

أي نظام قانوني لفلسطين ؟

دراسات قانونية

أي نظام قانوني لفلسطين؟

باحثون قانونيون

أوراق مقدمة في مؤتمر قانوني

غزة

٢٨ و ٢٩ نيسان ١٩٩٥

مركز الحقوق - جامعة بيرزيت

Ay Niẓām Qānūni Li-Filāstīn?
Bāhithūn Qānūniyyūn .

Which Legal System for Palestine?
Legal Researchers.

نشر هذا الكتاب بدعم من الحكومة الأسترالية

جميع الحقوق محفوظة
مركز الحقوق - جامعة بيرزيت
بيرزيت - فلسطين، ١٩٩٦

©Law Center -Birzeit University, 1996

جميع الآراء والأفكار الواردة في هذا الكتاب تعبر عن وجهة نظر كاتبها فقط .

المحتويات

| | | |
|-----|-----------------|--|
| ٧ | | المقدمة : |
| ٩ | | الباب الأول: الوضع القانوني في فلسطين |
| ١١ | وليد العسلي | الفصل الأول: النظام القانوني في الضفة الغربية ١٩٤٨ - ١٩٦٧ |
| ٢١ | رضوان الآغا | الفصل الثاني: النظام القانوني في قطاع غزة ١٩٤٨ - ١٩٦٧ أ |
| ٢٧ | راجي الصوراني | الفصل الثالث: النظام القانوني في قطاع غزة ١٩٤٨ - ١٩٦٧ ب |
| ٣٣ | مازن قبطي | الفصل الرابع: الأوامر العسكرية في الضفة الغربية ١٩٦٧-١٩٩٤ |
| ٤٥ | ناظم عويضة | الفصل الخامس: الأوامر العسكرية في قطاع غزة ١٩٦٧-١٩٩٤ |
| ٥٣ | | الباب الثاني: الأنظمة القانونية المقارنة |
| ٥٥ | أوليه هانسن | الفصل السادس: النظام القانوني الانجليزي |
| ٦١ | جان فرنسوا ريكس | الفصل السابع: النظام القانوني الفرنسي |
| ٧١ | نورمان بايش | الفصل الثامن: القانون الأساسي لجمهورية المانيا الاتحادية |
| ٨٥ | فيرن سميث | الفصل التاسع: النظام القانوني الأميركي |
| ٨٩ | حمزة حداد | الفصل العاشر: الشريعة الاسلامية كمصدر لقانون المعاملات المدنية |
| ١٠١ | | الباب الثالث: اعادة بناء التشريع الفلسطيني |
| ١٠٣ | مارك كوغن | الفصل الحادي عشر: تجربة التوحيد القانوني الأوروبي |
| ١٢٣ | غسان فرمند | الفصل الثاني عشر: معوقات التشريع الفلسطيني |
| ١٢٩ | هيثم الزعبي | الفصل الثالث عشر: التنظيم القانوني للعقد في فلسطين |

المقدمة

نظراً للوضع القانوني في فلسطين ووقفه على مفترق طرق في هذه اللحظات الحاسمة، ارتأى مركز الحقوق في جامعة بيرزيت أن ينظم مؤتمراً قانونياً دولياً تحت عنوان: " أي نظام قانوني لفلسطين؟ " في مدينة غزة بتاريخ ٢٨ و ٢٩ نيسان ١٩٩٥.

وجاء الطرح ابتداءً بهدف إظهار ملامح التراث القانوني في فلسطين ولتحديد العوامل التي تؤثر فيه وتشخيص العوائق التي تنجم عنه، مما يسمح في مرحلة لاحقة بفتح باب النقاش توطئةً للإجابة على هذا السؤال الهام. وفي سياق هذه الغايات احتوى برنامج المؤتمر على عدة أوراق تناولت، من ناحية، الوضع القانوني القائم في الضفة الغربية وقطاع غزة، وأظهرت، من ناحية أخرى، الأنظمة القانونية المقارنة وتحديدًا النظام القانوني الإنجليزي والأميركي والألماني والفرنسي والإسلامي. وهكذا توضحت المذاهب الرئيسية التي ترتسم في عالم القانون.

كما تضمن البرنامج ورقة حول تجربة التشريع في الاتحاد الأوروبي للاستفادة منها كونها محاولة للم شمل مذاهب قانونية متباينة. وتحقيقاً لأهداف المؤتمر بُحثت المعوقات التي تعترض العملية التشريعية المستقبلية في فلسطين، وقدمت ورقة بعنوان " قانون العقد في فلسطين " كشرحة قانونية تظهر من خلالها التأثيرات المختلفة في الكيان القانوني الفلسطيني.

وينتهد مركز الحقوق هذه الفرصة ليقدم جزيل الشكر إلى المحاضرين الذين قدموا هذه الأوراق، وجميع من شاركوا من الحضور لما كان في مشاركتهم واهتمامهم أعظم الأثر في نجاح المؤتمر. وبهذه المناسبة يعبر مركز الحقوق عن عظيم الامتنان إلى الحكومتين الأسترالية والفرنسية اللتين ساندتا، مشكورتين، المؤتمر.

مركز الحقوق

الباب الأول

الوضع القانوني في فلسطين



الفصل الأول

النظام القانوني في الضفة الغربية

١٩٤٨ - ١٩٦٧

وليد العسلي

محام - القدس - رئيس هيئة مكتب محامي الضفة الغربية سابقاً

أولاً: مقدمة:

عبر الجيش العربي الأردني نهر الأردن إلى فلسطين في ١٨ أيار ١٩٤٨ أي بعد انتهاء الانتداب البريطاني بثلاثة أيام، وقعت تحت سيطرته المنطقة الشرقية منها، حيث عرفت فيما بعد بالضفة الغربية بما فيها القدس العربية. وقد بقي هذا الجزء من فلسطين مدة ثلاثة أيام بدون سلطة تحكمه أو مسئولته عنه، إلى أن أعلن الجيش العربي الأردني في ١٩ أيار ١٩٤٨ مسئوليته عن كل المنطقة الخاضعة لسيطرته، مطبقاً قانون الدفاع الأردني لسنة ١٩٣٥ والأنظمة الصادرة بمقتضاه.

وفي ٢٤ أيار ١٩٤٨، أصدر الحاكم العسكري العام الأردني إعلاناً أبقى بموجبه سريان القوانين المعمول بها في فلسطين إلا ما تعارض منها مع قانون الدفاع لسنة ١٩٣٥. وبعد ذلك أصدر عدة إعلانات لتسيير أمور الدوائر الحكومية والمحاكم النظامية والشرعية والمذهبية، واستمرت الضفة الغربية تحت الحكم العسكري إلى ٢ تشرين ثاني ١٩٤٩ حيث تم استبدال الحكم العسكري بإدارة مدنية بموجب قانون عرف باسم قانون تعديل الإدارة العامة في فلسطين رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٩، حيث أعطيت للملك جميع الصلاحيات التي كانت ممنوحة لملك بريطانيا على فلسطين بموجب دستور فلسطين لسنة ١٩٢٢. ولم يقتصر ذلك على صلاحيات الملك البريطاني، بل شمل أيضاً الصلاحيات الممنوحة للمندوب السامي البريطاني وللوزراء البريطانيين.

وبموجب هذا القانون بقيت جميع القوانين والأنظمة التي كان معمولاً بها في فلسطين وكذلك الأوامر والتشريعات الأخرى التي صدرت عن الملك أو الحاكم العسكري أو الإداري سارية المفعول، وقد ألغى هذا القانون "الوقائع الفلسطينية" لتحل محلها "الجريدة الرسمية". وفي ٢٤ نيسان ١٩٥٠، تم توحيد الضفتين الغربية والشرقية بعد إجراء انتخابات عامة فيهما. وفي ٢ أيلول ١٩٥٠، صدر قانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٥٠ الذي نصت المادة الثانية منه على الإبقاء على القوانين والأنظمة المعمول بها في الضفة الغربية لحين صدور قوانين موحدة للضفتين. وفي ١ كانون ثاني ١٩٥٢ صدر الدستور الأردني الحالي، وبصدوره انتهت مرحلة امتدت لأكثر من ثلاث سنوات بقيت فيها التشريعات الفلسطينية دون اختلافات تذكر، وبدأت مرحلة تشريعية جديدة ومغايرة.

ثانياً: أهم السمات العامة للتشريع الأردني:

في البداية لا بد من التنويه إلى أن ذكر التشريعات الأردنية الصادرة بعد توحيد الضفتين وبعد صدور الدستور الأردني يعني أن هذه التشريعات واجبة التطبيق على الضفة الغربية باعتبارها جزءاً من المملكة الأردنية الهاشمية.

أما أهم السمات فهي:

١- شهدت الفترة الأردنية نشاطاً تشريعياً كبيراً يمكن أن يوصف بثورة تشريعية، خصوصاً في السنوات التي تلت صدور الدستور، حيث شكلت العديد من اللجان القانونية لوضع وصياغة القوانين المختلفة. ويمكن القول أن هذه اللجان قد أنجزت الكثير من أعمالها واستتبع ذلك إصدار قوانين عديدة وصل تعدادها إلى أكثر من ١٠٠ قانون في فترة زمنية قصيرة. وبطبيعة الحال، كان الهدف من هذه الإصدارات السريعة والكثيرة، بالإضافة إلى هدف التوحيد ما بين قوانين الضفتين، هو التحديث لتطوير المجتمع من مختلف نواحيه السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية وغيرها. وقد أدت هذه التشريعات الجديدة إلى استبدال الغالبية العظمى من القوانين الانتدابية، ولم يبق منها إلا القليل والقليل جداً، مثل قانون المخالفات المدنية، وقانون القيم العام رقم ٣٧ لسنة ١٩٤٤، وقانون تغيير الطوائف الدينية، وقانون أراضي الموات، وبعض أحكام المجلة العدلية. والجدير بالذكر هنا أن المبدأ المعروف بالتنفيذ العيني الذي كان سارياً من قبل قد أصبح لاغياً ولم يعد معمولاً به.

٢- نقل المشرع الأردني الكثير عن قوانين الدول العربية المجاورة، وعلى الخصوص المصرية والسورية، والتي بدورها نقلت عن القانون الفرنسي المبني على النظرية أو النظام اللاتيني، بخلاف قوانين الانتداب التي كانت تستند إلى النظام ألا نجلو - سكسوني، طبعاً مع عدم إغفال الأسس الإسلامية الموجودة بها.

- ٣- مع أن هذه الثورة التشريعية كانت ذات فائدة عظيمة لا يمكن إنكارها، إلا أنها كانت أحيانا متسرعة أو مرتجلة وغير مدروسة، مما أدى إلى إجراء تعديلات عديدة عليها، الأمر الذي خلق صعوبات كبيرة لرجال القانون في متابعتها والرجوع إليها.
- ٤- كان غياب أو عدم وضوح المفاهيم الأساسية للمجتمع، وعدم اتباع مدرسة قانونية واضحة ومحددة أثره من حيث الفوضى أو التخبط التشريعي، مما انعكس أحيانا على عدم الانسجام أو التناقض بين تشريع وآخر.
- ٥- هناك الكثير من التشريعات التي صدرت عن السلطة التنفيذية بصفة مؤقتة، ولم تصدر عن السلطة التشريعية. وقد ساهم هذا في الفوضى القانونية. وفي الوقت نفسه، لا يمكن للمرء أن يستبعد أن تكون لهذه القوانين المؤقتة أهداف أخرى من قبيل اقتناص الفرص.
- ٦- "الجريدة الرسمية"، كما هو معروف، هي الوسيلة الوحيدة والمصدر الرسمي لنصوص القوانين الصادرة. إلا أن كثرة التعديلات والالغاءات والإصدارات التشريعية، مع صعوبة الحصول على الأعداد القديمة لهذه الجريدة ومتابعتها، قد أدت برجال القانون، خصوصا جيل الشباب الذين يشكلون الأكثرية، إلى الوقوع في اشكالات وخلافات هم في غنى عنها.

ثالثاً: مصادر القواعد القانونية:

- ١- الدستور: يعتبر الدستور الأردني، كغيره من الدساتير المدونة في بلدان العالم، أسمى القوانين. وبالتالي، فإن صدور أي قانون أو نظام يجب ألا يخالفه. والسؤال الذي يطرح نفسه هنا من الذي يتصدى لدستورية القوانين؟ الواقع أن ليس هناك جهة قانونية تبحث أو تقرر مبدأ دستورية القوانين، سواء بدعوى مباشرة أو بطريق غير مباشرة. إنما لمحكمة العدل العليا، وحسب الصلاحيات المعطاة لها بموجب قانون تشكيل المحاكم النظامية، الحق في معرض بحث شرعية أي قرار إداري أن تبحث في دستورية القوانين. وقد اضطرر اجتهادها هذا في العديد من القرارات.
- ٢- القوانين العادية: استنادا إلى مبدأ الفصل بين السلطات الذي يعمل به الدستور الأردني، وبناء على نص المادة ٢٥ منه، تناط بالسلطة التشريعية، أي مجلس الأمة والملك، حق إصدار القوانين. ويتألف مجلس الأمة من مجلسي الأعيان والنواب. ويتم تسمية وتعيين أعضاء مجلس الأعيان من قبل الملك لمدة ٤ سنوات من فئات معينة من رجالات البلاد. أما مجلس النواب فيتم انتخابه انتخابا سريا عاما ضمن تقسيمات إدارية معينة لمدة ٤ سنوات يجوز للملك تمديدها لمدة تزيد عن سنتين. أما التشريعات فتقدم بإحدى طريقتين. الأولى من السلطة التنفيذية إلى مجلس النواب، وبعد أن تحوز على موافقته ترفع إلى مجلس الأعيان. ولا يصدر القانون إلا إذا وافق عليه المجلسان وصادق عليه الملك. والطريقة الثانية أن يقترح أحد النواب أو مجموعة منهم مشروعا لقانون ما، عندها يحال إلى لجنة مختصة من المجلس

لإبداء الرأي فيه، وإذا رأى قبوله أحاله إلى الحكومة لوضع صياغته ومن ثم تقديمه إلى المجلس الذي بدوره يحيله إلى مجلس الأعيان، ومن ثم إلى مصادقة الملك. ويجب أن يحوز أي مشروع لقانون على مصادقة الملك، ويسري مفعوله بعد شهر من نشره بالجريدة الرسمية ما لم يرد في القانون خلاف ذلك.

٣- القوانين المؤقتة: أجازت المادة ٩٤ من الدستور للسلطة التنفيذية حق إصدار قوانين مؤقتة في الأمور التي تستوجب اتخاذ تدابير ضرورية ومستعجلة وغير قابلة للتأجيل ضمن ثلاثة قيود. الأول أن يكون مجلس النواب في حالة عدم انعقاد، سواء كان منحللاً أو أثناء العطلة البرلمانية مثلاً. والقيد الثاني زمني يتحتم فيه على السلطة التنفيذية أن تعرض هذا القانون على السلطة التشريعية في أول اجتماع عادي لها، ويعود الأمر في هذه الحالة إلى السلطة التشريعية من حيث اعتماده أو تعديله أو إلغائه. والقيد الثالث هو وجود ظروف ضرورية تستدعي الاستعجال وعدم التأجيل. والحقيقة أن هناك قيد رابع هو عدم مخالفة القانون المؤقت للدستور، وهو من قبيل تحصيل حاصل.

٤- المعاهدات: نصت المادة ٣٣ من الدستور على أن "الملك هو الذي يعلن الحرب ويعقد الصلح ويبرم المعاهدات والاتفاقات"، ونصت الفقرة الثانية على أن "معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة والمعاهدات الأخرى التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو نقص في حقوق سيادتها أو تحميل خزائنها شيئاً من النفقات أو مساس بحقوق الأردنيين العامة أو الخاصة لا تكون نافذة إلا إذا وافق عليها مجلس الأمة". وهكذا فالمعاهدات على نوعين: الأول الذي يحتاج إلى مصادقة مجلس الأمة، وتصدر الموافقة في شكل قانون، ولا يكون لهذه المعاهدة أمام المحاكم النظامية أي قوة ما لم تستوف أوضاعها الدستورية المقررة. والنوع الثاني من المعاهدات هو الذي لا يحتاج إلى موافقة مجلس الأمة.

لكن السؤال هنا هل تعتبر المعاهدة بقوة القانون أو أعلى مرتبة منه. والواقع أن الدستور الأردني لم يجب على هذا السؤال، إلا أن الرأي المرجح هو أن للمعاهدة قوة أعلى من قوة القانون لما لها من ارتباطات أو التزامات دولية يؤدي عدم الأخذ بها إلى إخلال في العلاقات الدولية، مما يؤثر على مصداقيتها في معاملتها في زمن أصبحت الدول لا تستطيع العيش فيه بمعزل عن دول العالم.

٥- الأنظمة المستقلة: أجاز الدستور الأردني للسلطة التنفيذية وضع أنظمة في أمور محددة ومحصورة تم تسميتها في المادتين ١١٤ و١٢٠، حيث نصت الأولى منهما أن لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يضع أنظمة من أجل مراقبة تخصيص وإنفاق الأموال العامة وتنظيم مستودعات الحكومة. وقد نصت المادة ١٢٠ على أن التقسيمات الإدارية في المملكة الأردنية الهاشمية وتشكيلات دوائر الحكومة ودرجاتها وأسمائها ومنهج إدارتها وكيفية تعيين الموظفين وعزلهم والأشراف عليهم وحدود صلاحياتهم واختصاصهم تعين بأنظمة يصدرها مجلس الوزراء بموافقة الملك. وقد جاء في حكم محكمة التمييز رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٨ المنشور في مجلة نقابة المحامين، العدد التاسع من السنة السادسة في الصفحة رقم ٦٠٧، أن الدستور هو المصدر القانوني لسلطات الدولة، وقد وزع الاختصاصات التشريعية بين

التشريعية والتنفيذية، وأوجب أن يكون تنظيم بعض المسائل بقانون يصدر عن السلطة التشريعية والبعض الآخر بنظام يصدر عن السلطة التنفيذية، فتتظيم المسائل المتعلقة بتعيين درجات المحاكم واختصاصاتها لا يكون إلا بقانون يصدر عن السلطة التشريعية حسب المادة ١٠٠ من الدستور، أما تنظيم المسائل المتعلقة بتعيين الموظفين وعزلهم والإشراف عليهم يكون بنظام من السلطة التنفيذية. وعلى هذا يجب على كل سلطة من السلطين التشريعية والتنفيذية أن تمارس حق التشريع في الحدود المعينة لها من غير افتئات على الاختصاصات التشريعية للسلطة الأخرى. فإذا خرجت إحدى السلطين عن هذا المبدأ وتناولت بالتشريع موضوعات يعود حق التشريع فيها إلى السلطة الأخرى، فإن تشريعها يكون مخالفا للدستور (المتصرف - ونزع يد الغاصب - نظام التشكيلات الإدارية هو من صلاحية محكمة الصلح). والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يعتبر القانون أعلى من النظام المستقل؟ وقد قرر المجلس العالي لتفسير الدستور أن القانون العادي الذي يتناول مثل الأمور المنصوص عليها في المادتين ١١٤ و ١٢٠ من الدستور يعتبر مخالفا للدستور، باعتبار أن هذه المجالات من اختصاص السلطة التنفيذية. والاجابة المختصرة هي أن لكل من النظام المستقل والقانون في مجال نطاقه المستوى ذاته في السلم الهرمي للقاعدة القانونية.

٦- الأنظمة التنفيذية: الأصل كما هو معروف أن صلاحية التشريع هي للسلطة التشريعية، أي لمجلس الأمة. إلا أن المادة ٣١ من الدستور نصت على أن الملك يصادق على القوانين ويصدرها ويأمر بوضع الأنظمة اللازمة لتنفيذها بشرط أن لا تتضمن ما يخالف أحكامها.

فما هو الداعي لهذا الاستثناء والخروج عن الأصل؟ إن المبررات لذلك هي السرعة، أو بالأصح الهروب من الإجراءات الطويلة المعقدة التي يتطلبها تشريع القانون من قبل السلطة التشريعية في أمور تعد من الجزئيات أو التفاصيل التي كثيرا ما تخضع للتغيير والتعديل في حين أن الأسس واضحة ومحددة بالإضافة إلى أن رجال السلطة التشريعية لا يلمون في الكثير من الأحيان بتفصيلات هذه المبادئ والأسس، خصوصا أن رجال السلطة التنفيذية يختارون الوقت المناسب لإصدار هذه الأنظمة التي بها أو بدونها لا يعلق تنفيذ القانون. وهنا يجب أن نفرق بين هذه الصلاحيات وبين تفويض السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية لإصدار بعض الأنظمة. إذ من المعروف أن مثل هذا التفويض غير جائز.

هذه هي أهم مصادر القاعدة القانونية التي أثرت على النظام القانوني في الضفة الغربية. وبالطبع هناك مصادر أخرى لم تكن جديدة على الضفة، بل كانت موجودة قبل العام ١٩٤٨، كالعرف مثلاً. لكن حتى إذا كان هذا العرف صحيحا أو مسلما به، إلا أنه غير دقيق، والعرف يحتل المرتبة الثانية بعد التشريع كمصدر للقاعدة القانونية في القانون الإداري. ولا بد من التنويه إلى أن القانون الإداري

والقضاء الإداري والقواعد القانونية الإدارية تشغل حيزا هاما في قطاع النظام القانوني، كما أن قواعد ومبادئ القانون الإداري حديثة جدا، وبالتالي فإن العرف يلعب دورا هاما وبارزا.

كما يجب ألا نفوتنا السوابق القضائية. صحيح أن القاضي بشكل عام لا يخلق القاعدة القانونية إنما يطبقها، لكن الوضع يختلف في القضاء الإداري، حيث كثيرا ما يجد القاضي نفسه أمام مسألة ليس فيها نص تشريعي أو عرف، ويضطر إلى استنباط أو بناء حكمه على المبادئ العامة للقانون، أو أنه قد يستخلصها من روح التشريع أو من الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني والاجتماعي والسياسي للدولة.

ولا بد من التنويه هنا أيضا إلى الدور الذي قامت به محكمة التمييز بصفتها هذه، سواء المدنية أو الجنائية أو بصفتها محكمة عدل عليا، حيث كسبت قراراتها احترامًا كبيرًا. ومن نافذة القول أن نقرر أنها لم تصل إلى قوة القانون إنما كان لكثير من اجتهاداتها أثر على وضع بعض القواعد أو المبادئ القانونية.

وهذا يقودنا إلى الفقه. إذ أن من المتفق عليه أن الفقه لا يشكل مصدرا للقاعدة القانونية، إلا أنه في القانون الأردني وحسب نص المادة ٥٧ من الدستور التي نصت على كيفية تشكيل المجلس العالي (رئيس مجلس الأعيان وثمانية أعضاء، ثلاثة منهم يعينهم مجلس الأعيان من أعضائه بالاقتراع وخمسة من قضاة أعلى محكمة نظامية، وعند الضرورة يكمل العدد من رؤساء المحاكم التي تليها بترتيب الأقدمية أيضا) لهذا المجلس حق تفسير أحكام الدستور إذا طلب منه ذلك بقرار من مجلس الوزراء أو بقرار يتخذه أحد مجلسي الأمة بالأكثرية المطلقة، ويصبح قرار المجلس العالي نافذ المفعول بعد نشره في الصحيفة الرسمية.

كذلك عمل الدستور على إنشاء ديوان خاص لتفسير نص القانون لم تكن المحاكم قد فسرتة، ويكون ذلك بناءً على طلب من رئيس الوزراء. ويكون قرار هذا الديوان، حسب نص المادة ١٢٣، بنفس مفعول القانون، بعد نشره في الجريدة الرسمية.

وهناك أمثلة كثيرة على القرارات التي أصدرها المجلس العالي أو ديوان تفسير القوانين. ومرة ثانية أقول أن هذه المصادر للقواعد القانونية قد أثرت بشكل أو بآخر في النظام القانوني

في الضفة الغربية

رابعاً: النظام القضائي:

أفرد المشرع الأردني الفصل السادس من الدستور للسلطة القضائية التي شملت المواد ٩٧ - ١١٠ منه. وقد حدد المبادئ التالية:

١- القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون (المادة ٩٧)، وتطبيقاً لهذا المبدأ صدر قانون استقلال القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٥ متضمناً تشكيل المجلس القضائي الذي سيرد الحديث عنه لاحقاً.

٢- تقسيم المحاكم إلى ثلاثة أنواع، هي المحاكم النظامية والمحاكم الدينية والمحاكم الخاصة. وتحقيقاً لهذا المبدأ صدر قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٢ الذي شمل تشكيل محكمة العدل العليا، وقانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم ٤١ لسنة ١٩٥١، وقانون مجالس الطوائف الدينية رقم ٩ لسنة ١٩٥٨. أما المحاكم الخاصة فهي المحاكم التي يصدر بتشكيلها واختصاصها قانون خاص بكل منها.

٣- ضمن الدستور علانية المحاكم ما لم تكن السرية ضرورية لأسباب مراعاة النظام العام والآداب (المادة ١٠١، الفقرة ٢).

٤- الولاية العامة في حق القضاء هي للمحاكم النظامية (المادة ١٠٢) التي لها حق القضاء على جميع الأشخاص في جميع المواد الجزائية بما فيها الدعاوى التي تقام على الحكومة أو منها. والاستثناء من هذه الولاية العامة هو للمحاكم الدينية أو المحاكم الخاصة التي تصدر حسب الدستور أو القانون. وتحقيقاً لتلك المبادئ، وتعزيزاً للسلطة القضائية على أساس مبدأ فصل السلطات، تم إصدار عدة قوانين نجمل أهمها:

أ- قانون استقلال القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٥ (يعمل به منذ ١ نيسان ١٩٥٥):

صدر هذا القانون استناداً إلى المادة ٩٨ من الدستور التي تنص على أن تعيين القضاة وعزلهم يكون بقانون، وقد تضمن التعريف بمن هو القاضي الذي شمل جميع رؤساء وأعضاء المحاكم بما فيهم رجال النيابة العامة. كما حدد الشروط التي يجب توفرها في القضاة وكيفية تعيينهم ونقلهم وعزلهم وتأديبهم وإحالتهم على التقاعد. وأناط ذلك كله بمجلس قضائي حرصاً على عدم خضوع القضاة لأية سلطة أخرى، سواء التشريعية أو التنفيذية. ويعتبر تشكيل المجلس القضائي الدعامة الأولى والأساسية في تحقيق مبدأ استقلالية القضاء.

وبموجب هذا القانون والتعديلات التي طرأت عليه قبل سنة ١٩٦٧، تم تشكيل المجلس القضائي من سبعة أعضاء هم: رئيساً محكمة التمييز، على أن يكون الرئيس الأول للمحكمة رئيساً للمجلس، وعضو من محكمة التمييز حسب الأقدمية أو السن، ورئيس النيابة العامة، ورئيس محكمة استئناف عمان، ورئيس محكمة استئناف القدس، ووكيل وزارة العدل.

ب- قانون نقابة المحامين رقم ١١ لسنة ١٩٦٦:

كان لا بد للمشرع الأردني من أن يولي أهمية مماثلة للقضاء الواقف "المحامين" كما أولى أهمية للقضاء الجالس، إذ أن مهنة المحاماة القوية المنظمة هي في الواقع إسناد داعم لمبدأ الفصل بين السلطات الثلاث. لهذا صدر قانون نقابة المحامين الأول رقم ٣١ لسنة ١٩٥٠ وألغي بصدور القانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٦ الصادر بتاريخ ٥ آذار ١٩٦٦. وهذا القانون، كغيره من القوانين المماثلة في الدول الأخرى، ينظم مهنة المحاماة بدءاً بتعريف المهنة وشروط الانتساب إليها وتأليف النقابة والتدريب والتسجيل وبيان حقوق وواجبات المحامين وتأديبهم ورفع مستواهم المهني والمعيشي من حيث إيجاد تأمين صحي وضمان اجتماعي ونظام للتقاعد لهم. وقد لعبت نقابة المحامين منذ تأسيسها دوراً مهنيًا ووطنياً رائداً، وقد كانت لفترة طويلة هي المؤسسة الوحيدة التي تتولى عملية إعادة نشر القوانين والأنظمة وتعديلاتها الكثيرة. كما أن مجلة النقابة ساهمت إلى حد كبير في نشر الثقافة والعلوم القانونية حين عملت على نشر أهم قرارات محكمة التمييز الأردنية، سواءً في القضايا المدنية والجزائية أو بصفتها محكمة عدل عليا مختصة بالقرارات الإدارية. كل هذا أدى إلى رفع مستوى الفقه والقضاء في الضفة الغربية وسهل من أعمال رجال القانون فيها وساهم في تحقيق العدالة. وجدير بالذكر أن منشورات النقابة، وبالذات الأجزاء الثلاثة لمجموعات القوانين الأردنية التي نشرت ما بين ١٩٥٦ - ١٩٦٠، وكذلك موسوعة التشريعات الأردنية التي نشرت في منتصف السبعينات، تكاد تكون هي البديل للصحيفة الرسمية.

ج- قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٢:

صدر هذا القانون في ٢٩ آذار ١٩٥٢، وأدخلت عليه تعديلات كثيرة بموجب القوانين المعدلة رقم ٣٥ لسنة ١٩٥٩ ورقم ٣٨ لسنة ١٩٦٣ ورقم ١٧ لسنة ١٩٦٥ ورقم ٣٧ لسنة ١٩٦٥ ورقم ٤٤ لسنة ١٩٦٥ ورقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٦. نصت المادة الثانية من هذا القانون على أن للمحاكم النظامية حق القضاء على جميع الأشخاص في جميع المواد المدنية والجزائية باستثناء المواد التي يفوض فيها حق القضاء إلى محاكم دينية أو خاصة بموجب أحكام القانون. والتقاضى على ثلاث درجات، الدرجة الأولى هي محكمة الصلح أو البداية حسب تقسيم معين حدده قانون محاكم الصلح رقم ١٥ لسنة ١٩٥٢ وقانون أصول المحاكمات الحقوقية رقم ٤٢ لسنة ١٩٥٢. وتوجد في كل قضاء ولواء محكمة للصلح ومحكمة بداية، وذلك في كل من القدس ونابلس والخليل حسب التقسيمات الإدارية. ومحكمة الدرجة الثانية هي محكمة الاستئناف، وقد وجدت واحدة في القدس وكانت صلاحيتها تشمل جميع المحاكم في الضفة الغربية. أما الدرجة الثالثة فكانت محكمة التمييز، وكانت هناك محكمة واحدة توجد في عمان، واختصاصها قانوني في الأمور المدنية والجزائية، وحين نظرها في القرارات الإدارية كانت تتعقد بصفتها محكمة عدل عليا. ولكل هذه المحاكم اختصاصاتها وطريقة تشكيلها من حيث عدد القضاة وأهمية أو نوعية القضايا أو خطورة الجريمة. وجدير بنا هنا أن نخص محكمة العدل العليا بشيء من التفصيل. أن محكمة التمييز

تتعقد بصفقتها محكمة عدل عليا حين تنظر في القضايا المتعلقة بالقرارات الإدارية. وحسب نص المادة ١٠ فقرة ٣ من قانون تشكيل المحاكم النظامية، تشمل اختصاصاتها الأمور التالية:

- ١- في الطعون الخاصة بانتخاب المجالس البلدية والمحلية والإدارية.
 - ٢- في المنازعات الخاصة بمرتبات التقاعد المستحقة للموظفين العموميين وورثتهم.
 - ٣- في الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بالطعن بالقرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين بالوظائف العامة أو بمنح الزيادات السنوية.
 - ٤- في الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية.
 - ٥- في الطلبات التي يقدمها الأفراد والهيئات العامة بإلغاء القرارات الإدارية، ويشترط في جميع الطلبات الواردة في البنود السابقة أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص أو مخالفة القوانين أو الأنظمة أو الخطأ في تطبيقها أو إساءة استعمال السلطة. ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان من الواجب اتخاذه وفقاً للقوانين والأنظمة.
 - ٦- في إبطال أي إجراء صادر بموجب نظام يخالف الدستور أو القانون بناءً على شكوى المتضرر.
 - ٧- في الطلبات التي تنطوي على إصدار أوامر بالإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع. وهناك اختصاصات أخرى لمحكمة العدل جاء نص عليها في قوانين أخرى، مثل قانون نقابة المحامين والطعن في بعض قرارات مجلس النقابة وقانون العلامات التجارية وقانون براءة الاختراعات والرسوم. وفي القانون المعدل رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٣ تم تعديل صلاحية المحكمة بحيث أصبحت لا تملك قبول الطلبات للطعن في القرارات المتعلقة بأعمال السيادة.
- د- قانون دعاوى الحكومة رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٨:
- نشر في الصحيفة الرسمية في العدد ١٣٨٥ في ١ حزيران ١٩٥٨. ولا يشترط هذا القانون الحصول على إذن قبل إقامة الدعوى على الحكومة أو أية دائرة من دوائرها، ونصت المادة ٥ منه على أن المحاكم لا تسمع أية دعوى ضد الحكومة إن أصلية أو مقابلة إلا إذا كانت من أجل:
- ١- الحصول على أموال منقولة أو التعويض بمقدار قيمتها.
 - ٢- تملك أموال غير منقولة أو التصرف بها أو نزع اليد عنها أو استردادها أو التعويض عنها بمقدار قيمتها أو بدل إيجارها.
 - ٣- الحصول على تعويضات أو نقود نشأت عن عقد كانت الحكومة طرفاً فيه.
 - ٤- منع المطالبة بشرط أن يدفع المدعى المبلغ المطلوب كفالة.

خامساً: النظام الإداري:

إذا كان لا بد من الحديث عن النظام الإداري لا كمال الصورة عن النظام القانوني، فيكون ذلك باختصار شديد. يكاد يكون من المتفق عليه أن التنظيم الإداري يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتنظيم السياسي للدولة، وبالتالي لا يمكن الحديث عنه دون الحديث عن النظام السياسي. واختصاراً نقول إن النظام السياسي في الضفة الغربية كان على أساس النظام النيابي البرلماني، فيه رئيس الدولة غير مسئول، وبرلمان منتخب ووزارة مسئولة أمام البرلمان. وحسب المفهوم الإداري يمكن تقسيم النظام الإداري إلى قسمين:

الأول هو الإدارة المركزية التي تتمثل برئاسة الدولة أي الملك، ثم بالحكومة أي مجلس الوزراء كمجلس، ثم رئيس مجلس الوزراء، ثم مسئولية الوزراء وكلاء الوزراء. ويتبعهم بعد ذلك المحافظون والحكام الإداريون وصلاحياتهم ومجالسهم، ثم المختارين.

أما القسم الثاني فهو الإدارة اللامركزية أو ما يعرف بالإدارة المحلية أو الحكم المحلي.

وهذا التقسيم مبني على المادتين ١٢٠ و١٢١ من الدستور، وبموجبه صدر نظام التشكيلات الإدارية رقم ١ لسنة ١٩٦٦ والنظام رقم ١ لسنة ١٩٦٤ والنظام رقم ١٢٥ لسنة ١٩٦٦، حيث تم تقسيمها إلى مجالس بلدية ومجالس قروية وأمانة القدس، ولكل منها طريقة انتخابها وتعيين رئيسها وصلاحياتها وعضويتها ومواردها المالية والرقابة المركزية عليها. ولا يتسع المجال هنا للإسهاب في هذه الأمور، والتي هي جميعها بحاجة إلى بحث خاص.

الفصل الثاني

النظام القانوني في قطاع غزة

١٩٤٨ - ١٩٦٧ (أ)

رضوان الآغا

قاضي المحكمة العليا - غزة

أولاً: الوضع القانوني في فلسطين حتى عام ١٩٤٨:

بدأ الانتداب البريطاني على فلسطين سنة ١٩١٧، وخضعت فلسطين لنظام حكم عسكري طبق على جميع مظاهر الحياة تقريباً حتى سنة ١٩٢٢ بصريح نص المادتين ٧٣ و٧٤ من دستور فلسطين سنة ١٩٢٢، إذ جاء بهما أن سائر المنشورات والأوامر التي سنها وأصدرها القائد العام للحملة المصرية أو المدير العام لبلاد العدو المحتلة أو الحكام العسكريون لفلسطين منذ سنة ١٩١٧ حتى سنة ١٩٢٠ تعتبر سارية المفعول إلى أن تلغىها السلطة التشريعية، كما يعتبر كل ما صدر بعد تموز سنة ١٩٢٠ من منشورات وقوانين وأوامر لا يزال نافذاً ومعمولاً به.

وعام ١٩٣٢ صدرت التعليمات الملكية من جورج الملك للمندوب السامي لفلسطين. وعام ١٩٤٠ تم إنشاء مجلس تنفيذي ألزم المندوب السامي بإصدار الكتاب الأزرق سنوياً بشأن الإيرادات والمصروفات والدفاع والأشغال العامة والتشريع وملاك الخدمة العامة المدنية والتقاعد والسكان والمدارس والأماكن المقدسة والآثار القديمة وأوراق البنكنوت وهجرة اليهود وحالة السكان العرب، ليتمكن من تقديم هذه المعلومات إلى عصبة الأمم طبقاً للمادة ٢٢ من ميثاق عصبة الأمم.

أما بخصوص التشريعات التي جرى تطبيقها في ذلك الوقت، فإن المادة ٤٦ من دستور فلسطين سنة ١٩٢٢ قد نصت بأن تمارس المحاكم النظامية صلاحياتها وفقاً للتشريعات العثمانية

المعمول بها في فلسطين في ١ تشرين الثاني سنة ١٩١٤ وسائر القوانين العثمانية الصادرة بعد ذلك التاريخ. وفي الأحوال التي لا تتناولها تلك القوانين والمراسيم والأنظمة، تمارس هذه الصلاحية وفقا "لروح التشريع العام ومبادئ العدل والإنصاف في إنجلترا": وقد أعطت المادة ٤٧ من دستور فلسطين المحاكم النظامية صلاحية الفصل في قضايا الأحوال الشخصية مع مراعاة أحكام المادة ٥١ من الدستور. وفي سنة ١٩٣٩ شكلت المحاكم الشرعية الإسلامية طبقا لأصول المحاكمات الشرعية العثمانية الصادر سنة ١٣٣٣ هـ، ثم المحاكم الدينية اليهودية طبقا للشرعية المسوية، ثم المحاكم الدينية المسيحية طبقا للقانون المذهبي لكل طائفة مسيحية على حدة.

وتنظم المادة ٥٠ من الدستور حصانة المندوب السامي امام القانون وعدم جواز إقامة الدعوى عليه، وأن ذاته مصنونة ولا تمس. وأعطته المادة ٦٩ من الدستور صلاحية إبعاد المجرمين السياسيين. ومن ناحية القوانين المدنية والتجارية والجنائية المطبقة قبل سنة ١٩٤٨، فقد كان أهمها:

- ١- قانون الأراضي العثماني لسنة ١٢٧٤هـ.
- ٢- القانون المدني العثماني - مجلة الأحكام الشرعية .
- ٣- قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني.
- ٤- القانون العثماني لتقسيم الأموال المشتركة غير المنقولة .
- ٥- قانون حكام الصلح العثماني.
- ٦- قانون انتقال الأراضي رقم ٣٩ لسنة ١٩٢٠.
- ٧- قانون محاكم الأراضي رقم ٢٣ لسنة ١٩٢١.
- ٨- قانون أصول المحاكمات الجزائية (القبض والتحريري رقم ٤ لسنة ١٩٢٤، البيئات رقم ٣٣ لسنة ١٩٢٧، المحاكمات الاتهامية رقم ٢٢ لسنة ١٩٢٤).
- ٩- قانون صلاحية المحاكم النظامية والدينية رقم ٣ لسنة ١٩٢٥، والذي لا يزال ساري المفعول حتى الآن.
- ١٠- قانون دعاوى الحكومة رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٦.
- ١١- قانون المساحة رقم ٤٨ لسنة ١٩٢٩.
- ١٢- قانون الشركات رقم ١٨ لسنة ١٩٢٩، وهو مستمد من القانون الإنجليزي.
- ١٣- قانون انتهاك حرمة المحاكم رقم ١٢ لسنة ١٩٢٩، وهو مستمد من بريطانيا.
- ١٤- قانون العقوبات رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٦، وهو مستمد من القانون الإنجليزي.
- ١٥- قانون الغرامات المشتركة رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٦.

- ١٦- قانون العقوبات، لسنة ١٩٣٦ المعدل رقم ٣٧ لسنة ١٩٣٧ حتى رقم السنة ١٩٤٧ مستمد من القانون البريطاني الذي كان مطبقاً في دول الكومنولث، مثل الهند والسودان وغيرها.
- ١٧- قانون أصول المحاكمات الحقوقية لسنة ١٩٣٨.
- ١٨- قانون المحامين رقم ٣٢ لسنة ١٩٣٨ ومجلس الحقوق رقم ٣٣ لسنة ١٩٣٨، والمعمول به حتى الآن.
- ١٩- قانون العلامات التجارية رقم ٣٥ لسنة ١٩٣٨، والمعمول به إلى الآن.
- ٢٠- قانون المحاكم رقم ٣١ لسنة ١٩٤٠، والمعمول به حتى الآن.
- ٢١- قانون الإفراج بالكفالة رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٤.
- ٢٢- قانون سجلات الأراضي رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٤.
- ٢٣- قانون المخالفات المدنية رقم ٣٦ لسنة ١٩٤٤.
- ٢٤- قانون صلاحية محاكم الصلح رقم ٤٥ لسنة ١٩٤٧.
- ٢٥- قانون منع الجرائم.
- ٢٦- قانون الوراثة.
- ٢٧- قانون حصانات وامتيازات الأمم المتحدة.

ثانياً: مرحلة ما بعد الانتداب:

هذا ما يخص الوضع القانوني والقانون المطبق عند انتهاء الانتداب البريطاني عام ١٩٤٨. أما مرحلة ما بعد الانتداب، فتبدأ بعد دخول القوات المصرية قطاع غزة وصدور الأمر رقم ٦ لسنة ١٩٤٨ بشأن استمرار المحاكم بكافة درجاتها وأنواعها في تطبيق القوانين المعمول بها قبل ١٥ أيار ١٩٤٨. بعد ذلك، صدرت الأوامر التالية:

- سنة ١٩٤٨، تشكيل المحاكم النظامية الشرعية في المناطق الخاضعة لرقابة القوات المصرية في فلسطين.

- سنة ١٩٥٠، تطبيق الباب الأول والثاني من قانون العقوبات المصري على قطاع غزة.
- سنة ١٩٥٢، تطبيق القوانين بشأن الجرائم التي تقع على أمن الدولة من الداخل والخارج.
- سنة ١٩٥١، اعتبار النقد المصري نقداً قانونياً.
- سنة ١٩٥٣، تطبيق أحكام قانون العقوبات المصري الخاصة بجرائم الزنا على قطاع غزة.
- سنة ١٩٥٣، تطبيق أحكام قانون العقوبات المصري الخاصة بجرائم الرشوة على قطاع غزة.
- سنة ١٩٥٤، إلغاء الوقف على غير الخيرات أسوة بالقانون المماثل الصادر في مصر في ذلك الوقت.
- سنة ١٩٥٤، قانون حقوق العائلة، وهو مستمد من قانون أصول المحاكمات الشرعية الإسلامية.

– سنة ١٩٥٦، اختصاصات النيابة العامة، والتي أصبحت تتولى التحقيق في جميع الجنايات في قطاع غزة، وهو نظام مشابه لقانون الإجراءات الجنائية المصري.

– سنة ١٩٥٧ لدى عودة الإدارة المصرية إلى قطاع غزة بعد حرب سنة ١٩٥٦، بشأن بقاء جميع القوانين والأنظمة والقرارات والتعليمات المعمول بها في قطاع غزة قبل أول تشرين الثاني ١٩٥٦ سارية المفعول.

– سنة ١٩٦٢، إعلان النظام الدستوري لقطاع غزة، والذي يشتمل على تنظيم كامل للسلطة التنفيذية والسلطة القضائية والسلطة التشريعية. وبموجبه يتولى الشعب الفلسطيني لأول مرة إصدار التشريعات بواسطة ممثليه الفلسطينيين.

– سنة ١٩٦٢، بشأن الوصية الواجبة، ولأول مرة يصدر تشريع ضمن نظام الشريعة الإسلامية يجيز حصة شرعية للأحفاد الذين يتوفى والدهم وجدهم لا يزال حياً.

– سنة ١٩٦٢، بشأن تطبيق قانون مكافحة المواد المخدرة المصري على قطاع غزة وتثديدهم العقوبة أسوأ بما هو متبع في مصر باعتبار أن هذه الجناية كبيرة.

– سنة ١٩٦٥، بشأن تطبيق أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية على الأراضي الأميرية كافة.

– سنة ١٩٦٥، بشأن الخدمة العسكرية والوطنية لأهالي قطاع غزة.

– سنة ١٩٦٥، بشأن فرض ضريبة التحرير على المواطنين الفلسطينيين في الداخل والخارج.

أما بالنسبة لتأثير القانون المصري على بنية التشريع الفلسطيني، فبالرغم من إدخال أحكام قانون العقوبات المصري في البابين الأول والثاني بكافة نصوصه إلى جانب عدة قوانين أخرى، إلا أنه لم يؤثر على سريان قانون أصول المحاكمات الاتهامية الفلسطيني، فقد بقي هو المطبق أثناء المحاكمة، ولم يطبق قانون الإجراءات الجنائية المصري في فلسطين. وكذلك الحال عند إدخال قانون المخدرات المصري وقانون الرشوة المصري، فقد تم سريان نصوصها بدون سريان قانون الإجراءات الجنائية المصري، بل بقي مطبقاً في قطاع غزة قانون أصول المحاكمات الاتهامية الفلسطيني.

وكذلك هو الحال بالنسبة للأمر المتعلق باختصاصات النيابة العامة، فقد اختصت النيابة العامة بالتحقيق في الجرائم ورفع الدعوى الجنائية ومباشرتها، وأعطى لممثلي النائب العام سلطة القبض والتحري وإصدار مذكرات القبض والتحري التي كانت مقصورة على حكام الصلح. إلا أنه لم يخول ممثلي النائب العام صلاحية تحليف الأيمان للمتهمين والشهود أثناء التحقيق كما هو متبع في قانون الإجراءات الجنائية المصري. كما أن محاضر تحقيق النيابة العامة لا تظم إلى محاضر وملفات المحاكم الجزائية المختصة بقوة القانون كما هو متبع في مصر. وليس للقانون المصري أي تأثير على القوانين المدنية والتجارية والإدارية، ولم يتدخل بأي تعديل جوهري فيها إلا بقدر بسيط.

ثالثاً: المصادر الأولية للقوانين السارية في قطاع غزة:

يمكن أن نعدد المصادر الأولية للقوانين السارية الآن في قطاع غزة على النحو التالي:

١- الشريعة الإسلامية، وتعتبر المصدر الأساسي لجميع القوانين والتشريعات الصادرة طيلة سنوات حكم الدولة العثمانية على فلسطين منذ عام ١٥١٧ وحتى عام ١٩١٧. وكان مذهب الإمام أبو حنيفة هو المذهب المعتمد في الدولة العثمانية والذي استمدت منه كل أحكام قانون الأراضي العثماني. كما أن الشريعة الإسلامية كانت المصدر الأساسي لمعظم قوانين الدولة العثمانية التي بقيت سارية المفعول في فلسطين حتى سنة ١٩١٧، منها قانون حكام الصلح العثماني وقانون تقسيم الأموال المشتركة غير المنقولة العثماني والقانون المدني العثماني - مجلة الأحكام العدلية التي لا تزال سارية المفعول إلى الآن في معظم أحكامها وموادها.

