

أوراق عمل بيرزيت للدراستات القانونية

المجلد الثالث
(2019)

أوراق عمل بيرزيت للدراستات القانونية

المجلد الثالث (2019)

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، بناءً 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 المرجعية، أوراق مرجعية، موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن، أوراق سياساتية، أوراق طلبة الماجستير، أوراق طلبة البكالوريوس. وقد يجري استحداث فئات أخرى جديدة. تصدر السلسلة أوراقها 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 والمهنيين 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 الثالث (2019)

أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية

المجلد الثالث

(2019)

مدير التحرير
د. رشاد توام

رئيس التحرير
د. عاصم خليل

2020



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 ومحاسبتهم. فضلاً عن صون الحقوق والحريات المختلفة لأفراد الشعب الفلسطيني وحمايتها على الصعيد الوطني والدولي.

قائمة المحتويات*

7	رشاد توام وعاصم خليل إنفاذ الاتفاقيات الدولية في فلسطين: الإشكاليات القانونية والحلول الدستورية ورقة رقم (2019/1)، فئة أوراق المؤتمرات والنشاطات العامة، كانون الثاني 2019
19	Nora Taha & Asem Khalil Rethinking Executive Supremacy during Times of Crisis in Egypt Paper No (2/2019), Background Papers Module, January 2019
43	ميرا صالح الاختصاص الإقليمي للمحكمة الجنائية الدولية بالنظر في المستوطنات الإسرائيلية كجريمة حرب ورقة رقم (2019/3)، فئة أوراق طلبة البكالوريوس، نيسان 2019
71	إخلاص ناصر مدى فعالية مبدأ التكامل القضائي في نظام المحكمة الجنائية الدولية وأثره على الحالة الفلسطينية ورقة رقم (2019/4)، فئة أوراق طلبة البكالوريوس، آب 2019
101	سلام الشاعر إسرائيل إلى المحكمة: العقبات والتحديات ورقة رقم (2019/5)، فئة أوراق سياساتية، أيلول 2019
113	عاصم خليل المواطنة من منظور دستوري مقارن ورقة رقم (2019/6)، فئة المقالات المترجمة، تشرين الأول 2019
141	سلوى شكوكاني الدفاع الشرعي الاستباقي في القانون الدولي العام ورقة رقم (2019/7)، فئة أوراق طلبة البكالوريوس، تشرين الأول 2019

* 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).

165	ناديا أبوعليا، ميرا خياط ويارا الزعراير قراءة في مكونات قطاع العدالة: فلسطين في ضوء تجارب مقارنة ورقة رقم (2019/8)، فئة أوراق مرجعية، تشرين الثاني 2019
203	بيان بيطار القضاء الكنسي في فلسطين ورقة رقم (2019/9)، فئة أوراق طلبة البكالوريوس، كانون الأول 2019
227	كوثر امريش حجب المواقع الإخبارية في ظل المواثيق الدولية والتشريعات الفلسطينية ورقة رقم (2019/10)، فئة أوراق طلبة البكالوريوس، كانون الأول 2019
261	ياسمين خميس وعاصم خليل واقع النظام الدستوري الفلسطيني وتطوره: مراجعة لأهم الأحداث والقرارات الدستورية خلال العام 2018 ورقة رقم (2019/11)، فئة التقارير، كانون الأول 2019
277	عاصم خليل ورشاد توام الشغور المفاجئ في منصب الرئيس: المعضلة والسيناريوهات المتوقعة ورقة رقم (2019/12)، فئة أوراق سياسية، كانون الأول 2019



BIRZEIT UNIVERSITY

كلية الحقوق والإدارة العامة

Faculty of Law and Public Administration

وحدة القانون الدستوري

Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/1)
فئة أوراق المؤتمرات والنشاطات العامة

رشاد توام وعاصم خليل

**إنفاذ الاتفاقيات الدولية في
فلسطين: الإشكاليات القانونية
والحلول الدستورية**

كانون ثاني/ يناير 2019

Enforcing International Treaties in Palestine:
Legal Obstacles and Constitutional Solutions
[Arabic]

Rashad Twam & Asem Khalil

إنفاذ الاتفاقيات الدولية في فلسطين: الإشكاليات
القانونية والحلول الدستورية

رشاد توام وعاصم خليل

التدقيق اللغوي: شيماء حسن

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (1/2019)
Conferences & Public Events Papers Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/1)
فئة أوراق المؤتمرات والنشاطات العامة

© 2019, 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

© 2019، 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
للداسات 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:

رشاد توام وعاصم خليل

مساعدة البحث: ميشلين دعيق

إنفاذ الاتفاقيات الدولية في فلسطين: الإشكاليات القانونية والحلول الدستورية*

1. المقدمة

عقب قرار الجمعية العامة باعتبار فلسطين دولة غير عضو في الأمم المتحدة بمركز مراقب، نهاية تشرين ثاني 2012، ذهبت الرسمية الفلسطينية تقدم صكوك الانضمام للعديد من الاتفاقيات الدولية متعددة الأطراف، على شكل دفعات، وحتى نهاية عام 2018 بلغت وفقا لـ"التقديرات" حوالي مائة اتفاقية.¹ وقبالة صمت القانون الأساسي الفلسطيني عن التصريح بتحديد جملة من المسائل ذات العلاقة بآليات الطرفية وإنفاذ الاتفاقيات في النظام القانوني الوطني ومكانة هذه الاتفاقيات في الهرمية القانونية، ثارت جملة من الإشكاليات القانونية والعملية في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات. وفي هذا السياق، تأتي هذه الورقة لتحاول تفكيك تلك الإشكاليات وتقديم توصيات بشأنها.

* قدمت هذه الورقة ضمن ندوة بعنوان "الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها دولة فلسطين وأهمية نشرها في الجريدة الرسمية"، نظمها ديوان الفتوى والتشريع، في رام الله بتاريخ 24 كانون أول 2018. وقد جرى تطوير الورقة لغايات النشر.

¹ يتعذر تقديم إحصائية دقيقة في ضوء عدة اعتبارات: الأول، عدم الاتفاق على معيار واحد، فالبعض يعتمد معيار تعدد الوثائق، والبعض الآخر يعتبر الاتفاقية وبرتوكولاتها وتعديلاتها اتفاقية واحدة. الثاني، عدم نشر الاتفاقيات الدولية في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية). الثالث، عدم قيام وزارة الخارجية بتحديث قائمة الاتفاقيات عبر موقعها الإلكتروني منذ عام (انظر القائمة: www.mofa.pna.ps/ar/archives/13674)، واكتفائها بإصدار نسخ إلكترونية (PDF) من القائمة بين الحين والآخر (أسقط في النسخ الأخيرة منها شعار الوزارة بما يشكك في مدى مسؤولية الوزارة عن دقة محتويات القائمة)؛ الرابع، وجود تباين في البيانات بين محتوى قوائم وزارة الخارجية والموقع الرسمي للأمم المتحدة للاتفاقيات التي ترعاها (<https://treaties.un.org>)؛ الخامس، عدم إمكانية الارتكان فقط لموقع الأمم المتحدة المذكور، لاقتصاره بالاهتمام على الاتفاقيات التي ترعاها الأمم المتحدة.

ملاحظة: جميع الروابط المشار لها في هذه الورقة، استرجعت بتاريخ 22 كانون الأول 2018.

الذي تتمسك به الدول بسيادتها تجاه الاتفاقيات، فلا تقدم على الانضمام إلى طرفية أي من الاتفاقيات إلا عن إرادة حرة بإلزام ذاتها بما ينتقص من سيادتها، فإن الدول تقرر ضمنا بانتقاص سيادتها تجاه العرف الدولي، الذي يشكل التزاما قانونيا بالنسبة للدول. وفي الواقع، في حال التعارض بين القوانين الوطنية والقانون الدولي العرفي، يمكن الاعتراف بالقانون الدولي العرفي أمام المحاكم الوطنية. وبالتالي، لا يثير هذا المصدر عظيم الإشكالية، وبالأساس هو ليس موضوع الورقة، ولهذا نستبعده.

2. التمييز بين أصناف الاتفاقيات الدولية:

جرت العادة على التمييز بين أنواع الاتفاقيات من خلال عدة ثنائيات،³ ما يعنينا هنا التمييز بين اثنتين من تلك الثنائيات: تتصل الثنائية الأولى بالتمييز بين الاتفاقيات التي تضع التزامات على دولة تجاه شخص آخر/ أشخاص من أشخاص القانون الدولي (الاتفاقيات التعاقدية)، والاتفاقيات التي تضع التزامات على دولة تجاه مواطنيها والإنسان بصفة عامة (الاتفاقيات الشارعة). أما الثنائية الثانية، فتميز

www.icj-cij.org/files/summaries/summaries-1948-1991-ar.pdf

³ انظر مثلا: صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام (القاهرة: دار النهضة العربية، 2003)، 169-174.

تطرح هذه الورقة ثلاثة أسئلة مركزية: (1) هل بالإمكان الاعتراف بمباشرة بقاعدة موجودة باتفاقية دولية أمام محكمة وطنية؟ (2) ما هي مكانة الاتفاقيات الدولية ضمن الهرمية التشريعية في النظام القانوني الفلسطيني؟ (3) هل بالإمكان اعتبار أن للحقوق والحريات الواردة في الاتفاقيات الدولية مكانة دستورية؟ وتمهيدا لتناول هذه الأسئلة (IV)، كان لزاما حصر نطاق الموضوع (II)، وتحديد أبعاد الإشكالية (III).

II. حصر نطاق الموضوع:

1. استبعاد العرف الدولي:

الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي، المصدران الأساسيان للقانون الدولي. وفي الوقت الذي تعتبر فيه الاتفاقيات الدولية ملزمة لأطرافها متى تحققت تلك الطرفية، فإن العرف الدولي ملزم لجميع الدول، ولا ينتقص تقنيته في اتفاقيات من تلك القيمة الإلزامية تجاه كافة.² وفي الوقت

² انظر: المادة (38) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1980/1969. متوفرة عبر الرابط التالي:

hrlibrary.umn.edu/arabic/viennaLawTreatyCONV.html

وقرار محكمة العدل الدولية في "القضية المتعلقة بالأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها (نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية)"، في 27 حزيران/ يونيو 1986.

لمطالعة ملخص القرار باللغة العربية: الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية (1948-1991) (إنبيورك: 1992)، 212-226 [الوثيقة رقم: ST/LEG/SER.F/1]، متوفر عبر الرابط التالي:

III. تحديد أبعاد الإشكالية:

لما كانت الدول تقدم على طرفية الاتفاقيات الدولية بإرادة حرة وواعية (أو هذا هو المفروض)، فلها أن تختار: (أ) توقيت إقدامها على تلك الطرفية، (ب) التحفظ على بعض أحكام الاتفاقيات التي لا تمنع ذلك، (ج) آليتها (توقيع فتصديق، أو انضمام، أو سواها)، و(د) طريقة إنفاذ الأحكام التي التزمت بها بموجب تلك الاتفاقيات، وإدراجها في نظامها القانوني. وإن فسحة الإرادة والحريّة للدولة في ذلك لا ينتقص من قيمة الاتفاقية ذاتها، ولكن يؤثر على سريان الاتفاقية في النظام القانوني من حيث التوقيت والمدى.

وفي التعقيب بخصوص السياق الفلسطيني، لا بد من تسجيل الملاحظات التالية:

1. التوقيت:

أقدمت فلسطين على الانضمام للاتفاقيات الدولية في سياق تفاعل فيه عاملان: الأول، ترقية وضع فلسطين في الأمم المتحدة إلى صفة "دولة" بمركز مراقب، بما أزال الاعتراضات التي كانت تواجهها سابقاً بالتشكيك بتوافر تلك الصفة لغايات الانضمام للمنظمات الدولية وطرفية الاتفاقيات الدولية؛ وثانياً، استخدامها للانضمام إلى الاتفاقيات الدولية كأداة مناكفة في الصراع الفلسطيني-الإسرائيلي. وإن كلا هذين العاملين

بين صنفين من الاتفاقيات الشارعة: الاتفاقيات المنشأة لمنظمات دولية، والاتفاقيات القاعدية.

غالباً لا يثير الصنف الأول في كل ثنائية أية إشكاليات في إنفاذها، بحكم أن الاتفاقيات المدرجة ضمن هذا التوصيف عادة ما تنظم آليات إنفاذ أحكامها بنصوص واضحة وصريحة.⁴ وغالباً ما تحيل الفصل في النزاعات الناشئة بخصوصها لجهات خارج القضاء الوطني، مانحة الولاية القضائية لمحاكم أو لجان دولية أو ما شابه. وعلى هذا الأساس نستبعد الاتفاقيات التعاقدية، والاتفاقيات الشارعة المنشأة لمنظمات دولية، فيما يبقى قيد النظر الاتفاقيات الشارعة القاعدية. وهذا النوع من الاتفاقيات عادة ما يثير الإشكاليات عموماً، وفي السياق الفلسطيني بشكل خاص. وإن تعبير "الاتفاقيات الدولية" فيما يلي يأخذ بالأساس بالمفهوم الضيق السابق تحديده (الاتفاقيات الشارعة القاعدية).

³ انظر على سبيل المثال: المادة (186) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982/1994. متوفرة عبر الرابط التالي:

http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_a.pdf

والمادة (75) من دستور منظمة الصحة العالمية لعام 1948. متوفر عبر الرابط التالي:

https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_ar.pdf

والمادة (66) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1980/1969 (أشير للرابط سابقاً).

3. آلية الطرفية:

من بين عدة آليات لا تتدخل الاتفاقيات الدولية في تحديدها،⁷ وفي الوقت الذي لم ينظم فيه القانون الأساسي هذا الموضوع، اختارت الممارسة الفلسطينية آلية الانضمام المباشر. وفي الواقع فاقمت هذه الآلية الإشكال، في ضوء كونها تسهل الإقدام على طرفية الاتفاقيات، ولا تتيح سلطة المراجعة لجهة أخرى؛ فكان بإمكان الرئيس أن يلزم فلسطين بهذا الكم من الاتفاقيات على شكل دفعات.

4. طريقة الإنفاذ:

للدول تحت شعار سيادتها، وبما يتوافق مع النظامين القانوني والسياسي اللذين تتبناهما، أن تختار الأسلوب الأنسب لها،⁸ ولا يمثل تخير تلك الأساليب مفاضلة في الأكثر ديمقراطية، بقدر ما يعبر عما ارتضه كل دولة من نظام يناسبها؛ فبعض الدول تتبنى نظام "الوحدة" الذي يدخل الاتفاقيات الدولية حيز التنفيذ مباشرة، وبشكل "أوتوماتيكي"، باعتبارها جزءاً من النظام القانوني الوطني؛ فيما تتبنى دول أخرى نظام "الثنائية" الذي يبقى الاتفاقيات التزاماً على

يطرحان إشكالا يشكك في مدى توافر الإرادة الحرة الواعية، ولكنها مشكلة داخلية، وليس بالإمكان التذرع بها لعدم إنفاذ التزامات الدولة بموجب تلك الاتفاقيات.

2. التحفظ:

يستهدف التحفظ "استبعاد أو تغيير الأثر القانوني" للأحكام المتحفظ عليها. وفي الوقت الذي تتيح فيه -أو لا تمنع- غالبية الاتفاقيات الدولية الطرفية مع التحفظ على بعض أحكامها (من غير ما يكون التحفظ "منافياً لموضوع المعاهدة وغرضها")؛⁵ وعلى الرغم من كون خيار التحفظ قد أقر لتشجيع الدول التي تشك بإمكانية قيامها بجميع الالتزامات الواردة في الاتفاقية، فتدفعها لتكييف قوانينها وواقعها مع الوقت - مع الأحكام المتحفظ عليها، فتسحب تحفظاتها؛⁶ فإن فلسطين لم تتحفظ على أي من أحكام الاتفاقيات التي انضمت إليها. دولياً هذه خطوة تحسب لفلسطين، ولكن عملياً كانت خطوة غير مدروسة، وقد أثر عليها بلا ريب العاملان المذكوران آنفاً.

⁵ المادتان (19) و(20/د) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1980/1969.

⁶ الفقرة (4) من التعليق العام رقم (24) للجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية، الصادر في دورتها (52) عام 1994. متوفر عبر الرابط التالي:

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/hrc-gc24.html>

⁷ انظر حول الآليات: محمد المجذوب، القانون الدولي العام، ط 5 (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2004)، 515.

⁸ أكدت على ذلك محكمة العدل الدولية أكثر من مرة، ومن ذلك في قضية نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية (سابقة الإشارة، ص 219).

2. الفراغ والتعارض:

في حال كانت القاعدة القانونية الواردة في الاتفاقية الدولية لا تتعارض مع قاعدة وطنية من درجة قانون فأعلى، فبالإمكان الاعتداد بتلك القاعدة. أما في حال كانت تلك القاعدة تتعارض مع قاعدة في النظام القانوني من درجة قانون فأعلى، فتثار هنا مسألة مكانة الاتفاقية الدولية في الهرمية التشريعية. وهذا ما يحينا لطح السؤال الثاني.

قبل تناول السؤال الثاني، لا بد من الإشارة إلى أن نشر الاتفاقيات في الجريدة الرسمية لا يجعل منها بحد ذاته ملزمة؛ فهي ملزمة للدولة حتى دون نشرها، متى جرى الانضمام إليها أو المصادقة عليها. أما النشر في الجريدة الرسمية، فله غرض آخر يتصل بإعلام المخاطبين بالقانون، اتفاقا وقاعدة العلم بالقانون. لا يعني هذا الطرح دعوة إلى عدم نشر الاتفاقيات، ولكنه للتأكيد على كون الاتفاقيات التي انضمت لها فلسطين باتت نافذة، وملزمة حتى قبل نشرها. وقد يكون أنسب آلية لتقرير نشر هذه الاتفاقيات (أو اتفاقيات أخرى قد تتضمن لها فلسطين وتنفذ تجاهها) هو تقرير النشر الفوري من طرف ديوان الفتوى والتشريع ذاته، فور نفاذ الاتفاقية، دون انتظار تقرير ذلك من طرف أية جهة داخلية كانت. ولا يضير أن ينشر معها مرسوم الرئيس بتقرير تقديم طلب الانضمام للاتفاقية. وهنا من

الحكومات، لكنها لا تصبح قانونا نافذا إلا بتدخل السلطة التشريعية، من خلال تحويل محتوى تلك الاتفاقيات إلى قانون وطني.⁹ لم يرسم النظام الدستوري الفلسطيني الخطي ملامح واضحة لأي من النظامين، وذلك ما أضاف للإشكالية بعدا آخر.

IV. الأسئلة المركزية المطروحة:

السؤال الأول: هل بالإمكان الاعتداد مباشرة بقاعدة موجودة باتفاقية دولية أمام محكمة وطنية؟

الإجابة عن هذا السؤال تعتمد على طبيعة الحالة القائمة، وفقا لما يلي:

1. طبيعة النظام القانوني القائم:

من غير الجائز ذلك في الدول التي تتبع النظام الأنجلوسكسوني (قانون العموم، مثل المملكة المتحدة وأستراليا وكندا)؛ حيث لا تنفذ قواعد الاتفاقيات الدولية وطنيا ما لم تعكس في التشريع الوطني. وذلك من حيث المبدأ. أما في الدول التي تتبع النظام اللاتيني (القاري، مثل فرنسا وغالبية الدول العربية بما فيها فلسطين)، فذلك يعتمد وفقا للحالة القائمة، كما يلي:

⁹ عمر العكور وممدوح العدوان وميساء بيضون، "مرتبة المعاهدة الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني"، مجلة دراسات - علوم الشريعة والقانون، مجلد (40)، عدد 1 (2013)، 77-79.

1. التناقض بين القرارين (2017/4 - طعن دستوري) و(2017/5 - تفسير دستوري):

قررت المحكمة الموقرة في قرارها الأول "سمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الداخلية [...]، بما يتواءم مع الهوية الوطنية والدينية والثقافية للشعب العربي الفلسطيني".¹¹ أما في قرارها الثاني، فراحت المحكمة الموقرة قبل منطوق الحكم تضيف مفردة "العادية" عقب عبارة "التشريعات الداخلية"، في كل مرة ذكرت فيها تلك العبارة محيلة لقرارها السابق. وذلك لتمهد للقول في منطوق الحكم أن الاتفاقيات الدولية أسمى من التشريعات الداخلية "العادية" (فقط)، وأدنى من القانون الأساسي الذي -وفقاً للمحكمة ذاتها- تسمو عليه وثيقة إعلان الاستقلال.

2. التناقض الداخلي ضمن القرار (2017/5 - تفسير دستوري):

في هذا القرار، قررت المحكمة الموقرة أن "الاتفاقية لا تعد بذاتها قانوناً يطبق في فلسطين، وإنما لا بد أن تكتسب القوة من خلال مرورها

الضرورة بمكان التأكيد على ضرورة مراعاة الديوان لنشر نسخ رسمية من تلك الاتفاقيات باللغة العربية.

السؤال الثاني: ما هي مكانة الاتفاقيات الدولية ضمن الهرمية التشريعية في النظام القانوني الفلسطيني؟

الإشكالية الظاهرة أن القانون الأساسي لم يحدد تلك المكانة، بشكل واضح وصريح. وبالتالي شكليا هنالك فراغ. ولكن موضوعياً قد تكون هنالك قاعدة نستلهمها بناء على فهمنا للقانون الأساسي. وغالباً على هذا الأساس اجتهدت المحكمة الدستورية، وإن تجاوزت اختصاصها وجانبت الصواب برأيها؛ إضافة إلى ما وقعت به المحكمة الموقرة من تناقض فيما ورد في اثنين من قراراتها،¹⁰ لم يفصل بين تاريخ صدورهما أكثر من ثلاثة أشهر وثلاثة أسابيع، فإن المحكمة الموقرة ناقضت نفسها حتى ضمن القرار الثاني وحده. وبالتالي بالإمكان الحديث عن موضعين للتناقض:

¹¹ بالخصوص، أصدرت وحدة القانون الدستوري في جامعة بيرزيت ورقة موقف، نحيل إليها لعدم الإطالة، انظر: وحدة القانون الدستوري بجامعة بيرزيت، "ورقة موقف حول حكم المحكمة الدستورية بخصوص مكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الفلسطيني"، كانون أول 2017. متوفرة عبر الرابط المختصر:

<https://goo.gl/2tbx6J>

¹⁰ القرار الأول: قرار المحكمة رقم (2017/4) في القضية رقم (12) لسنة 2 قضائية-دستورية (طعن دستوري)، صادر بتاريخ 19 تشرين ثاني 2017؛ والقرار الثاني: قرار المحكمة رقم (2017/5) في الطلب رقم (2) لسنة 3 قضائية-دستورية (تفسير دستوري)، صادر بتاريخ 12 آذار 2019.

هذه الإجابة العامة أو الطبيعية لسؤال يتعلق بالهرمية التشريعية، إذ يكون الفصل فيها لقاضي الموضوع. ولكن في مواجهة الإشكال القائم في السياق الفلسطيني هنالك حلان آخران:

1. المواءمة التشريعية:

الشروع بتعديل القانون الوطني بما يتناسب مع الاتفاقيات الدولية. يكون هذا الخيار ضرورياً في حال تبني وجهة النظر القائلة بتساوي مكانة الاتفاقيات الدولية مع القوانين العادية. أما في حال تبني وجهة النظر القائلة بأن الاتفاقيات الدولية ملزمة بشكل مباشر، ويمكن الاعتداد بها أمام المحاكم الوطنية، وتسمو على القوانين العادية، فيكون في حينها هدف المواءمة إعلانياً وكاشفاً لقاعدة موجودة أصلاً بحكم وجودها في الاتفاقيات الدولية.

2. الانسحاب من الاتفاقيات التي تثير

التعارض الجاد مع التشريعات الوطنية،¹³

وإعادة الانضمام إليها مع إبداء تحفظات:

لا نشجع على هذا الحل، لما سيعكسه من آثار سياسية سلبية للخارج. كما أن جانباً من الآراء يعتقد بعدم إمكانية الانسحاب من الاتفاقيات الخاصة بحقوق الإنسان متى تم تأكيد هذه الحقوق للمخاطبين بها. وقد تبنت هذا الرأي

بالمراحل الشكلية الواجب توافرها لإصدار قانون داخلي معين لإنفاذها". وهنا نتساءل: كيف ساغ للمحكمة الموقرة أن تقرر ذلك في البند الثالث من منطوق الحكم، في الوقت الذي قررت فيه في البند الأول من منطوق الحكم ذاته أن القانون أدنى من الاتفاقية؟ بكلمات أخرى: كيف يرتهن نفاذ الاتفاقية وهي الأسمى، على صدور قانون وهو الأدنى؟! كل ذلك وفقاً لما قرره المحكمة الموقرة.

إن المرجع الفصل لتحديد مكانة الاتفاقية الدولية هو قاضي الموضوع (القاضي النظامي/ القاضي الشرعي/ القاضي الإداري/ القاضي العسكري)، وليس المحكمة الدستورية، ولقاضي الموضوع أن يجتهد، وفي حال اختلاف الاجتهاد بين القضاة، فمرجعية درجات التقاضي بالنهاية مردها لمحكمة عليا، ولها أن تقرر (ولنا في التجربة الأردنية أسوة حسنة، فيما رسخته محكمة التمييز).¹² وليس بالإمكان فهم المكانة السامية للمحكمة الدستورية الموقرة وفقاً لقاعدة "من يملك الأكثر يملك الأقل بالضرورة"؛ فالمحكمة الدستورية صاحبة اختصاص عليها ألا تتجاوزها، وإلا باتت مشرعا دستورياً (لا قاضياً للدستورية)، متعدية على اختصاص السلطة التأسيسية أو السلطة التأسيسية المعدلة بشكل أدق.

¹³ مثل "اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة" (CEDAW).

¹² انظر: العكور والعدوان وبيضون، "مرتبة المعاهدة الدولية"، 84-85.

1. المحتوى العرفي لاتفاقيات حقوق الإنسان:

إن أغلب محتوى اتفاقيات حقوق الإنسان في أصلها قواعد عرفية، جرى تقنينها في اتفاقيات. ولما كان للعرف الدولي ذلك السمو حتى على حساب سيادة الدولة، فإن تقنينه في اتفاقيات لا ينتقص من قيمته ليكون بدرجة أدنى من الدستور.

2. إحالة المادة (10/أ) من القانون الأساسي:

إن المادة (10/أ) من القانون الأساسي (حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام)، تعتبر مدخلا وجاهيا للاعتداد بالمكانة الدستورية لمحتوى اتفاقيات حقوق الإنسان، في ضوء هذه الإحالة الدستورية. ناهيك عما تضمنته وثيقة إعلان الاستقلال (التي اعتبرتها المحكمة الدستورية أسمى من القانون الأساسي) من إشارات موجزة لحقوق الإنسان.¹⁶

¹⁶ أبرز ما جاء بها بالخصوص: "إن دولة فلسطين هي للفلسطينيين أينما كانوا فيها يطورون هويتهم الوطنية والثقافية، ويتمتعون بالمساواة الكاملة في الحقوق، وتضان فيها معتقداتهم الدينية والسياسية وكرامتهم الإنسانية، في ظل نظام ديمقراطي برلماني يقوم على أساس حرية الرأي وحرية تكوين الأحزاب ورعاية الأغلبية حقوق الأقلية واحترام الأقلية قرارات الأغلبية، وعلى العدل الاجتماعي والمساواة وعدم التمييز في الحقوق العامة على أساس العرق أو الدين أو اللون أو بين المرأة والرجل، [...]". تتوفر نسخة من الإعلان عبر موقع مركز المعلومات الوطني الفلسطيني "وفا"، من خلال الرابط التالي:

http://info.wafa.ps/ar_page.aspx?id=4938

اللجنة المعنية بحقوق الإنسان التي تسهر على تطبيق العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.¹⁴

السؤال الثالث: هل بالإمكان اعتبار أن للحقوق والحريات الواردة في الاتفاقيات الدولية مكانة دستورية؟

من بين جميع الاتفاقيات، فإن لاتفاقيات حقوق الإنسان وضعا خاصا، جعل بعض الدول (مثل البرازيل، الأرجنتين، نيكاراغوا، والمكسيك) أن تضعها في مكانة موازية للدستور،¹⁵ فيما بقية الاتفاقيات أدنى منه؛ ومناطق هذا الوضع الخاص لهذه الاتفاقيات هو محتواها وليس شكلها كاتفاقية. وبالتالي، وفي ضوء الاعتبارات التالية، بالإمكان الادعاء أن لمحتوى اتفاقيات حقوق الإنسان في السياق الفلسطيني مكانة دستورية، حتى قبل طرفية فلسطين في تلك الاتفاقيات:

¹⁴ المفوضية السامية لحقوق الإنسان، "صحيفة الوقائع رقم (15)", د.ت. متوفر عبر الرابط:

<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15Rev.1ar.pdf>

¹⁵ انظر مع بعض التباين: المادة (5) من دستور البرازيل لعام 1988 معدل 2017، المادة (75) من دستور الأرجنتين لعام 1853 معدل 1994، المادة (1) من دستور المكسيك لعام 1917 معدل 2015، والمادة (46) من دستور نيكاراغوا لعام 1987 معدل 2014.

بالإمكان مطالعة هذه الدساتير عبر الموقع التالي (النسخة العربية بخصوص دستوري البرازيل والأرجنتين، والنسخة الإنجليزية بخصوص دستوري المكسيك ونيكاراغوا):

www.constituteproject.org

وعليه، أمام تلك الإشكاليات، نرى ما يلي:

1. على المحاكم الفلسطينية تطبيق الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان بشكل مباشر، بموجب المادة (10/أ) من القانون الأساسي، و/أو وثيقة إعلان الاستقلال.
2. يمكن الطعن بعدم دستورية تشريع مخالف لحقوق الإنسان معتمدين على الإحالة الواردة في المادة (10/أ)، و/أو إلزام وثيقة إعلان الاستقلال بالإعلان العالمي. وبهذا يكون لزاماً على المحكمة الدستورية إبطال أي تشريع أو مادة يخالف الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، كونها حقوق إنسان، واجبة التطبيق، وليس باعتبارها اتفاقية دولية.¹⁹

¹⁹ فيما له صلة باعتماد الاتفاقيات الدولية -صفتها تلك- كمرجعية لبت الرقابة على دستورية القوانين من قبل المحاكم والمجالس الدستورية، يقول رئيس المجلس الدستوري اللبناني: "يبدو أن القاعدة العامة، هي عدم ممارسة رقابة على دستورية القوانين بالارتكاز على الاتفاقيات الدولية" التي "لا تشكل قطعاً جزءاً من الكتلة الدستورية" (يستعرض أحكاماً للقضاء الدستوري في كندا وفرنسا). ولكن مع ذلك، في بعض الدول (مثل ألبانيا، سلوفينيا، بلجيكا، بنان، وغينيا بيساو)، تشكل الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان أو بعضها جزءاً من الكتلة الدستورية، إما استناداً إلى نصوص صريحة بذلك في الدستور، أو وفقاً لاجتهادات راكمها القضاء الدستوري. انظر: عمر سليمان، "مرجعية الاتفاقيات الدولية في قرارات المجلس الدستوري"، في: *فاعلية الاتفاقيات الدولية أمام المحاكم الوطنية: آليات الحماية والتطبيق* (بيروت: المؤسسة اللبنانية للسلام الأهلي الدائم، 2016)، 41-42.

بغض النظر عن هذا الجدل، فإن النتيجة التي خلصت إليها هذه الورقة لا تتعاطى مع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان كونها اتفاقيات؛ وإنما لصلة محتواها بحقوق الإنسان التي كفلها القانون الأساسي في المادة المذكورة؛ ولكنها تضع الإطار القانوني للحقوق الواردة في الإعلان العالمي الذي التزمت به وثيقة إعلان الاستقلال.

3. التزام وثيقة إعلان الاستقلال بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

في ضوء ما خلصت إليه المحكمة الدستورية في قرارها رقم (2017/5 - تفسير دستوري)، باعتبار وثيقة إعلان الاستقلال أسمى مكانة من القانون الأساسي (وبغض النظر عن موقفنا من هذه النتيجة)؛ ولما كانت وثيقة إعلان الاستقلال أعلنت صراحة التزام دولة فلسطين بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛¹⁷ ولما كانت الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان تضع الإطار القانوني لممارسة الحقوق المكفولة بالإعلان العالمي؛ فإن محتوى اتفاقيات حقوق الإنسان ذو مكانة دستورية لا تقل عن مستوى القانون الأساسي، إن لم تساوي مكانة إعلان الاستقلال.¹⁸

¹⁷ ورد في الوثيقة: "وتعلن دولة فلسطين التزامها بمبادئ الأمم المتحدة وأهدافها وإعلان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، [...]".

¹⁸ ما زال الجدل الفقهي قائماً حول القيمة القانونية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، في ضوء كونه شكلياً عبارة عن قرار/ توصية صادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، ولا يرتقي إلى مستوى الاتفاقية الدولية. ولكن هذا الجدل -أو التشكيك في قيمة الإعلان- لا قيمة له حال وجود وثيقة دستورية تعلن التزامها بهذا الإعلان. بل هي بذلك تمنحه مكانة أعلى من مكانة الاتفاقيات الدولية، لترتقي به إلى مستوى النص الدستوري ذاته الذي أعلن التزامه به.

توجه كهذا أخذ به المجلس الدستوري اللبناني، تأسيساً على ما تضمنته مقدمة الدستور من إلزام بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان. انظر مثلاً القرارات: (2001/2)، (2013/1)، (2014/6). متوفرة بالنص الكامل عبر موقع المجلس:

<http://www.cc.gov.lb/decisions-controlle>

تجدر الإشارة إلى أن هذا التوجه تطلب أساساً أن يقرر المجلس مسبقاً مساواة القيمة القانونية لمقدمة الدستور مع مواده. وذلك ابتداءً بموجب القرار (1996/4)، ثم أكثر صراحة في القرار (1997/1).



BIRZEIT UNIVERSITY

كلية الحقوق والإدارة العامة

Faculty of Law and Public Administration

وحدة القانون الدستوري

Constitutional Law Unit

*Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (2/2019)
Background Papers Module*

Nora Taha & Asem Khalil

Rethinking Executive Supremacy during Times of Crisis in Egypt

January 2019

Rethinking Executive Supremacy during Times
of Crisis in Egypt

إعادة التفكير في سمو السلطة التنفيذية أثناء الأزمات
في مصر [بالإنجليزية]

Nora Taha & Asem Khalil نورا طه وعاصم خليل

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (2/2019)
Background Papers Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/2)
فئة أوراق مرجعية

© 2019, 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

© 2019، 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].

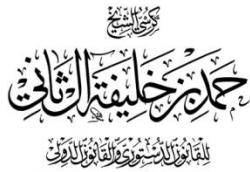
في حال الاقتباس أو التوثيق يجب أن يتم التوثيق كما يلي:

[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:

Nora Taha^{*} & Asem Khalil^{**}

Rethinking Executive Supremacy during Times of Crisis in Egypt^{***}

I. Introduction

Recent political and legal developments within the Arab world have resurrected previously dormant historical debates and endowed them with a new life and vitality. The doctrine of a separation of powers has been prominent within these debates, being repeatedly reasserted, and even celebrated, as a means through which political authority may be appropriately dispersed and distributed. These ongoing developments bring to mind Hannah Arendt's *Between Past and Future: Eight Exercises in Political Thought*, which assigned political crisis in the questioning of the human condition, along with the various obstacles that impede its fuller realization.

The series of political developments that occurred in the aftermath of Mohammad Ben Azizi's self-immolation in 2011 clearly meet the threshold of 'political crises'. In the aftermath of this event, political authority within the region has been challenged to an unprecedented extent. In seeking to contribute to these ongoing developments, legal theorists and academics have sought to develop a constitutional theory that can be directly addressed to the crises that currently afflict the Arab world.

^{*} A fellow legal researcher at the Constitutional Law Unit in Birzeit University.

^{**} Professor of Law, and H.H. Shaikh Hamad Bin Khalifa Al-Thani Chair in Constitutional and International Law, Birzeit University.

^{***} This paper has been written as a draft to evaluate the general situation in Egypt in regard to the dynamics between the three branches and the army within the context of the emergency status; it was further developed to the paper "From Manshiya to Alexandria: Examining the process of rationalizing, constitutionalizing, and normalizing the Emergency status in Egypt" forthcoming in Spring 2019.

The persistence of authoritarian regimes in the Arab world presents a clear research puzzle to these academics. How can this persistence, taking unprecedented levels of political mobilisation into account, be explained? A number of explanations have been provided – weaknesses within opposition movements, insufficiently developed civil agencies and established hierarchies and patronage systems have all been proposed and put forward at different points.

In building upon Eva Bellin's contribution, this article instead begins from the proposition that the strange persistence of Arab authoritarianism can be attributed to 'the effective manipulation of political institutions' (Bellin 2012, 128). Conceivably, this manipulation could be theorized with reference to incumbent presidents, along with the huge preponderance of power in their hands. However, we could, with equivalent justification, turn to a number of other reference points. These include the suspension of civil liberties and political rights during political emergencies, the gulf between parliamentary representatives and their constituents and the fictional legitimacy derived from elections that are little more than a façade.

In taking the 'effective manipulation of political institutions' as its starting point, this paper seeks to contribute to wider constitutional debates. It critically appraises the Egyptian application of the separation of powers doctrine, with a view to establishing how this constitutional doctrine has been constructed and re-constructed. It offers an analysis

of Egyptian institutions, which seeks to identify how they responded to the 2011 public uprisings. It asks whether these institutions made a positive (e.g. succeeded in escaping structurally rooted roles) or negative (further accelerated or exacerbated an ongoing constitutional crisis) impact during the course of the uprisings.

The incumbent regime, which was the object of these popular protests, consisted of a centralized presidency and depoliticized institutions (Stacher 2012, 55). It was headed by Hosni Mubarak, who had been at its head for three decades (he came to power in 1981). Power had been concentrated in the presidency for a substantial period of time, with this feature having endured through successive presidencies (Nasser, Sadat (50) and then Mubarak) and ideological shifts (such as the shift from Pan-Arabism to nationalism). Executive centralism can therefore be appropriately described as an enduring feature of the Egyptian state. Throughout this period, there was always the danger that the President would exercise the executive prerogative at times of crisis, thus manipulating insecurity (real or perceived) with a view to increasing its own 'prestige, influence [and] political power' (Jenkin 2011, 556). This paper addresses itself to this problematic of Egyptian executive supremacy over the course of three chapters. The first chapter examines how the doctrine of a separation of powers is legally enshrined within Egypt's 2014 constitution, which also gives the President a range of exception-

nal powers, including the ability to dissolve parliament and veto parliamentary acts. This chapter focuses upon the historical development of each institution and seeks to explain its specific contribution to a wider constitutional process. Texts play a very limited role. The predominant emphasis is instead upon how these institutions function in practice.

The second chapter engages with the question of how powers were separated during the authoritarian and post-revolutionary periods. This is particularly important because it contributes an enhanced understanding of how the different branches interacted at particular points in time. This chapter therefore builds upon Levi's observation that a closer engagement with the historical dynamics between political institutions in the region can help to calculate 'the consequences of proposed realignment of government power and what may be lost in the process' (Levi 1976, 327). A more sustained engagement with the function of the legislature, the executive, the judiciary and the army can contribute considerable insight into the wider function or purpose of the government. It can also highlight how weaknesses within certain branches served to justify, and thereby perpetuate, executive supremacy.

The final chapter then engages with two practical elements that have substantially contributed to the perception that executive and presidential supremacy are increasing. The first element can be traced back to legality and the second originates within legitimacy. Legitimacy

can conceivably derive from a number of sources— the leader can present themselves within the lineage of predecessors, invoke national symbols or appeal to the antecedents of state authority (e.g. cultural or religious reference points). Alternatively, as this chapter demonstrates, it is possible that emergency status may well come to function 'as the new paradigm of government' in the expression of Giorgio Agamben (2005).

II. The Separation of Power in the Post-Revolutionary Period

The doctrine which holds that power should be separated first emerged within a western context. Vile suggests that it should be viewed as a response to the question of how the government should be controlled. On this reading, the doctrine limits the exercise of power (Vile 2012, 2) by disaggregating or distributing it. Cooper strikes a more critical note when he suggests that the doctrine contributed to 'a governance structured based on compromise, not theoretical coherence' (1994, 362) – this, he maintains, was the final outcome of a system of checks and balances that 'hoped to restrain the ability of either to dominate' (2005).

In drafting this article, we deliberately sought to first engage the provisions that were put in place by the post-revolution constitution. Specific emphasis was placed upon the intended political system and the anticipated

functions of each branch. We then sought to address the question of how these branches functioned in practice during the 2014 uprisings. We arranged this for one main reason, in which we did not want to give rise to the misconception that the 2014 constitution directly derived from the practices of the respective branches during the uprising. On our reading, it was actually the opposite – the constitution provides one of the main justifications for the maintenance of executive supremacy and military supremacy.

On the 25th January 2011 the Egyptian people began to mobilize, setting in process a motion that would ultimately result in the overthrow of an authoritarian regime that had endured for 30 years. A month later, after unprecedented unrest, Omar Suleiman, Mubarak's Vice-President declared that Mubarak would no longer be President. The Supreme Council of the Armed Forces (SCAF) was delegated executive powers and assumed responsibility for leading the transition period and establishing the basis for free elections.

Subsequent to a SCAF declaration, the 1971 Constitution was then suspended. When free elections were held in 2012, Mohamed Morsi was elected as President and Islamist parties commanded a majority within the parliament. The Constituent Assembly then began to draft a new constitution. From the outset, its ability to represent social groups and interests was drawn into question – the majority of the Assembly were Islamists, and was dominated by their salafists allies (Meyer-Resnde

2014, 6) and it only included four women. Far from addressing social tensions and unrest, it seemed just as likely that the new constitution would further inflame an already violent and deeply polarized political atmosphere (2014).

These concerns were given further credence when Morsi granted himself unlimited power in the name of 'the revolution' and made limited provision for judicial oversight (Haimerl 2014, 13) - the role of the Supreme Constitutional Court (SCC) was restricted to reviewing electoral laws passed by the parliament.¹ Article 132 of the 2012 Constitution establishes that the President is the guardian of the separation of power doctrine. Article 104 provided the President with the ability to veto parliamentary bills. The 2012 Constitution did not significantly diverge from the model that preceded it and it failed to address the wider public concerns that had given rise to the uprising in the first instance.

In 2013, the SCAF intervened in the domestic political process again. General (now Field Marshal) Abdel-Fatah El-Sisi declared that Morsi was no longer the

¹ Article (177): *"The President of the Republic or the House of Representatives submit the bills that govern political rights as well as presidential, legislative, and local elections to the High Constitutional Court before issuing them, so that the Court may examine their constitutionality ex ante. It issues its decision on this matter within 45 days of receiving it. If the Court does not issue a ruling, the bill becomes law. If the Court rules that parts of the bill are unconstitutional, its ruling must be implemented. The laws referred to it for ex ante review are not eligible for the ex post review covered by Article 175 of the Constitution."*

President, before issuing a 'roadmap' that contained three constitutional amendments that were directly addressed to three key issues: firstly, this Roadmap set out broader conditions for presidential candidates; secondly, it put in place fixed presidential terms; and finally it abolished the emergency status that had been in place since the early 1980s (Meyer-Resnde 2014, 5). El-Sisi's roadmap, it should be acknowledged, commanded considerable levels of public support.

In the immediate aftermath of Morsi's removal, the country was led by Adli Mansour, who served as an interim President. Article 30 of the Road Map (Quoted from Vaques 2015) established that he would submit the draft constitution to a public reference within 30 days of receiving it. The process of drafting the 2014 constitution began when a presidential decree appointed 10 legal members (who were responsible for initiating the process) and a Constituent Assembly of 50 members (who were responsible for reviewing the draft)- the Assembly contained 'professional syndicates, labour and trade unions, industrial and culture associations, the security forces, and minority groups' (Meyer-Resnde 2014, 8). Islamists, however, were conspicuous by their absence.

After 48 hours of deliberation, the Constituent Assembly approved a draft version, which was then submitted to a public referendum which was approved by 98% of those who voted (on a 38.6% turnout). The referendum took place amidst considerable political unrest.

Political opponents engaged in street fighting; terrorists launched attacks; and the general public appeared apathetic and disengaged. In addition, a large number of Islamists boycotted the referendum (Meyer-Resnde 2014, 8).

The 2014 Constitution generally drew very strongly upon the 1971 constitution (this explains why the tasks assigned to the legislature and the judiciary are broadly consistent across both documents). Article 5 of the 2014 Constitution establishes that Egypt's political system is based upon the doctrine of a separation of power. It establishes a close relationship between powers and responsibilities² and describes the overall system; separate chapters then assign specific tasks and duties to each branch of the government. It granted broad rights to the President, who was firmly established as the pre-eminent figure in the domestic political system. The President vetoed parliamentary bills (Article 104)³ and upheld the separation

² Article (5): "*The political system is based on political and partisan pluralism, peaceful rotation of power, separation and balance of powers, the inevitable correlation between powers and responsibilities, and respect for human rights and freedoms, as stated in the Constitution.*"

³ Article (104): "*The House of Representatives informs the President of the Republic of every bill that has passed the chambers, so that the President can sign it into law within fifteen days of receipt. If the President of the Republic vetoes the bill, he returns it to the House of Representatives within thirty days of receipt. If he does not return the bill by that deadline, or if the House of Representatives overrides his veto by a two-thirds majority, the bill becomes law and is issued. If the House fails to override the presidential veto, four months must pass from the date of the failed override vote before the bill may be reintroduced within the same legislative session.*"

of power (Article 132).⁴ He/she possessed an unlimited ability to call referendums— some observers expressed concern that, in the event of sustained opposition from the House of Representatives, this could result in a ‘plebiscitary presidency’ (Meyer-Resnde 2014, 9).

He/she appointed members of the judiciary and Government, including the Prime Minister (Article 146) and represented the state in foreign affairs (Article 151). The President was head of the executive and armed forces (see Article 152), declared a state of emergency (Article 154) and granted pardons (Article 155). However, he/she did not declare war and full ratification of treaties and the announcement of a state of emergency were both contingent upon majority parliamentary approval. The duration of presidential terms was also limited to four years and the President could only be re-elected once.⁵

The 2014 Constitution most closely resembled the semi-presidential model of government. This was clearly demonstrated by the way in which the constitution drafted and deployed

different institutions. While this model granted the President substantial and even formidable powers, it quite clearly did not approximate to the presidential model, in which the President acquires all executive powers. The 2014 Constitution therefore divides executive power between the President, who is directly elected, and the Government, which it describes as the ‘supreme executive and administrative body of the state’ (Article 167). The Government’s exercise of executive power is contingent upon the continued confidence of the Parliament (House of Representatives) and the prime minister, who is appointed by the President with the approval of the Parliament, is the head of government (Article 163). Public policy decisions are made by both the government and the president (Article 167).

The precise distribution of executive power between the President and the Prime Minister is, however, somewhat vague and ambiguous. For instance, in exercising his/her executive power, the President is not constitutionally obliged to obtain countersignature of the Prime Minister or any other minister. The President can also chair the Council of Ministers whenever he chooses. Under certain circumstances, the Parliament could hold the Prime Minister to account for executive actions that had little or even nothing to do with him/her. This becomes even more problematic in instance of cohabitation (e.g. when the President and the majority of the Parliament are not members of the same political party). Setting aside the formal distribution of

⁴ Article (132): “*The President of the Republic is the head of state and the leader of the executive power; he pursues the People’s interests, preserves the independence of the homeland and its territorial integrity, and upholds the separation of powers. He carries out his responsibilities in accordance with the Constitution.*”

⁵ Article (139): “*The President of the Republic shall be elected for a period of four calendar years, commencing from the day following the termination of the term of his predecessor. The President may only be reelected once*”

powers and responsibilities, we can therefore infer that the President is the real head of the executive authority, who both governs and rules (Khalil, n.d.).

In the 2014 constitution, the House of Representatives functioned as the legislature. It replaced the Shura Council, whose constitutional role and significance was limited in any case. The House of Representatives is not directly accountable to the president, and its dissolution is subject to the expressed will of a public referendum (the relevant article of the Constitution does not, however, make it clear what will happen if public assent is not forthcoming). (Anthony Mughan et al. 2013) Article 191 of the Constitution establishes an independent and autonomous constitutional court, which possesses powers of judicial review.⁶ However, the de facto independence of this court is drawn into question on three points; firstly, the appointment of the court's judges is a presidential prerogative (Article five of the Constitutional Court Law, No. 48/1979); secondly, there are few genuine guarantees or safeguards that uphold the Constitution's independ-

⁶ Article (192): *"The Supreme Constitutional Court shall be solely competent to decide on the constitutionality of laws and regulations, to interpret legislative provisions, and to adjudicate on disputes pertaining to the affairs of its members, on jurisdictional disputes between judicial bodies and entities that have judicial jurisdiction, on disputes pertaining to the implementation of two final contradictory judgments, one of which is rendered by a judicial body or an authority with judicial jurisdiction and the other is rendered by another, and on disputes pertaining to the execution of its judgments and decisions"*

ence; finally, the existence of military courts (refer to Articles 204 and 205 of the Constitution) undermines the court's independence. During April 2017, the President also passed legislation that provides him the ability to select and appoint the most senior members of the Egyptian judicial system (this includes the individuals who head the Court of Cassation, the State Council and the Administrative Prosecution Authority). This intrusion of executive power potentially undermines judicial independence. It is an open question whether the parliament will ever fully exercise its designated prerogative.

III. The Role of Political Institutions In The Uprisings

Now that the outlines of the separation of power doctrine have been set out in more detail, it is now necessary to ask which institutional structures and procedures best promote its concrete realization (Vile 2012, 1). This chapter will closely assess political institutions and identify the values that they help to promote. This will in turn establish the basis for a more sustained engagement with the question of how political institutions are shaped during times of crisis.

As a precursor to this engagement, it is first necessary to clearly distinguish between 'formal' and 'functional' constitutional models. For the purposes of the current discussion, formalism is understood to 'giv[e] priority to rule of law values such as transparency, predictability, and continuity in law';

(Eskridge 1998, 22) functionalism, meanwhile, is understood to ‘emphasiz[e] pragmatic values like adaptability, efficacy, and justice in law’ (23). Gerangelos provides an important further clarification. Functionalism, he observes, only regards an act of one branch to be unconstitutional if, in attaining a certain level ‘an unspecified level’, it interferes with another branch’s ability to perform its function and accrues an excess of power for itself (‘accretion of excessive power to the usurping branch’) (2009, 20). For Functionalism, it is therefore the practice which reveals the usurpation of power to be unconstitutional. This highlights one of the main weaknesses of formalism – namely that it is difficult to define the functions of each branch at a conceptual level (37). This is why Zines (Quoted in Gerangelos 2009, 38) asserts that ‘there is no clear warrant for the view that all functions can be subsumed under the categories “legislative,” “executive” and “judicial”’. This is even more true during times of political upheaval, when these categories are even more prone to collapse in on each other. On these grounds, it is legitimate to question whether formalist models can be applied during times of protracted change and upheaval.

This article will now offer an institutional analysis that directly engages the branches of the Egyptian government tasked with upholding political stability, the integrity of the legal process and the general security of the country. It will focus in particular upon the Parliament, Constitutional Court and Army, with a

view to identifying how they adjusted and responded during the course of the popular uprising.

1. *The Egyptian Parliament*

The literature on democratic transitions frequently asserts that legislatures are the central institution within a functioning democracy (Beetham 2011, 124). Their contribution to the wider political process is openly celebrated upon the grounds that they enable political elites to be held to account and enable the public will to be expressed. Indeed, the literature emphasises the contribution of legislatures to the extent that it might be assumed that the phenomenon of executive supremacy should be understood in relation to weaknesses within the legislature.

In building upon this insight, this subsection will now consider the role which the Parliament played in the January 2011 uprising. It will place particular emphasis upon the broader significance of the Parliament, and will therefore attempt to ascertain its relation to, and impact upon, a wider protest movement that sought to challenge, and ultimately alter, the basis of political authority within Egyptian society.

Parliaments can make a variety of contributions and exert a range of impacts during political transitions. We can accordingly have no expectation that they will act in a certain way; rather, our emphasis should be upon identifying the multiplicity of ways in which they can contribute to wider social and political processes.

In the first instance, it is essential to acknowledge that parliaments are active participants, albeit in different roles and to different extents, in the process of making (or remaking) a constitution. The reason for this is clear – the participation of a representative institution endows the wider process with a greater degree of democratic legitimacy. Secondly, parliaments have an important contribution to make when legal reform is conceived more generally – that is, as the basis of economic, political or social reform. Again, the engagement of parliaments endows this process with a greater degree of legitimacy than it would otherwise possess. Finally, parliamentary engagement can legitimize the process of state-building. It can enhance efficiency, accountability and actively contribute to institutional reforms that seek to limit or regulate executive authority (Khalil, n.d.).

In Egypt, the Shura Council (*Majls Al-shura*) and House of Representatives (*Majles al Nuwab*) were previously the parliamentary institutions – in 2014, however, the Constitution suspended the Council. Over the next three years, the Government repeatedly postponed parliamentary elections. Vokel (2017) suggests that these delays were part of a deliberate government strategy, being conceived with reference to the development of an electoral law that substantially reduced the likelihood of an adversarial or oppositional legislature.

Historically, the Parliament has played a very limited role in Egypt's governance. Until the 1970s, the country was a

single-party state. Even after other political parties were allowed to register, the parliament remained, at best, a secondary consideration. The Parliament under Mubarak has been appropriately described as a 'democratic façade,' that 'never expressed any significant criticism of the government' (Vokel 2017).

The Parliament's essential fragility was further emphasised after Mubarak's overthrow, when SCAF, with the support of the SCC, suspended the 1971 Constitution and dissolved the parliament which had been elected in 2010. The dissolution of the Parliament inaugurated a year of military rule.

Parliamentary elections, which were held in 2012, returned the Muslim Brotherhood as the majority party. This was significant as successive governments (in particular Nasser's) had suppressed the Brotherhood. However, the significance of the elections was drawn into the question by the fact that, during the year of military rule, the SCAF had left 'the main characteristics of Egypt's electoral system broadly unchanged' (Vokel 2017). Clearly changes in political composition would have little importance if the existing constitutional arrangements remained in place. In June 2012, the SCC, a number of whose members were originally appointed by Mubarak, suspended the Parliament. This was then followed, a year later, by Morsi's removal from power (Vokel 2017).

Various factors (its limited role under the Mubarak regime, SCAF's interference in the political process and the perception that it was little more than a

façade) acted to the Parliament's detriment and undermined its ability to hold the other branches of the government to account. Even the limited powers that it retained (such as parliamentary review) were never fully exercised (Cook 2008, 74). The Parliament was also weakened by the fact that it was isolated from the public's general public will – to this extent, it appeared to confirm Schmitt's accusation that modern parliaments 'are no longer capable of taking genuinely political decisions in the name of a people as whole' (Vinx 2015, 9). In the same way as its German predecessor, the Parliament was transparently unable to provide 'strong and coherent political leadership' (13).

2. *The Supreme Constitutional Court of Egypt (SCC)*

At times of constitutional uncertainty, constitutional courts are generally viewed as weak and incapable of contributing to wider processes of political and social change. Hamilton, in citing Montesquieu, therefore maintained that courts are 'the least dangerous branch' (Mollers 2013, 18). This is even more true during times of emergency, when courts generally 'assume a highly deferential attitude when called upon to review governmental actions and decisions' (Gross and Fionnuala 2006, 153).

However, it is nonetheless possible to envisage circumstances, even if only at a hypothetical level, where courts could emerge as 'paradoxically powerful

political actors' (Brown and Waller 2016, 818). Judicial review, in which constitutional courts are granted the right to review legislation adopted by political is one such example. Indeed, Schmitt, in arguing that 'a constitutional court would be forced to take political decisions', (Vinx 2015, 9) rejected the right of review on precisely these grounds. This contrasted with other observers, such as Montesquieu, who maintained that, by virtue of their strong adherence to the principle of political independence, constitutional courts could not threaten freedom (Mollers 2013, 18).

Arab observers appear to lean much more strongly towards Montesquieu's interpretation. This is shown by fact that constitutional courts, across the region, are being built (Tunisia and Jordan), reconstructed (Morocco) and assigned new roles (Egypt). Historically, the SCC has been a significant legal and even political actor. This article will now situate it in historical context, with a view to ascertaining its current role and relationship with other branches of the Government.

The 1971 Constitution established the SCC as an independent judicial branch and SCC Law No. 48/1979 granted it the power of judicial review. Brown (1997, 5) has previously suggested that the adoption of a modern legal system (the establishment of a constitutional court was a key part of this project) derived from a number of hidden motives. In advancing the centralization of authority and the domination of specific groups or classes as key motivations, he observes

that 'legal reform in Egypt was understood as an attempt to restrict - or at least regularize - the unlimited authority that Egyptian rulers possessed at the beginning of the reform period' (8). He claims that, in its early years, the court was strongly guided by this imperative of restricting authority.

For the Egyptian public, the Court retains a powerful symbolic significance. The historical verdicts that it issued during its 'golden era' of the 1990s and the early 2000s are a source of fond recollection for many observers. The Court's horizon was expansive, touching upon issues as diverse as 'electoral candidacy, party registration, freedom of expression, and human rights advocacy' (Abu-Odeh 2011, 989). The Egyptian leadership's heavy reliance upon state security courts and military tribunals during this period was actually testament to the Court's success in achieving a high level of independence (Cook 2007, 75).

SCC judgements also played an important role in expanding political rights and promoting broader participation. The court engaged Article Four from *Hemayat Al-Jabha al Dakhlya* Law and found that its political prohibition was unconstitutional (Decisions 1986/2 and 1989/2). In 1987 and 1996, the Court, citing the invalidity of the Election Law as a justification, dissolved the lower parliament. In 2000, the Court required 'judicial supervision' of elections (*Majls AlSha'b*). However, it is important not to overstate the significance of these activities. Haimerl therefore strikes an appropriately cautious note in observing

that '[w]hile the SCC certainly curtailed executive power to some extent, it always showed reluctance to challenge the "core interests" of the regime' (Haimerl 2014, 13).

This closely aligns with Brown's (2006, 12) observation that legal orders do not simply mark the domination of specific groups or classes; rather, they perpetuate this domination by 'making concessions or at least offering opportunities to subaltern groups'. Clearly, it would be a profound conceptual error to grant the Court the status of an independent court upon the grounds that it did not function as a 'mechanical tool' of the regime.

This fact notwithstanding, the Government came to feel increasingly threatened by the rate at which the court's jurisprudence was expanded. This ultimately resulted in the Court's chief justice being replaced by a regime insider (Abu-Odeh 2011, 986). This open subversion of the judicial appointment process, in addition to subsequent rulings (most notably the declaration that Mubarak's state security courts were constitutional) furthered the impression that the Court was little more than a tool of the executive.

However, this was not the case during the Egyptian uprisings, when the Court's stance could more accurately be described as cautious and ambiguous. It therefore apparently fluctuated between being positively and negatively predisposed towards unfolding events, while also evidencing a reluctance to engage with important or contentious

issues. However, there were two important exceptions in this respect.

This essential ambiguity was also evidenced during the Egyptian uprisings. The Court did not settle upon a clear stance, but instead shifted from being positively to negatively predisposed. It also evidenced a pronounced reluctance to engage with important issues. However, there were two important exceptions. Firstly, the Court invalidated the law that prevented members of the Mubarak regime from contesting the presidency; secondly, it dissolved the Muslim Brotherhood's majority parliament (upon the grounds that a third of the seats should have been reserved for independent candidates).

In seeking to explain these two decisions, it is useful to bear a mind a previous contribution from Brown and Waller. They (2016, 822) observe that constitutional courts, during times of transition, are invariably 'concerned with their own survival' and predisposed to 'ensure their privileges and prerogatives are maintained and respected' (839). Was status (or the return to a 'golden age' in which parliaments had been dissolved and the scope of its jurisprudence had rapidly expanded) therefore a concern for the Court?

Two observations suggest that this was not the case. Firstly, the Court operated within a contradictory constitutional context – this meant that it remained unsure of its aspirations and virtues; secondly, the court, by virtue of the 'judicial-executive collaboration module', had little reason to challenge the

existing arrangements. Faruq Sultan, the Chief of Justice appointed by Mubarak, in addition to 17 members with ties to the old regime, remained in place (Haimerl 2014, 13). In July 2012, *Sultan* was replaced by *Maher El-Beheiry*. After one year, *Adli Mansour* was appointed to the role. He became Egypt's Acting President only minutes after being appointed as the Court's President.

The dissolution of the parliament was not the first occasion on which the Court had intervened in the political process. However, it should be noted that its reasoning clearly differed from preceding decades. In this instance, the Parliament took an intervening political step into the complex political realm by consciously limiting growing Islamist influence. Brown makes the important observation that whereas the other rulings took several years to reach the Court, in this instance the ruling was issued 'hours after hearing the arguments' (Brown and Waller 2016, 846). In addition, it should also be recognized that the timing of the decision to resolve the parliament on the second round of the election was clearly intended to empower *Ahmad Shafiq* who, as an associate of the former regime, was the only candidate that was openly opposed to Morsi. It was clear that the Court lacked the tools that would enable it to fully extricate itself from the grasp of the executive (Brown 2013, 39).

IV. The Rise of the Executive supremacy

1. Rethinking Prerogative Power

The contrast between liberal democracy and prerogative power has led legal theorists and academics to ask how the two are related. The proposition that 'special powers' should be invested in particular hands clearly raises the question of how this can be reconciled with the practice and theory of contemporary liberal democracy, in addition to the expectations of modern democratic societies. The interrelation of the two elements has also contributed to debates about the precise role of law in 'emergency' situations, along with the grounds upon which any suspension of civil and political rights can be legitimised. These debates have a clear relevance to the contemporary context of the Arab world, where there is a clear and pressing need for a better understanding of the performative context in which powers are generated and applied. In addition, this interrelation has a clear relevance to the question of how authoritarian patterns of rule and authority are sustained.

The executive branch is normally handed the task of executing the laws when a crisis occurs. In crisis situation, a prerogative power, which permits actions that would otherwise exist 'outside the limits of the law', is vested in its hands. Arguments in support of this course of action may well derive from the proposition that those who are

tasked with executing the laws knows full well when to suspend them. In slightly different terms, it might be legitimately argued that the suspension of laws is, in many respects, an extension of them. Historical experience also lends considerable credence to the proposition that the executive possesses 'special resources and characteristics that [enables it] to formulate responses more rapidly, flexibly and decisively than [legislatures], courts, and bureaucracies' (Fatoyic 2009, 2).

Locke's theory of prerogative power was developed in the shadow of a crisis, having arisen during, and in response to, the abuses of power that were perpetrated during the reign of the Stuarts (Gross and Fionnuala 2006, 119). Locke places prerogative power in the hands of the executive and equates it with the concept of the 'public good'. Corbett, in drawing attention to the fact that Locke expounds multiple definitions of 'prerogative' in *Two Treaties of Government*, initially proposes that prerogative is '[t]his Power to act according to discretion, for the publick [sic] good, without the prescription of Law, and sometimes even against it, is that which is called *Prerogative*.' Alternatively, '[p]rerogative can be nothing, but the Peoples permitting their Rulers, to do several things of their own free choice, where the Law was silent, and sometimes too against the direct Letter of the Law, for the publick [sic] good, and their acquiescing in it when so done.' Corbett then invokes a third proposition which maintains that 'prerogative is nothing but the power of doing publick [sic]

good without a rule.’ (Quoted in Ross 2006, 436-437).

In engaging with each of these three assertions, Corbett (2006) clearly extracts two elements that are essential to all definitions and articulations of prerogative. Firstly, prerogative can be said to be a power that seeks to further the public good (it is, however, a limited power because it is defined in relation to this public good). Secondly, it is not bound by the provisions of ‘positive law’ because it exists above and beyond law.

In presenting itself as a ‘natural power’ (Corbett 2006, 1) that does not require disclosure in the law, Locke’s theory of prerogative appears to be extra-constitutional. Gross and Fionnuala (2006, 121) initially argued otherwise. While they acknowledged that Locke’s prerogative is an extra-constitutional power, they maintained that it is ‘an integral part of the broader constitutional scheme’ – by virtue of this feature, they suggested, it functioned *within* clear constitutional limits. However, they later revoked this position to instead argue that Locke’s prerogative should be viewed as extra-constitutional and extra-legal (122). This, it should be noted, is not an abstract or self-referential debate. Quite the contrary – the precise definition of prerogative (whether it is political, legal or extra-constitutional) has crucial implications for the level of flexibility that the government is able to deploy in the face of crisis and exigency (123).

Locke’s theory creates a tension between legislative supremacy and

executive prerogative. This, Ward suggests, should be viewed as ‘the theoretical core of Locke’s constitutional problematic’. Ward suggests that Locke’s justification of the prerogative permits of two separate interpretations. The first (‘broad’) interpretation views prerogative as a ‘requirement of effective or enlightened political leadership’. The second (‘narrow’) interpretation instead maintains that ‘the executive [is] purely ministerial in relation to the supreme legislature, and thus even prerogative must be seen in terms of a merely temporary measure which is subject to validation or reversal by the legislature once it is convened.’ (2017, 720). Locke justifies the (temporary) limitation of the legislature’s authority by observing that ‘the legislature cannot anticipate in advance and regulate by statute all that may be, at any point in the future, beneficial to society’. He adds that, under certain circumstances, the ‘law-making power may be too slow to adapt adequately to [the] exigencies and necessities of the times’ (Gross and Fionnuala 2006, 120).

Thomas Jefferson, in opposing the broad granting of power to the executive, suggested a model for ‘exceptional crises’. This entailed the application of ‘[e]xtra-legal powers that go beyond the strict lines of law while not forming part of the constitutional framework’ (124). For Jefferson, these extra-legal powers were not (in contrast to Locke’s ‘public good’) limited by the actors themselves. He instead maintained that an ‘[e]xplicit, particular ex-post legislation ratification of the same must be rewarded’ (127) –

trust is obtained through the checks and balances that are part of the process of legislative ratification; it does not, to this extent, extend from self-discipline and regulation.

Schmitt, one of the most well-known critics of the proposition that the rule of law can be reconciled with emergency executive power, has previously gone as far as to suggest that it is an impossibility (Casson 2008, 1). Schmitt maintains that the power handed to a 'sovereign dictator' is not restricted to an ability to suspend – rather it instead extends to 'the power to amend, revoke, and replace' Gross and Fionnuala 2006, 165). In engaging with the apparent imposition of binary categories, Casson argues that this is a profound misreading. For him, the reader is not confronted by a choice between 'naive constitutional rationalism' and 'Schmittian decisions'; in endeavoring to demonstrate this point, he highlights a version of liberalism which endeavors to reconcile the 'necessity' of extralegal political action with the struggle against discretionary power (2008, 947).

2. The Fictional President

The allegation that the protestors were unaware of their aims and intentions is comprehensively refuted by a closer examination of their discourse and rhetoric. The very entry of the protestors into the public sphere derived from a desire for heightened participation and accountability. The terms in which they sought to justify these political acts are significant because they have the

potential to impact and influence institutional arrangements. This insight closely aligns with Schlumberger's (2007, 10) previous account of Arab Authoritarianism, in which he described how the interaction between regimes and society at large has a determinative impact upon state-society relations and the wider political system.

During the uprisings that took place over 2011, the Arab public reacted strongly against the personification of political power – that is, against the proposition that the president represented the current embodiment and future potential of the nation's political life. However, it was not merely the case that Arab publics were reacting against the limitations of established political arrangements – to the same extent, there was a clear sense of how the principle of political division could contribute to a better future. This was exemplified in Tunisia, where the slogan '*la re'asa Mada Al-Haya*' ('no presidency for life') was aimed in the direction of Ben Ali, the incumbent Tunisian president. In Egypt, protestors shouting '*Yasqout Yasqout Hokom Al Askar*' called for the removal of military rule. Other slogans instead required more interpretative effort on the part of observers. Devina, in duly obliging, understood '*Erhal*' ('Go Away') to be a 'refusal of the concentration of powers as well as an appeal for the separation of them' (Touzeil-Divina 2012).

The equation of an Arab president with the nation or with power is not accidental; rather, it instead a politics of symbols or 'symbol politics'

(Schlumberger 2007, 10), which is a clearly discernible feature of the contemporary Arab world. In engaging with it, we could perhaps speak of a peculiar 'style' of politics, in which the president comes to exist as an abstraction, in serene isolation from the nation he/she commands. This process of detachment and reinvention clearly brings to mind Habermas's previous observation that presidents, just like any product, need to be packaged and marketed.

Prior to the uprising, the deposed presidents had quite clearly understood the need to 'market' themselves. There were a number of potential explanations for this. Firstly, as leaders of societies that had experienced multi-level transitions and transformations, it made sense of these leaders to situate themselves within the lineage of past 'glories'. Secondly, a close attention to the embellishment of personal attributes helped to distinguish them from political competitors. In an age of ideological convergence, this need asserts itself with a renewed intensity. Thirdly, personal appeal proved to be conducive to trust, which is an invaluable political commodity.

The condition of successful marketing is the inculcation of the belief that the product is unique, that there is an aspect or feature (its utility, its appearance, its desirability) that sets it apart from other products. Max Weber (1986, 19) had similarly observed that 'natural leaders are 'holders of *specific* (emphasis from authors) gifts of the

body and spirit'. Most do not possess any of these gifts; charismatic leaders, however, possess them in abundance. Charisma is an invaluable resource because it releases the individual from the obligation of being judged upon the basis of individual action." (28) One observer, in noting the adulation with which el-Sisi is now received, similarly notes that he has been *released* from rules and laws (Mihtasch 2014)

Jamal Abdel Nasser, the Egyptian leader, could perhaps be described as a prototype in this respect, a model of imitation for leaders to come. Tunisia's Beji Caid Essebsi followed in this lineage (Byne 2014) while Bourguiba, a former Tunisian president (1957-1987) took the model to its outermost extremes when he loudly proclaimed: "What system? I am the system," (Willis 2014, 51). During times of peace and prosperity, this level of self-possession may be regarded more charitably, perhaps even to the point of being viewed as an asset. However, in times of crisis, when the 'charismatic leader is exposed to the force of changing events, it takes on the appearance of myopia and narcissism (20).

This sub-section, which has discussed the charismatic profile of presidents during times of instability with reference to the separation of power doctrine, has been strongly influenced by Max Weber's (1986, 20) account of the relationship between charisma and institutional building during times of social change. This has originated an approach that can be applied to various instances in which presidents, openly

disdaining codes or statutes and citing the public will as their sole justification, have usurped power. This approach has two potential applications. Firstly, to instances where the prerogative power of the executive is so deeply ingrained that the will of the leader is effectively unopposed; secondly, as a means through which concentrations of power can be engaged and understood.

3. *The Emergency status*

Over the course of the 20th century, the state of exception has shifted away from being a protective measure and has instead been reconfigured as a new form of governance. Agamben (2015) does not exaggerate when he describes it as a new paradigmatic form of government. In further elaborating this proposition, he explains how the state of exception assumed a permanent status during World War One and also observes how the executive's power in the legislative sphere continued to expand after the end of the war. What was originally envisaged and justified as a temporary measure had, by the war's end, quite transparently taken on a different form.

In this article, we have highlighted a continuity of Egyptian political governance that extends from a state of exception that was originally put in place by the Mubarak regime. Contemporary political developments in Egypt suggest that Al-Sisi is rapidly accelerating towards a status of 'exceptionality'. This troubling development has a deeply unfortunate historical

antecedent – the deliberate expansion of presidential prerogatives through the activation of constitutional provisions and the 'legal' suspension of civil liberties have historically accompanied the rise of dictatorships.

Article [48] of the Weimar constitution has a clear echo in contemporary developments in Egypt. This article stated that in instances where public safety was seriously threatened or disturbed, the Reich president' was permitted to 'take the measures necessary to re-establish law and order, if necessary by force.' Closer inspection reveals that the article was accompanied by a weak, and even non-existent, system of checks and balances. In seeking to obtain these emergency power, the president was not even required to obtain the *Reichstag's* approval.

In Egypt, state of exception articles have been exploited since Anwar Al-Sadat was assassinated in 1981. This abuse was frequently evidenced under Mubarak's rule, which extended for 30 years. The antecedents of this exploitation could however be traced back to the 1971 Egyptian constitution, which granted exceptional powers to the President at times of emergency. The president was permitted to create security courts (in which *habeas corpus* was suspended) and restrict a range of civil and political rights.

Having personally experienced its many consequences and ill-effects, Egyptian protestors collectively demanded that the emergency status be abolished. In 2012, the state of emergency lapsed,

and amendments were made to the presidential powers. Article 154 limits the durability of the state of emergency by reducing it from three years to three months. It can only be extended for an additional three months, and any extension is conditional upon the majority approval of the House of Representatives.

However, this article has a legal gap. After the passage of several days at the conclusion of the six-month period, the president is permitted to renew the state of emergency. In any case, the main issue here is not the time period but rather the exceptional powers that Emergency Law no. 165/ 1958 grants to the President. He/she has, for example, the power to establish state-security courts, which operate without the right of appeal (Article 12); in addition, Article Four grants the President the right to deploy state security personnel into public spaces, with the purpose of executing presidential orders. This article also provides the president with exceptional powers that restrict freedom of movement and expression and prohibit peaceful assemblies.

Egyptian concerns about the emergency status have renewed after bomb attacks in Alexandria and Tanta bombings. The Palm Sunday bombing of a Coptic church culminated in the declaration of a state of emergency on 9 April, 2017. This was the first time that el-Sisi had declared a state of emergency and it was the first time that a state of emergency had been declared since the *Raba' Al-Adwya* events. In a televised broadcast, the President sought to justify his decision

by invoking the 'tremendous danger' that now threatened Egypt. His speech was noticeably personalized and he frequently sought to securitize the situation.

After an initial three months passed, the Parliament (on 4 July 2017) approved the extension of the emergency status for a further three months. This contributed to fears that the 'emergency status' was becoming part of normal governance. Brown has, in this manner, has previously suggested that the state of emergency has little to do with law; in his view, it is instead intended to politically legitimize the new regime (Brown 2017).

The legalization of the state of exception makes it into an entity that is rigid and predictable, Agamben has, however, challenging this by questioning the proposition that the state of exception serves a necessity (2015). His argument is diametrically opposed to the speech-acts of political leaders, which are intended to perpetuate precisely the opposite impression – namely that there is no alternative to the course of action that they counsel. The very word 'emergency' in itself imposes a set of mental enclosures which instinctively militate against alternative courses of action. El-Sisi is far from the first leader to recognise the utility of emergency status (having been preceded in this respect by Mubarak) and it is scarcely credible to argue that he will be the last.

V. Conclusion

This article has discussed the separation of powers doctrine with reference to states of exception, engaging with the latter in the belief that it has substantially altered ‘the structure and meaning of the traditional distinction between constitutional forms’ (Agamben 2015, 2). Crisis, to this extent, anticipates and sustains new constitutional innovations. The 2011 uprisings provided an appropriate point of engagement because they presented an unprecedented challenge to the Egyptian state’s political and legal foundations. This article engaged at and across four key institutions, with a view to understanding how they responded and adapted during the uprising. This article argued that these institutions either closely aligned with established patterns of conduct or failed – by virtue of deeply embedded functional limitations – to engage with the challenges that derived from a rapidly altering political reality: the Parliament was removed from political developments

and failed to interpret, much less engage with, the general will of the people; the Constitutional Court fluctuated between a positive and negative role before eventually assuming an active role which compromised its independence. The Army, meanwhile, led the transitional period before presiding over presidential elections, and the ruling presidents of that period continued to expand their executive authorities. In concluding, it would be naïve to suggest that executive supremacy was only made possible by the absence of other strong institutions. In the case of Egypt, executive summary was strengthened by the interaction of two important developments. The fictional legitimacy of the President, which resulted in legal status and codes being disregarded, overlapped with the announcement of emergency status. This provided the President with substantial reserves of power, and ultimately made him the strongest institutional actor, thus enabling him to simultaneously govern and rule the country.

References

- Abu-Odeh, Lama. 2017. "The Supreme Constitutional Court of Egypt: The Limits of Liberal Political Science and CLS Analysis of Law Elsewhere." *The American Journal of Comparative Law* 59(4): 985-1007.
<http://www.jstor.org/stable/23045694>
- Abd-Rabou, Ahmad, Amr Al-Shobaki, Anthony Mughan, Ricardo De Joao Braga, Andre Sathler, Cristina Leston Bandeira, Maria Teresa Paoulo, James Connelly, and Alan Renwick. 2013. "Parliament in the 2013 Draft Constitution." in *Parliament in the New Egyptian Constitution*, 7-26. Egypt: Arab Forum for Alternatives and Global Partners Governance.
- Agamben, Giorgio. 2005. *The State of Exception*. Chicago: Chicago Press.
- Beetham, David. 2011. "Do Parliaments have a Future?." In *The Future of Representative Democracy*, edited by Sonia Alonso, John Keane, and Wolfgang Merkel, 124-143. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bellin, Eva. 2012. "Reconsidering the Robustness of Authoritarianism in the Middle East: Lessons from the Arab Spring." *Comparative Politics* 44(2): 127-149.
<http://www.jstor.org/stable/23211807>
- Brown, Nathan. 2017. "Egypt is in a state of emergency: Here's what that means for its government." *The Washington Post* April 13. Accessed 3 June 2017.
https://www.washingtonpost.com/news/midkey-cage/wp/2017/04/13/egypt-is-in-a-state-of-emergency-heres-what-that-means-for-its-government/?utm_term=.623d10e57212
- Brown, Nathan J. 2013. "Regimes Reinventing Themselves: Constitutional Development in the Arab world." *International Sociology*, 18 (1): 33-52.
<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0268580903018001003>
- Brown, Nathan. 1997. *The Rule of Law in the Arab World: Courts in Egypt and the Gulf*. Cambridge: Cambridge University Press.
<https://web.a.ebscohost.com/ehost/detail/detail?vid=16&sid=c387605e-03cd-415ba3d867a1e630bdf9%40sessionmgr4006&bdata=JnNpdGU9ZWhvc3QtbGl2ZQ%3d%3d#db=nlebk&AN=54474>
- Brown, Nathan J, and Waller, Julian G. 2016. "Constitutional Courts and political uncertainty: Constitutional ruptures and the rule of judges." *International Journal of Constitutional Law* 14 (4): 817-850.
<https://doi.org/10.1093/icon/mow060>
- Byrne, Eileen. 2014. "Tunisia elections: veteran politician Beji Cais Essbsi wins run-off cote." *The Guardian* 22 December. Accessed 1 June 2017.
<https://www.theguardian.com/world/2014/dec/22/tunisia-elections-veteran-politician-beji-caid-essebsi-wins-vote>.
- Casson, Douglas. 2008. "Emergency Judgment: Carl Schmitt, John Locke, and the paradox of Prerogative." *Politics and Policy* 36 (6): 944-971. Doi: 10.1111/j.1747-1346.2008.00146.x.
- Cook, Steven. 2007. *Ruling but not Governing: The Military and Political Development in Egypt, Algeria, and Turkey*. Maryland: The Johns Hopkins University Press.
- Cooper, Samuel W. 1994. "Considering "Power" in Separation of Powers." *Stanford Law Review* 46(2): 361-400. Doi: 10.2307/1229187.
- El-Sayed, Ahmed. 2014. "Post-Revolution Constitutionalism: The Impact of Drafting Processes on the Constitutional Documents in Tunisia and Egypt." *electronic Journal of Islamic and*

Rethinking Executive Supremacy during Times of Crisis in Egypt

- Middle Eastern Law (2): 39-62. <http://www.zora.uzh.ch/id/eprint/95943/1/El-SayedAhmed-Final.pdf>
- Eskridge Jr, William N. 1998. "Relationships between Formalism and Functionalism in Separation of Powers Cases." Yale Law School Faculty Scholarship Series paper 3807 1 (22): 21-29. http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4795&context=fs_papers
 - Fatovic, Clement. 2009. Outside the Law: Emergency and Executive Power. Baltimore: The Johns Hopkins University press.
 - Gerangelos, Peter A. 2009. The Separation of Powers and Legislative Interference in Judicial Process: Constitutional Principles and Limitations. Hart: The University of Michigan.
 - Gross, Oren, and Fionnuala, Aolain Ni. 2006. Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice. UK: Cambridge University Press.
 - Habermas, Jurgen. 1989. The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society. Cambridge: MIT Press.
 - Haimerl, Maria. 2014. "The supreme Constitutional court of Egypt (SCC) After Mubarak: rethinking the role of an established court in an unconstitutional Setting." Paper presented at EXPR General Conference, Glasgow, September.
 - Jenkin, David. 2011 "The Lockean Constitution: Separation of Powers and the Limits of Prerogative." McGill Law Journal 56 (3): 543–589. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1945696
 - Khalil, Asem. Forthcoming. "Revisiting the Role of Parliaments in Times of Democratic Transition: The Case of the Palestinian Authority in the Light of the Weimar Republic's Constitutional Debate."
 - Khalil, Asem. Forthcoming. "Semi Presidential Government in the Post Arab Spring's Egypt: Insights from the Weimar Republic."
 - Levi, Edward Hirsch. 1976. "Some Aspects of Separation of Powers." Columbia Law Review 76(317): 371-391. http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6059&context=journal_articles
 - Meyer-Resnde, Michael. 2014. Egypt: in-depth analysis of the main elements of the new constitution. Belgium: Directorate-General for external politics.
 - Mihatsch, Mortiz. 2013. "From Nasser to Sisi: Max Weber and Egyptian Legitimacy." Mada January 23. Accessed 1 June 2017. <https://www.madamasr.com/en/2014/01/23/opinion/u/from-nasser-to-sisi-max-weber-and-egyptian-legitimacy/>
 - Mollers, Christoph. 2013. The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers. UK: Oxford University Press.
 - Noel, Emilie. 2013. "The Military and the Egyptian Revolution: Resistance to Reform." McGill University. https://www.academia.edu/3303395/The_Military_and_the_Egyptian_Revolution_on_Resistance_to_Reform
 - Ross, Corbett J. 2006. "The Extraconstitutionality of Lockean Prerogative." The Review of Politics 68(3): 428-448. DOI 10.1017/S0034670506000209.
 - Salem, Sara. 2013. "The Egyptian Military and the 2011 Revolution." Jaddaliyya 13 September. Accessed June 30, 2017.

- <http://www.jadaliyya.com/pages/index/14023/the-egyptian-military-and-the-2011-revolution->
- Schlumberger, Oliver. 2007. "Arab Authoritarianism." in *Debating Arab Authoritarianism: Dynamics and Durability in Nondemocratic Regimes*, edited by Oliver Schlumberger, 1-18. Stanford: Stanford University press.
 - Stacher, Joshua. 2012. *Adaptable Autocrats: Regime power in Egypt and Syria*. Stanford: Stanford University press.
 - Touzeil-Divina, Mathieu. 2012. "Arab spring and revolutions: a revival of the separation of power ?." *Pouvoirs* 143(4). doi 10.3917/pouv.143.0029.
 - Vaques, Mar Aguilera. 2014. "Egyptian Constitutional Process when the Context is Key: 14-15 January 2015, Egyptian Constitutional Referndum." Paper Presented at the Workshop 11for the new spring of Constitution-Making, Oslo, June 2014.
 - Vile, MJC. 2012. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis: Liberty Fund.
 - Vinx, Lars. 2015. *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of Constitutional Law*. London: Cambridge University press.
 - Volkel, Jan Claudius. 2017. "Sidelined by design: Egypt's parliament in transition." *The Journal of North African Studies* 7(4): 595-619. <http://dx.doi.org/10.1080/13629387.2017.1297234>.
 - Ward, Lee. 2005. "Locke on Executive Power and Liberal Constitutionalism." *Canadian Journal of Political Science* 38 (3): 719-744 . <https://doi.org/10.1017/S0008423905040722>
 - Weber Max, and S. N Eisenstadt. 1968. *On Charisma and Institution Building*. Chicago: University of Chicago Press
 - Willis, Michael J. 2014. *Politics and Power in the Maghreb: Algeria, Tunisia and Morocco from Independence to the Arab Spring*. London: Oxford University Press.



BIRZEIT UNIVERSITY

كلية الحقوق والإدارة العامة

Faculty of Law and Public Administration

وحدة القانون الدستوري

Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/3)
فئة أوراق طلبة البكالوريوس

ميرا صالح

**الاختصاص الإقليمي للمحكمة
الجنائية الدولية بالنظر في
المستوطنات الإسرائيلية
كجريمة حرب**

نيسان/ ابريل 2019

The Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court in Looking into Israeli Settlements as War Crime [Arabic]

Mira Salhi

الاختصاص الإقليمي للمحكمة الجنائية الدولية بالنظر في المستوطنات الإسرائيلية كجريمة حرب

ميرا صالحى

التدقيق اللغوي: شيماء حسن

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (3/2019)
BA Students Papers Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/3)
فئة أوراق طلبة البكالوريوس

© 2019, 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.

© 2019، جامعة بيرزيت

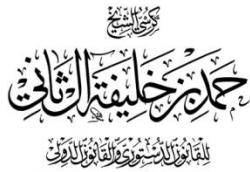
وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

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:

ميرا صالحى*

الاختصاص الإقليمي للمحكمة الجنائية الدولية بالنظر في المستوطنات الإسرائيلية كجريمة حرب**

مقدمة

شهد المجتمع البشري على مر التاريخ الكثير من الحروب والنزاعات التي استباح فيها القتل والاعتداءات والإبادة وغيرها من الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي، التي مرت دون مساءلة أو عقاب. ولما كان إهمال الدول لحقوق الإنسان وتهميشها قد أفضيا إلى كوارث إنسانية لا يمكن تجاهلها، أدركت الدول بأن تلك الجرائم والانتهاكات يجب ألا تمر دون معاقبة فاعليها، فعقدت العزم على وضع حد لها ومحاولة منعها مستقبلاً، وفي 17 تموز 2002 دخل نظام روما الأساسي المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية عام 1998 حيز النفاذ، بعد مصادقة 60 دولة عليه، لتكون بذلك أول محكمة جنائية دولية دائمة.¹

* محامية متدربة، حاصلة على درجة البكالوريوس في القانون من كلية الحقوق والإدارة العامة بجامعة بيرزيت عام 2018. ** هذه الورقة في أصلها، دراسة أعدت استكمالاً لمتطلبات مساق "حلقة بحث للقانون" (أستاذ المساق: محمود أبو صوي) للفصل الدراسي الثاني 2017-2018، جامعة بيرزيت. وجرى مناقشتها بتاريخ 17 أيار 2018. ¹ أنشئت العديد من المحاكم الجنائية الدولية الخاصة، وبالأخص بعد الحرب العالمية الثانية، ومن أبرز هذه المحاكم الجنائية محكمة نورنبرغ، محكمة طوكيو، المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا وغيرها. للمزيد انظر: اللجنة الدولية للصليب الأحمر، "المحاكم الخاصة"، 15 نيسان 2010 (تاريخ الاسترجاع: 9 نيسان 2018)

www.icrc.org/ar/doc/war-and-law/international-criminal-jurisdiction/ad-hoc-tribunals/overview-ad-hoc-tribunals.htm

"إسرائيل" الممنهجة في الاستيطان وتوسعته بالأراضي الفلسطينية، ضمن سلسلة واسعة من الاعتداءات الشرسة على حقوق الشعب الفلسطيني وكرامته ضاربة بعرض الحائط المواثيق والمعاهدات الدولية كافة، كون المحكمة الجنائية الدولية تعد الأداة الفعالة والأنسب في ردع الاحتلال الإسرائيلي، ومعاقبته ومنعه من التوسع في بناء المستوطنات وانتهاك القوانين الدولية.

وفي ظل قيام مكتب المدعي العام بأنشطة الدراسة الأولية للوضع في فلسطين، تأتي هذه الورقة البحثية لتناقش أحد أبرز الموضوعات الهامة المطروحة للنقاش في الوقت الحالي، وذلك من خلال تسليط الضوء على إشكالية الاختصاص الإقليمي للمحكمة على المستوطنات الإسرائيلية في الضفة الغربية مما يشمل القدس الشرقية، وتوضيح ثغرات الاختصاص ومحاولة تقديم الحجج القانونية المتعلقة بهذا الشأن، بالأخص في ظل محاولات إسرائيلية لتغيير الوضع القانوني لمناطق "ج" التي تقوم عليها المستوطنات الإسرائيلية، وتخوفات من الدفع بعدم اختصاص المحكمة عليها، وهو ما لم تبت فيه المحكمة بعد، بالأخص كون نظر المحكمة بهذه الجريمة يعد

وعلى إثر ذلك، وانطلاقاً من رغبة الدول باتخاذ التدابير اللازمة لضمان فاعلية المحكمة، فقد اتفقت على أن يكون لها السلطة لممارسة اختصاصها على الأشخاص إزاء أشد الجرائم خطورة الواردة في المادة (5) من نظام روما، متى تم ارتكابها ضمن اختصاص المحكمة الإقليمي والزمني، حيث تمارس المحكمة اختصاصها الإقليمي على إقليم الدولة المصادقة على نظام روما، وتختص زمانياً بالنظر في الجرائم التي وقعت منذ 1 تموز 2002.

وفي ضوء همجية "إسرائيل" في معاملتها للفلسطينيين وارتكابها لكم هائل من الانتهاكات القانونية الدولية والجرائم الدولية، قامت دولة فلسطين بالانضمام إلى المحكمة الجنائية الدولية، ومن ثم تقديم طلبات وتقارير ودلائل على الجرائم التي ارتكبتها المسؤولون الإسرائيليون في مواجهة الفلسطينيين، ومن أبرزها الاستيطان في الضفة الغربية مما يشمل القدس الشرقية، استناداً إلى المادة (8/2/ب) من نظام روما، وهي الجريمة التي قامت دولة فلسطين بإحالتها بموجب المادة (13/أ) و(14) من نظام روما،² رداً على سياسة

² قامت فلسطين بتاريخ 15 أيار 2018، بإحالة ملف المستوطنات للمحكمة الجنائية الدولية. تتوفر نسخة من الملف عبر الرابط التالي (تاريخ الاسترجاع: 16 أيار 2018):

https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2018-05-22_ref-palestine.pdf

ولتناول الموضوع، قسمت الورقة إلى مبحث تمهيدي، يتعلق بالوضع القانوني لفلسطين أمام المحكمة الجنائية الدولية، ومن ثم إلى مبحثين أساسيين: الأول، بعنوان الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية على الاستيطان الإسرائيلي؛ أما الثاني، فاهتم بدراسة الاختصاص الإقليمي للمحكمة الجنائية الدولية بخصوص المستوطنات.

المبحث التمهيدي

الوضع القانوني لفلسطين أمام المحكمة الجنائية الدولية

في ظل انتهاكات إسرائيل المتواصلة للقانون الدولي، واستمرارها بخرق التزاماتها الدولية بحق الفلسطينيين بشتى الأشكال وبشكل ممنهج، بالأخص قيامها بإنشاء المستوطنات الإسرائيلية على الأراضي الفلسطينية الذي يعد من أبرز هذه

من الناحية الموضوعية والإقليمية، مع استبعاد دراستها من الناحية الزمانية. كما ويخرج من نطاق الدراسة أي آثار أخرى يحققها الاستيطان. وتقوم الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي، من خلال البحث المتعمق بالاتفاقيات والقرارات الدولية ذات العلاقة بالموضوع، وعليه تجري دراسة قرارات الأمم المتحدة والتقارير والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وبالتحديد نظام روما المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية، ووثيقة أركان الجرائم الملحقه به، ومعاهدة فيينا لقانون المعاهدات، بالإضافة إلى السوابق القضائية للمحاكم الدولية المتعلقة بهذا الموضوع، وذلك لتحقيق أفضل نتائج ممكنة.

سابقة قانونية. كما وتكمن جدية هذا البحث وأهميته بكونه ذا بعد سياسي وقانوني ودولي يؤثر على الصراع الفلسطيني-الإسرائيلي، ويحدد أيضاً مدى فاعلية المحكمة، في ظل الانتقادات والضغوطات السياسية والدولية التي تتعرض لها مؤخراً.

ولذلك تتمثل إشكالية الورقة في دراسة مدى اختصاص المحكمة إقليمياً وموضوعياً على المستوطنات الإسرائيلية في الضفة الغربية مما يشمل القدس الشرقية، وتناقش مدى انطباق شروط جرائم الحرب على الاستيطان الإسرائيلي، وحدود اختصاص المحكمة الإقليمي وسنده القانوني، ومدى تأثير المركز القانوني لمناطق "ج" بموجب اتفاقيات أوسلو والقانون الدولي على هذا الاختصاص، في ظل ادعاءات إسرائيلية أن الاستيطان الإسرائيلي لا يشكل جريمة حرب بموجب نظام روما لانتفاء شروطها، وأنه في حال إثبات ذلك تبقى المحكمة غير مختصة إقليمياً في النظر بالمستوطنات وذلك للادعاء أن مناطق "ج" تخرج من نطاق اختصاص المحكمة الإقليمي.³

³ يحدد هذا البحث نطاقه المكاني بالمستوطنات الإسرائيلية في مناطق "ج" في الضفة الغربية مما يشمل مدينة القدس. وأما النطاق الزمني، فيمتد من عام 1967م وحتى اليوم. وفيما يتعلق بالإطار القانوني، تنتظر هذه الدراسة إلى الاستيطان كجريمة حرب بموجب نظام روما

مشروعيتها، إلا أن إسرائيل ما زالت تعمل على توسعتها في الأراضي الفلسطينية، ليتواجد في الوقت الحالي أكثر من 600,000 مستوطن إسرائيلي في أكثر من 142 موقعاً في الضفة الغربية بما يشمل القدس الشرقية.⁶

وأكد المجتمع الدولي أن إنشاء المستوطنات الإسرائيلية على الأراضي الفلسطينية يخالف القانون الدولي ولا سيما القانون الدولي الإنساني،⁷ والقانون الدولي لحقوق الإنسان وهو ما أكدت عليه محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري بخصوص الآثار القانونية الناشئة عن بناء جدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة (الفقرات 120 و184)، وتقرير لجنة تقصي الحقائق من أجل التحقيق في آثار بناء المستوطنات الإسرائيلية على الأراضي الفلسطينية المحتلة بما فيها القدس

الانتهاكات الدولية، قامت دولة فلسطين بتقديم إحالة للمحكمة عملاً بالمادتين (13/أ) و(14) من نظام روما. وبناءً على ما سبق يفرد هذا المبحث مطلبين: يتعلق الأول بتمهيد عام حول عملية الاستيطان الإسرائيلي على الأراضي الفلسطينية المحتلة. أما المطلب الثاني، فيهتم بدراسة آثار انضمام فلسطين إلى المحكمة الجنائية الدولية.

