

أوراق عمل بيرزيت للدراستات القانونية

المجلد الثاني
(2018)

أوراق عمل بيرزيت للدراستات القانونية

المجلد الثاني (2018)

هذا الكتاب

يحتوي هذا الكتاب الأوراق المنشورة في الأصل إلكترونياً ضمن "سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراستات القانونية"، على موقع SSRN، مخصصاً مجلداً للأوراق الصادرة في كل عام. لا يُعد هذا الكتاب منشوراً بالمعنى الدقيق، إذ إن 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 للدراستات القانونية

هي سلسلة إلكترونية، تصدرها وحدة القانون الدستوري، ويشرف عليها كرسى 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 الرجعية، أوراق مرجعية، موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن، أوراق سياسية، أوراق طلبة الماجستير، أوراق طلبة البكالوريوس. وقد يجري استحداث فئات أخرى جديدة. تصدر السلسلة أوراقها أساساً 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، إيماناً منها بأهمية مواكبة فلسفة التعليم الحديث القائم على البحث العلمي، وبأهمية القانون الدستوري بوصفه أهم حقل من حقول القانون الذي تركز 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 وخريجها، 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 الثاني (2018)

أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية

المجلد الثاني

(2018)

مدير التحرير
د. رشاد توام

رئيس التحرير
د. عاصم خليل

2019



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، وأعدت تفعيله عام 2015. ويعمل بالتشبيك مع وحدة القانون الدستوري في كلية الحقوق والإدارة العامة بالجامعة. تجيء تسمية الكرسي تكريماً من الجامعة لدولة قطر على وقفيتها 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 لغاياته 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*

7	نوار بدير الحق في الصحة ورقة رقم (2018/1)، فئة موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن، كانون الثاني 2018
29	وعد قنام الكويت الانتخابية بين المساواة والتمييز: دراسة تحليلية ورقة رقم (2018/2)، فئة أوراق طلبة الماجستير، كانون الثاني 2018
65	رشا توفيق عمارنة إضراب العاملين في القطاع العام المدني والأمني في فلسطين: ما بين الحق والمصلحة العامة ورقة رقم (2018/3)، فئة أوراق طلبة الماجستير، كانون الثاني 2018
89	نوار بدير وعاصم خليل حالة الضرورة ورقة رقم (2018/4)، فئة موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن، كانون الثاني 2018
107	نوار بدير وعاصم خليل حالة الطوارئ ورقة رقم (2018/5)، فئة موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن، شباط 2018
127	نوار بدير قرارات القضاء الدستوري الفلسطيني** ورقة رقم (2018/6)، فئة النصوص المرجعية، شباط 2018
181	عاصم خليل تأثير الربيع العربي على عملية بناء الدولة الفلسطينية ورقة رقم (2018/7)، فئة المقالات المترجمة، نيسان 2018

* جرى ترتيب الأوراق وفقاً لرقم كل ورقة، المستند أساساً لتاريخ نشر الورقة بنسختها الإلكترونية الأصلية. ويظهر أسفل عنوان كل ورقة رقمها وفتتها 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).

** لا تحتوي النسخة المضمنة في هذا المجلد ملاحق هذه الورقة، بحكم كبر حجمها. ولذلك ينصح بالعودة إلى النسخة الإلكترونية من الورقة.

211	وحدة القانون الدستوري ورقة موقف حول جواز تعديل قانون السلطة القضائية بموجب قرار بقانون ورقة رقم (2018/8)، فئة أوراق الموقف، أيلول 2018
219	وحدة القانون الدستوري ورقة موقف حول قرار المحكمة الدستورية التفسيري لعبارة "الشأن العسكري" وطبيعة جهاز الشرطة ومحاكمة منتسبيه ورقة رقم (2018/9)، فئة أوراق الموقف، تشرين الأول 2018
231	عاصم خليل حالة الضرورة من منظور دستوري مقارن ورقة رقم (2018/10)، فئة المقالات المترجمة، تشرين الثاني 2018
251	نوار بدير السلطة التأسيسية ورقة رقم (2018/11)، فئة موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن، تشرين ثاني 2018
273	نورا طه بناء الأماكن، هدم الحقوق: ملامح الحق في السكن في السياق الفلسطيني ورقة رقم (2018/12)، فئة أوراق طلبية الماجستير، كانون الأول 2018



BIRZEIT UNIVERSITY

كلية الحقوق والإدارة العامة

Faculty of Law and Public Administration

وحدة القانون الدستوري

Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/1)
فئة موسوعة القانون الدستوري العربي
القارن

نوار بدير

الحق في الصحة

كانون ثاني/ يناير 2018

The Right to Health [Arabic]

الحق في الصحة

نوار بدير Newar Bdair

التدقيق اللغوي: إبراهيم المصري

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (1/2018)
Encyclopedia of Comparative Arab Constitutional Law Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/1)
فئة موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن

© 2018, 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 : chairofcfl@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.

© 2018، جامعة بيرزيت

وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

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

في حال الاقتباس أو التوثيق يجب أن يتم التوثيق كما يلي:
[اسم المؤلف أو المؤلفين كاملاً]، [العنوان]، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية [رقم السلسلة]، وحدة القانون الدستوري، 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:

نوار بدير*

الحق في الصحة

1. المقدمة

يعتبر الحق في الصحة من الحقوق المنظمة بموجب الجيل الثاني من الحقوق، والمصنفة ضمن الحقوق الاجتماعية. والتي تتميز بأنها تلقي التزاماً إيجابياً على الدولة بأن تتدخل لتنظيمها؛ حتى يتمكن الأفراد من الحصول عليها، بل وسمح العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الناظم لهذا الحق للدول الأطراف فيه بالإعمال التدريجي للحقوق المعترف بها وفقاً لمواردها المتاحة وأولوياتها الوطنية (قبي 2012، 46). ويؤكد على ذلك، القضاء الدستوري المصري في حكمه رقم (34) لسنة 15 قضائية، والذي جاء فيه: "تقديم الدولة لخدماتها الثقافية والاجتماعية والصحية وفقاً لنص المادة (16) من الدستور يقتضيها تدخل إيجابي من خلال الاعتماد على مواردها الذاتية المتاحة وفقاً لقدراتها؛ ليكون إشباعها لخدماتها متدرجاً وواقعياً في حدود إمكانياتها، خلافاً لموقفها من الحقوق الفردية السلبية، التي يكفيها لصونها مجرد الامتناع عن التدخل في نطاقها بما يقيد أو يعطل أصل الحق".

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

تعرض الفرد للتعذيب أو العقوبات القاسية أو الوحشية، فلجسم الإنسان حرية وحماية قانونية، فلا يجوز المساس بها من سلطات الدولة أو المواطنين (الفتاوي 2007، 188-189). وكذلك يرتبط بحق الأفراد بشروط عمل متساوية وحقهم بالضمان الاجتماعي ومستوى معيشة مناسبة، وبيئة نظيفة (صباريني 1997، 213). ويتعين على الدولة أن تلتزم بالرعاية الصحية للفرد من مخاطر البؤس والضياع، وتمكين كافة الإمكانات لرعاية الفرد صحياً ومنحه تأميناً صحياً شاملاً، ووسائل علاجية مجانية، وفتح مستشفيات ومراكز صحية (شطناوي 2002، 354).

وتكمن أهمية هذه الورقة بأنها تتعرض للتنظيم الدستوري والدولي للحق في الصحة؛ حيث تسلط الضوء على صياغة القانون الأساسي المعدل للعام 2003 للحق في الصحة، ومقارنته مع توجهات الدستور المصري والكويتي والمغربي كحالة دراسية مقارنة، وكذلك بعض دول الجنوب. كما وسيتم بحث توجهات القضاء الدستوري والإداري في ترسيخ هذا الحق وحمايته. ومن ثم يتم الانتقال إلى معالجة التنظيم الدولي للحق في الصحة وإجراء مقارنات مع التوجهات الدستورية في حماية الحق في الصحة.

ويقصد بالصحة من الناحية اللغوية بأنها "ذهاب المرض، وهي خلاف السقم، ويرد السقم بمعنى المرض، أما المرض فهو فيه السقم ونقيض الصحة" (ابن منظور 1994، 507 و288-289).

أما من الناحية الاصطلاحية فهي تعني: "حالة التوازن النسبي لوظائف الجسم الناجمة عن تكييفه مع عوامل البيئة المحيطة، وهو مفهوم فيه دلالة على اتساع أبعادها واعتماد تعزيزها والارتقاء بها على السلامة والكفاءة الجسمية والفعلية، وترتبط بالسياق الثقافي والاجتماعي والعلاقات مع غيرها" (محاسنة د.ت، 71) مشار إليه في: (رمضان 2012، 219). بينما عرفته ديباجة ميثاق منظمة الصحة العالمية: "بأنه يمكن للدولة الوصول إلى أعلى مستوى من الصحة في حال "اكتمال السلامة بدنياً وعقلياً واجتماعياً، لا مجرد انعدام المرض أو العجز".

ولا بد من الإشارة إلى أن هذا الحق وما يرافقه من السلامة البدنية أو الجسمية يعتبر متمم للحق في الحياة، ويتم إعمال هذا الحق بعدم إخضاع أي شخص للتعذيب أو إجراء أي تجارب طبية محظورة بموجب النصوص الدستورية والاتفاقيات الدولية عليه (علوان 1989، 389-390). ويرتبط كذلك هذا الحق بالسلامة الجسمية ومنع

أحكام الدستور الذي يختلف إجراءات تعديله عن إجراءات تعديل القانون العادي (الخطيب 2012، 64).

وبالنسبة إلى القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003) -باعتباره القانون الأسمى في فلسطين- لم يتناول الحق في الصحة بشكل مباشر، وإنما يمكن ملاحظته من خلال حقوق أخرى مثل التجارب العلمية ورعاية الأمومة والطفولة والحق بالعمل، كما هو الحال في المادة (16) والتي حظرت إجراء أية تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضا قانوني مسبق منه، أو إخضاع أحد للفحص الطبي أو العلاج بعملية جراحية إلا بموجب قانون ينظم أحكام نقل الأعضاء. وكذلك أكد في المادة (2/29) بعدم السماح للأطفال بالقيام بأي عمل يلحق ضرراً بسلامتهم أو بصحتهم أو بتعليمهم، بينما نصت المادة (2/25) من القانون الأساسي عندما تعرضت للحق بالعمل على ضرورة توفير الأمن والرعاية الصحية والاجتماعية للعمال. فضلاً عن ذلك أشارت المادة (22) على التزام السلطة الوطنية الفلسطينية بتوفير خدمات التأمين الصحي لبعض الفئات منها أسر الشهداء والأسرى والجرحى والمتضررون والمعاقون، على أن يتم تنظيم خدمات التأمين الصحي بموجب قانون.

وتحاول الورقة الإجابة على عدة تساؤلات أهمها: ما موقف الدساتير الوطنية من الحق في الصحة؟ وكيف ساهمت الدولة في إرساء هذا الحق؟ وما هو دور المحكمة الدستورية في هذا الإطار؟ وهل يتفق التنظيم الدستوري مع التنظيم الدولي لهذا الحق؟

وللوصول إلى الغايات المنشودة، تفرد الورقة ثلاثة أقسام: الأول لبحث التنظيم الدستوري للحق في الصحة، أما الثاني يعالج الحماية القضائية للحق في الصحة، وأخيراً الثالث يخصص لدراسة التنظيم الدولي للحق في الصحة.

2. التنظيم الدستوري للحق في الصحة

تسعى معظم الدساتير الوطنية لتنظيم الحقوق والحريات ضمن نصوصها، ومن ضمنها الحق في الصحة؛ لتمتعها بمكانة عليا تسمو بموجبها على كافة القواعد القانونية في الدولة، فهذه المكانة تلزم التشريعات الأدنى مرتبة عدم مخالفة القاعدة الأعلى منها والمتمثلة بالنص الدستوري، وإلا اتصفت بعدم الدستورية، ويعرضها بالتالي للرقابة الدستورية عليها، والحكم بإلغائها أو الامتناع عن تطبيقها حسب النظام القانوني المتبع في الدولة (صليبيا 2004، 81-84). بل وتتميز هذه القواعد بدرجة من الثبات والجمود؛ لأنها منظمة بموجب

والخطيرة، وكذلك دعم نظام الصحة للمدارس. بينما أكد قانون حقوق الأشخاص وذوي الإعاقة رقم (4) لسنة 1999 على حق الأشخاص المشمولين بهذا القانون برعاية صحية تتعلق بإعادة تأهيلهم بموجب المادة (10) منه.

أما قانون العمل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2000 فقد نص على عدم تشغيل العامل في الأعمال الضارة بالصحة، وضرورة توافر شروط السلامة الصحية للعامل، في المواد (90-91) على التوالي. وحديثاً صدر قرار بقانون رقم (23) لسنة 2016 بشأن المعهد الوطني الفلسطيني للصحة العامة، والمرسوم الرئاسي رقم 3 لسنة 2016 بشأن مركز خالد الحسين لعلاج أمراض السرطان وزراعة نخاع، والتي تتعلق بالأمر الصحية. إلا أن ذلك غير كاف لحماية الحق في لصحة، فلا بد من تضمين نص صريح يعالج الحق في الصحة ضمن القانون الأساسي لتعلقه بأحد الحقوق الأساسية المرتبطة بالفرد.

ويختلف الدستور المصري للعام 2014 عن توجه القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003) - الذي اكتفى بالإشارة إلى حماية الحق بالصحة بشكل ضمني - حين أقر الدستور المصري (2014) هذا الحق بشكل صريح في المادة (18) وعالجها ضمن الباب الثاني بعنوان "المقومات

وبالتالي وإن كانت النصوص التي تحتل مرتبة عليا في النظام القانوني الفلسطيني لم تنظم الحق في الصحة بشكل مباشر ضمن نصوصها، إلا أنها أشارت إليها بشكل ضمني عند تنظيمها لحقوق أخرى، وخولت السلطة التشريعية بموجبها تبني قوانين ذات علاقة، ومع ذلك قد تقوم السلطة التشريعية عند تنظيمها للحق في الصحة بتقييدها بالعديد من الضوابط والمحددات.

وعلى المستوى القانوني تبني المشرع الفلسطيني قانون الصحة العامة الفلسطيني رقم (20) لسنة 2004، المطبق على الضفة الغربية وقطاع غزة، وتعرض للعديد من الأمور المتعلقة بالمجال الصحي ومن ضمنها الصحة المهنية والصحة البيئية والثقافة الصحية، ورعاية الأمومة والطفولة، ومكافحة الأمراض المعدية، والحجر الصحي، والمهنة الطبية المساعدة، وسلامة الأغذية والمستشفيات والعيادات.

أما قانون الطفل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2004 فقد تعرض في الفصل الرابع منه للحقوق الصحية للطفل بأن يحصل على أفضل مستوى من الحقوق الصحية المجانية، وإنشاء بطاقات بيانات لمتابعة حالتهم الصحية والأطعمة التي يتناولونها، مع ضرورة اتخاذ الدولة للتدابير المناسبة للوقاية من التلوث البيئي، وكذلك من الإصابات المعدية

والأهلي في خدمات الرعاية الصحية وفقاً للقانون، فهذا النص أورد للحق بالصحة العديد من الآليات لضمان تحقيقها، وألزم الدولة بتخصيص نسبة من الإنفاق الحكومي للصحة لا تقل عن 3% من الناتج القومي.

بينما في الحالة الفلسطينية لم يتعرض لها النص الدستوري وإنما بلغ نصيب وزارة الصحة من إجمالي الموازنة العامة (11.53%) (الشفافية 2016، 14-16)؛ ويصرف منها (45%) على بند الرواتب، أما البقية (55%) تصرف على المساهمات الاجتماعية وبديل النقل والمنافع الاجتماعية وإجمالي التشغيل (الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان "ديوان المظالم" 2016، 114).

كما وفرض الدستور المصري (2014) على الدولة إقامة نظام للتأمين الصحي للمواطنين كافة، على أن ينظم القانون أحكامه، مع خضوع المنشآت الصحية كافة لرقابة الدولة. وكذلك تعرض المشرع الدستوري المصري إلى حماية الحق في الصحة لبعض الفئات الخاصة في المجتمع، وذلك في الباب الثالث منه، حين نص في المادة (81) منه، على: "تلتزم الدولة بضمان حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، والأقزام صحياً واقتصادياً واجتماعياً....."؛ وكذلك في المادة (82) المتعلقة بكفالة الدولة للشباب الناشئين

الأساسية للمجتمع"، وجاء فيها: "لكل مواطن الحق في الصحة وفي الرعاية الصحية المتكاملة وفقاً لمعايير الجودة، وتكفل الدولة الحفاظ على مرافق الخدمات الصحية العامة التي تقدم خدماتها للشعب ودعمها والعمل على رفع كفاءتها وانتشارها الجغرافي العادل".

وتلتزم الدولة وفقاً للدستور المصري (2014) بتخصيص نسبة من الإنفاق الحكومي للصحة لا تقل عن 3% من الناتج القومي الإجمالي، وتتصاعد تدريجياً حتى تتفق مع المعدلات العالمية. وتلتزم الدولة كذلك بإقامة نظام تأمين صحي شامل لجميع المصريين يغطي كل الأمراض، على أن يهتم القانون بتحديد إسهام المواطنين في اشتراكاته أو إعفائهم منها طبقاً لمعدلات دخولهم.

ويجزم كذلك الدستور المصري (2014) الامتناع عن تقديم العلاج بأشكاله المختلفة لكل إنسان في حالات الطوارئ أو الخطر على الحياة. وألزمت النصوص الدولة بتحسين أوضاع الأطباء وهيئات التمريض والعاملين في القطاع الصحي.

كما وتخضع جميع المنشآت الصحية، والمنتجات والمواد، ووسائل الدعاية المتعلقة بالصحة لرقابة الدولة، وتشجع الدولة مشاركة القطاعين الخاص

أما بالنسبة للدستور الأردني المعدل للعام 1952 فقد خلت نصوصه من التنظيم الصريح للحق بالصحة أو الرعاية الصحية، واقتصرت على ضرورة توفير القواعد الصحية للعامل، وتقدير تعويض خاص للعاملين المعيلين في حال المرض والعجز، وذلك في المادة (23/2ج-هـ) (المدانات 1989، 200-201).

أما بالنسبة للدستور الكويتي للعام 1962 فقد نظم أحكام الحق في الصحة بموجب المادة (11) و(15) ضمن الباب الأول المتعلق بالدولة ونظام الحكم في الدستور، وأكدت هذه النصوص على أن الدولة تكفل المعونة للمواطنين في حالة الشيخوخة أو المرض أو العجز عن العمل، وكذلك توفر لهم الرعاية الصحية، وتهتم بالصحة العامة ووسائل الوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة.

في حين أحال الدستور المغربي للعام 2011 تنظيم الحق بالصحة وتبني مبادئ وقواعد المنظومة الصحية إلى قوانين خاص بها، بموجب المادة (71) منه، والتي نصت على: "يختص القانون، بالإضافة إلى المواد المسندة إليه صراحة بفصول أخرى من الدستور، بالتشريع في الميادين التالية: الحقوق والحريات الأساسية المنصوص

بإلزامها "تنمية قدراتهم الثقافية والعلمية...والبدنية"؛ ولم تغفل تلك النصوص عن إيلاء المسنين اهتماماً خاصاً، فالمادة (88) ألزمت الدولة بضمان حقوقهم الصحية والاقتصادية والاجتماعية.

فالنصوص الدستورية المصرية (2014) تعرضت للحق في الصحة بشكل صريح ونظمت بعض أحكامه الخاصة بفئات معينة منها الشباب والمسنون وذوو الإعاقة. وذلك على خلاف النصوص الدستورية المصرية لعام 1971، والتي لم تنص بشكل صريح على الحق في الصحة، وإنما عالجت بموجب المادة (17)، والتي نصت على: "تكفل الدولة خدمات التأمين الاجتماعي والصحي ومعاشات العجز عن العمل والبطالة والشيخوخة للمواطنين جميعاً، وكذلك وفقاً للقانون". أما المادة (16) من دستور عام 1971، فنصت على: "تكفل الدولة الخدمات الثقافية والاجتماعية والصحية"، جاء في المادة (34) "لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو علمية على أي إنسان بغير رضائه الحر"، وفي حال قارنا بين النص الدستوري المصري (1971) نجد أنه يتشابه إلى حد كبير مع نصوص القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003)، فيما يتعلق بتنظيم الحق في الصحة.

وفي اتجاه آخر لدول الجنوب وبالتحديد دستور دولة جنوب إفريقيا للعام 1996، والمعدل للعام 2012 فالمادة (27) منه نظمت الحق في الصحة، ومنحت كل شخص الحق في الحصول على خدمات الرعاية الصحية بما في ذلك الصحة الإنجابية؛ وما يكفي من الطعام والشراب؛ وكذلك الحق في التأمين الاجتماعي. وأن تتخذ الدولة تدابير تشريعية معقولة وغيرها من التدابير في نطاق مواردها المتاحة، وأنه لا يجوز حرمان أي شخص من العلاج الطبي في حالات الطوارئ. أما المادة (28) من ذات الدستور خصت الرعاية الصحية للطفل وأكدت على حقه في الخدمات المتعلقة بالرعاية الصحية الأساسية، والتغذية السليمة والمأوى المناسب، وأن لا يؤدي عملاً يعرّض صحته الجسدية أو العقلية أو النمو المعنوي للخطر.

أما الدستور الهندي للعام 1949 والمعدل للعام 2015 اعتبر أن الحق في الصحة من قبيل القيود العامة التي تورد على ممارسة الحقوق بشكل عام، حيث جاء في المادة (1/25) منه، بأن لكل شخص حرية الضمير وحرية اعتناق وممارسة ونشر الدين مع مراعاة النظام العام والأخلاق والصحة، وذلك وفقاً للنص التالي: "مع المراعاة والالتزام التام بالنظام العام والأخلاق والصحة

عليها في التصدير، وفي فصول أخرى من هذا الدستور، ومنها مبادئ وقواعد المنظومة الصحية". أما المادة (31) منه ألزمت الدولة والمؤسسات العمومية، على استخدام كل الوسائل المتاحة، لتيسير أسباب استفادة المواطنين والمواطنات، على قدم المساواة، من الحق في العلاج والعناية الصحية وكذلك الحماية الاجتماعية والتغطية الصحية. وبالتالي فإن الدستور المغربي لم ينص بشكل صريح ومباشر على الحق بالصحة وإنما على الحق في العلاج والعناية الصحية والحماية الاجتماعية، واعتبرها من الاجراءات التي يتعين على الدولة توفيرها للفرد حتى يتمكن الاستفادة منها (بوكوطيس 2013، 217).

وبالمجمل يمكن القول أن النصوص الدستورية المصرية (2014) نظمت الحق في الصحة بشكل موسع مقارنة مع الدول العربية الأخرى موضوع الدراسة وإن أحالت تنظيم تفاصيلها إلى قانون صادر عن السلطة التشريعية- وهي فلسطين والأردن والكويت والمغرب، والتي عالجتها بشكل غير مباشر ضمن نصوصها، واقتصرت على الرعاية الصحية والوسائل الأساسية للحق في الصحة.

وكذلك الأمر بخصوص جنوب إفريقيا الذي أولى دستوراً إلى الحق بالصحة اهتماماً خاصاً، وبالتحديد للنساء والأطفال. أما بالنسبة إلى الهند فاعتبره قيماً عاماً على بعض الحقوق بالدولة، إلى جانب النظام العام والآداب العامة.

3. الحماية القضائية للحق في الصحة

لا يكفي النص على الحقوق والحريات ومن ضمنها الحق في الصحة في النصوص الدستورية لتوفير الحماية لها، بل ويتعين على القضاء سواء أكان الدستوري أم الإداري متابعة كافة القضايا المتعلقة بالصحة وحماية الفرد بموجبها.

والقضاء بشكل عام يهتم بتطبيق حكم القانون على النزاعات المعروضة عليه، فعلى مستوى القضاء الدستوري تشكل هذه الرقابة إحدى الآليات القانونية الهادفة لحماية الحقوق والحريات، وخصوصاً أن أغلب هذه الحقوق منصوص عليها في الدساتير كما هو الحال في الحق بالصحة (الدبس 2013، 35). بمراقبة مدى التزام المشرع في احترام القيود والضوابط الدستورية المتعلقة بالنصوص الواردة بالوثيقة الدستورية ومن ضمنها الحق في الصحة، والتي تحتل المراتب العليا بناءً على مبدأ سمو الدستور، بل وتحديد معالم هذه الحقوق ومداهها، وما يترتب على الدولة من

والأحكام الأخرى من هذا الباب، يحق لجميع الأشخاص، على قدم المساواة، حرية الضمير والحق في حرية المعتقد وممارسة ونشر الدين". وكذلك الأمر في المادة (26) التي تخول الطوائف الدينية ممارسة الشعائر مع عدم الإخلال بالنظام العام والأخلاق والصحة. أما المادة (47) اعتبرت أن من ضمن المهام الأساسية للدولة تحسين الصحة العامة، وأباحت للدولة فرض حظر على بعض المواد المضرة بصحة الإنسان باستثناء تلك المستخدمة منها للأغراض الطبية.

وبناء على ما سبق يتم ملاحظة أن النصوص الدستورية في الحالة الفلسطينية وكذلك الأردنية والكويتية والمغربية نظمت الحق في الصحة بشكل ضمني وغير مباشر محددة ذلك بالإطار العام، فهذا الحق يرتبط بالعديد من الحقوق ومنها الحق بالحياة والحق في بيئة نظيفة ومنع إجراء التجارب أو التعرض للتعذيب، وكذلك ترتبط بجميع فئات المجتمع بغض النظر عن مستواهم أو أعمارهم، دون انحصارها بفئة دون الأخرى. بينما النصوص الدستورية المصرية عالجت معظم أحكامه، وأوردت حماية لبعض الفئات الخاصة في الشعب المصري، وإن كانت جميعها أحالت تنظيم الحق في الصحة بشكل مباشر أو غير مباشر إلى قوانين خاصة صادرة عن السلطة التشريعية.

من الدولة وذلك محكوم بقدراتها ومواردها الذاتية؛ بأن تقوم بتوفير هذه الحقوق تدريجياً ضمن حدود إمكانياتها.

وأضافت لذلك بأن الأعمال التدريجي لها يستحيل تحقيقه فوراً ولكل الناس في آن واحد، وإنما يتطور تصاعدياً وفقاً لمستوى الدولة وتقدمها وعمق مسؤولية الأمر. ووضحت المحكمة في حكمها بأن إنفاذ هذه الحقوق يتم من خلال تبني السلطة التشريعية لقوانين تحمي الحقوق وتنظمها، أو عن طريق التعاون الدولي وفقاً لما ورد في أحكام العهد الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وأضافت أن القانون يمنح استثناء يجيز للأفراد إلقاء المخلفات في مجاري المياه ضمن أحوال يقدرها الوزير المختص وفقاً لشروط وأحوال محددة، وهو ما يعني أن هذا الترخيص بديل مؤقت عن مرافق الصرف الصحي في الوقت الحالي إلى أن يتم إحداثها.

فالمحكمة الدستورية بموجب هذا القرار تعرضت لطبيعة الالتزامات الملقاة على عاتق الدولة لضمان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، وأشارت بأن هذه الحقوق وإن كانت تتطلب عملاً إيجابياً من الدولة إلا أن إنفاذها مقيد بموارد الدولة وقدرتها المالية، وهي غير ملزمة بتوفيرها فوراً وإنما تدريجياً، واعتبرت أن الدولة نفذت الحق

التزامات استناداً لمصادرها المختلفة، وهو الأمر المتوقع بالنسبة للحقوق المحمية بموجب نصوص الدستور.

فالقضاء الدستوري المصري، أثناء تعرضه للحق بالصحة، اهتم بتسليط الضوء على طبيعة الالتزامات الملقاة على عاتق الدولة لحماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، وفي إحدى القضايا المنظورة أمام المحكمة الدستورية المصرية، والتي تحمل الرقم (34) لسنة (15) قضائية، وبتاريخ 1996/3/2، والتي تدور وقائعها عند قيام المدعى عليه عند تقديمه إلى المحكمة الجنائية، بتهمة مخالفة أحكام القانون رقم (48) لسنة 1982 في شأن حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث؛ نتيجة لإلقاءه مخلفات صناعية في المجاري المائية بدون ترخيص من الجهات المختصة، الدفع بعدم دستورية مواد هذا القانون لإهدارها المادة (16) من الدستور، والتي تتعهد فيها الدولة بأن تقدم لمواطنيها الخدمات الصحية والاجتماعية، مدعياً بذلك أن على الدولة ملتزمة بتوفير خدمات صرف صحي لإلقاء المخلفات فيها بدلاً من المجاري المائية بموجب التزاماتها الدستورية. إلا أن المحكمة أكدت بأن الخدمات الصحية والاجتماعية والاقتصادية -وعلى خلاف الحقوق المدنية والسياسية- تتطلب تدخلاً إيجابياً

المواد الناظمة للتجارب الطبية والعمال والأطفال سابقة الذكر؛ وذلك لأن القانون الأساسي لم يتعرض للحق في الصحة بشكل مباشر ضمن نصوصه.

أما بالنسبة إلى تجربة دول الجنوب وبالتحديد المحكمة العليا الهندية، فقد جاء ضمن إحدى القضايا المعروضة عليها، والمتعلقة بالحق في الصحة والذي يُصنف من المبادئ التوجيهية غير القابلة للتنفيذ أمام المحكمة العليا بصفتها المسؤولة عن الرقابة الدستورية في دولة الهند فهذه المحكمة قامت بحماية الحق في الصحة غير المشمول بالإنفاذ أمامها استناداً إلى حقوق أخرى مشمولة بالإنفاذ أمامها مثل الحق في الحياة والكرامة، وأصدرت المحكمة تعليمات في القضية التي تدور وقائعها حول رفض إحدى المستشفيات استقبال شخص تعرض لإصابات خطيرة في الرأس؛ لعدم احتوائها على شواغر، ومن ضمن هذه التعليمات والأوامر التي أصدرتها بموجب قرارها؛ بضرورة وجود غرف خاصة لهؤلاء الضحايا إلى أن تصبح حالتهم مستقرة؛ وألزمت المستشفى بأن تتطور حتى تتم معالجة الحالات الحرجة؛ وأن يتم تهيئة المستشفى لما يستوعب أعداداً أكبر من المرضى، واستندت المحكمة في ذلك إلى حقهم في الحياة والكرامة الإنسانية. وفي قضية أخرى أصدرت

بالصحة بإنشاء مرافق الصرف الصحي بما يتلاءم مع مواردها الحالية بإيراد استثناء يجيز للوزير المختص منح المواطنين إلقاء المخلفات غير الضارة في مجاري المياه، فهذا الإنفاذ يتلاءم مع مواردها عند إصدار القرار، إلا أنه يتطور تدريجياً بمرور الزمن وفقاً لقدرات الدولة وإمكاناتها.

وأما بالنسبة إلى الحالة الفلسطينية، فلم يتعرض القضاء الدستوري الفلسطيني لمعالجة الحق في الصحة ضمن قضاياها، وقد يعود السبب في ذلك لحدثة التجربة الدستورية الفلسطينية مقارنة بغيرها من الدول، إلا أنه من المتوقع أن يكون لها ذات توجه القضاء الدستوري المصري في حال اتصالها بأية دعوى دستورية ذات علاقة؛ لأن نصوص قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني وتعديلاته متشابهة مع نصوص قانون المحكمة الدستورية العليا المصري في مضمون الرقابة على دستورية القوانين؛ وكذلك هو الاتجاه المتبع في معظم الدول العربية. وبالتالي إذا نظرت المحكمة الدستورية الفلسطينية في إحدى الطعون الدستورية يمكن أن تمارس دورها بالرقابة على دستورية القوانين انطلاقاً من النص الدستوري المنظم لهذه الحقوق، وتحكم بعدم دستورية المخالف منها، وذلك في الحدود التي نظمها القانون الأساسي المعدل، والمتعلقة بالحق في الصحة، وبالتحديد

الإدارية المغربية بأكادير في قضيتها عدد (763) بتاريخ 2004/10/21 ألزمت الدولة بتعويض أحد المواطنين نتيجة إخلال مرفق الصحة بمبدأ المساواة بين المواطنين في العلاج، وجاء في حكمها: "إن المرفق الصحي العمومي أعد لتوفير الظروف الملائمة لعلاج واستقبال المرضى وتوفير الخدمات الطبية بمختلف أنواعها والكفاءات المهنية المطلوبة، حسب كل حالة؛ لتوفير العلاج والعناية الطبية اللازمة، وكل إهمال أو تقصير تتحمل الدولة تبعاته باعتبارها المسؤولة أساساً عن صحة المواطنين" (الأعرج 2007، 221-215).

وتعود حيثيات القضية إلى وفاة امرأة تم استئصال جينيتها؛ لأنه في غير مكانه الطبيعي، وفي ذات الوقت تم اقتلاع أحد كليتيها لوجود نزيف فيها، في مستشفى انزكان الحكومي، ومن ثم تم نقلها إلى مستشفى الحسن الثاني، إلا أنها لم تمنح الرعاية الصحية المطلوب، وتبين أن السبب المباشر للوفاة نتيجة صدور قرار من المستشفى بتوقيف التصفية الاصطناعية عن دم الضحية، الأمر الذي اعتبرته المحكمة إخلالاً بمبدأ المساواة بين المواطنين في العلاج والعناية الطبية اللازم تقديمها من مرفق الصحة العمومية، جعلها مقرونة بالمستوى المادي والاجتماعي. كما وأكدت المحكمة بموجب حكمها أن "قرار المستشفى بتوقيف التصفية

المحكمة العليا الهندية قراراً يتعلق بفتح مستشفيات خاصة للمرضى النفسيين، في جميع أنحاء البلاد؛ حتى لا يبقى مريض غير معالج في مستشفى رسمي. (Dhanda 2013, 408-413).

فالقضاء الدستوري الهندي قام بحماية الحق في الصحة غير المشمول بالإنفاذ أمام المحكمة العليا لديها، انطلاقاً من حقوق أخرى مشمولة بالإنفاذ أمام القضاء الدستوري، والمتمثلة بالحق في الحياة والكرامة، بل وأصدرت تعليمات للمستشفى للقيام بأعمال هدفها حماية الحق في الصحة وإنفاذه على أرض الواقع.

وفي قضايا أخرى مشابهة فرضت المحكمة الدستورية الإسبانية التزامات على الحكومة لتأمين الحق في الرعاية الصحية، بفرضها إطلاق سراح السجناء المرضى بالقلب، وفقاً لشروط معينة؛ لأن الحق في الصحة مكفول بموجب نصوص القانون (صليبا 2004، 370).

وعلى صعيد آخر لا يعتبر القضاء الدستوري الوحيد الحامي لمثل هذه الحقوق، وإنما يساهم القضاء الإداري أيضاً في حمايتها بشكل وبأخر؛ ولذلك لارتباط ممارسة هذه الحقوق بالوزارات أو الجهات الحكومية والإدارية التابعة للدولة والخاضعة للقانون الإداري. فمثلاً المحكمة

الدولية، وأنه يتأسس الحق في الصحة -باعتباره من حقوق الإنسان الأساسية- على رعاية طبية ووقائية وعلاجية في أحسن مستوى ممكن من الكفاءة ولجميع سكان البلاد، ولا يحول دون عوائق مالية أو غيرها. وذلك عن طريق إنشاء شبكة مناسبة من الخدمات العلاجية والوقائية والتأهيلية، وتخلّف الدولة عن تقديم الخدمات الطبية للمدعية يجعلها مسؤولة باعتبارها الضامنة لكفالة الحق في العلاج عن الأضرار اللاحقة بها" (بوكوطيس 2013، 220). ففي هذا الحكم أكدت المحكمة على أن الرعاية الصحية تشمل الخدمات العلاجية والوقائية والتأهيلية، وعلى الدولة أن تلتزم بتوفيرها وإلا اعتبرت مسؤولة عن الإخلال بوظيفتها.

وفي حكم آخر للمحكمة الإدارية في أكادير عدد (2010/160)، والصادر بتاريخ 2010/3/18، أقرت بأن تشريعات التأمين الإجباري باعتباره أحد وسائل ومظاهر الحق بالصحة يجب أن يراعي القوانين المنظمة لحقوق الإنسان في المستوى الداخلي والدولي، وذلك للارتباط الوثيق بين الحق في التعليم والحق في الصحة (المرجع السابق، 220).

أما بالنسبة إلى حكم المحكمة الإدارية بوجدة، عدد (2010/425) والصادر بتاريخ 2010/9/21،

الاصطناعية عن الدم يتعارض بشكل صريح مع حق الإنسان في الصحة والعيش الذي نصت عليه العديد من المواثيق الدولية والإقليمية"، ومنها ما جاء في ديباجة منظمة الصحة العالمية بأن التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه باعتباره أحد حقوق الإنسان الأساسية تمنح لكل فرد دون تمييز بسبب العنصر أو الدين أو العقيدة السياسية أو الحالة الاقتصادية أو الاجتماعية (المرجع سابق، 215-217).

فالمحكمة الإدارية في المغرب استندت لإثبات الحق في الصحة إلى مواثيق دولية وإقليمية وما ورد في ديباجة دستور منظمة الصحة، وأقرت بأن التمتع به لا يمكن بلوغه إلا في حال تم منحه لكل الأفراد بدون تمييز على أي سبب، بل واستندت على هذه المواثيق لإقرار حق التعويض على الدولة نتيجة الإهمال التي تعرضت له الضحية وأدت لوفاتها.

وفي حكم آخر أقرت المحكمة الإدارية بأكادير بتاريخ 2007/3/27: "أن المملكة المغربية باعتبارها العضو النشط في المنظمات الدولية لتعهدتها بالالتزام لما تقتضيه مواثيقها من مبادئ وحقوق وواجبات تؤكد تشبثها بحقوق الإنسان كما هو متعارف عليه دولياً، وأن الحق في الصحة من حقوق الإنسان الأساسية التي أقرتها المواثيق

السلطة التنفيذية والمؤسسات التابعة لها، في حال تقاعست عن توفير هذا الحق بكافة توابعه وجوانبه للأفراد.

4. التنظيم الدولي للحق في الصحة

تعتبر المواثيق الدولية أحد مصادر الحقوق والحريات بشكل عام، والحق بالصحة بشكل خاص، حيث تعرضت العديد من الاتفاقيات الدولية لتنظيمها، وأوردت قيود والتزامات على الدولة لضمان تنفيذها بأعلى مستوى، وسنتعرض في هذا القسم للتنظيم الدولي للحق في الصحة ومقارنة نصوصه مع موقف الدساتير الوطنية موضوع الدراسة.

فالمادة (25) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان اعترفت بحق جميع الأشخاص في مستوى معيشي كاف بما فيها الضمانات المتعلقة بالصحة والسلامة، واعتبر أن هذا الحق أحد مكونات المستوى المعيشي الكافي الذي يرتبط بحقوق أخرى مثل الحق في الغذاء والسكن والملبس والخدمات الطبية والاجتماعية. وبالتالي فهي ربطت بين الحق في الصحة والحق في مستوى معيشة مناسب، وإذا ما تمت مقارنة هذه المادة مع نصوص القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003) على سبيل المثال، يتم ملاحظة أن

ألزمت الدولة بتوفير بدائل عن العلاج في حال عدم توفرها؛ كونها المسؤولة عن إنفاذ هذا الحق، وجاء في قرار المحكمة: "وحيث إنه أمام هذه المعطيات وما دامت الدولة الجهة المدعى عليها تقرر صراحة وضمناً بعدم توافر الإمكانيات لعلاج المدعية، فإنه يتوجب عليها أن تبادر توفير البديل من العلاج لهذه الأخيرة، ما دام أن وزارة الصحة والمراكز الاستشفائية التابعة لها منوط بها توفير العلاج للمرضى وتأمين الخدمات الطبية لكل المواطنين لكون هذا الحق من الحقوق الأساسية التي يجب أن يتمتع بها المريض، وهو الحق المكفول بمقتضى الدستور والمواثيق الدولية التي صادق عليها المغرب والتزم بتطبيقها" (المرجع السابق، 220-221). فهذا الحكم ساهم في تذكير الدولة بالتزاماتها تجاه الحق في الصحة الذي يعتبر من الحقوق الاجتماعية الذي يتطلب التزاماً إيجابياً من الدولة لتوفيره.

وبالتالي إن القضاء الإداري يساهم إضافة إلى القضاء الدستوري في حماية الحق بالصحة؛ فالأخير يهتم بمتابعة مدى التزام السلطة التشريعية بالضوابط الدستورية عند سنها لقوانين ذات علاقة أو تذكير الدولة بطبيعة التزاماتها الدولية، والمتعلقة بإنفاذ هذه الحقوق. كذلك يساهم القضاء الإداري في حماية الحق بالصحة ضد تعسف

للأضرار، والوقاية من الأمراض الوبائية المتوطنة وعلاجها ومكافحتها، وهذا يتطلب أمرين: الأول مكافحة هذه الأمراض بتبني برامج وقائية وتنقيفية، وأخرى علاجية بوضع نظام من الرعاية الطبية علاجه في حالات تحقق هذه الأخطار.

إضافة إلى تهيئة ظروف من شأنها تأمين الخدمات والعناية الطبية للجميع في حالة المرض من خلال توفير نفاذ متساوٍ ودون تأخير في هذه الخدمات وتوفير الأدوية الملائمة (المفوضية السامية لحقوق الإنسان 2013، 659-660).

وإذا تم الانتقال إلى اتفاقية حقوق الطفل يتم ملاحظة أنها عالجت هذا الحق في المادة (23) والتي اعترفت بها للطفل المعوق عقلياً أو جسدياً برعاية صحية خاصة ومجانية، مع ضرورة الاهتمام بأساليب الرعاية الصحية الوقائية والعلاج الطبي والنفسي والوظيفي لهم. أما المادة (24) اعترفت للطفل الحق بالتمتع بأعلى مستوى صحي، وبحقه في مرافق علاج، وإعادة التأهيل الصحي، كما وتعرضت لعدد من الخطوات الواجب اتخاذها لإعمال هذا الحق.

أما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة فأكدت على ضرورة تمتع المرأة بالرعاية الصحية على وجه المساواة فيها وبين الرجل،

الأخير لم ينص بشكل مباشر على الحق بمستوى معيشي مناسب، وإنما اهتمت بعض نصوصه بإحدى عناصر هذا الحق، ألا وهو الحق في المسكن، وأغفلت العناصر الأخرى. بينما توسعت نصوص الدستور المصري (2014) في حماية حق الأفراد بمستوى معيشي مناسب، بكافة جوانبه بما فيه المسكن والغذاء والماء الصحي. ومن الاختلافات الواردة بين هذه الصياغات أن نصوص الإعلان العالمي شملت لكافة الأفراد بينما النصوص الدستورية في الحالة الفلسطينية والمصرية حصرتها بالمواطن فقط.

وكذلك نظمت المادة (12) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الحق بالصحة، واعتبرت بأن لكل إنسان الحق في أن يتمتع بأعلى مستوى من الصحة سواء كانت الجسمانية أو العقلية، وأوردت بعض الأهداف المرجوة من التدابير التي يتعين على الدولة اتخاذها لتحقيق المستوى المطلوب من الصحة. وذلك بأن تخفض معدل موتى المواليد ومعدل وفيات الرضع، وتأمين نمو الطفل صحياً، والحفاظ على الصحة الإنجابية للمرأة، وأن تعمل على تحسين جميع جوانب الصحة البيئية والغذائية، باتخاذ تدابير وقائية لمنع انتشار الأمراض وتوفير مياه صالحة للشرب، كافية للأفراد، ومنع تعرضهم

الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، قيام الدولة بالعديد من الالتزامات، باعتبار أن الحق في الصحة يعتبر إحدى الحقوق الأساسية التي ترتبط بشكل وثيق بحقوق أخرى، ويتعين على الدولة تعزيز الظروف التي يمكن للأفراد العيش فيها ضمن حياة صحية وأن تمتد لكافة العوامل الأساسية المتعلقة بالصحة بما فيها المسكن والمشرّب والغذاء (التعليق رقم (14) 2000، 90-91).

وأضافت أن الحق في الصحة لا يقتصر على صحة الفرد الشخصية أو الجسمانية أو العقلانية، وإنما تتضمن مجموعة متنوعة من المرافق والسلع والخدمات والظروف اللازمة لتحقيق أعلى معيار من الصحة يمكن بلوغه (المفوضية السامية لحقوق الإنسان 2013، 658). مثل حق الفرد في السيطرة على حريته الجنسية والإنجابية؛ فيجب توفير رعاية الأمومة والطفولة، وببطل كل اتفاق على حرمان المرأة من حقها في الإنجاب حرماناً مطلقاً، كما وحظرت اللجوء إلى التعقيم الإجباري أو الإجهاض القسري أو أية تدابير من هذا التوجه (الشاذلي 2009، 135-137). وأن لا يتعرض الفرد للتعذيب أو العلاج أو التجارب الطبية دون موافقة وفي مقابلها استحقاقات تشمل حقه في امتلاك نظام من الحماية الصحية التي توفر درجة

بما في ذلك الخدمات المتعلقة بتنظيم الأسرة، وكذلك الخدمات الملائمة للأمهات الحوامل والأطفال بموجب المادة (12) منها. فضلاً عن ذلك تعرضت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري للحق في الصحة ضمن المادة (5).

وكذلك تعرضت العديد من الاتفاقيات لحماية الحق في الصحة، ومنها: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن وضع اللاجئين؛ واتفاقيات جنيف؛ واتفاقية حماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم. إضافة للعديد من المبادئ والقواعد الخاصة بفئات معينة منها الإعلان بشأن حماية النساء والأطفال في حالات الطوارئ والمنازعات المسلحة، الإعلان الخاص بحقوق المتخلفين عقلياً، والإعلان الخاص بحقوق المعوقين، والمبادئ التوجيهية بشأن فيروس نقص المناعة "الإيدز"، والقواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، وكذلك مبادئ الأمم المتحدة لحماية الأشخاص المصابين بمرض عقلي وتحسين العناية بالصحة العقلية، وإعلان الأمم المتحدة بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة.

وفي هذا السياق لا بد من الإشارة إلى أن اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية أفادت، بأنه يتعين لإعمال هذا الحق وفقاً لنصوص العهد

الأدوية أو المعدات الطبية وتسويقها وضمان تحقيق قواعد السلوك الأخلاقية في مجال الصحة. والالتزام بتنفيذها ضمن الأنظمة السياسية والقانونية الوطنية باعتماد سياسية وطنية بخطط تفصيلية لإعمال هذا الحق حتى يكفل الرعاية الصحية، بما في ذلك برامج التحصين من الأمراض المعدية وأن تتضمن المساواة في النفاذ لكل العوامل المرتبطة بالحق في الصحة (المرجع السابق، 92-93).

وبالتالي إن العديد من الاتفاقيات الدولية تعرضت للحق في الصحة ونظمتها بشكل خاص ضمن نصوصه سواء أكان لجميع الأفراد بشكل عام أم لفئات ضعيفة بالمجتمع بشكل خاص، وأكدت على أن الدولة من واجبها أن تتخذ العديد من الخطوات الضامنة لإنفاذ هذا الحق على المستوى الوطني والدولي ولكافة الأفراد وبمختلف جوانبه، بما فيه الحق في الصحة الإنجابية، والبيئة النظيفة، الحق في الصحة للطفل ولكافة أفراد المجتمع، والحق في إنشاء المستشفيات وتوفير الرعاية الصحية الملائمة، وغيرها من تفاصيل تتعلق بهذا الحق. بينما حصرت النصوص الدستورية ممارسة الحق في الصحة للمواطنين فقط دون غيرهم، وكذلك تحدثت عنها بعض الدساتير بشكل صريح وعام، وأخرى تعرضت لها

من المساواة في الفرص بين الناس للتمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه (المفوضية السامية لحقوق الإنسان 2013، 652).

وأقرت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية لإنفاذ الحق في الصحة أن توفر الدولة الطرف فيها مرافق وسلعاً وخدمات عامة لكل الأفراد فاعلة غير معطلة، وأن تكون هذه المرافق والسلع والخدمات مفتوحة لكل الأفراد داخل حدود الدولة، بما يحقق إمكانية النفاذ. فضلاً عن أنها تكون ملائمة من الناحية الأخلاقية والطبية، وكذلك الثقافية ليكتمل ركن المقبولية. وأخيراً يشترط أن تكون هذه الخدمات والمرافق والسلع ذات نوعية جيدة (التعليق رقم (14) 2000، 92-93).

وكذلك ألزمت الدولة باحترام الحق في الصحة من خلال الامتناع عن فرض ممارسات تمييزية تتصل بالرعاية الصحية للمرأة أو حرمان أي شخص من الحق بالصحة مثل المسجونين وكذلك الامتناع عن ترويج عقاقير غير آمنة، والامتناع عن تلوين الهواء والماء والتربة وعدم استعمال الأسلحة النووية أو البيولوجية أو الكيماوية إذا كانت هذه التجارب تؤثر على صحة الأفراد. وكذلك الالتزام بالحماية باعتماد تشريعات تكفل المساواة في الرعاية وكافة الخدمات المتعلقة بها بمراقبة بيع

المحمية بموجب نصوص دستورية. كذلك يساهم القضاء الإداري في حماية الحق بالصحة ضد تعسف السلطة التنفيذية والمؤسسات التابعة لها، في حال تقاعست عن توفير هذا الحق بكافة توابعه وجوانبه للأفراد.

وعلى المستوى الدولي اهتمت العديد من الاتفاقيات الدولية للحق في الصحة ونظمتها بشكل خاص ضمن نصوصه سواء أكان لجميع الأفراد بشكل عام أم لفئات ضعيفة بالمجتمع بشكل خاص، وأكدت على أن الدولة من واجبها أن تتخذ العديد من الخطوات الضامنة لإنفاذ هذا الحق على المستوى ولكافة الأفراد وبمختلف جوانبه.، بشكل تدريجي ووفقا لمواردها المتاحة.

إن اهتمام الاتفاقيات الدولية بالحق في الصحة يسبغ حماية إضافية على هذا الحق، وإن اختلف صياغة هذه النصوص مع ما تضمنته الدساتير الوطنية.

بشكل ضمني عندما عالجت حقوق أخرى. وهنا لا بد من الإشارة إلى أن مكانة الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة بالحق في الصحة تختلف من نظام قانوني لآخر ومن دولة إلى أخرى، والتي تقوم بالعادة الدساتير بالنص عليها.

5. الخاتمة

يعتبر الحق في الصحة أحد أهم الحقوق الاجتماعية؛ لارتباطها بحقوق أخرى لصيقة بالإنسان ومنها الحق في الحياة والحق في مستوى معيشة مناسب، وغيرها كثيرة؛ لذلك اهتمت بعض الدساتير الوطنية لتنظيمها بشكل مباشر ضمن نصوصها؛ لإيراد حماية دستورية عليها، وأخرى بشكل غير مباشر عند التعرض لبعض الحقوق المرتبطة بها.

ولا يمكن للنصوص الدستورية أو القانونية أن تكون ذات أثر فاعل وحدها، بل يتعين على القضاء بأنواعه ومستوياته كافة أن يوفر الحماية لها. وقد أثبت القضاء الإداري إضافة إلى القضاء الدستوري أنهما يساهمان في حماية الحق في الصحة. فالقضاء الدستوري يهتم بمتابعة مدى التزام السلطة التشريعية بالضوابط الدستورية عند سنها لقوانين ذات علاقة أو تذكير الدولة بطبيعة التزاماتها الدولية، والمتعلقة بإنفاذ هذه الحقوق

قائمة المصادر والمراجع

أولاً- 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 110:90).
- 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 (14) بشأن الحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه (صادر عن اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الدورة الثانية والعشرون، 2000).

ب- التشريعات:

- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003)، الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز (2)، بتاريخ 2003/3/19.
- الدستور الأردني (1952)، الجريدة الرسمية، عدد (1039)، بتاريخ 1962/1/8.
- 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
- الدستور المغربي (2011): www.constituteproject.org/constitution/Morocco_2011?lang=ar
- الدستور الهندي (1949، معدل 2015): www.constituteproject.org/constitution/India_2015?lang=ar

- ج- الأحكام القضائية:
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، رقم (34) لسنة 15 قضائية، بتاريخ 1996/3/2، المكتب الفني: 7، الجزء: 1، ص50.
 - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، رقم (34) لسنة 15 قضائية، بتاريخ 1996/3/2، المكتب الفني: 7، الجزء: 1، ص50.
- ثانياً- المراجع:
- ابن منظور، أبو الفضل. 1994. لسان العرب- المجلد الثاني. بيروت: دار صادر.
 - الأعرج، محمد. 2007. "حق التعويض عن إخلال مرفق الصحة بمبدأ مساواة المواطنين في العاج: تعليق على حكم المحكمة الإدارية بأكادير عدد 763 بتاريخ 2014/10/21." المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 6: 221-215.
 - بوكوطيس، محند. 2013. "الحماية القانونية والقضائية للحق في الصحة." مجلة المنبر القانوني - المغرب، عدد 5: 221-215.
 - الخطيب، سعدي. 2012. الدولة القانونية وحقوق الإنسان. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.
 - الدبس، عصام. 2013. النظم السياسية "أسس التنظيم السياسي". عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
 - راضي، مازن، وحيدر عبد الهادي. 2007. المدخل لدراسة حقوق الإنسان. عمان: دار قنديل للنشر والتوزيع.
 - رمضان، قنذلي. 2012. "الحق في الصحة في القانون الجزائري دراسة تحليلية مقارنة." مجلة دفاتر السياسة والقانون- الجزائر، عدد 6: 247-217.
 - شطناوي، فيصل. 2002. مبادئ القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني. عمان: دار حامد للنشر.
 - صباريني، غازي. 1997. الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
 - صليبا، أمين. 2004. دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون "دراسة مقارنة". بيروت: المؤسسة الحديثة للكتاب.
 - علوان، محمد. 1989. حقوق الإنسان في ضوء القوانين والمواثيق الدولية. الكويت: كلية الحقوق في جامعة الكويت.
 - الفتلاوي، سهيل. 2007. حقوق الإنسان. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
 - فرحاتي، عمر، وبدر الدين شبل وآدم قبي. 2012. آليات الحماية الدولية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية "دراسة في أجهزة الحماية العالمية والإقليمية وإجراءاتها". عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
 - محاسنة، إحسان. د.ت. البيئة والصحة العامة. عمان: دار الشروق.
 - المدانات، نفيس. 1989. قيمة الاعتراف الدستوري لحقوق الإنسان منشور في: حقوق الإنسان "دراسات تطبيقية عن العالم العربي". بيروت: دار العلم للملايين.
 - المفوضية السامية لحقوق الإنسان ورابطة المحامين الدوليين. 2013. حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل: دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين.

- الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان "ديوان المظالم".
2016. وضع حقوق الإنسان في فلسطين (التقرير
السنوي الثاني والعشرون). رام الله: الهيئة المستقلة
لحقوق الإنسان.
- الفريق الأهلي لدعم الشفافية. 2016. الموازنة في
فلسطين "موازنة المواطن في فلسطين للعام 2016".
رام الله: الإئتلاف من أجل النزاهة والمساءلة "أمان".
- Dhanda, Amita. "Realising the right to health through co-operative judicial review: An analysis of the role of the Indian Supreme Court," in: *Transformative Constitutionalism Comparing the Apex Court of Brazil, India, and South Africa*, edited by Oscar Vilhena, Upendra Baxi, and Frans Viljoen, Pretoria: Pretoria University Law Press, 2013.



BIRZEIT UNIVERSITY

كلية الحقوق والإدارة العامة

Faculty of Law and Public Administration

وحدة القانون الدستوري

Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/2)
فئة أوراق طلبة الماجستير

وعد قنام

الكوتا الانتخابية بين المساواة والتمييز: دراسة تحليلية

كانون ثاني/ يناير 2018

Electoral Quota between Equality and
Discrimination: An Analytical Study [Arabic]

الكوتا الانتخابية بين المساواة والتمييز: دراسة تحليلية

وعد قنام Waad Qannam

التدقيق اللغوي: إبراهيم المصري

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (2/2018)
MA Students Papers Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/2)
فئة أوراق طلبة الماجستير

© 2018, 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 : chairofcfl@birzeit.edu

© 2018، جامعة بيرزيت

وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقياً أو إلكترونياً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة القانون الدستوري في جامعة بيرزيت. للتواصل والمعلومات بالخصوص: chairofcfl@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].

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

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

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:

وعد قنام*

الكوتا الانتخابية بين المساواة والتمييز: دراسة تحليلية**

مقدمة

نصّت المواثيق والاتفاقيات الدولية على مجموعة من الحقوق الأساسية والحريات العامة، ومن أبرز هذه الحقوق هو الحق بالمساواة الكاملة بين الناس، دون تمييز بينهم بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو الدين. لكننا نجد أنه فيما يتعلق بالمشاركة بالحياة السياسية فإنّ الكثير من دول العالم تستخدم ما يُعرّف بنظام الكوتا، كنظام للتمييز الإيجابي اتجاه بعض الفئات التي تواجه تحديات أمام ممارسة حقوقها في المجتمع، ومن أهم هذه الفئات "المرأة". تبحث هذه الدراسة في العلاقة بين الحق بالمساواة ونظام الكوتا، استناداً إلى النظرية الترميمية للحقوق القائمة على أربع فرضيات على النحو التالي: 1. وجود تضخم حقوقي واضح، يقوم على فحص الحق إن كان حقاً أساسياً للوهلة الأولى أو لا، مع تبرير ذلك وفقاً للمواثيق والاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية. 2. وجود التزامات إيجابية للدولة اتجاه كفالة هذا الحق للمواطنين. 3. وجود التزامات أفقية بين الأفراد لكفالة الحق بين بعضهم البعض. 4. إخضاع الحق الأساسي لامتحان الموازنة مع المصلحة العامة، باعتبار الحقوق غير مطلقة، وليس لها قوة معيارية خاصة.¹

* محامي نظامي، حاصل على لقب رئيس فلسطين الشاب، طالب ماجستير في برنامج القانون العام بجامعة بيرزيت.

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

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

مشروعيتها؟ ما علاقة نظام الكوتا بكل من التمييز والحق بالمساواة بين الرجل والمرأة؟ هل ينتهك نظام الكوتا حق الرجال بالمنافسة الانتخابية مع المرأة بشكلٍ متساوٍ أم لا؟ هل يعتبر نظام الكوتا تقييداً للحق بالمساواة أم تعزيزاً له؟

تعتمد هذه الدراسة على المنهجين التاريخي والتحليلي، حيث سيقوم المنهج التاريخي بتبيين أسباب ودوافع نشأة نظام الكوتا، في حين سيقوم المنهج التحليلي بتحليل العلاقة بين نظام الكوتا والحق بالمساواة بين أفراد وفئات المجتمع، وذلك للبحث إن كان نظام الكوتا يشكل انتهاكاً للحق بالمساواة أو لا، استناداً إلى تطبيق فرضيات النظرية الترميمية.

تقرده هذه الدراسة ستة محاور: يناقش الأول الحق الأساسي بالمساواة بين المرأة والرجل، والتبريرات القانونية لذلك وفقاً للقوانين الدولية والوطنية، مع التزامات الدولة الإيجابية لكفالة هذا الحق لجميع المواطنين؛ أما المحور الثاني، فيوضح حق كل من الرجل والمرأة بالمشاركة بالحياة السياسية والمنافسة الانتخابية بشكلٍ متساوٍ، والتبريرات القانونية لذلك، مع التزامات الدولة الإيجابية لكفالة هذا الحق. ذلك فيما يناقش المحور الثالث طبيعة العلاقة بين نظام الكوتا وكل من التمييز والحق بالمساواة؛ بينما يتناول المحور الرابع المشروعية

تتمثل إشكالية البحث بأهمية توضيح طبيعة نظام الكوتا الانتخابي الذي يتم اعتماده كعنصر للتمييز الإيجابي بحق المرأة في فلسطين والعديد من دول العالم، إن كان هذا النظام يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة كونه يمنح امتيازاً لفئة على حساب الفئات الأخرى في المجتمع، أو أنه يأتي لتحقيق الغاية من المساواة الفعلية وتمكين الفئات الضعيفة من المشاركة السياسية في الوقت الذي تواجههم فيه عراقيل كثيرة تحدّ من قدرتهم على ذلك نتيجة ثقافة وسلوك المجتمع، لذلك يتمثل السؤال الرئيس للبحث: هل يوجد مخالفة للحق الأساسي بالمساواة بين المرأة والرجل في حال تم منح "تمييز إيجابي" للمرأة في الانتخابات المحلية والنيابية؟

وتتمثل الفرضية التي تتبناها الدراسة بأن نظام الكوتا المعتمد بالانتخابات المحلية والنيابية لا يعتبر خرقاً لمبدأ المساواة، وإنما هو تعزيز لهذا المبدأ، كونه يأتي لتحقيق المساواة الفعلية التي تعتبر الغاية الحقيقية من وراء المساواة النصية الواردة في نصوص القانون.

ستحاول الدراسة الإجابة على عددٍ من الأسئلة الفرعية المرتبطة بالسؤال الرئيس للبحث على النحو التالي: ماهية الحق بالمساواة ودور الدولة في كفالته وفقاً للقوانين الدولية والوطنية؟ ما هي أسباب وجود ونشأة نظام الكوتا، وما أساس

المجموعات الأخرى والتعامل معهم بدونية لمجرد اختلافهم في الجنس أو الدين أو العرق، الأمر الذي يسلبهم حقوقهم الأساسية ويحط من كرامتهم الإنسانية،³ لذلك فإن تمتع الفرد بالمساواة يعتبر أساساً للحفاظ على حريته وكرامته الإنسانية، لأن أي تمييز ضده ينتهك حقه بالمساواة سيؤدي بالتأكيد إلى انتهاك استقلاليته الفردية بكافة عناصرها.

ويرتبط الحق بالمساواة بجميع الحقوق الأخرى، باعتبار أن كافة الحقوق الأساسية التي يتمتع بها الأفراد يجب ممارستها على سبيل المساواة دون تمييز بينهم، وتعتبر هذه قاعدة عامة تنطبق على الحقوق كافة. كما أن الحق بالمساواة يعتبر ركيزة أساسية تقوم عليها المجتمعات الديمقراطية التي تحترم التعددية الثقافية والاجتماعية والجنسية داخلها، وتعمل على تعزيز دور كلٍ منها، وتمتعهم بحقوقهم بشكلٍ متساوٍ، دون تمييز بين بعضهم البعض.

يعتبر ميثاق الأمم المتحدة الصادر عام 1945 أول ميثاق دولي ينص على الحق بالمساواة بوجه عام، بما في ذلك بين المرأة والرجل على وجه التحديد، فهذا الميثاق يقوم على مبدأي كرامة

التي ينطلق منها نظام الكوتا؛ في حين سيناقتح المحور الخامس التجربة الفلسطينية بتطبيق نظام الكوتا ومدى أهمية انطباق هذا النظام على المستوى الوطني الفلسطيني. وأخيراً يقوم المحور السادس بإجراء اختبار الموازنة بين الحق الأساسي بالمساواة ونظام الكوتا، لقياس إن كان نظام الكوتا يشكل انتهاكاً للحق بالمساواة أم تقييداً له بهدف تحقيق مصلحة عامة مشروعة.

المحور الأول: الحق بالمساواة بين المرأة والرجل

ترتكز استقلالية الفرد على ثلاثة مبادئ مترابطة تتمثل بالحرية، المساواة، والكرامة الإنسانية. ويعتبر الحق بالمساواة الذي يُقصد به تمتع جميع الأفراد بالحقوق والواجبات أمام القانون دون تمييز بسبب الدين أو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الأصل القومي وغير ذلك، حقاً أساسياً أقرته كافة المواثيق والاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، وتبنته دساتير الدول.²

يلغي الحق بالمساواة كافة أشكال التمييز بين الناس، القائمة على أساس تفوق مجموعة أو فئة ومنحها كامل حقوقها، مقابل انتهاك حقوق

² المفوضية السامية لحقوق الإنسان ورابطة المحامين الدولية، حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل: دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين (نيويورك وجنيف: الأمم المتحدة، 2003)، 585.

³ المرجع السابق، 586.

كما تم النص على الحق بالمساواة في مختلف المواثيق الدولية الأخرى، أبرزها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 الذي عزز استقلالية الفرد القائمة على المساواة والحرية والكرامة، حيث نصّت المادة الأولى منه على أن: "يُولد جميع الناس أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق"، كما شددت المادة الثانية منه على حق التمتع بالحقوق على سبيل المساواة دون تمييز: "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 الدين، أو الرأي سياسياً وغير سياسي، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي، أو الثروة، أو المولد، أو أي وضع آخر ..". كما نصّت المادة السابعة منه على أن: "الناس جميعاً 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".

كما تنص المادة (26) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 على أن: "الناس جميعاً سواء أمام القانون ويتمتعون دون أي تمييز بحقٍ متساوٍ في التمتع بحمايته. وفي هذا الصدد يجب أن يحظر القانون أي تمييز وأن

البشر وتساويهم، وقد نصّ على أنّ تحقيق المساواة والقضاء على التمييز بين الناس يعتبر أحد أهم أهداف الأمم المتحدة، حيث تنص المادة (3/1) من ميثاق الأمم المتحدة على أنه: "مقاصد الأمم المتحدة هي: 3. تحقيق التعاون الدولي على حل المسائل الدولية [..] وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً، والتشجيع على ذلك إطلاقاً بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء".

ويعتبر مبدأ المساواة وعدم التمييز من أهم مبادئ القانون الدولي لحقوق الإنسان، كونهما يعززان استقلالية الفرد بالحرية والمساواة والكرامة، وتسعى الأمم المتحدة كهيئة دولية إلى ضمان احترام الدول لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لجميع الناس بشكلٍ متساوٍ دون تمييز لأيٍّ سببٍ كان، حيث تنص ديباجة ميثاق الأمم المتحدة على أنه: "نحن شعوب الأمم المتحدة، وقد آلينا على أنفسنا.. أن نؤكد من جديد إيماننا بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء والأمم كبيرها وصغيرها من حقوق متساوية"، ويظهر من ذلك اهتمامها بالمساواة بين الرجال والنساء.

كما اعتبر التزام الدول اتجاه المساواة بين الرجل والمرأة بالحقوق الواردة به التزاماً إيجابياً أيضاً، حيث نصّت المادة (3) منه على أنه: "تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بكفالة تساوي الرجال والنساء في حق التمتع بجميع الحقوق المدنية والسياسية المنصوص عليها في هذا العهد".

وتؤكد اللجنة المعنية بحقوق الإنسان على أن: "عدم التمييز بالإضافة إلى المساواة أمام القانون والمساواة في التمتع بحماية القانون دونما تمييز يشكل مبدأً أساسياً وعماماً لحماية حقوق الإنسان".⁴ لذلك فإنّ الحق بالمساواة بين الناس (بما فيهم المرأة والرجل) يعتبر أساسياً لحماية الحقوق الأخرى.

وإضافةً إلى مختلف المواثيق والإعلانات الدولية التي تشدد على مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الأفراد بوجهٍ عام، بما في ذلك التمييز على أساس الجنس، فقد تبنت هيئة الأمم المتحدة اتفاقية دولية خاصة للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (اتفاقية سيداو) لعام 1979، التي دعت إلى المساواة بين المرأة والرجل على وجه الخصوص، وإلغاء كافة أشكال التمييز ضدها داخل المجتمع،

⁴ اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم (18) // الفقرة (1) (1989).

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".

كما اعتبر العهد التزام الدول اتجاه الحقوق الواردة فيه هو التزام إيجابي قائم على كفالة تمتع الأفراد بهذه الحقوق على سبيل المساواة دون أي تمييز، مع ضرورة اتخاذ التدابير اللازمة لإعمال الحقوق الواردة به، حيث تنص المادة (2) منه على التالي: "1. تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، دون أي تمييز بسبب العرق، 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. 2. تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد، إذا كانت تدابيرها التشريعية أو غير التشريعية القائمة لا تكفل فعلاً إعمال الحقوق المعترف بها في هذا العهد، بأن تتخذ، طبقاً لإجراءاتها الدستورية ولأحكام هذا العهد، ما يكون ضرورياً لهذا الإعمال من تدابير تشريعية أو غير تشريعية".

وذلك لتضمن لها ممارسة حقوق الإنسان والحريات الأساسية والتمتع بها على أساس المساواة مع الرجل".

ويظهر لنا من المادة السابقة، أنها فرضت التزاماً إيجابياً على الدول باتخاذ التدابير المناسبة في كافة المجالات السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، بما في ذلك التشريع، لكفالة ممارسة المرأة لحقوق الإنسان والحريات الأساسية على سبيل المساواة مع الرجل، وهذا لا يعني الانتقاص من حق الرجل بالمساواة، كونها تعترف له صراحةً بهذا الحق، ولكن المادة تتضمن الاعتراف للمرأة بذات الحقوق التي يُعترف بها للرجل، مع ضرورة وجود دور للدولة يكفل لها تمتعها بحقوقها الأساسية.

ولم تكن هذه المادة الوحيدة التي تضمنتها اتفاقية سيداو لإلزام الدول بدور إيجابي للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وكفالة حقها الأساسي بالمساواة، فقد تضمنت المادة (2) من الاتفاقية عدداً واسعاً من التدابير التي من الواجب أن تتخذها الدول على المستوى التشريعي والقضائي والمؤسساتي لكفالة المساواة بين المرأة والرجل أمام القانون، مع إلزامها بتجسيد مبدأ

وذلك من خلال تمكينها بالمجتمع بشكلٍ متساوٍ مع الرجل، مع إزالة كافة العوائق السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي تحد من ذلك.

وقد تضمّنت مقدمة اتفاقية سيداو: "إذ تلاحظ أن ميثاق الأمم المتحدة يؤكد من جديد الإيمان بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء من حقوق متساوية، وإذ تلاحظ أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يؤكد مبدأ عدم جواز التمييز، ويعلن أن جميع الناس يولدون أحراراً متساوين في الكرامة والحقوق، وأن لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان، دون أي تمييز، بما في ذلك التمييز القائم على الجنس، وإذ تلاحظ أن الدول الأطراف في العهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان عليها واجب ضمان حق الرجال والنساء في التمتع على قدم المساواة بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية والسياسية".

كما نصّت المادة (3) منها على التالي: "تتخذ الدول الأطراف في جميع الميادين، ولا سيما الميادين السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، كل التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريع، لكفالة تطور المرأة وتقديمها الكاملين،

المساواة بين الجنسين في دساتيرها الوطنية وتشريعاتها العادية.⁵

الأخرى القائمة على فكرة دونية أو تفوق أحد الجنسين، أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة".

كما أنّ المادة (5/أ) من الاتفاقية فرضت على الدولة التزاماً إيجابياً بكفالة تعديل العادات والسلوكيات الاجتماعية للقضاء على فكرة فوقية جنس على آخر، أو أن يكون هناك نظرة دونية لأحد الجنسين، وهي على الوجه التالي: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة، لتحقيق ما يلي: أ. تعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، بهدف تحقيق القضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات

أما على الصعيد الوطني، فقد نصّ القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 على مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الفلسطينيين أمام القانون، حيث تنص المادة (9) منه على أن: "الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء، لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة"، وهذه قاعدة عامة تنص على وجوب المساواة وعدم التمييز بين الفلسطينيين بأي شكل من الأشكال.

كما نصّت المادة (10) منه على أن: "1. حقوق الإنسان وحياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام. 2. تعمل السلطة الوطنية الفلسطينية دون إبطاء على الانضمام إلى الإعلانات والمواثيق الإقليمية والدولية التي تحمي حقوق الإنسان".

ويظهر لنا من المادتين السابقتين أنّ القانون الأساسي الفلسطيني قد اكتفى بالنص على حق المساواة بين الفلسطينيين أمام القانون، كما اعتبر أنّ حقوق الإنسان وحياته ملزمة وواجبة الاحترام فقط، دون إظهار طبيعة التزام الدولة لكفالة ذلك، فلا يُظهر التزاماً إيجابياً على الدولة بكفالة تنفيذ الحق بالمساواة أو غيره من الحقوق الأخرى

⁵ المادة (2) من اتفاقية سيداو: "تشجب الدول الأطراف جميع أشكال التمييز ضد المرأة وتوافق على أن تنتهج بكل الوسائل المناسبة ودون إبطاء سياسة القضاء على التمييز ضد المرأة، وتحقيقاً لذلك تتعهد بالقيام بما يلي: أ. تجسيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الدساتير الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى وكفالة التحقيق العملي لهذا المبدأ من خلال القانون والوسائل المناسبة الأخرى. ب. اتخاذ المناسب من التدابير التشريعية وغيرها، بما في ذلك ما يقتضيه الأمر من جزاءات، لحظر كل تمييز ضد المرأة. ج. إقرار الحماية القانونية لحقوق المرأة على قدم المساواة مع الرجل وضمان الحماية الفعالة للمرأة، عن طريق المحاكم الوطنية ذات الاختصاص والمؤسسات العامة الأخرى، من أي عمل تمييزي. د. الامتناع عن الاضطلاع بأي عمل أو ممارسة تمييزية ضد المرأة وكفالة تصرف السلطات والمؤسسات العامة بما يتفق وهذا الالتزام. هـ. اتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة من جانب أي شخص أو منظمة أو مؤسسة. و. اتخاذ جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريع، لتعديل أو إلغاء القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات القائمة التي تشكّل تمييزاً ضد المرأة. ز. إلغاء جميع أحكام قوانين العقوبات الوطنية التي تشكّل تمييزاً ضد المرأة".

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على ما يلي:
 "1. لكل شخص حق المشاركة في إدارة الشؤون العامة لبلده، إما مباشرة وإما بواسطة ممثلين يُختارون في حرية. 2. لكل شخص، بالتساوي مع الآخرين، حق تقلد الوظائف العامة في بلده. 3. إرادة الشعب هي مناط سلطة الحكم، ويجب أن تتجلى هذه الإرادة من خلال انتخابات نزيهة تُجرى دورياً بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري أو بإجراء مكافئ من حيث ضمان حرية التصويت".

كما تضمّن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية إقراراً بممارسة الحق بالمشاركة السياسية على أساس المساواة، حيث تنص المادة (25) منه على ما يلي: "يكون لكل مواطن، دون أي وجه من وجوه التمييز المذكور في المادة 2، الحقوق التالية، التي يجب أن تتاح له فرصة التمتع بها دون قيود غير معقولة: أ. أن يشارك في إدارة الشؤون العامة، إما مباشرة وإما بواسطة ممثلين يُختارون في حرية. ب. أن ينتخب ويُنتخب، في انتخابات نزيهة تُجرى دورياً بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري، تضمن التعبير الحر عن إرادة الناخبين. ج. أن تُتاح له، على قدم المساواة عموماً مع سواه، فرصة تقلد الوظائف العامة في بلده".

المرتبطة به، كما لم يوضح القانون الأساسي قيمة الإعلانات والمواثيق الدولية "التي تكفل بدورها التزاماً إيجابياً للدول اتجاه حقوق الإنسان" وفقاً للقانون الوطني، واكتفى بذكر أنّ السلطة الوطنية الفلسطينية تسعى للانضمام لهذه المواثيق التي تحمي حقوق الإنسان.

المحور الثاني: حق الرجل والمرأة بالمشاركة السياسية وإدارة الشؤون العامة على قدم المساواة

تُمارس كافة الحقوق الأساسية والحريات العامة على أساس مبدأ المساواة، ومن الحقوق التي يجب أن يمارسها أفراد وفئات المجتمع المختلفة (بما فيهم المرأة والرجل) بشكل متساوٍ الحق بالمشاركة السياسية، التي تتمثل بحق المشاركة بالحياة العامة، والمنافسة في الانتخابات، وتبوء مواقع صنع القرار داخل مؤسسات الدولة، وذلك على أسس من التمثيل العادل لكلٍ منها.

وقد كفلت المواثيق والإعلانات الدولية لحقوق الإنسان هذا الحق للمواطنين كافة دون تمييز بينهم، بما في ذلك التمييز القائم على أساس الجنس، وبالتالي فإنه للوهلة الأولى يحق للرجل ممارسة حقوقه السياسية بشكلٍ متساوٍ مع المرأة دون أي تمييز، حيث تنص المادة (21) من

السياسية وفي ممارستها، طبقاً لأحكام ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وقد قررت عقد اتفاقية على هذا القصد".

وقد نصّت الاتفاقية في المواد الثلاثة الأولى منها على حق النساء بالتصويت، والترشح، وتقلّد المناصب العامة بشروط تساوي بينهن وبين الرجال دون تمييز، حيث تنص المادة (1): "للنساء حق التصويت في جميع الانتخابات، بشروط تساوي بينهن وبين الرجال دون أي تمييز"، بينما المادة 2: "للنساء الأهلية في أن يُنتخَبن لجميع الهيئات المنتخبة بالاقتراع العام، المنشأة بمقتضى التشريع الوطني، بشروط تساوي بينهن وبين الرجال دون أي تمييز"، أما المادة (3): "للنساء أهلية تقلّد المناصب العامة وممارسة جميع الوظائف العامة المنشأة بمقتضى التشريع الوطني، بشروط تساوي بينهن وبين الرجال، دون أي تمييز".

يظهر لنا من المواد السابقة، أنّها كفلت للمرأة حق التصويت وتقلّد مناصب صنع القرار في الدولة، سواء عن طريق الانتخاب أو غير ذلك، على أن تُمارس المرأة هذه الحقوق ضمن شروط يكفلها التشريع الوطني على سبيل المساواة مع الرجل دون تمييز، وكأنها تقصد أنّ البيئة المحيطة قد لا تسمح للمرأة بممارسة حقوقها بالمشاركة السياسية

ولا شك أنّ هذا الحق يرتّب التزاماً إيجابياً على الدولة لكفالاته للأفراد على وجه العموم، وللمرأة والرجل على وجه الخصوص، بشكلٍ متساوٍ دون أي تمييز يُذكر، وذلك استناداً للمادة (1/2) من العهد التي أوجبت على الدول كفالة جميع الحقوق الواردة فيه دون أي تمييز بين الأفراد، والمادة (3) منه التي نصّت على وجوب أن تكفل الدول الأطراف في العهد تمتع كلٍّ من الرجل والمرأة بكافة الحقوق الواردة به "بما في ذلك حق المشاركة السياسية" على سبيل المساواة.

أما الاتفاقية الخاصة بشأن الحقوق السياسية للمرأة لعام 1952، فقد نصّت على أهمية ممارسة المرأة لحقوقها في إدارة الشؤون العامة، والمنافسة الانتخابية، وتقلّد المناصب العامة في الدولة على سبيل المساواة مع الرجل، حيث تنص مقدمة الاتفاقية على ما يلي: "إنّ الأطراف المتعاقدة، رغبةً منها في إعمال مبدأ تساوي الرجال والنساء في الحقوق الواردة في ميثاق الأمم المتحدة، واعترافاً منها بأنّ لكل شخص حق المشاركة في إدارة الشؤون العامة لبلده، سواء بصورة مباشرة أو بواسطة ممثلين يُختارون في حرية، والحق في أن تُتاح له على قدم المساواة مع سواه فرصة تقلّد المناصب العامة في بلده، ورغبةً منها في جعل الرجال والنساء يتساوون في التمتع بالحقوق

وقد رتبت هذه الاتفاقية بشكل واضح من خلال المادتين السابقتين التزامات إيجابية على الدول لكفالة ممارسة المرأة لحقوقها السياسية بشكل متساوٍ مع الرجل، وذلك من خلال إلزامها باتخاذ التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية، وكفالة ممارستها حقوقها على سبيل المساواة.

أما على الصعيد الوطني، فقد نصّ القانون الأساسي الفلسطيني على الحق المتساوي للفلسطينيين في المشاركة في الحياة السياسية، حيث نصّت المادة (26) منه على التالي: "الفلسطينيين حق المشاركة في الحياة السياسية أفراداً وجماعات ولهم على وجه الخصوص الحقوق الآتية: .. 3. التصويت والترشيح في الانتخابات لاختيار ممثلين منهم يتم انتخابهم بالاقتراع العام وفقاً للقانون. 4. تقلد المناصب والوظائف العامة على قاعدة تكافؤ الفرص".

