

**دور مبدأ التناسب في  
مجال إجراءات مواجهة الإرهاب  
(دراسة مقارنة)**

إعداد

أ.د / وليد محمد الشناوي  
أستاذ القانون العام المشارك  
جامعة المنصورة - أكاديمية شرطة دبي



## مقدمة

أمل الكثيرون بعد نجاح ما أطلق عليه ثورات الربيع العربي أن يعم الأمن وتسود الديمقراطية ويحل الرخاء الاقتصادي، لا سيما بعد التخلص من الأنظمة التي وُصفت بالفساد والاستبداد. بيد أن الرياح قد تأتي بما لا تشتهي السفن، إذا سقطت العديد من الدول التي قامت فيها هذه الثورات في فخ الفوضى، فغاب الأمن وزادت الصراعات السياسية، بل والطائفية في بعض الأحيان. وقد تفاقمت هذه الأوضاع السيئة لتواجه هذه الدول موجات متتالية من الإرهاب. وهنا يظهر السؤال الصعب: كيف يمكن لهذه الدول أن توفق بين ضرورة مواجهة الإرهاب وحماية أمنها الوطني من ناحية، وعدم التغول على الحقوق والحريات التي قامت هذه الثورات لتعزيزها من ناحية أخرى.

وتظهر الحاجة إلى حكم القانون أو سيادة القانون، لاسيما في الأوقات التي تتعرض فيها المبادئ والقيم المستقرة للمساس بها<sup>(١)</sup>. ذلك، أن اعتبارات الأمن ليست

(١) تجدر الإشارة إلى أن مقارنة حقوق الإنسان تركز، بصورة أساسية، على حقوق الأفراد المواطنين وغير المواطنين، وبصورة أقل على حقوق المجموعات. وفي المقابل، تتسم مقارنة حكم القانون بأنها أكثر اتساعاً من مقارنة حقوق الإنسان. بيد أنه إذا كانت المفاهيم الكامنة وراء مفهوم حكم القانون قديمة، إلا أنها لم تقنن إلا مع نهاية القرن الماضي. وتوجد تفسيرات متعددة لحكم القانون. وكان للفقهاء الدستوري الإنجليزي Dicey تأثير قوى على المفاهيم الأساسية لحكم القانون. واستناداً إلى كتابات الفقيه Dicey وكتابات غيره من الفقهاء، يمكن الإشارة إلى الخصائص التالية لحكم القانون:

١- أخلاقيات عامة Common ethics : أي وجود توجه نحو احترام القيم الأخلاقية الأساسية، مثل المساواة والعدالة في جميع القوانين

٢- سيادة القانون The supremacy of the law : أي خضوع جميع الأشخاص للقانون. وحتى هؤلاء الأشخاص الذين يحوزون سلطة الدولة يجب أن يخضعوا للقانون.

=

=

- ٣- تقييد السلطة التحكيمية **Restraint of arbitrary power**: أي لا يجوز ممارسة أي سلطة إلا وفقاً للإجراءات والمبادئ والقيود الواردة في القانون.
- ٤- الفصل بين السلطات **Separation of powers**: ووفقاً لهذا المبدأ، فإن البرلمان وحده هو الذي يمارس السلطة التشريعية. ويجب أن تكون هناك قيود صارمة على أي ممارسة للسلطة التشريعية من جانب السلطة التنفيذية.
- ٥- مبدأ ضرورة المثل أمام قاض **The principle of habeas corpus**: ومن ثم، فإن الاعتقال التعسفي أو الوقائي محظور.
- ٦- مبدأ لا عقوبة بلا قانون **The principle nulla poena sine lege**: ويجب أن يكون التشريع سابقاً على وقوع الجريمة، لا لاحقاً عليها.
- ٧- استقلال القضاء **Judicial independence**: أي ضرورة وجود سلطة قضائية مستقلة ومحيدة، وعدم وجود محاكم خاصة.
- ٨- المساواة أمام القانون **Equality before the law**: يجب إتاحة وسائل الإنصاف لجميع المواطنين في مواجهة انتهاكات القانون، سواء وقعت هذه الانتهاكات من مواطن آخر أو من أي مسئول تابع للدولة.
- ٩- حماية الدولة للكافة **State protection for all**: تماماً كما أنه لا يجوز أن يكون هناك أحد فوق القانون، فإنه لا يجوز أن يكون هناك أحد خارج الحماية التي يكفلها القانون.
- ١٠- علو السلطة المدنية **Supremacy of civilian authority**: يجب أن تكون السلطات العسكرية وسلطات الشرطة خاضعة لرقابة سلطة مدنية.
- ١١- حظر العدالة المختصرة **Prohibition of summary justice**: يجب النظر إلى الجرائم باعتبارها أعمالاً فردية. ومن ثم، لا يجوز أن يكون هناك عقاب جماعي عن أعمال الأفراد.
- ١٢- مبدأ التناسب **The principle of proportionality**: لا يجوز استخدام سوى الحد الأدنى من القوة أو التدخل أو التقييد للحقوق والحريات في مواجهة مخالفتي القانون. كما يجب أن يكون العقاب متناسباً مع خطورة الجريمة. لمزيد من التفاصيل، انظر:

A. P. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [1885]; Benedek, Wolfgang and Yotopoulos – Marangopoulos, Alice (eds.), (2004): *Anti-terrorist measures and human rights*, Leiden; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, p. 56.

تعويذة سحرية يؤدي استخدامها إلى اختفاء كل القيود القانونية. ويؤسس "حكم القانون" إطاراً حاكماً لسلوك أفراد المجتمع وموظفي الحكومة على حد سواء. وفي جوهر مبدأ "حكم القانون"، توجد مفاهيم ثلاثة: (١) أن الناس يجب أن يُحكموا عن طريق تحديد موضوعي لقوانين عامة، (٢) لا يجوز لأحد أن يكون فوق القانون، وأن المواطنين العاديين يجب أن تُتاح لهم وسائل الإنصاف في مواجهة الأشخاص المخالفين للقانون، سواء كانت هذه المخالفات صادرة من مواطنين آخرين أم من موظفين تابعين للحكومة، (٣) لا يجوز أن يبقى أحد خارج مظلة الحماية التي يكفلها القانون<sup>(١)</sup>. وتتضمن مبادئ حكم القانون مبادئ حقوق الإنسان، باعتبارها حقوقاً للأفراد. وأحياناً للمجموعات. في مواجهة الدولة. ويُنظر إلى مبادئ حكم القانون باعتبارها مرتبطة بعلاقة الأفراد بالدولة أكثر من ارتباطها بالعلاقة بين الأفراد وبعضهم البعض. وتضع هذه المبادئ إطاراً للالتزامات بين الدولة والمجتمع<sup>(٢)</sup>.

=

=

- وبعيداً عن الخلافات الفقهيّة بشأن مضمون مبدأ حكم القانون، يمكن القول إن جوهر هذا المبدأ - الذي يجد تكريساً دستورياً له في معظم الدول الديمقراطية الدستورية المعاصرة - يتمثل في أن سلطة الحكومة يجب أن تتقيد تقييداً صارماً بالقانون من أجل حماية الحرية الفردية. فالقانون يوجد لحماية الحقوق والحرّيات الفردية على المستويين الموضوعي والإجرائي:

- Noriho Urabe, Rule Of Law And Due Process: A Comparative View Of The United States And Japan, LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS, Vol. 53: No. I, p. 61.

(1) Benedek, Wolfgang and Yotopoulos – Marangopoulos, Alice (eds.), (2004): Anti-terrorist measures and human rights, op. cit., p. 5٧.

