



كلية الحقوق والإدارة العامة

برنامج الماجستير بالقانون

رسالة ماجستير بعنوان:

دور القضاء الدستوري والإداري في حماية الحقوق

والحريات العامة في فلسطين

"دراسة مقارنة"

**The Role constitutional and administrative Judiciary in  
protection rights and public liberties in Palestine**

**"Comparative Study"**

إعداد الطالب:

**أحمد حسني علي الأشقر**

إشراف

**د. ياسر العموري**

كلية الحقوق والإدارة العامة

برنامج الماجستير بالقانون

رسالة ماجستير بعنوان:

دور القضاء الدستوري والإداري في حماية الحقوق والحريات  
العامة في فلسطين

"دراسة مقارنة"

The Role constitutional and administrative Judiciary in  
protection rights and public liberties in Palestine

"Comparative Study"

إعداد الطالب:

أحمد حسني علي الأشقر

الرقم الجامعي: 1095460

إشراف

الدكتور ياسر العموري

تُقدِّمَت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون من كلية الحقوق  
والإدارة العامة في جامعة بيرزيت، فلسطين"

"This Thesis was submitted in partial fulfillment of the requirements for the  
Master's Degree in law From Faculty of Law and Public Administration at Birzeit  
University, Palestine"

دور القضاء الدستوري والإداري في حماية الحقوق والحريات العامة في

فلسطين

"دراسة مقارنة"

إعداد الطالب:

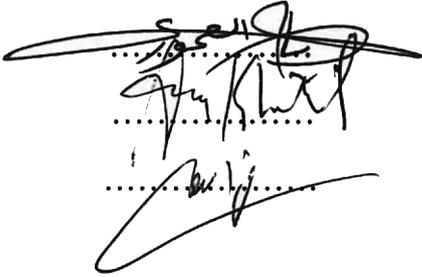
أحمد حسني علي أشقر

إشراف

الدكتور ياسر العموري

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ ٢٠١٣ / ٥ / ١٨

التوقيع



أعضاء لجنة المناقشة

- ١- د. ياسر العموري (مشرفاً ورئيساً)
- ٢- د. عاصم خليل (عضواً)
- ٣- د. فراس ملحم (عضواً)

## الشُّكر

إلى كل من علّمني حرفاً، أساتذتي منذ أن لفظتُ الأحرف الأولى،  
وإلى زملائي القضاة الذين يحملون الرسالة القضائية السامية أمانة في  
أعناقهم،

وإلى الدكتور ياسر العموري لقبوله الإشراف على هذه الرسالة،  
وإلى الدكتور عاصم خليل على ما قدمه لي من علم وفير في مساق  
الرقابة على دستورية القوانين وعلى إتاحتها لي فرصة الاطلاع على  
مقتنياته العملية في ميدان الرقابة الدستورية

وإلى الدكتور فراس ملحم على كل ما قدمه لي من أسس علمية قيّمة  
في مساق التطور الدستوري في فلسطين،

وإلى صديقي الأستاذ محمد خضر على ما قدمه من مساعدة في توفير  
بعض المراجع ذات الصلة،

لكل هؤلاء، أتقدم بالشكر الوفير والتقدير العظيم

آملاً أن يجعلهم الله دائماً في خير حال.

الباحث

## الإهداء

إلى روح أبي في الأبدية البيضاء

وإلى أمي .. أيقونة البدء

وإلى زوجتي وما حملت لي من نبوءتين جميلتين،

حسني وجهاد

أهدي هذا العمل المتواضع،

الباحث

## فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
ج	الشكر والتقدير
د	الإهداء
هـ	فهرس المحتويات
ر	الملخص
ط	Abstract
ك	المقدمة
1	1. مصادر الحقوق والحريات العامة
2	1.1. المصادر الدولية للحقوق والحريات العامة
3	1.1.1. نشأة وطبيعة المصادر الدولية للحقوق والحريات العامة
8	1.1.2. أثر المصادر الدولية للحقوق والحريات العامة على الأنظمة القضائية والدستورية الوطنية
19	1.2. المصادر الدستورية للحقوق والحريات العامة في فلسطين
19	1.2.1. المصادر الدستورية للحقوق والحريات العامة ما قبل صدور القانون الأساسي
26	1.2.2. المصادر الدستورية للحقوق والحريات العامة ما بعد صدور القانون الأساسي
35	2. دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة
36	2.1. مفهوم ونطاق وشرعية الرقابة دستورية على القوانين
36	2.1.1. مفهوم ونطاق الرقابة على دستورية القوانين
37	2.1.2. شرعية الرقابة على دستورية القوانين
59	2.2. الرقابة القضائية على دستورية في فلسطين وتطبيقاتها القضائية
59	2.2.1. الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فلسطين
72	2.2.2. تطبيقات القضاء الدستوري المقارن والقضاء الدستوري الفلسطيني
112	3. دور القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة
113	3.1. الإطار النظري لدور القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة
113	3.1.1. طبيعة رقابة القضاء الإداري وأثرها في حماية الحقوق والحريات العامة
123	3.1.2. طبيعة القضاء الإداري الفلسطيني وأثرها في حماية الحقوق والحريات العامة
132	3.2. تطبيقات القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة
132	3.2.1. تطبيقات القضاء الإداري المقارن في حماية الحقوق والحريات العامة

143	3.2.2. تطبيقات القضاء الإداري الفلسطيني في حماية الحقوق والحريات العامة
157	الخاتمة
161	لائحة المصادر والمراجع

## الملخص

تسعى هذه الدراسة وباستخدام المنهج الوصفي التحليلي المقارن إلى البحث في دور الرقابة على دستورية القوانين ورقابة القضاء الإداري (رقابة المشروعية) في حماية الحقوق والحريات العامة من خلال ثلاثة فصول اشتملت عليها الدراسة، حيث يستعرض الفصل الأول مصادر الحقوق والحريات العامة وعلاقة القواعد الدولية لحقوق الإنسان بالأحكام القضائية الوطنية، مع استقراء الخلفية التاريخية للحقوق والحريات العامة في النظام الدستوري الفلسطيني.

ويعد الفصل الثاني إلى دراسة الدور الذي يقوم به القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة، ويتأتى ذلك ببيان ماهية الرقابة على دستورية القوانين ومفهومها وشرعيتها ونطاق أعمالها وتطورها التاريخي في الأنظمة الدستورية المقارنة والصراع الجدلي الدائر حولها، مع البحث في طبيعة الرقابة على دستورية القوانين في فلسطين، واستعراض تطبيقات القضاء الدستوري الفلسطيني والمقارن في الأحكام المتصلة بالحقوق والحريات العامة التي أصدرتها المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية، والمحكمة الدستورية في الأنظمة القضائية المقارنة، لاسيما المحكمة العليا الأمريكية والمحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا والمحكمة الدستورية العليا في مصر وعدد من المحاكم في الدول الأوربية.

ويستعرض الفصل الثالث دور القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة، ويتأتى ذلك باستعراض الإطار النظري ودراسة الطبيعة التنظيمية والموضوعية للقضاء الإداري الفلسطيني على ضوء تجربة الأنظمة القضائية المقارنة، وتحليل تطبيقات القضاء الإداري بما يشتمل على دراسة أحكام محكمة العدل العليا الفلسطينية، وقراءة ذلك مع دور القضاء الإداري المقارن في حماية الحقوق والحريات العامة، لاسيما قضاء مجلس الدولة الفرنسي والقضاء الإداري المصري والأردني.

ويخلص الباحث إلى عدة نتائج منها أنّ القضاء الدستوري الفلسطيني لا زال حديث التجربة في إسباغ الحماية القضائية المأمولة على الحقوق الحريات العامة، ذلك أنّ قضاء المحكمة العليا بصفتها الدستورية عمد إلى ردّ أغلب الطعون الدستورية المرتبطة بالحقوق والحريات العامة لأسباب شكلية تتصل بمفهوم المصلحة والصفة، حيث عالجت المحكمة العليا مسألتها الصفة والمصلحة في أحكامها من منظور أقرب للدعوى المدنية منها للدعوى الدستورية التي تستهدف بالأساس حماية الشرعية الدستورية، ولا تستهدف الترضية القضائية، في حين لعب القضاء الإداري الفلسطيني دوراً بالغ الأهمية في حماية الحقوق والحريات العامة، من خلال الولوج إلى مكامن النصوص الدستورية، وإسقاطها في أحكامه على نحو فرض إلى حد بعيد رقابة قضائية جادة وإن كانت ليست بالقدر الكافي، الأمر الذي يتطلب إجراء تعديلات جوهرية على البنية التنظيمية والموضوعية للقضاء الإداري الفلسطيني.

### **Abstract**

This study aims, by using descriptive analytical and comparative methodology, at examining the role of the censorship on the constitutionality of laws and judicial administration (controlled legitimacy) in the protection of public rights and liberties through the three chapters of the study. The first chapter has clarified the sources of the public rights and liberties, as well as the relationship between the international human rights rules and the national judicial decisions and the extrapolation of the historical background of the public rights and liberties in the Palestinian constitutional system.

The second chapter intends to indicate the role of the constitutional judiciary in the protection of public rights and liberties by emphasizing the significance of the constitutional censorship on laws as well as its conception, legitimacy, scope of implementation and historical development in the comparative constitutional regimes and the surrounding controversial conflict. This comes in parallel with examining the nature of the censorship on the constitutionality of laws in Palestine, through reviewing the applications of the Palestinian constitutional judiciary and the comparative judiciary, especially the American Supreme Court, the Constitutional Court of South Africa, the Supreme Constitutional Court of Egypt, and a number of courts in the European countries.

The third chapter reviews the role of the administrative judiciary in the protection of public rights and liberties through reviewing the theoretical framework, studying the organizational and substantive nature of the Palestinian administrative judiciary in light of the experience of the comparative judiciary systems, analyzing the applications of the administrative judiciary as well as studying the decisions of the Palestinian Court of Justice and reading them with the role of the comparative administrative judiciary, especially the French Council of State and the Egyptian and Jordanian administrative judiciary, in the protection of public rights and liberties.

The study concluded that the Palestinian constitutional judiciary is still a newfangled experience with regards to conferring the desired judicial protection of the public rights and liberties since the High Court, as a constitutional court, intends to dismiss most of the constitutional appeals which are associated with the public rights and liberties for formalism reasons related to the concept of interest and standing to sue in its decisions from closer perspective to civil suit than the constitutional lawsuit that targets primarily the protection of constitutional legitimacy rather than seeking the judicial satisfaction.

The Palestinian administrative judiciary has played a crucial role in protecting the public rights and liberties through accessing the roots of the constitutional provisions and dropping them in its decisions towards largely imposing a serious judicial censorship; though it is not enough, which required substantial modifications on the organizational and structural objective of the Palestinian administration.

## المقدمة :

شكّل الصراع بين التيارات الفكرية المختلفة حول تحديد طبيعة العلاقة بين السلطة العامة وحقوق الإنسان وحرّياته أحد أهم مظاهر نضال الشعوب عبر التاريخ، وقد كان هذا الصراع ولا يزال يعبر عن سعي المجتمعات الحديثة لإيجاد ضوابط ومحددات تضمن عدم تعسف أو انحراف السلطة العامة في مباشرتها لوظائفها وسلطاتها.

وإذا كانت الدولة بالمفهوم الحديث تقوم على فكرة الممارسة الفضلى لخدمة شعوبها وتوفير القواعد الأساسية للحقوق والحريات العامة، فإنّ جلّ الدساتير الحديثة تضمّن تمتونها قواعد دستورية تضمن هذه الحقوق والحريات العامة كتعبير كاشف عن عناية هذه الدول والأنظمة الدستورية بها، من خلال إيجاد آليات للحماية الدستورية لها، هذه الحماية التي لا تقتصر على التأييد الدستوري والتشريعي لهذه الحقوق والحريات، وإنما تمتد إلى إقرار جملة من الضمانات لإنفاذها وإعمالها في التطبيق.

ولمّا كانت الحقوق والحريات العامة تعبر عن وجدان وضمير الشعوب في رغبتها بحماية حقوقها الأساسية والإنسانية، وحين تشتبك مصالح السلطة العامة ورغباتها مع حقوق الإنسان وحرّياته التي تتصل اتصالاً وثيقاً بالمبادئ التي صاغها القانون الدولي لحقوق الإنسان، فإنّ ذلك يفترض أن تقف جهة ما للمواظبة والرقابة الحصينة على تصرفات السلطة العامة تجاه الأفراد والجماعات، وتحقيق التوازن بين حقوق الإنسان وحرّياته من جهة، وبين تصرفات السلطة العامة من جهة أخرى، وبما يضمن صون كرامة الفرد وتحقيق العدالة الاجتماعية وحماية حقوقه الإنسانية والحريات العامة من أن تكون عرضة للانتهاك والتجاهل والتهميش والإقصاء والعبث.

وحيث أنّ حقوق الإنسان والحريات العامة لا يمكن لها أن تؤدي قيمتها الإنسانية دون تطبيق سليم لها في الواقع، فإنّ هذه الحقوق حرّية وجديرة بالحماية القضائية، ويكون ذلك من خلال اللجوء إلى المجالس الدستورية أو إلى جهة قضائية مستقلة وحصينة وقادرة

على إلغاء أو تعديل أو التعويض عن الإجراءات والتشريعات التي تتخذها السلطات العامة حين تمسّ بوجه غير مشروع حقوق المواطن الأساسية وحرياته.

وفي فلسطين، تتولى السلطة القضائية الرقابة القضائية الهادفة إلى حماية الحقوق والحريات العامة، وتكمن مشكلة هذه الدراسة في تحديد مدى قدرة السلطة القضائية في فلسطين على حماية الحقوق والحريات العامة عبر تطبيقاتها القضائية المختلفة، وقياس مؤشرات أداءها وفعاليتها ومدى مقاربتها أو افتراقها مع جوهر رسالتها القضائية السامية في إقامة العدل وتوفير الرقابة القضائية الفاعلة والحماية المفترضة لحقوق الإنسان وحرياته، لا سيما في ظلّ عدم وضوح قدرة هذه السلطة كجهة فصل بالمنازعات على تشكيل ضمانة حقيقية وفاعلة لحماية حقوق الإنسان وحرياته.

ناهيك عن حداثة التجربة القضائية الفلسطينية فيما يتعلق بالرقابة القضائية لحماية الحقوق والحريات العامة، وتأثرها إلى حد بعيد بالحقب الدستورية والسياسية التي مرّت على الشعب الفلسطيني، مما يستدعي البحث في مدى قدرة القضاء الدستوري والإداري في فلسطين على توطين مفاهيم الرقابة القضائية على حقوق الإنسان في الأحكام القضائية.

ولغايات ذلك، سيحاول الباحث في الفصل الأول من هذه الدراسة بيان مصادر الحقوق والحريات العامة في مبحثين، بحيث يتطرق المبحث الأول إلى مصادر الحقوق والحريات العامة مستعرضاً المصادر الدولية مع بيان نشأتها وطبيعتها وأثرها على الأنظمة الدستورية والقضائية الوطنية، في حين يتطرق المبحث الثاني إلى المصادر الدستورية للحقوق والحريات العامة في فلسطين ما قبل وما بعد صدور القانون الأساسي الفلسطيني المعد لسنة 2003.

ويستعرض الفصل الثاني دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة من خلال مبحثين، الأول يتعرض إلى ماهية الرقابة على دستورية القوانين ومفهومها ونطاقها وشرعيتها، مع بيان أثر كل ذلك على قدرة القضاء الدستوري في حماية الحقوق

والحريات العامة، ومن ثم إسقاط تجربة القضاء الدستوري المقارن على الحالة الفلسطينية لغايات استظهار طبيعة القضاء الدستوري الفلسطيني، في حين يتولى المبحث الثاني من هذا الفصل استقراء التطبيقات القضائية للقضاء الدستوري المقارن والقضاء الدستوري الفلسطيني مع قراءة تحليلية ناقدة للعديد من الأحكام الصادرة عن المحاكم الدستورية، وصولاً لبيان مدى قدرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين على إرساء الحقوق والحريات العامة من الناحية التطبيقية.

ويتصدى الفصل الثالث من هذه الدراسة للبحث في دور القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة من خلال مبحثين، المبحث الأول استعراض الإطار النظري للحماية القضائية التي يوفرها القضاء الإداري، مع بيان طبيعته في الأنظمة القضائية المقارنة وإسقاط ذلك على تجربة القضاء الإداري الفلسطيني، بينما يستعرض المبحث الثاني التطبيقات القضائية للقضاء الإداري الفلسطيني والقضاء الإداري المقارن، مع قراءة تحليلية ناقدة لأحكام العديد من المحاكم الإدارية، وصولاً لبيان مدى قدرة القضاء الإداري على حماية الحقوق والحريات العامة من الناحية التطبيقية.

وعلى ضوء ما ستخلص له هذه الدراسة، ستبدو أهميتها في تسليطها الضوء على واقع الرقابة القضائية على انتهاكات الحقوق والحريات العامة، وبيان أوجه القصور في التشريع والتطبيق، وتقييم دور القضاءين الدستوري والإداري في حماية الحقوق والحريات العامة في فلسطين على ضوء تجربة الأنظمة الدستورية والقضائية المقارنة، وهذا ما لم يتم بحثه من السابق بشكل شمولي بالاستناد إلى الإطار التشريعي الناظم لهذه الرقابة، مع قياس مدى قدرة القضاء الفلسطيني على إدماج مفاهيم حقوق الإنسان في الأحكام القضائية، ومقارنة ذلك بالأحكام القضائية في الأنظمة القضائية المقارنة.

كما وتكتسب هذه الدراسة أهمية من خلال احتوائها على ربط تأصيلي بين النص الدستوري لحقوق الإنسان في التشريعات الوطنية والمواثيق والعهود الدولية وتطبيقاتها القضائية المقارنة، مما يدفعنا للقول أنّ هذه الدراسة ستشكل إضافة جيدة على قدرة

المؤسسات الحقوقية والأفراد في التعرف على المنظومة القضائية الفلسطينية، بما ورد فيها من تأطير مرجعي لحدود اختصاص القضاء الدستوري والقضاء الإداري فيما يتصل بالحقوق والحريات العامة.

وفي سبيل تحقيق ذلك كله، سيعمد الباحث ومن خلال المنهج الوصفي التحليلي المقارن إلى استقصاء وتحليل أحكام القانون الأساسي الفلسطيني والتشريعات النافذة والأحكام القضائية المختلفة، بما يضمن الربط الأصولي بينها وبين مبادئ القانون الدولي لحقوق الإنسان، واستظهار آراء الفقه أيضا حول طبيعة الرقابة القضائية التي يمارسها القضاة الدستوري والإداري، ودور ذلك في حماية الحقوق والحريات العامة.

## الفصل الأول

### مصادر الحقوق والحريات العامة

تستمد مصادر حقوق الإنسان أهميتها من مفهومها الذي يضرب بجذوره البعيدة في الفكر القديم، لاسيما في فكر العصور الوسطى ولدى مختلف الديانات والمذاهب التي شهدت تبلور اتجاهات فكرية ذات منزع إنساني، وترتبط النشأة الحقيقية لمصادر حقوق الإنسان من ارتباطها بالتحويلات التاريخية والفكرية التي حدثت في منذ عصور النهضة، والتي بلغت ذروتها في القرن الثامن عشر في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الذي أعلنته الثورة الفرنسية سنة 1789، ويرى جانب من الفقه أن مفهوم حقوق الإنسان قد جاء نتاج مخاض فلسفي قاد مع الأحداث والثورات التاريخية التي وقعت في أمريكا وأوروبا في أوائل القرن الثامن عشر إلى بلورة حقوق الإنسان في موثيق ومن ثم معاهدات مؤسسية ترعاها المنظمات الدولية.<sup>1</sup>

وإذا كانت حقوق الإنسان قد تطورت من مبادئ فلسفية شكلت ترسانة فكرية هائلة،<sup>2</sup> إلى تجسيد هذه الحقوق في بوتقة مقننة،<sup>3</sup> فإن مسألة البحث في الحماية القضائية للحقوق والحريات العامة تستدعي معرفة مصادر هذه الحقوق والحريات التي تشكل إطار ملزما ومرجعيا للسلطة القضائية في إنفاذ مبادئ حقوق الإنسان في التطبيقات القضائية، لذلك

<sup>1</sup> محمد سبيلا وعبد السلام العالي، حقوق الإنسان، الأصول والأسس الفلسفية (الدار البيضاء: دار توبقال للنشر، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 2004)، 5.

<sup>2</sup> للمزيد حول النظريات الفلسفية التي جاء الفلاسفة عبر التاريخ حول حقوق الإنسان، والتأصيل الفلسفي لمفهوم الحق، أنظر المرجع السابق 10-22.

<sup>3</sup> يتم الرجوع عادة لتحديد ميلاد المفهوم الحديث لحقوق الإنسان إلى القرن السابع عشر وذلك بربطه بنظرية الحق الطبيعي التي يعتبر "جروسبوس" رائدها، وقد لوحظ باستمرار أن العصر القديم لم يكن يجهل أبدا الحق الطبيعي خاصة إذا فهمت بمعنى الحق المثالي، للمزيد، أنظر، سليفان ماتون، حقوق الإنسان من سقراط إلى ماركس، ترجمة محمد الهلالي (مطبعة إمبريال، الطبعة الثانية، 1999)، 11.

رأينا أن نبيّن مصادر هذه الحقوق والحريات العامة من خلال مبحثين، الأول يستعرض المصادر الدولية للحقوق والحريات العامة، والثاني يستعرض المصادر الدستورية للحقوق والحريات العامة في فلسطين.

## المبحث الأول

### المصادر الدولية للحقوق والحريات العامة

تنقسم مصادر الحقوق والحريات العامة إلى مصدرين رئيسين يشكلان الإطار المرجعي للنظم القانونية الوطنية في مجال التشريع والرقابة القضائية، أولهما مصدر دولي ذات بعد عرفي واتفاقي، وثانيهما مصدر وطني يتمثل فيما تضمنته الوثائق الدستورية من حقوق وحريات عامة، في هذا المبحث سنتطرق إلى المصادر الدولية للحقوق والحريات العامة، من خلال مطلبين، المطلب الأول يستعرض نشأة وطبيعة المصادر الدولية للحقوق والحريات العامة، في حين يتطرق المطلب الثاني إلى أثر المصادر الدولية للحقوق والحريات العامة على الأنظمة القضائية والدستورية الوطنية.

## المطلب الأول

### نشأة وطبيعة المصادر الدولية للحقوق والحريات العامة

تعتبر حقوق الإنسان نتاجاً بيئياً لفكرة القانون الطبيعي بعد أن تجرّد من صبغته الدينية واتسم بالصبغة الزمنية بفضل الفقيه (جروسيوس)، وقد ساهم انتشار المذهب الليبرالي في أوروبا في القرن السابع عشر واعتماد مفكريه على معايير القانون الطبيعي في اعتبار

حقوق الإنسان حقوقاً كامنة في طبيعته لا كاشف لها إلا العقل، لذلك فهي تعتبر حقوقاً جوهرية وليست شكلية.<sup>4</sup>

وحيث يمكن تعريف حقوق الإنسان على أنها "مكّنات طبيعية اقتضتها طبيعة آدمية الإنسان الروحية والعقلية والغريزية والمادية والجسدية"،<sup>5</sup> فإنّ مصادر حقوق الإنسان قد نشأت من توقُّ الإنسانية إلى صيانة الاحترام والمساواة وقيم التسامح بين الشعوب وحماية الأقليات، لذلك، فإنّ الدساتير الوطنية قد تأثرت بهذه الرغبة الإنسانية التي جاءت منسجمة مع رغبات هذه الشعوب، الأمر الذي حدى بالدول لعقد الاتفاقيات الدولية التي هدفت في البدء لحماية الأقليات في أعقاب الحرب العالمية الأولى.

وقد كان لبشاعة الجرائم والفظاعات التي ارتكبت في الحرب العالمية الثانية أثر بارز في مسارعة الدول لإبرام الاتفاقيات الدولية الحامية للحقوق الإنسانية، حيث "سعى المجتمع الدولي والشعوب إلى إيجاد وسائل لتحقيق العدل للبشرية وحماية حقوق الإنسان، وقد توجت هذه المساعي باعتماد ميثاق هيئة الأمم المتحدة في سان فرانسيسكو بتاريخ 26 حزيران من العام 1945، حيث كان من أهم مقاصد الأمم المتحدة وفقاً لما ورد في الفقرة (3) من المادة (1) من الميثاق هو "تحقيق التعاون الدولي على حلّ المشاكل الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والانسانية، وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان

<sup>4</sup> ساسي سالم الحاج، المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان (بيروت: دار الكتاب، الجديدة المتحدة، بيروت،

لبنان، الطبعة الثالثة، 2004)، 41.

<sup>5</sup> علي محمد الدباس علي عليان أبو زيد، حقوق الإنسان وحرياته ودور شرعية الإجراءات الشرطية في تعزيزها (دار الثقافة،

2005)، 26.

والحريات الأساسية للناس جميعا، والتشجيع على ذلك بلا تمييز بسبب العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين.<sup>6</sup>

وقد اجتهد المجتمع الدولي وعبر سياقات تاريخية تفاعلية إلى عولمة مفاهيم حقوق الإنسان، ذلك أنه ومن خلال الأحكام التي جاء بها القانون الدولي لحقوق الإنسان، أصبحت هذه المبادئ تستمد قوتها من بعدها الدولي والعالمي باتجاه الحد من سيادة الدول في سلوكها تجاه الأفراد، وأصبح من غير المستساغ أن يكون "تمسك الدول بسيادتها عائقا أمام احترام التزاماتها القانونية الدولية المنبثقة بصورة أولية عن ميثاق هيئة الأمم المتحدة ومواثيق حقوق الإنسان التي تحمل في طياتها بعض الحقوق التي أصبحت تشكل قواعد أمر،"<sup>7</sup> سواء أكانت هذه الدول طرفا في هذه المعاهدات أم لا.

وقد رأى البعض أن الدول الأوروبية قد اضطرت في القرن التاسع عشر والقرن الثامن عشر إلى إبرام معاهدات تقضي بحماية فئة معينة من رعاياها بعد أن الدولة القومية منذ إبرام معاهدة صلح وستاليا عام 1648 هي اللاعب المباشر على مستوى العلاقات الدولية باعتبارها الشخص الوحيد للقانون الدولي، وما يعنيه ذلك من تمتع هذه الدول بالحقوق وتحمل الالتزامات التي يفرضها النظام القانوني الدولي، حيث كان يحتدم الجدل حول إنكار أي دور للفرد يلعبه بصورة مباشرة في النظام القانوني الدولي، على الرغم من الاعتراف بأنه يمثل الوحدة الإنسانية التي يقوم ويرتكز عليها أي نظام قانوني وطني،<sup>8</sup>

<sup>6</sup> حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل، دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين (مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، 2003)، 3.

<sup>7</sup> نجوى مصطفى حساوي، حقوق اللاجئين الفلسطينيين بين الشرعية الدولية والمفاوضات الفلسطينية - الإسرائيلية (بيروت: مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات)، 43.

<sup>8</sup> مازن ليلو راضي وحيدر عبد الهادي، المدخل لدراسة حقوق الإنسان، (بدون ناشر)، 101.

ليصبح القانون الدولي الحديث يولي الفرد مكانة هامة في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، لاسيما تلك المتصلة بالحقوق والحريات العامة.

وإذا كانت القوانين الداخلية قد اهتمت بحقوق الإنسان بقصد توفير وسائل حماية فعالة لها، فإنّ النظام القانوني الدولي قد فعل الشيء نفسه بعد أن تكونت القناعة لدى دول العالم المختلفة نظراً لما عاناه الإنسان في القرن العشرين تحديداً من ويلات وآلام نتجت عن حربين عالميتين ونظرا لما عانتها الأقليات من انتهاك لحقوقها الإنسانية، وتبعاً لذلك، بدء اهتمام القانون الدولي بالفرد من خلال صيغ وأشكال مختلفة، منها الاهتمام بتفاصيل الحقوق والحريات التي نادى بها المفكرون والفلاسفة وتبنتها الدساتير وإعلانات الحقوق، فضلاً عن خلق آليات للحماية مقررة لمصلحة الفرد في مواجهة الدولة، ويرى البعض أنّ "البوادر الأولى التي كانت محددة الأهداف وواضحة الرؤيا باتجاه حماية حقوق الإنسان دولياً قد ظهرت بعد الحرب العالمية الأولى، وهذا أمر ارتبط حتى قبل هذا التاريخ بتحديد مركز الفرد في القانون الدولي".<sup>9</sup>

وقد تجلّى اهتمام المجتمع الدولي بقواعد حقوق الإنسان واعتبار الفرد محط رعاية القانون الدولي باعتماد الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 كانون الأول من العام 1948 الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.<sup>10</sup>

وقد أضفى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان نوع من الإلزامية على الدول باحترام حقوق الإنسان، وذلك من خلال الإشارة إلى إلزام الأنظمة القانونية الوطنية بتوفير الحماية

<sup>9</sup> المرجع السابق.

<sup>10</sup> محمد عابد الجابري، الديمقراطية وحقوق الإنسان (منشورات اليونسكو، 2000)، 13، انتقد البعض طابع الصياغة الغربي لهذا الإعلان بأنّ رأوا "أن صياغة قواعد حقوق الإنسان في الاعلان العالمي وغيره من الاتفاقيات قد صيغت على اعتبار أنها ثابته في الثقافة الأوروبية وتعكس خصوصيتها، وهي تختلف إلى حد ما عن الخصوصية الثقافية للأمم أخرى.

لقواعد حقوق الإنسان، وهذا ما يستفاد مما نصت عليه ديباجته من أنّ "من الأساسي أن تتمتع حقوق الإنسان بحماية النظام القانوني إذا أريد للبشر ألا يضطروا آخر الأمر إلى اللياذ بالتمرد على الطغيان والاضطهاد"، وهو ما تعزز بما نصت عليه المادة (8) من ذات الإعلان حين أكدت على حق أي شخص في اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه الفعلي من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها إياه الدستور أو القانون،<sup>11</sup> بحيث يمكننا اعتبار هذه المادة أساساً رئيساً للالتزام الدول بالنص على مبادئ حقوق الإنسان في الأنظمة القانونية الوطنية، وتوفير ضمانات الرقابة القضائية على انتهاكات الحقوق والحريات العامة.

وليس خافياً أنّ الاعلان العالمي لحقوق الإنسان قد تضمّن قواعد رئيسة لحقوق الإنسان تأثرت بها الدساتير الوطنية الحديثة إلى حد كبير،<sup>12</sup> بحيث أصبحت قواعد حقوق الإنسان الواردة في الإعلان العالمي من المصادر الدولية العرفية الملزمة، وإذا كان البعض يجادل في القيمة القانونية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فإن محكمة العدل الدولية قد انتهت في العام 1971 إلى إصدار فتوى بشأن قضية ناميبيا بيّنت فيها أنّ "الإعلان وإن كان غير ملزم بوصفه اتفاقية دولية، إلا أنّ قوته الإلزامية تأتي من قبول الدول به بوصفه عرفاً دلّ عليه تواتر الاستعمال،"<sup>13</sup> يضاف إلى ذلك تفرضه مصادر الالتزام التعاقدية بين

<sup>11</sup> نصت المادة 10 من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان "لكل إنسان، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايده، نظراً منصفاً وعلنياً، للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية تهمة جزائية توجه إليه."

<sup>12</sup> نصت المادة 11 من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان على "1- كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن يثبت ارتكابه لها قانوناً في محاكمة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه، 2- لا يدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل أو امتناع عن عمل لم يكن في حينه يشكل جرماً بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا توقع عليه أية عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الجرمي." وبلاحظ كيف ان مضمون هذه المادة يشابه النصوص التي ترد في الدساتير الوطنية، أنظر على سبيل المثال لا الحصر المادة 14 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

<sup>13</sup> خليل إسماعيل الحديثي، "الموقف القانوني للاجئين الفلسطينيين وموقف الأمم المتحدة منه"، مجلة شؤون عربية (2005):

الدول، فيما تضمنته المعاهدات والمواثيق الدولية التي صادقت عليها، كالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.<sup>14</sup>

ومع التطور التاريخي والتفاعلي لنشاط أشخاص القانون العام، أصبحت حقوق الإنسان في العصر الحديث تستمد وجوها من مصدر دولي تعاقدي يضاف إلى المصدر الدولي العرفي العرفي، ليشكلا معا دعامة هذه الحقوق.<sup>15</sup>

وعلى العموم، ومهما تعددت وتنوعت تعريفات حقوق الإنسان ومصادرها وتقسيماتها الاتفاقية أو العرفية وأسباب نشأتها ونطاق تنظيمها، فإنّ حماية حقوق الإنسان من أي جهة كانت أو وكذلك "حمايتها من عدوان السلطة العامة في الدولة هي ما تدور حولها كافة القواعد القانونية ذات الصلة بهذه الحقوق، سواء أكانت ذات مصدر دولي في صور معادات دولية أو عالمية أو إقليمية، أم مصادر وطنية داخلية دستورية أو تشريعية أو إدارية.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> حقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية (منشورات الأمم المتحدة)، 3، 8، 6، بدء سريان العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في 3 يناير 1976 طبقاً للمادة (1/27) التي تنص على أن يبدأ نفاذه بعد ثلاثة أشهر من تاريخ ايداع صك الانضمام أو التصديق الخامس والثلاثين لدى الأمين العام. وبدء سريان العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في 23 مارس 1976 طبقاً للمادة (1/49) من العهد التي تنص على أن بدء نفاذه بعد ثلاثة أشهر من تاريخ ايداع صك الانضمام أو التصديق الخامس والثلاثين لدى الأمين العام، وكذلك البروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في 23 مارس 1976 طبقاً للمادة (1/9) التي تنص على أن يبدأ نفاذه بعد ثلاثة أشهر من تاريخ ايداع صك الانضمام أو التصديق العاشر لدى الأمين العام.

<sup>15</sup> سليفان ماتون، مرجع سابق، 6.

<sup>16</sup> خيرى أحمد الكباش، دراسة في أصول الحماية القانونية لحقوق الإنسان (الإسكندرية: الفتح للطباعة والنشر، 2006)، 11.

## المطلب الثاني

### أثر المصادر الدولية للحقوق والحريات العامة على الأنظمة القضائية والدستورية

#### الوطنية

تعتبر الحقوق والحريات العامة من الموضوعات التي تثير جدلاً واسعاً في أوساط الفقه المقارن، ذلك أن مضمون هذه الحقوق يتصل اتصالاً وثيقاً بالحقوق الإنسانية اللصيقة التي يربهاها المجتمع الدولي، وهي تعبّر لجهة تضمينها في الدساتير الوطنية عن طبيعة النظام الاجتماعي والسياسي لمجتمع ما، وتؤثر لمستوى الممارسة الحضارية لسلوك الدولة تجاه مواطنيها، وهو ما يُستدلّ عليه من خلال ما تقره الدساتير من مبادئ ترعى حقوق الإنسان وحرياته رعايةً تتيح له أن يكون عنصراً ببناءً في المجتمع.

وقد بات من الثابت أنّ مبادئ حقوق الإنسان التي جاء بها القانون الدولي لحقوق الإنسان ليست مجرد مبادئ لا تلقى صدى في الدساتير والتطبيقات القضائية الوطنية، ذلك أن هذه المبادئ تكتسب صفة الإلزام في الأنظمة الدستورية الوطنية، ليس فقط بمجرد التنصيص عليها في الوثائق الدستورية، بل في الالتزام بإعمالها في النظام القضائي من خلال قيام المحاكم الوطنية بإنفاذ هذه المبادئ في الأحكام القضائية كمصدر دولي لهذه الحقوق.<sup>17</sup>

وانعكاساً لما تضمنته العهود والمواثيق الدولية من مبادئ سامية، باتت حقوق الإنسان الموضوعة الأهم التي تتضمنها الوثائق الدستورية، وقد أصبحت "الموضوعة الأكثر

<sup>17</sup> إبراهيم شعبان، القانون الدولي لحقوق الإنسان (فلسطين: جامعة القدس، 2008)، 42.

ارتباطا بمفهوم تحقيق العدالة، إذ أنّ العدالة تصبح غير ذات معنى في مجتمع تجاهل الحقوق الإنسانية وأهمّتها.<sup>18</sup>

ويمكن لنا بيان أثر المصادر الدولية للحقوق والحريات العامة على الأنظمة القضائية والدستورية الوطنية من خلال المحورين التاليين:

### 1- أثر المصادر الدولية للحقوق والحريات العامة على الأنظمة الدستورية الوطنية

يتحدد الأثر المباشر للمصادر الدولية للحقوق والحريات العامة على الأنظمة الدستورية الوطنية من خلال آليات إدماج قواعد حقوق الإنسان الدولية في متون الدساتير والتشريعات الوطنية، وتختلف آليات إدماج الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ومنها تلك المتصلة بحقوق الإنسان في الدساتير والتشريعات الوطنية من دولة إلى أخرى، فنجد أنّ بعض الدول قد منحت السلطة التنفيذية حق إبرام الاتفاقيات والمعاهدات بشرط مصادقة البرلمان عليها لتأخذ شكل القانون، كما هو الحال في الدستور الأمريكي والتونسي، في حين أنّ بعض الدول تشترط مصادقة البرلمان على نوع معين من الاتفاقيات التي تنطوي على التزامات مالية أو سياسية، كالـدستور البلجيكي الذي وضع قائمة محددة للاتفاقيات التي يشترط مصادقة البرلمان عليها، وكذلك فعل الدستور الفرنسي الذي وضع قائمة بالمعاهدات التي لا يجوز تصديقها أو الموافقة عليها إلا بقانون يسنّه البرلمان، ويترتب على المصادقة أن تلتزم هذه الدول بتطبيق أحكام هذه الاتفاقيات، وذلك وفقا لما تملّيه أحكام المادة 26 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969.

<sup>18</sup> ملحم قربان، الحقوق الإنسانية رهنا بالتباعدية (بدون ناشر، 1990)، 337.

وإذا كانت الدساتير تحدد في معظمها آليات إدماج الاتفاقيات الدولية في نظامها القانوني، فإنّ العديد من الدساتير تنص في متونها صراحة على قيمة المعاهدات الدولية في نظامها القانوني،<sup>19</sup> فنجد على سبيل التّليل أنّ المادة 56 من الدستور الفرنسي قد رفعت من مكانة الاتفاقيات الدولية إلى درجة توجب تعديل الدستور إذا ما تعارض مع أحكام المعاهدة المصادق عليها وفقاً للشروط المقررة، في حين أكّدت المادة 6 من الدستور الأمريكي بأنّ المعاهدات تعتبر القانون الأعلى للبلاد، بينما أشارت المادة 65 من الدستور التركي إلى منح المعاهدات ذات القوة التي تتمتع بها القوانين العادية، في حين اكتفت بعض الدساتير كالـدستور اليوناني والبلغاري والتونسي والإيطالي بالنص على طريقة المصادقة بما يوحي أنّ هذه الدساتير قد منحت المعاهدات ذات القوة التي يحوز عليها القانون الداخلي.<sup>20</sup>

وعلى العموم، يرى جانب من الفقه أنّ المعاهدات الدولية لاسيما المرتبطة بالحقوق والحريات العامة باتت تتمتع بدرجة سامية على القوانين الوطنية ولكنها يجب أن لا تتعارض مع الدساتير، ولا تحوز هذه المعاهدات القوة الملزمة في النظام القانوني الوطني إلا إذا تمّ تعديل الدستور، إلا أنه لا يجوز أن تتصل الدول من التزاماتها التعاقدية تحت ذريعة تعارضها مع القوانين الداخلية، وهذا ما تؤكده المادة 46 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969، والتي نصت على أنه لا يجوز أية دولة أن تتصل من التزاماتها

<sup>19</sup> عزيز كايد، الرقابة البرلمانية على المعاهدات التي تبرمها السلطة التنفيذية (رام الله: الهيئة المستقلة لحقوق المواطن، آذار 2012) 16-34. "تتباين قيمة المعاهدات الدولية وقوتها بالنسبة إلى التشريعات الداخلية وفقاً للنظام الدستوري لكل دولة، فقد رأى جاب من الفقه الذي يتبنى نظرية الازدواج بأن القانون الدولي والقانون الداخلي يمثلان نظاميين متساويين مستقل كل منهما عن الآخر، في حين رأى أصحاب نظرية الوحدة أنّ قواعد القانون الدولي العام وقواعد القانون الداخلي تندمج في نظام قانوني واحد."

<sup>20</sup> للمزيد أنظر، المرجع السابق، 33 - 37.

الدولية الناشئة عن المعاهدات بحجة تعارضها مع قانونها الداخلي أو عدم تصديقها دستورياً، وهو ما قضى به الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية الدائمة بشأن قضية ويمبلدون علم 1923، وكذلك ما قضى به حكم محكمة العدل الدولية بشأن النزاع بين هيئة الأمم المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية عام 1998 بشأن اتفاق مقر الأمم المتحدة في نيويورك عام 1947.<sup>21</sup>

وعلى مستوى ما جاءت به الأنظمة الدستورية العربية بهذا الشأن، نجد أن المادة 151 من الدستور المصري لسنة 1971<sup>22</sup> قد نصت على اعتبار الاتفاقيات الدولية جزء من التشريع الداخلي المصري، وتحوز قوة القانون إذا ما صودق عليها وتم نشرها وفقاً للإجراءات الدستورية المنصوص عليها في هذه المادة، في حين أنّ المادة 145 من الدستور المصري الجديد نصت على أن المعاهدات تحوز قوة القانون بعد التصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة،<sup>23</sup> وإعمالاً لذلك، عمد القضاء المصري إلى تطبيق أحكام هذه الاتفاقيات في الواقع العملي كمصدر من مصادر التشريع، وقد تعزز ذلك في حكم محكمة النقض المصرية رقم 311/259 لسنة 51 جلسة 1982/3/25، حيث أشارت إلى أنه "لما كان من المقرر أن قواعد القانون الدولي تعد مندمجة في القانون الداخلي دون الحاجة إلى إجراء تشريعي، فيلزم القاضي المصري بإعمالها فيما يعرض عليه من مسائل تناولتها تلك القواعد ولم يتعرض لها القانون الداخلي".<sup>24</sup>

<sup>21</sup> للمزيد، أنظر، المرجع السابق، 38-39.

<sup>22</sup> تمّ إقرار دستور مصري جديد بعد الاستفتاء عليه من قبل الشعب المصري في نهايات شهر كانون أول من العام 2012.

<sup>23</sup> دستور مصر، الموقع الرسمي للجمعية التأسيسية للدستور، [http://egelections-](http://egelections-2011.appspot.com/Referendum2012/dostor_masr_final.pdf)

2011.appspot.com/Referendum2012/dostor\_masr\_final.pdf

<sup>24</sup> عبد الله خليل، *التشريعات المصرية ذات العلاقة باللاجئين*، ندوة نادي القضاة (بدون ناشر، 2004)، 11.

وفي الأردن، نصت المادة 2/33 من الدستور الأردني لسنة 1952، على أن "المعاهدات والاتفاقات التي يترتب عليها تحميل خزانة الدولة شيئاً من النفقات أو مساس في حقوق الاردنيين العامة أو الخاصة لا تكون نافذة إلا إذا وافق عليها مجلس الأمة"، وهذا يشير إلى أن الأصل أن تكون المعاهدات نافذة في النظام القانوني والقضائي الأردني، وأن من باب الاستثناء أن تكون بعض الاتفاقيات المعاهدات غير نافذة كمصدر من مصادر التشريع والقضاء إلا بالمرور في إجراءات دستورية محددة.<sup>25</sup>

وفي النظام الدستوري الفلسطيني، نجد أن القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 لم يرد فيه نص يبين آليات المصادقة على الاتفاقيات الدولية مثلما نصت الوثائق الدستورية المقارنة، مع الإشارة إلى أن مجلس الوزراء الفلسطيني قد أصدر قرار رقم قرار (51) لسنة 2004م بشأن توقيع الاتفاقيات الثنائية والذي حظر توقيع أية اتفاقية ثنائية من قبل أي جهة رسمية فلسطينية، إلا بعد المصادقة عليها من قبل مجلس الوزراء،<sup>26</sup> بينما نصت المادة (79) من النسخة الثالثة المعدلة من مشروع الدستور الفلسطيني على آلية محددة لذلك.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> يلاحظ أن الدستور الأردني قد جعل الشروط السرية في المعاهدات لا قيمة لها إذا خالفت الشروط العلنية، وهذا ما نصت عليه المادة 33 " 1- الملك هو الذي يعلن الحرب ويعقد الصلح ويبرم المعاهدات والاتفاقات. 2- المعاهدات والاتفاقات التي يترتب عليها تحميل خزانة الدولة شيئاً من النفقات أو مساس في حقوق الاردنيين العامة أو الخاصة لا تكون نافذة الا اذا وافق عليها مجلس الأمة ولا يجوز في أي حال ان تكون الشروط السرية في معاهدة او اتفاق ما مناقضة للشروط العلنية".

<sup>26</sup> أنظر، <http://muqtafi.birzeit.edu/pg/getleg.asp?id=14695>

<sup>27</sup> تتمثل هذه الآلية بأن يُقر مجلس الوزراء الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي يبرمها أعضاء الحكومة بموجب الصلاحيات المفوضين بها، ويلزم لسريانها تصديق رئيس الدولة عليها ونشرها في الجريدة الرسمية، أما الاتفاقيات والمعاهدات التي تُحمل خزانة الدولة نفقات غير واردة في الموازنة أو تُحمل المواطنين أو الدولة التزامات خلافاً للقوانين السارية فتستوجب أيضاً موافقة أغلبية مجموع أعضاء المجلس النيابي لإنفاذها، ويناقش المجلس النيابي المعاهدات التي يترتب عليها مساس باستقلال الدولة أو سلامة أراضيها، توطئة لقيام الحكومة بطرحها على الاستفتاء الشعبي العام، ويلزم لنفاذها موافقة أغلبية المشاركين في هذا الاستفتاء أنظر، مسودة مشروع الدستور الفلسطيني على موقع وزارة الشؤون الخارجية الفلسطينية والمنشور في 26 آذار 2003 <http://www.mofa.gov.ps/arabic/Palestine/constitution.php>

وعلى الرغم من عدم وجود نص في القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 يحدد مرتبة الاتفاقيات الدولية بالنسبة للقوانين الوطنية، وعلى الرغم من عدم اتضاح العلاقة بين ما تضمنته المواثيق الدولية الخاصة بالحقوق والحريات العامة وما تضمنه القانون الأساسي الفلسطيني من حقوق وحريات، فإننا نجد بأن القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 قد نصّ على العديد من الحقوق الواردة في الشريعة الدولية لحقوق الإنسان، على الرغم من أنّ هذا التصنيف قد افتقر إلى العديد من مبادئ حقوق الإنسان الواردة في العهود والمواثيق الدولية، الأمر الذي لا يعني السلطة الوطنية الفلسطينية من تطبيق هذه القواعد غير المنصوص عليها في تصرفاتها تجاه الأفراد، ذلك أن السلطة الفلسطينية "ملزمة بتطبيق أحكام القانون الدولي العرفي لحقوق الإنسان".<sup>28</sup>

وانعكاساً لذلك، فإنّ القانون الأساسي الفلسطيني لا يعتبر المصدر الوحيد للحقوق والحريات العامة في النظام الدستوري الفلسطيني، إذ أن المصادر الدولية العرفية لحقوق الإنسان تعكس نفسها وتفرض حضورها على واقع حقوق الإنسان وحرياته في فلسطين، لاسيما أنّ القانون الأساسي الفلسطيني في المادة (10) قد نصّ على أنّ "حقوق الانسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام"، وألزم لسلطة الوطنية الفلسطينية بالعمل دون إبطاء على الانضمام إلى الإعلانات والمواثيق الإقليمية والدولية التي تحمي حقوق الإنسان، حيث يستفاد من "اعتبار حقوق الإنسان ملزمة وواجبة الاحترام بالتزام مع

<sup>28</sup> البروفيسور جون كويجلي، (مقابلة بتاريخ 2012/10/24- رام الله).

الدعوة إلى الانضمام للإعلانات والمواثيق الدولية بأنّ المصادر الدولية لحقوق الإنسان تكتسب صفة الالتزام الأخلاقي والقانوني في النظام الدستوري الفلسطيني.<sup>29</sup>

وبالعودة إلى آليات المصادقة على الاتفاقيات وقيمتها في النظام القانوني للدول، وأياً كانت آلية التصديق أو النشر لتحديد مدى نفاذها في كافة الأنظمة الدستورية، وأياً كانت أهداف الدول الرامية إلى حماية سيادتها وعدم زيادة الأعباء المالية عليها، فإن هذه الإجراءات الدستورية لا تعفي هذه الدول من الوفاء بالتزاماتها التعاقدية في المقام الأول، وهو ما يرتب أثراً واضحاً للمصادر الدولية لحقوق الإنسان على الأنظمة القضائية الوطنية من خلال التزام المحاكم الوطنية بإنفاذ مصادر حقوق الإنسان الدولية في التطبيقات القضائية وفقاً للمنطق العام الذي قامت عليه المعاهدات المرتبطة بحقوق الإنسان، كما أنّ الدول لا تُعفى من التزاماتها بموجب أحكام القانون الدولي العرفي لحقوق الإنسان في المقام الثاني، على قاعدة سمو المبادئ الواردة في الشريعة الدولية لحقوق الإنسان على أحكام التشريع الوطني، حيث يمكن للقضاة أن يطبقوا "الأعراف الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دلّ عليه تواتر الاستعمال، وتنشأ على هذا النحو الالتزامات العرفية الدولية الواقعة على عاتق الدول".<sup>30</sup>

وعلى العموم، يُلاحظ بأنّ الدساتير الوطنية اتبعت نمطين رئيسيين في تضمين قواعد حقوق الإنسان الدولية في متونها، حيث يرى جانب من الفقه أن بعض الأنظمة الدستورية تقوم بوضع نصوص مانعة أو محرمة منعاً مطلقاً أو مقيداً بحدود القانون لفداحة هذه

<sup>29</sup> منى ر شماوي، رئيس قسم سيادة القانون وعدم التمييز بمكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان في جنيف (مقابلة بتاريخ 2012/6/7 - رام الله).