٢- المصدر الثاني للقوانين السارية هو دستور فلسطين لسنة ١٩٢٢ والتعليمات الملكية لسنة ١٩٣٢، ثم دستور قطاع غزة لسنة ١٩٥٥ ودستور قطاع غزة لسنة ١٩٦٢. وقد أوجدت هذه الدساتير محكمة العدل العليا الفلسطينية التي تختص بالإفراج عن المحبوسين بوجه غير مشروع وإلغاء القرارات الإدارية حين يكون مرجع الطعن فيها هو عيب في الشكل أو الاختصاص أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو التعسف في استعمال السلطة وإصدار الأوامر إلى الموظفين العموميين والهيئات العمومية بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل وتغيير مرجع الدعوى في بعض الحالات.

٣- المصدر الثالث هو القضاء. إذ من المعروف أن مصادر القانون في قطاع غزة وفلسطين عموماً هي أقرب إلى النظام الأنجلو - سكسوني الذي يعتمد السوابق القضائية عند قصور النصوص القانونية ويعتبر هذه السوابق بمثابة قانون واجب التطبيق.

٤- المصدر الرابع هو القانون المصري. فهو وإن لم يؤثر على القانون المدني والتجاري الفلسطيني، إلا أنه كان له الأثر المباشر على القانون الإداري الفلسطيني، وجاء ذلك واضحاً في صلاحية محكمة العدل العليا، وهي صلاحية مستمدة من قانون مجلس الدولة المصري من حيث اختصاص محكمة العدل العليا بإلغاء القرارات الإدارية متى كان مرجع الطعن فيها هو عيب في الشكل أو الاختصاص أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو التعسف في استعمال السلطة. كما أن ذلك واضح في المادة ٢٦ من دستور سنة ١٩٦٢ التي تنص على أن "يضع المجلس التنفيذي اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما لا يتضمن تعديلاً فيها أو تعطيلاً لها أو إعفاء من تنفيذها" إذ أن هذه النصوص مستمدة من قانون مجلس الدولة المصري. كما أن معظم المبادئ العامة التي أوردها دستور سنة ١٩٦٢ لقطاع غزة مستمدة من القانون الإداري المصري، وهذه المبادئ هي:

أ- المساواة أمام القانون.

ب- المساواة أمام الضرائب.

ج- المساواة في استعمال الأموال العامة.

د- المساواة في الوظائف العامة.

هـ- مساواة المنتفعين بخدمات المرافق العامة.

و- مبدأ استمرار سير المرافق العامة، وغيرها.

كما أن أحكام محكمة القضاء الإداري التابعة لمجلس الدولة المصري قد استقر قضاؤها على أن السلطات المصرية في إدارتها لقطاع غزة إنما تباشر نوعاً من الحماية والإشراف على جزء من أرض فلسطين، وذلك لأن قطاع غزة يعتبر جزءاً خارجياً من حدود مصر، ولأن النظام الأساسي لقطاع غزة قد أنشأ محكمة عدل عليا وهي التي تتولى النظر في إلغاء القرارات الإدارية التي تصدر عن الموظفين العموميين المصريين العاملين في قطاع غزة.

خلاصة القول، أن القوانين التي كانت سائدة في فلسطين هي:

- ١- الشريعة الإسلامية منذ عهد الفتحات العربية في أوائل القرن السابع الميلادي وحتى نهاية العهد العثماني سنة ١٩١٧، وبقيت بعض أحكام الشريعة الإسلامية مطبقة حتى عهدنا هذا.
- ٢- القانون الإنجليزي منذ سنة ١٩١٧ حتى سنة ١٩٤٨، وهي نهاية الانتداب البريطاني على فلسطين، ولا تزال بعض القوانين الإنجليزية سارية حتى تاريخه.
- ٣- القانون الفرنسي بصفته مصدراً تشريعياً للقانون المصري المطبق في بعض أحكامه وأبوابه في قطاع غزة منذ سنة ١٩٤٨.

الفصل الثالث

النظام القانوني في قطاع غزة

(ب) ١٩٤٨ - ١٩٦٧

راجي الصوراني

محام - غزة - مدير المركز الفلسطيني لحقوق الإنسان

أولاً: مقدمة:

يعد النظام القانوني في قطاع غزة في الفترة الواقعة بين سنة ١٩٤٨ وسنة ١٩٦٧ أحد أكثر الحالات تميزاً ودقة نتيجة للإرث القانوني الممتد على فترة زمنية ليست بسيطة والتغيرات والتقلبات السياسية التي شهدتها فلسطين وقطاع غزة تحديداً كجزء له تجربته الخاصة والمميزة من فلسطين. وقبل الحديث عن ذلك، تقتضي الضرورة التعرض بصورة سريعة للنظام القانوني الذي كان سائداً في فلسطين في الفترة السابقة للعام ١٩٤٨، وذلك للترباط والتداخل والتواصل بين القوانين الفلسطينية في المراحل المختلفة.

ثانياً: النظام القانوني السائد في فلسطين قبل العام ١٩٤٨

كانت فلسطين جزءاً من الدولة العثمانية بعد أن قامت تركيا باحتلالها. وقد استمر هذا الوضع حتى الحرب العالمية الأولى، وانتهى بالاحتلال البريطاني لفلسطين، ولعل أهم ما يميز هذه الفترة من الاحتلال العثماني على الصعيد القانوني هو "مجلة الأحكام العدلية" والتي مازالت مطبقة حتى اليوم والتي ما زالت رغم مضي الزمن، ليس فقط جزءاً من القانون المدني الساري، بل أهم المصادر للقانون المدني الفلسطيني في قطاع غزة حتى اليوم.

ومنذ بدء الاحتلال البريطاني لفلسطين والإعلان عنه سنة ١٩١٦ ، ومن ثم تحوله إلى انتداب بريطاني، تم إصدار معظم قوانين أصول المحاكمات والتي شكلت جوهر القانون المدني الفلسطيني ، وكان أغناها الفترة الممتدة من سنة ١٩٣٤ وحتى نكبة فلسطين في سنة ١٩٤٨ ، وكان من أهم هذه القوانين دستور فلسطين ١٩٢٢ ، وقانون الشركات ، وقانون المطبوعات ، وقانون العقوبات ، وقانون الأراضي ، وأصول المحاكمات ، وقانون الطوارئ.

إن بالإمكان القول عن مرحلة الانتداب البريطاني من الناحية القانونية ، أنها المرحلة التي تم فيها تشكيل الوضع القانوني في فلسطين ، بصورة شبيهة متكاملة تقريبا ، متأثرة بالطبع بالنظام "الانجلوساكسوني" إلى مدى بعيد . كما يمكن القول وبصورة تقريرية أن هذا الوضع أيضا رهن نفسه لعشرات السنوات التالية في المنطقة ، نسا واستلهاما ، وإن ما طرأ عليه من تعديلات لم يكن حقيقة يمس الجوهر ، بل تعامل مع أمور قانونية مستحدثة ، أو تعامل مع أمور قانونية ليست في الغالب جوهرية.

كما يمكن القول أيضا أن النظام القانوني في فلسطين حتى العام ١٩٤٨ ، عدا ما هو متعلق بالأمن ، كان متطورا إلى مدى بعيد جدا من الناحية القانونية والحضارية ، طبعا وفق المفهوم النسبي للأمور .

إذا ، فإن الإرث الأساسي عن المرحلة السابقة للعام ١٩٤٨ من الناحية القانونية كان من العهد التركي : (مجلة الأحكام العدلية) ، ومن الانتداب البريطاني (معظم القوانين وأصول المحاكمات المدنية والتي كما سيتضح فيما بعد بقيت سارية لعشرات السنين ، بل وحتى يومنا هذا وفي معظمها دون تعديل يذكر).

ثالثا: النظام القانوني في قطاع غزة بعد العام ١٩٤٨ :

بتاريخ ١٥ أيار ١٩٤٨ انتهى الانتداب البريطاني على فلسطين وكانت حرب فلسطين وكان أحد أهم نتائجها انسلاخ ما أصبح يعرف بقطاع غزة عن باقي فلسطين بصورة قسرية نتيجة لهذه الحرب ، ووجود القطاع تحت رقابة القوات المصرية التي شاركت في حرب فلسطين وإدارتها ، وقد تولى إدارة القطاع منذ ذلك التاريخ الحاكم الإداري العام المصري والذي كان يعين بهذه الصفة من وزير الحربية المصري ، والذي خول أيضا بكافة صلاحيات المندوب السامي البريطاني وقاضى القضاة.

والجدير بالذكر هنا وعلى عكس الخطأ الشائع ، فإن القطاع لم يتم ضمه إلى مصر ، ولم يصبح جزءا منها ، وذلك على عكس الأمر تماما في الضفة الغربية التي تم ضمها إلى المملكة الأردنية الهاشمية ، والتي أصبحت جزءا منها. وبالتالي فإن القوانين المصرية لم تطبق في قطاع غزة إطلاقا ،

بل استمر الوضع القانوني واستمر العمل في القوانين والتشريعات التي كان معمولا بها في فلسطين أثناء الانتداب البريطاني دون أي تغيير ، ولقد أكد ذلك الأمر الصادر من الحاكم الإداري العام (المصري) لقطاع غزة والذي يحمل رقم (٦) والصادر بتاريخ ١ حزيران ١٩٤٨ .

أي انه من الناحية القانونية العملية ، فان قطاع غزة برقعته الجغرافية الضيقة البالغة ٣٦٥ كيلو مترا مربعا ، يشكل وحدة قانونية ذات هوية مستقلة عن مصر ، طبق بها النظام القانوني لفلسطين في عهد الانتداب البريطاني بصورة كاملة وبدون أي انتقاص ، وهو ما منح قطاع غزة وضعاً قانونياً فلسطينياً متميزاً وخصوصاً ، من الناحية القانونية السياسية ، وذلك على خلاف الضفة الغربية ، وباقي فلسطين.

رابعاً: الإدارة المصرية:

رغم ذلك فمن الضروري الإشارة إلى عدة أمور ذات أهمية خاصة وجوهرية أيضاً في فترة الإدارة المصرية لقطاع غزة من الناحية القانونية - التشريعية من ١٩٤٨ وحتى ١٩٦٧.

١- كان للحاكم الإداري العام المصري سلطة إصدار أوامر لها قوة القانون ، وقد مارسها وصادر العديد من القوانين بهدف تنظيم مختلف جوانب الحياة في قطاع غزة ، بالذات في أوقات الطوارئ ، أو عند غياب النص القانوني أو لمقتضيات المصلحة العامة . وللإنصاف فان استخدام هذه الصلاحيات كان ضيقاً ، أو لضرورة المصلحة العامة ، ولم يكن بها بصورة عامة تعسف باستخدام السلطة بالمفهوم النسبي، إن العيب الأساسي كان في السلطة التنفيذية التي كان يرأس أقسامها التسعة مصريون وذلك حتى العام ١٩٦٧.

٢- في فترة العدوان الثلاثي من بريطانيا وفرنسا وإسرائيل على قطاع غزة ومصر حين قامت هذه القوات باحتلال قطاع غزة وسيناء في تشرين أول ١٩٥٦ ، حدث فراغ قانوني للإدارة المصرية لقطاع غزة استمر حتى ٧ آذار ١٩٥٧ ، حين انتهى العدوان الثلاثي وعادت الإدارة المصرية لقطاع غزة وأعدت من جديد الوضع القانوني لسابق عهده قبل العدوان.

وفى أثناء فترة العدوان الثلاثي، وتحديداً تواجد القوات الإسرائيلية في قطاع غزة، تم إصدار العديد من الأوامر العسكرية الإسرائيلية ، إلا أن جميعها ألغيت وفق الأمر رقم ٤٨١ الصادر بتاريخ ٧ نيسان ١٩٥٧ من الحاكم الإداري العام لقطاع غزة.

٣- تم تشكيل مجلس تشريعي في قطاع غزة ، البعض منه منتخب (٢٢ عضواً يتم انتخابهم من الاتجاه القومي) والبعض الآخر يتم تعيينه (أعضاء يقوم الحاكم الإداري العام باختيارهم) والبقية أعضاء بحكم مناصبهم في المجلس التنفيذي (مصريين) وهو نفس النظام الذي كان مطبقاً في مصر في ذلك الحين. وقد تم الإشارة إلى ذلك في المادة الثالثة والعشرين من القانون الأساسي لقطاع غزة الصادر بتاريخ ١١

أيار ١٩٥٥ . وقد فوض هذا المجلس التشريعي بسلطة إصدار القوانين. ورغم أن أعضاء المجلس التشريعي لم يكونوا جميعاً منتخبين إلا أن أغلبهم كان منتخبا وكانت هذه التجربة مميزة ، وخطوة للأمام على الصعيد القانوني - التشريعي ، وكان يقدر لها أن تتطور لولا أن الظروف السياسية الناجمة عن الاحتلال الإسرائيلي لقطاع غزة حالت دون ذلك .

رغم ذلك ، فقد مارس المجلس التشريعي صلاحياته وقد قام بإصدار بعض القوانين ، وتعديل أو إلغاء البعض الآخر . ولعل أهم ما أصدره المجلس التشريعي من قوانين كان قانون العمل لسنة ١٩٦٤ وقانون الشركات ، وقانون المواد المخدرة لسنة ١٩٦٢ . والقانون بشأن تطبيق أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية على الأراضي الأميرية لسنة ١٩٦٥ ، والقانون بشأن الوصية الواجبة لسنة ١٩٦٢ ، والإعلان بشأن النظام الدستوري لقطاع غزة لسنة ١٩٦٢ وقد تم إجراء الانتخابات للمجلس التشريعي مرتين الأولى في العام ١٩٥٨ ، والثانية في العام ١٩٦٢ .

خامسا: النظام الدستوري لقطاع غزة الصادر في ٥ آذار ١٩٦٢:

يدور الحديث وبنطاق واسع، نتيجة الجهل بالقوانين المطبقة والسارية في قطاع غزة قبل العام ١٩٦٧ ، عن وجود حالة من الفراغ القانوني. وحقيقة الأمر انه لا يوجد أي فراغ قانوني إطلاقا وذلك عبر ما تم استعراضه سابقا بصورة موجزة ، بل ولم يعرف الكثيرون أن نظاما دستوريا لقطاع غزة كان قائما وموجودا منذ العام ١٩٦٢ ، وجاء تنويفا لجهود قانونية جادة ومميزة ، وشكل إطارا دستوريا عاما "دولة غزة" إن جاز التعبير ، وقد نص على الأمور الأساسية الهامة والضرورية لمبدأ سيادة القانون ، ومبدأ فصل السلطات ، وضمان الحريات الشخصية والعامة ، واحترام هبة واستقلالية الجهاز القضائي الفلسطيني في القطاع. وإنني شخصيا على يقين من أن هذا النظام الدستوري ليس نموذجيا وكاملا ولا يستطيع أحد أن يدعي ذلك، وهو بحاجة للتعديل والتنقيح والإضافة والحذف بما يتلاءم ومتطلبات المرحلة السياسية الراهنة ، عدا عن هذا فان فيه بعض العيوب الجوهرية ، ولكن بتقديري انه قائم وموجود ويجب أن يحترم من الناحية القانونية شأنه شأن القوانين القائمة والسارية منذ عهد الانتداب والأترك. ولم يكن هناك من ضرورة إطلاقا لعمل "مسودة أو مشروع النظام الأساسي للسلطة الوطنية الفلسطينية" الذي صاغته لجنة متخصصة برئاسة الدكتور أنيس القاسم، وذلك لأسباب عديدة ومتنوعة سياسية وقانونية ، نحن في غنى عن الخوض في تفاصيلها في هذه المداخلة ، ولكنها تعكس عدم معرفة وإطلاع على التراث القانوني والقانون السائد وتحديدًا في قطاع غزة ، بتقديري يجب عدم الخوض في مثل هذه المشاريع للقوانين في المرحلة الراهنة على الأقل ، وليس بالشكل الذي تم ، بل عبر تطوير وتعميق وتحديث ما هو قائم ، إلا إذا ثبت عدم صلاحيته وتقدير ذلك لا يعود لفرد أو مجموعة ضيقة بالذات

وان عمل النظام الدستوري يجب ان يتسم بالهدوء والتخصص والاحتراف وتستغرق صياغته عادة فترات زمنية طويلة وليس بعجلة من الزمن.

ومع ذلك يجب أن يكون واضحا لدينا ، انه وعلى الرغم من كثرة الانتقادات التي يمكن أن توجه إلى النظام الدستوري الصادر في قطاع غزة للعام ١٩٦٢ إلا انه يجب التأكيد هنا على أن المحظور هو وجود فراغ قانوني ، مرحلي أو انتقالي. وهذه هي نفس الأسباب التي تدعونا لان نتمسك بالقوانين المدنية التي كانت سارية في عهد الانتداب البريطاني مثلا ، رغم أن البعض منها يعود لأكثر من سبعين عاما ، وهي بحاجة إلى ثورة قانونية كاملة وشاملة. فعدا عن أنها وضعت من الانتداب البريطاني وبهدف خدمة مصالحه ، لا مصالح الشعب الفلسطيني ، إلا أن طريقة التعامل معها يجب أن تكون بنفس طويل وبآفاق قانونية - سياسية رحبة تتسع لكل التعقيدات والمشاكل التي تواجه التشريع وإصداره والتغييرات القائمة في اتفاقية أوسلو واتفاق إعلان المبادئ. وقد يستدعي هذا من جهة أخرى إيجاد لجان قانونية متخصصة تعمل وبشكل جاد على إعداد مسودات أو مشاريع للقوانين ، فنحن لا نتحدث عندما نطالب باستمرار العمل في هذه القوانين عن قوانين خالدة ، فالقانون كالكائن الحي ، يولد وينمو ويموت ، ويجب دوما أن يستجيب للتغيرات الاجتماعية - السياسية والاقتصادية ويلبي حاجات المجتمع بتطوره ونموه ويحقق به العدالة بمفهومها النسبي وفق العصر وروحه.

ما هو جدير بالذكر أن النظام الدستوري لقطاع غزة الصادر في ٥ آذار ١٩٦٢ ، لم يرق صراحة بإلغاء مرسوم دستور فلسطين لسنة ١٩٢٢ الصادر في فترة الانتداب البريطاني على فلسطين ، بل قام بإلغائه ضمنا وموضوعيا ، ولأسباب (لا نريد الخوض) بها الآن لم تتجم عن جهل المشرع بهذا المرسوم الدستوري، وليست قانونية محض، بل هي أسباب سياسية.

سادسا: الوقائع الفلسطينية:

لقد تم نشر كافة القوانين والأوامر واللوائح التنظيمية التي صدرت في قطاع غزة منذ ١٥ أيار ١٩٤٨ وحتى ٥ حزيران ١٩٦٧ في " الوقائع الفلسطينية " وعدا عن نشرها بشكل دوري، كانت الإدارة المصرية والمجلس التشريعي يقومان بإصدارها مرة كل أربع سنوات ، وقد صدرت هذه الأوامر في ثلاثة مجلدات: الأول من العام ١٩٤٨ حتى العام ١٩٥٢ ، والثاني من العام ١٩٥٣ حتى العام ١٩٥٨ والثالث من العام ١٩٥٩ حتى العام ١٩٦٣ ، أما الرابع فلم يصدر بسبب حرب يونيو ١٩٦٧ وكان من المفترض أن يغطي الفترة من سنة ١٩٦٤ وحتى سنة ١٩٦٨.

جدير بالذكر أن القوانين الفلسطينية التي كانت سارية في فلسطين في فترة الانتداب البريطاني لم تتم إعادة طباعتها في فترة الإدارة المصرية لقطاع غزة ، لذلك فان هذه القوانين ومجموعات درايتون الأربعة كانت فقط بحوزة عدد من المحامين القدامى في قطاع غزة ، وكانت حيازتها أشبه بحيازة الألواح

الاثني عشر. ولم يتم إعادة طباعة ونشر هذه القوانين إلا بمبادرة خاصة من قبل ثلاثة من القانونيين الباحثين هم مازن سيسالم وكيل النائب العام ، واسحق مهنا قاضي أول صلح غزة ، وسليمان الدحدوح المستشار القانوني. وقد تم ذلك مع الأسف في السنوات القليلة الماضية في عهد الاحتلال الإسرائيلي.

جدير بالذكر أيضا أن كلا من اتفاق إعلان المبادئ الموقع في ١٣ أيلول ١٩٩٣ واتفاقية القاهرة

قد نص على أن القوانين التي سوف تكون سارية في قطاع غزة أثناء الفترة الانتقالية هي:-

١- القوانين الفلسطينية السارية في قطاع غزة حتى ٥ حزيران ١٩٦٧.

٢- الأوامر العسكرية الإسرائيلية الصادرة من قائد المنطقة الجنوبية والحاكم العسكري لقطاع غزة من ٥ حزيران ١٩٦٧ وحتى ١٣ أيلول ١٩٩٣، ما لم يتم تعديلها أو إلغائها من لجنة إسرائيلية- فلسطينية مشتركة يتم إنشائها خصيصا لهذا الأمر.

٣- القوانين الإسرائيلية المدنية سوف تكون سارية على الإسرائيليين في مناطق الحكم الذاتي وكذلك في المستوطنات وفي المناطق المشار إليها باللون الأصفر في الخرائط المرفقة .

بذلك يضاف إلى هذا الوضع الخاص والمعقد قانونيا صعوبة إضافية ، يصبح فيه تعارض القوانين وتصارعها وتضاربها، كما يبدو، سمة أساسية للمرحلة القادمة. وتشير هذه الحالة الآن في قطاع غزة الكم الهائل الموروث من القوانين، والتي تبدأ من العهد التركي مرورا بالانتداب البريطاني والإدارة المصرية لقطاع غزة والاحتلال الإسرائيلي، وانتهاء بسلطة الحكم الذاتي الفلسطينية.

سابعاً: هيكلية الجهاز القضائي في قطاع غزة:

تم تطبيق الهيكلية الخاصة بالجهاز القضائي الفلسطيني في قطاع غزة وكأن فلسطين قد تم اختزالها إلى قطاع غزة. وبالتالي ، فإن الجهاز القضائي كان في قطاع غزة من العام ١٩٤٨ حتى العام ١٩٦٧ كاملاً ومتكاملاً وغير مجزأ ، وقد عمل بشكل نزيه ومستقل وبعيدا عن تأثير السلطة التنفيذية إلى مدى بعيد. وقد كان تعيين القضاة يتم عبر مجلس قضائي خاص ، يقوم برفع توصياته إلى الحاكم الإداري العام لقطاع غزة عبر قاضي القضاة ، وعادة ما يتم احترام هذه التوصيات المقدمة من المجلس من قبل الحاكم العام عند اتخاذ قرار التعيين.

جدير بالذكر انه بعد العام ١٩٤٨ مباشرة كان هناك نقص في الكادر القانوني - القضائي ، وقد تم الاستعانة إلى فترة ما بجهازي النيابة والقضاء ببعض من القانونيين والقضاة المصريين ، وذلك حتى تم بناء الكادر القانوني الفلسطيني الذي تولى إدارة الجهاز القضائي في قطاع غزة كليا وبكامل درجاته وهيئاته.

الفصل الرابع

الأوامر العسكرية في الضفة الغربية

١٩٦٧-١٩٩٤

مازن قبطي

محام - القدس

عندما نتحدث عن الفترة بعد سنة ١٩٦٧ فنحن نتحدث عن فترة احتلال، نحن نتكلم عن فترة تحكمها قوانين مختلفة عن القوانين التي كانت سارية المفعول قبل عام ١٩٦٧.

١- نحن نتحدث عن قائد عسكري هو موظف حكومي في دولة إسرائيل المحتلة. ومن هنا فإن جزءا كبيرا من الصلاحيات المعطاة لهذا القائد العسكري تتبع أو تأتي من القانون الإسرائيلي وهو متصل بتحديد المسؤوليات والصلاحيات المعطاة له حسب القانون الإسرائيلي .

٢- هناك القانون الدولي العرفي الذي يحدد صلاحيات المحتل في منطقة محتلة بالنسبة لتغيير النظام القانوني القائم في المنطقة المحتلة وهذا يرجعنا إلى المادة ٤٣ من الأنظمة الملحقة باتفاقية لاهاي لسنة ١٩٢٣ التي تشترط تغيير القانون في الأرض المحتلة فقط في حال وجود الشرطين التاليين: الشرط الأول إن الحاجة المطلقة لسكان الأراضي المحتلة توجب التغيير، والشرط الثاني الأسباب الأمنية. فالأوامر العسكرية التي يصدرها الحاكم العسكري والأنظمة المختلفة التي يصدرها الحاكم العسكري يجب أن تكون تحت غطاء وفي إطار الصلاحية المعطاة له حسب المادة ٤٣ للأنظمة الملحقة لاتفاقية لاهاي.

٣- هناك القانون المحلي، القانون المحلي القائم في الضفة الغربية، وفي قطاع غزة. يجب على القائد العسكري أن لا يغير من هذا القانون إلا حسب الصلاحيات المعطاة له حسب المادة ٤٣

المذكورة. فعندما نتكلم عن فترة ما بعد ١٩٦٧ يجب أن نتذكر دائما أن القائد العسكري له عمليا صلاحيات من ثلاث مصادر مختلفة وفي نفس الوقت هذه الصلاحيات أيضا محددة وهي ليست واسعة بشكل مطلق حسب هذه المصادر المختلفة. بالطبع كأى محتل وكأى قائد عسكري لمنطقة محتلة فإن المصلحة الأساسية هي مصلحة الدولة المحتلة، ولا نستطيع أن نقول أن القائد العسكري في الأساس سيضع مصلحة السكان أمام المصلحة الأمنية أو أمام مصلحة جيش الاحتلال. القائد العسكري بالأساس ينظر إلى مصلحة دولته، وسأعطيكم بعض الأمثلة أيضا من الاحتلال البريطاني لفلسطين. نعم إن الاحتلال البريطاني سمي بالانتداب أو أخذ صبغة الانتداب لكن في جوهره هو احتلال أيضا مثل الاحتلال الإسرائيلي.

تتص مقدمة دستور فلسطين الذي سنه البريطانيون سنة ١٩٢٢ على التالي: " ولما كانت دول الحلفاء الكبرى قد وافقت أيضا على أن تكون الدولة المنتدبة مسؤولة عن تنفيذ التصريح الذي أصدرته في الأصل حكومة صاحب الجلالة البريطانية في اليوم الثاني من شهر تشرين الثاني سنة ١٩١٧ وأقرته الدول المذكورة لصالح إنشاء وطن قومي لليهود في فلسطين على أن يفهم بجلاء انه لا يؤتى ما من شأنه أن يحجب بالحقوق المدنية أو الدينية للطوائف غير اليهودية الموجودة الآن في فلسطين". بمعنى آخر الهدف الأساسي من وراء سن دستور فلسطين ١٩٢٢ والمعمول به على الأقل جزئيا حتى هذا اليوم في قطاع غزة وأيضا جزئيا في الضفة الغربية على الأقل بما يخص المواد ٥١،٥٠،٤٩ بخصوص صلاحيات المحاكم الدينية سواء كانت الشرعية أو الربانية أو الكنسية، هو إقامة وطن قومي أو إنشاء وطن للشعب اليهودي. عندما نراجع الأوامر العسكرية التي أصدرتها إسرائيل خلال ٢٨ سنة من الاحتلال نرى أن الحاكم العسكري قام بالتصريح عن الأهداف المختلفة التي كانت وراء سن الأوامر العسكرية وكانت هذه الأهداف تخدم المصالح الإسرائيلية وكانت أساسها "ضمان أمن جيش الدفاع الإسرائيلي" أو "الحفاظ على الأمن والنظام العام في الأراضي المحتلة" أو "المحافظة على أمن إسرائيل" أو "تلبية احتياجات جيش الدفاع الإسرائيلي" أو "المحافظة على الحكم المنتظم أو الإدارة المنتظمة". أيضا قام الحاكم العسكري الإسرائيلي في بعض الأوامر العسكرية بالتصريح بان وراء إصداره لأوامر عسكرية محددة هناك "رفاهية السكان المحليين" مثال الأمر بشأن إقامة الإدارة المدنية حيث يصرح القائد العسكري في بداية الأمر العسكري بقوله أن: "الهدف من سن أو تشريع هذا الأمر هو مصلحة أهالي المنطقة". ومثال آخر: عندما قام القائد العسكري بإلغاء المجالس البلدية في كل من الخليل، رام الله ونابلس كان تصريح الحاكم العسكري أن مصلحة أهالي هذه المدن كانت وراء إلغاء المجالس البلدية. إن المصلحة الأساسية التي يضعها القائد العسكري هي مصلحة دولته، مصلحة جيشه، ومصحة الأمن الذي يراه بمنظار إسرائيلي فقط. أرجو أن لا يمنعنا هذا الأمر من أن نفحص الأوامر

العسكرية، ندرسها ونتوصل إلى ما هو سلبي أو إيجابي منها وسنرى هل فعلا جميع الأوامر العسكرية الموجودة في الضفة الغربية يجب العمل على إلغائها أم لا.

أولاً: أهداف الأوامر العسكرية:

بعد الاحتلال أصبحت السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية وأيضا السلطة القضائية هي نفس السلطة، فالجندي هو الذي يصدر الأوامر العسكرية، والجندي هو الذي يقاضي الناس في المحاكم العسكرية أو في لجان الاعتراض. وتتخصص صلاحيات الحاكم العسكري في سلطات ثلاث والتي يجب أن تكون منفردة في دولة عادية . في يوم ٧ حزيران ١٩٦٧ يومين بعد بدء حرب ١٩٦٧ اصدر الحاكم العسكري في الضفة الغربية منشور رقم ٢ أكد فيه أن القانون الذي كان ساري المفعول في المنطقة حتى تاريخ ٧ حزيران ١٩٦٧ يبقى على ما هو عليه إلا إذا تعارض مع الأمر العسكري رقم ٢ أو الأوامر العسكرية الأخرى، بمعنى آخر أن المبدأ الأول والأساسي سواء عندما دخلت بريطانيا إلى فلسطين أو عندما دخلت الأردن إلى الضفة الغربية أو عندما دخلت إسرائيل إلى الضفة الغربية ، كان مبدأ واحد وهو الحفاظ على الوضع القانوني القائم حتى يتم التغيير التدريجي. خلال ٢٨ سنة قامت إسرائيل بسن أوامر مختلفة وكانت الأسباب والأهداف التي أدت إلى سنها ٤ أهداف أساسية:

١- الأوامر الهادفة إلى فرض سيطرة جيش الدفاع الإسرائيلي والإدارة المدنية في الأراضي المحتلة: بالطبع شكّل فرض سيطرة جيش الدفاع الإسرائيلي على الأراضي المحتلة أساس الأوامر الأمنية ابتداء بالأمر بشأن تعليمات الأمن لسنة ١٩٧٠ مروراً بالأوامر العسكرية بشأن الاعتقالات الإدارية، وإغلاق المناطق، وإحياء أنظمة الطوارئ لسنة ١٩٤٥ التي تشمل تقريبا جميع الصلاحيات التي استعملها الحاكم العسكري لاضطهاد الشعب الفلسطيني في الأرض المحتلة. (انظر ملحق رقم ١ أدناه).

٢- الأوامر الهادفة إلى السيطرة السلطوية والاقتصادية:

وهنا إذ نراجع جميع الأوامر العسكرية الإسرائيلية نرى انه في جميع مجالات الحكم قامت إسرائيل بتعديل القوانين الأردنية بصورة بحيث أنها نقلت جميع الصلاحيات التي كانت معطاة إلى السلطات الأردنية الثلاثة سواء الملك أو السلطة التشريعية، أو السلطة التنفيذية، ونوعا ما الجهاز القضائي، إلى أيدي الحاكم العسكري. وأريد أن أتوسع فقط في موضوع واحد وهو موضوع المحاكم حيث قام الحاكم العسكري باتخاذ إجراءات جذرية للقضاء على الجهاز القضائي من بينها إبطال محكمة التمييز، نقل محكمة الاستئناف من القدس إلى رام الله، وقف أعمال محكمة أمن الدولة، أمر بإغلاق الملفات ضد المستوطنين والسكان الإسرائيليين، أمر بشأن إقامة لجان استئناف، التي حولت عمليا

الصلاحيات الممنوحة للمحاكم المحلية إلى لجان الاستئناف العسكرية الإسرائيلية، الأوامر المتعلقة بدوائر الإجراءات بإقامة محاكم محلية في مناطق المستوطنات الإسرائيلية. (انظر ملحق رقم ٢).

٣- الأوامر الهادفة إلى دمج السلطات القائمة في الإدارة المدنية- في الضفة الغربية- في الدوائر الموازية لها في إسرائيل ودمجها بالسلطات داخل إسرائيل:

ومثال ذلك: مراقب البنوك في الضفة الغربية هو نفسه مراقب البنوك في إسرائيل، مراقب التأمين في الضفة الغربية نفسه في إسرائيل، مراقب السير، سلطة البريد، سلطة الحدائق العامة، سلطة الاتصالات السلكية واللاسلكية، سلطة حماية الطبيعة ... الخ. بمعنى آخر قام الحكم العسكري بعملية دمج الإدارة المدنية كجزء من الإدارة الإسرائيلية الموجودة داخل إسرائيل.

وهناك نوع آخر من الأوامر كان يهدف إلى دعم وتشجيع الاستيطان الإسرائيلي. ومن أجل ذلك استعملت إسرائيل وسائل قانونية عديدة يشعر من خلالها المستوطن في الأراضي المحتلة بأن لا تغيير في حياته اليومية ومن هذه الوسائل:

أ- فصل كامل بين الجهاز المسئول عن المستوطنين والجهاز المسئول عن سكان الأراضي المحتلة.

ب- الإسرائيلي الذي يسكن كريات أربع لا يتبع للحاكم العسكري في الخليل. أو عندما يرغب إسرائيلي بتركيب جهاز تلفون لا يتبع لدائرة الاتصالات السلكية واللاسلكية بل لشركة بيزك في القدس أو وزارة الداخلية في القدس أو متصرف اللواء في القدس.

ج- المستوطن لا يخضع لمحكمة الخليل لان المشرع الإسرائيلي قام ببناء إطار قانوني خاص بالمستوطن يتم من خلاله محاكمته بالمحاكم المدنية في القدس.

د- إقامة محاكم صلح داخل المستوطنات وإرسال قضاة من القدس إلى كريات أربع ومعاليه ادوميم أسبوعيا لسماع قضاياهم.

هـ- بناء المجالس الإقليمية والمحلية وتعيين حدود المجالس الإقليمية في مناطق المستوطنات الإسرائيلية. يسمح هذا الاجراء بسن قوانين خاصة تسري فقط على المستوطنين عن طريق الادعاء بأن القوانين المعنية تطبق في مناطق المجالس الإقليمية أو المحلية. مثال: يوجد في إسرائيل قانون الحد الأدنى للأجور، وقد جرى حدّ هذا القانون لكي في نطاق المجالس المحلية والإقليمية فقط. بهذه الطريقة طبق هذا التشريع الذي له هدف اجتماعي على فئة فقط (المستوطنون) من سكان المناطق المحتلة.

و- إقامة محكمة ربانية لمعالجة النزاعات والأحوال الشخصية لدى اليهود في الضفة الغربية. وأقاموا محكمة ربانية درجة أولى ومحكمة استئناف في الضفة الغربية.

ز- جعل القانون الإسرائيلي، سارياً على أي شخص يحمل الجنسية الإسرائيلية ويسكن الأراضي المحتلة، مثال قانون التأمين الوطني.

ح- مصادرة الأراضي بواسطة ثلاث وسائل:

١- استعمال القوانين الدولية التي تسمح بمصادرة الأراضي الخاصة للحاجيات العسكرية، ولكن إسرائيل فسرت أن أي استيطان مدني إسرائيلي في الضفة الغربية هو لحاجة عسكرية.

٢- استعمال الأوامر العسكرية لإحياء قانون الأراضي العثماني الذي يلزم مستعمل الأرض أن يثبت حيازته واستغلاله الأرض لمدة ١٥ سنة، ولذلك نجحت إسرائيل بمصادرة الأراضي غير المسجلة في دوائر الطابو أو التسوية.

٣- السيطرة على الأراضي التي أعلن عن أصحابها كسكان غائبين عن منطقة الضفة الغربية حيث انهم غادروا الضفة قبل ٧ حزيران ١٩٦٧.

ط- هناك أوامر عسكرية اضطرت إسرائيل إلى سنها حتى تتلاءم مع الوضع القائم في داخل إسرائيل و مثال ذلك قانون الضريبة المضافة الذي سن سنة ١٩٧٦، ومثال قوانين أخرى مثل:

١- تأمين المركبات الميكانيكية.

٢- تعويض مصابي الحوادث وأنظمة السير.

٣- قوانين البنوك، تعليمات بخصوص تدريج الفنادق.

٤- تعليمات بخصوص فتح مكاتب للسياحة ونقل السواح.

٤- تعديل القوانين القائمة أو سن قوانين جديدة وذلك بسبب الحاجة الاجتماعية أو الاقتصادية لهذا التغيير:

مثال ذلك تعديل قانون العمل، الذي ألزم أصحاب العمل بالتأمين الإلزامي على عمالهم و دفع بدل إجازة مرضية عن العامل، وتعديل قانون المالكين والمستأجرين، إبطال حكم الإعدام، أمر بشأن السموم الخطيرة، ولكنها غير كثيرة و السبب في سنها كان اجتماعيًا بحثا.

ثانياً: آثار الأوامر العسكرية

١- التأثيرات السلبية:

أ- أسلوب سن القوانين: واضح أن الحاكم العسكري هو المشرع وهو المنفذ وهو السلطة القضائية. القانون الذي كان يسنه أساسه مصلحة إسرائيلية- استيطانية أمنية. وليس مصلحة السكان في الأراضي المحتلة. تعديل القوانين تم فقط ليتلاءم مع الحاجيات الأمنية المتغيرة للحكم العسكري.

ب- تطبيق نظامين قانونيين في المناطق المحتلة: الأول يسري على المناطق المأهولة بالعرب ويطبق فيها القانون الأردني القائم حتى ١٩٦٧ وجميع التعديلات العسكرية التي أجريت عليه بينما في المستوطنات اليهودية يسري عليها القانون الإسرائيلي دون أن تضم هذه المناطق إلى حدود إسرائيل.

ج- التوجه الأساسي جاء لإخضاع المواطن الفلسطيني للمحاكم العسكرية ولجان الاستئناف العسكرية وسحب أغلبية الصلاحيات المدنية والجنائية العادية من المحاكم المحلية. وبالمقابل وضع المستوطن الإسرائيلي تحت صلاحية المحاكم الإسرائيلي في إسرائيل وليس المحاكم العسكرية أو المدنية القائمة في الأراضي المحتلة.

د- أخيراً التسبب في مزيد من التعقيد في النظام القائم: القانون الأردني هو في بعض الأحيان بريطاني الأصل وفي بعض الأحيان هو خليط من النظام البريطاني والنظام الفرنسي، وفي أحيان أخرى هو يتبع النظام المدني الفرنسي فقط. جاء القائد العسكري الإسرائيلي وزاد من عملية الخلط بحيث ادخل قوانين ومبادئ قانونيه إسرائيلية التي هي أصلاً بريطانية لتكون النتيجة النهائية مجموع من الخلط بين القوانين البريطانية والأردنية والفرنسية والإسرائيلية.

٢- التأثيرات الإيجابية:

أ- قوانين واحدة مطبقة في كل من الضفة الغربية وقطاع غزة: ضريبة القيمة المضافة، أنظمة السير، التأمينات، تعويض حوادث السير، مراقبة البنوك.

ب- سن قوانين هدفها معالجة وضع سلبي قائم: قانون مراقبة التأمين في غزة رقم ١١٠٠ الذي سن نتيجة انسحاب شركات التأمين الإسرائيلية من سوق التأمين في غزة والحاجة إلى ترخيص شركات تأمين فلسطينية.

ج- إبطال حكم الإعدام وسن قوانين هدفها اجتماعي.

د- عدم المس أي كان بالقوانين المدنية المعمول بها في الضفة الغربية.

هـ- استعمال بعض القوانين القائمة منذ الانتداب وخاصة قانون المخالفات المدنية.

ملحق رقم ١ : أوامر عسكرية ذات هدف أمني:

- أمر بشأن تعليمات الأمن (٣٧٨) ١٩٧٠، إقامة المحاكم العسكرية.

- أنظمة الطوارئ لسنة ١٩٤٥.

- منشور رقم واحد بخصوص سيطرة جيش الدفاع الإسرائيلي ١٩٦٧.

- إغلاق المناطق - أمر بشأن مساحات مغلقة (منطقة الضفة الغربية) رقم (٣٤) ١٩٦٧.

- أمر بشأن تعليمات الأمن - أمر بشأن المناطق المغلقة - تصريح عام بالخروج (رقم ٥) لسنة ١٩٧٢

- أمر بشأن محطة الانتقال- جسر اللنبي (منطقة الضفة الغربية) رقم (١٧٥) لسنة ١٩٦٧.
- أمر بشأن الاعتقالات الإدارية رقم (١٢٢٩) لسنة ١٩٨٨.
- أمر بشأن إزالة الشعارات وإنزال الأعلام لسنة ١٩٨٨.
- أمر بشأن انشاء محاكم عسكرية رقم (٣) لسنة ١٩٦٧.
- أمر بشأن حظر اعمال التحريض والدعاية العدائية رقم (١٠١) لسنة ١٩٦٧.
- أمر بشأن التعميم (تعليمات الطوارئ) رقم (٥٢٢) لسنة ١٩٧٣.

ملحق رقم ٢: أوامر ذات هدف سلطوي واقتصادي:

- ١- ادارة مدنية هويات:
 - أمر بشأن إقامة الإدارة المدنية رقم (٩٤٧) لسنة ١٩٨١.
 - أمر بشأن بطاقة الهوية وتسجيل السكان رقم (٢٩٧) لسنة ١٩٦٩.
 - تعديل قوانين أردنية قائمة لنقل جميع الصلاحيات إلى الإدارة المدنية وتوسيع صلاحيات الإدارة المدنية بالتدخل في الأمور المحلية والاقتصادية لسكان المنطقة أمثله:
 - ٢- بلديات:
 - أمر بشأن قانون البلديات رقم (٢٩) لسنة ١٩٥٥ رقم (١٩٤) لسنة ١٩٦٧.
 - أمر بشأن قانون إدارة القرى رقم (٥) لسنة ١٩٥٤ رقم (١٩١) لسنة ١٩٦٧.
 - أمر بشأن إناطة صلاحيات ببلديه رام الله (تعليمات مؤقتة) رقم (٩٧١) لسنة ١٩٨٢، ونابلس رقم (٩٧٠) لسنة ١٩٨٢.
- ٣- محاكم:
 - نظام بشأن المحاكم المحلية (يهودا والسامرة) رقم (٤١٢) لسنة ١٩٧٠.
 - إبطال محكمة التمييز الأمر رقم (٥٧) لسنة ١٩٦٧.
 - نقل محكمة الاستئناف من القدس إلى رام الله.
 - أمر بشأن إيقاف أعمال محكمة أمن الدولة رقم (٨٢) لسنة ١٩٦٧
 - أمر بشأن المحاكم المحلية (مقام سلطات جيش الدفاع الإسرائيلي) رقم (١٦٤) لسنة ١٩٦٧ الذي يحظر على المحاكم المحلية البت في أي دعوى ضد دولة إسرائيل، موظفيها، جيش الدفاع.
 - أمر بشأن إغلاق الملفات رقم (٨٤١) لسنة ١٩٨٠.
 - أمر بشأن صلاحية الحكم في الجرائم الجزائية رقم (٣٠) لسنة ١٩٦٧ والذي بموجب المادة الثانية منه أعطيت صلاحية البت في الجرائم الجزائية للمحاكم العسكرية حسب القوانين المحلية.

- أمر بشأن المساعدة القضائية رقم (٣٤٨) لسنة ١٩٦٩ الذي أقام دائرة إجراءات خاصة لتنفيذ قرارات محاكم إسرائيلية في الضفة الغربية.
- أمر بشأن لجان الاعتراض رقم (١٧٢) لسنة ١٩٦٧.
- أمر بشأن ممثل المحامين الإسرائيليين أمام المحاكم (حكم مؤقت) رقم (١٤٥) لسنة ١٩٦٧.
- أمر بشأن مجلس المحامين رقم (١١٦٤) لسنة ١٩٨٦.
- أمر بشأن الجرائم الإدارية رقم (١٢٦٣) الذي يسمح للإدارة المدنية بإلزام مخالفي القانون بدفع غرامات مالية بدون محاكمة.
- ٤ - تأمين:
 - تعديل قانون مراقبة أعمال التأمين رقم (٥) لسنة ١٩٦٥.
 - أمر بشأن قانون مراقبة أعمال القانون رقم (٩٣) لسنة ١٩٦٧.
 - أمر بشأن قانون مراقبة أعمال التأمين رقم (١٢١٥).
- ٥ - ضرائب:
 - أمر بشأن تعديل قانون تحصيل الأموال الاميرية رقم (١١٣) لسنة ١٩٦٧ إضافة لصلاحيات لسلطة الضرائب مثل، حجز لدى طرف ثالث ، حجز لدى المشتغل، استعمال القوه للدخول، بيع المحجوزات، حجز أراضي.
 - أمر بشأن جباية الضرائب رقم (١٢٦٢) لسنة ١٩٨٨ الذي يشترط إصدار أي إذن أو تصريح لأي من الأمور المذكورة بالقانون ببراءة نمة من جميع سلطات الضرائب. بما في ذلك صحافة، مشاغل، محاسبون، مساحون، تأمين، بنوك، كسارات، تصاريح بناء، قانون الأثرينات، قانون السياحة، أنظمة التلفون، ترخيص للسيارات، للسواقفة، إدخال أموال إلى المنطقة، قانون الشركات، أسعاء تجارية، وقوانين أخرى.
 - أمر بشأن تعديل قانون ضريبة الدخل رقم (٥٤٣) لسنة ١٩٧٤ الذي ادخل تعديلات كثيرة على قانون ضريبة الدخل لصالح السلطة.
 - أمر بشأن منطقة جمركية (منطقة الضفة الغربية) رقم (٩٦) لسنة ١٩٦٧.
 - أمر بشأن الصلاحيات الجمركية (يهودا والسامرة) رقم (٣٠٩) لسنة ١٩٦٩.
 - أمر بشأن قانون الرسوم الجمركية والمكوس على المنتجات المحلية رقم ٦٥٨ لسنة ١٩٧٦.
 - أمر بشأن فرض مكوس على خدمات مستوردة رقم (١١٨٣) لسنة ١٩٨٦.
 - أمر بشأن فرض مكوس على شراء عملة اجنبيه رقم (١٠٥٥) لسنة ١٩٨٣.
 - أمر بشأن فرض مكوس على السيارات رقم (١١٥٠) لسنة ١٩٨٥.