(2) Benedek, Wolfgang and Yotopoulos – Marangopoulos, Alice (eds.), (2004): Anti-terrorist measures and human rights, op. cit., p. 5٧.

ويُنْتَظَرُ من المحاكم أن توفّق بين الحقوق والمصالح التي تؤدي دوراً في مجال مكافحة الإرهاب. وتشمل هذه الحقوق، ليس فقط الحقوق التي تعرضت للانتهاك بواسطة الأنشطة الإرهابية، ولكن أيضاً الحقوق التي تعرض جوهرها للانتهاك بواسطة إجراءات مكافحة الإرهاب. ويُلاحظ أن الكثير من المحاكم حول العالم- مثل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ومجلس اللوردات الإنجليزي، والمحاكم الأمريكية قد أصدرت أحكاماً متنوعة بشأن طائفة عريضة من إجراءات مكافحة الإرهاب. وتختلف بعض هذه الإجراءات اختلافاً جوهرياً عن الجزاءات الفردية *individual sanctions* المتبناة في مواجهة العناصر الإرهابية المشتبه بهم. ومع ذلك، يُلاحظ أن الاعتبارات التي تأخذها المحاكم في حساباتها في مثل هذه القضايا، يمكن أن تمثل نوعاً من المعايير المرشدة بشأن كيفية التوفيق بين الحقوق الأساسية من ناحية، والمصالح العامة في مواجهة الإرهاب من ناحية أخرى<sup>(١)</sup>.

ويثير الإرهاب نوعين من التحديات: تحديات أمنية تتعلق بالأخطار التي تنبعث منه علي الأمن والنظام العام، وتحديات تتعلق بحقوق الإنسان خشية التضحية بها عند مواجهة التحديات الأمنية. لهذا، كانت مواجهة الإرهاب من الموضوعات القانونية الشائكة التي يهتم بها القانون. ولا يقتصر الأمر علي القانون الداخلي فحسب، بل يمتد إلي القانون الدولي ذاته<sup>(٢)</sup>. وبالإضافة إلى هذين التحديين المتعلقين بالأمن وحقوق الإنسان، يوجد تحد آخر سياسي هو حسم مسألة ما إذا كانت مواجهة الإرهاب يجب أن تقتصر على الإجراءات الأمنية أم يجب أن تتسع لتشمل وسائل أخرى منها الحوار أو حتى المصالحة مع القانمين بأنشطة إرهابية بشروط وضوابط معينة، وذلك وفقاً لرؤية

(١) د. أحمد فتحي سرور، حكم القانون في مواجهة الإرهاب ١-٢، جريدة الأهرام اليومية، العدد ٤٤١٦٦، السنة ١٣٢، ٨ نوفمبر ٢٠٠٧.

(٢) د. أحمد فتحي سرور، حكم القانون في مواجهة الإرهاب ١-٢، المرجع السابق.

القائلين بأن تنامي الإرهاب يعكس فشل عملية تكون نظام عالمي يحل مشكلاته عبر السياسة والحوار والعقل<sup>(١)</sup>(٢). بيد أن معالجة هذا التحدي الأخير تجاوز أغراض هذا البحث الذي يستهدف تبين كيف تمكنت المحاكم في الدول المختلفة من حل التناقضات بين متطلبات حماية الحقوق والحريات الأساسية دون إغفال لاعتبارات الأمن، مستخدمة في ذلك مفاهيم مثل التناسب والتوازن.

بإيجاز، يمكن القول إن حقوق الإنسان لا يمكن أن تحظى بحماية كاملة، كما لو كان ليس هناك تهديدات إرهابية. وفي المقابل، لا يمكن أن تتمتع الدولة بحرية كاملة فيما تتخذه من إجراءات في مواجهة التهديدات الإرهابية، كما لو كان لا توجد حقوق للإنسان. ومن ثم، يجب التوصل إلى موازنة دقيقة وحساسة بين كلا الهدفين: حماية الأمن في مواجهة الإرهاب من ناحية، واحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية من ناحية أخرى. وهذا هو ثمن الديمقراطية. إنه ثمن باهظ بلا شك، لكنه ثمن يستحق أن ندفعه. ومن مزايا هذا الحل أو هذه الموازنة أنها تعزز من قوة الدولة، وتقدم لها سبباً منطقياً في نضالها في مواجهة الإرهاب. وإذا كانت التهديدات الإرهابية قد حولت ديمقراطيتنا إلى "ديمقراطية دفاعية"، فإننا لا ينبغي أن نسمح بحرمان نظامنا الحكومي من طابعه الديمقراطي، عن طريق تجاوز متطلبات هذه الموازنة الدقيقة.

(١) ياسين الحاج صالح، عن الحرب العادلة والإرهاب والدولة، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=27620>

(٢) ولعل هذا ما دفع كوفي عنان، السكرتير العام السابق للأمم المتحدة، للقول: "إن الإرهابيين لا يجيبون على أي أحد. ومع ذلك، فإن من واجبنا، ونحن نخرط في الحرب في مواجهة الإرهاب، ألا نضحي بحقوق الإنسان". وفي مناسبة أخرى، ذهب كوفي عنان إلى القول أيضاً: " يجب أن نكون جميعاً واضحين في أنه لا مساومة بين العمل الفعال في مواجهة الإرهاب وحماية حقوق الإنسان. بل على النقيض من ذلك، أنا على يقين من أننا سنكتشف، على المدى البعيد، أن حقوق الإنسان، بالتوازي مع الديمقراطية والعدالة الاجتماعية، هي خير وقاية لنا في مواجهة الإرهاب:"

The International Federation for Human Rights (FIDH)- Egypt. Counter-terrorism against the background of an endless state of emergency, p. 7.

ويبين من ذلك أن السؤال المطروح في هذا السياق ليس ما إذا كان مسموحاً للدولة أن تدافع عن نفسها في مواجهة الإرهاب، ذلك أنه مسموح لها ذلك بالتأكيد، بل إن ذلك يكون واجباً عليها في بعض الأحيان. بل السؤال المطروح هو، بالأحرى، كيف يمكن للدولة أن تستجيب للتهديدات الإرهابية؟ وفي هذا الصدد، يُشار إلى أن ثمة موازنة معقولة وعادلة يجب إقامتها بين احتياجات الأمن من ناحية، واحترام حقوق الإنسان من ناحية أخرى. ولا شك أن هذه الموازنة تفرض عبئاً ثقيلاً على عاتق هؤلاء المنخرطين في مواجهة الإرهاب. ذلك، أنه ليس كل إجراء فعال في مواجهة الإرهاب هو إجراء مشروع بالضرورة، فالغاية لا تبرر الوسيلة<sup>(١)</sup>.

ويبين، من ذلك، أنه يجب على الأمم الديمقراطية، وهي تخوض حربها في مواجهة الإرهاب، أن تقيم موازنة صحيحة بين قيمتين متناقضتين. فمن ناحية، يجب على هذه الأمم أن تأخذ في اعتبارها القيم والمبادئ المتعلقة بأمن الدولة ومواطنيها. ذلك، أن حقوق الإنسان ليست مسرّحاً للتدمير الوطني، ولا يمكن لهذه الحقوق أن تسوخ تدمير الأمن الوطني في جميع الحالات والظروف. وبالمثل، فإن الدستور ليس وصفاً للانتحار الوطني<sup>(٢)</sup>. ومن ناحية ثانية، يجب على هذه الأمم أن تأخذ في اعتبارها الكرامة الإنسانية والحرية. فالأمن الوطني لا يمكن أن يشكل مسوغاً لتقويض حقوق الإنسان في جميع الحالات والظروف. ذلك، أن الأمن الوطني لا يمنح ترخيصاً غير محدود للإضرار بالفرد.