<sup>30</sup> حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل، 8.

التصرفات ومساسها الخطير بالحقوق والحريات العامة، كحرمان التعذيب وعدم رجعية القوانين وغيرها، في حيث تقوم أنظمة دستورية أخرى بالنص على حظر القيام بأعمال ماسة بالحقوق والحريات.<sup>31</sup>

وإذا كان واضحاً أنّ للمصادر الدولية أثر واضح على الدساتير والتشريعات الوطنية، فإنه يجدر القول بأنّ هذه المصادر الدولية سواء أكانت اتفاقية أو عرفية تجيز للقانون الوطني وضع تفصيلاتها، وهذا نابع من النظرة الواقعية التي تعاملت بها الموائيق الدولية مع قواعد حقوق الإنسان، فراها أوجدت بعض المبررات عند سنّ القوانين الوطنية، ومن هذه المبررات فكرة "النظام العام والسلامة العامة وحماية الأمن القومي واحترام هيكل الدول ومواردها،"<sup>32</sup> إلا أن إحالة تنظيم هذه الحقوق إلى المشرع الدستوري أو العادي لا يعني إطلاق يده في تنظيمها، فلا بد له أن يلتزم بالضوابط الدستورية لقواعد حقوق الإنسان في حدودها الموضوعية، وأن لا يصل تنظيم هذه الحقوق إلى الحد من إهدارها أو المصادرة الكلية لها، أو أن يفرض قيوداً على الحريات والحقوق بما يجعل من الشاق ممارستها.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> محمد عبد الله الركن، *التنظيم الدستوري للحقوق والحريات العامة* (بدون ناشر)، 393-400.

<sup>32</sup> على سبيل المثال، أنظر المادة 1/21 من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان "إرادة الشعب هي مناط سلطة الحكم، ويجب أن تتجلى هذه الإرادة من خلال انتخابات نزيهة تجري دورياً بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري أو بإجراء مكافئ من حيث ضمان حرية التصويت" وفيها تحيل الإجراء لضمان هذا الحق من خلال المشرع الوطني، وكذلك المادة 22 والتي نصت على " لكل شخص، بوصفه عموا في المجتمع، حق في الضمان الاجتماعي، ومن حقه أن توفر له، من خلال المجهود القومي والتعاون الدولي، وبما يتفق مع هيكل كل دولة ومواردها، الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي لا غنى عنها لكرامته ولتنامي شخصيته في حرية".

<sup>33</sup> الركن، *التنظيم الدستوري للحقوق والحريات العامة*، 401.

## 2- أثر المصادر الدولية للحقوق والحريات العامة على الأنظمة القضائية الوطنية

إذا كانت مصادر حقوق الإنسان الدولية بصفة عامة تفرض التزامات عرفية أو تعاقدية على الدول باحترام مبادئ حقوق الإنسان، فإنها تفترض أيضاً أن يتم تطبيق هذه القواعد بحسن نية في الواقع العملي، وأن تقوم الأنظمة القضائية الوطنية "بتوخي نهج تفسيري منطقي وشمولي أثناء البحث عن التفسير الذي يحترم حقوق ومصالح الأفراد".<sup>34</sup>

وعلى مستوى أثر المصادر الدولية لحقوق الإنسان على الأنظمة القضائية الوطنية، نجد أنّ القضاء المصري على سبيل التدليل قد امتنع عن تطبيق أي نص تشريعي يتعارض مع القواعد الدولية لحقوق الإنسان، ولعلّ حكم محكمة أمن الدولة العليا طوارئ القاهرة في قضية النيابة العامة رقم 4190 سنة 86 الأزبكية (121 كلي شمال) الخاصة بإضراب سائقي القطارات يمثل صورة واضحة على ذلك، حيث قضت هذه المحكمة بإلغاء المادة 124 من قانون العقوبات التي تحظر الإضراب لتعارضها مع العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، حيث رأت المحكمة أنه ومتى كانت الاتفاقية المذكورة قد نشرت في الجريدة الرسمية في الثامن من إبريل سنة 1982 بعد أن وافق عليها مجلس الشعب، فهي تعتبر قانوناً من قوانين الدولة، وما دامت لاحقة لقانون العقوبات فإنه يتعين اعتبار المادة 124 قد ألغيت ضمناً بالمادة 8 فقرة (د) من الاتفاقية المشار إليها عملاً بنص المادة الثانية من القانون المدني.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل، 7.

<sup>35</sup> مركز حسام مبارك للقانون، <http://hmlc-egy.org/node/162>، حكم محكمة أمن الدولة العليا طوارئ القاهرة في قضية النيابة العامة رقم 4190 سنة 86 الأزبكية (121 كلي شمال) الخاصة بإضراب سائقي القطارات.

وقد شهدت الأنظمة القضائية الأوروبية العديد من السوابق القضائية التي استندت فيها المحاكم الوطنية إلى أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان في إصدار أحكامها، كقضية تسليم (بينوشيه) التي نظرها مجلس اللوردات في المملكة المتحدة بتاريخ 1999/3/24، حيث تم إدماج الالتزامات الناشئة عن اتفاقية مناهضة التعذيب في الحكم القضائي، وتعدّ هذه القضية من السوابق القضائية الهامة في إدماج أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان في المحاكم الوطنية، وكذلك قضية أحد العازفين الأمريكيين التي نظرها القضاء الألماني وقرر فيها على أساس المادة (9) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والمادتين (18) و(26) من العهد الدولي الخاص للحقوق المدنية والسياسية.<sup>36</sup>

وفي النظام القضائي الفلسطيني، لم نجد أيّ من الأحكام القضائية التي استند فيها القضاء إلى أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان عند الفصل أو أثناء السير بالدعوى، على أن محكمة العدل العليا في قرارها رقم 8 لسنة 2002 قد أشارت إلى الاتفاقيات الدولية بما يوحي بإمكانية احترامها في التطبيق،<sup>37</sup> وكذلك مما ورد في رأي المخالفة للقاضي عبد الله غزلان في حكم محكمة النقض الفلسطينية جزاء رقم 2010/110 من الإشارة إلى ديباجة اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989،<sup>38</sup> إلا أن هذه الأحكام لم تعتمد إلى تطبيق القواعد الدولية بشكل صريح ومباشر في الأحكام القضائية، ونستطيع القول في هذا السياق أن

<sup>36</sup> حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل، 20-22.

<sup>37</sup> جاء في هذا الحكم: "دفع النيابة العامة أن اللجنة المستدعي ضدها قد تشكلت بقرار سيادي صادر عن رئيس دولة فلسطين للتحقيق مع المستدعي المعتقل وأن المهام الملقاة على عاتقها لها علاقة بارتباط دولة فلسطين باتفاقيات دولية لا صلة له بأسباب الدعوى ما دام أن النيابة العامة لم تطرح أمام المحكمة هذه الاتفاقيات الدولية ولا يوجد ما يثبت ذلك، وعلى فرض أن اللجنة مشكلة بقرار سيادي فإن أعمال هذه اللجنة ليست سيادية وتخضع لرقابة القضاء وقد استقر الفقه والقضاء على أنه إذا لم يستند المستدعي في دعواه إلى اتفاقية دولية بل استند إلى حق مقرر له بموجب القانون الوطني تملك محكمة العدل العليا النظر بالطعن، ولما كان المستدعي في هذه الدعوى يستند إلى القانون الفلسطيني وليس إلى اتفاقيات دولية وطالما أن اللجنة ذات طبيعة إدارية فإن ما يصدر عنها من قرارات تعد إدارية."

<sup>38</sup> الحكم المشار له منشور في مجلة العدالة والقانون، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء - مساواة - العدد 17،

عدم وجود أحكام قضائية فلسطينية تستند إلى في متونها إلى أحكام القانون الدولي لا يوجي بالضرورة إلى عدم اعتقاد الهيئات القضائية الفلسطينية بأن مصادر حقوق الإنسان الدولية لا تشكل مصدرا من مصادر التشريع بشقيها العرفي والتعاقدى، بقدر ما يوجي ذلك إلى أن أنماط القضايا والدعاوي المنظورة أمام المحاكم الفلسطينية لم تستدع حتى اللحظة اللجوء إلى هذه المصادر الدولية في إصدار الأحكام.

## المبحث الثاني

### المصادر الدستورية للحقوق والحريات العامة في فلسطين

تعتبر المصادر الوطنية الدستورية أساس الالتزام الرئيس بما تحمله التشريعات الداخلية من إلزام لكافة سلطات الدولة، وفي هذا المبحث، سيعمد الباحث إلى بيان المصادر الدستورية الوطنية لحقوق والحريات العامة في فلسطين، وحيث لا تتسع هذه الدراسة لخصر كافة الحقب التاريخية التي مرت على فلسطين بصورة وافية، فإنّ الباحث سوف يعتمد على منهج يقوم على تقسيم المصادر الدستورية للحقوق والحريات العامة في فلسطين من خلال مطلبين، الأول يتناول المصادر الدستورية للحقوق والحريات العامة ما قبل صدور القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، والثاني يتناول المصادر الدستورية للحقوق والحريات العامة ما بعد صدور القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

### المطلب الأول

#### المصادر الدستورية للحقوق والحريات العامة ما قبل صدور القانون الأساسي

يمكن لنا الشروع في تحديد ملامح المصادر الدستورية للحقوق والحريات العامة في فلسطين قبل صدور القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 انطلاقاً من مرسوم فلسطين الانتدابي لسنة 1922 وتعديلاته،<sup>39</sup> مروراً بالقانون الأساسي لقطاع غزة لسنة 1955 إبّان الإدارة المصرية والذي تبعه الإعلان الدستوري لقطاع غزة لسنة 1962،

<sup>39</sup> موقع منظومة التشريع والقضاء (المقتفي)،

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/PDFPre.aspx?Y=1922&ID=1023>

وصولاً إلى الدستور الأردني لسنة 1952 الذي كان سارياً الضفة الغربية مع الإشارة إلى ميثاق منظمة التحرير الفلسطينية.

وباستطلاع متون هذه الوثائق الدستورية، نجد أنها قد تباينت في النص على الحقوق والحريات العامة تبعاً للأوضاع والأهداف التي وضعت هذه الوثائق لأجلها تحقيقاً للمصالح السياسية أو الاستعمارية للأنظمة التي وضعتها، فنجد على وجه العموم أنّ النصّ على الحقوق والحريات العامة في مرسوم دستور فلسطين قد جاء منسجماً مع أهداف إقامة وطن قومي لليهود من خلال توسيع صلاحيات المندوب السامي التي كانت تتعارض مع أبسط الحقوق المدنية والسياسية لعرب فلسطين.

وعلى سبيل المثال لا الحصر، أجازت المادة 16 من هذا المرسوم للمندوب السامي أن "يحول أية أرض من أراضي فلسطين من صنف المتروكة كالشواطئ أو الطرق العامة أو بيادر القرى وغيرها، إلى أي صنف آخر، إذا استصوب ذلك واقتنع بأن المصلحة العامة تقضي بذلك التحويل، وبأن جميع الحقوق والمنافع التي كانت مكتسبة فيما مضى في تلك الأرض أو عليها سيستعاض عنها بحقوق ومنافع تعتبر معادلة في ماهيتها"، وتعدّ هذه المادة سبباً رئيساً في انتهاك حقوق الملكية للمواطنين الفلسطينيين العرب تسهيلاً لنقلها لليهود، كما أنطقت المادة 17/أ من المرسوم بالمندوب السامي اختصاصات السلطة التشريعية، حيث نصت على أن يكون للمندوب السامي السلطة التامة لوضع القوانين الضرورية لتوطيد الأمن والنظام وانتظام الحكم في فلسطين، كما وحصّنت المادة 50 من ذات المرسوم المندوب السامي من أي رقابة قضائية، حيث أشارت إلى أنه لا يحق

للمحاكم النظامية أن تمارس أية صلاحية في أية إجراءات مهما كان نوعها على المندوب السامي أو على مقره الرسمي أو مقره الآخر أو بحق أمواله الرسمية أو غير الرسمية.<sup>40</sup> كما أن المادة 69 من ذات المرسوم قد انتهكت حق المواطنة الفلسطينية بشكل صارخ حين نصت على أنه "إذا ثبت للمندوب السامي ببينة مشفوعة باليمين أن شخصاً يسلك سلوكاً خطراً على الأمن والنظام في فلسطين أو أنه يسعى لإثارة العداء بين أهالي فلسطين والدولة المنتدبة أو أنه يكيد لسلطة الدولة المنتدبة في فلسطين، بإبعاد ذلك الشخص من فلسطين إلى المكان الذي يعينه،" وبعدّ هذا انتهاك صارخ للحق في المواطنة وحظر الإبعاد، وبالمجمل، يمكن القول أنّ ما صدر من قوانين تبعا لهذا المرسوم - كأئمة الدفاع الطوارئ- هدفت في العديد منها إلى قمع النضال الفلسطيني وتفريغ الأرض وتسهيل سيطرة اليهود على فلسطين التاريخية.

وفي أعقاب عام 1948، والتطورات السياسية التي أعقبت مرحلة النكبة، وما تبعها من سجالات سياسية حول وضع الفلسطينيين في الضفة الغربية وقطاع غزة، أصبحت الضفة الغربية تحت الحكم الأردني، وتلا ذلك انضمامها للمملكة الأردنية الهاشمية بموجب الدستور الأردني لسنة 1952،<sup>41</sup> والذي تضمن في الفصل الثاني منه مجموعة من الحقوق والحريات العامة منها ما نصت عليه المادة (6) من هذا الدستور بأنّ "الأردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وان اختلفوا في العرق أو اللغة أو

<sup>40</sup> تضمن مرسوم دستور فلسطين في الفصل الخامس منه تنظما قضائيا واسعا، حيث نصت المادة 28 على إنشاء محاكم صلح والمادة 40 على إنشاء محاكم مركزية، والمادة 41 على إنشاء محكمة الجنایات، والمادة 42 على جواز إنشاء محاكم أراض، والمادة 43 على إنشاء المحكمة العليا.

<sup>41</sup> موقع التشريعات الأردنية، نظام المعلومات الوطني،

الدين،" كما نصت المواد من (7 - 23) على جملة من الحقوق الهامة كالحرية الشخصية وحظر الإبعاد وحق الملكية والسكن والحق في التعليم والعمل ونقلد الوظائف العامة والحرية الدينية وحرية الاجتماع والحق في التعبير وغيرها من الحقوق التي شملت الضفتين الشرقية والغربية، باعتبار سكان الضفة الغربية مواطنين أردنيين، ويرى الباحث أن ذلك كان يستهدف تعزيز فكرة دمج الشعبين في وعاء دستوري شامل تحت إطار المملكة الأردنية بما يُعتقد أنه محاولة لتذويب الهوية الفلسطينية في الهوية الأردنية الجديدة.

وقد انعكس الدستور الأردني لعام 1952 كثيرا على الحياة العامة في الضفة الغربية، وعلى علاقات سكان الضفتين الغربية والشرقية والتي لا زالت حتى اللحظة آثارها بادية، ولعلّ سريان الكثير من القوانين التي وضعت في الحقبة الأردنية في الضفة الغربية حتى الآن لهو شاهد حيّ على عمق التأثيرات التي أحدثتها الحقبة الأردنية في الضفة الغربية.<sup>42</sup> أما بخصوص الفلسطينيين القاطنين في قطاع غزة، فقد باتوا تحت الإدارة المصرية بعد العام 1948، وصدر القانون الأساسي لقطاع غزة رقم 255 لسنة 1955 الذي وضعته هذه الإدارة لتنظيم شؤون القطاع،<sup>43</sup> وقد جاء الباب الأول من هذه الوثيقة الدستورية بجملة من الحقوق والحريات العامة لسكان قطاع غزة، وقد خاطب القانون الأساسي لسنة 1955 الفلسطينيين "بأهالي قطاع غزة"، ولم يخاطبهم بالفلسطينيين صراحة، ولم يعتبرهم مواطنين مصريين أيضا، وهذا ما جاءت المادة (1) منه حين نصت على أن "أهالي قطاع

<sup>42</sup> قامت السلطة الفلسطينية بإصدار تشريعات متعددة للعمل بها في الضفة الغربية وقطاع غزة، إلا أن هناك عشرات التشريعات السارية من الحقبة الأردنية، كقانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 و قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952 وغيرها.

<sup>43</sup> الوقائع الفلسطينية، الجريدة الرسمية لقطاع غزة، 304، (عدد خاص، 25 فبراير، 1958).

غزة لدى القانون سواء، وهم متساوون في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية، وفيما عليهم من الواجبات والتكاليف العامة لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الأصل أو اللغة أو الدين،" وقد جاءت المواد من (2- 8) من هذا القانون بجملة من الحقوق أيضا كالحرية الشخصية وحرية الإقامة والتنقل وحرمة المساكن وحرية الاعتقاد وحرية الفكر وحق الملكية وحق مخاطبة السلطات، في حين أن موادا أخرى كانت تنتقص من هذه الحقوق، لا سيما الحق في المشاركة السياسية وتقييدها لصالح توسيع صلاحيات الحاكم الإداري المصري للقطاع، وكأن الأمر يوحي بمطامع مصرية حذرة آنذاك في ضم القطاع الى مصر.<sup>44</sup>

وفي العام 1962، أصدر الرئيس المصري الراحل جمال عبد الناصر النظام الدستوري لقطاع غزة لسنة 1962،<sup>45</sup> والذي صدر كما نصت عليه ديباجته استجابة لدواعي التطوير وتوالي الأحداث وإتاحة الفرصة لنظام دستوري جديد يساير آمال الشعب الفلسطيني وأهدافه،<sup>46</sup> وقد نصت المادة 1 من هذا النظام الدستوري على أن قطاع غزة جزء لا يتجزأ من أرض فلسطين وشعبها جزء من الأمة العربية، كما خاطبت مواد هذا النظام الدستوري سكان قطاع غزة بالفلسطينيين وهو مالم يفعله القانون الأساسي لسنة 1955، حيث نصت به المادة 3 من النظام الدستوري لسنة 1962 على أن "الفلسطينيون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الأصل أو اللغة أو الدين".

<sup>44</sup> أنظر ما ورد في المادة (10) بدلالة المادة (14) من القانون الأساسي لسنة 1955 والتي جعلت من الحاكم الإداري جهة تشريعية والمادة (16) التي أعطته حق المصادقة على الأحكام القضائية، وقد ورد فيه العديد من المواد التي أدت إلى حرمان سكان قطاع من بعض الحقوق المدنية والسياسية باتباع القطاع لوزير الحربية المصري، المرجع السابق.

<sup>45</sup> الوقائع الفلسطينية، الجريدة الرسمية لقطاع غزة (عدد غير اعتيادي، 29 مارس 1962).

<sup>46</sup> المرجع السابق.

وقد تضمن هذا النظام حقوقاً أوسع للفلسطينيين أكثر من تلك التي جاء بها القانون الأساسي لسنة رقم 255 لسنة 1955، حيث تضمن الباب الثاني منه جملة من الحقوق والحريات العامة،<sup>47</sup> في حين نصت المادة 30 منه على تشكيل مجلس تشريعي في محاولة لإضفاء نوع من المشاركة الفلسطينية في إدارة شؤون القطاع، في حين ظل المجلس التنفيذي المنصوص على تشكيله في المادة 24 من هذا النظام خاضع لوزير الحربية المصري.

ومن خلال عقد المقارنة بين هذا النظام الدستوري والقانون الأساسي لسنة 1955، نجد أن لا خلاف في جوهر مضمونهما، وإن اختلف الشكل بينهما بإضافة بعض النصوص الدستورية على النظام الدستوري لسنة 1962 التي نرى أنها لم تنزع عنهما سمة احتكار الإدارة المصرية لشؤون قطاع غزة، وحرمان الفلسطينيين في غزة من الكثير من حقوقهم لاسيما السياسة منها.

وفيما يتعلق بالميثاق الوطني الفلسطيني لسنة 1968 باعتباره وثيقة دستورية حكمت عمل منظمة التحرير الفلسطينية خارج نطاق الإقليم الفلسطيني، نجد أن هذا الميثاق لم يضع قواعد محددة للحقوق والحريات العامة، وقد ركز على حق الشعب الفلسطيني في تحرير أرضه، مع الإشارة إلى أن هذا الميثاق قد تضمن ما يوحى بتبنيه بعض قواعد حقوق الإنسان بإطارها العام، مثلما نصت عليه المادة (24) من أن الشعب العربي الفلسطيني

<sup>47</sup> نصت المادة 4 من النظام الدستوري لقطاع غزة لسنة 1962 على كفالة الحرية الشخصية، والمادة 5 على شرعية العقوبة، والمادة 6 كفالة حق الدفاع، والمادة 7 على شخصية العقوبة والمادة 8 على حظر إيداء المتهمين، والمادة 9 على حرمة المساكن، والمادة 10 على حرية الإقامة والتنقل، والمادة 11 على حرية الاعتقاد، والمادة 12 على حرية الرأي والتعبير، والمادة 13 على الملكية الخاصة، والمادة 14 على حق مخاطبة السلطات العامة، المرجع السابق.

يؤمن بمبادئ العدل والحرية والسيادة وتقرير المصير والكرامة الإنسانية وحقوق الشعوب في ممارستها.<sup>48</sup>

وفي أعقاب الاحتلال الإسرائيلي في العام 1967 لما تبقى من الأراضي الفلسطينية، طبقت الأوامر العسكرية الصادرة عن الحاكم العسكري الإسرائيلي في الضفة وقطاع غزة، وقد عبرت هذه الأوامر في السواد الأعظم منها عن نزعة احتلالية تستهدف بالأساس حرمان المواطنين الفلسطينيين من أبسط حقوقهم الإنسانية،<sup>49</sup> إلا أنه ورغم ذلك تجدر الإشارة إلى أنّ الحاكم العسكري الإسرائيلي أصدر بتاريخ 2 تموز من العام 1968 أمر عسكري رقم 268، وقد حمل هذا الأمر العسكري في طياته إلغاءً لعقوبة الإعدام من القوانين النافذة من خلال اعتبار عقوبة الإعدام عقوبة غير وجوبية، وهو ما قد يعتبر من وجهة نظر البعض من الأوامر العسكرية التي أثرت إيجاباً في تكريس مفهوم الحق بالحياة.<sup>50</sup>

وبالمجمل، يبدو لنا مما استعرضناه في هذا الفرع، أن الوثائق الدستورية التي نفذت في فلسطين لم تكن تولي حقوق الإنسان وحرياته اهتماماً إلا بالقدر الذي ينسجم مع تطلعات الأنظمة التي حكمت فلسطين لتحقيق أجنداتها السياسية والاستراتيجية.

<sup>48</sup> موقع مركز المعلومات الوطني، <http://www.wafainfo.ps/atemplate.aspx?id=4921>، يلاحظ أن الميثاق قد أشار إلى حقوق الجنسية الفلسطينية لليهود، حيث نصت المادة (6) إلى أنّ اليهود الذين كانوا يقيمون إقامة عادية في فلسطين حتى بدء الغزو الصهيوني لها يعتبرون فلسطينيين.

<sup>49</sup> قام القائد العسكري مباشرة في يوم 1967/6/7 بإصدار ثلاثة إعلانات عسكرية، الأولى تتعلق بسيطرة القائد العسكري على المناطق المحتلة من ناحية الإدارة والأمن والنظام العام، والإعلان العسكري الذي يرتب أمر إقامة جهاز قضائي عسكري مباشرة بعد الاحتلال، والمنشور رقم 3 المتعلق بسريان الأمر بشأن تعليمات الأمن (منطقة الضفة الغربية) (رقم 3) 1967، أنظر، منظومة القضاء والتشريع، المقتني، <http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/LegSearch.aspx?mid=0>

<sup>50</sup> <http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?lnk=2&LegPath=1968&MID=6643>، تضمن الأمر العسكري ما يلي: مادة 1، في هذا الأمر - "المحكمة" - المحكمة التي أسست بمقتضى أي قانون، مادة 2، على الرغم مما ورد في أي قانون لا تعتبر بعد عقوبة الإعدام عقوبة وجوبية، مادة 3، حيثما نص أي قانون على وجوب فرض عقوبة الإعدام، تفرض المحكمة عقوبة الحبس المؤبد كعقوبة وجوبية، أما إذا لم ينص القانون على وجوب فرض عقوبة الإعدام فيجوز للمحكمة أن تحكم على المتهم بالحبس المؤبد أو بالحبس لمدة محددة.

## المطلب الثاني

### المصادر الدستورية للحقوق والحريات العامة ما بعد صدور القانون الأساسي

إنّ حماية حقوق الإنسان وحرياته تنعدم حال وجود دستور لا يعترف ابتداءً بهذه الحقوق ولا يضع قواعد ضامنة لإنفاذها في الإطار التطبيقي، وحيث أنّ جلّ الدساتير تنص على الحد الأدنى من هذه الحقوق، فإن وجود وثيقة دستورية يشكل أولى الضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة في أي نظام دستوري، ويعتبر القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 الوثيقة الدستورية النافذة في فلسطين في الحقبة الراهنة.<sup>51</sup>

وعلى المستوى النظري، يمكن لنا البحث في المصادر الدستورية للحقوق والحريات العامة في مرحلة ما بعد سريان القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 على ضوء ما استقر عليه الفقه من تعريف ماهية الحقوق والحريات العامة وتقسيماتها، ليصار إلى قراءة المبادئ الدستورية الواردة في القانون الأساسي الفلسطيني من خلالها.

وفي هذا، يمكن القول بأنّ الفقه المقارن قد عرف الحقوق والحريات العامة بأنها "مراكز قانونية للأفراد تمكنهم من مطالبة السلطة بالامتناع عن القيام بعمل ما في بعض المجالات أو الالتزام بالقيام بعمل شيء محدد أو توفير السياسات الملائمة في مجالات معينة كاللزام السلطة بغلّ يدها عن التعرض للنشاط الفردي في بعض نواحيه المادية".<sup>52</sup>

<sup>51</sup> نشرت أحكامه في عدد ممتاز 2 من الوقائع الفلسطينية في مارس 2003، للمزيد، أنظر، <http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/PDFPre.aspx?Y=2003&ID=14138> وتم تعديل المواد (36، 47، 48، 55) منه وإضافة المادة 47 مكرر إليه، وقد نشر التعديل في العدد السابع والخمسين من الوقائع الفلسطينية في أغسطس 2005، أنظر،

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/PDFPre.aspx?Y=2005&ID=14860>

<sup>52</sup> راضي وعبد الهادي، المدخل لدراسة حقوق الإنسان، 40-44.

وقد جرى تقسيم الحقوق والحريات العامة في الشريعة الدولية لحقوق الإنسان إلى حقوق مدنية سياسية، وحقوق اجتماعية واقتصادية، رغم عدم وجود فواصل قاطعة بينها، مما حدى بالبعض إلى التمييز بينها وفق ما يسمى بمعيار العمل الايجابي أو السلبي الذي تفرضه هذه الحقوق على الدول، فإذا كان يكتفى بالنص على الحقوق والحريات السياسية والمدنية مع احترام الحكومات لهذه الحقوق، فإنه لا يكفي النص على الحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية في دساتير الدول، بل لابد من قيام الدول بعمل إيجابي بغية الوفاء بها، ذلك أنّ طبيعة الحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية تفرض على الدول القيام بأعمال من شأنها تقديم العون للمواطنين في حياتهم على مختلف الأصعدة، في الوقت الذي لا تفرض فيه الحقوق والحريات السياسية والمدنية عليها سوى التزاما سلبيا تمتنع بمقتضاه عن القيام بأية أعمال يمكن أن تحول بين المواطنين وبين ممارسة حقوقهم السياسية والمدنية، وربما يعود هذا التقسيم إلى ما جاء به الفقيه (دوجي) من أنّ "الحريات نوعان، يشمل النوع الأول الحريات السلبية وهي التي تظهر في صورة قيود على سلطة الدولة، والثاني فيتضمن خدمات إيجابية تقدمها الدولة للأفراد".<sup>53</sup>

وإذا كان البعض يرى أن هذا التقسيم قد استمد قوته من المعيار الوارد في العهدين الدوليين لحقوق الإنسان، فإنّ القانون الأساسي الفلسطيني كما في السواد الأعظم من

<sup>53</sup> المرجع السابق، 45-46، ذهب البعض إلى تقسيم الحريات إلى حريات ذات مضمون مادي وهي تلك التي تتعلق بمصالح الأفراد المادية ومنها حرية الأمن، والتنقل، والملكية، والمسكن والتجارة، والصناعة، وحريات ذات مضمون معنوي وهي تلك الحريات التي تتضمن حرية العقيدة، والعبادة، وحرية الصحافة، وحرية الاجتماع، وحرية التعليم، وحرية تكوين الجمعيات، وذهب (هوريو) إلى تقسيم الحقوق والحريات إلى ثلاثة أقسام يطلق على القسم الأول الحريات الشخصية، وتشمل الحريات الفردية والحرية العائلية وحرية التعاقد وحرية العمل، أما القسم الثاني ويسمى الحريات الروحية أو المعنوية ويتضمن حرية العقيدة والتدين وحرية التعليم وحرية الصحافة وحرية الاجتماع في حين يحتوي القسم الثالث على الحريات المنشأة للمؤسسات الاجتماعية وهي الحريات الاجتماعية والاقتصادية والنقابية وحرية تكوين الجمعيات"،

الدساتير المقارنة لم يأخذ بهذا التقسيم من حيث فصل الحقوق المدنية والسياسية عن الحقوق الاجتماعية والاقتصادية.

ولما كانت الحقوق والحريات العامة تكتسب سموها من سمو الوثيقة الدستورية التي وردت بها، فإنه ينبغي لنا البحث في مدى اعتبار القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 وثيقة دستورية، لما لذلك من أهمية في تحديد النمو الشكلي والموضوعي لقواعد حقوق الإنسان الواردة فيه وضمانات الرقابة القضائية على عدم انتهاكها.

وفي هذا نجد أن جانباً من الفقه الدستوري قد أخذ بالمعيار الموضوعي في تعريف القانون الدستوري، مما أدى إلى توسيع مصادر النظام الدستوري في البلاد ذات الدساتير المكتوبة، بحيث لا تنحصر في وثيقة الدستور، بل تشمل أيضاً كل قاعدة ملزمة تتعلق بموضوع من موضوعات الحكم، وبصرف النظر عن مصدر هذه القاعدة وعن درجة الهيئة التي أصدرتها، ولهذا شملت القوانين العادية التي يطلق عليها الفقه الفرنسي القوانين الأساسية.<sup>54</sup>

ومن الناحية الشكلية، جرى بعض الفقه الدستوري لجهة تحديد مرتبة القوانين الأساسية بين مصادر القواعد الدستورية على التفرقة بين الدول التي تأخذ بفكرة الدساتير المرنة وبين تلك التي تأخذ بفكرة الدساتير الجامدة، حيث تتمتع القوانين الأساسية في ظل الدساتير المرنة بنفس مرتبة وقيمة التشريعات العادية، لأن كل منها يصدر ويعدل بنفس الاجراءات والأشكال، أما في النظام الذي يأخذ بفكرة الدساتير الجامدة، فإنه ينبغي التمييز

<sup>54</sup> فتحي عبد النبي الوحيدي، *التطورات الدستورية في فلسطين 1917-1995م* (فلسطين: جامعة الأزهر، كلية الحقوق، الطبعة الثانية، 1996)، 70.

بين حالات متعددة ينطبق منها على القانون الأساسي الفلسطيني الحالة التي يشترط المشرع الدستوري فيها لتعديل القانون الأساسي "إجراءات تماثل تعديل الوثيقة الدستورية، مما يؤدي إلى أن ترتقي هذه القوانين إلى مرتبة الوثيقة الدستورية، وتأخذ قيمتها القانونية، فلا يجوز تعديلها إلا باتباع ذات إجراءات تعديل الدستور،"<sup>55</sup> وهذا ما يستفاد من نص المادة 120 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل، والتي أشارت إلى على عدم جواز تعديل أحكام مواد القانون الأساسي الفلسطيني إلا بأغلبية الثلثين.

ورغم أننا نقرّ هذا الاتجاه الذي يرى أن آلية تعديل القانون الأساسي الفلسطيني تمنحه سمة الوثيقة الدستورية، إلا أن هناك من يطرح جملة من التساؤلات المشككة بمدى صدقية هذا الاتجاه من حيث مدى جواز الاعتداد بطريقة تعديل القانون الأساسي الفلسطيني لمنحه هذه المكانة الدستورية، دون البحث في آليات وضعه، وهل عكست هذه الآليات الإرادة الشعبية أم لا.<sup>56</sup>

وعلى العموم، وأياً كانت الآراء المؤيدة أو المشككة في اعتبار القانون الأساسي الفلسطيني يرقى إلى مرتبة الوثيقة الدستورية من الناحية الشكلية والموضوعية، فإنّ أحكام المحكمة

<sup>55</sup> المرجع السابق، 73.

<sup>56</sup> عاصم خليل، دور الرقابة الدستورية في تعزيز دولة القانون (ورقة غير منشورة تم تقديمها في المؤتمر الدولي حول المحكمة الدستورية العليا والذي نظّمته وزارة العدل بالتعاون مع مجموعة فينيس بتاريخ 25-26 تشرين أول 2008)، ويمكن الاطلاع حول المزيد من المسائل المرتبطة الأزمة الدستورية، والجمود المؤسسي في، النظام السياسي الفلسطيني، وعلاقة ذلك بالقانون الأساسي الفلسطيني في مقالة الدكتور عاصم خليل بعنوان "Beyond the Written Constitution: Constitutional Crisis of, and the Institutional Deadlock in, the Palestinian political system as Entrenched in the basic law: على موقع،

<http://icon.oxfordjournals.org/content/11/1/34.full?keytype=ref&ijkey=MIBrVO5yuztjDIA>

العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية قد تعاملت مع القانون الأساسي كوثيقة دستورية تسمو على التشريعات العادية شكلا وموضوعا.

وبالعودة إلى قواعد الحقوق والحريات العامة التي جاء بها القانون الأساسي الفلسطيني، نجد أنه قد نص على جملة من القواعد الخاصة بالحقوق والحريات العامة في الباب الثاني منه - وهذا ما يعزز مكانته الدستورية- ولم يكتف القانون الأساسي الفلسطيني بالنص على هذه الحقوق، بل وضع قواعد دستورية للرقابة على عدم انتهاك هذه القواعد، لاسيما المتصلة منها بحقوق الإنسان وحرياته، إذ أنّ صلاحية الإطار الدستوري في تشكيل ضمانات للحقوق والحريات العامة لا تفترض وجود قواعد دستورية تنص على حقوق الأفراد وحرياتهم فقط، بل تفترض وجود أدوات رقابية قضائية على عدم انتهاكها أيضا مع توفير جملة من الضمانات المرتبطة بعملية التقاضي كاستقلال السلطة القضائية وكفالة حق التقاضي وضمانات المحاكمة العادلة وغيرها.

وقد جاء القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 على شاكلة العديد من الدساتير العربية التي وضعت باباً منفصلاً للحقوق والحريات العامة، في حين نجد أن بعض الدساتير العربية قد أوردت هذه الحقوق في سياق النصوص والأحكام العامة، ولعل أفراد القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 باباً منفصلاً للحقوق والحريات العامة يشير إلى اهتمامه بها وعنايته لها.

وباستعراض موجز لما تضمن القانون الأساسي من حقوق وحرريات عامة، نجد أن المادة (9) منه قد نصت على الحق في المساواة أمام القانون وعدم التمييز بسبب العرق أو

الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة،<sup>57</sup> كما أنّ المادة (11) قد نصت على الحق في الحرية الشخصية، ونصت المادة (12) على حقوق المقبوض عليه أو الموقوف،<sup>58</sup> بينما نصت المادة (13) على حظر الإكراه و التعذيب، في حين قد نصت المادة (14) على حق المتهم في محاكمة قانونية، بينما نصت المادة (15) على شخصية العقوبة ومنع العقوبات الجماعية وعلى أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني وبحكم قضائي، وقد أورد المشرع الدستوري الفلسطيني في المادة ( 16) منه قاعدة دستورية تقضي بحظر التجارب الطبية.

وكأغلب الدساتير الحديثة، نصت المواد من 17 - 20 من القانون الأساسي الفلسطيني على حرمة المساكن، وعلى حرية العقيدة والعبادة، وعلى حرية الرأي، وعلى حرية الإقامة والتنقل، بينما نصت المواد من 23 - 29 منه على حق السكن، وحق التعليم، وحق العمل، وحق المشاركة في الحياة السياسية، وحق وسائل الإعلام وحرّياتها، وحظر الإبعاد، ورعاية الأمومة والطفولة، كما نصت المادة على (32) حظر الاعتداء على الحريات الشخصية وحرمة الحياة الخاصة، بينما نصت المادة على (33) الحق في بيئة نظيفة، والمادة (30) على حق التناضلي.

<sup>57</sup> تفرد المشرع الدستوري الفلسطيني وفق ما نرى بالنص على عدم التمييز بسبب الإعاقة، وهو ما تقتقر إليه الكثير من الدساتير الحديثة.

<sup>58</sup> "تحتوي الدساتير العربية فيما عدا دستور دولة قطر على تدابير تتعلق باعتقال الأشخاص واحتجازهم لكن عدداً محدوداً من هذه الدساتير تتوافق نصوصها مع المعايير التي تتطلبها الاتفاقية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية، فهناك عدد من الدساتير العربية تتحدث عن الحرية الشخصية بشكل عام على أنها مضمونة، بينما تشير دساتير أخرى إليها باهتمام أكبر فهي (حق طبيعي وهي مصونة لا تمس)، كما جاء في المادة (41) من الدستور المصري أو هي حق مقدس، في الدستور السوري (م1/25) ولا تسمح دساتير الدول العربية بحرمان أحد من الحق في الحرية والأمان الشخصي إلا وفقاً للقانون، وهذا نص يقترب إلى حد ما من الصياغات الدولية لهذا الحق حيث (لا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسفاً) (م 1/9) من اتفاقية الحقوق المدنية والسياسية، وهنا يلاحظ غياب مفهوم التعسف في الدساتير العربية، وهو مفهوم كان القصد من وراء استخدامه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وفي العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية حماية الأفراد من الأفعال غير المشروعة وغير العادلة بشكل متساو فلو اقتصر الأمر على مجرد حماية الإنسان من الأفعال غير المشروعة فقط لما أمكن الطعن في كل أعمال الظلم التي تقوم بها الإدارة الحكومية طالما كانت تلك الأعمال متفقة مع القوانين الوطنية الموضوعية،" راضي وعبد الهادي، المدخل لدراسة حقوق الإنسان،

ويلاحظ أنّ القانون الأساسي الفلسطيني لم ينص صراحة على الحق في الحياة، إلا أن مضمون هذا الحق يعدّ الركيزة الأساسية لكل مضامين الحقوق التي أشير لها في القانون الأساسي الفلسطيني، ولا يمكن أن تمارس هذه الحقوق دون وجود الحق في الحياة الذي يعتبر أساس الحقوق الإنسانية بوجه عام، لهذا، فإنّه لا يستقيم القول أن عدم التنصيص على هذا الحق صراحة يعني عدم اعتراف المشرع الدستوري الفلسطيني به، ذلك أنّ هذا الحق هو حق مصون ومفترض، فإذا كان القانون الأساسي مثلاً قد حظر التعذيب، فإنه ومن باب أولى أن يحظر الاعتداء على حياة الإنسان.<sup>59</sup>

ومن استعراض الحقوق والحريات العامة في القانون الأساسي الفلسطيني، يمكن ملاحظة أنّ هذه الحقوق تنسحب على المواطن الفلسطيني بالمقام الأول، كما أنّ كثيراً منها ينسحب على غير المواطن الفلسطيني المقيم في الأراضي الفلسطينية، وإن ترك مقدار ممارسة غير المواطن لهذه الحقوق وفقاً لما تحدده التشريعات، وهذا لا يعني أن تعمد التشريعات العادية إلى المساس بالحقوق ذات الطبيعة الإنسانية الملتصقة بالإنسان، إذ يمكن تفهم عدم منح حق المشاركة السياسية لغير المواطن، إلا أنه لا يقبل على سبيل المثال سنّ تشريع يبيح تعذيب غير المواطن أو عدم منحه الحق في محاكمة عادلة.<sup>60</sup>

كما ويمكن ملاحظة أنّ مضمون الحقوق والحريات العامة الواردة في القانون الأساسي الفلسطيني قد تضمن بوجه عام حقوقاً مدنية وسياسية كحق المشاركة السياسية وحرية

<sup>59</sup> علي سالم الناعوق، حقوق الإنسان (غزة: المحامون العرب من أجل حقوق الإنسان)، 6.

<sup>60</sup> كما ونجد أن السمة العامة للحقوق والحريات العامة في القانون الأساسي الفلسطيني قد نُصّ عليها باعتبارها حقوقاً خاصة بالمواطن الفلسطيني فقط، وإذا كانت الشريعة الدولية لحقوق الإنسان قد خاطبت الفرد بوصفه إنساناً وليس مواطناً، فإن بعض الدساتير الوطنية ومنها القانون الأساسي قد ميزت بين المواطن وغير المواطن، حيث تباينت هذه الدساتير في طبيعة هذه الحقوق الممنوحة لغير المواطن من دولة إلى أخرى وفقاً لمصالحها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.

الرأي وغيرها، وتضمن أيضا حقوقا اجتماعية واقتصادية وثقافية كحق التعليم والسكن وحرمة الحياة الخاصة وغيرها.

وعلى العموم، ومهما اتسع الإطار النظري للحقوق والحريات العامة في النظام الدستوري الفلسطيني، وقبل الولوج إلى الفصلين اللاحقين، فإنه ينبغي لنا أن نشير إلى أن التطبيق العملي الكاشف عن دور القضاء الدستوري والإداري في حماية الحقوق والحريات العامة قد تأثر حتما بالظروف السياسية والواقعية التي يعيشها الشعب الفلسطيني والتي انعكست على كافة مناحي الحياة والمؤسسات العامة بما فيها السلطة القضائية، ويمكن لنا أن نحدد مؤثرات رئيسيين كانا ولازالا يؤشران لمتغيرات وتداخلات ذات تأثير حيوي في أداء السلطة القضائية، المؤثر الأول يتمثل باستمرار الاحتلال الاسرائيلي للأراضي الفلسطينية منذ العام 1960 رغم الاتفاقيات المرحلية التي أبرمتها السلطة الوطنية الفلسطينية مع إسرائيل، الأمر الذي يعني عدم اكتمال السيادة الفلسطينية على الأرض، حيث تعتبر الأراضي الفلسطينية خاضعة للاحتلال، الأمر الذي يعني قيام مسؤولية إسرائيل كدولة احتلال بموجب اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، وما يستتبع ذلك من تداخلات في الصلاحية التشريعية والولاية القضائية بين السلطة الفلسطينية ودولة الاحتلال.

لذلك نجد أن البعض قدر رأى بأن انتهاكات الاحتلال الاسرائيلي لحقوق الإنسان قد أثرت بشكل سلبي على أداء السلطة القضائية وان عدم وجود سيطرة فلسطينية على كاملة على

الأرض ادى إلى إضعاف أداء القضاء الفلسطيني،<sup>61</sup> لاسيما أن المادة 1 فقرة 2 من اتفاقية قطاع غزة ومنطقة أريحا الملحق رقم 3 الخاصة بالأمور القانونية قد حرمت المحاكم الفلسطينية من الولاية الجنائية على الجرائم الواقعة في أراضي 1967 وحصرتها في إسرائيل التي يكون لها وحدها الولاية الجنائية على التي ترتكب في المستوطنات، وفي منطقة المنشآت العسكرية الخاضعة لأحكام هذا الملحق، والجرائم التي يرتكبها إسرائيليون في الإقليم.<sup>62</sup> كما وتعتبر حالة الانقسام بين الضفة الغربية وقطاع غزة هي المؤثر الثاني في إضعاف فاعلية أداء السلطة القضائية في فلسطين، ذلك أن حالة الانقسام قد جرى توظيفها لإضفاء المشروعية على استمرار الحالة الاستثنائية التي يعيشها النظام السياسي الفلسطيني من تعطيل للمجلس التشريعي، وتعثر الدعوة للانتخابات، ومصادرة الحقوق والحريات العامة للمواطنين، ذلك أن حالة الانقسام ساهمت في تصاعد انتهاكات حقوق الإنسان في الضفة الغربية وقطاع غزة على مستويات متعددة،<sup>63</sup> ناهيك عن تفتت السلطة القضائية بين طرفي الانقسام، وما قد يستتبعه ذلك من تأثير للبيئة السياسية على العمل القضائي، وعدم وجود إدارة مركزية للسلطة القضائية، وغياب التنسيق بين المحاكم في الضفة الغربية والمحاكم في قطاع غزة.

<sup>61</sup> وضع حقوق الإنسان في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، التقرير السنوي السادس عشر، (الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، 2010)، 42.

<sup>62</sup> أنظر، اتفاقية قطاع غزة ومنطقة أريحا، الملحق رقم 3، اتفاقية خاصة بالأمور القانونية، عن المقتفي،

<http://muqtafi.birzeit.edu/InterDocs/Default.aspx>.

<sup>63</sup> وضع حقوق الإنسان في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، التقرير السنوي السادس عشر، (الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، 2010)، 22.

## الفصل الثاني

### دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة

تتجلى صور حماية القضاء الدستوري للحقوق والحريات العامة من خلال الرقابة على دستورية القوانين، إذ تكتسب الرقابة على دستورية القوانين أهمية عظمى في تشكيل ضمانة للحقوق والحريات العامة لما لها من اختصاصات في الحكم بعدم دستورية أي تشريع قد يمسّ هذه الحقوق بالانتقاص أو التقييد.

وإذا كانت الحقوق والحريات العامة و ضمانات الرقابة القضائية تكتسب ذات السمو الشكلي والموضوعي الذي تتمتع به القواعد الدستورية، فإن مناط الرقابة على دستورية القوانين هو حماية هذه القواعد الدستورية ومنها الحقوق والحريات العامة و ضماناتها ورعايتها من العبث، لتظل قواعد سامية واجبة النفاذ والاحترام.

في هذا الفصل سيعمد إلى بحث الرقابة القضائية على دستورية القوانين كإحدى أهم صور الرقابة القضائية التي تشكل ضمانة للحقوق والحريات العامة، ولغايات ذلك، ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، الأول يبين مفهوم وشرعية ونطاق الرقابة دستورية على القوانين، بينما يتطرق المبحث الثاني إلى الرقابة القضائية على دستورية في فلسطين وتطبيقاتها القضائية الفلسطينية والمقارنة.

## المبحث الأول

### مفهوم ونطاق وشرعية الرقابة دستورية على القوانين

إنّ تحديد مفهوم ونطاق وشرعية الرقابة على دستورية القوانين ينطلق من البحث في التطور التاريخي للرقابة على دستورية في الأنظمة الدستورية المقارنة، لذلك فإنّ هذا المبحث سيستعرض في الفرع الأول منه مفهوم الرقابة على دستورية ونطاقها، ومن ثمّ سيعتمد الفرع الثاني إلى بيان شرعية هذه الرقابة وفق التطور التاريخي.

## المطلب الأول

### مفهوم ونطاق الرقابة على دستورية القوانين

يمكن لنا البحث في مفهوم ونطاق الرقابة على دستورية القوانين من خلال فرعين، الأول يستعرض مفهوم الرقابة على دستورية والقوانين، والثاني يبين نطاق الرقابة على دستورية القوانين وحدودها.

## الفرع الأول

### مفهوم الرقابة على دستورية القوانين

قديمًا، حاول اللورد توماس كوك (Thomas Cook) في كتابه "النظم" أن يحدد العلاقة بين القانون والدولة حين أشار إلى أنّ العهد الأعظم قد تضمن عدد من المبادئ والقواعد الأساسية التي ترتبط مباشرة بفكرتي الحق والعدل، وأنّ الشريعة العامة قد تضمنت

بدورها مزيداً من التعبير عن هذه المبادئ العليا، ومن ثمّ فإنّ العهد الأعظم وقواعد القانون العام تعتبر القانون الأعلى في البلاد، وبالتالي تعتبر قيّداً على سلطة الملك البرلمان.<sup>64</sup>

وربما يكون (كوك) قد وجد ضالته في فهم هذه المشكلة من منظوره، ذلك أنه قد وجد أنّ العلاقة بين الدولة والقانون قائمة على سمو القانون على الدولة باعتباره قيّداً على سلطاتها، هذا القيد الذي يفترض وجود جهة ما لمراقبة تعدي السلطة سواء أكان البرلمان أو الملك على القانون السامي وهو الدستور،<sup>65</sup> هذا الفهم الذي أورده كوك في كتابه النظم وإشارته إلى القيود على سلطة البرلمان والملك، يعدّ من الأدبيات الهامة في تحديد الإطار العام لمفهوم الرقابة الدستورية.

