

العدالة والقضاء

دراسات في القضاء الفلسطيني

2013



عبد الحسين شعبان

رامي برغوثي

صهيب الشريف

أشرف صيام

RCHRS

Ramallah Center for Human Rights Studies

مركز رام الله لدراسات حقوق الانسان

ص.ب 2424، رام الله، فلسطين

هاتف 02 2413001

فاكس 02 2413002

بريد الكتروني rchrs@rchrs.org

موقع الكتروني www.rchrs.org

جميع الحقوق محفوظة

©Copyright

RCHRS, Ramallah, Palestine

بتمويل مشترك من الوكالة السويسرية للتنمية والتعاون (SDC)، وكالة التعاون السويدية للتنمية الدولية (Sida) ومكتب ممثليه مملكة هولندا لدى السلطة الفلسطينية، ومملكة الدنمارك من خلال مركز تطوير المؤسسات الأهلية- سكرتاريا حقوق الإنسان والحكم الصالح.



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Swiss Agency for Development
and Cooperation SDC



مونتاج الكتروني: بلوبل للدعاية والإعلان

المحتويات

- 5 تقديم
- 7 المعايير الدولية للمحاكمة العادلة قراءة في
الفقه القانوني الدولي والاسلامي .
عبد الحسين شعبان
- 29 القضاء العمالي والعدالة الاجتماعية في ضوء
التجربة الانجليزية .
رامي برغوثي
- 51 ولاية القضاء الفلسطيني بين ما هو كائن وما
يجب أن يكون .
صهيب الشريف
- 93 القضاء الاداري في فلسطين: التطور
والخصائص .
أشرف صيام

تعتبر دراسة أي ظاهرة متعلقة بالقضية الفلسطينية مسألة في غاية التعقيد، وبلا شك تزداد هذه الدراسة تعقيداً عندما يتعلق الأمر بالقضاء في فلسطين. فبقدر ما يشكل هذا القضاء سلطة ضرورية، بقدر ما يمكن التحرر من ارث الماضي وتعقيدات الحاضر، لكي يصل الى الوضع الذي يستطيع فيه خدمة العدالة وحقوق الانسان في فلسطين.

منذ ظهرت الفلسفة، بل ومنذ ظهر التفكير، أي في الحقيقة منذ ظهر الانسان نفسه، شغلت مقولتان فلسفتان المكان الأبرز في الفلسفة والتفكير والفعل الذهني الانساني. هاتان المقولتان هما الحرية والعدالة. اللتان شكل التوازن بينهما، والتساؤل حول اولوية احدهما على الآخر، محور اهتمام العقل البشري، والأسس النظرية لموضوعة حقوق الانسان، والسبب الأول للصراع الذي يخوضه الانسان ضد أخيه الانسان... منذ بدأ ذلك الصراع.

يحتوي هذا الكتاب على ثلاث دراسات لمحامين فلسطينيين حول القضاء في فلسطين، وعلى دراسة نظرية للأخ والصديق الدكتور عبد الحسين شعبان الناشط الحقوقي والمفكر العراقي والعربي والذي شغلت ثنائية الحرية والعدالة جزءاً كبيراً من تفكيره وكتاباته.

شكلت دراسة الدكتور شعبان "المعايير الدولية للمحاكمة العادلة... قراءة في الفقه القانوني الدولي والاسلام"، مدخلاً نظرياً راجحاً يمهّد للدخول في الدراسات الأكثر تحديداً لتناول القضاء الفلسطيني بشكل أكثر تفصيلاً، وأكثر عمقاً. اما دراسة المحامي رامي البرغوثي "القضاء العمالي والعدالة

الاجتماعية في ضوء القضاء الانجليزي“ فتناولت بعض الملاحظات التي رآها الكاتب ضرورة لجعل القضاء العمالي الفلسطيني أكثر نجاعة وربما عدلا في ضوء التجربة الكبيرة للقضاء الانجليزي في هذا المجال.

أما دراسة المحامي صهيب الشريف ”ولاية القضاء الفلسطيني بين ما هو كائن وما يجب أن يكون“، فهي تعالج أحد الحقوق الاساسية للمواطن وهو حق التقاضي، والمساواة أمام القانون وتناقش القضاء الفلسطيني من حيث الواجبات والالتزامات من خلال التعرض الى دوره في بناء الدولة وصيانة الحقوق والحريات. كل ذلك في ضوء المعوقات والرباكات التي احدثتها الاتفاقيات الاسرائيلية الفلسطينية على القضاء الفلسطيني.

وفيما يتعلق بدراسة المحامي أشرف صيام ”القضاء الاداري في فلسطين: التطور والخصائص“ فقد تناولت نشأة وتطور القضاء الاداري في فلسطين وفقا لخمس مراحل هي: مرحلة العهد العثماني، ومرحلة الانتداب البريطاني، ومرحلة الحكم الاردني للضفة الغربية والادارة المصرية لقطاع غزة، والاحتلال الاسرائيلي للضفة الغربية وقطاع غزة، ومرحلة السلطة الوطنية الفلسطينية. ثم تطرقت الى خصائص قضاء محكمة العدل العليا الفلسطينية من حيث هو قضاء ذو طبيعة موحدة أم مزدوجة؟، قضاء الغاء أم تكامل؟، وعدد درجات التقاضي أمامها، والأثر المترتب على احكامها وحجيتها.

رغم ادراكنا لصعوبات العمل في مجال تحسين القضاء الفلسطيني وتفعيله، إلا أننا ما زلنا نعتقد بإمكانية ذلك العمل وضرورته. ففي هذا الموضوع بالذات لا بد وأن نكون متفائلين حتى نستطيع الانجاز.

إن هذه الدراسة الهامة، أو هذه الدراسات التي يضمها هذا الكتاب، تشكل أساساً علمياً وموضوعياً للمساهمة في الرقي بالقضاء الفلسطيني والذي بالتأكيد سوف يعكس بدوره على حالة حقوق الانسان وكذلك على التنمية وعلى كافة مناحي الحياة في فلسطين.

المعايير الدولية للمحاكمة العادلة
قراءة في الفقه القانوني الدولي
والاسلامي

الدكتور عبد الحسين شعبان

مفكر وباحث عراقي
خبير في القانون الدولي وحقوق الانسان

”سور مدينتك بالعدل“

عمر بن عبد العزيز

يُروى أن أحدَ ولاة الأقاليم طلب من الخليفة العادل، كما كان يكنى عمر بن عبد العزيز ”رضي الله عنه“ أن يرخص له ببناء سور لحماية مدينته من مدهامة بعض المتمردين أو المعارضين أو الخارجين، فما كان من الخليفة، بدلاً من ارسال المال له ليستكمل بناء السور، إلا أن خاطبه بالقول ”سور مدينتك بالعدل“، وأن العدل هو صمام الامان لضمان سلم وأمنهما المواطن والوطن. أسوق هذه ”الرواية“ كمدخل للحديث عن معايير المحاكمة العادلة وبخاصة على المستوى الدولي.

يتطلب الحديث عن المعايير الدولية للمحاكمة العادلة، أن نتناول موضوع استقلال القضاء، كمدخل ضروري، ومسألة محورية وأساسية لأية مقارنة لفهوم العدالة ومعياري للنظم الديمقراطية، واحترام حقوق الانسان. وسأتناول ذلك من خلال الشريعة الدولية لحقوق الانسان، لأصل إلى بحث مقومات استقلال القضاء، الذي يتطلب استكمال مستلزمات مجتمعات حرّة، وافراد قادرين على مراقبة نزاهة القضاء، لأعرج قليلاً على الاسلام والقضاء كمعطى تاريخي يمكن أن يكون أساساً لنظم معاصرة مع استكمال ذلك من خلال التفاعل مع سمة العصر وبالمشترك الإنساني للحضارات، والثقافات المختلفة. وهنا يمكن الجمع ما بين التراث والحداثة والأصالة والتجديد والخصوصية والعالمية.

وإذا كان الحق في محاكمة عادلة، حقاً من حقوق الانسان، كما هو منصوص عليه في المواثيق الدولية، فإن المحاكمات العادلة ستصبح حقاً إنسانياً أساسياً، إذ لا يمكن الحديث عن العدالة دون اعتماده، ودون وجود قضاء مستقل.

إن المعايير الدولية المشتركة تستوجب معاملة الحكومات للأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم وفقاً لقواعد المحاكمات العادلة. ولا بدّ هنا من مقارنة

الحقوق التي تسبق بدء المحاكمة، ثم الحقوق أثناء المحاكمة، ثم الحقوق خلال حالات الطوارئ والنزاعات المسلحة، أو الحالات الخاصة ويمكن ذكر بعض الأمثلة للحالات المختلفة.

أولاً: استقلال القضاء

تعتبر مهنة القضاء من أنبل المهن وأجلها قدراً وأرفعها مكانة وأكثرها خطورة. لأن القضاء يفصلون في كل ما يمس حياة الناس، وأمواهم، وأعراضهم من مشكلات ومنازعات تعرض عليهم. لذلك اعتبرت هذه الوظيفة من أشق الوظائف وأصعبها.

ويعتبر مبدأ استقلال القضاء من المبادئ المستقرة في الضمير الانساني، وذلك لتحقيقها جسد العدالة، وهو اضافة إلى ذلك، دليل الحكم الصالح، وعلامة من علامات الاستقرار. وفي عالمنا المعاصر يعتبر مبدأ استقلال القضاء احد مظاهر احترام حقوق الإنسان والديمقراطية.^١

لقد أولت الأديان والأعراف، والنظم القانونية المختلفة اهتماماً خاصاً بالقضاء، كونه الملاذ الذي يتوسم به الفرد والمجتمع لحماية حقوقه وإنصاف المظلوم وأخذ الحق من ظالمه، فرداً أو جماعة.

إن الدور المنوط بالقضاء، هو ضمان تطبيق المبادئ التي تحول دون ممارسة الحكومة سلطة غير محددة. وبهذا المعنى، تكون سلطة القضاء هي إلزام الحكومة على احترام القانون، خصوصاً القوانين التي تقرها سلطات تشريعية أو برلمانات منتخبة بشكل حر من جانب شعوبها. وهذا المعنى الحقيقي

١ أنظر: فرحات، محمد نور، نطاق تطبيق مبدأ استقلال القضاء وحق الانسان في التقاضي، البحث عن العدل، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٢٠٩ وما بعدها.

٢ قارن: مدني، أمين مكي (الدكتور) - المواثيق الدولية لحقوق الإنسان والقضاء في المنطقة العربية - كتاب أوضاع القضاء في بلدان المنطقة العربية، إعداد ناصر أمين (المحامي) - المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة تقديم المستشار عوض المر، القاهرة ط ١، ٢٠٠١، ص ١٩.

لسيادة القانون وكفالة المساواة والحرية والأمن للأفراد.^٢

لقد تطور المجتمع الدولي كثيراً بخصوص أعمال مبدأ استقلال القضاء. وخلال نصف القرن الماضي، برزت مسألة استقلال القضاء، ومبدأ سيادة القانون، واستقلال مهنة المحاماة كمعيار حقيقي للنظم الديمقراطية، ولا احترام حقوق الإنسان، لدرجة أنه أصبح لا يمكن الحديث عن استقلال القضاء، أو السلطة القضائية، دون الحديث عن منظومة حقوق الإنسان، ومدى مقارنة العدالة في النظام القانوني لأي بلد. فقد أصبح استقلال القضاء مسألة محورية وأساسية لأية مقارنة لمفهوم العدالة، ومدى تحققها، بالارتباط بين السلطات الثلاث: التشريعية (البرلمانات في الغالب) والتنفيذية (الحكومات) والقضائية (المحاكم).

وتعتبر هذه السلطات الثلاث بتوازنها ضمانة للحرية، فالحرية حسب مونتسكيو تنعدم إن لم تكن سلطة القضاء منفصلة عن سلطة التشريع، لأن حرية أبناء الوطن وحياتهم تصبحان تحت رحمتها، ما دام القاضي هو المشرع. أما إذا كانت السلطة القضائية مع السلطة التنفيذية فإن القاضي يكون طاغياً؛ أو منفذاً لأمر متنفذين أو طغاة، يتدخلون في شؤون القضاء ويؤثرون على أحكامه.

إن صدى أفكار التنوير التي انطلقت من أوروبا قد وجدت طريقها إلى العالم أجمع، بحيث لا تجد أحياناً دستوراً أو نظاماً قضائياً لا يؤكد على استقلال القضاء وحصانته وخصوصاً بعد صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٨ وتعزز منظومة حقوق الإنسان بصدور العهد الدولي الخاص

٣ رشماوي، منى، استقلال القضاء والمحامين، المصدر السابق، ص ٦٩ وما بعدها.
أنظر - نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في كتابنا - الإسلام وحقوق الإنسان، مؤسسة حقوق الإنسان والحق الإنساني، بيروت، ٢٠٠١.
قارن: قاعد، علاء - حقوق الإنسان في مجال إقامة العدالة، المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة، القاهرة، ٢٠٠١.

٤ مناع، هشام، الامعان في حقوق الإنسان، دار الاهالي، دمشق، ٢٠٠٠، ص ٦١.

بالحقوق المدنية والسياسية عام ١٩٦٦ .

وقد أولت المواثيق والصكوك الدولية لحقوق الانسان أهمية خاصة لاستقلال القضاء. وقد جاء في المادة الثامنة من الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر عام ١٩٤٨ ”لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة، لانصافه الفعلي من أية اعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها إياه الدستور أو القانون“.

وتناولت المادة العاشرة من الاعلان ذاته مبدأ المساواة بالقول ”لكل انسان على قدم المساواة التامة مع الاخرين الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحيدة، نظراً منصفاً للفصل في حقوقه والتزاماته وفي اية تهمة جزائية توجه إليه“.

أما المادة الحادية عشر، فقد ذهبت لتأكيد المبدأ القانوني الذي يقول ”المتهم بريء حتى تثبت إدانته“ وذلك في ”محكمة علنية“ مع توفير جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه.

أما العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، فقد تناول في المادة التاسعة حق كل فرد في ”الحرية وفي الامان على شخصه“ وعدم جواز ”توقيف أحد أو إعتقاله تعسفاً“ وعدم جواز ”حرمان احد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون...“ كما أكدت وجوب ”ابلاغ اي شخص يتم توقيفه بأسباب هذا التوقيف لدى وقوعه...“ وكذلك ”بأية تهمة“ توجه إليه.

وتناولت المادة التاسعة (الفقرة الثالثة) حق المتهم في ”ان يحاكم خلال مهلة معقولة أو أن يفرج عنه“ وفي الفقرة الرابعة ”حق الرجوع إلى محكمة لكي تفصل هذه المحكمة دون إبطاء في قانونية اعتقاله وتأمراً بالافراج عنه اذا كان الاعتقال غير قانوني“.

أما المادة الرابعة عشر فقد نصت على ما يلي:

”الناس جميعاً سواء أمام القانون. ومن حق كل فرد، لدى الفصل في اية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية منشأة بحكم القانون...“ (الفقرة الأولى).

وأكدت الفقرة الثانية على ”حق كل متهم بارتكاب جريمة ان تعتبر بريئاً إلى أن تثبت عليه الجرم قانوناً“. أما الفقرة الثالثة فقد أكدت على ضمانات المتهم في ”.. أن يتمتع اثناء النظر في قضيته، وعلى قدم المساواة التامة، بالضمانات الدنيا التالية:

- أ. أن يتم اعلامه سريعاً، وبالتفصيل، وفي لغة يفهمها بطبيعة التهمة.
- ب. أن يعطى من الوقت ومن التسهيلات ما يكفيه لإعداد دفاعه، وللاتصال بمحام يختاره بنفسه.
- ت. أن يحاكم دون تأخير لا مبرر له.
- ث. أن يحاكم حضورياً وأن يدافع عن نفسه بشخصه، أو بواسطة محام من إختياره، وأن يخطر بحقه في وجود من يدافع عنه، اذا لم يكن له من يدافع عنه، وان تزوده المحكمة حكماً، كلما كانت مصلحة العدالة تقتضي ذلك، بمحام يدافع عنه، دون تحميله أجراً على ذلك، اذا كان لا يملك الوسائل الكافية لدفع هذا الاجر.
- ج. أن يناقش شهود الاتهام بنفسه، أو من قبل غيره، وأن يحصل على الموافقة على استدعاء شهود النفي بذات الشروط المطبقة في حالة شهود الاتهام.
- ح. ان يزود مجاناً بترجمان، اذا كان لا يفهم أو يتكلم اللغة المستخدمة في المحكمة.
- خ. ألا يُكره على الشهادة ضد نفسه أو على الاعتراف بذلك.

وتناولت (الفقرة الرابعة) حالة الاحداث. وحددت (الفقرة الخامسة) الحق

في اللجوء إلى محكمة أعلى لإعادة النظر بقرار الإدانة وبالعبوبة. أما (الفقرة السادسة) فقد أوجبت تعويض الشخص الذي انزل به العقاب، نتيجة إدانة خطأ قضائي.

وشددت (الفقرة السابعة) على مبدأ قانوني يمنع محاكمة الشخص عن جريمة واحدة مرتين بالنص على ما يلي: "لا يجوز تعريض أحد مجدداً للمحاكمة أو للعقاب على جريمة سبق أن أدين بها أو برئ منها بحكم نهائي وفقاً للقانون والاجراءات الجنائية في كل بلد".

وورد في الاعلان العالمي لاستقلال القضاء الصادر عام ١٩٨٣ عن مؤتمر ميونتريال (كندا) التأكيد على "حرية القاضي في الفصل في الدعوى دون تحيز أو تأثير أو الخضوع لاية ضغوط أو اغراءات. ويكون القضاة مستقلون تجاه زملائهم وتجاه رؤسائهم. وتكون السلطة القضائية مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية...".

كما دعا الإعلان العالمي لاستقلال القضاء إلى:

- إعادة النظر في الاحكام القضائية التي هي من اختصاص السلطة القضائية وحدها.
- حظر إنشاء المحاكم الاستثنائية.
- لكل شخص حق النقض في أحكام المحاكم العادية.
- تنحصر صلاحيات المحاكم العسكرية في الجرائم التي يقترفها عناصر من القوات المسلحة، مع بقاء الحق دائماً في استئناف قرارات هذه المحاكم امام محاكم استثنائية ضالعة في الشؤون القضائية.
- لا رقابة ولا سلطان للسلطة التنفيذية على السلطة القضائية.
- للقضاء ولاية على جميع المنازعات، ولا يجوز الحد منها.

٥ قاعدود، علاء - حقوق الانسان في مجال اقامة العدالة، مصدر سابق، ص ١٨ - ١٩.

٦ رحات، محمد نور، البحث عن العدل، مصدر سابق ص ٢٢٢.

- القضاة غير قابلين للعزل، ويخضعون في تأديبهم لضوابط صارمة.
- لا يجوز الضغط على القاضي بسبب عمله.
- لا يجوز للقضاة الانتماء إلى الأحزاب السياسية.

وقد تم استكمال الإعلان بمجموعة مبادئ أساسية خاصة باستقلال القضاء صدرت عن مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المذنبين المعروف باسم إعلان ميلانو ١٩٨٥، الذي اقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٣ ديسمبر (كانون الأول) ١٩٨٥ وذلك بتحديد عناصر استقلال القضاء كما يلي.^٧

١. كفالة الدولة لاستقلال السلطة القضائية. ويتم النص على ذلك دستورياً أو قانونياً لكل بلد، ومن واجب السلطات الحكومية وغيرها من المؤسسات احترام ومراعاة استقلال السلطة القضائية.
٢. تفصل السلطة القضائية في المسائل المعروضة عليها دون تحيز وعلى أساس الوقائع ووفقاً للقانون ودون أية تقييدات أو تأثيرات غير سليمة أو أية إغراءات أو ضغوط أو تهديدات أو تدخلات مباشرة كانت، أو غير مباشرة من أية جهة، أو لأي سبب كان.
٣. للسلطة القضائية الولاية على جميع المسائل ذات الطابع القضائي.
٤. لا يجوز وجود أية تدخلات غير لائقة، أو لا مبرر لها في الاجراءات القضائية ولا تخضع الأحكام القضائية التي تصدرها المحاكم لإعادة النظر، ولا يخل هذا المبدأ بإعادة النظر القضائية أو بقيام السلطات المختصة، ووفقاً للقانون بتخفيف أو تعديل الأحكام التي تصدرها السلطة القضائية.
٥. لا يجوز انتزاع الولاية القضائية التي تتمتع بها المحاكم العادية أو الهيئات القضائية بإنشاء هيئات قضائية استثنائية. ومن حق كل فرد أن يحاكم أمام المحاكم العادية أو الهيئات القضائية القائمة. الاستثناءات من

٧ مناع، هيثم، مصدر سابق، ص ٦٢. يمكن الإشارة هنا إلى مبادرات لجنة الحقوقيين الدوليين بجنيف بعقد عدة مؤتمرات في هذه الشأن شملت مؤتمر اثينا عام ١٩٥٥ ونيودلهي عام ١٩٥٩ ولاغوس عام ١٩٦١ وريوديجانيرو عام ١٩٦٢ وبانكوك عام ١٩٦٥. كما اقدمت عام ١٩٧٨ على انشاء مركز استقلال القضاء والمحاماة لتطوير استقلال المهنة على النطاق العالمي.
أنظر: مكّي، أمين مدني، مصدر سابق، ص ٢١.

هذا الحكم هو حالة الطوارئ العامة والحالات التي تهدد الأمة، ولكن للاستثناءات شروط مع القواعد المعترف بها دولياً.

٦. مع كفالة مبدأ استقلال السلطة القضائية فإن الأمر يتطلب ضمان الاجراءات القضائية بعدالة واحترام حقوق جميع الاطراف.

٧. من واجب كل دولة عضو أن توفر الموارد الكافية لتمكين السلطة القضائية من أداء مهامها بطريقة سليمة.^٨

وقد تبنى مؤتمر منع الجريمة الثامن المنعقد في العام ١٩٩٠ مبادئ الامم المتحدة بشأن دور المحامين، وهو ما رحبت به الجمعية العامة للامم المتحدة في كانون الأول (ديسمبر) ١٩٩٠.

إن وجود قواعد سليمة لضمان استقلال القضاء، لا يعني تحقيق فكرة هذا الاستقلال، فقد نصت معظم دساتير العالم على موضوع استقلال القضاء، لكن أكثر من ثلثي سكان المعمورة يعانون من نقص فادح في هذا المجال المهم والأساسي وتقف الكثير من عوامل الكبح القانونية والمجتمعية والسياسية والإعلامية الموروثة بوجه تحقيق هذه الفكرة، وضمان الاستقلال الحقيقي للقضاء.

إن تحقيق فكرة استقلال القضاء، تتطلب تمهيد مستلزمات مجتمعات حرّة، وأفراد قادرين على مراقبة نزاهة وحياد أداء القضاء، ناهيك عن مؤسسات تضمن ذلك.

٨ أنظر فرحات، محمد نور، البحث عن العدل، مصدر سابق، ص ٢١٢ - ٢١٣.

٩ سعت مختلف الجهود الهادفة، لتأكيد مبدأ استقلال القضاء إلى وضع هذه القواعد، موضع التطبيق، من خلال تأهيل وتدريب القضاة والمحامين، وتأكيد شروط الخدمة خصوصاً العيش الكريم، والاكتفاء بتوفير مستلزمات حياة مضمونة للقاضي واسرته، فضلاً عن حماية القاضي من الاجراءات التعسفية في التعيين، والترقية والفصل والمحاسبة، والعزل قبل سن التقاعد مؤكدة على حصانة السلطة القضائية، وعدم التدخل في أعمال القضاء.

أنظر مداخلة المحامي نجاد البرعي في مؤتمر العدالة العربي الأول، بيروت، ١٩٩٩، في كتاب "أوضاع القضاء في بلدان المنطقة العربية" مصدر سابق، ص ٢٤٣.

لعل المقومات التي تحول دون تحقيق استقلال القضاء، يمكن أن تندرج تحت الأبواب التالية:

١. سياسياً: ونعني به تترس الحكومة في مكانها لزم من طويل، وغياب مبدأ تداول السلطة (التنفيذية) سلمياً، الأمر الذي يجعل الجهاز القضائي أسير مجموعة حاكمة مزمنة يتكون نفوذها تاريخياً خصوصاً بمواقفها المعتقدة. كما أن الأخذ بنظام الحزب الواحد "القائد"، ودور "الطليعة" تحت مبررات ومسوّغات كثيرة، أو الأخذ بنظام الحزب الواحد، ولكن بثوب تعددي شكلي، هو الآخر يخل بمبدأ استقلال القضاء، ويخضعه للتأثيرات السياسية، ومراكز النفوذ.

٢. تشريعياً: ظهور فئة من المشرّعين والحقوقيين المحترفين، الساعين لتوظيف القضاء وأحكامه، في خدمة المجموعة الحاكمة. مما يؤدي إلى النيل من القضاء، ويوفر غطاءً شرعياً لانتهاكات استقلاله. وتحديد مهمات السلطة القضائية الاعتيادية لحساب المحاكم والقوانين الاستثنائية. وهو ما درجت عليه الأنظمة الشمولية في أوروبا الشرقية، والعديد من بلدان "التحرر الوطني" أو البلدان النامية، التي سارت على هديها مقلدة تجربة بلدان الأصل بتجربة فرعية ربما كانت أشد قسوة من تجربة بلدان الأصل. وقد عرفت بلدان "الفرع" بعض النماذج الجديدة من الحكم الاستبدادي المطلق، تحت يافطات تشريعية "شرعية"، لدرجة أن البعض أطلق مصطلح "الجملكية" على "الجمهوريات الملكية"، وكيفية تحوير نصوص الدستور، لتفصّل على الحكام، ومقاساتهم حسب الطلب.

٣. اجتماعياً: وجود أكثر من مرجعية قانونية في الدولة والمجتمع، بحيث يتم حرمان القضاء من مناصرة قطاعات اجتماعية بسبب أعراف عشائرية أو قبلية تؤدي إلى تقليص سلطة القضاء. إن ظاهرة التعدّد القانوني هي ظاهرة ملحوظة في علم الاجتماع القانوني وخصوصاً في المجتمعات التقليدية Traditional Societies وذلك بتجاوز (من جوار) نظام آخر إضافة إلى النظام القانوني الرسمي أي نظام غير رسمي Folk Low يطبّق

على جماعات أو مجموعات خاصة لحل المنازعات التي تنشأ بينهم، وفي الغالب تقوم على أسس عشائرية أو قبلية تحكم علاقاتها مجموعة من الأعراف المستقرة التي يختلط فيها القانون بالاخلاق والدين والعادات.^{١٠} كما هو "قانون دعاوى العشائر" في العراق حتى عام ١٩٥٨.

٤. إعلامياً: يؤثر الإعلام أحياناً على سلطة القضاء، بحيث يصدر أحكامه قبل دفع القضية إلى السلطة القضائية، وذلك بما يخدم التوجه الحكومي والسلطات الرسمية، وبهذا المعنى يتعرّض القضاء إلى ضغوط للتأثير على قراراتهم. وتزداد المسألة خطورة كلما كانت سلطة الإعلام ماضية ولكنها سلبية حيث تخشاه السلطة القضائية خصوصاً إذا شعرت الاخيرة، أن الإعلام الرسمي هو الآخر يخضع لسلطة الحكومة (السلطة التنفيذية).

وبهذا المعنى، يتم "كبح جماح" السلطة القضائية، والحد من دورها، بل والتأثير المسبق على قراراتها وأحكامها؛ وهناك أمثلة كثيرة على ذلك، فقد استطاع الموروث والرأي المسبق و"المحنت" سلفاً من الدفع ببعض القضايا بما يؤثر على القضاء واستقلاله، حتى أن عدداً من المسؤولين في العراق قد قضى نحبه (الفريق أول الركن حسين كامل وأخيه صدام كامل وبعض أفراد عوائلهما) تحت اسم "الصولة الجهادية"، وقطع "العرق" الخائن من الشجرة، ضمن (تقاليد عشائرية اقترنت من التقنين) حيث غدت الدولة، وهي تعفو عنهما "غير مسؤولة" عن مقتلهما، خصوصاً بالاحتكام إلى "قانون العشائر" الذي أخذ طريقه مجدداً إلى التطبيق لدوافع سياسية ولأسباب تتعلق بأمن النظام، وذلك منذ احتلال العراق في العام ٢٠٠٣ ولحد الآن.

بودي أن أشير إلى موضوع عودة "العشائرية" في العراق، فقد ألغي "قانون دعاوى العشائر" الذي جاء مع الاحتلال والنفوذ البريطاني في العراق عند

١٠. فرحات، محمد نور، البحث عن العدل، مصدر سابق، ص ٢٢٢.

تأسيس الدولة العراقية في ٢٣ اب (اغسطس) ١٩٢١ وما بعدها وذلك في ثورة ١٤ تموز (يوليو) عام ١٩٥٨، لكنه تمت العودة إليه، أو إلى أنماط ونماذج مماثلة له ابان الحرب العراقية - الإيرانية ١٩٨٠ - ١٩٨٨، وما بعدها، وبخاصة بعد حرب الخليج الثانية، بعد غزو الكويت ١٩٩٠ - ١٩٩١، وذلك بهدف تأمين سياج اجتماعي لحماية الحكم وتشجيع بعض زعماء العشائر أو "صناعة" بعضهم وتقديم تسهيلات كبيرة لهم بالمال والسلاح "لردع" ابناء العشائر الذي يعارضون أو لا يؤيدون سياسات الحكومة. "وهو ما حاولت قوى الاحتلال أن تفعله رغم أن بعض رؤساء العشائر حالياً، وجد مكانه بعودة أبناء عشيرته إليه، خصوصاً بعد "تحطم" أو انهيار المرجعيات السياسية، والفكرية القديمة، بحيث أصبح بعض المواطنين بدون غطاء، فعاد كل منهم إلى مذهبه وطائفته أو عشيرته أو منطقتة أو جهته أو غير ذلك.

الإسلام والقضاء

لقد أولى الإسلام وبخاصة الأول (الراشدي) اهتماماً كبيراً بالقضاء، واشترط الفقهاء فيمن يتولى منصب القاضي شروطاً عديدة تجمع بين العلم الغزير، والمعرفة الواسعة، وبين الصفات الأخلاقية، كالنزاهة والاستقامة. كما ألزموا القاضي احترام شرف وإصلاح حاله، لأنه في نظر الناس يمثل "القدوة". وقد ورد على لسان الرسول محمد (ص) قوله "من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين".

لقد كان القضاء في صدر الاسلام جزءاً من الولاية العامة التي يجب على الخليفة القيام بها. لكنه مع مرور الزمن، وبسبب تعقد مهمات الخليفة، وانصرافه إلى الشؤون السياسية والعسكرية والعامة، أصبح لزاماً ان يقوم بهذه المهنة غيره خصوصاً باتساع رقعة الدولة الاسلامية.

١١ قارن: العشائرية الجديدة في العراق: سياسة صدام حسين العشائرية ١٩٩١ - ١٩٩٦.

أما الشروط الفقهية والعلمية والاخلاقية التي اعتمدت على تعاليم الاسلام فقد أكدت على ضرورة فهم القرآن الكريم والسنة والصلاح والنزاهة، على عدد من الشروط يمكن اجمالها بما يلي:

١. أن يكون القاضي مسلماً، (يعتبر ذلك حالياً انتقاصاً من شروط المواطنة وتمييزاً بحق الآخرين).
٢. أن يكون القاضي عاقلاً بالغاً سن الرشد.
٣. أن يكون القاضي حراً.
٤. أن يكون القاضي سليم الحواس.
٥. أن يكون القاضي عادلاً.
٦. أن يكون القاضي عالماً بالاحكام الشرعية.^{١٢}

أما بخصوص المرأة أو الذكورة. فهناك من أوجب حصر وظيفة القضاء بالذكر، ومنع جواز حق المرأة في تولي وظيفة القضاء (كما يعتمد على ذلك المذهب المالكي والشافعي والحنبلي) مستندين إلى الآية الكريمة ”الرجال قوامون على النساء.“^{١٣} ودلالاتها. وكذلك ”وفرن في بيوتكن..“^{١٤} ويميل الفقه الشيعي الاثنا عشري، إلى هذا الاتجاه في الغالب الأعم باستثناءات معاصرة ومحدودة، رغم التفسيرات المختلفة لمبدأ القوامة والشروط التي تستلزمها^{١٥}. وأن القضاء فرع من فروع الإمامة العظمى، ولا تجوز إمامة المرأة ونيابتها. ويذهب الشيخ محمد مهدي شمس الدين إلى أهلية المرأة في تولي جميع

١٢ قارن القاضية مراد، غادة - مداخلتها بعنوان - المرأة وتولي منصب القضاء، كتاب أوضاع القضاء في بلدان المنطقة العربية، مصدر سابق، ص ٣١٠.