(1) HCJ 7015/02 Ajuri v. IDF Commander in West Bank [6], at p. 383 {120}, cited in Judgements of the Israel Supreme Court: *Fighting Terrorism Within the Law*, Vol. 1, 2008, p 150.

(2) See E.A. 2/84, Neiman v. Chairman of Cent. Elections Comm. for Eleventh Knesset, 39(2) P.D. 225, 310 (English translation available at [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il)). Cf. Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1, 37 (1949) (Jackson, J., dissenting).

ومؤدى ما تقدم، أن الأمم الديمقراطية يجب عليها أن تجد موازنة معقولة بين هذه المبادئ والقيم المتناقضة. فلا يمكن السماح لأحد طرفي المعادلة بأن يرحح الطرف الآخر. وقد عبر القاضيان Jacobucci، Arbour – من قضاة المحكمة العليا الكندية- عن هذه الحاجة للموازنة بقولهما:

"إن التحدي الذي يواجهه الدول الديمقراطية في حريها على الإرهاب ليس ما إذا كان يجب عليها أن تستجيب لهذا التحدي، ولكن بالأحرى كيف تكون هذه الاستجابة. ويرجع ذلك إلى أن الكنديين يقدرون الحياة الإنسانية والحريّة وحماية المجتمع من خلال حكم القانون. وعلى الرغم من أن الإرهاب يغير، بالضرورة، من السياق الذي يجب أن يعمل فيه حكم القانون، فإن هذا لا يعني التخلي عن القانون. وفي ذات الوقت، يجب ملاحظة أنه بينما يجب المحافظة على احترام حكم القانون في سياق الاستجابة للإرهاب، فإن الدستور ليس وثيقة للانتحار. ومن ثم، فإن التحدي الذي يواجهه الدولة الديمقراطية في سياق ردها على الإرهاب يتطلب إجراء موازنة بين ما هو متطلب لضمان استجابة فعالة للإرهاب بطريقة تتضمن اعترفاً ملائماً بالقيم الأساسية لحكم القانون"<sup>(١)</sup>.

- (1) "The challenge for democracies in the battle against terrorism is not whether to respond, but rather how to do so. This is because Canadians value the importance of human life and liberty, and the protection of society through respect for the rule of law. Although terrorism necessarily changes the context in which the rule of law must operate, it does not call for the abdication of law. Yet, at the same time, while respect for the rule of law must be maintained in the response to terrorism, the Constitution is not a suicide pact. . . . The challenge for a democratic state's answer to terrorism calls for a balancing of what =

وثمة مقارنة مشابهة تبنتها المحكمة العليا الأمريكية في قضية Hamdi<sup>(١)</sup>. ففي هذه القضية، لاحظت القاضية O'Conner أنه:

"... يوجد نوع من التوتر يثور غالباً بين الاستقلال الذي تؤكد الحكومة ضرورة التمتع به من أجل السعي الفعال لتحقيق هدف معين، والضمانات الإجرائية التي يتمسك بها المواطن قبل حرمانه من حق دستوري. والآلية المعتادة التي تستخدم للموازنة بين هذه المصالح الجديدة المتعارضة، وكذلك لتحديد الضمانات الإجرائية الضرورية لضمان عدم حرمان المواطن من حياته أو حريته أو ملكيته دون احترامها هي إجراء اختبار... لتحديد الضمانات الإجرائية الواجبة الاحترام في حالة معينة عن طريق موازنة المصالح الخاصة التي يمكن أن تُمس بواسطة النشاط الرسمي في مواجهة المصلحة التي تؤكدها الحكومة، بما في ذلك الوظيفة التي تؤديها والأعباء التي يمكن أن تتحملها الحكومة في حالة تتطلب ضمانات إجرائية أكبر"<sup>(٢)</sup>.

= is required for an effective response to terrorism in a way that appropriately recognizes the fundamental values of the rule of law.", Re Application Under S.83.28 of the Criminal Code, supra p. 287, note 11 at 260.

- (1) Hamdi v. Rumsfeld 124 S. CT. 2633.
- (2) "[B]oth emphasize the tension that often exists between the autonomy that the government asserts is necessary in order to pursue effectively a particular goal and the process that a citizen contends that he is due before he is deprived of a constitutional right. The ordinary mechanism that we use for balancing such serious competing interests, and for determining the procedures that are necessary to ensure that =

**١ - مشكلة البحث:**

تسفر الأنشطة الإرهابية، في كثير من الأحيان، عن انخراط الدول في تبني إجراءات مقيدة لحقوق الإنسان تحت شعار مكافحة الإرهاب. ويظهر ذلك، بصفة خاصة، من خلال تبني قوانين تفيد حقوق وحرية الأفراد. ويلاحظ أن التحدي المتمثل في إقامة موازنة فعالة بين مكافحة الإرهاب وحماية حقوق الإنسان تكتسب أهمية كبيرة في الوقت الحاضر. وفي هذا السياق، يُشار إلى أن مجلس الأمن الدولي تبني القرار رقم (٤٥٦)، في ٢٠٠٣، ليؤكد على أن جميع الدول يجب عليها أن تضمن أن أي آلية تتبناها في مواجهة الإرهاب يجب أن تتسق مع القانون الدولي، لا سيما قانون حقوق الإنسان الدولي وقانون اللاجئين الدولي.

وفي الثامن من سبتمبر ٢٠٠٦، تبنت لجنة مكافحة الإرهاب "إستراتيجية الأمم المتحدة لمكافحة الإرهاب". وتنص هذه الإستراتيجية على أنه لا تناقض بين الإجراءات الفعالة لمكافحة الإرهاب والمحافظة على حقوق الإنسان، بل إن كلا المسارين مستقلان ومتكاملان. كما تؤكد هذه الإستراتيجية على أن سيادة القانون أو حكم القانون عنصر أساسي في مكافحة الإرهاب. ويلاحظ أن هذه التأكيدات قد أتت بعد أن عبرت الكثير من منظمات حقوق الإنسان عن قلقها بشأن الأزمة التي تواجهها حماية حقوق الإنسان نتيجة للحرب على الإرهاب. من ذلك، على سبيل المثال، أنه في الاحتفال السنوي

= a citizen is not "deprived of life, liberty or property" without due process of law... is the test... that the process due in any given instance is determined by weighing "the private interest that will be affected by the official action" against the Government's asserted interest "including the function involved" and the burdens the Government would face in providing greater process". Id. at 2467.

بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان في أعقاب هجمات الحادي عشر من سبتمبر، صدر بيان مشترك، يقول: "من الأساسي أن تحقق السياسات العامة موازنة عادلة تكفل حماية الحقوق والحريات الأساسية من ناحية، وذلك بالموازاة مع اتخاذ الإجراءات التشريعية التي يتطلبها الأمن الوطني والدولي من ناحية أخرى"<sup>(١)</sup>. والسؤال الأبرز الذي يُثار في هذا السياق هو: كيف يمكن للمحاكم أن تجرى موازنة معقولة بين ضرورة اتخاذ الدولة للإجراءات التي تستهدف المحافظة على الأمن الوطني من ناحية، وحماية الحقوق والحريات الأساسية للمواطنين من ناحية أخرى، وما هو الدور الذي يؤديه مبدأ التناسب للوصول إلى هذه الغاية؟

## ٢- صعوبات البحث:

تقدم القول إن هذا البحث يستهدف التعرف على كيفية إقامة موازنة عادلة بين اعتبارات الأمن من ناحية، واحترام حقوق الإنسان من ناحية أخرى، وذلك من خلال تطبيق مبدأ التناسب على الإجراءات التي تتخذها الدولة لمواجهة الإرهاب. ومن المسلم به أن إحدى الوظائف الرئيسية لمبدأ التناسب هي حماية جوهر الحقوق الأساسية. وفي هذا المعنى، يقول القاضي Aharon Barak " إن اختبار التناسب يعكس وجهة نظر دستورية مؤداها أن الغايات لا تبرر الوسائل. وتعتبر وجهة النظر هذه عن فكرة وجود عائق من القيم لا يمكن للديمقراطية تجاوزه، حتى ولو كان الغرض الذي يُسعى إلى

(1) "it is essential that general policies achieve a fair balance whereby fundamental human rights and freedoms are maintained on one hand and legislative issues concerning national and international security is preserved on the other hand. Combating terrorism should not lead to violations of human rights stipulated in international law". Available at: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/special/counter-terrorism.htm>

تحقيقه ثميناً". ومعنى ذلك، أن اختبار التناسب يستهدف إجراء موازنة تكفل عدالة الإجراءات المتخذة من جانب الدولة في مواجهة الأفراد<sup>(١)</sup>.

وتظهر الصعوبة التي تعترض هذا البحث في أنه على الرغم من أن التناسب يؤدي دوراً مهماً في قضاء المحاكم الدستورية الوطنية، وكذلك في قضاء محكمة العدل الأوروبية فإن المحاكم لا تعطي، دائماً، معنى واحداً لهذا المبدأ. من ذلك، على سبيل المثال، أن محكمة العدل الأوروبية تميز بين عناصر ثلاثة من عناصر مبدأ التناسب<sup>(٢)</sup>: (١) الملاءمة، (٢) ضرورة الإجراءات المتخذة، (٣) غياب التناسب (التناسب بالمعنى الضيق للكلمة). ومع ذلك، فإن هذه المحكمة قد لا تفحص، في بعض الحالات، سوى عنصرين فقط. وفي بعض الحالات الأخرى، تعتمد المحكمة، مباشرة، إلى معالجة العنصر الثالث فقط، أي "التناسب بالمعنى الضيق للكلمة". بيد أنه يمكن تفسير هذا المسلك بأن المحكمة تفترض، ضمناً، أن الإجراءات المطعون عليها في الحالة الماثلة أمامها ملائمة وضرورية لتحقيق غرض مشروع.

وعلى النقيض مما سبق، تفحص المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ما إذا كانت الإجراءات أو القيود المفروضة على أحد الحقوق التي تكرسها الاتفاقية الأوروبية

(1) "This subtest is in essence a vehicle for the constitutional outlook that the end does not justify the means. It is an expression of the idea that there is an ethical barrier that democracy cannot pass, even if the purpose that we wish to realize is a proper one", H CJ 8276/05 Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel v. Minister of Defence [33], at Para. 30 of my opinion); see also R. Alexy, A Theory of Constitutional Rights (2002), at p. 66).

(2) Sybe A. de Vries, The protection of fundamental rights within Europe's internal market after Lisbon – An endeavour for more harmony, The Europa Institute Working Paper 4/10, available at : [http://www.uu.nl/SiteCollectionDocuments/REBO/REBO\\_RGL/REBO\\_RGL\\_EUROPA/Working\\_Paper\\_de\\_Vries\[1\].pdf](http://www.uu.nl/SiteCollectionDocuments/REBO/REBO_RGL/REBO_RGL_EUROPA/Working_Paper_de_Vries[1].pdf)

لحقوق الإنسان "ضرورة في مجتمع ديمقراطي"، أو ما إذا كانت الإجراءات أو القيود في المواقف الطارئة ضرورية في ضوء متطلبات هذه المواقف.

واستناداً إلى قضاء محكمة العدل الأوروبية، تطبق المحكمة الدستورية الألمانية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان رقابة أو اختباراً مكوناً من أربع عناصر أو خطوات تتمثل فيما يلي: (١) هل للإجراء المطعون عليه غرض مشروع، وبعبارة أخرى هل يحمي الإجراء مصلحة مشروعة؟، (٢) هل الوسائل المستخدمة ملائمة؟، (٣) هل كانت الوسائل المستخدمة ضرورية، وبعبارة أخرى ألم يكن هناك طريقة أقل تدخلاً تحقق ذات النتيجة؟، (٤) هل تقييد الحق أو الحرية متناسب بالمعنى الضيق؟ ويتضح مما سبق أنه بينما تتطلب الخطوة الأولى تقييماً عاماً لغرض السياسة المتبعة، فإن الخطوات الثانية والثالثة والرابعة تتضمن بعداً خاصاً. ويلاحظ أن كلا عنصري الملاءمة والضرورة يتطلبان تقييم مدى إسهام قيد أو إجراء معين في تحقيق الغرض المطلوب.

ويبين مما سبق أن المحاكم المختلفة، سواء على المستوى الوطني أم فوق الوطني، تنظر بصورة مختلفة إلى العناصر أو الخطوات التي يتكون منها اختبار التناسب. ويزداد الأمر صعوبة إذا ما أخذ في الاعتبار أن مضمون كل عنصر يختلف، في بعض الأحيان، من محكمة لأخرى.

ولا شك أن مكافحة الإرهاب تشكل غرضاً مشروعاً. ذلك، أن الأنشطة الإرهابية تشير خطراً حقيقياً على حقوق الإنسان بالنسبة لمجموعات كبيرة من البشر وتقوض دعائم حكم القانون. ويجد هذا التقييم دعماً واسعاً له على المستويات الدولية والأوروبية والوطنية.

وعلى ذلك، تقسم الدراسة، في هذا البحث، إلى الفصلين التاليين:

الفصل الأول: القيود الواردة على الحقوق الأساسية في إطار مكافحة الإرهاب

الفصل الثاني: تطبيق مبدأ التناسب على إجراءات مكافحة الإرهاب

## الفصل الأول

### القيود الواردة على الحقوق الأساسية في إطار مكافحة الإرهاب

سنحاول، في هذا الفصل، دراسة إلى أي مدى يمكن أن يمثل الإرهاب<sup>(١)</sup> تسويغاً للقيود الاستثنائية على الحقوق والمبادئ العادية. ونسعى، في إطار هذه الدراسة، إلى تبين كيف تقوم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وعدد من المحاكم الوطنية بتقييم ما إذا كانت القيود المفروضة على الحقوق الأساسية يمكن تسويغها في سياق الحرب في مواجهة الإرهاب. وسنلقي الضوء، بصفة خاصة، على مسألة عدم الإفصاح عن المعلومات بالنسبة لهؤلاء المتأثرين بالإجراءات المتخذة في مواجهة الإرهاب. وهكذا، سيُخصص المبحث الأول لدراسة واجب الدولة لحماية مواطنيها في مواجهة الهجمات الإرهابية. بينما سيُكرس المبحث الثاني لتحديد إلى أي مدى يمكن أن يعتبر الإرهاب حالة طارئة تسوغ الخروج على معايير حقوق الإنسان المسلم بها. أما المبحث الثالث، فسيُفرد لدراسة قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الذي حاولت فيه تحديد إلى أي

(١) تجدر الإشارة إلى أنه ليس من هدفنا في هذا البحث التوقف عند تعريف الإرهاب، لأن هذه المسألة كانت محللاً للاهتمام في معظم الأبحاث المتعلقة بموضوع الإرهاب، ولكن هدفنا يتمثل في مجرد الإجابة على سؤال محدد هو: كيف يمكن الموازنة بين ضرورة اتخاذ إجراءات لمواجهة الإرهاب من ناحية، وعدم انتهاك جوهر الحقوق والحريات الأساسية من ناحية أخرى. ومع ذلك، يمكن تعريف الإرهاب بأنه: (استراتيجية تشجيع العنف المرتكب من قبل الأفراد للوصول إلى سلطة من حيث النتيجة) كما يمكن تعريفه أيضاً بأنه (سلوك إكراهي، فردي أو جماعي)،

Bassiouni 1975, p. 14 in (final Document: conclusions and Recommendations of the conference.)