وإذا كانت هذه الإشكالية قد زالت لدى كوك بالمفهوم الذي جاء به، فإنّ إرهاباتها ظلّت الهمّ الشاغل لكثير من الفقهاء والقضاة، ونمت بذورها وتطورت في المجتمعات القديمة والحديثة، حتى وضع القاضي جون مارشال (John Marshal) رئيس المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في العام 1803 في القضية المعروفة بـ Marbury ضد Madison" بعض المفاصل الهامة في تحديد مفهوم وماهية الرقابة على دستورية القوانين، وفق رؤية تقترب كثيراً مما جاء به كوك، وقد شاع على إثر هذا القرار نظام

<sup>64</sup> عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، *الدعوى الدستورية* (الإسكندرية: منشأة المعارف، 2002)، 18.  
<sup>65</sup> حاول كوك وضع إطار للرقابة على نمط هذه العلاقة لكنه فشل بعدما جاهد أثناء رئاسته لمحكمة الملك لاسيما في ما عُرف بقضية الدكتور بونهام (Dr. Bonham) في إنفاذ فكرة الرقابة على دستورية القوانين في النظام القانوني الإنجليزي، المرجع السابق، 18.

المراجعة القضائية حسب التعبير الأمريكي المكرس في الأنظمة الأنجلوسكسونية، باستثناء المملكة المتحدة البريطانية.<sup>66</sup>

وهكذا يبدو أن مفهوم الرقابة على دستورية القوانين يقوم على اعتبار القواعد الدستورية قيماً على السلطات العامة والبرلمان، وهي بالتالي أسمى من الدولة، ولا يجوز أن ينقضها أو يخالفها تشريع أو ممارسة.<sup>67</sup>

ومع التطورات في الأنظمة الدستورية المختلفة، شاعت الرقابة على دستورية القوانين بصور متباينة، حتى استقر الفقه على وصفها بأنها "تلك العملية التي يمكن من خلالها جعل أحكام القانون متفقة مع الدستور، وهي تستهدف صون الدستور وحمايته، وضمان احترام قواعده، ومنها تلك القواعد المتصلة بالحقوق والحريات العامة."<sup>68</sup>

## الفرع الثاني

### نطاق الرقابة على دستورية القوانين

إذا كان مفهوم الرقابة على دستورية القوانين يقوم على فكرة جعل أحكام القانون متفقة مع الدستور، فإن ذلك يثير جملة من التساؤلات حول نطاق هذه الرقابة، وأثر ذلك على قدرة الرقابة الدستورية في تشكيل حماية جادة للحقوق والحريات العامة، وهو ما سنعمل على

<sup>66</sup> أوليفيه دو هاميل وميني إيف، المعجم الدستوري، ترجمة منصور القاضي (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1996)، 681.

<sup>67</sup> الوحيدي، التطورات الدستورية في فلسطين، 108.

<sup>68</sup> مصطفى صالح العماوي، الرقابة على دستورية القوانين في مصر ولبنان والأردن، رسالة ماجستير (القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية، 2000)، 8.

بيانه من خلال استعراض بعض الإشكاليات التي تؤثر في نطاق الرقابة على دستورية القوانين وفقا للتالي:

#### أ- الرقابة على دستورية القوانين في ظلّ الدساتير المرنة:

يرى جانب من الفقه بأنّ التطورات التي قادت إلى نشوء الرقابة على دستورية القوانين قد اقتصرّت على الدول التي تتبنى الدساتير الجامدة، إذ يرى هؤلاء أنه لا يتصور بحث الرقابة على دستورية القوانين في ظلّ دستور مرن، لأن مرونة الدستور تعني أن يكون في مقدور السلطة التشريعية تعديل أحكام هذا الدستور باتباع نفس القواعد والاجراءات المقررة لوضع وتعديل القوانين العادية، لذلك فإن القوانين التي تضعها السلطة التشريعية تعد فيما خالفت فيه الدستور بأنها قد عدلته.<sup>69</sup>

#### ب- الرقابة على دستورية القوانين بالنسبة للمعرف الدستوري:

إذا كان من الثابت أنّ الدساتير المكتوبة تستمد قوتها الإلزامية من إرادة الهيئة التي أصدرتها، سواء أصدرت بمنحة السلطان أو بطريقة مباشرة، حيث تقوم الأمة بوضع دستورها بنفسها كما هو الحال في الاستفتاء الشعبي، أو قد بطريقة غير مباشرة كما لو أعدته جمعية منتخبة من الشعب<sup>70</sup>، فإن آراء الفقهاء قد تباينت بشأن الأساس يمكن أن تقوم عليه القوة الملزمة للمعرف في المجال الدستوري، إذ أن القواعد العرفية لا تمر بالإجراءات والأشكال التي تمر بها القواعد الدستورية المكتوبة، ولا تصدرها جهة محددة

<sup>69</sup> الوحيددي، التطورات الدستورية في فلسطين، 108.

<sup>70</sup> عادل الحباري، القانون الدستوري والنظام الدستوري (بدون ناشر)، 128.

حتى يقال أن القواعد العرفية تستمد قوتها الملزمة من إرادة تلك الجهة، وقد ذهب فريق إلى اعتبار إرادة الهيئات الحاكمة هي الأساس الذي يكمن وراء القوة الملزمة للعرف، كما راح فريق آخر إلى اعتبار إرادة الأمة الضمنية هي أساس العرف الدستوري.<sup>71</sup>

ويرى الفقيه الإنجليزي دايسي (DICEY) أن القواعد الدستورية نوعان، الأول قواعد قانونية ذات صفة قانونية ملزمة وذلك عندما تطبقها المحاكم وتعمل بها، والثاني عادات دستورية لا تعدو أن تكون قواعد آداب وأخلاق لها قوة سياسية ليس إلا، والمحاكم لا تقاضي عند مخالفتها،<sup>72</sup> غي حين انتقد الفقيه جينيك (GENNINGE) هذا التوجه، ورأى أنّ العادات الدستورية شأنها شأن القواعد الأساسية لأي دستور تستند إلى قبول الجماعة أو موافقة الرأي العام، لأن مرد الصفة القانونية للدستور لا تعود إلى صفة واضعه، وإنما إلى قبول الجماعة،<sup>73</sup> وهذا ما يجعل العرف الدستوري داخلاً في نطاق الرقابة على دستورية القوانين.

ويمكن القول بهذا الصدد أنّ امتداد نطاق الرقابة الدستورية على دستورية القوانين بالنسبة للعرف الدستوري يشكل ضماناً للحقوق والحريات العامة، إذا أنّ الممارسة الدستورية التي ترقى لمرتبة العرف الدستوري يجب أن تكون محل نظر من قبل الجهة التي تراقب على دستورية القوانين، حتى لا يتم التذرع من قبل البرلمان أو السلطة العامة بالعرف الدستوري لهدر الحقوق والحريات العامة دون أية رقابة.

<sup>71</sup> المرجع سابق، 128-134.

<sup>72</sup> حسان محمد شفيق العاني، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة (جامعة بغداد، 1986)، 200.

<sup>73</sup> المرجع السابق، 201.

### ت- الرقابة على دستورية القوانين بالنسبة للدستور العرفي:

ينبغي ابتداءً أن لا نقع في الخلط بين العرف الدستوري والدستور العرفي، حيث يرى جانب من الفقه أن الدساتير العرفية تعتبر وليدة تقاليد ومعاملات لم يسبقها أي نص مكتوب، أما العرف الدستوري فينشأ داخل الدولة المنظمة بواسطة دستور مكتوب، فالعرف الدستوري هو غير الأعراف الدستورية، إنه القاعدة القانونية غير المكتوبة تستقر في رأي الدولة القانوني، فيعتبرها ضرورية بعد أن تكون لاحظت ممارستها الدستورية،<sup>74</sup> وهي بذلك - أي الدساتير العرفية - تكتسب ذات القوة الإلزامية للدساتير المكتوبة، وبالتالي يمتد نطاق الرقابة على دستورية القوانين إلى مدى مواعمة التشريعات العادية لها، وهذا ما يشكل ضماناً للحقوق والحريات العامة.

### ث- الرقابة على دستورية القوانين بالنسبة للقيم الإنسانية العليا:

إذا كان قد تبين لنا أن نطاق الرقابة على دستورية القوانين يمتد للدستور المكتوب والعرف الدستوري والدستور العرفي، فهل تقف الرقابة الدستورية إلى الحد الذي يبحث في مدى مواعمة التشريع للدساتير بأنواعها فقط؟ أم أن هناك مجموعة من القيم الإنسانية العليا التي يجب أن تكون محط رعاية الرقابة الدستورية وإن لم ترد في الدساتير المكتوبة أو في العرفية؟

بالتأكيد أن هذه المسألة هي مسألة إشكالية وتثير مجموعة من المتناقضات حول نظرية السيادة الشعبية وغيرها من النظريات المرتبطة بمفهوم الدستور وعلاقته بالقانون

<sup>74</sup> رقية المصدق، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية (الدار البيضاء: دار توبقال للنشر، الجزء الأول)، 78-79.

الطبيعي، وفي تفسير العلاقة القائمة بين "الدساتير المكتوبة المعبرة عن السيادة الوطنية من جهة، والدسترة كمجموعة من المثل العليا المقيدة للدول في ممارستها لصلاحياتها السيادية، إذ أن من الصحيح أن القواعد القانونية الآن تصدر من خلال التشريع، إلا أن هذا لا يعني بأن القانون هو فقط ما ينتج عن المشرع، هذه الرؤية المحدودة للقانون كتشريع فقط كانت مرتبطة بالتطور الذي طرأ على الأنظمة القانونية، خاصة بعد أن طغت نظرية السيادة الشعبية، بحيث يكون القانون الصادر عن المشرع - وبالتالي عن ممثلي الشعب - هو الأسمى في تقرير الشعوب لمصيرها، وتعبيراً عن رضا المحكومين بالخضوع لقانون شاركوا في تحديد معالمه.<sup>75</sup>

هذه الرؤية المحدودة للقانون دفعت الكثيرين للتمسك بالقول أن التشريع المكتوب وحده هو الخاضع للرقابة على دستوريته، وكأن الرقابة الدستورية تقتصر في هذه الحالة على قياس مدى موافقة التشريع للقواعد الدستورية المكتوبة أو العرفية، حتى وإن كانت تلك القواعد الدستورية مجففة للحقوق الإنسانية التي تستمد قوتها من طبيعة الإنسان ذاته، فكيف يمكن لنا من خلال هذا الفهم أن نتصور دور الرقابة على دستورية القوانين في حماية الحق في الحياة أو حرية المعتقد في ظل وجود دستور ينكر هذه الحقوق، وهل تقف الرقابة الدستورية موقف المؤيد للتشريع الذي جاء مقيداً لهذه الحقوق رغم اتفاقه مع القواعد الدستورية المكتوبة أو العرفية؟

<sup>75</sup> عاصم خليل، قانون التشريع وقانون الحرية، هل الديمقراطية بديل عن حكم القانون (مؤسسة مواطن، كتاب قيد النشر، 2013)، 7.

وفي هذا يمكن القول أنّ الرقابة على دستورية القوانين وإن وقفت هذا الموقف تكون رقابة مقيدة للحقوق وفاقة لمضمونها، حيث ستتحول الرقابة على دستورية القوانين وفق هذا الفهم إلى أداة لتكريس منهج القمع والتسلط باسم الدستور.

وعلى العكس من ذلك، يمكن لنا أن نتفهم كيف يمكن للرقابة على دستورية القوانين أن يمتد نطاقها إلى ما هو أبعد من النص التشريعي ليرقى إلى البحث في مقومات التشريع من حيث مدى ملاءمته للحقوق الإنسانية السامية، وهذا يقودنا للقول بأنّ الرقابة على دستورية القوانين لن تكون رقابة جادة وحقيقية وضامنة للحقوق والحريات العامة إن تكن قائمة في مجتمع دستوري، يؤمن بقيم الحرية والعدالة والحق كمبادئ إنسانية سامية، أكثر من إيمانه بقدسية التشريع المكتوب.

### ج- الرقابة على دستورية القوانين بالنسبة للممارسة الأخلاقية للدولة:

من المعلوم أن بعض الدول لاسيما النامية منها تحاول أن تضمّن دساتيرها الحقوق والحريات العامة التي أوردتها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين كواجهة إعلامية أو دعاية خارجية لنظمها السياسية لإخفاء الطبيعة الحقيقية لها،<sup>76</sup> وهنا تبدو المشكلة أكثر وضوحا كما يرى البعض في الأنظمة الدكتاتورية التي تقوم على الفكر الشمولي وعدم الاعتراف بأي مؤسسة سوى مؤسسة الدولة القمعية والتسلطية،<sup>77</sup> حتى وإن جاءت دساتيرها بمبادئ سامية، ويرى هؤلاء أنّ البلدان العربية تعاني من فجوة بين قانون

<sup>76</sup> الركن، التنظيم الدستوري للحقوق والحريات العامة، 82.

<sup>77</sup> يرى الدكتور محمد عابد الجابري "أن السلطة الحاكمة في إشارته للدولة العربية هي التي أنشأت لنفسها المؤسسات التي تحتاج لها، وهي التي تغذيها، وتجهها، وتمنحها السلطة والنفوذ، هذه الدولة تبذل المجتمع المدني، فلا تترك مجالاً لقيام مؤسسات خارج الدولة، فكل المؤسسات هي الدولة الأم"، الديمقراطية وحقوق الإنسان، (منشورات اليونيسكو، 2006)، 9.

الدستور (كما هو النص في الدستور المكتوب) والدستور الحقيقي، ذلك أنّ تلك الأحكام الدستورية لا تعني الكثير في ظل غياب نظام ديموقراطي ونظام يحترم حكم القانون.<sup>78</sup> وعلى ضوء ذلك نجد أنّ بعض الفقهاء رأوا بأن الدستور لا يكون إلا في الدول التي تؤمن بفلسفة ومبادئ المذهب الفردي الحر، ويقوم الحكم فيها على أسس ديموقراطية تكفل الحقوق والحريات الفردية، وبالتالي ينتفي الدستور تماما في الدول ذات الحكم الشمولي والمطلق.<sup>79</sup>

وهنا تبدو أهمية أن تكون الرقابة على دستورية القوانين ممتدة إلى الرقابة على الممارسة الدستورية للدولة فيما يتعلق بالحقوق والحريات العامة، وهذا ما ألمح له جان لوك في بحثه عن الحكومة المدنية حين أشار إلى أنّ الحكومة ورغم أنها ضرورة لا بد منها، إلا أنها بما فيها الملك والبرلمان مسئولة أمام الشعب، وأن سلطان الحكومة مقيد بالتزام قواعد الخلق والتقاليد الدستورية،<sup>80</sup> وهذا يقودنا إلى القول أن الدولة يجب أن تكون أخلاقية في تعاملها مع الشعب المسؤولة أمامه، إذ أن القراءة الأخلاقية للقواعد الدستورية فيما يتصل بحقوق الإنسان غير مؤكدة ومتضاربة في بعض الأحيان مع القراءة السياسية لهذه القواعد، حيث رأى البعض أنّ أهمية دور الرقابة على دستورية القوانين يكمن في تفسير وفهم القواعد الأخلاقية للدستور وتأكيدهما،<sup>81</sup> مما يشكل ضمانة للحقوق والحريات العامة،

<sup>78</sup> عاصم خليل، قانون التشريع وقانون الحرية، 27.

<sup>79</sup> حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري، النظرية العامة (بدون ناشر، الطبعة الأولى، 2009)، 44.

<sup>80</sup> جون لوك، الحكومة المدنية وصلتها بالعقد الاجتماعي لجان جاك روسو، ترجمة محمود شوقي الكيال (الشرقية: مطابع شركة الإعلانات)، 6.

<sup>81</sup> Ronald Dworkin, Freedoms law (Cambridge: harvard university press, assachuse), page 2

ليس فقط بمجرد في النصّ عليها في الدساتير، وإنما بضمان أخلاقية الدولة في ممارستها تجاه الأفراد.

### ح- الرقابة على دستورية القوانين بالنسبة لمقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق:

يمتد نطاق الرقابة على دستورية القوانين في بعض الدول إلى مقدمات الدساتير، كما هو الحال في فرنسا، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في حكم صادر عنه في العام 1971 أنّ مقدمة الدستور تعتبر جزء من الدستور نفسه، وكذلك هو الحال في الجمهورية اللبنانية التي قضى فيها المجلس الدستوري في قراره رقم 97/1 و 9/2 الصادر بتاريخ 1997/9/12 بأن "المبادئ السامية الواردة في مقدمة الدستور تعتبر جزءاً لا يتجزأ منه وتتمتع بقيمة دستورية شأنها في ذلك شأن أحكام الدستور ذاتها".<sup>82</sup>

وفي ما يتصل بإعلانات الحقوق، فقد جعل جانب من الفقه لهذه الإعلانات مرتبة أسمى من الدستور، ومنهم العميد "دجبي" الذي رأى أن هذه الإعلانات لا تقيد المشرع العادي فحسب، وإنما تقيد المشرع الدستوري أيضاً، بمعنى أن الرقابة هنا تمتد إلى الدستور ذاته، في حين أن هناك من سلك مسلكاً وسطاً بين هذين الاتجاهين، متهماً كليهما بالمغالاة، وهو ذلك المنهج الذي يرى أن إعلانات الحقوق تتمتع بذات القوة التي تتمتع بها النصوص الدستورية، وقد ناصر هذا الاتجاه الفقيه (أندريه هوريو).<sup>83</sup>

<sup>82</sup> عاصم سليمان، دراسات في القضاء الدستوري، تفسير الدستور، (بدون ناشر)، 440.

<sup>83</sup> العماوي، الرقابة على دستورية القوانين، 33.

وهذا يقود للقول بأن الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد فقط إلى البحث في مدى موافقة نصوص التشريع العادي للدستور فحسب، بل تمتد إلى إعلانات الحقوق، وهذا اتجاه نقرّه، لاسيما أن إعلانات الحقوق كانت تعتبر جزءا من النظم الدستورية في أواخر القرن الثامن عشر،<sup>84</sup> وهي تمثل نتاجا حيويا للثورات التي كانت تستهدف حينها حماية الحقوق والحريات التي كانت تتعرض للانتهاكات، وجاءت هذه الإعلانات كتعبير صارخ عن رفض الشعب لانتهاك حقوقه ورغبته للتمتع بالحقوق والحريات، وبالتالي فهي تشابه القواعد الدستورية إلى حد بعيد، ولا ضير أن تكتسب ذات القوة الملزمة، لما في ذلك من ضمانة أكبر للحقوق والحريات العامة التي شملتها هذه الإعلانات.

يتضح من خلال ما استعرضناه آنفا أن مفهوم ونطاق الرقابة على دستورية القوانين وإن كان في معناه الضيق يبدو مفهوما واضحا وغير ملتبس، إلا أنه وحين الولوج إلى مكانه ومدى قدرته على حماية الحقوق والحريات العامة، فإنه يثير مجموعة من الإشكالات التي استعرضناها، والتي جعلت من الرقابة على دستورية القوانين تعاني من الطعن في شرعيتها لفترات طويلة، الأمر الذي يستدعي بحثه في المطلب التالي.

<sup>84</sup> من هذه الإعلانات، إعلان حقوق الإنسان والمواطن الذي أصدرته الثورة الفرنسية في عام 1789 والذي اعتبر بمثابة مقدمة للدستور الفرنسي لسنة 1791، وعدد كبير من إعلانات الحقوق التي صدرت بعد نجاح الثورة الأمريكية بإعلان ولاية فرجينيا لسنة 1776 والذي تأثرت به كافة الولايات الأمريكية، وقد اهتم القانون الدستوري بهذه الإعلانات لما لها أهمية قصوى في تحديد مجموعة القيم التي تحكم النظام السياسي والدستوري، ولما من أثر في الدساتير التي أخذت عنها الكثير من الأحكام.

## المطلب الثاني

### شرعية الرقابة على دستورية القوانين

لم تصل الرقابة على دستورية القوانين إلى ما وصلت إليه في العصر الحديث دون أن تتعرض لانتقادات حادة وسجلات متعددة، وخوض لا ينقطع في مدى تأثير هذه الرقابة على مبادئ راسخة متعددة، كمبدأ الفصل بين السلطات، والسيادة البرلمانية، والديموقراطية، الأمر الذي جعل من شرعية الرقابة الدستورية محل مراوحة ونقض ورد من قبل الفقهاء والساسة بشكل متباين من نظام دستوري إلى آخر.

ولعلّ نظرية السيادة الشعبية من أهم المفاهيم التي اصطدمت بالرقابة على دستورية القوانين، حيث واجهت الرقابة الدستورية مقاومة شديدة من قبل الفقه القانوني باعتبارها انتهاكا لحرمة القانون الذي يقره البرلمان المنتخب ديموقراطيا من الشعب.<sup>85</sup>

وهذا يقود إلى القول بأنّ القانون يعبر عن الإرادة العامة من خلال البرلمان الذي ينتخبه الشعب، وبالتالي لا يجوز المساس به، لأنه نابع من السيادة الشعبية، فإذا كان البرلمان يمثل الشعب ويصدر القوانين باسمه، فمن يملك حق التعقيب عليها؟ ومن يملك حق نقض هذه الإرادة الشعبية التي مارسها الشعب من خلال ممثليه؟ وكيف يمكن لأشخاص أن ينقضوا هذه الإرادة التي تمثل جوهر السيادة الشعبية؟

<sup>85</sup> عاصم خليل، دور الرقابة الدستورية في تعزيز دولة القانون (ورقة غير منشورة تم تقديمها في المؤتمر الدولي حول المحكمة الدستورية العليا والذي نظّمته وزارة العدل بالتعاون مع مجموعة فينيس بتاريخ 25-26 تشرين أول 2008)، ويمكن الاطلاع حول المزيد من المسائل المرتبطة بالأزمة الدستورية، والجمود المؤسسي في، النظام السياسي الفلسطيني، وعلاقة ذلك بالقانون الأساسي الفلسطيني في مقالة الدكتور عاصم خليل بعنوان "Beyond the Written Constitution" Constitutional Crisis of, and the Institutional Deadlock in, the Palestinian political system as Entrenched in the basic law: على موقع،

<http://icon.oxfordjournals.org/content/11/1/34.full?keytype=ref&ijkey=MIBrVO5yuztjDIA>

هذه التخوفات والتساؤلات التي كان لها مشروعيتها في ذلك الحين، أدت إلى استبعاد الرقابة على دستورية القوانين والطقن بشرعيتها في مواجهة الإرادة العامة والسيادة الشعبية التي يمثلها البرلمان، وربما يكون هذا هو السبب الذي دفع الفقه الفرنسي مع بدايات القرن التاسع عشر لتأييد الرقابة على دستورية القوانين من خلال بعض الآليات التي تبقى تلك الرقابة على ارتباط مع ممثلي الشعب، ذلك أن هذه النظرة التقليدية للقانون أدت إلى عدم الاعتراف بشرعية الرقابة على دستورية القوانين على الأقل في فرنسا والدول التي اقتبست عنها نظامها القانوني، ولم يُكسر هذا الطوق إلا مع منتصف القرن العشرين، مع نظرة حديثة للقانون.<sup>86</sup>

هذا التضاد بين الرقابة على دستورية القوانين والسيادة الشعبية التي يعبر عنها البرلمان أدى إلى تناقض جوهري وبديهي بين الرقابة الدستورية والديموقراطية كتعبير عن السيادة الشعبية، وقد بدأ هذا التضاد بالأقول مع تبشير المفهوم الحديث للقانون التي أطلقها العلامة مالبرج (Malberg) في كتابه (Contribution) عند تطرقه إلى التمييز بين الدولة القانونية ودولة القانون، حيث رأى أن "روح دولة القانون تتجلى في النص الدستوري الذي يحدد وبصورة فوقية وضامنة لحقوق المواطنين، والتي يجب أن تبقى بمرتبة أعلى من أن تطالها تعديلات المشرع، ذلك أن نظام دولة القانون نظام هادف ليس فقط لتحديد صلاحيات السلطات الإدارية، بل أيضا صلاحيات المشرع."<sup>87</sup>

<sup>86</sup> أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، دراسة مقارنة (طرابلس: المؤسسة الحديثة للكتاب،

2002)، 135.

<sup>87</sup> المرجع السابق، 135.

ويبدو جلياً أنّ ما جاء به (مالبرج) يدعو إلى تقييد سلطان المشرع والحطّ من قدسية التشريع بالقدر الذي لا يسمح له بانتهاك الحقوق الإنسانية التي تستمد قوتها من الدستور، ويتأتى ذلك بفرض رقابة على التشريعات من أجل حماية حقوق المواطنين من التعديلات عليها، وقد أسس (مالبرج) ذلك على أن جوهر دولة القانون هو النص الدستوري الذي يسمو على التشريع، وبالتالي فإن ذلك سيقود حتماً إلى وجود هيئة ما تتولى المراقبة على مدى موثمة التشريع للدستور السامي، وبالتالي نكون أمام أول محصلة دافعة باتجاه الاعتراف بشرعية الرقابة على دستورية القوانين.

ولا مراء في أن شرعية الرقابة على دستورية القوانين قد استمدت دفعا قويا من عمقها الفلسفي الذي جاءت به نظريات أولئك الفلاسفة الذين كانوا يؤمنون بقانون طبيعي يسمو فوق سائر القوانين الوضعية، بحيث لا تملك تلك القوانين أن تخرج عليه، فإن هي خرجت عليه، عدتّ خارجة على الناموس الطبيعي، ولا تستطيع أن تلزم الناس به إلا بالقهر والإكراه، وهذا ما جاء به (لورد دينيس لويد) من أفكار أدت إلى استخلاص نتيجة مؤداها "أنّ هذا القانون الأسمى يجبّ ويلغي القوانين الفعلية لأي مجتمع معين حين يتضح أنها مخالفة له، وليس هذا فحسب، بل إن هذه النتيجة يترتب عليها جواز إعفاء الفرد من واجبه تجاه الخضوع للقانون الفعلي، بل أنه يملك الحق الشرعي في التمرد على سلطة الدولة الشرعية".<sup>88</sup>

وسمو النص الدستوري ينطوي على جانبين، أولهما السمو الشكلي للدستور وثانيهما السمو الموضوعي له، ويرى بعض الفقهاء أن السمو الشكلي للدستور يتحقق إذا كان

<sup>88</sup> يحيى الجمل، أنظمة الرقابة الدستورية، <http://droit.3oloum.org/t1-topic>

تعديله يتطلب أشكالاً وإجراءات خاصة مغايرة للإجراءات التي ينبغي اتباعها لتعديل القوانين العادية، بينما يكون السمو الموضوعي لجميع أنواع الدساتير المدونة وغير المدونة الجامدة وغير الجامدة، بينما لا يتحقق السمو الشكلي إلا للدساتير الجامدة.<sup>89</sup>

ومما لا شك فيه أن ما أثاره (مالبرج) وغيره من نظريات تؤكد سمو النص الدستوري على التشريع العادي هي نظريات تنمى مع نظرية هرمية التشريع ( تدرج التشريع) والتي أدت بدورها إلى قبول فكرة الرقابة على دستورية القوانين وتعزيز شرعيتها، هذه النظرية عرفت أيضاً بنظرية التوالد القانوني والتي برع بشرحها الفقيه النمساوي هانز كلسن، ومفاد هذه النظرية بأنّ القواعد القانونية تتخذ في البناء القانوني شكل طبقات يكون الدستور في قمته، حيث تستمد القوانين العادية أساس وجودها وصحتها من الدستور الذي أنشأها.<sup>90</sup>

وأمام هذا المفهوم الحديث للقانون، وتصاعد وتيرة القائلين بأنّ ثمة قيود على سلطان المشرع، بدا جلياً أن النص الدستوري بات سامياً على إرادة البرلمان التي تمثل الإرادة الشعبية التي كان من المحذور المساس بها، وانفتحت أبواب الرقابة على دستورية القوانين كآلية حتمية لحماية السمو الدستوري من العبث، وقد رأى جانب من الفقه في هذا السياق بأنّ تلك الأفكار المتصلة بالسمو الدستوري كانت من أهم المصادر التي قادت إلى قبول فكرة الرقابة الدستورية، ولعلها كانت وراء إنشاء أول محكمة دستورية متخصصة

<sup>89</sup> البحري، القانون الدستوري، 220  
<sup>90</sup> محمد المجذوب، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، الطبعة الرابعة)  
 .81،

في الرقابة علي دستورية القوانين في العالم الحديث، وهي المحكمة الدستورية العليا في النمسا، والتي أنشئت عام 1920.<sup>91</sup>

وعلى الرغم من استقرار شرعية الرقابة على دستورية القوانين وفق هذا الفهم، إلا أن ذلك لم يمنع المنتقدين للرقابة على دستورية القوانين من التذرع مرة بالسيادة البرلمانية من جهة، وما يستتبعه ذلك من انتقاص لديموقراطية الأغلبية، والاحتجاج بمبدأ الفصل بين السلطات من جهة أخرى، فكيف تكون للسلطة القضائية حين تُسند لها الرقابة الدستورية دور المعقب على عمل السلطة التشريعية وهي مستقلة عنها؟ ألا يعد ذلك تداخلا بين عمل السلطات؟

وأمام هذه الانتقادات والتساؤلات، بدأ المناصرون للرقابة على دستورية القوانين بالتصدي لما يثار من قبل خصومها للطعن بشرعيتها، حيث رأوا أن الرقابة على دستورية القوانين لا تتعارض مع الديموقراطية، فمفهوم الديموقراطية على أنها حكم الشعب لنفسه (أي عن طريق ما يسمى بالديموقراطية المباشرة في الحكم) لم يعد يطبق في عصرنا الحالي، كما أن الديموقراطية تتخطى الوسائل والآليات في تطبيقها، لأن الديموقراطية هي فكرة وهدف بحد ذاتها، لا يوطرها تطبيق من هنا أو من هناك، فغاية الديموقراطية هو توفير الشروط المادية التي تجعل الإنسان قادرا على التمتع بالحقوق المعترف بها.<sup>92</sup>

وقد رأى بعض الفقهاء في سياق الدفاع عن الرقابة الدستورية بأنّ الديموقراطية هي قبل كل شيء تعني دولة القانون، والهدف من ذلك هو ليس إطلاق الحريات وحق الاقتراع

<sup>91</sup> يحيى الجمل، أنظمة الرقابة الدستورية، <http://droit.3oloum.org/t1-topic>.

<sup>92</sup> خليل، دور الرقابة الدستورية في تعزيز دولة القانون، 12.

فحسب، بل واعتبار السلطة مشكلة من المواطنين،<sup>93</sup> وهذا يعني أن الديمقراطية بهذا المفهوم لا تتعارض مع إرادة الأمة التي ترعاها الرقابة الدستورية المنبثقة عن الدساتير التي وضعتها الأمة.

وهنا يستلهم الباحث قول (مونتسكيو) في كتابه "روح الشرائع" في توصيفه للديموقراطية حين قال، "إذا كانت السلطة ذات السيادة في الجمهورية في قبضة الشعب جملة سمي هذا ديموقراطية، إذا كانت السلطة ذات السيادة في قبضة فريق من الشعب سمي هذا أرسنوقراطية،"<sup>94</sup> وهذا ما يشير وفق ما نرى إلى أن الديمقراطية لا تعني أن تتفرد الأكثرية في سن ما تراه من التشريعات، وإنما يجب أن تكون الديمقراطية منضبطة في إرادة الأمة التي يعبر عن الدستور وترعاها الرقابة على دستورية القوانين، والتي ينبغي أن تحمي حقوق الأقلية من تعسف الأكثرية البرلمانية.

وأما فيما يتعلق بما ساقه المعارضون للرقابة الدستورية من القول بأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، وتتجاوز إرادة الأمة التي يمثلها البرلمان، فقد رأى المناصرون للرقابة على دستورية القوانين أن المفهوم الجديد للفصل بين السلطات يتجاوز الفصل الجامد بمعنى الاستقلالية والتخصص إلى مفهوم مرن يقوم على التعاون والرقابة المتبادلة، كما أن القاضي عند رفضه تطبيق القانون فهو لا يقوم بذلك اعتباطاً، بل في سبيل تطبيق قاعدة أسمى، ضمن مفهوم هرمية التشريعات،

<sup>93</sup> سعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة)، 157.

<sup>94</sup> مونتسكيو، روح الشرائع، ترجمة عادل زعير بتاريخ 1953، مراجعة، جورج الكفوري و إدمون رباط، اللجنة الدولية لترجمة الروائع في بيروت (مصر: دار المعارف، الجزء الأول)، 21.

ليغلبها على قاعدة أدنى، كما أن الدستور يعبر عن إرادة الأمة العليا، وبالتالي فإن الرقابة على دستورية القوانين هي إعلاء لها وليس انتقاصا منها.<sup>95</sup>

وإذا كان بعض المعارضين للرقابة على دستورية القوانين قد عابوا إسناد الرقابة على دستورية إلى هيئة محددة بعينها، بما يجعل من هذه الهيئة السلطة العليا في الدولة، فإنّ المؤيدين لهذه الرقابة رأوا أنّ هذا القول لا يشكل أية خطورة ما دامت هذه الهيئة تستند أكثر من غيرها من السلطات إلى إرادة الأمة التي عبرت عنها السلطة التأسيسية للدستور.<sup>96</sup>

وإذا كانت أول الدساتير المكتوبة التي وضعت قد اقترنت بفكرة أن تجعل من هذا الدستور أداة لحماية الحرية وذلك بضمانه لحقوق المواطن التي لا يجوز أن تمسها يد المشرع،<sup>97</sup> فإنّ الدستور قد وضع آلية محددة لضمان هذه الحقوق، وبذلك تكون السلطات التي أنشأها الدستور ومنها مؤسسة الرقابة الدستورية أداة لتحقيق هذه الفكرة، وضمانا لحقوق الشعب، وتحقيقا للرسالة الحقيقية التي تتوخاها الأمة من دستورها.

وهنا يبدو جليا كيف يكون للرقابة على دستورية القوانين شرعية تتجاوز حدود المفاهيم التقليدية للقانون والديموقراطية والفصل بين السلطات، هذه الشرعية التي باتت تعبر عن إرادة الأمة ووسيلة لحمايتها من عبث الأكثرية وتسلطها وتجاوزها لحدود النص الدستوري الذي وضع لحماية حقوق الأفراد وحياتهم، إذ أنه لا يستقيم أن نضع سلطة

<sup>95</sup> خليل، دور الرقابة الدستورية في تعزيز دولة القانون، 15.

<sup>96</sup> الحباري، القانون الدستوري والنظام الدستوري، 226.

<sup>97</sup> ترجع أول الدساتير إلى تلك التي حررتها المستعمرات الإنجليزية بأمريكا الشمالية ابتداء من سنة 1776 (دستور ولاية فرجينيا)، رقية المصدق، رقية، القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية - إرشادات منهجية - (الدار البيضاء: دار توبقال للنشر، الطبعة الأولى، 1987)، 47.

الشعب في يد سلطات انبثقت عنه أصولا واستمدت تفويضها منه لتصبح هذه السلطات أداة لتقييد حرياته والانتقاص من حقوقه الإنسانية.

ولهذا فإنه لا يصحّ أن يكون الفصل بين السلطات ذريعة في يد البرلمان لهدر القواعد الدستورية لحقوق الإنسان، ولا يُقبل أن تتحول الديمقراطية باسم الشعب إلى أداة لهدر حقوقه وحرياته، لاسيما أنّ الرقابة على دستورية القوانين كانت قد استمدت أصولها التاريخية من المذاهب والنظريات المثالية التي سادت قبل كلّ هذا الجدل الدائر حولها في العصر الحديث، حيث كانت هذه النظريات المثالية تجعل من الشرائع السماوية المصدر الأساسي لكل قانون، وترى في القوانين امتدادا لمبادئ العدالة الإنسانية المجسدة في القانون الطبيعي، الأمر الذي يستوجب رعايتها من الانتقاص والتقييد.<sup>98</sup>

وعلى العموم، يمكننا القول بأنّ إرهابات الرقابة على دستورية القوانين بدأت تطل برأسها عندما أعلن دستور الولايات المتحدة الأمريكية أنه صادر عن "نحن الشعب"، وفي هذا تكريس واضح لفكرة السيادة الشعبية لا البرلمانية، وفي ذلك دلالة واضحة على أن البرلمان الأمريكي ليس حرا طليق اليدين كمنظيره الانجليزي.<sup>99</sup>

ومن هنا، بدأ القضاء الأمريكي بإعمال سيف الرقابة الدستورية وفق هذا المفهوم، فقضت محكمة نيوجرسي عام 1780 في قضية (هولمز ضد والتون) ببطلان قانون صدر بتشكيل هيئة محلفين من ستة أعضاء، وقضت محكمة ولاية نيوهامبشير سنة 1787 بعدم دستورية تشريع صدر بحرمان بعض متهمين من حقهم في المحاكمة عن

<sup>98</sup> المجنوب، القانون الدستوري والنظام السياسي ، 83.

<sup>99</sup> الدناصوري والشواري، الدعوى الدستورية ، 21.

طريق محلفين، ولعل ما قرره القاضي مارشال في حكمه في قضية (ماربوري ضد ماديسون) عام 1803 من أنّ الدستور في حقيقته هو تعبير عن الإرادة الشعبية وتعلو قواعده على كل أعمال السلطات الحكومية بما فيها الكونجرس،<sup>100</sup> يُشكل أولى المبادئ التطبيقية في تكريس الرقابة على دستورية القوانين.

وإذا كان القضاء الأمريكي قد أسس بدوره لشرعية الرقابة على دستورية القوانين على قاعدة سمو الدستور الأمريكي لعام 1787، والذي خلا من الإشارة للرقابة على دستورية القوانين، فكيف لا يكون للرقابة على دستورية القوانين هذه الشرعية في الأنظمة التي نصت دساتيرها عليها صراحة على الرقابة الدستورية؟ وكيف لا يكون لها شرعية في الأنظمة القانونية التي بات فيها مبدأ هرمية التشريعات سائدا ومستقرا؟

وجريا على ذلك، وبعد أن استقرت فكرة الرقابة على دستورية القوانين في الولايات الأمريكية في التطبيقات القضائية، تسربت هذه الفكرة إلى أمريكا اللاتينية، ثم إلى أوروبا، وكان لكتاب المفكر الفرنسي (الكسي دو توكفيل) عن (الديموقراطية في أمريكا) أثرٌ كبير في حثّ دول أمريكا اللاتينية المتحررة حديثا من الاستعمار والدول الأوروبية على اعتماد طريقة الولايات المتحدة الأمريكية في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين، رغم أنها لم تنتشر في تلك الآونة إلا في عدد قليل من الدول الأوروبية، مع ظهور تيار مناوئ لفكرة الرقابة الدستورية في فرنسا.<sup>101</sup>

<sup>100</sup> المرجع سابق، 21.  
<sup>101</sup> المجذوب، القانون الدستوري والنظام السياسي، 85.

وبالمجمل، فإن الرقابة على دستورية القوانين باتت قائمة في الغالبية الساحقة من الأنظمة القانونية، وبات لها شرعية لا جدال فيها، رغم تباين صورها من نظام قانوني إلى آخر، فبينما حظر الدستور البلجيكي الصادر في 1831 والدستور البولوني الصادر في 1921 التعرض للقوانين قبل صدورها أو بعد ذلك، نجد أن السواد الأعظم من الأنظمة الدستورية المقارنة قد أخذت بالرقابة الدستورية، كفرنسا وإيطاليا وسويسرا ومصر والكويت وتونس وغيرها،<sup>102</sup> في حين سكتت بعض الأنظمة الدستورية عن تنظيم الرقابة الدستورية في متونها، كدستور الولايات المتحدة الأمريكية، ودساتير المملكة الأردنية الثلاثة للأعوام 1928 و1947 و1952،<sup>103</sup> إلى أن تنبه المشرع الدستوري الأردني إلى أهمية الرقابة على دستورية القوانين، فعمد إلى إقرار هذه الرقابة بتعديل الدستور الأردني في العام 2012.<sup>104</sup>

وفي الدول التي تأخذ بالرقابة الدستورية صراحة، نجد أن دساتيرها تنص على إنشاء هيئة قضائية أو سياسية تتولى النظر في دستورية القوانين والتشريعات، حيث تختلف هذه الدساتير في طبيعة الرقابة الدستورية من حيث الجهة المخولة بالرقابة، والوقت الذي تقوم فيه، سواء أكان ذلك قبل صدور التشريع أو بعد صدوره، كما تباينت الدساتير في طرق الطعن الدستوري، ويمكننا القول أن الأنظمة الدستورية المقارنة قد استقرت على

<sup>102</sup> العاني، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، 202.

<sup>103</sup> علي رشيد أبو حجيبة، الرقابة على دستورية القوانين في الأردن ( بدون ناشر، الطبعة الأولى، 2004)، 20.

<sup>104</sup> تم تعديل الدستور الأردني لغايات السماح بإنشاء محكمة دستورية فأصبحت المادة (1/58) من الدستور الأردني بعد التعديل تنص على أن " تنشأ بقانون محكمة دستورية يكون مقرها في العاصمة وتعتبر هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها ....."، وكذلك تنص المادة (1/59) من الدستور بعد التعديل على أن " تختص المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة ..."، كما تنص الفقرة (2) من نفس المادة على أن " للمحكمة الدستورية حق تفسير نصوص الدستور إذا طلب إليها ذلك"، كما تنص الفقرة (2) من المادة (60) من الدستور بعد التعديل على أن " في الدعوى المنظورة أمام المحاكم يجوز لأي من أطراف الدعوى إثارة الدفع بعدم الدستورية وعلى المحكمة إن وجدت أن الدفع جدي ...." وتم في عقب ذلك إصدار قانون المحكمة الدستورية رقم 15 لسنة 2012 والذي عمل به من تاريخ 2012/6/7، قاعدة التشريعات الأردنية.

"صورتين أساسيتين للرقابة على دستورية القوانين، وهما ما تعرفان بالرقابة السياسية والرقابة القضائية، حيث تقوم الرقابة السياسية على دستورية القوانين من خلال إسنادها إلى هيئة غير قضائية تسمى غالبا بالمجلس الدستوري، وتتولى هذه الهيئة مراجعة التشريعات من حيث مدى اتفاقها مع الدستور قبل صدورها، لذلك فهي تسمى أيضا بالرقابة الوقائية، وقد نشأ هذا النمط من الرقابة على دستورية القانون في فرنسا نتيجة ظروف تاريخية مرت بها فرنسا إبان الثورة الفرنسية، وفي ظروف ساد فيها الاعتقاد بأن أعمال البرلمان لا يجوز المساس بها.<sup>105</sup>

وقد تعرضت الرقابة السياسية لجملة من الانتقادات، حيث ساق معارضوها حججا متعددة للنيل منها، وذلك بالقول أنه لا يمكن معرفة مدى اتفاق نصوص القانون مع الدستور إلا بالتطبيق الفعلي على الحالات الفردية، وبذلك تكون هذه الرقابة غير مجدية كونها لاحقة لتطبيق القانون، كما انتقد معارضو الرقابة السياسية إسنادها لهيئة سياسية، حيث يثير ذلك جدلا حول السلطة المخولة بتعيين أعضاء هذه الهيئة، مما يهدد استقلالها وحياد قراراتها، في حين يرى المؤيدون لهذه الصورة من الرقابة الدستورية، بأنها وسيلة جيدة لمنع إصدار تشريعات غير دستورية تمر بمراحل التشريع المختلفة، ويرون فيها أسلوبا نافعا لتفادي الآثار السلبية الناتجة عن تسوية الآثار التي ترتبت على تطبيق النص القانوني الذي يُقضى بعدم دستوريته بأثر رجعي، وتذرعوا بأنّ الاتجاه الراجح في الفقه بات يسبغ

<sup>105</sup> نستطيع الادعاء بهذا الخصوص أن مونتسكيو قد أورد في كتابه روح الشرائع ما يشير إلى اقتصار حق الحفاظ على القوانين في يد السلطة السياسية دون غيرها وذلك حينما قال: " لا يكفي وجود مراتب متوسطة وحدها في الملكية، بل يجب وجود مستودع للقوانين أيضا، ولا يكون هذا المستودع في غير الهيئات السياسية التي تعلن القوانين حين وضعها وتذكر بها عندما تنسى"، أنظر، مونتسكيو، روح الشرائع، 33.

طابعا قضائيا على الرقابة السياسية، ويرجع ذلك كما يرون إلى أسباب واقعية أكثر منها نظرية أو قانونية.<sup>106</sup>

وفيما يتعلق بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، نجد أنها تقوم من خلال إسنادها إلى جهة قضائية، وقد تكون هذه الجهة جزء من النظام القضائي العادي كالمحكمة العليا، أو قد تكون جهة قضائية مستقلة تسمى غالبا بالمحكمة الدستورية، ويرى (موريس دوفريجييه) أنّ الرقابة القضائية تعني أن يمارس هذه الرقابة جهاز له صفة محكمة، وقد تعرضت الرقابة القضائية على دستورية القوانين إلى بعض الانتقادات، ومن ذلك القول بأنّ الرقابة القضائية ستؤدي إلى ما يعرف بحكومة القضاة، لأنها تنقل القرار الأعلى إلى هؤلاء، آخذة إياه من البرلمان والحكومة، وقد تصدى أنصار الرقابة القضائية لهذه الانتقادات بالقول أن ما ساقه معارضوها لا ينفق وحقيقة الرقابة القضائية، لأنّ القضاة يلتزمون بتطبيق نصوص الدستور كما هو مفترض.<sup>107</sup>

وقد استقر في الأنظمة القضائية نوعان رئيسان من الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وهما رقابة الامتناع ورقابة الإلغاء، وتكون رقابة الإلغاء على التشريع سابقة أو لاحقة على صدوره، في حين أن رقابة الامتناع تقع على النصوص القانونية النافذة أثناء نظر النزاع أمام محكمة الموضوع.<sup>108</sup>

<sup>106</sup> العصار، "موازنة بين الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة على الدستورية"، 293.

<sup>107</sup> موريس دوفريجييه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، ترجمة جورج سعد (المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع)، 160.

<sup>108</sup> الدناصوري والشواربي، الدعوى الدستورية، 24.

## المبحث الثاني

### الرقابة القضائية على دستورية في فلسطين وتطبيقاتها القضائية

استعرضنا في المبحث الأول من هذا الفصل مفهوم الرقابة على دستورية القوانين وشرعيتها ونطاقها، وبدى لنا أن الرقابة القضائية على دستورية تشكل إحدى صور الحماية القضائية للحقوق والحريات العامة التي تمارسها المحاكم الدستورية، وفي هذا المبحث سنعمد في المطلب الأول منه إلى دراسة الرقابة القضائية على دستورية القوانين من حيث طبيعتها واختصاصات المحكمة الدستورية العليا وطرق الطعن الدستوري، وسيعمد المطلب الثاني إلى دراسة تطبيقات القضاء الدستوري المقارن والقضاء الدستوري الفلسطيني.

### المطلب الأول

#### الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فلسطين

مما لا شك فيه أنّ الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فلسطين هي رقابة حديثة النشأة، مما يستدعي البحث في طبيعة هذه الرقابة واستقراء دورها في حماية الحقوق والحريات العامة وذلك من خلال فرعين، الأول يتطرق إلى طبيعة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فلسطين، والثاني يتطرق إلى اختصاص المحكمة الدستورية العليا وطرق الطعن الدستوري.

## الفرع الأول

### طبيعة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فلسطين

يمكن لنا أن نستقرأ طبيعة الرقابة على دستورية القوانين في فلسطين من خلال دراسة الحقب الدستورية التي تعاقبت على فلسطين، وهي تنقسم إلى مرحلتين أساسيتين، المرحلة الأولى هي مرحلة ما قبل سريان القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، والمرحلة الثانية هي مرحلة ما بعد سريان هذا القانون، وهو ما سنتناوله من خلال المحورين التاليين:

#### 1- الرقابة على دستورية القوانين ما قبل سريان القانون الأساسي:

بالاستعراض التاريخي للحقب الدستورية التي مرت على فلسطين ما قبل سريان القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، نجد أن الوثائق الدستورية في هذه المرحلة قد خلت من النص على الرقابة الدستورية، ففي عهد الانتداب البريطاني، خلا مرسوم دستور فلسطين لسنة 1922 وتعديلاته من الإشارة للرقابة الدستورية،<sup>109</sup> وكذلك فعل القانون الأساسي رقم 255 لسنة 1955 والنظام لسنة الدستوري لسنة 1962 في قطاع غزة،<sup>110</sup> وكذلك الدستور الأردني لسنة 1952،<sup>111</sup> ويمكن القول في هذا السياق أنّ خلو هذه الوثائق

<sup>109</sup> نصت المادة 43 من دستور فلسطين على " حيث نصت على " تشكل محكمة تعرف بالمحكمة العليا تقرر طريقة تأليفها بقانون. ومع مراعاة أحكام أي قانون أو أصول محاكمات يكون لهذه المحكمة بصفتها محكمة استئناف صلاحية القضاء في كافة استئنافات الأحكام الصادرة من أية محكمة من المحاكم المركزية أو الأحكام الصادرة من محكمة الجنايات أو محاكم الأراضي وأية صلاحية أخرى، سواء كانت استئنافية أو خلافها قد تعين في أي قانون، ويكون لهذه المحكمة، لدى انعقادها بصفة محكمة عدل عليا، صلاحية سماع وفصل المسائل التي هي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أية محكمة أخرى مما تستدعي الضرورة فصله لإقامة قسطاس العدل. عدلت هذه المادة بموجب المادة 3 من مرسوم دستور فلسطين (المعدل) لسنة 1947.