- ٦- تعليم:
- أمر بشأن قانون التربية والتعليم رقم (١٦) لسنة ١٩٦٤ (تعديل) ٨٥٤ لسنة ١٩٨٠.
 - أمر بشأن استعمال كتب دراسة (١٠٧) لسنة ١٩٦٧ الذي يمنع استعمال كتب دراسية.
- ٧- أفلام:
- أمر بشأن قانون مراقبة الأفلام السينمائية رقم (١١٨) لسنة ١٩٦٧.
- ٨- مسرحيات:
- أمر بشأن قانون الروايات العمومية رقم (٥٤٩) لسنة ١٩٧٤.
- ٩- آثار:
- أمر بشأن قانون الآثار رقم (١١٦٧) لسنة ١٩٨٦ .
 - أنظمة الآثار لسنة ١٩٩٠ - تلزم بإصدار إذن للبدء بحفريات أثرية.
- ١٠- شركات:
- أمر بشأن تجديد تسجيل الشركات رقم (٣٩٨) لسنة ١٩٧٠ الذي يعدل قانون الشركات رقم (١٢) لسنة ١٩٦٤.
- ١١- الجمعيات التعاونية:
- أمر بشأن جمعيات التعاون رقم (٩٤) لسنة ١٩٦٧.
- ١٢- العملة الإسرائيلية:
- أمر بشأن تقرير العملة الإسرائيلية كعمله متداولة قانوناً رقم (٧٦) لسنة ١٩٧٦.
 - شيكل جديد - الأمر بشأن عمله الشيكل الجديد رقم (١١٤٨) لسنة ١٩٨٥ .
 - أمر بشأن المراقبة على العملات رقم (٩٥٢) لسنة ١٩٨٢ الذي يمنع التداول بالعملات الأجنبية بدون إذن.
 - الأمر بشأن إدخال النقود إلى المنطقة رقم (٩٧٣) لسنة ١٩٨٢ الذي يمنع إدخال العملة من الخارج إلى المنطقة بدون إذن .
- ١٣- بنوك:
- أمر بشأن حظر الاتجار وعقد الصفقات النقدية (البنوك) رقم (٧) لسنة ١٩٦٧ الذي يقضي باغلاق البنوك العاملة بالضفة.
 - أمر بشأن قانون البنوك رقم (٤٥) لسنة ١٩٦٧ الذي يعدل قانون البنوك (٩٤) لسنة ١٩٦٦.
 - أمر بشأن تعديل قانون البنوك رقم (١١٨٠). تعديل جزري على قانون البنوك.

- تعليمات لعمل البنوك شبيهة بالتعليمات في إسرائيل.
- ١٤- ترخيص المهن:
- أمر بشأن حظر ممارسة الحرف والمهن رقم (٦٥) لسنة ١٩٦٧ الذي يحظر ممارسة أي مهنة على غير المقيمين في الضفة الغربية.
- ١٥- الحرف والصناعات:
- أمر بشأن التعيينات بموجب قانون الحرف والصناعات رقم (١٦) لسنة ١٩٥٣، رقم (٤٧٠) لسنة ١٩٧٢.
- ١٦- مراقبة الأسعار:
- أمر بشأن مراقبة الأسعار (الإسمنت) رقم (٥٠٢) لسنة ١٩٧٢.
- ١٧- المنتجات والخدمات:
- أمر بشأن ثبات أسعار المنتجات والخدمات رقم (١١٢٥) لسنة ١٩٨٥.
- ١٨- محاسبة:
- أمر بشأن مزولة مهنة تدقيق الحسابات رقم (٤٣٧) لسنة ١٩٧١ (تعديل لقانون تعاطي مهنة تدقيق الحسابات رقم (١٠) لسنة ١٩٦١).
- ١٩- سياحة:
- أمر بشأن القانون المؤقت عن السياحة رقم (٤٥) لسنة ١٩٦٥، رقم (٨٧) لسنة ١٩٦٧.
- أمر بشأن تسجيل نزلاء وساكنين رقم (١٥٣) لسنة ١٩٦٧.
- أمر بشأن أدلاء السياحة الإسرائيليين.
- الأنظمة بشأن متاجر التذكارية Souvenir رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٦.
- الأنظمة بشأن مكاتب السياحة لسنة ١٩٨٩ ونقل سياح.
- ٢٠- صحة:
- أمر بشأن ترخيص المهن الطبية والصحية وممارستها رقم (٧٤٥) لسنة ١٩٧٨ الذي يعدل قانون الصحة العامة رقم (٤٣) لسنة ١٩٦٦.
- أمر بشأن قانون نقابة الصيادلة رقم (١٠) لسنة ١٩٥٧ (تعديل) رقم (١٠٥٣) لسنة ١٩٨٣.
- أمر بشأن مواد التجميل رقم (١١٠٣) لسنة ١٩٨٤ - ترخيص .
- ٢١- سير:
- أمر بشأن قانون النقل على الطرق رقم (٥٦) لسنة ١٩٦٧ (نقل صلاحيات).
- ٢٢- بريد:

- أمر بشأن التعيينات بموجب قوانين البريد رقم (٣٦) لسنة ١٩٦٧ .
٢٣- تلفون:
- أمر بشأن التعيينات بموجب قوانين التلفون رقم (٥٣٢) لسنة ١٩٧٣ .
٢٤- زراعة:
- أمر بشأن نقل المنتوج الزراعي رقم (٤٧) لسنة ١٩٦٧ الذي يمنع نقل المنتجات خارج المنطقة بدون إذن .
- أمر بشأن مراقبة غرس الأشجار المثمرة رقم (١٠١٥) لسنة ١٩٨٢ . الذي يمنع زراعة أشجار وخضراوات بدون إذن، كالعنب، والبندوره، وبالباذنجان والبصل .
٢٥- البيئة:
- أمر بشأن حماية المناطق الطبيعية رقم (٣٦٣) لسنة ١٩٦٩ .
- أمر بشأن الحدائق العمومية رقم (٣٧٣) لسنة ١٩٧٠ .
٢٦- مصادر طبيعية، مياه، كهرباء:
- أمر بشأن استثمار الثروات الطبيعية رقم (٣٨٩) لسنة ١٩٧٠ .
- أمر بشأن صلاحيات بمقتضى أحكام قوانين المياه رقم (٩٢) لسنة ١٩٦٧ .
- أمر بتعديل قانون الاشراف على المياه رقم (٣١) لسنة ١٩٥٣ رقم (١٥٨) لسنة ١٩٦٧ .
- أمر بشأن قانون سلطة الكهرباء الأردنية رقم (٢١) لسنة ١٩٦٧ رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٧ .
٢٧- بناء:
- أمر بشأن تنظيم المدن والقرى والأبنية رقم (٤١٨) لسنة ١٩٧١ الذي يقضي بتحويل جميع صلاحيات التخطيط والتنظيم إلى مجلس إسرائيلي .
٢٨- مصادرة:
- أمر بشأن قانون استملاك الأراضي للمشاريع العامة رقم (٣٢١) لسنة ١٩٦٩ .
٢٩- إحصائيات:
- أمر بشأن قانون الإحصاءات العامة رقم (٢٤) لسنة ١٩٥٠ رقم (٦٨) لسنة ١٩٦٧ .
٣٠- مساحة:
- أمر بشأن تحديد الأراضي ومساحتها رقم (٤٥١) لسنة ١٩٧١ .

الفصل الخامس

الأوامر العسكرية في قطاع غزة

١٩٦٧-١٩٩٤

ناظم عويضة

محام - غزة - نائب رئيس نقابة المحامين في قطاع غزة

أولاً: تمهيد:

لقد كان للاحتلال السياسي والعسكري الإسرائيلي أثر سلبي على النظام القانوني والجهاز القضائي الفلسطيني، كما تأثرت به كافة قطاعات الشعب ومؤسساته الأهلية والوطنية والمهنية، بحيث أصبح المجتمع المدني الفلسطيني حقل تجارب للاحتلال وسياساته المختلفة. باختصار يمكن القول أن الاحتلال، ومن خلال أوامره ومناشيره المتعددة قد جرد النظام القانوني الفلسطيني من مفهومه الحقيقي وحال دون خلق مجتمع مدني فلسطيني منتج. منذ السادس من حزيران لسنة ١٩٦٧ بدأت الأوامر العسكرية لقوات الاحتلال الإسرائيلي بالتأثير السلبي على النظام القانوني لقطاع غزة، حين أصدر القائد العسكري الإسرائيلي المنشور رقم ٢، حيث ذكر في الفقرة ٢: "يستمر نفاذ مفعول القوانين التي كانت سارية المفعول قبل ٦ حزيران ١٩٦٧ بالقدر الذي لا يتعارض فيه مع هذا المنشور أو أي منشور أو أمر يصدر من قبله وبالتغييرات الناجمة عن إنشاء حكم جيش الدفاع الإسرائيلي في المنطقة". كما أعطى نفسه بموجب الفقرة ٣ كل صلاحية من صلاحيات الحكم والتشريع والتعيين والإدارة بخصوص قطاع غزة وسكانه.

لم يحدد القائد الإسرائيلي الصلاحية التي استند إليها في إصدار هذا المنشور، لأن القوانين

الدولية ترفض منح هذه الصلاحية ولأن تقلده للحكم كان نتيجة الاحتلال والقوة. وإمعاناً من القائد العسكري في هذا التجاوز أخذ يعدل وبلغني "وفق ما تقتضيه مصلحته" بالتشريعات والقوانين التي كانت سارية المفعول قبل وجوده.

وبالفعل فقد استمر ومن بعده رئيس الإدارة المدنية وضباط الأركان في إصدار الأوامر والمناشير التي تناولت مختلف جوانب الحياة المدنية والنظام القانوني لقطاع غزة، إلى أن وصل عدد تلك الأوامر إلى (١١١١) أمراً ومنشوراً. ودون الخوض في تفاصيل تأثير تلك الأوامر على النظام القانوني، فسوف نتناول هنا التأثير البنوي لتلك الأوامر على الجهاز القضائي والقوانين الفلسطينية من حيث التطبيق وانعكاس ذلك سلبياً على الاستقرار القانوني في قطاع غزة.

ثانياً: التأثير البنوي على الجهاز القضائي والنظام القانوني في قطاع غزة:

تعددت واختلفت أساليب وأوجه الاحتلال الإسرائيلي في كيفية التدخل في الجهاز القضائي الفلسطيني. ومن ابرز تلك الأساليب أنه لم يتعامل بالأوامر العسكرية مع الجهاز القضائي كسلطة قضائية، بل تعامل معه بأسلوب المحاكم المحلية، كما أنه جعل المحاكم العسكرية ذات صلاحية أوسع وأشمل حين ذكر في العديد من الأوامر "دون الانتقاص من صلاحيات المحكمة العسكرية، تنظر المحكمة المحلية بالأمور ... الخ".

لقد أخذ التأثير البنوي على الجهاز القضائي الفلسطيني جوانب هيكلية وأخرى قانونية وأخرى إدارية تنفيذية. ولتفصيل ذلك يمكن تناول هذه الجوانب على النحو التالي:

١- التأثير الهيكلي:

أ- ان أعلى منصب قضائي وفقاً لقانون المحاكم رقم ٣١ لسنة ١٩٤٠ هو منصب قاضي القضاة الذي منح حق صلاحية وضع أصول محاكمات بموافقة المندوب السامي أحياناً وبدون هذه الموافقة أحياناً أخرى. فعلى سبيل المثال، نصت الفقرة ١٠ من المادة ١٢ من هذا القانون على أنه "يجوز لقاضي القضاة أن يضع أصول محاكمات يحدد فيها الاختصاص المحلي للمحاكم المركزية". كما أن المادة ٣٣ من القانون ذاته تنص أيضاً على ما يلي:

١- يجوز لقاضي القضاة مع مراعاة أحكام أي قانون أن يضع بموافقة المندوب السامي أصول محاكمات لتنفيذ أحكام هذا القانون، ولا سيما ما كان متعلقاً بالأمور التالية كلها أو بعضها:

(أ) تنظيم جلسات المحكمة العليا ومحكمة الجنايات والمحاكم المركزية ومحاكم الأراضي.

(ب) تنظيم المرافعات وأصول المحاكمات أمام المحكمة العليا ومحكمة الجنايات والمحاكم المركزية ومحاكم الأراضي ودوائر الإجراء وتنظيم المرافعات وأصول المحاكمات فيما يتعلق بالطلبات

التي ترفع الى قضاة وموظفي دوائر الاجراء والاجراءات التي تتخذ امامهم وتقرير النماذج الواجب استعمالها والرسوم الواجب استيفاؤها في كافة هذه المسائل.

ج) تقدير الرسوم والمصاريف وتحديد جدول الأجور (الأتعاب) التي تدفع الى المحامين عن جميع الأعمال التي يقومون بها ضمن نطاق مهنة المحاماة.
د) تحديد وظائف كافة موظفي المحاكم المختلفة وبالقدر الذي يمكن تحديدها فيه بأصول محاكمات عمومية.

٢- ريثما يضع قاضي القضاة أصول محاكمات تتعلق بأي أمر من الأمور المذكورة في المادة تبقى الأصول المعمول بها بشأن اي أمر من تلك الأمور عند تاريخ سريان هذا القانون نافذة وتعتبر قانونية من جميع الأوجه.

هذا وقد شغل الأستاذ المرحوم رزق حلزون منصب قاضي القضاة في الفترة الواقعة ما بين ١٩٦٧ الى ١٩٨٢ حيث انتقل الى رحمة تعالى، وبوفاته أحوالت سلطات الاحتلال صلاحيات قاضي القضاة الى ضابط ركن العدلية الذي أصبح يمارس هذه الصلاحية دون أن يذكر الأساس القانوني لهذه الممارسة. وحتى يمارس هذه الصلاحية منفرداً، لم يقم القائد العسكري بتعيين خلفاً للمرحوم رزق حلزون، بل كل ما قام به هو تعيين الأستاذ جميل العشي رئيساً للمحكمة العليا دون أن يملك الصلاحية القانونية التي كانت مخولة لقاضي القضاة. وقد تم تسمية الأستاذ جميل العشي قاضي قضاة، إلا أنه لم يمارس صلاحياته التشريعية إلا من الناحية الشكلية فقط بحكم القيود المفروضة عليه من القائد العسكري الإسرائيلي.

ب- ألغى ضابط ركن العدلية محاكم الأحداث التي كانت قائمة فعلاً واقعاً وقانوناً، حيث أصبحت المحاكم الجزائية تنظر في قضايا الأحداث بصورة جزئية.

ج- إلغاء محكمة الجنايات الخطيرة، حيث أحييت صلاحيات تلك المحكمة الى المحكمة المركزية بصفتها الجزائية من خلال دائرة خاصة في المحكمة المركزية.

د- ممارسة المستشار القانوني لرئيس الإدارة المدنية للصلاحيات التي خولها القانون الى النائب العام الفلسطيني، بحيث أصبح النائب العام يسمى المدعي العام فقط.

هـ- تشكيل لجان الاعتراض العسكرية التي أنيطت بها صلاحيات قضائية تدخل أصلاً في نطاق اختصاص المحاكم المدنية، مما يعتبر سلباً لاختصاص المحاكم المدنية، خاصة فيما يتعلق بقضايا أملاك الدولة والغائبين واستئنافات ضريبة الدخل والقيمة المضافة، هذه اللجان التي لم تكن تنقيد بقانون أصول المحاكمات الحقوقية الفلسطيني ولا بأية أصول أخرى. وفي كثير من الأحيان كانت تعقد جلساتها بشكل سري، وغالباً ما كان المشنكي يضطر فيها الى التوصل لتسوية تكون مرضية للمشنكي ضده.

٢- التأثير القانوني:

انتقص القائد العسكري من سلطات المحاكم الفلسطينية في نظر الدعاوى المرفوعة أمامها، وأصبح يضع قيوداً مثل:

أ- كل دعوى مرتبطة بالأرض لا يجوز للمحكمة سماعها دون الحصول على إذن مسبق من ضابط ركن العدلية، وفي أغلب القضايا رفض ضابط الركن منح الإذن مما حال دون نظر الدعوى. من الطبيعي أن يكون الهدف من ذلك هو أن يجعل نفسه رقيباً على الدعاوى والأحكام التي تصدر عن المحاكم الفلسطينية في قضايا الأراضي، بمعنى أنه ربط العنصر القضائي بالعنصر السياسي.

ب- لا يجوز رفع دعوى مرتبطة بحقوق مدنية ضد الإدارة الاسرائيلية أمام أية محكمة محلية قطعياً.

ج- لا يجوز لرفع دعوى ضد مجلس بلدي أو قروي أو شخصية عامة إلا بعد الحصول على إذن من ضابط ركن العدلية، حتى لو كان الأمر متعلقاً بدعوى شخصية بحق الموظف العام.

د- حتى شهادة الموظف العام تم تقييدها بحيث لا يجوز لهذا الموظف الإدلاء بالشهادة أمام المحاكم إلا بالحصول على إذن من ضابط الركن الذي يتبع الموظف العام له.

هـ- التعديلات المتكررة التي أجريت على القوانين المدنية الفلسطينية، وبصورة خاصة تعديل قانون صلاحية محاكم الصلح رقم ٤٥ لسنة ١٩٤٧، حيث صدر الأمر رقم ٨٨٠ لسنة ١٩٨٥ ليرفع من قيمة الاختصاص المالي لمحاكم الصلح، وقد ظل هذا التواصل مستمراً حتى أثناء الانتفاضة حيث أصبح اختصاص محاكم الصلح ٢٥٠٠٠ شيكل جديد، مما أدى إلى تعطيل النص الأصلي الفلسطيني.

و- وضع تعديل جوهري على قانون رسوم المحاكم الفلسطيني لسنة ١٩٣٥، حيث أصدر رئيس الإدارة المدنية بتاريخ ١ تموز ١٩٨٥ نظاماً بشأن الرسوم رفع بموجبه قيمة الرسوم الواجب دفعها عن كل إجراء أو ورقة قضائية أو دعوى مدنية بحيث جعل رسوم المحاكم ٣٪ من قيمة الدعوى، في حين أنها لم تكن تتجاوز في إسرائيل ١،٥٪، مما شكل عبئاً على المواطن في التوجه إلى القضاء وجعله يضطر للتوجه إلى مجالس العرف والعادة. ومما يلفت النظر هنا هو أن القائد العسكري قد تعامل مع قانون رسوم المحاكم الفلسطيني بطريق الإلغاء الشامل، حيث أنه وضع نظاماً جديداً، وأعطى ضابط ركن العدلية الصلاحية لتعديل هذا النظام. وبالفعل فقد مارس ضابط الركن هذه الصلاحية بتاريخ ١ تموز ١٩٩٢ حين أصدر أمراً يقضي بتعديل نظام رسوم المحاكم.

ز- لجأ القائد العسكري الإسرائيلي إلى إصدار الأمر رقم ٧٦٧ بشأن الشيكات بلا رصيد بتاريخ ١٥ أيلول ١٩٨٢ متجاهلاً الأمر المصري رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ والذي أدرج ضمن قانون العقوبات الفلسطيني حين نص على جريمة إعطاء شيك دون رصيد. أي أنه ألغى النص الأصلي.

ح- بموجب الأمر العسكري رقم ٨٨٦ صدرت أربعة تعديلات على قانون العقوبات الفلسطيني لسنة ١٩٣٦. هذه التعديلات ألغت الفقرة (ج) من المادة ٤ وعدلت أخرى. وبسط مثال على ذلك التعديل رقم ٤ الذي ألغى النص الأصلي للمادة ٤٢ فقرة ٢ من قانون العقوبات ووضع بدلاً منها نصاً مختلفاً تماماً.

ط- جميع الأحكام التي كانت تصدر عن المحاكم المدنية والجزائية الفلسطينية كانت تصدر باسم الشعب الفلسطيني حتى عشية الاحتلال. أما بعد الاحتلال فقد أصبحت تصدر باسم القانون والعدالة. وجاء هذا التحول نتيجة تدخل سلطات الاحتلال في مرفق القضاء.

ي- تقييد صلاحيات محكمة العدل العليا الفلسطينية لدرجة شلها بحيث أنها أصبحت شبه عاجزة عن التصدي لممارسات الاحتلال وفقدانها القدرة على التصدي للتعسف الإسرائيلي في إصدار الأوامر أو المناشير.

٣- التدخل الإداري التنفيذي:

أ- تدخل القائد العسكري في مجال عمل كتبة العدل الفلسطيني الذي يعدد عملهم قانون كتاب العدل العثماني لسنة ١٣٢٩ هـ، حيث فرض قيوداً إدارية وتنفيذية حالت دون إنجاز مصالح المواطنين وتوثيق بيوعاتهم ومستنداتهم القضائية. ومثال ذلك:

١- منع القائد العسكري كتاب العدل في قطاع غزة من تنظيم الوكالات الدورية المتعلقة بها حق الغير على الرغم من أن هذه الوكالات معمول بها لدى كتاب العدل في الضفة الغربية. والهدف من وراء هذه القيود معروف، وهو الحيلولة دون تمكين المواطنين من إثبات بيوعاتهم بالطرق الرسمية وإلزامهم بالتوجه الى دائرة تسجيل الأراضي التي يوجد لها سلطة رقابة كاملة ومطلقة على كل معاملة نقل ملكية، إذ بإرادته المنفردة يستطيع وقف المعاملة حتى لو كانت قد استكملت إجراءاتها القانونية.

٢- أيضاً منع القائد العسكري كتاب العدل في قطاع غزة من تنظيم سندات الإقرار، وهو ما يقابل تقريباً الوكالة الدورية، ولكنه ملزم فقط لمعطي الإقرار لا يتعلق به حق الغير.

٣- امتدت القيود التي فرضها القائد العسكري على كتاب العدل الى أن وصل الأمر الى الوكالات الخاصة التي تنظم لحلول شخص محل البائع أو المشتري لدى مسجل الأراضي في غزة، وأصبحت هذه الوكالة مقرونة بموافقة ضابط ركن العدلية.

ب- أصدر القائد العسكري أمراً أجاز فيه للمحامين الإسرائيليين المرافعة أمام المحاكم المدنية في قطاع غزة. وقد دخل هذا الأمر حيز التنفيذ خلال سنوات الانتفاضة، ولكن قضاءنا الفلسطيني رفض قبول وكالة المحامي الإسرائيلي (قضية بنك هبوعليم / مرشد مقبل)، ولم يعد أي محام إسرائيلي يحاول المثول أمام المحاكم المدنية الفلسطينية.

ج- أحال القائد العسكري صلاحية نظر قضايا المخدرات والمرور الى المحاكم العسكرية مما انتقص من صلاحيات المحاكم المدنية دون وجود اي مبرر أو مسوغ قانوني لهذا الانتقاص.

د- لم تسلم دوائر الاجراء الفلسطينية من تدخل القائد العسكري حيث قام الأخير بفتح مكتب لتنفيذ الأحكام يمتد نطاق اختصاصه المكاني الى قطاع غزة. وبالفعل فقد مارس هذا المكتب أعمال تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم إسرائيلية ضد مواطنين من القطاع، إلا أن التنفيذ هنا أخذ بعداً خطيراً جداً وهو استعمال قوة الجيش الإسرائيلي في عملية التنفيذ، حيث كان الجيش يحضر برفقة مسنول المكتب من عسقلان في ساعات متأخرة من الليل ليقوم بمصادرة كل ما يجده في بيت المحكوم عليه الذي لم يكن يملك حق الطعن في الحكم الصادر ضده أو الأمر بتنفيذ الحكم الصادر ضده بسبب القيود التي كانت وما زالت مفروضة لدخول إسرائيل وتوكيل محام إسرائيلي الذي تفوق أتعابه في كثير من الأحيان قيمة المبلغ المحكوم به. كل ذلك جعل من الأحكام والأوامر قطعية غير قابلة للطعن.

ثالثاً: مدى انعكاس تأثير الأوامر العسكرية على الاستقرار القانوني في قطاع غزة:

دون أدنى شك، عاش قطاع غزة سنوات الاحتلال وهو يعاني مرحلة صعبة من حالات عدم الاستقرار القانوني لدرجة انه أصبح من المستحيل بالنسبة لرجال القانون ملاحقة التعديلات والالغاءات والإضافات المتكررة لذات الأوامر العسكرية أحياناً وللقوانين الفلسطينية أحياناً أخرى. ولم يكن بالإمكان ملاحقة تلك التعديلات لأسباب مختلفة، منها:

١- لم تكن سلطات الاحتلال تتبع الأصول المتعارف عليها قانونياً في نشر تلك الأوامر وتعديلاتها بالسبل التي تتيح لرجال القانون الإطلاع عليها. وفي حالة المعرفة بصدور أمر ما فان محاولات التصدي القانوني له كانت تبوء بالفشل لأن مقتضيات الأمن والمصلحة العامة بمفهومها الواسع كانت تخدم سلطات الاحتلال في المقام الأول.

٢- إن عدم قيام ونشوء جهاز قانوني متخصص في ملاحقة الأوامر العسكرية وتجميعها وأرشفتها تمهيداً لاتخاذ الإجراءات القانونية أمام محكمة العدل العليا الاسرائيلية كان أيضاً سبباً رئيسياً في تكديس تلك الأوامر.

٣- ان من أهم الانعكاسات الخطيرة لتلك الأوامر ربط الحياة المدنية في قطاع غزة بالحكم العسكري الإسرائيلي من خلال الأوامر والمناشير التي تتناول مختلف جوانب الحياة المدنية والقانونية في القطاع، ومن الطبيعي أن ينعكس ذلك سلباً على فعالية القوانين الفلسطينية، حيث أدى ذلك الى حالة من التغييب المقصود للقوانين الفلسطينية.

لقد نصت المادة ٤٣ من اتفاق لاهاي لسنة ١٩٠٧ على أن سلطات الدولة المحتلة يجب أن تتخذ كل ما في وسعها من إجراءات لاعادة الأمن والنظام واحترام القوانين المعمول بها في البلد المحتل.

والواقع القانوني لقطاع غزة كان يفرض على قوات الاحتلال الإسرائيلي أن تطبق مجموعة الأنظمة والقوانين والأوامر الفلسطينية التي كان معمولاً بها قبل حزيران ١٩٦٧، إلا أن ما حصل هو قيام القائد العسكري بممارسة سلطات الحكم الثلاث، مما يشكل مخالفة صريحة وواضحة لنظام الدولة القانوني والشرعية الدولية ومبدأ سيادة القانون، كما يعتبر انتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات، بل وحتى لرأي الفقهاء القانونيين الذين أجمعوا على أن قوانين المنطقة المحتلة تبقى محتفظة بسيادتها وأن كل ما للمحتل هي الإدارة المؤقتة التي تزول بزوال الاحتلال من كل ذلك يمكن أن نلخص أن سلطات الاحتلال، بإنطتها صلاحيات سلطات الحكم الثلاث إلى القائد العسكري العام الذي أصبح هو المشرع والقاضي والحاكم في آن واحد، قد عملت على فرض سياسة الأمر الواقع بالقوة، مع إعطائها صبغة قانونية شكلية خالية من أي مضمون قانوني حقيقي.

الباب الثاني

الأنظمة القانونية المقارنة

الفصل السادس

النظام القانوني الإنجليزي

أوليه هانسن

أستاذ و مستشار قانون - بريطانيا

أولاً: القانون المشترك (Common Law) - أساس النظام القانوني الإنجليزي:

يعتبر القانون المشترك (Common Law) الإنجليزي^١ أساس الأنظمة القانونية لمعظم البلاد الناطقة بالإنجليزية، بما فيها استراليا ونيوزيلندا وكندا والهند وغالبية الولايات المتحدة. ويمكن القول عموماً "ان القانون العام يوجد حيثما وجدت الإمبراطورية البريطانية سابقاً^٢. ونتيجة للانتداب البريطاني على فلسطين، فان هذا القانون يشكل أيضاً جزءاً هاماً من القانون الفلسطيني والإسرائيلي .

اما الأنظمة القانونية في معظم الدول التي تقع خارج هذا الإطار فهي مشتقة من التشريعات الفرنسية التي هي بدورها امتداد للنظام القانوني اللاتيني. ويمكن القول أنه حيثما كان لدى الدولة فرصة القيام ببداية جديدة والبحث في النظام القانوني الذي ستتبناه، فإنها تميل الى نظام مصنف يعتمد على الإطار الفرنسي. وذلك هو الحال في معظم دول القارة الأوروبية^٣ والاتحاد السوفيتي والصين واليابان.

^١ تستخدم عبارة "الإنجليزي" للإشارة الى النظام القانوني في إنجلترا وويلز. اما سكوتلندا فلها نظامها القانوني الخاص الذي يختلف عن النظام الإنجليزي في بعض جوانبه الأساسية.

^٢ هنالك استثناءات لذلك، وهي توجد عادة حيثما كانت قوة اوروبية اخرى قد سبقت الى توطيد نظامها القانوني هنالك او حيثما كان القانون الاسلامي متوطداً، او لظروف اخرى. فاساس الأنظمة القانونية في القارة الأفريقية وسريلانكا، على سبيل المثال، هو القانون الروماني-الهولندي.

^٣ مع استثناء جزئي في الدول الاسكندنافية.

وسأبحث في الاختلافات بين هذين النظامين القانونيين الرئيسيين تحت عنوانين بارزين:

١- مادة القانون، أي القواعد القانونية ذاتها ومن أين تستمد.

٢- أصول المحاكمات القانونية، أي كيف تنظر المحاكم في النزاعات.

لقد قيل كثيراً ان الجوهر في تشريعات القانون المشترك هو أنها تنتقل من القضية العينية الى القضية العامة، بينما ان التشريع الأوروبي القاري Continental (أي بخلاف الجزر البريطانية) القائم أساساً على تعليمات القانون اللاتيني ينتقل من القضية العامة المصاغة في تشريعات مدونة الى قرارات في القضايا العينية. وذلك يفضي بدوره افتراضاً الى مدارس تشريعية شديدة الاختلاف. فيمكن الافتراض من ذلك ان الأنجلو-ساكسونيين عمليون يهتمون فقط بحلول عينية لنزاع عيني، بينما يشغل الأوروبيون القاريون أنفسهم اكثر بالمسائل الفلسفية حول الغاية والقصد من البيانات العامة المتجسدة في قوانينهم المدونة.

ثانياً: نشأة القانون المشترك في إنجلترا :

بكل تأكيد ان القانون المشترك قد تطور تدريجياً من قبل القضاة في مجرى تهم في نزاعات محددة. وهو في صورته الأولية عبارة عن مجموعة من القواعد التي طورها القضاة منذ أوائل العصور الوسطى. وقد تمثلت مصادره الأصلية في الأعراف المتبعة في مختلف أطراف البلاد والقانون الأنجلو-ساكسوني والنورماندي الفرنسي والكنسي^٤.

في القرن الحادي عشر، كانت العدالة في إنجلترا تتحقق في الأساس من خلال المحاكم المحلية المدارة من قبل مفوضي الأمن (العمدات sheriffs) والملاكين الإقطاعيين. الا انه على مدى القرون الثلاثة التالية استغل الملك موقعه الإقطاعي الذي كان يمثل منبع العدالة للعمل على تكوين سلطة ملكية مركزية وقوية. وتقلد قضاة الملك تدريجياً سلطة التشريعات في مكان المحاكم المحلية، وفي أثناء ذلك بدعوا في تطوير نظام للقانون تكون القواعد القانونية التي يطبقها للبت في نزاع محدد مستمدة من قرارات قضائية سابقة في قضايا مماثلة. وقد كان هذا النظام القانوني الملكي موحداً في طول البلاد وعرضها، على عكس القانون العرفي المحلي، ولذلك فعبارة "القانون المشترك" (Common Law) تعني انه مشترك بالنسبة لكل المملكة^٥.

^٤ يظهر اثر القانون الكنسي في بعض القوانين الجنائية من خلال الربط الوثيق بين الجنائية والخطيئة واستخدام عقوبة السجن التي يمكن ان تقود الى التوبة، وكذلك في القانون العائلي المعتمد على اقامة الزواج المسيحي.

^٥ للمرجعة يمكن البحث JH Baker , *An Introduction to English Legal History*, (2nd ed.), London, 1994.

لذلك يمكن القول بالمعنى الحرفي ان القضاة في ظل النظام القانوني العام هم الذين يصنعون القانون. الا أن النظام القانوني لا يمكن ان يحافظ على شرعيته أو أن يوفر القدر اللازم من المصدقية إذا كان ينظر إليه على انه يعتمد على مجرد قرارات عرضيه لقضاة أفراد. ولذلك فقد تطور هذا المذهب التقليدي حيث يبت القضاة في القضايا وفق القواعد القائمة التي يجدونها في قضايا سبق الحكم فيها.

ثالثاً: مذهب "السابقة" في النظام القانوني الإنجليزي

ومع مضي القرون، طور مذهب "السابقة" (Precedent) قواعد صارمة. ومن هذه القواعد "البنية الهرمية للمحاكم". فبعض المحاكم يضع السابقات التي تكون ملزمة، بينما تكون لقرارات البعض الآخر من المحاكم قوة استرشادية وحسب. فقرارات لجنة الاستئناف التابعة لمجلس اللوردات يجب أن تتبع من جهة محكمة الاستئناف. وعلى القضاة في كافة المحاكم الأدنى مرتبة إتباع قرارات مجلس اللوردات ومحكمة الاستئناف^٦. أما القرار الذي يتخذه قاضٍ في محكمة عليا، مهما كان هاماً، فإن له قوة استرشادية فقط. وبإمكان قاضٍ آخر في محكمة عليا أن يرفض أتباعه، ولكن عليه أن يفصح عادةً عن رفضه ذلك.

ان هذا النموذج يبدو متكاملًا. وقد قاد بعض المتعصبين لمقارنة القانون المشترك بالرياضيات من حيث أن القرار الصحيح في قضية محددة يمكن أن يستمد بشكل عقلائي وبالحجة عن طريق تشبيهه بقرارات سابقة. الا أن الواقع ليس كذلك، ولم يكن كذلك أبداً.

١- ليس كل شيء يمكن أن يوضع في حكم يكون ملزماً في القضايا القادمة. ان جزءاً من البيانات الواردة في اي حكم كان يعتبر نقطة فاصلة (ratio decided) وضرورية للوصول الى خلاصة تكون ملزمة في قضايا تالية. أما البيانات الأخرى من القانون، والتي تعرف بالأراء العرضية أو غير الملزمة (obiter dicta)، فإن لها قوة استرشادية وحسب.

٢- مهما كان رأي القاضي الذي يتخذ القرار الأصلي بشأن أي جزء من القرار يعتبر ملزماً وأي جزء يعتبر غير ملزم، فإن الرأي في ذلك يرجع الى القاضي الذي يطبق هذه السابقة. لذا فان القاضي أو

^٦ لقد كان هناك جدال طويل وشيق حول اذا ما كانت لجنة الاستئناف في مجلس اللوردات ملزمة بقراراتها هي. ففي قضية شركة لندن لخطوط الترام ومجلس مقاطعة لندن (١٨٩٨) (AC 375) في القرن التاسع عشر كان رأي اللجنة أن قراراتها تعتبر ملزمة لها. غير أنها قد أعلنت في عام ١٩٦٦ أنه يمكنها في المستقبل أن تحيد عن قراراتها السابقة "عندما يبدو أن من الصحيح القيام بذلك" (١٩٦٦) (2 All ER 77). يمكن الحصول على مثال نادر قامت فيه اللجنة بتخطي حكمها بالنظر الى قضية ميليانجوس ضد شركة جورج فرانك المحدودة للمنسوجات (١٩٧٢) (AC 877). ان الالتباسات القانونية التي يمكن أن يفرضي اليها ذلك واضحة، الا أنه يتم تجاوز الحجم الأكبر من هذه الاشكالات.

المحامي الساعي الى الالتفاف حول سابقة غير ملائمة يمكن أن يحاول فعل ذلك من خلال الاقتراح بأن الملاحظات المحددة التي تسبب الاشكال ليست جزءاً من النقطة الفاصلة (ratio decided).

٣- يمكن بطريقة مماثلة أن يقرر قاضٍ لاحق إعادة تفسير ما قاله قاضٍ سابق. فالأحكام لا تسجل في شكل تشريعي مترجم ولا تغطي كل الاحتمالات المتوقعة، ولذلك فيمكن أن يكون هناك متسع لإعادة التفسير.

٤- يمكن إتباع نهج أكثر راديكالية بالاقتراح أن القرار السابق قد اتخذ بدون انتباه (per incuriam) ويعني ذلك أن لا تراعي المحكمة قراراً أو بنداً قانونياً ذا صلة^٧.

٥- من الممكن محاولة تمييز قضية عن أخرى عن طريق التركيز على بعض الحقائق في كل منهما والإقلال من أهمية بعض آخر منها. ويمكن ذلك بشكل خاص في القضايا التي تبدو القرارات السابقة فيها متعارضة فيما بينها. ولكن يمكن ذلك أيضاً في غيرها من القضايا. فيشكل خاص عند تفسير الحكم في قضية محددة، يمكن للقاضي عن طريق الصعود أو الهبوط على "سلم التجريد" (Ladder of Abstraction) أن يوسع أو يحد من إمكانية تطبيق قرار سابق^٨.

ان هذه أدوات قديرة يستخدمها القضاة والمحامون على مدى التاريخ لتجنب أية سوابق غير ملائمة ولتطوير قواعد قانونية جديدة تستجيب للظروف الاجتماعية المستجدة. ومن الأمثلة الكلاسيكية على ذلك بيان قانون الإهمال (Law of Negligence) في قضية دونوغيو ضد ستيفنسن، وما تبعه من تطوير لقانون الإهمال^٩.

كما تجدر الملاحظة الى أنه منذ أواسط القرن التاسع عشر بشكل خاص، كان البرلمان يتدخل عن طريق وضع قوانين جديدة لمعالجة النواقص في القانون المشترك. ومن الأمثلة الجيدة لذلك تشريعات التوظيف والسكن والشركات. لذلك فإن الجزء الأكبر من القوانين الإنجليزية لم يعد، في أصله الأول، من وضع القضاة، مع أن تفسيرات القضاة للتشريعات تعتبر بالطبع جزءاً هاماً جداً في نظام السوابق.

الى جانب ذلك، هناك تأثير أساسي وواسع المدى للقانون الأوروبي الذي ما زلنا نشهد بداياته وحسب. ولكن هذه البدايات تظهر أن الاختلافات بين النظام الإنجليزي والنظام الأوروبي القاري بعيدة عن أن توحى باستحالة الملاءمة بين النظامين. ان القانون الأوروبي، في الأساس، يتجسد في قواعد معقدة ومصاغة في تشريعات. وللقانون الأوروبي الأسبقية على القانون الإنجليزي في انجلترا حينما

^٧ لقد قررت محكمة الاستئناف في قضية يونغ ضد شركة طائرات بريستول المحدودة (1944) (2 All-ER 293) أنها لم تكن ملزمة باتباع قرارات سابقة بها بداعي عدم الانتباه عند اتخاذها (per incuriam).

^٨ انظر المناقشة المفيدة حول ذلك الموضوع في: Twining and Miers, *How To Do Things With Rules*, (3rd ed.), 1991.

^٩ انظر المرجع السابق.

يكون هناك تعارض بين القانونين. بيد أن القضاة الإنجليز لا يواجهون صعوبة في تطبيق القواعد الأوروبية حتى الآن.

رابعاً: الجوانب الاجرائية في القانون المشترك:

من الناحية الاجرائية، ان السمة المميزة للقانون المشترك الانجليزي هي أنه يقوم على نظام التنازع في المحاكمات (Adversarial System). فالمحاكمة، سواء كانت جنائية أو مدنية، هي نزاع بين طرفين، وهذان الطرفان هما اللذان يقرران أية شهادات يستدعيان وأية براهين قانونية يقدمان. ويعتبر القاضي هو الحكم الذي يطبق قواعد اللعبة (كأن يرفض شهادة معتمدة على الأقاويل)، وهو الذي في نهاية المحاكمة يصدر حكماً مبنياً على الشهادات والقوانين التي يقدمها الطرفان أمام المحكمة. ويقول البعض في هذا الخصوص ان المحاكم الانجليزية غير معنية بالحقيقة، بل فقط بما يثبتته كل من الطرفين فيما يتعلق بالقضية.

غير أن الواقع ليس كذلك، فالقضاة الانجليز محققون معنيون بالوصول الى الحقيقة. ويمكن أن يكون لهم السبق في تقديم البيانات وبعض نقاط القانون، بحيث يكون تدخلهم في طريقة تمكن الأطراف من اقامة دعوى ناجحة.

ان القضاة الانجليز يستطيعون، وكثيراً ما يقومون بالتدخل في المحاكمات لتوضيح النقاط التي يعتبرونها جوهرية، حتى وان اختلفت ظاهرياً بالنسبة للممثلين القانونيين لطرفي النزاع، ولتمكينهم من اختيار كيفية عرض القضية. ويلاحظ المحامون بشكل طبيعي اشارة القاضي ويوجهون عرض القضية في ذلك الاتجاه. اضافة الى ذلك، يظهر اهتمام متزايد في انجلترا بأنظمة التحقيق (Inquisitorial System)، وبشكل خاص حيث تبدو تكلفة النظام التنازعي مرتفعة بشكل لا يتناسب وقيمة الموضوع المتنازع عليه (مثلاً، عندما تلزم شهادة خبير، يتطلب النظام التنازعي في العادة من كل طرف احضار شهادة خبير منفصل خاص به).

في الوقت ذاته، تجدر الاشارة الى وجود تحولات نحو النظام التنازعي في بعض الدول الأوروبية الأخرى. ففي ايطاليا، على سبيل المثال، ابتعد النظام الجنائي عن النهج اللاتيني التقليدي المعتمد على التحقيق مقترباً من الاجراءات التنازعية الموجودة في القانون المشترك.

ان هذا التوجه مستمر، وهو يبرز أوجه تشابه بين الأنظمة القانونية في الاتحاد الأوروبي، وخصوصاً القيم المشتركة كالإيمان بحكم القانون واستقلالية السلطة القضائية واستقلالية المهن الحقوقية، كما يظهر أن أوجه التشابه هذه أكثر أهمية من الاختلافات.

الفصل السابع

النظام القانوني الفرنسي

جان فرنسوا ريكس

محام - فرنسا

إن السؤال المطروح اليوم هو معرفة ما هو النظام القانوني الذي يمكن ان يكون مدعوا لأن يقام في اطار دولة فلسطينية؟ في الظروف الراهنة، إن هذه المسألة ليست فقط مسألة قانونية، بل هي وعلى نحو جوهري مسألة سياسية. ومع ذلك فإن الاجابة عن هذا السؤال السياسي تعتمد الى حد كبير على الاطار المفاهيمي الذي سيعطى للنظام القانوني الفلسطيني.

إن اقامة هذا الاطار المفاهيمي يفترض بديهيا أن يؤخذ في الحسبان تاريخ الشعب الفلسطيني،

بل وكذلك العناصر التالية:

١- الأراضي المستدعاة لان تدخل في الدولة المعنية (مع العلم ان تلك الاراضي لها موروثاتها القانونية والتي هي مختلفة الى حد بعيد).

٢- الظروف السياسية السائدة عند تكوين الدولة أو الكيان الفلسطيني.

٣- المبادئ العامة (بالمعنى الفلسفي للكلمة) والتي سيكون ذلك النظام القانوني مدعوا لان يقام عليها (وخاصة المبدأ الديمقراطي، وتطبيق القوانين أو الحقوق الأساسية، والاختيار بين نظام قانوني ذي صبغة علمانية أو ذي طابع ديني .. الخ).

من البديهي أن الاجابة على مثل هذه القضايا الجوهرية بالنسبة لفلسطين لا تعود الى رجل

قانوني فرنسي. ولكن الهدف من مداخلتي يقوم على نحو متواضع جدا على استخلاص عدد معين من

المعلومات والتي يمكن ان تكون نافعة من النظام الفرنسي، وإذا ما اقتضى الامر، من أجل تقويم ما يمكن ان يكون عليه نظام قانوني فلسطيني وطني ومستقل.
من أجل فهم الأسس التاريخية للنظام الفرنسي، من المفيد تتبع تطوره مقارنة مع تطور النظام الانكليزي.

أولاً: الأسس التاريخية للنظام الفرنسي:

يمكن أن يبدو النظامان القانونيان الانكليزي والفرنسي معتمدين على مصادر مشتركة، وبشكل رئيسي أي جوهري على القانون الروماني (مثل منظومة القانون المدني لجوستينيان. علماً أن التباينات في التطور التاريخي للنظم القضائية والتشريعية لهذين البلدين أدت على ما يبدو الى تعارض عميق بين المفاهيم الانكليزية والفرنسية للقانون. ذلك الفارق بين النظامين الانكليزي والفرنسي كان في كثير من الاحيان قد قدم كطلاق حقيقي، تبلور في العصر الحديث في ظل وجود تقليدين او موروثين قانونيين: بين الموروث من "القانون المشترك" (Common Law) من جهة والموروث من "القانون المدني" (Civil Law) من جهة أخرى. ومع ذلك فإن بمقدورنا ان نتساءل اليوم حول حقيقة معرفة ما إذا كان ذلك التعارض الكلاسيكي قد بقي ذا شأن. إن التاريخ يسمح بالاجابة جزئياً عن هذا السؤال.

١- تأثير القانون الروماني: إن القانون الروماني درّس في كل من الجامعات الفرنسية والانكليزية. وكان على الشارحين ان يطوروا ذلك القانون الروماني، بأقدامهم على توضيح واعطاء البعد التام لمنظومة القواعد أو النظم الرومانية.

في القرنين الرابع عشر والخامس عشر، اسهم المفسرون اللاحقون في تكييف قواعد القانون الروماني مع مقتضيات العصر. وكان هدفهم في آن واحد تجميع، بل وايضا تصنيف تلك القواعد بطريقة منهجية. وتجدر الإشارة هنا الى أنه منذ ذلك الوقت فان مثل تلك المحاولة كانت مناقضة للروح الاصلية للقانون. فالقانون الروماني كان مبنياً في البداية على السوابق القضائية (Case Law) والحالة هذه، ورغم ما يمكن ان يعبر كمعالجة "أكاديمية" مشتركة، فان النظامين القانونيين الانكليزي والفرنسي سيتطوران بصورة مختلفة الواحد عن الآخر. ففي انجلترا كان الفاتحون النورمانديون غرباء وكانت لغتهم الفرنسية. وقد قدروا أنه من الحكمة ان يحترموا العادات والاعراف القديمة. وعليه إذن فقد بدا لهم هاما فقط بأن يحاولوا فرض سلطتهم القضائية الخاصة ألا وهي المحاكم الملكية لـ وست منستر. ونتج عن ذلك ان المحاكم الاقليمية كانت تطبيق القواعد او النظم التقليدية اي الموروثة.

