، مثل الفصل بين السلطات، والحكومة التمثيلية، ومؤخرا سيادة القانون وحماية حقوق الإنسان، هي ما يعد أمرا بارزا. وفي العالم المعاصر، حيث تكتسب الدساتير المكتوبة أهمية بالغة،[84] أصبحت الإشارة إلى هذه المبادئ المشتركة في الوثائق الدستوريّة خطوة ضروريّة؛ فهي أداة لإضفاء الشرعيّة على النظام السياسيّ الجديد أو نظام الحكم الجديد.

هذا لا يعني أنّه يكفي أنْ يشار إلى هذه المثل العليا في النصّ الدستوريّ المكتوب حتّى تتحقّق. مع ذلك، للدستور المكتوب أهميّة خاصّة كونه يسهم في إنشاء نظام فاعل يمكن له أنْ يستوعب هذه المثل العليا. إنّ القواعد والنظم الدستوريّة، والتي تمّ جمعها وتنسيقها من قِبل الدستور، تعمل فقط في حالة إنشاء مثل هذا النظام والذي تمّ اختياره من بين عدد من الأنظمة الأخرى الممكنة. وإذا ما تبنّت دولة ما الفصل بين السلطات كمبدأ يُحدّد الطريقة التي تدار بها الحكومة، فلا بدّ وأنْ يتضمّن الدستور الأحكام ذات الصلة وينشئ الدستور النظم اللازمة لتفعيل

---

[83] *See* Frederick Schauer, *On Migration of Constitutional Ideas*, 37 CONN. L. REV. 907, 907 (2005).

[84] في الدول المعاصرة يتمّ اعتباره على نحو متزايد أفضل وسيلة للأمم الجديدة "لتدوين" التزاماتها وتسوياتها الدستوريّة. انظر:

Saïd Amir Arjomand, *Constitutional Development and Political Reconstruction from Nation-Building to New Constitutionalism*, *in* CONSTITUTIONALISM AND POLITICAL RECONSTRUCTION 3, 6–7 (Saïd Amir Arjomand ed., 2007).

علماً بأنّ تبني دستور مكتوب أصبح مع الوقت توجّه عالميّ بحيث يساهم في إضفاء الشرعيّة للدول حديثة النشأة. انظر:

Bruce Ackerman, *The Living Constitution*, 120 HARV. L. REV. 1737, 1800 (2007).

أما في المجتمعات ما بعد الاستعمار فإن الدستور المكتوب يقدم على أنه أداة للتماسك السياسيّ. بالنسبة لساثياميرثي (Sathyamurthy) كان من المتوقع ان تقوم الدساتير بدور مزدوج، مما يتيح انتقال سلس ومنظم من النضال ضد الاستعمار الى الحكم الذاتي المستقل، وفي الوقت نفسه توفير الفرصة للسلطة القائمة الاستفادة من بعض ثمار الاستقلال الوطني، مؤسسات الدولة الجديدة، والشرعيّة (المحلية والدولية)، والسيادة. انظر:

T. V. Sathyamurthy, *The Constitution as an Instrument of Political Cohesion in Postcolonial States: The Case of India, 1950–1993, in* DESIGNS FOR DEMOCRATIC STABILITY: STUDIES IN VIABLE CONSTITUTIONALISM 147, 147 (A. I. Baaklini & H. Desfosses eds., 1997).

استنادا إلى دراسة تجريبية مقارنة لدساتير الدول المستعمَرة، توصل جو إلى أن "حقيقة أن جميع البلدان المستعمرة اعتمدت دساتير مكتوبة تشير إلى أنه بحلول منتصف القرن العشرين، عند بداية الاستعمار، كانت أي دولة تدخل النظام لا بد وان يكون لديها دستور وثيقة منفردة من أجل أن تكون أمة شرعية." انظر:

Go, A Globalizing, at 92.

هذا ما يفسر لماذا حتى المملكة المتحدة، والتي كانت تاريخيا بدون دستور مكتوب، شجعت عملية تدوين الدساتير في المستعمرات السابقة، حتى قبل أن تحقق الاستقلال، وساعدت في تشكيل دساتير مكتوبة في الأراضي الواقعة تحت ولايتها مثل شرق الأردن (القانون الأساسيّ لعام 1923 و 1928، ودستور 1947)، وفلسطين تحت الانتداب البريطاني (مرسوم دستور فلسطين للعام 1922 وتعديلاته).

بحسب دارينذوف (Dahrendorf) فإن هناك ثلاث مراحل لعملية بناء الدولة وأول هذه المراحل هو عملية كتابة الدستور.

R. DAHRENDORF, REFLECTIONS ON THE REVOLUTION IN EUROPE (1990) *cited in* Go, A Globalizing, at 111.

هذا المبدأ. بعبارة أخرى، إنّ نجاح الاستعارة الدستوريّة لا يعتمد على تبني أحكام أو قواعد أو نظم دستوريّة معيّنة. بل بدلاً من ذلك، فإنّه يعتمد على قدرتها على تحقيق أهداف المستعيرين، والتي سوف تختلف من بلد إلى آخر.[85]

مع ذلك، فإنّ الأمور تبدو أكثر تعقيداً. ففي الواقع، وعلى الرغم من أوجه التشابه بين القواعد والنظم، فإنّ هناك عدداً من النماذج الدستوريّة القادرة على تحقيق أهداف المبدأ نفسه. فإذا اختارت دولة ما فصل السلطات، فإنّه لا محالة، ستكون الخطوة التالية تحديد النموذج الدستوريّ الذي سيتمّ اختياره.

وغالبا ما تميل الدول إلى الاستعارة من النماذج الدستوريّة المتاحة. والنتيجة هي أنّ "معظم النظم الدستوريّة تمّ أو يتمّ اشتقاقها جزئيّاً،" باستثناء ما تطلق عليه شيريل ساوندرز (Cheryl Saunders) "أسلاف الأنظمة السياسيّة" والموجودة في المملكة المتّحدة والولايات المتّحدة وفرنسا.[86] بغض النظر عمّا إذا كان هذا الادّعاء هو صحيح أم باطل، فإنّه غالباً ما يكون صحيحاً أنّ النظريّة الدستوريّة الكلاسيكية تواصل استخدام النماذج (البراديغمات) الكلاسيكية المتاحة لتصنيف النظم السياسيّة المتوفّرة على أساس الطريقة التي يتمّ فيها الفصل والتعاون والرقابة المتبادلة للسلطات في الدولة المعنيّة.

إذا كان تحقيق أهداف المستعيرين كافياً لقياس مدى نجاح الاستعارة الدستوريّة، فهل سيكون من المفيد معرفة ما هي الشروط الواجب إيفاؤها لاستعارة نموذج دستوريّ معين يستوعب الفصل بين السلطات حتّى تكون استعارة ناجحة؟ وكيف يمكن أن تكون استعارة شكل الحكومة المرغوبة عمليّة ناجحة؟ هناك حاجة لتقديم معيار جديد لنجاح عمليّة استعارة النموذج الدستوريّ. يمكن تعريف هذا المعيار على أنه قدرة النظام المستعار على تجنّب الفوضى وقدرته أيضاً على إنشاء نظام فاعل عقلانيّ ومستقرّ.

مع ذلك، وحتّى مع تطبيق المعيار الجديد، من الممكن القول بأن أشكال الحكومة المتاحة تكون ناجحة بشكل عامّ في الحفاظ على نوع من الاستقرار، على الأقل في بلد المنشأ (وهو ما يفسّر جاذبيته بالنسبة للدول الأخرى التي هي على استعداد لاستعارة نموذج دستوريّ معيّن في المقام الأوّل). يأتي التحدي الأكبر من الاعتراض على أن نجاح شكل معين من الحكومة في بلد المنشأ هو إلى حد كبير نتيجة للتطوّر التاريخيّ المحدّد لذلك البلد، الأمر الذي قد يجعل نظامها غير متوافق مع تجربة بلدان أخرى". قد تؤدّي هذه الحجّة بنا إلى الرجوع إلى نظريّة تقوم على الشكّ، ليس بأشكال الحكومة فحسب، بل بالاستعارات الدستوريّة بشكل عامّ.

إنّ شكل الحكومة شبه الرئاسيّ هو من بين الخيارات المتاحة لصائغي النظم القانونيّة.[87]

[85] للتوسع، انظر: Tushnet, Returning, at 327–329.

[86] Osiatynski, Paradoxes, at 244.

[87] *See* Duverger, Lijphart, & Pasquino, A new, at 129.

ومن المثير للاهتمام، مع ذلك إلى أنّ هذا الخيار يبدو محبّباً أكثر للدول المعاصرة.[88] ويمكن القول إنّه ليس هناك أيّة وسيلة قاطعة لتحديد لماذا بعض صانعي الدستور يختارون النظام شبه الرئاسيّ، أو لماذا يختارون الاستعارة الدستوريّة في المقام الأوّل. يمكن لشخص ما أن يقدّم الحجج التي تهدف لتشويه سمعة النظام شبه الرئاسيّ، سواء كان ذلك كشكل معين من أشكال الحكومة أو كنظام ملائم للبلد الذي استعاره. ومع ذلك، حتّى مع هذا التحفظ تجاه الاستعارة الدستوريّة بشكل عامّ، أو تجاه النموذج شبه الرئاسيّ، قد نجد من الصعب الاختلاف بأنّ بناء هذا النظام (مثله مثل أيّ شكل آخر من أشكال الحكومة) يمكن أنْ يكون ناجحاً (والذي لا يعني أنّه قد ينجح دائماً).

إنّ السؤال الذي بقي لدينا الآن هو سؤال بسيط: ما الذي يجعل استعارة النظام شبه الرئاسيّ ناجحاً؟ وكما يرى بعض فقهاء القانون الدستوريّ أن بناء النظام شبه الرئاسيّ يتطلّب "عملاً واضحاً، هادفاً، ومصمّماً بشكل جيد من الهندسة الدستوريّة والنظم القانونيّة".[89] ففي مثل هذا السياق، تصبح كتابة الدستور مناسبة لتصميم نظام معين. وهذا ليس لندعي بأنّ هذا الأمر سوف ينتج نظاماً سياسيّاً مستقرّاً (على الرغم من أنّه لا يستبعد أنْ يكون كذلك للسبب نفسه). ما يعنيه ذلك هو أنّه من أجل أنّ تنجح الاستعارة الدستوريّة، فإنّه مطلوب أنْ يتمّ عمل ما يمكن تسميته "الهندسة المؤسّساتيّة والدستوريّة". بعبارة أخرى، من أجل تأسيس نظام سياسيّ وظيفيّ، يدّعي هؤلاء الفقهاء بأنّ تلك ستكون الخطوات اللازم اتّباعها. إنّ أولئك الذين يتبنّون هذا النهج في حاجة حتماً إلى دراسة كيف يعمل كل نظام قانونيّ ضمن شكل من أشكال الحكومة الذي تمّ استعارته، بالإضافة إلى البحث في كيفيّة يتمّ تبني مؤسّسات وآليات لتحقيق هذه الوظائف (functions)؛ فبالنسبة لهم، تعدّ استعارة المؤسّسات والقواعد القانونيّة منطقيّة فقط إذا ما تمّ ربطها بالوظائف التي كانت تدور في خلد المستعيرين عندما استعاروا.[90]

في هذا السياق أنّ صياغة الدستور تكتسب قيمة إضافيّة حيث يكون لدى الدستور المكتوب مهمّة إنشاء مؤسّسات قانونيّة أساسيّة، تحدّد العلاقة بين فروع الحكومة، وتحدّد السلطات المنوطة بكل منها.[91] إنّ القواعد (والتي تمّ

[88] *See* Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers*, 113 HARVARD LAW REVIEW 633 (2000); Skach, The "newest" separation.

[89] *See* Duverger, Lijphart, & Pasquino, A new, at 129.

[90] *See* Tushnet, Returning, at 338.

[91] فلا مناص من أنّ هذا النهج إلى الاستعارة الدستوريّة مرتبط بمجموعة من الافتراضات حول دور الدساتير بصفة عامّة، وليس بالضرورة في قدرتها ودورها كإطار أخلاقيّ أو كتعبير عن الهوية الوطنيّة. انظر:

Seth F. Kreimer, *Invidious Comparisions: Some Cautionary Remarks on the Process of Constitutional Borrowing*, 1 U. PA. J. CONST. L. 640, 644, 648 (1999).

في كلتا الحالتين، وفي الواقع، فإنّ الاتّجاه هو المقاومة الكلية للاستعارة الدستوريّة. على العكس من ذلك، أنّ الاستعارة لها ما يبررها في كثير من الأحيان على أساس افتراض أنّ الدستور كنظام تشغيل: "قد يكون الدستور مشابه لنظام التشغيل لجهاز الكمبيوتر لأنّه يوفّر البرمجة الأساسيّة التي يتمّ من خلالها القرارات الموثوقة من قِبل

تفصيلها من خلال أحكام دستوريّة معيّنة والتي تمّ استعارتها من مصادر مختلفة) هي مجرد أداة تساعد على فهم مثل هذا التصميم المؤسّسيّ (institutional). ووفقاً لذلك، ولضمان نجاح نموذج مستعار للحكومة (مثل النظام شبه الرئاسيّ)، فإنّه من غير الكافي استعارة قواعد معيّنة والتي يمكن أن تكون مجرّد مثال على استعارة ناجحة، لكنّها ولهذا السبب نفسه لا علاقة لها بالموضوع. وإنّما بدلاً من ذلك، فإنّ معيار نجاح القواعد المستعارة هي "الملاءَمةُ الوظيفيّة" لما يتمّ استعارته.[92]

إنّ الاستعارة الدستوريّة الناجحة للنظام شبه الرئاسيّ ستعتمد بشكل كبير على قدرة الدستور على إضفاء القواعد والمؤسّسات القانونيّة ميزة متفرّدة من أجل إنشاء نظام دستوريّ مستقرّ وفاعل (functional). وإذا كان هناك انقطاع بين صنع الدستور (الذي يضمّ جمع وتنسيق قواعد محدّدة في دستور ثابت رسميّ، ومكتوب) وما بين الهندسة المؤسّساتيّة والدستوريّة، فإنّ إقامة نظام سياسيّ فاعل ومستقر ستكون إشكاليّة.

الجهات السياسيّة، لتحديد متى تكون مثل هذه الأعمال مشروعة. وفي هذا الجانب، ينبغي الحكم على الدستور وتفسيره من حيث مدى فعاليته ودوره المؤسّساتيّ. فإنّ نظام تشغيل "جيد" لجهاز كمبيوتر يعمل بكفاءة ودقة في إنجاز المهام المحدّدة إلى الكمبيوتر. انظر: المرجع السابق، 641.

[92] *See* Tushnet, Returning, at 337.

3. "البستنة الدستوريّة"

نعيش في عالم تسوده العولمة:[93] حيث يتمّ عولمة الدساتير المكتوبة بشكل متزايد، ويتمّ جعل أمر صنع الدستور أمراً دوليّاً على نحو متزايد.[94] نجد أنّ أوجه التشابه بين الدساتير متكررة، في الوقت نفسه نجد أنّ الفوارق موجودة أيضاً وعادة ما تكون مصحوبة مع عدم تجانس القانون الدستوريّ والآليات الدستوريّة.[95] فكيف يمكن للمرء التوفيق بين خاصّيّتين متناقضتين للدساتير المعاصرة ؟ يرى الباحث أن هاتين الخاصّيّتين مترابطتين بسبب أنّ العولمة لا تؤدّي إلى الهيمنة الكاملة. بكلمات أخرى، تفترض العولمة التأكيد على الذاتيّة الثقافيّة وعلى الاستثنائيّة الوطنيّة.

في هذا السياق، فإنّ التشابه بين الدساتير – خاصّة المكتوبة منها، هو أمر بارز. ولكن، هذا التشابه يعدّ مضلّلاً ويرجع بشكل رئيس إلى الطريقة التي كتبت فيها الدساتير الجديدة.[96] بالنسبة للمهتمّين بالحركة الدستوريّة المعاصرة

[93] *See*: J Meyer *et al*, *World Society and the Nation State*, *in* THE GLOBALIZATION READER 84 (F. J. Lechner & J. Boli eds., 2004).

[94] Khalil, The Enactment, 157–9.

[95] إنّ أحد الأسباب لتفسير عدم التجانس في القانون الدستوريّ هو "أنّ مزيج تعدّد علاقاتنا كمواطنين، وقدرتنا المستمرّة لإعادة تعريفها وتشكيلها وصياغتها، هو ما يجعل القانون الدستوريّ غير متجانس". Rosenkrantz, Against Borrowings, at 282.

[96] إنّ فقهاء القانون المهتمّين بالدساتير التي اعتمدت خلال "العهد الجديد من الدستوريّة" يلاحظون أنّ هذه ظاهرة فيها تقارب وتباعد في الوقت نفسه. ويشرحون هذا بالمناسبة من خلال الطريقة التي يتمّ فيها عمل الدساتير الجديدة.

التي تلت انهيار الاتّحاد السوفيتيّ ويوغسلافيا سابقاً (تسعينيّات القرن العشرين)[97]، فإنّ المصطلحات المستخدمة لوصف عمليّة صياغة وتحضير تلك الدساتير المعاصرة على أنّها: "التوفيقيّة" (syncretism)[98] "استخدام ما تطاله اليد" (*bricolage*)،[99] "البستنة الدستوريّة" (constitutional gardening)[100] "السرقة الأدبيّة الدستوريّة" (constitutionalplagiarism)[101] أو حتّى "التشويه" (distortion).[102] وهيَ تشير جميعها إلى حال الدول المعاصرة حيث تتمّ صياغة أو إعادة صياغة الدساتير (بحسب الحالة) باستخدام موادّ محليّة وإقليميّة وأجنبيّة، بحسب ما هو متاح بسهولة أكثر، كما يحصل عند إجراء الترجمات، وهو ما يؤدّي في المحصلة إلى تجمع أحكام متناقضة في نفس النص الدستوريّ.

تجدر الإشارة إلى أنّ من يستخدم "البستنة الدستوريّة" يميّزها عن "الهندسة الدستوريّة" أو عن عمليّة زراعة الأعضاء. شرح ريت لودويكوسكي (Rett R. Ludwikowski) الفرق بين هذه المفاهيم: "يتطلّب عمل المهندس أو الجراح مستوى معيّن من الدقّة؛ وبالتالي مدى حرّيّتهما في التجربة تكون محدودة. في المقابل، فإنّ البستانيّين الدستوريّين لم يحاولوا بناء منتجاتهم من مكوّنات تمّ اختبارها جيداً أو حتّى زراعة أجهزة في كائنات اجتماعية مدرّبة. فبدلاً من ذلك، كانوا يجمعون البذور من مختلف الحدائق ويقومون بزراعتها، قطعة قطعة، في غطاء نباتي حي ومتغير باستمرار ويتكوّن من القواعد والمعايير والمؤسّسات القانونيّة. إنّ الحدائق الجديدة لا تشبه الباحات الفرنسيّة أو البريطانيّة التقليديّة، فلديها شخصيّة مختلطة، ويتمّ مزج هذه الخصائص معاً والتي تنتج عن مختلف الأذواق والثقافات والأنماط."[103]

سواء كانت البستنة الدستوريّة هي نتيجة الاستعارة غير الناجحة أو الضعيفة أو الواعية ذاتيّاً أو عدم الاستعارة أو حتّى التحريف المتعمّد[104] فهو خارج نطاق هذه الدراسة. أمّا النتيجة فلا تزال نفسها: مُنتَج دستوريّ بلا طعم: وهو نتيجة ليس فقط لتعدّد النماذج المتاحة أو لتعدّد المصالح التي على المحك، ولكن أيضاً

[97] إنّ النسخ الدستوريّ هو قبل ذلك بكثير. صحيح أنّ الدساتير الأمريكيّة والفرنسيّة، في أعقاب الثورات، قد تأثّرت بالدساتير السابقة (بالمعنى المادّيّ، كمجموعات من المؤسّسات المرتبطة بالحكومة). ومع ذلك، في الدساتير المكتوبة التي أعقبت الحرب العالميّة الأولى، فإنّنا نحصل على صورة واسعة لما هو ممكن في السرقة الأدبيّة الدستوريّة. انظر: LANE, Constitutions, at 196.

[98] *See* Go, A Globalizing.

[99] كلمة (Bricolage) هي مصطلح مألوف لعلماء الاجتماع من قِبل كلود ليفي شتراوس (Claude Lévi-Strauss)، والذي كتب أنّ التفكير من وراء ما يقوم به bricoleur هو ما يلي: "افعل ما تريد بما هو في "متناول اليد"، وهذا يعني مجموعة من الأدوات والموادّ... التي ليس لها علاقة بالمشروع الحالي، أو في الواقع بأيّ مشروع معيّن، ولكن هو نتيجة طارئة لجميع المناسبات من أجل تجديد أو إثراء المخزون."

Quoted in Tushnet, The Possibilities, 1285-6.

[100] According to Rett R. Ludwikowski, *cited in* Osiatynski, Paradoxes, at 267.

[101] *See* LANE, Constitutions, at 196.

[102] *See* Osiatynski, Paradoxes.

[103] *Quoted in id.* at 267.

[104] *See* Osiatynski, Paradoxes, at 244, 250, 251.

للعمليّة التي تستخدم لإنتاج دساتير مكتوبة. تحوي الدساتير المعاصرة أحكاماً وأفكاراً ومؤسّسات قانونية دستوريّة فضلاً عن الاختلافات التقنيّة. ووفقاً لذلك، فإنّ كلّ شكل من أشكال الحكومة يحتوي على بعض الخصائص التي تجعله فريداً من نوعه؛ إنّ هذا التميز نادراً ما يرجع إلى حداثة القواعد والنظم القانونيّة، وإنّما يرجع إلى الطريقة التي يتمّ تجميعها في نظام معيّن.[105] إنّ هذه التفاصيل – فضلاً عن النظام الكليّ الذي من الممكن أنْ يكون مشتركاً مع أنظمة أخرى– تكون محدّدة لكلّ نظام، كما بالضبط تؤثّر على تفسيره.[106]

هذا ما يفسّر لماذا، عند اختيار نظام شبه رئاسيّ على سبيل المثال، يكون هناك العديد من الاختلافات التقنيّة فيما يتعلّق بمدى الصلاحيات الرئاسيّة، وعلاقة البرلمان مع مجلس الوزراء، إلخ. والأهمّ من ذلك، يتمّ اتّخاذ خيارات مختلفة بالنسبة لبعض المؤسّسات القانونيّة المهمّة والتي لا غنى عنها في نظام ما لِيَكونَ النظام السياسيّ مستقرا وفاعلا، ومتماسكاً ومنطقيّاً. يعدّ هذا صحيحاً في حالة "مجلس الدولة" الفرنسيّ والذي لديه سلطة قضائيّة في الأمور الإداريّة، وفي المجلس الدستوريّ الذي يمارس اختصاصاته في الرقابة السابقة ومؤخّراً من خلال الرقابة اللاحقة ضمن إجراءات خاصّة. وعلى العكس من ذلك، الدول التي تستعير نظام الحكومة شبه الرئاسيّ، من الممكن أنْ تختار نظم قانونيّة مختلفة تماماً للمراجعة الدستوريّة، عن طريق استحداث محكمة دستوريّة في النظام بدلاً من مجلس دستوريّ، والتي لديها سلطة قضائيّة مباشرة في الرقابة على دستوريّة القوانين وأحياناً بطعن مباشر من الأفراد. إن الحُجّة هنا هي أنّه على الرغم من أنّ العديد من الدول قد تظهر لأن يكون لديها النظام شبه الرئاسيّ نفسه، إلّا أنّ حقيقة أنّهم قد أسّسوا لمحكمة دستوريّة، بدلاً من مجلس دستوريّ، يعني أنّ النظام الخاصّ بهم ليس صورة طبق الأصل للنظام الفرنسيّ.

إنّ الطريقة التي تمّت فيها صياغة القانون الأساسيّ تشير إلى أنّه، بالنسبة للسلطة الفلسطينيّة، لم تكن عملية صياغة النصّ الدستوريّ مختلفة عن تجارب دستوريّة أخرى في العصر الحديث من الدستوريّة.[107] إنّ ناتجَ تلك

[105] *See id.* at 254; LANE, Constitutions, at 196–197.

[106] *See* Osiatynski, Paradoxes, at 245.

[107] *See* Khalil, The Enactment, at 216–221.
وثّق ناثان براون تفاصيلَ عمليّة صياغة القانون الأساسيّ منذ نشأته، ويبدو أنّه قد شرح المنتج وهو في متناول اليد (القانون الأساسيّ كما تمّ اعتماده أخيراً من قِبل المجلس التشريعيّ الفلسطينيّ) جزئياً نتيجة الموادّ المستخدمة من قِبل من صاغوا القانون الأساسيّ: "الفلسطينيون الذين بدؤوا أوّلاً مهمّة صياغة دستور... انطلقوا مع الوثائق السابقة كنقطة انطلاق. ومع ذلك، ما جعل وضعهم غير عادي، هو التقليد الدستوريّ فعلى الرغم من كونه خصباً، إلّا أنّه يفتقر لكلّ من الوحدة والوضوح. إنّ المشكلة بالنسبة للفلسطينيّين لا تكمن بافتقارهم التقاليد الدستوريّة وإنّما لديهم الكثير. Brown, *Constituting,* at 34.
لمزيد من المعلومات حول مسوّدات سابقة للقانون الأساسيّ ومشروع الدستور الفلسطينيّ، انظر بشكل عام:
Anis Al-Qasem, Commentary on Draft Basic Law for the Palestinian National Authority in the Transitional Period, VII PALESTINE YBK. INT'L. L. 187 (1992–4); Anis Al-Qasem, The Draft Basic Law for the Palestinian National Authority, in THE ARAB–ISRAELI ACCORDS: LEGAL PERSPECTIVE 101 (E. Cotran & M. Chibli eds., 1997); Aruri & Caroll, A

التجربة هو نَصٌّ في غاية الإشكاليّة. فهو لم يوفّر تسويات حقيقيّة بحيث يتمّ إعطاء كلّ طرف شيئا ما من أجل الاتّفاق. بل بدلاً من ذلك، فإنّه يؤدّي إلى قبول كلّ مجموعة لما يمكن اعتباره خياراً متطرّفاً في مجال ما (القضايا السياسيّة أو الاقتصاديّة مثلاً) مقابل قبول الآخرين بخيار متطرّف في مجال آخر (الحقوق والحرّيّات أو الأحوال الشخصيّة) وهكذا. (ينظر الى الفضاء العامّ، هنا، على أنّه أقسام أو مساحات متعدّدة ومختلفة)،[108] ما ينتج عن هذه العمليّة في النهاية هو نصّ مليء بالتناقضات. إنّ هذا التوفيق بين المعتقدات لا يعني إنتاج تركيبة جديدة بل هو تجاور عفويّ بين أطروحة ونقيضها. ونتيجة لذلك، لا يمكن الادّعاء بأنّ أيّاً من أحكام هذا النصّ الدستوريّ لا يمكن الاستغناء عنه (حيث يتمّ فعلاً حذف العديد من الأحكام المثيرة للجدل، ببساطة)، في حين من الممكن أنْ يتمّ إضافة بعضها في مراحل مختلفة من وضع الدستور: أثناء الصياغة، النقاش، أو حتّى أثناء التصويت. هكذا ببساطة. لذلك فإنّ الباحث يستنتج هنا بأنّ القرار الوحيد الذي يقوم به واضعو الدستور المعاصر هو، في الواقع، تجنّب اتّخاذ قرارات حاسمة بخصوص بعض الأحكام داخل النصّ، وذلك في سبيل التوصل إلى اتّفاق بشأن النصّ ككل.

New; Zaha Hassan, The Palestinian Constitution and the Geneva Accord: The Prospects for Palestinian Constitutionalism, 16 FLORIDA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 897 (2004); Adrien K. Wing, The Palestinian Basic Law: Embryonic Constitutionalism, 31 CASE WESTERN RESERVE J. INT'L LAW 383 (1999).

[108] بهذا المعنى، يدعي الباحث على سبيل المثال أن الإشارة إلى الإسلام والشريعة في القانون الأساسيّ لم يُقصد به بالضرورة أي تغيير في طريقة ادراك منظّمة التحرير الفلسطينيّة والسلطة الفلسطينيّة للسلطة التي يمارسانها. فبدلا من ذلك، كان حلا توفيقيّاً بالمعنى المُشار إليه في هذه الدراسة، وهذا ضروريّ لجذب جزء من الشعب الفلسطينيّ، وكان ضروريّاً في مرحلة لاحقة لدمج حماس ضمن العمليّة السياسيّة (فمن المثير للاهتمام أن نلاحظ أن البرنامج الانتخابيّ للتغيير والإصلاح – وهي القائمة التي شكّلتها حركة حماس في الانتخابات التشريعيّة عام 2006 – تضمنت وعداً لإدخال تغييرات في القانون الأساسيّ، المادة 4 (2) والتي تنصّ على ما يلي: "مبادئ الشريعة الاسلامية مصدر رئيسي للتشريع". وتفضل حماس بدلا من ذلك أن تصبح المرجعية للشريعة شبيهة بما ورد في الدستور المصري. أنظر على سبيل المثال القسم 5 من البرنامج الانتخابي لقائمة "التغيير والاصلاح". المتاحة في: http://www.islah.ps/new/index.php?page=viewThread&id=128

للمزيد حول الجدل الدينيّ والسياسيّ المرافق لوصول حركة حماس إلى الحكم، يمكن مراجعة: خالد الحروب، "حماس في الحكم: جدل والصراع على الشرعية الفلسطينية"، *مجلة سياسات*، عدد 2 (2007)، 9–18؛ باسم الزبيدي، *حماس والحكم: دخول النظام أم التمرد عليه؟* (رام الله: المركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية، 2010).

كما يرى الباحث أنّ النقاش بشأن صياغة النصّ الذي يشير إلى الإسلام والشريعة يغطي قضية أكثر دهاءً، لم تعالج على الإطلاق في القانون الأساسيّ (مرة أخرى، نلاحظ تجنب واضح لاتّخاذ القرارات الحاسمة) وهو موضوع الفصل في قضايا الأحوال الشخصيّة حيث تمّ الحفاظ على ازدواجيّة السلطة القضائيّة فيما يتعلّق باستمرار عمل المحاكم الشرعيّة (للمسلمين) والدينيّة (للطوائف المسيحيّة). بعبارة أخرى وبالنسبة للسلطة الفلسطينيّة، لقد كان أكثر أهمية بكثير تنظيم القضايا السياسيّة المتعلقة بالسلطة الجديدة أكثر من لمس القضايا الحساسة جداً (عند الحديث دينيّاً، اجتماعيّاً، وثقافيّاً). هذا هو الحال بالنسبة لـ: (أ) قضايا الأحوال الشخصيّة (قوانين مختلفة لا تزال تنطبق على الطوائف المسيحيّة، بينما بالنسبة للمسلمين، هناك نوعان من القوانين، واحد (الأردنيّ) في الضفّة الغربيّة، والآخر (المصريّ) لقطاع غزّة)؛ (ب) قانون العقوبات، حيث قوانين الانتداب البريطانيّ والأردني لا تزال سارية على التوالي في قطاع غزّة والضفّة الغربيّة.

4. ما وراء القانون الأساسيّ

إذا كان عرض طريقة صياغة الدساتير الجديدة في العصر الجديد يمكن تطبيقه على السياق الفلسطينيّ – حيث يرى الباحث بأن هذا ممكن جداً، فإنّه سيكون من السذاجة جداً أنْ ننظر إلى القانون الأساسيّ على أنه عبارة عن مجموعة إجابات جاهزة، كما لو أنه يظهر على أنّه مشروع شامل ومتماسك أو أنه كان نتاج إرادة عقلانيّة، محددة سلفاً.[109]

على نحو لا يمكن إنكاره، فمن الممكن التوصّل إلى تفسيرات معقولة فيما يخصّ التناقضات التي تواجه القانون الأساسيّ. ويمكن أن تشمل هذه، من بين أمور أخرى، تفسيرات نصّيّة، سياقيّة، غاياتيّة، إلخ.[110] يرى الباحث بأن هناك دائماً وسيلة للتوصل إلى تفسير ذكيّ لمثل هذه الفوضى. أيضاً، يمكن القول، إنّ العديد من أحكام القانون الأساسيّ – إذا أخذت فراداً– يمكن لها النجاح في نظم أخرى. مع ذلك، وبشكل عام، يرى الباحث بأن القانون الأساسيّ لا يمكن أن يساهم في إنشاء نظام سياسي عقلانيّ مستقر وفاعل.

هناك إمكانيّة للتقدم خطوة أبعد في التحليل: إنّ محاولة اختبار القانون الأساسيّ ومحاولة إيجاد قصّة متماسكة هو بذاته خطأ منهجيّ جسيم، فمن غير الصحيح القول بأن القانون الأساسيّ –أو أيّ نصّ دستوريّ آخر– يمثل بالضرورة نظاماً شاملاً وعقلانيّاً متكاملاً، وأنّه يخلق نظاماً فاعلاً ويوفّر مخطّطاً عقلانيّاً للعمل السياسيّ، وفقاً لشكل الحكومة المقرّرة سلفاً.[111] إنّ هذا الافتراض الخاطئ هو ما يجعلنا نعتقد أنّ الدستور قد تمّ تصميمه (بغض النظر عمّن صمّمه). يرى الباحث بأنّ هذا هو الافتراض الذي يلزم رفضه بالمطلق. انطلاقاً ممّا سبق، فإنّ فكرة الدستور كأفضل إطار للحكومة لا بدّ من التخلّي عنها.[112]

---

[109] يمكن إضافة ملاحظة مهمّة هنا، تنطبق على جميع الدساتير المكتوبة. فالدستور المكتوب كقانون هو تشريع يتمّ وضعه من قِبل بعض الأفراد ويساهم في صياغته وتبنّيه في العادة أجهزة حكوميّة مختلفة. والمشرّعُ عندما يضع قانوناً لا يكون دافعه انسجام القانون فحسب (كما هو الحال بالنسبة للقاضي على سبيل المثال)، بل تدفعه بالعادة اهتمامات أخرى مهمّة، مثل تحقيق سياسات عامّة أو تحقيق غايات اجتماعيّة مرغوبة. وبالتالي لا يكون هاجس المشرع عند وضع التشريع أنْ يحقق الانسجام مع النظام القانونيّ القائم. وعليه، ليس من الحكمة بمكان عند محاولة فهم ما يرد في نصّ دستوريّ – وكما أيّ تشريع – أنْ يتمّ البحث عن العقلانيّة والتماسك والانسجام القانونيّ بالضرور، على ضوء الإطار القانونيّ والسياسيّ القائم. انظر:
Edward L. Rubin, *Law And and the Methodology of Law*, 3 Wis. L. Rev. 521, 550–551 (1997).

[110] انظر: المرجع السابق، 559.

[111] إنّ هذا الافتراض يمكن أن يرجع الى الفلسفة الليبراليّة الأخيرة المتأثّرة بالطابع المثاليّ من العامل الفرديّ العقلانيّ (rational individual actor). وبناء على هذا الافتراض، أنتج الليبراليّون نظريّات معياريّة من الدقّة التحليليّة الصارمة. فمصدر قوّتهم هذا كنظريّة معياريّة هي أيضاً، في الوقت نفسه، مصدر ضعفهم بالنسبة للنظريّة الدستوريّة. في هذا الاتجاه نفسه، يُنظر إلى المجتمع على أنّه "طبيعيّ" والدولة على أنها "مصطنعة". ويفترض أنّ الدولة تمّ تاسيسها من قِبل المجتمع لغرض تلبية أهداف معيّنة محدودة. انظر:
Martin Loughlin, *Constitutional Theory: A 25th Anniversary Essay*, 25 Ox. J. Legal Stud. 183, 187 (2005).

[112] بالمعنى الذي دافع عنه جريفين (Griffin)، والذي يهتمّ بموضوع الدسترة الأمريكيّة: حيث يؤكّد جريفين بأنّ فهم الدسترة الأمريكيّة في إطارها التاريخيّ يتطلّب تقبل فكرة أنّ تاريخها غير متواصل وغير متماسك وممتلئ بالأزمات وبالتالي ضرورة ترك فكرة أنّ الدستور يشكل إطارا مثاليّاً لعمل الحكومة.

إذن ما هي الفكرة التي تدافع عنها هذه الدراسة هنا؟ في الواقع، يظهر النهج المعتمد هنا على أنّه نهج تدميري، إذ يتمّ استخدام المنهج الوضعيّ من أجل تقويضه لاحقاً. لا يجب أن يفسّر ما ورد هنا على أنّه يجب رفض القانون الأساسيّ على هذا النحو، وإنّما ما يجب رفضه هو الافتراضات الكامنة وراء تفسيرات القانون الأساسيّ، والتي تعامله بطريقة تعتبره فيها تعبيراً عن إرادة عقلانيّة بالضرورة وتحديد نظام معصوم عن الخطأ.

لذلك، يدّعي الباحث هنا بأنّه من أجل فهم آليات فصل السلطات، والمشاركة بها والتوازن بين فروعها، في مناطق عمل السلطة الفلسطينيّة، يحتاج المرء للنظر إلى ما وراء القانون الأساسيّ، وحتّى إلى ما وراء السلطة الفلسطينيّة نفسها.[113]

في الأقسام السابقة، تمّت الإشارة إلى أنّه حتّى في الوضعيّة القانونيّة، هناك قبول إلى وجود مصادر متعدّدة للقواعد المعياريّة. ولذلك، حتّى إذا ما كان لدستور "مكتوب" أهمية كبيرة بالنسبة لفقهاء القانون الوضعيّ، إلّا أنّه ليس المصدر الوحيد لمعايير قانونيّة مقرّرة مسبقاً لتنظيم سير عمل الحكومة. وعليه قد يميلون للبحث عن القواعد والممارسات الأساسيّة التي تشكّل بنية الحكومة، دون الاهتمام كثيراً فيما إذا كانت هذه القواعد والممارسات مشمولة في الوثيقة الدستوريّة الرسميّة.[114]

بهذا المعنى، فإن فقهاء القانون الوضعيّ، كما لقانون الواقعيّين، يكون لديهم ميول للنظر خارج الدستور الرسميّ المكتوب، من أجل إعطاء وزن أكبر للدستور الماديّ، والذي يمثّل الدستور المكتوب منه عنصراً واحداً فقط. سيميلون أيضاً للذهاب إلى ما هو أبعد من الدستور المكتوب. وقد دعَّم هذا القسم هذا الاتّجاه، بحجّة أنّه من أجل فهم شكل حكومة السلطة الفلسطينيّة، يحتاج المرء للذهاب إلى ما هو وراء القانون الأساسيّ. ولكن، بالنسبة للقانونيّين الواقعيّين، ليس القانون الأساسيّ الذي يهمّ، بل إنّها الطريقة التي يتصرف بها الموظّفون العموميّون والمحاكم. إنّ القانونيّ الواقعيّ، على الرغم من، أو ربما بسبب، عدم تحديد النصّ الدستوريّ، يهتمّ بعلاقات القوة التي

Cited in Howard Gillman, *From Fundamental Law to Constitutional Politics – And Back*, 23 LAW & SOC. INQUIRY 185, 193 (1998).

[113] يمكن أنْ يتمّ ذلك عن طريق الأخذ بعين الاعتبار: أ) قوانين ما قبل السلطة الفلسطينيّة المعمول بها في الضفّة الغربيّة وقطاع غزّة. ب) القانون الدّوليّ، بما في ذلك القانون الدّوليّ لحقوق الإنسان والقانون الإنسانيّ الدوليّ. ج) الحقّ في تقرير المصير في ضوء قرار التقسيم، حقّ العودة في ضوء حلّ الدولتين. وضع اللاجئين، انعدام الجنسيّة، والمواطنة؛ د) مكانة منظّمة التحرير الفلسطينيّة والدور الذي تلعبه بالنسبة للسلطة الفلسطينيّة، ولكن أيضاً بالنسبة لدولة فلسطين. هـ) معضلة الضفّة الغربيّة / قطاع غزّة، والتي تتجاوز القراءة الساذجة على أنّها مرتبطة فقط بالخلاف بين حركتي فتح وحماس. و) أثر الاحتلال على النظام السياسيّ الفلسطينيّ، وكيف أنّه بعد إقامة الدولة لا يعني بالضرورة نهاية الاعتماد على إسرائيل أو على المجتمع الدوليّ. خلاصة القول إن النظام السياسيّ لفلسطين لا يستند فحسب على علاقة الرئيس بالمجلس التشريعيّ الفلسطينيّ، أو علاقة الرئيس بمجلس الوزراء، ولكن يتعلق أيضا بعلاقة السلطة الفلسطينيّة بمنظّمة التحرير الفلسطينيّة نفسها، وعلاقتهما معاً مع الدولة الفلسطينيّة في المستقبل، وعلاقة ثلاثتهم بفلسطين التاريخية وبالفلسطينيّين كأمّة أينما كانوا.

[114] *See* Ernest A. Young, *The Constitutive and Entrenchment Functions of Constitutions: A Research Agenda,* 10 U. PA. J. CONST. L. 399, 403.

تشكّل النظام السياسيّ. فالنظام السياسيّ هو الذي يهمّ، وليس النظام المدوّن في الدستور المكتوب.

الخاتمة

لقد بيّن الباحث أن النهج الوضعيّ بالطريقة التي تمّ تعريفها في هذه الدراسة هو نهج قاصر بالنسبة لحالة السلطة الفلسطينيّة. ولا يرجع ذلك فقط بسبب النهج نفسه، ولكن قَبل كلّ شيء بسبب القانون الأساسيّ والطريقة التي يتمّ بها صياغة الدساتير في حقبة جديدة من الدسترة. وفي الواقع، لقد استفاد الباحث من الاستنتاجات التي توصّل إليها القانون الدستوريّ المقارن بشأن صياغة الدساتير في جميع أنحاء العالم في التسعينيّات، وناقش الباحث أيضاً أنّه من الممكن أنْ نستنتج أنّ اتّجاهات مماثلة التحريفات في عمليّة صياغة الدساتير والتي يمكن أنْ نجدها في القانون الأساسيّ. إنّ نَصّاً كهذا يتميّز بكونه توفيقيّ يبقي على الكثير من التناقضات،[115] ودون أنْ يقرّر في الكثير من النقاط التي تحتاج إلى قرار حاسم؛ ولا يعكس بالتالي رؤية متكاملة ومترابطة وعقلانيّة للنظام السياسيّ الفلسطينيّ.

ما الذي يجب عمله؟ هل من الممكن أن نقترح نهجاً بديلاً أو منهجية بديلة لعلم القانون والفقه دون أنْ نتخلّى بالضرورة عن فرضيّة فصل "القانونيّ" عن "الأخلاقيّ"؟ على الرغم من أنّ النماذج البديلة من الوضعيّة القانونيّة هي خارج نطاق هذه المقالة، إلّا أنّ الباحث سيكتفي هنا بذكر بعض المقاربات الممكنة:

أولاً، يمكن أنْ تكون الواقعيّة القانونيّة مفيدة، فالقانونيّ الواقعيّ يركّز على سلوك المسؤولين الذي يديرون النظام القانونيّ. فيعتبرون أنّ النظام القانونيّ هو مرادف لعمل القضاة (في النسخة الأمريكيّة للواقعيّة القانونيّة) والبيروقراطيّين (في النسخة الاسكندنافيّة). إنّ الواقعيّين القانونيّين يتّفقون مع الوضعيّين القانونيّين في أنّ مهمّة علم القانون هي عدم الانخراط في القرار بشأن القيم؛ ومع ذلك، على عكس الوضعيّين، يعتقد الواقعيّون القانونيّون أنّ التركيز ينبغي أنْ يَنصَبّ على تحليل آليات قانونيّة و/أو قرارات المحاكم.[116] إنّ ميّزة هذا النهج تكمن في أنّه متوافق مع المنهج التحليليّ للتحقيق الذي تمّ هنا. مع ذلك، ما قد يؤثّر، هو الهدف من التحليل: فبدلاً من الاهتمام بالقواعد المعياريّة المحدّدة سلفاً (كما القانونيّين الوضعيّين) يهتمّ الواقعيّون القانونيّون بالآليّة القانونيّة. يدرك الباحث طبعاً، كما يفعل كثير من فقهاء القانون، أنّ طريقتي التحقيق (التحليليّة والقانونيّة-اجتماعيّة (socio-legal)) متكاملتين.[117] تحتاج الرؤى التحليليّة إلى نظرة متكاملة على أساس البحوث التجريبيّة والتي ليس

[115] *See* Go, A Globalizing.

[116] *See* LANE, Constitutions, at 196.

[117] يدرك الباحث أيضا، أنّ "... دمج الواقع والنظرية في الدراسات القانونية ما زال غير متجانس ومثير للجدل اليوم كما كان قبل ثمانين عاما." انظر:

Armin von Bogdandy, *The Past and Promise of Doctrinal Constructivism: A Strategy for Responding to the Challenges Facing Constitutional Scholarship in Europe*, 7 INT'L J. CONST. L. 364, 380 (2009).

بوسع الباحث توفيرها لغايات هذه الدراسة. لكن من الممكن الاستفادة من البيانات التجريبيّة المتاحة الناتجة عن التخصّصات الأخرى، مثل العلوم السياسيّة، علم الاجتماع، أو الاقتصاد لأبحاث مستقبليّة.[118]

ثانياً، حتّى الواقعيّة القانونيّة يمكن رفضها كمنهج، ولكن لأسباب أخرى غير الأسباب التي تُقَدّم ضدّ الوضعيّة القانونيّة. إذ يمكن للمرء أنْ يلاحظ أنّ النظام السياسيّ للسلطة الفلسطينيّة قد وصل بالفعل إلى طريق مسدود وبأنّ المصالح المتضاربة للأطراف المعنيّة جعلت من الصعب التوصّل إلى اتّفاق حول تشارك السلطة. يمكن للمرء أنْ يتّخذ موقفاً أكثر تطرّفاً للمناقشات الدستوريّة حول النظام السياسيّ الفلسطينيّ باستخدام مثال دستور جمهوريّة فايمار كنموذج (بارديغم) لتحليل الأزمة الحالية في السلطة الفلسطينيّة.[119] إنّ هذا البراديغم ليس قضّية للمقارنة، وإنّما بمثابة وضع يحفّز أسئلة مختلفة. بمعنى، أنّ الاقتراح هنا أنْ يكون – بدلاً من رفض كلّ الإجابات الممكنة على الأسئلة الدستوريّة التي في قلب النقاش الداخليّ الفلسطينيّ– أي الرجوع إلى "القواعد المعياريّة" (تماماً كما يفعل الوضعيّون القانونيّون للإجابة على السؤال: "ماذا يقول القانون؟") أو إلى السلوكيّات لِتَوَقُّعِ النتائج (تماماً كما يفعل الواقعيّون القانونيّون للإجابة على السؤال:"ماذا يمكن أن يفعل الموظّف العموميّ أو القاضي؟")؟ بدلا من ذلك، يمكن للمرء أنْ يدّعي بأنّ المشكلة تكمن في الأسئلة المطروحة بدلاً من الإجابات المعطاة. سوف يساعد براديغم جمهوريّة فايمار على طرح أسئلة مختلفة تماماً: أين الشعب الفلسطينيّ من هذه النقاشات الدستوريّة؟ من الذي يقرر لهم وعنهم وكيف؟ من الذين يمثّلهم، ولماذا؟ من يشارك في العمليّة السياسيّة ومن يتمّ استثناؤه؟ من هو الفلسطينيّ ومن هو غير الفلسطينيّ؟ من هو الصديق ومن هو العدو؟ ما هو السياسيّ وما هو القانونيّ؟

كبديل ثالث، يمكن للمرء أنْ يجادل بأنّ مسألة "الحقوق" – كما قدّمت من قِبل رونالد دوركين (Ronald Dworkin) في "أخذ الحقوق على محمل الجدّ" (Taking Rights Seriously) ـ يمكنها سدّ هذه الفجوة،[120] من خلال اعتماد نهج تفسيريّ معيّن.[121] وقد يتناسب فكر دوركين وغيره من النظريّات القريبة مثل ما ورد لدى هابيرماس (Habermas) حول الأصول المشتركة للحقوق المدنيّة والسياسيّة

[118] للمزيد حول إيجابيّات الاستفادة من حقول أخرى لخدمة حقل القانون دون التخلي عن المنهجيّة القانونيّة يمكن الإطّلاع على:
Rubin, Law And, at 565.

[119] *See generally* Arthur J. Jacobson & Bernard Schlink, *Introduction Constitutional Crisis The German and the American Experience*, *in* WEIMAR A JURISPRUDENCE OF CRISIS 1 (Arthur J. Jacobson & Bernard Schlink eds., 2000).

[120] *See* RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1977).

[121] يميّز الباحث بين المفهوم والنهج المتّبع في القانون لأنه يدرك أنّ هناك قضيّتين مختلفتين على المحك: الوجوديّة (ontological) والمعرفيّة (epistemological). فهما بالضرورة مرتبطتان، ولكنهما بحاجة لعدم الخلط بينهما: (1) الخلاف حول ما هو نظام قانونيّ أو ممّ يتكوّن و(2) النزاع حول ما هي المنهجية الملائمة لعلم القانون. انظر: LANE, Constitutions, at 138.

(co-originality thesis)،[122] مع التطوّر الذي حدث في علم القانون بعد الحرب العالميّة الثانيّة. ففظائع "الآلات البشريّة" هي دائماً في الخلفيّة، وتأثير ذلك على تطوّر وانتشار الدستوريّة كنظريّة سياسيّة للحكومة المحدودة هي واحدة فقط من تداعياتها. وحتّى مع هذا النهج البديل، فإنّ وضع النظريّات حول الدستور في فلسطين هو مشروع طموح، وذلك بشكل أساسيّ لأنّ النماذج (البراديغمات) المتاحة في النظريّة الدستوريّة هي إلى حدّ كبير محورها الدولة. في الحالة الفلسطينيّة، إنّ تسلسل الأحداث مقلوب. المزيد من الأسئلة الأخرى تحتاج إلى إجابة: إلى أيّ مدى من الممكن بناء ديمقراطيّة قبل تأسيس الدولة والحدّ من سلطات الحكومة قبل تمكينها من أنْ تعمل؟ إلى أيّ مدى من الممكن بناء "الدولة الليبراليّة" نظريّاً تحت الاحتلال، قبل أنْ يكون هناك دولة مستقلة؟ ما هي العلاقة، إنْ وجدت، بين الدستوريّة، الديمقراطيّة الليبراليّة، وإقامة الدولة؟

في هذه الدراسة، تمّ الاكتفاء برفض الافتراضات المضلّلة وغير المنتجة التي تهيمن على مفهوم النظام السياسيّ الذي يتمّ تحديده بموجب الافتراضات الأساسيّة للوضعيّة القانونيّة. ليس هناك مساحة كافية لمعالجة كلّ هذه الأسئلة: إذ إنّ الإجابة عليها تتطلّب صياغة نظريّة دستوريّة متكاملة، خاصّة نظريّة دستوريّة مناسبة للسياق الفلسطينيّ، أو للدول العربيّة بشكل عامّ.

[122] للمزيد انظر: Loughlin, Constitutional, at 192.

BIBLIOGRAPHY

Ackerman, Bruce. "Revolution on a Human Scale." *YALE L. J.* 108 (1999): 2279.

Ackerman, Bruce. "The Living Constitution." *HARV. L. REV.* 120 (2007): 1737.

Ackerman, Bruce. "The New Separation of Powers." *HARVARD LAW REVIEW* 113 (2000): 633.

Al-Qasem, Anis. "Commentary on Draft Basic Law for the Palestinian National Authority in the Transitional Period." *VII PALESTINE YBK. INT'L. L.* VII (1992-4): 187.

Al-Qasem, Anis. "The Draft Basic Law for the Palestinian National Authority." In *THE ARAB-ISRAELI ACCORDS: LEGAL PERSPECTIVE*, edited by E. Cotran and M. Chibli, 101. 1997.

Andoni, Lamis. "The PLO at the Crossroads." *JOURNAL OF PALESTINE STUDIES* 21, no. 1 (1991): 54-65.

Arjomand, Saïd Amir. "Constitutional Development and Political Reconstruction from Nation-Building to New Constitutionalism." In *CONSTITUTIONALISM AND POLITICAL RECONSTRUCTION*, edited by Saïd Amir Arjomand, 3. 2007.

Aruri, Nasser H., and John J. Caroll. "A New Palestinian Charter." *JOURNAL OF PALESTINE STUDIES* 23 (1994): 5.

Berggren, Niclas, Nils Karlson, and Joakim Nergelius. "Introduction." In *WHY CONSTITUTION MATTER*, edited by Nils Karlson, & Joakim Nergelius Niclas Berggren. 2000.

Bix, Brian H. "Legal Positivism." In *THE BLACKWELL GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY*, edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson, 29.

Bogdandy, Armin von. "The Past and Promise of Doctrinal Constructivism: A Strategy for Responding to the Challenges Facing Constitutional Scholarship in Europe." *INT'L J. CONST. L.* 7 (2009): 364.

Brown, Nathan J. "Constituting Palestine: The Effort of Writing a Basic Law for the Palestinian Authority." *MIDDLE EAST J.* 54 (2000): 25.

Brown, Nathan. *The Third Draft Constitution for the Palestinian State: Translation and Commentary.* Ramallah:

Palestinian Center for Policy and Survey Research, 2003.

Choudhry, Sujit. "Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law." In *THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS*, edited by Sujit Choudhry, 1. Cambridge University Press, 2006.

Dajani, Omar M. "Stalled between Seasons: the International Legal Status of Palestine during the Interim Period." *DENVER JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND POLICY* 26 (1997): 27.

Duverger, Maurice, Arend Lijphart, and Gianfranco Pasquino. "A new political system." *EUR. J. POL. RESEARCH 125* 31 (1997): 125.

DWORKIN, RONALD. *TAKING RIGHTS SERIOUSLY .* Harvard University Press, 1977.

Dyzenhaus, David. "Intimations of legality amid the clash of arms." *INT'L J. CONST. L.* 2, no. 2 (2004): 244.

Epstein, Lee, and Jack Knight. "Constitutional borrowing and nonborrowing." *INT'L J. CONST. L.* 1 (2003): 196.

Fallon, Richard H. "Legitimacy and the Constitution." *HARV. L. REV.* 118 (2005): 1787.

Galligan, D. J. "The Paradox of Constitutionalism or the Potential of Constitutional Theory." *OX. J. LEGAL STUD.* 28 (2008): 343.

Gillman, Howard. "From Fundamental Law to Constitutional Politics – And Back." *LAW & SOC. INQUIRY* 23 (1998): 185.

Go, Julian. "A Globalizing Constitutionalism? Views from the Postocolony." In *CONSTITUTIONALISM AND POLITICAL RECONSTRUCTION*, edited by Saïd Amir Arjomand, 1945–2000.

Hasebe, Yasuo. "Constitutional borrowing and political theory." *INT.L J. CONST. L.* 1 (2003): 224.

Hassan, Zaha. "The Palestinian Constitution and the Geneva Accord: The Prospects for Palestinian Constitutionalism." *FLORIDA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 16 (2004): 897.

Hilal, Jamil. "PLO Institutions: The Challenge Ahead." *JOURNAL OF PALESTINE STUDIES* 23, no. 1 (1993): 46–60.

Jarbawi, Ali. "Palestinian Politics at a Crossroads." *Journal of Palestine Studies* (25) 4 (1996): 29-39.

Kelsen, Hans. *PURE THEORY OF LAW.* Max Knight trans., 1967.

Khalil, Asem. *The Enactment of Constituent Power in the Arab World: the Palestinian Case.* Fribourg: PIFF, Etudes et Colloques 47, Helbing & Lichtenhahn, 2006.

KHALIL, ASEM. *THE ENACTMENT OF CONSTITUENT POWER IN THE ARAB WORLD: THE PALESTINIAN CASE.* Fribourg: PIFF Etudes et Colloques 47, 2006.

Kreimer, Seth F. "Invidious Comparisions: Some Cautionary Remarks on the Process of Constitutional Borrowing." *U. PA. J. CONST. L.* 1 (1999): 640.

LANE, JAN-ERIK. *CONSTITUTIONS AND POLITICAL THEORY.* Manchester and New York: Manchester University Press, 1996.

Loughlin, Martin. "Constitutional Theory: A 25th Anniversary Essay." *OX. J. LEGAL STUD.* 25 (2005): 183.

Loughlin, Martin, and Neil Walker. "Introduction." In *THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM*, edited by Martin Loughlin and Neil Walker, 1. 2007.

Meyer, J., and et al. "World Society and the Nation State." In *THE GLOBALIZATION READER*, edited by F. J. Lechner and J. Boli, 84. 2004.

Michelman, Frank I. "Constitutional Authorship by the People." *NOTRE DAME L. REV.* 74 (1999): 1605.

Osiatynski, Wiktor. "Paradoxes of Constitutional Borrowing." *INT.L J. CONST. L.* 1 (2003): 244.

Preuss, Ulrich K. "The political meaning of constitutionalism." In *CONSTITUTIONALISM, DEMOCRACY AND SOVEREIGNTY: AMERICAN AND EUROPEAN PERSPECTIVES*, edited by Richard Bellamy, 11. Avebury, 1996.

Rosenkrantz, Carlos F. "Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law." *INT.L J. CONST. L.* 1 (2003): 269.

Rubin, Edward L. "Law And and the Methodology of Law." *WIS. L. REV.* 3 (1997): 521.

Sarkin, Jeremy. "The Effect of Constitutional Borrowings on the Drafting of South Africa's Bill of Rights and

Interpretation of Human Rights Provisions." *U. PA. J. CONST. L.* 1 (1998): 176.

Sathyamurthy, T. V. "The Constitution as an Instrument of Political Cohesion in Postcolonial States: The Case of India 1950-1993." In *DESIGNS FOR DEMOCRATIC STABILITY: STUDIES IN VIABLE CONSTITUTIONALISM*, edited by A. I. Baaklini and H. Desfosses, 147. 1997.

Schauer, Frederick. "On Migration of Constitutional Ideas." *CONN. L. REV.* 37 (2005): 907.

Scheppele, Kim Lane. "Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-constitutional Influence Through Negative Models." *INT.L J. CONST. L.* 1 (2003): 296.

Schlink, Arthur J. Jacobson & Bernard. "Introduction: Constitutional Crisis The German and the American Experience." In *WEIMAR A JURISPRUDENCE OF CRISIS*, edited by Arthur J. Jacobson and Bernard Schlink, 1. 2000.

Skach, Cindy. "The "newest" separation of powers: Semipresidentialism." *Int.l J. Const. L.* 5, no. 1 (2007): 93-121.

Tushnet, Mark. "Returning with Interest: Observations on Some Putative Benefits of Studying Comparative Constitutional Law." *U. PA. J. CONST. L.* 1 (1998): 325.

Tushnet, Mark. "The Possibilities of Comparative Constitutional Law." *108 YALE L. J.* 108 (1999): 1225.

Wing, Adrien K. "The Palestinian Basic Law: Embryonic Constitutionalism." *CASE WESTERN RESERVE J. INT'L LAW* 31 (1999): 383.

Young, Ernest A. "The Constitutive and Entrenchment Functions of Constitutions: A Research Agenda." *U. PA. J. CONST. L.* 10 (2008): 399.

قائمة المراجع العربيّة

براون، ناثان، مسودة دستور فلسطين (المسودة الثالثة). رام الله: المركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية، 2003.

جرباوي، علي. النظام السياسي الحالي للسلطة الوطنية الفلسطينية. 14-18. في: للخروج من أزمة النظام السياسي الحالي: نظام ديمقراطي "رئاسي" أم نظام "برلماني" لفلسطين؟ (مؤتمر أمان 2007/3/4)، 2007.

جقمان، جورج. ""حماس" و"فتح": صراع برامج أم صراع على السلطة؟" *مجلة الدراسات الفلسطينية*، العدد 68 (2006)، 54-58.

الحروب، خالد، "حماس في الحكم :جدل الديني والسياسي والصراع على الشرعية الفلسطينية،" *مجلة سياسات* العدد 2 (2007) 9-18.

الحسن، بلال، "لماذا يحاصر العالم حكومة حماس؟ إعادة بناء المشروع الوطني الفلسطيني أو الموت والتلاشي،" مجلة الدراسات الفلسطينية، العدد 67 (2006)، 34-40.

خليل، عاصم. *"قانون التشريع" و"قانون الحرية": هل الديمقراطية بديل عن حكم القانون*. رام الله: مؤسسة مواطن لدراسة الديمقراطية، 2013.

خليل، عاصم. "عملية تحضير الدستور الفلسطينية وطريقة كتابته: لماذا؟ كيف؟ ولماذا الآن؟" 36 *دراسات*، العدد 2 (2009)، 223-242.

الزبيدي، باسم، "حماس والحكم: دخول النظام أم التمرد عليه؟ رام الله: المركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية، 2010.

الشقاقي، خليل، "مستقبل الديمقراطية في فلسطين بالنظر إلى إشكاليات العلاقة بين منظمة التحرير الفلسطينية والسلطة الوطنية،" السياسية الفلسطينية، العدد 15-16 (1997)، 59-62.

قبعة، تيسير. "في إشكالية العلاقة بين منظمة التحرير الفلسطينية والسلطة الوطنية الفلسطينية،" *السياسة الفلسطينية*، العدد 15-16 (1997)، 8-68.

جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/2)
فئة أوراق الموقف

وحدة القانون الدستوري

ورقة موقف حول القرار بقانون المعدل لقانون المحكمة الدستورية العليا

تشرين ثاني/ نوفمبر 2017

BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

Position Paper on the Decree Law Amending the Law Establishing the Supreme Constitutional [Arabic]

Author: Constitutional Law Unit at Birzeit University

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (2/2017)
Position Papers Module

© 2017, Birzeit University
Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration

This text may be downloaded for personal research purposes. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copies or electronically, requires the consent of the Constitutional Law Unit, at Birzeit University. Requests should be addressed to : chairofcil@birzeit.edu

If cited or quoted, reference should be made as follows:
[Full name of the author(s)], [Title], Birzeit's Working Papers in Legal Studies [Series Number], Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration: Birzeit University [year of publication].

The views expressed in this publication cannot in any circumstances be regarded as the official position of Birzeit University.

ورقة موقف حول القرار بقانون المعدل لقانون المحكمة الدستورية العليا

المؤلف: وحدة القانون الدستوري بجامعة بيرزيت.

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/2)
فئة أوراق الموقف

© 2017، جامعة بيرزيت
وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقيّاً أو إلكترونيّاً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة القانون الدستوريّ في جامعة بيرزيت.
للتواصل والمعلومات بالخصوص: chairofcil@birzeit.edu

في حال الاقتباس أو التوثيق يجب أن يتم التوثيق كما يلي:
[اسم المؤلف أو المؤلفين كاملاً]، [العنوان]، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونيّة [رقم السلسلة]، وحدة القانون الدستوريّ، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، [سنة النشر].

لا تعبر الآراء الواردة في هذا المنشور تحت أي حال من الأحوال عن الموقف الرسمي لجامعة بيرزيت.

Supported by:

H.H. Shaikh Hamad Bin Khalifa Al-Thani Chair in Constitutional and International Law

بدعم من:

وحدة القانون الدستوري*

ورقة موقف حول القرار بقانون المعدل لقانون المحكمة الدستورية العليا

نفذ منتصف الشهر الجاري (تشرين الثاني 2017)، القرار بقانون رقم (19) لسنة 2017 بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا الذي أصدره الرئيس الفلسطيني بمقتضى المادة 43 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.**

وإذا كان معلوماً بالضرورة أنّ الرئيس الفلسطيني يملك بمقتضى المادة 43 المشار لها سلطة استثنائية في إصدار مثل هذه القرارات في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير حالات انعقاد المجلس التشريعي، وإذا كان معلوماً أيضا أنّ المجلس التشريعي لا زال (حتى تاريخ إصدار هذه الورقة) غير قادر على الانعقاد منذ ما يزيد عن عشر سنوات متصلة، فمن الثابت أنّه وبمقتضى المادة 43 أيضا وجوب عرض هذا القرار بقانون وغيره من القرارات بقانون (قرابة مئتي تشريع مشابه) والتي صدرت بمقتضى هذه المادة عن المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها للتقرير بشأنها، إما بقبولها، أو بتعديلها، أو برفضها، ليزول في الحالة الأخيرة ما كان لها من قوة القانون.

وعلى الرغم من أنّ مسألة مدى توافر حالة الضرورة لإصدار مثل هذا التشريع الاستثنائي هي مسألة في غاية الأهمية من وجهة نظر دستورية، إلا أنّ ورقة الموقف هذه لن تبحث في مدى توافر الضرورة التي لا تحتمل التأخير الموجبة لإصداره على اعتبار أنّ إصدار هذا القرار لم يكن إلا تكريساً لإصدار مئات التشريعات بذات الطريقة، ولا يبدو أنه سيكون الأخير؛ لذلك، فإنّ هذه الورقة ستُعنى بإبداء الرأي –الإجمالي غالبا– حول أبرز التعديلات الموضوعية التي جاء بها هذا القرار بقانون.

وبغية الوصول لذلك، نظمت وحدة القانون الدستوري في كلية الحقوق والإدارة العامة بجامعة بيرزيت، بتاريخ 7 تشرين الثاني 2017، لقاء طاولة مستديرة، شارك فيه باحثو الوحدة، وأساتذة في القانون العام، وعدد من طلبة الماجستير الملتحقين بمساق "الرقابة على دستورية القوانين". وتعكس هذه الورقة أبرز القواسم المشتركة التي اتفق عليها المشاركون:

---

* تنبيه هام: ما يرد في ورقة الموقف هذه هو رأي واجتهاد لمجموعة من الباحثين في وحدة القانون الدستوري بجامعة بيرزيت، ولا يعكس بالضرورة رأي الجامعة أو كلية الحقوق والإدارة العامة فيها.

** الوقائع الفلسطينية، عدد (137)، بتاريخ 15 تشرين أول 2017، ص4–10.

- التطلّع بإيجابية إلى جهة تحديد مدة عضوية القضاة في المحكمة، لأنّ ذلك ينطوي على تعزيز استقلالهم وحيادهم، ويساهم في نأي القضاة عن مظنّة مجاملة السلطة التنفيذية خشية على الأمن الوظيفي. كما أنّ ذلك سيساهم أيضاً برفد المحكمة بطاقات وكفاءات جديدة، ومع ذلك، فإنه ينبغي الإشارة إلى أنّ تحديد مدة العضوية لست سنوات هي مدة غير كافية، لكونها المدة الأقصر في التجارب الشائعة المقارنة، وقد كان من الأفضل تحديدها بمدة تسع سنوات على الأقل، لأن ذلك سيساهم في تراكم الخبرة لدى القضاة، بما ينعكس على أدائهم القضائي. كما أن من شأن رفع مدة العضوية لتسع سنوات أن يساهم أيضاً في ترشيد نفقات ومصاريف الموازنة العامة فيما يتصل بعجلة الرواتب، والمعاشات التقاعدية لأعضاء المحكمة.
- التطلّع بإيجابية إلى آلية تجديد العضوية بشكل جزئي دوري، بما من شأنه مراعاة رصيد الخبرة في العضوية. إلا أنّ ثمة عدم وضوح في هذه الآلية لجهة عدم تحديد العدد النهائي للأعضاء، وإن كان سيستقر هذا العدد أخيراً على تسعة أعضاء أو سيبقى يزداد حد الضعف. مع الإشارة في هذا السياق إلى أنّ حداثة الخبرة الفلسطينية في القضاء الدستوري لا تتطلب عدداً كبيراً من الأعضاء، وبالأخص في ضوء قلة عدد القضايا، بل وشحها، ناهيك عن ارتفاع سلم رواتب قضاة المحكمة ومستحقاتهم التقاعدية، وتجديد العضوية بشكل سريع.
- التطلع بخطورة إلى توسيع اختصاص المحكمة في تفسير القانون الأساسي و"التشريعات"، في ضوء خشية تحول المحكمة إلى مشرع في غيبة البرلمان، من خلال الإسراف في تأويل النصوص توسيعاً وتضيقاً، ولما لذلك من خطورة على منظومة حقوق الإنسان والعلاقة بين السلطات.
- إن حصر الرقابة على دستورية القوانين واللوائح والأنظمة وإزالة أية إشارة للرقابة على الأعمال الحكومية الأخرى أو القرارات من شأنه رفع يد المحكمة عن قرارات من شأنها المساس بالحقوق الأساسية والحريات دون أن يكون هناك مرجعية قضائية أخرى مناسبة للقيام بهذه المهمة. كما أنه أصبح من غير الممكن بحسب التعديل للمحكمة الدستورية مراجعة قرارات المحاكم العليا التي تنتهك الحقوق الأساسية (حتى وإن اعتمدت على تشريعات في ذاتها دستورية).
- التطلع باستغراب إلى المعايير التي أسس عليها احتساب سنوات الخبرة لدى فئات المرشحين، حيث تجاهلت روح مبدأ المساواة، وأخذت بجانب شكلي منه، وليس جوهري؛ فكيف على سبيل المثال أتيح لرؤساء النيابة الترشح فيما لم يتح ذلك للقضاة النظاميين الذين يعلونهم في السلم القضائي.
- لا يبدو مبرراً التراجع عن مبدأ التنحي والرد كأحد ضمانات حياد القاضي أو تحييده. كما لا يبدو مبرراً أيضاً التراجع عن إمكانية تعويض المتضررين.

- بالرغم من الأهداف المشروعة لضرورة تأمين حياة كريمة لقضاة المحكمة الدستورية حال انتهاء ولايتهم إلا أن المقاربة المالية التي قام عليها هذا التعديل تثير الريبة وتقتضي التفكير بروية.
- لا يبدو مبررا تعيين أمين عام للمحكمة الدستورية برتبة قضائية ولا يوجد ما يفسر تعقيدات إجراءات تعيينه مقارنة مع تعيين القضاة أنفسهم والذين يعينون من الرئيس بدون شراكة أية سلطة أخرى باستثناء تنسيب الجهة القضائية المختصة. وفي ذات السياق، كان من الأولى تعديل إجراءات تعيين القضاة من أعضاء المحكمة بحيث تصبح العملية تشاركية مع السلطات الأخرى، وليست محصورة بيد الرئيس وحده.

إن وحدة القانون الدستوري في جامعة بيرزيت، إذ تصدر ورقة الموقف هذه؛ فإن ذلك يأتي انطلاقاً من قناعتها بدور الأكاديميين تجاه المجتمع.* وإن الوحدة –في هذا الصدد– تدعو المجلس التشريعي القادم إلى الحرص على فرض رقابته على جميع القرارات بقوانين التي سنت وأصدرت في غيابه. وحتى ذلك الوقت، فإنها تدعو الرئيس إلى ترشيد استعمال تشريعات الضرورة، وتوسيع دائرة النقاش المتعلق بالتشريع.

* لم تتعرض ورقة الموقف هذه تفصيليا للتعديلات التي جاء بها القرار بقانون المذكور، للمزيد حول هذا التعديل، وموقف وحدة القانون الدستوري منه، بالإمكان التواصل مع الوحدة عبر البريد الإلكتروني التالي: chairofcil@birzeit.edu

جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/3)
فئة أوراق طلبة الماجستير

ملكة عبداللطيف

ملامح حق المرأة المسلمة في اختيار زوجها في المنظومة الفلسطينية

تشرين ثاني/ نوفمبر 2017

BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

ملامح حق المرأة المسلمة في اختيار زوجها في المنظومة الفلسطينية

The Right of Muslim Women in Choosing their Husbands in the Palestinian Context [Arabic]

ملكة عبد اللطيف

Malakeh Abdellatif

التدقيق اللغوي: إبراهيم المصري

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/3)
فئة أوراق طلبة الماجستير

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (3/2017)
MA Students Papers Module

© 2017، جامعة بيرزيت
وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقيّاً أو إلكترونيّاً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة القانون الدستوريّ في جامعة بيرزيت.
للتواصل والمعلومات بالخصوص: chairofcil@birzeit.edu

في حال الاقتباس أو التوثيق يجب أن يتم التوثيق كما يلي:
[اسم المؤلف أو المؤلفين كاملاً]، [العنوان]، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونيّة [رقم السلسلة]، وحدة القانون الدستوريّ، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، [سنة النشر].

لا تعبر الآراء الواردة في هذا المنشور تحت أي حال من الأحوال عن الموقف الرسمي لجامعة بيرزيت.

© 2017, Birzeit University
Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration

This text may be downloaded for personal research purposes. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copies or electronically, requires the consent of the Constitutional Law Unit, at Birzeit University. Requests should be addressed to : chairofcil@birzeit.edu

If cited or quoted, reference should be made as follows:
[Full name of the author(s)], [Title], Birzeit's Working Papers in Legal Studies [Series Number], Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration: Birzeit University [year of publication].

The views expressed in this publication cannot in any circumstances be regarded as the official position of Birzeit University.

بدعم من:

Supported by:

BIRZEIT UNIVERSITY
H.H. Shaikh Hamad Bin Khalifa Al-Thani Chair in Constitutional and International Law

ملكة عبد اللطيف*

ملامح حق المرأة المسلمة في اختيار زوجها في المنظومة الفلسطينية**

مقدمة

ساهمت ظاهرة تضخم الحقوق في بلورة النظرية الترميمية، وهي النظرية التي تنظر إلى الحقوق من وجهة نظر حديثة تعكس موجبات التضخم. ولعل أبرز ما يمكن قوله في خضم الحديث عن تضخم الحقوق هو كيفية استنتاج أن حقاً من الحقوق هو حق أساسي فعلاً. فالحق في اختيار الفرد للزوج/ الزوجة بحرية وبإرادة يبدو على أنه حقاً للوهلة الأولى، باعتبار أن حرمان أي فرد من اختيار زوجه/ زوجته يمس فعلاً باستقلاليته كفرد، وبحريته، كرامته ومساواته مع الآخرين.

انطلاقاً من ذلك، ستسلط هذه الورقة الضوء على حق المرأة في اختيار الزوج، وخاصة في ظل غياب نص صريح في القانون الأساسي ينص على حرية الفرد في اختيار الزوج/ الزوجة، إلا أن استنباط ذلك لن يكون صعباً في ظل تأكيد القانون الأساسي الفلسطيني والمواثيق الدولية على المساواة وعدم التمييز على أساس الجنس.

---

* باحثة مستقلة، حاصلة على الماجستير في القانون العام من جامعة بيرزيت.

** هذه الدراسة في أصلها ورقة بحثية مقدمة ضمن مساق "الحريات العامة والحقوق الأساسية"، في برنامج ماجستير القانون بجامعة بيرزيت، خلال الفصل الدراسي الثاني 2017/2016. وقد جرى تطويرها لغايات النشر بناءً على ملاحظات أستاذ المساق د. عاصم خليل.