ويظهر جلياً من المادة السابقة، عدم إلزام القانون الأساسي للدولة باتخاذ تدابير إيجابية لكفالة هذه الحقوق للفلسطينيين على سبيل المساواة، ولم يلتزم بذلك بما فرضته المواثيق والاتفاقيات الدولية من التزامات على الدول، وإنما اكتفى بالاعتراف للفلسطينيين بحقوقهم بالمشاركة السياسية دون توضيح أي دور إيجابي للدولة لكفالة ذلك.

والوصول إلى هذه المواقع إلا وفق شروط ينص عليها التشريع الوطني تكفل لها التمتع بهذا الحق بشكل متساوٍ مع الرجل، الأمر الذي يُفهم منه أنّ على الدولة التزاماً إيجابياً بكفالة هذه الشروط.

أما اتفاقية سيداو، فقد اعترفت للمرأة بحقوقها بالمشاركة بالحياة السياسية والعامة بشكل متساوٍ مع الرجل، حيث تنص المادة (7) منها على التالي: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية والعامة للبلد، وبوجه خاص تكفل للمرأة، على قدم المساواة مع الرجل، الحق في: أ. التصويت في جميع الانتخابات والاستفتاءات العامة، وأهلية الانتخاب لجميع الهيئات التي يُنتخب أعضاؤها بالاقتراع العام. ب. المشاركة في صياغة سياسة الحكومة وتنفيذ هذه السياسة وفي شغل الوظائف العامة وتأدية جميع المهام العامة على جميع المستويات الحكومية. ج. المشاركة في جميع المنظمات والجمعيات غير الحكومية التي تُعنى بالحياة العامة والسياسية للبلد". كما نصّت المادة (8) على أنه: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتكفل للمرأة، على قدم المساواة مع الرجل ودون أي تمييز، فرصة تمثيل حكومتها على المستوى الدولي والاشتراك في أعمال المنظمات الدولية".

الدول لكفالة ممارسة الحقوق السياسية بشكلٍ متساوٍ بين الأفراد (بما فيهم المرأة والرجل)، مقابل اكتفاء القوانين الفلسطينية بالاعتراف بهذه الحقوق، دون النص على أي دور إيجابي للدولة في كفالة ممارسة ذلك، على خلاف ما تتبناه النظرية الترميمية.

المحور الثالث: الكوتا بين التمييز والحق بالمساواة

يُبرز الواقع العالمي أنه على الرغم من النص على الحق بالمساواة بالمواثيق الدولية والدساتير الوطنية إلا أنه ما زال هناك نوع من التمييز القائم بالمجتمع اتجاه فئات معينة مبني على أساس الاختلاف بالجنس، أو الدين، أو اللغة، أو الأصل العرقي، أو غير ذلك، ومن أهم الفئات التي اهتم المجتمع الدولي بمكافحة التمييز ضدها وكفالة حقها بالمساواة هي "المرأة". وفي هذا السياق، تعتبر المنافسة الانتخابية إحدى أشكال الحقوق السياسية التي يُتَرَض ممارستها على سبيل المساواة بين المرأة والرجل دون تمييز يُذكر، ولكن تتبنى كثير من دول العالم نظام الكوتا كتمييز إيجابي للمرأة بالانتخابات، لذلك سنبحث في هذا المحور طبيعة العلاقة بين نظام الكوتا والحق بالمساواة، إن كان يُشكّل انتهاكاً أم تقييداً له تحقيقاً لمصلحة مشروعة، وقياس ذلك بعد وضع هذا

كما تضمّن قانون الانتخابات الفلسطيني رقم (9) لسنة 2005 النص على حق الفلسطينيين بالانتخاب بشكلٍ متساوٍ دون تمييز، حيث تنص المادة (8) منه على التالي: "1. الانتخاب حق لكل فلسطيني وفلسطينية في الضفة الغربية بما فيها القدس الشريف، وقطاع غزة ممن توفرت فيه أو فيها الشروط المنصوص عليها في هذا القانون لممارسة هذا الحق، وذلك بغض النظر عن الدين والرأي والانتماء السياسي والمكانة الاجتماعية والاقتصادية والعلمية".

يظهر من المادة السابقة أنها نصّت على حق الفلسطينيين والفلسطينيات بممارسة حق الانتخاب بشكلٍ متساوٍ دون تمييز، لكنها أيضاً لم توضح دور الدولة في كفالة ممارسة ذلك على وجه المساواة، فالدولة التزامها سلبي وفقاً لذلك.

ويظهر لنا من مختلف المواثيق الدولية والوطنية، أنّ حق المشاركة السياسية، هو حق أساسي مكفول لجميع الأفراد، بما فيهم المرأة والرجل على سبيل التساوي دون أي تمييز، فحتى الاتفاقيات الخاصة بحقوق المرأة نصّت على الحق المتساوي مع الرجل في ذلك، وبالتالي فللرجل الحق بمنافسة المرأة بالانتخابات دون تمييز، إلا أنه يظهر اختلافاً واضحاً بين طبيعة الالتزامات الإيجابية التي فرضتها المواثيق والاتفاقيات الدولية على

التنوع العرقي والثقافي القائم داخل المجتمع الأمريكي، وذلك على أساس أن الدولة لجميع مواطنيها، وبالتالي عليها التزام بكفالة حقوقهم جميعاً على سبيل المساواة دون تمييز، كما استخدمتها أيضاً كعامل مساعد لفئات اجتماعية أخرى مثل المرأة والأمريكيين الأصليين لتمكينهم من التمتع بحقوقهم على وجه المساواة.⁷

لذلك يتضح أن المنطلق من وراء هذا التمييز الإيجابي/ المعاملة التفضيلية جاء لمواجهة التمييز السلبي القائم ضد فئة معينة بالمجتمع، بشكل أعاقها عن التمتع بحقوقها الأساسية، لذلك فإن هذا التمييز الإيجابي استُخدم ك محاولة لتحقيق المساواة الفعلية على أرض الواقع، وليس لانتهاك حقوق الآخرين بالمساواة، فالفئات القوية تمارس حقوقها بشكلٍ عادي دون عوائق، ولكن الفئات الأضعف منها في المجتمع لم تستطع التمتع بحقوقها الأساسية إلا بوجود نوع من الدعم الإيجابي الذي يحقق قدرًا من التوازن بتمثيل مختلف فئات الدولة. وبعد ذلك، أصبح نظام الكوتا يُستخدم بشكلٍ واسع بالأنظمة الانتخابية في معظم دول العالم كنوع من التمييز الإيجابي اتجاه المرأة على وجه الخصوص، من خلال تخصيص نسبة معينة لها

النظام تحت اختبار الموازنة وفقاً للنظرية الترميمية.

يُعتبر مصطلح الكوتا مصطلحاً لاتينياً، ويعني النصيب أو الحصة النسبية، ويُطلق حالياً على ذلك النظام الذي تتبناه العديد من الدول، المرتبط بالتمييز الإيجابي اتجاه فئات معينة بالمجتمع "أبرزها النساء"، حيث يتم من خلاله تخصيص نسبة معينة (كحد أدنى) داخل هيئات الدولة المنتخبة كالبرلمان أو البلديات، أو حتى الوظائف، أو المقاعد الدراسية في الجامعات والمدارس، وذلك لضمان وجود تمثيل عادل للفئات الاجتماعية التي تواجه عقبات بممارسة حقها بالمساواة بسبب وجود خلل في المجتمع يحد من تقدمها.⁶

وقد استُخدم نظام الكوتا "نظام الحصص" للمرة الأولى في الولايات المتحدة الأمريكية في عهد الرئيس الأمريكي جون كينيدي في عام 1961 من خلال تخصيص نسبة معينة للطلبة السود في الجامعات، وذلك إنصافاً لهم على التمييز والاضطهاد الذي تعرضوا له في المجتمع، إضافةً لكفالة حق التعليم لهذه الفئة، الأمر الذي يُمكنها من التمتع بحقوقها في التعليم، ويعزز بالوقت ذاته

⁶ Drude Dahlerup, *Quotas are changing the history of women* (Stockholm: Stockholm University, 2003), 3.

⁷ المرجع السابق.

القومي، أو غير ذلك، وسبق أن تطرّفنا بالمحاور السابقة إلى الموائيق والإعلانات الدولية التي نصّت على الحق بالمساواة وعدم التمييز، ولكن في هذا السياق، ما هو التمييز الذي أرادت حظره الموائيق الدولية؟

تنص المادة (1/1) من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري (1965) على أن: "في هذه الاتفاقية، يُقصد بتعبير "التمييز العنصري" أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الإثني ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها، على قدم المساواة، في الميدان السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي أو في أي ميدان آخر من ميادين الحياة العامة".

وهذا التعريف للتمييز خاص بالاتفاقية الدولية للقضاء على أشكال التمييز العنصري، حيث تحظر الاتفاقية التمييز القائم على أساس الاختلاف العرقي أو الإثني بشكلٍ ينتهك حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ويخل بالحق بالمساواة بين الجماعات العرقية المختلفة.

للممثل ضمن مؤسسات الدولة خاصةً الهيئات المنتخبة منها، وذلك تداركاً للموروث الثقافي والاجتماعي الذي يضع العقبات أمام ممارستها لحقوقها بالمشاركة السياسية على وجه المساواة مع الرجل.⁸ كما بدأ تداوله يتطور من خلال تبني العديد من الأحزاب الأوروبية له بشكلٍ طوعي قبل وجود نص قانوني ملزم بذلك.⁹

ولقد عرضنا في المحاور السابقة حق الرجل بالمساواة مع المرأة من حيث المشاركة في الحياة السياسية، بما في ذلك المنافسة الانتخابية، ولكن في المقابل، وفي ظل وجود نظام الكوتا المتداول دولياً، فهل يعني ذلك وجود حق للمرأة بخوض الانتخابات ومنافسة الرجل وفق معاملة تفضيلية تميزها عنه؟ للإجابة عن هذا السؤال، لا بد بدايةً من توضيح معنى التمييز، وهل يوجد هناك تمييز سلبي محذور، وتمييز إيجابي مشروع، أم أنّ أنواع التمييز كافةً غير مشروعة.

أقرّت كافة الموائيق والاتفاقيات الدولية مبدأ المساواة وعدم التمييز لأي سبب قائم على أساس العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الأصل

⁸ المرجع السابق، 8.

⁹ للتفاصيل راجع: عمر عبد اللطيف مصطفى اشنتية، "تجربة المرأة الفلسطينية في العمل البرلماني وأثر ذلك في تعزيز المشاركة السياسية (1996 - 2009)" (نابلس: جامعة النجاح الوطنية، رسالة ماجستير، 2012)، 35-40.

أغراضه النيل من الاعتراف للمرأة، على أساس تساوي الرجل والمرأة، بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو أي ميدان آخر، أو إبطال الاعتراف للمرأة بهذه الحقوق أو تمتعها بها وممارستها لها بغض النظر عن حالتها الزوجية".

ولكن استتنت أيضاً اتفاقية سيداو من تعريف التمييز التدابير الخاصة المؤقتة التي تستخدمها الدول للتعجيل بتحقيق المساواة الفعلية على أرض الواقع، حيث تنص المادة (1/4) منها على أنه: "لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة مؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة تمييزاً، كما تحدده الاتفاقية، ولكنه يجب ألا يُستتبع بأي حال، كنتيجة له، الإبقاء على معايير غير متكافئة أو منفصلة، كما يجب وقف العمل بهذه التدابير عندما تكون أهداف التكافؤ في الفرص والمعاملة قد تحققت"، فهذا النوع من التدابير يهدف إلى تعجيل تمكين المرأة وتحسين وضعها بشكل يساهم بتحقيق مساواتها الفعلية مع الرجل على كافة المستويات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، فهي تدابير مؤقتة مهمة لمعالجة التمييز ضد المرأة، وليس

ولكن في المقابل، فقد نصّت ذات المادة بالفقرة الرابعة منها على أنه لا يندرج ضمن مفهوم التمييز قيام الدولة بتدابير خاصة تهدف إلى تمكين بعض الفئات العرقية من التمتع بحقوقها على سبيل المساواة مع الفئات الأخرى، طالما أنّ هذه التدابير غير دائمة ومرتبطة بتحقيق هدف مشروع.¹⁰ وهذا يعني أنّ هناك بعض التدابير التي قد تخالف في ظاهرها الحق بالمساواة كونها تمنح معاملة تفضيلية كتمييز إيجابي لفئة معينة، ولكن بسبب وجود شروط معينة بها قائمة على أساس تمكين الفئة المستهدفة منها من ممارسة حقوقها الأساسية على سبيل المساواة مع غيرها يُصبح استخدامها مشروعاً.

ينقلنا ذلك إلى طرح مفهوم التمييز المحظور وفقاً لاتفاقية سيداو، حيث نصّت المادة (1) منها على أنه: "لأغراض هذه الاتفاقية يعني مصطلح "التمييز ضد المرأة" أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو

¹⁰ المادة (4/1): "لا تعتبر من قبيل التمييز العنصري أية تدابير خاصة يكون الغرض الوحيد من اتخاذها تأمين التقدم الكافي لبعض الجماعات العرقية أو الإثنية المحتاجة أو لبعض الأفراد المحتاجين إلى الحماية التي قد تكون لازمة لتلك الجماعات وهؤلاء الأفراد لتضمن لها ولهم المساواة في التمتع بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو ممارستها، شرط عدم تأدية تلك التدابير، كنتيجة لذلك، إلى إدامة قيام حقوق منفصلة تختلف باختلاف الجماعات العرقية، وشرط عدم استمرارها بعد بلوغ الأهداف التي أُتخذت من أجلها".

كما ترى اللجنة أنّ المساواة بالحقوق والحريات بين الأفراد والجماعات لا تعني المعاملة نفسها بشكل مطلق في جميع الحالات، إضافةً إلى اعتبارها أنّ مبدأ المساواة يتطلب في بعض الأحيان اتخاذ إجراءات إيجابية تصحيحية للتقليل أو إزالة الظروف التي تسببت أو ساعدت على استمرار التمييز المحظور بالنسبة للعهد.¹²

ويظهر لنا من الاتفاقيتين الدوليتين السابقتين، إضافةً إلى الرأي المقدّم من قبل اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، أنّ مفهوم التمييز المحظور ينطلق أساساً من الاختلاف، سواء كان اختلافاً بسبب الجنس أو العرق أو اللون أو غير ذلك، وبالتالي فهو تمييز لا مبرر له، وبذات الوقت ينتهك ويعرقل ممارسة الفئات المميز ضدها من التمتع بحقوقها الإنسانية وحرياتها الأساسية وممارستها على سبيل المساواة. ولكن بالمقابل، فإنّ كلا الاتفاقيتين استثنيت من نطاق التمييز

لكي تميّز ضد الرجل، لذلك لم تعتبرها إجراءات تمييزية تخل بالحق بالمساواة بين المرأة والرجل.

ويظهر مما تقدّم، أنّ الاتفاقيتين الدوليتين الخاصتين بالقضاء على كافة أشكال التمييز العنصري والتمييز ضد المرأة، قد تبنتا تدابير خاصة مؤقتة تمنح معاملة تفضيلية لفئة معينة سعياً لتحقيق المساواة الفعلية، ولم تتعاملا مع هذه التدابير كأداة تمييزية، وإنما كأدوات فاعلة لتحقيق الغاية الرئيسة من الاتفاقيتين، وهي المساواة.

وبخصوص مصطلح "التمييز" الذي نصّ عليه العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، فقد أقرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان عن اعتقادها بأنّ: "مصطلح "التمييز" المستخدم في العهد ينبغي أن يفهم أنّ المقصود منه هو أي تفرقة أو استثناء أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غير السياسي أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر، ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف على قدم المساواة بجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها".¹¹

¹² التعليق العام رقم (18)، فقرة (8) و(10). كما أنه عندما نظرت اللجنة في ادعاءات بوقوع انتهاكات للمادة (26) من العهد، أكدت على أنه: "الحق بالمساواة أمام القانون والمساواة في التمتع بحماية القانون بدون تمييز لا يجعل من كل تمايز في المعاملة تمييزاً، فالتمايز القائم على أساس المعايير المعقولة والموضوعية لا يعد من قبيل التمييز المحظور في إطار معنى المادة 26". لتفاصيل راجع: البلاغ رقم 184/172، س.و. بروكس ضد هولندا (الأراء المعتمدة في 1987/4/9)، منشور في وثيقة الأمم المتحدة، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، A/42/40، 150.

¹¹ التعليق العام رقم (18)/ الفقرة (7).

من حقوق الأفراد وينتهك كرامتهم بشكل غير مشروع، واستشهدت بقرار صادر عن المحكمة الأوروبية يؤكد الموضوع ذاته.¹³

يظهر لنا مما تقدّم، أنّ هناك نوعين من التمييز، فهناك تمييز تنطلق دوافعه من مجرد الاختلاف بالجنس أو العرق أو الدين أو غير ذلك، وهو تمييز يحط من كرامة الإنسان، ويسلبه حقوقه الأساسية، ويتعامل بفوقية فئة مقابل دونية الفئات الأخرى لمجرد اختلاف هويتها الدينية أو الجنسية أو العرقية عنها، لذلك فهو ينتهك حق الإنسان بالمساواة والحرية والكرامة الإنسانية (الاستقلالية)، كما أنه يمنع الفئات المميز ضدها من التمتع بالحقوق الأساسية، ويكون تمييزاً تعسفياً غير مبرر ومحظور، وهو ما يمكن أن نطلق عليه بالتمييز السلبي.

بينما هناك تمييز آخر تتطلبه قواعد العدالة والإنصاف، وهو التمييز الإيجابي الذي يمنح معاملة تفضيلية مؤقتة لمجموعة ضعيفة بالمجتمع، كعلاج للمناخ العام المحيط بها الذي يمنعها من التمتع بحقوقها الأساسية، ويسعى لتحقيق المساواة الفعلية، المستمدة أصلاً من

المحظور التدابير الخاصة المؤقتة التي تتبناها الدول، والتي تمنح معاملة تفضيلية للفئات المحرومة بالمجتمع، سعياً لتمتعها بالمساواة الفعلية، بشرط أن يكون استخدام هذه التدابير مؤقتاً، حيث ينتهي دورها عند تحقيقها لهدفها المشروع، كما أنّ اللجنة المعنية بحقوق الإنسان اعتبرت أنّ المعاملة التفضيلية المنطلقة من أسباب مقبولة ومنطقية هادفة إلى تحقيق مساواة بالحقوق بين الناس لا تعتبر تمييزاً، على أن تكون معاملة مؤقتة، وبالتالي فإنّ هذه التدابير المستخدمة تختلف من ناحية عن التمييز المحظور، كونها لم تنطلق من دافع أنّ هناك فئة لها أفضلية على الفئات الأخرى بشكل ينتهك استقلاليتهم وكرامتهم الإنسانية، كما أنها في ذات الوقت لا تسعى إلى عرقلة تمتع الناس بحقوق الإنسان، بل على العكس من ذلك، فإنّها تسعى إلى تمكينهم من ممارسة حقوقهم على سبيل المساواة، نتيجةً لحرمانهم منها لعوامل اجتماعية.

كما نظرت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان بموضوع المساواة في التمتع بحماية القانون وفقاً للمادة 24 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، واعتبرت المحكمة أن ليس كل تمييز يعتبر مساساً بالكرامة الإنسانية، طالما أنه يستند إلى مبررات موضوعية ومعقولة، ولا ينتقص

¹³ A Court HR, Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica, Advisory Opinion. OC-4/84 of January 19, 1948, Series A, No. 4, p. 104, paragraph. 56.

على وجه المساواة مع الرجل، كما يجب أن يكون مؤقتاً، وينتهي بمجرد تحقيق أهدافه المرجوة، وفقاً لما نصّت عليه المادة 1/4 من الاتفاقية، علماً أنّ مفهوم أنه تدبير مؤقت لا يعني انتهاء العمل به خلال فترة زمنية معينة، وإنما يعني أنه ينتهي عند تحقيق النتيجة المرجوة منه، فالتأقيت مرتبط بتحقيق الهدف، وليس بالفترة الزمنية المُستخدَم خلالها.¹⁴

وقد انبثق عن اتفاقية سيداو لجنة خاصة تُعرف باللجنة المعنية بالقضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، وتُعنى هذه اللجنة بالرقابة على مدى التزام الدول الأطراف بالاتفاقية بالحقوق الواردة بها، وقد نصّت بتوصيتها الخامسة في عام 1988 على أنه على الرغم من قيام الدول الأطراف بتعديل قوانينها الداخلية بشكل يلغي التمييز ضد المرأة، إلا أنه لا زال هناك حاجة إلى تبني إجراءات تضمن تطبيق الاتفاقية من خلال استحداث تدابير تعزز المساواة الفعلية بين المرأة والرجل.

وبالإشارة إلى المادة (1/4) من اتفاقية سيداو، فإنّ اللجنة توصي الدول باستخدام المزيد من التدابير الخاصة المؤقتة مثل الأعمال الإيجابية والمعاملة

المساواة المنصوص عليها في الدساتير والاتفاقيات والمواثيق الدولية، وهو يعتبر مشروعاً ومبرراً طالما التزم بالشروط الخاصة به، والتي يمكن لنا استنتاجها من الاتفاقيتين الدوليتين السابقتين، فهذه شروط تتمثل بوجود تبرير منطقي وموضوعي للتمييز، وهدف مشروع، وإجراء مؤقت ينتهي بمجرد تحقيق أهدافه المشروعة، كما أنه يكفل فعلياً الحد الأدنى من الحقوق للفئة المستهدفة بشكل لا ينتهك فيه حقوق الفئات الأخرى أو يحط من كرامتهم الإنسانية، وهو ما ينطبق على نظام الكوتا، فهذا النظام لم ينطلق من أفضلية جنس على آخر أو تفوقه عليه، كما لم يأت ليعرقل تطبيق حقوق الإنسان، وإنما جاء ليُمكّن الفئات الضعيفة من ممارسة حقوقها على سبيل المساواة مع الفئات الأوفر حظاً في المجتمع، وليس لكي يُمتعها بحقوق، مقابل حرمان غيرها منها، فهو جاء ليحقق مبدأ المساواة، وليس ليخرقه.

المحور الرابع: مشروعية نظام الكوتا

يستمد نظام الكوتا مشروعيته من اتفاقية سيداو التي سمحت بالتدابير الخاصة المؤقتة الهادفة إلى تعجيل المساواة الفعلية بين الجنسين في المجتمع، لذلك يجب على نظام الكوتا وغيره من التدابير الإيجابية أن ينطلق من سبب مشروع هو وجود عوائق اجتماعية تمنع المرأة من ممارسة حقوقها

¹⁴ اشتية، "تجربة المرأة"، 42.

المتحدة نسبة 30% هي الحد الأدنى لتمثيل المرأة بالهيئات المنتخبة.¹⁶

ومنذ إعلان بكين أصبح نظام الكوتا متداولاً بشكلٍ كبير على الصعيد الدولي، حتى في أكثر دول العالم تقدماً، وحالياً هذا النظام يُطبَّق فيما يقارب من نصف دول العالم كآلية دولية معتمدة للحد من التمييز ضد المرأة،¹⁷ ففي فرنسا على سبيل المثال، تطورت نسبة تمثيل المرأة في مجلس النواب من 7.5% في عام 1985 إلى ما يزيد عن ثلاثة أضعافها بواقع 23.3% في عام 2015،¹⁸ فالكوتا تشكّل حافزاً للنساء لتجاوز

¹⁶ أكد إعلان بيجين "بكين" لعام 1995 على وجوب التزام الدول باتفاقيات حقوق الإنسان، بما فيها الاتفاقيات الخاصة بحقوق النساء، وفي مقدمتها اتفاقية سيداو، ويعتبر إعلان بكين مرجعاً قانونياً دولياً للمساواة بين المرأة والرجل، وقد دعا هذا الإعلان الدول إلى تبني تدابير وإجراءات على جميع الصعد تكفل تحقيق المساواة الفعلية بين المرأة والرجل على المدى البعيد، خاصةً في التمثيل ضمن مؤسسات الدولة. وقد خصص إعلان بكين كوتا لتمثيل المرأة داخل مؤسسات الدولة بنسبة 30% كحد أدنى، ودعا الدول إلى تبنيها ضمن قوانينها الوطنية، بشكل يكفل تحقق هذه النسبة على أرض الواقع في عام 2005، ولكن لم يكن هناك التزام كامل من قبل كافة الدول في ذلك. لتفاصيل أكثر راجع:

Michael Fuchs, *Quota Systems for disabled persons: Parameters, Aspects, Effectivity* (Vienna: European Centre for Social Welfare Policies and Research, 2014), 5.

¹⁷ برنامج الأمم المتحدة الإنمائي (UNDP)، الكوتا النسائية في الانتخابات اللبنانية (د.م، 2015)، 3.

¹⁸ عبد اللطيف بكور، "الانتخابات المحلية وإجراءات التمييز الإيجابي: نظام الكوتا"، *المجلة المغربية للسياسات العمومية*، عدد 20 (2016)، 349.

التفضيلية ونظام الكوتا من أجل تعزيز اندماج المرأة في التعليم والاقتصاد والسياسة والعمل.¹⁵

ويظهر من ذلك، أنه تم استخدام مصطلح "نظام الكوتا" على وجه التحديد كإحدى التدابير الخاصة المؤقتة التي من الضروري أن تستخدمها الدول لضمان تحقيق المساواة الفعلية بين النساء والرجال.

كما أوصى المؤتمر العالمي الرابع للمرأة لعام 1995 في بكين الدول أن تتبنى في قوانينها الوطنية ما أطلق عليه بالكتلة/الأقلية الحرجة، وهي تخصيص نسبة 30% كحد أدنى لتمثيل المرأة داخل مؤسسات الدولة، حيث تعتبر هذه النسبة مناسبة لتمكين النساء من صنع القرار، الأمر الذي يكفل وجود نقلة نوعية بتمثيل وتأثير المرأة في مؤسسات الدولة، ويساهم بدوره في تعديل التفكير المجتمعي حول نمطية دور المرأة، فالكوتا تمنح المرأة فرصة للتمثيل تساهم من خلالها بإقناع المجتمع بأهمية دورها بالمشاركة السياسية، وقد اعتبرت لجنة المرأة في الأمم

¹⁵ التوصية العامة رقم (5) لعام 1988، صادرة عن اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة.

الواقع لتستطيع تحقيق ما وصفته بالمساواة الموضوعية.²⁰

كما اعتبرت أن التدابير المؤقتة هي جزء من استراتيجية متكاملة يُفترض أن تتبناها الدولة لتحقيق المساواة الفعلية بين الجنسين، فالكويت وحدها لا تستطيع تغيير المجتمع، كما اعتبرت اللجنة أن التدابير المؤقتة لا تعتبر تمييزاً ضد الرجل، وإنما إنصافاً للمرأة، لذلك فهي لا تعتبر استثناءً على الحق بالمساواة ومبدأ عدم التمييز، وإنما نستطيع اعتبارها فعلياً قيداً مؤقتاً على المساواة الشكلية/ النصية تحقيقاً للمساواة الفعلية.

وطالما أن الكوتا جزء من استراتيجية متكاملة لتحقيق المساواة، فإن هناك حاجة لتبني الدول سياسات أخرى على المدى البعيد تكفل تغيير المجتمع من الداخل وتعديل الأنماط والسلوكيات الاجتماعية والثقافية التي تؤدي إلى استمرار وجود التمييز ضد المرأة، بشكلٍ يُغني مستقبلاً عن استمرار استخدام التدابير المؤقتة كالكوتا، فهذه السياسات بعيدة المدى، لا تعتبر قيوداً على الحق بالمساواة كالتدابير المؤقتة، وإنما إجراءات طبيعية

²⁰ التوصية العامة رقم 25 لعام 2004، الصادرة عن اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، حيث تضمنت التوصية ما يلي: "الدول الأطراف ملزمة باعتماد وتنفيذ تدابير خاصة مؤقتة... إذا أمكن بيان أن هذه التدابير ضرورية وملزمة للتعبير بتحقيق الهدف الشامل أو المحدد المتمثل في تحقيق المساواة الفعلية أو الموضوعية للمرأة".

العوائق الاجتماعية والمشاركة في الحياة السياسية، كما أنها تساهم بإيجاد تعديل في المفاهيم النمطية لدور المرأة، وتزيد من نسبة مشاركتها في الحياة السياسية.

وقد أظهرت التجارب المختلفة أن الدول التي تبنت الأقلية الحرجة أصبح للنساء تمثيل أكبر داخل مؤسساتها مع مرور الزمن، بشكلٍ زاد عن نسبة 30% من عدد المقاعد في الهيئات المنتخبة للدولة، الأمر الذي دفع بعض الدول إلى وقف استخدام نظام الكوتا كونه حقق أهدافه.¹⁹

وقد أكدت اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة رقم 25 لعام 2004 بشأن الفقرة 1 من المادة 4 المتعلقة بالتدابير الخاصة المؤقتة، أن الهدف من هذه التدابير هو تحقيق المساواة الفعلية/ المساواة بالنتائج على أرض الواقع، لذلك فالدول ملزمة بتبني هذه التدابير كونها تساهم بتحقيق الهدف الرئيس من اتفاقية سيداو، المتمثل بالمساواة والقضاء على التمييز ضد المرأة، حيث اعتبرت التوصية أن النص على المساواة بالقانون لا يكفي وحده لتحقيق ذلك، وهو بحاجة لتدابير على أرض

¹⁹ برنامج الأمم المتحدة الإنمائي (UNDP)، الكوتا النسائية، 7.

المتساوي مع الرجل بالمنافسة الانتخابية والمشاركة السياسية، إلا أنّ نسبتها تعتبر متدنية بالتمثيل داخل البرلمانات، والمشاركة بالانتخابات.²² وقد وصل تمثيل المرأة في الهيئات المحلية المنتخبة على المستوى العالم نسبة 22% بحلول عام 2015، وذلك على الرغم من أنها تشكل نصف المجتمع الإنساني فعلياً، ولكن هذه النسبة على الرغم من تدنيها إلا أنها تعتبر مؤشراً لارتفاع تمثيل المرأة في الحياة السياسية، فقد كانت نسبة تمثيلها في عام 2000 عبارة عن 14% فقط، بينما في عام 1995 كانت 11.3%.²³

وتظهر لنا النتائج السابقة أنه خلال عشرين عاماً تطورت مشاركة المرأة في المجتمعات حول العالم بنسبة الضعف، لذلك نرى أنه من المهم استمرار تبني هذا النظام، كإحدى الوسائل المساعدة للمرأة تداركاً للعوامل التي تحد من تقدمها، على أنه من الضروري أن تلجأ الدول إلى إجراءات وسياسات تساهم بوصول المجتمع إلى وعي كامل بأهمية دور المرأة، بشكل يعزز جوهر الحق بالمساواة المتمثل بتحقيق المساواة الفعلية، وبالتالي تغيير المجتمع إيجابياً من الداخل، بشكل يُغني عن

تتخذها الدول من باب التزامها الإيجابي لتحقيق المساواة الفعلية على أرض الواقع،²¹ وجميع هذه السياسات تنطلق من المواد 2، 3، 5 من اتفاقية سيداو التي تفرض التزامات إيجابية على الدول الأطراف لكفالة المساواة الفعلية، لذلك فهي إجراءات بعيدة المدى تسعى لتغيير المجتمع من الداخل، أما الكوتا فهي عبارة عن تدبير مؤقت يقوم بتعجيل تحقيق المساواة الفعلية من خلال خلق نوع من تكافؤ الفرص وتعزيز مشاركة المرأة وتحفيزها على خوض الانتخابات خلال فترة مؤقتة.

ومن المهم الإشارة هنا إلى أنّ مشكلة تدني نسبة مشاركة النساء في هيئات الدولة المنتخبة هي مشكلة على مستوى العالم، وقد قام الاتحاد البرلماني الدولي بإعداد دراسة في عام 1992 حول نسبة مشاركة المرأة في البرلمانات، وذلك على مستوى 150 دولة عضو في هذا الاتحاد، وقد أظهرت الدراسة أنه على الرغم من نص قوانين معظم دول الاتحاد على حق المرأة

²¹ قد تستخدم الدولة في سبيل ذلك، سن تشريعات داخلية تكفل المساواة بين المرأة والرجل في مختلف مجالات الحياة، أو تخصيص جزء من الموازنة العامة للنوع الاجتماعي، أو تبني مناهج دراسية تنص على أهمية المساواة بين المرأة والرجل، أو إعادة توزيع موارد الدولة بشكل متكافئ بين الجنسين، للتفاصيل راجع: برنامج الأمم المتحدة الإنمائي (UNDP)، الكوتا النسائية، 7.

²² هادي شيب، "نظام الكوتا وتأثيره على المشاركة السياسية للمرأة الفلسطينية" (بيرزيت: جامعة بيرزيت، رسالة ماجستير، 2011)، 42.

²³ برنامج الأمم المتحدة الإنمائي (UNDP)، الكوتا النسائية، 8.

هذا النظام الانتخابي على أساس المنافسة الفردية، وفوز المرشحين الحاصلين على أعلى نسبة تصويت،²⁴ الأمر الذي عززَ منطق المنافسة العشائرية والحزبية والذكورية في هذه الانتخابات.

ترشحت للانتخابات 25 امرأة من أصل 672 مرشح للمجلس التشريعي الفلسطيني، أي بنسبة 4% فقط من مجموع المرشحين،²⁵ وعلى الرغم من أن نسبة النساء اللواتي شاركن بالتصويت في الانتخابات وصلت إلى 43% من مجموع الناخبين،²⁶ إلا أنه لم ينجح إلا 5 نساء فقط ليصبحن نائبات في مجلس يتكون من 88 عضواً، أي ما نسبته 5.7%،²⁷ وهي نسبة متدنية جداً مقارنةً مع حجم النساء في المجتمع الفلسطيني والتي تصل إلى حد النصف تقريباً (49.2%).²⁸

ويعبر هذا الانخفاض الكبير في نسبة ترشح المرأة للانتخابات، وما نتج عنه من نسبة تمثيلها في

استمرار استخدام نظام الكوتا، كون أن الأساس في هذا النظام أنه مؤقت ويرتبط بتحقيق هدف معين، ولكن هذا النظام لا يستطيع وحده تغيير كل المنظومة الاجتماعية، كونها بحاجة إلى سياسات طويلة الأمد، لكنه يشكل عنصراً مهماً في تحفيز المرأة للمشاركة عبر تخصيص نسبة معينة لها، الأمر الذي يمكنها من طرح رؤيتها بشكل متساوٍ مع الرجل، وإبراز أهمية دورها بالمشاركة في الحياة العامة.

المحور الخامس: أهمية نظام الكوتا في فلسطين

وعلى المستوى الوطني، فقد تبني المشرع الفلسطيني في قانون الانتخابات رقم 9 لسنة 2005، والقرار بقانون رقم 1 لعام 2007 كوتا خاصة بالمرأة في الانتخابات التشريعية، بينما لم يتبن ذلك في قانون الانتخابات الملغي رقم 13 لسنة 1995، ومن الأهمية بمكان في هذا الجانب إظهار أهمية الكوتا في التجربة الفلسطينية.

ففي انتخابات المجلس التشريعي لعام 1996، والتي تم خوضها بناءً على قانون الانتخابات رقم 13 لسنة 1995، لم يتبن هذا القانون كوتا خاصة بالمرأة، واعتمد على نظام الدوائر (الأكثرية العددية)، حيث تم تقسيم الأراضي الفلسطينية إلى 16 دائرة في الضفة الغربية وقطاع غزة، ويقوم

²⁴ قانون الانتخابات رقم (13) لسنة 1995، المادة (5).

²⁵ لجنة الانتخابات المركزية، الديمقراطية في فلسطين: الانتخابات الفلسطينية العامة لرئيس السلطة الوطنية الفلسطينية وأعضاء المجلس التشريعي لعام 1996، ط2 (رام الله، 2002)، 78.

²⁶ الجهاز المركزي للإحصاء الفلسطيني، المرأة والرجل في فلسطين: اتجاهات وإحصاءات (رام الله، 1998)، 169.

²⁷ لجنة الانتخابات المركزية، الديمقراطية في فلسطين، 78.

²⁸ الجهاز المركزي للإحصاء الفلسطيني، المرأة والرجل في فلسطين: قضايا وإحصاءات (رام الله، 2016)، 18.

(66 مقعداً)، حيث أصبح عدد مقاعد المجلس التشريعي 132 مقعداً.²⁹

ولم يتبنَّ القانون كوتا نسائية بالنسبة لنظام الدوائر، لكنه تبناها وفقاً لنظام القوائم، حيث نصّت المادة (4) منه على ما يلي: "يجب أن تتضمن كل قائمة من القوائم الانتخابية المرشحة للانتخابات النسبية (القوائم) حداً أدنى لتمثيل المرأة لا يقل عن امرأة واحدة من بين كل من: 1. الأسماء الثلاثة الأولى في القائمة. 2. الأربعة أسماء التي تلي ذلك. 3. كل خمسة أسماء تلي ذلك".

ترشح على نظام الدوائر 414 مرشحاً، منهم 15 امرأة فقط، أي ما نسبته 3.6% من مجموع المرشحين على الدوائر، ولم تنجح أيّ منهن في

المجلس التشريعي عن وجود مشكلة حقيقية بالمجتمع لا تكفل للنساء التفاض مع الرجال بناءً على أسس متكافئة، فالمجتمع يتبنى المفهوم الذكوري، وليس مقتنعاً بشكلٍ كبير بالدور القيادي للمرأة، ففي ظل هذا المناخ الاجتماعي، إضافةً إلى عدم وجود نظام مساعد للمرأة (الكوتا) فمن الطبيعي أن تعزف النساء عن خوض المنافسة القائمة على أسس غير متكافئة، لذلك لم تترشح النساء إلا بنسبة منخفضة جداً (4%)، كما أنّ تمثيلها داخل المجلس كان متواضعاً جداً (5.7%)، ولا يتناسب بالمطلق مع حجم النساء بالمجتمع الفلسطيني، ولا مع حجم الكفاءات النسائية الموجودة، كما أنه لا يشكّل عاملاً مساعداً لكي تكون المرأة مؤثرة في صنع القرار، وبالتالي إقناع المجتمع بها.

بينما في الانتخابات التشريعية لعام 2006، فقد تم خوضها على أساس قانون الانتخابات رقم 9 لعام 2005، الذي تبني النظام المختلط القائم على أساس المناصفة في عدد المقاعد بين المرشحين حسب نظام الدوائر (66 مقعداً)، والمرشحين حسب نظام التمثيل النسبي/ القوائم

²⁹ تنص المادة (3) من قانون الانتخابات رقم (9) لسنة 2005، على ما يلي: "1. يقوم قانون الانتخابات الفلسطيني على أساس النظام الانتخابي المختلط مناصفة (50% - 50%) بين نظام الأكثرية النسبية (تعدد الدوائر) و (نظام القوائم) باعتبار الأراضي الفلسطينية دائرة انتخابية واحدة. 2. عدد نواب المجلس 132 نائباً موزعة على الوجه التالي: أ. 66 نائباً يتم انتخابهم على أساس نظام (تعدد الدوائر) موزعين على الدوائر الانتخابية الستة عشر حسب عدد السكان في كل دائرة وبما لا يقل عن مقعد واحد لكل دائرة، ويخصص منها ستة نواب للمسيحيين من دوائر عدة يتم تحديدها بمرسوم رئاسي. ب. 66 نائباً يتم انتخابهم على أساس نظام التمثيل النسبي (القوائم) باعتبار الأراضي الفلسطينية دائرة انتخابية واحدة".

بينما نظام القوائم الذي تبني كوتا نسائية فقد ترشحت 70 امرأة من أصل 314 أي ما نسبته 22% من المرشحين، وهذا مؤشر واضح على ارتفاع نسبة مشاركة النساء في ظل وجود نظام الكوتا الذي يضمن لهن حداً أدنى من التمثيل في هيئات الدولة المنتخبة، مقارنةً في ظل عدم وجود الكوتا، إضافةً إلى أن تبني الكوتا أدى إلى ارتفاع نسبة تمثيل المرأة في المجلس التشريعي من 5.7% في عام 1996، إلى 12.8% في عام 2006.

بينما القرار بقانون رقم 1 لعام 2007 فقد تبني نظام التمثيل النسبي الكامل (نظام القوائم) الأمر الذي يعزز بالتأكيد نسبة مشاركة المرأة كونه ضمن لها نفس حجم الكوتا الوارد بقانون الانتخابات رقم 9 لعام 2005، ولكن في ظل القرار بقانون ستكون المنافسة الانتخابية على 132 مقعداً، وليس 66 ضمن نظام الكوتا، حيث تنص المادة 4 منه: "1. يتم انتخاب أعضاء المجلس في انتخابات حرة ومباشرة بطريق الاقتراع السري على أساس نظام التمثيل النسبي الكامل "القوائم" باعتبار الأراضي الفلسطينية دائرة انتخابية واحدة. .. 3. عدد نواب المجلس (132) نائباً"، بينما نصّت المادة (5) منه: "يجب أن تتضمن كل قائمة من القوائم الانتخابية المرشحة

الانتخابات.³⁰ بينما ترشح على نظام القوائم 70 امرأة من أصل 314 مرشحاً، أي بنسبة 22%، نجح منهن 17.³¹ وهذا مثال مهم في الحالة الفلسطينية لتوضيح أهمية تبني نظام الكوتا، كون المنافسة الانتخابية ليست متساوية بالمطلق بين المرأة والرجل، فالنساء اللواتي خضن الانتخابات وفقاً لنظام الدوائر الذي لم يتبن (الكوتا) لم تنجح أي منهن، بينما اللواتي ترشحن على القوائم (حيث تم تبني كوتا) نجحت 17 امرأة منهن من أصل 70 مرشحة، كما أن استخدام نظام الكوتا أدى إلى تشجيع النساء لخوض المنافسة الانتخابية، وبالتالي زيادة نسبة مشاركتهن السياسية، ويظهر هذا جلياً سواء بالمقارنة بين نسبة المرشحات في عام 1996 التي لم تتجاوز 4% من مجموع المرشحين، أو نسبة المرشحات على كل من الدوائر والقوائم في عام 2006، حيث لم تترشح على الدوائر التي لا تتبنى نظام الكوتا إلا 15 امرأة من أصل 414 أي ما نسبته 3.6% فقط،

³⁰ لجنة الانتخابات المركزية، تقرير الانتخابات التشريعية الثانية 2006 (رام الله، 2006). انظر فيه: جدول رقم (1) الخاص بالمرشحين والمرشحات على نظام الدوائر: 89-114؛ وجدول رقم (2) الخاص بالفائزين في انتخابات الدوائر: 115-119؛ وجدول رقم (21) الخاص بعدد النساء المرشحات والفائزات على مستوى الدوائر: 173.

³¹ لجنة الانتخابات المركزية، الانتخابات التشريعية الثانية. انظر فيه: الجدول رقم (4) الخاص بمرشحي القوائم: 123-139؛ والجدول رقم (22) الخاص بعدد المرشحات والفائزات على مستوى القوائم: 174.

وقد ساعد استخدام نظام الكوتا في انتخابات مجالس الهيئات المحلية إلى دفع الأحزاب السياسية والعشائر إلى دعم مرشحات من النساء، وضمنهن في قوائمهم الانتخابية، وذلك للحصول على عدد أكبر من المقاعد، بينما قبل تبني الكوتا كان المفهوم العشائري الذكوري هو السائد خاصةً في الانتخابات المحلية.³³

ويظهر لنا من قوانين الانتخابات الفلسطينية سواء الخاصة بالانتخابات الرئاسية والتشريعية، أو تلك الخاصة بانتخابات مجالس الهيئات المحلية أنها لم تمنح المرأة بعد نسبة 30% التي حددها إعلان بكين كحد أدنى لمشاركة المرأة، فما زالت نسبة تمثيل المرأة دون هذه النسبة في المجلس التشريعي، فوجود 17 امرأة من أصل 132 نائباً يعني ما نسبته 12.8%، وبالتالي لم تصل بعد إلى نسبة الأقلية الحرجة التي تضمن لها لعب دور مؤثر في صناعة القرار.

كما تشهد الحالة الفلسطينية غياب أدوات استراتيجية فلسطينية تعمل على تغيير النظرة الاجتماعية النمطية للمرأة على المستوى البعيد، فالكوتا ليست الأداة الوحيدة القادرة على تحقيق

للانتخابات حداً أدنى لتمثيل المرأة لا يقل عن امرأة واحدة من بين كل من: 1. الأسماء الثلاثة الأولى في القائمة. 2. الأسماء الأربعة التي تلي ذلك. 3. كل خمسة أسماء تلي ذلك".

كما تبني أيضاً قانون انتخاب مجالس الهيئات المحلية رقم 10 لسنة 2005 (المادة 17)، كوتا للنساء لا تقل عن 20% في مجالس الهيئات المحلية، على أن تتضمن القوائم الانتخابية امرأة من بين الأسماء الثلاثة الأولى في القائمة، وامرأة من بين الأسماء الأربعة التي تلي ذلك، وامرأة من بين الأسماء التي تلي ذلك. ولكن تم تعديل هذه النسبة بالقانون رقم 12 لسنة 2005 الخاص بتعديل بعض أحكام قانون انتخاب مجالس الهيئات المحلية رقم 10 لسنة 2005.³²

³² تنص المادة (1) منه على أنه: "تعديل المادة (17) من قانون انتخاب مجالس الهيئات المحلية رقم (10) لسنة 2005 لتصبح كالتالي: 1. في الهيئة المحلية التي لا يزيد عدد مقاعدها عن ثلاثة عشر مقعداً يجب ألا يقل تمثيل المرأة عن مقعدين: أ. امرأة واحدة من بين الخمسة أسماء الأولى في القائمة. ب. امرأة واحدة من بين الخمسة أسماء التي تلي ذلك. 2. في الهيئة المحلية التي يزيد عدد مقاعدها عن ثلاثة عشر مقعداً يُخصّص مقعداً للمرأة من بين الأسماء الخمسة التي تلي بند (ب) أعلاه. 3. يُستثنى من أحكام البند (1) أعلاه الهيئات المحلية التي يقل عدد الناخبين فيها وفقاً للجدول النهائي للناخبين عن ألف ناخب. وفي هذا الحال تترك للقوائم الانتخابية حرية اختيار الأماكن المخصصة للمرأة من بين مرشحيها. 4. إذا شغل مقعد للمرأة في مجلس الهيئة المحلية، تحل مكانها المرأة التي تليها في تسلسل المقاعد المخصصة للمرأة في نفس القائمة التي تنتمي إليها".

³³ شيب، "نظام الكوتا وتأثيره"، 85.

معاملة تفضيلية مؤقتة للمرأة تحقيقاً لجوهر الحق بالمساواة، لذلك فالكويت عبارة عن قيد على حق الرجال بالمنافسة الانتخابية على وجه المساواة مع المرأة تحقيقاً لمصلحة عامة، وبالتالي سيقوم الباحث بإخضاعها لامتحان الموازنة وفقاً للنظرية الترميمية.³⁵

أ. ينبغي أن يهدف القيد المفروض على الحق الأساسي إلى تحقيق مصلحة عامة مشروعة:

تعتبر الكوتا النسائية قيد على الحق الأساسي للرجال بالمشاركة السياسية على سبيل المساواة الكاملة مع المرأة وفقاً لما نصت عليه مختلف المواثيق والاتفاقيات الدولية، ولما نصَّ عليه القانون الأساسي الفلسطيني بأنَّ حق المشاركة السياسية والعامة يُمارَس بشكل متساوٍ دون تمييز، ولكن لم يأتِ هذا القيد اعتبارياً بشكلٍ غير مبرر، كما لم يأتِ بشكلٍ تعسفي، فهذا القيد له مشروعية وفقاً لاتفاقية سيداو على وجه الخصوص تحقيقاً للمساواة الفعلية بين المرأة والرجل على أرض الواقع، ويكون ذلك عبر إيجاد توازن معين من تكافؤ الفرص بين المرأة والرجل، بشكلٍ يحقِّز

³⁵ للاطلاع على الخطوات المتبعة بالموازنة، راجع: 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)، 55-60.

ذلك، فالتغيير الاجتماعي بحاجة إلى تبني سياسات حكومية أخرى أيضاً.

والكويتا في المجتمعات العربية خاصة لها أثر كبير في المساهمة في زيادة نسبة مشاركة المرأة في الانتخابات، وضمان تمثيلها، فمثلاً في الكويت تم منح المرأة في عام 2005 الحق بالتصويت والترشح، ولكن لم تفز أية امرأة،³⁴ بسبب عدم وجود كوتا خاصة بهن، خاصة أنها التجربة الأولى لمشاركة النساء، والمجتمع غير مهياً لدعمهن والاعتراف لهن بدورهن بالقيادة، ولكن بعد تبني نظام الكوتا أصبح هناك تمثيل لهن في مجلس النواب.

المحور السادس: الموازنة بين نظام الكوتا والحق بالمساواة

يظهر لنا من كل ما سبق أنَّ الكوتا التي تعتبر إحدى وسائل التمييز الإيجابي، لا تعتبر حقاً أساسياً للمرأة وفقاً لما نصَّت عليه اتفاقية سيداو، وإنما هي مجرد تدبير مؤقت تستخدمه الدولة لكي تكفل تكافؤ الفرص بين الجنسين وتعجيل تحقيق المساواة الفعلية على أرض الواقع، فالأساس هو أن يتم ممارسة المرأة والرجل لحقوقهما الأساسية على سبيل المساواة، والقيد على ذلك هو وجود

³⁴ المرجع السابق، 25.

ب. القيد مناسب لتحقيق الغاية، عبر وجود علاقة واضحة ومباشرة بينه وبين تحقيق الغاية المشروعة:

أظهرت لنا بعض الإحصائيات التي استخدمناها في هذه الدراسة على وجود علاقة سببية مباشرة بين استخدام نظام الكوتا، وزيادة نسبة مشاركة المرأة وتمثيلها ضمن الهيئات المنتخبة بالدولة، لذلك فلولا استخدام نظام الكوتا بالانتخابات لكانت نسبة مشاركة المرأة بها، ونسبة تمثيلها في البرلمان منخفضة للغاية إن لم تكن معدومة، خاصةً بالمجتمعات التي تسود فيها ثقافة التمييز ضد المرأة، وما حدث بالكويت عام 2005 من عدم نجاح أية امرأة بالانتخابات خير دليل على ذلك، الأمر الذي ينتهك بدوره حق المرأة بالمساواة مع الرجل في ممارسة الحقوق، وبالتالي فالكوتا تعتبر ضرورية في هذه المجتمعات أكثر من غيرها، لأنَّ عدم وجود هذا النوع من التدابير هو الذي سيمنع تكافؤ الفرص فعلياً، وسيكسر التمييز القائم ضد المرأة، وبالتالي ينتهك الحق بالمساواة، وليس العكس، فدون اتخاذ الدولة إجراءات مناسبة لعلاج ذلك "ومن ضمنها نظام الكوتا" لن تستطيع النساء أن تتمتع بحقها في المشاركة السياسية وأن تصل إلى تمثيل عادل لها في هيئات الدولة.

النساء ويرفع نسبة مشاركتهن بالحياة السياسية، الأمر الذي يساعدهن للوصول إلى المساواة مع الرجال، فهذا القيد ينسجم مع مبادئ العدالة ومع طبيعة المجتمع الديمقراطي الذي يعزز مفهوم التنوع والتعددية ويكفل حق جميع فئاته.

وبالتالي فإنَّ هناك هدفاً مشروعاً من وراء استخدام نظام الكوتا يتفق مع الغاية التي يصبو إلى تحقيقها مبدأ المساواة، والتي لا تتناقض مع جوهر ما يرمي إليه الدستور، وهي تحقيق المساواة بالنتائج/ المساواة الفعلية على أرض الواقع، فهذه مصلحة يهدف الدستور إلى تحقيقها، فالكوتا تقيد الحق بالمساواة شكلياً لكي تحقق جوهره/ الغاية الدستورية منه.

وبذلك فهي لا تنتهك الحق بالمساواة، وإنما تُفَعِّل تطبيقه بشكلٍ فعلي، فهذه الغاية تحقق الاستقرار والعدالة في المجتمع، بالوقت الذي تتعرض فيه المرأة للتمييز بناءً على هويتها الجنسية، فالمرأة عندما تصبح ممثلة في مؤسسات الدولة، وتدافع عن حقوقها، وتزيد مشاركتها في الحياة العامة، فإنَّ ذلك يعتبر تحقيقاً لمبدأ المساواة، وليس خرقاً له.

المجتمع بها بشكل إيجابي، حيث أصبح تمثيلها في برلمان الدولة يفوق نسبة "30%" خلال فترة قصيرة من الزمن، لذلك لم يعد هناك حاجة إلى استخدام وتبني هذا النظام من قبل تلك الدول، وهذا يدل على أن الالتزام بالمعايير الدولية يكفل إيجاد تحول نوعي بحجم المشاركة السياسية للمرأة، الأمر الذي قد يؤدي بعد فترة إلى اعتمادها على ذاتها بخوض المنافسة الانتخابية دون الحاجة لأي دعم إيجابي مثل نظام الكوتا، كونه حقق أهدافه.

ج. أن يكون القيد ضرورياً، بمعنى أنه الأقل ضرراً على الحق:

نعتقد أن نظام الكوتا هو القيد الأقل ضرراً على حق الرجال في المنافسة مع المرأة بشكلٍ متساوٍ بالانتخابات، وذلك لعدم وجود قيد عملي أقل ضرراً منه على الحق بالمساواة من جانب، إضافةً إلى أن هذا القيد تحده شروط تمنع من انتهاكه للحق بالمساواة، أو استخدامه كوسيلة تنتهك حقوق الرجال من جانب آخر، فالشروط التي ترتبط بنظام الكوتا والتي حددتها كل من اتفاقية سيداو وإعلان بكين لعام 1995، تعتبر ضماناً لعدم انقلاب هذا القيد على الغاية منه، وعدم انتهاكه للحقوق الأساسية للإنسان.

فالبينة الاجتماعية القائمة على المفهوم الذكوري لا تعتبر أرضية خصبة لوجود منافسة بشروط متكافئة بين المرأة والرجل، الأمر الذي سينجم عنه عدم وجود تمثيل عادل للمرأة، كون المناخ المحيط لا يمنح للمرأة فرصتها مثلما يمنحها للرجل، فصحيح أنه في ظل عدم وجود الكوتا تستطيع المرأة منافسة الرجل بالانتخابات، لكنها تنافسه في ظل ظروف غير عادلة، فهي فئة أضعف منه في المجتمع، وهو له نفوذ أكثر منها، ولكن الكوتا تساهم في جعلها تنافسه في ظل ظروف أكثر عدلاً.

وتعتبر مشكلة ضعف تمثيل النساء بمؤسسات الدولة المنتخبة هي ظاهرة على مستوى العالم، مع تباين بالنسب بين كل دولة وأخرى، ولكن أثبت نظام الكوتا أن له أثراً فعّالاً في زيادة نسبة مشاركة المرأة بالحياة السياسية حتى في أكثر دول العالم تقدماً، كونه يوفّر نوعاً من العدالة في التكافؤ بالفرص في المنافسة الانتخابية، لذلك أظهر استخدام نظام الكوتا وجود علاقة مباشرة بينه وبين تحقيق الغاية المرادة منه، وهذا باعتراف برنامج الأمم المتحدة الإنمائي UNDP الذي أكد أن استخدام الأقلية الحرجة (30%) في بعض الدول، أدى إلى ازدياد ملحوظ بنسبة مشاركة المرأة في الحياة العامة، وانعكس ذلك على ثقة

ما يزيد عن ذلك، وما زال الرجال يحصلون على أغلبية التمثيل في الهيئات المنتخبة على الرغم من استخدام نظام الكوتا، لذلك فإنّ هذا النظام لم ينتهك بالمطلق حقهم بالمنافسة الانتخابية، وإنما يعتبر الأقل ضرراً على حقهم، كون كل ما أحدثه هو خلق حافز للنساء لضمان تمثيلهم بعدد محدد كحد أدنى في مؤسسات الدولة.

وبالتالي فهي لا تعتبر انتهاكاً لحق الرجال بالمنافسة الانتخابية بشكلٍ متساوٍ مع المرأة، وإنما على العكس من ذلك، فهي تسعى لتمكين المرأة من المساواة مع الرجل بممارسة حقها بالمشاركة السياسية، فهي تسعى لتمتع الجنسين بالحقوق ذاتها، وليس أن يتمتع الرجل بحقوقه، بينما تُحرَم المرأة منها بسبب العوائق الاجتماعية، ففعلياً الرجل يتمتع بقوة اجتماعية أكثر من المرأة، ويمارس حقه بالمشاركة السياسية بشكل كامل، ويحصل على أغلبية التمثيل في هيئات الدولة دون الحاجة لنظام الكوتا لكي تساعده في ذلك، بينما المرأة لا تستطيع تحقيق ذلك دون نظام الكوتا، فالكوتا لا تمنع الرجال من المشاركة بالحياة السياسية، ولكن عدم وجودها يمنع المرأة من ذلك، من خلال عزوف النساء عن المشاركة نتيجة العقبات الاجتماعية وتدني نسبة مشاركتهن السياسية في ظل عدم وجود أي حافز لهن.

وتتمثل شروط الكوتا بأنها تنطلق بدايةً من غاية مشروعة تحقق الهدف من وراء الحق بالمساواة المنصوص عليه، وتتمثل هذه الغاية بتحقيق المساواة الفعلية. إضافةً إلى ذلك، فإنّ نظام الكوتا يعتبر إجراءً/تديباً مؤقتاً، يجب الانتهاء من استخدامه بمجرد تحقيق النتائج المرجوة منه، وبالتالي فهو ليس قيداً يتصف بالديمومة، فليس الهدف منه وجود معاملة تفضيلية للمرأة بشكل دائم، وإنما استخدام هذه المعاملة التفضيلية خلال مرحلة انتقالية مؤقتة تساهم بتمكينها من ممارسة حقوقها، لتستطيع ممارستها مستقبلاً دون الحاجة لأي تدبير إيجابي مساعد.

يُضاف إلى ذلك، أنّ الكوتا التي حددها إعلان بكين بنسبة 30% تعتبر الحد الأدنى لتمثيل المرأة وفقاً للمعايير الدولية، ورغم ذلك لم تلتزم العديد من الدول بهذه النسبة (بما فيها فلسطين) وإنما نصّت على نسبة للكوتا النسائية أقل من هذه الأقلية الحرجة الكافية لإيجاد حالة تأثير للمرأة في صنع القرار والمشاركة بالحياة السياسية، لذلك فإنّ هذا النظام يقيد حقوق الرجال بالمنافسة الانتخابية ضمن الحد الأدنى المخصص للنساء دون الإخلال بحقوقهم بالمنافسة فيما دون ذلك، حيث تتنافس المرأة فيما بينها على النسبة المخصصة للكوتا، بينما يتنافس كل من الرجال والنساء على

د. التناسب بين أهمية الحق الأساسي وأهمية المصلحة المراد حمايتها:

وهذه هي آخر خطوة في عملية الموازنة، وهي قائمة على الموازنة ما بين الأثر الناتج عن تقييد الحق الأساسي، مقابل ما يتم تحقيقه من مصلحة مشروعة عامة للمجتمع.

كما عرضت الدراسة، فإن حق المساواة هو حق أساسي أقرته كافة مواثيق حقوق الإنسان، وتضمنته الدساتير الوطنية للدول، ويعتبر هذا الحق ركيزة أساسية لاستقلالية الفرد القائمة على (الحرية، والمساواة، والكرامة الإنسانية)، لذلك يجب على أي قيد يُفرض عليه أن لا يمس باستقلالية الإنسان، من خلال الحفاظ على جوهر الحق بالمساواة، وعدم تجاوز القيد للغاية التي فُرض من أجلها.

وبقياس ذلك على العلاقة بين الحق بالمساواة ونظام الكوتا، فإن ممارسة هذا الحق من ناحية المشاركة بالحياة السياسية بين الرجل والمرأة دون أي عامل مساعد للمرأة سيؤدي إلى انتهاك حقها بالمساواة، من خلال عدم تمكينها من ممارسة هذا الحق، وبالتالي ستكون قيمة المساواة بالنسبة للمرأة يُعبّر عنها عبر النصوص القانونية، دون أن تلمس أثرها الحقيقي على أرض الواقع. فصحیح

أن المرأة تستطيع منافسة الرجل في الانتخابات على سبيل المساواة دون وجود كوتا تمنحها دعماً إيجابياً، إلا أن هذه المنافسة لن تكون قائمة على أسس عادلة، كون المنظومة الاجتماعية تتحيز إلى الرجال على حساب النساء، وبالتالي فإن المجتمع سيسلبها حقها الأساسي بالمشاركة السياسية وتبوءها مراكز صنع القرار، وإيجاد تمثيل عادل لها يتناسب مع حجمها الطبيعي بالمجتمع، ومع كفاءتها.

لذلك فإن عملية التقييد الشكلي للحق بالمساواة، ستساهم في تحقيق وحماية جوهر وباطن هذا الحق على أرض الواقع، وصحيح أن تقييد حق الرجال بالمنافسة المتساوية مع المرأة قد لا يسمح بوصول بعضهم من الذين نجحوا بالانتخابات إلى البرلمان، ولكن تحقيق مصلحة عامة وعلياً للدولة بكفالة حقوق النساء اللاتي يشكلن نصف المجتمع عدداً، وضمان تمثيل عادل لهن سيكون له الأولوية على حقوق بعض الأفراد، فالمصلحة العامة أولى من المصلحة الخاصة، لأنه لولا وجود الكوتا لن يكون هناك تمثيل حقيقي وعادل للمرأة، لأن تحقيق العدالة لفئة مهمشة سيؤدي إلى تحقيق العدالة للمجتمع، وإلا فسيظل المجتمع للأبد داعماً للرجل دون التفات لحقوق المرأة، لذلك

الأساسي بممارسة الحقوق السياسية على وجه المساواة بين المرأة والرجل، وقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج، حيث أن نظام الكوتا لا يعتبر انتهاكاً لحق الرجل بالمنافسة الانتخابية والمشاركة بالحياة السياسية على وجه المساواة مع المرأة، وإنما هو تقييد لهذا الحق تحقيقاً لغاية مشروعة.

كما أنه من المهم أن لا تتعسف الدولة باستخدام هذا النوع من التدابير الإيجابية لكي لا تنقلب على الهدف الرئيس منها وتصبح مخالفة للحقوق بدلاً من أن تقوم بحمايتها، لذلك يجب أن يكون نظام الكوتا مؤقت، ينتهي بمجرد تحقيق الغرض منه، لأنه قيد على الحق بالمساواة، وليس حق أساسي للمرأة بمعاملة تفضيلية على سبيل الدوام.

ولأن فكرة التمييز الإيجابي/ المعاملة التفضيلية قامت بسبب وجود عوائق اجتماعية تحد من قدرة المرأة على منافسة الرجل على سبيل المساواة بالانتخابات، لذلك فإن هناك حاجة لاستخدام وسائل استراتيجية على المدى البعيد لتغيير الأفكار النمطية حول دور المرأة بالمجتمع، لأن الكوتا لا تستطيع وحدها كتدبير مؤقت فعل ذلك، فهي مجرد أداة تعالج الظاهرة، وليس جذورها، كما أن استخدام أدوات استراتيجية ستساهم في إنهاء الحاجة لاستخدام تدابير التمييز الإيجابي.

يأتي هنا دور الدولة بكفالة حق المرأة بالمساواة من خلال الكوتا.

كما أن نظام الكوتا لا يُصادر حق الرجال بالمنافسة الانتخابية، فهو فقط يكفل حد أدنى من التمثيل للمرأة، وعادةً النسبة التي تخصص للمرأة هي نسبة متوازنة لا تصل إلى مرحلة الاعتداء على حقوق الرجال، فما زال الرجال يحصدون أغلبية مقاعد البرلمان على الرغم من تخصيص كوتا نسائية، لذلك فإن هذه الكوتا لم يكن لها ذلك الضرر الكبير على حقوقهم، وما حققته من نتائج من خلال زيادة نسبة مشاركة المرأة، وزيادة ثقة المجتمع بها يستحق القول أنها حققت مصلحة عامة للدولة، ولكن يجب دائماً التعامل بحذر مع هذا القيد لكي لا يتم التعسف باستخدامه وينقلب بالتالي على الغاية التي وُضِعَ من أجلها، لذلك لا يجوز للكوتا أن تمس جوهر الحق بالمساواة من ناحية، كما أنه يجب التأكيد دائماً على أنها أداة مؤقتة يجب الانتهاء من استخدامها بمجرد إمكانية أن تخوض المرأة الانتخابات دون الحاجة لها نتيجة لوجود دعم مجتمعي لدورها.

الخاتمة

تناولت هذه الدراسة العلاقة بين نظام الكوتا الانتخابي كأحد أشكال التمييز الإيجابي والحق

كما أننا نرى أنّ مصطلح التمييز الإيجابي ليس المصطلح الأنسب، كون هذا النوع من المعاملة التفضيلية كما تبين لنا لا يندرج ضمن نطاق التمييز المحظور، وقد استنتجت صراحةً كل من اتفاقتي سيداو والاتفاقية الخاصة للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، إضافةً إلى التفسير الذي قدمته لجنة حقوق الإنسان حول مصطلح التمييز، لذلك فالأفضل استخدام مصطلح "الدعم الإيجابي" أو التدابير الإيجابية كونها تعبر عن مضمونه بشكل أفضل، فهي ليست تمييزاً على الإطلاق.

وأخيراً، نستنتج من هذه الدراسة أنّ المشرع الفلسطيني لم يتبن النظرية الترميمية، خاصةً في ظل أنه لم يفرض التزامات إيجابية على الدولة لكفالة الحق بالمساواة.

المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

أ- الاتفاقيات والمواثيق الدولية:

- ميثاق الأمم المتحدة (1945):

<https://goo.gl/3v6Vxi>

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (1948):

<https://goo.gl/zPzqP>

- الاتفاقية الخاصة بشأن الحقوق السياسية للمرأة

(1952): <https://goo.gl/VYJpWz>

- الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز

العنصري (1965): <https://goo.gl/jJvni9>

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

(1966): <https://goo.gl/JEc1XV>

- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

(سيداو) (1979): <https://goo.gl/BCiNA>

- اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة،

التوصية العامة رقم (5) لعام 1988:

<https://goo.gl/NHAI2A>

- اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم

(18) لعام 1989: <https://goo.gl/ooZNXt>

- اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة،

التوصية العامة رقم (25) لعام 2004:

<https://goo.gl/y2hXPV>

ب- التشريعات الوطنية:

- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003،

الوقائع الفلسطينية، العدد 0، صادر بتاريخ

2003/3/18.

- قانون الانتخابات رقم (13) لسنة 1995، الوقائع

الفلسطينية، عدد 8، صادر بتاريخ 1995/12/7.

- قانون الانتخابات رقم (9) لسنة 2005، الوقائع

الفلسطينية، عدد 57، صادر بتاريخ 2005/08/13.

- قانون انتخاب مجالس الهيئات المحلية رقم (10) لسنة 2005، الوقائع الفلسطينية، عدد 57، صادر بتاريخ 2005/8/15.

- القانون رقم (12) لسنة 2005 الخاص بتعديل بعض أحكام قانون انتخاب مجالس الهيئات المحلية رقم (10) لسنة 2005، الوقائع الفلسطينية، عدد 58، صادر بتاريخ 2005/8/29.

- القرار بقانون رقم (1) لسنة 2007، الوقائع الفلسطينية، عدد 72، صادر بتاريخ 2007/9/2.

ج- قرارات المحاكم:

- البلاغ رقم (172/184)، س.و. بروكس ضد هولندا (الآراء المعتمدة في 1987/4/9)، منشور في وثيقة الأمم المتحدة، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، A/42/40، 150.

- A Court HR, Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica, Advisory Opinion. OC-4/84 of January 19, 1948, Series A, No. 4.

ثانياً: المراجع:

❖ المراجع العربية:

- اشتية، عمر عبد اللطيف مصطفى. "تجربة المرأة الفلسطينية في العمل البرلماني وأثر ذلك في تعزيز المشاركة السياسية (1996-2009)". جامعة النجاح الوطنية، رسالة ماجستير، 2012.

- برنامج الأمم المتحدة الإنمائي (UNDP). الكوتا النسائية في الانتخابات اللبنانية. دم، 2015.

- بكور، عبد اللطيف. "الانتخابات المحلية وإجراءات التمييز الإيجابي: نظام الكوتا". المجلة المغربية للسياسات العمومية، عدد 20، (2016): 341-373.

- الجهاز المركزي للإحصاء الفلسطيني. *المرأة والرجل في فلسطين: اتجاهات وإحصاءات*. رام الله، 1998.
- الجهاز المركزي للإحصاء الفلسطيني. *المرأة والرجل في فلسطين: قضايا وإحصاءات*. رام الله، 2016.
- 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.
- شيب، هادي. "نظام الكوتا وتأثيره على المشاركة السياسية للمرأة الفلسطينية". جامعة بيرزيت، رسالة ماجستير، 2011.
- لجنة الانتخابات المركزية. *الديمقراطية في فلسطين: الانتخابات الفلسطينية العامة لرئيس السلطة الوطنية الفلسطينية وأعضاء المجلس التشريعي لعام 1996*، ط2. رام الله، 2002.
- لجنة الانتخابات المركزية. *تقرير الانتخابات التشريعية الثانية 2006*. رام الله، 2006.
- المفوضية السامية لحقوق الإنسان ورابطة المحامين الدولية. *حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل: دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدّعين العامين والمحامين*. نيويورك وجنيف، 2003.

❖ المراجع الأجنبية:

- Dahlerup, Drude. *Quotas are changing the history of women*. Stockholm: Stockholm University, 2003.
- Fuchs, Michael. *Quota Systems for disabled persons: Parameters, Aspects, Effectivity*. Vienna: European Centre for Social Welfare Policies and Research, 2014.
- Moller, Kai. *The global model of constitutional rights*. New York: New York University, 2013.



BIRZEIT UNIVERSITY

كلية الحقوق والإدارة العامة

Faculty of Law and Public Administration

وحدة القانون الدستوري

Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/3)
فئة أوراق طلبة الماجستير

رشا توفيق عمارنة

**إضراب العاملين في القطاع العام
المدني والأمني في فلسطين:
ما بين الحق والمصلحة العامة**

كانون ثاني/ يناير 2018

إضراب العاملين في القطاع العام المدني والأمني في فلسطين: ما بين الحق والمصلحة العامة
 Civil and Security Public Servants' Right to Strike in Palestine: Balancing Rights and Public Interests [Arabic]

رشا توفيق عمارنة Rasha T. Amarna

التدقيق اللغوي: إبراهيم المصري

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (3/2018)
 MA Students Papers Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/3)
 فئة أوراق طلبة الماجستير

© 2018, 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

© 2018، جامعة بيرزيت

وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقياً أو إلكترونياً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة القانون الدستوري في جامعة بيرزيت. للتواصل والمعلومات بالخصوص: 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].

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

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

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:

رشا توفيق عمارنة*

إضراب العاملين في القطاع العام المدني والأمني في فلسطين:

ما بين الحق والمصلحة العامة**

مقدمة

يعتبر الحق في الإضراب من الحقوق التي أثارت العديد من الاختلافات في تفسيره وتعريفه، كما في اعتباره حقاً أساسياً للعاملين وبشكل خاص للعاملين في القطاع العام؛ فالحق في الإضراب من الحقوق التي نص عليها العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية كجزء من الحق في التنظيم النقابي (الفقرة 1/د من المادة 8)، فيما خلا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من أي نص يشير صراحة إلى هذا الحق، آخذين بعين الاعتبار أن العهد الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ترك للدول ضمن تشريعاتها تنظيم ممارسة الحق في الإضراب، كما أجاز لها إخضاع أفراد القوات المسلحة أو رجال الشرطة أو موظفي الإدارات الحكومية لقيود قانونية على ممارستهم لهذه الحقوق.

* طالبة في ماجستير القانون بجامعة بيرزيت، مدير عام الشؤون القانونية في هيئة مكافحة الفساد الفلسطينية.

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

المواطنون، أو أضر بالمصلحة العامة، كما حدث في إضراب المعلمين. ويعتبر الأمر أكثر تعقيداً بالنسبة للعاملين في قوى الأمن، حيث ورغم كفالة القانون الأساسي للحق في الإضراب، دون أن يقصر هذا الحق على جهة معينة دون غيرها، إلا أنه أحال تنظيم حدود ممارسته للقانون، وفي ظل غياب قانون ناظم لممارسة حق العاملين في قوى الأمن بالإضراب، يكون من الصعب معرفة ما إذا كان لهذه الفئة الحق في الإضراب، آخذين بالاعتبار طبيعة عملهم وما قد يترتب على ممارستهم لهذا الحق من إضرار بالأمن العام.

تكمن إشكالية البحث في عدم وضوح مدى تمتع العاملين في الوظيفة العامة المدنية والعسكرية بالحق في الإضراب كحق أساسي مكفول دستورياً، وحدود ممارستهم لهذا الحق، والقيود الواردة عليه، ومدى تعارضه مع المصلحة العامة والأمن العام.

يعتمد البحث المنهج الوصفي التحليلي في تناوله لمفهوم الحق في الإضراب، وفق ما ورد في المواثيق الدولية ذات العلاقة، ومحاولة تحليل النصوص التشريعية الوطنية لمعرفة مدى تمتع العاملين في القطاع العام وبشكل خاص في قوى الأمن، بالحق في الإضراب كحق أساسي، والقيود التي ترد على ممارستهم لهذا الحق، آخذين بالاعتبار إمكانية تعارض ممارسة هذا الحق مع

أما في التشريعات الوطنية الفلسطينية، فقد نص القانون الأساسي الفلسطيني على الحق في الإضراب في الفقرة الرابعة من المادة (25) منه ضمن الحق في العمل، على أن يرسم القانون حدود ممارسة هذا الحق، وبذلك نجد أن القانون الأساسي الفلسطيني لم يحدد مفهوماً واضحاً للإضراب، كما لم يحدد من يحق له ممارسة هذا الحق من العاملين في القطاع العام أو القطاع الخاص، إلا أنه ترك للمشرع رسم حدود ممارسة هذا الحق. وبالعودة إلى القوانين التي تحكم علاقات العمل في القطاع العام، والمتمثلة في قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998 وقانون الخدمة في قوى الأمن رقم (8) لسنة 2005، نجد أن كلا منهما قد تناول الحق في الإضراب، حتى صدور القرار بقانون رقم (5) لسنة 2008 بشأن تنظيم ممارسة حق الإضراب في الخدمة المدنية، الذي اقتصر على تنظيم ممارسة حق الإضراب في الخدمة المدنية فقط.

ورغم الاعتراف القانوني والدستوري بحق العاملين في الخدمة المدنية في ممارسة حق الإضراب، إلا أنه يواجه برفض من المجتمع ومن الحكومة (المشغل) في كثير من الحالات، وبشكل خاص إذا ما مس أو أثر على الخدمات التي يتلقاها

المحور الأول: مبررات اعتبار الحق في الإضراب للعاملين في القطاع العام حقاً أساسياً للوهلة الأولى

يعرف الإضراب لغة بأنه الكف والإعراض، فالإضراب مصدر الفعل "أضرب" الذي يعني الإعراض عن القيام بعمل معين، فيقال: أضرب عن الشيء أي كف وأعرض عنه، ويقال: أضرب العمال أي كفواً عن العمل حتى تجاب مطالبهم.¹

أما تعريف الإضراب قانوناً، فرغم وجود الإضراب منذ قديم الزمن، حيث مورس منذ العصور القديمة من قبل بعض العاملين، لغايات تحسين ظروف عملهم، فلم تحتو أية من المواثيق الدولية التي جاءت متأخرة جداً في تنظيمها لهذا الحق تعريفاً واضحاً وشاملاً للإضراب. كما لم تحتو غالبية التشريعات في الدول التي اعترفت بالحق بالإضراب على تعريف لهذا الحق، تاركةً تعريفه للفقه والقضاء.² هذا واختلقت التعريفات الفقهية والقضائية للإضراب؛ فمنهم من عرف الإضراب بأنه: "اتفاق عدة أشخاص على الامتناع عن العمل دون أن تنصرف نيّتهم إلى التخلي عن

المصلحة العامة والأمن العام، مطبقين في كل ذلك فرضيات النظرية الترميمية للحقوق الأساسية المتمثلة بأن هناك تضخماً حقوقياً واضحاً في الحقوق الأساسية، وأن الحقوق الأساسية ترتب التزامات أفقية وعمودية، وترتب التزامات إيجابية أيضاً على الدولة لحماية الحقوق السياسية والمدنية وحماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وأنها تخضع لاختبار التوازن باعتماد آلية التناسبية.

يقسم البحث إلى أربعة محاور: يتناول الأول مرحلة التبرير الوطني والدولي، فيما يعرض الثاني لحق العاملين في القطاع العام المدني والعسكري في الإضراب ضمن النظام القانوني الفلسطيني. أما المحور الثالث، فيتناول الآثار المترتبة على الاعتراف بحق العاملين في القطاع العام بالإضراب. وأخيراً، يتناول المحور الرابع كيفية إعمال التوازن ما بين الحق في الإضراب وحماية المصلحة العامة والأمن العام.

¹ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الأول (القاهرة: مكتبة الشروق الدولية، 2004)، 556.

² ميثم غانم المحمودي، حق الإضراب بين الحظر والإباحة دراسة مقارنة (المنصورة: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2016)، 20.

العموميون، المدنيون والعسكريون، أو أنه يقتصر على العاملين في القطاع الخاص، دون غيرهم، كما تنور العديد من التساؤلات حول معنى التوقف عن العمل وما يشتمله من صور، وحوال الأسباب التي تبرر هذا التوقف وتجعل من الإضراب مشروعاً، ففي حين نجد أن بعض التعريفات الفقهية قصرت المصالح التي يتم الإضراب من أجل تحقيقها بالمصالح المهنية، نجد بعضها قد توسع في الأسباب المشروعة للإضراب لتشمل المساندة لنشاط سياسي أو اجتماعي معين.

افترضت النظرية الترميمية "النموذج العالمي الحديث للحقوق الأساسية"، أن الواقع أوجد تضخماً كبيراً في الحقوق الأساسية، بحيث تم التوسع من قبل المحاكم في ما تعتبره ضمن الحق الأساسي، وعليه فليس كل ما يعتبر حقاً للوهلة الأولى (prima facie right) يقع ضمن أحد الحقوق الأساسية المكفولة بموجب الدستور، وإنما يكون كذلك إذا ما مس باستقلالية الفرد وكرامته وحرية ابتداءً، ثم خضع بعد ذلك لمرحلة التبرير القانوني، ونجح في اختبار التناسبية والتوازن.⁶

فهل حق الإضراب لموظفي القطاع العام المدني والعسكري، هو حق للوهلة الأولى؟

وظائفهم نهائياً، وذلك بقصد إظهار سخطهم أو السعي لتحقيق مطالبهم، لاسيما المتعلقة بالعمل كرفع الأجور".³ فيما عرفه مجلس الدولة الفرنسي بأنه: "توقف منظم مسبق للعمل من أجل الدفاع عن المصالح المهنية".⁴ كما عُرف على أنه "توقف كل أو بعض الموظفين أو العمال عن العمل، بهدف تحسين ظروف العمل والحصول على مزايا أفضل، أو بقصد مساندة نشاط سياسي أو اجتماعي معين".⁵ ومن خلال هذه التعريفات، يتضح لنا أن الحق في الإضراب حق يتمتع به العاملين في القطاعين العام والخاص، بموجبه يتوقفون كلهم أو بعضهم عن العمل، لفترة مؤقتة تنتهي بتحقيق مطالبهم، هذه المطالب التي قد تكون مطالب عمالية لتحسين ظروف العمل وشروطه، وقد تكون الأسباب تضامنية لمساندة نشاط سياسي أو اجتماعي معين.