<sup>110</sup> تنص المادة 58 من الاعلان الدستوري لسنة 1962 على " مع مراعاة أحكام أي قانون بشأن اختصاص المحكمة العليا تختص هذه المحكمة بالنظر في إلغاء القرارات الإدارية متى كان مرجع الطعن فيها عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو الانحراف في استعمال السلطة، وذلك كله على أوجه المبين في القانون".  
<sup>111</sup> تنص المادة 36 من القانون الأساسي رقم 255 لسنة 1955 على " مع مراعاة أحكام أي قانون بشأن اختصاص المحكمة العليا تختص هذه المحكمة بالنظر في إلغاء القرارات الإدارية متى كان مرجع الطعن فيها عدم الاختصاص أو وجود عيب في

الدستورية من النص على الرقابة الدستورية لا ينفي إمكانية أن تتصدى المحاكم للرقابة الدستورية من خلال الامتناع عن تطبيق النصوص التي تتعارض مع الوثائق الدستورية وفق قاعدة هرمية التشريعات، والتي يقف الدستور على رأسها.

وعلى هذا، يمكن ملاحظة أنّ هذه المرحلة اتسمت بأنّ الرقابة على دستورية القوانين لم تكن تستمد شرعيتها من أي نص في أي وثيقة دستورية، ولم تكن رقابة مركزية مُسندة إلى جهة محددة بذاتها، وإنما تصدت المحاكم باختلاف أنواعها ودرجاتها للرقابة على دستورية القوانين من حيث الشكل والموضوع من خلال امتناعها عن تطبيق النصوص التي تتعارض مع الدستور على قاعدة تدرج التشريعات،<sup>112</sup> أي أنها كانت تمارس رقابة الامتناع، ونستدل على ذلك مما جاء في القرار رقم 53/50 استئناف عليا والذي جاء فيه "كما كان في دستور فلسطين وهو القانون الأساسي النافذ المفعول في المنطقة بمقتضى الأمر رقم 6 لا يحرم المحاكم من التصدي لبحث دستورية القوانين وكان الأصل أن تتولى المحاكم تفسير القوانين وتطبيقها على ما يطرح عليها من خصومة فإن لها لا بل عليها أن تتحقق من سلامة القانون الذي تطبيقه سواء من حيث الشكل والموضوع."<sup>113</sup>

## 2- الرقابة على دستورية القوانين ما بعد سريان القانون الأساسي:

الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها وتأويلها أو الانحراف في استعمال السلطة وذلك كله على الوجه المبين في القانون.

<sup>112</sup> تعرف أيضا بنظرية التوالد القانوني والتي برع بشرحها الفقيه النمساوي هانز كلسن ومفادها أن القواعد القانونية تتخذ في البناء القانوني شكل طبقات يكون الدستور في قمته، حيث تستمد القوانين العادية أساس وجودها وصحتها من الدستور الذي أنشأها، هب بالتالي لا يجوز ان تتعارض معه، وتعتبر هذه النظرية من النظريات التي تؤكد سمو الشكلي للدستور، المجزوب، القانون الدستوري والنظام السياسي، 81.

<sup>113</sup> وكذلك مما ورد في القرار الصادر في الطلب 76/69 عدل عليا، 42/13، 42/7، 42/8، وغيرها، موسى أبو ملوح، "الرقابة القضائية كضمانة لسيادة القانون"، فصلية سياسات، معهد السياسات العامة، رام الله، عدد3، (2007): 37-38.

شكّل صدور القانون الأساسي المعدل 2003 نقلة نوعية باتجاه التنظيم الدستوري للرقابة على دستورية القوانين فيها،<sup>114</sup> حيث نصت المادة 103 منه على تشكيل المحكمة الدستورية العليا وأحالت إلى التشريع العادي طريقة تشكيلها، والإجراءات الواجبة للإتباع، والآثار المترتبة على أحكامها، وقد أحالت المادة 104 اختصاص المحكمة الدستورية العليا إلى المحكمة العليا مؤقتاً، لحين تشكيل المحكمة الدستورية العليا.<sup>115</sup>

ويظهر جلياً من مقاصد المشرع الدستوري في المادة 103 من القانون الأساسي أنه قد أخذ بنظام الرقابة القضائية المركزية على دستورية القوانين، وقد أحال مسألة تنظيم هذه الرقابة من حيث التشكيل والإجراءات الواجبة للإتباع، والآثار المترتبة على أحكامها إلى القانون، ذلك أنّ الفقه "يتفق على أهمية وجود تنظيم للقضاء الدستوري في الدستور يتولى القضاء والفصل في المنازعات الدستورية حيث أن معظم الدساتير أو القوانين الأساسية تحرص على وضع أحكام عامة ومختصرة، من حيث تشكيله ودرجاته واختصاصاته لأن في ذلك ضماناً للقضاء الدستوري في مواجهة السلطات الثلاثة."<sup>116</sup>

وعلى الرغم صدور قانون المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2006، فإنه لغاية تاريخ إعداد هذه الدراسة لم يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا، وظلّ الاختصاص في نظر

<sup>114</sup> تجدر الإشارة إلى أنّ أول تنظيم دستوري للرقابة على دستورية القوانين قد وردت بالقانون الأساسي 2002 حيث نصت المادة 94 منه على إنشاء محكمة دستورية عليا، وقد أحييت اختصاصات هذه المحكمة مؤقتاً إلى المحكمة العليا بموجب المادة 95 منه، وقد تم استنساخ هاتين المادتين إلى متن القانون الأساسي المعدل لعام 2003، وقد نشر القانون الأساسي لسنة 2002 نشر في عدد ممتاز من الوقائع الفلسطينية في 7 يوليو من العام 2002.

<sup>115</sup> تنص المادة 103 على "تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخله في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة".

<sup>116</sup> ياسر العموري وأشرف صيام، "المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية ما بين الحاجة والاشكاليات"، مجلة العدالة والقانون، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، العدد 11، (2009): 196.

المنازعات الدستورية منعقدا بصورة مؤقتة للمحكمة العليا، وذلك بموجب المادة 104 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

ويرى البعض أن منح الاختصاص المؤقت للمحكمة العليا بنظر الطعون الدستورية قد جاء متأثرا بما نصت عليه المادة 192 من الدستور المصري لعام 1971، وقد عاب البعض على المشرع الدستوري الفلسطيني نقله للتجربة المصرية بهذا الشأن، ذلك أن المشرع الدستوري الفلسطيني قد غفل عن حقيقة عدم وجود قانون مستقل للمحكمة العليا الفلسطينية ينظمها على غرار قانون 1969 الذي كان ينظم المحكمة العليا في جمهورية مصر العربية،<sup>117</sup> لذلك واجهت المحكمة العليا الفلسطينية الكثير من الصعوبات في تحديد كيفية انعقادها لنظر الطعون الدستورية في ظل عدم النص على هذه الكيفية في قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001، الأمر الذي استمر حتى بعد صدور قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006.<sup>118</sup>

وفي هذا السياق يرى الباحث أنّ المحكمة العليا يجب أن تتعقد لنظر الطعون الدستورية بحضور أغلبية ثلثي عدد أعضائها على الأقل، وفق ما نصت عليه المادة 25 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001،<sup>119</sup> إلا أننا نجد أن المحكمة العليا في غزة

<sup>117</sup> أبو ملوح، الرقابة القضائية كضمانة لسيادة القانون، 42.

<sup>118</sup> تتشكل المحكمة العليا من محكمة النقض ومحكمة العدل العليا بموجب أحكام المادة 23 من قانون تشكيل المحاكم النظامية، وهما محكمتين متخلفتين في الاختصاص القضائي، في حين أن المحكمة العليا وبموجب المادة 25 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 تتعقد في حالات محددة وهي حالة العدول عن مبدأ قانوني سبق أن قرره المحكمة، أو لرفع تناقض بين مبادئ سابقة، أو إذا كانت القضية المعروضة عليها تدور حول نقطة قانونية مستحدثة، أو على جانب من التعقيد، أو تنطوي على أهمية خاصة، كما تختص بالفصل في طلبات الإلغاء والتعويض ووقف التنفيذ التي يرفعها القضاة على القرارات الإدارية المتعلقة بأي شأن من شؤونهم وكذلك الفصل في المنازعات الخاصة بالرواتب والمعاشات والمكافآت المستحقة لهم أو لورثتهم.<sup>119</sup> تنص المادة 25 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2002 على " تتعقد المحكمة العليا بحضور أغلبية ثلثي عدد أعضائها على الأقل بناءً على طلب رئيسها أو إحدى دوائرها في الحالات التالية:

1- العدول عن مبدأ قانوني سبق أن قرره المحكمة، أو لرفع تناقض بين مبادئ سابقة.  
2- إذا كانت القضية المعروضة عليها تدور حول نقطة قانونية مستحدثة، أو على جانب من التعقيد، أو تنطوي على أهمية خاصة.

قد انعقدت لنظر الطعن الدستوري رقم 2005/1 بعضوية خمسة قضاة فقط،<sup>120</sup> وليس بأغلبية ثلثي أعضائها، حيث كان يبلغ عدد قضاة المحكمة العليا آنذاك ثلاثة وعشرين قاضيا، عشرة منهم في الضفة الغربية، وثلاثة عشرة قاضيا في قطاع غزة.<sup>121</sup> وقد ازداد الأمر تعقيدا بصدور قانون المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2006، والذي نص في المادة الثانية منه على انعقاد المحكمة الدستورية برئاسة وستة أعضاء على الأقل،<sup>122</sup> وهذا ما أثار مشكلة في تحديد عدد أعضاء المحكمة العليا عند نظر الطعون الدستورية، فهل تتعقد المحكمة العليا بأغلبية ثلثي أعضائها وفقا لأحكام المادة 25 من قانون تشكيل المحاكم النظامية عند نظر الطعون الدستورية، أم تتعقد من رئيس وعضوية ستة قضاة على الأقل وفقا لأحكام المادة 2 من قانون المحكمة الدستورية النافذ؟

وقد تجلت هذه الإشكالية عند نظر الطعن الدستوري رقم 1 لسنة 2006، والذي انصب في جزء منه على قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006، وقد انعقدت المحكمة العليا لنظر هذا الطعن بعضوية أحد عشر قاضيا، أي بأغلبية ثلثي أعضائها آنذاك، وقد تضمن رأي الأقلية من القضاة الذين نظروا هذا الطعن أن اتصال المحكمة بالطعن قد جاء سابقا على هذا القانون، وأنها منعقدة بصفتها محكمة عليا وفق ما هو منصوص عليه في المادة 25 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 وبالتالي فهي مشكلة تشكيلا صحيحا، وهذا ما توصلت له الأغلبية أيضا.

<sup>120</sup> قاعدة بيانات المكتب الفني بالمحكمة العليا الفلسطينية، رام الله، تمت المراجعة بتاريخ 20/7/2012.

<sup>121</sup> أنظر، التقرير السنوي للعام 2005، مجلس القضاء الأعلى، 10.

<sup>122</sup> تنص المادة 2 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 1 لسنة 2006 على أنه "تؤلف المحكمة من رئيس ونائب له وسبعة قضاة، وتتعدد هيئة المحكمة من رئيس وستة قضاة على الأقل، وتصدر قراراتها بالأغلبية".

إلا أنه ورغم ذلك، انعقدت المحكمة العليا للنظر بالطعن الدستوري رقم 2010/1<sup>123</sup> بعضوية سبعة قضاة، وهو ما يتوافق مع نص المادة 2 من قانون المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2006،<sup>124</sup> وهذا يعني أن المحكمة العليا تتعد بصفتها محكمة دستورية وفقا للإجراءات المقررة في قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006، وهذا يستدعي وفق ما يرى الباحث وجوب إعمال كافة القواعد المقررة في هذا القانون، وليس اقتصار ذلك على عدد أعضاء المحكمة فحسب.

## الفرع الثاني

### اختصاص المحكمة الدستورية العليا وطرق الطعن الدستوري

يمكن لنا استقراء طبيعة الاختصاص الممنوح للمحكمة الدستورية العليا وطرق الطعن الدستوري المقررة من خلال المحورين التاليين:

#### 1- اختصاص المحكمة الدستورية العليا:

تستمد المحكمة الدستورية العليا اختصاصها مما جاءت به المادة 103 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، حيث نصت الفقرة 1 من هذه المادة على أن اختصاصات المحكمة الدستورية العليا تنحصر في البحث بدستورية القوانين واللوائح أو

<sup>123</sup> صدر الحكم بتاريخ 2010/5/11، قاعدة بيانات المكتب الفني بالمحكمة العليا الفلسطينية، رام الله، تمت المراجعة بتاريخ 2012/7/20.

<sup>124</sup> تنص المادة (2) من قانون المحكمة لدستورية رقم 3 لسنة 2006 على " تولف المحكمة من رئيس ونائب له وسبعة قضاة، وتتعد هيئة المحكمة من رئيس وستة قضاة على الأقل، وتصدر قراراتها بالأغلبية".

النظم وغيرها، وتفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات، والفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي.<sup>125</sup>

ويبدو أن المشرع الدستوري الفلسطيني قد توسع في منح المحكمة الدستورية العليا اختصاصاتها حين أشار إلى أن هذه المحكمة تتولى البحث في دستورية القوانين واللوائح والنظم وغيرها، ولعل التوسع المقصود فيما أشرنا له ينصرف إلى أن رقابة هذه المحكمة لا تقتصر على البحث في دستورية القوانين فقط، وإنما تمتد إلى اللوائح والنظم، ويرى العديد من الباحثين<sup>126</sup> أن المشرع الدستوري وحين وضع عبارة (وغيرها) عنى بذلك إدراج المراسيم الرئاسية والقرارات بقانون والقرارات في نطاق رقابة المحكمة الدستورية، ويرى الباحث بهذا الصدد أن هذا التوسع غير مبرر، ويجعل من اختصاص المحكمة الدستورية اختصاصا عاما يفقد هذه المحكمة خصوصيتها ومقاصد المشرع الدستوري من إنشائها، وإذا كان المشرع الدستوري قد قصد من هذا التوسع توفير حماية أكبر للحقوق والحريات العامة، فإن المشرع الدستوري الفلسطيني بإمكانه الاستعاضة عن هذا التوسع بالنص على طعن تتبعه بعض الأنظمة الدستورية المقارنة وهو ما يعرف بطعن الحماية الدستورية وهو ما يقترب من مفهوم الدعوى المباشرة.<sup>127</sup>

<sup>125</sup> نصت المادة 103 من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 على :

1- تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في:

أ- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها.

ب- تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات.

ج- الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي .

2- يبين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات الواجبة الإتيان، والآثار المترتبة على أحكامها

<sup>126</sup> العموري وصيام، " المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية ما بين الحاجة والاشكاليات"، 202-203.

<sup>127</sup> الدكتور محمد الحاج فاسم، أستاذ القانون العام بجامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء (مقابلة بتاريخ 2012/9/4، رام الله، على

هامش مؤتمر القضاء الإداري الفلسطيني المنظم من قبل مجلس القضاء الأعلى ووزارة العدل).

كما وتجدر الإشارة إلى أنّ التوسع في منح الاختصاصات للمحكمة الدستورية لاسيما بإضافة عبارة (وغيرها) قد يؤدي إلى تداخل بين اختصاصات المحكمة الدستورية العليا واختصاصات محكمة العدل العليا، وتحديدًا فيما يتصل بالقرارات الإدارية، ذلك أنّ الرقابة على مدى مشروعية ومواءمة القرارات الإدارية للقوانين بما فيها القانون الأساسي تدخل في الاختصاص الأصلي لمحكمة العدل العليا، وهو ما قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص بين المحكمة الدستورية العليا ومحكمة العدل العليا، في حين يرى جانب من السادة قضاة المحكمة العليا "أن عبارة (وغيرها) لا تؤدي إلى تنازع في الاختصاص بين المحكمة الدستورية والعليا ومحكمة العدل العليا، ذلك أنّ حدود اختصاص محكمة العدل العليا واضح لا لبس فيه في المادة 33 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 وأن عبارة (وغيرها) لا تعني سحب اختصاص المحكمة الدستورية العليا على اختصاص محكمة العدل العليا وإنما تمتد إلى الاختصاص المتعلق بالمحكمة الدستورية العليا دون غيرها."<sup>128</sup>

كما أنّ توسيع اختصاص المحكمة الدستورية العليا ليمتد نطاق رقابتها إلى البحث في دستورية اللوائح والنظم قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص بين المحكمة الدستورية العليا ومحكمة العدل العليا، وتحديدًا في الاختصاص الممنوح لمحكمة العدل العليا وفق ما تمليه أحكام المادة 33 فقرة 2 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001، والتي تنص على أنّ محكمة العدل العليا تختص بنظر الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء

<sup>128</sup> مقابلة مع سعادة القاضي سامي صرصور، نائب رئيس المحكمة العليا، نائب رئيس مجلس القضاء الأعلى، رام الله، بتاريخ 2013/4/15.

اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام بما في ذلك النقابات المهنية، ويرى جانب من السادة قضاة المحكمة العليا "أنّ هذا التنازع غير وارد ذلك أن قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 بصفته قانون لاحق ألغى حكما نص المادة 33 فقرة 2 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001".<sup>129</sup>

ويلاحظ أيضا أن الفقرة 2 من المادة 24 من قانون المحكمة الدستورية قد أناطت بهذه المحكمة صلاحية تفسير نصوص القانون الأساسي والقوانين في حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها واختصاصاتها، في حين أن المادة 103/ب من القانون الأساسي أناطت بالمحكمة الدستورية صلاحية تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات، ونلاحظ هنا أنّ قانون المحكمة الدستورية قد قصر الصلاحية بالتفسير في حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها واختصاصاتها، بينما لم يحدد القانون الأساسي حالة محددة لهذا الاختصاص، وكذلك، فإنّ قانون المحكمة الدستورية أشار إلى صلاحية المحكمة بتفسير "القوانين"، بينما أشار القانون الأساسي إلى صلاحية المحكمة بتفسير "التشريعات"، مع الإشارة إلى وجود تباين بين المقصود بالقوانين والمقصود بالتشريعات، ذلك أن مفهوم التشريعات أشمل من مفهوم القوانين، ويعتبر مفهوم التشريعات مفهوم شمولي يشمل القوانين والتشريعات الثانوية من لوائح وأنظمة،<sup>130</sup> الأمر

<sup>129</sup> مقابلة مع سعادة القاضي عماد سليم سعد، عضو المحكمة العليا الفلسطينية، رام الله، بتاريخ 2013/4/15.

<sup>130</sup> العموري وصيام، "المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية ما بين الحاجة والإشكاليات"، 202-203.

الذي قد يفسر أنه محاولة من قبل المشرع العادي لتضييق اختصاص المحكمة الدستورية بالتفسير الذي جاء به القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

وإذا كان قانون المحكمة الدستورية قد حاول تضييق اختصاص المحكمة الدستورية من الجوانب الذي أشرنا لها آنفاً، فإنه سعى إلى إضافة اختصاصات جديدة للمحكمة من جوانب أخرى، وذلك مما نصت عليه الفقرة رقم 4 من المادة 24 من هذا القانون، والتي أضافت إلى اختصاص المحكمة الدستورية صلاحية الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من جهة قضائية أو جهة ذات اختصاص قضائي، وكذلك ما أضافته الفقرة 5 من ذات المادة من اختصاص المحكمة الدستورية في البت في الطعن بفقدان رئيس السلطة الوطنية الأهلية القانونية وفقاً لأحكام البند (1/ج) من المادة (37) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003.

ويمكن القول في هذا السياق أن هذه الإضافة وإن لم تكن واردة في المادة 103 من القانون الأساسي، إلا أنها واجبة التطبيق، كونها لا تتناقض ولا تنتقص من الاختصاص الذي نصت عليه المادة 103 من القانون الأساسي، وإنما أضافت إليه اختصاصاً جديداً.

## 2- طرق الطعن والدفع الدستوري:

نصت المادة 27 قانون المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2006 في فقراتها على أربعة طرق محددة للطعن والدفع الدستوري،<sup>131</sup> وتتمثل هذه الطرق فيما يلي:

<sup>131</sup> نصت المادة 27 من قانون المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2006 على "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي:

1- بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة استناداً إلى أحكام المادة (24) من هذا القانون.

### أ- الطعن بطريق الدعوى الأصلية:

نصت المادة 1/27 من قانون المحكمة الدستورية على الطعن بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة، والتي يقيمها المتضرر باللجوء مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا، وقد انتقد البعض التوسع في منح المتضرر حق اللجوء إلى المحكمة الدستورية مباشرة، حيث لم تحدد هذه المادة مفهوم الضرر، إن كان معنوياً أم مادياً، الأمر الذي قد يزيد من العبء على المحكمة الدستورية.<sup>132</sup>

### ب- الدفع بطريق الإحالة:

وهو ما يستفاد من نص المادة 1/27 بمنح الصلاحية للهيئات القضائية أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي إذا تراءى لها أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار لازم للفصل في النزاع، وقف نظر الدعوى وإحالة الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية.

2- إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية.

3- إذا دفع الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي، أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز تسعين يوماً لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد، اعتبر الدفع كأن لم يكن.

4- إذا كانت المحكمة تناقش نزاعاً معروضاً عليها وأثناء السير في النزاع تبين للمحكمة أن هناك نص غير دستوري متصل بالنزاع، فلها من تلقاء نفسها أن تتصدى بأن تفصل في عدم دستوريته بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالمنزعة المطروحة أمامها حسب الأصول".

<sup>132</sup> العموري و صيام، " المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية ما بين الحاجة والإشكاليات"، 202-203.

### ج- طريقة الدفع الفرعي:

وهو ما يستفاد مما نصت عليه الفقرة 3 من المادة 27 من قانون المحكمة الدستورية بأنّ منحت الخصوم حق الدفع أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار، على أن تقرر هذه المحكمة أو الهيئة مدى جدية هذا الدفع، فإذا رأت أنّ الدفع يتسم بالجدية، فعليها تأجيل نظر الدعوى وتحديد ميعاد لمن أثار الدفع بما لا يجاوز تسعين يوماً لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد، اعتبر الدفع كأن لم يكن.

وفي هذا السياق، صدر قرار تمهيدي بتاريخ 2013/1/3 عن محكمة صلح رام الله في الدعوى الجزائية رقم 2012/1231 بشأن تحديد مدى جدية الطعن بدستورية المادة 12 من قانون المطبوعات والنشر الفلسطيني رقم 9 لسنة 1995، حيث خلّصت المحكمة إلى أنه "لا ارتباط بين النص المدفوع بعدم دستوريته وهو المادة 12 من قانون المطبوعات والنشر النافذ ومصلحة المتهم من الحكم بعدم دستوريته فإن الطعن والحالة هذه يكون فاقداً الجدية لعدم اتصاله بالأساس الموضوعي والشخصي للدعوى والحالة هذه يكون فاقداً الجدية لعدم اتصاله بالأساس الموضوعي والشخصي للدعوى الجزائية مما يتعين رده".<sup>133</sup>

<sup>133</sup> صدر قرار تمهيدي بتاريخ 2013/1/3 عن محكمة صلح رام الله في الدعوى الجزائية رقم 2012/1231 بشأن تحديد مدى جدية الطعن بدستورية المادة 12 من قانون المطبوعات والنشر الفلسطيني رقم 9 لسنة 1995، حيث خلّصت المحكمة إلى أنه "لا ارتباط بين النص المدفوع بعدم دستوريته وهو المادة 12 من قانون المطبوعات والنشر النافذ ومصلحة المتهم من الحكم بعدم دستوريته فإن الطعن والحالة هذه يكون فاقداً الجدية لعدم اتصاله بالأساس الموضوعي والشخصي للدعوى الجزائية مما يتعين رده". للإطلاع على ما تضمنه القرار أنظر موقع المفتي الصفحة الرئيسية.

[http://muqtafi.birzeit.edu/PDFPre.aspx?PDFPath=Uploads%2Fcourt\\_judgment%2Fsoloh.pdf](http://muqtafi.birzeit.edu/PDFPre.aspx?PDFPath=Uploads%2Fcourt_judgment%2Fsoloh.pdf)

#### د- طريقة التصدي من قبل المحكمة الدستورية:

وهو ما يستفاد من نص الفقرة 4 من المادة 27 بأن منحت المحكمة الدستورية العليا حق التصدي من تلقاء نفسها وأثناء نظر نزاع معروض عليها لأي نص تشبته بعدم دستوريته، وأن تقضي تبعاً لذلك بعدم دستورية هذا النص، بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالمنازعة المطروحة أمامها حسب الأصول.

وعلى العموم، فإن طرق الطعن الدستوري في قانون المحكمة الدستورية العليا وإن عاب البعض عليها التوسع، إلا أنها تجعل من السهل للمواطن الوصول إلى هذه المحكمة بطرق متعددة ومتنوعة وشاملة، وهذا ما يجعل من المحكمة الدستورية قادرة على فرض رقابتها بصورة أكثر شمولية من خلال إتاحة ذلك بطرق الطعن المختلفة التي أشرنا لها.

#### المطلب الثاني

##### تطبيقات القضاء الدستوري المقارن والقضاء الدستوري الفلسطيني

حتى يتبين لنا دور الرقابة القضائية في حماية الحقوق والحريات العامة، فلا بد من استعراض بعض التطبيقات القضائية بهذا الصدد، حيث سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، الأول يسلط الضوء على أبرز التطبيقات القضائية في القضاء الدستوري المقارن، لاسيما أحكام المحكمة العليا الأمريكية، والمحكمة الدستورية بجنوب إفريقيا، وبعض أحكام المحاكم الأوروبية، وكذلك أحكام المحاكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، مع الإشارة

إلى رقابة الامتناع التي مارسها بعض المحاكم في المملكة الأردنية الهاشمية،<sup>134</sup> بينما سيتصدى الفرع الثاني لاستعراض التطبيقات القضائية للمحكمة العليا الفلسطينية في نظرها للطعون الدستورية المتصلة بالحقوق والحريات العامة على الرغم من قلتها، مع محاولة استقراء ما دور القضاء الدستوري في إرساء الحقوق والحريات العامة من خلالها.

## الفرع الأول

### تطبيقات القضاء الدستوري المقارن

مما لا شك فيه أن للقضاء الدستوري أهمية عظمى في حماية الحقوق والحريات وإسباغ الحماية الدستورية على هذه الحقوق، وينطلق القاضي الدستوري في سبيل هذه المهمة من خلفيات متعددة، ذلك أنه "لا يستطيع أن ينظر لهذه الحقوق من منظور فردي، بل ينبغي عليه تحليل النصوص الدستورية من خلال ثلاثة ضوابط، وهي الشخص ذاته، والمجتمع، ومتطلبات النظام العام، وإنّ أيّ اجتهاد للقاضي الدستوري في تحليل الحقوق دون أن يأخذ بالحسبان مصالح هذا الثلاث، فلا بد أن يعترى اجتهاده بعض الشوائب".<sup>135</sup>

كما يتوجب على القاضي الدستوري أن يقوم بإجراء الموازنة الدستورية على قاعدة تكامل النصوص الدستورية، بمعنى أنّ "نصوص الدستور تكمل بعضها، وأنّ لكل نص مضمون مستقل لا يعزله عن باقي النصوص، ذلك أنّ هذه النصوص لا تفهم معزولة عن بعضها

<sup>134</sup> يصعب الفصل بين هذه الحقوق حيث لا يعكس هذا التقسيم المستمد من الشريعة الدولية أهمية في التقييد أو الانسحاب أو التفسير، وعلى العكس تبدو هذه الحقوق في ترتيبها وأهميتها وتقييدها والانسحاب منها وكأنها مستقلة عن بعضها البعض وغير متصلة وكأنها تنفي التقسيم جملة وتفصيلاً " لذلك فإنّ هذا التقسيم لا يرتب أثراً قانونياً بقدر ارتباطه بتطور وقبول هذه المفاهيم في المجتمع الدولي وخروجها بوتائق دولية منفصلة، شعبان، القانون الدولي لحقوق الإنسان، 54.

<sup>135</sup> صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، 326.

البعض، وإنما تتأتى دلالة أي منها في ضوء ما تفيدته دلالة النصوص الأخرى من معان شاملة،<sup>136</sup> وهذا يقود إلى حقيقة مفادها أن الحقوق والحريات العامة تتداخل فيما بينها تداخلا كبيرا لا انفصام فيه.

وضمن هذه الضوابط، لعب القضاء الدستوري المقارن أهمية قصوى في تأكيد ضمانات حقوق الإنسان وحياته، وتجاوز قضاء بعض المحاكم الدستورية حدود النص الدستوري ذاته، لتأكيد الحماية القضائية لحقوق الإنسان، وليس أدل على ذلك مما خلُصت إليه المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا في حكمها الصادر بتاريخ 6 حزيران 1995 من رفض الإعدام الذي لم يستطع المشرع العادي إلغاؤه، حيث رأت المحكمة أن الإعدام لا يتوافق مع القسم التاسع من الدستور الذي يقر حقوق الإنسان الفردية لا سيما حقه بالحياة.<sup>137</sup>

ويكمن لنا من خلال استعراض التطبيقات القضائية بيان طبيعة الحماية التي وفرها القضاء الدستوري للحقوق المدنية والسياسية والحقوق والاجتماعية والاقتصادية بشكل تفصيلي، وبالتأكيد، فإننا لن نستطع الإشارة إلى كل ما صدر عن المحاكم الدستورية في مضامين وقواعد حقوق الإنسان كافة، ولكننا سنركز على المسائل الأكثر إشكالية في الحقوق المدنية والسياسية، كحرية والرأي والتعبير، وحرية الاعتقاد، والحق في المساواة، وكذلك التركيز على بعض الحقوق الاجتماعية والاقتصادية، كالحق في الرعاية الصحية، والحق في المسكن، والحق في الملكية الخاصة، والحق في النشاط النقابي، وأثر هذه الحقوق على

<sup>136</sup> أنظر، المحكمة الدستورية الكويتية، "طلب تفسير رقم 3 لسنة 2004"، مجلة الرقابة الدستورية، منشورات اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، العدد الأول، (2007): 101.

<sup>137</sup> صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، 313.

الالتزامات المفروضة على الحكومات، علماً أنّ الدساتير العربية ومنها القانون الأساسي الفلسطيني لم تأخذ بهذا التصنيف المستمد بالأساس من العهدين الدوليين لحقوق الإنسان، ذلك أنه لا يمكن أن نفع على معيار محدد للتفريق بين هذه الحقوق، لأنها تتقاطع وتتداخل أحيانا كثيرة، فمثلاً، كيف يمكن تقسيم حق العمل على ضوء هذا المعيار التقليدي، هل هو حق اقتصادي أم اجتماعي أم مدني؟ وكذلك الحق في التنظيم النقابي، هل هو حق مدني أم اجتماعي؟

عدى عن أنّ هذا التقسيم لا يعكس أثراً قانونياً إلا بالقدر الذي يرتب التزامات إيجابية أو سلبية على الدول، حيث جرى تقسيم الحقوق والحريات العامة في الشريعة الدولية لحقوق الإنسان إلى الحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاجتماعية والاقتصادية، رغم عدم وجود فواصل قاطعة بينها، مما حدى بالبعض إلى التمييز بينها وفق ما يسمى بمعيار العمل الايجابي أو السلبي الذي تفرضه هذه الحقوق على الدول، ذلك أنه والعكس من الحقوق والحريات السياسية والمدنية، فإنه لا يكفي النص على الحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية في دساتير الدول، بل لابد من قيام الدول بعمل إيجابي بغية الوفاء بها، حيث تفرض الحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية على الدول القيام بأعمال من شأنها تقديم العون للمواطنين في حياتهم على مختلف الأصعدة، في الوقت الذي لا تفرض فيه الحقوق والحريات السياسية والمدنية عليها سوى التزاماً سلبياً تمتنع بمقتضاه عن القيام بأية أعمال يمكن أن تحول بين المواطنين وبين ممارسة حقوقهم السياسية والمدنية، وربما يعود هذا التقسيم إلى ما جاء به الفقيه (ديجي) من أنّ الحريات نوعان، يشمل النوع

الأول الحريات السلبية وهي التي تظهر في صورة قيود على سلطة الدولة، والثاني يتضمن خدمات إيجابية تقدمها الدولة للأفراد.<sup>138</sup>

كما وتجدر الإشارة إلى أنّ هذه الحقوق تتشابك فيما بينها وتتداخل بما يصعب فصلها عن بعضها، فتتداخل الحقوق السياسية والمدنية بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية من جهة، وتتداخل الحقوق فيما بينها سواء أكانت حقوق مدنية أو سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية من جهة أخرى، فيكون الحق في التظاهر أحد تجليات الحق في حرية الرأي والتعبير، وكذلك الحق في التنظيم النقابي أحد تعبيرات الحق في التجمع السلمي والحق في تكوين الجمعيات، وتتشابك هذه الحقوق جميعها مع الحق في الحياة، والحق في تقرير المصير وهكذا،<sup>139</sup> ولكننا سنحاول ورغم ذلك الاستناد إلى هذا التقسيم التقليدي لغايات التركيز والإطالة على التطبيقات القضائية الدستورية فيما يتعلق بالحقوق والحريات العامة، وهو ما سيأتي لنا من خلال محورين، الأول يتعرض إلى الحقوق المدنية والسياسية، والثاني يتعرض إلى الحقوق الاجتماعية والاقتصادية.

#### أ- الحقوق المدنية والسياسية:

يمكن لنا فهم التطبيقات القضائية للمحاكم الدستورية المرتبطة بالحقوق المدنية والسياسية من خلال البحث في ثلاث حقوق رئيسة تمثل جوهر الحقوق المدنية والسياسية، وهي حرية الرأي والتعبير، وحرية المعتقد، والحق في المساواة وعدم التمييز:

<sup>138</sup> راضي وعبد الهادي، المدخل لدراسة حقوق الإنسان، 45-46.  
<sup>139</sup> يصعب الفصل بين هذه الحقوق حيث لا يعكس هذا التقسيم المستمد من الشريعة الدولية أهمية في التقييد أو الانسحاب أو التفسير، وعلى العكس تبدو هذه الحقوق في ترتيبها وأهميتها وتقييدها والانسحاب منها وكأنها مستقلة عن بعضها البعض وغير متصلة وكأنها تنفي التقسيم جملة وتفصيلاً. " لذلك فإنّ هذا التقسيم لا يربط أثراً قانونياً بقدر ارتباطه بتطور وقبول هذه المفاهيم في المجتمع الدولي وخرجها بوتائق دولية منفصلة، شعبان، القانون الدولي لحقوق الإنسان، 54.

## 1- حرية الرأي والتعبير:

يشتمل هذا الحق في جوهره على الحرية في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين دونما اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع، أو بأية وسيلة أخرى يختارها، بمعنى أن هذا الحق يشتمل على الحق في النشر وحرية الصحافة، والحق في الوصول إلى المعلومات وغيرها من الحقوق ذات الصلة.<sup>140</sup>

وبهذا الصدد، يمكن القول بأن المحكمة العليا الأمريكية قد لعبت دوراً ريادياً في تأكيد الحق في حرية الرأي والتعبير والحقوق الأخرى المتصلة به، لاسيما في تحديد مدى تقاطع هذا الحق مع مفهوم النظام العام، والأمن القومي، وما شابه، ويمكن أن نلمس في أحكامها أهمية الدور الذي يقوم به القضاء الدستوري في حرية الرأي والتعبير عبر منظومة اجتهادات قضائية متناسقة واعية ومتبصرة للظروف الواقعية، ومن ذلك مما جاء في قضية نيويورك تايمز والمعروفة بـ "أوراق البنتاجون" ( New York Times v. United States, 403 U.S. 713 (1971) )<sup>141</sup> والتي تعتبر من أهم القضايا التي تتعلق بحظر النشر بادعاء أن محتوى النشر يتناول المسائل المتعلقة بالأمن الوطني أو القومي،

<sup>140</sup>تنص المادة 19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على " 1- لكل إنسان حق في اعتناق آراء دون مضايقة 2- لكل إنسان حق في حرية التعبير. ويشمل هذا الحق حريته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين دونما اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب أو بأية وسيلة أخرى يختارها.

3- تستتبع ممارسة الحقوق 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.

<sup>141</sup>محمد الخضر، القضاء والإعلام، حرية التعبير بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة (رام الله: المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية، مدى، 2012)، 37. تتلخص وقائع هذه القضية في أن الحكومة الأمريكية طلبت من المحكمة العليا منع "نيويورك تايمز" و "واشنطن بوست" من نشر مقتطفات من أوراق تم تسريبها من البنتاجون (وزارة الدفاع الأمريكية) بحجة أن هذه الأوراق تكشف عن معلومات سرية تتعلق بمعلومات عن الحرب الأمريكية الفيتنامية، وقد طلبت الحكومة من المحكمة إصدار أمر فوري بمنع النشر لأن النشر قد يؤدي إلى الإخلال بالأمن القومي الأمريكي ويؤدي كذلك إلى موت جنود أمريكيين وبطيل أمد الحرب ويخل بالعلاقات الدبلوماسية الأمريكية، إلا أن المحكمة العليا الأمريكية رفضت طلب الحكومة هذا معللة حكمها بأن الحكومة الأمريكية لم تصل إلى الحد المطلوب لمنع السابق من النشر حتى تقرر المحكمة منعه، وقد رفضت المحكمة طلب الحكومة على الرغم من الفحص الدقيق للوقائع والسجلات المقدمة من الحكومة والتي تضمنت وجود خطر محقق، وقد قررت المحكمة أن ما أدعته الحكومة لم يثبت من خلاله الخطر المحدق والمحقق والذي يمكن أن يبرر منع النشر.

وهي مسألة النظام العام التي تشكل هاجسا للدول التي قد تحاول فرض قيود على حرية الرأي والنشر، وفي هذا الحكم، يظهر جليا توسع الاجتهاد القضائي الدستوري في فهم الحق بالنشر كأساس من أسس الحرية في التعبير والصحافة.

ويلاحظ هنا أنّ المحكمة العليا الأمريكية قد قضت بحظر الرقابة المسبقة على النشر كقاعدة عامة بمنع فرض أية قيود مسبقة على النشر، وأقرت أن الصحافة لها حصانة شبه مطلقة من الرقابة الحكومية المسبقة على النشر.

ويمكن القول أنّ المحكمة العليا الأمريكية قد أرست في هذا الحكم مبادئ هامة في هذه القضية، منها ضرورة الموازنة بين ما بين حق العموم في الاطلاع على المعلومات ذات العلاقة بالشأن العام، والخطر الذي يتوقع حدوثه جراء عملية النشر، ولم تعتمد على الأسباب التي ساقتها الحكومة الأمريكية لتحديد ماهية الخطر، وقد قررت أنه يتوجب على المحكمة ألا تنظر فقط إلى الخطر المحتمل من النشر، بل يجب عليها أن تنظر إلى المصلحة والمنفعة المحتملة من النشر، خاصة إذا ما كانت هذه المعلومات صحيحة وتهم الشأن العام، ووصلت بالنتيجة أن المصلحة المتوخاة من النشر والتي تتمثل بحق العموم بالاطلاع على المعلومات المتعلقة بالجيش الأمريكي تسمو على الخطورة التي يسببها النشر، وقد جعلت المحكمة من عبء اثبات وجود الخطر المحدق يقع بالكامل على عاتق الحكومة طالبة المنع، وللمحكمة الحق الكامل بالاطلاع ومراجعة جميع المعلومات المقدمة من الحكومة ووزنها لتقرير وجود الخطر المحدق الذي يمنع النشر ومقداره، وأن على الحكومة عندما تدعي وجود الخطر المحدق المانع من النشر أن تحدد هذا الخطر بدقة

ووضوح، مع ضرورة تحديد الخطر المحقق بعينه ووصفه، وأنه سيتحقق فعلا جراء عملية النشر، وقد أسست المحكمة العليا للحق في التعبير من منطلق الصلة الوثيقة بينه وبين الحق في النشر وحق الجمهور في الاطلاع.<sup>142</sup>

كما ويلاحظ أن المحكمة العليا الأمريكية قد أولت المصلحة الفردية اهتماما أكبر من حق الجمهور في الاطلاع حين يكون الضرر محدقا بالفرد، وذلك ما يتبين لنا جليا في الحكم رقم A64809 الصادر عن المحكمة العليا الأمريكية في العام 2010، حين قررت المحكمة منع بث وقائع محاكمة بسبب ما ثبت أمامها من ضرر جسيم يمكن أن يلحق بالمدعي من استمرار البث.<sup>143</sup>

ويبدو أن المحكمة العليا الأمريكية قد توسعت في حماية الحقوق والحريات بما يتعدى فكرة الحكم بعدم دستورية حظر الحق في النشر التشريعات، فاتجهت إلى الحكم بعدم دستورية أي تشريع يتضمن سياسية عقابية غير واضحة، وذلك باستخدام نصوص فضفاضة في تعبيرها ومقاصدها بما يستهدف إحداث قيود غير واضحة تسمح بتقييد الحريات، وهذا مما جاء في حكمها في قضية ( Brandennburg v. Ohio, 395 U.S. ) (1969) 444 التي تتعلق بتشريع صادر عن ولاية أوهايو الأمريكية، حيث نص هذا

<sup>142</sup> المرجع السابق، 38-39.

<sup>143</sup> أحمد الأشقر، علنية المحاكمات والحق في الخصوصية، ورقة عمل قدمت في مؤتمر الإعلام العدلي بتاريخ 2012/5/18، أريحا، فندق الانتركونتيننتال، تتلخص وقائع هذه القضية بقيام المحكمة بنظر طلب وقف بث تفاصيل المحاكمة التي تتعلق بتعديل دستور كاليفورنيا بشأن السماح للزواج المثليين، حيث أشار المدعي في هذه القضية بالإضافة إلى من يدعمونه إلى أنهم يتعرضون لتهديدات جدية وضغوطات من عدة جهات وصلت إلى حد التهديد بالقتل، والفصل من الوظائف نتيجة موقفهم المؤيد للزواج المثليين، وقد تقدم المدعون بطلب من أجل وقف الضرر الحقيقي الذي يمكن أن يلحق بهم جراء نشر وإذاعة وقائع المحاكمة، حيث تقدم المدعي بطلب إلى المحكمة الفدرالية في كاليفورنيا من أجل وقف البث وتم رفض طلبه، وكذلك الأمر قررت محكمة الاستئناف التي رفضت أيضا وقف البث، وبالنتيجة، قدم المدعي طلبا إلى المحكمة العليا الأمريكية لإصدار أمراً بوقف البث، واستجابت المحكمة العليا لطلبه وأصدرت أمراً بوقف البث في هذه القضية بسبب ما ثبت أمامها من ضرر جسيم يمكن أن يلحق بالمدعي من استمرار البث، وأشارت المحكمة العليا إلى أن قرارها يشمل وقف البث في هذه القضية بسبب مخالفة المحكمة للقانون الفدرالي من الناحية الاجرائية في مسألة تتعلق بألية اعتماد القواعد ذات العلاقة بالبث بالنسبة للمحكمة ولا يمتد لغيرها من القضايا.

التشريع المطعون بدستوريته على معاقبة أية دعوة تحت على واجب أو ضرورة أو مناسبة القيام بجريمة معينة أو استعمال العنف كوسيلة لتحقيق إصلاح سياسي أو اقتصادي، وقد رأَت المحكمة في هذا الحكم، أنّ المشرع الأمريكي قد قصد بسنه هذا التشريع وضع إطار عقابي يسمح بتجريم قيام أي شخص بالتحريض على إحداث إصلاح سياسي أو اقتصادي بواسطة العنف، وكأنه يستهدف تحقيق مصلحة عامة، لكن المحكمة العليا الأمريكية وجدت أن اللغة التي تم استعمالها في التشريع فضفاضة لدرجة أنها تمنع أي دعوة غير محددة قد يفهم منها أنها تحت على التغيير بالعنف أو تحت على القيام بأعمال مخالفة للقانون، ولهذا حكمت المحكمة بعدم دستورية هذا التشريع لما يفرضه من قيود مرهقة على حرية التعبير، بالرغم من أن القانون قد يطبق في حالات معينة بطريقة تتفق مع حرية التعبير، إلا أنّ عموميته وغموض نصوصه تعتبر بحد ذاتها مخالفة للدستور.<sup>144</sup>

هذا الموقف التي اتخذته المحكمة العليا يعبر عن مدى حرص القضاء الدستوري على عدم إجازة تقييد الحقوق بوضع نصوص تشريعية قد تؤدي إلى بث الرعب في أوساط المواطنين من التعبير عن آرائهم بالشأن العام خوفا من الملاحقة القضائية، وهذا ما أكدته المحكمة العليا الأمريكية في حكمها بقضية ( Connally v. general Construction Co., 269 U.S. 385, 1926 ) ، حين اعتبرت أن التشريع يكون مشوب بعيب عدم الدستورية بسبب غموضه، وعلّة ذلك أنّ الفعل المجرم بموجبه يتسم بعدم الوضوح، بحيث أن الشخص العادي يكون عليه لزاما أن يتكهن بمعناه، ولا يستطيع أن يحدد مجالات

<sup>144</sup> محمد الخضر، القضاء والإعلام، حرية التعبير بين النظرية والتطبيق، 33.

تطبيقه، وهذا بالتحديد ما رآه القاضي مارشال أيضا في رأيه المعارض لحكم المحكمة العليا في قضية (Arnett v. Kennedy, 416 U.S. 134, 1974)، حين أشار إلى أن التشريع الذي يحتوى على عبارات غامضة وفضفاضة غير واضحة الدلالة سيكون بمثابة السيف المسلط على رقاب الناس، وأن خطر النصوص الغامضة يتعدى الشخص المائل أمام المحكمة فقط، بل يمتد إلى الآخرين الذين سيمتنعون عن القيام بأعمال محمية بموجب الدستور خوفا من الاصطدام مستقبلا بالمحظورات التي يضعها التشريع.<sup>145</sup>

إلا أنه ورغم كل ما أشرنا إليه سابقا، نجد أن المحكمة العليا الأمريكية قد فرضت بعض القيود على الحق في التعبير، مثلما جاء به حكمها في القضية (Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942)) والتي تتلخص وقائعها بقيام شخص يتبع ديانة معينة (Jehovah's Witnesses) بتوزيع منشورات للتعريف بديانته والترويج لها، كما قام أيضا بإلقاء خطاب في زاوية شارع عام قال فيه أن جميع الديانات الأخرى لا تتعدى كونها وسيلة لابتزاز الأموال من الناس، وقد تم اعتقال هذا الشخص وبعد أن تقدم بطعن للمحكمة العليا أقرت المحكمة هذا الاعتقال، وأوضحت أن ما صدر عن الشخص المعتقل هو مثابة تهجم على الآخرين، وهو غير محمي بموجب الحق في التعبير، وقد بررت المحكمة ذلك بالقول أن الحق في التعبير، بالرغم من أهميته، هو حق غير مطلق في أي وقت وتحت أي ظرف، فهناك أنواع معينة من الكلام (معرفة جيدا ومحددة بدقة بالغة)، يكون منعها غير مخالف للحق الدستوري في التعبير، وهذه الأنواع تشمل فيما تشمله

---

<sup>145</sup> المرجع السابق، 32-33.

التعابير الجنسية الفاضحة، واحتقار أو إهانة الآخرين مباشرة والتي بمجرد التقوه بها تلحق الأذى النفسي البالغ بالموجه لهم هذه الكلام أو تستنقزهم فوراً لاستعمال العنف.<sup>146</sup>

كما يمكن لنا قراءة تباين في أداء المحكمة العليا الأمريكية بخصوص موقفها من حرية الرأي والتعبير في بعض السياقات التاريخية المرتبطة بالسياسات القومية التي كانت تتبناها الولايات المتحدة الأمريكية آنذاك، ففي قضية الولايات المتحدة الأمريكية ضد أوبراين "كان هناك توافقاً عاماً على عدم التسامح مع المحتجين على حرب فيتنام، ولذلك، عندما قام السيد أوبراين بحرق مسودة بطاقته (شهادة التسجيل للخدمة الاختيارية) على سلم محكمة جنوب بوسطن كوسيلة للتعبير عن معارضته لحرب فيتنام، تمت محاكمته وأدين، واعتبرت المحكمة العليا أن أوبراين من خلال حرقه للبطاقة- التي كانت تشكل في رأي المحكمة أهمية كبيرة باعتبارها وسيلة لتوفير دليل التسجيل، وتيسر الاتصال بين المسجلين والمجالس المحلية وأنّ هناك مصلحة حكومية كافية لإدانته."<sup>147</sup>

وبالنظر إلى التطبيقات القضائية الغربية الأخرى، نجد أنه وعلى خلاف ما جاءت به المحكمة العليا الأمريكية من توسيع حدود حرية الرأي حين تتعلق بالشأن العام، وتضييقها حين تمس هذه الحرية كرامة الأشخاص، ذهب القضاء الدستوري البلجيكي إلى وضع حرية الرأي بين حدين، حيث قرر أن حرية الرأي هي إحدى ركائز المجتمع الديمقراطي لكنها ليست مطلقة، وقد وضع ضوابط لها حين تتعلق حرية الرأي بموضوع عام، بينما اجتهد القاضي الدستوري الإسباني إلى اعتبار حرية الرأي غير معنية بهذه الضوابط حين

<sup>146</sup> المرجع السابق، 67.