يُعد القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 الوثيقة الأسمى في دولة فلسطين، بحيث كفل حقوق وحريات الأفراد في الباب الثاني منه، وافتتح ذلك بالتأكيد على مبدأ المساواة، وضرورة عدم التمييز على أساس الجنس. هذا بالإضافة إلى اتفاقيات حقوق الإنسان وخاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) التي انضمت لها فلسطين عام 2014 بدون إبداء أي تحفظ. وعلى الرغم من ذلك، هناك العديد من القوانين المحلية التي تنتهك مبدأ المساواة وتجسد التمييز بأقسى صوره. ومن هنا يثار التساؤل حول مدى إمكانية اعتبار الحق في اختيار الزوج حقاً أساسياً، وخاصة في ظل غياب نص صريح يدعم ذلك، وبالمقابل، وجود نصوص صريحة تسلب المرأة حقها في اختيار الزوج؟

ينتهك قانون الأحوال الشخصية لعام 1976 حق المرأة في اختيار زوجها. ورغم تأكيد القانون الأساسي على مبدأ المساواة، إلا أن ذلك لم يؤثر في استمرارية تطبيق هذا القانون. بالإضافة إلى ذلك، لم تقم فلسطين بمواءمة تشريعاتها الداخلية مع متطلبات انضمامها لمعاهدات حقوق الإنسان، والتي يشكل مبدأ المساواة وعدم التمييز أساساً لها، بل تستمر في تطبيق القوانين التي تمتهن المرأة وتسلبها أبسط حقوقها.

لذلك، لما كان حرمان المرأة من حقها في اختيار زوجها يمس بشكل واضح باستقلاليتها كفرد في المجتمع، ويؤثر على كرامتها وحريتها ومساواتها مع الآخرين، كان استنتاج ذلك من نصوص عامة هو السبيل الوحيد لتقدير اعتبار هذا حقاً أساسياً من عدمه. ولذلك، فإن المنهج المتبع الذي سيساعد في إثبات الفرضية المطروحة هو المنهج التحليلي، الذي يستند إلى مبدأ المساواة وعدم التمييز كركيزة أساسية تستمد منها الحقوق وجودها، بحيث سيتعامل مع النصوص القانونية ذات العلاقة بالحق في اختيار الزوج، دولية كانت أو وطنية، وبالإضافة إلى ذلك، ستحلل هذه النصوص في ظل النظرية الترميمية.

لتحقيق الهدف المرجو من الدراسة، تفرد أربعة محاور: يتناول المحور الأول الحديث عن الحق في اختيار الزوج في ظل مبدأ المساواة والكرامة الإنسانية، بحيث سيربط هذا المحور الحق في اختيار الزوج بالمساواة وعدم التمييز، وصولاً للمحور الثاني الذي يتضمن التبريرات القانونية التي تدعم هذا الحق، مع التعرض للنصوص التي تمتهنه. أما المحور الثالث، فيخوض في معالم الحق في اختيار الزوج في النظام الداخلي، مع تحديد التزامات الدولة والأفراد لتحقيق هذا الحق. وعليه، فإن المحور الرابع يخضع الحق في اختيار الزوج لمبدأ التوازن بين

الحق والمصلحة العامة، وهذه هي فرضيات النظرية الترميمية التي ستكون متبعة في هذه الدراسة.[1]

I. حق المرأة في اختيار زوجها ضروري لتعزيز استقلاليتها

يعزز حق المرأة في اختيار زوجها من استقلاليتها كفرد في المجتمع: لها كرامتها الإنسانية، مساوية للآخرين، وحرة. ويتجلى ذلك في كون فهم الأفراد أن الزواج لم يعد مقتصراً على كونه وسيلة للإنجاب؛ إذ يأخذ منحىً أغنى وأعمق، فيعتبر شكلاً من أشكال التعاون المشترك بين الزوجين في المجالات كافة، وعن طريقه يتم إغناء وتطوير شخصية الزوجين، ومن هنا لم يعد الزواج يتم بصورة تقليدية تامة تمتاز بتدخل الأهل في اختيار الشريك، إذ ساهمت التطورات الاجتماعية والاقتصادية في توسيع دائرة اختيار القرين والمحصورة بالأقارب، لتشمل وتطال اختيار شريك ينتمي لدين أو طائفة مختلفة.[2]

ويمكن القول إن هذا الفهم المتطور لمؤسسة الزواج ساعد في بلورة فكرة أن يختار الفرد شريكه. لذلك، فإن حرية الاختيار تعد نتيجة للتطور الثقافي وانخراط الأفراد وخاصة النساء في التعليم والعمل، بحيث ولّد ذلك شعوراً بالاستقلالية التي تمكّن المرأة من اختيار الشريك.[3] يعد اختيار الشريك حجرَ الأساس الذي ستقوم عليه الحياة الزوجية بدون أية معيقات لاستمرارها وتقدمها، لاحتوائه على رابطة روحية تعني وجود درجة من التواصل الفكري، الوجداني، العاطفي، والجنسي بما يحقق لكل منهما القدرة على اتخاذ قرار الارتباط بشخص معين بذاته.[4]

انطلاقاً من ذلك، فإن هذه الدراسة ستعنى بحق المرأة المسلمة في اختيار زوجها. فاستناداً إلى أن اختيار الزوج مرتبط باستقلالية المرأة بعناصرها الثلاث، فإن هذا يعني: **حرية الاختيار** تعني الإرادة الكاملة والسليمة في اختيار شريك معيّن بالذات. وفي الوقت الذي كان اختيار الشريك يتم عن طريق الأهل والأقارب، أصبح الأفراد لهم من الاستقلالية ما يمكنهم من اختيار الشريك.

أما فيما يتعلق **بالكرامة الإنسانية**، فيمكن القول إن حرية اختيار الزوج تعزز الكرامة الإنسانية، إذ تبنى

---

[1] Kai Moller, *The global model of constitutional rights* (New York: New York University, 2013),4-13.

[2] ماهر فرحان، *تحليل سوسيولوجي لنظام الاختيار الزواجي في المجتمع العربي* (عمان: دار آمنة للنشر والتوزيع، 2013)، 28.

[3] المرجع السابق، 29.

[4] الحسين بن حسن السيد، *معايير اختيار شريك الحياة وأثرها في تحقيق التوافق الزواجي* (جدة: جمعية المودة للتنمية الاسرية، 2015)، 22.

هذه الحرية على أسس توافقية بين الطرفين تجعلهما على قناعة كاملة باختيار كل منهما للآخر، وهذا مدخل لتعزيز الكرامة الإنسانية للمرأة بإعطائها حقها في اختيار زوجها.

وفي الوقت ذاته، فإن **المساواة** هي مدخل آخر يعزز من استقلالية المرأة، والمساس به هو مساس باستقلاليتها، ويتجلى ذلك في حق المرأة المسلمة من الزواج بغير المسلم في ظل منح الرجل المسلم الحق في الزواج بإمرأة "كتابية"، أي التقييد المفروض على المرأة المسلمة هو تمييزي بالنظر إلى الحق الممنوح للرجل المسلم، وهذا يعد انتهاكاً لمبدأ المساواة وبالتالي مساساً بالاستقلالية.

كفلت الشريعة الإسلامية (أحد مصادر التشريع في فلسطين)، حق المرأة في اختيار زوجها، وأكدت على حقها في إبداء رأيها، وألا يتم مصادرة حريتها الفكرية، وألا يختار الولي شخصاً معيّناً لأي سبب، ولا أن يجبرها على غير من ترضاه.[5] إلا أنه من الأهمية بمكان القول إن مصادرة حقها في اختيار زوجها تكمن في منع المرأة المسلمة في الزواج من غير المسلم، وترتب على ذلك البطلان. أي أنه لا خلاف في أن الشريعة الإسلامية آمنت بحق المرأة في اختيار زوجها، ولكن سلبته منها في حالة رغبت المرأة في الزواج من غير المسلم، بحيث قيدته بشكل تمييزي أضعاف التقييد المفروض على الرجل. وهذا ما سيتم الخوض في تفاصيله من خلال عدة محاور تساعد في التوصل إلى أن حق اختيار الزوج هو حق أساسي أم لا في المنظومة الفلسطينية.

II. مبررات اعتبار حق المرأة في اختيار زوجها حقاً أساسياً

يسبق الحكم على حق بأنه حق أساسي اعتباره حقاً للوهلة الأولى (prima facie rights). وبعد أن تم استعراض كيفية ارتباط حق المرأة في اختيار زوجها باستقلاليتها، وأن التعرض له يمس وينتقص من هذه الاستقلالية، فإن أولى خطوات البحث في هذا الحق تتمثل في التعرض للتبريرات التي تدّعمه.

- دوليا، حظيت المرأة باهتمام عالمي تبلور من خلال المعاهدات والاتفاقيات التي تؤكد على كرامتها وحقوقها المتساوية، وضرورة عدم التمييز على أساس الجنس.
- قدمت فلسطين تصديقات للانضمام لجملة من معاهدات حقوق الإنسان عام 2014. وكان

[5] مريم أبو بكر باوزير، "أهلية المرأة وأثرها في الحقوق والواجبات"، *حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية*، مجلد 7، عدد 24 (2011)، 612- 613، انظر أيضا: أحمد ربيع أحمد يوسف، "حق المرأة في اختيار الزوج"، في: *مكانة المرأة وحقوقها في الإسلام*، سلسلة مركز دراسات الاسرة (2) (القاهرة: رابطة الجامعات الإسلامية، 2006)، 160-164.

هذا استناداً لقرار الجمعية العامة بمنح فلسطين مركز دولة مراقب في الأمم المتحدة عام 2012.[6]

- لم تبدِ فلسطين أياً من التحفظات على اتفاقيات حقوق الإنسان. وهذا يثير العديد من الإشكالات أهمها ضرورة تحديد مكانة المعاهدات الدولية في النظام الداخلي، وتبيان مدى التزام فلسطين بالمعاهدات الدولية وخاصة في ظل عدم إبداء أي من التحفظات التي تناقض بشكل صريح ما ورد في العديد من القوانين الوطنية.
- أكد ميثاق الأمم المتحدة (1945) في ديباجته على الكرامة الإنسانية، وعلى الحقوق الأساسية المتساوية للرجال والنساء، وورد في العديد من نصوصه ضرورة أن يشيع احترام حقوق الإنسان بدون أي تمييز على أساس الجنس، وألا يكون هناك أي تفريق بين الرجال والنساء.[7]
- رسخ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (1948) مبدأ المساواة وعدم التمييز، كما أكد أيضا على الكرامة المتأصلة لجميع البشر، وأن جميع الناس متساوون في الكرامة والحقوق، لا تمييز بينهم على أساس الجنس (وغيره). تبعا لذلك، نصت المادة (16) منه بشكل صريح على حق الرجل والمرأة بالزواج وتأسيس أسرة دون أي قيد (الجنس، الدين)، وضرورة أن ينعقد الزواج برضى الطرفين.[8]
- أكدت الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري (1965) على مبادئ الكرامة والمساواة وعدم التمييز على أساس الجنس، ونصت المادة (4/5) منه صراحة على حق اختيار الزوج.[9]
- اعتبر العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (1966) الكرامة الإنسانية أصيلة في الشخص، وأن حقوق الإنسان أصلا تنبثق من كرامته، كما أكد على مبدأ المساواة وعدم التمييز على أساس الجنس. أما المادة (23) منه، فنصت صراحة على حق المرأة والرجل في الزواج، أن يكون الرضا بينهما هو أساس انعقاد العقد.[10]
- جاءت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (1979) وأكدت على الكرامة الإنسانية، وكان مبدأ المساواة هو جوهرها، إذ نصت في أحكامها على مبدأ عدم التمييز وضرورة إنصاف المرأة والقضاء على أي إجراء يفوّق الرجل. أما المادة (16)، فجاءت لترسخ

[6] قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 29 نوفمبر 2012، الدورة السابعة والستون.

[7] انظر المواد (1، 8، 13، 55) من الميثاق.

[8] انظر المواد (1، 2، 7، 16) من الإعلان.

[9] انظر المواد (1-5) من الاتفاقية.

[10] انظر المواد (23، 26) من العهد.

حق المرأة في اختيار الزوج، وضرورة عقد الزواج برضاها الحر الكامل.

هذا وطبقت فلسطين، كواحدة من الدول الإسلامية، مبادئ الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية. وفيما يتعلق بهذا الحق، نجد أن الدول الإسلامية نهجت نهج بعضها في ذلك؛ فعلى سبيل المثال نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي (1984) على أنه لا ينعقد زواج المسلمة بغير المسلم (مادة 18). وفي ماليزيا، ينص قانون العائلة الإسلامي (1984) على عدم جواز زواج المرأة المسلمة من غير المسلم (مادة 10). واعتبرت مدونة الأسرة في المغرب أنه من موانع الزواج: زواج المرأة المسلمة من غير المسلم (مادة39).

وفي إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام لعام 1990، نجد أنه رغم نصه على المساواة والكرامة الإنسانية (مادة 1) إلا أنه في تنظيمه للحق في الزواج، نص على أن الزواج وتكوين أسرة مكفول، وفي الوقت ذاته قيد هذا الحق بالنص على أنه لا يجوز أن تعيق هذا الحق قيود منشأها العرق، اللون، والجنسية (مادة 5). أي أن إعلان القاهرة استثنى القيد المتعلق بالدين وأجازه، ويأتي هذا متوافقاً مع المادة 25 التي تؤكد على أن الشريعة الإسلامية هي المرجع الوحيد في تفسير وتوضيح أية مادة.

أما في فلسطين، فإن مبررات حق المرأة في اختيار زوجها تتمثل في التشريعات الآتية:

- يمثل الدستور أو القائم مقامه، كالقانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003)، التشريع الأسمى في الدولة، إذ يتضمن المبادئ الدستورية، وينظم الحقوق والحريات، ويهتم بما يتعلق بالدولة ونظامها. وقد خلا القانون الأساسي الفلسطيني من أي مضمون للتمييز ضد المرأة، إذ كان مبدأ المساواة هو من المقومات الرئيسة فيه، ونصت المادة (9) منه على أنه: "الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة".
- سبق ذلك ما تضمنته وثيقة إعلان الاستقلال (15 تشرين ثاني 1988) من تأكيد على مبدأ المساواة وعدم التمييز على أساس الجنس، واعتبرت ذلك من مقومات الشعب الفلسطيني.[11]

[11] "إن دولة فلسطين هي للفلسطينيين أينما كانوا فيها يطورون هويتهم الوطنية والثقافية، ويتمتعون بالمساواة الكاملة في الحقوق، تصان فيها معتقداتهم الدينية والسياسية وكرامتهم الإنسانية، في ظل نظام ديمقراطي برلماني يقوم على أساس حرية الرأي وحرية تكوين الأحزاب ورعاية الأغلبية حقوق الأقلية واحترام الأقلية قرارات الأغلبية، وعلى العدل الاجتماعي والمساواة وعدم التمييز في الحقوق العامة على

- أضف إلى ذلك أن المرسوم الرئاسي بشأن المصادقة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الذي صدر عام 2009، والذي نص على المصادقة على اتفاقية سيداو، يعد مبرراً آخرَ لحق المرأة في اختيار زوجها.[12]
- خلا القانون الأساسي الفلسطيني من أية إشارة لحق الفرد في اختيار زوجه/ زوجته؛ لذلك فإن استنباط ذلك سيكون من خلال: مبدأ المساواة المجسد في القانون الأساسي، بحيث إنه سيتم التعرض لحق المرأة المسلوب في اختيار زوجها في الشريعة الإسلامية، وبالأخص حالة كون المرأة المسلمة أرادت الزواج من رجل غير مسلم، فهذا الانتهاك يمس مبدأ المساواة لأن الرجل المسلم يستطيع الزواج بامرأة غير مسلمة. أما الكرامة الإنسانية المتأصلة في البشر، فهي مدخل مهم للنظر في حق ما أنه حقاً أساسياً باعتبار أن كرامة الفرد تتحقق من خلال اختيار زوجه، فمن تبعات الكرامة الإنسانية أن يحترم قرار المرأة في اختيار زوجها.
- استمدت نصوص قانون الأحوال الشخصية من الشريعة الإسلامية، وضمن القانون الأساسي ذلك في نص المادة (4\2): "مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع".
- يجسد التمييز في تطبيق قانون الأحوال الشخصية الأردني (1976) الساري في الضفة الغربية في عدة أحكام،[13] بحيث يمارس تمييزاً ضد المرأة بشكل واضح، وما يعنينا من هذه النصوص هي المادة (33) التي تنص على أنه: "يكون الزواج باطلاً في الحالات التالية: 1-تزوج المسلمة بغير المسلم[...]"، وتنص المادة (41) على أن "الزواج الباطل سواء وقع به دخول أو لم يقع به دخول لا يفيد حكماً أصلاً وبناءً على ذلك لا تثبت به بين أحكام الزواج الصحيح كالنفقة والنسب والعدة وحرمة المصاهرة والإرث". وتنص المادة (43) على أن "بقاء الزوجين على الزواج الباطل أو الفاسد ممنوع فإذا لم يفترقا يفرق القاضي بينهما عند ثبوت ذلك بالمحاكمة باسم الحق العام الشرعي...". في المقابل، وفي نص المادة

أساس العرق أو الدين أو اللون أو بين المرأة والرجل، في ظل دستور يؤمن سيادة القانون والقضاء المستقل وعلى أساس الوفاء الكامل لتراث فلسطين الروحي والحضاري في التسامح والتعايش السمح بين الأديان عبر القرون". مركز المعلومات الوطني الفلسطيني على الرابط التالي: http://www.wafainfo.ps/atemplate.aspx?id=3741

[12] مرسوم رقم (19) لسنة 2009، الوقائع الفلسطينية عدد (80)، بتاريخ 27\4\2009، ص20.

[13] قانون رقم (61) لسنة 1976، الجريدة الرسمية الأردنية، عدد (2668)، بتاريخ 1\12\1976، ص551.

(33)، لا يعد زواج الرجل من امرأة كتابية باطلاً، فالرجل يستطيع الزواج من امرأة مسيحية أو يهودية، عكس المرأة، التي لا تتزوج إلا رجلاً مسلماً.

- يتعارض قانون الأحوال الشخصية مع مبدأي المساواة والكرامة الإنسانية. يعارض هذا القانون الاتفاقيات الدولية التي انضمت لها فلسطين والمبينة سابقاً. هذا وعلى الرغم من نص القانون الأساسي على إلغاء كل ما يتعارض وأحكامه، إلا أنه لم يتم إجراء أي تعديل أو إلغاء على هذا القانون.[14] وعلى صعيد الاتفاقيات الدولية، رغم أن انضمام فلسطين إلى أهم اتفاقيات حقوق الإنسان هو خطوة حسنة، إلا أن ذلك لا يكفي إذا لم يترجم عملياً وواقعياً لما ورد في هذه الاتفاقيات.

III. التزامات الدولة والأفراد تجاه حق المرأة في اختيار زوجها

تتمثل التزامات الدولة بما يقع على عاتقها من احترام وحماية الحقوق الأساسية. وتتعدى هذه الفرضية لتصل إلى إلزام الأفراد باحترام حقوق الإنسان. وفيما يتعلق بالحق في اختيار الزوج، نجد أنه ضمن كما ذكرنا سابقاً في المعاهدات الدولية التي أشارت في نصوصها إلى ضرورة قيام الدول المصادقة بالإجراءات التي تكفل الحقوق الورادة في المعاهدة، مع احتمالية وجود نسبة ضئيلة من الالتزامات الأفقية على الأفراد.

أصبحت فلسطين دولة بصفة مراقب في الأمم المتحدة، ويمكن القول إن فلسطين يقع عليها عاتق بأن توائم تشريعاتها الداخلية بما يتناسب مع ميثاق الأمم المتحدة، والذي نص بدوره على الحقوق المتساوية بين الرجال والنساء، وضرورة عدم التمييز على أساس الجنس. لذلك، فإن الالتزامات الآتية ملزمة لفلسطين باعتبار أنها طرف متعاقد في الاتفاقيات الدولية:

تتضمن الاتفاقيات الدولية التعرض لالتزامات الدول الأطراف، وهذه الالتزامات إيجابية متمثلة فيما تقوم به الدولة من تدابير لإعمال الحقوق، والتزاماتها في احترام هذه الحقوق وكفالتها. فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان مثلاً نص على عدم جواز تأويله بشكل يسمح لدولة أو جماعة أو فرد أي إجراء يمس ويتعرض لهذه الحقوق (مادة 30).

وفيما يتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، ورد فيه الكثير من النصوص التي تتضمن التزامات الدولة. فمثلاً، نجد أنه تضمّن

[14] تنص المادة (119) من القانون الأساسي على أنه: "يلغى كل ما يتعارض مع أحكام هذا القانون الأساسي المعدل".

النص صراحة على تعهد الدول الأطراف باحترام الحقوق الواردة وكفالتها لجميع الأفراد دون تمييز على أي أساس، وأن تقوم كل دولة طرف في حال كانت تشريعاتها الداخلية لا تكفل إعمال هذه الحقوق، باتخاذ كل ما هو ضروري لإعمال هذه الحقوق، وأن تكفل الدولة السبل الفعالة للتظلم (مادة 2). ورد النص على ضرورة أن تكفل الدولة تساوي الرجال والنساء في التمتع بالحقوق المنصوص عليها (مادة 3). ونص العهد صراحة على أن القوانين يجب أن تحظر أي تمييز لأي سبب كان (مادة 25). وفيما يتعلق بالحق في اختيار الزواج، نجد أن العهد الدولي تضمن النص على ضرورة اتخاذ الدول الأطراف التدابير المناسبة لكي تكفل حقوق الطرفين (مادة 23).

وفي السياق ذاته، نجد أن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري نصت على وجوب أن تتخذ الدول الأطراف تدابير مناسبة لإنهاء أي تمييز قائم (مادة 2). ونصت الاتفاقية أيضاً على أن تتعهد كل دولة بتقديم تقرير عن التدابير التي اتخذتها (التشريعية أو القضائية أو أية تدابير أخرى) بحيث تمثل إعمالاً لهذه الاتفاقية (مادة 9).

وصولاً لاتفاقية سيداو، يمكن القول إنها كانت ثمرة جهود المجتمع الدولي من أجل النهوض بالمرأة وتحسين أوضاعها، وتضمنت نصاً ليس فقط بحقوق المرأة وتأكيد مبدأ عدم التمييز، إنما وضحت أيضاً التزامات الدول الأطراف والمسؤوليات التي ترتبط بالحقوق في الاتفاقية، ووضعت آليات لمراقبة مدى اتساق ما تقوم به الدول مع التزاماتها بموجب الاتفاقية، وتضمنت بروتوكولاً اختيارياً يتيح إمكانية التقدم بشكاوى فردية في حال انتهاك أي من الحقوق الواردة.[15]

وعليه، فإن الدولة في حال اختيارها التصديق على معاهدة ما، فإنها تضع على عاتقها أن تقوم بتطبيق بنودها. فمثلا، يجب عليها انطلاقا من ذلك أن تجعل من مبدأ المساواة والكرامة أساسا لكافة التشريعات الوطنية، وأن تراجع هذه التشريعات لتلغي كل ما يعارض هذه المبادئ، وعلى الدولة أيضاً أن تعمل جهدها لإنهاء الممارسات والعادات التي تمارس تمييزاً ضد المرأة. وفي هذا السياق، يمكن الاستنتاج أنه وفقاً لاتفاقية سيداو، فإنها تضمنت التزامات تقوم بها الدولة بين الأفراد، بحيث أوجبت المادة (5) أن "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتحقيق ما يلي: (أ) تغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، بهدف تحقيق القضاء على التحيّزات والعادات العرفية وكل

[15] راجع اتفاقية سيداو. انظر أيضا: خديجة نصر، *تبعات مصادقة دولة فلسطين على اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة 1979* (رام الله: الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، 2013)، 14-15.

الممارسات الأخرى القائمة على الاعتقاد بكون أي من الجنسين أدنى أو أعلى من الآخر، أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة". إن نص الاتفاقية على هذه الالتزام الملقى على عاتق الدولة هو تأكيد لجوهرية المساواة وعدم التمييز على أساس الجنس، إذ لم تكتف المعاهدة بأن تلزم الدولة باتخاذ تدابير تشريعية أو غير تشريعية لإلغاء التمييز، بل حرصت على أن تمتد الالتزامات لتشمل الأسر والعادات العرفية التي تفوق (تبرز) الرجل على المرأة.

انطلاقاً من ذلك، فإن حق المرأة في اختيار زوجها منتهك في منظومة التشريع الفلسطينية، فكما ذكر سابقاً، يتم المساس بهذا الحق من خلال تطبيق قانون الأحوال الشخصية، مع ضرورة الإشارة إلى أنه لم يتم إجراء أي تعديل أو تغيير عليه.[16] ووفقا لهذا القانون، فإن حرمان المرأة من حقها في اختيار زوجها يلحقه أيضاً بطلان تام في حال تزوجت المرأة المسلمة من رجل غير مسلم. فالمشرع لم يكتف بسلب الحق في اختيار الزوج، بل وألحق البطلان بالزواج في حال تمامه. وتجدر الإشارة إلى أن المحاكم الشرعية لا تلتفت للقانون الأساسي في تطبيقها لقضايا الأحوال الشخصية، فهي تطبق قانون الأحوال الشخصية بحذافيره ودون أي اعتبار لأي حق قد يبدو أساسياً.[17]

وعليه، تأثرت نظرة المجتمع الفلسطيني إلى المرأة بنظرة الشريعة الإسلامية، وبالعادات والتقاليد التي تؤكد تبعية المرأة للرجل، وتفوقه دائماً، هذا برغم أن الأصل المتفق عليه في القانون الأساسي هو مبادئ الكرامة والمساواة، إلا أن القوانين السارية تبين العكس تماماً، وهذا يؤكد ضرورة متابعة التشريعات للتأكد من أنها لا تعارض أو تخالف القانون الأساسي.[18]

إن ما ذكر سابقاً يتطلب ضرورة تحديد مكانة المعاهدات في النظام القانوني الفلسطيني، إذ يبدو جليّا أن فلسطين لا تطبق ما جاء في المعاهدات الدولية، وهذا واضح من خلال عدم قيام المشرع بأي تعديل يلائم اتفاقيات حقوق الإنسان، ما يجعل

[16] بالحديث عن قانون الأحوال الشخصية خاصة، وباعتبار أنه مستقى من الشريعة الإسلامية، نجد أنه كأغلبية الدول العربية التي تعتمد الفصل التام بين مسائل الأحوال الشخصية سواء من جهة القانون أو القضاء، فيترك تنظيم مسائل الأحوال الشخصية لإبداء الديانة أنفسهم باعتبار أن مسائل الأحوال الشخصية ترتبط بالدين، أما فيما تعلق بالقضاء، فينظر في النزاعات التي تنشأ عن تطبيق قانون الأحوال الشخصية القضاء الشرعي. انظر: سامر الفارس وفراس ملحم، "أسس التشريع في فلسطين"، بحث غير منشور، معهد الحقوق بجامعة بيرزيت، 38-39.

[17] قرار المحكمة العليا الشرعية رقم (84) لسنة 2010.

[18] الفارس وملحم، "أسس التشريع في فلسطين"، 32-34.

فلسطين مخلة في التزاماتها الدولية، إذ كيف تصادق على اتفاقيات تعجز عن الوفاء بها.

لم تتضمن المنظومة الفلسطينية أي نص ينظم العلاقة بين القانون الداخلي والقانون الدولي، إذ خلا القانون الأساسي الفلسطيني من أية إشارة وأي تحديد للعلاقة بينهما أو للسلطة المختصة بإبرام المعاهدات، ولم يتضمن كذلك آليات إنفاذ المعاهدات الدولية أو قيمتها القانونية. لذلك، أدى غياب التنظيم التشريعي لمسألة العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي لوجود اضطراب فعلي لتحديد مكانة هذه المعاهدات وتبيان طرق الإنفاذ الداخلي.[19]

تتباين الأسس التي يمكن اعتمادها لتبيان قيمة المعاهدات، ففي الوقت الذي لم ينظم القانون الأساسي هذه المسألة، نجد أن المسودّة الثالثة للدستور نظمتها بشكل صريح.[20] لذلك، وفي ظل هذا التخبط في معرفة الأساس القانوني لهذه المعاهدات، فإن هناك من يطرح فكرة اعتبار أن النظام الفلسطيني نظام أحادي لخلوه ما يفيد عكس ذلك، باعتبار أن القانون الأساسي يحث على الانضمام للمعاهدات دون إبطاء.[21] وبالتالي يمكن الاستنتاج أن المعاهدات تُنفذ تلقائياً دون الحاجة لإقرارها بقانون، مع التأكيد على ضرورة نشرها

[19] لا تقتصر الإشكالية عند هذا الحد، بل تمتد لأبعد من ذلك، فهناك من يطرح فكرة أن صلاحية إبرام المعاهدات الدولية هي لمنظمة التحرير الفلسطينية وليس للسلطة الوطنية، باعتبار أن المنظمة هي صاحبة الشخصية القانونية. الأمر الآخر الذي يثار في هذا الصدد هو اتفاقية أوسلو، التي لم تخول السلطة الوطنية صلاحية التوقيع على الاتفاقيات الدولية، بل إنها تمنعها من ذلك أصلاً؛ إذ تنص المادة (9) من الاتفاقية الإسرائيلية الفلسطينية بشأن الضفة والقطاع لعام 1995: "أ- بناء على إعلان المبادئ، لن يكون للمجلس صلاحيات ومسؤوليات في مجال العلاقات الدولية والتي تشمل تأسيس سفارات أو قنصليات أو أية ممثليات في الخارج أو السماح بتأسيسها في الضفة الغربية أو غزة، أو تعيين أو قبول موظفين دبلوماسيين، أو ممارسة مهام دبلوماسية. ب-على الرغم من أحكام هذا البند، فبإمكان منظمة التحرير الفلسطينية أن تجري في مفاوضات توقيع اتفاقيات مع دول أو منظمات دولية لمصلحة المجلس في الأمور التالية فقط:- اتفاقيات اقتصادية كما هو منصوص عليه بوضوح في الملحق الخامس من هذه الاتفاقية. اتفاقيات مع دول مانحة من أجل تنفيذ ترتيبات لتقديم المساعدات للمجلس، اتفاقيات من أجل تنفيذ خطط التنمية الإقليمية كما هي موضحة في الملحق الرابع من إعلان المبادئ أو في اتفاقيات. انظر: ريم بطمة، *المعاهدات الدولية والقانون الوطني: دراسة مقارنة للعلاقة ما بين المعاهدات الدولية والقانون الوطني وآليات توطينها* (المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، 2014)، 46-47.

[20] المادة (79) من المسودة الثالثة للدستور 2003: "يقر مجلس الوزراء الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي يبرمها أعضاء الحكومة بموجب الصلاحيات المفوضين بها، ويلزم لسريانها تصديق رئيس الدولة عليها ونشرها في الجريدة الرسمية. أما الاتفاقيات والمعاهدات التي تُحمل خزانة الدولة نفقات غير واردة في الموازنة أو تُحمّل المواطنين أو الدولة التزامات خلافاً للقوانين السارية فتستوجب أيضاً موافقة أغلبية مجموع أعضاء المجلس النيابي لإنفاذها. ويناقش المجلس النيابي المعاهدات التي يترتب عليها مساس باستقلال الدولة أو سلامة أراضيها، توطئة لقيام الحكومة بطرحها على الاستفتاء الشعبي العام، ويلزم لنفاذها موافقة أغلبية المشاركين في هذا الاستفتاء".

[21] تنص المادة 10 من القانون الأساسي الفلسطيني على أن: "1- حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام. 2- تعمل السلطة الوطنية الفلسطينية دون إبطاء على الانضمام إلى الإعلانات والمواثيق الإقليمية والدولية التي تحمي حقوق الإنسان".

باعتبار أن النشر لا غنى عنه نظراً لأنه يضع المعاهدات بين متناول السلطات والأفراد.[22]

حري أن نذكر في هذا الصدد مسوّدة الدستور الفلسطيني لعام 2015،[23] التي نصت بشكل صريح على ضرورة التزام الدولة بالمواثيق الدولية مع مواءمة القوانين والتشريعات بما لا يتعارض مع الدستور (مادة 40). ونصت المسودة على أمور واضحة متعلقة بالمعاهدات، فبينت أن الرئيس هو الذي يصادق عليها (مادة 191)، وبينت كذلك أن من اختصاص المحكمة الدستورية النظر في دستورية عقد المعاهدات، وتقرير بطلان أي قانون في حال تعارضه مع الدستور أو مع المعاهدة (مادة 261).

لذلك، فإن النظام القانوني في فلسطين غير واضح فيما يخص آليات إنفاذ المعاهدات الدولية في النظام الداخلي، وحتى تستطيع الدولة الوفاء بالتزاماتها الدولية، وجب عليها أن تكون قادرة على التعامل مع هذه الالتزامات وألا تثار أية إشكاليات في تطبيقها، ويبرز في هذا دور القضاء في رسم خطوط واضحة للعلاقة بين القانون الداخلي والقانون الدولي.[24]

إن مسألة انتهاك الحقوق الأساسية والتعرض لمبدأي الكرامة والمساواة إشكالية جوهرية ليست فقط في العلاقة العمودية بين الدولة والأفراد، إنما أيضاً على مستوى العلاقة الأفقية بين الأفراد تجاه الأفراد، إذ يتوجب على الأشخاص في علاقاتهم الخاصة احترام الآخرين كرامتهم، وعدم إضرارهم عند التصرف بأملاكهم، وهذا الإلزام القانوني هو من انعكاس لفكرة الحق الأساسي الذي ينظم مستويين من العلاقة، فهو يضع التزاماً على الدولة باحترام حقوق الأفراد وتكريس ذلك في الدستور والقوانين، وبالإضافة إلى ذلك، فإن ضمانات الكرامة الإنسانية مفروضة على الأفراد في علاقاتهم الأفقية، فيمنع عليهم –عند إشباع حاجاتهم الخاصة– الاعتداء على الآخرين.[25]

خلا القانون الأساسي الفلسطيني من أي نص على الالتزام الأفقي، وهذا يوصل لاستنتاج أن قانون الأحوال الشخصية بدوره لم يتضمن أي نص أو إشارة إلزام يقع على الأفراد تجاه علاقاتهم الأفقية، ولعل هذا –ما يتعلق بحق المرأة في اختيار زوجها– لم يتبلور ليصبح حقاً أساسياً له أثر فعال يمتد للعلاقات الأفقية. ليس هذا فحسب، فإن العلاقة

[22] بطمة، *المعاهدات الدولية*، 49–50.

[23] مسودة دستور دولة فلسطين، أيلول 2015.

[24] بطمة، *المعاهدات الدولية*، 54.

[25] عيد أحمد الحسبان، "فعالية الحقوق الأساسية في تقييد الصلاحية التقديرية للمشرع: دراسة مقارنة"، *مجلة دراسات– علوم الشريعة والقانون*، مجلد 39، عدد 2 (2012)، 456، 457.

العمودية أيضا فيها خلل كبير، إذ إن قانون الأحوال الشخصية في منع زواج المرأة المسلمة من رجل غير مسلم، وإبطاله دون أن يرتب أي أثر، يمس فعلياً بحقها في اختيار زوجها، وهذا يعني أن الالتزامات العمودية المترتبة على الدولة تجاه الأفراد معطوبة، إذ لم يقم المشرع الفلسطيني بمراعاة ضمانات المساواة والكرامة الإنسانية، وهذا أثّر فعلياً على الحق في اختيار الزوج رغم جوهريته في المواثيق الدولية.

يتبين مما سبق أهمية تحديد الحق الأساسي، فتبنيه يؤثّر فعلياً وبشكل كبير على المشرع، الذي يؤثر بدوره على سلطات الدولة الأخرى، ومن ثم على الأفراد.

IV. الموازنة بين حق المرأة المسلمة في اختيار زوجها والقيد الشرعي

أضحت مسألة فرض قيود على الحقوق والحريات أمراً مسلّماً به في دساتير الدول وفي الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان مع استثناء بعض من هذه الحقوق. وتبدو ضرورة القول إن فرض قيود على حق ما هو أمر حساس باعتبار أنه يجب أن يراعي عدة مسائل ومعايير عند إجراء التقييد، ومن هذه الاعتبارات ما هو ممثل باحترام حقوق وحريات الآخرين، أو اعتبارات متعلقة باحترام وحماية مصالح المجتمع ككل (النظام العام/ الأمن العام/ الصحة العامة/ الآداب العامة).[26]

هناك عدة إرشادات وتوجيهات يتعين على القاضي اتباعها عند فحصه مشروعية القيود الواردة على الحقوق، وهذه الإرشادات بدون شك موجهة لحماية حقوق الإنسان بناءً على موازنة عادلة بين الحق وأسباب القيد.[27]

بادئ بَدءٍ، فإن القاضي عند بحثه في حق المرأة المسلمة في الزواج من غير المسلم، عليه الإيمان بأنه حق أساسي المساس به يؤثر على مبادئ الكرامة والمساواة. فالقاضي عندما يضع هذه الاعتبارات كأساس ينطلق منها، تصبح المعايير التي يلجأ اليها لعملية الموازنة أوضح، والقاضي المقصود به هنا هو أي قاضٍ تُعرَض عليه قضية يعتريها انتهاك لأي حق، فعملية إنفاذ الحقوق الأساسية ليست حكراً على القاضي الدستوري، إنما ينعقد الاختصاص لأية محكمة تنظر في قضية فيها انتهاك لأي من الحقوق والحريات.[28]

---

[26] محمد خضر، *التنظيم الدستوري في فلسطين (دراسة تمهيدية لغايات اقتراح النصوص الناظمة للحقوق والحريات والسلطة القضائية في دستور دولة فلسطين المقبل* (رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، 2015)، 42.

[27] المرجع السابق، 54.

[28] المرجع السابق، 55.

لعملية الموازنة عدة معايير. يمثل **المعيار الأول** ضرورة أن يفسر النص لصالح الحقوق الأساسية، وأن يكون القيد قانونياً،[29] وفي حال حق المرأة في اختيار زوجها، فإن مبدأ المساواة والكرامة مبدآن أساسيان لمنظومة الحقوق، ويجب أن تكون المساواة والكرامة هي الأساس التي تنطلق منه التشريعات الفلسطينية الناظمة لحقوق الإنسان. ولذلك، فإن منع زواج المرأة المسلمة من غير المسلم هو اعتداء على حقها من جهة، وتفسير موسع للقيد على حساب الحق الأساسي. حتى لو أن قانونية القيد متوفرة في منع المرأة المسلمة من الزواج بغير المسلم، إلا أن القيد تعتريه عدم المشروعية لاعتدائه على مبادئ المساواة والكرامة الإنسانية.

أما **المعيار الثاني** في عملية الموازنة، فيتمثل في وجود غاية من التقييد، وتمثل هذه الغاية في العادة وجود مصلحة عامة بأي من عناصرها (نظام عام، آداب عامة، صحة عامة، أمن عام). وفي حال منع زواج المرأة المسلمة من رجل غير مسلم، فإن الغاية التي يهدف القيد إلى تحقيقها يمكن استنباطها من الغاية من جواز زواج الرجل المسلم بامرأة كتابية، والمتمثلة بأنها كسب للإسلام، حيث إن الزوجة تدخل الإسلام عن قناعة ويحسن إسلامها، وأن الزوج ينقل إلى زوجته عادات وأفكار مجتمعه المسلم من خلاله، وأن الزوجة بدورها تنقل ذلك لمجتمعها وبالتالي تنقل الإسلام الصحيح لغيرها.[30] ولكن يبدو أن هذا الطرح خيالي وغير صحيح، إذ بالمفهوم المعاكس فإنه يعني أن تحريم زواج المرأة المسلمة من رجل غير مسلم هو لأن المرأة المسلمة ستتأثر بزوجها غير المسلم وتأخذ أفكاره وعاداته وتترك الإسلام، أضف إلى ذلك أن المرأة الكتابية في حال زواجها من الرجل المسلم فإنه ليس مؤكداً أنها ستتأثر بدينه وأفكاره، فهذه فرضيات لا يمكن الجزم بها، والعكس صحيح فيما يتعلق بالمرأة المسلمة، فمن الممكن ألا تتأثر بعادات وأفكار زوجها غير المسلم.

تتمتع تعاليم الموازنة بمركز أساسي في النظام العالمي للحقوق الدستورية، فهي تتطلب وجود امتحان التناسبية الذي يستعمل لحل صراع بين حقين متنافسين أو بين المصلحة العامة، ويمكن القول إن عملية الموازنة هي المنهج المناسب لتحديد الحق أو المصلحة التي تأخذ الأولوية.[31]

تمثل التناسبية **المعيار الثالث** في عملية الموازنة، فهي تقوم على فكرة الأخذ بالاعتبار للموازنة بين

[29] المرجع السابق، 56.

[30] فيصل الزراد، *المرأة بين الزواج والطلاق في المجتمع العربي والإسلامي* (بيروت: دار الكتاب العربي، 2010)، 66-67.

[31] Moller, *The global model*, 99-205.

الأثر الذي ينتج عن تقييد الحق والأثر الذي ينتج عن حماية المصلحة، أي ما يمكن أن يتم جَنْيه من مصالح وأضرار.[32] تتبع المحكمة المعايير التالية للتأكد من مراعاة مبدأ التناسب:

يمثل **المعيار الأول** بالاستقلال الذاتي والمصلحة المشروعة، فهو يَعْتَبر أن تقييد الحق هو انتقاص من استقلالية الفرد، أي يمكن القول إن نبراس عملية الموازنة يعتمد على المساس باستقلالية الفرد، فهو العنصر الموجه لها.[33] وبالعودة إلى التقييد التمييزي الواقع على المرأة المسلمة بمنع زواجها من غير المسلم، فإن هناك تقييداً واعتداءً يمس باستقلاليتها، ففي كل فرد ميول فطرية تدفع للقاء واختيار الآخر، بحيث تكلل هذه الميول برابطة الزواج بينهما.[34] وفي حال المرأة المسلمة، فإن اختيارها لن يكون مقبولاً في ظل المنع المقنن في قانون الأحوال الشخصية، وبالتالي فإن وجود هذا القيد التمييزي يمس باستقلاليتها.

أما **المعيار الثاني**، فهو معيار وجود علاقة مباشرة بين القيد والمصلحة، وبالعودة إلى موضوع الدراسة، فإن الهدف وراء منع زواج المرأة المسلمة من غير المسلم وفقاً لجمهور الفقهاء (- الذين أجمعوا على تحريم هذا الزواج)- هو أنه لو أجيز نكاح المرأة المسلمة لغير المسلم لثبت عليها ولاية وسبيل، وهذا لا يجوز خوفاً من أن تخضع لسلطان الزوج ويضيع دينها وتألف دينه، أضف إلى ذلك، أن الحكمة والهدف من وراء المنع بسبب ان الأولاد عادة يتبعون دين آبائهم ولذلك فإن المحافظة على الدين الاسلامي تقتضي التفريق بين جواز نكاح المسلم لغير المسلمة مع عدم جواز العكس، فالمسلم إذا تزوج بكتابية يؤمر بالإحسان إليها، أما إذا تزوجت المسلمة من غير المسلم فلا يمكن أن تصان كرامتها من رجل لا سلطان للإسلام عليه.[35]

في الحقيقة، لا يحمل التقييد التمييزي أعلاه أي ارتباط بتحقيق الهدف، لأنه لا يحمل أي وجه منطقي، فالهدف أعلاه همش بصورة أو بأخرى الأديان الأخرى، أي الهدف المناط تحقيقه هو هدف ديني بحت دون أي اعتبار لأي مسائل أخرى، أضف إلى ذلك أن الهدف اعتباطي وغير مدروس، فمن الممكن ألا تألف المرأة دين زوجها، ومن الممكن ألا يصون المسلم زوجته، ومن الممكن أن

[32] خضر، *التنظيم الدستوري*، 60.

[33] Moller, *The global model*, 99-205.

[34] ضميرية بن جمعة، "احترام الكرامة الإنسانية والمساواة بين الرجل والمرأة في الشريعة الإسلامية"، *مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية* (مصر)،عدد خاص (2010-2011)، 808-809.

[35] بوكان أبوبكر كريم، *نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية* (القاهرة والشارقة: دار الكتب القانونية، 2012)، 156.

يصون الرجل غير المسلم زوجته المسلمة ويكرمها، فهذا ليس منوطاً فقط بالرجل المسلم. وفيما يتعلق بالأبناء، وبالقول الذي يعتمد على أن الأبناء يتبعون دين آبائهم، فإنه هذا يجانب الصواب، لأنه مثلا لو تزوج الرجل المسلم بامرأة غير مسلمة وأخذت تعلم أبناءها تعاليم دينها، فحينها تنتفي العلاقة بين القيد والمصلحة. ومن الأمور التي ينبغي ملاحظتها أيضا أن الزواج المدني هو وسيلة تحقق رغبة الفرد في الزواج ممن يشاء، وفي هذه الحالة تنتفي قطعياً علاقة التقييد بالهدف بحيث هناك طرق أخرى يتم اللجوء إليها، وهذا يقودنا تباعاً للقول إن التقييد غير مجدي. ولذلك، فإن المحكمة في بحثها للعلاقة بين القيد والمصلحة إن وجدت أن العلاقة غير متوفرة وأن هناك احتمالاً مؤداه لا يحقق المصلحة، فإنها تحكم بعدم التناسب بين القيد والمصلحة.

أما عن **المعيار الثالث**، فهو يعتمد على اختيار التقييد الأقل تقييداً للحق. ويُؤسس هذا المعيار على وجود وسيلة أقل تقييداً على الحق، وتحقق الغاية نفسها. وبالنظر إلى التقييد التمييزي المفروض على المرأة المسلمة فنجد أنه تقييد مدعم بتمييزٍ في حقها، فلو اعتمد التقييد بدون التمييز القائم على منع زواجها إلا من مسلم، لاختلفت الصورة كلياً، ولأضحى مبدأ المساواة قائماً، مع بقاء التقييد لكل من الرجل والمرأة. ولعل ما يمكن طرحه هو إن كان هناك وسيلة تحقق الغاية المرجوة بوسيلة أقل تقييداً على الحق؟

وصولاً للموازنة بين أهمية الحق الأساسي وأهمية المصلحة المراد حمايتها. **فالمعيار الرابع** يقوم على دراسة الأثر الناتج عن تقييد الحق من جهة، وأثر حماية المصلحة من جهة أخرى. وارتباطاً بموضوع البحث، فإن الأثر الناتج عن تقييد الحق فيه أضرار كبيرة، إذ إن قانون الأحوال الشخصية ألحق البطلان بعقد زواج المرأة المسلمة بغير المسلم، بل واعتبر الزواج الباطل بمنزلة الزنا، ونظراً لبطلانه من أساسه فهو لا يرتب مهراً أو نفقة أو إرثا.[36] وهذه الأضرار كبيرة جداً مقارنة بالمصلحة المرجو حمايتها، والتي يمكن اعتبارها احتمالية. أضف إلى ذلك أن ترتيب البطلان على زواج قائم يلحق أضراراً بالأبناء لاحقاً، وهذا ما يمكن ذكره باعتبار أن مثل هذا الزواج لا يسجل وهذا يعني أن الآثار التي تنتج عن الزواج غير معترف فيها.

وعليه، فإن عملية الموازنة بمعاييرها وأسسها لا تطبق في فلسطين، ولا يتم إعمالها رغم أهميتها في حماية الحقوق الأساسية من تعسف السلطات. واستناداً إلى ما سبق، فإن حق المرأة في اختيار

[36] وديع رحال، *القواعد العامة في الأحوال الشخصية* (د.م: د.ن، 1997)، 111.

زوجها هو حق أساسي مكفول في المواثيق الدولية، ولكنه مغيبٌ في فلسطين، إذ لا يلتفت لهذا الحق أي من القوانين، والتفاتها يكون فقط لتقييد هذا الحق. ويتمثل ذلك في قانون الأحوال الشخصية. ورغم انضمام فلسطين إلى المعاهدات الدولية التي تعزز حقوق الإنسان ومن ضمنها حق اختيار الزوج، إلا أن فلسطين لم تلتزم بهذه المعاهدات ولم تقم بأي إجراء من شأنه أن يعزز هذه الحقوق، أضف إلى ذلك أن المحكمة الدستورية قد تعجز عن حماية هذه الحقوق، فقد يُعمل القاضي الدستوري مبدأ التناسب بين حق المرأة المسلمة في الزواج من غير المسلم وبين الحق الشرعي وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعد مصدراً من مصادر التشريع في فلسطين، ولكنه سيصطدم بمصالح مستقاة من الشريعة الإسلامية ويرفض إنصاف الحقوق استنادا لها.

خاتمة

سعت الدراسة إلى فحص إمكانية تطبيق النظرية الترميمية في فلسطين من خلال التعرض إلى الحق في اختيار الزوج، وخاصة حق المرأة المسلمة في الزواج من غير المسلم.

انطلاقاً من ذلك، كانت استقلالية الفرد (الكرامة، الحرية، المساواة) هي الأساس الذي تنطلق منه النظرية الترميمية، فبناءً على هذه المبادئ، وبناءً على أن أي مساس بها أيضا هو انتقاص من استقلالية الفرد، يكون حقاً ما هو حق للوهلة الأولى. وهذا يؤكد على أهمية حقوق الإنسان، بحيث ترتكز هذه الحقوق على مبادئ الكرامة، المساواة، الحرية. وهذا يجعل من النظرية الترميمية نهجاً حسناً باعتبار أنها تقوم على هذه المبادئ التي تعد مداخلَ مختلفة لأي من الحقوق.

للنظرية الترميمية عدة فرضيات يمثل التضخم الحقوقي أولها، فما يمكن الاعتقاد بأنه حق أساسي قد لا يكون كذلك، وما يعتقد أنه حق غير أساسي يتبين أنه حق اساسي، ويتم ذلك من خلال المرور بمرحلة التبرير. وفيما يتعلق بحق المرأة في اختيار زوجها، فهو حق مكفول في المنظومة الدولية بغض النظر عن أي تمييز، وصولاً للمنظومة الفلسطينية، فقد تبين أنها تؤكد على مبادئ المساواة والكرامة الإنسانية، ولكنها تنتهك حق المرأة في اختيار زوجها في قانون الأحوال الشخصية.

أما فيما يتعلق بالتزامات الدولة والأفراد تجاه حق المرأة في اختيار زوجها، فرغم انضمام فلسطين إلى جملة من المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان بدون أي تحفظ، إلا أنها لم توائم تشريعاتها الداخلية مع هذه الاتفاقيات، وتستمر في تطبيق القوانين التي

تنتهك حقوق الإنسان، وهذا يعني أن الفرضية الثانية من النظرية الترميمية غير مطبقة.

وصولاً لأهم فرضية في النظرية الترميمية ألا وهي التوازن، إذ تعد عملية الموازنة النبراس الذي يحمي الحقوق الأساسية، والذي يوفر لها الضمان على ألا تنتهك بشكل اعتباطي. وفي فلسطين، لا تُطبّق المحاكم معايير الموازنة، رغم أن إعمال الحقوق الأساسية واجب كل قاضٍ تُعرَض عليه قضية فيها انتهاك، إلا أنه وللأسف تَعتَبر المحاكم التقييد هو الأساس والحق الأساسي هو الاستثناء. أي أن المحاكم تطبق النص بدون أي نقاش في حال زواج المرأة المسلمة من غير المسلم، فهي ترتب عليه البطلان بغض النظر عن أي حق للمرأة.

وعليه، ناقشت الدراسة فرضيات النظرية الترميمية للحقوق، إذ إن التبريرات التي تنفي اعتباره حقاً أساسياً نوقشت على أساس مساسها باستقلالية المرأة كفرد من أفراد المجتمع: حرة، لها كرامتها، ومتساوية مع الآخرين، وهذا يساعد في استنتاج مدى اعتبار الحق في اختيار الزوج حقاً أساسياً. وفيما يتعلق بالتزامات الدولة، نجد أن فلسطين لم تقم بأي إجراء يعكس مبدأ المساواة، بل على العكس، فإن مبدأ التمييز هو السائد. وعليه، لم يكن هناك أية التزامات أفقية أو عمودية، فالدولة نفسها لم تحترم حق المرأة في اختيار زوجها، وهذا يبدو واضحاً في نصوص القوانين التي ما زالت تطبق، والتي تعد خلفيتها عادات المجتمع، ثقافته ودينه. وصولاً لموضوع التوازن، نجد أن القوانين المذكورة غلبت في نصوصها ذات العلاقة كل حق عدا حق المرأة في اختيار زوجها.

خلاصة القول، يبدو من خلال الطرح أن فلسطين ليست من ضمن التوجه العالمي للحقوق الأساسية. فلا هي تواجه حقاً قد يكون أو لا يكون أساسياً، ولا تقوم بالتزاماتها الإيجابية والعمودية وتبعاً لذلك الأفقية. وبالإضافة إلى ذلك، فهي بعيدة كل البعد عن عملية الموازنة ومعاييرها التي تقرر البت في مصالح وحقوق متضاربة.

لذلك، فإن الطموح المرجو في فلسطين هو أن تصبح المحكمة الدستورية قادرة على حماية الحقوق الأساسية، وقادرة على أن تنصف المرأة في حقها باختيار زوجها وألا يعيقها في ذلك أي عائق.

قائمة المصادر والمراجع

أولا- المصادر:

- ميثاق الأمم المتحدة، 26 حزيران 1945.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، 10 كانون الأول، 1948.
- الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، ديسمبر 1965.
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، 16 كانون الأول 1966 (نفذ بتاريخ 23 آذار 1976).
- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، بتاريخ 1\12\1976، عدد 2668، ص551.
- اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، 1 اذار 1980.
- قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984.
- قانون العائلة الإسلامي الماليزي لسنة 1984.
- إعلان استقلال فلسطين، 15 تشرين الثاني 1988.
- إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام لعام 1990.
- الاتفاقية الإسرائيلية الفلسطينية بشأن الضفة والقطاع 1995.
- المسودة الثالثة للدستور 2003.
- قانون مدونة الأسرة المغربي رقم 70.03 لسنة 2004.
- مرسوم رقم 19 لسنة 2009 بشأن المصادقة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو"، المنشور في الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 27\4\2009، عدد 80، ص20.
- قرار المحكمة العليا الشرعية رقم 84 لسنة 2010.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 26 نوفمبر 2012، الدورة السابعة والستون.
- مسودة دستور دولة فلسطين، ايلول 2015.

ثانيا- المراجع:

- باوزير، مريم أبو بكر. "أهلية المرأة وأثرها في الحقوق والواجبات"، *حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية*، مجلد 7، عدد 24 (2011): 559-694.
- بطمة، ريم. *المعاهدات الدولية والقانون الوطني: دراسة مقارنة للعلاقة ما بين المعاهدات الدولية والقانون الوطني واليات توطينه*. رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، 2014.
- الحسبان، عيد أحمد. "فعالية الحقوق الأساسية في تقييد الصلاحية التقديرية للمشرع: دراسة مقارنة"، *مجلة دراسات- علوم الشريعة والقانون*، مجلد 39، عدد 2 (2012): 453-471.
- خضر، محمد. *التنظيم الدستوري في فلسطين: دراسة تمهيدية لغايات اقتراح النصوص الناظمة للحقوق والحريات والسلطة القضائية في دستور دولة فلسطين المقبل*. رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، 2015.

- رحال، وديع. *القواعد العامة في الأحوال الشخصية*. د.م، د.ن، 1997.
- الزراد، فيصل. *المرأة بين الزواج والطلاق في المجتمع العربي والاسلامي*. بيروت: دار الكتاب العربي، 2010.
- السيد بن حسن الحسين. *معايير اختيار شريك الحياة وأثرها في تحقيق التوافق الزواجي*. جدة: جمعية المودة للتنمية الاسرية، 2015.
- ضميرية بن جمعة، "احترام الكرامة الإنسانية والمساواة بين الرجل والمرأة في الشريعة الإسلامية"، *مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية* (مصر)، عدد خاص (2010-2011)، 805-844.
- الفارس، سامر، وفراس ملحم. "أسس التشريع في فلسطين"، بحث غير منشور، معهد الحقوق بجامعة بيرزيت.
- فرحان، ماهر. *تحليل سوسيولوجي لنظام الاختيار الزواجي في المجتمع العربي*. عمان: دار آمنة للنشر والتوزيع، 2013.
- كريم، بوكان. *نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية*. القاهرة والشارقة: دار الكتب القانونية، 2012.
- نصر، خديجة. *تبعات مصادقة دولة فلسطين على اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة 1979*. رام الله: الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، 2013.
- يوسف، أحمد ربيع أحمد. "حق المرأة في اختيار الزوج"، في: *مكانة المرأة وحقوقها في الإسلام*، 141-164. سلسلة مركز دراسات الأسرة (2). القاهرة: رابطة الجامعات الإسلامية، 2006.
- Moller, Kai. *The global model of constitutional rights*. New York: New York University, 2013.

جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/4)
فئة أوراق طلبة الماجستير

سما سقف الحيط

الحق في الصورة: مظهر للحق في الخصوصية أم حق مستقل؟

تشرين ثاني/ نوفمبر 2017

BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

الحق في الصورة: مظهر للحق في الخصوصية أم حق مستقل؟

The Right to Image: A Reflection of the Right to Privacy or a Separate Right? [Arabic]

سما سقف الحيط

Sama Saqf-Alheit

التدقيق اللغوي: إبراهيم المصري

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/4)
فئة أوراق طلبة الماجستير

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (4/2017)
MA Students Papers Module

© 2017، جامعة بيرزيت
وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقيّاً أو إلكترونيّاً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة القانون الدستوريّ في جامعة بيرزيت.
للتواصل والمعلومات بالخصوص: chairofcil@birzeit.edu

في حال الاقتباس أو التوثيق يجب أن يتم التوثيق كما يلي:
[اسم المؤلف أو المؤلفين كاملاً]، [العنوان]، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونيّة [رقم السلسلة]، وحدة القانون الدستوريّ، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، [سنة النشر].

لا تعبر الآراء الواردة في هذا المنشور تحت أي حال من الأحوال عن الموقف الرسمي لجامعة بيرزيت.

© 2017, Birzeit University
Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration

This text may be downloaded for personal research purposes. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copies or electronically, requires the consent of the Constitutional Law Unit, at Birzeit University. Requests should be addressed to : chairofcil@birzeit.edu

If cited or quoted, reference should be made as follows:
[Full name of the author(s)], [Title], Birzeit's Working Papers in Legal Studies [Series Number], Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration: Birzeit University [year of publication].

The views expressed in this publication cannot in any circumstances be regarded as the official position of Birzeit University.

بدعم من:

Supported by:

BIRZEIT UNIVERSITY
H.H. Shaikh Hamad Bin Khalifa Al-Thani Chair in Constitutional and International Law

سما سقف الحيط*

الحق في الصورة:
مظهر للحق في الخصوصية أم حق مستقل؟**

مقدمة

ساهمت التطورات التكنولوجية والتقنية الحديثة والمتسارعة خاصة في مجال التصوير والنشر من جهة، والاهتمام بالحقوق الشخصية للفرد من جهة أخرى، إلى ظهور ما يسمى بالحق في الصورة الذي شاع استخدامه حديثاً في مجال العلوم الاجتماعية والقانونية؛ فالحق في الصورة من الحقوق اللصيقة بشخصية الفرد، إلا أن هناك اتجاهين بهذا الخصوص، الأول، يرى أن الحق في الصورة من أبرز صور الحق في الخصوصية التي يترتب على حمايتها صون كرامة الإنسان واحترام "آدميته".[1] بينما يرى اتجاه آخر أن الحق في الصورة ذو طبيعة مزدوجة فقد يكون مظهراً من مظاهر الحياة الخاصة وقد يكون حقاً لصيقاً بالشخصية مستقل بذاته.[2]

---

* طالبة ماجستير في القانون بجامعة بيرزيت، مجازة في المحاماة، مساعد قانوني في الأمانة العامة لمجلس الوزراء.

** هذه الدراسة في أصلها ورقة بحثية مقدمة ضمن مساق "الحريات العامة والحقوق الأساسية"، في برنامج ماجستير القانون بجامعة بيرزيت، خلال الفصل الدراسي الثاني 2017/2016. وقد جرى تطويرها لغايات النشر بناءً على ملاحظات أستاذ المساق د. عاصم خليل.

[1] علي أحمد عبد الزعبي، حق *الخصوصية في القانون الجنائي دراسة مقارن* (بيروت: المؤسسة الحديثة للكتاب، 2006)، 13.

[2] رنا عوض دهون، "الحق في الصورة: طبيعته القانونية وحمايته في القانون الأردني "دراسة مقارنة" (جامعة اليرموك: رسالة ماجستير، 2014)، 36.

إن صورة الفرد ليست سوى إحدى مقومات حياته الخاصة، حتى قيل "بأن أخذ صورة يعني أخذ جزء من ذات الإنسان"، ولقد حمل التقدم العلمي والتكنولوجي بين طياته مخاطر تهدد حقوق الأفراد، حيث تضاعفت الاهتمامات بالتقنية الحديثة، لدرجة أصبحت معها الأماكن الخاصة والعامة والحريات الشخصية عموماً، في متناول كل من يريدها، وهذا ما ينطبق على استخدام الوسائل البصرية، حيث تعتبر الصورة وسيلة فعالة يمكن استخدامها في العديد من الأغراض المختلفة، ولهذا من الواجب توفير إطار قانوني خاص بها، يضع حدوداً للاستعمال المشروع مقيداً بالمصلحة العامة.[3]

وتكمن إشكالية البحث في أنه بالرغم من سعي الفقه والقضاء إلى حماية الحق في الصورة، إلا أن هناك جدلاً فيما يتعلق بكون الحق في الصورة مظهراً من مظاهر الحياة الخاصة، أو أنه حق مستقل بذاته. وتظهر هذه الإشكالية بشكل واضح في فلسطين نظراً لعدم وجود معالجة فعالة وتنظيم كاف في التشريعات الفلسطينية لموضوع الحق في الصورة، بالإضافة إلى النقص في قرارات المحاكم والاجتهادات القضائية بالخصوص، الأمر الذي يتطلب دراسة مدى ملاءمة التشريعات السارية والممارسات القضائية في مواجهة انتهاك الحق في الصورة، وتوفير الحماية والضمانات الكافية له بالموازنة مع فرض قيود قانونية تتناسب والمصلحة العامة.

وتكمن أهمية هذا البحث في أنه يسلط الضوء على موضوع حق الفرد في صورته، حيث أسهم استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة، ومنها التصوير بمختلف أنواعه في استخدام الأفراد لهذه الوسائل، للتطفل على خصوصيات غيرهم وانتهاكها، كالتقاط صور لهم ونشرها دون إذنهم أثناء تواجدهم في أماكنهم الخاصة والعامة، الأمر الذي يمثل اعتداءً خطيراً على حقوق الشخص الشخصية، مما دفع بعض الدول إلى سن تشريعات خاصة تنظم الحق في الصورة وتحميه.

ويهدف البحث إلى التعريف بالحق في الصورة، وبيان طبيعته القانونية، ووسائل حمايته خاصة مع ما يشهده العالم اليوم من تقدم وتطور تكنولوجي له تأثير كبير على حق الإنسان في صورته، وتوضيح التزامات الدولة ودورها في اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع انتهاكه والتعدي عليه، وفي ذات الوقت توضيح الاستثناءات والقيود

[3] كامل عبد الله المياحي، "نطاق حماية الحق في الصورة من الناحية الموضوعية والإجرائية: دراسة في القانون العراقي والمقارن"، *مجلة العلوم القانونية والسياسية الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الاستراتيجية*، العدد 2 (2016)، 85.

الواردة عليه لتحقيق التوازن مع متطلبات المصلحة العامة.

وبسبب التطورات الدستورية للحقوق الأساسية على الصعيد العالمي، وظهور عدة نظريات في هذا المجال، ستقوم الباحثة في هذا البحث باستخدام النظرية الترميمية أو ما يسمى "النموذج العالمي للحقوق الأساسية"، من خلال مراجعة وتطبيق الأسس والفرضيات التي تقوم عليها هذه النظرية على موضوع البحث، لمعرفة مدى إمكانية تطبيقها في فلسطين، وهل أن التوجه الحالي المتبع يخدم بهذا الاتجاه؟ وانطلاقاً من الفرضيات الأربعة، تُثار عدة تساؤلات، وهي: ما طبيعة الحق في الصورة؟ وهل من بين الحقوق الأساسية للشخص حماية صورته الشخصية، ومنع نشرها دون إذنه في حال كان في مكان خاص عند التقاطها؟

وفي حال كانت الإجابة بنعم، فإننا بحاجة إلى طرح مجموعة أخرى من التساؤلات، وهي: هل يعتبر هذا الحق أساسياً وضرورياً لتعزيز استقلالية الفرد باعتبار أن استقلاليته تعزز من كونه إنساناً حراً مساوياً لغيره وعنده كرامة إنسانية؟ وما طبيعة الإطار القانوني الناظم لهذا الحق؟ وهل يتوفر لهذا الحق الضمانات الكافية لحمايته وصيانته؟ وهل يترتب على الدولة التزامات إيجابية لحمايته وضمانه وكفالته سواء من انتهاك السلطات العامة أو الأفراد؟ وما طبيعة القيود والاستثناءات الواردة عليه؟ وهل يخضع هذا الحق الفردي للموازنة بينه وبين المصلحة العامة؟[4]

وللإجابة على تساؤلات البحث، وتحقيق الأهداف المرجوة منه، ستقوم الباحثة باتباع المنهج الوصفي التحليلي المقارن للتعريف بالحق في الصورة، ودور الدولة والقضاء في حمايته وتوفير الضمانات الكافية لمنع انتهاكه، والعمل على تحليل النصوص القانونية الوطنية والدولية وقرارات المحاكم ذات العلاقة بالموضوع، للوصول إلى القواعد القانونية الناظمة للحق في الصورة، وتوضيح مدى توفيرها للحماية المطلوبة له، وطبيعة الاستثناءات والقيود الواردة عليه والغاية منها.

قُسم البحث إلى ثلاثة مباحث، يتناول الأول ماهية الحق في الصورة وطبيعته القانونية، ويخصص

[4] ظهرت النظرية الترميمية أو ما يسمى بـ"النموذج العالمي للحقوق الأساسية"، في نهاية الحرب العالمية الثانية وحقق نجاحاً ملحوظاً أوروبياً ومن ثم عالمياً، حيث يرى هذا النموذج أن الحقوق تحمي مجموعة واسعة جداً من المصالح، ولكن في الوقت نفسه، يمكن تقييدها باللجوء إلى نهج التوازن أو التناسب، وهكذا، فإنه يضع نفسه في تناقض حاد مع مفاهيم الحقوق التي اقترحها الفلاسفة الذين يوافقون على أن الحقوق لا تحمي سوى مجموعة محدودة من المصالح ذات الأهمية الخاصة. للمزيد انظر:
Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, London, Published to Oxford Scholarship Online, (January 2013) ,p 3.

الثاني لمعالجة نطاق حماية الحق في الصورة والضمانات المقررة له في التشريع والقضاء، ويوضح الثالث القيود والاستثناءات الواردة على الحق في الصورة.

المبحث الأول: ماهية الحق في الصورة وطبيعته القانونية

نتيجة للتطورات التقنية والتكنولوجية، تزايدت الحاجة إلى توفير الحماية القانونية للحق في الصورة، من خلال وضع تنظيم قانوني خاص فيه، نظراً لارتباط هذا الحق بشخصية الإنسان وكيانه الواجب الحماية، وسنحاول في هذا المبحث توضيح المقصود بالحق في الصورة، والطبيعة القانونية للحق في الصورة.

لقد أصبح مفهوم الصورة واسعاً جداً يضم نماذج مختلفة من الصور، فنحن اليوم عندما نتحدث عن صورة لا نتحدث عن مجرد رسومات أو نقوش، إنما نتحدث عن صور فوتوغرافية تلتقط للأشخاص، وحتى هذه الصور الفوتوغرافية لم تعد تقتصر فقط على الصور التي تلتقط بواسطة آلات التصوير العادية، وإنما أصبحت تشمل الصور التي تلتقط بواسطة آلات التصوير الرقمية الحديثة التي لا يحتاج التقاطها سوى ثوانٍ معدودة، وتعرف الصورة لغة بأنها الشكل، وتستعمل بمعنى النوع والصفة التي يتميز بها كل واحد عن الآخر، وتأتي بمعنى المشابهة والمقاربة، ونظراً لعدم تعريف الصورة أو الحق فيها في التشريعات المختلفة الوطنية والدولية، فإننا نرجع للتعريفات الفقهية لها، ومنها تعريف الصورة بأنها تمثيل شخص أو شيء بنقش أو نحت أو رسم أو صورة فوتوغرافية أو فيلم...إلخ، كما تعرف بأنها الشكل الذي يظهر بواسطة آلة التصوير، فهي مرآة الشخص التي تكشف عن ذاته، فتعد الصورة انعكاساً لشخصية الإنسان ليس في مظهرها المادي فقط، وإنما أيضاً في مظهرها المعنوي، وذلك لأن الصورة تعكس مشاعر الشخص وأحاسيسه.[5]

ويتمثل الحق في الصورة في صلاحية كل شخص في الإذن، أو منع ضبط، أو استنساخ، أو استعمال، أو نشر صورته، وهو الحق أيضاً في منع تحريف معالمها، وإدخال تشويهات عليها واستغلالها، ولا ينظر في هذا الإطار إلى الصورة كأحد مكونات الشخصية فقط، وإنما لكونها تعبير عن الحالة النفسية، فهي انعكاس خارجي لأحاسيس وشعور الشخص ولذلك فهي ترتبط به،

[5] دهون، "الحق في الصورة"، 4-8.

وهي من مكوناته الذاتية الأساسية، مثلها مثل حرمة الجسد، والهوية، والأمان، والحياة الخاصة، ولذلك، فإن الحق في الصورة هو من الحقوق الذاتية اللصيقة بالفرد، والمتصلة بحرمته الفردية وحياته الخاصة.[6]

ويعرّف الحق في الصورة بأنه الحق الذي يخول صاحب الصورة سلطة الاعتراض على إنتاج صورته دون رضائه، وبصرف النظر عن الوسيلة المستخدمة في إنتاج الصورة إن كانت من الوسائل القديمة، أو الآلات الحديثة، كما أن هذا الحق يخول صاحبه سلطة الاعتراض على نشر صورته دون رضائه، وأياً كانت وسيلة النشر، أو بواسطة طباعتها على ملصقات وتوزيعها على الناس أو عرضها على الإنترنت، أو حتى توزيعها بواسطة البلوتوث والوسائط المتعددة والأشعة تحت الحمراء الموجودة في الهواتف المحمولة وغيرها من الوسائل طالما أنها تعطي غيره، ولو كان لعدد محدود من الجمهور فرصة الاطلاع على الصورة وإمكانية رؤيتها، ويلاحظ أن معظم حالات الاعتداء على الحق في الصورة تتشكل في إطار افتراضين اثنين، وهما: الأول، إنتاج الصورة دون رضاء صاحبها، والثاني، نشر الصورة دون رضاء صاحبها، أي عدم مشروعية النشر سواء لصورة التقطت بموافقة صاحبها، أو لمبررات يبيحها القانون أو القضاء، أو لصورة التقطت دون موافقة صاحبها.[7]

يعد الحق في الصورة من الحقوق اللصيقة بشخصية الفرد، إلا أن هناك اتجاهين بهذا الخصوص، الأول، يرى أن الحق في الصورة مظهر من مظاهر الحياة الخاصة، بينما يرى اتجاه آخر أن الحق في الصورة ذو طبيعة مزدوجة

[6] بدأ ظهور حماية الحق في الصورة خلال النصف الثاني من القرن 19 من خلال إقرار القضاء الحق في الاعتراض على استنساخ، أو إعادة إنتاج صورة فنية للوجه، أو من خلال الحق في منع عرض الصورة، كما واصل القضاء حماية الحق في الصورة مع بداية القرن العشرين، ولكن ليس من منظور الحقوق الشخصية، وإنما من ناحية ملكية الشخص لصورته، غير أنه ما لبث أن تخلى عن هذا الأساس، لأن حقوق الشخص لا تنظر بالحقوق العينية، ولا يمكن أن تكون في التجارة، ولذلك ربطها مع النصف الثاني من القرن العشرين بالحقوق الشخصية. للمزيد انظر: المنصف الكشو، "حماية الحق في الصورة"، مجلة بحوث ودراسات قانونية–جمعية الحقوقيين بصفاقس، العدد 9 (2014)، 242–244.

[7] إن عدم مشروعية إنتاج الصورة يمس بحق الإنسان في صورته كونه يمس بحقه في الحياة الخاصة وذلك في حال تم تصويره دون علمه في مكان خاص، وبالتالي فإن مفهوم الحق في الصورة يتخذ معنى واسعاً، كون أن المساس به يقع بوسائل وأشكال كثيرة وليس بأجهزة التصوير وحدها، لأن الاعتداء على هذا الحق قد يقع بواسطة الكاريكاتير الذي هو رسم ملامح الإنسان بشكل هزلي. للمزيد انظر: جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف، *المسؤولية المدنية عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول* (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010)، 88–90.

فقد يكون مظهراً من مظاهر الحياة الخاصة وقد يكون حقاً لصيقاً بالشخصية مستقل بذاته.[8]

يفرد هذا المبحث مطلبين، يتناول الأول الحق في الصورة عندما يكون مظهر من مظاهر الحياة الخاصة، فيما يوضح الثاني أن الحق في الصورة قد يكون أحد مظاهر الحق في الحياة الخاصة وقد يكون حقاً مستقلاً بذاته.

المطلب الأول: الحق في الصورة مظهر من مظاهر الحياة الخاصة

يرى أنصار هذا الرأي أن الحق في الصورة يقع ضمن الحياة الخاصة بالشخص، فصورة الشخص تعد عنصراً من عناصر حياته الخاصة، شأنها في ذلك شأن حياته العاطفية والعائلية، ويعد الإخلال بحماية هذا الحق اعتداءً على الكيان المعنوي للإنسان، وذلك حين تبدو الصورة في شكل مهين أو مثير للسخرية، ونتيجة كون الصورة جزءاً من حياة الفرد الخاصة، فلا يمكن بيع حقه فيها أو تقييمه بالمال، كما لا يمكن التنازل عنه للغير، وهذا ما نصت عليه المادة التاسعة من القانون المدني الفرنسي، التي اشترطت أن يكون نشر الصورة مستنداً إلى تصريح مسبق وصريح من صاحب الصورة، كما يجب أن يكون هذا الترخيص خاصاً ومحدداً بالوقت الذي يمكن أن يتم استغلال ونشر الصورة خلاله.