١٣ الآية ٣٤ من سورة النساء - القرآن الكريم.

١٤ الآية ٣٣ من سورة الاحزاب - القرآن الكريم.

١٥ أنظر مقدمة النعيم، عبد الله أحمد، نحو عالمية حقوق الانسان من خلال الخصوصية الثقافية، كتاب الأبعاد الثقافية لحقوق الانسان في الوطن العربي، مجموعة باحثين، تقديم وتحرير، النعيم، عبد الله أحمد، مركز ابن خلدون للدراسات الانثائية، ط ١، القاهرة، ١٩٩٣، ص ١٥ - ٦١.

أنظر شمس الدين، محمد مهدي - مسائل حرجة في فقه المرأة، الكتاب الثاني، أهلية المرأة لتولي السلطة، المؤسسة الدولية للدراسات والنشر، بيروت، ١٩٩٥، ص ١٢٣.

المناصب العليا بما فيها القضاء، باستثناء الولاية العامة في الدولة الإسلامية. وبهذا المعنى فإنه والسيد محمد حسين فضل الله الذي يتقارب معه في الرأي يمثلان حالة الاستثناء حسب معلوماتي، بالنسبة للفقه الشيعي المعاصر حين لا يشترطان الذكورة في القضاء، وهو الاجتهاد التفريعي الاستنباطي للشيخ شمس الدين، طالما لم يرد على لسان الأئمة المعصومين.

أما الرأي الآخر، فقد أجاز تولية المرأة القضاء، فيما عدا الحدود والقصاص (الاحناف) "المذهب الحنفي" واجازوا قضاء المرأة في كل شئ ما دامت تصلح شهادتها. والقاعدة عندهم هو من تصلح شهادته يصلح أن يكون قاضياً رجلاً أو امرأة.

وهناك الرأي الثالث، الذي أخذ به الطبري، وابن حزم، وابن القاسم والحسن البصري، ومفاده عدم اشتراط الذكورة، وجواز تولي المرأة القضاء بصفة عامة، ودون تحديد. مستهدين بذلك إلى أن حق المرأة الافئاء فمن حقاها بالقياس إذن تولي القضاء.

وقد ساهمت المرأة في عهد الرسول محمد (ص) في مجالس الفتوى والشورى، ولا يوجد نص صريح يمنع المرأة من تولي منصب القاضي، اذ لم يرد ذلك في القرآن الكريم. الذي أكد في أكثر من موقع على المسؤولية المتساوية للرجال والنساء، كما ورد في الآية الكريمة "المؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض، يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر".^{١٦}

ويذكر أن الرسول محمد (ص) ولي الصحابية سمراء بنت نهيك الاسدي، الحسبة التي تعني "الامر بالمعروف اذا ظهر تركه والنهي عن المنكر اذا ظهر فعله... والمعروف كل ما أوجب الشارع الاسلامي فعله، أو استحسنة وندب إليه، والمنكر كل ما يخالف أحكام الشريعة وهو أعم من المعصية".

١٦ الآية رقم ٧١، سورة البقرة، القرآن الكريم.
قارن، مراد، غادة، مصدر سابق ص ٣١٣.

كما ولى الخليفة الراشدي الثاني عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) الشفاء بنت أبي سليمان على السوق (وهو فرع من فروع القضاء أو يدخل في الحسبة) تأكيداً على دور المرأة. وتأكيداً على أهمية وخطورة وظيفة القضاء في الإسلام نقتبس هذا النص الذي يرد على لسان الرسول محمد (ص) كجزء أساس من الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بعدالة مهنة القضاء ونزاهتها وخطورتها. حيث قال رسول الله (ص) ”ليأتين على القاضي يوم القيامة ساعة يتمنى لو أنه لم يحكم بين اثنين في تمرة قط“.

يتناول الباحث والمفكر المجدد الدكتور محمد السيد سعيد الكتابات الآرثودوكسية في موضوع المرأة، تلك التي تبدأ بشكل منهجي بإبراز الكرامة التي منحها الإسلام للمرأة، وهذا لا جدال فيه على مستوى المبادئ العامة، ولكن عند عرض المواقف القانونية الواضحة حول حقوق المرأة فحتى بعض الكتابات الأكثر استنارة، تحمل اطروحاتها بشكل متسق تقنياً لحقوق المرأة في المساواة الكاملة“. ويخلص محمد سيد سعيد إلى القول: ان هذا المجال للخلاف بالذات يشكل الصعوبة الأعظم في مواءمة الشريعة وبخاصة الارثودوكسي، والنظام المعاصر لحقوق الانسان.

ومن القضايا التي يتناولها على سبيل المثال لا الحصر مبدأ القوامة، الذي تجذر في الفقه المتشدد في كل العصور، حتى أنه من الصعب على بعض المفكرين الإسلاميين الأكثر استنارة، أن يشككوا بشكل مفتوح في مواءمته والعصور الحديثة.^{١٧}

١٧ أنظر: السيد سعيد، محمد (الدكتور) - دراسة بعنوان «الإسلام وحقوق الانسان» أقيمت كمحاضرة في الندوة الدولية عن «حقوق الانسان والقانون الإنساني» المنعقدة في معهد الخريجين للدراسات الدولية في جنيف، ١٦ - ١٧ آذار (مارس) ١٩٩٥ (نشرت في رواق عربي، العدد ١، القاهرة) مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان. ومن الجدير بالذكر، أن بعض المتشددين سواء أكانوا من القدامى أم من المعاصرين، يعتقدون بتفوق الرجل على المرأة، انطلاقاً من مفاهيم التفوق الطبيعي، كذلك التبنية من قبل الشيخ محمد الغزالي، على أساس الهرمونات والعوامل الوراثية والفوارق في القدرات الإبداعية. وهذا الموقف في عدم المساواة ينسحب على الموقف من الأقليات والإثنيات وغير المسلمين، ومسألة العقاب، وحرية الاعتقاد، والقيود على الحريات الدينية باسم الشريعة وغيرها. قارن: الغزالي، محمد - التعاليم الإسلامية وإعلانات الأمم المتحدة، دار الدعوة، الاسكندرية، ١٩٩٣، ص ١١٩ - ١٣٢.

ثانياً: الحق في المحاكمة العادلة

يتعرض الشخص المتهم بارتكاب جريمة، إلى خطر الحرمان من الحرية، أو إلى عقوبة أخرى. والضمان الأساسي الذي يقي الأفراد من التعرض إلى عقوبات "ظالمة" أو دون وجه حق كما يقال، هو المحاكمة العادلة، تلك التي تعتبر ضرورة لا بد منها، لحماية حقوق الانسان، مثل الحق في عدم التعرض إلى التعذيب والحق في الحياة والحق في حرية التعبير وغيرها من الحقوق السياسية.^{١٨}

والحق في المحاكمة العادلة مكرس في العديد من المواثيق الدولية والاقليمية، كما جرت الإشارة إليه. والحق في المحاكمة العلنية يستهدف المساعدة في ضمان محاكمة عادلة للمتهمين وحمايتهم من أية محاولة لإساءة استغلال إجراءات التقاضي الجنائي.

لقد تمت صياغة مواثيق حقوق الإنسان بصورة عامة كي تضع في الحسبان التنوع الواسع والمتعدد للانظمة القانونية المختلفة، وكذلك للاجراءات القانونية التي تضع الحد الأدنى من الضمانات التي لا بد من توفرها، كما تتضمن اتفاقيات جنيف الاربعة لعام ١٩٤٩ وملحقيها بروتوكول جنيف لعام ١٩٧٧ حول "حماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة" و "حماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية" المعايير الدنيا للسلوك "الشرعي" خلال النزاعات المسلحة (الدولية وغير الدولية) كضمانات للمحاكمة العادلة.

ولتأمين العدالة، يترتب على جميع الحكومات واجب تقديم المسؤولين عن ارتكاب جرائم حرب إلى العدالة، لكن تقديم المتهمين إلى محاكمات جائزة أو غير عادلة، يضر بالعدالة ذاتها، سواء عندما يتعرضون للتعذيب، أو الايذاء النفسي والبدني على أيدي موظفين، أو يُساء معاملتهم عندما يراذ إنفاذ القانون، أو عندما يدان أبرياء بشكل مثير، يفقد النظام القضائي عند ذاك صدقيته ووظيفته.

١٨ فيسبورت، ديفيد - مقدمة كتاب دليل المحاكمات العادلة، منظمة العفو الدولية، ١٩٩٨، ص ١.

إنَّ معايير المحاكمة العادلة، تتجسد عندما يواجه الأفراد محاكمة جنائية، فهم يصطدمون بالبوليس (الشرطة) ونظام المحاكم والسجون والسلطة القضائية، وبجهاز الدولة بشكل عام. ولهذا، إذا لم يتم التمسك بحقوق الانسان، ويحق المتهم في محاكمة عادلة ابتداءً من العلاقة مع مركز الشرطة، أو مكان الاعتقال أو زناينة السجن، أو غيرها تكون الحكومة قد تلاكأت من القيام بواجباتها وتحمل مسؤولياتها.

يبدأ الانتهاك من اللحظة الأولى حين يتم إلقاء القبض، وخلال فترة الاعتقال التي تسبق المحاكمة، وخلال المحاكمة، وأثناء إجراءات الاستئناف وصولاً إلى إنزال العقوبة.

الحقوق التي تسبق المحاكمة

لا تكون المحاكمة الجنائية عادلة، إلا إذا تم احترام حقوق المتهم طوال إجراءات المحاكمة، وهذه الحقوق التي يستحقها كل شخص قبل بدء المحاكمة. لأن الأساس في ذلك هو الحق في الحرية:

«لكل إنسان الحق في الحرية الشخصية ، فلا يجوز إلقاء القبض عليه إلا طبقاً لأحكام القانون وبعيداً عن التعسف. وإن يتم ذلك على يد موظفين مسؤولين. ولا ينبغي في الأحوال العادية احتجاز المتهمين بارتكاب أفعال جنائية إلى حين تقديمهم إلى المحاكمة».

والحق في الحرية منصوص عليه في المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، التي تقول "لكل فرد الحق في الحياة والحرية وفي الامان على شخصه". كما ذهبت المادة التاسعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، إلى القول، إن "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 وطبقاً للإجراء المقرر فيه".^{١٩}

١٩ أنظر : المادة (٣) من الاعلان العالمي والمادة (٩) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والمادة (٦) من الميثاق الافريقي والمادة (١) من الإعلان الأمريكي والمادة (٧) من الاتفاقية الامريكية والمادة (٥) من الاتفاقية الأوروبية، ومشروع الميثاق العربي لحقوق الانسان (الطبعة التحديثية الأخيرة لجامعة الدول العربية الذي كان من المفترض عرضه على القمة العربية في تونس وأخر آذار (مارس) ٢٠٠٤.

الحرية اذن، ترتبط بالحماية ارتباطاً جوهرياً . وهنا، لا بد من ضمان حقوق الأشخاص المحتجزين في الحصول على المعلومات، ويجب فوراً إخطار أي شخص يتم القبض عليه أو اعتقاله بأسباب توقيفه أو اعتقاله وبحقوقه، بما فيها حقه في توكيل محام وبالتهم المنسوبة إليه، وهذه المعلومات ضرورية لإتاحة الفرصة له للطعن في قانونية اعتقاله أو توقيفه.

وحق المتهم الاستعانة بمحام قبل المحاكمة، يختاره بنفسه لحماية حقوقه ومساعدته في إعداد دفاعه، وفي حالة عدم تمكنه من تحمل نفقاته يجب تعيين محام مؤهل للدفاع عنه مجاناً كلما اقتضت مصلحة العدالة ذلك.

وحق المتهم في الاتصال بالعالم الخارجي، بوجه السرعة والاتصال بعائلته وبالاطباء وبموظف قضائي أو "قنصلي" اذا كان المتهم أجنبياً. الاتصال بالعالم الخارجي ضماناً ضد تغييب أو اختفاء المتهم قسرياً أو تعرضه للتعذيب أو سوء المعاملة.

وحق المتهم المثول دون ابطاء أمام قاضٍ أو موظف قضائي آخر ضماناً لحقوقه.

ويحق للمتهم الطعن في قانونية اعتقاله واعادة النظر فيه بصورة منتظمة.

وحق المتهم في المحاكمة خلال فترة زمنية معقولة أو اطلاق سراحه اي الافراج عنه ريثما تتم المحاكمة.

وحق المتهم في الحصول على الوقت والتسهيلات الكافية لاعداد الدفاع.

أما حقوق الاستجواب ، فتفترض البراءة و حظر التعذيب أو الاكراه أو المعاملة السيئة أو الاعتراف على نفسه أو غيره والحق في الاستعانة بمحام أو في حضوره.

وحق المتهم في أوضاع انسانية، وعدم تعريضه للتعذيب، وكذلك حق المتهم في الصمت، وعدم الإجابة على بعض الاسئلة، وتفترض شروط المحاكمة العادلة عدم استخدام التجارب الطبية والعلمية على المتهمين أو السجناء أو المعتقلين الخ

الحقوق اثناء المحاكمة

الحقوق التي يستوجب توفرها اثناء المحاكمة، هي حقوق، يستحقها كل شخص، ويمكن ادراج هذه الحقوق، وفقاً لما يلي :

١. الحق في المساواة أمام القانون والمحاكم، ويتضمن هذا الحق المساواة في سياق عملية المحاكمة، وحظر القوانين القائمة على التمييز والحق في اللجوء المتكافئ إلى المحاكم، والحق في المعاملة المتساوية أمام المحاكم.
٢. الحق في المحاكمة أمام محكمة مختصة ومستقلة ونزيهة (حيادية) مشكلة وفق أحكام القانون.
٣. الحق في النظر المنصف للقضايا، مثل حق المرء في البراءة، والحق في الدفاع عن النفس، والحق في استدعاء الشهود واستجوابهم .
٤. الحق في جلسة محاكمة علنية. والعلنية توفر نزاهة العملية القضائية واستقلاليتها، وتساعد على تعزيز ثقة الجمهور بالنظام القضائي، وباستثناء ظروف محدودة فإن النظر العلني للقضايا أمر أساسي.
٥. افتراض البراءة، أي أن المتهم بري حتى تثبت ادانته، وفقاً للقانون بعد محاكمة عادلة.
٦. الحق في عدم إكراه المتهم واجباره على الادلاء بأقوال تدينه، أو الاعتراف على نفسه أو غيره.
٧. استبعاد الأدلة التي تُنتزع تحت التعذيب أو الاكراه (بما فيها الاعترافات).
٨. حظر القوانين ذات الأثر الرجعي والمحاكمة أكثر من مرة على الجرم ذاته.
٩. الحق في المحاكمة دون تأخير غير مبرر.
١٠. حق الدفاع عن النفس (وهو حق مقدس) شخصياً أو بواسطة محام يختاره بنفسه أو بتعيين محام له لمساعدته.
١١. حق المحاكمة الحضورى، اي لكل شخص متهم بارتكاب جرم ان يُحاكم حضورياً لسماع حجج الادعاء وتقديم الدفاع.
١٢. الحق في استدعاء الشهود ومناقشتهم (للمتهمين نيابة عنهم) أو استجواب شهود الادعاء أو طلب استجوابهم.
١٣. الحق في الاستعانة بمرجع شفوي، وترجمة تحريرية (اذا كان لا يفهم لغة

المقاضاة).

١٤. الحق في حكم علني مسبب خلال مهلة معقولة، والأساس في الحكم، هو العلنية، أما الاستثناء المحدود فهو السرية. ويحق لكل من يُحاكم أمام محكمة قضائية، أن يُعطى أسباب الحكم، والّا يُحكم عليه إلا صانعو القرار الذين حضروا المرافعات.

١٥. حق المتهم في عدم التعرض للعقوبات غير القانونية. أي بعد محاكمة عادلة، وأن تكون العقوبات متناسبة مع خطورة الجرم، ولا يجوز انتهاك المعايير الدولية بذلك.

١٦. يحق للمتهم "المحكوم" - الاستئناف إذا أُدين بارتكاب جرم جنائي، أي إعادة النظر، في إدانته وعقوبته أمام محكمة أعلى.^{٢٠}

الحالات الخاصة: الأطفال وحالات الطوارئ

يحق للأطفال التمتع بجميع ضمانات المحاكمة العادلة، والحقوق التي تنطبق على الكبار وبحماية خاصة إضافية.

ويجب أن تشكل مصالح الطفل العليا، الإعتبار الأول في جميع الاجراءات القانونية. وعلى الدولة واجب تقديم ضمانات، تتناسب مع الاجراءات التي تؤثر على الأطفال مع خطورة الجريمة.

حرمان الطفل من الحرية، هو الحل الأخير ولأقصر فترة ممكنة، كما لا يجوز توقيع عقوبة الإعدام، على شخص يقل عمره عن ١٨ سنة عند ارتكاب الجريمة، ولا اصدار حكم بالسجن المؤبد. المحاكمات خلال الطوارئ والنزاعات المسلحة

لا يمكن وقف أو إبطال بعض قواعد حقوق الانسان، مهما كانت الظروف

٢٠ المصدر السابق، ص ٦٩ وما بعدها.

والأوضاع فهي "حقوق مطلقة". لكن، بعض المعاهدات، تجيز تعليق بعض الحقوق الخاصة، بالمحاكمات العادلة وقت الطوارئ. والنزاع الدولي يعطي للأسرى والمدنيين حماية خاصة، بموجب اتفاقيات جنيف الثالثة والرابعة المبرمة في ١٢ آب (اغسطس) لعام ١٩٤٩، وكذلك البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧. وفي الحروب الأهلية بموجب البروتوكول الإضافي الثاني، الخاصة بالمنازعات المسلحة غير الدولية.^{٢١}

٢١ الحق في محاكمة عادلة، منظمة العفو الدولية، بدون تاريخ.

القضاء العمالي والعدالة الاجتماعية في ضوء التجربة الانجليزية

المحامي: رامي برغوثي
محاضر في جامعة بيرزيت
٢٠١٣

أحياناً من الجميل أن تعطى الفرصة لتكتب، لكن الأجمل أن تمنح الحرية كي تكتب ما تشعر بأنه قد يفيد. لا أعلم، إذا كان من المقبول أن أطلق على هذه الدراسة إسم "بحث" يتمتع بكامل أسس البحث العلمي، لا أقصد بذلك، التقيد بكيفية الإقتباس والشفافيه... إلخ، بل أقصد من حيث الشكليات غير المبررة.

إن هذه الدراسة هي نتيجة لعدة مفارقات -إن صح التعبير- أستطيع ان أقول انها قلبت طريقة تفكيري حول مفهوم العدالة في بيئة قانونية تتمسك بالنص، الذي لا يمكن المساس به، على إعتبار أنه خط أحمر، وبين بيئة قانونية مستعدة لمحاربة النص ذاته، في أي لحظة إذا ما شعرت أنه قد يمس العدالة ويقف في طريق تحقيقها. وبصورة أكثر وضوحاً، هو انتقال من المدرسة القانونية الفرنسية (French legal School) إلى المدرسة القانونية الإنجليزية (School English Legal). هذا ليس نقداً سلبياً للمدرسة الفرنسية "مدرسة النص"، والتي اذا ما تزامنت مع إدارة قضائية غير سليمة، فإنة بالضرورة، سيؤدي إلى الإطاحة بمنظومة العدالة، وهذا ما هو عليه الحال الفلسطيني اليوم.

إن تحقيق فكرة العدالة الإجتماعية ليست بذلك الأمر السهل، ولا يتطلب إجراء تعديلات على هيكلية القضاء، أو التدخل في تعديل بعض النصوص القانونية فقط، وإنما يتطلب الامر لتحقيق العدالة احداث تغيير جذري في الثقافة الإجتماعية والقانونية، إذ أن القانون وتطور القضاء، ليس سوى إنعكاس ثقافي يقاس تطوره بمستوى الوعي

الإجتماعي والثقافي. إن تصحيح مسار التشريعات والقضاء كالتنهوض بالإقتصاد تماما، والذي يعتمد بالضرورة على الإنسان ومدى وعيه الثقافي والإجتماعي والسياسي.

هذه الدراسة لم تأت جزافا، بل هي نتيجة للواقع الأليم الذي نشاهده يوميا في المحاكم الفلسطينية والدوائر الرسمية. إن تحقيق العدالة «الحكم بالعدل» لا يكون دائما بالحكم «الوقوف» لصالح من يملك الحق. بل هي الوقت والطريقة والأسلوب الواجب إتباعها للوصول إلى العدالة.

تنقسم هذه الدراسة إلى مبحثين: الأول، يعرض الإشكاليات الموجودة في النظام القضائي الفلسطيني بشكل عام وقانون العمل الفلسطيني بشكل خاص، والتي تقف عائقاً أمام إنشاء قضاء عمالي مستقل. أما المبحث الثاني، فيطرح التجربة الانجليزية في إنشاء قضاء مستقل يعنى بالعديد من المسائل التي تدخل فيها الدولة كطرف مباشر أو غير مباشر بما فيها المسائل العمالية، وهو منفصل بشكل كبير عن النظام القضائي ولا يمس إختصاصه.

معوقات إنشاء قضاء عمالي مستقل في فلسطين

يفتقد النظام القضائي الفلسطيني الى العديد من المحاكم المتخصصة بشؤون قانونية معينة، ويرجع هذا الى كون هذا النظام نظاما قضائياً موحداً، وكذلك الى عدم ربط فكرة تطور القضاء، وتخصصه، بتطور المجتمع اقتصادياً واجتماعياً. وفي الآونة الاخيرة تم الخروج عن القاعده بإنشاء بعض المحاكم المتخصصة، كمحكمة الفساد ومحكمة الجمارك. وبرأينا ان هذه الخطوة هي بالاتجاه الصحيح لتحقيق العدالة. ولكننا نرى بأن هناك ضرورة ملحة للتوسع في إنشاء محاكم متخصصة للبت في المسائل الحساسة كالمسائل العمالية. وسنشير في هذا المبحث الى بعض المعوقات التي تقف في طريق إنشاء قضاء عمالي مستقل، متخصص، في فلسطين سواء أكانت متعلقه بالنظام القضائي بحد ذاته أو بالنصوص القانونية.

١. تصنيف قانون العمل: خاص أم عام؟

إن التمسك غير المررّ بكون قانون العمل هو أحد فروع القانون الخاص، يشكل حاجزاً أمام التفكير نحو قضاء عمالي منفصل تماماً عن المحاكم النظامية الأخرى. إن معظم شارحي قانون العمل إعتبروا أن قانون العمل هو قانون خاص مستندين في ذلك إلى المعيار التقليدي، وهو التفرقة على أساس أطراف العلاقة في هذا القانون^{٢٢}، حيث أن الدولة في تفسيرهم، لا تدخل بصفتها صاحبة سيادة في العلاقات العمالية، بل تنحصر العلاقة مابين العمال من جهة، وأصحاب العمل من جهة أخرى. وفي أحسن الأحوال ذهب بعض الشراح إلى إعتبرار قانون العمل، قانون ذو طبيعة خاصة مختلطة بين العام والخاص، وأن الخاص هو الغالب^{٢٣}.

إن الإبتعاد قليلاً بالتفكير عن مدى الأهمية الخاصة بقانون العمل، نجد أن الأثر الذي يتركه هذا القانون قي المجتمع ليس أقل مما هو عليه الحال في فروع القانون العام، بل بإعتقادي أن قانون العمل يعد من أهم التشريعات نظراً لتغلغله في أكبر شريحة في المجتمع وهي العمال.

بالرجوع إلى النظرة التقليدية في التفرقة بين القانون العام والخاص، نجد أن العلاقة العمالية، لا تنحصر بين العمال وأصحاب العمل، بل إن الدولة طرف في هذه العلاقة بشكل دائم. فلو نظرنا إلى القانون الأساسي الفلسطيني، نجد أن المادة ٢٥ تشير إلى ضرورة تدخل الدولة في توفير العمل لكل قادر عليه، بالإضافة إلى ضرورة تدخلها في تنظيم علاقات العمل بما يكفل العدالة للجميع^{٢٤}. وهذا يؤكد على أن القانون الأساسي يلزم الدولة بإعتبارها صاحبة سيادة التدخل بشكل إيجابي، لتوفير فرص العمل، وتنظيم سائر العلاقات العمالية على أساس العدالة الإجتماعية، حيث أنها وحدها المسؤولة أمام

٢٢ غالب الداودي، شرح قانون العمل: دراسة مقارنة (عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١)، ٢٩.

٢٣ احمد نصره، قانون العمل الفلسطيني، (جامعة بيرزيت، ط٢، ٢٠١٢)، ٢٨ و ٩٢.

٢٤ انظر المادة ٢٥، القانون الاساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣.

الشعب عن معدلات البطالة. وفي هذا المقام لا بد لنا أن نشير الى الأسباب الرئيسية وراء إشتعال المجتمعات العربية فيما اطلق عليه (الربيع العربي)، وهي أسباب اجتماعية واقتصادية، تعود بالأساس لفقدان العدالة الاجتماعية، التي لا تكون إلا بقانون عمل متطور، وقضاء عمالي مستقل. إضافة إلى ما سبق، فإن المشرع الفلسطيني، قام بالنص على بعض الجزاءات في قانون العمل^{٢٥} تخص أصحاب العمل الذين يخالفون بعض أحكامه الماسة بالعدالة الاجتماعية، حيث أن الدولة (الحكومة) تتدخل مباشرة من خلال (وزارة العمل) لمراقبة مدى تطبيق أحكام قانون العمل وكذلك تطبيق الجزاءات في حال مخالفة أحكامه^{٢٦}.

إننا لا نقصد من وراء كل ما أسلفنا ذكره، الى ضرورة إعتبار قانون العمل قانوناً عاماً، بل نهدف إخراجة من دائري العام والخاص، إذ لا بد أن يسمو على كل المفارقات التقليدية التي تقلل من شأنه، وهذا ما تم العمل به في إنجلترا، حيث يعتبر قانون العمل حجر الزاوية، الذي يرتكز عليه تطور الدولة اقتصادياً واجتماعياً، وهذا ما دفع إلى الخروج عن فكرة النظام القضائي الإنجليزي الموحد بطريقة ذكية، وإنشاء قضاء عمالي مستقل تماماً، ذو طبيعة خاصة، سيتم الحديث عنه لاحقاً في هذه الدراسة.

٢. النظام القضائي بحد ذاته

ذكرنا في مقدمة هذه الدراسة عن إشكالية التمسك بالمدرسة القانونية الفرنسية سواء أكان ذلك بالنسبة للنظام القانوني أو النظام القضائي وإجراءاته. حيث أن النظام القضائي في فلسطين يعاني من مشاكل متعددة والتي تطف عائقاً أمام إصدار أحكام وقرارات عادلة. ومن أبرز تلك المشاكل التمسك بالإجراءات

٢٥ انظر الفصل الاول من الباب العشر المتعلق بالعقوبات من قانون العمل الفلسطيني رقم (٧) لسنة (٢٠٠٢).
المواد ١٣١-١٣٨.

٢٦ انظر الفصل الاول من الباب العشر المتعلق بتفتيش العمل من قانون العمل الفلسطيني رقم (٧) لسنة (٢٠٠٢).
المواد ١٠٧-١١٥.

المعقدة وغير المبررة أمام المحاكم الفلسطينية، التي تجعل منه نظاماً غير مفهوم أصلاً. هذه الجمودية تقتل "إن صح التعبير" القضايا والمسائل المعروضة أمام القضاء، وبالتالي تقتل روح العدالة الذي توصلنا بالضرورة إلى عدم ثقة الناس بعدالة القضاء. ومن هنا نرى ضرورة أن يجري تغيير جذري يشتمل على كل النظام القضائي من حيث بنية المحاكم وتشكيلها (إنشاء محاكم مخصصة)، وتعيين قضاة متخصصين في كافة مجالات القانون، وعدم التمسك بالإجراءات المعقدة الضارة بسير العدالة، وإدارة القضاء إدارة سليمة. يضاف إلى كل ذلك، إحداث التغيير في فهم معادلة الغاية من وراء القضاء والقانون، حيث أن الغاية المثلى والمباشرة هي تحقيق العدالة، وليس فقط إستقرار المعاملات كما هو الحال عليه في فلسطين.

٣. الانضمام إلى منظمة العمل الدولية

كان من المتوقع بعد حصول فلسطين على عضو مراقب في الأمم المتحدة^{٢٧}، المسارعة إلى الانضمام إلى بعض المنظمات الدولية المؤثرة إيجاباً في نمو الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية وتطورها. إن القيادة الفلسطينية عندما نجحت في الحصول على هذه العضوية (إنجاز سياسي)، اعتبرت أن هذا الإنجاز كاف بحد ذاته وهو نهاية المطاف، حيث من الصعب تحقيق الإنجازات السياسية أضافيه على أرض الواقع. ويبدو أن السلطة الفلسطينية تناست أنه بالإمكان الذهاب نحو إنجازات اقتصادية واجتماعية، وذلك عبر الانضمام إلى منظمات دولية ذات اختصاص.

إنه من المستغرب حقاً إلى هذه اللحظة أن نجد فلسطين لم تتقدم بطلب عضوية إلى منظمة العمل الدولية^{٢٨} والتي تساعد في تطوير قطاع العمل والارتقاء

٢٧ حصلت فلسطين على عضو مراقب في الامم المتحدة من خلال التصويت لها بالجمعية العامة ٢٩/١١/٢٠١٢.

٢٨ بالرجوع إلى دستور منظمة العمل الدولية ١٩١٩ والذي أصبح نافذاً في ٤-٦-١٩٣٤، فإن المادة الأولى منه تجيب عن التساؤلات المطروحة بالنسبة إلى إمكانية انضمام فلسطين إلى منظمة العمل الدولية. حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى «أن الدول الأعضاء في منظمة العمل الدولية هم الدول الذين كانوا أعضاء في المنظمة ١-١١-١٩٤٥، والدول الأخرى التي أصبحت أعضاء بحسب الفترة الثالثة والرابعة في نفس هذه المادة». أما

بالعدالة الاجتماعية، حيث تسعى منظمة العمل الدولية الى الإرتقاء بالعدالة الاجتماعية من خلال حماية حقوق العمال، وتؤكد أن «السلام العمالي» ضروري لتحقيق الازدهار لأي دولة، وان كل ذلك، لا يكون إلا من خلال خلق ظروف عمل لائقة (decent work). بالإضافة إلى خلق فرص عمل للرجال والنساء، وتحقيق الحماية الاجتماعية والحوار الاجتماعي.

من الأمثلة التي قد تشير إلى إمكانية الاستفادة من منظمة العمل الدولية حتى سياسياً، أن هذه الأخيرة عرضت في أحد تقاريرها السنوية إلى أوضاع العمال في الأراضي الفلسطينية المحتلة، حيث أن التقرير السنوي للمنظمة المتعلق بأوضاع العمال في الأراضي الفلسطينية المحتلة^{٢٩} أشار إلى أن القيود المفروضة، على الحركة والوظائف والأنشطة الاقتصادية، تزيد من الأزمة المالية التي تعاني منها السلطة الفلسطينية، بالإضافة إلى فشل الممولين (الدول المانحة) في تلبية احتياجات السلطة. كما دعت المنظمة في تقريرها إلى ضرورة إنهاء هذا الحصار، وإعطاء الحرية للفلسطينيين لبناء اقتصادهم.