المطلب الأول

خلفية حول عملية الاستيطان الإسرائيلية على الأراضي الفلسطينية المحتلة

قامت إسرائيل منذ عام 1967م بنقل سكانها المدنيين إلى الأراضي الفلسطينية، وفقاً لسياسة منتظمة واستراتيجية محكمة.⁴ وقد تم بناء أكثر من 250 مستوطنة في الأراضي الفلسطينية.⁵ وعلى الرغم من تنديد المجتمع الدولي بعدم

⁶ مكتب ممثل الاتحاد الأوروبي في الضفة الغربية وقطاع غزة والأونروا، تقرير لستة أشهر عن المستوطنات الإسرائيلية في الضفة الغربية المحتلة بما فيها القدس الشرقية، بتاريخ 15 كانون الأول - حزيران 2017م، منشور على الموقع الإلكتروني التالي، (تاريخ الاسترجاع: 5 أيار 2018):

https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/2017_12_15_eu_report_on_israeli_settlements_wb_including_e_jerusalem_jan_-_june_2017_ar.pdf

⁷ انظر: المادة (49) من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، بتاريخ آب 1949م. والمادة (85/4) من البروتوكول الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية، للعام 1977م.

⁴ محكمة العدل الدولية، الرأي الاستشاري بخصوص إنشاء جدار إسرائيلي على الأراضي الفلسطينية المحتلة، 9 تموز 2004م، الفقرات (120). وفي هذا الخصوص، تجدر الإشارة إلى أن الرأي الاستشاري كان تلبية لطلب الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 3 كانون أول 2003، حيث وجدت المحكمة بالأغلبية أن الجدار الفاصل يخدم المشاريع الاستيطانية وينتهك حقوق الشعب الفلسطيني، بالإضافة إلى ذلك تجدر الإشارة إلى أن المحكمة قامت بتحديد القوانين واجبة التطبيق من قبل إسرائيل بحق الفلسطينيين من خلال هذا الرأي.

⁵ United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, "Humanitarian Impact of Israeli Settlements", published online:

<https://www.ochaopt.org/theme/humanitarian-impact-of-settlements>, (visited on 8 May 2018).

آنذاك، قد رفض قبول هذا الإعلان، كونه يصدر فقط عن "دول"، وعليه فقد صرح المدعي العام "لويس مورينو أوكامبو" في بيان العام 2012، أن مكتب المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية غير مختص في تحديد فيما إذا كانت فلسطين تعتبر دولة لغايات نظام روما أم لا، وأكد أن هذا يرجع للأمم المتحدة.¹¹

وفي 29 تشرين الثاني 2012، صوتت الجمعية العامة للأمم المتحدة بالأغلبية على قرار الاعتراف بدولة فلسطين كدولة غير عضو مراقب في الأمم المتحدة،¹² وعليه قامت فلسطين مرة أخرى بتقديم إعلان في الأول من كانون الثاني 2015، بموجب المادة (3/12) من نظام روما،¹³ يرجع اختصاص المحكمة على جميع الجرائم المرتكبة

الشرقية،⁸ وكذلك قرارات الأمم المتحدة، ولا سيما قرار مجلس الأمن بشأن الاستيطان رقم (2334) الصادر في 23 من كانون الأول 2016.⁹ وفي كل الأحوال فإن هذه الورقة تتناول المسؤولية الجنائية الدولية للاستيطان باعتباره جريمة حرب بموجب نظام روما.

المطلب الثاني

آثار انضمام فلسطين للمحكمة الجنائية الدولية

قامت فلسطين في 21 كانون الثاني من عام 2009، بتقديم إعلان بموجب المادة (3/12) من نظام روما تقبل فيه اختصاص المحكمة على جميع الجرائم الواقعة على إقليمها من تاريخ دخول نظام روما حيز النفاذ في الأول من تموز عام 2002م،¹⁰ إلا أن مكتب المدعي العام للمحكمة

¹¹ The prosecutor office, International Criminal Court, "Situation in Palestine," 3 April 2012, para. 5. Published on the ICC website: <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/c6162bbf-feb9-4faf-afa9-836106d2694a/284387/situationinpalestine030412eng.pdf>. (visited on 30 April 2018)

¹² الجمعية العامة، هيئة الأمم المتحدة، قرار رقم (19/67)، بخصوص مركز فلسطين في الأمم المتحدة، بتاريخ 29 تشرين الثاني 2012م.

¹³ تنص المادة (3/12) من نظام روما: "إذا كان قبول دولة غير طرف في هذا النظام الأساسي لازماً بموجب الفقرة 2، جاز لتلك الدولة بموجب إعلان يودع لدى مسجل المحكمة، أن تقبل ممارسة المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بالجريمة قيد البحث، وتتعاون الدولة القابلة مع المحكمة دون أي تأخير أو استثناء وفقاً للباب 9".

⁸ الجمعية العامة، الأمم المتحدة، مجلس حقوق الإنسان، "تقرير البعثة الدولية المستقلة لتقصي الحقائق من أجل التحقيق في آثار بناء المستوطنات الإسرائيلية على الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية للشعب الفلسطيني، في جميع أنحاء الأرض الفلسطينية المحتلة، بما فيها القدس الشرقية"، بتاريخ 7 شباط 2013.

⁹ مجلس الأمن، الأمم المتحدة، قرار رقم (2334)، بتاريخ 23 كانون أول 2016م. انظر أيضاً: مجلس الأمن، الأمم المتحدة قرار رقم (446)، بتاريخ 22 آذار 1979م.

¹⁰ انظر في الملحق (1) في هذه الورقة: نسخة باللغة الإنجليزية من الإعلان الصادر عن فلسطين بخصوص قبول اختصاص المحكمة الجنائية الدولية على الأراضي الفلسطينية من قبل وزير العدل علي خشان، بتاريخ 21 كانون ثاني 2010.

إسرائيل ستحاكم على ارتكابها جرائم ضد الإنسانية بموجب المادة (7) من نظام روما، وجرائم حرب استناداً للمادة (8) من ذات النظام، وتتم معاقبة هؤلاء القادة جزائياً عند الحكم بإدانتهم وذلك وفقاً للمادة (77) من نظام روما التي تنص على العقوبات، وتتضمن السجن وفرض غرامة إضافة إلى مصادرة العائدات والممتلكات والأصول المتأتية بصورة مباشرة أو غير مباشرة من الجريمة. وفي ذات الحين، فإن ثمة التزامات قانونية مترتبة على دولة فلسطين تتمثل بمسؤوليتها عن الأعمال التي تنطلق من أراضيها، بالأخص عمليات المقاومة المسلحة الفلسطينية ضد إسرائيل.¹⁷

المبحث الأول

الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية على عملية الاستيطان الإسرائيلي

تنص المادة الأولى من نظام روما على أن "تكون المحكمة هيئة دائمة لها السلطة لممارسة اختصاصها على الأشخاص إزاء أشد الجرائم خطورة موضع الاهتمام الدولي"، في حين أكدت

¹⁷ ياسر علاونة، الاستحقاقات القانونية المترتبة على حصول فلسطين على دولة مراقب في الأمم المتحدة (رام الله: الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان "نيوان المظالم، 2013)، 44.

على الأراضي الفلسطينية المحتلة، لتاريخ 13 حزيران 2014م،¹⁴ وتلاه انضمام فلسطين على نظام روما في 2 كانون الثاني 2015.¹⁵

وبناءً عليه قام مكتب المدعي العام بفتح ملف للدراسة الأولية بخصوص الجرائم التي يتم ارتكابها على الأراضي الفلسطينية المحتلة بما يشمل القدس الشرقية، وذلك بموجب المادة (1/25/ج) من اللائحة المنظمة لمكتب المدعي العام، وفي 16 من كانون الثاني 2015 قامت المدعي العام "قاتو بنسودا" بإعلان البدء بدراسة أولية للنظر فيما إذا كانت هناك معلومات كافية توفر أساساً معقولاً أن الجرائم التي تم ارتكابها تدخل تحت إطار اختصاص المحكمة الجنائية الدولية أم لا.¹⁶

ويترتب على انضمام فلسطين لنظام روما، إمكانية محاكمة المسؤولين الإسرائيليين عن الجرائم التي تدخل باختصاص المحكمة، وجدير بالذكر أن

¹⁴ ICC, Palestine declares acceptance of ICC jurisdiction since 13 June 2014, ICC-CPI-20150105-PR1080, www.iccpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr1080.aspx. (visited on 13 April 2018).

¹⁵ International Criminal Court, "The State of Palestine accedes to the Rome Statute", ICC-ASP-20150107-PR1082, on 7 January 2015, https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1082_2 (visited on 13 April 2018)

¹⁶ ICC, "Preliminary examination on Palestine," the report can be accessed at: <https://www.icc-int.org/palestine>. (visited on 22 April 2018).

المطلب الأول

الإطار القانوني الناظم للاستيطان كجريمة حرب

تضمن نظام روما المستوطنات كجريمة حرب ضمن الانتهاكات الخطيرة للقوانين والأعراف الدولية، حيث نص في المادة (8/ب/2/8) على ذلك في تجريم "قيام دولة الاحتلال على نحو مباشر أو غير مباشر، بنقل أجزاء من سكانها المدنيين إلى الأرض التي تحتلها، أو إبعاد أو نقل كل سكان الأرض المحتلة أو أجزاء منهم داخل هذه الأرض أو خارجها".

إن نص المادة آفة الذكر قد تضمن سلوكين إجراميين مختلفين، يتمثل الأول في قيام دولة الاحتلال بنقل أجزاء من سكانها إلى الأراضي التي تحتلها، وهو النص الذي يتناول إقامة المستوطنات والثاني في إبعاد أو نقل السكان،²⁰ والذي سيتم استبعاده لغايات هذه الورقة.

وبالرجوع إلى الأعمال التحضيرية لهذه المادة والنقاشات التي قامت بها الدول قبل تبنيها هذا النص، فإن نقاشاً سياسياً مطولاً قد دار حوله، وعارضت إسرائيل أن يتضمن نظام روما أي نص

المادة (22) منه على المبدأ العام القاضي بأنه لا جريمة إلا بنص،¹⁸ وبالرجوع للمادة (5) من ذات النظام نجد أن المحكمة تختص بالجرائم الآتية: جرائم الحرب؛ وجرائم ضد الإنسانية؛ وجريمة الإبادة الجماعية؛ إضافة إلى جريمة العدوان،¹⁹ ولذلك فيشترط أن يتم تكييف سلوك إقامة المستوطنات الإسرائيلية على الأراضي الفلسطينية المحتلة كواحدة من الجرائم آفة الذكر، وبناءً عليه ستتم دراسة الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية على المستوطنات الإسرائيلية في هذا المبحث من خلال مطلبين: يهتم الأول بتوضيح الإطار القانوني الناظم للمستوطنات، في حين أن المطلب الثاني يهتم بالتحقق من مدى انطباق جريمة الحرب كأحد الجرائم الموضوعية للمحكمة الجنائية الدولية على الحالة الفلسطينية.

¹⁸ تنص المادة (1/22) من نظام روما، على أنه "لا يسأل الشخص جنائياً بموجب هذا النظام الأساسي ما لم يشكل السلوك المعني وقت وقوعه، جريمة تدخل في اختصاص المحكمة".

¹⁹ تنص المادة (5) من نظام روما على أشد الجرائم خطورة موضع اهتمام المجتمع الدولي، وتتضمن الإبادة الجماعية وجرائم الحرب وجرائم ضد الإنسانية بالإضافة إلى جريمة العدوان. للمزيد حول ذلك، انظر: علي جميل حرب، نظرية الجزء الدولي المعاصر: نظام العقوبات الدولية ضد الدول والأفراد (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2001)، 493.

²⁰ عبد الفتاح حجازي، المحكمة الجنائية الدولية: دراسة متخصصة في القانون الجنائي الدولي (الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2005)، 791.

وقد نصت المادة الثانية من اتفاقيات جنيف المشتركة، التي تشكل عرفاً دولياً،²⁶ على أن يتضمن النزاع المسلح الدولي في جميع الحالات "الاحتلال الجزئي أو الكلي لإقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة، حتى لو لم يواجه هذا الاحتلال مقاومة مسلحة"، وهو أيضاً ما أكدت عليه وثيقة أركان الجرائم الملحقة بنظام روما.²⁷

وتم تعريف الاحتلال بموجب المادة (42) من اتفاقية لاهاي،²⁸ حيث نصت على أن "تعتبر أرض الدولة محتلة حين تكون تحت السلطة الفعلية لجيش العدو ولا يشمل الاحتلال سوى الأراضي التي يمكن أن تمارس فيها هذه السلطة

"Katanga"، المرحلة الابتدائية، فقرة (1177)؛ وقضية "Bemba"، المرحلة الابتدائية، الفقرة (223).

²⁵ تم تنظيم النزاع المسلح غير الدولي في المادة (3) المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع، والتي وفرت الحد الأدنى من الحماية للأشخاص المحميين بموجب هذه الاتفاقيات، وتم تنظيم جرائم الحرب الخاصة بالنزاع المسلح الدولي في كل من الفقرتين "أ" و"ب" من المادة (2/8) من نظام روما، في حين أن الفقرتين "ج" و"د" من ذات المادة قد نظمتا جرائم الحرب الخاصة بالنزاعات المسلحة غير الدولية.

²⁶ محكمة العدل الدولية، الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، 8 حزيران 1998م، الفقرة (79).

²⁷ أوضح الهامش (34) من وثيقة أركان الجرائم الملحقة بنظام روما على أن: "يدخل" الاحتلال العسكري" ضمن نطاق النزاع المسلح الدولي لأغراض جرائم الحرب المنصوص عليها في المادة (8) من نظام روما".

²⁸ تشكل عرفاً دولياً، انظر بهذا الخصوص الرأي الاستشاري بخصوص إنشاء جدار، مصدر سابق، الفقرة (78).

يعتمد على البرتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف، إلا أن الدول العربية قد أصرت عليه، وتم تبنيه على النحو السالف ذكره، ليكون انتصاراً للدول العربية.²¹

المطلب الثاني

التطبيق القانوني لجريمة الحرب على عملية

الاستيطان الإسرائيلي

تتطلب الأركان العامة لهذه الجريمة أولاً وجود نزاع مسلح دولي، وثانياً اقتران السلوك بالنزاع المسلح الدولي.²² حيث يعني النزاع المسلح "استخدام القوة العسكرية بين دول، أو بين دول وجماعات مسلحة منظمة وحكومات، أو بين مجموعات مسلحة في ذات الدولة"،²³ وينقسم إلى نزاع مسلح دولي،²⁴ ونزاع مسلح غير دولي.²⁵

²¹ Powderly Joseph and Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court-Observers' note article by article, second edition* (Munich: Oxford, 2008), 395.

²² تم ذكر هذا الشرط في جميع أركان جرائم الحرب المنصوص عليها في وثيقة أركان الجرائم، وبالتحديد في المادة (8).

²³ المحكمة الجنائية الدولية، قضية "Katanga"، المرحلة الابتدائية، بتاريخ 7 آذار 2014م، فقرة (1173). انظر أيضاً المحكمة الجنائية الدولية، قضية "Bemba"، المرحلة الابتدائية، 21 آذار 2016م، الفقرة (128).

²⁴ يعرف النزاع المسلح الدولي على أنه "قتال مسلح بين الدول من خلال القوات العسكرية الخاصة لها، أو بين جماعات أخرى منظمة وممثلة لتلك الدول". للمزيد حول ذلك، انظر: قضية

تبقى محتلة على الرغم من عدم الوجود الفعلي لجيش العدو على أراضيها، طالما كان بإمكانها ممارسة هذه السلطة على تلك الأراضي، وأكدت في ذات الحكم على أن إعطاء سلطة إقليمية مؤقتة للسكان الحقيقيين لتلك الأراضي لا يغير من طبيعة وجود احتلال على تلك الأراضي،³³ وأكدت المحكمة الجنائية الدولية على ذلك في قضية "Katanga"، حيث قررت أن "قدرة سلطة الاحتلال على إرسال قواتها العسكرية خلال فترة قصيرة نسبياً لفرض سيطرتها الفعلية على أراضٍ ما" يعد مؤشراً على وجود سلطة فعلية وبالتالي قيام احتلال.³⁴

وبإسقاط نص القانون على الواقع فإن الجيش الإسرائيلي قد شنَّ حرباً على الأراضي الفلسطينية ضد كلٍّ من سوريا والأردن ومصر عام 1967م، ليسيّط على الأراضي الفلسطينية منذ ذلك التاريخ، وهو المثبت في قرار مجلس الأمن رقم (242)،³⁵ الذي يؤكد على ضرورة انسحاب القوات الإسرائيلية من الأراضي التي احتلتها في

بعد قيامها"،²⁹ وهو ما أخذت به المحكمة الجنائية الدولية.³⁰

وتواتر استخدام المجتمع الدولي لمصطلح "الأراضي الفلسطينية المحتلة" منذ عام 1967م، والذي ظهر في جل قرارات الأمم المتحدة المتعلقة بالنزاع الفلسطيني-الإسرائيلي،³¹ إضافةً إلى الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بخصوص الجدار (الفقرات 73-74)، واتفاق الدول سامية التعاقد لاتفاقيات جنيف على أن إسرائيل تشكل احتلالاً على الأراضي الفلسطينية.³²

وبالتالي فإن العبرة في تحديد فيما إذا كان هناك احتلال أم لا يكمن في مدى وجود "سلطة فعلية" لجيش العدو على الأراضي محل النزاع، بل وأكثر من ذلك فقد ذهبت محكمة نورنبيرغ في حكمها في قضية "the hostages case"، إلى أن الأرض

²⁹ الاتفاقية الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية، لاهاي، بتاريخ 18 تشرين الأول 1907م، المادة (42).

³⁰ قضية "Katanga"، المرحلة الابتدائية، الفقرات (1179-1182).
³¹ انظر القرارات رقم (242) لعام 1967م؛ وقرار رقم (338) لعام 1973م؛ وقرار رقم (1515) لعام 2003م؛ وقرار رقم (2334) لعام 2016م الصادرة عن مجلس الأمن، هيئة الأمم المتحدة بخصوص القضية الفلسطينية. وفي ذات السياق انظر أيضاً: قرار (19/67) لعام 2012م؛ وقرار (149) لعام 1948م، الصادرة عن الجمعية العامة، هيئة الأمم المتحدة، وذلك على سبيل المثال لا الحصر.

³² "Declaration of 17 December 2014 adopted by the Conference of High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention", (9 January 2015), UN Doc. A/69/711-S/2015/1, para. 8.

³³ المحكمة العسكرية لنورنبيرغ، قضية "The Hostage"، 19 شباط 1948م، الفقرات (1243، 1230).

³⁴ قضية "Katanga"، المحكمة الابتدائية، الفقرة (1180).

³⁵ مجلس الأمن، قرار رقم (242)، 22 تشرين الثاني 1967م، الفقرة (1).

المسؤولية الجنائية الدولية للقادة والرؤساء الآخرين، متى قاموا هم أو أحد مرؤوسيهم بأية جريمة من الجرائم التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية.⁴⁰

وبناءً عما سبق فإن الشروط العامة لجرائم الحرب قد توافرت في الحالة الفلسطينية-الإسرائيلية، وسيتم الآن توضيح الشروط الخاصة للجريمة المتمثلة بنقل إسرائيل لسكانها إلى الأراضي الفلسطينية.

أوضحت وثيقة أركان الجرائم في المادة (8/2/ب/8) الشروط الواجب توافرها حتى تشكل المستوطنات جريمة حرب وفقاً لنظام روما، فاشتطت أن:

"يقوم مرتكب الجريمة:

⁴⁰ تنص المادة (28) من نظام روما في فقرتها الأولى على أن: "يكون القائد العسكري أو الشخص القائم فعلاً بأعمال القائد العسكري مسؤولاً مسؤولاً جنائياً عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة والمرتكبة من جانب قوات تخضع لإمرته وسيطرته الفعليين، أو تخضع لسلطته وسيطرته الفعليين، حسب الحالة، نتيجة لعدم ممارسة القائد العسكري أو الشخص سيطرته على هذه القوات ممارسة سليمة". في حين تنص الفقرة الثانية منها على أنه: "فيما يتصل بعلاقة الرئيس والمرؤوس غير الوارد وصفها في الفقرة 1، يسأل الرئيس جنائياً عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة والمرتكبة من جانب مرؤوسين يخضعون لسلطته وسيطرته الفعليين نتيجة لعدم ممارسة سيطرته على هؤلاء المرؤوسين ممارسة سليمة".

تلك الحرب،³⁶ وقد أكد مجلس الأمن من جديد في قرار (2334) على أن إسرائيل تشكل احتلالاً على الأراضي الفلسطينية المحتلة منذ عام 1967م، بما فيها القدس الشرقية،³⁷ وكذلك الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بخصوص الجدار، في الفقرة (78) منه، وهو أيضاً ما أخذت به اللجنة الدولية للصليب الأحمر، والدول سامية التعاقد لاتفاقيات جنيف.

وأما فيما يتعلق بالركن العام الثاني لتحقيق هذه الجريمة والمتمثل باقتران السلوك المجرم بالنزاع المسلح الدولي،³⁸ فقد أثبتت السوابق القضائية للمحاكم الجنائية الدولية، أنه يكفي أن يكون مرتكب هذا الفعل أحد أشخاص الدولة لإثبات تحققه،³⁹ وبالتالي فإن هذا الشرط قد توافر أيضاً في الحالة الفلسطينية، كون الادعاء العام يطالب بمحاكمة أعلى السلم السياسي لإسرائيل، وذلك وفقاً للمادة (28) من نظام روما، التي تنص على

³⁶ جدير بالذكر أن النسخة الانجليزية قد تضمنت عبارة "أراض احتلت في النزاع الأخير" بدلا من "الأراضي التي احتلت بالنزاع الأخير".
³⁷ مجلس الأمن، هيئة الأمم المتحدة، قرار رقم (2334)، 23 كانون أول 2016م، الفقرة (3).

³⁸ يعني الاقتران "أن يرتبط هذا الفعل ارتباطاً وثيقاً بالنزاع المسلح، أو أن يكون لهذا النزاع دور جوهري في قرار مرتكب الجريمة، وذلك ما ذهب إليه المحكمة الجنائية الدولية في قضية "Bemba"، المرحلة الابتدائية، الفقرة (142).

³⁹ المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، قضية روتاندا، 26 أيار 2003م، الفقرة (569).

حظر "النقل" الوارد في القانون الدولي الإنساني وبالتحديد في المادة (49) من اتفاقية جنيف الرابعة،⁴² جاء حماية للسكان المحتلين، ولعدم المساس بتوزيعهم الديمغرافي. وعليه فلا عبرة لطريقة النقل طالما تحققت النتيجة،⁴³ ويتم تفسير "النقل" من ناحية أخرى بالرجوع إلى المادتين (31) و(32) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات والمتعلقة بتفسير المعاهدات.⁴⁴ وبناء عليه فإن مصطلح "النقل" في المادة (8/ب/2/8) من نظام روما قد جاء مطلقاً، وكقاعدة عامة فإن المطلق يجري على إطلاقه، إضافةً إلى أن مصطلح "النقل الجبري" قد ورد في نظام روما في سياق آخر، ولو أرادت الدول هذا المعنى لغايات هذه المادة لنصت عليه بصراحة، مما يجعل إقامة المستوطنات بأساليبها كافة غير مشروعة، وهذا على عكس ما يدعي به الفقه الذي يستثني النقل الذي يتم طواعية، أو من خلال بيع الأراضي الفلسطينية إلى الإسرائيليين من هذه المادة.

⁴² تنص المادة (49) من اتفاقية جنيف الرابعة على أنه: "لا يجوز لدولة الاحتلال أن ترحل أو تنقل جزءاً من سكانها المدنيين إلى الأراضي التي تحتلها"، وهي المادة التي استند إليها نظام روما في المادة (8/ب/2/8).

⁴³ David Kretzmer, "The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law", *American Journal of International Law* (January 2005), 91.

⁴⁴ معاهدة فيينا لقانون المعاهدات، فيينا، 22 أيار 1969م، المادتين (31-32).

1-أ) على نحو مباشر أو غير مباشر، بنقل بعض من سكانه إلى الأرض التي يحتلها؛ أو

ب) بإبعاد أو نقل كل سكان الأرض المحتلة أو بعضهم داخل هذه الأرض أو خارجها.

2- أن يصدر السلوك في سياق نزاع دولي مسلح ويكون مقترنا به.

3- أن يكون مرتكب الجريمة على علم بالظروف الواقعية التي تثبت وجود النزاع المسلح".

وبناء عليه فنرى أن السلوك المجرم هو قيام دولة الاحتلال بنقل سكانها إلى الأراضي التي تحتلها، ولم يتم تحديد مفهوم "النقل"، بل أن الهامش (44) من وثيقة أركان الجرائم قد نص على أن تفسير مصطلح "النقل" يتم وفقاً للقانون الدولي الإنساني.

ويدعي بعض الفقهاء أن "النقل" المقصود لغايات القانون الدولي الإنساني هو النقل الجبري فقط،⁴¹

إلا أن هذا التوجه لم يلق أي تأييد من محكمة العدل الدولية، حيث أكدت على أن الغاية من

⁴¹ Israel Ministry of Foreign Affairs, "Israeli Settlements and International Law", (21 May 2001), <http://mfa.gov.il/MFA/ForeignPolicy/Peace/Guide/Pages/Israeli%20Settlements%20and%20International%20Law.aspx>. (Visited on 10 May 2018).

وهو ما أكدت عليه محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري بخصوص الجدار (فقرة 102).

وبعد استعراض الاختصاص الموضوعي للمحكمة على جريمة المستوطنات كأحد جرائم الحرب، سيتم استكمال تناول الاختصاص الإقليمي للمحكمة على هذه الجريمة في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

الاختصاص الإقليمي

للمحكمة الجنائية الدولية

كأي محكمة أخرى، فإن المحكمة الجنائية الدولية تنظر بدايةً في مدى انعقاد اختصاصها الإقليمي على النزاع، فلا يمكن للمحكمة الجنائية أن تمارس دورها إلا على الأقاليم المنضمة إلى نظام روما المنشئ لها، ولاستكمال ما تمت معالجته سابقاً سيتطرق هذا المبحث لدراسة الاختصاص الإقليمي للمحكمة في مطلبين، الأول يهتم بتوضيح الأحكام الناظمة للاختصاص الإقليمي للمحكمة الجنائية الدولية، أما المطلب الثاني، فيبحث مدى انطباق الاختصاص الإقليمي للمحكمة الجنائية الدولية على الأراضي الفلسطينية.

وأما في الشق الآخر فقد تم النص على تجريم النقل بصورتيه المباشر وغير المباشر، وقد يتم الاستعانة بهذه العبارة لتأكيد ما تم ذكره سالفاً بخصوص تفسير مصطلح "النقل"، ومن ناحية أخرى، فهذا يؤكد مسؤولية القادة الإسرائيليين بإقامة المستوطنات، وبالتالي ارتكابهم لجريمة حرب، بالأخص كون الحكومة الإسرائيلية قد قامت بالنقل بشكل مباشر وكذلك غير مباشر من خلال التسهيلات القانونية والمادية، والامتيازات التي تمنحها لسكانها الذين يسكنون في المستوطنات الإسرائيلية الواقعة على الأراضي الفلسطينية المحتلة، مما يثبت مسؤوليتها الجنائية.

وأما فيما يتعلق بتوافر الركن المعنوي الوارد في المادة (30) من نظام روما إضافة إلى العلم بوجود نزاع مسلح فقد اتجهت المحكمة الجنائية الدولية للاكتفاء بإثبات ذلك بكون من قام بهذا السلوك هو أحد موظفي الدولة؛ أو أجهزتها، وفي قضية "Katanga" أكدت المحكمة أن الركن المعنوي يكون قد توافر متى كان السلوك ممنهجاً (فقرة 1173)، وبالتالي فيكون الركن المعنوي قد توافر في إقامة المستوطنات الإسرائيلية على الأراضي الفلسطينية المحتلة، كون هذا يعد سياسة تتبعها دولة الاحتلال الإسرائيلي منذ عام 1967م،

المطلب الأول

الأحكام النازمة للاختصاص الإقليمي للمحكمة الجنائية الدولية

تنص المادة (2/4) من نظام روما على أن "للمحكمة أن تمارس وظائفها وسلطاتها، على النحو المنصوص عليه في هذا النظام الأساسي في إقليم أية دولة طرف، ولها وبموجب اتفاق خاص مع أية دولة أخرى، أن تمارسها في إقليم تلك الدولة".

وأما المادة (1/2/12) فقد نصت على أنه: "يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها إذا كانت واحدة أو أكثر من الدول التالية طرفاً في هذا النظام الأساسي أو قبلت باختصاص المحكمة وفقاً للفقرة (1/3) منها، والتي تنص على: "الدولة التي وقع في إقليمها السلوك قيد البحث أو دولة تسجيل السفينة أو الطائرة إذا كانت الجريمة قد ارتكبت على متن سفينة أو طائرة".

وعليه فينعتد اختصاص المحكمة على الجرائم كافة التي يتم ارتكابها على الأراضي الفلسطينية، بغض النظر عن جنسية مرتكبها، حيث إن نص المادة (12) من نظام روما قد جاء على سبيل التخيير ما بين الاختصاص الإقليمي والشخصي، إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن فلسطين قد اعتمدت

الاختصاص الإقليمي بموجب الإعلان الصادر وفقاً للمادة (3/12) من نظام روما، وذلك على "الأراضي الفلسطينية المحتلة، بما فيها القدس الشرقية"،⁴⁵ وقد تم قبول هذا الإعلان من قبل مكتب الادعاء العام للمحكمة الجنائية الدولية.

المطلب الثاني

التطبيق القانوني على الحالة الفلسطينية

إن تطبيق الاختصاص الإقليمي على المستوطنات الإسرائيلية يعد محلاً للنقاش بين فقهاء القانون الدولي، وذلك في ظل محاولات إسرائيلية لتغيير المركز القانوني لمناطق "ج" من جهة،⁴⁶ ولمنح اتفاقية أوسلو الولاية والسلطة لإسرائيل على تلك المناطق من جهةٍ أخرى.

ويدعي جانب من الفقه أن الحدود الفلسطينية غير معينة، وأن مناطق "ج" هي أراضٍ متنازع عليها، وبالتالي تخرج عن نطاق الاختصاص الإقليمي للمحكمة، إلا أن هذا الادعاء لم يلق تأييداً واسعاً بين الفقهاء في القانون الدولي، حيث إن هنالك

⁴⁵ انظر الملحق (2) في هذه الورقة: نسخة باللغة الإنجليزية من الإعلان الصادر عن فلسطين بخصوص قبول اختصاص المحكمة الجنائية الدولية على الأراضي الفلسطينية من قبل رئيس فلسطين محمود عباس، بتاريخ 31 كانون أول 2014.

⁴⁶ بموجب اتفاقيات أوسلو، قسمت الضفة الغربية إلى مناطق "أ" و"ب" و"ج".

بين إسرائيل والدول العربية المجاورة لها، وإصدار مجلس الأمن قرار (242)، والذي أكد على عدم شرعية الاستيلاء على الأراضي بالقوة، وطالب القوات الإسرائيلية بالخروج من حدود "الخط الأخضر" واعتبارها أراضي فلسطينية محتلة، وهو أيضاً ما أخذت به محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري بخصوص الجدار (الفقرات 73-74).

وبالنظر لقرار الجمعية العامة رقم (67/19) والمتعلق بمركز فلسطين بالأمم المتحدة ومنحها صفة دولة غير عضو مراقب، فقد نص في فقرته الأولى على أنه "يؤكد من جديد حق الشعب الفلسطيني في تقرير المصير والاستقلال في دولته فلسطين على الأرض الفلسطينية المحتلة منذ عام 1967م"،⁴⁹ وعاد في الفقرة الرابعة منه ليؤكد على "المساهمة في إحقاق حقوق الشعب الفلسطيني غير القابلة للتصرف والتوصل إلى تسوية سلمية في الشرق الأوسط تُنتهي الاحتلال الذي بدأ في عام 1967م وتحقق رؤية الدولتين، المتمثلة في دولة فلسطين المتمتعة بالاستقلال والسيادة [...] على أساس حدود ما قبل عام 1967م"، وقد أكد من جديد بالتزامه في تطبيق الحل المتمثل بوجود دولتين على أساس

⁴⁹ الجمعية العامة، هيئة الأمم المتحدة، قرار رقم (67/19)، 19 كانون أول 2012م.

اتفاقاً في المجتمع الدولي ومحكمة العدل الدولية أن الأراضي الفلسطينية المحتلة هي تلك الأراضي الواقعة على حدود "الخط الأخضر"، ويعنى بالخط الأخضر حدود الهدنة التي تم الاتفاق عليها بين الأردن وإسرائيل بعد حرب عام 1948م، وذلك بموجب قرار مجلس الأمن رقم (62) المتعلق بإقرار إقامة هدنة في "جميع أنحاء فلسطين"،⁴⁷ وعليه فقد تم توقيع اتفاقية رودس عام 1949م، التي بموجبها قامت الدولتان بتحديد هذه الخطوط باللون الأخضر، ونصت على عدم جواز تعدي أو تجاوز القوة العسكرية لأي من الطرفين ولأي هدف كان هذه الخطوط.⁴⁸

وعلى الرغم من أن ذات الاتفاقية قد أوضحت في نصوص أخرى أن هذه الخطوط لا تشكل في أي حال من الأحوال الحدود السياسية الدائمة ما بين الدولتين، ومنها المادة (8/6)، وإنما هي فقط حدود مؤقتة، إلا أن أغلب الفقهاء في القانون الدولي قد اتجهوا إلى كونها تشكل الآن حدود الدولتين وذلك بعد مرور أكثر من نصف قرن على هذه الاتفاقية دون أي اتفاق جديد على حدود أي من الدولتين، بالأخص بعد حرب عام 1967م

⁴⁷ مجلس الأمن، هيئة الأمم المتحدة، قرار رقم (62)، 16 تشرين ثاني 1948م.

⁴⁸ اتفاقية الهدنة العامة بين الأردن وإسرائيل (رودس)، بتاريخ 3 نيسان 1949م، المواد (1) و(2/3).

الفلسطينية، فيرى البعض أنه لا يعقل من باب أولى أن يكون هنالك اختصاص إقليمي للمحكمة الجنائية الدولية على هذه المناطق،⁵¹ وحيث إن هنالك تداعيات إسرائيلية إضافة إلى جانب من الفقه في القانون الدولي يعتبر أن هذه المناطق هي مناطق "متنازع عليها"، وعليه فلا يحق للمحكمة الجنائية الدولية أن تقرر بأن هذه الأراضي تعد فلسطينية وتمارس اختصاصها الإقليمي عليها باعتبارها أراضي فلسطينية بالأخص كون إسرائيل غير منضمة لنظام روما.

وفي كل الأحوال فيبدو من الضروري تفسير اتفاقيات أوسلو تفسيراً قانونياً سليماً، وذلك بموجب المادة (31) من معاهدة فيينا باعتبارها تشكل عرفاً دولياً في تفسير المعاهدات.⁵² وحيث تنص في الفقرة الأولى منها على أن: "تفسر المعاهدة بحسن نية ووفقاً للمعنى الذي يعطى لألفاظها ضمن السياق الخاص بموضوعها والغرض منها".

وعليه فإن حسن النية والمعنى في هذه الاتفاقية والغرض التي جاءت من أجله يقضي بأن تكون اتفاقية مرحلية، وذلك إلى أن يتم التوصل إلى حل

حدود ما قبل عام 1976م، وقد يقول قائل بأن هذا كله لم يحدد حدود دولة فلسطين، وإنما تم النص عليه للتوصل إلى تسوية لاحقة بين الدولتين، وأن النصين السابقين قد جاءا لحماية حقوق الشعب الفلسطيني وبالأخص حقه في تقرير المصير وليس لتحديد حدود دولته، وأنهما لا يشكلان سوى آمال الطرفين في التوصل إلى دولتين، وأن استخدام مصطلحا "رؤية الدولتين" و"الحل" تؤكد وجهة النظر هذه.

وفي كل الأحوال فإن نص اتفاقية رودس على أن حدود الخط الأخضر هي الحدود المتفق عليها مؤقتاً إلى أن يتم الاتفاق على حدود دائمة، قد يعني ضمناً أن هذه الحدود لا تزال هي السارية بموجب القانون الدولي وذلك إلى أن يتم الاتفاق على غير ذلك، أو إلى أن يتم تعيين حدود دائمة لأي من الدولتين بأية طريقة أخرى.

وعلى الرغم من ذلك كله إلا أن مناطق "ج" لها خصوصية في القانون الدولي، بالأخص كون اتفاقية أوسلو (2) قد نصت باتفاق الطرفين الفلسطيني والإسرائيلي على أن هذه الأراضي تخضع لولاية إسرائيل،⁵⁰ وتخرج من نطاق الولاية

⁵¹ Michael Newton, "How the International Criminal Court Threatens Treaty Norms", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (2016), 421.

⁵² محكمة العدل الدولية، قضية "تاميبيا"، 21 حزيران 1971م، الفقرة (80).

⁵⁰ الاتفاق الفلسطيني الإسرائيلي الانتقالي في الضفة الغربية وقطاع غزة، واشنطن، بتاريخ 28 أيلول 1995م، المادة (17).

تخضع لإقليمه أم لا،⁵⁵ إضافةً إلى أنه قد تم النص في المادة (11/2 ج) من ذات الاتفاق على أن يتم نقل الصلاحيات المدنية إلى الفلسطينيين تدريجياً.

وفي ذات السياق، نصت المادة (11/3 ج) بأن "المنطقة ج" تعني مناطق الضفة الغربية التي تقع خارج المنطقتين "أ" و"ب" والتي ستُنقل، باستثناء القضايا التي سيجري التفاوض بشأنها في مفاوضات الوضع النهائي، إلى الولاية الفلسطينية بالتدريج بمقتضى هذا الاتفاق". ونرى أن المستوطنات الإسرائيلية، والتي تعد من القضايا التي سيجري التفاوض بشأنها، واقعة على مناطق "ج" والتي تم اعتبارها في بداية المادة مناطق الضفة الغربية، ويجدر تفسير هذا النص بموجب المادة (31/3 ج) من معاهدة فيينا، والتي تنص على أن يؤخذ بعين الاعتبار "أي قاعدة ملائمة من قواعد القانون الدولي قابلة للتطبيق على الأطراف"، ولذلك فيتم الرجوع للمادة (47) من اتفاقية جنيف الرابعة على أن: "لا يحرم الأشخاص المحميون الذين يوجدون في أي إقليم محتل بأي حال ولا بأية كيفية من الانتفاع بهذه

نهائي ما بين الطرفين، وبالتالي فإن انتقال السلطة الفعلية والصلاحيات القضائية والقانونية والإدارية إلى الطرف الإسرائيلي لا يعني بأي حال من الأحوال أن هذه المناطق خارجة عن الإقليم الفلسطيني، ويمكن الرجوع هنا إلى المادة (11/1) من اتفاقية أوسلو (2) حيث تنص على أن: "ينظر الفريقان إلى الضفة الغربية وقطاع غزة باعتبارهما وحدة ترابية واحدة، تصان وحدتها ووضعها خلال الفترة الانتقالية".⁵³

وأما فيما يتعلق بعدم منح الفلسطينيين السلطة الفعلية على مناطق "ج" مما يستثنىها من "الإقليم الفلسطيني" لغايات نظام روما، وذلك على اعتبار أن تفسير مصطلح "الإقليم" الوارد في نظام روما وفقاً للمادة (31) من معاهدة فيينا، يتطلب بالمعنى العادي له بأن يكون هذا الإقليم خاضع لسيادة الدولة المنظمة،⁵⁴ وهو الأمر المنتفي في الحالة الفلسطينية، فتجدر الإشارة أولاً بهذا الخصوص إلى أن هنالك اتفاقاً في المجتمع الدولي أن القانون الدولي لا يتطلب السلطة الفعلية الكاملة على الأراضي لتحديد فيما إذا كانت

⁵⁵ Jack Parsland, "Justice and Politics: The ICC's Territorial Jurisdiction over occupied Palestinian Territories" (Graduate Thesis: Master of Law program, Lund University, 2016), 31.

⁵³ الاتفاق الإسرائيلي الفلسطيني الانتقالي في الضفة الغربية وقطاع غزة، واشنطن، 28 أيلول 1995م، المادة (11/1).

⁵⁴ James Crawford, *The Creation of States in International Law* (Oxford Clarendon, 2007), 48.

وقطاع غزة، في انتظار ما تسفر مفاوضات الوضع النهائي عنه".

وقد تم الاتفاق في اتفاقية شرم الشيخ في المادة (1/ب) على أن: "يتفق الطرفان على الفهم بأن المباحثات حول التسوية الدائمة ستؤول إلى تنفيذ قراري مجلس الأمن (242) و(338)"،⁵⁶ وهما القراران اللذان يعترفان بأن الأراضي الواقعة داخل الخط الأخضر تعد أراضي فلسطينية محتلة.

من ناحية أخرى فإن المحكمة الجنائية الدولية ليس لها الحق في تعيين حدود الدول لخروجه من نطاق اختصاصاتها، وعليه فيرى جانب من الفقه أن قيام المحكمة الجنائية الدولية بتعيين حدود الدولتين لإثبات اختصاصها الإقليمي عليها، بالأخص فيما يتعلق بمناطق "ج" يعد تجاوزاً غير قانوني من قبل المحكمة ويحمل معه إشكاليات كثيرة بالأخص كون النزاع الفلسطيني-الإسرائيلي قد بدأ منذ أكثر من نصف قرن، ولا يزال يعد صراعاً ملتهباً في القانون الدولي، إلا أن هذا الادعاء مردود، حيث إن المحكمة الجنائية الدولية لن تحتاج إلى تحديد حدود الدولتين، وإنما الاستناد إلى ما ذهبت إليه الأمم المتحدة، والإعلان

⁵⁶ اتفاق ومذكرة شرم الشيخ، شرم الشيخ، 4 أيلول 1999م، المادة (1/ب).

الاتفاقية، سواء بسبب أي تغيير يطرأ نتيجة لاحتلال الأراضي على مؤسسات الإقليم المذكور أو حكومته، أو بسبب أي اتفاق يعقد بين سلطات الإقليم المحتل ودولة الاحتلال، أو كذلك بسبب قيام هذه الدولة بضم كل أو جزء من الأراضي المحتلة"، وعليه فلا يمكن تفسير المادة (11/3/ج) من الاتفاق الانتقالي على كونها تخرج مناطق "ج" الواقعة عليها المستوطنات الإسرائيلية من الأراضي الفلسطينية وتنقلها لإسرائيل، بالأخص كون حظر القانون الدولي لقيام دولة الاحتلال بنقل سكانها إلى أراضي الدولة التي تحتلها، جاء حماية لمصلحة سكان الدولة المحتلة.

وتأكيداً على ذلك يمكن الاستناد إلى المادة (31/6) من اتفاقية أوسلو (2)، حيث تنص على أنه: "لن يؤثر أي شيء من هذا الاتفاق أو يستتبع نتيجة المفاوضات بشأن الوضع النهائي التي ستجرى عملاً بـ"إعلان المبادئ" ولن يعتبر أي من الفريقين متخلياً أو متنازلاً، بمجرد دخوله هذا الاتفاق، عن مطالبه أو مواقفه أو حقوقه الحالية"، كما وتنص المادة (31/7) من ذات الاتفاقية على أنه: "لن يبادر أو لن يتخذ أي من الفريقين أية خطوة من شأنها تغيير وضع الضفة الغربية

اختصاصها الإقليمي على مناطق "ج"، وحيث إن المستوطنات الإسرائيلية تعد غير شرعية بموجب القانون الدولي، وإنما تعتبر جزءاً من الأراضي الفلسطينية المحتلة فهو الرأي المرجح،⁵⁸ إضافةً إلى أن المحكمة الجنائية الدولية قد قبلت بالإعلان المقدم من قبل دولة فلسطين بخصوص الاختصاص الإقليمي على الأراضي الفلسطينية المحتلة كافة دون أي تمييز ما بين مناطق "أ" و"ب" و"ج".

وفي كل الأحوال فإن المادة (8/2/ب/8) من نظام روما نصت على تجريم سلوك قيام دول الاحتلال بنقل سكانها إلى "الأراضي التي تحتلها"، وعليه فإن اعتبار مناطق "ج" مناطق خارجة عن إقليم الأراضي الفلسطينية المحتلة وبالتالي تخرج عن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية الإقليمي، يعد متناقضاً مع مقاصد هذه المادة، وتجعل من وجودها عديم الجدوى.

وبناء على ما سبق فإن المحكمة الجنائية الدولية تختص بمحاكمة المسؤولين الإسرائيليين عن بناء المستوطنات الواقعة في الأراضي الفلسطينية من الناحية الموضوعية والإقليمية.

الصادر عن فلسطين، بالأخص كونها قد قبلت بفلسطين كدولة لغايات نظام روما على هذا الأساس، ويمكن الاستناد بهذا الخصوص إلى ما ذهب إليه مكتب المدعي العام للمحكمة في حالة جورجيا حيث استند مكتب المدعي العام إلى قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة التي حددت أن إقليم أوسيتيا خاضع لإقليم دولة جورجيا، وعليه فتم النظر إليها كجزء من إقليم جورجيا لغايات المحكمة وإجراءاتها.⁵⁷

وبناءً على ذلك كله فيمكن الاستناد في الحالة الفلسطينية إلى قرارات الأمم المتحدة التي تتدد الاستيطان الإسرائيلي الواقع على "الأراضي الفلسطينية المحتلة"، ومنها على سبيل المثال قرار مجلس الأمن 2334، وعليه فيكون خاضعاً لإقليم فلسطين لغايات الاختصاص الإقليمي.

وبغض النظر عن ذلك كله، فإن المحكمة الجنائية الدولية مرتبطة بالأمم المتحدة، وذات علاقة بها بموجب المادة (2) من نظام روما، وبالتالي فمن المنطقي أن تأخذ المحكمة الجنائية الدولية بقرارات الأمم المتحدة وبالرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بخصوص الجدار في النظر بمدى انطباق

⁵⁸ د. صائب عريقات، رئيس دائرة شؤون المفاوضات في منظمة التحرير الفلسطينية، مقابلة شخصية، رام الله، مكتب دائرة شؤون المفاوضات، 13 أيار 2018 (الساعة: 12:00-12:30).

⁵⁷ Office of the Prosecutor, ICC, "Request for authorization of an investigation pursuant to article 15", Situation in Georgia (ICC-01/15), 13 Oct. 2015, Para. 59.

الخاتمة

ضمن اختصاص المحكمة الإقليمي، وذلك كون هذه المناطق تقع ضمن حدود الخط الأخضر، وذلك استناداً إلى القرارات الدولية المتعلقة بهذا الخصوص وأبرزها قرار (242) الصادر عن مجلس الأمن وقرار الجمعية العامة رقم (67/19) المتعلق بعضوية فلسطين بالأمم المتحدة، بالإضافة إلى الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بخصوص الجدار، والاتفاقيات الدولية كاتفاقية رودس. وفي هذا السياق، جرى التوصل إلى عدم تأثير نصوص اتفاقيات أوسلو على اختصاص المحكمة الجنائية الدولية إقليمياً على مناطق "ج" التي تقوم عليها المستوطنات الإسرائيلية عند تفسيرها بموجب اتفاقية فيينا والنظر إلى السياق العام للقضية الفلسطينية، وبالنتيجة فيكون للمحكمة الجنائية الدولية اختصاصاً إقليمياً على المستوطنات الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية المحتلة، وذلك على الرغم من محاولات إسرائيل لتغيير الوضع القانوني لتلك المناطق، بالأخص كون المحكمة قد قبلت إعلان فلسطين الذي يتضمن الأراضي الفلسطينية كافة دون أي تمييز.

وفي جميع الأحوال، تجدر الإشارة إلى ضرورة قيام فلسطين باتفاقيات دولية توضح حدود دولة فلسطين بشكل واضح ونهائي، وضرورة سعي

في ضوء ما سبق، وبعد دراسة وتحليل الأسس القانونية للاختصاص الموضوعي في المبحث الأول فإن إقامة المستوطنات الإسرائيلية على الأراضي الفلسطينية تشكل جريمة حرب استناداً للمادة (8/2/ب/8) من نظام روما، وذلك لتحقيق كل من أركان الجريمة العامة والخاصة، حيث إن سلوك نقل السكان المدنيين الاسرائيليين إلى الأراضي الفلسطينية الذي تم من قبل القادة الاسرائيليين تم تجريمه بموجب المادة آنفة الذكر، واقترب بوجود نزاع مسلح دولي، ألا وهو الاحتلال، مما يتحقق معه الركن المادي للجريمة كما تم تفصيلها سابقاً، بالإضافة إلى ذلك فقد تحقق الركن المعنوي لدى القادة الاسرائيليين عن هذا السلوك الذي يمكن الاستدلال عليه من منصب هؤلاء القادة وهو المعيار الذي أخذت به المحاكم الجنائية الدولية، وبالتالي فإن إقامة المستوطنات الإسرائيلية تندرج تحت الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية.

وأما فيما يتعلق بالاختصاص الإقليمي للمحكمة الجنائية الدولية على المستوطنات الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية، التي تم تناولها في المبحث الثاني، فقد تم التوصل إلى أن مناطق "ج" تقع

حكومة فلسطين إلى إقامة علاقات دبلوماسية مع الدول الأطراف في نظام روما، تخوفاً من قيام هذه الدول بالضغط السياسي على مكتب المدعي العام، وعلى المحكمة الجنائية الدولية ككل.

المصادر والمراجع:**• أحكام المحاكم الدولية:**

- المحكمة العسكرية لنورنبرغ، قضية " The Hostage"، بتاريخ 19 شباط 1948م.
- محكمة العدل الدولية، قضية "ناميبيا"، بتاريخ 21 حزيران 1971م.
- محكمة العدل الدولية، الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، بتاريخ 8 حزيران 1998م.
- المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، قضية "روتاندا"، بتاريخ 26 أيار 2003م.
- محكمة العدل الدولية، الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بخصوص الآثار القانونية الناشئة عن بناء جدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة، بتاريخ 9 تموز 2004م.
- المحكمة الجنائية الدولية، قضية "Bemba"، المرحلة التمهيديّة، بتاريخ 15 تموز 2009م.
- المحكمة الجنائية الدولية، قضية "Katanga"، المرحلة الابتدائية، بتاريخ 7 آذار 2014م.
- المحكمة الجنائية الدولية، قضية "Bemba"، المرحلة الابتدائية، بتاريخ 21 آذار 2016م.
- Request for authorization of an investigation pursuant to article 15, Situation in Georgia (ICC-01/15), Office of the Prosecutor, 13 Oct. 2015.

• التقارير الدولية:

- الجمعية العامة، الأمم المتحدة، مجلس حقوق الإنسان، "تقرير البعثة الدولية المستقلة لتقصي الحقائق من أجل التحقيق في آثار بناء المستوطنات الإسرائيلية على الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية للشعب الفلسطيني، في جميع أنحاء الأرض الفلسطينية المحتلة، بما فيها القدس الشرقية"، بتاريخ 7 شباط 2013م.

أولاً: المصادر**• المعاهدات والمواثيق الدولية**

- الاتفاقية الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية، لاهاي، بتاريخ 18 تشرين الأول 1907م.
- اتفاقية الهدنة العامة بين الأردن وإسرائيل، رودس، بتاريخ 3 نيسان 1949م.
- اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، جنيف، بتاريخ 12 آب 1949م.
- معاهدة فيينا لقانون المعاهدات، فيينا، بتاريخ 22 أيار 1969م.
- الاتفاق الإسرائيلي الفلسطيني الانتقالي في الضفة الغربية وقطاع غزة، واشنطن، بتاريخ 28 أيلول 1995م.
- نظام روما المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية، روما، بتاريخ 17 تموز 1998م.
- اتفاق ومذكرة شرم الشيخ، شرم الشيخ، بتاريخ 4 أيلول 1999م.

• القرارات الدولية:

- مجلس الأمن، هيئة الأمم المتحدة، قرار رقم (62)، بتاريخ 16 تشرين ثاني 1948م.
- مجلس الأمن، هيئة الأمم المتحدة، قرار رقم (242)، بتاريخ 22 تشرين ثاني 1967م.
- مجلس الأمن، الأمم المتحدة قرار رقم (446)، بتاريخ 22 آذار 1979م.
- الجمعية العامة، هيئة الأمم المتحدة، قرار رقم (67/19)، بتاريخ 19 كانون أول 2012م.
- مجلس الأمن، هيئة الأمم المتحدة، قرار رقم (2334)، بتاريخ 23 كانون أول 2016م.

- Office of the Prosecutor, ICC, "Request for authorization of an investigation pursuant to article 15", Situation in Georgia (ICC-01/15), 13 Oct. 2015
- United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, "Humanitarian Impact of Israeli Settlements", <https://www.ochaopt.org/theme/humanitarian-impact-of-settlements>, 8 May 2018.
- Referral by the State of Palestine Pursuant to Articles 13(a) and 14 of the Rome Statute, State of Palestine, 15 May 2018. https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2018-05-22_ref-palestine.pdf

ثانياً: المراجع:

❖ المراجع العربية:

- حجازي، عبدالفتاح. المحكمة الجنائية الدولية: دراسة متخصصة في القانون الجنائي الدولي. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2005.
- حرب، علي جميل. نظرية الجزاء الدولي المعاصر: نظام العقوبات الدولية ضد الدول والأفراد. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2001.
- علاونة، ياسر. الاستحقاقات القانونية المترتبة على حصول فلسطين على دولة مراقب في الأمم المتحدة. رام الله: الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان "ديوان المظالم"، 2013.

❖ المراجع الأجنبية:

- Crawford, James. *The Creation of States in International Law*. Oxford: Clarendon, 2007.

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-63_en.pdf

- مكتب ممثل الاتحاد الأوروبي في الضفة الغربية وقطاع غزة والأونروا، "تقرير لستة أشهر عن المستوطنات الإسرائيلية في الضفة الغربية المحتلة بما فيها القدس الشرقية". بتاريخ 15 كانون الأول-حزيران 2017م.

https://cdn3eeas.fpfis.tech.ec.europa.eu/cdn/farfuture/F67QBQqb8dXdsGahzQuGXjMrZwztfcyV9MKnT45Mjg/mtime:1513592579/sites/eeas/files/2017_12_15_eu_report_on_israeli_settlements_wb_including_e_jerusalem_jan_june_2017_ar.pdf

- The prosecutor office, International Criminal Court, "Situation in Palestine," 3 April 2012, <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/c6162bbf-feb9-4faf-afa9-836106d2694a/284387/situationinpalestine030412eng.pdf>.
- Declaration Recognizing the Jurisdiction of the International Criminal Court, State of Palestine, Minister of Justice, Ali Khashan, 21 January 2010. <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/74EEE201-0FFED-4481-95D4-C8071087102C/279777/20090122PalestinianDeclaration2.pdf>
- Declaration Accepting the Jurisdiction of the International Criminal Court, State of Palestine, President Mahmoud Abbas, 31 December 2014. https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/press/palestine_a_12-3.pdf
- International Criminal Court, "The State of Palestine accedes to the Rome Statute", ICC-ASP-20150107-PR1082, 7 January 2015. https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1082_2
- "Declaration of 17 December 2014 adopted by the Conference of High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention", UN Doc. A/69/711-S/2015/1, 9 January 2015.

- Kretzmer, David. "The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law", *American Journal of International Law* (2005): 88-102.
- Newton, Michael. "How the International Criminal Court Threatens Treaty Norms", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (2016): 371-431.
- Parsland, Jack. "Justice and Politics: The ICC's Territorial Jurisdiction over occupied Palestinian Territories". Graduate Thesis: Master of Law program, Lund University, 2016.
- Powderly, Joseph and Otto Triffterer. "Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court- Observers' note article by article, second edition". Munich: Oxford, 2008.


الملاحق:

ملحق (1)

إعلان السلطة الوطنية الفلسطينية للمحكمة الجنائية الدولية عام 2009

بسم الله الرحمن الرحيم

Palestinian National Authority
 Ministry of Justice
 Office of Minister


 السلطة الوطنية الفلسطينية
 وزارة العدل
 مكتب الوزير

Date: التاريخ:

Ref: الرقم:

Declaration recognizing the Jurisdiction of the International Criminal Court

In conformity with Article 12, paragraph 3 of the Statute of the International Criminal Court, the Government of Palestine hereby recognizes the jurisdiction of the Court for the purpose of identifying, prosecuting and judging the authors and accomplices of acts committed on the territory of Palestine since 1 July 2002.



As a consequence, the Government of Palestine will cooperate with the Court without delay or exception, in conformity with Chapter IX of the Statute.

This declaration, made for an indefinite duration, will enter into force upon its signature.

Material supplementary to and supporting this declaration will be provided shortly in a separate communication.

Signed in The Hague, the Netherlands, 21 January 2009

For the Government of Palestine
 Minister of Justice **Ali Khashan**

In conformity with Article 12, paragraph 3 of the Statute of the International Criminal Court, the Government of Palestine hereby recognizes the jurisdiction of the Court for the purpose of identifying, prosecuting and judging the authors and accomplices of acts committed on the territory of Palestine since 1 July 2002.

This declaration ... will enter into force upon its signature. ... Signed in the Hague, the Netherlands, 21 January 2009

Renseignements: 022973363 / 022973364
 Tél: 022973363 / 022973364
 Fax: 022973364

رام الله - فلسطين
 022973265 / 022973363
 هاتف: 022973265 / 022973363
 الفاكس: 022973264

المصدر:

<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/74EEE201-0FED-4481-95D4-C8071087102C/279777/20090122PalestinianDeclaration2.pdf>

ملحق (2)

إعلان دولة فلسطين للمحكمة الجنائية الدولية عام 2014



31 December 2014

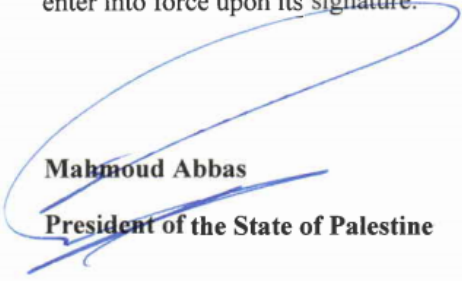
Declaration Accepting the Jurisdiction of the International Criminal Court

In conformity with Article 12, paragraph 3, of the Rome Statute of the International Criminal Court, ('the Statute'), the Government of the State of Palestine hereby recognizes the jurisdiction of the Court for the purpose of identifying, prosecuting and judging authors and accomplices of crimes within the jurisdiction of the Court committed in the occupied Palestinian territory, including East Jerusalem, since June 13, 2014.

This declaration is without prejudice to any other declaration the State of Palestine may decide to lodge in the future.

Accordingly, the State of Palestine undertakes to cooperate with the Court without delay or exception, in accordance with Chapter IX of the Statute.

This declaration shall be valid for an unspecified period of time and shall enter into force upon its signature.


Mahmoud Abbas
President of the State of Palestine

المصدر:

https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/press/palestine_a_12-3.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 (2019/4)
فئة أوراق طلبة البكالوريوس

إخلاص ناصر

**مدى فعالية مبدأ التكامل
القضائي في نظام المحكمة
الجنائية الدولية وأثره على الحالة
الفلسطينية**

آب/ أغسطس 2019

The Effectiveness of Judicial Complementarity Principle in the International Criminal Court and its Impacts on the Palestinian Situation [Arabic]

Ikhlas Naser

مدى فعالية مبدأ التكامل القضائي في نظام المحكمة الجنائية الدولية وأثره على الحالة الفلسطينية

إخلاص ناصر

التدقيق اللغوي: شيماء حسن

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (4/2019)
BA Students Papers Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/4)
فئة أوراق طلبة البكالوريوس

© 2019, 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.

© 2019، 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:

إخلاق ناصر*

مدى فعالية مبدأ التكامل القضائي في نظام المحكمة الجنائية الدولية وأثره على الحالة الفلسطينية**

مقدمة

بذل المجتمع الدولي جهوداً مضمّنة لإقرار نظام جنائي دولي يلقي القبول لدى أعضائه، ويستهدف في المقام الأول ملاحقة المتهمين بارتكاب انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان والشعوب، فحقوق الإنسان ليست هدية تُمنح ولا غنيمة تُغتصب، وإنما أضحت قادرة في بعض الأحيان على التأثير في شرعية الحكم، بل أن الالتزام بها غداً مصدرراً للشرعية الأخلاقية.¹ وقد أدى غياب جهاز قضائي دولي إلى تمرير انتهاكاتٍ مريعة ومفزعة في معظم الأحيان، ولقد أوتيت هذه الجهود ثمارها في نهاية المطاف بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية (المحكمة) التي تجسد نظام العدالة الجنائية على المستوى الدولي.

وتبعاً لما تقدم، وفي محاولة للموازنة بين سيادة الدولة ومكانة المحكمة، مع إدراك أهمية تكريس معاقبة مرتكبي الجرائم الأشد خطورة، اتخذ مبدأ التكامل كحلّ وسطي يحكم العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية

* حاصلة على درجة البكالوريوس في القانون من جامعة بيرزيت عام 2018، بتقدير امتياز. طالبة ببرنامج الماجستير في القانون الخاص، جامعة زيوريخ بسويسرا.

** هذه الورقة في أصلها، دراسة أعدت استكمالاً لمتطلبات مساق "حلقة دراسية في القانون" (أستاذ المساق: محمود أبو صوي) خلال الفصل الدراسي الثاني 2017/2018، جامعة بيرزيت. وجرى مناقشتها بتاريخ 12 أيار 2018.

¹ David P. Forsythe, *Human Rights and Peace: International and National Dimensions* (London: University of Nebraska, 1993), 79-81.

الجرائم الدموية بحق أبناء الشعب الفلسطيني إلى ضرورة التروي في التعامل مع المحكمة، أو ربما البحث عن البديل لما يحوط بمبدأ التكامل القضائي من ثغرات يصعب تبريرها، ومعايير غير منضبطة في معظمها، باعتبارها تشكل مساراً حديثاً، لم يختبر فعاليته بعد، في إطار الملاحقة الجنائية على المستوى الدولي.

تنقسم الدراسة إلى بحثين اثنين: يتناول الأول علاقة المحكمة بالقضاء الوطني، من خلال تسليط الضوء على مبدأ التكامل القضائي في نظام المحكمة بشكل تفصيلي؛ فيما يتناول المبحث الثاني الحالة الفلسطينية واللجوء إلى المحكمة، ويسلط الضوء في ذات الوقت على الإشكالية، القائمة على فرضية مؤداها عدم نجاعة مبدأ التكامل القضائي في نظام المحكمة، وذلك لما يعتريه من قصور في التنظيم والتحديد، تعرقل بدورها المحكمة عن المضيّ قدماً في ملاحقة مسؤولي دولة الاحتلال الإسرائيلي عن جرائمهم، وذلك عبر إبرام محاكمات صورية، أو حتى إصدار أحكام مخففة تعبر عن عدم الجدية في تحقيق العدالة.

والقضاء الوطني، إلا أن صياغة هذا المبدأ بصورة الثلاث بشكل عام، وبصورة مبدأ التكامل القضائي بشكل خاص قد جاءت مقيدة بسبب الصعوبات التي واجهتها فكرة إنشاء المحكمة، التي كان مردّها حرص كل دولة على الحفاظ على سيادتها الوطنية، فكانت هذه الصياغة الضيقة وغير المكتملة عقبة أمام تحقيق فعالية مبدأ التكامل، التي حالتها عن أداء دورها المنشود، في كثير من القضايا الجدلية لا سيما القضية الفلسطينية.

فمنذ انضمام فلسطين وبالتحديد في كانون الثاني 2015، اعتبر الكثيرون أن هذه الخطوة تحمل في طياتها آمالاً كبيرة معلقة على المحكمة من أجل الانتصار لحقوق الضحايا، بسقفٍ متوقع يفوق في الحقيقة قدرة المحكمة، حتى وصلت هذه الآمال إلى حدّ الاعتقاد بأن انعقاد المحكمة سوف يشكل محاكمة العصر التي سوف تحاكم الوجود غير الشرعي للاحتلال الإسرائيلي وممارساته الإجرامية بحق الفلسطينيين.

تسلط هذه الدراسة الضوء على مبدأ التكامل القضائي في نظام المحكمة، وقياس مدى فعاليته في الحالة الفلسطينية. ومن هنا تبرز أهمية الدراسة في عرضها لموضوع حديث النشأة نسبياً، ولم يحظَ بعناية كافية. يضاف إلى ذلك محاولة لفت انتباه المسؤولين عن ملاحقة مرتكبي

الأمم المتحدة إلى توطيده منذ تأسيسها لحماية سيادة الدول وتعزيز استقلالها السياسي.³

وعلى هدى ما تقدم، يفرد المبحث مطلبين اثنين: يعدّ الأول بمثابة محطة عبور لتحقيق غايات هذه الدراسة، وذلك من خلال التعرّيج على مبدأ التكامل بشكل عام في نظام المحكمة، في حين ينطلق المبحث الثاني نحو معالجة مبدأ التكامل القضائي محور هذه الدراسة على وجه التحديد.

المطلب الأول

ماهية مبدأ التكامل في نظام المحكمة الجنائية الدولية

لقد حظي مبدأ التكامل في نظام المحكمة باهتمام بالغ منذ بداية الأعمال التحضيرية لإنشاء المحكمة، كونه يحكم العلاقة بين اختصاص القضاء الوطني والدولي، وإن استهلال نظام روما وإشارته المباشرة إلى هذا المبدأ في عمق ديباجته يحمل في طياته مؤشرات ودلالات،⁴ تقف في المرصاد لكشف محاولات بعض الدول لتبرير عزوفها عن تأييد تفعيل القضاء الجنائي الدولي

³ فيدا نجيب حمد، المحكمة الجنائية الدولية: نحو تحقيق العدالة الدولية (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2006)، 52.

⁴ أكدت الفقرة (10) من ديباجة نظام روما على أن المحكمة الجنائية الدولية المنشأة بموجب هذا النظام الأساسي ستكون مكملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية، وذلك من خلال النص على: "وإذ تؤكد أن المحكمة الجنائية الدولية المنشأة بموجب هذا النظام الأساسي ستكون مكملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية".

المبحث الأول

المحكمة الجنائية الدولية وعلاقتها بالقضاء الوطني

لا يزال نظام روما المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية- التي جاءت تحمل شعار العدالة الشاملة وعدم الإفلات من العقاب- مدار أخذٍ ورد، وذلك بحكم التساؤلات التي أثيرت منذ أن شهدت هذه المحكمة النور حول مدى ما يشكله النظام من انتقاص لسيادة الدول، مما عرضها للعديد من المعارضات من قبل الدول المتنفذة، والتي تقع في مقدمتها الولايات المتحدة الأمريكية التي عبرت عن موقفها الرفض لهذه المحكمة، معرّجة في ذلك أنه لا يمكنها أن تدعم محكمة لا تملك الضمانات الضرورية لمنع تسييس العدالة.² إلا أن هذه المواقف لا يمكنها أن تخفي حقيقة ما أحدثته النظام من تطور غير مسبوق في نظام العدالة الدولية، لتكن أولى ملامحه البارزة الاعتراف بأن الملاحقة الدولية وحدها قاصرة عن تحقيق العدالة، والتأكيد على أهمية الدور الذي تلعبه المحاكم الداخلية، ولهذه الغاية فقد كُرس فيه مبدأ التكامل كأحد المبادئ الجوهرية التي سعت هيئة

² عبد الحسين شعبان، "المحكمة الجنائية الدولية: قراءة حقوقية عربية إشكاليات منهجية وعلمية"، مجلة المستقبل العربي (لبنان)، عدد 281 (2002)، 62.

حيث إن كلمة التكامل لا تظهر في أي موضع من مواضع النظام وإنما تأتي في إطار المسائل المتعلقة بالمقبولية،⁸ وبمراجعة هذه النصوص وبالتحديد الفقرة العاشرة من ديباجة النظام كما سبق ذكره، والمادة الأولى التي جاءت بذات السياق والمضمون، فإنه يمكن أن يتم تعريف مبدأ التكامل بأنه تلك الصيغة التوفيقية التي تبنتها الجماعة الدولية لتكون بمثابة نقطة الارتكاز لحدّ الدول على محاكمة المتهمين بارتكاب أشد الجرائم خطورة،⁹ والتي تحتم انعقاد الاختصاص للقضاء الوطني أولاً، فإذا لم يباشر الأخير اختصاصه بسبب عدم الرغبة في إجراء المحاكمة أو عدم القدرة عليها يصبح اختصاص المحكمة منعقداً لمحاكمة المتهمين.¹⁰ فعلى النقيض من معظم المحاكم الجنائية الدولية السابقة، والتي قضت وبشكل صريح على استبعاد المحاكم المحلية،¹¹ فإن المحكمة عدت مبدأ

بحجة حماية سيادتها الوطنية،⁵ لا سيما وأنه وفقاً لما يرى الفقيه القانوني عبد العزيز سرحان، فإن نظرية السيادة المطلقة لا يمكن الدفاع عنها في الوقت الحاضر، لأن الدول في ممارستها لاختصاصها وسيادتها تخضع لرقابة القانون الدولي والاعترافات الدولية سواء كانت هذه الالتزامات هي المعاهدات الدولية، ويعود ذلك إلى أن حقوق الإنسان لم تعد مسألة داخلية أو وطنية بقدر ما هي مسألة عالمية تهمّ البشر جمعاء.⁶ وتبعاً لما تقدم، من المجدي الكشف عن ملامح هذا المبدأ في طيات الفروع التالية.

الفرع الأول: تعريف مبدأ التكامل

في البداية، فإنه تقتضي الإشارة إلى أن نظام روما لم يورد تعريفاً جامعاً مانعاً لمبدأ التكامل، كما لم يقدم نموذجاً محدداً للتكامل.⁷ وإنما اكتفى بالإشارة لمضمونه في مجموعة من النصوص

⁵ إن مبدأ السيادة الوطنية هو مبدأ قديم قدم فكرة الدولة ذاتها، وقد ظهر بشدة لتأكيد وجود الدول الأوروبية الحديثة وذاتيتها، في مواجهة الولاء المزدوج للبابا والإمبراطور، وقد ساهم الفكر الألماني مساهمة كبيرة في تعظيم مبدأ السيادة الوطنية، حتى صاغ "يلنيك" في القرن التاسع عشر نظرية الاختصاص بالاختصاص، وهو ما يعني السلطة الأصلية غير المقيدة وغير المشروطة للدولة في أن تحدد المسائل التي تدخل في دائرة اختصاصها. انظر: عبد الرؤوف دبابش، "التدخل الإنساني وأثره على السيادة في القانون الدولي والفقه الإسلامي"، مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية (الجزائر)، عدد 1 (2010)، 76.

⁶ شعبان، "المحكمة الجنائية الدولية"، 61.

⁷ Nirej Sekhon, "Complementarily and Post-Coloniality", *Emory International Law Review* (May 2013), 800.

⁸ Christine Bakker, "Le Principe de Complémentarité et les "Auto-Saisines": Un Regard Critique Sur la Pratique de la cour pénale Internationale", *Revue Générale de Droit International Public* 112 (April 2008), 362.

⁹ Mahmoud Cherif Bassiouni, "La Cour Pénale Internationale", *Revue International de Droit Pénal* (May 2000), 5.

¹⁰ فاروق الزعبي، "مبدأ التكامل في الاختصاص بين المحكمة الجنائية الدولية والنظم القانونية الوطنية"، مجلة أبحاث اليرموك: سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية (الأردن)، عدد 3 (2008)، 816.

¹¹ مثال ذلك: المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بكل من رواندا ويوغسلافيا، اللتين شكلتا لمحاكمة من اقترفوا جرائم محددة، وقد

شريطة ألا يقل عمره وقت اقرار الجريمة المسندة إليه عن الثامنة عشر.¹⁴ وإزاء صراحة المادة سالفه الذكر، فإنه لا ينعقد الاختصاص للمحكمة ليشمل الشخصيات المعنوية أو الدول، حيث تشكل أول محكمة فئوية ذات تفويض غير محدود.

ثانياً: أن تكون الجريمة المقترفة من بين الجرائم الواردة على سبيل الحصر في نظام روما، فحتى يحقق مبدأ التكامل مبتغاه، ويؤدي فعاليته، فإنه ينبغي أن تكون الجرائم المقترفة من بين الجرائم الواردة حصراً في المادة (5) من النظام المذكور باعتبارها تشكل أشد الجرائم الدولية خطورة على الإنسانية، التي تقامت أعدادها ونتائجها المضرة في السنوات الأخيرة.¹⁵ ويشكل ذلك في مجمله استجابةً لمبدأ الشرعية الأسمى الذي يقضي بأن "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص".

ثالثاً: أن يكون الجاني قد اقررت الجريمة بعد دخول النظام حيز النفاذ، وهذا ما يعرف بالاختصاص الزمني للمحكمة. حيث إن اختصاص المحكمة يكون مستقبلياً فقط، ولا يسري على الجرائم التي ارتكبت قبل نفاذه.

¹⁴ نصت المادة (26): "لا يكون للمحكمة اختصاص على أي شخص يقل عمره عن 18 عاماً وقت ارتكاب الجريمة المنسوبة إليه".
¹⁵ تتمثل هذه الجرائم وفقاً للمادة (5) بما يلي: 1. جريمة الإبادة الجماعية. 2. الجرائم ضد الإنسانية. 3. جرائم الحرب. 4. جريمة العدوان.

التكامل بالمعنى سابق البيان حجر الأساس في نظام روما. وبناء على ما تقدم يمكن القول بأن مبدأ التكامل ما هو إلا مبدأ قانوني يقتضي انعقاد الاختصاص للقضاء الوطني الأصيل لدى الدول الأطراف في نظام روما لمحكمة الأفراد الطبيعيين لدى اقرارهم الجرائم المنصوص عليها في المادة الخامسة منه على سبيل الحصر، وإيقاف اختصاص المحكمة في هذه المرحلة، التي لا ينهض اختصاصها إلا في الحالات التي نصت عليها المادتان (18، 19) من النظام.¹²

الفرع الثاني: شروط مبدأ التكامل

إن المتمعن في نظام روما، الوثيقة الأهم في هذا الصدد، يتضح له جلياً أن إعمال مبدأ التكامل يستوجب توافر شروط عدة، تتحد معاً ابتغاء تحقيق الغاية المنشودة ألا وهي وضع حد للجرائم الخطيرة التي تهدد البشرية جمعاء، ويمكن إجمال هذه الشروط على النحو الآتي:

أولاً: أن يكون مرتكب الجريمة شخصاً طبيعياً، وهذا هو صريح المادة (25) من نظام روما،¹³

كانت هذه المحاكم صاحبة الأولوية في الاختصاص على حساب القضاء الوطني. للمزيد انظر: عادل مستاري، "المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا (TPIR)"، مجلة المفكر (الجزائر)، عدد 3 (2004)، 250.

¹² الزعيبي، "مبدأ التكامل في الاختصاص"، 816.

¹³ حيث تنص المادة (1/25) على: "يكون للمحكمة اختصاص على الأشخاص الطبيعيين عملاً بهذا النظام الأساسي".

هذا إلى جانب التكامل في تنفيذ العقوبة، وتتمثل هذه الصور بشكلٍ تفصيلي بما يلي:

أولاً: التكامل القانوني

يُعرف التكامل القانوني على أنه تلك الحالة التي توجد فيها قواعد قانونية خارج الأحكام القانونية المنصوص عليها في نظام روما، وداخل متن التشريع الجنائي الوطني، تتكامل مع أحكام النظام المذكور.¹⁸ وهذا في مجمله يختزل صفة الموضوعية، تلك الصفة التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالجرائم محل الاختصاص، مما يعني أن شروع دولة ما تجريم الأفعال التي وردت كجرائم بموجب المادة (5) من نظام روما، فإنه ينعقد لقضائها الوطني الاختصاص مباشرة،¹⁹ ولا يمكن للمحكمة أن تتدخل لاسيما إذا باشرت المحاكم الوطنية اختصاصها الأصيل في ملاحقة ومعاقبة مرتكبي جريمة الإبادة الجماعية، وجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، وأخيراً جريمة العدوان التي لم تدخل بعد حيز النفاذ.

وبالرجوع إلى المادة (80) من النظام، نجد أنها قد تضمنت إشارة واضحة وصريحة تعبر عن كنه

¹⁸ سامي سعيد، "مبدأ التكامل ومبدأ التعاون في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية"، مجلة العدل (السعودية)، عدد 14 (2005)، 44.

¹⁹ خالد حساني، "مبدأ التكامل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية"، مجلة جامعة القدس المفتوحة للدراسات والأبحاث (فلسطين)، عدد 36 (2015)، 326.

رابعاً: أن تكون الدولة التي اقترفت الجريمة على إقليمها أو يحمل الجاني جنسيتها عضواً في النظام، حيث إنه لا يمكن إعمال مبدأ التكامل لدى المحكمة إلا بالنسبة للدول الأطراف فيه باعتبارها قبلت طواعية الامتثال له، وبالتالي فإنه لا يمكن إعمال هذا المبدأ على الدول غير الأعضاء أو الأطراف في الاتفاقية، كونه يتنافى وبشكل صارخ مع مبدأ سيادة الدولة التي لا تلزم بشيء إلا إذا قبلت به مسبقاً.¹⁶

خامساً: أن تكون الدولة جادة وقادرة في الوقت ذاته على محاكمة المجرمين، وقد أحسن النظام صنفاً عندما بين المسائل المتعلقة بمقبولية الدعوى، وهو ما سيتم التطرق له بشيء من التفصيل في المطلب الثاني من هذه الدراسة.

الفرع الثالث: صور مبدأ التكامل

يتضمن نظام روما ثلاث صور لمبدأ التكامل الذي سبق بيان مفهومه بشكل عام،¹⁷ تختزل هذه الصور كلاً من الجانب الموضوعي والإجرائي،

¹⁶ محمود شريف بسيوني، تقييم النظام الأساسي للمحكمة الجنائية في دراسات القانون الدولي الإنساني (القاهرة: دار المستقبل العربي للنشر، 2000)، 452.

¹⁷ جدير بالذكر أنه يمكن الاعتماد على تقسيمات متنوعة لمبدأ التكامل في ظل عدم وجود تقسيم موحد، غير أن هذه الدراسة وتماشياً مع الأهداف المرجوة عمدت إلى تلخيص صور مبدأ التكامل في صورتين أساسيتين وهما التكامل الموضوعي والتكامل الإجرائي.

الجنائية الدولية، فهو لا يعدو أن يكون إلا استثناءً على هذا الأصل. ونكتفي في هذا الصدد بهذا الاستعراض المقتضب، على أن يتم التعرض لمبدأ التكامل القضائي بصورة أكثر تفصيلاً في المطلب الثاني.

ثالثاً: التكامل التنفيذي

تظهر ملامح هذه الصورة من صور مبدأ التكامل في نظام المحكمة وتتضح معالمها لدى صدور الحكم وما يتبعه من ضرورة تنفيذ العقوبة، وتبعاً لهذا الاستهلال يمكن تعريف التكامل التنفيذي على أنه قيام الدولة الطرف في نظام روما بتنفيذ الأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة من خلال وسائلها التنفيذية داخل حدودها، ووفقاً للأوضاع التي نصّ عليها النظام.²² ويعود السبب الكامن خلف إيجاد هذه الصورة من صور مبدأ التكامل إلى افتقار المحكمة لوسائل مباشرة لغايات تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عنها.²³

ولغايات توضيح مبدأ التكامل التنفيذي بصورة عملية، فإنه وباستقراء النظام نجده على سبيل المثال قد جاء بتحديد واضح للعقوبات التي يمكن للمحكمة أن تقضي بها والواجبة التطبيق (مادة 77)، ويعدّ السجن سواء أكان قصير الأمد أو

هذه الصورة من صور مبدأ التكامل، حيث أكدت على عدم جواز المساس بالتطبيق الوطني للعقوبات والقوانين الوطنية، مما يعني أن الدول وإن كانت طرفاً في النظام، فإنه لا يوجد ما يمنعها بصراحة هذه المادة من إيقاع العقوبات الواردة في طيات قوانينها الوطنية، ولعلّ السبب في ذلك يكمن في كون النظام لم يأخذ بعقوبة الإعدام بشأن الجرائم الواردة فيه.²⁰

ثانياً: التكامل القضائي

تتمحور هذه الصورة من صور مبدأ التكامل حول الشق الإجرائي، إذ يعني التكامل القضائي بعبارة موجزة التكامل في الإجراءات التي تباشرها المحكمة للفصل في الدعاوى المعروضة عليها،²¹ فالأصل إعطاء القضاء الوطني الاختصاص الأصلي، أما انعقاد الاختصاص للقضاء الجنائي الدولي الذي يتمثل بالمحكمة

²⁰ تنص المادة (77) من النظام: "1- رهناً بأحكام المادة 110، يكون للمحكمة أن توقع على الشخص المدان بارتكاب جريمة في إطار المادة 5 من هذا النظام الأساسي إحدى العقوبات التالية: (أ) السجن لعدد محدد من السنوات لفترة أقصاها 30 سنة. (ب) السجن المؤبد حيثما تكون هذه العقوبة مبررة بالخطورة البالغة للجريمة وبالظروف الخاصة للشخص المدان. 2- بالإضافة إلى السجن، للمحكمة أن تأمر بما يلي: (أ) فرض غرامة بموجب المعايير المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات. (ب) مصادرة العائدات والممتلكات والأصول المتأتية بصورة مباشرة أو غير مباشرة من تلك الجريمة، دون المساس بحقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية".

²¹ حساني، "مبدأ التكامل"، 328.

²² الزعيبي، "مبدأ التكامل في الاختصاص"، 832.

²³ خالد العبيدي، مبدأ التكامل في المحكمة الجنائية الدولية (القاهرة: دار النهضة العربية، 2007)، 10.

بوصفه يجسد نظام عدالة عالمي جديد لا يهدف لإعاقبة السيادة الوطنية لأي دولة من الدول.

المطلب الثاني

مبدأ التكامل القضائي في نظام المحكمة الجنائية الدولية

يكتسب مبدأ التكامل القضائي كأحد صور مبدأ التكامل في نظام المحكمة حيزاً خاصاً، فعلى الرغم مما سبق التطرق إليه من استعراض للدور الذي يلعبه مبدأ التكامل بصورة عامة كأحد المبادئ الجوهرية التي تخللت نظام روما، إلا أن تنظيم مبدأ التكامل القضائي قاصر البيان وصياغته غير المكتملة في كثير من المواضع، جعله يتراوح بين الاتساع والانحسار بحسب تغييرات الوضع السياسي وتقلباته، وذلك في ظل الفجوة الكامنة بين موازين القوى الدولية.

وفي ضوء ما تقدم، فلا بد من الوقوف على معالم هذا الضعف والقصور من خلال ثلاثة فروع، حيث يعالج الفرع الأول بداية الحكمة من مبدأ التكامل القضائي، فيما ينصب جلّ اهتمام الفرع الثاني على بيان مظاهر مبدأ التكامل القضائي بحسب نصوص نظام روما، ليرسّى الفرع الثالث أخيراً على القيود التي أحاطت مبدأ التكامل القضائي، والتي جعلت منه مبدأ قابلاً للإخفاق والفشل لضعف الإمكانيات العملية.

طويل الأمد أحد هذه العقوبات وأبرزها، فتحقق هذه الصورة من صور التكامل يكون تبعاً لذلك من خلال تعاون الدول الأعضاء بتنفيذ عقوبة السجن على أراضيتها.²⁴ فلهذا الغرض ووفقاً للقاعدة (1/200) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات المتبعة أمام المحكمة يقوم المسجل بإنشاء قائمة بالدول التي تبدي رغبتها واستعدادها لقبول الأشخاص المحكوم عليهم، وتأخذ المحكمة بعين الاعتبار عند تعيين الدولة التي ستنفذ الحكم بالسجن وجوب تقاسم الدول الأطراف مسؤولية تنفيذ أحكام السجن.²⁵ وتجدر الإشارة إلى أنه يجوز لدولة ما لدى التعبير عن استعدادها لاستقبال الأشخاص المحكوم عليهم أن تقرنه بشروط لقبولهم توافق عليها المحكمة،²⁶ وإن إيراد مثل هذه الأحكام في متن النظام يردّ في مجمله ما تدعيه الدول المتنفذة الراضية لدور المحكمة، ولا يسعنا القول في هذا الصدد إلا أن هنالك من الضرورة بمكان أن يتم التعامل مع مبدأ التكامل

²⁴ تنص المادة (1/103) من النظام على: "ينفذ حكم السجن في دولة تعينها المحكمة من قائمة الدول التي تكون قد أبدت للمحكمة استعدادها لقبول الأشخاص المحكوم عليهم".

²⁵ مصطفى راشد الكلابي، "التكامل التنفيذي لأحكام المحكمة الجنائية الدولية"، مجلة واسط للعلوم الإنسانية (العراق)، عدد 30 (2015)، 342.

²⁶ المادة (1/103) من النظام: "يجوز للدولة لدى إعلان استعدادها لاستقبال الأشخاص المحكوم عليهم أن تقرنه بشروط لقبولهم توافق عليها المحكمة وتتفق مع أحكام هذا الباب".

الفرع الأول: الحكمة من مبدأ التكامل القضائي

بالعودة إلى الهدف الأساس الذي أنشئت من أجله المحكمة، والذي يتجلى على حدّ تعبير الأمين العام السابق لهيئة الأمم المتحدة كوفي أنان بعبارة أنها "خطوة عملاقة نحو تحقيق شمولية القانون والسياسية"، وتبعاً إلى أن نظام روما قد حرص على اقتباس المبادئ التي تدفع بعجلة العدالة، فإن الحكمة من مبدأ التكامل القضائي الذي سبق تعريفه في المطلب الأول تغدو واضحة، وهنا لا بد من القول أن المحاكم الوطنية وحدها قاصرة عن تحقيق العدالة، وكذلك المحاكم الدولية، حيث لا تستطيع أي منهما منفردة تخطي العقبات القانونية والواقعية لممارسة اختصاصها، بل لا بد من تكاتف المحاكم الوطنية والدولية حتى تكمل الواحدة الأخرى، للعمل على سد الثغرات وتخطي العقبات.²⁷ وبذلك تتجسد الحكمة الكامنة وراء تنظيم مبدأ التكامل القضائي في طيات نظام روما من خلال ضمانه عدم إفلات الجناة من دائرة العدالة الجنائية، فإذا تعذر على القضاء الوطني القيام بدوره في محاكمتهم، فإنه ينعقد اختصاص المحكمة مباشرة، وهذا بدوره يحقق الضابط الدقيق والفعال على أعمال القضاء الوطني من

ناحية، ويحقق الردع من الناحية الأخرى.²⁸ كما أنه يتوجب ألا نغفل ما يحققه هذا التكامل القضائي من تعزيز كفاءة المحكمة، لا سيما وأنها لا يمكن بموجب مواردها المحدودة وصعوبة التحقيقات من الناحية اللوجستية إلى جانب الإجراءات البيروقراطية التعامل مع القضايا الخطيرة كافة، التي تهدد الأمن والطمأنينة. عدا عن أنه يضع المسؤولية على عاتق الدول للقيام بواجبها بموجب القانون الدولي والوطني للتحقيق في الجرائم الجسيمة المزعومة ومقاضاة مرتكبيها، خلاصة القول أن المسألة لا تتعلق بالكفاءة فقط وإنما تتعلق بالقانون والسياسة والأخلاق.²⁹

الفرع الثاني: مظاهر مبدأ التكامل القضائي

تتسع رقعة مبدأ التكامل القضائي في غضون نظام روما، حيث ولدى استقرار النظام، نجده قد نظم الحالات التي يعلن فيها مبدأ التكامل تعطيل اختصاص المحكمة من خلال مظهرين اثنين، وذلك على النحو الآتي:

²⁸ الزعبي، "مبدأ التكامل في الاختصاص"، 822.

²⁹ Paul Seils, *Complementarity: An Introduction to the Role of National Handbook on The Courts and the ICC in Prosecuting International Crimes* (New York: International Center for Transitional Justice, 2016), 3.

²⁷ حمد، المحكمة الجنائية الدولية، 74.

الوطنية في القضية ذاتها وقررت عدم المقاضاة؛ والثالث هو المكان الذي تمت فيه المقاضاة على ذات القضية على المستوى الوطني، وأخيراً كون الدعوى ليست على قدر من الخطورة، ويمكن إجمالها على النحو الآتي:

أ. السيناريو الأول، يتعلق فيما إذا كانت تجري التحقيق أو المقاضاة في الدعوى دولة لها ولاية عليها، فإذا كانت الإجابة "نعم"، فحينئذٍ يغدو من الضروري فحص فيما إذا الدولة حقاً قادرة وراغبة في الاضطلاع بالتحقيق أو المقاضاة، فإذا كانت الدولة راغبة وقادرة، فإن القضية تغدو غير مقبولة أمام المحكمة، إما إذا اعتبرت غير قادرة و/أو غير راغبة، فإن القضية تصبح مقبولة.³²

³² لقد كانت قضية "جيرمان كاتانغا" قائد جبهة المقاومة الوطنية في إيتوري (FRPI) في جمهورية الكونغو الديمقراطية خير مثال على هذا الأمر، حيث زعم المدعي العام أن "كاتانغا" وآخرين أنهم قاموا بجرائم قتل وتجنيد أطفال واغتصاب، واستعباد جنسي، إلى جانب الاستهداف المتعمد للسكان المدنيين، والنهب. وزُعم أن جميع هذه الجرائم وقعت في سياق هجوم شنته قوات تحت قيادة "كاتانغا" و"نغوجولو" على قرية بوغورو في إيتوري في 24 شباط 2003. وزعم الادعاء أن أكثر من 200 مدني قتلوا في هذا الهجوم، ولدى استئناف "كاتانغا" قرار الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية بشأن المقبولية، بحجة أن سلطات جمهورية الكونغو الديمقراطية قد باشرت التحقيق، إلا أن جمهورية الكونغو الديمقراطية أعربت عن موقفها الرسمي بأنها لا تعزز التحقيق في الحادث ولكنها ملتزمة بإنهاء الإفلات من العقاب وأنها لم تطعن في مقبولية القضية أمام المحكمة الجنائية الدولية. وخلصت الدائرة الابتدائية إلى أن جمهورية الكونغو الديمقراطية، بالتالي، غير راغبة في المضي قدماً ضد "كاتانغا" فيما يتعلق بحادثة بوغورو، مما يخولها صلاحية النظر في القضية. انظر:

أولاً: عدم جواز انعقاد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية

وفي البداية، فإنه من الجدير بالذكر أن هذا المظهر من مظاهر مبدأ التكامل القضائي يكاد أن يكون جوهر مبدأ التكامل القضائي الذي يتخذ كحلّ وسطي يحكم العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية والقضاء الوطني، فوفقاً للمادة (1/17) من النظام، نجد أن المحكمة تلعب دور الحكم في مسألة الاختصاص التكميلي، حيث يتضح أنها هي التي تقرر متى تمارسه شريطة توافر حالات معينة.³⁰ مما يدفع المحكمة إلى تقرير أن الدعوى غير مقبولة، ومن الضرورة في هذا الصدد الإشارة إلى أن هذه الحالات تعدّ من قبيل الدفوع الشكلية التي يجوز التمسك بها أمام المحكمة، الأمر الذي يمكن معه أن تقرر عدم قبول الدعوى فيما إذا رفعت إليها بشكل أولي أو مبدئي.³¹ وقد جاءت المادة (1/17) من النظام منظمة بحيث تتعامل مع أربعة سيناريوهات واقعية مختلفة، أولها عندما تتعامل السلطات الوطنية بالتزامن مع المحكمة على ذات القضية؛ والثاني هو المكان الذي حققت فيه السلطات

³⁰ John T. Holmes, "Complementarily: National Courts versus the ICC," in *the International Criminal Court* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 676.

³¹ منتصر جودة، المحكمة الجنائية الدولية، النظرية العامة للجريمة الدولية، أحكام القانون الدولي الجنائي، دراسة تحليلية (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2006)، 175.