- وتعرف الأمم المتحدة الإرهاب بأنه " تلك الأعمال التي تعرض للخطر أرواحاً بشرية بريئة أو تهدد الحريات الأساسية أو تنتهك كرامة الإنسان"، د. هيثم الكيلاني، الإرهاب يؤسس دولة، دار الشروق، ١٩٩٧، ص ١٧.

مدى يمكن أن يُنظر إلى اعتبارات الأمن باعتبارها مسوغاً كافياً لتقييد الحقوق التي كرسها المحكمة. ويُخصص المبحث الرابع لدراسة قرارات مجلس اللوردات الإنجليزي. ومن المعلوم أن قرارات مواجهة الإرهاب في المملكة المتحدة- مثل قرارات اعتقال الأجانب غير محددة المدة، وأوامر الرقابة، والسماح بتعذيب طرف ثالث للحصول على الأدلة- قد تعرضت للطعن عليها استناداً إلى- وفقاً لرأي المدعين- عدم مطابقتها مع قانون حقوق الإنسان لعام ١٩٩٨ والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وقد أصدر مجلس اللوردات الإنجليزي عدداً من المبادئ بشأن القيم أو المبادئ التي لا يمكن التضحية بها حتى في مواجهة التهديد باعتداءات إرهابية. ونتناول، في المبحث الخامس قضاء الإرهاب في الدول غير الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، لا سيما القضاء الأمريكي والقضاء الإسرائيلي. وفي هذا السياق، يُشار إلى أن المحاكم الأمريكية، بما في ذلك المحكمة العليا، قد أصدرت قرارات، في قضايا متعددة، بشأن ما إذا كان للمعتقلين في معتقل Guantanamo الاعتماد على الحق في المثول أمام قاض أو الحق في الطعن أمام المحاكم المدنية<sup>(١)</sup> *the right of habeas corpus*. كما طلب من المحكمة العليا الإسرائيلية أن تفصل، في قضايا متعددة، في مدى مشروعية إجراءات مكافحة الإرهاب. ففي حكم بشأن "الضربات الوقائية" و "حالات القتل المستهدفة"، بحثت المحكمة ما إذا كان بالإمكان تطبيق مبدأ المسألة السياسية *the political question doctrine* على سياسات مكافحة الإرهاب. وأخيراً، سيتم إفراد المبحث السادس للإطار القانوني لمكافحة الإرهاب في مصر.

(١) حق *habeas corpus* يعنى الحق في المثول أمام القضاء في محكمة عادلة، وبأن لا يُحاكم شخص بناء على أقواله فقط أو أقوال الشاكي فقط، أي أن تكون هناك أسباب وأدلة قوية وكافية تفيد صحة الاتهام. ومن المعلوم أن هذا المبدأ قد تكرر لأول مرة في الميثاق الأعظم الإنجليزي أو ما يعرف بـ (الماجنا كارتا) وهذا الميثاق يعتبر جزءاً من عملية نضالية طويلة أدت في نهاية المطاف إلى الحد من سلطة الملك وترسيخ حكم القانون، لمزيد من التفاصيل، انظر: د. يوسف محمد الحارس، إعلان المبادئ أولاً... الدستور ثانياً، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://libya-al-mostakbal.org/news/clicked/26069>

## المبحث الأول

### واجب الحماية

#### *Duty to Protect*

تستهدف الأعمال الإرهابية<sup>(١)</sup> تدمير حقوق الإنسان والديمقراطية وحكم القانون. ومن ثم، فإن الدول، تتمتع، ليس فقط بحق مشروع، ولكن أيضاً بواجب ضمان الأمن الوطني وحماية هؤلاء الخاضعين لسلطتها. وقد اعترفت بذلك العديد من المحاكم في سياقات مختلفة.

من ذلك، على سبيل المثال، أن المحكمة العليا الإسرائيلية اعترفت بوجود واجب لحماية المجتمع من الإرهاب *a duty to protect society from terrorism*<sup>(٢)</sup>. حيث ذهبت المحكمة، في سياق تعليقها على سياسة الحكومة بشأن "حالات القتل المستهدف" *targeted killings* و"الضربات الوقائية" *preventive strikes*، إلى أن:

" المسألة ليست ما إذا كان من الممكن أن ندافع عن أنفسنا في مواجهة

(١) من المعلوم أن الإرهاب نوع خطير من الإجرام له وسائله والخاصة وأهدافه غير المشروعة، وله آثاره الضارة وتأثيراته على الأفراد والممتلكات الخاصة. لمزيد من التفاصيل، راجع د. إبراهيم عيد نايل، جرائم الإرهاب، السياسية الجنائية في مواجهة الإرهاب في القانونين الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية ١٩٩٥، ص ٥؛ وأيضاً د. محمد عبد اللطيف عبد العال، جريمة الإرهاب، دار النهضة ١٩٩٤، ص ٣ وما تلاها.

(2) Supreme Court of Israel, HCJ 769/02 [2006] HCJ 769/02, Public Committee against Torture in Israel et al v Government of Israel et al , 13 December 2006; available in English at: [http://elyon1.court.gov.il/Files\\_ENG/02/690/007/a34/02007690.a34.pdf](http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/a34/02007690.a34.pdf) , at Para 63.

الإرهاب. ذلك، أنه من الممكن، بالطبع، فعل ذلك، بل إن الأمر يصبح واجباً في بعض الأحيان. ولكن المسألة هي كيف نفعل ذلك؟<sup>(١)</sup>.

وبالمثل، اعترفت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأنه يجب إعطاء الوزن المستحق لواجب حماية المجتمع في مواجهة الإرهاب<sup>(٢)</sup>. ولذلك، منحت هذه المحكمة الدول الأعضاء في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان هامشاً واسعاً من السلطة التقديرية لتحديد ما هو ضروري في هذا الخصوص. من ذلك، على سبيل المثال، أن المحكمة قضت، في قضية Kiliç<sup>(٣)</sup> بأنه يقع على عاتق الدول واجب إيجابي لحماية مواطنيها من اعتداءات الغير، كما يجب على هذه الدول، بصفة خاصة، تجريم الإساءات الخطيرة وتبني إنشاء نظام قضائي فعال<sup>(٤)</sup>.

وقد قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بصفة خاصة بأن المادة [ (1) s ] من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان:

- (1) “The question is not whether it is possible to defend ourselves against terrorism. Of course it is possible to do so, and at times it is even a duty to do so. The question is how we respond.”, Supreme Court of Israel, HCJ 769/02 [2006] HCJ 769/02, Public Committee against Torture (n 5 above), Para 63.
- (2) ECtHR, Erdem v Germany (2001) 35 EHRR 383, see in particular paras 64 and 69.
- (3) ECtHR, Kiliç v Turkey (2001) 33 EHRR 58.
- (4) See also the decision of the Inter-American Court of Human Rights: Velásquez Rodríguez Case, Inter-Am Ct HR, Ser C, No 4, Para 166 (1988); holding that state parties must investigate and punish any violation of the rights recognized by the American Convention on Human Rights.