٤. قانون العمل الفلسطيني الحالي

يقال أن قانون العمل الفلسطيني الحالي^{٣٠} هو قانون متطور ينظم معظم شؤون العمال ويكفل حقوقهم، لكننا إذا نظرنا على سبيل المثال إلى قانون العمل

الفقرة الثالثة من المادة الأولى نصت على أن «أي دولة عضو في الأمم المتحدة وأي دولة قبلت كعضو في الأمم المتحدة عبر قرار صدر من الجمعية العامة يمكن أن تكون عضواً في منظمة العمل الدولية وذلك بالتواصل مع مدير عام منظمة العمل الدولية بعد الموافقة على الالتزامات الواردة في دستور منظمة العمل الدولية. كذلك أكدت الفقرة الرابعة من المادة الأولى على أن «المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية يمكن أن يوافق على انضمام أعضاء بالتصويت من قبل ثلثي المفوضين الحاضرين في المؤتمر. وهذه النسبة السابقة تشمل ثلثي مفوضي (ممثلين) الحكومات الحاضرين. ونتيجة للقرارات ٢،٣،٤ من المادة الأولى من دستور منظمة العمل الدولية، فإن فلسطين والتي حصلت على لقب دولة مراقب في الأمم المتحدة بموجب قرار صادر من الجمعية، يمكن أن تقدم بطلب عضوية لمنظمة العمل الدولية عبر طريقتين: الأولى، الاتصال مباشرة بمدير عام المنظمة وتقديم مذكرة رسمية بالموافقة والخضوع للالتزامات الواردة في الدستور. والثانية، عبر تقديم طلب في المؤتمر العام بمنظمة العمل الدولية والحصول على ثلثي أصوات ممثلي الدول الحاضرين في المؤتمر.

The ILO's annual report on the situation of workers of the occupied Arab territories/ 6 June 2013 ٢٩

٣٠ القصد/ قانون العمل الفلسطيني رقم (٧) لسنة ٢٠٠٢

الإنجليزي أو منظومة قوانين العمل المطبقة في إنجلترا وويلز^{٣١} لوجدنا أن قانون العمل الفلسطيني لا يمثل إلا جزءاً بسيطاً من هذه المنظومة. فبالإضافة إلى أن قانون العمل الفلسطيني تعامل بشكل سطحي وغير معمق في مواده^{٣٢}، فهناك جزئيات معدومة لم يتطرق إليها على الإطلاق، وهي كالآتي:

أولاً: المحاكم العمالية

للهولة الأولى وعند قراءة مادة التعريفات^{٣٣} من قانون العمل الفلسطيني، يتبادر إلى الذهن أن الأخير قد نص على أن هناك محاكم عمالية متخصصة. لكننا إذا أمعنا النظر قليلاً لوجدنا أن نص المادة لا يشير بالضرورة إلى ذلك، حيث أن مادة التعريفات، أشارت إلى أن المحكمة المختصة هي تلك المختصة بنظر القضايا العمالية، وهي بالتالي من الممكن أن تكون محكمة مختصة بنظر العديد من القضايا بما فيها القضايا العمالية، وهذا ما هو عليه الوضع في المحاكم الفلسطينية.

كان من الأجدي على المشرع الفلسطيني، أن ينص بشكل مباشر، وبدون أي تردد على ضرورة إنشاء محاكم عمالية مستقلة متخصصة، وذلك إما كجزئية من قانون العمل الحالي أو بقانون خاص ينظمها. فعلى سبيل المثال فإن المحاكم العمالية (Employment Tribunal) في إنجلترا وويلز نظمت في

Agricultural Wages Act 1948/ Arbitration Act 1996/ Contract of Employment Act 1972/ Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999/ Data Protection Act 1998/ Deregulation and Contracting Out Act 1994/ Disability Discrimination Act 2006/ Disability Rights Commission Act 1999/ Disable Person (Employment) Act 1944/ Employment's Liability (Compulsory Insurance) Act 1969/ Employment Act 2008/ Employment Protection (Consolidation) Act 1978/ Employment Relations Act 2004/ Employment Rights (Dispute Resolution) Act 1998/ Employment Tribunals Act 1996/ Equal Pay Act 1970/ Equality Act 2010/ Gender Recognition Act 2004/ Health and Safety at Work etc Act 1974/ Income Tax (Earning and Pensions) Act 2003/ Industrial Training Act 1946/ Industrial Tribunal Act 1996/ Insolvency Act 1994/ Molestation of Workmen Act 1825/ National Minimum Wages Act 1998/ Payment of Wages 1960/ Payment of Wages in Public Houses Prohibition Act 1883/ Pension Act 2004/ Protection from Harassment Act 1997/ Race Relations (Amendment) Act 2000/ Race Relations (Remedies) Act 1994/ Redundancy Payments Act 1965/ Sex Discrimination (Election Candidates) Act 2002/ Sex Disqualification (Removal) Act 1919/ Social Security (Recovery and Benefits) Act 1982/Terms and Conditions of Employment Act 1959/ Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992

٣٢ يحتوي قانون العمل الفلسطيني الحالي (رقم (٧) لسنة ٢٠٠٢) على ١٤١ مادة قانونية والعديد من الأنظمة واللوائح التي تقسم بعض المسائل العمالية بشكل سطحي.

٣٣ انظر المادة الأولى من قانون العمل الفلسطيني رقم (٧) لسنة ٢٠٠٢

قانونين مستقلين. الأول، يتعلق بإنشاء المحاكم العمالية، وتنظيمها، وكيفية إدارتها (Employment Tribunal Act 1996) أما الثاني، فينظم دستور هذه المحاكم والجراءات المطبقة فيها وهو (Employment Tribunal Regulations) (2004).

ثانياً: العلاقة العمالية

إن العلاقة العمالية تنشأ بموجب قانون العمل الفلسطيني عند إبرام العقد ما بين العامل، وصاحب العمل، حيث تبدأ من اللحظة الأولى، التي يبرم فيها عقد العمل، سواء أكان كتابة أم شفاهة، وتمتد إلى نهاية هذا العقد، إذا كان محدد المدة أو إلى نهاية العلاقة العمالية بأكثر من طريقة الإستقالة والفصل التعسفي... الخ في حال كان العقد غير محدد المدة، وفي هذه المرحلة فقط يمكن الحديث عن تطبيق قانون العمل الفلسطيني. أما في إنجلترا وويلز فان منظومة قوانين العمل الإنجليزية تجعل من العلاقة العمالية تمتد إلى أبعد من ذلك، وبالتالي توفير حماية أكبر للعامل، حيث أن هذه المنظومة، توفر الحماية للعامل ما قبل انعقاد العلاقة العمالية^{٣٤}. فمثلاً، يتم توفير الحماية القانونية للعامل اثناء المقابلات، المخصصة للعمل (Interviews). وكذلك ما قبل مرحلة المقابلات، حيث أن قانون (Equality Act 2010) يوفر حماية للعامل من التمييز ضده في اثناء المقابلات، وحتى في حالة الإعلان عن الوظائف، والتمييز الذي قد يتعرض له العمال في هذه الفترة (Call for Jobs).

Equality Act 2010 prevents discrimination at all stages of employment (The first perhaps most difficult stage at which a person may encounter discrimination in employment is in applying for a job. It is unlawful under section 37(1) for an employer to discriminate in the arrangements for the selection procedures, in the terms offered for employment or by refusing or deliberately omitting to offer the employment. For example its not necessarily unlawful for an employer to ask a woman question at an interview which would not be asked of a man

ثالثاً: نطاق تطبيق قانون العمل:

يطبق قانون العمل الفلسطيني على جميع علاقات العمل الخاصة، وقد استثنى بعض الفئات التي لا تنطبق عليها أحكامه كموظفي الحكومة، والهيئات المحلية، وخدم المنازل، وأفراد أسرة صاحب العمل من الدرجة الأولى^{٣٥}. وهذا يعني الفصل نهائياً بين القانون، الذي ينظم العمال، في اطار العلاقات العمالية الخاصة، والقانون الذي ينظم الموظفين في الحكومة، والهيئات المحلية^{٣٦} بالإضافة إلى بعض الفئات التي تنظم بعقود خاصة، كخدم المنازل والأقارب من الدرجة الأولى.

من الصحيح، أن هناك خصوصية يتميز بها الموظفين الحكوميين بالمقارنه للعاملين في القطاع الخاص، لكن ذلك، لا يستوجب الفصل التام بينهم، حيث من الممكن اخضاعهم للقانون ذاته. فعلى سبيل المثال لا الحصر، إن منظومة قوانين العمل الإنجليزية قد تعاملت مع العامل في القطاع العام أو الخاص على حد سواء، حيث أن هذه المنظومة تنطبق على جميع الطبقة العاملة في إنجلترا وويلز سواء أكان ذلك في اطار العلاقات الخاصة، أم في الوظيفة الحكومية مع وجود بعض اللوائح التي تنظم الاختلافات من حيث التدرج في الوظيفة العامة. هذا ما دفعهم إلى الاهتمام بقانون العمل عندهم، فوجدوا أن هناك ضرورة ملحة إلى انشاء محاكم عمالية متخصصة، تعالج كل القضايا المنبثقة عن هذه الطبقة الأكبر في المجتمع.

رابعاً: العاملون بشكل جزئي (Part Timers)

إن أحد الجزئيات التي غفل عنها المشرع الفلسطيني، هي العاملون بشكل جزئي، حيث أن هؤلاء يمثلون في فلسطين على وحه الخصوص، شريحة كبيرة من الطبقة العاملة، ونلاحظ ذلك بشكل لافت للنظر في مؤسسات

٣٥ انظر المادة ٣ من قانون العمل الفلسطيني رقم (٧) لسنة ٢٠٠٢

٣٦ قانون الخدمة المدني ١٩٩٨

المجتمع المدني المحلية والدولية (NGO's)، والتي تشكل سوقاً ضخماً للعمالة (الأيدي العاملة) الفلسطينية، وطالما أن قانون العمل الفلسطيني، لم يوفر الحماية لهؤلاء العاملين فإن هذا يعد مساً مباشراً بحقوقهم الأمر الذي يؤثر على تطبيق العدالة الاجتماعية، وبالمقارنة مع القانون الانجليزي، فإنه لم يغفل هذه الفئة من العمال، حيث قام بتنظيم عملهم وتوفير الحماية لهم بقانون مستقل يدعى (Part-time Workers (Prevention of Less Favorable Treatment) 2000).

خامساً: التمييز في إطار العلاقة العمالية

لم يتطرق قانون العمل الفلسطيني، إلى حماية العمال من التمييز^{٣٧} الذي قد يقع ضدهم على أساس العمر، الإعاقة، الجنس، العرق، الدين والإعتقاد وغير ذلك من الأمور. بالمقارنة مع ما هو مطبق في إنجلترا وويلز، نجد أن هناك قانون خاص يدعى (Equality Act 2010) ينظم كل ما يتعلق بالجوانب التي من الممكن أن ينشأ التمييز على أساسها (Protect Characteristics).

إن غالبية القضايا المطروحة أمام المحاكم العمالية، في إنجلترا وويلز، تتعلق بموضوع التمييز في إطار العلاقة العمالية، حيث أن الأمور الأخرى كإنهاء العمل (Termination of employment) والفصل التعسفي (unfair dismissed) مثلاً هي قضايا مباشرة ومعروفة، لا تستوجب التعقيد، ولا تأخذ ذلك الوقت الطويل للفصل فيها. وبالتالي، فإن من واجب المشرع الفلسطيني، التركيز على الأمور الأكثر حساسية، والتي من الممكن، أن تنشأ في كثير من الأحيان، في العلاقات العمالية، وهي الاشكاليات العمالية، بسبب التمييز بكافة أشكاله.

Discrimination: As where the employer, on the ground of protected characteristics, treats a ٣٧ worker less favorably than a person without that characteristic. (it should be mentioned there are many types of discrimination: Direct, Indirect, combined and discrimination by way of harassment .and victimization

سادساً: كيفية معالجة النزاعات العمالية

لم ينص قانون العمل الفلسطيني، حتى أنه لم يرد من خلال الأحكام القضائية المتعلقة بالشؤون العمالية، إلى أن حسم النزاعات العمالية أمام القضاء، لا تكون دائماً بالتعويض المادي، حيث أن مثل هذا التعويض، لا يوفر الحماية الكاملة للعامل، وبالتالي فإنه لا يحقق العدالة الاجتماعية. إن ما نقصده من وراء ذلك، معالجة القضايا العمالية أمام القضاء، قد تكون بأشكال مختلفة مادية ومعنوية. فعلى سبيل المثال لا الحصر، أن معظم الأحكام القضائية الخاصة بالمنازعات العمالية، في المحاكم الانجليزية، نجد التعويض فيها مادياً، ومعنوياً أحياناً، ونقصد بالتعويض المعنوي، هو إجبار صاحب العمل على إعادة العامل لممارسة عمله، وهذا كله متعلق بثقافة استيعاب احكام القرارات القضائية وتنفيذها.

القضاء العمالي الإنجليزي: تجربة تستحق الدراسة

إن طرح النموذج الإنجليزي، فيما يتعلق بالقضاء العمالي، ليس ضرباً من الخيال، وذلك لكون تركيبة كل من النظامين القضائي الإنجليزي والفلسطيني قد يصل إلى حد التطابق، من حيث ارتكاز كل من منهما على قسمين التاليين: الأول، المتعلق بالشق المدني (الحقوقي) والثاني، المتعلق بالشق الجزائي. ولتجنب التعارض الذي قد ينشأ بين وحدة النظام القضائي الإنجليزي وبين حساسية بعض أنواع القضايا التي لا بد من نظرها في محاكم متخصصة، قامت إنجلترا بخلق نظام قضائي متخصص في بعض الجوانب يسمى نظام (الترايبونال) وهو بعيد، ومستقل عن المحاكم التقليدية، ولا يمس اختصاصها، كما يخضع لإدارة مستقلة عنها. في هذا المبحث سيتم القاء الضوء على هذه التجربة.

١. ماهي المحاكم المتخصصة (الترايبونال)؟

تم انشاء نظام الترايبونال في إنجلترا، كجزء من بناء دولة الرفاهية (Welfare State) في منتصف القرن العشرين، ليكون صمام الأمان للعديد من القضايا المتعلقة بالعدالة الاجتماعية، والتي تكون الدولة طرفاً فيها سواءً بشكل مباشر أو غير مباشر^{٣٨}. وتعرف (الترايبونال) "بأنها المكان الذي يتم فيه معالجة غالبية النزاعات بين المواطنين والدولة، أو بين المواطنين أنفسهم، حين تكون الدولة طرفاً غير مباشر في هذه العلاقات"^{٣٩}.

Partington, M. "Introduction to the English legal system", (OXFORD ٣٨ UNIVERSITY PRESS, 2010), 156

Jacqueline Martin, "THE ENGLISH LEGAL SYSTEM", (6TH edition, HODDER ٣٩ EDUCATION, 2010), 128

١. شكل النظام

من الصحيح القول، أن النظام القضائي المتخصص (الترايبونال)، يعتبر مستقل عن نظام المحاكم التقليدية في بريطانيا، إلا أن هناك ما يجمع بينهم، من خلال عملية استئناف بعض القرارات الصادرة، عن المحاكم المتخصصة، إلى الدرجات العليا في النظام القضائي العادي. حيث يعتبر ذلك، كجزء من عملية الإشراف التي تقوم بها المحاكم العادية، على المحاكم المتخصصة.

إن شكل النظام بشكل عام يتوزع على درجتين، محكمة الدرجة الأولى وتدعى (First-Tier Tribunal) ومحكمة الدرجة الثانية وتدعى (Upper Tribunal). تتكون محكمة الدرجة الأولى من ستة أقسام، كل منها يتخصص في جزئية معينة من الجزئيات التي ارادت إنجلترا فصلها عن القضاء العادي، نظراً لحساسيتها وهي كالاتي:

- قسم الاستحقاقات الاجتماعية: هذا القسم يعالج المسائل المتعلقة بدعم الأطفال، الإصابات الجنائية، بالإضافة إلى المسائل المتعلقة بالجندر (gender).
- قسم الرعاية الصحية التعليمية الاجتماعية: معظم القضايا التي يعالجها هذا القسم تتعلق بالحاجات التعليمية الخاصة.
- قسم خاص بتعويض القوات المسلحة وتقاعد الحرب.
- قسم الضرائب.
- قسم الإسكان والممتلكات.
- قسم اللجوء السياسي والهجرة.

إضافة إلى كل ذلك، ونظراً لإهمية المسائل العمالية، فإنه تم تخصيصها بمحكمة مستقلة تماماً تسمى (Employment Tribunal). وتستأنف قراراتها لدى محكمته تدعى (Upper Employment Tribunal)^{٤٠}. ومن أجل عدم الفصل

٤٠. مرجع سابق، ص ١٢٩

التام، ما بين النظامين القضائيين العادي والمتخصص، فإن كل من المحكمة العليا (High Court) ومجلس اللوردات (House of Lords) لديهم رقابة اشرافية على نظام المحاكم المتخصصة بأكمله من خلال قبول بعض الاستئنافات الصادرة عنه.

٢. الهيئة الحاكمة

إن حساسية المسائل العمالية دفعت الى جعل الهيئة الحاكمة في المحاكم المتخصصة ثلاثية الشكل (تتكون من ثلاثة أعضاء)، يكون العضو الأول قاضياً من خلفية قانونية كما هو الحال في المحاكم العادية. أما العضو الثاني فانه يكون خبير في القضايا العمالية ممثلاً عن العمال، وأخيراً فإن العضو الثالث يكون خبيراً كذلك في المسائل العمالية ممثلاً عن أصحاب العمل. جاءت هذه التركيبة ضمن فلسفة العدالة الاجتماعية، حيث أنه من الواجب انخراط بعض المتخصصين في الشؤون العمالية بالإضافة إلى وجود شخص ذات خلفية قانونية، وذلك ليسلنظر في هذه المسائل من ناحية قانونية واجرائية فقط، بل من ناحية اجتماعية كذلك.

٣. إدارة وتنظيم المحاكم

تمت الاشارة سابقاً إلى أن النظام القضائي المتخصص ينظم بقانون خاص (Courts and Enforcement act 2007) منفصل تماماً عن القانون الذي يضم القضاء العادي.

أما من ناحية ادارة هذه المحاكم، فان مجلس المحاكم والعدالة الادارية (The Administrative and Tribunal Counsel) يقوم بإدراجها بحيث أنها لا تخضع إدارياً للجهة ذاتها التي يديرها القضاء العادي، وذلك استناداً إلى أهمية الإدارة في التأثير على عدالة القرارات. فليس من المفيد إنشاء محاكم متخصصة فقط. بل، لا بد من فصلها إدارياً عن المحاكم العادية. ويعتبر هذا المجلس مؤسس غير

حكومية، ويكون له ميزانيته الخاصة من دخل المحاكم نفسها. هذا ساعد كثيراً في التغيير الجذري في اجراءات المحاكم العادية المعقدة والتي سيتم إلقاء الضوء عليها عند الحديث عن امتيازات النظام القضائي المتخصص.

٤. عدم إلزام وجود محام

عند التفكير بأساسيات تحقيق العدالة، فإنه يغيب عن الذهن، أنه خير من يمثل الشخص الممثل أمام المحكمة سواء أكان مدعياً أم مدعى عليه هو الشخص ذاته، حيث أن وجود حلقة وصل، ما بين الممثل أمام المحكمة، والهيئة الحاكمة، قد لا يوصل الحقيقة بالكامل وأحياناً، يكون عائقاً أمام إيصالها. فما المانع أن يكون للشخص نفسه حق اللجوء الى المحكمة وطرح قضيته مباشرة أمام القاضي.

إن نظام المحاكم المتخصصة في إنجلترا وويلز، لا يتطلب إلزام وجود محامين لتمثيل الأطراف، بل، يمكن للشخص نفسه، عرض قضيته، ومتابعتها بكامل تفاصيلها، وهذا يساعد في تحقيق العدالة. ذلك على عكس ما هو عليه الحال في النظام القضائي الفلسطيني، حيث أن قانون نقابة المحامين يلزم الشخص الممثل أمام القضاء سواء أكان مدعياً أم مدعى عليه بحضور محام مزاول لتمثيله أمام محكمة البداية، والمحاكم التي تعلوها، وكذلك إن سلوك القضاة في منع صاحب الحق من الحديث أثناء المحاكمة قد يؤثر سلباً بالضرورة في سير العدالة.

٥. خصائص نظام المحاكم المتخصصة

يتمتع هذا النظام بكافة أقسامه بامتيازات، تدفع الناس إلى اللجوء إليه، واستبعاد القضاء العادي. وهذه المميزات هي:

٤١ انظر المادة ٦١ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (٢) لسنة ٢٠٠١

أولاً: قلة التكاليف

إن رسوم القضاء أمام المحاكم المتخصصة أقل تكلفة، من رسوم المحاكم العادية، حيث أن ارتفاع رسوم القضاء العادي، يرتبط بشكل الإجراءات المطبقة أمام المحاكم العادية. وفي فلسطين يعفى العمال من دفع الرسوم القضائية في جزئيات محددة فقط^{٤٢}. أما بالنسبة للقضايا الأخرى، والمتعلقة بالضرائب، والرعاية الاجتماعية، وغيرها، التي يشتمل عليها نظام القضاء البريطاني المتخصص فإنها لا تعفى من الرسوم.

ثانياً: سرعة الفصل في القضايا

من واجب المحاكم المتخصصة، ومنها المحاكم العمالية، سرعة الفصل في القضايا المعروضة أمامها، حيث أن ٧٠٪ من القضايا العمالية في إنجلترا وويلز وبحسب احصائيات المحاكم تفصل في جلسة واحدة فقط، وهذا ساعد في تحقيق العدالة الاجتماعية، وبناء دوله متقدمة، حيث أن تحقيق العدالة يتطلب سرعة الفصل في القضايا العمالية، وأن إطالة أمد المحاكمة، واعتبار هذه القضايا جزءاً من مختلف المسائل المعروضة أمام القضاء قد لا يحقق العدالة، حتى لو تم الحكم فيها لمصلحة صاحب الحق، فما الفائدة من أن يأخذ العامل مثلاً حقه بعد سنوات من اللجوء إلى المحكمة؟ ومع الأسف، فإن قانون العمل الفلسطيني، لم ينص على إجبار القضاء بالنظر بشكل سريع في القضايا العمالية، ولا حتى سرعة تنفيذ الأحكام الصادرة لمصلحة العمال.

ثالثاً: عدم رسمية الاجراءات

على الرغم من أن النظام القضائي البريطاني، لا يتقيد بالاجراءات ذاتها المعقدة المتبعة أمام المحاكم، كما هو عليه الحال في فلسطين، فإنه قام

٤٢ تنص المادة ٤ من قانون العمل الفلسطيني رقم (٧) لسنة على أنه «يعفى العمال من الرسوم القضائية في الدعاوى العمالية التي يرفعونها نتيجة نزاع تتعلق بالأجور أو الإجازات أو بمكافآت نهاية الخدمة أو بالتعويضات عن إصابة العمال أو بفصل العامل فصلاً تعسفياً».

بالغاء كافة الإجراءات الرسمية المعقدة المتبعة أمام المحاكم العمالية، حيث تقوم الهيئة الحاكمة بسماع الأطراف بشكل عادي ومباشر، كما لو أنهم يحدثون قصتهم لطرف ثالث. وهذا يساعد في طرح المشكلة كما هي، لأن وضع القضايا، أو المسائل في قالب رسمي، يفقد في غالب الأحيان القضية جوهرها، وبالتالي الانحراف مجدداً عن العدالة.

رابعاً: الخبره

كما تم الإشارة سابقاً، عند الحديث عن الهيئة الحاكمة، في المحاكم العمالية، أنها لا تشتمل على اشخاص ذات خلفية قانونية فقط، بل تتكون من أشخاص خبراء سواء أكانو ممثلين عن العمال أم ممثلين عن أصحاب العمل، وهذا يساعد في فهم المسائل العمالية، من نواحي مختلفه قانونيه كانت أم اجتماعيه، وبالتالي عدالة الفصل فيها الذي يستند على موضوع الدعوى وجوهرها، بدلا من التركيز على الإجراءات الشكلية في المحاكم.

من خلال دراسة كل من النظام القضائي الفلسطيني بشكل عام، وقانون العمل الفلسطيني بشكل خاص، فإن هذه الدراسة كشفت العيوب الموجودة في هيكلية النظام القضائي الفلسطيني، وآلية عمله. بالإضافة إلى إيضاح جزئيات هامة يفتقد إليها قانون العمل الفلسطيني الحالي. وبالتالي، فإن هذه الدراسة لم تأت لسرد التجربة الإنجليزية فقط في إنشاء قضاء عمالي مستقل، بل للكشف عن الأسس التي لا بد من توافرها بهدف الوصول إلى قضاء عمالي فلسطيني مستقل.

ففي المبحث الأول، تم دراسة قانون العمل الفلسطيني كجزء هام، لا بد من الإطلاع عليه، وعلى توافر العديد من العناصر للذهاب نحو قضاء عمالي متخصص، حيث تمت مقارنة قانون العمل الفلسطيني الحالي بمنظومة قوانين العمل الإنجليزية، ومدى حاجة هذا القانون ليشمل على بعض الأمور الحساسة، والتي تجعل منه قانوناً عصرياً يساعد في تحقيق العدالة الاجتماعية، وبالتالي تطور الدولة.

أما المبحث الثاني، فقد ألقى الضوء على التجربة الإنجليزية، وكيفية التحايل على النظام القضائي الموحد وإنشاء محاكم متخصصة، ليس لمجرد التحايل، بل للتأكيد على أنه لولا إعطاء الإهتمام لبعض القضايا الحساسة لما كانت إنجلترا كما هي الحال عليه الآن، دوله متقدمة ومتطورة في شتى المجالات وعلى رأسها العدالة.

ونتيجة لكل ذلك، فإن المطلوب من المشرع التدخل فوراً

لإصلاح قانون العمل الفلسطيني وأنظمته، ومن ثم الإسراع في إنشاء قضاء عمالي متخصص، يعالج جذور تلك القضايا بشكل صحيح وسريع، بحيث لا يفقد المواطن الأمل والثقة في اللجوء للقضاء. يضاف إلى ذلك، أنه على المشرع التركيز على تعزيز مفاهيم حقوق الإنسان والتسامح، التي لا بد من دمجها وغرسها في القوانين لجعلها أقرب الى الناس، من كونها مجرد نصوص مقدسة، لا يمكن المساس بها، ولا حتى مجرد التفكير في تغييرها. لأنه كلما إلتزمنا بالنص، كلما قل الذكاء، وانحصر الإبداع وابتعدنا عن الحاجة إلى وجود النص ذاته. فبدلاً من جعل هذا النص عبئاً، لا بد أن يكون وسيلة لتحقيق العدالة.

التشريعات

- « قانون العمل الفلسطيني رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠
- « القانون الاساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣
- « قانون اصول المحاكمات المدني والتجاريه رقم (٢) لسنة ٢٠٠١
- « قانون الخدمة المدنيه ١٩٩٨
- « Contract of Employment Act 1972
- « Courts and Enforcement Act 2007
- « Employment Act 2008
- « Employment Protection Act 1944
- « Employment Relations Act 2004
- « Equality Act 2010
- « Employment Rights 1998
- « Employment Tribunals Act 1996

مقالات

- AGARWAL, RANJAN K. "The Road To The Promised Land Runs Past Conway: Administrative Tribunals and Charter Remedies", (Alberta Law Review; Mar2011, Vol. 48 Issue 3)
- Nason, Sarah and Hardy, Duncan and Sunkin, Maurice. "Regionalization of the Administrative Court and Access to Justice", (Judicial Review; Sep2010, Vol. 15 Issue 3)

كتب

- « أحمد نصره، قانون العمل الفلسطيني، جامعة بيرزيت، ط٢، ٢٠١٢
- « غالب الداودي، شرح قانون العمل: دراسة مقارنة، عمان، دار الثقافه للنشر والتوزيع، ٢٠١١

Boylan-Kemp, J. "English Legal System-The Fundamentals", (2nd edition, SWEET & Maxwell, 2011)

Cownie, F and Bradney, A and Burton, M. "English Legal System in Context", (4th edition, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2007)

Elliott, C and Quinn, F. "English Legal System", (12th edition, Person Education Limited, 2011)

Jacqueline Martin. "THE ENGLISH LEGAL SYSTEM", (6TH edition, HODDER EDUCATION, 2010)

Malleson, K and Moules, R. "The Legal System", (4th edition, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2010)

Partington, M. "Introduction to the English legal system", (OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2010)

RIVLIN, G. "UNDERSTANDING THE LAW", (5th edition, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2009)

Smith, I and Baker, A. "Smith & Wood's EMPLOYMENT LAW", (10th edition, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2010)

Ward, R and Akhtar, A. "WALKER & WALKER'S English Legal System", (11th edition, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2011)

**ولاية القضاء الفلسطيني بين ما هو كائن
وما يجب أن يكون**

**المحامي
صهيب الشريف
محاضر في جامعة بيرزيت
٢٠١٣**

يواجه القضاء الفلسطيني، وليس كغيره من أنظمة القضاء، في كل دول العالم تحديات خاصة، يعاني منها بشكل يؤثر سلباً على آدائه وإنجازاته. ومهما تمكنا من القول، إلا أن الأقوال لن تستطيع أن تصف المعاناة الحقيقية، التي يعانيها ويواجهها هذا الجهاز بالمثل، فالقضاء الفلسطيني يواجه معوقات وعقبات لوجيستية تحول بينه، وبين قيامه بدوره من ناحية، ومن ناحية أخرى يواجه معوقات ذات طبيعة خاصة تحرم هذا الجهاز من تأدية واجبه، لكونه جهاز تابع لسلطة ترزح تحت الاحتلال.

بعد انتهاء الحكم العثماني لفلسطين عام ١٩١٧ م، وفي سنة ١٩٢١ م، فرض الانتداب البريطاني على هذا البلد. ولاحقاً، أعلن اليهود قيام دولة اسرائيل عقب انسحاب قوات الانتداب البريطاني سنة ١٩٤٨. وقد اشتمل إعلان دولة اسرائيل على منطقة أوسع بكثير ما مُنح لليهود خلال قرار التقسيم. ونتيجة حرب الأيام الستة، التي وقعت في شهر حزيران ١٩٦٧، احتلت اسرائيل الضفة الغربية وقطاع غزة. حتى يوم ١٣ أيلول ١٩٩٣ م، عندما تم التوقيع على اتفاقية أوسلو من قبل حكومة اسرائيل ومنظمة التحرير الفلسطينية.

إن الاتفاقية المرحلية التي وقعت بين الجانب الفلسطيني، والجانب الإسرائيلي عام ١٩٩٣ م، وما لحقها من بروتوكولات واتفاقيات تشير الى العديد من المسائل التي تربط كلا الطرفين في بعضهما، ومن ضمنها تلك المسائل المتعلقة بالأمور القانونية، والولاية المدنية للسلطة الفلسطينية

بناء على تقسيم الأراضي الفلسطينية إلى ثلاث أقسام، وهي منطقة (أ، ب، ج)، حيث أن المنطقتين الأوليتين يخضعان للسيطرة الفلسطينية ومن ضمنها السيطرة أو الولاية القضائية المدنية، لتبقى المناطق غير الخاضعة لتلك الولاية وهي المنطقة C. لكن فيما يخص الإسرائيليين، وكيفية انعقاد الاختصاص القضائي للمحاكم الفلسطينية، فقد أوضحه الملحق الرابع من الاتفاقية الثنائية فيما يتعلق بالشؤون القانونية، وقد نص على ذلك صراحة وحدد مجموعة حالات ينعقد من خلالها الاختصاص القضائي الفلسطيني في الدعاوى التي يكون أحد أطرافها إسرائيلياً.

تأسيساً على ذلك، بات القضاء الفلسطيني عاجزاً، عن ممارسة صلاحيته في تحقيق وإرساء العدالة، نتيجة فقدان السلطة الوطنية الإرادة السياسية، وفشلها في مفاوضات تنتزع خلالها احترام جهازها القضائي، الأمر الذي أربك القضاء الفلسطيني وأضاع هيئته.

الحديث عن ولاية القضاء الفلسطيني، بموجب التشريعات الفلسطينية، يحدد بقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (٢) لسنة ٢٠٠١، وقانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠. وطبقاً لولاية القضاء الفلسطيني بموجب الاتفاقيات المرحلية، تم الانتقاص من ولاية القضاء الفلسطيني، بموجب تلك التشريعات.

كان هذا الوصف مدخلاً لولاية القضاء الفلسطيني، كما هو كائن، أما الخوض في ولاية القضاء الفلسطيني، كما يجب أن يكون، فيوجب أن يكون القضاء مستقلاً، فاعلاً، ونزيهاً، كأحد أركان دولة القانون، وحق المواطن في اللجوء إليه يعتبر أحد الضمانات الأساسية لإرساء مبدأ سيادة القانون، كما ويتوجب عليه احترام الحقوق والحريات العامة للمواطنين، التي كفلتها الدساتير، والتشريعات الوطنية للدول، والمواثيق العالمية.