في قرار مشهور خاص بعارضة الأزياء "نعومي كامبل" ضد "دايلي ميرور"، صادر عن محكمة النقض الفرنسية، أصبح هناك ميل واضح لاعتبار الحق في الصورة جزءاً من نطاق الحق في الخصوصية، وقد تعرض هذا الاتجاه إلى الانتقاد لأن من المتصور أن يخرج الحق في الصورة عن إطار الحياة الخاصة، لأنه من الممكن الاعتداء على صورة تتعلق بنشاط الفرد في الحياة العامة، وبالتالي لا يكون هناك مساس بخصوصية الفرد، وبالتالي من المتصور أن يكون الحق في الصورة حقاً مستقلاً ومتميزاً عن الحق في الحياة الخاصة، ومن المفترض أن تتم حمايته في هذا الإطار.[9]

ويمكن الاستدلال على أن الحق في الصورة هو حق أساسي على صعيد الاتفاقيات الدولية، باعتبارها من أهم مصادر حماية حقوق الإنسان، بالرجوع إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان،[10] الذي يعد أول القواعد الدولية التي تتمثل فيها حقوق الإنسان، حيث تناول موضوع حرمة الحياة الخاصة للفرد في المادة (12) منه، بنصها على

[8] دهون، "الحق في الصورة"، 36-38.

[9] المرجع السابق.

[10] الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (217) ألف (د-3)، بتاريخ 1984/12/10.

"حماية الفرد ضد كل تدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته، وضد الحملات التي تقع على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في الحماية القانونية ضد هذا التدخل أو تلك الحملات"، حيث بيّنت هذه المادة حق الإنسان في عدم التدخل في خصوصياته.[11]

كما تعرض العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية،[12] في المادة (1/17) منه للحق في الخصوصية، والتي نصت على عدم جواز التدخل بشكل تعسفي أو غير قانوني في خصوصيات أحد أو عائلته أو بيته أو مراسلاته، كما لا يجوز التعرض بشكل غير قانوني لشرفه وسمعته، ونصت الفقرة الثانية من ذات المادة على: "لكل شخص الحق في الحماية القانونية ضد مثل هذا التدخل أو التعرض.

وقد بينت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن المادة (17) المذكورة، قد نصت على حماية خصوصية الفرد بما في ذلك شرفه وسمعته، وأن الدول ملزمة بتوفير تشريعات مناسبة لتحقيق هذه الغاية، وأن من حق كل فرد أن يكون قادراً على حماية نفسه من أي اعتداء على حقه من قِبل السلطات العامة في الدولة، وأن يكون هناك سبيل انتصاف فعّال ضد المسؤولين، وأنه ينبغي للدول الأطراف أن تبين في تقاريرها إلى أي مدى يحمي القانون المطبق في الدولة شرف أو سمعة الأفراد، وكيف يتم تحقيق هذه الحماية وفقا لنظامها القانوني.[13]

ويتبين من التفسير السابق للجنة حقوق الإنسان، أن على الدول الأطراف في العهد التزاماً إيجابياً باتخاذ إجراءات من شأنها حماية حق الفرد في حرمة حياته الخاصة، ومن ذلك حقه في حماية صورته من النشر دون إذنه، ومن هذه الإجراءات سن التشريعات الناظمة والحامية لهذا الحق.

المطلب الثاني: الحق في الصورة قد يكون أحد مظاهر الحق في الحياة الخاصة وقد يكون حقاً مستقلاً بذاته

يرى أنصار هذا الرأي أن الحق في الصورة ذو طبيعة مزدوجة، فقد يكون حقاً مستقلاً بذاته، وقد يكون أحد مظاهر الحق في الحياة الخاصة،

[11] ممدوح خليل البحر، *حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي: دراسة مقارنة* (بيروت: مكتبة دار الثقافة، 1996)، 68-70.

[12] العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام إليه بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (2200) ألف (د-21)، بتاريخ 1966/12/16.

[13] Human Rights Committee, General Comment 16, (Twenty-third session, 1988), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 21 (1994). Available at: www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom16.htm.

ولتوضيح ذلك ذهبوا غلى أنه في حال كانت الصورة تكشف عن جزء من حياة الفرد الخاصة وضد إرادته، فإن الحق في الصورة يرتبط بالحق في الحياة الخاصة، أما إذا كانت الصورة لا تشكل مساساً بالحياة الخاصة للفرد فهنا ينهض الحق في الصورة مستقلاً، أي أن حماية القضاء تنصرف إلى صورة الإنسان بصفة مستقلة، وهو ما يعني استقلال الحق في الصورة عن الحق في الحياة الخاصة، لأن الاعتراف بأن الحق في الصورة هو أحد مظاهر الحق في الحياة الخاصة في كل الاحوال، يعني أحد أمرين، الأول، أن الحماية القانونية لن تمتد غلى صورة الإنسان التي التقطت أثناء ممارسته لحياته العامة، والثاني ان حق احترام الحياة الخاصة للفرد يمتد في نطاقه إلى حياته العامة، وكلا الأمرين لا يمكن قبولهما.[14]

كما أن القول باستقلال الحق في الصورة عن الحق في الحياة الخاصة لا يعني أن الحقين منفصلان ومستقلان عن بعضهما تماماً وفي كل الأحوال، لأن الحق في الصورة يعتبر أحد مظاهر الحق في الحياة الخاصة عندما تمثل الصورة منظرا للحياة العائلية أو العاطفية أو غيرها من عناصر الحياة الخاصة، ويكون عندئذٍ التقاط الصورة أو نشرها دون رضاء صاحبها هو اعتداء على حقه في الحياة الخاصة الذي يعد أساس عدم المشروعية في هذه الحالة، أما إن كانت الصورة لا تتعلق بحياة الفرد الخاصة وإنما تتعلق بنشاطه في الحياة العامة، فهنا يكون التقاط الصورة أو نشرها دون رضاء صاحبها هو اعتداء على حقه في الصورة، أي ينهض في هذه الحالة الحق في الصورة بشكل مستقل ولذاته، وقد تم توجيه عدد من الانتقادات لهذا الاتجاه والمتمثلة في أن الحق في الصورة كحق مستقل لا يكفي أيضاً، لأنه من المعروف أنه يجوز نشر صورة شخص تتعلق بحياته العامة بدون إذنه إن لم يكن هو موضوع الصورة الرئيس أو إذا تعلقت الصورة ببعض الأحداث المهمة التي يجب أن يعلم الجمهور بها مثل الجرائم والحوادث.[15]

وبناءً على ما سبق، تجد الباحثة مدخلاً لاعتبار الحق في الصورة حقاً أساسياً وضرورياً لتعزيز استقلالية الفرد باعتبار أن استقلاليته تعزز من كونه إنساناً حراً مساوياً لغيره وعنده كرامة إنسانية، من خلال كونه أحد مظاهر الحق في الخصوصية المنصوص على حمايته في الإعلان العالمي

[14] حسين شاكر عساف، "المسؤولية المدنية عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول" (جامعة مؤتة: رسالة ماجستير، 2009)، 50-51.

[15] المرجع السابق، 51.

لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، ولكن عند النظر إلى الحق في الصورة على أنه حق مستقل وقائم بذاته عند تعلق الصورة بنشاط الفرد في الحياة العامة، ففي هذه الحالة لا نجد مدخلاً في العهد الدولي والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لاعتبار الحق في الصورة حقاً أساسياً واجب الحماية.

وبعد استطلاع وجهات النظر السابقة، تتفق الباحثة مع الرأي الذي يرى أن الحق في الصورة كحق مستقل ما زال محل خلاف كبير، كما أن هناك تردداً في اعتبار الحق في الصورة هو أحد مظاهر الحق في الحياة الخاصة، بل يذهب البعض إلى القول بعدم كفاية الأدوات القانونية التقليدية لتأسيس حق الأشخاص –وخاصة ضحايا الجرائم– في منع نشر صورهم في وسائل الإعلام، وذلك باعتبار أن الحق في الخصوصية وحتى الحق في الصورة بالمفهوم التقليدي، هو أساس غير كاف وقاصر، وعليه فإن الحق في الكرامة الإنسانية هو الأساس الذي يصلح في هذا الشأن، حيث يمكن تأييد ما يذهب إليه غالبية الفقه من اعتبار الحق في الصورة حقاً من حقوق الشخصية، وحقوق الشخصية تصلح كوعاء يضم كل الآراء السابقة، وتوضيحاً لذلك، فإن الحق في الصورة إذا اعتبرناه هو أحد مظاهر الحق في الحياة الخاصة – في حال تعلقت الصورة بأحد عناصر الحياة الخاصة – فإنه يعتبر من حقوق الشخصية، وهو يكتسب هذه الصفة تبعاً للحق في الحياة الخاصة التي تعتبر من حقوق الشخصية، أما إذا قلنا بأن الحق في الصورة هو حق مستقل عن الحق في الحياة الخاصة –في حال تعلقت الصورة بالحياة العامة للفرد– فهو يعد حقاً مستقلاً من حقوق الشخصية، لأن المساس بالصورة في هذه الحالة يعد مساساً بشخصية الإنسان.[16]

وحتى الكرامة الإنسانية التي يعدها البعض هي الأساس الذي يمنح بموجبه الشخص سلطة منع نشر صورته إذا كان ضحية جريمة معينة، فهي تنتمي إلى طائفة حقوق الشخصية التي ترمي إلى حماية الكيان الأدبي والمعنوي للإنسان، وبالتالي فإن الحق في الصورة يعد تبعاً لذلك أحد حقوق الشخصية، وتكييف الحق في الصورة على أنه حق من حقوق الشخصية له ميزة مهمة، حيث يمكن أن تشمله الحماية الوقائية المقررة في نصوص القوانين المدنية لبعض الدول،[17] كما سيجري بيانه لاحقاً في هذا البحث.

---

[16] المرجع السابق، 52.

[17] المرجع السابق، 53.

وللحق في الصورة عدة خصائص، فهو من الحقوق العامة، إذ إن الحق في الصورة مثل الشخصية القانونية يثبت لكل إنسان بصفته إنساناً،[18] أي بمجرد ميلاده بغض النظر عن جنسه أو جنسيته أو لونه أو دينه، ويلازمه طوال حياته.[19] وهو حق غير قابل للتصرف فيه.[20] ومن خصائصه أيضاً أنه لا ينقضي بالتقادم، مهما طالت مدة عدم استعمال الإنسان له، فمهما سكت الإنسان عن الاعتراض على نشر صورته فإن ذلك السكوت لا يعني حرمانه من هذا الاعتراض.[21]

وفيما يخص الوضع الفلسطيني، ترى الباحثة أن هناك إشكاليةً في الاستفادة من الحماية التي قررها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لحماية الحق في الصورة –وذلك بالنسبة للصورة التي يتم التقاطها في مكان خاص والتي تعد مظهراً من مظاهر الحياة الخاصة – نظراً لأنه وبالرغم من انضمام فلسطين إلى العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي نص في المادة (17) منه على حماية حرمة الحياة الخاصة، فإنه لا يوجد تحديد واضح لقيمة هذه المعاهدة وغيرها في النظام القانوني الفلسطيني، مما يثير التساؤل حول مدى إلزامية تطبيق أحكامها في النظام الفلسطيني. وذلك في ظل عدم توضيح وتحديد القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، آليات توطين القانون الدولي وعلاقته بالقانون الداخلي،

[18] أحمد سلمان السعداوي، "المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول دراسة مقارنة"، *مجلة الحقوق الجامعة المستنصرية*، العدد 19 (2012)، 87.

[19] عساف، "المسؤولية المدنية"، 54.

[20] فالمبدأ العام هو أن الحق في الصورة يرتبط بشخص الإنسان، وهو لا يقبل التصرف فيه حتى في حال رضاء صاحب الحق بأن يقوم غيره بتصويره أو نشر صورته، فقيام عارضة الأزياء مثلًا بالتنازل عن حقها في صورتها للمصور الذي قام بتصويرها لقاء مبلغ من المال ليقوم بطبعها أو استخدامها لأغراض تجارية أو بيعها إلى مجلة فنية، فإن هذا الرضاء لا يعد خروجاً عن مبدأ عدم قابلية الحق في الصورة للتصرف فيه، لأن من يأذن لغيره بتصويره لا يعني أنه تنازل عن حقه في صورته، وإنما ينزل عن استعمال السلطات التي يمنحها إياها هذا الحق، أي سلطة الاعتراض على تصوير أو نشر صورته. كما لا يفهم من ذلك أن التنازل الكلي أو المطلق عن الحق في الصورة يرفع القيود كافة من المتنازل له، بل يبقى من حصّل التنازل أو التصرف لمصلحته مقيدًا بعدم الإضرار بصاحب الصورة، وكذلك مقيدًا بعدم مخالفته (النظام العام ولآداب العامة) فقيام المتصرف له بحق الصورة أو استخدامها في إعلان عن المخدرات مثلًا يجب مسائلته. للمزيد انظر: السعداوي، "المسؤولية المدنية"، 87.

[21] إن الحق في الصورة يتضمن حقين أحدهما معنوي والآخر مالي، أما الحق المعنوي فلا يمكن القول بإمكانية تقادمه أو خضوعه لقواعد التقادم، ذلك أنه لا يمكن تصور انقضاء الحق في الصورة بعدم الاستعمال، ولو كان من الجائز خضوع الحق في الصورة للتقادم لكان من السهل التحايل على عدم قابليته للانتقال، ذلك أن الأصل هو أن الحقوق الشخصية تنتهي بوفاة صاحبها ولا تنتقل مطلقًا إلى الورثة، إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء هو الحق في الصورة إذ يجب عدم الاقتصار على الإرث المعنوي. للمزيد انظر: المرجع السابق.

والسلطة المختصة بإبرام المعاهدات الدولية، أو آلية إنفاذها في النظام الداخلي أو القيمة القانونية التي تحتلها هذه المعاهدات والاتفاقيات فيه، وذلك على غرار ما ذهبت إليه معظم الدساتير المقارنة في هذا الشأن.[22]

ولكن يمكن الاستناد إلى المادة (32) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003،[23] من أجل تقرير الحماية لحق الفرد في منع تصويره أو نشر صورته دون إذنه عندما يكون في مكان خاص، حيث نصت المادة المذكورة على أن: "كل اعتداء على أي من الحريات الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للإنسان وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها القانون الأساسي أو القانون، جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وتضمن السلطة الوطنية تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الضرر".

ونستنتج من نص هذه المادة أن الحق في الصورة عندما يكون مظهراً من مظاهر حرمة الحياة الخاصة، تكون له حماية جنائية ومدنية مقررة بموجب القانون الأساسي المعدل، وإن لم يوجد قوانين عادية تنظم هذا الحق وتبين حدوده وضوابطه، ولكن نص المادة (32) المذكور يشكل مدخلاً للقاضي من أجل اعتبار هذا الحق من الحقوق الأساسية الواجبة الاحترام والحماية، وأن الاعتداء على الحق في الصورة يعد جريمة يعاقب عليها القانون وتستوجب التعويض المدني أيضاً. وبالتالي يمكن إخضاع هذا الحق لامتحان التبرير

[22] إن مدى التزام الدول بتنفيذ مضمون الاتفاقيات الدولية يختلف بين دولة وأخرى، حسب طبيعة النظام المعتمد لديها لتوطين القانون الدولي، فبالنسبة للدول التي تعتمد النظام الثنائي، يجب أن يتم إقرار واعتماد الحقوق والالتزامات التي أنشأتها تلك المعاهدات وفقاً لقواعد العملية التشريعية في الدولة الطرف، حتى يكون هناك إمكانية لإنفاذها في القانون الداخلي، أما الدول التي تأخذ بالنظام الأحادي فإن المعاهدة تصبح جزءاً من القانون الداخلي بمجرد إبرامها ودخولها حيز النفاذ بالنسبة للدولة وفقاً لما رسمه دستور الدولة. للمزيد انظر: ريم البطمة، *المعاهدات الدولية والقانون الوطني: دراسة مقارنة للعلاقة ما بين المعاهدات الدولية والقانون الوطني وآليات توطينها* (رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، 2014)، 36-46.

أما بالنسبة إلى المرتبة القانونية للمعاهدة داخل النظام القانوني، اتجهت الدساتير العربية في تحديد هذه القيمة بعدة اتجاهات، واتفقت جميعها على علو الدستور على المعاهدة في جميع الأحوال واختلفت مكانة الاتفاقية فيما دون ذلك، وذهب الاتجاه الأول كما هو الحال في فلسطين والأردن بعدم تحديد القيمة القانونية للمعاهدة، أما الاتجاه الثاني منح المعاهدة قيمة قانونية مساوية للقانون العادي، وهذا ما أخذ به المشرع المصري، وأخيراً أعطى الدستور الجزائري المعاهدات الدولية مرتبة أسمى من التشريعات الوطنية وأقل من الدستور كاتجاه ثالث. للمزيد انظر: عاصم خليل ونوار بدير، "دور المحاكم الدستورية والمحاكم العليا في تحديد ملامح الحق في الخصوصية وضمان احترامه من قبل باقي سلطات الدولة". مجلة كلية القانون الكويتية (الكويت)، 2015، 141.

[23] القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، المنشور في العدد الممتاز من الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2003/3/19م.

الذي تتطلبه النظرية الترميمية، من خلال اللجوء إلى القواعد العامة لحماية هذا الحق والمعاقبة على انتهاكه والتعويض عنه، كما سيجري بيانه لاحقاً في هذا البحث.

وبالرجوع إلى القانون الأساسي لا نجد ما يشير إلى حماية حق الشخص في منع التقاط أو نشر صورته المتعلقة بنشاطه في الحياة العامة، كما لا نجد تمييزاً ما بين نشر صورة الفرد العادي وبين نشر صور الشخصيات العامة والمشهورة، وستقوم الباحثة خلال هذا البحث بتوضيح موقف الفقه والقانون المقارن من ذلك.

المبحث الثاني: نطاق حماية الحق في الصورة وضماناته في التشريع والقضاء

نتيجة تطبيق النظرية الترميمية على الحق في الصورة، تبين للباحثة أن هذا الحق هو حق أساسي متعلق بكرامة الإنسان، وبالتالي لا بد من إخضاعه لامتحان التبرير، للتوصل إلى النصوص القانونية الدولية والمحلية التي يمكن الاستفادة منها لحماية هذا الحق في فلسطين، ولو لم تعالجه أو تنظمه تلك النصوص بشكل مباشر. مع العلم أنه ونتيجة كثرة حالات الاعتداء على حق الشخص في صورته بسبب التطور التكنولوجي في مجال التصوير والنشر، قامت العديد من التشريعات المقارنة –كما سنبين في هذا المبحث– بمعالجة هذا الموضوع من خلال إدراج نصوص قانونية ترتب مسؤولية مدنية ومسؤولية جنائية وعقوبات على المعتدي، بهدف ردعه وتوفير الحماية والضمان لحق الشخص في صورته، بالإضافة إلى تضمين بعض التشريعات نصوص وقائية لحماية الحق في الصورة.

ويفرد هذا المبحث مطلبين اثنين، نتناول في الأول الحماية العقابية للحق في الصورة، ونخصص الثاني للحماية المدنية للحق في الصورة.

المطلب الأول: الحماية العقابية للحق في الصورة

لقد تناول التشريع الفرنسي والتشريع المصري الحماية الجنائية للحق في الصورة، بينما لم تتعرض التشريعات الجنائية في فلسطين والأردن بشكل مباشر إلى الحق في الصورة ولم تعالجها؛ لذا يتم الرجوع إلى القواعد العامة في المسؤولية الجنائية من أجل المعاقبة على جريمة الاعتداء على الحق في الصورة.

فقد جرم المشرع الفرنسي فعل الالتقاط أو التسجيل أو النقل بموجب نص المادة (1/226)، من قانون العقوبات، التي نصت على: "يعاقب [...] كل من اعتدى عمداً بوسيلة أياً كان نوعها على حرمة

الحيـــاة الخاصـــة للغيـــر:....2- بالالتقـــاط أو التسجيل أو بالنقل صورة شخص يوجد في مكان خاص دون رضاه". وقد أعطى المشرع المصري أهمية لصورة الشخص كحديثه الخاص، واعتبرها من الأمور التي تدخل في دائرة حياته الخاصة، ففرض حماية جنائية من خطر الحصول على صورة الشخص بغير رضاه، سواء عن طريق التقاطها أو نقلها بجهاز من الأجهزة أياً كان نوعه، حيث أوردت المادة (309 مكرر) فقرة (2) من قانون العقوبات على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن....ب- التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أياً كان نوعه، صورة شخص في مكان خاص". كما نصت المادة (309 مكرر "أ") على أنه "يعاقب بالحبس كل من أذاع أو سهل إذاعة أو استعمل ولو في غير علانية تسجيلاً أو مستنداً متحصلاً عليه بإحدى الطرق المبينة بالمادة السابقة "309 مكرر"، أو كان ذلك بغير رضاء صاحب الشأن".[24]

ويظهر من النصوص السابقة أن جريمة الحصول على صورة الشخص دون موافقة صاحبها أو رضاه، تقوم على ركنين وهما: الركن المادي والركن المعنوي، حيث تطلب المشرع توافر عناصر خاصة في النشاط الإجرامي المكون للركن المادي في هذه الجريمة وهي التقاط أو تسجيل أو نقل الصورة،[25] والوسيلة المستخدمة في ارتكاب الجريمة،[26] وأن تكون هذه الصورة لشخص

[24] عيسى العاقب، "حماية حق الإنسان في صورته"، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعلمية، العدد 16 (2013)، 23.

[25] يعني فعل الالتقاط تثبيت الصورة على مادة حساسة، وهو ما يسمى بالـ"نيجاتيف"، وتقع هذه الجريمة بمجرد تثبيتها على المادة المذكورة دون شرط القيام بطبعها، أما النقل فيعني تمكين شخص يوجد في مكان مختلف عن المكان الذي التقطت فيه الصورة من الاطلاع عليه، سواء كان هذا المكان الذي تنقل إليه الصورة عاماً أو خاصاً، أما التسجيل فيقصد به حفظ صورة الشخص على مادة معدة لهذا الغرض بأية وسيلة كانت لمشاهدتها لاحقاً أو لإذاعتها مثل رسم صورة شخص يوجد في مكان خاص، كما لم يشترط المشرع الفرنسي أن يتم التقاط أو أخذ الصورة بوسيلة معينة، كجهاز من الأجهزة أو أية وسيلة فنية أخرى، وإنما أطلق الوسيلة التي يتم بها ارتكاب الفعل دون حصرها. للمزيد انظر: طارق صديق رشيدكه ردى، *حماية الحرية الشخصية في القانون الجنائي: دراسة تحليلية مقارنة* (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2011)، 224-225.

[26] حيث استخدم المشرع الفرنسي عبارة "بأية وسيلة كانت" في المادة (226-1) من قانون العقوبات. أما المشرع المصري فقد استخدم عبارة "بجهاز من الأجهزة" ذلك أن المشرع الفرنسي لم يشترط في ظل قانون العقوبات الجديد، لقيام جريمة الحصول على الصورة، أن يستخدم الجاني وسيلة معينة في ارتكاب أفعال الالتقاط أو التسجيل أو النقل، بل أطلق نوع الوسيلة التي يتم بها ارتكاب هذه الأفعال، بإتيانه لعبارة "بأية وسيلة كانت"، وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد وسع من دائرة الحماية الجنائية المقررة لحرمة الحياة الخاصة في مجال الصورة، حيث يمتد هذا التوسع ليشمل أفعال الاعتداء على الصورة التي ارتكبت بوسائل أخرى تقليدية، من غير استخدام الأجهزة، كما هو الحال بالنسبة لرسم صورة شخص موجود في مكان خاص بدون رضاه، إضافة إلى أنه يفهم من عبارة "بأية وسيلة كانت" أنها تتضمن الوسائل التقنية الحديثة، تمشياً مع التطور التكنولوجي الحديث في مجال السمعي البصري، باستخدام التقنية والأجهزة الحديثة على

دون رضائه، وأن يوجد هذا الشخص في مكان خاص، كما يجب أن يتوافر الركن المعنوي لاكتمال أركان الجريمة بتوافر القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة، بحيث تتجه إرادة الجاني إلى التقاط أو تسجيل أو نقل صورة شخص في مكان خاص دون موافقته، وبخصوص العقوبة شدد قانون العقوبات الفرنسي الجديد العقوبة حيث أصبحت الحبس مدة سنة والغرامة 45 ألف يورو، أما من يشرع في ارتكاب الجريمة فقد وضع له المشرع ذات العقوبة المنصوص عليها في الجريمة التامة، كما أضاف المشرع المصادرة كعقوبة تكميلية، أي الحكم بمصادرة جميع الأدوات التي استعان بها الجاني في جريمته.[27]

أما في القانون الفلسطيني، فلا يوجد تشريع محدد ينظم موضوع الحق في الصورة، بما في ذلك حماية حق الشخص في عدم تصويره في مكان خاص دون رضاه، إلا أنه وبالرجوع إلى القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، توجد إشارات عامة تدعم حماية الحياة الخاصة للفرد ومنع مراقبتها أو الاعتداء عليها، حيث نصت المادة (17) من القانون الأساسي الفلسطيني، على أن "للمساكن حرمة، فلا تجوز مراقبتها أو دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب ووفقاً لأحكام القانون ويقع باطلاً كل ما يترتب على مخالفة أحكام هذه المادة، ولمن تضرر من جراء ذلك الحق في تعويض عادل تضمنه السلطة الوطنية الفلسطينية". حيث بين هذا النص الدستوري حرمة المساكن، وعدم جواز مراقبتها أو الاعتداء عليها، ومن وسائل المراقبة استخدام آلات التصوير والمراقبة الموجودة في الشوارع وعلى أبواب المحلات التجارية والعمارات السكنية

اختلافها في هذا المجال. للمزيد انظر: العاقب، "حماية حق الإنسان في صورته"، 20.

[27] فقد اشترط المشرع الفرنسي لقيام جريمة التقاط الصورة المنصوص عليها في المادة (1/226) من قانون العقوبات أن يكون الفعل بغير رضاء المجني عليه، ولكي يكون الرضاء منتجاً لآثاره القانونية لا بد أن يصدر عن صاحب الحق في الصورة، أو من يمثله قانون بإرادة حرة ومدركة لمدى آثار ذلك الرضاء، ويستوي أن يكون الرضاء صريحاً أو ضمنياً، ويجب أن يكون معاصراً لفعل الالتقاط أو التسجيل أو النقل. أما بخصوص شرط أن يقوم المتهم بفعل الالتقاط او النقل أو التسجيل في مكان خاص فقد اختلف الفقه الفرنسي حول تحديد المقصود بالمكان الخاص، فاتجه جانب من الفقه إلى الأخذ بالمفهوم الموضوعي للمكان الخاص وسايرته العديد من أحكام القضاء، ويقوم هذا الرأي على تعداد صور المكان العام، ومنها الشارع، والحديقة، والميادين، والملاعب، وطبقاً لهذا التعداد فإن هذه الأماكن لا تدخل في نطاق الحماية الجنائية، أما المعيار الشخصي للمكان الخاص فيستند إلى فكرة الرضاء لتحديد ما إذا كان المكان خاصاً أو عاماً، فإذا توقف دخول المكان على رضاء الشخص المتواجد فيه يكون ذلك المكان خاصاً، أما إذا كان الدخول إليه لا يتوقف على رضاء المتواجد فيه يعد المكان عاماً، وقد أخذت به العديد من أحكام القضاء. للمزيد انظر: محمد أمين الخرشة، *مشروعية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي دراسة مقارنة* (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015)، 266-270.

لحمايتها من أشكال الاعتداء المختلفة كالسرقات وغيرها، إلا أن المشكلة تثور في حال قيام أصحاب هذه الكاميرات باستخدامها لانتهاك حرمة وخصوصية الأفراد من خلال تصوير أماكن خاصة بهم كمنازلهم والاطلاع على محتوياتها.

بالإضافة إلى المادة (32) سالفة الذكر من القانون الأساسي، التي جرمت الاعتداء على أي من الحريات الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للإنسان وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها القانون الأساسي أو القانون، وبينت أن السلطة الوطنية تضمن تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الضرر.

حيث كفل القانون الأساسي الحقوق والحريات التي كفلها ونص عليها، والتي كفلها القانون، واعتبر الاعتداء عليها جريمة يعاقب عليها القانون وتستوجب التعويض، وبالرجوع إلى التشريعات الجزائية في فلسطين لا نجد نصاً في قانون العقوبات الساري رقم (16) لسنة 1960،[28] يجرم الاعتداء على الحق في الصورة، وفي هذه الحالة يمكن اللجوء إلى النصوص الواردة في قانون العقوبات الساري وتحديداً المواد (188-199) التي تناولت موضوعات الذم والقدح والتحقير وهو المتعارف عليه بالتشهير المعاقب عليه جزائياً.[29]

كما نص قانون المطبوعات والنشر الفلسطيني رقم (9) لسنة 1995،[30] على اعتبار الصور من ضمن المطبوعات الخاضعة لهذا القانون، الذي ينظم شؤون الطباعة والنشر في البلاد، ومن ضمنها تحديد المسائل المحظور نشرها في المطبوعات أو الصحيفة، والتي تمثل مساساً بالحياة الخاصة للمواطن، واعتبار مخالفة أحكام قانون المطبوعات والنشر جرائم يعاقب عليها القانون، ومما لا شك فيه بأن الحماية الجزائية يترتب عليها حماية مدنية وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية.[31]

---

[28] قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960م، المنشور في عدد الجريدة الرسمية الأردنية رقم 1487، بتاريخ 1960/5/1م.

[29] إن جريمتي الذم والقدح لا تقومان ولا تجرمان إلا بتوفر وتحقق ثلاثة أركان هي الركن المادي وركن العلنية والركن المعنوي أما بالنسبة لجريمة التحقير فيشترط لقيامها توافر الركنين المادي والمعنوي، أما جريمة التحقير فيشترط لقيامها الركن المادي والمعنوي أيضاً، إلا ان التحقير يقع بصورة غير علنية، وقد بينت المادة (73) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960م، أن "كلاً من الوسائل الآتية يعد وسيلة للعلنية: .....3- الكتابة والرسوم والصور اليدوية والشمسية والأفلام والشارات والتصاوير على اختلافها، إذا عرضت في محل عام أو مكان مباح للجمهور، او معرض للأنظار أو بيعت أو عرضت للبيع أو وزعت على أكثر من شخص".

[30] قانون المطبوعات والنشر الفلسطيني رقم (9) لسنة 1995م، المنشور في عدد الوقائع الفلسطينية رقم 6، بتاريخ 1995/8/29م.

[31] فهيد محسن الديحاني، "الطبيعة القانونية للحق في الصورة الشخصية وحمايته المدنية في القانون الكويتي"، *المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب السعودية* 28، عدد 56، (2012)، 206.

نستنتج مما سبق أن المشرع الجنائي الفلسطيني لم ينص على جريمة محددة خاصة بالاعتداء على الحق في الصورة، وإنما يمكن الاستدلال على تجريم هذا الاعتداء من خلال نصوص الذم والقدح في قانون العقوبات والنصوص العامة الواردة في قانون المطبوعات والنشر، وبالتالي لم تقم الدولة الفلسطينية بالتزاماتها الإيجابية في حماية هذا الحق، وفق ما تفترضه النظرية الترميمية، حيث لم يشرع المشرع الفلسطيني قوانين تتضمن نصوص خاصة بحماية وتنظيم الحق في الصورة، الأمر الذي يحدث إشكاليات حتى عند اللجوء إلى نصوص التجريم الواردة في قانون العقوبات بخصوص جرائم أخرى، كون أن القاعدة القانونية تشير على أنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، الأمر الذي يتطلب سن نصوص قانونية تنظم وتحمي الحق بالصورة، وتجرم الاعتداء عليه، عوضاً عن اللجوء إلى نصوص جزائية تجرم جرائم أخرى.

المطلب الثاني: الحماية المدنية للحق في الصورة

إن الحماية المدنية للحق في الصورة تكمل الحماية الجنائية، إذ لا قيمة للحماية الجنائية ما لم تكن مصحوبة بحماية مدنية، فبالإضافة إلى الحماية الجنائية التي بيناها يقرر المشرع في القانون المقارن حماية ذات طبيعة مدنية فيفرض إجراءات وقائية، وتعويض يتم دفعه للمعتدى على حقه في الصورة. حيث سنتناول الإجراءات الوقائية في فرع أول، والتعويض في فرع ثان.

الفرع الأول: الإجراءات الوقائية

ففي القانون الفرنسي يعتبر الحق في الصورة من الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان، سواء بوصفه حقاً مستقلاً بذاته، أم بكونه مظهراً من مظاهر الحق في الحياة الخاصة، ولذلك تشمله الحماية الوقائية المقررة في المادة التاسعة من القانون المدني الفرنسي، حيث نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على أن "للقضاة أن يتخذوا كافة الوسائل مثل الحراسة والحجز وغيرها من الإجراءات، لمنع أو لوقف أي مساس بألفة الحياة الخاصة، ويمكن أن يأمر قاضي الأمور المستعجلة باتخاذ هذه الإجراءات متى توفر شرط الاستعجال، وذلك دون

نصت المادة (1) من قانون المطبوعات والنشر رقم (9) لسنة 1995م، على تعريف المطبوعة بأنها: "كل وسيلة نشر دونت فيها الكلمات أو الأشكال بالحروف أو الصور أو الرسوم أو بالضغط أو الحفر". ونصت المادة (7) من ذات القانون على: "أ- على المطبوعات أن تمتنع عن نشر ما يتعارض مع مبادئ الحرية والمسؤولية الوطنية وحقوق الإنسان واحترام الحقيقة وأن تعتبر حرية الفكر والرأي والتعبير والاطلاع حقاً للمواطنين كما هي حق لها. ب- يجب أن لا تتضمن المطبوعات الدورية الموجهة إلى الأطفال والمراهقين أية صور أو قصص أو أخبار تخل بالأخلاق والقيم والتقاليد الفلسطينية".

المساس بحق الشخص في التعويض عما يصيبه من ضرر".[32]

كما ذهب القانون المدني المصري بذات الاتجاه، حيث بينت المادة (50) منه أن لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر،[33] كما نصت المادة (48) من القانون المدني الأردني على المضمون نفسه.[34] والحقيقة أن عبارة "أن يطلب وقف هذا الاعتداء" الواردة في نص المادة آنفة الذكر تتسع لتشمل منع الاعتداء قبل وقوعه.[35]

وتمنح النصوص السابقة صاحب الصورة المعتدى على حقه الحق في وقف الاعتداء أو منعه، دون حاجة لإثبات انطواء هذا الفعل على خطأ معين أو حدوث ضرر محدد لصاحب الصورة من واقعة تصويره أو عرض صورته أو نشرها دون رضائه، وبهذا قضت محكمة التمييز الأردنية "إن استعمال اسم المدعي وانتحاله كمدير للشركة المدعى عليها مدة سنوات يتضمن معنى الضرر دون حاجة إلى إثباته ويولد للمميز المصلحة في المطالبة برد الاعتداء وإيقافه".[36]

---

[32] والشخص الذي يجري الاعتداء على حياته الخاصة أو على حقه في الصورة بصفة خاصة، يلجأ إلى هذه الإجراءات الوقائية تجنباً منه لرفع دعوى قضائية، قد يكون لعلانيتها وتطفل العامة والصحافة للحصول على صور خاصة لنشرها في تغطية المحاكمة بطريقة تضر بمصلحة المعتدى عليه وتضيف تهديداً آخر لحياته الخاصة، حيث يتمتع القضاء المستعجل والعادي في فرنسا بصلاحيات تخوله اتخاذ إجراءات مستعجلة ووقتية لمنع أو إيقاف المساس بالحق في الصورة، وللقاضي أن يتخذ الإجراء المناسب في ذلك دون أن يؤثر الإجراء على حق المضرور في التعويض، كما أن على القاضي أن يتحرى فاعلية الإجراء المطلوب ولا يأمر به إلا في حال تأكد له فاعلية بلوغ الهدف المنشود، فقد قضت محكمة باريس بعدم مصادرة مجلات نشرت فيها صور تمس بحياة دوقة يورك الخاصة، لأنها كانت قد نشرت سابقاً في إنجلترا، وهو بلد يصل فيه التعويض إلى أعلى مستوياته، وبالرغم من سلطة القاضي في اختيار الإجراء الوقائي أو رفضه، فإنه ملزم باتخاذ إجراء تعويضي حال ثبت الاعتداء على الحقوق الشخصية.، وتنص المادة (48) من القانون المدني الأردني على أنه "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"، فالشخص وفقاً لذلك يستطيع المطالبة باتخاذ إجراء وقائي لحماية حقوقه الشخصية ومنها الحق في الصورة والحق في الحياة الخاصة، ولا يشترط أن يقع ضرر بالفعل. للمزيد انظر: المغربي وعساف، *المسؤولية المدنية*، 156-159.

[33] الديحاني، "الطبيعة القانونية للحق في الصورة"، 217.

[34] دهون، "الحق في الصورة"، 41.

[35] الديحاني، "الطبيعة القانونية للحق في الصورة"، 217.

[36] كما ويحق للمدعي وفقاً للمادة (4/115) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني أن يتقدم بطلب إلى القاضي لاتخاذ أي إجراء تحفّظي أو مؤقت، دون أن يشير إلى نوع الإجراء أو حصره بإجراءات معينة، ولجوء القاضي إلى اتخاذ واحد أو أكثر من الإجراءات الوقائية بهدف منع أو وقف الاعتداء غير المشروع، يكون بعد دراسة وافية لفاعلية الإجراء وقدرته على بلوغ الهدف المرجو منه، وأن يكون بالقدر الضروري واللازم لوقف الاعتداء أو منعه دون تجاوز. للمزيد انظر: عساف، "المسؤولية المدنية"، 112-113.

أما في فلسطين، فلا يوجد تشريع فلسطيني ينظم موضوع الحق في الصورة ويورد ضمانات لحمايتها، وفي هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة في المسؤولية المدنية الواردة في قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944،[37] وتحديداً المواد (16-23) التي تناولت موضوعات القذف والافتراء باعتبارها أسساً لدعاوى التشهير التي تقوم بناءً عليها المسؤولية المدنية، حيث تستخدم هذه النصوص المتعلقة بالمساءلة المدنية لحماية سمعة الآخرين واعتبارهم وكرامتهم.[38]

فعلى سبيل المثال لا يوجد تنظيم تشريعي أو رقابة متخصصة من قبل الجهات المختصة تبين كيفية التعاطي مع تركيب واستخدام كاميرات المراقبة من قبل الأفراد والمؤسسات والشركات، كالبنوك والمحال التجارية والمساكن، لذا وكإجراء وقائي يجوز للمتضرر من هذه الكاميرات اللجوء للقاضي المدني بدعوى إزالة ضرر في حال إساءة استخدام كاميرات وأجهزة الرقابة كتوجيهها للمسكن الخاص به، أو استغلال وتخزين ما التقطته هذه الكاميرات واستخدامها بما يشكل اعتداء على خصوصيته.[39]

كما يمكن اللجوء لقاضي الأمور المستعجلة بطلب لإيقاف تشغيل هذه الكاميرات والأجهزة والتحفظ على التسجيلات الخاصة بها وفقا لأحكام المادة (102) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م، والتي نصت على أنه "يجوز لمن يخشى حدوث ضرر محتمل من فوات الوقت أن يقدم طلباً إلى قاضي الأمور المستعجلة يطلب فيه اتخاذ إجراءات وقتية وفقاً لمقتضى الحال بما لا يمنع قاضي الموضوع من نظر هذا الطلب تبعاً للدعوى الأصلية"، وفي هذه الحالة على المستدعي تقديمه دعواه خلال ثمانية أيام من تاريخ صدور القرار إذا لم يكن قد أقام دعواه وله أن يتقدم بمثل هذا الطلب تبعاً للدعوى الأصلية إذا كان قد سبق وتقدم بها وفي كلتا

[37] قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944م، المنشور في عدد الوقائع الفلسطينية رقم 1380، بتاريخ 1944/12/28م.

[38] محمد فوزي الخضر، *حرية الرأي والتعبير والحق في السمعة* (رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، 2014)، 7-8.

[39] بالرغم من أهمية هذه الكاميرات في منع ارتكاب الجرائم كالسرقات ومحاولات إلحاق الأذى بالممتلكات والأفراد وكذلك فهي وسيلة ناجعة في الكشف عن الجرائم ومرتكبيها وتفاصيل ارتكابها الأمر الذي يخدم البحث الجنائي وجهات التحقيق والمحاكمة، إلا أن وجود هذه الكاميرات دون تنظيم خاص كان له العديد من السلبيات والأضرار، خاصة عندما يتجاوز استخدامها الغرض المعد له، كتوجيه هذه الكاميرات لرصد بيوت السكن وتحركات المواطنين، واستغلال هذه الصور والفيديوهات ونشرها بقصد الابتزاز او الإساءة والتشهير بالأشخاص والاعتداء على خصوصيتهم. للمزيد انظر: أمجد عياش، "كاميرات المراقبة وضوابط التوازن بين الحق في الخصوصية والضرورات الأمنية"، الموقع الإلكتروني لجريدة الأيام، 2016/11/5، https://goo.gl/ddxYp6 (تاريخ الاسترجاع: 2017/3/7)

الحالتين ينعقد الاختصاص لمحكمة البداية بنظر الطلب والدعوى نظراً لكونها صاحبة الولاية العامة ولأن دعوى إزالة الضرر تخرج عن اختصاص محكمة الصلح.[40]

الفرع الثاني: التعويض عن الاعتداء على الحق في الصورة

قد لا تكفي الإجراءات الوقائية التي يمكن أن يلجأ إليها القاضي في منع أو وقف الاعتداء على الحق في الصورة، وحينها يكون التعويض هو الجزاء الذي يوقعه القاضي على المعتدي، مع الإشارة إلى أن القاضي يستطيع الجمع بين الإجراءات الوقائية والتعويض،[41] فالتعويض هو الوسيلة التي يتم من خلالها تصحيح التوازن الذي اختل وأهدر نتيجة وقوع الضرر، وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حدوث الخطأ، وذلك على حساب المسؤول، فالغاية منه جبر الأضرار التي لحقت بالشخص سواء أكانت مادية أم معنوية، حيث لم يحذُ المشرع الفلسطيني حذو نظيره الفرنسي والمصري والأردني بتقرير حق التعويض بنص خاص لمن وقع الاعتداء على حق من حقوقه الملازمة للشخصية ومنها الحق في الصورة الشخصية.[42]

ففي فلسطين يتم الرجوع إلى القواعد العامة في المسؤولية عن الفعل الضار فيما يخص التعويض عن الاعتداء على الحق في الصورة، وهي واردة في قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944. كما تم بيانه سابقاً، حيث نصت المادة (3) منه على: "تعتبر الأمور التالية بيانها في هذا القانون مخالفات مدنية، ومع مراعاة أحكام هذا القانون، يحق لكل من لحق به أذى أو ضرر، بسبب مخالفة مدنية ارتكبت في فلسطين، أن ينال النصفة التي يخوله إياها هذا القانون من الشخص الذي ارتكب تلك المخالفة، أو المسؤول عنها...".

[40] المرجع السابق.

[41] عساف، "المسؤولية المدنية"، 113.

[42] الديحاني، "الطبيعة القانونية للحق في الصورة"، 219. يمكن تأسيس الحكم بالتعويض في القانون الفرنسي على المادة التاسعة من القانون المدني الفرنسي مباشرة والمتعلقة بحماية الحق في الحياة الخاصة، أو على نص المادة (809) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، وخاصة الفقرة الثانية منها، التي تعطي للقاضي الحق بمنح تعويض مؤقت في حالة الاعتداء على أي حق من حقوق الشخصية، وكذلك المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي والمتعلقة بالقواعد الخاصة بالمسؤولية المدنية، مع إعفاء المعتدى عليه من إثبات توافر أركان المسؤولية، كما قررت المواد (50) من القانون المدني المصري، و(48) من القانون المدني الأردني حق المعتدى عليه في التعويض دون الإشارة إلى أحكام المسؤولية المدنية الواردة في المواد (163/ مدني مصري) و (256 مدني أردني)، ولكن تشير تطبيقات القضاء المصري والأردني إلى أركان المسؤولية المدنية كونها ضرورية لكل حالات التعويض. للمزيد انظر: عساف، "المسؤولية المدنية"، 114.

كما نصت المادة (1/58) من ذات القانون على: "(1) لكافة المحاكم النظامية في فلسطين، كل منها ضمن دائرة اختصاصها، حق الحكم بالنصفة في المخالفات المدنية، بموجب أحكام هذا القانون، خاضعة في ذلك لأحكام أي مرسوم أو قانون أو تشريع آخر يكون في الوقت المبحوث عنه سارياً على تلك المحاكم"، حيث بينت محكمة الاستئناف العليا بغزة في قرار صادر عنها بأن "قانون المخالفات المدنية قد وضع لجبر الضرر فقط وترك للمحكمة أن تصل إلى تحقيق النصفة العادلة في تقدير جبر الضرر بين الطرفين".[43] كما نصت مجلة الأحكام العدلية على موضوع التعويض في المادة (19) بأنه "لا ضرر ولا ضرار"، ونصت المادة (20) أيضاً على أن " الضرر يزال"، ونصت المادة (31) على أن "الضرر يدفع بقدر الإمكان".

ويتبين مما سبق، أنه بالإمكان رفع دعوى تعويض عن الاعتداء على الحق في الصورة سنداً لقانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944، حيث نستنتج من نص المادة (16)[44] منه أنه في حال رفع شخص دعوى بسبب قيام شخص آخر، بنشر مواد بواسطة التصوير من شأنها إيذاء سمعة شخص آخر في مهنته أو صنعته أو وظيفته فإن المحكمة تحكم بالتعويض لصالح المعتدى عليه.[45]

وتجدر الإشارة إلى أن حماية الحقوق الملازمة للشخصية بنص خاص كما فعل المشرع الفرنسي

[43] قرار محكمة الاستئناف العليا بغزة، حقوق رقم 95/ 2001.

[44] نصت المادة المذكورة على أن: "القذف هو أن ينشر شخص من الأشخاص، بواسطة الطبع أو الكتابة، أو الرسم، أو التصوير، أو الإيماء أو الألفاظ أو الأصوات الأخرى أو بأية وسيلة أخرى مهما كانت، أية مادة من المواد: (أ) تسند إلى شخص آخر ارتكاب جريمة، أو (ب) تسند إلى شخص آخر سوء التصرف في وظيفة عامة، أو (ج) من شأنها أن تؤدي إلى إيذاء سمعة شخص آخر في مهنته أو صنعته أو وظيفته، أو (د) من شأنها أن تُعرّض شخصاً آخر لبغض الناس له أو احتقارهم إياه أو سخريتهم منه، أو (هـ) من شأنها أن تُعرّض شخصاً آخر لإعراض الناس عنه، أو تجنبهم إياه [...] (3) ليس من الضروري، لإثبات القذف، أن يكون معنى القذف قد عبر عنه مباشرة أو بصراحة تامة، بل يكفي أن يكون في الإمكان استنتاج معنى القذف وتطبيقه على الشخص الذي يزعم بأنه قد قذف بحقه، إما من البيان المنطوي على القذف نفسه أو من أية ظروف خارجية أو بعضه من هذا وبعضه من وسائل أخرى.

[45] ووفقاً للقواعد العامة فإن التعويض قد يكون نقدياً أو عينياً، ويقصد بالتعويض العيني إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل ارتكاب الفعل الضار، للمزيد انظر: دهون: "الحق في الصورة"، 69. كما وتجري المحاكم في فرنسا على الحكم بالحق في التعويض العيني لتكملة التعويض النقدي أو لمحاولة رأب صدع الضرر المعنوي بطريقة أكثر ملاءمة، وهكذا كثير ما تأمر المحاكم بنشر الحكم الصادر في الدوريات التي تم فيها نشر الصورة أو المقال المجرّم، ونشر الأحكام على هذا النحو يحقق هدفين الأول إرضاء المعتدى عليه ومعرفة الجمهور بالحقيقة، والثاني إلحاق نوع من الخسارة المادية بالمعتدي، لأن النشر سيكون على نفقته. للمزيد انظر: بحر، *حماية الحياة الخاصة*، 450.

والمصري والأردني وعدم إحالته إلى قواعد المسؤولية المدنية العامة كما فعل المشرع الفلسطيني، يعفي المضرور من إثبات أركان المسؤولية المدنية للخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما،[46] فبمجرد الاعتداء على الحق في الصورة كالتقاط شخص صورة لآخر أو عرضها أو نشرها دون رضائه يتحقق عنصر الفعل الضار أو الخطأ ولو لم يكن هناك ضرر أو حتى سوء نية، ويستحق المعتدى عليه تعويضاً،[47] فالمعتدى عليه يستطيع اللجوء للقضاء بمجرد الاعتداء على صورته لاتخاذ الإجراءات اللازمة لوقف الاعتداء أو منعه.

وبناءً على ما تم عرضه في هذا المبحث، تتفق الباحثة مع الرأي الذي يرى أن تبرير الحق في الصورة والاعتراف به كحق جديد في ظل وجود قواعد المسؤولية المدنية، ونصوص قانون العقوبات المتعلقة بالذم والقدح، يحمي الفرد من التصرفات الهادفة إلى إنتاج أو نشر صورته، والمنطوية على ذم أو قدح أو تهدف إلى إلحاق الضرر، وبالتالي فإن الرد على هذه الحجة يشير إلى أنه بإمكان أي شخص تصوير آخر دون رضاه ونشر هذه الصورة طالما أن ذلك لا يلحق بهم ضرراً، وهذا الأمر غير صحيح وإلا انطبق على كافة أنواع الحقوق، فهل يعقل على سبيل المثال الاعتداء على الحق في الملكية طالما أن ذلك لا يلحق ضرراً بالمالك؟ وعليه، إذا صح أن قانون العقوبات قد يحمي الصورة إذا توفر في إنتاجها أو نشرها أركان جرائم الذم والقدح، ولكن، ما هو الحال إذا لم تتوافر تلك الأركان؟[48]

وبناءً على ما سبق، ترى الباحثة ضرورة أن يقوم المشرع الفلسطيني بمعالجة الحق في الصورة في تشريع خاص، لتجنب الإشكاليات المذكورة أعلاه، وبما يساهم في توفير الضمانات الكافية لحماية الحق في الصورة.

المبحث الثالث: القيود والاستثناءات الواردة على الحق في الصورة

يعد الحق في الصورة من فئة الحقوق غير المطلقة بشكل كامل، والتي يمكن تقييدها بناءً على اعتبارات محددة، وبالتالي يمكن تطبيق اختبار التناسب عليها، الذي هو في جوهره إجراء موازنة بين حق من جهة وحق آخر منافس أو مصلحة عامة من جهة أخرى، حيث تطبق المحاكم الدستورية في العديد من دول العالم

[46] دهون، "الحق في الصورة"، 76.

[47] عساف، "المسؤولية المدنية"، 115.

[48] المغربي وعساف، *المسؤولية المدنية*، 64-65.

اختبار التناسب.[49] ولبيان أهم القيود والاستثناءات على الحق في الصورة، وكيفية تطبيق المحاكم الدستورية لاختبار التناسب، سنقسم هذا البحث إلى مطلبين، نعالج في الأول القيود الواردة على التصوير مع وجود إذن، ونتناول في الثاني تصوير الشخصيات العامة والمشهورة.

المطلب الأول: القيود الواردة على التصوير مع وجود إذن

أشير سابقاً إلى أنه لا يجوز تصوير الشخص في مكان خاص ونشر صورته دون إذنه، إلا أن هذا الإذن من صاحب الصورة ترد عليه قيود من أجل توفير الحماية لحقه في الصورة، كما توجد حالات يجوز فيها تصوير الشخص ونشر صورته دون إذنه مع وجود إذن السلطات العامة بذلك وذلك لضرورات المصلحة العامة. ولتوضيح ذلك، سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول التصوير بإذن صاحب الصورة، ونخصص الثاني للتصوير بإذن السلطة العامة خدمة للصالح العام.

الفرع الأول: التصوير بإذن صاحب الصورة

تقدم أن الحق في الصورة يعطي الشخص الحق بالاعتراض على التقاط صورته أو نشرها دون إذنه، فهو وحده الذي يملك هذه السلطة، وبالتالي له أن يأذن للغير بالتقاط صورته أو نشرها وهو من يحدد الضوابط والشروط التي يخضع لها الإذن، وإن رضاء الشخص عن إنتاج صورته أو نشرها يجعل فعل الإنتاج أو النشر مشروعاً.[50] ويجب أن يتوافر في الرضاء عدة شروط تتطلبها القواعد العامة، وهي كون الرضاء سابقاً أو معاصراً على الأقل للفعل، وأن يكون صادراً من شخص قادر على الإدراك والتمييز، وأن يكون لمن صدر الرضاء عنه صفة في إصداره، وقد يكون الرضاء صريحاً شفاهة أو كتابة، أو ضمنياً يستنتج من الظروف المحيطة بالواقع ومثال ذلك قيام صديق بتصوير شريط فيديو لصديقه للاحتفاظ به للذكرى مستنداً إلى رضاء ضمني من جانب من تم تصويره، إلا ان الرضاء بالتصوير لا يعني الرضاء بنشر التصوير إلى عامة الناس.[51]

ويثور التساؤل في مجال الرضاء الضمني حول ما إذا كان عدم الاعتراض على إنتاج الصورة أو نشرها سابقاً والتسامح بخصوص ذلك يعد رضاءً ضمنياً عن الإنتاج أو النشر اللاحق، وتتفق الباحثة مع الرأي الذي يرى بأن التسامح بخصوص نشر الصورة في وقت معين لا يعتبر إذناً ضمنياً يبرر نشر الصورة في وقت لاحق،

[49] Möller, *The Global Model*, 14.

[50] المغربي وعساف، *المسؤولية المدنية*، 125.

[51] بحر، *حماية الحياة الخاصة*، 450.

دون إذن جديد من صاحبها، وكل ما هنالك أن هذا التسامح السابق قد يؤدي إلى إنقاص مقدار التعويض الذي يحكم به لصالح المضرور.[52]

يذهب الفقه إلى صحة الإذن اللاحق على التصوير و/ أو النشر، لأن الرضاء اللاحق يقوم مقام الإذن السابق في مجال القانون المدني، فالحق في الصورة ومثله الحق في احترام الحياة الخاصة مقرر لمصلحة الشخص نفسه، ومن ثم يجوز له التنازل عن حماية هذا الحق بخصوص وقائع محددة وبصفة مؤقتة، وهذا التنازل يمكن أن يأخذ شكل الرضاء اللاحق، ومن ثم ينتفي المساس بالحق في الصورة في هذه الحالة.[53]

الفرع الثاني: التصوير بإذن السلطة العامة خدمة للصالح العام

منع المشرع الجزائي المصري التصوير خفية من قبل السلطات العامة في الأماكن الخاصة سواء في مرحلة الاستدلالات أو في مرحلة التحقيق الابتدائي، وعدم جواز إذن القاضي بإجرائها، ويعتبر الدليل المستمد من هذا التصوير باطلاً ويتعلق البطلان بالنظام العام، لأن الحصول عليه تم بفعل جرمه القانون، بينما لم يجرم المشرع الجزائي الأردني التصوير خفية في مكان خاص إذا تم بإذن المدعي العام، ولكن عدم التجريم لا يعني أن هذا التصوير يعد مشروعاً؛ لأن فيه اعتداء على الحق في الصورة وحرمة الحياة الخاصة.[54]

إلا أنه يجوز التصوير في الأماكن العامة بإذن السلطة العامة حتى لو كان ذلك دون موافقة صاحب الصورة، فقد تَعْمَد السلطات العامة إلى استخدام وسائل التصوير المتعددة لتصوير المظاهرات وضبط الأشخاص المحرضين أو الذين يستغلونها للقيام بأعمال التخريب والإتلاف ونهب المحلات وسرقتها والاعتداء عليها، فتكون الصورة في هذا الفرض أداة وقاية من حوادث السرقة والسطو والتحرش وغيرها، كما تكون أداة ضبط ودليل ضد مرتكبي هذه الجرائم، ولذلك فالصورة الملتقطة في مثل هذه الغايات لا تنتهك الحق في الصورة أو الحق في الحياة الخاصة.[55]

ومن الاستثناءات أيضاً على حماية الحق في الصورة أن يباح نشر الصور إذا كان بإذن السلطات العامة، وتحقيقاً للمصلحة العامة، كأن يرتكب شخص جريمة، ويجري البحث عنه عن

[52] المغربي وعساف، *المسؤولية المدنية*، 127-129.
[53] المرجع السابق، 126-127.
[54] الخرشة، مشروعية الصوت والصورة، 192-208.
[55] المغربي وعساف، *المسؤولية المدنية*، 144.

طريق نشر الصورة وتعميمها على وسائل الإعلام المختلفة، للحصول على أية معلومة أو الإدلاء بمكان تواجد الشخص، لتقوم السلطات بالقبض عليه، وغيرها من الحالات التي تستلزم تصوير الشخص أو نشر صورته ويتعذر حتماً فيها الحصول على إذن صاحب الصورة، كما أن المصلحة العامة تكون أولى بالرعاية من مصلحة الشخص موضوع الصورة.[56]

المطلب الثاني: تصوير الشخصيات العامة والمشهورة

يعرف الشخص المشهور بأنه "أي شخص يكون في وضع أو مركز يجعله محطاً لأنظار الناس ومحلاً للاهتمام بشخصه"، وهذا يستدعي التدقيق في الأمر، لأنه يصعب التوفيق بين الحقوق الشخصية للفرد وحق المجموعة في الوصول إلى المعلومة، فيحصل التزاحم بين حماية المعطيات الشخصية الفردية، وضمان حق المجموعة في المعرفة، ويتم التدقيق باستعراض ثلاثة اتجاهات تناولت الموضوع، ويؤكد أصحاب الاتجاه الأول بأن الشخصيات المشهورة وخاصة منهم أهل الفن لا يتمتعون بحق حرمة الحياة الخاصة، لأنهم يبحثون عن الدعاية، ويتقربون من وسائل الإعلام، بينما يحصر أصحاب الاتجاه الثاني جانب الشهرة بالجانب العام لحياة الشخص، ولا يجوز أن تكون حياته الخاصة مجالاً للذيوع والإشهار، وأن صفة الشخص العامة تقتصر على مهنته، وحرفته، وبالتالي لا يجوز استعمال صور الشخصية الشهيرة من أجل الدعاية دون إذن صاحبها سواء كان رئيس جمهورية أو فنان.[57]

لقد كفل القانون حماية حرية الرأي متمثلة في حرية الصحافة والحق في النقد، ولكن ممارسة هذين الحقين قد تصطدم في احترام الحياة الخاصة بالأفراد، وإذا كان المساس بالحياة الخاصة يقع تحت طائلة التجريم، فإن تحديد النطاق المسموح به لإجراء هذا المساس يتوقف على المفاضلة بين قاعدتين، قاعدة تحقق المصلحة الخاصة للفرد، وهي حماية حياته الخاصة، وقاعدة تحقق المصلحة العامة، وهي حماية حرية الرأي سواء في صورة حرية الصحافة، أو في صورة حق النقد أو حرية البحث العلمي بما في ذلك الاستفادة من نتائجه.[58]

حيث يشير البعض إلى أن الشهرة تفقد صاحبها الخصوصية، وبالتالي يباح تصوير الشخصيات العامة والشهيرة دون الحصول على ترخيص بذلك،

[56] المرجع السابق، 144-145.

[57] الكشو، "حماية الحق في الصورة"، 255.

[58] طارق أحمد سرور، *الحماية الجنائية لأسرار الأفراد في مواجهة النشر* (القاهرة: دار النهضة العربية، 1991)، 14.

وإن كان الأمر ليس على إطلاقه، وإنما هناك ضوابط معينة بهذا الخصوص، فبالنسبة للشخصيات العامة أو الشخصيات الرسمية، الأشخاص الذين يتولون وظائف عامة في الدولة، وبخاصة الوظائف السياسية، كرئيس الدولة ورئيس الحكومة والوزراء وأعضاء البرلمان، غيرهم ممن يقومون بدور بارز في تسيير الأمور العامة في الدولة.[59]

فالأشخاص ذوو النشاط السياسي هم بطبيعة الحال أفراد يتمتعون بحقوقهم الإنسانية وهم مواطنون، لهم كل الحقوق التي كفلها الدستور ومنها الحق في الحياة الخاصة، ولكن ذلك يثير التساؤل في نفس الوقت، باعتبار أن الحياة الخاصة لها تأثير كبير على النشاط العام الذي تمارسه الشخصيات السياسية، فلا شك بأن الاقتناع بفاعلية وقدرة وإخلاص الرجل السياسي يعتمد على بعض عناصر حياته الخاصة، فالحياة الخاصة ومن مظاهرها صورة الرجل السياسي، قد تكشف عن مواقف لا تتفق مع فكره أو برنامجه أو آرائه.[60]

وتتحمل المحاكم الدستورية مسؤولية أكبر من المحاكم الإدارية والمحاكم العادية في حماية الحقوق والحريات، كونها توازن بين المصلحة العامة والخاصة في ظل الدستور، بهدف حماية الحقوق والحريات، الذي يفترض بدوره وجود نظام قانوني تتوازن فيه الحقوق والحريات والمصلحة العامة، وفقاً لعلاقة التناسب بين القيم التي تحميها القواعد القانونية المنظمة لها، وبين معيار "التناسب" الذي يفترض تحقيق التناسب في المعاملة من أجل ضمان التوازن بين الحقوق والحريات من جهة والمصلحة العامة من جهة أخرى.[61]

وتكمن أهمية دور المحكمة الدستورية بشكل أكبر في رسم حدود الحق في الخصوصية (ومن ضمنها الحق في الصورة)، في ظل ظهور التطورات التكنولوجية المعاصرة وازدياد اختراق الحماية الخاصة بالأفراد، لعدم وجود نصوص دستورية أو قانونية تنظمها، إلا أن ما يلاحظ على عمل المحاكم الدستورية في الدول العربية، هو تمسكه بالعادة بنصوص الدستور المباشرة وتجنب التوسع في التفسير أو التطبيق، بالرغم من أن دور القاضي الدستوري هو ترجمة النص على

[59] المغربي وعساف، *المسؤولية المدنية*، 141.

[60] سرور، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد ، 175-176.

[61] خليل وبدير، "دور المحاكم الدستورية والمحاكم العليا"، 159.

ضوء الواقع وليس تطبيقه فحسب، وهو ما يعني أحياناً خروجه عن أبعاده الأصلية.[62]

وتطبق المحاكم مبدأ التناسب الذي يتمثل في فرض القيود على حقوق الأفراد وحرياتهم، فلا يجوز لسلطات الدولة فرض قيود تتجاوز في مداها الحد اللازم لتحقيق الرفاه الاجتماعي، وحماية الحقوق والحريات، حيث قدمت منظمة الأمن والتعاون الأوروبية وصفاً للقيود التي يمكن فرضها على الحقوق والحريات، والتي تمثل من الوجهة الأخرى قيوداً على الدولة: بحيث يجب أن تكون القيود 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.[63]

وتتحقق المحكمة من مدى مراعاة مبدأ التناسب في تقييد الحقوق والحريات، وذلك بفحص توافر معايير محددة في القانون المقيد للحقوق والحريات الأساسية، وهي أن يكون الهدف مشروعاً أو يؤدي على تحقيق مصلحة مشروعة، وأن يكون هناك علاقة مباشرة بين القيد والمصلحة، وأن يكون القيد الوسيلة الأقل تأثيراً على الحق أو الحرية، وأخيراً التناسب ما بين أهمية الحق الأساسي وأهمية المصلحة المراد حمايتها.[64]

وقد استند القضاء والفقه الفرنسي على المصلحة المشروعة من الإعلام كأساس لشرعية نشر أسرار الحياة الخاصة للشخصيات السياسية في فرنسا،[65] ويستنتج من ذلك أنه "كلما سعى الفرد إلى طلب ثقة الجمهور أو طلب الشهرة ومن باب أولى كلما سعى إلى الحصول على مبايعته كرجل السياسة، فإن حصانة الحياة الخاصة يجب أن تترك المجال لحق الإعلام الكامل للجمهور الذي وثق به.[66]

ووفقاً للقضاء الأمريكي وقضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان يتوجب التمييز بين الشخصية العامة والأفراد العاديين فيما يتعلق بمدى الحماية التي يتوجب منحها للخصوصية، فهناك مصلحة عامة مبررة في الكشف عن معلومات خاصة بالنسبة للشخصيات العامة مثل أصحاب رأس المال، والمسؤولين الحزبيين، والممثلين المشهورين، حتى وإن لم يرغبوا في ذلك، إذا كان نشر المعلومات الخاصة بهم يتعلق بمسألة تهم

[62] المرجع السابق، 21-22.

[63] محمد فوزي الخضر، *التنظيم الدستوري في فلسطين دراسة تمهيدية لغايات اقتراح النصوص الناظمة للحقوق والحريات والسلطة القضائية في دستور دولة فلسطين المقبل* (رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، 2015)، 57-58.

[64] المرجع السابق، 58

[65] سرور، *الحماية الجنائية لأسرار الأفراد*، 180.

[66] الكشو، "حماية الحق في الصورة"، 256.

الشأن العام. ففي القضية " lagsgruppe News Ver-GmbH v Austria" الصادرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في العام 2007، والتي تتلخص وقائعها بقيام كاتب في مجلة إخبارية بنشر مقالة حول إجراءات تحقيق قائمة بشأن تهرب ضريبي من قبل مدير شركة مشهورة للأسلحة في النمسا، وقد تم نشر تفاصيل تتعلق بالقضية بالإضافة إلى مسائل تتعلق بالحياة الخاصة لمدير الشركة، وهذه المعلومات رافقها نشر صورة للمدير ضمن المقال، وقد تم تقديم طلب من قبل مدير الشركة لوقف نشر صورته مع المقالة المذكورة، وقد تم إصدار أمر قضائي من المحكمة النمساوية بمنع نشر أية صورة للمدير في أي مقال يتعلق بإجراءات التحقيق في التهرب الضريبي، لكن سمحت المحكمة بنشر التفاصيل المتعلقة بإجراءات التحقيق والمسائل المتعلقة بالحياة الخاصة للمتهم، وقد تم الطعن أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لمخالفة هذا الأمر القضائي للمادة (10) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المتعلقة بحرية التعبير، وقامت المحكمة بالتدقيق في مدى مساهمة نشر الصورة في الإعلام في النقاش في مسائل تتعلق بالشأن العام.[67]

ووجدت المحكمة أن منع نشر الصورة لشخصية عامة في مسألة تتعلق بالشأن العام يتعارض مع حرية الإعلام، لأن الصورة تتعلق بشخصية عامة تتولى منصباً رفيعاً في كبرى الشركات التي يهتم الرأي العام في معرفة تفاصيل تتعلق بالأشخاص القائمين عليها. وتكمن أهمية هذه القضية في أنها تتعلق بالتداخل بين الحق في التعبير والحق في الخصوصية وصعوبة إقامة التوازن ما بين هذين الحقين الأساسيين.[68]

ومثال آخر على تقييد الحق في الصورة بالنسبة لشخصية معروفة، قضية "Von Hannover v. Germany" وتتعلق هذه القضية بشكوى قدمتها الأميرة كارولين فون هانوفر، تتعلق برفض المحاكم الألمانية إصدار أمر قضائي يحظر أي نشر آخر لصورة لها وزوجها أخذت دون علمهما أثناء وجودهما في عطلة، وأرفق بالصورة مقال عن الاتجاه بين الأثرياء نحو ترك منازل عطلاتهم، حيث رأت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنه لم يحدث أي انتهاك للمادة (8) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمتعلقة بالحق في احترام الحياة الخاصة، إذ خلصت إلى

[67] محمد فوزي الخضر، *القضاء والإعلام حرية التعبير بين النظرية والتطبيق: دراسة مقارنة* (رام الله: المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية "مدى"، 2012)، 59-60.

[68] المرجع السابق، 60.

أن المحاكم الألمانية أخذت في الاعتبار المعايير الأساسية والسوابق القضائية للمحكمة في تحقيق التوازن بين المصالح المختلفة المعرضة للخطر في القضية، ولاحظت أن المقال المنشور لم يكن حجة أو ذريعة لنشر تلك الصور، كما لا يعتبر الحدث موضوع المادة حدثاً عاماً يناقش مصلحة عامة، وبالتالي لم تساهم الصور المنشورة في مناقشة حدث متعلق بالمصلحة العامة.[69]

وتؤكد المحكمة بناءً على هذه القضية أنه وبالرغم من أن موضوع المادة (8) هو أساس حماية الفرد من التدخل التعسفي من جانب السلطات العامة، أي التزام سلبي من خلال عدم التدخل في الحياة الخاصة واحترام الحق في الصورة، بل يفرض التزامات إيجابية على الدولة، تكفل احترام الحق في الخصوصية أو الحياة العائلية، وقد تنطوي هذه الالتزامات على اعتماد تدابير وإجراءات ترمي إلى ضمان احترام الحياة الخاصة حتى في مجال العلاقات بين الأفراد أنفسهم، أي حماية صورة الشخص من الاعتداء عليها من قبل الآخرين، والمسألة الصعبة ليس في وجود التزامات إيجابية على الدولة، بل هي مسألة ما إذا كانت الدولة قد فعلت ما يكفي لامتثال الأفراد لالتزاماتها.[70]

أي أنه يترتب على الدولة التزامات إيجابية باتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية الحقوق والحريات ومنها الحق في الصورة من انتهاك السلطات العامة من جهة، ومن اعتداء الأفراد من جهة أخرى، وذلك من خلال سن التشريعات المناسبة لتنظيم هذه الحقوق، ووضع الآليات القانونية والإجرائية لمعاقبة المخالفين.

الخاتمة:

استخدم في هذا البحث النظرية الترميمية أو ما يسمى "النموذج العالمي للحقوق الأساسية"، من خلال مراجعة وتطبيق الأسس والفرضيات التي تقوم عليها هذه النظرية على موضوع البحث، وتم التوصل إلى أن هذه النظرية ما زالت غير ناضجة في التطبيق القانوني والقضائي الفلسطيني؛ حيث ما زال التعامل مع الحقوق الأساسية بشكل جامد من خلال النظر إلى وجود هذه الحقوق في الدستور والتشريعات العادية من عدمه، بينما تجاوزت المحاكم في عدد من الدول التي تم التعرض لقرارات صادرة عنها، النص الدستوري

[69] تتوفر نسخة عن القرار على هذه الصفحة الإلكترونية التي يتم فيها توثيق القرارات الصادرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان: www.echr.coe.int/Documents/FS_Own_image_ENG.pdf. (تاريخ الاسترجاع: 2017/5/1).

[70] Möller, *The Global Model*, 4.

الجامد، الأمر الذي ساهم بشمل الكثير من الحقوق الأساسية –غير المنظمة بتشريعات– بالحماية والكفالة.

وتم التوصل إلى أن الحق في الصورة هو حق من الحقوق الملازمة لشخصية الإنسان، حيث تم النص على ذلك في العديد من القوانين المدنية للدول، كالقانون المدني الفرنسي والأردني والمصري، بحيث يترتب على ذلك أن للمعتدى على حقه في الصورة طلب وقف الاعتداء أو منعه أو طلب التعويض بمجرد وقوع الاعتداء، دون الحاجة إلى الرجوع إلى قواعد المسؤولية المدنية وإثبات وقوع الخطأ والضرر وعلاقة السببية، أما في فلسطين ونظراً لعدم وجود نص خاص كما ذكر فيتم الرجوع إلى قواعد المسؤولية المدنية، الامر الذي يتطلب إثبات وجود أركانها.

كما نصت قوانين العقوبات في فرنسا ومصر على تجريم التقاط صورة الشخص دون إذنه، وبالتالي تقوم أركان المسؤولية الجزائية بمجرد تصوير أو نشر صورة الشخص دون إذنه، إلا أن قوانين العقوبات المطبقة في الأردن وفلسطين فلم تجرم الاعتداء على الحق في الصورة، وفي هذه الحالة يتم الرجوع إلى نصوص في قوانين العقوبات مثل نصوص الذم والقدح والتحقير بالإضافة إلى قانون المطبوعات والنشر وفي هذه الحالة تقوم المسؤولية الجزائية إذا توفر في الاعتداء على الحق في الصورة أركان جرائم الذم والقدح، وفيما دون ذلك لا توجد حماية الأمر الذي يتطلب من دولة فلسطين أن تقوم بدور إيجابي لحماية هذا الحق من خلال سن تشريعات تنظمه.

وتم التطرق إلى أهم القيود والاستثناءات على الحق في الصورة والمتمثلة برضاء الشخص بتصويره ونشر هذه الصورة وفق ضوابط محددة، والإذن الصادر من السلطات العامة تكريساً للمصلحة العامة، وتصوير الشخصيات العامة والمشهورة في مكان خاص دون إذنهم حال ارتبط نشاطهم الخاص بدورهم العام في المجتمع.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (217) ألف (د-3)، بتاريخ 1948/12/10.
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام إليه بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (2200) ألف (د-21)، بتاريخ 1966/12/16
- القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، المنشور في العدد الممتاز من الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2003/3/19م.
- قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944، المنشور في عدد الوقائع الفلسطينية رقم 1380، بتاريخ 1944/12/28م.
- قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960، المنشور في عدد الجريدة الرسمية الأردنية رقم 1487، بتاريخ 1960/5/1م.
- قانون المطبوعات والنشر الفلسطيني رقم (9) لسنة 1995، المنشور في عدد الوقائع الفلسطينية رقم 6، بتاريخ 1995/8/29م.
- Human Rights Committee, General Comment 16, (Twenty-thirdsession, 1988), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 21 (1994). Available at:www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom16.htm. visited on: 1/5/2017

ثانياً: المراجع:

- البحر، ممدوح خليل. *حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي: دراسة مقارنة*. بيروت: مكتبة دار الثقافة، 1996.
- البطمة، ريم. *المعاهدات الدولية والقانون الوطني: دراسة مقارنة للعلاقة ما بين المعاهدات الدولية والقانون الوطني وآليات توطينها*. رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة)، 2014.
- الخرشة، محمد أمين. *مشروعية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي: دراسة مقارنة*. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015.
- الخضر، محمد فوزي. *التنظيم الدستوري في فلسطين دراسة تمهيدية لغايات اقتراح النصوص الناظمة للحقوق والحريات والسلطة القضائية في دستور دولة فلسطين المقبل*. رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة)، 2015.
- الخضر، محمد فوزي. *حرية الرأي والتعبير والحق في السمعة المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء*. رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة)، 2014.
- الخضر، محمد فوزي، *القضاء والإعلام حرية التعبير بين النظرية والتطبيق: دراسة مقارنة*. رام الله: المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية (مدى)، 2012.
- خليل، عاصم، ونوار بدير. "دور المحاكم الدستورية والمحاكم العليا في تحديد ملامح الحق في الخصوصية وضمان احترامه من قبل باقي سلطات الدولة". *مجلة كلية القانون الكويتية* (الكويت)، 2015. 133-169.