"تلتزم الدول، ليس فقط بالإحجام عن سلب الحياة بصورة متعمدة وغير مشروعة، ولكن أيضاً باتخاذ خطوات ملائمة لحماية حياة هؤلاء الذين يعيشون في نطاق اختصاصها. وينطوي هذا الالتزام على واجب مبدئي ملقى على عاتق الدولة بأن تحمي الحق في الحياة عن طريق تطبيق نصوص جنائية فعالة، لمنع ارتكاب الجرائم في مواجهة الشخص، مدعومة بآلية إنفاذ للقانون من أجل الوقاية والعقاب على المخالفات التي ترتكب بالمخالفة لهذه النصوص. كما يتسع هذا الإلزام، في بعض الظروف، ليشمل واجباً إيجابياً واقعاً على عاتق السلطات باتخاذ إجراءات فعالة لحماية الفرد أو الأفراد الذين تتعرض حياتهم للخطر نتيجة الأعمال الإرهابية التي يرتكبها شخص آخر"<sup>(١)</sup>.

وفي حكم يتعلق بمدى دستورية نص تشريعي يسمح بإطلاق النار لإسقاط الطائرات المختطفة من جانب الإرهابيين، بينت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية

(1) "enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction....This involves a primary duty on the State to secure the right to life by putting in place effective criminal law provisions to deter the commission of offences against the person, backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions. It also extends in appropriate circumstances to a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual or individuals whose life is at risk from the criminal acts of another individual...."ECtHR, Kiliç v Turkey (n 9 above), Para 62; see also: ECtHR, Osman v UK , judgment of 28 October 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII, Para 115.

الحدود القصوى لواجب الدولة لحماية الأفراد من الإرهاب<sup>(١)</sup>. وقد خلصت المحكمة الدستورية الألمانية إلى أنه إذا كان يوجد مسافرون أبرياء على متن هذه الطائرات، فإن مثل هذا الإذن التشريعي لا يتسق مع الكرامة الإنسانية كما تحميها الفقرة الأولى من المادة الأولى من الدستور الألماني<sup>(٢)</sup> (٣). وهكذا، قضت المحكمة الدستورية الألمانية بأن الدولة ليس مسموحاً لها بأن تنتهك الكرامة الإنسانية من أجل حماية الحق في الحياة<sup>(٤)</sup>. ويرجع ذلك إلى أن قتل المسافرين الأبرياء غير المتورطين نتيجة قرار الدولة بإسقاط الطائرة المختطفة "يعني أن الدولة تعامل هؤلاء الأشخاص الأبرياء، في إطار عملياتها الإنقاذية، كمجرد أشياء لحماية الآخرين"، وذلك يعني التضحية بحياة بعض الأشخاص لحماية حياة أشخاص آخرين.

(1) GCC, judgment of 15 February 2006 (Aviation Security Act), 1 BvR 357/05, 115 BVerfGE 118; Nina Naske and Georg Nolte, 'Aerial Security Law.' Case No 1 BvR 357/05. 115 BVerfGE 118, American Journal of International Law, Vol 101, No 2 (Apr 2007), p 466–71.

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون الأساسي الألماني على أن: "كرامة الإنسان غير قابلة للمساس بها. فاحترامها وحمايتها يمثلان واجباً إلزامياً على جميع سلطات الدولة".

(3) Article 1(1) GG: 'Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.' ('Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.')

(٤) لمزيد من التفصيل حول مفهوم الكرامة الإنسانية، انظر: د. وليد محمد الشناوي، مفهوم الكرامة الإنسانية في القضاء الدستوري، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، مجلة روح القوانين التي تصدر عن كلية الحقوق، جامعة طنطا، ٢٠١١؛ د. وليد محمد الشناوي & د. تامر محمد صالح، مدى دستورية المساءلة الجنائية للشريك عن الجريمة المحتملة: "حماية الكرامة الإنسانية للشريك"، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الرابع عشر لكلية الحقوق جامعة المنصورة تحت عنوان "مستقبل النظام الدستوري للبلاد" المنعقد في كلية الحقوق/ جامعة المنصورة- في الفترة من ١٧-١٨ أبريل ٢٠١٢.

وفي هذه القضية، اعترفت المحكمة بأن الدولة يقع عليها واجب حماية حياة كل فرد من الهجمات والاعتداءات غير المشروعة من الغير<sup>(١)</sup>. وقد رأت المحكمة الدستورية الألمانية أن أساس هذا الواجب يكمن في ضمانة الكرامة الإنسانية. وفي موازنتها بين هذه الالتزامات، قدرت المحكمة أن المدى الدقيق لواجب الدولة في حماية الكرامة الإنسانية لا يمكن تحديده بصورة دقيقة:

"إن الالتزام باحترام الكرامة الإنسانية يستبعد، بصفة عامة، اعتبار الكائن الإنساني مجرد شيء تتصرف فيه الدولة. ولذلك، ما يُعتبر محظوراً، بصورة مطلقة، هو أي معاملة للكائن الإنساني، من جانب السلطة العامة على نحو يثير التساؤل بشأن صفته كشخص، إذا كانت هذه المعاملة تنطوي على نقص في احترام القيمة الواجبة لكل فرد إنساني باعتباره شخصاً"<sup>(٢)</sup>.

وهكذا، اعترف عدد من المحاكم، بما في ذلك المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، بواجب الدولة لحماية الأفراد الخاضعين لاختصاصها. ومع ذلك، فإن السؤال الأهم- كما تذهب إلى ذلك المحكمة العليا الإسرائيلية- ليس ما إذا كان يوجد مثل هذا الواجب، ولكن، بالأحرى، إلى أي مدى يصل هذا الواجب، وكيف يؤثر على الاستجابة الضرورية والممكنة قانوناً للتهديدات الإرهابية. ذلك، أن الدول يجب عليها أن تتخذ

(1) GCC, Aviation Security Act , Para 120 (118 in the English translation).

(2) "the obligation to respect and protect human dignity generally precludes making a human being a mere object of the state. What is thus absolutely prohibited is any treatment of a human being by public authority which fundamentally calls into question his or her quality of a subject ... by its lack of the respect of the value which is due to every human being for his or her own sake, by virtue of his or her being a person.", GCC, Aviation Security Act, Para 121 (119 in the English translation).

الإجراءات الضرورية لاحتواء التهديدات الإرهابية، كما يجب عليها أن تتخذ الإجراءات اللازمة لحماية الأشخاص الخاضعين لولايتها من الأشكال الأخرى من الجرائم. بيد أن هذا الواجب لا يسوغ، بمفرده، اتخاذ أي إجراء معين. حيث لا يقدم هذا الواجب أي إجابة على السؤال الخاص بما إذا كان تقييد معين لحقوق الإنسان متناسبًا. وفي هذا الصدد، يقول اللورد Hofmann، في قضية معتقلي Belmarsh:

"بالطبع، يقع على عاتق الدولة واجب حماية حياة وملكية مواطنيها. بيد أن هذا الواجب يُثقل كاهل الدولة طوال الوقت، ويجب على الدولة القيام بهذا الواجب دون تدمير حرياتنا الدستورية..."<sup>(١)</sup>.