إن شل فاعلية القضاء، أو ضعفه، أو محاولة إضعافه، أو تقييد اللجوء إليه،

أو التدخل في شؤونه، بهدف التأثير على استقلاله، وحياده، أو إفساده أو تغييره في النظر في المنازعات، وأيا كانت الوسائل والأساليب المتبعة في ذلك مباشرة، وغير مباشرة، أو الجهة القائمة على ذلك، يمثل كارثة أكيدة تؤثر بفاعلية كبيرة على مستقبل دولة القانون.

لذلك، لا يجب أن يكون استقلال القضاء بمؤثراته العديدة، مقتصرًا على النصوص، بل، إن تحققه واقعا وعملا، هو ما يطمح إليه الجميع، وهو مسؤولية جماعية رسمية ومجتمعية، ذلك أن الاستقلال، ليس مقررًا المصلحة المؤسسة القضائية، أو القاضي، فقط. وإنما هو حق أصيل من حقوق الإنسان، ومصمم لخدمة الشعب، وتحقيق العدالة. ولا شك، أن استقلال القضاء يكفل وجودًا، حق التقاضي، وهو من الحقوق الطبيعية للإنسان، حيث أن لكل فرد وقع عليه اعتداء على حق من حقوقه، أن يلجأ إلى القضاء لرد ذلك الاعتداء، والانتصاف لنفسه ممن ظلمه وسلبه حقه.

بعد التحدث عن حق التقاضي، لا بد لنا، من التطرق إلى المساواة أمام القضاء، كون هذا المبدأ يقتضي من القضاء الذي يتقاضى أمامه الجميع أن يكون واحدًا، وألا تختلف المحاكم، باختلاف الأشخاص الذين يتقاضون أمامها، وكذلك، أن تكون إجراءات التقاضي، التي يسير عليها المتقاضون واحدة. كما وأن أهم ما يترتب على هذا المبدأ، هو وحدة القانون المطبق على الجميع، ومعاملة الكل معاملة متساوية دون أية تفرقة.

نتطرق في هذه الدراسة إلى البحث في جدلية سمو القانون الأساسي، على الاتفاقيات الإسرائيلية- الفلسطينية. الأمر الذي يترتب نتائج مختلفة على كل فرضية. هذا ونعالج في بحثنا السبيل الذي يُمكن القضاء من القيام بدوره، كأحد السلطات التي تشارك في عملية التحرر، وإنهاء الاحتلال، ونفترض أن تشكيل محكمة دستورية فاعلة أمر، يساهم في كفالة حقوق المواطنين، وحررياتهم، ويعزز من عملية بناء الدولة، وإنهاء الاحتلال.

أهمية الدراسة

تنبع أهمية هذه الدراسة من كونها تعالج حق أساسي للمواطنين، كفله القانون الأساسي والمواثيق الدولية، وهو حق المواطنين بالتقاضي، والمساواة أمام القانون، ولا شك، أن عدم امتداد صلاحية المحاكم الفلسطينية للنظر في منازعات الفلسطينيين حاملي الهوية الزرقاء أمر توجب الضرورة الملحة تفحصه، وتسليط الضوء عليه. كما أن أهمية الدراسة، تأتي من تناول القضاء الفلسطيني ومناقشة واجباته والتزاماته، من خلال التعرض إلى دوره في بناء الدولة، وصيانة الحقوق والحريات.

إشكالية الدراسة

إن ثبوت الاختصاص القضائي الفلسطيني، بناء على الاتفاقية الثنائية، فيه ما يتعارض مع القانون الأساسي، والقوانين السارية، تكمن الإشكالية الأولى للدراسة بفحص أولوية التطبيق من قبل القضاء، ومعرفة أيهما أسمى القانون الأساسي أم الاتفاقيات؟ كذلك إشكالية القضاء الفلسطيني في عدم الخروج عن الدور المؤلف، والمناطق به. وإشكالية المركز القانوني لحاملي الهوية الزرقاء.

أسئلة الدراسة

- ما مدى الانسجام، والتناغم الذي تحققه الاتفاقية، مع ضوابط الاختصاص القضائي، وفق التشريعات الفلسطينية؟
- ما هي حدود ولاية القضاء الفلسطيني، على الفلسطينيين من حاملي الهوية الزرقاء داخل الأراضي الفلسطينية؟
- ماذا نعني باستقلال القضاء، وما هي مقوماته؟
- ما هي قيمة الاتفاقيات التي أبرمتها منظمة التحرير مع إسرائيل؟ وهل تسمو على القانون الأساسي؟

- هل القضاء الفلسطيني ملزم بتطبيق الاتفاقيات الثنائية؟
- ما هو الدور المنوط بالقضاء الفلسطيني في بناء الدولة وعملية التحرر؟
- كيف يمكن للقضاء الفلسطيني على الرغم من المعوقات الحالية السير نحو تحقيق أهدافه المنشودة؟

منهج الدراسة

تتجه الدراسة الأسلوب الوصفي التحليلي المقارن بين الملحق الرابع من الاتفاقية الثنائية، والقوانين الفلسطينية. هذا ونراجع في دراستنا قرارات المحاكم الفلسطينية لتحليل ما جاء في أحكامها. ونرى أنه من الضرورة بمكان تقسيم الدراسة إلى ما يلي:

المبحث الأول:

ولاية القضاء الفلسطيني وما هو كائن

المطلب الأول:

ولاية القضاء الفلسطيني، بموجب التشريعات الفلسطينية.

المطلب الثاني:

ولاية القضاء الفلسطيني، بموجب الاتفاقيات الإسرائيلية - الفلسطينية.

المبحث الثاني:

ولاية القضاء الفلسطيني، وما يجب أن يكون.

المطلب الأول: استقلال القضاء، ودوره في حماية الحقوق والحريات.

المطلب الثاني: دور القضاء الفلسطيني في التأسيس للدولة (عملية التحرر).

ولاية القضاء الفلسطيني كما هو كائن

سوف نتطرق في هذا المبحث، إلى ولاية القضاء الفلسطيني، بموجب التشريعات الفلسطينية في المطلب الأول، حيث نبدأ بمقدمة بسيطة عن الحقب التشريعية، والقانونية، التي تركزت آثاراً على القضاء الفلسطيني، ثم نعالج القوانين التي حددت ولاية القضاء الفلسطيني، ونشير في الوقت ذاته إلى قانون العقوبات الأردني النافذ رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠، وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (٢) لسنة ٢٠٠١. أما المطلب الثاني، فيعالج ولاية القضاء الفلسطيني بموجب الاتفاقيات الاسرائيلية - الفلسطينية، متطرقاً الى فترة احتلال اسرائيل للضفة الغربية وقطاع غزة والأثر الذي خلفته على النظام القضائي الفلسطيني، ثم نبحث في ولاية القضاء الفلسطيني الحالية.

المطلب الأول

ولاية القضاء الفلسطيني بموجب التشريعات الفلسطينية

بعد قرون عديدة، انتهى الحكم العثماني على فلسطين عام ١٩١٧ م، وفي سنة ١٩٢١م أناطت عصبة الأمم بريطانيا بانتداب على فلسطين التاريخية. وإذا استمر العمل خلال مرحلة الانتداب البريطاني^{٤٣} ببعض نصوص القانون العثماني

٤٣ نص المادة (٤٦) من مرسوم دستور فلسطين، والتي جاءت بـ «تتمارس المحاكم النظامية صلاحيتها، وفقاً للتشريعات العثمانية، التي كانت نافذة في فلسطين، في اليوم الأول من شهر تشرين الثاني سنة ١٩١٤م وسائر القوانين العثمانية الصادرة بعد ذلك التاريخ، والتي أعلن أو قد يعلن بإعلان عام سريانها في فلسطين، ووفقاً للمراسيم والقوانين والأنظمة المعمول بها في فلسطين عند سريان هذا المرسوم أو التي قد تطبق أو تصدر بعد تاريخ هذا المرسوم...».

(خاصة مجلة الأحكام العدلية وقانون الأراضي) إلا أنه تم فرض نظام قانوني بريطاني مفصل.

أعلن اليهود قيام دولة اسرائيل عقب انسحاب قوات الانتداب البريطاني شهر أيار/مايو سنة ١٩٤٨. وقد اشتمل إعلان دولة اسرائيل على منطقة أوسع بكثير ما منح لليهود خلال قرار التقسيم، وبذلك سيطر اليهود على كل فلسطين باستثناء ما يعرف الآن بالضفة الغربية، وقطاع غزة، كما ودخل القسم الغربي لمدينة القدس تحت السيطرة اليهودية. وبقيت الضفة الغربية تحت سيطرة المملكة الأردنية الهاشمية، بينما قامت مصر على إدارة شؤون قطاع غزة. وقد أصبح معظم الفلسطينيين من سكان المنطقة التي أعلن قيام إسرائيل عليها لاجئين، ليس فقط الضفة الغربية، وقطاع غزة بل أيضا، في الدول العربية المجاورة، خاصة لبنان وسوريا والاردن.

في البداية، لم يحاول الأردن، أن يغير من النظام القانوني للضفة الغربية. وقد أمر الحاكم العسكري الأردني في الضفة الغربية بتاريخ ٢٤ أيار/ مايو ١٩٤٨م، باستمرار العمل بكل القوانين السارية قبل ذلك التاريخ، على ألا تتنافى مع قانون الدفاع الأردني لسنة ١٩٣٥،^{٤٤} وقد شهدت الفترة ما بين سنة ١٩٥٢م وسنة ١٩٦٧م نشاط تشريعي مميز. وعمل البرلمان على إصدار مجموعة من التشريعات الجديدة، أدت إلى ابتعاد النظام القانوني المحلي عن النظام البريطاني، وتبني نظاما قانونيا أقرب إلى الأنظمة المعمول بها، في الدول العربية المجاورة. وقد نتج عن ذلك تطبيق نظام قانوني موحد في الضفتين، مع بعض الاستثناءات. وعلى الرغم من أن القانون قد أصبح أقرب

٤٤ قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (١٨١) الصادر في تشرين الثاني/ نوفمبر سنة ١٩٧٤م، والقاضي بتقسيم فلسطين بين العرب واليهود.

٤٥ مرسوم رقم (٢)، مجموعة القوانين والأنظمة الصادرة والمطبقة في المملكة الاردنية الهاشمية حتى عام ١٩٦٠م. هذا ومن الجدير بالذكر، أنه في كانون الأول/ ديسمبر ١٩٤٩م، عقد مؤتمر في مدينة أريحا لبحث مستقبل الضفة الغربية. وقد أوصى هذا المؤتمر بدمج الضفة الغربية مع الأردن. وبتاريخ ٢٤ نيسان سنة ١٩٥٠م، أصدر البرلمان الأردني قرارا رسميا بتوحيد الضفتين. انظر

Anis F. Kassim, Legal Systems and Developments in Palestine. 1 Palestine yearbook of (international law 19 (1984

إلى الأساس الفرنسي إلا أن التأثير العثماني والبريطاني على النظام القانوني قد بقي واضحاً.^{٤٦}

كانت نتيجة حرب الأيام الستة، التي وقعت في شهر حزيران ١٩٦٧م، أن احتلت إسرائيل الضفة الغربية وقطاع غزة، وقد قامت سلطات الاحتلال في الضفة الغربية، وقطاع غزة، بإصدار عدد من الأوامر العسكرية التي تضاعفت على مر السنين حتى ازداد عددها على ١٤٠٠ في الضفة الغربية و ١١٠٠ في قطاع غزة. وقد مست هذه الأوامر بالنظام القانوني والتشريعي، وأعمال المحاكم المدنية في المنطقتين بشكل كبير. وقد بقي الوضع على ما هو عليه حتى يوم ١٣ أيلول ١٩٩٣م، عندما تم التوقيع على اتفاقية أوسلو من قبل حكومة إسرائيل ومنظمة التحرير الفلسطينية. وسيتم لاحقاً في المطلب الثاني مناقشة أبعاد هذه الاتفاقية على النظام التشريعي، والقانوني للضفة الغربية وقطاع غزة.^{٤٧}

كانت هذه مقدمة تاريخية حول الأحداث والمتغيرات، التي أثرت على الواقع السياسي، والقانوني الفلسطيني، أما بالرجوع إلى عنوان هذا المطلب، فإن ولاية القضاء الفلسطيني كغيره، يقسم إلى ولاية القضاء الجزائي وولاية القضاء المدني.

إن ولاية القضاء الفلسطيني الجزائية، يحكم بقانون العقوبات رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠،^{٤٨} وما يهمننا في هذه الدراسة، هي ما يعرف بالصلاحية الإقليمية.^{٤٩}

٤٦ تقرير اللجنة الدولية لحقوق الإنسان، ١٩٩٤، والذي حمل عنوان النظام القضائي المدني في الضفة الغربية وقطاع غزة: الحاضر والمستقبل.

٤٧ تقرير اللجنة الدولية لحقوق الإنسان، ١٩٩٤، والذي حمل عنوان النظام القضائي المدني في الضفة الغربية وقطاع غزة: الحاضر والمستقبل.

٤٨ نصت المادة (١٤) من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني « يطبق القانون الفلسطيني على جميع الجرائم المقترفة في الإقليم الفلسطيني، ويشمل الإقليم المجالين البحري والجوي المرتبطين به.

٤٩ أي أهلية المحاكم الفلسطينية للنظر في الجرائم التي تملك قانونياً حق النظر فيها.

إن حق الدولة في العقاب، يعتبر مظهراً من مظاهر سيادتها على كافة الأماكن الواقعة في إقليمها، ويمتد حق الدولة في العقاب ما امتدت حدود هذه السيادة، فيخضع للدولة كل ما يقع في إقليمها من الجرائم، أيا كان فاعلها مواطناً أم أجنبياً، ولا يتعدى أثر قانون العقوبات إلى خارج حدود الدولة.

هذا، وأن الأحكام والقواعد القانونية، التي يتضمنها قانون العقوبات، تحكم الحيز المكاني الذي يشغله إقليم الدولة، وهذا ما سمي كما أسلفنا بمبدأ إقليمية قانون العقوبات. وإن العمل بمقتضى مبدأ إقليمية قانون العقوبات يتفق وحرص الدول جميعاً على حقها في السيادة والاستقلال، ويؤدي إلى صيانة مصالح مجتمعاتها وأفرادها.

لقد تضمن قانون العقوبات الأردني، الساري المفعول على إقليم السلطة الوطنية الفلسطينية هذه القواعد في الفصل الثاني من الباب الأول بعنوان "الأحكام الجزائية من حيث المكان".^{٥٠}

واستخدم قانون العقوبات اصطلاح الصلاحية القانونية تعبيراً عن مبدأ إقليمية قانون العقوبات، فنصت المادة (٧) من قانون العقوبات الأردني على أنه "تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في المملكة جريمة من الجرائم المنصوص عليها".

إذن، هذا يعبر عن اعتناق القانون الأردني لمبدأ إقليمية القاعدة الجنائية، كقاعدة عامة، فكل جريمة ترتكب على الأرض الخاضعة للسلطة الوطنية الفلسطينية، تخضع لقانون العقوبات الأردني، سواء كان مقرها فلسطينياً أم أجنبياً.^{٥١}

٥٠. يشمل إقليم الدولة رقعة الأرض التي تقوم عليها. بحدودها الجغرافية المعروفة عالمياً، بالإضافة إلى المياه المحيطة بشواطئها والتي تسمى المياه الإقليمية، أو الفضاء الذي يعلو رقعة الأرض والمياه الإقليمية.

٥١. محمد علي الحلبي، شرح قانون العقوبات (عمان: دار الثقافة، ١٩٩٧)، ٥٥.

ينتج عن هذا:

أولاً، ان قانون العقوبات الأردني، هو الذي يطبق على المجرمين الذين يرتكبون جرائم في إقليم السلطة الوطنية الفلسطينية، فلا يتعدى حكمه، إلى ما يقع في الخارج، ولهذه القاعدة شقان، أحدهما إيجابي، ويعني ذلك انطباق أحكام هذا القانون دون غيره من القوانين الأجنبية الأخرى، على الجرائم الواقعة في الإقليم، وأما الشق الثاني، فيعني أن قانون العقوبات الأردني لا يتناول الجرائم التي تقع خارج هذا الإقليم.

ثانياً، أن المحاكم الفلسطينية هي وحدها التي تحاكم هؤلاء المجرمين كائنين من كانوا.

ثالثاً، إن القوانين الأجنبية وأحكام المحاكم الأجنبية، لا يكون لها مبدئياً أي مفعول داخل إقليم السلطة الوطنية الفلسطينية، اذ ليس من شأن أية دولة أن تحشر أنفها في شؤون الدول الأخرى، والدولة التي تجعل لمثل تلك القوانين والأحكام أثراً أو قوة، تكون قد قيدت نفسها في العمل والتصرف.^{٥٢}

أما الحديث عن الولاية المدنية للقضاء الفلسطيني، فإنه يستلزم تيسير التقاضي وسرعة فض المنازعات بين الخصوم، تعدد المحاكم وانتشارها، لتكون بقدر الإمكان قريبة من موطن الخصوم، أو من محل تواجد موضوع النزاع القائم بينهم، ويعبر عن هذا الاختصاص المكاني أو المحلي والذي يقصد به توزيع سلطة أو ولاية القضاء بالمنازعات بين المحاكم المتعددة بحسب المكان أو المركز.^{٥٣}

والأصل، أن الاختصاص المكاني، يقوم على اعتبارات تتعلق بمصلحة المدعى عليه، لأن المشرع يفترض براءة ذمته من الدعوى، وعدم مسؤوليته عنها، ولذا، يجب على المدعي أن يسعى إلى المدعى عليه في محل موطنه أو

٥٢ كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات (عمان: دار الثقافة، ١٩٩٧)، ٩٩.

٥٣ مفلح القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي (عمان: دار الثقافة، ٢٠٠٢)، ١٤٤.

أقرب محكمة إلى موطنه، غير أن المشرع خرج على هذا الأصل وأورد عليه بعض الاستثناءات، يعطي فيها للمدعي خيارات متعددة في إقامة الدعوى، لاعتبارات انسانية ومراعاة للعدالة.^{٥٤}

عليه، تكون القاعدة العامة في الاختصاص المحلي، أن محكمة موطن المدعى عليه، هي التي تختص بالنظر بالدعوى، وتستند هذه القاعدة إلى المبدأ الذي يقضي بأن الدائن يسعى إلى المدعى عليه في أقرب المحاكم إلى موطنه، لأن الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة.^{٥٥}

نصت المادة (٤٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (٢) لسنة ٢٠٠١، على أنه "يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، أو محل عمله، أو المكان الذي نشأ فيه الالتزام.

وجاءت المادة (٥٠) من القانون نفسه على أنه "إذا لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في فلسطين ولم يكن ممكنا تعيين المحكمة المختصة بموجب الأحكام السابقة يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى أو محل إقامته، فإذا لم يكن للمدعى موطن أو محل لإقامة في فلسطين فيكون الاختصاص لمحكمة العاصمة القدس".

ومن الجدير ذكره أن المشرع خرج على القاعدة الأساسية المتقدمة، في الاختصاص المحلي، فأورد عليها بعض الاستثناءات مراعاة لمصلحة العدالة، أو مصلحة خاصة، ومنح الاختصاص إما لمحكمة غير محكمة موطن المدعى عليه أو لمحاكم قد يكون من بينها محكمة موطن المدعى عليه.^{٥٦}

٥٤ عباس العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية (عمان: دار الثقافة، ٢٠٠٦)، ٩٦.

٥٥ جاءت المادة (٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١، على أن (الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة،... ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن أو أكثر من محل عمل وفي أحوال التعدد يتساوى الجميع).

٥٦ المواد (٤٨، ٤٧، ٤٦، ٤٥، ٤٤، ٤٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (٢) لسنة ٢٠٠١.

المطلب الثاني

ولاية القضاء الفلسطيني بموجب الاتفاقيات الإسرائيلية - الفلسطينية

قبل البدء في معالجة هذا المطلب، لا بد للباحث من تأسيس البحث على أساس قانوني، يفترض سريان الاتفاقيات الإسرائيلية - الفلسطينية للوقت الحالي، على الرغم من التحفظات الكثيرة على سريانها وإلزاميتها، وبعيداً عن المناكفات السياسية الجارية على أرض الواقع، فالدراسة تأخذ البعد القانوني بالدرجة الأولى، وتبتعد قدر الإمكان عن البعد السياسي للواقع، كما أنه لا بد من ذكر بعض الجوانب المتعلقة بالولاية القضائية للمحاكم الفلسطينية في فترة ما، قبل الاتفاقيات الإسرائيلية - الفلسطينية، كتمهيد ضروري لازالة الغموض الذي يحكم موضوع الدراسة، وكشف بعض الجوانب والمؤثرات التي تركت بصمة سيئة في عمل المحاكم الفلسطينية حتى يومنا الحالي.

عندما احتلت إسرائيل الضفة الغربية، كانت المحاكم الأردنية تتمتع بولاية جغرافية، على جميع المناطق الواقعة ضمن صلاحياتها. وبعد الاحتلال الإسرائيلي، بدأت عملية اغتصاب صلاحيات المحاكم.^{٥٧} فقد تأثر النظام القضائي في المناطق الفلسطينية المحتلة كثيراً، أسوة بنواحي الحياة الفلسطينية الأخرى، بالمئات من الأوامر العسكرية التي صدرت منذ بداية الاحتلال في حزيران ١٩٦٧م، وقد أحدثت هذه الأوامر تعديلات واسعة المدى على القوانين المحلية القائمة،^{٥٨} هذا وإن تأثير هذه التعديلات على الولاية القضائية وشرح طبيعة هذه الأوامر العسكرية خارج نطاق هذه الدراسة.

منذ اليوم الأول للاحتلال الإسرائيلي، تولى الحاكم العسكري للضفة الغربية، والحاكم العسكري لقطاع غزة، السلطات التشريعية والقضائية والإدارية للمناطق المحتلة. وكما خضع النظام القضائي للمناطق الفلسطينية المحتلة

٥٧ رجا شحادة، اعلان المبادئ والنظام القانوني في الضفة الغربية، الجمعية الفلسطينية الأكاديمية للشؤون الدولية (القدس، ١٩٨٤) ١١.

٥٨ انظر Shehadeh, R. «The legislative stages on Israeli military», in playfair, supra note ١١٧-١٥١.

للإدارة العسكرية الإسرائيلية، من خلال ضابط إسرائيلي تم تعيينه في الضفة الغربية (الأمر العسكري رقم ٤١٢)، وله بمقتضى هذا الأمر أن يتولى كل السلطات والامتيازات المناطة بوزير العدل. بموجب القانون الأردني المطبق في الضفة الغربية.^{٥٩}

لعل الأهم من ذلك هو بسط الولاية القضائية الإقليمية الإسرائيلية على المناطق الفلسطينية المحتلة. وقد جرى ذلك تدريجياً، وبسر، وعلى مراحل. بدأ ذلك انطلاقاً من الحاجة إلى التغلب على بعض المشاكل العملية المتعلقة بتنفيذ الأحكام، ما بين كل من النظامين القانونيين المنفصلين في إسرائيل والمناطق الفلسطينية المحتلة. وقد تم ذلك، من خلال الأمر العسكري رقم ٣٤٨ لسنة ١٩٦٩م، الذي كمل أو ضم بنوداً مماثلة شرعها وزير العدل في إسرائيل، بخصوص تنفيذ واثق صادرة عن محكمة إسرائيلية في المناطق الفلسطينية المحتلة.^{٦٠}

ولقد ساهمت أوامر عسكرية عديدة في عملية بسط الولاية القضائية الإسرائيلية على المناطق الفلسطينية المحتلة من جهة، وأبعدت من جهة أخرى الولاية القضائية عن المحاكم الفلسطينية المحلية في قضايا حيوية وعن الإسرائيليين الذين يركبون جرائم في المناطق الفلسطينية المحتلة.^{٦١}

٥٩ رزق شقير، الاختصاص الجنائي طبقاً لاتفاقية غزة- أريحا (مؤسسة الحق، ١٩٩٤)، ص ٣٦.

٦٠ وبموجب هذا الأمر، فإن تقديم وثيقة تتعلق بشخص ما في المناطق الفلسطينية المحتلة يكون على الشكل المحدد في عملية تبليغ الاجراء في إسرائيل، سواء أكان للفعل المنسوب الى الشخص أية صلة بإسرائيل أم لا. انظر شقير، الاختصاص الجنائي طبقاً لاتفاقية غزة- أريحا، ٣٦.

٦١ فيموجب الامر العسكري ١٦٤، ينبغي الحصول على إذن قبل تقديم شكوى ضد أي موظف أو ضد العسكريين أو ضد دولة إسرائيل. كما نقل الأمر العسكري ١٧٢ صلاحية المحاكم المحلية في الاستماع الى استئنافات ضد قرارات ادارية، الى لجان الاعتراض العسكرية التي أقامها الحكم العسكري، بينما يعطي الأمر العسكري ٨٤١ الحاكم العسكري لمنطقة ما، أو المستشار القانوني للحكم العسكري صلاحية وقف اجراءات تتعلق بأية قضية مدنية أو جنائية « إذا اقتنعوا بعدم وجود مصلحة عامة في التحقيق أو المحاكمة». وفي الوقت نفسه، فإن المحاكم العسكرية الإسرائيلية التي أنشئت ببلاغ رقم ٣، لها صلاحية. بموجب الأمر العسكري ٣٧٨ في ممارسة ولاية قضائية في الوقت ذاته على مسائل جنائية. بما في ذلك تلك التي ليس لها بالضرورة، صفة أمنية. انظر شقير، الاختصاص الجنائي طبقاً لاتفاقية غزة- أريحا، ٣٧.

ونجمل القول، بأن إسرائيل قامت ببسط ولايتها القضائية الإقليمية على المستوطنات اليهودية في المناطق الفلسطينية المحتلة، ومارست المحاكم العسكرية الإسرائيلية الولاية القضائية على الجرائم الأمنية والجنائية سواء اقترفها اسرائيليون أم فلسطينيون أم أجانب. كما جرى تفويض الولاية القضائية الخاصة بالمحاكم الفلسطينية المحلية في المسائل الجنائية إلى حد كبير، بحيث اقتصر تطبيقها فعليا على الفلسطينيين فقط.

هذه نبذة بسيطة عن الواقع الذي شهدته الأراضي الفلسطينية المحتلة فيما يتعلق بالمحاكم والولاية القضائية قبل إبرام الاتفاقيات الإسرائيلية - الفلسطينية، فبعد إبرامها حددت هذه الاتفاقيات التي أبرمتها منظمة التحرير الفلسطينية مع إسرائيل حدود الولاية الجغرافية والموضوعية للسلطة. وما يهمنا في هذه الدراسة هي الاتفاقية الإسرائيلية - الفلسطينية المرحلية التي أبرمت بتاريخ ٢٨/٩/١٩٩٥م في واشنطن، حيث حلت هذه الاتفاقية محل اتفاقية غزة - أريحا، واتفاقية النقل الاضافي للصلاحيات والمسؤوليات الموقع في القاهرة بتاريخ ٢٧/٨/١٩٩٥م.

وقد حددت اتفاقية واشنطن المذكورة حدود الصلاحيات القضائية والتشريعية للسلطة الفلسطينية، وتمثل تلك الصلاحيات التشريعية باصدار تشريعات أولية أو ثانوية بما فيها القوانين الأساسية، قوانين، أنظمة، ومشاريع قانونية تشريعية أخرى.^{٦٢} إلا أنه يستثنى من الصلاحيات المذكورة كل المسائل التي لم تنص الاتفاقية على نقلها وهي مناطق (ج) والإسرائيليين في الضفة وقطاع غزة وقضايا المفاوضات، وقضايا الوضع النهائي، وهي القدس، المستوطنات، المواقع الأمنية المحددة، اللاجئين الفلسطينيون، الحدود، العلاقات الدولية والإسرائيلية، وأي صلاحية أخرى لم يتم نقلها.^{٦٣}

٦٢ المادة (١/٨) من اتفاقية واشنطن.

٦٣ بالإضافة الى الاستثناءات المذكورة فقد جاء في البند الرابع من المادة الثامنة عشر: التشريعات بما فيها التي تعدل أو تلغي قوانين سارية أو أوامر عسكرية، والتي تفوق ولاية المجلس أو التي تكون مخالفة لأحكام إعلان المبادئ أو هذه الاتفاقية، أو أية اتفاقية التي يمكن التوصل إليها بين الطرفين خلال المرحلة الانتقالية، لن تكون سارية المفعول وستكون باطلة.

تجاوز أثر الاتفاقيات الإسرائيلية - الفلسطينية، وانعكاساتها السلبية على واقع القضاء الفلسطيني، أكثر من تثبيت وضع القضاء الفلسطيني على حاله وبالكيفية التي كان عليها في ظل الاحتلال الإسرائيلي، وإنفراده بممارسة السلطة القضائية المطلقة على الأراضي الفلسطينية، فكان لإقرار هذه الاتفاقيات المرحلة الأثر الواضح، لما يمكن تسميته بالمشاركة، أو التقاسم الوظيفي في مهام التشريع، والقضاء ما بين السلطة الوطنية الفلسطينية والاحتلال الإسرائيلي على صعيد الأراضي الفلسطينية خلال المرحلة الانتقالية.^{٦٤}

يمكن في هذا الصدد توضيح ماهية مضمون الأثر السلبي وماهيته لانعكاس المستجدات التي أنشأتها الاتفاقيات المرحلة على صعيد القضاء الفلسطيني بما فرضته الاتفاقيات المبرمة ما بين منظمة التحرير الفلسطينية، وإسرائيل من واقع إداري وقانوني جديد، على صعيد الأراضي الفلسطينية المحتلة جراء تقسيمها للأراضي الفلسطينية، استنادا لهذه الاتفاقيات الانتقالية المتفق عليها بين الطرفين لثلاث مناطق رئيسية هي:

-
- على رئيس السلطة التنفيذية للمجلس عدم إصدار تشريعات تبناها المجلس إذا كانت هذه التشريعات تقع ضمن أحكام هذا البند.
 - يجب إبلاغ الجانب الإسرائيلي في اللجنة القانونية عن جميع التشريعات.
 - بدون إحفاف لأحكام البند الرابع أعلاه، فإن الجانب الإسرائيلي في اللجنة القانونية بأحكامه لفت نظر اللجنة لأي تشريعات تعتبر إسرائيل أن البند ينطبق عليها، وذلك من أجل مناقشة قضايا ناشئة عن هذه التشريعات، ستنظر اللجنة القانونية إلى التشريعات المرفوعة إليها في أقرب فرصة ممكنة.
 - بموجب البند الرابع المذكور استثيت الأوامر العسكرية من الإلغاء أو التعديل من قبل المجلس التشريعي الفلسطينية، وهذا ما يفسر رفض إسرائيل لإلغاء السلطة للعديد من الأوامر العسكرية، حيث لا زالت إسرائيل تعمل بتلك الأوامر رغم إلغائها، ما خلق واقعا مزدوجا على صعيد الأراضي الفلسطينية المحتلة.
 - وبالإضافة إلى نص اتفاقية واشنطن على عدم جواز إلغاء أو تعديل الأوامر العسكرية نصت المادة (١٧/٤) "أ- سيكون لإسرائيل من خلال الحكم العسكري سلطة على مناطق لا تقع تحت الولاية الإقليمية للمجلس صلاحيات ومسؤوليات لم تنقل إلى المجلس وعلى الإسرائيليين. ب- لهذه الغاية الحكم العسكري الإسرائيلي سيبقى على صلاحيات ومسؤوليات تشريعية وتنفيذية وقضائية ضرورية بناء على القانون الدولي، لن ينتقص هذا النص من تطبيق التشريعات الإسرائيلية على الإسرائيليين في الدعاوى أمام القضاء". انظر أحمد نصر، "قراءة في شرعية الأوامر العسكرية الإسرائيلية من وجهة نظر القانون الدولي والمحلي"، مجلة تسامح، عدد ١٧ (٢٠٠٧)، ١٣٧.