سابقاً بأن المحكمة "ستكون مكملة للاختصاصات الجنائية الوطنية".³⁴

ثانياً: عدم جواز محاكمة الشخص عن الفعل الجرمي ذاته مرتين

على الرغم من تعرض أولى مظاهر مبدأ التكامل القضائي لهذا المبدأ بشكل عارض في إطار تحديد المسائل المتعلقة بعدم المقبولية،³⁵ إلا أن تأكيد المادة (20) من نظام روما عليه مرة أخرى بصورة تفصيلية يبرهن أهمية الوقوف عليه واعتباره مظهراً من مظاهر مبدأ التكامل قائماً بحد ذاته، كيف لا، في الوقت الذي يعد فيه هذا المبدأ ألا وهو عدم جواز محاكمة الشخص على ذات الجريمة مرتين بنيران التشريعات الجنائية الوطنية،³⁶ عدا عن كونه يعبر وبحق عن مبدأ التكامل القضائي وعدم الازدواجية في الإجراءات التي قد تؤدي إلى إهدار حرية الأفراد.

³⁴ حمد، المحكمة الجنائية الدولية، 82.

³⁵ انظر نص المادة (1/17 ج) من نظام روما.

³⁶ تنص المادة (1/58) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 الساري في الضفة الغربية على: "لا يلاحق الفعل الواحد إلا مرة واحدة"، كما تنص المادة (21) من قانون العقوبات الانتدابي رقم (74) لسنة 1936 والمعدل بأمر الحاكم العام المصري رقم (555) لعام 1957 الساري في قطاع غزة على "لا يؤاخذ الإنسان جزائياً مرتين عن نفس الفعل أو الترك سواء أكان ذلك بمقتضى حكم هذا القانون أو أحكام أي قانون آخر، أما في الأحوال التي يسفر فيها الفعل أو الترك عن وفاة إنسان آخر، فيجوز إدانة الفاعل عن الجرم الذي سبب الوفاة وإن كان قد أدين بجرم آخر ناشئ عن ذلك الفعل أو الترك".

ب. السيناريو الثاني، يتمثل فيما إذا كانت قد أجرت التحقيق في الدعوى دولة لها ولاية عليها وقررت الدولة عدم مقاضاة الشخص المعني، شريطة ألا يكون القرار ناتجاً عن عدم رغبة الدولة أو عدم قدرتها حقاً على المقاضاة.

ج. السيناريو الثالث، يتمحور حول الحالة التي يكون فيها الشخص المعني قد سبق أن حوكم على السلوك موضوع الشكوى، فلا يجوز للمحكمة إجراء محاكمة طبقاً للمادة (3/20).

د. السيناريو الرابع، يتجلى ببساطة في الحالة التي لا تكون فيها الدعوى على درجة كافية من الخطورة تبرر اتخاذ المحكمة إجراء آخر.

وتبعاً لما تقدم، فإنه يتضح أن المحكمة لا تعد بأي حال من الأحوال بديلاً عن القضاء الداخلي وذلك لأنها ليست كياناً فوق الدول،³³ فنظام روما لم يفرض صراحة على الدول ملاحقة الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة، إلا أنه ما انفك عن تذكير هذه الدول، وبموجب ديباجته بواجب ممارسة الولاية القضائية الجنائية على المسؤولين عن ارتكاب الجرائم الدولية، مؤكدة وكما بينا

Nora Beres, "The principle of complementarity in practice based on the case law of the International Criminal Court" (Graduate Thesis, PhD in Law, University of Miskolc, 2016), 3.

³³ محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية: نشأتها ونظامها الأساسي (شيكاغو: المعهد الدولي لقانون حقوق الإنسان بجامعة دي بول، 2003)، 143.

(5) من النظام متى كان قد تمت إدانته أو تمت تبرئته ثانياً.³⁸ ومن اللافت للنظر أن النظام، وعلى الرغم مما اتسمت به مفاوضات روما قبيل إصداره من صعوبة وتعقيد، إلا أنه بخروجه عن المؤلف والأصل الذي تم بيانه آنفاً، يكون قد تمكن من دمج أنظمة قانونية مختلفة ورؤى مغايرة لدور العدالة الدولية، ويتجسد بالاستثناء الذي احتوته المادة (20) ذاتها، حيث أجازت بموجب فقرتها الثالثة تحويل الشخص إلى المحاكمة أمام المحكمة بعد مثوله أمام القضاء الوطني في حالتين لا ثالث لهما:

أ. إذا كانت الإجراءات المتخذة ترمي إلى منع المسؤولية الجنائية عن المتهم فيما يتعلق بجرائم داخلية في اختصاص المحكمة.³⁹

ب. إذا خلت الإجراءات المتخذة بحقه من النزاهة والاستقلالية وفقاً لأصول المحاكمات المتعارف

³⁸ تنص المادة (2/20) على: "لا تجوز محاكمة أي شخص أمام محكمة أخرى عن جريمة من تلك المشار إليها في المادة 5 كان قد سبق لذلك الشخص أن أدانته بها المحكمة أو برأته منها".

³⁹ من اللافت للنظر أنه حتى يسري مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص على ذات الجريمة مرتين، فإنه يجب أن يكون موضوع القرار الصادر عن المحكمة الجنائية الدولية جريمة منصوصا عليها في المادة (5) من نظام روما الأساسي، في حين نجد أن المادة (3/20) قد أحجمت عن ذكر المادة (5) عندما يكون القرار صادراً عن المحكمة الداخلية، ولعل السبب في ذلك هو نية استبعاد جريمة العدوان لاستحالة البدء في ملاحقة جريمة العدوان داخلياً أو المضي قدماً بملاحقتها بصورة مستقلة.

ومن نافلة القول، أنه نظراً للصياغة الفضفاضة لنظام روما في كثير من المواضع، فإنه لا بد أن يطابق وصف الجريمة الصادر عن المحكمة وصف الجريمة المنوي ملاحقتها أمام القضاء الداخلي لتفعيل مبدأ "عدم جواز محاكمة الشخص على ذات الجريمة مرتين"، فإذا حكمت المحكمة على سبيل المثال على شخص بتهمة الإبادة الجماعية، فإن ذلك لا يحول دون محاكمته أمام القضاء الوطني بتهمة القتل الجماعي، وذلك لأن وصف الجريمتين مختلف. إن أمراً كهذا يشكل إجحافاً بحق المتهم لأنه فعلياً يحاكم مرتين على الجرم نفسه، ومن الممكن تقادي هذا الأمر بإضافة فقرة تقضي بضرورة أن يأخذ القاضي الوطني بعين الاعتبار الحكم الصادر عن المحكمة قبل أن يصدر حكمه.³⁷

وبإمعان النظر في المادة (20) من النظام، نجدها تقرر وبشكل صريح على عدم جواز محاكمة أي شخص أمام المحكمة عن سلوك شكل الأساس لجرائم كانت المحكمة قد أدانته أو برأته منها أولاً، وعدم جواز محاكمة أي شخص أمام أي محكمة أخرى عن جريمة من الجرائم المحددة على سبيل الحصر في غضون المادة

³⁷ Christine Van den Wyngaert and Tom Ongena, "Ne bis in idem Principle Including the Issue of Amnesty," in *the Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 732-734.

أن تقوم بتنفيذ التزاماتها بحسن نية.⁴¹ في غواتيمالا، على سبيل المثال، أدت جمعيات المجتمع المدني دوراً جوهرياً في سوق الديكتاتور السابق "خوسيه إفرانريوس مونت" إلى المحكمة لمقاضاته على مشاركته في الإبادة الجماعية بحق سكان "المايا" الأصليين خلال الصراع المسلح الداخلي الذي استمر 36 سنة. ومن هنا، فقد جاء الاستثناء على المبدأ أعلاه، ليضع سلسلة من القيود على أعماله وتطبيقه، إلا أنه يؤخذ على هذه القيود أنها تقتصر لمعيار واضح ومحدد يزيل غموضها، الأمر الذي أمكن معه استغلالها بسوء نية، مما أضعف مبدأ التكامل القضائي، ويكاد أن يصبح عقبة تحول دون الانتصار لقضايا عادلة، كالقضية الفلسطينية.

وبإمعان النظر في المادة (2/17) والمادة (3/17) من نظام روما، نجد أنه منح للمحكمة صلاحية التحرك في ممارسة اختصاصها حال كانت الدول غير راغبة في التصدي لقضية معينة أولاً، أو غير قادرة على النظر فيها ثانياً.⁴² وسيتم إيجاز هذين الأمرين على النحو الآتي:

⁴¹ يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ العامة والهامة التي تحكم جميع تصرفات الدول والعلاقات الدولية، إلى جانب المعاهدات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف.

⁴² قد ثار خلاف بين ممثلي الدول أثناء انعقاد مؤتمر روما، حيث رأى البعض أن استخدام تعبير غير راغبة (un willing) وغير قادرة (un able) له تفسير واسع ومرن، مما يترتب عليه الحد

عليها في القانون الدولي، أو جرت بشكل يدل على انعدام النية في تقديم الشخص إلى العدالة.

الفرع الثالث: قيود مبدأ التكامل القضائي

من المعلوم أن إنشاء المحكمة شكل ذروة رحلة طويلة يمكن أن يتم عنونها بالكفاح ضد الإفلات من العقاب،⁴⁰ وحيث إن فكرة التكامل القضائي تذهب إلى قلب السيادة، هذه السيادة الحاسمة التي تتمثل في احتكار الدولة للقوة، مما يحتم كما أوضحنا سابقاً ضرورة إعطاء الدول الأولوية في ملاحقة المجرمين ومعاقتهم في حال كونهم من رعاياها، أو كان الجرم واقعاً على أراضيها، باعتبار أن محاكمها الوطنية تشكل خط الدفاع الأول، في حين تبقى المحكمة وعلى الرغم من أهميتها هي الملاذ الأخير، التي لا بد لها أن تتعاون مع الأنظمة الوطنية، إلا أن ذلك لم يمنع نظام روما من النصّ على ضوابط وقيود تحكم مبدأ التكامل القضائي.

وبناء على ما تقدم، فإنه كي تتسم الجهود الوطنية بالفعالية يجب على الدول أن تنهض بعدد من الخطوات لتبدي جدّيتها في الإجراءات المتخذة بشأن مرتكبي الجرائم الأكثر خطورة، حيث يتحتم على الدول وفقاً لقواعد القانون الدولي

⁴⁰ Seils, *Complementarity: An Introduction*, 2.

صعوبات عدة، لا سيما في ظل افتقار النظام كما تقدمنا به سابقاً لمعايير محددة، وتبعاً للممارسات الدولية فإنه يمكن أن يستشف عليها من خلال إصدار أحكام مخففة توحى بحماية المتهم من المسؤولية الجزائية، وتعتبر حالة كولومبيا مثلاً جيداً على ذلك حيث اتخذت المحكمة الجنائية الدولية ومنذ العام 2004 وضعاً في كولومبيا تحت مسمى "دراسة أولية" لمدة عشر سنوات، فحاولت السلطات الكولومبية جاهدة لإثبات أنه من الأفضل ألا تنتقل المحكمة إلى المستوى التالي، مما دفع المدعي العام عام 2013 إلى إرسال خطاب إلى المسؤولين الكولومبيين مؤكداً بأن أي حكم يُفرض على أفراد القوات المسلحة الثورية لكولومبيا المسرّحين والأعضاء شبه العسكريين يجب أن يكون متناسباً مع خطورة الجرائم المرتكبة، وألا تكون وهمية.

أما على صعيد الحالة الثانية، فإنها تتمثل في تعدد إحداث تأخير في الإجراءات المتبعة على صعيد القضاء الوطني دون وجود ما يبرر ذلك، الذي يعبر بدوره عن انتفاء نية تقديم الشخص للعدالة. أما الحالة الثالثة والأخيرة وفقاً لنص المادة (2/17 ج) من نظام روما، فإنها تتمثل بعدم مباشرة الإجراءات أو مباشرتها بشكل لا يتسم بالاستقلالية والنزاهة هادفة بذلك عدم تقديم الشخص للعدالة كمثيلاتها من الحالات السابقة.

أولاً: إثبات عدم الرغبة

حتى تتمكن المحكمة من إثبات عدم رغبة دولة ما في النظر بالدعوى لدى قضائها الوطني، فإنه ينبغي التقيد بما جاء في الفقرات الثلاث المدرجة أسفل المادة (2/17) من النظام، حيث تعتبر الدولة غير راغبة في ثلاث حالات، تأتي في مقدمتها حالة اتخاذ الإجراءات القانونية بهدف حماية المتهم من المسؤولية الجزائية،⁴³ وهنا لا بد من القول أن السعي لحجب المسؤولية هو معيار واسع يستوعب حالتي التأخير غير المبرر، وانعدام الاستقلالية والنزاهة.⁴⁴ إلا أنه كما يبدو فقد أثر واضعاً نظام روما عرض كل حالة على حدة، وتثير هذه الحالة من الحالات الثلاث التي تعبر عن عدم رغبة الدولة في القيام بواجبها

والتضييق من اختصاص المحكمة، كما أن إثبات عدم الرغبة هو أمر متعلق بالنية مما يشكل صعوبة على المحكمة في إمكانية إثباته، وكان يرى أنصار هذا الفريق استخدام مصطلح غير فعالة (ineffective) بدلاً من غير راغبة، ومصطلح غير متاح (unavailable) بدلاً من غير قادرة، وهذا ما جاء في وثيقة الأمم المتحدة، Doc A/Conf. 183/C 1/L76. انظر: محرم سايغي وداد، "مبدأ التكامل في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية" (أطروحة ماجستير في القانون العام، جامعة الأخوة منتوري - قسنطينة، 2007)، 19.

⁴³ تنص المادة (2/17 أ) من نظام روما على: " لتحديد عدم الرغبة في دعوى معينة تنظر المحكمة في مدى توافر واحد أو أكثر من الأمور التالية، حسب الحالة، مع مراعاة أصول المحاكمات التي يعترف بها القانون الدولي: أ) جرى الاضطلاع بالإجراءات أو يجري الاضطلاع بها أو جرى اتخاذ القرار الوطني بغرض حماية الشخص المعني من المسؤولية الجنائية عن جرائم داخلية في اختصاص المحكمة على النحو المشار إليه في المادة 5.

⁴⁴ Holmes, "Complementarily", 675.

يُتيح أن يتم اتخاذ أي إجراءات كإحضار المتهم، والتوصل إلى الأدلة والشهادة اللازمة، حيث إن انعدام المقدرة على ذلك يعيب إجراءات التحقيق والمحاكمة مما يستدعي تدخل المحكمة.

وبناء على ما تقدم، قد تجد المحكمة أنه على الرغم من انهدام البنية التحتية للدولة وحالة عدم الاستقرار، إلا أن الدولة ما زالت قادرة على اتخاذ إجراءات حقيقية، وهذا في مجمله يشكل الاستنتاج الذي توصلت له دائرة الاستئناف في المحكمة في قضية السنوسي،⁴⁶ وبالتالي فقد يكون النظام القانوني والقضائي ضعيفاً إلا أن العبرة تبقى دائماً في مدى إمكانية اتخاذ إجراءات وإن كانت هنالك علاقة وطيدة ووثيقة فيما بينهم.

وفي الختام، فلعلّ من المهم الإشارة إلى أن من يتولى مهمة تقييم مدى رغبة الدولة في القيام بإجراءات حقيقية ونزيهة، وكذلك قدرتها على القيام بذلك هم قضاة المحكمة، ويعتمدون في تقييم هذا على الأدلة والمعلومات التي توفرها دولة لها اختصاص قضائي في ما يتعلق بأي

وخير مثال يطرح في هذا الصدد ما حدث في دارفور في السودان، حيث شكل الإفلات من العقاب وعدم أعمال آليات المساءلة القضائية سمة أساسية لاحقت تتبع الجرائم ضد الإنسانية، فعلى الرغم من المحاكم الجنائية الخاصة التي أنشأها رئيس القضاء السوداني عام 2005، إلا أنها لم تتحرك لمواجهة المسؤولين والقادة العسكريين، عدا عن إيقاع عقوبات مخففة في حالات انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، التي سرعان ما ألغيت أيضاً في كثير من الحالات.⁴⁵

ثانياً: إثبات عدم القدرة

لقد جاءت المادة (3/17) من نظام روما تغطي مسألة قدرة الدولة على الاضطلاع بإجراءات التحقيق والمحاكمة، إذ تفترض هذه الصورة التي تشكل بدورها أيضاً أحد القيود على مبدأ التكامل القضائي حالة كون الدولة راغبة وعاقدة العزم على ملاحقة الجرائم المنصوص عليها في طيات المادة (5) من نظام روما، إلا أنها لا تملك الإمكانيات الكافية كونها لا تملك قضاءً فعالاً بالمعنى الحقيقي، وينبغي الإشارة إلى أنه لا يكفي إثبات الانهيار الكلي أو الجوهرى لتقييد مبدأ التكامل، بل يتوجب إثبات أن هذا الانهيار لا

⁴⁶ لقد تم الاتفاق أنه لم يتم تزويد السنوسي بمحامي دفاع أمام القضاء الوطني، مما جعل دائرة الاستئناف ترى أن هذا لا يعني في حد ذاته أن ليبيا غير قادرة على اتخاذ إجراءات حقيقية. ورفضت حجة الدفاع بأنه من المرجح أن تتعرض الحالة الوطنية لأذى بالغ نتيجة لهذا الإخلال بضمانات المحاكمة العادلة، للمزيد انظر:

Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi & Al-Senussi, Case No. ICC01/11-01/11, Decision on the Admissibility of the Case Against Saif Al-Islam Gaddafi (May 31, 2013)

⁴⁵ يوسف البحيري، نظام الأمم المتحدة في مواجهة تحولات الربيع العربي (مراكش: المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، 2012)، 283.

موضوعي بشأن حالات أخرى قد تعبر عن وجود عدم رغبة الدول في المقاضاة الحقيقية، والذي بدوره يجعل المسألة أكثر تعقيداً.

المبحث الثاني

الحالة الفلسطينية واللجوء إلى المحكمة الجنائية الدولية

شكل انضمام فلسطين إلى المحكمة الجنائية الدولية في الأول من كانون الثاني لعام 2015 حدثاً هاماً في تاريخ العدالة الجنائية الدولية،⁴⁹ وذلك ليس على صعيد العلاقات الشرق أوسطية فحسب، وإنما على صعيد المجتمع الدولي ككل.⁵⁰ تبعاً لما تحظى به فلسطين من اهتمام وثقل قانوني وسياسي على مختلف الأصعدة المحلية، والإقليمية، والدولية، ولعل قرارات الشرعية الدولية الخاصة بها إلى جانب المؤتمرات والقمة العربية كفيلاً بالكشف عن ملامسات هذه المكانة.

وبناء على ما تقدم، فقد لا يكون من اليسير أن يتم الاستغراق بجميع التبعات والآثار القانونية

⁴⁹ أصبحت فلسطين رسمياً دولة طرفاً في نظام روما الأساسي بتاريخ الأول من نيسان لعام 2015.

⁵⁰ Emilie Aamodt, "Palestine's Accession to the Rome Statute: An analysis of the legal issues of investigating the Palestinian Situation" (Graduate Thesis, Master of Law Program, University of Oslo, 2016), 1.

تحقيقات أو محاكمات وطنية تتعلق بالمتهم نفسه أو السلوك ذاته،⁴⁷ وفي حال قدر القضاة أن السبب الكامن وراء قرار الدولة بعدم المقاضاة يعود إلى عدم رغبتها في ذلك أو قدرتها عليه، فإن الدعوى تغدو مقبولة للنظر فيها أمام المحكمة. وهذا في مجمله يعد ثغرة من الثغرات التي أحاطت مبدأ التكامل القضائي، وربما يكون هذا هو الفرق الأكبر بين المحكمة الجنائية الدولية وبين أنظمة العدالة الوطنية، حيث تبقى المحكمة تبعاً لنظام التعاون التي تم تأسيسه بموجب الباب التاسع من نظام روما رهن مساعدة الدول الأطراف في تسهيل التحقيقات وإلقاء القبض ومساعدتها في الكشف عن عدم رغبة الدول أو قدرتها على إجراء محاكمة عادلة،⁴⁸ هذا إلى جانب أوجه القصور التي اعترت الحالات التي يمكن من خلالها الكشف عن نية عدم الرغبة أو عدم القدرة ابتداءً، ووجود قصور

⁴⁷ في قضية "سيمون غباغبو" على سبيل المثال، جادلت "كوت ديفوار" بأنها كانت تحاكم زوجة الرئيس السابق لجرائم خطيرة مما يجعل الدعوى غير مقبولة أمام المحكمة الجنائية الدولية، إلا أن المحكمة الجنائية الدولية وجدت أن المعلومات الواردة من الدولة لا تشير إلى أن السلطات كانت تأخذ خطوات ملموسة وتدرجية لتحديد مسؤوليتها الجنائية عن الجرائم المزعومة، انظر:

Prosecutor v. Simone Gbagbo, Case No, ICC-02/11-01/12, Admissibility Challenge (October 1, 2013).

⁴⁸ تنص المادة (86) من نظام روما الأساسي على: "تتعاون الدول الأطراف، وفقاً لأحكام هذا النظام الأساسي، تعاوناً تاماً مع المحكمة فيما تجرّه، في إطار اختصاص المحكمة، من تحقيقات في الجرائم والمقاضاة عليه".

وخيمة محتملة،⁵¹ والحقيقة أن مثل هذا الانضمام خطوة محفوفة بالمخاطر في ظلّ مناخ سياسي دائم التغير والتشردم، لا سيما وأن الولاية القضائية الأولية على الجرائم الأساسية بموجب القانون الدولي ستبقى بيد المحاكم الوطنية، وذلك تبعاً لمبدأ التكامل القضائي مناط هذه الدراسة، فإن عدم جواز التدخل إلا في حال كانت الدولة غير راغبة أو غير قادرة فعلاً على إجراء التحقيق والملاحقة القضائية شكل تربة خصبة تمكن إسرائيل من المجادلة بأن إجراءاتها الداخلية كافية.

وعلى هدى ما تقدم، فإنه لا بد من التطرق إلى الانعكاسات الأكثر ارتباطاً بموضوع الدراسة، وذلك بموجب فرعين اثنين، حيث يتناول الفرع الأول أهم الانعكاسات القانونية ذات الأثر الإيجابي المترتبة على انضمام فلسطين إلى لواء المحكمة، في حين يتعرض الفرع الثاني إلى أهم الآثار القانونية السلبية لهذا الانضمام.

الفرع الأول: الانعكاسات القانونية الإيجابية

بما أن السياسات الدولية والإرادات الخيرة لم تتمكن على مرّ التاريخ من وقف المجازر التي عاصرها الشعب الفلسطيني بمختلف أجياله، فإن

⁵¹ Misa Zgonec Rozej, "Palestine's ICC Accession: Risks and Rewards", *The Royal Institute of International Affairs official Website*, January 8, 2015.

المترتبة على انضمام فلسطين إلى المحكمة، إلا أن جلاء المعطيات والحقائق تختزل كما لا يستهان به من المؤشرات التي تجزم وبشكل قاطع على عدم فعالية نظام روما بشكل عام، ومبدأ التكامل القضائي محور هذه الدراسة، بشكل خاص، في تحقيق العدالة المنشودة لأبناء الشعب الفلسطيني في مواجهة دولة لا تحترم عهدها ولا موثيقها الدولية. تبعاً لذلك يكشف هذا المبحث عن تداعيات هذه الحالة في إطار مطلبين، بحيث يسلط المطلب الأول -بشكل مقتضب- الضوء على الآثار القانونية الإيجابية والسلبية المترتبة على انضمام فلسطين إلى المحكمة، في حين ينطلق المطلب الثاني لعرض موجز لجرائم الاحتلال الإسرائيلي، وكيف استخدمت هذه القوة الاحتلالية مبدأ التكامل القضائي كخطة استباقية مضادة من خلال التعرض لحالة دراسية من الواقع الفلسطيني.

المطلب الأول

الانعكاسات القانونية لانضمام فلسطين إلى المحكمة الجنائية الدولية

لقد دفع انضمام فلسطين إلى المحكمة بشكل غير مفاجئ بعض اللاعبين السياسيين الدوليين بما فيهم إسرائيل والولايات المتحدة الأمريكية وعدد من الدول الأوروبية إلى التحذير من عواقب

ملاحقة بعض المقاومين الفلسطينيين بحجة ارتكابهم جرائم تدخل في نطاق اختصاص المحكمة، أي أن الملاحقة ستتم على قدم المساواة.⁵² إلا أنني أرى، أنه وعلى الرغم من هذا التخوف، فإنه لا يوجد ما يمنع من التمسك بأن هذه الأفعال كانت في إطار الدفاع المشروع على النفس، هذا الدفاع الذي أجازته المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة، الذي يعتبره حقاً طبيعياً يثبت للدول، أفراداً أو جماعات، وذلك في حالات الاعتداء المسلح.⁵³ خلاصة القول، أن ذلك يعد سبباً من أسباب امتناع المساءلة الجزائية الذي لم يتغاضى النظام عن النصّ عليه في إطار المادة (31) منه.⁵⁴

⁵² Beti Hohler, "The accession of Palestine to the ICC: A Brief Analysis", *E-international relations Website*, February 3, 2015.

⁵³ تنص المادة (51) من نظام روما على: "ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينتقص الحق الطبيعي للدول، فرادى أو جماعات، في الدفاع عن أنفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء "الأمم المتحدة" وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدولي، والتدابير التي اتخذها الأعضاء استعمالاً لحق الدفاع عن النفس تبلغ إلى المجلس فوراً، ولا تؤثر تلك التدابير بأي حال فيما للمجلس - بمقتضى سلطته ومسؤولياته المستمدة من أحكام هذا الميثاق- من الحق في أن يتخذ في أي وقت ما يرى ضرورة لاتخاذ من الأعمال لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه.

⁵⁴ تنص المادة (31/ج) من نظام روما على: "بالإضافة إلى الأسباب الأخرى لامتناع المسؤولية الجنائية المنصوص عليها في هذا النظام الأساسي لا يسأل الشخص جنائياً إذا كان وقت ارتكابه السلوك: ج) تصرف على نحو معقول للدفاع عن نفسه أو عن شخص آخر أو يدافع في حالة جرائم الحرب عن ممتلكات لا غنى عنها لبقاء الشخص أو شخص آخر أو عن ممتلكات لا غنى عنها لإنجاز مهام عسكرية ضد استخدام وشيك وغير مشروع للقوة، وذلك

ذلك كله قد يعكس جوهر أولى الآثار القانونية المترتبة على الانضمام، ألا وهي إمكانية مقاضاة مسؤولين إسرائيليين على جميع الجرائم التي يرتكبونها ضدّ الفلسطينيين والتي سيتم الوقوف على معالمها في المطلب الأول، ولا يغير من حقيقة الأمر شيئاً كون إسرائيل مصادقة على نظام روما من عدمه.

كما أن انضمام فلسطين إلى نظام روما يعدّ بمثابة خطوة هامة في إطار إقامة دولة فلسطينية كاملة، كيف لا ونصّ المادة (12) من نظام روما يشير وبشكل واضح إلى أن الدولة التي تصبح طرفاً في النظام تقبل بذلك اختصاص المحكمة، وتبعاً لذلك فإن تصبح فلسطين دولة طرفاً في نظام روما يعدّ بحد ذاته انتصاراً عظيماً لتحقيق مسعاها للاعتراف بدولتها.

الفرع الثاني: الانعكاسات القانونية السلبية

في حين أن النقاش والتركيز يتمحور حول إمكانية إجراء الملاحقة القضائية للمسؤولين الإسرائيليين عن جرائمهم، وإذا كان البحث القانوني يستوجب عرض الحقائق والمعطيات الواقعية في ظلّ الظرف الملموس، فإنه يجدر تبعاً لذلك تبيان أولى الانعكاسات القانونية التي تشكل بدورها إحدى المخاوف المنبثقة عن انضمام فلسطين إلى المحكمة، ألا وهي إمكانية

المثال عدم استقلالية ونزاهة المدعي العام الإسرائيلي المختص في هذه الجرائم.⁵⁶ وهذا في مجمله يثير هالة من التخوفات حول أن يكون تتبع القضية الفلسطينية في نهاية المطاف مسار أفغانستان وكولومبيا، هذه الحالات التي عانت ببطء الإجراءات والتحقيقات، ولا يسعنا القول في هذه الحالة إلا ضرورة أن يتم التنبه جيداً لمثل هذه الآثار والعقبات، وأن تعمل فلسطين وبشكل جدي على تعزيز استراتيجيتها القانونية وإظهار التزامها الدؤوب بالقانون الدولي.⁵⁷

المطلب الثاني

جرائم الاحتلال الإسرائيلي بحق الفلسطينيين: جنودٌ محصنون وقضاءٌ صوري

مما لا شك فيه أن إسرائيل تشكل احتلالاً عسكرياً على الأراضي الفلسطينية،⁵⁸ ومنذ اليوم الأول لقيام هذه الدولة التوسعية فقد اتجهت نحو اتباع

⁵⁶ الجمعية العامة، الأمم المتحدة، مجلس حقوق الإنسان، تقرير اللجنة المستقلة للتحقيق بشأن النزاع في غزة عام 2014، بتاريخ 24

تموز 2014. متوفر عبر الرابط: <https://bit.ly/2KmG9Zc>

⁵⁷ Valentina Azarova, "Palestine's Day in Court? The Unexpected Effects of ICC Action". *Al Shabaka Website*, April 1, 2015.

⁵⁸ تنص المادة (42) من اتفاقية لاهاي (1907) على: "تعتبر أرض الدولة محتلة حين تكون تحت السلطة الفعلية لجيش العدو ولا يشمل الاحتلال سوى الأراضي التي يمكن أن تمارس فيها هذه السلطة بعد قيامها". وتأكيداً على ذلك، فقد جاء في حكم المحكمة الجنائية الدولية الصادر بتاريخ 29 كانون ثاني 2007 في الفقرة رقم (212) أنه: "تعتبر الأراضي محتلة، عندما تكون الأراضي خاضعة تحت جيش العدو، والذي يمتد ليشمل ويمارس سلطته هذه بشكل حقيقي بهذه الأراضي".

وفي إطار مقابلة شخصية أجريت مع المستشار القانوني للرئيس الفلسطيني، فقد أضاف بأن إمكانية ملاحقة بعض الفصائل الفلسطينية هو أمر تعلمه القيادة الفلسطينية منذ اليوم الأول للانضمام، وقد أكد بدوره على استعداد القضاء الفلسطيني لملاحقة كل من يخرج عن "الصف الوطني" - على حد تعبيره - ويعلم بداية أن أفعاله تشكل جرائم لا تدخل ضمن مفهوم النضال والمقاومة المشروعة.⁵⁵

وارتباطاً بموضوع الدراسة الأساس، يتمثل الأثر القانوني الآخر في أن الانضمام إلى المحكمة يحتم على الدولة الفلسطينية احترام مبدأ التكامل القضائي الذي يشوبه عدم الدقة والفعالية المرجوة؛ فكما تمّ توضيحه سابقاً، فإن المحكمة تبقى هي المحكمة الأخيرة، وقد أثبتت العديد من التقارير لا سيما لجنة التحقيق التابعة للأمم المتحدة في تقريرها حول الوضع في غزة فشل النظام القضائي لدى دولة الاحتلال الإسرائيلي في إجراء تحقيقات موثوقة في الجرائم التي يرتكبها جيشه، فقد وصف هذا التقرير على سبيل

بطريقة تتناسب مع درجة الخطر الذي يهدد هذا الشخص أو الشخص الآخر أو الممتلكات المقصود حمايتها، واشترك الشخص في عملية دفاعية تقوم بها قوات لا يشكل في حد ذاته سبباً لامتناع المسؤولية الجنائية بموجب هذه الفقرة الفرعية".

⁵⁵ حسن العوري، المستشار القانوني للرئيس الفلسطيني. مقابلة شخصية. رام الله، 25 نيسان 2018 (الساعة 15:00-17:00).

الإنسانية، جرائم الحرب، جريمة العدوان على التوالي. ولعلّ من المهم أن يتم الإشارة في هذا الصدد إلى مسألة الاختصاص الزمني للمحكمة، والبدائية مع التأكيد على أن الجرائم التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة لا تسقط بالتقادم،⁵⁹ ومن الصحيح أن المحكمة تختص بالجرائم التي ارتكبت بعد دخول نظام روما حيز النفاذ بموجب المادة (11) من النظام، إلا أنها إلى جانب ذلك فإنها تختص بالنظر في الجرائم المستمرة،⁶⁰ على الرغم من ارتكابها قبل دخول النظام حيز النفاذ، لاستمرارها حتى الآن.⁶¹ وأبرز مثال على ذلك ما يحدث على الأراضي الفلسطينية، حيث نجد أن المستوطنات -على سبيل المثال لا الحصر- تشكل انتهاكاً مستمراً لحقوق الشعب الفلسطيني بالتنقل، وتقرير مصيره، إلى جانب منعه من العودة إلى أراضيه.

⁵⁹ تنص المادة (29) من نظام روما على: "لا تسقط الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة بالتقادم أيّاً كانت أحكامه".

⁶⁰ Alan Nissel, "Continuing crimes in the Rome Statute", *Michigan Journal of International Law* 25 (May 2004), 664.

⁶¹ اعتبرت محكمة سيراليون في قضية "تشارلز تايلر" أن الأفعال التي ارتكبتها المتهم لها طبيعة مستمرة كونها موجهة ضد المدنيين بحملة مستمرة وليس بشكل عشوائي، أي أنه ما دام كان بإمكان مرتكب الجريمة إعادة الحال إلى ما كانت عليه، فإن الجريمة تعتبر هنا مستمرة، انظر:

Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, SCSL-03-1-A, Special Court for Sierra Leone, 26 September 2013, Para. 260; Prosecutor v. Lubanga Dyilo (Thomas, International Criminal Court [ICC]; Appeals Chamber [ICC], Para. 618.

استراتيجيات مأكرة في محاولة لإضفاء الشرعية على وجودها، شكلت في مجموعها انتهاكاً صارخاً لقواعد القانون الدولي، والقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، إضافة إلى القانون الجنائي الدولي. وبعد انضمام فلسطين إلى المحكمة الجنائية الدولية، فلعله يغدو بذلك من المهم أن نلقي الضوء على الأفعال التي ترتكبها دولة الاحتلال يوماً بعد يوم، والتي بدورها تدخل في صميم اختصاص المحكمة، وهذا ما سينهض به الفرع الأول من هذا المطلب، وحيث إنه وعلى حدّ تعبير المستشار القانوني للرئيس، فإنه يرى أن إمكانية تخمين عواقب معركة عسكرية قد يكون أقرب للواقع من تقدير آليات استخدام القانون الدولي، فإن الفرع الثاني يعمد إلى الوقوف على ملامح تحايل هذه الدولة على مبدأ التكامل القضائي الذي يعد من أهم المبادئ التي تحكم القانون الجنائي الدولي ممثلاً بالمحكمة الجنائية الدولية.

الفرع الأول: لائحة اتهام - الواقع والوقائع

بالنظر إلى الاختصاص النوعي للمحكمة الجنائية الدولية، محور هذه الدراسة، نجد أن نظام روما قد قصر اختصاص المحكمة على الجرائم الأكثر خطورة وموضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره، وتتمثل تلك الجرائم بموجب المادة (5) منه بما يلي: جريمة الإبادة الجماعية، الجرائم ضد

المستشار القانوني للرئيس، والذي يعده أمراً لا يخفى على أحد لا سيما وأن دولة الإحتلال تسعى جاهدة وفي إطار استراتيجية غير معلنة لإقامة دولة يهودية من النهر للبحر.

وعظفاً على ما تقدم، فإنه لا يخفى على أحد أيضاً تحقق الصورة الأخرى من السلوك المادي المكون لهذه الجريمة، والذي يتبلور في إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة، والذي يعد تحصيل حاصل للممارسات الإسرائيلية، التي يصعب التطرق إليها بالتفصيل واحدة تلو الأخرى في هذا الصدد.

وبقي أن نشير إلى أن هذه الجريمة تتطلب قصداً خاصاً لقيامها المتمثل بإهلاك الجماعة كلياً أو جزئياً، ويمكن الاستدلال عليه في الحالة الفلسطينية من خلال ما استدلت عليه المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة على إثبات القصد الخاص لهذه الجريمة بالنظر إلى أسلوب ارتكاب الجريمة.⁶⁴

وتبعاً لما تقدم، فقد بات من الممكن تصور ما ستتضمنه مذكرة الادعاء أمام المحكمة فيما لو نهضت بدورها في مواجهة دولة الإحتلال، فالمعطيات كفيلاً بتوجيه لائحة اتهام كما يلي:

أولاً: جريمة الإبادة الجماعية

لقد نظمت المادة (6) من نظام سلوك جريمة الإبادة الجماعية على سبيل الحصر، والتي يدخل من ضمنها قتل أفراد الجماعة، وإلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم فيهم، وذلك بعد اجتماع الركن المادي والمعنوي للجريمة،⁶² حيث يتوجب أن ترتكب بقصد إهلاك جماعة بصفتها القومية أو العرقية أو الدينية أو الإثنية بشكل كلي أو جزئي، وهذا ما يتحقق في الحالة الفلسطينية، حيث تسوق سلطات الإحتلال الإسرائيلي حججاً واهية (لا سيما حجة الدفاع عن النفس) لقتل الفلسطينيين بأطياهم وفئاتهم كافة، مدنيين وقادة، وذلك تبعاً لانتمائهم لمجموعة دينية وإثنية معينة،⁶³ بقصد إهلاكهم، وهذا ما أكد عليه

Prosecutor v. Kayishemaand Obed Ruzindana, ICTR-95-I-T, Judgement 21 May 1999, Para. 98.

وفي ذات السياق جاءت الفقرة 513 من قضية "أكايسو"، الصادرة بتاريخ 2 أيلول 1998. للمزيد انظر:

Prosecutor v. Jean Paul Akayesu ICTR-96-4-T, Judgement 2 Sep 1998, Para. 513.

⁶⁴ وضعت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، معايير للاستدلال على القصد الخاص ومنها حجم الفظائع المرتكبة وطبيعتها العامة. انظر:

Prosecutor v. Akayesu, ICTR 96-4-T, Judgment 2 September 1998, Para.52.

⁶² تتطلب هذه الجريمة القصد الخاص المتمثل بقصد الجاني بالهلاك الكلي أو الجزئي للجماعة المحمية، انظر المادة (6) من نظام روما، وتؤكد المحكمة على ذلك في الفقرة 175 من قضية "سيرومبا" من المحكمة الجنائية لرواندا، الصادرة بتاريخ 12 آذار 2008. انظر:

Prosecutor v. Seromba, ICTR-2001-66-A, Judgement 12 March 2008, Para. 175.

⁶³ وضحت المحكمة الجنائية الدولية في قضية "روزيندانا" في الفقرة 98 أن المجموعة الإثنية تعني: "المجموعة التي يكون أفرادها يتشاركون ذات اللغة والثقافة" 21 أيار 1999، انظر:

ثانياً: جرائم الحرب

حال واقع الشعب الفلسطيني يشير إلى تحقق هذه لأفعال كافة، كالقتل العمد، والتعذيب، وإحداث معاناة شديدة وأذى خطير يلحق بالجسم والصحة العقلية والبدنية، عدا عن إنشاء المستوطنات.⁶⁹

ثالثاً: الجرائم ضد الإنسانية

تختص المحكمة وفقاً للمادة (7) من نظام روما بالجرائم ضد الإنسانية في حالتها السلم والحرب،⁷⁰ متى ارتكبت في إطار هجوم واسع

نظمت المادة (8) من نظام روما جرائم الحرب، والتي تتضمن الأفعال المجرمة والانتهاكات الجسيمة الواردة في القانون الإنساني،⁶⁵ ويشترط لثبوتها أولاً وجود نزاع مسلح، وثانياً أن يتم الفعل في سياق هذا النزاع ويكون مقترناً به.⁶⁶ وحيث إن إسرائيل تشكل احتلالاً عسكرياً على الأراضي الفلسطينية،⁶⁷ وهو ما يشكل نزاعاً دولياً، كما أن ما تقوم به إسرائيل يستهدف وبشكل مباشر مواجهة المدنيين، الذين يعدون أشخاصاً محميين بموجب اتفاقية جنيف الرابعة.⁶⁸

وبالنظر إلى الجرائم المدرجة في إطار المادة (8) من نظام روما، ودون الخوض في تفاصيل الأركان المكونة لكل جريمة على حدة، التي ربما يكون موضعها بحثاً آخر متخصصاً، فإنّ لسان

⁶⁹ المادة (8/ب/2/8) من نظام روما تعتبر هذا السلوك جريمة حرب حيث نص على "قيام دولة الاحتلال، على نحو مباشر أو غير مباشر، بنقل أجزاء من سكانها المدنيين إلى الأرض التي تحتلها، أو إبعاد أو نقل السكان الأرض المحتلة أو أجزاء منهم داخل هذه الأرض أو خارجها" ضمن جرائم حرب، وأما فيما يتعلق بأركان هذه الجريمة انظر المادة (8/ب/2/8) من وثيقة أركان الجريمة، وأما التفاصيل فهي واردة في المادة (49) من اتفاقية جنيف الرابعة التي حظرت هذا السلوك، فنصت على أنه "يحظر النقل الجبري الجماعي أو الفردي للأشخاص المحميين أو نفيهم من الأراضي المحتلة إلى أراضي دولة الاحتلال أو إلى أراضي دولة أخرى، محتلة أو غير محتلة، أياً كانت دواعيه". انظر أيضاً قرار مجلس الأمن 2334، الذي اعتبر المستوطنات الإسرائيلية مخالفة للقواعد القانون الدولي على أراضي فلسطين المحتلة، وكذلك الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بخصوص الوضع القانوني لإنشاء جدار على أراضي فلسطين المحتلة، الذي ذهب لذات الاتجاه أيضاً.

⁷⁰ انظر الفقرات 127-129، من قضية "روزيندانا"، من المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، الصادرة بتاريخ 21 أيار 1999:

Prosecutor v. Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR-95-I-T, Judgement 21 May 1999, Para 127-129.

والفقرة (581) من قضية "أكايسو"، بتاريخ 2 أيلول 1998، انظر: Prosecutor v. Jean Paul Akayesu ICTR-96-4-T, Judgement 2 Sep 1998, Para. 581.

وكذلك الفقرة 327 من قضية "سيمانزا"، الصادرة بتاريخ 15 أيار 2003، انظر:

Prosecutor v. Laurent Semanza, ICTR-97-20-T, judgement 15 May 2003, Para. 327.

⁶⁵ تنص المادة (1/8) من نظام روما على أن: "يكون للمحكمة اختصاص فيما يتعلق بجرائم الحرب، ولاسيما عندما ترتكب في إطار خطة أو سياسة عامة أو في إطار عملية ارتكاب واسعة النطاق لهذه الجرائم".

⁶⁶ لقد تم ذكر هذا الشرط في جميع أركان جرائم الحرب المنصوص عليه في وثيقة أركان الجرائم في المادة (8) منها.

⁶⁷ أوضحت المادة (1-2/1/2/8) في الهامش (34) من وثيقة أركان الجرائم على أن يدخل "الاحتلال العسكري" ضمن نطاق النزاع المسلح الدولي لأغراض جرائم الحرب المنصوص عليها في المادة (8) من نظام روما الأساسي.

⁶⁸ تنص المادة (4) من اتفاقية جنيف الرابعة على أن: "الأشخاص الذين تحميهم الاتفاقية هم أولئك الذين يجدون أنفسهم في لحظة ما وبأشكال شكل كان، في حالة قيام نزاع أو احتلال، تحت سلطة طرف في النزاع ليسوا من رعاياه أو دولة احتلال ليسوا من رعاياها".

الإنسانية، إذ إن دولة الاحتلال ومنذ اليوم الذي وطأت فيه الأراضي الفلسطينية قامت بارتكاب هذه الأفعال بصورة مضطردة.

الفرع الثاني: قضية الشهيد الفلسطيني عبد الفتاح الشريف ومبدأ التكامل القضائي

تجد دولة الاحتلال الإسرائيلي في مبدأ التكامل القضائي في نظام المحكمة الجنائية الدولية ملاذاً آمناً ومخرجاً قانونياً فعالاً تخفي به جرائمها، حيث تتجه إلى محاكمة الجنود الإسرائيليين المتورطين في جرائم بحق الفلسطينيين أمام المحاكم الوطنية، كحلٍ التفاضلي يقطع الطريق على المحكمة. لا سيما وأن نظام روما لم يتضمن أي جزاء يذكر تجاه الدول التي تدعي وبشكل منافٍ للحقيقة بممارسة سلطتها القضائية الوطنية.

وتتمثل أحدث الأمثلة وربما أكثرها وضوحاً وعلانية في هذا السياق، قضية الشهيد الفلسطيني الشاب عبد الفتاح الشريف، هذا الشاب الذي وثق ناشط في منظمة بتسليم الإسرائيليين الحقوقية عملية إعدامه في آذار 2016 على يد جندي إسرائيلي يدعي "اليئور ازاريا"، الأمر الذي دفع دولة الاحتلال الإسرائيلي إلى اتخاذ إجراءات قضائية غير جدية بحقه في محاولة لتحاشي الغضب الدولي، وليكون ذلك بمثابة خطة استباقية لسحب البساط من تحت المحكمة بعد انضمام فلسطين إليها.

النطاق أو ممنهج،⁷¹ ضد شخص أو أكثر. ويمكن الاستدلال على أن الهجوم واسع النطاق من خلال عدد ضحايا هذا الهجوم، ونطاقه، وهو ما ذهبت إليه المحكمة الجنائية الدولية لرواندا.⁷² أما "الممنهج"، فيقصد به أن يكون العمل منظماً بشكل غير عشوائي، ضمن نمط معين. وهو ما ينطبق على جرمي القتل العمد والتعذيب التي تحقق في الحالة الفلسطينية بصفتها جرائم ضدّ

⁷¹ يعد هذا شرطاً أساسياً لتمييز الجرائم الوطنية عن الجرائم الدولية، وهو ما ورد في المادة (1/7) من نظام روما، وكذلك الأمر في المادة (3) في كل من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، ونظام المحكمة الجنائية ليوغسلافيا، وهذا ما اشتراطته الفقرة 2165 من الحكم الصادر عن المحكمة الجنائية لرواندا في قضية "ياجوسورا" وآخرين، الصادرة بتاريخ 18 كانون الأول 2008. انظر: Prosecutor v. Bagosora Kabiligi Ntabakuzе and Nsengiyumva, Judgement 18 Dec. 2008, Para. 2165. وقضية "Bikindi"، المحكمة الجنائية الدولية لرواندا في الفقرة 428، الصادرة بتاريخ 2 كانون الأول 2002. ويكتفى بأن يكون الهجوم إما واسع النطاق أو ممنهجاً، انظر:

Prosecutor v. Simon Bikindi, ICTR-01-72-T, Judgement 2 Dec. 2002, Para. 428. وفي هذا السياق جاءت أيضاً الفقرة 551، من قضية "Karera"، من المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، الصادرة بتاريخ 7 كانون الأول 2007، انظر:

Prosecutor v. François Karera, ICTR-01-74, Judgement 7 Dec. 2007, Para. 551.

⁷² هذا ما ورد في الفقرة 340 من الحكم الصادر عن المحكمة الجنائية الدولية لرواندا في قضية "Nchamibigo"، الصادر بتاريخ 2 تشرين الثاني 2008، انظر:

Prosecutor v. Nchamihigo, ICTR-01-63-T, Judgement 2 Nov. 2008, Para. 240.

أو "أن يكون الهجوم قظيماً، متكرراً وعلى نطاق واسع"، وهذا صريح الفقرة 356 من الحكم الصادر في قضية "Seromba" عن المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، بتاريخ 13 كانون الأول 2006، انظر:

Prosecutor v. Seromba, ICTR-2001-66-A, Judgement 13 Dec. 2006, Para. 356.

وتكمن خطورة ما تقدم كله في احتمالية أن تدفع إسرائيل بسبق محاكمة الجندي على السلوك ذاته لتعطيل اختصاص المحكمة، وذلك في حال تم فتح التحقيق في هذه الجريمة من قبل المدعي العام أو كان هنالك إحالة من قبل الدولة الفلسطينية، ويرى المستشار القانوني للرئيس أن الصعوبة تكمن في أنه يتوجب إثبات وجود عدم رغبة حقيقية لدى دولة الاحتلال الإسرائيلي على محاكمة جنودها الذين يرتكبون جرائم بحق الفلسطينيين، وفي ظل افتقار نظام روما إلى الوضوح التام في هذه المسألة عوضاً عن ضعف الإمكانات التي تملكها المحكمة، فإن ذلك يزيد من الأمر تعقيداً وربما يتم صرف النظر عن مثل هذه الحالات للنظر في حالات تتسم بخطورة أكبر من وجهة نظر المحكمة، وهذا ما أكد عليه المستشار القانوني للرئيس الذي يرى أنه لا يوجد بديل بيد القيادة الفلسطينية إلا التوجه إلى المحكمة الجنائية الدولية دونما تقاعس، وترك الأمر للمحكمة الجنائية الدولية لتقرر في ضوء ما يقدم لها.⁷⁵

الخاتمة

استهدفت هذه الدراسة وصف وتحليل مبدأ التكامل القضائي في نظام المحكمة الجنائية

⁷⁵ العوري، مقابلة شخصية.

والمتتبع للأحداث التي والت محاكمة الجندي الإسرائيلي أزاريا أمام المحكمة العسكرية الإسرائيلية يتضح له جلياً أنها لا تعدو أن تكون محاكمة صورية لا جدية فيها في ظل وضوح المعطيات التي تشير إلى الازدواجية في المعايير والانتقائية في المقاييس المتبعة في ملاحقة مرتكبي الجرائم الإسرائيليين.

بداية، وجهت النيابة العامة العسكرية للجندي تهمة القتل العمد، إلا أن المحكمة العسكرية أدانته بالقتل غير العمد في إطار الدفاع المشروع عن النفس، وذلك على الرغم من تقديم عدد من الجنود الإسرائيليين شهادات تفيد بأن عملية القتل التي قام بها كانت عن سبق إصرار وترصد، عدا عن الشريط الذي يوثق بأن الشهيد كان ملقى على الأرض جريحاً لا يقوى على النهوض قبل إطلاق النار عليه من مسافة الصفر.⁷³

وفي 19 آذار 2018، وتحت دواعي الرحمة واعتبار أن الجندي المدان لطالما خدم وطنه، قرر رئيس أركان الجيش الإسرائيلي "غادي آيزنكوت" خفض عقوبته إلى مدة أربعة أشهر فقط!⁷⁴

⁷³ أمل دويكات، "الشهيد عبد الفتاح الشريف رحل بصمت فشاهده العالم"، الموقع الإلكتروني لجريدة الحياة الجديدة الفلسطينية، 5 حزيران 2016.

⁷⁴ جريدة الأيام، "إطلاق سراح الجندي الإسرائيلي قاتل عبد الفتاح الشريف بعد شهرين"، 20 آذار 2018. متوفر عبر الرابط:

<https://bit.ly/2HY5xWZ>

كمحكمة نورمبرغ، وطوكيو، ويوغسلافيا، ورواندا. هذا إلى جانب تنظيم مبدأ التكامل القضائي الذي ينطوي على قصور، فقد استغلته الدول التي تهدف إلى حماية الأشخاص الخاضعين لولايتها الجنائية من الملاحقة الدولية، وتقع في مقدمة هذه الدول دولة الاحتلال الإسرائيلي التي تسعى بكل ما أوتيت من قوة إلى شلّ حركة المحكمة عبر إجراء محاكمات صورية، غير جدية، بحق جنودها، وذلك كما يتضح في آلية تعامل القضاء الإسرائيلي مع الجندي المتهم بقتل الشاب عبد الفتاح الشريف، والذي بدوره يستدعي إعادة النظر في الثغرات القانونية التي أحاطت مبدأ التكامل القضائي، لا سيما اقتراح إجراء تعديلات تصب في مجرى تعزيز فعاليته.

الدولية، بقصد تقييم مدى فعاليته فيما بعد في قضية تعدّ من أكثر القضايا إثارة للجدل ألا وهي قضية الشعب الفلسطيني، وذلك نظراً للنتائج التي تترتب على إعماله، والتي بدورها تشلّ حركة المحكمة، حيث يبدو بشكل واضح أن الاعترافات السياسية قد تغلبت على المعطيات القانونية في كثير من المواضع في نظام روما وهذا بدوره يخلق إشكالية خطيرة تهدد استقلالية المحكمة الجنائية الدولية وشرعيتها وسلطتها ومصداقيتها أيضاً، وبالتحديد تجاه أبناء الشعب الفلسطيني الذين يعيشون منظومة قضائية كمنظومة القضاء الإسرائيلي.

وعليه، خلصت الدراسة إلى أن الطابع التكميلي للمحكمة الجنائية الدولية بالصياغة والتنظيم الراهن يعدّ تراجعاً عن أولوية الاختصاص الحصري للمحاكم الجنائية الدولية السابقة

المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

❖ المعاهدات والمواثيق الدولية

- اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب لعام 1949.
- نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998.

❖ أحكام المحاكم الدولية:

- Prosecutor v. Akayesu, ICTR 96-4-T, Judgment 2 September 1998.
- Prosecutor v. Bagosora, Ntabakuze and Nsengiyumya, ICTR-98-41, 23 October 2000.
- Prosecutor v. Bikindi, ICTR 01- 72, 2 December 2002.
- Prosecutor v. Muvunyi, ICTR 00-55, 12 September 2006.
- Prosecutor v. Seromba, ICTR 01-66, 13 December 2006.
- Prosecutor v. Karera, ICTR 01-74, 7 December 2007.
- Prosecutor v. Nchamibigo, ICTR 01-63-T, 12 November 2008.
- Prosecutor v. Theoneste Bagosora, Anatole Nsengiyumva, Aloys Ntabakuze and Gratien Kabiligi, ICTR 98-41, 18 December 2008.
- Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, SCSL-03-01-A, Special Court for Sierra Leone, 26 September 2013.
- Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Appeal judgment: 1 December 2014.

ثانياً: المراجع:

❖ المراجع العربية:

- البحيري، يوسف. نظام الأمم المتحدة في مواجهة تحولات الربيع العربي. مراكش: المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، 2012.

- بسيوني، محمود شريف. المحكمة الجنائية الدولية: نشأتها ونظامها الأساسي. شيكاغو: المعهد الدولي لقانون حقوق الإنسان بجامعة دي بول، 2003.
- بسيوني، محمود شريف. تقييم النظام الأساسي للمحكمة الجنائية في دراسات القانون الدولي الإنساني. القاهرة: دار المستقبل العربي للنشر، 1999.
- جودة، منتصر. المحكمة الجنائية الدولية: النظرية العامة للجريمة الدولية، أحكام القانون الدولي الجنائي (دراسة تحليلية). الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2006.
- حساني، خالد. "مبدأ التكامل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية". مجلة جامعة القدس المفتوحة للدراسات والأبحاث (فلسطين)، عدد 36 (2015): 315-352.
- حمد، فيدا نجيب. المحكمة الجنائية الدولية: نحو تحقيق العدالة الدولية. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2006.
- دبابش، عبد الرؤوف. "التدخل الإنساني وأثره على السيادة في القانون الدولي والفقهاء الإسلامي". مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية (الجزائر)، عدد 1 (2010): 75-83.
- دويكات، أمل. "الشهيد عبد الفتاح الشريف رحل بصمت فشاهده العالم". الموقع الإلكتروني لجريدة الحياة الجديدة الفلسطينية، 5 حزيران 2016 (<https://bit.ly/2Yzrl2s> (2018/4/27 استرجع))
- الزعبي، فاروق. "مبدأ التكامل في الاختصاص بين المحكمة الجنائية الدولية والنظم القانونية الوطنية". مجلة أبحاث اليرموك: سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية (الأردن)، عدد 3 (2008): 813-832.
- سعيد، سامي. "مبدأ التكامل ومبدأ التعاون في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية". مجلة العدل (السعودية)، عدد 14 (2005): 41-52.

- Beres, Nora. "The principle of complementarity in practice based on the case law of the International Criminal Court" Graduate Thesis: PhD in Law, University of Miskolc, 2016.
 - Forsyth, David P. *Human rights and peace: international and national dimensions*. London: University of Nebraska, 1993.
 - Hohler, Beti. "The accession of Palestine to the ICC: A Brief Analysis", *E-international Relations Website*, February 3, 2015. (Visited on 2 April 2018). <https://www.e-ir.info/2015/02/03/the-accession-of-palestine-to-the-icc-a-brief-analysis/>
 - Holmes, John T. "Complementarity: National Courts versus the ICC", in *the International Criminal Court*, 671-691. Oxford: Oxford University Press, 2002.
 - Nissel, Alan. "Continuing Crimes in the Rome Statue". *Michigan Journal of International Law*, 25 (2004): 653- 687.
 - Rozej, Misa Zgonec. "Palestine's ICC Accession: Risks and Rewards", *The Royal Institute of International Affairs Official Website*, January 8, 2015. (Visited on 2 May 2018). <https://www.chathamhouse.org/expert/comment/palestines-icc-accession-risks-and-rewards>
 - Seils, Paul. *Complementarity: An Introduction to the Role of National Handbook on The Courts and the ICC in Prosecuting International Crimes*. New York: International Center for Traditional Justice, 2016.
 - Sekhon, Nirej. "Complementarity and Post-Coloniality", *Emory International Law Review* (2013): 799-828.
 - Wyngaert, Christine Van den, and Tom Ongena. "Nebis in idem Principle Including the Issue of Amnesty". in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 705-734. Oxford: Oxford University Press, 2002.
 - شعبان، عبد الحسين. "المحكمة الجنائية الدولية: قراءة حقوقية عربية لإشكاليات منهجية وعلمية. مجلة المستقبل العربي (لبنان)، عدد 281 (2002): 59-72.
 - العبيدي، خالد. مبدأ التكامل في المحكمة الجنائية الدولية. القاهرة: دار النهضة العربية، 2007.
 - الكلابي، مصطفى. "التكامل التنفيذي في نظام المحكمة الجنائية الدولية". مجلة واسط للعلوم الإنسانية (العراق)، عدد 30 (2015): 342-471.
 - مستاري، عادل. "المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا (TPIR)". مجلة المفكر (الجزائر)، عدد 3 (2004): 250-264.
 - وداد، محرم سايعي. "مبدأ التكامل في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية" أطروحة ماجستير في القانون العام، جامعة الأخوة منتوري-قسنطينة، 2007.
- ❖ المراجع الأجنبية:
- Aamodt, Emilie. "Palestine's Accession to the Rome Statute: An analysis of the legal issues of investigating the Palestinian Situation". Graduate Thesis: Master of law Program, University of Oslo, 2016.
 - Azarova, Valentina. "Palestine's Day in Court? The Unexpected Effects of ICC Action". *Al Shabaka Website*, April 1, 2015. (Visited on 30 March 2018). <https://al-shabaka.org/briefs/palestines-day-in-court-the-unexpected-effects-of-icc-action/>
 - Bakker, Christine. "Le Principe de complémentarité et les "AUTO-SAISNES": UN regard critique sur la pratique de la cour pénale internationale." *Revue Générale De Droit International A. Pédone* (2008): 362-378.
 - Bassiouni, Mahmoud Cherif. "La Cour Pénale Internationale." *Revue International de Droit Pénal* (2000): 4-28.



BIRZEIT UNIVERSITY

كلية الحقوق والإدارة العامة

Faculty of Law and Public Administration

وحدة القانون الدستوري

Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/5)
فئة أوراق سياساتية

سلام الشاعر

إسرائيل إلى المحكمة: العقبات والتحديات

أيلول/ سبتمبر 2019

Israel to the Court: Obstacles and Challenges
[Arabic]

إسرائيل إلى المحكمة: العقبات والتحديات

سلام الشاعر Salam AlShaer

التدقيق اللغوي: شيماء حسن

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (5/2019)
Policy Papers Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/5)
فئة أوراق سياساتية

© 2019, 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

© 2019، 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:

سلام الشاعر*

إسرائيل إلى المحكمة: العقبات والتحديات**

مقدمة

عقب [الحرب الإسرائيلية على غزة](#) في كانون الأول/ديسمبر 2008 وكانون الثاني/يناير 2009، حاولت السلطة الفلسطينية الانضمام إلى محكمة الجنايات الدولية من خلال رسالة وجهها وزير العدل الفلسطيني الأسبق الدكتور علي خشان لقلم المحكمة، أعلن فيها استعداد فلسطين لقبول اختصاص المحكمة الدولية بالنسبة لكل الجرائم التي وقعت في الإقليم الفلسطيني منذ 1 تموز/يوليو 2002 بموجب المادة (3/12) من ميثاق روما، لكن تلك المحاولة لاقت الفشل بتاريخ 3 نيسان/أبريل 2012، [نتيجة لرفض مدعي عام المحكمة "لويس مورينو أوكامبو" طلب فلسطين بالانضمام للمحكمة؛ بحجة أن فلسطين ليست دولة.](#)

وبتاريخ 29 تشرين ثاني/نوفمبر 2012 تقدمت فلسطين عبر مجموعة من الدول العربية والصدقية إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة بمشروع قرار يتناول ترفيع مكانة فلسطين إلى دولة مراقب في الأمم المتحدة، [وحاز مشروع القرار](#) على تأييد 138 دولة، ومعارضة 6 دول، قبالة امتناع 41 دولة عن التصويت، وتلا ذلك إصدار الجمعية العامة للأمم المتحدة قراراً بمنح فلسطين وضع دولة مراقب في الأمم المتحدة، غير

* مساعد بحث، كرسي الشيخ حمد بن خليفة آل ثاني للقانون الدستوري والدولي، جامعة بيرزيت. ترغب الباحثة بشكر الأستاذ كرم عمر على مراجعته وتعليقه على النسخة الأولى من هذه الورقة السياسية.

** تتصل هذه الورقة بمقالة مرشحة للنشر في مجلة محكمة حول الموضوع ذاته، بعنوان: التهجير القسري في إطار القانون الدولي: الخان الأحمر حالة دراسية خاصة، التي ترتبط بدورها -بالأصل- بحلقة بحث قدمتها الباحثة في كلية الحقوق والإدارة العامة، خلال الفصل الدراسي الأول 2018/2019.

تفعيل الطلب الفلسطيني لقبول اختصاص المحكمة وفقاً للمادة (3/12)، في ضوء الحرب الجديدة التي تشنها إسرائيل على غزة؛ وذلك من خليل توكيل المحامي الفرنسي جيل دافير، الذي قدم الشكوى بالفعل بتاريخ 25 تموز/ يوليو 2014، ولكن وبشكل مفاجئ انتشرت الأخبار عبر وسائل الإعلام أن فلسطين قد طابت من المدعية العامة للمحكمة، السيدة فاتو بنسودة، سحب الطلب المقدم للمحكمة يوم 7 آب/ أغسطس 2014، وذلك بعد يومين من زيارة وزير الخارجية الفلسطيني الدكتور رياض المالكي لمقر المحكمة في لاهاي؛ وقد نفى المستشار القانوني للرئيس، المحامي حسن العوري، سحب الطلب.

نستنتج مما سبق ذكره أن تلك الجهود الفلسطينية كانت تعاني تخبطاً أو تردداً في الإرادة السياسية، أو أنها كانت تواجه مخاوف وتحديات تحد من إمكانياتها في مواصلة التحدي في اللجوء للمحكمة، أو أن صانعي القرار في فلسطين يريدون انتهاج نهج استراتيجي آخر في العلاقة مع المحكمة التي تتمثل بطلب العضوية الكاملة لتختص في الجرائم المستقبلية فقط.

بعد فشل مفاوضات السلام في نيسان/ أبريل 2014، واندلاع الحرب الأخيرة على قطاع غزة الذي استمر 50 يوماً، وتردي العلاقات الأمريكية-الإسرائيلية، اتجه الفلسطينيون إلى

عضو؛ حيث أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم (19/67) في اجتماعها السابع والستين بتاريخ 29 تشرين ثاني/ نوفمبر 2012، الذي قرر منح فلسطين صفة دولة مراقب غير عضو في الأمم المتحدة، تزامناً وذكري اليوم العالمي للتضامن مع الشعب الفلسطيني. وبهذا، قام القرار بترقية مرتبة فلسطين من كيان غير عضو إلى دولة غير عضو، بالرغم من أنه لا يوجد في ميثاق الأمم المتحدة أي مواد قانونية تشير إلى طبيعة ومكانة الدولة المراقب في الأمم المتحدة، ولكن من خلال الممارسات العملية في الأمم المتحدة يتبين أنه يحق للدول بصفة مراقب الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والمعاهدات الدولية من خلال الهيئات التعاقدية، وذلك بقياسها على تجربة الكرسي الرسولي وقرار الجمعية العامة بهذا الشأن؛ فذلك يتيح لفلسطين بصفتها الجديدة إمكانية الانضمام لمعاهدات دولية والانضمام لمنظمات دولية مثل المحكمة الجنائية الدولية.

ولأن الوضع تغير عندما تم منح فلسطين صفة دولة مراقب غير عضو في الأمم المتحدة، قام وزير العدل الفلسطيني في حينه، السيد سليم السقا، وبشكل مشترك مع المدعي العام الفلسطيني في غزة السيد إسماعيل جابر، بإعادة

يشمل القدس الشرقية، وذلك بموجب المادة (ج/1/25) من اللائحة المنظمة لمكتب المدعي العام، وفي 16 كانون الثاني/يناير 2015 قامت المدعي العام "فاتو بنسودا" بإعلان البدء بدراسة أولية، للنظر فيما إذا كانت هناك معلومات كافية توفر أساساً معقولاً بكون الجرائم المرتكبة تدخل تحت إطار اختصاص المحكمة الجنائية الدولية أم لا.

منذ ذلك الحين تضاربت الآراء ما بين مؤيد ومعارض [لخطوة الانضمام لميثاق روما](#) [وللمحكمة الجنائية الدولية](#). بعض المحللين والمراقبين السياسيين من وجد أنها خطوة جاءت في التوقيت المناسب؛ كون حصول فلسطين على عضوية كاملة في المحكمة الجنائية الدولية سيزيد فرصتها بملاحقة مرتكبي الجرائم الإسرائيليين، ذلك أن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية يوفر مجالاً هاماً للفلسطينيين للإنصاف، داعمين آرائهم بعدد من الإيجابيات التي سنقوم بتوضيحها. وفي المقابل، فإن البعض الآخر وجد فيها خطوة سابقة لأوانها؛ بطرح عدد من السلبات التي سنقوم بتوضيحها لاحقاً في هذه الورقة، على شكل مخاوف وعقبات تعترض طريق الفلسطينيين نتيجة لهذا الانضمام.

مجلس الأمن الدولي في محاولة لتمرير مشروع قرار دولي يضع جدولاً زمنياً لإنهاء الاحتلال الإسرائيلي لأراضي 1967. وبعد فشل هذه المحاولة، اختارت فلسطين اتباع نهج استراتيجي آخر، ألا وهو العضوية الكاملة في المحكمة؛ [حيث قامت فلسطين مرة أخرى بتقديم إعلان في الأول من كانون الثاني/يناير 2015، بموجب المادة \(3/12\) من نظام روما، التي تنص على:](#) "إذا كان قبول دولة غير طرف في هذا النظام الأساسي لازماً بموجب الفقرة 2، جاز لتلك الدولة بموجب إعلان يودع لدى مسجل المحكمة، أن تقبل ممارسة المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بالجريمة قيد البحث، وتتعاون الدولة القابلة مع المحكمة دون أي تأخير أو استثناء وفقاً للباب 9". وبحيث جاء طلب الفلسطينيين فيه أن يرجع اختصاص المحكمة على الجرائم كافة المرتكبة على الأراضي الفلسطينية المحتلة، لتاريخ 13 حزيران/يونيو 2014. تلى ذلك انضمام فلسطين لنظام روما الخاص بتأسيس المحكمة الجنائية الدولية في 2 كانون الثاني/يناير 2015، وبذلك دخلت الاتفاقية حيز التطبيق بالنسبة لفلسطين بعد 3 أشهر، أي في 1 نيسان/أبريل 2015.

وبناءً عليه، قام [مكتب المدعي العام بفتح ملف للدراسة الأولية](#) بخصوص الجرائم التي يتم ارتكابها على الأراضي الفلسطينية المحتلة بما

صلاحية المحكمة بالنظر في النزاعات الفلسطينية-الإسرائيلية كمحكمة مختصة:

تختص المحكمة الجنائية الدولية في ثلاث حالات هي: (1) إذا ارتكبت الجرائم في أراضي إحدى الدول الأطراف؛ (2) إذا تم ارتكاب الجرائم من قبل مواطني إحدى الدول الأطراف في أي مكان في العالم؛ أو (3) من خلال الدول غير الأطراف التي تعلن قبول اختصاص المحكمة وفقاً للفقرة الثالثة من المادة (12) من ميثاقها (ميثاق روما).

بشكل عام، تختص المحكمة بعد مرور سنتين يوماً من تاريخ انضمام الدولة لميثاق روما. وبهذا، لا يمكن للمحكمة أن تختص بالجرائم التي وقعت في قطاع غزة مؤخرًا، لكن يمكن للمحكمة أن تختص بأثر رجعي ابتداءً من تاريخ 1 تموز/ يوليو 2002 إذا قدمت الدولة تصريحاً تعلن فيه قبول اختصاص المحكمة وفقاً للمادة (3/12) من الميثاق بشأن جرائم معينة منذ ذلك التاريخ.

لمعرفة مدى إمكانية المحكمة بالنظر في النزاعات الفلسطينية-الإسرائيلية يجب علينا بحث مدى اختصاصها من الناحية الموضوعية والزمانية والإقليمية في النزاعات الفلسطينية-الإسرائيلية.

إيجابيات الانضمام للمحكمة الجنائية الدولية:

أوجب الانضمام التزام دولة فلسطين بالمواثيق والقوانين الدولية والديمقراطية والحريات الخاصة والعامّة وحقوق الفئات الاجتماعية المغبونة والمعرضة للتمييز، وهذا يقود إلى مزيد من التعزيز لمكانة دولة فلسطين دولياً. وعلى الطرف المقابل قام بإبراز الوجه الحقيقي لإسرائيل وتسليط الضوء على الانتهاكات التي تقوم بها تجاه القضية الفلسطينية، مما قد يفرض عزلة متزايدة على إسرائيل كدولة احتلال استيطاني وتمييز عنصري وانتهاك متماّد للاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان وللقانون الدولي الإنساني وللقانون الجنائي الدولي وسائر الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، مما يساهم بتأمين حماية دولية أفضل لحقوق الفلسطينيين. وهذه الخطوة تجعل هناك إمكانية لتحميل دولة إسرائيل وقادتها ورؤسائها المسؤولية الدولية عن انتهاكاتهم وجرائمهم بحق الدولة الفلسطينية أرضاً وشعباً وحكومة، ومحاكمتهم عن هذه الجرائم. الانضمام سيؤهل دولة فلسطين لتكون في موضع أفضل لمطالبة إسرائيل بالالتزام بتطبيق الاتفاقيات المتعلقة بالوضع القانوني للسجناء الفلسطينيين، ويفتح المجال أمام تدويل قضية المعتقلين وأمام حشد الدعم في وجه الانتهاكات "الإسرائيلية" لحقوق الإنسان.

الدولية أن تمارس اختصاصها الإقليمي عليها، باعتبارها أراضي فلسطينية، بالأخص كون إسرائيل غير منضمة لنظام روما.

للرد على تلك الادعاءات، يقول [خبراء قانونيون](#) أنه وبالرغم من انتقال السلطة الفعلية والصلاحيات القضائية والقانونية والإدارية إلى الطرف الإسرائيلي، فإن ذلك لا يعني بأن هذه المناطق خارجة عن الإقليم الفلسطيني. ويمكن الرجوع هنا إلى المادة (1/11) من اتفاقية أوسلو (2) حيث تنص على أن على: "ينظر الفريقان إلى الضفة الغربية وقطاع غزة باعتبارهما وحدة ترابية واحدة، تصان وحدتها ووضعها خلال الفترة الانتقالية. وأما فيما يتعلق بعدم منح الفلسطينيين السلطة الفعلية على مناطق "ج"، مما يستثنيها من "الإقليم الفلسطيني" لغايات نظام روما، وذلك على اعتبار أن تفسير مصطلح "الإقليم" الوارد في نظام روما وفقاً للمادة (31) من معاهدة فيينا، يتطلب بالمعنى العادي له بأن يكون هذا الإقليم خاضع لسيادة الدولة المنضمة، وهو الأمر المنتقي في الحالة الفلسطينية. مع ذلك تجدر الإشارة إلى أن هنالك اتفاقاً في المجتمع الدولي أن القانون الدولي لا يتطلب السلطة الفعلية الكاملة على الأراضي لتحديد فيما إذا كانت تخضع لإقليمه أم لا.

بالنسبة للاختصاص الموضوعي، وبالرجوع للمادة (5) نظام روما نجد أن المحكمة تختص بالجرائم الآتية: جرائم الحرب؛ وجرائم ضد الإنسانية؛ وجريمة الإبادة الجماعية؛ إضافة إلى جريمة العدوان. ولذلك يشترط أن يتم تكييف أي سلوك إسرائيلي على الأراضي الفلسطينية المحتلة كواحدة من الجرائم آنفة الذكر ليكون للمحكمة اختصاص عليه.

أما الاختصاص الزمني، فيرجع اختصاص المحكمة على الجرائم كافة المرتكبة على الأراضي الفلسطينية المحتلة، منذ 13 حزيران/يونيو 2014؛ وذلك وفقاً [للإعلان الذي قدمته دولة فلسطين](#)؛ أي أنها تطلب من المحكمة الاختصاص بأثر رجعي منذ التاريخ المطلوب.

وأخيراً، فيما يتعلق بالاختصاص الإقليمي، فمناطق "ج" لها خصوصية في القانون الدولي، بالأخص كون اتفاقية أوسلو قد نصت باتفاق الطرفين الفلسطيني والإسرائيلي على أن هذه الأراضي تخضع لولاية إسرائيل، وتخرج من نطاق الولاية الفلسطينية، فيرى البعض أنه لا يعقل أن يكون هنالك اختصاص إقليمي للمحكمة الجنائية الدولية على هذه المناطق، وهنالك تداعيات إسرائيلية إضافة إلى جانب من الفقه في القانون الدولي يعتبر أن هذه المناطق هي مناطق "متنازع عليها"، أي لا يحق للمحكمة الجنائية

وبناء على ما سبق، يكون للمحكمة اختصاص إقليمي لأية جريمة تقع على الأراضي الفلسطينية، وتُكَيَّف ضمن الجرائم الداخلة في اختصاصها.

أخيراً نشير فيما يلي إلى التحديات التي يواجهها صناع القرار في فلسطين خاصة كل من رئيس دولة فلسطين، رئيس الوزراء، وزارة الخارجية ووزارة العدل عند اتخاذهم خطوة التوجه للمحكمة الجنائية الدولية والامتنال أمامها كمدعي ضد إسرائيل. بالإضافة للعقبات والضغوطات التي تواجهها المحكمة عند النظر في ملف مساءلة إسرائيل كونها ستشكل سابقة قانونية في تاريخ قضاء المحكمة. وهنا سنقوم في الفقرات اللاحقة بالإشارة إلى الضغوطات الأمريكية والإسرائيلية وموقف مجلس الأمن للأمم المتحدة، أي توضيح التداخل السياسي القانوني للصراع الفلسطيني-الإسرائيلي، والعقبات والتحديات والمعوقات التي تحول ضد تحقيق رغبة الفلسطينيين في ضمان عدالة هذه المحكمة الدولية.

التحديات مع الجانب الإسرائيلي:

لعل من أكثر المخاوف والتحديات لرئيس فلسطين وحكومته هو أنه، وبعد الانضمام الفلسطيني، أصبح يمكن للمحكمة الجنائية أن تحاكم أي متهم بارتكاب جريمة حرب أو جريمة

وبما أن المحكمة الجنائية الدولية مرتبطة بالأمم المتحدة، وذات علاقة بها بموجب المادة (2) من نظام روما، وبالتالي فمن المنطقي أن تأخذ المحكمة الجنائية الدولية بقرارات الأمم المتحدة وبالرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بخصوص الجدار في النظر بمدى انطباق اختصاصها الإقليمي على مناطق "ج"، حيث تعتبرها جزءاً من الأراضي الفلسطينية المحتلة هو الرأي المرجح، إضافةً إلى أن المحكمة الجنائية الدولية قبلت بفلسطين كدولة لغايات نظام روما على هذا الأساس، وقد قبلت بالإعلان المقدم من قبل دولة فلسطين بخصوص الاختصاص الإقليمي على الأراضي الفلسطينية المحتلة كافة دون أي تمييز ما بين مناطق "أ" و"ب" و"ج".

بالتالي فإن المحكمة الجنائية الدولية لن تحتاج إلى تحديد حدود الدولتين، وإنما عليها الاستناد إلى ما ذهب إليه الأمم المتحدة، والإعلان الصادر عن فلسطين. وكذلك يمكن الاستناد بهذا الخصوص إلى ما ذهب إليه مكتب المدعي العام للمحكمة في حالة جورجيا؛ حيث استند مكتب المدعي العام إلى قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة التي حددت أن إقليم أوسيتيا خاضع لإقليم دولة جورجيا، وعليه تم النظر إليها كجزء من إقليم جورجيا لغايات المحكمة وإجراءاتها.

الفلسطينيين أنفسهم، ومثال ذلك الاعتقالات السياسية غير المشروعة.

ومن التحديات المحتملة أيضاً من الجانب الإسرائيلي، التي ستعيق وتعرقل المحاكمة الدولية، هو أنه يمكن لإسرائيل أن تتجنب الملاحقة من قبل المحكمة؛ حيث يمكنهم تشكيل محاكم خاصة وإن كانت صورية ولا تمد للحقيقة بصلة- من أجل محاكمة أي إسرائيلي يرتكب أي مخالفة من المخالفات التي تعاقب عليها المحكمة؛ فوفقاً لقواعد المحكمة المتعلقة بمبدأ التكاملية، فهي لا تستطيع أن تباشر عملها إلا في حال عدم وجود تحقيقات محلية أو ملاحقات قضائية صادقة. وقد بدأت إسرائيل بالفعل بتحقيقاتها الخاصة بشأن وفيات المدنيين في غزة، لأن المحكمة الجنائية الدولية لا تقبل النظر في القضايا التي يجري التحقيق فيها محلياً.

كما تعمدت إسرائيل عقد اتفاقيات دولية ثنائية مع مجموعة كبيرة من الدول لعدم تسليم مطلوبين من مواطنيها للعدالة الدولية (الأمر الذي كان ظاهراً بقضية ليفني ببريطانيا)، مقابل مساعدات مالية وعسكرية واتفاقيات تعاون اقتصادي؛ حيث تمتنع هذه الدول بموجب هذه الاتفاقيات عن تسليم المواطنين الإسرائيليين لطرف ثالث.

ضد الإنسانية أو أمر بارتكابها، سواء ارتكبت الجريمة من قبل مسؤولين فلسطينيين أو مسلحين أو أفراد عاديين من الفلسطينيين؛ أي أنه يمكن أن يحاكم الفلسطينيون بشكل رئيسي في حالتين:

الأولى، تعمد الفلسطينيون استهداف مدنيين إسرائيليين؛ أي إمكانية قيام الاحتلال الإسرائيلي برفع دعاوى مضادة للدعاوى الفلسطينية. ومن الدعاوى المتوقعة دعوى ضد مسؤولين في حركتي "حماس" و"الجهاد الإسلامي" على خلفية إصدار أوامر بإطلاق صواريخ من غزة على أهداف مدنية إسرائيلية، ويشيرون إلى تقرير غولدستون الدولي الذي أدان إسرائيل وحماس بارتكاب جرائم حرب في العامين 2008-2009. لذلك هدد "سيلفان شالوم" النائب الأول لرئيس الوزراء الإسرائيلي، بالتوجه إلى المحكمة الجنائية الدولية لمحاكمة قادة حركة حماس وفصائل المقاومة الفلسطينية على إطلاق الصواريخ من قطاع غزة على إسرائيل. ومن الدعاوى المحتملة أيضاً، دعوى ضد الرئيس محمود عباس، على خلفية اتفائه مع حركة "حماس" على تشكيل حكومة وفاق وطني.

أما الحالة الثانية، فمحاسبة المحكمة لرئيس دولة فلسطين والمسؤولين بما يقومون به من انتهاكات حقوق الإنسان من قبل السلطات الفلسطينية ضد

برنامج العدالة الدولية في هيومن رايتس ووتش بالقول أن "قرار الولايات المتحدة بفرض حظر على التأشيرات ضد موظفي المحكمة الجنائية الدولية محاولة شائنة لترهيب المحكمة وردع التدقيق في سلوك الولايات المتحدة".

كما أعلن [مستشار الأمن القومي الأمريكي، جون بولتون](#)، عن تغيير في السياسة الأمريكية تجاه المحكمة، ذكرا العديد من الخطوات التي ستتخذها الولايات المتحدة. وهدد بولتون بالمقاضاة والعقوبات المالية ضد موظفي المحكمة الجنائية الدولية، كوسيلة أخرى من وسائل الضغط على المحكمة. كذلك هدد الدول والشركات التي ستساعد في تحقيقات المحكمة الجنائية؛ أي تعريض العلاقات الحكومية والعسكرية والاستخبارية مع تلك الحكومات إلى الخطر في حال تعاونت مع المحكمة الجنائية الدولية في التحقيقات ضد الولايات المتحدة أو أي من حلفائها.

موقف مجلس الأمن للأمم المتحدة:

لمجلس الأمن صلاحية إرجاء التحقيق والمقاضاة للمحكمة لمدة محددة. هذا ما نصت عليه [المادة \(13\) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية](#) بقولها: "لا يجوز البدء في التحقيق أو المقاضاة بموجب هذا النظام لمدة 12 شهراً بناءً على طلب

الضغوطات من الجانب الأمريكي:

إن الولايات المتحدة الأمريكية [تحاول الضغط على كل من الدولة الفلسطينية من جهة، والمحكمة الجنائية الدولية من جهة أخرى](#)، لعدم السير في التحقيقات المتخذة ضد المسؤولين الإسرائيليين. وبالنسبة لضغوطها على دولة فلسطين، فتتمثل بمحاولتها قطع المساعدات المالية التي كانت تمنحها كدعم لها، وتحريض بعض الدول الأوروبية للسير على ذلك النهج، كنوع من الحصار الاقتصادي والضغط السياسي. كما كان يتوقع البعض أن الولايات المتحدة قد تقوم بخطوات شديدة ضد القيادة الفلسطينية، منها إمكانية إغلاق مكتب منظمة التحرير الفلسطينية في واشنطن، وقد تمت هذه الخطوة بالفعل في 11 تشرين أول/ أكتوبر 2018.

أما الضغوط التي لا يستبعد استخدامها وتهدد الولايات المتحدة المحكمة الجنائية بها، ما [أعلن عنه وزير الخارجية الأمريكي مايكل بومبيو](#)، في 15 آذار/ مارس 2019، بأن حظر منح التأشيرات سيُطبق على موظفي المحكمة الجنائية الدولية المشاركين بتحقيق المحكمة المحتمل ضد مواطنين أمريكيين. وقد يُستخدم لمنع تحقيقات المحكمة الجنائية الدولية ضد مواطني دول حليفة للولايات المتحدة، وإحدى أهم الدول الحليفة لها هي إسرائيل. وقد [علق ريتشارد ديكور](#)، مدير

الآليات والحلول:

- يجب في سبيل مواجهة الجرائم المرتكبة ومحاسبة المجرمين تحديد إطار قانوني وطني سليم يسمح للمحاكم الوطنية بالاضطلاع بدورها في إنفاذ القانون الدولي الإنساني، وذلك بإجراء تعديلات على القوانين الوطنية، وخاصة التشريعات الجزائية؛ كي تشمل مسألة الولاية في الجرائم الدولية أيضاً، لتستطيع محاكمة أي طرف يخضع لولايتها وتثبت مخالفته الجسيمة للقانون الدولي الإنساني (والتي تعتبر جريمة حرب) أو أي جريمة أخرى يعتبرها نظام روما الأساسي على أنها من الجرائم الدولية، وذلك وفقاً للتشريعات الوطنية الناضجة لها.
- يمكن أن يستغل الطرف الفلسطيني كون معظم مواطني إسرائيل يحملون جنسيات دول أخرى يمكن أن تكون منضمة لميثاق روما، لمحاسبتهم على أفعال ارتكبوها أثناء تأديتهم الخدمة العسكرية في الجيش الإسرائيلي.
- هنالك احتمال واحد للحيلولة دون إصدار مجلس الأمن لقرارات لصالح إسرائيل، وهو أن تستخدم إحدى الدول الخمس المتمتعة بحق النقض ذلك الحق لمواجهة القرارات التي سوف تعمل على صياغة مسودتها الولايات المتحدة. هذا الأمر غير مستبعد

مجلس الأمن إلى المحكمة بهذا المعنى يتضمنه قرار يصدر عن المجلس بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة ويجوز للمجلس تجديد هذا الطلب بالشروط ذاتها".

تمنح هذه المادة مجلس الأمن مدة 12 شهراً لتأجيل التحقيق أو المقاضاة، دون تحديد الفترة القصوى التي يمكن لمجلس الأمن تمديدها تحت نفس الشروط؛ حيث يمكن أن يكون التمديد إلى ما لا نهاية. وهنا، لم تنص المادة صراحة على صلاحية المجلس بعدم الموافقة على رفع دعاوى؛ حفاظاً على استقلالية المحكمة، وعدم تبعيتها لنفوذ الدول الأعضاء في المجلس، "لكن من الناحية العملية التأجيل المفتوح يعني الشطب الضمني للدعاوى التي لا يوافق عليها مجلس الأمن، حيث يكفي أن يصدر مجلس الأمن قراراً بصيغة تفيد أن تحريك دعوى من قبل الفلسطينيين يخل بالأمن والسلم على المستوى الدولي، وأن هذا الإجراء من شأنه تعقيد الصراع القائم بين الطرفين ليتم تأجيل النظر بالقضية بشكل متتال، وبالتالي تعتبر كأنها لم تكن". إن هيمنة الولايات المتحدة الأمريكية على مجلس الأمن، واستخدامها السيئ لحق النقض الفيتو لصالح إسرائيل، السبب الرئيسي لطول عمر الاحتلال الإسرائيلي للأراضي الفلسطينية وارتكابه المتكرر للجرائم بحق الفلسطينيين.

الإنساني ولوائح لاهاي (1907) واتفاقيات جنيف الأربعة (1949)، التي تعتدي سلطة الاحتلال عليه، والتي هي بالأساس سلطة غير شرعية؛ أي أن دفاع الشعب المحتل ضد الاحتلال ومواجهته له دفاع مشروع وفقاً لأحكام وقواعد القانون الدولي. وبالتالي [لا يجوز لإسرائيل التذرع بحق الدفاع الشرعي لمقاومة فعل مشروع](#)، وهو الحق في تقرير المصير وحق الشعب الفلسطيني بالمقاومة.

"وأكدت محكمة العدل الدولية بأن التهديد الذي تعتبره إسرائيل مبرراً لتشييد الجدار وتقصص هنا (العمليات الاستشهادية داخل العمق الإسرائيلي) تتبع من تلك الأرض وليس من خارجها. وهنا يفهم من قول المحكمة بأن إسرائيل بصفتها الدولة القائمة بالاحتلال تفقد الحق في الدفاع الشرعي في حالة نشوء هجمات مسلحة ضدها من الأراضي التي تحتلها بناء على هذا الحكم من أعلى هيئة قضائية دولية، ألا وهي محكمة العدل الدولية، الذي اعتبر أن إسرائيل لا تملك الحق في الدفاع الشرعي بمواجهة الشعب الفلسطيني المحتل".

ومرهون بمدى الجهد المبذول من الدبلوماسية الفلسطينية والمتغيرات على مستوى العلاقات الدولية. ولحسن الحظ أن لفلسطين أصدقاء في مجلس الأمن، مثل روسيا والصين.

■ أما للرد على من يتهم حركات المقاومة بارتكاب جرائم حرب، فالإطار الفلسفي للقواعد القانونية الجنائية على المستوى المحلي والدولي يحض المواطن على الدفاع عن نفسه وماله ومال غيره عند تعرضه للاعتداء. وفي النزاع الفلسطيني-الإسرائيلي نتحدث عن شكل من أشكال الدفاع عن النفس الجماعي للشعب الفلسطيني، الذي تضمنه قرارات الشرعية الدولية كافة؛ حيث إنه لا يوجد أي نص يحرم استخدام القوة من أجل ممارسة حق الشعوب في تقرير مصيرها السياسي، سواء على المستوى المعاهدات الدولية أو العرف الدولي أو الممارسات الدولية؛ استناداً لنص المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة التي تبيح فعل الدفاع عن النفس للدول بمواجهة عدوان واقع عليها؛ فدفاعهم عن حق يحميه القانون الدولي



سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/6)
فئة المقالات المترجمة

عاصم خليل

المواطنة

من منظور دستوري مقارن

تشرين أول/ أكتوبر 2019



The Citizenship from the Perspective of Comparative Constitutional Law

المواطنة من منظور دستوري مقارن

عاصم خليل

Professor of Public Law, Birzeit University

عاصم خليل
أستاذ القانون العام، جامعة بيرزيت

Note: Original edition (in English): Asem Khalil. Citizenship. In: The Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, May 2017. Available at: <http://bit.ly/2IZLyWh>

ترجمة الدراسة الأصلية: سجي الطرمان؛ تدقيق الترجمة والتوثيق: رانيا القاضي التدقيق اللغوي: د. نصر الله الشاعر

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (6/2019)
Translated Papers Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/6)
فئة المقالات المترجمة

© 2019, 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

© 2019، 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:



بدعم من:

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

عاصم خليل*

المواطنة

من منظور دستوري مقارن**

1. المقدمة

وفقاً لـ"هانا أرندت"، المواطن بحكم تعريفه هو مواطن بين مجموعة مواطنين في دولة بين مجموعة دول، ويجب أن تكون حقوقه وواجباته معروفة ومحددة، ليس فقط من خلال المواطنين الآخرين، وإنما من خلال حدود إقليم الدولة.¹ إن هذا الفهم السياسي للمواطنة يتوافق مع ما جاء به اليونانيون القدماء؛ فبالنسبة لأرسطو كان الإنسان حيواناً سياسياً، ونتيجة لذلك كانت المواطنة أمراً طبيعياً؛² فالمواطن هو الشخص الذي يشارك في حقوق الحكم والقضاء.³

بدلاً من المشاركة السياسية، يتمحور المفهوم الليبرالي للمواطنة حول حقوق الأفراد ومكانتهم؛⁴ بمعنى أن المواطن هنا كائن قانوني موجود في عالم ينظم القانون فيه الأفراد، والأفعال والسلوكيات.⁵ ويعود هذا المفهوم في مصدره إلى روما القديمة؛ حيث يعتبر المواطن شخصاً حرّ التصرف بموجب القانون، وله الحق الكامل بأن يتوقع ويطلب بحماية قانونية؛ فتصبح المواطنة بذلك "مركزاً قانونياً"، وتقترب بها حقوق ما في أمور محددة.⁶

* 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.

¹ Bosniak, L, 'Citizenship Denationalized,' (2000) 7 *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 448; Bosniak, L, 'Citizenship,' in Tushnet, M, and Cane, P, (eds), *The Oxford Handbook of Legal Studies* (OUP 2005), 190.

² Heater, D, *A Brief History of Citizenship* (Edinburgh University Press Ltd, 2004), 3-4.

³ Bosniak, 470.

⁴ *Ibid.*, 491.

⁵ Pocock 36, in Bosniak (2000) n 92.

⁶ Pocock 37, in Bosniak (2000) n 92; Heater, 31.

ومستقلًا، يضع أو يشارك في عملية وضع القوانين التي يلتزم بها.¹¹

في هذه الورقة، سأبدأ -في القسم الثاني منها- بنظرة عامة مقارنة لمعنى المواطنة وهدفها، يليه عرض لمختلف طرق الوصول إلى الجنسية أو فقدانها في القسم الثالث، وبالإشارة إلى أكبر عدد ممكن من الولايات القضائية. أما القسم الرابع، فسيعرض حالات من اجتهادات قضائية معينة (الولايات المتحدة، وألمانيا، وفرنسا وجنوب إفريقيا) تسعى إلى إظهار دور المحكمة في التعامل مع العديد من التحديات التي تواجه المواطنة. على الرغم من أنه قد يكون من المناسب تقديم تفاصيل أكثر لحالات معينة والتحديات التي تعاملت معها، إلا أن هذه الورقة لا تتعلق بأي من هذه الحالات تحديدًا، وإنما تهدف إلى إعطاء نظرة عامة حول التحديات الرئيسية التي واجهتها المحاكم على مرّ التاريخ، وفي الوقت المعاصر.

وأخيرًا في القسم الرابع - الخلاصة، لا أعد بتقديم إجابات للمسائل التي أثيرت في هذه الورقة، وإنما سأعرض المزيد من التساؤلات التي تحتاج إلى معالجة من قبل المحاكم، ولاسيما

¹¹ Walzer, 212.