- دهون، رنا عوض. "الحق في الصورة: طبيعته القانونية وحمايته في القانون الأردني "دراسة مقارنة". جامعة اليرموك: رسالة ماجستير، 2014.
- الديحاني، فهيد محسن. "الطبيعة القانونية للحق في الصورة الشخصية وحمايته المدنية في القانون الكويتي". *المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب السعودية* 28، عدد 56، (2012): 199-228.
- الزعبي، علي أحمد عبد. *حق الخصوصية في القانون الجنائي دراسة مقارنة*. لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، 2006.
- سرور، طارق أحمد. *الحماية الجنائية لأسرار الأفراد في مواجهة النشر*. القاهرة: دار النهضة العربية، 1991.
- السعداوي، أحمد سلمان. "المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول: دراسة مقارنة"، *مجلة الحقوق الجامعة المستنصرية*، العدد 19 (2012): 79-129.
- صديق رشيدكه ردى، طارق. *حماية الحرية الشخصية في القانون الجنائي: دراسة تحليلية مقارنة*. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2011.
- العاقب، عيسى. "حماية حق الإنسان في صورته". مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعلمية، العدد 16 (2013): 11-36.
- عساف، حسين شاكر. "المسؤولية المدنية عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول". جامعة مؤتة: رسالة ماجستير، 2009.
- عياش، أمجد. "كاميرات المراقبة وضوابط التوازن بين الحق في الخصوصية والضرورات الأمنية"، موقع جريدة الأيام، 2016/11/5، https://goo.gl/ddxYp6 (تاريخ الاسترجاع: 2017/3/7)
- الكشو، المنصف. "حماية الحق في الصورة". *مجلة بحوث ودراسات قانونية*-جمعية الحقوقيين بصفاقس، العدد 9 (2014): 241-270.
- المغربي، جعفر محمود. وحسين شاكر عساف. *المسؤولية المدنية عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول*. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.
- المياحي، كامل عبد الله. "نطاق حماية الحق في الصورة من الناحية الموضوعية والإجرائية: دراسة في القانون العراقي والمقارن". *مجلة العلوم القانونية والسياسية* الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الاستراتيجية، العدد 2 (2016): 83-120.
- Möller, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*, London, Published to Oxford Scholarship Online, (January 2013).

جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/5)
فئة موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن

نوار بدير

الرقابة القضائية على دستورية القوانين

كانون أول/ ديسمبر 2017

BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

الرقابة القضائية على دستورية القوانين

The Judicial Control on the Constitutionality of Laws [Arabic]

نوار بدير Newar Bdair

التدقيق اللغوي: إبراهيم المصري

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/5)
فئة موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (5/2017)
Encyclopedia of Comparative Arab Constitutional Law Module

© 2017، جامعة بيرزيت
وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقيّاً أو إلكترونيّاً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة القانون الدستوريّ في جامعة بيرزيت.
للتواصل والمعلومات بالخصوص: chairofcil@birzeit.edu

في حال الاقتباس أو التوثيق يجب أن يتم التوثيق كما يلي:
[اسم المؤلف أو المؤلفين كاملاً]، [العنوان]، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونيّة [رقم السلسلة]، وحدة القانون الدستوريّ، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، [سنة النشر].

لا تعبر الآراء الواردة في هذا المنشور تحت أي حال من الأحوال عن الموقف الرسمي لجامعة بيرزيت.

© 2017, Birzeit University
Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration

This text may be downloaded for personal research purposes. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copies or electronically, requires the consent of the Constitutional Law Unit, at Birzeit University. Requests should be addressed to : chairofcil@birzeit.edu

If cited or quoted, reference should be made as follows:
[Full name of the author(s)], [Title], Birzeit's Working Papers in Legal Studies [Series Number], Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration: Birzeit University [year of publication].

The views expressed in this publication cannot in any circumstances be regarded as the official position of Birzeit University.

بدعم من:

Supported by:

H.H. Shaikh Hamad Bin Khalifa Al-Thani Chair in Constitutional and International Law

نوار بدير*

الرقابة القضائية على دستورية القوانين

1. المقدّمة

تتبنى دولة القانون "مبدأ سمو الدستور"، والذي بموجبه تمنح القواعد الدستورية أعلى مرتبة في سلم التدرج الهرمي للنظام القانوني الداخلي، وما يترتب على هذا التدرج احترام القواعد الأدنى (التشريعات وما هو أدنى منها) للقواعد الأعلى (القواعد الدستورية)، وما يتبعه من ضمانات قادرة على متابعة التزام هيئات الدولة العامة لأحكامه التي حدد الدستور إطارها واختصاصها، وكذلك تقوم دولة القانون على إدراج ضمانات لحماية النصوص الدستورية بواسطة القضاء الدستوري بهدف التحقق من أوجه مخالفة القانون لدستور البلاد وعدم إصدارها إن كانت لم تصدر بعد، أو إلغائها، أو الامتناع عن تطبيقها إن كانت قد صدرت (الغرى 1989، 98).

* مُدرسة غير متفرغة في دائرة القانون، وباحثة في وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة بجامعة بيرزيت.

ويمارس القضاء الدستوري اختصاصات أخرى إضافة إلى الرقابة على دستورية القوانين بهدف تحقيق دولة القانون القائمة على مبدأ سمو الدستور (تم النص عليها ضمن نصوص القوانين المنظمة لعمل المحكمة الدستورية في كل دولة) منها تفسير نصوص الدستور والتشريعات، والبت في مواضيع أساسية ومهمة ترتبط بعلاقة السلطات مع بعضها البعض أو أمور تخص إحداها كما هو الحال في النظام القانوني في فلسطين ومصر والكويت، ويضيف الأخير إليه الطُّعون الخاصة بانتخابات أعضاء مجلس الأمة أو بصفة عضويتهم، بينما يحصر قانون المحكمة الدستورية الأردنية اختصاصات المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة وتفسير النصوص الدستورية فقط.

ولا تنشأ الرقابة على دستورية القوانين إلا في ظل الدساتير الجامدة –على خلاف الدساتير المرنة– حيث يتطلب تعديله إجراءات مشددة ومختلفة عن إجراءات تعديل التشريعات العادية؛ لما تتمتع به هذه القواعد الدستورية من مكانة عليا. بينما يتم تعديل الدساتير المرنة بالإجراءات والأصول المتبعة نفسها في تعديل التشريعات العادية، وبالتالي يثار موضوع الرقابة على دستورية القوانين في الدساتير الجامدة لاعتمادها على مبدأ "السمو" و"التدرج القانوني"، بينما يحق للسلطة التشريعية في الدول ذات الدساتير المرنة أن تتبنى قانوناً مخالفاً للدستور؛ كونها تضع القواعد الدستورية (متولي 1993، 193).

ويصنف القانون الأساسي الفلسطيني المعدل للعام 2003 والدستور المصري للعام 2014 والدستور الكويتي للعام 1962 وكذلك الدستور الأردني المعدل للعام 1952 المقارنة في هذه الورقة بأنه جامد؛ فالرقابة على دستورية القوانين تتجسد في كل منهما، فلا يمكن تعديل أي من نصوصها إلا وفقاً لإجراءات خاصة تختلف عن الاجراءات المتبعة في تعديل القانون العادي.

وتكمن أهمية هذه الورقة بأنها تتعرض للإطار القانوني الناظم لموضوع الرقابة على دستورية القوانين في فلسطين، وتسلط الضوء على مفهوم الرقابة وآلياتها وطبيعتها وقيودها وأثرها في ضمان حماية النصوص الدستورية وترسيخها، مع اعتمادها على الحالة المصرية والكويتية والأردنية كحالة دراسية مقارنة.

تحاول الورقة الإجابة على التساؤلات التالية: ما المقصود بالرقابة على دستورية القوانين؟ ومن هي الجهة المختصة بممارسة هذه الرقابة؟ ما نوع الرقابة التي تتبناها هذه الأنظمة؟ وهل يمكن الطعن بكافة التشريعات الوطنية المخالفة للدستور؟ وما هي الآليات المتاحة لذلك؟ وما هو

الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم دستورية تشريع معين؟

وللوصول إلى الغايات المنشودة تفرد الورقة أربعة أقسام؛ الأول يهتم بتوضيح الإطار العام للرقابة على دستورية القوانين؛ أما الثاني، فيتحدث عن نطاق الرقابة على دستورية القوانين؛ فيما يعالج الثالث آليات الاتصال بالدعوى الدستورية؛ وأخيراً سيتم التطرق لآثار الحكم بعدم دستورية القوانين.

2. الإطار العام للرقابة على دستورية القوانين

تتنوع أساليب الرقابة على دستورية القوانين بين القضائية والسياسية، ويقصد بالرقابة القضائية تلك التي يتم منحها إلى هيئة قضائية مختصة بذلك، ومن المنطق أن يتولى القضاء هذه السلطة؛ لأن وظيفته الأساسية الفصل في تنازع القوانين وتعارضها وترجيح الأسمى فيها وبالتالي فإن بحثها في دستورية القوانين تشكل جزءاً من وظيفتها القضائية (بدوي 1969، 108-109). وإما تمنحها إلى محاكم عادية أو محاكم متخصصة بالفصل في دستورية القوانين والرقابة عليها. وقد تبلورت فكرة نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين إلى الولايات المتحدة الأمريكية في قضية "ماربوري ضد ماديسون" عام 1803، والذي بموجبه أقرت المحكمة إلى ذاتها بحقها في الرقابة على دستورية القوانين وتصرفات الحكومة (زيد 2000، 287-288). وتعتبر النمسا من أوائل الدول التي نص دستورها الصادر في العام 1920 على إنشاء محكمة دستورية متخصصة في الرقابة الدستورية، وذلك بعد الحرب العالمية الأولى (المجذوب 2002، 87).

وفي اتجاه آخر تتبنى بعض الدول أسلوب الرقابة السياسية، والتي تمنح اختصاص الرقابة على دستورية القوانين لهيئة سياسية محدودة مستقلة عن الهيئات العامة في الدولة، وتمارس هذه الرقابة في أية مرحلة بعد سن القانون وقبل إصدارها، وتتصف بأنها رقابة وقائية. وتحدد بالعادة تشكيل هذه الهيئة بواسطة السلطة التشريعية أو بإشراك السلطة التشريعية مع التنفيذية، أو بالانتخاب من الشعب، أو باختيار الهيئة لأنفسهم (الخطيب 1999، 547).

وقد تبنى القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003) بشكل صريح في المادة (103) منه أسلوب الرقابة القضائية، الذي وجاء النص فيه على: "1. تتشكل محكمة دستوريه عليا بقانون وتتولى النظر في: دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها. 2. يبين القانون طريقة تشكيل

المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات الواجبة الاتباع، والآثار المترتبة على أحكامها".

أما المادة (24) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية الذي أحال القانون الأساسي له صلاحية تنظيمها تنص على: "تختص المحكمة دون غيرها بما يلي: 1. الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة". واكتفت هذه النصوص الدستورية بمعالجة بعض اختصاصات المحكمة الدستورية تاركة تنظيم تشكيلها وشروط العضوية فيها وطرق الرقابة عليها والأمور المتعلقة بها كافة إلى قانون خاص ينظمها، وبناءً عليه أصدر قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة (2006)، بتاريخ 2006/2/17، وأخيرا تم تبنى القرار بقانون رقم (19) لسنة 2017 والمعدل لقانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006، والذي أجرى بعض التعديلات على نصوص المواد المتعلقة بعمل المحكمة الدستورية.

وكذلك الأمر في الدستور المصري (2014)، الذي نص في المادة (192) منه والمادة (25) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية، على: "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح"، وفي هذا السياق لا بد من الإشارة إلى أن الدستور المصري لعام 1971، وكذلك دستور 2012 عالجا هذا الموضوع بالصياغة نفسها الواردة في دستور 2014، إلا أنها نظمتها بموجب المادة (175) في دستور 1971 ودستور 2012.

ويضاف هذا الإطار العام الناظم لعمل القضاء الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين المادة (58) من الدستور الأردني المعدل (1952)، والتي تبنت ذات الاتجاه، حين نصت على: "تنشأ بقانون محكمة دستورية يكون مقرها في العاصمة وتعتبر هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها، وتؤلف من تسعة أعضاء على الأقل من بينهم الرئيس يعينهم الملك"، وكذلك المادة (3) من قانون المحكمة الدستورية الأردني، وجاء فيه: "أ. تنشأ في المملكة محكمة دستورية يكون مقرها في العاصمة وتعتبر هيئة قضائية مستقلة بذاتها".

أما المادة (173) من الدستور الكويتي (1962)، نصت على: "يعيّن القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها" وأكدت ذلك في المادة (1) من قانون المحكمة الدستورية الكويتي "تنشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستوري"، وما يدلل على اتباع أسلوب الرقابة القضائية في الأنظمة

القانونية المقارنة في الدراسة أن قوانينها نصت بشكل صريح على أن المحكمة تتكون من قضاة يتم تعيينهم وفقاً لآليات محددة.

ويلاحظ أن هذه الأنظمة القانونية خوّلت اختصاص الرقابة على دستورية القوانين إلى محكمة مختصة بذلك، أنشئت لهذا الغرض، بمعنى آخر أنها تبنت الرقابة المركزية بمنح اختصاص الرقابة على دستورية القانون إلى جهة مختصة دون غيرها، خلقت لممارسة هذه الوظيفة، على خلاف الدول التي تتبنى الرقابة اللامركزية، والتي تمنحها لكافة المحاكم في الدولة كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية.

وتختلف تسمية المحكمة من دولة إلى أخرى، فالقانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003) وكذلك الدستور المصري (2014) أطلق عليها "المحكمة الدستورية العليا"، بينما النظام القانوني الكويتي ويضاف إليه الأردني عرفها بأنها "محكمة دستورية"، بينما نجد مثلاً في الدستور العراقي بأنه تم تسميتها بـ"المحكمة الاتحادية العليا"، وفقاً للمادة (93) من الدستور العراقي (2005). وإن اختلفت هذه التسميات إلا أنها تتحد في الغرض الأساسي التي تهدف إلى تحقيقه، ألا وهو الرقابة على دستورية القوانين.

3. نطاق الرقابة على دستورية القوانين

لا يمكن تحقيق الهدف من الرقابة على دستورية القوانين إلا إذا انبسطت رقابة المحكمة على التشريعات كافة على اختلاف أنواعها ومراتبها، سواء أكانت تشريعات أصلية صادرة من الهيئة التشريعية أم كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها، فالمحكمة الدستورية تمارس اختصاصها على كافة التشريعات بما فيها القوانين واللوائح.

ويقصد بالقانون الخاضع للرقابة الدستورية "ما يصدر عن السلطة التشريعية طبقاً للإجراءات الخاصة التي ينص عليها الدستور"، وأشار بعض الفقهاء المصريين إلى أن الرقابة على دستورية القوانين تمتد إلى القوانين الاستثنائية التي يوافق عليها الشعب عن طريق الاستفتاء، ولا ترقى نصوصها إلى مرتبة الدستور، وإنما تحتل مرتبة أدنى من الدستور وتتقيد بأحكامه، وتكون محلاً للرقابة عليه (العوضي 2010، 34-37).

كما وتشمل هذه الرقابة القوانين الملغاة؛ لما تخلفه من مراكز قانونية تكون قد أنشئت في ظله واستمرت بعد إلغائه، وهو ما أكدته المحاكم المصرية في أحكامها، بما جاء في حكمها رقم

(31) لسنة 16 قضائية، بتاريخ 1995/4/20: "إن من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا أن إلغاء المشرع لقاعدة قانونية بذاتها لا يحول دون الطعن عليها بعدم الدستورية من قبل من طبقت عليه خلال فترة نفاذها، وترتبت بمقتضاها آثار قانونية بالنسبة إليه تتحقق بإبطالها مصلحته الشخصية المباشرة، وذلك أن الأصل في القاعدة القانونية هو سريانها على الوقائع التي تتم خلال الفترة من تاريخ العمل بها وحتى إلغائها، فإذا استعيض عنها بقاعدة قانونية جديدة سرت الواقعة الجديدة من الوقت المحدد لنفاذها، ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها. وبذلك يتحدد النطاق الزمني لسريان كل من القاعدتين، فما نشأ في ظل القاعدة القانونية القديمة من المراكز القانونية وجرت آثارها خلال فترة نفاذها يظل محكوماً بها وحدها، إلا إذا كان الإلغاء بأثر رجعي، ويتضمن إلغاء المراكز القانونية التي انشأها كافة".

وتشمل هذه الرقابة القوانين الصادرة قبل العمل بالدستور والمخالفة لأحكامه وإن كانت ملغية ضمنياً بحكم إعمال مبدأ سمو الدستور ومبدأ التدرج التشريعي؛ إلا أن رقابتها تكون مفعلة تجاهها تجنباً للفراغ التشريعي وأثره في إحداث الفوضى. وكذلك القوانين المكملة للدستور وهي ما تسمى "القوانين الأساسية". ويستثنى من هذه الرقابة التعديلات الدستورية وكذلك بعض القرارات المنقطعة الصلة بالأعمال التشريعية كالأعمال الفردية (حسين 2000، 103). ولا يوجد نص دستوري أو قانوني سواء في الحالة الفلسطينية أو الأردنية أو الكويتية حول ذلك، إلا أن هذا التوجه يمكن تبنيه في كافة الأنظمة المقارنة موضوع الدراسة.

وأكد القضاء الدستوري المصري بموجب حكمه رقم (313) لسنة 32 قضائية، وكذلك حكمه رقم (227) لسنة 20 قضائية أن اختصاص هذه المحكمة ينحصر في النصوص التشريعية مهما كان موضوعها أو نطاق تطبيقها أو الجهة التي أصدرتها؛ فلا تنبسط هذه الولاية على القرارات الفردية الإدارية، إذ لا تمتد إليها هذه الرقابة مهما بلغت درجة خطرها أو انحرافها أو خروجها عن الدستور وأحكامه، ويظل محتواها منشئاً لمراكز فردية ذاتية أو معدلة لها، وهو مركز مختلف عن المركز القانوني العام المجرد المتولد عن القانون. لذلك نجد أن المحكمة العليا بصفتها الدستورية في الحالة الفلسطينية تمسكت بعدم اختصاصها بموجب القرار رقم (2012/6)، والصادر بتاريخ 2013/3/28، وذلك بأغلبية أعضائها عدم قبول الطعن بعدم دستورية قرار رئيس السلطة

الفلسطينية برفع الحصانة البرلمانية عن النائب محمد دحلان؛ لعدم الاختصاص استناداً إلى أحكام المادة (24) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006، حيث إن هذا القرار يعتبر عملاً إدارياً.

أما بالنسبة للوائح فهي مطلقة تشمل كافة اللوائح التي يستلزمها السير العادي للإدارة مهما اختلفت تسمياتها في كل نظام قانوني مقارن في الدراسة (سرور 2000، 216).

ويعدّ التشريع غير مشروع وبالتالي يحكم بعدم دستوريته وإلغائه أو عدم تطبيقه –وفقاً للنظام القانوني المتبع في كل دولة– بسبب مخالفة قواعد الاختصاص، وذلك في حال عدم التزام كل سلطة بالاختصاصات المحددة لها في نصوص الدستور أو تجاوزها، مما يجعله مشوباً بعيب عدم الاختصاص، سواء أكان عضوياً أم موضوعياً أم زمنياً وقد يكون مكانياً (العوضي 2010).

كما وأن المحكمة الدستورية تراقب على مدى التزام التشريع للإجراءات الشكلية الواجب اتباعها سواء عند اقتراحه أو إقراره وإصداره، كأن يتم ذلك دون حضور أو موافقة الأغلبية المقررة لإصداره من الناحية القانونية أو دون تصديق رئيس الدولة عليه إن اشترط الدستور ذلك، وغيرها من الإجراءات الواجب استيفائها والمحددة بنص الدستور حتى يعد سليماً من الناحية الشكلية (العوضي 2010، 159–161).

وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، حين حكمت بعدم دستورية قانون السلطة القضائية رقم (5) لسنة 2005؛ لمخالفته الإجراءات الشكلية التي نص عليها الدستور لإصداره، وجاء في حكمها رقم (5) لسنة 2005: "إن السلطة التشريعية في مباشرتها لعملها ليس لها أن تخل بأية قاعدة لها قيمة دستورية، وأن المجلس التشريعي لا يعبّر عن الإرادة العامة إلا في الحدود المنصوص عليها في الدستور، وينبغي بالتالي أن يعمل المشرع على إقرار النصوص القانونية التي توافق الدستور في شكلها وأسسها وغايتها، وإلا تعيّن إبطالها".

وكذلك جاء في حكم المحكمة الدستورية المصرية العليا، رقم (31) لسنة 10 قضائية: "الأصل في الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا على دستورية النصوص التشريعية أنها رقابة شاملة تتناول المطاعن كافة الموجهة إليها أياً كانت طبيعتها، وأنها بالتالي لا تقتصر على العيوب الموضوعية التي تقوم على مخالفة نص

تشريعي لمضمون موضوعي لقاعدة واردة في الدستور، وإنما تمتد هذه الرقابة بوصفها رقابة مركزية للمحكمة وحدها إلى المطاعن الشكلية التي تقوم في مبناها على مخالفة النصوص التشريعية للأوضاع الإجرائية التي يطلبها الدستور، سواء ما كان متصلاً باقتراح النصوص التشريعية أو إقرارها أو إصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية، أو ما كان فيها متعلق بالشروط التي يفرضها الدستور لمباشرة الاختصاص بإصدارها بغيبة السلطة التشريعية أو بتفويضها"، وأضافت "وذلك لورود النص بصيغة عامة مطلقة، وقد يستوفي هذا القانون الشكليات والإجراءات الواجب اتباعها كافة طبقاً للدستور، ومع ذلك يعد غير دستوري؛ لمخالفته الشروط الموضوعية الواردة في الدستور، أو تجاوزاً في "غاية روح الوثيقة الدستورية".

وبالتالي يقوم اختصاص المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية التشريعات مهما اختلفت أنواعها أو تنوعت درجاتها؛ بهدف بحث مطابقتها للدستور سواء أكانت تشريعية صادرة من سلطة تشريعية أم فرعية صادرة من سلطة تنفيذية أو عدم مطابقتها، دون أن يتجاوز ذلك إلى بحث مخالفة القوانين لبعضها بعضاً أو اللوائح بعضها مع الأخر.

وإن المحكمة الدستورية في إطار ممارستها لاختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين تلتزم باتباع قواعد وضوابط معينة تتمثل بما يلي:

أ. الرقابة على الدستورية:

إن الرقابة على دستورية القوانين ينحصر مجالها في التحقق من مطابقة أو عدم مطابقة القوانين واللوائح لأحكام الدستور، وبذلك لا تمتد الرقابة للنظر في التعارض القائم بين القوانين لبعضها البعض أو اللوائح بعضها مع البعض الأخر. وكذلك الأمر لا يدخل ضمن مفهوم هذه الرقابة مدى ملاءمة اللوائح مع القوانين (زيد 2000، 364).

ب. قرينة الدستورية:

إن قرينة الدستورية تكون لمصلحة القوانين واللوائح، فالأصل أن ما يصدر عن السلطة التشريعية من قوانين والسلطة التنفيذية من لوائح يتم وفقاً للأصول القانونية الشكلية والموضوعية، فالقاضي الدستوري لا يحكم بعدم دستورية نص تشريعي وارد في قانون أو لائحة إلا إذا كان هناك تعارض واضح وقاطع لا يبقي مجالاً معقولاً للشك في احتمالية دستورية هذا التشريع (سالمان 1998، 99-100).

ج. المصلحة:

واستقر الفقه الدستوري وكذلك القضاء الدستوري على ضرورة توافر المصلحة لإمكانية الاتصال بالدعوى الدستورية، واعتبارها كقيد على ممارسة الرقابة، فلا تتعرض المحكمة للثغرة الدستورية إلا إذا كانت ضرورية للفصل في الخصومة الأصلية، بحيث يتوقف عليها الفصل في موضوع الدعوى الأصلية. فالقضاء الدستوري الفلسطيني اشترط توافر شرط المصلحة لضمان جدية الدعوى، واكتفت بتوافرها وقت رفع الدعوى، بصرف النظر عن استمراها حتى نهاية الدعوى، طالما أن المصلحة العامة باقية، وهو ما أكده حكم المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها محكمة دستورية، المنعقدة في رام الله، رقم (1) لسنة 2006، بتاريخ 2006/12/19، بنصه على:

"يتضمن الطعن مصلحة عامة قد يستفيد منه أفراد أو مجموعات من الشعب حتى ولو انتهت المصلحة الشخصية، أو توقفت للطاعن، فإن المصلحة العامة تبقى قائمة، ومن هنا فإن استمرار مصلحة الطاعن الشخصية من عدمها ليست المعيار الوحيد للقول بانتهاء المصلحة بل أنها تستهدف مصلحتين: الأولى مصلحة شخصية لرافع الدعوى، والثانية مصلحة عامة للجماعة بالدفاع عن المشروعية. فقد تزول الأولى وتبقى الثانية؛ لأن في ذلك مباشرة للرقابة الدستورية لهذه المحكمة", وأضافت أن "شرط المصلحة إنما هو ضمان يكفل جدية الدعوى، وهذه الحكمة لا تتطلب أكثر من توافر المصلحة وقت رفع الدعوى، بصرف النظر عن استمرار المصلحة الشخصية حتى نهاية الدعوى وبصدور الحكم فيها؛ لأن المصلحة العامة لا تزال مستمرة في الدعوى".

وذلك على خلاف الموقف القضائي المصري الذي استقر على ضرورة توافر المصلحة الشخصية المباشرة كشرط لقبول الدعوى الدستورية، بأن يكون النص المطعون فيه مخالفاً للدستور أو يخل بأحد الحقوق التي كفلها بما يلحق ضرراً مباشراً للمدعى؛ والتي تتحقق في حال ارتباط الدعوى الموضوعية مع الدستورية بشكل حتمي؛ بمعنى آخر أن يكون الحكم في المسائل الدستورية لازماً للفصل بشكل كلي أو جزئي في المسألة الموضوعية، وأن تستمر حتى يتم الحكم فيها (طبطبائي 2000، 39-42).

ولا بد من التأكيد على أن النصوص الدستورية والقانونية موضوع الدراسة خلت من النص الصريح على توافر المصلحة.

د. بواعث التشريع:

إن القضاء الدستوري وأثناء ممارسته لاختصاصه بالرقابة على دستورية القوانين لا يراقب على ضرورة التشريع من عدمه، فالسلطة المختصة بإصداره هي الأولى بتقدير مدى الحاجة إليه، فلا يناقش هذا القضاء ملاءمة التشريع والبواعث التي حملت السلطة المختصة لإصداره على إقراره أو مدى ملاءمته من الناحية الاجتماعية والسياسية والاقتصادية؛ لأنها من صميم اختصاصها وخاضع لتقديرها المطلق (سالمان 1998، 107-125).

4. آليات الرقابة القضائية على دستورية القوانين

إن المحكمة الدستورية تتصل بالدعوى الدستورية لبحث مدى دستورية التشريعات من خلال آليات متنوعة تختلف من دولة لأخرى، وقد تتحد هذه الآليات مع اختلاف الاجراءات المتبعة في كل دولة. ولا بد من الإشارة قبل الحديث عن هذه الآليات إلى أن الرقابة على دستورية القوانين قد تكون سابقة على إصدار القوانين، والتي تباشر في الفترة الفاصلة بين سن القوانين وإصدارها، ولهذا توصف بأنها وقائية من شأنها أن تحول دون إصدار القانون المخالف لأحكام الدستور. وقد تكون الرقابة لاحقة لإصدار التشريعات، فيقوم القاضي بالتثبت من مطابقة القانون لأحكام الدستور (المجذوب 2002، 93-94). وهو ما تنبته الأنظمة القانونية المقارنة في هذه الدراسة (الرقابة اللاحقة). وفيما يلي عرض لآليات اتصال المحكمة الدستورية بالدعوى الدستورية.

أولا: الرقابة بطريق الدعوى الأصلية

تعدّ الدعوى الأصلية دعوى قضائية قائمة بذاتها منفصلة عن غيرها من النزاعات الموضوعية، وبموجبها يحق لصاحب الشأن الذي تضرر من التشريع المخالف للقواعد الدستورية وتوافر فيه شرط المصلحة بأن أصابه ضرر أو قد يصيبه بالمستقبل رفع دعوى أمام المحكمة المختصة بشكل مباشر للنظر فيه، وحتى وإن لم يطبق عليه التشريع بعد، وللمحكمة أن تقضي بإلغائه إذا تبين عدم دستوريته أو رفض الدعوى في خلاف ذلك، دون ارتباطها بنزاع قائم أمام محكمة أخرى (الباسط 2002، 609).

ويفترض هذا النوع من الوسائل وجود نص في الدستور يخوّل إحدى المحاكم صلاحية النظر في دستورية التشريعات والنتائج المترتبة عليها (الشاعر 2005، 707).

وقد تبنى المشرع الفلسطيني هذا النوع من الرقابة؛ حين نصت المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية على: "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي: 1- بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة استناداً إلى أحكام المادة (24) من هذا القانون"، على أن تكون هذه الرقابة لاحقة للتشريعات بعد إصدارها. وبالتالي فإن هذه النصوص خولت الشخص المتضرر إمكانية الطعن بدستورية أي تشريع يعتقد بأنه غير دستوري، وينتهك أحد حقوقه وحرياته، أمام المحكمة الدستورية العليا المختصة بذلك.

وكذلك الأمر أتاحت نصوص قانون المحكمة الدستورية في الأردن والكويت إمكانية الطعن المباشر بموجب الدعوى الأصلية إلا أنها قيدتها بإجراءات وضوابط محددة لعدم زيادة الأعباء على المحكمة الدستورية بدعاوى غير صحيحة. فالمادة (60) من الدستور الأردني المعدل (1952) والمادة (9) من قانون المحكمة الدستورية فيها أجازت لثلاث جهات فقط، وعلى سبيل الحصر، إمكانية التقدم بطعن مباشر لدى المحكمة، وهم مجلس الأعيان ومجلس النواب ومجلس الوزراء، وذلك وفقاً لآليات محددة نص عليها القانون، كأن يتم تقديم الطلب موقّعاً من رئيس الجهة الطاعنة، موضحاً فيه القانون أو النظام المطعون فيه ورقمه ونطاقه بشكل محدد وصريح، مع ضرورة إرسال نسخة من هذا الطعن للجهتين الأخريين المذكورتين في القانون على سبيل الحصر، ولأي منهما أن يقدم رده إلى المحكمة خلال عشرة أيام من تاريخ تسليمه.

بينما خولت المادة (4) من قانون المحكمة الدستورية الكويتية إمكانية تقديم الطعن المباشر من مجلس الأمة أو مجلس الوزراء على سبيل الحصر دون تحديد إجراءات أو ضوابط ذلك كما هو الحال في النظام القانوني الأردني. وبالتالي يلاحظ أن كلا القانونين حصرها بجهات عليا في الدولة دون منحها للأفراد كما هو الحال في النظام القانوني الفلسطيني، إلا أنه وفي عام 2014 تم تعديل القانون الكويتي بإضافة مادة (4) مكررة، خولت بموجبه لكل شخص طبيعي أو اعتباري الطعن بالدعوى الأصلية أمام المحكمة الدستورية إذا توافرت شبهات جدية بمخالفة الدستور، وكانت له مصلحة شخصية مباشرة في الطعن، وأضافت قيود أخرى على إمكانية التقدم بهذا الطعن أن تكون صحيفة الطعن موقعة من ثلاثة محاميين مقبولين أمام المحكمة الدستورية وأن يودع الطاعن عند تقديم

صحيفة الطعن على سبيل الكفالة خمسة آلاف دينار كويتي. وبالتالي فإن الدعوى الأصلية في الكويت مقيدة بأمور محددة على خلاف المشرع الفلسطيني الذي أطلق الأمر دون قيود أو ضوابط.

بينما استبعد المشرع المصري هذه الوسيلة ضمن الرقابة على دستورية القوانين؛ وهذا ما أكده القضاء الدستوري في ذلك في حكمها رقم (1) لسنة (15) قضائية، وجاء فيه: "إن المشرع المصري لم يجز الدعوى الأصلية سبيلاً للطعن بعدم دستورية النصوص التشريعية، وإنما اشترط قيام دعوى موضوعية أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، وأن يكون هناك نص في قانون أو لائحة ترى محكمة الموضوع أنه لازم للفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليها، ويتراءى لها عدم دستوريته أو يطعن عليه أحد الخصوم بعدم الدستورية، وإذا كان المقرر أن ولاية المحكمة الدستورية لا تقوم إلا باتصالها بالدعوى اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة في المادة (29)، فمن ثم وتحقيقاً لما قصده المشرع في هذا الشأن، فإنه يجب أن تستقل دعوى الموضوع بطلبات غير مجرد الحكم بعدم دستورية نصوص قانونية معينة، وإلا كانت هذه الدعوى في حقيقتها دعوى دستورية رفعت بغير الطريق الذي رسمه القانون".

ثانيا: الدفع الفرعي

تعتبر وسيلة الدفع الفرعي أحد أكثر وسائل اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة انتشاراً وشيوعاً، وتبنتها كافة التشريعات في الأنظمة القانونية موضوع الدراسة: المادة (3/27) من قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية، المادة (13) من القرار بقانون المعدل لقانون المحكمة الدستورية الفلسطينية، المادة (29) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية، المادة (4/ب) من قانون المحكمة الدستورية الكويتية، المادة (2/60) من الدستور الأردني، والمادة (11) من قانون المحكمة الدستورية الأردنية.

يصف البعض آلية الدفع الفرعي بأنها دفاعية وليس هجومية؛ لأن صاحب الشأن ينتظر أن يطبق عليه القانون بإحدى القضايا فينازع بعدم دستوريتها عن طريق الدفع الفرعي (الجمل 1995، 157). وتفترض هذه الوسيلة وجود دعوى أمام القضاء سواء كانت مدنية أو تجارية أو جنائية، كما ويجوز إثارة الدفع بعدم دستورية نص معين أمام كافة المحاكم منها العادية بكافة دوائرها أو الخاصة مثل المحاكم العسكرية أو

محاكم أمن دولة، وكذلك أمام المحاكم والجهات الإدارية، بغض النظر إذا كانت محاكم أول أو ثاني درجة (الشاعر 2005، 813)، ويدفع أحد الخصوم في هذه الدعوى بعدم دستورية التشريع المطبق على هذا النزاع بشرط أن تتوافر لصاحب هذا الشأن مصلحة مشروعة في عدم تطبيقه.

وإذا قدرت محكمة الموضوع جدية دفع هذا الخصم، تمنحه ميعاداً معيناً لرفع دعوى أمام المحكمة الدستورية المختصة (الغالي 1997، 157)، وإذا لم يلتزم بذلك اعتبر الدفع كأن لم يكن، على ألا تتجاوز مدة الستين يوماً في الحالة الفلسطينية وفقاً لأحكام المادة (14) من القرار بقانون المعدل لقانون المحكمة الدستورية، وذلك بعد أن كانت تسعين يوما قبل التعديل. أما في الحالة المصرية فهي محددة بثلاثة أشهر، بينما لم يحدد قانوني المحكمتين الكويتية والأردنية الحد الأقصى لذلك. وتعتبر هذه المدة حتمية من ضمن النظام العام فإذا لم يتخذ الخصم الإجراءات خلال مدته يسقط حقه به، وتقضي المحكمة بعدم قبوله إذا رفع بعد ذلك من تلقاء نفسها، وإن سكت قاضي الموضوع عن تحديده يتعين على الأفراد إقامة تلك الدعوى في مدة أقصاها ثلاثة أشهر في الحالة المصرية وتسعين يوماً في الحالة الفلسطينية.

وأما إذا قدرت محكمة الموضوع أن الدفع لا تتوافر فيه صفة الجدية فلا يمكنه الطعن بذلك التشريع أمام المحكمة الدستورية المختصة، وتستمر تبعاً لذلك محكمة الموضوع بإجراءات الدعوى الأصلية مع ضرورة توضيح أسباب عدم الالتفات بالدفع غير الدستوري وفقاً لما نص عليه القانون. وللقاضي تقدير جدية الدفع، ولا يوجد معيار محدد لتميز الدفع بأنه جدي من عدمه، وإنما يقدره القاضي ذاته في القضية المعروضة أمامه، وإن استقر القضاء الدستوري المصري في تحديد المقصود بجدية الدفع أن يكون الفصل في مسألة دستورية نصاً وارداً في قانون أو لائحة متصل بالنزاع الموضوع. وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية المصرية العليا، في حكمها رقم (134) لسنة 22 قضائية، بنصها على:

"أن المادة (29) من قانون المحكمة الدستورية وبشكل قاطع في دلالته أن النصوص التشريعية التي يتصل الطعن عليها بالمحكمة الدستورية العليا اتصالاً مطابقاً لأوضاع المقررة قانوناً هي تلك التي يطرح عليها بعد دفع أحد عدم دستوريتها يبديه أحد الخصوم أمام محكمة الموضوع وتقدر هي جديتها، وتأذن لمن أبداه برفع الدعوى الدستورية".

ثالثاً: الإحالة

منح كل من المشرع في المادة (2/27) من قانون المحكمة الدستورية، والمادة (29) من قانون المحكمة الدستورية المصري والمادة (4/ب) من القانون الكويتي قاضي محكمة الموضوع إذا استشعر أثناء نظره نزاعاً معيناً سواء كان في القضاء الإداري أو العادي لجميع درجاته وكذلك الهيئات الخاصة مثل القضاء العسكري عدم دستورية نص في تشريع معينه، ولازماً للفصل في النزاع المعروض عليها، مع عدم لجوء أحد الخصوم إلى الدفع بعدم دستوريته، يمكن للقاضي وقف النظر في الدعوى وإحالتها إلى المحكمة الدستورية صاحبة الاختصاص الأصيل في المحاكم الدستورية تجسيداً لمبدأ المشروعية (فوزي 1993، 96). بينما لم يتعرض قانون المحكمة الأردنية لهذه الوسيلة. ولا بد من الإشارة إلى أن القرار بقانون رقم (16) لسنة 2017 والمعدل لقانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006 أجرى بعض التعديلات على هذه المادة من خلال حذف كلمة "قرار" و"عمل" من نطاق رقابة المحكمة في المادة (13) منه.

ويترتب على قرار الإحالة وفقاً لأحكام المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية المصرية، وتقابلها المادة (28) من قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية وقف الدعوى الأصلية وعدم قيام قاضي الموضوع باتخاذ أي إجراء أو إصدار أحكام تحول دون الفصل في الدعوى الدستورية، ويجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة من محكمة الموضوع أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي النص التشريعي المطعون فيه والنص الدستوري المدعى بمخالفته، وأوجه المخالفة فيه وإلا اعتبرت هذه الدعوى غير مقبولة لقصورها. بينما لم يتعرض النص القانوني الناظم لعمل المحكمة الدستورية في الكويت لهذه الإجراءات.

رابعاً: التصدي

يمكن للمحكمة الدستورية وأثناء نظرها في نزاع معروض عليها أن تتصدى لأي نص تشريعي وارد في قانون أو لائحة لبحث دستوريته من عدمه؛ باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل؛ فالقانون اعترف للمحاكم كافة على اختلاف أنواعها ودرجاتها بإمكانية إحالة أي نص وارد في تشريع إلى المحكمة الدستورية للبت فيه، فمن باب أولى منح هذه المحكمة صاحبة الاختصاص الأصيل صلاحية ذلك (الحلو 1995، 318).

وتفترض هذه الآلية أنه وأثناء مباشرة القاضي الدستوري لأحد اختصاصاته الواردة بنصوص القانون الناظم لعمله أن تبحث وتتصدى لأي نص تشك بعدم دستوريته، ويشترط لذلك أن يكون النص المعروض على المحكمة في إطار ممارسة اختصاصها؛ فإذا انتفى النزاع المعروض عليها أو قضت بعدم قبول الدعوى المتصلة بالنزاع المطروح عليها أو انتهاء الخصومة فيها، لا يمكن تطبيق وسيلة التصدي (اللمساوي 2009، 64-65).

وكذلك البحث بالدستورية النزاع المعروض عليها فقط دون إمكانية التصدي لأي نص قانوني آخر ليس له أية صلة بالنزاع. وهذا ما أكده قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية فالمادة (4/27) من قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية، تنص على: "إذا كانت المحكمة تناقش نزاعاً معروضاً عليها وأثناء السير في النزاع تبين للمحكمة أن هناك نصاً غير دستوري متصل بالنزاع، فلها من تلقاء نفسها أن تتصدى بأن تفصل في عدم دستوريته بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالمنازعة المطروحة أمامها حسب الأصول".

وكذلك المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية المصرية، وجاء في قرار محكمة الدستورية العليا المصرية رقم (6) لسنة قضائية 12، ما يلي: "أن نصوص قانون المحكمة الدستورية تخولها الحكم بعدم دستورية نص تشريعي يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصها ويتصل بالنزاع المعروض عليها، وذلك بعد اتباع الاجراءات المقررة لتحضير الدعوى الدستورية، بشرط أن يكون النص الذي يرد عليه التصدي متصلاً بنزاع مطروح عليها، فإذا انتفى قيام النزاع فلا يكون لرخصة التصدي من سند يسوّغ أعمالها". بينما لم يتعرض قانون المحكمة الدستورية في الكويت للتصدي بشكل صريح ضمن نصوصها، إلا أن البعض يعتقد بما أن المشرع قد أعطى للمحاكم على اختلاف درجاتها الحق في الإحالة التلقائية للمحكمة الدستورية، فلا شك بأن من حق المحكمة الدستورية أن تتصدى من تلقاء نفسها لفحص الدستورية إذا كان النص المشكوك بدستوريته متصلاً بالنزاع المعروض عليها (رمزي،2005، 894-896). أما بالنسبة إلى الحالة الأردنية فذلك يتطلب البحث باتجاهات القضاء بذلك.

5. أثر الحكم بعدم دستورية تشريع معين

تتمتع المحكمة الدستورية في الدولة بمكانة خاصة؛ لذلك تعتبر أحكامها ملزمة للكافة، وقد يترتب على حكم المحكمة بعدم دستورية نص تشريعي معين إما الامتناع عن تطبيقه أو إلغائه.

ولا بد من الإشارة إلى أن الأنظمة القانونية المقارنة المشمولة بالدراسة اعتبرت أن الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية قطعية، وتحوز على الحجّيّة المطلقة، فهي نهائية ولا تقبل الطعن بأية صورة، وتتمتع بحجية مطلقة في مواجهة الكافة سواء كانوا أفراد طبيعيين أو اعتباريين أو سلطات عامة في الدولة (الباسط 2002، 853). وهو ما نصت عليه المادة (40) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية وتقابلها المادة (48) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية: "أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن".

وأضافت المادة (49) من القانون المصري بأن: "أحكام المحكمة في الدعاوي الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمه لجميع سلطات الدولة وللكافة". أما المادة (1) من قانون دولة الكويت أفاد بأن "حكم المحكمة الدستورية ملزمة للكافة ولسائر المحاكم"، وهو الأمر الذي اتبعه كذلك قانون المحكمة الدستورية الأردنية بموجب المادة (15/أ).

أما بالنسبة للآثار القانونية التي ترتبها الأحكام الصادرة عن المحاكم الدستورية والنطاق الزماني لها، فقد اختلف موقف التشريعات المقارنة منها، وإن اتفقت النصوص القانونية في فلسطين ومصر والأردن على الإطار العام لأثارها؛ فالمادة (41) من القانون الفلسطيني اعتبرت أن حكم المحكمة بعدم دستورية نص معين يجعله محظور التطبيق بشكل عام وبأثر مستقبلي، إلا إذا تعلق الأمر بنص جزائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص محظور التطبيق، أي أنها تسري بأثر رجعي كحالة استثنائية إذا تعلقت بنص جنائي، وقد ترتب عليه حكم بالإدانة.

ولا بد من الإشارة إلى أن المادة (3/13) من القرار قانون بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية لسنة 2017 نصت على أن أثر الحكم وبشكل محدد عند الحكم بعدم دستورية أي قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام لمخالفته للقانون الأساسي يعتبر محظور التطبيق وعلى الجهة التي قامت به تصويب الوضع وفقا لأحكام القانون الأساسي، ومن هنا نلاحظ بعض التعديلات التي جاءت بها هذه المادة، حيث حصرت الحكم بعدم دستورية قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام في حين أن النص الأصلي جاء بشكل مطلق للحكم بعدم دستورية أي عمل، وكذلك لقد حذفت نصوص التعديل إمكانية رد الحق للمتظلم أو تعويضه عن الضرر أو كلاهما

معاً الواردة في نص قانون المحكمة الدستورية العليا لعام 2006.

أما القانون المصري فاتبع في المادة (49) ذات النهج العام المتبع في فلسطين في حين اعتبر أن النص غير جائز للتطبيق وليس محظوراً، واعتبرت أن هذا الأثر يسري بأثر مباشر إلا في حال تعلق الأمر بنص ضريبي أو جزائي أو نصت المحكمة خلال حكمها على ما يثبت عكس ذلك، بأن تحدد تاريخاً آخر لنفاذه. وهو ذات اتجاه القانون الأردني، فالمادة (15) منه أوضحت بأن حكم المحكمة يكون نافذاً بشكل مباشر ما لم يحدد الحكم تاريخاً آخر لنفاذه، فإذا قضت المحكمة بعدم دستورية تشريع اعتبر باطلاً من تاريخ صدور الحكم، ولكن إذا تعلق بنص جنائي بفرض عقوبة توقف تنفيذ الأحكام التي قضت بالإدانة استناداً لذلك النص وتنتهي آثارها الجزائية.

وعلى خلاف ذلك اعتبر قانون المحكمة الدستورية الكويتية أن آثار قراراتها تسري بشكل عام بالنسبة للماضي، حيث جاء في المادة (6) منه: "إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة أو عدم شرعية لائحة من اللوائح الإدارية لمخالفتها لقانون نافذ وجب على السلطات المختصة أن تبادر إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لتصحيح هذه المخالفات وتسوية آثارها بالنسبة للماضي"، بينما نصت المادة (173) من الدستور الكويتي أنه في حالة تقرير المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن، وبقراءة النصوص يمكن القول إن الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي في الكويت يتمثل بإلغاء النص بأثر رجعي، واعتباره كأن لم يكن.

وبالتالي يلاحظ أن المواد ذات العلاقة بالمحكمة الدستورية في فلسطين ومصر والأردن، اعتبرت أن النص المحكوم بعدم دستوريته لا يجوز تطبيقه، فهذه المحكمة لا تستطيع إلغاء القانون أو اللائحة، وإنما يجب أن يتضمن منطوق حكمها بعدم دستورية نص معين إلى عدم جواز تطبيقه على الوقائع والمراكز القانونية التي تحكمه، وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية الناظمة لقانون المحكمة الدستورية المصرية (رمزي، 2005، 849-851). بينما النص المطبق في الكويت فيعتبر النص المحكوم بعدم دستوريته "كأن لم يكن"، أي أنه يسري بأثر رجعي، ويكون باطلاً من تاريخ وجوده وليس من تاريخ إقامة الدعوى بعدم الدستورية (رمزي، 2005، 908).

6. الخاتمة

لا يمكن أن تقوم دولة القانون دون أن تتبنى مبدأ الرقابة على دستورية القوانين لحماية النصوص المنظمة بالدستور الذي يحتل المرتبة العليا في الهرم التشريعي، وما يفرضه من ضرورة احترام القاعدة الأدنى بما فيها التشريعات واللوائح بمختلف تسمياتها وأنواعها لهذا الدستور، فهذه المبادئ تبقى حبراً على ورق دون تفعيل الرقابة على دستورية القوانين.

وتختلف اتجاهات الدول في تنظيم موضوع الرقابة على دستورية القوانين، فمنها من تتبنى الرقابة المركزية وأخرى لا مركزية، وكذلك من الدول تتبنى الرقابة السياسية بينما في الحالات الدراسية موضوع البحث اقتصرت على الرقابة القضائية، وتتنوع آليات اتصال المحكمة الدستورية أو مهما كان مسماها في الدول التي تتنى الرقابة القضائية بالدعوى الدستورية، فمنها الدعوى الأصلية المباشرة، والدفع الفرعي، والإحالة، وأخيراً التصدي. هذا وتفضل بعض الدول اتباع الرقابة السابقة على مشاريع القوانين، وأخرى الرقابة اللاحقة على التشريعات بعد تبنيها، وليس في مراحل إعدادها. وتحكم المحكمة بعدم دستورية النص المخالف للدستور، ويختلف أثره بين كل دستور وقانون لآخر.

قائمة المصادر والمراجع

أولا- المصادر:

أ- التشريعات:

- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003، المنشور في صفحة 8 من الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز رقم (2) بتاريخ 2003/3/19.
- الدستور الأردني لعام 1952، والمعدل عام 2016: www.constituteproject.org/constitution/Jordan_2016?lang=ar
- الدستور المصري لعام 1971، والمعدل عام 2014: www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014?lang=ar
- الدستور الكويتي لعام 1962، والمعاد تفعيله عام 1992: www.constituteproject.org/constitution/Kuwait_1992?lang=ar
- قانون المحكمة الدستورية الكويتية رقم (14) لسنة 1973 وتعديلاته.
- قانون المحكمة الدستورية المصرية رقم (168) لسنة 1998 وتعديلاته.
- قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006، المنشور في صفحة 93، من الوقائع الفلسطينية، عدد رقم (62) بتاريخ 2006/03/25.
- قانون المحكمة الدستورية الأردنية لسنة 2012.

ب- الأحكام القضائية:

- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، رقم (131) لسنة 32 قضائية، بتاريخ 2014/11/8.
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، رقم (227) لسنة 20 قضائية، بتاريخ 2015/4/11.
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (20) لسنة 26 قضائية، بتاريخ 2008/5/4، المكتب الفني: 12، الجزء: 1، ص1098.
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، رقم (1) لسنة (15) قضائية، بتاريخ 1994/5/7، مكتب فني: 6، جزء: 1، ص277.
- حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (31) لسنة 16 قضائية، بتاريخ 1995/4/20.
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، رقم (89) لسنة 22 قضائية، بتاريخ 2003/2/16، المكتب الفني:10، الجزء: 1، ص920.
- حكم المحكمة العليا بصفتها الدستورية الفلسطينية، المنعقدة في غزة، رقم (5) لسنة 2005، تاريخ 2005/5/27.
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، (134) لسنة 22 قضائية، بتاريخ 2022/1/13، المكتب الفني:10، الجزء:1، ص132.
- حكم محكمة الدستورية العليا المصرية رقم (6) لسنة قضائية 12، بتاريخ 1994/5/7، مكتب فني: 6، جزء: 1، ص822.
- حكم المحكمة الدستورية المصرية العليا، رقم (31) لسنة 10 قضائية، بتاريخ 1991/12/7، المكتب الفني: 5، الجزء: 1، ص.57

ثانيا- المراجع:

- ابراهيم، تونصير. 2014. "تشريعات الضرورة دراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والمصري" أطروحة ماجستير في القانون. الجزائر: جامعة محمد حيدر.

- أبو زيد، محمد. 2000. *القضاء الدستوري شرعاً ووضعاً*. القاهرة: دار النهضة العربية.
- بدوي، ثروت. 1969. *القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر*. القاهرة: دار النهضة.
- التركماني، عمر. 2010. "القضاء الدستوري في فلسطين وفقا لقانون المحكمة الدستورية العليا، رقم (3) لسنة 2006 دراسة تحليلية مقارنة"، أطروحة ماجستير في القانون. غزة: جامعة الأزهر.
- جابوربي. إسماعيل. 2016. "نظرية الظروف الاستثنائية وضوابطها في القانون الدستوري الجزائري دراسة مقارنة." *مجلة دفاتر السياسية والقانون 1* (الجزائر)، عدد 14: 31-44.
- الجمل، يحيى. 1995. *النظام الدستوري المصري مع مقدمة في دراسة المبادئ الدستورية العامة*. القاهرة: دار النهضة العربية.
- حسين، إبراهيم. 2000. *الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء*. القاهرة: دار النهضة العربية للنشر.
- الحلو، ماجد. 1995. *القانون الدستوري*. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
- الخطيب، نعمان. 1999. *الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري*. عمان: جامعة مؤتة.
- سالمان، عبد العزيز. 1998. *قيود الرقابة الدستورية: دراسة في القيود التي تلتزم بها المحكمة الدستورية العليا عند رقابتها على دستورية التشريعات واللوائح*. القاهرة: نهضة القانون.
- سرور، أحمد. 2000. *الحماية الدستورية للحقوق والحريات*. القاهرة: دار الشروق.
- الشاعر، رمزي. 2005. *النظرية العامة للقانون الدستوري*. القاهرة: دار النهضة العربية.
- عاصم، عجيلة، ومحمد عبد الوهاب ومطهر الغرى. 1989. *القانون الدستوري مع دراسة للنظام اليمني*. القاهرة: مطبعة نهضة مصر.
- عبد الباسط، محمد. 2002. *ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية*. الإسكندرية: منشأة المعارف للنشر.
- علي، محمد. 1993. *المصلحة في الدعوى الدستورية*. القاهرة: دار النهضة العربية.
- العوضي، سامر. 2010. *أوجه عدم دستورية القوانين في الفقه وقضاء المحكمة الدستورية*. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
- الغالي، كمال. 1997. *مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية*. دمشق: منشورات جامعة دمشق.
- فوزي، صلاح. 1993. *الدعوى الدستورية*. القاهرة: دار النهضة العربية.
- اللمساوي، أشرف. 2009. *دور الرقابة الدستوري في حماية الحقوق والحريات في إطار التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية*. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية.
- متولي، عبد الحميد. 1993. *القانون الدستوري والأنظمة السياسية مع المقارنة مع المبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية*.
- المجذوب، محمد. 2002. *القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان*. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- نصار، جابر. 1996. *الوسيط في القانون الدستوري*. القاهرة: دار النهضة العربية.

جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/6)
فئة المقالات المترجمة

عاصم خليل

قابليـــة الحقـــوق الاقتصـــادية والاجتماعية للتقاضي في فلسطين:

التطبيق، الإنفاذ، ودور المحكمة الدستورية العليا

كانون أول/ ديسمبر 2017

(نسخة ثانية - منقحة)

BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

قابلية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للتقاضي في فلسطين: التطبيق، الإنفاذ، ودور المحكمة الدستورية العليا

Courting Economic and Social Rights in Palestine: Justiciability, Enforceability and the Role of the Supreme Constitutional Court

عاصم خليل
أستاذ مشارك في القانون العام، جامعة بيرزيت

Asem Khalil
Associate Professor in Public Law, Birzeit University

ترجمة الدراسة الأصلية: هند بطة، مراجعة الترجمة: نورا طه
التدقيق اللغوي: إبراهيم المصري

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/6)
فئة المقالات المترجمة

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (6/2017)
Translated Papers Module

© 2017، جامعة بيرزيت
وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقيّاً أو إلكترونيّاً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة القانون الدستوريّ في جامعة بيرزيت.
للتواصل والمعلومات بالخصوص: chairofcil@birzeit.edu

في حال الاقتباس أو التوثيق يجب أن يتم التوثيق كما يلي:
[اسم المؤلف أو المؤلفين كاملاً]، [العنوان]، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونيّة [رقم السلسلة]، وحدة القانون الدستوريّ، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، [سنة النشر].

لا تعبر الآراء الواردة في هذا المنشور تحت أي حال من الأحوال عن الموقف الرسمي لجامعة بيرزيت.

© 2017, Birzeit University
Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration

This text may be downloaded for personal research purposes. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copies or electronically, requires the consent of the Constitutional Law Unit, at Birzeit University. Requests should be addressed to : chairofcil@birzeit.edu

If cited or quoted, reference should be made as follows:
[Full name of the author(s)], [Title], Birzeit's Working Papers in Legal Studies [Series Number], Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration: Birzeit University [year of publication].

The views expressed in this publication cannot in any circumstances be regarded as the official position of Birzeit University.

بدعم من:
Supported by:
BIRZEIT UNIVERSITY
H.H. Shaikh Hamad Bin Khalifa Al-Thani Chair in Constitutional and International Law

عاصم خليل*

قابلية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للتقاضي في فلسطين:

التطبيق، الإنفاذ، ودور المحكمة الدستورية العليا**

1. المقدمة

في 23 شباط/ فبراير 2016، خرج عشرات الآلاف من المعلمين الفلسطينين إلى الشارع للتظاهر والاعتراض على أجورهم المتدنية وظروف عملهم غير المرضية. قابلت السلطة الوطنية الفلسطينية هذا التصعيد والتطور بشك وارتياب، تخوفاً من إمكانية "تسييس" هذه الاحتجاجات بسهولة، في سياق الانقسام بين فتح وحماس. وقامت قوات الأمن الفلسطينية بوضع نقاط تفتيش في المدن الكبرى في الضفة الغربية، بهدف منع معلمي المدارس الحكومية من مختلف المحافظات من الوصول إلى مدينة رام الله للمشاركة في الاحتجاجات.[1]

---

* استاذ مشارك في القانون العام، جامعة بيرزيت.

** هذه الورقة ترجمة لدراسة للمؤلف قبلت للنشر باللغة الإنكليزية في مجلة الشريعة والقانون (الإمارات)، ومن المقرر نشرها في عدد قادم. في حال وجود أية اختلافات بين النص الأصلي (بالإنكليزية) والترجمة العربية، تعتمد الدراسة الأصلية باللغة الإنكليزية. تجدر الإشارة إلى أنه لم يتم تعديل النسخة العربية لتتلائم مع التعديلات التي طرأت على قانون المحكمة الدستورية العليا نتيجة تبني القرار بقانون رقم (9) للعام 2017 والمعدل لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) للعام 2006. إلا أنه وجب التنبيه للقارئ لضرورة الاطلاع على التعديلات التي أتى بها القرار بقانون على بعض مواد قانون المحكمة الدستورية العليا والمشار إليها هنا في هذا البحث.

[1] "Palestinian security set up checkpoints to stop teachers protest," Maan News, 23/2/2016. Available at: https://goo.gl/NIvgil

جميع المواقع الإلكترونية المشار لها في هذه الدراسة، استرجعت بتاريخ 7 آذار/ مارس 2017، ما لم يشر إلى خلاف ذلك.

تركزت النقاشات الدائرة بين عامة الناس في أعقاب الاحتجاجات حول ما إذا كان هناك فعلاً حقوق للمعلمين لا تفي بها الحكومة، وإن كان الإنفاق المخصص لقطاع التعليم كافياً ومنصفاً مقارنة بالقطاعات الأخرى (الأمن، على سبيل المثال). أسئلة أخرى ظهرت على السطح في ضوء هذة الأزمة، متعلقة بمكانة حقوق الإنسان ومستوى الحرية داخل المجتمع الفلسطيني، والذي يرتبط بشكل كبير نتيجة الإجراءات التقييدية التي اتخذتها الحكومة،[2] ورفضها الاعتراف بممثلين عن هذه التظاهرات، والقيود التي فرضتها الشرطة والأجهزة الأمنية على حرية حركة المتظاهرين.[3]

يساعد هذا المثال في تكرار مقولة أن الحقوق الإقتصادية والاجتماعية مثل: الحق في العمل، والتعليم، والتمتع بظروف معيشية ملائمة، غير قابلة للفصل عن الحقوق المدنية والسياسية، مثل حظر الاعتقال والاحتجاز التعسفي، وحرية الحركة، وحرية الفكر، وحرية الاعتقاد والتعبير. هذه الخلاصة، والتي يشار إليها بشكل متكرر ضمن دراسات حقوق الإنسان، تُعلِمُنا أنه وفي مجتمع عادل،[4] لا يجب أن نُخيَّر بين أن نُقتَل بطريقة تعسفية وبين قوتنا ومورد رزقنا، أو نُخيَّر بين خصوصيتنا وحماية أسَرِنا.

تحاول هذه الورقة، بمعارضتها للنظرية التقليدية التي تفرّق بين أجيال مختلفة من الحقوق بناءً على قاعدة أن بعضها (بعض الحقوق) "سلبي" وبعضها "إيجابي"، أن توسِّع النقاش الذي يدّعي أن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية هي أيضاً تندرج ضمن حقوق الإنسان.[5] هذا الجدل له جذور قوية مرتبطة بالتطورات القانونية الرئيسة التي سادت خلال القرن العشرين، بما فيها القانون الدولي الإنساني والموجات الدستورية الحديثة.[6]

في الحين الذي يقدّم فيه القانونُ الدوليّ الحقوقَ الاقتصادية والاجتماعية على أنها وحدة متجانسة متراصة من الحقوق، فإن هذا لا يعتبر

[2] 'West Bank teachers' strike goes on despite PA crackdown,' *Al Jazeera* (9 March 2016). https://goo.gl/U7AW6Yl

[3] تجدر الإشارة إلى أن دولة فلسطين صادقت مؤخراً على معظم المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان. للاطلاع على المعاهدات التي صادق عليها الرئيس عباس عام 2014 بشكل أكثر تفصيلاً، انظر: Dalia Hatuqa, "'Paradigm shift': Palestinians join treaties", Al-Jazeera 22 April 2014. Available at: https://goo.gl/fDaCuH

[4] Jeff King, 'Introduction,' in *Judging Social Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 1.

[5] Ibid., 1-2.

[6] Ibid., 1; Cass R. Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 221; David Landau, 'The Reality of Social Rights Enforcement,' *Harvard International Law Journal* 53 (2012): 406-7.

الشكل الذي يتم تقديمها به ضمن الدساتير الوطنية.[7]

في هذه الورقة، سأسعى للإجابة عن سؤال فيما إذا كانت الحقوق الاجتماعية والاقتصادية، وكنتيجة لترسيخها ضمن الدستور الفلسطيني (القانون الأساسي للسلطة الوطنية الفلسطينية)، قادرة على أن تعتبر *حقوقاً أساسية* في فلسطين؛ وفي حال قبول هذه الفرضية، ستسعى هذه الورقة لتحديد أي من هذه الحقوق تم تأصيلها. ومما يزيد من تعقيد الحالة، حقيقة أن بعض هذه الحقوق ببساطة مفقودة من النص، وبعضها الآخر مذكورة ولكن تتمتع بمركز مختلف داخل الدستور؛ حيث إن معناها الدقيق غالباً يكون منوطاً بشكلها المكتوب في النصوص الدستورية أو مرتبطاً بتطبيقها الدقيق من قبل مؤسسات الدولة (لا سيما المحاكم).

وفي خضم هذا النقاش، سأشارك في الإجابة عما إذا كانت هذه الحقوق الاجتماعية والاقتصادية أساسية، لا سيما تلك التي تبدو ملزمة قانونياً نتيجة ترسخيها في القانون الأساسي، هي – وينبغي أن تكون– *قابلة للتقاضي*.[8] وفي الختام، سأناقش التفنيدات النظرية والعملية للاقتراح القائل بأن على المحكمة المختصة، ومن خلال إجراءات التقاضي الدستورية، أن تعمل على إنفاذ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية المذكورة في الدستور.

2. الحماية الدولية للحقوق في فلسطين.

أُنشئت السلطة الوطنية الفلسطينية بموجب اتفاقيات أوسلو الموقعة عام 1993، حيث أسست ككيان يتمتع بسلطات قضائية، شخصية، ووظيفية محدودة على أجزاء من الضفة الغربية وقطاع غزة أو ما سمي "مناطق الحكم الذاتي". ومع حقيقة أن "دولة فلسطين" (التي اعترفت بها الجمعية العامة للأمم المتحدة كدولة غير عضو عام 2012)[9] ليست دولة ذات سيادة (إلى حد الآن)، تبقى إسرائيل هي الدولة الوحيدة ذات السيادة داخل

[7] Courtney Jung, Ran Hirschl, and Evan Rosevear, 'Economic and Social Rights in National Constitutions,' *Am. J. Comp. L.* 62 (2014), 1054.

[8] King, 'Introduction,' 3.

[9] خلال أيلول/ سبتمبر 2011، قدَّم رئيس السلطة الفلسطينية، الذي يشغل أيضاً منصب رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية، طلباً لعضوية الأمم المتحدة الكاملة في مجلس الأمن. ومن أجل قبول الطلب، لا بد من الحصول على توصية إيجابية من أغلبية أعضاء مجلس الأمن (9 من أصل 15 عضواً، بما في ذلك جميع الأعضاء الخمسة الدائمين)، وأغلبية الثلثين في الجمعية العامة للأمم المتحدة. وقد رفض الطلب بعد فشله في الحصول على الأصوات اللازمة في مجلس الأمن. لمزيد من المعلومات حول السياق، انظر:
Michele K. Esposito, "Update on Conflict and Diplomacy: 16 August 2011–15 November 2011," *Journal of Palestine Studies,* 41, no. 2 (2012), 153-89.
وفي 29 تشرين الثاني/ نوفمبر 2012، اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار (A/RES/67/19) الذي يعترف بفلسطين كدولة غير عضو. وكان هناك 138 دولة مؤيدة، من أصل 193 دولة عضو في الأمم المتحدة، و 9 دول معارضة، وامتناع 41 عضواً عن التصويت.
www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/67/19

فلسطين التاريخية. وانطلاقا من كونها قوة احتلال، رفضت الحكومة الإسرائيلية بشكل متكرر الالتزام بواجبتها الدولية التعاقدية اتجاه الأراضي الفلسطينية المحتلة، حيث رفضت حتى الإشارة لالتزاماتها المترتبة بموجب المعاهدات الدولية (للجنة حقوق الإنسان، ولجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية) ضمن تقاريرها الوطنية حول حقوق الإنسان. ويتناقض هذا الموقف بشكل صارخ مع الموقف الذي تتبناه لجنة حقوق الإنسان، واللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وكلاهما كرر التأكيد على هذه الالتزامات.[10] كما أنه لا يتسق مع موقف محكمة العدل الدولية في حكمها الاستشاري المعروف لعام 2004.[11]

يرتب القانون الدولي لحقوق الإنسان التزامات على السلطة الوطنية الفلسطينية تجاه السكان الخاضعين لحكمها المباشر. إلا أنه وحتى وقت قريب، لم تكن السلطة مساءلةً أمام لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية المترتبة بموجب المعاهدة، وهي حالة قد سادت في الوقت الذي لم تكن فيه سلطة حكومية تتمتع بالقدرة المتساوية للتصديق على المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان.

فور اعتراف قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (67/19) بفلسطين كدولة غير عضو،[12] مُكنت السلطة الفلسطينية من المصادقة على المعاهدات الدولية.[13] وبتمكنها من المصادقة، تصبح السلطة الوطنية الفلسطينية محاسبة على حمايتها للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، بالرغم من أنها لا تمارس سيادة كاملة على إقليمها وسكانه. ظهرت هذه الحالة عام 2014، عندما صادقت دولة فلسطين على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

في حين أن هناك إجماعاً عالمياً على أن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية تندرج ضمن حقوق الإنسان،[14] فمن المهم الاعتراف بأن هذه الحقوق (الحقوق المدنية والسياسية، والحقوق

[10] See, Maarten Den Heijer and Rick Lawson, 'Extraterritorial Human Tights and the Concept of 'Jurisdiction,' in Malcolm Langford, Wouter Vandenhole, Martin Scheinin and Willem Van Genugten (eds.), *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 167-169.

[11] Ibid, 167-8.

[12] UNGA Res. 67/19 (November 29, 2012) UN Doc A/RES/67/19.

[13] في 1 نيسان/ أبريل 2014، صادق الرئيس عباس على عدد من المعاهدات. وشملت هذه المعاهدات ما يلي: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. انظر: Hatuqa, 'Paradigm Shift.'

[14] King, 'Introduction,' 1.

الاقتصادية والاجتماعية) تم سنهما وإقرارهما في عهدين دوليين منفصلين، هما العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. ويشكّل العهدان، إلى جانب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ما يشار إليه بـ"الشرعة الدولية لحقوق الإنسان".[15]

وعلى الرغم من أن كِلا النوعين من الحقوق هما جزء من النظام الدولي نفسه، إلا أن هناك اختلافاً يُرسم عادة بين الجيل الأول من الحقوق (بالإحالة على الحقوق المدنية والسياسة) والجيل الثاني من الحقوق (الحقوق الاقتصادية والاجتماعية بشكل أساسي). ففي الوقت الذي لعبت فيه هذه التفرقة دوراً أثناء عملية الصياغة، فإنها الآن مضللة؛ بالنهاية، ومن الناحية التاريخية، تم تقنين المعاهدتين والتصديق عليهما ونشرهما في الوقت نفسه تقريباً.

ونظراً لذلك، فإننا مدفوعون للتساؤل حول الأساس الذي يجب التمييز من خلاله بين هاتين المجموعتين من الحقوق. ويظهر تفسير معقول في إطار تنفيذ وتطبيق كلتا المجموعتين من الحقوق. وعليه، فإن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية تتطلب "تدخلاً حكومياً إيجابياً في الاقتصاد". بطريقة ليست بالمناسبة بالنسبة للحقوق الكلاسيكية.[16] ويخفي هذا التمييز التصنيفَ الذي ينشأ عادة في إطار المعرفة المنتَجة حول هذا الموضوع، والذي يفيد أن الحقوق المدنية والسياسية هي حقوق سلبية، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية هي حقوق إيجابية.[17]

وبناءً على هذه التفرقة، نستطيع أن نستخلص استنتاجاً يفيد بأن تحقيق تطبيق الحقوق الاقتصادية والاجتماعية يتطلب موارد ومخصصات في الموازنة الحكومية، في حين أن تطبيق الحقوق السياسية والمدنية لا يحتاج لذلك. ومع ذلك فإن هناك أسساً متينة للتشكيك في هذا الاستدلال. أولاً، غالباً ما تؤثر الحقوق المدنية والسياسية على ميزانية الدولة، ويلاحظ هذا التأثير غالباً في التكاليف المرتبطة بقطاع العدالة. كما يجدر الاعتراف أن التزامات الدولة تجاه الحقوق

[15] على الرغم من أن الحقوق الثقافية و الحقوق الاقتصادية والاجتماعية تشترك في النظام نفسه، غير أنني لم أتناول النوع الأول ولا على أي مستوى في هذه الورقة.

[16] Mark Tushnet, 'Comparative Constitutional Law,' in Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* 1225-1258 (Oxford: Oxford University Press, 2006), 1231.

[17] Ibid.; David S. Law and Mila Versteeg, 'The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism,' *California Law Review* 99, no. 5 (2011): 1195.

الاجتماعية والاقتصادية ليست كلها التزامات "إيجابية". بل على النقيض من ذلك، فإن التزامات الدولة تجاه التطبيق الكامل للحقوق الاقتصادية والاجتماعية يحتّم عليها أحياناً الامتناع عن أشكال معينة من الفعل، ومن الأمثلة على ذلك: الامتناع عن إنشاء احتكارات تجعل من الصعب الوفاء بحق السكن الملائم؛ حتى بالنسبة للأفراد القادرين على تحمل تكاليف السكن. حيث لا يترتب على هذا الالتزام أي تأثير مباشر على ميزانية الدولة، إلا أنه ضروري لتمتع الأفراد بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية.

يمكن إيجاد تفسير بديل للتمييز بين الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والحقوق المدنية والسياسية حسب مستوى الحاجة أو الضرورة الذي ينسب لكل موضوع مشار إليه. في الحين الذي تظهر فيه الحقوق السياسية والمدنية على أنها تفرض التزامات مباشرة على الحكومة، فإن الحقوق الاجتماعية والاقتصادية وبدلاً من ذلك، تتحقق وبحكم الواقع بشكل غير مباشر من خلال أشكال معينة من الأفعال المبرمجة. يجد هذا التفسير مزيداً من التبريرات في التعبيرات الدقيقة للمعاهدات الدولية. حيث تنص المادة الثانية من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على ما يلي: "تتعهد كل دولة عضو.. *بأن تحترم وتكفل* لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والخاضعين لولايتها الحقوق المعترف بها في هذا العهد، دون تمييز من أي نوع، مثل: الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي السياسي أو غير السياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الملكية أو المولد أو أية مكانة أخرى."

ومن ناحية أخرى، تنص المادة 1/11 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على ما يلي: "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل فرد بمستوى معيشي مناسب له ولأسرته، بما يشمل الغذاء، والملبس، والمسكن، والتحسين المستمر لظروف المعيشة. *وستتخذ الدول الأطراف الخطوات اللازمة لضمان تطبيق الحق*، مع الاعتراف بأهمية التعاون الدولي القائم على الإرادة الحرة بهذا الصدد". وقد فسرت لجنة الأمم المتحدة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فحوى هذه المادة على أنه يترتب على الدول "التزاماً أساسياً بالحد الأدنى"، وهو يتمثل في "ضمان تحقيق– وبالحد الأدنى المستويات الأساسية لكل حق من الحقوق."[18]

[18] Sunstein, *Designing Democracy*, 229-30.

وكانت الولايات المتحدة الأمريكية تاريخياً واحدة من أبرز مؤيدي التقسيم بين حقوق الإنسان،[19] باعتبارها من الدول القليلة التي صادقت على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، ولم تصادق على العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (حتى تاريخه). ويتفق هذا الموقف الدولي مع ترتيبات السياسة الأمريكية المحلية، وبالأخص ضعف الترسيخ الدستوري للحقوق الاقتصادية والاجتماعية في الدستور الأمريكي، وما يرتبط بذلك من تردد النظام القانوني الأمريكي للتعامل مع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية على أنها حقوق قابلة للتقاضي.

بالإضافة إلى ذلك، فإن العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية يتيح للدول ومن خلال المصادقة على بروتوكول اختياري استخدام آلية الشكاوى الفردية – وهو ابتكار غائب عن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. وهذا مثال آخر يقودنا للتشكيك في الاعتبارات المختلفة المتعلقة في قابلية كل من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والحقوق السياسية والمدنية للتقاضي.[20] في الوقت الحالي، هناك 21 دولة عضو فقط في البروتوكول الاختياري. لم تصادق "دولة فلسطين" على هذا البروتوكول، ولا أية دولة عربية صادقت سواء قبل الربيع العربي أو بعده. وهذا يقودنا للاستدلال على أن التصديق على العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لا ينطوي بالضرورة على تغيير المواقف اتجاه مدى قابلية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للتقاضي على مستوى القانون الدولي.