٦٤ تكمن خطورة مثل هذا الإقرار ليس في التقاسم الوظيفي فحسب، بل في ماهية ومضمون المرجعية القانونية التي أنيط بها حكم وتنظيم هذه المشاركة أو التقاسم، التي أضحت محددة على وجه الحصر في الاتفاقيات المرحلة التي أصبحت على أرض الواقع الأساس والمرجع القانوني الذي يحتكم إليه. انظر ناصر الرئيس، القضاء في فلسطين ومعوقات تطوره (مؤسسة الحق، ٢٠٠٠)، ١٥١.

أولاً: منطقة (A، أ) وهي المناطق التي نقلت السيطرة عليها إلى السلطة الوطنية الفلسطينية، أي خضعت لسيطرتها الأمنية شبه الكاملة، ولها ممارسة أعمال سيادية عليها، بما فيها من صلاحية إدارة وتسيير هذه المناطق إدارياً وتنظيمياً.^{٦٥}

ثانياً: مناطق (B، ب) وهي تلك المناطق التي احتفظت قوات الاحتلال الإسرائيلي فيها، بحق السيطرة والإشراف الأمني، في حين ترك للسلطة الوطنية الفلسطينية مسؤولية حفظ النظام العام فيها، ومهمة الإشراف والتسيير الإداري لها.^{٦٦}

ثالثاً: مناطق (C، ج) وهي تلك المناطق التي احتفظت فيها قوات الاحتلال الإسرائيلي. بموجب الإتفاقيات المرحلية بحق السيطرة والإشراف الأمني المطلق، واستثنى من ذلك بعض الصلاحيات الإدارية التي تم نقلها إلى السلطة الوطنية الفلسطينية.^{٦٧}

٦٥ شملت هذه المناطق جميع المدن الكبرى في الضفة الغربية، وما يقارب أربعين بالمئة من أراضي قطاع غزة الحاجة عن نطاق المستوطنات، واستثنيت القدس العربية. وتمثل نسبة المنطقة (أ) من هذه الأراضي التي استعادتها السلطة الفلسطينية ١٨,٢٪ من أراضي الضفة الغربية.

٦٦ تشمل هذه المناطق حالياً أغلب القرى والتجمعات الحضرية الفلسطينية والبلدات، ومن المفترض أن تضم هذه الفئة جزءاً من مناطق (أ) تدريجياً. وتشكل ما نسبته ٢٤,٧٪ من أراضي الضفة الغربية.

٦٧ تشمل مناطق هذه الفئة مساحات كبيرة من الأراضي الفلسطينية المحتلة، بما فيها المناطق المقامة عليها المستوطنات والتجمعات السكانية والصناعة الإسرائيلية، كذلك تشمل المعسكرات المخصصة لقوات الاحتلال الإسرائيلي. هذا وقد حددت الفقرة (٢-أ) من المادة (١٧) من الاتفاقية المرحلية، ولاية السلطة الفلسطينية، على النحو التالي: الولاية الجغرافية للمجلس ستضم قطاع غزة ما عدا المستوطنات، ومنطقة القواعد العسكرية المبنية على الخارطة ٢، ومنطقة الضفة الغربية باستثناء المنطة ج التي باستثناء القضايا التي سيتم التفاوض عليها في مفاوضات الوضع النهائي، سيتم نقلها تدريجياً إلى الولاية الفلسطينية في ثلاث مراحل، تأخذ كل منها فترة ستة أشهر وتكتمل بعد ١٨ شهراً من تصيب المجلس. في هذا الوقت، ستشمل ولاية المجلس مناطق الضفة الغربية وقطاع غزة، باستثناء القضايا التي سيتم التفاوض عليها في مفاوضات الوضع النهائي. ومن المسائل الهامة، التي تضمنتها المادة المذكورة أعلاه، أن السلطة الفلسطينية لا تملك الولاية على المنطقة (ج) ما لم تنقل إليها السلطة عليها، وكن يفترض الانتهاء من عملية انتقال الأراضي للسلطة الوطنية الفلسطينية خلال ١٨ شهراً، أي خلال شهر تموز/ يوليو ١٩٩٧. ولكن بعد ما يقرب من ست سنوات من هذا الموعد المقرر، كانت القوات الإسرائيلية قد انسحبت مما لا تزيد مساحته عن ٤٢,٩٪ من أراضي الضفة الغربية. وتشكل أراضي المنطقة (ج) ما نسبته ٥٧,١٪ من أراضي الضفة الغربية. انظر مضر قسيس وسمير نخلة، الإصلاح القانوني في فلسطين: تفكيك الاستعمار وبناء الدولة (جامعة بيرزيت، معهد الحقوق، ٢٠٠٩، ص ٧٤).

أما أهم الآثار والانعكاسات السلبية لخلق مثل هذه التقسيمات على جهاز القضاء الفلسطيني، فقد تحد بالآثار التالية:

حرمان القضاء الفلسطيني وتجريده من إمكانية فرض أحكامه وقراراته وتنفيذها على أغلب مناطق الأراضي الفلسطينية المحتلة، جراء إفتقار السلطة التنفيذية للصلاحيحة الوصول إلى أغلب الأماكن والمناطق في الأراضي المحتلة.^{٦٨}

- انتشار عدم المساءلة، بتكريس حماية هؤلاء الخارجين على القانون، فكثيراً ما لجأ من خرق القانون إلى مناطق لا تمتد صلاحية القضاء الفلسطيني إليها. وبالرجوع الى الملحق الرابع، بروتوكول حول القضايا القانونية، المتعلق بالولاية الجنائية، فقد اعتبرت:

١. أ. الولاية الجنائية للمجلس تغطي جميع المخالفات التي يقترها فلسطينيون و/أو غير إسرائيليين في المنطقة، بموجب أحكام هذه المادة، ولإغراض هذا الملحق، فإن مصطلح " المنطقة" يعني منطقة الضفة الغربية باستثناء المنطقة (ج) التي ستنقل، باستثناء المستوطنات والمواقع العسكرية، الى الجانب الفلسطيني بالتدريج على نحو يتماشى مع هذا الاتفاق، ومنطقة قطاع غزة باستثناء المستوطنات، ومنطقة المنشآت العسكرية.

ب. بالإضافة إلى ذلك، يملك المجلس ولاية جنائية على الفلسطينيين وزوارهم، الذين اقترفوا مخالفات ضد الفلسطينيين، أو زوارهم في الضفة الغربية وقطاع غزة، في مناطق خارج " المنطقة" شريطة أن لا تكون المخالفة ذات صلة بمصالح أمن إسرائيل.

ج. الأفراد المعتقلون من جانب الشرطة الفلسطينية في المنطقة (ب) لانتهاكهم النظام العام ولأسباب أخرى، سوف يحاكمون أمام المحاكم الفلسطينية، شريطة أن يكون لدى هذه المحاكم ولاية جنائية.

٦٨ كما بيننا سابقاً، فقد تم حصر ولاية ونطاق عمل وصلاحيات الجهاز التنفيذي للسلطة الوطنية الفلسطينية بمنطقتي (A,B)، وتم استثناء مناطق (C).

٢ تملك إسرائيل بمفردها سلطة جنائية على المخالفات التالية:
أ. مخالفات اقترفت خارج "المنطقة" باستثناء المخالفات المفصلة في
الفقرة الفرعية ١/ب أعلاه.
ب. مخالفات اقترفت من جانب إسرائيليين.

- أثر وجود مثل هذا التقسيم على الإجراءات القضائية وفترات النظر في الدعاوى، لكون تبليغ وتبليغ الأشخاص القاطنين في مناطق (C) قد يستغرق عمليا فترات زمنية طويلة. فضلا عن ذلك، فإن جلب الأشخاص المطلوبين وإحضارهم للعدالة أمر غير وارد، من قبل الأجهزة الأمنية، كونه خارج صلاحية السلطة الفلسطينية دون الحصول على التنسيق مع الجانب الإسرائيلي.
- من أهم الآثار السلبية لتقسيم الأراضي الفلسطينية، الإبقاء على صلاحية قوات الاحتلال الإسرائيلي إصدار الأوامر العسكرية وتنفيذها، مما أوجد عمليا العديد من الإشكاليات على صعيد آلية عمل القضاء الفلسطيني وأدائه، الذي أخذ في مناطق (A.B) يتحرر من مجموعة كبيرة من الأوامر العسكرية الإسرائيلية وخصوصا تلك التي تتناقض مع الغاية المجتمعية لإصدار القانون وتنفيذه.^{٦٩}

٦٩ إن القضاء الفلسطيني أوقف سريان قسم كبير من الأوامر العسكرية واقعيا، جراء امتناع القضاة الفلسطينيين الأخذ بهذه الأوامر وأحكامها، واتجه القضاء الفلسطيني لاستراتيجية وتوجه الإنقاذ في التعاطي مع الأوامر العسكرية. هذا واقدمت السلطة الوطنية الفلسطينية فور استلامها لمهامها المتفق عليها في الأراضي الفلسطينية على وقف العمل قانونيا بمجموعة من الأوامر العسكرية الإسرائيلية، فقد أصدر الراحل ياسر عرفات القرار رقم (٢) لسنة ١٩٩٥، والذي ألغى بمقتضاه ٤٦ أمرا عسكريا، وغيرها من القرارات التي ألغت أوامر عسكرية لا تخدم المصلحة الفلسطينية. انظر الرئيس، ناصر: القضاء في فلسطين ومعوقات تطوره، مؤسسة الحق، ٢٠٠، ص ١٥٤. ومن الجدير ذكره، أن معظم الأوامر العسكرية الإسرائيلية باستثناء بعضها، لا شرعية له من وجهة نظر القانون الدولي. إلا أن الأمر قد يكون مختلفا طالما أن جهة ذات صفة شرعية فلسطينية أقرت بسريان الأوامر العسكرية الإسرائيلية على الأراضي المحتلة. فموجب الاتفاقيات المرحلية وافقت السلطة الفلسطينية بصفتها التمثيلية للشعب الفلسطيني على سريان الأوامر العسكرية. الأمر الذي يدخلنا في تساؤل حول مدى شرعية سريان هذه الأوامر، لقد وضعت الجماعة الدولية مجموعة قواعد شكلية، وموضوعية، تحكم إبرام المعاهدات، وفيما يتعلق بالجانب الموضوعي جاء في المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٩ « المعاهدات المتعارضة مع قاعدة قانونية أمرة من قواعد القانون الدولي العامة، تعتبر باطلة بطلانا مطلقا إذا كانت وقت إبرامها تتعارض مع قاعدة قانونية أمرة من قواعد القانون الدولي العام، ولأغراض هذه الاتفاقية تعتبر قاعدة أمرة من قواعد القانون الدولي العام كل قاعدة تقبلها الجماعة الدولية في مجموعها ويعترف بها باعتبارها قاعدة لا يجوز الإخلال بها ولا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من قواعد القانون الدولي العام ولها ذات صفة». ونظرا لمكانة اتفاقية فيينا في معاملات أشخاص القانون الدولي العام واتفاقياتهم وباعتبار هذه الاتفاقية تشكل

- الاخراج الصريح لموظفي ورعايا دولة الاحتلال (الاسرائيليين) والمستوطنين بموجب الاتفاقيات من دائرة ونطاق القضاء الفلسطيني الذي حظر عليه النظر بأية قضية تتعلق بهؤلاء الافراد. الأمر الذي أفقد الفلسطينيين الحماية التي يطلبونها في مواجهة ما قد يقع عليهم من اعتداء على الحقوق والحريات من قبل الاحتلال ورعاياه.^{٧٠}

نجد أن ما ورد في الملحق الرابع، البروتوكول المتعلق بالقضايا القانونية، الولاية الجنائية تحديداً، بتملك إسرائيل بمفردها سلطة جنائية على المخالفات، التي اقترفت خارج "المنطقة" والمخالفات التي اقترفت من جانب إسرائيليين، واستثناء مناطق تحت تقسيم مناطق (ج). أمراً لا يجب التوسع، والاجتهاد غير المبرر في تفسيره، ولا نرى أي ضرورة للحد من ولاية القضاء الفلسطيني لمصلحة الالتزام الحرفي بالاتفاقية. هذا وندعي عدم جواز تعريف المواطنين حاملي الهوية الزرقاء بأنهم اسرائيليين، لا تنطبق عليهم الولاية القضائية الفلسطينية، ولا يحاكموا وفق القانون الفلسطيني، وباستقراء بنود اتفاقية واشنطن، يستدل على أن هناك تفريق بين الاسرائيليين وحاملي الهوية الزرقاء، الذين منحوا حقوق سياسية كالفلسطينيين، كما أن العرب الفلسطينيين، وحدهم الذين يحملون الهوية الزرقاء، وقد اعتبروا كحاملي إقامة دائمة في القدس.

قواعد قانونية راسخة في المجتمع الدولي، يمكننا القول أن اتفاقية واشنطن خالفت من حيث الموضوع نصوص وقواعد قانونية أمرة من قواعد القانون الدولي، ذلك أن الإبقاء على سريان الأوامر العسكرية التي بالأصل تتعارض مع معاهدات جنيف يعتبر خرقاً ومخالفة لقواعد قانونية أمرة. يذكر أن اجتماع الخبراء حول اتفاقية جنيف الرابعة الذي عقد في غزة ١٩٩٨. أكد على وجوب تطبيق معاهدات جنيف على الأراضي الفلسطينية المحتلة، وأن الأولوية تبقى لاتفاقيات جنيف في التطبيق. واعتبر الخبراء أن أي مبادرات تتعلق بالأراضي الفلسطينية المحتلة يجب أن تكون بانسجام تام مع اتفاقية جنيف الرابعة. وقد أكد الخبراء على:

أولاً: أن الأوامر العسكرية التي تتعارض مع اختصاص الاحتلال الحربي لا تكسب شرعية بموجب الاتفاقيات المحلية. ثانياً: إن احتفاظ إسرائيل بسلطات فعلية من سلطات الحكومة يمنحها الحق في إصدار الأوامر العسكرية ضمن الإطار الذي حددته اتفاقنا لاهاي وجنيف.

ثالثاً: أن معاهدات جنيف تنطبق على الأراضي الفلسطينية رغم وجود السلطة لأن اسرائيل لا زالت تمارس وظائف الحكومة على الأراضي الفلسطينية.

رابعاً: إن حالة الاحتلال الحربي لا تنتهي الا بتوقف اسرائيل عن ممارسة وظائف الحكومة في الأراضي المحتلة. انظر أحمد نصر، «قراءة في شرعية الأوامر العسكرية الإسرائيلية من وجهة نظر القانون الدولي والمحلي»، مجلة تسامح، عدد ١٧٥ (٢٠٠٧)، ١٣٨.

٧٠. الرئيس، القضاء في فلسطين ومعوقات تطوره، ١٥٤.

هذا وقد اتجه القضاء الفلسطيني إلى دعم التفريق بين الإسرائيليين، وحاملي الهوية الزرقاء، وفي حكم صادر عن محكمة النقض، رقم ٢٠/٢٠٠٣م، ارتأت المحكمة أن نص المادة الثالثة من الملحق المذكور أعلاه، يتعلق بالحالات التي يكون الإسرائيلي طرفاً فيها، حيث نصت الفقرة ١ منها أن المحاكم الفلسطينية والسلطات القضائية لديها ولاية في جميع الأمور المدنية، وفقاً لهذا الاتفاق،^{٧١} وهذا وأقرت المحكمة التفريق بين الإسرائيلي وحامل الهوية الزرقاء، واعتبرت المحكمة أن تثبت حمل الهوية الإسرائيلية، لا يعني ذلك حمل الجنسية الإسرائيلية، واستدلّت بدليل أن المادة الثانية من الفصل الأول من الاتفاقية المذكورة نصت في الفقرة الخامسة بأن حق الانتخاب يكون للمدرج أسماءهم في السجل السكاني المحفوظ من قبل السلطة الفلسطينية أو السلطات الإسرائيلية، وبالتالي لمن يكون حاملاً لهوية أصدرتها السلطة الفلسطينية أو السلطات الإسرائيلية، والمادة السادسة نصت على ترتيب الانتخابات بخصوص القدس، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإنه ينبغي لتنفيذ أي اتفاقية أن يجري تعديل القانون وفق أحكامها.

٧١ نصت المادة الثالثة على:

١. المحاكم الفلسطينية والسلطات القضائية لديها ولاية في جميع الأمور المدنية وفقاً لهذا الاتفاق.
٢. في الحالات التي يكون فيها الإسرائيلي طرفاً، فإن المحاكم الفلسطينية والسلطات القضائية يكون لديها ولاية تجاه الدعاوى المدنية في الحالات التالية:
 - أ. موضوع الدعوى عمل إسرائيلي قائم في المنطقة (تسجيل شركة إسرائيلية كشركة أجنبية في المنطقة دليل على حقيقة أنها تملك عملاً قائماً في المنطقة).
 - ب. موضوع الدعوى ملكية خاصة قائمة في المنطقة.
 - ج. الطرف الإسرائيلي مدعى عليه في دعوى، وقبل يمثل هذه الولاية بالأشعار كتابة إلى المحكمة الفلسطينية أو السلطة القضائية.
 - د. الطرف الإسرائيلي مدعى عليه في دعوى يكون موضوعها اتفاق مكتوباً، وقد وافق الطرف الإسرائيلي على مثل هذه الولاية ببند خاص في ذلك الاتفاق.
 - هـ. الطرف الإسرائيلي مدعى أقام دعوى في محكمة فلسطينية. وإذا كان المدعى عليه في الدعوى إسرائيلياً، فإن قبوله يمثل هذه الولاية بما يتفق مع الفرعين (ج) أو (د) أعلاه سوف يكون مطلوباً، أو
 - و. دعاوى تتعلق بأمور أخرى كما هو متفق بين الطرفين.
٣. الولاية للمحاكم الفلسطينية والسلطات القضائية لا تغطي دعاوى ضد دولة إسرائيل بما في ذلك مؤسساتها القانونية وأجهزتها ووكلائها.

ولاية القضاء الفلسطيني وما يجب أن يكون

يعالج هذا المبحث استقلال القضاء الفلسطيني في المطلب الأول، متطرقاً إلى مفهومه، وأساسه، والمعايير التي تحدده، وكما يناقش استقلال القضاء كونه أحد ضمانات حق التقاضي، وتحقيق المساواة أمام القانون. أما المطلب الثاني، يناقش دور القضاء الفلسطيني في بناء الدولة، وعملية التحرر، الأمر الذي يفرض الكشف عن المرجعية الأولى لهذا القضاء، وكيفية تفعيل الدور المنوط بهذا الجهاز لحماية الحقوق والحريات.

المطلب الأول

استقلال القضاء ودوره في حماية الحقوق

لقد مر استقلال القضاء، حتى وصل إلى ما وصل إليه الآن، بمراحل مختلفة، حيث بدأت قناعة الانسان بضرورة وجود القانون، والخضوع له لحماية الحقوق وتحقيق العدل، والذي عرف لاحقاً بمبدأ سيادة القانون، وقد كان هذا المبدأ بمثابة الأساس الذي قام عليه مبدأ استقلال القضاء. إلا أن تطور المجتمعات واختلاط وظائف السلطات وتداخلها ببعضها البعض، فرض ضرورة ملحة لخلق مبدأ آخر يعزز من استقلال القضاء، فظهر مبدأ الفصل بين السلطات، كضمانة لاستقلال القضاء وحياده.^{٧٢}

٧٢ كتاب منشور بعنوان: استقلال القضاء في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، صادر عن الجمعية الفلسطينية لحماية حقوق الانسان والبيئة، القدس، ص ٥.

يعتبر القضاء المستقل والفاعل والنزيه وحق المواطن في اللجوء إليه، أحد الضمانات الأساسية لإرساء مبدأ سيادة القانون، وإحقاق الحق، واحترام الحقوق، والحريات العامة للمواطنين، التي كفلتها الدساتير والتشريعات الوطنية، للدول والمواثيق العالمية،^{٧٣} كما يعدو دون شك الصمام الذي يأمّن حقوق المواطن والمجتمع، فهو ركيزة الاستقرار والتوازن في مختلف العلاقات والمعاملات التي تتم بين أفراد المجتمع أو بين مؤسساته العامة والخاصة. إن استقرار السلطة القضائية وقدرتها على القيام بالدور المناط بها كإحدى السلطات الثلاث لأي دولة شكل وما يزال تحديا كبيرا للأظمة السياسية، ومقياسا يمكن من خلاله الحكم على صلاح الدولة ونظامها السياسي أو عدمه، ومؤشرا على حركة التنمية بأبعادها وميادينها المختلفة. إن شل فاعلية القضاء أو ضعفه أو محاولة إضعافه أو تقييد اللجوء إليه أو التدخل في شؤونه بهدف التأثير على استقلاله وحياده أو إفساده أو تغييره في النظر في المنازعات، وأيا كانت الوسائل والأساليب المتبعة في ذلك مباشرة وغير مباشرة أو الجهة القائمة على ذلك، يمثل الآفة الرئيسية التي تواجه القضاء معظم الدول.^{٧٤} ويرى معين البرغوثي أن استقلال القضاء، تحقيق

٧٣ ومنها الإعلان العالمي لاستقلال العدل سنة ١٩٨٣، والذي تمخض عنه مبادئ ومقومات استقلال القضاء، فنص على: «١. السلطة القضائية تهدف الى تطبيق القانون تطبيقا نزيها بين المواطن والمواطن، والمواطن والدولة، تعزيزا لمراعاة حقوق الانسان، وضمانا لأن يكون الناس قادرين على العيش بأمان في ظل سيادة القانون. ٢. توافر الحرية للقضايس في أن يبت بصورة حيادية في المسائل المعروضة عليه حسب تقييمه للوقائع وفهمه للقانون، دون أية قيود أو اجراءات أو ضغوط أو تهديدات أو تدخلات مباشرة أو غير مباشرة من أي جهة كانت ولاي سبب كان. ٣. استقلال السلطة القضائية عن السلطة التشريعية والتنفيذية معا. ٤. ولاية السلطة القضائية كاملة، مباشرة أو عن طريق الطعن، على جميع القضايا ذات الطابع القضائي...». وهذا وقد أكد تقرير لجنة حقوق الانسان في المجلس الاقتصادي والاجتماعي عن استقلال وحيادة السلطة القضائية (تقرير سنغفي) سنة ١٩٨٥، على مبدأ استقلال القضاء من وجهة النظر الدولية، كذلك أكد بشأن العدل ونظام القضاء على قبول واحترام المبادئ الأساسية والمعايير الدنيا لاستقلال القضاء وحدته وذلك على مستوى العالم، مع اعتبار عدم احترامها إنكارا للعدالة وانتهاكا للحقوق الانسان ولحرياته الأساسية. هذا وأكد التقرير على أن الحيادة والاستقلال صفتان مميزتان لمنطلق ومشروعية الوظيفة القضائية في كل دولة، وأنهما حق من حقوق الإنسان لطالبي العدل أكثر من كونهما امتيازاً للسلطة القضائية بمنح إكرامها لها، وهما قاعدتان للآداب التنظيمية والمهنية، وأن الاستقلال «لا يقضي تحررا من التبعية فحسب، وإنما موقفا ينبغي فيه الاعتماد على النفس وأن يحكم القضاء نفسه بنفسه، وأن يكون حرا في مباشرة واجباته ووظائفه دون عوائق أو عراقيل». انظر الجمعية الفلسطينية لحماية حقوق الانسان والبيئة، برنامج استقلال القضاء، استقلال القضاء في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، القدس، ص ١١.

٧٤ معين البرغوثي، حول حالة السلطة القضائية ومنظومة العدل في العام ٢٠٠٥) تقارير الهيئة المستقلة لحقوق الانسان، (٢٠٠٦، ١.

العدالة، وضمنان التقاضي، مفاهيم رئيسية لا يمكن تجاهلها عند إجراء أي تقييم لحالة السلطة القضائية ومنظومة العدالة.

بداية، إن البحث في مفهوم استقلال القضاء، يعيدونا إلى عهد التنظيم القضائي الفلسطيني في جذوره إلى العهد العثماني، وما تعاقب بعده من أنظمة حكم، واحتلال لفلسطين، وقد كان جهاز القضاء القائم في تلك الحقب فاقدا لمقومات استقلاله لكونه نشأ أصلا في ظل حكم بعض الجهات الأجنبية. أما في عهد السلطة الوطنية الفلسطينية، فقد طرأ تغيير بشر بالخير لهذه السلطة القضائية، خصوصا مع إصدار القوانين التي تضمن استقلال القضاء،^{٧٥} ماذا نعني باستقلال القضاء وما هي مقوماته؟^{٧٦} وهل يجب أن يتحقق هذا الاستقلال نصا أم لا بد من تحققه واقعا وعملا؟

واقع الأمر، أن استقلال القضاء كمؤسسة دعامة الأساسية هي أعمال مبدأ الفصل بين السلطات، بكل ما يعنيه هذا المبدأ من دلالات قانونية وعملية، أما الاستقلال الحقيقي فهو استقلال القاضي، وهو ما يكمن في الفضاة أنفسهم وفي ضمائرهم ومدى أهليتهم للاضطلاع بالمسؤوليات الجسام الملقاة على

٧٥ قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ٢٠٠٢. وقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦.

٧٦ يمكن القول أن لهذه العبارة معنى ثنائي، أو مفهوم مزدوج، فمن جانب قد يعني استقلال القضاء وجوب والزامية قيام السلطة القضائية بممارسة مهامها ووظيفتها على صعيد المجتمع بمعزل عن السلطات الأخرى « التشريعية والقضائية» ودون أي تدخل أو اعتداء من هذه السلطات على آلية عمل الهيئات القضائية. وتأسيسا على ذلك، على السلطة التشريعية وجوبا الامتناع عن التدخل في سير القضاء واجراءات المحاكمات وغيرها من المسائل التي تدخل ضمن صلب اختصاص القضاء، وبأخذ هذا الامتناع صورا متعددة، منها التزام السلطة التشريعية المطلق بحدود مهامها وصلاحياتها الوظيفية القاصرة على إصدار القوانين وتعديلها أو إلغائها وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة، دون التدخل في عمل الجهات المناط بها تطبيق القانون، وهذا ويستوجب ذلك أيضا امتناع السلطة التشريعية عن استغلال صلاحياتها كسلطة تملك حق التشريع، في سن وإقرار تشريعات تحد من فعالية السلطة القضائية أو تنتقص من استقلالها وفعاليتها أو تجردها وتفقدتها اختصاصها الأصيل. بممارسة حق النظر بالمنازعات، ويعني الامتناع عن إصدار قوانين يكون القصد منها الائتلاف والتحايل على استقلال القضاء. أما السلطة التنفيذية فان استقلال القضاء يلزم هذه السلطة بالامتناع عن ممارسة مهام النظر في النزاعات التي تدخل ضمن اختصاص وصلاحيات القضاء الى جانب حظر تدخل هذه السلطة في مهمة الفصل في المنازعات أو سير الاجراءات المحددة للتقاضي، والالتزام بتنفيذ الأحكام القضائية. أما الوجه الآخر لاستقلال القضاء، فهو ضرورة امتناع الغير عن التدخل في أعمال الفضاة الفردية حال اضطلاعهم بمهام وظيفتهم. انظر علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر (الاسكندرية: دار الجامعات، ١٩٧٨)، ٦٩٦. كذلك الرئيس، القضاء في فلسطين ومعوقات تطوره، ٥٠.

عاقبتهم»^{٧٧} وقدرتهم على صناعة قراراتهم القضائية بتجرد تام عن أي تأثير مادي أو معنوي ومن أي كان، فالاستقلال يصنعه القاضي، وما النصوص الدستورية والقانونية إلا تنويج له.

إن معايير استقلال القضاء أو القاضي لا يمكن حصرها في قالب معين بوجود الاستقلال من عدمه، ولكن، هناك مؤشرات واقعية، وعملية قانونية تسهم في هذا الحكم، لعل أهمها قدرة القاضي على تكريس حياديته ونزاهته، وامتناعه عن كل ما من شأنه الخضوع للتأثير من أحد.^{٧٨}

ولا يجب أن يكون استقلال القضاء، بمؤثراته العديدة مقتصرًا على النصوص، بل، إن تحققه واقعا وعملا هو ما نصبو إليه جميعا، وهو مسؤولية جماعية رسمية ومجتمعية، ذلك أن الاستقلال ليس مقررًا لمصلحة المؤسسة القضائية أو القاضي فقط، وإنما هو حق أصيل من حقوق الإنسان، ومصمم لخدمة الشعب وتحقيق العدالة.^{٧٩}

٧٧ المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية التي اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة في ميلان، ١٩٨٥.

٧٨ ومن المؤشرات التي تضمنتها الدساتير، ومنها القانون الأساسي، والمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان واستقلال السلطة القضائية: مبدأ الفصل بين السلطات، ومبدأ سيادة القانون واعتباره أساس للحكم، والمساواة بين المواطنين أمام القانون والقضاء، واحترام حقوق الإنسان، وعدم جواز التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة ومحاولة التأثير على القضاة، وعدم جواز عزل القضاة إلا في الأحوال المبينة في القانون، واعتبار الأحكام القضائية واجبة التنفيذ وتجريم الامتناع عن تنفيذها. انظر البرغوثي، حول حالة السلطة القضائية ومنظومة العدل، ٧.

٧٩ وقد جاءت مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية سنة ١٩٨٥، والتي أقرتها الجمعية العامة، تنص على أن «- تكفل الدولة استقلال السلطة القضائية وينص عليه دستور البلد أو قوانينه. ومن واجب جميع المؤسسات الحكومية وغيرها من المؤسسات احترام ومراعاة استقلال السلطة القضائية. - تفصل السلطة القضائية في المسائل المعروضة عليها دون تحيز، على أساس الوقائع ووفقا للقانون، ودون أي تقييدات أو تأثيرات غير سليمة أو أية إغراءات أو ضغوط أو تهديدات أو تدخلات، مباشرة كانت أو غير مباشرة.

- تكون للسلطة القضائية ولاية على جميع المسائل ذات الطابع القضائي كما تنفرد بسلطة البت فيما اذا كانت أية مسألة معروضة عليها للفصل فيها تدخل في نطاق اختصاصها حسب التعريف الوارد في القانون.

- لا يجوز ان تحدث أي تدخلات غير لائقة، أو لا مبرر لها، في الاجراءات القضائية ولا تخضع الأحكام القضائية التي تصدرها المحاكم لاعادة النظر. ولا يخل هذا المبدأ باعادة النظر القضائية أو بقيام السلطات المختصة، وفقا للقانون، بتخفيف او تعديل الأحكام التي تصدرها السلطة القضائية.

لا شك أن استقلال القضاء، يكفل وجوباً حق التقاضي، وهو من الحقوق الطبيعية للإنسان، حيث أن كل فرد وقع عليه اعتداء على حق من حقوقه أن يلجأ إلى القضاء لرد ذلك الاعتداء والانتصاف لنفسه ممن ظلمه وسلبه حقه.^{٨٠}

ولحق التقاضي وجهان، الأول حق المواطن في الذهاب للقضاء للحفاظ على حقه أو تمكينه من المحافظة على حقوقه وحرياته، والثاني، حق الفرد في أن يعرض في حال اتهامه على قاضيه الطبيعي وليس أمام قضاء استثنائي.

وحق التقاضي هو من الحقوق التي لا يجوز المساس بها أياً كانت الوسيلة في ذلك، سواء كانت تشريعية أو تنفيذية. فأي قانون أو نظام أو تعليمات أو قرارات تصدر عن أي جهة تمنع أو تقيد هذا الحق أو أي من مرتكزاته القانونية أو الدستورية تقع في دائرة المخالفة الدستورية أو القانونية، ويمكن أن تكون محلاً للطعن أمام القضاء.^{٨١}

بعد التحدث عن حق التقاضي، لا بد لنا من التطرق إلى المساواة أمام القضاء، كون هذا المبدأ يقتضي ويتطلب من القضاء الذي يتقاضى أمامه الجميع، أن يكون واحداً، وألا تختلف المحاكم باختلاف الأشخاص الذين يتقاضون أمامها، وكذلك أن تكون إجراءات التقاضي التي يسير عليها المتقاضون واحدة. وكما أن أهم ما يترتب على هذا المبدأ، هو وحدة القانون المطبق على الجميع، ومعاملة الكل معاملة متساوية دون أية تفرقة.

وفي أعقاب حظر التمييز بسبب العنصر والجنس واللغة والدين في ميثاق الأمم المتحدة، بات إقرار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان فضلاً عن اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها في عام ١٩٤٨ م، الخطوة التالية

٨٠ عبد الغني بسيوني عبدالله، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي (عمان: منشورات الحلبي، ٢٠٠٠)، ٣١.