ولكن، وفي ظل غياب التعريف القانوني للإضراب، فقد تنور تساؤلات حول ما إذا كان الإضراب حقاً أساسياً يتمتع به الموظفون

³ سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري دراسة مقارنة (القاهرة: دار الفكر العربي، 1979)، 387.

⁴ قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1979/7/25، متوفر على موقع المجلس الدستوري الفرنسي: <https://goo.gl/vBiyPV>

⁵ رشا خليل عيد، "مدى دستورية إضراب الموظف العام في ظل القانونين الفرنسي والمصري"، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية 4، العدد 13، (2012)، 172.

⁶ Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, (Oxford, OUP, 2012), 4-5.

قرار لها عام 2015؛⁷ حيث اعتبرت أن حق موظفي الخدمة العامة بالإضراب أثناء المفاوضات الجماعية من شأنه أن يكرس القيم المتعلقة بالحرية والمساواة والكرامة الإنسانية والتي تكفل بدورها استقلاليتهم.

أما عن الحق في الإضراب وفق الميثاق الدولية، وما إذا كان هذا الحق مكفولاً للعاملين في القطاع العام المدني والعسكري على حد سواء، فبنتبع للميثاق الدولية لحقوق الإنسان، بدءاً من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في العام 1948، ثم العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية للعام 1966، والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966، نجد أن الصك الدولي الذي أشار إلى الحق في الإضراب صراحة كان العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، إذ إن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لم يتضمن نصاً خاصاً وصريحاً يتناول الحق في الإضراب، وإن كان بالإمكان اعتبار المواد (22) و(23) من الإعلان تتضمن بشكل غير مباشر الحق في الإضراب، حيث

ستحاول الباحثة فحص مدى انطباق هذه الفرضية على الحالة محل البحث، فلمعرفة ما إذا كان لموظفي القطاع العام في فلسطين، بما في ذلك أفراد الشرطة الفلسطينية الحق في الإضراب، نبحث أولاً فيما إذا كان الحق في الإضراب حقاً أساسياً للهولة الأولى، ويكون كذلك إذا ما كان انتهاكه من شأنه أن يمس بكرامة العامل وحريةته ويخل بمبدأ المساواة. وترى الباحثة أن حرمان العامل بشكل عام من حقه في الإضراب والذي يعتبر أساسياً في ممارسته للحرية النقابية ولحقه في المفاوضات الجماعية، من شأنه أن يمس باستقلاليتهم لما له من تأثير على حريةته، فمجرد منعه من ممارسة الإضراب يمس بحريةته باختيار وسيلة التعبير عن عدم رضاه عن شروط وظروف عمله، كما يفقده إمكانية التفاوض على قدم المساواة وبذات القوة في مواجهة الإدارة، الأمر الذي يخل بالتوازن ما بين طرفي علاقة العمل لدى التفاوض لحل نزاعات العمل التي قد تنشأ بينهما، وأخيراً من شأنه أن يفرض على العامل في هذين القطاعين القبول بشروط عمل لا تلبى احتياجاته الوظيفية أو بظروف عمل غير لائقة الأمر الذي من شأنه المس بكرامته الإنسانية، وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا الكندية في

⁷ قرارها الصادر بتاريخ 2015/1/30، في قضية:

Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan 2015 SCC 4. Indexed as: Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan 2015 SCC 4 File No.: 35423. 2014: May 16; 2015: January 30 .

إخضاع أفراد القوات المسلحة أو رجال الشرطة أو موظفي الإدارات الحكومية لقيود قانونية على ممارستهم لهذه الحقوق.⁹

وفي هذا الإطار، ترى الباحثة أن العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ورغم إشارته للحق في الإضراب، إلا أن طريقة صياغة هذا الحق، والتي تركت أمر تنظيم الإضراب للقوانين الوطنية للدول المعنية، دون أن ترسم ملامح هذا الحق بتعريفه أو بتحديد من لهم الحق فيه، أو بوضع أي من المحددات التي تستند لها القوانين الوطنية لدى صياغتها للمواد التي تنظم

⁹ تنص المادة (8) من العهد الدولي المذكور: "1. تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بكفالة ما يلي: أ) حق كل شخص في تكوين النقابات بالاشتراك مع آخرين وفي الانضمام إلى النقابة التي يختارها، دونما قيد سوى قواعد المنظمة المعنية، على قصد تعزيز مصالحه الاقتصادية والاجتماعية وحمائتها. ولا يجوز إخضاع ممارسة هذا الحق لأية قيود غير تلك التي ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو النظام العام أو لحماية حقوق الآخرين وحرياتهم، ب) حق النقابات في إنشاء اتحادات أو اتحادات حلافية قومية، وحق هذه الاتحادات في تكوين منظمات نقابية دولية أو الانضمام إليها، ج) حق النقابات في ممارسة نشاطها بحرية، دونما قيود غير تلك التي ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو النظام العام أو لحماية حقوق الآخرين وحرياتهم. د) حق الإضراب، شريطة ممارسته وفقاً لقوانين البلد المعني. 2. لا تحول هذه المادة دون إخضاع أفراد القوات المسلحة أو رجال الشرطة أو موظفي الإدارات الحكومية لقيود قانونية على ممارستهم لهذه الحقوق. 3. ليس في هذه المادة أي حكم يجيز للدول الأطراف في اتفاقية منظمة العمل الدولية المعقودة 1948 بشأن الحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي اتخاذ تدابير تشريعية من شأنها، أو تطبيق القانون بطريقة من شأنها، أن تخل بالضمانات المنصوص عليها في تلك الاتفاقية.

تشير المادة (22) من الإعلان إلى: "لكل شخص - بوصفه عضواً في المجتمع - حق في الضمان الاجتماعي، ومن حقه أن تُوفّر له، من خلال المجهود القومي والتعاون الدولي، وبما يتفق مع هيكل كل دولة ومواردها، الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي لا غنى عنها لكرامته ولتنامي شخصيته في حرية"، فيما تشير المادة (23) من الإعلان والتي تضمنت الحقوق المتعلقة بالعمل في الفقرة الرابعة منها إلى حق كل شخص في إنشاء النقابات مع آخرين والانضمام إليها من أجل حماية مصالحه.⁸

وأما العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، فقد نص على الحق في الإضراب في المادة (8/د) في سياق تتناول الحق في التنظيم النقابي، حيث ألزمت الدول بالتعهد بكفالة الحق في الإضراب، شريطة ممارسته وفقاً لقوانين البلد المعني. ذلك إلا أن المادة (8) في الفقرة (2) منها أكدت على إمكانية

⁸ كما تنص المادة (23) من الإعلان على أن: "1- لكل شخص حق العمل، وفي حرية اختيار عمله، وفي شروط عمل عادلة ومُرضية، وفي الحماية من البطالة. 2- لجميع الأفراد، دون أي تمييز، الحق في أجر متساوٍ على العمل المتساوي. 3- لكل فرد يعمل حق في مكافأة عادلة ومُرضية تكفل له ولأسرته عيشة لائقة بالكرامة البشرية، وتُستكمل، عند الاقتضاء، بوسائل أخرى للحماية الاجتماعية. 4- لكل شخص حق إنشاء النقابات مع آخرين والانضمام إليها من أجل حماية مصالحه."

البعض بهذه المادة للتأكيد على وجود الحق في الإضراب لهذه الفئة ابتداءً مع تقييد كيفية استعمالهم لهذا الحق، حيث من الثابت فقهاً وقضاءً أن فرض القيود على الحقوق والحريات العامة يكون بهدف تنظيمها وليس بإعدامها كلياً، إذ التقييد للحي ولا قيد على عدم.¹¹

وحيث إن دولة فلسطين صادقت على العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في العام 2014، فبالإمكان القول بانطباق الالتزام المترتب عليها بكفالة الحق في الإضراب، مع إمكانية تقييد ممارسته من قبل الموظفين العموميين وأفراد الشرطة و القوات المسلحة بما يحفظ الأمن والنظام العام.

المحور الثاني: حق العاملين في القطاع العام المدني والعسكري في الإضراب ضمن النظام القانوني الفلسطيني

كفل القانون الأساسي الفلسطيني في المادة (25) منه الحق في الإضراب ضمن تناوله لحقوق العمل، والتي تضمنت الحق في العمل، وعلاقات عمل تكفل العدالة للجميع والرعاية الصحية والاجتماعية للعمال، والحق في التنظيم النقابي

هذا الحق، أضعف من إلزامية هذا النص، كما أضعف من إمكانية إنفاذه أمام القضاء، ويطلق البعض على مثل هذه الإحالة للتشريعات الوطنية دون تحديد لمدى القيود التي بالإمكان فرضها لتقييد هذا الحق وصف "نصوص استردادية"،¹⁰ وهي تلك النصوص التي تعلن عن الحقوق والحريات الأساسية لجميع الأفراد، وفي الوقت نفسه تنص على إمكانية سحب تلك الحقوق من قبل سلطات الدولة عبر إصدار التشريعات.

كما ترى الباحثة أن إمكانية تقييد حق أفراد القوات المسلحة أو رجال الشرطة أو موظفي الإدارات الحكومية في ممارسة الحقوق الواردة في المادة (2/8) من العهد والتي تشمل الحق في الإضراب، لا يمكن تفسيرها بأي حال من الأحوال أنها تعني إمكانية حرمانهم من هذه الحقوق بشكل مطلق، وذلك وفق أحكام المادة (4) من العهد التي تنص على أنه ليس للدولة أن تخضع التمتع بالحقوق التي تضمنها طبقاً لهذا العهد إلا للحدود المقررة في القانون، وإلا بمقدار توافق ذلك مع طبيعة هذه الحقوق، وشريطة أن يكون هدفها الوحيد تعزيز الرفاه العام في مجتمع ديمقراطي. ويستشهد

¹⁰ 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)، 67.

¹¹ عبد، مدى دستورية إضراب الموظف العام، 203.

انتهجه المشرع الفلسطيني في صياغة جزء كبير من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تضمها القانون الأساسي في باب الحقوق والحريات الأساسية.¹³

أما على مستوى التشريعات العادية، فلم تتناول القوانين النازمة للعمل في القطاع العام المدني والعسكري، حق العاملين فيها في الإضراب، حيث يخلو قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998، المعدل بموجب القانون رقم (4) لسنة 2005، وقانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية رقم (8) لسنة 2005، من أي نص يشير إلى الإضراب.

وبذلك فقد اتسمت البيئة التشريعية في فلسطين منذ العام 2003 وحتى العام 2008، بوجود حق أساسي في الإضراب لهذه الفئة بموجب القانون الأساسي، اشترط ممارستها في حدود القانون، ولم تصدر قوانين نازمة لكيفية ممارسة هذا الحق، فهل يلغي ذلك أو يعطل الحق في الإضراب للعاملين في القطاع العام؟ ترى الباحثة أن عدم صدور القوانين النازمة للإضراب لا يلغي الحق الأساسي لهذه الفئة في الإضراب، ولكنه يفتح

والحق في الإضراب،¹² إلا أنه وعند النص على الحق في الإضراب اشترط ممارسته في حدود القانون. وبذلك فإن القانون الأساسي قد أحال للمشرع مهمة رسم حدود ممارسة الحق في الإضراب، من حيث شروطه وأسبابه ودوافعه وغيرها من الحدود. إلا أنه لم يقصر الحق في الإضراب على فئة معينة من العمال، وإنما نص عليه كجزء من الحقوق العمالية التي تنطبق على كافة الفئات العاملة في فلسطين.

ويمكن الاستنتاج أن المادة (25) من القانون الأساسي تؤكد مبدئياً أن للعاملين في القطاع العام بشقيه المدني والعسكري يملكان حقاً أساسياً بالإضراب، تكون ممارسته وفق الحدود التي ترسمها القوانين النازمة لعملهم أو النازمة للتنظيم النقابي أو لممارستهم الحق في الإضراب. إلا أن صياغة الفقرة الرابعة من المادة (25) من القانون الأساسي، وفق ما يرى البعض، جاءت لتمنح حقاً معنوياً غير قابل للنفوذ في القضاء استناداً على ذات النص في القانون الأساسي. وهو الأمر الذي

¹² حيث تنص المادة (25) منه على أن "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."

¹³ عاصم خليل، قابلية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للتناضي في فلسطين: التطبيق، الإنفاذ، ودور المحكمة الدستورية العليا، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (6/2017) (وحدة القانون الدستوري في كلية الحقوق والإدارة العامة بجامعة بيرزيت، 2017)، 14.

بالإضراب في المرافق العامة، نجد أن المادة تشترط لصحة الإضراب في المرافق العامة ما يلي:

أولاً: توجيه تنبيه كتابي من قبل الطرف المعني بالإضراب إلى الطرف الآخر (مجلس الوزراء)، والوزارة (وزارة العمل) قبل أربعة أسابيع من الإضراب موضحاً أسبابه.

ثانياً: أن يكون التنبيه الكتابي موقِعاً من 51% من عدد العاملين في المنشأة على الأقل.

ثالثاً: عدم جواز عرض الإضراب أثناء إجراءات النظر في النزاع الجماعي.

رابعاً: يترتب على عرض نزاع العمل الجماعي على جهة الاختصاص وقف الإضراب.

وترى الباحثة أن الشروط المطلوبة لصحة الإضراب وبشكل خاص تلك المتعلقة بشرط توقيع 51% من العاملين، يعتبر من الشروط التي لا تتسجم مع طبيعة العمل في القطاع العام، كما أنها تهمل دور النقابات في قرار الإضراب، وتتفق مع من يرى في اشتراط هذه النسبة العالية استحالة لممارسة حق الإضراب من قبل العاملين في القطاع العام،¹⁵ الأمر الذي يعد من قبيل القيود التي تهدر الحق المحمي بدلاً من تنظيمه.

¹⁵ خضر، التنظيم الدستوري في فلسطين، 65.

المجال أمام السلطات العامة في الدولة أن تتوسع باتخاذ إجراءات تقيد الحق في الإضراب، ويضعف من دور القضاء في الرقابة على هذه الإجراءات.¹⁴

في العام 2008، ولمواجهة موجة من الإضرابات المتكررة في القطاع العام، تم إصدار القرار بقانون رقم (5) لسنة 2008 بشأن تنظيم ممارسة حق الإضراب في الخدمة المدنية، حيث أكد في مادته الأولى على الحق لكافة العاملين في الخدمة المدنية بالإضراب وفق أحكامه، وأحال في مادته الثانية للشروط الواردة في قانون العمل لممارسة الإضراب في المرافق العامة الواردة في المادة (67) من قانون العمل رقم (7) لسنة 2000، ثم أجاز -في مادته الثالثة- لمجلس الوزراء أو أية جهة متضررة من الإضراب اللجوء إلى محكمة العدل العليا لوقف الإضراب إذا كان مخالفاً للقانون أو كان يلحق ضرراً جسيماً بالمصلحة العامة.

وبالعودة إلى نص المادة (67) من قانون العمل رقم (7) لسنة 2000، والشروط المتعلقة فيها

¹⁴ جدير بالذكر أن القطاع العام المدني قد خاض إضراباً طويلاً عن العمل بدعوة من نقابة العاملين في الوظيفة العامة في العام 2007، اعتراضاً على انقطاع الرواتب، مستنداً على الحق في الإضراب المكفول له في القانون الأساسي.

وإعلانهم تصعيد إضرابهم، بدعوى أن الإضراب مخالف للقانون وأن المستدعي ضدهم قد تعسفوا في استخدام حقهم في الإضراب، طالبة وقف الإضراب مؤقتاً لحين البت في الدعوى، وبالنتيجة وقف الإضراب المعلن من قبل المستدعي ضدهم، وقد قررت المحكمة في وقف الإضراب مؤقتاً لحين البت في الدعوى لما يترتب على الإضراب من أضرار يتعذر تداركها، و قبل البت في الدعوى أعلن مساعد النائب العام التوصل إلى اتفاق ما بين الحكومة والمستدعي ضدهم في الدعاوى الثلاث ينهي الإضراب، وبناءً عليه فقد قررت المحكمة رد الدعاوى لاعتبارها بدون موضوع ومنتبهة.

وترى الباحثة أن القضاء الفلسطيني، يستطيع ممارسة الدور المناط به قانوناً بتقدير مدى قانونية الإضراب من قبل الموظفين العموميين، وفي تقدير مدى جسامته الإضرار بالمصلحة العامة في حال استمرار الإضراب بشكل يجعل منه الجهة الأكثر قدرة على إيجاد التوازن ما بين حق الموظفين العموميين في الإضراب دون التعسف في استخدام هذا الحق بشكل يضر بالمصلحة العامة بشكل جسيم.

وخلص القول، إن التشريعات الفلسطينية أكدت على حق العاملين في الخدمة المدنية في

إلا أن الباحثة ترى أن القرار بقانون، منح القضاء، ممثلاً بمحكمة العدل العليا، صلاحية تقديرية واسعة لبحث شرعية الإضراب من ناحية مدى انطباق الشروط القانونية أو في تقديره لجسامته المساس بالمصلحة العامة في حال استمرار الإضراب، الأمر الذي يسمح للقضاء بحماية هذا الحق من التعسف في استخدامه من قبل العاملين في الوظيفة العامة، ومن تعسف الإدارة في منعه؛ حيث ترك لها وحدها أي المحكمة، البت في قانونيته، أو تقدير جسامته إضراره بالمصلحة العامة.

ورغم ذلك فإن تتبع قرارات المحكمة العليا المتعلقة في الإضراب، نجد أن المحكمة في غالبية قراراتها لم تبت في موضوع الحق في الإضراب ومشروعيته وإنما ردت بعضها للتوصل إلى اتفاق قبل النظر في الموضوع، أو ردتها لأسباب شكلية تتعلق بالصفة أو المصلحة؛ ففي القرارات الصادرة عن محكمة العدل العليا بتاريخ 28 أيار/ مايو 2007 ذوات الأرقام (2008/68، 2008/69)، (2008/70) تقدم مجلس الوزراء والنائب العام بدعوى ضد كل من نقابة المعلمين، ورابطة العاملين في الوظيفة العمومية، واتحاد نقابات العاملين في المهن الصحية، لوقف الإضراب المعلن من قبلهم يوم 7 نيسان/ ابريل 2008

وفي هذا المجال، فلا بد من الإشارة إلى أن مبادئ "ماستريخت" التوجيهية المتعلقة بانتهاكات الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كرست بدورها هذه الفرضية لدى تفسيرها للالتزامات المترتبة على هذه الحقوق وما يعتبر انتهاكاً لها.¹⁸ حيث تنص هذه المبادئ في الفقرة (6) منها، تحت عنوان "الالتزام بالاحترام والحماية والأداء" أن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية تفرض كالحقوق المدنية والسياسية، ثلاث فئات من الالتزامات على الدول: الالتزام بالاحترام، والالتزام بالحماية، والالتزام بالأداء. ويشكل عدم الوفاء بأي التزام من هذه الالتزامات الثلاثة انتهاكاً لهذه الحقوق. ويعني الالتزام بالاحترام أن تمتنع الدولة عن عرقلة التمتع بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ويتطلب الالتزام بالحماية أن تمنع الدولة انتهاك هذه الحقوق من جانب أطراف ثالثة، ويتطلب الالتزام بالأداء أن تتخذ الدول التدابير اللازمة -التشريعية، والإدارية، والمالية، والقضائية، وغيرها- من أجل إعمال هذه الحقوق إعمالاً كاملاً.

¹⁸ اعتمدت هذه المبادئ من قبل مجموعة خبراء في القانون الدولي في ورشة عمل حول مضمون الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمقصود بانتهاكها والمسؤولية عن ذلك وسبل الانتصاف. عقدت الورشة في مدينة ماستريخت الهولندية، خلال الفترة الواقعة بين 22-26 كانون الثاني/يناير 1997، متوفرة على موقع المكتبة العربية لحقوق الإنسان في جامعة منيسوتا: <https://goo.gl/e1Vagi>

الإضراب، وصممت عن تنظيم ممارسة حق أفراد الشرطة فيه، ما يستنتج منه انطباق هذا الحق على الفئتين مع صعوبة التقاضي بشأنه من قبل أفراد الشرطة، الأمر الذي يعني إمكانية إخضاع أفراد الشرطة لقيود في ممارستهم لهذا الحق، دون أن تكون هذه القيود خاضعة لرقابة القضاء.

المحور الثالث: الآثار المترتبة على الاعتراف بحق العاملين في القطاع العام بالإضراب

الحق في الإضراب من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ورغم أن هذه الحقوق كانت تعتبر من الحقوق التي ترتب التزامات إيجابية على الدولة، وتُترك للدولة تطبيقها تدريجياً وفق إمكانياتها ومواردها، إلا أن النظرية الحديثة الترميمية للحقوق الأساسية، تفترض أن كلا النوعين من الحقوق، أو الجيلين كما يطلق عليهما، يرتبان على الدولة التزامات إيجابية، وأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية يترتب على الدولة حمايتها.¹⁶ كما تفترض النظرية ذاتها أن الحقوق الأساسية ترتب التزامات عمودية على الدولة وأفقية تقع على الأفراد.¹⁷

¹⁶ Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, 6-9.

¹⁷ المرجع السابق، 10-12.

المكفول في القانون الأساسي وفي القرار بقانون بشأن تنظيم ممارسة الإضراب في الخدمة المدنية،²⁰ حتى وإن لم ينص على ذلك في القانون بشكل صريح.

أما التزام الأداء، فيتمثل بداية في التزام المشرع بإصدار التشريعات اللازمة لتمكين العاملين في القطاع العام من ممارسة حقهم في الإضراب، واتخاذ التدابير الإدارية والمالية وغيرها التي تلزم لهذا الغرض، وفي هذا المجال فإن صدور القرار بقانون رقم (5) لسنة 2008، يعتبر من قبيل الالتزامات الإيجابية المترتبة على الدولة لضمان تمتع الموظف العام بالحق في الإضراب الذي كفلته المادة (25) من القانون الأساسي. ويبقى القول إن عدم صدور قانون ناظم لممارسة أفراد الشرطة الفلسطينيين أو غيرهم من العاملين في قوى الأمن لحقهم في الإضراب يعتبر انتهاكاً للحق المكفول في القانون الأساسي بالإضراب الذي لم يميز بين أي من فئات قوى العمل، آخذين بعين الاعتبار أن خصوصية عمل هذه الفئة، ومدى تأثير توقفهم عن العمل وخاصة إذا ما كان التوقف كلياً من شأنه الإضرار بالأمن العام، ولعل هذا يتطلب وضع حدود لممارسة هذا

هذا ويقع انتهاك العهد وفق ما نصت عليه هذه المبادئ، عندما لا تقي الدولة بما وصفته اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بالحد الأدنى من الالتزام الأساسي؛ إذ ترى اللجنة أنه يقع على عاتق كل دولة من الدول الأطراف حد أدنى من الالتزام الأساسي بضمان الوفاء، على أقل تقدير، بالمستويات الأساسية الدنيا لكل حق من الحقوق".¹⁹

وبفحص النصوص الواردة في التشريعات الفلسطينية المتعلقة بالإضراب، وما ترتبه من التزامات على الدولة وعلى الأفراد، نخلص إلى ما يلي:

فيما يتعلق بالالتزام الاحترام، فهو شكل من أشكال الالتزامات السلبية، وفي هذا المجال وعلى الرغم من أن الحق في الإضراب هو من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، فالالتزام باحترامه يرتب على الدولة عدم القيام بما من شأنه عرقلة ممارسة هذا الحق، وعليه فإن قيام الدولة مثلاً بمنع أو تجريم الإضراب، أو توقيف، أو إيقاع عقوبات تأديبية أو فصل لأي من الموظفين بسبب ممارستهم لحقهم في الإضراب يعتبر انتهاكاً للحق

²⁰ International Trade Union Confederation, *The right to strike and the ILO: The legal foundations* (Geneva, 2014), 40-44.

¹⁹ مبادئ "ماستريخت" التوجيهية المتعلقة بانتهاكات الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

قبل صاحب العمل إقدام العامل على رفع قضية أو مشاركته في إجراءات ضد صاحب العمل بادعاء خرق القانون، ومن ضمن هذه الإجراءات الإضراب، فيما حظرت الثانية تغيير شروط العمل أثناء النظر في نزاع العمل الجماعي. أما من ناحية الالتزامات الأفقية المترتبة على الحق في الإضراب، وفق التشريعات الفلسطينية، فبالإمكان القول فقط إن مثل هذه الالتزامات رسمها القانون في سبيل الحد من ممارسة الحق في حال أدى إلى ضرر جسيم بالمصلحة العامة حيث أتاحت المادة (3) من القرار بقانون بشأن ممارسة الإضراب في الخدمة المدنية لكل متضرر الطلب من محكمة العدل العليا وقف الإضراب.

المحور الرابع: كيفية إعمال التوازن ما بين الحق في الإضراب وحماية المصلحة العامة والأمن العام

تتعرض النظرية الترميمية للحقوق الأساسية، خضوع الحقوق الأساسية لامتحان التوازن بالعادة من قبل القضاة في المحاكم وذلك باعتماد آلية التناسبية. وبفحص لمدى انطباق هذه الفرضية على الحق في الإضراب وفق التشريعات الفلسطينية نجد أن النصوص التشريعية التي تناولت الحق في الإضراب صيغت بما يضمن إمكانية إعمال هذا التوازن في مرحلتين، الأولى

الحق ضمن قانون واضح يضمن من جهة الإبقاء على هذا الحق، ومن جهة أخرى ضمان الأمن العام، وهو الأمر الذي سنتعرض له في المحور الرابع و الأخير من هذا البحث.

أما التزام الحماية، وهو ما افترضت النظرية الترميمية للحقوق انطباقه على الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والذي يتطلب أن تمنع الدولة انتهاك هذه الحقوق من جانب أطراف ثالثة، فلم تجد الباحثة في القوانين ذات الصلة ما يوفر مثل هذه الحماية للمضربين من الموظفين، بل على العكس من ذلك نجد أن القرار بقانون رقم (5) لسنة 2008، أتاح لأي متضرر من الإضراب الحق في التقدم للمحكمة بطلب وقف الإضراب في حال كان الإضراب مخالفاً لأحكام هذا القانون أو يلحق ضرراً جسيماً بالمصلحة العامة (مادة 3).

وعليه فلا يمكن القول بأن التشريعات الفلسطينية قد فرضت التزام بالحماية على الدولة لممارسة الموظف العام وأفراد الأمن الفلسطينيين لحقهم في الإضراب، على الرغم من وجود مثل هذه الحماية للعاملين في القطاع الخاص ممن يمارسون حقهم في الإضراب كما في المادتين (39) و(65) من قانون العمل رقم (7) لسنة 2000، حيث لا تعتبر الأولى من الأسباب التي تبرر إنهاء العمل من

قابل للتقاضي، الأمر الذي قد يؤدي إلى تقييد هذا الحق تقييداً كلياً بمنع ممارسته حماية للأمن العام. فهل يمس الإضراب في القطاع العام بالمصلحة العامة ضرراً جسيماً، وهل يضر إضراب العاملين في كل مؤسسات القطاع العام بالمصلحة العامة بذات الدرجة من الجسامة، وما المعيار الذي من شأن تطبيقه المساس بأقل درجة ممكنة أو التقييد في أضيق الحدود اللازمة لحق الموظفين العموميين وأفراد الشرطة في الإضراب في مقابل تحقيق المصلحة العامة والأمن العام؟

فلدى نظر المحكمة لبحث دستورية التدابير التشريعية أو الإدارية التي تتخذها الإدارة لتقييد حق هاتين الفئتين في الإضراب، تعمل المحكمة ابتداءً على تحديد الغاية المشروعة من التقييد، ومدى تناسب الإجراء المتخذ مع الغاية المتوخاة من قبل الإدارة، وفحص إن كان الإجراء المتخذ هو الأقل تقييداً للحق، ومن ثم أعمال التوازن ما بين المصلحة الفردية المحمية للموظف بالإضراب وبين المصلحة العامة.²¹

وبإعمال هذه الخطوات لفحص مدى دستورية أي من التقييدات وتأثيرها على الحق الأساسي

عندما أحال القانون الأساسي تنظيم ممارسة الحق في الإضراب للمشرع، بحيث يتم رسم الحدود التي يمارس ضمنها حق الإضراب، ثم وفي مرحلة تالية، يعمل القضاء على حماية الحقوق الأساسية، مع أعمال للتوازن ما بين هذه الحقوق المحمية والمصلحة العامة والأمن العام وحقوق الآخرين، وهو ما تضمنته المادة (3) من القرار بقانون بشأن تنظيم ممارسة حق الإضراب في الوظيفة العامة.

وفي محاولة لإجراء اختبار التناسبية والتوازن على حق العاملين في القطاع العام في ممارسة حق الإضراب، فإننا قد نصل إلى النتائج التالية:

بناءً على ما تم عرضه في المحاور السابقة من هذه الورقة البحثية، فقد اتضح تمتع الموظفين العموميين المدنيين بحق الإضراب وفق الشروط التي حددها المشرع، إلا أن القانون نفسه أجاز لمجلس الوزراء، كما أجاز لأي متضرر من الإضراب في حال كان مخالفاً للقانون أو يلحق ضرراً جسيماً في المصلحة العامة، اللجوء إلى المحكمة لوقف الإضراب. أما أفراد الشرطة والأجهزة الأمنية ولعدم تنظيم ممارستهم للحق في الإضراب بقانون، فإن حقهم في الإضراب وفق القانون الأساسي لا يعدو كونه حقاً معنوياً غير

²¹ Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, 12-13.

مباشر بحسن سير المرفق العام مثلاً، أو بوصول الخدمات التعليمية.

وفي مرحلة لاحقة تتحقق المحكمة من مدى ضرورة هذا التقييد، وهل هو الأقل إضراراً بالحق المحمي بالإضراب، ففي إضراب العاملين في القطاع المدني، يجب بحث أو تحديد الخدمات الأساسية التي يعتبر انقطاع تقديمها الكلي للمواطنين بسبب الإضراب من شأنه فعلاً أن يمس بالمصلحة العامة ويضر ضرراً جسيماً لا يمكن تداركه، وتحديد الحد الأدنى من الخدمات التي تضمن حصول المواطنين على الحد الأدنى من الخدمة. أما بالنسبة للعاملين في الشرطة والأجهزة الأمنية فهل بالإمكان اعتبار مثلاً أن الحق في الإضراب ممكن ممارسته بقيود معينة من شأنه لا يضر بالأمن العام.

وفي النهاية وضمن أحد المنهجيات المتبعة لإعمال الموازنة بالمعنى الواسع، توازن المحكمة ما بين أهمية حماية حق هذه الفئات في الإضراب وما بين المصلحة العامة، آخذين بعين الاعتبار ما قد يترتب انتهاك الحق من ضرر ليس فقط على الفرد وإنما على المجتمع مقارنة مع المصلحة المتوخاة من التقييد.

بالإضراب المكفول وفق المادة (25) من القانون الأساسي الفلسطيني، تبحث المحكمة بداية الغاية المشروعة المتوخاة من التقييد، وفي حالة إضراب العاملين في القطاع العام المدني، قد تكون الغاية الحفاظ على حسن سير المرفق العام، كما قد تكون الحفاظ على تقديم الخدمات العامة الأساسية للمواطنين، وقد تكون أيضاً حماية حقوق الآخرين في الصحة والتعليم وغيرها من الحقوق التي قد تتأثر سلباً بفعل إضراب العاملين في القطاع العام المدني، وهي بكل تأكيد غاية مشروعة ومقبولة لدى المحكمة، وأما في إضراب أفراد الشرطة والأجهزة الأمنية فإن الغاية المتوخاة من تقييد ممارستهم للحق في الإضراب تتمثل في الحفاظ على الأمن العام، إذ يؤثر إضراب هذه الفئة على أمن المجتمع العام كونهم الجهة المخولة قانوناً بحراسة الأمن العام للمجتمع والمحافظة عليه.

ومن ثم تعمل المحكمة على فحص العلاقة المباشرة ما بين الإجراء المتخذ تقييداً للحق في الإضراب من قبل هذه الفئات والغاية المتوخاة، حيث يجب أن يكون الإجراء المتخذ يعمل بشكل مباشر على تحقيق الغاية المتوخاة، فمثلاً، منع وصول حافلات نقل الموظفين كما حدث في إضراب المعلمين، لا يمكن اعتباره من الإجراءات التقييدية المقبولة لعدم اتصال هذا الإجراء بشكل

وفي جميع الحالات التي يتم فيها تقييد ممارسة الحق في الإضراب بشكل كلي، وذلك بمنعه كما في الموظفين العاملين في القوات المسلحة والشرطة والموظفين العموميين في المستويات الإدارية العليا، فيجب وضع بدائل تمكن هذه الفئة من التفاوض لتحسين ظروف وشروط عملها، منها وسائل الوساطة والتحكيم المحايدة، بناءً على اتفاق الطرفين، بحيث تكون قراراتها ملزمة لكليهما، وأما في حالات المنع الجزئي، والذي يمكن فرضه على العاملين في الخدمات العامة الأساسية فيجوز ممارسة الحق في الإضراب الجزئي بما يضمن حد أدنى من الخدمات.²³

ولعل انتهاج القضاء لهذا التفسير الضيق للمصلحة العامة عند موازنته ما بين حق الموظفين المدنيين والعسكريين في الإضراب وما بين المصلحة العامة، من شأنه أن يضمن من ناحية المصلحة العامة والأمن العام، ومن ناحية أخرى يتخذ التفسير الأقل تقييداً للحق في الإضراب مع حماية حقهم في أن توفر لهم الوسائل التي تمكنهم من التفاوض بفعالية لتحسين شروط وظروف عملهم.

وفي هذا المجال، عملت لجنة الحريات النقابية في منظمة العمل الدولية على بناء مجموعة من السوابق المتعلقة بممارسة الحرية النقابية، ومنها الحالات التي يجوز فيها تقييد الحق في الإضراب في الحالتين الآتيتين: الأولى، إضراب الموظفين العاملين في القوات المسلحة والشرطة والموظفين العموميين في المستويات الإدارية العليا؛ إذ إن ممارسة تلك الفئات للإضراب يلحق الضرر بأمن المجتمع، ويتقدم على ما سواه من حاجات المجتمع. والثانية، الإضراب في مجال الخدمات العامة الأساسية فقط، بالمعنى الضيق؛ ذلك أن اللجنة اعتبرت أن الخدمات الأساسية هي الخدمات التي يعرض توقف العمل فيها الحق في الحياة إلى خطر (مثل: المستشفيات، إمدادات المياه، مراقبي خدمات الطيران الجوي) الأمر الذي جعل استبعاد هذه الطائفة من مزاوله حق الإضراب لا يمثل انتهاكاً لمبادئ الحرية النقابية. كما ذهبت اللجنة إلى أن الأنشطة التي تبدو غير جوهرية لا يجوز مصادرة حق موظفيها في الإضراب، مثل: الموائى بصفة عامة، إصلاح الطائرات، خدمات النقل، البنوك، الأنشطة الفلاحية، المناجم، الصناعات المعدنية والبتروولية، التعليم، توريد وتوزيع المواد الغذائية.²²

Horacio, *Ilo Principles Concerning The Right To Strike* (International Labour Organization, 1998), 17-24.

²³ Gernigon, Guido and Horacio, *Ilo Principles Concerning The Right To Strike*, 23-24.

²² Bernard Gernigon, Otero Guido and Alberto

التعريف الأنسب للحق بالإضراب بأنه "حق يتمتع به العاملون في القطاعين العام والخاص، بموجبه يتوقفون كلهم أو بعضهم عن العمل، لفترة مؤقتة تنتهي بتحقيق مطالبهم، هذه المطالب التي قد تكون مطالب عمالية لتحسين ظروف العمل وشروطه، وقد تكون الأسباب تضامنية لمساندة في نشاط سياسي أو اجتماعي معين".

كما توصلت الباحثة إلى أن الحق في الإضراب يشكل حقاً أساسياً للوهلة الأولى لفئات العاملين كافة، بما في ذلك العاملين في القطاع العام المدني والعسكري، ذلك أن من شأن حرمان العامل بشكل عام من حقه في الإضراب، والذي يعتبر أساسياً في ممارسته للحرية النقابية ولحقه في المفاوضة الجماعية، من شأنه مبدئياً أن يمس باستقلاله لما له من تأثير على حريته، فمجرد منعه من ممارسة الإضراب يمس بحريته باختيار وسيلة التعبير عن عدم رضاه عن شروط وظروف عمله، كما يفقده إمكانية التفاوض على قدم المساواة وبذات القوة في مواجهة الإدارة، الأمر الذي يخل بالتوازن ما بين طرفي علاقة العمل لدى التفاوض لحل نزاعات العمل التي قد تنشأ بينهما، وأخيراً من شأنه أن يفرض على العامل في هذين القطاعين القبول بشروط عمل لا تلبى احتياجاته الوظيفية أو بظروف عمل غير لائقة

وعليه فإن إخضاع حق الموظفين العموميين لاختبار التوازن من شأنه أن يبرر منع أفراد الشرطة والموظفين الذين يمارسون السلطة باسم الدولة من ممارسة حقهم في الإضراب حفاظاً على أمن المجتمع، على أن توفر لهم البدائل التي تمكنهم من التفاوض على تحسين شروط وظروف عملهم كآليات الوساطة والتحكيم المحايدة والملمزة باتفاق الطرفين، أما العاملين في المؤسسات التي تقدم الخدمات العامة الأساسية فيجوز تقييد ممارسة حقهم في الإضراب بشكل جزئي، بما يضمن تقديم الحد الأدنى من الخدمات، وأخيراً فإن بقية العاملين في القطاع العام يمارسون حقهم في الإضراب دون أن يتم تقييده إلا بالالتزام بالشروط الواردة في القانون.

الخاتمة

في محاولة من الباحثة للتوصل إلى إجابات لأسئلة البحث، ضمن منهجية قامت بشكل أساسي بفحص مدى انطباق فرضيات النظرية الترميمية للحقوق الأساسية، واستخدامها لغايات التعرف على مدى تمتع العاملين في القطاع العام المدني والعسكري بالحق في الإضراب فقد توصلت الباحثة إلى أن المواثيق الدولية، وكذلك التشريعات الوطنية لم تورد تعريفاً واضحاً للإضراب كما لم يتفق الفقه على تعريف محدد له. وترى الباحثة أن

خصوصية عمل هذه الفئة، ومدى تأثير توقعهم عن العمل وخاصة إذا ما كان التوقف كلياً من شأنه الإضرار بالأمن العام، الأمر الذي يتطلب وضع حدود لممارسة هذا الحق ضمن قانون واضح يضمن من جهة الإبقاء على هذا الحق، ومن جهة أخرى ضمان الأمن العام، أما النوع الثالث من الالتزامات وهو الالتزام بالحماية والذي يتطلب أن تمنع الدولة انتهاك هذه الحقوق من جانب أطراف ثالثة، فلم تجد الباحثة في القوانين ذات الصلة ما يوفر مثل هذه الحماية للمضربين من الموظفين المدنيين والعسكريين.

أما من ناحية الالتزامات الأفقية المترتبة على الحق في الإضراب وفق التشريعات الفلسطينية فبالإمكان القول فقط أن مثل هذه الالتزامات رسمها القانون في سبيل الحد من ممارسة الحق في حال أدى إلى ضرر جسيم بالمصلحة العامة حيث أتاحت المادة (3) من القرار بقانون بشأن ممارسة الإضراب في الخدمة المدنية لكل متضرر الطلب من محكمة العدل العليا وقف الإضراب.

ولدى إخضاع حق الموظفين العموميين لاختبار التوازن فقد وجد ما يبزر منع أفراد الشرطة والموظفين الذين يمارسون السلطة باسم الدولة من ممارسة حقهم في الإضراب حفاظاً على أمن المجتمع، على أن توفر لهم البدائل التي تمكنهم

الأمر الذي من شأنه المس بكرامته الإنسانية. وهو حق مكفول للعاملين في القطاع العام بشقيه في المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية الفلسطينية، مع إمكانية تقييده بما يضمن تحقيق المصلحة العامة و الأمن العام.

أما من ناحية الالتزامات المترتبة على الدولة وعلى الأطراف نتيجة لوجود الحق في الإضراب لهذه الفئة، فتمثل التزامات الدولة في ثلاثة أنواع: الأول، هو الالتزام باحترام هذا الحق بما يرتب على الدولة عدم القيام بما من شأنه عرقلة ممارسة هذا الحق، وعليه فإن قيام الدولة مثلاً يقوم بمنع أو تجريم الإضراب، أو توقيف، أو إيقاع عقوبات تأديبية أو فصل لأي من الموظفين بسبب ممارستهم لحقهم في الإضراب. أما الثاني، فهو التزام الأداء الذي يرتب على المشرع الالتزام بإصدار التشريعات اللازمة لتمكين العاملين في القطاع العام من ممارسة حقهم في الإضراب، واتخاذ التدابير الإدارية والمالية وغيرها التي تلزم لهذا الغرض، وفي هذا المجال فإن عدم صدور قانون ناظم لممارسة أفراد الشرطة الفلسطينيين أو غيرهم من العاملين في قوى الأمن لحقهم في الإضراب يعتبر انتهاكاً للحق المكفول في القانون الأساسي بالإضراب الذي لم يميز بين أي من فئات قوى العمل، آخذين بعين الاعتبار أن

من التفاوض على تحسين شروط وظروف عملهم كآليات الوساطة والتحكيم المحايدة والملزمة باتفاق الطرفين، أما العاملين في المؤسسات التي تقدم الخدمات العامة الأساسية فيجوز تقييد ممارسة حقهم في الإضراب بشكل جزئي، بما يضمن تقديم الحد الأدنى من الخدمات، وأخيراً فإن بقية العاملين في القطاع العام يمارسون حقهم في الإضراب دون أن يتم تقييده إلا بالالتزام بالشروط الواردة في القانون.

المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

أ- الاتفاقيات والمواثيق والوثائق الدولية:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948، اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة في باريس بتاريخ 10 كانون الأول/ ديسمبر 1948، بموجب القرار 217/ألف. متوفر على: <https://goo.gl/Cg8cBm>
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ: 3 كانون الثاني/يناير 1976. متوفر على: <https://goo.gl/ffkaU3>
- مبادئ ماستريخت التوجيهية المتعلقة بانتهاكات الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. اعتمدها مجموعة خبراء في القانون الدولي في ورشة عمل عقدت في مدينة ماستريخت الهولندية، خلال الفترة الواقعة بين 22-26 كانون الثاني/يناير 1997، متوفرة على موقع المكتبة العربية لحقوق الإنسان في جامعة منيسوتا: <https://goo.gl/e1Vagi>

ب- التشريعات الوطنية:

- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، الوقائع الفلسطينية، العدد (0)، بتاريخ 2003/3/19، ص5.
- قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998، المعدل بالقانون رقم (4) لسنة 2005، الوقائع الفلسطينية، عدد (24)، بتاريخ 1998/07/01، ص20.

- قانون الخدمة في قوى الأمن رقم (8) لسنة 2005، الوقائع الفلسطينية، عدد (56)، بتاريخ 2005/6/28، ص4.
- القرار بقانون رقم (5) لسنة 2008 بشأن تنظيم ممارسة الإضراب في الوظيفة العامة، الوقائع الفلسطينية، العدد الممتاز (3)، بتاريخ 2008/6/20.
- قانون العمل رقم (7) لسنة 2000، الوقائع الفلسطينية، عدد (39)، بتاريخ 2001/11/25.

ج- قرارات المحاكم:

- قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية رقم (2008/68) الصادر بتاريخ 2008/5/28.
- قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية رقم (2008/69) الصادر بتاريخ 2008/5/28.
- قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية رقم (2008/70) الصادر بتاريخ 2008/5/28.
- قرار صادر عن المحكمة العليا الكندية بتاريخ 2015/1/30.

Indexed as: Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan 2015 SCC 4 File No.: 35423. 2014: May 16; 2015: January 30

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.

- خليل، عاصم، "قابلية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للتقاضي في فلسطين: التطبيق، الإنفاذ، ودور المحكمة الدستورية العليا"، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/6)، وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، 2017.
- الطماوي، سليمان محمد. *الوجيز في القانون الإداري دراسة مقارنة*. القاهرة: دار الفكر العربي، 1979.
- عبد، رشا خليل، "مدى دستورية إضراب الموظف العام في ظل القانونين الفرنسي والمصري"، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية 4، العدد 13، (2012): 171-219.
- مجمع اللغة العربية. *المعجم الوسيط*، الجزء الأول. القاهرة: مكتبة الشروق الدولية، 2004.
- المحمودي، ميثم غانم. *حق الإضراب بين الحظر والإباحة: دراسة مقارنة*. المنصورة: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2016.

❖ المراجع الأجنبية:

- Gernigon, Bernard, Odero Guido and Alberto Horacio. *Ilo Principles Concerning The Right To Strike*. International Labour Organization, 1998.
- International Trade Union Confederation, *The right to strike and the ILO: The legal foundations*, Geneva, 2014.
- Möller, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford, OUP, 2012.



BIRZEIT UNIVERSITY

كلية الحقوق والإدارة العامة

Faculty of Law and Public Administration

وحدة القانون الدستوري

Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/4)
فئة موسوعة القانون الدستوري العربي
القارن

نوار بدير وعاصم خليل

حالة الضرورة

كانون ثاني/ يناير 2018

State of Necessity [Arabic]

حالة الضرورة

نوار بدير وعاصم خليل Newar Bdair & Asem Khalil

التدقيق اللغوي: إبراهيم المصري

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (4/2018)
Encyclopedia of Comparative Arab Constitutional Law Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/4)
فئة موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن

© 2018, 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 : chairofcfl@birzeit.edu

© 2018، جامعة بيرزيت

وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقياً أو إلكترونياً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة القانون الدستوري في جامعة بيرزيت. للتواصل والمعلومات بالخصوص: chairofcfl@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].

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

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

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:

نوار بدير* وعاصم خليل**

حالة الضرورة

1. المقدمة

تتعرض النصوص الدستورية في الدولة لاختصاص السلطات الثلاث فيها التشريعية والتنفيذية والقضائية، ويتعين على كل سلطة فيها الالتزام بصلاحياتها وعدم تجاوز حدودها انطلاقاً من مبدأ المشروعية، والذي يقصد به "خضوع الحكام والمحكومين لسيطرة أحكام القانون ووجوب احترامه والعمل بمقتضاه" (متولي 2005، 73). فالسلطة التشريعية تختص بتشريع القانون وتبنيه، والتنفيذية تعمل على تنفيذه واحترامه، وأخيراً تراقب السلطة القضائية على تطبيقه من باقي السلطات والأفراد. إلا أن هذه الدولة قد تواجه في بعض الحالات ظروفًا استثنائية يتعين مواجهتها بطريقة تتجاوز فيها مبدأ المشروعية. وقد تبنى النظام القانوني الفلسطيني في القانون الأساسي المعدل للعام 2003 من الظروف الاستثنائية "حالة الضرورة" و"حالة الطوارئ"، وعالج معظم أحكامها بذات الطريقة التي تعرض لها الدستور المصري للعام 1971 والدستور المصري للعام 2014، وكذلك والدستور الأردني المعدل للعام 1952. وتهتم هذه الدراسة في بحث "حالة الضرورة" دون "حالة الطوارئ"، والتي بموجبها تواجه السلطة التنفيذية بعض الظروف الاستثنائية التي تستوجب إصدار تشريعات قانونية مستعجلة لمواجهتها.

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

** استاذ مشارك في القانون العام، جامعة بيرزيت.

من دستورها للعام 1962 تحت إطار "المراسيم بقانون". وبالتالي نجد أن الأنظمة القانونية العربية اختلفت في تسمية هذه الحالة، وإن اتفقت في مجمل أحكامها وظروفها (الطماوي 1993، 68).

تحاول الورقة الإجابة على التساؤلات التالية: ما هو الإطار القانوني الناظم لموضوع الضرورة؟ ما هي شروط إعلان حالة الضرورة، وهل تختلف أحكامها في التشريعات العربية المقارنة؟ ما هي ضوابط ممارستها؟ هل تخضع القرارات بقانون التي يتم إصدارها في حالة الضرورة للرقابة، ومن هي الجهة المختصة بذلك؟

وللوصول إلى الغايات المنشودة تفرد الورقة إلى قسمين؛ يتعرض الأول للإطار القانوني لحالة الضرورة، يتناول الجزء الأول منه تعريف حالة الضرورة، ومن ثم يتناول الجزء الثاني الضوابط القانونية لحالة الضرورة. أما القسم الثاني بعنوان الرقابة على حالة الضرورة، يتعرض فيه إلى جزئين الأول يناقش صلاحية الهيئة التشريعية بالمراجعة الإجرائية، أما الثاني يعالج الرقابة الدستورية على هذه الحالة والقرارات المتخذة خلالها.

قبل التعرض لأحكام الضرورة في الدساتير الوطنية لا بد من الإشارة إلى أن المشرع اتفق في مختلف الدول العربية على منح السلطة التنفيذية صلاحيات تشريعية في حالات الضرورة التي لا تحتل التأخير وفي غير أدوار انعقاد الهيئة التشريعية بإصدار قرارات بمرتبة قوانين، إلا أنهم اختلفوا في تسميتها؛ فالدستور الأردني المعدل (1952)، أطلق عليها في المادة (94) مصطلح "القوانين المؤقتة"، أما في فلسطين ومصر "القرارات بقوانين" وفقاً للمادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003) والمادة (156) من الدستور المصري (2014)، ويطلق عليها الفقه المصري "تشريعات أو لوائح الضرورة"، بينما في الكويت عالجتها المادة (71)

* تختلف التسميات بخصوص الجهة التي يكون اختصاصها تبني القوانين؛ فتسمى في فلسطين المجلس التشريعي، وهو يقوم بمقام برلمان بمجلس واحد؛ وفي غيرها من الدول كما الأردن فيكون من اختصاص مجلس النواب، الذي يشكل، مع مجلس الأعيان، البرلمان الأردني، وفي مصر يسمى مجلس الشعب وبعد إلغاء مجلس الشورى فهو البرلمان المصري المنعقد بمجلس واحد. وفي الولايات المتحدة يسمى House of Representatives كمجلس أول في البرلمان الأمريكي المشكل من هذا المجلس ومن مجلس الشيوخ؛ وفي بريطانيا، يسمى مجلس العموم، حيث يوجد أيضاً مجلس اللوردات كمجلس ثاني ضمن البرلمان البريطاني. وعليه، فقد ارتأينا في هذه الورقة استخدام "الهيئة التشريعية" للإشارة إلى ذلك المجلس المختص بالتشريع على شكل قانون (statutory law). وعليه لم نفضل استخدام "السلطة التشريعية" (وهو مصطلح دارج في الأدبيات؛ حيث أن هناك اختلاف جوهري بين السلطة التشريعية (Legislative Authority) والجهاز الحكومي المختص بالتشريع (Legislative Organ)).

2. الإطار القانوني لحالة الضرورة

تتعرض معظم الدساتير الوطنية لتنظيم حالة الضرورة موضحة الجهة المختصة بإعلانها وضوابطها القانونية والظروف الموجبة لإعلانها، وفي هذا الجزء سيتم التعرض لمفهوم حالة الضرورة ومن ثم الانتقال للحديث عن الشروط القانونية بإعلانها.

2-1. المفهوم

لم تتبنّ الدساتير الوطنية تعريفاً محدداً وبشكل صريح لحالة الضرورة، وإن اتحدت في وضع إطارها وضوابطها القانونية، إلا أن بعض الفقهاء يعرفها بأنها "تشريعات استثنائية تصدرها السلطة التنفيذية بين أدوار انعقاد البرلمان أو في فترة حله؛ نظراً لوجود حالة ضرورية تستهدف اتخاذ تدابير سريعة في ظروف لا تحتمل التأخير، على أن تعرض على الهيئة التشريعية في أول اجتماع تعقده" (كميل 2012، 48).

وبموجب هذه الحالة يتم توزيع الاختصاصات الدستورية لصالح السلطة التنفيذية، وذلك على حساب السلطة التشريعية؛ لأن السلطة التنفيذية هي الأقدر على مواجهة الخطر أو العائق الذي يهدد الدولة (المرجع السابق، 45). وإن ممارسة السلطة التنفيذية لصلاحيات التشريع في حالة

الضرورة تعد استثناءً على مبدأ الفصل بين السلطات، فيحل رئيس الدولة محل المشرع بإصدار تشريعات في هذا المجال؛ حفاظاً على كيان الدولة وأمنها (إبراهيم 2014، 14).

وهذا ما استقر عليه القضاء الدستوري المصري في تبريره لحالة الضرورة وإيضاح دواعيها وأهدافها، في الحكم رقم (8) لسنة 15 قضائية، بتاريخ 1991/12/7، والذي جاء فيه: "يهدف النظام التشريعي الاستثنائي للسلطة التنفيذية بموجب حالة الضرورة إلى موازنة الدساتير المصرية جميعها بما يقتضيه الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من تولى كل منهما لوظائفها في المجال المحدد لها أصلاً، وبضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام في ربوعها إزاء ما قد تواجهه فيما بين أدوار انعقاد الهيئة التشريعية أو في حالة غيابها، من مخاطر تلوح نذرها أو تشخص الأضرار التي تواكبها".

وقد يحصل خلط بين مصطلح الضرورة وغيره من المصطلحات القانونية التي ترتبط بموضوع الصلاحيات الممنوحة للسلطة التنفيذية في إطار علاقتها مع السلطة التشريعية؛ فمثلاً لا بد من التمييز بين حالة الضرورة وحالة الطوارئ؛ حيث يعتقد البعض أنهما ينتميان لذات الإطار؛ لأن كل منهما يتم استخدامه في ظروف غير عادية.

بين مبدأ المشروعية ومبدأ الفصل بين السلطات من جهة، وتفعيل نظرية الاستثناء من جهة أخرى، يشترط توافر عدة شروط في حالة الضرورة. واتفقت الدساتير العربية موضوع الدراسة في معظم هذه الشروط بإطارها العام وإن اختلفت في بعض التفاصيل، فالمادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003)، والمادة (156) من الدستور المصري (2014)، وما يقابلها في المادة (94) من الدستور الأردني المعدل (1952)، وأخيراً المادة (71) من الدستور الكويتي (1962) اشترطت لإعمالها، ما يلي:

أ. توافر حالة الضرورة لا تحتل التأخير:

يشترط لإعلان حالة الضرورة توافر حالة ضرورية لا تحتل التأخير أو حتى الانتظار لحين انعقاد الهيئة التشريعية. ولم يحدد المشرع الفلسطيني ونظيره المصري والكويتي حالات الضرورة ولم يُرد أمثلة عليها، حيث اعتبر أن موجبات كل ظرف تختلف من حالة إلى أخرى. فتقدير قيام حالة الضرورة من عدمها متروك للسلطة التنفيذية، ولا يشترط لتوافرها حصول حالة شاذة، وإنما تستلزم أن يكون خطراً أو ضرورة غير مألوفة، وتتطلب سرعة التدخل في ظل استحالة تطبيق القوانين العادية، وعدم انعقاد الهيئة التشريعية (كميل، 2012، 57). وذلك على

وكذلك يجب تميز حالة الضرورة عن اللوائح التفويضية؛ فالسلطة التنفيذية قد تمارس بناءً على تفويض من الهيئة التشريعية بعض اختصاصاتها في موضوع محدد ولفترة زمنية محددة وتحت رقابتها، فهي تحتاج في هذه الحالة إلى تفويض خاص من الهيئة التشريعية لممارستها بخلاف حالة الضرورة التي تتمتع بها السلطة التنفيذية بموجب نص دستوري.

وكذلك لا بد من التأكيد بأن اللوائح التفويضية يتم إصدارها في ظل قيام الهيئة التشريعية بممارسة اختصاصها وليس في حال عدم انعقادها أو غيابها كما هو الحال في حالة الضرورة (الطماوي 1991، 524). ولم يتضمن القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003) نصاً صريحاً على جواز تفويض التشريع كغيره من الدساتير التي نصت صراحة على حق السلطة التنفيذية في الأحوال الاستثنائية إصدار أنظمة لها قوة القانون العادي، كما هو الحال في مصر (كنعان 2010، 52-53).

2-2. الضوابط القانونية لحالة الضرورة

إن حالة الضرورة تأتي لمواجهة ظرف استثنائي تعاصره الدولة، وبموجبه يحق للسلطة التنفيذية إصدار قرارات لها قوة القانون. ولإحداث التوازن

بتاريخ 1986/6/21، قضت: "إن تقدير الضرورة الداعية لإصدار القرارات بقوانين عملاً بالمادة (147) من دستور عام (1971) متروك لرئيس الجمهورية تحت رقابة مجلس الشعب باعتبار ذلك من العناصر السياسية التشريعية التي لا تمتد إليها الرقابة الدستورية".

ويتعين على الجهة المختصة بتقرير حالة الضرورة الالتزام بما ورد في النص الدستوري، وإلا استحکم المحكمة الدستورية بعدم دستوريته، كما هو الحال في حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية (15/18) والصادر بتاريخ 2009/1/2، بعدم دستورية القرار بقانون رقم (154) لسنة 1981؛ لأنه لم يكن هنالك دليل على توافر الضرورة وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة (147) من الدستور المصري (1971).

ب. عدم انعقاد الهيئة التشريعية:

حتى تتمكن الجهة المختصة بتقرير حالة الضرورة من ممارسة كافة الصلاحيات المتاحة لها في هذه الفترة من تشريع أحكام قانونية جديدة أو تعديل الأحكام القانونية النافذة يشترط عدم انعقاد الهيئة التشريعية؛ باعتبارها صاحب الاختصاص الأصلي الذي يمتلك حق التشريع، ويتمتع بصلاحيته إصداره، فإذا كانت الهيئة التشريعية منعقدة تمارس

خلاف النص الأردني، الذي حدد في المادة (1/94) منه الحالات التي يمكن من خلالها توافر حالة الضرورة "الكوارث العامة؛ حالة الحرب والطوارئ؛ الحاجة إلى نفعات ضرورية ومستعجلة لا تحتل التأجيل".

وفي هذا السياق لا بد من الإشارة إلى أن النص الدستوري الفلسطيني وكذلك نظيره المصري والكويتي منح صلاحية إصدار القرار بمرتبة قانون وتقدير حالة الضرورة لرئيس الدولة، بينما النص الأردني منحها لمجلس الوزراء بموافقة الملك.

فحالة الضرورة يعود تقديرها للجهة المختصة بتقريرها، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية في القرار رقم (11) لسنة 7 قضائية، بتاريخ 1978/4/1 ما يلي: "ما ذهب إليه المدعي من أن رئيس الجمهورية أصدر القانون رقم 120 لسنة 1960، دون أن تكون هناك ضرورة ملحة لإصداره في غيبة مجلس الأمة، مردوداً بأن تقدير قيام الضرورة لا يخضع لمعيار ثابت وإنما يتغير بتغير الظروف، فما يعتبر ضرورة في وقت من الأوقات قد لا يعتبر كذلك في وقت آخر".

وكذلك القضية رقم (139) لسنة 5 قضائية، والصادرة من المحكمة الدستورية العليا المصرية،

متلائم مع الظرف الاستثنائي الذي تعاصره الدولة، وبموجبه أصدرت الجهة المختصة هذا القرار بقانون، وهذا ما أكده القضاء الدستوري المصري في القضية رقم (13) لسنة 11 قضائية، بتاريخ 1992/4/18، والذي جاء فيه: "أن التدخل بهذه التدابير يجب أن يكون مبرراً بحالة الضرورة وبالقدر الذي يتناسب مع متطلباتها بوصفها تدابير من طبيعة استثنائية".

د. عرض القرارات بمرتبة القانون على الهيئة التشريعية:

يجب على السلطة التنفيذية أو الجهة المختصة بتقرير حالة الضرورة عرض كافة القرارات بمرتبة القانون التي تتبناها خلال هذه الفترة على الهيئة التشريعية، والتي تمتلك الحرية التامة في إقرارها أو إبطالها. حيث تعتبر حالة استثنائية بموجبها للسلطة التنفيذية صلاحية إصدار قرارات تتمتع بقوة القانون في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير، لذلك يتعين على هذه السلطة التي تمارس الاختصاص الاستثنائي عرض القرار بمرتبة القانون على الهيئة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصلي؛ فإذا أقرتها تعتبر نافذة، وإذا لم تقرها تعتبر ملغية.

بذاتها اختصاصها وتسقط إحدى شروط حالة الضرورة.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفلسطيني استخدم مصطلح "في غير أحوال انعقاد"، بينما المصري "في غيبة مجلس الشعب" والتي تشمل الأخيرة فترة ما بين أحوال الانعقاد والعطلة السنوية التي تفصل بين أحوال الانعقاد، وفترة ما بين الفصلين التشريعيين، وفترة وقف جلسات مجلس الشعب، وكذلك حله (جمال الدين 1982، 79). بينما حصرها الدستوري الأردني فقط في الحالة التي يكون فيها مجلس النواب منحلًا، أما الدستور الكويتي فقد حددها "بين أحوال انعقاد مجلس الأمة أو في فترة حله".

ج. تعلق القرارات بمرتبة القانون بظروف الاستعجال وبقدر الضرورة لمواجهتها:

يفترض أن تكون القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية في حالات الضرورة ذات علاقة بالظروف الاستثنائية، ومتصلة بشكل مباشر بها، فلا يجوز لها تجاوز حدود الظروف الاستثنائية والاعتداء على اختصاص السلطة التشريعية الأصلي، وهذا ما يؤكد ربط حالة الضرورة بأن تكون "لا تحتمل التأخير" (كميل 2012، 60). فلا بد أن يكون محل القرار بمرتبة القانون وهدفه

قوة قانون بأثر رجعي، وهذا يتطلب أغلبية خاصة طبقاً للمادة (71) من الدستور الكويتي (1962)، على خلاف القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003) والدستور المصري (2014) وكذلك الأردني المعدل (1952) الذي لم يتضمن مثل هذا النص.

3. الرقابة على حالة الضرورة

تخضع القرارات بمرتبة القانون التي تصدرها السلطة التنفيذية ممثلة برئيس الدولة في الحالة الفلسطينية والمصرية والكويتية ومجلس الوزراء مع موافقة الملك في الحالة الأردنية إلى مراجعة الهيئة التشريعية وأخرى رقابة قضائية؛ لضمان عدم استغلال السلطة التنفيذية للصلاحيات الاستثنائية الممنوحة لها، أو تجاوزها لضوابطها الدستورية، فهذه القرارات بقوة القانون تحتل ذات مرتبة القانون العادي الصادر من الهيئة التشريعية، حيث يتم استخدام هذه المصطلحات لتمييزها عن القوانين العادية الصادرة عن الهيئة التشريعية (المرجع السابق، 30). وفي هذا القسم يتم التعرض للمراجعة الإجرائية للهيئة التشريعية ومداهها على حالة الضرورة، ومن ثم يتم الانتقال إلى معالجة الرقابة الدستورية على حالة الضرورة.

والعلة من عرض هذه القرارات على الهيئة التشريعية وفقاً لاجتهادات القضاء الدستوري المصري، ومنها القضية رقم (40) لسنة 19 قضائية بتاريخ 2001/6/1، والقضية رقم (159) لسنة 18 قضائية، والصادرة بتاريخ 199/2/1، لمراجعة صاحب الاختصاص التشريعي الأصلي كافة الإجراءات التي تمت في غيبته، وحتى لا يتحول هذا الاختصاص التشريعي الاستثنائي إلى سلطة تشريعية مطلقة كاملة لا قيد عليها.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الأساسي لم يتعرض للأحكام الخاصة بالتصويت على هذه القرارات، الأمر الذي يحتم علينا الاحتكام للنصوص العامة الواردة في اللائحة الداخلية للمجلس التشريعي، التي أصدرت القرارات بالأغلبية المطلقة (خليل 2015، 30)، ويقصد بالأغلبية المطلقة حسب المادة (9/1) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني: "أكثرية (نصف + واحد) لعدد أعضاء المجلس الحاضرين عند أخذ الرأي (التصويت)".

بينما نجد مثلاً أن المشرع الكويتي اشترط لرفض المراسيم بقوانين أغلبية خاصة "أغلبية الأعضاء التي يتألف منها المجلس"، وتبرير ذلك أن المشرع الكويتي يرتب آثار مختلفة في حال عدم إقرار المراسيم بقوانين، وهي أن يزول ما كان لها من

3-1. المراجعة الإجرائية للهيئة التشريعية

تمارس الهيئة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصلي بإصدار القوانين في الحالات العادية، مراجعة الإجراءات والقرارات بمرتبة القوانين التي تم تبنيها في حالة الضرورة، فهي الأقدر على رقابة الاختصاص الذي كان من المفترض أن يمارسه أصلاً؛ فالقرارات بمرتبة القانون من الممكن أن تعدل أو تلغي أو توقف بعض الأحكام القانونية التي أصدرتها الهيئة التشريعية (جمال الدين 1982، 45).

فيجب على الجهة المختصة بتقرير حالة الضرورة عرض القرارات التي تم اتخاذها في هذه الفترة على الهيئة التشريعية، إثباتاً لاحترامها مبدأ المشروعية، وأن القائم على سلطات الضرورة لم يلجأ إليها لبواعث خاصة، وإنما لأسباب استدعت حدوثها.

إلا أن المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003) لم تحدد مواعيد وإجراءات عرض القرارات بقوانين على الهيئة التشريعية واقتصرت على وجوب عرضها عليه في أول اجتماع يعقده، فالنص الدستوري الفلسطيني اكتفى بضرورة عرض هذه القرارات بقوانين على الهيئة التشريعية في أول جلسة يعقدها بعد إصدار

القرار، ومن الناحية العملية تم إصدار العديد من القرارات بقانون في الحالة الفلسطينية سواء أثناء رئاسة ياسر عرفات أو رئاسة محمود عباس، إلا أن معظمها لم يعرض على المجلس التشريعي لإقرارها، وما زال مطبق إلى الآن.

ويترتب على عدم عرض هذه القرارات على الهيئة التشريعية الفلسطينية، في الموعد المحدد، جزاءً دستورياً بأن تزول قوتها القانونية. وحيث أن النص خلا من تنظيم لوقت وقف سريان القرار بقانون في حال عدم عرضه على المجلس التشريعي، أو عرضه وعدم إقراره فإنه يمكن تفسير ذلك لصالح سريان القرار بقانون، بحيث يتوقف العمل بالقرار بقانون من تاريخ عدم العرض على المجلس التشريعي أو تاريخ عدم الإقرار، وليس بأثر رجعي من تاريخ نفاذ القرار بقانون (خليل 2015، 30).

بينما المادة (44) من الدستور الأردني (1952) ألزمت مجلس الأمة البت بالقوانين خلال دورتين متتاليتين من تاريخ إحالتها، الأمر الذي ينهي الإشكال القانوني حول القيمة القانونية لهذه القرارات من تاريخ إحالتها إلى تاريخ إصدارها.

وكذلك الأمر في النص الدستوري الكويتي الذي أوجب عرض المراسيم على مجلس الأمة خلال

مجلس الأمة الكويتي يبحث حالة الاستعجال في إصدار المرسوم بقانون رقم (128) لسنة 1992، وهو الأمر الذي اتبعه مجلس الأمة الأردني في العديد من القوانين المؤقتة التي تم رفضها لأسباب موضوعية (كميل 2012، 79).

ونظراً لتمتع هذه القرارات بمرتبة القانون، فلا يجوز تعديلها بعد إقرارها من الهيئة التشريعية إلا بقرار بمرتبة قانون آخر، أو قانون عادي صادر من الهيئة التشريعية ذاتها. ويجوز للجهة المختصة بتقرير حالة الضرورة أن تسحب القرار بقانون أو تلغيه عن طريق عدم عرضه على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها.

فلا يجوز إلغاء هذه القرارات بمراسيم رئاسية حتى وقبل إقرارها من الهيئة التشريعية؛ لأن المراسيم الرئاسية تحتل مرتبة قانونية أدنى من التشريع العادي، فلا يجوز تعديلها أو إلغائها إلا بقرارات بقانون لاحقة لها ذات المرتبة، حتى وإن لم تكن معروضة على الهيئة التشريعية، وذلك خلاف ما قام به رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية محمود عباس، حيث ألغى القرار بقانون رقم (2) لسنة 2006 بشأن تعديل قانون السلطة القضائية، والقرار بقانون رقم (3) لسنة 2006 بشأن قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964، وكذلك القرار بقانون لسنة 2006 بشأن الهيئة الفلسطينية لتنظيم

خمس عشرة يوماً من تاريخ صدورها، إذا كان المجلس قائماً، وفي أول اجتماع له في حالة الحل أو انتهاء الفصل التشريعي، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك. أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب من آثار بوجه آخر. وهو ذات التوجه الذي تبناه الدستور المصري (1971)، في المادة (2/147)، في حين أن الدستور المصري (2014) لم يتعرض لهذا الموضوع، واكتفى بالمادة (156) بالقول: "إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه. وإذا كان مجلس النواب غير قائم، يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين، على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة".

وتمارس الهيئة التشريعية رقابتها لبحث ملاءمة إصدار القرار بمرتبة القانون مع حالة الضرورة ودواعيها، حيث تصدى مجلس الشعب المصري في دور انعقاده الأول في ظل دستور (1971) للموضوعات التي نظمتها المراسيم بقوانين، وتعرض لدواعي إصدارها أثناء غيابه، وكذلك فعل

ومن الناحية القانونية، تختص كافة المحاكم الدستورية في فلسطين ومصر والكويت والأردن بالرقابة على دستورية القوانين، ويرى جانب من الفقه أن القانون الذي يخضع لرقابة المحكمة الدستورية هو القانون بالمعنى الواسع، ذلك أن كل قاعدة تشريعية عامة من حيث الموضوع قاعدة قانونية سواء وردت في قانون أو في قرار بقانون أو لائحة، فالمحكمة الدستورية تراقب على التشريعات الأصلية الصادرة عن الهيئة التشريعية، والتي تتعرض للدراسة والبحث في جميع مراحل إعدادها، فمن باب أولى الرقابة على التشريعات الفرعية الصادرة عن السلطة التنفيذية التي لا تتعرض لمثل هذا النقاش، بالإضافة إلى تنظيمها لحرية المواطنين وأمورهم اليومية (الوحداني 2004، 97).

فرقابة المحكمة الدستورية تمتد للتحقق من قيام الشروط الواجب توافرها في القرارات بقانون، باعتبارها من الضوابط المقررة في الدستور لممارسة ما نص عليه من سلطات، بصفتها عمل استثنائي أورده الدستور ضمن ضوابط محددة، فلا يجوز تعديها.

وتقوم المحكمة بالرقابة؛ لضمان عدم تحويل هذه السلطة الاستثنائية إلى ممارسة تشريعية مطلقة، فيتم تقييدها بالموازنة بين مقتضيات مبدأ الفصل

قطاع الاتصالات قبل حلف أعضاء المجلس التشريعي اليميني الدستورية (خليل 2015، 30-31).

3-2. الرقابة القضائية

لا تكفي الرقابة البرلمانية على القرارات بقوانين حتى تعتبر مشروعة من كل النواحي، وإنما يجب مراجعة جوانبها القانونية التي حددها القانون الدستوري، وتمارس المحكمة الدستورية الرقابة عليها سواء قبل عرضها على الهيئة التشريعية أو بعدها؛ لبحث مدى التزامها بالأحكام الدستورية النازمة لها (العصار 1995، 56) مشار إليه في: (كميل 2012، 88).

وتختص المحكمة الدستورية بشكل عام بالرقابة على دستورية القوانين تنفيذاً لمبدأ سمو الدستور، وما يترتب عليه من ضرورة احترام القواعد الأدنى للأعلى أو ما يسمى ب"التدرج الهرمي". وهذا ما أكده القضاء الدستوري المصري في القضية رقم (28) لسنة 2 قضائية، بتاريخ 1985/5/4: "إن إقرار مجلس الشعب للقرار بقانون لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذي نشأ عليه كقرار بقانون، دون تطهيره من العوار الدستوري الذي لازم صدوره".

القوانين والأنظمة. ونظراً للاختلاف بين نصوص هاتين المادتين وشمول القانون الأساسي لعبارة "وغيرها"، فإننا نطبّق قاعدة "النوع الواحد" كنوع من أنواع التفسير، فكلمة غيرها تمتد إلى القرار بقانون لانتمائها إلى نفس العائلة التي تنتمي إليها ما سبقها (خليل 2012، 118).

وفيما يتعلق بالاجتهادات القضائية الدستورية في فلسطين في هذا الإطار، يتم ملاحظة أن المحكمة العليا بصفتها الدستورية قررت في حكمها رقم (2009/3) الصادر بتاريخ 2010/4/13، إلى أن المحكمة المذكورة مختصة بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة بصورة مطلقة، فتشمل القوانين الصادرة عن المجلس التشريعي والقرارات الصادرة بقانون عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية طبقاً للمادة (43) من القانون الأساسي، فالقرار بقانون غير محصّن من رقابة المحكمة الدستورية، واشترطت لمنح الرئيس هذه الصلاحية، أن يكون المجلس التشريعي غير منعقد، وتوافر حالة الضرورة التي لا تحتمل التأخير، نظراً لاعتبار هذا الاختصاص استثنائياً، وذلك استناداً لنص المادتين (24) و(27) من قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية العليا.

أما في القضية رقم (2012/6) والمتعلقة ببحث دستورية القرار بقانون رقم (4) لسنة 2012،

بين السلطات وضمن مباشرة كل منهم للمهام المنوطة به، وبين الاعتبارات العملية التي تتطلب تحويل رئيس الجمهورية رخصة التشريع على سبيل الاستثناء لمواجهة حالة طارئة في حال غياب الهيئة التشريعية المختصة أصلاً بذلك (المنجي 2002، 79-80).

ولا بد من الإشارة إلى أنه لا يمكن اعتبار القرارات بقوة القانون على أنها من القرارات الإدارية الخاضعة لرقابة المحاكم الإدارية، لكن هذا لا يمنع المحاكم الدستورية إذا ما اتصلت بالدعوى الدستورية وفقاً للطرق المحددة في الأنظمة القانونية المختلفة أن تمارس الرقابة على دستورية القرارات بقوة القانون، ومدى احترام السلطة المختصة بتقريرها للضوابط المحددة دستورياً (خليل 2015، 30).

وبالعودة إلى النظام القانوني يمكن ملاحظة أن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية تختص بالرقابة على هذه القرارات بقوانين وفقاً للمادة (1/103) من القانون الأساسي المعدل، والتي تنص على: "تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر: أ. دستورية القوانين واللوائح والنظم وغيرها". وكذلك قانون المحكمة الدستورية العليا فقد نظّمته في المادة (24) ونصت فيها على اختصاص المحكمة في الرقابة على دستورية

نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، وله مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين الالتزام بها، باعتبارها أسمى القواعد الأمرة، وهذه القواعد والأصول هي التي يرد إليها الأمر في تحديد ما تتولاه السلطات العامة من وظائف أصلية وما تباشره كل منها، ومن أعمال أخرى استثنائية من الأصل العام، الذي ينقضي بانحصار نشاطها في المجال الذي يتفق مع طبيعة وظيفتها، وإذا كانت هذه الأعمال الاستثنائية قد أوردها الدستور على سبيل الحصر، فلا يجوز لتلك السلطات أن تتعداها، أو تجور على الضوابط والقيود المحددة لها، فيشكل عملها حينئذ مخالفة دستورية تخضع -متى انصبت على قانون أو لائحة- للرقابة القضائية التي عهد بها الدستور الى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها". وبالتالي يمكن القول بأن القرارات بقانون تخضع للرقابة الدستورية.

4. الخاتمة

تتضمن التشريعات الوطنية حالات استثنائية تشكل خروجاً عن الأصل العام؛ وتتمثل حالة الضرورة في إحدى هذه الاستثناءات التي بموجبها يحق للسلطة التنفيذية ممثلة برئيس الدولة في الحالة الفلسطينية والمصرية والكويتية، ومجلس الوزراء

والصادر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية استناداً للمادة (43) والمتضمنة رفع الحصانة البرلمانية عن "دحلان"، فقد قررت رد الطعن بحجة أن هذا القرار لا يرقى إلى القرار بقانون لعدم احتوائه على قواعد عامة ومجردة موجهة للكافة.

بينما استقر القضاء الدستوري المصري إلى اعتبار القرارات بقانون مشمولة ضمن الرقابة الدستورية وفي قرارها رقم (139) لسنة 5 قضائية، بتاريخ 1986/6/21، أشارت إلى أن رقابة المحكمة الدستورية العليا تمتد إلى القرارات بقانون للتحقق من شروطها، باعتبارها من الضوابط المقررة في الدستور لتحديد ما نص عليه من سلطات؛ وكذلك القضية رقم (15) لسنة 18 قضائية، بتاريخ 1999/2/1، جاء فيها: "تمتد رقابة المحكمة الدستورية العليا للتحقق من قيام الشروط المنصوص عليها في الدستور لهذا الاختصاص الاستثنائي، واحترام المواعيد التي تطلبها الدستور في عرض القرارات على مجلس الشعب".

أما حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (82) لسنة 2 قضائية، بتاريخ 1985/5/4، أكد فيه على اختصاص المحكمة الدستورية بالرقابة على الأعمال التي تشكل استثناءً عن الأصل العام في الأمور التشريعية، وجاء فيه: "إن

بموافقة الملك في الحالة الأردنية إصدار قرارات لها قوة القانون، وذلك ضمن ضوابط قانونية محددة بأن تتوافر حالة الضرورة التي لا تحتمل التأخير، وأن تكون الهيئة التشريعية غير منعقدة، الأمر الذي يبرر إصدار مثل هذه القرارات بقانون.

وتحتل القرارات بقوة القانون بمرتبة القوانين العادية الصادرة من الهيئة التشريعية، وتخضع هذه القرارات بقانون لمتابعة الهيئة التشريعية من الناحية الإجرائية؛ فهي صاحبة الاختصاص الأصلي بإصدار القوانين وتشريعها، والأقدر على تقرير استمرار نفاذها أو إلغائها. ولا يمكن اعتبار القرارات بقوة القانون على أنها من القرارات الإدارية التي تخضع لرقابة المحاكم الإدارية، وإنما تخضع هذه القرارات بقوانين لرقابة المحكمة الدستورية؛ لمتابعة مدى التزام السلطة التنفيذية بالضوابط المحددة دستورية، وضمان وعدم تجاوزها.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً- المصادر:

أ- التشريعات:

- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003)، الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز (2)، بتاريخ 2003/3/19.
- الدستور الأردني (1952، معدل 2016):
www.constituteproject.org/constitution/Jordan_2016?lang=ar
- الدستور المصري (2014):
www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014?lang=ar
- الدستور الكويتي (1962):
www.constituteproject.org/constitution/Kuwait_1992?lang=ar

ب- الأحكام القضائية:

- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، رقم (28) لسنة 2 قضائية، بتاريخ 1985/4/5، المكتب الفني: 3، الجزء: 1، ص 195.
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، رقم (139) لسنة 5 قضائية، بتاريخ 1986/6/21، المكتب الفني: 3، الجزء: 1.
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، رقم (8) لسنة 18 قضائية، بتاريخ 1991/12/7، المكتب الفني: 5، الجزء: 1، ص 35.
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، رقم (13) لسنة 11 قضائية، بتاريخ 1992/4/18، المكتب الفني: 5، الجزء: 1، ص 285.
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، رقم (15) لسنة 18 قضائية، بتاريخ 1999/2/1، المكتب الفني: 9، الجزء: 1، ص 133.

ثانياً- المراجع:

- جمال الدين، سامي. 1982. *لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية: دراسة تحليلية للقرارات بقوانين والأوامر العسكرية ومدى سلطة القضاء في الرقابة عليها بالمقارنة مع النظام المماثلة في فرنسا*. الإسكندرية: منشأة المعارف.
- خليل، عاصم. 2015. *صلاحيات السلطة التنفيذية وامتيازاتها وحدودها: السلطة الفلسطينية كحالة دراسية*. في: *دراسات في النظام الدستوري الفلسطيني*، 13-100. بيرزيت: كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت.
- خليل، عاصم. 2012. *منهجية البحث القانوني وأصوله*. رام الله: دار الشروق للنشر والتوزيع.
- الطماوي، سليمان. 1993. *السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر الإسلامي*. القاهرة: دار الفكر العربي.
- الطماوي، سليمان. 1991. *النظرية العامة للقرارات الإدارية: دراسة مقارنة*. القاهرة: مطبعة عين شمس.