ومن جانبها، فإن المحاكم الملكية كانت مدعوة لأن تقيم قواعدا أو نظماً مشتركة أو عامة (Common Law) للمملكة ألا أنه كان ثمة حاجز أمام تطوير منظم للقانون المشترك (Common Law) بسبب الضرورة التي اقتضت من المترافع الحصول على تصريح (أمر قضائي) من

المستشار، وكذلك الاندماج في اطار صيغ المرافعة المطابقة للحالات التي كان يود أن يعرضها أمام المحكمة. وعليه فإن النظام القانوني المُعَمَّم في الجامعات (القائم على القانون الروماني) لم يكن يستطيع ان يخدم كنموذج لنظم او سلطات قضائية والتي كانت أهليتها تنتج عن الاستثناء وليس عن القاعدة. وكان التطور مختلفا بصورة كلية في القارة وخاصة في فرنسا التي لم يتم فيها أي نقل لنظام قضائي أو سلطة قضائية. ففي القرن الثالث عشر، كانت قد أعيدت صياغة القواعد الاجرائية -قواعد المرافعات- بصورة كلية. وقد وضع نظام جديد من البراهين، مع الدعم من قبل الكنيسة، قائم على العقلانية. وان القواعد الاجرائية امام السلطات القضائية كانت اكثر بساطة بكثير منه في انجلترا. ولم يكن هناك وجود لصيغ شبيهة بتلك المقتضاه في النظام الانجليزي وقادرة على كبح التطبيق الفعلي للقانون الروماني. ومع ذلك، كانت السلطات القضائية الفرنسية تطبق على نحو واسع الأعراف او التقاليد المحلية. وإذا كان القانون الروماني قابلا للتطبيق في فرنسا، فإن ذلك كان ببساطة من أجل تخفيف النقصان في الأعراف. وقد يكون إذن من الخطأ اعتبار ان النظام القانوني الفرنسي قد تطور بصورة جوهرية بقيامه على أساس من القانون الروماني. غير أنه في فرنسا، قد استطاع ان ينسجم او يتناغم بصورة اكثر سهولة مع قواعد الأعراف.

٢- دور البرلمانات في فرنسا: ان دور البرلمانات يجب ان يوضع موضع التوضيح اي الابانة. ففي فرنسا، قاومت البرلمانات في كثير من المجالات الحاجة الى القانون الروماني، وشجعت مبدأ تطبيق العادات أو الاعراف. ومنذ ذلك الحين، وبسبب تعددية تلك العادات فإنها كانت في النهاية موضوع محاولة مكتوبة للتجميع في القرنين الخامس عشر والسادس عشر، وبأمر من الملك. (امر MONTIL LES TOURS لسنة ١٤٥٣).

٣- اعتماد القاعدة القانونية: إذن، إنه التاريخ الذي يفسر جزئيا حقيقة ان رجال القضاء الفرنسيين تناولوا -ولزمن طويل- القاعدة القانونية بشكل مختلف عن القانونيين الانجليز. فبالنسبة لرجل القانون الفرنسي، أصبح القانون مجموعة منظمة من القواعد المفصلة فيما بينها، وتجد مصدرها في آن واحد في القانون الروماني والعادات أو الأعراف. تلك القواعد هي قواعد جوهرية مستقلة عما تبلوره المحاكم سواء كان ذلك من حيث الاجراء ام من حيث السوابق. وإن هذه الميزة تبقى صحيحة حتى المرحلة الحالية. حتى أن رجل القانون الفرنسي يجد نوعا من الصعوبة في قبول التمييز القائم بين مفهوم القانون المشترك (Common Law) ومفهوم الانصاف. وإنه من "غير الطبيعي" لرجل القانون الفرنسي ان يجري التعويض عن نواقص في القانون باللجوء الى الانصاف.

وما هو مناقض للإنصاف المتخذ في دلالاته لا يمكن اعتباره حقيقةً كقانون في نظر رجل القانون الفرنسي. إننا نعرف في الحقيقة أن مفهوم الإنصاف في القانون الانجليزي ينتج أكثر عن خلاف اجرائي

منه عن القبول بفكرة كون القانون المشترك (Common Law) في ذاته أقل انصافاً من القواعد المطبقة تاريخياً من قبل محاكم وست منستر.

٤- التقارب في الزمن المعاصر: ومع ذلك، إذا كان التراثان الفرنسي والانجليزي يفسحان المجال لوجود تناقضات هامة، نتجت، كما رأينا ذلك، وبصورة جوهرية عن التاريخ، يمكننا ان نتساءل عما اذا كان يناسب في أيامنا هذه ان ننظر اليها كنظامين متعارضيين.

يجب أولاً ملاحظة ان القانون الروماني ذاته كان في الأصل قانوناً مبنياً على السوابق القضائية. ان المفسرين (اللاحقين للشارحين الأوائل) حاولوا أن يجعلوا منه مجموعة من القواعد القانونية المترابطة فيما بينها. وإنه، إذا كان لا زال صالحاً في أيامنا القول بأنه لا توجد صيغ مرافعة في القانون الفرنسي معادلة لتلك التي وجدت في القانون الانجليزي، فإنه ليس أقل صحة ان اجراءات محددة، مصبوغة بنوع من الشكلية، هي في كثير من الاحيان مقتضاة من أجل وضع قواعد قانونية فرنسية موضع التنفيذ. ومن جهة أخرى، يجب التذكير بان تطوراً هاماً جداً قد ظهر في القانون المشترك (Common Law). فقد أبطلت صيغ المرافعة المميزة للقانون الانجليزي في الماضي، في سنة ١٨٥٢ وانتقل اهتمام رجال القانون الانجليزي تدريجياً من التركيز على تقنيات الاجراء الى قواعد القانون الجوهرية. وهكذا تدريجياً، فإن التفرعات الكبرى للقانون في انجلترا بدأت تعكس ذلك التطور. وقد اقتربت تلك التفرعات تدريجياً من انماط التصنيف المتطابقة مع تلك التي للبلاد ذوات القانون المدني. ومن ناحية أخرى، يجب الاخذ بالحسبان واقع ان القانون كقاعدة موضوعية من قبل سلطة تشريعية أخذ يحتل مكاناً هاماً في انجلترا. وهو يتوسع الآن تدريجياً من خلال الالتزامات الدولية التي تقطعها انجلترا، وخصوصاً في اطار المجموعات الاقتصادية الأوروبية، والتي، في مجال قانون الالتزامات تحديداً، تقود تدريجياً الى توفيق التشريعات الأوروبية فيما بينها، وبذلك الى تدخل المشرعين الوطنيين. ومع ذلك، فإن الشعور لا زال باقياً بان قواعد الاجراء في انجلترا هي دوماً في قلب النظام القانوني.

ثانياً: ركن النظام القانوني الفرنسي: القانون الدستوري:

إن التعارض بين القانون الانجليزي والقانون الفرنسي ينتج بصورة واسعة جداً عن الاختلاف في الرؤية للقاعدة القانونية كما تتبلور من قبل السلطات القضائية (اهمية السوابق في القانون الانجليزي هي بدهياً متفوقة بالمقارنة بنظام القانون الفرنسي). غير ان هناك اسباباً أخرى تفسر التعارض بين النظامين، ومن بينها مكانة القانون الدستوري في النظام القانوني الفرنسي. إنه من المناسب أولاً أن نذكر أن فرنسا شهدت اعلان دساتير مكتوبة منذ غداة الثورة سنة ١٧٨٩.

لا مجال هنا لعرض تاريخ القانون الدستوري الفرنسي والدساتير الفرنسية المختلفة، بل سنكتفي بدستور

ومن الواضح في نفوس رجال القانون الفرنسيين، أن الدستور يمثل ركن النظام القانوني الفرنسي. وبهذا النحو فهو يحدد بشكل مركز قواعد الفصل بين السلطات، وطرق عمل السلطة التشريعية، وأساليب الإلتماس في حالة عدم احترام توزيع السلطات. وفيما يتعلق بسن القواعد القانونية، سنذكر هنا فقط بأساسين جوهريين من هذا القانون الدستوري، والذي هو قانون مكتوب. أولاً، إن المبادئ الأساسية للنظام القانوني توجد معرفة في المقدمة أو الديباجة الدستورية (إعلان حقوق الانسان، وبالنسبة لدستور سنة ١٩٥٨، ومدخل او مقدمة الدستور لسنة ١٩٥٨، مقدمة الدستور لسنة ١٩٤٦). وفي المحصلة، وإذا كان التساؤل عما هي المبادئ الجوهرية التي يعتمد عليها معظم النظام القانوني الفرنسي، فقد يكون من المناسب التذكير بان هذه المبادئ الأساسية هي بوضوح مُعرِّفة في الديباجة أي مقدمة الدستور. هذه القواعد يُحتج بها أمام السلطات القضائية، سواء كان ذلك القضاء الإداري أو القضاء العام. ومما يجدر التذكير به أيضاً بأنه يوجد نظام ضبط للدستورية، بواسطة المجلس الدستوري. أما الميزة الجوهرية الثانية فتكمن في التمييز القائم حالياً في السلطة التشريعية بين مفهوم القانون بالمعنى الحصري (قاعدة صادرة عن البرلمان)، ومفهوم النظام (في الحقيقة، جزء من مجال القانون الذي قد أُنيط بالحكومة). ويجب التذكير عن طريق التعارض بأنه لا يوجد في إنجلترا دستور حقيقي مكتوب، وهو ما لا يعني بدهيا بان أية قاعدة دستورية لا تطبق في إنجلترا.

ومن جهة أخرى فإن المفارقات أي التباينات بين إنجلترا وفرنسا تبقى عديدة جداً. إن إنجلترا ملكية (ومع إنه من المناسب معرفة أي دلالة محددة يجب أن تعطى لهذا المصطلح في أيامنا)، وفرنسا جمهورية (علما أنه هنا، من المناسب معرفة الى أي درجة من السلطة "الرئاسية" يمكن تصنيف النظام الفرنسي). كما ان البرلمان في كل من فرنسا وإنجلترا مركب وفقاً لنظم مختلفة. فسيادة البرلمان في إنجلترا ليس لها ما يعادلها في فرنسا إذا ما أخذنا في الحسبان النتائج النجمة عن تطبيق دستور ١٩٥٨ فيهذا البلد. وأخيراً إن بنية الأحزاب السياسية ليست هي نفسها في البلدين.

ومع ذلك، ورغم هذه التباينات المؤسساتية، فإن المشكلات التشريعية الرئيسية المطروحة على هذين البلدين هي من ذات الطبيعة.

ثالثاً: القانون المدون وتوزيع المجالات القانونية:

نميل في كثير من الاحيان الى التأكيد بان التعارض بين قانون مشترك (Common Law) وقانون مدني يشابه التعارض بين قانون غير مدون وقانون مدون. بمعنى ان القانون المشترك يبدو متطابقاً مع غياب التدوين والقانون المدني متطابقاً مع المدونات (Codes) القانونية الفرنسية. واذا كان التوازي الذي يجب ان يقام بين هذين التعارضين يبقى ملائماً حتى في أيامنا هذه، يجب الأخذ في

الحسابان واقع أن القوانين خرجت الى حيز الوجود في حقبة حديثة نسبيا. فالمدونة النابليونية (القانون المدني الفرنسي) سُنت كان في سنة ١٨٠٤ ولحقها أربع مدونات أخرى :

١- قانون المراجعات المدني (سنة ١٨٠٦).

٢- قانون التجارة (سنة ١٨٠٧).

٣- قانون العقوبات (سنة ١٨١٠).

٤- قانون المرافعات الجنائي (سنة ١٨١١).

وإن مثال فرنسا قد احتذي من قبل الدول الأخرى ذات القانون المدني في القرنين التاسع عشر والعشرين. وهكذا فقد سُنت مدونات مدنية في النمسا (سنة ١٨١٠)، وفي هولندا (سنة ١٨٣٨)، وفي إيطاليا (سنة ١٨٣٥)، وفي البرتغال (سنة ١٨٦٧)، وفي إسبانيا (سنة ١٨٨٩)، وفي ألمانيا (سنة ١٨٩٦)، وفي سويسرا (سنة ١٨٨١ و سنة ١٩٠٧) وفي اليونان (١٩٤٠). أما خارج أوروبا وفيما يتعلق بالشرق الأوسط، فإننا نذكر أن المدونات المصرية قد وضعت فيما بين سنة ١٨٧٥ و ١٨٨١ والمدونات التركية وضعت ما بين سنة ١٨٦٩ و ١٩٧٦. وفي إيران، فإن تدوين القوانين قد ظهر سنة ١٩٣٥ وفي أثيوبيا سنة ١٩٦٠.

وفي الواقع، فيما يخص الشرق الأوسط، يجب الأخذ في الحساب الدور الهام الذي لعبته مصر، والتي ساهم رجال القانون فيها، ووفقا لطرائق متباينة، في تبني مدونات "على الطريقة الفرنسية" في بلاد متعددة مثل الكويت، وقطر (بالنسبة لقانون الشركات)، وليبيا، دون الحديث عن بلاد حيث استقر تقليد المدونات مع استقرار الانتداب الفرنسي، كما هو الحال في لبنان وسوريا.

وفيما يتعلق بإنشاء دولة فلسطينية، فبديهي انه يجب استبعاد استيراد تقنين فرنسي او اي تقنين آخر من أي بلد. ولكن قد يبدو من المفيد الأخذ في الحساب الخبرة التي اكتسبت من قبل عدد معين من دول الشرق-الأوسط في مجال التقنين. فإذا كان عدد معين من المدونات المقامة في بلاد الشرق الأوسط قد "تأثرت" في الأصل بالتراث الفرنسي، فإنه من البديهي مع مرور السنين، أن هذه المدونات قد استوعبت بل أدمجت في داخل الأنظمة القانونية الوطنية القائمة. وبالنتيجة، فإن صلتها بالنظام القانوني الفرنسي تسمح في الحقيقة باثرائها دون أن يكون هناك أي تبعية لنظام قانوني خارجي، أو أن يكون هناك استيراد لقواعد "أجنبية" يمكن ان تكون موضع شك أو اشتباه في الزمن المعاصر.

أما في فرنسا، إن أسباب اقامة مدونات قوانين هي عديدة، ولكن السبب الأعظم نتج عن رغبة توضيح القواعد القانونية التي يتوجب تطبيقها وجعلها متجانسة على جميع الأراضي الفرنسية، بعد ان وحدت هذه الاراضي على المستوى السياسي. مثل تلك الرغبة لم تكن على ما يبدو قد ظهرت في إنجلترا، حيث المحاكم الملكية كانت قد استطاعت أن تقيم وبنجاح قواعد قانونية قابلة للتطبيق على جميع أنحاء المملكة.

من المناسب من الناحية الأخرى التذكير أن التقنين في الأصل، في فرنسا لم يطبق في كل فروع القانون. وإن العديد من المجالات الهامة قد بقي خارج التقنين. وهكذا كان الحال بالنسبة للقانون الإداري والقانون الضريبي. وبالتأكيد فمنذ ذلك الحين فإن عددا كبيرا من الأحكام القانونية خضع للتجميع في إطار مدونات قوانين. غير أن مدونات القوانين تلك يجب اعتبارها بمثابة مسح لنصوص أصبح تجميعها ضروريا بسبب تنوعها وتعقيدها. أما المدونات النابوليونية ذاتها فقد نتجت عن رؤية اجمالية للنظام القانوني، الذي كانت تتوجب اقامته، وللتبويب المركب الذي يجب ان يحكم تأليف المجالات القانونية فيما بينها.

وفي النهاية، اذا كان هناك تعارض بين تراث القانون المدني وتراث القانون المشترك (Common Law)، بسبب التقنين للأول وعدم التدوين للثاني، من المناسب أيضا أن نأخذ بعين الاعتبار أن ذلك التعارض هو حديث العهد ولا يحمل بالضرورة النتائج الحتمية التي نسبت إليه. وإنه مما لا شك فيه انه من المهم توضيح الفارق في موقف رجال القانون ازاء القاعدة القانونية بين فرنسا وانجلترا أكثر من تأسيس التعارض بين النظامين القانونيين على مسألة التدوين. إذ يوجد الآن عدد هام من القوانين تمس فروعاً كاملة من القانون جرى سنها في انجلترا وتعادل للوهلة الأولى مدونات القوانين.

وقد يتوجب علينا في المحصلة أن نؤكد التالي:

- القانون الانجلو- ساكسوني هو في الأصل قانون سوابق. فالقواعد القانونية مترابطة على نحو وثيق بالحقائق الخاصة لحالة محددة، ولم يكن عليها في القانون الانجليزي ان تعنى بما هو غير ضروري لحل حالة معينة.

- غير أنه في فرنسا، وفي الدول الأخرى ذات القانون المدني، فإن قواعد القانون أقيمت وصيغت من قبل محررين قانونيين هادفين بواسطة قواعد مجردة الى تغطية مجموعة من العلاقات القانونية، على نحو مستقل عن الحالات الخاصة.

إن القاعدة في القانون المدني هي بمثابة نموذج يهدف لأن يطبق على مجموع الحالات التي قد تطرح نفسها في المستقبل. فهي اذن مصاغة بعبارات عامة بما فيه الكفاية حتى تستطيع محكمة ما دائما، بواسطة تقنية التفسير، تطبيق القاعدة على الحالة الخاصة التي تطرح نفسها.

وأخيراً، إن الدور الحقيقي للتدوين في فرنسا لا يمكن ان يُفهم إلا اذا اخذ عنصران بالاعتبار

وهما:

١- ان قرارات المحاكم لا ينظر اليها في ذاتها كمنشئة لقواعد القانون. فالأمر يتعلق على نحو جوهري بتفسير القانون (وخارج حالات البناء المسماة "بريتورية" (Prétoriennes) والتي تعتمد دائما على نص).

٢- وحينما تصدر مدونة قوانين، فإنها تلغي كل القواعد القانونية المناقضة لها. إلا أنه قد يكون من الخطأ العميق الاعتقاد بأن السوابق لا أهمية لها في فرنسا. إذ إن قيمة كبرى تتصل بقرارات مختلف السلطات القضائية في فرنسا وبشكل خاص الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز ومجلس الدولة. وإنه من الممكن دائما بالنسبة لمحكمة ما إن تبتعد عن قرارات قضائية متخذة حتى من قبل سلطة قضائية أكثر سموا وإن تفسر كما تفهمه قواعد القانون، كما تنتج وفقا لها عن القوانين والأنظمة. وفي المحصلة، فإن تغير الظروف سيسمح دوما - في القانون الفرنسي- بتبرير تغيير في التفسير للقاعدة القانونية. وفي بعض الحالات، فإن تطورات جديدة يمكن أن تعدل من الاستخدام المعمول به للنصوص الموجودة. وثمة أحكام ربما بقيت في الظل لعدد معين من السنين يمكن أن يعاد تفسيرها تجد نفسها (بسبب الاحتياجات والظروف المتعلقة بحالة معينة)، من أجل تطبيقها على مجموعة من الحالات الجديدة.

وثمة أحكام ربما بقيت في الظل لعدد معين من السنين يمكن أن يعاد تفسيرها (بسبب الاحتياجات والظروف المتعلقة بحالة معينة)، من أجل تطبيقها على مجموعة من الحالات الجديدة وكانت هذه خصوصا حالة المادة ٢١-١٣٨٤ من القانون المدني المستخدم من أجل تكوين مفهوم المسؤولية المدنية دون وجود خطأ.

رابعاً: هيكلية القانون:

إن فهم رجال القانون الفرنسيين لتصنيف المواد القانونية قائم في الأصل على التعارض بين مفاهيم القانون العام والقانون الخاص. فإذا كانت الأطراف في علاقة ما هي أشخاص حقيقيين أو أشخاص اعتباريين، فإن رجل القانون الفرنسي سيعتبر أن هذا في مجال القانون الخاص. وإذا كانت الدولة أو إحدى تقسيماتها (لواء، محافظة أو بلدية) هي الطرف، فإن قواعد القانون العام هي التي ستطبق. ولكن في الواقع العملي، فإنه يجب تخفيف هذا التعارض، بحيث يسمح بتصنيف الأنظمة القانونية ما بين القانون العام والقانون الدستوري والقانون الإداري والقانون الضريبي -والذي هو في الواقع- مشتق بصورة مباشرة من القانون الإداري.

ومن الناحية الأخرى ستوضع مواد القانون الخاص (وعلى رأسها القانون المدني)، الذي يضبط على نحو ما الأنظمة المشتقة من القانون المدني، مثل القانون التجاري، قانون العمل و القانون الدولي الخاص.

وإنه لمن الأكثر صعوبة تصنيف مواد مثل أصول المحاكمات المدنية أو قانون العقوبات. في الحقيقة إن أصول المحاكمات المدنية يمكن أن تعتبر كواحد من توابع القانون الخاص طالما أنها تحكم سير القضية أمام المحكمة في إطار نزاع له طابع خاص. غير أن أصول المحاكمات المدنية تشتمل

ايضا على عدد كبير من القواعد المتعلقة بتنظيم العدالة، الأمر الذي يتعلق في مفهوم القانون الفرنسي، على خدمة عامة، وهذه الخدمة في ذاتها، تجد نفسها موضوعة بخاتم القانون العام. من الممكن ابداء الملاحظة ذاتها فيما يخص قانون العقوبات وأصول المحاكمات الجزائية، والتي تهتم في ذات الوقت المصلحة الخاصة (وخصوصا حينما يتعلق الأمر بضمان حقوق الدفاع للفرد)، ولكن أيضا قد تكون حامية للنظام العام وللمجتمع بأسره وتصنف حينئذ ضمن قواعد القانون العام.

إن رجال القانون الفرنسيين والانجليز ينتمون الى نظامين تعود جذورهما الى الماضي البعيد. ولكن يتبين لنا في الزمن المعاصر ان التناقضات التي بدت مميزة لتراث القانون المشترك (Common Law) وتراث القانون المدني تتلاشى الآن في اطار أوسع ومشارك لفيدرالية أوروبية في طور التكون.

إن تطوير النظام القانوني لدولة في طور التكوين مثل فلسطين لا يمكن ان ينظر إلا بتعاطف واهتمام من قبل رجال قانون الأمم الأخرى.

غير أن تبادل الآراء مع رجال القانون الفلسطينيين لا ينبغي بأي حال من الأحوال أن يلتبس مع محاولة لفرض الهيمنة لرؤية غربية للقانون وإنه مما لا شك فيه ان الاحترام المتبادل وتبادل الخبرات او التجارب سينتج حتماً اثراءً وفهماً أفضل لكلا الطرفين.



الفصل الثامن

القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية

نورمان بايش

استاذ قانون - جامعة هامبورغ - ألمانيا

أولاً: الخلفية التاريخية للقانون الاساسي:

ان عامة الناس المعنيين بالشؤون القانونية، بل وحتى رجال القانون يجدون صعوبة في فهم محتوى ومعنى دستور ألمانيا الاتحادية. ويرجع ذلك في جانب منه الى الخلفية التاريخية التي يجري التشديد عليها عادةً عند الحديث عن القانون الاساسي الالمانى. ان القانون الالمانى يعتبر رد فعل تاريخي واع على جمهورية وايمر (كانت وايمر المكان الذي تبنت فيه الجمعية العامة الوطنية عام ١٩١٩ الدستور الجمهوري الاول في ألمانيا) والرايخ الثالث الفاشي. ولكن لأن التاريخ الدستوري الالمانى الحديث متناقض لدرجة عالية من التشويق (وايمر، الفاشية الهتلرية، التحرر عن طريق الائتلاف المعادي للهتلرية - والذي ما زال البعض يسميه انهياراً - الانقسام الى دولتين ألمانييتين، الخ)، فيبدو تقديم تلخيص لهذه الخلفية أمراً لا يخلو من الجرأة. وفي الوقت ذاته، سيساعد مثل هذا التلخيص على تبسيط الامر على القارئ في فهم "التطورات التي أدت الى القانون الأساسي".

ان التاريخ الدستوري الحديث يظهر الكثير من التقلبات والتقاليد المتناقضة بحيث يصعب الادعاء بأن هناك اجماعاً في المجتمع العلمي حول ما هي الجذور التاريخية الغالبة في الدستور وما هو مفعول التأثيرات التاريخية الاساسية عليه. ومع ذلك، فهناك اجماع واسع الانتشار حول ان الدستور مفتوح للمستقبل وقادر على التأقلم مع التغيرات الدستورية الصعبة، كما حدث مؤخراً "عندما تم توحيد

الدولة الألمانية".

ان السبب الثاني لصعوبة ايجاد مدخل سهل للدستور هو الافتقار الى الارشاد الحقيقي. فمع أن هناك تلخيصاً قصيراً للفصول المختلفة، إلا أنه يسبب الازباك اكثر مما يقدم المساعدة. فأنت تبدأ بقراءة المادة رقم ١ وتنتهي بقراءة المادة رقم ١٤٦ (إذا أمكنك الاستمرار الى هذا الحد)، ولكن كل ما يمكنك أن تحفظه في ذهنك هو مجموعة من المبادئ الملتبسة والغامضة.

ثانياً: التعديلات الممكنة وغير الممكنة للدستور:

كمدخل لارشاد القارئ وللحصول على فكرة عن المبادئ الأساسية للنظام الدستوري الألماني، أقترح النظر أولاً الى الفقرة ٣ من المادة ٧٩. ان المادة ككل تتناول التعديلات على الدستور، والتي تكون ممكنة تقليدياً في ظل وجود أوضاع متفاقمة. الا أن الفقرة ٣ تتضمن تجديدات مثيراً من وجهة نظر دستورية، وقد وصفت بأنها أكثر القواعد غرابية في القانون الأساسي، فهي تحدد انه لا يمكن اجراء تعديلات مطلقاً على بعض بنود الدستور حتى من قبل الغالبية التي تستطيع بصورة طبيعية ان تضع التعديلات. وبالنتيجة، يمكن أن تجري "مراجعة كاملة" للقانون الأساسي، من ضمنها ادخال تعديلات هامة عليه (خاصة من ناحية العلاقة بين "الاتحاد" "Federation" و"الأقاليم" "Laender")، غير أن صلب الدستور وجوهره المحمي بواسطة هذه الفقرة الثالثة يجب أن لا يتغير أبداً. وسنرى لاحقاً أن المفهوم الجديد للديمقراطية قد كان له أكبر الاثر في هذا التحديد. وتعتبر القرارات الدستورية التي لا يمكن تعديلها ذات أهمية خاصة.

وسيجري لاحقاً نقاش تقسيم "الاتحاد" الى "أقاليم" والتشريع المتعلق بها. ولننظر أولاً الى المبادئ التي تنص عليها المادتان ١ و٢٠. ان المادة ١ تتناول الحقوق الأساسية، بينما نتحدث المادة ٢٠ عن المبادئ الأساسية لتنظيم الدولة. ويتوافق ذلك مع البنية الكلاسيكية لأغلب الدساتير في العالم. فكل دستور صحيح يضع أسس العلاقة بين الفرد والدولة (الحقوق الأساسية) وأسس تنظيم الدولة. ان توضيح هذين الأمرين يفتح لنا ممرين رئيسيين عبر هذه الغابة من القواعد.

ثالثاً: الحقوق الأساسية:

لنبدأ أولاً بالحقوق الأساسية. انها لا ترد كيفما اتفق كما يبدو للوهلة الأولى، بل تشكل نظاماً من القيم والحقوق. ان الفقرة ١ من المادة ١ تعلن القيمة الموضوعية لحماية الكرامة الانسانية. وتقوم الفقرة ٢ بصياغة هذا المبدأ الذي يعتبر أسمى وأهم مبادئ الدستور في تصنيف قانوني أو بنود قانونية. ان القانون الأساسي يبدأ من الحقوق الأساسية، وهو لا يصنعها بل يقرها فحسب. أما الفقرة ٣ فتضع حقوق الانسان والكرامة الانسانية في نص دستوري ملزم قانونياً بشكل ايجابي. وهناك أمران هامان

يجب التتويه لهما الأول ان القوانين الأساسية هي قوانين فاعلة بشكل مباشر، وليست مجرد تصريحات أو شعارات كما في العديد من الحالات التي تضمنها دستور وايمر السابق. وفضلاً عن ذلك، ان السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية ملزمة بهذه الحقوق. وينبغي التركيز بشكل خاص على القدرة على فرض التشريع. ففي الأزمنة السابقة (بما في ذلك زمن وايمر) كانت فاعلية الحقوق الأساسية تخضع للقوانين، أما الآن ففاعلية القوانين تخضع للحقوق الأساسية. ان الفقرة الثالثة من المادة ١ قد جعلت الدستور جزءاً يومياً من العمل القانوني وحمته من ان يكون مجرد ساحة لعب لبعض الخبراء.

اما الفقرة ١ من المادة ٢ فهي تشرح الحق العام في الحريات. وتبعاً للمخاطر التاريخية المحددة التي واجهها هذا الحق، يمكن أن ينقسم الى عدة عناصر، مثل حرية الايمان والعقيدة أو حرية التعبير أو حرية التجمع. ويمكن ربط معظم مجالات الحياة بحق خاص في الحرية يذكر بوضوح في هذا التصنيف الحقوقي. فالمادة ١١ مثلاً تتناول الحق في التنقل في أرجاء الأراضي الاتحادية. (بالمناسبة تعتبر هذه المادة مثلاً جيداً لكل من يريد أن يبين كيف أن تطبيق هذه الحقوق ليس بهذه السهولة اذا أخذ بعين الاعتبار انقسام ألمانيا في السابق الى دولتين والفصل الذي ما زال قائماً للفلسطينيين ما بين اسرائيل والمناطق المحتلة). ان حرية الهجرة ليست معلنه بصراحة في الدستور، ولكنها تتدرج ضمن الحق العام في الحريات المنصوص عليه في الفقرة ١ من المادة ٢.

كما ينطبق ايضاً هذا القدر من الكمال في بنية الدستور على حق التساوي أمام القانون. فالفقرة ١ من المادة ٣ تحدد أن كافة الأشخاص يكونون متساوين أمام القانون. وتعالج الفقرتان التاليتان عدداً من المشاكل والمسائل التي يمكن أن تنتج عن الفقرة الأولى، وبالتحديد الفقرة ٢ (الرجال والنساء يملكون حقوقاً متساوية)، والفقرة ٣ (يجب أن لا يتعرض أحد للاجفاف أو يحظى بأفضلية بسبب الجنس، أو النسب، أو العرق، أو اللغة، أو الموطن والأصل، أو المعتقد، أو الآراء الدينية أو السياسية). وترد حقوق مماثلة في الفقرة ٥ من المادة ٦ (الأطفال غير الشرعيين)، والفقرة ١ من المادة ١٩ (لا قانون ينطبق بمفرده على قضية فردية)، والفقرتان ١ و٣ من المادة ٣٣ (الوضع السياسي المتكافئ لكل الألمان)، والمادة ٣٨ (كل شخص يملك نفس حقوق التصويت)، والمادة ١٠١ (لا توجد محاكم فوق العادة، الحق في قضاء قانوني).

ان هذا النظام المثير للانطباع من حقوق الحريات والمساواة يطبق بشكل فعلي في المحاكم. وتوصف الفقرة ٤ من المادة ١٩ بأنها ذروة الدولة الدستورية، وهي تحدد أنه اذا انتهك حق اي شخص من قبل سلطة عامة، فيجب أن تتاح له امكانية الالتماس الى القضاء. وينبغي تقديم الالتماس الى المحاكم الاعتيادية الاحيثما يحدد مرجع قضائي معين.

ومنذ عام ١٩٦٨، مثلت الفقرة ٢ من المادة ١٠ استثناءً لهذه القاعدة، اذ استبدلت حق الالتماس الى المحاكم والحق في اسماع الصوت وفق القانون باجراء مراجعة للقضية (القيود على

خصوصية البريد والاتصالات الهاتفية) من قبل هيئات أو أجهزة مساعدة يعينها البرلمان. ان الثمن الذي استوجب أن يدفع مقابل استبدال مثل هذه الحقوق المحفوظة والمترابطة تمشياً مع الفقرة ٢ من المادة ٥ لمعاهدة بون كان مرتفعاً بقدر لا يمكن تحمله. لذلك فقد علقت المحكمة الدستورية الاتحادية أجزاءً من القانون المنطبق على المادة ١٠ (Tapping Law) وتمكن المشرع بذلك من ايجاد حلول مرضية لهذه المشكلة. وبالرغم من أن المشكلة المثيرة للشك والجدل بخصوص ما يسمى بتسريع الطوارئ - والتي كانت احدى القضايا الرئيسية في التمرد الطلابي في أواخر الستينات - قد حلت نهائياً، الا أنها لا تزال من مشاكل الرأي العام الدقيقة والحساسة. فالسلطات الحكومية والتنفيذية تميل دوماً الى التدخل في الخصوصيات والمس بالحقوق الأساسية للأفراد. ومن نقاط الانتقاد الاضافية أن تشريع الطوارئ الألماني معقد جداً بالفعل ولا يبدو سهل التنفيذ.

لنرجع الى الفقرة ٤ من المادة ١٩، ان هذه الفقرة لا تتضمن تحديداً للمحاكم التي يستطيع الناس الالتماس اليها. ويرجع ذلك الى ان تنظيم هذا الأمر يتم عن طريق "قانون المحاكم". أما المادة ٩٥ من القانون الأساسي، فهي تعدد المحاكم العليا الخمس. وتعتبر محاكم الاستئناف ومحاكم العدل العليا في الحقول الخاصة لكافة المحاكم، وهي: محكمة العدل الاتحادية للقضاء العادي (القانون المدني والجنائي) في كارلسروه، والمحكمة الادارية الاتحادية في برلين، والمحكمة المالية الاتحادية في ميونخ، ومحكمة العمل الاتحادية، والمحكمة الاجتماعية الاتحادية في كاسل. وفي المجالات التي لا توجد فيها محكمة مختصة، يقدم الالتماس الى المحاكم الاعتيادية (ان هذا الكمال الدستوري يعبر عن نفسه في البند المساعد في الفقرة ٤ (٢)، المادة ١٩).

وفي سياق نقاشنا للتشريع، لننظر عن قرب أكثر الى المحكمة العليا في ألمانيا: المحكمة الدستورية الاتحادية في كارلسروه (المادتان ٩٣ و٩٤). تعتبر أهمية المحكمة الدستورية من الملامح النموذجية للقانون الأساسي في جمهورية ألمانيا الاتحادية. ولا داع لأي لبس بشأن اختصاص هذه المحكمة، فالمواطن العادي يهتم فقط بأن تكون لديه امكانية التقدم بشكوى ضد عدم دستورية أي من الاجراءات الادارية (الفصل ٩٠ وما يليه من "قانون المحكمة الدستورية الاتحادية"). ان امكانية الذهاب الى المحكمة الدستورية الاتحادية بعد استنفاد كل فرص الاصلاح القانونية الأخرى تقوي الحقوق الأساسية للأفراد. ان نظام المحاكم الألماني بشكل عام يقدم حماية مكتملة للحقوق التي يتضمنها القانون الأساسي. وهناك بعض المحاكم الدستورية التي أقيمت حديثاً على غرار المحاكم الألمانية - كما في جنوب افريقيا. الا ان هنالك اعتراضات على أن ذلك يعتبر جيداً أكثر مما ينبغي، فالعدد الكبير من المحاكم يسبب الالتباس وتأخذ القضايا في الكثير من الأحيان وقتاً طويلاً لضرورة المرور عبر مستويات عديدة من السلطات.

وقبل انهاء استطلاعنا للحماية القضائية التي تتيحها المحاكم، ننظر الى المادة ٣٤ (المسؤولية القانونية الحكومية غير التعاقدية). ان هذه المادة تسلم بأن الدولة وكافة الأجهزة العامة تتحمل المسؤولية القانونية عن أية انتهاكات يقوم بها موظفوها (الموظفون الحكوميون) في أدائهم لواجباتهم الرسمية نحو طرف ثالث، وينبغي أن تقدم للمتضررين تعويضاً، مالياً على الأقل.

تلخيصاً لما سبق نقول أن القانون الأساسي يقوي حقوق الأفراد ويحميها قانونياً بشكل لا يضاهاه. وكما ورد أعلاه، ان هذا هو رد فعل تاريخي للتجربة المرة مع الفاشية الهتلرية ونظامها الدكتاتوري. فيبدو أن الشعب الألماني واع لهذا الواقع ويقدر نظام الحقوق الأساسية هذا.

رابعاً: الديمقراطية المدافعة:

ان القانون الأساسي ليس رد فعل على الفاشية فقط، وان كان ذلك هو الأكثر وضوحاً، بل هو أيضاً رد فعل على أول نظام ديمقراطي وجمهوري في ألمانيا، أو ما يسمى بجمهورية وايمر. لقد جرى الكثير من الجدل حول ديمقراطية وايمر بأنها كانت حيادية ولم تعمل على ايجاد الوسائل الادارية والأدوات الدستورية لتحمي نفسها بها. فكان بإمكان الأغلبية بالفعل أن تقرر نزع هذا الشكل من الحكم واستبداله بحكم دكتاتوري. لقد استغل أعداء الدستور حقوق الحريات التي وضعها الدستور لكي يعملوا على تحطيمه. وقد وصف هذا الموقف النسبي والمجرد من القيم لدستور وايمر بأنه "ديمقراطية انتحارية". ولكنني أشك فيما اذا كان على الشعب أن يعتمد على الدستور وحسب لحماية الديمقراطية اذا كانت الثقافة السياسية لمجتمع ما ضعيفة ومتخلفة وكانت القوى الديمقراطية مشتتة.

من المهم جداً الانتباه الى أن التعريف التقليدي للديمقراطية قد اختلف مع القانون الأساسي. فالقانون الأساسي يرى نفسه مليئاً بالقيم. ولقد وضع قيماً مطلقة كما رأيناها في أوضح صورة في الفقرة ٣ من المادة ٧٩، والتي تعلن أن الدستور في مأمن حتى من الأغلبية التي يمكنها أن تعدل الدستور. ولا أجد الحاجة للتركيز على أن مثل هذه القاعدة لا يمكن لها أن تمنع النشاطات المعادية للدستور، ولكنها تخلق وعياً تجاه الأعمال الضارة وتتحول مثل هذه الأفعال الى نشاطات غير قانونية.

تبعاً لذلك فان هذه الديمقراطية المستعدة لحماية نفسها (يسمى البعض "الديمقراطية المقاتلة") لا تتضمن أية حريات لأعداء الحرية. ان النظام الأساسي الديمقراطي الحر يجب أن يكون محمياً. وذلك يتم من خلال الفقرة ٢ من المادة ٢١، والتي تحدد أن المحكمة الدستورية الاتحادية يمكنها أن تضع حداً للأطراف التي تسعى الى الاخلال بالدستور أو ابطاله (الى الآن جرى ذلك مع حزب الفاشية الجديد (SRP) والحزب الشيوعي في أعوام الخمسينات). ويظهر المبدأ ذاته في المادة ١٨ (مصادر الحقوق الأساسية) والفقرة ٢ من المادة ١٠ (خصوصية البريد والاتصالات الهاتفية). ويتضمن ذلك أيضاً الفقرة ٢ من المادة ٩، والتي تسمح بحظر الاتحادات، وذلك ما مارسه مؤخراً وزير الداخلية الاتحادي عندما

حظر اثنتين من منظمات الفاشية الجديدة. ان العبارة الثانية في الفقرة ٣ من المادة ٥ تحمل معنى مشابهاً، فحتى حرية التعليم الأكاديمي ليست في حل من الولاء للدستور. ان غالبية المحامين يرجحون الرأي بأن حرية التعليم يجب أن تؤخذ كمثال فقط وأن أي شيء وأي شخص يشكل رأياً عاماً (مثل الصحافة والتلفزة) يعتبر ملزماً بهذه الفقرة كذلك.

لا ينبغي أن يكون هدف الديمقراطية المدافعة استلاب حقوق الأشخاص أو الجماعات، ولكن هدفها هو أن تضمن أبسط مستوى من التجانس في الشكل السياسي. الا أن الادارة العامة، من جهة أخرى، وتحت عنوان "الديمقراطية المقاتلة" وبموافقة المحاكم الاتحادية العليا، قد انتهكت الحقوق الأساسية لمواطنين ينتمون الى الحزب الشيوعي بابعادهم عن الخدمات العامة أو رفض قبولهم في الادارة العامة. ان هذه السياسة السيئة السمعة "berufsverbote" ("الحرمان من وظيفة") تتعرض حالياً الى مواجهة أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان في ستراسبورغ.

وكما ترون، فان مجرد وجود نظام دستوري ديمقراطي لا يضمن التزاماً مطلقاً بالقانون الأساسي الا اذا وجد التزام ديمقراطي قوي من طرف كافة القوى الاجتماعية. فاذا كانت نصوص القانون تتحدث عن "النظام"، فانها لا تعني أبداً هدوء وسكينة المقابر. بل هو الهدوء القانوني في حياة المجتمع. والقانون الأساسي الذي يحمي النظام الأساسي الديمقراطي الحر انما يحقق ذلك عن طريق التمسك بالمبادئ السلمية، مهما كان الصراع صعباً.

خامساً: الحق في المقاومة:

لننظر الآن الى المبادئ الأساسية في الدستور في المادة ٢٠ التي يجب أن لا تعدل (تحميمها الفقرة ٣ من المادة ٧٩). ان هناك أمراً واحداً هاماً: ان الحق في مقاومة النشاطات التي تسعى الى الغاء النظام الدستوري ليس من الحقوق التي لا يمكن أن تعدل. وقد أدخل هذا الحق بحد ذاته كفقرة رابعة في المادة ٢٠ بواسطة القانون الاتحادي عام ١٩٦٨. وسيكون مناقضاً لروح المادة ٧٩ اذا جرت اضافة فقرات جديدة (حول نظام انتخابي محدد، مثلاً) الى المادتين ٢٠ و١. وعلى الأقل ليس مفاجئاً أن المشرع لم ينجح في أن يدخل في هذه المادة مناقشات فلسفية ودينية وقانونية قديمة حول الحق في المقاومة على شكل قوانين ايجابية. انه من الصعب حقاً الحكم بالقانون اذا كان الفرد يملك الحق في القرار بشأن المقاومة الايجابية وتحت أي ظرف يمكن ذلك. ان الحق في المقاومة بمفهومه الصحيح موجه ضد ممارسة السلطة الحكومية بشكل غير قانوني. ولا يزال لدينا الكثير من الوقائع القانونية التي تتعامل مع حالات العصيان المدني وأفعال المقاومة، مثل المتاريس والأضرار الجسمية التي ألحقها بالمرافق العسكرية أعضاء حركة السلام خلال كفاحهم ضد نشر الصواريخ النووية على الأراضي الألمانية. وحتى الآن، رفض معظم القضاة اعتبار أن هذه الأفعال من العصيان المدني تنضوي تحت بند

الحق في المقاومة في الفقرة ٤ من المادة ٢٠. وكما يشير بروفيسور معروف في القانون وأحد المعلقين البارزين على الدستور، لقد خشي القضاة أن يتحول هذا الحق الى "دعوة لكل من يريدون أن يجدوا ما يساعدهم في البدء بقانون الغوغاء، واستخدام قانون العصا ضد كل من يملكون أفكاراً مغايرة حول كيفية ادارة الشؤون الدستورية والاجتماعية للدولة".

ان هناك أهمية حيوية لبدء الفقرة ٤ بعبارة "اذا لم يكن أي اجراء اصلاحي آخر ممكناً"، فقد يساعد ذلك في تجنب المفاهيم الخاصة لماهية الارهاب. ان مفهوم الحق في المقاومة يتبع لما نسميه بالحجة الأخيرة (اللجوء الى الوسيلة الأخيرة ultima ratio)، كما كان الحال في الاضراب العام ضد كاب بوتش (Kapp-Putsch) في العام ١٩٢٠. ان حالة كهذه تتصف بغياب الأجهزة القانونية للدولة أو بحدوث اساءة شديدة في استغلال السلطة الحكومية وليس فقط بمجرد فعل خاطئ أو مجرد السلبية من أجهزة الدولة ذات صلاحية التصرف.

سادساً: الديمقراطية والنظام البرلماني:

ان "جمهورية ألمانيا الاتحادية" ليس اسماً للدولة فقط، بل هو أيضاً تحديد لشكلها. فهي جمهورية، وليست مملكة. وما دام القانون الأساسي قائماً، فلن يتم أبداً تعيين رئيس للدولة على مدى الحياة وتسير الامور حسب مبدأ السلالة الحاكمة، حتى من خلال تغير الدستور (المادة ١٤٦). وتظهر المادة ٥٤ أن وضع الرئيس الاتحادي أضعف بكثير مما كان عليه وضع الرئيس في دستور (وايمر). الا أنه قد يكون هذا الضعف الدستوري في حقيقة الأمر القوة الأخلاقية والتكاملية العظمى لهذا المنصب. فالرئيس ينتمي للجميع، ولذلك فهو يقف فوق السياسات اليومية.

وتحدد المادة ٢٠ الشكل الديمقراطي للحكومة. فالفقرة ٢ تقول: "ان كل سلطة الدولة تتبثق من الشعب، وسوف تمارس من قبل الشعب عن طريق الانتخابات والتصويت...". وفيما أن دستور (وايمر) قد وضع الكثير من الثقة في الديمقراطية المباشرة (الاستفتاء العام، الرجوع الى الشعب)، فإن القانون الأساسي مبني على الديمقراطية التمثيلية (قرارات الممثلين الذين ينتخبهم الشعب). وهكذا فإن انتخاب النواب يصبح اهم الأفعال الخلاقة في هذه الديمقراطية. وتحدث المادة ٣٨ عن الانتخابات، والتي يجب ان تكون عامة ومباشرة وحررة ونزيهة وسرية. ويعتبر النواب ممثلين للشعب كافة، الا أنهم ليسوا ملزمين بقرارات وتعليمات من منتخبهم. فالنائب ليس "ممثلاً" بالمفهوم الوارد في القانون المدني. وهو ليس مقيداً بارادة ناخبيه. ويمكن الرجوع الى التفاصيل حول ذلك في "القانون الانتخابي الاتحادي". ان الفصل ٤ من القانون يعتبر مثيراً بشكل خاص، فهو ينص على أن يحسب صوت كل ناخب في شكلين: الاول هو حساب الأغلبية (majority vote) (الانتخاب المباشر للمرشحين) والثاني هو الحساب النسبي (proportional vote) (انتخاب القوائم الحزبية).

بعد سقوط النظام الاشتراكي ومع توحيد ألمانيا عام ١٩٩٠، جرى جدل كبير حول تكييف الدستور الى الوضع الجديد. ومن بين القضايا الرئيسية كانت المناداة بادخال عناصر من الديمقراطية المباشرة عن طريق الاستفتاءات العامة. وقد جادلت حركة "الخضر" البيئية في الأساس بأن التعيد المتنامي في المسائل السياسية المؤثرة ليس في الأجيال الحاضرة وحسب، بل وفي أجيال المستقبل أيضاً، مما يتطلب مشاركة مباشرة من قبل كافة المواطنين. الا أن الغالبية من أعضاء البرلمان وفي كليات الحقوق ترددت كثيراً في هذا الأمر ثم رفضت في النهاية كافة مقترحات ادخال وسائل المشاركة المباشرة في الدستور. ان السبب وراء موقفهم المتحفظ نحو الاستفتاءات متعدد الجوانب، ولكنه يعكس في الأساس تقديرهم المحافظ لقدرة وطاقة الشعب على العمل والقرار السياسيين. وقد أخذوا مثال الزيادات الضريبية، وشككوا بمغزى تحويل صلاحية هذا القرار الى المواطنين من خلال الاستفتاءات. الا أن أحداً لم يكن ينادي، من الجهة المقابلة، بنقل مسؤولية الميزانية السنوية من البرلمان الى الشعب. وقد كان المطلوب هو ضمان مشاركة المواطن في القرارات ذات الأثر البعيد، مثل استخدام الطاقة النووية أو الاستثمارات الخاصة والعامة التي تسبب الأذى للبيئة. وما زالت الجدالات والحجج جارية، الا ان هذا الجهد قد فشل في واقع الأمر في تحسين مشاركة الشعب في العملية الديمقراطية.

في المادة ٢١، يقر الدستور لأول مرة في التاريخ الألماني كله بوجود الأحزاب السياسية. ويجري تلخيص وتفسير الوضع والمهام الدستورية للأحزاب في قانون منفصل ("قانون الأحزاب السياسية"). ان الأحزاب السياسية لا تشكل جزءاً من تنظيم الدولة، الا انها أكثر من مجرد اتحادات يشكلها المجتمع. فهي تؤدي دوراً "وسيطاً" بين الدولة والشعب، وتعتبر هذه النقطة مصدراً للعديد من الاشكالات من ناحية تمويل الأحزاب.