٨١ فاروق الكيلاني، استقلال القضاء (بيروت: دار المؤلف، ١٩٩٩)، ٤٨٧.

المهمة في التوطيد القانوني لمبدأ المساواة أمام القانون وما ينشأ عنها من حظر للتمييز أمام القانون.

وتعلن المادة الأولى " أن جميع البشر يولدون أحرارا ومتساوين في الكرامة والحقوق". بينما تنص المادة الثانية على ما يلي: " لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان، دون تمييز من أي نوع، ولا سيما التمييز بسبب العنصر، أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي سياسيا أو غير سياسي، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي، أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر.

وفضلا عن ذلك، لا يجوز التمييز على أساس الوضع السياسي أو القانوني أو الدولي للبلد أو الإقليم الذي ينتمي إليه الشخص، سواء أكان مستقلا أم موضوعا تحت الوصاية أو غير متمتع بالحكم الذاتي أم خاضعا لأي قيد آخر على سيادته".^{٨٢}

٨٢ وفي ما يتعلق بالمساواة، فإن المادة (٧) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تنص على ما يلي: «الناس جميعا سواء أمام القانون، وهم يتساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز، كما يتساون في حق التمتع بالحماية من أي تمييز ينتهك هذا الإعلان ومن أي تحريض على هذا التمييز». هذا ويجب من حيث المبدأ احترام الحق في المساواة أمام القانون والحق في عدم التمييز في كل الأوقات، بما في ذلك حالات الطوارئ العامة وفي أوقات النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية.

وقد أعربت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان عن « اعتقادها أن مصطلح «التمييز» المستخدم في العهد ينبغي أن يفهم ان المقصود منه هو أي ميز أو استثناء أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غير السياسي أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر ويستهدف ويستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها على قدم المساواة». أما المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان، فقد قدمت شرحا عن أصل المساواة، وقالت أن: تبنيت فكرة المساواة مباشرة من وحدة الأسرة البشرية وترتبط بالكرامة الجوهرية للفرد. ولا يمكن التوفيق بين هذا المبدأ وبين فكرة تفرقة مجموعة معينة بالحق في معاملة مميزة على أساس التفوق المزعوم لهذه المجموعة. كما لا يمكن التوفيق بينها وبين فكرة وصف مجموعة ما بالودية ومعاملتها بعدوانية أو إخضاعها بطرق أخرى للتمييز في التمتع بالحقوق الممنوحة للآخرين الذين لا يصنفون بنفس الطريقة. ولا يجوز إخضاع البشر لفرق في المعاملة تتنافى مع تفردهم وانتمائهم لنوع واحد. ولما كانت المساواة وعدم التمييز متاصلين في فكرة وحدة كرامة وقيمة البشر جميعا، يلزم ذلك أن الفروق في المعاملة القانونية ليس كلها من قبيل التمييز لأن الفروق في المعاملة ليست كلها في ذاتها اعتداء على الكرامة الانسانية. وترى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، « في إطار المبادئ التي قد تستمد من الممارسة القانونية في عدد من الدول الديمقراطية» أن التمايز في المعاملة لا يعتبر تمييزا الا عندما «لا يستند الى مبررات موضوعية ومعقولة. ونخلص الى أنه لا يعني مبدأ المساواة وعدم التمييز أن كل تمايز بين الناس غير قانوني. بموجب القانون الدولي. فالفرقة مشروعة وقانونية اذا ما أنها توخى هدفا مشروعا من قبيل الاجراءات التصحيحية للتعامل مع التفاوتات الواقعية. لمزيد انظر الدليل بشأن حقوق الانسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين، الحلقة رقم (٩) من سلسلة التدريب المهني، الأمم المتحدة، جنيف، ٢٠٠٢.

إذن، نخلص إلى أن القضاء بشكل عام، يتوجب استقلاله، وهذا الاستقلال يقود بالضرورة إلى كفالة حق التقاضي، وضمان المساواة أمام القانون للجميع. فالقضاء مستقل ومكفول للجميع. هذا وأن أهم نتائج استقلال القضاء وفاعليته ضمان تنفيذ أحكامه.

فقد نصت المادة (١٠٦) من القانون الأساسي على أن "الأحكام القضائية واجبة التنفيذ والامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها على أي نحو جريمة يعاقب عليها بالحبس، والعزل من الوظيفة، إذا كان المتهم موظفا عاما أو مكلفا بخدمة عامة، وللمحكوم له الحق في رفع الدعوى مباشرة إلى المحكمة المختصة، وتضمن السلطة الوطنية تعويضا كاملا له".

وعمليا، ما زالت إشكالية عدم احترام وتنفيذ أحكام المحاكم والأوامر القضائية قائمة، وإن استمرارها هو بمثابة عائق فعلي أمام سمو القضاء واستقلاله وثقة المواطن به، ذلك أن مهمة القضاء الرئيسية هي الفصل في المنازعات وإصدار الأحكام، وإن تعطيل تنفيذ تلك الأحكام ووضع العراقيل أمامها سواء من خلال عدم احترام ورفض المسؤولين لها، أو اتخاذ إجراءات من شأنها تقويضها، أو عدم فاعلية دوائر التنفيذ والجهات المكلفة بذلك، من شأنه الإساءة لسلطة القضاء وسيادة القانون والعدالة. إن أخطر ما يحيط بتنفيذ أحكام المحاكم هو أن يتمتع عن تنفيذها من هم مكفولون بذلك.^{٨٣}

لقد كان لاتفاقيات أوسلو (الاتفاقيات المحلية) أثرها، على الجهاز القضائي في فلسطين، خلال الفترة الانتقالية، فقد جاءت اتفاقيات أوسلو لتنظم العديد من الأمور المتعلقة بالجهاز القضائي في فلسطين، التي أهمها صلاحية هذا الجهاز

٨٣ هذا وقد أكدت محكمة العدل العليا الفلسطينية في الدعوى رقم ٢٠٠٥/١١٢ بأنه « قد استقر الفقه والقضاء الإداريين بأن الامتناع عن تنفيذ القرارات القضائية يشكل اعتداء على الدستور، وذلك لاستقلال السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية، وامتناع السلطة التنفيذية عن تنفيذ القرار القضائي هو اعتداء على الفصل بين السلطات، وهذا الامتناع هو بمثابة مناقشة للقرار القضائي يفقده حججه التي فرضها القانون، فاحترام قرارات المحاكم يتطلب تنفيذها حتى لو كانت خاطئة...».

على الإطارين: الإقليمي، والسكاني. وكان من أهم تحديدات الاتفاقيات لصلاحيات السلطة القضائية: شمول الولاية القضائية لمجلس الضفة الغربية وقطاع غزة بوصفها وحدة جغرافية واحدة، على أن يستثني من ذلك قضايا مفاوضات الوضع النهائي، بما فيها القدس، الحدود، والإسرائيليين، بالإضافة إلى موضوع المستوطنات الإسرائيلية، ومناطق القواعد العسكرية.^{٨٤}

من خلال النص السابق، يتبين لنا أن الولاية القضائية للمحاكم الفلسطينية غير كاملة، بل واستثني من صلاحياتها العديد من الأمور الضرورية، مما يخلق ازدواجية في النظام القضائي، داخل البقعة الجغرافية الواحدة، فالمستوطنات والمستوطنون، والإسرائيليون بشكل عام، يخضعون لقوانين ومحاكم تختلف عن تلك التي يخضع لها الفلسطينيون.

أما الأمر الخطير في هذه الاتفاقية، فهو ما كرسه من تبرير لإسرائيل، بتطبيق قانونها على المستوطنات والمستوطنين، بعد أن لم تأل جهداً بتبرير تطبيقها لقانونها عليهم، فجاءت هذه الاتفاقية لتبرر لها ذلك، باتفاق مع الفلسطينيين.^{٨٥}

نختم هذا المطلب، بالقول أن القضاء الفلسطيني، على الرغم من الصعوبات والتحديات التي يواجهها، كونه قضاء لم يعرف الاستقلالية سابقاً، فلم تعنى أية جهة حكمت فلسطين باستقلاله. ولعدم تمكنه من امتلاك أدوات الاستقلال، إلا أنه مطالب اليوم، بالمحافظة على استقلاله من جهة، ومن جهة أخرى استقلال أعضائه، بحيث يكفل حق التقاضي للجميع، ويحقق المساواة أمام القانون للجميع، وإن كانت الاتفاقيات الإسرائيلية - الفلسطينية تشكل عقبة أمام استقلاله والقيام بواجبه ودوره في المحافظة على الحقوق والحريات، فلا بديل سوى الخروج عن هذه الاتفاقيات، كونها تفرغ هذا الجهاز من أهدافه، وتحول بينه وبين القيام بدوره المطلوب.

٨٤ المادة (١٧) من اتفاقية واشنطن.

٨٥ مضر قسيس وسمير نخلة، الإصلاح القانوني في فلسطين: تفكيك الاستعمار وبناء الدولة (جامعة بيرزيت، معهد الحقوق، ٢٠٠٩)، ١١٨.

المطلب الثاني

دور القضاء الفلسطيني في التأسيس للدولة (عملية التحرر)

نعالج في هذا المطلب، دور القضاء الفلسطيني في التأسيس للدولة، مستندا للواقع الفلسطيني الخاص، إذ أن الجهاز القضائي الفلسطيني، هو أحد سلطات أو أجهزة سلطة الحكم الذاتي، وليس أحد سلطات الدولة. فإن كانت السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية لإقليم يزرح للوقت الحالي تحت الاحتلال، فلا بد، وأن هاتان السلطان تقومان بما يستلزم لدفع عملية التحرر، وإنهاء الاحتلال، وهذا الأمر الذي ندعي تقصيره من قبل السلطة القضائية، فالسلطة القضائية مطالبة في القيام بدورها في عميلة انهاء الاحتلال وعملية التحرر الوطني.

نتطرق في دراسة هذا المطلب، من خلال البحث في جدلية سمو القانون الاساسي على الاتفاقيات الاسرائيلية- الفلسطينية. الأمر الذي يرتب نتائج مختلفة على كل فرضية. هذا ونعالج السبيل الذي يمكن القضاء من القيام بدروه، كأحد السلطات التي تشارك في عملية التحرر وإنهاء الاحتلال، وكما نفرض أن تشكيل محكمة دستورية أمر يساهم في كفالة حقوق المواطنين وحررياتهم ويعزز من عملية بناء الدولة وإنهاء الاحتلال.

تسعى السلطة الوطنية الفلسطينية، من خلال قيادتها إلى الوصول إلى الإمكانية التي تجعل من حلم الفلسطينيين حقيقة، فإنهاء الاحتلال هو أولوية ترتب القدرة على بناء الدولة الفلسطينية، والتي إرتأت فيها القيادة تبنى خيار دولة القانون. وقد تبنت دولة القانون خيار النظرية الحديثة للفصل بين السلطات؛ إذ تقوم دولة القانون وبالتالي النظرية الحديثة للفصل بين السلطات على مجموعة من المبادئ، أهمها: سمو الدستور، مبدأ الهرمية، مبدأ الفصل المرن بين السلطات القائم على التعاون والتكامل، وبالتالي فإن ترابع الدستور على هرم التشريعات يتطلب حماية ما هو منصوص في هذا الدستور من قواعد تنظم المركز القانوني للسلطات الثلاث، وليس فحسب،

بل أصبح من المهم حماية الحقوق والحريات ايضا، وإن مجرد النص على لائحة من الحقوق والحريات بات غير كاف لحمايتها، بل، لا بد من وجود جسم أو كيان معين يضمن الحماية المناسبة لهذه الحقوق والحريات، بهدف تحويلها إلى التزامات قانونية أمام المشرع، فكانت سلطة القضاء الحارس على حقوق المواطنين وحررياتهم.

لم يأت في أحكام القانون الأساسي أي ذكر لاتفاقية واشنطن، وجاء في ديباجة القانون الأساسي، أنه يستمد قوته من إرادة الشعب الفلسطيني وحقوقه الثابتة ونضاله الدؤوب والذي مارس حقه الديموقراطي في انتخاب رئيس السلطة الوطنية، وأعضاء المجلس التشريعي، ليبدأ بتنظيم أسس الحياة التشريعية الديمقراطية وبنائها في فلسطين.

وأكدت المادة الثانية من القانون الأساسي على أن « الشعب مصدر السلطات ويمارسها عن طريق السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية... ». وإن نص المادة الثانية ليس إلا تقنيًا لمسألة مستقرة في المفاهيم القانونية في العالم، فهي فكرة قانونية مستقرة ومأخوذ بها، وهي الأساس الذي تقوم عليه فكرة السيادة.

إن هذا النص، يثير التساؤل حول شرعية مخالفة الاتفاقيات الإسرائيلية- الفلسطينية للقانون الأساسي، خصوصا، وأن هذه الاتفاقيات لم تعالج أو تصدر بقوانين عبر المجلس التشريعي، ولإن كانت هي المؤسسة له. فأيهما أولى بالتطبيق بالنسبة للقاضي الفلسطيني، القانون الأساسي المعدل أم الاتفاقيات التي أبرمها الجانب الفلسطيني؟

لم تتفق الدساتير المقارنة بشأن المكانة التي تحظى بها الاتفاقيات، فبعضها منحها قيمة، ومكانة فوق الدستور، والبعض الآخر منحها قيمة دستورية، ومنها من منحها قيمة دون الدستورية وأعلى من التشريع العادي، ومنها من منحها قيمة توازي التشريع العادي.

في قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم (٢٠) لعام ٢٠٠٣م، جاء فيه: « أمام من حيث الموضوع فإننا نجد أن محكمة الاستئناف توصلت بقرارها المطعون فيه الى أن الولاية القضائية للمحاكم النظامية للنظر في كافة المنازعات بين الأفراد مستمدة من القانون الأساسي حيث نصت المادة ٨٨ منه بأن السلطة القضائية مستقلة وتداولها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها.. ، وتصدر أحكامها وفقا للقانون وبالتالي فإن الاتفاقيات المعقودة لا تنقص ولاية المحاكم». كما أضافت المحكمة في ذات القرار: « فإنه ينبغي لتنفيذ أي اتفاقية ان يجري تعديل القانون وفق أحكامها). وهذا يعني أن أية اتفاقية تحد من حكم القانون لا تنفذ الا بتعديل القانون ليصبح متناغما (متوافقا) مع أحكامها.

وبناء على المقتضبات المشار إليها من القرار رقم (٢٠) لعام ٢٠٠٣م، فإن القانون الأساسي المعدل لعام ٢٠٠٣ يعد بمثابة المرجعية الأولى بالنسبة للقضاء الفلسطيني، وبالتالي فإن الاتفاقيات المعقودة مع الجانب الإسرائيلي لا تنقص من ولاية المحاكم الفلسطينية شيئا طالما أن الحديث يدور عن مناطق واقعة تحت مسؤولية السلطة الفلسطينية.^{٨٦}

بعد إستقراء نصوص أحكام الاتفاقيات الإسرائيلية - الفلسطينية، نجد أن هذه الاتفاقيات ذات طابع مؤقت (مرحلي)، فقد جاءت لتنظيم وإدارة المرحلة الانتقالية بين منظمة التحرير الفلسطينية وإسرائيل. وما يؤكد هذا اتجاه إرادة الطرفين الى تأجيل تسوية الأمور العالقة الى حين إنتهاء المرحلة الانتقالية، وتشير أحكام الاتفاقيات دون لبس أو غموض الى هذه الإرادة.

وعند البحث في خصائص الإتفاقيات الموقعة بين الجانبين، نجد أنها بمثابة اتفاق تمهيدي انتقالي، نحو الاتفاق الشامل النهائي، فهي مقدمة سلام مرحلي.^{٨٧}

٨٦ نصت المادة (١١٩) من القانون الأساسي المعدل « يلغى ما يتعارض مع أحكام هذا القانون الأساسي المعدل».

٨٧ الفتاوى زرا، اتفاقات أوصلو وأحكام القانون الدولي (الاسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٠)،

ويمكننا القول أن لمقدمات السلام وظيفتين هامتين: الأولى، التمهيد لعقد اتفاقية تالية، هي معاهدة السلام النهائية. الثانية، هي تحديد النصوص أو الأسس والمبادئ التي تم الاتفاق عليه لتكون أساساً لعقد المعاهدة النهائية. وقد تكون هذه النصوص كثيرة، كما قد تكون قليلة، ولكنها تلعب دوراً هاماً وجوهرياً في وضع معاهدة السلام النهائية. إذن، تتميز طبيعتها القانونية، بأنها معاهدة ذات طبيعة سياسية، تمهد لعقد معاهدة السلام النهائية، وبأنها ذات طبيعة مؤقتة أو انتقالية.^{٨٨}

تأسيساً على ذلك، إن القضاء الفلسطيني قادر على الاستقلال، على الرغم من جميع الصعوبات والمعوقات التي تواجهه، فهو قادر على السير نحو أهدافه المنشودة. وهذا الجهاز، له مرجعيته القانونية المستمدة من القانون الأساسي، والقوانين الفلسطينية، ولا يلزم بأي تقسيم أو انتقاص من ولايته، فلا يجب أن يعترف القضاء بتقسيم المناطق الذي جاء في الاتفاقيات الإسرائيلية- الفلسطينية، هذا وأن القضاء لا يميز بين المواطنين، فحامل الهوية الزرقاء هم فلسطينيون يجب أن يطبق عليهم القانون الفلسطيني. فلم تكن الاتفاقيات يوماً أقوى من القانون.^{٨٩}

وعليه، فإن القضاء الفلسطيني له دور كبير في التخلص من أي انتقاص لسيادة السلطة الوطنية الفلسطينية، فخروجه عن الحدود التي رسمت له في الاتفاقيات الثنائية أمر لا مناص منه للقيام بأعباءه كسلطة مستقلة لها دور في عملية التحرر وإنهاء الاحتلال.

أما الوجه الثاني، لدور القضاء الفلسطيني في بناء الدولة، فيكمن بقرارات المحكمة الدستورية، ولأن القانون الأساسي يضمن الحقوق والحريات للمواطنين، إلا أن هذه الضمانة لا يمكن تحقيقها إلا بوجود جهاز يعمل على

٨٨ محمد سلامة، إتفاقيات أوسلو للسلام دراسة قانونية تحليلية في ضوء قواعد القانون الدولي العام (القاهرة: جامعة عين شمس، ٢٠٠٠)، ٤٥.

٨٩ مقابلة مع المستشار طلعت الطويل، رئيس محكمة استئناف القدس، مقابلة أجريت في مكتبه في رام الله.

حمايتها. فالقانون الأساسي، وضع من أجل غايتين، تنظيم هيكلية الدولة وتوزيع الصلاحيات بين مؤسساتها من جهة، وضمانة حقوق وحرريات الأفراد من خلال التقيد بهذا التنظيم والتوزيع، من جهة ثانية.

هنا، نلمس مدى أهمية التناغم بين هاتين الغايتين لكي تتجسد الضمانات الدستورية بشكل فاعل. لأنه لا يغفل عن بال أحد أن ما من دولة إلا وتتغنى بدستورها، من خلال ما يتضمنه من حقوق وحرريات لأفرادها، لكن كم من أنظمة ديمقراطية اعتقدت أنه بتجذير مبدأ الفصل بين السلطات والنص على الحقوق والحرريات، يجعل الأمر ممكنا ومصانا.

إن الأمان للأفراد والمحافظة على حقوقهم، وحررياتهم، لا يكون إلا بوجود الجهاز القادر على الفصل بقرارات قطعية تحمي الحقوق والحرريات وتصونها، فتلك الطائفة من الحقوق مستمدة من قوة الدستور نفسه، وعلية فالمحكمة الدستورية وحدها الضمان لعدم العبث في هذه الحقوق.^{٩٠}

٩٠ أمين صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون (بيروت: المؤسسة الحديثة، ٢٠٠٢)، ٣٠١.

لقد مر القضاء الفلسطيني بمراحل مختلفة، وذلك لاختلاف الأنظمة السياسية والقانونية التي فرضت على فلسطين. الأمر الذي ترك إرثاً قضائياً على كافة الأصعدة، فلم تكن أي جهة باستقلال هذا القضاء أو دعمه نحو الاستقلال، ولطالما كان أحد أدوات ترسيخ الانتداب أو الاحتلال. ويتضح دور الاحتلال الإسرائيلي وأثره السلبي تحديداً على واقع القضاء الفلسطيني في مجموع الإجراءات والتدابير التي اتخذتها دولة الاحتلال في مواجهة الجهاز القضائي الفلسطيني، منها إلغاء محكمة التمييز، وإعادة تشريع قوانين الطوارئ، وإصدار الأوامر العسكرية التي تحد من سلطة هذا القضاء.

عقب إبرام الاتفاقيات الثنائية بين منظمة التحرير الفلسطينية وإسرائيل، تم تحديد الولاية الجغرافية والموضوعية للسلطة. وكان الأساس هي الاتفاقية الإسرائيلية - الفلسطينية المرحلية التي أبرمت بتاريخ ٢٨/٩/١٩٩٥ في واشنطن.

إلا أنه تم تجاوز أثر الاتفاقيات الإسرائيلية - الفلسطينية، وانعكاساتها السلبية على واقع القضاء الفلسطيني أكثر من تثبيت وضع القضاء الفلسطيني على حاله، وبالكيفية التي كان عليها في ظل الاحتلال الإسرائيلي، وإنفراداً. بممارسة السلطة القضائية المطلقة، على الأراضي الفلسطينية، فكان لإقرار هذه الاتفاقيات المرحلية الأثر الواضح لما يمكن تسميته بالمشاركة أو التقاسم الوظيفي، في مهام التشريع والقضاء ما بين السلطة الوطنية الفلسطينية والاحتلال الإسرائيلي على صعيد الأراضي الفلسطينية خلال المرحلة الانتقالية.

ونرى أن ما ورد في هذه الاتفاقيات الثنائية من تنازل، عن صلاحية القضاء الفلسطيني أمراً لا يجب التوسع

والاجتهاد غير المبرر في تفسيره، ولا نرى أي ضرورة للحد من ولاية القضاء الفلسطيني لمصلحة الالتزام الحرفي بالاتفاقية. وكما ندعي عدم جواز تعريف المواطنين من حاملي الهوية الزرقاء بأنهم إسرائيليين، لا تنطبق عليهم الولاية القضائية الفلسطينية، ولا يحاكموا وفق القانون الفلسطيني، وباستقراء بنود اتفاقية واشنطن، يستدل على أن هناك تفريق بين الإسرائيليين وحاملي الهوية الزرقاء، الذين منحوا حقوق سياسية كالفلسطينيين، كما أن العرب الفلسطينيين وحدهم الذين يحملون الهوية الزرقاء، وقد اعتبروا كحاملي إقامة دائمة في القدس.

أخيراً، نؤكد أن استقلال القضاء، تحقيق العدالة، وضمان التقاضي، مفاهيم رئيسية لا يمكن تجاهلها عند إجراء أي تقييم لحالة السلطة القضائية، ومنظومة العدالة. فحتى يكون جهاز القضاء الفلسطيني بخير، يجب أن يحقق استقلاله بتبني نظرية موت من أوجده، فإن كانت الاتفاقيات الثنائية هي السبب لوجود السلطة القضائية، إلا أن إتباع القضاء لهذه الاتفاقيات يفقده مضمونه ويبعده عن وظيفته والسير نحو تحقيق أهدافه. فالأصل أن القضاء يضمن حق التقاضي والمساواة ويكفلها أمام القانون. ولا يكون ذلك دون تبني مرجعية فلسطينية تحدد بالقانون الأساسي والقوانين الفلسطينية الأخرى.

وعليه، فإن القضاء الفلسطيني، له دور كبير في التخلص من أي انتقاص لسيادة السلطة الوطنية الفلسطينية، فخروجه عن الحدود التي رسمت له، في الاتفاقيات الثنائية أمر لا مناص منه للقيام بأعباءه كسلطة مستقلة لها دور في عملية التحرر وإنهاء الاحتلال.

أما دور القضاء الفلسطيني في بناء الدولة، فيكمن بقرارات المحكمة الدستورية، ولأن القانون الأساسي يضمن الحقوق والحريات للمواطنين، إلا أن هذه الضمانة، لا يمكن تحقيقها إلا بوجود جهاز يعمل على حمايتها. فالقانون الأساسي، وضع من أجل غايتين، تنظيم هيكلية الدولة وتوزيع الصلاحيات بين مؤسساتها من جهة، وضمانة حقوق وحريات الأفراد من خلال التقيد بهذا التنظيم والتوزيع من جهة ثانية.

- « الحلبي، محمد علي. شرح قانون العقوبات. عمان: دار الثقافة، ١٩٩٧.
- « السعيد، كامل. شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٧.
- « نصرة، أحمد. "قراءة في شرعية الأوامر العسكرية الاسرائيلية من وجهة نظر القانون الدولي والمحلي". مجلة تسامح، عدد ١٧ (١٠٠٧): ١٢١-١٤٦.
- « شقير، رزق. الاختصاص الجنائي طبقاً لاتفاقية غزة - أريحا. رام الله: مؤسسة الحق، ١٩٩٤.
- « القضاة، مفلح. أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي. عمان: دار الثقافة، ٢٠٠٢.
- « العبودي، عباس. شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية. عمان: دار الثقافة، ٢٠٠٦.
- « البرغوثي، معين. حول حالة السلطة القضائية ومنظومة العدل في العام ٢٠٠٥. رام الله: الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، ٢٠٠٦.
- « الباز، علي السيد. الرقابة على دستورية القوانين في مصر. الاسكندرية: مكتبة دار الجامعات، ١٩٧٨.
- « عبد الله، عبد الغني بسيوني. مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي. عمان: منشورات الحلبي، ٢٠٠٠.
- « الكيلاني، فاروق. استقلال القضاء. بيروت: دار المؤلف، ١٩٩٩.
- « صليبا، أمين عاطف. دور القضاء الدستوري في

- إرساء دولة القانون "دراسة مقارنة". طرابلس لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٠٢.
- « زراص، النفاتي. اتفاقات أوسلو وأحكام القانون الدولي. الاسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٠.
- « سلامة، محمد، ومحمد خليل الموسى. اتفاقيات أوسلو للسلام دراسة قانونية تحليلية في ضوء قواعد القانون الدولي العام. القاهرة: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٠.
- « الرئيس، ناصر. القضاء في فلسطين ومعوقات تطوره. رام الله: مؤسسة الحق، ٢٠٠٠.
- « شحادة، رجا. اعلان المبادئ والنظام القانوني في الضفة الغربية. القدس: الجمعية الفلسطينية الأكاديمية للشؤون الدولية، ١٩٨٤.
- « قسيس، مضر ونخلة، سمير. الاصلاح القانوني في فلسطين: تفكيك الاستعمار وبناء الدولة. معهد الحقوق: جامعة بيرزيت، ٢٠٠٩.
- « Shehadeh, R. «the legislative stages on Israeli military >, 151- 167.supra note 78,pp
- « المواثيق الدولية والتشريعات
- « الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨، والمنشور على الموقع: <http://www1.umn.edu/humanrts/arab/b001.html>
- « العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦، والمنشور على الموقع الإلكتروني: <http://www1.umn.edu/humanrts/arab/b003.html>
- « المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية التي اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة في ميلان، ١٩٨٥.

« الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام ١٩٥٠، والمنشورة على الموقع الإلكتروني:

<http://www1.umn.edu/humanrts/arab/euhrcom.html>

« الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩، والمشار إليها على الموقع الإلكتروني: <http://www1.umn.edu/humanrts/arab/MHRJPL3ar.pdf>

« الملحق رقم (٤) باتفاقية أوسلو "بروتوكول حول القضايا القانونية".

« الاتفاقية الإسرائيلية الفلسطينية المرحلية حول الضفة الغربية وقطاع غزة المبرمة في واشنطن بتاريخ ٢٨ أيلول ١٩٩٥.

« السلطة الوطنية الفلسطينية. القانون الأساسي المعدل لعام ٢٠٠٣. (الوقائع الفلسطينية: العدد الممتاز ٢. تاريخ ١٩/٣/٢٠٠٣) ص ٨.

« السلطة الوطنية الفلسطينية. قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (٢) لعام ٢٠٠١. (الوقائع الفلسطينية: العدد ٣٨. تاريخ ١٩/٥/٢٠٠١) ص ٩٤

« الضفة الغربية/ الحكم الأردني. قانون العقوبات رقم (١٦) لعام ١٩٦٠. (الجريدة الرسمية الأردنية: العدد ١٤٨٧. تاريخ ١/٥/١٩٦٠) ص ٣٧٤.

قرارات المحاكم

مجموعة أحكام لمحاكم فلسطينية (المحكمة العليا بصفقتها الدستورية، المحكمة العليا بصفقتها الإدارية (العدل العليا)، محكمة النقض، محكمة الاستئناف).

المقابلات

مقابلة مع المستشار طلعت الطويل، رئيس محكمة استئناف القدس، رام الله، تاريخ ٥/٤/٢٠١٢.

التقارير

- « تقرير لجنة حقوق الانسان في المجلس الاقتصادي والاجتماعي عن استقلال وحيدة السلطة القضائية (تقرير سنغفي) سنة ١٩٨٥
- « تقرير اللجنة الدولية للحقوقين، ١٩٩٤، والذي حمل عنوان النظام القضائي المدني في الضفة الغربية وقطاع غزة: الحاضر والمستقبل.
- « الدليل بشأن حقوق الانسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين، الحلقة رقم (٩) من سلسلة التدريب المهني، الأمم المتحدة، جنيف، ٢٠٠٢.

القضاء الإداري في فلسطين التطور والخصائص

اشرف صيام

واجه القضاء الفلسطيني الكثير من الكبوات، والعثرات نتيجة لغياب الدولة الفلسطينية، وتعاقب دول وادارات مختلفة على حكم فلسطين، ومنها الإدارة العسكرية للإحتلال الإسرائيلي التي زادت من ضعف السلطة القضائية الفلسطينية بوجه عام، والقضاء الإداري الفلسطيني بوجه خاص.

ومن جملة الإنجازات الهامة، التي جاءت بها السلطة الوطنية الفلسطينية، بناء أو إعادة بناء المؤسسات الفلسطينية التشريعية، والتنفيذية، والقضائية، ونتيجة لذلك تم صياغة وإقرار القانون الأساسي سنة ١٩٩٧، ومن ثم إصداره سنة ٢٠٠٢، والذي جاء ناظماً للحريات والحقوق الأساسية، وللسلطات الثلاثة التشريعية والتنفيذية والقضائية وعلاقتها ببعضها البعض.

فقد أجازت المادة (٩٣) منه إنشاء محاكم إدارية للنظر في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية، على أن يُحدد القانون اختصاصاتها الأخرى، والإجراءات التي تتبع أمامها، ولحين تحقق ذلك فقد أناطت المادة (٩٥) منه بالمحكمة العليا مؤقتاً، القيام بكل المهام المسندة للمحاكم الإدارية، ما لم تكن داخلة في اختصاص جهة قضائية أخرى، وفقاً للقوانين النافذة.

وفي ظل القانون الأساسي المعدل لسنة ٢٠٠٣م، أكد المشرع الفلسطيني، على الأحكام الخاصة بالقضاء الإداري الواردة في القانون الأساسي لسنة ٢٠٠٢م، مكرراً لها في

المادتين (١٠٢، ١٠٤) من القانون الأساسي المعدل لسنة ٢٠٠٣م، حيث نص في المادة (١٠٢) على جوازية إنشاء محاكم إدارية للنظر في المنازعات الإدارية، والدعاوى التأديبية مكتفياً بذلك، ومحيلاً أمر تنظيم اختصاصاتها الأخرى، والإجراءات أو الأصول المتبعة أمامها، وكافة الأمور الأخرى المتعلقة بها إلى قانون خاص بها. ولغاية الآن لم يصدر مثل هذا القانون، وبقيت المحكمة العليا، تتولى القيام بمهامهة الحين إنشائها، استناداً إلى نص المادة (١٠٤) من القانون الفلسطيني الأساسي المعدل.