<sup>147</sup> أميرة عبد الفتاح، حرية الصحافة في مصر، الشبكة العربية لمعلومات حقوق الإنسان، <http://www.anhri.net/05.shtml>

تتعلق بمبدأ دستوري آخر، لاسيما عندما تتعلق بحقوق شخص معين، مثلما أقر بحرية الرأي للمحامي في الدفاع عن موكله، حيث اعتبرها حرية معززة كونها تتصلق بحق دستوري آخر وهو حق الدفاع.<sup>148</sup>

وعلى مستوى القضاء الدستوري الألماني، نجد أنه غالبا ما يعتبر قضايا مثل إنكار المحرقة والحرب العالمية الثانية من القضايا الحساسة التي لا تقع تحت حماية الحق في حرية الرأي والتعبير، وهذا ما قضت به المحكمة الدستورية الألمانية في قضية BVerfGE 90.241 حيث رفضت المحكمة شكوى من جمعية تدعي انتهاك المادة 5 من الدستور الألماني لحرية التعبير، بينما قررت المحكمة الدستورية الألمانية في قضية "1، BVerfGE 90، إلغاء قرار منع كتاب (الحقيقة لألمانيا) الذي يتحدث عن الذنب في الحرب العالمية الثانية باعتباره خطرا على الشباب."<sup>149</sup>

ورغم الإشارة الصريحة في الكثير من أحكام المحاكم الدستورية للحق في حرية الرأي والتعبير، إلا أنه يُلاحظ أن القضاء الدستوري لم يتعرض إلا نادرا إلى بعض الحقوق المتصلة بالحق في حرية الرأي والتعبير، كالحق التظاهر والذي يعتبر أحد التجليات الهامة للحق في حرية الرأي والتعبير، وربما يكون ذلك عائدا إلى لجوء الطاعنين في الغالب إلى القاضي الإداري حينما تحرمهم السلطة العامة من ممارسة هذا النوع من الحق من خلال لجوء الإدارة عادة إلى سلطتها في الضبط الإداري لتقييد هذا الحق، ويرى البعض "أن القاضي الدستوري الإسباني هو الوحيد الذي تطرق إلى الحق في التظاهر

<sup>148</sup> صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، 330 – 331.

<sup>149</sup> أميرة عبد الفتاح، حرية الصحافة في مصر، الشبكة العربية لمعلومات حقوق الإنسان،

<http://www.anhri.net/reports/pressfreedom/05.shtml>

وصلته الوثيقة بالحق في حرية الرأي والتعبير، ويعود ذلك لأسباب عدة أهمها أن المادة

الثانية من الدستور الإسباني قد نصت على هذا الحق صراحة.<sup>150</sup>

وعلى مستوى التطبيقات القضائية العربية فيما يتعلق بحرية الرأي والتعبير وحق النشر، نجد أنّ إحدى المحاكم الأردنية قد تصدت في حكم لها للقيود التشريعية والعقابية على حرية النشر عن طريق الامتناع عن تطبيق نص مخالف للدستور، حين قررت الامتناع عن تطبيق المادة 78 من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960، حيث رأت المحكمة في حكمها رقم 2002/876 أن جعل مسؤولية رئيس التحرير مبنية على افتراض قانوني بأنه اطع على كل ما نشر في الصحيفة يشكل مخالفة لأحكام الدستور بافتراض مبدأ حسن النية و البراءة، وقررت أيضا أن الفقرة (ب) من المادة (41) من قانون المطبوعات والنشر تخالف المادة (103) من الدستور، الأمر الذي يجعل هذه الفقرة غير دستورية، وقد رأت المحكمة وجوب الامتناع عن تطبيق النص القانوني المخالف للدستور باعتبار

الدستور أسمى القوانين.<sup>151</sup>

وقد قررت محكمة العدل الأردنية في سابقة على درجة كبيرة من الأهمية في القضية رقم 97/226 بتاريخ 1998/1/26 الامتناع عن تطبيق قانون المطبوعات والنشر المؤقت رقم 27 لسنة 1997، وخلصت المحكمة في هذا الحكم أن حالة الضرورة المنصوص عليها في المادة 94 من الدستور الأردني لسنة 1952 لا تتوافر في الحالة التي صدر بها

<sup>150</sup> صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، 357.

<sup>151</sup> تجدر إشارة إلى أن رقم 2002/876 في حين لم يبين المصدر اسم المحكمة مصدرة القرار، أنظر موقع التشريعات الأردنية، [http://www.lob.gov.jo/ui/principles/search\\_no.jsp?year=2002&no=876&PrincType=8&PrincPage=000000&publish\\_year=2002](http://www.lob.gov.jo/ui/principles/search_no.jsp?year=2002&no=876&PrincType=8&PrincPage=000000&publish_year=2002)

التشريع المذكور، وبالتالي فهو مخالف للدستور الأمر الذي يستدعي بالتأكيد الامتناع عن تطبيقه.<sup>152</sup>

وأمام هذا الدور المتعاضم للرقابة القضائية على دستورية القوانين سواء أكانت رقابة مركزية أم رقابة امتناع، نجد أن حرية التعبير والإعلام في بعض الدول العربية تعاني من فرض الرقابة المسبقة المطلقة على النشر، ولعل حكم المحكمة الدستورية المصرية (رقم 7 لسنة 2 قضائية دستورية) يشكل دلالة صارخة على ذلك، حيث أبحاث المحكمة الدستورية العليا المصرية في هذا الحكم فرض الرقابة على النشر بكل صورها، بل وحظرت مقاضاة الجهة الحكومية التي تتولى الرقابة على المطبوعات، وأسست حكمها على الأمر رئيس الجمهورية رقم 1 لسنة 1967 الصادر في حالة الطوارئ التي تم إعلانها بموجب القرار الجمهوري رقم 1337 لسنة 1967.<sup>153</sup>

وإذا كانت حالة الطوارئ في مصر هي حالة غير دستورية إلا في ظروف محددة وليس كحالة دائمة، فكيف يمكن للمحكمة الدستورية العليا أن تلجأ إلى تقييد حرية النشر والتعبير بل وإعدام هذا الحق بالاستناد إلى أمر صدر بموجب حالة الطوارئ الغير دستورية أصولا؟

وإذا كانت المحكمة الدستورية العليا المصرية قد عطلت هذا الحق بداعي وجود حالة الطوارئ، فإن محكمة العدل العليا الأردنية في القضية رقم 68/24 قد قررت أن إعلان الأحكام العرفية لا يجوز أن يؤدي إلى تعطيل الدستور طالما لم يرد نص في الدستور

<sup>152</sup> أبو حجلة، الرقابة على دستورية القوانين في الأردن، 163.

<sup>153</sup> للمزيد أنظر، وقائع الحكم، محمد الخضر، القضاء والإعلام، حرية التعبير بين النظرية والتطبيق، 39.

يجب هذا التعطيل، ورأت أن تعليمات الإدارة العرفية لا يجوز لها أن تعدل نصوص الدستور ولا أن تخرج عن مبادئه وأحكامه، إلا أن المحكمة أيضا وقعت في ذات المعضلة التي وقعت بها المحكمة العليا المصرية، حيث لم تتطرق بالأصل إلى مدى دستورية إعلان الأحكام العرفية وقد انتهت الحرب التي كانت سببا لهذا الإعلان.<sup>154</sup>

## 2- حرية الاعتقاد:

يجدر القول بأن حرية الاعتقاد تتصل بحقوق دستورية أخرى لصيقة بها، كالحق في التعبير، والحق في ممارسة الشعائر الدينية، وحرية الفكر وغيرها من الحقوق ذات الصلة.<sup>155</sup>

وعلى صعيد التطبيقات القضائية، تباينت اجتهادات القضاء الدستوري المقارن بخصوص حرية الاعتقاد، فنجد أن القضاء الدستوري الإسباني قد عزز الحق في حرية المعتقد، لكنه وضع ضوابط لهذه الحرية، وذلك حين قررت المحكمة الدستورية الإسبانية أن "حرية المعتقد لها وجهان، وجه خارجي يفرض على المواطن أن يتصرف بحرية معتقده بما لا يتعارض مع معتقدات الآخرين من المواطنين، ووجه داخلي يؤمن له ضمانات دائرة خاصة

<sup>154</sup> أبو حجلة، الرقابة على دستورية القوانين في الأردن، 209.

<sup>155</sup> نصت المادة 18 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على "

1- لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين. ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحرية في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحرية في إظهار دينه أو معتقده بالتعبير وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملأ أو على حدة.

2- لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأنه أن يخل بحريته في أن يدين بدين ما، أو بحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره.

3- لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحريةهم الأساسية...."

به وبمعتقداته ولا يجوز لأي سلطة عامة أن تنتهك هذه الدائرة الخاصة أو أن تلزم المواطن بأعمال تخالف معتقداته الدينية.<sup>156</sup>

في حين رأى القضاء الدستوري الإيطالي "أن كل انتهاك للمعتقدات الدينية يعتبر دائماً ومن خلال تكامل هذه الحرية بأنه انتهاك لها ويجب تقييم هذا الانتهاك بصورة مستقلة عن الطائفة المعنية."<sup>157</sup>

ويرى القاضي الجنوبي الإفريقي (ساكس) في هذا الجانب، بأنّ الدولة يجب عليها قدر الإمكان تجنب وضع أفراد الجماعات الدينية (الطوائف) تحت أعباء كبيرة ينتج عنها إلزامهم بالاختيار أو المفاضلة بين الالتزام بحدود القانون، والإخلاص لمعتقداتهم الدينية.<sup>158</sup>

ورأى القاضي الدستوري الكندي أنّ "جوهر مفهوم الحرية الدينية يتمثل الحق بالتفكير في مثل تلك المعتقدات الدينية ودراستها حسبما يختار المرء والإعلان عن هذه المعتقدات على الملأ ودونما شعور بأي خوف في مواجهة الاعتراضات أو التعرض للانتقام، وكذلك في تجسيد المعتقدات الدينية عن طريق العبادة وممارسة تلك المعتقدات او من خلال تعليمها ونشرها."<sup>159</sup>

وعلى العموم، يمكن القول أنّ حرية الاعتقاد تثير الكثير من الإشكالات في الدول التي تتعدد بها الطوائف الدينية، مما يستدعي معالجة قضائية ودستورية دقيقة ومتبصرة وواعية

<sup>156</sup> أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، 333.

<sup>157</sup> المرجع السابق، 334.

<sup>158</sup> Oxford University Press, page 124, Albie Sachs, The strange Alchemy of Life and Law

<sup>159</sup> سوسن زهر وحسن جبارين، دليل تدريبي، الكرامة الإنسانية في الممارسات القضائية، دراسة نظرية ودراسات حالة (مركز القدس للمساعدة القانونية وحقوق الإنسان، كانون ثاني، 2012)، 66

وعلى درجة عالية من الحياد والموضوعية، نظرا للحساسية التي تتطوي عليها حرية الاعتقاد، وما يستتبع ذلك من الحق في ممارسة الشعائر الدينية.

تجدر الإشارة إلى أن إحدى الجمعيات الأهلية الفلسطينية تقدمت بطعن لدى المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية طالبة إزالة عبارة الديانة (مسلم أو مسيحي) من بطاقات الهوية الشخصية بداعي أنها مدعاة للتمييز بين المواطنين على أساس الدين، ولا زال الطعن منظورا حتى تاريخ إعداد هذه الدراسة الطعن رقم 2013/1، المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية.

### 3- الحق في المساواة وعدم التمييز:

إنّ الحق في المساواة وعدم التمييز لا ينفصل عن الحقوق الأخرى لاسيما الحق في المساواة بنقلّ الوظائف العامة، والحق في المشاركة السياسية وغيرها، وتقوم فكرة هذا الحق على منع التمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو الدين، وهو ما قد يتفرع عنه حقوق دستورية أخرى عديدة، لذلك، نجد أن العديد من التطبيقات القضائية سواء فيما يتعلق بالحقوق المدنية أو السياسية أو الحقوق الاجتماعية أو الاقتصادية ترتبط بشكل أو بآخر بالحق في المساواة.<sup>160</sup>

وعلى مستوى التطبيقات القضائية المقارنة، رأت المحكمة الدستورية المصرية العليا في حكمها بالطعن في نص المادة 139 من لائحة الأقباط الأرثوذكس لسنة 1938 "أنه لا

<sup>160</sup> تنص المادة 26 من العهد الولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على "الناس جميعا سواء أمام القانون ويتمتعون دون أي تمييز بحق متساو في التمتع بحمايته. وفي هذا الصدد يجب أن يحظر القانون أي تمييز وأن يكفل لجميع الأشخاص على السواء حماية فعالة من التمييز لأي سبب، كالعرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي سياسيا أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب.

يجوز في مسألة لا يتعلق فيها تحديد هذا السن بأصول العقيدة وجوهر أحكامها أن يمايز المشرع في مجال ضبطها بين المصريين تبعاً لديانتهم ذلك أن الأصل هو مساواتهم قانوناً ضماناً لتكافؤ الحماية الدستور أو المشروع لجمعهم،<sup>161</sup> وهنا يبدو أن هذه المحكمة قد انحازت لمبدأ المساواة بين المصريين حين لا يتعلق التشريع بنصوص تمليها العقيدة، وبمعنى المخالفة، فإن المحكمة ترى أنه لا يجوز إصدار تشريعات تخالف أحكام المعتقد لطائفة معينة، ويظهر هذا الحكم أيضاً ارتباط مبدأ المساواة بالحقوق الأخرى ارتباطاً وثيقاً لاسيما في الحق بعدم التمييز بين المواطنين تبعاً لدياناتهم.

وفي سوابق قضائية أخرى، فسّرت المحكمة الدستورية العليا المصرية مبدأ المساواة في تفسيراً متبايناً في العديد من أحكامها، فقد رأت في الدعوى رقم 102 لسنة 2 قضائية دستورية - جلسة 1993/6/19 "أن مبدأ المساواة وما يقتضيه من الحماية القانونية المتكافئة، يفترض تماثل المراكز القانونية في نطاق الموضوع محل التنظيم التشريعي، ومعاملتها بالتالي على ضوء قاعدة موحدة لا تفرق بين أصحابها بما ينال مضمون هذه الحقوق التي يتمتعون بها، وأن مبدأ المساواة يفترض المساواة بين المرشحين لدخول الوظائف العامة، وكذلك المساواة بين الموظفين في المزايا والالتزامات الوظيفية العامة."<sup>162</sup>

وهنا يبدو جلياً أنّ المحكمة الدستورية العليا المصرية قد أرست مبادئ عامة تقضي بضرورة تكافؤ الفرص والمساواة في تقلد الوظائف العامة، إلا أنّ المحكمة ذاتها قد

<sup>161</sup> الدناصوري و الشواربي، الدعوى الدستورية، 240

<sup>162</sup> أبو زيد شحاتة شحاتة، مبدأ المساواة في الدساتير العربية (منشورات، press، 2001)، 625.

ضيققت من تفسير مبدأ المساواة في حكمها بخصوص شرط التميّز للأحزاب في برامجها السياسية، وذلك مما جاء في الطعن الذي قدمه الحزب الناصري الذي تم رفض تأسيسه بداعي انتفاء هذا الشرط، حيث رفضت المحكمة الطعن بعدم دستورية البند الثاني من المادة الرابعة من قانون الأحزاب السياسية قبل تعديله سنة قبل تعديله في العم 2005، ورأت أنّ نص هذه المادة قد جاء عاما مجردا لينطبق حكمه على جميع الأحزاب دون أن يميز بين حزب وآخر،<sup>163</sup> ويرى الباحث أن المحكمة قد فسرت مبدأ المساواة تفسيراً شكلياً، ولم تبحث في مدى دستورية القيود التي يفرضها هذا الشرط ومدى تعطيله للحق في المساواة، والحق في المشاركة السياسية.

ورغم هذا التضييق في تفسير مبدأ المساواة وتطبيقاته في هذا الحكم، إلا أنّ المحكمة الدستورية العليا المصرية قد اجتهدت في حكم آخر لها اجتهادا بيّنا أكدّ على حظر التمييز وعدم المساواة في الحق بالمشاركة السياسية، وذلك حين أشارت إلى أن صور التمييز المجافية للدستور وإن كان يصعب حصرها إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكّمية من الحقوق أو الحريات التي كفلها الدستور أو القانون، وذلك سواء بإنكار أصل وجودها أو تعطيل أو انتقاص آثارها بما يحول دون مباشرتها على قدم المساواة الكاملة بين المؤهلين للانتفاع بها وبوجه خاص على صعيد الحياة السياسية، ورأت أن استبعاد شاغلي وظائف الإدارة العليا بالوحدات الاقتصادية من فرص الترشيح

<sup>163</sup> عبد الكريم، الحماية القضائية لحرية تأسيس الأحزاب، 97-100.

التي كفلها لغيرهم من العاملين بها رغم تماثلهم جميعا في مراكزهم القانونية هو تمييز تحكمي ومنهي عنه بنص المادة 40 من الدستور.<sup>164</sup>

ويبدو جليا ارتباط الحق بالمساواة في الحق بالمشاركة السياسية، والحق في تقلد الوظائف العامة، باعتبارهما حقين أصليين من الحقوق المدنية والسياسية، ويرى الباحث أن هذين الحكمين يظهران كيف يمكن للاجتهاد القضائي أن يتباين في تفسير الحقوق الدستورية تبعا للوقائع المتعلقة بكل قضية، على الرغم من تعلق كل قضية بذات الحق.

#### ب- الحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية:

يمكن لنا فهم التطبيقات القضائية للمحاكم الدستورية المرتبطة بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية من خلال البحث في ثلاث حقوق رئيسة تمثل جوهر الحقوق الاجتماعية والاقتصادية، لاتصالها الوثيق بالحقوق الدستورية الأخرى، وهي الحق في العمل، والحق في الرعاية الصحية، والحق في المسكن، وذلك وفقا للمحاور الثلاثة التالية:

#### 1- الحق في العمل:

يرتبط الحق بالعمل بحقوق دستورية أخرى، كالحق في التأمين الاجتماعي، والحق في التكوين النقابي، وما يستتبع ذلك من الحق بالإضراب وغيره من الحقوق ذات الصلة.<sup>165</sup>

<sup>164</sup> شحاتة، مبدأ المساواة في الدساتير العربية، 627-628.

<sup>165</sup> نصت المادة 6 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية على أنه " تعترف الدول الأطراف في هذا العهد بالحق في العمل، الذي يشمل ما لكل شخص من حق في أن تتاح له إمكانية كسب رزقه بعمل يختاره أو يقبله بحرية، وتقوم باتخاذ تدابير مناسبة لصون هذا الحق.

وفي التطبيقات القضائية، يُلاحظ أنّ المحكمة الدستورية العليا المصرية قد أعلنت من الحق في العمل، وربطت هذا الحق في التنمية الاقتصادية، لكنها وضعت ضوابط للمزايا التي يجب أن يتمتع بها العمال، حيث رأت المحكمة بأن الدستور حرص بالنصوص التي تضمنها على أن تكون التنمية طريقاً وهدفاً، وأن تكون وسائلها أعون على إنفاذها، وأن يكون التكامل بين مراحلها واعياً وعميقاً، بل أن ديباجة الدستور المصري تؤكد أن قيمة الفرد التي ترتبط بها مكانة الوطن وقوته مردها إلى العمل، وأن النضال من أجل الحرية يقتضي أن يكون دور المواطنين في تثبيتها فاعلاً، وإذا صح القول بأن الحرية السياسية والحرية الاقتصادية متكاملتان، فإن العمل - وكلّما كان مبرراً من الاستغلال - كان طريقاً لتحرير الوطن والمواطن، ولا يجوز بالتالي أن يقترن بمزايا لا يرتبط عقل بها.<sup>166</sup>

ومن جانب آخر، أسبغت المحكمة الدستورية المصرية الحماية القضائية لحق العامل في أجر منصف، ورأت أن الحق في العمل هو حق لكل مواطن، وأنه يرقى إلى مرتبة الشرف والواجب في آن واحد، واعتبرت أن الأجر المنصف ضرورة دستورية حتى لا يتحول الحق في العمل إلى السخرة المجافية في مضمونها للحق في العمل، وقد رأت

2. يجب أن تشمل التدابير التي تتخذها كل من الدول الأطراف في هذا العهد لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق توفير برامج التوجيه والتدريب التقنيين والمهنيين، والأخذ في هذا المجال بسياسات وتقنيات من شأنها تحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية وثقافية مطردة وعمالة كاملة ومنتجة في ظل شروط تضمن للفرد الحريات السياسية والاقتصادية الأساسية." بينما جاءت المادة 7 من ذات العهد بتفصيلات ترتبط بهذا الحق حين نصت على "تعترف الدول الأطراف في هذا العهد بما لكل شخص من حق في التمتع بشروط عمل عادلة ومرضية تكفل على الخصوص:

(أ) مكافأة توفر لجميع العمال، كحد أدنى:

"1" أجر منصف، ومكافأة متساوية لدى تساوى قيمة العمل دون أي تمييز، على أن يضمن للمرأة خصوصاً تمتعها بشروط عمل لا تكون أدنى من تلك التي يتمتع بها الرجل، وتقاضيها أجراً يساوى أجر الرجل لدى تساوى العمل،

"2" عيشاً كريماً لهم ولأسرهم طبقاً لأحكام هذا العهد،

(ب) ظروف عمل تكفل السلامة والصحة،

(ج) تساوى الجميع في فرص الترقية، داخل عملهم، إلى مرتبة أعلى ملائمة، دون إخضاع ذلك إلا لاعتباري الأقدمية والكفاءة،

(د) الاستراحة وأوقات الفراغ، والتحديد المعقول لساعات العمل، والاجازات الدورية المدفوعة الأجر، وكذلك المكافأة عن أيام العطل الرسمية.

<sup>166</sup> أنظر، قضية رقم 7 لسنة 16 قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية"، موقع مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا،

المحكمة أنه في مجال حق العمل والتأمين الاجتماعي، كفل الدستور أمرين، أولهما أن العمل ليس ترفاً ولا هو منحة من الدولة تبسطها أو تقبضها تحكما أو إعناتا، وأن الأصل في العمل أن يكون إراديا قائما على الاختيار الحر، فلا يُحمل عليه المواطن حملا إلا أن يكون ذلك وفق قانون وبوصفه تدييرا استثنائيا لأداء خدمة عامة وبمقابل عادل، وهي شروط تطلبها الدستور في العمل الإلزامي، وألزم المشرع بمراعاتها مقيدا سلطته في مجال تنظيمه، حتى لا يتحول العمل إلى نوع من السخرة المجافية في مضمونها للحق في العمل بوصفه شرفا.<sup>167</sup>

وفي سابقة على درجة بالغة من الأهمية، فرضت المحكمة الدستورية العليا المصرية قيوداً على سلطة المشرع في تنظيم الحق في العمل، تتمثل بوجود أن لا يناقض التشريع فحوى هذا الحق، حيث أكدت المحكمة أن ما نص عليه الدستور في المادة 13 من اعتبار العمل حقا، مؤداه ألا يكون تنظيم هذا الحق مناقضا لفحواه، وأن يكون فوق هذا اختيارا حرا، والطريق إليه محدد وفق شروط موضوعية مناطها ما يكون لازما لإنجازه، متوخيا دوما تطوير أنماط الحياة وتشكيلها في اتجاه التقدم، معززا ببرامج رائدة تزيد من خبرة العامل وتنميتها، وتكفل خلق مناخ ملائم يكون العمل في إطاره إسهما وطنيا فاعلا.<sup>168</sup>

ويرى الباحث أن المحكمة الدستورية العليا المصرية قد أكدت في أحكامها على أن فلسفة الحق في العمل تقوم على الاختيار الحر ومنع الإكراه على عمل ما مع ضرورة توافر

<sup>167</sup> قضية رقم 27 لسنة 8 قضائية المحكمة الدستورية العليا المصرية "دستورية"، موقع مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا،

<http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-27-Y8.html>

<sup>168</sup> أنظر، قضية رقم 62 لسنة 18 قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية"، موقع مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا،

<http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-62-Y18.html>

الأجر العادل، وربطته بصورة دائمة بالبعد الوطني وضرورات التنمية، وألزمت المشرع أن يلتزم في التشريعات النازمة للحق في العمل بهذه الضوابط.

## 2- الحق في الرعاية الصحية:

يرتبط الحق في الرعاية الصحية بحقوق دستورية أخرى، كالحق في تأمين الغذاء، والحق في المسكن، وكذلك الحق في رعاية الطفولة والأمومة.<sup>169</sup>

وعلى مستوى التطبيقات القضائية، توسعت بعض اجتهادات القضاء الدستوري المقارن في فرض الالتزامات على الحكومات لتأمين هذا الحق، ومنها ما قرره القضاء الدستوري البلجيكي من أن الحق في الرعاية الصحية لا يشمل المواطنين والمقيمين الشرعيين فحسب، وإنما أوجب أن تشمل هذه الرعاية الأجانب المقيمين على الأراضي البلجيكية بصورة غير شرعية،<sup>170</sup> وكذلك فرض القضاء الدستوري الإسباني على السلطات

<sup>169</sup> تنص المادة 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية على " تقرر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه. 2. تشمل التدابير التي يتعين على الدول الأطراف في هذا العهد اتخاذها لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق، تلك التدابير اللازمة من أجل:

- (أ) العمل على خفض معدل موتي المواليد ومعدل وفيات الرضع وتأمين نمو الطفل نموا صحيا،
- (ب) تحسين جميع جوانب الصحة البيئية والصناعية،
- (ج) الوقاية من الأمراض الوبائية والمتوطنة والمهنية والأمراض الأخرى وعلاجها ومكافحتها،
- (د) تهيئة ظروف من شأنها تأمين الخدمات الطبية والعناية الطبية للجميع في حالة المرض.

بينما تنص المادة 11 من ذات العهد على " تقرر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل شخص في مستوى معيشي كاف له ولأسرته، يوفر ما يفي بحاجتهم من الغذاء والكساء والمأوى، وبحقه في تحسين متواصل لظروفه المعيشية. وتتعهد الدول الأطراف باتخاذ التدابير اللازمة لإنفاذ هذا الحق، معترفة في هذا الصدد بالأهمية الأساسية للتعاون الدولي القائم على الارتضاء الحر.

2. واعترافا بما لكل إنسان من حق أساسي في التحرر من الجوع، تقوم الدول الأطراف في هذا العهد، بمجهودها الفردي وعن طريق التعاون الدولي، باتخاذ التدابير المشتملة على برامج محددة ملموسة واللازمة لما يلي:

- (أ) تحسين طرق إنتاج وحفظ وتوزيع المواد الغذائية، عن طريق الاستفادة الكلية من المعارف التقنية والعلمية، ونشر المعرفة بمبادئ التغذية، واستحداث أو إصلاح نظم توزيع الأراضي الزراعية بطريقة تكفل أفضل إنماء للموارد الطبيعية وانتفاع بها،
- (ب) تأمين توزيع الموارد الغذائية العالمية توزيعا عادلا في ضوء الاحتياجات، يضع في اعتباره المشاكل التي تواجهها البلدان المستوردة للأغذية والمصدرة لها على السواء.

<sup>170</sup> صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، 369.

الاسبانية إطلاق سراح السجناء المرضى بالقلب بصورة مشروطة، كون مبدأ الحماية الصحية للإنسان مفروض بموجب المادة 15 من الدستور الإسباني.<sup>171</sup>

ورأت المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا في قضية (Soobramony) أنّ على الدولة أن توفر جميع وسائل العناية الطبية وتوفر الحياة الصحية والمياه النظيفة والغذاء الأساسي لمواطنيها، وكذلك يجب عليها توفير مكان للعلاج في المستشفيات لكافة المواطنين بدون تمييز، وتتخلص وقائع هذه القضية في أنّ السيد (Soobramony) وهو مريض بالفشل الكلوي المزمن قد تقدم بطلب من المحكمة بالإيعاز للمستشفى بتوفير جهاز غسل كلّي مستقل له، مدعيًا بأنّ الدستور يكفل له حق الرعاية الصحية، وقد رفضت المحكمة هذا الطلب، وعللت ذلك بعدم إمكانية التدخل في القرار المنطقي الذي اتخذته السلطات الطبية فيما يتعلق بتوظيف الموارد الطبية الشحيحة، وتحديدًا إعطاء الأولوية للمرضى الذين كانوا مرشحين محتملين لزراعة كلّي جديدة.<sup>172</sup>

وهنا يبدو جلياً كيف عالجت المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا الحق في الرعاية الصحية، من خلال المفاضلة بين حق مجموعة من المواطنين في توفير الرعاية الصحية لهم، وهدرت بذات الوقت حق مواطن واحد للاستفادة من الخدمات الطبية للبقاء حياً، وذلك تحت مبررات توظيف الموارد الطبية الشحيحة للموازنة بين المصالح، هذا الفهم العميق للمصالح وأولوياتها قاد المحكمة إلى النتيجة، ويرى الباحث أنه ورغم أهمية ما ساقته المحكمة في تبريراتها، إلا أنه كان يتوجب عليها أن تلزم الدولة بالقيام بتنفيذ

---

<sup>171</sup> المرجع السابق، 370.

<sup>172</sup> Sachs, The strange Alchemy Of Life And Law, page 185

واجباتها الدستورية بتوفير حق الرعاية الصحية للمواطن، لا سيما أنّ هذا الحق يتصل اتصالاً وثيقاً بحقه في الحياة، لا أن تكفي بموازنة المصالح فقط، ومما لاشك فيه، أنّ وقائع هذه القضية تطرح أمامنا تساؤلات كبرى حول مدى الالتزامات الإيجابية التي يجب على الدولة أن تقوم بها تجاه الحقوق والحريات العامة.

### 3- الحق في السكن وتوفير المأوى:

يرتبط الحق في السكن وتوفير المأوى بحقوق دستورية أخرى، ويتقاطع معها، كالحق في الملكية الخاصة، والحق في الحياة الكريمة، وغيرها من الحقوق ذات الصلة.<sup>173</sup> ويمكن القول أنّ الحق في السكن هو من الحقوق التي تثير إشكالية حول مدى الالتزامات الإيجابية المفروضة على الحكومات لتأمينها، كما هو الأمر في الحق بالرعاية الصحية والحق بالعمل.

وعلى مستوى التطبيقات القضائية، تناول القضاء الدستوري المقارن مسألة الحق في السكن تناولاً متبايناً، فقد رأى القاضي الدستوري الإيطالي أن تأمين المسكن مسألة غير قابلة للنقاش قياساً على أهميتها في حياة الإنسان، في حين ذهب القاضي الدستوري البرتغالي إلى أن حق تأمين السكن تفرضه مسألة احترام كرامة الإنسان، لذلك فإن

<sup>173</sup> يجد هذا الحق سنده في العهد الدولي الخاص بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية فيما نصت عليه المادة 11 فقرة 1 من هذا العهد والتي نصت على " تقرر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل شخص في مستوى معيشي كاف له ولأسرته، يوفر ما يفي بحاجتهم من الغذاء والكساء والمأوى، وبحقه في تحسين متواصل لظروفه المعيشية. وتتعهد الدول الأطراف باتخاذ التدابير اللازمة لإنفاذ هذا الحق، معترفة في هذا الصدد بالأهمية الأساسية للتعاون الدولي القائم على الارتضاء الحر

التشريع الذي يمس قليلاً بحق الملكية الخاصة في سبيل تأمين مساكن للعائلات هو تشريع غير مخالف للدستور، وهذا ما أشار له القاضي الدستوري الروسي أيضاً.<sup>174</sup>

ومثلما كان الحق في الرعاية الصحية مسألة إشكالية في القضاء الدستوري الجنوب إفريقي، فإن مسألة الحق في السكن بدت كذلك فيما تناوله قرار المحكمة الدستورية العليا في جنوب إفريقيا في القضية المعروفة بـ (GROOTBOOM)، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيدة (GROOTBOOM) كانت تقيم مع أطفالها في كوخ بدائي غير مؤهل للسكن الإنساني، وتتسرب إليه المياه، لاسيما في فصل الشتاء، حيث تصبح الأرض المقام عليها الكوخ موحلة جداً ولا تصلح للعيش، فأقدمت السيدة المذكورة للتخلص من هذا الوضع السيء الذي يهدد حياتها وحياة أطفالها ومعها ما يناهز ألف مواطن على الانتقال إلى تلة قريبة وبناء مساكن بدائية لهم هناك، علماً أن أرض هذه التلة التي أقاموا عليها كانت مخصصة لإقامة مجمعات سكنية لمواطنين آخرين، وعلى إثر ذلك، قامت السلطات ودون سابق إنذار بهدم منازل هؤلاء، ومنهم السيدة (GROOTBOOM)، فوجدوا أنفسهم بلا مأوى في العراق، وقد تقدمت السيدة المذكورة بطعن يستند إلى مسؤولية الدولة بتوفير مسكن لها وفق ما تمليه أحكام الدستور، فألزمت المحكمة السلطات بتوفير ملجأ مؤقت لهؤلاء.<sup>175</sup>

وقد ناقشت المحكمة موضوع تأمين السكن من زاوية حقوق الطفل والكرامة الإنسانية، وأشارت إلى مدى فاعلية السلطات في القيام بالتزاماتها الدستورية في تنفيذ وتأمين الحقوق

<sup>174</sup> أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، 373-374.

<sup>175</sup> Sachs, The strange Alchemy Of Life And Law, page 161-170

الاجتماعية والاقتصادية، إلا أنها لم تجز كقاعدة عامة إتاحة الفرصة للاعتداء على حق الملكية الخاصة وحقوق الآخرين الذين كان من المقرر أن يحصلوا على مساكن لهم على هذه الأرض، بداعي توفير حق السكن وحماية حقوق الطفل، إلا أنها رأت في مقابل ذلك أنه لا ينبغي تشديد القيود القانونية تجاه السكان المحتاجين للملجأ.<sup>176</sup>

وباستقراء حيثيات هذا الحكم، نجد أيضا أنّ المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا قد استجمعت الظروف التاريخية التي مرت بها البلاد واستحوذ تركيزها على جملة من الحقوق المتصلة بالحق في توفير السكن، إلا أنها لم تكن قاطعة جازمة فيما خلصت إليه، واكتفت بالنص على مبادئ أساسية دون إيجاد إجابات محددة للأسئلة الكبرى التي تطرحها وقائع هذه القضية، من حيث مدى الالتزامات المفروضة على الدولة لتأمين هذا الحق الدستوري بما يتناسب مع إمكانياتها، ومن حيث مدى توافر سياسيات حكومية ملائمة تعزز هذا الحق.

في حين توسعت المحكمة الدستورية ذاتها في جنوب إفريقيا في قضية مدينة جوهانسبرغ ضد عقارات راند في مفهومها للحق في المسكن، حيث رأت أنّ "السكن يشكل جزءا من الكرامة الإنسانية وأنّ المسكن اللائق ينطوي على أكثر من مجرد توفير أربعة جدران وسقف للغرفة التي تأوي، إذ أنّ السكن أمر ضروري لكي يحيا المرء حياة صحية طبيعية، وأن يفي بالاحتياجات النفسية العميقة، من حيث الخصوصية والمساحة الشخصية والاحتياجات الجسدية".<sup>177</sup>

<sup>176</sup> أنظر حيثيات الحكم، المرجع السابق، 161-170.

<sup>177</sup> الكرامة الإنسانية في الممارسات القضائية، 48.

وعلى العكس من ذلك، نجد أن القاضي الدستوري البرتغالي قد أجاز إصدار تشريعات تمس بحق الملكية الخاصة في مقابل تأمين المسكن للمواطنين، وهو ما يصطلح عليه بالاستملاك للمنفعة العامة، وهو ينطوي على مساس بحق الملكية الخاصة الذي حظرت المحاكم الدستورية المساس به من خلال نزع الملكية جبرا إلا لتحقيق منفعة عامة ومقابل تعويض.<sup>178</sup>

وعلى الرغم أنّ القاضي الدستوري الهندي قد أقرّ عدم جواز التعدي على الأماكن العامة لغايات تأمين السكن، إلا أنه ألزم في قضية (أولغا تيلبس ضد بلدية بومباي) الحكومة بتأمين مساكن بديلة لسكان الأرصفة، بحيث تكون تلك الأماكن البديلة واقعة في مكان ملائم حسبما ترتأيه الحكومة، وقد جاء هذا الحكم في معرض الطعن بطرد جميع سكان الأرصفة والأحياء الفقيرة أو الشعبية في مدينة بومباي الهندية.<sup>179</sup>

ويمكن القول في هذا السياق، بأنّ التزام الدولة بتأمين المسكن هو التزام مقصور على توفير السياسات الملائمة بهذا الشأن، إلا أنه وفي ظروف كارثية وطارئة، فإنّ الأمر قد يستدعي من السلطات التدخل لتأمين المسكن من خلال نزع الملكية الخاصة في الحدود الضرورية لتأمين حقوق أساسية أخرى كالحق في الحياة.

<sup>178</sup> شحاتة، مبدأ المساواة في الدساتير في الدساتير العربية، 206.

<sup>179</sup> الكرامة الإنسانية في الممارسات القضائية، 96.

## الفرع الثاني

### تطبيقات القضاء الدستوري الفلسطيني

تنطوي مسألة البحث في تطبيقات القضاء الدستوري الفلسطيني المتصلة بحماية الحقوق والحريات العامة على صعوبة كبيرة في ظل شح الأحكام الدستورية الصادرة عن المحكمة العليا في هذا الجانب، ذلك أنّ القضاء الدستوري الفلسطيني لم يتصدى للبحث في مسائل تتصل بالحقوق والحريات العامة بشكل مباشر، ويرى الباحث أنّ ذلك يعود إلى سببين، الأول يتمثل في طبيعة الطعون الدستورية التي قدمت لهذه المحكمة والتي لم تتضمن طعنا مباشرا بأي من التشريعات لمساسها بأي من الحقوق والحريات العامة، والسبب الثاني هو عدم توسع المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية للبحث في مدى موافقة التشريعات للحقوق والحريات العامة أثناء نظر هذه الطعون، لذلك، نجد أن أغلب الطعون الدستورية انتهت إلى التقرير بعدم الاختصاص أو رد الطعن لانتفاء المصلحة. ورغم ذلك، ستعمد هذه الدراسة إلى استقراء النهج الذي سار عليه القضاء الدستوري الفلسطيني بشكل عام، في محاولة لفهم النمط القضائي الذي يحكم عمل القضاء الدستوري الفلسطيني، ومقاربة ذلك مع القواعد الدستورية المتصلة بالحقوق والحريات العامة ما أمكن لنا.

وعلى مستوى التطبيقات القضائية، نجد أنّ قضاء المحكمة العليا بصفتها الدستورية قد اتسم على وجه العموم بسمّة تضيق حدود رقابتها القضائية،<sup>180</sup> حيث ركّزت هذه المحكمة

<sup>180</sup> على سبيل المثال، قد أخرجت المرسوم الرئاسي من حدود رقابتها قبل صدور قانون المحكمة الدستورية العليا حين قررت "أنّ المرسوم هو عمل من أعمال الإدارة وأصدره الرئيس طبقاً لاختصاصاته التنفيذية لأنه رأس السلطة الإدارية العليا والقرارات الإدارية تخضع للطعن بالإلغاء أمام محكمة العدل العليا ولا تختص المحكمة الدستورية بنظرها لأنها ليست من الأعمال

على الجوانب الشكلية في الطعون المنظورة من قبلها أكثر من تركيزها على مضامين هذه الطعون من الناحية الموضوعية، وهذا ما بدا جلياً من خلال حكمها في الطعن دستوري رقم 2005/4،<sup>181</sup> حيث قامت المحكمة برد هذا الطعن لعدم تحديد الطاعن وجه المخالفة الدستورية، معللة ذلك بأن الطاعن اكتفى بالإشارة العابرة للمخالفة الدستورية، الأمر الذي رأت به المحكمة دليلاً على عدم جدية الطعن، مما يستوجب رده.

ويرى الباحث أنه حتى وإن كانت الإشارة عابرة لوجه المخالفة الدستورية في الطعن المقدم لها، فإن مقتضيات الطعن الدستوري تفترض ارتباطه بالمصلحة العامة إلى حد بعيد، وكنا نأمل أن تتصدى المحكمة العليا للتمعن في المخالفات الدستورية الموضوعية إن وجدت، وأن لا أن تعول على ما رأت أنه إشارة عابرة للمخالفات الدستورية لرد هذا الطعن بداعي عدم الجدية، ذلك أن جانباً من الفقه يرى أنّ "الطاعن يكتفي بتحريك الطعن الدستوري في البداية ويجب على المحكمة أن تستمر في نظره حتى النهاية بالقضاء بعدم الدستورية أو برفض الطعن حسبما يتراءى لها"،<sup>182</sup> وذلك فيه إعلاء للشرعية الدستورية مناط الرقابة على دستورية القوانين.

إلا أنه يلاحظ وعلى خلاف ذلك بأن المحكمة العليا بصفتها الدستورية قد أرست في الحكم رقم 1 لسنة 2006 مبدأ هاماً جاء فيه أنّ "من المسلّم به في القضايا العادية أنه يجب أن

التشريعية، أنظر، طعن دستوري رقم: 2005/3 التاريخ: 2008/4/ 24، قاعدة بيانات المكتب الفني بالمحكمة العليا الفلسطينية، رام الله، تمت المراجعة بتاريخ 2012/7/20.

<sup>181</sup> تضمن منطوق الحكم: "بالرجوع إلى لائحة الدعوى تجد المحكمة بأن الطاعن قد تقدم بطعنه بوصفه محامياً وناخباً ومواطناً، وأشار الطاعن إلى مخالفات دستورية إلا أنه لم يحدد وجه المخالفة الدستورية التي أشار إليها وكل ما قام به الطاعن أنه أشار إلى هذه المخالفات إشارة عابرة ولم يعمل على إيراد النصوص المخالفة للدستور ولم يبين للمحكمة وجه المخالفة مما يدل على عدم جدية الطعن". الطعن دستوري رقم 2005/4، المرجع السابق.

<sup>182</sup> عبد العزيز محمد سالم، "المصلحة في الدعوى الدستورية المباشرة"، مجلة العدالة والقانون، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة)، العدد 18، (شباط 2012): 141.

تستمر المصلحة قائمة حتى صدور الحكم فيها حتى لا ينشغل القضاء في أمر قد انتهى وتم حسمه بإعادة الحق الى صاحبه، أما الطعون الدستورية فإنما هي طعن يتوخى منه الطاعن ازالة ما لحق به من ضرر مادي أو معنوي وإزالة المخالفة الدستورية ويتضمن الطعن مصلحة عامة قد يستفيد منه افراداً او مجموعات من الشعب حتى ولو انتهت المصلحة أو توقفت للطاعن فإن المصلحة العامة تبقى قائمة ومن هنا فإن استمرار مصلحة الطاعن الشخصية من عدمها ليست المعيار الوحيد للقول بانتهاء المصلحة بل أنها تستهدف تحقيق مصلحتين، الأولى مصلحة شخصية لرافع الدعوى، والثانية مصلحة عامة للجماعة بالدفاع عن المشروعية، فقد تزول الاولى وتبقى الثانية لأن في ذلك مباشرة للرقابة الدستورية لهذه المحكمة.<sup>183</sup>

وإذا كانت المحكمة العليا بصفتها الدستورية قد سلكت منهج تضيق حدود رقابتها القضائية قبل صدور قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006، فإنها استمرت النحو ذاته بعد صدوره، مع الإشارة إلى ازدياد تمسك المحكمة العليا الموقرة بالجوانب الشكلية لرد الطعون الدستورية، لاسيما شرطية المصلحة والصفة، ومن ذلك مما رأته في أحد أحكامها "أن مصلحة الطاعن قد تمثلت في الادعاء بتوقيفه من قبل النيابة العسكرية استناداً لأحكام قانون العقوبات الثوري لسنة 1979، وقانون أصول المحاكمات الجزائية الثورية لسنة 1979 بتهمة حيازة سلاح مدعياً عدم دستورية هذه القوانين لمخالفتها أحكام القانون الاساسي لسنة 2003، وحيث ثبت أن الطاعن قد أُفرج عنه قبل الجلسة الاولى للمحاكمة حسبما صرح بذلك وكيله، أي أن مصلحة الطاعن لم تعد قائمة ولم يعد

<sup>183</sup> طعن دستوري رقم 2006/1 ، قاعدة بيانات المكتب الفني بالمحكمة العليا، رام الله، تاريخ المراجعة 2013/2/15.

متضرراً، وحيث يتوجب استمرار هذه المصلحة أثناء نظر الطعن والى حين البت فيه، وبالنظر لانقطاع هذه المصلحة، فإنّ الطعن يصبح غير ذي موضوع ويستوجب الرد.<sup>184</sup>

ويمكن القول أن هذا الحكم يعدّ عدولاً عما قرره المحكمة في الحكم رقم 1 لسنة 2006 المشار له، والذي أخذ بمعيار المصلحة العامة كأحد أسباب انعقاد اختصاص المحكمة الدستورية، ولم يقصر ذلك على المصلحة الشخصية التي لا يشترط استمرارها لنظر الدعوى، حيث قضت المحكمة في هذا الحكم "أنّ مثل هذه الطعون هي وسيلة عامة للدفاع عن الشرعية والصالح العام أكثر منها وسيلة خاصة للدفاع عن الحقوق والمصالح الخاصة لأن شرط المصلحة إنما هو ضمان يكفل جدية الدعوى وهذه الحكمة لا تتطلب أكثر من توافر المصلحة وقت رفع الدعوى وبصرف النظر عن استمرار المصلحة الشخصية حتى نهاية الدعوى وبصدور حكم فيها لان المصلحة العامة لا تزال مستمرة في هذه الدعوى".<sup>185</sup>

وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أنه وإذا كان هذا الطعن الدستوري يتصل بحق المواطن في أن يمثل أمام قاضيه الطبيعي وليس أمام القاضي العسكري، وإذا كان يتصل أيضاً بحقه في الحرية الشخصية والمحاكمة العادلة، فإن تطبيق قانون أصول المحاكمات الجزائية الثوري لمنظمة التحرير الوطني الفلسطيني لسنة 1979، وقانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لسنة 1979 لا يقتصر أثره على الطاعن الذي أخلّ سبيله، وإنما يمتد إلى المواطنين بوجه عام، حتى وإن لم يتعرضوا للاعتقال التعسفي كأثر

<sup>184</sup> الطعن الدستوري رقم 2/2010، قاعدة بيانات المكتب الفني بالمحكمة العليا الفلسطينية، رام الله، تمت المراجعة بتاريخ 2012/7/20.

<sup>185</sup> طعن دستوري رقم 2006/1، قاعدة بيانات المكتب الفني بالمحكمة العليا، رام الله، تاريخ المراجعة 2013/2/15.

مباشر لتطبيق هذه القوانين، أو كان قد أُفِرَجَ عنهم قبل النطق بالحكم، ذلك أن الضرر من وجود هذه القوانين قيد التطبيق متحقق من التهديد الدائم الذي تشكله على الحقوق والحريات العامة، الأمر الذي كنا نأمل أن تتصدى له المحكمة الكريمة حمايةً للشرعية الدستورية، وحمايةً لمصلحة المواطنين بوجه عام، لاسيما أن قانون المحكمة الدستورية في المادة 4/27 قد أعطى للمحكمة الدستورية حق التصدي للنص الدستوري المتصل بالنزاع والذي يشتهه بعدم دستوريته، دون الالتفات إلى المصلحة المباشرة للطاعن.

ولعل ما يؤيد ذلك أن عدم تصدي المحكمة العليا بصفقتها الدستورية للنظر في دستورية قانون أصول المحاكمات الجزائية الثوري لمنظمة التحرير الوطني الفلسطيني لسنة 1979، وقانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لسنة 1979 في الطعن المشار له، أدى إلى استمرار تطبيق هذه القوانين على مواطنين آخرين، بالتالي انتهاك حقهم في المنول أمام قاضيهم الطبيعي، وهذا ما يثبت من خلال الطعن الدستوري رقم 2011/2، حيث تكررت ذات الواقعة المطعون فيها في الطعن رقم 2010/2 بحق مواطن آخر، وقد قامت المحكمة على عكس ما كنا نأمل برد الطعن لذات السبب، وهو انتفاء المصلحة، ذلك أن المحكمة قد قضت بأنه "وحيث أن ما صرح به وكيل الطاعن كما بينا آنفا بان موكله قد افرج عنه بكفالة من المحكمة النظامية بتاريخ 2011/8/28 الأمر الذي تغدو معه مصلحة الطاعن التي يدعيها في البند السادس من لائحة طعنه بأنه

متضرر من التوقيف غير متوافره كي ينظر في طعنه هذا، مما يستوجب والحالة هذه رد طعنه.<sup>186</sup>

ويبدو أنّ المحكمة العليا بصفقتها الدستورية قد تمسكت بالمصلحة بالطعون الدستورية وفق المفهوم المتعارف عليه في الدعوى المدنية، مع الإشارة إلى أنّ جانب من الفقه يرى أنّ المصلحة في الدعوى الدستورية تختلف تماما عن المصلحة في الدعوى المدنية، نظرا لطبيعة الطعن الدستوري، لاسيما الطعن بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة، إذ أنّ المصلحة في الدعوى الدستورية المباشرة يكفي توافرها في بداية النزاع ولا يلزم استمرارها حتى الفصل بالدعوى، ذلك أنّ الحكم في الدعوى الدستورية الأصلية ذو طابع وأثر عيني لأنها طعن مقرر لصالح الشرعية الدستورية، بما يجعل دور الأفراد يقتصر على مجرد تحريك الطعن ولا يكون استمرار الطعن رهنا بإراداتهم أو بمدى استمرار مصلحتهم.<sup>187</sup>

ونستطيع الادعاء في هذا الجانب أنه وحتى إن تمسكت المحكمة العليا بصفقتها الدستورية بمفهوم المصلحة في الدعاوي المدنية وطبقتها على الطعون الدستورية، فإن هناك ما يشير إلى إمكانية استمرار المحكمة العليا في نظر هذه الدعاوى حتى وإن انتفت المصلحة الشخصية المباشرة، وعلّة ذلك وجود مصلحة محتملة لكل فلسطيني من عدم إنفاذ القوانين المخالفة للدستور، ذلك أنّ المادة 44 من قانون المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2006 قد نصت على أنه "تسري على الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة (فيما لم يرد فيه

<sup>186</sup> الطعن الدستوري رقم 2011/2، المرجع السابق.  
<sup>187</sup> سالم، المصلحة في الدعوى الدستورية المباشرة، 139.