- العصار، يسري. 1995. *نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية*. القاهرة: دار النهضة العربية.
- كنعان، نواف. 2010. *القانون الإداري "الكتاب الأول"*. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- اللحام، محمد. 2015. *القرارات بقوانين الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية والآثار القانونية المترتبة عليها دراسة تحليلية* أطروحة ماجستير في القانون، الجامعة الإسلامية- غزة.
- متولي، عبد الحميد. 2005. *القانون الدستوري والأنظمة السياسية مع المقارنة مع المبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية*. الإسكندرية: منشأة المعارف.
- المنجي، محمد. 2002. *دعوى عدم الدستورية*. الاسكندرية: منشأة المعارف.
- الوحيد، فتحي. 2004. *القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لأحكام القانون الأساسي المعدل ومشروع قانون المحكمة الدستورية العليا: دراسة مقارنة*. غزة: مطابع المقداد.



BIRZEIT UNIVERSITY

كلية الحقوق والإدارة العامة

Faculty of Law and Public Administration

وحدة القانون الدستوري

Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/5)
فئة موسوعة القانون الدستوري العربي
القارن

نوار بدير وعاصم خليل

حالة الطوارئ

شباط/ فبراير 2018

State of Emergency [Arabic]

حالة الطوارئ

نوار بدير وعاصم خليل Newar Bdair & Asem Khalil

التدقيق اللغوي: إبراهيم المصري

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (5/2018)
Encyclopedia of Comparative Arab Constitutional Law Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/5)
فئة موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن

© 2018, 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

© 2018، جامعة بيرزيت

وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقياً أو إلكترونياً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة القانون الدستوري في جامعة بيرزيت. للتواصل والمعلومات بالخصوص: 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].

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

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

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:

نوار بدير* وعاصم خليل**

حالة الطوارئ

1. المقدمة

تتعرض الأنظمة القانونية الوطنية للدولة وبالتحديد الدساتير منها، إلى القواعد العامة التي تحكم الظروف العادية. ولكن قد تواجه الدولة بعض الظروف الاستثنائية التي تعرّض الدولة إلى خطر جسيم يهدد كيانها أو وجود شعبها، فيأتي الدستور في كثير من الدول لتنظيم هذه الحالات في نصوصه مع إحالة تفاصيلها إلى قوانين وطنية خاصة بها.

وتعتبر حالة الطوارئ ضمن إحدى الظروف الاستثنائية، والتي بموجبها تتمتع السلطة المحددة بالنص القانوني بصلاحيات ممارسة العديد من الاختصاصات الاستثنائية الواسعة لمواجهة هذه الظروف والسيطرة عليها. بحيث يتم تجميد الأحكام الدستورية والتشريعية العادية بشكل مؤقت بما يخدم المصلحة العليا لمواجهة ظرف خارجي (إبراهيم 2014، 16). وقد ابتدع الفكر القانوني النظرية المنظمة لحالة الطوارئ موضعاً آلياً وأسباب وقواعد ممارستها؛ لتبرير الخروج على مبدأ المشروعية، وكذلك لضمان حماية حقوق الإنسان وحياته عند ممارستها (جابوري 2016، 32).

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

** استاذ مشارك في القانون العام، جامعة بيرزيت.

2. ماهية حالة الطوارئ

تعتبر حالة الطوارئ إحدى الظروف الاستثنائية التي تعاصرها الدولة؛ وبموجبها يتم منح بعض الصلاحيات الاستثنائية لبعض السلطات. لذلك يهتم هذا الجزء بتوضيح مفهوم حالة الطوارئ، والإطار القانوني الناظم لعمله في كل من النظام القانوني الفلسطيني والأردني والعراقي والمصري.

2-1. مفهوم حالة الطوارئ

تعتبر حالة الطوارئ حالة استثنائية يتم إعلانها؛ لمواجهة خطر يهدد أمن الدولة واستقرارها يتم من خلالها منح سلطة معينة لصلاحيات واسعة، بموجبها تمنح الحق بتقييد الحريات العامة للأفراد (لحرش 2007، 354). ويعرّف بعض الفقهاء حالة الطوارئ بأنها: "نظام قانوني يتقرر بمقتضى قوانين دستورية عاجلة لحماية المصالح الوطنية، ولا يلجأ إليها إلا بصفة استثنائية ومؤقتة؛ لمواجهة الظروف الطارئة، ويتم بواسطتها انتقال صلاحيات السلطة المدنية إلى السلطة العسكرية" (أحمد 2011، 280)، وبموجبها تتجاوز السلطات التنفيذية اختصاصاتها لتدخل في اختصاصات السلطة التشريعية، وحتى يصل الأمر في بعض الحالات إلى مخالفة القوانين القائمة (فارس 2011، 178).

تكمّن أهمية هذه الورقة في تعرّضها لموضوع استثنائي يمنح لسلطة معينة العديد من الصلاحيات الخارجة عن اختصاصاتها الأصلية، تتمكّن خلالها الحد من ممارسة الحقوق والحريات ضمن حدود معينة. وتناقش الورقة حالة الطوارئ في النظام القانوني الفلسطيني مقارنة بذلك النظام المتبع في مصر والأردن والعراق.

تحاول الورقة الإجابة على التساؤلات التالية: من الجهة المختصة بإعلان حالة الطوارئ؟ وهل تتمتع بسلطات مطلقة في إعلانها وتنفيذها أم هنالك ضوابط تقيدها؟ كيف يمكن التوفيق بين النصوص الدستورية الناظمة للحقوق والحريات الفردية وبين ضوابط أعمال حالة الطوارئ؟

وللوصول إلى الغايات المنشودة تفرد الورقة بثلاثة أجزاء: الأول يتعرّض لماهية حالة الطوارئ ويعالج بالقسم الأول مفهوم حالة الطوارئ، بينما الثاني ينتقل للإطار القانوني لحالة الطوارئ. أما الجزء الثاني من الورقة يهتم في التنظيم القانوني لحالة الطوارئ موضحاً شروطه وإعمالها الشكلية والموضوعية في قسمين. وأخيراً يتحدث الجزء الثالث عن أثر إعلان حالة الطوارئ على الحقوق والحريات، وإمكانية الرقابة عليها.

يتطلبها الوضع، تدابير لا تقتيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد، شريطة عدم منافاة هذه التدابير للالتزامات الأخرى المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي"، وبالتالي فإن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية عرف حالة الطوارئ بأنها الظروف الاستثنائية التي تواجهها الدولة وتهدد حياة الأمة. وكذلك الأمر المادة (15) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والذي جاء فيها: "في وقت الحرب أو الطوارئ العامة الأخرى التي تهدد حياة الأمة، يجوز لأي طرف سام متعاقد أن يتخذ تدابير تخالف التزاماته الموضحة بالاتفاقية في أضيق حدود تحتمها مقتضيات الحال، وبشرط ألا تتعارض هذه التدابير مع التزاماته الأخرى في إطار القانون الدولي".

ذلك في حين توسعت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في المادة (27) منها، في تحديد حالة الطوارئ بأنها تشمل حالة الحرب أو الخطر العام أو أي ظرف يهدد استقلال الدولة أو أمنها، وجاء نص المادة: "يمكن للدولة الطرف، في أوقات الحرب أو الخطر العام أو سواهما من الحالات الطارئة التي تهدد استقلال الدولة أو أمنها، أن

وميزت بعض الدول بين قوانين الطوارئ والأحكام العرفية على اعتبار أن الثانية تنظم ظرفاً أشد خطورة من الأولى، كما هو الحال في الأردن، فالمادة (125) من الدستور الأردني لعام 1952 وتعديلاته اعتبرت في حال مواجهة الأردن لظروف خطيرة لا يمكن ردها أو تجاوزها وفقاً لأحكام حالة الطوارئ، فللملك بناءً على قرار مجلس الوزراء إعلان الأحكام العرفية. وكان العراق أيضاً من هذه الدول حتى عام 1965، حيث تم فيما بعد توحيد القانونين بما يسمى "حالة الطوارئ" (فارس 2011، 171).

أما بالنسبة إلى موقف القضاء الدستوري المصري في تعريفه لحالة الطوارئ، فقد جاء ضمن حكمه رقم (1) لسنة 15 قضائية، بتاريخ 1993/1/30، ما يلي: "الأصل أن في إعلان حالة الطوارئ لا يكون إلا لمواجهة نذر خطيرة تهدد معها المصالح القومية التي قد تتال من استقرار الدولة أو تعرض أمنها أو سلامتها لمخاطر داهمة".

أما على صعيد الاتفاقيات الدولية، فقد عرّفت المادة (4) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية حالة الطوارئ بأنها: "في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تتهدد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسمياً، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ، في أضيق الحدود التي

تنظيم تفاصيلها إلى قانون خاص بها، كما هو متبع في الأردن ومصر والعراق.

بينما تعرضت دساتير الدول المقارنة للأحكام العامة لحالة الطوارئ مع إحالة تنظيم أحكامها التفصيلية إلى قوانين خاصة بها، فالمادة (124) من الدستور الأردني المعدل (1952)، نظمت حالة الطوارئ، وجاء فيها: "إذا حدث ما يستدعي الدفاع عن الوطن في حالة وقوع طوارئ فيصدر قانون باسم قانون الدفاع تعطى بموجبه الصلاحية إلى الشخص الذي يعينه القانون لاتخاذ التدابير والاجراءات الضرورية بما في ذلك صلاحية وقف قوانين الدولة العادية لتأمين الدفاع عن الوطن ويكون قانون الدفاع"، وبناء على ذلك صدر قانون الدفاع رقم (13) لسنة 1992، والذي ألغى قانون الدفاع رقم (473) لسنة 1935.

وكذلك الأمر، أشار الدستور المصري لحالة الطوارئ ضمن المادة (154) من دستور عام 2014، وسبقها المادة (141) من دستور عام 1971، وبناءً عليها يتم الرجوع لنصوص القانون رقم (162) لسنة 1958 المعروف بقانون الطوارئ عند حدوثها، وكذلك التعديلات المرافقة له.

تتخذ إجراءات تحد من التزاماتها بموجب الاتفاقية الحالية، ولكن فقط بالقدر وخلال المدة التي تقتضيها ضرورات الوضع الطارئ، شريطة ألا تتعارض تلك الإجراءات مع التزاماتها الأخرى بمقتضى القانون الدولي وألا تتطوي على تمييز بسبب العرق، أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي".

وبالتالي يمكن ملاحظة أن تعريفات الفقه والاتفاقيات الدولية اتحدت في اعتبار أن حالة الطوارئ ترافق الظروف التي تهدد حياة الأمة وكيانها، وإن اختلفت في تحديد التفاصيل وفقاً لمنظور كل منها.

2-1. الإطار القانوني لحالة الطوارئ

نظم القانون الأساسي الفلسطيني المعدل للعام 2003 ضمن الباب السابع منه، الأحكام الخاصة بإعلان حالة الطوارئ، وعالجها في المواد (110-114)، موضحاً بذلك الحالات التي تستدعي إعلان حالة الطوارئ والشروط القانونية المرافقة لها، وكذلك الجهة المختصة بإعلانها، وأكد في المادة (114) منه، على إلغاء كافة الأحكام المنظمة لحالة الطوارئ والمعمول بها في فلسطين قبل نفاذ القانون الأساسي ومنها أحكام أنظمة الدفاع الانتدابية للعام 1945، وذلك دون إحالة

3. التنظيم القانوني لحالة الطوارئ

تعتبر حالة الطوارئ حالة استثنائية مقيدة دستوريا وقانونيا، يتم بموجبها منح السلطات التنفيذية أو المختصة - وفقاً لأحكام النظام القانوني الداخلي للدولة- صلاحيات غير مختصة بها أصلاً؛ لمواجهة ظرف استثنائي؛ لذلك يشترط لإعلانها توافر العديد من الشروط القانونية سواءً الشكلية أو الموضوعية، لضمان عدم تجاوز هذه السلطة لحدود الطوارئ أو استغلالها. ويخصص هذا الجزء للحديث عن الشروط الموضوعية والشكلية الناظمة لحالة الطوارئ في الأنظمة القانونية موضوع الدراسة في قسمين؛ الأول يهتم بالشروط الموضوعية أما الثاني للشكلية، وفقاً لما يلي:

3-1. الشروط الموضوعية

يشترط لإعلان حالة الطوارئ توافر شروط موضوعية تتعلق بالحالة ذاتها وفقاً لما تضمنته نصوص القانون الأساسي الفلسطيني والساتير المقارنة وقوانينها ذات العلاقة، وهي كالتالي:

أ. وجود ظرف استثنائي:

يشترط لإعلان حالة الطوارئ توافر حالة استثنائية غير عادية سواءً أكانت أخطار خارجية مثل الحرب، أم داخلية مثل الحرب الأهلية، أم طبيعية

أما بالنسبة إلى الدستور العراقي الدائم للعام 2005 فقد تعرّض لحالة الطوارئ ضمن المادة (61)، ويتم الاحتكام إلى أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (1) لسنة 2004 لمعرفة الأحكام القانونية المفصلة لحالة الطوارئ.

وبالتالي يمكن ملاحظة أن النظام القانوني الفلسطيني قد أخذ بنظام التشريعات المعاصرة للطوارئ، والتي يتم تحديدها وفقاً لما يستجد على أرض الواقع من أحداث أو ظروف، بحيث تكون السلطة التنفيذية ملزمة بالرجوع إلى الهيئة التشريعية لاتخاذ أية تدابير كما هو متبع في إنجلترا. بينما كل من مصر والأردن والعراق تبنت نظام قانوني خاص يحدد مسبقاً الاختصاصات الممنوحة للسلطة التنفيذية عند إعلان حالة الطوارئ كما هو الحال في فرنسا، مع الإشارة إلى أن النص المصري قيد صلاحية السلطة التنفيذية برقابة الهيئة التشريعية (الكفاوين 1995، 30-31). فهي بمثابة تفويض دائم يحق بموجبه للسلطة التنفيذية إعلان حالة الطوارئ دون الحصول على موافقة جهة محددة، كلما قدرت الحاجة لإعلانها، فهي مرهونة بإرادة السلطة التنفيذية (المجالي 2005، 37).

الأشخاص لمنع تشكيل حكومة واسعة التمثيل في العراق أو تعطيل المشاركة السياسية السليمة لكل العراقيين أو أي غرض آخر". فالنص العراقي اشترط لإعلان حالة الطوارئ ارتباطها في حملة مستمرة للعنف، ويبدو أنه تأثر بالظروف السياسية التي عاصرت تبني هذا القانون في تلك الفترة، ويدّعي بعض الفقهاء أنه وفي هذه الحالة يتم العودة إلى قانون الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (4) لسنة 1965، باعتبار أنه ما زال ساري المفعول من الناحية القانونية؛ لأن قانون عام 2004 لم يعالج كافة الأمور (فارس 2011، 177-187).

وقد حددت المادة (1) من القانون رقم (162) لسنة 1958 المصري والمتعلق بحالة الطوارئ، الظروف المحققة لإعلانها في حال تعرّض الأمن أو النظام العام في مصر أو أي منطقة فيها للخطر بسبب وقوع حرب، أو قيام حالة تهدد بوقوعها، أو حدوث اضطرابات في الداخل أو كوارث عامة أو انتشار أوبئة. وذلك ما أكدته حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (74) لسنة 23 قضائية، وكذلك الحكم رقم (146) لسنة 25 قضائية، والذي جاء فيه: "إن تفعيل قانون حالة الطوارئ ما هو إلا نظام استثنائي خاص قصد به دعم السلطة التنفيذية وتزويدها بمكنات تحد من

مثل الكوارث الطبيعية كالفيضانات. وحددت المادة (1/110) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003) هذه الظروف الاستثنائية بأنها تشمل أي تهديد للأمن القومي بسبب حرب أو غزو أو عصيان مسلح أو حدوث كارثة طبيعية.

بينما لم توضح دساتير كل الأردن ومصر والعراق الظروف الاستثنائية الموجبة لإعلان حالة الطوارئ، وإنما تعرّضت لها ضمن قوانين الدفاع الخاصة بها، فالمادة (2) من قانون الدفاع الأردني رقم (13) لسنة 1992، اعتبرت أن الحالات التي تستدعي إعلان حالة الطوارئ بأنها: "الحالات التي تهدد الأمن الوطني أو السلامة العامة في جميع أنحاء المملكة أو في منطقة منها بسبب وقوع حرب أو قيام حالة تهدد بوقوعها أو حدوث اضطرابات أو فتنة داخلية مسلحة أو كوارث عامة أو انتشار آفة أو وباء".

أما أمر الدفاع عن السلامة الوطنية العراقي رقم (1) لسنة 2004 والمنظم لحالة الطوارئ اعتبر أن الحالات التي تستدعي إعلانها تتعلق بالخطر الحال الناشئ عن حملة مستمرة للعنف، وجاء في نص المادة (1) منه: "يجوز إعلان حالة الطوارئ في أية منطقة من العراق، عند تعرّض الشعب العراقي لخطر حال جسيم يهدد الأفراد في حياتهم، وناشئ عن حملة مستمرة للعنف، من أي عدد من

الاستثنائي؛ كأن لا يتوافر تنظيم قانوني للتعامل مع الحالة الطارئة، أو في حال كانت غير كافية. فمثلاً تم اعتبار ثورة البركان ظرفاً استثنائياً دفع الدولة الفرنسية وبالتحديد مقاطعة كوديلوب إلى إعلان حالة الطوارئ فيها، واتخاذ قرارات بإخلاء المنطقة ومنع الإبحار (الشكراوي 2014، 45).

ج. قيد الغاية:

يجب أن يكون الهدف من إعلان حالة الطوارئ تحقيق المصلحة العامة للسكان، فلا يجوز أن يكون الهدف من إعلان حالة الطوارئ التكتيل بالأفراد أو كبت حرياتهم العامة (جاسم 2007، 244-245).

د. التناسب في الإجراءات:

يشترط لإعلان حالة الطوارئ أن تتناسب الإجراءات المتخذة مع الظروف الاستثنائية، بأن تكون بالقدر الملائم للتغلب على هذا الظرف، فلا يمكن التضحية بمصالح الأفراد من أجل تحقيق مصالح الجماعة إلا بقدر الضرورة الموجبة لتحقيقها، وإلا يعتبر تصرفها غير مشروع، ويندرج أمر التناسب ضمن السلطة التقديرية التي تتمتع بها السلطة المختصة بإعلانها (جابوري 2016، 42).

الحقوق والحريات العامة؛ بهدف مواجهة ظروف طارئة تهدد السلامة العامة أو الأمن القومي للبلاد مثل الحرب أو أخطار التهديد الخارجي والاضطرابات التي تهدد الأمن الداخلي أو حدوث وباء أو ما شابه ذلك من أمور وثيقة الصلة بالسلامة العامة والأمن القومي، وهو نظام استثنائي يستهدف غاية محددة، فلا يجوز التوسع في تطبيقه ويتعين تفسيره في أضيق الحدود".

وبالتالي يمكن ملاحظة أن الحالات التي تستدعي إعلان حالة الطوارئ في النظام القانوني الفلسطيني تتشابه في الظروف المتعلقة في إعلانها في كل من مصر والأردن، وإن اختلف عنها بعدم تنظيمه لانتشار الأوبئة. وذلك على خلاف النص العراقي الذي ربط إعلان حالة الطوارئ بحملات العنف المستمرة. والجدير بالذكر في هذا السياق بأن الحالات المذكورة لإعلان حالة الطوارئ في كافة الأنظمة القانونية موضوع الدراسة جاءت على سبيل الحصر لا المثال؛ لأن حالة الطوارئ تعتبر استثناء على الأصل فلا يجوز التوسع أو القياس عليها.

ب. عدم كفاية القاعدة القانونية:

لإعمال حالة الطوارئ يشترط أن تكون القاعدة القانونية العادية عاجزة عن مواجهة الظرف

التنفيذية بشكل مستقل سواء لرئيس الدولة أو رئيس مجلس الوزراء، وأخرى تشترك السلطة التشريعية والتنفيذية في إمكانية إعلانها.

فالنظام الدستوري في فلسطين أجاز لرئيس السلطة الوطنية إعلان حالة الطوارئ بمرسوم عند توافر شروطها، وفقاً لأحكام المادة (1/110) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003).

أما الدستور العراقي الدائم (2005) منح بموجب المادة (61) الفقرة (9) منها مجلس النواب صلاحية الموافقة على إعلان حالة الطوارئ بأغلبية الثلثين بناء على طلب مشترك يقدم من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء لإعلان حالة الطوارئ. وإن اعتبر البعض أن هذه الأغلبية المطلوبة وإن كانت تضمن حماية حقوق الأفراد وحياته الأساسية، ومنه انفراد السلطة التنفيذية بها، إلا أنها ستؤدي إلى إبطاء إعلان حالة الطوارئ، وهو الأمر الذي يتعارض مع الخطر الحال الذي يستوجب إجراء سريع لمواجهة (فارس 2011، 178).

وفي ذات السياق يجب الإشارة إلى أن السلطة المختصة في إعلان حالة الطوارئ في العراق اختلفت وفقاً لكل دستور، فدستور عام 1970 منحها إلى مجلس الوزراء، بينما دستور عام

وفي ذات السياق، قد شهدت الحالة الفلسطينية إعلان حالة الطوارئ مرتين؛ منها إعلان الرئيس ياسر عرفات حالة الطوارئ بموجب المرسوم الرئاسي رقم (18) لسنة 2003، بتاريخ 2003/10/5 على كامل أراضي السلطة الوطنية الفلسطينية بسبب الاجتياحات الإسرائيلية، وشكّل الرئيس ما أسماه "حكومة الطوارئ". وكذلك إعلان الرئيس محمود عباس حالة الطوارئ في جميع أراضي السلطة الوطنية الفلسطينية بموجب المرسوم رقم (9) لسنة 2007، بتاريخ 2007/6/14، ولمدة ثلاثين يوماً بسبب الانقسام الفلسطيني، وأنشأ الرئيس ما يسمى "حكومة إنفاذ حالة الطوارئ"؛ لمواجهة الظروف المعلنة (العاور 2013، 92-100).

3-2. الشروط الشكلية

لا يكفي الالتزام بالشروط الموضوعية لإعلان حالة الطوارئ، وإنما يتعين التقيد بالشروط الشكلية المرتبطة بالإجراءات الواجبة الاتباع عند إعلان حالة الطوارئ سواء الجهة المختصة بإعلانها أو تمديدها أو الرقابة عليها، وفقاً للتفصيل التالي:

أ. القيد الاختصاصي:

تختلف الجهة المختصة بإعلان حالة الطوارئ من نظام قانوني لآخر؛ فمنها ما تمنحها للسلطة

مجلس الوزراء، بموجب المادة (2/أ) من قانون الدفاع رقم (13) لسنة 1992.

بالتالي تختلف الجهة المختصة بإعلان حالة الطوارئ من نظام قانوني إلى آخر، منها من تمنحها للسلطة التنفيذية سواء الرئيس أو مجلس الوزراء، وأخرى تشرك معها السلطة التشريعية.

ب. القيد الزمني:

إن حالة الطوارئ تعتبر حالة استثنائية تعلن لمدة محددة وليس بشكل مستمر، وإنما لمواجهة الظروف الاستثنائية، وتختلف هذه المدة من نظام قانوني لآخر، وتضمنت كافة الحالات المقارنة نصوصاً قانونية وأخرى دستورية على ضرورة تضمين قرار إعلان حالة الطوارئ على المنطقة المستهدفة وموعد سريانها وكذلك الهدف من إعلانها.

ومنح النص في فلسطين رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية إعلانها لمدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً، وكذلك الأمر في الدستور العراقي، بينما ترتفع هذه المدة إلى ثلاثة أشهر في الدستور المصري.

ولا يجوز للجهة المختصة بإعلانها تمديد حالة الطوارئ إلا بموافقة الهيئة التشريعية ممثلة الشعب وإرادته، فالنص الفلسطيني أجاز تمديد حالة الطوارئ لمدة ثلاثين يوماً أخرى بعد موافقة المجلس التشريعي الفلسطيني بأغلبية ثلثي

1968 جعلها من صلاحية رئيس الجمهورية، في حين لم تتعرض بعض الدساتير السابقة لهذا التاريخ لحالة الطوارئ أو اكتفت بمعالجتها دون تحديد الجهة المختصة بذلك، منها دستور عام 1963، وكذلك دستور عام 1958. والجدير بالذكر أن القانون العراقي الأساسي للعام 1925 يعتبر أول من تعرض لحالة الطوارئ في العراق، وخولها للملك بعد موافقة مجلس الوزراء (الحسيني 2010، 438-439).

أما بالنسبة إلى المادة (154) من الدستور المصري (2014) فقد منحت رئيس الجمهورية المصرية إعلان حالة الطوارئ بعد أخذ رأي مجلس الوزراء، مع وجوب عرضها على مجلس النواب خلال السبعة أيام التالية ليقرر ما يراه بشأنه، وإذا كان غير منعقد يجب دعوته للانعقاد. بينما منحت المادة (141) من الدستور المصري (1971) صلاحية إعلان حالة الطوارئ لرئيس الجمهورية بشرط عرضه على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوماً التالية ليقرر ما يراه بشأنه أو في أول اجتماع لمجلس الشعب الجديد إذا كان منحللاً.

وعلى خلاف ذلك فقد أحال الدستور الأردني تحديد الجهة المختصة بإعلان حالة الطوارئ إلى قوانين الدفاع المطبقة فيها، والذي منحها إلى

وتنتهي حالة الطوارئ بانقضاء المدة الزمنية المحددة لسريانها أو انتهاء الطرف الاستثنائي الذي أعلنت لأجله أيهما أقرب. ويعلن عن وقف العمل بقانون الطوارئ وانتهائه بناءً على قرار من مجلس الوزراء الأردني حسب المادة (2/ج) من قانون الدفاع للعام 1992، أو رئيس الجمهورية المصرية وفقاً للمادة (2) من قانون الطوارئ المصري، بينما لم تتعرض النص الدستوري الفلسطيني، ومقابله العراقي لذلك بشكل صريح.

ج. القيد الرقابي:

تعتبر حالة الطوارئ من الظروف الاستثنائية التي يتم فيها تقييد الحقوق والحريات، وحرصاً على عدم الاعتداء عليها أو تجاوزها، لا بد من ممارسة الرقابة عليها، وبالعادة تخوّل الهيئة التشريعية الرقابة على كافة الإجراءات التي تم اتخاذها ضمن حالة الطوارئ. ومنح القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003) للمجلس التشريعي السلطة التقديرية في مراجعة كافة الإجراءات والتدابير كلها أو بعضها التي اتخذت أثناء حالة الطوارئ، وذلك لدى أول اجتماع يعقده المجلس عقب إعلان حالة الطوارئ أو في جلسة التمديد أيهما أسبق ولديه الحق في إجراء الاستجواب اللازم بهذا الشأن. وكذلك الأمر المشرع العراقي أشار إلى ضرورة قيام رئيس مجلس الوزراء

أعضائه. وكذلك الدستور المصري (2014) أجاز تمديد حالة الطوارئ بعد موافقة ثلثي عدد أعضاء مجلس الشعب لمدة ثلاثة أشهر إضافية، وإذا كان المجلس غير قائم، يعرض الأمر على مجلس الوزراء للموافقة.

وكذلك الأمر نظم الدستور المصري (2012) في المادة (148) مدة إعلان حالة الطوارئ، وجاء فيها: "ويكون إعلانها لمدة محددة لا تتجاوز ستة أشهر، لا تمد إلا لمدة أخرى مماثلة بعد موافقة الشعب في استفتاء عام". مع الإشارة إلى أن الدستور المصري للعام 1971، لم ينص على هذه المدة، واكتفى في المادة (148) بالنص على: "وفي جميع الأحوال يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة، ولا يجوز مدها إلا بموافقة مجلس الشعب". بينما خلا النص الدستوري والقانوني الأردني من تنظيم القيد الزمني لحالة الطوارئ سواء مدة إعلانها أو تمديدتها.

وبكل الأحوال لا يجوز أن تتجاوز مدة إعلان حالة الطوارئ الظروف الاستثنائية التي استدعت إعلانها؛ حتى لا تستخدمه الدول لتعطيل أو تقييد ممارسة حقوق الإنسان وحرياته (لحرش 2007، 363-364).

بالحالة المصرية بقوة القانون في حال عدم عرض قرار إعلان حالة الطوارئ على مجلس الشعب في المدة التي حددها المشرع أو عرضت عليه ولم يوافق عليها، إضافة إلى إمكانية انتهائها بقرار من رئيس الجمهورية كما أشرنا سابقاً (الكفاوين 1995، 108-110).

وفي ذات السياق، تجدر الإشارة إلى أن نصوص القانون الأساسي لم تلزم السلطة التنفيذية بعرض الإجراءات والتدابير التي تم اتخاذها أثناء حالة الطوارئ على المجلس التشريعي، بل منحت للمجلس التشريعي الحق في مراجعتها سواء كلها أو بعضها. لكن يرى البعض بأن المجلس وأثناء مراجعته للإجراءات المتخذة في حالة الطوارئ لا يملك صلاحية إقرار أو حتى إلغاء هذه الإجراءات والتدابير المتخذة في هذه الفترة؛ لأن المشرع الدستوري إذا قصد ذلك سينص عليها بشكل صريح ضمن النصوص الدستورية ذات العلاقة (خليل 2015، 55).

ويثور هنا التساؤل حول استمرارية هذه الإجراءات والصلاحيات المتخذة من الرئيس في الحالة الفلسطينية أثناء حالة الطوارئ، ومدى امتدادها إلى ما بعد هذه المرحلة الاستثنائية، فالبعض يرى بضرورة التفريق بين الإجراءات والتدابير المتعلقة بتعليق نصوص القانون الأساسي الفلسطيني بأن

بعض الإجراءات المتخذة خلال مدة الطوارئ على مجلس النواب خلال (15) يوماً من تاريخ إنهائها.

بينما تكون الرقابة في الحالة المصرية على قرار حالة الطوارئ ذاته وليس الإجراءات التي اتخذت أثناء فترة حالة الطوارئ، فالمادة (2) من القانون رقم (37) لسنة 1972 المعدل لقانون الطوارئ المصري رقم (162) لسنة 1958، نصت على: "يجب عرض قرار حالة الطوارئ على المجلس خلال الخمسة عشر يوماً التالية؛ ليقدر ما يراه بشأنه، وإذا كان مجلس الشعب منحللاً يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له، وإذا لم يعرض القرار على مجلس الشعب في الميعاد المشار إليه أو عرض ولم يقره المجلس اعتبرت حالة الطوارئ منتهية".

وبناءً على النص السابق يمكن ملاحظة وجود اختلاف في صياغة النصوص الدستورية الفلسطينية والعراقية من جهة والمصرية من جهة أخرى، أما الحالة الفلسطينية والعراقية فقد منحت الهيئة التشريعية السلطة التقديرية لمراجعة كافة الإجراءات التي تم اتخاذها خلال حالة الطوارئ، بينما في الحالة المصرية ألزمت مجلس الشعب بمراجعة إعلان الطوارئ ذاته دون الإجراءات التي تم اتخاذها، وبالتالي فقد تنتهي حالة الطوارئ

المختصة بإعلان حالة الطوارئ وإنهائها، وهي غير ملتزمة بعرض قرار إنهائه أو تمديده على مجلس الأمة.

4. أثر إعلان حالة الطوارئ على الحقوق والحريات

قد يترتب على إعلان حالة الطوارئ تقييد العديد من الحقوق والحريات وبالتحديد المتعلقة بالسياسية والمدنية، فقد يتم حظر التعليقات السياسية والمظاهرات والنشاطات الحزبية أو وضع قيود على المجالات والصحف والإذاعات، خلال فترة إعلان حالة الطوارئ، بحيث تمنح للسلطات التنفيذية صلاحيات واسعة في تقييدها، وإن اختلفت من دولة إلى أخرى في تنظيمها (شقير 1997، 69).

فلرئيس الوزراء العراقي صاحب الاختصاص بإعلان حالة الطوارئ العديد من الصلاحيات الاستثنائية التي نص عليها أمر الدفاع عن السلامة الوطنية، والتي أباحت له سلطة فرض حظر التجول لفترات قصيرة وفقاً لضوابط محددة، وكذلك فرض قيود على الأموال وحياسة ممنوعات، وأيضاً على وسائل النقل والمواصلات بمختلف أنواعها وعلى المحال التجارية والنوادي والجمعيات والنقابات وغيرها، وحجز بعض

تصرف الرئيس في هذه الحالة يعتبر كاشفاً وليس منشئاً لهذا التعليق، وأن إنهاء حالة الطوارئ يعني إنهاء العمل بتعليق أحكام هذا القانون الأساسي. أما بالنسبة للإجراءات الأخرى التي يتخذها رئيس السلطة الفلسطينية أو الحكومة تبقى ولا تزول بانتهاء حالة الطوارئ، ويحق للمجلس التشريعي مراجعتها في أول اجتماع يعقده (خليل 2015، 56).

أما المشرع الأردني فلم يلزم السلطة التنفيذية عرض الإعلان والإجراءات التي تم اتخاذها خلال فترة الطوارئ على الهيئة التشريعية، ولم تمنح الهيئة التشريعية صلاحية إنهاء حالة الطوارئ أو التدخل فيها، وجاء في تفسير المجلس العالي الأردني بالأغلبية لنص الدستور: "إن سكوت الدستور عن النص راحة على الجهة المختصة بوقف العمل بقانون الدفاع عند زوال حالة الطوارئ لا يعني إعطاء هذه الصلاحية لمجلس الأمة، وإنما تبقى للسلطة التنفيذية التي لها صلاحية إعلان النفاذ ابتداءً؛ لأن هذين الأمرين متلازمان ومن طبيعة واحدة، ولا يجوز التفريق بينهما في الحكم في ظل النصوص الدستورية". وبالتالي فإن الصلاحيات الممنوحة في هذا السياق للسلطة التنفيذية في إنهاء حالة الطوارئ في الأردن أوسع منها في مصر والعراق؛ لأنها

خلال حالة الطوارئ، واكتفى بالنص على إعلانه
بمرسوم يتضمن المنطقة والهدف والمدة الزمنية
لحالة الطوارئ.

ولضمان حماية الحقوق والحريات وعدم الاعتداء
عليها أثناء حالة الطوارئ نظمت نصوص القانون
الأساسي الفلسطيني والدستور المصري والعراقي
والأردني والقوانين ذات العلاقة، العديد من القيود
الضامنة لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم أثناء فترة
حالة الطوارئ المعلنة من الجهات المختصة.

فالقانون الأساسي حصر إمكانية فرض قيود على
حقوق الأفراد وحرياتهم ضمن حالة الطوارئ بأن
تكون بالقدر الضروري لتحقيق هدف الحالة التي
تواجهها الدولة بموجب المرسوم. ومنح كل فرد تم
توقيفه بموجب هذه الحالة أن يوكل محامياً،
وكذلك أن يراجع قرار توقيفه من قبل النائب العام
أو المحكمة المختصة خلال مدة لا تتجاوز خمسة
عشر يوماً من تاريخ التوقيف.

بينما أجاز قانون الطوارئ المصري للشخص
المعتقل أن يتظلم أمام محكمة أمن الدولة العامة
من أمر الاعتقال، والتي تتشكل لغايات إعلان
حالة الطوارئ، إذا انقضت ستة أشهر من تاريخ
صدور قرار توقيفه في حال لم يتم الإفراج عنه.
مع الإشارة إلى أن النصوص القانونية المصرية

الأشخاص وتوقيفهم بعد الحصول على أمر بذلك
من الجهات المختصة، منع استعمال السلاح
والذخيرة، واتخاذ إجراءات عسكرية وأمنية واسعة،
وغيرها من الأمور التي تناولتها المادة (3) من
أمر الدفاع عام 2004، كل ذلك وفقاً لضوابط
محددة.

أما المادة (4) من قانون الدفاع الأردني للعام
1992 أجازت لمجلس الوزراء سلطة فرض قيود
على حرية الأشخاص في الاجتماع والتنقل
والإقامة والتفتيش دون التقييد بأحكام القانون،
والاستيلاء على أي أرض أو بناء، وتحديد مواعيد
فتح المحلات، وإغلاق أية طرق أو اتجاهات،
وكذلك مراقبة الرسائل والصحف والمطبوعات
وغيرها من الأمور.

وفي مصر، لرئيس الجمهورية الحق في وضع
قيود على حرية الأشخاص في الاجتماع والتنقل
والإقامة، مع إمكانية مراقبة الرسائل والصحف
والمطبوعات بكافة أنواعها، وسحب التراخيص
بالأسلحة أو المواد القابلة للاشتعال، وكذلك تحديد
مواعيد فتح المحال وإغلاقها، بالإضافة إلى
صلاحية إخلاء بعض المناطق.

بينما لم يتطرق النص الدستوري الفلسطيني إلى
صلاحيات رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية

والأوامر الصادرة بتوقيف أو حجز الأشخاص أو أموالهم التي تتخذ بموجب أحكام قانون الدفاع على قاضي التحقيق خلال (24) ساعة من اتخاذها.

فالنصوص الدستورية والقانونية الناضجة لحالة الطوارئ أباحت للأفراد بعض الآليات الهادفة لحماية حقوقهم وحرياتهم ضد الإجراءات المتخذة بحقهم من السلطات المخولة بإعلان حالة الطوارئ، ولكن لم تتعرض لمدى رقابة القضاء على الإعلان ذاته، إلا أن القضاء استقر على اعتباره من أعمال السيادة التي تخرج عن نطاق رقابة القضاء؛ لتمييزها بطابع سياسي (أحمد 2011، 288).

وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الأردنية بتاريخ 1977/2/5، الذي جاء فيه: "أقرت المحكمة أن حالة الطوارئ تبرر تحويل الهيئة التنفيذية سلطة تقديرية واسعة المدى والنطاق دون تحويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه من إجراءات في هذا الشأن؛ لأن ذلك يقتضي توافر معلومات وعناصر وموازن تقدير مختلفة الإنتاج للقضاء، وتبرر المحكمة ذلك بأن اعتبارات الملاءمة تجعل من غير المناسب طرح هذه المسائل علناً في ساحات القضاء" (المجالي 2005، 83-84).

ميّزت في حالة إنهاء حالة الطوارئ بين القضايا التي ارتكبت في حالة الطوارئ وأحيلت إلى المحاكم الاستثنائية "محاكم أمن دولة" والتي تنشأ بشكل خاص لمتابعة كافة القضايا ذات العلاقة بسريان حالة الطوارئ، وبين تلك القضايا التي ارتكبت في حالة الطوارئ، ولم تحل إلى قضاء أمن الدولة، حيث تحال إلى المحاكم العادية، وفقاً للمادتين (19-20) من قانون الطوارئ.

أما المادة (8) من قانون الدفاع الأردني أجازت لكل شخص جرى توقيفه أو القبض عليه بموجب هذا القانون أو تم وضع اليد على ماله أن يقدم طعناً لدى محكمة العدل العليا، بل وأجازت تقديم طعن مرة ثانية في حال تم رد الطلب في المرة الأولى، طالما كان الأمر المطعون فيه قائماً.

بينما تعرّض النص الوارد في أمر الدفاع العراقي بشكل عام لخضوع كافة القرارات والإجراءات التي قام بها رئيس الوزراء خلال حالة الطوارئ لرقابة محكمة التمييز، ومحكمة التمييز في إقليم كردستان فيما يتعلق بإجراءات الطوارئ في نطاق الإقليم، ولها الحق في إلغاء الإجراءات وتقرير بطلانها وعدم مشروعيتها أو إقرارها، دون أن تتضمن نصاً صريحاً يخول الأطراف اللجوء إليها، أو تحديد هذه الآلية، باستثناء المادة الرابعة من ذات القانون التي نصت على عرض القرارات

الدستور كافة، وفي مقدمتها حقوق المواطنين وحرياتهم".

5. خاتمة

تعتبر حالة الطوارئ إحدى الحالات الواردة ضمن نظرية الظروف الاستثنائية والتي يتم تقنينها بالعادة من خلال الدستور، بحيث تشرع لمواجهة خطر معين حال وجسيم تعاصره الدولة، بموجبها يحق للسلطة التنفيذية تجميد الأحكام الدستورية والتشريعية العادية بشكل مؤقت بما يخدم المصلحة العليا لمواجهة هذا الظرف الطارئ. ولا بد لإعلانها توافر العديد من القيود الموضوعية والشكلية، كأن تعاصر الدولة غزو مسلح أو كوارث طبيعية أو غيرها من الحالات المحددة بنص الدستور أو القانون الوطني على سبيل الحصر وليس المثال، ويتم إعلانها من قبل أشخاص محددين بنص الدستور أو القانون المنظم لها، وقد تكون جهة تشريعية أو تنفيذية، ويتم إعلانها لمدة زمنية محددة بنص تشريعي. على أن يتم عرضها على الهيئة التشريعية لدى أول اجتماع لها عقب إعلان حالة الطوارئ.

تمنح السلطة المختصة بإعلان حالة الطوارئ العديد من الصلاحيات ومن ضمنها تقييد حرية الفرد وحقوقه، لكن يتم ذلك ضمن ضوابط محددة،

أما القضاء الدستوري فيراقب بشكل عام على مدى اتفاق هذه القرارات بقوانين مع الدستور، ويحكم بعدم دستورية المخالف منها، ويرتب الآثار القانونية حسب النظام القانوني لكل دولة.

وفي ذلك جاء حكم المحكمة الدستورية المصرية العليا رقم (17) لسنة 15 قضائية، بتاريخ 2013/6/3، بعدم دستورية البند (1) من المادة (39) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم (162) لسنة 1958 من تخويل رئيس الجمهورية الترخيص بالقبض والاعتقال بتفتيش الأشخاص والأماكن دون التقيد بإذن قضائي مسبب؛ لأنه يهدر حريات المواطنين ويشكل خرقاً لمبدأ سيادة القانون الذي يعد أساس الحكم في الدولة، وأضافت "إن قانون الطوارئ يعالج أوضاعاً استثنائية متعلقة بمواجهة نذر خطيرة تتهدد معها المصالح القومية بما قد ينال من استقرار الدولة أو تعرض أمنها وسلامتها لمخاطر داهمة، وإن حالة الطوارئ بالنظر إلى مداها وطبيعة المخاطر المرتبطة بها لا تلائمها أحياناً التدابير التي تتخذها الدولة في الأوضاع المعتادة، ذلك أنه لا يجوز أن يتخذ قانون الطوارئ الذي رخص به الدستور ذريعة لإهدار أحكامه ومخالفته وإطلاقه من عقابها، إذ إن قانون الطوارئ يطل على طبيعته كعمل تشريعي يتعين عليه أن يلتزم بأحكام

بنص القانون، وتخضع لمراجعة الهيئة التشريعية، إلا أن النص الدستوري الفلسطيني لم ينظم الصلاحيات الممنوحة للجهة المختصة بإعلانها، مما يشكّل ثغرة قانونية عند تطبيقها على أرض الواقع لعدم معرفة مدى حجم الصلاحيات أو حدودها.

ويقع العبء الأكبر في الرقابة على هذه الأعمال على المحكمة الإدارية، أما المحكمة الدستورية فتبحث فقط مدى انسجام الإجراءات المتخذة خلال حالة الطوارئ من الجهات المختصة بذلك مع ما ورد من تقييدات ضمن نصوص الدستور.

قائمة المصادر والمراجع

وتعديلاته، متوفر على شبكة قوانين الشرق (بيانات النشر غير ظاهرة).

- أمر الدفاع عن السلامة الوطنية (العراقي) رقم (1) لسنة 2004:

<http://wiki.dorar-iraq.net/iraqilaws/law/16450.html>

- المرسوم الرئاسي (اللسطيني) رقم (18) لعام 2003، الوقائع الفلسطينية، عدد (48)، بتاريخ 2003/10/5.
- المرسوم الرئاسي (اللسطيني) رقم (9) لسنة 2007، الوقائع الفلسطينية، عدد (71)، بتاريخ 2007/6/14.

ج- الأحكام القضائية:

- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (1) لسنة 15 قضائية، بتاريخ 1993/1/30، المكتب الفني: 5، الجزء: 2، ص 417.
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (74) لسنة 23 قضائية، بتاريخ 2006/1/15، المكتب الفني: 11، الجزء: 2.
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (146) لسنة 25 قضائية، بتاريخ 2009/1/4، المكتب الفني: 12، الجزء: 2، ص 1250.
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، رقم (17) لسنة 15 قضائية، بتاريخ 2013/6/3.

ثانيا- المراجع:

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

أولا- المصادر:

أ- الاتفاقيات الدولية:

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 (اعتمد في 16 كانون/ديسمبر 1966، ودخل حيز النفاذ في 23 آذار/ مارس 1976، نشر في مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، رقم المبيع 1، Vol.1، Part 1، A.94.XIV، ص 28).
- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام 1950 (اعتمدت بتاريخ 4 تشرين الثاني/ نوفمبر 1950، ودخلت حيز النفاذ في 3 أيلول/ سبتمبر 1953).
- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969 (اعتمدت بتاريخ 22 تشرين الثاني/ نوفمبر 1969، ودخلت حيز النفاذ في تموز/ تموز 1978).

ب- التشريعات:

- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003)، الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز، بتاريخ 2003/3/19.
- الدستور الأردني (1952، معدل 2016):
www.constituteproject.org/constitution/Jordan_2016?lang=ar
- الدستور المصري (2014):
www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014?lang=ar
- الدستور العراقي (2005):
www.constituteproject.org/constitution/Iraq_2005?lang=ar
- قانون الدفاع (الأردني) رقم (13) لسنة 1992:
<http://jordanlegalcenter.blogspot.com/2016/06/13-1992.html>
- قرار بقانون "بشأن حالة الطوارئ" (المصري) رقم (162) لسنة 1958، صادر في 1958/9/28،

- أحمد، أحمد. 2011. سلطات رئيس الدولة في إعلان حالة الطوارئ دراسة مقارنة. *مجلة العدل* (وزارة العدل في السودان)، عدد 34: 279-288.
- جابوري، إسماعيل. 2016. "نظرية الظروف الاستثنائية وضوابطها في القانون الدستوري الجزائري: دراسة مقارنة". *دفا تر السياسية والقانون*، عدد 31-44.
- جاسم، أمير. 2007. "نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة". *مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية 14*، عدد 8: 264-237.
- الحسيني، مالك. 2010. "التنظيم الدستوري والقانوني لإعلان حالة الحرب وحالة الطوارئ في العراق". *مجلة الحقوق* (كلية القانون في الجامعة المستنصرية العراقية) 3، عدد 8-9: 451-431.
- خليل، عاصم. 2015. "صلاحيات السلطة التنفيذية وامتيازاتها وحدودها: السلطة الفلسطينية كحالة دراسية". *في: دراسات في النظام الدستوري الفلسطيني*، 13-100. بيرزيت: كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت.
- شقير، رزق. 1997. *حالات الطوارئ وضمانات احترام الحقوق السياسية والمدنية*. رام الله: المؤسسة الفلسطينية لدراسة الديمقراطية "مواطن".
- الشكراوي، علي، إسماعيل البديري. 2014. "التنظيم القانوني لأنظمة الاستثناء دراسة مقارنة". *مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية* (جامعة بابل - العراق) 6، عدد 3: 101-8.
- العاوور، بشير. 2013. "سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية في التشريع الفلسطيني". أطروحة ماجستير في القانون، جامعة الأزهر.
- فارس، عبد الشهيد سنان حاتم. 2014. "حالة الطوارئ بموجب أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم 1 لسنة 2004 والرقابة القضائية عليها". *مجلة مركز دراسات الكوفة* (العراق)، عدد 9: 200-175.
- الكفاوين، أحمد. 1995. "صلاحيات الضبط الإداري في حالة الطوارئ في التشريع الأردني: دراسة مقارنة". أطروحة ماجستير في القانون، الجامعة الأردنية.
- لحرش، عبد الرحمن. 2007. "حالة الطوارئ في الجزائر: هل زالت مبررات استمرارها". *مجلة الحقوق* (الكويت) 31، عدد 1: 370-357.
- المجالي، أحمد. 2005. "الرقابة على أعمال سلطة الطوارئ في ظل حالة الطوارئ في الأردن دراسة مقارنة". أطروحة ماجستير في القانون، جامعة عمان العربية.



BIRZEIT UNIVERSITY

كلية الحقوق والإدارة العامة

Faculty of Law and Public Administration

وحدة القانون الدستوري

Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/6)
فئة النصوص المرجعية

نوار بدير (إعداد)

قرارات القضاء الدستوري اللسطيني

شباط/ فبراير 2018

Decisions of the Palestinian Constitutional
Judiciary [Arabic]

قرارات القضاء الدستوري الفلسطيني

نوار بدير Newar Bdair

التدقيق اللغوي: إبراهيم المصري

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (6/2018)
Reference Texts Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/6)
فئة النصوص المرجعية

© 2018, 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.

© 2018، جامعة بيرزيت

وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقياً أو إلكترونياً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة القانون الدستوري 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 القانونية [رقم السلسلة]، وحدة القانون الدستوري، 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:

مقدمة

يتبنى القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003) المبادئ الأساسية التي تقوم عليها دولة القانون، ومن بينها مبدأ سمو الدستور؛ حيث إن للقانون الأساسي مكانة تسمو على غيره من التشريعات في النظام القانوني الفلسطيني؛ فيضع القواعد ذات العلاقة بنظام الحكم في الدولة والعلاقة بين السلطات، إضافة إلى تنظيم حقوق الأفراد وحياتهم. ولضمان سمو القانون الأساسي جرى تبني أسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين؛ وذلك بتحقيق المحكمة الدستورية من عدم مخالفة التشريعات مهما كان نوعها والحكم بعدم دستورتها إذا ثبتت مخالفتها للقواعد الدستورية. كما ويمنح النظام القانوني الفلسطيني المحكمة الدستورية العليا اختصاصات أخرى إضافة إلى الرقابة على دستورية القوانين، هادفة إلى تحقيق دولة القانون القائمة على مبدأ سمو الدستور كتفسير نصوص الدستور والتشريعات وفقاً لما نص عليه القانون الأساسي وقانون المحكمة الدستورية العليا.

تعرضت المادة (103) من القانون الأساسي لاختصاصات المحكمة الدستورية العليا بالنص التالي: "1- تُشكّل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في: أ- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها. ب- تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات. ج- الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي. 2- يبين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات الواجبة الاتباع، والآثار المترتبة على أحكامها".¹ وبذلك اكتفى هذا النص بمعالجة بعض اختصاصات المحكمة الدستورية العليا، محيلاً تنظيم تشكيلها وشروط العضوية فيها وطرق الرقابة عليها وكافة الأمور المتعلقة بها إلى قانون خاص ينظمها. وبناءً عليه، صدر قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006)، بتاريخ 25 آذار/ مارس 2006،² لينظم هذه الأمور كافة. ومؤخراً أجرى الرئيس تعديلات على هذا القانون بموجب القرار بقانون رقم (19) لسنة 2017.³

¹ الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز، في 2003/3/19.

² الوقائع الفلسطينية، عدد (62)، في 2006/3/25، ص 93-112.

³ الوقائع الفلسطينية، عدد (137)، في 2017/10/15، ص 4-10. انظر ورقة موقف، صادرة عن وحدة القانون الدستوري، حول

تعديل قانون المحكمة الدستورية: <https://goo.gl/6s83Cp>

تشكلت المحكمة الدستورية العليا في نيسان/ إبريل 2016،⁴ وقبل ذلك التاريخ، اضطلعت المحكمة العليا بصفقتها "الدستورية" باختصاصات المحكمة الدستورية العليا؛ حيث نصت المادة (104) من القانون الأساسي على أن "تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخلة في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة".

أصدرت المحكمة العليا بصفقتها الدستورية عدداً من القرارات أثناء فترة ولايتها. كما أصدرت المحكمة الدستورية العليا جملة من القرارات الأخرى. يعرض فيما يلي للقرارات الصادرة عن كلتا المحكمتين باضطلاعهما في اختصاصات القضاء الدستوري؛⁵ حيث يعرض القسم الأول -على شكل بطاقات تعريفية- لمخصصات حول تلك القرارات، تشمل العناصر التالية: رقم القرار، تاريخ القرار، مكان انعقاد المحكمة، طبيعة الدعوى،⁶ آلية الاتصال بالدعوى،⁷ الجهة الطاعنة، الجهة المطعون ضدها،⁸ الموضوع، وملخص منطوق القرار. ذلك فيما يعرض القسم الثاني -على شكل ملاحق- للنصوص الكاملة للقرارات.⁹

⁴ بموجب قرار الرئيس رقم (57) لسنة 2016، الوقائع الفلسطينية، عدد (120)، في 2016/4/26، ص 53-54.

⁵ بالتحديد، يُعرض للقرارات المتوفرة على "منظومة القضاء والتشريع الفلسطيني (المقتفي)"، معهد الحقوق بجامعة بيرزيت: <http://muqtafi.birzeit.edu> (حتى تاريخ الاسترجاع: 2018/1/27).

⁶ المقصود إن كانت طعن دستوري أم تفسير دستوري.

⁷ بموجب المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية وتعديله، هنالك أربع آليات لاتصال المحكمة بالدعوى الدستورية: الدعوى الأصلية المباشرة، الدفع الفرعي، الإحالة، والتصدي. وقد جرى تحديد الآلية باجتهاد الباحثة من خلال مطالعتها لكل قرار.

⁸ لا يظهر هذا العنصر بخصوص القرارات الصادرة بآلية الإحالة؛ اتفاقاً وطبيعة الآلية.

⁹ المصدر: منظومة "المقتفي".

الفهرس

الرمز	القرارات	تاريخ الصدور	رقم الصفحة*	
			بطاقة تعريفية	ملحق: نص القرار**
أ	الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية			
1/أ	القرار 2005/5 (طعن دستوري)	2005/11/27	6	54
2/أ	القرار 2006/1 (طعن دستوري)	2006/12/19	7	66
3/أ	القرار 2005/2 (طعن دستوري)	2007/05/22	8	73
4/أ	القرار 2005/5 (طعن دستوري)	2007/05/22	9	75
5/أ	القرار 2005/3 (طعن دستوري)	2008/04/24	10	77
6/أ	القرار 2007/1 (طعن دستوري)	2008/04/24	11	80
7/أ	القرار 2007/2 (طعن دستوري)	2008/04/24	12	82
8/أ	القرار 2005/4 (طعن دستوري)	2008/07/24	13	84
9/أ	القرار 2005/1 (طعن دستوري)	2008/10/21	14	87
10/أ	القرار 2007/3 (طعن دستوري)	2009/05/26	15	89
11/أ	القرار 2009/1 (طعن دستوري)	2009/07/21	16	93
12/أ	القرار 2009/2 (طعن دستوري)	2009/07/21	17	98
13/أ	القرار 2009/3 (طعن دستوري)	2010/04/13	18	100
14/أ	القرار 2010/1 (طعن دستوري)	2010/05/11	19	107
15/أ	القرار 2010/2 (طعن دستوري)	2010/12/28	20	111
16/أ	القرار 2010/3 (طعن دستوري)	2011/03/14	21	114
17/أ	القرار 2011/2 (طعن دستوري)	2011/09/06	22	117
18/أ	القرار 2011/1 (طعن دستوري)	2012/01/31	23	120
19/أ	القرار 2013/1 (طعن دستوري)	2013/03/18	24	126
20/أ	القرار 2012/6 (طعن دستوري)	2013/03/28	25	129
21/أ	القرار 2012/3 (طعن دستوري)	2013/04/23	26	135
22/أ	القرار 2014/4 (طعن دستوري)	2014/12/22	27	139
23/أ	القرار 2014/2 (طعن دستوري)	2015/01/12	28	142
24/أ	القرار 2014/7 (طعن دستوري)	2015/02/23	29	145
25/أ	القرار 2014/6 (طعن دستوري)	2015/04/08	30	148
26/أ	القرار 2014/1 (طعن دستوري)	2015/05/26	31	156
27/أ	القرار 2013/5 (طعن دستوري)	2015/07/13	32	160

* يتضمن الفهرس (أرقام الصفحات) ارتباطات تشعبية (Hyperlinks) تحيل مباشرة -بالضغط عليها- إلى الصفحات المحددة. كما جرى تضمين أسفل كل صفحة ارتباط تشعبي (بالضغط على **CLU-BZU**) للعودة إلى صفحة الفهرس هنا.

** تنبيه: بحكم احتواء الملاحق على أرقام الصفحات كما وردت في المصادر، جرى تمييز أرقام الصفحات التي يُحيل إليها هذا الفهرس، بوضعها بين أقواس معكوفة [] مع تمييز اللون. كما جرى وضع "طابع" أعلى الصفحة الأولى من كل قرار متضمنا رمزه.

الرمز	القرارات	تاريخ الصدور	رقم الصفحة	
			بطاقة تعريفية	ملحق: نص القرار
ب	الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا			
1/ب	القرار 2016/1 (تفسير دستوري)	2016/09/18	33	165
2/ب	القرار 2016/5 (طعن دستوري)	2016/09/18	34	170
3/ب	القرار 2016/3 (طعن دستوري)	2016/09/19	35	173
4/ب	القرار 2016/2 (تفسير دستوري)	2016/11/02	36	176
5/ب	القرار 2016/3 (تفسير دستوري)	2016/11/03	37	185
6/ب	القرار 2015/2 (طعن دستوري)	2016/11/20	38	191
7/ب	القرار 2016/8 (طعن دستوري)	2017/01/04	39	193
8/ب	القرار 2016/14 (طعن دستوري)	2017/01/05	40	200
9/ب	القرار 2016/5 (تفسير دستوري)	2017/01/23	41	205
10/ب	القرار 2016/12 (طعن دستوري)	2017/03/29	42	215
11/ب	القرار 2016/13 (طعن دستوري)	2017/05/16	43	219
12/ب	القرار 2017/3 (طعن دستوري)	2017/05/16	44	224
13/ب	القرار 2017/1 (تفسير دستوري)	2017/07/12	45	228
14/ب	القرار 2013/3 (طعن دستوري)	2017/09/12	46	236
15/ب	القرار 2015/5 (طعن دستوري)	2017/09/12	47	240
16/ب	القرار 2015/8 (طعن دستوري)	2017/10/01	48	244
17/ب	القرار 2016/4 (طعن دستوري)	2017/11/06	49	251
18/ب	القرار 2016/11 (طعن دستوري)	2017/11/08	50	254
19/ب	القرار 2017/4 (طعن دستوري)	2017/11/19	51	257
20/ب	القرار 2016/15 (طعن دستوري)	2017/11/21	52	263

القسم الأول: البطاقات التعريفية (الملخصات)

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

*(1/أ)

رقم القرار	2005/5
تاريخ القرار	27 تشرين الثاني/ نوفمبر 2005
مكان انعقاد المحكمة	غزة
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	جمعية المحامين العرب من أجل حقوق الإنسان.
الجهة المطعون ضدها	رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية ويمثله النائب العام؛ المجلس التشريعي الفلسطيني، ويمثله رئيس المجلس التشريعي.
الموضوع	الطعن في عدم دستورية قانون السلطة القضائية رقم (15) لسنة 2005، المنشور في العدد (الستين) من الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2005/11/9.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة بعدم دستورية قانون السلطة القضائية رقم (15) لسنة 2005 واعتباره كأن لم يكن؛ لمخالفته نصوص القانون الأساسي الفلسطيني.

* أعد الزميل محمود أبوصوي مسودة ملخص هذا القرار، إضافة إلى مسودات ملخصات القرارات نوات الرموز (2/أ) (11/أ) (13/أ) (15/أ) (16/أ) (17/أ) (20/أ).

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(2/أ)

رقم القرار	2006/1
تاريخ الحكم	19 كانون الأول/ ديسمبر 2006
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	عزام الأحمد بصفته الشخصية وبصفته عضواً للمجلس التشريعي الأول، وروحي فتوح بصفته الشخصية وبصفته رئيس المجلس التشريعي الأول.
الجهة المطعون ضدها	المجلس التشريعي؛ ويمثله رئيس المجلس؛ ورئيس المجلس التشريعي عزيز دويك بالإضافة لوظيفته.
الموضوع	الطعن بالإجراءات والقرارات التي تمت واتخذت في جلسة المجلس التشريعي المنعقدة بتاريخ 2006/3/6. بما في ذلك: 1. اعتبار الجلسة المنعقدة في 2006/3/6، الجلسة الأولى للمجلس التشريعي الحالي. 2. جلسة المجلس التشريعي المنتهية ولايته المنعقدة في 2006/2/13، هي الجلسة السابقة على الجلسة المنعقدة في 2006/3/6 للمجلس الحالي. 3. إجراء التصويت على إقرار قرارات ومحضر جلسة 2006/2/13. 4. قرار المجلس في الجلسة المذكورة، والقاضي بعدم إقرار محضر وقرارات جلسة المجلس التشريعي في 2006/2/13.
ملخص الحكم	قررت المحكمة قبول الطعن موضوعاً، والحكم بعدم دستورية القرارات والإجراءات برزمة واحدة، التي تم اتخاذها من المجلس التشريعي المطعون ضده، في جلسة 2006/3/6، وإلزام المستدعي ضدهما بتصويب الوضع الذي نتج عن تلك الإجراءات والقرارات لتتفق مع أحكام القانون الأساسي، والنظام الداخلي للمجلس التشريعي الصادر بمقتضاه.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(3/أ)

رقم القرار	2005/2
تاريخ القرار	22 أيار/ مايو 2007
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	علاء البكري.
الجهة المطعون ضدها	رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير، رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية المرسوم الرئاسي بشأن تأجيل الانتخابات التشريعية العامة الصادر في مدينة رام الله بتاريخ 2005/6/3، بكافة أجزائه وآثاره القانونية والواقعية العمل بالمرسوم الرئاسي رقم (5) لسنة 2005.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة رفض الطعن لصدور مرسوم رئاسي لاحق لتاريخ رفع الدعوى يحدد موعد الانتخابات.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(4/أ)

رقم القرار	2005/5
تاريخ القرار	22 أيار/ مايو 2007
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	علاء البكري.
الجهة المطعون ضدها	الرئيس محمود عباس بصفته رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية؛ رئيس المجلس التشريعي بالإضافة للمجلس التشريعي؛ وزير العدل؛ رئيس ديوان الفتوى والتشريع.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية الفقرتين (3) و(6) من المادة (17)؛ والفقرة (3) من المادة (24)؛ والبند (2) من الفقرة (ز) من المادة (36) والمادة (46)؛ والفقرات (2 و3 و4) من المادة (64)؛ والفقرة (2) من المادة (65)؛ والفقرة (6) من المادة (91)؛ والبند (1) من الفقرة (ح) من المادة (103) والبند (3) فقرة (أ، ب) من نفس المادة من قانون السلطة القضائية لسنة 2005.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة عدم قبول الطعن؛ لأن المحكمة سبق وأن قررت عدم دستورية قانون السلطة القضائية المشار إليه برمته.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(5/أ)

رقم القرار	2005/3
تاريخ القرار	24 نيسان/ إبريل 2008
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	خليل كعابنة، شجاع درويش، فراس أبو سالم، عدنان ذياب.
الجهة المطعون ضدها	رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية المرسوم الرئاسي لسنة 2005، بشأن تحديد عدد أعضاء مجالس للهيئات المحلية ذات النسبة السكانية المسيحية، وكذلك بتحديد عدد الأعضاء المسيحيين لمجلس بلدية بيرزيت بسبعة أعضاء وستة أعضاء مسلمين، والمجلس المحلي لمجلس قروي عابود بستة أعضاء مسيحيين وخمسة أعضاء مسلمين، والمجلس المحلي لمجلس قروي جفنا بثمانية أعضاء مسيحيين وثلاثة أعضاء مسلمين. لمخالفته أحكام القانون الأساسي وبالتحديد المتعلقة بالمساواة منها، وبعض نصوص الدستور الأردني الساري بما لا يتعارض مع القانون الأساسي.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة عدم قبول الطعن لأن المرسوم الرئاسي عمل إداري يخضع لرقابة المحكمة الإدارية وليس المحكمة الدستورية.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(6/أ)

رقم القرار	2007/1
تاريخ القرار	24 نيسان/ إبريل 2008
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	محمود نصر الله.
الجهة المطعون ضدها	رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية ويمثله النائب العام؛ والمجلس التشريعي ويمثله رئيس المجلس التشريعي.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية القرار بقانون رقم (8) لسنة 2006، بشأن قانون معدل لقانون الإجراءات الجزائية. والقرار بقانون رقم (9) لسنة 2006، بشأن قانون معدل لأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الصادر بتاريخ 2006/2/16. وكذلك القرار بقانون رقم (7) لسنة 2006، بشأن قانون محكمة الجنايات الكبرى الصادر بتاريخ 2006/2/15. وأخيراً القرار بقانون رقم (5) لسنة 2006، بشأن قانون معدل لأحكام قانون تشكيل المحاكم.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة ترك الدعوى، وإعادة التأمين للطاعن، بعد ترك الطاعن لدعواه؛ لأن القرارات موضوع الطعن قد تم إلغاؤها حسب الأصول وأن الإلغاء قد تم بعد تقديم الطعن.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(7/أ)

رقم القرار	2007/2
تاريخ القرار	24 نيسان/ إبريل 2008
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	الفريق الركن/ مصطفى سالم بشتاوي (المعروف باسم الشهرة: الفريق نصر يوسف)، بصفته النائب العام المفوض للمكتب الحركي العسكري.
الجهة المطعون ضدها	رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير، رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية؛ المجلس التشريعي.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية القرار بقانون لسنة 2007، الصادر بتاريخ 2007/8/23، بشأن تعديل قانون التقاعد العام رقم (7) لسنة 2005.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة ترك الدعوى؛ لأن وكيل الجهة الطاعنة قد تقدم بطعن مماثل في ذات الموضوع تحت رقم (2007/3) ولرغبته في ترك الطعن.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(8/أ)

رقم القرار	2005/4
تاريخ القرار	24 تموز/ يوليو 2008
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	علاء البكري.
الجهة المطعون ضدها	الرئيس محمود عباس بصفته رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية؛ رئيس مجلس الوزراء؛ رئيس المجلس التشريعي؛ رئيس ديوان الفتوى والتشريع؛ رئيس لجنة الانتخابات المركزية؛ الأمين عام لجنة الانتخابات المركزية؛ مدير مكتب الانتخابات المركزية؛ وكذلك وزير العدل.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية بعض المواد مثل المادة (17، 97، 116، 117) من قانون الانتخابات رقم (9) لسنة 2005، والمرسوم الرئاسي الذي يحدد عدد مقاعد دائرة القدس بستة مقاعد، والمرسوم الرئاسي رقم (8) لسنة 2003.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة عدم قبول الطعن؛ لعدم توفر المصلحة.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(9/أ)

رقم القرار	2005/1
تاريخ القرار	21 تشرين أول/ أكتوبر 2008
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	علاء البكري.
الجهة المطعون ضدها	رئيس الوزراء ومجلس الوزراء؛ رئيس المجلس التشريعي؛ المجلس التشريعي؛ وزير العدل؛ وزير المالية؛ رئيس ديوان الفتوى والتشريع بوزارة العدل؛ وزير الحكم المحلي.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية ما يلي: 1. قانون رقم (4) لسنة 2004، بتعديل بعض أحكام قانون الانتخابات رقم (13) لسنة 1995. 2. قانون رقم (5) لسنة 2004، بتعديل بعض أحكام قانون انتخابات مجالس الهيئات المحلية الفلسطينية رقم (5) لسنة 1996. 3. قانون هيئة سوق رأس المال رقم (13) لسنة 2004. 4. قانون دعم الأسرى في السجون الإسرائيلية (4) لسنة 2004. 5. قانون ضريبة الدخل رقم (17) لسنة 2004. 6. قانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005. 7. النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني. لمخالفة كل منها لأحكام القانون الأساسي، وعدم إصدارها باسم الشعب العربي الفلسطيني.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة رد الطعن؛ لعدم جدية الطاعن بسبب عدم حضوره الجلسة رغم تبلغه.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(أ/10)

رقم القرار	2007/3
تاريخ القرار	26 أيار/ مايو 2009
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	الجمعية الوطنية للمتقاعدين العسكريين، واللواء محمد جفال.
الجهة المطعون ضدها	رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية ورئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير ويمثله النائب العام؛ المجلس التشريعي ويمثله رئيسه.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية القرار بقانون بشأن تعديل قانون التقاعد العام رقم (7) لسنة، 2005، الصادر بتاريخ 2007/8/23 وتعديلاته لعام 2007.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة بالإجماع رد الطعن وعدم قبوله، وتضمين الطاعن الرسوم والمصاريف ومصادرة التأمين.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(أ/11)

رقم القرار	2009/1
تاريخ القرار	21 تموز/ يوليو 2009
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	شوقي إبراهيم محمود عبيد، وأمين عمر عبد اللطيف عبيد.
الجهة المطعون ضدها	رئيس هيئة القضاء العسكري ممثلاً برئيسه وأعضائه؛ المحكمة العسكرية الخاصة ممثلة برئيسها وأعضائها؛ النيابة العسكرية ممثلة بالنائب العام العسكري وأعضاء النيابة.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير لسنة 1979، وقانون أصول المحاكمات الجزائية الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لسنة 1979.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة بالأكثرية رد الدعوى، وتضمين الجهة الطاعنة الرسوم والمصاريف، ومصادرة الكفالة؛ لعدم صحة الخصومة.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(أ/12)

رقم القرار	2009/2
تاريخ القرار	21 تموز/ يوليو 2009
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	مجلس القضاء الأعلى ممثلاً برئيسه.
الجهة المطعون ضدها	رئيس منظمة التحرير ورئيس السلطة الوطنية الفلسطينية؛ المجلس التشريعي الفلسطيني.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية بعض النصوص الواردة في قانون السلطة القضائية لمخالفتها أحكام المواد (97، 98، 99) من القانون الأساسي الفلسطيني، وبعض المواد الأخرى من قانون السلطة القضائية.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة ترك الطعن بشكل نهائي بناءً على طلب الطاعن، وموافقة رئيس النيابة.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(أ/13)

رقم القرار	2009/3
تاريخ القرار	13 نيسان/ إبريل 2010
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	شركة "بال أنفست مانجمنت" المساهمة الخصوصية.
الجهة المطعون ضدها	رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بالإضافة إلى وظيفته.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية القرار بقانون بشأن التعامل مع البورصات الأجنبية لسنة 2009؛ لمخالفته المواد (43) و(21) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة بالأغلبية عدم قبول الطعن ومصادرة الكفالة؛ حيث ترى المحكمة أن اتخاذ التدابير اللازمة التي لا تحتمل التأخير لا تتعارض مع الاقتصاد الحر ومبادئه التي يقوم عليها الاقتصاد الفلسطيني بل تعززه وتدعمه وتحميه. الرأي المخالف: للقاضي فريد مصلح؛ يرى عدم قبول الطعن ابتداءً، لكونه مقدماً لمحكمة لا وجود لها.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(14/أ)

رقم القرار	2010/1
تاريخ القرار	11 أيار/ مايو 2010
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	شركة باصات التميمي المساهمة الخصوصية؛ شركة سيارات بيرزيت بني زيد المساهمة الخصوصية المحدودة؛ شركة سيارات سلمة المساهمة الخصوصية المحدودة؛ شركة باصات دير دبوان؛ شركة باصات دير أبو مشعل العادية العامة.
الجهة المطعون ضدها	وزير الحكم المحلي؛ والنائب العام بالإضافة لوظيفة كل منهما.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية النظام رقم (2) لسنة 1998، والمتعلق بنظام مواقف المركبات للهيئات المحلية.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة بالإجماع رد الطعن، ومصادرة الكفالة لصالح الخزينة العامة للدولة؛ لأن النظام محل الطعن لا يخالف أو يتعارض مع القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(15/أ)

رقم القرار	2010/2
تاريخ القرار	28 كانون الأول/ ديسمبر 2010
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	عبد الحي أحمد عبد الحي عيدة.
الجهة المطعون ضدها	رئيس السلطة الفلسطينية؛ رئيس مجلس الوزراء بالإضافة إلى وظيفته؛ النائب العام بالإضافة إلى وظيفته؛ رئيس هيئة القضاء العسكري ممثلاً برئيسه وأعضائه؛ المحكمة العسكرية الخاصة ممثلة برئيسها وأعضائها؛ النيابة العسكرية ممثلة بالنائب العام العسكري وأعضاء النيابة؛ مدير عام الاستخبارات بالإضافة إلى وظيفته؛ مدير عام استخبارات الخليل بالإضافة إلى وظيفته؛ مدير عام استخبارات بيت لحم بالإضافة إلى وظيفته.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير لسنة 1979، وقانون أصول المحاكمات الجزائية الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لسنة 1979، وعدم دستورية القرار الصادر عن المدعي العام العسكري بتوقيف الطاعن، والإفراج عنه فوراً؛ لمخالفتها نصوص المواد (11) و(101) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة رد الدعوى ومصادرة الكفالة؛ لانعدام المصلحة.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(أ/16)

رقم القرار	2010/3
تاريخ القرار	14 آذار / مارس 2011
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	محمد رضا عبد الكريم علاونة؛ سماح محمود علاونة.
الجهة المطعون ضدها	قاضي القضاة بالإضافة إلى وظيفته؛ وكيل نيابة الأحوال الشخصية / شمال الضفة بالإضافة إلى وظيفته؛ محكمة عتيل الشرعية ممثلة بقاضيتها.
الموضوع	عدم دستورية نيابة الأحوال الشخصية، وعدم دستورية الحق العام الشرعي، وعدم دستورية فسخ عقد الزواج بدعوى الردة؛ لمخالفتها المواد (9)، (10)، (18)، (19) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة رد الدعوى وتضمين الجهة الطاعنة الرسوم والمصاريف ومصادرة الكفالة؛ لعدم صحة الخصومة.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(17/أ)

رقم القرار	2011/2
تاريخ القرار	6 أيلول/ سبتمبر 2011
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	سفيان عبد الرحيم حسن اجريوي.
الجهة المطعون ضدها	رئيس السلطة الفلسطينية؛ رئيس مجلس الوزراء بصفته ممثلاً عن الحكومة بالإضافة إلى وظيفته؛ النائب العام بالإضافة إلى وظيفته؛ رئيس هيئة القضاء العسكري ممثلاً برئيسه وأعضائه؛ المحكمة العسكرية الخاصة ممثلة برئيسها وأعضائها؛ النيابة العسكرية ممثلة بالنائب العام العسكري وأعضاء النيابة؛ المدعي العام العسكري في رام الله بالإضافة لوظيفته؛ مدير الاستخبارات العامة في رام الله بالإضافة إلى وظيفته.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير لسنة 1979، وقانون أصول المحاكمات الجزائية الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لسنة 1979، وعدم دستورية القرار الصادر عن المدعي العام العسكري بتوقيف الطاعن، ومن قبله قرار التوقيف الصادر عن مدير الاستخبارات العامة في رام الله، وعدم دستورية تشكيل المحاكم العسكرية لمخالفتها القانون الأساسي وأبسط حقوق العدالة.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة بالأكثرية رد الدعوى ومصادرة الكفالة؛ لانعدام المصلحة، حيث تم الإفراج عن الطاعن من المحكمة النظامية بكفالة.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(أ/18)

رقم القرار	2011/1
تاريخ القرار	31 كانون الثاني/يناير 2012
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	سامي محمد زيدات.
الجهة المطعون ضدها	رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بالإضافة لوظيفته، ويمثله النائب العام؛ رئيس مجلس وزراء السلطة الوطنية الفلسطينية بالإضافة لوظيفته، ويمثله النائب العام؛ مجلس الوزراء ويمثله النائب العام؛ هيئة القضاء العسكري ممثلة برئيسها وأعضائها؛ النائب العام العسكري وأعضاء النيابة العسكرية بالإضافة لوظائفهم؛ المحكمة العسكرية الدائمة، ممثلة برئيسها وأعضائها بالإضافة لوظائفهم؛ النائب العام بالإضافة لوظيفته؛ مدير جهاز الأمن الوقائي العام في الضفة الغربية وفي الخليل بالإضافة لوظيفتهما.
الموضوع	عدم دستورية قانون أصول المحاكمات الجزائية الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لسنة 1979، وقانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لسنة 1979، والقرار الصادر عن المدعي العام العسكري بتوقيف الطاعن، والقرار الصادر عن المحكمة العسكرية الدائمة/الجنوب-الخليل، المتضمن تعديل وصف التهمة.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة رد الدعوى لعدم الاختصاص في بحث الخطأ في تطبيق القانون على القضايا الموضوعية.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(أ/19)

رقم القرار	2013/1
تاريخ القرار	18 آذار / مارس 2013
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	جمعية ملتقى الطلبة، هشام رحال، ورمزي عودة.
الجهة المطعون ضدها	رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية؛ رئيس مجلس الوزراء ممثلاً عن الحكومة؛ وزير الداخلية؛ مدير عام الأحوال المدنية الفلسطينية؛ النائب العام؛ بالإضافة إلى وظائفهم.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية إدراج بند الديانة في بطاقة الأحوال الشخصية للمواطن الفلسطيني؛ لمخالفتها أحكام القانون الأساسي والمواثيق الدولية والقوانين السارية.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة بالأكثرية عدم قبول الطعن الدستوري ومصادرة الكفالة؛ لعدم الجدية، حيث لم يذكر الطعن النص التشريعي المخالف لأحكام القانون الأساسي المعدل.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(أ/20)

رقم القرار	2012/6
تاريخ القرار	28 آذار / مارس 2013
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	محمد يوسف شاكر دحلان.
الجهة المطعون ضدها	رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، رئيس دولة فلسطين، رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير، بالإضافة إلى وظيفته؛ مجلس الوزراء الفلسطيني ممثلاً برئيسه، بالإضافة إلى وظيفته.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية قرار رئيس السلطة الفلسطينية برفع الحصانة البرلمانية عن الطاعن "محمد دحلان" النائب في المجلس التشريعي؛ لمخالفة القرار المواد (43) و(2) و(53) والمادة (26) من قانون حقوق وواجبات أعضاء المجلس التشريعي لسنة 2004.
ملخص منطوق القرار	قررت، المحكمة بأغلبية أعضائها عدم قبول الطعن، لعدم الاختصاص استناداً إلى أحكام المادة (24) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(أ/21)

رقم القرار	2012/3
تاريخ القرار	23 نيسان/ إبريل 2013
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدفع الفرعي المثار أمام محكمة العدل العليا
الجهة الطاعنة	جمال أبو الجدايل بصفته رئيس مجلس بلدية السموع؛ وبصفته عضواً منتخباً لمجلس بلدية السموع، وبصفته الشخصية كأحد مواطني البلدة.
الجهة المطعون ضدها	رئيس السلطة الفلسطينية بالإضافة إلى وظيفته، ويمثله النائب العام؛ مجلس الوزراء ورئيس المجلس بالإضافة إلى وظيفته، ويمثله النائب العام.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية القرار بقانون رقم (9) لسنة 2008 بشأن تعديل قانون الهيئات المحلية لسنة 1997، وقرار مجلس الوزراء لسنة 2009 الصادر بتاريخ 2009/12/14؛ لمخالفتها أحكام المادتين (85، 43) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة عدم قبول الطعن ومصادرة الكفالة؛ لأن الطاعن قدم دعواه بعد فوات المدة المحددة له من محكمة العدل العليا عند الدفع بعدم دستورية هذه النصوص.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(22/أ)

رقم القرار	2014/4
تاريخ القرار	22 كانون الأول/ ديسمبر 2014
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الإحالة
الجهة الطاعنة	تم إحالتها من قاضي صلح رام الله في القضية الجزائية رقم (2014/1814)، بموجب قراره الصادر بتاريخ 2014/5/15.
الموضوع	تم إحالة الدعوى من قاضي صلح رام الله عندما شك بعدم دستورية المادة (5/389) من قانون العقوبات لسنة 1960، والتي تعيد بأن من وجد متجولاً في أي ملك أو على مقربة منه أو في أية طريق أو شارع عام أو في مكان محاذٍ لهما أو في أي محل عام آخر في وقت وظروف يستنتج منه بأنه موجود لغاية غير مشروعة أو لائقة يتم معاقبته وفقاً للعقوبة المحددة في نص المادة. مما يشكل مخالفة صريحة لأحكام المواد (11، 14، 15، 20) من القانون الأساسي الفلسطيني.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة عدم قبول الدعوى، لأنها لا تقوم على أي أساس قانوني؛ لأن النص المطعون فيه جاء ليتلاءم مع حماية حقوق المواطنين وحرّياتهم.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(أ/23)

رقم القرار	2014/2
تاريخ القرار	12 كانون الثاني/يناير 2015
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	إيلين الحموري.
الجهة المطعون ضدها	رئيس دولة فلسطين؛ رئيس مجلس الوزراء ممثلاً عن الحكومة؛ أعضاء مجلس الوزراء؛ النائب العام؛ محافظ نابلس بالإضافة إلى وظائفهم.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية قانون منع الجرائم الأردني رقم (7) لسنة 1954، وقرار محافظ نابلس باحتجاز الطاعنة والإفراج عنها فوراً.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة عدم قبول الطعن بحدود الطعن بعدم دستورية قانون منع الجرائم رقم (7) لسنة 1954، ورد الطعن بحدود عدم دستورية قرار محافظ نابلس باحتجاز الطاعنة لعدة أيام لعدم الاختصاص، ومصادرة الكفالة المدفوعة.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(24/أ)

رقم القرار	2014/7
تاريخ القرار	23 شباط/ فبراير 2015
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
الجهة الطاعنة	بلال أبو خضر .
الجهة المطعون ضدها	المجلس الأعلى للقضاء الشرعي ورئيس المجلس الأعلى للقضاء الشرعي؛ هيئة المحكمة العليا الشرعية ورئيسها وقاضي القضاة الشرعي؛ هيئتا محكمتي الاستئناف الشرعيتين نابلس والقدس بصفتها الوظيفية، ومحكمة ققليلية الشرعية، ومحكمة الاستئناف الشرعية/ القدس، والمنعقدة في رام الله.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية تعميم رقم (2012/59) وموضوعه العمل بسلطة تقديرية لقاضي الشقاق المعمول به بالمحاكم الشرعية، بالإضافة إلى بحث صلاحية محكمة ققليلية الشرعية في نظر دعوى التفريق للنزاع والشقاق. وكذلك صلاحية محكمة ققليلية الشرعية في نظر دعوى التفريق للنزاع والشقاق رقم (2013/474)، والمقامة من الطاعنة، والتي تم ردها من قبل محكمة شرعية الطيبة صاحبة الاختصاص والصلاحية الأولى. لمخالفتها نصوص القانون الأساسي الفلسطيني المعدل، ومنها المواد (2) و(6) و(30) و(47) و(101) و(118) و(119). وبعض المواد الواردة في قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 31 لسنة 1959، وكذلك مجلة الأحكام العدلية.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة عدم قبول الدعوى ومصادرة الكفالة؛ لعدم الاختصاص.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(أ/25)

رقم القرار	2014/6
تاريخ القرار	8 نيسان/ إبريل 2015
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الإحالة
الجهة الطاعنة	إحالة الدعوى من محكمة النقض الجزائية في القضية رقم (2014/56)، بتاريخ 2014/2/26.
الموضوع	تم إحالة الدعوى من محكمة النقض عندما شكّت بعدم دستورية المادة (1/16) من قانون إصلاح الأحداث رقم (16) لسنة 1954.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة برفض القرار وإعادة الدعوى للمحكمة المختصة؛ حيث لا يوجد ما من شأنه القول بعدم دستورية النص.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(أ/26)

رقم القرار	2014/1
تاريخ القرار	26 أيار/ مايو 2015
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	نضال أبو رعد.
الجهة المطعون ضدها	رئيس دولة فلسطين، مجلس الوزراء؛ رئيس مجلس الوزراء؛ المجلس التشريعي؛ دائرة الجمارك والمكوس ممثلة بمديرتها؛ وزارة المالية ممثلة بوزيرها؛ النائب العام؛ بالإضافة إلى وظائفهم.
الموضوع	الطعن بدستورية المادتين (158) و(3/167) من قانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة 1962 والقانون المعدل له رقم 10 لسنة 1964 والمتعلق بتشكيل محكمة الجمارك البدائية وشكل الحكم الذي يصدر عنها.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة عدم قبول الطعن ومصادرة الكفالة وتضمين الطاعن الرسوم؛ لعدم اختصاصها في النظر بالقوانين المطبقة منذ الحكم الأردني.