علماً أن قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني لسنة ٢٠٠١، هو فعلياً من أنشأ محكمة عدل عليا موحدة، كجزء من المحكمة العليا، وليس القانون الأساسي؛ على اعتبار أنه أصبح ساري المفعول قبل القانون الأساسي، وهو ما سوف يتم تفصيله لاحقاً.

ويعرض الباحث فيما يلي لمراحل نشأة القضاء الإداري في فلسطين، وتطوره، وفقاً لخمس مراحل، هي: مرحلة العهد العثماني، ومرحلة الانتداب البريطاني، ومرحلة الحكم الأردني للضفة الغربية، والإدارة المصرية لقطاع غزة، والإحتلال الاسرائيلي للضفة الغربية وقطاع غزة، ومرحلة السلطة الوطنية الفلسطينية. ثم لخصائص قضاء محكمة العدل العليا الفلسطينية.

١. تطور القضاء الإداري في فلسطين

١,١ تنظيم القضاء الإداري في ظل العهد العثماني

استمرت الخلافة العثمانية في مصر وبلاد الشام منذ (١٥١٦ - ١٩١٨م).^{٩١} وفي بداية العهد العثماني كانت فلسطين تعد جزءاً من ولاية الشام، وفيما بعد ظلت طوال العهد العثماني موزعة على أكثر من ولاية.^{٩٢}

٩١ محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الاسلام (بيروت: دار الفكر المعاصر، ١٩٩٥)، ٤٢٨.

٩٢ عدنان عمرو، الإدارة المحلية في فلسطين ١٨٥٠ - ٢٠٠٩ (بدون مكان نشر: بدون دار نشر، بدون سنة نشر)،

عرفت هذه الفترة ملامح القضاء الإداري، حيث وجد خلالها «مجلس شورى الدولة التركي» الذي اختص بالفصل في المنازعات الإدارية ومحكمة كبار الموظفين. كما وجدت خلال هذه الفترة «مجالس الإدارة»، التي نشأت في الالوية والأقضية في الولايات التابعة لحكمهم، حيث كانت هذه المجالس تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الإدارة والافراد من جهة، والموظفين من جهة اخرى.^{٩٣}

١،٢ تنظيم القضاء الاداري زمن الانتداب البريطاني

بتاريخ ٩/١٢/١٩١٧م، دخلت القوات البريطانية القدس بقيادة الجنرال «ألنبي»، ووضعت فلسطين تحت الحكم العسكري، ولغاية صيف ١٩٢٠م، حيث أحلت محل الحكم العسكري الإدارة المدنية.^{٩٤}

وبتاريخ ٢٤/٧/١٩٢٢م، صادق مجلس عصبة الأمم على صك الانتداب البريطاني على فلسطين. وبقيت فلسطين خاضعة للانتداب البريطاني حتى انتهائه في ١٥/٥/١٩٤٨م.^{٩٥}

عرفت هذه الفترة قضاء إداريا أكثر تطوراً، بالمقارنة مع الفترة التي سبقتها، حيث يظهر من التشريعات الانتدابية السارية خلال هذه الفترة، أنها خصت جهة قضائية للنظر في المنازعات الإدارية، ألا وهي المحكمة العليا بصفتها عدل عليا.

ويمكن القول: أن أول إشارة لمصطلح «محكمة عدل عليا» تعود لتشريعات الانتدابية، حيث أن مرسوم دستور فلسطين لسنة ١٩٢٢م، نص على انعقاد المحكمة العليا بصفتها محكمة عدل

٩٣ نواف كنعان، القضاء الاداري (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩)، ٧٤.

٩٤ معتر قفيشة، تنظيم القضاء ومدى استقلال السلطة القضائية في عهد الانتداب البريطاني في فلسطين، بحث غير منشور.

٩٥ هنري كتن، قضية فلسطين، ترجمة. رشدي الاشهب (رام الله: مطبوعات وزارة الثقافة، ١٩٩٩)، ٣٨، ٤٧.

علياً.^{٩٦} ومن ثم جاء قانون المحاكم الانتدابي رقم (٣١) لسنة ١٩٤٠م، وأكد على انعقاد المحكمة العليا بصفتها محكمة عدل علياً، ومميّناً آلية تشكيلها واختصاصاتها.^{٩٧}

٣، ١ تنظيم القضاء الإداري في فلسطين خلال الفترة الممتدة (١٩٤٨ - ١٩٦٧) بعد انتهاء الانتداب البريطاني على فلسطين، خضع قسم من فلسطين للسيطرة الإسرائيلية (الأراضي الفلسطينية المحتلة عام ١٩٤٨)، وجزء آخر للحكم الأردني (الضفة الغربية)، والجزء الثالث للإدارة المصرية (قطاع غزة).

سوف يكتفي الباحث بالإشارة إلى تطور القضاء الإداري في زمن الحكم الأردني للضفة الغربية، والإدارة المصرية لقطاع غزة.

٩٦ المادة (٤٣) من مرسوم دستور فلسطين لسنة ١٩٢٢.

٩٧ تنص المادة (٥) من قانون المحاكم الانتدابي رقم (٣١) لسنة ١٩٤٠م، على أنه: «١. تؤلف المحكمة العليا، لدى انعقادها بصفة محكمة عدل علياً أو محكمة استئناف حقوقية، من عدد من قضاة تلك المحكمة يعينه قاضي القضاة إما بصورة عامة أو لسماع أية دعوى خاصة أو صنف من الدعاوى، على أن لا يقل عدد هؤلاء القضاة عن اثنين؛ ويشترط في ذلك أن يكون بين قضاة المحكمة، قاض بريطاني واحد على الأقل. ويشترط أيضاً أن يجوز لأي فريق في أية دعوى قائمة أمام محكمة العدل العليا أو محكمة الاستئناف الحقوقية أن يقدم إلى رئيس المسجلين، في أي وقت قبل تعيين تاريخ سماع الدعوى، طلباً خطياً يلتمس فيه تأليف المحكمة أثناء سماع تلك الدعوى من قضاة بريطانيين أو من قضاة أكثرهم بريطانيون، ومن ثم تؤلف المحكمة على هذه الصورة. ويرأس المحكمة أعلى قاض بريطاني موجود فيها. ٢. إذا كانت المحكمة العليا وهي منعقدة بصفة محكمة عدل علياً أو محكمة استئناف حقوقية مؤلفة من قاضيين ووقع بينهما خلاف في الرأي فإن قاضي القضاة ينتدب قاضياً ثالثاً يضمه إلى المحكمة، ثم تسمع الدعوى من جديد». وتنص المادة (٧) من ذات القانون على أنه: «يكون لمحكمة العدل العليا دون سواها صلاحية النظر في الأمور التالية: أ. الطلبات (التي هي من نوع المعارضة في الحبس) التي يطلب فيها إصدار أوامر الإفراح عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع. ب. الأوامر التي تصدر إلى الموظفين أو الهيئات العمومية بشأن القيام بواجباتهم العمومية وتكليفهم بالقيام بأفعال معينة أو بالامتناع عن القيام بها. ج. المسائل المتعلقة بتغيير مرجع الدعوى لدى سماع الدعوى في المحاكم المركزية ومحاكم الأراضي. د. الطلبات المتعلقة بإصدار أوامر إلى حكام الصلح بشأن كيفية تسيير التحقيقات الأولية التي تجري بمقتضى أحكام قانون أصول المحاكمات الجزائية) المحاكمات الاتهامية».

أ. تنظيم القضاء الاداري زمن الحكم الاردني للضفة الغربية

في عام ١٩٥٠، صدر قرارٌ بتوحيد الضفتين الغربية والشرقية لنهر الأردن، تحت مسمى المملكة الاردنية الهاشمية. وصادر قانون رقم (٢٨) لسنة ١٩٥٠م، والذي نص على استمرار نفاذ القوانين والأنظمة المعمول بها، في كل منهما، إلى أن يصدر بموافقة مجلس الأمة وتصديق الملك قوانين موحدة وشاملة.^{٩٨} وقد شهدت المملكة الأردنية الهاشمية، حركة نشطة على صعيد استحداث التشريعات الجديدة، وتعديل التشريعات التي كانت نافذة المفعول بها؛ بهدف توحيد التشريعات ما بين الضفتين، ومن التشريعات التي نالت نصيباً من ذلك التشريعات الناظمة للمحاكم، فصدر قانون مؤقت بشأن تشكيل المحاكم النظامية رقم (٧١) لسنة ١٩٥١م، والذي بيّنت المادة (٣/١١) منه أن محكمة التمييز تتعد بصفتها عدل عليا، ومبينة الاختصاصات المخول للمحكمة النظر فيها بهذه الصفة.^{٩٩}

ومن ثم أكد قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (٢٦) لسنة ١٩٥٢م، على انعقاد محكمة التمييز بصفتها محكمة العدل العليا، ومبينا اختصاصاتها.^{١٠٠}

ب. تنظيم القضاء الإداري زمن الإدارة المصرية لقطاع غزة

على خلاف ما حصل في الضفة الغربية، لم يشهد قطاع غزة خلال

٩٨ المادة (٢) من قانون رقم (٢٨) لسنة ١٩٥٠.

٩٩ تنص المادة (٣/١١) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (٧١) لسنة ١٩٥١ على أنه: «تتظر محكمة التمييز بصفتها محكمة عدل عليا: أ. صلاحية سماع وفصل المسائل التي هي ليست قضايا او محاكمات، بل مجرد عراض واستدعاءات خارجة عن صلاحية أي محكمة اخرى مما تستدعي الضرورة لفصله لإقامة قسطاس العدل، كالطلبات التي تنطوي على إصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع والأوامر التي تصدر الى الهيئات العامة وموظفي الحكومة بشأن القيام بواجباتهم العمومية وتكليفهم القيام باعمال معينة او الامتناع عن القيام بها. ب. صلاحية ابطال أي اجراء أو رأي صادر بموجب نظام يخالف الدستور او القانون بناء على شكوى المتضرر».

١٠٠ تنص المادة (٣/١٠) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (٢٦) لسنة ١٩٥٢ على أنه: «تتظر محكمة التمييز بصفتها محكمة عدل عليا: أ. الطعون الخاصة بانتخاب المجالس البلدية والمحلية والادارية. ب. في المنازعات المتعلقة بمرتبات التقاعد المستحقة للموظفين العموميين وورثتهم...».

هذه الفترة حركة نشطة، فيما يتعلق باستحداث تشريعات جديدة، أو فيما يتعلق بتعديل ما هو ساري المفعول منها، حيث بقيت التشريعات الانتدابية المتعلقة بالمحاكم سارية المفعول، فتم الإبقاء على قانون المحاكم الانتدابي رقم (31) لسنة 1940م، ساري المفعول، أي بكلمات أخرى، بقيت المحكمة العليا في قطاع غزة، تنعقد بصفتها محكمة عدل عليا، وفقا لآلية التشكيل والاختصاصات المنصوص عليها في المادتين (5 و7) من قانون المحاكم لسنة 1940م.

٤, ١ تنظيم القضاء الإداري زمن الإحتلال الإسرائيلي للضفة الغربية وقطاع غزة أصدر الإحتلال الإسرائيلي عند احتلاله للضفة الغربية، في حزيران عام ١٩٦٧م، الأمر العسكري رقم (٣٩) لسنة ١٩٦٧م، والذي ألغى بموجبه محكمة التمييز، والتي كانت تنعقد بأكثر من صفة، منها صفة العدل العليا، وفقا للقوانين الأردنية التي كانت سارية المفعول في الضفة الغربية. وفي العام ١٩٧٠م، صدر الأمر العسكري رقم (٤١٢) بشأن المحاكم المحلية، والذي حل محل الأمر العسكري رقم (٣٩) السابق، حيث بموجب الأمر العسكري رقم (٤١٢)، جرى تخويل محكمة الاستئناف كل صلاحية، خولت بموجب أحكام القوانين المحلية لمحكمة التمييز لدى انعقادها، بصفة محكمة عدل عليا، أي بكلمات أخرى، فإن محكمة الاستئناف أصبحت، تنعقد بصفتها عدل عليا، بدلا من محكمة التمييز.

أما في قطاع غزة الواقع تحت الإحتلال الإسرائيلي، بالتزامن مع احتلاله للضفة الغربية، فأبقى الإحتلال الإسرائيلي، على المحكمة العليا التي كانت تنعقد بصفتها محكمة عدل عليا، وفقا للقوانين السارية من زمن الانتداب البريطاني.

١٠١ المادة (٤) من الأمر العسكري الإسرائيلي رقم (٤١٢) لسنة ١٩٧٠ بشأن المحاكم المحلية.

١,٥ تنظيم القضاء الإداري زمن السلطة الوطنية الفلسطينية^{١٠٢}

يمكن تقسيم مراحل تطور القضاء الإداري في فلسطين، منذ حكم السلطة الوطنية الفلسطينية للضفة الغربية وقطاع غزة، إلى مرحلتين: الأولى، المرحلة الممتدة من عام ١٩٩٤ - ٢٠٠١ م. والثانية، المرحلة الممتدة من ٢٠٠١ - لغاية الآن.

أولاً: مرحلة ما قبل ٢٠٠١

١. ففي حزيران من العام ١٩٦٧ م - تاريخ بداية الإحتلال الإسرائيلي للضفة الغربية - أصدر الإحتلال الأمر العسكري رقم (٣٩) لسنة ١٩٦٧ م، والذي ألغى بموجبه محكمة التمييز، والتي كانت تتعقد بأكثر من صفة، منها صفة العدل العليا، وفقاً للقوانين الأردنية التي كانت سارية في الضفة الغربية. وفي العام ١٩٧٠ م، صدر الأمر العسكري رقم (٤١٢) بشأن المحاكم المحلية، والذي حل محل الأمر العسكري رقم (٣٩) السابق، حيث بموجب الأمر العسكري رقم (٤١٢)، جرى تحويل محكمة الاستئناف كل صلاحية خولت بموجب أحكام القوانين المحلية لمحكمة التمييز لدى انعقادها بصفة محكمة عدل عليا،^{١٠٣} أي بكلمات أخرى، فإن محكمة الاستئناف، أصبحت تتعقد بصفقتها عدل عليا، بدلاً من محكمة التمييز.

٢. أما في قطاع غزة الواقع تحت الإحتلال الإسرائيلي، وبالتزامن مع احتلاله للضفة الغربية، أبقى الإحتلال على المحكمة العليا التي كانت تنظر في النزاعات الإدارية وفقاً للمادة (٧) من قانون المحاكم رقم (٣١) لسنة ١٩٤٠ م، الذي كان ساري المفعول في قطاع غزة، والمادة (٤٣) من مرسوم دستور فلسطين لسنة ١٩٢٢ م.

٣. عند قدوم السلطة الفلسطينية إلى قطاع غزة والضفة الغربية، أصدر رئيس

١٠٢ كل ما يتعلق بهذه المرحلة يُراجع عاصم خليل وصهيب الشريف وأثرف صيام، تطور القضاء الإداري في فلسطين زمن السلطة الفلسطينية، ورقة غير منشورة، ٢٠١٣.

١٠٣ المادة (٤) من الأمر العسكري الإسرائيلي رقم (٤١٢) لسنة ١٩٧٠ بشأن المحاكم المحلية.

السلطة الوطنية «قانون رقم (٢) لسنة ١٩٩٤» بشأن مد ولاية المحكمة العليا بغزة، حيث بموجب هذا القانون، أصبحت ولاية المحكمة العليا تشمل الضفة الغربية إلى جانب قطاع غزة. أي أصبحت المحكمة العليا تنظر في النزاعات ذات الطابع الإداري سواء في الضفة الغربية أو قطاع غزة.

ثانياً: مرحلة ما بعد سنة ٢٠٠١

ففي هذه المرحلة، لم يصدر قانون واحد يضم كافة الأحكام والقواعد المتعلقة بالقضاء الإداري، وإنما صدرت أربعة قوانين تضمنت أحكاماً تتعلق بمحكمة العدل العليا الفلسطينية، هي: قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (٥) لسنة ٢٠٠١م، وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (٢) لسنة ٢٠٠١م، وقانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ٢٠٠٢م، والقانون الأساسي الفلسطيني لسنة ٢٠٠٢م، والمعدل سنة ٢٠٠٣م.

قانون تشكيل المحاكم النظامية:

بصدور قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (٥) لسنة ٢٠٠١، أصبحت المحكمة العليا بصفتها العدل العليا - سواء الغرفة الموجودة في الضفة الغربية أو قطاع غزة - تطبق الصلاحيات الممنوحة لها، بموجب هذا القانون، وبالتالي جرى توحيد الاختصاصات بينهما.

تضمن هذا القانون خمس مواد حول محكمة العدل العليا، هي:

١. المادة (٢٣)، التي اعتبرت أن محكمة العدل العليا هي إحدى مكونات المحكمة العليا، حيث جاء فيها: «تتكون المحكمة العليا من: ١. محكمة النقض. ٢. محكمة العدل العليا».
٢. المادة (٣٢)، التي تناولت هيئة محكمة العدل العليا وتشكيلها، حيث جاء فيها: «تتعقد محكمة العدل العليا من رئيس المحكمة العليا

وقاضيين على الأقل، وعند غياب الرئيس يرأس المحكمة أقدم نوابه،
فالقاضي الأقدم في هيئة المحكمة».

٣. المادة (٣٣)، التي ذكرت اختصاصات محكمة العدل العليا، حيث
جاء فيها: "تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي: ١. الطعون
الخاصة بالانتخابات. ٢. 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. ٣. الطلبات التي هي من نوع المعارضة في الحبس التي
يطلب فيها إصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه
غير مشروع. ٤. المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث
التعيين أو الترقية أو العلاوات أو المرتبات أو النقل أو الإحالة إلى
المعاش أو التأديب أو الاستيداع أو الفصل، وسائر ما يتعلق بالأعمال
الوظيفية. ٥. رفض الجهة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار
كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها. ٦.
سائر المنازعات الإدارية. ٧. المسائل التي ليست قضايا أو محاكمات
بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أي محكمة
تستوجب الضرورة الفصل فيها تحقيقاً للعدالة. ٨. أية أمور أخرى
ترفع إليها بموجب أحكام القانون".

٤. المادة (٣٤)، التي أوردت أسباب الطعن أمام محكمة العدل العليا،
حيث جاء فيها: "يشترط في الطلبات والطعون المرفوعة لمحكمة
العدل العليا من الأفراد أو الهيئات الواردة في المادة (٣٣) من هذا
القانون أن يكون سبب الطعن متعلقاً بواحد وأكثر مما يلي: ١.
الاختصاص. ٢. وجود عيب في الشكل. ٣. مخالفة القوانين أو
اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها. ٤. التعسف أو الانحراف في
استعمال السلطة على الوجه المبين في القانون".

١٠٤ يُذكر أن هذا الاختصاص لم يعد من اختصاصات محكمة العدل العليا، حيث أصبح من اختصاص محكمة
خاصة، هي محكمة قضايا الانتخابات، حيث بيّنت المادة (٢٠) من القرار بقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ بشأن
الانتخابات العامة، أن هذه المحكمة، المكونة من رئيس وثمانية قضاة، تُشكل برئوسومرتاسي، بناءً على تنسيب من
مجلس القضاء الأعلى.

٥. المادة (٣٧)، التي بينت أن المحكمة العليا، تمارس مهام محكمة العدل العليا لحين تشكيلها، حيث جاء فيها: "تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا لحين تشكيلها بقانون ما لم تكن داخلة في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة".

قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لسنة ٢٠٠١:

أفرد المشرع الفلسطيني الباب الرابع عشر؛ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لسنة ٢٠٠١ (من المادة ٢٨٣ - ٢٩١)؛ لبيان الأصول أو الإجراءات المتبعة أمام محكمة العدل العليا، وبالتالي، فإن الأحكام الواردة في هذا الباب، تعتبر بمثابة القواعد القانونية الإجرائية، التي يجب أن تطبق على المنازعات الإدارية، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار، أنه في حال قصور هذه القواعد؛ عن معالجة مسألة من مسائل الأصول المتبعة أمام محكمة العدل العليا، فإن للمحكمة، أن تأخذ من القواعد المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، بما يتناسب مع طبيعة دعوى الإلغاء الإدارية، آخذة بالحسبان أن ذلك القانون (أي قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية)، قد افرد باباً كاملاً لإجراءات التقاضي أمام محكمة العدل العليا، وفي ذلك تقول محكمة العدل العليا الفلسطينية: «دعوى الإلغاء لا تعتبر دعوى حقوقية وبالتالي لا تعتبر محكمة العدل العليا مقيدة بتطبيق القواعد المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية... طالما أن المشرع أفرد لهذه الإجراءات باباً مستقلاً وهو الباب الرابع عشر من القانون، وحدد هذا الباب الأصول الواجب إتباعها أمام محكمة العدل. ويرى فقهاء القانون الإداري بأن محكمة العدل العليا تأخذ من القواعد المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية بما ينسجم مع دعوى الإلغاء، والمحكمة العدل العليا أن ترفض إتباع تلك القواعد إذا لم تكن منسجمة مع دعوى الإلغاء».^{١٠٠}

١٠٠ حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله رقم (٤٨) لسنة ١٩٩٩، تاريخ الفصل فيه ٢٠٠٣/٦/١٠. وبذات المعنى حكمها رقم (٨٨) لسنة ١٩٩٨، تاريخ الفصل فيه ٢٠٠٣/٥/٢٨. وحكمها رقم (٤٣) لسنة ٢٠٠٥، تاريخ الفصل فيه ٢٠٠٥/١٠/٤. وأيضاً حكمها محكمة رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٥، تاريخ الفصل فيه ٢٠٠٥/٩/١٣.

قانون السلطة القضائية لسنة ٢٠٠٢:

تضمن هذا القانون مادتين حول محكمة العدل العليا، هما:

١. المادة (٦)، التي تذكر بشكل أوضح أنواع المحاكم الفلسطينية، ومنها محكمة العدل العليا، إذ جاء فيها: «تتكون «المحاكم الفلسطينية من: أولاً: المحاكم الشرعية والدينية وينظمها القانون. ثانياً: المحكمة الدستورية العليا وينظمها القانون. ثالثاً: المحاكم النظامية وتتكون من: ١. المحكمة العليا وتتكون من: أ- محكمة النقض. ب- محكمة العدل العليا. ٢. محاكم الاستئناف. ٣. محاكم البداية. ٤. محاكم الصلح...».
٢. المادة (٨٣)، هي تماثل المادة (٣٧) من قانون تشكيل المحاكم النظامية المذكورة سابقاً.

القانون الأساسي المعدل لسنة ٢٠٠٣:

تضمن هذا القانون مادتين حول محكمة العدل العليا، هما:

١. المادة (١٠٢)، التي تتحدث عن إنشاء محاكم إدارية، حيث جاء فيها «يجوز بقانون إنشاء محاكم إدارية للنظر في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى، والإجراءات التي تتبع أمامها».
٢. المادة (١٠٤)، وهي تماثل المادة (٣٧) من قانون تشكيل المحاكم النظامية، والمادة ٨٣ من قانون السلطة القضائية المشار إليهما آنفاً، حيث جاء فيها: «تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخله في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة».

ومن صفوة القول أن قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (٥) لسنة ٢٠٠١م، وقانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ٢٠٠٢م، قد سبقا القانون الأساسي المعدل بالنص على ذلك. إذ جاءت المادة (٣٧) من قانون تشكيل المحاكم

النظامية لسنة ٢٠٠١، والمادة (٨٣) من قانون السلطة القضائية الفلسطيني لسنة ٢٠٠٢، بنفس مضمون المادة (١٠٤) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣م، المشار إليها أعلاه، إلا أن الأولى أضافت الجملة التالية: «لحين تشكيلها بقانون»، والثانية أضافت جملة: «لحين تشكيلها». وفي هذا السياق، يُلاحظ أن التشريعات العادية، قد سبقت التشريع الأساسي في النص على ذلك، ويعود السبب في ذلك، إلى صدور هذه التشريعات قبل القانون الأساسي الفلسطيني زمنياً، إذ أن القانون الأساسي أقر بالقراءة الثالثة سنة ١٩٩٧، إلا أنه لم يصدر عن السلطات المختصة إلا في سنة ٢٠٠٢،^{١٠٦}.

٢. خصائص قضاء محكمة العدل العليا الفلسطينية^{١٠٧}

بالرجوع إلى السمات المميزة لقضاء محكمة العدل العليا الفلسطينية، فإن قضاءها يتسم بما يلي: سمة التأقيت، والأصول المتبعة أمام قضاء محكمة العدل العليا الفلسطينية، وبالتالي هل القضاء الفلسطيني ذو طبيعة موحدة أم مزدوجة، أم هو خليط من الطبيعتين؟ بالإضافة إلى أنه قضاء إلغاء وليس تعويض، وبالتالي، فإنه قضاء مشروعية وليست ملاءمة، وأخيراً سوف يتم التطرق إلى أنه قضاء على درجة تقاضي واحدة، والأثر المرتب على أحكامه وحجيتها. ويجدر التنويه إلى أنه سوف يتم مقارنة هذه السمات مع قرائنهن من سمات قضاء محكمة العدل العليا الأردنية.

٢،١ سمة التأقيت

إن نصوص التشريعات الفلسطينية، تشير إلى ذلك بصورة صريحة، إذ تنص المادة (١٠٤) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣ على أنه: «تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخلة في اختصاص جهة قضائية

١٠٦ يجدر التنويه إلى أن المجلس التشريعي، الذي وضع قانون تشكيل المحاكم النظامية سنة ٢٠٠١، والذي أقر القانون الأساسي سنة ١٩٩٧، كان يتعامل مع ما ورد في القانون الأساسي، وكأنه ملزم له على الأقل، وإن لم يكن قد تم إصداره من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بعد.

١٠٧ كل ما يتعلق بهذه الجزئية يُراجع أشراف صيام، «القرار الإداري المتعدم في ضوء أحكام محكمتي العدل العليا الفلسطينية والأردنية - دراسة تحليلية»، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، ٢٠١١.

أخرى وفقا للقوانين النافذة». ومن صفة القول أن قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (٥) لسنة ٢٠٠١م، وقانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ٢٠٠٢م، قد سبقا القانون الأساسي المعدل بالنص على ذلك.^{١٠٨}

واضح من النص السابق، أن المحكمة العليا - التي تتربع على قمة هرم المحاكم النظامية - عليها أن تتولى مؤقتا القيام باختصاصات المحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية، فهذه المحكمة (أي المحكمة العليا) تكون من: محكمة النقض، ومحكمة العدل العليا.^{١٠٩} وعليه، فإن المحكمة العليا لها ثلاث صفات، أو تتعدد بثلاث صفات، وهي: تتعدد بصفتها محكمة نقض، وتتعدد بصفتها محكمة إدارية (العدل العليا)، وتتعدد بصفتها محكمة دستورية.

ومن الضروري الإشارة إلى أنه لم يتم تشكيل محكمة إدارية، أو دستورية بشكل مستقل، لغاية إعداد هذه الدراسة، مع العلم أن قانون المحكمة الدستورية العليا، قد صدر سنة ٢٠٠٦م. إلا أن هذا يقتضي التوضيح، أن الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها الإدارية، يُذكر فيها عبارة

١٠٨ إذ جاءت المادة (٣٧) من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني لسنة ٢٠٠١م، والمادة (٨٣) من قانون السلطة القضائية الفلسطيني لسنة ٢٠٠٢م، بنفس مضمون المادة (١٠٤) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣م، المشار إليها أعلاه، إلا أن الأولى أضافت الجملة التالية: «لحين تشكيلها بقانون»، والثانية أضافت جملة: «لحين تشكيلها». وفي هذا السياق يلاحظ أن التشريعات العادية قد سبقت التشريع الأساسي في النص على ذلك، ويعود السبب في ذلك إلى صدور هذه التشريعات قبل القانون الأساسي الفلسطيني زمنيا، إذ أن القانون الأساسي أقرب القراءة الثالثة عام ١٩٩٧ إلا أنه لم يصدر عن السلطات المختصة إلا في عام ٢٠٠٢م، للمزيد حول هذا الموضوع يمكن مراجعة: Feras Milhem, "The Origins and Evolution of the Palestinian Sources of Law," PhD diss., Vrije Universiteit Brussel, 2004, 184

ونصت المادة (٩٥) من مشروع القانون الأساسي المقر بالقراءة الثالثة لسنة ١٩٩٧ إلى أنه: "تتولى المحكمة العليا مؤقتا كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخلة في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقا للقوانين النافذة". وبالتالي فإن نص هذه المادة له نفس مضمون نص المادة (١٠٤) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣م، والمراد من ذلك أن مشروع القانون الأساسي قد سبق التشريعات العادية (قانون تشكيل المحاكم النظامية لسنة ٢٠٠١م وقانون السلطة القضائية لسنة ٢٠٠٢م) فيمنح المحكمة العليا اختصاصات المحكمة الإدارية مؤقتا.

١٠٩ المادة (٢٣) من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني لسنة ٢٠٠١م.

«القرار الصادر عن محكمة العدل العليا»، وفقاً للوصف الذي تستخدمه غرفة الضفة الغربية (غرفة رام الله). أما غرفة قطاع غزة (غرفة غزة) فتستخدم في الغالب عبارة «المحكمة العليا بصفتها محكمة عدل عليا». بينما القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها الدستورية يذكر فيها: «القرار الصادر عن المحكمة العليا بصفتها الدستورية»، وليس «المحكمة الدستورية العليا»، كما أسماها القانون الخاص بها. وفي هذا إشارة واضحة إلى أن المحكمة العليا بصفتها الإدارية - وخاصة غرفة رام الله - تحاول أن تنأى بنفسها عن صفة التأييت، والبرهنة على أنها محكمة دائمة قائمة بذاتها، اسمها «محكمة العدل العليا»، خاصة وأن النصوص التي تتحدث عن الصفات المؤقتة للمحكمة العليا، صدرت قبل حوالي عشر سنوات، وبالتالي، فكأن المؤقت قد أصبح دائماً.^{١١٠}

علاوة على ما سبق، فإنه ينبغي إبراز ملاحظة أخرى على نص المادة (١٠٤) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل، والتي تتمثل في استخدام جملة «للمحاكم الإدارية»، وكأن المشرع أراد القول: أن القضاء الإداري الفلسطيني سوف يكون على أكثر من درجة، وإلا، لما كان استخدم صيغة الجمع؛ عند حديثه عن المحكمة الإدارية، بينما استخدم صيغة المفرد؛ عن حديثه عن المحكمة الدستورية.^{١١١}

أما في الأردن، وبتاريخ ٩/٣/١٩٨٩م، فقد تم إنشاء محكمة عدل عليا مستقلة عن محكمة التمييز،^{١١٢} إذ شهد هذا العام قيام الحكومة الأردنية؛ بإصدار قانون محكمة العدل العليا المؤقت رقم (١١) لسنة ١٩٨٩م،

١١٠ يشار إلى أنه قبل ٢٠٠١ كانت هناك محكمة عدل عليا في قطاع غزة، حيث كانت تقوم بهذه المهمة المحكمة العليا، وبالتالي، فإن ما حدث في ٢٠٠١ ليس إلا مد ولاية محكمة العليا إلى الضفة الغربية أيضاً. بينما بالنسبة للمحكمة الدستورية فلم تكن موجودة.

١١١ أيضاً بالنسبة للمحكمة الدستورية، فإن التعبير الذي استخدمه المشرع يوحي بتعدد درجات القضاء الدستوري الفلسطيني، وهذا ما يستفاد من عبارة «محكمة دستورية عليا»، أي أنه سوف تكون هناك محاكم دستورية دنيا إلى جانب المحكمة الدستورية العليا.

١١٢ يقابل محكمة التمييز الأردنية في فلسطين محكمة النقض الفلسطينية.