إن مصطلح "مواطن" في اليونانية (polites) واللاتينية (civis) يعكس تحوّل الإنسان من كونه "كائنًا سياسيًا" إلى كونه "كائنًا قانونيًا".⁷ وهذه الرؤية تتيح المجال للتمييز بين المواطنة التي تنطوي في المقام الأول على الواجب والفضيلة المدنية في الشكل الجمهوري للدولة، والمواطنة التي تنطوي على حماية الدولة للحقوق وضمان التمتع بها.⁸ إن انتشار الفهم القانوني الحالي للمواطنة له مصادره وتأصيله من الإمبراطورية الرومانية، وفي أوائل الفكر الحديث في القانون الروماني.⁹

وعلى الرغم من الاختلافات، فقد رسخ هذان المفهومان (الكائن السياسي والكائن القانوني) مكانة لمفهوم المواطنة في الفقه الحديث، التي تدور حول فكرة الدولة.¹⁰ إلا أن الخط الفاصل بين هذين المفهومين يخدم أغراضًا تاريخية؛ بحيث إن نظرية المواطنة السائدة حاليًا تشكل تمثيلًا للكلاسيكية الجديدة: إنه من خلال العقد الاجتماعي، ينظر للمواطن باعتباره فردًا حرًا

⁷ Heater, 3-4; Walzer, M, (1989), 'Citizenship,' in Ball, T, Farr, J, Hanson, R, (Eds.), *Political Innovation and Conceptual Change* (Cambridge University Press 1989), 211.

⁸ Heater, 3-4.

⁹ Walzer, 211.

¹⁰ Heater, 2.

المؤسسات والممارسات التي تحدث بالضرورة داخل المجتمع السياسي... للدولة الأمة.¹³ إلا أنه من وجهة نظر قانونية، تُعدّ المواطنة مركزًا قانونيًا متمحورًا حول الدولة، ويفرز انعدامها الأشخاص "عديمي الجنسية" - أي: أفرادًا لا يتمتعون بجنسية أي دولة ذات سيادة. وهذا الوضع القانوني المجرد للمواطنة يعني الاعتراف بالفرد باعتباره مستحقًا لحقوق ما داخل المجتمع السياسي للدولة.

إن مفهومي المواطنة والجنسية ليسا مترادفين،¹⁴ ذلك أن الانتقال من كون الإنسان يحمل الجنسية الوطنية بمعنى أن ينتمي إلى أمة، وصولًا إلى كونه مواطنًا في الدولة، ليست بعملية أتماتيكية تلقائية. العكس أيضًا ممكن، يمكن أن يحمل المرء جنسية دولة دون أن يشاركها التراث المشترك للأمة الذي يمكن أن يتمثل في جملة من الأمور الثقافية أو الدينية أو العرقية، أو حتى المشاركة في لغة معينة. في هذه الورقة سيُستخدم مفهوم المواطنة بالمعنى الذي غالبًا ما تشير إليه

قضية الحماية التي توفرها الدولة لمواطنيها، والتي تشمل -على سبيل المثال لا الحصر- التمتع بالحقوق والحريات، ووبالأخص الحقوق السياسية، وهي حقوق حصرية للمواطنين، وحقوق المواطنين مقابل حقوق المقيمين من غير المواطنين، والفجوة الآخذة بالاضمحلال بينهما، وبالتالي تصبح أهمية مسألة التمييز بين الاثنين (حقوق المواطنين وحقوق المقيمين) موضع سؤال في المقام الأول، وأخيرًا مسألة واجبات المواطنين وعلاقتها بالقيود المفروضة مؤخرًا على التمتع بالجنسية في ظل ما يسمى بـ"الحرب" على الإرهاب، وطرق تغيير المحاكم والدساتير وفقًا لذلك، لتلائم التحديات المعاصرة.

2. معنى الجنسية و/أو المواطنة والغرض منهما

في الدول الحديثة، غالبًا ما تتم الإشارة إلى المواطنة على أنها حالة قانونية لأشخاص معينين، يُعدّون بشكل مقرر قانونًا أعضاء في الدولة.¹² غالبًا ما يُنظر إلى المواطنة الحديثة على أنها مشروع وطني؛ أي مجموعة من

¹³ Bosniak (2005), 190.

¹⁴ Neuman, GL, 'Citizenship,' in Tushnet, M, Graber, MA, and Levinson, S, (eds), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution* (OUP 2015), 587; Horváth, E and R Rubio-Marín, "Alles oder Nichts"? The outer boundaries of the German citizenship debate,' (2010) 8 *International Journal of Constitutional Law* 72-76.

¹² Kondo, A, (ed), *Citizenship in a Globalized World: Comparing Citizenship Rights for Aliens* (Palgrave Publishers Ltd, 2001), 9-228; Shachar, A, 'Citizenship,' in Rosenfeld, M, and Sajó, A, (eds) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (PUP 2012), 1003.

الثقافي، تشير إلى شيء مختلف عن المواطنة كحالة قانونية.¹⁵

ويشير دستور فرنسا (1958) أيضًا إلى القوانين المنظمة للجنسية في المادة (34)، بينما يشير في المادة (77) إلى القواعد المتعلقة بالمواطنة، ويشير بقية الدستور إلى المواطنة، والمواطنين، مع الإشارة إلى الاستثناء الموجود في المادة (34) المتعلقة بالفرنسيين المقيمين في الخارج. ومن المثير للاهتمام أن الدستور الكولومبي (مادة 171) يشير إلى المواطنين المقيمين في الخارج عند التطرق إلى موضوع انتخابات مجلس الشيوخ.

ويشير دستور جمهورية جنوب إفريقيا (1996) إلى حق كل طفل في الجنسية منذ ولادته (المادة 28، فقرة 1/أ)، بينما يشير في المادة (3) إلى مفهوم المواطنة المتعارف عليه في جنوب إفريقيا. يشير القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية (1949) "للألماني"، ككيان مختلف عن المواطن، وذلك في المادة (16) فقرة 1 التي تنص على أنه لا يجوز حرمان أي

¹⁵ تجدر الإشارة إلى أنه عندما نظم دستور جمهورية البرازيل الاتحادية (1988) مسألة المواطنة (citizenship)، أضاف عنوان "الجنسية" (Nationality) في المواد (12-13)، في حين أن المادة (22) (13) والمادة (62) تشير إلى الجنسية والمواطنة كما لو كانتا تشكلا فئتين مختلفتين.

قوانين الدول وداياتيرها وهو المواطنة أو الجنسية، أي الحالة التي تتمحور حول الدولة لأولئك الذين يُعدّون مواطنين لدولة معينة، وبدونها يُعدّون "عديمي الجنسية".

في حين أن تنظيم المواطنة بشكل فعال يتبع إقامة دولة ذات سيادة، فإن معظم الدول تعترف بالمواطنة كما هي، وغالبًا دون اللجوء إلى تعريفها؛ لأنها تعتبر كشيء موجود بالفعل لدى أفراد محددين. ولا تعترف الدولة فقط بمواطنة أولئك الذين يتواجدون في الدولة بالتزامن مع نشأتها، بل أيضا بالأجيال القادمة، شريطة استيفائهم للشروط التي يفرضها القانون. بعبارة أخرى، فإن هؤلاء الأشخاص يشكلون الدولة، ويتشكلون منها -في الوقت نفسه- من خلال المواطنة.

وعلى الرغم مما سبق، فإن الدساتير الوطنية غالبًا ما تشير إلى المواطنة والجنسية بشكل تبادلي، كما هو الحال مثلًا بالنسبة لدستور جمهورية كولومبيا (1991)، فقد نصت المادة (98) منه على أن: تفقد المواطنة فعليًا من خلال التخلي عن الجنسية، أو في حالة ازدواج الجنسية. إلا أن الجنسية في المادة (70)، بسبب التنوع

الذاتية الوطنية، فمن الطبيعي الوصول الي نتيجة أن المواطنة بوصفها حالة قانونية رسمية لها معنى ضئيل ومحدود، إلا في سياق إقليم دولي محدد،¹⁷ بينما تبقى في الوقت ذاته وثيقة الصلة بالدولة-الأمة.¹⁸

وعادة ما تعتبر الدولة -بموجب القانون الدولي والقوانين المحلية- صاحبة سلطة سيادية لتحديد من سيحصل على الجنسية أو المواطنة؛¹⁹ فعلى سبيل المثال بالنسبة لمحكمة العدل الدولية في قضية "Liechtenstein v Guatemala"²⁰ تتدرج الجنسية ضمن الولاية الداخلية للدولة، التي تقر بموجب تشريعاتها الخاصة، القواعد المتعلقة باكتساب جنسيتها. وتشير المحكمة إلى ممارسات الدول في تعريف "الجنسية" على أنها التعبير القانوني عن حقيقة كون الفرد أكثر ارتباطاً بسكان دولة معينة.

وتشير الدساتير الوطنية إلى ذلك الارتباط الوثيق للفرد مع سكان دولة معينة بطرق مختلفة، من خلال تنظيم ما لم ينفه القانون الدولي، وهو أن الدول ذات سيادة، وأن تنظيم المسائل المتعلقة

ألماني من جنسيته، وفقرة (2) من المادة ذاتها التي تنص على عدم إجازة تسليم أي ألماني إلى بلد أجنبي. ثم يحدد ما يعنيه لفظ "الألماني" لأغراض القانون الأساسي في المادة (116) (عند تنظيم ما يسمى بـ"استعادة الجنسية")، وهو يعطي السلطة الحصرية للتشريع فيما يتعلق بمسألة المواطنة للاتحاد في المادة (73). وثمة سلطة حصرية مماثلة للاتحاد مدرجة في الدستور البرازيلي (المادة 22).¹⁶

ويشير الدستور الكولومبي إلى مصطلح "أن تكون كولومبيًا" (المادة 95) أو إلى ثقافة الكولومبيين (المادة 70)، التي تضع المواطنين في مقابل الأجانب، ومع ذلك يقع على عاتق كل منهما (المواطنين والأجانب) واجب الامتثال للدستور والقوانين (المادتان 4 و95). غير أن المواطنين فقط هم الملزمون بحمل السلاح لأداء واجب الدفاع عن الدولة عند وجود حاجة عامة لذلك (المادة 216).

بناءً على وجهات النظر المذكورة أعلاه، المتعلقة بالمواطنة (سواء كانت قائمة على تقاليد يونانية أو رومانية)، والأمثلة المذكورة آنفاً حول

¹⁷ Bosniak (2005), 190.

¹⁸ Ibid., 191.

¹⁹ Bosniak (2000), 494-495.

²⁰ Nottebohm Case (Liechtenstein v Guatemala), Second Phase (ICJ) (1955) ICJ Reports 4.

¹⁶ الإشارة في هذا السياق كانت إلى الجنسية (nationality) والمواطنة (citizenship) والتجنس (naturalization).

الخاصة بالجمهورية الأرمنية، وبيت في مسائل منح اللجوء السياسي.

ثانياً، في بعض الدساتير يرتبط الحق في المواطنة للذين ولدوا في إقليم الدولة بالحق في الاسم. يعترف دستور جنوب إفريقيا بأن لكل طفل الحق... في اسم وجنسية منذ الولادة (المادة 28)؛ أما الدستور الكولومبي فيشير إلى الحقوق الأساسية لأي طفل وتشمل الاسم، والجنسية (المادة 44). ويعترف الدستور البرازيلي (المادة 1/12) ودستور الولايات المتحدة (1797) (المادة 14، القسم الأول) بالحق في المواطنة بالولادة بصرف النظر عن جنسية الوالدين. ومن الممارسات المقبولة من قبل الدولة الحد من بعض الوظائف المرموقة داخل الدولة لهؤلاء.

ثالثاً، يعدد الدستور الحقوق السياسية المختلفة المتأصلة في المواطنة، ولا سيما الحق في التصويت والحق في تشكيل أحزاب سياسية. وتعتبر العديد من الدساتير المواطنين بأنهم أولئك المخولون بممارسة الحقوق السياسية، ولا سيما الحق في التصويت،²² والحق في تشكيل أحزاب

بالمواطنة اختصاص للدولة، ولكن هذا لا يجدر به أن يفسر على اعتباره حرية مطلقة في تنظيم المواطنة.

يظهر على وجه الخصوص أربع طرق مختلفة تفرض فيها الدساتير الوطنية قيوداً على امتيازات الدولة عندما يتعلق الأمر بالمواطنة أو الجنسية:

أولاً، تشير معظم الدساتير إلى الإطار العام للمواطنة أو الجنسية، ومن ثم تفرض تنظيمها بموجب قانون، وفي حالة الفيدرالية يتم ذلك بموجب قانون فيدرالي.²¹ في حين يتم الاعتراف في بعض الأحيان بسلطة للرئيس لإصدار تدابير مؤقتة (على أن يتم عرضها لاحقاً أمام البرلمان)، كما هو الحال في البرازيل، حيث يحظر الدستور التدابير الرئاسية المؤقتة في المسائل المتعلقة بالجنسية والمواطنة (المادة 62). في هنغاريا، يشكل اكتساب الجنسية وفقدانها جزءاً من المسائل التي يقرها رئيس الجمهورية (دستور هنجاريا، المادة 4/9). وبالمثل ينص دستور جمهورية أرمينيا على أن الرئيس يمنح الجنسية

²² مثل المادة (4/3) والمادة (34) من الدستور الفرنسي، القانون الأساسي الألماني (المادة 12/أ فقرة 6، والمادة 33 الفقرة الأولى)؛ دستور جنوب إفريقيا (المادة 2/3)؛ المادة الخامسة عشرة من الدستور الأمريكي؛ المادة (99) من الدستور الكولومبي.

²¹ مثل المادة (34) من الدستور الفرنسي، المادة (73) من القانون الأساسي الألماني، المادة (3) من دستور جنوب إفريقيا، والمادة (22) من الدستور البرازيلي.

هذا ويرد حظر عام مماثل في دستور جنوب إفريقيا؛ حيث تنص المادة (20) على أنه لا يجوز حرمان أي مواطن من الجنسية، وهو ما جاء به أيضًا دستور جمهورية هنغاريا (المادة 3/G) على أنه لا يجوز حرمان أي شخص من الجنسية الهنغارية المكتسبة بالولادة، أو المكتسبة بالطرق المشروعة. أما بالنسبة للدستور الكولومبي، فتنبص المادة (98) على فقدان الجنسية فعليًا بالتخلي عنها، ويجوز تعليق ممارساتها بقرار قضائي في حالات يحددها القانون، ويجوز لأولئك الذين حُجزت جنسيتهم المطالبة باستعادتها. وقد نص دستور جمهورية بولندا (1997) على أنه لا يمكن للمواطن البولندي أن يفقد جنسيته البولندية إلا بالتخلي عنها (المادة 2/34).

3. الحصول على المواطنة وفقدانها

يمكن اكتساب المواطنة عند الولادة أو بعدها، فيمكن الحصول على المواطنة كنتيجة للميلاد داخل إقليم الدولة. يشير هذا المبدأ إلى اكتساب المواطنة بالولادة باعتبارها حقًا لكل من وُلد في إقليم الدولة، أو نتيجة للنسب طبقًا لمبدأ الدم. أما بعد الولادة، فإن أكثر الطرق شيوعًا للحصول على الجنسية هي من خلال التجنيس، ويمكن الحديث عن طرق أخرى لاكتساب

سياسية،²³ ويشار أيضًا إلى الحقوق المدنية والسياسية الأخرى (وأحيانًا إلى الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية) - وإن كانت هذه الحقوق في بعض الأحيان مشتركة مع الأجانب (ولا سيما في دستور جنوب إفريقيا وكولومبيا). ويشار أيضًا إلى المساواة في الحماية بموجب قانون لجميع المواطنين (دستور جنوب إفريقيا، الديباجية).

رابعًا، القيود المفروضة على سلطة الدولة في إلغاء الجنسية في بعض الحالات وواجبها في إعادة الجنسية المسحوبة في أخرى. حيث يحد القانون الأساسي الألماني من سلطة الدولة في حرمان أي ألماني من جنسيته، فلا يمكن له أن يخسرها إلا في حالات محددة بموجب القانون، شريطة ألا يؤدي ذلك إلى حالة انعدام الجنسية (المادة 1/16). وبالمثل فإن القانون الأساسي يحد من سلطة الدولة في مجال تسليم المجرمين إلى دولة أجنبية- وتحظى بالاستثناء الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، أو أي محكمة دولية، ما دامت تراعي المبادئ الأساسية للدولة التي يحكمها القانون (المادة 2/16).

²³ مثل دستور جنوب إفريقيا (المادة 19)؛ الدستور الكولومبي (المادة 107)؛ الدستور البرازيلي (المادة 62).

كل شخص مقيم أو ولد في إقليم الهند يكون مواطنًا هنديًا.

إن حق الدم معتمد دوليًا كوسيلة لاكتساب الجنسية؛²⁷ ففي فرنسا على سبيل المثال، جاء هذا المبدأ مع القانون المدني لعام 1804 فترة ما بعد الثورة الفرنسية.²⁸ وعلى الرغم من أن بعض البلدان ما زالت تمارس التمييز ضد بعض أفراد الجماعات العرقية أو الطوائف الدينية أو ضد النساء عمومًا، فإن معظم البلدان الآن تقبل فكرة أن للمواطنين الحق في نقل جنسيتهم إلى ذريتهم عند الولادة. من الجدير بالذكر أن معظم الدول ألغت القوانين التي تميز بين الجنسين، والتي سمحت للرجال (دون النساء) بنقل جنسيتهم لأبنائهم.²⁹ على الرغم من وجود مساواة بين الجنسين في نقل الجنسية إلى نسلهم، إلا أن بعض الدساتير ما زالت تميز ضد النساء في قدرتهن في نقل جنسيتهن لأبنائهن المولودين خارج البلاد، مثل الدستور الماليزي لعام 1957 (مادة 14/2/ج).³⁰

المواطنة، كالاقراراف مثلاً، أو الإعلان/ التعميم أو الاستعادة.²⁴ أما الحصول المؤقت على الجنسية بسبب المنصب أو بسبب تقديم خدمة، فهو حالة حصرية، ويقتصر على تجربة دولة الفاتيكان التي لن يتم التطرق لها في هذه الورقة.

عدد قليل من الدول لا تزال سخية في منح الجنسية (مثل الولايات المتحدة، وكندا، والبرازيل)، حيث يتم منح الجنسية بمجرد الولادة داخل أراضي الدولة؛²⁵ ففي حالة الطفل المولود في الولايات المتحدة يعتبر الطفل مواطناً أمريكياً حتى وإن كان والداه غير حاملين لأي وثائق. ينعكس ذلك في الجملة الافتتاحية للتعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي لعام 1868 التي تنص على أن جميع الأشخاص المولودين ... في الولايات المتحدة، ويخضعون لولايتها وسلطتها القضائية هم مواطنون في الولايات المتحدة، وفي الولاية التي يقيمون فيها.²⁶ وبالمثل، ينص الدستور البرازيلي (المادة 12) على أن البرازيليين بالولادة هم المولودون في جمهورية البرازيل الاتحادية، حتى وإن كانوا من آباء أجنبية، شريطة ألا يكونوا في خدمة بلدانهم. وينص دستور جمهورية الهند لعام 1950 (المادة 5) على أن

²⁷ Shachar, 1009.

²⁸ Shachar, 1009; Bertossi, C, & Hajjat, A *Country Report: France* (Robert Schuman Centre for Advanced Studie 2013), 2.

²⁹ Shachar, 1007.

³⁰ Ibid.

²⁴ Kondo, 227-8.

²⁵ Neuman, 591-2; Shachar, 1006.

²⁶ Ibid.

بين الجنسية المكتسبة بالولادة داخل إقليم الدولة، وتلك المكتسبة بسبب الأهل عند الولادة خارج إقليم الدولة؛ مما يجعل أيضًا من الممكن التمييز بين نوع الحماية الموفرة للجنسية (دستورية كانت أو قانونية، على سبيل المثال) بناءً على مكان الولادة.³¹

بعض البلدان كانت تقيد الحق في الحصول على الجنسية لأولئك المواطنين غير الجنسيتين الذين يشتركون هم أو أحفادهم في خصائص عرقية محددة. فمثلًا قبل إجراء تعديلات في عام 2000، جعلت ألمانيا المواطنة أمرًا مبنياً حصرياً على انتقال الجنسية من الأهل أو بالولادة داخل الإقليم، بينما كان التجنس أمرًا استثنائياً.³² في حين أن بعض الدول تجعل من السهل الحصول على الجنسية بالنسبة إلى أحفاد المواطنين بل حتى بالنسبة للجيل الثالث منهم، كما هو الحال في بولندا، وهنغاريا وغيرها من أنظمة المواطنة في أوروبا الوسطى والشرقية.³³ أما أرمينيا فتفتح باب الحصول على جنسيتها لكل فرد من أصل أرمني.³⁴ وطبقاً لدستور جمهورية أرمينيا (المادة 14 من قانون عام 1995) يكتسب

ويعترف دستور جنوب إفريقيا (المادة 28) بحق الأطفال في الاسم، وفي الجنسية منذ الولادة. ويعترف الدستور البرازيلي (المادة 12) بالحق في نقل الجنسية إلى الأبناء وفق شروط معينة عندما يكون أحد الوالدين برازيلي الجنسية. كما يعترف دستور جمهورية هنغاريا (2011)، المعدل لعام 2013) بالحق في أن يكون الطفل المولود لمواطن هنجاري مواطناً هنغارياً بالولادة (المادة 1/G). ووفقاً لدستور جمهورية بولندا (1997) يتم الحصول على الجنسية البولندية بمجرد الولادة لوالدين من المواطنين البولنديين (المادة 34). ويعترف حالياً دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014 (المادة 6) بهذا الحق معتبرة المواطنة حقاً لكل من وُلد لأب مصري أو أم مصرية.

تاريخياً، كان الحصول على الجنسية من خلال حق الدم مرتبطاً بالعنصر الإقليمي أيضاً. مع مرور الزمن، أصبح منح الجنسية لا يرتبط بالإقليم (شريطة استيفاء بعض الشروط والإجراءات التي تفرضها الدول على حالات الولادة خارج أراضي الدولة). إلا أنه لا يزال شائعاً في العديد من الدساتير أن يتم تقييد الوصول إلى بعض المراكز الحكومية لأولئك المولودين داخل أراضي الدولة. من الممكن أن نجد أن دساتير بعض الدول (مثل الولايات المتحدة) ما زالت تميز

³¹ Neuman, 591.

³² Shachar, 1010.

³³ Ibid., 1009.

³⁴ Ibid.

الثاني والثالث من الأفراد الأجانب المولودين في الدولة لوالدين مهاجرين غير مواطنين، كما هو الحال مع الأجيال الثانية والثالثة للمهاجرين من أصل تركي في ألمانيا.³⁸ وكانت فرنسا من أوائل الدول التي أعادت إحياء مبدأ منح الجنسية بالولادة من أجل منح الجنسية لأطفال المهاجرين، حتى وإن تم ذلك رغماً عن إرادتهم.³⁹ ومع الهجمات الإرهابية الأخيرة في العواصم الغربية، بدأ الحديث حول ما يسمى "التحول الثقافي"، الأمر الذي لفت الانتباه إلى تقييد السياسات المتعلقة بالهجرة والمواطنة بصورة ملحوظة ومتزايدة.⁴⁰

فيما يتعلق بحماية المجنسين كمواطنين، قد يواجهون قيود تحرمهم من بعض الامتيازات الممنوحة للمواطنين بشكل عام. إلى جانب ذلك، قد تقتصر بعض المناصب (مثل الرئاسة) على من يولدون لأبوين من المواطنين كما هو الحال في الدستور المصري (المادة 141)، ودستور الجمهورية التونسية لعام 2014 (الفصل 74).

وإلى جانب الإقامة، غالباً ما يحصل الأجنبي على الجنسية بعد الولادة نتيجة للزواج

الأفراد من أصل أرمني جنسية جمهورية أرمينيا عن طريق إجراءات مبسطة. في إسرائيل يمتلك الذين ينحدرون من أصول يهودية (كما هو محدد في قانون العودة) الحق في المواطنة، ويتم معاملتهم كأعضاء تمكين في الدولة.³⁵ ويميز الدستور البرازيلي (المادة 12) بين الأشخاص الذين ينحدرون من دول ناطقة باللغة البرتغالية، وبين البقية فإرضاً قواعد أكثر صرامة على المجموعة الأخيرة- أي المنحدرين من دول ناطقة بغير اللغة البرتغالية.

من الشائع، وبصورة متزايدة في الدول الديمقراطية، تمكين الحصول على الجنسية من خلال مسألة التجنيس نتيجة لظروف معينة، غالباً ما تكون مرتبطة بالإقامة لفترات طويلة في إقليم الدولة، وقد يضاف لها شروط أخرى،³⁶ بغض النظر عن انتمائهم إلى الجماعة على أساس موروث وطني أو لغوي أو ديني أو ثقافي معين فيما يتعلق بحصول الأحماد على الجنسية.³⁷

وفي البلدان التي لا تقبل مبدأ التجنس بالولادة في أراضي الدولة كوسيلة للحصول على الجنسية، فإن التجنس وضع ليتعامل مع الجيل

³⁸ Lansbergen, A and J Shaw, 'National membership models in a multilevel Europe,' (2010) 8 *International Journal of Constitutional Law*, 64.

³⁹ Bertossi & Hajjat, 2.

⁴⁰ Shachar, 1012.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

جديدة (مع الأخذ بعين الاعتبار أن القانون قد أورد استثناءين على هذه القاعدة).

كما يمكن الحصول على الجنسية، فإنه من الوارد أيضًا فقدانها بصورة لا إرادية.⁴³ مثال على ذلك، أن يتم سحب الجنسية من المواطن المجنس بسبب الاحتيال أو غيره من الممارسات المعيبة لعملية التجنيس.⁴⁴ مثل هذا الاحتمال يتطلب القبول من المحاكم، كما هو الحال في الولايات المتحدة، باعتبار التجنيس تمنحه الدولة في المقام الأول.⁴⁵ في البرازيل يشير الدستور (مادة 4/12) إلى إمكانية إلغاء التجنيس بقرار قضائي، لأسباب تتعلق بالمساس بالمصلحة الوطنية. هذا لا يعني أن احتمالية فقدان الجنسية قائمة فقط بالنسبة للمجنسين، بل إن المواطنين معرّضون أيضًا لفقدان جنسيتهم.

بعض الدول تتعامل مع الجنسية باعتبارها حقًا سياديًا. وحفاظًا على المصلحة الوطنية واستجابة لأفعال المواطنين؛ يمكن سحب الجنسية الممنوحة من خلال مبدأ منح الجنسية نتيجة للولادة". تاريخيًا، عندما تتزوج امرأة من رجل أجنبي، فإنها تفقد جنسيتها، وتكتسب بالمقابل

بمواطن، وهذا نتيجة تطور القوانين لصالح "وحدة الأسرة" في الجنسية التي وجدت منذ قانون نابليون.⁴¹ ومن الجدير بالذكر أن بعض الدول مثل الأردن ولبنان على سبيل المثال (ما زالت تميّز بين المواطنين على أساس الجنس) حيث يشترط للحصول على الجنسية بالزواج أن يكون المواطن حامل الجنسية هو الزوج الذكر. وإلى جانب هذا التمييز لا تزال بعض الدول -ومثالها دول الخليج العربي- متحفظة على مسألة التجنيس بصفة عامة كخيار للحصول على الجنسية.

وكرر محفوظ، فإنه يمكن التخلي الطوعي عن الجنسية. دستور جنوب إفريقيا يترك في مادته (3/3) مسألة تنظيم فقدان الجنسية للتشريعات الوطنية. أما فيما يتعلق بحالات عدم قبول ازدواج الجنسية -كما كان الحال في أغلب الدول قديمًا- فعلى المواطن أن يتخلى عن جنسيته القديمة؛ في سبيل الحصول على جنسية جديدة، أو يعتبر حصول المواطن على جنسية جديدة بمنزلة تخلٍ طوعي عن جنسيته القديمة.⁴² ويشير الدستور البرازيلي (المادة 12/ الفقرة 4) إلى فقدان الجنسية لكل من يحصل على جنسية

⁴³ Bosniak (2005), 197.

⁴⁴ Neuman, 596.

⁴⁵ Ibid.

⁴¹ Neuman, 600.

⁴² Aleinikoff, TA, 'Theories of Loss of Citizenship,' (1986) 84 *Michigan Law Review*, 1471.

والقانوني؛ مما يجعل هذه الدول صالحة للقيام بتقييم مقارن. أما عملياً، فقد تم مناقشة هذه الحالات الأربع بشكل كبير في الأدبيات، ولا سيما في ضوء الدور النشط الذي تؤديه المحكمة العليا أو الدستورية، التي ساعدت على تحديد مؤسسة المواطنة. وبما أن هذا ليس فصلاً عن المواطنة في هذه البلدان الأربعة، فإن الفائدة ستقتصر على تقديم تعديلات قانونية أو دستورية مختارة ومناقشتها، أو أحدث السوابق القضائية التي وضعتها الولايات القضائية العليا، أي المحكمة العليا للولايات المتحدة، والمحكمة الدستورية الفدرالية الألمانية، وفي فرنسا المجلس الدستوري الفرنسي، والمحكمة الدستورية لجنوب إفريقيا.

أ- الولايات المتحدة الأمريكية

على الرغم من أن نص دستور عام 1791 يطرح قضية كل من المواطنة في الولايات المتحدة ككل، وكذلك المواطنة في الولايات المنفردة، إلا أنه لا ينص على مفهوم للمواطنة.⁴⁹ كما أعطى الدستور للكونغرس سلطة "وضع قاعدة موحدة للتجنيس"، تاركاً موضوع الجنسية بالولادة غير محدد؛ الأمر الذي أدى إلى ظهور القضية الشهيرة "Dred Scott v Sanford" (1857)

⁴⁹ Neuman, 588.

جنسية زوجها.⁴⁶ وبالرغم من أن زواج المرأة كان بشكل اختياري وطوعي، إلا أن إلغاء جنسيتها أو سحبها لم يكن كذلك.

في الآونة الأخيرة، اعتمدت بلدان كثيرة أحكاماً دستورية لتمكين الدولة من إلغاء الجنسية -لا سيما في حالات ازواج الجنسية- في الظروف التي يكون فيها الحرمان من الجنسية يحافظ على المصلحة العامة، أو بسبب حالات "خرق الولاء" أو "عدم الولاء تجاه الدولة"، ... إلخ.⁴⁷ كما بات هناك تحول ملحوظ في الآونة الأخيرة، فيما يتعلق بمسألة ازواج الجنسية، من موقف معادٍ لها في نهاية القرن العشرين، إلى قبولها على نطاق واسع في الدول المعاصرة.⁴⁸

4. حالات دراسية وتقييم مقارن

الحالات الأربع التي سيتم عرضها بالتفصيل هي الولايات المتحدة الأمريكية، وألمانيا، وفرنسا وجنوب إفريقيا. والسبب المنطقي وراء هذا الاختيار نظري وعملي في ذات الوقت، كما هو مبين على النحو الآتي: نظرياً، هذه الدول تمثل طرقاً متطورة ومختلفة لفهم المواطنة، مع ما يستتبع ذلك من نتائج مختلفة على النظام السياسي

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Shachar, 1011.

⁴⁸ Spiro, PJ, 'Dual citizenship as human right,' (2010) 8 *International Journal of Constitutional Law*, 112.

وغوام، تاركًا بذلك الأمريكيين في منطقة ساموا الأمريكية في فئة حاملي الجنسية الأمريكية غير المواطنين⁵³ حتى يومنا هذا.

وفي قضية "Rogers v. Bellei" (1971)، أكدت المحكمة العليا أن الجنسية التي ينص عليها القانون لطفل يولد خارج الولايات المتحدة لوالد أمريكي، ترقى لأن تكون تجنيسًا، ولكن هذا ليس الحال بالنسبة لما ورد في التعديل الرابع عشر في الولايات المتحدة بشأن التجنيس.⁵⁴ وفي قضية "Elk v. Wilkins" (1884)، تبنت المحكمة العليا التفسير الذي يقول أن خضوع الأفراد لقضاء الولايات المتحدة عند الولادة يستبعد أولئك الذين يخضعون للقبائل الهندية، بحيث يعتبرون تابعين لمجتمع سياسي مستقل.⁵⁵ وبناءً على ذلك، فإن مواطنتهم الأمريكية لا يمكن أن تكون بالولادة، بل بموجب قانون الكونغرس فقط - الذي بالفعل تم تبنيه في عام 1924، عندما منح الكونغرس الجنسية لجميع الهنود المولودين في الولايات المتحدة، بغض النظر عن انتماءاتهم القبلية.⁵⁶

التي تم فيها تعريف "الناس" بمفاهيم عرقية.⁵⁰ لقد كان ذلك حتى اندلاع الحرب الأهلية التي أعقبها إلغاء الرق واعتماد التعديل الرابع عشر (الذي ألغى قرار Dred Scott)، وتم تبني ما يسمى بـ "شرط المواطنة" الذي يضمن المواطنة على أساس محايد عرقيًا.⁵¹

وباعتماد التعديل الرابع عشر، فقدت كل ولاية منفردة قدرتها على تحديد من هم أفرادها، وبالتالي الحفاظ في ذات الوقت على حالة مجزأة للمواطنة،⁵² استنادًا إلى قاعدة أصل المواطنة. نتيجة لذلك، فإن نوع الحماية التي تتمتع بها المواطنة يتحدد كما تفسره المحكمة العليا، بدءًا بقضية "Downes v. Bidwell" (1901)، التي قبلت المحكمة فيها بفئة من "المناطق غير المدرجة"؛ مما يجعل بالإمكان التمييز بين "الجنسية" بالمعنى الدولي و"المواطنة" بالمعنى الدستوري. مع مرور الوقت، وسّع الكونغرس الأمريكي نطاق الجنسية الأمريكية بموجب القانون، لتشمل سكان بورتوريكو وفيرجن آيلاندز

⁵⁰ Neuman, 588; Bosniak [2010] 11, 23; Maltz, EM, 'Citizenship and the Constitution: A History and Critique of the Supreme Court's Alienage Jurisprudence,' (1996) 28 *Arizona State Law Journal*, 1138; Eisgruber, CL, 'Birthright Citizenship and the Constitution,' (1997) 72 *New York University Law Review*, 54.

⁵¹ Neuman, 588.

⁵² Ibid., 590.

⁵³ Ibid., 590-1.

⁵⁴ Ibid., 591.

⁵⁵ Neuman, 592; Eisgruber, 63.

⁵⁶ Neuman, 592.

يومنا هذا في الولايات المتحدة على أنه حق مطلق بالضرورة،⁵⁹ دون أن يمنع هذا الحق من تسليم المواطنين أو نقلهم للمحاكمة الأجنبية.⁶⁰ ويطلب الدستور صراحة بالمواطنة كأحد مؤهلات المكتب الفدرالي الانتخابي، وأكدت المحكمة أن هذا الاستبعاد للأجانب لا يتناقض مع طبيعة النظام الديمقراطي.⁶¹

ومن المثير للاهتمام أن الحق في التصويت غير مضمون بشكل مباشر دستورياً للمواطنين، في الواقع، تمت ممارسة اقتراح الأجانب في الولايات المتحدة، كما أكدت المحكمة العليا للولايات المتحدة مجدداً في قضية "Pope v. Williams" (1904) أن حق التصويت ليس امتيازاً ينبع من "المواطنة/ الجنسية" في الولايات المتحدة الأمريكية. وأخيراً ألغت المحكمة من الناحية القضائية القيود المتبقية والمفروضة على حق المواطنين في التصويت.⁶² إلا أنه منذ عام

في سلسلة من القضايا التي وجهت للمحكمة، حددت المحكمة نوع الحماية الممنوحة للمواطنة في مواجهة إبطال الجنسية أو فقدانها، مع الاحتفاظ بإمكانية قيام الحكومة بإبطالها في حالات محددة، عندما يكون سلوك المواطنين متجهاً نحو التخلي عن الجنسية.⁵⁷

وميز التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي بين الإجراءات القانونية وبنود الحماية المتساوية التي تنطبق على "الأشخاص"، وبين البند الذي يحظر على الدول خرق امتيازات مواطني الولايات المتحدة أو حصاناتهم؛ الأمر الذي فتح المجال للجدل بين الأشخاص والمواطنين كعامل محفز للحقوق في الولايات المتحدة. وفي حالات مختلفة، فسرت المحكمة العليا هذه الامتيازات أو الحصانات على نحو ضيق في "cases Slaughter-House" (1873)، لتشمل حق المواطنين في السفر من ولاية إلى أخرى، وحق المواطن الأمريكي في الاستقرار في أية ولاية.⁵⁸ وشمل أيضاً الحق في البقاء في الولايات المتحدة، والحق في العودة إلى الولايات المتحدة إذا غادروها. ويفهم هذا الحق في

⁵⁹ Nguyen v. INS (2001)

⁶⁰ Ibid., 595-6.

⁶¹ Neuman, 595; Rodriguez, CM, 'Noncitizen voting and the extraconstitutional construction of the polity, (2010) 8 *International Journal of Constitutional Law*, 38-9; Maltz, 1179-80. Cabell v. Chavez Salido, (1982)

⁶² See in Kramer v Union Free School District No. 15 (1969); Neuman, 594; Maltz, 1175.

⁵⁷ Schneiderman v. United States (1943), Trop v. Dulles (1958), and Afroyim v. Rusk (1967); Rogers v. Bellei (1971); Vance v. Terrazas, (1980); Neuman, 597; Sprio, 119-20; Aleinikoff, 1471.

⁵⁸ Neuman, 593-4.

منعت المحكمة الدستورية الفدرالية في ألمانيا محاولات توسيع نطاق ما يسمى بـ"حقوق المواطنة"، وعلى وجه الخصوص الحق في التصويت -لغير المواطنين- لغايات تمكين المواطنين غير الألمان من الاندماج، وعليه، كانت التعديلات الدستورية ضرورية في ألمانيا.

في دستور الولايات المتحدة (كما فسرتة المحكمة العليا في الولايات المتحدة)، فإن مصطلح الشعب لا يقتصر على المواطنين، وإنما يشمل أشخاصاً آخرين لهم نوع من الملكية أو التواجد في الولايات المتحدة.⁶⁶ وكما جادل أليكساندر بيكل: نحن نعيش تحت دستور لا يهمله مفهوم المواطنة إلا قليلاً، كما أن هذا الدستور يضع أنماطاً وسبلاً للحكومة الرشيدة دون أن يضع أي اعتبار لمفهوم المواطنة.⁶⁷ في ألمانيا تعتبر المواطنة أمراً غاية في الأهمية، حيث تلعب دوراً أساسياً في تحديد الشعب - بخلاف الحال في الولايات المتحدة. ونتيجة لذلك، فإن الحماية الدستورية في ألمانيا لها وزن خاص.⁶⁸

⁶⁶ Rodriguez, 37.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Horváth, E and R Rubio-Marín, "Alles oder Nichts"? The outer boundaries of the German citizenship debate,' (2010) 8 *International Journal of Constitutional Law*, 76.

1996 وبموجب قانون فيدرالي، تم تجريم تصويت غير المواطنين في الانتخابات الفدرالية.⁶³

وأخيراً، الحقوق الاجتماعية ليست حقوق مواطنين، وهي غير محمية بالقانون، فالمحكمة لم تفسر الدستور على أنه يحمي هذه الحقوق بصورة جوهرية سواء كان ذلك بشكل مباشر، أو بضمان الحماية المتساوية.⁶⁴ وبالنسبة لجميع الحقوق الأخرى التي تشملها الإجراءات القانونية الواجبة، أو شروط الحماية المتساوية، فإنها تطال جميع الأفراد (وليس حكرًا على المواطنين فقط).⁶⁵

ب-ألمانيا

كما الولايات المتحدة، ألمانيا دولة فدرالية. إلا أن السياق الذي وُضع فيه قانون المواطنة في ألمانيا مختلف، بحيث تمحور حول محاولات منح الجنسية للأفراد الأجانب، والتكامل الأوروبي. فألمانيا لم تكن منفتحة على دمج المواطنين غير الألمان ومنحهم الجنسية. ومن ناحية أخرى،

⁶³ Neuman, 595.

⁶⁴ San Antonio Independent School District v Rodriguez (1973); Dandridge v Williams (1970); Ibid., 596.

⁶⁵ كما أشار رئيس القضاء "Rehnquist" في قضية (United States v. Verdugo-Urquidez (1990)، فإن "الشعب" مصطلح فني يستخدم في جميع مواضع الدستور للإشارة إلى الأفراد الذين هم جزء من مجتمع وطني، أو الذين طوروا ارتباطات كافية مع الدولة ليكونوا جزءاً من هذا المجتمع.

بشكل عام من خلال "واجب الاختيار". وبهذا الصدد فإن الألماني المجتس يخاطر بخسارة جنسيته في حال إعادة طلبه للجنسية السابقة، وهو ما تؤيده المحكمة الدستورية الفدرالية كأمر دستوري.⁷² هذا وقد سبق أن قضت المحكمة الدستورية الفدرالية بأن توسيع حقوق التصويت لغير المواطنين ينتهك القانون الأساسي الألماني (بما يسمى بقضية الناخبين الأجانب (1990)، التي تعاملت مع الانتخابات المحلية). فبدلاً من النظر إلى التصويت على أنه حق للمواطنين، اعتبرت المحكمة أن دمج غير المواطنين في العملية الانتخابية يعتبر بمنزلة انتقاص لحق الشعب الألماني في تقرير مصيره، أي رفض فكرة العجز الديمقراطي الذي يتمثل عندما تنطبق القوانين على غير المواطنين دون أن يكون لهم دور في صياغتها.⁷³

كما أقرت المحكمة الفدرالية الدستورية بإمكانية تعديل القانون الأساسي، وقد جرى تعديله فعلياً عام 1992، إلا أن توسيع نطاق الحق في التصويت لغير المواطنين لا يشمل جميع الأجانب عموماً. ففي الواقع هذا التعديل أوجد استثناء يخرج عن قاعدة الحظر العام، حيث سمح لمواطني

في الواقع، كانت ألمانيا معروفة بما يطلق عليه "المفهوم القومي العرقي" للمواطنة والذي كان الأساس أو الدافع الذي استندت إليه قوانين المواطنة الصارمة سابقاً، حيث كان الحصول على الجنسية بعد الولادة تقريباً مقتصرًا حصراً على النسب.⁶⁹ وفي قراءة أخرى للقانون الأساسي الألماني، يكون من المغلوط استنتاج أن نموذج المواطنة الألماني هو نموذج عرقي، وتعتبر المحكمة الدستورية الفدرالية الأمة الألمانية بناءً مدنيًا صرفاً للأغراض المتعلقة بالمسائل الدستورية.⁷⁰

وبصرف النظر عن النقاش النظري حول نوع الأمة والمواطنة التي تتبناها ألمانيا، فإن الإصلاح الدستوري الذي تم عام 1999 ساعد على التخفيف من حدة قانون الجنسية الألمانية، بما يسمح بتجنيس المهاجرين وذريتهم في حالة استيفاء شروط الإقامة؛⁷¹ الأمر الذي أدى إلى دمج الجيل الثاني والثالث من غير المواطنين المولودين في ألمانيا، مع الحفاظ في نفس الوقت على التقييدات الموضوعية تجاه ازواج الجنسية

⁶⁹ Lansbergen, A and J Shaw, 'National membership models in a multilevel Europe,' (2010) 8 *International Journal of Constitutional Law*, 64.

⁷⁰ Horváth and Rubio-Marín, 75.

⁷¹ Lansbergen and Shaw, 64; Horváth and Rubio-Marín, 83.

⁷² le BVerfG (12 December 2006) (Ger) in Horváth and Rubio-Marín, 80-1.

⁷³ Rodriguez, 33-34.

من الدستور الفرنسي، يتيح إمكانية حرمان المواطنين الفرنسيين من جنسيتهم في حال كانوا يحملون جنسية أخرى، أو تمت إدانتهم بجريمة خطيرة تهدد استقرار الأمة.

غير أنه في قرار أصدره المجلس الدستوري،⁷⁷ اعتبر الحرمان من الجنسية للأشخاص الذين اكتسبوا الجنسية الفرنسية أمرًا منسجمًا مع الدستور، في الواقع إن القانون المشار إليه في قرار المجلس⁷⁸ يتضمن حكمًا جديدًا ينص على أن الأشخاص الذين اكتسبوا الجنسية الفرنسية يمكن أن يحرّموا منها إذا ما أدينوا بارتكاب جريمة أو جنحة تعتبر عملاً إرهابيًا. وأكد المجلس الدستوري من جديد ما سبق ذكره في القضية السابقة، بما يفيد أن مبدأ المساواة لا يمنع السلطة التشريعية من التعامل مع الأوضاع المختلفة بطرق مختلفة، أو عدم التقييد بالمساواة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة. وفي كلتا الحالتين؛ فإن الاختلاف في المعاملة يعود إلى القانون الذي ينظمه. ففي الحين الذي يعترف فيه المجلس الدستوري بأن الأشخاص الذين اكتسبوا الجنسية الفرنسية، والأشخاص الذين يتمتعون

الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بالتصويت في انتخابات الدولة وفي الانتخابات المحلية، وذلك بما يتفق مع معاهدة ماسترخيت.⁷⁴

وبالمثل، استعرضت المحكمة الدستورية الفدرالية دستورية تشريعًا يطبق مذكرة الاعتقال الأوروبية، وخلصت إلى عدم دستوريته؛ كونه يتعارض مع القانون الأساسي، ولاسيما المادة (16/ فقرة 2) التي تحظر تسليم الألمان.⁷⁵ وللتغلب على هذه العقبة، تم تعديل هذه المادة عام 2000، مع الإبقاء على حظر تسليم الألمان، ولكنها أضافت إمكانية تسليمهم إلى دولة أخرى عضو في الاتحاد الأوروبي أو إلى محكمة دولية، استنادًا إلى استثناء قانوني، شريطة احترام ضمانات سيادة القانون.⁷⁶ وهذا التعديل الدستوري على القاعدة، لا يعني أي تغيير جوهري.

ت-فرنسا

وفقًا للمادة (34) من الدستور الفرنسي لعام 1958، فإن الجنسية تدخل وفق نطاق اختصاص القانون. وفي عام 2016 تم اقتراح تعديل دستوري جديد ليتم إدراجه في المادة (34)

⁷⁷ Decision 96-377 DC of 16 July 1996 (Fr)

⁷⁸ قانون تعزيز تدابير الإنفاذ لمكافحة الإرهاب والعنف ضد أصحاب الوظائف العامة أو وظائف الخدمة العامة، وسن تدابير تتعلق بشرطة التحقيق الجنائي.

⁷⁴ Rodriguez, 33, n 11.

⁷⁵ BVerfG (18 July 2005) (Ger) 2 BvR 2236/04. (Ger) para. 63, 102, cited in Horváth and Rubio-Marín, 88.

⁷⁶ Horváth and Rubio-Marín, 88, n 85.

جنسية، من مواطني فرنسا، قبل أن يكتسب الجنسية الفرنسية بشكل علني صريح. إلا أن المجلس الدستوري اعتبر أنه من غير الدستوري إضافة متطلبات أخرى على الصغار الأجانب المولودين في فرنسا لأبوين أجنبيين، في حين تمنح الولادة (مقرونة بالسن والإقامة) استحقاقاً تلقائياً بالجنسية الفرنسية. أي بعبارة أخرى، لا يمكن للسلطة التشريعية أن تلغي الحماية القانونية المنصوص عليها في المادة (34) من الدستور الفرنسي. وما زالت حتى الآن مسألة الجنسية في فرنسا في الغالب ضمن إطار القانون وقرارات المجلس الدستوري التي تتناول مسألة الجنسية، والتي تعتبر غير محدودة، سواء على مستوى النطاق أو العدد.⁸⁰

بالجنسية الفرنسية بالولادة في نفس المستوى، إلا أنه وبالنظر إلى الهدف المعلن لمكافحة الإرهاب، فإنه يجيز أن تقوم السلطات الإدارية بجرمان شخص من الجنسية الفرنسية ولفترة محددة، دون أن ينتج عن ذلك اختلاف في المعاملة أو انتهاك لمبدأ المساواة، وبالنظر إلى الخطورة الجدية لمسألة مكافحة الإرهاب، فإن هذا لا يتعارض مع المادة (8) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن (1789)، إذا ما أعطى المشرع مثل هذه العقوبة. في حين أن الأسس الناظمة للجنسية الفرنسية لم تتغير، فقد أدخلت إصلاحات ذات طابع تقيدي في عام 2003 (وأعيد تأكيدها في قانون عام 2011، بحيث أضافت اختباراً عن تاريخ وثقافة فرنسا) مستهدفاً الأزواج الأجانب.⁷⁹

وقد أحيل قانون الجنسية (المعدل) إلى المجلس الدستوري، وأكد المجلس الدستوري (في القرار 93-321 المؤرخ 20 تموز/ يوليو 1993) أن المساواة لا تمنع من وضع قواعد قانونية مختلفة، لفئات مختلفة من الناس - أي تختلف باختلاف الفرد المخاطب - كما هو الحال في الحالة التي يتطلب فيها القانون الجديد مرور سنتين بعد الزواج من أجنبي، أو شخص بلا

⁸⁰ Schwartz, R, 'Dossier : la Constitution et le droit des personnes et de la famille,' *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39 (avril 2013): Decision 86-145 L (19 March 1986) ('sur la nature juridique de dispositions du code de la nationalité') (Fr); Decision 93-321 DC (20 July 1993) ('sur la loi réformant le code de la nationalité') (Fr); Decision 93-325 DC (13 August 1993) ('sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France') (Fr); Decision 96-377 DC (16 July 1996) ('portant sur la loi tendant à renforcer la répression du terrorisme') (Fr); Decision 98-389 DC (5 May 1998) ('sur la loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile') (Fr); Decision 2010-1 QPC (28 May 2010); Decision 2011-631 DC (9 June 2011) ('sur la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité') (Fr); Decision 2011-186/187/188/189 QPC (21 October 2011) (Mlle Fazia et autres) (Fr); Decision 2012-227 QPC (30 March 2012) (M Omar S)

⁷⁹ Bertossi, C, & Hajjat, A *Country Report: France* (Robert Schuman Centre for Advanced Studie 2013), 3,15.

و18 حزيران/ يونيو 1917. وبعد انتهاء الحرب، تحولت الأولوية السياسية إلى الاهتمامات الديمغرافية وزيادة التجنيس؛ وهذا ما يفسر لماذا كانت فرنسا، وعلى العكس من ألمانيا، متسامحةً مع ازواج الجنسية منذ الحرب العالمية الأولى.⁸³ منذ عام 1973، بات من الممكن للمواطنين الفرنسيين المقيمين في الخارج (في إطار المساواة الكاملة بين الجنسين) نقل جنسيتهم الفرنسية، خلال عدد لا حصر له من الأجيال، ويمكن لأزواجهم الأجانب اكتساب الجنسية الفرنسية عن طريق الزواج.⁸⁴

ث- جنوب إفريقيا

كانت معظم التحليلات لموضوع المواطنة حتى الآن في تجربة كل من الولايات المتحدة الأمريكية، وفرنسا وألمانيا مرتبطة بالمنطق والمفهوم الرسمي القانوني، ونتيجة لذلك، كانت المواطنة وضعًا أو شكلًا يرسم حدود المجتمع. إن جنوب إفريقيا تقدم نموذجًا لمفهوم المواطنة المفتوح

ويستند قانون الجنسية الفرنسي الحديث إلى المبادئ المنصوص عليها في قانوني عامي 1889 و1827؛ فمنذ ذلك الحين، كان تشريع الجنسية الفرنسية خليطًا بين مبدأ منح الجنسية نتيجة للولادة، ومبدأ منح الجنسية بناء على رابطة الدم، وسيطرة الدولة على تنظيم المواطنة (مثل سيطرته على التجنيس والزواج).⁸¹ كان القانون الفرنسي (1804) هو السباق في ابتكار مبدأ منح الجنسية بناءً على رابطة الدم، ومن ثم انتشر في قارة أوروبا خلال القرن التاسع عشر، وقد أعادت فرنسا ميزة منح الجنسية لأطفال المهاجرين أيضًا من خلال منح الجنسية بالولادة، وإن كان ذلك رغمًا عن إرادتهم. ففي الواقع قدرة هؤلاء الأطفال على رفض الجنسية الفرنسية تم إبطالها في عامي 1889 و1927.⁸²

خلال الحرب العالمية الأولى، وكرد على قانون "ديلبروك" الألماني (Delbruck Law) لعام 1913، الذي سمح للألمان الذين تجنسوا في الخارج استعادة جنسيتهم الأصلية، وضعت فرنسا إجراءات رسمية فيما يتعلق بفقدان الجنسية، مع القوانين التي تم سنّها في 7 نيسان/ ابريل 1915

(Fr); Decision 2012259 QPC (29 June 2012) (M Mouloud A) (Fr); Decision 2012-264 QPC (13 July 2012) (M Saïd K) (Fr).

⁸¹ Bertossi & Hajjat, 2, 5.

⁸² Ibid., 2.

⁸³ Ibid., 2, 5.

⁸⁴ Ibid., 2-3.

القرار مبنياً على حالة سابقة أكدت المحكمة فيها أن المواطنة ليست أساساً للتمييز المحظور.⁹⁰

وكذلك في عدة قضايا⁹¹ كان الفهم القانوني للمواطنة هو الأساس الذي اعترفت بموجبه المحكمة بواجب الدولة بالحماية الدبلوماسية خارج الحدود الإقليمية، بدلاً من توفير قدر أكبر من الرفاهية للمواطنين (وليس للمقيمين الدائمين) خارج الحدود الإقليمية، فلخصت إلى رؤية جمهورية للمواطنة.⁹²

وفي سلسلة من القضايا الأخرى التي تحدثت ما جاء به قانون الانتخابات من حرمان فئات معينة من المواطنين المسجلين من ممارسة حقهم في الانتخاب والتصويت؛ نتيجة لكونهم خارج إقليم الدولة يوم الانتخابات،⁹³ أكدت المحكمة الدستورية في إحدى قراراتها⁹⁴ أن صاحب الطلب فيها محمي حقه في التصويت دستورياً وهو مواطن مقيم في الخارج مؤقتاً قد انتهك حقه، لأنه منع من ممارسة حقه في

⁹⁰ see Larbi-Odam and Others v Member of the Executive Council for Education (North-West Province) and Another (1997) (S Afr); Klaaren, 100.

⁹¹ Kaunda and Others v President of the Republic of South Africa and Others (2004) (S Afr); and Von Abo v Government of the Republic of South Africa and Others (2009) (S Afr)

⁹² Klaaren, 104-6.

⁹³ Ibid., 106-7.

⁹⁴ See Richter v The Minister for Home Affairs and Others (2009) (S Afr).

نسيباً،⁸⁵ حيث يسود الانشغال الحديث بالحقوق والمنافع الممنوحة.⁸⁶

إلى جانب ذلك، بالنسبة لألمانيا وفرنسا والولايات المتحدة، كان هناك إمكانية لإصلاح مفهوم المواطنة أو تعديله، (ليصبح أكثر شمولية وأكثر مساواة) من خلال التعديلات الدستورية أو القوانين التشريعية أو الأوامر التنفيذية. أما في جنوب إفريقيا، فقد لعبت المحكمة الدستورية دوراً رئيساً في توسعة حقوق المواطنة.⁸⁷

في الواقع، كانت المحكمة الدستورية هي من أعطت المواطنين المثليين حقوقهم.⁸⁸ كما وسعت المحكمة الحقوق الاجتماعية والاقتصادية للأفراد غير المواطنين؛ لتصبح على قدم المساواة مع حقوق مواطني جنوب إفريقيا.⁸⁹ ويأتي هذا

⁸⁵ Choudhry, S and C Saunders, 'Symposium on citizenship: Forward,' (2010) 8 *International Journal of Constitutional Law*, 7.

⁸⁶ Klaaren, J, 'Constitutional citizenship in South Africa,' (2010) 8 *International Journal of Constitutional Law*, 97; Adelman, S, 'Sovereignty, Citizenship and the Universality of Socio-Economic Rights,' in Oscar Vilhena, Upendra Baxi and Frans Viljoen (eds) *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa* (Pretoria University Law Press 2013), 569-72.

⁸⁷ Shachar (2012) n2; Choudhry, 7.

⁸⁸ See National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Home Affairs (2000) (S Afr), via Shachar (2012) n2.

⁸⁹ See Khosa v Minister of Social Development and Mahlaule v Minister of Social Development (2004) (S Afr); Klaaren 100; Adelman 562

الممنوحة لهم والفوائد المترتبة على كونهم مواطنين، بقدر مسؤوليتهم تجاه الالتزامات والمسؤوليات التي تفرض عليهم بحكم مواطنتهم. فتنطوي المواطنة على عبء يتحمله المواطنون بالمساهمة المالية لموارد الدولة من خلال الضرائب.⁹⁸ وبطبيعة الحال، سيتطلب ذلك من الأجانب الذين لديهم إقامة في تلك الدولة دفع الضرائب، إلا أن هذا الالتزام هو التزام مؤقت يرتبط ارتباطاً وثيقاً بفترة إقامتهم. ومن الواجبات الأخرى التي تقتصر على المواطنين واجب الخدمة العسكرية، حيث ينطبق هذا على الدول التي تمتلك جيشاً رسمياً - بدون خدمة عسكرية إلزامية. فعند الحاجة إلى ذلك، على المواطنين الالتزام بتقديم واجبهم بالخدمة العسكرية.⁹⁹ ولا يزال عدد من الدول التي تطبق ما يمكن تسميته بالخدمة في هيئة المحلفين في الدعاوي المدنية والجنائية، كما هو الحال في الولايات المتحدة، على المواطنين في هذه الحالة الالتزام بهذه الخدمة.¹⁰⁰

كما أن على المواطنين الالتزام بالولاء والانتماء للدولة. وقد تم الاستناد في الماضي على هذه الحجة لتبرير رفض ازدواج الجنسية، ففي العديد من الدول الأخرى يجري تحديد ما يعنيه

التصويت بموجب حكم قانوني؛ مما يجعل من الممكن للناخبين المسجلين بممارسة حقهم المحمي دستورياً بالتصويت إذا أبلغوا عن غيابهم في الوقت المناسب لذلك.⁹⁵

5. الخاتمة

تقوم المواطنة على وعد بالمساواة أمام القانون للأفراد باعتبارهم جزءاً من المجتمع السياسي، كما تطلق مجموعة من الحقوق والفرص والامتيازات لأولئك الذين يعتبرون أعضاء كاملين في الدولة.⁹⁶ بإيجاز، وكما قالت هانا أرنودت، المواطنة؛ هي الحق الأساسي من أجل تحصيل باقي الحقوق.⁹⁷

وإلى جانب التمتع بالحقوق والحريات المرتبطة بالمواطنة، يتمتع المواطنون أيضاً بالحماية من دولتهم، فيشير دستور هنغاريا صراحة إلى هذا الالتزام الواقع على عاتق الدولة (مادة ج/3). وكجزء من مجتمع سياسي واحد، يُتوقع من المواطنين أن يتقاسموا هذا العبء، من خلال الوفاء بالتزاماتهم المدنية. ويشير دستور جنوب إفريقيا (المادة 3) إلى أن المواطنين متساوون في تحصيل حقوقهم والامتيازات

⁹⁵ Constitutional Court of South Africa, Media Summary.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid., 1011.

⁹⁸ Neuman, 599.

⁹⁹ Ibid., 598.

¹⁰⁰ Ibid.

وبناءً على ذلك، فإن طبيعة المواطنة تجمع بين كونها "شاملة داخلياً" و"مستبعدة للخارج".¹⁰⁷ كنتيجة، إن بعض الدساتير تستثني بصورة صريحة الأجانب الذين لا يحملون الجنسية من حقوق معينة، أو حتى تحد من إمكانية حصولهم عليها، حتى وإن كانت هذه الحقوق لا ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالحقوق السياسية (والتي غالباً ما تكون مرتبطة بالمواطنة، ولكن ليس بالضرورة). فعلى سبيل المثال، ينص دستور جمهورية أرمينيا لعام 1995 (مادة 28) على أنه لكل شخص الحق في الملكية الخاصة والميراث. ولا يحق للمواطنين الأجانب والأشخاص الذين لا يحملون الجنسية أن يملكوا الأراضي إلا في الحالات التي يجيزها القانون. على الرغم من ذلك وبشكل رسمي، فإن المواطنة ليست سوى وضع قانوني، كالإقامة القانونية على سبيل المثال، وإلى جانب ذلك قد نكتشف بالتمعن الدقيق أن الفجوة بين وضعين فيما يتعلق بالحقوق والواجبات داخل مجتمع سياسي معين آخذة في التقلص، وهذا ينطبق على العديد من البلدان. فيشارك غير المواطنين بصورة متزايدة ببعض مزايا الانتماء إلى مجتمع سياسي محدد؛ بفضل وضع الإقامة

الولاء، بحيث لا يشمل في طياته أي منع لانتقاد الدولة أو المعارضة السلمية.¹⁰¹ على سبيل المثال، في الولايات المتحدة تتمثل الخيانة في المساهمة والمشاركة في الحرب ضد الولايات المتحدة، أو تقديم المعونة لأعدائها.¹⁰² هذا وقد يكون الولاء مطلوباً أيضاً من قبل الأجانب ذوي العلاقة بالمجتمع السياسي، وذلك من خلال الإقامة المؤقتة التي يحملونها، غير أن هذا الالتزام يبقى مرهوناً بإقامتهم المؤقتة. أما بالنسبة للمواطنين فالوضع مختلف، حيث يتوجب عليهم الالتزام بالولاء، حتى عندما يكونون في الخارج وعند ازدواج جنسياتهم.¹⁰³ في العادة، يتم تقديم مصطلح المواطنة مقابل الحالة القانونية للمقيمين غير المواطنين.¹⁰⁴ حيث إن المواطنة تعمل على التمييز بين أولئك الذين يعتبرون بشكل قانوني أفراداً في الدولة وبين البقية،¹⁰⁵ (أي بين أولئك الذين يعتبرون أعضاء في المجتمع السياسي وبين غير المشمولين بذلك).¹⁰⁶

¹⁰¹ Ibid., 599.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Bosniak (2005), 198; Neuman, 588.

¹⁰⁵ Shachar, 1003.

¹⁰⁶ Siim, B, 'Citizenship,' in Waylen, G, Celis, K, Kantola, J, and Weldon, LS, (eds) *The Oxford Handbook of Gender and Politics* (OUP 2013), 758.

¹⁰⁷ Lister et al. 11; Siim, 758.

عضوًا في مجتمع سياسي (يتمتع بحقوق وواجبات متساوية)، ولا تتطوي بالضرورة على امتيازات أو مزايا لا يملكها أو لا يحتاجها المقيمون من غير المواطنين؛ ولكن من أجل أن تكون جزءًا من مجتمع سياسي، تتمتع فيه بالحقوق والحريات، فيجب النظر إلى المواطنة باعتبارها منظومة لا غنى عنها وإن اعتبرت حالة قانونية مجردة.

المؤقتة أو الدائمة التي يحصلون عليها.¹⁰⁸ إضافة إلى ذلك، فإن الاتجاه العام في جميع أنحاء العالم يتجه نحو إتاحة معظم حقوق الإنسان لجميع البشر، وليس للمواطنين فقط؛¹⁰⁹ الأمر الذي جعل من المواطنة مسألة غير جوهرية في كثير من الأحيان والمسائل.¹¹⁰

وعليه فإن النظر إلى المواطنة كوضع أو كرؤية يمكن مقارنتها مع وضع الأجنبي، هي رؤية مضللة لأن نقطة الانطلاق كانت خاطئة. يمكن فهم المواطنة بشكل أفضل إذا ما قورنت بحالة انعدام الجنسية، وعندئذ فقط، ستعني المواطنة ماهيتها بأبسط شكل (أي كما أسميه هنا، كـ"وضع قانوني مجرد") أي حدًا أدنى من الأمن والحماية اللذين لا غنى عنهما من قبل دولة ذات سيادة في عالم متمركز حول الدولة.¹¹¹

وكوضع قانوني مجرد، إن امتلاك الجنسية يعد مثل امتلاك الاسم، لا يجعل منك بالضرورة من أنت عليه، ولكن - في نفس الوقت - لا يمكنك أن تتواجد كشخص بشكل قانوني دون أن تمتلكها، فالمواطنة وحدها لا تجعل الفرد

¹⁰⁸ Bosniak (2005), 198-9.

¹⁰⁹ Turner, 82.

¹¹⁰ Brysk, A and Shafir, G, *People Out of Place: Globalization, Human Rights, and the Citizenship Gap* (Routledge 2004); Bosniak (2005), 197.

¹¹¹ Shachar, 1012.

Bibliography

Adelman, S, 'Sovereignty, Citizenship and the Universality of Socio-Economic Rights,' in Oscar Vilhena, Upendra Baxi and Frans Viljoen (eds) *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa* (Pretoria University Law Press 2013).

Aleinikoff, TA, 'Theories of Loss of Citizenship,' (1986) 84 *Michigan Law Review* 1471.

Bauböck, R, 'Towards a Political Theory of Migrant Transnationalism,' (2003) 37 *The International Migration Review* 700.

Bertossi, C, & Hajjat, A *Country Report: France* (Robert Schuman Centre for Advanced Studie 2013).

Bosniak, L, 'Citizenship Denationalized,' (2000) 7 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 447.

Bosniak, L, 'Citizenship,' in Tushnet, M, and Cane, P, (eds), *The Oxford Handbook of Legal Studies* (OUP 2005).

Bosniak, L, 'Persons and citizens in constitutional thought,' (2010), 8 *International Journal of Constitutional Law* 9.

Brysk, A and Shafir, G, *People Out of Place: Globalization, Human Rights, and the Citizenship Gap* (Routledge 2004).

Choudhry, S and C Saunders, 'Symposium on citizenship: Forward,' (2010) 8 *International Journal of Constitutional Law* 6.

Constitutional Court of South Africa, *Richter v The Minister for Home Affairs and Others* (2009), Media Summary.

<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2009/3media.pdf>

Eisgruber, CL, 'Birthright Citizenship and the Constitution,' (1997) 72 *New York University Law Review* 54.

Fullerton, M, 'Comparative Perspectives on Statelessness and Persecution,'" (2015) 63 *Kansas Law Review* 863.

Heater, D, *A Brief History of Citizenship* (Edinburgh University Press Ltd, 2004).

Horváth, E and R Rubio-Marín, "'Alles oder Nichts"? The outer boundaries of the German citizenship debate,' (2010) 8 *International Journal of Constitutional Law* 72.

Klaaren, J, 'Constitutional citizenship in South Africa,' (2010) 8 *International Journal of Constitutional Law* 94.

Kondo, A, (ed), *Citizenship in a Globalized World: Comparing Citizenship Rights for Aliens* (Palgrave Publishers Ltd, 2001).

Lansbergen, A and J Shaw, 'National membership models in a multilevel Europe,' (2010) 8 *International Journal of Constitutional Law* 50.

Maltz, EM, 'Citizenship and the Constitution: A History and Critique of the Supreme Court's Alienage Jurisprudence,' (1996) 28 *Arizona State Law Journal* 1135.

Mettler, S, and Walker, A, 'Citizenship,' in Béland, D, Morgan, KJ, and Howard, C, *Oxford Handbook of U.S. Social Policy* (OUP 2014).

Mukhopadhyay, M, 'Gendered Citizenship in the Postcolony: The Challenge for Transnational Feminist Politics,' In Baksh, R, and Harcourt, W, (eds) *The Oxford Handbook of Transnational Feminist Movements* (OUP 2015).

Neuman, GL, 'Citizenship,' in Tushnet, M, Graber, MA, and Levinson, S, (eds), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution* (OUP 2015).

Nyers, P, (ed), *Securitizations of Citizenship* (Routledge 2009).

Orgad, L, 'Illiberal Liberalism Cultural Restrictions on Migration and Access to Citizenship in Europe,' (2010) 58 *The American Journal of Comparative Law* 53.

Patterson, BC, 'Status,' Katz, SN (ed), *The Oxford International Encyclopedia of Legal History* (OUP 2009).

Pocock, J, 'The Ideal of Citizenship Since Classical Times,' in Shafir, G, (ed), *The citizenship debates: A Reader* (The University of Minnesota Press 1998).

Rodriguez, CM, 'Noncitizen voting and the extraconstitutional construction of the polity, (2010) 8 *International Journal of Constitutional Law* 30.

Schuck, PH, 'Citizenship,' in SN Katz, (ed), *The Oxford International Encyclopedia of Legal History* (OUP, 2009).

Schwartz, R, 'Dossier : la Constitution et le droit des personnes et de la famille,' *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39 (avril 2013). <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-39/constitution-et-nationalite.136897.html>

Shachar, A, 'Citizenship,' in Rosenfeld, M, and Sajó, A, (eds) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (PUP 2012).

Siim, B, 'Citizenship,' in Waylen, G, Celis, K, Kantola, J, and Weldon, LS, (eds) *The Oxford Handbook of Gender and Politics* (OUP 2013).

Spiro, PJ, 'Dual citizenship as human right,' (2010) 8 *International Journal of Constitutional Law* 111.

Stephens, JD, 'The Social Rights of Citizenship,' in , Castles, FG, Leibfried, S, Lewis, J, Obinger, H, and Pierson, C, (eds) *The Oxford Handbook of the Welfare State* (OUP 2010).

Turner, BS, 'Sociology of Human Rights,' in Shelton, D, (ed) *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (OUP 2013).

Volpp, L, 'The Culture of Citizenship,' (2007) 8 *Theoretical Inquiries in Law* 571.

Walzer, M, (1989), 'Citizenship,' in Ball, T, Farr, J, Hanson, R, (Eds.), *Political Innovation and Conceptual Change* (Cambridge University Press 1989).

Select Cases

- *Afroyim v. Rusk* [1967] (US)
- BVerfG Dec. 12, 2006 (Ger)
- BVerfG July 18. 2005 (Ger)
- BVerfGE Oct. 31, 1990 (Ger)
- *Cabell v. Chavez Salido* [1982] (US)
- *Dandridge v. Williams* [1970] (US)
- DECISION 93-321 DC OF 20 JULY 1993.
- DECISION 96-377 DC OF 16 JULY 1996.
- *Downes v. Bidwell* [1901] (US)
- *Dred Scott v Sanford* [1857] (US)
- *Elk v. Wilkins* [1884] (US)
- *Kaunda & Others v President of the Republic of South Africa & Others* [2004] (S Afr)
- *Khosa v Minister of Social Development and Mahlaule v Minister of Social Development* [2004] (S Afr)
- *Kramer v. Union Free School District No. 15* [1969] (US)
- *Larbi-Odam and Others v Member of the Executive Council for Education (North-West Province) and Another* [1997] (S Afr)
- *Laughterhouse Cases* [1873] (US)
- *Munaf v. Geren* [2008] (US)
- *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Home Affairs* [2000] (S Afr)
- *Nguyen v. INS* [2001] (US)
- *Nottebohm Case* (Liech. v. Guat.) (second phase) [1955 I.C.J. 4, 20 (Apr. 6)]
- *Pope v. Williams* [1904] (US)
- *Richter v The Minister for Home Affairs and Others* [2009] (S Afr)
- *Rogers v. Bellei* [1971] (US)
- *San Antonio Independent School District v. Rodriguez* [1973] (US)
- *Schneiderman v. United States* [1943] (US). Summary available at: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=215&p1=3&p2=3&case=18&p3=5>
- *The Bundesverfassungsgericht [BVerfG]*
- *Trop v. Dulles* [1958] (US)
- *United States v. Verdugo-Urquidez* [1990] (US)
- *Vance v. Terrazas* [1980] (US)
- *Von Abo v Government of the Republic of South Africa & Others* [2009] (S Afr)



جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY

وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/7)
فئة أوراق طلبة البكالوريوس

سلوى شكوكاني

الدفاع الشرعي الاستباقي في
القانون الدولي العام

تشرين أول / أكتوبر 2019



Anticipatory Self-Defence Under Public
International Law [Arabic]

الدفاع الشرعي الاستباقي في القانون الدولي العام

Salwa Shkukani سلوى شكوكاني

التدقيق اللغوي: د. نصر الله الشاعر

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (7/2019)
BA Students Papers Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/7)
فئة أوراق طلبة البكالوريوس

© 2019, 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

© 2019، 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:



بدعم من:

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

سلوى شكوكاني*

الدفاع الشرعي الاستباقي في القانون الدولي العام**

مقدمة

بعد انتهاء كل من الحرب العالمية الأولى والثانية وما نتج عنهما من خسائر جسيمة بحق البشرية تم تبني ميثاق الأمم المتحدة في النهاية، بعد عدة محاولات من أهمها عصبة الأمم؛ بهدف حفظ السلم والأمن الدوليين. وبالنتيجة شدّد الميثاق -تحديدًا في المادة (4/2)- على حظر استعمال القوة أو حتى التهديد بها.¹ كما أوجب حل المنازعات الدولية بالطرق والوسائل السلمية.²

على الرغم من تحريم استعمال القوة، أجاز الميثاق للدول استخدام القوة في حالتين استثنائيتين تم النص عليهما صراحة:³ أولاً، نظام الأمن الجماعي من خلال قرارات مجلس الأمن التي تصدر وفقاً للباب السابع.⁴ ثانياً، حق الدفاع الشرعي الذي يمثل عرفاً دولياً راکزاً تم تقنينه في نص المادة (51) من الميثاق، حيث جاء

* طالبة ماجستير في جامعة زيورخ، سويسرا. حاصلة على درجة البكالوريوس في القانون من كلية الحقوق والإدارة العامة بجامعة بيرزيت عام 2018. ** هذه الورقة في أصلها، دراسة أعدت استكمالاً لمتطلبات مساق "حلقة دراسية في القانون" (أستاذ المساق: أشرف صيام) خلال الفصل الدراسي الثاني 2018/2017، جامعة بيرزيت. وجرّت مناقشتها بتاريخ 12 أيار 2018.

¹ تنص المادة (4/2) من الميثاق على أنه "يُمنع أعضاء الهيئة جميعاً في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة".

² تنص المادة (3/2) من الميثاق على أنه "يفض جميع أعضاء الهيئة منازعاتهم الدولية بالوسائل السلمية على وجه لا يجعل السلم والأمن والعدل الدولي عرضة للخطر".

³ René Värk, "The Use of Force in the Modern World: Recent Developments and Legal Regulation of the Use of Force," *Baltic Defence Review* 10 (2003), 27.

⁴ انظر المادتين (41 و42) من ميثاق الأمم المتحدة.

الشرعي الاستباقي (Anticipatory Self-Defence) يقتصر على الدفاع الشرعي في حال وجود هجوم مسلح وشيك الوقوع ولكنه لم يقع بعد، وغالبًا ما يرتبط الدفاع الشرعي الاستباقي مع المعيار المعمول به في قضية كارولين الشهيرة في عام 1837،⁶ أما الضربات الانتقامية (Reprisal for Revenge) فتقوم على استخدام القوة بهدف الانتقام والعقاب كـ "درس"؛⁷ وهذه الضربات غير شرعية لدرجة أنه يتم أصلًا تجنّب استخدام هذا المصطلح حتى في الخطابات السياسية.⁸

تكمّن أهمية الورقة في تجميع المنقرق وترتيبه، من أجل تسهيل الوصول إلى المعلومة، ورسم صورة شاملة لدى القارئ، خاصة في ظل ندرة الأبحاث والدراسات في هذا الموضوع باللغة العربية. أضف إلى ذلك، شمول الورقة على بعدين اثنين وهما: النظري والتطبيقي. فمن خلال البعد النظري تصبح الورقة قابلة للدراسة والنقد والبناء عليها من قبل فئة الطلبة والباحثين، وفي هذا تأكيد على قيمتها العلمية. في حين أن الأهمية العملية للورقة تنعكس على المستوى التطبيقي وترتيب النتائج القانونية على أرض

فيها: "ليس في هذا الميثاق ما يضاعف أو ينتقص الحق الطبيعي للدول، فرادى أو جماعات، في الدفاع عن أنفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء "الأمم المتحدة" وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدولي، والتدابير التي اتخذها الأعضاء استعمالات لحق الدفاع عن النفس تبلغ إلى المجلس فوراً..." ويتضح من نص هذه المادة، أن حق الدفاع الشرعي مقيد ومشروط بكون الدولة ضحية تعرضت لهجوم مسلح. إلا أنه في ظل التغييرات والتطورات الراهنة فيما يتعلق بأسلحة الدمار الشامل مثل الأسلحة النووية والكيميائية، إضافة إلى المخاطر الإرهابية؛ نرى إعادة ظهور مبدأ موازٍ للدفاع الشرعي يخول الدولة الدفاع عن نفسها دون انتظار هجوم فعلي، بل لدرء خطر وشيك أو محتمل الوقوع، يطلق عليه "الدفاع الشرعي الاستباقي" أو ما يعرف أحيانًا بالضربة أو الحرب الاستباقية.⁵

ولا بدّ من التعامل مع المصطلحات بدقة؛ فقد يُفهم أن الضربة الاستباقية والضربة الانتقامية عبارة عن تعبيرين لمعنى واحد. ولكن في الحقيقة هنالك فرق سيتم توضيحه بإيجاز. إن الدفاع

⁷ Leo Van den hole, "Anticipatory Self-Defence under International Law," *American University International Law Review* 19 (2003), 69.

⁸ Michael Wood, "International Law and the Use of Force: What Happens in Practice," *Indian Journal of International Law* 53 (2013), 345.

⁵ William Lietzau, "Old Laws, New Wars: Jus ad Bellum in an Age of Terrorism," *Max Plank UNYB* 8 (2004), 383.

⁶ Charlotta Nilsson, "The Legality of Anticipatory Self-Defence in International Law" (Master Thesis, University of Lund: Sweden, 2008), 4.

التوصل إلى تدعيم الادعاء بعدم شرعية الدفاع الشرعي الاستباقي؛ وتشمل ما يلي:

1. ما التفسير الأدق لنص المادة (51) من الميثاق، بناء على اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات؟⁹
2. ما موقف محكمة العدل الدولية من الدفاع الشرعي الاستباقي؟¹⁰
3. ما موقف بقية أجهزة الأمم المتحدة؟ باستعراض بعض أشهر الحالات الواقعية.¹¹

يتحدد النطاق الزمني لهذه الورقة بسريان ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1945، إذ لن يكون محل دراسة الورقة البعد التاريخي وتطور الدفاع الشرعي الاستباقي كعرف دولي قبل تقنينه في المادة (51) من الميثاق؛ وذلك لأن الاهتمام لن ينصب على الادعاء القائل بشرعية الدفاع الشرعي الاستباقي كعرف دولي سابقاً، وإنما التساؤل حول استمراريته بعد تبني ميثاق الأمم المتحدة. وسيتجسد النطاق الموضوعي ليس فقط من خلال التطرق لنصوص الميثاق الجامدة وتفسيرها، إنما سنتناول الورقة الممارسات الدولية

الواقع، وتتجسد في ضرورة وضع حدّ فاصل بين الدفاع الشرعي المنسجم وأحكام القانون، خاصة المادة (51) من الميثاق، والدفاع الشرعي المتعسف والمنحرف عن نص المادة (51) ومقاصد الميثاق بأكمله، الذي يستخدم كغطاء ومبرر لضربات العدوان التي تشنها الدول لمصالحها الشخصية. وأخيراً، تقوم هذه الورقة على مواكبة التطورات التي تطرأ فهو موضوع قائم حالياً وموضع جدل، لذا تمتاز هذه الورقة بالتحديث والبناء التراكمي للمعلومات.

وينقسم الفقه بالنسبة لشرعية الدفاع الشرعي الاستباقي وانسجامه مع القانون الدولي العام إلى قسمين: قسم مؤيد للدفاع الشرعي الاستباقي من خلال التفسير الواسع للمادة (51)، وقسم آخر معارض للدفاع الشرعي الاستباقي المعتمد على التفسير الضيق للمادة (51). وهنا تبرز إشكالية الورقة في تحديد مدى شرعية الدفاع الشرعي الاستباقي وفقاً للقانون الدولي العام؛ مما يولد أسئلة تحاول الورقة الإجابة عنها من أجل

¹¹ هذا ما استدلل عليه الورقة من خلال عرض حالات واقعية أشهرها: أزمة الصواريخ السوفيتية في كوبا عام 1962، والعدوان الإسرائيلي على المفاعل النووي العراقي عام (1981). وفي بعض الحالات ظهر تعبير صريح من أجهزة الأمم المتحدة فيما يتعلق بالدفاع الشرعي الاستباقي منها: قرار مجلس الأمن رقم (487) لعام 1981، وقرار الجمعية العامة رقم (27/36) لعام 1981.

⁹ انظر المادتين (31-32) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969.

¹⁰ هذا ما استدلل عليه الورقة، من خلال قرارات فصلت فيها محكمة العدل الدولية مثل: قضية نيكارغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية (1986)، وقضية جمهورية إيران الإسلامية ضد الولايات المتحدة الأمريكية (2003)، وقضية كونغو ضد جمهورية أوغندا الديمقراطية (2005).

مدى شرعية الدفاع الشرعي الاستباقي، وذلك بفحص بعض الحالات الواقعية التي تم فيها استخدام الدفاع الشرعي الاستباقي وموقف أجهزة الأمم المتحدة سواء في محكمة العدل الدولية، أم في مجلس الأمن، أم في الجمعية العامة.

المبحث الأول:

مفهوم الدفاع الشرعي الاستباقي في ضوء تفسير نص المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة

لا خلاف على أن القانون الدولي العرفي سابقاً قد اعترف بحق الدفاع الشرعي الاستباقي، وكان ذلك جلياً من خلال ممارسات دولية عدة، أشهرها حادثة سفينة كارولين في عام 1837،¹³ إلا أن هدف الورقة فحص استمرارية الدفاع الشرعي الاستباقي، بعد تبني ميثاق الأمم المتحدة، ولا سيما بعد تقنينه في نص المادة (51).

يثار إشكال حول مفهوم الدفاع الشرعي في القانون الدولي العام، نتيجة لتفسيرات المتباينة والمختلفة لنص المادة (51) من ميثاق الأمم

متمثلة ببعض أجهزة الأمم المتحدة، أهمها محكمة العدل الدولية؛ لبيان المعايير والأسس التي تتبعها من أجل اعتبار الدفاع الشرعي متفقاً وأحكام القانون الدولي العام. وفي بعض الأحيان سنعالج قرارات صادرة عن مجلس الأمن والجمعية العامة بخصوص حالات واقعية شهيرة.

تهدف الورقة إلى تحديد ما إذا كان ثمة حق دفاع شرعي استباقي في القانون الدولي العام، أم أن الدفاع الشرعي مقتصر في حال وقوع هجوم مسلح بداية للرد عليه؟ وذلك من خلال تجميع الآراء الفقهية بغية الإجابة عن الإشكالية القانونية، من خلال معرفة ما إذا كانت مبررات تأييد الدفاع الشرعي الاستباقي تدحض براهين معارضي الدفاع الشرعي الاستباقي أم العكس.¹²

تنقسم الورقة إلى مبحثين رئيسيين: في المبحث الأول حديث عن مفهوم الدفاع الشرعي الاستباقي في ضوء تفسير نص المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة، وهذا يتطلب عرضاً لكل من التفسير الضيق والتفسير الواسع لها، ودراسة الأسانيد والحجج التي تم الاعتماد عليها في التفسير. وأما المبحث الثاني، فستتناول الورقة فيه

الصلة بالدفاع الشرعي الاستباقي؛ لخدمة الفكرة التي تسعى الورقة الوصول إليها.

¹³ Nilsson, "The Legality of Anticipatory Self-Defence," 12.

¹² تعتمد هذه الورقة على المنهج الوصفي بالدرجة الأولى، ولكن هذا المنهج لا يكفي أن يكون منهجاً وحده لأنه أشبه بتجميع المعلومات؛ لذا تستعين الورقة بمنهج مكمل وهو المنهج التحليلي. بعد التجميع سيتم تحليل النصوص القانونية وتفسيرها، ومقارنة الآراء الفقهية، وفحص الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة العدل الدولية ذات

المطلب الأول:

التفسير الضيق لنص المادة (51)

اعتمد أصحاب التفسير الضيق لنص المادة (51) خطوات ومعايير التفسير في المعاهدات الدولية بالاعتماد على اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969.¹⁶ الفصل الثالث من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات يطلق عليه عنوان "تفسير المعاهدات"، وتتص المادة (1/31) على القاعدة العامة في التفسير: "تفسر المعاهدة بحسن نية ووفقاً للمعنى الذي يعطى لألفاظها ضمن السياق الخاص بموضوعها والغرض منه". إضافة إلى ذلك، هنالك وسائل تكميلية لتفسير المعاهدات نصت عليها المادة (32) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات وتشمل الأعمال التحضيرية.

بداية، تتطرق الورقة لتفسير نص المادة (51) من الميثاق وفقاً للمادة (1/31) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. أولاً: لا بد من التفسير من خلال المعنى العادي والطبيعي للألفاظ الواردة ويكون ذلك من خلال اللجوء إلى معاجم اللغة.¹⁷ وتكمن الأهمية في تعريف "الاعتداء المسلح" إذ إنه محور الجدل، ويعرف باللغة الإنجليزية بـ

المتحدة؛¹⁴ فالمادة (51) تنص على الآتي: "ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينتقص الحق الطبيعي للدول، فرادى أو جماعات، في الدفاع عن أنفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء الأمم المتحدة..." فالخلاف يتمحور حول مصطلح "اعتدت قوة مسلحة".¹⁵ يجب أن يكون الاعتداء مسلحاً فعلياً ويفسر بالمعنى الضيق؛ أم يمكن أن يشمل أيضاً أي تهديد بالاعتداء المسلح، أي الاعتداء المستقبلي المتوقع، ويفسر بالمعنى الواسع؟ بمعنى آخر: هل يشترط أن تكون الدولة ضحية اعتداء مسلح قبل تفعيل حقها باستخدام الدفاع الشرعي؟

الغموض الذي يعتري هذا المصطلح أدى إلى الاختلاف حول نطاق الدفاع الشرعي، والذي يقود الورقة إلى عرض التفسير الضيق للمادة (51) في المطلب الأول. ومن ثم الانتقال، لعرض التفسير الواسع لها، الذي يعكس مفهوم الدفاع الشرعي الاستباقي من خلال المطلب الثاني.

¹⁶ McCormack, *Self-Defense*, 144-145.

¹⁷ Anne-Marie Carsten, "Interpreting Transplanted Treaty Rules," in *Interpretation in International Law*, ed. Andrea Bianchi and Daniel Peat and Mathew Windsor (United Kingdom: Oxford University Press, 2015), 236.

¹⁴ Timothy McCormack, *Self-Defense in International Law: The Israel Raid on the Iraq Nuclear Reactor* (New York: ST. Martin's Press, 1996), 121.

¹⁵ سيف غانم السويدي، "مدى مشروعية الدفاع الشرعي الاستباقي وفقاً لأحكام القانون الدولي المعاصر"، مجلة الأمن والقانون، 16، عدد 2 (2008): 244.

يضاف إلى ذلك، كان الغرض من الإشارة إلى الحق الطبيعي للدفاع الشرعي من أجل الرجوع إلى العرف في الموضوعات المتعلقة بالدفاع الشرعي التي سكت نص المادة (51) عنها، مثل شرط التناسبية (proportionality) وشرط الضرورة (necessity).²⁴

ثانيًا: بالاعتماد على نص المادة (31) تحديداً الجزء الثاني من الفقرة (1) يتم تفسير النص في سياق المعاهدة ككل أي بالاتصال مع باقي نصوصها.²⁵ وأهم نص يجب ربطه مع المادة (51) في محاولة لتفسيره هو نص المادة (4/2)، هذه المادة هي الأصل في تحريم استعمال القوة أو حتى التهديد بها بشكل مطلق، ويأتي الاستثناء عليها في المادة (51). والقاعدة المتعارف عليها أنه لا توسع في تفسير الاستثناء.

ومن الملاحظ أن المشرع ذكر "التهديد باستعمال القوة" في المادة (4/2)، وهذا تأكيد على إدراكه لخطورة هذه المسألة. ولو أراد إباحتها في الدفاع الشرعي لذكرها صراحة، فلم تسقط سهواً منه، وإنما لم يشر إليها بقصد.²⁶

"armed attack".¹⁸ فمعجم أوكسفورد عرف الهجوم بأنه "أعمال مسلحة تُستخدم للإضرار بالخصم ولهزيمته"،¹⁹ كما وعرفه معجم القانون من مجمع اللغة العربية في مصر بأنه "مجموع الأعمال التي تقوم بها دولة مستخدمة القوة المسلحة ضد دولة أخرى تشتبك معها في صراع مسلح محاولة بها أن تقهر إرادتها".²⁰ وبناء على التعريفات المشار إليها، تتجه الورقة لتبني فكرة أنه لا وجود لمعنى التهديد أو الهجوم المحتمل وفقاً للمعنى العادي للألفاظ، فلو أراد المشرع الدولي اشتغال التهديد لذلك صراحة فيقول: "إذا اعتدت قوة مسلحة أو وقع تهديد".²¹

كما أن إشارة المادة (51) في بدايتها إلى أن الدفاع الشرعي "حق طبيعي" (inherent right) لا يعني بقاء الدفاع الشرعي كما كان سابقاً كعرف دولي بدون أي قيود.²² وإنما الغرض التأكيد أن ميثاق الأمم المتحدة لن يلغي هذا الحق للدول، أو يحصره بالدول الأطراف في هيئة الأمم المتحدة فقط.²³

²³ السويدي، "مدى مشروعية الدفاع الشرعي الاستباقي"، 273.

²⁴ McCormack, *Self-Defense*, 123.

²⁵ Julian Arato, "Accounting for Difference in Treaty Interpretation Over Time," in *Interpretation in International Law*, ed. Andrea Bianchi and Daniel Peat and Mathew Windsor (United Kingdom: Oxford University Press, 2015), 209.

²⁶ السويدي، "مدى مشروعية الدفاع الشرعي الاستباقي"، 281.

¹⁸ السويدي، "مدى مشروعية الدفاع الشرعي الاستباقي"، 279.

¹⁹ المرجع السابق، 280.

²⁰ المرجع السابق، 279.

²¹ المرجع السابق، 280.

²² Stanimir Alexandrov, *Self-Defense against the Use of Force in International Law* (The Hague: Kluwer Law International, 1996), 94-95.

وجود تهديد على الدولة أن تقوم بإخطار مجلس الأمن وتترك له سلطة اتخاذ الإجراءات المناسبة.

ثالثاً: ينبغي النظر إلى حق الدفاع عن النفس بالتوازي مع تطور القانون الدولي الذي يهدف إلى حظر استخدام القوة، من أجل استبعاد الاستخدام الأحادي للقوة العسكرية، وتجنب خطر التصعيد؛²⁸ فالهدف والغرض من ميثاق الأمم المتحدة متجسد في الديباجة، حيث تنص على الآتي: "أن ننقذ الأجيال المقبلة من ويلات الحرب التي في خلال جيل واحد جلبت على الإنسانية مرتين أحزاناً يعجز عنها الوصف". و"أن نضم قوانا كي نحتفظ بالسلم والأمن الدولي". إضافة إلى الديباجة، فالمادة (3/2) تنص على الآتي: "يفض جميع أعضاء الهيئة منازعاتهم الدولية بالوسائل السلمية على وجه لا يجعل السلم والأمن والعدل الدولي عرضة للخطر". من الواضح أن الميثاق جاء أصلاً لتجنب الحروب وتجنب استخدام القوة المنفردة، وللتأكيد على اللجوء إلى الطرق السلمية.²⁹ لذلك، فإن الدفاع الشرعي

ومن المواد الأخرى ذات الصلة، المادة (39) من ميثاق الأمم المتحدة، وتتضمن الآتي "يقرر مجلس الأمن ما إذا كان قد وقع تهديد للسلم أو إخلال به أو كان ما وقع عملاً من أعمال العدوان، ويقدم في ذلك توصياته أو يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير طبقاً لأحكام المادتين (41-42) لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه".

فلا تنكر أو تتجاهل الورقة التغييرات الراهنة التي تجري في العالم اليوم، من وجود أسلحة نووية وكيميائية وبيولوجية ذات دمار شامل. قد يتساءل البعض هل من المنطق أن تنتظر الدولة المهتدة بخطر جسيم تحقق الشرط الواقعي بوقوع الاعتداء المسلح فعلاً، ومن ثم الرد عليه باستعمال الحق في الدفاع الشرعي؟ فهذا يتعارض مع العقل والمنطق، ويتضح أن المشرع لم يغفل "وقوع التهديد بالسلم" وإنما لم يتركه ضمن الدفاع الشرعي للدول بإرادتهم المنفردة، وإنما ارتأى أن يكون ضمن صلاحيات مجلس الأمن في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة.²⁷ لذلك، في حال

and others (United Kingdom: Oxford University Press, 2012).

<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/9780199639779.001.0001/law-9780199639779>

²⁹ حامل صليحة، "تطور مفهوم الدفاع الشرعي في ظل المتغيرات الراهنة: من الدفاع الشرعي إلى الدفاع الشرعي الوقائي" (رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري - الجزائر، 2011)، 6.

²⁷ ممدوح عز الدين أبو الحسنى، "الدفاع الوقائي في القانون الدولي العام وعدم مشروعية الحروب الإسرائيلية" (رسالة ماجستير، جامعة الأزهر - غزة، 2015)، 77.

²⁸ Nico Krisch, "Chapter VII Action with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression, Article 39," in *The Charter of the United Nations: A Commentary*, ed. Bruno Simma

يرى أصحاب التفسير الضيق أن المادة (51) ومن خلال المصطلح "إذا اعتدت قوة مسلحة" قيدت حق الدفاع الشرعي المطلق الذي كان سابقاً عرفاً دولياً. فالشرط الواقعي الضروري لتبرير الدفاع الشرعي هو العدوان المسلح، أي بعد وقوع عدوان مسلح. وهكذا يكون الدفاع الشرعي الاستباقي لمنع عدوان متوقع غير جائز.³³ فالقاضي فليب جيسيب يقول "الدفاع الشرعي يمارس فقط في حال وقوع اعتداء مسلح"،³⁴ كما يعبر لويس هنكن أن "حق الدفاع الاستباقي لا يوجد أساساً، وقد اتجه واضعو الميثاق إلى استخدام لغة واضحة عبرت بكل دقة عن أن الأمم يجب أن تبتعد عن المبادرة بالهجوم بحجة الوقاية أو الاستباق".³⁵ فتهديد السلام، وخرق السلام، والعدوان غير المسلح وحماية المصالح الحيوية والحقوق المغتصبة، كل ذلك لا ينهض مبرراً للدفاع الشرعي.³⁶ فالورقة تؤيد التفسير الضيق للمادة (51) بناء على الأسانيد والحجج التي تم الإشارة إليها أعلاه.