3. الحقوق المرسخّة دستورياً

لتجنب الانحراف عن الموضوع الأساسي، لا بد من التأكيد على أن هذه الورقة غير مهتمة بالالتزمات الفلسطينية المنبثقة عن معاهدات الحقوق الاجتماعية والاقتصادية وحتى ولو تم التطرق لأثر المصادقة الفلسطينية على معاهدات حقوق الإنسان الدولية، لم ننوِ في هذه الورقة أن نتتبع التزامات فلسطين المترتبة على هذه المعاهدات فيما يخص احترام وحماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية؛ بل على العكس، فقد

[19] Craig Scott and Patrick Macklem, 'Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution,' *U. Pa. L. Rev.* 141 (1992), note 45, citing D.J. Galligan. Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion (Oxford: Oxford University Press, 1990), 19.

[20] Christian Courtis, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative Experiences of Justiciability* (Geneva: International Commission of Jurists, 2008), 99, 20.

كنا ميالين أكثر لتحديد فيما إذا كان هناك ترابط منطقي واتساق بين الموقف الدولي والموقف المحلي الفلسطيني فيما يخص قابلية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للتقاضي.[21]

صادقت السلطة الفلسطينية على القانون الأساسي، الذي له مكانة دستور مكتوب وموحد يرسخ حقوق معينة كحقوق أساسية – أو على حد تعبير القانون الأساسي الفلسطيني "حقوق عامة." هذا يعني أن السلطة الفلسطينية –حتى قبل أن يتم الاعتراف بها كدولة غير عضو من قِبل الجمعية العامة للأمم المتحدة– تصرفت كدولة؛ وفقاً لدستور مكتوب وملزم مع قبول مسبق أن الحقوق الأساسية تحتاج إلى نص دستوري لتدعيمها وحمايتها. ولإيصال الفكرة بإيجاز أكثر، فإن غياب السيادة لم يكن عائقاً أمام ترسيخ السلطة الفلسطينية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية.[22]

ومع ذلك، لم يتوقف الأمر على مجرد ترسيخ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية من السلطة الفلسطينية من خلال النص الدستوري، بل تجاوز ذلك أن تبنت الحكومة مؤسسة الرقابة الدستورية على القوانين وعلى الأعمال الحكومية من قبل المحكمة الدستورية العليا. في نيسان/ إبريل 2016، قام الرئيس الفلسطيني محمود عباس بتعيين قضاة المحكمة الدستورية – مما أدى إلى إحياء العديد من الخلافات المتعلقة بشرعية المحكمة واستقلالها وأهميتها القانونية والدستورية والسياسية داخل نظام السلطة الفلسطينية. ولحين تشكيل المحكمة الدستورية، كانت المحكمة العليا مكلفة بمراجعة القضايا الدستورية. وبهذه الصفة، تم الفصل في عدد قليل من القضايا، تعلق عدد منها بالحقوق الراسخة في القانون الأساسي.

صحيح أنه، ولغاية كتابة هذه الورقة، لم تعرض قضايا تتضمن ترسيخ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية. مع ذلك، فإن ذلك لا يقلل من أهمية تناول الحالة الفلسطينية في دراستنا كمثال على قابلية الحقوق الاجتماعية والاقتصادية للتقاضي: فقلة القضايا المتعلقة بالحقوق الاقتصادية

[21] هذه الورقة لا تتناول المصادر (المحلية والدولية) للالتزامات التي تقيد إسرائيل كسلطة احتلال. ومن أجل مساهمة أكثر جودة في الإجابة عن السؤال فإن نوعاً مختلفاً من المنهجية مطلوب هنا. ومن شأن هذا الإطار أن يوفر أساساً سليماً للنظر في الالتزامات التي يفرضها القانون الدولي الإنساني والقوانين الأساسية الإسرائيلية على دولة إسرائيل فيما يتعلق بحقوق الفلسطينيين الاقتصادية والاجتماعية.

[22] لن تخصص هذه الورقة مساحة للانتقادات المحتملة حول صلاحية هذا النهج. حيث تفترض أن الافتقار إلى السيادة لا يشكل عقبة أمام الترسيخ الدستوري للحقوق الاقتصادية والاجتماعية؛ وبالتالي يمكن أن يتم تحليل فيما إذا كانت الحقوق الاقتصادية والاجتماعية قابلة للتنفيذ القضائي بعيداً عن الآثار التي يرتبها هذا الخلل على قابليتها للتطبيق.

والاجتماعية لا ينفي إمكانية أن يعرض أمام المحكمة الدستورية قضايا تتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية للبت فيها؛ وهذا الاحتمال هو ما يجعل هذه الورقة أكثر – وليس أقل – صلة بالموضوع محل الدراسة. الأهم من ذلك أن عدم وجود سوابق قضائية في المحكمة الدستورية العليا أو المحكمة العليا أو محكمة العدل العليا لا يعني أنه لا توجد نزاعات قانونية تتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية. بالنهاية، فإن عدداً من هذه النزاعات لن تصل بالضرورة ذروتها في المحكمة – مثالاً مناسباً على ذلك هي قضية معلمي المدارس الحكومية.

في 19 نيسان/ إبريل 2016، خرج آلاف العاملين في القطاع الخاص للتظاهر ضد القرار بقانون الضمان الاجتماعي الذي اعتمده الرئيس عبّاس في 2 آذار/ مارس 2016.[23] وكان لدى المتظاهرين عدد من الاعتراضات المتعلقة بإعداد القانون (الذي لم يسبقه مشاورات عامة أو اجتماعات مع ممثلين معينين)، وإقراره (بموجب المرسوم الرئاسي، وهو فعل ناتج عن تعطل المجلس التشريعي الفلسطيني منذ عام 2007)، إلا أن ذلك لم يكن بأي حال من الأحوال حدثاً مختلفاً أو متفرداً، إذ تم اعتماد مئات من القرارات بقوانين منذ عام 2007 في سياقات مماثلة، وأثارت دائما انتقادات، ولكنها لم تقم بتعبئة الجمهور أو دفعهم لإثارة اتهامات بأن القرارات بالقوانين المقترحة كانت غير ضرورية أو غير شرعية أو حتى غير دستورية. وهذا يثير تساؤلاً: ما الذي كان مختلفا في هذه الحالة؟ وكنقطة انطلاق، أعتقد أن الإجابة تتعلق بمضمون القرار بالقانون ذاته، حيث شكلت إليه نظرة عامة بأنه غير مرض، وغير مقبول، وغير عادل للعمال.

بالعودة إلى السؤال الرئيس في هذه الورقة، فإن الاضطرابات الاجتماعية التي ترافقت مع إضراب المعلمين وتبني القرار بقانون خاص بالضمان الاجتماعي، ليست سوى جزء بسيط من الأمثلة الكثيرة التي يمكن ذكرها في هذه الدراسة. وفي حالة عدم وجود سوابق قضائية، سيكون من الطبيعي نشوء خلافات قانونية ودستورية فيما يتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية؛ وهذا يصب في النقاش الذي نتبناه في هذه الورقة بأن القانون الأساسي يؤسس لفهم وتقديم الحقوق الاقتصادية والاجتماعية كحقوق قابلة للتقاضي،

[23] نشر حاملا الرقم (6) للعام 2016، في الجريدة الرسمية الفلسطينية (الوقائع الفلسطينية) في عدد ممتاز رقم (11) بتاريخ 2016/3/20. قام رئيس السلطة بإصدار قرار بقانون جديد يحمل الرقم (19) للعام 2016 ألغى القديم وقام ببعض التعديلات التي كانت هناك مطالبات بها، ونشر في الجريدة الرسمية في عدد ممتاز رقم (13) بتاريخ 2016/10/20.

كما يدعم ذلك وجهة النظر التي ترى أن المحكمة الدستورية العليا يمكن أن تستخدم الحقوق الاقتصادية والاجتماعية المرسخة قانونياً ليكون لها دور فاعل في التخفيف من حدة المنازعات القانونية؛ وذلك من خلال تقديم تفسيرات للالتزامات الدستورية التي تقع على عاتق السلطة الفلسطينية بهذا الخصوص. وسيشكل ذلك تطوراً هاماً حتى وإن كان تنفيذ هذه الحقوق متقدماً بشكل تدريجي. ولا يعد ذلك تنبوءاً بالتأكيد، وإنما هو تفسيري الخاص للطرق التي يمكن من خلالها ترسيخ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية بطريقة تعزز من قابليتها للتقاضي في فلسطين.

ويمكن أن ندرك وجود تحد واضح عندما نحيد النظر عن هذه المنازعات الدستورية والقانونية التي ترتبط وبشكل واضح بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، ففي الوقت الذي كُتبت فيه هذه الورقة، لم يتقدم أحد للمحكمة الدستورية لاستيضاح فيما إذا كان المعلمون العاملون في المدارس الحكومية يمتلكون حقوقاً اقتصادية محمية. وبالمثل، لم يكن للمحكمة الدستورية العليا أي دور في إبداء الرأي حول قرار بقانون الضمان الاجتماعي حيث لم تتم مراجعتها.

وعليه سأدعي أن قلة الادعاءات المقدمة للمحكمة الدستورية لم تقوّض الإدعاء القائل بأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية قابلة للتقاضي. ومن أجل تثبيت هذه الحجة، سنبدأ بتطوير اقتراح افتراضي سيساعد في صياغة السؤال البحثي بصورة أكثر وضوحاً. وعليه لنفترض أن معلمي المدارس الحكومية، أو العاملين في القطاع الخاص، أو ممثليهم،[24] قرروا بالفعل التقدم للمحكمة الدستورية العليا بطعن دستوري معتبرين الإجراءات الحكومية –الواردة في القرار بقانون في كلتا الحالتين– غير دستورية؛ لأنها تقوّض كل من الحقوق الدستورية وحقوق العمال؟

وبتركيزنا على هذا السيناريو الافتراضي، لا بد من البدء بالتحقق من الحجج التي يمكن تقديمها فيما يتعلق بقابلية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية في فلسطين للتقاضي؛ وبمجرد الإجابة عن هذا السؤال، يجب أن يتم دراسة تطبيقاتها في السياق محل الدراسة. ويقودنا ذلك لطرح الأسئلة التالية:

[24] وقال أحد أعضاء مجلس المفوضين في حديث مؤخر له، بأن الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، صرحّت بأنها قد تمثل المعلمين، باستكمال الإجراءات القانونية اللازمة مع التوجه نحو مقاضاة الحكومة. انظر: http://www.arn.ps/archives/177599
ومع ذلك يبدو أن الاهتمام الأساسي للهيئة لا ينصب على انتهاك حقوق اقتصادية واجتماعية، بل التركيز على حق المعلمين في الإضراب.

هل يمتلك معلمو المدارس الحكومية حقوقاً أساسية بالحصول على أجور عادلة، والحق في مستوى معيشي لائق؟ هل للعاملين في القطاع الخاص حق في الضمان الاجتماعي؟ وكيف يمكن وضع قانون عادل لتنظيم هذه المسائل؟ وكيف يمكن تحقيق التوازن بين احتياجات العاملين وأصحاب العمل من جهة، والموارد المتاحة للحكومة من جهة أخرى؟

لا أنوي تقديم إجابات على هذه الاسئلة من خلال إيراد الأمثلة ذات العلاقة – سيكون ذلك إسهاباً زائداً نظراً لأن الأمثلة ذات العلاقة محددة الفائدة من الناحية النظرية والتحليلية.[25] وبدلاً من ذلك فإن هذه الورقة ستركز على سؤال يمس جوهر الموضوع محل الدراسة، كونه أساسي من حيث المبدأ: هل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية (بشكل عام) والحقوق المتصلة بالعمل (بشكل خاص) قابلة للتقاضي في فلسطين؟

4. الحقوق الاقتصادية والاجتماعية الطموحة والقابلة للتقاضي

تتضمن معظم الدساتير قائمة بالحقوق الأساسية. وبهذا الخصوص، لا يختلف القانون الأساسي للسلطة الفلسطيني عن هذه الدساتير.[26] في القانون الأساسي للعام 2003 تندرج الحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية تحت العنوان نفسه ومن الجدير ذكره بأن القانون الأساسي يعترف بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كما الحقوق المدنية والسياسية، وذلك ضمن العنوان نفسه: "الحقوق

[25] لا يقع ضمن اهتمامات المؤلف الخوض في تفاصيل المواد المحددة التي اعترض عليها المتظاهرون في مرسوم القانون، والطلبات المحددة التي قدمها معلمو المدارس العامة، أو مسألة كيفية تعامل القانون الفلسطيني مع هذه المسائل بشكل عام. وبالمثل، فإنني لا أعتزم التطرق للأسباب الكامنة وراء طريقة استجابة المحكمة الدستوية العليا على وجه التحديد للطعون التي تتلقاها مع العلم أن هذه الأسئلة ذات أهمية عامة، إلا أن أهميتها قليلة أو معدومة على الصعيد النظري أو المقارن. وعليه وبدلاً من ذلك، تنطلق هذه المقالة من افتراض أن هذه الأحداث لها قيمة توضيحية، تساعد على توفير أرضية للمناقشة النظرية حول قابلية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للتقاضي في فلسطين ودور المحكمة الدستورية العليا في إنفاذها.

[26] دخل القانون الأساسي للسلطة الفلسطينية حيز التنفيذ في عام 2002. وفي عام 2003، اعتمدت صيغة معدلة جديدة للقانون الأساسي. في الحالات التي تستشهد فيها هذه الورقة بالقانون الأساسي، فإنها تشير إلى صيغة عام 2003. هناك العديد من النقاشات التي تحاجج ضد النظر إلى القانون الأساسي باعتباره القانون الأعلى في الأراضي الخاضعة لحكم السلطة الفلسطينية، ولمكانة السلطة نفسها بأنها ليست دولة. وتتفق هذه الورقة مع موقف المحكمة العليا بصفتها المحكمة الدستورية العليا. وبالتالي، وعليه تفترض أن القانون الأساسي هو دستور أو بمثابته –، والسلطة الفلسطينية تحمل أو حملت –مكانة شبه دولة. لمزيد من المعلومات عن القانون الأساسي للسلطة الفلسطينية، انظر:
Asem Khalil, 'Beyond the Written Constitution: Constitutional Crisis of, and the Institutional Deadlock in, the Palestinian Political System as Entrenched in the Basic Law,' *International Journal of Constitutional Law* 11 (2013): 34-73

والحريات العامة" (المادة 9–33) وليس تحت عنوان "الحقوق والحريات الأساسية".[27]

تنص المادة العاشرة من القانون الأساسي الفلسطيني أن "حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام. 2– تعمل السلطة الوطنية الفلسطينية دون إبطاء على الانضمام إلى الإعلانات والمواثيق الإقليمية والدولية التي تحمي حقوق الإنسان." ومن سمات القانون الأساسي أنه يمنح حماية عامة لحقوق الإنسان المعترف بها دولياً. غير أنه تجدر الإشارة إلى أن هذه المادة لا تثبت سمو المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان على القوانين الوطنية، ناهيك عن أنها لا تثبت سمو المعاهدات الدولية على القانون الأساسي. وتحدد المادة 9 أحكاماً واضحة بشأن المساواة كشرط أساسي، وهي سمة أساسية من سمات الدستورية الليبرالية، عندما تنص على ما يلي: "الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة."

إذن، تندرج بعض الحقوق المدنية والسياسية وبعض الحقوق الاقتصادية والاجتماعية ضمن قائمة "الحقوق والحريات العامة"، ومع ذلك تجدر الملاحظة أن القانون الأساسي يستخدم صيغاً مختلفة للإشارة إلى حقوق مختلفة. لا يمكن استنتاج الفرق بين الحقوق الطموحة (Aspirational Rights) والحقوق القابلة للتقاضي (Justiciable Rights) من خلال الكلمات المستخدمة في القانون الأساسي وحده.[28] مع ذلك، فإن الصياغة الدقيقة لحق معين من الحقوق يزودنا بنظرة أوسع وأعمق على المكانة التي يمنحها القانون الأساسي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية المختلفة.

فعلى سبيل المثال، تنص المادة 22 من القانون الأساسي على أن خدمات التأمين الاجتماعي والصحي ومعاشات العجز والتقاعد

[27] ليس محور اهتمامنا في هذه الورقة أن نناقش فيما إذا كان هذا الدستور – كنص– ناتج عن اختيار واع من قبل واضعيه، أو ما إذا ما تم إنتاجه، في عصر "السرقة الأدبية" الدستورية، عن طريق الصدفة. وكما لاحظ لانغفورد بشكل سليم أنه:

"In other instances, economic, social and cultural rights were made justiciable almost accidentally (constitutions were copied from other jurisdictions[)] or international treaties were incorporated in the constitutional order with no public pressure".

Malcolm Langford, 'The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory,' in Malcolm Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, 3-45 (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 30.

لنقاش عام حول القانون الأساسي والاستعارة الدستورية الفاشلة التي تمت، انظر: Khalil, 'Beyond,' 34-73.

[28] وهذا يفترض، بطبيعة الحال، أن المحاور الأخرى –التي ستناقش في الأقسام التالية– بخصوص القابلية للتقاضي موجودة (ولا سيما مؤسسة الرقابة القضائية وإمكانية اللجوء إلى المحكمة في حالة انتهاك الحقوق الاقتصادية والاجتماعية المعترف بها والمحمية)

تُنظّم بالقانون، قبل النص على "رعاية أسر الشهداء والأسرى ورعاية الجرحى والمتضررين والمعاقين واجب ينظم القانون أحكامه، وتكفل السلطة الوطنية لهم خدمات التعليم والتأمين الصحي والاجتماعي." وتنص المادة 25 بنصوص غير واضحة على الحق في العمل. أما فيما يخص الحق في السكن، فإن القانون الأساسي أكثر وضوحاً وصراحةً في النص عليه، فالمادة 23 تنص بوضوح على أن "المسكن الملائم حق لكل مواطن" لكنه يعود بعد ذلك ليشير إلى أن "*تسعى السلطة الوطنية لتأمين المسكن* لمن لا مأوى له."[29] أما المادة 24 فإنها واضحة بخصوص التزامات الحكومة بالنسبة للتعليم،[30] بينما تركز المادة 29 على موضوع حقوق الأطفال.[31]

واستناداً إلى المنهجية المستخدمة في دراسة مقارنة أجريت مؤخراً لدساتير مختلفة،[32] سأناقش الآن حالة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية في القانون الأساسي للسلطة الفلسطينية لعام 2003، مع الحرص على التمييز بوضوح بين الحقوق الطموحة والحقوق القابلة للتقاضي. وبغية تحقيق هذه الغاية، فإنني أميز مبدئياً بين 16 حق من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، سبعة منها هي حقوق اقتصادية (الحقوق المرتبطة بظروف العمل أو وضعه). أما التسعة الباقية فهي حقوق اجتماعية، وهي بالتالي تنطبق على جميع المواطنين. ويبين الجدول الملحق،[33] في تقديري الخاص، مختلف الحقوق الاقتصادية والاجتماعية ضمن القانون الأساسي لعام 2003.

وبإجراء مسح سريع للجدول المشار له، نجد أن القانون الأساسي الفلسطيني يتبّع النمط العام الذي تم ملاحظته في الدراسة المقارنة لـ195 دستور وطني.[34] وبينما يجدر الاعتراف بأنه من الطبيعي ومن المتعارف عليه الترسيخ والنص على الحقوق الاقتصادية والاجتماعية في الدساتير الوطنية، فإنه من الضروري أيضاً ملاحظة أن ذات الحقوق ليست منتشرة ومتعارف عليها بشكل متساوٍ. حيث ينص القانون الأساسي الفلسطيني على الحق في التعليم،[35] وهو حق معترف به

[29] تم إضافة التأكيد على الكلمات حول تأمين المسكن من قبل المؤلف.

[30] المادة 24: "1- التعليم حق لكل مواطن [...]".

[31] المادة 29: "رعاية الأمومة والطفولة واجب وطني، وللأطفال الحق في: [...]".

[32] Jung, Hirschl, and Rosevear, 'Economic and Social Rights,' 1049.

[33] انظر الصفحة الأخيرة من هذه الورقة.

[34] Ibid., 1046-7.

[35] للنقاش حول الحق في التعليم كأحد حقوق الإنسان في فلسطين انظر:

على نطاق واسع ليصبح عملياً حقاً عالمياً. بينما يغض القانون الأساسي النظر على الحق في المأكل والمشرب،[36] وهو أمر يعاد إنتاجه في الدساتير في جميع أنحاء العالم. وعلى هذا الأساس يمكننا استنتاج أنه من الخطأ الاستمرار في التعامل مع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية ككتلة من حقوق الجيل الثاني؛ ومنطقياً، فإنه من غير الملائم أيضاً اعتبارها حقوقاً إيجابية تتطلب القدر نفسه من الإجراءات الإلزامية التي تتخذها الدولة.[37]

ثانياً، من الضروري ملاحظة أن الدساتير تمنح الحقوق الاقتصادية والاجتماعية أوضاعاً أو درجة قوة مختلفة.[38] وبمعاينة أدق، يظهر أن الدستور الفلسطيني اعتمد نظاماً مختلطاً، يجمع بين الحقوق الطموحة والحقوق القابلة للتقاضي. خمسة حقوق غير موجودة (وتشمل الحق في الأجر العادل، الحق في الصحة، وفي المأكل والمشرب)، وحقين (حق الطفل وحق التعليم) من المحتمل – وضمن ظروف معينة – اعتبارها قابلة للتقاضي؛ في حين أن هناك تسعة حقوقٍ يمكن اعتبارها – على أساس أنها توفر معايير وتوجيهات للإجراءات الحكومية –في أحسن الأحوال حقوقاً طموحة.

ثالثاً، من الجدير ملاحظة أن القانون الأساسي يتضمن كماً معقولاً من الحقوق القابلة للتقاضي والحقوق الطموحة ضمن الحقوق الاجتماعية والاقتصادية. ومع الأخذ بعين الاعتبار مرجعية هذا القانون (خليط من القانون المدني والتقاليد الإسلامية)، يجدر التنبيه بأن معظم الحقوق الاقتصادية، وبالأخص المتعلقة بظروف العمل،[39] هي – وفي أحسن الأحوال– حقوق طموحة. وأخيراً، فإن توسع القانون الأساسي في الحقوق الطموحة مقابل قلة في الحقوق القابلة للتقاضي، يتطابق مع النمط المتبع في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا.[40]

'The Right to Education in Palestine,' *OECD Journal on Development* 9, no. 2 (2008): 119-131.

[36] للاطلاع على قضية المياه في فلسطين كإحدى قضايا حقوق الإنسان في فلسطين، انظر:
Simone Klawitter, 'Water as a Human Right: The Understanding of Water Rights in Palestine,' *Water Resources Development* 23, no. 2 (2007): 303–327.

[37] Jung, Hirschl, and Rosevear, 'Economic and Social Rights,' 1046.

[38] Ibid., 1046-7.

[39] لمزيد من المعلومات عن قانون العمل الفلسطيني على ضوء المعايير الدولية انظر:
Mutaz Qafisheh, 'The Inte play between International Human Rights and Labour Rights in Palestine,' *J. Islamic St. Prac. Int'l L.* 9, no. 1 (2013): 121-164.

[40] Jung, Hirschl, and Rosevear, 'Economic and Social Rights,'1069.

5. الرقابة الدستورية في فلسطين

اختارت السلطة الفلسطينية – وبعد أن تأثرت بشدة بالمثال المصري–[41] نموذج الرقابة الدستورية القضائية الذي يُعتمد بشكل كبير في بلدان القانون المدني. وعليه أنشأت محكمة متخصصة عُهِد إليها بولاية المراجعة الدستورية للقوانين وأعمال الحكومة.[42] وهذا النموذج من المراجعة الدستورية متسق مع النظام القانوني في فلسطين. وهي في الأساس بلد من بلدان القانون المدني – وهذا يعني أن نظام المراجعة القضائية اللامركزي المستخدم في كثير من بلدان القانون الأنجلوساكسوني يُستثنى استباقياً كخيار مناسب. كما أنه يتماشى بشكل وثيق مع إرثها التاريخي. فلم تخضع فلسطين – باختلاف واضح مع أمثلة لبنان والمغرب وتونس – للإرث الفرنسي، الذي تكون فيه مهمة الرقابة الدستورية مناطة بمجلس دستوري وليس محكمة. وأخيراً، فإن هذا النموذج منتشر على نحو متزايد في جميع أنحاء المنطقة.

فبعد الربيع العربي، تم تعزيزه داخل البلدان التي كانت تعتمد على هذا النموذج من الرقابة (مثل مصر)،[43] بالإضافة إلى تلك التي كانت تاريخياً أكثر مناعة تجاه سلطتها وتجاذباتها (مثل الأردن وتونس والمغرب).

تبين المادة 103 و المادة 104 من القانون الأساسي المعدّل هيكلية المحكمة الدستورية العليا وصلاحياتها، وتؤكد على أن المحكمة الدستورية العليا تُشكَّل بقانون. ولغاية تَشكُّل المحكمة الدستورية العليا، تولت المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحكمة الدستورية (راجع المادة 104). وبالاعتراف بالمحكمة العليا بهذه الصفة المؤقتة، سأشير إليها بـ"المحكمة العليا بصفتها الدستورية".

تم اعتماد "قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م" (يشار إليه فيما يلي بـ"قانون المحكمة الدستورية العليا لعام 2006") بعد مرور أربع سنوات على بدء سريان القانون الأساسي. ولم يكن متوجب على المحكمة العليا بصفتها الدستورية أن تنتظر حتى يتم اعتماد هذا

[41] للاطلاع على عرض عام حول المحكمة الدستورية العليا المصرية، انظر:
Kevin Boyle, *Human rights and democracy: the role of the Supreme Constitutional Court of Egypt* (Kluwer Law International, 1996); Lama Abu Odeh, 'The Supreme Constitutional Court of Egypt: The Limits of Liberal Political Science and CLS Analysis of Law Elsewhere' *AM. J. COMP. L.* 59 (2011), 985-1008.

[42] في هذه الورقة أقوم بالإشارة للرقابة القضائية على دستورية القوانين بمصطلح الرقابة الدستورية.

[43] *Constitutional Courts after the Arab Spring: Appointment mechanisms and relative judicial independence* (Center for Constitutional Transitions at NYU Law & Center for Constitutional Transitions and International IDEA, 2014).

القانون قبل أن تبدأ العمل كمحكمة دستورية، وبالتأكيد لم تنتظر المحكمة العليا حتى تبني ذلك القانون. فاستناداً إلى ولايتها المنشأة بموجب القانون الأساسي، ألغت المحكمة العليا بصفتها الدستورية القرار بقانون لعام 2005، الذي اعتمده الرئيس عباس، والمتعلق بالسلطة القضائية.[44]

وينص التحليل الأولي للقانون الأساسي على ما يلي: [1] إن المحكمة الدستورية العليا هي المحكمة الوحيدة التي لديها تفويض لمراجعة التشريعات وإجراءات الحكومة، وبالتالي هي التي تضمن احترام وإقرار الحقوق الاقتصادية والاجتماعية الراسخة في الدستور. [2] اعتبرت المحكمة العليا بصفتها الدستورية أن الحقوق المرسخة دستورياً هي حقوق قابلة للتقاضي؛ وعلى هذا الأساس، فمن المنطقي أن نستنتج أن المحكمة الدستورية العليا التي شُكِّلت حديثا ستشترك بهذا الموقف تجاه الحقوق المذكورة؛[45] [3] أنه في الحالات التي يكون فيها هناك خلاف حول الأهمية القانونية لحق معين (على سبيل المثال فيما إذا كان القانون الأساسي يُنشئ حقاً قابلاً للتقاضي أو فقط معياراً للعمل الحكومي)، فإن المحكمة الدستورية العليا هي الجهة المكلفة بوضع التفسير الصحيح؛ [4] فيما يتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية غير المرسخة رسمياً في القانون الأساسي، فإن المحكمة الدستورية العليا هي التي ستحدد مصادر "الدستورية". هذا يعني: لا يوجد ما يحصر المعايير الدستورية للمحكمة الدستورية العليا بالقانون الأساسي وحده.

ومع ذلك، وفي حين أن المحكمة الدستورية العليا مخولة بمراجعة دستورية أي تدبير معين، فإن المحاكم هي التي تفصل في الحالات التي تُتكبَّد فيها أضرار نتيجة لتشريع غير دستوري أو إجراءات أخرى من جانب الحكومة (المادة 3/25 من قانون المحكمة الدستورية العليا). وتنص المادة 1/41 من قانون المحكمة الدستورية

[44] خصت المحكمة الدستورية العليا بالعديد من الصلاحيات الأخرى؛ ولأغراض هذه الورقة، فإن اهتمامنا سيقتصر على صلاحية "الرقابة على دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها" و "تفسير نصوص القانون الأساسي". واستخدمت المادة 103 كلمة "غيرها"، تاركة تفسير هذه المادة مفتوحاً، لتترك مجالاً أمام توسع صلاحيات المحكمة الدستورية العليا لتشمل صلاحيات ليست تشريعية في طبيعتها. وهذا يمكن أن يتناقض مع التفسير الضيق، استناداً لقاعدة "المثل " في التفسير. وقد يفضل التفسير الضيق إذا أخذنا في الاعتبار المادة 24 من قانون المحكمة الدستورية العليا التي حددت صلاحيات المحكمة الدستورية العليا على القوانين والتشريعات. غير أن المادة 27-2 تعيدنا مرة أخرى إلى التفسير الأوسع نطاقاً. وتشير المادة 27-1، إلى جانب القانون، للسيطرة على دستورية أي "فعل". ويعزى هذا الارتباك جزئياً إلى فهم المؤلف للطريقة التي يتم بها صياغة القانون الأساسي والقوانين عموماً – وهذا يحدث غالبا عن طريق النسخ واللصق من أنظمة قضائية أخرى، دون إيلاء الاعتبار للاتساق العام.

[45] وبالطبع، فإن طريقة ترسيخ الحق، والكلمات المستخدمة لذلك، يتعلق بالنتيجة النهائية للمحكمة. انظر:
Langford, 'The Justiciability,' 30.

العليا بوضوح على ما يلي: "أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة." وتنص المادة 25 على أن الحكم بعدم الدستورية لا يعني إلغاء التشريع أو العمل مباشرة، بل وبدلاً من ذلك، تحكم بتعليق تطبيقه. وعلى هذا الأساس، فإن الجهة ذاتها التي أصدرت التشريع أو أقرت الفعل توجب إما بالتعديل أو إلغاء التشريع أو الفعل.

ولم توضح المادة 106 من القانون الأساسي لعام 2003 من يمكنه التوجه إلى المحكمة الدستورية العليا بهدف مطالبة الحكومة بالتعويض عن أي تصرف غير دستوري من جانب الحكومة. ووافقت المحكمة العليا بصفتها الدستورية في قرارها الصادر في عام 2005 رقم (2005/5) على النظر في القضية المقدمة من رابطة المحامين العرب لحقوق الإنسان (وهي منظمة غير حكومية مسجلة في غزة)، مستشهدة بالقواعد العامة التي تحكم حق الحزب في رفع دعوى قضائية عن طريق الدعوى المباشرة.

ومع اعتماد قانون المحكمة الدستورية، لم يعد ذلك الأمر إشكالية. حيث تنص المادة 1/27 من قانون المحكمة الدستورية العليا صراحة على حق "أي شخص متضرر" برفع قضية. مما يجعل نطاق رفع الدعاوى واسع جدا، الأمر الذي قد يتيح بإمكانية رفع قضية بعدم الدستورية حتى في الحالات التي تتجاوز انتهاك الحقوق والحريات الأساسية التي يحميها القانون الأساسي. هذه الحالة منسجمة بشكل معضل مع التجارب الدستورية المقارنة ففي الحالات التي يُعترف فيها بهذا الحق، كثيراً ما يخضع لشروط معينة، مثل اشتراط إثبات أن الضرر الواقع- الملموس قد أثر سلباً على حق أو حرية أساسية.

وتنص المادة 27 على تحديد السبل الأخرى التي يمكن من خلالها تسجيل الاعتراضات الدستورية: (1) الإحالة من أية محكمة إلى المحكمة الدستورية العليا لعدم الدستورية، إذا كان "قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار لازم للفصل في النزاع". (2) دفع الخصوم غير المباشر أثناء النظر في قضية أمام محكمة معينة، إذا وجدت المحكمة أن الطعن بعدم الدستورية قائم على أسس جدية. (3) للمحكمة الدستورية من تلقاء نفسها أن تتصدى بأن تفصل في عدم الدستورية بشرط أن يكون ذلك متصلاً فعلاً بالمنازعة المطروحة أمامها. لا يوجد في القانون الأساسي أو في قانون المحكمة الدستورية العليا ما يشير إلى أنه يمكن للمحكمة الدستورية اختيار عدم البت في القضية إذا قدمت من خلال إحدى الإجراءات المذكورة أعلاه.

وبالنظر إلى الصلاحيات الواسعة المعطاة للمحكمة الدستورية العليا، وحقيقة أن أي شخص متضرر يلجأ إلى التماس سبل الإنصاف من المحكمة الدستورية العليا، فقد نتوقع بسبب ذلك أن تكون المحكمة قد تعاملت مع عدد كبير من القضايا التي تتعلق بانتهاك الحقوق والحريات الأساسية، بما فيها الحقوق الاقتصادية والاجتماعية. مع ذلك، يكشف البحث الدقيق أن هذا ليس هو الواقع. والواقع أنه منذ أن أنشئت الولاية في الرقابة الدستورية لأول مرة، لم تفصل المحكمة العليا بصفتها الدستورية في قضايا من هذا النوع إلا في حالات قليلة جداً.

وتشير مراجعة القرارات التي اتخذتها المحكمة العليا بصفتها الدستورية حتى الآن إلى النقاط التالية:[46] [1] كان هناك عدد قليل نسبياً من القضايا (وهذه الميزة لافتة للنظر بشكل خاص نظراً للنطاق الواسع لنظام المراجعة القضائية المعتمد)؛ [2] في معظم الحالات، كان خيار المحكمة العليا بصفتها الدستورية تجنب المسألة الموضوعية، واستخدام المخالفات الشكلية كذريعة لإسقاط القضية. [3] تعتبر المحكمة العليا بصفتها الدستورية أن القانون الأساسي هو بمثابة "الدستور" للسلطة الفلسطينية. بحكم هذه السمة المنسوبة، فإن أي تشريع أو إجراء يتناقض مع القانون الأساسي هو غير دستوري. [4] تؤكد المحكمة العليا بصفتها الدستورية على حق أي شخص متضرر في رفع الدعوى وطلب التعويض من المحكمة. [5] ليس في قرارات المحكمة العليا بصفتها الدستورية ما يشير إلى وجود أي اختلاف جوهري في تعاملها مع الحقوق الواردة في القانون الأساسي وأية قاعدة أو مبدأ آخر وارد في هذا المصدر نفسه.

[46] وهذه هي الحالات التي تمكن الكاتب من جمعها (لم تنشرها السلطة القضائية بشكل رسمي): (1) طعن دستوري (رقم 5) لسنة 2005 تلغي قانوناً قضائياً جديداً؛ (2) طعن دستوري رقم (1) لسنة 2006 م بإلغاء قرارات المجلس التشريعي الفلسطيني. (3) طعن دستوري (رقم 1) لسنة 2009 تتعلق بالمحاكم العسكرية التي لا تزال تطبق قانون العقوبات الثوري (م.ت.ف). (4) طعن دستوري رقم (3) لسنة 2009 اعتراض على دستورية القرار بقانون (رقم 17) لسنة 2009 بتنظيم التعاملات في البورصة الأجنبية. (5) طعن دستوري (رقم 2) لسنة 2010، معارضة دستورية قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية والإجراءات الجزائية لعام 1979؛ (6) طعن دستوري (رقم 3) لسنة 2010، اعترضت على دستورية الادعاء على قضايا الأحوال الشخصية، ولا سيما قراره بإلغاء الزواج بسبب الردة. (7) طعن دستوري (رقم 2) لسنة 2011، معارضة دستورية قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية والإجراءات الجزائية لعام 1979؛ (8) طعن دستوري رقم (6) لسنة 2012 معارضة قرار الرئيس برفع الحصانة البرلمانية عن محمد دحلان. (9) طعن دستوري (رقم 1) لسنة 2013، معارضة دستورية إدراج الدين في الهوية. (10) طعن دستوري (رقم 1) لسنة 2014، معارضة دستورية القوانين الأردنية المعمول بها في الضفة الغربية. ومن المثير للاهتمام أن المحكمة العليا بصفتها المحكمة الدستورية العليا، رفضت القضايا على أسس شكلية دون الدخول في الموضوع، باستثناء الطعنين الأول والثاني (رقم 5 لعام 2005، ورقم 1 لعام 2006).

تجدر الإشارة إلى أن هناك حالات قليلة أشارت إلى الطابع الإلزامي لحقوق الإنسان (المادة 10) أو إلى الحقوق المدنية والسياسية. ومع ذلك، وكما ذُكر آنفاً، يبدو أنها لا توجد حالات تقاض تتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية. وبالنظر إلى وفرة وكثرة الأحكام التي ينص عليها القانون الأساسي والتي تنظم طرق التقاضي المختلفة ولائحة الحقوق والحريات الأساسية بوجه عام، فإنه من المحير عدم توجيه أية قضايا تتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية للمحكمة العليا بصفتها الدستورية. ومع الأخذ بعين الاعتبار المثالين المذكورين في بداية هذه الورقة، تصبح هذه المعضلة محيرة أكثر.[47]

ومع ذلك، لا يقع ضمن نطاق اهتمامي السؤال حول عدم تقدُّم الأفراد بمطالبات أو توجهم للمحكمة الدستورية العليا لإنفاذ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية القابلة للتقاضي، مع التركيز بشكل خاص على الحقوق الراسخة في القانون الأساسي. وعلى الرغم من أن هذه السؤال يبقى مفتوحاً، فإنه من الممكن برغم ذلك التأكيد بدرجة أكبر من اليقين بأن وجود هذه الحالة لا يجب تفسيره على أنه يعني بأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية غير قابلة للتقاضي في فلسطين. حيث لا تعتمد القابلية للتقاضي على الممارسة الفعلية للأطراف المتضررة لحقها في المطالبة بالتعويض عن انتهاك حق محمي دستورياً، بل تعتمد بدلاً من ذلك على وجود *الإمكانية* لذلك.

وهذا يثير التساؤل في مدى قابلية المحكمة الدستورية العليا المشكلة حديثاً، في حال تم التقدم إليها في قضايا تتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، في ممارسة دورها والمشاركة في إنفاذ هذه الحقوق؟ من خلال الأخذ بعين الاعتبار للسياق الذي حددته هذه الورقة في التعامل مع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، فإنه ليس من الضروري أن يتم تطبيق هذه الحقوق من قبل المحكمة الدستورية العليا لاعتبارها قابلة للتقاضي. في نهاية المطاف، فإن القضايا التي تنطوي على إنفاذٍ للحقوق المدنية والسياسية، تبدي المحكمة فيها قبولاً ضمنياً لمدى قابليتها للتقاضي (وهذا أمر لا مفر منه نظراً لتدعيمها في القانون الأساسي) ولكنها تجد طرقاً لعدم إنفاذها.

دعونا نعتبر وبشكل افتراضي توجه العاملين إلى المحكمة الدستورية العليا للحصول على حل لأزمتهم من خلال مؤسسة الرقابة على

[47] وسأكون ميالاً للتخمين القائل بأن ذلك يمكن تفسيره جزئياً بسبب انعدام الثقة في مؤسسات السلطة الفلسطينية عموماً، والمراجعة الدستورية على وجه الخصوص. وتضيف ممارسات المحكمة القائمة بأعمال المحكمة الدستورية العليا مزيداً من الوزن لهذه التخمينات.

دستورية القوانين. بالرجوع إلى المثالين المذكورين في مقدمة هذه المقالة، مع العلم أن كليهما يتعلق أساساً بالحقوق الاقتصادية. وفي المثالين، ستعالج المحكمة ثلاثة أسئلة: [1] ما هو مضمون الحق في العمل، مع مراعاة ترسيخ دستوريته في القانون الأساسي؟ [2] ما هي الحدود المفروضة على المؤسسات السياسية (السلطة التشريعية والحكومة) في تنظيم الحقوق المتعلقة بالعمل؟ [3] إلى أي مدى، مع الأخذ في الاعتبار السياق السياسي والاجتماعي والاقتصادي العام في فلسطين، سيكون من المناسب بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا إنفاذ هذه الحقوق القابلة للتقاضي؟

وفيما يتعلق بدور المحكمة الدستورية العليا، فإن النهج الأولي الواضح –آخذين بعين الاعتبار المناقشة السابقة حول الترسخ الدستوري للحقوق الاقتصادية والاجتماعية– هو تحديد موقف القانون الأساسي بشأن الحق في العمل والحقوق المتصلة بالعمال. وهذا واضح نسبيا، إذ تنص المادة 25 من القانون الأساسي بوضوح على ما يلي: "1– العمل حق لكل مواطن وهو واجب وشرف وتسعى السلطة الوطنية إلى توفيره لكل قادر عليه. 2– تنظم علاقات العمل بما يكفل العدالة للجميع ويوفر للعمال الرعاية والأمن والرعاية الصحية والاجتماعية. 3– التنظيم النقابي حق ينظم القانون أحكامه. 4– الحق في الإضراب يمارس في حدود القانون."

إنّ الحق في العمل مقر بشكل واضح وصريح. وعليه يستحيل على المحكمة الدستورية العليا ألا تأخذ هذا الحق في الاعتبار عندما يشار إليه صراحة في القانون الأساسي. ومع ذلك، فإن معاينة ما تبقى من المادة يعزز الرأي القائل بأن حقوق العمالة، في أحسن الأحوال، هي حقوق طموحة.

هناك طريقة واحدة للتعامل مع هذا اللغز وهي اقتراح أن للمشرِّع وللحكومة التزامات تجاه المواطنين الذين يتمتعون "بالحق في العمل". وسيكون من الصعب حقاً أن نرى كيف يمكن أن تحاجج المحكمة الدستورية العليا ضد ذلك، في مقابل ما هو منصوص عليه صراحة ضمن القانون الأساسي. ومع ذلك، فإنه لأمر مختلف بأن نحاجج أن ترسيخ "الحق في العمل" هو في حد ذاته كافٍ للمطالبة بوجود التزامات *قانونية* محددة مستمدة من حقوق العمل المحمية دستورياً.

ولذلك توجد أسباب قوية للاشتباه في أن حقوق العمل الراسخة دستورياً هي بدلا من ذلك حقوق طموحة. بالإضافة إلى ذلك، فإن هناك ترجيحاً قوياً بأن المحكمة الدستورية العليا ستشارك

في هذا الاستنتاج، مما يترك للحكومة والسلطة التشريعية واجب الوفاء بالتزاماتهما تجاه المواطنين، مما يضمن لهم أن يكونوا في وضع يسمح لهم بممارسة حقهم في العمل. وفي حالة التعليم، قد تتوصل المحكمة الدستورية العليا إلى استنتاج مختلف، ويرجع ذلك إلى حد كبير إلى طريقة ترسيخ هذا الحق، وهو اعتبار له انعكاسات قوية على الالتزامات الدستورية المفروضة على الحكومة الفلسطينية.

6. حجج ضد قابلية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للتقاضي في فلسطين

من أجل تجنب الانجراف نحو التبسيط المفرط، يلزم هنا الاعتراف بأن الوضع أكثر تعقيداً مما وصفناه لغاية هذه اللحظة. وبالإضافة إلى العقبات العملية التي تعرقل إمكانية التقاضي عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية في فلسطين، هناك أيضاً حجج قوية ضد هذا الفعل – الأهم من ذلك، أن هذه الحجج قد تنطبق حتى في الحالات التي توفر فيها نصوص الدستور سردية تدعم ظاهرياً قابلية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للتقاضي. وتكون هذه الحجج أقوى بالطبع في الحالات التي تم فيها صياغة حقوق معينة بطريقة تشير إلى أنها طموحة أوغائبة عن النص الدستوري.

وسأعرض الآن بعض الحجج المحتملة التي يمكن استخدامها ضد قابلية التقاضي للحقوق الراسخة دستورياً ومناهضة إنفاذها من قبل المحكمة الدستورية العليا من خلال مؤسسة الرقابة الدستورية.

- *الحُجة الأولى: ليس من الضروري أن يعمل الدستور على حماية جميع الحقوق والمصالح*

من السهل تفسير هذه الحجة بشكل مختصر كالتالي: لا يحمي الدستور الديمقراطي – ولا يتوقع منه– كل حق ومصلحة ينبغي حمايتها في مجتمع يضمن العيش الكريم أو في مجتمع عادل.[48]

والإجابة الواضحة لهذه الحجة هي أنه حتى لو لم تكن الدساتير *ملزمة* بذلك، فإنها ببساطة *تقوم بحماية* بعض الحقوق الاقتصادية والاجتماعية. ويبدو ذلك واضحاً من خلال الإشارة الواضحة في القانون الأساسي لعام 2003 لبعض الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، التي تُظهر تقبله نوعاً ما لحماية الحقوق المتصلة بالعمل. وفي هذا الصدد، يمكننا التمييز بين الحقوق الأخرى التي بقيت خارج نص القانون الأساسي. ويستند أساس

[48] اعتمد في الحجج الثلاث المقدمة هنا على ما ورد في هذا المرجع: Sunstein, *Designing Democracy,* 222 -235.

قابليتها للتقاضي إلى حجة مختلفة اختلافاً جوهرياً يتخطى حدود المعايير الحالية التي تتناولها هذه الورقة.

ولا تفشل الحجة ضد قابلية التقاضي في هذه المرحلة، ولكنها تجد زخماً متجدداً بالاقتراح القائل بأن الترسيخ الدستوري للحقوق الاقتصادية والاجتماعية لا يعني أن المحكمة الدستورية العليا يجب أن تحل محل السلطات التي تسن التشريعات (الحكومة والمشرع) في تنظيم سياق العمل. ومع ذلك، فإن هذا وبشفافية، ليست الحجة التي يتم تقديمها نيابة عن اقتراح قابليتها للتقاضي. وحتى أقوى مناصريها لن يحاولوا تأييد الاقتراح القائل بأن المحكمة الدستورية العليا ينبغي أن تحل مكان الحكومة أو المشرعين في تنظيم بيئة العمل. ومن الواضح أن تكليف السلطات المشرعة بمهمة الحكومة هو أمر، في حين أن الرقابة (التي تعد المراجعة الدستورية مجرد مثال عليها) هو أمر آخر.

ويمكن نقد الحجة من خلال نقطة اعتراض أخرى في إطار حجة أن التدبير المقترح يضلل عن حقيقة انعدام الثقة بين السياسيين وفي السياسة بشكل أعم. وتدعم الحجة الرأي القائل بأنهم هم الأفضل في إدارة هذه الحقوق والمصالح الاجتماعية والاقتصادية. وينبغي أن تركز الدساتير على مسائل أكثر رِفعة، مثل الدستور وفصل السلطة السياسية والقانونية. وعند إعادة النظر في محور تفكيرنا، يمكننا أن نضع هذه الحجة جانباً على أساس أنها لا تجادل في القابلية العامة أو المحددة للتقاضي عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية (الحقوق المتعلقة بالعمل في فلسطين). ومع أخذ القانون الأساسي كنقطة مرجعية لنا، يكفي أن نؤكد أن إدراج بعض الحقوق الاقتصادية والاجتماعية في النص الأساسي يفرض، ومن منظور القانون الدستوري، على المحكمة الدستورية العليا إيلاء الاعتبار اللازم لهذه الحقوق الراسخة دستورياً.

وبغض النظر عن هذه الانتقادات، يمكن أن يدفع أنصار الحجة بأن إرث الماضي يحتِّم على المحكمة رفض الادعاء المتعلق بقابلية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للتقاضي. إلا أن إرث الأحكام الظالمة والغبن في الماضي غالباً ما يكون *الأساس* الذي يمكن للمحكمة الاستناد له لتؤدي دور فعّال.

ففي جنوب إفريقيا، على سبيل المثال، قد نتوقع من المحكمة الدستورية أن تقيِّم الحق في السكن (إلى جانب النزاعات المتعلقة به) بالإشارة لإرث جنوب إفريقيا من الفصل العنصري الذي لا يزال تأثيره ملموساً ومتمثلاً بالنقص الحاد في

المساكن الذي يؤثر على جزء كبير من المواطنين. ومن غير الواقعي أن نقترح أن هذه الموروثات التي نحملها من الماضي يمكن التغلب عليها من خلال السياسة اليومية، ومما يؤكد على ذلك أن دستور جنوب افريقيا الجديد يتخذ تدمير الإرث السيء للفصل العنصري كهدف شامل له.

وعليه أقترح بأن عكس الحجة الأساسية سيكون أكثر ملاءمة. فبدلا من النظر في إرث الماضي، والتفاوتات الاقتصادية في الوقت الحاضر كأسباب للاعتراض على قابلية التقاضي للحقوق المتصلة بالعمل في فلسطين، فإنه من الأجدر أن يُنظر إلى كليهما لتوفير مبرر إضافي للمحكمة الدستورية العليا للحكم على تلك الحقوق بناء على السياق المحيط بهم. وعند القيام بذلك، ينبغي أن تأخذ بعين الاعتبار الاحتلال الإسرائيلي المستمر، والسلطات المحدودة للسلطة الفلسطينية، والتفتيت والتقسيم المستمر للأراضي والسكان الفلسطينيين.

وهذا يفرض بالطبع مزيداً من التعقيد على مسألة معقدة بالأصل؛ ومع ذلك، فإن التعقيد في حد ذاته ليس حجة ضد قابلية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للتقاضي في فلسطين.

- *الحُجة الثانية: يجب أن يحمي الدستور الحقوق الحقيقية، وعكس ذلك يعني تعريض جميع الحقوق الدستورية للخطر*

ولدفع هذه الحجة، يؤكد أتباعها أن الوظيفة المركزية للدستور هي منع الاستغلال المسيء والقمعي للسلطة الحكومية. وكامتداد منطقي لذلك، فإنه يمكننا الاستنتاج أن الحقوق المدينة والسياسية هي الحقوق الوحيدة التي يجب تضمينها في الدستور، لأن على الدستور أن يحمي الأفراد ضد عنف الدولة.

وعليه فإن الفرضية القائلة بأن على الدستور أن ينص على استحقاقات خاصة *توفر الحماية* من قبل الدولة يتم دحضها بشكل كامل. وتصل هذه الحجة في أبعد حدودها إلى أن إدراج الحقوق الاقتصادية والاجتماعية يمكن أن يعرض الحقوق الدستورية بأجمعها للخطر. وفي أسوأ الأحوال وبوجود بعض الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، يجب على المحاكم عدم إنفاذها أو حتى الاعتراف بها كحقوق قابلة للتقاضي من أجل حماية وتعزيز الحقوق "الحقيقية". وهذه الحجة بالطبع تنطلق من افتراض مسبق، بأن الحقوق المدنية والسياسية هي حقوق *سلبية*، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية هي حقوق *إيجابية*– حيث

يُفهم كل من المصطلحين على أنهما قطبا تدخل الدولة في إنفاذ تلك الحقوق.

إن التناقض الثنائي المطروح يشكل بالطبع إشكالية عميقة – ففي نهاية المطاف، تتطلب العديد من الحقوق المدنية والسياسية، مثل الحق في الملكية وحرية التعبير والتنقل، قدراً معيناً من الإجراءات الحكومية. وفي الوقت ذاته، فإن العديد من الحقوق "الإيجابية"، مثل الحق في مستوى معيشي لائق، تتطلب من الحكومة احترام الحريات الفردية، وبالتالي مقاومة الإغراء لفرض احتكارات على بعض المنتجات أو السلع أو الخدمات.

كما تؤكد المادة 25 من القانون الأساسي على هذه النقطة المهمة والمحورية. ففي حين أن الفقرتين الأولى والثانية من المادة تنصان على إجراءات إيجابية من جانب الحكومة، فإن الحقوق المنصوص عليها في الفقرتين الثالثة والرابعة (التي تتعلق بحقوق التنظيم النقابي والحق في الإضراب) تعتبر "حقوقاً سلبية" (وبمعنى آخر أنها لا تتضمن تدخلاً مباشر من قبل الحكومة، إلا أن هذا التمييز تصعب إدامته. فعلى أي أساس يمكن أن نميز الحقوق الاقتصادية والاجتماعية المتعلقة بالعمل عن تلك الحقوق المدنية والسياسية الضرورية لتطبيق "الحق نفسه (المحمي دستورياً) والمتعلق بالعمل"؟

ويمكن طرح نقاش مفاده أن تطبيق وإنفاذ الحقوق *الإيجابية* يتطلب توفير موارد غالباً ما تكون ناقصة؛ وعليه لا ينبغي، منطقياً، أن تدرج الحقوق الاقتصادية والاجتماعية في الدستور، وذلك بسبب الضغوط التي تضعها على الموارد المحدودة. وحتى لو أُدرجت في الدستور، فلا ينبغي أن تفرض المحكمة تطبيقها، على أساس أنها غير قادرة من الناحية الفنية، وتفتقر إلى الشرعية الديمقراطية – فتكون بدلاً من ذلك موازنة الموارد العامة والأولويات الوطنية من اختصاص السياسيين.

ومع ذلك، فإن منطق هذه الحجة فشل في كفاحه ضد إدراج الحقوق الاقتصادية والاجتماعية. وعلى الرغم من ذلك، فإن تحقيق العديد من الحقوق السلبية مثل حق الوصول إلى العدالة، على سبيل المثال، يتطلب موارد كبيرة، وغالباً ما يشكل جزءاً كبيراً من ميزانية أية دولة. وإذا أردنا أن نتبنى هذه الحجة من أجل تحقيق استنتاجها المنطقي، فسوف ينهار نظام حماية حقوق الإنسان برمته. بالمحصلّة، فإن هذه الحجة تدحض أيضا بالحقائق التالية: [أ] وُضِعَ القانون الأساسي بطريقة تشمل نظاماً لحماية بعض

الحقوق والحريات الأساسية؛ [ب] اعتماد الفلسطينيين لمؤسسة الرقابة الدستورية، التي تبنت العديد من الحجج النظرية (بعضها سليمة)، أدى للعمل بالاتجاه المعاكس.

- *الحُجة الثالثة: يمكن للحكومة تلبية احتياجات الناس بطرق أخرى عديدة*

ومن الواضح أنه لا يمكننا أن ننتقد انتهاك الحكومة للحقوق السلبية، بالتزامن مع قبول حالة عدم تلبية احتياجات شعبها الدنيا. والحجة التي تستخدم للرد على ذلك تتمثل في القول بأن هناك طرقاً أخرى إلى جانب قابلية التقاضي وقابلية الإنفاذ، التي يمكن من خلالها تلبية احتياجات الناس. وتتمثل إحدى هذه الطرق في توفير حوافز تضمن قدرة الناس على تمكين أنفسهم. وهنا ستكون الابتكارات الديمقراطية – بدلاً من الابتكارات الدستورية– الحل الأمثل في هذا الصدد.

مرة أخرى، محاولة بناء ثنائية خادعة هي في جوهرها إشكالية. فإدراج بعض الحقوق الاقتصادية والاجتماعية في الدستور لا يقصد به أن تكون الأخيرة بديلاً عن الأدوات الديمقراطية. فهذه الحقوق لا تحقق التداول الديمقراطي ولكنها تساعد على توفير قوة دفع سياسية، تعمل على توجيه الانتباه إلى المسائل المهمة التي يمكن بعكس ذلك إهمالها أو التغاضي عنها. وتدعم هذه الحقوق التداول الديمقراطي أيضاً، عن طريق تعزيز العملية الديمقراطية وتوطيدها. وهذا الترابط المستمر بين الحقوق السياسية والاقتصادية يوفر رداً قوياً على أولئك الذين يواصلون تقديم الرأي الذي يصب لصالح نموذج "شبكة الأمان" المحدد. والحجة الأساسية التي يمكن أن نسوقها مقابل ما سبق هي أن الديمقراطية تتطلب فعلاً قدراً من الاستقلال والأمن لكل فرد؛ خصوصاً لأولئك الذين يعيشون في ظروف يائسة.

من الضروري كذلك الاعتراف بأن العملية الديمقراطية الفلسطينية قد توقفت بشكل كامل (عقدت انتخابات حرة عامي 1996 و2006)؛ فالمجلس التشريعي الفلسطيني غير قادر حالياً حتى على الاجتماع، ناهيك عن التشريع أو ممارسة الرقابة على أعمال الحكومة الحالية. ومنذ عام 2007، لم تخضع إجراءات الحكومات الفلسطينية المتعاقبة لموافقة المجلس التشريعي الفلسطيني. وقد نجت الميزانيات السنوية أيضاً من التدقيق مع الرئيس عباس الذي يحكم من خلال القرارات بقانون والمراسيم التنفيذية.

وبالنظر إلى هذا الغياب الكامل للرقابة والمساءلة، فإن هناك خللاً جوهرياً في محاولة

تطوير حجة ضد المحكمة الدستورية العليا على أسس قصور ديمقراطي، أو المحاججة بأن المحكمة الدستورية العليا هي قاصرة ديمقراطياً.

- *الحُجَّة الرابعة: لن يتم إنفاذ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية التي يتم تضمينها في الدستور من قبل المحاكم*

من الممكن معارضة قابلية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للتقاضي على أساس أن لها بعداً سياسياً وبالتالي ينبغي تركها للمؤسسات السياسية للبت فيها. وفي حين أنه اهتمام مشروع بتمييز الجوانب السياسية لأي حق، فإنه أصبح مقبولاً الآن وعلى نطاق واسع أن تخضع العديد من المسائل السياسية –بما في ذلك المسائل المتصلة بفصل السلطات، وعدم المساواة في الانتخابات، وما إلى ذلك– بصورة شرعية للولاية الدستورية.[49]

ومع ذلك، واستكمالاً للحجة المقدمة – فمن الممكن أن تفضِّل المحاكم الامتناع عن إنفاذ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية حتى لو كانت راسخة دستورياً. ويرجع ذلك في المقام الأول لعدم تحديد الموضوع المرجعي؛ وفي الدرجة الثانية، قد يرجع ذلك إلى افتقار المحكمة إلى الشرعية الديمقراطية والقدرات المؤسسية.[50]

وفي السياق الفلسطيني، قد تساهم هذه العوامل في تفسير السبب وراء مقاومة المحكمة العليا بصفتها الدستورية في حينه للتدخل في إنفاذ الحقوق الراسخة. وغالبا ما يرتبط القلق بشأن القدرة المؤسسية بالخوف من أن أي محاولة من قبل المحاكم لتولي دور إداري سوف تضع العملية الدستورية برمتها موضع تساؤل وربما تساهم في الطعن فيها بل وتحديها.[51] وتذهب الحجة إلى أنه ليس للمحاكم أن تتولى هذه الوظيفة الإدارية بتحديد توزيع الموارد الشحيحة أو ترتيب الأولويات.[52]

وينبغي الاعتراف بأن ترسيخ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية لا يعني بالضرورة أن المحاكم ستنفذها. ومما يؤكد على هذه النقطة مثال الهند، حيث كانت السلطة التشريعية، وليس القضائية، من عُهد إليها بشكل مباشر بإنفاذ القانون.[53] وفي تلك الحالات التي يكون فيها الدستور غير واضح أو غير حاسم، فإنه من الصحيح أن المحاكم تختار أحياناً عدم تفعيل

[49] Antonio Carlos Pereira-Menaut, 'Against Positive Rights,' *Val. U. L. Rev.* 22 (1987-1988): 378.

[50] Landau, 'The Reality of Social Rights,' 408.
[51] Sunstein, *Designing Democracy,* 223.
[52] Landau, 'The Reality of Social Rights,' 406-7.
[53] Sunstein, *Designing Democracy,* 224.

دورها في إنفاذ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية (كما هو الحال مع المحكمة العليا بصفتها الدستورية). وفي بعض الحالات، يمكن أن يعزى ذلك إلى الفهم المسبق بأن دورها يقتصر على المسائل القانونية البحتة؛ وفي حالات أخرى، قد يعزى ذلك إلى الرغبة في تجنب الجزاءات أو التداعيات من فروع الحكومة الأخرى أو عامة الجمهور.[54]

ومع ذلك، فإن الفحص الدقيق للسجل التجريبي في جميع أنحاء العالم يدل على أن هذا التردد والتحفظ لم يثبت على نطاق واسع. بل على النقيض من ذلك، اعتمدت المحاكم في كثير من الأحيان مجموعة متنوعة من الطرق من أجل إنفاذ وتعزيز الحقوق الاقتصادية والاجتماعية. وتعد نماذج الإنفاذ الفردية أو السلبية، بالإضافة إلى نموذج الإنفاذ الضعيف، أمثلة على إنفاذ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية التي لا تتطلب تدخلاً واسع النطاق في السياسة العامة.[55] ومن المتصور أيضاً، أن تستند المحكمة الدستورية العليا إلى أي من هذه النماذج أيضاً، مع تيقنها أنه من غير المحتمل أن يثير ذلك غضب أو استياء السلطة التنفيذية.

7. الخاتمة

بالاستناد إلى استنتاجات الدراسات المقارنة الدستورية النظرية والتجريبية حول الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، يمكننا تقديم عدد من الاستنتاجات الوصفية التي تجادل لصالح دستورية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، مما يؤكد من جديد ضرورة أن تكون هذه الحقوق قابلة للتقاضي ومدعمة من محكمة دستورية.

ولتدعيم هذه الاستنتاجات، أؤكد أيضا على قدرة المحكمة الدستورية العليا على إنفاذ ودعم الحقوق الاقتصادية والاجتماعية المشار إليها وفي حالة فلسطين، يمكن الإدّعاء وبقوة بأن بعض الحقوق الاقتصادية والاجتماعية (مثل الحق في التعليم، والحق في السكن الملائم، وحقوق الأطفال) هي حقوق قابلة للتقاضي.

ومما يزيد التأكيد على ذلك ملاحظة أن هذه الحقوق راسخة في النص الدستوري ونظرياً (بدلاً من التأكيد التجريبي) محمية من قبل صلاحيات المحكمة الدستورية العليا في الرقابة الدستورية وحق الفرد في المطالبة بهذه الحقوق ودعمها. ومع ذلك، هناك عدد من العوامل المعقدة في هذا الصدد –وهي تشمل لغة القانون الأساسي (الذي يعزز الانطباع بأن هذه الحقوق عبارة عن

[54] Landau, 'The Reality of Social Rights,' 406-7.
[55] Ibid., 407-408.

معـايير أو مبـادئ توجيهيـة لعمـل الحكومـة)، بالإضـافة إلـى الغيـاب الواضـح لـبعض الحقـوق الاقتصادية والاجتماعية. فالحجج التي تقف عائقاً أمـام إنفـاذ الحقـوق مـن قِبَـل المحـاكم، والتـي تجـد أسسها في أوجه القصور الديمقراطية وفي ضعف المؤسسات وعدم أهليتها هي –كما رأينا بالفعل– تبنـي إشكالية عميقة؛ فالمحـاكم العليا والدستورية تعمل على إنفاذ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية بطرق مختلفة وعلى مستويات مختلفة؛ إلى جانب ذلـك، يمكـن للمحـاكم نفسـها أن تفـرض الحقـوق الاقتصادية والاجتماعية بشكل مختلف مع مرور الوقت.

إن التحليل الواقعي للحالة الراهنة للحقوق داخل الأراضـي الخاضـعة للسلطة الفلسطينية قد يوحي بوجهة نظر متشائمة حول تدخل المحكمة الدستورية العليا فـي تطبيـق الحقـوق الاقتصـادية والاجتماعيـة فـي فلسـطين. وسـيتعزز هـذا التقيـيم التشاؤمي بسبب الدور المحدود للقرارات الدستورية (بالإشـارة إلـى المحكمـة العليا بصفتها الدستورية) والشكوك المتعلقة بشرعية القضاة الذين تم تعيينهم فـي المحكمـة الدسـتورية العليـا. وعلـى نحـو أكثـر تفاؤلاً، ليس هناك سبب يؤدي لانعكاس حالة خيبة الأمـل تجـاه الوضـع الـراهن علـى الوضـع المستقبلي. فـإذا قـررت المحكمـة الدسـتورية العليـا أداء واجباتها، كما يقترح هذا البحث، فإن القانون الأساسـي يـوفر الأسـاس لهـذا التحـول. وفـي حـال كان هناك مشاركة أكثر فعالية من جانب المحكمة الدستورية العليا، فإن العديد من المداخل القضائية المتاحـة لتطبيـق الحقـوق الاقتصـادية والاجتماعيـة في فلسطين تكشف نفسها:

[1] يمكـن تحقيـق ذلـك عـن طريـق إنفـاذ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية المنصوص عليها بشكل مباشر في القانون الأساسي، وربطها بشكل غير مباشر بـالحقوق المدنيـة والسياسـية، أو حتـى بالإشارة إلى شرط المساواة بوجه عام.

[2] ويمكن تحقيق ذلك أيضـا مـن خـلال الإشـارة العامـة لحقـوق الإنسـان الـواردة فـي المـادة 10 مـن القـانون الأساسـي، مـع الاسـتفادة مـن الالتـزام بـاحترام هـذه الحقـوق المعتـرف بهـا دوليـا وتـدعميها. ولهـذه الطريقـة إمكانـات خاصـة فيمـا يتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية التي تغيب عـن نـص القـانون الأساسـي أو تلـك المصـاغة بطريقة تؤدي إلى تفسيرها على أنها معايير تحكم السياسة العامة بدلاً من كونها حقوقاً أساسية.

[3] مـن الممكـن أن تسـتخدم المحكمـة الدسـتورية العليـا القـانون الـدولي –فـإن تصـديق فلسطين مؤخراً (عام 2014) على العهد الدولي

الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية له أثر خاص في هذا الصدد. ومن شأن ذلك أن يعطي مزيداً من الأهمية للحجج التي تصر على الطابع الإلزامي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية داخل الاختصاص الوطني، مع التركيز بشكل خاص على تلك التي لا تتعارض مع نص القانون الأساسي.

[4] ومن الممكن أيضا للمحكمة الدستورية العليا أن تطبق الحقوق الاقتصادية والاجتماعية بشكل سلبي. ويمكن تحقيق ذلك من خلال استعراض الإجراءات التي تتخذها السلطة الفلسطينية، وأمر الحكومة بالامتناع عن إعاقة تطبيق هذه الحقوق. ولا يتطلب أي من هذين المسارين الاستخدام المكثف أو المستدام للموارد العامة.

[5] يمكن للمحكمة الدستورية العليا أن تقرر إنفاذ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية على أساس فردي، وبالتالي إنفاذ العدالة في حالة محددة. ومن شأن ذلك أن يساعدها على تجنب التدخلات واسعة النطاق في السياسة العامة التي يمكن أن تؤثر على الميزانية العامة.

إن تغيير موقف المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية لا يجب أن يكون فورياً. ولم يكن هذا هو الحال بالتأكيد في معظم البلدان التي حققت إقامة دولة في أعقاب الصراع. وبناءً على هذه الأمثلة الأوسع نطاقاً، يبدو من المرجح أن يحدث هذا التغيير بصورة تدريجية، حيث يتخذ القضاة الفلسطينيون خطوات صغيرة، ويتخطون بشكل متقطع ومبدئي ما هو مألوف من الوضع القانوني الراهن.[56] وقد يتخذ هذا التقدم البطيء شكل إنفاذ فردي، أو الربط غير المباشر بين الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والحقوق المدنية والسياسية، أو من خلال الإنفاذ السلبي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية. وبدلاً من ذلك، قد تفسر المحكمة الدستورية العليا المادة 10 بطريقة تدمج حقوق اقتصادية واجتماعية جديدة في النص.

وفي الختام، ينبغي أن نعترف أن إمكانية أن تكون أفعال قضاة المحكمة الدستورية العليا مدفوعة بما يرتؤونه بالقيم الأساسية للنظام الدستوري الفلسطيني – في ظل هذه الظروف المتفائلة فإن المساواة والعدالة والحقوق الأساسية ستصبح بمثابة القوة الدافعة نحو الإصلاح الدستوري.

[56] King, 'Introduction,' 1,2, 9.

Bibliography

Ackerman, Bruce. "Revolution on a Human Scale." *YALE L. J.* 108 (1999): 2279.

Ackerman, Bruce. "The Living Constitution." *HARV. L. REV.* 120 (2007): 1737.

Ackerman, Bruce. "The New Separation of Powers." *HARVARD LAW REVIEW* 113 (2000): 633.

Al-Qasem, Anis. "Commentary on Draft Basic Law for the Palestinian National Authority in the Transitional Period." *VII PALESTINE YBK. INT'L. L.* VII (1992-4): 187.

Al-Qasem, Anis. "The Draft Basic Law for the Palestinian National Authority." In *THE ARAB-ISRAELI ACCORDS: LEGAL PERSPECTIVE*, edited by E. Cotran and M. Chibli, 101. 1997.

Andoni, Lamis. "The PLO at the Crossroads." *JOURNAL OF PALESTINE STUDIES* 21, no. 1 (1991): 54-65.

Arjomand, Saïd Amir. "Constitutional Development and Political Reconstruction from Nation-Building to New Constitutionalism." In *CONSTITUTIONALISM AND POLITICAL RECONSTRUCTION*, edited by Saïd Amir Arjomand, 3. 2007.

Aruri, Nasser H., and John J. Caroll. "A New Palestinian Charter." *JOURNAL OF PALESTINE STUDIES* 23 (1994): 5.

Barak-Erez, D., and A. Gross. "Introduction: Do We Need Social Rights." In *Exploring Social Rights*, edited by D. Barak-Erez and A. Gross, 1. Hart Publishing, 2007.

Berggren, Niclas, Nils Karlson, and Joakim Nergelius. "Introduction." In *WHY CONSTITUTION MATTER*, edited by Nils Karlson, & Joakim Nergelius Niclas Berggren. 2000.

Bix, Brian H. "Legal Positivism." In *THE BLACKWELL GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY*, edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson, 29. n.d.

Bogdandy, Armin von. "The Past and Promise of Doctrinal Constructivism: A Strategy for Responding to the Challenges Facing Constitutional Scholarship in Europe." *INT'L J. CONST. L.* 7 (2009): 364.

Brown, Nathan J. "Constituting Palestine: The Effort of Writing a Basic Law for the Palestinian Authority." *MIDDLE EAST J.* 54 (2000): 25.

Brown, Nathan. *The Third Draft Constitution for the Palestinian State: Translation and Commentary.* Ramallah: Palestinian Center for Policy and Survey Research, 2003.

Choudhry, Sujit. "Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law." In *THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS*, edited by Sujit Choudhry, 1. Cambridge University Press, 2006.

Constitutional Courts after the Arab Spring: Appointment mechanisms and relative judicial independence. Center for Constitutional Transitions at NYU Law & Center for Constitutional Transitions and International IDEA, 2014.

Courtis, Christian. *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative Experiences of Justiciability.* Geneva: International Commission of Jurists, 2008.

Dajani, Omar M. "Stalled between Seasons: the International Legal Status of Palestine during the Interim Period." *DENVER JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND POLICY* 26 (1997): 27.

Den Heijer, Maarten, and Rick Lawson. "Extraterritorial Human Tights and

the Concept of 'Jurisdiction." In *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, edited by Malcolm Langford, Wouter Vandenhole, Martin Scheinin and Willem Van Genugten, 153-191. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Duverger, Maurice, Arend Lijphart, and Gianfranco Pasquino. "A new political system." *EUR. J. POL. RESEARCH 125* 31 (1997): 125.

DWORKIN, RONALD. *TAKING RIGHTS SERIOUSLY .* Harvard University Press, 1977.

Dyzenhaus, David. "Intimations of legality amid the clash of arms." *INT'L J. CONST. L.* 2, no. 2 (2004): 244.

Epstein, Lee, and Jack Knight. "Constitutional borrowing and nonborrowing." *INT'L J. CONST. L.* 1 (2003): 196.

Fabre, Cécile. *Social Rights Under the Constitution: Government and the Decent Life.* Oxford: Oxford University Press, 2000.

Fallon, Richard H. "Legitimacy and the Constitution." *HARV. L. REV.* 118 (2005): 1787.

Galligan, D. J. "The Paradox of Constitutionalism or the Potential of Constitutional Theory." *OX. J. LEGAL STUD.* 28 (2008): 343.

Gillman, Howard. "From Fundamental Law to Constitutional Politics - And Back." *LAW & SOC. INQUIRY* 23 (1998): 185.

Go, Julian. "A Globalizing Constitutionalism? Views from the Postocolony." In *CONSTITUTIONALISM AND POLITICAL RECONSTRUCTION*, edited by Saïd Amir Arjomand, 1945-2000. n.d.

Harrelson-Stephens, Jule, and Rhonda Callaway. "You Say You Want a Revolution: the Arab Spring, Norm Diffusion, and the Human Rights Regime." *Human Rights* 15 (2014): 413-431.

Hasebe, Yasuo. "Constitutional borrowing and political theory." *INT.L J. CONST. L.* 1 (2003): 224.

Hassan, Zaha. "The Palestinian Constitution and the Geneva Accord: The Prospects for Palestinian Constitutionalism." *FLORIDA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 16 (2004): 897.

Henrard, Kristin. "Introduction: The Justiciability of ESC Rights and the Interdependence of All Fundamental Rights." *Erasmus Law Review* 2 (2009): 373-378.

Hilal, Jamil. "PLO Institutions: The Challenge Ahead." *JOURNAL OF PALESTINE STUDIES* 23, no. 1 (1993): 46-60.

Jarbawi, Ali. "Palestinian Politics at a Crossroads." *Journal of Palestine Studies* (25) 4 (1996): 29-39.

Jung, Courtney, Ran Hirschl, and Evan Rosevear. "Economic and Social Rights in National Constitutions." *Am. J. Comp. L.* 62 (2014): 1043.

Kelsen, Hans. *PURE THEORY OF LAW.* Max Knight trans., 1967.

Khalil, Asem. "Beyond the Written Constitution: Constitutional Crisis of, and the Institutional Deadlock in, the Palestinian Political System as Entrenched in the Basic Law." *International Journal of Constitutional Law* 11 (2013): 34-73.

—. *The Enactment of Constituent Power in the Arab World: the Palestinian Case.* Fribourg: PIFF, Etudes et Colloques 47, Helbing & Lichtenhahn, 2006.

KHALIL, ASEM. *THE ENACTMENT OF CONSTITUENT POWER IN THE ARAB WORLD: THE PALESTINIAN CASE.* Fribourg: PIFF Etudes et Colloques 47, 2006.

King, Jeff. "Introduction." In *Judging Social Rights [Online]. Cambridge Studies in Constitutional Law. (No. 3).* , 1-14. Cambridge: Cambridge University Press. Available from: Cambridge Books Online <http://dx.doi.org/10.1017/CBO9781139051750.001> [Accessed 27 February 2016], 2012.