ان بعض الافكار الملازمة للمفهوم الغربي للديمقراطية لا يجري ذكرها في القانون الأساسي وهي غير مذكورة بوضوح لأنها تعتبر واضحة من تلقاء ذاتها، ولأنها لم تتأثر بالتغيير نحو ما يسمى في ألمانيا بالديمقراطية "المقاتلة". ان هذه المبادئ قد تبدو لبعض الناس على أنها قواعد ليس أكثر، الا أنها تشكل أحد الاختلافات الهامة عن الديمقراطيات الشعبية السابقة في أوروبا الشرقية وبعض الأنظمة الحكومية في افريقيا. ان النظام الغربي للديمقراطية يتضمن وجود أقلية حيثما وجدت أغلبية. وبما ان تشكيل وصياغة الإرادة السياسية للشعب يجريان اساساً من خلال الأحزاب السياسية، فان ذلك يعني وجود حزبين على الأقل في مثل هذه الديمقراطية. فالانتخاب يعني الاختيار بين حزبين على الأقل. وفي الديمقراطية الغربية ان الأقلية التي لم تنجح في الانتخاب لا تزال تملك أهمية بارزة في كونها تشكل المعارضة، ويمكنها في المستقبل أن تتحول بشكل قانوني الى أغلبية.

سابعاً: قاعدة القانون / الدولة: فصل السلطات:

تقول الفقرة ٢ من المادة ٢٠ أن كل سلطة الدولة تتبثق من الشعب وتمارس من خلال الهيئات التشريعية والتنفيذية والقضائية. وقد سبق ان تحدثنا عن ذلك عندما نظرنا الى الفقرة ٣ من المادة ١. ان هذا هو الفصل المعروف بين السلطات، والذي يعتبر الى جانب الحقوق الأساسية سمة رئيسية للدولة الدستورية، أو جوهر الدولة الجمهورية كما قال لنا ايمانويل كانط قبل مائتي عام. ولا يعرف الدستور اية سلطات اخرى. أما سلطات القيادة العسكرية فهي تمارس من قبل السلطة التنفيذية الاعتيادية. ويتم شرح ذلك في المادة ٦٥ التي تخول هذه السلطة الى وزير الدفاع الاتحادي، والذي يعتبر شخصية مدنية.

ان فصل السلطات هو أكثر من مجرد توزيع عملي لعبء العمل، بل يعني التحكم بالسلطات. فلضمان التوازن في النظام ينبغي تجنب تركيز السلطة في أيدي هيئة حكومية واحدة. والحقيقة أن الحدود بين الهيئات التشريعية والتنفيذية والقضائية غير محددة بشكل قاطع، وكثيراً ما تتداخل الصلاحيات فيما بينها. كمثال على ذلك، يمكن ان يكون للسلطة التنفيذية في أحيان كثيرة صلاحيات تشريعية اذا ما قرر البرلمان ذلك. وتتناول المادة ٨٠ هذه الأحكام التي تملك قوة القانون (Rechtsverordnungen) ولكن فقط على أساس التحويل الذي يمنحه البرلمان لها. والعكس صحيح بالنسبة لميزانية الاتحاد الفيدرالي (المادة ١١٠)، فمع انها ليست قانوناً يخول المواطن او يلزمه، الا أنها يجب ان تمر من خلال البرلمان.

ان اهم استثناء لقاعدة فصل السلطات بين الهيئات التشريعية والتنفيذية هو "النظام البرلماني للحكومة". انه يختلف كثيراً عن النظام الرئاسي كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث يوجد فصل شديد بين السلطات. فالبرلمان المنتخب ينتخب بنفسه الرئيس الجديد للحكومة. وفي الممارسة، يكون ذلك الشخص دائماً من أعضاء البرلمان ويصبح "مستشاراً" مع احتفاظه بوضعه كنائب. ويكون الوزراء عادة من أعضاء البرلمان، الا انه على مستوى "الأقاليم" كثيراً ما يحدث ان يختار رئيس الحكومة خبراء من مجموعات مهنية مختلفة. أي أن الجمع بين السلطتين التشريعية والتنفيذية يكون في شخص النائب فقط.

ولا يمكن أن يدوم مجلس الوزراء لفترة أطول من البرلمان الذي انتخبه، مهما كان سبب حل البرلمان (نهاية المدة الشرعية أو الحل بقرار من رئيس الجمهورية الاتحادية). ان هناك وسائل متنوعة لدى البرلمان للرقابة على السلطة التنفيذية وابقائها تحت مسؤوليته، فيمكن ان يطلب حضور أي عضو من الحكومة الاتحادية (المادة ٤٣)، ويمكن ان يشكل لجاناً للتقصي (المادة ٤٤)، وهناك مفوض دفاع يساعد في ممارسة الرقابة البرلمانية (المادة ٤٥ب)، ويجب ان تمر الميزانية من خلال البرلمان (المادة ١١٠). وأقوى سلاح يملكه البرلمان هو التصويت على حجب الثقة الذي تنص عليه المادة ٦٧.

لقد كان التصويت التقليدي على حجب الثقة سلبياً، ولم يكن من الواجب تسمية الخلف الذي سيستبدل رئيس الحكومة المنحى. وفي وايمر كانت الاطاحة بالوزراء وبالمجالس الوزارية احدى وسائل الاخلال باستقرار النظام السياسي، وقد قادت في نهاية الأمر الى اتاحة الفرصة لهتلر لأخذ السلطة في المانيا والقضاء على الديمقراطية. وقد استخلص واضعو القانون الأساسي العبرة من هذه الكارثة وأقاموا شكلاً للتصويت البناء على حجب الثقة. فالآن يجب أن يسمى الخلف المحتمل قبل تحية رئيس الحكومة السابق. ان هذه المادة تساهم بالفعل في المحافظة على الاستقرار في مجلس الوزراء. وقد كانت هنالك محاولتان فقط للتصويت على حجب الثقة، فشلت احداها ونجحت الأخرى.

ثامناً: مبدأ "الدولة الاجتماعية":

ان المادة ٢٠ (المحمية بواسطة الفقرة ٣ من المادة ٧٩) تحدد الجمهورية الاتحادية أيضاً بأنها دولة اجتماعية. فالدولة مسؤولة عن تشكيل وتطوير النظام الاجتماعي والاقتصادي. انها تمنح وتشكل وترشد وتلزم في مجالات كانت في السابق ترجع الى المجتمع وليس الى الدولة. ان مجموعة الأدوات التي تتوفر لدى "دولة الرفاه" هذه مثيرة للانطباع، وخاصة في مجال الاقتصاد.

لقد قدمت ألمانيا الغربية الى حد كبير صورة مثالية عن الدولة الاجتماعية، بيد أنه من المهم أن لا نغفل عن أن هذا الأمر يمثل صراعاً مستمراً ويحتاج الى جهد متواصل. الى جانب ذلك، ان السكان الألمان يواجهون في الواقع وضعاً يتسم بأن مفهوم الدولة الاجتماعية غير رائج في أوساط القوى القيادية في الصناعة والسياسة. ولقد أجريت تقليصات شديدة في الخدمات وما زال المزيد من التقليصات يلوح في الأفق القريب.

لقد قام المشرّع بتطوير المفهوم الكامل للدولة الاجتماعية، باعتبار القانون الأساسي نقطة البداية. والوسيلة التقليدية لتمويل الاعانات الاجتماعية هي الضرائب. وتضمن قوانين الضرائب أن يتحول قسم من أموال الذين يجمعون الكثير من الثروة الى الاستثمارات العامة. ان الدولة الاجتماعية هي دولة الضرائب، وهي في خطر دائم من أن يساء استخدامها من قبل مجموعات الضغط الأكبر قوة. ويعتبر تدخل الدولة في المجرى الاقتصادي حقيقة واقعة منذ وقت "برنامج روزفلت للاصلاح الجديد" ويتصل بشكل وثيق باسم جون كينيس (John M. Keynes). ان الغاية الرئيسية من الدولة الاجتماعية هي مواجهة الأزمات، كالبطالة والانحلال الاجتماعي. فبعد تعرض المجتمع الألماني لكارثتين اثنتين لم يكن من الممكن تلبية الاحتياجات الاقتصادية بدون تقديم المساعدة من الدولة. وكان الفرد ولا يزال يعتمد على الدولة. ومن الناحية الأخرى، يضمن الدستور والحقوق الأساسية الواردة فيه أن لا تصبح الدولة الاجتماعية دولة تقاعد جبارة ومستبدة توفر الرفاه لمواطنيها عن طريق ابعاد كافة المخاطر في الحياة، ولكن مع تدميرها لكل الحريات في الوقت ذاته. الا أن هنالك جدل كبير يخص بالضبط العلاقة بين

الرعاية الاجتماعية والحريات الفردية او السؤال حول مدى قدرة الحكومة على ان تقيد الحريات الفردية من أجل دعم أولئك الذين على الطرف الاضعف في اقتصاد السوق. ويبدو في هذه اللحظة، وحتى على المستوى الدولي، أن القوى التي تدعو الى انسحاب الدولة خارج اقتصاد السوق هي التي تسير على طريق النصر.

تاسعاً: الاتحادية الفيدرالية:

تحدد المادة ٢٠ أيضاً أن ألمانيا هي دولة اتحادية. وتذكر الفقرة ٣ من المادة ٧٩ بوضوح ملامح البنية الاتحادية (تقسيم الاتحاد الى اقاليم، مشاركة الأقاليم في التشريع - المادة ٥٠ والتي تليها). ان الاتحادية المخدلة (لايجب الخلط بينها وبين الانفصالية التي تعتبر غير معروفة في ألمانيا) تواجه اليوم بلا شك مشاكل شديدة. ان الفكرة الجيدة التي تقوم على أساس تنظيم الدولة "من القاع الى القمة" تواجه عوائق من المشاكل العملية (النظام التعليمي) والنزاعات المتعبة وغير الراجحة بين الاتحاد والاقاليم. ان فكرة الاتحاد الذي كان أحد المتطلبات التي لاغنى عنها لألمانيا في فترة ما بعد الحرب، يمكن أن تنتفع من ظرفين اثنين. أولاً، عند تعامل الأقاليم فيما بينها يجب أن تشكل أرضية مشتركة بينها بقدر أكبر مما تنص عليه المادة ٢٨. فالمتطلبات التي توردها هذه المادة تعتبر فعلياً على أدنى مستوى. ثانياً، ان الاقليم الذي يصر على اتباع المبادئ الاتحادية يكون لديه في الكثير من الاحيان بنية مركزية خاصة به، وعليه ان يمد المبدأ الاتحادي الى أسفل على مستوى المجالس البلدية.

وهناك مشكلة أخرى لم يتم تقدير مداها بشكل كامل بعد، ومصدرها قوانين الاتحاد الأوروبي. ان هذه القوانين، والتي في غالبها عبارة عن أنظمة وأحكام فنية، لا تأخذ في حسابها البنية الاتحادية في ألمانيا التي تعتبر الجمهورية الوحيدة في الاتحاد الأوروبي المتسمة بنظام اتحادي كامل النمو. وبما أن الدول الأعضاء الأخرى جميعها عبارة عن دول مركزية، فانها في الكثير من الأحيان لا تتصور المشاكل التي تواجهها. ومن الناحية الأخرى، يوفر الدستور الألماني وسائل خاصة لاندماج ألمانيا في المجتمع الدولي. ان المادة ٢٤ تخول البرلمان الاتحادي لدخول ألمانيا في أنظمة الأمن الجماعي وتحويل أجزاء من السلطة السيادية الى الهيئات المتعددة الحكومات.

ان بنية الاتحاد والاقاليم معقدة الى حد كبير، وسأقتصر الحديث هنا على بعض جوانبها الرئيسية. لنبدأ أولاً بالمبدأ الأساسي الذي يصرح بأن ممارسة السلطة الحكومية وأداء الوظائف الحكومية تتولاها الأقاليم ما لم ينص القانون الأساسي على غير ذلك (المادة ٣٠). ان ذلك يعني أن الحق في التشريع متاح في المقام الأول للأقاليم الا حيثما يمنح القانون الأساسي السلطة التشريعية للاتحاد (المادة ٣). الا أن هناك أموراً مختلفة تقتصر فيها السلطة التشريعية على الاتحاد بدون أن تشاركه الأقاليم فيها (المادة ٧٣). وهناك أمور تدعى التشريع المتزامن (Concurrent Legislation)، وهي التي تملك فيها

الأقاليم سلطة التشريع طالما لا يقوم الاتحاد بممارسة حقه في التشريع، وفي حال أن الاتحاد قرر أن يشرع في أمر ما من هذه الأمور، فإن القانون الاتحادي يتجاوز تشريع الأقاليم (المادة ٣١). ان هذه الفواصل حيوية للغاية، وقد جرى تنظيم اختصاص كل طرف بهدف الفصل بين السلطات وتجنب تركيز السلطة.

كما ينطبق ذلك الأمر على البنية الاتحادية للدولة الألمانية من ناحية الشؤون المتعلقة بالسلطة التنفيذية أيضاً. فحتى اذا كان قانون اتحادي ما يقع في النطاق الذي يقتصر فيه اختصاص التشريع على الاتحاد، فإن الأقاليم هي التي يجب أن تنفذ وتدير هذه القوانين. ان قيام الأقاليم بالتنفيذ في دور وكلاء للاتحاد (وهو ما يجري شرحه في المادة ٨٥) يتم في شكل مختلط. نأخذ مثلاً الطرق العامة الاتحادية، انها تعود للاتحاد الذي عليه أن يدفع مقابل تشييدها، ولكن على الأقاليم أن تأخذ هذه الطرق تحت ادارتها (المادة ٩٠). ان الأمور التي تخضع للإدارة الاتحادية المباشرة واضحة المعالم (المادتان ٨٦ و٨٧). فللاتحاد هيئاته ومؤسساته الاتحادية التي تخضع للقانون العام (Public Law)، ومثال ذلك الخدمات البريدية، بالرغم من أنها تنتقل الى القطاع الخاص.

ان الوضع أبسط ما يكون في حالة السلطة الثالثة، أي القضاء، والتي تقع كلياً في نطاق مسؤولية الأقاليم، باستثناء المحكمة الدستورية الاتحادية ومحاكم الاستئناف الاتحادية. أما أكثر الجوانب تعقيداً في علاقة الاتحاد بالأقاليم فهي الشؤون المالية (المادة ١٠٤ والتي تليها). ان التعمق في تفاصيل هذا الجانب يعتبر خارج نطاق اهتمامنا هنا، ويحتاج الى حديث منفصل في مكان آخر. وفي نهاية الحديث عن النظام الدستوري في جمهورية ألمانيا الاتحادية، أود أن أشير الى ملاحظتين اثنتين:

كما يظهر التاريخ، ان طريق ألمانيا الى الديمقراطية المعاصرة ليست بالطويلة. لقد فشلت المحاولة الأولى التي مثلها دستور وايمر في عام ١٩١٩، وتعرضت لتدمير عنيف من قبل النظام الفاشي عام ١٩٣٣. أما المحاولة الثانية التي بدأت عام ١٩٤٩، فقد امتدت الى أكثر من نصف قرن حتى الآن، والفرصة مواتية لكي يقود هذا الدستور ألمانيا الى القرن ٢١. وحسب رأيي، ان هذه الفرصة ناتجة عن توفر طرفين اثنين. أولهما أنه بالرغم من قصر عمر التقاليد الديمقراطية في ألمانيا، الا أن الدستور قد بني وفق نماذج التنوع الشديد في الدساتير الديمقراطية على مدى التاريخ الأوروبي الطويل. وثانيهما أن اندماج ألمانيا بقوة في عدد من المنظمات الدولية، مثل الأمم المتحدة والاتحاد الأوروبي وحلف الناتو، يوفر اسناداً قوياً للتطور الديمقراطي ويضمن أن تعمل الحكومة الألمانية، التي كانت مسؤولة عن اشغال فتيل حربين عالميتين في قرن واحد، على عدم السعي الى السير في درب منفصلة تهدد النظام السلمي الأوروبي.

ان التوحيد السلمي للدولتين الالمانيتين بعد انهيار النظام الاشتراكي يوفر برهاناً اضافياً على القوة الديمقراطية للدستور. وحتى مع أن العديد من المواطنين قد أملوا سدى أن تدمج بعض العناصر التقدمية لدستور جمهورية ألمانيا الديمقراطية السابقة (الحقوق الاجتماعية، الحق في الاجهاض) في دستور يصاغ من جديد ويقدم الى الشعب بأكمله ويحظى بموافقته، الا أن علينا أن نقر بأن التعديل الأخير، وان كان لا يتضمن أية عناصر حاملة، يوفر قاعدة صلبة للتطوير الديمقراطي المستقبلي.

الفصل التاسع

النظام القانوني الأميركي

فيرن سميث

قاضية فدرالية - سان فرانسيسكو - كاليفورنيا

أولاً: مبادئ عامة:

ان النظام القانوني الأميركي هو نظام قائم على القانون المشترك (Common Law) المعدل من قبل دستور الولايات المتحدة والمبادئ الدستورية كما تفسرها المحاكم. وهو يضمن الاستقرار السياسي الذي يقوم على أساس مبدأ فصل السلطات.

تصف المادة ١ من دستور الولايات المتحدة السلطات التشريعية التي تتجسد في الكونغرس الأمريكي. وتصف المادة ٢ السلطات التنفيذية التي تتجسد في رئيس الولايات المتحدة الأمريكية. أما المادة ٣ فتصف سلطات المحكمة العليا في الولايات المتحدة والمحاكم الأدنى مرتبة والتي يمكن أن يعينها أو يقيّمها الكونغرس. ويحافظ القضاة في المادة ٣ على وظائفهم طيلة الحياة (الولاية مدى الحياة)، من خلال السلوك الجيد، ويتلقون أجراً لا يتناقص طوال فترة ولايتهم.

ان هذه المحاكم في الولايات المتحدة (او المحاكم الفيدرالية) تملك سلطة قضائية محدودة. وفي الأساس، ان السلطات القضائية الاتحادية تشمل كافة قضايا "القانون والمساواة" التي تتعلق بالدستور، والقانون الفيدرالي، والمعاهدات الفيدرالية، والأميرالية أو البحرية، والخصومات التي تكون الولايات المتحدة طرفاً فيها، والخصومات التي تكون فيما بين الولايات وبين مواطنين في ولايات مختلفة. وقد عمل الكونغرس على توسيع هذه السلطة القضائية على مدى السنين.

ان الدستور ينص على أن تجري المحاكمات الجنائية من قبل هيئة محلفين. ويتكون النظام القضائي الفيدرالي الحالي من ٩٤ محكمة إقليمية و١٢ محكمة استئناف وسيطة ومحكمة عليا واحدة. وتنص المادة ٤ على اعتبار الدستور والتشريع الفيدرالي الذي يقر لتنفيذ الدستور قانونين أعلىين في البلاد وملزمين للقضاة في كل ولاية، بغض النظر عن أي تعارض مع قوانين هذه الولاية. وينص التعديل العاشر على دستور الولايات المتحدة على أن السلطات التي لم يخولها الدستور للحكومة الفيدرالية تحديداً، وتلك التي لا يمنعها الدستور، تكون من حق الولايات أو السكان. هذه هي المبادئ العامة التي تطور حولها النظام القانوني في الولايات المتحدة إلى أن وصل إلى وضعه الراهن.

ثانياً: فصل السلطات:

ان المواد الثلاث الأولى في الدستور تحكم بأن السلطة القضائية مفصولة ومنعزلة عن كل من سلطتي الحكومة التنفيذية والتشريعية. وعند جمع ذلك مع مبدأ الولاية مدى الحياة وعدم قدرة الكونغرس على تخفيض الأجر، فإن الناتج هو استقلالية كلية وكاملة للقضاء. وتتيح هذه الاستقلالية للقضاة التعامل مع القضايا بعيداً عن الضغوطات السياسية من جهة أطراف الحكومة الآخرين ومن جهة عموم السكان، أي من أي طرف قادر على أن يمارس ضغطاً كهذا ان لم تكن المحاكم محمية. وعلى نقيض معظم أنظمة القانون المدني، يعتبر المدعي العام في الولايات المتحدة جزءاً من السلطة التنفيذية. ويضمن هذا التقسيم أن يكون صاحب القرار القضائي مفصولاً ومنعزلاً عن مهام الادعاء العام وقادراً على النظر في القضايا الجنائية بشكل محايد، وليس كجزء من وزارة العدل.

وبينما يستطيع الفرع التشريعي - ويقوم فعلاً - بوضع قوانين تؤثر في القرار القضائي والسلطة القضائية، فإن المحكمة العليا للولايات المتحدة تحتفظ بحق الاقرار النهائي اذا ما كان الكونغرس أو الفرع التشريعي قد تجاوزا صلاحياتهما الدستورية. فضلاً عن أن قانون "اعتماد القواعد الفيدرالية" (Federal Rules Enabling Act) يتيح للمحاكم أن تضع وتجزئ القواعد الهادفة إلى تحقيق العدل بانصاف وكفاءة. ويتيح ذلك للفرع القضائي أن يطور القواعد التي تضبط "بيانات أصول المحاكمات المدنية والجنائية" (Civil and Criminal Procedure Evidence). ان صفة المرتبة الأعلى للقضاء الفيدرالي تمنحه الصلاحية والواجب لمنع اية ولاية من أن تقوم لوحدها بفرض قوانين يمكن أن تتضمن انتهاكاً للحمايات التي يوفرها الدستور.

ثالثاً: النظام القضائي للولايات:

من الجهة المقابلة، ان التعديل العاشر لدستور الولايات المتحدة يحفظ للولايات سلطة سن القوانين الخاصة بها وفرضها وتفسيرها فيما لا يمنعه الدستور. وقد أدى هذا التقسيم للسلطة الى هذه البنية الراهنة التي تتميز بوجود نظامين قضائيين متوازيين، هما النظام الفيدرالي ونظام الولايات. ان كل واحدة من الولايات الأمريكية الخمسين تملك نظام محكمات مستقل وخاص بها، مبنياً على قوانين ودستور الولاية ذاتها. الا أن على كل واحد من هذه الأنظمة أن يعمل في ترابط مع قوانين الولايات المتحدة. وبالرغم من أن أنظمة الولايات تختلف عن بعضها ، الا انها كلها تعتبر محاكم للقضاء العام، على خلاف المحاكم الفيدرالية ذات القضاء المحدود. فهي تتعامل مع المشاكل اليومية التي تؤثر في الأغلب على الأفراد. ومن الأمثلة على هذه المشاكل تذاكر المواقف العامة، ومسائل الاصابات الشخصية، والنزاعات حول العقود، وقضايا الأسرة والأحداث، والجنايات مثل السرقات والاعتداءات وجرائم القتل وجرائم المخدرات المحلية.

هناك الكثير من القضايا التي يوجد فيها تداخل في السلطة القضائية، والكثير من القضايا التي يمكن أن يقتصر تناولها اما على المحاكم الفيدرالية أو محاكم الولايات. الا أن كلا النظامين يقومان على مزيج من القانون المشترك (Common Law) والقانون التشريعي (Statutory Law)، مما يوفر للمحاكم في أغلب الأحيان مرونة كبيرة في تفسير القوانين بطريقة تمكنها من الاستجابة للقضايا والمشاكل الجديدة دون الاعتماد على الكونغرس أو الفرع التنفيذي للحصول على توجيه أو تشريع جديد. وقد اكتسبت هذه المرونة من خلال التطور المستمر في قوانين قضايا السوابق القضائية التي توفر توجيهاً مخولاً للقضاة وتمكنهم من التجاوب بسرعة وبانصاف مع الاعتبارات الجديدة. وفي حين أن العالم يصبح أصغر من خلال تطور وسائل الاعلام، ويصبح في الوقت ذاته أكثر تعقيداً، فليس من المنطق أو العملي أن يكون عمل المحاكم مقيداً بدون داع لكون جهة أخرى اما تتأخر أو ترفض التصرف.

رابعاً: الغايات والمشاكل الشائعة:

وبغض النظر عن شكل النظام القانوني، فان كافة الأنظمة القانونية تتشارك في غاياتها ومشاكلها. فالغايات الأمريكية تتمثل في توفير العدالة لكافة المواطنين بالسرعة والكفاءة الممكنتين بحيث لا تُهدر موارد الأطراف المتنازعة أو وقت المحاكم سدى. أما مشاكلنا الشائعة فهي التراكمات الكبيرة للقضايا المدنية والتجارية، وارتفاع معدلات الجريمة، والاهتمام بحل هذه المشاكل بانصاف وبسرعة بالرغم من عدم توفر العدد الكافي من القضاة والكوادر الأخرى الضرورية للمحاكم. لذلك فان السمة التي سيجعلها النظام الذي نختاره - سواء كان عثمانياً أو أردنياً أو فرنسياً أو ألمانياً - قد تكون أقل

أهمية بكثير بالنسبة لنجاحنا كقضاة لضمان رفع نظامنا و قدرته على تحقيق العدالة بسرعة كافية، وأن يحد من التأخيرات التي تضعف الكفاءة والانصاف.

ينبغي أن يكون دائماً التركيز والتشديد الأولي على توطيد مبادئ عامة للانصاف والعدالة، ومن ثم تبني نظام مرن ومفتوح يحقق هذه الغايات بأفضل شكل، فذلك أفضل من اختيار نظام لا يتجاوب مع احتياجات الشعب وبذلك يحد من القدرة على التكيف مع ما يستجد من مشاكل وأوضاع. فعلى سبيل المثال، هل يريد الشعب قضاءً مستقلاً بصورة كاملة أو قضاءً يعمل في شكل مشترك مع الادعاء العام أو الطرف التشريعي في الحكومة؟ هل يريد الشعب الحرية في تطوير واجازة قواعد اجرائية للمحاكم دون أن تكون بحاجة الى فعل تشريعي؟ هل ينبغي أن يتيح النظام القانوني أشكالاً بديلة تخولها المحكمة لحل النزاعات، مثل التحكيم أو التوسط؟ هل ينبغي أن يتيح النظام للمحكمة أن تتحكم في التوقيت الذي تسير به القضية عبر النظام الى أن تصل الى خلاصتها أم ينبغي أن يتيح للمحامين والأطراف المتنازعة السير بالقضية وفق التسارع الخاص بهم؟ في أية مرحلة من مجريات العدالة الجنائية ينبغي أن يوفر النظام للمتهم محامياً وامكانية للدفاع العلني؟

إذا قام المحامون والقضاة، كمجموعة، بمعالجة القضايا الأساسية من هذا القبيل، فسيصبح النظام الأفضل بالنسبة للمجموعة ظاهراً. وعلى العموم، ينظر الناس في كل البلدان الى القضاء بثقة وبتطلع الى العدالة والحيادية والحل النهائي لنزاعاتهم. ويمكننا كقضاة أن نعطي الناس ما يبحثون عنه وما يستحقونه فقط ان اتخذنا موقفاً ايجابياً وجازماً في تطوير المبادئ القانونية الأساسية وتطبيقها بطريقة مستقلة، بعيداً عن أي تدخلات غير لازمة من جهة الأطراف الأخرى في الحكومة.

الفصل العاشر

الشريعة الإسلامية كمصدر لقانون المعاملات المدنية

حمزة حداد

محام - مركز القانون والتحكيم، استاذ القانون السابق في الجامعة الاردنية

أولاً: اختلاف وجهات النظر:

نقصد بمصطلح المعاملات المدنية هنا العلاقات المالية في اطار ما يسمى بالقانون الخاص، والتي يحكمها ما تعارفت عليه الدول العربية باسم القانون المدني ترجمة للمصطلح الفرنسي (Code Civil). وتنقسم هذه المعاملات الى حقوق شخصية (التزامات)، وحقوق عينية. ان أول قانون مدني عربي حديث نظم هذه الحقوق بشكل متكامل هو القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨، والذي كان من أهم مصادر القوانين المدنية العربية الأخرى، مثل سوريا (١٩٤٨) والعراق (١٩٥١) والأردن (١٩٧٦) والكويت (١٩٨٠).

والمشكلة الرئيسية التي واجهت واضعي هذه القوانين هي المصدر الذي يتوجب أن يستمد منه القانون المدني. هل هو الشريعة الإسلامية؟ أم القوانين الغربية؟ كان هناك تياران على الأقل: الأول ينادي بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية كما وردت في مصادرها المختلفة، وأهمها الكتاب والسنة. الثاني ينادي بتطبيق قوانين عصرية بصرف النظر عن وجهة نظر الشريعة الإسلامية في ذلك. ولكل تيار حججه ومناصروه، مما لا يتسع المجال لبحثه هنا تفصيلاً. ونكتفي بالقول أن الفرق بين القوانين يرجع لعدة عوامل مختلفة، من سياسية وثقافية واجتماعية وتاريخية ودينية. وربما يكون العامل الديني من أهمها.

فوجهة النظر السائدة في الوسط الاسلامي أن الاسلام دين ودولة لا انفصام بينهما، وأن الله سبحانه وتعالى هو مصدر التشريع على الأرض، وتمثل تشريعه في الأحكام الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة. وفي هذا الشأن يقول القرآن الكريم: ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾. وفي آية أخرى ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون﴾، وفي آية ثالثة ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون﴾، وفي آية رابعة ﴿فاحكم بينهم بما أنزل الله﴾، وغير ذلك من الآيات.

وقد وردت قواعد الأحكام في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة بصيغة مبادئ عامة تصلح لكل زمان ومكان، مثل الحكم بالعدل، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وطلب الوفاء بالتعهدات، وطلب كتابة الديون، وما إلى ذلك. ومن مثل هذه الأحكام وغيرها يستطيع المرء أن يصيغ التشريع الذي يراه مناسباً في زمانه ومكانه.

أما ان لم يوجد حكم يمكن الاستناد اليه في القرآن أو السنة، فيمكن عندئذ اللجوء الى المصادر الأخرى التي قال بها الفقهاء المسلمون، وهي الاجماع والقياس والاستحسان والمصالح المرسله والعرف. واستناداً لكل ذلك، أو بعضه، أوجد الفقهاء المسلمون قواعد كلية يمكن الاسترشاد بها في وضع أي تشريع تفصيلي. ويمكن ضرب مثال واحد على كل مصدر من هذه المصادر¹.

ففي القرآن الكريم مثلاً يقول الله سبحانه وتعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود﴾، كما يقول بالنسبة للربا ﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مؤمنين...﴾. وبناء عليه، يجب أن يتضمن القانون الوضعي (ان وجد) حكماً يوجب الوفاء بالعقود وحكما آخر يمنع التعامل بالربا. وفي السنة، ورد حديث عن النبي (ص) يقول أنه لا وصية لوارث، وعليه يجب أن يتضمن التشريع الوضعي حكماً مماثلاً.

ومن أمثلة الاجماع اجازة عقد الاستصناع، أي ابرام العقد على شيء سيصنع مستقبلاً. ومن أمثلة القياس اعتبار الاجازة اللاحقة للتصرف بمثابة الوكالة السابقة، وذلك قياساً على مثل هذه الوكالة. ومن أمثلة الاستحسان اجازة الاقتراض لبعض أنواع السلع الوزنية واعادة منها عدداً بصرف النظر عن التفاوت في الوزن، مع أن مثل هذا التفاوت يعتبر في الأصل من قبيل الربا غير الجائز شرعاً.

¹ تناولت هذه المصادر كتب الفقه الاسلامي عموماً، وهي كثيرة، ومنها على سبيل المثال، مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١، ١٩٦٧-١٩٦٨، ص ٦٠ وما بعدها؛ صوفي ابو طالب، تطبيق الشريعة الاسلامية في البلاد العربية، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٦، ص ٥٤ وما بعدها؛ محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي، ١٩٨٣، دار النهضة العربية، بيروت، ص ٩٨ وما بعدها.

ومن أمثلة الاستصلاح (أو المصالح المرسله) أن القاعدة كانت أن الاكراه المعتد به شرعاً هو الذي يقع من الحاكم. ولكن عندما كثر الاكراه من غيره، أقر الفقهاء أن الاكراه يعتد به سواء وقع من الحاكم أو غيره.

ومن أمثلة العرف المثل الذي ذكرناه في الاستحسان، من حيث تعارف الناس على الاقتراض فيما بينهم لسلع وزنية عديدة واعدة جنسها عدداً بالرغم من التفاوت في وزنها.

ومن أمثلة القواعد الفقهية الكلية ما قرره الفقهاء بالنسبة للضرر من أنه "لا ضرر ولا ضرار"، و"الضرر يزال"، و"الضرر العام يدفع بالخاص والأشد بالأخف".

وبناءً على ما سبق، تصلح الشريعة الإسلامية بأصولها ومبادئها العامة أن تكون مصدراً لأي تشريع في أي زمان ومكان.

أما الرأي الآخر، فوجهة نظره أن مسائل المعاملات المالية متجددة ومتطورة، ولا بد من وضع تشريعات تناسب هذا الواقع دون التقييد بفكر أو مذهب معين، وبصرف النظر عما ورد في الشريعة الإسلامية أو غيرها. ومن الملاحظ أن كثيراً من تلك المعاملات قد نشأت وتطورت نشأة غربية، وبالتالي تطورت قوانين الدول الغربية بما يتلاءم وتطور المعاملات المتعلقة بها. لذلك ليس هناك ما يمنع، بل وربما يكون من الأفضل، الاستناد لتلك القوانين وتبنيها لتحكم المعاملات المماثلة. ويجب أن نواكب هذا التطور ونعدل تشريعاتنا وأحكامنا القانونية من وقت لآخر بما يتلاءم ومصالحنا الواقعية. وليس بالضرورة أن نرجع لكتب الفقه الإسلامي لنعرف الحلول التي أوجدها الفقه ونحاول تطبيقها.

وقد لجأت بعض الدول العربية إلى الحل الثاني، مثل مصر التي يستند قانونها في مناهجه وكثير من نظرياته وأسلوب صياغته للقانون الفرنسي. ولقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون "بقيت الشريعة الإسلامية كمصدر من المصادر التي استند إليها المشروع وقد استمد منها كثيراً من نظرياتها العامة وكثيراً من أحكامها التفصيلية". كما جاء فيها "... أن ما ورد في المشروع من نصوص هو أيضاً يمكن تخريجه على أحكام الشريعة الإسلامية دون كبير مشقة" (ج ١، ص ٢٠). وبالإضافة إلى ذلك، فقد نصت المادة ١ من القانون المدني المصري على أن مصادر الأحكام المدنية التي يتوجب على القاضي الرجوع إليها لتسوية النزاع المعروض أمامه هي القانون المدني ذاته، فإن لم يجد حكماً يلجأ إلى العرف، ومن ثم يلجأ إلى الشريعة الإسلامية.

إلا أن دولاً أخرى فضلت أن تكون الشريعة الإسلامية هي المصدر الأول في قانونها المدني، مثل الأردن. وفي هذا الشأن انتقد رئيس اللجنة المكلفة بوضع القانون المدني الأردني القوانين المدنية المصري والسوري والعراقي بقوله أن هذه القوانين "إن استمدت من الفقه الإسلامي بعض نظرياته أحكامه، إلا أنها كانت في مجموعها وأكثريتها أجنبية عن تراثنا. ويقضي من رجال القضاء والقانون

والعلماء الرجوع الى تلك المصادر الغربية عن بيئتنا في تفسيرها وأهدافها، مع أن مشروعنا كان في مجموعه وأكثره يعتمد على تراثنا ومصدر أمجادنا من الفقه الاسلامي على اختلاف مذاهبه، مما يربط حاضرننا بماضينا على وجه يقتضي منا الفخر والاعتزاز" (المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني، ج ١، ص ١٧).

وبالنسبة للقانون ذاته، قال رئيس اللجنة أنه "... لأول مرة في تاريخ العرب الحديث تقوم المملكة الأردنية الهاشمية باعداد مشروع قانون مدني يتناول أحكام المعاملات مستمد من الفقه الاسلامي بأحكامه الواسعة المنفتحة على الحياة ... وهو مشروع رائد ينتظره العرب والمسلمون بفارغ الصبر، وهو يحقق رغبة تمنها كثير من رجال القضاء والقانون" (المرجع السابق، ص ١٦).

وهناك دول ثالثة فضلت حتى الآن عدم وضع قانون مدني خاص بها، مثل عُمان، وانما طبقت كثيرا من أحكام المعاملات المدنية في قانون آخر هو قانون التجارة رقم (٩٠/٥٥). وهو ما كانت قد فعلته الكويت قبل قانونها المدني الحالي رقم (٨٠/٦٨)، حيث تم وضع القوانين المدنية آنذاك في قانون التجارة رقم (٦١/٢). ويبدو أن ذلك يرجع الى عدم رغبة المشرع في سيطرة أحد التيارين المشار اليهما أعلاه على التيار الآخر، أو احداث ضجة لا لزوم لها ما دام بالامكان تلافيا قانوناً ولكن بطريقة غير مباشرة^٢.

ثانياً: تجربة الأردن:

١- مصادر القانون: يعتبر الأردن، في رأي البعض، النموذج الذي يمكن أن يجتدى به في وضع قانون مدني مستمد من الشريعة الاسلامية. فكما ذكرنا، صدر القانون المدني الأردني سنة ١٩٧٦، وقال واضعوه عنه أنه يعتمد على تراثنا ومصدر أمجادنا من الفقه الاسلامي، وأنه لأول مرة في تاريخ العرب الحديث يعد الأردن قانوناً مستمداً من الفقه الاسلامي بأحكامه الواسعة^٣.

ولكن الواقع، حسبما أراه، غير ذلك. صحيح أن كثيراً من أحكام القانون المدني مستمد من الشريعة الاسلامية كما وردت في مختلف كتب الفقه الاسلامي القديمة. وهذا نجده واضحاً في المعاملات المالية التي عالجها الفقهاء المسلمون منذ مئات السنين. ولكن الصحيح ايضاً أن غير ذلك من مواضيع مستجدة لا نجد للفقه الاسلامي أثر يذكر في القانون بشأنها، لا من حيث المضمون ولا الصياغة. كما أنه

^٢ وجاء في مقدمة قانون التجارة الكويتي الجديد رقم (٨٠/٦٨) على لسان وزير الدولة للشؤون القانونية والادارية، أن الضرورة اقتضت بالنسبة لقانون ١٩٦١/٢ "... أن يتضمن هذا القانون الأحكام العامة لنظرية الالتزام رغم مخالفة ذلك لما تقضي به طبائع الأمور من أن يكون القانون المدني محلاً لهذه الأحكام".

^٣ المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني، ج ١، ص ١٦.

من الصحيح أيضاً أن القانون المدني استمد كثيراً من أحكامه من القوانين الغربية، وهو ما أشير إليه باختصار فيما يلي^٤:

أ- القوانين الغربية: يتضمن القانون المدني عشرات، بل مئات الأحكام المستمدة أساساً من القوانين الغربية وليس من الشريعة الإسلامية، مثل الأحكام الخاصة بتنازع القوانين المكاني، ومن ضمنها نظريتا التكييف والاحالة، والأحكام الخاصة بالمسؤولية على أساس الحراسة، والاشتراط لمصلحة الغير، وأحكام التأمين، والدعوى غير المباشرة، والمسؤولية عن فعل الغير، ونظرية الظروف الطارئة، و عقود الادعان، وحقوق الامتياز.

وهذه الأحكام، وغيرها كثير، لا علاقة لها بالشريعة الإسلامية أياً ما كان فهمنا للمقصود من مصطلح "الشريعة الإسلامية"، اللهم الا أن ندعي بأن مصلحة الأمة اقتضت إيراد مثل هذه الأحكام، وما دامت المصلحة من مصادر الشريعة، فإن تلك الأحكام مستندة للشريعة. أو أن نجد في كتاب فقهي من أئمة كتابات الفقه الإسلامي على مر العصور، والذي ربما يرجع تأليفه إلى مئات السنين إلى الوراء، رأياً شاذاً أو تمثيلاً لحالة معينة (اجازة مذهب مالك الهيئة للجنين مثلاً)، فدعي القياس عليه لتبرير الأخذ بنظرية معينة (الاشتراط لمصلحة الغير)، أو القول أن الشريعة الإسلامية كرهت أو حرمت الاحتكار في بيع الحاضر للبادي، مثلاً، لتبرير الأخذ بنظرية عقود الادعان.

ويلاحظ من المذكرة الإيضاحية للقانون أن المشرع الأردني كان يرجع لمختلف الكتابات الفقهية قديمها وحديثها على ما يجد مثلاً أو رأياً، ولو شاذاً، هنا أو هناك في محاولة لتبرير أخذه بهذه النظرية أو تلك واسنادها أخيراً للشريعة الإسلامية، أو القول أن روح الشريعة لا تخالفها. ولكن الصحيح، والحق يقال، أن تلك الأحكام بوضعها الحالي في القانون المدني هي غريبة المنشأ والتطور، وأوجدها الحاجة وطورتها العقول المنفتحة في ظل الواقع والظروف.

ب- الشريعة الإسلامية: وهناك أحكام كثيرة مستمدة من الشريعة الإسلامية كما وردت في مختلف كتب الفقه الإسلامي القديمة التي ترجع إلى مئات السنين، والتي بحثت في هذه الأحكام في ظل ما كان موجوداً فعلاً من وقائع أو منازعات. أما غير ذلك من مواضيع مستجدة، فلم يتطرق لها الفقه الإسلامي أصلاً، وبالتالي ليس له بهذا الخصوص أثر يذكر في القانون المدني، لا من حيث المضمون ولا من حيث الصياغة. والسبب في ذلك واضح ومعروف، فبعد أن تألق الفقه الإسلامي ووصل أوجه حتى أوائل القرن الرابع الهجري ابتداءً، كما قيل بحق، بالركود فالانحطاط، وانتهى بالجمود المطلق، فالنقل الأعمى لما قاله السلف، حيث انحصر العمل الفقهي في ترديد ما سبق ودراسة ألفاظ بعينها وحفظها.

^٤ حمزة حداد، الرد على الحكومة والنواب حول القانون المدني والشريعة الإسلامية، جريدة الرأي الأردنية، ٢٠ كانون أول ١٩٩٣، ص ٤١.

وقد استمرت فترة ركود الفقه الاسلامي وجموده أكثر من ألف سنة، بل يمكن القول أنها ما زالت قائمة حتى بالنسبة لعقول الكثيرين ممن يدعون أنفسهم، أو يدعوهم الناس بعلماء المسلمين، وخاصة من حملة أعلى الشهادات العلمية في الشريعة الاسلامية.

وفي الواقع، فإن نصوص القانون المدني الأردني التي قيل بشأنها أنها مستمدة من الشريعة، لم تتجاوز حدود فترة الانحطاط والتقليد الأعمى في الفقه الاسلامي. فغالبية تلك النصوص هي مجرد ترديد لما سبق وذكره الفقهاء المسلمون في كتاباتهم الفقهية منذ مئات السنين. وقد بعثر كثير من هذه النصوص في القانون المدني بطريقة غير منظمة، وبدون تنسيق بينها من جهة، وبينها وبين غيرها من النصوص والقوانين من جهة ثانية. هذا بالإضافة الى استخدام الأسلوب الفقهي القديم في العديد من النصوص، بما يحتويه هذا الأسلوب من استخدام مصطلحات وكلمات لغوية غير مألوفة في الوقت الحاضر، وكأننا خلقنا لخدمة اللغة وليس العكس. وقد أدى ذلك الى الزيادة في تعقيد القانون، مع أنه كان بالامكان أخذ الفكرة من الشريعة الاسلامية وافرغها ذاتها بأسلوب صياغة حديثة، وبمصطلحات وكلمات يسهل فهمها دون تعقيد ما أمكن.

٢- أمثلة من القانون المدني الأردني: وعلى سبيل المثال، تضمن القانون قواعد خاصة بالاثبات لا مبرر لها، مع وجود قانون خاص ينظم قواعد الاثبات مطبق منذ سنة ١٩٥٢ هو القانون رقم ٥٢/٣٠، الذي استقرت قواعده لدى القضاة والقانونيين عموماً، وأصبح مألوفاً لهم، وصدرت بشأنه مئات أحكام القضاء. وحسب أحكام القانون المدني (المادة ٨٦)، فإن الأولوية بالتطبيق هي لأحكامه وليس لأحكام قانون البيئات، وهو ما ذهب اليه القضاة في هذا الشأن، مع العلم أن قواعد القانون المدني لا تتضمن تصوراً أو تطويراً لما هو منصوص عليه في قانون البيئات. فمن أحكامه (مثل المادة ٧٢) ما هو تكرار لما ورد في قانون البيئات، ومنها (المادة ٧٤) ما هو من قبيل القواعد الفقهية العامة تطبق على الاثبات وغيره، ومنها (المادة ٨٠) ما غير قاعدة مستقرة في الاثبات دون مبرر، مما أحدث بلبلة في القضاء لا زالت قائمة حتى الآن، ومنها ما هو مخالف لأصول الاثبات واجراءاته المستقرة في قانون البيئات، مثل المادة ٧٧ الخاصة باليمين، والمادة ٨٢ التي لم يطبق القضاء حكمها (عن غير قصد)، ولا يزال يطبق الحكم المقابل لها في قانون البيئات دون معارضة من الخصوم.

وفي باب الالتزامات، وهي عماد القانون المدني، نجد أمثلة كثيرة على ازدواجية الأحكام، والتناقض، وعدم الانسجام، والتكرار، والحشو، والنقل الجزافي، والأخذ بالشكل دون الجوهر أو المضمون، واستخدام المصطلحات غير المألوفة، واستخدام أكثر من معنى للمصطلح الواحد، أو العكس استخدام عدة مصطلحات للمعنى الواحد، والتعقيد، والتخلف، وعدم مراعاة الواقع.

ومثال ذلك المادة ٢ بالمقارنة مع المادة ١٤٤٨/١، ومقارنة الأخيرة بالمادة ٥. وكذلك الأمر بالنسبة للمادة ٩١ (مصدرها المجلة) بالمقارنة مع المادة ٩٣ (مصدرها القانون المصري)، والمادة ٤٤

(مصدرها القانون المصري) بالمقارنة مع المادة ١٢٨ (مصدرها المجلة)، والمادة ٢/١٣ (مصدرها المشروع التمهيدي للقانون المصري) بالمقارنة مع المادة ١٥ (ومصدرها القانون المصري ذاته)، والمادة ٨٦ بالمقارنة مع المادة ٢/١٤٤٨، والمادة ٩٢ (مصدرها ابن شبرمة) بالمقارنة مع المادة ١٠٥ (مصدرها القانون المصري)، والمادة ١٧١ (مصدرها المجلة) بالمقارنة مع المادة ٣٠١ (مصدرها القانون المصري)، والمواد ١٩٣-١٩٨ وما بعدها (مصدرها الفقه الاسلامي عموماً) بالمقارنة مع المادة ٥١٢ وما بعدها (مصدرها الفقه الاسلامي والقانون المصري)، والمواد ١٨٩-١٩٢ بالمقارنة مع المواد ٤٠٧-٤١٠، والمادة ٨٨ بالمقارنة مع المادة ١٥٨، والمادة ٨٧ بالمقارنة مع المادة ٩٠، والمادة ١٢٥ بالمقارنة مع المادة ٦٧٣، والمادة ١٢٦ بالمقارنة مع المادة ١٣٢٧، والمادة ١٤٧ بالمقارنة مع المادتين ٣٨١ و٥٤٦.