الاستباقي فيه توسيع للاستثناء، مما يتعارض مع الهدف والغرض من المعاهدة ولا يتوافق معه.

وبعد إسقاط المادة (31) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على المادة (51)؛ بغرض الوصول إلى تفسير موضوعي، لا بد من التطرق إلى المادة (32) التي تشمل الوسائل التكميلية في التفسير الخارجة عن النص، بما في ذلك الأعمال التحضيرية للمعاهدة؛ من أجل التأكد من النية السائدة وإزالة أي شكوك.³⁰ إن الأعمال التحضيرية للميثاق لم تتضمن أي إشارة إلى تقييد حق الدفاع الشرعي بوقوع هجوم مسلح.³¹ إلا أن سكوت الأعمال التحضيرية لا يكفي للقول بأنه هنالك تأييد للدفاع الشرعي الاستباقي، وإنما يمكن الرد على المؤيدين للدفاع الشرعي الاستباقي بأن الأعمال التحضيرية أيضاً سكنت عنه ولم تذكر بتاتا مصطلح "دفاع شرعي استباقي".³² لذلك، تتوصل الورقة إلى أن سكوت الأعمال التحضيرية فيما يتعلق بالدفاع الشرعي وتقييده أو فيما يتعلق بالدفاع الشرعي الاستباقي لا يصلح كأساس سليم لتدعيم الفقه المؤيد أو حتى المعارض.

³³ جمال الدين عطية، الدفاع الشرعي في القانون الدولي العام وميثاق الأمم المتحدة (بيروت: دار الفكر الحديث، د.ت)، 19.

³⁴ McCormack, *Self-Defense*, 122-123.

³⁵ عبد المجيد علي علي المبروك، "الدفاع الشرعي الاستباقي والقانون الدولي" (رسالة ماجستير، جامعة الفاتح- ليبيا، 2008)، 8.

³⁶ عطية، الدفاع الشرعي، 19.

³⁰ Jan Klabbbers, *The Concept of Treaty in International Law* (Netherlands: Kluwer Law International, 1996), 216.

³¹ السويدي، "مدى مشروعية الدفاع الشرعي الاستباقي"، 289-290.

³² المرجع السابق.

المطلب الثاني:

وقد استند أصحاب الرأي الواسع إلى العديد من الأفكار:

التفسير الواسع لنص المادة (51)

أولاً: استند أصحاب هذا التفسير بشكل أساسي إلى الحق في الدفاع الشرعي الاستباقي كعرف دولي قبل تبني ميثاق الأمم المتحدة.⁴⁰ واشتمال المادة (51) في بدايتها على أنه "ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينتقص الحق الطبيعي للدول" فيه تأكيد أن المادة (51) جاءت فقط لتقنين هذا الحق الموروث للدول وتأكيد، بدون انتقاصه أو تقييده.⁴¹ بمعنى آخر أن المادة (51) لم تكن منشئة لهذا الحق، وإنما جاءت كاشفة فقط.⁴² ومن الجدير بالذكر أنه يتم الإحالة في البحث عن مفهوم الدفاع الشرعي إلى مصدره العرفي، وكذلك في تحديد شروطه من ضرورة وتناسبية حتى يومنا هذا، وحتى بعد تبني ميثاق الأمم المتحدة.⁴³ وفي هذا بالنسبة للمؤيدين للدفاع الشرعي الاستباقي إقرار ضمني من المعارضين بأن العرف الدولي المتعلق بالدفاع الشرعي ما زال ساريًا لهذه اللحظة.⁴⁴

بعد عرض الورقة التفسير الضيق لنص المادة (51) من خلال طرح الحجج والأسانيد التي اعتمد عليها أصحاب هذا التفسير، ينتقل للتفسير الواسع لنص المادة (51) في هذا المطلب الثاني. وبذلك، يتمكن القارئ أن يرى الصورة الكاملة وليس من منظور واحد فقط. يقرّ التفسير الواسع لنص المادة (51) ويعترف بنشوء حق الدفاع الشرعي ضد المخالفات التي قد لا تصل إلى هجوم أو عدوان مسلح، ويطلق عليه "دفاع شرعي استباقي" أو قد يطلق عليه البعض "دفاع شرعي وقائي".³⁷ اجتمع الفقهاء على تعريف الدفاع الشرعي الاستباقي على أنه "ذلك الحق الذي تقوم فيه دولة أو مجموعة دول باستخدام القوة لمنع عدوان مسلح وشيك أو محتمل الوقوع يُرتكب ضد سلامة إقليمها أو استقلالها السياسي...".³⁸ وهنا يتم توسيع مفهوم "اعتدت قوة" لتشمل القوة كل أشكال التهديد بما فيها الضغوطات السياسية والاقتصادية، ولا تنحصر في القوة العسكرية.³⁹

⁴¹ أبو الحسن، "الدفاع الوقائي"، 57.

⁴² خالد عكاب حسون، "موقف القانون الدولي من الحرب الاستباقية"، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية 3، عدد 12 (2011): 284.

⁴³ السويدي، "مدى مشروعية الدفاع الشرعي الاستباقي"، 272.

⁴⁴ المرجع السابق.

³⁷ أبو الحسن، "الدفاع الوقائي"، 57.

³⁸ رنا عطا الله عبد العظيم عطا الله، الضربات الاستباقية: رؤيا قانونية (القاهرة: أيتراك للطباعة والنشر والتوزيع، 2009)، 11.

³⁹ صليحة، "تطور مفهوم الدفاع الشرعي"، 8-9.

⁴⁰ Raphael Steenbergh, "The Law of Self-Defence and the New Argumentative Landscape on the Expansionists Side," *Leiden Journal of International Law* 29 (1996): 43.

رابعاً: الدفاع الشرعي الاستباقي يجيز المباشرة في الضربة الأولى في حال كانت الدولة مهددة بخطر أو هجوم وشيك الوقوع. وهذا يتناسب ويتفق مع مبادئ ميثاق الأمم المتحدة التي تحت على حفظ السلم والأمن الدوليين؛ فلا يعقل أن تقف الدولة ساكنة في حال لجأت إلى مجلس الأمن، وعجز عن مساعدتها بسبب حق الفيتو الذي يقع عائناً في الكثير من الحالات.⁵⁰ ولذلك، تلجأ الدولة مضطراً إلى الضربة الاستباقية، لا سيما في حال كان الخطر من أسلحة نووية فتاكة؛ بهدف الحفاظ على السلم والأمن الدوليين.

خامساً وأخيراً: يوضح أصحاب التفسير الواسع أن الأعمال التحضيرية لم تناقش مفهوم الدفاع الشرعي وشروطه وقيوده.⁵¹ ويمكن تفسير هذا الصمت على أن نية واضعي الميثاق ورغبتهم اتجهت للحفاظ على الدفاع الشرعي المقرر سابقاً في العرف الدولي دون أي تعديل عليه.⁵²

بعد عرض كل من التفسير الضيق والواسع للمادة (51) من الميثاق، تدعم الورقة التفسير الضيق لأسباب ومسوغات عدة. استند أصحاب التفسير

ثانياً: لا ينكر أصحاب التفسير الواسع شمول المادة (51) على فكرة "إذا اعتدت قوة مسلحة". إلا أنهم يفسرون هذه الجملة على أنها فقط على سبيل المثال وليس الحصر، فلم ترد كقيد أو شرط لحصر الدفاع الشرعي.⁴⁵ أي أن الاعتداء المسلح فقط يمثل صورة من الصور العديدة التي يجوز فيها استخدام حق الدفاع الشرعي.⁴⁶

ثالثاً: يتطلب التفسير أن تراعي النصوص الجامدة المتغيرات والتطورات التي تحصل في العالم المحيط. فالقاضي هيجنز التي ترأست محكمة العدل الدولية سابقاً تعتبر أنه ليس منطقياً أن تنتظر الدولة المهتدة بأسلحة نووية - على سبيل المثال - أن تخترق هذه الأسلحة حدودها، حتى تستطيع ممارسة حقها بالدفاع الشرعي؛⁴⁷ فهذا يؤدي إلى تعطيل الغاية والهدف الذي جاء من أجله حق الدفاع الشرعي وإضعاف فاعليته.⁴⁸ لذلك، لا بد من أن يراعي التفسير ويواكب التطور، كما يقول الفقيه القانوني والدوك "تفسير نص المادة (51) يجب أن ينظر إليه في ضوء التطور الرهيب للأسلحة، مثل الأسلحة النووية".⁴⁹

⁴⁵ أبو الحسن، "الدفاع الوقائي"، 58.

⁴⁶ المرجع السابق.

⁴⁷ Ronald Rothwell, "Anticipatory Self-Defence in the Age of International Terrorism," *University of Queensland Law Journal* 23 (2005): 337.

⁴⁸ أسود محمد الأمين، "مدى مشروعية الضربات العسكرية الاستباقية في ضوء قواعد القانون الدولي المعاصر"، *مجلة الدراسات الحقوقية*، عدد 1 (2014): 107.

⁴⁹ حسون، "موقف القانون الدولي"، 288.

⁵⁰ Alexandrov, *Self-Defense against the Use of Force*, 150.

⁵¹ السويدي، "مدى مشروعية الدفاع الشرعي الاستباقي"، 286.

⁵² الأمين، "مدى مشروعية الضربات العسكرية الاستباقية"، 122.

المبحث الثاني:

مدى شرعية الدفاع الشرعي الاستباقي

تتطرق الورقة في المبحث الثاني منها إلى الممارسات الدولية والتطبيقات العملية؛ من أجل استنباط توجه أجهزة الأمم المتحدة فيما يتعلق بشرعية الدفاع الشرعي الاستباقي، فالمادة (31/3ب) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات تنص على الآتي: "أي تعامل لاحق في مجال تطبيق المعاهدة؛" أي ممكن تفسير المادة (51) في ضوء الممارسات اللاحقة والتطبيقية.

تتناول الورقة في المطلب الأول موقف محكمة العدل الدولية من الدفاع الشرعي الاستباقي في ثلاث قضايا وهي: قضية نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1986 المتعلقة بالأنشطة العسكرية والشبه عسكرية في نيكاراغوا وضدها، وقضية جمهورية إيران الإسلامية ضد الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 2003، وأخيراً قضية كونغو ضد جمهورية أوغندا الديمقراطية لسنة 2005.⁵³ أما فيما يتعلق بالمطلب الثاني، فتركز الورقة على قضية دولية شهيرة ومهمة، وهي العدوان الإسرائيلي على المفاعل النووي العراقي لسنة 1981، التي لم تعرض أمام محكمة العدل

الواسع بشكل أساسي إلى مصطلح "حق طبيعي" الذي ورد في بداية المادة (51) ليقولوا إن مفهوم الدفاع الشرعي الاستباقي العرفي السابق ظل ساريًا. إلا أن أصحاب التفسير الضيق يعتبرون أن مصطلح "حق طبيعي" جاء للتأكيد على حق الدول الأصل في ممارسة حق الدفاع الشرعي بعد تعرضها لهجوم مسلح، دون انتظار مجلس الأمن ليتصرف. يضاف إلى ذلك، أن الاعتماد على سكوت الأعمال التحضيرية استناد غير سليم؛ فالسكوت وحده ليس كافيًا لتسوية الدفاع الشرعي الاستباقي. وبالنتيجة، تتبنى الورقة التفسير الموضوعي المبني على أساس قانوني متمثل بقواعد تفسير المعاهدات حسب اتفاقية فيينا. وهذا ما اعتمده أصحاب التفسير الضيق إذ يركز التفسير بشكل أساسي على المعاني الطبيعية للألفاظ، ومدى انسجام وموائمة المادة (51) مع الغرض من الميثاق ونصوصه بأكملها. فيما يلي تعالج الورقة مدى شرعية الدفاع الشرعي الاستباقي في القانون الدولي، من خلال عرض بعض الممارسات الدولية والقضايا التطبيقية، سواء الحالات التي نُظرت أمام محكمة العدل الدولية وصدر فيها قرار، أو تلك الحالات التي لم تعرض على المحكمة.

⁵³ قضية قناة كورفو لسنة 1949 أيضًا ممكن اعتبارها مساندة للقضايا الثلاث فيما يتعلق بعدم شرعية الدفاع الشرعي الاستباقي.

وقاعدة بوتوسي البحرية، واختراق الأجواء الجوية النيكاراغوية والتحليق فوقها، وغيرها من الضربات.⁵⁶ ونتيجة لما تم ذكره أعلاه، تقدمت نيكاراغوا بطلب إلى محكمة العدل الدولية للنظر في هذه القضية؛ من أجل أن تكف الولايات المتحدة عن استخدام القوة، ولتحميلها المسؤولية عن أفعالها غير المشروعة التي تشكل انتهاكاً لميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي العرفي؛ كونها تتعارض مع مبدأ حظر استخدام القوة المسلحة بشكل صريح، ولا تصلح أن تُكَيَّف تلك الأعمال على أنها دفاع شرعي.⁵⁷

قررت المحكمة أن استخدام القوة من قبل الولايات المتحدة يخالف الشرعية الدولية، وأن تسويغها على أنه دفاع شرعي مرفوض؛ لأنه لا تتوفر فيه شروط المادة (51) من الميثاق. فبدائية، يجب أن تكون الأفعال غير المشروعة التي مارستها الدولة قد ظهرت ووصلت إلى هجوم مسلح لكي يتم تفعيل حق الدولة الأخرى باستخدام الدفاع الشرعي؛ وهذا ما نصت عليه الفقرة (211) من قرار المحكمة.⁵⁸ فرأت المحكمة أن الأفعال غير

الدولية وإنما لاقت ردًا من بقية أجهزة الأمم المتحدة مثل مجلس الأمن والجمعية العامة.⁵⁴ إلى جانب أزمة الصواريخ السوفيتية في كوبا لعام 1962، وقرار الجمعية العامة رقم (3314) لسنة 1974 بشأن تعريف العدوان.

المطلب الأول:

الدفاع الشرعي الاستباقي في ضوء أحكام محكمة العدل الدولية

يعرض هذا المطلب لثلاث قضايا نظرتها محكمة العدل الدولية، للتعرف على موقفها من الدفاع الشرعي الاستباقي:

أولاً: قضية نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1986 المتعلقة بالأنشطة العسكرية والشبه عسكرية في نيكاراغوا وضدها.⁵⁵

تتجسد حيثيات القضية باختصار بشن الولايات المتحدة هجمات على إقليم نيكاراغوا خلال الفترة 1983-1984 مثل الهجوم على مدينة كورنتو،

<https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>

⁵⁶ المبروك، "الدفاع الشرعي الاستباقي"، 29.

⁵⁷ المرجع السابق.

⁵⁸ Para. (211): "The Court has recalled above (paragraphs 193 to 195) that for one State to use force against another, on the ground that that State has committed a wrongful act of force against a third

⁵⁴ قضية حرب يونيو لسنة 1967 المتعلقة بهجوم إسرائيل على ثلاث دول عربية، أيضاً من القضايا المهمة فيما يتعلق بالدفاع الشرعي الاستباقي.

⁵⁵ انظر: قرار محكمة العدل الدولية في "القضية المتعلقة بالأنشطة العسكرية والشبه عسكرية في نيكاراغوا وضدها (نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية)"، في 27 حزيران 1986. المتوفر على الرابط التالي باللغة الإنجليزية:

العسكرية والشبه عسكرية في نيكاراغوا وضدها التي هي موضوع هذه القضية".⁶¹ كما ذكر القاضي ني ما يأتي: "المحكمة لم تجد من وقائع القضية ما يبهر ادعاء الولايات المتحدة أن أفعالها تشكل دفاعاً شرعياً".⁶² وهنا دليل يؤكد عدم شرعية الدفاع الشرعي الاستباقي كصورة من صور الدفاع الشرعي. إن تسويغ الولايات المتحدة لما شنته من هجمات عسكرية بأنها دفاع شرعي أمر يجانب الصواب ولا أساس له من الصحة.

وبذلك يمكن اعتبار أن محكمة العدل الدولية في قضية نيكاراغوا تبنت التفسير الضيق لنص المادة (51) وأكدت به بشكل غير مباشر.⁶³

ثانياً: قضية جمهورية إيران الإسلامية ضد الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 2003.⁶⁴

في 2 تشرين الثاني 1992، قدمت جمهورية إيران الإسلامية طلباً برفع دعوى أمام محكمة العدل الدولية ضد الولايات المتحدة الأمريكية،

⁶² Alexandrov, *Self-Defense against the Use of Force*, 230.

⁶³ Alexandrov, *Self-Defense against the Use of Force*, 232.

⁶⁴ انظر: قرار محكمة العدل الدولية في "القضية المتعلقة بمنصات النفط (جمهورية إيران الإسلامية ضد الولايات المتحدة الأمريكية)"، في 6 تشرين الثاني 2003. المتوفر على الرابط التالي باللغة الإنجليزية:

<https://www.icj-cij.org/files/case-related/90/090-20031106-JUD-01-00-EN.pdf>

المشروعة التي ارتكبتها نيكاراغوا لم تصل ولم ترتق إلى حد الهجوم المسلح. وتم التأكيد على أنه لتفعيل حق الدفاع الشرعي سيكون من الضروري التمييز بين أخطر أشكال استخدام القوة (تلك التي تشكل هجومًا مسلحًا) من أشكال أخرى أقل خطورة خلافاً للفقرة (191) من الحكم.⁵⁹

يضاف إلى ذلك، قررت محكمة العدل الدولية أن الدول لا تملك الحق في الرد المسلح تحت مظلة الدفاع عن النفس للأفعال التي لا ترقى إلى مستوى الهجوم المسلح، فنصت في الفقرة (232): "إن ممارسة الحق في الدفاع الجماعي عن النفس يفترض مسبقاً وقوع هجوم مسلح؛ يكون من الواضح أن الدولة ضحية". كما احتوت المادة (195) على المضمون نفسه.⁶⁰

وفي نهاية الحكم ورد في الفقرة الثانية الآتي: "إن المحكمة باثني عشر صوتاً مقابل ثلاثة، ترفض تبرير الولايات المتحدة الأمريكية المتمثل في الدفاع الجماعي عن النفس فيما يتعلق بالأنشطة

State, is regarded as lawful, by way of exception, only when the wrongful act provoking the response was an armed attack".

⁵⁹ Para. (191): "It will be necessary to distinguish the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) from other less grave form".

⁶⁰ Para. (232): "The exercise of the right of collective self-defence presupposes that an armed attack has occurred; and it is evident that it is the victim State"; Para. (195): "The exercise of this right is subject to the State concerned having been the victim of an armed attack".

⁶¹ المبروك، "الدفاع الشرعي الاستباقي"، 31.

الشرعي، وبالتالي لا يحق للولايات المتحدة شن هجمات على منصات النفط الإيرانية.

وبالنتيجة، وخلافاً للفقرة (78) من الحكم لا تصلح ترجمة هجمات الولايات المتحدة على أنها دفاع شرعي منسجم وأحكام القانون، وفي هذا تأكيد على عدم أخذ المحكمة بما يعرف بالدفاع الشرعي الاستباقي.⁶⁹

ثالثاً: قضية الكونغو ضد أوغندا لسنة 2005.⁷⁰

تعود جذور هذه القضية لواقعة غزو الجيش الأوغندي أجزاء من جمهورية الكونغو الديمقراطية، فقد أقامت الكونغو في وقت لاحق دعوى قضائية ضد أوغندا بسبب العدوان المسلح، واستغلال مواردها الطبيعية، ومختلف انتهاكات حقوق الإنسان الأخرى. سببت المحكمة في قرارها أن الشروط المسبقة لممارسة الدفاع الشرعي لم تكن

United Nations Charter, and as understood in customary law on the use of force”.

⁶⁹ Para. (78): “The Court thus concludes from the foregoing that the actions carried out by United States forces against Iranian oil installations on 19 October 1987 and 18 April...since those actions constituted recourse to armed force not qualifying, under international law on the question, as acts of self-defence...”

⁷⁰ انظر: قرار محكمة العدل الدولية في "القضية المتعلقة بالأنشطة المسلحة في أراضي الكونغو (جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد أوغندا)"، في 19 كانون الأول 2005. المتوفر على الرابط الآتي باللغة الإنجليزية:

<https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>

فيما يتعلق بتدمير منصات النفط الإيرانية.⁶⁵ وفي طلبها، وضحت إيران أن هجوم السفن الحربية التابعة للبحرية الأمريكية أدى إلى دمار ثلاثة مجمعات لإنتاج النفط البحري تملكها وتشغلها لأغراض تجارية مما يشكل خرقاً أساسياً للقانون الدولي.⁶⁶

أشارت المحكمة إلى قاعدة تفيد: "حيث أن الدفاع الشرعي لا يبرر إلا التدابير التي تتناسب مع الهجوم المسلح واللازم للاستجابة لها" باعتبارها "قاعدة راسخة في القانون الدولي العرفي".⁶⁷ كما أن الفقرة (51) من القرار وضحت المحكمة فيها أن الهجمات يجب أن تكون ذات طبيعة مؤهلة لهجوم مسلح بالمعنى المقصود في المادة (51)،⁶⁸ وخلصت المحكمة إلى أن الهجمات المزعومة لإيران لا ترقى إلى مستوى الهجوم المسلح الذي يفضي إلى الحق في الدفاع

⁶⁵ Ruwanthika Gunaratne, "ICJ Cases relating to Self-Defense and other matters related to the Use of Force (1984 – 2017)," Introduction to Public International Law, accessed 4 March 2018, <https://ruwanthikagunaratne.wordpress.com/2017/08/17/list-of-icj-cases-relating-to-self-defense-and-other-matters-related-to-the-use-of-force/>

⁶⁶ ibid.

⁶⁷ تقارير محكمة العدل الدولية لسنة 1986، 94، الفقرة 176.

⁶⁸ Para. (51): "Therefore, in order to establish that it was legally justified in attacking the Iranian platforms in exercise of the right of individual self-defence, the United States has to show that attacks had been made upon it for which Iran was responsible; and that those attacks were of such a nature as to be qualified as "armed attacks" within the meaning of that expression in Article 51 of the

حالة أن مجرد التهديد باستخدام القوة كافٍ لممارسة حق الدفاع الشرعي. وبمفهوم المخالفة يُعدّ موقف المحكمة رفضاً منها للدفاع الشرعي الاستباقي، وهذا الرفض من قبل محكمة العدل الدولية للدفاع الشرعي الاستباقي هو في الوقت نفسه تأييد للتفسير الضيق للمادة (51) من الميثاق.

المطلب الثاني:

موقف مجلس الأمن والجمعية العامة للأمم

المتحدة من الدفاع الشرعي الاستباقي

يعرض هذا المطلب لثلاث مناسبات يستشف منها موقف الأمم المتحدة من الدفاع الشرعي الاستباقي:

أولاً: العدوان الإسرائيلي على المفاعل النووي العراقي سنة 1981.

تمثل هذه الحادثة إحدى أشهر القضايا التي تم فيها الاستناد إلى الدفاع الشرعي الاستباقي بشكل صريح.⁷⁴ في عام 1981، هاجمت إسرائيل محطة نووية في العراق كانت تُستخدم لأغراض

متوفرة في أفعال الكونغو ضد أوغندا؛ لأن أوغندا لم تكن عرضة لهجمات مسلحة من القوات المسلحة للكونغو.⁷¹ بأغلبية ستة عشر صوتاً مقابل صوت واحد يكشف القرار أن جمهورية أوغندا، من خلال الانخراط في أنشطة عسكرية ضد جمهورية الكونغو الديمقراطية على أراضيها، انتهكت مبدأ عدم استخدام القوة في العلاقات الدولية.⁷² لم تقبل المحكمة بالدفع التي تمسكت بها جمهورية أوغندا بأن الأفعال التي مارستها ما هي إلا دفاع شرعي. ومن الجدير بالذكر، التأكيد على شرط وقوع هجوم مسلح أيضاً من الممكن استتباطه من الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن شرعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها لسنة 1996، تحديداً في الفقرة (38) و(41).⁷³

وفي خلاصة هذا المطلب، وعلى الرغم من عدم تعرض أي من قرارات المحاكم السابقة إلى مسألة الدفاع الشرعي الاستباقي بالتحديد ومباشرة، إلا أن المحكمة في كل من القضايا ربطت بين الدفاع الشرعي وبين اشتراط وقوع هجوم مسلح فعلي. تستنتج الورقة أن المحكمة لم تقتنع ولا بأي

activities against the Democratic Republic of the Congo...violated the principle of non-use of force in international relations and the principle of non-intervention".

⁷³ Van den hole, "Anticipatory Self-Defence," 73-74.

⁷⁴ السويدي، "مدى مشروعية الدفاع الشرعي الاستباقي"، 324.

⁷¹ Para. (147): "Since the preconditions for the exercise of self-defence do not exist in the circumstances of the present case, the Court has no need to enquire whether such an entitlement to self-defence was in fact exercised in circumstances of necessity and in a manner that was proportionate".

⁷² Para. (1): "By sixteen votes to one, Finds that the Republic of Uganda, by engaging in military

ولم يكتفِ مجلس الأمن بذلك، وإنما ألزم إسرائيل بالتعويض عن أفعالها، حيث نص في الفقرة (6) على الآتي: "يعتبر أن للعراق الحق في التعويضات الملائمة عن الدمار الذي كان ضحيته". وقال المندوب الغيني لدى الأمم المتحدة: "بينما منحت المادة الحادية والخمسون من ميثاق الأمم المتحدة الدول حق الدفاع الشرعي عند وقوع اعتداء مسلح ضد دولة عضو، فإنه لا يوجد في أي موضع من ميثاق الأمم المتحدة ما يؤكد على جواز الضربات الاستباقية التي تعتبر غير متوافقة مع أهداف وروح ومبادئ الأمم المتحدة".⁸¹ وتم تأييد هذا الموقف من العديد من الدول ومنها إسبانيا، ويوغوسلافيا، وسوريا، وباكستان.⁸²

يضاف إلى ذلك، صدور قرار من الجمعية العامة رقم (27/36) لسنة 1981 المعنون بـ "العدوان الإسرائيلي على المنشآت النووية العراقية وآثاره الخطيرة على النظام الدولي الثابت فيما يتعلق

سلمية، عن طريق قصف مركز أبحاث.⁷⁵ كان هجوم إسرائيل يستند فقط إلى الشعور بالتهديد من العراق بتطوير قنابل نووية؛ بينما كان الهجوم المسلح من العراق غائباً.⁷⁶ الهجوم الإسرائيلي على المفاعل النووي العراقي لم يكن ردًا على عدوان من العراق، وبذلك يكون تذرعهما بأن ما مارسته يشكل دفاعًا شرعيًا مخالفًا للقانون.⁷⁷ فالفقيه "Yoram Dinstein" قال: "الضربة الوقائية لم تكن مبررًا قانونيًا صحيحًا لضرب المفاعل النووي المعروف بالأوسيراك".⁷⁸ كما وأكد الفقيه "Randelzhofer" أن "الدفاع الشرعي الاستباقي" المعروف أيضا باسم "الدفاع الشرعي الوقائي" لا يتفق مع المادة (51).⁷⁹

وقد صدر قرار من مجلس الأمن رقم (487) لسنة 1981 أدان إسرائيل.⁸⁰ نصت الفقرة الأولى من القرار على الآتي: "يشجب بشدة الغارة العسكرية الإسرائيلية التي تشكل خرقًا فاضحًا لميثاق الأمم المتحدة ولمبادئ السلوك الدولي".

Michigan Journal of International Law 25 (2003): 135.

⁸⁰ قرار مجلس الأمن 487، S/RES/487، (19 حزيران 1981)، متوفر على الرابط:

[www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/487\(1981\)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/1981.shtml&Lang=E](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/487(1981)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/1981.shtml&Lang=E)

⁸¹ السويدي، "مدى مشروعية الدفاع الشرعي الاستباقي"، 329-330.

⁸² المرجع السابق، 330.

⁷⁵ أكد مندوب الطاقة الذرية لأعضاء مجلس الأمن على التزام العراق باخضاع برنامجها النووي للفحص الدوري. يضاف إلى ذلك، تأكيد العديد من الدول في خطاباتهم على الطبيعة السلمية للبرنامج النووي العراقي. انظر المرجع السابق، 82.

⁷⁶ Wood, "International Law and the Use of Force," 358.

⁷⁷ Harry Borowski, "Preventive Use of Force and the Just War Theory" (PhD Dissertation, Tulane University: United States, 2013), 114.

⁷⁸ *ibid*, 116.

⁷⁹ Alain Pellet, "The Charter of the United Nations: A Commentary of Bruno Simma's Commentary,"

لأمن الوطني في الولايات المتحدة.⁸⁴ إن عدم إدانة مجلس الأمن لهذه الأعمال من خلال قرار ليس دليلاً على قبول المجتمع الدولي لفكرة الدفاع الشرعي الاستباقي؛ فمن المعلوم أن الولايات المتحدة، كونها عضوًا دائمًا في المجلس، لديها حق استخدام الفيتو في أي قرار ليس لصالحها. إضافة إلى ذلك، لم تستخدم الولايات المتحدة أو الدول المؤيدة للدفاع الشرعي الاستباقي مسوغًا وسنًا صريحًا، وهذا قد يُحمل دليلاً على عدم استعداد أو تردد المجتمع الدولي في استخدام هذا السند القانوني.⁸⁵ وبهذا يتم ضحد الرأي القائل بأن القضية المعروضة دليل قوي على شرعية الدفاع الشرعي الاستباقي.

ثالثًا: قرار الجمعية العامة رقم (3314) لسنة 1974 بشأن تعريف العدوان.

لم ينص هذا القرار على التهديد باستعمال القوة المسلحة في تعريفه للعدوان، وإنما نص على الاستخدام الفعلي للقوة المسلحة، حيث عرف العدوان بأنه: "استخدام القوة المسلحة من جانب إحدى الدول ضد سيادة وحدة الأراضي أو

باستخدام الطاقة النووية في الأغراض السلمية، والسلم والأمن الدوليين".⁸³ وتنص الفقرة الأولى من القرار على الآتي: "تدين بقوة إسرائيل لعملها العدوان المتعمد الذي لم يسبق له مثيل والذي ارتكبه انتهاكا لميثاق الأمم المتحدة وقواعد السلوك الدولي، الأمر الذي يشكل تصاعدًا جديدًا وخطيرًا...". فعلى الرغم من عدم تطرق الدول التي أدانت هذا الهجوم للدفاع الشرعي الاستباقي بشكل مباشر، فإن موقفهم يمكن عدّه إقرارًا ضمنيًا من الدول بعدم اعترافهم بشرعية الدفاع الشرعي الاستباقي، وأخذهم بالتفسير الضيق للمادة (51).

ثانيًا: أزمة الصواريخ السوفيتية في كوبا عام 1962.

في 22 تشرين الأول 1962 أعلن رئيس الولايات المتحدة جون كينيدي عن عزمه فرض حجر بحري (naval quarantine) على كوبا من أجل إجبارها على التلخص من أي صواريخ سوفيتية سرية متواجدة فيها، إذ إن مثل هذه الأسلحة ذات الدمار الشامل تشكل تهديدًا وشيخًا

pts/dhl/resguide/r36_resolutions_table_eng.htm&lang=A

⁸⁴ Thomas M. Franck, *Recourse to Force: State Action against Threats and Armed Attacks* (United Kingdom: Cambridge University Press, 2002), 99-100.

⁸⁵ السويدي، "مدى مشروعية الدفاع الشرعي الاستباقي"، 315-316.

⁸³ قرار الجمعية العامة 27/36، العدوان الإسرائيلي على المنشآت النووية العراقية وآثاره الخطيرة على النظام الدولي الثابت فيما يتعلق باستخدام الطاقة النووية في الأغراض السلمية، والسلم والأمن الدوليين، 27/36/RES/A (13 تشرين الثاني 1981)، متوفر على الرابط:

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?sy_mbol=A/RES/36/27&referer=http://www.un.org/de

النص التشريعي هو أساس الجدل الحاصل حول تحديد مدى شرعية الدفاع الشرعي الاستباقي من عدمه. لقد أدى غياب النص التشريعي الواضح إلى أن تقوم بتفسيره تفسيرات متباينة ومختلفة بما يتماشى ويتوافق مع مصالحها، حيث يتم تحميل النص فوق طاقته،⁸⁸ فتارةً يتم التوسع في تفسير النص وتارةً أخرى يتم التضييق في تفسيره.

إضافة إلى غياب النص التشريعي الجازم، هناك فقدان لأحكام قضائية من محكمة العدل الدولية تتطرق للدفاع الشرعي الاستباقي بشكل مباشر، وتأخذ حكمًا صريحًا برفض أو تأييد الدفاع الشرعي الاستباقي.⁸⁹ وعلى الرغم من توافر قرارات من محكمة العدل الدولية تعالج الدفاع الشرعي بشكل عام، إلا أن هذا يترك المجال للاجتهادات الفقهية ولا يعطي قرارًا قاطعًا في مسألة الدفاع الشرعي الاستباقي.

ولكن في الخلاصة، ونتيجة اتباع الورقة المنهج التحليلي إلى جانب المنهج الوصفي تم الاستدلال، من خلال العديد من الأسانيد القانونية، على عدم شرعية الدفاع الشرعي الاستباقي، وفي ذلك إجابة على إشكالية الورقة. وقد توصلت الورقة إلى عدة نتائج، أهمها:

الاستقلال السياسي لدولة أخرى أو بأي طريقة أخرى لا تتفق مع ميثاق الأمم المتحدة".⁸⁶ وفي جلسة الجمعية العامة بتاريخ 23 أيلول 2003 أيد هذا الرأي الأمين العام للأمم المتحدة "كوفي أنان" الذي رفض فكرة الضربات الاستباقية واعتبرها سببًا لضياع الشرعية الدولية وتجاهلاً لدور مجلس الأمن والأمم المتحدة بشكل عام.⁸⁷

والآن نقيم الورقة الحالات التي تم ذكرها من خلال أخذ حالة افتراضية أن الدولة (س) لم تقم بأي هجوم مسلح ضد الدولة (ص)، إلا أن الدولة (ص) فقط تملك أسلحة نووية، فحيازة الأسلحة هذه وحدها لا تشكل هجومًا مسلحًا، ولا تكفي لتكون قاعدة شرعية للدفاع الشرعي. فإذا تم التسليم بأن حيازة الأسلحة هو تهديد كافٍ لتفعيل الدفاع الشرعي، فبذلك تصل الورقة إلى أن كل دولة تملك أسلحة نووية تشكل هدفًا مشروعًا للهجوم؛ وهو ما ينافي المنطق والعقل، ثم إنه يخالف صراحة المادة (51) من الميثاق.

خاتمة:

يتضح أن البحث في بيان مدى شرعية الدفاع الشرعي الاستباقي من أكثر الموضوعات جدلاً وتعقيدًا في القانون الدولي العام. وعدم وضوح

⁸⁷ السويدي، "مدى مشروعية الدفاع الشرعي الاستباقي"، 349.

⁸⁸ المرجع السابق، 351.

⁸⁹ المرجع السابق.

⁸⁶ قرار الجمعية العامة 3314، تعريف العدوان، XXIX (14 كانون الأول 1974)، متوفر على الرابط الآتي:

<http://hrlibrary.umn.edu/instreet/GAres3314.html>

الإسلامية ضد الولايات المتحدة، رفضوا ادعاءات الدول بحقهم في استعمال الدفاع الشرعي؛ لغياب هجوم مسلح مسبق وهذا رفض ضمني لحالات الدفاع الشرعي الاستباقي. وتأييدا لما سبق، صدور قرار الجمعية العامة رقم (3314) سنة 1974 بشأن تعريف العدوان، فتعريف العدوان لم ينص على التهديد باستخدام القوة أو اعتباره صورة من صور العدوان.

رابعا وأخيرا، توصلت الورقة إلى أن القانون الدولي سواء من الناحية النظرية أو العملية لا يقر بشرعية الدفاع الشرعي الاستباقي؛ لأن الاقرار بشرعية الدفاع الشرعي الاستباقي الذي يسمح باستخدام القوة، في حال وجود هجوم محتمل أو تهديد فقط، يؤدي إلى إلغاء فاعلية نص المادة (4/2) الذي يؤكد حظر استعمال القوة، وسلب صلاحيات مجلس الأمن من أخذ تدابير القمع، وأخيرا استغلال الدول لهذا الحق، خاصة الدول العظمى، لتحقيق مصالحها الشخصية؛ مما سيؤدي إلى زيادة في استعمال القوة المنفردة وانتشار الفوضى، في ظل انتشار أسلحة الدمار الشامل.⁹¹ كل ما ذكر يصل بالنتيجة إلى تجريد الأمم المتحدة من غايتها والعودة بنا إلى حالة أن القوي يأكل الضعيف.⁹²

أولا، عدم شرعية الدفاع الشرعي الاستباقي، من خلال تطبيق قواعد تفسير المعاهدات الواردة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على نص المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة. فالمادة (51) قصرت حق الدفاع الشرعي في حال تحقق شرط وقوع هجوم مسلح فعلي وليس محتملاً.

ثانيا، أكدت الورقة صحة التفسير الضيق للمادة (51) من خلال التطبيقات والممارسات الدولية، حيث إن المجتمع الدولي أدان عدة هجمات أو ضربات استباقية وأعرب عن عدم رغبته في التوسع في الاستثناء الخاص بالدفاع الشرعي، وأشهرها قرار مجلس الأمن رقم (487) وقرار الجمعية العامة رقم (27/36) لسنة 1981 المُدينين بشدة للهجوم الإسرائيلي على المفاعل النووي العراقي. فهذه الإدانات المتكررة دليل على انتفاء الركن المعنوي للعرف، رداً على الادعاء القائل بصحة الدفاع الشرعي الاستباقي بناء على نشوء عرف دولي جديد.⁹⁰

ثالثا، اعتمدت الورقة أيضاً على أحكام محكمة العدل الدولية كأسانيد تؤكد عدم شرعية الدفاع الشرعي الاستباقي. ومن أهم القضايا قضية الأنشطة العسكرية والشبه عسكرية في نيكاراغوا وضدها عام 1986، وقضية جمهورية إيران

⁹² المرجع السابق.

⁹⁰ المرجع السابق، 352.

⁹¹ المرجع السابق، 353.

[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?sy_mbol=S/RES/487\(1981\)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/1981.shtml&Lang=E](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?sy_mbol=S/RES/487(1981)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/1981.shtml&Lang=E)

▪ قرار الجمعية العامة (27/36)، العدوان الإسرائيلي على المنشآت النووية العراقية وآثاره الخطيرة على النظام الدولي الثابت فيما يتعلق باستخدام الطاقة النووية في الأغراض السلمية، والسلام والأمن الدوليين، A/RES/36/27، 13 تشرين الثاني 1981. متوفر على الرابط:

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?sy_mbol=A/RES/36/27&referer=http://www.un.org/depts/dhl/resguide/r36_resolutions_table_eng.htm&Lang=A

ثانياً: المراجع:

- ❖ المراجع العربية:
 - أبو الحسنى، ممدوح عز الدين. "الدفاع الوقائي في القانون الدولي العام وعدم مشروعية الحروب الإسرائيلية". رسالة ماجستير، جامعة الأزهر - غزة، 2015.
 - الأمين، أسود محمد. "مدى مشروعية الضربات العسكرية الاستباقية في ضوء قواعد القانون الدولي المعاصر". مجلة الدراسات الحقوقية، عدد 1 (2014): 107-127.
 - حسون، خالد عكاب. "موقف القانون الدولي من الحرب الاستباقية". مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية 3، عدد 12 (2011): 284-309.
 - السويدي، سيف غانم. "مدى مشروعية الدفاع الشرعي الاستباقي طبقاً لأحكام القانون الدولي المعاصر". مجلة الأمن والقانون 16، عدد 2 (2008): 244-358.
 - صليحة، حامل. "تطور مفهوم الدفاع الشرعي في ظل المتغيرات الدولية الراهنة: من الدفاع الشرعي إلى الدفاع الشرعي الوقائي". رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري - الجزائر، 2011.

المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

- ❖ الاتفاقيات الدولية
 - ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945. متوفر على الرابط: <https://www.un.org/ar/charter-united-nations/>
 - النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لعام 1945. متوفر على الرابط: <https://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-ar.pdf>
 - اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969. متوفرة على الرابط: <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/viennaLawTreatyCONV.html>
- ❖ أحكام محكمة العدل الدولية:
 - قرار محكمة العدل الدولية في "القضية المتعلقة بالأنشطة العسكرية والشبه عسكرية في نيكاراغوا وضدها (نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية)"، في 27 حزيران 1986. متوفر على الرابط: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>
 - قرار محكمة العدل الدولية في "القضية المتعلقة بمنصات النفط (جمهورية إيران الإسلامية ضد الولايات المتحدة الأمريكية)"، في 6 تشرين الثاني 2003. متوفر على الرابط: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/90/090-20031106-JUD-01-00-EN.pdf>
 - قرار محكمة العدل الدولية في "القضية المتعلقة بالأنشطة المسلحة في أراضي الكونغو (جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد أوغندا)"، في 19 كانون الأول 2005. متوفر على الرابط: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-BI.pdf>
- ❖ قرارات الجمعية العامة ومجلس الأمن، الأمم المتحدة:
 - قرار الجمعية العامة (3314)، تعريف العدوان، XXIX، 14 كانون الأول 1974. متوفر على الرابط: <http://hrlibrary.umn.edu/instrree/GAres3314.html>
 - قرار مجلس الأمن (S/RES/487)، 19 حزيران 1981. متوفر على الرابط:

[017/08/17/list-of-icj-cases-relating-to-self-defense-and-other-matters-related-to-the-use-of-force/](https://www.icj-ijc.org/cases/017/08/17/list-of-icj-cases-relating-to-self-defense-and-other-matters-related-to-the-use-of-force/)

- Klabbers, Jan. *The Concept of Treaty in International Law*. Netherlands: Kluwer Law International, 1996.
- Lietzau, William. "Old Laws, New Wars: Jus ad Bellum in an Age of Terrorism." *Max Plank UNYB* 8 (2004): 383-455.
- McCormack, Timothy L. H. *Self-Defense in International Law: The Israeli Raid on the Iraqi Nuclear Reactor*. New York: St. Martin's Press, 1996.
- Nilsson, Charlotta. "The Legality of Anticipatory Self-Defence in International Law." Master Thesis, University of Lund, 2008.
- Pellet, Alain. "The Charter of the United Nations: A Commentary of Bruno Simma's Commentary." *Michigan Journal of International Law* 25 (2003): 135-151.
- Rothwell, Ronald. "Anticipatory Self-Defence in the Age of International Terrorism." *University of Queensland Law Journal* 23 (2005): 337-354.
- Steenbergh, Raphael. "The Law of Self-Defence and the New Argumentative Landscape on the Expansionists Side." *Leiden Journal of International Law* 29 (1996): 43-65.
- Van den hole, Leo. "Anticipatory Self-Defence under International Law." *American University International Law Review* 19 (2003): 69-106.
- Värk, René. "The Use of Force in the Modern World: Recent Developments and Legal Regulation of the Use of Force." *Baltic Defence Review* 10 (2003): 27-44.
- Wood, Michael. "International Law and the Use of Force: What Happens in Practice." *Indian Journal of International Law* 53 (2013): 345-367.

- عطا الله، رنا عطا الله عبد العظيم. *الضربات الاستباقية: رؤيا قانونية*. القاهرة: أيتراك للطباعة والنشر والتوزيع، 2009.
- عطية، جمال الدين. *الدفاع الشرعي في القانون الدولي العام وميثاق الأمم المتحدة*. بيروت: دار الفكر الحديث، د.ت.
- المبروك، عبد المجيد علي علي. "الدفاع الشرعي الاستباقي والقانون الدولي". رسالة ماجستير، جامعة الفاتح - ليبيا، 2008.

❖ *المراجع الأجنبية:*

- Alexandrov, Stanimir A. *Self-defense against the use of force in international law*. Netherlands: Kluwer Law International, 1996.
- Arato, Julian. "Accounting for Difference in Treaty Interpretation Over Time." In *Interpretation in International Law*, edited by Andrea Bianchi and Daniel Peat and Mathew Windsor, 205-228. United Kingdom: Oxford University Press, 2015.
- Borowski, Harry. "Preventive Use of Force and the Just War Theory." PhD Dissertation, Tulane University, 2013.
- Carsten, Anne-Marie. "Interpreting Transplanted Treaty Rules." In *Interpretation in International Law*, edited by Andrea Bianchi and Daniel Peat and Mathew Windsor, 229-247. United Kingdom: Oxford University Press, 2015.
- Franck, Thomas M. *Recourse to Force, State Action against Threats and Armed Attacks*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2002.
- Gunaratne, Ruwanthika. "ICJ Cases relating to Self-Defense and other matters related to the Use of Force (1984 – 2017)." Introduction to Public International Law, accessed 4 March 2018, <https://ruwanthikagunaratne.wordpress.com/2>



جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY

وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/8)
فئة أوراق مرجعية

ناديا أبوعليا، ميرا خياط ويارا الزعارير
قراءة في مكونات قطاع العدالة:
فلسطين في ضوء تجارب مقارنة

تشرين الثاني / نوفمبر 2019



Readings in the components of the Justice Sector:
Palestine in light of comparative studies [Arabic]

قراءة في مكونات قطاع العدالة: فلسطين في ضوء
تجارب مقارنة

Nadia Abu Alia, Mira Khayyat & Yara Zarir ناديا أبوعليا، ميرا خياط ويارا الزعارير

التدقيق اللغوي: د. نصر الله الشاعر

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (8/2019)
Background Papers Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/8)
فئة أوراق مرجعية

© 2019, 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

© 2019، 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
لِلدراسات 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:



بدعم من:

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

ناديا أبو عليا، ميرا خياط ويارا الزعابير*

قراءة في مكونات قطاع العدالة:

فلسطين في ضوء تجارب مقارنة**

مقدمة

يواجه قطاع العدالة في فلسطين صعوبات أثرت على علاقته مع باقي المؤسسات. وكان لعدم وجود حدود فاصلة في الصلاحيات والأدوار والاختصاصات بين المؤسسات الحكومية دور في تعزيز هذه المعوقات. كما كان لحالة الانقسام السياسي الفلسطيني دورٌ في جعل الأمر أكثر تعقيداً من ناحية نشوب تعارض في السياسات، والازدواجية في العمل، بالإضافة إلى تعدد المصادر والمرجعيات القانونية. وقد أدى غياب الفصل بين السلطات وما آلت إليه من إشكاليات بين مؤسسات قطاع العدالة وضعف التنسيق بينها، وتدخل السلطة

* مساعدات بحث، فريق الخبراء الفلسطينيين الشباب، كرسي الشيخ حمد بن خليفة آل ثاني للقانون الدستوري والدولي (الكرسي). تم تكليف الباحثات بتحضير الأوراق المرجعية (لهذه الورقة) ومتابعة إجراءات مراجعتها من قبل مختصين وتحريرها وتحضيرها للنشر من قبل د. عاصم خليل، قائم بأعمال مدير معهد الحقوق في حينه، شاغل الكرسي.

** في الأول من أيلول 2017، أصدر الرئيس الفلسطيني مرسوماً بتشكيل لجنة رئاسية للإصلاح القضائي، فكان على هذه اللجنة -خلال عام- إصدار توصيات لإصلاح القضاء في فلسطين. وعلى ضوءها اتخاذ الإجراءات اللازمة في القطاع القضائي. وبعد تكليف الباحثات بتحضير أوراق مرجعية تم تسليم النسخة الأولية من الأوراق إلى اللجنة الرئاسية للمساعدة في إصدار التوصيات، وكانت هذه الموضوعات تتمحور حول مجلس القضاء الأعلى، ووزارة العدل، والنيابة العامة؛ نظراً للدور المهم لتلك المؤسسات الثلاث في فلسطين. ولهذا تأتي هذه الورقة كتجميع للأوراق المرجعية الثلاث بعد مراجعتها من قبل مختصين. ولا تشمل هذه الورقة كافة المؤسسات التي تدخل ضمن قطاع العدالة، بل تكتفي بالمؤسسات الثلاث المشار إليها أعلاه. تُساعد هذه الورقة في تشكيل فكرة عامة عن أنظمة جديد وبدائل متبعة في دول العالم لتكون وسيلة للإصلاح القضائي وضمان كفاءته وفعاليته. تجدر الإشارة إلى أن هذه الورقة تم تحضيرها قبل صدور القرارين بقانون رقم (16) و(17) للعام 2019 اللذين نتج عنهما تشكيل مجلس أعلى انتقالي للقضاء. وبالتالي، فإن الورقة لا تغطي الأحداث التي تمت بعد ذلك. وقد تم متابعة نشر هذه الورقة كون موضوع إصلاح القضاء لم ينته بعد وبالتالي يمكن أن تشكل هذه الورقة مساهمة في الجهود الرامية إلى ذلك.

تجدر الإشارة إلى أن جميع المراجع الإلكترونية المشار إليها في الورقة تمت زيارتها خلال العام 2018 ما لم يرد ما يفيد بغير ذلك.

الأسلوب المقارن في أنظمة دول العالم المقاربة للنظام الفلسطيني مثل تونس، والأردن، ومصر، وبلدان أجنبية مثل فرنسا وإيطاليا؛ كون هذه الدول تبرز بإصلاحها القضائي وحيادها الفعال، والمقارنة مع الجانب الفلسطيني.

1. مجلس القضاء الأعلى

للمجالس القضائية أهمية ودور كبير في استقلال السلطة القضائية، ونظرًا لهذه الأهمية يجب أن يكون عملها منظمًا، وتعمل بشفافية، وخاضعة للمساءلة أيضًا. تم إنشاء المجالس أو اللجان القضائية في العديد من البلدان لتحسين عملية الاختيار القضائي.¹ وعلى الرغم من وجود مجالس قضائية في كل من الدول الأنجلوسكسونية واللاتينية، إلا أن المجالس تعد سمة بارزة بشكل خاص في الثقافات القانونية لبلدان القانون اللاتيني.²

¹ Daniel J. Hall, Jan M. Stromsen, and Richard B. Hoffman, "Professional Court Administration: The Key to Judicial Independence," *Sistemas Judiciales* 4 (2003), 2.

² فيولين أوتمان وساندرا إيلينا، المجالس القضائية: أفضل الممارسات الدولية أمثولات من أوروبا وأمريكا اللاتينية، أداة حكم القانون IFES، نيسان (2004)، ترجمة وتنسيق: المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة. (ACRL)، 5. متاح على الرابط: <http://bit.ly/32kbZfT> Violaine Autheman and Sandra Elena, "Global Best Practices: Judicial Councils." IFES Rule of Law White Paper Series, Lessons Learned From Europe and Latin America, USAID (2004), 1.

التنفيذية في عمل السلطة القضائية؛ إلى وجود لبس في استقلال السلطة القضائية، واستبعاد مبدأ الفصل المتوازن بين السلطات. إلى جانب ذلك، لم يكن لمباشرة المحكمة الدستورية العليا لمهامها منذ العام 2016 أثر إيجابي باتجاه قطاع العدالة، فلم تخفف قراراتها من التخبط القانوني، ولم تسهم في سد الفجوة الناتجة عن المنظومة التشريعية النازمة لقطاع العدالة. وكان لقلة الاهتمام في رسم سياسات واضحة لتنظيم هذا القطاع دور كبير في تعزيز حالة الإرباك التي ما زال يعاني منها قطاع العدالة؛ مما أدى إلى غياب الجدية في الإصلاح القضائي وإصلاح قطاع العدالة.

خصص القسم الأول لمجلس القضاء الأعلى، وإنشاء المجالس القضائية لتحسين عملية الاختيار القضائي وضمان استقلال القضاء. يتناول هذا القسم عمل مجالس القضاء من حيث أهداف النشأة وطبيعته، واجبات وصلاحيات المجالس القضائية، والعضوية والتشكيل. أما القسم الثاني، فيتناول دور وزارة العدل في مساءلة القضاة من حيث اختصاص مساءلة القضاة تأديبيًا، والتدريب القضائي وموازنة المحاكم. أما القسم الأخير، فخصص لمكانة النيابة العامة ودورها، من ناحية طبيعة النيابة العامة وعلاقة النيابة العامة مع وزارة العدل والضابطة القضائية. وذلك من خلال اتباع

حيث سيطر المجلس القضائي فعلياً على جميع جوانب السلطة القضائية، مثل تعيين القضاة وتدريبهم والمساءلة والموازنة، وخلق نموذجاً كان يُحتذى في الإصلاحات القضائية الأخرى.⁴

ولأن هناك ضرورة لوجود سلطة قضائية مستقلة وقابلة للمساءلة بذات الوقت؛ اختارت معظم الدول إنشاء مجالس قضائية لعبت دوراً مهماً في تعزيز استقلال القضاء وإنشاء آليات للمساءلة، فتبنت معظم الدول التي كانت في المرحلة الانتقالية النموذج الفرنسي والإيطالي في إنشاء المجالس القضائية لإصلاح القضاء. كما أن إنشاء المجالس القضائية موصى به دولياً كإعلان باليرمو الذي أنتجته رابطة القضاة الأوروبيين من أجل الديمقراطية والحرية (MEDEL)، فأوصت في المادة (3/2) منه بأن يكون هنالك مجلس قضاء أعلى، وفي المادة (3/1) حددت صلاحياته التي تتمثل في إعداد الموازنة للمحاكم والاهتمام بالأمور الإدارية، وتأييد القضاة لضمان استقلال القضاء.⁵

وسيتم التطرق في هذا القسم إلى نشأة المجالس وطبيعتها، بالإضافة إلى التطرق لواجبات المجالس القضائية وصلاحياتها، وأخيراً سيتم الحديث عن تشكيل المجالس وعضويتها، ومدى تأثير تركيبة العضوية على المجلس.

1.1. النشأة والطبيعة

إن الإصلاحات القانونية التي مرت بها الدول الانتقالية كانت مبنية على أساس ضرورة وجود سيادة للقانون؛ من أجل إنشاء بيئة مساعدة لخلق نظام ديموقراطي، فقد أنشئت المجالس في فرنسا وإيطاليا نتيجة القلق من التسييس المفرط الذي كان سائداً في حينه، خاصةً بعد أن مرت بفترات الحكم غير الديموقراطية، فكان الحافز لاعتماد المجلس هو لضمان استقلال القضاء وترسيخه على نطاقٍ واسع.³

أنشئ أول مجلس قضاء أعلى في فرنسا في عام 1946، وكان المجلس القضائي الإيطالي الذي أنشئ في عام 1958 هو أول من يعزل السلطة القضائية عن السيطرة السياسية بالكامل، لقد برز النظام القضائي الإيطالي في استقلاله الشديد،

⁴ المرجع السابق، 204.

⁵ المرجع السابق 207؛ انظر أيضاً المادة (3/3-2/1) عناصر النظام الأوروبي للقاضي - إعلان باليرمو، انظر النص بالإنجليزية: Elements of European Statute of the Judiciary Palermo deceleration Art.3.2 and Art.3.1

³ Nuno Garoupa and Tom Ginsburg, "Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence." *The American Journal of Comparative Law* 57, no. 1 (2009), 205.

النظام الوقائي، واستخدمت المجالس القضائية لضمان استقلال القضاء، وخلق درجة من المساءلة بذات الوقت، فكرست المجالس القضائية بدستورها.⁷

إن وجود الكثير من المخاوف حول استقلال القضاء والإدارة القضائية دفع كثيرًا من البلدان إلى إنشاء مجالس قضائية، إلا أن تلك المجالس تختلف في نطاقها وتكوينها من بلد إلى آخر.⁸

عند البحث في التجربة الفلسطينية على سبيل المثال، نجد أنه تم تشكيل مجلس القضاء الأعلى الفلسطيني في عام 2000 بموجب القرار رقم (29) الصادر عن الرئيس ياسر عرفات،⁹ على أن يكون مؤقتًا لمدة عام، وقد ضم مجموعة من كبار القضاة في كل من الضفة الغربية وقطاع غزة. وكان الهدف من تشكيل المجلس هو توحيد المرجعيات الإدارية للسلطة القضائية في السلطة الوطنية لكل من الضفة الغربية وقطاع غزة، بسبب اختلاف الأنظمة القانونية والقضائية السارية

⁷ Iveth A. Plascencia, "Judicial Appointments: A Comparative Study of Four Judicial Appointment Models Used by Sovereigns Around the World." *Law School Student Scholarship* (2015), 6. Available at: <http://bit.ly/2pRJI34>

⁸ المرجع السابق، 6.

⁹ انظر القرار رقم (29) لسنة 2000 بتشكيل مجلس القضاء الأعلى، الوقائع الفلسطينية، العدد 36، صادر بتاريخ 2018/01/28، ص 97.

ولضرورة وجود قضاة في المحاكم متمتعين بالأهلية اللازمة والعدالة والمصداقية، وهو أمر أساسي، كانت عملية اختيار القضاة وتعيينهم من الأمور التي لها أهمية مطلقة لضمان العدالة والشفافية في المحاكم؛ فهي من الأمور الرئيسية عند الحديث عن الإصلاح القضائي. ولذلك منحت معظم بلدان القانون اللاتيني المجالس القضائية صلاحية تعيين القضاة واختيارهم؛ بهدف ضمان عدم سيطرة النخبة السياسية على التعيينات القضائية أو تدخل السلطة التنفيذية.⁶

لقد كان الدافع من إنشاء المجالس هو الحفاظ على الفصل الحقيقي بين السلطات، بعد تاريخ من الفساد، والاستيلاء على السلطة القضائية من قبل فروع الحكومة، فعلى سبيل المثال كانت تعاني دول أمريكا اللاتينية من "hyper-presidency"، أي أنه لرئيس السلطة التنفيذية سلطة واسعة للحكم بحسب تقديره، وذلك حتمًا يحدّ من مبدأ الفصل بين السلطات والتكامل؛ ولذلك كان من المهم خلق نظام لمحاربة الفساد داخل الحكومة واتخاذ إجراءات أكثر شفافية للشعب، واعتماد نظام جديد أكثر شفافية لتعيين القضاة، فاعتمدت معظم الدول

<https://www.medelnet.eu/images/stories/docs/Palermo.pdf>.

⁶ Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality Revised Edition, (PN-ACM-007) Office of Democracy and Governance, (2002), 1.

عن العمل، فكان المجلس الجديد مجلساً انتقاليًا له
صلاحيات المجلس القضائي الأعلى الدائم.¹²

أمّا نشأة المجالس القضائية فإما أن تكون
بوساطة الدستور أو من خلال قانون عادي
ينظمه، ولعل هنالك رغبة عند معظم الدول، التي
أنشأت المجالس القضائية حديثاً بوساطة قانون،
أن يكون هنالك أساس دستوري لمجلس القضاء
كما هو الحال في فرنسا وإيطاليا، التي أنشأت
ونظمت المجلس القضائي بوساطة الدستور، وذلك
لأهمية دور المجلس؛ كونه مؤسسة تقوم افتراضاً
بتوزيع الكفاءات والمناصب لسلطة الدولة. إن
وجود بعض الدول التي أنشأت مجالس قضائية
بوساطة قانون عادي، كما هو الحال في هولندا
 وإيرلندا والدنمارك، لا يلغي نية تنظيمه من خلال
الدستور.¹³ وعلى الرغم من أن إنشاء المجلس
بوساطة نص دستوري يعزز مكانة المجلس
وشرعيته ضمن الإطار القانوني والقضائي، وإن
كان تشكيله بوساطة قانون لا يُقلل من مكانته
وشرعيته.¹⁴

في كل من المنطقتين. فحدد القرار صلاحيات
المجلس لتتوافق مع مبدأ سيادة القانون والفصل
بين السلطات واستقلال القضاء، كما وكان الهدف
من القرار توضيح علاقة كل من السلطة القضائية
بوزارة العدل كجهة إشراف إداري على المحاكم.¹⁰

تلا ذلك صدور قانون السلطة القضائية رقم (1)
لسنة 2002، ووضع حدًا للازدواجية في إدارة
السلطة القضائية التي كانت قائمة حينها، بحيث
تولى مجلس القضاء الأعلى صلاحية إدارة شؤون
السلطة القضائية، كتعيين القضاة وتنظيم عمل
المحاكم، وفي سنة 2003 أصدر الرئيس
اللسطيني المرسوم الرئاسي رقم (8) لتشكيل
مجلس القضاء الأعلى وذلك وفقًا للمادة (37) من
قانون السلطة القضائية.¹¹ وبعد سنة 2007، أي
بعد الانقسام السياسي الذي حصل، أنشئ مجلس
للقضاء باسم مجلس العدل الأعلى؛ بسبب
استتلاف القضاة والعاملين في محاكم قطاع غزة

¹² موقع المجلس الأعلى للقضاء، نبذة عن المجلس الأعلى للقضاء.

¹³ W. J. M. Voermans, "Councils for the judiciary in Europe: Trends and Models." The Spanish Constitution in the European Constitutional Context, in F.R. Segado (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, 2133-2144 (2003).

¹⁴ أوثمان وإيلينا، المجالس القضائية، 14.

¹⁰ موقع المجلس الأعلى للقضاء، نبذة عن المجلس الأعلى للقضاء،
<https://bit.ly/2MvbqM8>

¹¹ مرسوم رئاسي رقم (8) لسنة 2003م بشأن مجلس القضاء
الأعلى، الوقائع الفلسطينية، العدد 46، صادر بتاريخ 2003/8/16،
ص 15.

2.1. واجبات المجالس القضائية وصلحاياتها

تختلف واجبات المجالس القضائية وصلحاياتها من بلد إلى آخر، من حيث النطاق ومن حيث الصلحايات وأنواعها، خاصة وأنه في الكثير من الأحيان ترتبط تركيبة المجلس ووظائفه بأسباب نشأته. كما تم ذكره سابقاً فإن أسباب النشأة تختلف من بلد إلى آخر، فقد تكون أسباب النشأة هي الخوف من تدخل السلطة التنفيذية، والأحزاب السياسية في السلطة القضائية، فيُعطى للمجلس صلاحية تعيين القضاة دون إدارة القضاء، وتبقى مسألة تحديد الموازنة بيد وزير العدل. وقد تكون أسباب النشأة هي السعي لإنهاء سيطرة المحاكم العليا على المحاكم الدنيا؛ فتنشأ المجالس لضمان استقلال المحاكم، خاصة الدنيا منها، وتكون جهات مستقلة. كما وأنه توجد مجالس تتمتع بصلحايات واسعة كإدارة المحاكم وتدريب القضاة وإعداد الموازنة بشكل كامل، ذلك لأن سبب نشأتها يعود لتحسين إدارة القضاء ورفع مستواه.¹⁹

على الرغم من اختلاف الصلحايات، إلا أنه وبشكل عام هناك واجبات وصلحايات تعتبر مهمة لمجالس القضاء بحيث تم تفويضها لها،

¹⁹ يوسف شندي، "استقلال القاضي: دراسة مقارنة"، سلسلة مبادرة استقلال القضاء والكرامة الإنسانية، معهد الحقوق في جامعة بيرزيت، 2007، 22. متاح على الرابط: <https://bit.ly/2KI5WRz>.

في تونس، وعقب إصدار الدستور الجديد لسنة 2014، تم النص على إنشاء مجلس أعلى للقضاء، يحل مكان المجلس القديم؛ وذلك بهدف صيانة استقلال القضاء بعدما فقد المجلس السابق مصداقيته.¹⁵ وفي لبنان، لم ينص الدستور على إنشاء مجلس قضاء، بل تم ذكره في قانون التنظيم العدلي اللبناني المنشئ للمجلس، ولكن لم يتم بتعريف المجلس أو تحديد صلحاياته.¹⁶

وفي فلسطين، نص القانون الأساسي الفلسطيني في المادة (100) على أن "ينشأ مجلس أعلى للقضاء، ويدين القانون طريقة تشكيله واختصاصاته وقواعد سير العمل فيه"،¹⁷ ووفق ذلك تم تنظيم المجلس بموجب قانون السلطة القضائية الفلسطيني رقم (1) لسنة 2002 وحدد صلحاياته.¹⁸

¹⁵ هيومن رايتس واتش، تونس - أوجه قصور في قانون المجلس الأعلى للقضاء، 2015.

<https://www.hrw.org/ar/news/2015/06/02/270133>

¹⁶ المفكرة القانونية، أوراق بحثية عن إصلاح القضاء في لبنان (4) مجلس القضاء الأعلى: صلحاياته وموارده وتنظيمه الداخلي، بيروت لبنان (2017)، 8. متاحة على الرابط: <https://bit.ly/2GDTawo>

¹⁷ الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز، 2003/3/18.

¹⁸ الوقائع الفلسطينية، العدد 40، 2002/5/18.

الدروس القضائية يقعان تحت وصاية وزارة العدل وليس مجلس القضاء الأعلى.²¹

وفيما يتعلق بمجلس القضاء الأعلى الفلسطيني، فقد نص قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002 على عدد من الاختصاصات، أهمها تعيين القضاة، وإعداد مشروع الموازنة ونظام تدريب القضاة وتأهيلهم قبل مباشرتهم لعملهم، ونقل القضاة وندبهم وإعارتهم، وتنظيم أعمال محاكم الصلح والبداية والاستئناف والمحكمة العليا وتقسيمها إلى دوائر متخصصة، بالإضافة إلى المسائل المتعلقة بالتنقيش القضائي وإصدار اللوائح والأنظمة، التي نص القانون على قيام المجلس بوضعها.

1.2.1 تعيين القضاة

تُعدّ سلطة تعيين القضاة من أكثر الصلاحيات المعترف بها، وتمارسها المجالس القضائية. حيث يوصي الميثاق الأوروبي حول وضع القاضي، على أن المجلس القضائي يجب أن يكون مشمولاً بكل قرار يؤثر على المهنة القضائية، كالاختيار والتعيين والترقية. ويجب أن يتكون المجلس في أغلبه من القضاة في حال كان مختصاً باختيار

تتمثل في اختيار القضاة وتعيينهم، وتقييم القضاة، وإدارة المحاكم ومراقبة الموازنة. ولعل الأهم من صلاحيات المجلس هو معيار الفعليّة في الصلاحيات لضمان الاستقلال والمساءلة، ويتم تنفيذ تلك الصلاحيات بشكل فعلي من خلال عضوية المجلس أو آلية التعيين، أو من خلال تقاسم الوظائف الحقيقي بين المؤسسات والفروع الأخرى للحكومة وغيرها من الهيئات، كالجمهور في حالة القضاة المنتخبين، فلا يوجد توازن مثالي للاستقلال والمساءلة، ولكن يوجد حدود لكل من الجهتين.²⁰

في لبنان، نجد أنه لا يوجد نص معين يحدد صلاحيات المجلس، فصلاحيات المجلس القضائي اللبناني مبعثرة في القوانين أو يمارسه المجلس فعلياً بناءً على التفسير الواسع لصلاحيات المجلس المنصوص عليها في قانون تنظيم القضاء العدلي، الذي ينص على أنه "يسهر على حسن سير القضاء وكرامته واستقلاله وحسن سير العمل في المحاكم". فهذا النص الواسع والمُبهم أدى إلى تداخل صلاحيات المجلس وعلاقته بوزارة العدل، خاصة أن هيئة التنقيش القضائي ومعهد

²¹ أوراق بحثية عن إصلاح القضاء في لبنان، 9-10.

²⁰ Garoupa and Ginsburg, Guarding the guardians, 217.

قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م، يتم التعيين وفقاً لما يأتي: "أ- بطريق التعيين ابتداء ب- الترقية على أساس الأقدمية مع مراعاة الكفاءة ج- التعيين من النيابة العامة د- الاستعارة من الدول الشقيقة ويشترط في القاضي المستعار كافة الشروط المنصوص عليها في المادة (16) من هذا القانون فيما عدا شرط الجنسية الفلسطينية شريطة أن يكون عربياً". ويتم تعيين قضاة المحكمة الدستورية العليا بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، بناء على تنسيب من الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا.²⁵

2.2.1. التأديب القضائي

أنت الموثيق والمعاهدات الدولية ومنها المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، بدورها المكرس لمبدأ استقلال القضاء في إطار مساءلة القضاة التأديبية. ووفقاً للميثاق العالمي للقضاة لعام 1999 وتحديداً المادة (11) منه، التي اعتمدها المجلس العام للجمعية الدولية للقضاة، يجب تشكيل جهة مسؤولة عن تطبيق الإجراءات التأديبية دون مؤثرات، فقد نصت تلك المادة على أنه "يتعين على إدارة الجهاز القضائي تنظيم

القضاة، كما وأنه من المهم أن تكون معايير الاختيار والتعيين موضوعية، وتطبق بطرق شفافة وواضحة.²²

يشارك المجلس في اختيار قضاة المحاكم العليا والدنيا في دول أمريكا اللاتينية ودول أوروبا الشرقية، بينما يشارك المجلس في بعض الدول في اختيار بعض القضاة، إما قضاة المحاكم الدنيا أو قضاة المحكمة العليا، أو قد لا يكون للمجلس دور في تعيين القضاة إطلاقاً كما في كندا والدنمارك وفرنسا ومصر.²³

في فرنسا ومصر يتم تعيين القضاة من قبل رئيس الجمهورية على أن تتوفر الشروط المنصوص عليها في قوانين السلطة القضائية في البلاد. أما في إيطاليا فيتم اختيار القضاة من عامة الشعب، بشرط حمل شهادة القانون واجتياز الامتحان الذي يعقده مجلس القضاء الأعلى على المستوى الوطني سنوياً.²⁴

أما في فلسطين فيتم تعيين القضاة من قبل رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، بناءً على تنسيب من مجلس القضاء الأعلى، وفقاً للمادة (18) من

²² أوثمان وإيلينا، المجالس القضائية، 20.

²³ المرجع السابق، 21.

²⁴ شندي، استقلال القاضي، 14.

²⁵ المادة (5) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006، الوقائع الفلسطينية، العدد 62، الصادر بتاريخ 2006/3/25.

دول القانون العام، يكون مجلس القضاء مسؤولاً أيضاً عن التعامل مع الادعاءات المتعلقة بأنواع معينة من السلوك الإجرامي.²⁹

أما في فلسطين وفق المادة (48) من قانون السلطة القضائية فينص على أنه: "تأديب القضاة بجميع درجاتهم من اختصاص مجلس يؤلف من أقدم اثنين من قضاة المحكمة العليا وأقدم قاض من قضاة محاكم الاستئناف من غير أعضاء مجلس القضاء الأعلى، وعند غياب أحد الأعضاء أو وجود مانع لديه يحل محله الأقدم فالأقدم ممن يلونه في الأقدمية من الجهة التي يتبعها. ويتولى رئاسة المجلس أقدم أعضائه الحاضرين من المحكمة العليا، وتصدر القرارات بالأغلبية المطلقة لأعضائه".

وتتوزع صلاحية تأديب القضاة بين الرؤساء الإداريين ومجلس التأديب بحسب شدتها،³⁰ وتكون إقامة الدعوى التأديبية من قبل النائب العام، بناءً على طلب من رئيس المحكمة التي يتبع لها

الإجراءات التأديبية ضد القضاة بما لا يضر باستقلال القضاة".²⁶ ويتجه البعض إلى أن تتضمن هذه الجهة ممثلين أساسيين من داخل القضاة أنفسهم، بينما يتجه آخرون إلى تشكيل كيان مستقل إلى جانب الهيئة القضائية، من القضاة المتقاعدين وغيرهم ممن يُعرفون بالاستقامة.²⁷

وتكريساً لمبدأ استقلال السلطة القضائية، تعطي معظم الدول دوراً مهماً للمجالس القضائية في تأديب القضاة،²⁸ وذلك لضمان عدم تدخل السلطة التنفيذية أو الأحزاب السياسية أو قضاة من المحاكم العليا، ففي أغلب الدول أحد أسباب نشأة المجلس هو تعزيز التوازن بين استقلال القضاء والمساءلة القضائية.

وفي العديد من البلدان النامية التي تتبع القانون المدني، تتعامل المجالس القضائية فيها مع الإجراءات التأديبية ضد القضاة فقط. وفي بعض

²⁶ المبادئ الدولية المتعلقة باستقلال ومسؤولية القضاة والمحامين، وممثلي النيابة العامة - دليل الممارسين رقم (1)، اللجنة الدولية للحقوقيين، جنيف 2007، 121. متاح على الرابط: <http://bit.ly/32kkZBX>

²⁷ دليل خاص بتشجيع استقلال ونزاهة القضاء، سلسلة الإصدارات الفنية، الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية، واشنطن دي سي، 2002، 36.

²⁸ شندي، استقلال القاضي، 23.

²⁹ Judicial Accountability in Developing Countries, Report of Consultation Meeting, Tunis, 8-9 October 2015. International Commission of Jurists. Available at: <http://bit.ly/2qtU7SC>

³⁰ شريف أحمد بعلوشة، "النظام القانوني لتأديب القضاة في ضوء قانون السلطة القضائية الفلسطيني: دراسة تحليلية"، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 16، (مارس 2018)، 15.

مهيمن، لاستمرارية علاقتهم بالسلك القضائي حتى بعد انتهاء عضويتهم في المجلس.³⁵

وفي أغلب الأحيان يتكون المجلس من أربعة أنواع من الأعضاء، وهم القضاة، أعضاء الهيئات الحكومية الأخرى (التنفيذية والتشريعية)، وأعضاء من المجتمع القانوني وهم غالباً ممثلون عن نقابة المحامين، وفقهاء القانون أو المحامون البارزون، و/أو أعضاء من مؤسسات المجتمع المدني وشخصيات عامة بارزة.³⁶

ومن المتعارف عليه أن يكون هناك ممثل من السلطة التنفيذية في المجلس، كوزير العدل أو وكيله كما هو الحال في فرنسا وفلسطين، كما وتشمل بعض المجالس القضائية أعضاء سابقين في الإدارة العامة، وفي حين أنه لا يوجد سبب جوهري لاستبعاد عضويتهم، إلا أن هناك الكثير ممن يعتقدون أنه من المستحسن الحد من عدد الأعضاء السابقين في الإدارة العامة، وتفضيل الممثلين المختارين وفق عملية شفافة وواضحة.³⁷

ولعل أكثر المجالس فعاليةً في دورها هي تلك التي تقوم بإدخال عناصر إضافية للعضوية من

القاضي مرتكب المخالفة أو وزير العدل أو رئيس المحكمة العليا، ويكون لرئيس المحكمة التي يتبعها القاضي مرتكب المخالفة الصلاحية في توقيع العقوبة.³¹

3.1. العضوية والتشكيل

تختلف عضوية المجلس القضائي بشكل كبير من بلد إلى آخر، وذلك يعود للأسباب السياسية التي دفعت إلى إنشاء المجلس، كما وأن الواقع السياسي والثقافي والاجتماعي لكل دولة يلعب دوراً في عضوية المجلس.³² ومن أهم الأسباب الرئيسية لإنشاء المجالس القضائية، هي القدرة على عزل القضاة من الضغوطات السياسية الخارجية. ولتحقيق ذلك هناك اتفاق عام على أن يكون غالبية أعضاء المجلس قضاة.³³ كما وأن الصكوك الدولية والإقليمية تشير إلى ضرورة وجود تمثيل قضائي جوهري في المجلس.³⁴ ولكن تجدر الإشارة إلى أنه عندما لا يكون أغلبية الأعضاء في المجلس قضاة، يبقى للقضاة في المجلس دور

³¹ انظر المادة (49) قانون السلطة القضائية الفلسطيني رقم (1) لسنة 2002.

³² شندي، استقلال القاضي، 19.

³³ أوثمان وإيلينا، المجالس القضائية، 17.

³⁴ Universal Charter of the Judge, 1999, International Association of Judges, Art.11.

³⁵ Garoupa and Ginsburg, Guarding the Guardians, 22.

³⁶ المرجع السابق، 24.

³⁷ المرجع السابق.

وبلغاريا، أو من قبل البرلمان أو رئيس السلطة التنفيذية.⁴⁰

وتعد وسيلة الانتخاب من قبل النظراء محبذة أكثر؛ لانسامها بالشفافية والموضوعية، وفي المقابل فإن اعتمادها على الاعتبارات الشخصية يجعلها معيبة. كما ويقترح الميثاق الأوروبي أن يتم تعيين الممثلين القضائيين من قبل أقرانهم "ينتخبهم أقرانهم"،⁴¹ من أجل تجنب التسييس والاعتداءات على استقلال المجلس.

وفي حين تتجه معظم الدول إلى جعل معظم أعضاء المجلس القضائي من القضاة، غير أنه لا يوجد إجماع حول درجة المحكمة التي ينتمي لها القاضي العضو، فبعض الدول اختارت أن تجعل أعضاء المجلس من قضاة المحاكم العليا، كهلندا وكندا وتركيا، في حين حصرت بعض الدول العضوية للقضاة من المحاكم الدنيا، كغواتيمالا. ودول أخرى فضلت على أن يكون التمثيل القضائي واسعاً، ويشمل كافة مستويات المحاكم، فشملت قضاة من مختلف المستويات، كبلجيكا واليونان والأرجنتين وكولمبيا والبرتغال.⁴²

غير القضاة، فبعض الصكوك الدولية والإقليمية تتطلب عضوية متنوعة تعتمد بشكل أساسي على القضاة، ويضاف إليهم أعضاء من القطاعات الأخرى، كما في إعلان بكين "ممثلين للمهن القانونية المستقلة".³⁸ فذلك بدوره يحد من تأثير الجهات السياسية أو تدخل السلطتين التنفيذية أو التشريعية مما يضمن الشفافية. على سبيل المثال، من الشائع أن يتكون المجلس من أعضاء ممثلين عن نقابة المحامين أو كليات الحقوق.³⁹ وقد تبنت بعض الدول هذا الموقف وأنشأت مجالس قضائية تتمتع ببعض التمثيل القضائي، ولا يختلف التعيين في المجالس عن التعيين في السلطة القضائية نفسها، فاختيار أعضاء مجلس القضاء لا بد أن يأتي منسجماً مع هدف معين، ووفق عملية شفافة، فيتم تعيين القضاة في المجلس عادةً من قبل المحكمة العليا أو بحكم المنصب، كرؤساء المحاكم، أو من خلال الانتخاب المباشر من قبل نظرائهم، كما هو الحال في فرنسا وإيطاليا وبولندا

³⁸ أوثمان وإيلينا، المجالس القضائية، 17.

Beijing Statement of Principles of the Independence of the Judiciary in the LAWASIA Region, 1995, 6th Conference of Chief Justices of Asia and the Pacific, Beijing, China, art.15

³⁹ المرجع السابق.

⁴⁰ شندي، استقلال القاضي، 19.

⁴¹ European Charter on the Status of the Judge, 1998, Council of Europe, Art.1.3.

⁴² شندي، استقلال القاضي، 19.

وأقدم اثنين من نواب رئيس محكمة النقض، وأقدم اثنين من رؤساء محاكم الاستئناف الأخرى.⁴⁵

وفي تونس يتكون مجلس القضاء العدلي من خمسة عشر عضواً، منهم أربعة قضاة معينين بالصفة، وهم الرئيس الأول لمحكمة التعقيب (محكمة النقض) ويكون رئيساً، ووكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب، والرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس، ورئيس المحكمة العقارية، وستة قضاة منتخبين من نظائرهم في الرتبة بحساب عضوين اثنين عن كل رتبة، وخمس شخصيات مستقلة من ذوي الاختصاص منتخبين من نظائرهم، وهم ثلاثة محامين، ومدرس باحث مختص في القانون الخاص من غير المحامين برتبة أستاذ تعليم عالٍ أو أستاذ محاضر للتعليم العالي، وعدل منفذ.⁴⁶

أما في لبنان فيتألف مجلس القضاء الأعلى من عشرة أعضاء، منهم أعضاء حكوميون هم الرئيس الأول لمحكمة التمييز (رئيساً)، والنائب العام لدى محكمة التمييز نائباً للرئيس، ورئيس هيئة التفتيش

وتختلف رئاسة المجلس من دولة إلى أخرى. فيرأس المجلس في الجمهورية الفرنسية الرئيس الفرنسي بشخصه. في حين أنه في المملكة المتحدة (بريطانيا) يشغل رئيس مجلس اللوردات منصب الرئيس لمجلس القضاء الأعلى. وفي بلغاريا يرأس المجلس وزير العدل. أما في كرواتيا والدنمارك وبولندا ورومانيا وسلوفاكيا فيتم انتخابه من أعضاء المجلس. وفي فلسطين واليونان والبرتغال وإسبانيا يرأس المجلس رئيس المحكمة العليا.⁴³

يتألف المجلس القضائي في الأردن من الرئيس وعضوية كل من، رئيس المحكمة الإدارية العليا (نائباً للرئيس)، ورئيس النيابة العامة لدى محكمة التمييز، وأقدم قاض في محكمة التمييز، ورؤساء محاكم الاستئناف، وأمين عام وزارة العدل، ورئيسين من رؤساء محاكم البداية خارج العاصمة وفقاً لأقدمية تاريخ استحداث تلك المحاكم.⁴⁴ أما في مصر فيتكون مجلس القضاء الأعلى من رئيس محكمة استئناف القاهرة، والنائب العام،

⁴⁵ المادة (1) من قانون رقم (35) لسنة 1984 بشأن تعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية الصادر بقرار بقانون رقم (46) لسنة 1972، الوقائع الرسمية، العدد 13، 1984\3\13.

⁴⁶ الفصل (8) من القانون الأساسي رقم (34) لسنة 2016 المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 35، 28 أبريل 2016، 2016\4\35.

⁴³ *Best practice guide for managing Supreme Courts.* (2017), 103. Available at: <http://bit.ly/2pNjZK>

⁴⁴ المادة (4) من قانون معدل لقانون استقلال القضاء رقم (26) لسنة 2017، الوقائع الرسمية، العدد 5475، 2017\8\13.

السلطة التنفيذية، والتشريعية، والقضائية، قد يهدم تحقيق سيادة القانون وتطبيق سياسة محترمة لحقوق الإنسان".⁴⁹

ولأن مساءلة القضاة تأديبياً من النقاط التي تثار عليها إشكاليات عديدة في قطاع العدالة، فقد تمّ تسليط الضوء عليه من ناحية تناوله بصورة عامة، ثمّ التطرّق إلى دور وزارة العدل فيها، كما ويتطرّق هذا القسم إلى الجهة المسؤولة عن تدريب القضاة، والجهة التي تضع موازنة المحاكم، وذلك انطلاقاً من خبرات قانونية مقارنة واستعراض لنماذج دول عربية وغير عربية.

1.2. مساءلة القضاة تأديبياً

تقع المساءلة التأديبية ضمن المساءلة القانونية للقضاة، وهي تشكّل ضماناً لقيام القاضي بواجباته القضائية على أكمل وجه، مما يساهم في تعزيز ثقة المواطنين في الجهاز القضائي. وعليه، وجب تطبيق الإجراءات التأديبية على القضاة بالصورة الصحيحة لضمان حماية كرامتهم، واستقلاليتهم. وبذلك، يتمّ الحد من إمكانية خضوع القضاة للاستغلال، الذي يؤثر بدوره على مبدأ استقلالية

القضائي، وتستمر ولايتهم طيلة مدة توليهم لمهامهم، وأعضاء منتخبون وأعضاء معينون.⁴⁷ أما في فلسطين فيتكون مجلس القضاء الأعلى من تسعة أعضاء، رئيس المحكمة العليا (رئيساً)، وأقدم نواب رئيس المحكمة العليا (نائباً)، وقاضيين من أقدم قضاة المحكمة العليا تختارهما هيئة المحكمة العليا، ورؤساء محاكم استئناف القدس وغزة ورام الله، والنائب العام، ووكيل وزارة العدل.⁴⁸

2. مكانة وزارة العدل ودورها

يختلف دور وزارة العدل وعلاقتها مع مجلس القضاء الأعلى باختلاف الأنظمة القانونية المتبعة، ففي بعض الأنظمة، هناك عدم وضوح في طبيعة الدور الإشرافي الذي تقوم به وزارة العدل على المحاكم، وعدم وجود حدود واضحة تفصل الصلاحيات والاختصاصات بين وزارة العدل ومجلس القضاء الأعلى؛ الأمر الذي يهدد استقلال السلطة القضائية، ويؤدي إلى الإخلال بمبدأ الفصل المتوازن بين السلطات. وعلى أثره، أكّدت لجنة حقوق الإنسان أنّ "عدم الوضوح في تعيين الحدود الفاصلة بين اختصاصات كل من

⁴⁷ انظر المادة (2) قانون القضاء العدلي، الوقائع الرسمية، العدد 45، 1983/11/10، 1510-1543.

⁴⁸ انظر المادة (37) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002.

⁴⁹ الملاحظات الختامية للجنة المعنية بحقوق الإنسان بشأن سلوفاكيا، وثيقة صادرة عن الأمم المتحدة، العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، Add/79/C/CCPR79، الفقرة (3).

القضاة، التي من شأنها أن تكون سبباً في تحريك المساءلة التأديبية إلى وزير العدل أو رئيس المجلس، الذي يحيلها وجوباً وعلى الفور إلى التقدير العامة للشؤون القضائية لإجراء الأبحاث اللازمة.⁵²

وفيما يتعلّق بالإجراءات المتبعة في الأردن، أصبحت جميع الأمور المتعلقة بالقضاة بما في ذلك إحالتهم للتأديب أو مساءلتهم من ضمن اختصاصات المجلس القضائي.⁵³ وحدّد المشرع الأردني في نظام التفتيش القضائي على المحاكم المدنية رقم (43) لسنة 2015، الجهة المنوط بها قبول الشكوى ضد القضاة والسير بإجراءات التحقيق معهم، التي خصّها وفقاً للمادة (7) من النظام، لرئيس المجلس القضائي دون غيره. بصدور هذا النظام، ألغيت صلاحية وزارة العدل المتمثلة في وزير العدل في قبول الشكوى ضد القضاة وإحالتها للتحقيق، وتم إخراجها من تشكيلة جهاز التفتيش القضائي، الأمر الذي يراه البعض على أنه يقع في صميم توفير الحماية للقضاة، وأن حصر هذه الأمور بيد جهات قضائية، يهيئ

⁵² الفصل (59) من القانون الأساسي رقم (34) لسنة 2016 المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء، ص 1640.

⁵³ نذير ثابت القيسي، "أثر الضمانات التأديبية للقضاة في تعزيز مبدأ استقلال القضاء: دراسة مقارنة"، دراسات: علوم الشريعة والقانون (الأردن)، المجلد (44)، ملحق (1) (2017)، 281.

القضاة، ويؤدي إلى استبعاد مبدأ الفصل المتوازن بين السلطات.⁵⁰

وبالإشارة لما تم تفصيله سابقاً عن مجلس القضاء الأعلى، فإن المواثيق الدولية حثت على ضرورة تشكيل جهة مسؤولة عن تطبيق الإجراءات التأديبية للقضاة دون مؤثرات، وذلك بهدف تحقيق استقلال القضاء. وعليه، سوف يتناول هذا القسم استعراضاً لنماذج دول حول العالم، والجهة التي تقوم بمساءلة القضاة تأديبياً.

خوّل القانون الأساسي التونسي المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء في الفصل (59) للمتفقد العام (وهو رئيس التقدير العامة لشؤون القضاة التابعة لوزير العدل مباشرة وهي المسؤولة عن تدقيق أعمال الدوائر القضائية، والمؤسسات العامة التابعة لوزارة العدل، والتي تتمتع بصلاحيات إجرائية تحقيقية وتأديبية)،⁵¹ دون سواه صلاحية تحريك الدعوى التأديبية ضد القضاة، وذلك مع بقاء سلطة إنذار القضاة بيد وزير العدل. يقوم المتفقد العام إمّا عن طريق تعهد تلقائي بالموضوع، أو بناءً على توجّه الشكاوى والبلاغات والإعلامات المتعلقة بالأفعال المنسوبة لأحد

⁵⁰ دليل خاص بتشجيع استقلال ونزاهة القضاء، 35.

⁵¹ الفصل (24) من أمر عدد (3152) لسنة 2010، مؤرخ في 1 ديسمبر 2010 يتعلق بتنظيم وزارة العدل وحقوق الإنسان.

الأسس الصحيحة لتطبيق مبدأ استقلالية القضاء.⁵⁴

أما في التشريع المصري، فلم يكن هناك تحديد واضح للجهة التي تتولى تحريك الدعوى، فهناك أكثر من جهة تشترك في ذلك، حيث تتم إقامة الدعوى التأديبية على القاضي من النائب العام من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب من وزير العدل، أو رئيس المحكمة التي يتبع لها القاضي، وتعلق إقامة الدعوى التأديبية على اجراء تحقيق. وعلى الرغم من التعديلات الأخيرة لقانون السلطة القضائية المصري، إلا أنه لا يزال لوزير العدل دور في المساءلة التأديبية للقضاة، سواء في مرحلة إقامة الدعوى أو في إجراء التحقيق.⁵⁵

احتلت إصلاحات قطاع العدالة الصدارة في المحاولة لتوطيد الثقة وإعادة المصداقية للقضاء في المملكة المغربية. وفي ظل الدستور الأخير للمملكة المغربية لسنة 2011، أُسند للمجلس الأعلى للسلطة القضائية صون مبدأ استقلال القضاء من خلال تطبيق الضمانات الممنوحة للقضاة وتسيير أمورهم. يُعدّ هذا المجلس مؤسسة دستورية مسؤولة عن تسيير أمور القضاة

⁵⁴ المرجع السابق، 278.

⁵⁵ المرجع السابق، 281.

الوظيفية، من ناحية تعيين القضاة وتدريبهم وترقيتهم ونقلهم وتأديبهم وإنهاء خدمتهم، وأعطى دور تقييم أداء المحاكم ووضع تقارير حول القضاء ومنظومة العدالة والنيابة العامة ولاسيما في الفصل (113) من الدستور.⁵⁶ وعلى المستوى الدولي، نصّ الميثاق الأوروبي الخاص بالنظام الأساسي للقضاة بأنه يجب أن يتم تنفيذ الإجراء التأديبي من قبل محكمة أو هيئة تضم تمثيلاً قضائياً، وقد جاءت المبادئ الأساسية بشأن السلطة القضائية على أنه تتم الإجراءات التأديبية عبر مجلس قضاء مستقل.

وبصريح الفصل (113) من دستور 2011، تم استبعاد وزير العدل من تشكيلة المجلس الأعلى للسلطة القضائية، وخصّ وظيفة وزير العدل في الأمور المالية والإدارية فقط.⁵⁷ وبموجب مشروع مرسوم لتنظيم وزارة العدل وتحديد اختصاصاتها بالمغرب، تمت إضافة اختصاصات لوزارة العدل، من أهمها وضع تقارير حول مستوى أداء المسؤولين القضائيين بشأن الإشراف على التدبير

⁵⁶ دستور المملكة المغربية لسنة 2011، نشر الدستور في الجريدة

الرسمية يوم 30 يوليو 2011.

⁵⁷ ياسين الكعيوش، "القانون المدني: المسطرة القضائية قراءة في الهيكل الجديدة للمجلس الأعلى للسلطة القضائية"، مجلة قانونك، العدد 499 (أب 2017). متاح على الرابط:

<http://bit.ly/32n4zsk>

القضائين في المحاكم.⁶⁰ وقد نصّ الدستور الإيطالي، ولاسيما في المادة (105)، على أنّه يُقرّر مجلس القضاء الأعلى، وفقاً للوائح التنظيم القضائي، الإجراءات التأديبية بشأن القضاة. وقد عهد الدستور بسلطة الحكم إلى المجلس الأعلى للقضاء، وأسند إلى وزير العدل صلاحية المحاكمة التأديبية أمام دائرة التأديب، وبهذا يكون المشرّع الإيطالي قد كفل لوزير العدل صلاحية تحريك الدعوى التأديبية وتحديدًا في مادته (107)، مع الإبقاء على سلطة تحريك المساءلة التأديبية بحق القاضي بيد وزير العدل، من خلال تقديمه طلبًا إلى النائب العمومي لدى محكمة النقض.⁶¹

في فرنسا، ولاسيما بعد التعديل في عام 1993، تقلّص دور السلطة التنفيذية، وتمّ النص على تشكيل معين لمجلس القضاء الأعلى حين اجتماعه لاتخاذ الإجراءات التأديبية بحق القضاة الجالسين، وتمّ النص على تحي رئيس الجمهورية ووزير العدل من المجلس، والإجراءات التأديبية يترأسها رئيس محكمة النقض، وتكون سلطة البدء بالإجراءات التأديبية ضمن سلطات وزير العدل، ورؤساء محاكم الاستئناف والدوائر الاستئنافية

⁶⁰ دليل خاص بتشجيع استقلال ونزاهة القضاء، 131.

⁶¹ مراد عبد الفتاح، المسؤولية التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة: شرح تفصيلي مقارن للمسؤولية التأديبية للموظفين العموميين في الدولة مع المقارنة بالنظم التأديبية (القاهرة: دن، 1998)، 340-571.