(أ) القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية

(27/أ)

رقم القرار	2013/5
تاريخ القرار	13 تموز/ يوليو 2015
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	بسام ومحمد وإسحاق ومحمد ونبيل وإبراهيم الشيش، وأحمد ضراغمة، وهاني شكوكاني.
الجهة المطعون ضدها	رئيس دولة فلسطين؛ مجلس الوزراء/ الحكومة الفلسطينية؛ رئيس مجلس الوزراء؛ والمجلس التشريعي؛ ودائرة أملاك الدولة ممثلة بمدير دائرة الأملاك والمساحة؛ ووزارة المالية ممثلة بوزير المالية.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية بعض المواد في القانون بشأن قانون المحافظة على أملاك الدولة رقم (14) لسنة 1961، لمخالفتها بعض نصوص القانون الأساسي وبالتحديد المواد (39، 15).
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة عدم قبول الطعن ومصادرة الكفالة، وتضمين الجهة الطاعنة الرسوم والمصاريف؛ لعدم اختصاصها في بحث دستورية القوانين الأردنية المطبقة على فلسطين.

(ب/1)

رقم القرار	2016/1
تاريخ القرار	18 أيلول/ سبتمبر 2016
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	تفسير دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	طلب مقدم من وزير العدل
الجهة مقدمة الطعن	كتاب مقدم من وزير العدل بناءً على طلب من مجلس الوزراء بتاريخ 2016/6/8.
الموضوع	تفسير نصوص المادتين (18، 20) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2001، والمتعلقة بآلية تعيين القضاة، ومنهم أعضاء المحكمة العليا.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة الدستورية العليا بأنها لا ترى أي تنازع بين مفهوم المادتين (18، 20) من قانون السلطة القضائية، والمواد (24، 29) المرتبطة بها من قانون تشكيل المحاكم النظامية. والصلاحيات الممنوحة لرئيس دولة فلسطين، والقرارات الصادرة عنه والمتعلقة بتعيين القاضي عماد سليم "أسعد عبدالله" سعد، نائباً أول لرئيس المحكمة العليا نائباً أول لرئيس مجلس القضاء الأعلى، فلا يشكل ذلك منصباً جديداً، باعتبار أن تنسيبه كان لمنصب أعلى من المنصب الذي تم تعيينه فيه.

(ب/2)

رقم القرار	2016/5
تاريخ القرار	18 أيلول/ سبتمبر 2016
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	فريدة المسالمة؛ سهيلة المسالمة؛ ميسر المسالمة.
الجهة المطعون ضدها	رئيس دولة فلسطين بالإضافة لوظيفته؛ رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية؛ مجلس الوزراء بالإضافة إلى وظيفته؛ رئيس مجلس الوزراء بالإضافة إلى وظيفته؛ المجلس التشريعي بالإضافة إلى وظيفته؛ النائب العام بالإضافة إلى وظيفته.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية ما يلي: 1. المرسوم الرئاسي رقم (1) لسنة 1994. 2. قرار إنفاذ القوانين الأردنية، التي تم تعطيل إنفاذها بالأوامر العسكرية التي صدرت عن سلطة الاحتلال. 3. نص المادة (13) فقرة (6) من قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين وتعديلاته رقم (46) لسنة 1953. وكذلك عدم دستورية نص المادة (5) من ذات القانون المذكور، لمخالفة هذه النصوص المواد التالية من القانون الأساسي الفلسطيني (10، 20، 30، 103).
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة عدم قبول الطعن، ومصادرة الكفالة، وإلزام الطاعنات بالمصاريف ومبلغ مائة دينار أردني أتعاب محاماة لخزينة الدولة؛ لرفع الدعوى إلى المحكمة بالطرق المخالفة للقانون، حيث تم تقديم الدعوى على الرغم من أن محكمة الموضوع قدرت عدم جدية الدفع.

(ب) القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا

(ب/3)

رقم القرار	2016/3
تاريخ القرار	19 أيلول/ سبتمبر 2016
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	إيلي ريمون نجيب منصور.
الجهة المطعون ضدها	رئيس وأعضاء مجلس الوزراء بالإضافة لوظائفهم؛ رئيس وقضاة المحكمة الكنسية البدائية لبطيركية الروم الأرثوذكس بالقدس الشريف بالإضافة إلى وظائفهم؛ قاضي التنفيذ في محكمة بيت لحم؛ النائب العام بالإضافة إلى وظيفته.
الموضوع	عدم دستورية القرارات الصادرة عن المحكمة الكنسية البدائية لبطيركية الروم الأرثوذكس بالقدس وإلغاء قرار التنفيذ الصادر عن قاضي تنفيذ بيت لحم تنفيذاً لقرار المحكمة الكنسية لعدم دستوريته، والطعن باستمرار ولاية القضاء الشرعي الكنسي على الطاعن.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة عدم قبول الطعن لعدم الاختصاص، ومصادرة الكفالة، وإلزام الطاعن بالمصاريف ومبلغ 100 دينار لخزينة الدولة.

(ب/4)

رقم القرار	2016/2
تاريخ القرار	2 تشرين الثاني/ نوفمبر 2016
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	تفسير دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	طلب مقدم من وزير العدل
الجهة مقدمة الطعن	بناءً على طلب مقدم من وزير العدل، يحمل رقم (35-17636)، بتاريخ 2016/6/16، استناداً على طلب من المستدعي شادي حمزة الموقوف في مركز إصلاح وتأهيل بيتونيا بواسطة وكيله المحامي داود درعاوي.
الموضوع	تفسير المادة (136) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة بأغلبية أعضائها عدم قبول الطعن؛ لأن المحامي داود درعاوي ممثل الجهة المقدمة طلب التفسير لا تنطبق عليه أحكام المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية لسنة 2006، والتي تنص على: "لا يجوز مباشرة الإجراءات أمام المحكمة إلا بواسطة ممثل عن هيئة قضايا الدولة، أو بواسطة محام لا تقل مدة خبرته بالمحاماة عن عشر سنوات متصلة، ويعين رئيس المحكمة محامياً للمدعي الذي يثبت إعساره". حيث لم تكتمل المدة القانونية للمحامي ضمن سلك المحاماة. الرأي المخالف: للقاضي حاتم عباس؛ اعتبر أن مقدم الطعن ينطبق عليه أحكام المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية، وبناءً على ذلك يرى بأن المادة المطلوب تفسيرها مشوبة بعيب عدم الدستورية، وواجب وقف العمل بمقتضاها.

(ب/5)

رقم القرار	2016/3
تاريخ القرار	3 تشرين الثاني/ نوفمبر 2016
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	تفسير دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	طلب مقدم من وزير العدل.
الجهة مقدمة الطعن	طلب مقدم من وزير العدل، يحمل الرقم (359)، بتاريخ 2016/10/9، بناءً على طلب من المستشار سامي صرصور/ رئيس المحكمة العليا، بتاريخ 2016/9/26.
الموضوع	تفسير ولاية المجلس التشريعي في حدود نص المادة (47) و(47 مكرر) من القانون الأساسي، والأهلية الوظيفية للمجلس التشريعي في حدود نص المادة (51) من القانون الأساسي، والمادة (96) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي، القائمة عليها الحصانة التشريعية بحدود النص (1/53) من القانون الأساسي وتعديلاته للعام 2005.
ملخص منطوق القرار	1. الإطار المحدد للولاية الزمنية للمجلس التشريعي أربع سنوات من تاريخ انتخابه. 2. مدة ولاية أعضاء المجلس التشريعي المنتهية ولايته الزمنية مؤقتاً إلى حين أداء أعضاء المجلس التشريعي الجدد اليمين الدستوري. 3. لم يجاوز رئيس السلطة الفلسطينية سلطته في إصدار القرار بقانون لرفع الحصانة عن أي عضو من أعضاء المجلس التشريعي في غير أدوار انعقاد جلسات المجلس، والتي لا يخضع تقديرها لمعيار ثابت وإنما تتغير بتغير الظروف وفقاً لمواجهة أية آثار مادية أو غيرها. قد تمس الأوضاع الاقتصادية أو الاجتماعية في البلاد لمواجهة حالات الضرورة للمحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام فيها، كرخصة تشريع استثنائية لعدم انعقاد المجلس وعدم قدرته على الانعقاد. وبالتالي فإن المحكمة الدستورية العليا ترى أن القرار بقانون رقم (2012/4) المتضمن رفع الحصانة عن عضو المجلس التشريعي محمد يوسف شاكر دحلان المطعون ضده بالقضية الجزائرية نقض رقم (2015/326) يتفق مع الأصول والصلاحيات المخولة للسيد الرئيس بموجب القانون.

(ب/6)

رقم القرار	2015/2
تاريخ القرار	20 تشرين الثاني/ نوفمبر 2016
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	طارق أحمد فايز عسراوي.
الجهة المطعون ضدها	رئيس دولة فلسطين محمود عباس بالإضافة لوظيفته؛ مجلس الوزراء الفلسطيني ممثلاً بدولة رئيس الوزراء بالإضافة لوظيفته؛ المجلس التشريعي يمثله رئيس المجلس بالإضافة لوظيفته؛ مجلس القضاء الأعلى يمثله رئيس المجلس بالإضافة لوظيفته؛ النيابة العامة ممثلة بالنائب العام بالإضافة لوظيفته.
الموضوع	الطعن في عدم دستورية نص المادتين (1) و(25) من القرار بقانون رقم (7) لسنة 2010، بشأن تعديل قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005. وكذلك الفقرة (3) من المادة (1)؛ والفقرة (4) من المادة (1) من القانون ذاته.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة بعدم قبول الدعوى، ومصادرة الكفالة وإلزام الطاعن بالمصاريف ومبلغ (100) دينار أردني أتعاب محاماة لخزينة الدولة؛ لأن المحكمة سبق وأن حسمت المسألة في حكم سابق.

(ب/7)

رقم القرار	2016/8
تاريخ القرار	4 كانون الثاني/يناير 2017
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	مصطفى مهنا.
الجهة المطعون ضدها	مجلس نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين وممثليها النقيب حسين شبانة.
الموضوع	<p>الطعن بعدم دستورية ما يلي:</p> <p>1. قرار مجلس نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين في جلسته رقم (55)، المنعقدة بتاريخ 2016/9/27، والقاضي برفض طلب الطاعن تسجيله كمحام متدرب لعدم استكمالهِ للأوراق المطلوبة لتسجيله قبل 8/31، وهو التاريخ الذي حدده المجلس كموعِدٍ أخير لاستكمال الطلبات.</p> <p>2. المادة (10/أ) من نظام تدريب المحامين المعدل، والتي تنص على: "أ. تقدم طلبات القيد في سجل المحامين المتدربين المستوفي الشروط القانونية إلى مجلس النقابة مرتين في السنة، المرة الأولى خلال شهر كانون ثاني وينظر فيها خلال شهر نيسان، والمرة الثانية خلال شهر تموز وينظر فيها خلال شهر أيلول".</p>
ملخص منطوق القرار	<p>قررت المحكمة بالأغلبية بقبول الطعن والحكم بعدم دستورية نص المادة (10/أ) من نظام التدريب المعدل، الذي أقر في اجتماع الهيئة العامة لنقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين بتاريخ 2013/5/24؛ لمخالفتها نصوص القانون الأساسي الناظمة للحق في المساواة وتكافؤ الفرص.</p> <p>الرأي لمخالف: للقاضي حاتم عباس؛ بعدم قبول الطعن ومصادرة الكفالة.</p>

(ب) القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا

(ب/8)

رقم القرار	2016/14
تاريخ القرار	5 كانون الثاني/يناير 2017
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	جمعية الرعاية الطبية بواسطة رئيس مجلس إدارتها.
الجهة المطعون ضدها	رئيس دولة فلسطين بالإضافة لوظيفته؛ رئيس الوزراء بالإضافة إلى وظيفته؛ وزير الداخلية بالإضافة إلى وظيفته؛ النائب العام بالإضافة إلى وظيفته.
الموضوع	عدم دستورية المادة (37) من القانون رقم (1) لسنة 2000 بشأن الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية؛ لمخالفتها أحكام القانون الأساسي، المنظمة لحرية العمل والعمل النقابي، وجعل اختصاص إنهاء أو حل الشركات أو الجمعيات من ضمن أعمال وزير العدل، وإصدار أية قرارات تتعلق بها، الأمر الذي يتعارض مع المبادئ والأسس التي أوجدها القانون الأساسي للسلطة القضائية.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة عدم قبول الطعن، ومصادرة الكفالة، وتضمين المستدعية المصاريف والرسوم ومبلغ (100) دينار؛ لمخالفة الجهة الطاعنة المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا المنظمة لأحكام اتصال المحكمة الدستورية بالدعوى.

(ب) القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا

(ب/9)

رقم القرار	2016/5
تاريخ القرار	23 كانون الثاني/يناير 2017
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	تفسير دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	طلب مقدم من وزير العدل
الجهة مقدمة الطعن	طلب مقدم من وزير العدل، بناءً على طلب رئيس مجلس الوزراء بتاريخ 2016/12/15.
الموضوع	تفسير النصوص التالية: 1. المادة (2/80) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003. 2. المواد (12-13) من قانون مكافآت ورواتب أعضاء المجلس التشريعي وأعضاء الحكومة والمحافظين رقم (11) لسنة 2004 وتعديلاته. 3. المادة (17) من قانون واجبات وحقوق أعضاء المجلس التشريعي رقم (10) لسنة 2004. 4. المادة (12) من قرار قانون التقاعد العام رقم (5) لسنة 2007، بشأن تعديل قانون التقاعد العام رقم (7) لسنة 2005. 5. المادة (22) من قانون التقاعد الأردني رقم (34) لسنة 1959. 6. المادة (10) من قانون ديوان الرقابة المالية والإدارية رقم (15) لسنة 2004. 7. المادة (22) من قانون التقاعد المدني الأردني رقم (34) لسنة 1959، والمعدل بقانون التقاعد المدني رقم (33) لسنة 1964.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة الدستورية العليا ما يلي: 1. لا يجوز لرئيس ديوان الرقابة المالية والإدارية الجمع بين راتبه التقاعدي الذي حصل عليه بصفته موظفاً عاماً وبين راتبه الذي يحصل عليه بصفته موظفاً بدرجة وزير في دائرة حكومية تابعة للدولة، وينسحب ذلك على كافة موظفي الدولة في جميع الأحوال. 2. عدم دستورية المادتين (2، 3) من القرار رقم (61) لسنة 2010، بشأن تحديد الراتب والحقوق المالية لرئيس ديوان الرقابة المالية والإدارية. 3. عدم دستورية القرار بقانون رقم (2) لسنة 2010، بشأن المصادقة على قرار تحديد الراتب والحقوق المالية لرئيس ديوان الرقابة المالية والإدارية، فيما يخص المادتين (2، 3) من القرار رقم (61) لسنة 2010. 4. احتساب الفروقات المالية لوزير الأوقاف والشؤون الدينية ما بين الراتبين من هيئة التقاعد.

وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت.

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية - فئة النصوص المرجعية (2018/6)

(ب/10)

رقم القرار	2016/12
تاريخ القرار	29 آذار / مارس 2017
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	محمود وفيصل وشاهر وشاكر وفاطمة وعائشة محمد شاكر العالم وفهيمه صالح العالم، بصفتهم الشخصية وبصفتهم ورثة محمد العالم.
الجهة المطعون ضدها	رئيس دولة فلسطين، رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير، رئيس السلطة الوطنية بالإضافة إلى وظيفته؛ مجلس الوزراء؛ رئيس وأعضاء مجلس الوزراء بالإضافة لوظائفهم؛ شركة بيتي للاستثمار العقاري المساهمة الخصوصية المحدودة؛ النائب العام بالإضافة إلى وظيفته.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية نص المواد (1-4) من القرار رقم (136) لسنة 2009، والصادر من رئيس السلطة الفلسطينية بشأن المصادقة على قرار مجلس الوزراء الفلسطيني للعام 2009 بشأن استملاك أراض لصالح شركة بيتي للاستثمار (مشروع مدينة روابي).
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة عدم قبول الطعن لعدم الاختصاص؛ ومصادرة الكفالة؛ لأن قرار الاستملاك قرار إداري.

(ب) القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا

(ب/11)

رقم القرار	2016/13
تاريخ القرار	16 أيار/ مايو 2017
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الإحالة
الجهة الطاعنة	تمت إحالة الدعوى من محكمة بداية الخليل في الدعوى المدنية رقم (2013/332)، والمتعلقة بمطالبة المدعى عليهم بتعويضات جسدية ناتجة عن حادث عمل ومصاريف تقدر بـ (943000) شيكل.
الموضوع	تم إحالة الدعوى من محكمة بداية الخليل بعد أن تراءى لها عدم دستورية نص المادة (2) من القرار بقانون رقم (18) لسنة 2014، بشأن تعديل قانون دعاوي الحكومة رقم (25) لسنة 1958؛ لأنه يشكل قيلاً على حق التقاضي ويتنافى مع المبادئ الأساسية في القانون الأساسي تحديداً المادة (30) منه.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة بالأغلبية دستورية المادة (2) من القرار بقانون رقم (18) لسنة 2014. رأي مخالف: للقاضي فتحي أبو سرور وعدنان أبو ليلي؛ بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة الشخصية.

(ب/12)

رقم القرار	2017/3
تاريخ القرار	16 أيار/ مايو 2017
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدفع الفرعي
الجهة الطاعنة	نوال محمد عوض همشري.
الجهة المطعون ضدها	الرئيس بصفته رئيساً للسلطة الوطنية الفلسطينية وبصفته رئيساً لمنظمة التحرير الفلسطينية ويمثله النائب العام/ رام الله؛ النائب العام بالإضافة لوظيفته.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية المادة (5) من قانون دعاوى الحكومة رقم (25) لسنة 1958، والمادة (2) من القرار بقانون رقم (18) لسنة 2014، بشأن تعديل القانون المذكور وذلك بإضافة مادة جديدة بعد المادة (4) تحمل الرقم (4) مكرر. لمخالفتها المادة (30) من القانون الأساسي والمتعلقة بالحق في التقاضي، وكذلك المادة (32) والتي تنص على حماية الحياة الخاصة.
ملخص منطوق القرار	حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى ومصادرة الكفالة وتضمين الطاعنة الرسوم والمصاريف. وأكدت على دستورية المادة الثانية من القرار بقانون رقم (18) لسنة 2014.

(ب) القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا

(ب/13)

رقم القرار	2017/1
تاريخ القرار	12 تموز/ يوليو 2017
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	تفسير دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	طلب مقدم من وزير العدل
الجهة مقدمة الطعن	طلب مقدم من وزير العدل بتاريخ 2017/01/30، وذلك بناءً على طلب دولة رئيس مجلس الوزراء بتاريخ 2017/01/29.
الموضوع	تفسير المادة (84) من القانون الأساسي المعدل لعام 2003، والمتعلقة بقوات الأمن.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة بالأغلبية أن الطبيعة القانونية للشرطة هي قوة نظامية ذات طبيعة خاصة تمارس اختصاصات مدنية. الرأي المخالف: للقاضي عبد الرحمن أبو نصر، وحاتم عباس، وفواز صايمة؛ باعتبار قوات الشرطة "قوة نظامية مدنية".

(ب/14)

رقم القرار	2013/3
تاريخ القرار	12 أيلول/ سبتمبر 2017
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	عصام أبو عيسى؛ شركة ترست العالمية للتأمين المساهمة العامة المحدودة.
الجهة المطعون ضدها	رئيس دولة فلسطين، رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية، رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، بالإضافة إلى وظيفته؛ مجلس الوزراء الفلسطيني، ممثل برئيس مجلس الوزراء؛ مجلس إدارة سلطة النقد الفلسطينية؛ محافظ سلطة النقد الفلسطينية بالإضافة إلى وظيفته؛ مراقب الشركات بوزارة الاقتصاد الوطني، بالإضافة إلى وظيفته؛ الشركة الفلسطينية للتدقيق والمحاسبة.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية، ما يلي: 1. القرار بقانون رقم (9) لسنة 2010، بشأن المصارف، الصادر عن المطعون ضده الأول. 2. القرار الصادر عن مجلس إدارة سلطة النقد رقم (96/1) بتاريخ 2010/11/28، والمتضمن إلغاء ترخيص بنك فلسطين الدولي، وشطبه من سجل المصارف المرخصة العاملة في فلسطين. 3. القرار الصادر بتاريخ 2010/11/28، عن مجلس إدارة سلطة النقد الفلسطينية، والقاضي بتصفية بنك فلسطين الدولي. 4. قرار محافظ سلطة النقد الصادر بتاريخ 2010/11/28، والقاضي بتعيين الشركة الفلسطينية للتدقيق والمحاسبة مصفياً لشركة بنك فلسطين الدولي.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة عدم قبول الطعن؛ لأن اتصالها بالدعوى كان بطريقة غير ذي قانون.

(ب/15)

رقم القرار	2015/5
تاريخ القرار	12 أيلول/ سبتمبر 2017
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	موسى شكارنة.
الجهة المطعون ضدها	رئيس دولة فلسطين ورئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير بالإضافة لوظيفته؛ مجلس الوزراء ممثلاً برئيسه بالإضافة إلى وظيفته.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية، ما يلي: 1. القرار بقانون رقم (9) لسنة 2010، بشأن إلغاء الأمر العسكري رقم (353) بشأن لجان الاعتراض على تعديل رقم (2) وإعادة الإنفاذ الضمني للمادتين (177، 167) من قانون الجمارك والمكوس الأردني رقم (1) لسنة 1962، المعدل بالقانون (10) لسنة 1964م، وبالتبعية المواد المعاد إنفاذها في القرار بقانون رقم (9) لسنة 2010. 2. القرار الرئاسي رقم (45) لسنة 2004، الصادر بتاريخ 2004/3/20، والقاضي بإنشاء محكمة الجمارك البدائية. 3. القرار الرئاسي رقم (215) لسنة 2010، بشأن إنشاء محكمة الجمارك الاستئنافية للمحافظات الشمالية.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة بعدم قبول الطعن ومصادرة الكفالة، وإلزام الطاعن بالرسوم والمصاريف، و(200) دينار أتعاب محاماة لخزينة الدولة؛ لانعدام الصفة والمصلحة.

(ب/16)

رقم القرار	2015/8
تاريخ القرار	1 تشرين الأول/ أكتوبر 2017
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	فادي عيدة.
الجهة المطعون ضدها	رئيس دولة فلسطين ورئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير بالإضافة لوظيفته؛ مجلس الوزراء ممثلاً برئيسه بالإضافة إلى وظيفته.
الموضوع	الطعن في عدم دستورية قانون ما يلي: 1. مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005، المعدل بموجب القرار بقانون رقم (7) لسنة 2010، بشأن تعديل قانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005. 2. الطعن في عدم دستورية نص المادتين (1، 25) من قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005، المعدل بموجب القرار بقانون رقم (7) لسنة 2010، بشأن تعديل قانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005. 3. الطعن في عدم دستورية نص الفقرة (1) من المادة (1) من قانون مكافحة الفساد وتعديلاته.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة بالأغلبية بعدم قبول الطعن ومصادرة الكفالة، وتضمين الطاعن 200 دينار أردني أتعاب محاماة لخزينة الدولة؛ لأن الطاعن قدم دعوى أصلية مباشرة دون تحقق الضرر بوجه قطعي في المنازعة المعروضة أمام محكمة النقض. الرأي لمخالف: حاتم عباس؛ يتفق مع الأغلبية بالنتيجة لكن يختلف معهم في أسباب عدم القبول.

(ب/17)

رقم القرار	2016/4
تاريخ القرار	6 تشرين الثاني/ نوفمبر 2017
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	ماهر صبحي حداد؛ محمد ماهر حداد.
الجهة المطعون ضدها	رئيس دولة فلسطين، رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير بالإضافة إلى وظيفته؛ مجلس الوزراء الفلسطيني ممثلاً برئيسه بالإضافة إلى وظيفته.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية ما يلي: 1. القرار بقانون رقم (9) لسنة 2010، بشأن إلغاء الأمر العسكري رقم (353)، بشأن لجان الاعتراض تعديل رقم (2) وإعادة الإنفاذ الضمني للمادتين (167، 177) من قانون الجمارك والمكوس الأردني رقم (1) لسنة 1962، المعدل بقانون رقم (10) لسنة 1964، وبالتبعية المواد المعاد إنفاذها من قانون الجمارك والمكوس الأردني سابق الذكر بالقرار بقانون رقم (9) لسنة 2010، وهي (167، 168، 170، 171). 2. القرار الرئاسي رقم (45) لسنة 2004، الصادر بتاريخ 20/3/2004، والقاضي بإنشاء محكمة الجمارك البدائية. 3. القرار الرئاسي رقم (215) لسنة 2010، بشأن إنشاء محكمة الجمارك الاستثنائية للمحافظات الشمالية.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة عدم قبول الطعن، ومصادرة الكفالة، وإلزام الطاعن بالرسوم والمصاريف، و200 دينار أتعاب محاماة لخزينة الدولة؛ لمخالفته أحكام المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية، والتي تحدد آليات اتصال المحكمة الدستورية في الطعن الدستوري، حيث إن الطاعنين تقدما بالطعن الدستوري من خلال الدعوى الأصلية المباشرة على الرغم من أنهما متهمان أمام محكمة جمارك البدائية ولا زالت الدعوى منظورة أمامها، دون قيام أحدهما بالدفع بعدم دستورية هذه النصوص أمام محكمة الجمارك، وأيضاً عدم إحالتها من محكمة الموضوع.

(ب/18)

رقم القرار	2016/11
تاريخ القرار	8 تشرين الثاني/ نوفمبر 2017
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	إبراهيم أبو رعد.
الجهة المطعون ضدها	رئيس دولة فلسطين بالإضافة لوظيفته؛ مجلس الوزراء بالإضافة لوظيفته؛ رئيس مجلس الوزراء بالإضافة إلى وظيفته؛ المجلس التشريعي بالإضافة إلى وظيفته؛ دائرة الجمارك والمكوس ممثله بمدير دائرة الجمارك والمكوس بالإضافة إلى وظيفته؛ وزارة المالية ممثلة بوزير المالية بالإضافة إلى وظيفته؛ النائب العام، بالإضافة إلى وظيفته.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية المواد (167 و 3/168) من قانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة 1962، والقانون المعدل له رقم (10) لسنة 1964، والمادة (170) من قانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة 1962.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة عدم قبول الطعن، ومصادرة الكفالة، وإلزام الطاعن بالرسوم والمصاريف، و(200) دينار أتعاب محاماة لخزينة الدولة؛ لمخالفته الطريق الصحيح الذي رسمه المشرع للطعن بعدم الدستورية وفقاً لأحكام المادة (27) فقرة 3 من قانون المحكمة الدستورية العليا، والتي اشترطت لقبول الطعن في حال وجود دعوى أمام محكمة الموضوع أن يتم الدفع بعدم دستورتيتها، ومن ثم إذا وجدت المحكمة أن الدفع جدي، منحت مدة لا تتجاوز تسعين يوماً ليقدم طعنه الدستوري.

(ب) القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا

(ب/19)*

رقم القرار	2017/4
تاريخ القرار	19 تشرين الثاني/ نوفمبر 2017
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الإحالة
الجهة الطاعنة	تم إحالة الدعوى من قاضي صلح جنين في الدعوى الجزائية رقم (2016/487).
الموضوع	تم إحالة الدعوى من قاضي الصلح إلى المحكمة الدستورية؛ حتى تحدد مرتبة الاتفاقية الدولية المصادق عليها بالنسبة للتشريعات الداخلية، وكذلك تحديد آليات انفاذها في القانون الفلسطيني.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة بالأغلبية سمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الداخلية، بما يتواءم مع الهوية الوطنية والدينية والثقافية للشعب العربي الفلسطيني. الرأي المخالف: للقاضي فواز صايمة.

* انظر ورقة موقف، صادرة عن وحدة القانون الدستوري، حول هذا القرار: <https://goo.gl/2tbx6J>

(ب/20)

رقم القرار	2016/15
تاريخ القرار	21 تشرين الثاني/ نوفمبر 2017
مكان انعقاد المحكمة	رام الله
طبيعة الدعوى	طعن دستوري
آلية الاتصال بالدعوى	الدعوى الأصلية المباشرة
الجهة الطاعنة	مشهور راشد.
الجهة المطعون ضدها	الحق العام؛ محكمة جرائم الفساد؛ هيئة جرائم الفساد.
الموضوع	الطعن بعدم دستورية ما يلي: 1. قرار الاتهام الصادر عن النائب العام في القضية الجزائية رقم (2014/10) الصادر فيها حكم بتاريخ 2016/10/31 عن محكمة جرائم الفساد، والقاضي بمحاكمة الطاعن. 2. الحكم الصادر في ذات القضية بتاريخ 2016/10/31، المنظور أمام محكمة الاستئناف الجنائية. 3. الاستناد في اتهام الطاعن إلى المادتين رقم (1، 25) من قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005، وتطبيق أحكام المادتين (422 و423) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 على المتهم أمام محكمة جرائم الفساد المنعقدة في رام الله.
ملخص منطوق القرار	قررت المحكمة عدم قبول الطعن، ومصادرة الكفالة، وإلزام الطاعن بالرسوم والمصاريف، و(200) دينار أتعاب محاماة لخزينة الدولة؛ لمخالفته الطرق المحددة لرفع الدعوى الدستورية وفقاً لأحكام قانون المحكمة الدستورية العليا، وبالتحديد المادة (27) منها.



BIRZEIT UNIVERSITY

كلية الحقوق والإدارة العامة

Faculty of Law and Public Administration

وحدة القانون الدستوري

Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/7)
فئة المقالات المترجمة

عاصم خليل

**تأثير الربيع العربي على عملية بناء
الدولة الفلسطينية**

نيسان/ابريل 2018

Impulses from the Arab Spring on the Palestinian State-Building Process

تأثير الربيع العربي على عملية بناء الدولة الفلسطينية

عاصم خليل

Associate Professor in Public Law, Birzeit University

أستاذ مشارك في القانون العام، جامعة بيرزيت

Note: Original edition (in English) published in:
*Constitutionalism, Human Rights and Islam after the Arab
Spring*, 861-878. Rainer Grote and Tilmann Röder (eds.).
Oxford University Press, 2016.

ترجمة الدراسة الأصلية: عيبر عبدالحق، مراجعة الترجمة: لانا خضر
التدقيق اللغوي: شيماء حسن

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (7/2018)
Translated Papers Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/7)
فئة المقالات المترجمة

© 2018, 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

© 2018، جامعة بيرزيت

وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة
الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقياً أو إلكترونياً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة
القانون الدستوري في جامعة بيرزيت.
للتواصل والمعلومات بالخصوص: 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].

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

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

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:

عاصم خليل*

تأثير الربيع العربي على عملية بناء الدولة الفلسطينية*

1. المقدمة

حازت فلسطين على صفة دولة غير عضو في الأمم المتحدة في عام 2012، مع الحفاظ على مكانتها بصفتها عضوا مراقبا، بأغلبية أصوات الجمعية العامة للأمم المتحدة.¹ اعتبر الفلسطينيون هذه الخطوة نصراً دبلوماسياً لهم خاصة في ظل غياب إسرائيل والولايات المتحدة الأمريكية خلال جلسة تصويت الجمعية العامة. وعليه، عاد رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، محمود عباس، منتصراً إلى رام الله على الرغم من أن ما حصل عليه الرئيس محمود عباس لا يتعدى حصوله على اعتراف بدولة اسمية فقط. قبل عدة أسابيع من ذلك، تم التوصل إلى اتفاق وقف إطلاق النار بين حماس وإسرائيل. وقد وضع وقف إطلاق النار حداً لتصاعد العنف الذي أسفر عن استشهاد عشرات الفلسطينيين بالقنابل الإسرائيلية، وكذلك وضع حداً لإطلاق مئات الصواريخ باتجاه المدن الإسرائيلية، التي وصلت إلى تل أبيب، فضلاً

* استاذ مشارك في القانون العام، شاغل كرسي الشيخ حمد بن خليفة آل ثاني للقانون الدستوري والدولي، جامعة بيرزيت.

** هذه الورقة بمثابة نسخة معرّبة من الدراسة التالية باللغة الإنكليزية:

Asem Khalil, "Impulses from the Arab Spring on the Palestinian State-Building Process." In: *Constitutionalism, Human Rights and Islam after the Arab Spring*, 861-878. Rainer Grote and Tilmann Röder (eds.). Oxford University Press, 2016.

ملاحظة: آخر تحديث لما ورد في المقالة بالإنكليزية والترجمة العربية هو موعد تسليم النسخة الأخيرة من البحث لدار النشر الأصلية (جامعة أكسفورد)؛ أي حتى 7 آب 2013. ولم تؤخذ بعين الاعتبار الأحداث التي جرت عقب ذلك.

¹ قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (A/RES/67/19) المؤرخ في 29 تشرين الثاني 2012. بحيث صوتت 138 دولة لصالح القرار، من بين 193 دول أعضاء في الأمم المتحدة، في حين صوتت تسع دول ضد القرار، في حين امتنعت 41 دولة عن التصويت. انظر القرار:

<http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/19862D03C564FA2C85257ACB004EE69B>

ملاحظة: استرجعت جميع الروابط المشار لها في التوثيق ضمن هذه الدراسة- بتاريخ 11 كانون ثاني 2013.

بدا العالم العربي مختلفاً نتيجة لما يسمى بـ"الربيع العربي"⁵. ويبدو أن الفلسطينيين قد تغيروا أيضاً، حيث تهدف هذه الورقة إلى تقييم تأثير الربيع العربي على الفلسطينيين، ولا سيما في سعيهم لإقامة الدولة والجهود المبذولة في سبيل ذلك، مع التركيز بوجه خاص على القانون الدستوري والمؤسسات ذات الصلة.

في حين أنه قد يكون من المستحيل قياس أثر عملية غير مكتملة من التغيير في العالم العربي على دولة غير كاملة التكون، إلا أنه من الممكن تحديد آثار معينة يحدثها الربيع العربي على فلسطين. ولتحقيق هذه الغاية يمكن اتباع منهجين: الأول يمكّن الباحث من أن يراقب سلوك الفلسطينيين (القيادة والأحزاب والمجتمع

عن اغتيال أحمد الجعبري، المسؤول رفيع المستوى في كتائب القسام، الجناح العسكري لحماس².

بدت فتح وحماس آنذاك متحدتين -أو على الأقل أقل انقساماً- حيث دعمت فتح مقاومة حماس للهجمات الإسرائيلية على غزة، وفي المقابل دعمت حماس بشكل رسمي توجه السلطة الفلسطينية للأمم المتحدة. وفي ذات السياق بدت الدول العربية متحدة أيضاً على دعم توجه السلطة الفلسطينية للأمم المتحدة. فقد بدت مصر خلال فترة حكم محمد مرسي أكثر دعماً لفلسطينيي غزة (مقارنة مع موقف مصر من الهجمات الإسرائيلية على قطاع غزة في 2009/2008 خلال فترة حكم مبارك)³. وكالعادة، لعبت مصر دوراً حاسماً في التوصل لوقف إطلاق النار⁴.

Camille Mansour, 'Reflections on the War on Gaza' (2009) 38 (4) *Journal of Palestine Studies* 91-95.

⁴ في مقال منشور في صحيفة نيويورك تايمز، أشيد بدور الرئيس المصري محمد مرسي وبراماتيته الظاهرة التي أوزنت بين التأيد الشعبي لحركة حماس مع الإصرار على الحفاظ على السلام مع إسرائيل. يرجى الاطلاع على:

David Kirkpatrick and Jodi Rudoren, 'Israel and Hamas Agree to a Cease-Fire, After a U.S.-Egypt Push' (November 21, 2012) *The New York Times*.

<http://www.nytimes.com/2012/11/22/world/middle-east/israel-gaza-conflict.html?pagewanted=all&r=0>

⁵ لمزيد من المعلومات حول المصطلحات المستخدمة لوصف التغييرات التي تحدث في العالم العربي يرجى مراجعة:

Rami Khouri, 'Drop the Orientalist term 'Arab Spring'' (August 17, 2011) *The Daily Star* 7.

<http://www.dailystar.com.lb/Opinion/Columnist/2011/Aug-17/Drop-the-Orientalist-term-Arab-Spring.ashx#axzz2HbiHXdnj>

² بدأ الهجوم الإسرائيلي رسمياً على قطاع غزة في 14 تشرين الثاني 2012، بالتزامن مع اغتيال أحمد الجعبري. وأعلن عن وقف إطلاق النار في 21 تشرين الثاني 2012. ووفقاً لمكتب تنسيق الشؤون الإنسانية في الأراضي الفلسطينية المحتلة، بلغ عدد الضحايا الفلسطينيين 103 شهداء، 1399 مصاباً، في حين قتل 6 إسرائيليين وأصيب 224. ودُمّرت 450 وحدة سكنية في غزة، في حين لحقت أضرار طفيفة بـ 8000 وحدة سكنية. ولجأ حوالي 12000 من سكان مدينة غزة وشمال محافظة غزة إلى ملاجئ الطوارئ التي أنشئت في 14 مبنى من مباني الأونروا، وإلى اثنتين من المدارس الحكومية.

OCHA, Gaza Initial Rapid Assessment, Final Report, November 24-26, 2012.

http://www.ochaopt.org/documents/gaza_initial_rapid_assessment_report_nov_2012_eng.pdf

³ للمزيد من المعلومات حول الهجمات الإسرائيلية على قطاع غزة في شتاء 2009/2008، سياقها وأهدافه ونتائجها، يرجى مراجعة:

صناعة الدستور وعملية بناء الدولة في فلسطين، وتوصلت إلى أن العمليتين تسهمان وتحثان على إعادة تعريف الشعب الفلسطيني ومن يمثله.⁷ والحالات الدراسية التي تُدرَس في هذه الورقة تهدف إلى المساهمة في إعادة التعريف المشار إليها.

2. المأزق الدستوري

في عام 2006، فازت حركة حماس بالانتخابات التشريعية الفلسطينية، بعد عام واحد من انتخاب محمود عباس -القيادي في حركة فتح- رئيساً للسلطة الوطنية الفلسطينية خلفاً للرئيس ياسر عرفات. شكلت حماس آنذاك حكومة جديدة بقيادة إسماعيل هنية وحازت على أغلبية الأصوات في المجلس التشريعي الفلسطيني. وفور الانتهاء من الانتخابات شرعت إسرائيل بالاعتقال الإداري لأعضاء حماس في المجلس التشريعي الفلسطيني. وعليه عُطِّل المجلس التشريعي عن القيام بمهامه كمجلس تشريعي منتظم.

أصبح التعايش بين رئيس السلطة الفلسطينية والحكومة التي تقودها حماس مستحيلاً،

المدني والسكان) وردود أفعالهم اتجاه التحديات الداخلية المختلفة التي يواجهها العالم العربي، ويمكن للباحث من خلال اتباع هذا النهج الدخول في عملية فكرية مفيدة جدا من الملاحظة والاستقراء، إلا أن هذه الجهود تهدف إلى التوصل إلى خلاصة مفادها أنه يمكن ملاحظة بعض التأثيرات على فلسطين. وهذا ما قمت بافتراضه منذ البداية من خلال هذه الورقة البحثية لتكون أساساً متيناً لمزيد من التحليل. كما أن هذه الملاحظات هي خارج النطاق المحدود لهذه الورقة البحثية، التي تهدف إلى تحليل الإجراءات المنهجية لبناء الدولة. ومن الممكن أيضاً - كما سأفعل في هذه الورقة - تحليل بعض الخطوات والإجراءات المتخذة من قبل السلطة الوطنية الفلسطينية والحكومة التي تقودها حماس في قطاع غزة في ضوء (أو على الأقل منذ) بداية الثورتين التونسية والمصرية في أواخر عام 2010 وأوائل عام 2011 على التوالي.⁶

في دراسة سابقة في مجلد مشابه في المحتوى لموضوع هذه الدراسة، ربطت بين عملية

⁷ Asem Khalil, 'Constitution-Making and State-Building: Redefining the Palestinian Nation' in Rainer Grote and Tilman J. Roder (eds), *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity* (Oxford: Oxford University Press, 2012) 596.

⁶ إن الإشارة إلى أن "الثورة التونسية" تتعلق بتلك الأحداث التي جرت في 18 كانون الأول 2010، والتي أدت إلى الإطاحة بالرئيس زين العابدين بن علي في 14 كانون الثاني 2011. في حين بدأت الثورة المصرية في 25 كانون الثاني 2011، التي أسفرت عن الإطاحة بالرئيس حسني مبارك في 11 شباط من ذلك العام.

رد فعل حماس إشكالياً بنفس الدرجة من الإشكالية التي أبدتها فتح والسلطة الفلسطينية على فوز حماس في الانتخابات. ومن جهتها بدأت الحكومة التي تقودها حماس بتغيير الإجراءات القائمة للسماح لأعضائها بالدخول إلى الوظائف العامة والأجهزة الأمنية. وقد أسست حكومة حماس مجموعة مسلحة جديدة تسمى بـ"القوة التنفيذية"، من خلال وزير الداخلية الذي تخضع هذه المجموعة لسيطرته تماماً، دون أن يكون لها أي صلة بأي من المجموعات الموجودة في قوات الأمن. ونتيجة للعقوبات الدولية (التي كانت معظمها غربية) ونقص الدعم، حاولت حماس الحصول على مزيد من الأموال من مصادر أخرى (بما في ذلك إيران).

بدأت منظمة التحرير الفلسطينية -التي تجاهل دورها سابقاً قيادة فتح ومسؤولو السلطة الفلسطينية- تلعب دوراً أكثر أهمية، وذلك لتبرير الزيادة في صلاحيات الرئيس عباس (الذي يعدّ أيضاً رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير). وفي هذه الأثناء، طُلب من حكومة حماس قبول جميع الاتفاقيات التي وقعتها منظمة التحرير الفلسطينية، وتقديم برنامج الحكومة إلى اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية للموافقة عليها. ولا بد من الإشارة إلى أن حركة حماس

خاصة في ظل مساهمة المجتمع الدولي وإسرائيل في الوصول إلى طريق مسدود من خلال فرض عقوبات اقتصادية على الحكومة الفلسطينية. وقد شلّ عمل مؤسسات السلطة الفلسطينية أيضاً نتيجة للإضرابات التي حصلت بسبب عدم دفع رواتب موظفي القطاع العام، ونُقلت العديد من المؤسسات والصلاحيات بواسطة مراسيم رئاسية إلى مكتب الرئيس ومستشاريه. وافقت حماس، في ظل الضغوط الداخلية والإقليمية والدولية آنذاك، على تشكيل حكومة وحدة وطنية، تتألف من مسؤولي فتح وحماس. ومع ذلك، كان بإمكان ممثلي المجتمع الدولي وإسرائيل اختيار الوزراء الذين يرغبون في التعامل معهم دون غيرهم. في نهاية المطاف، لم تنجح حكومة الوحدة الوطنية، التي نتجت عن ما يسمى باتفاق مكة عام 2007، في توحيد حركتي فتح وحماس.⁸

كانت السلطة الفلسطينية في ظل حكومة حماس في الفترة الواقعة بين شباط 2006 وحتى حزيران 2007 مليئة بالتناقض؛ فكيف لحكومة أن تحكم دون أن تكون لها سيطرة على قوات الأمن، والمال العام، أو موظفي الخدمة المدنية؟ لقد كان

⁸ لمزيد من المعلومات حول اتفاق مكة انظر: طلال عوكل، "اتفاق مكة: قراءة في المقدمات والنتائج" (2006) 18 (69) مجلة الدراسات الفلسطينية 142-148.

مختلفة حول ماهية صلاحياتهم وحدودهم. هذا ولم يكن المجلس التشريعي الفلسطيني قادراً على العمل بانتظام، ولم تكن الحكومة مزودة بالأدوات التنفيذية اللازمة للحكم بفعالية (كموظفي القطاع العام، الأموال العامة، وقوات الأمن).⁹

وكذلك فإن القضاء لم يكن قادراً على توضيح آليات تسوية الصراعات التي يتضمنها الدستور أو القانون؛ ففي قضية مشهورة للمحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية عليا، كان على المحكمة النظر في قرار رئيس المجلس التشريعي (حماس) بإلغاء جميع القرارات التي أخذها أعضاء المجلس التشريعي السابق في جلسة استثنائية دعا إليها في الفترة ما بين الإعلان عن نتائج الانتخابات وتولي أعضاء المجلس التشريعي الفلسطيني الجديد لمناصبهم. حيث انقسم أعضاء هيئة المحكمة، ولكن في النهاية توصلوا إلى نتيجة مفادها أن رئيس المجلس التشريعي وحده لا يستطيع إلغاء تشريعات المجلس التشريعي السابق

⁹ لمزيد من المعلومات حول أزمة الحكومة بعد وصول حماس إلى السلطة 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 (Forthcoming in 2013) 11 (1) *International Journal of Constitutional Law*.

ليست جزءاً من منظمة التحرير الفلسطينية حيث إنها لم تكن موجودة عند تأسيسها عام 1964، ولم تُضمَّ للمنظمة في مرحلة لاحقة (وتجدر الإشارة إلى أن الجهاد الإسلامي أيضاً ليس جزءاً من منظمة التحرير الفلسطينية). ومع ذلك، فإن هذا الواقع ليس فقط نتيجة للتوقيت التاريخي. لكنه يعكس أيضاً قلق منظمة التحرير الفلسطينية من التعامل مع الجماعات الإسلامية، بالإضافة إلى صعوبة تشكيل موقف متماسك من قبل حماس والجهاد الإسلامي بشأن إمكانية ضمهما إلى منظمة التحرير الفلسطينية.

لم يتضمن القانون الأساسي لعام 2003 وتعديلاته لعام 2005 -كنص دستوري- قواعد ومؤسسات كافية للحفاظ على نظام حكومي فعال أو للمساعدة على التعايش بين أطراف الحكم المختلفة. كما أنه لم يصور (ولم يكن من المفترض أن يقوم بذلك) رد الفعل الإسرائيلي على الانتخابات، ولا رد فعل المجتمع الدولي. وقد كان من المستحيل العثور على قواعد في القانون الأساسي من شأنها أن تساعد السلطة على العمل في ضوء إضراب طويل من موظفي الخدمة العامة. وهو ما شلَّ عمل معظم مؤسسات السلطة الفلسطينية. كما تضمن القانون الأساسي أحكاماً متناقضة منحت رئيس السلطة والحكومة إشارات

قطاع غزة، الذين كانوا تحت قيادة أحمد بحر (نائب رئيس المجلس التشريعي)، بالاجتماع متظاهرين بأن لديهم توكيلاً من زملائهم الأسرى. حتى أنهم بدأوا بإصدار قوانين، لتغيير النظام القانوني القائم في غزة بطريقة جذرية. وكان من بين التدخلات التشريعية الهامة في غزة آنذاك، القانون المدني الذي استُبدل بالمجلة العثمانية (التي ما تزال سارية المفعول في الضفة الغربية) وهو ما أحدث جدلاً كبيراً. كما أحدثت حماس تغييرات في النظام القضائي، بحيث عينت قضاة جدد (على الرغم من أن هذا من صلاحيات رئيس السلطة الفلسطينية)، وشكلت مجلساً قضائياً جديداً لقطاع غزة، وعينت مدعياً عاماً جديداً.¹¹ أضف إلى ذلك، فقد قامت حماس بإصدار قرارات قضائية بعقوبة الإعدام، ونُفذت بحق المدانين، دون المصادقة عليها من قبل رئيس السلطة الفلسطينية كما هو منصوص عليه في القانون الأساسي.¹²

وعليه، قام الرئيس محمود عباس بحكم الضفة الغربية من خلال المراسيم والقرارات بقوانين

كافة.¹⁰ إلا أن المحكمة لم تتحدث ولم يكن من المفترض أن تتناول شرعية الإجراءات التي اتخذها أعضاء المجلس التشريعي السابق (الذي كان أغلبية أعضائه من فتح) وقاموا بتغييرات عديدة بعد معرفتهم بنتائج الانتخابات. ومن المثير للاهتمام، أن حماس لم تستخدم المحكمة لتأكيد أو إعادة تأسيس صلاحياتها؛ وربما يعود ذلك إلى انعدام الثقة في قضاة المحكمة والنظام القضائي بشكل عام.

في حزيران 2007، قامت حماس بانقلابٍ دموي في غزة، وسيطرت على مكاتب السلطة الوطنية التي كانت تُديرها فتح آنذاك، وفرضت حماس سيطرتها بالقوة على غزة منذ ذلك الحين. بدأت حماس على الفور بإجراء تغييرات على النظام القانوني، بدءاً بإصدار الجريدة الرسمية من غزة (مختلفة عن تلك التي أصدرتها السلطة الفلسطينية من الضفة الغربية). كما قامت بإعادة هيكلة الأجهزة الأمنية، وعينت موظفين عموميين جدد، في حين تظاهرت الوزارات بالعمل كالمعتاد. بدأ أعضاء المجلس التشريعي من حماس في

¹¹ للمزيد من المعلومات انظر: صلاح عبد المعطي، "واقع القضاء الفلسطيني في قطاع غزة" (2008) 20 مجلة تسامح 131-134.
¹² كانت هذه القرارات موضوع التعبير عن اهتمامات الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق الإنسان. انظر مثلاً البيانات الصادرة عن اللجنة عام 2012 على موقع: <http://www.ichr.ps/ar/1/4?d=2012#>

¹⁰ قرار المحكمة العليا بصفقتها محكمة دستورية عليا في القضية رقم (2006/1) بتاريخ 2006/12/19. متوفر على موقع المقتفي، جامعة بيرزيت:

<http://muqtafi.birzeit.edu/en/courtjudgments/ShowDoc.aspx?ID=52112>

الانتخابات من غير التوصل إلى مصالحة بين فتح وحماس، وأصبحت المصالحة مع الوقت شرطاً للانتخابات. وقد أصبح جلياً مع مرور الوقت أن الفجوة بين الضفة الغربية وقطاع غزة، وبين السلطة الفلسطينية/ فتح من جهة وحماس من جهة أخرى قد اتسعت، وأصبح الانقسام السياسي والقانوني أكثر ترسخاً.

3. بناء مؤسسات الدولة في ظل الاحتلال

كانت فكرة فياض الجديدة لبناء البنية التحتية للدولة في ظل وجود الاحتلال فكرة مثيرة للجدل. وقد أشاد كثيرون بهذه الخطة واعتبروها فكرة رائعة؛¹³ حيث هدفت خطة فياض إلى إقامة دولة بحكم الأمر الواقع، ولم تكن إعلاناً أحادي الجانب لقيام الدولة. وضعت هذه الخطة عام 2009، وبالتالي سبقت أية تغييرات في العالم العربي (بدأت أول حركة شعبية نهاية 2010، وكانت في تونس). ومن المثير للاهتمام، أن خطة فياض سعت إلى تحقيق نفس الأهداف التي نادى بها الثورات العربية بعد ذلك بعامين وهي: حقوق

في ظل غياب مجلس تشريعي فاعل. خلال فترة الطوارئ التي استمرت لمدة شهر واحد في حزيران 2007، عين محمود عباس سلام فياض رئيساً للوزراء. وكانت حكومة فياض آنذاك الحكومة الأطول خدمة منذ توقيع اتفاقية أوسلو، حيث بدأت بخطة جديدة لبناء المؤسسات (في الضفة الغربية) تحضيراً لتأسيس الدولة. ومن هنا عاد الدعم الدولي المالي للسلطة الفلسطينية، واستئنفت المفاوضات مع إسرائيل مرة أخرى. ومع ذلك، لم تقتصر تدخلات الرئيس عباس التشريعية على التدخلات اللازمة، بل كانت هناك العديد من التدخلات (التعديلات) التي أحدثت جدلاً مثل تلك المتعلقة بقانون ضريبة الدخل، وقانون الشركات، وقانون الانتخابات، وقانون المحكمة الدستورية العليا.

في عام 2010 انتهت فترة ولاية الرئيس عباس والمجلس التشريعي الفلسطيني، ولكن في ظل غياب انتخابات رئاسية وتشريعية فلسطينية، استمرت ولاية كل من رئيس السلطة وأعضاء المجلس التشريعي. وقد ربط بعض الباحثين ما بين وصول فتح وحماس إلى اتفاق والاتفاق على إجراء انتخابات رئاسية وتشريعية جديدة. وجعل هذا الارتباط عملية المصالحة الفلسطينية صعبة، بحيث كان من المستحيل الموافقة على إجراء

¹³ Daoud Kuttab, 'Fayyad's Brilliant Two-Year Plan for Palestinian Statehood' (August 27, 2009) *Huffington Post* http://www.huffingtonpost.com/daoud-kuttab/fayyads-brilliant-two-yea_b_270253.html

ذلك توحيد الإطار القانوني وتحديثه، والتنظيم العقلاني للحكومة والهيكل والعمليات، وتشجيع استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وإدارة الموارد المالية والبشرية. وقد حددت الوثيقة أخيراً قطاع الأولويات والسياسات والبرامج، والهيئات التنفيذية. فالقطاعات التي أشارت إليها الوثيقة هي الحكم، والقطاعات الاجتماعية، والاقتصاد، والبنية التحتية.

وقد تضمن تقرير موظفي صندوق النقد الدولي (IMF) المقدم في نيسان 2011 "أن السلطة الفلسطينية قادرة الآن على إجراء السياسات الاقتصادية السليمة المتوقعة من دولة فلسطينية مستقبلية تعمل بشكل فعال آخذين بعين الاعتبار سجلها الحافل في مجال الإصلاحات وبناء المؤسسات في المال العام والمجالات المالية".¹⁶ وقد صدرت تقارير إيجابية مماثلة عن منظمات دولية معتبرة أخرى، بما في ذلك البنك الدولي والأمم المتحدة، وجميعها اعتبرت خطة فياض بمثابة "شهادة ميلاد" لدولة فلسطين.¹⁷ من جهة أخرى، فقد أوضح باتريك كلاوسون ومايكل سينغ في مقال نشر في صحيفة "جيروزاليم بوست"

¹⁶ Oussama Kanaan, Javier Gomez, Udo Kock, and Mariusz Sumlinski, *Staff Report for the Meeting of the Ad Hoc Liaison Committee* (Brussels: IMF, 2011). http://unispal.un.org/pdfs/IMF_AHLCrep130411.pdf

¹⁷ The SPIEGEL (n 14).

كاملة للمواطنين، ومنح حق التصويت وحكومة من أجل الشعب.¹⁴

أطلق على الوثيقة التي تتضمن برنامج فياض (برنامج السلطة الفلسطينية للحكومة الثالثة عشرة) عنوان "فلسطين: إنهاء الاحتلال وإقامة الدولة".¹⁵ وقد تضمنت هذه الوثيقة الأهداف الوطنية: إنهاء الاحتلال، وتعزيز الوحدة الوطنية، وحماية القدس العاصمة الأبدية للدولة الفلسطينية، حماية اللاجئين ومتابعة نيل حقوقهم، وتأمين الإفراج عن الأسرى، وضمان التنمية البشرية، وتحقيق الاستقلال الاقتصادي والازدهار الوطني، وتحقيق المساواة والعدالة الاجتماعية لجميع المواطنين، وتعزيز الحكم الرشيد، وتحقيق السلامة والأمن في جميع أنحاء الوطن، وبناء علاقات إقليمية ودولية إيجابية. كما تضمنت الوثيقة خطة عمل كاملة في مجال تنمية المؤسسات. وشمل

¹⁴ The SPIEGEL, 'An Independent Palestine Will Be Inevitable' (September 19, 2011) *Spiegel Online International* <http://www.spiegel.de/international/world/spiegel-interview-with-palestinian-prime-minister-an-independent-palestine-will-be-inevitable-a-787165.html>

¹⁵ هذه الخطة متوفرة ضمن الوثائق الخاصة المنشورة في مجلة الدراسات الفلسطينية: <http://www.palestine-studies.org/sites/default/files/mdf-articles/10412.pdf>

ومتاحة باللغة الإنكليزية أيضاً على:

Wafa, Palestinian News & Info Agency, at <http://english.wafa.ps/?action=detail&id=12943>

الفلسطينية.¹⁹ وبعبارة أخرى، تفترض خطة فياض أن تغير المناخ الدولي سيضغط على إسرائيل للتعاون والمساهمة في بناء الدولة الفلسطينية الفعلية. لقد أسهم الربيع العربي (إلى جانب عوامل أخرى، مثل الأزمة الأوروبية والدورة الانتخابية الأمريكية) في تهميش القضية الفلسطينية، وذلك وفقاً لما وضّحه فياض عام 2012.²⁰ وعليه، فإن الربيع العربي يشكل عقبة أمام جهود الفلسطينيين أو أمام جهود فياض لبناء الدولة.

في عام 2012، ازدادت المظاهرات ضد فياض بسبب زيادة الأسعار، وخاصة أسعار الوقود. ويعتقد البعض بأن هذه المظاهرات كانت مدبرة من قبل أنصار فتح، وقامت قوات الأمن بالتغاضي عنها.²¹ وقد استخدم عباس نفسه مصطلح "الربيع الفلسطيني" للإشارة إلى هذه المظاهرات، وأعرب عن تضامنه مع المتظاهرين

¹⁹ "دولة فلسطينية في غضون عامين: مقابلة مع سلام فياض، رئيس الوزراء الفلسطيني" (2009) 39 (1) مجلة الدراسات الفلسطينية 58-74.

²⁰ Donald Macintyre, 'Salam Fayyad: 'We have never been more marginalised'' (26 July 2012) *The Independent*.

<http://www.independent.co.uk/news/people/profile/salam-fayyad-we-have-never-been-more-marginalised-7976731.html>

²¹ Khaled Abu Toameh, 'A "Palestinian Spring": A Renewed Fatah Bid to Remove Fayyad,' (September 14, 2012) *GATESTONE Institute*.

<http://www.gatestoneinstitute.org/3346/palestinian-spring-fayyad>

في 24 نيسان 2011، أن خلاصة تقرير خبراء صندوق النقد الدولي يجب قراءتها بحذر وذلك للأسباب التالية: "أولاً، إنه يعتمد على التعاون بين إسرائيل وفلسطين؛ ثانياً، إنه يتوقف على عودة غزة لسيطرة السلطة الفلسطينية؛ ثالثاً، إنه لا يأخذ في الاعتبار الاستعداد السياسي الموسع للسلطة الفلسطينية لإقامة الدولة، والذي يستمر في التباطؤ".¹⁸

وعليه، فإن نجاح الخطة يعتمد على تعاون سلطات الاحتلال، في حين تهدف الخطة نفسها إلى وضع حد للاحتلال. وأحد الأمثلة على هذا التناقض هو التطوير في الأراضي المسماة مناطق "ج" التي لا تزال تحت السيطرة الإسرائيلية الكاملة. وفي مقابلة لفياض مع معهد الدراسات الفلسطينية حول خطته، لم يعط فياض جواباً مقنعاً على السؤال الذي طرحه البروفيسور كميل منصور: "كيف يمكنك بناء دولة تحت الاحتلال، وخاصة في مناطق تعتبر خارج حدودها ويحظر على الأمن الدخول إليها إلا بموافقة سلطات الاحتلال مثل المنطقة (ج)؟" وبدلاً من ذلك فقد قام بتوضيح الحاجة للدعم الدولي لتأسيس الدولة

¹⁸ Patrick Clawson and Michael Singh, 'Is the Palestinian Authority really ready for statehood?' (April 24, 2011) *The Jerusalem Post*.

<http://www.jpost.com/MiddleEast/Article.aspx?id=217691>

4. المركز القانوني للدولة غير العضو في الأمم المتحدة في الجمعية العامة للأمم المتحدة

في أيلول 2011، تقدّم رئيس السلطة الفلسطينية، ورئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية، بطلب إلى مجلس الأمن الدولي، عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة، لطلب العضوية الكاملة لفلسطين في الأمم المتحدة. إلا أن العضوية الكاملة للأمم المتحدة تتطلب توصية بالموافقة من مجلس الأمن بأغلبية 9 أعضاء من أصل 15 عضواً (بما في ذلك الدول الخمسة الدائمة العضوية)، وتصويتاً بأغلبية الثلثين في الجمعية العامة. لم يُقبَل طلب الفلسطينيين لتعذر تأمين الأصوات اللازمة في مجلس الأمن.

بعد مرور سنة على تقديم الطلب، سعى عباس إلى الحصول على اعتراف بفلسطين في الجمعية العامة للأمم المتحدة كدولة غير عضو، مع الاحتفاظ بمركز المراقب السابق لفلسطين. ويحتاج هذا القرار إلى تصويت الأغلبية للمرور، وعليه حصلت فلسطين على 138 صوتاً لصالحها (من أصل 193 دولة من الدول الأعضاء الحاليين في الأمم المتحدة).²⁴ وقد أشار كلا

ومطالبهم.²² وقد اتضح أن هذه المظاهرات لم تكن -كما تأمل البعض- علامة على بداية "الربيع الفلسطيني"، ولا يمكن لربيع فلسطيني -كما أراد البعض- أن يكون نتيجة لجهود مدبرة، أو تدعمها القيادة التي ترغب في أن تحل محلها.

انتهت فترة السنتين التي حُدِدَت عام 2011، ودولة الأمر الواقع التي طمح إليها فياض لم تتشكل بعد. وكان الاقتصاد الفلسطيني آنذاك لا يزال معتمداً على الأسواق الإسرائيلية والمساعدات الدولية، وكان الفلسطينيون أيضاً غير قادرين على السيطرة على مواردهم الطبيعية. هذا بالإضافة إلى أن الفلسطينيين ظلوا فاقدين للسيطرة على حدودهم، وغير قادرين على الاستفادة من رؤوس الأموال البشرية والطبيعية والمالية التي يمتلكونها. وعليه بدت التنمية في ظل وجود الاحتلال بعيدة عن متناول فياض. وفي أيلول 2011، ردّ فياض على التساؤل المطروح عليه من الصحيفة الألمانية "Der Spiegel" بأنه لم يكن متأكداً من أن الدولة الفلسطينية ستتوحد خلال فترة ولايته، على الرغم من أنه ليس لديه أدنى شكّ في أن ذلك سيحدث في نهاية المطاف.²³

²² المرجع السابق.

²³ The SPIEGEL (n 14).

²⁴ UNGA resolution (A/RES/67/19) (n 1).

في ذلك إعلان الاستقلال لعام 1988، وخطة التقسيم الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة لعام 1947. وبالتالي فإن الانطباع المُعطى في هذا الموضوع هو مفضل أيضاً.

ما كانت تصوره القيادة ووسائل الإعلام الفلسطينية على أنه انتصارٌ دبلوماسي فلسطيني، هو بالأغلب ذو قيمة رمزية. فتصويت الجمعية العامة لا يعني بأن فلسطين قد أصبحت دولة. فالاعتراف بالدولة ليس عنصراً تأسيسياً للدولة، ولا حتى التصويت في الجمعية العامة للأمم المتحدة. وبذلك فإنه ومن الناحية القانونية، لم تكن فلسطين دولة قبل قرار عام 2012، وحتى بعد ذلك التصويت لا يمكن اعتبارها دولة أيضاً.

وقد يجادل البعض بأن الحصول على صفة دولة غير عضو في الأمم المتحدة قد يسهل الوصول إلى الوكالات المختلفة للأمم المتحدة وغيرها من المنظمات الدولية، بما في ذلك اللجوء إلى المحكمة الجنائية الدولية. إلا أنه وبالرغم من أن صفة الدولة غير العضو في الأمم المتحدة قد يكون لها دور تيسيري في هذا المجال إلا أن الوصول إلى منظمات دولية أخرى لا يمكن اعتباره خطوة تلقائية أو خطوة مضمونة. فالوصول إلى المنظمات الدولية الأخرى سيعتمد على إجراءات الانضمام، التي تعكس الخيارات السياسية للدول

الطلبين إلى حدود ما قبل عام 1967، وليس إلى خطة التقسيم، كما هو منصوص عليه في إعلان الاستقلال الفلسطيني لعام 1988.²⁵

وصف القرار A/RES/67/19 خطة فياض لعام 2009 - المشار إليها كخطة السلطة الوطنية الفلسطينية لعام 2009- بأنها "خطة بناء مؤسسات دولة فلسطينية مستقلة في غضون سنتين"، كما رَحّب "بالتقييمات الإيجابية في هذا الصدد حول الاستعداد لإقامة الدولة من قبل البنك الدولي والأمم المتحدة وصندوق النقد الدولي".²⁶ إن مثل هذا التوصيف يعطي انطباعاً بأن التقدم بطلب للحصول على مركز "دولة غير عضو" في الأمم المتحدة هو جزء من استراتيجية شاملة. إلا أن هذا الانطباع مفضل بطبيعة الحال؛ لأن القرار نفسه عبّر عن الحاجة الملحة لاستئناف المفاوضات وتسريعها. كما أن القرار يعطي انطباعات مختلفة من خلال الإشارة إلى مواقف وإعلانات متعددة لمنظمة التحرير الفلسطينية، بما

²⁵ أعلن المجلس الوطني الفلسطيني في جلسته المنعقدة في العاصمة الجزائرية استقلال دولة فلسطين في 15 تشرين ثاني 1988. تتوفر نسخة عن إعلان الاستقلال على هذه الصفحة:

<http://www.wafainfo.ps/atemplate.aspx?id=3741>

وقد نشرت ترجمة غير رسمية إلى اللغة الإنكليزية على منتدى الفكر العربي على الموقع التالي:

<http://www.multaqa.org/pdfs/PNC%20INDEPENDANCE%20DECLARATION.pdf>

²⁶ UNGA resolution (A/RES/67/19) (n 1) 3.

الذي أُعلن عن آخر مسودة له عام 2003.²⁷ كما ترأس سليم الزعنون، رئيس المجلس الوطني لمنظمة التحرير الفلسطينية في العام 2011 ثلاثة اجتماعات عقدت مع مجموعة من الخبراء والساسة (وقد سميت هذه المجموعة بشكل غير رسمي بـ"لجنة إعداد الدستور") لمناقشة أحدث مسودة لمشروع الدستور.²⁸ بمجرد أن قُدّم طلب الانضمام إلى الأمين العام في عام 2011، لم تتعقد هذه اللجنة مرة أخرى. في عام 2012، بعد أن اعترف بفلسطين دولةً غير عضو في الأمم المتحدة، أصبح هناك إشارة كبيرة إلى ضرورة اعتماد الدستور.²⁹ فالمنطق وراء هذه الخطوة يمكن اتباعه على النحو التالي: "بما أن فلسطين

²⁷ للحصول على نسخة مترجمة (غير رسمية) للمسودة الثالثة لمشروع

دستور فلسطين، مع تعليقات ممتازة، انظر:

Nathan Brown, 'The Third Draft Constitution for the Palestinian State: Translation and Commentary' (2003) *Palestinian Center for Policy and Survey Research*.

<http://www.pcpsr.org/domestic/2003/nbrowne.pdf>

²⁸ وأنا شخصياً قد شاركت في هذه الاجتماعات. انظر تغطية المجلس

الوطني الفلسطيني لهذا الحدث:

http://www.palestinepnc.org/index.php?option=com_content&view=article&id=620%3A2011-10-30-15-52-15&catid=93%3A2010-05-25-10-32-12&Itemid=356&lang=ar

²⁹ انظر على سبيل المثال ما كان يقوله رئيس السلطة الفلسطينية، محمود عباس، في هذا الصدد. "من غير المنطقي أن نبقى بدون دستور. هناك مشروع دستور نعمل عليه الآن، ونأمل في الحصول على تعليقات من الجميع، وبمجرد أن يتم الانتهاء منه، سيتم عرضه للجمهور". هذا الخبر متوفر على الموقع التالي:

<http://www.qudsnet.com/arabic/news.php?maa=Vie&id=232662>

الأعضاء. من الجدير بالإشارة في هذا السياق أنّ فلسطين قُبلت عضواً كاملاً العضوية في "اليونسكو" حتى قبل حصولها على صفة دولة غير عضو في الأمم المتحدة. وهذا المثال يعزز الحجة المقدمة في هذه الورقة: بأن قبول فلسطين في المنظمات الدولية هو عملية سياسية مستقلة عن حصولها على صفة دولة غير عضو في الأمم المتحدة.

وعليه فإذا كان التوجه إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة والحصول على صفة دولة غير عضو لا يضيف لفلسطين أي امتيازات إضافية حقيقية في الأمم المتحدة، ولا يؤسس دولة، ولا يساعدها في الانخراط في المنظمات الدولية الأخرى، بما فيها المحكمة الجنائية الدولية، فما هو الهدف الحقيقي من وراء هذه الخطوة الدبلوماسية؟ يمكن القول بأن الهدف من هذه الخطوة كان محلياً أكثر منه دولياً، خاصة في ظل عدم رضا الشعب الفلسطيني عن قيادته التي تقتصر إلى الرؤية المستقبلية، وفي ظل عدم التوصل إلى مصالحة، وعدم التقدم في المفاوضات مع إسرائيل. وفيما يلي، أدرجت مثالين لدعم ادعائي.

رافق هذه الخطوة الدبلوماسية الفلسطينية محلياً إحياء لمناقشة مشروع دستور دولة فلسطين،

يمكن أن نبدأ بالحديث عن سيناريوهات ما بعد الدولة، حتى قبل تأسيس الدولة".

5. مساعي المصالحة

لقد أشرت سابقاً إلى الانقسام المستمر بين فتح وحماس منذ عام 2007، ونشأته. وفي هذا الجزء سأناقش أثر هذا الانقسام على جهود بناء الدولة، ولا سيما في ضوء الربيع العربي. ما يثير الاهتمام حول الانقسام بين الحزبين الفلسطينيين هو أن الانقسام الداخلي الفلسطيني قد ارتبط لفترة طويلة بالارتباط الإقليمي للأحزاب وأبعاده. وفي أعقاب الربيع العربي، تغيرت الجهات الإقليمية الفاعلة بشكل كبير، وبالتالي كان من المتوقع أن يتغير دعم الأحزاب السياسية الفلسطينية أيضاً. لكن كان من غير المتوقع أن النتيجة بقيت كما هي: الركود الكامل. وعليه بدأ تحقيق المصالحة والوحدة بين فتح/السلطة الفلسطينية وحماس أكثر صعوبة.

لا بد من الإشارة إلى أن الانقسام بين الضفة الغربية وقطاع غزة هو أقدم وأعمق من الانقسام بين حماس وفتح، أو حتى الانقسام بين حماس والسلطة الفلسطينية/ منظمة التحرير الفلسطينية؛ ففي الواقع، منذ عام 1948، كان قطاع غزة خاضعاً لسيطرة الإدارة المصرية، في

قد أصبحت دولة الآن فلا بد أن نتصرف على هذا النحو، فنحن بحاجة إلى دستور كبقية الدول، وإلى استخدام رموز للدولة، وتشكيل حكومة جديدة للدولة، إلخ".³⁰

مثال آخر هو الأخذ بعين الاعتبار القضايا التي تتبع عادة إقامة أي دولة؛ كإمكانية الدخول في اتحاد كونفدرالي مع الدول المجاورة. وقد ذكرت بعض التقارير أن عباس قد طلب من زعماء حركة فتح البدء في التفكير في هذا السيناريو،³¹ كما يبدو أن ملك الأردن، الملك عبدالله الثاني، قد بدأ بمناقشة هذا الخيار مع نتياهو أيضاً على الرغم من أنه قد نُفي ذلك بشكل رسمي.³² ومن الجدير ملاحظته أن الموقف الفلسطيني أكد أنه لا يمكن مناقشة أي كونفدرالية مع الأردن إلا بعد تأسيس دولة فلسطين. ومجدداً، فالمنطق وراء هذه الخطوة: "الآن وقد تم قبول فلسطين كدولة غير عضو في الأمم المتحدة،

³⁰ انظر ما قاله أحمد قريع حول هذا الموضوع: "نحن بحاجة إلى تشكيل حكومة لدولة فلسطين، بدلاً من حكومة للسلطة الفلسطينية". هذا الخبر متوفر على الموقع التالي:

<http://m.aawsat.com/content/1356218563839444400/aaa%20News%20and%20Politics>

³¹ هذا الخبر متوفر على الموقع التالي:

<http://www.alwatanvoice.com/arabic/news/2012/12/13/342629.html>

³² هذا الخبر متوفر على الموقع التالي:

<http://www.echoroukonline.com/ara/articles/152364.html>

زيادة ضم الأراضي في الضفة الغربية، الذي تزامن مع بناء الجدار العازل.

في جزء سابق، وضحت أن سيطرة حماس على قطاع غزة ربما تكون ردة فعل نتيجة لنقص الصلاحيات الذي واجهته عند تشكيل حكومتها في أمور مثل المال العام، وموظفي الخدمة العامة والأجهزة الأمنية. أي وبعبارة أخرى، كانت صراعاً على السلطة. ولكن هذا ليس السبب الوحيد للانقسام، بل إن له أسباباً تتعلق بالتمثيل. فخلافاً للتوقعات، فإن حماس مُمثلة في مؤسسات السلطة الفلسطينية أكثر من مؤسسات منظمة التحرير الفلسطينية، لأن من مصلحتها أن تصبح السلطة الفلسطينية هي الأقوى وليس المنظمة. والسبب في ذلك أن حماس ليست جزءاً من المنظمة. ويشكل إصرار رئيس السلطة الفلسطينية على تقديم خطة الحكومة إلى اللجنة التنفيذية للمنظمة للموافقة عليها جزءاً من الخلاف بين عباس ورئيس الوزراء المرشح عام 2006 إسماعيل هنية، وهذا ما رفض رئيس الوزراء المرشح القيام به. في حين أصر هنية على تطبيق القانون الأساسي الذي ينظم هذه المسألة ويعطي المجلس التشريعي وحده صلاحية منح الثقة للحكومة، وليس أي مؤسسة أخرى، بما في ذلك المنظمة. وهذا هو السبب في أن أي مفاوضات

حين اعتبرت الضفة الغربية جزءاً من المملكة الأردنية الهاشمية. وقد انعكس هذا التقسيم أيضاً على الثقافات القانونية والسياسية لكلا الكيانين، وهو ما عززه الاحتلال الإسرائيلي وأبقى عليه منذ عام 1967. فقد كان قطاع غزة خاضعاً لحاكم عسكري وإدارة مدنية مختلفين عن اللذين تخضع لهما الضفة الغربية. كما منحت إسرائيل المقيمين في كل من المنطقتين بطاقات هوية مختلفة (وقد فصلت القدس الشرقية عن كلتا المنطقتين). وبموجب اتفاقيات أوسلو تمت الإشارة إلى غزة والضفة الغربية ككيان واحد. ولكن على الرغم من ذلك، وعلى أرض الواقع، فإن نظام الفصل بين المنطقتين من خلال الأوامر العسكرية، ونظام التصاريح وصعوبة التعليمات المتعلقة بالإقامة، عززت الانقسام بين سكان المنطقتين.