ومثال ذلك أيضا استخدام مصطلح (الشرط) بثلاثة معانٍ مع الخلط الواضح بينها (الباب ١، الفصل ١، الفرع ٣/١ من جهة، والمادتان ١٦٤ و٤٠١ من جهة ثانية، والمادة ٣٩٣ من جهة ثالثة)، واستخدام مصطلح (الفضولي) بمعنيين مختلفين، أحدهما من الشريعة الإسلامية أساساً (المادة ١٧١)، والثاني من الفقه الغربي مع وجود تطبيقات له في الفقه الإسلامي (المادة ٣٠١). ومثاله استخدام مصطلح الجاني والجنائية (المادتان ٢٧٣ و٢٨٩) وهما مصطلحان معروفان في الوقت الحاضر في اطار القانون الجزائري وليس المدني. ومثاله أيضا استخدام ثلاثة مصطلحات لمعنى واحد، وهي الصغير (المادة ١١٧ وما بعدها)، والصبي (المادة ٦٤٩)، واليتيم أي فاقد الأب (المادة ٦٧٣). ومثاله استخدام مصطلح "العجماء" (المادة ٢٨٩) بمعنى الحيوان، ومصطلح "جُبَار" بمعنى الهدر أو عدم التعويض، ومصطلح "الحاكم" (المادة ١٢٤) بمعنى المحكمة، ومصطلح "الناس" (المادة ١٢٧) بمعنى الأشخاص، ومصطلح "الجعل" (المادة ١٠٠٠) بمعنى الأجر أو المقابل، واستخدام مصطلح "التدليس" (المادة ٤٦٧) على نهج القانون المصري، في حين أن المصطلح المقابل له في القانون الأردني، أخذاً عن الشريعة الإسلامية، هو التغيرير (المادة ١٤٣).

ومثاله كذلك أن القانون المدني أخذ بالدية من الشريعة الإسلامية (المادة ٢٧٣)، وفي الوقت ذاته أخذ بالتعويض من القوانين الغربية (المادة ٢٧٤)، مع اختلاف المسؤول عن دفع كل منهما، وصاحب الحق بالدية أو التعويض. وأخذ بفكرة "عدم مسؤولية أحد عن فعل غيره" (المادة ٢٨٨) من الشريعة الإسلامية، وفي الوقت ذاته أقرار مسؤولية الفئنة العاقلة في الشريعة الإسلامية أيضاً (المادة ٢٧٤) والمسؤولية على أساس الحراسة من القوانين الغربية (المادة ٢٩١).

ومثاله أيضا التفرقة بين الأضرار بالمباشرة والأضرار بالتسبب، وعدم مسؤولية المتسبب مع وجود المباشر جرياً وراء المجلة (المادتان ٢٥٧-٢٥٨)، ولكنه أخذ أيضاً عن القوانين الغربية بالمسؤولية عن فعل الغير على أساس التبعية أو الرقابة (المادة ٢٨٨)، والمسؤولية على أساس الحراسة

(المادة ٢٩١)، مع أن المتسبب بالضرر ساهم فعلياً باحداث هذا الضرر، في حين أن أياً من متولي الرقابة أو المتبوع أو الحارس ليس متسبباً في الضرر بل اقل من ذلك بكثير .

ومثال ذلك أيضاً أنه أخذ في باب تفسير العقود بما يزيد على ثلاثين قاعدة (المواد ٢١٣-٢٤١) كلها من الفقه الاسلامي ما عدا المادتين ٢٤٠ و ٢٤١. ولكن منها ما هو تكرر للمعنى مع اختلاف اللفظ (المادة ١/٢١٤ والمادة ٢/٢٣٩)، ومنها ما لا علاقة له بالتفسير (المواد ٢١٩ و ٢٢٢ و ٢٣٣)، ومنها ما يمكن وضعه بقاعدة واحدة مجملة (مثل المواد ٢٢٠ و ٢٢٤-٢٢٦).

ومثال على عدم منطقيّة القانون أنه كمبدأ عام لا يعتد بالتغريير (التدليس) كعيب من عيوب الرضا ما لم يصاحبه غبن فاحش (المادة ١٤٥)، في حين لم يشترط ذلك في الغلط، مع أن العكس تماماً هو الصحيح اذا كان لا بد من اشتراط الغبن، فكلاهما نوع من الغلط، الا أن الفرق بينهما أن التغريير، كما يقول بعض فقهاء المسلمين، هو تغليط من أحد المتعاقدين للآخر، في حين أن الغلط هو ذاتي وقع به كلا المتعاقدين. فاذا كان شرط الغبن لا بد عنه فيجب اشتراطه في الغلط الذاتي وليس التغليط. ومثال آخر أن القانون أخذ بالربح الفائت في اطار الفعل الضار (المادة ٢٦٦)، ولم ينص عليه في اطار العقد، مع أن العقود هي التي تربط الأشخاص ببعضهم، كما تربط الدولة بغيرها من الدول، أكثر بكثير من الفعل الضار، فما هو المبرر والمنطق لمثل هذه التفرقة؟!

وما ذكرته سابقاً هو مجرد أمثلة يسيرة على واقع القانون المدني الأردني، وليفهم القارئ بعد ذلك ما يفهمه من القول بأن هذا القانون مستمد اساساً من الشريعة الاسلامية.

٣- المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني:

أعد واضعو القانون مذكرة ايضاحية له تقع في جزئين (٨١٣ صفحة)، وقالوا بشأنها أن كل مادة من مواد القانون "تستند الى مأخذها ونظائرها في القوانين المعاصرة، ومرجعها الفقهي في مذكرات ايضاحية وهي شروح وافية لكل مادة وثروة قانونية لقضائنا ورجال القانون".

ولكن الواقع غير ذلك، فهناك عشرات النصوص التي لم يرد بشأنها أي تعليق أو شرح، وانما اكتفت المذكرة بالاشارة الى مصادر النصوص المقابلة لها في القوانين الأخرى والشريعة الاسلامية. وفيما عدا ذلك، فان المذكرة الايضاحية، على غرار القانون، كثيراً ما كانت تنقل نقلاً جزافياً عن كتابات فقهية وقانونية مختلفة، مع ما ترتب على ذلك من حشو ومغالطات كثيرة فيها.

على سبيل المثال، نجد المذكرة تنقل في بعض الأحيان نقلاً شبه حرفي عن مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مع الوقوع في أخطاء واضحة بسبب اختلاف الحكم بين القانونين المصري والأردني، أو بسبب أن النص في القانون الأردني مستمد أصلاً من مصدر آخر غير القانون المصري. ففي التعليق على المادة ٩٠ مثلاً، تقول المذكرة أن القانون تجنب ايراد تعريف للعقد، مع أن تعريف العقد وارد في المادة ٨٩، وقالت المذكرة بشأنه أن هذا التعريف مستمد من المادة ١٠٣ من

المجلة. كما تقول المذكرة في التعليق على المادة ٤٥ من القانون بأن هناك أحوالاً تكون فيها تصرفات السفية أو ذي الغفلة قابلة للإبطال أو باطلة، مع أن القانون الأردني لا يعرف نظرية قابلية العقد للإبطال المستمدة من القوانين الغربية، وإنما نظرية العقد الموقوف المستمدة من الشريعة الإسلامية. وتقول المذكرة في التعليق على المادة ٦٦ أن القانون استند في الضوابط الثلاثة بشأن إساءة استعمال الحق إلى الفقه الإسلامي، وأن أول هذه الضوابط هو استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير فقط، مع أن هذه الضوابط هي أربعة في القانون الأردني وليس ثلاثة كما هو الحال في القانون المصري، والضابط المذكور غير موجود أصلاً في القانون الأردني بخلاف القانون المصري. ومثال ذلك أيضاً تعليق المذكرة على المادتين ١٣٩ و ١٤٠، مع أنه لا صلة للتعليق بهاتين المادتين وإنما بالمادة ١٣٥.

ويعيب المذكرة الإيضاحية أيضاً، شأنها شأن القانون في ذلك، أنها لم تراع ما جرى عليه التطبيق العملي في الأردن أو أية دولة عربية أخرى في واقع مماثل لأية مسألة من المسائل، مع أنه قد مضى على إنشاء محكمة التمييز عند وضع القانون المدني حوالي ربع قرن، أغنى فيها القضاء المكتبة القانونية بمئات الأحكام في المعاملات المدنية سواء بتطبيق مجلة الأحكام العدلية أو القوانين الخاصة، أو بأخذه أو رفضه الأخذ بنظريات قانونية حديثة. لذلك، جاء القانون المدني ومذكرته الإيضاحية غريبين تماماً عن الواقع، بحيث لا توجد بينهما من جهة وبين التطبيق العملي من الجهة الأخرى أية صلة على الإطلاق.

ويعيب المذكرة الإيضاحية كذلك اقتباسها لأمثلة عفا عليها الزمن، واردة في كتب الفقه الإسلامي القديمة. وكان من الممكن الاستغناء عنها بأمثلة تعبر عن واقع الحياة الحديثة. وباستثناء بعض التصرفات الشاذة من أشخاص ينتمون إلى دول تدعي كذباً أو نفاقاً أنها تطبق الشريعة الإسلامية، فإن تلك الأمثلة لا وجود لها في حياة اليوم إلا في عقول الذين ارتضوا بالتخلف والانحطاط سبيلاً، كالحديث عن الجوّاري، والاماء، والأحرار، والعبيد، والموالي، والقن، وشراء الغلمان، وشراء كبش نطاح، أو ديك مقاتل، واستئجار نائحة، والكثير من غير ذلك مما ورد في المذكرة الإيضاحية. وباستثناء أمثلة محدودة نقلت عن مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، لا نجد في المذكرة شيئاً حول السيارة والطائرة والباخرة والقطار والمصعد والهاتف والتلفزيون والتلكس والفاكس والحاسوب والمذياع وآلة التصوير والفيديو والآلات والمصانع، مع أن الحياة العصرية، حتى في الدول المتخلفة، تعج بالمعاملات المدنية على هذا النحو، وليس ببيع أو شراء الجوّاري والعبيد والغلمان أو استئجار النائح. وبدون شك، فإن إيراد أمثلة عصرية لقانون تدعي كذباً أو نفاقاً أنه مستمد من الشريعة الإسلامية لا يعد كفاً، ولا يسيء إلى الشريعة، بل على العكس من ذلك يعزز وجهة نظر المدافعين عنها في مواجهة أعدائها من الشرق والغرب، والذين تربطنا بهم علاقات مالية يومية. فكيف نطلب اليهم تطبيق قانون وطني (في معاملة مالية دولية مثلاً) يعود هو ومذكرته الإيضاحية إلى ما يزيد على ألف

سنة الى الوراء؟ وأيهما يسيء الى الشريعة الاسلامية في الوقت الحاضر، التمثيل بشراء عبد وجارية وكبش نطاح وديك مقاتل، أم التمثيل بشراء طائرة وتلكس وفاكس وحاسوب؟

ثالثاً: وجهة نظر خاصة:

ووجهة نظري الخاصة أنه يجب التفرقة بين نوعين من العلاقات المنبثقة عن الشريعة الاسلامية: الأولى - العبادات، والثانية - العلاقات القانونية.

فبالنسبة للأولى، يمكن القول بشأنها أنها مطلقة وغير قابلة للتغيير من أي نوع كان، سواءً من حيث الزمان أو المكان. وعلينا بالتالي أن نتبع العبادات كما وردت لنا من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة. ويجمع المسلمون على هذه العبادات منذ عهد النبي (ص) حتى يومنا هذا، مع عدم انكار وجود خلافات بينهم على بعض تفصيلات العبادات وليس كلياتها^٥. ويترتب على ذلك القول أن من ينكر احدى هذه العبادات عن قصد لا يكون على دين الاسلام.

أما بالنسبة للعلاقات القانونية بين الأشخاص، فتجدر الاشارة بشأنها الى ما يلي:

١- ان هذه العلاقات مرتبطة (في غالبية الأحيان) بظروف الواقع وأحواله التي لا شك أنها متغيرة زماناً ومكاناً. ويترتب على ذلك القول أنه قد توجد ظروف جديدة لم تكن موجودة في السابق، فتؤدي الى ولادة قاعدة قانونية تلائمها. وفي الوقت ذاته، فان هذه القاعدة قد تتغير باختلاف الظروف. ومن هنا كانت القاعدة الفقهية الاسلامية القائلة بأنه "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"، التي يمكن أن نضيف اليها أيضاً عبارة "أو بتغير المكان أو الظروف".

٢- وبما أن الأحكام قد تتغير على النحو المشار اليه، يمكن القول أنه لا توجد حقائق مطلقة في العلاقات القانونية عموماً، وأن تاريخ القانون وحاضره اثبتا ويثبتان ذلك حتى في اطار الشريعة الاسلامية بمصادرها المختلفة، وسنذكر أمثلة على ذلك بعد قليل.

٣- ان القرآن الكريم، وهو المصدر الأول والأساسي للتشريع الاسلامي، تضمن أحكاماً محدودة جداً للمعاملات المدنية (المالية)، تكاد لا تتجاوز أصابع اليد الواحدة، أو اليدين الاثنتين على أبعد تقدير. وجاءت هذه الأحكام بصيغة عامة اجمالية تاركة مجالاً خصباً للاجتهاد حتى في هذه الأحكام ذاتها. بل ان منها، ان لم تكن غالبيتها أو حتى كلها، قد ورد على سبيل الاسترشاد أو الاستئناس، وليس على سبيل الأمر الملزم وجوباً. والمثل الواضح على ذلك كتابه الدين الواردة في الآية (٢٨٢) من سورة البقرة:

^٥ ومثال ذلك أن المسلمين متفقين على أن الصلوات اليومية هي خمس صلوات، وعلى أركان الصلاة ومقوماتها من طهارة ووضوء وقيام وركوع وسجود، الخ، ولكنهم يختلفون مثلاً حول طريقة وضع اليدين عند الوقوف في الصلاة، ورفع الاصبغ أو عدم رفعه أثناء التشهد، وحول قول "أمين" بعد قراءة الفاتحة في الصلاة.

﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه، وليكتب بينكم كاتب بالعدل ﴾، ... وليلل الذي عليه الحق ... ﴾. وكذلك حكم الرهن الوارد في الآية (٢٨٣) من سورة البقرة: ﴿ وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة ... ﴾.

٤- ان السلف من المسلمين، وخاصة الأوائل منهم، لم يتوانوا عن الاجتهاد في المعاملات المدنية (بالمعنى الواسع)، حتى في اطار القرآن الكريم نفسه، ولم يغلقوا سمعهم أو أبصارهم أو عقولهم أو قلوبهم في مسألة بحاجة لاجتهاد بحجة أن القرآن الكريم نص على هذه المسألة. وكان سندهم في الاجتهاد، أحياناً، الحكمة من التشريع، فاذا تغيرت الحكمة أو العلة، أو انتفت بحيث أصبحت غير موجودة، لا مانع لديهم من تغيير الحكم. وأحياناً أخرى كان سندهم القياس، وأحياناً ثالثة العدل والمساواة أو منطق الأشياء، بصرف النظر عن حرفية النص في هذه الحالات وغيرها.

وتزخر كتب الفقه الاسلامي بالأمثلة المؤيدة لما سبق من نقاط، نذكر منها ما يلي:

- ان مسألة من مسائل الميراث خاصة بميراث الجدة (في حال عدم وجود الأم) عرضت على الخليفة أبي بكر، فأعطاهما السدس، بالرغم من أن القرآن الكريم لم ينص على ميراثها^٦.
- أنه لما آلت الدولة الإسلامية لخلافة عمر بن الخطاب واتسعت رقعتها وأصبح المسلمون كثرة كثيرة، رفض الخليفة اعطاء المؤلفه قلوبهم لنصيبيهم من الصدقات (أو الزكاة)، مع أن النبي (ص) كان يعطيهم منها تنفيذاً للآية الكريمة ﴿ انا الصدقات للقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم ... ﴾. وكانت حجة ابن الخطاب أنه لما نزلت تلك الآية الكريمة كان المسلمون يومئذ قلة، وهم بحاجة الى المؤلفه قلوبهم لسبب أو لآخر، أما وقد كثرت المسلمون ولم يعودوا بحاجة لهم، بل هم بحاجة للاسلام، فانه لا مبرر لاعطائهم من الصدقات، وحرمتهم منها فعلاً.
- ومن الاجتهادات الشهيرة لعمر بن الخطاب أيضاً ما اصطلح على تسميته بالمسألة العمرية في الميراث، وهي الحالة التي يموت فيها الشخص عن زوج وأم وأخوة أشقاء وأخوة لأم. في هذا الفرض لا يكون للأخ الشقيق نصيب من الميراث، بخلاف الأخ لأم، وهو أمر يجافي العدل والمنطق. مما حدا بالأخ الشقيق أن يقول لعمر بن الخطاب عندما عرضت المسألة عليه: "هب أن أبانا حماراً، أليست أمنا واحدة؟". وكانت نتيجة ذلك أن اجتهد ابن الخطاب ووزع نصيب الأخ لأم عليه وعلى الأخ الشقيق بالتساوي.

^٦ ولكن يقال أن أبا بكر استند في ذلك الى حديث نبوي شريف رواه المغيرة بن شعبه، وشهد عليه محمد بن مسلمة. على أية حال، فقد ساوى عمر في ميراث الجدتين (لأم ولأب) بأن أعطاهما السدس مناصفة بينهما (انظر محمد رواس قلعةجي، موسوعة فقه عمر بن الخطاب، مكتبة الفلاح، الكويت، ١٩٨١، ص ٥٠).

- ومن الأمثلة كذلك ميراث الأحفاد في حال وفاة والدهم ثم جدهم مع وجود أعمام لهم، أي وجود أبناء آخرين للجد غير الابن المتوفى. في هذا المثال يحجب الأعمام الأحفاد عن الميراث، إلا أن قواعد العدل تقتضي غير ذلك، أي توريثهم على الأقل نصيب أبيهم المتوفى، وكأنه توفي بعد وفاة الجد وليس قبله. وبناءً عليه، قال بعض فقهاء المسلمين (الاباضية) بالوصية الواجبة للحفيد، وتكون بمقدار نصيب أبيه المتوفى بشرط أن لا تتجاوز الثلث. وهي في حقيقتها ميراث وان سميت وصية، إذ لا يمنع المشرع أن ينص على ميراث بنصيب معين بشرط أن لا يتجاوز نسبة معينة من التركة، وهو ما أخذت به قوانين بعض الدول العربية ومن ضمنها مصر والأردن.

- ومثال أخير على ذلك أن الشافعي كان له مذهب في العراق عندما كان مقيماً فيها. وعندما انتقل الى مصر، اختلفت اجتهاداته تبعاً لاختلاف البيئة في مصر عنها في العراق آنذاك، بما في ذلك اختلاف الأعراف والعادات. لذلك، قيل أن للشافعي مذهبين: أحدهما للعراق والآخر لمصر.

رابعاً: الخلاصة:

ان الاسلام يكره التقليد الأعمى للسلف حتى في العبادات، وهو ما أكده القرآن الكريم في أكثر من موطن. ومن ذلك قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُم اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَفِينَا عَلَيْهِ آبَاءُنَا أَوْ لَوْ كَانَ آبَاؤُهُمْ لَا يَعْتَلُونَ شَيْئاً وَلَا يَهْتَدُونَ﴾ (البقرة: ١٧٠)، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُم تَعَالَوْا إِلَى مَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَإِلَى الرَّسُولِ قَالُوا حَسْبُنَا مَا وَجَدْنَا عَلَيْهِ آبَاءُنَا أَوْ لَوْ كَانَ آبَاؤُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ شَيْئاً وَلَا يَهْتَدُونَ﴾ (المائدة: ١٠٤)، والحديث النبوي الشريف يقول: "أنتم أدرى بشؤون دنياكم"، ويقول ايضاً: "اطلب العلم ولو في الصين".

ولكن ذلك لا يعني عدم التقليد بصورة مطلقة حتى لو كان التقليد نافعا، ولا يعني الاقتباس عن قوانين حديثة (غربية مثلاً) لمجرد التجديد حتى لو كان ذلك ضاراً. والأفضل باعتقادي وضع قانون مدني يراعي مصالح الأفراد المالية في ضوء الواقع والتجارب، مع الاستفادة ما أمكن من تجارب غيرنا في واقع مماثل، سواء كانوا من السلف الصالح أو غيرهم، ولكن بما لا يخالف نصاً أمراً في القرآن الكريم أو الثابت من السنة الشريفة في شأن من شؤون المعاملات المالية الدنيوية.

الباب الثالث

اعادة بناء التشريع الفلسطيني



الفصل الحادي عشر

تجربة التوحيد القانوني الأوروبي

مارك كوغن

أستاذ القانون الدولي - جامعة جينت - بلجيكا

أولاً: مقدمة:

١- لقد وضع اعلان شومان في ٩ ايار ١٩٥٠ نقطة البدء للمصالحة بين فرنسا وألمانيا بعد الحرب العالمية الثانية. وقد كان مفهوم التكامل الأوروبي في اساسه هو مفهوم بناء سلام دائم بين الأعداء التقليديين بعد قرون من الصراعات وبعد حربين عالميتين. لقد أطلق اعلان شومان العنان لمسيرة التكامل السياسي والاقتصادي والقانوني التي بدأت مع المجموعة الأوروبية للفحم والصلب عام ١٩٥١. لقد أنشئت هذه المجموعة من خلال معاهدة باريس التي ما زالت مقدمتها تردّد صدى الرغبة بالسلام وتحقيق القيمة التي يمثلها الاعتماد المتبادل.^١

٢- ان التكامل تعبير عام يشير الى عملية متواصلة من الاعتماد المتبادل المتصاعد بين بلدان المنطقة، وليس لهذا المفهوم معنى واضح يحدد الى أي مدى يجب أن يطبق. ويظهر تاريخ المجموعات الأوروبية تطور هذا المفهوم من قطاع اقتصادي محدد (الفحم والصلب) الى الاقتصاد بكامله، مع حدوث المزيد والمزيد من المضامين السياسية خلال هذه العملية. لقد تأسست أول مجموعة

^١ "عاقدين العزم على استبدال النزاعات القديمة بتوحيد مصالحهم الأساسية، وعلى ايجاد القاعدة، من خلال اقامة مجموعة اقتصادية، لوحدة أوسع وأعمق بين شعوب طالما جزأتها النزاعات الدموية، وعلى وضع الأسس للهيئات التي ستحدد وجهة المصير المشترك من الآن فصاعداً".

عام ١٩٥١ بتأسيس المجموعة الأوروبية للفحم والصلب (ECSC)، والتي تكونت من ست بلدان هي: فرنسا وألمانيا الغربية وإيطاليا ولوكسمبرغ وهولندا وبلجيكا. لقد تم وضع إنتاج وتوزيع الفحم والصلب تحت يد "السلطة العليا" كهيئة مستقلة. ومن بين هيئات مجموعة الفحم والصلب الأخرى: محكمة عدل وهيئات عامة برلمانية ومجلس للوزراء. وقد رفضت بريطانيا الدور فوق القومي "السلطة العليا". لذلك فإن الأسس الأولية للقانون الأوروبي تعتبر مفاهيم حقوقية أوروبية (أي بمفهوم قارة أوروبا بدون الجزر البريطانية)، مشتقة بالأساس من القانونين الفرنسي والألماني. وبعد مرحلة طويلة من التفاوض تم تأسيس مجموعتين أخرتين عام ١٩٥٨، هما: المجموعة الاقتصادية الأوروبية (EEC) والمجموعة الأوروبية للطاقة الذرية (EAEC). لقد هدفت معاهدة المجموعة الاقتصادية الأوروبية لايجاد سوق مشتركة مبنية على الحركة الحرة للسلع والأشخاص والخدمات ورؤوس الأموال وفق قوانين التنافس، وسياسة تجارية مشتركة في مواجهة البلدان الأخرى، وسياسة زراعية مشتركة (تكون مدعومة من قبل ميزانية المجموعة الاقتصادية الأوروبية)، وسياسة مشتركة في مجال النقل، واتحاد جمركي. وقد يسرت معاهدة EAEC التكامل في قطاع تسويق وإنتاج الطاقة النووية على نحو مشابه لمعاهدة ECSC. وقد أصبحت الهيئات المذكورة أعلاه مشتركة ما بين المجموعات الثلاث.

٣- لقد اوضحت المضامين السياسية بالتكامل الأوروبي مرئية أكثر فأكثر أثناء تطبيق "القانون الأوروبي الموحد" للعام ١٩٨٧. فالتكامل الاقتصادي يقود حتماً في مراحل المتقدمة نحو التزامات سياسية مشتركة على المستوى الأوروبي، بالرغم من أن الحكومات القومية معنية بأن تبقى سيطرتها على عملية التكامل ذاتها. ان معاهدة ماستريخت للاتحاد الأوروبي (EUT) هي أحدث الخطوات في ايجاد اطار شامل للمعاهدات العديدة النافذة المفعول حالياً. ان بنبة الاتحاد تقوم على ثلاثة دعائم. وتدعى معاهدة المجموعة الاقتصادية الأوروبية حالياً بمعاهدة المجموعة الأوروبية. وقد كانت البنود التي تشكل لب معاهدة المجموعة الأوروبية المعدلة هي بنود التشكيل التدريجي للاتحاد الاقتصادي والنقدي (EMU). وقد جرى توسيع صلاحيات البرلمان الأوروبي عن طريق اجراء جديد هو "القرار المشترك" (المادة ١٨٩ ب) والذي يستطيع البرلمان في ظله أن يستخدم حق النقض (الفيتو) على المقترحات التشريعية. ان معاهدة الاتحاد الأوروبي تعتبر اطاراً قانونياً يشمل معاهدات المجموعات الثلاث، الى جانب الصلاحيات الاضافية الجديدة في حقل السياسة الخارجية والشؤون الداخلية.

الاتحاد الأوروبي (الفصول من ١-٧)

| <u>الدعم الثالث</u> | <u>الدعم الثانية</u> | <u>الدعم الأولى</u> |
|--|---|---|
| تعاون في مجال العدل والشؤون الداخلية (الفصل ٦) | سياسة مشتركة في الشؤون الخارجية وشؤون الأمن (الفصل ٥) | معاهدة المجموعة الأوروبية (الفصل ٢) معاهدة الفحم والصلب (الفصل ٣) معاهدة الطاقة الذرية (الفصل ٤) |

٤- تنص المادة N من الفقرة ٢ في معاهدة الاتحاد الأوروبي على أن يعقد مؤتمر على مستوى الحكومات في العام ١٩٩٦ لفحص ما تتم مراجعته من بنود المعاهدة. وتبرز عشية هذا المؤتمر ثلاثة عناصر رئيسية للتعديل: تمتين الشرعية الديمقراطية ومصداقية الاتحاد أمام المواطنين، والمزيد من توسيع الهيئات وما يترتب على ذلك من التعديلات، ودمج كافة المعاهدات القائمة في معاهدة واحدة موحدة تكون أكثر شفافية ووضوحاً من المعاهدات القائمة حالياً. وفيما يخص مسألة الديمقراطية وحقوق المواطن، فإن هناك حجة قوية لصالح وضع دستور أوروبي مدون. وقد أصبح العمل التحضيري جارياً في هذا الاتجاه عن طريق تقرير HERMAN في البرلمان الأوروبي.

٥- سنتفحص هذه الورقة المفاهيم والأساليب القانونية المستخدمة من قبل الاتحاد الأوروبي ومعاهدات المجموعات الأوروبية في عملية التوحيد القانوني ما بين الدول الأعضاء الحالية البالغة ١٥ دولة وما بين أنظمتها القانونية. لقد تغير القليل من المفاهيم القانونية عبر السنين. وفي الواقع، فقد تم تطبيق المفاهيم القانونية منذ البداية الأولى في عامي ١٩٥١ و١٩٥٨، إذ أثبتت قوة احتمالها ونفعها مع الوقت. والآن فقط تجري مراجعة أكثر شمولية عشية مؤتمر الحكومات المزمع عقده في عام ١٩٩٦. ويمكن أن يكون، بل وينبغي أن يكون التجديد القانوني الرئيسي هو الدستور الأوروبي المدون. ومع ذلك، فإن النتيجة التي سيخرج بها هذا المؤتمر ليست مؤكدة.

٦- ان علاقة التكامل الأوروبي والمجموعات الأوروبية هنا تقوم على فكرة أن التجربة التي يمكن تطبيقها في منطقة محددة (أوروبا الغربية) قد يكون لها بعض المعنى العالمي. وحسب هذا

المفهوم، يجب أن نفرق بين الخصائص المميزة لمنطقة محددة وبين القدرة على التطبيق العالمي لمفاهيم قانونية موطدة في هذه المنطقة. وأكثر المهام صعوبة هي تحديد هذا الفرق.

ثانياً : خصائص القانون الأوروبي:

٧- في العادة يبرز المذهب القانوني^٢ أربع سمات رئيسية للقانون الأوروبي:

- هو نظام قانوني مستقل.
 - هو مشترك ما بين كافة الدول الأعضاء.
 - يغلب على اي قانون قومي غير متوافق معه.
 - يمكنه أن يمنح الحقوق ويفرض الواجبات مباشرة على الأشخاص والسلطات في الدول الأعضاء.
- ٨- ان استقلالية النظام القانوني لمعاهدات المجموعات الثلاث والاتحاد الأوروبي قد اعلنت بوضوح في القرار القضائي البارز في قضية Van Gend en Loos (١٩٦٣) لمحكمة العدل الأوروبية:

"ان الاستنتاج الذي يجب استخراجه من ذلك هو أن الاتحاد يضع نظاماً قانونياً جديداً للقانون الدولي، ولصالح هذا النظام تحد الدول من حقوقها السيادية، وان كان في مجالات محدودة، ومن يخضع له ليس الدول الأعضاء وحسب، بل وايضاً مواطنو هذه الدول"^٣.

هذا ان لم نقل أن الاتحاد بذاته يقوم مقام دولة. ان البنود الدستورية للاتحاد الأوروبي لا تزال عبارة عن معاهدات، ولكن بخلاف المعاهدات الأخرى، قامت الدول الأعضاء بالفعل بنقل بعض صلاحياتها السيادية الى الاتحاد الأوروبي. لذلك فان النظام القانوني الأوروبي ليس نظاماً قانونياً مستقلاً وحسب، بل هو ايضاً نظام قانوني يتميز بتوزيع الصلاحيات بين الاتحاد والدول الأعضاء ("التشارك في الصلاحيات"). وبالطبع، فان الصلاحيات المنقولة (مثلاً، السياسة الزراعية) يمكن أن تمارسها الهيئات الأوروبية فقط. وبسبب هذا العنصر يمكن أن يسمى الاتحاد الأوروبي بأنه نظام قانوني فيدرالي (اتحادي)، على الرغم من واقع أن عبارة "فيدرالي" قد أصبحت موضع تناقض لسوء الحظ. وكما في الدول الاتحادية، تقسم الصلاحيات ما بين عدة "طبقات" سياسية (المركزية، أي الهيئات الأوروبية، والسلطات اللامركزية). ان السؤال الأكثر إلحاحاً حول التوزيع الصحيح للصلاحيات - أي نسب الصلاحيات بدقة الى السلطات العديدة، سواء الأوروبية أو القومية أو حتى

^٢ أنظر مثلاً J.B WARNER "العلاقة بين قانون الاتحاد الأوروبي والقوانين القومية في البلدان الأعضاء"، في

The Law Quarterly Review، العدد ٩٣، ١٩٧٧، ص ٣٥٠.

^٣ ECR (١٩٦٣)، ص ١٢.

الإقليمية - يجري الإشارة إليه بواسطة مفهوم "الفرعية" (Subsidiarity) الذي نصت عليه المادة ٣ في معاهدة الاتحاد الأوروبي - أنظر القسم الخامس أدناه.

٩- ان القانون الأوروبي مشترك بين كافة الدول الأعضاء. ويعني ذلك أنه القانون في الدولة وينبغي أن يطبق وأن يؤول بطريقة واحدة في كل مكان في الاتحاد الأوروبي. ويمكن أن تكون المفاهيم القانونية المستخدمة في الاتحاد الأوروبي مستعارة من أنظمة قانونية قومية، ولكن ليس الأمر كذلك بالضرورة. أما المفاهيم القانونية الجديدة، والتي لا نجدتها في الأنظمة القانونية القومية وقد تم اعتمادها بناءً على حاجات المجموعات والاتحاد، فقد أدخلت لحماية استقلالية النظام القانوني الأوروبي. ان القانون الأوروبي بالفعل عبارة عن مزيج من المفاهيم القانونية القومية ومفاهيم القانون الدولي والمفاهيم القانونية الأوروبية المستحدثة.

ومن أمثلة هذه المفاهيم المستحدثة عبارة "فوق القومية" (supranationality)، والأحكام التمهيدية لمحكمة العدل الأوروبية، ومفهوم "الاعتراف المتبادل"، وبنود التشريع الثانوي للمجموعة الأوروبية، وعبارة "العمل المشترك" في ظل CFSP (الفصل ٥ من معاهدة الاتحاد الأوروبي)، وغيرها. ان الأحكام التمهيدية لمحكمة العدل الأوروبية - المادة ١٧٧ للمجموعة الأوروبية - تسهم في إيجاد تأويل موحد للمفاهيم القانونية للمجموعات، وتساعد على ضمان أن تطبق الحقوق ذاتها بشكل متساوٍ في كافة الدول الأعضاء بغض النظر عن اختلاف تقاليدنا القانونية.

١٠- تعتبر أولية القانون الأوروبي خاصيته الثالثة. لقد أعلنت محكمة العدل الأوروبية في

قرار قضائي بارز آخر في قضية Costa v/ ENEL (١٩٦٤) ما يلي:

"... ان هذا القانون الناجم عن المعاهدة، والتي هي مصدر مستقل للقانون، لا يمكن بسبب طبيعته الخاصة والأصلية أن يجري تجاوزه من قبل بنود قانونية محلية، مهما كان شكلها، بدون أن يفقد صفته كقانون مشترك وبدون أن توضع القاعدة القانونية للمجموعة ذاتها موضع تساؤل".^٤

وكما في القانون الدولي، فان أحكام القانون الأوروبي تغلب على اي قانون قومي لا يكون متوافقاً مع الأحكام الأوروبية. لذلك فان على المحاكم القومية أن تعطي الأسبقية للقانون الأوروبي على القانون القومي، حتى وان جرى تبني التشريع القومي بعد وضع الأحكام الأوروبية ذات الصلة. وقد كان ذلك هو المعنى القانوني في قضية Simmenthal (١٩٧٨):

"يتبع مما سبق أنه يتوجب على كل محكمة قومية، في كل قضية تقع في نطاق سلطتها القضائية، أن تطبق القانون الأوروبي بوحده الكاملة وأن تحمي الحقوق التي يمنحها هذا القانون

^٤ ECR (١٩٦٤)، ص ٥٩٣.

للأفراد، وبناءً عليه يتوجب عليها أن تتحي جانباً أية بنود للقانون القومي قد تتعارض معه، سواء كانت سابقة أو لاحقة لأحكام القانون الأوروبي.^٥

١١- أخيراً، يمكن أن يكون للقانون الأوروبي المفعول المباشر في منح الحقوق وفرض الواجبات مباشرةً على الأشخاص والسلطات في الدول الأعضاء. ان المفهوم القانوني لعبارة "المفعول المباشر" غير وارد في أي مكان في معاهدات المجموعات الأوروبية، ولكنه قد تطور من خلال قرارات محكمة العدل الأوروبية.^٦ ان معايير المفعول المباشر قد أضحّت الآن راسخة جداً. ويكون هناك مفعول مباشر لأي بند في معاهدات المجموعات الأوروبية إذا ما كان يلبي الشروط الثلاثة التالية:

(١) يجب أن يفرض البند التزاماً واضحاً ومحدداً على الدول الأعضاء.

(٢) يجب أن يكون غير مشروط، مع أنه ينبغي أن يجري تحديد دقيق للقيود التي تحد من هذا المفعول المباشر.

(٣) ينبغي أن لا يكون تنفيذ هذا البند داعياً لتبني أية أحكام تشريعية لاحقة - أنظر قضية Van Duyn (١٩٧٤)٧. ان هناك قرارات واضحة من قبل معاهدة المجموعة الأوروبية "بالمفعول المباشر" للقوانين التشريعية التي تتبناها الهيئات والتي تدعى "بالأنظمة"، بينما أن قانون القضايا في محكمة العدل الأوروبية يبسط قدرة التطبيق المباشرة لتصل الى التشريعات المسماة "بالتوجيهات" اذا كانت تلبى الشروط الثلاثة المذكورة آنفاً فيما يخص المفعول المباشر لبنود المعاهدة. وينبع من ذلك أن بإمكان الأشخاص اللجوء الى التوجيهات أمام المحاكم القومية وأن على المحاكم القومية أن تقر بهذه التوجيهات بغض النظر عن أي تناقض بين الأحكام القانونية والتوجيهات المعنية - أنظر قضية Ratti (١٩٧٩)٨.

^٥ ECR (١٩٧٨)، ص ٦٤٣ - ٦٤٤.

^٦ أنظر D. VAUGHAN (التحرير)، "قانون المجموعات الأوروبية"، لندن، بتروورثز، ١٩٨٦، الجزء الأول

ص ٤١١.

^٧ ECR (١٩٧٤)، ص ١٣٣٧.

^٨ ECR (١٩٧٩)، ص ١٦٢٩.

ثالثاً: مصادر القانون الأوروبي:

١٢- نظراً لأن المجموعات والاتحاد الأوروبي تقوم على اساس معاهدات، فينبغي التمييز بين أحكام المعاهدة والقوانين التشريعية. ان المصادر الأولية للقانون الأوروبي هي المعاهدات العديدة النافذة المفعول والتعديلات عليها وملاحقها. ويتكون قانون المعاهدات الأوروبية من شبكة من المعاهدات المترابطة فيما بينها، مع أن معاهدة الاتحاد الأوروبي تضع هيكلأ الى حد ما للبنية القانونية - أنظر أعلاه المخطط الوارد في الفقرة ٣. ومرة أخرى، يجب أن يتم تبسيط هذه الشبكة من المعاهدات وتصنيفها عن طريق تبني دستور أوروبي مدون، الى جانب معاهدة واحدة موحدة (معاهدة الاتحاد الأوروبي - EUT) لتحل محل كافة المعاهدات النافذة المفعول. ان قانون المعاهدات هو فرع من القانون الدولي، وأحكام اتفاقية فيينا حول قانون المعاهدات (١٩٦٩) قابلة للتطبيق من حيث المبدأ. الا أن الصياغة المفصلة للمعاهدات الأوروبية وتشكيل المفاهيم القانونية الجديدة والآليات المحددة للأحكام القضائية تؤكد على النظام القانوني المنفصل للمجموعات الأوروبية والاتحاد الأوروبي. ان محكمة العدل الأوروبية تعارض بشدة أخذ وتطبيق أحكام قانون المعاهدات الدولية في الاتحاد الأوروبي، بهدف السعي للحفاظ على الطابع الأوروبي لنظامه القانوني. بل ان محكمة العدل الأوروبية تميل الى الرجوع الى أحكام القانون القومي للدول الأعضاء لترسيخ وتأكيد حكم محدد في القانون الأوروبي - أنظر أدناه الفقرة ١٤.

١٣- ان المصادر الثانوية للقانون الأوروبي هي التشريعات القانونية المختلفة التي تبنتها هيئات المجموعات والاتحاد، وهي تعرف في سياق معاهدة المجموعة الأوروبية عن طريق المادة ١٨٩ من المعاهدة:

- يكون "للأنظمة" تطبيق عام، ويجب أن تكون ملزمة بكاملها وقابلة للتطبيق المباشر في كافة الدول الأعضاء.

- تكون "التوجيهات" ملزمة للدولة العضو الى المدى الذي يتوافق مع النتائج المرجوة، ولكنها تترك للسلطات القومية المجال لاختيار الشكل والوسائل.

- تكون "القرارات" ملزمة بكاملها لأولئك الذين توجه اليهم.

- لا توجد اي قوة الزامية "للتوصيات أو الآراء".

قد يبدو هذا التصنيف محكماً وبسيطاً، الا أن التجربة تظهر عيوبه. ان أولى المضاعفات هي أن التصميم الرسمي للقانون ليس دائماً مرشداً موثقاً لمحتواه. وفي مواجهة مثل هذه الحالات، ترفض محكمة العدل الأوروبية أحياناً التصنيف المستخدم وتتنظر في جوهر القانون، بحيث تعيد تصنيف القانون المعني. ثانياً، ان الفرق بين مختلف أنواع القوانين ليس واضحاً دائماً. وفوق ذلك، فان السوابق القضائية (Case Law) في محكمة العدل الأوروبية ترفع تدريجياً القوة الازامية

للتوجيهات بحيث يصبح من الصعب التفريق بينها وبين الأنظمة - أنظر أعلاه الفقرة ١١ وقضية Ratti. وثالث المضاعفات أن محكمة العدل الأوروبية تقر بأن تصنيف المادة ١٨٩ من معاهدة المجموعة الأوروبية ليس شاملاً، وتسمى القوانين الإضافية غير المذكورة "بالفريدة"، مما يزيد من درجة عدم الوضوح^٩. وفي مواجهة هذا التقدير، يقترح تقرير HERMAN (حول الدستور الأوروبي) للبرلمان الأوروبي^{١٠} إعادة تصنيف التشريعات على شكل "قوانين دستورية" (خاصة بتعديل الدستور)، و"قوانين عضوية" (خاصة بتنظيم الهيئات والتنظيمات)، و"قوانين اعتيادية" (القوانين الاعتيادية التي يجب أن تطبق). إضافة إلى ذلك، سيتم تبني "أنظمة التنفيذ" و"القرارات الفردية". ستكون القوانين والأنظمة ملزمة بكاملها على كافة أراضي الاتحاد - مسودة المادة ٣١. ان إعادة تعريف وتصنيف المصادر الثانوية للقانون الأوروبي من القضايا التي يتضمنها جدول أعمال المؤتمر الحكومي للعام ١٩٩٦.

رابعاً: المفاهيم القانونية القومية والقانون الأوروبي:

١٤- يمكن أن تطبق المفاهيم القانونية القومية للقانون الأوروبي، ليس فقط عن طريق المعاهدات والقوانين التشريعية، بل وكذلك في قانون القضايا لمحكمة العدل الأوروبية، وذلك بحكم الطبيعة المفتوحة للمادة ٢١٥ من معاهدة المجموعة الأوروبية، والتي تنص على تطبيق "المبادئ العامة المشتركة في قوانين الدول الأعضاء" فيما يخص المسؤولية القانونية غير التعاقدية. إن هذا البند يوجه محكمة العدل الأوروبية نحو تطبيق المبادئ العامة للقانون، كما أن السوابق القضائية (Case Law) في محكمة العدل الأوروبية تطبق في المبادئ العامة للقوانين في ظروف تقع خارج إطار المسؤولية غير التعاقدية. إضافة إلى ذلك، وفقاً للمادة ١٦٤ من معاهدة المجموعة الأوروبية، تضمن محكمة العدل أن تتم مراقبة القانون عند تأويل وتطبيق المعاهدة، وهو ما يعتبر مجالاً عمومياً لدرجة كافية بحيث يشمل المبادئ العامة للقانون. ومنذ وقت مبكر، في عام ١٩٥٤، أبرز المحامي العام في رأيه أن المحكمة لا يمكن أن تكون في حل من اعطاء الأحكام بحجة أن هناك ثغرات ما في القانون الأوروبي. إن ذلك يمكن أن يعتبر على أنه "انكار للعدل"^{١١}. لذلك، وبهدف اعطاء محكمة العدل الأوروبية متسعاً لسد الثغرات في القانون الأوروبي جرى اعتماد الرجوع إلى "المبادئ العامة

^٩ T. HARTLEY أسس قانون المجموعات الأوروبية، أوكسفورد، كلاريندون، ١٩٩٤، ص ١٠٨ - ١٠٩.

^{١٠} البرلمان الأوروبي - لجنة شؤون الهيئات: مسودة تقرير حول دستور الاتحاد الأوروبي، المقرر السيد Fernand HERMAN، ٩ أيلول ١٩٩٣، رقم الوثيقة (PE 203.601/rev) EN/PR/234/2-34101.

^{١١} Fédération Charbonnière de Belgique v/ Haute Autorité (١٩٥٥)، بروكسل، ١٩٥٥، ص ٢٦٤.

المشتركة في قوانين الدول الأعضاء" في بنود المعاهدة. وقد جرى إبراز أن "... من المتعارف عليه أن يتم نقاش بنود محددة في الأنظمة القانونية القومية في آراء المحامين العامين وليس في أحكام المحكمة"^{١٢}. وتبعاً لذلك، كثيراً ما يجري عمل تمهيدي من قبل المحامين العامين لتحديد المفاهيم والأحكام القانونية التي يمكن أن تستعار وتطبق من قبل محكمة العدل الأوروبية. إلا أن محكمة العدل تمتنع عن "تأويل المعاهدات لتتسجم مع المبادئ العامة للقوانين إذا كان واضحاً من عبارات المعاهدة أن مدوتي المعاهدة قد قصدوا أن يعارضوا مبدأ ما من المبادئ التي تحتويها قوانين الدول الأعضاء"^{١٣}. إن المبادئ العامة للقانون تطبق من قبل محكمة العدل الأوروبية كميّار لتقدير شرعية القوانين التشريعية التي تتبناها الهيئات، فيمكن أن تعتبر مثل هذه القوانين باطلة إذا كانت تنتهك المبادئ العامة للقانون. كما أشير أيضاً إلى أن القانون الأوروبي "... يشابه القوانين البلدية في هيئته ومحتواه ويبدو أكثر شبيهاً بالقوانين البلدية من شبيهه للقانون الدولي (العادي)، مع أن المجموعات قد أقيمت على أساس معاهدات دولية"^{١٤}. ومن الأمثلة على المبادئ العامة للقوانين، والتي تطبقها محكمة العدل الأوروبية - قاعدة النسبية (proportionality)، والتوقع الشرعي (legitimate expectation)، والوضوح القانوني، وحق اسماع الرأي، و"القوة القاهرة" (force majeure)، والمنع.

خامساً: مبدأ الفرعية (Subsidiarity):

١٥- يعتبر توزيع الصلاحيات مسألة سياسية وقانونية بالنسبة للدول وكذلك بالنسبة للاتحاد الأوروبي. وفي الديمقراطية المعاصرة يفهم ضمناً دائماً وجود "الثلاثية السياسية" (أنظر Montesquieu)، أي الفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية. ويضيف مبدأ الفرعية بعداً ثانياً لنظرية وممارسة توزيع الصلاحيات، وهو نشر الصلاحيات بين الحكومة أو الهيئات المركزية والسلطات الإقليمية أو المحلية. ومن الواضح أن هذا البعد الثاني يكون موجوداً في ما يسمى بالدول الاتحادية والاتحادات الفيدرالية. ومن الأمثلة على الدول الاتحادية: سويسرا، والولايات المتحدة الأمريكية، وألمانيا، وبلجيكا (بعد الإصلاح الدستوري البلجيكي عام ١٩٩٤). ويشير التعديل العاشر على دستور الولايات المتحدة إلى ما يلي:

^{١٢} J. USHER، تأثير المفاهيم القومية على قرارات المحكمة الأوروبية، في: *European Law Review*، ١٩٧٦، العدد ١، ص ٣٦٠.