نص في هذا القانون) القواعد المقررة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، بما لا يتعارض وطبيعة تلك الأحكام، وهو ما يمكن أن يقرأ بدلالة المادة 3/2 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 والتي أشارت إلى أنه "تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه،" وإعمالاً لذلك، ألا يمكن اعتبار استمرار تطبيق قانون العقوبات الثوري وقانون الإجراءات الجزائية الثوري على المدنيين بمثابة ضرر محقق، الأمر الذي يجعل من الحكم بعد دستوريته بمثابة مصلحة محتملة لكل الفلسطينيين؟ وإذا كانت المحكمة العليا بصفتها الدستورية قد تمسكت بانتفاء المصلحة لرد الطعن، فإنها قد تمسكت بالطعن رقم 2010/3 بانعدام صفة الجهة المقدمة ضدها الطعن، حيث رأت المحكمة "أنّ الطعن المائل اتصل بعدم الدستورية ولأن الحكومة هي المعنية وصاحبة الشأن وتتولى الدفاع عن سلامة تطبيق القوانين كان من المتعين توجيهه إلى الحكومة وبالتالي فإن هذا الطعن يغدو مقام على غير ذي صفة وواجب الرد من هذه الناحية،"<sup>188</sup> مع الإشارة إلى أنّ هذا الطعن يرتبط بصورة وثيقة مع حرية الاعتقاد والدين ذلك أنه قد انصب على الطعن بعدم دستورية فسخ عقد زواج بدعوى الردة وعدم دستورية الحق العام الشرعي، وكنا نأمل أن تتصدى المحكمة العليا بصفتها الدستورية للفصل في موضوع هذا الطعن لارتباطه المباشر بالحقوق والحريات العامة.

<sup>188</sup> طعن دستوري رقم 2011/3، قاعدة بيانات المكتب الفني بالمحكمة العليا الفلسطينية، رام الله، تمت المراجعة بتاريخ 2012/7/20.

ويرى البعض في هذا السياق بأنّ الصفة في الدعوى الدستورية تختلف بالقطع عن الصفة بالدعوى الشخصية، ذلك أن الطاعن في الدعوى الدستورية يختصم القانون أو التصرف ذاته وليست الجهة التي أصدرته وهو أيضا لا يختصم الحكومة أو غيرها، وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية،<sup>189</sup> إذا أنّ القضاء الدستوري يستهدف بحث مدى دستورية القانون ولا يستهدف البحث في خصومة شخصية قائمة بين الطاعن والمطعون ضده سواء أكان الحكومة أو البرلمان أو غيرهما، وإن اتصال المحكمة الدستورية بالطعن الدستوري يجعلها صاحبة الولاية العامة في حماية الشرعية الدستورية بغض النظر عن إقامة الدعوى على جهة ذي صفة أم لا، طالما كان القانون أو التصرف المطعون فيه قائما، إذ أن القضاء الدستوري لا يهدف إلى الترضية القضائية بقدر ما يهدف إلى حماية سمو الدستوري، لاسيما أن الطعن المشار له يقوم على أساس مخالفة صريحة لقواعد حقوق الإنسان كحرية الاعتقاد والفكر، وكم كنا نأمل أن تتصدى المحكمة العليا بصفقتها الدستورية إلى بيان عقيدتها القضائية في معالجتها لموضوع هذا الحكم.

وإذا كانت المحكمة العليا بصفقتها الدستورية قد ضيقت وبشكل كبير من حدود اختصاصها في الرقابة القضائية من خلال رد أغلب الطعون الدستورية المعروضة عليها لانتفاء المصلحة أو لانتفاء الصفة، فإنها قد ضيقت من حدود رقابتها القضائية على القرارات بقانون المستندة إلى أحكام المادة 43 من القانون الأساسي الفلسطيني، حيث رأت

<sup>189</sup> أنظر، الدعوى رقم 7 لسنة 14 قضائية المحكمة الدستورية العليا المصرية، موقع المكتبة العربية لحقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، <http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-7-Y14.html> جاء في هذا الحكم "أن الخصومة في الدعوى الدستورية - وهي بطبيعتها من الدعاوى العينية - قوامها مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور تحريا لتطبيقها معها إغلاء للشرعية الدستورية. ومن ثم تكون هذه النصوص ذاتها هي موضوع الدعوى الدستورية أو هي بالأحرى محلها، وإهدارها بقدر تهاتها مع أحكام الدستور، هي الغاية التي تبتغيها هذه الخصومة".

المحكمة في الطعن الدستوري رقم 2007/3 أن "المادة (43) من القانون الأساسي تمكّن رئيس السلطة الوطنية من إصدار تشريعات لها قوة القانون كونه الراعي لمصالح الشعب الفلسطيني رعاية كاملة استناداً لأحكام المادة (35) من ذات القانون ولأن رعاية رئيس السلطة الفلسطينية لمصالح الشعب الفلسطيني تتطلب الحرص على الاستقرار بكل مناحي الحياة وتسيير المرافق والسلطات العامة بانتظام لأن نطاق سلطة رئيس السلطة في هذه المجالات مطلقة وغير محدودة لحين تجاوز الظروف الاستثنائية.<sup>190</sup>

وقد قضت المحكمة وبشكل صريح في هذا الطعن بأنّ تقدير قيام حالة الضرورة أمر متروك لرئيس السلطة الوطنية وله الحرية الكاملة في مباشرة سلطته الاستثنائية دون أدنى قيد إذا تحققت شروط انعقادها وان تخويل رئيس السلطة الوطنية الإجراءات التي تقضيها الظروف الاستثنائية - أي حق اتخاذ جميع الإجراءات لمواجهة الظروف - غير محدد ويكون نطاق هذه الإجراءات في جميع المجالات دون تحديد في ميدان معين.

ويرى الباحث في هذا السياق أنّ ما توصلت له المحكمة الكريمة يعد توسيعاً في منح الرئيس هذه الصلاحية المطلقة، إذ أنّ من الصحيح أن الرئيس يمتلك صلاحية إصدار قرارات لها قوة القانون بموجب المادة 43 من القانون الأساسي الفلسطيني، إلا أن تطبيق هذه المادة يستدعي اشتراطات دستورية يجب أن تخضع لرقابة القضاء الدستوري أهمها أن تكون حالة الضرورة متوافرة فعلاً ولا تحتمل التأخير، وهذا ما قرره المحكمة الدستورية العليا المصرية في طعن مشابه حين رأت " أن توفر حالة الضرورة - بضوابطها الموضوعية لا تستقل السلطة التنفيذية بتقديرها، وأن علة اختصاصها بمواجهة

<sup>190</sup> أنظر الطعن الدستوري رقم 3 لسنة 2007، المرجع السابق.

الأوضاع الطارئة والضاغطة بتلك التدابير العاجلة، بل هي مناط مباشرتها لهذا الاختصاص، وإليها تمتد الرقابة الدستورية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا للتحقق من قيامها في الحدود التي رسمها الدستور، ولضمان ألا تتحول هذه الرخصة التشريعية - وهي من طبيعة استثنائية - إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها وانحرافها.<sup>191</sup>

وكنا نأمل أن تتصدى المحكمة العليا للبحث في مدى توافر حالة الضرورة التي لا تحتل التأخير في تعديل قانون التقاعد العام بالقرار الرئاسي (قرار بقانون) رقم (7) لسنة 2005 المطعون فيه، إذ أن حالة الضرورة التي لا تحتل التأخير كما يرى هي واقعة تقدر بقدر ما يستلزم إعمالها الخروج عن الحالة الدستورية الأصلية باختصاص السلطة التشريعية بسنّ القوانين، هذا الأمر الذي يستدعي عدم المغالاة في استخدام الاستثناء لا بل وتضييق استخدامه إلى أبعد الحدود كونه مقرر للصالح العام فقط، مما يستوجب أن يكون تقدير حالة الضرورة خاضعا لرقابة المحكمة الدستورية درأً للتعسف في استخدام الرئيس لهذا الحق وحماية للحقوق والحريات العامة.

<sup>191</sup> حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 15 لسنة 18 قضائية، موقع مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، <http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-15-Y18.html> جاء في الحكم "وحيث إن سن القوانين عمل تشريعي تختص به السلطة التشريعية التي تتمثل في مجلس الشعب طبقا للمادة 86 من الدستور. ولئن كان الأصل أن تتولى هذه السلطة بذاتها مباشرة هذه الوظيفة التي أسندها الدستور لها، وأقامها عليها، إلا أن الدستور قد وازن بين ما يقتضيه الفصل بين السلطين التشريعية والتنفيذية من تولى كل منهما لوظائفها في المجال المحدد لها أصلا، وبين ضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام في ربوعها إزاء ما قد تواجهه في غيبة مجلس الشعب من مخاطر تلوح نذرها أو تشخص الأضرار التي توأكبها، يستوي في ذلك أن تكون هذه المخاطر من طبيعة مادية أو أن يكون قيامها مستندا إلى ضرورة تدخل الدولة بتنظيم تشريعي يكون لازما بصورة عاجلة لا تحتل التأخير لحين انعقاد مجلس الشعب. وتلك هي حالة الضرورة التي اعتبر الدستور قيامها من الشرائط التي تطلبها لمزاولة هذا الاختصاص الاستثنائي، ذلك أن الاختصاص المخول للسلطة التنفيذية في هذا النطاق لا يعدو أن يكون استثناء من أصل قيام السلطة التشريعية على مهمتها الأصلية في المجال التشريعي. إذ كان ذلك، وكانت التدابير العاجلة التي تتخذها السلطة التنفيذية لمواجهة حالة الضرورة نابعة من متطلباتها، فإن انفكاكها عنها يوقعها في حومة المخالفة الدستورية، ذلك أن توفر حالة الضرورة - بضوابطها الموضوعية التي لا تستقل السلطة التنفيذية بتقديرها - هي علة اختصاصها بمواجهة الأوضاع الطارئة والضاغطة بتلك التدابير العاجلة، بل هي مناط مباشرتها لهذا الاختصاص، وإليها تمتد الرقابة الدستورية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا للتحقق من قيامها في الحدود التي رسمها الدستور، ولضمان ألا تتحول هذه الرخصة التشريعية - وهي من طبيعة استثنائية - إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها وانحرافها."

وإذا ما كانت المحكمة العليا بصفتها الدستورية قد ردت الطعون الدستورية التي أشرنا لها بسبب انتفاء المصلحة أو الصفة ، فإنها قضت في الطعن رقم 2012/6 المنصب على قرار الرئيس بقانون القاضي برفع الحصانة البرلمانية عن النائب محمد دحلان قرار برد الطعن لعدم الاختصاص، حيث رأت المحكمة أن "القرار محل الطعن وفق مضمونه لا يرقى إلى اعتباره قانونا أو قرار بقانون في ضوء ما يجب أن يتميز به القانون بقواعده العامة عن أية قرارات أو أعمال قانونية أخرى تصدر من أي جهة كانت بصورة أو بأخرى ولما كان ذلك وحيث أن القرار محل الطعن ليس قانون ولا يشكل في ضوء ما بيناه قرار بقانون حتى يندرج في أحكام الفقرة 1 من المادة 24 من قانون المحكمة الدستورية التي خصت المحكمة دون غيرها بالرقابة على دستورية والأنظمة وحيث أن مؤدى ذلك يستوجب عدم اختصاص المحكمة الدستورية بنظر هذا الطعن لهذه الأسباب نقرر عدم قبول الطعن لعدم الاختصاص".<sup>192</sup>

وهنا تجدر الإشارة إلى أنّ المحكمة العليا بصفتها الدستورية كانت قد قضت في الطعن الدستوري رقم 2006/1 بأنّ اختصاصها يمتد ليشمل كافة الاجراءات والأعمال الغير دستورية، وهذا ما عبرت عن المحكمة بشكل جليّ حين قضت "واننا اذ نرى أن الطعن في دستورية أمور غير القوانين و اللوائح والنظم انما يمتد ليشمل كافة الاجراءات والاعمال الغير دستورية،"<sup>193</sup> وفي هذا يرى الباحث أن المحكمة العليا بصفتها الدستورية قد ناقضت اجتهادها السابق في الطعن رقم 1 لسنة 2006 وضيقته بذلك من حدود

<sup>192</sup> الطعن رقم 2012/6، المحكمة العليا بصفتها الدستورية، قاعدة بيانات المكتب الفني بالمحكمة العليا، تاريخ المراجعة

2013/4/14.

<sup>193</sup> الطعن رقم 2006/1، المحكمة العليا بصفتها الدستورية.

رقابتها، لاسيما أنّ مسألة رفع الحصانة البرلمانية مرتبطة بحق دستوري يستند بالأساس إلى مبدأ الفصل بين السلطات من جهة، وإلى أحكام المادة 53 من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 من جهة أخرى، الأمر الذي يمكن اعتباره من الأعمال والإجراءات الدستورية التي تقع في صلب اختصاص المحكمة الدستورية، وكنا نأمل أن تتصدى المحكمة العليا الدستورية له.

وأخيراً، وحيث أننا قد استعرضنا أهم ما صدر عن المحكمة العليا من أحكام في الطعون الدستورية المتصلة بالحقوق والحريات العامة، وبيناً بقدر ما استطعنا المنهج الذي انتهجه المحكمة العليا بهذا الصدد، فإنه يمكن لنا القول أن استمرار القضاء الدستوري الفلسطيني في تضيق حدود رقابته كما أردنا، سيؤدي إلى تقليص دوره في حماية الحقوق والحريات العامة.

### الفصل الثالث

#### دور القضاء الإداري في إرساء الحقوق والحريات العامة

بعد أن تبين لنا في الفصل السابق طبيعة الرقابة القضائية على دستورية القوانين ودوره في حماية الحقوق والحريات العامة، فإننا سنعمد في هذا الفصل إلى بيان دور القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة، ذلك أن رقابة القضاء الإداري تعتبر من أهم صور الرقابة القضائية الحامية للحقوق والحريات العامة، لاتصالها الوثيق بالرقابة على تصرفات السلطة العامة ومدى مجاوزتها لمبدأ المشروعية، بما قد ينتهك هذه الحقوق والحريات بصورة مؤثرة وعميقة، لذلك، فإننا سوف سنخصص المبحث الأول من هذا الفصل إلى بيان الإطار النظري لحماية القضاء الإداري للحقوق والحريات العامة وطبيعته في الأنظمة القضائية المقارنة وفي النظام القضائي الفلسطيني، بينما سيتطرق المبحث الثاني إلى استعراض بعض تطبيقات القضاء الإداري المقارن والقضاء الإداري الفلسطيني بهذا الخصوص.

## المبحث الأول

### الإطار النظري لدور القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة

تتولى التشريعات الوطنية وضع إطار نظري لاختصاص القضاء الإداري، الأمر الذي يستدعي بيان طبيعة هذه الرقابة وأثرها على حماية الحقوق والحريات العامة في الأنظمة القضائية المقارنة وفي النظام القضائي الفلسطيني، وهو ما سنتصدى له من خلال مطلبين، الأول يستعرض طبيعة رقابة القضاء الإداري وأثرها في حماية الحقوق والحريات العامة، بينما يستعرض المطلب الثاني طبيعة القضاء الإداري الفلسطيني وأثرها في حماية الحقوق والحريات العامة.

## المطلب الأول

### طبيعة رقابة القضاء الإداري وأثرها في إرساء الحقوق والحريات العامة

تتسم رقابة القضاء الإداري بطبيعة خاصة تميزها عن غيرها من أنماط الرقابة القضائية الأخرى، ذلك أنّ القضاء الإداري يختص بالرقابة على مشروعية تصرفات السلطة العامة، ويعني مبدأ المشروعية خضوع الحكام والمحكومين للقانون، لاسيما خضوع الإدارة العامة للقانون، فإذا خرجت هذه الإدارة عن حدود القانون في تصرفاتها، كان للقضاء الإداري لجم هذه الإدارة عن مجاوزة حدود القانون وإعادتها إلى جادة

الصواب.<sup>194</sup>

<sup>194</sup> عمار بوضياف، محاضرات في القانون الإداري، مدخل لدراسة القانون الإداري، (الدمارك: الأكاديمية العربية المفتوحة، 2010)، 57، ارتبط نشوء القضاء الإداري بنشأة القانون الإداري متأثراً بالظروف التاريخية التي مرت بها فرنسا، ذلك أنّ القانون الإداري يحكم السلطة التنفيذية في تنظيمها وعملها وعلاقاتها ومناعاتها، حيث كانت سلطة الإدارة في الزمن السابق للثورة الفرنسية لا تخضع للرقابة القضائية، ولا يسأل أعوانها عما سببوه من ضرر للغير، ومع التطور الذي طرأ على المجتمع الفرنسي لاسيما بعد الثورة أصبحت الإدارة تسأل عن أعمالها التي تسبب ضرراً للغير، وتخضع في نشاطها للرقابة القضائية، وهو ما ثبت عملياً فيما عرف بقضية (بلانكو).

ولرقابة القضاء الإداري على مدى موازنة تصرفات الإدارة لمبدأ المشروعية دور رئيس وهام في كفالة الحقوق والحريات العامة، وحمايتها من تعسف الإدارة العامة، على الرغم من وجود بعض النظريات الهادفة إلى تحصين بعض هذه التصرفات من خضوعها للرقابة القضائية حيث يرى البعض أنّ إخضاع كافة سلطات الإدارة للرقابة القضائية قد يؤدي إلى حرمانها من السلطة التقديرية في بعض الظروف، بما يؤدي إلى شل حركتها وإعاقة تأديتها لوظائفها بشكل فاعل.<sup>195</sup>

وأمام هذه الحقيقة القاضية بخضوع تصرفات الإدارة للرقابة القضائية، وفي ظل امتلاك الإدارة لسلطات واسعة للقيام بتصرفاتها بما قد تنتهك به الحقوق والحريات العامة للأفراد، لاسيما في ظل عدم وجود القيود والضوابط ذات المصدر التشريعي التي يتحتم على الإدارة مراعاتها، فإنّ طبيعة الرقابة التي يفرضها القضاء الإداري تستدعي أن يتدخل القاضي الإداري، بما لديه من سلطة منشئة وخلاقة، لسد هذه الثغرة حمايةً لحقوق الأفراد وحرياتهم.

وتاريخياً، ساهم النظام القضائي الفرنسي في وضع المفصل العامة للإطار النظري الذي يحدد طبيعة القضاء الإداري، وبالتأكيد لم يكن القضاء الإداري في بدايته بالصورة التي عليها الآن، ذلك أنّ الكثير من تصرفات الإدارة كانت خارج نطاق الرقابة القضائية.

ويعود الفضل في تطور طبيعة القضاء الإداري وعدم جمودها وتقهرها في مواجهة الإدارة يعود إلى براعة القضاء الإداري الفرنسي الذي تدرج في فرض رقابته على

<sup>195</sup> فادي نعيم علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمائنه تحقيقه، رسالة ماجستير (جامعة النجاح الوطنية، 2011)،

تصرفات الإدارة حتى باتت فكرة الرقابة على تصرفات هذه الإدارة مستساغة ومستقرة، ذلك أنّ القاضي الإداري الفرنسي عمد إلى التدرج في بسط رقابته على تصرفات الإدارة حتى لا يثير حفيظتها، وذلك تماشياً مع الظروف التي عاشتها فرنسا بعد سقوط نابليون، وعودة الملكية، الأمر الذي جعل مجلس الدولة الفرنسي آنذاك يقرر استبعاد بعض أعمال الحكومة من رقابة القضاء،<sup>196</sup> لذلك نجد أنّ مجلس الدولة الفرنسي أول من ابتدع النظرية المسماة بأعمال السيادة.<sup>197</sup>

ولم يكتف القضاء الإداري بابتداع نظرية أعمال السيادة، بل أوجد أيضاً ما يسمى بنظرية الظروف الاستثنائية، وهي نظرية أضفى القضاء الإداري من خلالها صفة المشروعية على بعض القرارات الإدارية التي تعتبر غير مشروعة في الظروف العادية، باعتبار هذه القرارات ضرورية للمحافظة على الأمن العام والسير الاعتيادي للمرافق العامة، لذلك قيل وبحق أن الاستثنائية تحل محل المشروعية العادية في بعض الظروف الاستثنائية بحيث تنتسج صلاحيات الإدارة بصورة غير منصوص عليها في القانون.<sup>198</sup>

ومع تطور الأنظمة القضائية المقارنة، واستقرار فكرة الرقابة القضائية على تصرفات الإدارة، أصبح الفقه الإداري الحديث يرى "أنّ نظرية أعمال السلطة تطوي على افتتات واضح على مبدأ المشروعية وهدم لمفهوم دولة القانون، وقد تؤدي إلى إطلاق يد السلطة

<sup>196</sup> مازن ليلوا راضي، الوجيز في القانون الإداري (بدون ناشر)، 5.

<sup>197</sup> علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (دار الثقافة، الجزء الأول، 2011)، 84.

<sup>198</sup> شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، 99.

التففيذية لتفعل ما تشاء دون رقيب أو حسيب، وبالتال انتهاك الحقوق والحريات العامة.<sup>199</sup>

وهذا ما ينسحب على نظرية أعمال السيادة أيضا التي أصبح الفقه الحديث يرى بأنها نقطة سوداء على جبين المشروعية، فنجد على سبيل المثال أنّ محكمة العدل العليا الفلسطينية قد قررت في حكمها رقم 2010/531<sup>200</sup> "بأنّ أعمال السيادة هي بطبيعتها أعمال إدارية وأنّ الدفع بأنّ بعض القرارات الادارية هي من أعمال السيادة يهدف لتحسين هذه القرارات من رقابة القضاء كونها مشوبة بعدم المشروعية الامر الذي أدى لأن يعتبرها الفقهاء تمثل نقطة سوداء في جبين المشروعية، وأنّ المشرع الفلسطيني قد وافق ما انتهى اليه الفقه بهذا الخصوص و نص في المادة 30 من القانون الاساسي على أنه يحظر النص في القوانين على تحسين اي قرار او عمل إداري من رقابة القضاء"، رغم أن البعض يرى أنّ نص المادة 30 من القانون الأساسي يقصد بها القرارات الإدارية العادية وليس أعمال السيادة التي تفر فيما يعرف بالقائمة القضائية.<sup>201</sup>

وبالتوازي مع دور النظام القضائي الفرنسي في تحديد طبيعة واختصاصات القضاء الإداري، نجد أنّ النظام القضائي الأنجلوسكسوني قد أثر في تحديد طبيعة العديد من الأنظمة المقارنة مثلما فعل النظام الفرنسي، مما أدى إلى تباين في طبيعة القضاء الإداري

<sup>199</sup> المرجع السابق، 85-98.

<sup>200</sup> قاعدة بيانات المكتب الفني بالمحكمة العليا الفلسطينية، رام الله، تمت المراجعة بتاريخ 2012/7/20.

<sup>201</sup> رأى الحكم أنّ المشرع الفلسطيني قد وافق ما انتهى اليه الفقه بهذا الخصوص و نص في المادة 30 من القانون الاساسي على أنه يحظر النص في القوانين على تحسين اي قرار او عمل إداري من رقابة القضاء،" رغم أن البعض يرى أنّ نص المادة 30 من القانون الأساسي يقصد بها القرارات الإدارية العادية وليس أعمال السيادة التي تفر فيما يعرف بالقائمة القضائية. أنظر، مجلة العدالة والقانون، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء، مساواة، العدد16، (أب 2011)، 219.

في تلك الأنظمة التي تأثرت بأحد النظامين، لاسيما في النظرة إلى مفهوم القانون الإداري، ونظرية أعمال السلطة.<sup>202</sup>

فإذا كانت النظم الأنجلوسكسونية لا تعترف بالقانون الإداري بالمفهوم الفني فإنها لا تخلو من نصوص خاصة تنظم هيكل الإدارة وتحكم نشاطها، ويبدو الاختلاف بين النظامين واضحا في النظرة للسلطة أو الإجراء الإداري بحد ذاته، وعلى سبيل التبدليل، يشكل نزاع الملكية في النظام الأنجلوسكسوني استثناء يرد على مبدأ عام هو خضوع الدولة وهيئاتها لذات القواعد التي يخضع لها الأفراد، أمّا في النظام الفرنسي الذي تأثرت به العديد من الدول فإنّ الوضع عكس ذلك تماما، إذ أنّ المبدأ العام هو خضوع الدولة وهيئاتها لقواعد استثنائية غير معهودة في مجال روابط القانون الخاص، وخضوعها لقواعد القانون الخاص هو استثناء، وهذا التمييز يشكل وضعاً عادياً طالما اعترف النظام الفرنسي بتعدد وتنوع القواعد القانونية، بل ويتنوع و تعدد الجهات القضائية،<sup>203</sup> وهذا يقود إلى القول بأنّ النظام الأنجلوسكسوني يجعل من القضاء الإداري أكثر قدرة على ضمانة الحقوق والحريات العامة بتطبيقه قواعد موحدة على الدولة والأفراد، كأصل عام مقرر، على العكس من النظام الفرنسي الذي يدعو إلى تطبيق قواعد استثنائية قد تعطي الدولة أفضلية

<sup>202</sup> سادت نظرية أعمال السلطة سنوات طويلة، منذ بداية القرن التاسع عشر وحتى قيام الجمهورية الثالثة وتولى الدفاع عنها نخبة من أساتذة القانون الإداري وإن كانت هذه النظرية بصفة أساسية من عمل الفقه، إلا أن تأثيرها لا ينكر على القضاء آنذاك، ولقد استفادت منها الأشخاص العامة المحلية حيث كان ينظر إليها آنذاك باعتبارها أشخاصاً خاصة، فقد استطاعت - بفضل هذه النظرية - أن تجد مدخلا إلى نطاق القانون الإداري وفحوى هذه النظرية تلخص "بأنّ الإدارة العامة تصدر نوعين من الأعمال، أو تمارس نوعين من الأنشطة، النوع الأول هو نشاط السلطة العامة، حيث تبدو الإدارة العامة في مظهر السلطة العامة وتزاول أعمال الأمر والنهي والإجبار، فهي لا تتفاوض مع الأفراد، ولا تبرم معهم اتفاقات أو عقود، وإنما توجه إليهم أوامر يلزم عليهم تنفيذها وضوابطها حتى وإن لم يرضوا، وهنا ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري، والنوع الثاني هو نشاط الإدارة العادية أو الإدارة المالية، حيث تخلع عن نفسها ثوب السلطة العامة، ولا تلجأ إلى أسلوب الأمر والنهي في تعاملها مع الأفراد، بل هي تنزل منزلتهم وتستعين بالوسائل القانونية المتروكة لهم، ومظهر هذا النشاط هو العقود التي تبرمها الإدارة معهم وهنا ينعقد الاختصاص للقضاء العادي"، أنور راشد الكيومي، ملخص القانون الإداري (الإسكندرية: جامعة بيروت العربية، 2008)، 25-26..

<sup>203</sup> بوضياف، محاضرات في القانون الإداري، 40.

في المراكز القانونية في مقابل حقوق الأفراد، وهو ما يمكن أن يفسر نشوء القضاء الإداري مستقلا عن القضاء العادي تبعا للقواعد المتميزة التي يطبقها كل قضاء على حدى.<sup>204</sup>

ويرى جانب من الفقه أنّ طبيعة الرقابة التي يفرضها القضاء الإداري تمتاز بشمولها لما يسمى بسلطة الضبط الإداري التي تعدّ من أقوى مظاهر السلطة العامة وأكثرها تقييداً لحريات الأفراد، وقد كان مجلس الدولة الفرنسي أول من تصدى لهذه السلطة التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة الأفراد بأنّ وضع ضوابط لحدود السلطة،<sup>205</sup> ذلك أنّ القضاء الإداري الفرنسي عمد إلى التفرقة بين ما يعتبر حرية عامة حقيقية يحميها ويكفل ممارستها المشرع، وبين ما يعتبر مجرد رخصة متروكة للأفراد بتسامح من الإدارة،<sup>206</sup> كما استقر القضاء الإداري الفرنسي على أنّ استخدام الإدارة لصلاحياتها في الضبط الإداري بأسلوب المنع أو الحظر المطلق للنشاط الفردي غير جائز، ذلك أنّ هذا الأسلوب يعني بدهاء إلغاء الحرية ذاتها، في حين أنّ سلطة الضبط الإداري تختص بتنظيم هذه

<sup>204</sup> ثمة أسباب قانونية قادت إلى نشوء القضاء الإداري واستقلاله عن القضاء من حيث الموضوع والاختصاصات والقانون الواجب التطبيق، " فإذا كان القاضي العادي في الغالب الأعم قاضياً تطبيقياً يطبق النص التشريعي الذي يحكم الخصومة التي بين يديه، فإن القاضي الإداري قاضياً منشأ في الغالب للقاعدة التي سيطبقها على المنازعة التي بين يديه، وهذا ما عبرت جليا الدكتور سعاد الشرقاوي حين أشارت إلى أنّ "القانون العام لم يبلغ درجة من الثبات تكفي لتنفيذ ما حدث بالنسبة للفروع الأخرى التي تمّ فيها التقنين، ذلك أنّ القانون العام دائم التطور واختلاف الدور بين القضاء العادي وبين القضاء الإداري فرض استقلالية الأول عن الثاني ليتفرغ القاضي الإداري للفصل في المنازعات الإدارية دون سواها و يتعمق فيها أنظر، المرجع السابق، 57.

<sup>205</sup> يعرف الضبط الإداري بأنه مجموعة الأوامر والإجراءات والقرارات التي تتخذها السلطة المختصة للمحافظة على النظام العام بمدلولاته الثلاثة، الأمن والصحة والسكينة، ويعرف أيضاً بأنه مظهر من مظاهر عمل الإدارة يتمثل في تنظيم حريات الأفراد حماية للنظام العام، ويختلف الضبط الإداري عن مفاهيم أخرى شبيهة كالضبط القضائي والضبط التشريعي، للمزيد، أنظر، المرجع السابق، 25.

<sup>206</sup> "تضحّت هذه التفرقة بمناسبة المواكب الدينية التي تتم في الطرق العامة، فإذا كان الموكب الديني تقليدياً أستقر منذ وقت طويل، فإن مجلس الدولة ينظر إليه باعتباره مظهراً من مظاهر التمتع بإحدى الحريات العامة، ألا وهي حرية ممارسة الشعائر الدينية،" الكيومي، ملخص القانون الإداري، 20.

الحرية وليس بمصادرتها، كما رأى قرر مجلس الدولة الفرنسي أن الاحتجاج بوجود خطر يسير على النظام العام لا يبرر تكبيل الحريات العامة بقيود خطيرة.<sup>207</sup>

وعلى العموم، يمكننا فهم طبيعة الرقابة القضائية التي يفرضها القضاء الإداري ودورها في حماية الحقوق والحريات العامة من خلال استقراء بعض المبادئ التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي وسارت عليها العديد من الأنظمة القضائية المقارنة، والتي يمكن أن نوجزها في المحاور الثلاثة التالية:

### 1- طرق الإثبات في الدعوى الإدارية:

أرسى مجلس الدولة الفرنسي مبدأ هاماً فيما ما يتعلق بطرق الإثبات في الدعوى الإدارية، حيث استقر على قبول الدليل المستمد بكل طرق الإثبات أو الدلالة، ولم يكتف بمجرد قراءة القرار أو أسبابه التي بني عليها أو من طريقة إصدار القرار وتنفيذه والظروف التي أحاطت به لإثبات عيب الانحراف.<sup>208</sup>

وهذا يقود إلى أن للمستدعي حق إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه القرار الإداري من وقائع، وهذا ما يشكل ضماناً للمستدعين من نقض ما ورد في تبريرات الإدارة لتقييد حرياتهم وحقوقهم والمسّ بمراكزهم القانونية، لاسيما أن الإدارة غالباً ما تلجأ إلى تبرير حرمانها للمواطنين من حقوقهم بدواعي عدّة، كالنظام العام والأمن وغيرها، وهنا يتسع المجال للمواطنين المتظلمين من حرمانهم من حق التظاهر بداعي الحفاظ الأمن العام أن يثبتوا أن هذا التبرير لا يستند إلى وقائع حقيقية بكل طرق الإثبات.

<sup>207</sup> المرجع السابق، 21.

<sup>208</sup> راضي، كتاب القضاء الإداري، 67.

ولم يكتف مجلس الدولة الفرنسي بهذا، بل ذهب في حمايته للحريات العامة إلى الحدّ الذي جعله يقيم قرينة قضائية لصالح الأفراد ضد الإدارة، فمجلس الدولة الفرنسي يقرر مثلاً أن المواكب الدينية التقليدية والجنازات يفترض فيها أنها لا تعكر السكنينة العامة، ومن ثم ليس على الأفراد أن يثبتوا شيئاً، ذلك أنّ عبء إثبات العكس يقع على عاتق الإدارة مباشرة، وهذا المسلك، أي نقل عبء الإثبات على عاتق الإدارة، يعد تيسيراً هاماً للأفراد في مجال دعوى الإلغاء، بما يحفظ حقوقهم وحرياتهم.<sup>209</sup>

ويستفاد من نقل عبء الإثبات إلى الإدارة حقيقة تقضي أنّ ممارسة الحق هو الأصل، وأن أي استثناء لتقييد هذه الممارسة يجب أن يكون مؤيداً ببينة مقنعة تسوقها الإدارة.

## 2- امتداد رقابة القضاء الإداري إلى تكييف الوقائع المنتجة للقرار الإداري:

يعتبر مبدأ رقابة القضاء الإداري على تكييف الوقائع المنتجة للقرار الإداري من المبادئ الهامة الأخرى التي قررها مجلس الدولة الفرنسي، إذ أن الإدارة قد تلجأ إلى تكييف القرار الإداري خلافاً للوقائع الحقيقية تبريراً لانتهاكها أحد الحقوق والحريات العامة، وحينها يتصدى القاضي الإداري إلى تكييف الوقائع وتعريية مضمون القرار الإداري والحكم على أساس هذه الوقائع، ومن أشهر أحكام مجلس الدولة الفرنسي في الرقابة على التكييف القانوني للوقائع حكمه في قضية Gomel عام 1914، حيث قضى "بالإلغاء قرار مدير أحد الأقاليم الذي رفض الترخيص للسيد (جوميل) بالبناء في منطقة أثرية على أساس أن هذا

<sup>209</sup> بوضياف، محاضرات في القانون الإداري، 20.

البناء سيشوه جمال المنظر الأثري، ولما بحث المجلس في التكييف القانوني للوقائع التي أستند إليها هذا القرار اعتبرها غير صحيحة وألغى قرار المدير.<sup>210</sup>

ومن ذلك أيضا حكمه الصادر بتاريخ 6 فبراير 1903، حيث قرر مجلس الدولة اختصاصه بنظر النزاع على أساس "أنّ الوعد بالجائزة قد تضمن إيجابا من جانب المجلس البلدي، وأن قيام السيد Terrier بالاصطياد تضمن قبولا، ومن ثمّ يكون بينهما عقد موضوعه التخلص من الأفاعي التي كانت تشكل خطرا على الصحة العامة في المدينة."<sup>211</sup>

ويلاحظ هنا أن مجلس الدولة الفرنسي قد كَيّف هذا النزاع على أساس أنه عقد إداري، وأن من اختصاص مجلس الدولة نظر الطعون الخاصة بالعقود الإدارية، لاسيما أنّ هذا العقد يتصل بأحد الحقوق الإنسانية العامة، وهو الحفاظ على الصحة العامة، وهنا يبدو أن مجلس الدولة الفرنسي قد أعطى لنفسه سلطة تقدير ملائمة الإجراء الذي تقوم باتخاذ الإدارة مع خطورة الوقائع والبواعث التي أدت إليه.<sup>212</sup>

### 3- صلاحية القضاء الإداري للحكم بالضرر المادي والمعنوي:

وسّع مجلس الدولة الفرنسي من حدود اختصاصاته بحيث لا تقتصر على التعويض عن الضرر المادي فقط، بل تمتد إلى التعويض عن الضرر المعنوي المتحصل من تصرفات الإدارة الماسة بالحقوق والحريات العامة، ويمكن قراءة ذلك مما جاء حكم مجلس الدولة الفرنسي بقضية (Delpech) والتي ألزم فيها مجلسا بلديا بالتعويض المادي والمعنوي

<sup>210</sup> راضي، كتاب القضاء الإداري، 81.

<sup>211</sup> بوضياف، محاضرات في القانون الإداري، 82.

<sup>212</sup> شحاتة، مبدأ المساواة في النسائير في النسائير العربية، 494.

لمدرس رفض المجلس تسليمه المفاتيح الخاصة بمسكنه بدون مبرر، ما اضطره للسكن في مكان غير صحي وغير لائق، وترتب على ذلك إتلاف الكثير من أثاث مسكنه وتدهور صحة أطفاله.<sup>213</sup>

ويرى الباحث أنّ أهمية امتداد التعويض إلى الضرر المعنوي يعزز من قدرة القضاء الإداري على حماية الحقوق والحريات العامة من خلال إلزام جهة الإدارة باحترام كرامة الإنسان، وعدم المساس بالحقوق والحريات العامة التي تعتبر لصيقة في النفس البشرية، وأنّ المساس بهذه الحقوق يؤدي إلى إلحاق أذى نفسي ومعنوي يجب على الإدارة أن تلتزم بالتعويض عنه.

وأمام هذه المبادئ التي أرساها مجلس الدولة، يمكن لنا أن نتفهم كيف يكون لطبيعة الرقابة القضائية التي يمارسها القضاء الإداري هذه القدرة المفترضة في حماية الحقوق والحريات العامة، وهو سنتصدى له من خلال بيان طبيعة القضاء الإداري الفلسطيني في  
المطلب اللاحق.

<sup>213</sup> الطماوي، القضاء الإداري، 361.

## المطلب الثاني

### طبيعة القضاء الإداري الفلسطيني وأثرها في إرساء الحقوق والحريات العامة

يمكن لنا فهم طبيعة القضاء الإداري الفلسطيني من خلال استقراء أحكام القوانين الفلسطينية النافذة التي تحدد الطبيعة التنظيمية والموضوعية للقضاء الإداري، ليصار وعلى ضوء ذلك إدراك مدى تأثير البنية التنظيمية والموضوعية على قدرة القضاء الإداري الفلسطيني في تشكيل حماية جادة للحقوق والحريات العامة، وسيتأتى لنا ذلك من خلال المحورين التاليين:

#### 1- الطبيعة التنظيمية للقضاء الإداري الفلسطيني:

تَعرّف الأنظمة القضائية المقارنة شكلين رئيسيين للقضاء الإداري، الأول يقوم على وحدة القضاء في مواجهة النزاع المعروف عليه أي كان نوعه،<sup>214</sup> حيث توجد محكمة واحدة تختص بشكل شمولي بكافة المنازعات المعروضة عليها أي كانت طبيعتها، والثاني يقوم على فكرة الازدواج القضائي،<sup>215</sup> حيث ينشأ قضاء مستقل يختص بنظر المنازعات الإدارية وحدها دون غيرها، بما يشمل الرقابة على أعمال الإدارة بعيداً عن اختصاص القضاء العادي.<sup>216</sup>

<sup>214</sup> بخصوص هذا النظام وهو ما يسمى بنظام القضاء الموحد، يتولى القضاء اختصاص التعويض عن الأضرار الناتجة عن قرارات الإدارة، ويسودها النظام في إنكلترا والولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول الأخرى، وبمقتضاه تختص جهة قضائية واحدة بالنظر في جميع المنازعات التي تنشأ بين الأفراد أنفسهم أو بينهم وبين الإدارة أو فيما بين الهيئات الحكومية نفسها، وهذا النظام يتميز بأنه أكثر اتفاقاً مع مبدأ لمشروعية إذ يخضع الأفراد والإدارة إلى قضاء واحد وقانون واحد لا يسمح بمنح الإدارة أية امتيازات في مواجهة الأفراد، للمزيد، أنظر، راضي، الوجيز في القانون الإداري، 64.

<sup>215</sup> بخصوص هذا النظام ويسمى بنظام القضاء المزدوج، فإنه يقوم على أساس وجود جهتين قضائيتين مستقلتين عن جهة القضاء العادي، التي تتولى النظر في النزاعات بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة حين عندما تتصرف الإدارة بوصفها أحد أشخاص القانون الخاص ويطبق عليها في هذه الحالة أحكام القانون الخاص، وجهة القضاء الإداري التي تنظر المنازعات بين الأفراد والإدارة عندما تتصرف الإدارة بوصفها سلطة عامة وتمتع بامتيازات لا يتمتع بها الأفراد ويطبق في هذه الحالة أحكام القانون العام، سامي جمال الدين، القضاء الإداري، الرقابة على أعمال الإدارة، (منشأة المعارف، 2003)، 306.

<sup>216</sup> المرجع السابق.

وفي فلسطين، تأثرت التشريعات الفلسطينية النافذة لجهة تحديد الطبيعة التنظيمية للقضاء الإداري إلى حد كبير في الحقب الدستورية التي مرت على فلسطين، الأمر الذي ساهم في وجود التباس في تحديد طبيعة القضاء الإداري الفلسطيني، وقد شكّل صدور قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 نقلة نوعية باتجاه التنظيم التشريعي للقضاء الإداري، رغم أنه لم يستند إلى شرعية دستورية واضحة بسبب صدوره قبل القانون الأساسي لسنة 2002.<sup>217</sup>

وبإسقاط تجربة الأنظمة المقارنة على الحالة الفلسطينية، يبدو جليا أن تحديد مدى اختصاص جهة قضائية بالفصل بالمنازعات الإدارية في نظام القضاء الإداري المزدوج يقوم على أساس وجود جهتين قضائيتين منفصلتين شكلا وموضوعا، تتولى أحدهما الفصل في المنازعات المدنية والجزائية، وتتولى جهة قضائية ثانية مستقلة الفصل في النزاعات الإدارية، بحيث يوجد الى جانب القضاء العادي قضاء إداري مستقل يتميز بقواعده الموضوعية والاجرائية، بينما يقوم نظام القضاء الموحد على وجود جهة قضائية واحدة تختص بالفصل في كافة المنازعات المدنية والجزائية والإدارية على حد سواء.<sup>218</sup>

<sup>217</sup> بالاستعراض التاريخي للتشريعات الفلسطينية التي كانت سارية قبل صدور قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001، نجد أن جذور القضاء الإداري الفلسطيني قد ظهرت بذوره في ما نصت عليه المادة 34 من مرسوم دستور فلسطين لسنة 1922 من اختصاصات للمحكمة العليا التي تتعقد بصفتها محكمة عدل عليا، وكذلك عمد القانون الأساسي لقطاع غزة رقم 255 لسنة 1955 إلى إحالة اختصاص نظر المنازعات الإدارية إلى المحكمة العليا بشكل واضح وجلي وفقا أحكام المادة 36 منه، وكذلك فعل الإعلان بالنظام الدستوري لقطاع غزة لسنة 1962 في المادة 57 منه، إلا أن هذا الإعلان قد أضاف اختصاصا جديدا للمحكمة العليا بما نصت عليه المادة 34 من اختصاص هذه المحكمة بنظر الطعون الانتخابية، في حين أحال الدستور الأردني لسنة 1952 اختصاص نظر المنازعات الإدارية إلى المحاكم النظامية بموجب المادة 102 منه، وقد تحدد ذلك بصدور قانون محكمة العدل العليا الأردني، وفي حقبة الاحتلال الإسرائيلي كانت تتعقد محكمة الاستئناف بصفتها محكمة عدل عليا.

<sup>218</sup> عبد القادر مساعد، القضاء الإداري المغربي ضمانا للحقوق والحريات، عن القضاء الإداري المغربي، دعوى القضاء الشامل، (بدون ناشر)، 50

وبالنظر إلى التنظيم التشريعي للقضاء الإداري الفلسطيني نجد أنّ المشرع الفلسطيني قد نص على وجود محكمة عدل عليا تختص دون غيرها بنظر المنازعات الإدارية، وفق ما يتبين لنا من مقاصد المشرع في المادة 33 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001،<sup>219</sup> مما يشير أنّ التنظيم القضائي الإداري الفلسطيني دفع باتجاه فصل جهة القضاء الإداري عن جهة القضاء العادي مما يوحي أنّ القضاء الإداري الفلسطيني هو قضاء مزدوج.<sup>220</sup>

وعلى الرغم من ذلك، فإنه لا يمكن التسليم بوجه النظر هذه، ذلك أنّ النظام القضائي الفلسطيني خلط بين القضاء المزدوج والقضاء الموحد في العديد من المفاصل، منها على سبيل المثال وجود محكمة العدل العليا ومحكمة النقض في محكمة واحدة تسمى بالمحكمة العليا،<sup>221</sup> علاوة أنّ المحكمة العليا تتمتع باختصاصات شمولية أخرى تخرج عن نطاق اختصاص محكمة العدل العليا ومحكمة النقض، لاسيما حين تتعقد بهيئتها العامة لتختص

<sup>219</sup> تنص المادة 33 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 على " تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي:  
1- الطعون الخاصة بالانتخابات، 2- الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام بما في ذلك النقابات المهنية، 3- الطلبات التي هي من نوع المعارضة في الحبس التي يطلب فيها إصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع، 4- المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين أو الترقية أو العلاوات أو المرتبات أو النقل أو الإحالة إلى المعاش أو التأديب أو الاستبعاد أو الفصل، وسائر ما يتعلق بالأعمال الوظيفية، 5- رفض الجهة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها، 6- سائر المنازعات الإدارية، 7- المسائل التي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أي محكمة تستوجب الضرورة الفصل فيها تحقيقاً للعدالة، 8- أية أمور أخرى ترفع إليها بموجب أحكام القانون."

<sup>220</sup> لم يجعل المشرع الفلسطيني محكمة العدل العليا محكمة مستقلة بالمفهوم الشامل، إلا من حيث الاختصاص، حيث تعتبر محكمة العدل العليا مكون واحد من مكونين تتشكل منها المحكمة العليا الفلسطينية وفق ما نصت عليه المادة 23 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 حيث نصت على إنشاء محكمة عليا تتكون محكمتي النقض والعدل العليا  
<sup>221</sup> تنص المادة 23 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 على " تتكون المحكمة العليا: 1- محكمة النقض، 2- محكمة العدل العليا، وقد أنيط بمحكمة العدل العليا اختصاصات الفصل في كافة المنازعات الإدارية والتي تشكل صلب الاختصاص الموضوعي للقضاء الإداري وذلك بموجب المادة 33 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 بينما أنيطت بمحكمة النقض صلاحية النظر في الطعون المدنية والجزائية بصفتها محكمة قانون، ولا تمتد اختصاصات كل محكمة إلى اختصاصات المحكمة الأخرى، وهذا يعني أن المشرع الفلسطيني قد نزع أي صلاحية للقضاء العادي بالنظر في المنازعات الإدارية وقصر ذلك على محكمة محددة بعينها وهي محكمة العدل العليا، مما يؤكد وجود محكمة قضاء إداري فلسطيني إداري بالمعنى التنظيمي والموضوعي المتعارف عليه، رغم أنه لا يبرر كفيّة وجود محكمتين منفصلتين في الاختصاص ضمن محكمة واحدة سميت بالمحكمة العليا.

بنظر بعض الدعاوي التي يمكن أن تكون مدنية أو جزائية أو إدارية، مما يقود إلى القول أن اختصاص المحكمة وعلى هذه الصورة هو أقرب للنظام الموحد منه إلى النظام المزدوج.<sup>222</sup>

وبعد صدور القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003، والذي كان من المفترض أن يعمد إلى إزالة هذا الالتباس، نجد أنّ ما نصت عليه المادة 102 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 على جواز إنشاء محاكم إدارية بقانون تتولى الفصل بالمنازعات الإدارية قد زادت من حدة هذا الالتباس، رغم أنّ هذه المادة تشير إلى أنّ المشرع الفلسطيني قد منحى فصل القضاء الإداري عن القضاء العادي، عبر إتاحة الصلاحية الدستورية للمشرع بإصدار قوانين تنص على إنشاء محاكم إدارية مستقلة.<sup>223</sup>

وعلى العموم، تبدو أهمية تحديد الطبيعة التنظيمية للقضاء الإداري الفلسطيني في مدى توفير هذا النظام ضمانات إجرائية تكفل فرض رقابة قضائية على تصرفات الإدارة، إذ أنّ نظام القضاء الإداري في فلسطين يقوم على درجة واحدة فقط مقتصرة فقط في محكمة

<sup>222</sup> ورغم هذا الفصل بين اختصاص محكمة النقض ومحكمة العدل العليا، إلا أن المشرع وبموجب المادة 25 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 قد جعل اختصاص المحكمة العليا اختصاصاً عاماً، بما يشمل على اختصاص القضاء الإداري واختصاص القضاء العادي، بمعنى أن المحكمة العليا بهيئتها العامة تملك حق النظر بكافة النزاعات المعروضة أمامها حال انعقادها في حالات محدد بموجب المادة 25 من المشار لها من القانون المذكور، وهي تتعقد بهذه الحالة بطلب من رئيسها أو إحدى دوائرها وبحضور أغلبية ثلثي أعضائها بغض النظر عن وجودهم في أي دائرة من دوائر المحكمة سواء أكانت محكمة النقض أو العدل العليا، أنظر المادة 25 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 والتي تنص على " تنعقد المحكمة العليا بحضور أغلبية ثلثي عدد أعضائها على الأقل بناءً على طلب رئيسها أو إحدى دوائرها في الحالات التالية:

1- العدول عن مبدأ قانوني سبق أن قرره المحكمة، أو لرفع تناقض بين مبادئ سابقة.  
2- إذا كانت القضية المعروضة عليها تدور حول نقطة قانونية مستحدثة، أو على جانب من التعقيد، أو تنطوي على أهمية خاص  
<sup>223</sup> يرى الباحث أنّ مسألة الجواز الدستورية بإنشاء محاكم إدارية تعد من العيوب التشريعية التي ساهمت في جعل الطبيعة التنظيمية للقضاء الإداري في فلسطين مسألة ملتبسة وغير جازمة، ويضاف إلى ذلك أن المادة 104 من القانون الأساسي المعدل التي أنطت بالمحكمة العليا اختصاص هذه المحاكم الإدارية مؤقتاً، وكان المشرع افترض ضرورة تشكيلها بشكل دائم وأنط صلاحياتها مؤقتاً بالمحكمة العليا، مما يؤكد أن المشرع الفلسطيني يسعى لتكريس الطبيعة المزدوجة للقضاء الإداري الفلسطيني حتى وإن كان على استحياء، رغم أنّ البعض يرى أن وجود محكمة عليا يعني أننا أمام نظام القضاء الموحد، وأشير هنا إلى ما يراه الدكتور سامي جمال الدين بهذا الصدد أحياناً قال " إذا كانت هناك محكمة واحدة عليا تتولى هذه المهمة في دولة ما، فإنها تكون قد اتبعت النظام القضاء الموحد، أما إذا وجدت أكثر من محكمة تستقل كل منها عن الأخرى في مباشرة الاختصاص، فهو النظام القضائي المزدوج." جمال الدين، القضاء الإداري، 326.