أما بالنسبة للسلطة الفلسطينية، فإن الانقسام بين الضفة الغربية وقطاع غزة قد أخذ حيزاً هاماً في جميع قراراتها المتعلقة بالانتخابات والترشيحات للمناصب العامة وللقضاء والوزارات والأجهزة الأمنية، الخ. وفي الوقت الذي انسحبت فيه إسرائيل من معظم أنحاء قطاع غزة عام 2005 على نحو أحادي الجانب، قامت إسرائيل أيضاً بتعزيز وجودها في المناطق "أ" و"ب" و"ج" في الضفة الغربية والقدس الشرقية، بالإضافة إلى

ولكن ما هي علاقة الربيع العربي بالجهود المبذولة لتحقيق المصالحة بين فتح وحماس؟ في شباط 2012، تم التوصل إلى اتفاق بين عباس وخالد مشعل (رئيس المكتب السياسي لحركة حماس)، لتشكيل حكومة وحدة وطنية برئاسة عباس نفسه. وقد عزا البعض هذا التغيير الحاصل بين حماس وفتح إلى التغيير الحاصل في العالم العربي. وبطبيعة الحال، كان لإسقاط مبارك في مصر، ومرسي لاحقاً، وللثورة في سوريا تأثيراً كبيراً على حركة حماس في غزة، وعلى حركة فتح والسلطة الفلسطينية في الضفة الغربية، بالنظر إلى التحالفات الإقليمية لهاتين المجموعتين مع الحكومات وجماعات المعارضة. ولكن التأثير لا يزال مستمراً، ولا سيما أن نتائج المعركة الحالية في سوريا لم تحسم في أي من الاتجاهات (في وقت الكتابة)، بالإضافة إلى السياسات القاسية التي اتخذتها حكومة ما بعد مرسي بحق قطاع غزة وحركة حماس بعد انسحاب الإخوان المسلمين من الحكومة.³⁴ وعليه فشل الاتفاق بين عباس ومشعل كغيره من الاتفاقات السابقة، بما في ذلك

بين فتح وحماس تنتهي بمناقشة دور المنظمة، وضرورة إعادة تشكيلها.

ولكن سرعان ما تحول الانقسام إلى انقسام قانوني أيضاً. فمُنذ عام 2007، عدّلت كل من حكومة هنية وأعضاء المجلس التشريعي في قطاع غزة القانون المعمول به في القطاع. وقد أشرت سابقاً في هذه الدراسة إلى بعض الأمثلة الدالة على ذلك، مثل استبدال المجلة العثمانية بالقانون المدني، الأمر الذي كان موضع جدال. أما في الضفة الغربية، فقد استخدمت المراسيم أيضاً لإنفاذ تغييرات على الأرض. فقد مارس الرئيس عباس صلاحياته لإصدار قرارات بقوانين، لضمان استمرار حكومة فياض واستمرار قيامها بأعمالها المعتادة حتى دون الحصول على ثقة المجلس التشريعي وعلى موافقته على هذه القرارات. والمثير للاهتمام بهذا الصدد أن كلا الطرفين قد استندا إلى القانون الأساسي كمصدر لسلطته، واستخدمه لنزع الشرعية عن الطرف الآخر.³³ ومع مرور الوقت، أصبحت المصالحة بعيدة المنال، خاصة في ظل التغييرات القانونية الجارية.

³⁴ Nathan Brown, 'The Hamas-Fatah Deal' (February 20, 2012) *Journal of Turkish Weekly*.
<http://carnegieendowment.org/2012/02/20/hamas-fatah-deal/9ssv>

³³ Khalil (n 9).

حماس تلك، تختلف عن حماس التي تحكم غزة في يومنا هذا، أو على الأقل ليست حماس التي أشير إليها في هذا الجزء. حيث إن الإشارة هنا إلى تعود إلى منظمة حماس التي سيطرت على قطاع غزة بالقوة عام 2007، وما زالت منذ ذلك الحين. بمعنى آخر، حماس الجديدة هي التي تشكل التحدي الحقيقي أمام بناء الدولة الفلسطينية والدستورية، وليست حركة حماس الناشطة الاجتماعية القديمة.

في جزء سابق، كنت قد ناقشت الفصل بحكم الأمر الواقع وبحكم القانون بين الضفة الغربية وقطاع غزة منذ عام 1948. وقد ناقشت أيضاً كيف حافظت إسرائيل على هذا الانفصال، وكيف تعاملت السلطة الفلسطينية معه. وقد تحدثت أيضاً عن التحدي الذي تطرحه حماس لتمثيل فلسطين والفلسطينيين، خاصة في ظل عدم وجود تمثيل لحماس في منظمة التحرير الفلسطينية. في هذا الجزء، سأبدأ بمناقشة أحداث عام 2005، عندما انتخب عباس خلفاً للرئيس عرفات رئيساً للجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية ورئيس السلطة الفلسطينية على حد سواء، في الوقت الذي نفذ فيه أرييل شارون،

Shaul Mishal & Avraham Sela, *The Palestinian Hamas: Vision, Violence, and Coexistence* (New York: Columbia University Press, 2000) 16.

الاتفاق الذي تم التوصل إليه في القاهرة في 4 أيار 2011 خلال فترة حكومة ما بعد مبارك.³⁵

في أعقاب الهجمات الإسرائيلية على قطاع غزة عام 2012، جرى التوصل إلى وقف إطلاق النار بوساطة مصر. وقد بدا الجو بين قادة فتح وحماس أكثر إيجابية، وأكثر استعداداً لمناقشة الاتفاقات. وشملت هذه الاتفاقات إمكانية احتفال فتح، في غزة، بذكرى انطلاقها غزة كانون الثاني. وعلى الرغم من ذلك، فإن المصالحة وتوحيد الفصائل الفلسطينية يبدو غير مرجح في المستقبل المنظور.

6. حكم حماس لقطاع غزة

ظهرت حركة المقاومة الإسلامية (حماس) للمرة الأولى بداية الانتفاضة الأولى عام 1987، على الرغم من أن علاقتها ببرامج الرعاية الاجتماعية التابعة للإخوان الإسلامية يمكن إرجاعها إلى مراحل أسبق من ذلك.³⁶ ولكن

³⁵ للمزيد من المعلومات حول جهود المصالحة انظر:

Youssef Munatter, 'Prospects for Palestinian Unity After the Arab Spring' (2011) 13 (3) *Insight Turkey* 21-31;

خليل شاهين، "المصالحة الفلسطينية بين نعي عملية السلام وتجاهل دروس الربيع العربي" (2011) 22 (87) *مجلة الدراسات الفلسطينية* 148-131.

و2012 على سبيل المثال، وهو ما يعد جزءاً من خطة العامين لفياض لبناء مؤسسات الدولة) ستعتمد على موافقة إسرائيل (وموافقة حماس، بحيث لا يمكن للسلطة الفلسطينية تنفيذ أي خطط في قطاع غزة دون موافقة حماس).

أما بالنسبة للحدود مع مصر، ففرج هي نقطة العبور الرسمية الوحيدة. وفي تشرين الثاني 2005، جرى التوصل إلى اتفاق بين الأطراف المعنية (اتفاق التنقل والعبور والمبادئ المتفق عليها بشأن معبر رفح)³⁸ من شأنه منح السيطرة الكاملة للفلسطينيين على المعبر من الجانب الفلسطيني من الحدود، على الرغم من أنها مراقبة من قبل الاتحاد الأوروبي (EU BAM رفح)، بينما تراقب إسرائيل الحدود عن طريق دائرة تلفزيونية مغلقة.³⁹ ومع ذلك، فإن الاتفاق يعطي إسرائيل حق الاعتراض على الدخول والخروج من قطاع غزة.⁴⁰ في أعقاب الانتخابات التشريعية

³⁸ الاتفاق بين إسرائيل والسلطة الوطنية الفلسطينية، متوفر على الموقع التالي:

[http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/796f8bc05ec4f30885256cef0073cf3a/c9a5aa5245d910bb852570bb0051711c/\\$FILE/Rafah%20agreement.pdf](http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/796f8bc05ec4f30885256cef0073cf3a/c9a5aa5245d910bb852570bb0051711c/$FILE/Rafah%20agreement.pdf)

³⁹ Abu-Mukh (n 37) 21.

⁴⁰ بمعنى آخر، إن من لا يحمل بطاقة هوية (صادرة عن السلطة الفلسطينية، مع الموافقة الإسرائيلية) لا يمكنه دخول غزة عبر رفح، إلا بعض الاستثناءات، مثل الدبلوماسيين والعاملين في المنظمات الدولية. للمزيد من المعلومات، انظر: مسلك، من يحمل مفاتيح معبر رفح؟ (مسلك - مركز للدفاع عن حرية الحركة 2009).

رئيس الوزراء الإسرائيلي آنذاك انسحاباً أحادي الجانب من معظم أراضي قطاع غزة.

سأبدأ بتكرار حقيقة قانونية مهمة، هي أن الانسحاب من قطاع غزة لم يغير الوضع القانوني لتلك الأراضي باعتبارها أراضي محتلة. فالمؤهلات القانونية التي تمتلكها باعتبارها أراضي محتلة مهمة جداً لتطبيق القانون الإنساني الدولي، وللإلزام إسرائيل باحترام التزاماتها وواجباتها بوصفها قوة محتلة، تجاه المدنيين في قطاع غزة.³⁷ أما بالنسبة للسلطة الوطنية الفلسطينية، فقد كان قطاع غزة جزءاً من الأراضي الفلسطينية المحتلة قبل عام 2005، وبقي كذلك بعد هذا التاريخ. ويعتبر معبر "إيرز" المعبر الرئيسي للمرور عبر إسرائيل إلى الضفة الغربية، و"كارني" هو المعبر الرئيسي لمرور الأغذية والإمدادات، وكلا المعبرين مراقب بشكل دقيق وحصري من قبل إسرائيل التي غالباً ما تقوم بإغلاقهما بناءً على الاعتبارات السياسية/الأمنية الإسرائيلية. وهذا يعني أن أي سياسات ستأخذها السلطة الفلسطينية بشأن قطاع غزة (كإعادة إعمار القطاع بعد هجمات 8/2007

³⁷ Lena Abu-Mukh, *Movement to and from the Palestinian Territories under Israeli Occupation after Oslo (1993-2006)* (Research Report, CARIM-RR, 2006/02) 16.

http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6275/CARIM-RR_2006_02.pdf?sequence=1.

اقتصاد الأئناق بين مصر وقطاع غزة كالمعتاد.⁴² خلال هجمات عام 2012 على قطاع غزة، بدت مصر برئاسة مرسي آنذاك مختلفة عما كانت عليه سابقاً؛ فقد زار رئيس الوزراء المصري في حينه، هشام قنديل، قطاع غزة في 16 تشرين الثاني 2012، وأعرب عن تضامن مصر مع الفلسطينيين في قطاع غزة. ومع ذلك، حافظت مصر على دورها كوسيط كما كانت في ظل مبارك عام 2008.

وما يثير الاهتمام في قضية حكم حماس في غزة هو أنه وعلى الرغم من أنه يعتبر تحدياً للقانون الأساسي والنظام الدستوري للسلطة الفلسطينية بحكم الواقع إلا أنه حافظ على مظهر الشرعية. فإسماعيل هنية، المقال بمرسوم رئاسي بعد الانقلاب الذي قامت به حماس في قطاع غزة عام 2007، يعد رئيساً رسمياً للحكومة الانتقالية التي تعتبر نفسها الحكومة الشرعية الفلسطينية (الحكومة الأخرى هي حكومة فياض، التي تأسست بموجب مرسوم رئاسي وبدون الحصول على الثقة من المجلس التشريعي). كما تحافظ حماس على مظهر الشرعية من خلال القيام

الثانية عام 2006 وفوز حماس، هددت إسرائيل بإغلاق معبر رفح إذا مُنحت إدارته لحماس. ونتيجة لذلك، أصدر الرئيس عباس مرسوماً رئاسياً⁴¹ وضع فيه مديرية المعابر والحدود (التي تعد في الأصل جزءاً من وزارة الداخلية) تحت سيطرته المباشرة. وبعد سيطرة حماس على قطاع غزة في 14 حزيران 2007، بقي المعبر مغلقاً في أغلب الأحيان، مما أدى إلى إبقاء المئات عالقين ما بين الجانب المصري والفلسطيني. وفي تموز 2008، جرى التوصل إلى وقف إطلاق النار بين حماس وإسرائيل بوساطة مصرية، مما أدى إلى التخفيف من بعض القيود المفروضة على دخول الإمدادات والمواد الغذائية، بالإضافة إلى فتح المعبر تدريجياً للحالات الإنسانية العاجلة، بعد التنسيق مع الجانب المصري.

منذ أن تولى الإخوان المسلمين الحكم في مصر، أصبح المرور عبر معبر رفح أسهل، رغم عدم وجود معلومات تدل على أن هناك اتفاقاً ثنائياً أو تنسيقاً بين حماس ومصر بشأن إدارة الدخول والخروج من خلال المعبر، حيث بقي معبر رفح خاضعاً لرقابة مصر. ومع ذلك بقي

⁴² Yezid Sayigh, Hamas Looks to the Future: With Gains Come Dilemmas, *Al-Hayat*, March 8, 2012. <http://carnegie-mec.org/2012/03/08/hamas-looks-to-future-with-gains-come-dilemmas>

⁴¹ المرسوم الرئاسي رقم (16) لسنة 2006، متوفر على الموقع: <http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?LegPath=2006&MID=15262>

موضح أعلاه. ومع ذلك، فإنه لا يزال غير رسمي، حيث إنه خارج إطار التطبيقات العادية للقانون الذي ينطبق على الأنشطة الاقتصادية، وعلى استيراد البضائع. كما أنه خارج عن أي نوع من أنواع المساءلة العامة والرقابة.⁴³

من التحديات الأخرى التي تواجه بناء الدولة هو شكل التعاملات المالية في قطاع غزة؛ فبسبب العقوبات الدولية على السلطة الفلسطينية منذ عام 2006 (ومقاطعة وزراء حماس في عام 2007)، ونتيجة للحصار وتطوير اقتصاد الأنفاق، عادت ظاهرة "حقائب اليد" التي تحتوي على الرواتب والأموال لتظهر في قطاع غزة. وحيث إن جميع معاملات البنوك الفلسطينية تمر من خلال البنوك الإسرائيلية، فإن التعاملات المالية التي تتعلق بأموال حماس تُمرّر فقط بشكل غير رسمي. وعليه أنشئ بنك جديد لهذه الغاية وهو "البنك الوطني الإسلامي"، إلا أن سلطة النقد الفلسطينية لم تعترف به. وعليه يبقى هذا البنك كياناً مالياً مستقلاً في قطاع غزة، وهو مكلف بتنفيذ القرارات المالية التي تتخذها حكومة غزة،

⁴³ للمزيد من المعلومات حول اقتصاد الأنفاق في غزة انظر:

Nicolas Pelham, Gaza's Tunnel Phenomenon: The Unintended Dynamics of Israel's Siege, Journal of Palestine Studies, Vol. 41, no. 4 (Summer 2012), p. 6-31. Also available at <http://www.palestine-studies.org/journals.aspx?id=11424&jid=1&href=fulltext>

بتغييرات قانونية رسمية عبر تعديلات تشريعية، ومن خلال اعتماد المراسيم التي تُنشر في الجريدة الرسمية (التي باتت تصدر بشكل منفصل، لقطاع غزة فقط، ومختلفة عن تلك التي تصدرها السلطة الفلسطينية في الضفة الغربية).

ومن التحديات التي تواجه قطاع غزة أيضاً، تلك المتعلقة بالتعاملات المالية والاقتصادية. ونتيجة للحصار، نشأ في القطاع نوع جديد من الاقتصاد: اقتصاد الأنفاق. على الرغم من أن هذه الأنفاق لا تقدم إلا شكلاً من أشكال التهريب، فهي تعد وسيلة فريدة من نوعها لتلبية احتياجات سكان غزة. مع مرور الوقت وعلى الرغم من سهولة حركة البضائع بين قطاع غزة ومصر على وجه الخصوص، أصبح اقتصاد الأنفاق مصدراً رئيسياً للمنتجات المستوردة (وبالتالي للمعاملات الاقتصادية أيضاً). كما سهلت حكومة حماس، من خلال وزارة الأشغال العامة ووزارة الإسكان، الحصول على الخدمات العامة لمستخدمي الأنفاق وعمالها، كتزويدهم بالماء والكهرباء مثلاً. وتشير التقارير أيضاً إلى أن حكومة حماس تجمع الضرائب من أصحاب الأنفاق ومستخدميها. وعليه فإن اقتصاد الأنفاق في غزة في ازدهار مستمر، بل ويمكن اعتباره شبه قطاع عام بسبب تدخل سلطة حماس، كما هو

7. حكم السلطة الوطنية الفلسطينية في الضفة الغربية

في هذا القسم، سأناقش نموذج حكومة السلطة الفلسطينية والتحديات التي يشكلها هذا النوع من الحكومات على بناء الدولة في فلسطين. وعلى وجه الخصوص، سأناقش طريقة وضع القوانين، ولا سيما طريقة صياغة هذه القوانين وإنفاذها بعد عام 2007.

تواجه السلطة الفلسطينية، باعتبارها الجهة المانحة للقانون، نوعين من المخاطر المختلفة المرتبطة في جوهرها. فمن ناحية، هناك اتجاه واضح لتشريع القوانين، في أسرع وقت ممكن، وفي أكبر عدد ممكن من المجالات. وقد اعتُمدت مئات القوانين، والقرارات بقوانين، واللوائح منذ إنشاء السلطة الفلسطينية، حتى قبل انتخاب المجلس التشريعي. والخطر هنا هو ميل السلطة التشريعية لتوسيع صلاحيتها، من خلال الاعتقاد أن بإمكانها وضع أي قانون، لتنظيم أي ناحية من مناحي حياة الأفراد، دون أي قيود. الأهم من ذلك هو رغبة الهيئة التشريعية المنتخبة بتوسيع صلاحياتها على حساب السلطة التنفيذية، أو حتى القضائية. وهذا يخرج عن مبدأ الفصل بين

بما في ذلك تحويل رواتب موظفي القطاع العام.⁴⁴ لقد تمكنت حماس حتى الآن من دفع رواتب موظفيها، في حين تواصل السلطة الفلسطينية دفع الرواتب لموظفيها في قطاع غزة، على الرغم من أن العديد منهم قد توقف عن العمل، مما يشكل عبئاً مالياً آخر على السلطة الفلسطينية.⁴⁵ بالإضافة إلى دفع نفقات الوقود المطلوب من إسرائيل لصالح شركات الكهرباء في غزة من عائدات الضرائب التي تجمعها إسرائيل لصالح السلطة الفلسطينية.⁴⁶ بالمقابل، تقوم حماس بجمع المال المطلوب للكهرباء من المواطنين الفلسطينيين، وتقوم بالاحتفاظ به لنفسها.⁴⁷

⁴⁴ Are Hovdenak (ed.), *The Public Service under Hamas in Gaza: Islamic Revolution or a Crisis Management?* (PRIO Report 03/2010) 27. The same author argued that [t]he establishment of the bank apparently represented a formalisation of the tunnel economy."

⁴⁵ على ما يبدو، فإن أولئك الذين قبلوا بالعمل مع حكومة حماس كانوا يخشون وقف رواتبهم التقاعدية. المرجع السابق، 30.

⁴⁶ World Bank, *Stagnation or Revival? Palestinian Economic Prospects: Economic Monitoring Report to the Ad Hoc Liaison Committee* (March 21, 2012). <http://siteresources.worldbank.org/INTWESTBANK/AZA/Resources/WorldBankAHLCreportMarch2012.pdf>

⁴⁷ ذكرت صحيفة "Jerusalem Post" أن هشام العمري، الرئيس التنفيذي لشركة كهرباء محافظة القدس، ادعى أن "حكومة حماس في قطاع غزة تقوم بجمع الرسوم لاستخدامات الكهرباء من المقيمين والشركات، ولم تنقلها أبداً إلى سلطة الطاقة الفلسطينية في رام الله، بحيث استخدمت الأموال لأغراضها الخاصة".

Sharon Udasin, 'Israel pays PA electricity debts with withheld taxes' (December 12, 2012) *The Jerusalem*

Post. Available at <http://www.jpost.com/Sci-Tech/Article.aspx?id=295690>

خلال المراسيم". ومن الغريب أن ما حدث كان بدعم من المجتمع الدولي، الذي عدّ هذا الوضع فرصة لتحقيق الإصلاحات في العديد من المجالات، بما في ذلك إدارة الأمن والمال العام.

للهولة الأولى، قد تبدو هذه الاتجاهات الخطيرة متناقضة، إلا أنها في الواقع متسقة تماماً نتيجة للإرث الذي ورثته السلطة الفلسطينية.

فالاتجاه الأول هو نتيجة لعقود من الاحتلال الإسرائيلي الذي لم ينته مع أوسلو، في حين ينبثق الاتجاه الثاني من إرث منظمة التحرير الفلسطينية، وهي حركة تحريرية. في الواقع كانت الأوامر العسكرية تُتخذ من قبل الحاكم العسكري الإسرائيلي⁵⁰ (سواء شخصياً أو عن طريق الأفراد المصرح لهم بذلك)، بصفتهم مانحي القانون، منفذين له وقضاة، في نفس الوقت. ووفقاً لذلك، تركزت جميع السلطات في يد شخص واحد. حتى منظمة التحرير الفلسطينية نفسها التي تتبنى نظرياً ثلاثة فروع للحكومة (المجلس الوطني الفلسطيني الذي يعد بمثابة البرلمان، واللجنة التنفيذية، المختارة من داخل المجلس الوطني، وتعد بمثابة مجلس الوزراء، بالإضافة إلى وجود

السلطات، الذي ضُمّن نظرياً أساساً لنظام السلطة الفلسطينية القانوني والسياسي. إن الطابع غير السيادي للسلطة الفلسطينية "يفاقم الحاجة المتصورة والميل لإسكات المنتقدين وقمع المعارضين السياسيين"⁴⁸ وفي نفس الوقت يجعل المساءلة بموجب المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان بحكم القانون أمراً مستحيلاً.⁴⁹

ومن ناحية أخرى، فإن السلطة الفلسطينية لم تستبعد الحكم بموجب مرسوم، وبالتالي منحت أو حافظت على الدور الأساسي للسلطة التنفيذية، وخصوصاً رئيس السلطة الفلسطينية، حتى أن هذا الدور قد رُسخ بنص قانوني شبيه بالدستوري وهو القانون الأساسي لسنة 2003. وبعد الانقلاب الذي قامت به حماس في قطاع غزة عام 2007، وإعلان الرئيس عباس لحالة الطوارئ، تشكلت حكومة تكنوقراط برئاسة فياض، وتكونت حقبة جديدة في الضفة الغربية وهي حقبة "الحكم من

⁴⁸ Lisa Hajjar, 'Law against Order: Human Rights Organizations and (versus?) the Palestinian Authority' (2001) 56 *U. Miami L. Rev.* 59-76.

للمزيد من المعلومات حول أثر طابع السلطة الفلسطينية على حماية حقوق الإنسان، انظر:

Nasser Aruri and John J. Carroll, 'A New Palestinian Charter' (1994) 23 (4) *Journal of Palestine Studies* 9-12.

⁴⁹ انظر عموماً:

Justus Weiner, 'Human Rights in Limbo during the Interim Period of the Israel-Palestinian Peace Process: Review, Analysis, and Implications' (1995) 27 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 795-803.

⁵⁰ كان هناك حاكمان عسكريان إسرائيليان، أحدهما لقطاع غزة والآخر للضفة الغربية، والمشار إليهما في الأوامر العسكرية بـ "يهودا والسامرة".

8. الخاتمة

قد يبدو عنوان هذه الدراسة معتمداً على سرد الأحداث التي تجري في العالم العربي وتأثيرها على الفلسطينيين، سرداً إيجابياً ومتفائلاً. ويبدو العالم العربي جسداً سياسياً واحداً، يافعاً، مليئاً بالحياة. فوجود النبضات يدل على الجسم الحي، وهذا بفضل الدورة الدموية (الربيع العربي) اللازمة لبقاء جميع الأعضاء (بما في ذلك الفلسطينيون، والجهود المبذولة لبناء دولتهم). إذا حاولنا تطبيق هذا التشبيه على الربيع العربي، وأثره على بناء الدولة الفلسطينية، فإن ذلك يعني قبول عدة افتراضات (بما في ذلك وحدة الجسم السياسي، والنبضات الثابتة والمنظمة لهذا الجسم، وحاجة أجهزته للدم من أجل البقاء). وقد تبدو جميع هذه الافتراضات مهمة لإعطاء سرد إيجابي ومتفائل للأحداث، ولكن هذا لا يجعلها سليمة في جوهرها.

هذه الصورة مضللة، كما أنها لا تعطي انطباعاً صحيحاً. ليس لأنني أستبعد مثل هذه الرواية الإيجابية والمتفائلة، ولكن لأنها ليست الرواية الوحيدة الممكنة سرداً. فالحالات التي وضحتها عند الخوض في السياق الفلسطيني، تبين كيفية استخدام القيادة الفلسطينية للديناميكيات الجديدة المنتشرة إقليمياً ومحلياً، لدعم عملية بناء

القضاء الثوري ذي الاختصاص الجزائي)، إلا أنها جميعها تركزت في يد رئيس اللجنة التنفيذية، أي تركزت للصلاحيات بشكل مماثل في يد شخص واحد.

ومن تعليقات ناثان براون الحادة حول خطة فياض لبناء مؤسسات الدولة، أوضح أن "فياض تمكن من [...] الحفاظ على الكثير من المؤسسات المقامة سابقاً ونجح في زيادة كفاءة القليل منها. لكنه قام بذلك في سياق السلطوية التي تسلب نتائج الشرعية المحلية. وعلى المدى البعيد، فإن الطبيعة الجوفاء للاستراتيجية الحالية لن تخدم فياض ولا مؤيديه الدوليين".⁵¹ قد يختلف البعض مع براون في تقييمه للمؤسسات التي ساعد فياض في إقامتها، أو تحسينها أو توحيدها. ولكن من الممكن دعم الادعاء الرئيسي، بأن الإصلاح والتغيير الذي وعد به فياض، قد جرى تنفيذه في سياق السلطوية؛ أي أن حكومته قد تشكلت بموجب مرسوم رئاسي، وليس بموجب القواعد الشرعية التي تسبق تأسيس أي حكومة، ولم يتم تبنيها بشكل شرعي.

⁵¹ Nathan Brown, 'Are Palestinians Building a State?' (Carnegie Commentary, June 2010) 1. Available at http://www.carnegieendowment.org/files/palestinian_state1.pdf

رسمياً، ظل القانون الأساسي معمولاً به في كل من الضفة الغربية وقطاع غزة، على الرغم من التجاوز الواضح لأحكامه ولروحه من قبل السلطة الفلسطينية وحكومة حماس. وقد أشرت في هذه الدراسة إلى بعض الأمثلة الدالة على ذلك. ومع ذلك، نادراً ما جرت مهاجمة القانون الأساسي، من قبل السلطة الفلسطينية وحكومة حماس، باعتباره القانون الأسمى والمرجعية العليا للقوى والسلطات. ولكن في كلتا الحالتين، أُدخِلت شروط جديدة للمساعدة في الحفاظ على النص، أو للتغلب على أحكامه كلما اقتضت الضرورة ذلك؛ وتشمل هذه الشروط الوحدة الوطنية أو العامة، المصلحة، أو الأمن. فالمصطلحات تتغير بقدر أولئك الذين يستخدمونها، لكنها تدور جميعها حول "الوطنية"، "المصلحة"، "الأمن"؛ فجميعها عبارات غامضة تستخدمها الأطراف المتنافسة والمتضاربة لتبرير مواقفها المتعاكسة.

أما فيما يتعلق بجهود المصالحة بين حماس وفتح، فمن السهل الملاحظة أنها جرت خارج أي إطار دستوري. وبعبارة أخرى، تعاملت الفصائل الفلسطينية مع قضية الانقسام بين فتح وحماس على أنها مسألة خارجة عن إطار التطبيق المعتاد للقانون، بما في ذلك التطبيق المعتاد للقواعد والأحكام الواردة في القانون

الدولة أو تقويضها. بالإضافة إلى ذلك، فإن التغيرات التي تحدث في العالم العربي تصقل الطريقة التي تتم من خلالها عملية بناء الدولة الفلسطينية بالإضافة إلى نوعية النظام الدستوري الذي يوضع. في الواقع، وخلافاً للدعوات الشعبية للقادة الفلسطينيين وللتوقعات الشعبية السطحية، فإن التغيرات الحاصلة في العالم العربي لم تسفر عن عملية مشروعة شفافة وخاضعة للمساءلة وتحظى بقبول شعبي لبناء الدولة الفلسطينية، التي تعزز دعائم النظام الدستوري، وفي نفس الوقت تأخذ بعين الاعتبار وتحترم حقوق الإنسان والحريات، وسيادة القانون والفصل بين السلطات.

بدلاً من ذلك، فإن فلسطين ككيان سياسي مطالب به قد تراجعت حدودها رسمياً إلى حدود عام 1967 (الضفة الغربية بما فيها القدس الشرقية، وقطاع غزة)، وهذه المرة كان ذلك عن طريق الطلب والإصرار الفلسطيني في الأمم المتحدة. في الواقع، إن جغرافية فلسطين "الجديدة" في تقلص نتيجة للمستوطنات الإسرائيلية. كما تنقسم فلسطين كجسم سياسي إلى الضفة الغربية وقطاع غزة، فتح وحماس، وإلى حكومة فياض وحكومة هنية.

الدولة، يكون فيها التكنوقراطيون بديلاً للسياسيين، والحكم بديلاً للحكومة، والإدارة بديلاً للقانون. إضافة إلى ذلك فإن حقيقة تقديم هذه الخطة من قبل الحكومة التي تحكم الضفة الغربية فقط، وفي ظل غياب مجلس تشريعي فاعل، وعدم وجود وحدة وطنية بين الفصليين، حماس وفتح، يعني أن الخطة قد رسّخت فكرة الحكم من خلال المراسيم التي طبقت في الضفة الغربية بعد سيطرة حماس على غزة عام 2007.

من ناحية أخرى، مكن تصويت الجمعية العامة للأمم المتحدة الفلسطينية من إقامة دولة اسمية. ويشار حالياً إلى الأراضي الفلسطينية المحتلة (الضفة الغربية بما فيها القدس الشرقية، وقطاع غزة) باسم فلسطين أو فلسطين المحتلة. يرى أنصار هذه الخطوة، أن الوضع الجديد يتطلب بعض التغييرات المحلية، بما في ذلك اعتماد دستور، والتفكير في السيناريوهات المحتملة التالية لإقامة الدولة الفلسطينية، حتى قبل تحقيق ذلك بشكل كامل، مثل الكونفدرالية مع الأردن. كما يرى هؤلاء المؤيدون، أن بقاء قطاع غزة في الوقت الراهن منفصلاً - لا يؤثر على الإطلاق على الإجراءات المتخذة فيما يتعلق بالدستور والكونفدرالية. وبالتالي، من الممكن الوصول إلى كونفدرالية ماثلة أو إلى أي نوع آخر من اتفاقيات

الأساسي. ونتيجة للانقسام، لم يُطعن بأي من تعهدات الأطراف في المحكمة. بدلاً من ذلك، عملت المحاكم على التوفيق بين هذه السلطات الموجودة. لم تقم المحاكم، بما فيها المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية عليا، بإيجاد حل للانقسام. فهي جزء من هذا الانقسام لأنها تتعامل مع النظام التي تعد جزءاً منه؛ فهي لا تشكك في النظام نفسه. بدلاً من ذلك، فإنها تساعد على تعزيزه.

هذا ولا تزال هناك طبقة أخرى من الفصل موجودة ما بين فلسطيني الشتات والفلسطينيين في الأراضي الفلسطينية المحتلة، والفلسطينيين داخل إسرائيل. ويشكل هذا الفصل موضع أهمية في هذا السياق، خصوصاً على قضية التمثيل الفلسطيني (منظمة التحرير الفلسطينية، المهمشة في بعض الأحيان، والسلطة الفلسطينية محور السياسة الفلسطينية). ومع إمكانية إنشاء دولة فلسطينية، ازداد الوضع تعقيداً فيما يتعلق بمسألة تمثيل الشعب الفلسطيني.

فشلت بسرعة خطة فياض لبناء مؤسسات الدولة التي لا تزال تحت الاحتلال (وهي الخطة التي تهدف لوضع حد لهذا الاحتلال في نفس الوقت). ولم يتوقف الحد عند عدم تحقيق أهداف خطة فياض؛ بل إنها وجدت صيغة سياسية لبناء

مجاناً، بتقويض القضية الوطنية الفلسطينية، وعرضت إنجازاتها (الفريدة من نوعها؟) للخطر، كما جعلت وحدة الفلسطينيين شعباً، وفرصة الاعتراف بحق الشعب الفلسطيني بتقرير مصيره والاستقلال على المحك.

الشراكة بين مصر وقطاع غزة. وهو ما تعتبره إسرائيل الحل الأمثل، لأنه يوجد اتفاقيات متينة مع كل من مصر والأردن على أرض الواقع، ووفقاً لذلك فإن خيار الاتفاق بين مصر وقطاع غزة، وبين الأردن والضفة الغربية سيكون جيداً بالنسبة لإسرائيل وخطتها لتصفية القضية الفلسطينية. بناء على ذلك، فإن خطوة التوجه للأمم المتحدة كانت بمثابة الهدية لإسرائيل، فالقيادة الفلسطينية قامت

Bibliography

- Abu Toameh, Khaled. 2012. "A "Palestinian Spring": A Renewed Fatah Bid to Remove Fayyad." *GATESTONE Institute*, September 14: <http://www.gatestoneinstitute.org/3346/palestinian-spring-fayyad>.
- Abu-Mukh, Lena. 2006. "Movement to and from the Palestinian Territories under Israeli Occupation after Oslo (1993-2006)." Research Report, CARIM-RR, 2006/02 http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6275/CARIM-RR_2006_02.pdf?sequence=1.
- Aruri, Nasser, and John J. Carroll, . 1994. "A New Palestinian Charter." *Journal of Palestine Studies* 23 (4): 9-12.
- Brown, Nathan. 2010. "Are Palestinians Building a State?" *Carnegie Commentary*, June: http://www.carnegieendowment.org/files/palestinian_state1.pdf.
- . 2012. "The Hamas-Fatah Deal." *Journal of Turkish Weekly*, February 20: <http://carnegieendowment.org/2012/02/20/hamas-fatah-deal/9ssv>.
- Brown, Nathan. 2002. *The Third Draft Constitution for the Palestinian State: Translation and Commentary*. <http://www.pcpsr.org/domestic/2003/nbrowne.pdf>, Ramallah: Palestinian Center for Policy and Survey Research.
- Clawson, Patrick, and Michael Singh. 2011. "Is the Palestinian Authority really ready for statehood?" *The Jerusalem Post*, April 24: <http://www.jpost.com/MiddleEast/Article.aspx?id=217691>.
- Hajjar, Lisa. 2011. "Law against Order: Human Rights Organizations and (versus?) the Palestinian Authority'." *U. Miami L. Rev.* (56): 59-76.
- Hovdenak, Are, ed. 2010. *The Public Service under Hamas in Gaza: Islamic Revolution or a Crisis Management?* PRIO Report 03/2010.
- Kanaan, Oussama, Javier Gomez, Udo Kock, and Mariusz Sumlinski. 2011. *Staff Report for the Meeting of the Ad Hoc Liaison Committee*. http://unispal.un.org/pdfs/IMF_AHL_Crep130411.pdf, Brussels: IMF.
- Khalil, Asem. 2012. "Constitution-Making and State-Building: Redefining the Palestinian Nation." In *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*, edited by Rainer Grote and Tilmann J. Roder , 583-596. Oxford: Oxford University Press.
- Khoury, Rami. 2011. "Drop the Orientalist term 'Arab Spring'." *The Daily Star*. August 17. <http://www.dailystar.com.lb/Opinion/Columnist/2011/Aug-17/Drop-the-Orientalist-term-Arab-Spring.ashx#axzz2HbiHXdjn>.

- Kirkpatrick, David, and Jodi Rudoren. 2012. "Israel and Hamas Agree to a Cease-Fire, After a U.S.-Egypt Push." *The New York Times*. November 21. https://www.nytimes.com/2012/11/22/world/middleeast/israel-gaza-conflict.html?pagewanted=all&_r=0.
- Kuttab, Daoud. 2009. "Fayyad's Brilliant Two-Year Plan for Palestinian Statehood." *Huffington Post*, August 27: http://www.huffingtonpost.com/daoud-kuttab/fayyads-brilliant-two-yea_b_270253.html.
- Macintyre, Donald. 2012. "Salam Fayyad: 'We have never been more marginalised'." *The Independent*, July 26: <http://www.independent.co.uk/news/people/profiles/salam-fayyad-we-have-never-been-more-marginalised-7976731.html>.
- Mansour, Camille. 2009. "Reflections on the War on Gaza." *Journal of Palestine Studies* 38 (4): 91-95.
- Mishal, Shaul, and Avraham Sela. 2000. *The Palestinian Hamas: Vision, Violence, and Coexistence*. New York: Columbia University Press.
- Munatter, Youssef. 2011. "Prospects for Palestinian Unity After the Arab Spring." *Insight Turkey* 13 (3): 21-31.
- OCHA. 2012. "Gaza Initial Rapid Assessment." Final Report. <http://www.ochaopt.org/document>
- s/gaza_initial_rapid_assessment_report_nov_2012_eng.pdf.
- Pelham, Nicolas. 2012. "Gaza's Tunnel Phenomenon: The Unintended Dynamics of Israel's Siege." *Journal of Palestine Studies* 41 (4): 6-31. <http://www.palestine-studies.org/journals.aspx?id=11424&jid=1&href=fulltext>.
- Sayigh, Yezid. 2012. "Hamas Looks to the Future: With Gains Come Dilemmas." *Al-Hayat*, March 8, 2012, March 8: <http://carnegiemec.org/2012/03/08/hamas-looks-to-future-with-gains-come-dilemmas>.
- The SPIEGEL. 2011. "An Independent Palestine Will Be Inevitable." *Spiegel Online*, September 19: International <http://www.spiegel.de/international/world/spiegel-interview-with-palestinian-prime-minister-an-independent-palestine-will-be-inevitable-a-787165.h>.
- Udasin, Sharon. 2012. "Israel pays PA electricity debts with withheld taxes." *The Jerusalem Post*, December 12: <http://www.jpost.com/Sci-Tech/Article.aspx?id=295690>.
- Weiner, Justus. 1995. "Human Rights in Limbo during the Interim Period of the Israel-Palestinian Peace Process: Review, Analysis, and Implications." *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* (27): 795-803.

World Bank. 2012. "Stagnation or Revival? Palestinian Economic Prospects: Economic Monitoring Report to the Ad Hoc Liaison Committee." World Bank, Stagnation or Revival? Palestinian Economic Prospects: Economic Monitoring Report to the Ad Hoc Liaison Committee (March 21, 2012).
<<http://siteresources.worldbank.org/INTWESTBANKGAZA/Resources/WorldBankAHLCreportMarch2012.pdf>> accessed 11 Jan.

شاهين، خليل. 2011. المصالحة الفلسطينية بين نعي عملية السلام وتجاهل دروس الربيع العربي." *مجلة الدراسات الفلسطينية* 22 (87)، 131-148
<http://www.palestine-studies.org/sites/default/files/mdf-articles/11028.pdf>.

عبدالمعطي، صلاح. 2008. "واقع القضاء الفلسطيني في قطاع غزة." *مجلة تسامح* (20): 131-134.

عوكل، طلال. 2006. "اتفاق مكة: قراءة في المقدمات والنتائج." *مجلة الدراسات الفلسطينية* 18 (69): 148-142.

مجلة الدراسات الفلسطينية. 2009. "دولة فلسطينية في غضون عامين: مقابلة مع سلام فياض، رئيس الوزراء الفلسطيني." *مجلة الدراسات الفلسطينية*. 74-58 (1).

مسلك. 2009. *من يحمل مفاتيح معبر رفح؟ مسلك - مركز للدفاع عن حرية الحركة*.
www.gisha.org/userfiles/File/publications/Rafah_Report_Arabic.pdf



BIRZEIT UNIVERSITY

كلية الحقوق والإدارة العامة

Faculty of Law and Public Administration

وحدة القانون الدستوري

Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/8)
فئة أوراق الموقف

وحدة القانون الدستوري

**ورقة موقف حول جواز تعديل
قانون السلطة القضائية بموجب
قرار بقانون**

أيلول/ سبتمبر 2018

Position Paper on whether the Palestinian
Judiciary Law can be amended by Decree
Law [Arabic]

Author: Constitutional Law Unit at Birzeit University

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (8/2018)
Position Papers Module

© 2018, 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 جواز تعديل قانون السلطة القضائية
بموجب قرار بقانون

المؤلف: وحدة القانون الدستوري بجامعة بيرزيت.

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/8)
فئة أوراق الموقف

© 2018، جامعة بيرزيت

وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة
الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقياً أو إلكترونياً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة
القانون الدستوري 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 القانونية [رقم السلسلة]، وحدة القانون الدستوري، 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 في جامعة بيرزيت*

ورقة موقف حول جواز تعديل قانون السلطة القضائية بموجب قرار بقانون

أصدر الرئيس الفلسطيني مرسوما رئاسيا بتاريخ 6 أيلول 2017، بتشكيل "لجنة وطنية لتطوير قطاع العدالة ولمراجعة منظومة التشريعات القضائية، وإعداد رؤية شمولية لتطوير قطاع العدالة والقضاء" (اللجنة).¹ وقد قدمت هذه اللجنة توصياتها مؤخرا، وكان من بينها تعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية بموجب قرار بقانون صادر عن الرئيس، بمقتضى المادة (43) من القانون الأساسي،² التي تتيح للرئيس صلاحية "إصدار قرارات لها قوة القانون" في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي". ومن المعلوم أن المجلس التشريعي مازال معطلا منذ أكثر من عشر سنوات. وقد أثارت توصيات اللجنة جدلا مطولا خلال الأيام الماضية، ما بين مؤيد ومعارض. وضمن التوجه المعارض، أودع أكثرية قضاة المحكمة العليا استقالاتهم لدى رئيس نادي القضاة، للتصرف بها حال جرى تعديل قانون السلطة القضائية وفقا للتعديلات المقترحة من اللجنة.³

* 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.

¹ لا يظهر أن المرسوم نشر في الوقائع الفلسطينية. المصدر: صورة عن نسخة رسمية من المرسوم، مؤشر عليها ختم ديوان الرئاسة، بتاريخ 2017/9/6، صادر رقم (1980).

² وفقا لما أشيع من "تسريبات صحفية" حول مضمون توصيات اللجنة؛ ذلك أن التوصيات لم تنشر بعد (حتى ساعة عقد ورشة العمل).

³ انظر: يوسف الشايب، "استقالة قضاة في المحكمة العليا الفلسطينية احتجاجاً على تعديلات مقترحة تطل قانون السلطة القضائية"، جريدة الأيام، 6 أيلول 2018 (استرجعت بتاريخ: 2018/9/13) <https://goo.gl/qcffZx>

قانون السلطة القضائية بموجب قرار بقانون، وذلك باعتباره دستوريا من حيث الموضوع (كونه ينظم إحدى السلطات الثلاث)، ولكنه بقي في معظم قواعده وأحكامه خارج الدستور الشكلي (القانون الأساسي). وبالتالي فإنه لم يحسن بموجب آليات خاصة لتعديله حيث عومل معاملة القوانين العادية عند إقراره أو عندما تمت محاولات تعديله.

خلصت هذه الورقة، إلى أنه ما من مانع دستوري لتعديل قانون متعلق بالسلطة القضائية بموجب قرار بقانون، طالما توفرت حالة الضرورة وشروط المادة (43) من القانون الأساسي؛ ذلك أن القانون الأساسي لم يمنح القوانين المتعلقة بالسلطة القضائية امتيازاً أو وضعاً خاصاً يمنع تعديلها بموجب قرارات بقوانين. وبالأخص أن المجلس التشريعي ما زال مستغرقاً في حالة الغياب منذ أكثر من عشر سنوات. ولا يبدو أنه سينعقد في المدى القريب.

وبالتالي فإن كان تعديل القانون متطلباً أساسياً لتطوير قطاع العدالة، فلا يوجد مانع دستوري لإمكانية تعديله من خلال قرار بقانون في حال استيفاء الشروط الأخرى الواجب توفرها في هذه الحالات، علماً بأنه يكون بالنهاية للمجلس التشريعي - حال انعقاده - اختصاص إقراره، وإلا زال ما يكون له من قوة القانون. ذلك كله وفقاً لأحكام المادة (43) من القانون الأساسي.

إن الخلاصة التي توصلت إليها ورقة الموقف هذه جاءت من أربع منطلقات:

إن وحدة القانون الدستوري في جامعة بيرزيت، إذ تصدر ورقة الموقف هذه؛ فإن ذلك يأتي انطلاقاً من قناعتها بدور الأكاديميين في المجتمع ومن منطلق التزامهم بالصالح العام. ولا بد ابتداءً من تحديد نطاق هذه الورقة؛ فعلى الرغم من أن مسألة مدى توافر حالة الضرورة لإصدار مثل هذا التشريع الاستثنائي هي مسألة في غاية الأهمية، إلا أن هذه الورقة لن تبحث مدى توافر الضرورة التي لا تحتمل التأخير، الموجبة لإصداره؛ لكونها بحسب نصوص القانون الأساسي سلطة تقديرية للرئيس. إلا أنه وبحسب الخبرات المقارنة فإن سلطة الرئيس التقديرية في إصدار القرارات بقوانين خاضعة للمراجعة القضائية من قبل المحكمة المختصة بالرقابة الدستورية، وهي المحكمة الدستورية العليا في الحالة الفلسطينية. كما أن ورقة الموقف هذه لن تتعرض لمدى مشروعية تشكيل اللجنة بموجب مرسوم رئاسي، وتشكيلتها الحالية، ومدى ملائمتها أو مدى مناسبة توصياتها للحالة الفلسطينية. وبالتالي، ستعنى هذه الورقة بإبداء الرأي حول مدى جواز تعديل قانون السلطة القضائية بموجب قرار بقانون، كون موضوعه دستورياً ويعتبر مكملاً للدستور، بحكم تنظيمه لإحدى السلطات الثلاث.

وحيث إنه من المسلم به بأن الرئيس لا يملك اختصاص تعديل القانون الأساسي، كونه بمثابة الدستور المكتوب وله آليات خاصة لتعديله، بل أن الاختصاص الاستثنائي للرئيس في التشريع بموجب قرار بقانون جاء بحكم القانون الأساسي ذاته؛ إلا أن هناك آراء مختلفة حول إمكانية تعديل

باعتبار البعض له بأنه قانون مكمل للدستور أو باعتباره قانوناً عضوياً - وبالتالي عصياً عن التعديل بموجب قرار بقانون، فإن الخبرة الدستورية وممارسة الفاعلين الرسميين المختلفة الممثلين للسلطات الثلاث، لا تسعفهم في استنتاجاتهم؛ إذ خبرت التجربة الفلسطينية إصدار الرئيس للعديد من القرارات بقوانين المتعلقة بالسلطة القضائية، ومن ضمنها: القرار بقانون رقم (19) لسنة 2017 بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006؛⁴ والقرار بقانون رقم (15) لسنة 2014 بشأن تعديل قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001.⁵ بل أن قانون السلطة القضائية ذاته، سبق تعديله بموجب قرار بقانون رقم (2) لسنة 2006 بشأن تعديل قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002،⁶ قبل أن يجري إلغاء هذا القرار بقانون صراحة - فيما بعد - بموجب قرار رقم (364) لسنة 2006 بشأن إلغاء قرارات بقوانين.⁷

■ في حال كانت ممارسة الفاعلين الرسميين الممثلين للسلطات الثلاث غير مقنعة، يمكن مراجعة قرارات المحكمة العليا بصفتها

■ إن قانون السلطة القضائية لا يخرج عن نطاق نص المادة (43) من القانون الأساسي؛ بحكم أن التنظيم الدستوري للسلطة القضائية في القانون الأساسي غير محصن بضوابط معينة مرتبطة بطبيعتها الدستورية من حيث موضوعها. وعليه، فإن تفسير النصوص الدستورية تشير بإمكانية تعديل قانون السلطة القضائية من خلال قرار بقانون. كذلك فإن القانون الأساسي لم يتضمن حكماً يفيد بعدم جواز تعديل قانون السلطة القضائية بموجب قرار بقانون أو حتى اشتراط أغلبية خاصة لإقرار أي تعديل عليه من طرف المجلس التشريعي.

■ إن القواعد الدستورية الواردة في القانون الأساسي فيما يخص السلطة القضائية واجبة التطبيق في حال التشريع على شكل قانون صادر عن المجلس التشريعي أو على شكل قرار بقانون صادر عن رئيس السلطة. وحيث لا توجد في فلسطين آلية لمراجعة القوانين والقرارات بقوانين من قبل المحكمة الدستورية العليا قبل إصدارها، فإن مخالفة القواعد الدستورية قد يشكل أساساً لطعن دستوري في مرحلة لاحقة لإصداره، قد تقضي لإبطاله من قبل المحكمة الدستورية العليا. ولكن مخالفة القرار بقانون للقواعد والأحكام الدستورية - في حال وجدت - لن يكون بحد ذاته سبباً كافياً لإعاقه تبنيه على شكل قرار بقانون.

■ في حال وجود تفسيرات مختلفة للنص الدستوري ولمكانة قانون السلطة القضائية

⁴ الوقائع الفلسطينية، عدد (137)، بتاريخ 2017/10/15، ص

4.

⁵ الوقائع الفلسطينية، عدد (108)، بتاريخ 2014/07/15، ص

35.

⁶ الوقائع الفلسطينية، عدد (غير اعتيادي)، بتاريخ

2006/02/14، ص 28.

⁷ الوقائع الفلسطينية، عدد (68)، بتاريخ 2007/3/7، ص 21.

المسائل التي يؤسسون عليها انطلاقهم للقول بخلاف ما توصلت إليه ورقة المفهوم. وفيما يلي سرد لتلك المسائل وتعقيب الوحدة عليها:

■ صحيح أن قانون السلطة القضائية أحد أربعة قوانين فقط أشار لها القانون الأساسي بأسمائها صراحة في مواضع إحالة،¹⁰ بما يطرح أن لها نوعاً من الخصوصية؛ إلا أنه من الصعب تفسير إدارة المشرع الدستوري في ذلك بأنه منحها مكانة أعلى من القانون العادي، فيما تخبره عدد من الدول بمسميات من قبيل "قانون مكمل للدستور" (مصر) و"قانون عضوي" (الجزائر)، و"قانون أساس" (تونس).

■ صحيح أن قانون السلطة القضائية صدر قبل صدور القانون الأساسي المعدل لعام 2003، قبل سريان القانون الأساسي الأصلي لعام 2002؛ إلا أن ذلك لا يعني البتة وضع قانون السلطة القضائية في مرتبة موازية للقانون الأساسي، أو في منزلة أعلى من

الدستورية، وكذلك المحكمة الدستورية العليا؛ حيث تم البت في العديد من الطعون الدستورية المرتبطة بالقرارات بقوانين، دون أن تقوم المحكمة بالاتفات إلى موضوع هذه القرارات بقانون - باعتبار موضوعها دستورياً أم لا - أو التمييز بين القوانين والقرارات بقوانين على أنها مختلفة في إجراءات تبنيها أو مراجعتها من قبل المحكمة، بل أن المحكمة الدستورية العليا قد فصلت بقرار بقانون واحد على الأقل معدل لقانون متعلق بالسلطة القضائية، دون أن تلتفت أو تثير إشكالية حول مشروعية إصدار الرئيس لقرارات بقوانين ذات علاقة بالسلطة القضائية. وذلك في قرارها المتعلق بالطعن الدستوري رقم (2016/13)، بتاريخ 16 أيار 2017، الذي قررت فيه عدم دستورية المادة (2) من القرار بقانون رقم (18) لسنة 2014 بشأن تعديل قانون دعاوى الحكومة رقم (25) لسنة 1958.⁸

هذا وقد طرحت النقاط الأربع أعلاه للنقاش العام في لقاء طاوله مستديرة نظمتها وحدة القانون الدستوري بتاريخ 15 أيلول 2018، شارك فيه - إضافة إلى باحثي الوحدة - أساتذة وباحثون في القانون الدستوري ومهتمون بالشأن الفلسطيني العام.⁹ وخلال ذلك اللقاء أثار البعض جملة من

تعديل قانون السلطة القضائية، بموجب قرار بقانون، وفقاً لمبررات مختلفة من بينها أن هذا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات أو كون قانون السلطة القضائية تم ذكره بشكل صريح في القانون الأساسي وبالتالي يعتبر بمثابة قانون مكمل للدستور أو قانون عضوي أو قانون أساسي أو ما إلى ذلك.

¹⁰ القوانين الأربعة هي: قانون الانتخابات (المواد 34، 37، 48) وقانونا العقوبات والإجراءات الجزائية (مادة 76)، وقانون السلطة القضائية (مادة 99)؛ حيث تعلقت المادة الأخيرة بتعيين القضاة، ونصها: "1- تعيين القضاة ونقلهم وانتدابهم وترقيتهم ومسؤولتهم يكون بالكيفية التي يقرها قانون السلطة القضائية. 2- القضاة غير قابلين للعزل إلا في الأحوال التي يجيزها قانون السلطة القضائية".

⁸ الوقائع الفلسطينية، عدد (133)، بتاريخ 2017/5/29، ص 85.

⁹ تؤكد وحدة القانون الدستوري بأن هذه الورقة لا تعبر عن آراء جميع المشاركين في اللقاء؛ ذلك أن بعضهم طرحوا عدم جواز

القضائية، فليس بمجرد سنّها قراراً بقانون معدل لقانونها، بل لمضمون تلك التعديلات. وهو ما لم تتطرق له ورقة الموقف أصلاً.

صحيح أن القانون الأساسي استوجب "أخذ رأي" مجلس القضاء الأعلى في "مشروعات القوانين التي تنظم أي شأن من شؤون السلطة القضائية" (مادة 100)؛ إلا أنه من الصعب القول بأن الحكم يشمل إلزام المشرع بالأخذ بمضمون الرأي. وفي كل الأحوال فإن أخذ رأي مجلس القضاء الأعلى في حالة القرار بقانون شرط لدستوريته وفي حال عدم أخذ رأي مجلس القضاء الأعلى فإنه يمكن الطعن بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا.

القانون العادي، طالما أن هذا القانون صدر بتلك الصفة وبأغلبية صدور القوانين العادية.

■ صحيح أن القانون الأساسي كفل استقلال السلطة القضائية (المادة 97) والقضاة (مادة 98)؛ إلا أن إصدار السلطة التنفيذية لتشريع (قرار بقانون) معدل لقانون السلطة القضائية لا يعني بالضرورة الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات واستقلال القضاء، بداعي أن التشريع سنته وأصدرته سلطة أخرى؛ فحتى في الأحوال العادية فإن القانون تسنه سلطة أخرى غير السلطة القضائية، وهي السلطة التشريعية. وبالتالي فإن الفصل بين السلطات لا يعني فصلاً "أوتوماتيكياً" وجامداً بينها. وإن كانت السلطة التنفيذية ستدخل في السلطة



BIRZEIT UNIVERSITY

كلية الحقوق والإدارة العامة

Faculty of Law and Public Administration

وحدة القانون الدستوري

Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/9)
فئة أوراق الموقف

وحدة القانون الدستوري

**ورقة موقف حول قرار المحكمة
الدستورية التفسيري لعبارة
"الشأن العسكري" وطبيعة جهاز
الشرطة ومحاكمة منتسبيه**

تشرين أول / أكتوبر 2018

Position Paper on the Constitutional Court's Interpretation of the Term "Military Issue" and the Nature of the Police Force and the Prosecution of its Members [Arabic]

ورقة موقف حول قرار المحكمة الدستورية التفسيري لعبارة "الشأن العسكري" وطبيعة جهاز الشرطة ومحاكمة منتسبيه

Author: Constitutional Law Unit at Birzeit University

المؤلف: وحدة القانون الدستوري بجامعة بيرزيت.

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (9/2018)
Position Papers Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/9)
فئة أوراق الموقف

© 2018, 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

© 2018، جامعة بيرزيت

وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقياً أو إلكترونياً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة القانون الدستوري في جامعة بيرزيت. للتواصل والمعلومات بالخصوص: 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].

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

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

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 في جامعة بيرزيت*

ورقة موقف حول قرار المحكمة الدستورية التفسيرية لعبارة "الشأن العسكري" وطبيعة جهاز الشرطة ومحاكمة منتسبيه

أصدرت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، في جلستها المنعقدة بتاريخ 12 أيلول 2018، قراراً تفسيرياً يحمل الرقم (2018/2)، المتصل بالطلب رقم (4) لسنة 3 قضائية دستورية. وفيه تعرضت المحكمة الموقرة لتفسير نصوص المادتين (84) و(2/101) من القانون الأساسي، والمادة (53) من قرار بقانون رقم (23) لسنة 2017 بشأن الشرطة، وذلك بشأن تفسير الطبيعة القانونية للشرطة وعبارة "الشأن العسكري"، وأثر ذلك على تحديد المحكمة المختصة بمحاكمة أفراد الشرطة. وقد صدر هذا القرار بأغلبية ضعيفة، أربعة قضاة من أصل سبعة يشكلون الهيئة الحاكمة، ولذلك ألحق بالقرار قرار مخالفة ممهر بإمضاء ثلاثة قضاة. ووفقاً لما يشير له القرار، فقد ورد طلب التفسير إلى المحكمة الدستورية من طرف وزير العدل بناءً -بالأساس- على كتابين وردا إلى رئيس الدولة من مدير الاستخبارات العسكرية ورئيس هيئة التنظيم والإدارة.¹

أثار هذا الحكم جدلاً مطولاً خلال الأسابيع التالية لصدوره، وانبرت في انتقاده عدد من مؤسسات المجتمع المدني والمختصين في مجال القانون العام وحقوق الإنسان.² وعلى ضوء ذلك، أقدم رئيس المحكمة الدستورية -بتاريخ 23 أيلول 2018- على سابقة في تاريخ القضاء الفلسطيني والمقارن، بأن أصدر بياناً توضيحياً للقرار التفسيري! لينفي قصد المحكمة -في القرار- شمول اختصاص المحاكم العسكرية لمحاكمة المدنيين.³

* 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. فيما يلي رابط للاطلاع على القواعد الناظمة لعقد لقاءات الطاولة المستديرة التي تنظمها الوحدة وأوراق الموقف الصادرة عنها: <https://goo.gl/yLFaFj>

¹ انظر نسخة من القرار عبر الرابط التالي: <https://goo.gl/JnKWgA>. استرجعت جميع الروابط المشار لها في هذه الورقة بتاريخ 9-2018/10/13.

² انظر على سبيل المثال، لا الحصر: بيان صحفي صادر عن مؤسسات المجتمع المدني والهيئة المستقلة لحقوق الإنسان (عبر الرابط التالي: <https://goo.gl/GQT7Mm>)؛ وقراءة قانونية صادرة عن مؤسسة الحق (عبر الرابط التالي: <https://goo.gl/v7a4gh>)؛ مقالة: نهاد خنفر، "حول قرار المحكمة الدستورية التفسيرية بشأن الطبيعة القانونية لجهاز الشرطة والشأن العسكري"، جريدة القدس، عدد (17658)، بتاريخ 10 تشرين أول 2018، ص11. تتوفر نسخة إلكترونية عبر الرابط التالي: <https://goo.gl/jgRVzr>.

³ انظر نسخة من البيان عبر الرابط التالي: <https://goo.gl/Ydqq7H>

سُئِنَى بالتعقيب على مسألتين أساسيتين: طبيعة الشرطة من خلال تفسير المادة (84) من القانون الأساسي (I)؛ وتحديد اختصاص القضاء العسكري تبعاً لتعريف مفهوم "الشأن العسكري"، من خلال تفسير المادة (2/101) من القانون الأساسي (II).

أ. طبيعة الشرطة من خلال تفسير المادة

(84) من القانون الأساسي:⁵

■ تناقضت المحكمة الموقرة -أو تراجعت- في قرارها قيد النظر مع قرارها التفسيري السابق رقم (2017/01) بالخصوص، الذي اعتبرت فيه الشرطة "قوة نظامية ذات طبيعة خاصة تمارس اختصاصات مدنية"⁶؛ حيث ذهبت المحكمة في قرارها قيد النظر، إلى المراوغة بالقول إن "الشرطة تأخذ الطابع العسكري مع بعض الاختصاصات الخاصة بالقضايا المدنية". ويُشار إلى أن الأقلية المخالفة من قضاة المحكمة في قرارها قيد النظر، ذاتها خالفت القرار التفسيري السابق؛ إذ اعتبرت تلك الأقلية المخالفة أن الشرطة "قوة نظامية مدنية". وقد أصابت إذ قالت ذلك.

بهذا الخصوص نظمت وحدة القانون الدستوري في كلية الحقوق والإدارة العامة بجامعة بيرزيت، بتاريخ 13 تشرين أول 2018، جلسة حوارية، شارك فيها - إضافة إلى باحثي الوحدة - باحثون وحقوقيون ومهتمون بالشأن الفلسطيني العام. وتحاول هذه الورقة أن تعكس أبرز القواسم المشتركة التي ناقشها المشاركون، إلا أن هذه الورقة في المقام الأول والأخير تعبر عن موقف وحدة القانون الدستوري.

بداية، تجدر الإشارة إلى أن الورقة لا تدعي تعقيها على جميع المسائل المثارة في القرار أو آثارها صدره (وهذا ما يميز أوراق الموقف من حيث المنهجية- عن التعليقات على القرارات القضائية). ومن بين ما لن تتعرض له الورقة، بشكل أساسي -بداعي بدايته ووضوحه- تجاوز المحكمة الموقرة لاختصاصها بأن سمحت لنفسها ابتداءً بالرقابة على الدستورية في معرض ممارستها للاختصاص التفسيري، دون وجود نزاع قائم، وبحكمها تالياً بعدم دستورية مواد في القرار بقانون بشأن الشرطة.⁴ في المقابل، فإن الورقة

لاحقة (رقم 24) لنصوص الأحكام التي قررت المحكمة عدم دستورتها.

⁵ نص المادة (84): "1- قوات الأمن والشرطة قوة نظامية وهي القوة المسلحة في البلاد وتحتصر وظيفتها في الدفاع عن الوطن وخدمة الشعب وحماية المجتمع والسهل على حفظ الأمن والنظام العام والآداب العامة وتؤدي واجبها في الحدود التي رسمها القانون في احترام كامل للحقوق والحريات. 2- تنظم قوات الأمن والشرطة بقانون".

⁶ بتاريخ 12 تموز 2018، في القضية رقم (2017/1)، منشور في: الوقائع الفلسطينية، عدد (134)، بتاريخ 18 تموز 2018، ص 55-62.

⁴ ذلك أن المادة (25) من قانون المحكمة علقت ممارستها للرقابة على الدستورية في معرض ممارستها لاختصاصاتها الأخرى (كالتفسير في هذه الحالة) على اتصال ذلك بنزاع مطروح عليها. ولما لم يكن هنالك نزاع بالأساس، فإنه ليس للمحكمة الاختصاص بالرقابة على الدستورية. وعلى فرض كان للمحكمة في الحالة قيد النظر اختصاص الرقابة على الدستورية، فإن المحكمة استندت في تقريرها لعدم دستورية أحكام من القرار بقانون على مواد من القانون الأساسي غير ذات علاقة بالموضوع (المواد 1، 15، 10). بل وأكثر من ذلك، فإنها لم تعن نفسها لتسبب أو تفسر تلك المخالفة. يعرض في حاشية

وأما صفة "القوة المسلحة في البلاد"، فغالبا كان القصد بها "القوات حاملة السلاح"؛ إذ إن ليس كل قوة حاملة للسلاح (الجيش والأجهزة الأمنية) هي قوة مسلحة (الجيش). بالنتيجة، يتضح أنه في الوقت الذي قصد فيه المشرع الدستوري نفي الصفة العسكرية عن أي من الأجهزة الأمنية، ذهبت المحكمة الدستورية لتسمها جميعها بتلك الصفة!

■ على صعيد القانون الدولي: لم تشر أي من اتفاقيات القانون الدولي لحقوق الإنسان للشرطة صراحة إلا في معرض إجازة تقييد حقوق الشرطيين في حرية تكوين الجمعيات والنقابات والانضمام إليها،⁹ بل أن دولا سمحت لهم بهذا الحق فعليا.¹⁰ ولما كان الوضع كذلك، فإن الانتقال للبحث في المعايير الدولية يظهر أنها

هذا الطرح، هل هناك من بإمكانه المحاججة بأن جهاز الدفاع المدني مثلا قوة عسكرية؟ وهو الذي لم يذكر صراحة في نص المادة (84)، وهو الجهاز الثالث ضمن أجهزة الأمن التابعة لوزارة الداخلية إضافة إلى الشرطة والأمن الوقائي.

⁹ المادة (2/22) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، متوفر على الرابط التالي:

<http://hrlibrary.umn.edu/arab/b003.html>

وذلك بناء على مراجعة أجزائها وصرح بنتيجتها المرجع التالي: أنيكي أوستي، فهم العمل الشرطي: دليل لنشطاء حقوق الإنسان (أمستردام: الفرع الهولندي لمنظمة العفو الدولية، 2011)، 47.

طالع نسخة إلكترونية عبر الرابط التالي:

https://www.amnesty.nl/content/uploads/2017/01/policing_ar_w.pdf?x97451

¹⁰ من ذلك على سبيل المثال الدستور التونسي الساري (2014)؛ حيث حظر الفصل (36) منه على "قوات الأمن الداخلي والديوانة" حق الإضراب فقط، ولم يقيد "الحق النقابي" الذي حظره -في المقابل- على الجيش الوطني. تتوفر نسخة من الدستور عبر الرابط التالي:

https://www.constituteproject.org/constitution/Tunisia_2014?lang=ar

■ لا شك أن المادة (84) غامضة؛ إذ جمعت في فقرة واحدة ما بين طائفتين متميزتين من الأجهزة: "قوات الأمن والشرطة" (على الأقل وفقا للدلالة اللغوية لحرف العطف "و")، وعددت جملة من الاختصاصات التي تُصنف -بحكم طبيعتها- إلى اختصاصات شرطية (خدمة الشعب وحماية المجتمع والسهر على حفظ الأمن والنظام العام والآداب العامة) وأخرى عسكرية (الدفاع عن الوطن)؛ ذلك فيما جمعت المادة بين الطائفتين بوصفهما "القوة المسلحة في البلاد". وهنا، لعله كان على المفسر أن يأخذ بعين الاعتبار فرضية مفادها أن المشرع الدستوري غالبا ما قصد ذلك الغموض، ليراوغ تقاهمات السلام الفلسطينية-الإسرائيلية التي تحظر على أن يكون لفلسطين جيش أو قوات عسكرية نظامية،⁷ وهذا ما يفسره -على الأقل- عدم قيام وزارة دفاع فلسطينية حتى اليوم.⁸

⁷ من بين تلك التقاهمات ما نصت عليه المادة (8) من اتفاقية

أوسلو (إعلان المبادئ حول ترتيبات الحكم الذاتي) المبرمة في 13 أيلول 1993 على ما يلي: "من أجل ضمان النظام العام والأمن الداخلي للفلسطينيين في الضفة الغربية وقطاع غزة، سينشئ المجلس [الفلسطيني] قوة شرطة قوية، بينما ستستمر إسرائيل في الاضطلاع بمسؤولية الدفاع ضد التهديدات الخارجية، وكذلك بمسؤولية الأمن الإجمالي للإسرائيليين؛ بغرض حماية أمنهم الداخلي والنظام العام". المصدر: وكالة الأنباء والمعلومات الفلسطينية "وفا"، عبر الرابط التالي: <http://info.wafa.ps/atemplate.aspx?id=4888>

⁸ بل أن هنالك فرضا كبيرا بأن ما من قوة عسكرية -بالمعنى الدقيق- في فلسطين، سوى قوات الأمن الوطني وما يندرج تحتها من أجهزة فرعية. وهي القوات التي لطالما وظفت -منذ قيام السلطة- للقيام بدور أمني، يندرج ضمن مفهوم "مساعدة القوات المسلحة للسلطات المدنية في حفظ الأمن الداخلي". وعلى خلاف

نجده في اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام 1954.¹⁵ وفي السياق الفلسطيني الخاص، أكد تقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة الصادر عام 2009 (يُعرف بتقرير "غولدستون") على الصفة المدنية للشرطة الفلسطينية، في الوقت الذي ادعت فيه إسرائيل خلاف ذلك؛ بحكم استهدافها للشرطيين على اعتبارهم أهدافاً عسكرية مشروعة.¹⁶

▪ على صعيد التجارب العربية المقارنة: أكدت عدد من الدول على الصفة المدنية للشرطة، ومنها على ما كان ذلك على مستوى الدستور، وليس القانون فقط، ومن ذلك مصر (هيئة مدنية نظامية)،¹⁷ وتونس (قوة عمومية مدنية مسلحة).¹⁸

تتعاطى مع الشرطة بالصفة المدنية؛ فوفقاً لدليل صادر عن منظمة العفو الدولية "لأفراد الشرطة أن يتمتعوا بالحقوق نفسها التي يتمتع بها كل من عداهم" من المدنيين.¹¹ وبالمثل ذاته تأخذ مدونة قواعد السلوك للشرطة الأوروبية.¹²

كما أكد القانون الدولي الإنساني على ضرورة مبدأ التمييز بين المدنيين والعسكريين، على اعتبار أن الطائفة الثانية هي أهداف مشروعة في الحرب. وهو ما أكدت عليه محكمة العدل الدولية في أكثر من مناسبة.¹³ وكقاعدة، اعتبر البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لعام 1977 الشرطة -من حيث الأصل- أنها جهاز مدني.¹⁴ والمنطق ذاته

¹¹ انظر: أوستي، فهم العمل الشرطي، 47.

¹² المواد (5، 31، 32)، متوفرة بالعربية عبر الرابط التالي:

<http://www.dcaf-tunisie.org//adminDcaf/upload/ejournal/docum-ent-10012.pdf>

¹³ من ذلك ما ورد في فتاها الصادرة بخصوص "مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها" بتاريخ 8 تموز 1996. انظر: الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية: 1992-1996 (نيويورك، 1998)، 118. تتوفر منه نسخة عبر الرابط التالي:

<https://www.icj-cij.org/files/summaries/summaries-1992-1996-ar.pdf>

¹⁴ حيث اعتبر أن الهيئات المكلفة "بفرض احترام القانون" (مثالها الأول هي الشرطة) ليست قوات عسكرية، ما لم يرق طرف النزاع بضمها لقواته المسلحة، بل وأوجب البروتوكول على ذلك الطرف إن فعل أن يخطر أطراف النزاع (مادة 3/43). كما اعتبر أن تواجد قوات للشرطة في موقع ما لا يخل من اعتبار ذلك الموقع مجرداً من وسائل الدفاع أو مزووعاً من السلاح، وبالتالي حظر مهاجمته، طالما اقتصر دور الشرطة "على الحفاظ على القانون والنظام" (المادتان 3/59، و4/60 على التوالي). البروتوكول متوفر عبر الرابط التالي:

<https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/5ntccf.htm>

¹⁵ نص المادة (4/8): "لا يعتبر وجود حراس مسلحين وضعوا خصيصاً لحراسة إحدى الممتلكات الثقافية التي جاء ذكرها في الفقرة الأولى استعمالاً لأغراض حربية، وينطبق هذا أيضاً على وجود قوات للشرطة مهمتها الطبيعية صيانة الأمن العام". تتوفر نسخة من الاتفاقية عبر الرابط التالي:

<http://hrlibrary.umn.edu/arab/b205.html>

¹⁶ انظر الوثيقة الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم A/HRC/12/48، بتاريخ 23 أيلول 2009، وبالأخص الفقرات (32-34)، متوفرة عبر الرابط التالي:

http://info.wafa.ps/pdf/report_Goldstone.pdf

¹⁷ المادة (206) من الدستور المعدل لعام 2014، الجريدة الرسمية، عدد (3 مكرر "أ")، في 18/1/2014 (د. ص). والمادة (1) من القرار بقانون رقم (109) لسنة 1971 في شأن هيئة الشرطة، الجريدة الرسمية (مصر)، عدد (45 تابع "ب")، في 11/11/1971، ص 1-20.

¹⁸ الفصل (2) من الأمر رقم (1160) لسنة 2006 بتعلق بضبط النظام الأساسي الخاص بأعوان سلك الأمن الوطني والشرطة

وهي بذلك لم تأخذ بمسلك التجربة المصرية التي رسخت لأول مرة في دستوري ما بعد ثورة 2011 اختصاص "اللجان القضائية لضباط وأفراد القوات المسلحة، دون غيرها، بالفصل في كافة المنازعات الإدارية الخاصة بالقرارات الصادرة في شأنهم"؛²² منتزعة ذلك من الاختصاص العام للقضاء الإداري (مجلس الدولة). وذلك بعدما كان هذا الانتزاع مكرسا منذ عشرات السنوات بموجب تشريعات أقل درجة (قوانين)، ومؤيدا من طرف القضاء الدستوري الذي لطالما رأى فيه "قضاء إدارياً عسكرياً متخصصاً". وهو الانتزاع ذاته الذي أحسن الدستور التركي إذ تراجع عنه مؤخراً، ضمن رزمة التعديلات الدستورية المستفتى عليها في نيسان 2017، إلى جانب إلغائه للقضاء العسكري في أوقات السلم، والإبقاء على محاكم عسكرية تأديبية فقط.²³ وبناء على ذلك، فإن المحكمة الموقرة لم تخل باختصاص محكمة العدل العليا بالنزاعات الإدارية الخاصة بالعسكريين.

■ في المقابل، وخلافا لما ورد في القرار بقانون بشأن الشرطة،²⁴ عمدت المحكمة الموقرة إلى

وفي التجربة المصرية بالأخص -في ضوء تأثير إرثها على التشريع الفلسطيني- قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية عام 2012، بعدم دستورية مادة من قرار بقانون هيئة الشرطة لعام 1971، كانت تخضع الشرطيين لقانون الأحكام العسكرية.¹⁹ ومن التجارب المقارنة الأخرى، وفي مقابل تأسيس بعض الدول لمحاكم خاصة بالشرطة (مثل الأردن)، فإن عدة دول تعتبر الشرطة جهازاً مدنياً وتحاكم منتسبيه أمام القضاء النظامي (مثل بريطانيا، السودان، الكويت، وإلى حد ما اليابان).²⁰

II. تحديد اختصاص القضاء العسكري تبعا

لتعريف "الشأن العسكري" من خلال تفسير

المادة (2/101) من القانون الأساسي:²¹

■ يُحسب للمحكمة الموقرة ابتداءً -وهذه الإيجابية الوحيدة في القرار- أنها قصرت تعبير "الشأن العسكري"، واختصاص القضاء العسكري بالتالي، على الشق الجزائي فقط، ولم تتوسع به ليشمل الشق الإداري أيضاً.

الوطنية، الرائد الرسمي (تونس)، عدد (34)، في 28/4/2006، ص 1475-1489.

¹⁹ قرار المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (133) لسنة 26 ق-د، بتاريخ 4 تشرين ثاني 2012. الجريدة الرسمية، عدد (45) مكرر "ب"، في 14/11/2012، ص 3-10.

²⁰ انظر: البشري، محمد الأمين. نظام القضاء الشرطي في الدول العربية: دراسة مقارنة (الرياض: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2010)، 103، 92، 115، 130، 96.

²¹ نص المادة (2/101): "2- تنشأ المحاكم العسكرية بقوانين خاصة، وليس لهذه المحاكم أي اختصاص أو ولاية خارج نطاق الشأن العسكري".

²² المادة (2/196) من دستور 2012، والمادة (2/202) من الدستور المعدل 2014 (الساوي الآن).

²³ انظر تفصيلاً: رشاد توام، "الجيش وتغيير النظام الدستوري في مصر" (أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة تونس المنار، 2018)، 413-424.

²⁴ وهي الأحكام التي قررت المحكمة عدم دستورتها، وهي كما يلي: تعريفان من المادة (1): "القضاء: القضاء النظامي وفقاً لأحكام قانون السلطة القضائية النافذ؛" "النيابة العامة: النيابة العامة النظامية وفقاً لأحكام قانون السلطة القضائية النافذ". والمادة (53):

وبالأخص التعليق رقم (13) للجنة المعنية بحقوق الإنسان،²⁶ والمبدأ رقم (5) من مشروع المبادئ المتعلقة بإقامة العدل عن طريق المحاكم العسكرية (2006).²⁷

وفي هذا السياق، تجدر الإشارة إلى أن محكمة العدل العليا الفلسطينية قد أخذت بالمبدأ العام بلجوء الإنسان إلى قاضيه الطبيعي، وضيق من مفهوم "الشأن العسكري" كما ورد في المادة (2/101)، وذلك عند نظرها في عدد من القضايا ذات الصلة بتوقيف مدنيين من قبل رئيس هيئة القضاء العسكري، وقررت فيها عدم مشروعية قرار توقيف المستدعي، وحكمت بالإفراج عنه.²⁸

■ لغايات تحديد تلك المعايير الثلاثة، استندت المحكمة الموقرة إلى مجموعة القوانين الجزائرية الثورية لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام 1979، وبالأخص إلى قانون العقوبات الثوري. وهذه القوانين بالأصل مثار للجدل ومحط شبهة عدم الدستورية، لعدة أسباب ولا تقتصر على كونها لم تنتشر في الجريدة الرسمية، الإجراء

²⁶ بخصوص المادة (14) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية السياسية. التعليق متوفر عبر الرابط التالي:

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/hrc-gc13.html>

²⁷ ملحق بوثيقة لجنة حقوق الإنسان رقم (E/CN.4/2006/58)، متوفرة على الرابط التالي:

<http://undocs.org/ar/E/CN.4/2006/58>

²⁸ من ذلك على سبيل المثال، انظر قرارات محكمة العدل العليا في السدادى نوات الأرقام: (2008/328)، (2008/334)، (2008/340)، ثلاثها صادرة بتاريخ 24 تشرين ثاني 2008. وفي سياق متصل، انظر: (2008/104) بتاريخ 2 حزيران 2008، و(2008/216)، بتاريخ 21 آب 2008. تتوفر هذه القرارات عبر "منظومة القضاء والتشريع في فلسطين (المقتضى)"، معهد الحقوق بجامعة بيرزيت: <http://muqtafi.birzeit.edu>

توسعة تفسيرها لـ "الشأن العسكري" المتعلق بالشق الجزائري، وجعلت من القضاء العسكري الأصل فيما هو الاستثناء؛ فهي وبعد أن استعرضت المعايير الثلاثة لتحديد اختصاص القضاء العسكري (الشخصي، المكاني، والموضوعي)، قررت "وجوب الأخذ بالمعايير الثلاثة". لكن عبارتها تلك كانت ناقصة لغويا؛ إذ كان حريا بها أن تضيف كلمة واحدة على الأقل ("إحدى" أو "مجتمعة")، لتحدد بوضوح إن قصدت أن اختصاص القضاء العسكري يقوم بتوافر "إحدى" تلك المعايير، أو ضرورة أن تكون "مجتمعة"؟! ذلك إلا أن قراءة القرار بمجمله تؤشر ضمنا -إن صح فهمنا-²⁵ إلى توجه المحكمة للقول إن توافر إحدى تلك المعايير كاف لقيام اختصاص القضاء العسكري.

وبناء على هذا المنطق الذي تفرضه المحكمة الموقرة، فإن اختصاص القضاء العسكري لا يشمل الشرطة فقط، بل المدنيين جميعهم. وهو يمس بحق الالتجاء إلى القاضي الطبيعي الذي أقره القانون الأساسي (مادة 30)، والمعايير الدولية ذات الصلة،

¹ - يخضع عناصر الشرطة للمساءلة الجزائية أمام القضاء في حال ارتكاب أي منهم لجريمة معاقب عليها وفقا للقوانين النافذة.

² - على الرغم مما ورد في الفقرة (1) أعلاه من هذه المادة، ودون الإخلال بأحكام المادة (54) من قانون الإجراءات الجزائية، يخضع عناصر قوة الشرطة للمساءلة الجزائية أمام القضاء العسكري في حال ارتكاب أي منهم لجريمة تتعلق بالشأن العسكري، وفقا للتشريعات والقوانين النافذة ذات الصلة.