Klawitter, Simone. "Water as a Human Right: The Understanding of Water Rights in Palestine." *Water Resources Development* 23, no. 2 (2007): 303–327.

Kreimer, Seth F. "Invidious Comparisions: Some Cautionary Remarks on the Process of Constitutional Borrowing." *U. PA. J. CONST. L.* 1 (1999): 640.

Landau, David. "The Reality of Social Rights Enforcement." *Harvard International Law Journal* 53 (2012): 401-459.

LANE, JAN-ERIK. *CONSTITUTIONS AND POLITICAL THEORY.* Manchester and New York: Manchester University Press, 1996.

Langford, Malcolm. "The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory." In *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, edited by Malcolm Langford, 3-45. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Law, David S. "Generic Constitutional Law." *Minnesota Law Review* 89 (2005): 652.

Law, David S., and Mila Versteeg. "The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism." *California Law Review* 99, no. 5 (2011): 1163-1257.

Loughlin, Martin. "Constitutional Theory: A 25th Anniversary Essay." *OX. J. LEGAL STUD.* 25 (2005): 183.

Loughlin, Martin, and Neil Walker. "Introduction." In *THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM*, edited by Martin Loughlin and Neil Walker, 1. 2007.

Meyer, J., and et al. "World Society and the Nation State." In *THE GLOBALIZATION READER*, edited by F. J. Lechner and J. Boli, 84. 2004.

Michelman, Frank I. "Constitutional Authorship by the People." *NOTRE DAME L. REV.* 74 (1999): 1605.

O'Connell, Paul. "The Death of Socio-Economic Rights." *The Modern Law Review* 74, no. 4 (2011): 532-554.

Osiatynski, Wiktor. "Paradoxes of Constitutional Borrowing." *INT.L J. CONST. L.* 1 (2003): 244.

Pereira-Menaut, Antonio Carlos. "Against Positive Rights." *Val. U. L. Rev.* 22 (1987-1988): 359.

Pieterse, Marius. "Beyond the Welfare State: Globalisation of Neo-Liberal Culture and the Constitutional Protection of Social and Economic Rights of South Africa." *Stellenbosch L. Rev.* 14 (2003): 3.

Preuss, Ulrich K. "The political meaning of constitutionalism." In *CONSTITUTIONALISM, DEMOCRACY AND SOVEREIGNTY: AMERICAN AND EUROPEAN PERSPECTIVES*, edited by Richard Bellamy, 11. Avebury, 1996.

Qafisheh, Mutaz. "The Inte play between International Human Rights and Labour Rights in Palestine." *J. Islamic St. Prac. Int'l L.* 9, no. 1 (2013): 121-164.

Rosenkrantz, Carlos F. "Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of

Foreign Law." *INT.L J. CONST. L.* 1 (2003): 269.

Rubin, Edward L. "Law And and the Methodology of Law." *WIS. L. REV.* 3 (1997): 521.

Sarkin, Jeremy. "The Effect of Constitutional Borrowings on the Drafting of South Africa's Bill of Rights and Interpretation of Human Rights Provisions." *U. PA. J. CONST. L.* 1 (1998): 176.

Sathyamurthy, T. V. "The Constitution as an Instrument of Political Cohesion in Postcolonial States: The Case of India 1950-1993." In *DESIGNS FOR DEMOCRATIC STABILITY: STUDIES IN VIABLE CONSTITUTIONALISM*, edited by A. I. Baaklini and H. Desfosses, 147. 1997.

Schauer, Frederick. "On Migration of Constitutional Ideas." *CONN. L. REV.* 37 (2005): 907.

Scheppele, Kim Lane. "Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-constitutional Influence Through Negative Models." *INT.L J. CONST. L.* 1 (2003): 296.

Schlink, Arthur J. Jacobson & Bernard. "Introduction: Constitutional Crisis The German and the American Experience." In *WEIMAR A JURISPRUDENCE OF CRISIS*, edited by Arthur J. Jacobson and Bernard Schlink, 1. 2000.

Scott, Craig, and Patrick Macklem. "Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution." *U. Pa. L. Rev.* 141 (1992): 1.

Skach, Cindy. "The "newest" separation of powers: Semipresidentialism." *Int.l J. Const. L.* 5, no. 1 (2007): 93-121.

Sunstein, Cass R. *Designing Democracy: What Constitutions Do.* Oxford: Oxford University Press, 2001.

"The Right to Education in Palestine." *OECD Journal on Development* 9, no. 2 (2008): 119-131.

Tushnet, Mark. "Comparative Constitutional Law." In *The Oxford Handbook of Comparative Law* , edited by Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann, 1225-1258. Oxford University Press, 2006.

Tushnet, Mark. "Returning with Interest: Observations on Some Putative Benefits of Studying Comparative Constitutional Law." *U. PA. J. CONST. L.* 1 (1998): 325.

Tushnet, Mark. "The Possibilities of Comparative Constitutional Law." *108 YALE L. J.* 108 (1999): 1225.

Wing, Adrien K. "The Palestinian Basic Law: Embryonic Constitutionalism." *CASE WESTERN RESERVE J. INT'L LAW* 31 (1999): 383.

Young, Ernest A. "The Constitutive and Entrenchment Functions of Constitutions: A Research Agenda." *U. PA. J. CONST. L.* 10 (2008): 399.

Young, Katharine G. "A typology of economic and social rights adjudication: Exploring the catalytic function of judicial review." *Int'l J. Const. L.* 8 (2010): 385-420.

—. *Constituting Eocnomic and Social Rights.* Oxford: Oxford University Press, 2012.

Zreik, Raef. "Palestine, Apartheid, and the Rights Discourse." *Journal of Palestine Studies* 34, no. 1 (2004): 68-80.

.

ملحق

#	طائفة الحقوق	الحقوق	المادة في القانون الأساسي	المعايير[57] أ	ب	ج
1	الحقوق الاقتصادية (للعاملين فقط)	أجر عادل		X		
2		نقابة مهنية/ اتحاد عمّال	المادة 25		X	
3		الإضراب	المادة 25		X	
4		الرعاية والرفاه	المادة 25		X	
5		مستوى المعيشة	المادة 25		X	
6		بيئة عمل آمنة وصحية	المادة 25		X	
7		الضمان الاجتماعي المتعلق بالعمل.	المادة 25		X	
8	الحقوق الاجتماعية (لجميع المواطنين، بغض النظر عن حالة العمل)	الضمان الاجتماعي غير المرتبط بالعمل (معاشات الشيخوخة، العجز، الرفاه/ الرعاية/ التأمين الاجتماعي)	المادة 22		X	
9		الدعم المالي للفئات المهمشة		X		
10		حقوق الأطفال	المادة 29			X
11		الصحة		X		
12		الحق في الملكية	المادة 21		X	
13		حق السكن	المادة 23		X	
14		المأكل والمشرب		X		
15		التعليم	المادة 24			X
16		حقوق المعتقلين		X		

[57] دلالة الرموز: [أ] الحق غير موجود. [ب] حق طموح (aspirational): الحق مذكور بصورة غير واضحة، أو كمعيار، أو تركت للقانون لتنظيمها. [ج] حق قابل للتقاضي (Justiciable): الحق معترف به بشكل صريح كحق قابل للتقاضي.

جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/7)
فئة أوراق الموقف

وحدة القانون الدستوري

ورقة موقف حول شرط السلامة الأمنية في تولي الوظائف

كانون أول/ ديسمبر 2017

BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

ورقة موقف حول شرط السلامة الأمنية في تولي الوظائف

المؤلف: وحدة القانون الدستوري بجامعة بيرزيت.

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/7)
فئة أوراق الموقف

© 2017، جامعة بيرزيت
وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقيّاً أو إلكترونيّاً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة القانون الدستوريّ في جامعة بيرزيت.
للتواصل والمعلومات بالخصوص: chairofcil@birzeit.edu

في حال الاقتباس أو التوثيق يجب أن يتم التوثيق كما يلي:
[اسم المؤلف أو المؤلفين كاملاً]، [العنوان]، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونيّة [رقم السلسلة]، وحدة القانون الدستوريّ، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، [سنة النشر].

لا تعبر الآراء الواردة في هذا المنشور تحت أي حال من الأحوال عن الموقف الرسمي لجامعة بيرزيت.

Position Paper on security clearance as a condition for access to employment in Palestine [Arabic]

Author: Constitutional Law Unit at Birzeit University

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (7/2017)
Position Papers Module

© 2017, Birzeit University
Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration

This text may be downloaded for personal research purposes. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copies or electronically, requires the consent of the Constitutional Law Unit, at Birzeit University. Requests should be addressed to : chairofcil@birzeit.edu

If cited or quoted, reference should be made as follows:
[Full name of the author(s)], [Title], Birzeit's Working Papers in Legal Studies [Series Number], Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration: Birzeit University [year of publication].

The views expressed in this publication cannot in any circumstances be regarded as the official position of Birzeit University.

بدعم من:

Supported by:

BIRZEIT UNIVERSITY
H.H. Shaikh Hamad Bin Khalifa Al-Thani Chair in Constitutional and International Law

وحدة القانون الدستوري*

ورقة موقف حول شرط السلامة الأمنية في تولي الوظائف

تداولت وسائل إعلامية مؤخراً أخبار حول تدخل وزارتي الإعلام والداخلية في تعيين مدير إحدى المحطات الإذاعية، من خلال كتاب رسمي وجهته وزارة الإعلام للمحطة الإذاعية تدعوها فيه إلى استبدال مديرها، بما يفي "بالمتطلبات القانونية وفقاً لأحكام نظام ترخيص المحطات لعام 2004 وتعديلاته لعام 2009"، وتحديداً المادة (2) منه؛ وذلك في ضوء "رفض" وزارة الداخلية "منح الموافقة لمدير المحطة".** وهو ما أعاد طرح موضوع السلامة الأمنية للنقاش الحقوقي والمجتمعي.

لا تستهدف ورقة الموقف هذه الخوض في موضوع ترخيص المحطات وتجديده، بل تُعنى بإبداء الرأي حول مدى دستورية "السلامة الأمنية"، الشرط الذي تسرب –في التطبيق– من متطلبات تولي الوظائف الحكومية إلى العمل في المؤسسات غير الحكومية. وبهذا الخصوص نظمت وحدة القانون الدستوري في كلية الحقوق والإدارة العامة بجامعة بيرزيت، بتاريخ 28 تشرين ثاني 2017، لقاء طاولة مستديرة، شارك فيه باحثو الوحدة وأساتذة ومهتمون في القانون العام. وتعكس هذه الورقة أبرز القواسم المشتركة التي اتفق عليها المشاركون:

* تنبيه هام: ما يرد في ورقة الموقف هذه هو رأي واجتهاد لمجموعة من الباحثين في وحدة القانون الدستوري بجامعة بيرزيت، ولا يعكس بالضرورة رأي الجامعة أو كلية الحقوق والإدارة العامة فيها.

** انظر نسخة من الكتاب الرسمي المذكور: https://ultrapal.ultrasawt.com/sites/default/files/upalcon1-01.png

- التشكيك بدستورية السند التشريعي –الذي تستند إليه وزارتا الإعلام والداخلية– المتمثل بالمادة (2) من قرار مجلس الوزراء بـ"نظام ترخيص المحطات" (بنسختيه الأصلية لعام 2004 والمعدلة لعام 2009)؛ بحكم منحها وزارة الداخلية اختصاصاً في الرقابة على "الجوانب الأمنية"؛ وفي ضوء تعارض هذه المادة مع المادة (3/27) من القانون الأساسي المعدل، بنص الأخيرة على أن "تحظر الرقابة على وسائل الإعلام، ولا يجوز إنذارها أو وقفها أو مصادرتها أو إلغاؤها أو فرض قيود عليها إلا وفقاً للقانون وبموجب حكم قضائي". وبالأخص في ضوء كون التشريع الذي تستند إليه وزارتا الإعلام والداخلية ليس بقانون أو بدرجته، ليفرض قيوداً على حرية الإعلام، وإنما هو نظام صادر عن مجلس الوزراء.
- التطلع بخطورة لتوسع نطاق شرط السلامة الأمنية في الممارسة، سواء بشكل عام؛ لما فيه من إهدار لمبدأ المساواة وعدم التمييز، أو بشكل خاص؛ لما فيه من مساس بحرية الرأي والتعبير باعتبارها قيدوم الحقوق الأساسية للإنسان وضمانة لحقوق أخرى غيرها. وتلك جميعها مبادئ وحقوق كفلها صراحة القانون الأساسي المعدل.
- من حيث المبدأ، لا يعتبر شرط السلامة الأمنية مثلباً بحد ذاته، بل تخبره العديد من الدول الديمقراطية، ولكن يكون ذلك (بخلاف ما عليه الحال في السياق الفلسطيني) وفقا لما يلي:
  - أولا: إطار قانوني واضح يسنه البرلمان بالتأسيس على اعتبار شرط السلامة الأمنية استثناءً على مبدأ عدم التمييز؛ بحيث يكون هذا الاستثناء "ضرورياً" (تعذر تحقيق الغايات المشروعة بوسيلة أخرى غير التقييد المفروض)، و"عقلانياً" (يرتبط ارتباطا وثيقا بتحقيق أهداف مشروعة، التي ليس من بينها خدمة أهداف سياسية أو حزبية معينة).
  - ثانيا: نظام مراجعة قضائية يشمل ضمانات تظلم قضائي، تكفل الموازنة والتناسبية بين حقوق الإنسان كمصالح أساسية محمية بالدستور وغايات وأهداف مشروعة مثل حماية الأمن القومي.
- إن تجميع الأجهزة الأمنية لمعلومات حول الأفراد واستخدامها ضد بعضهم، دون تمكينهم من معرفتها أو التعليق عليها أو الاعتراض على صحتها، يشكل مخالفة للحق في حماية الحياة الخاصة. وبالأخص في ضوء أن تجميع مثل هذه المعلومات لا يتم من خلال إطار قانوني واضح.
- يمكن القبول بأن تكون السلامة الأمنية مرهونة ببعض الوظائف الحساسة لصلتها بالأمن القومي، لكن لا يمكن القبول بأن

تتحول جزء من إجراءات عملية التوظيف سواء في الوظيفة العامة أو في القطاع الخاص أو الأهلي. وبالتالي من المهم تحديد الوظائف التي تحتاج لشرط السلامة الأمنية كشرط للتوظيف. وفي هذه الحالة، يجب أن يعلن عن ذلك عند فتح الشواغر في هذه الوظائف ليكون المتقدمون على بينة من وجود مثل هذا الشرط.

- إن السلامة الأمنية التي تستخدم لحرمان بعض الأشخاص من الوظائف مخالفة للحق في محاكمة عادلة، لا سيما إذا كانت غير قابلة للاستئناف أو تقديم الاعتراض عليها إدارياً، أو كانت آليات القيام بذلك غير واضحة وشفافة للأفراد.
- التطلع بخشية من استخدام شرط السلامة الأمنية للضغط على مؤسسات أو أشخاص كعقوبة على ممارستهم حرية الرأي والتعبير.
- التطلع بخشية من لجوء أجهزة السلطة إلى إجراءات انتقائية انتقامية ضد الجهات غير الحكومية المعنية، في حال رفض الأخيرة الامتثال لمتطلبات شرط السلامة المهنية بالصورة المشار إليها في هذه الورقة.

إن وحدة القانون الدستوري في جامعة بيرزيت، إذ تصدر ورقة الموقف هذه، فإن ذلك يأتي انطلاقاً من قناعتها بدور الأكاديميين تجاه المجتمع. وإن الوحدة –في هذا الصدد– تبرق الدعوات التالية:

- إلى وزارتي الإعلام والداخلية: ضرورة التراجع عن موقفهما تجاه القضية المشار لها أعلاه، والامتناع مستقبلا عن التدخل في وسائل الإعلام أو سواها تحت عنوان "السلامة الأمنية".
- إلى مجلس الوزراء: إعادة النظر في نظام ترخيص المحطات، بما يضمن عدم منح وزارة الداخلية أو أية جهة أمنية أخرى اختصاصاً "اعتباطياً" في الرقابة على وسائل الإعلام.
- إلى المجلس التشريعي القادم: النظر في سن قانون ينظم بشكل شامل عمل وسائل الإعلام، يوازن بين المصالح العامة والحقوق والحريات، ويحرص على تحرير وسائل الإعلام من رقابة المؤسسات الأمنية.
- إلى الرئيس ووزير الداخلية: ضرورة إصدار توجيهاتهما بوقف العمل بـ"نظام" السلامة الأمنية بصورته الحالية.

جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/8)
فئة أوراق طلبة الماجستير

سجى محمد مجدوبة

هوية الفرد الدينية وبطاقة هويته الشخصية

كانون أول/ ديسمبر 2017

BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

The Individual's Religious Identity and his/her Identity Card [Arabic]

هوية الفرد الدينية وبطاقة هويته الشخصية

Saja Majdoubeh سجى مجدوبة

التدقيق اللغوي: إبراهيم المصري

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (8/2017)
MA Students Papers Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/8)
فئة أوراق طلبة الماجستير

© 2017, Birzeit University
Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration

This text may be downloaded for personal research purposes. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copies or electronically, requires the consent of the Constitutional Law Unit, at Birzeit University. Requests should be addressed to : chairofcil@birzeit.edu

If cited or quoted, reference should be made as follows:
[Full name of the author(s)], [Title], Birzeit's Working Papers in Legal Studies [Series Number], Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration: Birzeit University [year of publication].

The views expressed in this publication cannot in any circumstances be regarded as the official position of Birzeit University.

© 2017، جامعة بيرزيت
وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقيّاً أو إلكترونيّاً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة القانون الدستوريّ في جامعة بيرزيت.
للتواصل والمعلومات بالخصوص: chairofcil@birzeit.edu

في حال الاقتباس أو التوثيق يجب أن يتم التوثيق كما يلي:
[اسم المؤلف أو المؤلفين كاملاً]، [العنوان]، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونيّة [رقم السلسلة]، وحدة القانون الدستوريّ، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، [سنة النشر].

لا تعبر الآراء الواردة في هذا المنشور تحت أي حال من الأحوال عن الموقف الرسمي لجامعة بيرزيت.

Supported by:

بدعم من:

BIRZEIT UNIVERSITY
H.H. Shaikh Hamad Bin Khalifa Al-Thani Chair in Constitutional and International Law

سجى محمد مجدوبة*

هوية الفرد الدينية وبطاقة هويته الشخصية**

مقدمة

منتصف شباط 2014، وبدون مقدمات، بدأت وزارة الداخلية في السلطة الوطنية الفلسطينية بإصدار بطاقات هوية خالية من بند الديانة، وأعلنت أن كل بطاقة أو جواز يتم تجديدهما سيخلوان من هذا البند. وما إن شرعت بالتطبيق حتى جاءت ردود أفعال الشارع الفلسطيني بين مؤيد ومعارض، وثار النقاش حول أبعاد هذا القرار والتخوف من كونه تربة خصبة لنزع الهوية الثقافية والدينية للشعب الفلسطيني استجابةً للشروط الإسرائيلية الأمريكية.[1] من مؤسسات حقوق الإنسان مَن رأى في القرار خطوة إيجابية لكنها يتيمة، لم يسبقها قرارات واجبة طالب بها فاعلون سياسيون واجتماعيون لإعمال المساواة بين الفلسطينيين. جاء تبرير هذا القرار من قبل وزارة الداخلية على أنه استجابةً لما ورد في المادة (9) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003،[2] وتوظيفها على أرض الواقع بما لا يخلق أي نوع من التمييز بين الفلسطينيين.

---

* طالبة ببرنامج الماجستير في القانون العام، جامعة بيرزيت.

** هذه الدراسة في أصلها ورقة بحثية مقدمة ضمن مساق "الحريات العامة والحقوق الأساسية"، في برنامج ماجستير القانون بجامعة بيرزيت، خلال الفصل الدراسي الثاني 2017/2016. وقد جرى تطويرها لغايات النشر بناءً على ملاحظات أستاذ المساق د. عاصم خليل.

[1] صحيفة *القدس العربي*، "جدل حول إلغاء بند الديانة من الهوية الفلسطينية"، 11 آذار 2014 http://www.alquds.co.uk/?p=142305 (تاريخ الدخول: 1 آذار 2017).

[2] القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، منشور في مجلة الوقائع الفلسطينية، العدد 0، صفحة 5، صادر بتاريخ 2003/3/19. تنص المادة (9) على أن: "الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة".

ما يثير الدهشة، التوجه الإسلامي والعربي الذي تبع ليحاكي هذا القرار، تركيا[3] والأردن[4] مثلاً، بإدخالهما تعديلات على بطاقة الهوية لإلغاء بند الديانة منها، بينما لا زالت تعلو أصوات داخلية في مصر لتبني مشروع قانون "المواطنة وعدم التمييز" الذي يشمل –من ضمن ما يشمله– إلغاء بند الديانة من بطاقة الهوية. وهنا لابد من إثارة التساؤل الآتي: هل نشهد صحوة إسلامية عربية، إن جاز التعبير، جاءت لتنهض بالأنظمة الدستورية بما يكفل حماية دستورية لمنظومة الحقوق الأساسية؟ بكلمات أخرى: هل تسجيل ديانة الفرد في بطاقة هويته الشخصية فيه مخالفة لحق أساسي؟ وهنا يكمن سؤال البحث.

للإجابة عن هذا السؤال، تتبنى هذه الورقة البحثية توجهاً حديثاً يبدو أن الدول الإسلامية والعربية تأثرت به في مفهومها الحديث للحماية الدستورية للحقوق الأساسية، يطلق على هذا التوجه: "النموذج العالمي للحقوق الأساسية" الذي ظهر لدى بعض فقهاء القانون الدستوري وبعض الدول المعاصرة منذ الحرب العالمية الثانية.[5]

يقوم النموذج على تبني مفهوم الحقوق الأساسية من خلال النص الدستوري أو من خلال ممارسات المحاكم الدستورية أو ما في حكمها، باستخدام أربع فرضيات: تنص الأولى على أن هناك تضخماً حقوقياً في منظومة الحقوق الأساسية، وبذلك تقتضي ضرورة التمييز بين ما هو حق أساسي للوهلة الأولى (Prima facie) وما هو حق أساسي فعلاً بعد أن يخضع لامتحان التبرير؛ وتقوم الثانية على أنه يترتب على الحقوق الأساسية التزامات إيجابية تقع على عاتق الدولة لحماية الحقوق السياسية والمدنية والاقتصادية والاجتماعية؛ وتفترض الثالثة أن الحقوق الأساسية ملزمة أفقياً كما هي ملزمة عمودياً؛ وأخيرا تُخضع الرابعة كافة الحقوق الأساسية لامتحان التوازن باعتماد آلية التناسبية.[6]

إن كانت تلك الدول الإسلامية والعربية تحذو حذو تبني النموذج العالمي للحقوق الأساسية فعلاً من خلال إلغاء بند الديانة من بطاقات الهوية الشخصية للأفراد، فلابد من فحص ما إن كان

[3] Alex, MacDonald, 'Turkey ditches religion from IDs as it eyes EU membership," *Middle East eye,* Feb17, 2016 http://www.middleeasteye.net/news/religion-be-left-new-identification-cards-turkey-326099214 (Visited on April 29, 2017)

[4] طارق الفايد،"هوية جديدة تتجاهل العشيرة والديانة وتوحي بالمواطنة والملك شخصياً يصدر واحدة،" *صحيفة القدس العربي*، 30 حزيران 2016. http://www.alquds.co.uk/?p=558314 (تاريخ الدخول: 29 نيسان 2017)

[5] Kai Möller, *The global model of constitutional rights* (New York: New York University, 2013), 1.

[6] المرجع السابق، 3.

حق الشخص في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية هو حق أساسي فعلاً، وملزم الاحترام بقدر ما يلزم الدولة بتنظيمه وتخصيص مواردها لإنفاذه في إطار النموذج العالمي للحقوق الأساسية. ففي حين قد يبدو أن هناك ملامحَ لهذا الحق في المواد (17) و(18) و(26) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية،[7] التي جاءت لتقر حق الإنسان في حرمة حياته الخاصة، وحقه في حرية الفكر والوجدان والدين، وحرية إظهار دينه ومعتقده أمام الملأ أو على حدة، وكفلت حماية فعالة من التمييز بسبب الدين. ولكن ذات النصوص قيّدت هذه الحقوق المقررة للفرد للانسجام مع السلامة العامة والنظام العام والصحة العامة والآداب العامة وحقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية.

يقود هذا التقييد في ظل مرونة النص لطرح عدة تساؤلات في كيفية إعمال التوازن وما هو شكل هذا التوازن بين مصلحة دولة بموروث ديني غَرزته في دستورها، وموروث تشريعي عزز من فكرة التمييز على أساس الدين بين أفرادها بإظهاره في بطاقة الهوية منذ عقود، وحقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية من جهة، وحق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته إنطلاقاً من حريته بالجهر بمعتقده من عدمه، ومن حرمة حياته الخاصة، ومن حقه في عدم التمييز في المعاملة بسبب الدين من جهة أخرى. وكيفية إعمال هذا التوازن في ظل التشريع الوطني في حين وجود نص مماثل لما جاء به العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وعدم كفاية النص في حينٍ آخر للبت في ما إن كان هناك حق أساسي فعلاً للفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية في ظل التضخم الحقوقي الهائل في منظومة الحقوق والحريات الأساسية. وهنا تتمحور إشكالية البحث.

انطلاقاً من هذا السياق، فإن الوصول لنتيجة واضحة تتطلب دراسة هذا الحق في إطار النموذج العالمي للحقوق الأساسية، بافتراض قائم على أن الانتقاص من حق الفرد بعدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية يمس باستقلاليته، ومن ثم الاستدلال عليه في التشريعات الدولية والوطنية، بما يفرض التزامات على الدول لكفالة تحقيقه، وبما يوصل لاستنتاج مفاده بأن تسجيل الديانة في الهوية فيه مخالفة لحق أساسي ويخلق، من ضمن ما يخلقه، انتهاكاً لحرمة حياة الفرد الخاصة، وقيداً على حريته في إظهار معتقده من إبطانه، وتمييزاً

[7] العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر عام 1966، انضمت إليه فلسطين عام 2014:
http://hrlibrary.umn.edu/arab/b003.html

واضحاً في المعاملة بين المواطنين أساسها الدين، من حق الفرد أن يرفضه، وعلى افتراض قائم بأن هذا الحق صيغ نصه في التشريعات الفلسطينية بمواقع مختلفة بما يجعل منه حقاً قابلاً للإنفاذ وقابلاً للتقاضي.

تأسيساً على ما سبق، ولإثبات الفرضيات السابقة، تتبنى الورقة البحثية المنهج الوصفي بطريقته الاستقرائية التحليلية، وفق خطة سردية تبدأ بمحور تمهيدي يوضح مداخل حق الفرد بعدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية، ثم بالإقرار بأن حق الفرد في عدم إظهار ديانته في هويته الشخصية هو حق أساسي فعلاً، والالتزام الوطني المنبثق عن تبني هذا الحق بنصوص دستورية وتشريعية أخرى، والقيود المفروضة عليه لحماية المصلحة العامة وما يترتب على انتهاكه.

المحور التمهيدي

للاستدلال على حق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية، تعتمد الورقة البحثية على ثلاثة مداخل هي حقوق بذاتها وركائز لوجود هذا الحق؛ الحق في حرية الفكر والوجدان والدين، والحق في عدم التمييز بسبب الدين، والحق في الحياة الخاصة. وفي هذا الصدد، وقبل الدخول في مجموعة الحقوق المتناولة في هذه الورقة البحثية، من المهم ابتداءً معرفة ماهية الدين الذي تتضمنه هذه الحقوق.

تاريخياً، لايوجد تعريف قانوني للدين، فلم يرد نص واضح في العديد من الإتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، ومنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان،[8] والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان،[9] فكلها لم تقدم تعريفاً عالمياً متفقاً عليه للدين، حتى أصبح هناك غموض متأصل في مفهومه. ففي حين يرى البعض بأن المقبول به عموماً أن يتضمن "الدين" مهنة الإيمان على الأقل، ومبادئ للعيش في الحياة، وبعض أشكال العبادة، ومن شأن مهنة الإيمان بهذا المعنى أن تفسر تفسيراً شاملاً ل"العالم"، وموقف الإنسان فيه، وبعض الإشارات إلى الروحانية. كما أن السمات النموذجية لمفهوم الدين المعترف بها من قبل المحاكم العليا في الدول الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية تؤلّف وبشكل أساسي معنىً شاملاً للعالم وموقف الإنسان فيه، والشعور بالمبادئ التوجيهية المتسامية والمطابقة للسلوك، وأنه دائماً ما كانت الإشارة الى الروحانية هي

[8] الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948: http://hrlibrary.umn.edu/arab/b001.html

[9] الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، دخلت حيز التنفيذ عام 1953: http://hrlibrary.umn.edu/arab/euhrcom.html

المعيار الحاسم الذي يميز الدين عن المعتقدات الفلسفية.[10] وتأثرت بهذا النهج المحكمة الدستورية في الهند، حتى توصلت في إحدى قرارتها بأن الدين يتكون من مجموعة من الأفراد، ومعتقدات يؤمنون بها تضمن رفاههم الروحاني، واسم مميّز.[11]

من جهة أخرى، أقرت "اللجنة الأوروبية للديمقراطية عن طريق القانون" الجهاز الاستشاري لمجلس أوروبا حول القضايا الدستورية، أنه من الخطأ الشائع أن يتم اعتبار الدين ديناً بناءً على ضرورة الاعتقاد بوجود الله، وأعطت أمثلة واضحة كالبوذية والهندوسية التي تعتبر ديانات بذاتها مع أن الأولى غير توحيدية والثانية تعتقد بوجود أكثر من آلهة واحدة، واعتبرت أن الحماية المقررة للفرد المؤمن هي بالضرورة ذاتها للفرد "اللاأدري" والملحد، ولكن غالباً ما يتم تجاهل حماية غير المؤمنين في التشريع.[12] وبذلك سيُطلق مجازاً خلال هذه الورقة البحثية على الاعتقاد واللااعتقاد مسمى "ديناً"، وهي بذلك على قدرٍ متساوٍ من الحماية التي تتناولها الورقة.

تأسيساً على ما سبق، فإن المدخل الأول لحق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية ينطلق من حريته في الفكر والوجدان والدين، والتي تعتبر مسألة ضمير فردي، وتنطوي على حرية الفرد في ممارسة شعائره وحده أو مع الآخرين، في السر أو العلن، في الأماكن الخاصة أو العامة،[13] كما أن حرية الفرد في التعبير عن معتقداته تتضمن أيضاً جانباً سلبياً، وهو حقه في عدم إرغامه على إظهار دينه ومعتقداته الدينية وعدم إلزامه بالعمل بطريقة تمكن الآخرين من استخلاص استنتاجات حول معتقده.[14] وهذا الحق يحمي وقبل كل شيء حرية عقد القناعة الداخلية (**Forum Internum**) في مواجهة أي نوع من

[10] Peter Krömer, "The fundamental right to freedom of religion," in *European churches engaging in human rights*, (Bruxelles: Church and Society Commission of the Conference of European Churches, 2012), 2.

[11] Oscar Vilhena, Upendra Baxi and Frans Viljoen, *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, Indian and South Africa* (Pulp: Pretoria University law press, 2013) 352.

[12] Venice commission of council of Europe, *Guidelines for the review of legislation pertaining to religion or belief* (Venice: 59th plenary session of Venice commission, 2004) 8. Available at: http://www.osce.org/odihr/13993?download=true

[13] European Court of Human Rights, "Case of Sinan Isik v. Turkey (Application no.21924/05)", *European Court of Human Rights website*, (2010), http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":["ENG"],"appno":["21924/05"],"documentcollectionid2":["CHAMBER"],"itemid":["001-97087"]}

[14] European Court of Human Rights, " Press release of Alexandridis v. Greece case (Application no. 19516/06)", *European Court of Human Rights website*, (2008), the judgment is available only in French, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"display":["1"],"dmdocnumber":["829228"],"itemid":["003-2274253-2426441"]}

التأثير الأيديولوجي أو التحقيق من قبل الدولة، وهذه الحرية الداخلية تعني حتماً حرية ممارسة الدين (Forum Externum)، وتسمى أيضاً حرية العبادة وممارسة الشعائر.[15]

يتناول المدخل الثاني حق الفرد في عدم التعرض لمعاملة تمييزية سببها الدين. ويقصد بعدم التمييز كما توصلت إليه لجنة الأمم المتحدة لمنع التمييز وحماية الأقليات: "منع أي عمل ينكر على الأفراد رغبتهم في المساواة في المعاملة"،[16] وهذا يشمل منع أي عمل أو ممارسة من شأنها أن تخلق تمييزاً بين الأفراد على أساس انتمائهم لدينٍ معين، ومن بين هذه الممارسات بالضرورة وجود خانة للديانة في بطاقة الهوية الشخصية للأفراد.

يرتكز المدخل الثالث على الحق في الحياة الخاصة، الذي يمتد ليشمل خصائص الفرد الأخلاقية ونشاطاته التي يرغب في حجبها عن الناس، والسكينة التي تعني أن ينعزل الفرد عن المجتمع لينعم بحياته، فالمرء يحتاج إلى أن يسكن الى نفسه ليعيش في عالم خصوصيته ويخلو بذاته بعيداً عن أي تأثير يقع عليه.[17] وفي هذا الاتجاه يعرف العميد كاربونييه (Carbonnier) الحياة الخاصة بأنها: "المجال السري للفرد، حيث يكون له القدرة على إبعاد الغير، والحق في أن يُترك هادئاً".[18] وهي بهذا المعنى الروحاني تدعم صُلب حق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية أثناء ممارساته اليومية.

المحور الأول: حق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية هو حق أساسي فعلاً

تقوم الفرضية الأولى من النموذج العالمي للحقوق الأساسية، على الاعتقاد بوجود تضخم حقوقي هائل في منظومة الحقوق الأساسية، ولذلك لابد من التمييز بين الحق الأساسي "للوهلة الأولى" والحق الأساسي فعلاً بعد أن يخضع لامتحان التبرير. ويكون الحق الأساسي حقاً أساسياً للوهلة الأولى عندما يُعتبر ضرورياً وأساسياً لتعزيز استقلالية الفرد باعتبار أن استقلاليته تعزز من كونه إنساناً حراً، ومساوياً لغيره، ويتمتع بكرامة

[15] Krömer, *The fundamental right*, 4.

[16] رياض العجلاني، "مفهوم عدم التمييز في الميثاق الأوروبي لحقوق الإنسان والحريات الأساسية وتطوره في ضوء أحكام محكمة حقوق الإنسان الأوروبية،" *مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية* 21، عدد 2 (2005)، 95.

[17] هاني صوداقية، "حماية الحق في الحياة الخاصة،" *مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية*– جامعة زيان عاشور بالجلفة– الجزائر، عدد 11 (2012)، 459.

[18] المرجع السابق. انظر أيضاً:
Jean Morange, *Les libertés publiques* (Paris: Presses Universitaires de France, 2007), 57.

إنسانية. ويظهر الحق الأساسي فعلاً بعد أن يخضع لامتحان التبرير، من خلال الاستدلال على ملامحه في التشريعات الدولية والوطنية للدول.[19]

بما أن النموذج العالمي للحقوق الأساسية في هذه المرحلة يقتضي تمييز ما إن كان هذا الحق يمكن تسميته "حق أساسي للوهلة الأولى"، بما يعتبر ضرورياً وأساسياً لتعزيز استقلالية الفرد باعتبار أن استقلاليته تعزز من كونه إنساناً حراً، ومساوياً لغيره، ويتمتع بكرامة إنسانية، فإن دراسة حق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية في هذه المرحلة ضمن إطار النموذج العالمي للحقوق، يجعل منه بالضرورة حقاً أساسياً للوهلة الأولى، ليس فقط انطلاقاً من أن الفهم الواسع للحقوق للوهلة الأولى يضمن لجميع الحقوق المدرجة تحت استقلالية الفرد النجاة في هذه المرحلة،[20] بل أيضاً انطلاقاً من كون الكرامة الإنسانية قيمة عليا لها العديد من الدلائل من ضمنها حق الفرد في ممارسة معتقداته الدينية وما يشمله ذلك من عدالة وحرية في الفكر والاعتقاد.

إن تحقيق هذه الحرية في الممارسة، إنما هو تحقيق للكرامة الإنسانية. كونها قاعدة تطالب بالاحترام الواجب للذات الإنسانية التي تتبع ديناً معيناً بشكل مستقل عن أية إرادة أو اتجاه يساهمان في الانتقاص من هذا الاحترام، بما يخلق طريقاً لعدم المساواة بين أفراد المجتمع أساسها الدين.

ومما لا شك فيه، أن هذا المطلب لا يتسع ليشمل الأفراد فحسب، ولكنه يشمل أيضاً المجتمعات، وطالما أن هناك كرامةً للفرد واستقلالية ذاتية تخص كل شخص فيما يتعلق بديانته، فهناك إذن كرامة للجماعة ككل باختلاف دياناتهم،[21] موائمة لكون كرامة الإنسان عرفاً إلزامياً (Jus Cogens)، يقع على رأس قائمة الأعراف، ووفقاً لرأي "كانت" (Kant) الإلزام المطلق، الذي يعني بالضرورة ألا تتعرض مجموعة الحقوق التي تصون الكرامة الإنسانية لأي خلاف محتمل، وينطوي هذا المفهوم بداهةً على افتراض وجود مسؤوليات نحو الإنسان (Erga omnes).[22]

[19] Möller, *The global model,* 4.

[20] المرجع السابق، 25.

[21] جوزيف يعقوب، "كرامة الفرد والشعوب: مساهمة بلاد الرافدين والتراث السرياني،" *مجلة ديوجين*، عدد 215 (2011)، 27؛ سراب القاسم، "مفهوم الكرامة الإنسانية وعلاقته بالمقاومة،" (بيرزيت: جامعة بيرزيت، رسالة ماجستير، 2012)، 3.

[22] القاسم، "مفهوم الكرامة"، 28؛ جورج كوتكجيان، "في مسألة كرامة الإنسان،" *مجلة رسالة اليونسكو الجديدة*، عدد 62 (2009): 45.

تبعاً لذلك، فلا بد من إخضاع حق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية لامتحان التبرير الذي يأتي في هذا الطور من النموذج العالمي للحقوق الأساسية، ويُعتبر تبرير مداخل الحق الثلاثة (كما سيأتي من تقسيم)، تبريراً لوجوده، بالاستدلال على ملامحه على ثلاثة مستويات؛ مواثيق دولية ومواثيق إقليمية انضمت إليها فلسطين، والقانون المحلي (Domestic Law) الساري في فلسطين قبل عام 2014. بالإضافة لبعض المواثيق الدولية والإقليمية الأخرى التي تأثرت بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي جاء مرتكزاً على مبادئ احترام الحقوق الأساسية للأفراد والتي لا يجوز للدولة الانتقاص منها، فهي جزء من المبادئ العامة للدول المتحضرة التي تمثل مدخلاً لحماية حقوق الإنسان الأساسية، وسواء قننت هذه المبادئ أو لم تقنن، لا يمكن انتهاك الحقوق الأساسية التي وجدت لتحميها.[23]

- *الحق في حرية الفكر والوجدان والدين*

من بين الحقوق التي كرسها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وأقرها صراحةً؛ الحق في حرية الفكر والوجدان والدين في المادة (18) منه، والتي نصت على أنه: "لكل شخص حق في حرية الفكر والوجدان والدين، ويشمل هذا الحق حريته في تغيير دينه أو معتقده، وحريته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملأ أو على حدة".

تناول العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية هذا الحق في المادة (18) منه، والتي أضفت قيوداً على هذا الحق لصالح السلامة العامة والنظام العام والصحة العامة والآداب العامة وحقوق الآخرين وحرياتهم، حيث نصت على أنه: "1. لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين. ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحريته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملأ أو على حدة. 2. لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأنه أن يخل بحريته في أن يدين بدين ما، أو بحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره. 3. لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم

[23] عاصم خليل، "المصادر والمكانة: القانون الدولي، الدساتير، الدين"، محاضرة ضمن مساق *الحريات العامة والحقوق الأساسية*، جامعة بيرزيت، 25.2.2017.

الأساسية. 4. تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء، أو الأوصياء عند وجودهم، في تأمين تربية أولادهم دينياً وخلقياً وفقاً لقناعاتهم الخاصة".

شابه المادة (18) السابقة على المستوى الإقليمي؛ الميثاق العربي لحقوق الإنسان[24] في المادة (30) بنصها:"1. لكل شخص الحق في حرية الفكر والعقيدة والدين ولا يجوز فرض أية قيود عليها إلا بما ينص عليه التشريع النافذ. 2. يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده أو ممارسة شعائره الدينية بمفرده أو مع غيره إلا للقيود التي ينص عليها القانون والتي تكون ضرورية في مجتمع متسامح يحترم الحريات وحقوق الإنسان لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو لحماية حقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية."

جاء أيضاً على نحو مشابه في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في المادة (9) بنصها: "1. لكل إنسان الحق في حرية التفكير والضمير والعقيدة. هذا الحق يشمل حرية تغيير الدين أو العقيدة، وحرية إعلان الدين أو العقيدة بإقامة الشعائر والتعليم والممارسة والرعاية، سواء على انفراد أو بالاجتماع مع آخرين، بصفة علنية أو في نطاق خاص 2. تخضع حرية الإنسان في إعلان ديانته أو عقيدته فقط للقيود المحددة في القانون والتي تكون ضرورية في مجتمع ديمقراطي لصالح أمن الجمهور وحماية النظام العام والصحة والآداب أو لحماية حقوق الآخرين وحرياتهم".

على نحو مغاير وبنص أخف، جاء الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب[25] في نص المادة (8) منه على أن: "حرية العقيدة وممارسة الشعائر الدينية مكفولة، ولا يجوز تعريض أحد لإجراءات تقيد ممارسة هذه الحريات، مع مراعاة القانون والنظام العام".

- *الحق في عدم التمييز بسبب الدين*

تضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة (2) منه هذا الحق بنصه: "لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان، دونما تمييز من أي نوع، ولا سيما التمييز بسبب العنصر، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسياً وغير سياسي،

[24] الاتفاق العربي لحقوق الإنسان، صادر عن القمة العربية السادسة عام 2004، صادقت عليه فلسطين بتاريخ 28 تشرين ثاني 2007: http://hrlibrary.umn.edu/arab/a003-2.html

[25] الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، صادر عن مجلس الرؤساء الأفارقة عام 1981، دخل حيز التنفيذ عام 1986: http://hrlibrary.umn.edu/arab/a005.html

أو الأصل الوطني أو الاجتماعي، أو الثروة، أو المولد، أو أي وضع آخر. وتكرر في المادة (7) منه التي جاء نصها ضامناً لمساواة الناس جميعاً أمام القانون، كما مساواتهم في حق التمتع بالحماية من أي تمييز ينتهك هذا الإعلان ومن أي تحريض على مثل هذا التمييز.

ترددت هذه المادة بمقتضى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادة (26) منه التي نصت على أن: "الناس جميعاً سواء أمام القانون ويتمتعون دون أي تمييز بحق متساو في التمتع بحمايته. وفي هذا الصدد يجب أن يحظر القانون أي تمييز وأن يكفل لجميع الأشخاص على السواء حماية فعالة من التمييز لأي سبب، كالعرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي سياسياً أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب." وعُزز هذا المبدأ في ميثاق الأمم المتحدة الذي يقوم على مبدأي الكرامة والتساوي الأصليين في جميع البشر؛[26] في ثلاثة مواقع منه تؤكد وتشجع على احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين.

كما كفل الميثاق العربي لحقوق الإنسان إقليمياً هذا الحق في نص المادة (1/3) بما جاء فيها: "تعهد كل دولة طرف في هذا الميثاق بأن تكفل لكل شخص خاضع لولايتها حق التمتع بالحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا الميثاق دون تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو المعتقد الديني أو الرأي أو الفكر أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو الإعاقة البدنية أو العقلية". والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في المادة (14)، وردده كذلك الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب في المادة (2) منه.

- *الحق في الحياة الخاصة*

ورد الحق في الحياة الخاصة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في نص المادة (12) منه الذي أقر بأنه: "لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته، ولا لحملات تمس شرفه وسمعته. ولكل شخص حق في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الحملات". وفي العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المادة (17) التي جاء نصها مكرراً للحماية نفسها: "1. لا يجوز تعريض أي شخص، على نحو تعسفي أو

[26] ميثاق الأمم المتحدة ، صدر ودخل حيز التنفيذ عام 1945: http://hrlibrary.umn.edu/arab/a001.html

غير قانوني، لتدخل في خصوصياته أو شؤون أسرته أو بيته أو مراسلاته، ولا لأية حملات غير قانونية تمس شرفه أو سمعته. 2. من حق كل شخص أن يحميه القانون من مثل هذا التدخل أو المساس".

على نحو مشابه، أقرت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في المادة (8) منه احترام الحياة الخاصة بنصها: "لكل انسان حق احترم حياته الخاصة والعائلية ومسكنه"، ومنعت السلطة العامة أن تتعرض لهذا الحق إلا وفقاً للقانون وما تمليه الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي وسلامة الجمهور، أو الرخاء الاقتصادي، أو حفظ النظام ومنع الجريمة، أو حماية للصحة العامة والآداب وحقوق الآخرين وحريتهم.

روعي كذلك عند إبرام الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان تضمينها بنص يلزم الأطراف فيها باحترام الحياة الخاصة في المادة (11) منها،[27] والذي لا يعدو أن يكون تكراراً شبه حرفي لما ورد في المادة (12) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. وتضمن الميثاق العربي لحقوق الإنسان حرمة الحياة الخاصة والذي جاءت نسخته الأحدث لعام 2004 مختلفة عن مشروع الميثاق لعام 1994، فكانت نصوصه أكثر حرصاً في صياغتها على حماية الحق في الخصوصية وجعلت المساس بهذا الحق جريمة.[28] وكرس حرمة الحياة الخاصة الميثاق الإفريقي لحقوق الانسان والشعوب في نص المادة (4) منه بنصها: "لا يجوز انتهاك حرمة الإنسان، ومن حقه احترام حياته وسلامة شخصه البدنية والمعنوية. ولا يجوز حرمانه من هذا الحق تعسفاً"

- *القانون المحلي (Domestic Law)*

يمكن الاستدلال على ملامح حق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية في القانون الأساسي المعدل لعام 2003، ضمن باب الحقوق والحريات العامة انطلاقاً من المداخل الثلاثة ذاتها؛ فالمادة (18) منه جاءت في الحق بحرية العقيدة والعبادة فنصت على أن: "حرية العقيدة والعبادة وممارسة الشعائر الدينية مكفولة شريطة عدم الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة".

بينما كفل القانون الأساسي مبدأ عدم التمييز في المادة (9) بنصها: "الفلسطينيون أمام القانون

[27] الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، صادرة عن منظمة الدول الأمريكية عام 1969: http://hrlibrary.umn.edu/arab/am2.html

[28] موسى رحومة، "ضمان حرمة الحيتة الخاصة في المواثيق الدولية،" *مجلة الملحق القضائي*، عدد 28 (1994)، 46.

والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة"، تضمنت المادة (32) مبدأ حرمة الحياة الخاصة للفرد فنصت على أن: "كل اعتداء على أي من الحريات الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للإنسان وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها القانون الأساسي أو القانون، جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وتضمن السلطة الوطنية تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الضرر".

لابد من التعرض أيضاً للمادة (10) من القانون الأساسي المعدل لعام 2003 التي تجعل حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام،[29] وكذلك تشجع الانضمام للاتفاقيات الدولية بنصها الذي جاء فيه:" تعمل السلطة الوطنية الفلسطينية دون إبطاء على الانضمام الى الإعلانات والمواثيق الدولية التي تحمي حقوق الإنسان".

من ناحية أخرى وبالنظر إلى قانون رقم (2) لسنة 1999 بشأن الأحوال المدنية الساري في الضفة الغربية وقطاع غزة،[30] فقد خلا من أي تفصيل يجبر الفرد صراحةً على تسجيل ديانته في بطاقة هويته الشخصية، ولكن يستدل على مثل هذا الإجبار ضمناً من نص المادة (37) التي جاءت في تصحيح قيود الأحوال المدنية في السجل المدني، لتنص على أن الديانة من الاستثناءات الواردة على المنع من تغيير أو تصحيح قيود الأحول المدنية بناءً على حكم قضائي، وهذا بذاته يفيد بأن بند الديانة موجود فعلاً ومطلوب عند تسجيل بيانات الأحوال المدنية في السجل المدني.

عند إمعان النظر في نص المادة (18) التي جاءت في بيانات بلاغ الولادة، أوجبت، من ضمن ما أوجبته، عند البلاغ عن الولادة بيان جنس المولود واسمه، وديانة والديه. وبما أن بطاقة الهوية الشخصية للفرد تبنى على شهادة ميلاده التي يرجع أصل البيانات فيها إلى بيانات إبلاغ الولادة، هذا لا يعني فقط بأن بند الديانة موجود فعلاً بل إن ديانة الفرد ليست من محض اختياره بالمطلق. واستناداً لإحدى قرارات المحكمة الدستورية في تركيا، فإن مثل هذا الإجبار على إدراج دين الفرد في سجل الأسرة وبطاقة الهوية

[29] تنص المادة (1/10) على أن: "حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام".

[30] قانون بشأن الأحوال المدنية رقم (2) لسنة 1999، منشور في الوقائع الفلسطينية، العدد 29، صفحة 6، صادر بتاريخ 17 تموز 1999.

من قبل والديه وقبل أن يبلغ سن الرشد ودون موافقته، يشكل نوعاً من الإكراه وكشفاً إلزامياً عن الدين بحكم الأمر الواقع (De Facto) في الحياة اليومية.[31]

عدا على أن العرف المحلي المتبع في إدراج ديانة الفرد في بطاقة هويته الشخصية هو استكمالاً لتطبيق الأمر العسكري رقم (297) بشأن بطاقة الهوية وتسجيل السكان لسنة 1969،[32] التي نصت المادة (11) فيه كالآتي:" أ. تسجل في سجل السكان التفاصيل التالية المتعلقة بكل ساكن وكذلك كل تغيير يطرأ عليها: ... (6) الدين؛..."،[33] علماً بأن هذا الأمر العسكري ملغىً ضمناً بفعل صدور تشريع وطني يعالج قضايا الأحوال المدنية وهو قانون الأحوال المدنية رقم (2) لسنة 1999. كما خلت المنظومة القضائية في فلسطين من أي قرار محكمة يتعلق بإدراج الديانة في بطاقة الهوية الشخصية للأفراد.

رجوعاً لقانون الأحوال المدنية، أفادت المواد (50) و(51) منه على أن بطاقة الهوية دليلاً على صحة البيانات الواردة فيها، ولا يجوز لأية جهة الامتناع عن اعتمادها في إثبات شخصية صاحبها، وأي موظف من موظفي مديرية الأحوال المدنية زوّر أو كشط أو غير أو حذف أو بدل أو تلاعب في البيانات المدونة في الوثائق الصادرة يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن خمس سنوات.

تأسيساً على ماسبق، يبدو جلياً بأن حق الفرد في عدم إظهار ديانته على بطاقة هويته الشخصية والتزاماً بمداخله الثلاثة، هو حق أساسي للوهلة الأولى لأن الانتقاص منه يمس بكرامة الفرد الإنسانية كونها قاعدة للاحترام الواجب للذات الإنسانية، وهو حق أساسي فعلاً بعد أن خضعت مداخله لامتحان التبرير وتم الاستدلال عليه على مستوى التشريعات الدولية والقانون المحلي.

المحور الثاني: الالتزام الوطني المنبثق عن تبني حق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية بنصوص دستورية وتشريعية أخرى

يختص هذا المحور بفرضيتي النموذج العالمي للحقوق الأساسية الثانية والثالثة المتأسستين على

[31] Constitutional court of Turkey, judgment of 21 June 1995, published at the *Official Gazette*: http://www.hukukturk.com/en/

[32] أمر بشأن بطاقة الهوية وتسجيل السكان (الضفة الغربية) (رقم 297) لسنة 1969، المنشور في المناشير والأوامر والتعيينات (الاحتلال الإسرائيلي- الضفة الغربية)، عدد 17، صفحة 609، بتاريخ 23 آذار 1969.

[33] أحمد ذبالح، مقابلة شخصية، مدير عام الإدارة العامة للشؤون القانونية، وزارة الداخلية الفلسطينية، رام الله، 8 أيار 2017.

فكرة الالتزامات الإيجابية للدولة والالتزامات الأفقية التي تترتب على الحقوق الأساسية. وتقوم فكرة الالتزامات الإيجابية للدولة؛ أن على الدولة واجب اتخاذ خطوات لتمنع الإضرار والانتهاك والإنفاذ السلبي للمصالح التي تحميها الحقوق، ومن ثم يجب عليها، في إطار الحقوق الدستورية، أن تضع نظاماً يحمي الناس بشكل فعال من الأخطار الناشئة عن العوامل البشرية أو العوامل الطبيعية.[34] وتقوم فكرة الالتزامات الأفقية على أن الحقوق الدستورية لم تعد تؤثر فقط على العلاقة بين المواطن والدولة (الالتزام الإيجابي)؛ بل إنها تطبق وتُعمل بين الأفراد. ومن الممكن النظر في التأثير الأفقي للحقوق كتصنيف فرعي من الالتزامات الإيجابية المذكورة سابقاً للدولة، ويمكن النظر فيها أيضاً كتصنيف منفصل لإعمال الحقوق الدستورية بين الأفراد.[35]

هذا يعني أنه من السذاجة الاعتقاد بأن إدراج مداخل الحق في عدم إظهار ديانة الفرد في بطاقة هويته الشخصية في القانون الأساسي كما ظهر في مرحلة التبرير، كافٍ لاعتبار أن مجموعة هذه الحقوق محمية.

تبعاً لذلك وإعمالاً للفرضيات السابقة في هذه المرحلة من النموذج العالمي للحقوق الأساسية، يبدو بأن الالتزام الوطني المنبثق عن تبني حق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية كالتزام إيجابي من ناحية والتزام أفقي متفرع عنه بين الأفراد من ناحية أخرى على مستوى القانون المحلي أولاً، وبعد استعراض نصوص المواد القانونية في مرحلة التبرير أعلاه؛ ظهر مبهماً وبنصوص ضعيفة في المادة (18) من القانون الأساسي التي جعلت حرية العقيدة والعبادة والممارسة الدينية مكفولة، بما فيها الجزء المتعلق بالحق قيد الدراسة، وهو حرية كتمان ديانة الفرد من إعلانها دون فرض من أية جهة، والمادة (9) التي نصت على أن الفلسطينيين سواء لا تمييز بينهم بسبب الدين، ولكن وفي المادة (10) شكلت التزاماً سلبياً على عاتق السلطة الوطنية الفلسطينية باحترام الحقوق الأساسية، وفي ذات الوقت تشكل التزاماً أفقياً بين الأفراد باحترام الحقوق الثلاثة[36] التي تقود بالضرورة لاحترام الأفراد فيما بينهم لحقهم في عدم إظهار ديانتهم في بطاقة الهوية الشخصية.

[34] Möller, *The global model,* 6.

[35] المرجع السابق، 11.

[36] تقصد الباحثة بمصطلح الحقوق الثلاثة في كل مرة ورد في الورقة البحثية؛ الثلاثة مداخل لحق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية، وهي الحق في الفكر والوجدان والدين، والحق في عدم التمييز بسبب الدين، والحق في حرمة حياة الفرد الخاصة.

بينما يظهر جلياً الالتزام الإيجابي المفروض على السلطة الوطنية الفلسطينية فعلاً عند الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة وغيرها من الحقوق والحريات الواردة في القانون الأساسي والقانون، في المادة (32) التي أوجبت على السلطة الوطنية الفلسطينية أن تجرّم كل فعل فيه انتهاك لحقوق الأفراد وحرياتهم، وجاء النص داعماً لوجود التزام إيجابي على السلطة الوطنية الفلسطينية، وصل لدرجة تفرض عليها التخصيص من موازنتها لتعويض كل من انتُهك حقه من الأفراد. وبما أن حق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية ينطلق من حقه في إظهار ديانته أو إخفائها باختياره ودون تدخل أية جهة خارجية تجبره على إظهارها؛

وانطلاقاً كذلك من كون إدراج الديانة في بطاقة الهوية يخلق طريقاً للتمييز في المعاملة بين الأفراد بسبب الدين، وأن هذا الدين جزء من حياة الفرد الخاصة التي لديه بموجبها حرية اختيار ما يظهره للآخرين وما يعرّف به عن نفسه، دون تدخل السلطة في تحديد ذلك؛ وبما أن هذه المبادئ الثلاثة هي حقوق بذاتها ومنصوص عليها في القانون الأساسي، وبذلك فهي محمية بموجب المادة (32)؛

بالامكان القول بأن هناك التزاماً ايجابياً على السلطة الوطنية الفلسطينية هو ذو قيمة دستورية تسمو على التشريعات الوطنية الأخرى، وينبثق عن هذا الالتزام التزام أفقي بين الأفراد لإعمال حق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية انطلاقاً من ذات التبرير، بما لا يخلق مساحة لانتهاك هذا الحق من قبل الأفراد، ويجرّم فعل الانتهاك عند حدوثه.

بالنظر للمادة (51) من قانون الأحوال المدنية رقم (2) لعام 1999، وتأسيساً على أن القانون خلا من أي تفصيل يفيد بإدراج خانة الديانة في سجل الأحوال المدنية وبطاقة الهوية، وعلى أن الأمر العسكري رقم (297) ملغى ضمناً ومن المعيب الاستمرار بإعماله في ظل وجود قانون وطني بديل، وعلى إشكالية المادة (37) التي لا تقوم على أساس قانوني عند نصها على إمكانية تغيير أو تصحيح الديانة في قيود الأحوال المدنية، فشكلت المادة (51) التزاماً إيجابياً صريحاً لحماية حق الفرد بعدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية من خلال تجريمها لفعل الموظف الإداري الذي يتلاعب بقصد في بيانات الفرد المقدمة إليه، وهذا يشمل من ضمن ما يشمله، تدوين ديانة الفرد، أو إدراجها في بطاقة هويته الشخصية أو في سجل الأحوال المدنية، أو حتى

القيام بفعل من شأنه أن يجبر الفرد على استيضاح ديانته خلال تقديمه لبيانات سجل الأحوال المدنية.

أما في إطار الالتزام الوطني المنبثق عن تبني الحقوق الثلاثة من خلال الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها فلسطين مؤخراً بدون إبداء أية تحفظات، وفي ظل ضعف النص بالالتزام الإيجابي في نص المادة (10) من القانون الأساسي الذي شجّع العمل دون إبطاء على انضمام السلطة الوطنية الفلسطينية للاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان تمهيداً لالتزامها بما ورد فيها من حماية لهذه الحقوق، وفي ظل عدم وجود تنظيم قانوني يسعفنا نستدل منه على موقع الاتفاقيات الدولية وآلية اعتمادها كجزء من النظام القانوني الوطني،[37] قد يبدو أن القيمة القانونية للاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الفلسطيني غير مفهومة بعد، بالتالي لا يوجد التزام وطني منبثق عن الانضمام للاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، ولا يوجد أية التزامات إيجابية على السلطة الوطنية الفلسطينية لحماية الحقوق الثلاثة في الوقت الراهن بالتالي حماية لحق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية.

لكن لا حاجة فعلاً لتنظيم قانوني يفرض التزامات إيجابية على فلسطين لحماية هذا الحق انطلاقاً من الاتفاقيات الدولية من خلال أن يوضح موقع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان ومدى إلزاميتها بالنسبة للسلطة الوطنية الفلسطينية لحماية حقوق الإنسان الواردة فيها، فهنالك قيمة عليا لبعض هذه الاتفاقات هي أسمى من ضرورة الانضمام إليها واعتمادها كجزء من النظام القانوني، فهي تشكل إلزاماً بذاتها انطلاقاً من عالمية القانون الدولي لحقوق الإنسان، وفي هذه المرحلة سيتم الإستفادة من كافة المواد التي نصت على حماية حق الفرد في الفكر والوجدان والدين، وحقه في عدم التمييز بسبب الدين، وحرمة حياته الخاصة في مختلف الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي أدرجتها في مرحلة التبرير سواء التي انضمت إليها فلسطين والتي لم تنضم، انطلاقاً من أن كافة التشريعات الدولية لحقوق الإنسان التي صدرت بعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان جاءت متأثرةً به مرددةً

[37] عاصم خليل، "حقوق الإنسان ومدى مساهمة الاتفاقيات الدولية وتطبيقها في القوانين الوطنية"، محاضرة ضمن مساق *الحريات العامة والحقوق الأساسية*، جامعة بيرزيت، 1 نيسان 2017.

لنصوصه، فهو الشجرة التي انبثقت عنها كل هذه الفروع.[38]

مما لاشك فيه بأن القيمة القانونية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان موضع خلاف بين فقهاء القانون الدستوري، وتتبنى الورقة البحثية رأي الفقيه الفرنسي ليون دوجي (Léon Duguit) الذي ذهب الى أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يمثل العهد الاجتماعي لكل مجتمع سياسي جديد، مما يجعل منه قيمة فوق دستورية، وهو ملزم للكافة ليس فقط للأفراد وإنما أيضاً للمشرع الدستوري والمشرع العادي على حدٍ سواء.[39] وأن مضمون هذا الإعلان وما تضمنه من مبادئ عامة عليا يمثل خلاصة ما بلغه الفكر الدستوري ومنتهى آمال الشعوب من أجل خير الإنسانية، لهذا فهو غير مرتبط بمجتمع معين أو دولة معينة وإنما يعبر عن الإرادة العليا للإنسان التي يقع على السلطة العليا التزام بالتعبير عنها في صلب الدستور وإفراغها في ضمانات وقواعد دستورية.[40]

إن التزام الدولة تجاه هذا الإعلان وكل من تأثر به من تشريعات لاحقة، هو التزام بتحقيق نتيجة، بمعنى أن عليها أن تضمن الحد الأدنى من احترام القواعد المقررة لحقوق الإنسان الواردة فيها.[41] ومن غير المعقول للدولة أن تتحلل من هذه الالتزامات، ذلك أن حقوق الإنسان عبرت الى ساحة القانون الدولي العرفي منذ أمد طويل والقواعد العرفية لها قوتها الملزمة والقانون الدولي العرفي لا يقل في قوته الالزامية عن القانون الدولي الاتفاقي.[42]

قياساً على ذلك، فمن غير المعقول أيضاً أن تتحلل السلطة الوطنية الفلسطينية من تلك المبادئ العرفية السامية، وهذا بالضرورة يفرض عليها مجموعة من الالتزامات الإيجابية لحماية الحقوق الثلاثة المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية سابقة الذكر في مرحلة التبرير، وتعتبر المواد التي تضمنتها والتي نصت على حق الفرد في حرية الفكر والوجدان والدين، وحقه في عدم التمييز بسبب الدين، وحرمة حياته الخاصة التزام وطني منبثق عن تبني الحق في عدم إظهار الفرد ديانته في بطاقة هويته الشخصية من خلال القانون الدولي لحقوق الإنسان المدرج في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، بالتالي وبالضرورة لا تتحلل

[38] جاسم عز الدين، "القيمة القانونية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان،" *مجلة جيل حقوق الإنسان*، عدد 12 (2016): 70.

[39] وجدي غبريال، *دستورية حقوق الإنسان* (مصر: مركز الدراسات والمعلومات القانونية، 1993)، 64؛ عز الدين، "القيمة القانونية للإعلان العالمي"، 17.

[40] عز الدين، "القيمة القانونية للإعلان العالمي"، 66.

[41] المرجع السابق، 69.

[42] المرجع السابق، 77.

من التزاماتها الإيجابية تجاه حق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية.

المحور الثالث: القيود المفروضة على حق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية وما يترتب على انتهاكه

تقوم الفرضية الرابعة من النموذج العالمي للحقوق الأساسية على فكرة أن الحقوق الدستورية لا تتمتع عموماً بقوة معيارية خاصة، فتخضع الحقوق الأساسية لامتحان التوازن غالباً من قبل القضاة في المحاكم المختصة وذلك باعتماد آلية التناسبية. وإن اختبار التناسب هذا في جوهره هو عملية توازن؛ حيث يجري موازنة حق ما ضد حق منافس آخر أو ضد المصلحة العامة وفق هدف مشروع.[43] وغالباً ما يضطر القاضي لإجراء موازنات مختلفة وامتحانات مختلفة للتناسبية في ظل التعقيدات التي تطرح أمامه؛ عندما يضطر لتقييد حق ما من أجل المصلحة العامة مثلاً.[44] فليس هناك معيار مطلق يمكن وضعه لتحديد الأغراض المعقولة والضرورية لتحديد الحقوق الأساسية، ولكي يستطيع القاضي وزن القيم المتنافسة سيلجأ لوضع مبادئ تتطلب دراسة كل حالة على حدة، كما توصلت إليه إحدى المحاكم في جنوب إفريقيا.[45]

أصبحت مسألة جواز فرض قيود على ممارسة الحقوق والحريات الأساسية، مسألة مسلم بها في دساتير الدول حتى في أكثرها ديمقراطية، كما أن المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان تجيز فرض قيود على ممارسة الأفراد للحقوق والحريات التي تنص عليها، مع استثنائها في ذلك لعدد قليل من هذه الحقوق، والتي لا يجب أن تخضع ممارستها لأي نوع من القيود.[46]

بالإضافة الى أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ينحو في تحديده القيود التي تخضع لها الحقوق والحريات الأساسية منحىً يقوم على إيراد نص منفصل للتقييد، ينطبق على جميع الحقوق والحريات التي يعترف بها، ولا يدرج هذه القيود في سياق النص الذي يعترف بكل حق على حدة، فقد نصت المادة (29) منه على أنه: "يخضع الفرد في ممارسة حقوقه وحرياته لتلك القيود التي يقررها القانون فقط، لضمان الاعتراف بحقوق الغير

[43] Möller, *The global model,* 14.

[44] عاصم خليل، "التوازن والتناسبية في القانون الدولي والقانون الدستوري"، محاضرة ضمن مساق *الحريات العامة والحقوق الأساسية*، جامعة بيرزيت، 8 نيسان 2017.

[45] Möller, *The global model,* 15.

[46] محمد خضر، *التنظيم الدستوري في فلسطين: دراسة تمهيدة لغايات اقتراح النصوص الناظمة للحقوق والحريات والسلطة القضائية في دستور دولة فلسطين المقبل* (رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، 2015)، 42.

وحرياته واحترامها، ولتحقيق المقتضيات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة والأخلاق في مجتمع ديمقراطي".[47]

إنطلاقاً من هذا السياق وتطبيقاً للفرضية الرابعة هذه على حق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته، فيلاحظ بأن المشرع الدستوري الفلسطيني اختص تارةً في النص على إعمال التوازن، فقيد حرية العقيدة والعبادة وممارسة الشعائر الدينية في نص المادة ذاته في سبيل عدم الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة، فهذا النص بذاته إعلان يفيد بوجود الحق، وأنه خاضع للقيود دون تحديد المدى الذي يمكن أن تصل إليه. وتارةً اختصت الاتفاقيات الدولية ذاتها كالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي جاء مقيداً حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده للقيود التي يفرضها القانون الوطني في الدول، ما من شأنه أن يكون ضرورياً لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية. ويحال إلى المحكمة تارةً أخرى لإعمال التوازن، وهي أية محكمة تنظر في قضية فيها انتهاك لأحد حقوق الفرد أو إحدى حرياته، باعتبار أن مهمة إنفاذ الحقوق والحريات الأساسية مسؤولية كل القضاة.[48]

يتطلب ذلك إعمال التوازن بين حماية حقوق الأفراد والنظام العام وقصد المشرّع، كما جرت العادة في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، التي استندت منهجيتها القانونية في معالجتها العديد من القضايا الى دراسة دوافع المشرع الوطني والأهداف التي يسعى إلى تحقيقها والآثار التي تترتب على أي إجراء يتخذه المشرع الوطني والتي من شأنها إلغاء أو تقييد أو استثناء أو تفضيل أحد الحقوق المنصوص عليها، وتؤخذ بالحسبان الخصائص الاجتماعية والقانونية السائدة في الدولة المشتكى عليها، والموازنة بين حماية حقوق الأفراد ومتطلبات المصلحة العامة.[49]

هذا يعني أيضاً بأن حرية الفكر والوجدان والدين لا تمتلك حماية مطلقة في النظام الدستوري في فلسطين كما ظهر في نص المادة (18) من القانون الأساسي المعدل لعام 2003، وكذلك على المستوى الدولي وما تناوله العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادة (18) منه.

[47] المرجع السابق، 51.

[48] المرجع السابق، 55.

[49] العجلاني، "مفهوم عدم التمييز"، 109.

في ذات الوقت فإن القيود المفروضة على هذه الحرية في كافة النصوص في العالم لايمكن أن تمتد لتشمل حرية عقد القناعة الداخلية (Forum Internum) هي فقط تقيد حرية الممارسة الخارجية للدين (Forum Externum).[50] وإن مبدأ عدم التمييز في المعاملة بسبب الدين وإن لم يخضع لقيود في النص الدستوري ذاته من القانون الأساسي وحتى في الاتفاقيات الدولية، وكذلك حق الفرد في حرمة حياته الخاصة، وفي ظل عدم توافر تطبيقات قضائية فلسطينية عن هذه المبادئ (في حدود علم الباحثة)، لا يعني أن هذه المبادئ مطلقة الحماية، بل يبقى دور القاضي الفلسطيني صاحب القرار في إخضاعها لامتحان التوازن.

في هذه المرحلة من النموذج العالمي للحقوق الأساسية، أصبح الحديث عن حق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية هو حديث عن حق أساسي، وهنا يأتي دور المحكمة لتُعمِل التوازن ما بين مصلحة فرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية ومصلحة مجتمع لا يوجد مظاهر للتعددية الدينية بداخله، وبموروث ديني متعصب، حتى بات لا يستغني عنه الفرد في ممارساته اليومية، وفي ظل دولة تنص في قانونها الأساسي على الدين الرسمي للدولة وتنتمي لفكر فيه عالم الدين وعالم حقوق الإنسان لم يتعايشا يوماً على نحو مريح، حتى تكونت عقيدة دينية لدى أفرادها لتبرير التمييز القائم على أساس الدين أو الجنس أو الميول الجنسية.[51] وبموروث تشريعي باعتماد الدين على بطاقة الهوية منذ عقود يعود لأسباب تمييزية عنصرية أسسها الحكم العسكري الإسرائيلي ليعزز من وجودها في المجتمع. وعند تقييد هذا الحق باعتبار أن تعبير الفرد عن دينه في بطاقة هويته الشخصية يتعلق بمسائل حساسة كالزواج والطلاق والميراث وفوضى الحقوق التي قد تنتج عنها، يصبح من الصعب إطلاق العنان لحق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية، ولا يتوقع من القاضي أن يتمرد على المجتمع ويذهب نحو اتجاه حاد تتفوق فيه منظومة الحقوق الأساسية والحريات لتسمو، مما يعرضه للانتقاد باعتباره يذهب بالمجتمع نحو مظاهر العلمانية والتوجهات المدنية في مثل تلك المسائل.

على سبيل المثال، على القاضي الفلسطيني في المحكمة الدستورية مثلاً، عند إخضاعه حق الفرد

[50] Krömer, *The fundamental right*, 3.

[51] Jean-Paul Marthoz and Joseph Saunders, "Religion and the Human Rights Movement," *Human Rights Watch* (2005), 9. Available at: https://www.hrw.org/legacy/wr2k5/religion/1.htm.

في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية للتناسب أن يراعي أهمية هذا الحق الأساسي في التخلص من مظاهر التمييز العقيمة في المجتمع، وحماية حرمة الأفراد الخاصة، وحماية حقهم في دينهم، إبطانه وإظهاره، هذا الحق الذي يحمي المؤمنين كما يحمي الملحدين، وأهمية المصلحة المراد حمايتها ومشروعيتها. وإن جاءت الأدبيات التي تتحدث عن امتحان التناسب في تقييد الحقوق والحريات كثيرة، إلا أن كل حالة على حدة لا زالت هي من تفرض على القاضي ظروفها؛ قيدها وإطلاقها.

يُفتح هنا الباب لنقاش حاد من جهة حول مشروعية المصلحة التي يريد القاضي أن يحميها، فعندما يقيد القاضي الدستوري حق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية باعتباره منتج لغايات تنظيمية ويصطدم بمسائل الأحوال الشخصية وما ينتج عنها من توزيع الحقوق بطريقة عادلة بين الأفراد إن استطعت القول، ومسائل مثل عدم تجريم تعدد الزوجات والإفطار العلني في شهر رمضان المتأسس على اعتبارات دينية بحتة، يتضح له بأن الهدف المشروع هنا هو هدف ديني بحت، وبرأي الباحثة لا يمكن بالمطلق اعتبار الهدف القائم على تحقيق غايات دينية هو هدف مشروع، وإلا أين الحماية المقررة التي تحدثت عنها ابتداءً لغير أصحاب الاعتقاد في عدم التمييز بسبب الدين واحترام حرمة الحياة الخاصة المنصوص عليها في القانون الأساسي الفلسطيني، هذه القيم التي تعتبر قيم ثمينة للمؤمنين كما الملحدين على حدٍ سواء.[52]

من جهة أخرى، إن كان غياب خانة الديانة في بطاقة الهوية الشخصية يحقق نوعاً من عدم التمييز بين الأفراد بسبب الدين، فإن وجودها بالضرورة ومن أجل مصلحة عامة وهدف مشروع، يفاقم من مشكلة السياسات التمييزية بين الأفراد سببها الدين، فتقييد الحق في هذه الحالة لأي هدف كان؛ لا يساهم بانتزاع السياسات العنصرية ضد الأفراد، بل يُبقي حوار الأديان قائماً في ممارساتهم اليومية في علاقتهم ببعضهم وعلاقتهم بالسلطة.

هذا إن كان بالطبع غياب خانة الديانة هو غياب فعلي، ولكن في الحقيقة يعتبر غياباً شكلياً ومازالت قيود الأحوال المدنية توضح هوية الفرد الدينية بشكلٍ صريح، هذه الهوية التي لم يكن له إرادة في اختيارها بالمطلق بل ورثها عن والديه، كما ورث المشرع الفلسطيني السياسة التمييزية عن الحكم العسكري الإسرائيلي وأبقى عليها. فكان من

[52] European court of human rights, Sinan isik v. Turkey judgment, 11.