ويبين، مما سبق، أن ثمة علاقة توتر تنشأ بين الحرية والأمن، لا سيما عندما يسفر أعمال ضمانات الحقوق الأساسية- في إطار الوظيفة التي تؤديها كحقوق للمواطنين في مواجهة الدولة- عن وضع قيود على الأنشطة التي تقوم بها الدولة. ويلاحظ أن النظرة إلى الحقوق الأساسية فقط باعتبارها حقوقًا للمواطنين قد تراجعت في الوقت الحاضر. وبدلاً من ذلك، أضحى من المسلم به أن ثمة التزامات بالحماية تقع على عاتق الدولة. وتستند مثل هذه الالتزامات على الدستور، ما دام أن حكم القانون يلزم الدولة بحماية مواطنيها<sup>(٢)</sup>. ومن ثم، يجب أن تكون الدولة في وضع يسمح لها

(1) "Of course the government has a duty to protect the lives and property of its citizens. But that is a duty which it owes all the time and which it must discharge without destroying our constitutional freedoms...", House of Lords, Belmarsh detainees case (n 3 above), Para 95 per Lord Hoffmann.

(٢) تجدر الإشارة إلى أن التزام الدولة باحترام الحقوق الأساسية لدى أذائها لواجبها في حماية مواطنيها منصوص عليه في عدد من الدساتير المعاصرة، مثال ذلك الفقرة (٢) من المادة (١) من القانون الأساسي الألماني.

بضمان أمنها الداخلي. وفي ضوء التهديدات الإرهابية الجديدة التي تواجهها كثير من دول العالم، يجب أن تكون الدولة، التي تخضع لمبدأ حكم القانون، قادرة على الاستجابة لهذه التهديدات<sup>(١)</sup>. والمعيار الأهم في هذا السياق هو فعالية الإجراءات التي تتخذها الدولة لحماية أمنها من ناحية، واستخدام هذه الإجراءات على نحو يتسق مع متطلبات مبدأ التناسب من ناحية أخرى.

---

(١) من ذلك، على سبيل المثال، ما قضت به المحكمة الفيدرالية الدستورية الألمانية من أن "التزاماً بحماية، ليس فقط الفرد، ولكن أيضاً المواطنين موجود في القانون الأساسي. وأداء هذا الواجب بفعالية يتطلب من سلطات الدولة المختصة أن تكون في وضع يسمح لها بالاستجابة بصورة ملائمة للظروف الملائمة لكل حالة على حدة".

- Marianne Wade, Almir Maljevic, A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications, 2009, p. 30.



## المبحث الثاني

### الإرهاب باعتباره من قبيل الظروف الاستثنائية

يمكن أن يسفر الإرهاب عن قيام حالة طارئة a state of emergency<sup>(١)</sup>. وهذه الملاحظة ليست محلاً لأي خلاف. ومع ذلك، فإن هذه الملاحظة لا تصح إلا في ظل توافر ظروف معينة وضوابط مشددة جداً. ومن ثم، فإن حقيقة أن هجوماً إرهابياً يمكن أن يقع في أي زمان وفي أي مكان لا تسوغ قيام "حالة طوارئ شاملة" a 'global emergency'. ويقع على المحاكم الوطنية عبء تحديد المبادئ الأساسية التي تحكم عمل الأنظمة القانونية في ظل الظروف الاستثنائية لمجتمع معرض لخطر الإرهاب. ومن ثم، يثار التساؤل في ظل أي ظروف يمكن أن يرتقى الإرهاب الدولي إلى تهديد بمثل هذا القدر من الخطورة، بحيث لا يمكن التعامل معه وفقاً للقواعد العامة الدولية والأوربية والقانون الدستوري الوطني؟ ومتى يمكن اعتبار الخروج على هذه القواعد العامة مسوغاً؟

وتجدر الإشارة إلى أن الحقوق الإجرائية، في ظل الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، ليست مطلقة. حيث تسمح المادة (١٥) من الاتفاقية للدول المتعاقدة تقييد بعض حقوق الإنسان بصورة مؤقتة<sup>(٢)</sup>. ومن ثم، يمكن للدول أن تتبنى بعض الإجراءات

(1) This was accepted for Northern Ireland in: ECtHR, Lawless v Ireland (No 3) , Application No 332/57, judgment of 1 July 1961; ECtHR, Ireland v United Kingdom (1978) 2 EHRR 25.

(2) Article 15 ECHR: 'Derogation in time of emergency (1) In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the =

التي يمكن أن تشكل انتهاكًا للاتفاقية. ومع ذلك، توجد طائفة أخرى من حقوق الإنسان المطلقة، المنصوص عليها في الاتفاقية، لا يمكن الخروج عليها بأي حال من الأحوال<sup>(١)</sup>.

= exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.' See also: Art 4 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR): 2. ((1)) In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin. 4. ((2)) No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs 1 and 2), 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision. 6. ((3)) Any State Party to the present Covenant availing itself of the right of derogation shall immediately inform the other States Parties to the present Covenant, through the intermediary of the Secretary-General of the United Nations, of the provisions from which it has derogated and of the reasons by which it was actuated. A further communication shall be made, through the same intermediary, on the date on which it terminates such derogation.

(1) See Art 15(2) ECHR referring to Arts 2, 3, 4(1) and 7 ECHR.

(١) تنص هذه المادة على ما يلي : ١- لكل شخص - عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته، أو في اتهام جنائي موجه إليه - الحق في مرافعة علنية عادلة خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة غير منحازة مشكلة طبقًا للقانون.

ويصدر الحكم علنيًا. ويجوز منع الصحفيين والجمهور من حضور كل الجلسات أو بعضها حسب مقتضيات النظام العام أو الآداب أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي. أو عندما يتطلب ذلك مصلحة الصغار أو حماية الحياة الخاصة للأطراف. وكذلك إذا رأت المحكمة =

ولا تندرج المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان- التي تحدد ضمانات المحاكمة العادلة- في إطار هذه الطائفة من الحقوق التي لا يجوز الخروج عليها. بل إن المادة السادسة لا تحدد حتى الحد الأدنى الجوهري الذي لا يجوز الخروج عليه لضمانات المحاكمة العادلة. وتصح ذات الملاحظة بالنسبة للمادة (١٤) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية *the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)* المتعلقة بضمانات المحاكمة العادلة. ولذلك، فإن الجزاءات الفردية تعد غير مشروعة، لأنها تشكل انتهاكاً لأكثر الحقوق الجوهرية أساسية بالنسبة للخاضعين لهذه الجزاءات<sup>(١)</sup>. والسؤال الذي يُثار في هذا السياق هو

= في ذلك ضرورة قصوى في ظروف خاصة حيث تكون العلنية ضارة بالعدالة.

٢- كل شخص يتهم في جريمة يعتبر بريئاً حتى تثبت إدانته طبقاً للقانون.

٣- لكل شخص يتهم في جريمة الحقوق الآتية كحد أدنى:

أ- إخطاره فوراً - وبلغة يفهمها وبالتفصيل - بطبيعة الاتهام الموجه ضده وسببه.

ب- منحه الوقت الكافي والتسهيلات المناسبة لإعداد دفاعه.

ج- تقديم دفاعه بنفسه، أو بمساعدة محام يختاره هو، وإذا لم تكن لديه إمكانيات كافية لدفع تكاليف هذه المساعدة القانونية، يجب توفيرها له مجاناً كلما تطلبت العدالة ذلك.

د- توجيه الأسئلة إلى شهود الإثبات، وتمكينه من استدعاء شهود نفي وتوجيه الأسئلة إليهم في ظل ذات القواعد كشهود الإثبات.