^{١٣} M. AKEHURST، تطبيق المبادئ العامة للقانون من قبل محكمة العدل في المجموعات الأوروبية، في: *الكتاب السنوي البريطاني للقانون الدولي*، ١٩٨١، ص ٢٩ - ٣٠.

^{١٤} المصدر السابق، ص ٣١.

"ان السلطات التي لا يفوضها الدستور للولايات المتحدة أو يمنحها تبقى محفوظة للولايات المعنية أو للسكان".

وتعلن المادة ٣٠ من الدستور الألماني:

"ان ممارسة الصلاحيات الحكومية وأداء الوظائف الحكومية تكون في نطاق صلاحية الأقاليم طالما أن القانون الأساسي لا يشير أو يسمح بغير ذلك".

وبالرغم من هذه العبارات النظرية، فإنه يجري في كل من الولايات المتحدة وألمانيا نقل صلاحيات الى المستوى الاتحادي أو المركزي. وهناك عدة اسباب لهذا التطور التمركزي لما يدعى بالدول الاتحادية. ومن بين هذه الأسباب ادراك الحاجة لأن تقوم الدولة بدور جسم قانوني واحد في الوسط الدولي وأن تضمن وجود سوق حرة داخلية. ان التناقض في التكامل الأوروبي يكمن في واقع أنه اسهم في مركزة بعض الدول مثل المانيا، اذ يجري تبني التشريع في صورته النهائية من قبل مجلس الوزراء الذي يتكون من ممثلين للدول بدون وجود مشاركة مباشرة من جهة السلطات المحلية (مثل "الأقاليم"). كما أن الدور السياسي الهام والمرئي من قبل العامة والذي يمارسه المجلس الأوروبي يسهم في تقوية الحكومات المركزية في الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. فقط في بلجيكا يمكن ملاحظة أن هناك اضعاف للحكومة المركزية تحت تأثير الأحزاب السياسية التي تنظم على مستوى اقليمي. فلم تعد هناك أحزاب وطنية في بلجيكا منذ أواسط السبعينات.

١٦- يتركز النقاش حول توزيع الصلاحيات في الاتحاد الأوروبي اساساً حول البعد الثاني:

نشر الصلاحيات بين الهيئات الأوروبية والحكومات المركزية في الدول الأعضاء. ان الجدل الجاري قائم منذ أواخر الثمانينات تحت مفهوم "الفرعية" (subsidiarity)، مع أنه قد تم تناول مسألة توزيع الصلاحيات في المعاهدة الأصلية للمجموعة الاقتصادية الأوروبية في عام ١٩٥٨ من خلال البند المعروف:

"سوف تعمل المجموعة ضمن حدود الصلاحيات التي تمنحها لها هذه المعاهدة والأهداف الموكلة لها فيها".

ان هذا البند المعلن عنه في الجملة الأولى للمادة ٣ب من معاهدة المجموعة الأوروبية يضمن أن كافة صلاحيات المجموعات مشتقة من المعاهدة وتسمى "صلاحيات موكلة". الا أنه مع التزايد المتواصل لعملية التكامل ونقل الصلاحيات الى المستوى الأوروبي (بروكسل)، نادى بعض الأصوات بملاءمة هذا التمرکز والتكامل عن طريق وضع ارشادات واضحة لحماية صلاحيات الدول الأعضاء. أما في القانون الأوروبي الواحد (١٩٨٧)، فقد تم ادخال مبدأ الفرعية فقط في حقل محدود

يتعلق بالبيئة وحمايتها^{١٥}. ومع ذلك فإن معاهدة ماستريخت للاتحاد الأوروبي قد أدخلت مبدأ الفرعية كمبدأ سياسي وقانوني عام. ان المادة ب من المعاهدة تنص على:

"سوف تنجز أهداف الاتحاد وفق ما تنص عليه هذه المادة وبالانسجام مع الظروف والجدول الزمنية التي تضعها، مع احترام مبدأ الفرعية كما حددته المادة ٣ب من معاهدة تأسيس الاتحاد الأوروبي".

ووفق المادة ٣ب من المعاهدة:

"سوف تعمل المجموعة ضمن حدود الصلاحيات التي تمنحها لها هذه المعاهدة والأهداف الموكلة لها فيها.

وفي المجالات التي لا تقع بالكامل في نطاق أهليتها الشاملة، وبالانسجام مع مبدأ الفرعية، سيكون عمل المجموعة فقط عندما وطالما لا يكون من الممكن انجاز أهداف الفعل المقترح بقدر كافٍ من قبل الدول الأعضاء ويكون من الأفضل انجازها على مستوى المجموعة لأسباب تتعلق بقياس المفعول الناتج عن هذا الفعل المقترح. ولا ينبغي أن يذهب أي فعل للمجموعة الى ابعدها مما هو ضروري لانجاز أهداف هذه المعاهدة".

وهكذا، فإن مبدأ الفرعية ينطبق فقط على المجالات التي لا تقع ضمن الاختصاص الشامل للمجموعة. وبما أنه لا يوجد تعريف واضح "للأهلية الشاملة" والقضايا التي تقع في نطاقها، يبقى السؤال مفتوحاً حول كيفية تطبيق المبدأ مع الوقت^{١٦}. ان الهيئات الأوروبية ستصبح أكثر حرصاً على تقصي اهليتها مما في السابق قبل ان تتبنى أي اجراء أو قانون تشريعي اذا كان بإمكان محكمة العدل الأوروبية أن تعلن الغاء أو بطلان هذا الاجراء أو القانون على اساس مبدأ الفرعية. وبالفعل، فما دام المبدأ منصوباً في واحد من بنود المعاهدة، فإنه يصبح صالحاً قانونياً ومبدأ أساسياً للمراجعة القضائية. الا أن بعض الكتاب يحذرون من المخاطر الكامنة في الصلاحية القانونية لهذا المبدأ، ويصرون على أنه يجب أن يعتبر ".... مبدأ مرشداً للهيئات السياسية للمجموعة وليس مبدأ عاماً

١٥ تعلن المادة ١٣٠(٤) من معاهدة المجموعة الاقتصادية الأوروبية أن: "المجموعة ستقوم بالعمل فيما يتعلق بالبيئة الى المدى الذي يمكن من انجاز الأهداف المنصوص عليها في الفقرة ١ على مستوى المجموعة بصورة افضل مما على مستوى الدول الأعضاء بمفردها".

١٦ وفقاً للمفوضية: تقع اية قضية في نطاق السلطة القضائية الشاملة للمجموعة اذا فرضت المعاهدة التزاماً بالعمل على مستوى المجموعة. ثم تحدد المفوضية فيما بعد القضايا التالية كأهلية شاملة: ازالة الحواجز أمام حرية حركة السلع والأفراد والخدمات ورأس المال، السياسة الزراعية المشتركة، قواعد التنافس، التنظيم المشترك للأسواق الزراعية، حماية موارد صيد الأسماك، سياسة المواصلات.

للقانون يكون بإمكان المحكمة استخدامه في المراجعات القضائية وسيكون من المنطقي أن تلتزم المحكمة "بمراجعة هامشية" للفرعية^{١٧}.
سادساً: وضع القانون التشريعي:

١٧- تتصور معاهدة المجموعة الأوروبية أن يتم تبني التشريع الملائم من قبل الهيئات الأوروبية. ان القوانين التشريعية (كما هو الحال في بعض قواعد المعاهدة) لا تخص فقط العلاقات بين الدول الأعضاء، بل تخص كذلك العلاقات بين المواضيع الفردية في هذه الدول الأعضاء. وفي الأصل، قام مجلس الوزراء لوحده بسن التشريع، بناءً على مشروع مقترح من المفوضية بعد التشاور لاحقاً مع البرلمان الأوروبي. ان تحسين دور البرلمان وتعميم دور الأغلبية (المؤهلة) ذات حق التصويت في مجلس الوزراء يعتبران العنصرين الأساسيين في الإصلاح السياسي المتواصل للمجموعات والاتحاد^{١٨}.

ويمكن ملاحظة مدى تعقيد عملية صنع القرار التشريعي في الاتحاد بالنظر الى قائمة اجراءات صنع القرار الموجودة:

- ١) اجراء الاستشارة.
- ٢) اجراء التعاون.
- ٣) اجراء القرار المشترك.
- ٤) اجراء المصادقة.
- ٥) اجراء اقرار الميزانية.
- ٦) اجراء التعديل.
- ٧) اجراء "التعاون المنهجي" (السياسة الخارجية).
- ٨) اجراء "العمل المشترك" (السياسة الخارجية).
- ٩) اجراءات الشؤون الداخلية والعدل.
- ١٠) بعض الاجراءات الخاصة فيما يتعلق بنظام انتخابي موحد واتحاد اقتصادي ونقدي.

^{١٧} N. EMILIUOU، الفرعية: هل هي حاجز فعال أمام "المشاريع الطموحة"؟، في: *European Law Review*، ١٩٩٢، الجزء ١٧، ص ٤٠٤ - ٤٠٥. يورد المؤلف اربعة اعتراضات على الصلاحية القانونية للفرعية: (١) ستعطي النفوذ المحكمة لأن تحدد صلاحيات المركز والأطراف، مما يعتبر أهلية غير ملائمة للمحكمة، (٢) ستأكل الثقة القانونية، (٣) قد تعود المحكمة الى التدخل في نزاعات ذات طبيعة سياسية بين الدول الأعضاء، (٤) قد تقود الى درجة شديدة من تدخل المحكمة في تيسير الأمور اليومية للمجموعة.

^{١٨} في الواقع، ان تصنيف الاجراءات التشريعية في ظل معاهدة المجموعة الأوروبية قد تم بناءً على اشكال مختلفة من مشاركة البرلمان: الاستشارة أو التعاون أو مصادقة البرلمان.

١٨- يمكن أن يتم تبني تشريع حول اية قضية تقع ضمن بنود المعاهدات. وفي بعض الحالات، تستخدم صلاحيات ضمنية لتبني اجراءات لم ينص عليها قانون المعاهدة بالشكل الكافي. ومع الوقت، بسطت المجموعات صلاحياتها تقريباً الى اية قضية كانت في السابق كلياً تحت السلطة القضائية للأنظمة القانونية القومية. وبعد معاهدة الاتحاد الأوروبي، يمكن للمجموعات والاتحاد أن تتبنى تشريعات حول الشؤون الداخلية والعدل، والتي تعتبر تقليدياً من القضايا الخارجة عن اطار المجموعات. ومع ذلك، فإن الحرية في تبني تشريعات أو قرارات تتفاوت وفق الصلاحيات المنسوبة للاتحاد. وقد فقدت الدول الأعضاء صلاحيتها لسن تشريعات قومية فقط بالنسبة للقضايا التي تقع ضمن "الأهلية الشاملة" للمجموعة الأوروبية - أنظر الملاحظة رقم ١٦. أما سائر القضايا الأخرى فيجري تنظيمها في وقت واحد من قبل المجموعات والدول ودائماً تحت قاعدة أولية القانون الأوروبي ومبدأ الفرعية.

١٩- ان المرونة من الخصائص التي كثيراً ما تطبق في التشريع الأوروبي. ولم يكن من الممكن دائماً ادخال التشريعات التي يتم تبنيها حديثاً في وقت واحد في كافة الدول الأعضاء. فقد يستلزم اتباع جداول زمنية مختلفة بسبب اختلاف الظروف القومية. لذا فقد كان يسمح بعدم التزام مؤقت للدول الأعضاء التي لا تتمكن من تنفيذ جزء من التشريع في التاريخ المحدد. مثلاً، أصبح التوجيه رقم ٨٨/٣٦١ بخصوص التحرير الكامل لحركة رأس المال ساري المفعول في ١ تموز ١٩٩٠. الا أنه عند أخذ اختلاف الظروف الاقتصادية والمالية للدول الأعضاء بالحسبان، سمح بفترات انتقالية لبعض المعاملات المحددة لاسبانيا والبرتغال واليونان وايرلندا وفق الملحق ٤ على أن لا يتعدى ذلك ٣١ كانون أول ١٩٩٢. وأمكن السماح بتمديد اضافي للسقف الزمني على أن لا يتعدى ذلك ٣ سنوات عن طريق اجراء تنص عليه المادة ٦، الفقرة ٢ من التوجيه. وقد تستلزم بعض الظروف غير المتوقعة اتخاذ اجراءات طارئة لحماية بلد محدد من التأثيرات المعاكسة. الا أنه حيث سمح بتطبيق مثل هذه الاجراءات الطارئة كان يتطلب دائماً من الهيئات الأوروبية أن تعطي مصادقة مسبقة أو أن تحصل على معلومات مسبقة عن مثل هذه الاجراءات. ويتم اللجوء الى أية اجراءات طارئة بشكل مؤقت.

٢٠- لقد وجه الكثير من النقد "للنقص الديمقراطي" في النظام السياسي الأوروبي. وتعمل معاهدة الاتحاد الأوروبي على معالجة النقص جزئياً بادخال اجراء القرار المشترك والذي في ظله يعمل البرلمان الأوروبي ومجلس الوزراء معاً بصفة مشرعين مشتركين. الا أن القضايا التي تنظم باجراءات القرار المشترك محدودة بنود المعاهدة، وبذلك فان "النقص الديمقراطي" يظل قائماً الى حد كبير. وعشية المؤتمر الحكومي للعام ١٩٩٦، توضع خطط لمنح البرلمان حق بدء التشريع (تقتصر ممارسة هذه الصلاحية حالياً على المفوضية) وتحسين اجراءات القرار المشترك ليصبح الاجراء

التشريعي الطبيعي. لقد تم منذ عام ١٩٥٨ تبني حجم هائل من قوانين المجموعات ونشره في المجلة الرسمية للمجموعات. وبعد دخول السويد وفنلدة والنمسا، أصبح الاتحاد يعمل مع ١٢ لغة مختلفة تستخدم جميعها في كافة النشرات الرسمية تقريباً. ويجري نشر كل قانون أوروبي جديد بهذه اللغات التي تتميز بالقدرة على تقريب القانون الأوروبي من المواطنين. ويوصى بتحسين قانونيين رئيسيين لهما طبيعة تقنية. أولاً، الالتزام بنشر اصدار موحد لكل قانون أوروبي يجري تعديله بدلاً من نشر البنود المعدلة فقط^{١٩}. ثانياً، هناك حاجة ملحة لتصنيف وهيكله جسم القانون الأوروبي في تقنيات وفق الموضوع. كما أن المزج بين قانون المعاهدات والقانون التشريعي ما زال غير مواتٍ للمحامين الممارسين، ويمكن التخلص منه فقط إذا جرى تبني دستور أوروبي و/أو توحيد المعاهدات القائمة سواء في معاهدة واحدة أو في عدة تقنيات.

٢١- ان الاجراءات التشريعية واسعة وتضم الكثير من الفئات المعنية. وقبل أن تقدم المفوضية مشروعاً مقترحاً تتشعب مجموعة عمل من أشخاص موكلين من قبل حكوماتهم القومية، وعادةً ما يكونون من الموظفين المدنيين والأكاديميين والخبراء. ويتطلب منهم أن يقدموا المشورة للمفوضية. وتجري في هذه المرحلة استشارة للفئة المعنية الملائمة، مثل الاتحادات التجارية، ومجموعات البيئة، ومنظمات العمال، الخ. ويتلقى مجلس الوزراء العون من لجنة الممثلين الدائمين (COREPER) اذ تقوم مجموعات العمل التابعة لـ COREPER باعداد القرار للمجلس^{٢٠}. ويصبح التشاور اسهل عندما تتركز الهيئات السياسية في مدينة واحدة، مثل بروكسل التي هي مقر مجلس الوزراء والمفوضية ولجان البرلمان الأوروبي^{٢١}. اذن، فان استشارة الفئات المعنية المختلفة، سواء الحكومية أو غير الحكومية، تعتبر عنصراً هاماً في العملية التشريعية. كما تعمل مجموعات الضغط ايضاً في بروكسل لكي تسمع صوتها في الشؤون التي تعنيها. على سبيل المثال، خلال المفاوضات حول التوجيه التنسيقي المصرفي الثاني ٨٩/٦٤٦ (١٩٨٩)، نجحت البنوك اليابانية والأمريكية في

^{١٩} قدمت هذه التوصية العملية لجنة اختبار مجلس اللوردات حول المجموعات الأوروبية خلال الاعداد لمعاهدة الاتحاد الأوروبي، الا أنها لم تصمد في المؤتمر. لقد نشر اصدار موحد لمعاهدات المجموعات في المجلة الرسمية ٥٢٢٤ بتاريخ ٣١ آب ١٩٩٢.

^{٢٠} اذا تم الوصول الى اتفاق كامل في نطاق COREPER، يسلم المقترح كنقطة "أ" ويتم تبنيه تلقائياً من المجلس. أما ان لم يتم التوصل الى اتفاق، تسلم القضية الى المجلس كنقطة "ب" للمزيد من النظر في الاعتبارات السياسية. ويمكن أن يتم اجراء صفقات بالنسبة للقضايا الهامة.

^{٢١} مقر البرلمان الأوروبي هو ستراسبورغ. ولكن البرلمان يطلب منذ فترة بأن ينقل مقره الى بروكسل بجوار الهيئات السياسية الأخرى، اذ يشعر بالعزلة في ستراسبورغ.

مساعيها لتغيير الفقرة التبادلية الصلبة (والحازمة) في مسودة المفوضية. كما أن مقترحات المفوضية التشريعية واية خطوة اجرائية أخرى لاحقة تنشر جميعها في سلسلة C من المجلة الرسمية للمجموعات لكي يتمكن العامة من متابعة التغييرات التشريعية. أما ما تحفظ سرية فهو محاضر المفوضية ومجلس الوزراء، الا أنه توجد هنا أيضاً اقتراحات بنشر المعلومات حول التصويت لكي يتوفر للاجراءات التشريعية المزيد من الشفافية والمساءلة أمام العامة.

سابعاً: المراجعة القضائية:

٢٢- من الأساسي وجود سلطة قضائية مستقلة لأية دولة ديمقراطية أو مجموعة دول اقليمية. كما أن السلطة القضائية المستقلة على مستوى المجموعة الأوروبية أداة لتحقيق التقدم في وقت كانت فيه السلطات السياسية غير قادرة على الوصول الى حل لتجاوز المأزق في عملية التكامل. ان السوابق القضائية (Case Law) محكمة العدل الأوروبية مبتكر في صياغة مفاهيم قانونية جديدة يبني عليها التشريع المستقبلي. ومن الأمثلة المعروفة حالياً عن ذلك تحرير القطاع المالي في اوربا. لقد كان النهج التشريعي التقليدي لتحرير حركة الخدمات المالية ورأس المال في المجموعة هو "تقريب القوانين" او "توحيدها"، وهو اسلوب تشريعي قائم على المادة ١٠٠ - ١٠٢ من معاهدة المجموعة الاقتصادية الأوروبية^{٢٢}. وقد أظهرت التجربة أن التوفيق التفصيلي كان صعب الانجاز بسبب اختلاف الممارسات المحلية في البلدان المختلفة. وقد كان التوفيق عملية طويلة وغير أكيدة ويمكنها أن تعيق الابتكار، وخاصة في القطاع المالي. أما الاستراتيجية القانونية التي اختارتها "الورقة البيضاء" للمفوضية حول سوق داخلية (١٩٨٥) فقد انطلقت من نهج التوفيق التقليدي بحيث يتم توفيق الأحكام الأساسية فقط بينما تترك الأحكام والمعايير القومية القائمة للاعتراف المتبادل من قبل كافة الدول الأعضاء^{٢٣}. لقد تم تطوير "الاعتراف المتبادل" كمفهوم قانوني في قضية Cassis de Dijon (١٩٧٩)

٢٢ يمثل "التوفيق" شكلاً من التنسيق بين القوانين قاصراً عن التوحيد الكامل، ولكنه يتضمن التزام الدول الأعضاء بتبني نواة لأحكام متماثلة يفرضها تشريع المجموعة، عادةً عن طريق توجيه مطابق للمادة ١٨٩ من معاهدة المجموعة الاقتصادية الأوروبية. وقد يكون هناك تفاوت كبير في عدد الأحكام المتماثلة التي يتم فرضها حسب القضية التي يجري تنظيمها والارادة السياسية للدول الأعضاء.

٢٣ لقد اجرت "الورقة البيضاء" للمفوضية مقارنة بين الحركة الحرة للسلع والتداول الحر "للمنتجات المالية" بعد التفسير القانوني لحكم قضية Cassis de Dijon لقد أعلن عن الغرض من التداول الحر للخدمات المالية كما يلي: "تعتبر المفوضية أنه ينبغي إتاحة تيسير تبادل مثل هذه المنتجات المالية على مستوى المجموعة باستخدام الحد الأدنى من التنسيق بين الأحكام (وخاصة في قضايا مثل التوكيل والإشراف واعادة التنظيم المالي والتصفيح، الخ)

من قبل محكمة العدل الأوروبية فيما يخص حرية حركة السلع^{٢٤}. لقد أقرت المحكمة أنه إذا كان المنتج قد تم انتاجه وتسويقه بشكل قانوني في احدى الدول الأعضاء، فتكون كافة الدول الأعضاء ملزمة بقوانين معاهدة المجموعة الاقتصادية الأوروبية بالسماح باستيراده، وتسويقه، حتى ان لم يكن متوافقاً مع معاييرها الداخلية.

٢٣- لقد شكل الاتحاد الأوروبي نظامه الخاص للمراجعة القضائية في الوقت ذاته مع اعتماد الأنظمة القضائية الوطنية في المراجعة القضائية للاتحاد. وينبغي أن يطبق القانون الأوروبي على كافة مستويات المحاكم والمنابر القضائية القومية في الدول الأعضاء، مع الأخذ بالحسبان قاعدة أولية القانون الأوروبي. ففي هذا الخصوص تعتبر المنابر القضائية القومية منابر اوروبية، وهي تطبق القانون الأوروبي في القضايا المطروحة أمامها. ان الأشخاص والشركات بشكل خاص تلجأ الى أحكام القانون الأوروبي ذات المفعول المباشر - أنظر أعلاه الفقرة ١١. ومع ذلك، وبسبب تنوع الأنظمة القانونية القومية، توجد مخاطرة بأن تؤول المحاكم والمنابر القضائية القومية القانون الأوروبي بطرق مختلفة، مما يضر بوحدة القانون الأوروبي. ولم تشكل معاهدات المجموعات الأوروبية محكمة استئناف اوروبية مثل تلك التي تكون في قمة النظام بالنسبة للمحاكم القومية. وبدلاً من ذلك تم تشكيل آلية يمكن من خلالها للمحاكم القومية - وحيثما ينبغي عليها - أن تحول الى محكمة العدل مسائل تتعلق بالقانون الأوروبي لنقوم محكمة العدل الأوروبية بتأويلها^{٢٥}. وتعطي محكمة العدل الأوروبية حكماً تمهيدياً حول تأويل معاهدة المجموعة الأوروبية وصلاحيته تشريع المجموعة وتأويلاته - المادة ١٧٧ من معاهدة المجموعة الأوروبية. ان عدد مثل هذه القضايا المحولة يعتبر كبيراً بشكل ملموس، وتستخدم محكمة العدل الأوروبية أحكامها التمهيدية بحيث يكون لها أكبر الأثر في تطوير القانون الأوروبي.

٢٤- تتشارك المجموعات الثلاث بمحكمة العدل الأوروبية ذاتها التي ارتبطت بها محكمة ابتدائية منذ عام ١٩٨٩ نتيجة للقانون الأوروبي الموحد (١٩٨٧). وتملك محكمة العدل الأوروبية

كقاعدة للاعتراف المتبادل بين الدول الأعضاء بما تفعله كل منها لحماية المصالح العامة" (الورقة البيضاء للمفوضية حول السوق الداخلية، ص ٢٧-٢٨).

٢٤ ECR (١٩٧٩)، ص ٦٤٩.

٢٥ D.VAYGHAN ، مرجع سبق ذكره، ص ٢٧٢. هناك نص بالتحويل الازامي للقضايا الماثلة أمام محكمة أو منبر قضائي في احدى الدول الأعضاء التي لا يوجد اي تعديل قضائي ضد قراراتها ضمن القانون القومي. كما يمكن الطلب من محكمة العدل الأوروبية أن تعطي أحكاماً تمهيدية بخصوص قرارات البنك المركزي الأوروبي - عند تأسيسه - والتشريعات والأجهزة التي تتأسس بمرسوم من المجلس، حيثما تنص هذه التشريعات على ذلك.

سلطة قضائية ملزمة لحل الخلافات فيما بين هيئات المجموعات، وفيما بين الدول الأعضاء، وما بين الدول والهيئات فيما يخص القانون الأوروبي^{٢٦}. وقد سبق شرح الصلاحية الهامة المتمثلة باعطاء الأحكام التمهيدية للمحاكم القومية - أنظر أعلاه الفقرة ٢٣. الى جانب ذلك، يمكن أن ترفع دعاوى للمراجعة القضائية أمام محكمة العدل الأوروبية اما لالغاء أي من اجراءات المجموعة أو لالزام احدى هيئات المجموعة لتبني اجراء سبق وأن رفضت أن تجيزه^{٢٧}. وترفع هذه الدعاوى ضد الهيئة المعنية، ويمكن أن ترفعها هيئة أخرى من هيئات المجموعة أو احدى الدول الأعضاء أو حتى بعض الأفراد في بعض الحالات. ان "دعاوى فرض التنفيذ" هي دعاوى ترفع ضد احدى الدول الأعضاء التي يدعى بأنها قد خرقت القانون الأوروبي. ويمكن أن تبدأ هذه الاجراءات دولة أخرى من الدول الأعضاء أو المفوضية، ولكن المفوضية هي التي تقوم بذلك في معظم الحالات، لأن هذه الهيئة تتحمل بوضوح مسؤولية ضمان أن تطبق بنود معاهدة المجموعة الأوروبية والتشريعات التي تتبناها هيئاتها - المادة ١٥٥ من المعاهدة الأوروبية. لقد تم تشكيل المحكمة الابتدائية في عام ١٩٨٩ كفكرة لتخفيف عبء العمل على المحكمة الأوروبية. ولها سلطة قضائية في قضايا خاصة، مثل: الخلافات بين المجموعة الأوروبية وأعضاء طاقمها، دعوى مرفوعة للمراجعة القضائية من قبل أفراد أو شركات (ليس من المفوضية أو احدى الدول الأعضاء)، دعاوى المسؤولية القانونية غير التعاقدية ودعاوى تعاقدية مرفوعة من قبل أشخاص أو شركات. ويمكن الاستئناف من المحكمة الابتدائية الى محكمة العدل الأوروبية فيما يخص نقاط القانون فقط^{٢٨}.

ثامناً: استنتاجات

٢٥- القانون الأوروبي والقانون القومي / المحلي ليسا متناقضين لأنهما يقومان بأداء وظائف مختلفة وبسبب قاعدة أولية القانون الأوروبي. ان القانون الأوروبي يغلب دائماً على القانون القومي الذي لا يتوافق معه. والقانون القومي ملائم أكثر لتنظيم الأوضاع المحلية التي لا يمكن أن ينظمها القانون الأوروبي. ومع ذلك، فقد وسع القانون الأوروبي مع الوقت تطبيقاته لتشمل تقريباً كافة المجالات التي كانت تدار سابقاً بالقانون القومي. وقد تميزت هذه العملية بالتفريق بين "الأهلية الشاملة"

^{٢٦} يمكن الحصول على تعليق قصير بالرجوع الى J. USHER ، دورة عامة: التطور المستمر للقانون والهيئات، في: دورات مجمعة لأكاديمية القانون الأوروبي، دوردرخت، نيهوف، ١٩٩١، الجزء ٢، الكتاب الأول، ص ١٢٢-١٣٥.

^{٢٧} T. HARTLEY ، مرجع سبق ذكره، ص ٦٦-٦٧.

^{٢٨} نقاط القانون تتعلق بالمتطلبات الاجرائية أو تجاوزات القانون الأوروبي.

للمجموعات (أنظر الملاحظة رقم ١٦) والأهليات المترامنة لكافة القضايا التي لا تقع ضمن اطار الأهلية الشاملة. كما يستخدم القانون القومي لتنفيذ وانجاز تفاصيل قوانين المجموعات الأوروبية. ان الخصائص الأربعة الرئيسية للقانون الأوروبي (أنظر الفقرة ٧) اساسية لحماية وحدة النظام القانوني الأوروبي. والنتيجة في المحصلة هي أنه منذ البدء (١٩٥٨) اعتبر قانون المجموعة فرعاً خاصاً من القانون له مفعول مباشر في كافة البلدان، ويتم تطبيقه من قبل محامين مختصين. ومنذ الثمانينات، وخاصة بعد اقامة سوق داخلية عام ١٩٩٣، نفذ القانون الأوروبي الى كافة فروع القانون، بينما أصبح القانون القومي أحياناً يعتبر كفرع خاص مكمل للقانون الأوروبي العام. والآن يواجه كافة المحامين القانون الأوروبي في عملهم اليومي. ويثبت أن التوحيد القانوني يبدو ناجحاً بقدر ما كان قابلاً للتطور في طبيعته. وبالنسبة لبعض البلدان - مثل بريطانيا - تطلب الدخول في هذا النظام أن يتم تكييف النظام القانوني المحلي ليتلاءم مع المفاهيم القانونية الأوروبية.

٢٦- ان التمييز بين قانون المعاهدات والقانون التشريعي الأوروبيين ليس أساسياً كما يمكن أن يبدو للوهلة الأولى. ان الأكثر أهمية هو الثقة القانونية وقوة تحمل الأحكام الأساسية التي تدير عملية التكامل بحد ذاتها: وهي تتكون من الأحكام الدستورية (الهيئات وصلاحياتها) الى جانب الأحكام الأساسية الأكثر أهمية في المجتمع لاقامة المعاملات والعلاقات بين الأفراد والشركات، والحقوق الأساسية. وينبغي أن تصاغ هذه الأحكام القانونية الأساسية في مرسوم دستوري لا يمكن تغييره بسهولة، الا اذا كان هناك اجماع من الأطراف المكونة للاتحاد. ولم يميز القانون الأوروبي دائماً بوضوح بين الأحكام الأساسية والأحكام الثانوية، مما سبب بعض الالتباس. وقد وضحت التعديلات اللاحقة على المعاهدة هذا الالتباس الى حد ما، ولكن ذلك ليس لصالح شفافية شبكة المعاهدة نفسها. ان النظام القانوني الأوروبي نظام قانوني مفتوح، أي أنه يمكن أن يشتق مفاهيم قانونية من الأنظمة القانونية القومية بسبب أن المبادئ العامة للقانون قابلة للتطبيق. ويعطي ذلك متسعاً للمحاكم والمنابر القضائية لسد الثغرات في القانون الأوروبي.

٢٧- لا يمكن انكار وجود أساس اتحادي للنظام القانوني في أي عملية تكامل بين عناصر جغرافية مختلفة، بالرغم من أن عبارة "اتحادي" (فيدرالي) يمكن أن تكون مثيرة للجدل لبعض الشركاء. ان لذلك علاقة بتوزيع الصلاحيات بين الهيئات المركزية (الأوروبية) والكيانات القومية / المحلية التي ترغب بالابقاء على بعض صلاحياتها الأصلية. كما أن توزيع الصلاحيات مهم أيضاً للحفاظ على شخصية العناصر المكونة ويخدم غرض اللامركزية. ان عبارة "الفرعية" ليست اساسية في هذا السياق لأنها نموذجية للمناقشة الجارية حول التكامل الأوروبي، ويجري حل قضية توزيع الصلاحيات بشكل أكثر ملاءمة في دول اتحادية، مثل سويسرا أو بلجيكا أو الولايات المتحدة أو ألمانيا. ولا توجد صيغة عالمية لذلك، لأن كل نظام اتحادي يحتوي على توازن قوى خاص به وفق

الظروف السياسية المحددة. ويتم ضمان توزيع واضح للصلاحيات في الدول الاتحادية عن طريق الدستور. ولم يتكون مثل هذا الوضوح بعد في عملية التكامل الأوروبي بالرغم من الطاقات الكبيرة التي بذلت في سبيل ذلك.

٢٨- ينبغي أن تحصر الاجراءات التشريعية في عدد محدود من الاجراءات مع وضوح غايات كل منها. ولسوء الحظ، تتواجد معاً الكثير من الاجراءات في عملية التكامل الأوروبي. ومن المتفق عليه عموماً أن يتم تخفيض الاجراءات التشريعية وفق مسودة الاقتراحات الواردة في تقرير HERMAN. ومن الدروس الرئيسية في التكامل الأوروبي ما حدث من اقلال لدور البرلمان والتأخير أحياناً في ادراك التأثيرات السياسية لعملية التكامل. ان معارضة رفع دور البرلمان الأوروبي الى درجة هيئة برلمانية كاملة خلق معارضة شعبية ضد البيروقراطية الأخذة في الظهور في الأجهزة في بروكسل. ان هناك حاجة الى دعم شعبي أوسع من أجل مصداقية عملية التكامل، بل وحتى بقائها على المدى البعيد. ان امكانية اللجوء الى استفتاء أوروبي الى جانب الانتخاب المباشر لرئيس المفوضية تعتبران من الاقتراحات الهامة للاصلاح السياسي لتقريب الفجوة بين المواطنين والأجهزة السياسية. وقد كانت المرونة في التشريع ضرورية للنجاح في السير الى الأمام، اذ أنه لم يكن بإمكان كافة الدول الأعضاء تلبية الشروط ضمن الفترة الزمنية ذاتها - ولذلك فقد منحت فرصة عدم الالتزام المؤقت. وأخيراً، ان استشارة الفئات المعنية قد تكون سبباً في اطالة الاجراءات التشريعية، الا أنه كانت هناك أهمية الى حد كبير لاشراك قدر واسع من الأطراف المعنية. وفي الواقع، ان القانون الجيد هو القانون المقبول على الأفراد والشركات التي تخضع له.

٢٩- ان وجود نظام للمراجعة القضائية يجمع المحاكم والمنابر القضائية القومية والمحكمة الأوروبية اعتبر أداة هامة للحفاظ على أحكام القانون الأوروبي في طريقة موحدة. ان تيسر الوصول المباشر للمحكمة بالنسبة للأفراد والشركات أو الوصول غير المباشر من خلال الأحكام التمهيدية قد أعطى المحكمة الأوروبية فرصة ممتازة للمساعدة في تطوير قانون أوروبي. وقد أسهمت بذلك في توضيح الأحكام الأوروبية، بل وخلقت مفاهيم قانونية جديدة وقتما كان ذلك لازماً لانعاش عملية التكامل ذاتها. وقد كانت المفوضية، بصفقتها هيئة محايدة تحمي مصالح المجموعة، تتميز بوضع أفضل لرفع دعوى أمام المحكمة ضد دولة من الدول الأعضاء تتخلف عن التزاماتها. وينبغي أن لا ننقص من دور المحامين العامين الذين يعدون الأرضية لأحكام المحكمة من خلال توضيح المبادئ والمفاهيم القانونية على شكل آراء ارشادية. وكثيراً ما قاموا بمقارنة الأنظمة القانونية القومية المختلفة واستخلصوا منها مبادئ عامة للقانون مشتركة ما بين الدول الأعضاء.



الفصل الثاني عشر

معوقات التشريع الفلسطيني

غسان فرمند

محام واستاذ قانون، نائب مدير مركز الحقوق في جامعة بيرزيت

تعتبر السلطة التشريعية من أهم مظاهر السيادة الوطنية. ومن هنا كان موضوع صلاحية المجلس الفلسطيني المنتخب بشأن السلطة التشريعية من أهم المواضيع التي تتناولها المفاوضات الجارية ما بين الجانبين الفلسطيني والاسرائيلي. ومن المفروض أن تجري الانتخابات في ٢٠ كانون ثاني ١٩٩٦ بعد اعادة الانتشار في الضفة الغربية، ليتولى المجلس الفلسطيني المنتخب صلاحية التشريع وفقا لاتفاقيات الحكومة الاسرائيلية ومنظمة التحرير الفلسطينية.

ومن هنا تبرز اهمية البحث في المعوقات التي تواجه المشرع الفلسطيني، خاصة وان هناك مناطق فلسطينية تخضع للسلطة الوطنية الفلسطينية ومناطق أخرى ستظل تحت الاحتلال العسكري الاسرائيلي. وفيما يلي سيتم استعراض الأهداف التشريعية للمشرع الفلسطيني ومن ثم تناول أهم التحديات التي تواجهه.

أولا: الأهداف التشريعية:

إذا أردنا الحديث عن أهداف التشريع، أي تشريع، في صياغة غاية في العمومية والبساطة في الوقت نفسه، لقلنا ان ثمة أهدافا قيمية ثلاثة تقع على متصل واحد يجذب كل منها طرفا من أطراف الحركة التشريعية. وبقدر ما ينجح التشريع في الحفاظ على توازنه بين هذه الأهداف الثلاثة، أو لنقل

بقدر ما يحافظ على استقامة قامته بين هذه "الدوائر المغناطيسية الثلاث" بقدر ما تكتب له أسباب الحيوية والفعالية وبقدر ما يكون التشريع تشريعا منتجا للغايات التي وضع من أجلها. أما عن الأهداف التشريعية الثلاثة فهي كالتالي: النظام والعدل والحرية. تلك بصفة عامة هي اهداف التشريع بالنظر اليه في سياقه العام.

اما الأراضي الفلسطينية المحتلة فهي وبعد اتفاق أوسلو لعام ١٩٩٣ ما زالت بمعظمها تحت الاحتلال العسكري الإسرائيلي. وقد ترسخ خلال فترة الاحتلال الاسرائيلي في وعي الحكام والمحكومين معا مشروعية غياب قيمتي العدل والحرية في تشريعات الحكام. وأي عدل يرجى من حاكم جاء يستأثر وحده بخيرات البلاد؟! وأية حرية يمكن أن يحظى بها المحكومون في مواجهة الجيش وحرس الحدود وتشريعات الطوارئ والأوامر العسكرية؟!

وفضلاً عن ذلك فالمطالع للتشريعات العثمانية والانجليزية والاورام العسكرية الاسرائيلية سرعان ما يلحظ انها تشريعات تهدف اولا وأخيرا الى الحفاظ على اعتبارات الأمن والرفاهية للجالس على مقعد السلطة. وما أود أن أقرره بعد هذا العرض السريع ان غلبة قيمة النظام والقهر في النظام التشريعي في أغلب عصور التاريخ الاجتماعي الفلسطيني قد أوجدت لدى الفلسطينيين ظاهرة مميزة في المجتمعات الانسانية، وهي ظاهرة الازدواج القانوني، اي وجود ونفاذ نظام قانوني غير رسمي يقابل النظام القانوني الرسمي ويسود في العلاقات بين المحكومين من وراء ظهر الحاكم تارة وبإقراره تارة اخرى. وبعبارة اخرى، ان العادة التاريخية للفلسطينيين في مواجهة القانون الرسمي للظالم ان يصطنعوا لهم قانونا فعليا آخر يطبقونه من وراء ظهور الحكام. وكان هذا هو المخرج الوحيد للحفاظ على الوحدة السياسية الشكلية للمجتمع الفلسطيني خلال سنوات الانتفاضة الاولى. وان كان متوقعا أن يؤدي غياب مفهوم العدل والمصلحة الاجتماعية في النظام القانوني، والاعتماد على القهر وحده لتحقيق اهداف السلطة، الى احدى نتيجتين لا ثالث لهما: اما تحلل البنية الاجتماعية للمجتمع لفقدان اساس العمران البشري كما حدثنا ابن خلدون، واما تحلل بنية السلطة السياسية (السلطة الاسرائيلية) ذاتها بفعل انتفاضة الشعب الفلسطيني عليها، الا أن اياً من هاتين النتيجتين لم تتحقق نظرا للجوء الفلسطيني لظاهرة الازدواج القانوني التي وردت سابقا في هذه الورقة. لقد علت قيمة القوى السياسية والعشائر والحارات كجماعات تتولى ما عجزت عنه السلطة في تحقيق العدل بين جماعات الرعية.

ولكن الملاحظ ايضا أنه في فترات الاستقرار السياسي والاجتماعي والاقتصادي التي يسود فيها مشروع حضاري يأخذ المصلحة الاجتماعية لكافة طبقات الشعب، يتخلى الفلسطينيون عن عاداتهم التاريخية في التشرنق الاجتماعي واصطناع قواعد السلوك الخاصة "وينفتحون" على مجتمع الدولة الكبير يخضعون لمعاييره العامة المتمثلة في القانون الرسمي عن رضا وقناعة. ومن الرجوع الى سجلات

المحاكم في قطاع غزة وأريحا بعد دخول السلطة الوطنية الفلسطينية نجد أن هناك تزايداً ملحوظاً في اللجوء إلى القضاء. وبمعنى آخر فقد عادت للقانون الرسمي سطوته بأن خفت الحارات والعشائر عن ممارسة دورها التقليدي في الضبط الاجتماعي لعجز الاعراف والتقاليد عن تحقيق اهداف القانون في احداث التنمية الشاملة.

وعلى اية حال فاذا كان النظام القانوني في التاريخ الفلسطيني قد تردد بين الوحدة (سطوة القانون الرسمي) في فترات العدل الاجتماعي والتعدد (زيادة نفوذ الاعراف والتقاليد) في فترات قهر الانظمة للشعب الفلسطيني، فإن السمة الثابتة للنظام القانوني فيما يتعلق بقيمة الحرية هي غياب المشاركة السياسية وجعل القهر السياسي علامة ثابتة لا حيدة عنها في علاقة الحكام بالمحكومين. هذه السمة الثابتة في علاقة النظام القانوني بقيمة الحرية أوجدت لدى السيكولوجية الفلسطينية سمة ثابتة في علاقة الفلسطينيين بالسلطة المحتلة، وهي سمة السخرية من السلطة والخوف والسلبية تجاهها في الوقت نفسه. وأود أن أشير الى أننا لا نقتصر في فهمنا للنظام القانوني على مجرد النصوص القانونية النافذة، بل نمند به ليشمل الممارسة الفعلية لممثلي سلطة الاحتلال. وعلى أية حال، فالملاحظ ان تغليب قيمة النظام على قيمة الحرية قد أفصح عن نفسه في غالبية الأوامر العسكرية الاسرائيلية سواء في قطاع غزة أو الضفة الغربية.

وفي ظل هذه الفوضى القانونية، وفي ظل سيادة القانون الظالم، وفي ظل سقوط كل أقتعة الهيبة والوقار عن القانون الرسمي، كان من الطبيعي ان يبحث المقهورون عن اعراف بديلة يستجرون بها في ظل القانون القائم. وسادت في العقل الفلسطيني العام قناعة بان الرجوع الى زعماء العشائر كفيل بتحقيق العدل واستتباب الأمن. ولم ينبج هذا الحل من الدخول في فوضى عارمة. فهل باستطاعة السلطة الوطنية الفلسطينية ترشيد التشريع على نحو يضمن الاهداف التشريعية الثلاثة - النظام والعدل والحرية؟ وما هي اهم التحديات التي تواجه المشرع الفلسطيني؟

ثانياً: اهم التحديات التي تواجه التشريع الفلسطيني:

١- الاوضاع التي سادت قبل حرب ١٩٦٧ في كل من قطاع غزة والضفة الغربية:
لقد ورثت السلطة الوطنية الفلسطينية الاوضاع القانونية التي كانت سائدة قبل حرب ١٩٦٧ سواء في قطاع غزة او في الضفة الغربية . وأود أن أشير الى اهم النقاط المتعلقة بالبنيان القانوني:
أ - تمتع قطاع غزة قبل حرب ١٩٦٧ بكيان سياسي شبه مستقل أشبه بالدولة، فكان هناك مجلس تشريعي وسلطة قضائية مستقلة ومجلس تنفيذي، الخ. أما الضفة الغربية فأصبحت بموجب قرار توحيد الضفتين بتاريخ ٢٤ نيسان سنة ١٩٥٠ جزءاً من المملكة الأردنية الهاشمية.

ب - كان التنظيم القضائي في الضفة الغربية جزءاً من التنظيم القضائي في المملكة الأردنية الهاشمية، بموجب المادة (١٠٠) من الدستور الأردني التي تنص على ما يلي: "تعيين انواع المحاكم ودرجاتها واقسامها واختصاصاتها وكيفية ادارتها بقانون خاص على ان ينص هذا القانون على انشاء محكمة عدل عليا"، وبموجب قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (٢٦) لسنة ١٩٥٢ الذي تنص المادة (٦) منه على مايلي: "تشكل محكمتا استئناف، احدهما في عمان والأخرى في القدس، ويعين لكل منهما رئيس وعدد من القضاة حسب ما تدعو اليه الحاجة". أما المادة التاسعة من القانون السابق ذكره فإنها تنص على ما يلي: "تشكل محكمة التمييز في عمان من رئيس وستة قضاة على الاقل، وتتعدّد كمحكمة تمييز حقوقية وجزائية ومحاكمة عدل عليا من رئيس واربعة قضاة على الاقل، واذا لم يشترك الرئيس يرأس المحكمة القاضي الاقدم في هيئة المحكمة المنعقدة، وعند وقوع خلاف في الرأي تصدر قرارها بالاكثرية".

ان هذه النصوص القانونية تشير بوضوح الى تبعية المحاكم النظامية في الضفة الغربية الى التنظيم القضائي في المملكة الأردنية الهاشمية. كما ان اضراب القضاة في الضفة الغربية بعد حرب ١٩٦٧ اثر سلباً على جهاز المحاكم النظامية مما اعطى المجال للمحاكم العسكري الاسرائيلي للضفة الغربية للهيمنة على المحاكم النظامية.

اما التنظيم القضائي في قطاع غزة، ووفقاً للقانون الاساسي لقطاع غزة رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٥٥، فقد أناط السلطة القضائية في قطاع غزة للمحكمة العليا والمحاكم الأخرى وفقاً لاحكام المادة الثانية والثلاثين والمادة الخامسة والثلاثين من القانون الاساسي لسنة ١٩٥٥، وكذلك وفقاً للمادة ١٧ من النظام الدستوري لقطاع غزة الصادر عام ١٩٦٢، والتي تنص على ما يلي: "السلطة القضائية تتولاها المحكمة العليا والمحاكم الأخرى وفقاً للاحكام التي ينص عليها هذا النظام الدستوري والقوانين الأخرى". نلاحظ من هذه النصوص القانونية بان الجهاز القضائي في قطاع غزة كان مستقلاً ومتكاملاً. ورغم الاحتلال العسكري الاسرائيلي لقطاع غزة، إلا أن البنية الهيكلية للقضاء من حيث الشكل لم تتأثر، واستمر القضاء في أعمالهم.

٢- التحديات الناتجة عن التنفيذ المرحلي لاتفاقية أوسلو:

أ- كان من المفروض ان تكون قد جرت الانتخابات في تموز ١٩٩٤، وان تكون قد تشكلت حكومة ذاتية فلسطينية انتقالية لفترة مؤقتة لا تتجاوز خمسة أعوام، وكل ذلك بناءً على اتفاقية اعلان المبادئ في أوسلو ما بين الجانبين الاسرائيلي ومنظمة التحرير الفلسطينية. إلا أن كل ذلك لم يحدث، وما زالت المفاوضات جارية بهدف إعادة الانتشار وإجراء الانتخابات ونقل الصلاحيات.