الأولى أن تعالج السياسات التمييزية القائمة على الدين من جذورها في قانون الأحوال المدنية رقم (2) لسنة 1999، بما يشمل عدم الإشارة الى خانة الديانة بالمطلق، حيث إنه وكما ترى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في إحدى قراراتها؛ أن مجرد تقديم طلب من أجل حذف الدين أو تغييره من السجلات المدنية يمكن أن يشكل إفصاحاً وبلاغاً للسلطات عن دين الفرد بحكم الأمر الواقع (De Facto) ضد إرادته في كل مرة يستخدم فيها بطاقة هويته الشخصية.[53]

الخاتمة

تقوم الحماية الدستورية للحقوق الأساسية ضمن النموذج العالمي للحقوق الأساسية على أربع فرضيات تنطلق بالأساس من ممارسة المحاكم المعاصرة في العالم الحديث والنصوص الدستورية. ومن خلال استعراض الفرضيات الأربع وإسقاطها على حق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية انطلاقاً من كونه يلتصق بحق الفرد في الفكر والوجدان والمعتقد، وحقه في عدم التمييز بسبب الدين، وحرمة حياته الخاصة، توصلت الباحثة إلى أنه وفي ظل التضخم الحقوقي الهائل في منظومة الحقوق الأساسية في العالم عامةً وفي فلسطين بشكل خاص، يعتبر حق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية حقاً اساسياً للوهلة الأولى، لأنه يرتبط دون انفصال عن استقلاليته كفرد وكرامته الإنسانية كونها قاعدة للاحترام الواجب للذات الإنسانية، وهو حق أساسي فعلاً بعد أن خضعت مداخله لامتحان التبرير وتم الاستدلال عليه على مستوى التشريعات الدولية والقانون المحلي.

كما أن القيمة القانونية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان قيمة فوق دستورية، وهو ملزم للكافة ليس فقط للأفراد وإنما للمشرع وللدولة، باعتبار أن ما تضمنه من مبادئ عامة عليا يمثل منتهى آمال الشعوب من أجل خير الإنسانية، ويعتبر التزام فلسطين تجاه هذا الإعلان وكل من تأثر به من تشريعات لاحقة، هو التزام يجعلها تضمن الحد الأدنى من احترام القواعد المقررة لحقوق الإنسان الواردة فيه.

هذا يعني أن السلطة الوطنية الفلسطينية تخضع لهذه الإلتزامات الإيجابية التي يفرضها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لحماية حق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية. وما يتفرع عنها من التزامات أفقية بين الأفراد لحماية

[53] المرجع السابق، 14.

هذا الحق. كما نص المشرع الفلسطيني في نص المادة (32) من القانون الأساسي على التزام إيجابي على السلطة الوطنية الفلسطينية وصل لدرجة تفرض عليها التخصيص من موازنتها لتعويض كل من انتُهك حقه من الأفراد.

تأسيساً على ذلك وبما أن حق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية ينطلق من حقه في إظهار ديانته أو إخفائها باختياره دون تدخل أية جهة خارجية تجبره على إظهارها، وانطلاقاً من كون إدراج ديانته في بطاقة الهوية يخلق طريقاً للتمييز في المعاملة بين الأفراد بسبب الدين، وأن هذا الدين جزء من حياة الفرد الخاصة التي لديه بموجبها حرية اختيار ما يظهره للآخرين وما يعرف به عن نفسه، دون تدخل السلطة في تحديد ذلك، وبما أن هذه المبادئ الثلاثة هي حقوق بذاتها ومنصوص عليها في القانون الأساسي وبذلك فهي محمية بموجب المادة (32)، فإن هناك التزاماً إيجابياً على السلطة الوطنية الفلسطينية ذو قيمة دستورية تسمو على التشريعات الوطنية الأخرى، وينبثق عن هذا الالتزام التزام أفقي بين الأفراد لإعمال حق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية انطلاقاً من ذات التبرير، بما لا يخلق مساحة لانتهاك هذا الحق من قبل الأفراد، ويجرم فعل الانتهاك عند حدوثه.

إن كان يبدو جلياً بأن حق الفرد في عدم إظهار ديانته في بطاقة هويته الشخصية يخضع لامتحان التوازن والتناسبية عند إعماله مما يجعل منه حقاً غير مطلق وليس له قيمة معيارية خاصة، وأن فلسطين تحذو حذو العالم الحديث في رؤيتها للحماية المقررة للحقوق الأساسية وأن فكرة تبني النموذج العالمي للحقوق الأساسية لحماية الحقوق الأساسية هي فكرة قد تكون واردة لديها في مرحلة لاحقة، خاصةً في ظل حداثة تعيين قضاة المحكمة الدستورية. ولكن لا يوجد مؤشرات ايجابية تجعل من المصلحة العامة التي تقيد هذا الحق هدفاً مشروعاً لا يخلق نوعاً من التمييز بين الأفراد بسبب الدين، بل يفاقم من هذه السياسة ولا يحذو بالمجتمع نحو الديمقراطية القائمة على التعددية واحترام اعتقاد الأفراد وعدم اعتقادهم. وإن وجود الديانة في بطاقة الهوية الشخصية ليس بالضرورة أن يكون مطلوباً لغايات تنظيمية خاصةً وأن الديانة موجودة وبشكل صريح في قيود الأحوال المدنية ومن السهل الوصول إليها.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

- ميثـــــــاق الأمـــــــم المتحـــــــدة (1945)، http://hrlibrary.umn.edu/arab/a001.html
- الإعـــلان العـــالمي لحقـــوق الإنســـان (1948)، http://hrlibrary.umn.edu/arab/b001.html
- الاتفاقيـــة الأوروبيـــة لحقـــوق الإنســـان (1953)، http://hrlibrary.umn.edu/arab/euhrcom.html
- العهـد الـدولي الخـاص بـالحقوق المدنيـة والسياسـية (1976/1966)، http://hrlibrary.umn.edu/arab/b003.html
- الاتفاقيـــة الأمريكيـــة لحقـــوق الإنســـان (1969)، http://hrlibrary.umn.edu/arab/am2.html
- الميثـــاق الإفريقـــي لحقـــوق الإنســـان والشـــعوب (1986/1981) http://hrlibrary.umn.edu/arab/a005.html
- الاتفـــاق العربـــي لحقـــوق الإنســـان (2004)، http://hrlibrary.umn.edu/arab/a003-2.html
- القـانون الأساسـي المعـدل لسـنة 2003، الوقـائع الفلسـطينية، العـدد 0، صـفحة 5، صـادر بتـاريخ 2003/3/19.
- قـانون بشـأن الأحـوال المدنيـة رقـم (2) لسـنة 1999، الوقـائع الفلسـطينية، العـدد 29، صـفحة 6، صـادر بتاريخ 1999/7/17.
- أمـر بشـأن بطاقـة الهويـة وتسـجيل السـكان (الضـفة الغربية) (رقم 297) لسنة 1969، المناشير والأوامر والتعيينـات (الاحـتلال الإسـرائيلي- الضـفة الغربيـة)، عدد 17، صفحة 609، بتاريخ 23.3.1969.
- Constitutional court of turkey, Judgment of 21 June 1995, Official Gazette: http://www.hukukturk.com/en/
- European Court of Human Rights, "Press release of Alexandridis v. Greece case (Application no. 19516/06)", European Court of Human Rights website, (2008), the judgment is available only in French, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"display":["1"],"dmdocnumber":["829228"],"itemid":["003-2274253-2426441"]}
- European Court of Human Rights, "Case of Sinan Isik v. Turkey (Application no.21924/05)", European Court of Human Rights website, (2010), http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":["ENG"],"appno":["21924/05"],"documentcollectionid2":["CHAMBER"],"itemid":["001-97087"]}

ثانياً: المراجع:

❖ *المراجع العربية:*

- خضر، محمد. *التنظيم الدستوري في فلسطين: دراسة تمهيدية لغايات اقتراح النصوص الناظمة للحقوق والحريات والسلطة القضائية في دستور دولة فلسطين المقبل*. رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، 2015.
- رحومة، موسى. "ضمان حرمة الحيتة الخاصة في المواثيق الدولية،" *مجلة الملحق القضائي*، عدد 28 (1994): 35-48.
- صوداقية، هاني. "حماية الحق في الحياة الخاصة،" *مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية*- جامعة زيان عاشور بالجلفة- الجزائر، عدد 11 (2012): 457-467.
- العجلاني، رياض، "مفهوم عدم التمييز في الميثاق الأوروبي لحقوق الإنسان والحريات الأساسية وتطوره في ضوء أحكام محكمة حقوق الإنسان الأوروبية،" *مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية* 21، عدد 2 (2005): 79-111.

- عز الدين، جاسم. "القيمة القانونية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان،" *مجلة جيل حقوق الإنسان* (لبنان)، عدد 12 (2016): 77-51.
- غبريال، وجدي. *دستورية حقوق الإنسان*. مصر: مركز الدراسات والمعلومات القانونية، 1993.
- الفايد، طارق. "هوية جديدة تتجاهل العشيرة والديانة وتوحي بالمواطنة والملك شخصياً يصدر واحدة،" *صحيفة القدس العربي*، (2017/4/29)، http://www.alquds.co.uk/?p=558314
- صحيفة القدس العربي. "جدل حول إلغاء بند الديانة من الهوية الفلسطينية،" (2017/3/5)، http://www.alquds.co.uk/?p=142305
- القاسم، سراب. "مفهوم الكرامة الإنسانية وعلاقته بالمقاومة". بيرزيت: جامعة بيرزيت، رسالة ماجستير، 2012.
- كوتكجيان، جورج. "في مسألة كرامة الإنسان،" *مجلة رسالة اليونسكو الجديدة*، عدد 62 (2009): 42- 45.
- يعقوب، جوزيف. "كرامة الفرد والشعوب: مساهمة بلاد الرافدين والتراث السرياني،" *مجلة ديوجين* (مصر)، عدد 215 (2011): 52-27.

❖ *المراجع الأجنبية:*

- Krömer, Peter. "The fundamental right to freedom of religion," in *European churches engaging in human rights*. Bruxelles: Church and Society Commission of the Conference of European Churches, 2012.
- MacDonald, Alex. "Turkey ditches religion from IDs as it eyes EU membership," *Middle East eye,* (17/2/2016). http://www.middleeasteye.net/news/religion-be-left-new-identification-cards-turkey-326099214
- *Marthoz, Jean-Paul and Joseph Saunders*. "Religion and the Human Rights Movement," *Human Rights Watch* ,2005. Available at: https://www.hrw.org/legacy/wr2k5/religion/1.htm.
- Möller, Kai. *The global model of constitutional rights.* New York: New York University, 2013.
- Venice commission of council of Europe. *Guidelines for the review of legislation pertaining to religion or belief*. Venice: 59th plenary session of Venice commission, 2004. http://www.osce.org/odihr/13993?download=true
- Vilhena, Oscar, Upendra Baxi and Frans Viljoen. *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, Indian and South Africa*. Pulp: Pretoria University law press, 2013.

جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/9)
فئة موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن

نوار بدير

الحق في التعليم

كانون أول/ ديسمبر 2017

BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

The Right to Education [Arabic]

الحق في التعليم

Newar Bdair نوار بدير

التدقيق اللغوي: إبراهيم المصري

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (9/2017)
Encyclopedia of Comparative Arab Constitutional Law Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/9)
فئة موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن

© 2017, Birzeit University
Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration

This text may be downloaded for personal research purposes. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copies or electronically, requires the consent of the Constitutional Law Unit, at Birzeit University. Requests should be addressed to : chairofcil@birzeit.edu

If cited or quoted, reference should be made as follows:
[Full name of the author(s)], [Title], Birzeit's Working Papers in Legal Studies [Series Number], Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration: Birzeit University [year of publication].

The views expressed in this publication cannot in any circumstances be regarded as the official position of Birzeit University.

© 2017، جامعة بيرزيت
وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقيّاً أو إلكترونيّاً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة القانون الدستوريّ في جامعة بيرزيت.
للتواصل والمعلومات بالخصوص: chairofcil@birzeit.edu

في حال الاقتباس أو التوثيق يجب أن يتم التوثيق كما يلي:
[اسم المؤلف أو المؤلفين كاملاً]، [العنوان]، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونيّة [رقم السلسلة]، وحدة القانون الدستوريّ، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، [سنة النشر].

لا تعبر الآراء الواردة في هذا المنشور تحت أي حال من الأحوال عن الموقف الرسمي لجامعة بيرزيت.

Supported by:

بدعم من:

BIRZEIT UNIVERSITY
H.H. Shaikh Hamad Bin Khalifa Al-Thani Chair in Constitutional and International Law

نوار بدير*

الحق في التعليم

1. المقدّمة

يعتبر الحق في التعليم إحدى الحقوق الاجتماعية إضافة للحق في الصحة والضمان الاجتماعي، التي تهتم بها المواثيق الدولية والدساتير الوطنية، والهادفة إلى تحقيق التكافل الاجتماعي بين أفراد المجتمع وتوفير إمكانيات متجانسة للتقدم الاجتماعي في حال وفرت الدولة الوسائل المناسبة لتحقيقها (خبابة 2010، 66). ويتصف الحق في التعليم بأنه من الحقوق والحريات المتعلقة بشخص الإنسان، والذي يتضمن حريته وحقه في تلقي العلوم المختلفة بشتى الوسائل المشروعة والمتاحة (الدبس 2013، 347). هذا ويعتبر بأنه حق وواجب في آن واحد؛ يصنف بأنه واجب لأن دساتير العالم تنص على إلزاميته حتى سن معينة، أما باعتباره حق لأنه يمنح للأفراد بمختلف مراحلهم العمرية (عباس 1995، 303).

* مُدرسة غير متفرغة في دائرة القانون، وباحثة في وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة بجامعة بيرزيت.

شكل التعليم عبر تاريخ البشرية، وفي كل المجتمعات، غاية بحد ذاتها ووسيلة لتنمية الفرد والمجتمع؛ لارتباطه بمفهوم الكرامة الإنسانية للفرد، الأمر الذي دعا العديد من الصكوك الدولية والإقليمية للاعتراف به وتنظيمه. وهو ما أكده القضاء الدستوري المصري في حكمه رقم (109) لسنة 27 قضائية، بتاريخ 2007/6/10، والذي جاء فيه: "التعليم كان ولا يزال من أكثر المهام خطراً وأعمقها اتصالاً بآمال المواطنين وطموحاتهم، وأوثقها ارتباطاً بمصالح الجماعة ومقاييس تقدمها. وكان على الدولة أن تهيمن على عناصر التعليم الرئيسة، وأن تولّيها رعايتها، وأن توفر لدور التعليم والقائمين عليها بقدر طاقتهم شرايين الحياة الجوهرية التي لا تقوم إلا بها".

يقصد بالحق "المصلحة أو المنفعة أو السلطة الثانية لصاحبها بموجب الشرع أو القانون أو العقود التي تنشئ حقوقاً بين أطرافها على أساس قانوني عادل" (الخطيب 2012، 35). أما الحق بالتعليم: "حرية الفرد في تلقين النشء العلم، والإعداد لجيل جديد، وحقه في أن يتلقى العلم ويختار نوعية التعليم الذي يتلقاه والمعلم الذي يلقّنه العلم، وأن يتمتع مع غيره من المواطنين بفرصة متساوية في تلقي العلم لأقصى حدود دون أي تمييز" (فراج، 1989، 396).

تكمن أهمية هذه الورقة في أنها تتعلق بإحدى الحقوق الأساسية المرتبطة بتقدم المجتمعات وتطورها، فلا بد للدولة أن تمنحه لكل فرد، وأن يكون مجانياً وإلزامياً في مراحله الأولى، وأن يتجسد بالتعليم بالفني والمهني، وأن يهدف بشكل عام إنماء شخصية الفرد الهادفة لإثراء مستقبله ورقي مجتمعه (الراوي 1999، 184).

تحاول هذه الورقة الإجابة على عدة تساؤلات أهمها: ما موقف الدساتير الوطنية من الحق في التعليم؟ كيف ساهمت الدولة في إرساء هذا الحق؟ وما هو دور المحكمة الدستورية في حمايته وترسيخه؟ وهل يتفق التنظيم الدستوري مع التنظيم الدولي لهذا الحق؟

وللوصول إلى ذلك تفرد الورقة قسمين: الأول لبحث التنظيم الدستوري للحق في التعليم، أما الثاني، فلبحث التنظيم الدولي للحق في التعليم.

2. لتنظيم الدستوري للحق في التعليم

تهتم الدساتير الوطنية بمعالجة الحق في التعليم لأهميته في تنمية الفرد ورقي المجتمع، وتعتبر الدنمارك من أوائل الدول التي اعتبرت أن التعليم إلزامي، وذلك في العام 1817، وانطلاقاً من دوره في إثراء المجتمع وتطوره، اتبعت العديد من الدول الأوربية الاتجاه ذاته، ومن ثم تأثرت الدول الآسيوية بذلك، وحرصت العديد من المواثيق الدولية على معالجته، وبدء حديثاً يضم العلم حماية الحقوق الإبداعية والإنتاجية والمادية والمعنوية (الراجحي 2005، 109).

تتطرق الورقة في هذا الجزء لمكانة الحق في التعليم في النصوص الدستورية ضمن القسم

الأول، بينما يبحث القسم الثاني مكانة هذا الحق ضمن القضاء الدستوري.

2-1. مكانة التعليم في النصوص الدستورية

بالنسبة إلى الحالة الفلسطينية، فمن الناحية التاريخية لم تتعرض النصوص الدستورية التي عاصر تطبيقها على فلسطين في بعض المراحل التاريخية لتنظيم الحق في التعليم ابتداءً من الحكم العثماني ومروراً بالانتداب البريطاني، بينما تم التطرق له كأول مرة في الدستوري الأردني للعام 1952، والذي طبّق على الضفة الغربية عند إعلان الوحدة بين الضفة الغربية والضفة الشرقية، بموجب المادة (20) منه، والتي نصت على: "التعليم الابتدائي إلزامي للأردنيين وهو مجاني في مدارس الحكومة".

أما بالنسبة لقطاع غزة والذي ألحق بذات الوقت إلى الإدارة المصرية، فلم تتضمن نصوصه أية إشارة إلى الحق في التعليم أو الاعتراف به ضمن نصوص القانون الأساسي لقطاع غزة للعام 1955 والمعدل بموجب إعلان النظام الدستوري للعام 1962؛ لأن هذه الدساتير أكدت على استمرار تطبيق النظام القانوني المطَبّق في فلسطين أثناء الانتداب البريطاني على قطاع غزة في فترة الإدارة المصرية عليها، الذي بدوره لم يتعرّض لهذا الحق.

وفي الوقت الحالي تنظم أحكام الحق في التعليم بموجب القانون الأساسي الفلسطيني المعدل للعام 2003، والمطبّق على الضفة الغربية وقطاع غزة بصفته القانون الأسمى فيها. فالمادة (24) منه تعرضت لبعض الضمانات المتعلقة بالحق في التعليم ضمن أحكامه، فاعتبرته إلزامياً حتى نهاية المرحلة الأساسية للمواطنين كافة، ومجانياً في المدارس والمعاهد والمؤسسات العامة، وأكدت على احترام واستقلالية الجامعات والمؤسسات التعليمية ومراكز البحوث مع ترك تنظيم القانون لآلية الإشراف عليها، على أن تشرف السلطة الوطنية الفلسطينية على التعليم كله وفي جميع مراحله ومؤسساته التعليمية العامة والخاصة، وعلى هذه المؤسسات احترام المناهج التي تعتمدها هذه السلطة دون تحديد إطار القانون المنظم لها أو إحالته إلى قانون خاص به.

هذا وقد تعرضت القوانين الفلسطينية للحق في التعليم وتنظيمه في قانون التعليم العالي الفلسطيني رقم (11) لسنة 1998؛ وقانون الطفل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2004؛ وقانون مراكز الإصلاح والتأهيل الفلسطيني رقم (6) لسنة 1998؛ وقانون حقوق المعوّقين الفلسطيني رقم (4) لسنة 1999؛ وقانون التعليم الفلسطيني رقم (1) لسنة 2013؛ وقانون رقم (11) لسنة 1998 بشأن التعليم العالي، وقانون التربية والتعليم الأردني رقم (16) لسنة 1964 وتعديلاته السارية المفعول في الضفة الغربية؛ وقرار بقانون رقم (5) لسنة 2013 بشأن صندوق الإقراض لطلبة مؤسسات التعليم العالي في فلسطين، مع الإشارة إلى النظام

القانوني المتعلق بحق التعليم يختلف بين الضفة الغربية عن قطاع غزة.

أما بالنسبة إلى الدستور المصري للعام 2014، فقد توسع في صياغة هذا الحق، وعالجه في سبع مواد متفرقة ضمن الباب الثاني من الدستور المعنون بـ "المقومات الأساسية للمجتمع"، وأكد بموجبه على حق المواطن المصري بالتعليم؛ لأهميته في "بناء الشخصية المصرية والحفاظ على الهوية الوطنية، وتأصيل المنهج العلمي في التفكير وتنمية المواهب، وتشجيع الابتكار، وترسيخ القيم الحضارية والروحية، وإرساء مفاهيم المواطنة والتسامح، وعدم التمييز، مع التزام الدولة بمراعاة أهدافه في مناهج التعليم ووسائله، وتغيره وفقاً لمعايير الجودة العالمية"، وأضافت: المعلمون، وأعضاء هيئة التدريس ومعاونوهم، يشكلون الركيزة الأساسية للتعليم. واعتبرت أن التعليم إلزامي حتى نهاية المرحلة الثانوية أو ما يعادلها، على أن تكفل الدولة مجانيته بمراحله المختلفة في مؤسسات الدولة التعليمية، وفقاً للقانون.

كما واهتمت النصوص الدستورية المصرية بالتعليم الفني والتقني والتدريب المهني وألزمت الدولة بتطويره، وفقاً لمعايير الجودة العالمية، وبما يتناسب مع احتياجات سوق العمل. أما بالنسبة إلى التعليم الجامعي فقد أكدت النصوص الدستورية المصرية على استقلال الجامعات والمجامع العلمية واللغوية، مع إلزام الدولة بتطوير التعليم الجامعي وكفالة مجانيته في جامعات الدولة ومعاهدها، كل ذلك وفقاً للقانون. وشجعت إنشاء الجامعات الأهلية غير الهادفة إلى تحقيق الربح. كما وأولت تلك النصوص الاهتمام بالقضاء على الأمية من خلال الالتزام بوضع خطة شاملة للقضاء عليها.

إضافة إلى ذلك ألزمت النصوص الدستورية المصرية الدولة بتخصيص نسبة من الإنفاق الحكومي على التعليم بما يعادل 4% من الناتج القومي، أما الجامعي بما لا يقل عن 2% من الناتج القومي، وأخيراً البحث العلمي خصص له ما لا يقل عن 1% من الناتج القومي الإجمالي، على أن ترتفع تلك النسب تدريجياً حتى تصل المعدلات المتفق عليها عالمياً.

وبالمجمل إن نصوص القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003) لم تتعرض لنسبة الإنفاق الحكومي على القطاعات الاقتصادية والاجتماعية على خلاف النصوص الدستورية المصرية (2014) كما أشرنا سابقاً، إلا أن موازنة الحكومة للعام 2016 تشير إلى أن حصة وزارة التربية والتعليم العالي من موازنة الحكومة الفلسطينية بلغت قرابة 720 مليون دولاراً أمريكياً، أي ما نسبته (18.3%) من مجمل موازنة الحكومة للقطاعات العامة ("أمان" 2016، 14-16). ويذهب جلها (86.00%) كرواتب وأجور ونفقات تشغيلية، ويُخصص ما نسبته 1.8% من موازنة الوزارة كنفقات تطويرية، ما يضع العملية

التعليمية برمتها في ظروف غاية في الصعوبة من حيث تطوير البنية التحتية للمدارس، وبناء مدارس أو إضافة صفوف مدرسية جديدة. وهذا يؤثر بشكل سلبي على مبدأ التوافر الذي يفرض أن تعمل الدولة على توفير مؤسسات وبرامج تعليمية وبنية تحتية تشتمل على كل العناصر التي تحافظ على كرامة الإنسان وتدعم حقه في تعليم نوعي (الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان "ديوان المظالم" 2016، 121).

إضافة إلى أن النصوص الدستورية المصرية (2014) عالجت العديد من مضامين هذا الحق بما فيه القضاء على الأمية والاهتمام بالتعليم الفني والمهني، بينما اقتصرت نصوص القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003) على محددات عامة لهذا الحق دون التعرض لتفاصيله.

أما الدستور الكويتي للعام 1962 فقد تعرض في المادة (40) منه إلى الحق في التعليم مؤكداً على حق الكويتيين بالتعليم وإلزاميته في مراحله الأولى، على أن تكفل الدولة حق التعليم في حدود النظام العام والآداب مع إحالة تنظيمه لقانون، كم وأحالت هذه النصوص الدستورية وضع الخطة اللازمة للقضاء على الأمية لقانون يتعلق بها.

هذا فيما نظم الدستور العراقي للعام 2005 الحق في التعليم بإيراد العديد من الضمانات مراعياً بذلك الأعراق المختلفة، فقد جاءت نصوصه في المواد (4) و(29) و(34) توضح أن التعليم أساس تقدم المجتمعات، وعلى الدولة أن تكفله، مع اعتباره إلزامياً ومجانياً لكافة العراقيين بمختلف مراحله، وأكدت أنه من واجب الوالدين تعليم أبنائهم مع ضمان حقهم بتعلم اللغة الأم سواء أكانت عربية أم كردية أم تركمانية أم سريانية أم أرمانية في المؤسسات التعليمية الحكومية، وأن تكفل الدولة مكافحة الأمية، وتشجع البحث العلمي، أما بالنسبة للتعليم الخاص فهو أيضا مكفول وينظم بموجب قانون.

أما الدستور التونسي للعام 2014، فتعرض إلى الحق في التعليم بموجب الفصل (39) و(47) مؤكداً بأن واجب الدولة توفير الحق بالتعليم المجاني لكافة مراحل التعليم وهو إلزامي حتى سن السادسة عشر، وعلى الدولة في إطار ذلك أن ترسخ اللغة العربية وأن تدعمها، وتباشر إجراءات الانفتاح على اللغات الأجنبية والحضارات الإنسانية وكذلك المساهمة في نشر ثقافة حقوق الإنسان، وأضافت أيضاً أن من حقوق الطفل على أبويه وعلى الدولة التعليم والتربية، دون أن تحيل هذه النصوص تنظيم الحق في التعليم بشكل مباشر إلى قانون خاص به.

ذلك فيما منحت المادة (29) من الدستور جنوب إفريقيا للعام 1996 والمعدل للعام 2012، الحق في التعليم لكل شخص بما فيها التعليم الأساسي، أو أي تعليم إضافي، من خلال التزام الدولة بتدابير معقولة؛ لتجعله متاحاً وسهل المنال بشكل تدريجي، مع ضرورة احترام مؤسسات التعليم الخاص والتقيد بالإنصاف والاهتمام بالجدوى

التعليمية ومعالجة الآثار المترتبة على القوانين والممارسات التي كانت سائدة في الماضي والقائمة على التمييز العنصري. وأضافت بأن لكل شخص الحقَّ في أن يتلقى تعليمه في المؤسسات التعليمية الحكومية باللغة أو اللغات الرسمية التي يختارها إذا كان ذلك التعليم ممكناً ومعقولاً. وأتاحت نصوص هذا الدستور لكل شخص الحق في إنشاء مؤسسات تعليمية مستقلة، على نفقته الخاصة، بشرط ألا تقوم على التمييز العنصري، وأن تكون مسجلة بالدولة؛ وأن تلتزم بمعايير لا تقل عن تلك التي تلتزم بها نظيراتها من مؤسسات التعليم الحكومية.

أما بالنسبة إلى الدستور الفرنسي للعام 1958 والمعدل للعام 2012، فقد أشار إلى التعليم وأهميته ضمن ديباجته، والتي جاء فيها "تضمن الأمة فرص متساوية للأطفال والكبار في التعليم والتدريب المهني والثقافة. توفير التعليم المجاني، العام والعلماني على جميع المستويات هو واجب الدولة". وأشارت في المادة (8) منه على ضرورة أن يسهم التعليم والتثقيف البيئي في ممارسة الحقوق والواجبات بشكل عام، دون أن تدخل بتفاصيل هذا الحق ومضامينه.

بناءً على ما سبق يمكن القول أن نصوص الدساتير المنظمة للحق في التعليم موضوع الدراسة اهتمت بتحديد الإطار العام لمفهوم الحق بالتعليم، ونظمت معالمه باعتباره إحدى الحقوق الاجتماعية، وإن اختلفت صياغتها من دستور لآخر ووسعت وضيقت إطارها كذلك. إضافة إلى ذلك فإن لصياغة المتبعة في التشريعات العربية المقارنة قيدت ممارسة الحق بالتعليم بتدخل السلطة التشريعية، من خلال ترك تنظيم تفاصيل هذا الحق إلى القوانين الخاصة به؛ الأمر الذي يخول السلطة التشريعية فرض قيود على ممارستها (عزام 1955، 27).

ويظهر ذلك بتقييد النصوص بعبارات عامة كما هو الحال في النصوص الدستورية الفلسطينية والمصرية والكويتية سابقة الذكر باستخدام مصطلحات فضفاضة، مثل "في حدود القانون"، أو "في إطار القانون" والذي يصفه البعض بـ "نصوص الاسترداد" التي تخوّل السلطات صلاحية استرداد الحقوق الدستورية؛ بتبني تشريعات تلغي كل مقاصد حقوق الإنسان وتقويضها (المؤسسة الدولية 2014، 14)، وعلى خلاف اتجاه الدول المقارنة في الورقة البحثية موضوع الدراسة فإن الدستور التونسي (2014) أورد نصاً عاماً يحدد القيود الواردة على كافة الحقوق والحريات المنظمة بموجب أحكام الدستور، ومنها الحق في التعليم، بموجب الفصل (49)، والتي تنص على: "يحدد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها، ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الآخرين أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة وذلك مع احترام

التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك. ولا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور".

إضافة إلى ما سبق تتميز صياغة النص الدستوري التونسي بأنها أوردت في الفصل (65) نصاً شاملاً يحدد النصوص القانونية الناظمة لكافة أحكام الدستور، وقسمتها إلى قسمين؛ الأول يتخذ شكل قوانين عادية وأوردت المواضيع التي تنظم بها من ضمنها الحق في التعليم والبحث العلمي والثقافة والصحة والتنمية والضمان والاجتماعي، وغيرها من الأمور. وأخرى والتي تتعلق بمواضيع ذات أهمية تتخذ شكل قوانين أساسية كما هو الحال في تنظيم الجيش الوطني والحريات وحقوق الإنسان، والقانون الانتخابي، والعدالة والقضاء وغيرها أمور كثيرة. بينما نصوص القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003) والدستور المصري (2014) وكذلك الدستور الكويتي (1962)، تحيل تنظيم معظم الحقوق ومن ضمنها الحق بالتعليم إلى قانون خاص بها ضمن المادة المنظمة له.

كما ونشير إلى أن النص الدستوري لجنوب إفريقيا (1996) والمعدل (2012) تميز بتأثره بالطابع الدولي، بمعنى آخر بأنه تضمن العديد من النصوص الواردة في اتفاقيات دولية ذات علاقة بالحق في التعليم، بينما النص الدستوري الفرنسي (1958) المعدل (2008) اكتفى بالحديث عن التعليم بإطاره العام دون إحالة تنظيمه لقانون خاص بها أو التعرض لتفاصيله ضمن نصوصها.

2-2. مكانة التعليم ضمن القضاء الدستوري

إن النصوص الواردة بالدستور ومن ضمنها الحق في التعليم موضوع البحث يتمتع بحماية خاصة مختلفة عن غيره من النصوص؛ نظراً لما تحتله من مرتبة عليا ضمن هرمية التشريعات، الأمر الذي يخضعها لرقابة القضاء الدستوري، الهادف لحماية هذه النصوص من خلال البحث في مدى التزام السلطة إعمال مثل هذه الحقوق.

فمثلاً المحكمة الدستورية المصرية أولت الحق بالتعليم أهمية خاصة، ضمن قراراتها حين أكدت على أهميته في بناء المجتمع المصري ورقيه، وجاء ضمن ذلك في حكمها رقم (109) لسنة 2007: "إن كفالة الدستور لحق التعليم جاء انطلاقاً من حقيقة أن التعليم يعد من أهم وظائف الدولة، وأكثرها خطراً، وأنه أداتها الرئيسة التي تنمي في الناشئين القيم الخلقية والتربوية والثقافية، وتعده لحياة أفضل يتوافق فيها مع بيئته ومقتضيات انتمائه لوطنه" وأضافت "التعليم كان ولا يزال من أكثر المهام خطراً وأعمقها اتصالاً بآمال المواطنين وطموحاتهم، وأوثقها ارتباطاً بمصالح الجماعة ومقاييس تقدمها. وكان على الدولة أن تهيمن على عناصر التعليم الرئيسية، وأن توليها رعايتها، وأن توفر لدور التعليم

والقائمين عليها بقدر طاقتهم شرايين الحياة الجوهرية التي لا تقوم إلا بها".

وأما في الحكم الصادر من ذات المحكمة، رقم (18) لسنة 2001 اعتبر أن التعليم العالي يمثل بجميع كلياته ومعاهده الركيزة الأساسية لتزويد المجتمع بالمتخصصين والفنيين والخبراء الذين تقع على عاتقهم مسؤولية العمل في مختلف مجالاته، فالتعليم موجه لخدمة المجتمع والارتقاء به حضارياً، والإسهام في رقي الفكر وتقدم العلم وتنمية العلوم الإنسانية وإعداد إنسان مزود بأصول معرفية، مطّلع على أحدث طرق البحث العلمي والقيم الرفيعة؛ لضمان تقدم المجتمع، والعمل على بعث الحضارة العربية والتراث التاريخي للشعب المصري وتقاليده الأصيلة، بالربط بين التعليم الجامعي وحاجات المجتمع والإنتاج.

كما وساهمت المحكمة الدستورية العليا المصرية بالرقابة على السلطة التقديرية للمشرع عند تبنيه قوانين تنظم الحق في التعليم، وجاء في قراراها رقم (40) لسنة 16 قضائية، وكذلك قرارها رقم (114) لسنة 18 قضائية، ما يلي: "التعليم حق يجب أن تتكامل عناصره، فلا يجوز فصل أجزائها عن بعضها البعض، وتمتد الحماية التي كفلها الدستور للحق في التعليم إلى كل العناصر التي يتألف منها. فلا يجوز تعطيل بعض جوانبها أو تقييدها بنصوص قانونية أو تدابير إدارية من شأنها الإخلال بمبادئ التعليم بما ينال من محتواه وبوجه خاص يجب أن تتخذ السلطات العامة التدابير التي يقتضيها إنهاء التمييز غير المشروع سواء في مجال شروط القبول أو التفرقة بينهم في المصاريف أو المنح الدراسية ما لم يكن التمييز مستنداً إلى جدارتهم أو متقصداً بأوضاع المعاهد التعليمية جميعها".

وأضافت الأحكام السابقة أن الأصل في التعليم الخاص جوازه بالحدود التي بينها المشرع وبما لا يتناقص مع نصوص الدستور، وإلا يكون مستبعداً لفئة بذاتها من المواطنين، وملتزماً بالمقاييس التي تفرضها الجهة الإدارية ذات الاختصاص، وبالتالي فإن الحماية التي يكفلها الدستور للحق في التعليم لكل عناصره، تمتد إلى المعاهد التعليمية جميعها بغض النظر عمّن يمتلكها أو يديرها. وغيرها أحكام كثيرة لتراقب على مدى التزام السلطة التشريعية باحترام هذا الحق وحمايته.

فالقضاء الدستوري يساهم في حماية هذه الحقوق من خلال ممارسة دور الرقابة على دستورية القوانين والحكم بعدم دستورية التشريع المخالف لها، والرقابة على السلطة التقديرية للمشرع أثناء تبينه قانون يتعلق بتنظيم الحق في العمل، كما أشرنا في الأمثلة السابقة من الحالة المصرية، ومن المتوقع أن يتجه القضاء الدستوري في فلسطين عند تعرضه لمثل هذه الحقوق بذات اتجاه القضاء الدستوري المصري.

3. التنظيم الدولي للحق في التعليم

تعتبر المواثيق الدولية بشكل عام والمتعلقة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بشكل خاص إحدى مصادر الحقوق والحريات المنظمة بالتشريعات الوطنية؛ وتزداد أهمية هذه الحقوق عند انضمام الدولة أو مصادقتها للاتفاقيات الدولية ذات العلاقة بهذه الحقوق، وما يتبعها من التزامات دولية واردة في نصوص هذه الاتفاقيات لضمان تنفيذها.

هذا واهتمت العديد من المواثيق والإعلانات الدولية بتنظيم الحق في التعليم، والذي يتصف بأنه أحد الحقوق الاجتماعية التي تتطلب عملاً إيجابياً من الدولة وليس سلبياً، وفي مقدمتها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي اعتبر بموجب أحكام المادة (26) منه أن لكل شخص الحق في التعليم مع اعتباره مجانياً على الأقل في المراحل الابتدائية والأساسية، وأن يكون التعليم العالي متاحاً للجميع وفقاً لكفاءتهم، وأن يستهدف تحقيق التنمية الكاملة بشخصية الإنسان وتعزيز احترام حقوق الإنسان وحرياته والتفاهمَ والتسامحَ والصداقة بين جميع الأمم وجميع الفئات العنصرية أو الدينية، وأن يكون للآباء الحق في اختيار نوع التعليم لأولادهم.

بينما تعرضت المادة (13) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للحق بالتعليم، ملزمة الدولة في إطار تحقيقه بالإنماء الكامل للشخصية الإنسانية للفرد وتوطيد احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية، وتوثيق أواصر التفاهم والتسامح والصداقة بين جميع الأمم ومختلف الفئات السلالية أو الأثنية أو الدينية. ولضمان ممارسته من الدول الأطراف في العهد يتعين عليها جعل التعليم الابتدائي إلزامياً وإتاحته مجاناً للجميع؛ وتعميم التعليم الثانوي بمختلف أنواعه، بما في ذلك التعليم الثانوي التقني والمهني؛ وجعل التعليم العالي متاحا للجميع على قدم المساواة تبعاً للكفاءة، بكافة الوسائل المناسبة ولا سيما بالأخذ تدريجياً بمجانية التعليم؛ وإنشاء نظام منح وافٍ بالغرض؛ وتحسين الأوضاع المادية للعاملين في التدريس؛ مع ضرورة احترام حرية الآباء، أو الأوصياء عند وجودهم، في اختيار مدارس لأولادهم غير المدارس الحكومية، وبتأمين تربية دينية وخلقية تتلاءم وفقاً لقناعاتهم الخاصة.

وألزمت المادة (14) من ذات العهد الدولة الطرف فيها بوضع واعتماد خطة عمل مفصلة للتنفيذ الفعلي والتدريجي لمبدأ إلزامية التعليم ومجانيته للجميع، خلال عدد معقول من السنين يحدد في الخطة.

كذلك تعرضت المواد (28) و(29) من اتفاقية حقوق الطفل لذات توجهات العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والمتعلقة بالحق في التعليم ومجانيته وإلزاميته في عدد من المراحل، مع تسليط الضوء فيها على أهمية التعليم للأطفال وضرورة اتخاذ كافة التدابير المناسبة لضمان إدارة النظام في المدارس على

نحو يتماشى مع كرامة الطفل الإنسانية، ويتوافق مع ذات الاتفاقية، والاهتمام بتنمية شخصية الطفل وقدراته المختلفة.

أما المادة (10) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فقد نصت على تكافؤ الفرص في الحصول على التوجيه الوظيفي والمهني، والالتحاق بالدراسات لمختلف الدرجات العلمية، والتساوي في المناهج الدراسية، والقضاء على أي مفهوم نمطي عن دور الرجل والمرأة في جميع مراحل التعليم لجميع أشكاله، والمساواة في الحصول على المنح والإعانات الدراسية، وهو ذات الأمر الذي أكدته اتفاقية مكافحة التمييز في مجال التعليم.

وضمن الالتزامات الدولية المتعلقة بإنفاذ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية حددت اللجنة المعنية بهذه الحقوق في تعليقها العام رقم (13) أربعة عناصر من الالتزامات المترتبة على الدولة والمتعلقة بمجال التعليم، وهي: التوافر: أي أن تكون مؤسسات وبرامج الدولة التعليمية ومرافقها بما فيها المباني والمرافق الصحية والمدرسين والمواد التدريسية والمكتبات والحواسيب في حال الحاجة إليها متوافرة بأعداد كافية (التعليق رقم 13).

وضمان إمكانية التحاق الأفراد بالمؤسسات التعليمية بأن تكون سهلة الوصول، وأن تكون في متناول الجميع من الناحية المادية، وأن يتم القبول على أساس المساواة وعدم التمييز وتكافؤ الفرص.

أما إمكانية القبول بأن تكون مقبولة للآباء والأطفال على حد سواء، مع حقهم في اختيار نوعيته، وعدم الخضوع للدراسة الإجبارية للمواد التي لا تتفق مع معتقداته الدينية، ويندرج ضمن هذا الحق بتأسيس مؤسسات تعليمية عامة وأخرى خاصة. وفي إطار ذلك قضت محكمة الاستئناف في نيجيريا بأن استبعاد الحكومة للمؤسسات الخاصة يشكل انتهاكاً لحرية التعبير، وحق الآباء في تربية أبنائهم تحت وصايتهم وتعليمهم في أفضل المؤسسات وبأفضل الطرق والتقاليد التي يرتؤونها (الهادي 2007، 318) (الحق في التعليم بلا تاريخ، 316).

أما بالنسبة إلى لغة التعليم فيجب أن تحدد بلغات الدول الرسمية، فقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في إطار ذلك حق الدولة بتحديد لغاتها الرسمية، والتي تمثل لغات التدريس في المدارس العامة، دون الاعتراف بحق الفرد باختيار اللغة التي يرتئيها (الحق في التعليم بلا تاريخ، 316).

أما المعيار الرابع يقوم على قابلية التعليم للتكييف، وذلك بأن تكون مرنة تتغير مع احتياجات المجتمع وتستجيب له، وتعطى بموجبه أولوية لمصلحة الطفل وتراعى احتياجاته المستقبلية خلال التعليم (التعليق رقم 13).

وهو الأمر الذي لم تلتزم به التشريعات الوطنية الفلسطينية ذات العلاقة بالحق في التعليم، حيث يؤخذ على قانون التربية والتعليم النافذ في الضفة

الغربية عدم استجابته للتطور الحاصل على العملية التعليمية التي طرأ عليها سواء في المفهوم والمنهج وطرق التدريس، وفي الحقوق والواجبات التي ترتبت على التطور الحاصل في المعايير والمواثيق الدولية ذات العلاقة بالحق في التربية والتعليم، وبخاصة العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للعام 1966.

فلم يعالج قانون التعليم العالي لسنة 1998 بشكل واضح ومحدد مسؤولية الدولة في إعمال الحق في مجانية التعليم العالي في الجامعات المصنفة بحسب المادة (10) من القانون على أنها جامعات عامة، ولم يتعرض للأخذ التدريجي في مجانية التعليم العالي استجابة لما نصت عليه الفقرة (6) من التعليق العام رقم 13 للعام 1999، وكذلك لم يراعِ إمكانية الالتحاق بالتعليم من الناحية الاقتصادية، وكذلك خلا القانون من أي نص يتعلق بالتعليم المهني والتقني ودمجه بالتعليم العالي (الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان "ديوان المظالم" 2016، 120).

وإذا انتقلنا إلى النصوص الدستورية في الحالة الفلسطينية والمصرية وكذلك الكويتية والعراقية يمكن القول بأنها تتفق بشكل عام مع صياغة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقيات الدولية وبالتحديد المادة (13) و(14) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية؛ والمادة (10) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة؛ وكذلك المواد (28) و(29) من اتفاقية حقوق الطفل بالاهتمام بنوعية التعليم ومضمونه، وحرية اختياره، واعتباره إلزامياً ومجانياً في التعليم الابتدائي، ومتاحاً للعموم في الثانوي. إلا أنها اختلفت معها من عدة جوانب حين خصصت هذا الحق للمواطنين دون غيرهم، فالمادة (1/24) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003)، وتقابلها المادة (13) من الدستور المصري (2014) بأنها نصت على: "التعليم حق لكل مواطن"، وكذلك المادة (40) من الدستور الكويتي (1962)، حين نصت على: "التعليم حق للكويتيين"، والمادة (34) من الدستور العراقي (2005)، وجاء فيها: "التعليم المجاني حق لكل العراقيين". بينما الاتفاقيات الدولية شرعت الحق في التعليم لكافة الأفراد المواطنين والمقيمين، ومن الأمثلة عليها المادة (1/13) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وجاء فيها: "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل فرد في التربية والتعليم".

أضف إلى ذلك أن هذه النصوص المقارنة لم تشر إلى احترام الفئات العنصرية والدينية كافة كما هو وارد بموجب النصوص الدولية؛ لتعزيز ورح التفاهم والتسامح والصداقة بين جميع الشعوب. على خلاف النصوص الواردة في دستور جنوب إفريقيا (1996) والمعدل (2012) في المادة (29) والتي منحت الحق لكل شخص، دون اقتصارها على المواطن.

ولا بد من التأكيد إلى أن مكانة الاتفاقيات الدولية سابقة الذكر تختلف مكانتها ضمن النظام القانوني الداخلي من دولة إلى أخرى، وتبعاً لها تختلف التزاماتها على المستوى الداخلي. (أنظر "مكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الداخلي" ضمن هذه السلسلة).

4. الخاتمة

يعتبر الحق في التعليم إحدى الحقوق الاجتماعية المصنفة ضمن الجيل الثاني من الحقوق، والتي تتطلب دوراً إيجابياً من الدولة لترسيخه وإنفاذه، ونظراً لأهميته في ارتقاء المجتمع وتطوره، ونصت العديد من الدساتير الوطنية على الحق في التعليم وأولته حماية خاصة بجعله إلزامياً في بعض المراحل ومجانياً في مراحل أخرى، مع ضمانها للحق في التعليم العالي، وتنظيمه سواء تعلق بالتعليم العام أو الخاص من ناحية، أو تعلق بالتعليم المهني أو الفني أو التقني من جهة أخرى.

اختلفت النصوص الدستورية في تنظيم الحق في التعليم، فمنها ما توسعت وأخرى ضيقت في تحديد مضامينه أو طبيعة الالتزامات المترتبة على الدولة لتوفيره، فالدستور المصري أورد العديد من الضمانات الحامية لهذا الحق مقارنة بالدستور الكويتي والفلسطيني حين عالجت هذه الدساتير بعض الضمانات وغفلت غيرها، كما أن جميعها أحالت تنظيمها إلى قانون الأمر الذي يعرضها لتدخل السلطة التشريعية، وإن كانت تتمتع هذه النصوص الدستورية بحماية خاصة من تجاوز السلطات ومن ضمنها التشريعية لحدودها القانونية من خلال الرقابة على دستورية القوانين.

من ناحية أخرى إن النصوص الدستورية منحت الحق في التعليم للمواطن المتمتع بجنسية الدولة التي ينتمي إليها دون منحها لكافة الأفراد الذي يقيمون على أراضيها على خلاف الاتفاقيات الدولية الناظمة لهذا الحق بكافة جوانبه باعتباره أحد مصادره.

قائمة المصادر والمراجع

أولا- المصادر:

أ- الاتفاقيات الدولية:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (اعتمد في 10 كانون الأول 1948، ونشر في مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، رقم المبيع A.94.XIV-Vol.1, Part 1، ص 1).
- الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام 1965 (اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2106 ألف (د-20) بتاريخ 21 كانون الأول 1965، دخلت حيز النفاذ في 4 كانون الثاني 1969، نشرت في مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، رقم المبيع A.94.XIV-Vol.1, Part 1، ص 90:110).
- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (اعتمد بتاريخ 16 كانون الأول 1966، دخل حيز النفاذ 3 كانون الثاني 1976، نشر في مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، رقم المبيع A.94.XIV-Vol.1, Part 1، ص 11).
- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (اعتمدت في 18 كانون الأول 1979، دخلت حيز النفاذ 3 أيلول 1981، نشرت في مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، رقم المبيع A.94.XIV-Vol.1, Part 1، ص 208).
- اتفاقية حقوق الطفل (اعتمدت بتاريخ 20 تشرين الثاني 1989 ودخلت حيز النفاذ بتاريخ 2 أيلول 1990، نشرت في مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، رقم المبيع A.94.XIV-Vol.1, Part 1، ص 237).
- التعليق العام رقم (13) بشأن الحق في التعليم (صادر عن اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الدورة الحادية والعشرون، 1999).

ب- التشريعات:

- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003)، الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز (2)، بتاريخ 2003/3/19.
- الدستور المصري (2014):
www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014?lang=ar
- الدستور الكويتي (1962):
www.constituteproject.org/constitution/Kuwait_1992?lang=ar
- دستور جنوب إفريقيا (1996، معدل 2012):
www.constituteproject.org/constitution/South_Africa_2012?lang=ar
- الدستور الفرنسي (1958، معدل 2008):
/www.constituteproject.org/constitution/France_2008?lang=ar
- الدستور التونسي (2014):
www.constituteproject.org/constitution/Tunisia_2014?lang=ar

ج- الأحكام القضائية:

- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، رقم (40) لسنة 16 قضائية، بتاريخ 1995/9/2، المكتب الفني: 7، الجزء: 1، ص194.

- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، رقم (114) لسنة 18 قضائية، بتاريخ 1997/9/1، المكتب الفني: 8، الجزء: 1، ص809.
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، رقم (18) لسنة 22 قضائية، بتاريخ 2001/4/7، المكتب الفني: 9، الجزء 1، ص888.
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، رقم (109) لسنة 27 قضائية، بتاريخ 2007/6/10، المكتب الفني: 2، الجزء: 1، ص507.

ثانيا– المراجع:

- الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة "أمان". 2016. موازنة المواطن في فلسطين للعام 2016. رام الله.
- خبابة، أميرة. 2010. *ضمانات حقوق الإنسان*. المنصورة: دار الفكر والقانون.
- الخطيب، سعدي. 2012. *الدولة القانونية وحقوق الإنسان*. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.
- الدبس، عصام. 2013. *النظم السياسية "أسس التنظيم السياسي"*. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- الراجحي، صالح. 2005. "حقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية." *مجلة العلوم الاجتماعية* 33، عدد 1: 109.
- راضي، مازن، وحيدر عبد الهادي. 2007. *المدخل لدراسة حقوق الإنسان*. عمان: دار قنديل للنشر والتوزيع.
- الراوي، جابر. 1999. *حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية*. عمان: دار وائل للنشر والطباعة.
- عباس، عبد الهادي. 1995. *حقوق الإنسان*. دمشق: دار الفاضل.
- عبد البر، عبد البر. 1988. *دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة*. القاهرة: مطابع سجل العرب.
- عزام، فاتح. 1955. *ضمانات الحقوق المدنية والسياسية في الدساتير العربية: دراسة مقارنة*. القاهرة: مركز الدراسات لحقوق الإنسان.
- علوان، محمد، ومحمد الموسى. 2005. *القانون الدولي لحقوق الإنسان المصادر ووسائل الرقابة*. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- فراج، زين. 1989. *حرية التعليم في حقوق الإنسان منشور في: دراسات تطبيقية عن العالم العربي*. بيروت: دار العلم للملايين.
- المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، للديمقراطية والانتخابات. 2014. *المحاور الرئيسية في العملية الدستورية الليبية*. السويد.
- نجيب، سحر. 1980. *التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان وحرياته دراسة مقارنة في بعض الدساتير العربية*. مصر: دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات.
- الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان "ديوان المظالم". 2016. *وضع حقوق الإنسان في فلسطين (التقرير السنوي الثاني والعشرون)*. رام الله.

جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/10)
فئة أوراق طلبة الماجستير

تالا ناصر

الطلاق في المسيحية: ما بين المساواة واستقلالية الطوائف

كانون أول/ ديسمبر 2017

BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

الطلاق في المسيحية: ما بين المساواة واستقلالية الطوائف

Divorce in Christianity: Between Equality and the Independency of Religious Communities [Arabic]

تالا ناصر Tala Naser

التدقيق اللغوي: إبراهيم المصري

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/10)
فئة أوراق طلبة الماجستير

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (10/2017)
MA Students Papers Module

© 2017، جامعة بيرزيت
وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقيّاً أو إلكترونيّاً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة القانون الدستوريّ في جامعة بيرزيت.
للتواصل والمعلومات بالخصوص: chairofcil@birzeit.edu

في حال الاقتباس أو التوثيق يجب أن يتم التوثيق كما يلي:
[اسم المؤلف أو المؤلفين كاملاً]، [العنوان]، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونيّة [رقم السلسلة]، وحدة القانون الدستوريّ، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، [سنة النشر].

لا تعبر الآراء الواردة في هذا المنشور تحت أي حال من الأحوال عن الموقف الرسمي لجامعة بيرزيت.

© 2017, Birzeit University
Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration

This text may be downloaded for personal research purposes. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copies or electronically, requires the consent of the Constitutional Law Unit, at Birzeit University. Requests should be addressed to : chairofcil@birzeit.edu

If cited or quoted, reference should be made as follows:
[Full name of the author(s)], [Title], Birzeit's Working Papers in Legal Studies [Series Number], Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration: Birzeit University [year of publication].

The views expressed in this publication cannot in any circumstances be regarded as the official position of Birzeit University.

بدعم من:

Supported by:

BIRZEIT UNIVERSITY
H.H. Shaikh Hamad Bin Khalifa Al-Thani Chair in Constitutional and International Law

تالا ناصر *

الطلاق في المسيحية: ما بين المساواة واستقلالية الطوائف**

مقدمة

نظمت دساتير الدول –التي تسمو على كافة التشريعات– الحقوق والحريات الأساسية للفرد، على الرغم من تنوع هذه الحقوق والحريات وصعوبة حصرها مما يجعل هناك انتقاصاً من هذه الحقوق والحريات الأساسية في حال لم يكن منصوصا عليها في الدستور أو التشريعات العادية، بالإضافة إلى صعوبة التقاضي في ظل هذا الفراغ القانوني، ومن هذا المنطلق يسعى منظرو حقوق الإنسان – مع تطور مفهوم الحقوق والحريات– إلى عدم حصر الحقوق والحريات في تلك التي تدوّن في الدساتير والتشريعات العادية.

الأصل أن يولد الإنسان حراً ويتمتع بالحقوق والحريات كافة، إلا أنه نتيجة للعقد الاجتماعي الذي يوافق عليه الفرد ضمناً بحكم التنظيم الذي يحكم المجتمع، يتنازل الفرد عن بعض هذه الحقوق والحريات لصالح الدولة والتي بدورها تنظم العلاقات التي تحكم الأفراد الخاضعين لها من خلال سلطاتها العامة.

---

* محامية متدربة، طالبة ماجستير في القانون بجامعة بيرزيت، وناشطة في مجال حقوق الإنسان.

** هذه الدراسة في أصلها ورقة بحثية مقدمة ضمن مساق "الحريات العامة والحقوق الأساسية"، في برنامج ماجستير القانون بجامعة بيرزيت، خلال الفصل الدراسي الثاني 2017/2016. وقد جرى تطويرها لغايات النشر بناءً على ملاحظات أستاذ المساق د. عاصم خليل.

إن الحرية الفردية هي من أبرز الحريات التي يتمتع بها الفرد والتي تندرج تحتها العديد من الحقوق والحريات الأساسية، فالتمتع بالحرية الفردية يعطي الفرد الحق باختيار ما يتناسب مع رغباته لتحقيق استقلاليته، وغياب الحرية الفردية يؤدي بالضرورة إلى الانتقاص من كرامة الفرد ويعني أن هناك سلطة إخضاع وهيمنة على قراراته سواء كانت هذه السلطة من قبل الأفراد، أو من قبل الدولة عن طريق القوانين التي تفرضها.

لا شك أنه بالإمكان تقييد بعض الحقوق والحريات الأساسية في بعض الحالات التي تكون لخدمة الصالح العام، كما وحسب المفهوم الحديث للحقوق فإن جميعها تخضع لامتحان التوازن والتناسب على عكس المفهوم القديم بأن بعض الحقوق لها قيمة معيارية بحد ذاتها.[1]

انطلاقاً من قانون الطبيعة لسيرورة الحياة واستمراريتها من خلال العلاقة ما بين الرجل والمرأة والتي يتم من خلالها إنجاب الأطفال، تم تنظيم هذه العلاقة في إطار الزواج والذي تخضع أحكامه للشرائع الدينية والتي تنظمها الدولة في قوانين وضعية. هذه العلاقة التي تنطلق بالأساس من الحرية الفردية للرجل والمرأة في قبول تنظيم العلاقة والانخراط في مؤسسة الزواج والتي تكون بدورها منسجمة مع القوانين والأنظمة، وإذا كان الانطلاق من كون الفرد له حرية الاختيار في قبول أو عدم قبول تنظيم هذه العلاقة، فيفترض في حال قبوله أن تكون له الحرية في اختيار الشريك.

كما وأن قبول الرجل والمرأة لتنظيم العلاقة في إطار رسمي يستدعي منطقياً اختيارهم لإنهاء هذه العلاقة في حال كانت رغبتهم مجتمعين أو رغبة أحد الأطراف المنفردة تتجه لإنهائها وذلك بسبب أن قيام هذه العلاقة بالأساس ينبع من حرية الأفراد وقناعاتهم، والاستمرار أو عدم الاستمرار في هذه العلاقة هو أمر يُفترض أن يحدده أطراف العلاقة. إلا أن ذلك لا يحدث في العديد من دول العالم والتي تضم طوائف مختلفة تمنع الزوجين من إنهاء عقد الزواج من خلال الطلاق، الأمر الذي يبدو للوهلة الأولى أنه يقيّد حقهم في اختيار الحياة التي يرغبون بها، ويؤدي إلى إرغامهم على الاستمرار في علاقة زوجية غير مرغوب بها من قبل أحد الأطراف أو الطرفين معاً.

تسعى هذه الورقة البحثية للإجابة على سؤال "هل وجود تقييد على بعض المنتمين للطوائف المسيحية بحسب قوانينهم الكنسية من إنهاء عقد الزواج من خلال الطلاق مخالفة لحق أساسي؟"

[1] Kai Moller, *The Global model of constitutional rights* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 12.

وذلك انطلاقاً من الإشكالية التي تكمن في تحديد ما إذا كان الحق بإنهاء عقد الزواج من خلال الطلاق النابع من حق الرجل والمرأة بالزواج وتكوين أسرة هو حق أساسي في ظل عدم وجود نص صريح في القانون الأساسي الفلسطيني يعطي هذا الحق بالإضافة إلى البحث في إمكانية الطعن بالقوانين الكنسية التي تقيد الحق بإنهاء عقد الزواج انطلاقا من المواثيق الدولية التي صادقت عليها فلسطين، وذلك في ظل الفراغ في التشريعات الوطنية.

تكمن فرضية البحث –التي تحاول الورقة إثباتها– في أن تقييد الحق في إنهاء عقد الزواج من خلال الطلاق يؤدي لمخالفة حق أساسي، وينتهك حرية الفرد في اختيار شريكه وحريته في عدم استمرار الرابطة الزوجية، بالإضافة إلى كون هذا التقييد تمييزياً ما بين الأفراد على أساس الدين والطائفة. ومن خلال الإجابة على أسئلة البحث الأساسية، تطرح مجموعة من الأسئلة الفرعية حول حرية الأفراد في إنهاء عقد الزواج؛ فهل هذا يُعدّ حقاً أساسياً للوهلة الأولى؟ وكيف يمكن تبرير الحق في إنهاء عقد الزواج من خلال التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية؟ وهل يوجد التزامات على الدولة لحماية هذا الحق؟ ماذا بخصوص وجود التزامات على الأفراد لحماية هذا الحق؟ وهل يخضع هذا الحق لامتحان التوازن في حال تعارضه مع حقوق أو مصالح محمية؟

يستخدم المنهج الوصفي التحليلي لإثبات فرضية أن الحق في إنهاء عقد الزواج من خلال الطلاق هو حق أساسي ومخالفته تؤدي إلى انتهاك حرية الفرد وتنتقص من استقلاليته المرتبطة بالحرية والمساواة، بالإضافة إلى تحليل القوانين التي تقيد هذا الحق مقارنة بالمواثيق الدولية التي تعطي الحق دون تمييز على أساس الدين أو الطائفة.

ينقسم البحث إلى مبحثين: يتناول المبحث الأول مدى إمكانية اعتبار الحق في إنهاء عقد الزواج من خلال الطلاق بوصفه حقاً أساسياً. وينقسم المبحث الأول إلى مطلبين: المطلب الأول يتناول مدى تأثير تقييد الحق بإنهاء عقد الزواج من خلال الطلاق على استقلالية الفرد ومدى ارتباطه بالحرية والكرامة والمساواة. أما المطلب الثاني فيتناول التبرير من خلال المواثيق الدولية في ظل وجود فراغ دستوري يعطي هذا الحق، مع التطرق لمكانة هذه المواثيق في النظام القانوني الفلسطيني لفحص إمكانية الأخذ بها عند التقاضي. أما المبحث الثاني فسوف يتناول واجبات الدولة والأفراد تجاه الحق في إنهاء عقد الزواج من خلال الطلاق. وينقسم المبحث الثاني إلى مطلبين: المطلب الأول يتناول مدى التزام الدولة في حماية

هذا الحق بالإضافة لالتزام الأفراد بحماية هذا الحق، أما المطلب الثاني فسوف يتناول إخضاع الحق في إنهاء عقد الزواج لامتحان التوازن، من خلال الموازنة ما بين الحق بإنهاء عقد الزواج وحق الطوائف في عدم التدخل في شؤونهم الخاصة.

المبحث الأول: إنهاء عقد الزواج: هل هو حق أساسي؟

عرَّف "كارل فازاك" حقوق الإنسان وما يتصل بها من حريات أساسية بأنها "علم يتعلق بالشخص، ولا سيما الإنسان العامل، الذي يعيش في ظل دولة، ويجب أن يستفيد من حماية القانون عند اتهامه بجريمة، أو عندما يكون ضحية للانتهاك، عن طريق تدخل القاضي الوطني والمنظمات الدولية. كما ينبغي أن تكون حقوقه–أي الإنسان– ولا سيما الحق في المساواة، متناسقة مع مقتضيات النظام العام."[2]

إن فحص إمكانية اعتبار إنهاء عقد الزواج من خلال الطلاق حق أساسي يؤثر على حقوق الإنسان، يستدعي البحث في مدى تأثير تقييد الحق بإنهاء عقد الزواج على استقلالية الفرد المرتبطة بالحرية والكرامة والمساواة، وهو ما سيتم تناوله في المطلب الأول، بالإضافة إلى ضرورة البحث عن التبرير لإمكانية اعتبار الحق بإنهاء عقد الزواج من خلال نصوص القانون الأساسي الفلسطيني والمواثيق الدولية وهو ما سيتم تناوله في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تأثير تقييد الحق بإنهاء الزواج على استقلالية الفرد

لم يعد ينظر إلى الحقوق الدستورية على أنها تحمي مصالح معينة وخاصة، وإنما أدى التطور إلى وجود ما يسمى "بالتضخم الحقوقي" والذي بدوره يشير إلى حماية متزايدة لمصالح ليست ذات أهمية كبيرة.[3] وما نعتقد أنه حق أساسي نفاجأ أنه ليس حقاً أساسياً مما يستدعي التمييز بين الحقوق للوهلة الأولى وبين الحقوق الأساسية الفعلية.[4]

إن افتراض أن للفرد الحق في إنهاء عقد الزواج من خلال الطلاق ينطلق من مدى تأثير تقييد هذا الحق على استقلالية الفرد، ففي هذه الحالة وبحسب قوانين بعض الطوائف المسيحية، فإنه يمنع على الزوجين إنهاء عقد الزواج من خلال

[2] نضال جمال جرادة، "حقوق الإنسان وحرياته الأساسية"، د.ت، شبكة قوانين الشرق، د.ت (تاريخ الاسترجاع: 2017/4/20) previous.eastlaws.com/Uploads/Morafaat/48.pdf

[3] Moller, The Global model, 3.

[4] المرجع السابق، 6.

الطلاق إلا في حالة الزنا. ويأتي ذلك انطلاقاً من فكرة "الجسد الواحد" والتي تعني أن الاثنين قد أصبحا بالزواج وحدة واحدة وليس أكثر، وقد تم السماح بالطلاق في حالة الزنا؛ لأن الزوج أو الزوجة يكونان قد حطما مبدأ الجسد الواحد بدخول جسد ثالث بالزنا.[5]

وهذا يعني بما لا مجال للشك، أن هناك انتقاص من استقلالية الفرد من خلال حصر الطلاق في الزنا، مما يعني عدم إمكانية إنهاء عقد الزواج لرغبة أحد الأطراف أو الطرفين معاً والذي يؤدي إلى انتهاك حريتهم الفردية في الاختيار ويُدخل عامل الاجبار والارغام على الاستمرار في علاقة غير مرغوب بها، والذي يؤدي بالضرورة إلى انتهاك كرامة الفرد بإرغامه على شريك لم يعد يرغب بالبقاء معه، كما ولا يقتصر الأمر على منع الطلاق وإنما بحسب الطائفة القبطية، لا يصح زواج الرجل أو المرأة من شخص آخر في حال تم الطلاق لسبب الزنا، وهذا الزواج الثاني يعتبر باطلاً و يعتبر الطرف الذي أقدم على الزواج زانياً،[6] وهذا بدوره يقيد بشكل كامل حرية الفرد في اختيار شريك آخر للارتباط به، وذلك يعني أن الشخص يقع أمام خيارين لا ثالث لهما، إما أن يرغم على الاستمرار بالرابطة الزوجية التي لا يرغب باستمرارها، وإما أن ينفصل عن الشريك انفصالاً غير رسمي مع عدم استطاعته مطلقاً بالزواج مرة أخرى بإرادته ورغبته، وحالة حصر خيارات الفرد في أمور معينة يعتبر بحد ذاته انتقاصاً من استقلاليته ويرتبط في الحرية والكرامة.

أما بخصوص ارتباط استقلالية الفرد في المساواة، فلا شك أن هناك تمييزاً واضحاً بين المواطنين على أساس الدين أو الطائفة، فبغض النظر عن خصوصية كل طائفة والتي سوف يتم تناولها في المبحث الثاني، لا يوجد تبرير للتمييز بين المواطنين على أساس الدين. ففي حين تسمح القوانين لبعض الأديان والطوائف المختلفة بإنهاء عقد الزواج من خلال الطلاق، تمنع طوائف أخرى من ممارسة هذا الحق أيضاً من خلال القوانين. إن حق الإنسان في حرية قراراته الشخصية لا يقتصر على شخص من طائفة معينة بل هو حق يمتد ليشمل الجميع بغض النظر عن الدين أو الجنس أو اللون، ففي هذا الصدد لا تشمل عدم المساواة التمييز على أساس الجنس حيث إن منع الطلاق بحسب الطوائف المسيحية يمتد ليشمل الرجل والمرأة، وإنما التمييز يتم على أساس الدين، الأمر الذي حرمته المواثيق الدولية والقانون

[5] البابا شنودة الثالث، *شريعة الزوجة الواحدة في المسيحية* (القاهرة: د.ن، 2001)، 43.
[6] المرجع السابق، 41.

الأساسي الفلسطيني – وهو ما سيتم التطرق له في المطلب الثاني.

إن تقييد حق بعض المنتمين للطوائف المسيحية من إنهاء عقد الزواج من خلال الطلاق يلحق ضرراً باستقلالية الفرد المرتبطة بالحرية والكرامة والمساواة؛ حيث إن إرغام الشخص على استمرار علاقة بغير إرادته ينتقص من كرامته ويمتهنها، بالإضافة الى أنه ينتقص من حرية الفرد باختيار الشريك المناسب ويرغمه على خيار – صحيح أنه قبل فيه – إلا أنه لم يعد يرغب في الاستمرار بهذا الخيار. كما وأنه يؤدي إلى التمييز بين المواطنين من خلال القوانين التي تعطي هذا الحق لبعض الطوائف وتحرم آخرين منه.

المطلب الثاني: موقف القانون الأساسي الفلسطيني والمواثيق الدولية

إن الحق بإنهاء عقد الزواج من خلال الطلاق ينبع بالأساس من حق الفرد بالزواج وتكوين أسرة. إلا أنه بالرجوع إلى القانون الأساسي الفلسطيني والذي يعتبر أعلى تشريع في الدولة وفق مبدأ هرمية التشريعات، والذي ينص في الباب الثاني منه على الحقوق والحريات العامة، نجد أنه لا يوجد نص صريح مباشر أو غير مباشر ينص على حق الفرد في إنهاء عقد الزواج أو حتى عن حقه في الزواج وتكوين الأسرة، بعكس المواثيق الدولية التي أشارت بشكل صريح إلى حق الفرد بالزواج، إلا أنه يمكن الانطلاق من نص المادة (10) فقرة (2) من القانون الأساسي والتي تنص على أنه "1- حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام. 2-تعمل السلطة الوطنية الفلسطينية دون إبطاء على الانضمام إلى الإعلانات والمواثيق الإقليمية والدولية التي تحمي حقوق الإنسان."[7] وبذلك أعطى القانون الأساسي شرعية للمواثيق الدولية التي تنضم إليها السلطة الوطنية الفلسطينية فيما يتعلق بحقوق الإنسان، مما يجعل من الضروري البحث في هذه المواثيق في ظل الفراغ الدستوري فيما يتعلق بحق الفرد في إنهاء عقد الزواج.

إن وجود حق من حقوق الإنسان في معاهدة أو ميثاق دولي لا يكفي للقول بأن الحق ينطبق على حالة معينة، بل يجب فحص ما إذا كانت الدولة قبلت هذا الحق سواء عن طريق الانضمام لهذه المعاهدة أو من خلال المصادقة عليها، كما ويجب التحقق من أن المعاهدة قد دخلت حيز النفاذ بعد انضمام العدد المطلوب من الدول لسريان الاتفاقية، بالإضافة إلى فحص ما إذا

[7] القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز، بتاريخ 19-3-2003، ص5.

كانت الدولة وافقت على هذا الحق، أي أنها لم تقم بالتحفظ عليه وفق الإجراءات القانونية المتبعة، وأنها لم تقم بتعطيل هذا الحق في حالة الطوارئ.[8]

بالرجوع للإعلان العالمي لحقوق الإنسان والذي يضم لائحة بالحقوق الأساسية والحريات العامة التي تلتزم الدولة باحترامها وعدم انتهاكها، نصت ديباجة الإعلان على أنه "ولما كان التقاء الجميع على فهم مشترك لهذه الحقوق والحريات أمراً بالغ الضرورة لتمام الوفاء بهذا التعهد..." مما يعني بأنه يجب أن يكون هناك فهم مشترك للائحة الحقوق والحريات التي يتضمنها الإعلان، بالتالي لا مجال لتفسيرات تختلف من دولة لأخرى حول الحقوق والحريات الواردة في الإعلان ويتوجب الالتزام في بنوده باستثناء تلك التي تم التحفظ القانوني عليها.

تنص المادة (16) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن "1. للرجل والمرأة، متى أدركا سن البلوغ، حق التزوج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين، وهما متساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله. 2. لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاءً كاملاً لا إكراه فيه.3.الأسرة هي الخلية الطبيعية والأساسية في المجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة."[9]

يتبين من خلال الفقرة (1) من المادة (16) أن للرجل والمرأة الحق في الزواج وتأسيس الأسرة دون قيد، أي أن المادة أعطت للرجل والمرأة حق اختيار الشريك بكامل إرادتهما ودون إكراه، إلا أن المادة لم تنص بشكل مباشر على حق الزوجين في إنهاء عقد الزواج واكتفت بالنصوص على مساواة الطرفين في الحقوق خلال قيام الزواج ولدى انحلاله دون التطرق للحق بإنهاء عقد الزواج.

في السياق ذاته، نص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية – والذي انضمت إليه السلطة الوطنية الفلسطينية – على تنظيم حقوق الرجل والمرأة ما بعد انتهاء عقد الزواج، حيث نصت المادة (23) على أنه: "1. الأسرة هي الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة. 2. يكون للرجل والمرأة، ابتداء من بلوغ سن الزواج، حق معترف به في التزوج وتأسيس أسرة. 3. لا ينعقد أي زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما

[8] Marco Divac Öberg, N.D. Mandatory Readings for Human Rights. Unpublished class notes.

[9] الأمم المتحدة. "الإعلان العالمي لحقوق الإنسان". قرار الجمعية العامة رقم 217 ألف لسنة 1948.

رضاءً كاملاً لا إكراه فيه. 4. تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوى حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله. وفى حالة الانحلال يتوجب اتخاذ تدابير لكفالة الحماية الضرورية للأولاد في حالة وجودهم."[10]

لم تنص الفقرة (4) بشكل صريح على حق الفرد في إنهاء عقد الزواج على الرغم من تأكيدها على ضرورة تساوي حقوق الزوجين عند انحلال الزواج، كما وتطرقت لتدابير تخص الأطفال ما بعد انحلال الزواج إلا أنها لم تنص أيضاً على أن إنهاء الزواج هو حق يتمتع به الرجل والمرأة.

كما وبين التعليق العام رقم (19) على المادة (23) والذي تقوم به اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية، أن المساواة تمتد إلى الترتيبات المتعلقة بالانفصال القانوني أو فسخ الزواج، بالإضافة إلى تأكيدها على أنه يتعين حظر أية معاملة تمييزية فيما يتعلق بأسباب أو إجراءات الانفصال أو الطلاق، أو حضانة الأطفال، أو الإعالة أو النفقة، أو حقوق الزيارة، أو فقدان أو استعادة السلطة الوالدية، مع مراعاة المصلحة العليا للأطفال في هذا الصدد. وينبغي للدول الأطراف أيضاً، أن تدرج في تقاريرها بوجه خاص معلومات عن الترتيبات التي اتخذتها لتأمين الحماية الضرورية للأطفال لدى حل الزواج أو انفصال الزوجين.[11] وبذلك يكون التعليق قد أكد على حظر أية معاملة تمييزية بعد انتهاء عقد الزواج دون إبراز أن إنهاء عقد الزواج هو حق للفرد.

إن عدم ورود أي نص على الحق بإنهاء عقد الزواج، يؤدي إلى التمسك بمدخل آخر انطلاقاً من الحق في المساواة وعدم التمييز على أساس الدين أو الطائفة في حالة إنهاء عقد الزواج، فينص القانون الأساسي الفلسطيني في المادة (9) على أنه: "الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة". أي أنه نص بشكل صريح على عدم التمييز على أساس الدين، ففي حالة إنهاء عقد الزواج هل يُعامل الفلسطينيون بالتساوي أمام القانون؟ يتضح أن الجواب هو لا حيث إنه يمكن لفلسطيني يتبع الدين الإسلامي إنهاء عقد الزواج على عكس الفلسطيني الذي يتبع الدين المسيحي.