والتسيير الإداري للمحاكم، كما تمّ إعطاء وزير العدل الإشراف على التدبير الإداري والمالي للمحاكم، والتنسيق مع المحاكم لإعداد التقارير. ولوزير العدل ممارسة هذه الاختصاصات بما يتماشى مع استقلال السلطة القضائية.⁵⁸

كما أوكل القانون السوري في المرسوم (98) لعام 1961 المتعلق بقانون السلطة القضائية وتعديلاته، مهمّة تأديب القضاة لمجلس القضاء الأعلى، وذلك بصريح المادة (107) من قانون السلطة القضائية.⁵⁹

أمّا في الأنظمة السياسية في أوروبا القاريّة، فيكون وزير العدل مسؤولاً رسمياً أمام البرلمان عن عمل النظام القضائي بصورة فعّالة؛ ففي إيطاليا، يُعطي الدستور لوزير العدل صلاحية تحريك الإجراءات التأديبية ضد القضاة، ويكون مسؤولاً عن إعداد موازنة النظام القضائي وإدارة نظام السجون، ويتولى مسؤولية تعيين معظم العاملين غير

⁵⁸ مرسوم رقم (2.10.310) صادر في 11 أبريل 2011 بتحديد اختصاصات وتنظيم وزارة العدل، الجريدة الرسمية، العدد 5940، 5 أيار 2011، 2474.

⁵⁹ المادة (107) من المرسوم 98 لعام 1961 قانون السلطة القضائية وتعديلاته تفرض العقوبات المسلكية على القضاة من قبل مجلس القضاء الأعلى، ويحالون عليه بمرسوم يصدر بناءً على اقتراح وزير العدل أو رئيس مجلس القضاء الأعلى لا ينشر في الجريدة الرسمية. المرسوم متاح على: <http://bit.ly/2WNmCXC>.

اقراره في 2002، وتبعًا له، يقوم مجلس العدالة، وهو الجهة الحاكمة للهيئة القضائية، ببدء الإجراءات التأديبية وتحريكها، بناءً على شكوى مقدمة من المواطنين، مع الاستعانة بالاقترحات التي يقدمها رؤساء المحاكم ومجلس العدالة نفسه.⁶⁵

لذلك، تمنح معظم الدول صلاحيات وسلطات واسعة للمجالس القضائية في تأديب القضاة، في حين تحصر دول أخرى صلاحية تأديب القضاة بيد وزير العدل، وهذا ما يعتبره بعض المختصين اعتداءً صارخًا على السلطة القضائية وانتهاكًا لمبدأ الاستقلالية، وهو مثبت بواقع التجارب. إن إعطاء صلاحية تأديب القضاة لوزير العدل سواءً بشكل جزئي أو كلي، من شأنه أن يهشم مبدأ استقلال القضاء، بحيث يشكل تدخلًا في شؤون العدالة ويؤثر على القضاة. ومن هذه الدول مصر، والمغرب، وتونس، التي سارعت في إصلاح قطاع العدالة لتحسين هذا الوضع.⁶⁶

أما في فلسطين، فتشكل وزارة العدل حلقة الوصل بين السلطة التنفيذية والسلطة القضائية، ولاسيما في شؤون العدل والقضاء، وتهدف من خلال

العليا،⁶² إلا أنه حاليًا هناك محاولة في السير على نهج العديد من الدول الأوروبية، منها إسبانيا، التي قامت بنقل الكثير من السلطات الإدارية والإشرافية من وزارة العدل إلى المجالس القضائية. وكذلك الأمر بالنسبة للدول التي تتبع القانون العام، ومعظم دول أمريكا اللاتينية، فقد قامت بنقل مهمة الإشراف الإداري على المحاكم إمّا إلى مجالس القضاء أو المحاكم العليا. وكبديل أسست المحاكم العليا على سبيل المثال في كوستاريكا وتشيلي وأوروغواي مجلسًا تابعًا لها إداريًا لاتخاذ القرارات الخاصة لعمل النظام القضائي.⁶³

هناك العديد من الانتقادات للدور المهيمن للسلطة التنفيذية على تفعيل الإجراءات التأديبية للقضاة، ففي العديد من الدول منها رومانيا، يقوم المجلس القضائي الأعلى بعقد جلسات تأديبية بناءً على طلب مُقدّم من وزارة العدل التي تطبّق اللوائح التأديبية على القضاة.⁶⁴ وهناك إصلاح مقترح في سلوفاكيا، وهو نقل سلطة اختيار أعضاء الدوائر التأديبية إلى المجلس الأعلى للعدالة. وقد اتخذت جورجيا إجراءات تأديبية جديدة بموجب قانون تمّ

⁶² دليل خاص بتشجيع استقلال ونزاهة القضاء، 108.

⁶³ عبد الفتاح، المسؤولية التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة، 226.

⁶⁴ دليل خاص بتشجيع استقلال ونزاهة القضاء، 88.

⁶⁵ المرجع السابق، 89.

⁶⁶ شندي، استقلال القاضي، 23.

كما منحت هذه المادة في فقرتها الثانية صلاحية لوزير العدل في طلب التحقيق مع القضاة.⁷¹ ولوزير العدل الطلب من مجلس القضاء الأعلى وقف القاضي عن مباشرة أعمال وظيفته أثناء إجراءات التحقيق بحسب المادة (58) من القانون ذاته.⁷²

2.2. التدريب القضائي

تعود أهمية النظر في التدريب القضائي إلى كونه عاملاً مركزياً يعزز من كفاءة القضاة، وفي كثير من الدول يُنظر له في سياق تعزيز مهنية القضاة. ونظرًا للخلافات التي تثيرها الجهة المسؤولة عن تدريب القضاة، ومدى تأثير كون هذه الجهة غير قضائية في إحداث تدخلات خارجية، وجب التطرق للجهة المسؤولة عن التدريب القضائي. حيث شددت المواثيق والصكوك الدولية منها مبادئ الأمم المتحدة الأساسية لاستقلال القضاء، على المعايير الدولية المعتمدة في اختيار من يشغلون الوظيفة القضائية، فيجب أن يشغلها ذوو الخبرة والكفاءة العالية الذين حصلوا على التدريب

أعمالها إلى ترسيخ سيادة القانون.⁶⁷ وكما تم تأويله سابقاً، فإن صلاحية وزارة العدل تتمثل في مساءلة القضاة، من خلال الصلاحية الممنوحة لوزير العدل لمتابعة المخالفات التي تقع من القضاة لواجباتهم ومقتضيات وظيفتهم، والمتمثلة في المادة (47) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002.⁶⁸ أشارت المادة (1/49) من ذات القانون إلى صلاحية وزير العدل في طلب إقامة الدعوى التأديبية على القضاة،⁶⁹ التي خلقت إشكاليات تنعكس في إفساح المجال لتدخل السلطة التنفيذية؛ نظراً لعدم وجود محددات واضحة،⁷⁰

⁶⁷ معين البرغوثي، حول حالة السلطة القضائية ومنظومة العدل في العام 2005 (رام الله: الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، 2006)، 91. متاح على الرابط:

<https://ichr.ps/attachment/340/legal64.pdf>

⁶⁸ المادة (47) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002: "1- لوزير العدل الإشراف الإداري على جميع المحاكم، ولرئيس كل محكمة الإشراف على القضاة العاملين بها وعلى سير العمل فيها. 2- لرئيس كل محكمة تنبيه القاضي إلى ما يقع منه مخالفاً لواجباته أو لمقتضيات وظيفته ويكون التنبيه شفاهة أو كتابة، فإذا كان التنبيه كتابياً كان للقاضي الاعتراض عليه خلال عشرة يوماً من تبليغه إليه وفقاً للإجراءات المقررة بالمادة (45) من هذا القانون، وفي هذه الحالة تقضي المحكمة إما برفض الاعتراض أو باعتبار التنبيه كأن لم يكن. 3- وإذا تكررت المخالفة أو استمرت بعد صيرورة التنبيه نهائياً رفعت الدعوى التأديبية".

⁶⁹ المادة (1/49) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002.

⁷⁰ محمود أبو صوي، "إشكاليات الفصل بين السلطات واستقلال القضاء في فلسطين تنازع الصلاحيات في قطاع العدالة (العلاقة بين مجلس القضاء الأعلى ووزارة العدل كحالة للدراسة) (أطروحة ماجستير في القانون، جامعة بيرزيت، 2013)، 190؛ أحمد أبو دية وجهاد حرب، الفصل المتوازن بين السلطات في النظام السياسي الفلسطيني:

السلطة القضائية (رام الله: الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة "أمان"، 2007)، 9. متاح على الرابط: <http://bit.ly/2Q4G015>.

⁷¹ المادة (2/49) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002.

⁷² المادة (58) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002.

المهني اللازم، ومن هنا تنبثق أهمية التدريب القضائي.⁷³

لقد عهدت بعض الدول مهمة الإشراف على التدريب القضائي إلى المجلس القضائي وكان له دور فعال في تقييم القضاة، ففي سالفادور، يقوم المجلس القضائي بمهمة تقييم دوري للقضاة ويقوم بإدارة معهد التدريب القضائي.⁷⁴ أما في الأردن، فبموجب نظام المعهد القضائي الأردني رقم (6) لسنة 2010 وتعديلاته تم إنشاء المعهد القضائي الأردني التابع لوزارة العدل، وهو الجهة الرسمية الوحيدة في المملكة الأردنية المسؤولة عن تدريب القضاة وإعداد مؤهلين لتولي الوظائف القضائية، وهي الجهة المسؤولة عن رفع كفاءة القضاة وأعاونهم، وتعزيز المهارات البحثية العلمية، كما يرمي هذا المعهد إلى تعزيز العلاقات والتعاون مع الهيئات العربية والأجنبية في مجالات العمل القضائي، وذلك بغية تبادل للخبرات مع معاهد عربية وأجنبية.⁷⁵

بالمثل، نص النظام القانوني المصري في قرار رئيس جمهورية مصر العربية رقم (347) لسنة 1981 على إنشاء المركز القومي للدراسات القضائية، وخصه بتدريب القضاة،⁷⁶ ويهدف هذا المركز إلى إعداد أعضاء الهيئات القضائية وترتيبهم وتأهيلهم من الناحية العلمية، وتزويد مهاراتهم التطبيقية اللازمة لممارسة العمل القضائي، حيث إنَّ المركز القومي للدراسات القضائية هو مركز حكومي تابع لوزارة العدل المصرية ويرأس مجلس إدارته وزير العدل.⁷⁷

أما في المغرب، فيتولى المعهد العالي للقضاء بصورة أساسية، تحت سلطة المجلس الأعلى للسلطة القضائية وبناءً على توصياته، مهمة تأهيل القضاة وموظفي المحاكم ورفع كفاءتهم، وتأهيل الملحقين القضائيين لتولي مناصب قضائية، ويتم ذلك من خلال مواكبة التطورات

القضائية. 2- رفع كفاءة القضاة وأعاون القضاء من خلال الدورات التدريبية التي يعقدها المعهد لهذه الغاية وتنمية مهارات البحث العلمي لديهم. 3- تبادل الخبرات والتعاون مع المعاهد المماثلة في الدول العربية والأجنبية. 4- تشجيع التعاون مع الهيئات العربية والأجنبية في مجالات العمل القضائي."

⁷⁶ بوابة وزارة العدل، جمهورية مصر العربية،

<http://www.jp.gov.eg/ncjs/2.aspx>

⁷⁷ القضاة، "مدى توافق العلاقة"، 43.

⁷³ القضاة، "مدى توافق العلاقة"، 42.

⁷⁴ أوثمان وإيلينا، المجالس القضائية، 21.

⁷⁵ المادة (3) من نظام المعهد القضائي الأردني رقم (6) لسنة 2010 المؤرخ في 19 كانون الثاني 2010، الجريدة الرسمية، العدد 5014، 1110.

المادة (3): "أ- يؤسس في الوزارة معهد يسمى (المعهد القضائي الأردني) يهدف إلى تحقيق ما يلي: 1- إعداد مؤهلين لتولي الوظائف

والتكوين المهني للقضاة، والتعزيز من مستوى معلومات القضاة، وتتبع بصورة أساسية لوزارة العدل.⁸²

أما في فلسطين، فقد نصّ قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002 في المادة (17)⁸³ منه على نظام تدريب القضاة وإعدادهم قبل تولي أعمال القضاء، وفق نظام خاص يضعه مجلس القضاء الأعلى. وقد أنشئ المعهد القضائي في العام 2008م بموجب المرسوم الرئاسي رقم (6) لسنة 2008م وقرار مجلس الوزراء بشأن إنشاء المعهد القضائي الفلسطيني رقم (89) لسنة 2004م، وقرار مجلس الوزراء بنظام المعهد القضائي الفلسطيني رقم (7) لعام 2008م، ويُعدّ مؤسسة من مؤسسات قطاع العدالة، وهو مؤسسة حكومية مستقلة ماليًا وإداريًا،⁸⁴ ويتولى الإشراف بصفته الجهة الرسمية على تأهيل القضاة وتدريبهم وتطوير الكوادر القضائية وأعضاء النيابة العامة والموظفين الإداريين العاملين في قطاع العدالة، وقد تمّ إعداد عدد من القضاة الفلسطينيين وتأهيلهم

القانونية والفنية والإجرائية التي تقع في صميم أعمالهم ووفقا للممارسات الدولية المتقدمة.⁷⁸

تبعًا للنموذج الأوروبي، تتوفر في العديد من الدول مدارس قضائية أو مراكز تدريب قضائي تكون مختصة للتدريب القضائي للقضاة الجدد، وكذلك التدريب المستمر للقضاة ذوي الخبرة. وقد خصّصت العديد من دول أمريكا اللاتينية، منها كوستاريكا مركز تدريب، فيه عدد محدود من القضاة وأعضاء من المجتمع القانوني للقيام بالأمور التنظيمية والتدريبية.⁷⁹ أما في إيطاليا، فيتحكم المجلس الأعلى للقضاة بالمدرسة القومية للقضاة الخاصة بجميع النشاطات الخاصة بالتدريب المبدئي وتعليم القضاة.⁸⁰

وفي فرنسا، كرّس المجلس الدستوري الفرنسي أهمية توفير المهارات اللازمة لشغل الوظيفة القضائية.⁸¹ وجاءت فرنسا بنظام يتمّ بموجبه إنشاء مركز وطني للدراسات القضائية أو ما يعرف بالمدرسة القومية للقضاة بعد تعديل الاسم في عام 1970، وذلك بهدف ضمان الكفاءة

⁷⁸ الكعيوش، القانون المدني.

⁷⁹ دليل خاص بتشجيع استقلال ونزاهة القضاء، 45.

⁸⁰ المرجع السابق، 132.

⁸¹ قرار المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ 19/2/1998، مشار إليه لدى: أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري (القاهرة: دار الشروق، 2002)، 351.

⁸² المرجع السابق، 353.

⁸³ المادة (47) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002.

⁸⁴ المادة (2) من المرسوم الرئاسي رقم (6) لسنة 2008م بشأن المعهد القضائي، الوقائع الفلسطينية، العدد 76، بتاريخ 2008/6/20.

المجلس القضائي، أي أنّ السلطة القضائية مستقلة ماليًا عن السلطة التنفيذية.⁸⁶

في دول أخرى، وقامت المؤسسات الفلسطينية بدور فاعل في تدريب القضاة.⁸⁵

3.2. موازنة المحاكم

استقلال القضاة يعني بصورة أساسية عدم التأثير عليهم في اتخاذ القرارات، إلا أن علاقة القضاء بباقي الحكومة يبقى لها تأثيره على القضاة. وعليه، هناك نموذجان أساسيان متبعان: الأول هو أنّ الهيئة القضائية هي سلطة منفصلة عن الحكومة، وعليه تتمتع بما تتمتع به السلطة التنفيذية من درجة الإدارة الذاتية والتحكّم في الموازنة الخاصة بجميع أعمالها، وسارت على هذا النهج دول متعددة منها الولايات المتحدة الأمريكية، وبعض دول أوروبا الغربية، ودول أمريكا اللاتينية.⁸⁷

نظرًا لما يمثله الاستقلال المالي للسلطة القضائية من أهمية، وضمنًا لمبدأ استقلالية القضاء؛ فإن الموازنة وما يتبعها من شؤون مالية للمحاكم تثير العديد من الإشكاليات، وذلك تبعًا للجهة المسؤولة عن موازنة المحاكم. حيث أشار إعلان بيروت للعدالة، الصادر عن مؤتمر العدالة العربي الأول المنعقد في مدينة بيروت عام 1949، إلى أنه "ينبغي أن تكفل الدولة موازنة مستقلة للسلطة القضائية بكل أفرعها وتنظيمها تدرج بندًا واحدًا بموازنة الدولة بناءً على اقتراح المجالس القضائية العليا في الجهات القضائية المعنية". ونصّ إعلان القاهرة لاستقلال القضاء، الصادر عن مؤتمر العدالة العربي الثاني المنعقد في القاهرة عام 2003، على "ضمان الاستقلال المالي للسلطة القضائية وإدراج موازنة السلطة القضائية بندًا واحدًا بموازنة الدولة". وعليه، فإنّ مفهوم الاستقلال المالي للسلطة القضائية يتمحور حول وجود مخصّصات مالية للسلطة القضائية يشرف عليها

أما الاتجاه الثاني، فهو أنّ الهيئة القضائية تعتمد على إحدى إدارات السلطة التنفيذية منها وزارة العدل، في شؤون الإدارة والموازنة، وهو المتّبع في أوروبا. وحاليًا، هناك توجه في العالم إلى نقل مسؤوليات الإدارة القضائية والموازنة أو بعضها من السلطة التنفيذية. فضلًا عن ذلك، فقد أوكلت المسؤوليات الإدارية إلى المجلس القضائي أو القضاة أو مجلس من داخل القضاة، وقد سارت

⁸⁶ القضاة، "مدى توافق العلاقة"، 95.

⁸⁷ دليل خاص بتشجيع استقلال ونزاهة القضاء، 39.

⁸⁵ شندي، استقلال القاضي، 25.

ولكن في العديد من دول المنطقة، تتحكم وزارة العدل في موازنة المحاكم. غير أنه وفقاً للإصلاح القضائي الذي أُجري في العام 1997 في دولة المجر، يتولى المجلس القومي للعدالة بصفته الممثل الأعلى لسلطة القضاء، إدارة المحاكم من موازنة الدولة والإشراف عليها، كما ويقوم بتقديم موازنة إدارة المحاكم سنوياً إلى الحكومة، التي تقوم بدورها بالتعديلات. وفي بلغاريا، يُعدّ المجلس القضائي الأعلى الموازنة ويتحكّم فيها. وفي جورجيا، تكون السيطرة على موازنة المحاكم ضمن مسؤولية القسم الإداري للمحكمة العليا، إلا أنّ هذا المنهج لم يُجدِ نفعاً، ولاسيما بعد قيام العديد من الانتقادات.⁹¹

ويبدو الأمر مختلفاً بعض الشيء في بولندا، حيث يسيطر وزير العدل على موازنة معظم المحاكم العادية، أمّا المحكمة العليا، والمحكمة الإدارية العليا، والمحكمة الدستورية فنقدّم موازنتها العامة لوزير المالية والبرلمان مباشرة متخطية بذلك وزارة العدل. وبالمثل، في سلوفاكيا المحكمة الدستورية وحدها هي المخولة بالتحكّم في موازنتها العامة.⁹² أما في الأردن، فإن وزير العدل هو الجهة المختصة بتحديد المشاريع والخطط الخاصة

إيطاليا، وإسبانيا على هذا النهج، حيث قامت بنقل سلطات إدارية كبيرة من وزارات العدل إلى المجالس القضائية. أمّا في الدول التي تطبق القانون العام، فهناك مطالبة من أجل الدعم في طلب المزيد من الاستقلال المؤسسي عن السلطتين التشريعية والتنفيذية.⁸⁸

وهناك اتجاه يؤكّد بأنّ التحكّم في موازنة المحاكم وإدارتها، وتحكّم السلطة التنفيذية في اتخاذ الإجراءات التأديبية، يسمح بتدخلات غير مبررة في السلطة القضائية. إلا أنّه وجب التأكيد في هذا الصدد على أنّه حتى تتحمل الهيئة القضائية مسؤولية إدارة وموازنة المحاكم، يجب أن يكون هناك اهتمام من قبل القضائيين؛ ذلك أنّ نقل هذه الصلاحيات قد يؤدي إلى إحداث مشكلة في حال لم يتم توافر القدرة على تحمّل هذه المسؤوليات الإضافية بكفاءة. وفي حقيقة الأمر، هناك العديد من الدول منها إسبانيا، أدّى انخفاض مستوى أداء إدارة المحاكم إلى انتقال الإدارة إلى وزارة العدل.⁸⁹

في ظل الإصلاحات في روسيا، تتبيّن مبادرات في وضع سلطة الموازنة والسلطة الإدارية على المحاكم في يد إدارة قضائية بالمحكمة العليا.⁹⁰

⁸⁸ المرجع السابق، 40.

⁸⁹ المرجع السابق، 41.

⁹⁰ المرجع السابق، 94.

⁹¹ دليل خاص بتشجيع استقلال ونزاهة القضاء، 94.

⁹² المرجع السابق.

إعداد موازنتها. إلا أن هناك توجهاً عاماً يدعو إلى نقل الصلاحية في إعداد الموازنة إلى الجهات القضائية، وعلى هذا النهج سارت فرنسا، وإسبانيا، وإيطاليا، وكينيا، وهو الاتجاه المحبذ؛ لأنه يعزز استقلال القضاء من ناحية الحرص على الحد من إمكانية استخدام الموازنة كوسيلة ضغط على الجهات القضائية، حيث يقوم وزير العدل بتحديد الموازنة وفقاً لاعتبارات عديدة.⁹⁵

وفي حقيقة الأمر، فإن كلا الاتجاهين له نقاط قوة وضعف، فإناطة مسألة إعداد موازنة القضاء بجهات قضائية قد يحول دون ضمان توفير موازنة كافية، أو العجز عن إيجادها. إلا أنه يبدو الاتجاه المناسب؛ لأنه يعكس بصورة إيجابية على مبدأ استقلال القضاء من التدخلات أو التأثيرات الخارجية، كما أنه يقوم بتفعيل دور المجالس القضائية وإعطائها دوراً إيجابياً وفعالاً في إعداد الموازنة للقضاء.⁹⁶

أما إدارة الموازنة وصرفها، فتعطي بعض الدول هذه الصلاحية لوزير العدل، وبعضها للمجالس القضائية. إن إعطاء صلاحية إدارة الموازنة وصرفها إلى المجالس القضائية قد يؤدي في

بالقضاة، وكذلك مخصصات المحاكم والمجلس القضائي وكل ما يتعلق بالقضاء فيتم صرفه عن طريق وزارة العدل، مع وجود نظام خاص بالخدمة القضائية للقضاة النظاميين.⁹³

هذا ونقلت بعض البلدان مسؤوليات إدارة المحكمة والموازنة من وزارة العدل إلى المجلس القضائي. وعلى هذا النهج سارت هنغاريا، حيث تم إنشاء المجلس القضائي الذي يمارس سلطة إدارة المحكمة، كما ويعد الموازنة القضائية لإدارة المحكمة والإشراف عليها. وفي بعض الدول مثل السويد، أنشئت مجالس قضائية تكون مسؤولة حصراً عن الإدارة القضائية وشؤون الموازنة.⁹⁴

لذلك تثير الموازنة إشكالية من ناحية حجمها وطريقة إعدادها، ومن ناحية إدارتها والمراقبة على صرفها. فهناك دول تعتبر أن القضاء هو سلطة مستقلة، وبالتالي، تقوم بإعداد موازنتها بصورة مستقلة عن طريق الجهات القضائية العليا، أو المجالس القضائية، ومنها الولايات المتحدة الأمريكية، وبعض دول أوروبا الغربية منها السويد والدنمارك. وهناك دول تعتبر أن السلطة القضائية هي مؤسسة حكومية تخضع لوزارة العدل من حيث

⁹⁵ شندي، استقلال القاضي، 24.

⁹⁶ المرجع السابق، 25.

⁹³ القضاة، "مدى توافق العلاقة"، 95.

⁹⁴ أوتمان وإيلينا، المجالس القضائية، 24.

وذلك بإعطاء المجلس القضائي دورًا كبيرًا في إعداد الموازنة وصرفها.⁹⁹

3. مكانة النيابة العامة ودورها

يختلف دور النيابة العامة كمثل للحق العام عن دورها كمثل عن الدولة؛ ففي الأولى، تتمتع النيابة العامة بصلاحيات واختصاصات حصرية لمباشرة الدعوى الجزائية لصالح العام، وتتناسب هذه الصلاحيات مع المهام والاختصاصات الممنوحة لها، من تحريك الدعوى الجزائية وإجراءات التحقيق والتفتيش وغيرها، فهي مفوضة من الشعب بنص قانوني لإقامة دعوى الحق العام. أما في دورها كمثل عن الدولة، فإن النيابة العامة تصبح خصمًا في المحاكم الإدارية، بالتالي فإن طبيعة عملها تختلف بشكل جوهري عما سبق، وبالنتيجة فإن صلاحيات واختصاصات النيابة العامة تختلف، بحيث لا تمنح النيابة العامة اختصاصات حصرية في التفتيش أو التحقيق، فلا تتعدى كونها جهة ممثلة قانونية للدولة في مثل هذه الدعاوى.¹⁰⁰

بعض الأحيان إلى عدم ضمان حسن صرفها، فإذا تم توزيع الموازنة على المحاكم دون وضع خطة وقواعد شفافة، سيتم الإجحاف بحقوق درجات القضاء الدنيا، فضلًا عن ذلك، ستستخدم كوسيلة ضغط على القضاة. وخير مثال على سوء صرف الموازنة ما حدث في بوليفيا، حيث قام مجلس القضاء الأعلى باقتطاع ما يزيد عن 30% من موازنة القضاء لنفسه.⁹⁷

وفي فلسطين، تتجلى صلاحية وزارة العدل في موازنة المحاكم من خلال صلاحية وزير العدل باعتماد مشروع الموازنة الخاصة بالسلطة القضائية. فقد تم تنظيم موازنة السلطة القضائية في المادة (2/3) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002،⁹⁸ لتكون للسلطة القضائية موازنة خاصة، تظهر كفصل مستقل ضمن الموازنة العامة السنوية للسلطة الوطنية الفلسطينية، حيث يتولى مجلس القضاء الأعلى بصورة أساسية إعداد مشروع الموازنة وإحالاته إلى وزير العدل لإجراء المقتضى القانوني. وعليه، اتبعت فلسطين النهج السائد في معظم الدول،

⁹⁹ شندي، استقلال القاضي، 25.

¹⁰⁰ أحمد الدمنهوري، واقع النيابة العامة الفلسطينية، علاقة النيابة العامة بالسلطتين القضائية والتنفيذية (رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، 2014) 19.

⁹⁷ المرجع السابق.

⁹⁸ المادة (2/3) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002.

البريطاني والولزي.¹⁰¹ ويتصف هذا النظام بعدم وجود خط واضح فاصل بين عمل النيابة وعمل الضابطة القضائية (الشرطة)، بحيث تتداخل صلاحيات كل من الجهازين في العمل التنفيذي، وبشكل خاص في عمليات التحقيق والتفتيش، ويُعدّ هذا من قبيل الفصل المرن بين السلطات، ويعطي القانون سلطات تنظيمية للجهازين للعمل سويًا لتحقيق أفضل النتائج.¹⁰²

ومن أهم ما يميز هذا النظام هو اتباعه للنظام الاتهامي، وهو اقتصار الصلاحيات القضائية الممنوحة للنيابة العامة على سلطة الاتهام، حيث يتمركز دور النيابة العامة بشكل أساسي على توجيه الاتهام. وبذلك تبقى سلطات القاضي الواسعة في توجيه الأسئلة وطلب البيانات من الأطراف ومنها النيابة العامة، وسلطات تعديل التهم الموجهة، واتخاذ القرارات والأحكام القضائية، بناء على سلطة تقديرية واسعة تمنح للقاضي، بحيث يتعامل مع القضايا المنظورة كل على حدة. ومع هذا الاتساع في صلاحيات القضاء، يكون

يتناول هذا القسم دراسة النيابة العامة بصفتها ممثلًا عن الحق العام، وبالنظر لدورها في الدعاوى الجزائية فقط، دون التطرق لدورها في الدعاوى الإدارية أو كممثلة عن الدولة، فتناول القسم في أجزاءه طبيعة النيابة العامة، علاقة النيابة العامة بوزارة العدل، وأخيرًا علاقة النيابة العامة بالضابطة القضائية.

1.3. طبيعة النيابة العامة

بهدف إيجاد نوع من التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الفردية، وبهدف إيجاد التطبيق الأمثل لمبدأ الفصل بين السلطات؛ انقسمت دول العالم بشكل أساسي إلى نظامين مختلفين من حيث طبيعة عمل النيابة العامة، واعتبارها جزءًا من السلطة التنفيذية أو من السلطة القضائية، وتبعيتها لكل من هذه السلطات وعلاقتها معها.

1.1.3. الاتجاه الأول: تبعية النيابة العامة للسلطة التنفيذية

ذهبت بعض الدول إلى اعتبار النيابة العامة تابعة للسلطة التنفيذية من الناحية الوظيفية والهيكلية، مع الحفاظ على استقلالية النيابة العامة في وظيفتها الجزائية، وهو الاتجاه الذي تتبناه الدول الأنجلوسكسونية بشكل عام، ومن أهمها النموذج

¹⁰¹ Despina Kyprianou, Comparative Analysis of Prosecution Systems, Part 1, Origins, Constitutional position and Organization of Prosecution Services, 2008, 3-5. Available at: <http://bit.ly/2CwBcJT>.

¹⁰² مصطفى عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني (بيروت: كلية الحقوق والإدارة العامة بجامعة بيرزيت، 2015)، 26.

وزنها للحكم، وتكون المحكمة أو جزء منها قائمة على عمليات التحقيق وجمع الاستدلالات والأدلة.¹⁰⁵

ويتميز هذا النظام بمنح النائب العام لمنصب مساوي لمناصب القضاة تقريباً، وقد قامت بعض الدول ومنها الأردن، بالتأكيد على الصفة القضائية للنياحة العامة من خلال منحها للنائب العام صفة القاضي بنص صريح في المادة (1/11) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني وتعديلاته رقم (9) لسنة 1961، وقد ينتج عن هذا التوجه تداخل حقيقي في سلطات النائب العام، وعدم وضوح في صلاحياته ومهامه.

وفي فرنسا نص القانون على إمكانية تنصيب أعضاء النياحة العامة في الوظائف القضائية الموازية لمراكزهم، كما وسمح القانون الإيطالي بالتناوب بين القضاة وأعضاء النياحة العامة، وإن لم ينص القانون بشكل واضح على اعتبار عضو النياحة بمرتبة قاضٍ،¹⁰⁶ إلا أنه بالنص السابق وبمنح العديد من السلطات القضائية للنائب العام، فهو ينص على هذه الصفة ضمناً، وهو ما يشكل خطأ في الصلاحيات الوظيفية والإدارية لأعضاء

مبدأ الفصل بين السلطات في هذا النظام معمولاً بأفضل الطرق التي تضمن للقضاء استقلاله ومكانته.¹⁰³

2.1.3. الاتجاه الثاني: تبعية النياحة العامة للسلطة القضائية

في ظل هذا النظام تتبع فيه النياحة العامة وظيفياً للسلطة القضائية، مع بقاء تبعيتها البنيوية للسلطة التنفيذية، بحيث يبقى أعضاء النياحة تابعين في المهام الوظيفية للسلطة القضائية، وهي المهام التي تشمل الشق القانوني التنفيذي والدعوى العمومية. بينما تبقى المهام البنيوية والهيكلية من تعيين وتأديب في يد السلطة التنفيذية، بحيث تكون وزارة العدل، ممثلة بوزيرها، هي المسؤولة عن التعيينات والمسائلة التأديبية لأعضاء النياحة العامة، وهذا النظام المتبع في أغلب الدول التابعة للنظام القانوني اللاتيني، ومن أهمها فرنسا وألمانيا.¹⁰⁴ ويتبع هذا النظام بالمقابل نظام التنقيب أو التحري الذي تتمتع النياحة العامة فيه بسلطة تحقيقية حصرية، إذ على النياحة توجيه الاتهام وتقديم البينات أمام القضاء، وعلى القاضي

¹⁰³ James Hamilton, The Independence of Judges and Prosecutors: Perspectives and Challenges, European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), 2011, 2. Available at: <http://bit.ly/2pO6usO>

¹⁰⁴ عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، 65.

¹⁰⁵ دليل خاص بتشجيع استقلال ونزاهة القضاء، 79.

¹⁰⁶ المرجع السابق.

كما وسمح القانون بالتناوب بين أعضاء النيابة والقضاة.¹⁰⁸

ويظهر في بعض الدول توجه يجمع بين النظامين، بحيث لم تحدد قوانينها تبعية النيابة العامة للسلطة القضائية أو السلطة التنفيذية، بل شملت على قواعد تتبع النيابة العامة إلى السلطة التنفيذية في بعض الهيكليات، وقواعد تتبعها للسلطة القضائية في هيكليات أخرى، فأخذ هذا التوجه باتباع نظام مختلط بين كل من الأنظمة السابقة. وقد ينتج هذا التوجه تخبطاً في عمل النيابة العامة في حال لم توضح تبعيتها بشكل تفصيلي، وبيان مرجعيتها في كافة نواحي أعمالها، بحيث قد تتداخل الاختصاصات والمسؤوليات بين الجهة التنفيذية والقضائية المسؤولة. وفي حال تم النص على المرجعية المسؤولة بشكل واضح وقاطع لأية شك أو تداخل، فإن هذا النظام يغدو من الأنظمة التي تكرر الفصل المرن بين السلطات بأفضل الطرق والتطبيقات.¹⁰⁹

فعلى سبيل المثال لم يوضح القانون الجزائري التبعية القانونية للنيابة العامة، حيث اعتبر قانون

النيابة العامة، وقد ينتج عنه عدم وضوح في طبيعة المهام الموكلة لكل جهة.

ويتفرع عن هذا النظام توجه فرعي يتبع النيابة العامة وبشكل كامل للسلطة القضائية، كما هو الحال في إيطاليا، بحيث بين القانون الإيطالي تبعية النيابة العامة للبنوية الإدارية والوظيفية للسلطة القضائية بشكل مباشر ومنفصل عن السلطة التنفيذية، ويُعدّ النائب العام وكافة أعضاء النيابة العامة بمرتبة قضاة، حيث يتم تعيينهم من قبل مجلس القضاء الأعلى، وهم يخضعون لنفس الشروط والتدريبات التي يخضع لها القضاء. وفي الوقت الحالي تتوجه العديد من الدول نحو هذا الاتجاه، ومنها بلغاريا وكرواتيا؛ لإيمان الدول بأن هذا النظام يشكل ضماناً لاستقلالية النيابة العامة وحيادها.¹⁰⁷

ويرى بعض الباحثين أن النظام القانوني الأردني ينتمي إلى هذا التوجه، إذ يظهر في القانون الأردني اعتبار النائب العام عضواً في السلطة القضائية، واعتبار النيابة العامة شعبة من شعب السلطة القضائية، وتبعيته إدارياً فقط لوزارة العدل،

¹⁰⁸ الاستراتيجية الوطنية للعدل وسيادة القانون، السلطة الوطنية

الفلسطينية، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، 2011-2013، 21.

¹⁰⁹ عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجزائية، 28.

¹⁰⁷ Kyprianou, Comparative Analysis of Prosecution Systems, 12.

وتصرفاتها تخضع لإشراف وزير العدل ورقابته الإدارية،¹¹³ ويتضح في هذه الأنظمة التخبط التشريعي، وعدم وضوح النظام المتبع لتحديد طبيعة النيابة العامة.

وتشابه هذه الدول ما تتبعه فلسطين في تعاملها مع التبعية القانونية للنيابة العامة، بحث مازال تخبط عمل النيابة العامة قائماً ودورها وتبعيتها غير واضحة المعالم، وتعد خليطاً بين النظام الاتهامي والنظام التتقيي.¹¹⁴ فمن جهة يتم تعيين النائب العام في النظام الفلسطيني بناء على قرار رئيس السلطة الوطنية بتسيب من مجلس القضاء الأعلى بنص المادة (1/107) من القانون الأساسي، والمطابقة لنص المادة (2/63) من قانون السلطة القضائية، بحيث يتبين من النص أن النيابة العامة تتبع للسلطة القضائية. ومن جهة أخرى، أخذت المادة (64) من قانون السلطة القضائية منحى آخر،¹¹⁵ إذ اشترطت أن يقوم النائب العام بأداء القسم القانوني أمام رئيس السلطة الوطنية وبحضور وزير العدل، كما نصت ذات المادة على أداء أعضاء النيابة العامة للقسم

الإجراءات الجزائية الجزائري الصادر بأمر رقم (66-155) النيابة العامة من فروع السلطة التنفيذية بنص المادة (30) والمادة (3/530)،¹¹⁰ بحيث منحت وزير العدل صلاحيات للتدخل في عمل النيابة العامة، في حين نص القانون ذاته على اعتبارها جزءاً من الهيئة القضائية، بمنحها سلطة الإشراف على مأموري الضبط القضائي، ومنحها سلطات في التحقيق ومباشرة الدعوى الجزائية، في المادة (12) من ذات القانون.

وفيما يتعلق بالقانون المصري، فقد أشار الدستور المصري لسنة 2014 إلى النيابة العامة باعتبارها شعبة من شعب السلطة القضائية،¹¹¹ بما منحه للنيابة العامة من سلطات مباشرة في التحقيق ورفع الدعاوى الجزائية، بالإضافة إلى أن الإعداد الفني لأعضاء النيابة مماثل لذلك الإعداد الخاص بالقضاة وتولي مناصب القضاء،¹¹² إلا أن القوانين التفصيلية والخاصة اعتبرتها جزءاً من السلطة التنفيذية، حيث خصت بمباشرة الدعوى العمومية بالنيابة عن السلطات التنفيذية،

¹¹⁰ قانون الإجراءات الجزائية الجزائري الصادر بأمر رقم (66-155)، وتعديلاته، الجريدة الرسمية رقم (35)، 2007، بتاريخ 1966/6/8.

¹¹¹ مادة (189)، الدستور المصري لسنة 2014، نشر في الجريدة الرسمية، بتاريخ 18 يناير 2014، العدد 3 مكرر (أ).

¹¹² محمد نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجزائية، الجزء الأول (القاهرة: دار النهضة العربية، 1995)، 83.

¹¹³ قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 15-11-1965، مجموعة الأحكام س 16 ق 166،865.

¹¹⁴ عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجزائية، 29.

¹¹⁵ علي مهنا، واقع النيابة العامة الفلسطينية (رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء 'مساواة')، 2014.

النائب العام مسؤولاً أمامه،¹¹⁷ كما هو الحال في المغرب، إذ يوضع قضاء النيابة العامة تحت سلطة وزير العدل بصفته قمة الهرم الإداري للنيابة العامة.¹¹⁸ وفي المقابل يتبع أعضاء النيابة العامة في فرنسا هيكلية لوزير العدل فيما يتعلق بترقيتهم، ونقلهم، وانتدابهم، واتخاذ الإجراءات التأديبية ضدهم، وتتولى وزارة العدل مسؤولية إصدار التوجيهات لأعضاء النيابة العامة فيما يتعلق بالمبادرات والأولويات الجنائية.¹¹⁹

وفي النظام الذي تتبع فيه النيابة العامة بشكل كامل للسلطة القضائية، تستقل النيابة العامة بشكل كامل عن وزارة العدل، بحيث لا يتبع النائب العام، ولا أي من أعضاء النيابة العامة لوزير العدل؛ وهذا ما أخذت به الأردن، بحيث تكون علاقة النيابة العامة بوزارة العدل إدارية بحتة. ويظهر هذا أيضًا في مصر، بحيث أخضع القانون جهازي النيابة العامة الخاص والعام لوزارة العدل إداريًا.¹²⁰ ويكون النظام مشابهًا إلى حدّ

أمام وزير العدل بحضور النائب العام، وهنا تظهر تبعية النيابة العامة لوزير العدل والسلطة التنفيذية.¹¹⁶

2.3. علاقة النيابة العامة بوزارة العدل

تختلف طبيعة العلاقة بين النيابة العامة ووزارة العدل باختلاف دور وزارة العدل في الأنظمة القانونية المختلفة، بحيث تتفاوت وتختلف طبيعة هذه العلاقة التبعية لوزارة العدل بحسب طبيعة النظام التي تتبع له الدولة، إذ إن اعتبار النيابة العامة جزءًا من السلطة القضائية أو التنفيذية هو ما يحدد طبيعة علاقتها بوزارة العدل.

ويتبين بشكل واضح في الدول التي تتبع النظام الأنجلوسكسوني أن النيابة العامة تكون تابعة للسلطة التنفيذية، كما توجد علاقة قوية بين النيابة العامة ووزارة العدل، وبشكل أساسي في النواحي الإدارية والهيكلية. بينما في الدول التي تتبع النظام اللاتيني، فتتبع النيابة العامة لوزارة العدل تبعية إدارية، وبشكل أساسي إدارة الموارد البشرية، إلا أن وزير العدل لا يمارس أي سلطة على النيابة العامة فيما يتعلق بالدعوى الجزائية، وإن بقي

¹¹⁷ عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، 67.

¹¹⁸ محمد بنعليلو، واقع عمل النيابة العامة في المغرب بين الممارسة القضائية وضمان الحقوق والحريات، دراسة لفائدة المركز العربي لدعم النزاهة والشفافية ببيروت، د.ت.

¹¹⁹ دليل خاص بتشجيع استقلال ونزاهة القضاء، 104.

¹²⁰ مادة (23) قانون السلطة القضائية المصري رقم (46) لسنة 1972، الجريدة الرسمية، 1972/10/1.

¹¹⁶ الدمنهوري، واقع النيابة العامة الفلسطينية، 18-20.

النقل داخل دائرة المحكمة للنائب العام فقط. إضافة إلى نص المادة (64) على تأدية النائب العام يمينه أمام رئيس السلطة الوطنية وبوجوب حضور وزير العدل. ونصت المادة (72) على صلاحية وزير العدل بتقديم طلب للنائب العام لإقامة دعوى تأديبية على أحد أفراد النيابة العامة.

3.3. علاقة النيابة العامة بالضابطة القضائية

أخضع القانون رجال الضابطة العدلية أثناء قيامهم بأعمال الضبط القضائي لإشراف النيابة العامة ورقابتها؛ وذلك لأنها صاحبة الاختصاص الأصلي بملاحقة الجرائم والتحقيق فيها، ورفع الدعاوى الجزائية بشأنها ومتابعتها أمام القضاء؛ كون أعضاء النيابة العامة هم الأقدر فنياً وعملياً على أداء هذه النوع من الوظائف.¹²²

وبالرغم من التبعية في هذه العلاقة، يبقى هناك علاقة وثيقة تتمثل في علاقة التكامل التي تجمع فيما بين الجهازين، بحيث يكمل كل منهما عمل الآخر في إطار واحد، ولتحقيق أهداف مترابطة، بحيث يكون للنيابة العامة سلطات إشرافية ورقابية على عمل الضابطة القضائية، ويوجهونها في

كبير في إيطاليا، حيث يتمتع أعضاء النيابة العامة في إيطاليا باستقلال تام عن وزارة العدل حيث إن جميع القرارات التي تتعلق بأعضاء النيابة العامة، منذ لحظة تعيينهم حتى تقاعدهم، يتخذها المجلس الأعلى للقضاء.¹²¹

أما في فلسطين، فقد جعل قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002 في الباب الخامس منه صلاحيات وزير العدل محصورة في الجانب الإداري، بحيث تكون طبيعة علاقة النيابة العامة بوزارة العدل إدارية فقط، دون أن تمتد صلاحيات وزير العدل لتحمل الطابع الوظيفي، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (62) من هذا القانون من عرض لتقرير العمل والصلاحية الذي يعده النائب العام لمعاوني النيابة على وزير العدل، ليقرر صلاحية العضو للتعيين في وظيفة وكيل نيابة، أو إعطائه مهلة لا تتجاوز السنة لإعادة تقدير أهليته وصلاحيته.

كما ومنح القانون، في المادة (65) منه، وزير العدل صلاحية تعيين مكان عمل أعضاء النيابة العامة، وصلاحية نقلهم خارج دائرة المحكمة المعيّنين أمامها، لوزير العدل، بناء على اقتراح من النائب العام، وأبقى القانون على صلاحيات

¹²² المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات، روما، 23 أيلول 1953، 374-378.

¹²¹ دليل خاص بتشجيع استقلال ونزاهة القضاء، 79.

أغلب الدول إلى إشراك رجال النيابة العامة والادعاء العام في تشكيل الضابطة القضائية، وهذا هو المأخوذ به في كل من مصر وسوريا واليمن، حيث يتصدر أعضاء النيابة قوائم أعضاء الضبط القضائي. وفي الأردن والمغرب تتكون الضابطة القضائية من المدعي العام ووكلاء وقضاة النيابة، وقد أضافت بعض التشريعات مثل المغرب وسوريا رجالاً من القضاء إلى تشكيل الضابطة القضائية.¹²⁶

وقد اتجه الفقه الحديث إلى تجنب هذا المنهج في التشكيل، حيث اعتبر خلطاً بين السلطات، ينتج عنه عدم وضوح في الصلاحيات، وقد يجعل من استقلالية عمل النيابة العامة معرض نقد محتمل، إذا ما وجدت احتمالية كون النيابة الخصم والحكم في الدعاوى الجزائية، لأنها جزء من الضابطة القضائية، وفي الوقت ذاته تكون الجهة التي تستمر في الدعوى أمام القضاء.¹²⁷

أما في فلسطين، فيتبع مأمورو الضبط القضائي لأعضاء النيابة العامة بصورة متسلسلة، تبدأ من رأس الهرم الإداري في النيابة العامة وبالنياب العام، وتكون هذه التبعية وظيفية لا إدارية،

مرحلة التحقيق،¹²³ بالإضافة إلى دورها في تفويض المهام. ويكون هذا الإشراف فنياً؛ فللجهة المشرفة حق التوجيه والإشراف فقط، دون الهيمنة على عمل الضابطة القضائية أو التأثير على استقلالها، بحيث يتم تنظيم عمليات التفتيش والتحقيق بين النيابة العامة والشرطة بعمل مذكرات تفاهم تبين صلاحيات كل منهما في مسرح الجريمة، وتوضيح أطر التفويض والإنابة بينهما.

وقد يكون الإشراف والتبعية للنائب العام ذاته أو وكيله أو أحد المساعدين، ويختلف هذا باختلاف الأنظمة القانونية في كل دولة؛ ففي الأردن يخضع أعضاء الضابطة العدلية (القضائية) لإشراف المدعي العام من الناحية الإدارية،¹²⁴ وكذلك الأمر في مصر وسوريا. أما في العراق فيخضع أعضاء الضابطة القضائية لرقابة قاضي التحقيق، أو لرقابة الوكيل العام كما في المغرب.¹²⁵

بالإضافة لذلك، يتباين تشكيل الضابطة القضائية بين الدول باختلاف نظامها القانوني، فأتجهت

¹²³ المرجع السابق، 135.

¹²⁴ مادة (22) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (9) لسنة 1961 وتعديلاته لسنة 2017، الجريدة الرسمية.

¹²⁵ محمد بسيوني وعبد العظيم وزير، *الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان* (بيروت: دار العلم للملايين، 1991)، 50.

¹²⁶ المرجع السابق، 51.

¹²⁷ دليل خاص بتشجيع استقلال ونزاهة القضاء، 55.

العقبات اليومية التي تواجه الشرطة في عملها الميداني، كما تم التفاهم على تقاسم المسؤوليات والصلاحيات بين الطرفين في مسرح الجريمة، وفقاً للقانون؛ لمعالجة مشكلة عدم تمكن مأموري الضبط القضائي من اتخاذ إجراءات تحقيق قانونية. ولغايات تحقيق درجة عالية من التفاهم والتنسيق بين الطرفين؛ تم النص على عقد اجتماعات دورية وشهرية في الأراضي الفلسطينية كافة، بين رئيس النيابة في المحافظة ومدير شرطة المحافظة.¹²⁹

الخاتمة

لقد بُنيت هذه الورقة على أنّ مبدأ الفصل بين السلطات هو من أهم مبادئ الديمقراطية، وضمن لبناء دولة يسودها القانون ونصرة الحقوق والحريات، كما وأنه أحد ركائز مبادئ الحرية والعدالة المتمثلة في مبدأ استقلالية القضاء والسلطة القضائية. ونظراً لارتباطه الوثيق بالحق في محاكمة عادلة المكفول في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية؛¹³⁰ كفلت

¹²⁹ عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، 152-153.

¹³⁰ المادة (14) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (1966/1976): "1. الناس جميعاً سواء أمام القضاء. ومن حق كل فرد، لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف

بصريح نص المادة (69) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002، إضافة إلى المادتين (19) و(20) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2003، والمقصود بالتبعية الوظيفية المهام المتعلقة بجمع الاستدلالات والتحقيق الابتدائي، دون أن تمنح الحق للنيابة العامة اتخاذ أي إجراء تأديبي بحق مأموري الضبط القضائي، فقد جعل القانون للنيابة العامة حق الإشراف والمتابعة لمأمور الضبط القضائي، فيما يتعلق بدعوى الحق العام، التي تبقى اختصاصاً أصيلاً للنيابة العامة كأصل عام.¹²⁸

وتكون التبعية الوظيفية بما يخدم الغرض الذي شرعت من أجله ابتداءً؛ ذلك لتسهيل عمل النيابة العامة في إجراءات التحقيق وجمع الاستدلالات، ودون أن تتداخل مع ما للنيابة العامة من اختصاص أصيل، وبهدف الحفاظ على هذا النوع من التعاون بين كل من النيابة العامة والضابطة القضائية، فقد عمل النائب العام ومدير الشرطة في فلسطين على أسس التعامل وضوابطه بين كل من الطرفين، بوثيقة سُمّيت بـ "مذكرة التفاهم بين الشرطة والنيابة العامة"، وتعرضت المذكرة لأهم

¹²⁸ محمود شاهين، تقرير حول النيابة العامة الفلسطينية: عدالة غائبة وجهاز في خدمة مرؤوسيه (رم الله: الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، 1999)، 40-42. متاح على الرابط: <https://ichr.ps/attachment/386/legal10.pdf>

والتشديد على الفصل المرن بينها، حيث لا بدّ من وجود توازن بين السلطات الثلاث، يتخلله التعاون الذي قد يمتد إلى رقابة سلطة على سلطة أخرى في الحدود التي رسمها القانون لها، وذلك تعزيزاً للعدالة، وسيادة القانون، وبالتالي، دعماً لمسيرة استقلال القضاء.¹³²

لقد تبني البحث الفحص المقارن في كل قسم من هذه الورقة البحثية، في ضوء أنّ هذا الأسلوب يوسع مدارك التفكير من ناحية زيادة رصيد المعلومات حول المعرفة القانونية، واكتساب وجهات نظر مختلفة، حول كيفية عمل الأنظمة القانونية المختلفة حول العالم. وفي ظل تعدد المنهجيات المتبعة، يعد هذا الأسلوب الأمثل في عملية تحديد أفضل الممارسات وأكثرها فعالية؛ حيث أتاح أسلوب الفحص المقارن فرصة تقديم نظرة ثاقبة بالإلمام بالأنظمة القانونية كافة، ومن ناحية أخرى يساعد في تطوير الفكر القانوني ليتمكن الفرد من إبداء إيجابيات وسلبيات لطرق عمل الأنظمة المختلفة، وتقييم وضع بلد معينة، مقارنة بالمنظومة الدولية.

دساتير العالم مبدأ استقلالية القضاء، وذلك من خلال وضع ضمانات ونصوص تكفل اعتبار السلطة القضائية هيئة قضائية مستقلة، وموضوعية، وعليه، يحظر على الجهات كافة التدخل في عمل القضاء.¹³¹ ويبدو هذا الأمر جلياً بالاستناد إلى موثيق ومعاهدات دولية، فقد اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة مجموعة من المبادئ الأساسية بشأن استقلال القضاء، بموجب قرارها رقم (40/32) المؤرخ في 29 تشرين الثاني 1985، و(40/146) المؤرخ في 13 كانون الأول من العام ذاته، ولاسيما المواد (7-1).

من الضروري الإشارة أيضاً إلى مبدأ التكامل بين السلطات تماشياً مع مبدأ استقلال القضاء،

وعلني من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون. ويجوز منع الصحافة والجمهور من حضور المحاكمة كلها أو بعضها لدواعي الآداب العامة أو النظام العام أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي، أو لمقتضيات حرمة الحياة الخاصة لأطراف الدعوى، أو في أدنى الحدود التي تراها المحكمة ضرورية حين يكون من شأن العلنية في بعض الظروف الاستثنائية أن تخل بمصلحة العدالة، إلا أن أي حكم في قضية جزائية أو دعوى مدنية يجب أن يصدر بصورة علنية، إلا إذا كان الأمر يتصل بأحداث تقتضي مصلحتهم خلاف ذلك أو كانت الدعوى تتناول خلافات بين زوجين أو تتعلق بالوصاية على أطفال.

¹³¹ علي القضاء، "مدى توافق العلاقة بين السلطتين التنفيذية والقضائية مع مبدأ الفصل بين السلطات دراسة مقارنة" (رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، 2011)، 13.

¹³² المرجع السابق، 79.

قائمة المراجع:

تحليلية. مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 16، مارس 2018.

- بنعليو، محمد. واقع عمل النيابة العامة في المغرب بين الممارسة القضائية وضمن الحقوق والحريات. دراسة غير منشورة، لفائدة المركز العربي لدعم النزاهة والشفافية ببيروت، د.ت.
- حسني، محمد نجيب. شرح قانون الإجراءات الجزائية، الجزء الأول. القاهرة، دار النهضة العربية، 1995.
- دليل خاص بتشجيع استقلال ونزاهة القضاء. سلسلة الإصدارات الفنية، الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية، واشنطن دي سي، 2002.
- الدمهوري، أحمد. واقع النيابة العامة الفلسطينية وعلاقتها بالسلطتين التنفيذية والقضائية. رام الله: المركز الفلسطيني لإستقلال المحاماة والقضاء (مساواة)، 2004.
- سرور، أحمد فتحي. القانون الجنائي الدستوري. القاهرة: دار الشروق، 2002.
- شاهين، محمود. تقرير حول النيابة العامة الفلسطينية: عدالة غائبة وجهاز في خدمة مرؤوسيه. رام الله: الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، 1999. متاح على الرابط: <https://ichr.ps/attachment/386/legal10.pdf>
- شندي، يوسف. استقلال القاضي: دراسة مقارنة. سلسلة مبادرة استقلال القضاء والكرامة الإنسانية، معهد الحقوق في جامعة بير زيت في فلسطين، 2007. متاح على الرابط: <https://bit.ly/2KI5WRz>
- عبد الباقي، مصطفى. شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني. بير زيت: كلية الحقوق والإدارة العامة بجامعة بيرزيت، 2015.
- عبد الفتاح، مراد. المسؤولية التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة: شرح تفصيلي مقارنة للمسؤولية التأديبية للموظفين العموميين في الدولة مع المقارنة بالنظم التأديبية (القاهرة: دن، 1998).

❖ المراجع العربية:

- أبو دية، أحمد، وجهاد حرب. الفصل المتوازن بين السلطات في النظام السياسي الفلسطيني: السلطة القضائية. رام الله: الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة (أمان)، 2007. متاح على الرابط: <http://bit.ly/2Q4G015>
- أبو صوي، محمود. "إشكاليات الفصل بين السلطات واستقلال القضاء في فلسطين: تنازع الصالحيات في قطاع العدالة" العلاقة بين مجلس القضاء الأعلى ووزارة العدل كحالة للدراسة". أطروحة ماجستير في القانون، جامعة بيرزيت، 2013.
- الإستراتيجية الوطنية للعدل وسيادة القانون، السلطة الوطنية الفلسطينية. معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، 2011-2013.
- أوثمان، فيولين، وساندرا إيلينا. المجالس القضائية: أفضل الممارسات الدولية أمثولات من أوروبا وأمريكا اللاتينية، أداة حكم القانون IFES، نيسان (2004)، ترجمة وتنسيق: المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة. (ACRL). متاح على الرابط التالي: <http://bit.ly/32kbZfT>
- البرغوثي، معين. تقرير حول حالة السلطة القضائية ومنظومة العدل في العام 2005. رام الله: الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، 2006. متاح على الرابط: <https://ichr.ps/attachment/340/legal64.pdf>
- بسيوني، محمد، وعبد العظيم زير. الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان. بيروت: دار العلم للملايين، 1991.
- بعلوشة، شريف أحمد. النظام القانون لتأديب القضاة في ضوء قانون السلطة القضائية الفلسطيني: دراسة وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت.

- *Best practice guide for managing Supreme Courts.* (2017). Available at: <http://bit.ly/2pNjZZK>
 - Garoupa, Nuno, and Tom Ginsburg. "Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence." *The American Journal of Comparative Law* 57, no. 1 2009.
 - *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality Revised Edition,* (PN-ACM-007) Office of Democracy and Governance, 2002.
 - Hall, Daniel J., Jan M. Stromsem, and Richard B. Hoffman. "Professional Court Administration: The Key to Judicial Independence." *Sistemas Judiciales* 4, 2003.
 - Hamilton, James. *The Independence of Judges and Prosecutors: Perspectives and Challenges.* European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), 2011. Available at: <http://bit.ly/2pO6usO>
 - *Judicial Accountability in Developing Countries.* Report of Consultation Meeting, Tunis, 8-9 October 2015. International Commission of Jurists. Available at: <http://bit.ly/2qtU7SC>
 - Kyprianou, Despina. *Comparative Analysis of Prosecution Systems, Part 1, Origins, Constitutional position and Organization of Prosecution Services.* Springer, 2008. Available at: <http://bit.ly/2CwBcJT>.
 - Plascencia, Iveth A. "Judicial Appointments: A Comparative Study of Four Judicial Appointment Models Used by Sovereigns Around the World." *Law School Student Scholarship.* 2015. Available at: <http://bit.ly/2pRJI34>
 - Voermans, W. J. M. "Councils for the Judiciary in Europe: Trends and Models." The Spanish Constitution in the European Constitutional Context, in F.R. Segado (ed.), *The Spanish constitution in the European Constitutional context,* 2133-2144 (2003).
 - القضاة، علي. "مدى توافق العلاقة بين السلطتين التنفيذية والقضائية مع مبدأ الفصل بين السلطات: دراسة مقارنة". أطروحة ماجستير في القانون، جامعة عمان العربية، 2011.
 - القيسي، نذير ثابت. "أثر الضمانات التأديبية للقضاة في تعزيز مبدأ استقلال القضاء: دراسة مقارنة". دراسات: علوم الشريعة والقانون (الأردن)، المجلد (44)، ملحق (1) (2017).
 - الكعيوش، ياسين. "القانون المدني: المسطرة القضائية قراءة في الهيكلة الجديدة للمجلس الأعلى للسلطة القضائية"، مجلة قانونك، العدد 499، آب 2017. متاح على الرابط: <http://bit.ly/32n4zsk>
 - المبادئ الدولية المتعلقة باستقلال ومسؤولية القضاة والمحامين، وممثلي النيابة العامة - دليل الممارسين رقم (1). اللجنة الدولية لحقوقيين، جنيف 2007، 121. متاح على الرابط: <http://bit.ly/32kkZBX>
 - المفكرة القانونية، أوراق بحثية عن إصلاح القضاء في لبنان (4) مجلس القضاء الأعلى: صلاحياته وموارده وتنظيمه الداخلي. بيروت، لبنان (2017). متاحة على الرابط: <https://bit.ly/2GDTawo>
 - مهنا، علي. واقع النيابة العامة الفلسطينية. رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة)، 2004.
 - هيومن رايتس واتش، تونس - أوجه قصور في قانون المجلس الأعلى للقضاء، 2015. www.hrw.org/ar/news/2015/06/02/270133
- ❖ المراجع الأجنبية:
- Autheman, Violaine and Sandra Elena. "Global Best Practices: Judicial Councils." *IFES Rule of Law White Paper Series, Lessons Learned From Europe and Latin America,* USAID (2004).



جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY

وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/9)
فئة أوراق طلبة البكالوريوس

بيان بيطار

القضاء الكنسي في فلسطين

كانون الأول 2019



Ecclesiastic Courts in Palestine [Arabic]

القضاء الكنسي في فلسطين

بيان بيطار Bayan Bitar

التدقيق اللغوي: د. نصر الله الشاعر

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (9/2019)
BA Students Papers Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/9)
فئة أوراق طلبة البكالوريوس

© 2019, Birzeit University

© 2019، 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:



بدعم من:

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

بيان بيطار*

القضاء الكنسي في فلسطين**

مقدمة

تبين هذه الورقة القضاء الكنسي الذي يلجأ إليه الأفراد من الديانة المسيحية، للحصول على حقوقهم في المنازعات ضمن اختصاصات المحاكم الكنسية. وتوضح المحاكم الكنسية مع بيان أهم الطوائف الدينية المعترف بها في القانون الفلسطيني، وبيان حدود ولاية المحاكم الكنسية في قوانين الأحوال الشخصية لدى المسيحيين على وجه الخصوص. أدت الانشقاقات داخل الكنيسة، بغض النظر عن السبب، إلى تعدد القوانين المطبقة في المحاكم الكنسية، الأمر الذي ساهم في جهل الكثير من المحامين في القضاء الكنسي بسبب تشعبه وتعقيداته. يركز البحث على بيان اختصاصات المحاكم الكنسية وقانون أصول المحاكمات المرعية أمامها وقانون البيئات الذي يطبق من أجل اكتساب الحقوق.

يستند تشكيل المحاكم الكنسية إلى القانون الأساسي الفلسطيني¹ (بمنزلة التشريع الأعلى في ظل غياب دستور الدولة الفلسطينية)؛ حيث نصت في المادة (101) منه: "المسائل الشرعية والأحوال الشخصية تتولاها المحاكم الشرعية والدينية وفقاً للقانون"، ونص قانون السلطة القضائية لسنة 2002،² في المادة (1/6) على

* محامية متدربة، حاصلة على درجة البكالوريوس في القانون الخاص من كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الخليل عام 2019.
** هذه الورقة في أصلها، دراسة أعدت استكمالاً لمتطلبات مساق "مشروع التخرج" (أستاذ المساق: د. معتز قفيشة)، للفصل الدراسي الثاني 2018/2019، جامعة الخليل. وجرت مناقشتها بتاريخ 2 أيار/ مايو 2019.

¹ انظر: القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 19 آذار/ مارس 2003، عدد 0، ص 5.

² انظر: قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 18 أيار/ مايو 2002، عدد 40، ص 9.

بها، إضافة إلى المنهج التحليلي لبعض المواد في القوانين الكنسية لدى الطوائف.

اعتمدت الورقة دراسة القضاء الكنسي من خلال مبحثين، استعرضت في المبحث الأول تنظيم القضاء في فلسطين من الناحية التاريخية، والقوانين المطبقة في المحاكم الكنسية. أما المبحث الثاني فتناول التطبيقات العملية في القضاء الكنسي، واختصاصات المحاكم، وآلية تشكيل المحاكم الكنسية، ودرجاتها، وتنفيذ الأحكام الصادرة عنها.

المبحث الأول:

التنظيم القانوني للمحاكم الكنسية في فلسطين

تعطي التشريعات الكنسية القوة القضائية للمحاكم الكنسية، فالله هو المصدر الأول والنهائي للشرع، الذي يظهر إما بطبيعة الأشياء ذاتها (شرع إلهي طبيعي)، أو بالوحي (قانون إلهي إيجابي). كلا الشرعَيْن متضمّنان في الكتب المقدسة، وكلاهما تعتبرهما الكنيسة قوانين ملزمة ذات سيادة.³ مشروع الشرع هو إما الأساقفة أو البابا (الحبر الروماني)،

أن المحاكم الفلسطينية تتكون من المحاكم الشرعية والدينية وينظمها القانون، على أن تنظر كل منها في المسائل التي ترفع إليها وفقاً للقانون.

تكمن أهمية البحث في بيان القضاء الكنسي؛ لعدم وجود مصنفات واضحة تبين الأساس القانوني للمحاكم الكنسية تاريخياً، وتقسيمات الطوائف والمحاكم بشكل تفصيلي، والقوانين المطبقة بها. إضافة إلى أهمية إيجاد بحث في القضاء والمحاكم الكنسية؛ لسد فجوة في المكتبة القانونية الفلسطينية.

يهدف البحث إلى الحصول على نبذة تاريخية عن المحاكم الكنسية من العهد العثماني حتى قيام السلطة الفلسطينية، وتصور المحاكم الكنسية بتقسيماتها. إضافة إلى القوانين المطبقة داخل هذه المحاكم لجميع الطوائف الدينية المعترف بها في فلسطين، وطريقة تشكيل هذه المحاكم وآلية تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الكنسية. وقد اعتمدت الورقة على المنهج التاريخي لتوضيح أساس القضاء الكنسي في فلسطين، والمنهج الوصفي لبيان تقسيمات المحاكم والقوانين المطبقة

³ ريمون جرجس، شرح قوانين المحاكمات الكنسية بوجه عام وقوانين المحاكمات الحقوقية لدى الكنائس الشرقية الكاثوليكية (بيروت: المكتبة البولسية، 2008)، 28.

اتفاقيات دولية، ويستدل من ذلك إعراض الشريعة الإسلامية التمدد في عقائد أهل الكتاب، فالقاضي المسلم غير مختص بالأحوال الشخصية لغير المسلمين، إلا إذا تراضى الخصمان باللجوء إليه.⁵

أصدر سلطان الدولة العثمانية، بتاريخ 18 شباط/فبراير 1856، إرادة سننية (الخط الهمايوني)، نصت على أن جميع الامتيازات التي كانت ممنوحة في القديم من قبل السلف لرعايا الطوائف المسيحية تثبت وتبقى قائمة ونافاذة، ومسائل الأحوال الشخصية والحقوق الإرثية تحال إلى البطريرك أو رؤساء المجالس الطوائفية. تبعها بعد ذلك عدة لوائح ومعاهدات بين الدول الأوروبية والدولة العثمانية لتحسين أحوال المسيحيين. بقي الحال هكذا إلى سنة 1914 عندما دخلت الدولة العثمانية الحرب العالمية الأولى، فألغت الامتيازات الأجنبية، وألغت جميع اختصاصات المحاكم الروحية بموجب قانون الحق العائلي لجميع الرعايا العثمانيين من المسلمين والمسيحيين، وحصرت الفصل في المنازعات للمحاكم الشرعية.⁶

استمر العمل في القوانين التي صدرت في العهد العثماني فترة الانتداب البريطاني، مع مراعاة ما

البطاركة أو المجامع المسكونية عند الكاثوليك والمجامع المقدسة عند الأرثوذكس أو أعلى سلطة عند كل طائفة. "تتبع المحاكم في نظامها أولاً الأساس القانوني، ثانياً قرارات المجمع، أو أعلى سلطة في الطائفة المسيحية التي تتبع إليها المحكمة، ثالثاً قرارات المحاكم السابقة، رابعاً قرارات الاستئناف".⁴

المطلب الأول: الأساس القانوني لمحاكم

الطوائف المسيحية تاريخياً

بدأت التشريعات الكنسية من العهدة النبوية للمسيح. تمت تسمية حقوق الطوائف الدينية في تشريعاتها منذ سنة 318، عندما منح الإمبراطور الروماني قسطنطين الكبير الأساقفة السلطة القضائية، واعتبرهم قضاة وجاز المرافعة أمامهم، وتعتبر القرارات نهائية غير قابلة للاستئناف. عند ظهور الإسلام وانتشاره بقي سكان البلاد خاضعين لقانونهم الشخصي لا لشريعة الفاتحين، جاءت العهدة العمرية واضحة في هذا الشأن، التي وجهها الخليفة عمر بن الخطاب للبطريرك صفرونيوس. ما لبث أن أخذ في عهد الدولة العثمانية شكل

⁴ مقابلة مع السيد إيفون ميسوليس، رئيس محكمة البداية الأرثوذكسية، بيت لحم، 20 شباط/فبراير 2019.

⁵ مايك قنواي، "المحاكم الكنسية في الأردن وفلسطين"، مجلة نقابة المحامين في المملكة الأردنية الهاشمية، عدد 7 (2010)، 3-4.

⁶ المرجع السابق، 2.

طائفة الروم الأرثوذكس، وطائفة الروم الكاثوليك، وطائفة الأرمن، وطائفة اللاتين، والطائفة الإنجيلية الأسقفية العربية. ولم يتم إلغاء الطوائف المعترف بها في العهد العثماني والطوائف المذكورة في مرسوم دستور فلسطين المعدل سنة 1939 في المادة (16)،¹⁰ رغم إلغاء مرسوم دستور فلسطين لسنة 1922 وتعديلاته صراحة في المادة (3/129) في الدستور الأردني لسنة 1952، إلا أن الطوائف الدينية استمرت العمل بالمحاكم الكنسية. في قطاع غزة تم إصدار نظام دستوري سنة 1962،¹¹ لتنظيم السلطات في غزة، ولم يتم نص على تنظيم أو تشكيل محاكم للطوائف الدينية.

سيطر الاحتلال الإسرائيلي على النظام القانوني الفلسطيني سنة 1967، من خلال فرض القانون العسكري في منطقتي الضفة الغربية وقطاع غزة، وإخضاع القدس الشرقية للقانون المحلي للمحتل

جرى عليها من تعديل أو استبدال بموجب قوانين الانتداب البريطاني.⁷ صدر عن الملك البريطاني بحكم المعاهدات بإدارة فلسطين في عصبه الأمم مرسوم دستور فلسطين سنة 1922⁸ ونص في الفصل الخامس المتعلق بالسلطة القضائية المادة (51) على صلاحية محاكم الطوائف الدينية في الممارسة المطلقة، حول مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالزواج والطلاق والإعالة وفاقد الأهلية والتركات.

تم إعلان إسرائيل سنة 1948 في الجزء الأكبر من فلسطين، أما الضفة الغربية فخضعت للحكم الأردني، في حين خضع قطاع غزة للإدارة المصرية. صدر قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة رقم (9) سنة 1958 في الضفة الغربية،⁹ ونص في مادته الثالثة أن الطوائف الدينية غير المسلمة لها صلاحية تأسيس محاكم خاصة، لكل طائفة ورد اسمها في القانون، منها

¹⁰ تص المادة (16) من مرسوم دستور فلسطين المعدل لسنة 1939، على ذكر "طائفة الروم الأرثوذكس (الشرقيين)، طائفة اللاتين (الكاثوليك)، طائفة الأرمن (الغريغوريين)، طائفة الأرمن (الكاثوليك)، طائفة السريان (الكاثوليك)، طائفة الكلدانيين (الكاثوليك)، الطائفة اليهودية، طائفة الروم الكاثوليك (الملكيين)، الطائفة المارونية، طائفة السريان (الأرثوذكس)".

¹¹ انظر: إعلان بالنظام الدستوري لقطاع غزة لسنة 1962، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 29 آذار/ مارس 1962، عدد 0، ص 664.

⁷ معهد الحقوق، "الوضع القانوني في فلسطين"، 31 آب/ أغسطس 2013، متوفر عبر الرابط (تاريخ الزيارة: 2019/10/10):

<http://lawcenter.birzeit.edu/lawcenter/ar/homepage/2013-08-31-07-08-03>

⁸ انظر: نص مرسوم فلسطين لعام 1922، قوانين فلسطين (مجموعة درايوتون - الانتداب البريطاني)، بتاريخ 22 كانون ثاني/ يناير 1937، عدد 0، ص 3303.

⁹ انظر: قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة الأردني رقم (9) لسنة 1958، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، بتاريخ 2 كانون الثاني/ يناير 1958، عدد 1366، ص 102.

(1/6) على أن المحاكم الفلسطينية تتكون من المحاكم الشرعية والدينية وينظمها القانون، على أن تنظر كل منها المسائل التي ترفع إليها وفقاً للقانون.

المطلب الثاني: القوانين المطبقة أمام المحاكم الكنسية لمختلف الطوائف

نظراً لحساسية المنازعات التي تختص المحاكم الكنسية بنظرها، وتعلقها بمسائل الأحوال الشخصية للمسيحيين عموماً ولأبناء الطوائف المسيحية خصوصاً؛ فقد فصل المشرع وسائل إثبات هذه الحقوق، من خلال قوانين متخصصة تعمل أمام المحاكم الكنسية، لغايات ضمان الوصول إلى الحقوق بصورة تنسجم مع خصوصيتها، نبحثها في هذا المطلب.

مما توفر من وثائق رسمية صادرة عن السلطات المختلفة التي حكمت فلسطين أو جزءاً منها، فإن هناك على الأقل 12 طائفة مسيحية معترفاً بها في الضفة الغربية وقطاع غزة؛ نتيجة الظروف السياسية التي مرت بها فلسطين وتعاقب حكومات مختلفة لحكمها، كالعهد العثماني، والانتداب البريطاني، والحكم الأردني في فلسطين. تنقسم

الإسرائيلي،¹² ولم يطرأ أي تغييرات في تشكيل محاكم الطوائف الدينية، واستمر العمل بالقوانين النافذة.

جرت العديد من الاتفاقيات، أهمها اتفاقية أوسلو التي هدفت لنقل بعض الصلاحيات من الإدارة الإسرائيلية إلى السلطة الوطنية الفلسطينية في أجزاء معينة من الضفة الغربية وقطاع غزة. صدر القرار رقم (1) لسنة 1994،¹³ ونص في مادته الأولى على " يستمر العمل بالقوانين والأنظمة والأوامر التي كانت سارية المفعول قبل تاريخ 1967/6/5 في الأراضي الفلسطينية الضفة الغربية وقطاع غزة حتى يتم توحيدها"، ونص في المادة الثانية من ذات القانون على: "تستمر المحاكم النظامية والشرعية والطائفية على اختلاف درجاتها في مزاوله أعمالها طبقاً للقوانين والأنظمة المعمول بها".

صدر القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، ونص في المادة (101) منه على: "المسائل الشرعية والأحوال الشخصية تتولاها المحاكم الشرعية والدينية وفقاً للقانون". ونص قانون السلطة القضائية لسنة 2002 في المادة

¹² معهد الحقوق، "الوضع القانوني في فلسطين".

¹³ انظر: قرار رقم (1) لسنة 1994، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 20 تشرين الثاني/نوفمبر 1994، عدد 1، ص 10.

من بضع طوائف، وكل واحدة منها متمسكة باستقلالها القضائي الذي منحها إياه القانون في تنظيم شؤون رعاياها في مسائل الأحوال الشخصية. تفصل المحاكم الكنسية في النزاعات المتعلقة بالأفراد بنص القانون لكل طائفة، أي بجميع مسائل الأحوال الشخصية الداخلة في صلاحية المحاكم الشرعية كالوقف، الوصية، الولاية، الأيتام، الهبة، الإذن للولي أو الوصي، باستثناء الزواج، لأن "الزواج المسيحي هو سر مقدس ليس للسلطة المدنية أية صلاحية في الأمور الروحية كالأسرار، وهذا بمثابة مبدأ التعليم اللاهوتي للكنائس الكاثوليكية والأرثوذكسية".¹⁶

قوانين الأحوال الشخصية السارية في فلسطين نافذة في الضفة الغربية وقطاع غزة لكافة الطوائف، رغم تنوع الجهات التي حكمت فلسطين والانقسامات التي حدثت تاريخياً.

1- الطوائف الكاثوليكية:¹⁷

أ- طائفة غربية وتطبق مجلة الحق القانوني لعام 1983 الصادرة عن الحبر الروماني،¹⁸ وهي

¹⁷ خليل، "المحاكم الكنسية"، 14.

¹⁸ انظر: مجلة الحق القانوني الصادرة عن الكرسي الرسولي بتاريخ 25 كانون الثاني/يناير 1983، متوفر على المقتفي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?lnk=2&LegPath=1983&Mid=14950>

الطوائف إلى ثلاث مجموعات رئيسية هي: الطوائف الكاثوليكية، الطوائف الأرثوذكسية، الطوائف البروتستنتية.¹⁴

الكتاب المقدس بعهديه القديم والجديد هو المصدر الأول والأساسي للتشريع في المسيحية، وهناك أيضاً القوانين الكنسية التي تصدر من الآباء والرسل أو المجامع المسكونية، والمجامع المقدسة أو الإقليمية، أو كبار معلمي الكنيسة من البطارقة أو الأساقفة، وهي قوانين معترف بها ونافذة المفعول في العالم المسيحي،¹⁵ إضافة إلى قرارات المحاكم الكنسية الاستئنافية. مما نلاحظه خلال هذه الورقة، فقد توصلت إلى أن تعدد المذاهب والطوائف الدينية أدى إلى اختلاف القوانين المطبقة في المحاكم الكنسية، وهو ما سأقوم ببيانه في هذا المطلب.

الفرع الأول: مسائل الأحوال الشخصية

تتعدد قوانين الأحوال الشخصية المطبقة في المحاكم الكنسية؛ يرجع السبب في ذلك إلى تعدد العقائد والمذاهب المسيحية. فالمذهب الواحد يتألف

¹⁴ عاصم خليل، "المحاكم الكنسية في فلسطين"، في: *القضاء الشرعي والكنسي في فلسطين* (بيرزيت: معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، 2012)، 14.

¹⁵ موريس صادق، *موسوعة الأحوال الشخصية لغير المسلمين* (القاهرة: مكتبة دنيا القانون، 1998)، 3.

¹⁶ جرجس، *شرح قوانين*، 210.

ت- طائفة السريان الأرثوذكس، وتطبق قانون الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس لعام 2000.²²

3- الطوائف البروتستنتية:

أ- طائفة البروتستانت الإنكلكانية، وهي تطبق قانون الأحوال الشخصية والأوقاف للطائفة الإنجيلية الأسقفية العربية لسنة 1954.²³

ب- الطائفة اللوثرية الإنجيلية، وتطبق قانون الكنيسة الإنجيلية اللوثرية في الأردن والأراضي المقدسة لسنة 2015.²⁴

ت- طائفة الأدفنتست السبتيين.

تناولت الورقة غالبية القوانين المطبقة عند الطوائف المسيحية، إلا أن بعض الطوائف لم يتم التعرف على القوانين المطبقة على رعاياها في حالة النزاع. بالإضافة إلى وجود العديد من الطوائف الدينية

طائفة اللاتين التي تطبق أيضا قانون الأحوال الشخصية في الأبرشية البطريركية الأورشليمية لعام 1954،¹⁹ بما لا يتعارض مع مجلة الحق القانوني لعام 1983.

ب- الطوائف الشرقية وتطبق جميعها مجموعة قوانين الكنائس الشرقية لعام 1990،²⁰ وهي: طائفة الروم الكاثوليك (الملكيين)، طائفة الأرمن الكاثوليك، طائفة السريان الكاثوليك، طائفة الكلدانيين (الكاثوليك)، والطائفة المارونية.

2- الطوائف الأرثوذكسية:

أ- طائفة الروم الأرثوذكس، وهي تطبق مجموع قانون العائلة البيزنطي،²¹ الذي ترجم عن لغته الأصلية (اليونانية).

ب- طائفة الأرمن الأرثوذكس.

²² انظر: قانون الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس لسنة 2000، متوفر على المقتفي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?lnk=2&LegPath=2000&MID=15206>

²³ انظر: قانون الأحوال الشخصية والأوقاف للطائفة الإنجيلية الأسقفية العربية لسنة 1954، متوفر على المقتفي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?lnk=2&LegPath=1954&MID=14956>

²⁴ بحسب ما أكدته السيدة ماريا روك، محامية مزاولة في القضاء الكنسي والنظامي، في مقابلة شخصية بتاريخ 4 شباط/فبراير 2019.

¹⁹ انظر: قانون الأحوال الشخصية الأبرشية البطريركية اللاتينية الأورشليمية لسنة 1954، متوفر على المقتفي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?lnk=2&LegPath=1954&MID=14959>

²⁰ انظر: مجموعة قوانين الكنائس الشرقية الصادرة عن الكرسي الرسولي، بتاريخ 28 تشرين الأول/أكتوبر 1990، متوفر على المقتفي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?lnk=2&LegPath=1990&MID=14952>

²¹ انظر: مجموع قانون العائلة البيزنطي، متوفر على المقتفي: <http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/PDFPre.aspx?Y=0&ID=14958>

الفرع الثاني: إثبات الدعوى

تعتبر البيّنات وسيلة لبيان الحقوق، وآلة لإثباتها، وحقيقة الوقائع التي تأسست عليها ادعاءات المتقاضين؛ لتشكيل القناعة لدى القاضي بوجود وقائع لها أساس في موضوع النزاع أو عدم وجودها.

جميع قوانين الأحوال الشخصية عند المسيحيين، في بعض موادها، تبين آلية إثبات الدعوى في مسائل الأحوال الشخصية، مثل قانون دستور القضاء في مجلة الحق القانوني أو أصول المحاكمات الكنسية 1930،²⁷ وقانون الكنيسة الإنجيلية اللوثرية في الأردن والأراضي المقدسة سنة 2015، بالإضافة إلى مجموع قوانين العائلة البيزنطي، ومجموعة قوانين الكنائس الشرقية لسنة 1990. هذا يؤدي إلى اختلاف آلية الإثبات والبيّنات التي يحتاجها القضاء في كل مسألة، فمثلاً الزواج الذي ينعقد فيه توفر الشكلية يعتبر باطلاً عند جميع المسيحيين، وهي المراسم الدينية التي يقوم بها علناً رجل من رجال الدين. ومظاهر الشكلية أربعة: الصلاة، وقيام رجل الدين بها،

المتواجدة في فلسطين ولديها محاكم وقوانين مستقلة لم يتسن سابقاً معرفة النصوص القانونية التي تعترف بها، بالإضافة إلى القوانين المطبقة في تلك المحاكم، ومنها الطوائف المعمدانية، وطائفة الأحباش الأرثوذكسية، والطائفة الشيخية، بالإضافة إلى طائفة الأقباط سواء الكاثوليكية أو الأرثوذكسية. في حالة عدم وجود قانون مختص بطائفة محددة سواء معترف بها أم لم يتم الاعتراف بها في القانون، تلجأ الطائفة الأصغر إلى قانون الكنيسة الأقرب لها عقائدياً.²⁵

يشكو القضاة والمحامون المسيحيون والمهتمون بالشؤون القضائية الكنسية من افتقارهم إلى ترجمة قوانين المحاكم باللغة العربية، فالمكتبة القانونية العربية المسيحية تفنقر إلى قوانين مترجمة للمحاكم الكنسية لجميع الطوائف، فيلجأ القضاة العاملون في المحاكم الكنسية إلى تعلم اللغة اللاتينية والأرمنية واليونانية والإنجليزية وغيرها؛ ليتمكنوا من معرفة القوانين الكنسية وفهمها، لتكون لديهم القدرة على تطبيق الشرع الإلهي في المحاكم الكنسية في فلسطين.²⁶

²⁷ انظر: دستور القضاء في الحق القانوني أو أصول المحاكمات الكنسية لسنة 1930، متوفر على المقتفي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/PDFPre.aspx?Y=1930&ID=14916>

²⁵ بحسب ما أكده السيد سليمان التريزي، محاكي في القضاء الكنسي، في رسالة عبر برنامج الواتس اب، 10 نيسان/ ابريل 2019.

²⁶ بحسب ما أكده السيد سليمان التريزي، محامي في القضاء الكنسي، في مقابلة شخصية بتاريخ 20 شباط/ فبراير 2019.

بالإجراءات التي يتبناها المدعون أمام المحاكم الكنسية. في حال عدم وجود نص في القانون المطبق في المحكمة الكنسية يُرجع إلى أصول المحاكمات المتبعة في الدولة.³² والمنفذ عندنا في فلسطين والمعمول به في المحاكم هو قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001.³³

المبحث الثاني:

التطبيقات العملية أمام المحاكم الكنسية

في هذا المبحث سأقوم بالحديث عن واقع المحاكم الكنسية المختصة في شؤون رعاياها، وصلاحيات النظر المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، وسأتناول هذا الموضوع في ثلاثة مطالب: أولاً: اختصاص المحاكم الكنسية. ثانياً: تشكيل المحاكم الكنسية ودرجاتها. ثالثاً: كيفية تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الكنسية.

والشهود، والعلانية. والشهود ضرورة عند الطوائف الأرثوذكسية والطوائف الكاثوليكية، أما الإنجيليون فلا يتطلب قانونهم ذلك،²⁸ أما العلانية فأباحته الطوائف الكاثوليكية الزواج سرّاً بشرط الحصول على إذن من الرئيس الديني،²⁹ وهذا الأمر متبع كمنهجية عند كل الطوائف المسيحية. وفي حال عدم وجود نص في القانون الخاص بطائفة محددة يستعاض بالرجوع إلى قانون الدولة.³⁰ وعندنا في فلسطين القانون المعمول به هو قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001.³¹

الفرع الثالث: إجراءات المحاكم

القانون الفلسطيني لم يحدد إجراءات خاصة تتعلق بالمحاكم الكنسية كما هو في المحاكم الشرعية، إلا أن قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها في المحاكم الكنسية كمجلة الحق القانوني لسنة 1983، ومجموعة قوانين الكنائس الشرقية سنة 1990 بالإضافة لبعض القوانين المطبقة لدى الطوائف؛ تتضمن بعض النصوص المتعلقة

³² مقابلة مع السيد سليمان التريزي (مرجع سابق).

³³ انظر: قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 5 أيلول/ سبتمبر 2001، عدد 38، ص 5.

²⁸ غنايم قندح، الطلاق والتفريق لدى الطوائف الدينية المسيحية، (دون ناشر، 1984)، 13.

²⁹ أحمد سلامة، الوجيز في الأحوال الشخصية لغير المسلمين المصريين (القاهرة: دن، 1979)، 151.

³⁰ مقابلة شخصية مع السيد سليمان التريزي (مرجع سابق).

³¹ انظر: قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 5 أيلول/ سبتمبر 2001، عدد 38، ص 226.

عقائديًا، سواء الأرثوذكس أو الكاثوليك أو البروتستانت، أو إلى المحاكم النظامية صاحبة الاختصاص العام في القضايا التي لم تنظم ضمن محاكم مختصة. بالنظر لنص المادة الخامسة من قانون مجالس الطوائف الدينية، فإن "لمجالس الطوائف الدينية صلاحية النظر والبت في القضايا التي تنشأ بين أفراد طائفتهم والمتعلقة بجميع مسائل الأحوال الشخصية الداخلة في صلاحية المحاكم الشرعية. وهذه المسائل تم ذكرها في المادة (2) من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (31) لسنة 1959 وهي:³⁵

- 1-الوقف، 2- الدعاوى المتعلقة بين وقفين، 3- مديونات أموال الأيتام والأوقاف المربوطة بحجج شرعية، 4- الولاية والوصاية والوراثة، 5- الحجر وفكه وإثبات الرشد، 6- نصيب القيم والوصي وعزلهما، 7- المفقود، 8- المناكحات والفارقات والمهر والجهاز وما يدفع على حساب المهر والنفقة والنسب والحضانة، 9- كل ما يحدث بين الزوجين ويكون مصدره عقد الزواج، 10- تحرير التركات والفصل في الإدعاء بملكية أعيانها والديون التي عليها، 11- طلبات الدية، 12- التخارج، 13- الهبة في مرض الموت والوصية،

³⁵ قنواطي، "المحاكم"، 11.

المطلب الأول: اختصاص المحاكم الكنسية

المحاكم في النظام القضائي الفلسطيني ثلاثة أنواع، هي: المحاكم النظامية والمحاكم الدينية والمحاكم الخاصة، عملاً بالمادة (97) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003. ورد في ذات القانون في المادة (101) أنّ مسائل الأحوال الشخصية تتولاها المحاكم الشرعية والدينية، بموجب المادة (2) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001،³⁴ فالمحاكم النظامية في فلسطين تمارس حق القضاء، باستثناء ما قد يفوض فيها حق القضاء إلى المحاكم الدينية.

تمتعت الطوائف الدينية المعترف بها باستقلالية القضاء التي منحها إياها القانون الساري في فلسطين في تنظيم شؤون رعاياها، هذه الاستقلالية مرتبطة بالاعتراف بالطائفة المعنية؛ ففي حال أنه لم يتم الاعتراف بطائفة ما فسيكون من الصعب عليها أن تنظم شؤون رعاياها المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية. هذا ما يدفع تلك الطوائف في حال البت في النزاعات إلى اللجوء إلى محاكم الطوائف الدينية المعترف بها والأقرب إليها

³⁴ انظر: قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 5 أيلول/ سبتمبر 2001، عدد 38، ص 279.

بزواج، 20- تبني، 21- مهر، 22- إصدار شهادة زواج، خطبة، ميلاد، عماد، مطلق حال (شهادة عدم وجود مانع زواج)، إذن زواج و/أو شهادات مماثلة، 23- دعوى إعلان و/أو إثبات وفاة.³⁶

المحاكم الكنسية الكاثوليكية بناء على القوانين السارية بها كمجلة الحق القانوني ومجموعة قوانين الكنائس الشرقية السابق ذكرهم، لها صلاحية النظر في جميع الأمور المتعلقة برعاياها الكاثوليكين اللاتين الغربيين و الكاثوليك الشرقيين، ومن أهم اختصاصاتها: 1- ما يتعلق بالحالات الزوجية، 2- البنوة وشرعية الأولاد ومفاعيلها، 3- التبني، 4- السلطة الوالدية وحراسة الأولاد حتى بلوغهم سن الرشد، 5- النفقة، 6- التعويض عند الحكم ببطلان الزواج وفسخه، 7- الوصاية، 8- المواريث.

مؤسسة الزواج تشكل أهمية لدى الطوائف الدينية سواء كان في نشأته ونتائجه أو طريقة إنهائه، فبموجب القوانين الكنسية السارية في فلسطين على المواطن المسيحي تُنتج زواج صحيح بالنسبة للسلطات المدنية والزواج الباطل ينتج عنه زواج باطل بغض النظر عن تنظيم الطوائف الدينية

14- الإذن للولي والوصي والمتولي والقيم ومحاسبتهم والحكم بنتائج هذه المحاسبة، 15- الدعاوى المتعلقة بالأوقاف، 16- كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية.

المحاكم الكنسية الأرثوذكسية حسب القوانين المطبقة لها صلاحية البت في جميع الأمور الكنسية الخاصة برعايتها الرومية الأرثوذكسية الواقعة ضمن دائرة اختصاصها، ومن اختصاصاتها: 1- حل خطبة، 2- قضية افتراق موضعي (هدنة/ هجر)، 3- إبطال زواج، 4- خلافات عائلية، وفاق عائلي (طاعة زوجية)، 5- فسخ زواج و/أو طلاق، 6- نفقة، 7- استصدار إعلان حصر إرث، 8- اعتراض على حصر إرث و/أو تخارج و/أو تثبيت وصية، 9- تخارجات، 10- تعديل قرارات سابقة صادرة عن المحكمة الكنسية البدائية، 11- وصاية على قاصر و/أو مريض و/أو ولاية و/أو حجر، 12- حضانة، 13- تعيين قيم و/أو مدير تركة، 14- إذن بيع املاك غائب، 15- اذن بيع املاك قُصر و/أو مرضى و/أو ايتام، 16- إذن بيع وقف، 17- تغيير مذهب، 18- توريد و/أو تنظيم و/أو تصديق و/أو تثبيت وتنفيذ وصية، 19- اعتراف

على الموقع الإلكتروني التالي (تاريخ الزيارة: 2019/4/7):
<http://www.gopjecc.org/page-39.html>

³⁶ المحكمة الكنسية لبطريكية الروم الأرثوذكس - القدس، "المحكمة الكنسية البدائية في القدس"، 5 تشرين الثاني/ نوفمبر 2018، منشور

جميعاً تتفق على تمركز جميع الاختصاصات بيد الأسقف أو الرئيس الأعلى للكنيسة المعنية، بما فيها السلطة القضائية، فالمحاكم الكنسية وبعبارة ما يوحي المصطلح، لا يشير إلى سلطة قضائية منفصلة عن سلطات الكنيسة، بل هي سلطة المسؤول الديني الأعلى، أي: الأسقف أو من هو بنفس درجته أو من ينوب عنه. إلا أن المحاكم الكنسية اختصت دون غيرها بالبت في قضايا مدنية بطبيعتها، ومنح القانون المحاكم الكنسية السلطة في البت في نزاعات ليست من اختصاص الكنيسة أصلاً مثل التركات، والوصايا، والنفقة، والولاية.⁴⁰

شرعت الطوائف الدينية المسيحية في الأردن بتاريخ 3 نيسان/ إبريل 2019 لأول مرة، منذ صدور أول قانون للأحوال الشخصية المسيحية في العهدين البيزنطي والعثماني، بإجراء تعديلات على القانون، بغية تعديل الثغرات التي تتعارض مع مصلحة الأسرة، وتمثلت من عدة طوائف منها الكنيسة الأرثوذكسية التي شكلت لجنة قانونية لتطوير قوانين الكنيسة، منها قانون الأحوال الشخصية فيما يتعلق بأمور الزواج؛ وذلك لأن

لذلك، وسمح بعض القوانين الكنسية مثل قوانين الطوائف الأرثوذكسية والبروتستانتية بإمكانية إنهاء عقد الزواج من خلال الطلاق بقرار من المحكمة الكنسية ورفض الكنائس الكاثوليكية ذلك، يعني بأن مجموعة من المواطنين في الدولة نفسها تستطيع إنهاء عقد الزواج بالطلاق بينما لا تستطيع مجموعة أخرى ذلك،³⁷ ولذلك لم تنظم الدولة عقد الزواج وتركت تنظيمه للطوائف الدينية المختلفة بحيث لا يمكن للمواطن أن يعقد زواجا صحيحاً إلا من خلال طائفته، وذلك لعدم وجود زواج مدني مستقل عن الزواج الديني، بل إن رجل الدين المسيحي هو مرجع التسجيل المختص بتسجيل زواج المسيحيين، كما ورد في قانون الزواج والطلاق الصادر عن سلطة الانتداب البريطاني عام 1919،³⁸ كما يعني إمكانية وجود تعارض في القوانين الكنسية والدينية السارية في حال عقد زواج بين شخصين ينتميان إلى طائفتين مختلفتين أو زواج مسلم من مسيحية تنتمي إلى طائفة معينة أو العكس.³⁹

الاختلافات تتواجد بين القوانين الكنسية المختلفة في تنظيم بعض القضايا كالزواج مثلاً، إلا أنها

³⁹ خليل، "المحاكم الكنسية"، 7-9.