وتتعاظم التحديات بشكل خاص نظراً لأن تنفيذ الاتفاقيات يتم على مراحل. فلو دققنا النظر في الجهاز القضائي العامل في أريحا (ومنطقة أريحا جزء من الضفة الغربية) بعد ٤ أيار ١٩٩٤، لوجدنا انه قد أصبح تابعاً للجهاز القضائي الفلسطيني في قطاع غزة. كما ان استئناف قرارات المحاكم في أريحا قد

اثر جدلا واسعا، اذ ان قرارات محاكم اريحا كانت قبل ٤ ايار ١٩٩٤ تستأنف امام محكمة الاستئناف في رام الله التابعة اداريا لضابط العدلية الاسرائيلي. وعليه فقد تم حسم الامر بأن تستأنف قرارات المحاكم الصادرة عن محاكم اريحا امام المحكمة العليا في قطاع غزة.

ب- كما ان اتفاق ٢٩ آب ١٩٩٤ بشأن النقل التمهيدي للصلاحيات والمسؤوليات، والذي وافقت اسرائيل بموجبه على نقل "صلاحيات ومسؤوليات من الحكم العسكري وادارته المدنية في الضفة الغربية في المجالات التالية: التعليم، والثقافة، والصحة، والشؤون الاجتماعية (الرفاه الاجتماعي)، والسياحة، والضرائب المباشرة وضريبة القيمة المضافة على الانتاج المحلي..." (المادة ٢ فقرة ١ من الاتفاقية) قد أدى الى تولي الجانب الفلسطيني الصلاحيات والمسؤوليات في المجالات المذكورة سابقا دون أن تتوفر له الادوات اللازمة لادارة هذه المرافق، ونعني بذلك جهاز الشرطة ومرفق القضاء اللذين ما زال تحت السيطرة الاسرائيلية، مما خلق اوضاعا صعبة للمواطن الفلسطيني من ناحية وللسلطة الوطنية الفلسطينية من ناحية ثانية. فمثلا: لا يستطيع مستشفى رام الله التابع للسلطة الوطنية الفلسطينية علاج احد المواطنين في قطاع غزة إلا بموافقة الجانب الاسرائيلي، وكذلك لا تستطيع جامعة بيرزيت مثلا بناء كلية حقوق إلا بعد الحصول على الموافقة المسبقة من الضابط الاسرائيلي في بيت أيل مقر الإدارة المدنية الاسرائيلية في الضفة الغربية، مع ان موضوع العلاج الطبي موضوع انساني وله علاقة مباشرة بقطاع الصحة الذي نقلت صلاحياته للجانب الفلسطيني، وكذلك فان بناء كلية حقوق هو موضوع تعليمي وثقافي وله علاقة مباشرة بمجال التعليم الذي نقل أيضا الى الجانب الفلسطيني.

٣- التحديات الناجمة عن نصوص الاتفاقيات المتعلقة بالصلاحيات التشريعية:

بموجب الاتفاقيات الموقعة ما بين الحكومة الاسرائيلية ومنظمة التحرير الفلسطينية، فقد حولت السلطة الفلسطينية سلطة التشريع، وذلك وفقا لما تنص عليه المادة (٩) فقرة (١) من اعلان المبادئ حول ترتيبات الحكومة الذاتية الانتقالية المبرم في واشنطن بتاريخ ١٣ أيلول ١٩٩٣، والتي تنص على ما يلي: "سيحول المجلس سلطة التشريع، وفقا للاتفاق الانتقالي، في مجال جميع السلطات المنقولة اليه". كما أن المادة (٧) فقرة (١) من اتفاقية قطاع غزة ومنطقة أريحا التي تمت في القاهرة في الرابع من أيار ١٩٩٤ تنص على ما يلي: "يكون للسلطة الفلسطينية داخل نطاق ولايتها صلاحية اصدار التشريعات متضمنة القوانين الاساسية والقوانين واللوائح وغيرها من التشريعات". لكن هذه التشريعات خاضعة لحق الاعتراض من الجانب الاسرائيلي كما نصت على ذلك الفقرة (٣) من المادة (٧) السابقة الذكر. فضلا عن أن الفقرة (٩) من المادة نفسها قد نصت على استمرار سريان القوانين والامور العسكرية المعمول بها في قطاع غزة ومنطقة أريحا قبل توقيع هذا الاتفاق، ما لم يتم تعديلها أو ابطالها وفقا لهذه الاتفاقية.

ووفقا للقرار رقم (١) لسنة ١٩٩٤ الصادر عن رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية ورئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بتاريخ ٢٠ أيار ١٩٩٤، والذي تقرر فيه الاستمرار في

العمل بالقوانين والانظمة والوامر التي كانت سارية المفعول قبل تاريخ ٥ حزيران ١٩٦٧ في الاراضي الفلسطينية "الضفة الغربية وقطاع غزة" حتى يتم توحيدها وبموجب قانون رقم (٢) لسنة ١٩٩٥ الصادر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، جرى الغاء المنشورات والوامر والقرارات والتعليمات العسكرية الواردة في الجدول المرفق بهذا القانون والصادرة خلال فترة الاحتلال الاسرائيلي لقطاع غزة. وبعد الاستفسار عما هو وارد في نصوص الاتفاقيات وما ورد في القرارات والقوانين الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بشأن التشريع الفلسطيني وماذا يطبق القاضي الفلسطيني في قطاع غزة ومنطقة أريحا من تشريعات، وجدنا تفسيراً ينادي بتطبيق القاعدة القانونية الموجودة قبل عام ١٩٦٧ إذا تعارضت مع أمر عسكري اسرائيلي تم اصداره خلال فترة الاحتلال. أما اذا لم تتوفر القاعدة القانونية قبل عام ١٩٦٧ فيطبق الأمر العسكري الاسرائيلي. ونعتقد أن أمام الجهاز القضائي الفلسطيني تحديات جمة في مدى تفسير القضاء الفلسطيني لنصوص الاتفاقيات وكيفية مواجهة الامور العسكرية الاسرائيلية، التي ما زالت سارية المفعول، اذا تعارضت مع اتفاقيات جنيف الرابعة واتفاقية لاهاي ومبادئ القانون الدولي الانساني.

وأقترح لمواجهة التحديات التي ذكرت سابقاً التوصيات التالية:

أولاً : لأن التشريع يهدف الى حماية حقوق الناس وحرياتهم، فان توحيدهم لم ولن يكون بالامر الهين، لما يخلفه اصدار التشريع او توحيدهم من آثار سياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية. وما دام الامر كذلك، فان توحيد التشريع يجب ان يتم بأعلى قدر من النضوج والاتساق، حتى لو أخذ فترة من الوقت لاصلاح ما لحق بمجتمعنا من ضرر. فعلياً اولاً أن نعمل على مراجعة كافة التشريعات النافذة ضمن خطة متكاملة، وان نبتعد عن ايجاد قالب للقوانين الجاهزة .

ثانياً : يجب وضع سلم اولويات للتشريعات التي ينبغي توحيدها. ويقع في سلم هذه الاولويات توحيد التشريعات المتعلقة بالنظام القضائي، سواء تلك التي تحكم تشكيل المحاكم أو اصول التقاضي، لأن لتوحيد هذه القوانين الأولوية على توحيد غيرها من القوانين لتعلقها بتحقيق العدالة من جانب، وتنفيذاً لنصوص الاتفاقيات باعتبار الضفة الغربية وقطاع غزة وحدة جغرافية واحدة سيتم المحافظة على تكاملها من الجانب الآخر.

ثالثاً : يجب أن تهدف عملية تطوير وتوحيد التشريعات الى أن تكون كافة التشريعات، سواء النافذة منها أو التي ستوحد مستقبلاً، تشريعات تحافظ على حقوق الانسان الفلسطيني كما وردت في اعلان قيام الدولة لعام ١٩٨٨، وأن تكون هناك رقابة على مشروعية التشريعات من قبل جهة قضائية مستقلة.

الفصل الثالث عشر

التنظيم القانوني للعقد في فلسطين

هيثم لطفي الزعبي

محام - نابلس

أولاً: مقدمة:

ان نطاق هذه الورقة ينصب على العقد في إطار القانون الخاص (Private Law)، اي تلك العقود التي تتم في نطاق المعاملات المالية بمعناها الواسع، فيخرج من إطار هذه الورقة تلك الاتفاقات التي تقع في ظل القانون العام، مثل المعاهدات أو عقود تولي الوظائف العامة، كذلك يخرج من هذا الإطار العقود التي تتم في إطار الأحوال الشخصية، كعقد الزواج.

وأبين هنا أن هذه الورقة سنتكلم عن المبادئ والقواعد العامة التي تسري على كافة العقود، ولا نتطرق بأية حال الى القواعد الخاصة بعقد معين من العقود. وأخذاً بعين الاعتبار اتساع موضوع العقد وتشعب مسائله، فان هذه الورقة ستلمس فقط الجوانب العامة المتعلقة بالعقد في إطار التنظيم القانوني للعقود في الضفة الغربية وقطاع غزة.

وأشير بداية الى أن التنظيم القانوني للعقد في الضفة الغربية، وان كان يشبه ذلك الموجود في قطاع غزة، الا أن هناك اختلافات هامة بينهما.

ان حياتنا الاقتصادية اليومية في معظمها سلسلة من العقود، فمن عقد البيع التقليدي، الى عقد العمل، الى عقد النقل، الى عقد الإيجار، الى عقد الوكالة، وغيرها من العقود المسماة وغير المسماة.

ومن هذا المنطلق العملي وهذه الطبيعة اليومية وما لذلك من أثر في مختلف نواحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع، كان لا بد من وجود تنظيم قانوني شامل يحكم العقد كمؤسسة قانونية، أو بالأحرى كأهم مؤسسة قانونية في إطار القانون الخاص.

ثانياً: التشريعات التي تحكم العقود في فلسطين:

إذا نظرنا الى الوضع القانوني القائم، سواء في الضفة الغربية أو قطاع غزة، فإننا نجد أنه ليس هناك من قانون مدني متكامل على غرار ما هو قائم في الدول المجاورة ذات الطابع القانوني اللاتيني، كمصر والعراق وسوريا، وكما هو الحال في الأردن الذي أصدر قانونه المدني سنة ١٩٧٦. وفي هذه الدول يتم التعامل مع العقد ضمن نظرية الالتزام، وباعتباره مصدراً من مصادر الالتزام، الى جانب المصادر الأخرى كالفعل الضار والتصرف الانفرادي والإثراء بلا سبب والقانون.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يوجد لدينا الحال القائم في الأنظمة الأنجلو-سكسونية التي تتعامل مع العقد تحت مظلة "قانون العقد" (Law of Contract) أي تتعامل مع العقد كمؤسسة قانونية مستقلة وغير مرتبطة بصورة واضحة بنظرية الالتزام تماماً، كما هو الحال بالنسبة لقانون الفعل الضار (Law of Tort).

ومن منطلق الوضع القانوني القائم لدينا فإننا وللأسف نلاحظ أن التنظيم القانوني للعقد في فلسطين هو مجموعة من القواعد القانونية المتناثرة هنا وهناك. وسنحاول لملمة هذه النصوص والقواعد، حتى السوابق القضائية التي تشكل، إذا ما جاز لنا التعبير، "قانون العقد في فلسطين". لهذا أشير بداية الى أن عنوان هذه الورقة هو الحلم وليس الحقيقة الواقعة.

وهذا الوضع، وهو انعدام وجود تنظيم قانوني شامل للعقد، هو الذي أدى الى التأثير الفقهي العميق في الاشكالات القانونية المتعلقة بالعقد التي وخصوصاً التأثير الفقهي من الدول المجاورة كمصر وسوريا ولبنان والعراق. وهذا التأثير الفقهي كان في كثير من الأحيان يعوزه السند التشريعي أو أنه وجد في ظل تشريع غير سار في الضفة الغربية. فمثلاً، شروحات السنهوري قائمة في بعض الأحيان بناءً على القانون المدني المصري، وبالتالي لا يجوز الاستناد إليها دون وجود نص مماثل لدينا. وهذا الوضع هو أكثر ظهوراً في الضفة الغربية.

والتشريعات التي تحكم العقد وتؤثر فيه في الضفة الغربية وقطاع غزة هي:

١- مجلة الأحكام العدلية العثمانية: وقد سنت ما بين عامي ١٨٦٧ - ١٨٧٧م، وهي تعتبر، تجاوزاً، للقانون المدني الساري المفعول في الضفة الغربية وقطاع غزة. وكما سيأتي بيانه فيما بعد، فإن معظم النصوص التي تنظم مسائل العقد بشكل عام جاءت في إطار عقد البيع، وتحديدأ تحت باب البيوع، أي أنها لم تأت في نطاق تنظيم عام للعقد. فالمجلة لم تفرد باباً خاصاً بالعقد، وجعلت لكل نوع من العقود

شروطاً مختلفة عما هي للنوع الآخر. فقد نظمت المجلة عقود عدة هامة، كعقد البيع وعقد الإيجار وعقد الكفالة وعقد الحوالة وعقد الرهن وعقد الهبة، وهي تعتبر الشريعة العامة لهذه العقود.

٢- قانون أصول المحاكمات الحقوقية الأردني رقم ٤١ لسنة ١٩٥٢ (في الضفة الغربية): يحتوي هذا القانون على مواد ذات أهمية كبيرة وفاعلة فيما يتعلق بجوانب عديدة في العقد (المواد ١٧٤-١٧٩)، كما سيأتي بيانه بعد قليل. وهذه المواد في قانون أصول المحاكمات الأردنية قائمة على تلك الأحكام التي وردت في قانون أصول المحاكمات العثماني الصادر بتاريخ ١٠ أيار ١٩١٤. ولا تزال بعض هذه النصوص العثمانية سارية المفعول في قطاع غزة حتى الآن كما سيبين بعد قليل.

وأشير هنا الى أنه من الغرابة بمكان وجود نصوص تنظم مسائل تتعلق بالعقد في ظل قانون إجرائي يتعلق بإجراءات المحاكمة والمرافعات. الا أن السبب في ذلك - كما يقول الأستاذ فارس خوري في كتابه "أصول المحاكمات الحقوقية" الصادر سنة ١٩٣٦ - أن خلو مجلة الأحكام العدلية من النصوص الكافية لتأمين حرية المتعاقدين وذمهاها الى جهة التقييد دون الإباحة وظهور حاجات جديدة أوجبتها المدنية الحاضرة جعلت الحكومة العثمانية تسرع الى تلافى هذا الأمر بإدخال الإصلاح المراد في قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني.

وفي إطار بحثنا في وضع التشريع المتناثر الذي يحكم العقود في الضفة الغربية وقطاع غزة لا بد من الإشارة الى أمرين:

الأمر الأول: أن هناك قانون المخالفات المدنية الفلسطيني (الإنجليزي الأصل) والساري المفعول في الضفة الغربية وقطاع غزة رقم ٣٦ لسنة ١٩٤٤. وهذا القانون يعالج المسؤولية التقصيرية أو ما يسمى بالفعل الضار.

وبما أن هذه الورقة تنصب على العقد وما يتفرع عنه من المسؤولية التعاقدية (contractual liability)، فمجال أعمال قانون المخالفات المدنية يستبعد من نطاق البحث، الا انه من الملاحظ - كما سيأتي في هذه الورقة - أن قانون المخالفات المدنية قد يلعب دوراً هاماً إذا ما أسس المدعي دعواه على أساس المسؤولية التقصيرية، حتى وان كانت على خلفية عقدية. وأشير هنا الى المادة ٦٢ من قانون المخالفات المدنية (الإنجليزي الأصل) والتي يفهم منها أن من أقام دعواه على أساس المسؤولية العقدية لا يجوز أن يعرض على أساس المسؤولية التقصيرية مرة أخرى، وبمفهوم المخالفة قد تكون المخالفة المدنية أساساً للمسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، ولكن على المدعي أن يختار إحداها. مثال على ذلك مسؤولية أمين النقل ومسؤولية الطبيب ومسؤولية رب العمل في بعض الأحيان.

أما الأمر الثاني: هو أن هناك تشريعات عدة تحكم عقوداً معينة ارتأى المشرع أن ينظمها بصورة وافية انسجاماً مع طبيعتها الخاصة، مثل:

- قانون العمل رقم ٢١ لسنة ١٩٦٠ الذي ينظم عقد العمل.

- قانون المالكين والمستأجرين رقم ٦٢ لسنة ١٩٥٣ الذي يتعلق بإيجار العقارات.
- التشريعات المتعلقة بالعقود التي ترد على الأموال غير المنقولة، وهي كثيرة (مثل قوانين الأراضي).
- وحتى بعض الأوامر العسكرية التي تنظم كثيراً من أمور عقد التأمين لدينا.
- كذلك قانون الشركات رقم ١٢ لسنة ١٩٦٤ الذي ينظم عقد الشركة ان جاز لنا التعبير.
وكذلك الحال في قطاع غزة، فهناك أيضاً تشريعات خاصة بعقود معينة لا مجال لذكرها هنا.
وأخيراً أشير الى قانون هام هو قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ الساري المفعول في الضفة الغربية والذي يحيل في المادة ٥٩ منه على القانون المدني (والمقصود هنا هو مجلة الأحكام العدلية) فيما يتعلق ببعض العقود، مثل البيع والقرض وجميع العقود التي لم تحدد قواعدها في قانون التجارة، بينما ينظم قانون التجارة العقود التجارية الهامة، مثل الرهن التجاري وعقد النقل والوكالة التجارية والوساطة والسمسرة والوكالة بالعمولة والحساب الجاري وعقود الاعتمادات المستندية.
وقبل الانتقال الى الجزء التالي من هذه الورقة أشير الى السوابق القضائية، التي هي مصدر هام من مصادر التنظيم القانوني للعقد في الضفة الغربية وقطاع غزة. وللسوابق القضائية قوة أدبية كبيرة في الضفة الغربية، خصوصاً تلك التي صدرت عن محكمة التمييز الأردنية من عام ١٩٥٢-١٩٦٧ والتي هي منشورة بشكل رسمي ومتوفرة. أما بعد الاحتلال فقد أصبحت محكمة الاستئناف هي أعلى محكمة، وقراراتها ليست منشورة بصورة منتظمة ومكتملة، بل بصورة منقطعة تغطي بعض السنين فقط. أما في قطاع غزة، فالسوابق القضائية ذات قوة إلزامية بالنسبة للقاضي الذي ينظر قضية مماثلة للسابقة القضائية. وكما علمت أن السوابق القضائية التي صدرت حتى عام ١٩٤٨ (أي في ظل الانتداب البريطاني) لها أهمية كبيرة في قطاع غزة. أما أحكام المحاكم بعد ١٩٦٧ فهي منشورة بجهد فردي (شبه رسمي).

وبعد أن بينا هذه المصادر المتناثرة، نحاول الآن لم شمل الأحكام العامة التي تسري على جميع العقود في إطار الوضع القانوني الراهن في الضفة الغربية وقطاع غزة.

ثالثاً: الأحكام القانونية التي تنظم العقد ومراحلها في الضفة الغربية وقطاع غزة:

ان دراسة العقد في أي نظام تستتبع الوقوف على محطتين - الأولى هي تكوين العقد وانعقاده، والثانية هي مرحلة تنفيذ هذا العقد. وفي هذه الورقة سنحاول إلقاء الضوء بصورة عاجلة على هاتين المحطتين.

١- تكوين العقد (انعقاد العقد): لا شك أن أركان العقد التقليدية في ظل معظم القوانين هي الرضا والمحل (والسبب)، ونضع السبب هنا بين قوسين لما سيأتي ذكره فيما بعد بخصوص هذا الركن.

أ - الرضا: ان هذا الركن منظم في مجلة الأحكام العدلية التي نظمت في قواعدها مسائل الإيجاب والقبول، وشرط ارتباطهما وتوافقهما كأساس لانعقاد العقد. وجاءت معظم هذه القواعد تحت باب البيوع (المواد ١٠١-١٠٤ و ١٧٧-١٧٩ و ١٨٥). كما نظمت المجلة مسألة مجلس العقد ووجوب اتحاده في المواد ١٨١-١٨٤ (يجب أن يتم العرض والقبول في المكان ذاته بل أو بدلاً في المناسبة ذاتها).

وفي هذا السياق أشير الى أن مجلة الأحكام العدلية أخذت بنظرية إعلان القبول لغايات زمان ومكان انعقاد العقد مقارنة مع القانون المصري (والفرنسي) الذي يأخذ بمبدأ العلم بالقبول (المذكورة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص ١٠٩-١١٠). فالعقد ينعقد بمجرد صدور القبول دون حاجة للانتظار حتى يصل القبول الى علم من أصدر الإيجاب. ولهذا الأمر اثر هام يتعلق بحالة عدول الموجب قبل وصول القبول (ينعقد العقد)، كما أن لها أهمية في تحديد قانون الدولة التي تم فيها العقد واختصاص المحاكم، الى غير ذلك من هذه الأمور العملية.

وهنا أوضح ان المجلة تفتقر الى نصوص واضحة تحكم مسائل هامة مثل التعاقد بين الغائبين (مثلاً عن طريق الفاكس أو التلكس).

كما أنها لا تحتوي على نصوص تتعلق بعقود الإذعان ووجوب حماية الطرف الضعيف فيها، الى غير ذلك من الأمور التي فرضتها التطورات العلمية والعملية الحديثة. فمثلاً، في عقد مع مصلحة البريد أو شركة الكهرباء إذا حدث خلاف على تفسير شرط من شروط العقد يجب أن يفسر هذا الشرط لصالح الطرف الضعيف (وهو المشترك)، لأن عقد الإذعان يكون معداً سابقاً من الطرف القوي كشركة الكهرباء أو مصلحة البريد، وقد يحتوي شروطاً تعسفية لا يكون أمام المتعاقد (المشترك) الا الإذعان إليها أو القبول بها. ولهذا كان لا بد من إعطاء المحكمة سلطة تعديل هذه الشروط التعسفية. وهذا الأمر وارد في بوالص التأمين في وقتنا الحاضر.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى نظمت المجلة مسألة الأهلية وحالات نقصانها أو انعدامها وذلك في المواد ما بين ٩٥٧-١٠٠٢.

ومسألة أخرى تم تنظيمها بالمجلة هي عيوب الرضا، مثل الإكراه (المواد ٩٤٨-٩٤٩ و ١٠٠٣-١٠٠٧)، والتغيير (المادتان ١٦٤-١٦٥) والغبن (المادتان ٣٥٦-٣٥٧).

ب - المحل: أما من حيث محل العقد، سواء كان تسليم شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، فان معظم النصوص التي تحكم المحل وشروطه قد وردت في قانون أصول المحاكمات الأردني رقم ٤٢ لسنة ١٩٥٢، فنجد أن المادة ١٧٤ (التي تضمنت محتوى المادة ٦٤ من قانون أصول المحاكمات العثماني التي ما تزال سارية المفعول في غزة) قد اشترطت مشروعية محل العقد وعدم وروده على ما يخالف القانون والنظام العام والآداب.

وهذه المادة هي الأساس التشريعي الذي يجسد القاعدة المعروفة بأن "العقد هو شريعة المتعاقدين"، وفي الوقت نفسه تحدد إطار هذه القاعدة. ولقد لاقت وتلاقي المادة ١٧٤ اعتماداً واسعاً من قبل المحاكم لأن فيها الإقرار بحرية التعاقد وتوسيعها. ولم تورد عليها من القيود الا تلك الموجودة في غالبية الأنظمة القانونية المعاصرة.

وهنا أذكر بعض قرارات محكمة التمييز الأردنية في هذا الخصوص، مثل القرار رقم ١٥/٥٢/ج ص ٤٣٠ - الذي ينص على أن "العقد لا يقوم مقام القانون بين المتعاقدين الا في حدود الدائرة التي يجيزها القانون أي في نطاق لا يصطدم مع النظام العام ولا مع نصوص القانون الخاصة". كما قررت في قرارها رقم ٦٢/٦٢ المنشور في ص ٤٤١ من الجزء الأول لمجموعة المبادئ القانونية أن "القواعد المنصوص عليها في المجلة لصحة العقود إنما يعمل بها عند عدم اشتراط ما يخالفها بين المتعاقدين، فإذا تعارضت هذه القواعد مع تراضي الطرفين يكون الرجحان لجانب التراضي".

ج - السبب: ان دراسة العقد ضمن نظرية الالتزام في إطار النظام اللاتيني تتوقف عند السبب كركن من أركان العقد، وتفرق بين سبب العقد وسبب الالتزام.

وهنا نبين أن الفقه الإسلامي الحنفي والشافعي قد دمج نظرية السبب بالمحل، حيث اختفت لديه نظرية السبب. والمقصود بالسبب هنا هو الباعث الدافع الى التعاقد، والأصل عندهم أن يكون مشروعاً، ولا يعتد بالسبب الا إذا ذكر في العقد بأنه كان غير مشروع. وكما تقول المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني "ان نظرية السبب تختفي تحت ستار صيغة العقد والتعبير عن الإرادة، ويختلط السبب بالمحل، فلا يعتبر السبب اي الباعث على التعاقد الا حيث ما تضمنه التعبير عن الإرادة." وهذا هو الحال في الفقه الألماني أيضاً.

مثال: لو باع أ الى ب سكيناً فعقد البيع صحيح، أما لو ذكر في هذا العقد أن المقصود شراء السكين منه استعمالها في جريمة، فهنا فقط يعتد بالسبب ويبطل العقد.

وكذلك كمن يستأجر بيتاً، فعقد البيع صحيح، أما إذا ذكر أنها بيت للدعارة أو القمار فهنا يبطل العقد لعدم مشروعية السبب.

وأشير هنا الى أمر هام هو أن التنظيم القانوني للعقود سواء في الضفة الغربية أو في قطاع غزة لا يتطلب ما يتطلبه القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي من ضرورة وجود مقابل (consideration) حتى يكون العقد ملزماً لطرفيه، وهو ما يسمى (The Doctrine of Consideration) (والتي هي نظرية معقدة). ففي ظل النظام الأنجلو-أمريكي لا يكون الوعد الذي يصدره أحد الأطراف ملزماً له الا إذا كان هناك مقابل لهذا الوعد، سواء كان هذا المقابل عوضاً نقدياً أو وعداً مقابلاً أو كسباً

أو فائدة أو منفعة. فالعقد الذي يفتقر الى عوض هو عقد غير ملزم بسبب انعدام المقابل. والذي يهمننا هنا أن هذا الشرط والتطلب في العقود غير وارد في الضفة الغربية وقطاع غزة.
٢- تفسير العقد وتنفيذه:

أ- تفسير العقد: إذا افترضنا انعقاد العقد بشكل صحيح بحيث كان مستوفياً لجميع الشروط القانونية، تبرز هنا مسألتان هامتان، الأولى هي تفسير العقد والثانية مسألة تنفيذ العقد وحالات الإخلال به. فبالنسبة الى تفسير العقود واستكمالها، نقول أن القانون أعطى للمحكمة سلطة استكمال إرادة المتعاقدين بموجب المادة ١٧٤ الفقرة ٣ من قانون أصول المحاكمات الأردنية والتي يوجد محتواها في المادة ٦٤ من قانون أصول المحاكمات العثماني.

ولقد أعطت المحاكم لنفسها صلاحيات واسعة فيما يتعلق بتفسير العقود. ففي أحد أحكامها تقول محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم ٦٣/٢٢٦ ص ٤٣١ لسنة ١٩٦٣ "تملك المحكمة حق تفسير العقود ذلك لأن لها السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها كما تراه مناسباً ومقصود المتعاقدين، ولها بهذه السلطة أن تعدل المدلول الظاهر الى خلافه بشرط أن تبين في حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر الى خلافه." (راجع أيضاً القرار رقم ٥٤/٧٥ لسنة ١٩٥٤).

وهنا أشير الى أن هناك قواعد تفسيرية عريقة وردت في مجلة الأحكام العدلية، مثل:

- المادة ٣: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني".

- المادة ١٣: "لا عبرة بالدلال في مقابل التصريح".

- المادة ٦٠: "أعمال الكلام أولى من إهماله".

- المادة ٦٤: "المطلق يجري على طلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة".

- المادة ٥٠: "وإذا سقط الأصل سقط الفرع".

- المادة ١٠٠: "من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه".

وغيرها من القواعد التفسيرية التي وردت من ضمن المواد المائة الأولى لمجلة الأحكام

العدلية.

ب- تنفيذ العقد: لو افترضنا أن العقد قد انعقد صحيحاً مستوفياً لجميع الشروط القانونية، فما

هو العلاج أو العلاجات التي يوفرها القانون في الضفة والقطاع لحالات الإخلال بالعقد وعدم تنفيذه؟

ولنفرض أن أ أبرم عقداً مع ب ثم نكل أ عن تنفيذ هذا العقد، فما هو الحل الذي يوفره القانون

ل ب؟ لنجيب على هذا التساؤل في ظل الأنظمة الأخرى، ثم نحاول الإجابة عليه في ظل الوضع القانوني

القائم في الضفة الغربية وقطاع غزة.

١- في ظل القانون الإنجليزي والأمريكي (الأنجلو-أمريكي): ان نظرة القانون المشترك (Common Law) الى العقد هي نظرة اقتصادية وتجارية أكثر منها نظرة أدبية كما هو الحال في ظل الأنظمة اللاتينية.

وانطلاقاً من هذه النظرة، فإنه من حيث المبدأ والقاعدة العامة أن التعويض النقدي هو العلاج الملزم والأصل والأولي للإخلال بالعقد، أما التنفيذ العيني فهو استثناء واجتهادي وغير ملزم للمحكمة، وإنما هو تقديري لقاضي الموضوع، وإذا حكم به فيكون وفقاً لمبادئ العدالة لا القانون. ولا يلجأ الى التنفيذ العيني الا إذا أثبت الدائن أن التعويض المالي غير عادل وغير كاف له، وهذا يعتمد على عدة عوامل أهمها توافر البدائل في السوق.

فمثلاً، إذا اشترى شخص لوحة فنية أو ساعة ثمينة فريدة من نوعها ولا يمكن أن تستبدل في السوق، فهنا قد تحكم المحكمة بالتنفيذ العيني للعقد وتلزم المدين بتسليم المبيع. وهناك استثناءات أخرى كما هو الحال مثلاً في عقود البيع التي تقع على الأراضي (باعتبارها فريدة)، وأحياناً على السفن، إذ تنفذ هذه العقود عينياً عند الإخلال بها.

٢- في ظل النظام اللاتيني: ونأخذ عليه القانون الفرنسي مثلاً، إذ نجد أن النظرة للالتزام بالعقد هي نظرة أخلاقية أكثر منها نظرة تجارية اقتصادية. ولهذا فإن المبدأ العام هو أن المتعاقد يلزم بما اتفق عليه في العقد وأن عليه أن ينفذ ما التزم به عينياً. ويكون التعويض فقط في الحالات التي يصبح فيها تنفيذ الالتزام مستحيلاً أو أن تنفيذ الالتزام أصبح مرهقاً للمدين إذا قدرت المحاكم ذلك.

الا أن هناك توسعاً في تفسير الاستثناءات التي ترد على مبدأ التنفيذ العيني. فمثلاً إذا كان تنفيذ العقد يتطلب تدخل المدين الشخصي، وأصر المدين على عدم تنفيذه للالتزامات العقدية، فلا يكون أمام المحكمة في نهاية الأمر إلا أن تحكم بالتعويض المالي آخذة بعين الاعتبار إصرار المدين وسوء نيته في عدم تنفيذ التزامه أو أنها تلجأ الى ما يسمى بالغرامات التهديدية وهو أن تلزمه بمبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه عن تنفيذ التزامه. ولكن هذا الأسلوب أيضاً غير فعال، لأنه في نهاية الأمر يكون أمام المدين طلب تخفيض المبلغ الى مقدار الضرر الواقع فعلاً.

أمثلة: مغزٌ تعاقّد على الغناء في مسرح معين لأيام عدة، لا يكون بوسع المحكمة أن تلزمه بالغناء. ممثل تعاقّد على عدم التمثيل وعدم المنافسة في مسرح معين، لا يكون أمام المحكمة أن تلزمه بعدم التمثيل. مقاول رفض تكملة البناء الذي تعهد به، لا تملك المحكمة أن تلزمه شخصياً بتنفيذ التزامه، وفي نهاية الأمر تحكم بتعويض مالي للمتعاقد المتضرر الذي يمكنه من تعيين مقاول آخر لإتمام البناء.

وخلاصة الأمر أنه في الأنظمة اللاتينية ينظر الى التنفيذ العيني باعتباره العلاج الأول للإخلال بالعقد، وذلك بعكس النظام الأنجلو سكسوني الذي يعتبر التنفيذ العيني أمراً استثنائياً وثانويًا، وأن العلاج الأساسي لحالات الإخلال بالعقد هو التعويض المالي.

٣- الوضع القائم في حالات الإخلال بالعقد في الضفة الغربية وقطاع غزة: ما هو الوضع لدينا في حالات الإخلال بالعقد؟ هل نأخذ بمبدأ التنفيذ العيني أم لا؟ وهنا ألفت العناية الى أننا لا نقصد دعوى التنفيذ العيني كدعوى من دعاوى الأراضي بالمعنى المفهوم والمعمول به في قطاع غزة ضمن شروط معينة (تطبيقاً لمادة ٤٦ من مرسوم دستور فلسطين لسنة ١٩٢٢، المعمول بها في قطاع غزة والملغي في الضفة الغربية)، حيث أن هذه الحالة هي حالة خاصة تتعلق بالبيع التي تتم خارج دائرة السجل العقاري، وهذه الحالة الخاصة ليست موضوع بحثنا في هذه الورقة. إنما ينصرف سؤالنا حول مبدأ التنفيذ العيني للعقود عامةً وهل الأولوية له أم للتعويض عند الإخلال بالعقد؟

إذا ما قرأنا الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ من قانون أصول المحاكمات الأردنية، والتي تقول "تتخذ جميع العقود والتعهدات بحق عاقدتها وتكون ملزمة لهم ما لم تكن ممنوعة بقانون أو نظام خاص". نستنتج من هذا النص أن الأصل هو التنفيذ العيني للعقد بحق عاقدته، ويتعزز هذا الاستنتاج بقراءة المادة ١٧٥ من القانون ذاته التي تشترط الإخطار قبل الحصول على التعويض ("بروتستو" يدعوه فيه لأن يقوم بتنفيذ ما تعهد به).

ويمكن القول أن هذه المادة تعزز قناعتنا بأن التنفيذ العيني هو الأصل، لأنه لو عرض المدعى عليه بعد الإخطار أن يقوم بالالتزام الذي تعهد به عينياً فلا يكون للمدعي الحصول على التضمينات، ولكن تكون التضمينات بعد إخطاره، فإذا لم يفعل ولم ينفذ التزاماته العقدية هنا يكون التعويض واجباً. ويؤيد ما نقول قرار محكمة التمييز رقم ٦٠/٧١ ص ٢٦٣ من الجزء الأول في مجموعة المبادئ القانونية، والذي يقول "ليس في القانون ما يمنع المتضرر من طلب التنفيذ العيني والتعويض فيما إذا لحقه ضرر فعلي من جراء مخالفة الفريق الآخر لشروط العقد".

ج- التعويض: لنفرض أن المتعاقد الذي أخل بالعقد لم يقيم بتنفيذ ما التزم به بالرغم من إخطاره بذلك، أو في الحالات التي يصبح فيها تنفيذ العقد عينياً غير ممكن أو غير مجدٍ (مثلاً، توريد بضاعة مأكولات لمناسبة معينة ومررت المناسبة دون أن يفى المورد بالتزامه)، فهنا لا يبقى أمام المتعاقد إلا الحصول على التعويض.

وهنا تبرز مسألة هامة، هي التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)، الذي قد يحتويه العقد مسبقاً كاشتراط مبلغ من المال يدفعه الطرف المخل إذا أخل بالتزاماته العقدية. فما هي القيمة القانونية للشرط الجزائي في الضفة الغربية وقطاع غزة؟

نقول أن للمحكمة في الضفة الغربية أن تخفض هذا المبلغ المتفق عليه إذا اعترض المدعي على الشرط الجزائي بأن المبلغ لا يتناسب مع الضرر الفعلي الذي لحق المتعاقد الآخر من جراء الإخلال بالعقد. وهذه هي فحوى المادة ١٧٨ من قانون أصول المحاكمات الأردني.

ففي عقد المعاولة، إذا اشترط أن يدفع المقاول مبلغ (٢٠٠ دينار) عن كل يوم تأخير، فإن المحكمة تملك تخفيض المبلغ إذا طلب المقاول ذلك لعدم تناسب هذا المبلغ مع الضرر اللاحق بالمتعاقد الآخر.

وبهذا لا يكون للشرط الجزائي أو للتعويض الاتفاقي أية قيمة قانونية في الضفة الغربية سوى أنه يفترض وقوع الضرر، وذلك لأنه إذا اعترض المدعى عليه على المبلغ المحدد في العقد بأنه لا يتناسب مع الضرر الواقع فعلاً على المتعاقد الآخر، فعلى المدعي إثبات تناسب هذا المبلغ مع ما لحقه من ضرر. هذا ما أكدته محكمة التمييز في قرار رقم ٥٨/٨٤ المنشور في ص ٤٣٧ من الجزء الأول لمجموعة المبادئ القانونية، حيث قررت المحكمة أنه "إذا عجز أحد المتضررين عن إثبات تضرره بنسبة المبلغ المنفق عليه في العقد فإن للمحكمة مطلق الحق في تخفيض ذلك المبلغ الى القدر الذي تراه كافياً للتعويض على المتعاقد الآخر بصورة معقولة".

وننتهي لو كان للمحكمة صلاحية تعديل الشرط الجزائي سواءً بتخفيضه أو برفعه بحيث يتناسب مع الضرر الفعلي اللاحق بالمتعاقد.

هذا في الضفة الغربية، أما في قطاع غزة فإنه يفهم من المادة ١١١ من قانون أصول المحاكمات العثماني أنه إذا وجد شرط في العقد مفاده أن كلاً من الطرفين إذا لم يقيم أحدهما بما تعهد به فإنه يدفع للطرف الآخر مبلغاً على سبيل التضمن، لا يجوز أن يدفع أكثر أو أقل من ذلك المبلغ.

وبالرغم من هذا النص، يبدو أن المحاكم في قطاع غزة قد تأثرت الى حد كبير بالوضع السائد في القانون الأنجلو-ساكسوني (الإنجليزي خاصة) والذي يقوم على التفريق بين التعويض الاتفاقي وبين المبلغ الذي يوضع في العقد كغرامة أو جزاء على الطرف المخل بالعقد. فإذا وجدت المحكمة أن المبلغ قد اتفق عليه على سبيل التعويض فإنها تأخذ به، أما إذا تبين للمحكمة أن هذا المبلغ وضع كغرامة وجزاء بحيث كان فاحشاً بالنسبة للضرر الفعلي، فلا تأخذ به وتلجأ الى التعويض العادي.

د- كيفية تقدير التعويض عند الإخلال بالعقد: لقد رسمت المادة ١٧٧ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية الأردنية كيفية تقدير التعويض عن الضرر الناتج عن الإخلال بالعقد (ويتعلق ذلك بالضفة الغربية). حيث عالجت الفقرة الأولى من هذه المادة حالة وجود قوة قاهرة وأعفت المدين من اي عطل أو ضرر إذا كان عدم تنفيذ العقد ناشئاً عن سبب اضطراري لا يد له فيه وليس في وسعه دفعه. وهذه الفقرة تقابل المادة ١٠٨ من قانون أصول المحاكمات العثماني سارية المفعول في غزة.

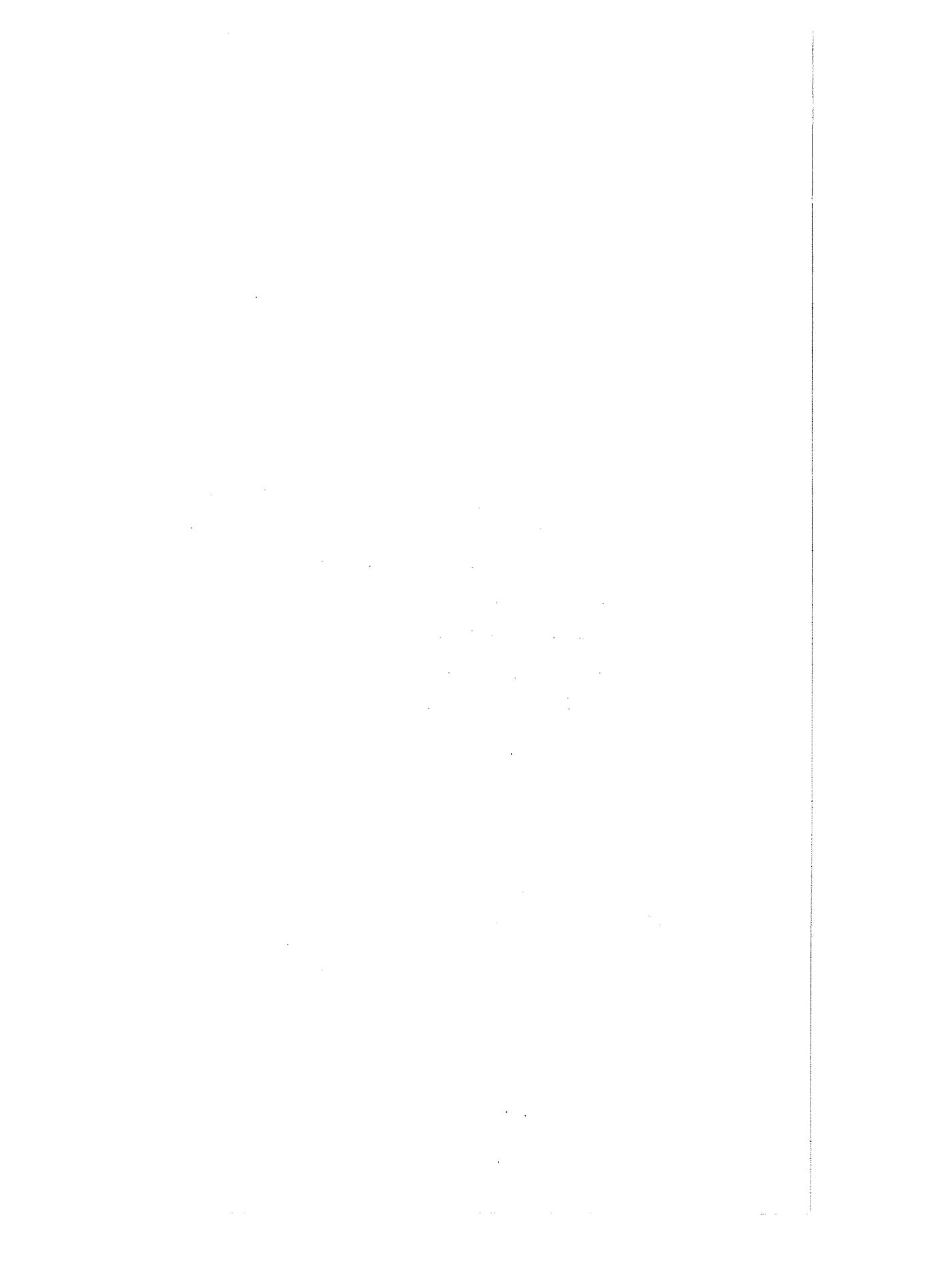
أما الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ من قانون أصول المحاكمات الأردنية فقد عالجت حالات الإخلال الناجم عن حيلة أو دسيسة، وجعلت التعويض في هذه الحالة يغطي الخسارة التي لحقت بالمتعاقد الواقعة بالعقد بالإضافة الى الربح الذي أضحي محروماً منه. وهذه الفقرة تقابل المادة ١١٠ من قانون أصول المحاكمات العثماني.

وأخيراً، فإن الفقرة الثالثة من المادة ١٧٧ تجعل التعويض عن العقد في حالات الإخلال الذي يقع بدون حيلة أو دسيسة، أي بحسن نية، يقتصر فقط على الخسارة اللاحقة بالمتعاقد الآخر. وهذه الفقرة تقابل المادة ١٠٩ من قانون اصول المحاكمات العثماني.

رابعاً: الخلاصة:

بعد أن ألقينا الضوء على الوضع القانوني للعقد في الضفة الغربية وقطاع غزة وحاولنا لمس أهم موضوعات العقد في إطار الوضع القانوني القائم، نخلص الى القول:
أخذاً بعين الاعتبار الوحدة الإقليمية لفلسطين التي تشمل الضفة الغربية وقطاع غزة، فإنه لا بد من إيجاد تنظيم قانوني واضح وموحد ومنسجم ومتناسق يتلاقى تشتت أحكام العقد في أكثر من تشريع، ويتجنب التأثيرات المختلفة والمتداخلة في عناصر العقد وموضوعاته، كما يعمل على سد النواقص التشريعية والثغرات القانونية الموجودة حالياً. وهذا التنظيم الموحد المقترح قد يكون مستقلاً أو قد يكون في إطار قانون مدني فلسطيني متكامل على غرار ما هو قائم في المجتمعات المتحضرة. ان وجود مثل هذا التنظيم الموحد للعقد سيؤدي الى إحداث تغيير وأثر إيجابي في معاملات الناس ويسهل تداول الثروة واستثمارها، وبالتالي يشجع توظيف رؤوس الأموال في البلاد، وذلك لأن مثل هذا التنظيم الموحد للعقد يوضح للأشخاص عامةً ولأصحاب رؤوس الأموال خاصةً مصير عقودهم ويطمئنهم الى صحتها، ويمكنهم من تجنب المحاذير التي تؤدي الى بطلانها.

وتحقيقاً لهذه الغاية، أقترح تشكيل لجنة من القانونيين تعمل على إجراء دراسة عميقة للوضع القانوني القائم للعقود في الضفة الغربية وقطاع غزة، وتقوم من خلال ورشات عمل على الخروج بتوصيات تعرض على المتخصصين وأهل الخبرة من الحقوقيين لتكون هذه التوصيات، بما فيها من إظهار للنواقص والثغرات أو حتى الإشارة الى بعض الجوانب الإيجابية، هي الخطوة الأولى في الطريق الى قانون العقد في فلسطين. وأشير أخيراً الى أنه يمكننا في هذا الصدد الاستفادة من تجربة بعض الدول المجاورة، كالأردن ومصر.



مركز الحقوق

يهدف مركز الحقوق في جامعة بيرزيت وبما يتوافق مع رسالة الجامعة الأكاديمية الى المساهمة في تحديث البنية القانونية الفلسطينية، وفي بناء القدرات البشرية على كلا المستويين الأكاديمي والمهني. ومن مهام المركز الرئيسية تدريب العاملين في القانون من خلال الحلقات الدراسية وورشات العمل؛ إجراء أبحاث تطبيقية قانونية؛ عقد دورات تعليمية في الحقوق وتقديم برنامج ماجستير في القانون؛ تطوير مكتبة متخصصة ومركز توثيق حديث لرصد النشاطات القانونية والقضائية الفلسطينية الجارية من خلال بنك معلومات قانوني.

Law Center -Birzeit University
P.O.Box 14 Birzeit-Palestine
Tel: 972-2-9982135
Fax: 972-2-9982137
E-Mail: law@birzeit.edu

مركز الحقوق في جامعة بيرزيت
ص.ب : ١٤ بيرزيت - فلسطين
هاتف : ٩٧٢-٢-٩٩٨ ٢١ ٣٥
فاكس : ٩٧٢-٢-٩٩٨ ٢١ ٣٧
بريد إلكتروني law @ birzeit. edu