العدل العليا، في حين أنّ القضاء العادي في نظامنا القضائي يقوم على تعدد الدرجات، ولو كانت المحاكم العادية تملك حق النظر في الطعون الإدارية كما هو الحال النظام الموحد، لاستفاد المتقاضون من ضمانات تعدد الدرجات، ذلك أنّ بقاء القضاء الإداري الفلسطيني قائماً على درجة واحدة فقط، يشكلّ انتقاصاً لدور القضاء الإداري في تشكيل ضمانات لحقوق الإنسان، إذ أنّ مبدأ التقاضي على أكثر من درجة يوفر ضمانات أكبر لتحقيق العدالة وحماية الحقوق والحريات العامة.<sup>224</sup>

## 2- الطبيعة الموضوعية للقضاء الإداري الفلسطيني:

تتحدد الطبيعة الموضوعية للقضاء الإداري باعتباره قضاء إلغاء أو قضاء شامل، ويتولى قضاء الإلغاء نظر الدعوى الإدارية الهادفة لمخاصمة القرار الإداري، وتقتصر سلطة القاضي في هذه الدعوى على التحقق من صحة ومشروعية القرار الإداري ومدى موافقته للقانون، ولا يمتد حكمه الى أكثر من ذلك، فليس له تعديل القرار المطعون فيه أو إنشاء مراكز قانونية، بينما يتولى القضاء الشامل سلطات كاملة لحسم النزاع، بحيث لا يقتصر دور القاضي الإداري على إلغاء القرار غير المشروع، وإنما يحكم بما يترتب على هذا القرار من نتائج لأنه يتعلق بالحقوق الشخصية لرافع الدعوى، فله أن يحكم بإلغاء القرار

<sup>224</sup> أعلن القاضي فريد الجلاد رئيس المحكمة العليا، رئيس مجلس القضاء الأعلى اليوم بتاريخ 2011/10/3، عن انطلاق مشروع تطوير القضاء الإداري الفلسطيني عبر دراسة إمكانية جعله على درجتين للتقاضي، مشيراً إلى إيجابيات التقاضي على درجتين بما يحقق العدالة بالصورة الفضلى، إلا أنه ولغاية تاريخ إعداد هذه الدراسة لم يتم إحداث أية تغييرات في بيئة القضاء الإداري الفلسطيني أنظر، موقع وكالة الأنباء الفلسطينية وفا،

والتعويض عن الأضرار التي ألحقها بالمدعي، ومن ذلك المنازعات المتعلقة بقضاء التعويض عن أعمال الإدارة الضارة.<sup>225</sup>

ورغم الأهمية الكبيرة لقضاء الإلغاء، إلا أنه لا يكفي لحماية حقوق وحرية الأفراد حماية كاملة، حيث يرى بعض الفقهاء أن قضاء الإلغاء وإن كان يضمن إعدام القرارات الإدارية المعيبة، فإنه لا يكفل تغطية ما يترتب على بقاء تلك القرارات المعيبة فترة من الزمن، نظراً لمبدأ نفاذ القرارات الإدارية بالرغم من دعوى الإلغاء.<sup>226</sup>

وفيما يتصل بالقضاء الإداري الفلسطيني، يمكن القول أنّ طبيعته تتسم بكونه قضاء إلغاء، حيث نستطيع الجزم بذلك من خلال استطلاع الأحكام الصادرة عن محكمة العدل العليا، لنجد أنها تراوحت في الغالب بين الحكم بإلغاء القرارات الإدارية، أو تعديل بعضها على أبعد تقدير، ولم تنطرق إلى التعويض عن آثار القرارات المعيبة، ولم تقرر إنشاء مراكز قانونية إلا في حالات ضيقة جداً وعلى سبيل الاستثناء، مما يقود إلى القول بأنّ طبيعة القضاء الإداري في فلسطين من الناحية الموضوعية قد استقرت على تلك السمات العامة التي تميز دعوى الإلغاء، ولم تتعداها إلى تخوم القضاء الإداري الشامل الذي يحكم بالتعويض عن الضرر الناشئ من مخالفة جهة الإدارة للقانون في إصدار قراراتها المعيب، والذي يكون ماساً في الغالب بإحدى المبادئ القانونية التي تتعكس في التشريعات كقاعدة من قواعد حقوق الإنسان وحرياته العامة.<sup>227</sup>

<sup>225</sup> مازن ليلوا راضي، كتاب القضاء الإداري، (بدون ناشر)، 4.

<sup>226</sup> سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن بالأحكام دراسة مقارنة (دار الفكر العربي)، 11.

<sup>227</sup> مع استقرار القضاء الإداري الفلسطيني على الحكم بالإلغاء دون التعويض، فقد جرى العمل على لجوء الطاعن الذي احتصل على حكم قضائي بإلغاء قرار إداري أثار على مركزه القانوني إلى محاكم القضاء المدني العادي من أجل المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أحدثه القرار الطعن، وهذا ما قرره محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة في الدعوى الإدارية رقم 71 لسنة 96

وبالنظر إلى التنظيم التشريعي الذي يحدد الطبيعة الموضوعية لعمل القضاء الإداري الفلسطيني، نجد أن إجراءات التقاضي أمام محكمة العدل العليا قد نظمت بقانون أصول المحاكمات المدنية رقم 1 لسنة 2002،<sup>228</sup> ويستمد القضاء الإداري الفلسطيني اختصاصاته في إصدار أحكامه القضائية من الصلاحية الممنوحة له بموجب المادة 291 من هذا القانون، والتي نصت على أنه تصدر المحكمة حكمها على وجه السرعة في الطلب وذلك إما برفضه أو إلغاء القرار المطعون فيه أو بتعديله مع ما يترتب على حكمها من آثار قانونية.

ويرى الباحث أنه وعلى خلاف ما جرت عليه تطبيقات محكمة العدل الفلسطينية نجد أن مضمون المادة 291 من قانون أصول المحاكمات المدنية المشار لها يوجب على المحكمة أن تراعي في حكمها ما يترتب عليه من آثار قانونية بحق الكافة، ومؤدى ذلك أن للمحكمة حق بحث آثار القرار المعيب وما يترتب على هذه الآثار من إخلال بالمراكز القانونية بما فيها الأضرار الناشئة عن القرار الإداري الطعين، فإذا حكمت المحكمة بإلغاء القرار الإداري، فإنها ملزمة ببحث آثار هذا القرار على ضوء حكم الإلغاء أو التعديل، ومنها الحكم بجبر الضرر الناتج عن اتخاذ هذا القرار باعتبار الضرر أثر مباشر للقرار المحكوم بإلغائه أو تعديله، وهذه إحدى سمات القضاء الإداري الشامل،<sup>229</sup> مما يعني أن الطبيعة الموضوعية للقضاء الإداري الفلسطيني ليست قضاء إلغاء فقط من الناحية

والذي جاء فيه "على الرغم من عدم مشروعية القرار الإداري بإحالة العطاء على شركة أخرى غير المستدعية إلا أن المحكمة تقرر رفض طلب التعويض لعدم اختصاص محكمة العدل فيه وانعقاد الاختصاص لمحكمة أخرى." قاعدة بيانات المكتب الفني بالمحكمة العليا الفلسطينية، رام الله، تمت المراجعة بتاريخ 2012/7/20.

<sup>228</sup> للمزيد، راجع المواد من 283 إلى 291 من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 1 لسنة 2002.

<sup>229</sup> شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، 267.

النظرية على الأقل،<sup>230</sup> لأنها تعطي القاضي الإداري حق إنشاء مراكز قانونية أخفق

القرار الإداري المعيب بمنحها لأصحابها وفقاً للقانون.<sup>231</sup>

وعلاوة على أنّ القضاء الإداري في التطبيقات القضائية لم يخرج عن كونه قضاء إلغاء،

فإنه قد استقر أيضاً على عدم امتداد رقابته إلى العقود الإدارية، وربما يكون هذا عائد إلى

عدم وجود سند تشريعي يمنحه هذا الاختصاص، إلا أنه ورغم ذلك، فقد أجاز قضاء

محكمة العدل العليا الطعن في القرارات الإدارية السابقة على عملية التعاقد، وهذا ما

قضى به حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 61

لسنة 2004.<sup>232</sup>

وعلى العموم، يرى الباحث أن تعزيز دور القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات

العامّة يستدعي أن يتجاوز القضاء الإداري الفلسطيني حدود قضاء الإلغاء، وأن يتعداه إلى

تخوم القضاء الإداري الشامل، لاسيما في صلاحيته للحكم بالتعويض، ذلك أن خطأ

الإدارة الذي يمرّ دون إلزامها بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالأفراد وحقوقهم،

<sup>230</sup> ولعل ما يعزز رأينا، أن طبيعة القضاء الإداري الفلسطيني تعطي القاضي أيضا الحق في تعديل القرار المعيب في الجزء المخالف منه لأحكام القانون، إذ أن الكثير من القرارات تكون صائبة في جزء منها ومعيبة في جزء آخر، ولا يتصور في هذه الحالة أن تحكم المحكمة بإلغاء القرار الإداري برمته، حيث يصعب الفصل في أحيان كثيرة بين ما هو صائب وما هو معيب في القرار ذاته، وإنّ من الصواب أن تتدخل المحكمة بتعديل هذا القرار بالشكل الذي يجعله منسجما بشكل إجمالي مع أحكام القانون حفاظا على حقوق الأفراد من جهة، وحقوق الإدارة مصدرة القرار من جهة أخرى.

<sup>231</sup> إذا كانت هذه الأحكام القضائية لم تتطرق إلى تعديل القرارات الإدارية واكتفت بإلغائها في أحسن الحالات، فإنها لم تتطرق إلى البحث في الآثار القانونية التي تترتب على سريان القرار الإداري المعيب إلا في حالات ضيقة ترتبط بقضايا احتساب رواتب المتقاعدين، أنظر، حكم محكمة العدل العليا المنعقدة برام الله رقم 2008/85، قاعدة بيانات المكتب الفني، مرجع السابق.

<sup>232</sup> تضمن منطوق القرار ما يلي: "دعوى الإلغاء لا يمكن أن توجه إلى العقود، إذ من شروط قبول دعوى الإلغاء أن توجه الدعوى إلى قرار إداري الذي هو تعبير عن إرادة الإدارة بمفردها بينما العقد هو توافق إرادتين، واستثناء من هذه القاعدة أجاز الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة عن عمليات التعاقد، ذلك أن الإدارة لا تتمتع بذات الحرية التي يتمتع بها الأفراد في إبرام عقودهم ومن ثم فإنها تلتزم في معظم الحالات بإتباع طريق مرسوم لتصل لاختيار المتعاقد معها سواء أكان العقد من عقود القانون الخاص أو من العقود الإدارية، وبالتالي تصدر من الإدارة قبل التعاقد قرارات إدارية تستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه، وهذه القرارات هي قرارات إدارية منفصلة يكون الطعن فيها لغير المتعاقد الذي لا يمكنه أن يلجأ إلى قاضي العقد لأنه ليس طرفاً فيه، وذلك دون أن يكون لإلغائها مساس بذات العقد الذي يظل قائماً إلى أن تفصل المحكمة المدنية في المنازعة المتعلقة فيه"، قاعدة بيانات المكتب الفني بالمحكمة العليا الفلسطينية، رام الله، تمت المراجعة بتاريخ 2012/7/20.

أنظر، حكم محكمة العدل العليا المنعقدة برام الله رقم 2008/85.

سيؤدي إلى تماديها في انتهاك الحقوق والحريات العامة دون رادع، على الرغم من أن للأفراد المتضررين من القرارات الإدارية الملغاة الحق في طلب التعويضات من المحاكم العادية، إلا أن ذلك قد ينطوي على عناء للفرد باللجوء إلى أكثر من محكمة، لاسيما أن القاضي الإداري يكون مطلعاً على وقائع الدعوى المعروضة أمامه، ويستطيع تقدير الضرر الواقع على الفرد بصورة دقيقة، وعلى ضوء ذلك، يبدو لنا وبحق أنّ القضاء الإداري الشامل أكثر فاعلية في مواجهة متطلبات العدالة من قضاء الإلغاء.

## المبحث الثاني

### تطبيقات القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة

بعد استعراضنا في المبحث السابق الإطار النظري للقضاء الإداري ودوره في حماية القضائية حماية الحقوق والحريات العامة، سنعمد في هذا المبحث إلى بيان بعض التطبيقات القضائية للقضاء الإداري ودورها في حماية الحقوق والحريات العامة، وسنقوم بذلك من خلال استقراء بعض التطبيقات القضائية في الأنظمة القضائية المقارنة في المطلب الأول، بينما سنقوم في المطلب الثاني باستعراض بعض تطبيقات القضاء الإداري الفلسطيني الصادرة عن محكمة العدل العليا.

### المطلب الأول

#### تطبيقات القضاء الإداري المقارن في حماية الحقوق والحريات العامة

يمكن لنا فهم طبيعة الحماية التي يوفرها القضاء الإداري المقارن للحقوق والحريات العامة من خلال استعراض بعض التطبيقات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي، ومجلس الدولة المصري، ومحكمة العدل الأردنية، وسيتأتى لنا ذلك من خلال المحورين التاليين:

#### أ- الحقوق الاجتماعية والاقتصادية:

يمكن لنا أن نستقرأ دور القضاء الإداري في حماية الحقوق الاجتماعية والاقتصادية من خلال التالي:

## 1- الحق في السكن:

تطرق مجلس الدولة الفرنسي إلى الحق في السكن في العديد من أحكامه، ويلاحظ بأن الحق في السكن قد تم النظر إليه بصورة مختلفة و متميزة في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 28 مايو 1971، حيث وازن مجلس الدولة فيه بين الحكم في السكن ونزع الملكية تحقيقاً والمنفعة العامة، ويتلخص موضوع هذا الحكم في "أن الحكومة الفرنسية قررت في العام 1966 إنشاء مجمع سكني جديد شرق مدينة ليل، ويتطلب الأمر لتنفيذ هذا المشروع نزع ملكية مائة سكن، وتقدمت جمعية للطعن بهذا المشروع بداعي أن هدم مائة مسكن يعتبر ثمناً باهظاً لتنفيذ المشروع، وأخذ مجلس الدولة الفرنسي يبحث في عيوب ومزايا هذا المشروع وتأثيره على حق الملكية الفردية، وخلص المجلس إلى أن هدم مائة مسكن في مقابل تنفيذ المشروع لا يزرع عنه صفة النفع العام."<sup>233</sup>

ويبدو للوهلة الأولى أن مجلس الدولة الفرنسي في هذا الحكم قد غلب النفع العام على الحق بالسكن وحق الملكية الفردية، إلا أنه يمكننا أن ننظر إلى هذا الحكم من زاوية مختلفة مفادها أن مجلس الدولة الفرنسي انتصر للحق بالسكن في مقابل الحق بالملكية الفردية، ذلك أن مشروع الحكومة الفرنسية يهدف لإقامة مجمع سكني وليس لهدف آخر، وقد بسط مجلس الدولة رقابته على مدى تحقيق هذا المشروع للنفع العام، وهنا يظهر بشكل جلي قدرة القضاء الإداري في الموازنة بين المصالح والحقوق بعد قراءة متبصرة للوقائع.

<sup>233</sup> جمال نعيبي، <http://www.scribd.com/doc/20909992/%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%AD%D9>

## 2- الحق في الحياة العائلية:

يعتبر الحق في الحياة العائلية من الحقوق التي قلّما نجد معالجات تطبيقية لها ضمن تطبيقات القضاء الإداري، ويستند هذا الحق إلى مضمون الفقرة 1 من المادة العاشرة من

العهد الدولي للحقوق الاجتماعية والاقتصادية التي أشارت له بصورة جلية.<sup>234</sup>

وقد أشار مجلس الدولة الفرنسي إلى ضرورة حماية الحق في الحياة العائلية، وذلك مما قضاه في حكمه الصادر 5 مايو من العام 1944 من أن الحق في الحياة العائلية من مبادئ القانون الطبيعي ويجب رعايتها وعدم الاعتداء عليها،<sup>235</sup> مع الإشارة إلى أن هذا الحكم قد صدر قبل إنشاء المجلس الدستوري الفرنسي.

ويلاحظ هنا أنّ مجلس الدولة الفرنسي قد قضى بتوفير الحماية القضائية للحياة العائلية والأسرية باعتبارها من مبادئ القانون الطبيعي السامية، ويرى الباحث أنّ القاضي الإداري الفرنسي قد استقى ذلك مما يستفاد من نص الفقرة 1 من المادة 10 من العهد الدولي الخاص بالحقوق والاجتماعية والاقتصادية والتي بينت على وجه التحديد أن هذا الحق يرتبط بالأسرة التي تشكل الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع.

## 3- الحق في العمل:

تصدى مجلس الدولة الفرنسي إلى الحق في العمل في العديد من أحكامه، وقد بسط رقابته على كافة قرارات الإدارة المتصلة بحق المواطنين في العمل، وعلى سبيل التذليل، نجد أنّ

<sup>234</sup> نصت الفقرة 1 من المادة 10 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية على "وجوب منح الأسرة، التي تشكل الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، أكبر قدر ممكن من الحماية والمساعدة، وخصوصاً لتكوين هذه الأسرة وطوال نهوضها بمسؤولية تعهد وتربية الأولاد الذين تعلمهم، ويجب أن ينعدد الزواج برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاً لا إكراه فيه.

<sup>235</sup> جمال نعيبي، <http://www.scribd.com/doc/20909992/%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%AD%D9>.

مجلس الدولة قد فرض رقابة على قرارات الإدارة القاضية بحرمان المواطنين من مزاوله العمل إذا ما توفرت الشروط القانونية الملائمة، وذلك حتى لا تتعسف الإدارة في استخدام حقها بمنح رخص مزاوله المهن، ومن ذلك ما قضى به في حكم (Froustey) الصادر بتاريخ 5 ديسمبر سنة 1947 بإلغاء قرار الإدارة بمنع أحد الأطباء من مزاوله عمله رغم أحقيته بذلك، وقرر المجلس أن الإدارة والحالة هذه تكون قد خالف نص القانون الواجب التطبيق.<sup>236</sup>

ويشكل هذا الحكم ضماناً قضائية للحق في العمل وحماية لحقوق المواطنين من تعسف الإدارة بما يحد من هذا الحق أو يقيدّه على وجه غير مشروع.

#### ب- الحقوق المدنية والسياسية:

يمكن لنا أن نستقرأ دور القضاء الإداري في حماية الحقوق المدنية والسياسية من خلال التالي:

#### 1- الحق في الكرامة الإنسانية:

أشار العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية إلى الكرامة الإنسانية في أكثر من موضع، وحظرت المادة 7 من ذات العهد القيام بأية إجراءات حاطة بالكرامة الإنسانية.<sup>237</sup> وقد أرسى الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 27 أكتوبر من العام 1995 قاعدة قضائية هامة تقضي بأن احترام كرامة الإنسان يجب أن ينظر لها كمكونات النظام العام، وينطوي هذا الأمر على أهمية قصوى من خلال إلزام الإدارة بالنظر إلى احترام

<sup>236</sup> شحاتة، مبدأ المساواة في الدساتير في الدساتير العربية، 493.

<sup>237</sup> نصت المادة 7 من العهد الولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على " لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة. وعلى وجه الخصوص، لا يجوز إجراء أية تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضاه الحر."

كرامة الإنسان بصفقتها تشكل إحدى وشائج النظام العام، وهذا يفيد بان على الإدارة أن تراعي في قراراتها وإجراءاتها عدم المساس بالكرامة الإنسانية، وأن لا أن تتمسك بالنظام العام لهدر حقوقه وحرياته وكرامته الإنسانية.<sup>238</sup>

ويرى الباحث في هذا السياق أن اعتبار القاضي الإداري الفرنسي الكرامة الإنسانية من مكونات النظام العام يشكل حماية قضائية فاعلة ورعاية جادة لهذا الحق، ذلك أن النظام العام هو من المسائل التي يحق للمحكمة أن تتعرض لها في من تلقاء نفسها أثناء نظرها أي نزاع معروض عليها، وهذا يجعل من رقابة القضاء رقابة صارمة باتجاه حماية الكرامة الإنسانية من تدرع الإدارة بالنظام العام لهدر حقوق الأفراد وحقوقهم في الكرامة الإنسانية.

## 2- الحق في المشاركة السياسية:

فرض القضاء الإداري الفرنسي رقابة صارمة على الحق في المشاركة السياسية في العشرات من أحكامه، لاسيما الحق في تشكيل الأحزاب والمنظمات، "حيث لوحظ من خلال رصد أحكام مجلس الدولة الفرنسي في 21 يوليو من العام 1971 أنه قد عمد إلى إبطال قرارات عديدة متعلقة بحل بالمنظمات اليسارية الثورية كالمنظمة الدولية الشيوعية وجماعة الثورة واتحاد الطلبة الثوريين."<sup>239</sup>

<sup>238</sup> جمال نعيمة، <http://www.scribd.com/doc/20909992/%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%AD%D9>  
<sup>239</sup> محمد إبراهيم خيرى الوكيل، دور القضاء الإداري والدستوري في إرساء مؤسسات المجتمع المدني، (الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2007)، 1303.

### 3- الحق في الحرية الشخصية:

تعتبر تجربة القضاء الإداري المصري فريدة من نوعها في يتعلق بحماية الحرية الشخصية، ذلك أنّ هذا القضاء المصري قد مارس اختصاصه في ظل قانون الطوارئ، إلا أنّ القضاء الإداري المصري ورغم ذلك أبدى قدرة جيدة على حماية الحقوق والحرية العامة باتجاه حماية الحق في الحرية الشخصية وتوفير ضمانات المحاكمة العادلة متجاوزا حالة الطوارئ، وفي هذا نجد أنّ مجلس الدولة المصري قد قرر مبدأ عاما يقضي بأنّ تصرفات الإدارة في ظل هذا قانون الطوارئ خاضعة لرقابة القضاء، وذلك على قاعدة التفسير الضيق للاستثناءات التي جاء بها الدستور لإقرار حالة الطوارئ.<sup>240</sup>

وعلى ضوء ذلك، جهد قضاء مجلس الدولة المصري على بسط رقابته القضائية من أجل حماية الحق في الحرية الشخصية وتحريم الاعتقال خارج إطار القانون، وذلك من خلال التضييق من نطاق نظام الطوارئ، وعلى سبيل المثال، قضى هذا المجلس بأنّ "حالة الاشتباه أو الخطورة على الأمن والنظام العام قائمة بالشخص وقت صدور قرار الاعتقال، حيث لا يجوز التسليم بأن من قامت به هذه الحالة في وقت معين يفترض أن تستمر معه إلى ما لا نهاية، و يصبح عرضة للاعتقال كلما أعلنت حالة الطوارئ."<sup>241</sup>

<sup>240</sup> الطعن رقم 1260 لسنة 28 مكتب فنى 30 صفحة رقم 738، أمين فؤاد، الموسوعة الشاملة لأحكام محكمتي القضاء

الإداري والإدارية العليا، مجلس الدولة المصري، (بدون ناشر، 2011). 125.

<sup>241</sup> الطعن رقم 1260 لسنة 28 مكتب فنى 30 صفحة رقم 738، المرجع السابق. 130.

#### 4- حرية الاعتقاد:

رأى مجلس الدولة المصري في حكم فريد له فيما يتعلق بحرية الاعتقاد وممارسة الطقوس والواجبات الدينية أن "إسدال المرأة النقاب أو الخمار لا يحرمه الدين والعرف السائد لا ينكره، ويجب أن يظل النقاب طليقاً في غمار الحرية الشخصية، ومحوراً في كنف حرية العقيدة، فلا يجوز حظره بصفة مطلقة، أو منعه بصورة كلية على المرأة، ولو في جهة معينة، أو مكان محدد، مما يحق لها ارتياده، إذ أن الحظر المطلق أو المنع الكلي يمس الحرية الشخصية في ارتداء الملابس و تقييد لحرية العقيدة".<sup>242</sup>

ويمكن القول أن ما تضمنه هذا الحكم يستند على حرية ممارسة العقيدة، مع الإشارة إلى استخدام القاضي الإداري لدلالة العرف السائد في تحديد مدى ممارسة هذا الحق.

وفي حكم آخر، قرر مجلس الدولة المصري أنه "لا يجوز الخلط بين حرية العقيدة في ذاتها وبين سوء السلوك الشديد الذي قد يستفاد من المتلاعب بالعقيدة والأديان، أيا كانت العقيدة أو الدين، بقصد تحقيق مآرب خاصة وأغراض دنيوية معينة ، لأنّ سرعان ما يرتد المتلاعب بالعقيدة أو الدين عن عقيدته أو دينه إذا ما تحققت مآربه الخاصة، مع ضرورة التسليم بحرية العقيدة أو الدين، بمعنى أنه لا يجوز إكراه شخص على اعتناق عقيدة معينة أو دين معين، إلا أنه ليس من شك في أن مسلك المتلاعب بالعقيدة وبالأديان بقصد تحقيق تلك المآرب والأغراض أيا كانت العقيدة، والدين يصمه بسوء السلوك الشديد من الناحية الخلقية".<sup>243</sup>

<sup>242</sup> الطعن رقم 1316 لسنة 34 مكتب فنى 34 صفحة رقم 1250، المرجع السابق. 132

<sup>243</sup> الطعن رقم 0853 لسنة 03 مكتب فنى 03 صفحة رقم 1486، المرجع السابق. 173

ويلاحظ من هذا الحكم أنه جاء بهدف التمييز بين حرية العقيدة والممارسة الاحتياطية باسم الدين، إلا أنه وضع حرية الاعتقاد وممارسة الشعائر تحت رقابة القاضي الإداري بما يتفق وفهم هذا القاضي للدين والممارسات الأخلاقية لطقوسه، الأمر الذي نجد أنه ينطوي على خطورة كبيرة لم يكن واجبا على القاضي الإداري أن يقتحم تخومها.

وإذا كان ما تضمنه الحكم السابق ينطوي على تفسير عميق لحرية الاعتقاد، فإن هناك أحكام أخرى ولجت إلى مضامين حرية الاعتقاد بصورة تقترب كثيرا من الرؤية الدستورية لها، ومنها الطعن الخاص بترخيص إقامة كنيسة لطائفة الأقباط الأرثوذكس، حيث رأى مجلس الدولة بهذا الصدد في طعن مقدم للاعتراض على إقامة كنيسة بداعي الإزعاج الذي تسببه أجراسها بأن "ما ساقته الوزارة تبريراً للقرار المطعون فيه هو خشية الفتنة لاحتمال حدوث احتكاك بين المسلمين والأقباط فإنه قول غير سديد، ذلك أنه ليس هناك أحياء خاصة بالأقباط وأخرى خاصة بالمسلمين، بل أنهم جميعاً يعيشون جنباً إلى جنب، وتوجد كنائس في أحياء غالبية سكانهم العظمى من المسلمين، كما وأن هذه الكنائس مقامة في وسط أمكنة أهلة بالسكان، وبالقرب من المدارس والمؤسسات العامة والمنشآت الخاصة، بل وبعضها مقام بجوار الجوامع، ومع ذلك لم تقع الفتنة، ولم يحصل إجراء أدى إلى إخلال بالنظام أو الأمن، وهذا يرجع إلى التفهم الواعي لحرية العقيدة."<sup>244</sup>

<sup>244</sup> جاء في منطوق الحكم، "إن الكنيسة المراد إقامتها تقع في قسم أول بورسعيد و هو خال من كنائس لطائفة الأقباط الأرثوذكس و يبلغ عددهم في هذا الحي حوالي 4 آلاف و أما الكنيسة الأخرى للطنائفة المذكورة فتقع في أقسام أخرى و تبعدان عن هذه الكنيسة بحوالي كيلو مترين و أن مجموع أفراد الطائفة المذكورة في مدينة بورسعيد حوالي تسعة آلاف . لكل ما تقدم يكون القرار الصادر بعدم الترخيص في إقامة الكنيسة على المكان المصاير بشأنه قرار من مجلس الوزراء في 12/4/1954 قد صدر مخالفاً للقانون"، الطعن رقم 1416 لسنة 07 مكتب فنى 09 صفحة رقم 1071، المرجع السابق.

وهنا يتبدى لنا دور القاضي الإداري في تغليب حرية العقيدة وممارسة الشعائر الدينية على تبريرات الإدارة بداعي حرصها على النظام والأمن العام، ويرى الباحث في هذا السياق بأنّ القضاء الإداري المصري قد تنبّه إلى خطورة الطعن المقدم وفق ما ورد في الاعتراض من تسبب أجراس الكنيسة للإزعاج، الأمر الذي قد يفتح الباب لطعون أخرى ربما تكون منصبة على الاعتراض على ما قد يعتبره البعض إزعاجاً ناتجاً عن صوت آذان المساجد، وقد أشار الحكم إلى ذلك في خفاياه وإن لم يكن بصورة واضحة، إلا أنه تضمن بالإضافة إلى حماية حرية العقيدة حماية لحق المساواة بين المواطنين المصريين في اتخاذ أماكن عباداتهم وفقاً لشرائعهم السماوية.

##### 5- الحق في المساواة:

لعب القضاء المصري دوراً هاماً أيضاً في فرض رقابة صارمة على تصرفات الإدارة فيما يتعلق بالمساواة لاسيما في تقلد الوظيفة العامة في العشرات من أحكامه، حيث رأى في حكم له "أنه متى تساوى الربط المالي لإحدى هذه الوظائف مع الدرجة المالية لأحد المناصب التي يعامل شاغلوها معاملة خاصة من ناحية المعاش فإن شاغل هذه الوظيفة يعامل ذات المعاملة وفقاً لمبدأ المساواة."<sup>245</sup>

<sup>245</sup> الطعن رقم 2451 لسنة 29 مكتب فنى 31 صفحة رقم 1597، المرجع السابق.

ورأى مجلس الدولة المصري في حكم آخر أن ما اتخذته الإدارة بشأن مدد الخدمة ينطوي على تعطيل للمراكز التي ينشئها القانون، كما يؤدي إلى إهدار المساواة والإخلال بالمراكز القانونية التي يتلقاها الموظفين من القانون مباشرة.<sup>246</sup>

وعلى مستوى التطبيقات القضائية لمحكمة العدل الأردنية، نجد أنها اتخذت ذات الاتجاه الذي سار عليه قضاء مجلس الدولة المصري فيما يتعلق بضرورة احترام القرارات الإدارية لمبدأ المساواة، باعتباره مبدأ ذو مرتبة دستورية، حيث رأت أنه - أي مبدأ المساواة - مبدأ جوهرى من المبادئ العليا الدستورية، وقد أفصحت محكمة العدل العليا الأردنية في حكم لها عن فهمها لمبدأ المساواة حيث رأت أن لا مجال للمطالبة بالمساواة به في حالات الخروج عن أوامر القانون ونواحيه في حالت أخرى مشابهة، لذلك نجد محكمة العدل الأردنية تقول أن المساواة القانونية هي عدم التفرقة بين أفراد الفئة الواحدة إذا تماثلت ظروفهم ومواقعهم ومراكزهم القانونية.<sup>247</sup>

في حين ذهبت محكمة العدل الأردنية في حكم آخر إلى حماية حق المواطنين في تقلد الوظيفة العامة أيضاً، وحماية موظفي القطاع العام من تعسف الإدارة بحقهم في العديد من أحكامها، ومنها حكم قضت فيه بإلغاء قرار الإدارة بإحالة أحد الموظفين إلى التقاعد، ذلك أن هذا القرار الإداري كان مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة، وأنه قد صدر بدافع الانتقام وليس من أجل تحقيق الصالح العام.<sup>248</sup>

<sup>246</sup> الطعن رقم 0987 لسنة 05 مكتب فنى 06 صفحة رقم 446، فؤاد، الموسوعة الشاملة لأحكام محكمتي القضاء الإداري والإدارية العليا.

<sup>247</sup> شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، 809.

<sup>248</sup> عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث)، 363.

## 6- حرية الرأي والتعبير:

أبدى مجلس الدولة المصري رأيه فيما يتعلق بحرية الصحافة كأحد تجليات الحق في حرية الرأي والتعبير، وذلك حينما قضى في حكم له بأن "حرية الصحافة هي إحدى الحريات العامة التي كفلها الدستور فقد نصت المادة 45 من دستور الجمهورية المصرية، ورأى أنه ولما كانت هذه الحرية لا يقتصر أثرها على الفرد الذي يتمتع بها، بل يترد إلى غيره من الأفراد وإلى المجتمع ذاته ، لذلك لم يطلق الدستور هذه الحرية، بل جعل جانب التنظيم فيها أمرا مباحا، على أن يكون هذا التنظيم بقانون، لأن الحريات العامة لا يجوز تقييدها أو تنظيمها إلا عن طريق القانون."<sup>249</sup>

ويتضح لنا من هذا الحكم أنّ مجلس الدولة المصري لم يؤكد الحرية المطلقة للعمل الصحفي، وأسس ذلك على أن حرية الصحافة لها تأثير مباشر على المجتمع، وبالتالي فإن مسألة تقييدها يجب أن ينظمها القانون، ورغم أن مجلس الدولة المصري أكد على أنّ حرية الصحافة هي حق دستوري، إلا أنه ربط كيفية ممارسة هذا الحق بالقانون، في حين لم يشر هذا الحكم إلى إمكانية أن يكون القانون ذاته قد مقيدا لحرية الرأي والتعبير، وإننا لا نتفق مع المبررات التي ساقها الحكم، إذ أن اتصال حرية الصحافة بالرقابة المجتمعية، يجعلها ترتبط بالشأن العام الذي يجب أن يكون محل رعاية القاضي الإداري لتوسيع نطاق هذه الحرية وليس تقييدها.

ولعل ما جاء به هذا الحكم لمجلس الدولة المصري، رده حكم آخر لمحكمة العدل الأردنية، حين ذهبت هذه المحكمة في قضائها إلى "أن تحصين القرار الإداري جائز

<sup>249</sup> الطعن رقم 0597 لسنة 03 مكتب فني 03 صفحة رقم 1574، المرجع السابق.

بالنسبة للحريات المنصوص عليها في الدستور، حيث أشارت إلى أن نص المادة 26 من قانون المطبوعات أن قرار مجلس الوزراء بإلغاء رخصة أي مطبوعة يعتبر قرار نهائياً ولا يجوز الطعن به ولا يخالف ذلك نص المادة 15 من الدستور، لأن هذه المادة لم تجعل حرية الصحافة مطلقة من كل قيد بل أوجبت ان تكون هذه الحرية ضمن القانون،<sup>250</sup> ويرى الباحث في هذا الحكم تنحياً من القضاء الإداري عن ممارسة دوره في حماية الحقوق والحريات العامة.

يبدو لنا ومن خلال استعراض ما سبق من أحكام، بأن تطبيقات القضاء الإداري المقارن قد عمدت في الغالب إلى حماية للحقوق والحريات العامة، ولا نغالي إن قلنا رقابة القضاء الإداري هي الرقابة الأكثر جدوى في ردع السلطة العامة عن مجاوزة حدود القانون.

## المطلب الثاني

### تطبيقات القضاء الإداري الفلسطيني في حماية الحقوق والحريات العامة

ساهم قضاء محكمة العدل لفلسطينية في الغالب الأعمّ على التعاطي بإيجابية مع دوره المفترض في حماية الحقوق والحريات العامة، ويمكن لنا استقراء تطبيقات محكمة العدل العليا ودورها في حماية الحقوق والحريات العامة من خلال التقسيم التالي:

<sup>250</sup> الشوبكي، القضاء الإداري، 159.

## أ- الحقوق المدنية والسياسية:

من خلال استطلاعنا لأحكام محكمة العدل الفلسطينية، نستطيع أن نجمل دورها في حماية الحقوق المدنية والسياسية من خلال التركيز على أهم ما ورد في تطبيقات هذه المحكمة بما يتصل مع هذه الحقوق، وذلك عبر المحاور الثلاثة التالية:

### 1- الحق في الحرية الشخصية:

ينطوي الحق في الحرية الشخصية على العديد من الحقوق المرتبطة به، كالحق في المحاكمة العادلة، وحظر الاعتقال التعسفي، والحق في الأمان الشخصي، وقد عبرت المادة 9 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية عن هذا الحق والحقوق المرتبطة به بصورة وافية وشاملة.<sup>251</sup>

ولقضاء محكمة العدل العليا الفلسطينية دور بارز في حماية هذا الحق من خلال فرض رقابة صارمة على إجراءات الاعتقال التعسفي، وقد صدرت العشرات من الأحكام عن محكمة العدل العليا بهذا الصدد، ومنها ما قضت به محكمة العدل العليا في حكم لها بأنه "لا يجوز القبض على الأشخاص وتوقيفهم إلا بأمر من السلطات المختصة، وحيث أن توقيف المستدعيين واستمرار اعتقالهم جاء مخالفاً لقانون أصول المحاكمات الجزائية

<sup>251</sup> تنص المادة 9 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على "

1- لكل فرد حق في الحرية وفي الأمان على شخصه. ولا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسفاً. ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون وطبق الإجراءات المقرر فيها.

2- يتوجب إبلاغ أي شخص يتم توقيفه بأسباب هذا التوقيف لدى وقوعه كما يتوجب إبلاغه سريعاً بأية تهمة توجه إليه.

3- يقدم الموقوف أو المعتقل بتهمة جزائية، سريعاً إلى أحد القضاة أو أحد الموظفين المخولين قانوناً مباشرة وظائف قضائية، ويكون من حقه أن يحاكم خلال مهلة معقولة أو أن يفرج عنه. ولا يجوز أن يكون احتجاز الأشخاص الذين ينتظرون المحاكمة هو القاعدة العامة، ولكن من الجائز تعليق الإفراج عنهم على ضمانات لكفالة حضورهم المحاكمة في أية مرحلة أخرى من مراحل الإجراءات القضائية، وكفالة تنفيذ الحكم عند الاقتضاء.

4- لكل شخص حرم من حريته بالتوقيف أو الاعتقال حق الرجوع إلى محكمة لكي تفصل هذه المحكمة دون إبطاء في قانونية اعتقاله، وتأمراً بالإفراج عنه إذا كان الاعتقال غير قانوني.

ووفقاً لإجراءات باطلة، فإن استمرار توقيفهم يعد مخالفاً للقانون مما يتوجب معه الإفراج عنهم فوراً.<sup>252</sup>

وقد أشارت المحكمة في حكم آخر لها إلى مخالفة الاعتقال التعسفي لأحكام القانون الأساسي، حيث رأت أن "توقيف المستدعي بالرغم من عدم وجود تهمة ضده ودون أن يتم التحقيق معه وإحالته إلى محكمة مختصة بعد مضي أكثر من عشرة شهور يخالف نصوص القانون الأساسي والمادة 120 من قانون الإجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001، ويكون اعتقاله مخالفاً للقانون، مما يستدعي إلغاؤه والإفراج عنه فوراً ما لم يكن محكوماً أو موقوفاً لداعٍ آخر."<sup>253</sup>

كما أكدت محكمة العدل العليا صراحة على حظر الاعتقال السياسي، وهو ما يمكن اعتباره انتصاراً للحق في الحرية الشخصية وتكريساً لحق المشاركة السياسية، حيث قضت المحكمة في حكم لها بأن "إجراءات القبض على المستدعي لم تتم بواسطة النيابة العامة ولم يتم عرض المستدعي على قاض لتمديد توقيفه بما يفيد أن اعتقاله كان سياسياً، وحيث أن الاعتقال السياسي محظور، فإن ذلك يستوجب الإفراج فوراً عن المستدعي."<sup>254</sup>

ولم يكتف قضاة محكمة العدل العليا بتقرير عدم مشروعية الاعتقال التعسفي ووجوب الإفراج عن الذين تعرضوا لهذا الاعتقال، بل وشددت المحكمة على ضرورة تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عنها بالإفراج عن الموقوفين بوجه غير مشروع، واعتبرت أن امتناع وزير الداخلية الفلسطيني عن تنفيذ هذه القرارات يشكل اعتداء على الدستور، وعلى

<sup>252</sup> حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 25 لسنة 1961، قاعدة بيانات المكتب الفني بالمحكمة العليا الفلسطينية، رام الله، تمت المراجعة بتاريخ 2012/7/20

<sup>253</sup> حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 8 لسنة 2002، المرجع السابق.

<sup>254</sup> حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة في الدعوى الإدارية رقم 170 لسنة 2001، المرجع السابق.

استقلال السلطة القضائية، وعلى مبدأ الفصل بين السلطات، ورأت أن قرار وزير الداخلية بإعادة توقيف المستدعي المفرج عنه يعدّ اغتصاب لسلطة القضاء، الأمر الذي يترتب عليه الانحدار بقراره إلى درجة الانعدام.<sup>255</sup>

ورغم استقرار قضاء محكمة العدل العليا على حظر الاعتقال التعسفي، إلا أن بعض الأحكام الصادرة عنها عملت على إضفاء المشروعية على الاعتقال التعسفي بصورة غير مباشرة، وذلك مما أشار له أحد أحكامها من أنه "وطالما أنه قد تم إيداع تقرير اتهام ضد المستدعي لدى المحكمة المختصة للتحقق من التهم المسندة إليه فإنه بذلك يصبح طلبه المائل في غير محلة وبالتالي يتعين رفضه.<sup>256</sup>

ويمكن القول أن ما تضمنه هذا الحكم يفتح الباب على تسوية الاعتقال التعسفي بمجرد إيداع لائحة اتهام، الأمر الذي كنا نأمل أن تتصدى له المحكمة، وأن تقرر صراحة بأن هذا الاعتقال قد جاوز حدود القانون والمشروعية.

## 2- الحق في تكوين الجمعيات:

أشارت المادة 22 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية إلى الحق في تكوين الجمعيات صراحة، مع التأكيد على أنه لا يجوز فرض قيود على ممارسة هذا الحق إلا في الحدود التي ينص عليها القانون والتدابير الضرورية في مجتمع ديمقراطي،

<sup>255</sup> تضمن منطوق القرار " كما انه لا يجوز للسلطة التنفيذية فرض رقابتها على اجراءات المحاكم وقراراتها، ولقد اجمع فقهاء القانون بان غل يد السلطة التنفيذية عن التدخل في الدعوى المنظورة امام المحاكم هو من اهم عوامل ارساء مبدأ استقلال القضاء وفرض احترامه على الجميع، ويجب ان تبقى يد السلطة التنفيذية مغلولة حتى لو كان هناك خطأ في تطبيق القانون ارتكبه القاضي اثناء سير الدعوى، لان الوسيلة الصحيحة لتدارك مثل هذا الخطأ واصلاحه تتم بالطعن في تلك الاحكام بالطرق المقررة قانوناً، وليس عن طريق تدخل السلطة التنفيذية في اجراءات وقرارات المحاكم"، للمزيد أنظر، الدعوى: 2005/112 السلطة القضائية، رقم القرار: 169 محكمة العدل العليا، المرجع السابق.

<sup>256</sup> محكمة العدل العليا بغزة، في الطلب رقم 2003/91، المرجع السابق.

لصيانة الأمن القومي، أو السلامة العامة، أو النظام العام، أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحياتهم.<sup>257</sup>

وقد كرّس قضاء محكمة العدل الفلسطينية الحق في تكوين الجمعيات بصورة جلية في العديد منه أحكامه، ورفض قيام السلطة العامة بالرقابة على هذه الجمعيات بما يمس الحق في نشاطها المشروع باعتبارها من مؤسسات المجتمع المدني، لاسيما قيام سلطة النقد الفلسطينية بتجميد أموال بعض الجمعيات دون مسوّغ قانوني، ومن ذلك ما قرّره محكمة العدل العليا في أحد أحكامها حين أشارت إلى أنه "وحيث لم يثبت أن الجمعيات المستدعية خالفت قانون الجمعيات أو شروط الترخيص التي أنشئت بناءً عليه، أو أنها حصلت على أموالها بطريق غير مشروع، ولم يثبت أنه نسب إليها أي فساد أو سوء في التوزيع أو خروج عن قانون الجمعيات أو إخلال بمصلحة المواطنين أو إضرار بالمصلحة الوطنية، وحيث أن قانون الجمعيات أضفى على هذه الجمعيات حماية خاصة حتى تتمكن من أداء واجبها على الوجه الأكمل الأمر الذي لم تطبقه المستدعي ضدها سلطة النقد، فإن القرار الصادر عنها بتجميد أموال الجمعيات المستدعية مخالفاً للقانون، وفيه تعسفاً باستخدام

<sup>257</sup> نصت المادة 22 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على " 1- لكل فرد حق في حرية تكوين الجمعيات مع آخرين، بما في ذلك حق إنشاء النقابات والانضمام إليها من أجل حماية مصالحه.  
2- لا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسة هذا الحق إلا تلك التي ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحياتهم. ولا تحول هذه المادة دون إخضاع أفراد القوات المسلحة ورجال الشرطة لقيود قانونية على ممارسة هذا الحق.  
3- ليس في هذه المادة أي حكم يجيز للدول الأطراف في اتفاقية منظمة العمل الدولية المعقودة عام 1948 بشأن الحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي اتخاذ تدابير تشريعية من شأنها، أو تطبيق القانون بطريقة من شأنها أن تخل بالضمانات المنصوص عليها في تلك الاتفاقية."

السلطة، مما يتعين إلغاؤه وإجابة الجمعيات المستدعية إلى طلبها في إطلاق يدها في أموالها.<sup>258</sup>

وإذا كانت محكمة العدل العليا قد أكدت على حظر تجميد أموال الجمعيات دون مسوغ قانوني، فإنها قد رفضت تبريرات الجهة المختصة بعدم تسجيل الجمعيات بداعي وجود جمعيات أخرى مسجلة تعمل في نفس الميدان، الأمر الذي يعتبر فاقداً للمسوغ القانوني كونه قد يهدف إلى تقييد حق المواطنين في تكوين الجمعيات.<sup>259</sup>

وعلاوة عن ذلك، فقد وقفت محكمة العدل موقفاً حازماً في توفير الحماية القضائية للحق في تكوين الجمعيات، لا سيما في ظل قيام وزارة الداخلية بالامتناع عن ترخيص الجمعيات متجاوزة المهلة القانونية الممنوحة لها، حيث رأت المحكمة أن "قانون الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية رقم 1 لسنة 2000 قد نظم إجراءات تسجيل الجمعيات، وذلك إما بقرار صادر عن وزير الداخلية، أو بحكم القانون في حالة مضي مدة تزيد على شهرين دون أن يصدر مثل هذا القرار استناداً للمادة 2/4 من القانون المذكور، وحيث مضت مدة تزيد على الشهرين من تاريخ طلب تسجيل الجمعية المستدعية دون أن يصدر قرار من وزير الداخلية بشأن استيفاء الطلب شروط التسجيل من عدمها، فإن الجمعية

<sup>258</sup> حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة في الدعوى الإدارية رقم 163 لسنة 2003، قاعدة بينات المكتب الفني، مرجع سابق.

<sup>259</sup> حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة في الدعوى الإدارية رقم 125 لسنة 2001، جاء في الحكم " أنه لم يرد في قانون الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية رقم 1 لسنة 2000 أي نص يمنع منح ترخيص لأكثر من جمعية تعمل على تحقيق ذات الهدف، فإن قرار وزارة الداخلية برفض طلب تسجيل الجمعية في غير محله لقيامه على غير سند من القانون مما يتعين إلغاؤه والزام المستدعي ضدها وزارة الداخلية بتسجيل الجمعية لدى الوزارة حسب الأصول."، المرجع السابق.

المستدعية تكون مسجلة بحكم القانون ويتعين على وزارة الداخلية منحها مستنداً يفيد ذلك.<sup>260</sup>

وهنا يلاحظ أنّ محكمة العدل العليا قامت بتسجيل الجمعية بحكم القانون، دون الحاجة إلى قرار من الجهة المختصة، وهذا يعد تكريسا واضحا لدور القضاء الإداري في الكشف عن الحقوق التي يمنحها القانون للأفراد بما يشكل ضمانا للحقوق والحريات العامة.