[10] الأمم المتحدة. "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية". رقم 2200 ألف لسنة 1966، بدأ النفاذ عام 1976

[11] اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية." التعليق العام رقم (19).

وينص الإعلان العالمي ايضاً في المادة الثانية على أنه: "الناس جميعا سواء أمام القانون، وهم يتساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز، كما يتساوون في حق التمتع بالحماية من أي تمييز ينتهك هذا الإعلان ومن أي تحريض على مثل هذا التمييز."

ينص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادة (26) على أنه: "الناس جميعاً سواء أمام القانون ويتمتعون دون أي تمييز بحق متساو في التمتع بحمايته." وفي هذا الصدد يجب أن يحظر القانون أي تمييز وأن يكفل لجميع الأشخاص على السواء حماية فعالة من التمييز لأي سبب، كالعرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي سياسياً أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب.

وبالنتيجة، يظهر أن المواثيق الدولية والقانون الأساسي الفلسطيني قد كفلوا الحق بالمساواة وعدم التمييز أمام القانون والقضاء على أساس الدين؛ مما يعني أن الفرد الذي ينتمي للطائفة المسيحية له الحق بالمساواة وعدم التمييز عن الفرد الذي ينتمي لأية طائفة أخرى.

بناءً على ما تقدم، ولإثبات أن الحق بإنهاء عقد الزواج هو حق أساسي يصلح لأن يكون تبريراً يمكن التقدم به إلى القضاء، يتوجب النظر في مكانة هذه المواثيق في النظام القانوني الفلسطيني.

لم ينص القانون الأساسي الفلسطيني على مكانة المواثيق والمعاهدات الدولية في النظام القانوني الفلسطيني وإنما اكتفى المشرع بالنصوص على أن السلطة الفلسطينية سوف تعمل على الانضمام للمواثيق والمعاهدات دون تحديد آلية الانضمام ومكانة تلك المواثيق، حيث إن النظر في مكانة هذه المواثيق يؤدي إلى معرفة اذا كانت هذه المواثيق نافذة في النظام القانوني أو لا.

ففي الحالة الفلسطينية لم ينص القانون الأساسي على كون النظام ثنائياً بمعنى أن القواعد والاحكام الواردة في المواثيق الدولية تبقى دون أي تأثير في القانون الداخلي ما لم يتم إقرارها وفقاً لقواعد العملية التشريعية في الدولة، حتى يكون هناك إمكانية لإنفاذها في القانون الداخلي، أو على كون النظام أحادياً والذي يكمن في أن الميثاق الدولي أو المعاهدة تصبح جزءاً من القانون الداخلي بمجرد إبرام المعاهدة أو دخولها حيز النفاذ أو

المصادقة على الميثاق، دون الحاجة للقيام بعملية تشريعية داخلية.[12]

كما وأن أحكام القضاء الفلسطيني قليلة في هذا الشأن ومتباينة في كثير من الأحيان مما يصعب معه حسم موقف النظام الفلسطيني من علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي.[13]

تتفق الباحثة مع الرأي القائل بأنه "يمكن اعتبار أن النظام الفلسطيني هو نظام أحادي نظراً لخلوه من قواعد دستورية تفيد غير ذلك، كما أن الإشارات القانونية الواردة في القانون الأساسي تفيد بأن القانون يحث على الانضمام للاتفاقيات الدولية وتطبيقها، ومثال ذلك ما ورد في المادة (10) من القانون الأساسي الفلسطيني.[14] وأن الاتفاقيات الدولية قابلة للتنفيذ ذاتياً دون الحاجة إلى إقرارها بقانون.

وبمعنى آخر فإن نفاذ المعاهدات في النظام واكتسابها لقوة القانون، يكون بمجرد إبرامها دون الحاجة في ذلك إلى القيام بعمل تشريعي يضفي على المعاهدة صفة الإلزام، وبالتالي يلتزم القاضي الوطني بتطبيقها من تلقاء نفسه. ويمكن القول بأن عدم قيام السلطة الوطنية الفلسطينية بأي عمل قانوني لإنفاذ بعض الاتفاقيات قد يصب في هذا الموقف."[15]

قد يكون هناك صعوبة في قبول المحكمة لاختصاص في حقوق لم يرد نص عليها في القانون الأساسي، إلا أنه في حالة الحق بالمساواة والتي يرد ذكرها في القانون الأساسي وفي المواثيق الدولية، يكون هناك إمكانية للتقاضي أمام المحكمة الدستورية وفقاً للقانون الأساسي والمواثيق الدولية التي انضمت إليها السلطة الوطنية الفلسطينية والتي تعطي الحق للأفراد بالمساواة وعدم التمييز.

المبحث الثاني: واجبات الدولة والأفراد

إن الدول ومن خلال دساتيرها وقوانينها تنص على الحقوق والحريات الأساسية للأفراد. وهو بذلك إقرار منها بواجب احترامها لهذه الحقوق وضمان حمايتها من قبل الأفراد. فالقانون الأساسي الفلسطيني ينظم الحقوق والحريات في الباب الثاني والمتضمن 25 مادة تنص على حقوق

[12] ريم البطمة، *المعاهدات الدولية والقانون الوطني: دراسة مقارنة للعلاقة ما بين المعاهدات الدولية والقانون الوطني وآليات توطينها* (رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، 2014)، 36.

[13] المرجع السابق.

[14] المرجع السابق، 48.

[15] المرجع السابق.

مختلفة مع ورود قيود معينة على بعض هذه الحقوق.

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. إحدى هذه الطرق هي إحالة فرض القيود للبرلمان، وتظهر تلك بعبارات "في حدود القانون" أو "مع مراعاة أحكام القانون".[16]

تبنّى القانون الأساسي الفلسطيني هذه الطريقة من خلال نصوص المواد (19) والتي تقرر حق الإنسان في التعبير عن الرأي مع مراعاة أحكام القانون، والمادة (26) والتي ربطت ممارسة الحقوق السياسية بالقيود التي ينص عليها القانون، والمادة (4/25) والتي تنص على أن الحق في الإضراب يكون في حدود القانون، والمادة (27) والتي تكفل حرية وسائل الإعلام وفقاً للقانون الأساسي والقوانين ذات العلاقة.[17]

إن وجود قيود على بعض الحقوق والحريات يؤدي إلى الانتقاص من مكانة هذه الحقوق ولكنه لا يجب أن يؤدي إلى تقاعس الدولة عن حمايتها من قبل الأفراد أو احترامها من قبل الدولة، فالنصوص على الحقوق والحريات الأساسية في الدستور هو الحد الأدنى الذي يجب أن تلتزم به الدولة تجاه الأفراد وعدم النصوص على بعض الحقوق لا يعني انتفاء الحق أو عدم وجوده ولا يعني أن انتهاكه لا يمس باستقلالية الفرد المرتبطة بالحرية والكرامة والمساواة، وإنما يجعل هناك صعوبة لإمكانية التقاضي أمام المحاكم المختصة.

المطلب الأول: مدى التزام الدولة والأفراد في حماية الحق بإنهاء عقد الزواج من خلال الطلاق

إن النظرية التقليدية للحقوق تفترض وجود التزامات سلبية على الدولة فقط في مجال احترام الحقوق الأساسية. لكن هذا الافتراض لم يعد في مكانه، حيث إن السائد حالياً في كثير من الدول هو أن على الدولة التزامات إيجابية واتخاذ

[16] محمد خضر، *التنظيم الدستوري في فلسطين: دراسة تمهيدية لغايات اقتراح النصوص الناظمة للحقوق والحريات والسلطة القضائية في دستور دولة فلسطين المقبل* (رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، 2015)، 44.

[17] المرجع السابق، 44.

خطوات لمنع الإضرار بمصالح الأفراد التي تحميها الحقوق بما في ذلك الحقوق السياسية والمدنية – ناهيك عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية.[18] غير أنه فيما يتعلق بالحق بإنهاء عقد الزواج، لم يتخلل القانون الأساسي الفلسطيني نصاً يعطي هذا الحق سواء بشكل مباشر أو غير مباشر مما يشير للوهلة الأولى أن هذا الحق غير محميٍّ، بمعنى آخر ليس هناك حتى التزام سلبي على الدولة باحترام هذا الحق مما لا يجعل هناك مجالاً للقول بأن الدولة تلتزم التزاما إيجابياً لحماية هذا الحق.

إن التزام الدولة التزاماً إيجابياً يظهر صراحة من خلال نص الدستور، حيث تسعى الدول التي تتبنى فكرة الالتزام الإيجابي باستخدام المصطلحات التي تدل على دور الدولة في حماية الحق وليس مجرد احترامه، فدستور جنوب إفريقيا نص صراحةً على الالتزامات الإيجابية في المادة (7) فقرة (2) حيث نصت على أن "تحترم الدولة الحقوق الواردة في ميثاق الحقوق وتحميها وتعززها وتراعيها". ويظهر من خلال النص تحمّل الدولة التزامات سلبية من خلال حماية الحقوق.[19] اما بالنظر إلى المادة (10) من القانون الأساسي الفلسطيني والتي تتطرق لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، فتنص بشكل واضح على أن هذه الحقوق والحريات الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام، أي أن المشرع حينما تطرق للحقوق والحريات فرض التزام سلبي بواجب احترام هذه الحقوق والحريات فقط، ولا يفرض على الدولة أي التزام إيجابي تجاه حماية هذه الحقوق واتخاذ التدابير اللازمة لضمان حمايتها من الدولة ومن الأفراد.

أما فيما يخص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والذي تم اعتماده عام 1966 أي قبل بدء ظهور فكرة الالتزامات الإيجابية، فقد نص في ديباجته: "وإذ تضع في اعتبارها ما على الدول، بمقتضى ميثاق الأمم المتحدة، من الالتزام بتعزيز الاحترام والمراعاة العالميين لحقوق الإنسان وحرياته،..." مما يشير أيضا إلى أن ديباجة العهد تفرض التزاماً سلبياً على الدول بتعزيز احترام الحقوق والحريات على مجمل الحقوق، غير أنه في المادة (23) من نفس العهد والتي تنص على الحق في الزواج وتكوين الأسرة، نص العهد بشكل صريح في الفقرة (4) على أن: "تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله. وفي حالة

[18] Moller, The Global model, 6.

[19] المرجع السابق، 8.

الانحلال يتوجب اتخاذ تدابير لكفالة الحماية الضرورية للأولاد في حالة وجودهم". وهذا يشير إلى أنه على الدولة المصادقة على العهد القيام بالتزامات إيجابية من خلال اتخاذ التدابير اللازمة لضمان تساوي حقوق الزوجين لدى الزواج أو عند انحلاله، إلا أن النص ذاته لا يضع التزامات إيجابية على الدولة لحماية الحق بإنهاء عقد الزواج بحد ذاته.

فيما يتعلق بالتزامات الأفراد بالحقوق الأساسية، لم يعد ينظر للحقوق الدستورية على أنها تؤثر فقط على العلاقة بين المواطن والدولة، بل إنها تطبق ما بين الأفراد بعضهم البعض، وهو ما يعرف بالتأثير الأفقي للحقوق، وهي تندرج ضمن التزامات الدولة الإيجابية بأنها ملزمة لضمان عدم انتهاك الأفراد لحقوق أفراد آخرين.[20]

ويمكن الاستدلال على هذا الأمر من خلال ديباجة العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والتي تنص: "وإذ تدرك أن على الفرد، الذي تترتب عليه واجبات إزاء الأفراد الآخرين وإزاء الجماعة التي ينتمي إليها، مسؤولية السعي إلى تعزيز ومراعاة الحقوق المعترف بها في هذا العهد،..." مما يعني أن العهد ألزم الأفراد أيضا على احترام الحقوق الواردة في العهد إلا أنه لم ينص على الآلية التي سوف يضمن بها قيام الأفراد باحترام الحقوق، والتي تتمثل في قيام الدولة بالتزامات إيجابية لضمان احترام الأفراد لحقوق بعضهم البعض، وبذلك فيما يتعلق بالحق بإنهاء عقد الزواج، فإنه لا يمكن تصور قيام الدولة بضمان احترام الأفراد لهذا الحق، ليس فقط بسبب عدم وجود نص صريح في القانون، وإنما يكون خوفاً من اتهام الدولة بالتدخل في الشؤون الخاصة للطوائف. ففي حالة الحق بإنهاء عقد الزواج، والذي تمنعه بعض الطوائف، يكون واجب الدولة ضمان حماية هذا الحق بمواجهة الطوائف ليكون هناك تطبيق للتأثير الأفقي وهو الأمر الذي يمكن أن تعتبره الطوائف تدخلاً في شؤونها الخاصة مما يجعل هناك إشكالية ويستدعي البحث في التوازن ما بين الحقوق، حق الفرد في إنهاء زواجه والمرتبط بالحرية والكرامة والمساواة، بالإضافة إلى الحق في المساواة، وبين حق الطوائف في إدارة شؤونها الخاصة.

المطلب الثاني: إخضاع حق إنهاء الزواج لامتحان التوازن

لقد درج الاعتقاد أن هناك حقوقاً دستورية تتمتع بقوة معيارية خاصة، إلا أن الحقوق هذه معرضة

[20] المرجع السابق، 10.

لامتحان التوازن والتناسب،[21] أي أن هذه الحقوق ليست مطلقة. والفكرة هنا هي أن يقوم القاضي بالموازنة ما بين حقين، أي مصلحة ضد مصلحة.[22] وتكمن أهمية إجراء التناسب في توجيه التسبيب القضائي لأن يعزز القدرة على التنبؤ القانوني وأن يكون وسيلة تحليلية لتقييم ما إذا كانت الدولة تتجاوز حدود سلطتها التقديرية أم لا،[23] وبالتالي يصبح أمام القاضي أن يجري هذا التوازن والتناسب ما بين الحقوق انطلاقاً من حماية المصالح المحمية للأفراد.

يركز اختبار محاكم حقوق الإنسان أولاً على ما إذا كان هناك انتهاك لحق معين من حقوق الإنسان كما يدعي المستدعي، ثم يتم تحليل مسألة ما إذا كان يمكن تبرير هذا التدخل الذي أدى إلى انتهاك الحق في ضوء معايير محددة للتقدير.[24] وعندها يتحول عبء الإثبات على الحكومة المستدعى ضدها لتقديم أسباب تبرر هذا التدخل الذي أدى إلى الانتهاك، وعادة ما يسبق هذا التحليل للتناسب إجراء تحقيقات أولية حول ما إذا كان لهذا التدخل الذي قامت به الدولة أساس في القانون الوطني أي اختبار للشرعية بوجود نص قانوني، بالإضافة إلى اختبار الهدف المشروع.[25]

إن الحق بإنهاء عقد الزواج، والذي تمنعه بعض الطوائف سبق وأن تم بيان أنه ينتقص من استقلالية الفرد وينتهك حقه في المساواة والحرية الفردية والكرامة الإنسانية. إلا أنه انطلاقاً من قاعدة أنه ليس هناك حقوق مطلقة ولها قوة معيارية خاصة، يتوجب إجراء التوازن ما بين حق الفرد في إنهاء عقد الزواج والذي ينبع من إرادته الخاصة، وبين حق ومصلحة الطوائف بالاستقلال في إدارة شؤونها الداخلية. إن التوازن في هذه الحالة يتمثل في موازنة نصوص القانون الأساسي الفلسطيني المتعلق بالمساواة بين جميع المواطنين بالإضافة للمواثيق الدولية التي انضمت إليها السلطة الفلسطينية والتي تعطي الحق بإنهاء عقد الزواج، وما بين قوانين الطوائف التي تمنع إنهاء عقد الزواج انطلاقاً من تشريعات دينية.

لا مجال للشك أن التدخل في الشؤون الخاصة للطوائف يمكن أن يؤدي إلى زعزعة الأمن العام والنظام العام ويخلق اضطرابات ممكن أن

[21] المرجع السابق، 12.

[22] المرجع السابق.

[23] Yutaka Arai-Takahashi, "Proportionality," in Dinah Shelton (ed), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 3.

[24] المرجع السابق.

[25] المرجع السابق.

تتصاعد، خاصة في ظل الدول ذات التنوع الطائفي والتي عانت أو ما زالت تعاني من الطائفية. فيتوجب في هذه الحالة عند إجراء التوازن الأخذ بعين الاعتبار طبيعة المجتمع ومدى جهوزيته وانفتاحه على تقبل أن الحقوق والحريات الأساسية خاصة تلك الواردة في الدستور تسمو على كافة القوانين الخاصة الأخرى.

تجدر الإشارة إلى أنه في حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية، أُرغمت الكنيسة القبطية في مصر على تنفيذ زواج شخص مُطَلّق، ويتضح أن الكنيسة لم تكن تقبل إجراء هذا الزواج بسبب أن "الذي طلق بسبب علة الزنا لا يحل له الزواج من بعد لأنه لا يؤتمن على أسرة حتى لو تاب عن خطيئته".[26] وأعلن البابا شنودة رأس الكنيسة القبطية رفضه للحكم وعدم التنفيذ لأن هذا الحكم يتعارض مع وصايا الكتاب المقدس.[27] إن لهذا الحكم دلالة على أن الطوائف ترفض تدخل الدولة في شؤونها الخاصة وشعائرها الدينية على الرغم من أن رفض تزويج شخص مطلق هو انتهاك صارخ لحريته وحقه في اختيار شريكه. إلا أن الكنيسة اكتفت بإعلان خطورة هذا الحكم وعدم تنفيذه مما يخلق إشكالية أخرى تتمثل في عدم وجود آليات واضحة لتنفيذ أحكام القضاة فيما يتعلق بالحقوق والحريات للأفراد.

تنص غالبية المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان على وجوب تفسير النصوص والقواعد القانونية لصالح الحقوق والحريات الأساسية وعلى نحو يؤدي إلى ضمان احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية.[28] بالتالي يتوجب على القاضي المختص عند الموازنة بين المصالح المختلفة التوسع في تفسير النصوص لصالح الحقوق والحريات الأساسية بما يضمن عدم انتهاكها من قبل الأفراد أو الدولة. وانطلاقاً من مبدأ هرمية التشريعات، يتوجب عليه العمل على حماية الحقوق الأساسية الواردة في الدستور في مواجهة التشريعات العادية والمتضمنة قوانين الطوائف، مع الأخذ بعين الاعتبار قابلية المجتمع لتقبل حكمه لصالح الحقوق والحريات، على ألا يكون الحكم سبباً في خلق نزاعات طائفية تضر بمصالح وحقوق عدد كبير من أفراد المجتمع مقابل مصلحة فرد وحقه الفردي في إنهاء عقد الزواج.

[26] إكرام لمعي، "الزواج والطلاق في المسيحية،" جريدة الشروق، 4/10/2010 (تاريخ الاسترجاع: 2017/4/20)، http://www.coptology.com/website/wp-content/documents/Sherouk_Mariage_Divorcing.pdf

[27] المرجع السابق.

[28] خضر، *التنظيم الدستوري في فلسطين*، 56.

الخاتمة

إن تطور مفهوم الحقوق والحريات الأساسية أدى إلى تضخم حقوقي واضح يظهر من خلال تطبيقات المحاكم المختلفة ودساتير الدول والتي يعتبر أبرزها دستور جنوب إفريقيا، هذا التضخم الحقوقي جعل هناك حماية لمصالح الأفراد المختلفة بغض النظر عن أهميتها مما يجعل هناك دائماً إمكانية لفحص ما هو حق أساسي محمي وما هو غير ذلك.

إن للنصوص على الحقوق والحريات الأساسية في الدساتير أهميةً خاصة في موضوع إمكانية التقاضي أمام المحاكم الدستورية المختصة، إلا أن عدم وجود نص لحق معين لا يسقط قيمته كحق وذلك نتيجة التضخم الحقوقي، كما وأنه باعتماد آلية تفسير النصوص لصالح الحقوق والحريات يصبح أمام القاضي إمكانية للتوسع بتفسير النصوص العامة بما يخدم الحقوق والحريات. ففي الحق بإنهاء عقد الزواج من خلال الطلاق، وحيث إن الانتقاص منه يؤدي إلى انتهاك الحق بالمساواة، يمكن للقاضي الدستوري التوسع في تحليل نص المادة المتعلق بالمساواة نظراً لكونها أكثر حماية للحقوق والحريات.

ترى الباحثة أن حق الفرد بعدم التمييز المبني على أساس الدين أو الطائفة يجب أن يسمو على حق الطائفة في استقلالها وعدم التدخل في شؤونها الخاصة. طالما أن الفرد المنتمي لهذه الطائفة غير مقتنع بممارساتها أو قوانينها التي يرى أنها تنتهك من حقوقه، وطالما سمح للمحكمة أن تقوم بالتدخل، حينها يكون الأمر متروكاً للمختصين قانوناً والمتمثلين في القضاة، حيث إن الكنائس تستمد قوانينها من التشريع الإلهي بالتالي يكون مسلماً به ولا مجال لنقاش ما إذا كانت هذه القوانين تنتهك من حقوق الإنسان. على عكس القاضي الدستوري الذي يحكم وفق قانون حقوق الإنسان وهو الأقدر على تحليل النصوص تحليلاً قانونياً موضوعياً لصالح الحقوق والحريات الأساسية.

إن خلو نصوص القانون الأساسي الفلسطيني من الحق في إنهاء عقد الزواج النابع من الحق في الزواج يضعنا أمام إشكالية إمكانية التقاضي أمام المحكمة الدستورية العليا، وصعوبة إنفاذ الحق من قبل الدولة، خاصة في ظل التزام القضاة الفلسطينيين في حدود النصوص – في حال تم قبول الدعوى من الأساس – إلا أنه يمكننا الاستعانة بمدخل المساواة والذي نص عليه القانون الأساسي الفلسطيني والمواثيق الدولية.

فيما يخص التوازن بين الحق في إنهاء عقد الزواج وحق الطائفة في عدم التدخل في شؤونها الخاصة، ترى الباحثة أنه يتوجب دائماً فحص استعدادية المجتمع لقبول سمو الحقوق والحريات الأساسية على أي قانون آخر، حتى لا يكون القرار القاضي بإنهاء عقد زواج شخص ينتمي لطائفة تمنع الطلاق وقعه كارثياً على المجتمع، وأن يؤدي إلى الإخلال في النظام والأمن العام، وفي جميع الحالات لن يكون هناك أية إشكالية فيما يخص إنهاء عقد الزواج في ظل وجود قانون مدني للزواج يحمي حقوق الزوجين ويستجيب لإرادتهما بإنهاء هذا العقد، وصولاً لدولة علمانية ديمقراطية لا يكون فيها للطوائف أية سلطة في إقرار القوانين.

المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

- الأمم المتحدة. "الإعلان العالمي لحقوق الإنسان". قرار الجمعية العامة رقم 217 ألف لسنة 1948.
- الأمم المتحدة. "الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري". رقم 2106 ألف، لسنة 1965.
- الأمم المتحدة. "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية". رقم 2200 ألف لسنة 1966، بدأ النفاذ عام 1976.
- اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية. "التعليق العام رقم (19) – مادة 23 (الاسرة). http://hrlibrary.umn.edu/arabic/hrc-gc19.html
- القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز. بتاريخ 2003/3/19، ص5.

ثانياً: المراجع:

❖ *المراجع العربية:*

- البابا شنودة الثالث، شريعة الزوجة الواحدة في المسيحية. القاهرة، 2001.
- البطمة، ريم. المعاهدات الدولية والقانون الوطني: دراسة مقارنة للعلاقة ما بين المعاهدات الدولية والقانون الوطني وآليات توطينها. رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، 2014.
- جرادة، نضال جمال. "حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، د. ت، متوفر على شبكة قوانين الشرق (تاريخ الاسترجاع: 2017/4/20): previous.eastlaws.com/Uploads/Morafaat/48.pdf
- خضر، محمد. *التنظيم الدستوري في فلسطين: دراسة تمهيدية لغايات اقتراح النصوص الناظمة للحقوق والحريات والسلطة القضائية في دستور دولة فلسطين المقبل*. رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، 2015.
- لمعي، اكرام. "الزواج والطلاق في المسيحية،" *جريدة الشروق*، (2010/10/4)، http://www.coptology.com/website/wp-content/documents/Sherouk_Mariage_Divorcing.pdf

❖ *المراجع الأجنبية:*

- Arai-Takahashi, Yutaka. 'Proportionality', in Dinah Shelton (ed.) *The Oxford Handbook of International Human Rights Law,* Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Moller, Kai. *The Global model of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Marco Divac Öberg, no date. *Mandatory Readings for Human Rights*. Unpublished class notes.

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (11/2017)
MA Students Papers Module

Leena AlKurd

A Dignified End: A Right to Live, Die or Exist?

December 2017

BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

A Dignified End: A Right to Live, Die or Exist?

الموت بكرامة: الحق في الحياة، الموت أو الوجود؟ [بالإنجليزية]

Leena AlKurd لينا الكرد

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (11/2017)
MA Students Papers Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/11)
فئة أوراق طلبة الماجستير

© 2017, Birzeit University
Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration

This text may be downloaded for personal research purposes. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copies or electronically, requires the consent of the Constitutional Law Unit, at Birzeit University. Requests should be addressed to : chairofcil@birzeit.edu

If cited or quoted, reference should be made as follows: [Full name of the author(s)], [Title], Birzeit's Working Papers in Legal Studies [Series Number], Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration: Birzeit University [year of publication].

The views expressed in this publication cannot in any circumstances be regarded as the official position of Birzeit University.

© 2017، جامعة بيرزيت
وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقيّاً أو إلكترونيّاً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة القانون الدستوريّ في جامعة بيرزيت.
للتواصل والمعلومات بالخصوص: chairofcil@birzeit.edu

في حال الاقتباس أو التوثيق يجب أن يتم التوثيق كما يلي:
[اسم المؤلف أو المؤلفين كاملاً]، [العنوان]، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونيّة [رقم السلسلة]، وحدة القانون الدستوريّ، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، [سنة النشر].

لا تعبر الآراء الواردة في هذا المنشور تحت أي حال من الأحوال عن الموقف الرسمي لجامعة بيرزيت.

Supported by:

بدعم من:

BIRZEIT UNIVERSITY
H.H. Shaikh Hamad Bin Khalifa Al-Thani Chair in Constitutional and International Law

Leena AlKurd*

A Dignified End: A Right to Live, Die or Exist?**

Introduction

It is part of human nature to take things for granted. Nobody ever sees walking or the ability to move our arms or legs as a privilege until they are incapacitated. Very few appreciate their immune system until they are sick. In short, we do not recognise a privilege or register its actual value until it is taken away.

This is not true of those with a severe physical disability or terminal illness. The ability to move their limbs, walk unaided or perform the most basic of absolutions appears to them as a luxury or privilege that will be forever denied. Autonomy is a privilege that is denied to those with severe disabilities or a terminal illness. One response is to ask how this can be remedied through 'empowerment'. While the reality of their physical illness cannot be altered, it is clear that the attitudes and practices of wider society can be challenged and potentially even altered.

* A graduate of the master program in Democracy and Human Rights, Birzeit University.

** This paper was originally a research paper presented in the course Public Freedoms and Basic Rights in the Master Program of Law, Birzeit University, during the Second Semester 2016\2017. It was prepared for publication based on the comments provided by the course instructor, Dr. Asem Khalil.

However, empowerment and mobilisation will only conceivably benefit those who are able to participate in society to some extent. Clearly this does not apply to those who are bed-ridden or who are unable to perform the most basic of functions (getting out of bed, walking, washing unaided). In these circumstances, where alternatives are either absent or exhausted, is it not appropriate to ask whether the individual should be permitted to end their own life? Is this not the final dignity that we should grant to the severely disabled and terminally ill?

This paper seeks to answer this question of whether individuals with severe physical disabilities and/or terminal illnesses should be permitted to end their own life. It initially defines key terms, such as 'assisted suicide, 'dignity' and 'euthanasia' and then proceeds to outline the Constructivist theoretical framework that will be applied at a later stage of the paper. Key legal reference points, including the Universal Declaration of Human Rights (UNDR), the International Convention on Civil and Political Rights (ICCPR), the European Convention on Human Right (ECHR) and different components of the Swiss legal order are then examined in closer detail. The emphasis then shifts from constituteons, conventions and codes to consider British and South African legal cases in which a right to die has been advanced and argued. The different components of the theoretical framework are then related back to the preceding material before the paper offers a conclusion which summarises preceding points.

Key Definitions

Before delving further into the research key definitions need to be understood; starting with Euthanasia. Euthanasia is understood as employment of not performing procedures which allow accelerating or inducing the death of the incurably ill patients, in order to free them from the suffering that torments them. Euthanasia is performed or not performed by a physician or an outside party. Assisted suicide (which is another term which needs clarifying) is performed with the same intentions of euthanasia in mind, but actually performed by the patient, not an outsider. The patient in question is the one who performs the action which causes death. Finally, the term assisted death encompasses both concepts of assisted suicide and euthanasia. (Castro et al. 2016)

The final term needing clarification is dignity. Dignity is generally understood as being treated ethically and with respect; and to be treated as a human being with inherent worth. Dignity has no agreed upon definition internationally; it is mentioned in many human

rights conventions, declarations, as well as in many constitutions of varies countries but what dignity actually is- is not mentioned. (McCrudden 2008)

The attribute of dignity sets humans apart from all other living creatures – for this reason, it would appear strange and even perverse to speak of animals being denied a rightful possession of dignity. While the individual possesses or lacks this attribute, it is derived from rights that are defined socially and institute-onal practices that are applied within a social context (totalitarianism and authoritariannism can, upon this basis, be conceived as a denial of human dignity). However, dignity is also some-thing that adheres in the relationship between the individual between the individual and their own self-image – that is, in the way that they view, perceive or understand themselves. In short, even if society perceives an individual to be lacking in dignity, then the individual may ascribe and grant this attribute to themselves.

This paper breaks dignity down into three constitutive elements of auto-nomy, will power and rationality. The severely disabled or terminally ill individual quite clearly lacks autonomy as they are dependent upon others in almost every aspect of their everyday life. Their possession of will power is quite clearly evidenced by the fact that they actively desire the end of their own existence. They are rational to the extent that they are able to identify their own interest and explain how assisted death or euthanasia is consistent with this interest. Their rational faculties remain, in almost all cases, (with the exception of those whose mental capacities have been diminished by illness) fully intact.

Theoretical Framework

This paper will adopt a Constructivist (see Moller, 2012) theoretical model which is also called the Global Model of Human Rights and has four cornerst-ones, but before discussing the cornerst-ones; here is a history of the theory and why it is being used in the paper. The global model does not actually have a specific date of origin because it is the result of observing the behavior of different courts first in Europe and then around the world. The courts in these countries were observed to rule differ-ently in particular to rights than how courts were normally ruling (some may see them as more lax, but it was more than that). After these observations, judges, law makers and citizens started pinning down the differences between the 'old' dominant model of viewing rights, and the new way rights are seen. This theory is important to this research paper in particular because I would not even be allowed to ask the question my

research paper is about with the dominant narrative in mind. The dominant narrative holds the right to life to be sacred without broadening what life is.

This model combines four different features: 1) rights inflation; 2) positive obligations and socioeconomic rights; 3) horizontal effect; and 4) balancing and proportionality. (Moller, 2012)

The first feature reflects the growing predisposition of courts to recognise rights. The use of the word 'inflation', in interjecting a pejorative overtone, suggests an unwelcome development that is viewed with a certain degree of trepidation.

The second feature originates in the distinction between 'negative' civil and political rights and 'positive' social and economic rights. The recognition of new rights and obligations therefore anticipated the emergence and development of 'positive' economic and social rights. Both 'rights inflation' and 'positive rights' anticipate a broadened horizon of legal and state intervention.

The third feature relates to the origins and sources of recognized rights. In the established traditions, rights descended vertically from the citizen to the state. The state was the active party in this relationship, as was attested to by the fact that rights only existed to the extent that it 'recognized' or 'granted' them. The Global Constitutional Model instead suggests a different relation, in which rights are guaranteed by fellow citizens, and can therefore be said to be 'horizontal' in character.

The fourth feature imposes itself upon judges or legislators when they reflect upon the legal significance of assisted death and euthanasia. The obligation of balancing is a reflection of the fact that they are simultaneously accountable to both the individual applicant and the general public. In ensuring that the benefits of any proposed measure are in proportion to the damage that will be inflicted upon either party, the judge/ legislator 'balances' the individual and public interest and ensures that benefits and negative impacts will be in proportion. (Moller, 2012)

Key Legal Codes, Constitutions and Declarations

Article Three of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), which upholds a frequently invoked 'right to life', clearly states that "[e]veryone has the right to life, liberty, and security of person." (UDHR 1948). Article 25 (1) of the same document clarifies that "[e]veryone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing, and

medical care and necessary social security in the event… in circumstances beyond his control." Article One of the ICCPR states that: "All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right, they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural develop-ent."

These articles clearly establish that all are entitled to a standard of living that is deemed to be adequate human being, who is free to determine how they would like to live. This in turn raises the question of what happens when this is not possible. Furthermore, what is to be done when this situation does not derive from the actions or another individual or a state actor but instead derives from uncontrollable influences that are not reducible to the actions (or inaction) of a single actor>

Article 11 (1) of the ICCPR (International Convention on Civil and Political Rights) states: “The Stat[e] Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improve-ement of living conditions…" This Article, which closely corresponds to the relevant article of the UDHR (indeed, it is almost identical), clearly establishes that it is not sufficient to merely; rather, the main goal is instead to attain a standard of living that meets a prior standard of dignity (UDHR, 1948; ICCPR, 1966: Article One; Article 11 of the ICESCR (International Convention on Economic, Social and Cultural Rights); 1966).

The European Convention on Human Rights (ECHR) is an important point of reference because European countries have provided so many of the cases and court issues that are related to assisted suicide and euthanasia. Euthanasia is currently legal in Belgium, Luxemburg and the Netherlands. Assisted suicide is also legal in Germany and Switzerland (Dignitas).

Article Two of the Convention reiterates the right to life (‘everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence’) whereas Article Eight relates to the right to privacy (‘there shall be no interfere-nce by a public authority with the exercise of this right’). The latter clearly establishes that public authorities with a view to upholding national security (subject to safeguards) and preserving the ‘rights and freedoms of others’.

In a previous case (An appeal from: [2013] EWCA Civ 961 2014), the applicants cited both articles, and claimed that they had the right to live in dignity and die in a dignified manner. The invocation of a right to live in a case in which the applicants wish to attain

the right to die may, at first glance, appear grimly ironic. However, here it should be clarified that the application arises within a concern to protect and uphold a certain qualify of life. It is upon this basis, and not a 'right to die' that severely disabled and terminally ill people have sought permission to end their own lives. The right to privacy is somewhat more straightforward to explain – it is invoked with a view to demonstrating that the state does not have the right to intrude upon this most private of matters. Intuitively, this appeal has a strong attraction – after all, what could be more personal to an individual (and therefore deserving of protection from unwarranted state interference) than their own death? (Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2012)

Switzerland is important for the current discussion because it has permitted euthanasia and assisted suicide since 1998. In many respects, it functions as a case study or even 'test case' for a number of the objections that have been made to assisted death and euthanasia. In the view of the current author, it clearly demonstrates that the rights of the individual to a dignified existence can be reconciled with necessary safeguards that protect the weak and vulnerable.

An institution which upholds the right of a person to die with dignity first originated in Switzerland – hence why the Swiss Civil Code features so prominently in the current discussion. Article 16 of the Code observes that a person is deemed to be capable of judgement if he/she is not underage and is not inhibited by "a mental disability, mental disorder, intoxication or similar circumstances." Article 19 (1), mean-while, establishes that "[p]ersons who are capable of judgment but lack the capacity to act may only enter into legal obligations or give up rights with the consent of their legal representative."

While assisted suicide and euthanasia is not illegal in Switzerland, Article 115 of the Swiss Federal Criminal Code (StGB) establishes that an individual (guided by 'selfish motives') who induces another person to commit suicide can, in the event that a suicide attempt has been made, expect to be imprisoned for up to five years. This is just one example of how safeguards can be put in pace, with a view to protecting the interests of the vulnerable from those who would seek to benefit from their death. (The Swiss Civil Code, 1987) (Dignitas Brochure 2014)

At first glance the Article ostensibly appears to be concerned with the ability to carry out legal transactions and enter into contracts. In my reading it also encompasses the mental capacity to reach judgements and differentiate between right and wrong. If the

physically disabled and terminally ill retain this capacity, then it raises the question of why they should be deprived of the right to exercise it in deciding upon the circumstances and timing of their own death.

Article Seven of the Swiss Federal Constitution establishes that "[h]uman dignity must be respected and protected." Article Ten, which upholds rights of life and personal freedom, further clarifies that each person is entitled to 'liberty', 'physical and mental integrity', 'freedom of movement' and protection from torture and "any other form of cruel, inhuman or degrading treatment".

Dignity can be said to be the starting point, rationale and end objective of any written legal document. We would therefore be entitled to question the precise purpose of human rights if they did not promote or further dignity. Is it not then the case that the reverse applies – does the denial of human dignity (for it is clear that those who are afflicted by terminal illnesses and severe physical illnesses are living in an undignified manner) not constitute a denial of human rights?

Article Ten's emphasis upon physical and mental integrity is also important because those who suffer from severe physical disability and terminal illness are clearly infringed upon in this regard. From one perspective, the act of suicide could be read as a final reassertion of the individual's control over their own physical condition. While we cannot hold a single individual or government to account for impeding this sense of integrity, this does not change the fact that it is impeded.

Key Legal Cases

Some countries ban suicide, and sometimes jail individuals for committing this 'offence'. Kai Moller has previously argued that this criminalisation of suicide is a violation of privacy. He observes: "The right to commit suicide centers on the individual person's right to decide for himself about the value of his remaining life and to prevent the government from passing judgment in this matter."

Individuals with severe physical disabilities and those in the final stages of a terminal illness do not have the physical capacity to carry out the act themselves – hence why they are dependent upon the assistance of medical practitioners or loved ones. Closer inspection of end consequences suggests that there is no clear distinction between outlawing suicide and outlawing assisted suicide – neither deters the act, but simply forces sufferers to resort to more painful and exteme methods. (Moller 2012)

Dignitas is an association which provides an alternative by upholding the right to die with dignity. It was founded on 17 May 1998 and was then registered as an association under Swiss law. In addition to providing sufferers with a range of services, it has also made an important contribution to debates pertaining to end-of-life issues. Direct beneficiaries of Dignitas's services are not at risk of further legal action (the dead cannot be prosecuted), but those who assisted them may face the risk of prosecution when they return to their home country. ("Who Is DIGNITAS" 2017)

A ruling on a British case was provided on the 25 June 2014, following on from a hearing which lasted from December 16-19 in the preceding year. Three people suffering from incurable and severe physical disabilities asked the court to either allow them to consume a lethal dosage of drugs or to be permitted to travel to Dignitas to die. They sought assurance that, in the aftermath of their deaths, their caregivers, family members and doctors would be protected from prosecution. (An appeal from: [2013] EWCA Civ 961 2014).

The first application was made by a man who had suffered a stroke a number of years previously. His request was denied and he was ultimately forced to starve himself before dying in 2012. The second appeal was made by the wife of the deceased, along with two other men with similar health conditions (An appeal from: [2013] EWCA Civ 961 2014). After hearing their cases, the court denied the two men the right to die. In justifying its stance, the court observed that if it relaxed the laws on assisted suicide many people, some of whom would lack a sufficiently strong justification, would choose to end their lives. In noting that social influence may also be a factor, the court also expressed a concern that a relaxation could contribute to a rise in the number of suicides. The court also expressed a view that the right to life and the protection of life was more important. In this instance, the court clearly sought to achieve a balancing of the right to live with dignity and the right to life. (An appeal from: [2013] EWCA Civ 961 2014). In subsequent years, British courts have continued to resist the proposition of a general law and have therefore sought to engage each case in isolation. (An appeal from: [2013] EWCA Civ 961 2014)

In my view, the court's fear of the wider consequences was not completely without foundation. However, in keeping with the principle of balancing, they should not be considered in isolation but should be considered in relation to the suffering that ensued when a man was allowed to starve to death, while his family and medical staff looked on in the knowledge that a simple drug injection

would have allowed him to end his life peacefully. (An appeal from: [2013] EWCA Civ 961 2014)

In concluding, the court agreed that the patients had a right to end their life, but did not seek to establish a law for the reason that it could be open to abuse. In committing itself to engage future cases upon an individual basis, the court reiterated its intention to balance individual rights against those of the vulnerable and society as a whole. (An appeal from: [2013] EWCA Civ 961 2014)

The second case related to a South African patient suffering from terminal prostate cancer. After a psychiatric examination he was found to be mentally sound and in full grasp of the meaning of death and its final significance. His doctors concluded that his cancer was in its final stages and that there was no chance of a recovery. He expressed a clear desire to die in familiar surroundings and with his loved ones around him.

He had explicitly requested a lethal dosage of a drug and had made it clear that he does not want the doctor administering the drug to be prosecuted. His case, which sought to legalize euthanasia, was proposed to the South African Health Ministry and Department in 1998. The applicant put forward a clear case, which clearly explained his reasons for the proposal and the grounds upon which it should it accepted (Robert James Stransham-Ford vs. Minister of Health 2015). He made it clear that he wanted the legislator to assess the issue, with a view to contributing to a legal bill that establish necessary safeguards.

His proposal invoked the South African Constitution and the Bill of Rights. It explicitly referenced Section One of the Founding Provisions, which established that the Republic of South Africa was founded upon values of “human dignity, the achievement of equality and the advancement of rights and freedoms”. It also referenced Section Seven (“This Bill of Rights [e]nshrines the rights of all people in our country and affirms the democratic values of dignity, equality and freedom”), Section Eight (which envisages a common law intervention when legislation does not give effect to a right in the Bill of Rights), Section 10 (which essentially restates the Constitution’s commitment to dignity) and Section 12 (which asserts the right of the individual not to be “treated or punished [in] a cruel, inhumane or degrading way”, his/her entitlement to “bodily and psychological integrity” and the security of his/her body) of the Bill of Rights. The applicant maintained that these sections of the Constitution and the Bill of Rights established his right to end his life on his own terms and protected those who helped him to achieve this end. (Robert

James Stransham- Ford vs. Minister of Health 2015)

His request was not engaged at the time when was submitted because the department was overwhelmed by the scale of the HIV/AIDS epidemic in the country. When the case was ultimately heard, the presiding judge suggested a number of basic safeguards that would prevent the abuse of euthanasia and assisted suicide. It observed that the patient has to be terminally ill, in an extreme state of suffering and immune from external influence or abuse. A separate medical practitioner (other than the one providing immediate care) would also be required to verify the diagnosis and his/her findings would need to be clearly indicated in writing. (Robert James Stransham- Ford vs. Minister of Health 2015).

In this instance, the judge acknowledged that the applicant was "terminally ill and suffering intractably and has a severely curtailed life expectancy of some weeks only" (1.3); furthermore, he was entitled to assistance by a qualified medical doctor. This doctor was permitted to either provide or administer the lethal agent (1.4), safe in the knowledge that he/she would not face further prosecution (1.6) (Robert James Stransham-Ford vs. Minister of Health 2015).

In engaging with the case put forward by the applicant, the South African legislators were confronted by the same concerns that would confront their counterparts in any jurisdiction. It was therefore no coincidence that the South African Law Commission echoed objections that had previously been made by UK Courts: it therefore maintained that the right to euthanasia and assisted suicide would be abused, and that the weak and vulnerable would be exploited.

Clearly there is a danger that terminally ill and severely disabled people could be pressurised into taking this course of action. It is also certainly conceivable that influence may be insidious and indirect and that they may well come to believe that this is an obligation that they owe to those providing their care (a likelihood that is enhanced by the fact that they are likely to be family and/or close friends). It is also true that there are clear problems with the application of psychological assessment. Foremost among these is the fact that the margin for error is, by virtue of the fact that the final assessment will result in the individual's death, substantially reduced. However, even in registering each of the preceding concerns, the Commission observed that concern for the weak and vulnerable was the only obstacle that impeded the legalization of active voluntary euthanasia. (Robert James Stransham- Ford vs. Minister of Health 2015).

Implementing Balancing, Proportionality and Horizontal Effect

Before we apply the theoretical model, it is first necessary to clarify a number of important points that derive from the preceding discussion. Firstly, the right to life cannot be reduced to the right to exist. If this were the case, then humans would be indistinct from other organic matter, such as a tree. As O'Reagan reiterates, the 'right of life' must be invoked to uphold a life worth living.

There is also a clear logical disconnect that derives from the fact that individuals are permitted to die under circumstances that are not of their own choosing (wars, famine, traffic accedents) but not when they have expressed a clear preference to end their own life. At the level of logic, it would surely make more sense to first address, and legislate accordingly, the former.

A similar logical disconnect is also highlighted by the fact that the law permits the ending of an animal's life with a view to relieving suffering, but does not extend the same right to humans. The 1962 Animal Protection Act (UK) therefore establishes that it is "universally acceptable to permit an injured or sick animal to suffer is not only merciless and cruel but also a crime." (Robert James Stransham- Ford vs. Minister of Health 2015)

In working towards balance and proportionality, the state has the balance the right of the individual (to a dignified death and not to endure personal suffering in the full knowledge that the situation will never improve) against the need of vulnerable people in the same situation (who do not wish to die but who are being pressurised to take this course of action) or in general (who wish to die). The initial question is whether the prohibition of assisted suicide infringes the rights of the individual; the second question is then whether the relaxation of this prohibition would negatively impact the interests of vulnerable individuals and wider society.

The state does not just have an obligation to the individual who is enduring hugely challenging personal circumstances. It also has a wider obligation to provide its citizens from dying 'in bulk' (Huscroft, W. Miller and Webber 2016). There is also the issue of the morality (or lack thereof of medical practitioners – will relaxation not increase the likelihood that practitioners will be able to administer a lethal dose of drugs to a patient without their consent? (Moller 2012) (Huscroft, W. Miller and Webber 2016)

In balancing its obligations to the individual, vulnerable individuals and wider society, the state can legalize the practice and put various safeguards in place – as we have seen, Switzerland has

adopted this course of action. States can also decide against prosecuting medical staff who help the individual to commit suicide – this is the case in both the United Kingdom and South Africa, where each case is assessed on an individual basis. South African judges have however asked the South African Legal Commissioner and the Constitutional Court to clarify the issue by passing a bill or law. (Robert James Stransham- Ford vs. Minister of Health 2015) (An appeal from: [2013] EWCA Civ 961 2014)

It should be noted that the preceding emphasis upon the role of the state in helping to effect legal change may be somewhat misplaced. It appears to invoke a 'vertical' model, in which rights are granted to the individual by the state. However, this is questioned by the horizontal model that was outlined in the theoretical framework. In this second model, rights are established and upheld in the interaction between citizens. This has a clear implication for the current discussion because judges and legislators have, in resisting calls for a general law, so strongly emphasised the public interest. Public influence and influence from below could result in relevant legislation or influence social or cultural change. In engaging with an issue which has such a strong moral overtone, it is essential to acknowledge that law is framed within a wider social and cultural context.

The preceding discussion has touched upon a number of innovations (the removal of the threat of legal prosecution and assessment upon a case-by-case basis) that state actors have adopted in response to the complexities of assisted suicide and euthanasia. However, closer inspection has revealed them to be, at best, partial and incomplete.

The resistance that has been offered to so-called 'legal inflation' derives from a prior concern, and obligation, to uphold 'balance' and 'proportion'. However, here it should be noted that the main objections do not pertain to the principle itself but rather the sufficiency of safeguards that have been, and can, be put in place. However, none of these objections are, in themselves, sufficiently strong to cancel out the initial proposition.

Conclusion

This paper has sought to clarify whether assisted suicide and euthanasia should be conceived and understood as a right. It has replied in the affirmative. Even courts that do not formally recognise or implement this right do not dispute its existence. Rather, the key question is instead its implementation. This is the key conclusion that emerges from the engagement with important legal reference points and key cases.

Present implementation of the right has taken a variety of forms, almost all of which can be agreed to be unsatisfactory. The safeguard that medical practitioners would be protected from prosecution was not sufficient to prevent a British applicant from starving himself to death. The guarantee that legal prosecutions will not be forthcoming does nothing to address the many indignities and logistical hurdles that confront sufferers and their families when they seek to travel abroad to access Dignitas's services.

The situation could clearly be very different. In acting positively, the state could provide the facilities where euthanasia and assisted suicide procedures will be carried out. In upholding the principle that the conditions and circumstances in which life ends are part of medical care (rather than the point at which it ends), the state could also train psychiatrists and medical doctors. If the state does not wish these procedures to be carried out on its own territory, then it could meet the travel and accommodation costs of those who travel to Dignitas institutions.

This paper has affirmed, with reference to a range of legal sources, the existence of a right to assisted suicide and euthanasia. While this right has not been, due to wider social sensitivities, explicitly affirmed, it has been implicitly acknowledged. However, this incomplete progression is clearly insufficient and the key questions is not whether this right exists but rather how it can be more completely embodied and manifested in state practice.

References

Main Sources:

- Moller, Kai. 2012. *The Global Model Of Constitutional Rights*. Ebook. 1st ed. Oxford: Oxford Scholarship Online.
- Huscroft, Grant, Bradley W. Miller, and Gregoire Webber. 2016. "Introduction". In *Proportionality And The Rule Of Law Rights, Justification, Reasoning*, 1st ed., 1-18. Cambridge: Cambridge Books Online. http://dx.doi.org/10.1017/CBO9781107 56527.002
- Brochure "How DIGNITAS Works". 2014. *Dignitas.Ch*. http://www.dignitas.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=23&Itemid=84&lang=en.
- Castro, Mariana Parreiras Reis de, Guilherme Cafure Antunes, Lívia Maria Pacelli Marcon, Lucas Silva Andrade, Sarah Rückl, and Vera Lúcia Ângelo Andrade. 2016. "Eutanásia E Suicídio Assistido Em Países Ocidentais: Revisão Sistemática". *Http://Www.Scielo.Br*. http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422016242136.
- McCrudden, C. 2008. "Human Dignity And Judicial Interpretation Of Human Rights". *European Journal Of International Law* 19 (4): 655-724. doi:10.1093/ejil/chn043.
- "Who Is DIGNITAS". 2017. *Dignitas.Ch*. http://www.dignitas.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=4&Itemid=44&lang=en.

Court Cases:

- An appeal from: [2013] EWCA Civ 961. 2014 Judgement. Trinity Term [2014] UKSC 38.
- Robert James Stransham- Ford vs. Minister of Health. 2015, 27401/17. North Gauteng High Court.

UN Declarations and Covenants, and EU Legal Documents:

- European Union, *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 26 October 2012, 2012/C 326/02, available at: http://www.refworld.org/docid/3ae6b3b70.html [accessed 18 May 207]
- UN General Assembly, *Universal Declaration of Human Rights*, 10 December 1948, 217 A (III), available at: http://www.refworld.org/docid/3ae6b3712c.html [accessed 18 May 2017]
- UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171, available at: http://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html [accessed 18 May 2017]
- UN General Assembly, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3, available at: http://www.refworld.org/docid/3ae6b36c0.html [accessed 3 June 2017]

Federal Constitutions and Criminal/ Civil Codes:

- *Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999* [Switzerland], 18 April 1999, available at: http://www.refworld.org/docid/3ae6b6040.html [accessed 18 May 2017]
- Switzerland, Ivy Williams, Siegfried Wyler, and Barbara Wyler. 1987. *The Swiss civil code: English version*. Zürich: ReMaK Verlag.

جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/12)
فئة أوراق الموقف

وحدة القانون الدستوري

ورقة موقف حول حكم المحكمة الدستورية بخصوص مكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الفلسطيني

كانون أول/ ديسمبر 2017

BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

Position Paper on Constitutional Court Judgment Concerning the status of international conventions in the Palestinian legal system [Arabic]

Author: Constitutional Law Unit at Birzeit University

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (12/2017)
Position Papers Module

© 2017, Birzeit University
Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration

This text may be downloaded for personal research purposes. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copies or electronically, requires the consent of the Constitutional Law Unit, at Birzeit University. Requests should be addressed to : chairofcil@birzeit.edu

If cited or quoted, reference should be made as follows:
[Full name of the author(s)], [Title], Birzeit's Working Papers in Legal Studies [Series Number], Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration: Birzeit University [year of publication].

The views expressed in this publication cannot in any circumstances be regarded as the official position of Birzeit University.

ورقة موقف حول حكم المحكمة الدستورية بخصوص مكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الفلسطيني

المؤلف: وحدة القانون الدستوري بجامعة بيرزيت.

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/12)
فئة أوراق الموقف

© 2017، جامعة بيرزيت
وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقيّاً أو إلكترونيّاً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة القانون الدستوريّ في جامعة بيرزيت.
للتواصل والمعلومات بالخصوص: chairofcil@birzeit.edu

في حال الاقتباس أو التوثيق يجب أن يتم التوثيق كما يلي:
[اسم المؤلف أو المؤلفين كاملاً]، [العنوان]، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونيّة [رقم السلسلة]، وحدة القانون الدستوريّ، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، [سنة النشر].

لا تعبر الآراء الواردة في هذا المنشور تحت أي حال من الأحوال عن الموقف الرسمي لجامعة بيرزيت.

Supported by:
بدعم من:
BIRZEIT UNIVERSITY
H.H. Shaikh Hamad Bin Khalifa Al-Thani Chair in Constitutional and International Law

وحدة القانون الدستوري*

ورقة موقف حول حكم المحكمة الدستورية بخصوص مكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الفلسطيني

أصدرت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، في جلستها المنعقدة بتاريخ 19 تشرين ثاني 2017، حكمها في الطعن الدستوري رقم (2017/4).** وفيه تعرضت المحكمة الموقرة لمكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الفلسطيني، مقررة سموها "على التشريعات الداخلية"، "بما [يتواءم][1] مع الهوية الوطنية والدينية والثقافية للشعب العربي الفلسطيني". وقد صدر هذا الحكم، تأسيساً على إحالة الأوراق للمحكمة الدستورية من محكمة صلح جنين؛ لما بدا للثانية من تعارض بين أحكام القانون الأساسي الفلسطيني بكفالة حق التقاضي وحظر تحصين القرارات والأعمال الإدارية من رقابة القضاء (مادة 30)، واتفاقية مقر رئاسة منظمة "الأونروا" في الضفة الغربية وقطاع غزة، لما تقرره هذه الاتفاقية من حصانة للمنظمة أمام القضاء الفلسطيني.

أثار هذا الحكم جدلاً مطولاً خلال الشهر الماضي، ما بين مؤيدٍ ومعارضٍ وملتبسٍ عليه الحكم. وبهذا الخصوص نظمت وحدة القانون الدستوري في كلية الحقوق والإدارة العامة بجامعة بيرزيت، بتاريخ 19 كانون أول 2017، جلسة حوارية، بناءً على دعوات عامة، شارك فيها –إضافة إلى باحثي الوحدة– أساتذة وباحثون في القانون الدستوري والقانون الدولي ومهتمون بالشأن الفلسطيني العام. وتعكس هذه الورقة أبرز القواسم المشتركة التي اتفق عليها المشاركون:

---

* تنبيه: ما يرد في ورقة الموقف هذه هو رأي واجتهاد لمجموعة من الباحثين في وحدة القانون الدستوري بجامعة بيرزيت، ولا يعكس بالضرورة رأي الجامعة أو كلية الحقوق والإدارة العامة فيها.

** انظر نسخة من الحكم المذكور: https://www.birzeit.edu/sites/default/files/mhkm_dstwry_4-2017.pdf

[1] وردت في الحكم "يتوائم"، فجرى تصحيحها. وبالمناسبة، لن تخوض ورقة الموقف هذه بالتعليق على مدى دقة الصياغة القانونية في الحكم.

I. عدم اختصاص المحكمة بنظر القضية:

إن المحكمة الدستورية الموقرة –بقبولها ابتداءً نظر هذا الطعن– قد جاوزت اختصاصاتها الدستورية والقانونية، وتدخلت في سلطة المشرّع الدستوري، مقررة لذاتها اختصاصاً أصيلاً بالسلطة التأسيسية؛ وذلك في ضوء ما يلي:

- إن طبيعة حكم المحكمة ليس رقابة على دستورية قانون أو لائحة (نظام)، أو تفسيراً لنص في القانون الأساسي أو أي من التشريعات، أو فصلاً في تنازع اختصاص بين السلطات، أو بين جهات قضائية و/أو جهات إدارية، أو بين حكمين قضائيين نهائيين. وتلك هي الاختصاصات الحصرية للمحكمة.[2] كما أن المحكمة الموقرة لم تناقش دستورية الاتفاقية الدولية موضوع الإحالة – وهو ما كان واجباً– كما أنها لم تنظر فيما إذا كان اختصاصها الرقابي يشمل مراجعة مدى دستورية نص ورد في اتفاقية دولية، على ضوء غياب أية إشارة لذلك في قانون المحكمة. في تلك الحالة –لو تمت– من المفترض للمحكمة أن تجتهد لترى إن كان يدخل من بين اختصاصاتها النظر في طلبات الإحالة في نص وارد في اتفاقية دولية، بالرغم من أن من شروط الإحالة بموجب المادة (28) من قانون المحكمة، تشير إلى "النص التشريعي" موضوع الإحالة وتبرير اعتبارها للاتفاقية الدولية على أنه نص تشريعي بالأساس. على العكس مما سبق، تحول دور المحكمة الموقرة في هذا الحكم من دور رقابي لضمان احترام الدستورية، أو لضمان سمو القانون الأساسي، إلى دور رقابي لحماية الاتفاقيات الدولية على حساب القانون الأساسي والحقوق الواردة فيه – وهو الأساس الذي قامت المحكمة لتدافع عن سموه!
- كان على المحكمة الموقرة أن ترد طلب الإحالة (من محكمة الصلح)، في ضوء عدم استيفائه لشروطها.[3]
- إن السلطة التأسيسية، المخولة بوضع القواعد الدستورية، هي وحدها صاحبة الصلاحية في تقرير مكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الوطني، لاتصال ذلك بمبدأ السيادة. وإن ما أقدمت عليه المحكمة الموقرة هو بمثابة سن لقاعدة قانونية–دستورية!
- إن صمت السلطة التأسيسية –فيما عبر عنه بموجب حكم المحكمة بصمت القانون الأساسي– عن تحديد مكانة الاتفاقيات الدولية، لا يعني البتة تدخل المحكمة الدستورية في تحديد ذلك؛ بل يكون للقضاء العادي اختصاص النظر في هذه المسألة، في ضوء

[2] إضافة إلى البت في الطعن بفقدان الأهلية القانونية لرئيس السلطة (بما يخرج أساساً عن موضوع القضية، ولا يشكل أي التباس). وذلك كله وفقاً لاختصاصات المحكمة كما نظمها القانون الأساسي المعدل لعام 2003 (المادتان: 1/103، 1/37)، وقانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006، المعدل بموجب القرار بقانون رقم (19) لسنة 2017 (المادة 24).
انظر ورقة موقف، صادرة عن وحدة القانون الدستوري، حول تعديل القرار بقانون المعدل لقانون المحكمة الدستورية (سابق الإشارة)، عبر الرابط: https://goo.gl/A8P12q

[3] وفقاً لما نظمه قانون المحكمة الدستورية في المادتين (27–28).

حاجة محكمة الموضوع للفصل في نزاع قائم أمامها، اتفاقاً ومبدأ عدم التعذر بعدم وجود قانون للتطبيق، الذي يترتب على خلافه قيام حالة "إنكار العدالة". وبناءً عليه، كان على محكمة صلح جنين –في الحالة القائمة– أن تتصدى بنفسها للفصل في مسألة التعارض، دون الإحالة إلى المحكمة الدستورية، علماً بأنه يوجد العديد من الأحكام القضائية الصادرة عن محاكم الاستئناف والنقض التي تصدت لهذه المسألة في أحكامها.

- إن الحالة الوحيدة التي كان أمام المحكمة الموقرة بموجبها النظر في مسألة مكانة القواعد القانونية الناشئة عن اتفاقيات دولية بالنسبة لمجموعة القواعد القانونية في الدولة، هي من خلال "طلب التفسير"؛[4] عندها يكون بإمكان المحكمة أن تجتهد في تفسير القانون الأساسي، في معرض نظرها في طلب التفسير وفق الأصول. ولكن واقع الحال أن المحكمة نظرت في هذا الموضوع فيما يندرج ضمن الرقابة على الدستورية (طعن دستوري).
- حتى في حال تم النظر في مكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الفلسطيني من خلال طلب تفسير وفق الأصول، فإن هذا لا يعني بأن المحكمة الدستورية تستطيع أن تنشأ قاعدة دستورية جديدة من خلال تفسير القانون الأساسي.

II. ضعف الاسناد وعدم ملاءمتها للمنطوق:

- إن استناد المحكمة الدستورية إلى اعتبار القواعد المتعلقة بالحصانات والامتيازات الدبلوماسية بمثابة قواعد عرفية دولية راسخة (وهو ما أصابت به)، لا ينسجم ومنطوق حكمها باعتبار الاتفاقيات الدولية (وهي مصدر آخر للقانون الدولي، إلى جانب العرف) أسمى من التشريعات الداخلية، بما فيها القانون الأساسي.
- إن المحكمة الموقرة لم تميز ما بين الالتزامات الدولية لفلسطين، وما يفرضه عليها القانون الدولي، من جهة، والالتزامات الوطنية وما يفرضه الدستور والقانون الوطني من جهة أخرى؛ فبالنسبة للقانون الدولي (وبالتالي مسؤولية الدول) لا يمكن للدول أن تتذرع بقوانينها الوطنية لمخالفة التزاماتها الدولية. إلا أن القضاء الوطني وبالتحديد القضاء الدستوري مسؤوليته ضمان احترام سمو الدستور. أما الالتزامات الدولية التي تخلق قواعد قانونية ملزمة وطنياً فهذا يقتضي أن يبت فيه القانون الأساسي، أو تجتهد محاكم الموضوع، وبحسب الحالة، لتحديد مكانة القاعدة القانونية التي أساسها اتفاقية دولية مقارنة مع القواعد القانونية التي أساسها التشريع الوطني، وبما لا يتعارض مع القانون الأساسي.
- أثارت المحكمة –سريعا– مسألة النظام الذي تأخذ به فلسطين بخصوص إدماج الاتفاقيات

[4] المادة (1/30) من قانون المحكمة الدستورية: "يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس السلطة الوطنية أو رئيس مجلس الوزراء أو رئيس المجلس التشريعي أو رئيس مجلس القضاء الأعلى أو ممن انتهكت حقوقه الدستورية".

الدولية في النظام القانوني، ما بين النظام الأحادي والنظام الثنائي. وفي الحقيقة، ليس هناك ما يشير إلى توافر عناصر أي من النظامين بشكل حاسم بموجب القانون الأساسي.

- إن استناد المحكمة إلى اعتبار أن الدول بقبولها طرفية الاتفاقيات الدولية يعني "أنها قبلت ضمنا التنازل عن جزء من سيادتها لصالح سيادة القانون الدولي العام"، نتيجة سليمة، ذلك إلا أن المحكمة الموقرة أغفلت حقيقة أن السلطة التأسيسية هي وحدها من تقرر هذا "التنازل" من خلال الدستور، وهو ما لم يتم في القانون الأساسي. علماً بأن تنازل المشرع الدستوري في الخبرات الدستورية المقارنة عن بعض سيادتها و/أو إعطاء الغلبة للاتفاقيات الدولية يتبعه حتماً وجود آليات وضوابط كافية لضمان عدم الدخول باتفاقيات تتعارض مع المبادئ الأساسية التي تتبناها الدولة، بما في ذلك اشتراط الرقابة الدستورية السابقة للمصادقة على الاتفاقيات أو المصادقة عليها ضمن شروط مشددة، كموافقة ثلثي أعضاء البرلمان أو غيرها من الشروط. أما في فلسطين فالعكس صحيح: فهناك غياب واضح في إجراءات المصادقة أصلا على الاتفاقيات والتي تتم حالياً من خلال رئيس دولة فلسطين. فهل يُعقل أن تعطي المحكمة الدستورية رئيس الدولة من خلال مصادقته على الاتفاقيات الدولية سلطة مطلقة في استحداث قواعد قانونية تسمو على كافة التشريعات الداخلية بما في ذلك القانون الأساسي؟!

III. الغموض في منطوق الحكم:

- إن تعليق المحكمة الموقرة لمنطوق حكمها – "بتأكيد سمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الداخلية"– على مواءمة أحكام تلك الاتفاقيات "مع الهوية الوطنية والدينية والثقافية للشعب العربي الفلسطيني"، يبدو غامضاً وملتبساً. وهناك ما يشير أن هذا التوجه أقرب ما يكون إلى تحفظ تعبر عنها بعض الدول عند المصادقة على اتفاقيات دولية. علماً بأن إشارة المحكمة الدستورية لهذا التحفظ على تطبيق الاتفاقيات الدولية التي أكدت سموها، دون تحديد واضح المعالم لتلك الحالات، يجعل تطبيق الاتفاقيات الدولية قابلاً للتأويل بحسب الحالة. وتجدر الإشارة إلى أن التحفظ على الاتفاقيات الدولية يتم قبل وأثناء الانضمام، من خلال الجهة المخولة بالمصادقة، وليس من خلال المحكمة الدستورية بعد الانضمام أو المصادقة على الاتفاقيات الدولية.
- هناك خلط بين الإعلانات والمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، المشار إليها في المادة (10) من القانون الأساسي،[5] وبين الاتفاقيات الدولية بشكل عام؛ ذلك أن الإعلانات والمواثيق الدولية التي تتعلق بحقوق

[5] نص المادة (10): "1– حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام. 2– تعمل السلطة الوطنية الفلسطينية دون إبطاء على الانضمام إلى الإعلانات والمواثيق الإقليمية والدولية التي تحمي حقوق الإنسان".

الإنسان مختلفة تماماً عن موضوع الطعن الدستوري، وهي الاتفاقية الدولية المتعلقة بحصانات وامتيازات الأمم المتحدة. وبالتالي لا يسعف المحكمة في حكمها ما ورد في المادة (10) من القانون الأساسي، كون لا علاقة للمادة بالاتفاقية الدولية موضوع الإحالة.

- وبالتالي، من غير المضمون الاستفادة من هذا الحكم تجاه الادعاء بسمو اتفاقيات حقوق الإنسان على التشريعات الداخلية. وذلك في حال التسليم ابتداءً باختصاص المحكمة بالنظر في هذه المسألة (على نحو ما أشير له سابقاً).
- مع مراعاة ما تم ذكره سابقاً بشأن الإحالة والاختصاص، كان على المحكمة الدستورية نقاش الحق في التقاضي، الذي هو محل الإحالة من قبل محكمة الموضوع، باعتباره حقاً أساسياً من حقوق الإنسان (المادة 30 من القانون الأساسي، والمادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية)، وهذا ما يثير تساؤلات مهمة بشأن كيفية التعامل مستقبلاً مع وجود انتهاك لحقوق أساسية بموجب اتفاقيات دولية ثنائية.
- يتميز الحكم بعموميته وشموله لمسائل غير معروضة على المحكمة الدستورية من خلال الإحالة، ذلك أن ما تم إحالته إليها هو الاتفاقية الدولية المتعلقة بحصانات وامتيازات منظمة "الأنوروا"، أما منطوق الحكم فجاء شاملاً لكل الاتفاقيات الدولية دون تحديد لاتفاقية موضوع الإحالة.
- لم تأخذ المحكمة الدستورية الموقرة بعين الاعتبار أن الاتفاقية المحالة إليها غير منشورة في الجريدة الرسمية، وبالتالي لا يمكن الاحتجاج بها على المواطن أو أي شخص دون نشرها في الجريدة الرسمية. وعليه سيكون من غير الممكن سريانها على الأفراد الذين لا يعلمون بوجودها كونها لم تنشر رسمياً. إن نشر القوانين شرط لسريانها في القانون الأساسي؛ فلماذا تُستثنى الاتفاقيات الدولية إن كان فهم المحكمة الدستورية بأنها تستحدث قواعد تسمو على التشريعات الداخلية كافة؟
- إن المحكمة لم تعالج مدى انسجام الاتفاقية المعروضة عليها مع الحقوق والحريات المكفولة في القانون الأساسي وحق التقاضي على وجه التحديد، وهو أساس طلب الإحالة ومن المفروض أن يكون جوهر حكم المحكمة.

IV. ما بعد صدور الحكم:

- <u>إلزامية الحكم بعدم الدستورية وليس ما ورد من تحليل أو استنتاجات غير مرتبطة بالحكم</u>: مع مراعاة التمييز بين مسألة تنفيذ حكم المحكمة الدستورية في قضية محددة، ومسألة الإلزام المستقبلي لأحكام المحكمة الدستورية. إن حكم المحكمة بعدم الدستورية هي التي تكون ملزمة للكافة. بمعنى أن الإلزامية التي يشير لها القانون الأساسي وقانون المحكمة الدستورية العليا تعني بأنه لا يجوز للمحاكم تطبيق تشريع اعتبرته المحكمة الدستورية غير دستوري أو الامتناع عن تطبيق تشريع اعتبرته المحكمة

الدستورية دستورياً. أما ما ورد في قرارها من تحليل واستنتاجات فهي لا تعتبر مصدراً من مصادر القانون – أي لا يمكن الاعتداد بها كمصدر لقاعدة قانونية (أو في هذه الحالة: دستورية جديدة) يكون لزاماً على المحاكم تطبيقها. وعليه فإن ما ورد في الحكم من إشارة لسمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الداخلية ليس قاعدة دستورية ملزمة للمحاكم. وبالرغم من البلبلة التي ساهم هذا الحكم في زيادتها بهذا الخصوص، بإمكان أي من محاكم الموضوع أن تقرر خلافه في أية قضية تعرض عليها لاحقاً. فما ورد في القرار (فيما عدا منطوق الحكم بعدم الدستورية والذي يلزم كافة الجهات بعدم تطبيق قانون غير دستوري أو الامتناع عن تطبيق قانون تعتبره المحكمة الدستورية على أنه دستوري) لا يلزم المحاكم الأخرى كون فلسطين لا تعتمد نظام السوابق القضائية، وبالتالي لا تلتزم المحاكم الدنيا بالقواعد القانونية المستحدثة من خلال المحاكم العليا (وفي هذه الحالة المحكمة الدستورية العليا) بموجب نظام السوابق القضائية.

- <u>مكانة اتفاقيات حقوق الإنسان في النظام القانوني الفلسطيني</u>: بعد التأكيد على أن الاتفاقية موضوع الحكم لا تندرج ضمن الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، إلا أن الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان لها مكانة خاصة في النظام الدستوري الفلسطيني، ليس لكونها اتفاقيات دولية وإنما لكونها تنظم حقوق الإنسان وحرياته الأساسية؛ إذ بإمكان قاضي الموضوع، تأسيساً على المادة (10) من القانون الأساسي، أن يحكم باعتبارها تسمو على التشريعات الداخلية بما في ذلك القوانين الوطنية وبما لا يتعارض مع القانون الأساسي الفلسطيني، في ضوء كونها تُعنى بحقوق "ملزمة للكافة" (erga omnes)، وغير مرتبطة بالمعاملة بالمثل.

تجدر الإشارة إلى أنه حتى في الدول التي يتم فيها إقرار المكانة السامية للاتفاقيات الدولية مقارنة بالقوانين الوطنية (دون أن تسمو طبعا عن الدستور)، فإن هناك نقاشاً فقهياً حول الحصانات الدبلوماسية بموجب هذه الاتفاقيات والأعراف الدولية في حال أنها تنتهك الحقوق الدستورية للمواطنين، وبالأخص الحق بالتقاضي، وتكون حينها مسؤولية المحكمة الدستورية ضمان احترام الاتفاقيات الدولية أيضاً للحقوق الأساسية التي يكفلها القانون الأساسي.

بمعنى آخر، ما ورد في المادة (10) من القانون الأساسي يشكل قيداً إضافياً على إمكانية اجتهاد المحكمة الدستورية أو أية محكمة أخرى باتجاه سريان اتفاقية دولية في حال أنها تخالف حقوق الإنسان وحرياته والتي يشار إليها في القانون الأساسي على إطلاقها. بكلمات أخرى: حتى لو فرضنا أنه كان من اختصاص المحكمة الدستورية أن تحدد مكانة الاتفاقيات الدولية ضمن النظام القانوني الفلسطيني، فلن يكون بإمكانها أن تخالف نص المادة (10) من القانون الأساسي وتقبل (كما

ورد في حكمها موضوع هذه الورقة) بسريان اتفاقية دولية تخالف حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ومنها الحق بالتقاضي. إن نص المادة (10) ملزم للمحكمة الدستورية نفسها، ولا يجوز لها أن تجتهد بما يؤدي إلى القبول بسريان اتفاقية دولية فيها انتقاص لحق أساسي من حقوق الإنسان.

إن وحدة القانون الدستوري في جامعة بيرزيت، إذ تصدر ورقة الموقف هذه، فإن ذلك يأتي انطلاقاً من قناعتها بدور الأكاديميين تجاه المجتمع. وإن الوحدة –في هذا الصدد– تبرق الدعوات التالية:

- **إلى المحكمة الدستورية الموقرة:** إن التوجه المحمود لدى المحاكم الدستورية في العالم عند النظر في القضايا التي تعرض عليها، تحكم فيها بالرد أو عدم الاختصاص، فيما تحكم في عدد قليل منها، توافرت فيها شروط الدعوى، وتدخل بطبيعتها ضمن اختصاص المحكمة. معنى ذلك أن قيام محكمة دستورية حديثة لا يعتبر مبرراً للحكم في جميع القضايا التي تعرض عليها، على سبيل "تشغيل نظام المحكمة".
- **إلى محاكم الموضوع:** إن وجود المحكمة الدستورية في دولة ما، بما لها من سمو ومكانة في النظام القضائي، لا يعني أن تملك تلك المحكمة اختصاصات هي لمحاكم الموضوع وهذا بموجب نظام الفصل بين السلطات. وبالتالي، فإن مسائلَ من هذا القبيل (تحديد مكانة القواعد القانونية السارية على النزاع آخذين بعين الاعتبار مصادرها المختلفة – سواء كانت تشريعات وطنية أو عرف دولي أو قاعدة أساسها اتفاقية دولية) تدخل في اختصاص محكمة الموضوع، وعليها أن تتصدى لها مباشرة، كي لا تبرر لجهة قضائية أخرى بالتدخل من جهة، ولا يقع المحظور بإنكار العدالة، من جهة أخرى.