²⁵ تتأى هذه الورقة عن الخوض في التعليق على مستوى صياغة القرار، وما اعتراه من ركاكة لا تليق بمكانة المحكمة الموقرة.

للأجهزة الأمنية والعسكرية، ويعامل معاملة القانون الخاص مقارنة بالقوانين الأخرى السارية على باقي الموظفين الحكوميين. وفي هذه الحالة تطبق المحكمة المختصة -بغض النظر عن هوية تلك المحكمة- القانون الساري على المنتمين لهذه الفئة بسبب وجود قاعدة خاصة تقيد القاعدة العامة. وفي هذه الحالة أيضاً، فإن تطبيق ما ورد في قانون الخدمة في قوى الأمن لا يعني بأي حال امتداد الصفة العسكرية على جميع من يطبق عليه ذلك القانون، كما أنه لا يعني وجود اختصاص لمحكمة خاصة في القضايا التي نظمها ذلك القانون إلا إذا ورد نص صريح في القانون يمنح المحكمة الخاصة (العسكرية) ذلك الاختصاص؛ فمثلاً في حال وجود نزاع أمام محكمة العدل العليا، تقرر المحكمة سريان القاعدة الخاصة على المنتمي لقوى الأمن بموجب قانون الخدمة في قوى الأمن، ولا تطبق قاعدة موجودة في قانون آخر حول الموضوع ذاته، وهي التي تطبق على الموظفين الحكوميين ممن لا يسري عليهم قانون الخدمة في قوى الأمن.

كذلك فإن قانون الخدمة في قوى الأمن استوعب فكرة محاكمة المخاطبين بهذا القانون أمام القضاء النظامي؛ حيث اعتبر أن أحد إحدى حالات "الخدمة المفقودة" (فيما له صلة باحتساب الأقدمية أو الترقية أو المكافأة) "مدة العقوبة التي تقضى في السجن تنفيذاً لقرار حكم قضائي صادر عن إحدى المحاكم النظامية" (مادة 1/196).

الذي تطلبه القانون الأساسي لنفذ القوانين (مادة 116)؛ فقد صدرت تلك القوانين خلال ظرف زمني ومكاني استثنائي، في الوقت الذي كانت فيه منظمة التحرير تقيم سلطة وتمارس سيادة على غير أرضها، من خلال تفعيل اختصاص هيئة القضاء الثوري. ولا تميز تلك القوانين بين المدنيين والعسكريين المنصهرين جميعاً في فعل الثورة؛ بل صدرت لتخاطب كافة، وحتى غير الفلسطينيين (وفقاً للمعيارين الموضوعي والمكاني). وبقيام السلطة الفلسطينية عام 1994 ورث القضاء العسكري تجربة القضاء الثوري من حيث تشريعاته وموارده البشرية، بشكل مازال محط جدل حتى اليوم.²⁹

■ كان على المحكمة الموقرة أن تميز ما بين وجود قانون خاص يقيد العام، ووجود محكمة خاصة بالشأن العسكري؛ فالقانون الخاص الذي يقيد العام في هذه الحالة يطبق على فئة معينة من المواطنين، كأن يطبق قانون الخدمة في قوى الأمن على جميع المنتمين

²⁹ يشار بهذا الخصوص إلى أن المحكمة العليا بصفتها الدستورية (سلف المحكمة الدستورية القائمة الآن)، قدم إليها عدد من الطعون بدستورية قانوني العقوبات وأصول المحاكمات الثوريان، وبعد أن تجنبت ثلاث مرات على الأقل الخوض في الموضوع، رادة الطعون لأسباب شكلية، خاضت في قرار رابع، إلا أنها خلصت إلى كون الطعن المقدم "يغدو غير قائم على أساس قانوني"، وقررت رده. القرارات الثلاثة المردودة شكلاً، وفقاً لتاريخ الصدور هي: رقم (2009/1) بتاريخ 21 تموز 2009، ورقم (2010/2) بتاريخ 28 كانون أول 2010، ورقم (2011/2) بتاريخ 6 أيلول 2011. أما القرار الرابع، فهو القرار رقم (2011/1) بتاريخ 31 كانون ثاني 2012. الوقائع الفلسطينية، عدد (119)، في 29/3/2016، ص 45-50.

وبهذا فإن سريانه عليهم لا يكفي بحد ذاته لاعتبار المحكمة العسكرية المختصة في النظر في جميع القضايا التي نظمها ذلك القانون، إلا إذا كانت تلك القضايا شأنًا عسكرياً (قضايا عسكرية من حيث موضوعها، وفقاً لتعبير المحكمة).

وعليه فإن انطباق القانون الثوري على العسكريين (الذين يستوفون المعيار الشخصي بحسب ما ورد في قرار المحكمة) لا يعني بأن اختصاص النظر في تلك القضايا هو من اختصاص النيابة العسكرية أو من اختصاص المحاكم العسكرية. بل أن اختصاص النيابة العسكرية والقضاء العسكري تجاه العسكريين أيضاً محصور فقط في حال الجرائم التي تعتبر من حيث موضوعها شأنًا عسكرياً وليس كل ما ورد في قانون العقوبات الثوري بالضرورة أو فقط ما ورد فيها؛ حيث يمكن لتشريعات أخرى أن تنظم اختصاص المحاكم العسكرية.

■ من غير الواضح أثر قرار المحكمة التفسيري هذا على المدنيين والعسكريين والمنتمين لجهاز الشرطة، في حالات قيامهم بجرائم شملها قانون العقوبات الثوري من جهة، أو في حال كانت من بين القضايا التي تعتبر من حيث موضوعها شأنًا عسكرياً يفعل اختصاص المحكمة العسكرية وورد نص قانوني صريح حولها كونها اختصاصات استثنائية؛ حيث ترى وحدة القانون الدستوري بأن افتراض القانون الساري والجهة المختصة بملاحقة هؤلاء جزائياً تختلف بحسب الطبيعة المدنية (بما في ذلك

■ حال القبول جدلاً بالافتراض الذي دافعت عنه المحكمة الموقرة، باعتبارها لقانون العقوبات الثوري (الذي نص على عقوبات، منها ما خاطب المدنيين و/أو العسكريين، والمشكوك أصلاً في دستوريته) قانوناً خاصاً نظم بعض الجرائم بطريقة تقيّد العام (قانون العقوبات العام)، فإن هذا يعني بأن الجرائم الوارد نصها في قانون العقوبات الثوري تعامل معاملة القاعدة الخاصة التي تقيّد القاعدة العامة (قانون العقوبات المطبق على الجميع)، ولا تعني بأي حال من الأحوال بأن الشخص الذي يطبق عليه قانون العقوبات الثوري أصبح عسكرياً، أو أن المحكمة المختصة في محاكمة المتهمين في تلك الجرائم هي المحكمة العسكرية دائماً؛ فالمحكمة العسكرية مختصة في الشأن العسكري، وليس في الجرائم الواردة في قانون العقوبات الثوري، وعلى جميع من يطبق عليهم ذلك القانون. وهي بالتالي ليست المحكمة المختصة في النظر في الجرائم التي قام بها المدني، حتى في حال قبول سريان ذلك القانون الثوري عليهم. إن الجهة المختصة في النظر في الجرائم المرتكبة من المدنيين -بعض النظر عن القانون الساري على تلك الجرائم- هي المحاكم النظامية، فقط لا غير.

■ إن اعتبار المحكمة للقانون الثوري قانوناً خاصاً مقارنة مع قانون العقوبات العام، يعني بالنسبة للعسكريين سريان قواعد القانون الثوري عليهم في حال استيفاء شروط سريانه.

عن المدني يجعله محصنا من إمكانية ملاحظته من قبل المحاكم العسكرية (وإن توفر الاختصاص الموضوعي و/أو المكاني للمحكمة العسكرية). إن غير ذلك يعني إخضاع المدنيين لمحاكم عسكرية، وهو النظام السائد في الدول التي تعتمد ما يسمى "محاكم أمن دولة". وهي محاكم استثنائية (وليست محاكم خاصة بالمعنى الوارد نصه في القانون الأساسي الفلسطيني) وتتعارض مع المواثيق والمعايير الدولية والنظام الدستوري في فلسطين.³⁰

○ العسكريون (لا يشمل القوات حاملة السلاح غير العسكرية بطبيعتها): ينطبق على هؤلاء قانون العقوبات الثوري (حال تجاوزنا التشكيك في دستوريتها)، ولكن ذلك بحد ذاته لا يعني اختصاصا مطلقا للمحاكم العسكرية تجاه العسكريين.

هذا يعني بأن المعيار الشخصي وحده غير كافٍ لتفعيل اختصاص القضاء العسكري بشكل مطلق، بل يلزم أيضا اتصال الأمر بجرائم تعتبر ذات طبيعة عسكرية (المعيار الموضوعي) أو بحسب البعض في الجرائم - حتى لو لم تكن عسكرية بطبيعتها- التي تقع داخل المنشآت العسكرية (الاختصاص

الطبيعة الشرطة التي يجب اعتبارها طبيعة مدنية أيضاً) أو العسكرية للشخص المعني:
○ المدنيون، ويشمل الشرطة التي تعتبر جهازا مدنيا (وليس جهازا عسكريا) يمارس مهام مدنية بالأساس: هؤلاء يكون قاضيهم الطبيعي هو القاضي النظامي، وبغض النظر عن الجرائم المرتكبة، التي يمكن أن تكون منظمة من خلال قانون العقوبات الساري (تعامل معاملة القاعدة العامة) أو قانون خاص لبعض الجرائم (تعامل معاملة القاعدة الخاصة التي تقيد العام).

وبهذا، حتى في حالات ارتكاب هؤلاء لجرائم يعاقب عليها قانون العقوبات الثوري، فإن القاضي الطبيعي لهؤلاء هو القاضي النظامي، وهو الذي يطلب منه البت في القاعدة التي ينوي تطبيقها على المدني في حال تنظيمها في الوقت نفسه في قانون العقوبات العام وقانون العقوبات الثوري. كما أنه وبحسب الممارسات الفضلى من الخبرات المقارنة فإنه لا يجوز إخضاع المدنيين لغير قاضيهم الطبيعي.

وبهذا، فإنه حتى في الحالات التي يرتكب فيها مدني لجريمة تعتبر من حيث موضوعها "شأناً عسكرياً" (المعيار الموضوعي)، أو حتى في حال ارتكابهم لتلك الجرائم داخل منشأة عسكرية (المعيار المكاني)، فإنه والحالة كهذه لا يكون للمحكمة العسكرية أيضاً أي اختصاص في ملاحظتهم ومحاكمتهم؛ حيث إن انتفاء صفة العسكري

³⁰ الاستثناء الوحيد الممكن، وفقاً للخبرات المقارنة، هو إخضاع المدنيين لولاية المحاكم العسكرية في حال الأحكام العرفية، ويكون مؤقتاً ومرتبطة بوضع استثنائي يزول بزوال الأحكام العرفية. وعليه فإنه وفي غير هذه الحالات الاستثنائية (الأحكام العرفية)، يُفترض دائماً بالنسبة للمدني بأن يكون قاضيهم الطبيعي هو القاضي النظامي وليس القاضي العسكري.

مفهوم "مساعدة السلطات المدنية في حفظ الأمن الداخلي"؛³² إذ في هذه الحالة أيضا يخضع للقضاء العسكري في حال تحقيق شرط الاختصاص الموضوعي أو المكاني وهما الشرطان اللذان لتفعيل دور المحكمة العسكرية في حالة العسكريين وذلك تأسيسا على المعيار الشخصي (الصفة العسكرية).

المكاني).³¹ أما غير ذلك (أي الجرائم التي لا تستوفي شرط الاختصاص الموضوعي أو الشرط المكاني)، فيخضع العسكريون للمحاكمة أمام القضاء النظامي.

معنى هذا الطرح الأخذ باثنين من المعايير التي أثارها المحكمة الموقرة: المعيار الموضوعي و/أو المعيار المكاني. وأما المعيار الشخصي (الصفة العسكرية)، فهو معيار سابق وتابع لأحد المعيارين المذكورين. ويشمل هذا الطرح في حال لو كان العسكري مكلفا بمهام شرطية أو أمنية تدخل ضمن

³¹ إن موضوع الاختصاص المكاني العام، فيما يتعلق بجميع الجرائم المرتكبة من قبل العسكريين في المنشآت العسكرية يحتاج لفحص وتدقيق أكثر حول موجبات مثل هذا النظام (مثلا في حال ارتكب عسكري السرقة أو الاغتصاب في تكتة عسكرية) حول مدى ملائمة استلام ومتابعة النيابة العامة والمحاكم النظامية لمحاكمة العسكريين الذين يرتكبون مثل هذه الجرائم. وهنا يثار طرحان مختلفان لكل منهما وجاهته: يتمثل الأول بالتوجه القائم على ضرورة الإبقاء على اختصاص المحكمة العسكرية فقط في الجرائم ذات الطبيعة العسكرية (الاختصاص الموضوعي)، وليس اختصاصا عاما على الجرائم كافة التي تتم في المنشآت العسكرية. وفي هذه الحالة يكون على الجهات المسؤولة عن المنشأة العسكرية واجب تسليم العسكري الذي يرتكب جريمة لا تدخل ضمن الشأن العسكري للنيابة العامة والقضاء النظامي في حال ارتكابه لتلك الجرائم داخل المنشأة العسكرية. أما التوجه الآخر، فيدعو للإبقاء على اختصاص القضاء العسكري بتلك الجرائم، طالما كان الجاني أو المجني عليه عسكريا، ووقعت الجريمة في منشأة عسكرية. وعادة ما يرد ذلك إلى سرية تلك الأماكن وحرمتها؛ فالسرقة ستقع غالبا على ممتلكات عسكرية، والاعتصاب في منشأة عسكرية يسيء للمؤسسة العسكرية وللقضاء العسكري الأولوية في الانتصار للمؤسسة. ولكن على أنصار التوجه الثاني الانتباه إلى ضرورة قصر مفهوم المنشأة العسكرية على التكنات والمعسكرات وما شابهها من منشآت تتصل اتصالا وثيقة بالمهنة العسكرية، وكي لا يدخل ضمنها منشآت متعلقة بمصالح اقتصادية عسكرية كما هو الحال في مصر على سبيل المثال (محطات وقود، أندية رياضية، صالات أفراح... الخ).

³² هذا موضوع إشكالي بالأصل، لن تتوسع به الورقة، إلا أن قيامه وارد، وخبرته وتخبره العديد من الدول بالأخص تحت مظلة مكافحة الإرهاب. وقد أشير في حاشية سابقة إلى أن قوات الأمن الوطني (القوات العسكرية الفلسطينية بالمعنى الدقيق) لطالما وظفت للقيام بمثل هذا الدور.



BIRZEIT UNIVERSITY

كلية الحقوق والإدارة العامة

Faculty of Law and Public Administration

وحدة القانون الدستوري

Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/10)
فئة المقالات المترجمة

عاصم خليل

حالة الضرورة

من منظور دستوري مقارن

تشرين ثاني / نوفمبر 2018

State of Necessity from the Perspective of Comparative Constitutional Law

حالة الضرورة من منظور دستوري مقارن

عاصم خليل Asem Khalil

Professor in Public Law, Birzeit University أستاذ القانون العام، جامعة بيرزيت

Note: Original edition (in English): Asem Khalil. "State of Necessity", *The Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
Available on: <https://goo.gl/xpbrFp>

ترجمة الدراسة الأصلية: لانا خضر
التدقيق اللغوي: شيماء حسن ومحمود عوض

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (10/2018)
Translated Papers Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/10)
فئة المقالات المترجمة

© 2018, 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 : chairofcfl@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.

© 2018، جامعة بيرزيت

وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

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

في حال الاقتباس أو التوثيق يجب أن يتم التوثيق كما يلي:
[اسم المؤلف أو المؤلفين كاملاً]، [العنوان]، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية [رقم السلسلة]، وحدة القانون الدستوري، 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:

عاصم خليل*

حالة الضرورة من منظور دستوري مقارن**

1. المقدمة

تُستخدم حالة "الضرورة" في القانون الدولي - لتجنب الدولة المسؤولية عن الأعمال غير المشروعة، والتي يمكن اعتبارها-للوهلة الأولى- انتهاكاً للقانون الدولي. ولحالة الضرورة هذه حضور لافت في القانون الجنائي، والقانون المدني، كما أنها حاضرة في أعراف النظام القانوني "الأنجلوسكسوني"، وفي النظام اللاتيني (15 Irizarry)، حيث يواجه فيه "الشخص" خيارين، ليختار الأقل ضرراً حتى وإن كان في ذلك انتهاكاً للقانون (22 Irizarry; 184 Ferzan).

في القانون الدستوري، غالباً ما يتم إثارة قضية حالة الضرورة أو الضرورة العامة؛ في حالتين: من أجل الدفاع عن الموظفين الحكوميين والذين، أثناء ممارسة مهامهم، ينتهكون حقاً أساسياً مكفولاً دستورياً؛ كالحق في عدم التعرض للتعذيب، بغرض حماية مصلحة عليا (كحماية الأمن القومي مثلاً - وهو ما يطلق عليه أحيانا الضرورة الصغرى) أو عندما يكون "الانتهاك"، أو التقييد للحقوق الأساسية والحريات "تالياً" لإجراء تنفيذي استثنائي، يمكن اعتباره إجراءً غير دستوري في الأحوال العادية؛ لأن ذلك يناقض مبدأ الفصل بين السلطات، على سبيل المثال؛ إلا أن هذا الإجراء يعد ضرورياً للحفاظ على أهداف قيّمة أخرى (وهو ما يطلق عليه الضرورة الكبرى) (239 Kuts). وكمبدأ، فإن حالة الضرورة تعمل على جسر "الفجوة بين ما يجيزه القانون للحكومة لتقوم به، وبين استجابة الحكومة الفعلية للطوارئ" (343 Stavsky).

* أستاذ القانون العام، شاغل كرسي الشيخ حمد بن خليفة آل ثاني للقانون الدستوري والدولي، جامعة بيرزيت.

** ظهرت النسخة الأصلية لهذا البحث باللغة الإنكليزية ضمن [موسوعة ماكس بلانك للقانون الدستوري المقارن](#). وقد ترجم اللغة العربية لإتاحته لجمهور الباحثين وطلبة القانون الدستوري المتحدثين بالعربية، ولا يهدف لأية أرباح مادية. حقوق الملكية الفكرية للمؤلف، وحقوق التوزيع لجامعة أكسفورد للنص الأصلي باللغة الإنكليزية. في حال ظهور اختلاف في المعنى بين النص الأصلي والترجمة، يعتمد النص الأصلي.

سواء كان ذلك للمحاججة مع أو ضد "حالة الضرورة" هو ما فعله الرئيس الأمريكي "أبراهام لنكولن" خلال الحرب الأهلية الأمريكية (Paulsen 1257; Crocker 221; Curtis 1; Kuts 235)؛ إذ علق امتياز أمر الإحضار إلى المحكمة، متحدياً بذلك قرار المحكمة الفيديريالية الأمريكية في قضية "Ex Parte Merryman" لعام 1861، الذي يرمي إلى إبطال هذا الامتياز (Crocker 233) استناداً إلى حقيقة أن الدستور الأمريكي يعترف بالاختصاص الممنوح للكونجرس (Article I, Section 9, Paulsen 1277-8). وفي هذه القضية، حافظت المحكمة العليا للولايات المتحدة على رفضها لاغتصاب الرئيس للسلطة التشريعية خلال حالة الطوارئ الوطنية (Stavsky 353, n54).

لقد عبرت كلمات لنكولن -بأفضل طريقة- عن منهجه العقلاني والذي استندت إليه منه أفعاله، حيث قال: "إن قسماً للحفاظ على الدستور بكل ما أوتيت من قدرة، يفرض عليّ واجب المحافظة -بكل الوسائل- على هذه الحكومة، وهذه الأمة، التي كان الدستور فيها قانونها الأساسي... لقد شعرت بأن الإجراءات - التي تعد إجراءات غير دستورية في غير هذه الحالة- يمكن أن تصبح إجراءات قانونية لا غنى

تركز هذه الدراسة على "الضرورة الكبرى"، وسيشار إلى الحجج المتعلقة "بالضرورة الصغرى" حينما ترتبط بحالة الضرورة الكبرى، وسنضع جانباً التزايد في القوانين المقيدة لها، والتي اعتمدها البرلمانات، سواء أكان ذلك بسبب تهديد حقيقي أو متخيل، كالإرهاب مثلاً، ومتجاوزين للدور التقريبي للهيئة القضائية أينما كان ذلك ضرورياً، للحفاظ على قيمة أعلى -كالعدالة- التي ستنتفي بخلاف ذلك (Nwapi 211).

بالنظر إلى التشابه بين القانونين: الدولي والجنائي، فإن هذا الفصل يهتم بالتحقق ممّ إذا كانت حالة "الضرورة" تخدم في القانون الدستوري كمفهوم مستقل، من شأنه أن يسمح للمسؤولين في الدولة والسلطة التنفيذية الفرار من العواقب "الضارة" المترتبة على الالتزام "الجامد" بسيادة القانون في الظروف كافة، ومهما كان الثمن (Johnstone 339)، وممّ إذا كان بالإمكان الاحتجاج "بحالة الضرورة" لمنع لا مشروعية أفعالهم؛ ليتجنب المسؤولون الملاحقة الجنائية، ولتجنب السلطة التنفيذية "عيب" عدم الدستورية.

2. التطور التاريخي

إن المثال الذي يستحضر غالباً لدى الحديث عن "حالة الضرورة" في التاريخ الحديث،

التعذيب" المشهورة تعريف "التعذيب" وأنواع "الدفاع" التي يمكن استخدامها، في حالة تبين أن مسؤولاً حكومياً قام بانتهاك الالتزامات المنصوص عليها في اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة، أو العقوبة: القاسية، أو اللاإنسانية، أو المهينة (نفذت في الولايات المتحدة من خلال المادة 18 من الدستور). حيث يجيز الجزء (A2340) الحكم بالسجن لمدة تصل إلى 20 عاماً على أي شخص يرتكب أو يحاول ارتكاب جريمة التعذيب خارج الولايات المتحدة، مع إجازة الحكم بعقوبة الإعدام في حال أسفرت الجريمة عن الموت (Kutz 240)؛ وبالتحديد، المذكرة الأولى، والموقعة من "Jay Bybee" في 1 آب 2002، والتي اقترحت فيها مجموعة كاملة من "الدفع" الجنائية التي تمكن الموظفين في الولايات المتحدة من استخدامها في حال اتهامهم بموجب القانون، حيث سعت إلى إقرارها على كونها مبدأً دستورياً ينص على أن المادة (A2340) لا يمكن تفسيرها دستورياً بأنها "ملزمة" للرئيس، خلال قيامه بمهامه الحربية بصفته القائد الأعلى للقوات المسلحة" (Kutz 240).

ويلقى التفسير الثاني صدًى في القانون الدولي الحديث، وفي التمييز بين القانون الدولي في أوقات السلم والحرب، أو بين القانون الدولي

عنها للمحافظة على الدستور، من خلال المحافظة على الأمة" (Paulsen 1283).

إن استخدام "نكولن" لحالة الضرورة يثير ثلاثة تفسيرات مختلفة، تفتح بدورها مداخل للمقاربات الحديثة لحالة الضرورة، وهي: (1) أنه يجب تأويل الدستور بتجنب النتائج الدستورية الهادمة لنفسها؛ (2) إن القواعد الدستورية تطبق بشكل مختلف في الحالات العادية عن طريقة تطبيقها في حالات الضرورة؛ (3) إن المحافظة على عمل الدستور -ككل- له أولوية على الأحكام المحددة (Paulsen 1267).

إن التفسير الأول مشابهٌ للطريقة التي تُستخدم فيها "حالة الدفاع" في القانون الجنائي، ويمكن تطبيقه على حالات الحد من الحقوق الأساسية غالباً، من خلال الإشارة إلى قصة "القنبلة الموقوتة" الافتراضية (Kutz 274-5; Lee)؛ ففي أحداث ما بعد 11 أيلول، استُخدمت حالة الضرورة في الولايات المتحدة الأمريكية لتبرير الإجراءات الحكومية الرسمية، بما في ذلك التعذيب، على الرغم من أن حظر التعذيب في الولايات المتحدة الأمريكية يعد أحد القواعد "الأمرة" (Filártiga v Peña-Irala (1980) (US)). تناولت "مذكرات

استخدام القوات المسلحة (Khakee 20; Curtis) 32). وبذلك أصبح الحكم في جمهورية "فايمار" بالكامل تقريباً وفقاً للمادة المذكورة (Kuts 274).

يستخدم بعض الباحثين في يومنا هذا أعمال "شميت" وتجربة جمهورية "فايمار" للتحذير من استخدام حالة الضرورة كمصدر من مصادر السلطة، خارج الإطار الدستوري، فعلى سبيل المثال: خلال الحرب على الإرهاب (Crocker 268-71; Kutz 229-30)، أشار القاضي "جاكسون" إلى موافقته في قضية "Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer" عام 1952، تجربة جمهورية "فايمار"، وإلى التناقض ما بين مشروع الدستور الذي يهدف إلى تأمين الحريات في التقاليد الغربية، وبين تمكين الرئيس -دون موافقة من البرلمان- من تعليق كلٍّ أو أيٍّ من الحقوق الفردية بشكل مؤقت، إلا إذا هدد ذلك النظام والسلامة العامة بشكل حقيقي (Khakee 32; Stavsky 352-4).

مع تجربة جمهورية "فايمار" والإفراط في استغلال النفوذ والسلطات الرئاسية من قبل النازيين، أبدت ألمانيا والعديد من الدول الأوروبية الأخرى استعدادها لتقنين القضايا ذات العلاقة بحالتي الطوارئ والتهديدات في "متن" الدستور، بدلاً من تركها للقضاء ليطورها (11 Irizay)،

الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان (Johnstone 337). وتتوفر الأمثلة الدستورية على ذلك؛ فعقب الهجوم على "بيرل هاربر" أصدر الرئيس "روزفلت" الأمر التنفيذي رقم (9066)، الذي أجاز استبعاد الأشخاص من الأصول اليابانية من الساحل الغربي، وقد اعترفت المحكمة في قضية " Korematsu v. United States " (1944) بأن ذلك لم يكن ضمن حدود صلاحيات الرئيس وفقاً للدستور، وأن إصداره للقرار كان في ظل حالة طوارئ مباشرة وخطرة: "في ظل ظروف الحرب الحديثة التي تكون فيها شواطئنا مهددة من قوات معادية، فإن قوة الحماية يجب أن تكون متناسبة مع الخطر المهدد" (Crocker 233-4; Stavsky 349-50).

أما التفسير الأخير فيعود إلى توسيع نظرية الضرورة كتلك الحالة التي طبقت في جمهورية (فايمار) من خلال المادة المعروفة رقم (48) من دستورها، والتي تم الاستناد إليها أكثر من 250 مرة خلال الفترة ما بين الحربين العالميتين (20 Khakee)، وبالطريقة التي دافع عنها و"نظر لها" "كارل شميت" (Kutz 274; Crocker 229-30)، بحيث يُمنح الرئيس سلطات مطلقة -تقريباً- بما في ذلك سلطة تقييد بعض الحقوق الأساسية أو إلغائها، وسلطة

أمامها هذه القضية (Stavsky 356). واستناداً إلى المحكمة، فإن الشروط التالية تعد الشروط الأساسية لمبدأ الضرورة لكي يصبح قابلاً للتطبيق: (أ) في حال ضرورة حتمية لا مفر منها أو ظروف استثنائية؛ (ب) عدم وجود أي طريقة أخرى لمعالجة هذه الظروف؛ (ج) أن تكون الإجراءات المتخذة متناسبة مع الضرورة؛ (د) يجب أن تكون هذه الإجراءات ذات طابع مؤقت؛ أي أنها محددة ومقتصرة على فترة الظروف الاستثنائية.

وفي نيجيريا، استخدمت المحكمة العليا مبدأ الضرورة في قضية "Lakanmi v. Attorney-General (1970)" في التعامل مع الانقلاب العسكري لعام 1966 (-Stavsky 359). وفي قضية "Bhutto v. Chief of Army (1977)"، نظرت المحكمة العليا الباكستانية في شرعية الحكومة الجديدة، ووصلت إلى رأي بالإجماع مفاده أن الانقلاب كان عملاً عسكرياً مشروعاً... مُصدرةً حكماً بأن الدستور ما زال قيد التطبيق وساري المفعول، حيث وجدت المحكمة أن أيّاً من الخروقات الأخيرة كانت مبررة تماماً وفقاً لمبدأ الضرورة في النظام القانوني "الأنجلوسكسوني"، باستثناء القيود المفروضة على المراجعة القضائية (Stavsky 379).

أو تركها للسلطات غير الدستورية بناءً على "حالة الضرورة". هذا وتعتمد حالة الطوارئ في العديد من الدساتير على الإذن القانوني والدستوري الذي يجعل من "مبدأ الضرورة" مبدأً غير ذات صلة (Stavsky 343).

إلا أن هناك استثناءات قليلة لقبول حالة الضرورة خارج الإطار الدستوري، كما هو الحال في سويسرا، حيث لا تزال "حالة الضرورة" (بقرار حكومي) غير منظمة دستورياً، على الرغم من أنها تشكل أساساً لرد فعل الحكومة إزاء الأزمات الحادة، كالحرب أو الكوارث الطبيعية -واسعة الانتشار- والتي يستحيل على الأجهزة العليا -ولا سيما البرلمان-، أن تعمل في ظلها بشكل طبيعي (Khakee 19).

في العديد من دول العالم، غالباً ما يثار استخدام "مبدأ الضرورة" في حالات الاضطرابات السياسية غير الدستورية (Stavsky 355)؛ ففي قبرص على سبيل المثال، وفي قضية "Attorney General of the Republic v. Mustafa Ibrahim and Others" لسنة 1964، رأت المحكمة العليا أن "مبدأ الضرورة" يضيفي شرعية على المراجعة الواسعة لأحكام الدستور التي لا يمكن تعديلها. وكان من إحدى هذه المراجعات إنشاء المحكمة العليا التي عرضت

هذا وأكدت المحكمة هذا المفهوم في قضية "Hamdi" حين قالت: "منذ فترة طويلة، أوضحنا أن حالة الحرب ليست بمثابة "شيك على بياض" للرئيس، حين يتعلق الأمر بحقوق مواطني الأمة" (Crocker 241). وتعرضت القضية -في الواقع- إلى سلطة الرئيس في سجن مواطن أمريكي لسنوات دون محاكمة، أو دون الوصول إلى المحكمة، أو دون عملية قانونية ذات مغزى لتحديد وضعه، (5 Curtis). إلا أن دور المحكمة محدود في إطار الفصل بين السلطات، حيث تعني المراجعة القضائية ببساطة-: التخمين مرة ثانية، حيث جاء حكم المحكمة العسكرية الأساسي كتخمين أولي، فيما إذا كان المواطن مقاتلاً عدواً (9, 8, 6 Curtis).

وفي قضية "Rasul v Bush"، توصلت المحكمة العليا الأمريكية إلى الولاية القضائية على معتقلي "غوانتينامو"، وفي قضية "Hamdan v. Rumsfeld"، خلصت المحكمة إلى أن المادة الثالثة المشتركة في اتفاقيات جنيف تنطبق على المعتقلين (243 Crocker). إلا أن دور المحكمة كان "ضحلاً" فيما يتعلق بمواجهة تحديات السلطة التنفيذية في أوقات الحرب، والتي يمكن إرجاعها

هذا وتُعرف فرنسا بتنظيمها "سلطات الطوارئ" المختلفة بثلاثة أنماط مختلفة تشمل كل من: حالة الطوارئ الموجودة في العديد من الدساتير المعاصرة، وحالة الحصار، وأخيراً الصلاحيات الرئاسية الاستثنائية؛ ويعد النمط الأخير الأقرب إلى "حالة الضرورة" التي تعد غير موجودة بالمعنى الدقيق كمبرر مستقل لصلاحيات تنفيذية استثنائية خارج حالات الطوارئ الثلاث (4-22 Khakee). وتنهج العديد من الدساتير المعاصرة النهج الفرنسي في تضمين "الضرورة" في "متن" الدستور، لتفويض السلطة التنفيذية بتشريع القوانين بدلاً من البرلمان (أي تفويضها في وضع ما يسمى مراسيم أو قرارات بقوانين خاضعة للموافقة البرلمانية كما في مصر).

3. الحالات الدراسية

أ- الولايات المتحدة الأمريكية

خلال ما سُمي "بالحرب على الإرهاب"، عالجت المحكمة الأمريكية العليا في حالات مختلفة حقوق المعتقلين باعتبارهم مقاتلين أعداء، ولا سيما حقهم في المثل أمام المحكمة، والحقوق الأساسية الأخرى.¹

Rasul v. Bush (2004); Hamdi v. Rumsfeld (2004); Hamdan v. Rumsfeld (2006); Rumsfeld v. Padilla (2006); Boumediene v. Bush (2008).

¹ انظر القضايا:

محكمة العدل العليا الإسرائيلية، وبوصفها محكمة عدل عليا، قد قبلت التحدي بعد سنوات من الصمت ومئات من الالتماسات (Cohan 1628). ففي الواقع، وقبل ثلاث سنوات من مذكرة "Bybee"، وقبل سنتين من اعتداءات 11 أيلول 2001، قررت المحكمة العليا الإسرائيلية عام 1999 (H.C. 5100/94, → Public Committee against Torture in Israel v State of Israel Case (Isr) أن دفاع الضرورة يكون متاحاً في وقت لاحق- للمسؤولين في حالة الملاحقات الجنائية، فيما يتعلق بنشر تقنيات الاستجواب الجسدي المسيئة واللاإنسانية في ظروف معرفة إدارياً بما يسمى "القنبلة الموقوتة" (Lee 135; Kutz 244, n36). وفي هذه النقطة الأخيرة، يتضح أن قرار المحكمة يتفق مع النتائج الواردة في تقرير لجنة "لاندوا" (Cohan 1627-8). إلا أن المحكمة -وخلافاً للتقرير الذي أذن صراحة لأجهزة الأمن العام استخدام القوة البدنية والنفسية (Cohan 1627)- رأت أن تعميم دفاع الضرورة لا ينبغي أن يستخدم كوسيلة تجيز للمسؤولين الحكوميين استخدام التعذيب في حالات مماثلة (Lee 135).

بالنسبة للمحكمة، فإن الضرورة تشكل نوعاً من "الدفاع" للمحققين، إذا كانت شروط

إلى حالات سابقة، كما في قضية " Ex parte Quirin (1942) على وجه الخصوص، حيث أيدت المحكمة الاحتجاز والمحكمة أمام اللجان العسكرية لستة مخربين نازيين كمقاتلين للعدو، وكان من بينهم مواطنٌ أمريكي" (Crocker 240).

كما وأوضحت محكمة "بومدين": "الأمن يبقى قائماً، حتى عند الإخلاء لمبادئ الحرية الأولى، ومن بينها التحرر من القيود التعسفية وغير القانونية، والحرية الشخصية، المستمدة من الالتزام بفصل السلطات (Crocker 241)، بالاتفاق مع ما جاء في قضية Hamdan v. Ramsfeld، حيث ناقش القاضي "Kennedy" أن "احترام القانون النابع من نفاذ فروع التنفيذ والتشريعية -كما جرت العادة- يمنح نوعاً من الأمان لاستقراره وثباته في أوقات الأزمات. وإن أفضل ما يمكن أن يحفظ الدستور هو اعتماده على مقاييس فحصت عبر الزمن، وعزلت عن ضغوطات اللحظة" (Crocker 254).

ب- إسرائيل

في سلسلة من القضايا التي تتناول شرعية أساليب استجواب جهاز الأمن العام الإسرائيلي، والتي تنطوي على استخدام وسائل مادية، نجد أن

1981، وذلك لأنه لم يكن هناك دليل على "حالة الضرورة" وفقاً للطريقة التي حددها النص الدستوري آنذاك (مادة 147 من الدستور): "إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون بها قوة القانون.

ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون الحاجة إلى إصدار قرار بذلك وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان بها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما يترتب على آثارها بوجه آخر.³

قبل الإشارة إلى الحكم الدستوري، أشارت المحكمة الدستورية العليا إلى تبنيها -طويل الأمد- لنظرية "الضرورة"، التي تعود إلى دستور عام 1923، "تمكيناً للسلطة التنفيذية - حال غيبة

القانون الوضعي لحالة الضرورة مستوفية، إضافة لوجوب حاجة فورية إلى ارتكاب الفعل غير القانوني، كما يجب أن يكون الخطر المراد تجنبه وشيكاً (Cohan 1629). وبناء على ذلك، قررت المحكمة أن استثناءات "حالة الضرورة" قد تنشأ في حالات "تفجير القنابل الموقوتة"، و"أن متطلبات "الحاجة الفورية" تقوم على الطبيعة الوشيكة للفعل بدلاً من الخطر" (Isr H.C. 5100/94, 34). وبكلمات المحكمة، فإن الدفاع في "حالة الضرورة" هو مسعى وجد لهذا الغرض، كرد على حدث. وهي نتيجة "للارتجال"، مع الأخذ بعين الاعتبار الطبيعة غير المتوقعة لهذه الأحداث (Isr H.C. 5100/94, 36; Lee136).

ج- مصر

إن حالة الضرورة موجودة في الدستور المصري، وتتجسد بالسماح للرئيس -بشكل استثنائي- بأن يحل البرلمان من خلال سلطة صنع القانون؛ ففي قضية رقم 15 لسنة 18 قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" (حكم بتاريخ 2009/1/2)² قررت المحكمة الدستورية العليا عدم دستورية المرسوم رقم (154) لسنة

³ دستور مصر للعام 1971، متاح عبر الرابط التالي:

http://www.constitutionnet.org/sites/default/files/constitution_of_1971-arabic.pdf

² متاح عبر الرابط التالي:

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-15-Y18.html>

"إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئٍ لعرض الأمر عليه. وإذا كان مجلس النواب غير قائم، يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين، علي أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلي إصدار قرار بذلك، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار."⁴

د- فرنسا

عُرفت فرنسا بأنها ضمّنت دستورها طرماً مختلفة تستعمل من خلالها سلطات الطوارئ، للتعامل مع أنواع مختلفة من الأحداث أو الظروف الاستثنائية - سلطات استثنائية تمنح للرئيس (Khakee 22-4; Feldman 1027; Irizarry 214; Ferejohn&Pasquino 10):

⁴ دستور مصر للعام 2014، متاح عبر الرابط التالي:

https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014.pdf?lang=ar

السلطة التشريعية - من مواجهة أوضاع قاهرة أو ملحة تطراً خلال هذه الفترة الزمنية وتلجئها إلى الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير في شأنها، ومن ثم يكون تدخلها بهذه التدابير، وتطبيقاً لها، مبرراً بحالة الضرورة ومستنداً إليها، وبالقدر الذي يكون متناسباً مع متطلباتها، بوصفها تدابير من طبيعة استثنائية. "وفي الوقت الذي يُتجنب فيه البت فيما إذا كان من الممكن اعتبارها "حالة ضرورة" أم لا -ويترك تقديرها للرئيس- فإن المحكمة الدستورية العليا قد استبعدت حقيقة أن قرار الرئيس بحد ذاته غير كاف، وذلك في حالة الإفتقار إلى الدعم الكافي للمزاعم التي تقول بأن هناك وجوداً لحالة ضرورة.

من الصعوبة بمكان أن يتم الحفاظ على هذا الاجتهاد والنشاط القضائي للمحكمة الدستورية العليا في مصر مثلما حصل في القضية سالفة الذكر. ففي عام 2013، حُل البرلمان المصري بعد الإطاحة بالرئيس محمد مرسي. هذا وقد أصدر عدلي منصور (رئيس المحكمة الدستورية العليا ورئيس الجمهورية المؤقت) وعبد الفتاح السيسي (المنتخب كرئيس) مئات المراسيم، التي كان من المفترض أن يقوم البرلمان بعد انتخابه بمراجعتها خلال 15 يوماً، وذلك استناداً للمادة (156) من الدستور الجديد لعام 2014:

بأسرع ما يمكن مع الوسائل اللازمة للقيام بواجباتها"، وذلك في الحالات التي تكون فيها مؤسسات الجمهورية، أو استقلال الأمة، أو سلامة أراضيها، أو الوفاء بالتزاماتها الدولية معرضة لخطر فوري وجسيم.

3. لقد تم تقديم "حالة الاستعجال" -لأول مرة-

كرد على الإضرابات في الجزائر، إبان الاستعمار الفرنسي لها. وتُمكن حالة الاستعجال الحكومة من التعامل مع "الخطر الوشيك" الناجم عن الإخلال الخطير بالنظام العام، أو الأحداث التي يمكن وصفها بأنها "كارثة عامة". وعلى الرغم من أصلها القانوني الذي يسبق تاريخيا الدستور الفرنسي الحالي (Loi n° 55-385 du 3 avril 1955) بقيت "حالة الاستعجال" سارية المفعول على الرغم من نقص توفر المرجعية الدستورية لها - وهو موقف تم الموافقة عليه لاحقاً من قبل المجلس الدستوري - (Décision n° 85-187 DC - du 25 janvier 1985). وخلافاً لسلطات الطوارئ الرئاسية، وحالة الحصار في المادتين (16) و (36) من الدستور الفرنسي على التوالي، فإن قانون 1955 لحالة الاستعجال غالباً ما يستخدم في فرنسا. وقد تم تعديل هذا القانون، وإعادة صياغته، ومد أمده عدة مرات

1. إن أقدم نظام للتعامل مع التهديدات في فرنسا كان في "حالة الحصار" التي تشير إليها المادة (36) من الدستور. حيث تم التعبير عن "حالة الحصار" لأول مرة في نظام قانوني بعد الثورة الفرنسية، وذلك في قانون 10 تموز 1791، على الرغم من أن "حالة الحصار" كانت موجودة قبل ذلك، وتطبيقها كان مسألة عرفية (Feldman 1024). وتعطي "حالة الحصار" السيطرة الكاملة للجيش، وتتضمن فكرة الضرورة العسكرية، التي تتناسب مع ما يقتضيه اختلاف الحال مع ما تشير إليه الدول التي تتبع النظام "الأنجلوسكسوني" كالولايات المتحدة الأمريكية (يشار إليها بقانون الأحكام العرفية)، وتعرف على أنها "قانون الضرورة العسكرية" في حالة الوجود الفعلي للحرب. وفي هذه الحالة، فإنها تدار من قبل جنرال الجيش وتعبّر عن إرادته، وبالرغم من أن ذلك يعتبر تعسفاً إلا أن الجنرال يجب أن يُطاع (United States v. Diekelman, 92 W.S. 520, 526 (1876) (Feldman 1022)).

2. صلاحيات الطوارئ بموجب المادة (16) التي تمكن الرئيس من اتخاذ إجراءات تهدف إلى "تمكين السلطات العامة الدستورية من العمل

4. الخلاصة

إن الاختلاف الفقهي حول طبيعة "حالة الضرورة" في القانون الدولي، كما في القانون الدستوري، لا يزال قائماً؛ ومؤكداً أن الأمر ليس محسوماً، فيما إذا كانت "حالة الضرورة" تشكل مبرراً لاستثناء التطبيق المعتاد للدستور، أم أنها -في الحقيقة- تحافظ على الدستور، ولكنها تعفي الفاعل من المسؤولية عن الانتهاك الذي ارتكبه (Ferzan) (184-5; Johnstone 339; Irizarry 21-22). ونتيجة لذلك، يرى البعض "حالة الضرورة" على أنها قانون (Paulsen 1258)، في حين يصر آخرون على أن حالة الضرورة هي مجرد واقع (Kutz 266) من الممكن أن يؤثر على طريقة تطبيق القانون وإنفاذه، وعليه لا ينبغي الخلط بين ذلك الواقع وبين القانون. إلا أن حالة الضرورة تبقى -على الرغم من ذلك- مفيدة في الفقه كمبرر يقدم لدعم الإجراءات الحكومية، أو ضدها، والتي تعد بخلاف ذلك غير دستورية.

تدرك العديد من الدساتير المعاصرة -في يومنا هذا- وجود لحظات دستورية غير عادية في بعض الأحيان، تكون مؤطرة دستورياً تحت اسم حالة الطوارئ، أو حالة الحصار؛ حيث إن

décembre 2016 (M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III]).

بسهولة نسبياً؛ فعلى سبيل المثال، استخدم في العام 2005 من أجل التعامل مع الإضرابات في الضواحي، وفي 2015-2017، استخدم كرد فعل على الهجمات الإرهابية التي طالت المدن الفرنسية.

وحيث إن قانون 1955 قد سبق الدستور الفرنسي، وسبق إنشاء المجلس الدستوري، وبما أن المجلس كان قادراً -فقط- على فرض الرقابة الدستورية السابقة، فإنه لم يكن قادراً على "مراجعة" دستورية هذا القانون. وحيث إن الرقابة الدستورية اللاحقة أدخلت من خلال ما يسمى "Question Prioritaire de Constitutionnalité" في عام 2008 (والتي دخلت حيز النفاذ في الأول من آذار 2010)، أصبح للمجلس الدستوري سلطة مراجعة القوانين كافة، بما فيها تلك القوانين التي اعتمدت قبل بدء نفاذ الدستور. وفي حالات حديثة، عالج المجلس الدستوري قضايا ارتبطت بالقانون في "حالة الطوارئ".⁵

⁵ Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015 (M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]); Décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016 (Ligue des droits de l'homme [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence]); Décision n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016 (M. Georges F. et autre [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II]); Décision n° 2016-600 QPC du 2

الظروف. إلى جانب ذلك، فإذا كانت الشروط مستوفاة -في الحالات السابقة- فإن الإجراءات المتخذة تكون دستورية استناداً إلى الأمر الدستوري ذاته، وليس بالرجوع إلى الظروف نفسها. وعلى العكس من ذلك فإن حالة الضرورة تشير إلى الظروف المقدمة على أنها: إما لتوفير شرعية واقعية لما يمكن اعتباره على وجه التحديد انتهاكاً للدستور، وإما من أجل تقاضي التداعيات والانعكاسات على المسؤولين الحكوميين، الذين يرتكبون انتهاكاً للحقوق الأساسية المحمية وفقاً للدستور.

هذا، ويمكن القول أن الدول -ذات الدساتير التي توطر تلك الأشكال المختلفة من اللحظات الاستثنائية- تحرص على الحد من لجوء السلطة التنفيذية إلى "حالة الضرورة" خارج الإطار الدستوري، وستجد المحاكم صعوبة في تقبل ادعاءات السلطة التنفيذية بامتلاكها صلاحيات بناءً على "حالة الضرورة"، التي تعد في الأحوال الطبيعية غير دستورية؛ وذلك لأنها تتناقض مع مبدأ الفصل ما بين السلطات (أي "الضرورة الكبرى" بالطريقة المعروفة في هذه الورقة). وحتى عندما يشار إلى "حالة الضرورة" في الدساتير الحديثة، فإنها تستخدم غالباً لوصف الحالات التي تحل فيها السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية

التطبيق العادي للدستور يعد بمثابة الشر الذي على الدولة تجنبه، ليس فقط لأن ذلك يمثل "الفعل الصحيح"، وإنما لأن واجبها تجنبه. ولقد صممت قوى الطوارئ الحديثة على غرار نموذج الدكتاتورية الرومانية القديم (Ferejohn & Pasquino 211).

هذه اللحظات الاستثنائية تتطلب ترتيبات دستورية غير اعتيادية (بهذا المعنى تتداخل مع حالة الضرورة). وعلى الرغم من ذلك، إلا أن هذه اللحظات الدستورية غير الاعتيادية يمكن تمييزها عن "حالة الضرورة" (حالة الطوارئ، حالة الحصار وغيرها من المسميات) في أنها حالات استثنائية منظمة دستورياً، سواءً أكان ذلك التنظيم جزءاً من الدستور المكتوب أو من خارجه. في حين أن حالة الضرورة هي بحكم التعريف خارج الدستور، ولا يمكن لها أن تكون حالة نص عليها الدستور وتبقى حالة ضرورة؛ وذلك لأنه في هذه الحالة سيكون فيه تعارض من حيث المفهوم (أي توقع ما هو مستحيل توقعه دستورياً)؛ ولهذا السبب، فإن الاستناد إلى حالة الضرورة يكون بالرجوع إلى الحقائق واستناداً إليها، وإلى الوقائع وليس بناء على القواعد الدستورية؛ وذلك لحل قيود الحكومة من القيود الدستورية التي من شأنها أن تكون بخلاف ذلك ضارة للتطبيق في مثل هذه

معرضة لخطر جسيم وفوري، وحيثما ينقطع العمل السليم للسلطات العامة الدستورية، على رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات التي تتطلبها هذه الظروف...". إلا أن المادة ذاتها تحظر وبشكل صريح حل الجمعية الوطنية خلال ممارسة مثل هذه الصلاحيات الطارئة. هذا وتعطي المادة (36) البرلمان الصلاحية لتمديد حالة الحصار (والتي يمكن أن يتم إعلانها من خلال مجلس الوزراء). وتشير المادة (81) من القانون الأساسي الألماني إلى تشريع حالة الطوارئ، وذلك من خلال الإجراءات التي تمكّن الحكومة من تبني قانون -بغير الطرق العادية-، لوضع القوانين وبالتغلب على رفض البرلمان، وأشارت إلى أنها تنطبق في الحالات التي يكون فيها حل الجمعية العامة غير ممكن في الظروف المبيّنة في المادة (68). ويمكن إيجاد تجارب مماثلة لما سبق في الدستور البرازيلي عندما نظم "حالة الدفاع" (المواد 136-139)، وفي الدستور الكولومبي (المادة 215)، والدستور المصري (المادة 154) التي تنظم "حالة الطوارئ".

وحتى إذا كانت إمكانية انتهاك الحقوق الأساسية أو تقييدها باسم حالة الضرورة (الضرورة الصغرى) غير معترف بها صراحة، أو أن مثل هذه الاحتمالية موجودة ولكن "حالة الضرورة" بحد

في وضع القوانين، وتعد في هذه الحالة دستورية فقط عندما تستوفي جميع الشروط الدستورية الأخرى. هذا ويكون دور المحكمة في مراجعة استخدام السلطة التنفيذية لحالة الضرورة -في تلك الحالات- كإعادة التخمين في أحسن الأحوال (بعد أن خمنت السلطة التنفيذية وجود حالة الضرورة بالأساس)، أو يكون دور المحكمة هو مراجعة رسمية تقيّم وجود حالة الضرورة كمبرر للإجراءات الاستثنائية في أسوأ الأحوال.

وهكذا، لا تستثني حجة الضرورة الصغرى دعم أعمال المسؤولين التي من الممكن اعتبارها في الحالات الاعتيادية انتهاكاً، أو تقييداً جسيماً للحقوق المدنية؛ الأمر الذي يمكن اعتباره -لا يزال- دستورياً، أو أنها على الأقل تجعل من هؤلاء المسؤولين غير خاضعين للمساءلة عن هذه الانتهاكات. في بعض الدساتير يعكس تنظيم حالة الطوارئ بحد ذاته هذه الازدواجية من خلال الحد من إمكانيات حل البرلمان المنتخب (كلما كان ذلك ممكناً في الأحوال العادية)، مع الاعتراف في الوقت نفسه -ضمناً أو صراحةً- بأن بعض الحقوق الأساسية قد تنتهك أو تقيّد.

استناداً إلى المادة (16) من الدستور الفرنسي: "أينما تكون مؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها، أو الوفاء بالتزاماتها الدولية

المنظمة دستورياً (مثل حالة الطوارئ، وحالة الحصار وغيرها)، ويمكن استخدامها أيضاً خارج ذلك، وإن نطاق الانتهاكات التي يمكن للمحكمة أن تتغاضى عنها، قد يختلف بناء على اللحظات الدستورية التي يحدث فيها هذا الانتهاك.

أما في البلدان التي تفتقر إلى وجود دستور مكتوب، أو عندما يكون للدولة دستور مكتوب ولكنه يفتقد اعترافاً صريحاً بحالة الضرورة، فإن بعض المحاكم أو الباحثين يفسرون الدستور بطريقة ليكون مرناً لأنه لا يمكن أن يكون الدستور بمثابة انتحار للدولة (Paulsen 1257) (الضرورة الصغرى والضرورة الكبرى)، هذا وقد بينت الأمثلة التاريخية المذكورة أعلاه أنه عندما يفتقد "متن" الدستور إلى إطار قانوني صريح ينظم الحالات الاستثنائية وغير المتوقعة، التي تستلزم من الدولة إجراءات غير اعتيادية، فإن المحاكم والبرلمانات قد أجازت في بعض الأحيان أعمال السلطة التنفيذية باعتبارها ضرورية حتى وإن كانت تنتهك بشكل صريح أحكاماً دستورية معينة (الضرورة الكبرى).

في كلتا الحالتين، فإن ذلك لا ينبع -في حقيقة الأمر- من أن "حالة الضرورة" توفر نوعاً من المرونة للطريقة التي يطبق فيها المسؤولون - أو ينتهكون بها- القانون الذي توجده، والذي يمنح

ذاتها غير موجودة، أو أنها لم تعد موجودة بعد الآن؛ فإن الطريقة التي تشير فيها الدساتير إلى الحقوق والحريات الأساسية، وكذلك الطريقة التي يشير فيها القانون الدولي لحقوق الإنسان إلى حقوق الإنسان عادة تؤكد هذه الاحتمالية - أي أن هذه الحقوق والحريات يمكن أن يتم تقييدها- (باستثناء بعض الحقوق التي غالباً ما تتم الإشارة إليها بشكل صريح، أو يشار إليها على أنها حقوق مطلقة) كلما تقتضي حالة الضرورة ذلك (أو أياً كانت المسميات لهذه الظروف الاستثنائية).

هذا وفي بعض البلدان التي تطبق فيها الرقابة على دستورية القوانين، فإن اختبار دستورية الأعمال الحكومية التي تسعى إلى تقييد، أو الحد من الحقوق الأساسية المحمية بالدستور، غالباً ما يكون بناءً على مبدأ التناسب، ففي مثل هذه الحالات، تكون حالة الضرورة (جنباً إلى جنب مع مناسبة الإجراء والتناسب بالمعنى الدقيق للكلمة) هي واحدة من شروط ثلاثية الأجزاء لانطباق مبدأ التناسب (Nguyen 450)، وذلك بالمعنى المحدد من قبل المحكمة الفيدرالية الألمانية في 11 حزيران 1958 (Apothekenurteil, BverfGE7, 377 cited in: Ondřejek 454). وبكلمات أخرى، إن "الضرورة الصغرى" يمكن أن تستخدم خلال الظروف الاستثنائية

المحدودة - والتي يمكن تسميتها "الدسترة" - حتى وإن كان في ذلك تعارضٌ واضح مع مبدأ سيادة القانون.

سلطة غير محدودة، أو غير مقيدة للدولة، أو للسلطة التنفيذية، أو إلى ما يتزايد بالإشارة إليه على أنها حالة الاستثناء (Agamben; Schmitt)؛ ما يجعل من الممكن المحافظة على حالة الضرورة ضمن إطار نظرية الحكومة

Bibliography

Agamben, G, *State of Exception* (Kevin Attell, trans. The University of Chicago Press 2005).

Cohan, JA, 'Torture and the Necessity Doctrine,' (2007) 41 *Valparaiso University Law Review* 1587.

Crocker, TP, 'Overcoming Necessity: Torture and the State of Constitutional Culture,' (2008) 61 *SMU Law Review* 221.

Curtis, MK, 'Lincoln, the Constitution of Necessity, and the Necessity of Constitutions: A Reply to Professor Paulsen,' (2007) 59 *Maine Law Review* 1.

Feldman, W, 'Theories of Emergency Powers: A Comparative Analysis of American Martial Law and the French State of Siege,' (2005) 38 *Cornell International Law Journal* 1021.

Ferejohn, J, & Pasquino, P, 'The law of the exception: A typology of emergency powers,' (2004) 2 *I.CON* 210.

Ferzan, KK, 'Torture, Necessity, and the Union of Law and Philosophy,' (2004) 36 *Rutgers Law Journal* 183.

Irizarry, WV, 'Exception and Necessity: The Possibility of a General Theory Of Emergency,' (2010) https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/.../VazquezIrizarry_Eng_CV.pdf. (accessed June 25, 2016).

Johnstone, I, 'The Plea of "Necessity" in International Legal Discourse: Humanitarian Intervention and Counter-terrorism,' (2005) 43 *Columbia Journal of Transnational Law* 337.

Khakee, A, *Securing Democracy? A Comparative Analysis of Emergency Powers in Europe* (Policy Paper No. 30, Geneva

Centre for the Democratic Control of Armed Forces 2009).

Kutz, C, 'Torture, Necessity and Existential Politics,' (2007) 95 *California Law Review* 235.

Lee, Y, 'The Defense of Necessity and Powers of the Government,' (2009) 3 *Crim Law and Philos* 133.

Levinson, S, (ed), *Torture: A Collection* (Oxford University Press 2004).

Nguyen, TH, *La Notion d'Exception en Droit Constitutionnel Français (Thèse de Doctorat, Université Paris I Panthéon – Faculté de Droit 2013)*.

Nwapi, C, 'A Necessary Look at Necessity Jurisdiction,' (2014) 47 *UBC Law Review* 211.

Ondřejek, P, 'Limitations of Fundamental Rights in the Czech Republic and the Role of the Principle of Proportionality,' (2014) 20 *European Public Law* 451.

Paulsen, MS, 'The Constitution of Necessity,' (2004) 79 *Notre Dame Law Review* 1257.

Prakash, S, 'The Constitution as Suicide Pact.' *Notre Dame L. Rev.* 79 (2004): 1299.

Schmitt, C, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (George Schwab, trans. The University of Chicago Press 2005 (1985)).

Stavsky, MM, 'The Doctrine of State Necessity in Pakistan,' (1983) 16 *Cornell International Law Journal* 341.

Tenny, D, 'There Is Always a Need: The "Necessity Doctrine" and Class Certification Against Government Agencies,' (2005) 103 *Michigan Law Review* 1018.

A. Constitutions

Constitution of the United States: 1787 (US).

The Weimar Constitution: 1919 (Germany).

The Constitution of France: 1958 (Fr)

The Constitution of the Arab Republic of Egypt: 1971 (Egypt).

The Constitution of the Arab Republic of Egypt: 2014 (Egypt).

B. Cases

Ex Parte Merryman, U.S. Federal Court (1861)

Ex Parte Milligan, US Supreme Court (1866),

Ex parte Quirin, US Supreme Court (1942)

Korematsu v. United States, US Supreme Court (1944)

Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, US Supreme Court (1952)

Attorney General of the Republic v. Mustafa Ibrahim and Ibrahim and Others, The Supreme Court of Cyprus (1964)

Lakanmi v. Attorney-General, the Supreme Court of Nigeria (1970)

Bhutto v. Chief of Army Staff, the Pakistan Supreme Court (1977)

Filártiga v. Peña-Irala, US 2nd Cir. (1980)

Décision n° 85-187 DC du 25 janvier, Constitutional Council, France (1985)

H.C. 5100/94, Pub. Comm. against Torture in *Isr. v. Gov't of Israel* 53(4), Israeli Supreme Court (ISC) – acting as High Court of Justice (1999)

Rasul v. Bush, US Supreme Court (2004)

Hamdi v. Rumsfeld, US Supreme Court (2004)

Hamdan v. Rumsfeld, US Supreme Court (2006)

Rumsfeld v. Padilla, US Supreme Court (2006)

Boumediene v. Bush, US Supreme Court (2008)

Case n.15/18, The Supreme Constitutional Court of Egypt (2009)

Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, Constitutional Council, France

Décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016, Constitutional Council, France

Décision n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, Constitutional Council, France

Décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, Constitutional Council, France



BIRZEIT UNIVERSITY

كلية الحقوق والإدارة العامة

Faculty of Law and Public Administration

وحدة القانون الدستوري

Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/11)
فئة موسوعة القانون الدستوري العربي
القارن

نوار بدير

السلطة التأسيسية

تشرين ثاني / نوفمبر 2018

The Constituent Power [Arabic]

السلطة التأسيسية

نوار بدير Newar Bdair

التدقيق اللغوي: شيماء حسن

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (11/2018)
Encyclopedia of Comparative Arab Constitutional Law Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/11)
فئة موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن

© 2018, Birzeit University

© 2018، جامعة بيرزيت

Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public
Administration

وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

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

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقياً أو إلكترونياً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة القانون الدستوري في جامعة بيرزيت. للتواصل والمعلومات بالخصوص: 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].

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

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

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:

نوار بدير*

السلطة التأسيسية

1. المقدمة

تسعى أي دولة عند اكتمال أركانها لتبني دستور يتعرض لنظام الحكم فيها والسلطات العامة القائمة عليها، واختصاصات كل منها، إضافة إلى الحقوق والحريات التي يتمتع بها الفرد. وكذلك الحال حين تتعرض الدولة لثورة شعبية تسقط دستورها، فتقوم بتبني دستور يوضح اتجاهات نظام الحكم الجديد في الدولة؛ بما يعكس تطلعات الشعب ورغباته. ويعرف الدستور بأنه مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم نظام الحكم في الدولة والسلطات والعلاقة فيما بينها والحقوق والحريات بين الأفراد، ويتمتع بالمرتبة الأعلى ضمن هرمية التشريعات، ويسمو على غيره من القواعد القانونية.

وعلى خلاف التشريعات العادية التي تصدر من السلطة التشريعية في الدولة، تقوم السلطة التأسيسية بتبني نصوص القواعد الدستورية وفقاً لإجراءات خاصة تختلف فيها عن تبني القواعد العادية، وكذلك الأمر عندما يتم تعديل النصوص الدستورية، بحيث يتم اتباع إجراءات خاصة تتناسب مع قيمة سمو الممنوحة للقواعد الدستورية. وفضلاً عن اختلاف السلطة التي تتبنى الدستور عن السلطة التشريعية التي تتبنى القواعد العادية، كما وتختلف مقومات هذه السلطة من دولة إلى أخرى.

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

1.2. مدخل إلى السلطة التأسيسية الأصلية

تقوم السلطة التأسيسية الأصلية بوضع الدستور عندما تكون الدولة خالية تماماً من النصوص الدستورية النافذة، مثلاً عندما تكون الدولة ولدت حديثاً أو في حال تعرضت لثورة أسقطت دستورها السابق نهائياً (فهيمى 1999، 80). وتضع هذه السلطة النصوص الدستورية دون الاستناد إلى نصوص قانونية أو دستورية تحكمها، فهي تتمتع بحرية مطلقة في تبني هذه النصوص دون أي قيود (المجذوب 2002، 140-142).

وتعتبر السلطة الدستورية التأسيسية ترجمة للمصطلح الإنكليزي "framing power"، أما السلطة الدستورية المعدلة فهي ترجمة للمصطلح الإنكليزي "amending power"، حيث ظهرت هذه السلطة التأسيسية لأول مرة في أمريكا الشمالية، ولكن أخرجتها كتابات سايبس بعد الثورة الفرنسية على شكل نظرية متكاملة (خليل 2015، 103).

ومن الناحية التاريخية ارتبط أسلوب نشأة الدساتير مع فكرة السيادة في الدولة وتطورها؛ ففي فترة

تحاول هذه الورقة الإجابة على تساؤلات أهمها: من هي السلطة المختصة بتبني الدستور في الدولة؟ وما هي حدود ممارسة اختصاصها؟ هل يمكن تعديل الدستور؟ وما الفرق بين السلطة التأسيسية الأصلية والسلطة المعدلة؟ ما هي القيود المفروضة على كل منهما؟

ولذلك تفرد الورقة قسمين؛ الأول لبحث السلطة التأسيسية الأصلية، يتحدث الجزء الأول منه إلى تعريف السلطة التأسيسية الأصلية، ومن ثم ننتقل في الجزء الثاني لبحث آلية تبني النصوص الدستورية. أما القسم الثاني من الورقة فليبحث السلطة التأسيسية المعدلة، وذلك في جزئين يناقش الأول إجراءات تعديل الدستور، فيما يعرض الثاني لضوابط ممارسة السلطة التأسيسية المعدلة.

2. السلطة التأسيسية الأصلية

يطلق على السلطة التي تتولى وضع الدستور السلطة التأسيسية الأصلية، وتختلف هذه السلطة في مكوناتها وآلياتها من دولة إلى أخرى، لذلك تتطرق الورقة في هذا الجزء إلى مفهوم السلطة التأسيسية الأصلية وتاريخ نشأتها ضمن القسم الأول، بينما يهتم القسم الثاني بمناقشة آلية تبني الدساتير والسلطات المختصة بذلك.

أ. أسلوب المنحة:

ينشأ الدستور من خلال أسلوب المنحة في حال تم تقديمه كهبة من الحاكم للشعب، يوضح فيه نظام الحكم في الدولة وسلطاتها واختصاصاتها، إضافة إلى ما يتمتع به الأفراد من حقوق وما عليهم من التزامات (الحو 2005، 430)، فهو مستقل وحده بوضع الدستور بصفته صاحب السيادة دون أن يشاركه أحد بإعداده (بدوي 1969، 42). وانتشر هذا الأسلوب في الأنظمة الملكية المطلقة وبعض الأنظمة غير الملكية، التي تكون فيها السلطة بيد شخص واحد، الذي قد يمنح هذا الدستور للشعب بمحض إرادته أو باختياره، أو نتيجة لضغوطات من جانب الشعب (الحو 2005، 430).

وفي حال منح الحاكم الدستور للشعب لا يستطيع استرداده أو إلغائه أو تعديله إلا وفقاً للإجراءات المحددة لذلك؛ فأغلبية الفقهاء اجتمعوا على أن الحاكم عندما يصدر الدستور من خلال المنحة يعيد إلى الشعب سلطة أصلية قد اغتصبت منه في ظل حكمه المطلق (المجذوب 2002، 51-52)، يضاف إلى ذلك أن أسلوب المنحة يعد التزاماً بإرادة منفردة، والقاعدة المطبقة في هذا المجال بأن الالتزام بالإرادة المنفردة يقيد الشخص

الحكم المطلق كان الحاكم* هو صاحب السيادة المطلقة دون غيره، بالتالي يقوم بإصدار الدستور على شكل منحة للشعب، دون أي تدخل من المحكومين. وعندما ظهرت النظريات الفلسفية والاجتماعية التي بدأت تتادي بضرورة مشاركة الشعب للحكام في وضع الدساتير صدرت هذه الدساتير على شكل عقد بين الحاكم والمحكومين. وعندما أصبح الشعب هو المصدر الحقيقي للسلطات، بدأ بوضع الدستور بطريقة غير مباشرة من خلال الجمعية التأسيسية، أو مباشرة من خلال الاستفتاء الشعبي (المجذوب 2002، 49).

2.2 آلية تبني الدستور

يمكن الاستنتاج مما سبق أن السلطة التأسيسية الأصلية للدستور قد تنشأ بطرق غير ديمقراطية - من خلال أسلوب المنحة أو العقد - أو قد تنشأ بطرق ديمقراطية من خلال الجمعية التأسيسية أو الاستفتاء الشعبي. سنتحدث عن المقصود بكل منها، ونورد أمثلة لدساتير تبنتها، وفقاً للتفصيل التالي:

* نستخدم في الورقة البحثية مصطلح الحاكم للتعبير عن رئيس السلطة التنفيذية بالدولة بغض النظر عن مسماه سواء أكان ملكاً أو امبراطوراً أو رئيس الجمهورية أو غيره من المسميات.

في ديباجته: "نحن طلال الأول ملك المملكة الأردنية الهاشمية بمقتضى المادة الخامسة والعشرين من الدستور وبناء على ما قرره مجلس الأعيان والنواب نصدق على الدستور المعدل الآتي ونأمر بإصداره".

ويعود تاريخ نشأة هذا الدستور إلى مقررات مؤتمر أريحا وكذلك قرار الوحدة بين الضفة الغربية والضفة الشرقية تحت حكم الملك الأردني، حيث جاء في الأخير: "تأييد الوحدة التامة بين ضفتي الأردن الشرقية والغربية واجتماعهما في دولة واحدة على رأسها الملك عبد الله على أساس الحكم النيابي"، أما البند الثالث من القرار فقد نص على: "يرفع هذا القرار الصادر من مجلس الأمة بهيئة الأعيان والنواب الممثل لضفتي الأردن إلى حضرة صاحب جلالة الملك المعظم، ويعتبر نافذاً حال اقترائه بالتصديق الملك، وقد جاء هذا الدستور تماشياً مع هذه التطورات".

ونشير في هذا السياق بأن من صاغ الدستور الأردني لجنة فنية، بينما كانت الموافقة على مشروع الدستور متاحة لمجلس الأمة والملك؛ فمجلس الأمة في ذلك الوقت أجرى بعض التعديلات على المشروع، ومن ثم أصدره الملك دون أن يعرضه على الاستفتاء، فكان إصدار هذا الدستور نتيجة اتفاق بين مجلس الأمة باعتباره

الملتزم، بالتالي لا يجوز له الرجوع فيه (بدوي 1969، 42-43).

وعلى خلاف ذلك نادى بعض الفقهاء بصلاحيّة الحاكم باسترداد الدستور في أي وقت، في حال تم إصداره بطريق المنحة، إلا إذا تنازل عن هذا الحق صراحة، فإذا كان لهذا الحاكم حق المنح فله أيضاً حق الاسترداد (حسن 1968، 58). ومن الدساتير التي صدرت بطريقة المنحة الدستور الإيطالي للعام 1848، والدستور المصري للعام 1923، وكذلك الدستور الأردني للعام 1928.

ب. أسلوب العقد:

ينشأ الدستور بأسلوب العقد في حال تم تبنيه بناءً على اتفاق مشترك بين الحاكم وممثلي الشعب (متولي 1971، 72). حيث يقوم ممثلو الشعب بإعداد دستور يتناسب مع احتياجات الشعب ورغباته، ويعرضه على الحاكم الذي يمتلك صلاحية قبوله أو رفضه (شطناوي 2002، 58-59)؛ فالشعب في هذه الحالة يكون شريكاً للحاكم في السيادة على خلاف المنحة التي لا يكون للشعب فيها أي دور (المجنوب 2002، 53).

ويعتبر الدستور الأردني للعام 1952 والمطبق إلى الآن مع تعديلاته مثلاً على أسلوب نشأة الدساتير من خلال العقد، وما يؤكد ذلك ما ورد

وعرضته على أمير الدولة، الذي وافق عليه، فشكل من خلال العقد بارتباط الإيجاب والقبول بين الطرفين.

أما الحالة الفلسطينية فهي تحتكم إلى القانون الأساسي الفلسطيني المعدل للعام 2003، الذي يعتبر "بمثابة الدستور"، فالقانون الأساسي الفلسطيني ينظم سلطات الدولة والعلاقة بينها ويتضمن العديد من الحقوق، ويحتل المرتبة العليا في التشريعات الأصلية للسلطة الوطنية الفلسطينية (خليل وتوام 2014، 19-20).

وتعود أساسات تبني الوثيقة الدستورية في الحالة الفلسطينية التي تشكل انعكاساً عن السلطة السياسية للعديد من التطورات التاريخية التي عاصرتها السلطة الفلسطينية ابتداءً من انفصال الضفة الغربية عن الضفة الشرقية، وإعلان إقامة دولة فلسطين في الجزائر حيث ارتأى المجلس الوطني بأن قيام الدولة تستوجب إعداد دستور جديد، وما تبعها من تطورات على الصعيد السياسي ومنها توقيع اتفاقية أوسلو بين حكومة إسرائيل ومنظمة التحرير الفلسطينية. وقد قامت لجنة قانونية تابعة لمنظمة التحرير بتحضير النسخ الأولى من القانون الأساسي وتم تقديمها إلى اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير في كانون أول 1993، أما المسودة الثانية في شباط

ممثلاً عن السلطة التشريعية والملك بصفته رئيس السلطة التنفيذية، وذلك على شكل عقد (الحيارى 1972، 573-574).

وكذلك الأمر تشكلت السلطة التأسيسية الأصلية في الدستور الكويتي لعام 1962 (الساري لآن) بناء على عقد بين المجلس التأسيسي المنتخب وأمير الدولة (الشاعر 2005، 225-238). وما يدل على ذلك المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم في فترة الانتقال التي كانت تنص على: "يقوم المجلس التأسيسي بإعداد دستور يبين نظام الحكم، ويعرض الدستور الذي يوافق عليه المجلس على الأمير للتصديق عليه وإصداره". وهو ما أكده الدستور في ديباجته: "نحن عبد الله السالم الصباح -أمير دولة الكويت- رغبة في استكمال أسباب الحكم الديمقراطي لوطننا العزيز، وإيماناً بدور هذا الوطن في ركب القومية العربية وخدمة السلام العالمي والحضارة الإنسانية، وبعد الاطلاع على القانون رقم 1 لسنة 1962 الخاص بالنظام الأساسي للحكم في فترة الانتقال، وبناء على ما قرره المجلس التأسيسي. صدقنا على هذا الدستور وأصدرناه".

وبالتالي نلاحظ بأن السلطة التأسيسية الأصلية في دولة الكويت اعتمدت على مشروع دستور أعدته السلطة التشريعية المتمثلة بالمجلس التأسيسي

إلا بتاريخ 28 أيار 2002 بعد ضغوطات داخلية وخارجية وكخطوة نحو الإصلاح في إطار المئة يوم في السلطة الفلسطينية، ودخل حيز التنفيذ والسريان في تاريخ نشره 7 تموز 2002، حيث تم تبني القانون الأساسي الفلسطيني بعد خمس سنوات، وما زال مطبقاً (بنسخته المعدلة للعام 2003) إلى الآن (خليل 2015، 158-159).

وبناء على ما سبق نلاحظ أن أسلوب نشأة القانون الأساسي بصفته القانون الأسمى في فلسطين أقرب ما يكون إلى العقد الذي يتكون من طرفين الأول المجلس التشريعي بصفته ممثلاً للشعب الفلسطيني، الذي اختص بإعداد القانون الأساسي وعرضه على رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، وكذلك الرئيس الذي صادق على القانون الأساسي وأبدى الموافقة النهائية عليه بعد مرور خمس سنوات من تاريخ إحالته إليه.

أما بالنسبة للدستور اللبناني لعام 1926 (الساري لآن)، فقد اختلف الفقهاء حول طبيعة تكييف السلطة التأسيسية الأصلية، فمنهم من ادعى بأنها منحة من السلطة المنتدبة - الفرنسية - وآخرين من خلال العقد بين المجلس التمثيلي والسلطة الأجنبية والممثلة "بالمفوض السامي" (الشاعر 2005، 217-225). وكذلك ادعى البعض بأن

1997، وأخيراً المسودة الثالثة في كانون أول للعام 1994، فتم نقاشها في مؤتمرات عامة في الداخل والخارج، إلا أن المجلس المركزي بذاته لم يناقشها (خليل 2015، 157).

وبعد الاتفاق على قضية الانتخابات والمجلس التشريعي (أوسلو الثاني) رفع وزير العدل المسودة الثالثة للقانون الأساسي التي أعدتها منظمة التحرير للمجلس التشريعي بتاريخ 5 أيار 1996 الذي اعتبرها غير مناسبة، وحاول المجلس التشريعي تبني قانون أساسي مختلف عن الذي عرض عليه، في الوقت الذي عارضه رئيس السلطة الوطنية في تلك الفترة معتبراً أن مؤسسات منظمة التحرير هي الأولى بصياغتها لأنها تمثل جميع الفلسطينيين في الداخل والشتات. ومع ذلك طرح المجلس التشريعي مسودة أخرى صاغتها اللجنة القانونية في المجلس التشريعي، التي مرت بعدة مراحل، وتجسدت بإقرار المجلس التشريعي بالإجماع تقريباً مشروع القانون الأساسي في القراءة الثالثة في 2 تشرين الأول 1997 (خليل 2015، 158-157).

وقد تم إرسال مشروع القانون الأساسي بعد إقراره من المجلس التشريعي بالقراءة الثالثة إلى رئيس السلطة الفلسطينية بتاريخ 4 تشرين الأول 1997 للتصديق عليها ونشرها. إلا أنه لم يصادق عليها

النقاط الواردة في المشروع، ولكن ضمن إطار ضيق (الشاعر 2005، 214-215).

وبعد أن انتهت اللجنة الدستورية من الموافقة على المشروع عقد المجلس النيابي جلسة علنية بتاريخ 19 أيار 1926، بحث خلالها المشروع وأقره بعد أن أدخل عليه بعض التحفظات المتعلقة بالسلطة المنتدبة، وبعد ذلك وافق عليه المفوض السامي بتاريخ 22 أيار 1926، ونشر في اليوم التالي، واعتبر نافذاً منذ ذلك اليوم (الشاعر 2005، 216).

ج. الجمعية التأسيسية

يعتبر أسلوب الجمعية التأسيسية أحد أساليب نشأة الدساتير بطريقة ديمقراطية غير مباشرة، بحيث ينتخب الشعب هيئة تسمى "الجمعية التأسيسية أو المجلس التأسيسي" تختص بوضع الدستور وصياغته وإقراره نيابة عن الشعب، فهذه الجمعية تكون منتخبة من الشعب خصيصاً لممارسة السلطة التأسيسية لوضع الدستور (بدوي 1969، 46)، وينتهي عملها بإقرار الدستور (المجذب 2002، 53). وتم تبني دستور الجمهورية الثالثة الفرنسية بهذه الطريقة، وكذلك دستور إيطاليا للعام 1947، ودستور إسبانيا للعام 1931، والدستور السوري للعام 1950.

نشأته من خلال المجلس التمثيلي اللبناني (حوري 2011، 113-121).

هذا ويعود تبني الدستور اللبناني بعد تعرضه للانتداب الفرنسي، استناداً للمادة (1) من صك الانتداب الفرنسي على لبنان، بأن فرنسا تلتزم بتهيئة البلاد الخاضعة لها بتبني نظامٍ أساسيٍّ خلال ثلاث سنوات من تاريخ تنفيذ الانتداب (الشاعر 2005، 213).

وبناء عليه أرسل المفوض السامي في عام 1952، وبعد إقرار هذا الانتداب، مشروعاً إلى حكومته يتضمن المبادئ العامة التي يتبنى تطبيقها في لبنان، وشكّلت هذه الحكومة لجنة نيابية فرنسية للنظر في المشروع المقترح، وقررت أن اللجنة المختصة بإقرار الدستور اللبناني هو المجلس النيابي، حيث إن دور الدولة المنتدبة فقط الإشراف على الدولة الخاضعة للانتداب، ونتيجة لهذا القرار تم دعوة المجلس النيابي اللبناني إلى جلسة غير عادية بتاريخ 10 كانون الأول 1952؛ لإبلاغه بقرار الحكومة الفرنسية، الذي بدوره انتخب لجنة ثلاثية مهمتها إعداد مشروع الدستور بالاتفاق مع المفوض السامي وتحت رقابته، وبعد الانتهاء من ذلك انتخب المجلس النيابي لجنة ثانية أطلق عليها "لجنة الدستور"، التي ارتأت إجراء استفتاء لأهل الرأي على بعض

د. الاستفتاء الشعبي

من مجلس الأمة المصري مثلاً على نشأة الدساتير عن طريق الاستفتاء الشعبي؛ حيث أوكل إلى مجلس الأمة وضع المبادئ الأساسية المتعلقة بالجمهورية، وعلى أثر ذلك شكل هذا المجلس لجنة تحضيرية تضم ثمانين عضواً، من أعضاء مجلس الأمة مع الاستعانة ببعض القضاة والمفكرين ورجال الدين (الشاعر 2005، 207).

وأعدت هذه اللجنة مشروعاً للمبادئ الأساسية التي يتعين على الدستور أن يقوم عليها وفقاً لمقترحات الشعب، ومن ثم عرضته على مجلس الأمة الذي وافق عليه بتاريخ 22 تموز 1971، وتضمن هذا المقترح 81 مبدأ، وشكل الأصول العامة لصياغة مواد الدستور، وعندما عقد المؤتمر القومي العام للاتحاد الاشتراكي العربي عرضت عليه المشروع فوافق على المبادئ الواردة فيه، ومن ثم فوض اللجنة المركزية صياغة هذه المبادئ في مواد محددة (الشاعر 2005، 208).