⁴⁰ المرجع السابق، 11.

³⁷ خليل، "المحاكم الكنسية"، 9.

³⁸ انظر: قانون تسجيل الزواج والطلاق [الباب (88) لسنة 1919]، قوانين فلسطين (مجموعة درايون- الانتداب البريطاني)، بتاريخ كانون الثاني/يناير 1937، عدد 88، ص 1025.

من قبل الأب أو الأم أو الزواج المختلط في المحاكم الكنسية والشرعية معاً، 8- إيجاد نظام موحد للرسوم القانونية في المحاكم الكنسية.⁴¹

المطلب الثاني: تشكيل المحاكم الكنسية ودرجاتها

تم تأسيس المحاكم الكنسية، وفقاً لما نص عليه القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، وهو بمنزلة دستور مؤقت في ظل غياب دستور الدولة الفلسطينية. وفقاً للمبادئ الأساسية في التنظيم القضائي فإن النقاضي أمام المحاكم الكنسية على درجتين كما ورد في القوانين الكنسية الأرثوذكسية والكاثوليكية والبروتستانتية.

تشكّل المحاكم الكنسية الكاثوليكية في الدرجة الأولى من قاضي فرد ويسمى قاضي الأسقف الأبرشي، يستطيع أن يمارس سلطته القضائية بنفسه أو بواسطة آخرين،⁴² ويلتزم الأسقف الأبرشي بتعيين نائب قضائي أو أوفيشالس يتمتع بسلطة قضائية اعتيادية، في حال تم تشكيل محكمة جماعية من أساقفة أبرشيين، تكون مؤلفة

قانون العائلة البيزنطي المطبق لا يتناسب مع العصر، وسيتم إقرار القانون الجديد من المجمع الكنسي المقدس، وهذا ما أكده المطران خريستوفوروس عطا الله، إضافة إلى أن البطريركية اللاتين يقومون بمراجعة قانون الأحوال الشخصية الخاص بهم، وتقوم لجنة قانونية بإعداد مسودة قانون الأحوال الشخصية لطائفة اللاتين، وفق ما قدمه قاضي المحكمة الكنسية اللاتينية الأب د. شوقي جورج بطريان. أهم القضايا التي سيتم التعديل عليها هي:

- 1- سن الزواج، 2- قضايا الإرث، 3- الحضانة، 4- النفقة، 5- إخضاع الخاطبين لدورات متعلقة بالزواج (حيث لا يتم إعطاء الرخصة بالزواج إلا بعد خضوعهم لهذه الدورات)، 6- العمل على إيجاد نظام موحد لتحديد مقدار النفقة (من أجل ضمان الإنصاف والحيادية في تقدير ظروف كل من المرأة والرجل، ولضمان استمرار حياة كريمة للأطفال في حالة تعرض الأسرة إلى الانفصال أو الطلاق)، 7- مراجعة ضمانات الحقوق لكل من المرأة والرجل والأطفال في حالة تغيير الدين، سواء

⁴² بموجب المادة (1419)، مجلة الحق القانوني الصادرة بتاريخ 25 كانون الثاني/يناير 1983، الكرسي الرسولي، مصدر سابق.

⁴¹ وكالة معا الإخباري، "الأول مرة- تعديلات على قانون الأحوال الشخصية للمسيحيين"، 3 نيسان/إبريل 2019 (تاريخ الزيارة: 2019/4/5):

http://www.maannnews.net/Content.aspx?ID=980525&fbclid=IwAR1DFiiskHtVzIzERs_stjbA4Sh5MC-nyYybt6Qpw9L22iUqQPRtoXTkkfQ

لقوانين الطوائف الكاثوليكية الغربية، فتحوز القضية صفة القضية المبرمة (حكماً مبرماً)⁴⁷ إضافة إلى أن الحكم يحوز صفة القضية المحكّمة⁴⁸ عند الطوائف الكاثوليكية الشرقية، في حال توصلت محكمة البداية والاستئناف للحكم ذاته. إلا أنه من النادر أن يكون هناك عدم انسجام بين القرارين بحيث يتم التنسيق بين المحكمتين في حال الاختلاف لكي تقوم محكمة البداية بمراجعة القضية على ضوء البيانات الجديدة، كما أن القوانين الكنسية تختلف من حيث اللجوء إلى الاستئناف، بل يكفي بعضها بحكم البداية على أرض الواقع، وإن توفرت إمكانية الاستئناف خاصة، في ظل اعتماد الاستئناف بالأساس على رغبة الأطراف الذين يعتقدون بأن قرار المحكمة لم يكن عادلاً تجاههم.⁴⁹

يولي القانون الكنسي وثاق الزواج أهمية خاصة، بحيث يكون هناك إلزام كما هي الحال بالنسبة للكنائس الكاثوليكية، بوجود ما يسمى محامي الوثاق، وتكون مهمته الرئيسية الدفاع عن وثاق الزواج أمام طلب طرفي عقد الزواج، فقد يتفق

من ثلاثة قضاة، إلا أنها تنحصر في الدعاوى الحقوقية وهي: 1- وثاق السيامة المقدسة، 2- وثاق الزواج. يستطيع الأسقف أن يكلف ثلاثة أو خمسة قضاة للحكم في الدعاوى التي هي من الصعوبة بمكان، أو على جانب من الأهمية الكبيرة.⁴³ يكون مدة الاستئناف في هذا الحكم القضائي ضمن ميعاد قاطع 15 يوماً من نشر الحكم.⁴⁴ في محكمة الدرجة الثانية يجب تشكيلها بنفس الطريقة التي تشكلت فيها محكمة الدرجة الأولى. إذا صدر الحكم في الدرجة الأولى من قاضٍ فرد فيجب أن تجري محكمة الدرجة الثانية بصورة جماعية،⁴⁵ أما محاكم الكرسي الرسولي أو الحبر الرسولي فيعتبر القاضي الأعلى للعالم الكاثوليك أجمع وتتنظر في شكاوى البطلان والاعتراضات في الدعاوى التي تختص بالأحوال الشخصية والتي كانت الروتا الرومانية، محكمة الحبر الروماني، قد رفضت قبول بحثها مرة أخرى.⁴⁶

يكون الحكم في المحاكم الكنسية الكاثوليكية نهائياً، بعد صدوره من المحاكم البداية والاستئناف، وفقاً

⁴⁷ المادة (1641)، المصدر السابق.

⁴⁸ المادة (1322)، مجموعة قوانين الكنائس الشرقية الصادرة بتاريخ

18 تشرين الأول/ أكتوبر 1990، الكرسي الرسولي، مصدر سابق.

⁴⁹ خليل، "المحاكم الكنسية"، 16-17.

⁴³ بموجب المادة (1425)، المصدر السابق.

⁴⁴ بموجب المادة (1630)، المصدر السابق.

⁴⁵ المادة (1441)، المصدر السابق.

⁴⁶ المادة (2/1445)، المصدر السابق.

من رئيس محكمة، وهو أحد الأساقفة، ونائب للرئيس وأعضاء. أما المحكمة الاستئنافية، كدرجة محكمة ثانية، فلها صلاحية النظر والبت في القرارات المطعون بها الصادرة عن المحاكم الكنسية البدائية، فثبتت حكم المحكمة الابتدائية أو تلغيه أو تزيد عليه، وتتألف من رئيس محكمة وعضوين، ويتم تعيينهم من قبل رئيس الطائفة أو أعلى سلطة، كالمجمع المقدس.⁵³ في عام 2014 صدر قانون مجالس الطوائف الدينية رقم (28) لسنة 2014 في الأردن، وهو المطبق الآن أمام المحاكم الأرثوذكسية في فلسطين.⁵⁴ وتتشكل المحاكم بناء على هذا القانون من محكمة بدائية ومحكمة استئناف، وتتكون الهيئة القضائية في كلا المحكمتين من ثلاثة قضاة على الأقل. تستأنف الأحكام الصادرة من المحكمة البدائية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الحكم.⁵⁵

أما المحاكم البروتستانتية فإذا أخذنا الطائفة الإنجيلية نموذجاً في تشكيل تلك المحاكم؛ فسندج

الطرفان على طلب البطلان أو فسخ الزواج، بل إن بعض المذاهب تذهب أكثر من ذلك، وتعطي المحامي الحق في الاستئناف على حكم البدائية، حتى وإن لم يرغب الطرفان بذلك، وبغض النظر عن رأيهما؛⁵⁰ حفاظاً على الرابطة الزوجية وديمومتها. كما تلزم غيرها من الكنائس بالنظر إلى محكمة البداية الخاصة ببطلان الزواج، فإما أن تثبت الحكم بدون تأخير بقرار منها، أو تقبل الدعوى لفحص جديد في درجة ثانية من المحاكمة،⁵¹ لكن هذا الاستئناف ليس معتمداً عند كل الطوائف الدينية بالضرورة، إذ يكتفي بعضها بالاستئناف، بناء على طلب أطراف النزاع.⁵²

تتشكل المؤسسة القضائية للمحاكم الكنسية الأرثوذكسية من المحاكم الكنسية البدائية كدرجة أولى، ولها صلاحية البت في جميع الأمور الكنسية الخاصة برعيها الرومية الأرثوذكسية الواقعة ضمن دائرة اختصاصها، وينشئ المجمع المقدس محكمة في كل محافظة، وتتألف المحكمة

⁵⁴ بحسب ما أكده المحامي سليمان التريزي، محامي في القضاء الكنسي في فلسطين والأردن وسوريا، في رسالة عبر برنامج الواتساب بتاريخ 10 نيسان/ إبريل 2019 (توجد نسخة من هذه المراسلة مع الباحثة).

⁵⁵ تنص المادة (23/و)، من قانون مجالس الطوائف الدينية رقم 28 لسنة 2014، على أنه "تستأنف الأحكام الصادرة عن المحكمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدورها إذا كانت وجاهية أو من اليوم التالي للتبليغ إذا كانت بمثابة الوجيه أو وجاهي اعتباري".

⁵⁰ بموجب المادة (1432)، مجلة الحق القانوني الصادرة بتاريخ 25 كانون الثاني/ يناير 1983، الكرسي الرسولي، مصدر سابق.

⁵¹ بموجب المادة (1368)، مجموعة قوانين الكنائس الشرقية الصادرة بتاريخ 18 تشرين الأول/ أكتوبر 1990، الكرسي الرسولي، مصدر سابق.

⁵² خليل، "المحاكم الكنسية"، 16-17.

⁵³ محاكم بطريركية القدس، المحكمة الكنسية لبطريركية الروم للأرثوذكس، القدس، 5 تشرين الثاني/ نوفمبر 2018، gopjecc.org (تاريخ الزيارة: 2019/4/7).

مختصة فلجؤون إلى المحكمة الأرثوذكسية. أما الطائفة المشيخية الإنجيلية فلا محكمة مختصة لهم فيلجؤون إلى المحكمة المدنية، أو يتفق جميع الأطراف على إعطاء الصلاحية لمحكمة كنسية معينة؛ وبالتالي ينعقد الاختصاص.⁵⁶

عاجت المادة (16) من قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة رقم (9) لسنة 1958 مسألة تنازع الاختصاص الوظيفي، بين مجلس طائفة دينية ومحكمة نظامية، أو بين مجلس طائفة دينية ومحكمة شرعية، أو بين مجلس طائفتين. يجوز لكل من الفرقاء أن يقدم إلى وزير العدلية صلاحية البت في هذا التنازع، سواء أكان قبولا للدعوى أم رفضا لها. وعليه عندما يصله هذا الطلب أن يؤلف محكمة خاصة لتتظر في تعيين المرجع. تتشكل المحكمة المختصة للنظر في النزاع: 1- من قاضيين من قضاة محكمة الاستئناف النظامية ورئيس مجلس الطائفة الديني ذات العلاقة، إذا كان الخلاف بين مجلس طائفة دينية ومحكمة نظامية، 2- من قاضي القضاة وأحد قضاة محكمة الاستئناف ورئيس مجلس الطائفة الدينية ذات العلاقة، إذا كان الخلاف بين محكمة شرعية ومجلس طائفة دينية، 3- من أحد قضاة محكمة

في المادة (71) في قانون الكنيسة الإنجيلية اللوثرية في الأردن والأراضي المقدسة لسنة 2015 السابق ذكره، أن درجات التقاضي درجتان هما: الدرجة الأولى البدائية و الدرجة الثانية الاستئنافية، يتم تعيين قضاة المحاكم من المجلس الكنسي وتتشكل المحكمة الروحية البدائية من ثلاثة قضاة، ويشترط أن يكون رئيس المحكمة قسًا، بينما يشترط في أن يكون العضوان الآخران مُجازين في الحقوق، بينما تتشكل المحكمة الروحية الاستئنافية للطائفة من ثلاثة قضاة أصليين، أحدهم يضطلع بمنصب رئيس المحكمة والآخران عضوان فيها. ويشترط أن يكون رئيس المحكمة قسًا أو مطرانًا، ويجوز أن يكون العضوان الآخران قسّين أو مجازين في الحقوق أو قسًا مجازًا في الحقوق.

الطوائف الدينية التي لم يعترف بها في القانون الفلسطيني ولم يتشكل لهم محاكم خاصة، يلجأ رعاياها إلى المحاكم المدنية. أما إذا كانت الطائفة تتبع لطائفة أخرى قريبة لها في تطبيق العقيدة المسيحية، فتأخذ تفويضًا من الرئيس الأعلى لتلك الطائفة موجهاً للمحكمة لفصل النزاع. ومثال على ذلك طائفة الأحباش، لا يوجد لديهم محكمة

⁵⁶ بحسب ما أكده المحامي سليمان التريزي، محامي مختص في القضاء الكنسي، في محادثة عبر برنامج الواتساب، 10 تشرين الأول/ أكتوبر 2019 (توجد نسخة من هذه المحادثة لدى الباحثة).

ببيان ما تسمح به الضرورة فيما يطبق في تلك القضية الخاصة لو كان النظر فيها من صلاحية المحكمة الشرعية أو تلك الطائفة أو ذلك المجلس، ويكون هذا البيان جزءاً من ضبط القضية، ويبلغ كل من الفرقاء نسخة من القرار، ويجب على القاضي أو رئيس المحكمة أن يقوم بالتوقيع عليه وختمه، ويكون تاماً وصحيحاً.⁵⁹

وسع قانون تشكيل المحاكم رقم (5) لسنة 2001 في المادة (30) صلاحية محكمة النقض في الطعون المرفوعة إليها من محاكم الاستئناف في القضايا الجزائية والمدنية ومسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين، وذلك يتعارض مع القوانين الكنسية المطبقة لدى الطوائف الدينية. هذا النص لم يكن واضحاً؛ فالأحكام الصادرة عن المحاكم الاستئنافية التي يتم اللجوء بالطعن فيها، أهي محاكم الاستئناف المدنية أم محاكم الاستئناف الكنسية.⁶⁰

إنّ الكنائس المسيحية المعترف بها تتجاوز حدود الدول القائمة؛ فولاية المحاكم الكنسية لكل طائفة تمتد خارج مناطق فلسطين، كسلطة بطريرك الكنيسة الأرثوذكسية في القدس تمتد إلى فلسطين

الاستئناف ومن رئيسي مجلسي الطائفتين صاحبتى العلاقة، إذا كان الخلاف بين مجلسي طائفتين. جميع الأحوال المذكورة، يعين وزير العدلية من هؤلاء رئيساً للمحكمة، ويترتب على الشخص الذي قدم الاستدعاء بالصورة الآنف ذكرها أن يبرز إلى المحكمة أو المجلس الذي اعترض على وظيفته، ما يثبت ما ورد في استدعائه، ويجب على المحكمة أو المجلس الذي قدم الاستدعاء المذكور إليه أن توّجل جميع الإجراءات، إلى أن تبت المحكمة الخاصة في الأمر.⁵⁷

تجدر الإشارة إلى أن المجتمع الفلسطيني غني بتنوعه الاجتماعي وطوائفه المتعددة، وهنا يثور التساؤل في حالة وقوع نزاع بين شخصين من طائفتين مختلفتين، أو بين شخص من الديانة الإسلامية وآخر من الديانة المسيحية. وقد عالج قانون مجالس الطوائف الدينية رقم (9) لسنة 1958 ذلك، فإما أن يتفق الأطراف على تحديد المحكمة المختصة للبتّ في النزاع، أو اللجوء إلى المحاكم النظامية.⁵⁸ وفي حالة اللجوء إلى المحاكم النظامية تقوم المحكمة بطلب استيضاح خطي من المحاكم التي ينتمي إليها كل طرف، تبين فيه وقائع القضية، وتطلب إليها أن توفيهما المحاكم

⁵⁹ انظر المادة (8)، المصدر السابق.

⁶⁰ قنواتي، "محاكم"، 13-14.

⁵⁷ انظر: المادة (16/ج) قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة

الأردني رقم (9) لسنة 1958، مصدر سابق.

⁵⁸ انظر: المادة (7)، المصدر السابق.

حسب قانونها رقم (3) لسنة 2006،⁶³ مختصة في الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة، كما هو مبين في المادة (1/24)، لكن لم يُثر موضوع مدى دستورية بعض القوانين الكنسية أمامها سابقاً، ويتم التعامل مع هذه القوانين كما هو متعارف عرفاً منذ القدم.

المطلب الثالث: تنفيذ الأحكام الصادرة عند المحاكم الكنسية

الأصل أن يختار المحكوم عليه تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه طوعاً، إلا أننا نجد في غالب الأحيان أن المحكوم له أو المستفيد من الحكم يجد نفسه مضطراً لسلك طريق التنفيذ الجبري للحصول على حقه الذي امتنع المنفذ عليه الخصم عن تنفيذ. لم يحدد القانون الفلسطيني قانوناً لتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الكنسية خاصاً بها كما هو في المحاكم الشرعية، فعند صدور الحكم النهائي من المحاكم الكنسية يتم الاستعاضة بقانون التنفيذ الموجود في الدولة التي فيها المحكمة الكنسية المختصة برعاياها، يتوجه المحكوم له أحد رعايا الطوائف الدينية إلى دائرة

والأردن وإسرائيل. أما مطران الكنيسة الأسقفية الإنجيلية فتمتد ولايته لتصل إلى فلسطين والأردن وإسرائيل وسوريا ولبنان، وهكذا⁶¹ يكون اللجوء إلى تلك الكنائس أو السلطة الأعلى للطائفة الكنسية - كالمجمع المقدس البطريركية- في النزاعات، بمنزلة النقض، والقرارات التي تصدر منه تصبح كالقانون، وتسري على جميع الرعايا المسيحيين الموجودين تحت رعاية السلطة البطريركية في أي دولة كانت. قرارات المحاكم الكنسية في خارج فلسطين يتم تصديقها في المحاكم الكنسية الموجودة في فلسطين كل حسب طائفته، مثلاً هناك تفاهات بين الكنائس في المجمع المقدسة (السينودوس) بأن الطوائف الأرثوذكسية لا تقوم بتصديق قرارات كنائس للطوائف المسيحية الأخرى، وإنما الأرثوذكسية فقط. وهذا يعني أنه لا يوجد أي دور رقابي للدولة الفلسطينية أو جهازها القضائي على قوانين المحاكم الكنسية أو القرارات الصادرة عنها؛ كونها محاكم مستقلة خاصة لا سلطة رقابية عليها، وهذا متعارف عليه منذ القدم، ولا يوجد أي دور رقابي من المحكمة الدستورية عندنا في فلسطين.⁶² إلا أن المحكمة الدستورية،

⁶³ انظر قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 25 آذار/ مارس 2006، العدد 62، ص 93.

⁶¹ خليل، "المحاكم الكنسية"، 17-18.

⁶² بحسب ما أكده المحامي سليمان التريزي، محامي مختص في القضاء الكنسي، في محادثة عبر برنامج الواتساب، 25 تشرين الأول/ أكتوبر 2019 (توجد نسخة من هذه المحادثة لدى الباحثة).

الكنسي، وتسهيل المعاملات على القضاء والمحامين والرعايا المسيحيين، منها عدم وجود قانون أحوال شخصية موحد للطوائف الدينية، وافتقار المكتبة القانونية إلى قوانين مترجمة إلى اللغة العربية، فمعظم القوانين التي يتم تطبيقها في المحاكم هي باللغة اليونانية واللاتينية والأرمنية والإنجليزية، فلا بد أن تكون جميع النصوص صادرة باللغة العربية ومعتمدة من قبل الدولة، وبموجب المادة (4) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 "اللغة العربية هي اللغة الرسمية". كما أن العديد من القوانين المعمول بها في المحاكم الكنسية غير صادرة من المجلس التشريعي، ولم تنشر في الجريدة الرسمية، ويمكن الطعن بدستورية القوانين؛ مما يشكل عدم استقرار قضائي في المحاكم الكنسية، بالإضافة إلى أنه يشكل عائقاً لأصحاب الاختصاص القانوني والرعايا المسيحيين والمهتمين بالقضاء الكنسي حول معرفة القوانين المعمول بها والسارية في المحاكم الكنسية.

لقد أدى تعدد القوانين إلى تعدد الإجراءات المتبعة داخل المحاكم؛ فعند عدم وجود نصوص تقيّد آلية إثبات الدعوى أو تحديد الإجراءات أمام المحكمة

التنفيذ المختصة بالسند التنفيذي، ويتم تطبيق قانون التنفيذ الفلسطيني رقم (23) لسنة 2005.⁶⁴

الخاتمة

من خلال هذا العرض لموضوع القضاء الكنسي في فلسطين، هدفت إلى بيان القضاء الكنسي الخاص بالرعايا المسيحيين، انطلاقاً مما ورد في القانون الفلسطيني والقانون الكنسي الصادر عن الكنائس المسيحية المعمول به لرعايا الطوائف الدينية المعترف بها عند المشرع الفلسطيني، آخذةً بعين الاعتبار الأساس القانوني وطريقة تنظيم السلطة الفلسطينية للمحاكم الكنسية.

اختصت المحاكم الكنسية بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية للأفراد المسيحيين، وتميزت المحاكم الكنسية من حيث المفهوم، ليتم التمييز بينها وبين المحاكم الشرعية المختصة، بمسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين، بالإضافة إلى المحاكم النظامية في الاختصاص، لنقوم بالبت في النزاعات والخصومات التي تدخل ضمن رسالتها الدينية.

وخلال بحثي تبين لي العديد من المسائل المهمة التي تحتاج إلى نظر لإصلاح منظومة القضاء

⁶⁴ انظر: قانون التنفيذ رقم (23) لسنة 2005، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 27 نيسان/ ابريل 2006، عدد 63، ص 46.

في قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها، يُرجع إلى قوانين الدولة الموجود بها الرعايا المسيحيون، وهذا الأمر يشتمت العامل في الحقل القانوني. إن توحيد القوانين الكنسية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية وقانون البيئات وأصول المحاكمات يسهم في تكوين أرضية مشتركة بين الطوائف الدينية وزيادة الثقة فيما بينها.

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?Ink=2&LegPath=1962&MID=1045>

▪ مجلة الحق القانوني الصادرة عن الكرسي الرسولي بتاريخ 25 كانون الثاني/يناير 1983، متوفر على المقتفي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?Ink=2&LegPath=1983&MID=14950>

▪ مجموعة قوانين الكنائس الشرقية الصادرة عن الكرسي الرسولي، بتاريخ 28 تشرين لأول/أكتوبر 1990، متوفر على المقتفي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?Ink=2&LegPath=1990&MID=14952>

▪ قرار رقم (1) لسنة 1994، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 20 تشرين الثاني/نوفمبر 1994، عدد 1، ص 10. متوفر على المقتفي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?Ink=2&LegPath=1994&MID=9663>

▪ قانون الأحوال الشخصية لسريان الأرثوذكس لسنة 2000، متوفر على المقتفي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?Ink=2&LegPath=2000&MID=15206>

▪ قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 5 أيلول/سبتمبر 2001، عدد 38، ص 5. متوفر على المقتفي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?Ink=2&LegPath=2001&MID=13849>

▪ قانون البنات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 5 أيلول/سبتمبر 2001، عدد 38، ص 226. متوفر على المقتفي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?Ink=2&LegPath=2001&MID=13858>

▪ قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 5 أيلول/سبتمبر 2001، عدد 38، ص 279. متوفر على المقتفي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?Ink=2&LegPath=2001&MID=1385>

المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

▪ قانون تسجيل الزواج والطلاق [الباب (88) لسنة 1919]، قوانين فلسطين (مجموعة درايتون - الانتداب البريطاني)، بتاريخ كانون الثاني/يناير 1937، عدد 88، ص 1025. متوفر على المقتفي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?Ink=2&LegPath=1919&MID=161>

▪ نص مرسوم فلسطين لعام 1922، قوانين فلسطين (مجموعة درايتون - الانتداب البريطاني)، بتاريخ 22 كانون الثاني/يناير 1937، عدد 0، ص 3303. متوفر على المقتفي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?Ink=2&LegPath=1922&MID=1023>

▪ دستور المملكة الأردنية الهاشمية سنة 1952، الجريدة الرسمية الأردنية، بتاريخ 8 كانون ثاني/يناير 1952، عدد 1039، ص 3. متوفر على المقتفي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/PDFPre.aspx?Y=1952&ID=1066>

▪ قانون الأحوال الشخصية الأبرشية البطريركية اللاتينية الأورشليمية لسنة 1954، متوفر على المقتفي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?Ink=2&LegPath=1954&MID=14959>

▪ قانون الأحوال الشخصية والأوقاف للطائفة الإنجيلية الأسقفية العربية لسنة 1954، متوفر على المقتفي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?Ink=2&LegPath=1954&MID=14956>

▪ قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة الأردني رقم (9) لسنة 1958، الجريدة الرسمية الأردنية، بتاريخ 2 كانون الثاني/يناير 1958، عدد 1366، ص 102. متوفر على المقتفي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?Ink=2&LegPath=1958&MID=15379>

▪ إعلان بالنظام الدستوري لقطاع غزة لسنة 1962، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 29 آذار/مارس 1962، عدد 0، ص 664. متوفر على المقتفي:

- القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 19 آذار/ مارس 2003، عدد 0، ص 5. متوفر على المقتفي:
<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?Ink=2&LegPath=2003&MID=14138>
 - قانون التنفيذ رقم (23) لسنة 2005، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 27 نيسان/ إبريل 2006، عدد 63، ص 46. متوفر على المقتفي:
<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?Ink=2&LegPath=2005&MID=15138>
 - قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ آذار/ مارس 2006، العدد 62، ص 93، متوفر على المقتفي:
<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GeLegConsFT.aspx?Ink=2&LegPath=15122>
 - مجموع قانون العائلة البيزنطي، متوفر على المقتفي:
<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/PDFPre.aspx?Y=0&ID=14958>
- ثانياً: المراجع:**
- جرجس، ريمون. شرح قوانين المحاكمات الكنسية بوجه عام وقوانين المحاكمات الحقوقية لدى الكنائس الشرقية الكاثوليكية. بيروت: المكتبة البولسية، 2008.
 - خليل، عاصم. "المحاكم الكنسية في فلسطين"، في: القضاء الشرعي والكنسي في فلسطين. بيرزيت: معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، 2012.
 - سلامة، أحمد. الوجيز في الأحوال الشخصية لغير المسلمين المصريين. القاهرة: دن، 1979.
 - صادق، مورييس. موسوعة الأحوال الشخصية لغير المسلمين. القاهرة: مكتبة دنيا القانون، 1998.
 - قندح، غنايم. الطلاق والتفريق لدى الطوائف الدينية المسيحية. د.م: دن، 1984.
 - قنواطي، مايك. "المحاكم الكنسية في الأردن وفلسطين". مجلة نقابة المحامين في المملكة الأردنية الهاشمية، العدد 7 (2010): 3-36.

- المحكمة الكنسية لطريكية الروم الأرثوذكس- القدس. "المحكمة الكنسية البدائية في القدس"، 5 تشرين الثاني/ نوفمبر 2018، (تاريخ الزيارة: 2019/4/7):
<http://www.gopjecc.org/page-39.html>
- معهد الحقوق. "الوضع القانوني في فلسطين"، 31 آب/ أغسطس 2013، (تاريخ الزيارة: 2019/10/10):
<http://lawcenter.birzeit.edu/lawcenter/ar/homepage/2013-08-31-07-08->
- وكالة معا الإخباري. "لأول مرة- تعديلات على قانون الأحوال الشخصية للمسيحيين"، 3 نيسان/ إبريل 2019 (تاريخ الزيارة: 2019/4/5):
http://www.maannnews.net/Content.aspx?ID=980525&fbclid=IwAR1DFiisKHtVzIEZRs_stjbA4Sh5MC-nyYybt6Qpw9L22iUqQPRtoxTKkfQ



جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY

وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/10)
فئة أوراق طلبة البكالوريوس

كوثر امريش

حجب المواقع الإخبارية في ظل
المواثيق الدولية والتشريعات
الفلسطينية

كانون الأول 2019



Blocking News Websites in light of International Conventions and Palestinian Legislation [Arabic]

حجب المواقع الإخبارية في ظل المواثيق الدولية والتشريعات الفلسطينية

Kawther Emraish كوثر امريش

التدقيق اللغوي: د. نصر الله الشاعر

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (10/2019)
BA Students Papers Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/10)
فئة أوراق طلبة البكالوريوس

© 2019, 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.

© 2019، 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:

كوثر امريش*

حجب المواقع الإخبارية

في ظل المواثيق الدولية والتشريعات الفلسطينية**

مقدمة

بدأت فكرة حقوق الإنسان بالتبلور في الفترة الأخيرة، خاصة بعد الحرب العالمية الثانية، فقد ظهر اهتمام المجتمع الدولي بهذه الحقوق وتنظيمها، بعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948،¹ الذي لحقه العديد من المواثيق والمبادئ الدولية المنظمة لحقوق الإنسان، مثل العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، ومبادئ جوهانسبرغ والعديد من الاتفاقيات الدولية، مثل الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، والميثاق العربي لحقوق الإنسان، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وهذه النصوص المنظمة تعتبر نصوصاً كاشفة للحق وليست منشأة له،² فهذه الحقوق لصيقة بالإنسان، لا تُمنح بالتشريعات، وإنما كل إنسان يتمتع بها منذ ميلاده.

* محامية متدربة، حاصلة على درجة البكالوريوس في القانون من كلية الحقوق والإدارة العامة بجامعة بيرزيت عام 2018. هذه الورقة في أصلها، دراسة أعدت استكمالاً لمتطلبات مساق "حلقة بحث القانون" (أستاذ المساق: محمود علاونة)، خلال الفصل الدراسي الثاني 2017-2018، جامعة بيرزيت، وجرى مناقشتها بتاريخ 16 مايو 2018. ولن تتطرق هذه الورقة لحالات الحجب التي شهدتها خريف العام 2019. للمزيد انظر الحاشية رقم (11).

¹ محمد عطا الله شعبان، حرية الإعلام في القانون الدولي (القاهرة: مركز الإسكندرية للكتاب، 2006)، 40.
² أحمد الأشقر، الحماية القضائية للحقوق والحرريات العامة في فلسطين: تطبيقات قضائية (رام الله: الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان "ديوان المظالم"، 2013)، 16. تتوفر منه نسخة إلكترونية على الرابط الآتي: <https://ichr.ps/ar/1/8> (استرجعت بتاريخ 2019/11/18).

المعلومات والوصول إليها. فوسائل الإعلام تعتبر أحد أهم محركات المجتمعات؛ فهي تشكل أداة لتوجيه الرأي العام والتأثير عليه،⁵ كما أنها تعمل على توعية الناس من خلال المعلومات التي تنشرها، وتفتح المجال لهم للنقاش وتبادل آراءهم حولها.

دفع هذا الانتشار الدول إلى تنظيم وسائل الإعلام الإلكترونية، حتى لا تؤدي إلى مشاكل شخصية أو سياسية على حدّ سواء، فتم النص على حرية وسائل الإعلام بكل أشكالها في أغلب دساتير الدول،⁶ على أن تنظم بشكل تفصيلي بالقانون، وجاء ذلك متفقاً مع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان التي نظمت هذه الحرية وقيدتها بما لا يفقدها معناها، وذلك حتى لا تشكل اعتداء على حقوق أخرى للمواطنين. كما قامت بعض الدول، مثل فرنسا وإيطاليا والولايات المتحدة الأمريكية، بسن قوانين تنظم الوسائط الإلكترونية بشكل يضمن عدم المساس بالحقوق والحرريات قدر

تشكل الحقوق والحرريات حجر الأساس في أي مجتمع ديمقراطي،³ ومن أهم هذه الحريات حرية الرأي والتعبير التي تعتبر نقطة الانتقال نحو مجتمع ديمقراطي قائم على النزاهة والشفافية، فهي تعتبر مدخلاً للعديد من الحريات والحقوق الأخرى التي تنبثق عنها،⁴ مثل حرية الصحافة والإعلام التي توفر الحماية للمؤسسات الإعلامية، لنقل الحقيقة كما هي، وعدم إخفائها خوفاً من العقاب. بالإضافة لحق الحصول على المعلومات؛ فمن حق كل مواطن معرفة ما يريد من المعلومات والحقائق حول أجهزة الدولة أو مؤسساتها، والحق في النشر، وهو الأداة التي يستطيع من خلالها الإعلامي نشر الحقيقة والرأي العام. وبالتالي فإن هذه الحريات تشكل وسيلة للرقابة المجتمعية على السلطات من أجل التصدي لانتهاكات حقوق الإنسان، والكشف عن حالات الفساد.

ازداد انتشار وسائل الإعلام الإلكترونية في الآونة الأخيرة، كبديل للوسائل التقليدية التي تراجع لجوء الناس إليها، حيث سهلت الوسائل الحديثة نشر

⁵ ماجد العاروري، حرية الصحافة في التشريعات الفلسطينية (بيروت: مركز تطوير الإعلام في جامعة بيرزيت، 2015)، 8.
⁶ رشاد توم، التنظيم القانوني لحرية الإعلام في فلسطين (رام الله: المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية مدى، 2011)، 3.

³ عصام عابدين، انتهاكات حرية الرأي والتعبير والحرريات الإعلامية في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية (رام الله: مؤسسة الحق، 2012)، 6.

⁴ آلاء حماد، "حرية الإعلام في فلسطين: بين قصور النص وانتهاك الحرية"، في: واقع الحقوق والحرريات العامة في فلسطين "بين التنظيم والتقييد والرقابة" (بيروت: معهد الحقوق بجامعة بيرزيت، 2013)، 165.

الإشكاليات التي ظهرت خلال تطبيقه، وخاصة بعد الحوادث المتكررة من اعتقال الصحفيين، وحجب المواقع الإخبارية، وغيرها من الحالات. فقد تم حجب ما يقارب 29 موقعًا إخباريًا خلال عام 2017،¹⁰ قبل صدور القرار بقانون رقم (16) لسنة 2017 بشأن الجرائم الإلكترونية.¹¹

جاء هذا البحث؛ لمعرفة مدى قانونية حجب المواقع الإخبارية في ظل المواثيق الدولية والتشريعات الفلسطينية. لذا تتركز أهمية البحث في سعيه إلى توضيح القواعد القانونية التي نظمت حجب المواقع الإخبارية ومدى اتفاق تلك القواعد مع المواثيق الدولية، وما يزيد البحث أهمية هو تناوله البعد التطبيقي؛ حيث سيعتمد البحث إلى مقارنة المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية بحالات واقعية، حصلت في المجتمع الفلسطيني، إلى جانب إسهامه في توعية الإعلاميين والشعب بالإجراءات التي يجب القيام بها للتصدي لهذه الانتهاكات.

¹¹ بعد صدور القانون، وتزامنا بالشروع بإجراءات نشر هذه الورقة، شهد يوم 21 أكتوبر 2019 صدور قرار من محكمة صلح رام الله بحجب 59 موقعًا إلكترونيًا، من بينها مواقع إخبارية واجتماعية وسياسية، وذلك بناء على الطلب المقدم من النائب العام الفلسطيني، ويحمل الرقم (2019/12). أثار هذا القرار غضب المواطنين الفلسطينيين؛ جراء انتهاكه لعدد من حقوقهم المكفولة في القانون الأساسي والمواثيق الدولية. ما زالت هذه القضية متفاعلة، ولذلك لن نتناول هذه الورقة هذه القضية.

الإمكان، وهذا التنظيم اختلف من دولة لأخرى بناء على نظامها السياسي.

عند الاطلاع على الواقع القانوني في فلسطين نجد أنه اهتم بحرية الرأي والتعبير وحرية وسائل الإعلام اهتمامًا خاصًا، حيث نصت عليهما وثيقة إعلان الاستقلال لعام 1988،⁷ ثم تلاها القانون الأساسي لعام 2003 الذي نص على هذه الحريات وغيرها، وشدد على أهمية تنظيمها بقانون، لوضع الخطوط الرئيسية لها، ولتحقيق التوازن بين حرية الأفراد والمصلحة العامة.

بالإضافة إلى القوانين التي نظمت حرية الصحافة والوسائل الإعلامية مثل قانون المطبوعات والنشر لعام 1995، وكان آخرها القرار بقانون رقم (10) لسنة 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية⁸ الذي نظم في بعض مواده وسائل الإعلام الإلكترونية، ونص صراحة على إلغاء القرار بقانون رقم (16) لسنة 2017 بشأن الجرائم الإلكترونية،⁹ الذي أثار جدلاً واسعًا لدى الرأي العام ووسائل الإعلام؛ بسبب

⁷ في الواقع أشارت وثيقة إعلان الاستقلال لحرية "الرأي" ولم تعقبها بمفردة "التعبير"!

⁸ قرار بقانون رقم (10) لسنة 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية، جريدة الوقائع الفلسطينية، العدد الممتاز 16، 29/4/2018، ص 8.

⁹ قرار بقانون رقم (16) لسنة 2017 بشأن الجرائم الإلكترونية، جريدة الوقائع الفلسطينية، العدد 14، 9/7/2017، ص 15.

¹⁰ الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة "أمان"، مقياس نظام النزاهة في فلسطين لعام 2017 (رام الله، 2017)، 94.

الوطنية؛ يجب التعرف ابتداءً على المقصود بحجب المواقع الإخبارية؟ عرفه المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير، على أنه "تدابير تُتخذ لمنع محتويات معينة من الوصول إلى المستخدم النهائي. ومن جملة تلك التدابير منع المستخدمين من الوصول إلى مواقع معينة على شبكة الإنترنت، وإلى عناوين بروتوكول شبكة الإنترنت، وامتدادات أسماء المجالات، أو إغلاق مواقع على شبكة الإنترنت من خادم الشبكة الذي يستضيفها، أو استخدام تكنولوجيات ترشيح لمنع صفحات تتضمن كلمات مفتاحية أو محتويات أخرى محددة من الظهور".¹²

ومن خلال التعريف السابق والممارسة العملية للحجب يمكن التوصل إلى أن عملية حجب المواقع تختلف عن إغلاقها، حيث إن الحجب لا يمنع المسؤولين عن الموقع من النشر عليه، ولكن يمنع المواطنين من الوصول إلى الموقع ومحتوياته. أما الإغلاق فهو يعني إقفال الموقع ومنع المسؤولين من ممارسة حريتهم بالتعبير وحقهم بالنشر، وكلاهما مشتبه في مشروعيته.

يتناول البحث الإطار القانوني الناظم لحجب المواقع الإخبارية في الضفة الغربية، وذلك على مرحلتين تتمثل الأولى بدراسة التشريعات الناظمة له قبل صدور القرار بقانون رقم (10) لسنة 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية. أما الثانية، فتعنى بكيف عالج القرار بقانون رقم (10) لسنة 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية حجب المواقع الإخبارية.

تتمثل إشكالية هذا البحث بدراسة مدى مشروعية حجب المواقع الإخبارية، في ظل المواثيق الدولية والتشريعات الفلسطينية السارية، قبل صدور القرار بقانون رقم (10) لسنة 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية وبعده، وكيف عالج هذا القرار بقانون الحجب ومدى توافق نصوصه مع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، وهل تشكل هذه النصوص انتهاكاً للحقوق في القانون الأساسي؟

المبحث الأول

حجب المواقع الإخبارية

في المواثيق الدولية

للبحث في مدى مشروعية حجب المواقع الإخبارية، وكيف تم تنظيمها في المواثيق والتشريعات

¹² A/HRC/17/27, (<https://undocs.org/en/A/HRC/17/27>) (استرجع بتاريخ 2019/11/18).

المنظمة للمواقع الإلكترونية، التي تنص على قيود يجب على المواقع الالتزام بها.¹⁴

ولنستطيع تحديد مدى مشروعية هذه القيود المفروضة على المواقع الإلكترونية وعدم انتهاكها لحرية الرأي والتعبير والحقوق المنبثقة عنها، يجب تخصص هل راعت مبدأ الفحص الثلاثي الأجزاء، ومدى التناسب بين الجزاء والمخالفة وهذا ما سيتم تناوله في المطلب الثاني. وللبحث في مدى التناسب بين الجزاء والمخالفة يجب النظر ابتداءً إلى أثر حجب المواقع الإخبارية وما للحقوق التي تُنتهك.

إن حجب المواقع الإخبارية يشكل ابتداءً انتهاكاً لحرية الرأي والتعبير، التي تعتبر نقطة الانتقال لحقوق وحرية أخرى قد تنتهك أيضاً نتيجة لذلك، فقد تم تعريف حرية الرأي والتعبير على أنها "حق الوصول إلى المعلومات من أي مصدر، ونقلها وتبادلها، والحق في نشر الآراء والأفكار وتبادلها، من خلال وسائل الإعلام التي يتوجب ألا تتعرض لرقابة مسبقة على ما تقدمه إلا في أضيق الحدود،

بعد إيضاح المقصود بالحجب سنبحث كيف عالجت المواثيق الدولية حجب المواقع الإخبارية. فقد تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، يعرض المطلب الأول منهما النصوص التي عالجت حجب المواقع الإخبارية والحقوق والحرية التي تتعارض معه في المواثيق الدولية، خاصة المواثيق التي صادقت عليها دولة فلسطين، بينما يعرض المطلب الثاني مبدأ الفحص الثلاثي الأجزاء، وما المقصود به.

المطلب الأول: مدى مشروعية حجب المواقع الإخبارية في ظل المواثيق الدولية لحقوق الإنسان

بالنظر إلى المواثيق الدولية لحقوق الإنسان لا نجد نصوصاً تنظم حجب المواقع الإخبارية، على الرغم من أنه يمس العديد من الحقوق والحرية التي تشكل حجر الأساس لأي مجتمع يقوم على الديمقراطية ويهتم بحقوق الإنسان،¹³ فحجب المواقع هو إجراء تحقيقي يتم اتخاذه من خلال الجهات المختصة، بناءً على التشريعات الوطنية التي نظمت الحجب، في حال تم مخالفة النصوص

¹⁴ مؤسسة الحق، "مذكرة قانونية حول القرار بقانون رقم (16) لسنة 2017 بشأن الجرائم الإلكترونية"، (<https://bit.ly/2qTbm0n>) (استرجعت بتاريخ 2018/4/20).

¹³ عصام عابدين، ورقة قانونية تحليلية بعنوان: انتهاكات حرية الرأي والتعبير والحرية الإعلامية في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية (رام الله: مؤسسة الحق، 2012)، 6.

لكنها نصت على إمكانية تقييد حرية التعبير بناء على معايير حددها نص المادة.

إن حرية الرأي والتعبير هي حرية مكفولة لجميع فئات المجتمع ومن ضمنهم فئة الإعلاميين، الذين يمارسون حقهم في حرية الرأي والتعبير من خلال الوسائل الإعلامية،¹⁷ وهذا ما يُعرف أيضًا بحرية الصحافة وهي حرية أخرى يتميز بها الإعلاميون، وتكفل لهم حرية الرأي والتعبير.

يشدّد المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير، على أنه "يجب أن يُنظر إلى الصحافة باعتبارها نشاطاً ومهنة تقدم خدمة ضرورية لأي مجتمع، لأنها تمد الأفراد والمجتمع ككل بالمعلومات الضرورية التي تمكنهم من تطوير أفكارهم وتكوين استنتاجاتهم وآرائهم بحرية. وممارسة الأفراد حقهم في "التماس المعلومات والحصول عليها" تمكنهم من اتخاذ قرارات مستنيرة ومن التعبير عن آرائهم بحرية ومن المشاركة النشيطة في النظام الديمقراطي".¹⁸ وهذا يوضح مدى التداخل بين حرية الرأي والتعبير وحرية الصحافة؛ فإن كلاً منهما تعتمد على الأخرى،

وبما له علاقة بالنظام العام والآداب، مع ضرورة التحديد الدقيق لهذين المصطلحين".¹⁵

يتضح من التعريف مدى التداخل بين حرية الرأي والتعبير والحقوق والحريات الأخرى، وأهمها حق الوصول إلى المعلومات، وحق النشر وحرية الصحافة،¹⁶ كما يتضح أن حجب المواقع الإلكترونية ينتهك حرية الرأي والتعبير، فهو يشكل تهديداً للإعلاميين عند نشر الحقائق والأخبار، بالإضافة إلى تعرضهم للضغوطات والرقابة المشددة التي تؤثر على "جودة" الحقيقة وما يتم نشره.

نصت المادة (19) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (1948) على حق كل شخص بممارسة حريته، بالتعبير عن رأيه دون أي قيد "لكل شخص الحق في حرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حرية اعتناق الآراء دون أي تدخل، واستقاء الأنباء والأفكار وتلقيها وإذاعتها بأية وسيلة كانت دون تقيد بالحدود الجغرافية"، وكذلك أكدت المادة (19) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (1976) على حرية الرأي والتعبير،

¹⁵ توم، التنظيم القانوني، 16.

¹⁶ حماد، "حرية الاعلام في فلسطين"، 165.

¹⁷ رضا هميسي، "الإعلام الجديد بين حرية التعبير وحماية الأمن القومي"، متوفر عبر موقع Research Gate، من خلال الرابط: (<https://bit.ly/2PMhbVz>) (استرجع بتاريخ 2019/11/18).

¹⁸ A/HRC/20/17, (<https://undocs.org/en/A/HRC/20/17>) (استرجع بتاريخ 2019/11/18).

"يجب ضمان حصول الجمهور على المعلومات عن طريق تنوع مصادر ووسائل الإعلام المهيأة له..."، وكذلك شدّد المبدأ الأول من مبادئ جوهانسبرغ على ضرورة حصول الشخص على المعلومات والأفكار ونقلها.

نظمت مبادئ تشواني (2013)²⁰ الحق في الحصول على المعلومات وتداخلها مع الأمن الوطني، ونصت في المبدأ الأول منها على أنه "لكل شخص الحق في التماس وتلقي واستخدام وتناقل المعلومات الموجودة لدى، أو نيابة عن السلطات العامة أو التي يحق له بموجب القانون الوصول إليها". وبهذا يتّضح أن المواثيق الدولية شدّدت على ضرورة كفالة الحق في الحصول على المعلومات لكل المواطنين، وعدم المساس به؛ وذلك لأثره على المجتمع، حيث إنه يشكل أداة للرقابة الاجتماعية، عن طريق إيصال الحقائق للمواطنين وتكوين الرأي العام.

كذلك نرى أن الحجب ينتهك الحق بالنشر الإلكتروني الذي يُعرّف بأنه "استخدام وسائل التقنية الحديثة في بث، أو إرسال، أو استقبال، أو

وتحقّق إحداها يؤدي إلى كفالة تحقق الحرية الأخرى.

كما أن نص المادة (19) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي شدّد على حرية الرأي والتعبير، تضمّن أيضاً الحق في الحصول على المعلومات وتبادلها. ويمكن تعريف هذا الحق بأنه "حق المواطن في النفاذ إلى ملفات المؤسسة العامة، واستقصاء المعلومات الخاصة بالشأن العام ممن يحظون بها من الشخصيات العامة متى اقتضت الحاجة إلى ذلك".¹⁹ وعليه، فإن منع المواطنين من الاطلاع على المعلومات يُعدّ انتهاكاً لحقهم في الحصول على هذه المعلومات.

جاء قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (59) لعام 1946، ليؤكد أهمية الحق في الحصول على المعلومات، فقد نص على أن "حرية تداول المعلومات حق من حقوق الإنسان الأساسية وهي المعيار الذي تقاس به جميع الحريات التي تتركس الأمم المتحدة جهودها لها...". ونصت المادة (2/2) من إعلان اليونسكو بشأن إسهام وسائل الإعلام في دعم السلام والتفاهم (1978) على أنه

التشريعات ومراجعتها، أو تطبيقها، مما له صلة بسلطة الدولة في حجب المعلومات لأسباب تتعلق بالأمن القومي، أو إنزال العقوبة نتيجة الإفصاح عن تلك المعلومات.

¹⁹ توم، التنظيم القانوني، 18.

²⁰ المبادئ العالمية للأمن القومي والحق في المعلومات "مبادئ تشواني"، صيغت في تشواني جنوب إفريقيا، وصدرت في 12 يونيو 2013، وطورت هذه المبادئ بهدف إرشاد المنخرطين في صياغة

المطلب الثاني: مبدأ الفحص الثلاثي الأجزاء في المواثيق الدولية.

نصت المواثيق الدولية على أهمية المحافظة على الحقوق والحريات وكفالتها دون أي قيد، إلا أن المادة (19) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية أجازت تقييد حرية التعبير ضمن ثلاثة شروط، تم تنظيمها من أجل تحقيق التوازن بين الحقوق المتداخلة،²³ بحيث لا يؤدي ممارسة إحدى هذه الحقوق إلى انتهاك حق آخر، وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة (2/29) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (1948)، فقد جاء فيها: "لا يخضع أي فرد، في ممارسة حقوقه وحرياته، إلا للقيود التي يقرها القانون مستهدفاً منها، حصراً، ضمان الاعتراف الواجب بحقوق وحريات الآخرين واحترامها، والوفاء بالعدل من مقتضيات الفضيلة والنظام العام ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي".

نصت المادة (3/19) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أنه "تستتبع ممارسة الحقوق

نقل المعلومات المكتوبة والمرئية والمسموعة، سواء كانت نصاً، أو مشاهد، أو أصواتاً أو صوراً لعرض التداول، وبالتالي ينشأ من هذا النشر علاقات قانونية وحقوق وواجبات ملزمة للمتعاملين مع هذه الوسيلة".²¹

كما يشير التحدي التاسع من الإعلان المشترك المتعلق بالتحديات الرئيسية العشرة لحرية الرأي والتعبير، الصادر في واشنطن بتاريخ 2 فبراير 2010، إلى أن القيود الواردة على حرية الرأي والتعبير على الإنترنت أدت إلى "عدم تحقق كامل رسالة الإنترنت كأداة لدعم التدفق الحر للمعلومات والأفكار، وذلك بسبب الجهود التي اتخذتها بعض الدول من أجل السيطرة على أو تقييد هذه الوسيلة، ويتمثل ذلك في حجب المواقع الإلكترونية وعناوين الإنترنت، وعدم احترام حقوق أولئك الذين يستخدمون تلك الخدمات".²² وبناء على هذا الإعلان، يُنظر إلى القيود التي ترد على حرية الرأي والتعبير على الإنترنت بأنها تشكل تهديداً وانتهاكاً لهذه الحرية.

²² مجلس حقوق الإنسان في الجمعية العامة، الإعلان المشترك المتعلق بالتحديات الرئيسية العشرة لحرية الرأي والتعبير (2010)، (<https://bit.ly/2svnBAo>) (استرجع بتاريخ 2019/11/18).

²³ منظمة المادة (19)، "وثيقة تمهيدية عن القوانين الضابطة للإنترنت" (<https://www.article19.org/data/files>) (استرجع بتاريخ 2019/6/12).

²¹ نبيل زيد مقابلة، "حماية حقوق النشر الإلكتروني وفقاً للقانون الأردني: دراسة مقارنة"، في: المؤتمر الدولي الأول بعنوان المكتبات ومراكز المعلومات في بيئة رقمية متغيرة-جمعية المكتبات والمعلومات الأردنية - الأردن (عمان: جمعية المكتبات والمعلومات الأردنية، 2014)، 251.

لمعرفة مدى مشروعية القيود الواردة على حرية التعبير في التشريعات الوطنية؛ يجب فحصها بناء على الشروط الواردة في مبدأ الفحص الثلاثي الأجزاء وتقييمها، فهذه القيود وردت استثناءً على حرية التعبير. وعليه؛ يجب عدم التوسع فيها بحيث تفرغ الحق من معناه، وقد تم تنظيم هذا المبدأ في التعليق العام رقم (34) للجنة المعنية بحقوق الإنسان، والتقارير الصادرة عن المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير، بالإضافة إلى جهات دولية أخرى معنية بحقوق الإنسان. وهذه الشروط هي:

1. أن يكون القيد المفروض منصوصاً عليه مسبقاً في القانون.

لهذا الشرط عدة غايات، أولها نشرها وعلم الناس بها، ثم حتى تمر هذا القيود بإجراءات إصدار القوانين في المجلس التشريعي، حيث من ينظم القيود وينص عليها هو المجلس التشريعي الذي يجب عليه أيضاً مراعاة باقي أجزاء الفحص الثلاثي؛ حتى تصبح هذه القيود مشروعة ويمكن تنظيمها بالقانون. وهذا أيضاً يعمل على توزيع المهام في تقييد الحرية على السلطة التشريعية

المنصوص عليها في الفقرة 2 من هذه المادة واجبات ومسؤوليات خاصة، وعلى ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية: أ) لاحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم. ب) لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة". نجد أن هذا النص جاء استثناءً على الأصل الذي يقضي بحق كل شخص بممارسة حقوقه دون أي قيد، لذلك يجب أن يتم تنظيم هذه القيود في نطاق ضيق ولغايات الضرورة فقط،²⁴ مع مراعاة الشروط الواردة في نص المادة السابقة.

أكد التعليق العام رقم (34) للجنة المعنية بحقوق الإنسان²⁵ أن القيود الواردة على حرية التعبير يجب أن تكون في حدود ضيقة جداً، فقد نص على أنه "عندما تفرض دولة طرف قيوداً على ممارسة حرية التعبير، لا يجوز أن تعرض هذه القيود الحق نفسه للخطر. وتشير اللجنة إلى أنه يجب ألا تتقلب العلاقة بين الحق والقيد وبين القاعدة والاستثناء".

²⁴ عابدين، ورقة قانونية تحليلية، 10.

²⁵ اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم (34) على المادة (19) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، (2011)،

(2019/11/18).

ج. يجب أن تكون القوانين المقيدة لحرية التعبير متلائمة مع أحكام العهد وأهدافه وأغراضه، وألا تنتهك أحكام عدم التمييز المنصوص عليها في العهد، وألا تنص هذه القوانين على جزاءات تتنافى مع العهد، مثل العقوبة البدنية.

2. أن يستهدف القيد المفروض العمل على خدمة هدف مشروع.

نصت المادة (19) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في الفقرة (3) على الأهداف المشروعة التي يجب أن يستند إليها أي قيد وارد على حرية التعبير، وهي "احترام حقوق الآخرين أو سمعتهم، أو لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة". وبما أن القيد هو استثناء، فإنه يجب توضيح هذه المفاهيم في نطاق واضح وضيق، بما لا يفقد الحق معناه، كما أن هذه القيود ذُكرت على سبيل الحصر وليس المثال؛ فلا يجوز القياس عليها.

إن أول الأسباب المشروعة لفرض القيود هو احترام حقوق الآخرين أو سمعتهم، ويشمل تعبير "الحقوق"، حقوق الإنسان على النحو المعترف به في العهد، وفي القانون الدولي لحقوق الإنسان

والتنفيذية؛ فلا تستقل السلطة التنفيذية بذلك وحدها، خشية المغالاة في القيود.²⁶

نجد أن هذا الشرط يتوافق مع مبدأ المشروعية في القانون الجزائي، حيث "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص". وحتى تستطيع السلطات المختصة بالحجب ممارسة هذه الصلاحية؛ لا بد من تنظيم هذه الصلاحية والنص عليها بالقانون.

ورد في التعليق العام رقم (34) للجنة المعنية بحقوق الإنسان عدة شروط يجب أن تتوفر في القوانين المنظمة للقيود الواردة على حرية التعبير:

أ. يجب أن تصاغ هذه القوانين بدقة كافية؛ لكي يتسنى للفرد ضبط سلوكه وفقاً لها، ويجب إتاحتها لعامة الجمهور.

ب. لا يجوز أن يمنح القانون الأشخاص المسؤولين عن تنفيذه سلطة تقديرية مطلقة في تقييد حرية التعبير، بل يجب أن ينص القانون على توجيهات كافية للمكلفين بتنفيذه؛ لتمكينهم من التحقق على النحو المناسب من أنواع التعبير التي تخضع للتقييد، وتلك التي لا تخضع لهذا التقييد.

(2012), (<https://bit.ly/2tiR6Gg>) (retrieved on 2018/4/4).

²⁶ Center for law and democracy, "Analysis of the Guarantees of Freedom of Expression in the 2008 constitution of the republic of the union of Myanmar"

والعامّة، أو لتعزيز أيّدولوجية معينة، أو لقمع الاضطرابات".

كما ذكر المبدأ السابع من مبادئ جوهانسبرغ أيضًا بعض الحالات التي لا تشكل تهديدًا للأمن القومي، على سبيل المثال، وليس الحصر، ومنها "أن الكشف عن معلومات تقيد انتهاك حقوق الإنسان من قبل السلطة، لا يعتبر تهديدًا للأمن القومي". وعليه؛ فإن تحديد مصطلح الأمن القومي يجب أن يكون في حدود ضيقة جدًا لا تمس حرية الرأي والتعبير إلا عند الضرورة القصوى، وهذا الجزء الثالث من الفحص.

نص المبدأ التاسع من مبادئ تشواني (2013) على المعلومات التي يجوز حجبها على أساس تعلقها بالأمن القومي، وهذا المبدأ حدد هذه المعلومات على سبيل الحصر، وليس على سبيل المثال، وهي "1. معلومات حول خطط وعمليات وقدرات دفاعية مستمرة، وطوال فترة المنفعة العملية للمعلومات. 2. معلومات عن الإنتاج، والقدرات، أو استخدام نظم الأسلحة والأنظمة العسكرية الأخرى، بما في ذلك أنظمة الاتصالات. 3. معلومات تتعلق بالتدابير المحددة لحماية أراضي

عامّة. كما ويتعلق تعبير "الأخرين" بالأشخاص الآخرين الذين يتصرفون بصفتهم الفردية أو كأعضاء في جماعة، ولذلك يجوز على سبيل المثال الإشارة إلى الأفراد الأعضاء في الجماعة بتعريفهم حسب معتقداتهم الدينية أو إثنيّتهم.²⁷

السبب المشروع الثاني هو حماية الأمن القومي، الذي عملت مبادئ جوهانسبرغ (1995) على إيضاحه، ففي المبدأ الثاني منها وضحت ما المقصود بحماية الأمن القومي فقد نصت على "أ) حماية الدولة أو وحدة أراضيها ضد استخدام القوة أو التهديد بها، أو قدرة الدولة على الرد على مثل هذا التهديد باستخدام القوة، سواء من مصدر خارجي كتهديد عسكري، أو مصدر داخلي كتحرّض على العنف لقلب نظام الحكم".

كذلك أوضح المبدأ الثاني الحالات التي لا تشكل تهديدًا للأمن القومي "ب) إن القيد الواجب المبرر بناءً على حجة الأمن القومي لا يصبح مشروعًا إذا كان غرضه الأساسي هو حماية مصالح لا علاقة لها بالأمن القومي، على سبيل المثال لحماية الحكومة من الإحراج أو كشف الأخطاء، أو لإخفاء معلومات عن أداء المؤسسات الحكومية

²⁷ البند (28) من التعليق العام رقم (34) لعام 2011، اللجنة المعنية بحقوق الإنسان.

3. أن يكون القيد المفروض ضروريًا في مجتمع ديمقراطي.

لا يمكن فرض القيود على حرية التعبير إلا إذا كانت هناك حاجة ملحة وضرورية لأغراض مشروعة. ففي هذا الجزء يتم تحديد ما إذا كان هذا القيد قد اجتاز الفحص الثلاثي أم لا، وجزء الضرورة هنا يرتبط بشكل أساسي بالجزء الثاني، فإذا تم فرض قيود على حرية التعبير لهدف من الأهداف المشروعة، فهنا يجب على الدولة أن توضح مدى الحاجة والضرورة لهذا القيد، وذلك من خلال مبدأ التناسب الذي يعني مدى تناسب هذا القيد مع الهدف المراد حمايته.

هذا ما أوضحه التعليق العام رقم (34) للجنة المعنية بحقوق الإنسان "عندما تحتج دولة طرف بأساس مشروع لفرض قيود على حرية التعبير، فإن عليها أن تثبت بطريقة محددة وخاصة بكل حالة على حدة الطبيعة المحددة للتهديد، وضرورة الإجراء المعين المتخذ ومدى تناسبه، ولا سيما بإقامة صلة مباشرة وواضحة بين التعبير والتهديد".

الدولة والبنية التحتية الحرجة، أو المؤسسات الوطنية الحرجة، ضد التهديدات أو استخدام القوة أو التخريب، والفعالية التي تعتمد على السرية...". وهذا يعني أن المعلومات الجائز لدولة حجبها وإخفاؤها عن المواطنين محددة بدقة، لا يمكن التوسع أو القياس عليها؛ مما يسهل عملية فحص مدى تعلق القيود بالأمن القومي.

أما فيما يتعلق بالنظام والآداب العامة، فهي مصطلحات يحددها النظام القانوني لكل دولة،²⁸ ويجب أن تخضع لرقابة السلطة التشريعية في تلك الدولة، عند تنظيم القيد والنص عليه بالقانون. لقد أشار المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير إلى "أن فكرة النظام العام غامضة إلى حد ما، ومن الممكن أن تدرج فيها فكرة ضيقة أكثر وهي "منع الفوضى أو الجريمة" والتي وردت في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بالمادة (2/10)، بالإضافة إلى مفهوم منع الفوضى أو الجريمة، يمكن إدراج المبادئ الأساسية التي يقوم عليها أي مجتمع ديمقراطي والتي تتفق مع احترام حقوق الإنسان في مفهوم النظام العام".²⁹

²⁹ E/CN.4/1995/32, (<https://undocs.org/en/E/CN.4/1995/32>) (استرجع بتاريخ 2019/10/13).

²⁸ فيصل نسيعة ورياض دنش، "النظام العام"، مجلة المنتدى القانوني، عدد 5 (2008)، 166. (<http://fdsp.univ-biskra.dz/>). (<images/revues/mntda/r5/mk5a12.pdf>) (استرجع بتاريخ 2019/11/18).

القضايا التي تعلق بتعلق بعض القيود الواردة على حرية التعبير، حيث نصت المادة (2/10) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على "هذه الحريات تتضمن واجبات ومسؤوليات. لذا يجوز إخضاعها لشكليات إجرائية، وشروط، وقيود، وعقوبات محددة في القانون حسبما تقتضيه الضرورة في مجتمع ديمقراطي، لصالح الأمن القومي، وسلامة الأراضي، وأمن الجماهير وحفظ النظام ومنع الجريمة، وحماية الصحة والآداب، واحترام حقوق الآخرين، ومنع إفشاء الأسرار، أو تدعيم السلطة وحياد القضاء".

كما حكمت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بعدد من القضايا التي تم بها حظر الوصول إلى بعض المواقع الإلكترونية دون سبب مشروع، حيث اعتبرت هذا الحظر انتهاكاً لحرية التعبير، فهو انتهاك لأحكام المادة (10) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.³²

إن تحقق هذه الشروط الثلاثة في القيد المراد فرضه على حرية التعبير، يدل على اجتيازه لمبدأ

والضرورة تشمل عدة أمور يجب مراعاتها؛ وهي أن يكون فرض القيد لغاية دفع ضرر جسيم، يمس أحد الأهداف المشروعة، ولم يكن هناك وسيلة أخرى لمنعه، كما يجب ألا يفرغ هذا القيد الحرية من معناها، بحيث لا يمنع من ممارسة حرية التعبير بتاتاً، وإنما ينظمها في نطاق ضيق، وأخيراً يجب أن يكون هناك تناسب بين القيد والضرر المراد دفعه، حتى لا يكون هناك مغالاة في تقييد حرية التعبير لدفع ضرر من الممكن منع حصوله بوسائل أخرى لا تمس حرية التعبير.³⁰

وبالتالي يجب أن تتماشى القيود المفروضة على حرية التعبير مع مبدأ التناسب، بحيث تكون مناسبة لتحقيق وظيفتها الحمائية، وأن تكون هذه القيود هي أقل الوسائل تدخلاً مقارنة بغيرها من الوسائل التي يمكن أن تحقق النتيجة المنشودة، بالإضافة إلى تناسب هذه القيود مع المصلحة التي ستحميها.³¹

عملت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على تطبيق مبدأ الفحص الثلاثي الأجزاء في عدد من

³² يمكن الاطلاع على بعض هذه القضايا من خلال الموقع الرسمي للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، (https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Access_) (Internet_ENG.pdf) (استرجع بتاريخ 2019/10/13).

³⁰ Center for law and democracy, "Analysis of the Guarantees of Freedom of Expression in the 2008 constitution of the republic of the union of Myanmar" (2012), (<https://bit.ly/2PN15Ls>) (retrieved on 2018/4/4).

³¹ البند (34) من التعليق العام رقم (34) لعام 2011، للجنة المعنية بحقوق الإنسان.

المطلب الأول: التشريعات الفلسطينية الناظمة لحجب المواقع الإلكترونية قبل صدور القرار بقانون رقم (10) لعام 2018

بعد تفحص المنظومة التشريعية المطبقة في فلسطين قبل صدور القرار بقانون رقم (10) لعام 2018، لم تجد الباحثة تشريعات تنظم حجب المواقع الإخبارية بشكل واضح وصريح، باستثناء القرار بقانون رقم (16) لعام 2017 الذي ألغى صراحة بالقرار بقانون رقم (10) لعام 2018. لكن يمكن فحص مدى مشروعية الحجب من خلال النظر إلى الحقوق والحريات التي تتعارض معه، والتي تم تنظيمها والنص على وجوب احترامها في التشريعات الوطنية.

بتاريخ 2 أبريل 2014، صادقت دولة فلسطين على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الذي نص في المادة (2) على أنه يجب على كل دولة طرف فيه احترام الحقوق المعترف بها، وكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، ويجب على هذه الدول كذلك مواءمة تشريعاتها بما يكفل إعمال الحقوق المعترف بها في هذا العهد. وهنا أصبح من الضروري على دولة فلسطين مواءمة تشريعاتها بما يكفل الحقوق المنصوص عليها في

الفصل الثلاثي الأجزاء، وبالتالي على مشروعيته بناء على المواثيق والمبادئ الدولية التي عملت على خلق توازن بين الحقوق دون مساس إحداها بالأخرى، وهنا يطرح التساؤل الآتي: هل راعت التشريعات الوطنية هذه الشروط في القيود الواردة على حرية التعبير؟ وهذا ما سيتم تناوله لاحقاً.

المبحث الثاني

حجب المواقع الإخبارية

في التشريعات الفلسطينية

لاستكمال البحث في مدى مشروعية حجب المواقع الإخبارية؛ يجب فحص التشريعات الفلسطينية التي نظمت الحجب، ومدى التزامها بما ورد بالمواثيق الدولية ومبدأ الفصل الثلاثي الأجزاء.

لذلك فقط تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: يعرض المطلب الأول منه التشريعات الفلسطينية الناظمة لحجب المواقع الإلكترونية قبل صدور القرار بقانون رقم (10) لعام 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية، فيما يعرض المطلب الثاني للمواد الناظمة لحجب المواقع الإخبارية في القرار بقانون رقم (10) لعام 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية.

الإعلام، وبما أنها تتمتع بطبيعة خاصة فإن الحجب الذي يقع عليها بحاجة إلى حكم قضائي، وذلك بإعمال هذه المادة، ويجب أن يتم تنظيم إجراءات الحجب بالقانون، لضمان عدم انتهاك حرية الرأي والتعبير وحرية الصحافة.

كما أن المادة (32) من القانون الأساسي حظرت الاعتداء على الحريات الشخصية وحرمة الحياة الخاصة، فقد نصت على أن "كل اعتداء على أي من الحريات الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للإنسان وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها القانون الأساسي أو القانون، جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وتضمن السلطة الوطنية تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الضرر".

2. قانون المطبوعات والنشر لعام 1995.³⁵

ومن التشريعات التي يمكن فحصها أيضاً قانون المطبوعات والنشر لعام 1995 الذي نظم وسائل الإعلام التقليدية، ولم يتطرق لتنظيم المواقع

هذا العهد، وذلك بعد أن صادقت عليه في عام 2014.

1. القانون الأساسي المعدل لسنة 2003.³³

نص القانون الأساسي في المادة (19) منه على حرية الرأي والتعبير "لا مساس بحرية الرأي، ولكل إنسان الحق في التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو غير ذلك من وسائل التعبير أو الفن مع مراعاة أحكام القانون". كذلك فقد نصت المادة (27)³⁴ من القانون الأساسي على حقوق وسائل الإعلام وحياتها، وعلى أن حرية وسائل الإعلام بكافة أشكالها مكفولة وفقاً لهذا القانون.

حظر القانون الأساسي في المادة (3/27) الرقابة على وسائل الإعلام أو وقفها أو إلغائها أو فرض القيود عليها إلا وفقاً للقانون المنظم لهذه الوسائل وبموجب حكم قضائي، وبالتالي أي إلغاء أو وقف لأحد وسائل الإعلام بحاجة لحكم قضائي، بالإضافة إلى القانون المنظم. وهذا ينطبق أيضاً على المواقع الإخبارية التي تعتبر إحدى وسائل

وحرية العاملين فيها، مكفولة وفقاً لهذا القانون الأساسي والقوانين ذات العلاقة. 3. تحظر الرقابة على وسائل الإعلام، ولا يجوز إنذارها أو وقفها أو مصادرتها أو إلغاؤها أو فرض قيود عليها إلا وفقاً للقانون وبموجب حكم قضائي.

³⁵ قانون رقم (9) لسنة 1995 بشأن المطبوعات والنشر، جريدة الوقائع الفلسطينية، العدد 6، 29/8/1995، ص11.

³³ القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، جريدة الوقائع الفلسطينية، العدد 0، 19/3/2003، ص5.

³⁴ نصت المادة (27) من القانون الأساسي على أن "1. تأسيس الصحف وسائر وسائل الإعلام حق للجميع يكفله هذا القانون الأساسي وتخضع مصادر تمويلها لرقابة القانون. 2. حرية وسائل الإعلام المرئية والمسموعة والمكتوبة وحرية الطباعة والنشر والتوزيع والنشر،

وبالاطلاع على كلتا المادتين السابقتين، نجد أن حجب المواقع الإخبارية فيه انتهاك واضح لحرية الصحافة، لأنه يمنع المواطنين من الاطلاع على الوقائع والأفكار والمعلومات، ويمنع كذلك الإعلاميين والمواطنين من نشر آرائهم والمعلومات التي لديهم وتبادلها. فهو بذلك يفرغ حرية الصحافة من محتوياتها التي نصت عليها المادة (4)، وهذا يشكل انتهاكاً للحرية.

كما جاءت المادة (37) من القانون ذاته لتوضح الموضوعات التي يحظر على المطبوعات نشرها، وتتمثل هذه الموضوعات في كل معلومة سرية عن الشرطة وقوات الأمن أو أسلحتها أو عتادها أو أماكنها أو تحركاتها أو تدريباتها، أو أي مقال يشمل تحقيراً للديانات والمذاهب، كذلك المقالات التي من شأنها زعزعة الوحدة الوطنية، أو التحريض على ارتكاب الجرائم، كما يحظر نشر المقالات التي من شأنها الإساءة لكرامة الأفراد أو حرياتهم أو الإضرار بسمعتهم، إضافة إلى محظورات أخرى.³⁶

نجد أن المادة السابقة حددت الحالات التي يمنع النشر بها، وخاصة المعلومات المتعلقة بقوى الأمن؛ فقد حددتها بدقة، فهذه الحالات قد ذكرت

الإخبارية كأحدى وسائل النشر؛ ويعود ذلك لقدم القانون، فنحن في عصر أصبح الاعتماد الأكبر فيه على الوسائل الإلكترونية التي توفر الوقت والجهد، وتكفل إيصال المعلومات الإخبارية بسرعة فائقة، فأصبحت بحاجة لتنظيم قانوني لها؛ لضمان حقوق الناس. وعليه فإنه يمكن قياس بعض المواد على المواقع الإخبارية مؤقتاً، إلى حين صدور قانون مختص بتنظيمها.

لقد نص القانون السابق بالمادة (2) على أن "الصحافة والطباعة حرتان وحرية الرأي مكفولة لكل فلسطيني، وله أن يعرب عن رأيه بحرية قولاً، كتابة، وتصويراً ورسماً في وسائل التعبير والإعلام". كذلك بينت المادة (4) منه نطاق حرية الصحافة وما تشمله، فقد نصت على: "تشمل حرية الصحافة ما يلي: 1. إطلاع المواطن على الوقائع والأفكار والاتجاهات والمعلومات على المستوى المحلي والعربي والإسلامي والدولي. 2. إفراح المجال للمواطنين لنشر آرائهم. 3. البحث عن المعلومات والأخبار والإحصائيات التي تهم المواطنين من مصادرها المختلفة وتحليلها وتداولها ونشرها والتعليق عليها في حدود القانون...".

³⁶ انظر نص المادة (37).

المطلب الثاني: المواد النازمة لحجب المواقع الإخبارية في القرار بقانون رقم (10) لسنة 2018

بالإضافة إلى التشريعات السابقة صدر القرار بقانون رقم (10) لسنة 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية، الذي عالج في بعض مواد حجب المواقع الإلكترونية بصورة واضحة، فقد حددت هذه المواد الإجراءات الواجب اتباعها عند القيام بالحجب، ومن الجهة المختصة بذلك، وما الحالات التي يمكن فيها حجب المواقع الإخبارية.

ابتداءً، عرفت المادة (1) من القرار بقانون الموقع الإلكتروني على أنه "هو مكان إتاحة المعلومات أو الخدمات على الشبكة الإلكترونية من خلال عنوان محدد". وبالتالي فإن المواقع الإلكترونية تتشأ بهدف نشر المعلومات وتبادلها، فهي تعتبر وسيلة من وسائل الحصول على المعلومات التي يلجأ إليها المواطنون غالباً، فإنها توفر لهم حقهم في الحصول على المعلومات وتبادلها، كما أنها توفر لهم خدمة التعليق على الأخبار ومشاركتها، مما يمكنهم من ممارسة حقهم في التعبير عن آراءهم.

على سبيل الحصر وليس المثال، لأنها قيود واردة على حرية الصحافة ولا يمكن التوسع بها.

كما يجب على الإعلاميين الالتزام بهذه المادة، وإلا تعرضوا للعقاب الذي نصت عليه المادة (47) من القانون ذاته "كل من يخالف أحكام المادة (37) من هذا القانون بالإضافة إلى أية عقوبة أخرى منصوص عليها يجوز للسلطة المختصة بقرار إداري ضبط ومصادرة جميع نسخ المطبوعة الصادرة في ذلك اليوم والمحكمة أن تأمر بتعطيل صدور المطبوعة تعطيلاً مؤقتاً ولمدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر".

هذه مجمل التشريعات الفلسطينية التي عالج حجب المواقع الإخبارية بشكل غير مباشر، قبل صدور القرار بقانون رقم (16) لعام 2017، الذي نظم حجب المواقع الإخبارية بشكل واضح وصريح، ولكنه ألغى صراحة بموجب القرار بقانون رقم (10) لسنة 2018 الذي نظم أيضاً حجب المواقع الإخبارية في مواد، بطريقة مشابهة للقرار بقانون السابق مع بعض الإضافات.

إلى المادة (39) التي نصت على الإجراءات والحالات التي يجوز الحجب بها.

ذكرت المادة (1/39) في الجزء الأول منها الحالات التي يجوز فيها حجب المواقع الإخبارية وهي "الجهات التحري والضبط المختصة - إذا ما رصدت قيام مواقع إلكترونية مستضافة داخل الدولة أو خارجها، بوضع أية عبارات، أو أرقام، أو صور، أو أفلام، أو أية مواد دعائية، أو غيرها، من شأنها تهديد الأمن القومي، أو السلم الأهلي، أو النظام العام، أو الآداب العامة..."⁴⁰

إن حجب المواقع الإلكترونية يعتبر إجراء تحفظياً يتم اتخاذه في أحد الحالات التي ذكرت في المادة، وهي نشر مواد من شأنها تهديد الأمن القومي أو السلم الأهلي أو النظام والآداب العامة، والتي ذكرت على سبيل الحصر وليس المثال، كما أن الحجب يعتبر جزءاً من العقوبة المفروضة على هذه المواقع عند قيامها بأحد تلك التصرفات، حيث إنه يمنع المواطنين من الوصول إلى ما تم نشره،

ونصت المادة (21)³⁷ من هذا القرار بقانون على أن حرية الصحافة والطباعة والنشر بكافة أشكالها مكفولة لجميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين، وأنه لا يجوز فرض أي قيود على الصحافة أو مصادرتها أو وقفها أو إنذارها أو إلغاؤها، إلا وفقاً للقانون وبموجب حكم قضائي. نجد أن هذه المادة جاءت لتؤكد مضمون المادة (3/27) من القانون الأساسي لعام 2003.

نظمت مواد هذا القرار بقانون المواقع الإلكترونية، والقيود الواردة عليها، وأوجبت عقوبات على كل من يخالف هذه القيود، بالإضافة إلى أنها نظمت حجب المواقع الإلكترونية كإجراء تحقيقي، تمارسه السلطة المختصة في حالات حددها القانون.³⁸ فقد نصت المادة (2/31) على التزامات مزودي خدمة الاتصالات "حجب رابط أو محتوى أو تطبيق على الشبكة الإلكترونية بناءً على الأوامر الصادرة إليها من الجهات القضائية مع مراعاة الإجراءات الواردة في المادة (39) من هذا القرار بقانون".³⁹ حددت هذه المادة الجهة المختصة بحجب المواقع الإلكترونية وهي الجهات القضائية، كما أشارت

³⁷ نصت المادة (21) من القرار بقانون على أن "3. حرية الصحافة والطباعة والنشر الورقي والمرئي والمسموع والإلكتروني مكفولة، ولللسطينيين من أشخاص طبيعية أو اعتبارية عامة أو خاصة، حق ملكية وإصدار الصحف، وإنشاء وسائل الإعلام المرئية والمسموعة ووسائل الإعلام الرقمي وفقاً للقانون. 4. لا يجوز فرض قيود على الصحافة أو مصادرتها أو وقفها أو إنذارها أو إلغاؤها إلا وفقاً للقانون،

وبموجب حكم قضائي". كما أن هذه المادة مستحدثة، لم توجد في القرار بقانون رقم (16) لسنة 2017.

³⁸ مؤسسة الحق، "مذكرة قانونية".

³⁹ مشابهة للمادة (2/32) من القرار بقانون رقم (16) لسنة 2017.

⁴⁰ مشابهة للمادة (1/40) من القرار بقانون رقم (16) لسنة 2017.

³⁷ نصت المادة (21) من القرار بقانون على أن "3. حرية الصحافة والطباعة والنشر الورقي والمرئي والمسموع والإلكتروني مكفولة، ولللسطينيين من أشخاص طبيعية أو اعتبارية عامة أو خاصة، حق ملكية وإصدار الصحف، وإنشاء وسائل الإعلام المرئية والمسموعة ووسائل الإعلام الرقمي وفقاً للقانون. 4. لا يجوز فرض قيود على الصحافة أو مصادرتها أو وقفها أو إنذارها أو إلغاؤها إلا وفقاً للقانون،

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

ويمنع المسؤولين عن الموقع من إيصال الحقائق والمعلومات.

بالإضافة إلى الحجب، فإن القرار بقانون قد نص على العقوبات المفروضة على تلك التصرفات التي تحكم بها المحكمة بعد إتمام التحقيق (المواد 22-26)؛⁴¹ حيث نصت المادة (24) على عقوبة إحدى الحالات التي تدخل ضمن مفهوم النظام العام "كل من أنشأ موقعًا إلكترونيًا أو حسابًا إلكترونيًا أو نشر معلومات على الشبكة الإلكترونية، أو إحدى وسائل تكنولوجيا المعلومات، بقصد عرض أي كلمات مكتوبة أو سلوكيات من شأنها أن تؤدي إلى إثارة الكراهية العنصرية أو الدينية أو التمييز العنصري بحق فئة معينة بسبب انتمائها العرقي أو المذهبي أو اللون أو الشكل أو بسبب الإعاقة، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة أو بغرامة لا تقل عن مائتي دينار أردني ولا تزيد على ألف دينار أردني، أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانونًا، أو كلتا العقوبتين".

إن المادة (1/39) لم تضع تعريفًا دقيقًا يبين المقصود بالأمن القومي، والنظام العام، والسلم الأهلي، فهي مصطلحات واسعة فضفاضة لا بد

من توضيحها. على الرغم من أنه تم إيضاح معنى هذه المصطلحات في المواثيق الدولية إلا أنه يجب على القرار بقانون تعريفها بدقة؛ حتى لا يتم استغلالها بطريقة تؤدي إلى انتهاك الحقوق والحريات، بالإضافة إلى مخالفة هذه المادة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات والذي نصت عليه المادة (15) من القانون الأساسي (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني)؛ الأمر الذي يوجب أن تكون نصوص التجريم واضحة، لا غموض فيها، ولا تحتمل التأويل أو التفسير، فإن هذه المصطلحات توجد نوعًا من الغموض لدى المواطنين المطالبين بمعرفة القاعدة القانونية. وعليه؛ فإن عدم وضوح هذه المصطلحات لا يمكن المواطنين من معرفة ما هو الفعل المجرّم أو المباح، حتى تتم مساءلتهم في حال مخالفتهم لهذه المادة.⁴²

كما ذكرت المادة (39) الإجراءات الواجب اتباعها عند القيام بالحجب، وهذه الإجراءات تتمثل بقيام الجهات المختصة بالتحري والضبط (وحدة الجرائم الإلكترونية بالشرطة) بإعداد محضر بالحالات التي رصدتها، والتي عدتها المادة (1/39)، ثم تعرض هذا المحضر على النائب العام أو أحد

⁴¹ لقد احتوى القرار بقانون السابق بشأن الجرائم الإلكترونية على المواد ذاتها، ولكن كانت تحتوي هذه المواد على مصطلحات

⁴² مؤسسة الحق، "مذكرة قانونية".

كما أن المادة (2/39) بالشق الأخير منها نصت على أن قرار المحكمة بالحجب يجب أن يحدد مدة الحجب، ويجب ألا تزيد هذه المدة عن ستة أشهر، ما لم يتم تجديدها وفقاً لذات الإجراءات التي صدر بها قرار الحجب، أي بقرار من محكمة الصلح، بناءً على طلب النائب العام أو أحد مساعديه. وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة (50) من ذات القرار بقانون، التي نصت على محتويات القرار القضائي، ومن ضمنها تحديد مدة الحجب، وبالتالي فإن حجب المواقع الإلكترونية ليس إجراءً دائماً. ولكن لم يحدد القرار بقانون ما هي الإجراءات اللاحقة للحجب، حيث إنه إجراء تحقيقي وجب على النيابة العامة بعد إنهاء التحقيق وانتهاء مدة الحجب اللجوء للمحكمة وعرض الدعوى عليها للبحث في الجريمة إن كانت قد تمت فعلاً أم لا.⁴⁵

كما أن نصوص القرار بقانون تشددت بالحجب بشكل كبير، حيث نصت المادة (30) منه على عقوبة لكل من نشر قصداً معلومات عن موقع إلكتروني تم حجبه: "كل من نشر قصداً معلومات

مساعدية مطالبةً بإذن لحجب المواقع الإلكترونية أو إحدى روابطها، ثم يقدم النائب العام أو أحد مساعديه المحضر وطلب الإذن، مشفوعاً بمذكرة برأيه، إلى محكمة الصلح خلال 24 ساعة من حصوله على المحضر. وعلى المحكمة إصدار القرار في اليوم الذي قدم إليها فيه الطلب، إما بالرفض أو القبول، حيث منح المشرع المحكمة السلطة التقديرية باتخاذ القرار.

بتفحص هذه الإجراءات نجد أنها تنتهك حق المواطنين بالمحاكمة العادلة، فصدور القرار خلال 24 ساعة فقط لا يوفر أي ضمان من ضمانات المحاكمة العادلة، بحيث لا يعطي المواطنين حقهم بإبداء دفوعهم واعتراضاتهم على هذه الإجراءات المجحفة بحقهم، وباعتبار الحجب إجراءً تحقيقياً، فإنه ينتهك مبدأ البراءة الذي نص عليه القانون الأساسي في المادة (14)؛⁴³ ذلك أن اتخاذ إجراء الحجب أثناء التحقيق يفيد أن الجريمة قد ثبتت على المتهم. وهذا يتعارض مع ضمانات المتهم التي تقضي بأنه بريء حتى يثبت خلاف ذلك.⁴⁴

⁴⁵ لم يتضمن القرار بقانون السابق بشأن الجرائم الإلكترونية في المادة (40) منه، أي تحديد يتعلق بمدة الحجب وإنما تركها صلاحية تقديرية للقاضي.

⁴³ "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وكل متهم في جنائية يجب أن يكون له محام يدافع عنه".

⁴⁴ مؤسسة الحق، "ملاحظات مؤسسة الحق على مشروع القرار بقانون المعدل للجرائم الإلكترونية" (<https://bit.ly/2Eh6yF1>) (استرجعت بتاريخ 2018/4/20).

إلى أنه "يجب على القوانين المنظمة للقيود الواردة على حرية التعبير ألا تنص على جزاءات تنتافي مع العهد الدولي"، وذكر في البند (47) من ذات التعليق أنه يجب على "الدول الأطراف الحيطة لتقادي التدابير العقابية والجزاءات المفرطة. كما لا ينبغي في أي حال من الأحوال، الإقرار بتطبيق القانون الجنائي إلا في أشد الحالات خطورة، وألا تكون عقوبة السجن على الإطلاق هي العقوبة المناسبة".

توضح هذه البنود بشكل صريح أن عقوبة الحبس تنتافي مع مبادئ العهد الدولي ومع الحقوق والحريات بشكل أساسي، وأنها عقوبة غير مناسبة لأي فعل من الأفعال التي جرمها القرار بقانون بشأن الجرائم الإلكترونية وعاقب عليها بالحبس.

هذه هي المواد المنظمة لحجب المواقع الإلكترونية في القرار بقانون بشأن الجرائم الإلكترونية، الذي أثار جدلاً واسعاً لدى المجتمع الفلسطيني عند صدوره؛ وذلك بسبب استفراد السلطة التنفيذية بسنّه وإصداره،⁴⁸ حيث نجد أنه لم يراع الحقوق والحريات

عن موقع إلكتروني محجوب بموجب أحكام المادة (39) من هذا القرار بقانون، باستخدام أنظمة أو موقع أو تطبيق إلكتروني؛ يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر، أو بغرامة لا تقل عن مائتي دينار أردني، ولا تزيد على ألف دينار أردني، أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً، أو بكلتا العقوبتين". وهذا يشكل انتهاكاً لحقوق وحريات المواطنين من حرية رأي وتعبير، أو حق في الحصول على المعلومات.⁴⁶

كما أن هذه العقوبات لا تتناسب والفعل المنصوص عليه، فهي تشكل رادعاً وتهديداً لحرية الأفراد في التعبير عن آرائهم بشكل طبيعي، وهذا ما يعرف بمبدأ "chilling effect" الذي يقصد به وجود إجراء قانوني يجعل المواطنين مترددين في ممارسة حقوقهم الشرعية، وذلك خوفاً من النتائج الجزائية المترتبة على ذلك.⁴⁷

كذلك فإن عقوبة الحبس هي من العقوبات السالبة للحرية التي تتعارض مع مفهوم الحقوق والحريات، فقد أشار البند (26) من التعليق العام رقم (34)

⁴⁷ Columbia Law Review, "The Chilling Effect in Constitutional Law" (1969), (<https://www.jstor.org/stable/1121147>) (retrieved on 2019/10/12).

⁴⁸ المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاة مساواة، "ورقة موقف بشأن القرار بقانون بشأن محكمة الجنايات الكبرى والقرار بقانون بشأن

⁴⁶ هذه مادة مستحدثة، لم توجد في القرار بقانون رقم (16) لسنة 2017، ولكنه تضمن عقوبة إضافية للمواقع التي تتجاوز الحجب حيث نص في المادة (31) منه على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة شهور، وبغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار أردني، ولا تزيد عن ألف دينار أردني كل من قام باستخدام أنظمة، أو موقع أو تطبيق إلكتروني؛ لتجاوز الحجب المفروض بموجب أحكام هذا القرار بقانون".

سيعرض المطلب الثاني الجانب القانوني لهذا القرار، بناءً على التشريعات الفلسطينية والدولية.

المطلب الأول: حالات دراسية لحجب المواقع الإخبارية

حجب بتاريخ 15 يونيو 2017 ما يقارب 16 موقعًا إخباريًا في فلسطين، بموجب قرار صادر من النائب العام للشركات الفلسطينية المزودة لخدمة الإنترنت، ولم يتوقف الحجب عند ذلك، بل تبعه سلسلة من القرارات بحجب مواقع أخرى، حتى بلغ عددها 29 موقعًا تم حجبها خلال شهر يونيو من عام 2017،⁵¹ ولم تكن أيضًا هذه السابقة الأولى من نوعها في فلسطين، فقد صدر قرار مشابه في عام 2011، نص على حجب بعض المواقع الإخبارية.⁵² وجميع هذه الحالات⁵³ تمت

في كثير من مواده، بالإضافة إلى أنه لم يحقق التوازن بين حقوق وحرريات المواطنين والقيود المفروضة على ممارستها؛ الأمر الذي يوجب التشكيك بدستورية هذه المواد.⁴⁹

المبحث الثالث

الواقع العملي لحجب المواقع الإخبارية

شهد العام 2017 حجب العديد من المواقع الإخبارية في فلسطين، فقد صدرت عدة قرارات من النائب العام في فترات متتالية بحجب أكثر من 29 موقعًا إخباريًا؛ الأمر الذي أثار غضب المواطنين والإعلاميين، كما أنه أثار فضولهم وذلك للغموض الذي أحاط بالقرار، فلم يتم الإعلان عنه أو حتى تبليغ المواقع به.⁵⁰ ولذلك سيتناول المطلب الأول الحالة الواقعية التي حصلت، ثم

(محبوب)، وكالة الرأي (يعمل حالياً)، فلسطين الآن (محبوب)، وكالة فلسطين برس (يعمل حالياً)، أحوال البلد (يعمل حالياً)، آرائوز (يعمل حالياً)، الكرامة برس (يعمل حالياً)، الاقصى الفضائية (محبوب)، فراس برس (محبوب)، أمد للإعلام (محبوب)، موقع فتح ميديا (يعمل حالياً)، صحيفة فلسطين (محبوب)، وكالة شهاب (محبوب)، أمامة (محبوب)، موقع كتائب القسام (محبوب)، صوت فتح الإخباري (يعمل حالياً)، المركز الفلسطيني للإعلام (محبوب)، إخوان أون لاين (يعمل حالياً)، موقع حركة حماس (يعمل حالياً)، العمل الجماهيري (يعمل حالياً)، فلسطين للإنباء - شفا (محبوب)، مفوضية فتح (محبوب)، موقع فلسطين للحوار (محبوب)، فلسطين نت (محبوب)، أن لايت برس (محبوب)، موقع إجناد الإخباري (محبوب)، صحيفة الرسالة (محبوب)، وهذا بناءً على ما توصل إليه المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية "مدى"، علمًا بأن

الجرائم الإلكترونية" (<https://bit.ly/2Pmbu1K>) (استرجع بتاريخ 2018/5/24).

⁴⁹ الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان ديوان المظالم، "مذكرة قانونية حول القرار بقانون رقم (16) لسنة 2017 بشأن الجرائم الإلكترونية" (<https://bit.ly/38BPyas>) (استرجع بتاريخ 2018/4/20).

⁵⁰ مرح الوادية، "حجب المواقع الإلكترونية بفلسطين.. احتلال فوق الاحتلال" (<http://institute.aljazeera.net/ar/ajr/article>) (2017/07) (استرجع بتاريخ 2018/4/28).

⁵¹ المرجع السابق.

⁵² فلسطين اليوم، "النائب العام يقرر حجب مواقع إخبارية مقربة من فتح بالضفة وغزة" (<https://paltoday.ps/ar/post/125417>) (استرجع بتاريخ 2019/4/28).