### 3- حق المساواة في تقلد الوظائف العامة:

أشارت المادة 25 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية إلى الحق في المساواة في تقلد الوظائف العامة، ويرتبط هذا المبدأ مع الحق في المساواة أمام القانون والقضاء، والحق في عدم التمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو الدين.<sup>261</sup>

وقد أفرغت محكمة العدل العليا فهمها للحق في المساواة حين أشارت إلى أنّ "المقصود بمبدأ المساواة هو المساواة أمام القانون، ولا مجال للمطالبة بالمساواة في حالات الخروج عن أوامر القانون ونواهيه،"<sup>262</sup> وقد أخذت محكمة العدل العليا بتطبيق هذا الفهم في تطبيقاتها القضائية،<sup>263</sup> لا سيما في منازعات الوظيفة العامة وغيرها، ومنها ما جاء في حكم لها من أنه "وحيث أنّ السلطة الوطنية الفلسطينية أمرت بعودة الموظفين الذين تم

<sup>260</sup> حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة في الدعوى الإدارية رقم 75 لسنة 2004، المرجع السابق.  
<sup>261</sup> نصت المادة 25 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على " يكون لكل مواطن، دون أي وجه من وجوه التمييز المذكورة في المادة 2، الحقوق التالية، التي يجب أن تتاح له فرصة التمتع بها دون قيود غير معقولة:  
 (أ) أن يشارك في إدارة الشؤون العامة، إما مباشرة وإما بواسطة ممثلين يختارون في حرية،  
 (ب) أن ينتخب وينتخب، في انتخابات نزيهة تجرى دوريا بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري، تضمن التعبير الحر عن إرادة الناخبين،  
 (ج) أن تتاح له، على قدم المساواة عموما مع سواه، فرصة تقلد الوظائف العامة في بلده.  
<sup>262</sup> حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 44 لسنة 2005، قاعدة بيانات المكتب الفني، مرجع سابق.

<sup>263</sup> رأت محكمة العدل العليا في حكم آخر أنّ "المقصود بمبدأ المساواة هو المساواة القانونية والذي يخرج عنه الحالات التي يتم بها تجاوز أوامر القانون ونواهيه، إذ لا يجوز اعتبار مخالفة القانون سابقة يجوز الاحتجاج بها"، أنظر، حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 42 لسنة 2003، المرجع السابق.

فصلهم أيام الاحتلال إلى سابق عهدهم، فإنه يتوجب معاملة المستدعية بالمثل معهم وفقاً لمبدأ المساواة بين المواطنين والموظفين،<sup>264</sup> وكذلك ما ورد في حكم آخر من أن " تبرير لجنة التنظيم المحلية إقرارها مشروع التنظيم التفصيلي المطعون فيه لتجنب دفع التعويض لصاحب قطعة الأرض التي يمر الشارع منها، لا يجيز لها الإخلال بمبدأ المساواة في الاقتطاع من قطعتي الأرض المتقابلتين.<sup>265</sup>

كما عمدت محكمة العدل العليا إلى حماية الحق في تقلد الوظيفة في العديد من أحكامها، ومنها الحكم الصادر عن محكمة العدل العليا والقاضي بإلغاء المرسوم الرئاسي الصادر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية القاضي بإحالة المستدعية إلى التقاعد، حيث رأت المحكمة أنه "ولما كانت المستدعية هي موظفة لدى السلك الدبلوماسي في وزارة الخارجية برام الله وتحدد حقوقها التقاعدية وفقاً لقانون التقاعد العام ذلك بعد بلوغها سن الستين عملاً بالمادتين 20 و 22 من قانون السلك الدبلوماسي، وعليه واستناداً لما تم بيانه، فإننا نجد أن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية قد خالف القانون بإصداره المرسوم الرئاسي بإحالة المستدعية إلى التقاعد، مما يستوجب معه إلغاء القرار الطعين وإعادة المستدعية لرأس عملها في رام الله.<sup>266</sup>

ويلاحظ أن هذا الحكم لم يقتصر على إلغاء القرار، وإنما تعداه إلى التقرير بإعادة الموظفة المذكورة إلى عملها، وهو ما يحمل معنى الإلزام الواضح للإدارة، وذلك في سابقة لا تتكرر في أحكام محكمة العدل العليا التي غالباً ما تكتفي بإلغاء القرار فقط.

<sup>264</sup> حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة في الدعوى الإدارية رقم 23 لسنة 95، المرجع السابق.

<sup>265</sup> حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 22 لسنة 2006، المرجع السابق.

<sup>266</sup> دعوى عدل عليا رقم 100/ 2009، المرجع السابق.

وقد قررت محكمة العدل العليا في حكم لها أن العدالة تقضي بأن لا يعزل موظف إلا بعد ذنب أو تقصير يرتكبه أو لعدم كفاءته وأن يكون القرار صادراً عن صاحب الاختصاص القانوني ومعبراً عن قناعته الذاتية، وأن قرار المستدعي ضده الأول برفض تعيين المستدعي مستنداً إلى رأي جهة أخرى وهي الجهات المختصة غير المعروفة يجعل من هذا القرار غير مشروع ومشوب بعيب إساءة استعمال السلطة وواجب الإلغاء.<sup>267</sup>

ورغم ما ساقته هذه المحكمة وما وفرته من حماية للحقوق المواطن الفلسطيني لا سيما الحق في تقلد الوظائف العامة وتحديدًا في الحكم المشار له أعلاه، إلا أن المحكمة عادت عن هذا الاجتهاد في حكم آخر تتماثل وقائعه مع وقائع الحكم السابق،<sup>268</sup> بحيث أدى هذا التناقض إلى رفع الأمر للمحكمة العليا بهيئتها العامة والتي أصدرت حكماً على درجة بالغة من الأهمية عزز دور القضاء الإداري الفلسطيني في حماية الحقوق والحريات العامة وذلك فيما عرف بقضية المعلمين المفصولين على خلفية أمنية، حيث رأت المحكمة أن اعتبار توصيات الأجهزة الأمنية شرط لتقلد الوظائف والمناصب العامة يهدم الأسس

<sup>267</sup> قضت المحكمة " أن مدة التجربة بالنسبة إلى المستدعي تستمر سنة واحدة تبدأ اعتباراً من تاريخ مباشرة العمل كما جاء في قرار التعيين ونص المادة 30 من قانون الخدمة المدنية، وأن عدم تثبيت الموظف لعدم لياقته خلال فترة التجربة يقع لتخلف شرط صلاحيته للعمل المسند إليه، وهذا الحكم مرهون بفترة محددة (التجربة) ولا يتعداها إلى أبعد منها" أنظر، حيثيات الحكم، عدل عليا رقم 2009/311، المرجع السابق.

<sup>268</sup> عدل عليا رقم 2008/375، جاء في منطوق الحكم " وقد رأت المحكمة فيه أنها غير مختصة بنظر هذه الدعوى، وذلك حين تضمن منطوق حكمها "رد الدعوى لعدم الاختصاص معللة ذلك بأن الكتاب الصادر للمستدعي الذي ينص على أنه (تقرر تعيينك للعمل في وزارة التربية والتعليم العالي اعتباراً من تاريخ مباشرتك للعمل شريطة استكمال مسوغات التعيين .... إلخ) هو قرار معلق على عدة شروط ويعتبر من القرارات التحضيرية السلبية وما جاء فيه لا يرقى لمستوى القرار الإداري الذي يقبل الطعن أمام محكمة العدل العليا، وأن القرار الثاني المطعون فيه يتضمن إلغاء التنسيب و/ أو التعيين استناداً إلى كتاب ديوان الموظفين العام لعدم موافقة الجهات المختصة على التنسيب و/ أو التعيين لا يعتبر قراراً إدارياً أيضاً لأنه عبارة عن إجراء لاحق و/ أو تابع للقرار الأول." المرجع السابق.

التي تقوم عليها المجتمعات المتحضرة المستندة في شرعيتها لسيادة القانون، ويهدر حق المواطنين في المساواة وتكافؤ الفرص في تقلد الوظائف العامة.<sup>269</sup> ويكتسب هذا الحكم أهمية بالغة كونه أرسى مبدأ قانونيا ملزما لكافة الهيئات القضائية وتمتد آثاره لمئات المتضررين من شرط السلامة الأمنية الذي حرّمهم من حقهم في تقلد الوظائف العامة.

وحيث يرتبط الحق في المساواة ارتباطا وثيقا بالحق بالمشاركة السياسية، فإنّ محكمة العدل العليا قد تصدت لحماية هذا الحق حين أصدرت حكما هاما في ما عرف بقضية (تأجيل الانتخابات المحلية)،<sup>270</sup> حيث ألغت المحكمة قرار مجلس الوزراء بشأن تأجيل موعد انتخابات مجالس الهيئات المحلية وتحديد موعد إجراء الانتخابات القادمة في موعد لاحق، وقد تضمن هذا الحكم مبدأ هاما يقضي بأنّ إجراء الانتخابات العامة لمجالس الهيئات المحلية هو استحقاق دستوري و قانوني يجب مباشرته في الموعد المحدد وعلى النحو الذي بينه وحدده القانون، وأن هذا ليس منحة أو خيارا للسلطة التنفيذية، إن شاءت مباشرته، وإن شاءت تركته.

#### ب- الحقوق الاجتماعية والاقتصادية:

من خلال استطلاعنا لأحكام محكمة العدل الفلسطينية فيما يتصل بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية، نجد أنّ الأحكام المتصلة بهذه الحقوق نادرة بالمقارنة مع الأحكام المتصلة

<sup>269</sup> أنظر، دعوى عدل عليا رقم 209/2009، تجدر الإشارة إلى أنّ الحكم قد صدر القرار بتاريخ 2012/9/4 بأغلبية صوت واحد فقط.

<sup>270</sup> دعوى عدل عليا رقم 531/2010، قاعدة بيانات المكتب الفني بالمحكمة العليا الفلسطينية، رام الله، تمت المراجعة بتاريخ 2012/7/20، ويمكن الاطلاع على مزيد من التعليق على هذا الحكم بمراجعة مجلة العدالة والقانون، عدد16، 197-219.

بالحقوق المدنية والسياسية، وعلى الرغم من ذلك، يمكن لنا استقراء بعض الأحكام ذات الصلة بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية من خلال المحاور التالية:

### 1- الحق في الحصول على الخدمات الأساسية:

يقوم جوهر الحقوق الاجتماعية والاقتصادية على التزام إيجابي تفرضه هذه الحقوق على الدولة لتقديم الخدمات الأساسية كالرعاية الصحية والتعليم وتوفير الغذاء والماء والكهرباء، وهذا يستدعي أن لا تفرض الإدارة التزامات مرهقة على المواطنين بما يؤدي إلى تعطيل ممارسة هذه الحقوق وأن لا تقايس تقديم هذه الخدمات بشروط مجحفة خارج إطار القانون، وهذا يستدعي أيضا أن لا يقوم القضاء الإداري بتكريس مفهوم المصلحة العامة على حساب الحقوق الفردية، ولعلّ حكم محكمة العدل بشأن الطعن في قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (12/32/04/م.و/س.ف) لسنة 2007 الصادر بتاريخ 2007/12/10 القاضي بفرض إرفاق براءة ذمة (للأشخاص العاديين والمعنويين) بشأن مستحقات المياه والكهرباء يعدّ تكريسا حقيقيا لتغليب المصلحة العامة على الحقوق الفردية والخدمات الأساسية للمواطنين، حيث رأت المحكمة في قرارها أن "المستدعي ضده الأول (مجلس الوزراء) لم يتجاوز حدود المشروعية كونه قد أصدر قراره المطعون فيه لدرء ضرر عام يتمثل في عدم تسديد مستحقات الكهرباء والماء، الأمر الذي ترتب عليه قيام الحكومة الاسرائيلية باقتطاع قيمة ما يستحق لها من ائمان الكهرباء والمياه على السلطات المحلية وشركة الكهرباء وسلطة المياه من مستحقات السلطة الوطنية الفلسطينية من الضرائب عند الحكومة الاسرائيلية مما يلحق الضرر بالسلطة الوطنية الفلسطينية التي

تعدو عاجزه عن الوفاء بالالتزامات المترتبة عليها كسلطة تنفيذية يقع عليها عبء تسديد المستحقات ودفع رواتب الموظفين كما تعدو عاجزة عن إعداد الجهاز الإداري وغير قادرة على تزويده بالوسائل اللازمة لتطويره مما ينعكس سلباً على الاقتصاد الفلسطيني بشكل عام.<sup>271</sup>

وقد أثار هذا الحكم جملة من التعليقات، حيث رأى البعض بأنّ الحصول على براءة الذمة يحمل معنى إكراه المواطن واستغلال حاجته ويؤدي إلى تعطيل حياة المواطن وإرهاقه وتقييد حرياته وحرمانه من الخدمات الأساسية وأنه يتعارض مع مبدأ سيادة القانون وخضوع الكافة له بما في ذلك السلطة ذاتها،<sup>272</sup> في حين رأى آخرون أنّ من الأغراض التي تعارض قاعدة تخصيص الأهداف منع إحدى الإدارات خدماتها عن أحد المواطنين لإجباره على القيام بتصرف معين.<sup>273</sup>

ويرى الباحث في هذا السياق، أن محكمة العدل العليا قد أعطت امتيازاً للإدارة بتحصيل أموالها وأموال البلديات من خلال مقايضة المواطن على الخدمات الأساسية المقدمة له، حيث خالف قرار مجلس الوزراء مبدأ افتراض براءة الذمة، وخلق وسيلة إجبارية خلافاً لما نص عليه القانون في تحصيل الديون، الأمر الذي قد يؤدي إلى المساس بتمتع المواطنين بحقوقهم الأساسية، كحق التعليم والسكن والصحة والتقاضي وغيرها.

<sup>271</sup> عدل عليا/الدائرة الأولى، رقم الدعوى: 2008/26، المرجع السابق.

<sup>272</sup> أنظر، مجلة العدالة والقانون، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء، مساواة، العدد9، (تشرين أول 2008): 98.

<sup>273</sup> للمزيد حول التعليق على هذا الحكم أنظر، المرجع السابق، 91- 119.

## 2- الحق في الإضراب:

يعتبر الحق في الإضراب من الحقوق المتصلة بالحق في التنظيم النقابي، وقد أشارت المادة 8 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على هذا الحق باعتباره أحد تجليات الحق في التنظيم النقابي.<sup>274</sup>

وقد قضت محكمة العدل العليا بوقف إضراب الأطباء لمخالفته أحكام المادة 67 من قانون العمل رقم 7 لسنة 2000 وذلك عملاً بأحكام المادة 3 من القرار بقانون رقم 5 لسنة 2008، حيث أشارت المحكمة أن الحق في الإضراب هو حق دستوري بموجب أحكام المادة 4/25 من القانون الأساسي، إلا أنه يجب أن يمارس في حدود القانون.<sup>275</sup>

ويمكننا القول في هذا السياق أن تنظيم القانون للحق يجب أن لا يكون مؤدياً إلى تعطيل هذا الحق بفرض قيود تشريعية تجعل من الصعوبة ممارسته من قبل الأفراد، وهو ما ينسحب على نص المادة 3/67 من القانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000 والتي استندت لها المحكمة لوقف الإضراب، ذلك أن مضمون هذه المادة يحمل تقييداً للحق في الإضراب لصعوبة الحصول على تنبيه كتابي موقع من 51 بالمئة على الأقل من العاملين بالمنشأة، الأمر الذي يؤدي إلى تقييد غير مبرر لهذا الحق، لاسيما أن نقابة

<sup>274</sup> تنص المادة 8 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية على: تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بكفالة ما يلي: (أ) حق كل شخص في تكوين النقابات بالاشتراك مع آخرين وفي الانضمام إلى النقابة التي يختارها، دونما قيد سوى قواعد المنظمة المعنية، على قصد تعزيز مصالحه الاقتصادية والاجتماعية وحمايتها. ولا يجوز إخضاع ممارسة هذا الحق لأية قيود غير تلك التي ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو النظام العام أو لحماية حقوق الآخرين وحرياتهم، (ب) حق النقابات في إنشاء اتحادات أو اتحادات حلافية قومية، وحق هذه الاتحادات في تكوين منظمات نقابية دولية أو الانضمام إليها، (ج) حق النقابات في ممارسة نشاطها بحرية، دونما قيود غير تلك التي ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو النظام العام أو لحماية حقوق الآخرين وحرياتهم. (د) حق الإضراب، شريطة ممارسته وفقاً لقوانين البلد المعنى.

2. لا تحول هذه المادة دون إخضاع أفراد القوات المسلحة أو رجال الشرطة أو موظفي الإدارات الحكومية لقيود قانونية على ممارستهم لهذه الحقوق.

<sup>275</sup> دعوى عدل عليا رقم 2011/208، قاعدة بيانات المكتب الفني بالمحكمة العليا الفلسطينية، رام الله، تمت المراجعة بتاريخ

الأطباء هي نقابة مرخصة قانوناً ومنتخبة وتمثل مجموع الأطباء في تصرفاتها، ومنها إعلان الإضراب، مع الإشارة إلى أن الأطباء هم موظفون خاضعون لقانون الخدمة المدنية وليس لقانون العمل، الأمر الذي يطرح تساؤلاً حول صحة تطبيق قانون العمل على موظفي الخدمة المدنية، وكنا نأمل أن تحيل المحكمة هذه القضية والنصوص المنطبقة عليها إلى المحكمة العليا بصفتها الدستورية، عملاً بأحكام المادة 2/27 من قانون المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2006 للنظر في مدى دستورية هذه المادة 67 من قانون العمل من جهة، ودستورية القرار بقانون رقم 5 لسنة 2008 من جهة أخرى.<sup>276</sup>

وعلى العموم، ومن خلال استقراء الأحكام التي أشرنا لها، نجد أن القضاء الإداري الفلسطيني قد تراوحت قدرته في حماية الحقوق والحريات العامة من حكم لآخر، إلا أنه وبالمجمل يمكننا القول أن تطبيقاته القضائية قد شكلت إلى حد بعيد ضماناً للحقوق والحريات العامة.

<sup>276</sup> ذهب البعض في معرض تعليقهم قضية على قضية إضراب الموظفين رقم 2008/68 والتي انتهت دون فصل في الدعوى بسبب التوصل إلى اتفاقية بين الحكومة والنقابة، بوجوب أن تقرر محكمة العدل العليا وقف نظر الدعوى وإحالتها إلى المحكمة الدستورية عملاً بأحكام المادة 2/27 من قانون المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2006 لبحث مدى دستورية القرار بقانون رقم 5 لسنة 2008، أنظر، مجلة العدالة والقانون، عدد 9، 128.

## الخاتمة:

حاولت هذه الدراسة فيما اشتملت عليه من فصول ومباحث ومطالب تسليط الضوء على دور القضاء الدستوري والإداري في فلسطين في حماية الحقوق والحريات العامة، مع استدرج التجارب في الأنظمة القضائية المقارنة وعقد المقاربات والمفارقات ذات الصلة بالقدر المستطاع، مع إيراد شامل ل ضمانات هذه الحماية القضائية التي توفرها الدساتير الوطنية لتمكين جهة القضاء الدستور والقضاء الإداري من بسط رقابتها لغايات حماية حقوق الأفراد وحررياتهم، ومحاولة ربط هذه الضمانات بما اشتملت عليه قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان.

ولا مراء إذا قلنا أنّ البحث في دور القضاء الدستوري والإداري في فلسطين في حماية الحقوق والحريات العامة يعترضه الكثير من العقبات، منها على سبيل المثال لا الحصر مسألة تعدد الحقب الدستورية التي تعاقبت على فلسطين مما جعل من الصعب دراسة كل حقبة على حدى، الأمر الذي استوجب منا الإشارة العارضة إلى هذه الحقب من خلال استظهار طبيعة الحماية القضائية فيها بشكل موجز، والتركيز بشكل أوفى على حقبة ما بعد صدور القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، مع الإشارة إلى أننا اجتهدنا لإيراد أكبر قدر ممكن من التطبيقات القضائية المقارنة والفلسطينية المتصلة بالحقوق والحريات العامة وهذا الأمر ينطوي على صعوبة بالغة في ظلّ وجود مصادر لهذه الأحكام، مع الإشارة إلى أنّ قاعد بيانات المكتب الفني بالمحكمة العليا الفلسطينية هي قاعد بيانات حديثة، لذلك حاولنا وقدر المستطاع مراجعة كافة الأحكام الصادرة عن

المحكمة العليا ورقيا حكما تلو الآخر للوصول إلى جملة من الأحكام التي تعطينا صورة واضحة إلى حد بعيد عن طبيعة الحماية القضائية للحقوق والحريات العامة.

وقد بدى لنا جليا وعلى ضوء ذلك أن القضاء الدستوري الفلسطيني لازال حديث التجربة في توفير الحماية القضائية المأمولة للحقوق الحريات العامة، وهذا يعود إلى حداثة نشأة القضاء الدستوري الأمر الذي لم يسمح بممارسة قضائية قادرة على تشكيل حماية دستورية جادة وفاعلة للحقوق والحريات العامة كما هو الأنظمة القضائية المقارنة، والتي عبرت عنها العديد من الأحكام للمحكمة العليا الأمريكية والمحكمة الدستورية العليا المصرية وغيرها من الأحكام التي استعرضناها بالمناقشة والتحليل.

وأمام ما استعرضناه من أحكام للمحكمة العليا الفلسطينية في الطعون الدستورية، بات واضحا أن هذه الأحكام ارتكزت في الغالب الأعم على معالجة الجوانب الشكلية فيما يتصل بمفهوم المصلحة والصفة، مما أدى إلى ردّ أغلب الطعون المقدمة لها على نحو بدى وكأنه السمة الرئيسية لأحكامها، ناهيك عن أثر استمرار الاحتلال للأراضي الفلسطينية وما يستتبعه ذلك من انتقاص للسيادة الفلسطينية على الأرض، علاوة عن تأثير الانقسام السياسي بين الضفة الغربية وقطاع غزة الأمر الذي انعكس سلبا على أداء السلطة القضائية التي لم تعد تخضع لإدارة مركزية في ظل تزايد انتهاكات حقوق الإنسان والحريات العامة في الضفة الغربية وقطاع غزة.

وفيما يتصل بدور القضاء الإداري الفلسطيني في توفير حماية قضائية للحقوق والحريات العامة، يمكن القول في هذا السياق بأن قضاء محكمة العدل استطاع الولوج إلى مكامن

النصوص الدستورية وإسقاطها في أحكامه على نحو فرض إلى حد بعيد رقابة حقيقية على تصرفات السلطة العامة، وإن كان ذلك ليس بالقدر الكافي في العديد من المسائل التي استعرضها هذا البحث.

لقد عبر القضاء الإداري الفلسطيني بوجه عام في العديد من أحكامه عن رؤية نافذة في فهم دوره الجوهرية في كفالة الحقوق والحريات العامة، ومنع السلطة العامة من الانفلات من جاذبية القواعد الدستورية الضامنة لهذه الحقوق، إلا أنه ورغم ذلك، وجدنا بأنّ القضاء الإداري الفلسطيني وفي العديد من أحكامه لم يعبر عن السياق العام الذي استقرّ عليه قضاء محكمة العدل الفلسطينية، علاوة على أنّ البنية التنظيمية والموضوعية للقضاء الإداري الفلسطيني لم تسمح له في القيام بدوه المنوط به بتوفير الحماية القضائية اللازمة للحقوق والحريات العامة، ومنها تلك المسائل المتعلقة باقتصار التقاضي على درجة واحدة وعدم امتداد اختصاص القضاء الإداري إلى تخوم اختصاص القضاء الإداري الشامل، الأمر الذي أثار سلباً على قدرة القضاء الإداري في الكثير من الأحيان على توفير هذه الحماية.

ويمكن لنا أن نلخص نتائج هذه الدراسة بالنقاط التالية:

1- تأثر النظام الدستوري الفلسطيني إلى حد بعيد بالحقب الدستورية المتوالية التي تعاقبت على فلسطين والتي تراوحت في مقدار رعايتها للحقوق والحريات العامة بما أضعف في بعض هذه الحقب من قدرة النظام القضائي على أداء رسالته في حماية الحقوق والحريات العامة.

2- لم يبد واضحا مدى تأثر القضاء الفلسطيني بالبعد الدولي لحقوق الإنسان نتيجة عدم انضمام فلسطين إلى الكثير من المعاهدات والمواثيق الدولية لوقوعها تحت احتلالات متعاقبة الأمر أدى إلى عدم توافر أحكام قضائية فلسطينية عمدت إلى إدماج قواعد حقوق الإنسان في الأحكام الوطنية، وهذا ما يمكن تجاوزه بانضمام فلسطين كدولة غير كاملة العضوية للمواثيق والمعاهدات الدولية، رغم أنّ هذا لا ينفى أنّ فلسطين ملزمة بتطبيق القانون الدولي العرفي لحقوق الإنسان لاسيما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

3- لا يزال القضاء الدستوري الفلسطيني حديث التجربة في إسباغ الحماية القضائية المأمولة على الحقوق الحريات العامة، ذلك أنّ قضاء المحكمة العليا بصفتها الدستورية عمد إلى ردّ أغلب الطعون الدستورية المرتبطة بالحقوق والحريات العامة لأسباب شكلية تتصل بمفهوم المصلحة والصفة، حيث عالجت المحكمة العليا مسألتها الصفة والمصلحة في أحكامها من منظور أقرب للدعوى المدنية منها للدعوى الدستورية التي تستهدف بالأساس حماية الشرعية الدستورية، ولا تستهدف الترضية القضائية.

4- لعب القضاء الإداري الفلسطيني دورا بالغ الأهمية في حماية الحقوق والحريات العامة من خلال الولوج إلى مكامن النصوص الدستورية وإسقاطها في أحكامه على نحو فرض إلى حد بعيد رقابة قضائية جادة وإن كانت ليست بالقدر الكافي، الأمر الذي يتطلب إجراء تعديلات جوهرية على البنية التنظيمية والموضوعية للقضاء الإداري الفلسطيني.

## لائحة المصادر والمراجع:

### • المصادر:

- حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل، دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين، مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان.
- حقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية (منشورات الأمم المتحدة).
- الوقائع الفلسطينية، الجريدة الرسمية للسلطة الوطنية الفلسطينية، ديوان الفتوى والتشريع بوزارة العدل، عدد ممتاز، 7 يوليو.
- التقرير السنوي للعام 2005، مجلس القضاء الأعلى.
- التقرير السنوي الخامس، 2009، مجلس القضاء الأعلى.
- التقرير السنوي السابع، 2011، مركز الأبحاث والدراسات القضائية، مجلس القضاء الأعلى.
- قواعد ومعايير دولية خاصة بسيادة القانون حقوق الإنسان، صادر عن الأمم المتحدة.
- التقرير السنوي السادس، 2010، مركز الأبحاث والدراسات القضائية، مجلس القضاء الأعلى.
- مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا الفلسطينية، العام 2000.
- مجموعة أحكام المحكمة العليا الفلسطينية، المكتب الفني بالمحكمة العليا، 2012.
- مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض الفلسطينية، جمعية القضاة الفلسطينيين، إعداد القاضي عبدالله غزلان. 2009.

- مجلة العدالة والقانون، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة)، العدد 17، (2012).
- مجلة الرقابة الدستورية"، طلب تفسير رقم 3 لسنة 2004، المحكمة الدستورية الكويتية، "منشورات اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية"، العدد الأول، 2007.
- مجلة العدالة والقانون، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة)، العدد 16، آب 2011.
- مجلة العدالة والقانون، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة)، العدد 9، تشرين أول 2008.
- وضع حقوق الإنسان في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، التقرير السنوي السادس عشر، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، 2010.

#### • المراجع:

- أبو حجيبة، علي رشيد. الرقابة على دستورية القوانين في الأردن. الطبعة الأولى، 2004.
- أبو ملح، موسى. "الرقابة القضائية كضمانة لسيادة القانون"، فصلية سياسات، معهد السياسات العامة، رام الله، عدد 3، (2007): 37-38.
- أحمد الأشقر، "علنية المحاكمات والحق في الخصوصية"، ورقة عمل قدمت في مؤتمر الإعلام العدلي بتاريخ 2012/5/18، أريحا، فندق الانتركونتنتال.
- أوليفيه، دو هاميل وإيف ميني. المعجم الدستوري. ترجمة منصور القاضي، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1996.
- البحري، حسن مصطفى. القانون الدستوري، النظرية العامة، بدون ناشر، الطبعة الأولى، 2009.
- بكار، حاتم. حماية حق المتهم في حماية عادلة. الإسكندرية: منشأة المعارف.

- بوضياف، عمار. محاضرات في القانون الإداري، مدخل لدراسة القانون الإداري. الدنمارك: الأكاديمية العربية المفتوحة، 2010.
- الجابري، محمد عابد . الديمقراطية وحقوق الإنسان. منشورات اليونسكو، 2006.
- الجبوري، حامد إبراهيم عبد الكريم. ضمانات القاضي في الشريعة الإسلامية والقانون، دراسة مقارنة. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009.
- جمال الدين، سامي . القضاء الإداري ، الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، 2003.
- الجمل، يحيى. أنظمة الرقابة الدستورية. <http://droit.3oloum.org/t1-topic> . (أيلول، 2012)
- الدباس، علي محمد، وعلي عليان أبو زيد. حقوق الإنسان وحرياته ودور شرعية الإجراءات الشرطية في تعزيزها. دار الثقافة، 2005.
- دوفجيه، موريس. المؤسسات السياسية والقانون الدستوري. ترجمة جورج سعد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.
- الدناصوري، عز الدين وعبد الحميد الشواربي. الدعوى الدستورية. الإسكندرية: منشأة المعارف، 2002.
- الوحيدي، فتحي عبد النبي. التطورات الدستورية في فلسطين 1917- 1995م. منشورات جامعة الأزهر، كلية الحقوق، دولة فلسطين، الطبعة الثانية، 1996.
- الوكيل، محمد إبراهيم خيرى. دور القضاء الإداري والدستوري في إرساء مؤسسات المجتمع المدني. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2007.
- الحاج، ساسي سالم. المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان. بيروت: دار الكتاب الجديدة المتحدة، الطبعة الثالثة، 2004.

- الحديثي، خليل إسماعيل . "الموقف القانوني للاجئين الفلسطينيين وموقف الأمم المتحدة منه." مجلة شؤون عربية (2005): 205.
- حساوي، نجوى مصطفى. حقوق اللاجئين الفلسطينيين بين الشرعية الدولية والمفاوضات الفلسطينية الإسرائيلية. بيروت: مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات.
- الحيارى، عادل. القانون الدستوري والنظام الدستوري. بدون ناشر
- طُلبة، نسرین. مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الأول، (2011): 502.
- الطماوي، سليمان محمد. القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن بالأحكام (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي.
- كايد، عزيز. الرقابة البرلمانية على المعاهدات التي تبرمها السلطة التنفيذية، الهيئة المستقلة لحقوق المواطن، رام الله، آذار 2012.
- الكباش، خيرى أحمد. دراسة في أصول الحماية القانونية لحقوق الإنسان، الإسكندرية: الفتح للطباعة والنشر.
- الكيومي، أنور راشد. ملخص القانون الإداري، الاسكندرية: جامعة بيروت العربية ، 2008.
- اللمساي، أشرف فايز. التقاضي في التشريعات الوطنية وموقف الموثيق الدولية والمبادئ الدستورية العالمية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2009.
- لوك، جون. الحكومة المدنية وصلتها بالعقد الاجتماعي لجان جاك روسو. ترجمة محمود شوقي الكيال، مطابع شركة الإعلانات الشرقية.
- ماجد، عادل. الإعلام وحدود وضوابط مبدأ علانية الجلسات،  
http://www.ahram.org.eg/Issues-Views/News/96467.aspx (أيلول، 2012).

- موقع المكتبة العربية لحقوق الإنسان، جامعة منيسوتا،  
<http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-7-Y14.html>  
 (نيسان، 2013)

- موقع مركز المعلومات الوطني،  
<http://www.wafainfo.ps/atemplate.aspx?id=4921> (نيسان، 2013)

- المجذوب، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،  
 2002، الطبعة الرابعة.

- مساعد، عبد القادر. القضاء الإداري المغربي ضماناً للحقوق والحريات، عن القضاء الإداري  
 المغربي، دعوى القضاء الشامل، بدون ناشر.

- المصدق، رقية. القانون الدستوري والمؤسسات السياسية. الدار البيضاء: دار توبقال للنشر، الجزء  
 الأول.

- المصري، زكريا. حقوق الإنسان. مصر: دار الكتب القانونية، 2006.

- الناعوق، علي سالم. حقوق الإنسان. غزة: المحامون العرب من أجل حقوق الإنسان.

- نصار، أمين، رئيس المجلس الدستوري اللبناني، "ضوابط الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاتها  
 العملية." أعمال الملتقى العلمي الثاني، مجلة اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، السودان،  
 الخرطوم، بتاريخ 16 ديسمبر 2003، منشورات اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، السنة  
 الأولى، العدد الأول، (ديسمبر، 2007): 77.

- نصار، جابر جاد. الوسيط في القانون الدستوري، منشورات جامعة القاهرة.

- نعيمي، جمال <http://www.scribd.com/doc> (أيلول، 2012).

- ساير، عبد الفتاح. القانون الدستوري، النظرية العامة للمشكلة الدستورية، ماهية القانون الدستوري الوضعي، الطبعة الثانية. مصر : مطابع دار الكتاب العربي، 2004.
- سالمان، عبد العزيز محمد، رئيس هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا المصرية، مجلة العدالة والقانون، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة)، العدد 18، (شباط 2012): 144.
- سليمان، عصام. دراسات في القضاء الدستوري، تفسير الدستور. بدون ناشر.
- سليفان، ماتون. حقوق الإنسان من سقراط إلى ماركس، ترجمة محمد الهاللي. منشورات إمبريال، الطبعة الثانية، 1999.
- سيلا محمد، وعبد السلام العالي. حقوق الإنسان، الأصول والأسس الفلسفية. الدار البيضاء: دار توبقال للنشر، الطبعة الثانية، 2004.
- سوسن زهر وحسن جبارين، دليل تدريبي، الكرامة الإنسانية في الممارسات القضائية، دراسة نظرية ودراسات حالة، مركز القدس للمساعدة القانونية وحقوق الإنسان، كانون ثاني، 2012.
- العاني، حسان محمد شفيق. الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، جامعة بغداد، 1986.
- عبد الله، عبد الغني بسيوني. الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ( بدون ناشر)، 2004.
- عبد الكريم، حسن رجب. الحماية القضائية لحرية تأسيس الأحزاب. مصر، المحلة الكبرى: دار الكتب القانونية، 2008.
- عبد الناظر، فتحي، رئيس المجلس الدستوري التونسي، "ضوابط الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاتها العملية". عمال الملتقى العلمي الثاني، مجلة اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، السودان، الخرطوم، منشورات الأمانة العامة لاتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربي (16 ديسمبر 2003): 7.

- علاونة فادي نعيم. مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه. رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2011.
- العماوي، مصطفى صالح . الرقابة على دستورية القوانين في مصر ولبنان والأردن. رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2000.
- العموري ياسر، وأشرف صيام. "المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية ما بين الحاجة والاشكاليات"، مجلة العدالة والقانون، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، العدد 11، (2009).
- العصار، يسري محمد. "موازنة بين الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة على الدستورية." مجلة الرقابة الدستورية، اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، السنة الأولى، العدد الأول، (ديسمبر، 2007): 292.
- فؤاد، أمين. الموسوعة الشاملة لأحكام محكمتي القضاء الإداري والإدارية العليا، مجلس الدولة المصري، (بدون ناشر).
- الفرايزي، أمال. ضمانات التقاضي، دراسة تحليلية مقارنة. الإسكندرية: منشأة المعارف.
- صليبا، أمين عاطف. دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، دراسة مقارنة. طرابلس: المؤسسة الحديثة للكتاب، 2002.
- القاضي، محمد مصباح. حق الإنسان في محاكمة عادلة، دراسة مقارنة. بيروت: دار النهضة العربية، 1996.
- قربان، ملحم . الحقوق الإنسانية رهنا بالتباعدية. (بدون ناشر)، 1990.
- راضي، مازن ليلوا ، الوجيز في القانون الإداري. (بدون ناشر).
- الرئيس، ناصر. عدم مشروعية محاكمة المدنيين أمام القضاء العسكري الفلسطيني. منشورات الحق، 2011.

- الركن، محمد عبدالله. التنظيم الدستوري للحقوق والحريات العامة، (بدون ناشر).
- شحاتة، أبو زيد شحاتة. مبدأ المساواة في الدساتير في الدساتير العربية. منشورات، press، 2001.
- الشوبكي، عمر. القضاء الإداري، دراسة مقارنة. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث.
- شطناوي، علي خطار. موسوعة القضاء الإداري. دار الثقافة، الجزء الأول، 2011.
- شعبان، إبراهيم. القانون الدولي لحقوق الإنسان. فلسطين : منشورات جامعة القدس، 2008.
- خليل، عاصم. قانون التشريع وقانون الحرية، هل الديموقراطية بديل عن حكم القانون، مؤسسة مواطن، 2013 (كتاب قيد النشر).
- دور الرقابة الدستورية في تعزيز دولة القانون. ورقة غير منشورة تم تقديمها في المؤتمر الدولي حول المحكمة الدستورية العليا والذي نظّمته وزارة العدل بالتعاون مع مجموعة فينيس وذلك في تاريخ 25-26 تشرين أول 2008.
- خليل، عبد الله. التشريعات المصرية ذات العلاقة باللاجئين ، ندوة نادي القضاء، (بدون ناشر)، 2004.
- خضر، محمد، القضاء والإعلام، حرية التعبير بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، (رام الله: المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية ، مدى، 2012).
- غزلان، عبد الله. "مفهوم استقلال القاضي، القيمة الأخلاقية والمهنية. مجلة العدالة والقانون، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء، (عدد 16): 250.
- مسودة مشروع الدستور الفلسطيني، موقع وزارة الشؤون الخارجية الفلسطينية والمنشور في 26 آذار، 2003، <http://www.mofa.gov.ps/arabic/Palestine/constitution.php>

(آب، 2012)

- موقع التشريعات الأردنية، نظام المعلومات الوطني،  
[http://www.lob.gov.jo/ui/constitution/search\\_no.jsp?year=1952](http://www.lob.gov.jo/ui/constitution/search_no.jsp?year=1952)

(تموز ، 2012)

- موقع التشريعات المصرية، وزارة العدل المصرية  
<http://www.arablegalportal.org/egyptverdicts/VerdictShortTextResult.aspx=?SP=FREE&SIndex=&VerdictTypeID=2&VerdictID>

(أيلول، 2012)

- <http://www.anhri.net/reports/pressfreedom/05.shtml> - أميرة عبد الفتاح،

- <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/09a648.pdf> -

(أيلول ، 2012)

- قاعدة التشريعات الأردنية

- [http://www.lob.gov.jo/ui/principles/search\\_no.jsp?year=2002&no=876](http://www.lob.gov.jo/ui/principles/search_no.jsp?year=2002&no=876)

(كانون ثاني، 2012)

- الموقع الرسمي للجمعية التأسيسية للدستور ، [http://egelections-](http://egelections-2011.appspot.com/Referendum2012/dostor_masr_final.pdf)  
[2011.appspot.com/Referendum2012/dostor\\_masr\\_final.pdf](http://egelections-2011.appspot.com/Referendum2012/dostor_masr_final.pdf)

(نيسان، 2013)

- مركز حسام مبارك للقانون، <http://hmlc-egy.org/node/162>، ( نيسان، 2013)

• مراجع باللغة الإنجليزية :

-Albie Sachs ,the strange alchemy of life and law, Oxford university press

- Ronald Dworkin, freedoms law, harvad university press, Cambridge , assachusett.

-Asem Khalil, "eyond the written constitution" Constitutional crisis of, and the institutional deadlock in, the Palestinian political system as entrenched in the basic law", <http://icon.oxfordjournals.org/content>

• الأحكام والقرارات القضائية:

- حكم محكمة النقض المصرية رقم 311/259 لسنة 51 جلسة 1982/3/25

- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (92 لسنة4 ق دستورية في العام 1983)

- حكم محكمة العدل العليا بغزة رقم 2000/147

- حكم محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان (قضية المحكمة الدستورية) ، المقاضاة الجنائية والعزل النهائي بقرارات تشريعية مؤرخة في 28 أسار من العام 1997

- حكم محكمة النقض المصرية الطعن رقم 29653 لسنة 67ق - جلسة 10/3/1998 س 49

- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم، 12/13، قضائية دستورية، صادر في 1992/2/2

- حكم محكمة نيوجرسي عام 1780 في قضية (هولمز ضد والتون)
- حكم محكمة ولاية نيوهامبشير سنة 1787 بعدم دستورية تشريع صدر بحرمان بعض متهمين من حقهم في المحاكمة عن طريق محلفين
- حكم المحكمة العليا الأمريكية / القاضي مارشال / قضية (ماربوري ضد ماديسون) عام 1803
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية 2006/1/15 بشأن مباشرتها للرقابة للدستورية السابقة على مشروع تنظيم انتخابات الرئاسة
- حكم المحكمة العليا / استئناف رقم 53/50
- حكم المحكمة العليا الفلسطينية بصفقتها الدستورية بالطعن الدستوري رقم 1 لسنة 2006
- حكم المحكمة العليا في غزة بالطعن الدستوري رقم 200/5
- حكم المحكمة العليا الفلسطينية بصفقتها الدستورية بالطعن الدستوري رقم 2010/1
- قرار محكمة صلح رام الله في الدعوى الجزائية رقم 2012/1231 الصادر بتاريخ 2013/1/3
- حكم المحكمة الدستورية الكويتية، طلب تفسير رقم 3 لسنة 2004
- حكم المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا صادر بتاريخ 6 حزيران 1995 بشأن رفض تطبيق عقوبة الإعدام
- حكم المحكمة العليا الأمريكية قضية ( New York Times Co. v. U.S., 403 U.S. 713 )  
((1971

- حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية نيويورك تايمز ضد الولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٩٧١ (New York Times v. United States)
- حكم المحكمة العليا الأمريكية ، قضية رقم A64809 بتاريخ 2010
- حكم المحكمة العليا الأمريكية ، قضية (Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969))
- حكم المحكمة العليا الأمريكية ، قضية (Connally v. general Construction Co., 269 U.S. ) (385, 1926)
- حكم المحكمة العليا الأمريكية ، قضية (Arnett v. Kennedy, 416 U.S. 134, 1974)،
- حكم المحكمة العليا الأمريكية ، القضية (Chaplinsky v. New Hampshire ، 315 U.S. 568 (1942))
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية (رقم 7 لسنة 2 قضائية دستورية)
- حكم المحكمة الدستورية المصرية العليا (قضية رقم 7 لسنة 16 قضائية دستورية)
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية (قضية رقم 27 لسنة 8 دستورية)
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية (قضية رقم 62 لسنة 18 دستورية)
- حكم محكمة العدل العليا الأردنية في القضية رقم 68/24
- حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 2002/876
- حكم محكمة العدل الأردنية رقم 97/226 بتاريخ 1998/1/26

- حكم المحكمة الدستورية المصرية، الدعوى رقم 102 لسنة 2 قضائية دستورية - جلسة 1993/6/19
- الدعوى رقم 7 لسنة 14 قضائية المحكمة الدستورية العليا المصرية.
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 15 لسنة 18 قضائية.
- حكم المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا ، قضية (Soobramony)
- حكم المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا ، قضية (GROOTBOOM)
- حكم المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية، الطعن دستوري رقم 2005/3
- حكم المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية ، طعن دستوري رقم 2005/4
- حكم المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية ، الطعن الدستوري رقم 2010/2
- حكم المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية ، الطعن الدستوري رقم 2011/2
- حكم المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية ، الطعن الدستوري رقم 2010/3
- حكم المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية ، الطعن الدستوري رقم 2007/3
- حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية رقم 2010 /531
- حكم المحكمة العليا الفلسطينية بهيئتها العامة رقم 2009/209
- حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة في الدعوى الإدارية رقم 71 لسنة 96

- حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 61 لسنة 2004
- حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 25 لسنة 1961
- حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 8 لسنة 2002
- حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة في الدعوى الإدارية رقم 170 لسنة 2001
- حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية رقم 2005/112 ، قرار رقم 169
- حكم محكمة العدل العليا بغزة في الطلب رقم 2003/91
- حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة في الدعوى الإدارية رقم 163 لسنة 2003
- حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة في الدعوى الإدارية رقم 125 لسنة 2001
- حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة في الدعوى الإدارية رقم 75 لسنة 2004
- حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 44 لسنة 2005
- حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 42 لسنة 2003
- حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة في الدعوى الإدارية رقم 23 لسنة 95
- حكم محكمة العدل العليا المنعقدة برام الله في الدعوى الإدارية رقم 2008/85.
- حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 22 لسنة 2006
- حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية رقم 2009/311

- حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية رقم 2008/375
- حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية رقم 2010/531
- حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية رقم 2008/26
- حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية رقم 2011/208
- حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية رقم 2009/209
- حكم مجلس الدولة الفرنسي، قضية Gomel عام 1914
- حكم مجلس الدولة الفرنسي، قضية Delpech
- حكم مجلس الدولة الفرنسي ، قضية السيد Terrier بتاريخ 6 فبراير 1903
- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 28 مايو 1971
- حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 27 أكتوبر من العام 1995
- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر 5 مايو من العام 1944
- حكم مجلس الدولة الفرنسي، قضية، (Froustey) الصادر بتاريخ 5 ديسمبر سنة 1947
- حكم مجلس الدولة المصري بالطعن رقم 1260 لسنة 28 مكتب فنى 30 صفحة رقم 738
- حكم مجلس الدولة المصري بالطعن رقم 1260 لسنة 28 مكتب فنى 30 صفحة رقم 738
- حكم مجلس الدولة المصري بالطعن رقم 1316 لسنة 34 مكتب فنى 34 صفحة رقم 1250

- حكم مجلس الدولة المصري بالطعن رقم 0853 لسنة 03 مكتب فنى 03 صفحة رقم 1486
- حكم مجلس الدولة المصري بالطعن رقم 1416 لسنة 07 مكتب فنى 09 صفحة رقم 1071
- حكم مجلس الدولة المصري بالطعن رقم 2451 لسنة 29 مكتب فنى 31 صفحة رقم 1597
- حكم مجلس الدولة المصري بالطعن رقم 0987 لسنة 05 مكتب فنى 06 صفحة رقم 446
- حكم مجلس الدولة المصري بالطعن رقم 1091 لسنة 18 مكتب فنى 21 صفحة رقم 185
- حكم مجلس الدولة المصري بالطعن رقم 0597 لسنة 03 مكتب فنى 03 صفحة رقم 1574
- حكم محكمة أمن الدولة العليا طوارئ القاهرة في قضية النيابة العامة رقم 4190 سنة 86 الازبكية (121 كلى شمال).

#### • موثيق دولية:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966م
- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966م

#### • تشريعات:

- قرار بقانون رقم 5 لسنة 2008م
- قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006م

- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م
- قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2002م
- القانون الأساسي لسنة 2002م
- قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001م
- قانون الإجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001م
- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001م
- قانون العمل رقم 7 لسنة 2000م
- دستور الجمهورية اللبنانية 1990م
- الدستور الفرنسي لسنة 1985م
- الدستور المصري لسنة 1971م
- دستور الإمارات العربية المتحدة لسنة 1971م
- قانون المحكمة العليا المصري لسنة 1969م
- الميثاق الوطني الفلسطيني لسنة 1968
- الإعلان بالنظام الدستوري لقطاع غزة لسنة 1962م
- دستور الكويت لسنة 1962

- دستور السنغال لسنة 1960م
- قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960م
- القانون الأساسي لقطاع غزة رقم 255 لسنة 1955م
- الدستور الأردني لسنة 1952م
- الدستور السوري لسنة 1950م
- دستور جمهورية ألمانيا الاتحادية لسنة 1949م
- الدستور الإيطالي لسنة 1947م
- دستور النمسا لسنة 1945
- قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944م
- مرسوم دستور فلسطين لسنة 1922م
- الدستور الإسباني لسنة 1931م
- دستور العراق لسنة 1925م
- مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876م
- دستور الاتحاد السويسري لسنة 1874م

**• مقابلات:**

- البروفيسور جون كويجلي ، خبير في القانون الدولي، تاريخ 2012/10/24- رام الله، على هامس ندوة مركز الأبحاث والدراسات القضائية.

- منى رشماوي، رئيس قسم سيادة القانون وعدم التمييز في مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان بجنيف، بتاريخ 2012/6/7 - رام الله، على هامش حلقات النقاش لقضاة فلسطينيين حول مفاهيم حقوق الإنسان.

- الدكتور محمد الحاج قاسم، أستاذ القانون العام بجامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، بتاريخ 2012/9/4، رام الله، على هامش مؤتمر القضاء الإداري الفلسطيني المنظم من قبل مجلس القضاء الأعلى ووزارة العدل.

- سعادة القاضي سامي صرصور، نائب رئيس المحكمة العليا، نائب رئيس مجلس القضاء الأعلى، رام الله، بتاريخ 2013/4/15.

- سعادة القاضي عماد سليم سعد، عضو المحكمة العليا الفلسطينية، رام الله، بتاريخ 2013/4/15.