وبناء عليه اختارت هذه اللجنة من بين أعضائها لجنة خاصة لصياغة الدستور حسب المبادئ العامة التي وافق عليها المؤتمر القومي، ومن ثم عرض على اللجنة المركزية بتاريخ 8 تشرين الثاني 1971، والتي وافقت على مشروع الدستور، الذي يتضمن (193) مادة، ومن ثم عرض على الاستفتاء الشعبي بتاريخ 11 تشرين الثاني

يقصد بالاستفتاء الدستوري "عرض مشروع قانون دستوري على الشعب لأخذ رأيه بشأنه بالموافقة أو الرفض، فإذا وافق عليه الشعب أصبح دستوراً نافذاً واكتسب صفته القانونية، أما إذا حدث العكس ورفض الشعب المشروع اعتبر كأن لم يكن، ولقد ظهر هذا الأسلوب في الربع الأخير من القرن الثامن عشر في أمريكا للعام 1776 كأسلوب مرتبط بالسيادة الحقيقية للشعب، ومن ثم انتقل إلى فرنسا بعد الثورة الفرنسية، وبناءً عليه تم صدور الدستور الفرنسي للعام 1793 (نصار 1993، 79).

ويجسد الاستفتاء الشعبي كأسلوب لنشأة الدساتير الديمقراطية المباشرة للشعب، فالشعب نفسه بصفته صاحب السيادة يمارس السلطة وليس عن طريق ممثليه، بحيث تقوم جمعية أو لجنة منتخبة من الشعب أو معينة من الحاكم أو الرئيس بصياغة الدستور، ولا يصبح هذا الدستور نافذاً إلا بعد الحصول على موافقة الشعب من خلال الاستفتاء (الحو 2005، 433).

وتعتبر السلطة التأسيسية التي أنشأت الدستور المصري للعام 1971، والتي تشكلت بناء على طلب من رئيس الجمهورية بتاريخ 20 أيار 1971

مشترك، بدعوة من المجلس الأعلى للقوات المسلحة، خلال ستة أشهر من انتخابهم، لانتخاب جمعية تأسيسية من مئة عضو، تتولى إعداد مشروع دستور جديد للبلاد في موعد غايته ستة أشهر من تاريخ تشكيلها. ويُعرض المشرع خلال خمسة عشر يوماً من إعدادها على الشعب لاستفتاءه في شأنه. ويعمل بالدستور من تاريخ إعلان موافقة الشعب عليه في الاستفتاء".

وكذلك تم إنشاء الدستور المصري للعام 2014 (الساري)، بعد عرضه على الاستفتاء الشعبي، وذلك بعد أن أصدر رئيس الجمهورية قراراً بتشكيل لجنة (عرفت بلجنة العشرة) تضم قضاة محكمة دستورية عليا وقضاة من المحاكم العادية وكذلك من مجلس الدولة، وخبراء ومختصين بالمجال القانوني، لاقتراح تعديلات دستورية على دستور عام 2012 الذي عطلته القيادة العامة للقوات المسلحة أثناء إسقاط حكم مرسي، ومن ثم عرضت هذه اللجنة مقترحاتها على لجنة أخرى تضم خمسين عضواً (عرفت بلجنة الخمسين) ممثلين عن فئات المجتمع وطوائفه وطبقاته، خلال ستين يوماً من استلامها المقترح، ومن ثم عرض على رئيس الجمهورية الذي بدوره عرضها على الشعب للموافقة عليها من خلال الاستفتاء، وقد حدد الإعلان الدستوري بتاريخ 8 تموز 2013

1971، بناء على نص المادة (193) في مشروع الدستور، التي تنص على: "يعمل بهذا الدستور من تاريخ إعلان موافقة الشعب عليه في الاستفتاء" (الشاعر 2005، 208-209).

وبعد إجراء الاستفتاء أصدر رئيس الجمهورية الدستور، وبالتالي فإن صدوره كان بعد الحصول على موافقة الشعب عليه من خلال الاستفتاء بعد أن أعد مشروعه ممثلاً للشعب ألا وهما مجلس الشعب والاتحاد الاشتراكي. وما يؤكد ذلك ما ورد في وثيقة إعلان الدستور: "نحن جماهير شعب مصر، وتصميماً وإيماناً وإدراكاً لكل مسؤولياتنا الوطنية والقومية والدولية... نعلن في هذا اليوم الحادي عشر من شهر سبتمبر سنة 1971 أننا نقبل ونعلق ونمنح لأنفسنا هذا الدستور" (الشاعر 2005، 209-210).

وذاً النهج أثبع في الدستور المصري للعام 2012، حيث صاغت مشروع الدستور الجمعية التأسيسية المنتخبة من البرلمان والتي تتكون من مئة عضو، ومن ثم وافق عليه الشعب من خلال الاستفتاء، وتم اتباع هذا الأسلوب استناداً لما نصت عليه المادة (60) من الإعلان الدستوري الصادر من المجلس الأعلى للقوات المسلحة للعام 2011، الذي جاء فيه: "يجتمع الأعضاء غير المعيّنين لأول مجلسي شعب وشورى في اجتماع

وعلى العكس من ذلك هناك العديد من الدساتير كما في حالي الكويت والأردن تم تبنيها من خلال العقد قبل عشرات السنوات ومازالت مطبقة إلى الآن. بالتالي لا نستطيع أن نجزم بأن الوسيلة الأنسب لبقاء الدستور أن يتم تبنيه من خلال الطرق الديمقراطية، وإنما معيار بقاء هذه الدساتير يعتمد على مدى ملاءمتها مع احتياجات المجتمع ورغباته.

3. السلطة التأسيسية المعدلة

قد تتغير الظروف التي واكبت تبني الدستور سواء كانت سياسية أو قانونية أو اجتماعية، فتصبح عاجزة عن عكس رغبات الشعب وتطلعاته؛ الأمر الذي يتيح المجال لتعديل نصوصه لتتلاءم مع هذه المتغيرات، بما فيها الأحداث التي تمر بها الشعوب. لذلك تتطرق الورقة في هذا الجزء لإجراءات تعديل النصوص الدستورية والسلطة المختصة بذلك ضمن القسم الأول، بينما يهتم القسم الثاني ببحث ضوابط ممارسة سلطة التعديل.

3.1. إجراءات تعديل النصوص الدستورية

لا بد من الإشارة قبل الحديث عن السلطة المختصة بتعديل الدستور والإجراءات التي يتعين عليها اتباعها، إلى أن السلطة التأسيسية المعدلة

والصادر عن الرئيس المؤقت آلية إصدار هذا الدستور بموجب المواد (28-30) منه.

ويضيف البعض من الفقهاء أسلوباً آخر لنشأة الدساتير من خلال المعاهدات الدولية، ومن ذلك نشأة دستور مملكة بولندا لعام 1815، ودستور الامبراطورية الألمانية للعام 1871 (متولي 1971، 73).

ونلاحظ بناء على ما سبق أن صدور الدستور من السلطة التنفيذية والمتمثلة برئيس الدولة من خلال المنحة أو بمشاركته من الشعب من خلال العقد باعتبارها وسائل غير ديمقراطية، لا يعني بالضرورة أن هذا الدستور يرسخ الاستبداد أو الحكم المطلق.

وكذلك لا يعني تبني الدستور من خلال الاستفتاء الشعبي بقاءه باعتباره معبراً عن إرادة الشعب، فالعديد من النصوص الدستورية تم تبنيها من خلال الاستفتاء إلا أنها لم تدم، كما هو الحال في الدساتير المتعاقبة على مصر، حيث تم تبني أغلبها من خلال الاستفتاء، إلا أنها تغيرت بين فترة وأخرى نتيجة لتطورات عاصرتها، ومن ضمنها دستور 1956 ودستور 1971، ولحقها دستور 2012، فهذه الدساتير تم تبنيها من خلال الاستفتاء إلا أنه لم يكتب لها البقاء.

مقيدة بأحكام الدستور الذي يمنحها حق الحياة (شطناوي 2002، 43). وبالتالي فإن السلطة التأسيسية المعدلة ذات اختصاص مقيد بما وضعته السلطة التأسيسية الأصلية من شروط شكلية وموضوعية، على خلاف السلطة التأسيسية الأصلية التي لا تخضع لأي قيد من حيث الشكل أو الموضوع باستثناء اتفاقها مع رغبات الشعب واحتياجاته (الشاعر 2005، 140). ولذلك تسمو السلطة التأسيسية الأصلية على المعدلة؛ لأن الأخيرة منشأة من قبل السلطة التأسيسية الأصلية وتضع ضوابطها لتقوم بعمل معين (عبدالله 2013، 36-37).

وبالعادة تنص الدساتير الجامدة على السلطة المختصة بالتعديل، وقد تمنح هذا الاختصاص للسلطة التشريعية أو لجمعية تأسيسية ننتخب لهذا الغرض، أو قد تكون متاحة للسلطة التنفيذية لوحدها أو باشتراكها مع السلطة التشريعية، وقد تتم من خلال الشعب بواسطة الاستفتاء. فالسلطة التي تمتلك التعديل هي التي يرى واضعو الدستور بأنها تحتل مكانة عليا من الناحية السياسية من حيث الاختصاصات أو الامتيازات الممنوحة لها مقارنة مع غيرها من السلطات (شطناوي 2002، 81)، الأمر الذي يجعل السلطة المعدلة تختلف من دولة لأخرى وكذلك إجراءاتها تتباين من حالة

ترتبط بنوع الدساتير؛ فمن حيث إجراءات التعديل، تنقسم الدساتير إلى نوعين أحدهما مرن والآخر جامد؛ أما الجامد فهو الذي يخضع لإجراءات تعديل خاصة به، ومنصوص عليها في الدستور ذاته، وتختلف عن إجراءات تعديل القانون العادي، فهذه الإجراءات الخاصة هي التي تعطي للقواعد الدستورية المرتبة العليا ويمنحها مرتبة السمو (شطناوي 2002، 73). ويهدف هذا الجمود لجعل الدستور ثابتاً ومستقراً ومحماً من اعتداءات السلطة التشريعية من خلال فرض قيود عليها أو تعقيد إجراءاتها (المجذوب 2002، 61).

أما الدستور المرن، فيمكن تعديله بنفس الإجراءات التي تتبع في تعديل القوانين العادية، وبالتالي لن يكون لمبدأ السمو أي آثار قانونية؛ لأن السلطة التشريعية تستطيع أن تعدل الدستور بواسطة قوانين عادية، باتباع نفس الإجراءات والقواعد التي تتم بها العملية التشريعية، وتكون لها نفس قوة قواعد هذا الدستور (الحو 2005، 434).

وتهتم السلطة التأسيسية المعدلة أو ما يطلق عليها السلطة المشتقة أو المنشأة، بتعديل نصوص الدستور، وتستند في قيامها إلى دستور قائم ونافذ يحدد السلطة المختصة بتعديل الدستور، والإجراءات المتعين عليها اتباعها لذلك، فهي

العربية من السلطة التأسيسية المعدلة والإجراءات المتبعة لذلك.

ففي الحالة الفلسطينية تعرضت المادة (120) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003) للجهة المختصة بالتعديل، وجاء فيها: "لا تعدل أحكام هذا القانون الأساسي المعدل إلا بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء المجلس التشريعي الفلسطيني"، فهذا النص حصر منح سلطة تعديل القانون الأساسي في فلسطين للسلطة التشريعية فقط، دون تعليق نفاذها على موافقة السلطة التنفيذية، واقتصرت نصوصه على توضيح الجهة المختصة بتعديل القانون الأساسي الفلسطيني والنسبة المطلوبة من ذلك، دون إيراد تفاصيل الإجراءات المتبعة في ذلك.

وعلى صعيد الواقع تم تعديل القانون الأساسي مرتين الأولى في العام 2003 لاستحداث منصب رئيس الوزراء، أما الثانية في العام 2005 حين تم إدخال بعض التعديلات على النظام الانتخابي، وتحديد فترة ولاية رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية وكذلك ولاية المجلس التشريعي بأربع سنوات بعد أن كانت تمتد على مدى الفترة الانتقالية.

بينما نظم الدستور المصري (2014)، آلية تعديل الدستور في المادة (226) منه، وجاء فيها:

لأخرى وفقاً لما هو منصوص عليه في دساتير هذه الدول.

وبشكل عام يمر التعديل الدستوري بالعديد من المراحل، وهي مرحلة اقتراح التعديل، الذي قد يتقرر للسلطة التنفيذية أو التشريعية أو السلطتين معاً، وقد يمنح هذا الحق للشعب (المجذوب معاً، 2002، 67). أما المرحلة الثانية تتجسد بالموافقة على مبدأ التعديل؛ بمعنى الموافقة على إجراء التعديل دون الدخول بالتفاصيل أو الصياغة، وبالعادة تفضل الدساتير منح هذا الاختصاص للسلطة التشريعية، وأخرى تنشئ جهة خاصة لهذا الغرض (الخطيب 1993، 76).

وفي حالة موافقة الجهة المختصة على فكرة التعديل يتم الانتقال إلى المرحلة الثالثة المتمثلة بإعداد التعديل، التي تقوم به بالعادة هيئة منتخبة من الشعب أو السلطة التشريعية وفقاً لضوابط محددة تضع بموجبه مشروعاً يتضمن النصوص المعدلة. وأخيراً تنتهي هذه الإجراءات بمرحلة الإقرار النهائي للتعديل، الذي تختلف سلطته من دولة لأخرى. هذه الإجراءات العامة التي يمر بها التعديل الدستوري بشكل عام، إلا أن تفاصيل هذه الإجراءات والسلطة المختصة بإعمالها تختلف من دولة إلى أخرى، وفقاً لما تتضمنه نصوص دساتيرها، وسنتحدث فيما يلي عن موقف الدساتير

موافقة ثلثي أعضائه على المواد المعدلة يعرض على الاستفتاء الشعبي.

ولا بد من الإشارة إلى وجود اختلاف بسيط بين صياغة النص الوارد في الدستور المصري (2014) السابقة الذكر، والمادة (189) من دستور 1971؛ حيث إن الأخير منح حق اقتراح تعديل الدستور لرئيس الجمهورية ومجلس الشعب على أن يكون الطلب موقعاً من ثلث أعضاء المجلس على الأقل في حال كان اقتراح التعديل صادراً من مجلس الشعب. ومن ثم يناقش المجلس مبدأ التعديل وفي حال الموافقة عليه بأغلبية أعضائه يتم مناقشته بعد شهرين من تاريخ الموافقة، فإذا وافق على التعديل ثلث أعضاء المجلس عرض على الشعب لاستفتاءه في شأنه، فإذا ووفق على التعديل اعتبر نافذاً من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء. وبالتالي فإن تعديل الدستور المصري يتم من خلال الاستفتاء الشعبي.

أما الدستور الكويتي (1962)، فقد تعرض بموجب المواد (174-176) للجهات المختصة بالتعديل الدستوري وإجراءات ذلك، وجاء في المادة (174) ما يلي: "للأمير وثلث أعضاء مجلس الأمة حق اقتراح تنقيح هذا الدستور بتعديل أو حذف حكم أو أكثر من أحكامها أو بإضافة أحكام جديدة إليه. فإذا وافق الأمير وأغلبية الأعضاء

الرئيس الجمهورية، أو لخمسة أعضاء مجلس النواب، طلب تعديل مادة، أو أكثر من مواد الدستور، ويجب أن يُذكر في الطلب المواد المطلوب تعديلها وأسباب التعديل. وفي جميع الأحوال، يناقش مجلس النواب طلب التعديل خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمه، ويصدر المجلس قراره بقبول طلب التعديل كلياً، أو جزئياً بأغلبية أعضائه. وإذا رُفض الطلب لا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل حلول دور الانعقاد التالي. وإذا وافق المجلس على طلب التعديل، يناقش نصوص المواد المطلوب تعديلها بعد ستين يوماً من تاريخ الموافقة، فإذا وافق على التعديل ثلثا عدد أعضاء المجلس، عرض على الشعب لاستفتاءه عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور هذه الموافقة، ويكون التعديل نافذاً من تاريخ إعلان النتيجة، وموافقة أغلبية عدد الأصوات الصحيحة للمشاركين في الاستفتاء".

فهذه المادة منحت حق اقتراح تعديل الدستور إلى رئيس الجمهورية أو خمس أعضاء مجلس النواب، على أن يقوم مجلس النواب بالموافقة الأولية على اقتراح التعديل خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمه الطلب، وبقرار صادر بأغلبية أعضائه، وفي حال الموافقة يناقش المجلس المواد المطلوب تعديلها خلال ستين يوماً من تاريخ الموافقة، وفي حال

وبعد النقاش يقَره ثلثا أعضاء مجلس الأمة فإذا رفض اقتراح التعديل لا يجوز عرض ذات الاقتراح على المجلس قبل مدة سنة من هذا الرفض. بينما يقوم الأمير بالإقرار النهائي للتعديل من خلال المصادقة على هذا المشروع، فلا يمكن أن ينقذ دون موافقته، وفي حال رفضه النصوص المعدلة لا يجوز عرضه من جديد قبل مضي سنة على هذا الرفض، وبالتالي نلاحظ أن السلطة التشريعية والتنفيذية في الحالة الكويتية تختص بتعديل الدستور.

وكذلك الأمر يمكن تعديل الدستور الأردني بالاشتراك بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، حيث نصت المادة (1/126) من الدستور الأردني المعدل (1952) على ما يلي: "تطبق الأصول المبينة في هذا الدستور بشأن مشاريع القوانين على أي مشروع لتعديل هذا الدستور ويشترط لإقرار التعديل أن تجيزه أكثرية الثلثين من أعضاء كل من مجلسي الأعيان والنواب وفي حالة اجتماع المجلسين وفقاً للمادة (92) من هذا الدستور يشترط لإقرار التعديل أن تجيزه أكثرية الثلثين من الأعضاء الذين يتألف منهم كل مجلس. وفي كلتا الحالتين لا يعتبر نافذاً المفعول ما لم يصدق عليه الملك". ويقصد من ذلك أن الجهات المخولة باقتراح القانون العادي تمتلك ذاتها اقتراح تعديل

الذين يتألف منهم مجلس الأمة على مبدأ التنقيح وموضوعه، ناقش المجلس المشروع المقترح مادة مادة، وتشترط لإقراره موافقة ثلثي الأعضاء الذي يتألف منهم المجلس، ولا يكون التنقيح نافذاً بعد ذلك إلا بعد تصديق الأمير عليه وإصداره، وذلك بالاستثناء من حكم المادتين 65، 66 من هذا الدستور". وإذا رفض اقتراح التنقيح من حيث المبدأ أو من حيث موضوع التنقيح فلا يجوز عرضه من جديد قبل مضي سنة على هذا الرفض".

بالتالي نلاحظ أن حق اقتراح تعديل الدستور ممنوح للسلطة التنفيذية المتمثلة بأمر الدولة، أو بناءً على طلب السلطة التشريعية المتمثلة بمجلس الأمة، على أن يكون موقعاً من ثلث أعضاء هذا المجلس، أما إذا كان الاقتراح صادراً عن الأمير فيجب أن يتم ذلك بمرسوم أميري يوقع عليه الأمير ومجلس الوزراء. ومن ثم يتعين موافقة الأمير وأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس على مبدأ التعديل، فإذا تم الرفض لا يمكن الاستمرار في نظر اقتراح التعديل، وحق الأمير في هذه الحالة مطلق، وفي حال تمت الموافقة عليه، يتعين على مجلس الأمة مناقشة مشروع التعديل مادة تلو الأخرى.

على هذا التعديل ليصبح نافذ المفعول، وتعتبر موافقة مجلس الأمة من حيث المبدأ في الحالة الأولى نهائية ولا يجوز لأي جهة أن تتدخل فيها. أما إذا كان الاقتراح صادراً من مجلسي الأمة تعتبر موافقة الملك حقاً مطلقاً له، وذلك على عكس القوانين العادية التي يوافق فيها الملك على مبدأ اقتراح التعديل. ويجب أن يعرض بعد ذلك على مجلس الأمة لإبداء الرأي فيه، فإذا وافق ثلثي أعضاء كل من مجلس الأعيان والنواب الموافقة على التعديل يصادق عليه الملك، وفي حال رفض مشروع التعديل الذي أقره مجلس الأمة فلا يجوز استكمال الإجراءات (شطناوي 2002، 86).

أما بالنسبة للدستور اللبناني المعدل (1926) فقد تعرضت المواد (77-79) منه لإجراءات التعديل والسلطة المختصة بذلك، وبموجبه منحت الحق في اقتراح تعديل الدستور إلى السلطة التشريعية؛ حيث تمارسها السلطة التشريعية من خلال تقديم الاقتراح من عشرة نواب على الأقل وموافقة الثلثين من مجموع أعضائه تقديم طلب الاقتراح، ويبلغ رئيس المجلس ذلك الاقتراح إلى الحكومة طالباً منها أن تضع مشروع قانون في شأنه، فإذا وافقت الحكومة المجلس على اقتراحه بأكثرية الثلثين وجب عليها أن تضع مشروع التعديل وتطرحه

الدستور؛ لأن القواعد التي تنظم الموضوعين واحدة.

وبالعودة إلى المادة (95) من ذات الدستور، التي تنص على: "يجوز لعشرة أو أكثر من أعضاء أي من مجلسي الأعيان والنواب أن يقترحوا القوانين ويحال كل اقتراح على اللجنة المختصة في المجلس لإبداء الرأي فإذا رأى المجلس قبول الاقتراح أحاله على الحكومة لوضعه في صيغة مشروع قانون وتقديمه للمجلس في الدورة نفسها أو في الدورة التي تليها. 2. كل اقتراح بقانون تقدم به أعضاء أي من مجلسي الأعيان والنواب وفق الفقرة السابقة ورفضه المجلس لا يجوز تقديمه في الدورة نفسها". أما المادة (91) تنص على: "يعرض رئيس الوزراء مشروع كل قانون على مجلس النواب الذي له حق قبول المشروع أو تعديله أو رفضه وفي جميع الحالات يرفع المشروع إلى مجلس الأعيان ولا يصدر قانون إلا إذا أقره المجلسان وصدق عليه الملك".

وبالتالي يمكن القول بأن السلطة التنفيذية والتشريعية تمتلك حق اقتراح مشاريع الدستور، وإذا قدم اقتراح التعديل من السلطة التنفيذية يجب أن يوافق مجلس الأمة بأكثرية الثلثين على هذا التعديل من حيث المبدأ، أما إذا كان الاقتراح صادراً من مجلس الأمة فيجب أن يوافق الملك

أنه يمكن ملاحظة أن بعض النصوص الدستورية لا يمكن تعديلها فهي تتصف بالجمود، وقد يكون هذا الجمود مؤقتاً أو دائماً؛ أما الجمود المؤقت يكون لفترة محددة، كأن يتم تحريم تعديل الدستور كله أو بعضه خلال فترة محددة أو مرحلة معينة. أو قد يكون الحظر على موضوع معين قد يتعلق ببعض المبادئ العامة (شطناوي 2002، 82-83).

وقد تضمن الدستور الأردني المعدل (1952) في المادة (162) حظراً زمنياً وآخر موضوعياً، حين منعت إدخال أي تعديل على الدستور مدة قيام الوصاية "بشأن حقوق الملك ووراثته" فلا يجوز تعديل النصوص من الناحية الزمنية أثناء فترة الوصاية، ومن الناحية الموضوعية ما يتعلق بحقوق الملك كافة ووراثته.

أما الدستور الكويتي (1962) فقد حظر من الناحية الزمنية وبموجب المادة (174) تعديل أي نص قبل مضي خمس سنوات على العمل بالدستور، وكذلك يمنع بصفة مؤقتة ومن الناحية الزمنية والموضوعية تعديل صلاحيات الأمير في فترة النيابة وفقاً للمادة (176). أما المادة (175) فقد حظرت من الناحية الموضوعية تعديل نظام الحكم الأميري ومبادئ الحرية والمساواة التي كفلها الدستور. أما الدستور المصري فقد حظر ضمن

على المجلس خلال أربعة أشهر وإذا لم توافق فعليها أن تعيد القرار إلى المجلس ليدرسه ثانية، فإذا أصر عليه بأكثرية ثلاثة أرباع مجموع أعضائه كان على رئيس الجمهورية إما إجابة مجلس النواب إلى رغبته وإما الطلب من مجلس الوزراء حله وإجراء انتخابات جديدة خلال ثلاثة أشهر، وفي حال إصرار مجلس النواب الجديد على وجوب التعديل يتوجب على الحكومة الانصياع وطرح مشروع التعديل في مدة أربعة أشهر، واشترطت المادة (79) عند طرح مشروع التعديل على المجلس وجود ثلثي أعضائه الأصليين والتصويت عليه بالأغلبية نفسها.

وعلى رئيس الجمهورية أن يصدر القانون المتعلق بتعديل الدستور بالشكل والشروط نفسها التي تصدر وتنتشر بموجبها القوانين العادية ويحق له خلال المدة المعينة للإصدار أن يطلب إلى المجلس بعد اطلاع مجلس الوزراء إعادة المناقشة في المشروع مرة أخرى ويصوت عليه بأكثرية ثلثي الأصوات أيضاً.

2.3. ضوابط ممارسة السلطة التأسيسية المعدلة

بشكل عام يمكن تعديل نصوص الدساتير الجامدة وفقاً لإجراءات محددة منصوص عليها في ذات الدستور، لتتمكن من مواكبة رغبات الشعب، إلا

واختلف الفقهاء حول القيمة القانونية للنصوص التي تتضمن حظراً لتعديل الدستور خلال مدة محددة أو حظراً على بعض أحكامه؛ فالإتجاه الأول يجرّد هذه النصوص من كل قيمة قانونية أو سياسية ويعتبرها باطلة؛ على اعتبار أن النصوص الدستورية يجب أن تتلاءم مع كل المتغيرات التي تمر فيها الدولة على مختلف الأصعدة. أما الإتجاه الثاني يعتبر هذه النصوص صحيحة من الناحية القانونية على اعتبار أن الشعب هو مصدر جميع السلطات، ولا يمكنه استعمال صلاحياته إلا على الوجه المحدد بالدستور. أما الإتجاه الثالث يضيف المشروعية على حظر التعديل خلال مدة ويجرد حظر التعديل الدائم من كل قيمة قانونية. وأخيراً يذهب إتجاه رابع بأن النصوص التي تتمتع بالحظر سواء أكانت دائمة أو مؤقتة تعتبر كبقية نصوص الدستور ملزمة من الناحية القانونية، ولكن في حال تم تعديلها وفقاً للأصول المنصوص عليها دستورياً سقط عنها الحظر، وهذا يعني إمكانية التعديل باتتبع الإجراءات الدستورية المتعلقة بكيفية التعديل (المجنوب 2002، 70-72).

المادة (226) تعديل أي نصوص تتعلق بإعادة انتخاب رئيس الجمهورية أو مرتبطة بمبادئ الحرية والمساواة. بينما الدستور اللبناني لم يتضمن أي نص يحظر تعديله لفترة زمنية محددة، أو حتى النص على حظر تعديل مواضيع معينة بصفة دائمة أو مؤقتة، بالتالي تكون كل النصوص المنظمة بأحكام الدستور اللبناني عرضة للتعديل.

أما بالنسبة للحالة الفلسطينية فقد نصت المادة (113)، من القانون الأساسي المعدل (2003) على: "لا يجوز حل المجلس التشريعي الفلسطيني أو تعطيله خلال فترة الطوارئ أو تعليق أحكام هذا الباب"، فهذه المادة لا تعني عدم جواز تعديلها لاختلاف المقصود بين التعديل والتعطيل، الأمر الذي نلخصه بأنه لا يجوز تعديل هذه الأحكام بما يؤدي إلى تعطيل سريانها فقط في حالة الطوارئ (شبير 2016، 153).

هذا ولا بد من التأكيد بأنه لا يجوز حظر التعديل المطلق والأبدي لنصوص الدستور كافة؛ لتعارضه مع ضرورة تعديل الدستور استجابة للمتغيرات التي تواجهه، ولتعارضه مع مبدأ سيادة الأمة؛ فهذا التعديل المطلق والأبدي يهدر كلمة الأمة وسلطتها بشأن التعديل (عبدالله 1997، 517).

4. الخاتمة

وبالتالي فإن السلطة التأسيسية المعدلة ذات اختصاص مقيد بما وضعتها السلطة التأسيسية الأصلية من شروط شكلية وموضوعية على خلاف السلطة التأسيسية الأصلية التي لا تخضع لأي قيد من حيث الشكل أو الموضوع باستثناء اتفاقها مع رغبات الشعب واحتياجاته. وبالعادة تنص الدساتير الجامدة على السلطة المختصة بالتعديل، سواء منح هذا الاختصاص للسلطة التشريعية أو لجمعية تأسيسية تُنتخب لهذا الغرض، أو من خلال السلطة التنفيذية أو اشتراكها مع السلطة التشريعية، وقد تتم من خلال الشعب بواسطة الاستفتاء.

وبشكل عام يمر التعديل الدستوري بالعديد من المراحل، وهي مرحلة اقتراح التعديل، والموافقة الأولية على مقترح التعديل ومن ثم إجراء التعديل وأخيراً الإقرار النهائي. ويتعين على السلطة التأسيسية المعدلة مراعاة بعض النصوص المحظورة من الناحية الزمنية أو الموضوعية.

تقوم السلطة التأسيسية الأصلية بوضع الدستور في حال أن الدولة حديثة النشأة وليس لها دستور سابق أو في حال وجود دستور سابق ولكنه سقط نهائياً نتيجة ثورة أو انقلاب. وتتميز السلطة التأسيسية الأصلية بأنها تضع الدستور من الصفر دون الحاجة للالتزام بإجراءات محددة مسبقاً (بسبب غياب أو تعطيل أي نص دستوري سابق أصلاً). فالسلطة التأسيسية الأصلية تتمتع بالحرية المطلقة من حيث المبدأ في عملية إعدادها ووضعها للدستور الجديد. وقد تختلف هذه السلطة وإجراءات تبنيها من دولة إلى أخرى بما يتوافق مع نظامها السياسي وطبيعة نشأتها.

بينما تقوم السلطة التأسيسية المعدلة أو ما يطلق عليها السلطة المشتقة أو المنشأة، بتعديل نصوص الدستور؛ لمواكبة التغيرات الاجتماعية والسياسية والقانونية التي تعاصرها الدولة، وتضع هذه السلطة النصوص الدستورية بالاستناد إلى النصوص الدستورية التي تحكمها، وتستند في قيامها إلى دستور قائم ونافذ يحدد السلطة المختصة بتعديل الدستور، والإجراءات المتعين عليها اتباعها لذلك، فهي مقيدة بأحكام الدستور الذي يمنحها حق الحياة.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً- المصادر:

- حوري، عمر. 2011. القانون الدستوري. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- الحيارى، عادل. 1972. القانون الدستوري "النظام الدستوري الأردني دراسة مقارنة". عمان: مطابع غانم.
- الخطيب، نعمان. 1993. مبادئ القانون الدستوري. الكرك: جامعة مؤتة.
- خليل، عاصم. 2015. صناعة الدستور وبناء الدولة: إعادة تعريف الشعب الفلسطيني. منشور في: دراسات في النظام الدستوري الفلسطيني. رام الله: كلية الحقوق - جامعة بيرزيت.
- خليل، عاصم. 2015. عملية تحضير الدستور الفلسطيني وطريقة تنبيهه: لماذا؟ كيف؟ ولماذا الآن؟ منشور في: دراسات في النظام الدستوري الفلسطيني. رام الله: كلية الحقوق - جامعة بيرزيت.
- خليل، عاصم، ورشاد توام. 2014. فلسطين بين دستور الدولة والحاجة إلى ميثاق وطني: مقاربات استراتيجية في النظام السياسي الفلسطيني. رام الله: المركز الفلسطيني لأبحاث السياسات والدراسات الاستراتيجية (مسارات).
- الشاعر، رمزي. 2005. النظرية العامة في القانون الدستوري. القاهرة: دار النهضة العربية.
- شبير، محمد. 2016. المبادئ الدستورية العامة وتطبيقاتها في فلسطين وفقاً لأحكام القانون الأساسي المعدل. القاهرة: دار النهضة العربية.
- شطناوي، فيصل. 2002. مبادئ القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني. عمان: دار الحامد.
- عبدالله، عبد الغني. 1997. النظم السياسية والقانون الدستوري. دم: د.ن.
- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003)، الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز (2)، بتاريخ 2003/3/19.
- الدستور اللبناني (1926، لمعدل 2004): www.constituteproject.org/constitution/Lebanon_2004?lang=ar
- الدستور الأردني (1952، معدل 2016): www.constituteproject.org/constitution/Jordan_2016?lang=ar
- الدستور الكويتي (1962): www.constituteproject.org/constitution/Kuwait_1992?lang=ar
- الدستور المصري (2014): www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014?lang=ar
- الإعلان الدستوري للعام 2011، منشور في الجريدة الرسمية المصرية، العدد 12 مكرر (ب) الصادر بتاريخ 2011/3/30.
- الإعلان الدستوري للعام 2013، منشور في الجريدة الرسمية المصرية، العدد 27، مكرر (أ) الصادر بتاريخ 2013/7/8.

ثانياً- المراجع:

- بدوي، ثروت. 1969. القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر. القاهرة: دار النهضة العربية.
- حسن، عبد الفتاح. 1968. النظام الدستوري في الكويت. بيروت: دار النهضة العربية للنشر والطباعة.
- الحلو، ماجد. 2005. النظم السياسية والقانون الدستوري. الإسكندرية: منشأة المعارف.

- فهمي، مصطفى. 1999. النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة. الإسكندرية: دار المعارف.
- المجذوب، محمد. 2002. القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان وأهم النظم الدستورية والسياسية في العالم. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- متولي، عبد الحميد. 1971. القانون الدستوري والأنظمة السياسية. الإسكندرية: منشأة المعارف.
- نصار، جابر. 1993. الاستفتاء الشعبي والديمقراطية. القاهرة: دار النهضة العربية.



BIRZEIT UNIVERSITY

كلية الحقوق والإدارة العامة

Faculty of Law and Public Administration

وحدة القانون الدستوري

Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/12)
فئة أوراق طلبة الماجستير

نورا طه

**بناء الأماكن، هدم الحقوق:
ملاحح الحق في السكن في
السياق الفلسطيني**

كانون أول/ ديسمبر 2018

Constructing Places, De-constructing Rights:
Understanding the Right to Housing in the
Palestinian Context [Arabic]

بناء الأماكن، هدم الحقوق: ملامح الحق في السكن
في السياق الفلسطيني

Nora Taha نورا طه

التدقيق اللغوي: شيماء حسن

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (12/2018)
MA Students Papers Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/12)
فئة أوراق طلبة الماجستير

© 2018, 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 : chairofcfl@birzeit.edu

© 2018، جامعة بيرزيت

وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة
الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقياً أو إلكترونياً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة
القانون الدستوري في جامعة بيرزيت.
للتواصل والمعلومات بالخصوص: chairofcfl@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].

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

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

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:

نوراطه*

بناء الأماكن، هدم الحقوق:

ملاص الحق في السكن في السياق الفلسطيني**

مقدمة

يعرف المكان بأنه حيز منتج ويُشكل اجتماعياً،¹ هذه الفضاءات الماخترعة تخلق بناء على تشكلات وتحولات سياسية واجتماعية واقتصادية، وكاستجابة لعلاقات قوى على مستويات رسمية وغير رسمية، وهو الأمر الذي يجعلها فعلاً مُنشأ (Constructed).² والحديث عن المكان قد تغير في الآونة الأخيرة؛ فيرى إدوارد سوجا بأن الجدل حول المكان حديثاً يؤكد على أن المكان هو فضاء لاحتواء النشاط الإنساني.³ والتسليم في هذا الأمر له انعكاسات خاصة في فهمنا للحقوق التي تتطلب في تطبيقها مساحات مادية فعلية مثل الحق في السكن، والتي بدورها تعيد طرح أسئلة غاية في الأهمية تتعلق في المكان، ونطاق الحقوق، وسياسات التهميش في ممارسات العالم الحديث.

* باحثة في وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت.

** هذه الدراسة في أصلها ورقة بحثية مقدمة ضمن مساق "حقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق"، في برنامج ماجستير الديمقراطية وحقوق الإنسان بجامعة بيرزيت، خلال الفصل الدراسي الثاني 2017/2018. وقد جرى تطويرها لغايات النشر.

¹ Jeannie Van Wyk, "Can Legislative Intervention Achieve Spatial Justice?," *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol 48 (3) (2015), 384.

https://www.jstor.org/stable/26203991?seq=1#page_scan_tab_contents

ملاحظة: جميع الروابط المشار لها في هذه الدراسة استرجعت في شهر أيار 2018.

² Jean Connolly Carmalt, "Rights and Place: using geography in Human Rights Work," *Human Rights Quarterly*, Vol 29 (1) (2007), 2. <https://www.jstor.org/stable/20072788>.

³ Edward W. Soja, "The City and Spatial Justice," *Justice Spatiale* 1 (2009), 2. <https://www.jssi.org/wp-content/uploads/2012/12/JSSJ1-1en4.pdf>.

و"تخصيص للموارد غير المتكافئ".⁷ وتصبح هذه اللامساواة مرئية على الصعيد الواقعي/ الفعلي، فيرى نعيم اشتوي بأن "النمط المكاني لعدم المساواة والاختلافات يؤدي إلى الفصل بين شرائح معينة من السكان وإعادة تصنيف الأشخاص اقتصادياً واجتماعياً وسياسياً؛ ونتيجة لذلك، فإن ترتيب الأغنياء والفقراء، على سبيل المثال، يعكس نفسه ويظهر في الأحياء".⁸

وفي الحيز الفلسطيني، فإن الحديث عن هذا الحق، هو حديث يجلب بدوره إطاراً يتعلق في الأبعاد الاستعمارية وعلاقتها في المدن، وفي الفرد/المواطن بطبيعة الحال. هذه الأبعاد ذاتها التي تتحكم بها القوى المهيمنة بأدواتها الاستعمارية كالقوانين والأنظمة والسياسات التي أنتجت أوجهاً لعدم المساواة وللتهميش المكاني، وأعدت إنتاج طبقات خاصة وهمشت في المقابل فئات أخرى؛ "فالحقب التي سبقت السلطة الفلسطينية هي حقب استعمار، أو في أحسن الحالات حكم خارجي لفلسطين عملت الجهات

بشكل عام، أصبح الإطار الجغرافي يؤخذ بعين الاعتبار عند فهم الحقوق، فمثلاً يطرح جين كارمالت كيف يفهم البعد المادي/الفيزيائي للحقوق في فكرة "الوصول إلى"، مثل القدرة على الوصول إلى أماكن العدالة، أو مراكز الاقتراع، أو المؤسسات الأكاديمية. في المقابل، تصبح عدم القدرة على هذا الوصول اختراقاً لهذا الحق. وهذا التوجه ولد ما يعرف "بالمساواة/العدالية المكانية".⁴ وقد يعرف هذا المفهوم بأنه "تقد للاستبعاد الممنهج والهيمنة والظلم، وهو نقد يهدف إلى زراعة حساسيات جديدة من شأنها تحريك الإجراءات اتجاه الظلم المتأصل في الفضاء والديناميكيات المكانية".⁵ وقد تأثر هذا المفهوم في دراسات ديفيد هارفي الذي حاول خلق إطار نظري في العلاقة ما بين المكان والعدالة، وكيف يتم استخدامه كأداة اضطهاد لتعزيز هذه المعادلات غير العادلة.⁶

وفي المقابل، تطرح اللامساواة المكانية كأداة جديدة للاضطهاد، وتعتمد في ذلك على شقين: "الحبس غير الطوعي لأي مجموعة في مساحات محددة"

⁷ Van Wyk, "Can Legislative Intervention Achieve Spatial Justice?," 382.

⁸ Naim Fayed Ishtaiwi, "Analysis of Spatial Inequality Patterns in the West Bank Governorates: Case Study of Tulkarem Governorate and its Localities," (Thesis: Al-Najah National University, 2016), 1.

scholar.najah.edu/sites/default/files/Naim%20Fayed%20Hassan%20Ishtaiwi.pdf.

⁴ Carmalt, "Rights and Place," 69.

⁵ Mustafa Dikec, "Justice and the Spatial Imagination," *Environment and Planning* 33 (2001), 1793.

hal-enpc.archives-ouvertes.fr/hal-01258169/document

⁶ المرجع السابق، 1768.

المتعلقة في ملكية الأراضي من أجل تصعيب الأمر على الفلسطينيين في تسجيل ملكيتهم لأراضيهم.¹²

وأصبحت الأساليب التي استخدمت عند قدوم السلطة الفلسطينية وبعد "تسليم الإدارة إلى الفلسطينيين" تركز على التلاعبات القانونية، كتلك التي تحد من عمليات البناء، مثل "التشديد على التراخيص، استخدام الهدم كعقوبة، الضرائب التعجيزية، ووضع مخططات هيكلية للبلدات والمدن الفلسطينية التي لم تتوسع على امتداد فترات الاحتلال، والتذرع في قضية الآثار لمنع البناء."¹³

وعند قيام السلطة الفلسطينية، أبتت إسرائيل على سياستها التي تتعلق في الاستيلاء على الأراضي بهدف التوسع في إنشاء المستوطنات، وإبقاء السكان تحت حكم مسيطر، ولم تقدم السلطة الفلسطينية أو تطرح أي تغييرات جوهرية في هذه الأنظمة القانونية، بل على العكس أبتت على هذه الأنماط غير العادلة، فلم تطرح أي حلول للمشاكل

الحاكمة على تعزيز سلطتها على حساب مصالح المواطنين والهوية الوطنية الفلسطينية.⁹

وعلى سبيل المثال، فقد استخدم الاحتلال الإسرائيلي التخطيط "كأداة للتحكم في المساكن الفلسطينية وتشكيلها في المدينة."¹⁰ فيرى سري حنفي بأن المشروع الاستعماري الإسرائيلي هو "spacio-cidal" بمعنى أنه يستهدف المشهد الطبيعي، فصدرت جملة من الأوامر العسكرية والقوانين التي استهدفت تغيير معالم المدن الفلسطينية،¹¹ وتحويلها ديمغرافياً، وتغييراً في ملكيات الأراضي، إضافة إلى نهب الموارد الطبيعية التي تشكل جزءاً أساسياً من الحق في السكن. ولم يقتصر الأمر فقط على إصدار القوانين، إنما استغل الاستعمار الإسرائيلي القوانين العثمانية - التي أبقاها الانتداب البريطاني بدوره -

⁹ أحمد مصلح، "دراسة حول القرارات بقوانين في قطاع الحكم 2007-2015 في: التشريع في زمن الانقسام: دراسة حول القرارات بقوانين والتشريعات الصادرة منذ 2007 (رام الله: المؤسسة الفلسطينية لدراسات الديمقراطية "مواطن"، 2016)، 14.

¹⁰ Ahmad El-Atrash, "Politics of Informal Urbanization and the Battle for Urban Rights in Jerusalem," *Jerusalem Quarterly* 65 (2016), 108.

www.palestine-studies.org/jq/fulltext/198350.

¹¹ من الأمثلة على القوانين التي كانت تحاول تغيير البنى الفلسطينية: الأمر العسكري رقم 291 لعام 1967؛ الأمر العسكري رقم 1271 لسنة 1989؛ قانون ملكية الغائبين؛ أمر بشأن تعديل قانون المالكين والمستأجرين (يهودا والسامرة) (رقم 1271) لسنة 1989؛ الأمر رقم 58 الصادر بتاريخ 19/8/1967.

¹² مركز المعلومات الوطني الفلسطيني - وفا، "نظام ملكية الأراضي من عام 1948 وحتى العام 1967"، عبر الرابط التالي:

<http://info.wafa.ps/atemplate.aspx?id=5163>

¹³ مقابلة مع حمدان طه، باحث في علم الآثار، رام الله بتاريخ 2018/5/15.

ولما كانت الاعتبارات ليست للمكان، إنما للمرحلة التي يخلق ويشكل بها المكان، فتأتي أهمية لبحث ملامح تشكلات الحق في السكن في السياق الفلسطيني، وكيف يمكن أن نفهمه وندرك الانتهاكات الواردة على هذا الحق في إطار مدينة رام الله كأحدى مدن الضفة الغربية. وقد قسمت الورقة إلى أقسام، الشق الأول يتعلق في فهم أبعاد هذا الحق على مستوى القانون الدولي، ويأتي هذا القسم لفهم ماذا نعني في الحق في السكن في العالم الحديث، وفي الشق الثاني، نقدم التشريعات الفلسطينية التي تنظم الحق في السكن، مع التركيز الخاص على مشروع قانون المالكين والمستأجرين الجديد الذي بدوره يعكس الاتجاهات الجديدة الفلسطينية نحو فكرة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، التي تعزز هيمنة فئات اقتصادية معينة وخاصة. وفي القسم الثالث يتم التطرق إلى الإشكالية التي يولدها التضارب القانوني والتكليف القانوني للمسؤوليات المترتبة على الدولة/الاحتلال في معرض الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، مشيرة في ذلك إلى الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية لعام 2004. وأخيراً، يختم البحث في تسليط للانتهاكات التي تولدها المنظومات القانونية والسياسات الاقتصادية نحو الحق في السكن، والتوصيات لبدء حركات بحثية

المتعلقة في الملكية كالأراضي المسواة وغير المسواة.

إضافة إلى ذلك، تأثر الحق في السكن في ظل السياسات الاقتصادية الجديدة التي شهدت عصرها في عهد رئيس الوزراء السابق سلام فياض، حيث وجدت تغيرات اجتماعية اقتصادية في المجتمعات الفلسطينية عكست نفسها ووجدت تعبيراتها في العلاقة في البيت والسكن. وتعرزت الفروق الاقتصادية الطبقية، وخلقت فئات جديدة تحتكر المنافع الاقتصادية. هذه السياسات "النيوليبرالية" تطرح ضرورة إلى أن الحق في السكن يجب أن يعاد فهمه في إطار الاقتصاديات السياسية للفضاء والحيز إذا إن هناك تشكلات حديثة للمدن مثل رام الله، التي تحولت من مدينة "سياسية مركزية"¹⁴ في الانتقضة الأولى والثانية إلى مدينة تعرف بـ"مدينة المقاهي" والتي تساق ضمن اقتصادي نيو ليبرالي استهلاكي مكنها من أن تصبح نموذجاً للتحويلات الديمغرافية الفعلية للسكان.¹⁵

¹⁴ Natasha Aruri, "Ramallah: From 'SUMUD [RESILIENCE] to Corporate Identity," *The Journal of Urbanism*. Vol 26 (1) (2013), 1.

www.academia.edu/3879183/RAMALLAH_FROM_SUMUD_RESILIENCE_TO_CORPORATE_IDENTITY.

¹⁵ المرجع السابق.

الاقتصادية والاجتماعية في المادة (11) على الحق في السكن وواجب الدولة في اتخاذ التدابير اللازمة لإنفاذ هذا الحق.¹⁸

وعلى الرغم أن المادة (11) سابقة الذكر أعلاه تعتبر المادة ذات الحكم الأشمل فيما يتعلق في موضوع السكن،¹⁹ إلا أن اتفاقيات دولية أخرى خاصة في فئات معينة أو تطبق ضمن سياقات معينة ذكرت الحق في السكن، إلا أن إشارتها إلى الحق تم بناء على لغويات ومفردات مختلفة عن تلك الاتفاقيات المذكورة أعلاه أدت إلى شمول الحق في أبعاد أخرى كفكرة أن الحق يشمل حماية لما هو موجود، ونفاده يشمل واجبات للدولة، فمثلا ذكر العهد الولي للحقوق المدنية والسياسية في المادة (17)²⁰ الحق في السكن في إطار نطاق

تختص في كيف يجب أن نفهم هذه الحقوق في خصوصية الوضع الفلسطيني.

1. التنظيم القانوني الدولي للحق في السكن

يعترف بالحق في السكن كحق اقتصادي اجتماعي في العديد من التنظيمات الدولية القانونية، وتشكلت ملامحه الأساسية في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948 في المادة (25) التي نصت على أحقية الأشخاص في شطر من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية كالغذاء والملبس والعناية الطبية بجانبها الحق في المسكن، وربطت المادة سابقة الذكر توافر هذه الحقوق كشرط لضمان الصحة والرفاهية للأفراد.¹⁶ وتعتبر حماية هذا الحق انطلاقا من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان واجبا على جميع أعضاء الأمم المتحدة ضمن واجباتهم الأساسية في احترام، وحماية، وتطبيق الحقوق.¹⁷ وذكر العهد الدولي للحقوق

Publications from the Global Capain for Secure Tenure No.05 (2002): 2 .
www.ohchr.org/Documents/Publications/HousingRightsen.pdf

¹⁸ تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل شخص في مستوى معيشي كاف له ولأسرته، يوفر ما يفي بحاجتهم من الغذاء والكساء والمأوى، ويحقه في تحسين متواصل لظروفه المعيشية. وتتعهد الدول الأطراف باتخاذ التدابير اللازمة لإنفاذ هذا الحق، معترفة في هذا الصدد بالأهمية الأساسية للتعاون الدولي القائم على الارتضاء الحر .
¹⁹ OCHR, General comment no(4) relating to the right to adequate housing, article 11 of the ICESCR.
²⁰ نص المادة المذكورة: "(1) لا يجوز تعريض أي شخص، على نحو تعسفي أو غير قانوني، لتدخل في خصوصياته أو شؤون أسرته أو بيته أو مراسلاته، ولا لأي حملات غير قانونية تمس شرفه أو سمعته. (2) من حق كل شخص أن يحميه القانون من مثل هذا التدخل أو المساس."

¹⁶ نص المادة المذكورة: "(1) لكل شخص حق في مستوى معيشة يكفي لضمان الصحة والرفاهة له ولأسرته، وخاصة على صعيد المأكل والملبس والمسكن والعناية الطبية وصعيد الخدمات الاجتماعية الضرورية، وله الحق في ما يأمّن به الغوائل في حالات البطالة أو المرض أو العجز أو الترمّل أو الشيخوخة أو غير ذلك من الظروف الخارجة عن إرادته والتي تفقده أسباب عيشه".

¹⁷ United Nations Human Settlements Programme, "Housing Rights Legislation: Review of International and National Legal Instruments," Series of

وقد فسر التعليق العام رقم (4) الصادر من لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، بأن الحق في السكن يجب أن يفهم في إطار واسع غير ضيق، وغير مقيد، ويشمل هذا الأمر أن فكرة هذا الحق غير طائفة على مجرد وجود سقف، بل هي مرتبطة بالحق في عناصر أخرى كالأمن والسلام والكرامة.²⁵ ويعلق التعليق العام سابق الذكر في الأبعاد التي تفهم من لفظ سكن "ملائم"، حيث أسهب التعليق في تفسير هذه الأبعاد والتي يجب أن تفهم حتى في ظل المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية في أي سياق:

1. الضمان القانوني لشغل المسكن: الذي يشمل حالات الإيجار، والإسكان التعاوني، والإسكان في حالات الطوارئ والاستيطان غير الرسمي، بما في ذلك الاستيلاء على الأراضي أو العقارات. وتنصح اللجنة في هذا الخصوص بضرورة توفير ضمان قانوني للأشخاص التي

الحماية والحق في عدم انتهاك أي من الأشخاص حرمة المنازل، بينما نصت الاتفاقية الدولية في القضاء على أشكال التمييز العنصري كافة في المادة (5)²¹ منها بتحريم التمييز على أي أسس منها الجنس أو اللون أو العرق أو الجنسية ضمن إطار فهم الحق في السكن، بينما تربط الاتفاقية الخاصة في مناهضة ضروب التمييز ضد النساء في المادة (14)،²² والاتفاقية الخاصة في حقوق الطفل في المادة (27)،²³ في حماية الحق في السكن في ضرورة توافر برامج من قبل الدولة.²⁴

²¹ المادة (5): إيفاء الالتزامات الأساسية المقررة في المادة 2 من هذه الاتفاقية، تتعهد الدول الأطراف بحظر التمييز العنصري والقضاء عليه بكافة أشكاله، وبضمان حق كل إنسان، دون تمييز بسبب العرق أو اللون أو الأصل القومي أو الإثني، في المساواة أمام القانون، لا سيما بصدد التمتع بالحقوق التالية: ... (هـ) الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ولا سيما الحقوق التالية: ... 3. الحق في السكن".

²² المادة (14): 1. تضع الدول الأطراف في اعتبارها المشاكل الخاصة التي تواجهها المرأة الريفية، والأدوار الهامة التي تؤديها في توفير أسباب البقاء اقتصاديا لأسرتها، بما في ذلك عملها في قطاعات الاقتصاد غير النقدية، وتتخذ جميع التدابير المناسبة لكفالة تطبيق أحكام هذه الاتفاقية على المرأة في المناطق الريفية. 2. تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في المناطق الريفية لكي تكفل لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، أن تشارك في التنمية الريفية وتستفيد منها، وتكفل للريفية بوجه خاص الحق في: (ح) التمتع بظروف معيشية ملائمة، ولا سيما فيما يتعلق بالإسكان والمرافق الصحية والإمداد بالكهرباء والماء، والنقل، والمواصلات.

²³ المادة (27): 1. تعترف الدول الأطراف بحق كل طفل في مستوى معيشي ملائم لنموه البدني والعقلي والروحي والمعنوي والاجتماعي. 2. يتحمل الوالدان أو أحدهما أو الأشخاص الآخرون المسؤولون عن الطفل، المسؤولية الأساسية عن القيام، في حدود إمكانياتهم المالية

وقدراتهم، بتأمين ظروف المعيشة اللازمة لنمو الطفل. 3. تتخذ الدول الأطراف، وفقا لظروفها الوطنية وفي حدود إمكانياتها، التدابير الملائمة من أجل مساعدة الوالدين وغيرهما من الأشخاص المسؤولين عن الطفل، علي إعمال هذا الحق وتقديم عند الضرورة المساعدة المادية وبرامج الدعم، ولا سيما فيما يتعلق بالتغذية والكساء والإسكان.

24 Settlements Programme, "Housing Rights Legislation", 3.

25 OCHR, General comment no(4) relating to the right to adequate housing, article 11 of the ICESCR.

5. إتاحة إمكانية الحصول على السكن: ويرتبط هذا الطرح بفكرة الأرض، والحصول على الأرض. حيث تطرح اللجنة أولاً أهمية إيلاء أولوية للجماعات المحرومة، التي حددتهم - على سبيل المثال لا الحصر -²⁶ في الحصول على موارد السكن الملائم وتحديد أولوياتهم ضمن القوانين والسياسات الخاصة. وتقرح اللجنة بأن على الدول الموقعة للأطراف تخصيص أراضي لصالح قطاعات المجتمع الفقيرة، ثم تربط بأن الالتزامات الحكومية يجب أن تصاغ وفق إطار يؤكد على حق جميع الناس في الحصول على مكان آمن؛ بما في ذلك الحصول على الأرض.
6. الموقع: حيث حددت اللجنة بأن السكن الملائم يندرج كسكن يسهل فيه الوصول إلى الخدمات العامة، وأن يكون ضمن مناطق غير ملوثة.
7. التنوع الثقافي: وفي هذا الخصوص، ارتأت اللجنة أن السكن الملائم، هو ذلك الذي يضمن تعبيراً عن الهوية الثقافية.²⁷

²⁶ الأشخاص المسنون والأطفال والمعوقون جسدياً والمصابون بأمراض لا شفاء منها والمصابون بفيروس نقص المناعة المكتسب والأشخاص الذين يعانون من مشاكل طبية مستمرة والمرضى عقلياً وضحايا الكوارث الطبيعية والأشخاص الذين يعيشون في مناطق معرضة للكوارث وغيرهم من الجماعات.

²⁷ General comment no(4).

- تفتقر هذه الحماية من خلال تشاور حقيقي مع الأشخاص والجماعات المؤثرة.
2. توفير الخدمات والموارد والمرافق والهياكل الأساسية: ويعتبر هذا الأمر انعكاساً لفكرة ارتباط الحق في السكن في حقوق أخرى من أجل تحقيقه، حيث تطرح اللجنة بأن القدرة على الحصول على الخدمات العامة كالمياه النظيفة، والطاقة لأغراض الطهي والتدفئة، ومرافق الغسل والإصحاح، وتخزين الأغذية يجب أن تتوافر لتحقيق ما يسمى "بالمسكن الملائم".
3. القدرة على تحمل التكلفة: تربط اللجنة القدرات المالية للأفراد في حصولهم على سكن ملائم، وهذا الأمر بحاجة إلى خطوات لضمان تكاليف تناسب جميع مستويات الدخل، وحماية المستأجرين من أي زيادات مرتفعة، إضافة إلى تقديم المعونات لذوي الدخل المحدود.
4. الصلاحية للسكن: وتعتبر اللجنة أن أبعاد السكن الملائم هو ذلك الذي يحتوي على مساحة كافية، ويقي من العوامل الطبيعية التي قد تهدد الصحة، ويحمي السلامة الجسدية لشاغلي المسكن.

والتدخل أو التفاعل القضائي، ولكنها ترى بدورها أن التدخل التشريعي يحدث قليلاً.³⁰

وتراجع الباحثة ثلاثة قوانين تلامس العدالة المكانية، وهي قانون المدن البرازيلي لعام 2001، وقانون السكن المتساوي في الولايات المتحدة، وقانون التخطيط المكاني وإدارة استغلال الأراضي في جنوب إفريقيا لعام 2014. التي بدورها حاولت رسم خطوط عامة تتعلق بالعدالة المكانية وتخطي الفوارق الطبقيّة، فمثلاً تطرح الكاتبة في هذا السياق تجربة جنوب إفريقيا التي عانت من أكثر التمييزات الممنهجة في هذا الخصوص، والتي بدورها قامت كنوع من الإصلاح والتعويض بسن قانون التخطيط المكاني وإدارة استغلال الأراضي لعام 2014، الذي يضم بدوره مبادئ عن العدالة المكانية، والعناصر التي يجب تطبيقها من أجل التعويض عن الفروقات وسياسة التهميش القديمة.

وتستنتج الكاتبة بأن التشريعات ضرورية كونها قادرة كواحدة من الأدوات على تحويل اللامساواة المكانية إلى عدالة مكانية، ولكنها لا تكفي وحدها لإنتاج هذا التحويل، فالمطلوب هو "تحولات أوسع تطل علاقات القوة وتوزيع المصادر والفرص".³¹

³⁰ Vyk, 'Can legislative intervention achieve spatial justice?', 381.

³¹ المرجع السابق، 400.

إضافة إلى ذلك، فقد كفلت التنظيمات القانونية الإقليمية هذا الحق، مثل ميثاق منظمة الدول الأمريكية في المادة (31)، والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، ودستور الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي.²⁸

2. التشريعات الفلسطينية النازمة للسكن:

ضمت الاستراتيجية الوطنية للإسكان لعام 2011-2013 أهدافاً استراتيجية، تمثلت إحداها في وجود "إطار قانوني فاعل وكفاء ينظم قطاع الإسكان"²⁹. وفي هذا الخصوص، يدخل كاتبون مثل جاين في الجدل المتعلق ما بين علاقة القوانين والعدالة المكانية، وترى الكاتبة بأن التشريعات التي تطل العدالة المكانية تطبق بشكل عشوائي وقليل. وأن الوسائل الخاصة في تعزيز العدالة الاجتماعية تشمل البرامج والسياسات

²⁸ شوقي قاسمي، "التشريع للحق في السكن بين المنظور الدولي وواقع الالتزام المحلي"، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية العدد 19 (2015)، 56.

revues.univ-ouargla.dz/images/banners/ASTimages/Ssocialesimages/SCON19/S1905.pdf

²⁹ نقلاً عن: سمير عبد الله ومحمود دودين، نحو إعداد سياسة وطنية للإسكان في الأراضي الفلسطينية المحتلة (معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطينية "ماس": رام الله، 2015)، 48.

www.mas.ps/files/server/20161101134416-2.pdf

هذه العملية التشريعية سواء كانت قبل أو بعد الانقسام الذي حدث عام 2006، تشابهت في عدم "وجود جهود منظمة لتفكيك الإرث التشريعي الاستعماري، بل هناك تعمد في بعض الحالات للإبقاء عليها، والاستفادة منه بما يخدم تقييد الحريات"³²، إلا أن العملية التشريعية التي بدأت بعد عام 2007 في وجود عاملين هما تعطيل المجلس التشريعي وبدء تطبيق السياسات السياسية الاقتصادية "الفاضية"، أنتجت بدورها نخباً جديدة، حيث خلقت هذه القوانين "امتيازات أكثر من اهتمامها بتأسيس حقوق"³³ وأن الجهات المؤثرة التي ساعدت في صياغة هذه القوانين، هي "المصالح الاقتصادية وبخاصة الأعمال الكبيرة، وهذا يظهر من الكم الكبير في التشريعات التي جاءت لخدمة هذه الأعمال."³⁴

أما عند الحديث عن العدالة الاجتماعية والاقتصادية، ف"عادة ما يتم التذرع بالصعوبات المالية للالتزام بتطبيقها" إضافة إلى أن التشريعات تركز على جانب الحكومة أكثر من جانب التنظيم. على سبيل المثال، قانون سلطة الأراضي ينظم عمل الهيئة التي تنظم الأراضي

وفي السياق الفلسطيني، ينظم الحق في السكن في إطار قوانين متشعبة ومتداخلة، تختلف حسب المناطق: كالضفة الغربية، وقطاع غزة، والقدس الشرقية. وحتى في الضفة الغربية، فيختلف النطاق حسب المناطق التي تم تحديدها في إعلان المبادئ "أوسلو" كمناطق (أ)، (ب)، و(ج). ويحدد القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003 الحق في السكن، ويحميه في ذلك كحق دستوري أساسي، حيث ينص في المادة (23) بأن "المسكن الملائم حق لكل مواطن، وتسعى السلطة الفلسطينية لتأمين المسكن لمن لا مأوى له".

وينظم الحق في السكن في التشريعات الفلسطينية، ضمن قوانين يعود غالبها إلى فترة الحكم الأردني الواقع في الفترة ما بين 1951-1966، كقانون تنظيم المدن والقرى رقم (79) لعام 1966، وقانون تسجيل الأموال غير المنقولة التي لم يسبق تسجيلها رقم (6) لعام 1964، وقوانين الرهن العقاري، وقانون المالكين والمستأجرين لعام 1953. أما حديثاً، فقد قامت السلطة الفلسطينية بسن بعض القوانين والأنظمة التي تتعلق في الحقوق السكنية والأراضي، كقانون ضريبة الدخل لعام 2008، وقرار مجلس الوزراء رقم (6) لسنة 2011، وقوانين تشجيع الاستثمار.

³² مصلاح، "دراسة حول القرارات بقوانين"، 14.

³³ المرجع السابق، 16.

³⁴ المرجع السابق، 17.

دون تحقيق توازن عادل يأخذ بعين الاعتبار مصالح المستأجرين والمالكين.³⁶

ويعد أخطر تجليات هذا القانون فيما يتعلق مباشرة في الحق في السكن، هو توسعه في الحالات التي يستطاع فيها إخلاء المأجور "بناء على الحالات القانونية" في المادة (16) منه، فمثلاً، تنص الفقرة (9) في إمكانية إخلاء المأجور في حالة كان المالك يرغب في إجراء تغيير، أو تعديل أساسي وضروري في العقار، أو في البناء الذي يؤلف العقار قسماً منه على وجه يضر في العقار،³⁷ ويلاحظ أولاً أن إجراء التغيير المذكور لم يقرن في كلمة ضروري، وهو الأمر الذي قد يؤدي إلى استغلال النص، إضافة إلى أن هذه المصطلحات العامة والواسعة كالتغيير والتعديل "الأساسي"، إذ تسمح بإمكانية استغلال هذا التوسع من قبل المالكين.

ويوسع مشروع المالكين والمستأجرين في الأسباب التي يخلى بها المأجور في الفقرة (2) والتي ترى بأحقية المالك في إخلاء المستأجر في حال "استعمال المأجور أو أي جزء منه لغاية غير مشروعة." ولم تحدد أو حتى لم تذكر على سبيل

وكيفية تعيينها ومهامها، ولا ينظم موضوع الأراضي، مع أنه في فلسطين، الاعتبارات أن موضوع الأراضي هو من أكثر المواضيع إلحاحاً وطنية واقتصادية واجتماعية.³⁵

هذا التوجه العام الذي أنتجته التحولات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، ودعمته منظومة القوانين تلك، نبأ في حدوث تغييرات في التوجه العام السياساتي والاقتصادي للسكن والقوانين المتعلقة به. وهو الأمر الذي يُشهد حالياً في التغييرات التي تحدث على مواضيع الإيجار. فمثلاً التنظيم القانوني للمالكين والمستأجرين لعام 1954 أعطى أولوية للمستأجرين في ظل تلك القواعد التي تسمح بالاستمرار أو الامتداد القانوني الفعلي للعقد، وعدم إمكانية زيادة الإيجار للأمالك التي تم تأجيرها بعد عام 1967، وعلى الرغم من أن هذا القانون يؤثر سلباً على حقوق المالكين في عدم إمكانية زيادة الأجر ضمن اعتبارات غلاء المعيشة أو ارتفاع مستوى الضريبة، إلا أن ما قدمه قانون المالكين والمستأجرين الجديد لعام 2017 لم يستطع أن يوازن في هذه المفارقة والحقوق، بل في المقابل، فإن قانون المالكين والمستأجرين الجديد يشير إلى "انحيازه الكامل للمالكين على حساب المستأجرين،

³⁶ وطن، "عابدين لوطن: مشروع قرار قانون المالكين والمستأجرين

2018 يهدد السلم الأهلي"، 1 شباط 2018.

www.wattan.tv/news/237993.html

³⁵ المرجع السابق، 16.

ولا يطرح هذا القانون فقط إشكاليات تتعلق في الإخلال في العدالة الاجتماعية والمكانية ضاربا حقوق المستأجرين عرض الحائط، إنما يؤسس لغطاء قانوني في إمكانية هدم الأماكن القديمة وتغيير ملامح المدينة ومعالمها، حيث "إن الفصل المتعلق بتعمير وهدم العقار المؤجر، الذي يعتبر قيام المالكين بهدم العقارات القديمة وإعادة بنائها من جديد، سبباً لإخلاء كافة المستأجرين منها، من شأنه أن يُغيّر وعلى نحو واسع من المعالم التراثية والثقافية في مختلف المدن الفلسطينية".³⁸

3. جدلية التطبيق القانونية في الواقع الفلسطيني:

ترتب الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية إشكالية تتعلق في تطبيق هذه الحقوق سواء في كيفية تحقيقها، وكيفية ضمها إلى السياسات العامة، ومدى الاعتراف بها في الدساتير الوطنية، وقدرة الموارد المتوفرة على تحقيق مثل هذه الحقوق. وإضافة إلى هذه البوتقة، يطرح الوضع الفلسطيني إشكالية قانونية تتجلى في مسؤولية الجهة التي يجب أن تتكفل في هذا الحق. هناك ثلاثة التزامات تترتب على الدولة لإيفاء التزامها في توفير الحقوق الاقتصادية والاجتماعية،

المثال ما الذي يندرج كحالة غير مشروعة. إضافة إلى نص الفقرة (7) و الفقرة (8) التي يستطيع فيها المالك بأن يخلي المأجور إن كان مقيماً خارج البلاد، أو رغب في إشغال العقار بنفسه أو "أحد فروع" ولم يقتصر الأمر على أولاده بل على الفروع أجمعهم، ولم ترد على هذه المادة أي محددات أو ضوابط قانونية حقيقية، كحالة أن يكون متوافراً لدى المالك أي عقارات أخرى.

أما المخالفات التي يستطيع المؤجر إخلاء العقار، فهي "مخالفة المستأجر لأي شرط من شروط عقود الإيجار"، ويرى عصام عابدين بأن هذا "النص واردٌ على نحو مطلق؛ بمعنى أن مخالفة أي شرط وارد في عقد الإيجار، حتى وإن كان بسيطاً أو شكلياً أو تافهاً في قيمته، يعد سبباً كافياً لإخلاء المأجور".³⁷ إضافة إلى ما تنص عليه الفقرة (2) في إمكانية الإخلاء في حال "مخالفة المستأجر عن دفع بدل الإيجار أو أي جزء منه مستحق الأداء". فالنص اكتفى في فكرة عدم دفع الإيجار دون وضع أي ضوابط زمنية، إضافة إلى إضافته "أي جزء منه مستحق الأداء" والذي يوفر إمكانية إخلاء المأجور بسبب استحقاق مادي سخيّف أو لا يذكر.

³⁸ المرجع السابق.

³⁷ المرجع السابق.

الإسكان مرتبطاً في مواضيع الأرض والملكية، التي يأخذها الاستعمار شكلاً أساسياً لوجوده.

وفي عام 2003، صدر قرار استشاري من محكمة العدل الدولية بناء على طلب من الجمعية العامة في 9 تموز 2017 يبحث في الآثار القانونية المترتبة لبناء جدار الفصل العنصري. وتطرق القرار إلى أبعاد سياسية واقتصادية واجتماعية خاصة في القضية الفلسطينية، وصرحت المحكمة بإعلان أن الأراضي الفلسطينية الواقعة بين الخط الأخضر والحدود الشرقية السابقة لفلسطين الانتدابية تحت "السيطرة القائمة للاحتلال" وبالتالي تنطبق عليها اتفاقيات جنيف الخاصة في الحرب.³⁹ وهو الأمر الذي يترتب التزامات على دولة الاحتلال في توفير الحقوق الاقتصادية والاجتماعية. ونص القرار أيضاً على آثار إنشاء الجدار الاستعمارية حيث "كان هذا البناء (الجدار وملحقاته)، المقترن بإنشاء مستعمرات، يهدف في الواقع إلى تعديل التكوين السكاني للأراضي الفلسطينية المحتلة، وهو أمر يخالف أحكام المادة 49 الفقرة 6 من اتفاقية

تتلخص في احترام، وحماية، وتوفير الحق. وهذه الثلاثية تطرح سؤالاً يتعلق بهوية الجهة المسؤولة قانونياً عن توفير هذه المتطلبات في الأراضي الفلسطينية.

نظمت الاتفاقية الفلسطينية-الإسرائيلية لعام 1993 مواضيع "الانتقال السلمي"، ونصت المادة (1) بنقل إسرائيل صلاحياتها ومسؤوليتها إلى السلطة الفلسطينية ممثلها بمجلسها، "وسوف تستمر إسرائيل في ممارسة صلاحياتها ومسؤوليتها التي لم يتم نقلها." وفي المادة (20) تخلي إسرائيل مسؤولياتها، حيث تنص المادة أن نقل الصلاحيات يتضمن جميع الحقوق والمسؤوليات والالتزامات، وأن إسرائيل لن تتحمل أي تبعة مسؤولية مالية. وحسب تقسيم "أوسلو"، فإن المجلس الفلسطيني سيكون مسؤولاً عن مناطق (أ)، والتي تعتبر رام الله من ضمنها.

أما في اتفاقية إعلان المبادئ لعام 1995، نص في البند (6) بأنه سيتم نقل السلطة من "الحكومة العسكرية الإسرائيلية" إلى "الفلسطينيين المخولين لهذه المهمة"، وأن هذا النقل يشمل حسب الفقرة (2) "التعليم والثقافة والصحة، والشؤون الاجتماعية، والضرائب المباشرة والسياحة." ولم يتم ذكر أي مواضيع تتعلق في "السكن" بشكل صريح أو مباشر؛ وهذا السهو قد يعتبر مقصوداً كون

³⁹ محمد خليل موسى، "رأي محكمة العدل الدولية في الجدار الفاصل: الأبعاد القانونية"، مجلة الدراسات الفلسطينية، المجلد 18 عدد 69 (2007)، 2.

www.palestine-studies.org/sites/default/files/mdf-articles/7353_0.pdf

جنيف الرابعة لسنة 1949 وقرارات مجلس الأمن ذات الصلة.⁴⁰

وفي عام 2014، استحصلت فلسطين على عضوية عضو غير مراقب في الأمم المتحدة، ونقل فيها تمثيل الفلسطينيين من منظمة التحرير الفلسطينية إلى دولة فلسطين، هذا الأمر مكنها من الانضمام إلى الاتفاقيات والمواثيق الدولية في جملة دون إصدار أي تحفظات في أي اتفاقية. هذه الاندفاع نحو التصديق على الاتفاقيات، رتب التزامات قانونية على دولة فلسطين لمواطنيها بتوفير هذه الحقوق، وأهم هذه الاتفاقيات كان العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية. وترسم المادة (2) من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية ومسؤولية الدول في تطبيقها للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، حيث تنص "تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد بأن تتخذ، بمفردها وعن طريق المساعدة والتعاون الدوليين، ولا سيما على الصعيدين الاقتصادي والتقني، وبأقصى ما تسمح به مواردها المتاحة، ما يلزم من خطوات لضمان التمتع الفعلي التدريجي بالحقوق المعترف بها في هذا العهد، سالكة إلى ذلك جميع السبل المناسبة، وخصوصا سبيل

اعتماد تدابير تشريعية." ويفهم من نص هذه المادة بمسؤولية الدول على توفير الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، وعدم قدرتهم على التذرع في الموارد المحدودة، إنما تستطيع بمفردها أو "عن طريق المساعدة والتعاون الدوليين"، إضافة إلى أن تحقيق هذه الحقوق يتم من خلال آليات تشريعية وضمن خطة تدريجية.

خاتمة:

إن الفضاء هو مكان منتج اجتماعيا وسياسيا، ويمكن التلاعب به لغايات اجتماعية وسياسية أيضا، وفي شرعنة القانون للسياسات الخاصة في تصميم المكان وإنشائه، يصبح المكان شكلا جديدا من أشكال السيطرة، وتجلياً ماديا للهيمنة. والحق المرتبط في المكان ارتباطا وثيقا هو الحق في السكن، ولهذا يصعب فهم هذا الحق وإشكالياته دون التنبه للأطر الاستعمارية والأطر التي تطرحها سياسات الاقتصاد النيوليبرالي الجديدة.

لقد تبين أن القوانين التي تم اختلاقها بناء على الأنظمة التي حكمت فلسطين، أبقيت على حالها، بل وتعززت في ظل سياقات جديدة. فالعملية التشريعية لم تخصص أي ضمانات قانونية تتعلق في التمويلات لذوي الدخل المحدود، و"التشريعات السائدة لا تساعد هذه الفئة على تملك مساكن

⁴⁰ المرجع السابق.

والاقتصادية وما زالت تولدها والتي تفرض أدوات جديدة في الهيمنة، والتحكم في السكن، وفي الحيز العام والخاص.

ملائمة لها بطريق ميسرة: للقصور الحاصل في أنظمة الرهن العقاري، ومحدودية السوق الثانوي، بل وترشح هذا السوق للاندثار. " ولم تقم في أي تعديلات في قوانين الأراضي وخاصة تلك التي تتعلق في التسجيلات للملكية، الأمر الذي وضع أمام المواطنين عقبات خاصة في تسجيل ملكياتهم أو حتى إثباتها.⁴¹ ووضعت قوانين تطرح إشكاليات أكبر بالنسبة للمستأجرين، كقانون المالكين والمستأجرين الجديد الذي يوسع من نطاق الإخلاء بالمأجور، هذا بالإضافة إلى أنها لم تطرح أي مشاريع عامة تخصص أماكن لذوي الدخل المحدود أو المتوسط تمكنهم من الاستفادة في الملكية والسكن. هذا عدا عن السياسات الإسرائيلية التي تتبعها إسرائيل في مدينة رام الله وما حولها من انتزاع الأراضي، وبناء المستوطنات، وفرض ضرائب خاصة على الأدوات البنائية.

لذا، فإن هناك حاجة ضرورية لمراجعة المنظومات التشريعية والسياسات التي تدعمها، والاهتمام بالمطالب الأساسية للمواطن، ومحاولة رفض الأنماط التي ولدتها الأنظمة الاستعمارية

⁴¹ انظر: محمود دودين، الإطار القانوني للمساكن في الأراضي الفلسطينية المحتلة: دراسة تحليلية (رام الله: معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطينية "ماس"، 2014).

المصادر والمراجع:**أولاً: المصادر**

- دودين، محمود. *الاطار القانوني للمساكن في الأراضي الفلسطينية المحتلة: دراسة تحليلية*. رام الله: معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطينية (ماس)، 2014.
- عبد الله، سمير، ومحمود دودين. *نحو إعداد سياسة وطنية للإسكان في الأراضي الفلسطينية المحتلة*. رام الله: معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطينية (ماس)، 2015.
- قاسمي، شوقي. "التشريع للحق في السكن بين المنظور الدولي وواقع الالتزام المحلي"، *مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية* العدد 19 (2015): 51-59.
- مصلح، أحمد. "دراسة حول القرارات بقوانين في قطاع الحكم 2007-2015 في التشريع في زمن الانقسام: دراسة حول القرارات بقوانين والتشريعات الصادرة منذ 2007". رام الله: المؤسسة الفلسطينية لدراسات الديمقراطية (مواطن)، 2016.

❖ المراجع الأجنبية:

- Aruri, Natasha. "Ramallah: From 'SUMUD [RESILIENCE] to Corporate Identity," *The Journal of Urbanism*. Vol 26 (1) (2013): 1-13. www.academia.edu/3879183/RAMALLAH_FROM_SUMUD_RESILIENCE_TO_CORPORATE_IDENTITY
- Carmalt, Jean Connolly. "Rights and Place: using geography in Human Rights Work." in *Human Rights Quarterly* vol 29(1) (2007): 68-85. www.jstor.org/stable/20072788 .

- فلسطين، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003)، الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز (2)، بتاريخ 2003/3/19.
- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (1976/1966)، نشر في مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، رقم المبيع a.94.XIV-VOL.1, PART 1، ص 11).
- المملكة الأردنية الهاشمية (حقة الحكم الأردني للضفة الغربية)، قانون المالكين والمستأجرين رقم (62) لسنة 1953.
- فلسطين، مشروع قانون المالكين والمستأجرين لسنة 2017.
- International Court of Justice, Advisory Opinion Concerning Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, (131) in 9 July 2004, available at: www.refworld.org/cases,ICJ,414ad9a719.html

ثانياً: المراجع:**❖ المراجع العربية:**

- خليل موسى، محمد. "رأي محكمة العدل الدولية في الجدار الفاصل: الأبعاد القانونية". *مجلة الدراسات الفلسطينية*، المجلد 18 عدد 69 (2007): 1-20. www.palestine-studies.org/sites/default/files/mdf-articles/7353_0.pdf

- Dikec, Mustafa. "Justice and the Spatial Imagination." *Environment and Planning* 33 (2001): 1758- 1805.
hal-enpc.archives-ouvertes.fr/hal-01258169/document
- El-Atrash, Ahmad. "Politics of Informal Urbanization and the Battle for Urban Rights in Jerusalem." *Jerusalem Quarterly* 65 (2016): 104-110.
www.palestine-studies.org/jq/fulltext/198350
- Ishtaiwi, Naim Fayez. "Analysis of Spatial Inequality Patterns in the West Bank Governorates: Case Study of Tulkarem Governorate and its Localities." (Thesis: Al-Najah National University, 2016).
scholar.najah.edu/sites/default/files/Naim%20Fayez%20Hassan%20Ishtaiwi.pdf
- Soja, Edward W. "The City and Spatial Justice," *justice spatiale*, 1 (2009): 1-5.
www.jssi.org/wp-content/uploads/2012/12/JSSJ1-1en4.pdf
- United Nations Human Settlements Programme, "Housing Rights Legislation: Review of International and National Legal Instruments," *Series of Publications from the Global Campaign for Secure Tenure* No.05 (2002).
www.ohchr.org/Documents/Publications/HousingRightsen.pdf
- Wyk, Jeannie Van. "Can Legislative Intervention Achieve Spatial Justice?" *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* vol 48(3) (2015): 381-400.
www.jstor.org/stable/26203991?seq=1#page_scan_tab_contents