⁵³ المواقع الإخبارية التي تم حجبها في عام 2017 هي: وكالة قدس الإخبارية (محبوب)، وكالة قدس برس (يعمل حالياً)، وكالة صفا

الحجب. لقد حاولت بعض الوكالات التواصل مع النائب العام فور علمها بأمر الحجب لمعرفة الأسباب، إلا أنها لم تستطع الحصول على أية معلومات حول أسباب الحجب، كما وعلم بعض هذه الوكالات بأن الحجب يقتصر على مناطق السلطة الفلسطينية في الضفة الغربية، من خلال تواصلهم مع الشركات المزودة للإنترنت.⁵⁵

تعد صحيفة فلسطين اليومية التي تصدر في غزة، إحدى المواقع التي تم حجبها، التي يشكل قراؤها في الضفة الغربية 60%، بينما يتابعها الجمهور في غزة عبر نسختها الورقية الصادرة هناك، فهي صحيفة تعمل بشكل مستقل، لا يوجد أسباب واضحة لحجبها.⁵⁶ وذات الأمر ينطبق على وكالة "قدس برس" التي اعتبرت القرار بأنه مفاجئ ومجهول المعالم، حيث إنها لم تكن على علم إذا كان هذا القرار مجرد حجب للموقع أم حظرًا للعمل، فالأمور مبهمة.⁵⁷

قبل صدور القرار بقانون رقم (16) لعام 2017 بشأن الجرائم الإلكترونية، وهذا ما سيوضحه المطلب الثاني.

وجه قرار النائب العام بحجب المواقع الإخبارية للشركات الفلسطينية المزودة لخدمة الإنترنت، دون تبليغ المواقع التي تم حجبها بهذا القرار، أو حتى إعلامها بالأمر، فقد علمت بالقرار من خلال المواطنين الذين قدموا شكواهم لعدم قدرتهم على الوصول للمواقع، كما رفض النائب العام الإذلاء بأي تصريح صحفي حول هذا الإجراء، وهذا ما أكدته المواقع الإخبارية التي استطاعت الباحثة التواصل معها.⁵⁴

ولعلّ مسألة الحجب جاءت بشكل مفاجئ، دون أن يُتخذ أي إجراء قانوني مسبق ضد بعض الوكالات التي حجبت مواقعها (كما هو الحال مع وكالة شهاب) التي أكدت أنها ملتزمة بالقوانين الفلسطينية. وبالتالي لا يوجد ما يوجب حجبها، ولا يوجد أي أسباب ومبررات حقيقية وقانونية لعملية

⁵⁶ إياد القراء، رئيس تحرير صحيفة فلسطين اليومية الصادرة في غزة. مقابلة منشورة بتاريخ 16 يونيو 2017، أجرتها الجزيرة نت، متوفرة على (www.aljazeera.net/news/humanrights/2017/6/) على (16/4/2018) (استرجعت بتاريخ 2018/4/28).
⁵⁷ احمد البيتاوي، محرر في وكالة قدس برس. مقابلة منشورة بتاريخ 4 يوليو 2017، أجرها المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية مدى، متوفرة على (<https://bit.ly/36BJ5uw>) (استرجعت بتاريخ 2018/5/24).

"الحالة" ما بين الأقواس متصلة بتاريخ الفحص (ابريل 2018)، وليس تاريخ نشر الورقة.

⁵⁴ وكالة شهاب الإخبارية. مقابلة هاتفية. 26 ابريل 2018.

⁵⁵ سليمان العمور، موظف في قسم الإنتاج بوكالة شهاب الإخبارية. مقابلة منشورة بتاريخ 4 يوليو 2017، أجرها المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية مدى. متوفرة على (<https://bit.ly/2EfZLLF>) (استرجعت بتاريخ 2018/5/24).

مثل الوقفات الاحتجاجية، واتخاذ بعض الإجراءات الفنية لتجاوز الحجب. وازدياد اعتماد هذه المواقع الإخبارية على وسائل التواصل الاجتماعي، بالإضافة إلى استمرار عملية التشاور مع الجهات المختصة، والتي في حال فشلها، ستقوم نقابة الصحفيين باللجوء إلى محكمة العدل العليا لرفع الحجز.⁵⁹ وهذا ما لجأت إليه وكالة القدس الإخبارية، فقد قامت بالطعن بقرار النائب العام بالحجب أمام محكمة العدل العليا برام الله، واستطاعت الحصول على نسخة من قرار النائب العام من خلال المحكمة، وما زالت الوكالة بانتظار قرار المحكمة.⁶⁰

كما وقامت مؤسسة الحق بإرسال بلاغين للمقرر الخاص في الأمم المتحدة المعنى بتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير السيد "دافيد كاي"، تضمننا ملاحظاتها على القرار بقانون رقم (16) لسنة 2017 بشأن الجرائم الإلكترونية، وانتهاكات حرية الرأي والتعبير في فلسطين، وبتاريخ 16 أغسطس 2017 أرسل المقرر الخاص مذكرة إلى الحكومة الفلسطينية، تضمنت ملاحظاته على

يعطي ذلك انطباعاً للباحثة بأن عملية حجب هذه المواقع ربما كانت مرتبطة بوقائع سياسية أكثر من قانونية، وإن تم تغليف التهمة بإثارة النعرات الحزبية والطائفية التي يتم الاستناد إليها دائماً كقوالب وتهم جاهزة، في حال عدم وجود أسباب حقيقة وقانونية للحجب.

إن المواقع الإخبارية لم يكن لديها علم بقرار النائب العام، وما زال بعضها يجهل سبب الحجب، حيث لم يتم الإفصاح عن السبب الذي دفع النائب العام لإصدار مثل هذا القرار، ولكن صدر تصريح واحد عن الحكومة من خلال الناطق باسمها (طارق رشماوي) قال فيه "إن بعض المواقع المحظورة التي يزيد عددها عن (20) موقعاً تثير الفتنة ولا تتوخى المصداقية والمهنية في نقل الأخبار والمعلومات المتعلقة بالشأن الفلسطيني".⁵⁸ وهنا يثور تساؤلٌ عن مدى صحة هذا الاتهام، على الرغم من أن المسؤولين عن المواقع الإخبارية أكدوا التزامهم بالقوانين وعدم مخالفتها.

ونتيجة لهذا القرار قامت العديد من المواقع الإخبارية بعدد من الخطوات التصعيدية لمواجهة،

⁵⁹ شبكة أجيال الإذاعية، "الحكومة: قرارات حظر المواقع صدرت وفق القانون" (<http://www.arn.ps/archives/199807>) (استرجعت بتاريخ 2018/4/28).

⁶⁰ وكالة القدس الإخبارية. مقابلة هاتفية. 26 إبريل 2018 (بشير البحث إلى حالة الدعوى وقت إجراء المقابلة).

⁵⁸ شبكة أجيال الإذاعية، "الحكومة: قرارات حظر المواقع صدرت وفق القانون" (<http://www.arn.ps/archives/199807>) (استرجعت بتاريخ 2018/4/28).

أن المصطلحات الواردة فيها ليست مصطلحات فضفاضة، فقد تم استخدامها في القانون الأساسي مثل النظام والآداب العامة، فمسألة المساس بالنظام والآداب العامة هي سلطة تقديرية لقاضي الموضوع.⁶²

أما فيما يتعلق بردها على حالات الحجب التي حصلت فعلاً، فقد قالت أن الحجب تم بموجب قرار قضائي صدر حسب القوانين المعمول بها، واستناداً إلى وجود قضايا تحقيقه لدى النيابة العامة بحق هذه المواقع والقائمين عليها لمخالفتهم للقوانين المعمول بها في فلسطين.⁶³

وبالرد على الأسباب التي أوردتها الحكومة، في البداية فإن نص المادة (40)⁶⁴ جاء متناقضاً مع أحكام القانون الأساسي، وضمانات المحاكمة العادلة المبينة في نص المادة (14) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، كما أن نص هذه المادة يحتوي على مصطلحات فضفاضة بحاجة إلى تحديد، فمصطلح النظام والآداب العامة مصطلح فضفاض بحاجة إلى تحديد، ولا

القرار بقانون، خاصة فيما يتعلق بالمصطلحات الفضفاضة والعقوبات القاسية التي تضمنها، وكذلك النصوص المتعلقة بحجب المواقع الإلكترونية، وإلزام مزودي خدمة الإنترنت بالتعاون مع الأجهزة الأمنية في جمع وتخزين البيانات والاحتفاظ بها مدة 3 سنوات، وغيرها من الانتهاكات الواردة في القرار بقانون، بالإضافة إلى الانتهاكات التي حصلت فعلاً من اعتقال صحفيين، وحجب ما يقارب 30 موقعاً إلكترونياً بقرار من النائب العام.⁶¹

وبتاريخ 10 سبتمبر 2017 قدمت الحكومة ردّاً على مذكرة المقرر الخاص لتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير، وكان ردها فيما يتعلق بحجب المواقع الإلكترونية، أن المادة التي نظمت الحجب (المادة 40) احتوت على مجموعة من الضوابط لحجب أي موقع إلكتروني، فحتى يتم الحجب لا بد أن يصدر حكم قضائي من المحكمة المختصة، ولا بد أن تتوفر إحدى الحالات التي ذكرتها المادة (40) من القرار بقانون، وبالتالي فإن هذه المادة جاءت متفقة والمواثيق الدولية، كما

⁶³ المرجع السابق.

⁶⁴ مشابهة للمادة (39) من القرار بقانون رقم (10) لسنة 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية، وبالتالي فإن هذه المادة تنتهك ذات الأحكام التي انتهكتها المادة (39) والتي سبق إيضاحها.

⁶¹ عصام عابدين، رئيس وحدة المناصرة المحلية والإقليمية في مؤسسة الحق، مقابلة شخصية، 28 إبريل 2018.

⁶² عصام عابدين، جهود مؤسسة الحق في مواجهة قرار بقانون الجرائم الإلكترونية (رام الله: مؤسسة الحق، 2018)، 69.

أصدرها النائب العام تشكل انتهاكاً لمنظومة حقوق وحرّيات الإنسان، ومخالفة للتشريعات الوطنية التي نظمت هذه الحقوق قبل صدور القرار بقانون بشأن الجرائم الإلكترونية، بالإضافة إلى أن قرارات الحجب مخالفة أيضاً للقرار بقانون رقم (10) لسنة 2018 الذي تمّ إيضاحه ومعالجة الحجب من خلال نصوصه، من أجل معرفة الإجراءات الواجب القيام بها في حال حصول حالات مشابهة.

إن قرار النائب العام جاء مخالفاً للمواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان؛ وذلك لأنه يشكل انتهاكاً لحرية الرأي والتعبير وحرية الصحافة والحق في النشر، فهو يمنع الإعلاميين من ممارسة حقوقهم وحرّياتهم بالنشر وإيصال الحقائق، وبالتالي مخالفته للمادة (19) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي شدّدت على حق كل شخص بممارسة حرّيته بالتعبير عن رأيه دون أي قيد. كذلك فإنه مخالف للمادة (19) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وقد نصت على حرية الرأي والتعبير، وأجازت تقييد حرية التعبير ضمن شروط محددة ودقيقة، لم يتم مراعاتها في قرار النائب العام.

كما أن هذا القرار جاء مخالفاً لمبدأ الفحص الثلاثي الأجزاء، فهو قد مارس صلاحية لم ينص عليها القانون، فلم يمنحه القانون الصلاحية

يمكن تركه كسلطة تقديرية لقاضي الموضوع، فلا بد من وضع تعريف واضح لهذه المصطلحات.

أما فيما يتعلق بصدور قرار قضائي بحجب المواقع الإخبارية محل الدراسة، فإنه عند صدور أي قرار قضائي بحق أي شخص سواء أكان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً؛ وجب تبليغه بالحكم، كما وجب أن يكون قد بُلغ ابتداءً بالدعوى التي رفعت ضده؛ حتى يستطيع الدفاع عن نفسه. إلا أنه بناءً على المقابلات التي أجرتها الباحثة، مع المواقع الإخبارية التي تم حجبها، لم يتم مثل هذا الإجراء، وهو من أهم إجراءات المحاكمة العادلة، فلم يكن لهم علم بقرار النائب العام بالحجب أو حتى بسبب هذا القرار، كما أن هذه المواقع صرحت بأنها ملتزمة بالقانون ولم يصدر عنها أي مخالفة.

المطلب الثاني: قرار النائب العام بالحجب في ظل التشريعات الوطنية والدولية

بعد الاطلاع على القرار وما أحاط به من ملاحظات، وجب البحث في صحته من عدمها، ومدى مراعاته للتشريعات الوطنية والدولية. في البداية وجب ملاحظة أن جميع قرارات الحجب التي يعالجها البحث، كانت قبل صدور القرار بقانون رقم (16) لسنة 2017 الذي صدر بتاريخ 9 يوليو 2017، ومع ذلك فإن القرارات التي

لنائب العام، وهذا سبب من أسباب انعدام قراره، حيث لم يتم مراعاة ركن الاختصاص في القرار، وهو ركن يجب مراعاته في جميع القرارات.⁶⁵

وكذلك نصت المادة (39) من القرار بقانون رقم (10) لعام 2018 على إجراءات صدور القرار بحجب المواقع الإخبارية، فالقرار يصدر من محكمة الصلح بعد إحالته من النائب العام خلال 24 ساعة، ذلك أن الاختصاص ليس للنائب العام بل للمحاكم، فقرار النائب العام منعدم وغير ملزم في هذه الحالة.

أضف إلى ذلك بأن قرار النائب العام لم يأت مسبباً، فلم يتم الإفصاح عن قرار النائب العام أو حتى عن الأسباب التي دعت إلى حجب هذه المواقع،⁶⁶ على الرغم من أن القرار بقانون بشأن الجرائم الإلكترونية لعام 2018 قد حدد الحالات التي يجوز فيها الحجب على سبيل الحصر وليس المثال في المادة (39)، فكان على النائب العام أن يوضح هذه الأسباب في قراره، بالرغم من كون هذا القرار منعدمًا؛ لعدم الاختصاص. كما أنه يجب على محكمة الصلح عند اتخاذها قرارًا

بإصدار قرارات بحجب المواقع الإخبارية، كما أن القرار لم يأت مسببًا لنبحث في الجزئين الآخرين من الفحص، وهما أن يكون القرار صادرًا لحماية أحد الأهداف المشروعة الواردة في نص المادة (3/19) من العهد الدولي بالحقوق المدنية والسياسية، وأن يكون هناك تناسب بين القيد الذي تم اتخاذه والهدف المراد حمايته، الأمر الذي لا يمكن فحصه دون معرفة سبب الحجب.

كذلك فقد انتهك قرار النائب العام حق المواطنين في الوصول إلى المعلومات وتبادلها الذي تم تنظيمه في مبادئ جوهانسبرغ ومبادئ تشيواني سابقة الإشارة، وبالتالي فإن قرار الحجب جاء مخالفًا للمواثيق الدولية والتشريعات الوطنية أيضًا.

شكّل قرار الحجب من النائب العام، مخالفة لما ورد في التشريعات الوطنية بخصوص الاختصاص في إصدار القرار بالحجب، فالقانون الأساسي (مادة 3/27) ينص على حظر فرض القيود على وسائل الإعلام إلا وفقًا للقانون وبموجب حكم قضائي، وبالتالي فإن الاختصاص بإصدار أمر حجب المواقع الإخبارية هو لجهة قضائية وليس

(استرجع <https://www.madacenter.org/article/1323/>) بتاريخ 2019/11/30.

⁶⁵ فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين القضاء والتطبيق (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005) 306.

⁶⁶ المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية مدى، "51 انتهاكًا ضد الحريات الإعلامية في فلسطين خلال حزيران"

غير منصوص عليها في القانون، وذلك لأن قرار الحجب قد صدر قبل نفاذ القرار بقانون بشأن الجرائم الإلكترونية، كما أن جريمة هذه المواقع غير واضحة بناءً على القرار الذي صدر، مما يشكل أيضاً انتهاكاً لهذه المادة من القانون الأساسي.

ولو افترضنا أن الحجب الذي تم كان بهدف التحقيق، أي إجراء تحقيقي، فإنه لم يتم مراعاة قواعد التحقيق كما وردت في قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001، حيث لم يتم مباشرة إجراءات التحقيق الأخرى بهدف استكمال التحقيق، فقد نصت المادة (62) منه على "يجوز للخصوم أن يقدموا لوكيل النيابة الدفوع والطلبات التي يرون تقديمها أثناء التحقيق". وبالتالي يمكن للمواقع الإخبارية بناءً على هذه المادة تقديم دفوعها وطلباتها لوكيل النيابة، وهذا لم يتم على أرض الواقع.

كما نصت المادة (63) من ذات القانون على أنه "يجوز للمتهم والمجني عليه والمدعي بالحقوق المدنية أن يطلبوا على نفقتهم صوراً من أوراق التحقيق أو مستنداته"،⁶⁸ فالأولى على النيابة

بالحجب أن تبين الأسباب التي دفعتها إلى اتخاذ هذا القرار في حكمها؛ حتى تتمكن المواقع الإخبارية من الدفاع عن نفسها، ومواجهة هذه القرارات المجحفة بحقها، فإن تسبب الحكم القضائي ركن أساسي من أركان صحة الحكم،⁶⁷ وبالتالي حتى لو صدر الحكم بالحجب قبل نفاذ القرار بقانون بشأن الجرائم الإلكترونية وجب أن يكون الحكم مسبباً.

كما أن قرار النائب العام لم يرتبط بمدة محددة، بانتهائها تنتهي حالة الحجب؛ وذلك بناءً على المادة (2/39) من القرار بقانون رقم (10) لعام 2018، حيث يجب ألا تزيد هذه المدة عن ستة أشهر، ما لم يتم تجديدها، فلم يتم الإفصاح عن تفاصيل القرار ولكن من الواضح أنه غير مرتبط بمدة محددة، وذلك لاستمرار حالة الحجب، الأمر الذي يشكل مخالفة لأحكام القرار بقانون بشأن الجرائم الإلكترونية.

ويتبين من ذلك أن الحجب وقع كعقوبة، وليس كإجراء تحقيقي كما تم تنظيمه. وهذا يشكل مخالفة لأحكام المادة (15) من القانون الأساسي التي نصت على مبدأ المشروعية، فقد تم الحكم بعقوبة

⁶⁸ قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001م، جريدة الوقائع الفلسطينية، عدد38، 5/9/2001، ص94.

⁶⁷ عثمان التكروري، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 الجزء الثاني: الأحكام والظعن (القدس: دار الفكر، 2014) 65.

كذلك فإن حجب المواقع الإخبارية يشكل أيضًا انتهاكًا للحقوق والحريات المنظمة في التشريعات الفلسطينية، وخاصة في القانون الأساسي المعدل لعام 2003، والذي شدد على ضرورة احترام حرية الرأي والتعبير وحرية الصحافة ومنع أي اعتداء على هذه الحقوق. وهذا ما يجعل المواد الناظمة لحجب المواقع الإلكترونية، في القرار بقانون رقم (10) لعام 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية غير دستورية. إن القرار بقانون، في تنظيمه لحالات الحجب، أورد مصطلحات واسعة فضاضة بحاجة إلى توضيح وتفسير في حدود ضيقة، بما يتلاءم مع المواثيق الدولية ومبدأ الفحص الثلاثي الأجزاء، وهذا ما تم تناوله في المبحث الثاني.

أما بما يتعلق في حالات حجب المواقع الإخبارية الفلسطينية عام 2017، والتي تم معالجتها في المبحث الثالث، فإن قرارات النائب العام بحجب المواقع الإخبارية جاءت منعدمة ولا إلزامية لها؛ وذلك لمخالفتها لأحكام القانون الأساسي، وعدم مراعاتها لقواعد الاختصاص، بالإضافة إلى عدم تدعيمها بحكم قضائي من محكمة الصلح المختصة.

العامّة أن توفر القرار الصادر بحق المواقع وتبلغهم بنسخة منه، الأمر الذي لم يحصل أيضا خلال الحجب. وبالتالي فإن قرار النائب العام منعدم؛ وذلك للأسباب السابقة، ولمخالفته لنصوص القانون الأساسي المعدل لعام 2003، مما يترتب عليه بأن القرار غير ملزم لأي جهة من الجهات المعنية بالقرار، سواء لمزودي خدمة الإنترنت، أو للمواقع ذاتها أو حتى للمواطنين الذين تم انتهاك حقهم في الحصول على المعلومات من خلال منعهم من الوصول إلى هذه المواقع، ولذلك وجب على هذه الجهات التوجه للقضاء والطعن بقرار النائب العام لعدم مشروعيتها.

الخاتمة

في ضوء ما سبق ومن خلال دراسة المواثيق الدولية والحقوق والحريات في المبحث الأول، فإن حجب المواقع الإخبارية يشكل انتهاكًا صارخًا للحقوق والحريات التي نظمتها هذه المواثيق، وخاصة حرية الرأي والتعبير والحقوق والحريات المرتبطة بها. حيث يشكل الحجب انتهاكًا لأحكام المادة (19) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والمادة (19) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

- تقرير المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير، في دورته العشرين لعام (2012) (<https://undocs.org/en/A/HRC/20/17>)
- مبادئ تشواني " المبادئ العالمية للأمن القومي والحق في المعلومات" (2013) (<https://bit.ly/2rFa89u>)
- التشريعات الوطنية:
- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، جريدة الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز، 2003/3/19، ص 5-48.
- قانون المطبوعات والنشر رقم (9) لسنة 1995، جريدة الوقائع الفلسطينية، العدد 6، 1995/8/29، ص 11-29.
- قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001، جريدة الوقائع الفلسطينية، العدد 38، 2001/9/5، ص 94-225.
- قرار بقانون رقم (16) لسنة 2017 بشأن الجرائم الإلكترونية، جريدة الوقائع الفلسطينية، العدد 14، 2017/7/9، ص 15-31.
- قرار بقانون رقم (10) لسنة 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية، جريدة الوقائع الفلسطينية، العدد الممتاز 16، 2018/4/29، ص 8-24.

ثانياً: المراجع:

- المراجع العربية:
- أبو العثم، فهد. القضاء الإداري بين القضاء والتطبيق. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.
- الأشقر، أحمد. الحماية القضائية للحقوق والحريات العامة في فلسطين: تطبيقات قضائية. رام الله: الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان - ديوان المظالم، 2013. تتوفر منه نسخة إلكترونية على الرابط الآتي:

- المعاهدات والمواثيق الدولية
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (59) عام 1946 ([https://undocs.org/en/A/RES/59\(II\)](https://undocs.org/en/A/RES/59(II)))
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (1948) (<https://bit.ly/2YUwsrQ>)
- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (1950) (<https://bit.ly/2RQAWHD>)
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (1967/1966) (<https://bit.ly/2Pm6j1R>)
- إعلان اليونسكو "بشأن المبادئ الأساسية الخاصة بإسهام وسائل الإعلام في دعم السلام والتفاهم الدولي، وتعزيز حقوق الإنسان، ومكافحة العنصرية والفصل العنصري والتحريض على الحرب (1978) (<https://bit.ly/2tgpYaM>)
- تقرير المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير، في دورته الحادية والخمسين لعام (1995) (<https://undocs.org/en/E/CN.4/1995/32>)
- مبادئ جوهانسبرغ "بشأن الأمن القومي وحرية التعبير والوصول إلى المعلومات" (1996/1995) (<https://bit.ly/2sxYi0B>)
- الإعلان المشترك المتعلق بالتحديات الرئيسية العشرة لحرية الرأي والتعبير (2010) (<https://bit.ly/2svnBAo>)
- التعليق العام رقم (34) على المادة (19) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، للجنة المعنية بحقوق الإنسان (2011) (undocs.org/ar/CCPR/C/GC/34)
- تقرير المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير، في دورته السابعة عشرة لعام (2011) (<https://undocs.org/en/A/HRC/17/27>)

- فلسطين اليوم. "النائب العام يقرر حجب مواقع إخبارية مقرية من فتح بالضفة وغزة" (<https://paltoday.ps/ar/post/125417>) (استرجع بتاريخ 2018/4/28).
- المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاة مساواة. "ورقة موقف بشأن القرار بقانون بشأن محكمة الجنايات الكبرى والقرار بقانون بشأن الجرائم الإلكترونية" (<https://bit.ly/2Pmbu1K>) (استرجع بتاريخ 2018/5/24).
- المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية "مدى". "51 انتهاكاً ضد الحريات الإعلامية في فلسطين خلال حزيران" (<https://www.madacenter.org/article/1323/>) (استرجع بتاريخ 2019/11/30).
- مقابلة، نبيل. "حماية حقوق النشر الإلكتروني وفقاً للقانون الأردني: دراسة مقارنة"، في: المؤتمر الدولي الأول بعنوان المكتبات ومراكز المعلومات في بيئة رقمية متغيرة-جمعية المكتبات والمعلومات الأردنية - الأردن، 251-277. عمان: جمعية المكتبات والمعلومات الأردنية، 2014.
- منظمة المادة (19). "وثيقة تهديدية عن القوانين الضابطة للإنترنت" (<https://www.article19.org/data/files>) (استرجع بتاريخ 2018/6/12).
- مؤسسة الحق. "مذكرة قانونية حول القرار بقانون رقم (16) لسنة 2017 بشأن الجرائم الإلكترونية"، (<https://bit.ly/2qTbm0n>) (استرجع بتاريخ 2018/3/6).
- مؤسسة الحق. "ملاحظات مؤسسة الحق على مشروع القرار بقانون المعدل للجرائم الإلكترونية" (<http://www.alhaq.org/arabic/index.php?option=com>) (استرجع بتاريخ 2018/4/20).
- (<https://ichr.ps/ar/1/8>) (استرجعت بتاريخ 2019/11/18).
- الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة "أمان". مقياس نظام نزاهة في فلسطين لعام 2017. رام الله، 2017.
- التكروري، عثمان. شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 الجزء الثاني: الأحكام والطعن. القدس: دار الفكر، 2014.
- توم، رشاد. التنظيم القانوني لحرية الإعلام في فلسطين. رام الله: المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية، 2011.
- الجزيرة. "السلطة تحجب مواقع إخبارية مقرية من حماس ودحلان" (<http://www.aljazeera.net>) (استرجع بتاريخ 2018/4/28).
- حماد، آلاء. "حرية الإعلام في فلسطين: بين قصور النص وانتهاك الحرية"، في: واقع الحقوق والحريات العامة في فلسطين "بين التنظيم والتقييد والرقابة" 161-257. بيرزيت: معهد الحقوق-جامعة بيرزيت، 2013.
- شعبان، محمد عطا الله. حرية الإعلام في القانون الدولي. القاهرة: مركز الإسكندرية للكتاب، 2006.
- عابدين، عصام. جهود مؤسسة الحق في مواجهة قرار بقانون الجرائم الإلكترونية. رام الله: مؤسسة الحق، 2018.
- عابدين، عصام. ورقة قانونية تحليلية حول: انتهاكات حرية الرأي والتعبير والحريات الإعلامية في المناطق السلطة الوطنية الفلسطينية. رام الله: مؤسسة الحق، 2012.
- العاروري، ماجد. حرية الصحافة في التشريعات الفلسطينية. بيرزيت: مركز تطوير الإعلام في جامعة بيرزيت، 2015.

- نسيغة، فضل، ورياض دنش. "النظام العام". مجلة المنتدى القانوني، عدد 5 (2008): 166-181 biskra.dz/images/revues/mntda/r5/mk5/a12.pdf (استرجع بتاريخ 2018/6/12).
- هميسي، رضا. "الإعلام الجديد بين حرية التعبير وحماية الأمن القومي" (<https://bit.ly/2PMhbVz>) (استرجع بتاريخ 2018/6/12).
- الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان ديوان المظالم. "مذكرة قانونية حول القرار بقانون رقم (16) لسنة 2017 بشأن الجرائم الإلكترونية"، (<https://bit.ly/38BPyas>) (استرجع بتاريخ 2018/3/6).
- الوادية، مرح. "حجب المواقع الإلكترونية بفلسطين.. احتلال فوق الاحتلال" (<http://institute.aljazeera.net/ar/ajr/articl/e/2017/07>) (استرجع بتاريخ 2018/4/28).

• المراجع الأجنبية:

- Center for Law and Democracy. "Analysis of the Guarantees of Freedom of Expression in the 2008 constitution of the republic of the union of Myanmar" (2012), (<https://bit.ly/2tiR6Gg>) (retrieved on 2018/4/4).
- Columbia Law Review, "The Chilling Effect in Constitutional Law" (1969), (<https://www.jstor.org/stable/1121147>) (retrieved on 2019/10/12).



جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY

وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/11)
فئة التقارير

ياسمين خميس وعاصم خليل

واقع النظام الدستوري
اللسطيني وتطوره:
مراجعة لأهم الأحداث والقرارات
الدستورية خلال العام 2018

كانون الأول 2019



Status of Palestinian Constitutional System and its Development: A Review of the Most Important Constitutional Events and Decisions in 2018 [Arabic]

Yasmin Khamis & Asem Khalil

واقع النظام الدستوري الفلسطيني وتطوره: مراجعة لأهم الأحداث والقرارات الدستورية خلال العام 2018

ياسمين خميس وعاصم خليل

التدقيق اللغوي: د. نصر الله الشاعر

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (11/2019)
Reports Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/11)
فئة التقارير

© 2019, 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.

© 2019، 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:

ياسمين خميس* وعاصم خليل**

واقع النظام الدستوري الفلسطيني وتطوره:

مراجعة لأهم الأحداث والقرارات الدستورية خلال العام 2018***

1- مقدمة

يقدم هذا الاستعراض بإيجاز النظام الدستوري الفلسطيني، ثم يقيم بعد ذلك التطورات الدستورية الرئيسية والمهمة التي حدثت في فلسطين، منذ إقرار مؤسسة الرقابة الدستورية. ويسعى إلى وصف حالة الليبرالية والديمقراطية من خلال التجارب التاريخية والسياسية.

طرحت فكرة صياغة دستور لـ "الدولة الفلسطينية"، في البداية، بعد أن أقر المجلس الوطني الفلسطيني إعلان الاستقلال في الجزائر عام 1988، بيد أن المشاريع الأولية لم تعمم إلا بعد اتفاقيات أوسلو بين حكومة إسرائيل ومنظمة التحرير الفلسطينية. هذا التأخير يُظهر القيود الجوهرية المرتبطة بهذه الاتفاقيات واستمرار العوائق الخارجية، وأبرزها كون السلطة الفلسطينية هي سلطة حكم ذاتي بموجب الاتفاقيات، في ظل محدودية

* عضو في شبكة "الخبراء القانونيون الفلسطينيون الشباب"، ماجستير في القانون الدولي وحقوق إنسان من جامعة سيراكيوس - نيويورك.

** أستاذ القانون العام، وشاغل كرسي الشيخ حمد بن خليفة آل ثاني للقانون الدستوري والدولي، جامعة بيرزيت.

*** هذه الورقة بمثابة نسخة معربة للورقة الآتية المنشورة باللغة الإنجليزية:

Khamis, Yasmin & Asem Khalil, 'Palestine'. In: *2018 Global Review of Constitutional Law*, Richard Albert, David Landau, Pietro Faraguna and Simon Drugda, (eds.). I•CONnect and the Clough Center for the Study of Constitutional Democracy at Boston College, 2019, pp. 224-228. Available here: <http://bit.ly/2kKjJrX>

في حال الاختلاف بين النصين العربي والإنجليزي يعتمد النص الأصلي (بالإنجليزية)؛ علماً بأنه جرى إضافة بعض المراجع المحال لها للتوسع، وتحديث الورقة حيثما كان ذلك ضرورياً. ويشكر الباحثان مساعدة البحث رانيا القاضي (طالبة بكالوريوس في القانون، جامعة بيرزيت)، على مساهمتها بهذا الخصوص.

2- التطورات الدستورية الرئيسية

كان عام 2012 نقطة تحول بالنسبة لفلسطين، عندما اعترفت بها الجمعية العامة للأمم المتحدة كدولة غير عضو؛ فبالإضافة إلى الامتيازات الأخرى التي حصلت عليها فلسطين في الأمم المتحدة نتيجة ذلك، أصبح بالإمكان الآن تفعيل المادة (115) من القانون الأساسي الفلسطيني، التي تشير إلى سريان القانون الأساسي مدة المرحلة الانتقالية، مع إمكانية تمديد العمل به إلى حين دخول الدستور الجديد للدولة الفلسطينية حيز التنفيذ، كما أصبح بإمكان تلك الدولة الانضمام للاتفاقات والمنظمات الدولية وهو ما حدث فعلاً.

وبهذا الاتجاه عملت اللجنة الدستورية على وضع مشروع دستور يضم 273 مادة، واستكمل هذا المشروع بحلول نهاية عام 2015، وقد تشكلت اللجنة بهدف البناء على جميع الأعمال السابقة، واستكمال مشروع دستور فلسطيني حديث. وضمت اللجنة أعضاء من المجلس الوطني والمركزي، بالإضافة إلى برلمانيين وحقوقيين، حيث كُلفوا بمعالجة المسائل الإشكالية أو غير المحسومة التي نشأت خلال فترة سريان القانون الأساسي. ولكن، حتى كتابة هذا التقرير،² لم يتم إقرار دستور يرسى

ولايتها القانونية خلال الفترة الانتقالية التي كان من المقرر أن تمتد من عام 1994 حتى عام 1999. وفي عام 1997، قرر المجلس التشريعي الفلسطيني (وهو الهيئة البرلمانية للسلطة، المنتخب في العام 1996)، اعتماد القانون الأساسي. إلا أن الرئيس السابق ياسر عرفات صادق على القانون الأساسي فقط في عام 2002، أي بعد ثلاث سنوات من انتهاء الفترة الانتقالية ذات الخمس السنوات. كما تم تعديل القانون الأساسي عام 2003، وشمل تغييره الرئيسي استحداث منصب رئيس الوزراء، وهذا بدوره أدى إلى تغيير دور الرئيس الذي كان يرأس مجلس الوزراء بموجب الصيغة السابقة من القانون الأساسي (2002). كما جرى تعديل آخر عام 2005، لتمكين إجراء الانتخابات التشريعية والرئاسية كل أربع سنوات. وهناك تقبلت المؤسسات الرسمية كافة التعامل مع القانون الأساسي على أنه دستور السلطة الفلسطينية، إلى حين إصدار دستور دولة فلسطين.¹

² أي حتى تشرين الثاني/نوفمبر 2018.

¹ جميع مراجع هذا الفصل تشير إلى القانون الأساسي المعدل لعام 2003، ما لم يذكر خلاف ذلك.

(3) لسنة 2006.⁴ كما تم تعديل ذلك القانون بموجب القرار بقانون رقم (19) لسنة 2017،⁵ ولاحقاً بموجب القرار بقانون رقم (7) لسنة 2019.⁶ ويكرس كل من القانون الأساسي وقانون المحكمة الدستورية العليا الأساس لإنشاء هيئة "قضائية" مركزية مستقلة عن السلطة القضائية. وتكون مسؤولية المحكمة الدستورية العليا الرقابة على الدستورية وتفسير القانون الأساسي والتشريعات.

هناك طرق مختلفة لاتصال المحكمة الدستورية العليا بالرقابة على الدستورية؛ أولاً، الطعن المباشر من جانب المتضرر؛ وثانياً، الطعن غير المباشر أثناء النظر في نزاع قائم، أي على خلفية دعوى قضائية محددة، تحويلها المحكمة من تلقاء نفسها أو بطلب من الخصوم أنفسهم إذا توافرت شروط معينة؛ وأخيراً، من جانب المحكمة الدستورية العليا نفسها إذا اقتنعت بأن هناك نصاً غير دستوري متصلاً بالنزاع القائم أمامها.

الدستوري بجامعة بيرزيت، "ورقة موقف حول القرار بقانون المعدل لقانون المحكمة الدستورية العليا"، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/2)، تشرين الثاني/نوفمبر 2017، متوفرة عبر الرابط: <http://bit.ly/2PwaAyz>
⁶ الوقائع الفلسطينية، العدد 153 (26 آذار/مارس 2019)، ص 94-95.

مبادئ السيادة الوطنية أو يبين أسس الدولة الفلسطينية.

في عام 2014، انضمت فلسطين إلى عدد من الاتفاقيات الدولية ومعاهدات حقوق الإنسان دون إبداء أي تحفظات.³ وقد كان من الصعب على الدولة أن تلتزم بواجباتها الدولية التعاقدية سواء محلياً أو دولياً، وقد أثرت هذه المسألة بدورها في المحاكم في مناسبات متعددة؛ لأن القانون الأساسي لم يوضح مكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الداخلي الفلسطيني. والمرجع الوحيد في هذا القانون هو المادة (2/10) التي تدعو السلطة الفلسطينية إلى الانضمام، دون إبطاء، إلى المعاهدات والمواثيق الدولية التي تحمي حقوق الإنسان.

أ- المحكمة الدستورية

يشير القانون الأساسي إلى تشكيل محكمة دستورية عليا بموجب قانون (المادة 103)، وهو ما تم لاحقاً بموجب قانون المحكمة الدستورية العليا رقم

³ انظر قائمة بالاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها فلسطين (محدثة حتى تاريخ 1 آب/أغسطس 2018)، متوفرة عبر موقع وزارة الخارجية والمغتربين، على الرابط الآتي: <http://bit.ly/2YCl4R8>
⁴ الوقائع الفلسطينية، العدد 62 (25 آذار/مارس 2006)، ص 93-112.

⁵ الوقائع الفلسطينية، العدد 137 (15 تشرين الأول/أكتوبر 2017)، ص 4-10. للمزيد حول هذا الموضوع، يمكن مراجعة: وحدة القانون

أسس تقنية أو إجراء شكلي؛ فلم تشرع بالنظر في محتواها الموضوعي.⁸

ب- المخالفات لأحكام القانون الأساسي

وقعت عدة مخالفات للقانون الأساسي، وكثيرًا ما تعزى إلى تفسيرات بديلة، أو إلى عدم وجود نص دستوري في المقام الأول. على سبيل المثال، فيما يتعلق بالخلاف حول الظروف التي يمكن فيها الدعوة إلى إجراء انتخابات أو استفتاء شعبي، أو الظروف التي يمكن فيها للرئيس أن يفرض حالة الطوارئ بصورة مشروعة ودور حكومة إنفاذ حالة الطوارئ. كما تبرز خلافات فيما يتعلق بالامتياز النسبي الذي ينبغي منحه نصًا وروحًا للقانون الأساسي عند مناقشة صلاحيات الرئيس والحكومة أثناء حالة الطوارئ وبعد انتهاء فترة الثلاثين يومًا. كما أن مستوى توافق الآراء بين الفصائل المطلوب لتعديل الترتيبات الدستورية القائمة قد أوجد خلافات أيضًا؛ حيث يكون هناك توافق على إجراءات تكون في شكلها ومضمونها مخالفة للإجراءات الواردة في القانون الأساسي.⁹

وقد قام الرئيس -المخوّل بموجب قانون المحكمة الدستورية- بتشكيل أول هيئة للمحكمة، وكانت مكونة من تسعة قضاة في نيسان/إبريل 2016. قبل ذلك، أوكلت مهام المحكمة الدستورية إلى المحكمة العليا، إلى حين تشكيل المحكمة الدستورية (بموجب المادة 101 من القانون الأساسي). إن تعيين قضاة المحكمة الدستورية هو اختصاص لرئيس السلطة وحده، بعد أن تمت إزالة موافقة المجلس التشريعي في التعديل الذي جرى على مسودة القانون عام 2006 قبل إصداره. وهو ما يعني عمليًا بأن للسلطة التنفيذية، وبالتحديد لرئيس السلطة، مكانة متفوقة مقارنة مع المحكمة الدستورية العليا وقضاتها؛ كونه الجهة المخولة وحدها بتعيين قضاتها. وهو ما قد يعني إمكانية التأثير على قراراتها وبالتالي المساس باستقلاليتها. واعتبارًا من تشرين الثاني/نوفمبر 2005 وحتى وقت كتابة التقرير،⁷ صدر 58 قرارًا دستوريًا، منها ما يقارب 27 قرارًا اتخذتها المحكمة العليا. وهنا تجدر الإشارة أيضًا إلى أن المحكمة العليا قد رفضت بشكل استباقي العديد من القضايا على

⁷ أي حتى تشرين الثاني/نوفمبر 2018.

⁸ انظر ملخصات حول القرارات التي أصدرتها المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية مؤقتة والمحكمة الدستورية العليا: نوار بدير، "قرارات القضاء الدستوري الفلسطيني"، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/6)، وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة

العامة، جامعة بيرزيت، شباط/فبراير 2018، متوفر عبر الرابط: <http://bit.ly/36qOuWX>
⁹ انظر: عاصم خليل، "دور الدساتير المكتوبة في تأجيج الأزمات الدستورية: السلطة الفلسطينية بعد وصول حركة حماس للحكم عام 2006 كحالة دراسية"، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية

سلطة الحكومة ومهامها والسلطة التشريعية أيضاً نتيجة لذلك. وبما أن المجلس التشريعي لم يتمكن من الانعقاد منذ عام 2007؛ تم تفعيل المادة (43) في الضفة الغربية، في الوقت الذي استمر فيه المجلس التشريعي في قطاع غزة بالانعقاد وتبني قوانين تطبق في قطاع غزة فقط.

وعلى الرغم من إمكانية الاستناد إلى المنطق القانوني لدعم هذا التفويض للرئيس بالتشريع الاستثنائي في حالة الضرورة التي لا تحتمل التأخير، إلا أنه من الواضح أن الدولة يجب أن تعمل على التغلب على هذه الظروف الاستثنائية والحفاظ على الفصل بين السلطات. وتشير الأدلة التي قدمت حتى الآن إلى أن حالة الضرورة كانت أداة أساسية في يد السلطة التنفيذية، ولذلك لا يوجد سبب للاعتقاد بأن المشكلة ستحل في المستقبل القريب.

وإحدى هذه القضايا الرئيسية المثيرة للقلق هي المادة (43) من القانون الأساسي التي استُخدمت بشكل مفرط كأداة لصياغة القانون في الضفة الغربية منذ عام 2007، من خلال "قرارات بقوانين". وهي فترة غابت فيها أيضاً الرقابة والتدقيق البرلماني الفعال؛ نتيجة لعدم تمكن المجلس التشريعي من الانعقاد.¹⁰

ولا تزال شرعية القرارات بقانون -خاصة تلك التي أصدرها الرئيس بعد انتهاء السنوات الأربع لولاية الرئيس والمجلس التشريعي (حيث كان من المفروض أن تجري الانتخابات عام 2010)- تثير خللاً حاداً، إذ لم تجر انتخابات رئاسية وتشريعية في دولة فلسطين منذ العام 2006؛ بسبب الشرخ السياسي بين حماس وفتح منذ العام 2007، بالإضافة إلى الانقسام الجغرافي والقانوني الذي تعمق منذ ذلك التاريخ بين الضفة الغربية وقطاع غزة. علماً بأن القليل من هذه القرارات بقانون يمكن عدّها بأنها تستجيب لشرط الضرورة التي "لا تحتمل التأخير"، لإضفاء الشرعية على تلك القرارات بقانون. فمنذ العام 2007 انقسمت

المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون.

(2017/1)، وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، آب/أغسطس 2017. متوفر عبر الرابط: <http://bit.ly/2kJtOVV>

¹⁰ تنص المادة (43) على ما يأتي: "الرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على

3- القضايا الدستورية

الصادر في تشرين الثاني/نوفمبر 2017؛¹² حيث أصدرت المحكمة الدستورية العليا قرارًا سريعًا وغامضًا، مفاده سموّ الاتفاقيات الدولية على التشريعات الوطنية.

عُرضت على المحكمة مسألة التسلسل الهرمي للمعاهدات الدولية بعد أن أحالت محكمة صلح قضية كانت الأونروا (وكالة الأمم المتحدة لإغاثة وتشغيل اللاجئين الفلسطينيين) طرفًا فيها. وقد أثارت الوكالة تمتّعها بالحصانة أمام محكمة الصلح وفقًا لاتفاقية مقرّ رئاسة الأونروا. ويرى قاضي الموضوع الذي أحال القضية إلى المحكمة الدستورية العليا أن الفصل في هذا الدفع يستدعي بيان مرتبة الاتفاقية الدولية بالنسبة للتشريع الداخلي الفلسطيني، وأي القواعد يجب تطبيقها في النزاع المعروض على هذه المحكمة، حال التعارض بين أحكام الاتفاقية الدولية والقانون الداخلي الفلسطيني؟¹³ لم يؤكد القرار صراحة في هذه الحالة فيما إذا كان القانون الدولي له الأسبقية على القانون الأساسي الفلسطيني، بل حدد، بدلاً من ذلك، أن الاتفاقيات الدولية تسمو على

أ- قرار المحكمة الدستورية رقم (2017/5)، بتفسير المادة (10) من القانون الأساسي، بخصوص مكانة الاتفاقيات الدولية¹¹

جاء هذا الحكم التفسيري للمحكمة الدستورية العليا بعد أن ورد لها طلب من وزير العدل للرد على أربعة أسئلة رئيسة، لم يُجب عنها القانون الأساسي بشكل صريح: 1. من الجهة المختصة بالتصديق على المعاهدات والاتفاقيات الدولية؟ وما آلية إنفاذها وآلية إدماجها بالتشريعات الوطنية؟ 2. وما القيمة القانونية لها بمواجهة القانون الوطني في حال تعارضها؟ 3. ما هي أوجه احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية وأسس الإلزام والالتزام على الصعيد الوطني؟ 4. ما هي آليات إدماج الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تلتزم بها دولة فلسطين، وتفعيلها في النظام القانوني الداخلي والمكانة القانونية التي تحتلها فيه؟

وبغية التوصل إلى فهم أوضح، يجب تقديم قرار آخر سابق بإيجاز، وهو القرار (2017/4)

¹³ انظر: وحدة القانون الدستوري بجامعة بيرزيت، "ورقة موقف حول قرار المحكمة الدستورية بخصوص مكانة الإتفاقيات الدولية في النظام القانوني الفلسطيني"، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/12)، كانون الأول/ديسمبر 2017، متوفرة عبر الرابط: <http://bit.ly/34rg6YD>

¹¹ الوقائع الفلسطينية، العدد 141 (25 آذار/مارس 2018)، ص 87-97.

¹² الوقائع الفلسطينية، العدد 150 (27 كانون الأول/ديسمبر 2018)، ص 95-100.

تجاوز القرار الأخير حدود القانون الأساسي، من خلال توضيح كيفية التوقيع على الاتفاقيات والمعاهدات أو التصديق عليها. وتقدم الممارسة مزيداً من التوضيح من خلال إثبات أن الجهات المفوضة من جانب السلطة التنفيذية (أو الرئيس بشكل مباشر) لها أيضاً سلطة التوقيع على قرارات الانضمام للمنظمات الدولية والمصادقة على الاتفاقيات الدولية. وهي بذلك لا تنتقص من حقوق الرئيس ورئيس الوزراء ووزير الخارجية في هذا الصدد؛ فالتصديق عادة هو مسؤولية رئيس الدولة الذي يكفل، عند التحقق من المعاهدة، انسجامها مع مصالح دولة فلسطين.

وعند بيان أوجه الاحترام لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية وأسس الإلزام والالتزام على الصعيد الوطني، ينص القرار على وجوب إدماج المعاهدات والاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان ضمن التشريعات العادية، بما لا يتناقض مع الهوية الدينية والثقافية للشعب الفلسطيني. أي في حالة حدوث أي تنازع، لن يتم إنفاذ تلك الالتزامات، بالرغم من عدم وجود تحفظ على المعاهدة وقت التصديق عليها.

التشريعات الوطنية الداخلية. دون أي تحديد بخصوص نشر الاتفاقيات الدولية من عدمه في الجريدة الرسمية.

أما القرار (2017/5)، فعلى الرغم من تأكيده أن المعاهدات والاتفاقيات الدولية تسمو على التشريعات الوطنية العادية، إلا أنه اعتبرها أقل مرتبة من القانون الأساسي. وبذلك قامت المحكمة الدستورية العليا باستحداث قاعدة دستورية جديدة. وبالإضافة إلى إبراز مكانة المعاهدات الدولية ضمن الهرمية التشريعية في إطار النظام القانوني الفلسطيني، قدم هذا القرار أيضاً رؤية بشأن طريقة إدماج المعاهدات الدولية ضمن النظام القانوني الفلسطيني، فور التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية.¹⁴ إلا أن المحكمة أضافت استثناءً وحيداً لعدم تطبيق القانون الدولي، وهو في حال كان يتعارض مع الهوية الوطنية والدينية والثقافية للشعب العربي الفلسطيني. رغم أن أيّاً من المعاهدات التي صادقت عليها فلسطين لم تنتشر بعد في الجريدة الرسمية، إلا أن الدولة عليها التزامات تجاه المجتمع الدولي وعليها الوفاء بتلك الالتزامات.

¹⁴ الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، كانون الثاني/يناير 2019، متوفرة عبر الرابط: <http://bit.ly/2rVBJ66>

¹⁴ انظر: رشاد توام وعاصم خليل، "إنفاذ الاتفاقيات الدولية في فلسطين: الإشكاليات القانونية والحلول الدستورية"، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/1)، وحدة القانون الدستوري، كلية

بطلانها بسبب عدم الدستورية، فقد قدم وزير العدل طلب التفسير إلى المحكمة الدستورية، وأصدرت المحكمة، بتاريخ 12 أيلول/ سبتمبر 2018، قراراً تفسيرياً يتعلق بالأحكام الواردة في المادتين (84) و(102) من القانون الأساسي. وكذلك المادة (53) من القرار بقانون رقم (23) لسنة 2017 بشأن الشرطة.¹⁶ وأشارت بذلك إلى تفسيرها لعبارة "الشان العسكري" وطبيعة جهاز "الشرطة"، إلى جانب تحديد المحكمة المختصة بمحاكمة ضباط الشرطة.

وفي القرار قيد المراجعة، خالفت المحكمة قرارها التفسيري السابق (وأبرزه القرار 2017/1)¹⁷ الذي اعتبر أن الشرطة "قوة نظامية ذات طبيعة خاصة تمارس اختصاصات مدنية"؛ وبدلاً من ذلك، ادعت المحكمة -في القرار قيد المراجعة- بأن "الشرطة تأخذ الطابع العسكري مع بعض الاختصاصات الخاصة بالقضايا المدنية". وقامت المحكمة، بالإشارة إلى الأحكام الجنائية، بتوسيع تفسيرها لعبارة "الشان العسكري"، وسعت إلى جعل القضاء العسكري هو القاعدة، وليس الاستثناء.

وأكدت المحكمة، لدى معالجة آلية الإدماج، أن المعاهدات تنفذ بإدراجها في القوانين المحلية، الأمر الذي يتعارض بوضوح مع تأكيدها السابق بأن المعاهدات الدولية تتمتع بأولوية فيما يتعلق بالقوانين المحلية. وبمجرد النظر في المادة (27) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، يصبح ذلك مثيراً للمشاكل؛ لأنه ينص على أن الدول، في سعيها إلى تبرير إخفاقها في تنفيذ المعاهدة الدولية، لا يجوز لها الاحتجاج أو التعذر بنصوص قوانينها الداخلية. وتجدر الإشارة هنا أيضاً إلى أن القرار أوضح كذلك أن إعلان الاستقلال (الصادر عن المجلس الوطني الفلسطيني لمنظمة التحرير الفلسطينية عام 1988) يحتل مرتبة أعلى من القانون الأساسي (الدستور المكتوب).

ب- قرار المحكمة الدستورية رقم (2018/2)، بتفسير مصطلح "الشان العسكري" وطبيعة جهاز الشرطة¹⁵

تجدر الإشارة أولاً إلى أن المحكمة، لدى ممارسة ولايتها القضائية للاستجابة لطلب تفسير القوانين، تتجاوز صلاحياتها عندما تسمح لنفسها بمراجعة التشريعات دستورياً، تمهيداً لإعلانها بعد ذلك

¹⁷ الوقائع الفلسطينية، العدد 134 (18 تموز/يوليو 2017)، ص55-62.

¹⁵ الوقائع الفلسطينية، العدد 148 (23 تشرين الأول/أكتوبر 18)، ص107-132.

¹⁶ الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز 15 (31 كانون الأول/ديسمبر 2017)، ص4-17.

بوصفها جهازاً عسكرياً وبإعطاء المحاكم العسكرية صلاحية محاكمة أعضائها. وبهذا العمل تم تجاهل حقيقة أن هذه المحاكم يجب أن تخضع للقاضي الطبيعي، الذي هو دائماً القاضي العادي وليس العسكري.

أثار هذا الحكم جدلاً مطولاً خلال الأسابيع التالية لصدوره، جرى إغناؤه بمساهمات جهات فاعلة مختلفة في المجتمع المدني والمتخصصين في مجال القانون العام وحقوق الإنسان؛ حتى اضطر رئيس المحكمة، في نهاية المطاف، إلى إصدار بيان أوضح القرار، وألغى نية المحكمة المعلنة بإخضاع المدنيين لولاية المحاكم العسكرية. ولكن هذا الإعلان بحد ذاته إشكالي.¹⁸

ت- قرار المحكمة الدستورية رقم (2018/10)،
بتفسير المواد (47، 47 مكرر و55) من
القانون الأساسي، بخصوص المجلس
التشريعي¹⁹

وجه وزير العدل طلب التفسير هذا للمحكمة الدستورية، بناءً على طلب من رئيس مجلس القضاء الأعلى، رئيس المحكمة العليا. وسلط

واسستدت المحكمة إلى قوانين العقوبات الثورية لمنظمة التحرير الفلسطينية للعام 1979 بصفة خاصة، لتحديد نطاق الصلاحية القضائية للمحاكم العسكرية (الشخصية، والمكانية، والموضوعية). غير أن هذه القوانين مثيرة للجدل، وقد تم الطعن بها بسبب عدم دستورتيتها. ويلاحظ النقاد، على سبيل المثال، أنها لم تنشر في الجريدة الرسمية، وفقاً لما تقتضيه المادة (116) من القانون الأساسي، كما لاحظوا أن هذه القوانين لا تميز بين المدنيين والعسكريين؛ كونها صدرت في ظروف استثنائية، عندما كانت منظمة التحرير الفلسطينية تبني السلطة وتمارس السيادة على أراضيها بتفعيل ولاية القضاء الثوري.

وفي القضية قيد النظر، قررت المحكمة وجوب استيفاء المعايير، دون أن توضح ما إذا كان يتعين استيفاء معيار واحد أو جميع المعايير. وقد صدر القرار بأغلبية بسيطة (أربعة من أصل سبعة قضاة)، مؤدياً إلى إبطال القرار بقانون بشأن الشرطة، لعدم الدستورية، معتبراً الشرطة جهازاً عسكرياً لا جهازاً مدنياً. وكان يُعتقد أن المحكمة، بإصدار هذا التفسير، أخطأت بالنظر إلى الشرطة

القانونية (2018/9)، تشرين الأول/أكتوبر 2018، متوفرة عبر الرابط: <http://bit.ly/34mTPLC>
¹⁹ الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز 19 (23 كانون الأول/ديسمبر 2018)، ص44-51.

¹⁸ انظر: وحدة القانون الدستوري بجامعة بيرزيت، "ورقة موقف حول قرار المحكمة الدستورية التفسيرية لعبارة "الشأن العسكري" وطبيعة جهاز الشرطة ومحاكمة منتسبيه"، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات

وقد عقد المجلس التشريعي المنتخب في 25 كانون الثاني/يناير 2006 جلسة واحدة فقط بتاريخ 5 تموز/يوليو 2007. وحاججت المحكمة، لدى تسجيل هذه الحقيقة، بأن المجلس "رفض" الاضطلاع بالدور المنوط به كسلطة تشريعية، ورفض التقيد بالقوانين والأنظمة التي تنظم عمله، بما في ذلك الدورة العادية الثانية التي دعا لانعقادها فخامة الرئيس وفقاً للقانون ووفقاً لقسمهم. ونتيجة لذلك؛ فقد المجلس التشريعي مكانته كسلطة تشريعية، ونتيجة لذلك؛ فقد مكانته كمجلس تشريعي. ولاحظت أخيراً أنه على الرغم من عدم عقد جلسات، لا يزال أعضاء المجلس التشريعي يتقاضون رواتبهم ومزاياهم وفقاً للمادة (55) من القانون الأساسي، وهو ما يلقي بعبء إضافي على ميزانية الدولة.

قررت المحكمة في تفسيرها خمس نقاط رئيسية:

- 1- إن شرعية وجود المجلس التشريعي تكون بممارسة اختصاصاته التشريعية والرقابية، ونظراً لعدم انعقاده منذ عام 2007؛ يكون قد فقد صفته كسلطة تشريعية، وبالنتيجة صفة المجلس التشريعي.
- 2- عدم انطباق نص المادة (47 مكرر) في حالة عدم إجراء الانتخابات الدورية للمجلس التشريعي (أي كل أربع سنوات). وهذا يعني

الطلب الضوء على أن المجلس التشريعي فشل؛ لأنه لم يعقد منذ نهاية دورته الأولى في 5 تموز/يوليو 2007، وحتى نهاية ولايته القانونية والدستورية في 25 كانون الثاني/يناير 2010. وفي الحقيقة، فإن استمرار هذه الحالة في غياب الانتخابات العامة ينتهك القانون الأساسي وقانون الانتخابات العامة (والقوانين ذات الصلة)، كما يمس المصالح العامة والوطنية. كما ينتهك الحق الأساسي لجميع الفلسطينيين الذين هم في سن التصويت في أن ينتخبوا ممثلهم كل أربع سنوات.

في عام 2005، أضيف تعديل (البند الثالث) إلى المادة (47) ينص على أن "مدة المجلس التشريعي أربع سنوات من تاريخ انتخابه وتجري الانتخابات مرة كل أربع سنوات بصورة دورية." وتتص المادة (47 مكرر) أيضاً على أن "تنتهي مدة ولاية المجلس التشريعي القائم عند أداء أعضاء المجلس الجديد المنتخب اليمين الدستوري."

ويوضح قرار المحكمة الدستورية العليا موضوع النقاش أن المجلس التشريعي هو السلطة التشريعية المنتخبة، وهذا يثبت أن المجلس التشريعي ليس مجرد أفراد أو أفراداً فازوا بالانتخابات كأفراد؛ بل هو إحدى السلطات الثلاث المكلفة بمهام دستورية، وهو بحكم هذه الحقيقة إحدى أهم السلطات في البلاد .

مسألة حل المجلس التشريعي؛ حيث تنص على ذلك المادة (113) منه، التي توضح بأنه "لا يجوز حل المجلس التشريعي الفلسطيني أو تعطيله خلال فترة حالة الطوارئ أو تعليق أحكام هذا الباب". ومع الأخذ في الاعتبار بأن واضعي القانون الأساسي أضافوا بنداً صريحاً يمنع حل المجلس التشريعي في حالة الطوارئ فقط، دون الإشارة لإمكانية حل المجلس التشريعي في الظروف العادية، مما ترك الباب مفتوحاً لتفسيرات متناقضة، بعضها اعتبر بأنه وبموجب مفهوم المخالفة يجوز حل المجلس التشريعي في الظروف العادية، وغيرهم اعتبر بأنه من باب أولى لا يجوز حل المجلس التشريعي في الظروف العادية.

بغض النظر عن الاختلاف في تفسير نصوص القانون الأساسي ذات العلاقة، لا يمكن القبول بمشروعية تدخل المحكمة الدستورية العليا لاستحداث قاعدة دستورية جديدة، مفادها إمكانية قيام الرئيس بحل المجلس التشريعي، وإن كان بإمكانها طبعاً أن تعتبر عدم قيام الرئيس بالدعوة لانتخابات تشريعية منذ العام 2010 هو نفسه مخالفة دستورية وجب تصحيحها من خلال الدعوة لانتخابات تشريعية ورئاسية. كما أن المادة (47 مكرر) تقدم دليلاً واضحاً على إمكانية تمديد ولاية المجلس التشريعي في ظروف استثنائية.

أنه لا يمكن تطبيق المادة (47 مكرر) إلا في ظل وجود مجلسين: مجلس منتهية ولايته القانونية، ومجلس جديد منتخب.

3- أما بشأن تفسير نص المادة (55)، فرأت المحكمة الدستورية العليا عدم وجود أية أسباب موجبة لاستمرار تقاضي أعضاء المجلس التشريعي المنتهية مدة ولايته لأية استحقاقات مالية أو مكافآت منصوص عليها في القوانين أو اللوائح ذات العلاقة بالشأن التشريعي، اعتباراً من تاريخ صدور هذا القرار.

4- إن المجلس التشريعي في حالة تعطل وغياب تام، منذ 5 تموز/ يوليو 2007، وقد انتهت مدة ولايته بتاريخ 25 كانون الثاني/ يناير 2010، أثناء مدة تعطله وغيابه، وما زال معطلاً وغائباً بشكل كامل حتى الآن. وبناء عليه فإن المصلحة العليا للشعب الفلسطيني، ومصصلحة الوطن، تقتضي حل المجلس التشريعي، واعتباره منحللاً من تاريخ إصدار هذا القرار.

5- دعوة فخامة رئيس الدولة إلى إعلان إجراء الانتخابات التشريعية خلال ستة أشهر من تاريخ نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية. وفي حين أن القرار يستند إلى أساس واقعي متين، فلا يمكن الادعاء بأن القانون الأساسي لم يتناول

حيث أشارت المادة (2) منه إلى أن: "يصدر الرئيس خلال مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر قبل تاريخ انتهاء مدة ولايته أو ولاية المجلس مرسوماً يدعو فيه لإجراء انتخابات تشريعية أو رئاسية في فلسطين، ويحدد فيه موعد الاقتراع، وينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية ويعلن عنه في الصحف اليومية المحلية."

في الواقع، لا حاجة إلى حل المجلس التشريعي؛ لأن الانتخابات كانت مستحقة منذ عام 2010، وعليه فإن الانتهاك الدستوري الحقيقي هو أن الرئيس لم يدع إلى انتخابات رئاسية أو تشريعية في العام 2010، ومنذ ذلك الحين وحتى الآن.

في النهاية، جرى حلّ المجلس التشريعي نتيجة لإرادة سياسية، ولكن من غير المتوقع أن تجرى الانتخابات. وفي حال أجريت الانتخابات، لا توجد أي دلائل على أن ذلك سيتم وفقاً للقانون الأساسي وقانون الانتخابات (أي أن تكون الانتخابات الرئاسية والتشريعية متزامنة). وبمراجعة لقرارات المحكمة الدستورية العليا هذه وغيرها، يبدو أن قراراتها تقوم عملياً بالمساهمة باستعادة سلطات منظمة التحرير الفلسطينية ومؤسساتها.

كانت أثرت هذه المسألة عام 2016، عندما قامت المحكمة العليا، بصفتها الدستورية، من القرار التفسيري رقم (2016/3) الصادر بتاريخ 3 تشرين الثاني/نوفمبر 2016،²⁰ بالتأكيد أن مدة ولاية المجلس التشريعي المنتهية ولايته الزمنية مؤقتاً إلى حين أداء أعضاء المجلس التشريعي الجدد اليمين الدستورية، كما أكدت المحكمة دستورية قرار بقانون برفع الحصانة البرلمانية التي كان يتمتع بها عضو المجلس التشريعي محمد دحلان. وقضت المحكمة بأن الرئيس له كامل السلطة لإلغاء حصانة أي عضو في المجلس التشريعي في ظل عدم انعقاد المجلس التشريعي. كما قررت أن قرار الرئيس برفع الحصانة من خلال القرار بقانون يتفق مع الأصول والصلاحيات المخولة للسيد الرئيس بموجب القانون.²¹

كما أن قرار المحكمة الدستورية العليا موضوع النقاش أعلاه يتعارض مع القانون الأساسي المعدل، والقانون الانتخابي، الذي ينص على أن الانتخابات الرئاسية والتشريعية ينبغي إجراؤها في وقت واحد - إلا أن القرار بقانون رقم (1) للعام 2007 بشأن الانتخابات العامة،²² ترك مجالاً للتفسير بأن هناك إمكانية لانتخابات منفصلة،

²² الوقائع الفلسطينية، العدد 72 (9 أيلول/سبتمبر 2007)، ص 2-50.

²⁰ الوقائع الفلسطينية، العدد 126 (10 تشرين الثاني/نوفمبر 2016)، ص 96-101.

²¹ انظر: بدير، "قرارات القضاء الدستوري الفلسطيني"، ص 37.

4-الخاتمة: نظرة مستقبلية

لا ينبغي أن يتحمل القانون الأساسي وصمة الإخفاق في هذه الانتهاكات، لأنه سن كبديل دستوري مؤقت، كُتِب في إطار معين، وفي ظروف سياسية وثقافية ووطنية خاصة. غير أن المحكمة الدستورية العليا ليست مكلفة بتحقيق رغبات الجمهور، بل هي مكلفة بضمان التقيد بالدستور.

وفي هذا الإطار، من المتوقع أن يتم إحياء مسودة الدستور الفلسطيني، وإعادته إلى طاولة النقاش، وكذلك الحال بالنسبة إلى مختلف القضايا والشغرات التي تناولتها هذه المراجعة. وبموجب النصوص على الأقل، يُؤمل أن يسهم ذلك في إنشاء ديمقراطية برلمانية تعددية، تتفق مع القانون الدولي وحقوق الإنسان.



جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY

وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/12)
فئة أوراق سياساتية

عاصم خليل ورشاد توام

الشغور المفاجئ في منصب
الرئيس: العضلة والسيناريوهات
المتوقعة

كانون الأول/ ديسمبر 2019



Sudden Vacancy in the office of the President:
Dilemmas and Expected Scenarios [Arabic with
summary in English]

الشغور المفاجئ في منصب الرئيس: المعضلة
والسيناريوهات المتوقعة

Asem Khalil & Rashad Twam عاصم خليل ورشاد توام

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (12/2019)
Policy Papers Module

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2019/12)
فئة أوراق سياساتية

© 2019, 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

© 2019، 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 موافقة 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
لِلدراسات 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:



بدعم من:

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

عاصم خليل ورشاد توام

الشغور المفاجئ في منصب الرئيس:

المعضلة والسيناريوهات المتوقعة*

يتقلد الرئيس محمود عباس اليوم ثلاث رئاسات، تماما كما كان حال الرئيس الراحل ياسر عرفات: رئاسة اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية (م.ت.ف.)، رئاسة دولة فلسطين، ورئاسة السلطة الفلسطينية. وفيما يتقلد الرئيس عباس الأولى بموجب انتخاب اللجنة التنفيذية ذاتها له (لأول مرة في نوفمبر 2004)¹، ويتقلد الثانية بموجب انتخابه/ تزكيته من طرف المجلس المركزي لـ "م.ت.ف." في أكتوبر 2008²، فقد تقلد الثالثة بموجب الانتخابات الرئاسية الشعبية التي جرت في يناير 2005³. وفيما يلاحظ أنه انتخب للأولى في ذات يوم رحيل الرئيس عرفات (بما يؤكد على أهمية هذا المنصب وسهولة إشغاله)، فقد شغل منصب رئيس دولة فلسطين نحو أربع سنوات (وهو حتى ذلك الوقت على الأقل منصب رمزي مبني على رمزية إعلان الاستقلال عام 1988). أما المنصب الثالث، فيحتكم أصلا إلى أحكام القانون الأساسي المعدل لعام 2003

* نشرت هذه المقالة على موقع صحيفة الحدث، بتاريخ 24 نوفمبر 2019، عبر الرابط المختصر: <https://bit.ly/2Exdoqb>. وتجري إعادة نشرها ضمن هذه السلسلة لغايات توثيقها، وتقديمها للجمهور في قالب أكاديمي، ملحق بها ملخص تنفيذي بالإنجليزية. وقد ظهرت فكرتها بالأساس، خلال محاضرة قدمها الباحثان لطلبة مساق القانون الدستوري بجامعة بيرزيت، حول النظام الدستوري لمنظمة التحرير الفلسطينية، بتاريخ 19 نوفمبر 2019. ¹ وكالة الأنباء والمعلومات الفلسطينية (وفا)، "اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية تنتخب السيد محمود عباس رئيساً لها"، 11 نوفمبر 2004 http://www.wafa.ps/ar_page.aspx?id=Wy91c2a18150881463aWy91c2. جميع الروابط المشار لها في هذه الورقة استرجعت بتاريخ 20 نوفمبر 2019.

² وكالة الأنباء والمعلومات الفلسطينية (وفا)، "محمود عباس "أبو مازن" ... مسيرة عطاء"، د.ت http://info.wafa.ps/ar_page.aspx?id=5794 انظر: قناة الجزيرة، برنامج ما وراء الخبر، "إعلان المركزي محمود عباس رئيساً لفلسطين"، د.ت <https://bit.ly/2raw00u>

³ أما الرئيس عرفات، فقد تقلد الأولى لأول مرة في فبراير 1969، وتقلد الثانية بموجب قرار للمجلس المركزي في مارس 1989، فيما تقلد الثالثة بموجب الانتخابات الرئاسية الشعبية في يناير 1996. وبقي يشغل الرئاسات الثلاث حتى رحيله في نوفمبر 2004. انظر نص قرار المجلس المركزي بالخصوص عبر موقع وكالة "وفا" من خلال الرابط: http://www.wafainfo.ps/ar_page.aspx?id=3739

وأن ينتخب المجلس المركزي (أو المجلس الوطني)⁵ رئيساً لدولة فلسطين، قياساً على سابقتين (دون الخوض في مدى مشروعيتها وشرعيتها). وعلى الأغلب ستختار المؤسسات الشخص ذاته للرئاستين. ولكن في المقابل، فإن معضلة ستتسأ فيما يتعلق بمنصب رئيس السلطة (في الواقع هو الأهم!)؛ وبالأخص في ضوء حل المجلس التشريعي الفلسطيني بناء على قرار تقسيري" للمحكمة الدستورية العليا، في ديسمبر 2018، أجازت فيه -مجتهدة- لـ "الرئيس" الحل.⁶

⁵ في كل مرة يذكر فيها اختصاص للمجلس المركزي في هذه الورقة يكون بإمكان المجلس الوطني الاضطلاع به؛ ذلك أن الأول مجلس مناب عن الثاني ضمن النظام السياسي لـ "م.ت.ف"، وينعقد الأول ما بين دورتي انعقاد الثاني. وقد أنشأ المجلس المركزي عام 1973 (بناء على تجربة أولية لهيئة باسم اللجنة المركزية) كهيئة وسطية بين المجلس الوطني واللجنة التنفيذية لسد الفراغ في الحالات التي يتعذر معها عقد المجلس الوطني بحكم كثرة عدد أعضائه وظروف الشتات. وفي الإجمال لعب المجلس المركزي دور مهم في صنع السياسية الفلسطينية. رشاد توام، *ديوماسية التحرر الوطني: التجربة الفلسطينية* (رام الله: معهد إبراهيم أبو لغد للدراسات الدولية بجامعة بيرزيت، 2013)، 78-81. تتوفر نسخة الكترونية عبر الرابط:

<https://bit.ly/37hdAqy>

⁶ كان هذا القرار موضع استتكار عدد من الدارسين والمؤسسات الحقوقية؛ وبالأخص في ضوء كونه ليس من بين الخيارات المتاحة وفقاً للقانون الأساسي، وإن بدا حلاً لمأزق سياسي اقتصادي يتمثل باستمرار نقاضي أعضاء المجلس التشريعي لمكافاتهم رغم تعطل المجلس منذ أكثر من 10 سنوات. عموم، لا تخوض هذه الورقة بالتعليق على ذلك القرار؛ كون ذلك غير منتج لغاياتها، وقد بات أمراً واقعاً. انظر نص قرار المحكمة عبر موقع وكالة "وفا" من خلال الرابط: <https://bit.ly/2s0sPUF>

الذي نظم حالة شغور رئاسة السلطة بإسنادها لرئيس المجلس التشريعي، إلى حين إجراء انتخابات عاجلة خلال 60 يوماً (مادة 2/37).

إن اختلاف إسناد تولي هذه الرئاسة يؤشر - إضافة لمؤشرات أخرى - على أنها متباينة، ولا يعتبر شغل إحداها إشغالا لأخرى.⁴ ومن المؤشرات الواقعية في الممارسة أن السيد روجي فتوح (رئيس المجلس التشريعي حينها) بتوليه رئاسة السلطة مؤقتاً ما بين عهدي الرئيسين عرفات وعباس كان رئيساً للسلطة فقط (بهذه الصفة كان يمهر القوانين التي أصدرها)، فيما كان حينها السيد عباس رئيساً للجنة التنفيذية، ورئاسة الدولة شاغرة (كما سبق وأشير).

الآن في حال شغرت تلك الرئاسة الثلاث لسبب مفاجئ (كالوفاة)، سيكون من اليسير على اللجنة التنفيذية أن تنتخب رئيساً لها من بين أعضائها،

⁴ على الأقل حتى نوفمبر 2012 الذي شهد ترقية فلسطين في الأمم المتحدة لصفة "دولة" بمركز مراقب؛ فقبل ذلك التاريخ كانت تعود صفة الدولة لإعلان الاستقلال -برمزيته وظروفه التاريخية- وما تبعها من اعترافات عدد من الدولة بدولة فلسطين. أما بعد نوفمبر 2012، فقد يكون البعض يؤسس صفة رئاسة الدولة على دولة فلسطين المعترف بها بالأمم المتحدة، وبالتالي بات رئيس السلطة هو رئيس الدولة بسند انتخابه عام 2005، بداعي أن الدولة حلت مكان السلطة. ولكن هذا التفسير غير متفق عليه؛ حيث أن السلطة ذاتها ما زالت مترددة باعتبار ذاتها تحولت إلى مرحلة الدولة. في سياق متصل، انظر السيناريو الخامس في هذه الورقة.

السيناريو الأول: تولية رئيس المجلس التشريعي المنحل رئاسة السلطة مؤقتا

إن حل المجلس التشريعي لا يعني نهاية ولاية المجلس التشريعي؛ حيث إن تعديل القانون الأساسي عام 2005 اعتبر أن "مدة ولاية المجلس التشريعي القائم" تنتهي "عند أداء أعضاء المجلس الجديد المنتخب اليمين الدستورية" (مادة 47 مكرر). وبالتالي، ما دامت الانتخابات لم تعقد، والمجلس الجديد لم ينتخب، والأعضاء الجدد لم يؤدوا اليمين؛ فإن رئيس المجلس التشريعي المنحل، السيد عزيز دويك، هو صاحب الأحقية في تولي رئاسة السلطة مؤقتا. هذا السيناريو هو الأقرب لمنطق الاحتكام لنصوص القانون الأساسي، ولكون حل المجلس التشريعي لم يأت منسجما وصحيح الأحكام الصريحة للقانون الأساسي، بل اجتهاد للمحكمة الدستورية.⁷ ولكن تبني هذا الخيار يستلزم توافقا وطنيا، في ضوء الخلاف بين طرفي "الانقسام".

السيناريو الثاني: تعيين مجلس للسلطة من قبل "م.ت.ف"

يأتي هذا السيناريو باستذكار حادثة "تاريخية" حصلت في أكتوبر 1993، عندما أصدر المجلس

⁷ انظر الحاشية السابقة.

في ضوء ذلك، يتساءل الفلسطينيون وغيرهم من المهتمين بالشأن الفلسطيني حول المخرج من هذه الأزمة: كيف ومن سيتولى رئاسة السلطة حال شغرت بشكل مفاجئ قبل عقد انتخابات تشريعية جديدة تؤمن قائما بأعمال رئيس السلطة وفقا لأحكام القانون الأساسي؟

إن القانون الأساسي (الناظم الدستوري للسلطة ومؤسساتها) لا يقدم جوابا/ حلا صريحا ومباشرا؛ فهو لم يتنبأ بحالة شغور رئاسة السلطة في ظل حل المجلس التشريعي (ربما لكونه لم يُجز الحل أصلا ولم يتوقع التعطل)، وبالتالي عدم وجود رئيسه ليشغل رئاسة السلطة مؤقتا. وذلك على خلاف دساتير العديد من الدول التي تحتاط بوضع بديل ثانٍ، كإسنادها مؤقتا لرئيس الوزراء أو رئيس المحكمة الدستورية. كذلك فإن القانون الأساسي لم ينص على أحكام خاصة بانتخاب/ تعيين نائب لرئيس السلطة.

أمام هذه المعضلة، تعرض الورقة فيما يلي جملة من السيناريوهات الممكن حدوثها وبعض المحاذير الخاصة بكل سيناريو، دون أن يعني ذلك أن الورقة تتبنى هذه السيناريوهات كحلول مقترحة أو موصى بها، فجملة منها تأتي بالمساس بالمبادئ الديمقراطية وفي سياق تكريس "لعبة" الاستجداد ب "م.ت.ف" كلما وقعت السلطة في أزمة!

الفلسطينية" إلى استدعاء هذه التجربة وتكرارها، فُتُشكِل "م.ت.ف" مجلسا للسلطة وتختار رئيسها. وفي حال حصل ذلك، على "مجلس السلطة" ألا يتوسع في ممارسة الاختصاصات التشريعية إلا بالقدر اللازم لإجراءات الانتخابات التشريعية ومواجهة حالات الضرورة.

السيناريو الثالث: إحلال المجلس المركزي مكان المجلس التشريعي

قد تساعد المحكمة الدستورية العليا، من خلال قرار تفسيري، "القيادة الفلسطينية" بإنشطة اختصاصات المجلس التشريعي للمجلس المركزي حتى إجراء انتخابات برلمانية جديدة. وفي هذه الحالة يكون رئيس المجلس المركزي (ذاته رئيس المجلس الوطني)، السيد سليم الزعنون، الرئيس المؤقت للسلطة، إلى حين انتخاب رئيس السلطة الجديد. إن قراءة بعض قرارات المحكمة الدستورية تدعم احتمالية ذهابها بهذا اتجاه؛ كتقريرها بأن إعلان الاستقلال (الصادر عن المجلس الوطني لـ "م.ت.ف") أعلى من القانون الأساسي (الصادر عن المجلس التشريعي للسلطة)، وتقريرها أيضا بدستورية التشريعات الجزائية الثورية لـ "م.ت.ف" لعام 1979 ومشروعية تطبيقها من قبل هيئة

المركزي قرارا بتكليف اللجنة التنفيذية "بتشكيل مجلس السلطة الوطنية الفلسطينية في المرحلة الانتقالية من عدد من أعضاء اللجنة التنفيذية وعدد من الداخل والخارج" (المادة: أولا)، واختيار السيد ياسر عرفات "رئيسا لمجلس السلطة" (المادة: ثانيا).⁸

كان ذلك التوجه تحضيريا للفترة المبكرة من عهد السلطة الفلسطينية، خلال الفترة الانتقالية السابقة لعقد الانتخابات الرئاسية والبرلمانية التي جرت في يناير 1996، وانتخب بموجبها الراحل عرفات رئيسا للسلطة. يعود مصطلح "مجلس السلطة" إلى اتفاقيات/ تفاهمات السلام الفلسطيني-الإسرائيلي التي تدخلت حتى في بنية النظام السياسي الفلسطيني، وبلورت نظاما -سرعان ما هُجر- مقاربا للنظام المجلسي (نظام الجمعية)، تنبثق فيه السلطة التنفيذية عن السلطة التشريعية.

خلال تلك الفترة المبكرة تشكل مجلس السلطة، ومارس السلطتين التشريعية والتنفيذية، حتى أن بعض القوانين السارية لليوم قد سنها ذلك المجلس وأصدرها رئيسه.⁹ وبالتالي، قد تلجأ "القيادة

⁸ انظر نص القرار عبر موقع وكالة "وفقا" من خلال الرابط:

http://info.wafa.ps/ar_page.aspx?id=4935

⁹ من ذلك مثلا قانون المطبوعات والنشر رقم (9) لسنة 1995، الوقائع الفلسطينية، عدد 6 (29 أغسطس 1995)، ص 11-29.

للاعترا ف بفسطين كدولة غير عضو (وهو ما حصل عام 2012). في كلتا المسودتين (على خلاف القانون الأساسي الحالي)، هنالك خيار آخر لتولي منصب الرئيس مؤقتا، حال تعذر إسناذه لنائب الرئيس، وهو رئيس المحكمة الدستورية العليا.¹⁴

ولما كان المشروع ما زال مفتوحا للتعديل، فقد يُصار إلى التنصيص على إمكانية تعيين الرئيس لنائبه بدلا من انتخابه (في حالات معينة، كتعذر إجراء انتخابات). وفي ظل أن المسودتين تخططان لإنفاذ الدستور من خلال إجراءات تسمح بالففز عن الاستفتاء الشعبي، بإناطة اختصاص إنفاذه للمجلس المركزي؛¹⁵ وفي ضوء ترقية فلسطين إلى صفة دولة مراقب في الأمم المتحدة، قد يُصار إلى التعجيل في إصدار الدستور للتصدي للمعضلة قيد البحث. إن هذين السيناريوهين خطيران؛ إذ سيُصار إلى التعجل في

قضاء قوى الأمن (هيئة القضاء العسكري سابقا)، رغم ما عليها من انتقادات.¹⁰

السيناريو الرابع: التعجيل في إنفاذ "مشروع" دستور فلسطين

شرعت الجهود الرسمية بصياغة مشروع دستور الدولة فورا عقب إعلان استقلالها "الرمزي" عام 1988، من خلال أكثر من مسار.¹¹ وقد شهد العام 2003 صدور آخر نسخة متاحة للنقاش العام.¹² وعقب ذلك جرى العمل على جملة من المسودات المتداولة بشكل غير رسمي، لعل آخرها نسخة العام 2015؛¹³ حيث أُعيد تشكيل لجنة صياغة الدستور عام 2011، على ضوء التحضير لتوجه القيادة الفلسطينية للجمعية العامة

¹⁰ انظر: وحدة القانون الدستوري في جامعة بيرزيت، "ورقة موقف حول قرار المحكمة الدستورية التفسيري لعبارة "الشأن العسكري" وطبيعة جهاز الشرطة ومحاكمة منتسبيه"، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/9)، تشرين أول 2018. متوفر عبر الرابط: <https://bit.ly/2TDgteV>

¹¹ انظر: عاصم خليل ورشاد توام، فلسطين بين دستور الدولة والحاجة إلى ميثاق وطني: مقاربات إستراتيجية في النظام السياسي الفلسطيني (البيرة: المركز الفلسطيني لأبحاث السياسات والدراسات الإستراتيجية "مسارات"، 2014)، 5-11. تتوفر نسخة الكترونية عبر الرابط: <https://bit.ly/2Ot63wp>

¹² انظر: ناثن براوان (تعليقات)، مسودة دستور دولة فلسطين: المسودة الثالثة (رام الله: المركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية، 2003). تتوفر نسخة إلكترونية عبر الرابط: <https://www.pcpsr.org/sites/default/files/nbrown.pdf>

¹³ لا تتوفر نسخة منها على موقع إلكتروني، ويتحفظ الباحثان عن نشرها لالتزامهما الأخلاقي بذلك للمصدر الذي حصلوا منه عليها.

¹⁴ المادة (119) من مسودة 2003، والمادة (184) من مسودة 2015.

¹⁵ المادة (185) من مسودة 2003، والمادة (266) من مسودة 2015. في الحقيقة، إن تنصيص مسودة الدستور على آلية/ إجراءات إنفاذه موضع استغراب؛ فكيف يمكن لمسودة دستور غير ملزم أن تحتوي على إجراءات تبني الدستور تكون ملزمة؟، وبالأخص أننا قبالة لجنة/ "سلطة" تأسيسية غير منتخبة. ولكن فإن هذه الورقة لن تخوض في هذه المسألة. انظر حولها: خليل وتوأم، فلسطين بين دستور الدولة، 26، 46.

والأختام والمعاملات واليا فطات الخاصة بمؤسسات منظمة التحرير الفلسطينية".¹⁶

وفي التطبيق، لم يعد الرئيس يُعرف نفسه (في إمضاء التشريعات على الأقل) بأنه رئيس للسلطة والدولة كما كان في السابق، بل الدولة فقط؛ ذلك أن صفة الدولة - قبل ذلك - كانت مؤسسة على إعلان الاستقلال، فيما باتت مؤسسة الآن على اعتراف الأمم المتحدة. عموماً، وفي حال جرى التوجه نحو هذا السيناريو، فغالبا سيكون هناك دور مساعد للمحكمة الدستورية.

السيناريو السادس: تجميد العمل ببعض أحكام القانون الأساسي من خلال إعلان حالة الطوارئ

لرئيس السلطة بموجب القانون الأساسي (مادة 110) أن يُعلن حالة الطوارئ، فيعطل بعض أحكام القانون الأساسي، ومن بينها المادة (2/37) التي تنظم شغل منصب رئيس السلطة مؤقتاً بإسناده لرئيس المجلس التشريعي، ويُقدم على تعيين نائب له، ثم تنقضي حالة الطوارئ ويبقى نائب الرئيس شاغلاً لهذا المنصب، ليتولى الرئاسة حال شغور منصب الرئيس لمدة 60 يوماً يجري

إصدار أسمى وثيقة دستورية لغايات إجرائية بحتة، التصدي لأزمة راهنة، رغم التريث في ذلك حوالي ثلاثة عقود. وبالأخص في ضوء الاضطرار إلى إنفاذه دون استفتاء شعبي، بحكم توقع تعذر إجراءه.

السيناريو الخامس: خلافة الدولة للسلطة

في ضوء حصول فلسطين على صفة دولة في الأمم المتحدة، وباستدكار سابقتين جرى فيهما تعيين رئيس الدولة من طرف المجلس المركزي (عرفات عام 1988 وعباس عام 2008، كما سبق وأشير)؛ قد يُلجأ إلى اعتبار أن "السلطة الوطنية الفلسطينية" لم تعد قائمة، بل ورثتها وقامت مقامها "دولة فلسطين"، وبالتالي حال شغور منصب "الرئيس" يقدم المجلس المركزي على انتخاب/ تعيين رئيس الدولة، لفترة انتقالية مؤقتة يجري بنهايتها انتخابات رئاسية وتشريعية. في الواقع، سرعان ما أقدم الرئيس عباس فور ترقية وضع فلسطين في الأمم المتحدة - إلى إصدار مرسوم بـ "استبدال اسم السلطة الوطنية باسم دولة فلسطين" بالتعديل "في الأوراق الرسمية والأختام واليا فطات والمعاملات الخاصة بمؤسسات السلطة الوطنية الفلسطينية الرسمية والوطنية"، بما في ذلك السفارات، دون المساس أو التعديل بـ "الاسم والشعار في الأوراق الرسمية

¹⁶ مرسوم رقم (2) لسنة 2013، الوقائع الفلسطينية، عدد 99 (27 فبراير 2013)، ص 16-17.

لحالة الطوارئ التي هي بمثابة "اللجنة" في التجارب العربية.

ختاماً، وحيث أن الفلسطينيين والمجتمع الدولي يُعبرون اهتماماً كبيراً في هوية الرئيس القادم للسلطة الفلسطينية/ دولة فلسطين والآليات الدستورية والقانونية والسياسية لذلك؛ قدم الباحثان في هذه الورقة عدة سيناريوهات متوقعة (غير مُوصى بها)، مع التحذير من بعضها أكثر من الأخرى، دون استهداف المفاضلة بينها. ذلك إلا أن المشكلة المؤرقة الحقيقية -باعتقاد الباحثين- ليست في هوية الرئيس القادم أو الانتقالي أو في آليات اختياره، وهو لا يملك سلطة فعلية، بحكم غياب/ ضعف وجود سلطة مركزية وطنية على الأرض الفلسطينية؛ في ظل ما تقوم به إسرائيل من تعزيز لسيطرتها على الضفة الغربية واستمرار الشرخ مع قطاع غزة وتنفيذ الولايات المتحدة وإسرائيل لخطتهما في ضم القدس دون رجعة، وضم المستوطنات التي اعتبرتها واشنطن مؤخرًا بأنها لا تخالف القانون الدولي!¹⁸ ويتزامن ذلك مع

ما تقوم به الإدارة المدنية الإسرائيلية من نشاط ملحوظ في تعزيز علاقتها المباشرة مع "المواطنين"

¹⁸ انظر: BBC عربي، "واشنطن لم تعد تعتبر المستوطنات اليهودية في الأراضي الفلسطينية المحتلة غير قانونية"، 19 نوفمبر 2019 <https://www.bbc.com/arabic/middleeast-50469413>

خلالها إجراء انتخابات رئاسية مستعجلة.¹⁷ وعلى أن يقوم المجلس التشريعي -وفقاً للقانون الأساسي (مادة 4/101)- بمراجعة "الإجراءات والتدابير كلها أو بعضها التي اتخذت أثناء حالة الطوارئ وذلك لدى أول اجتماع".

إن اختصاص إعلان حالة الطوارئ حصرياً للرئيس، وبالتالي فإن الإقدام على هذا السيناريو سيكون قبل الشغور المفاجئ في منصبه. ويقضي إعلان حالة الطوارئ "وجود تهديد للأمن القومي بسبب حرب أو غزو أو عصيان مسلح أو حدوث كارثة طبيعية" (مادة 1/101). وقد يُصار إلى تسويق إعلانها باستشعار تهديد للأمن القومي بسبب عصيان مسلح قد يلي شغور منصب رئيس السلطة، كأحد أشكال التداول غير السلمي على السلطة؛ فبالنهاية ما من سلطة لتتظر في مدى سلامة تقدير مسوغ إعلان حالة الطوارئ إلا بعد إعلانها. لا شك أن هذا السيناريو قد يكون الأخطر من بين ما تعرضه الورقة؛ ففيه احتكام

¹⁷ شهدت الخبرة الفلسطينية حالة مشابهة تقنياً، عندما أقدم الرئيس عباس على تشكيل حكومة إنفاذ حالة الطوارئ (خلافًا لأحكام القانون الأساسي) عقب أحداث غزة صيف 2007، التي قادت إلى سيطرة حركة حماس بالقوة المسلحة على الحكم في قطاع غزة. وقد استند الرئيس في مرسومه بهذا الخصوص على "أحكام الباب السابع من القانون الأساسي" (باب حالة الطوارئ)، انظر: المرسوم رقم (10) لسنة 2007، الوقائع الفلسطينية، عدد 71 (9 أغسطس 2007)، ص7.

(المدنيين الفلسطينيين) والعمل تدريجياً على استدرج "قيادات" محلية تربطها علاقات مع السلطة الفلسطينية من جهة، ومن جهة أخرى مع الإدارة المدنية التي توزع خدماتها عليهم ومن خلالهم بكرم.¹⁹

في هذه الحالة، يرى الباحثان بأن أفضل جواب على سؤال من هو الرئيس القادم: هذا غير مهم، المهم كيفية مقاومة مشروع الشردمة الصهيوني الذي يهدف لتدمير الهوية الوطنية الفلسطينية الواحدة إلى غير رجعة. وبدلاً من ذلك يتوجب أن ينصب السؤال حول كيفية التعامل مع فقدان الفلسطينيين عملياً لمكانتهم في حكم أنفسهم كسلطة مركزية بقيادة "الرئيس"؟!

¹⁹ انظر: عاصم خليل، "السلطة الفلسطينية: سيناريوهات الوضع الراهن المقلقة"، شبكة السياسات الفلسطينية (الشبكة)، 5 أكتوبر 2016 <https://bit.ly/2qo2Lmd>

SUMMARY

Sudden Vacancy in the office of the President: Dilemmas and Expected Scenarios

Mahmoud Abbas is currently the chairman of the Palestine Liberation Organization's (PLO) Executive Committee and president of the State of Palestine and the Palestinian Authority (PA). If he were to no longer be able to fulfil these roles, then the Executive Committee would appoint one of its members and the Central Council would nominate/appoint a president of the State of Palestine – it would most likely be the same person, as was also the case under Yasser Arafat. However, this leaves the question of who would become president of the PA if this office was suddenly vacated. The Basic Law (BL) suggests that the speaker of the Palestinian Legislative Council (PLC) would become president on an interim basis, which only opens up a further question as the Council has been dissolved and no new elections are currently scheduled to take place.

Scenario One: Aziz Dweik, who was the speaker of the PLC when it was dissolved, would assume the presidency on an interim basis. The 2005 amendment to the Basic Law (BL) establishes that the mandate of incumbent PLC representatives ends when new members take their oath of office. The mandate of 'incumbent' members is therefore still in effect.

Scenario Two: The PLO Central Council may repeat its actions of 1993, and would therefore select the PA's president and instruct the PLO Executive Committee to appoint the PA's Council, which would henceforth apply executive and legislative powers.

Scenario Three: The PLO Central Council would officially replace the PLC. Salim Zanon, the speaker of the PLO Central Council, would henceforth serve as the PA's interim president.

Scenario Four: It is possible that the Draft Constitution of Palestine will be officially endorsed. If/When this occurs, it will stipulate that the vice-president should replace the president – if the vice-presidency is unoccupied, the chairman of the Constitutional Court will be asked to fill the role.

Scenario Five: The State of Palestine has now replaced the PA, and its president could therefore be appointed/selected. In the absence of an incumbent president, the Central Council would elect/appoint the Head of State.

Scenario Six: The PA president may declare a state of emergency, which would suspend the interim BL provisions related to the presidency, and would task the vice-president with fulfilling the mandate of the president.

This paper recognizes that both Palestinians and the international community are closely preoccupied with the question of who will be the next president of the PA and the State of Palestine, and it therefore outlines six different scenarios, without indicating a specific preference for any one. But this overlooks what is perhaps the central question, which is the fragmentation of the Palestinian political agency without any real central Palestinian authority, and regardless of who will be the next president. Whereas the preceding scenarios operate within a de jure framework of reference, this question instead orientates towards a series of de facto considerations.