والذي نص على تشكيل محكمة عدل عليا مستقلة عن محكمة التمييز،^{١١٣} والذي حل محله قانون محكمة العدل العليا رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢م، الذي لا يزال ساري المفعول،^{١١٤} والذي كرس استقلال هذه المحكمة عن محكمة التمييز.^{١١٥}

٢،٢ هل هو قضاء ذو طبيعة موحدة ام مزدوجة؟

في القضاء الموحد، تتولى المحاكم النظامية العادية وظيفة الفصل بكافة المنازعات القضائية، سواء الناشئة بين الأفراد العاديين فيما بينهم، أو بين الأفراد العاديين وبين الإدارة العامة.^{١١٦} هذا إلى جانب أنه يتطلب وحدة القواعد القانونية، التي تطبق على المنازعات.^{١١٧} وأما القضاء المزدوج فيقوم على أساس وجود جهتين قضائيتين في نفس الدولة، هما: جهة القضاء النظامي العادي، وجهة القضاء الإداري، ولكل جهة محاكمها على اختلاف درجاتها، على أن تختص جهة القضاء النظامي العادي بالفصل في المنازعات، التي تنشأ بين الأفراد فيما بينهم (أو بين الأفراد والإدارة حينما تصرف باعتبارها شخصا عاديا)، في حين تختص محاكم القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الإدارية، التي تنشأ بين الأفراد والإدارة باعتبارها شخصا من أشخاص القانون العام.^{١١٨} هذا إلى جانب انه يتطلب وجود نوعين من القواعد القانونية،^{١١٩} أحدهما للقضاء النظامي العادي، والآخر للقضاء الإداري.

١١٣ عمر الشوبكي، القضاء الإداري - دراسة مقارنة (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧)، ١٠٢.

١١٤ فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥)، ١٧٩.

١١٥ الشوبكي، القضاء الإداري، ١٠٢.

١١٦ علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني (عمان: المركز العربي للخدمات الطلابية، ١٩٩٥)، ٢٠٣.

١١٧ أبو العثم، القضاء الإداري، ١٣٩.

١١٨ محمود حافظ، القضاء الإداري في الأردن (عمان: منشورات الجامعة الأردنية، ١٩٨٧)، ٢٧.

١١٩ أبو العثم، القضاء الإداري، ١٣٩.

لتحديد طبيعة القضاء الإداري في فلسطين، فإن الأمر يحتاج الى التفريق بين مستويين: الأول، على المستوى النظري (النص القانوني)، والثاني، على المستوى الواقعي.

على المستوى النظري، يمكن الاستنتاج من نصوص التشريعات الفلسطينية أن المشرع الفلسطيني، يذهب نحو تبني نظام القضاء المزدوج، ويمكن التذليل على ذلك، من خلال العبارات التي يستخدمها المشرع، فمثلا استخدم في المادة (١٠٤) من القانون الأساسي المعدل لسنة ٢٠٠٣م، عبارة «تتولى المحكمة العليا مؤقتا كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية». بل ذهب الى أبعد من ذلك في نص المادة (١٠٢) من ذات القانون، حينما استخدم عبارة «يجوز بقانون إنشاء محاكم إدارية للنظر في المنازعات الإدارية...».

وأما على المستوى الواقعي، لا يوجد في فلسطين محكمة عدل عليا مستقلة، بالمعنى الموجود في الأردن، إذ تُعتبر جزء من القضاء النظامي العادي؛ على أساس أن المحكمة العليا، هي التي تقوم مقامها مؤقتا، هي إحدى مكونات المحاكم النظامية.^{١٣} يضاف إلى أنه لم يصدر لغاية الآن قانون خاص بمحكمة العدل العليا الفلسطينية؛ على غرار قانون محكمة العدل العليا الأردنية لسنة ١٩٩٢م، بل إن الأحكام المنظمة لها متناثرة هنا وهناك (في القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣م، وقانون تشكيل المحاكم النظامية لسنة ٢٠٠١م، وقانون السلطة القضائية لسنة ٢٠٠٢م، وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لسنة ٢٠٠١م).

وقد أفرد المشرع الفلسطيني الباب الرابع عشر؛ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لسنة ٢٠٠١م (من المادة ٢٨٣ - ٢٩١)؛ لبيان الأصول أو الإجراءات المتبعة أمام محكمة العدل العليا، وبالتالي فإن الأحكام الواردة في هذا الباب، تعتبر بمثابة القواعد القانونية الإجرائية، التي يجب أن تطبق على المنازعات الإدارية، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار، أنه في حال قصور هذه القواعد؛ عن معالجة مسألة من مسائل الأصول المتبعة أمام محكمة العدل العليا،

١٢٠ المادة (٦) من قانون السلطة القضائية الفلسطيني رقم (١) لسنة ٢٠٠٢.

فإن للمحكمة أن تأخذ من القواعد المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، بما يتناسب مع طبيعة دعوى الإلغاء الإدارية، آخذة بالحسبان، أن ذلك القانون (أي قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية)، قد أفرد باباً كاملاً لإجراءات التقاضي أمام محكمة العدل العليا، وفي ذلك تقول محكمة العدل العليا الفلسطينية: «دعوى الإلغاء لا تعتبر دعوى حقوقية وبالتالي لا تعتبر محكمة العدل العليا مقيدة بتطبيق القواعد المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية... طالما أن المشرع أفرد لهذه الإجراءات باباً مستقلاً وهو الباب الرابع عشر من القانون، وحدد هذا الباب الأصول الواجب إتباعها أمام محكمة العدل. ويرى فقهاء القانون الإداري بأن محكمة العدل العليا تأخذ من القواعد المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية بما ينسجم مع دعوى الإلغاء، ولمحكمة العدل العليا أن ترفض إتباع تلك القواعد إذا لم تكن منسجمة مع دعوى الإلغاء».^{١٢١}

فكل ما سبق يشير بشكل جلي؛ إلى أن خصائص القضاء الموحد لم تتحقق بشكل مطلق، في الحالة الفلسطينية، وكذلك فإن خصائص القضاء المزدوج لم تتحقق بشكل مطلق، فمحكمة العدل العليا، ليست محكمة مستقلة، كما هو الحال في الأردن، وفي هذه يأخذ القضاء الفلسطيني من خصائص القضاء الموحد. ومن ناحية أخرى فإن هناك قواعد قانونية خاصة بالأصول المتبعة أمام محكمة العدل العليا، وفي هذه يقترب القضاء الفلسطيني من القضاء المزدوج. وهذا الذي يفسر عدم القول أن القضاء الفلسطيني هو قضاء موحد أو مزدوج بالمطلق، على خلاف التنظيم القضائي الأردني، الذي لم يعد فيه مجالاً للشك، أو الاختلاف على أنه قضاء ذو طابع مزدوج ابتداء من العام ١٩٨٩ (تاريخ صدور قانون محكمة العدل العليا المؤقت رقم ١١ لسنة ١٩٨٩م)،^{١٢٢} الأمر الذي كرسه قانون محكمة العدل العليا رقم (١٢) لسنة

١٢١ حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله رقم (٤٨) لسنة ١٩٩٩، تاريخ الفصل فيه ٢٠٠٣/٦/١٠. وبذات المعنى حكمها رقم (٨٨) لسنة ١٩٩٨، تاريخ الفصل فيه ٢٠٠٣/٥/٢٨. وحكمها رقم (٤٣) لسنة ٢٠٠٥، تاريخ الفصل فيه ٢٠٠٥/١٠/٤. وأيضاً حكمها محكمة رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٥، تاريخ الفصل فيه ٢٠٠٥/٩/١٣.

١٢٢ شطناوي، القضاء الإداري، ٢٥٧.

١٩٩٢م،^{١٣٣} والذي حل محل قانون محكمة العدل العليا المؤقت رقم ١١ لسنة ١٩٨٩م.

وترتيباً لما تقدم، يمكن القول أن القضاء الإداري الفلسطيني ذو طبيعة مزوجة، من خصائص القضاء الموحد والمزدوج، من الناحية الواقعية، لكن في حال تبني المشرع الفلسطيني، لما أجازه القانون الأساسي من تشكيل محاكم إدارية، فإن صفة الإزدواجية هي التي ستتطغى.

٣، ٢. قضاء إلغاء أم قضاء كامل؟

فإنه لهذه الغاية، يقصد بدعوى الإلغاء: تلك الدعوى التي تستهدف محاصمة القرار الإداري؛ لعدم مشروعيته،^{١٣٤} فتقضي محكمة العدل العليا بإلغائه، إذا ثبت عدم مشروعيته، وترُد الدعوى، إذا ثبت أنه مشروع، ولا تنسحب صلاحية المحكمة في مثل هذه الدعوى إلى تعديل القرار المطلوب إلغاءه، أو إصدار أوامر إلى الإدارة للقيام بعمل معين، أو الإمتناع عن القيام بعمل معين، وبالتالي، فإن قضاء الإلغاء ليس بقضاء إنشاء.^{١٣٥} ورقابة المشروعية تعني قيام محكمة القضاء الإداري بالتحقق من عدم مخالفة القرار الإداري للقانون نصاً وروحاً، دون أن تبسط رقابتها على الجانب التقديري من القرار الإداري؛ وبالتالي، فهي محكمة مشروعية لا محكمة ملاءمة.^{١٣٦} إلا أن الإجراءات الضبطية، التي تتخذها سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، تخضع لرقابة القضاء

١٢٣ الشوبكي، القضاء الإداري، ١٠٢.

١٢٤ في هذا الموضوع تقول محكمة العدل العليا الفلسطينية: «وحيث أنه من المستقر فقها وقضاء أن دعوى الإلغاء ليست دعوى بين خصوم وإنما هي اختصاص للقرار الإداري المعني بذاته، والقاعدة في اختصاص القرارات الإدارية هي توجيه الخصومة إلى الجهة مصدرة القرار الإداري لتلقي وجوه الطعن فيه، والدفاع عنه، ثم لإنفاذ ما تقضي به المحكمة في شأنه». حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٢، تاريخ الفصل فيه ٢٠٠٥/٦/١٣.

١٢٥ حنا نده، القضاء الإداري في الأردن (عمان: جمعية عمال المطابع التعاونية، ١٩٧٢)، ٢٦١ - ٢٦٢.

١٢٦ المرجع السابق، ٤٦٥. وإيضاً علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري «الجزء الأول» (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨)، ٢٦٧.

الإداري للتأكد من ملاءمتها وليس مشروعيتها.^{١٢٧}

وبكلمات أخرى، إذا توافرت الأوصاف السابقة، فإننا نكون أمام قضاء إلغاء ومشروعية، وليس قضاء إنشاء وملاءمة، إلا في الظروف الاستثنائية، فانه يصبح قضاء ملاءمة لا مشروعية.

أما في حالة القضاء الكامل (الشامل)، فإن للقاضي الإداري أكثر من الإلغاء، إذ بمقدوره أن يعدل، أو يستبدل القرارات الإدارية غير المشروعة، وله أن يحكم بالتعويض في نفس الوقت؛ كمقابل عن الأضرار التي لحقت بالحقوق الشخصية للطاعن؛ لذا، فالقضاء الكامل هو بمثابة قضاء شخصي (يطالب فيه الطاعن بحقوقه الشخصية)، على خلاف قضاء الإلغاء، الذي هو قضاء موضوعي (ينصب على مخاصمة القرار الإداري).^{١٢٨} وفي هذه الحالة، نكون أمام قضاء تعويض، وإلغاء، وإنشاء، وليس إلغاء ومشروعية فحسب، وهو ما بات يعرف بالقضاء الإداري الكامل (الإلغاء والتعويض).

بالرجوع إلى الحالة الفلسطينية، فإن الأمر يتطلب التمييز بين اثنين من المستويات؛ كي يتقرر إذا ما كان قضاء محكمة العدل العليا الفلسطينية، يوصف بأنه قضاء إلغاء أم أنه قضاء كامل: الأول، على مستوى التشريعات الفلسطينية ذات الصلة. والثاني، على مستوى تطبيقات محكمة العدل العليا الفلسطينية. فعلى مستوى التشريعات الفلسطينية، تنص المادة (٢٩١) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني لسنة ٢٠٠١م، على ما يلي: «تصدر المحكمة حكمها على وجه السرعة في الطلب وذلك إما برفضه أو بإلغاء القرار المطعون فيه أو بتعديله مع ما يترتب على حكمها من آثار قانونية».

١٢٧ نواف كنعان، القانون الإداري - الكتاب الأول (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠)، ٣١٥.

١٢٨ عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري اللبناني - مجلس شورى الدولة والمحاكم الإدارية الإقليمية وفقا للقانون رقم ٢٢٧ لسنة ٢٠٠٠ - دراسة مقارنة (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠١)، ٢٤٥ - ٢٤٦.

يُستنتج من النص السابق، أن قضاء محكمة العدل العليا الفلسطينية، عليه أن يكون قضاء الغاء وتعويض، لقوله: «مع ما يترتب على حكمها من آثار قانونية»، فقد يكون داخلاً في مفهوم هذه الآثار التعويضية عن الأضرار، التي أحدثها القرار الإداري المطعون فيه، وهذه الجملة ينبغي أن تُفهم على أنها معطوفة على كل ما سبقها؛ لاستخدام حرف العطف «أو»، والذي يفيد التخيير، أي بمعنى أنها معطوفة على الحكم الصادر، سواء كانت صيغته الرافض، أو الإلغاء، أو التعديل. وإلى جانب ذلك فإن الحكم المتوقع أن تعطيه المحكمة قد يحمل في طياته رفض الطلب المقدم، أو إلغاء القرار المطعون فيه لعدم مشروعيته، أو تعديله، وهذه كله من مواصفات القضاء الكامل، وليس من مواصفات قضاء الإلغاء باستثناء الغاء القرار الإداري غير المشروع.

غير أن واقع قضاء محكمة العدل العليا الفلسطينية وتطبيقاته، يشير إلى خلاف ما جاء به نص المادة (٢٩١) سالف الذكر، إذ تشير أحكام محكمة العدل العليا الفلسطينية؛ إلى أن قضاءها هو قضاء الغاء (مشروعية)، يقتصر على إلغاء القرار الإداري، إذا ثبت أنه غير مشروع، دون أن يمتد إلى إصدار الأوامر والنواهي، وفي ذلك تقول محكمة العدل العليا الفلسطينية: «وفيما يتعلق بطلب المستدعية إصدار قرار مؤقت بمنع المستدعي ضدهما من إغلاق المحل ومنعهما من تحرير مخالفة للمستدعية إن هذا الطلب خارج عن اختصاص محكمتنا لأن محكمة العدل العليا محكمة إلغاء وليس من صلاحياتها إصدار الأوامر والنواهي إلى جهات الإدارة». وفي حكم آخر لها، تقول: «ومع أنه لا جدال في أن صلاحية القضاء الإداري في طعون الإلغاء في القرارات الإدارية السلبية تقتصر على إلغاء القرار المطعون فيه دون أن تكون له سلطة الحلول محل الإدارة وإصدار القرار الذي رفضت أو امتنعت الإدارة عن إصداره». ١٣٠.

١٢٩ حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٣، تاريخ الفصل فيه ١١/٦/٢٠٠٣.
١٣٠ حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله رقم (١٣٩) لسنة ٢٠٠٥، تاريخ الفصل فيه ١٧/١/٢٠٠٨.

وقضت المحكمة، أن القضاء الإداري هو ليس قضاء ملاءمة، حيث تقول: «أن المحكمة ترى أن الأصل في القضاء الإداري لا يجوز له مراقبة ملاءمة القرار الإداري...، وعليه البحث في صحة الوقائع التي بني عليها القرار وذلك توصلًا إلى تقدير شرعية القرار، ذلك أن سلطة الإدارة في إصدار القرار محددة بنص القانون... وعلى القضاء الإداري فحص إذا كان القرار المطعون فيه متوافقًا مع النصوص القانونية التي تنظم موضوع الطعن»^{١٣١}.

كذلك، فإن واقع قضاء محكمة العدل الفلسطينية، يشير إلى أنه ليس بقضاء كامل (إلغاء وتعويض)، وفي ذلك تقول محكمة العدل العليا الفلسطينية: «وحيث أن الرواتب والعلاوات التي يستحقها الموظف عن خدمته الوظيفية، تعتبر دينًا في ذمة الخزينة حتى يتقاضاها، فإن النزاع حولها هو نزاع مدني تنظره المحاكم العادية كدعوى دين عادي، والدعوى بهذه الصفة تخرج عن اختصاص محكمة العدل العليا الذي هو اختصاص قضاء إلغاء وليس اختصاص قضاء كامل»^{١٣٢}.

وعلى ضوء ذلك، فإنه في حال وجود نزاع إداري؛ ترتب عليه ضرراً، فإن اختصاص محكمة العدل العليا الفلسطينية، يقتصر على إلغاء القرار الإداري، الذي تسبب بهذا النزاع، إن كان غير مشروع. أما فيما يتعلق بشق التعويض عن الضرر فتتظر به محاكم الصلح والبدائية، على أن ينعقد الاختصاص أولاً لمحكمة العدل العليا، ثم للمحاكم المدنية^{١٣٣}. وبالبناء على ما سبق، فإنه لا بد من الحصول على قرار بالإلغاء من محكمة القضاء الإداري، ثم الذهاب إلى المحكمة المدنية؛ للمطالبة بالتعويض من خلال

١٣١ حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في غزة (بصفحتها محكمة عدل عليا) رقم (١٤١) لسنة ٢٠٠٣، تاريخ الفصل فيه ٢٠٠٤/٦/٨.

١٣٢ حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله رقم (١٨٢) لسنة ٢٠٠٥، تاريخ الفصل فيه ٢٠٠٧/٦/٤.

١٣٣ وليد مزهر، «القرار الإداري»، في الدليل التدريبي «٦» بناء قدرات المحاميات الفلسطينيات في القضاء الإداري ومكافحة الفساد (البيرة: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة»)، ٢٠١٠، ص ٧٧.

إقامة دعوى جديدة لهذا الغرض.

إلا أنه استثناء مما سبق، فإن محكمة العدل العليا الفلسطينية، تملك صلاحية إلغاء القرار الإداري الصادر بشأن مرتبات التقاعد، وتملك في الوقت نفسه، إصدار القرار بتحديد راتب التقاعد، وبذلك يكون قضاؤها في هذه الحالة قضاءً كاملاً، كما أنها تملك صلاحية إصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع.^{١٣٤} وهذا ما تعكسه تطبيقات محكمة العدل العليا الفلسطينية، سواء المنعقدة في رام الله، أو في غزة.^{١٣٥} واستكمالاً للاستثناء المذكور أعلاه، فإن قضاء محكمة العدل العليا الفلسطينية يعتبر قضاءً كاملاً في منازعات العلامات التجارية، حيث منح قانون العلامات التجارية رقم (٣٣) لسنة ١٩٥٢م، الساري المفعول في الضفة الغربية، لمحكمة العدل العليا صلاحية إصدار القرارات الإيجابية اللازمة لتصحيح طلب التسجيل أو تعديل العلامات التجارية.^{١٣٦} وفي حالات الضرورة يصبح دور محكمة العدل العليا - أو على الأقل يجب أن يصبح - قضاءً للنظر في ملاءمة القرار proportionality. نسبة إلى الإجراء الإلزامي، الذي تتخذه الإدارة للتعامل مع حالة الضرورة، في مخالفة مبدأ المشروعية.

أما في الأردن، فإنه بصدر قانون محكمة العدل العليا الأردني رقم (١٢) لسنة

١٣٤ عيسى ابو شرار، «محكمة العدل العليا اختصاصها وإجراءات التقاضي أمامها»، في الجليل في القضاء الإداري والدستوري الفلسطيني (رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة»، ٢٠٠٤)، ١٦.

١٣٥ من أمثلة هذه التطبيقات: حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في غزة رقم (١٤٣) لسنة ١٩٩٥، تاريخ الفصل فيه ١٩٩٦/٩/٢٩، وحكمها رقم (١٨) لسنة ٢٠٠١، تاريخ الفصل فيه ٢٠٠٢/٧/٨، وحكمها رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٠، تاريخ الفصل فيه ٢٠٠١/٦/١٤، وحكمها رقم (١٨٩) لسنة ٢٠٠٢، تاريخ الفصل فيه ٢٠٠٣/٥/١٧، وحكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٤، تاريخ الفصل فيه ٢٠٠٧/٧/١١، وحكمها رقم (٤١) لسنة ٢٠٠٥، تاريخ الفصل فيه ٢٠٠٧/٤/٢٥، وحكمها رقم (١٤٢) لسنة ٢٠٠٥، تاريخ الفصل فيه ٢٠٠٧/١/١٧.

١٣٦ حيث تنص المادة (٤/١١) منه على أنه: «٤. يجوز للمسجل أو لمحكمة العدل العليا في أي وقت تصحيح أي خطأ وقع في الطلب أو فيما له تعلق به سواء أكان ذلك قبل قبول الطلب أم بعده أو تكليف الطالب تعديل طلبه على أساس شروط المسجل أو محكمة العدل العليا». كما تنص المادة (٩/١٤) منه على أنه: «٩. لدى النظر في الاستئناف المرفوع بمقتضى هذه المادة يجوز لمحكمة العدل العليا أن تسمح بعد سماع بيانات المسجل بتعديل العلامة التجارية المطلوب تسجيلها على وجه لا يؤثر في ذاتية تلك العلامة، غير أنه ينبغي في مثل هذه الحالة قبل تسجيل العلامة المعدلة أن يعلن شكلها المعدل وفقاً للأصول المقررة».

١٩٩٢م، أصبح قضاء محكمة العدل العليا الأردنية ينظر في طلبات التعويض، سواء التي رفعت بصفة أصلية، أو تبعية، وبذلك أصبح قضاءً كاملاً.^{١٣٧}

٤, ٢ قضاء على درجة تقاضي واحدة:

فهذا ما تؤكده المحكمة نفسها، إذ تقول: «محكمة العدل العليا وعلى ضوء النصوص القانونية فإن التقاضي أمامها يتم على درجة واحدة، ولقد استقر قضاؤها على أن القرارات التي تصدرها لا تقبل المراجعة، كما لا يجوز للخصوم الاعتراض عليها...»^{١٣٨}. وهذا يعني أن أحكام محكمة العدل العليا الفلسطينية قطعية، لا تقبل المراجعة بأي طريق من طرق الطعن؛ المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (١) لسنة ٢٠٠١م.

وفي هذه يتفق قضاء محكمة العدل العليا الفلسطينية؛ مع قضاء محكمة العدل العليا الأردنية، إذ أن الأخيرة هي محكمة أول درجة وآخر درجة؛ بالنسبة لقضاء الإلغاء.^{١٣٩}

إلا أن ذلك، لا يمنع من طرح فكرة إمكانية الطعن في أحكام محكمة العدل العليا الفلسطينية، أمام المحكمة الدستورية، حيث بموجب قانون المحكمة الدستورية العليا على الأقل، يمكن أن تخضع كل قرارات المحاكم العليا لرقابة المحكمة الدستورية العليا، إلا أن ذلك، سيكون صعباً في الوقت الذي تقوم به نفس المحكمة، أي المحكمة العليا، بمهام كل من محكمة العدل العليا والدستورية، ولكن في حال جرى تعيين

١٣٧ الشوبكي، القضاء الإداري، ١٦٦.

١٣٨ حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٥، تاريخ الفصل فيه ١٣/٩/٢٠٠٥. ولقد تم التأكيد على ذلك في حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله رقم (٤٣) لسنة ٢٠٠٥، تاريخ الفصل فيه ٤/١٠/٢٠٠٥. وأيضاً حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة رقم (١٣٢) لسنة ٢٠٠٥، تاريخ الفصل فيه ١٩/١١/٢٠٠٥.

١٣٩ الشوبكي، القضاء الإداري، ١٨٦.

القضاة بموجب قانون المحكمة الدستورية العليا، فسيكون بالإمكان الطعن بقرارات المحاكم العليا أمام المحكمة الدستورية العليا؛ لمخالفتها الحقوق الأساسية.

٥, ٢ الأثر المرتب على أحكام محكمة العدل العليا الفلسطينية وحجيتها: يُشار إلى أنه، يمكن تصنيف القرارات التي تصدرها محكمة العدل العليا، إلى نوعين من القرارات: قرارات مؤقتة، وقرارات نهائية.

فالقرار المؤقت يتضمن إصدار مذكرة للمستدعي ضده؛ بهدف حثه على بيان الأسباب الموجبة للقرار المطعون فيه (أي القرار الصادر عنه)، أو المانعة من إصدار القرار موضوع الطلب، ولكنه قرار غير قطعي، وغير فاصل في موضوع الاستدعاء، ولكن عدم استجابة الإدارة لما تضمنه القرار المؤقت، قد يؤدي إلى إصدار قرار قطعي في موضوع الاستدعاء. وعليه، فإذا رغب المستدعي ضده في معارضة إصدار مثل هذا القرار القطعي، وجب عليه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه الاستدعاء، أن يقدم لائحة جوابية مع نسخة منها؛ لتبليغها للمستدعي، فإذا تخلف عن تقديم اللائحة خلال تلك المدة، لا يجوز سماعه في معارضة الاستدعاء.^{١٤٠}

أما فيما يخص الحكم النهائي، فهو قطعي، وفاضل في موضوع الاستدعاء، حيث يبيّن محكمة العدل العليا، أن الحكمفي دعوى الإلغاء (المقصود هنا الحكم النهائي)، يؤدي إلى اعتبار القرار الملغى؛ كأن لم يكن من يوم صدوره، وفي ذلك تقول: "لقد استقر القضاء الإداري على أن الحكم الصادر في دعوى الإلغاء يترتب عليه انعدام القرار الإداري من يوم صدوره واعتباره كأن لم يكن وعلى الإدارة أن تعيد الحالة إلى ما كانت عليها كما لم يصدر هذا القرار إطلاقاً مهما كانت النتائج وليس

١٤٠ المادة (٢٨٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (٢) لسنة ٢٠٠١، والمادة (٢) من قانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥ بشأن تعديل قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (٢) لسنة ٢٠٠١.

للإدارة أن تمتنع عن تنفيذ حكم الإلغاء...^{١٤١} وقد إعتبرت أن حكم الإلغاء له حجية في مواجهة الكافة، وفي ذلك تقول: «إن الأحكام التي تصدرها محكمة العدل العليا المتضمنة إلغاء القرارات الإدارية الطعينة لها حجية في مواجهة الكافة...»^{١٤٢}.

أما في الأردن، فمحكمة العدل العليا؛ هي بمثابة قضاء كامل (إلغاء وتعويض)، كما تبين سابقاً، وبالتالي، فإن آثار أحكامها تتراوح ما بين ذلك.

١٤١ حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله رقم (١٠) لسنة ١٩٩٨، تاريخ الفصل فيه ٢٠٠٣/١٢/١٦.

١٤٢ حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله رقم (٤٣) لسنة ٢٠٠٥، تاريخ الفصل فيه ٢٠٠٥/١٠/٤.

من خلال مناقشة مراحل نشأة القضاء الإداري في فلسطين، وتطوره، تبين أن هناك خمس مراحل مفصلة مر بها القضاء الإداري في فلسطين، هي: مرحلة العهد العثماني، ومرحلة الانتداب البريطاني، ومرحلة الحكم الأردني للضفة الغربية والإدارة المصرية لقطاع غزة، والإحتلال الإسرائيلي للضفة الغربية وقطاع غزة، ومرحلة السلطة الوطنية الفلسطينية. وكان نتيجة ذلك تذبذب مكانة القضاء الإداري في فلسطين ما بين التقدم والتحسن في مراحل؛ كمرحلة الانتداب البريطاني التي شكلت الأساس لظهور المحكمة العليا بصفقتها عدل عليا، وما بين التراجع؛ كمرحلة الإحتلال الإسرائيلي، تحديدا احتلاله للضفة الغربية التي أعلن فيها إلغاء محكمة التمييز التي كانت تنظر في المنازعات الإدارية بصفقتها محكمة عدل عليا. إلا أنه وخلال فترة السلطة الوطنية الفلسطينية، استأنف القضاء الإداري الفلسطيني بعضا من مكانته.

إلا أن وجود خمس مراحل، لا يعني بالضرورة انتهاء المرحلة السابقة ببدء المرحلة اللاحقة، حيث تداخلت المراحل، واستمرت المؤسسات المنشأة في المرحلة السابقة في المراحل التي تلتها.

ثم.مناقشة خصائص قضاء محكمة العدل العليا الفلسطينية، ظهر أن قضاءها، يتمتع بالميزات التالية: هو قضاء مؤقت حيث تحل المحكمة العليا مكان محكمة العدل العليا حين تشكيلها، منذ ما يقارب العشر سنوات. وهو قضاء خليط من الطبيعة الموحدة والمزدوجة من الناحية الواقعية، وإن

كان النص يشير إلى أنه أقرب لسمات القضاء المزدوج. بالإضافة إلى أنه واقعيًا، قضاء مشروعية وليست ملاءمة، وبالتالي، هو قضاء إلغاء وليس بقضاء كامل، إلا في حالات تحديد مرتبات التقاعد، ومنازعات العلامات التجارية، وإصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع. وهو قضاء على درجة تقاضي واحدة، والأثر المرتب على أحكامه له حجية في مواجهة الكافة بما أنه قضاء إلغاء.

التشريعات:

- « مرسوم دستور فلسطين لسنة ١٩٢٢ م.
- « القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣ م.
- « قانون المحاكم الانتدابي رقم (٣١) لسنة ١٩٤٠ م.
- « قانون تشكيل المحاكم النظامية الاردني الملغي رقم (٧١) لسنة ١٩٥١ م.
- « قانون تشكيل المحاكم النظامية الاردني رقم (٢٦) لسنة ١٩٥٢ م.
- « قانون العلامات التجارية الاردني رقم (٣٣) لسنة ١٩٥٢ م.
- « الأمر العسكري الإسرائيلي رقم (٤١٢) لسنة ١٩٧٠ بشأن المحاكم المحلية.
- « قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني لسنة ٢٠٠١ م.
- « قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (٢) لسنة ٢٠٠١، وتعديلاته.
- « قانون السلطة القضائية الفلسطيني لسنة ٢٠٠٢ م.
- « القرار بقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ بشأن الانتخابات العامة.
- « مشروعات القوانين:
- « مشروع القانون الأساسي المقر بالقراءة الثالثة لسنة ١٩٩٧ م.

الكتب والمقالات:

- « أبو شرار، عيسى. «محكمة العدل العليا اختصاصها وإجراءات التقاضي أمامها»، في الجديد في

- القضاء الإداري والدستوري الفلسطيني. رام الله: المركز الفلسطيني
 لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة»، ٢٠٠٤.
- « أبو العثم، فهد عبد الكريم. القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق. عمان:
 دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥.
- « حافظ، محمود. القضاء الإداري في الأردن. عمان: منشورات الجامعة
 الأردنية، ١٩٨٧.
- « الزحيلي، محمد. تاريخ القضاء في الإسلام. بيروت: دار الفكر المعاصر،
 ١٩٩٥.
- « شطناوي، علي خطار. القضاء الإداري الأردني. عمان: المركز العربي
 للخدمات الطلابية، ١٩٩٥.
- « شطناوي، علي خطار. موسوعة القضاء الإداري «الجزء الأول». عمان:
 دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨.
- « الشوبكي، عمر. القضاء الإداري - دراسة مقارنة. عمان: دار الثقافة
 للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧.
- « عبد الله، عبد الغني بسويوني. القضاء الإداري اللبناني - مجلس شورى
 الدولة والمحاكم الادارية الإقليمية وفقا للقانون رقم ٢٢٧ لسنة ٢٠٠٠
 - دراسة مقارنة. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠١.
- « عمرو، عدنان. الإدارة المحلية في فلسطين ١٨٥٠ - ٢٠٠٩. بدون
 مكان نشر: بدون دار نشر، بدون سنة نشر.
- « كنعان، نواف. القانون الإداري - الكتاب الأول. عمان: دار الثقافة
 للنشر والتوزيع، ٢٠١٠.
- « كنعان، نواف. القضاء الإداري. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع،
 ٢٠٠٩.
- « مزهر، وليد. "القرار الإداري"، في الدليل التدريبي «٦» بناء قدرات
 المحاميات الفلسطينيات في القضاء الإداري ومكافحة الفساد. البيرة:
 المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة»، ٢٠١٠.
- « قفيشة، معتز. تنظيم القضاء ومدى استقلال السلطة القضائية في عهد
 الانتداب البريطاني في فلسطين، بحث غير منشور.

« نده، حنا. القضاء الإداري في الأردن. عمان: جمعية عمال المطابع
التعاونية، ١٩٧٢.

الكتب المترجمة والأجنبية:

« هنري كتن. قضية فلسطين. ترجمة رشدي الاشهب. رام الله: مطبوعات
وزارة الثقافة، ١٩٩٩.

Feras Milhem. "The Origins and Evolution of the Palestinian Sources «
of Law." PhD diss., Vrije Universiteit Brussel, 2004