هـ - مساعدته بترجم مجاناً إذا كان لا يفهم أو لا يتكلم اللغة المستعملة في المحكمة.

(1) This was held repeatedly by the CFI for individual sanctions under the autonomous European sanctions regime, eg: Case T-228/02, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran v Council and UK (OMPI I)* [2006] ECR II-4665; Case T-256/07, *People's Mojahidin Organization of Iran v Council (OMPI II)*, judgment of 23 October 2008, not yet reported; appeal pending; Case C-576/08 P, *People's Mojahedin Organization of Iran*; Case T-284/08, *People's Mojahedin Organization of Iran v Council (OMPI III)*, judgment of 4 December 2008.

ما إذا كان الإرهاب الدولي يسمح للدول بالخروج، بصورة مشروعة، على جوهر ضمانات المحاكمة العادلة.

وفي هذا السياق، يُشار إلى أن ثمة معايير ثلاثة يجب استيفاؤها في ظل المادة (١٥) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وتتمثل هذه المعايير فيما يلي:

١- يجب أن يكون هناك موقف أو حالة طارئة **there has to be an emergency situation (designation)**

٢- يجب أن يكون الخروج (على المبادئ الأساسية) ضروريًا **the derogation to be necessary has**

٣- ألا يكون هذا الخروج غير متسق مع الالتزامات الأخرى للدولة في ظل القانون الدولي<sup>(١)</sup>

**The derogation is not inconsistent with other obligations of the derogating state under international law**

أما بالنسبة للسؤال المتعلق بالمعيار الأول، يُلاحظ أن كلاً من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والعهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية لا يقدمان تعريفاً لما يعتبر "حالة طارئة عامة" **'public emergency'** a. على أن تقرير مجلس الأمن أن الإرهاب الدولي يعد تهديداً للأمن والسلم الدوليين يمكن أن يفيد في افتراض قيام حالة طارئة. ومع ذلك، فإن هذا التقرير قد لا يسوغ، بصورة تلقائية، تطبيق الاستثناءات التي تستلزمها حالة الطوارئ. وفي هذا السياق، يُشار إلى أنه لا الاتفاقية الأوروبية

(1) See also: Matthias Maslaton, *Notstandsklauseln im regionalen Menschenrechtsschutz. Eine vergleichende Untersuchung der Artikel 15 EMRK and 27 AMRK* (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2002).

لحقوق الإنسان ولا العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، يسمحان بخروج عام "للمحافظة على أو استعادة الأمن والسلم الدوليين"<sup>(١)</sup>، كما أنهما لا يحددان مدى أهمية أو ضرورة الأنشطة المتخذة في ظل نظام للأمن الجماعي بأي طريقة أخرى. وفوق ذلك، من المسلم به، وفقاً لقواعد التفسير القانوني، أن الاستثناءات يجب تفسيرها تفسيراً ضيقاً. ومن ثم، فإن الحالة الطارئة لا يمكن تأسيسها على مستوى مجرد عام، أي أن الحالة الطارئة لا تسمح بالاستثناء أو الخروج على المبادئ الأساسية سوى بالنظر إلى موقف معين، وبالنظر إلى حائز معين للحقوق.

وقد أتيح لمحكمة العدل الدولية، مناسبات متعددة للفصل في تطبيق قانون حقوق الإنسان في المنازعات المسلحة. حيث خلصت هذه المحكمة إلى قابلية القانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان للتطبيق في مثل هذه الظروف<sup>(٢)</sup>. وقضت المحكمة بأن وجود الحالة الطارئة، بمفردها، لا يقود إلى عدم تطبيق أنظمة حقوق الإنسان، ولكن يجب على الدولة، أولاً، أن تخرج، بصورة مشروعة على نص معين<sup>(٣)</sup>.

ويلاحظ أن التآقيت ليس متطلباً صريحاً للمادة (١٥) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أو المادة (٤) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية. ومع ذلك، يمكن القول إن الطبيعة الاستثنائية والمؤقتة متضمنة في مصطلح "الطارئة"

(1) Article 39 UN Charter.

(2) ICJ, Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda), Jurisdiction of the Court, Judgment, ICJ Report 2005, 1–104, 71 (Para 220).

(3) ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 226–67, 240 (Para 25); Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, 134–203, 178 (Para 106).

emergency. وقد لاحظت لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان UN Human Rights Committee، فيما يتعلق بالمادة (٤) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، أن:

"الإجراءات التي تمثل خروجاً على نصوص العهد المذكور يجب أن تكون ذات طبيعة استثنائية ومؤقتة"<sup>(١)</sup>.

ومن الواضح أن أوجه الشبه النصية والسياقية بين كلا بندي الخروج أو المخالفة derogation provisions يسوغان استخدام تعليقات لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، باعتبارها سلطة إقناعية، لتفسير المادة (١٥) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>(٢)</sup>. وبالمثل، يمكن أن تقدم تعليقات لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، فيما يتعلق بتقارير الدول والقضايا الفردية، قيمة إرشادية في هذا السياق. وتبدي هذه اللجنة اهتماماً واضحاً بمدة استمرار الإجراءات الاستثنائية emergency derogations التي تسوغها الحالات الطارئة<sup>(٣)</sup>. وفوق ذلك، إذا كان يمكن القول إن الخروج على الحقوق الأساسية ليس ممكناً في النزاعات المسلحة- التي تعد شكلاً

(1) UN Human Rights Committee, General Comment No 29 (24 July 2001) on Art 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Para 2.

(2) This is what Lord Bingham did: House of Lords, Belmarsh detainees case (n 3 above), Para 22.

(3) See eg: CCPR/CO/76/EGY, Para 6 (2002); CCPR/CO/71/SYR, Para 6 (2001); CCPR/C/79/Add.93, Para 11 (1998); CCPR/C/79/Add. 81, Para 19 (1997), all available at: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/index.htm>.

خطيراً ومركزاً من الحالات الطارئة- فلا يمكن الأخذ به في حرب مشروعة مستمرة ومفتوحة في مواجهة الإرهاب<sup>(١)</sup>.

وفي نوفمبر ٢٠٠١، أعلنت حكومة المملكة المتحدة أن ثمة "حالة طارئة عامة تتهدد حياة الأمة، توجد في المملكة المتحدة، تسوغ الخروج على الفقرة (١) من المادة (٥) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان"<sup>(٢)</sup>. وقد تضمن الأمر المُعلن لهذه الحالة الإشارة إلى الهجمات الإرهابية في نيويورك وواشنطن دي سي وبنسلفانيا في ١١ سبتمبر ٢٠٠١، وكذلك قرارات مجلس الأمن ١٣٦٨ (٢٠٠١)، ١٣٧٣ (٢٠٠١) اللذين أعلننا أن الإرهاب يشكل تهديداً للأمن والسلم والدوليين<sup>(٣)</sup>. وفي ذلك الوقت (قبل يوليو ٢٠٠٥)، لم تكن هناك هجمات إرهابية على الأراضي البريطانية يمكن وصفها بأنها إرهاب دولي<sup>(٤)</sup>.

في قضية *Belmarsh detainees case*، أخضع مجلس اللوردات الإنجليزي إعلان الحكومة حالة الطوارئ لتقييمه<sup>(٥)</sup>(٦). وقد ذهب اللورد Bingham إلى أن "ثمة

(1) See also: Evelyne Schmid, 'The Right to a Fair Trial in Times of Terrorism: A Method to Identify the Non-Derogable Aspects of Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights', *Göttingen Journal of International Law* 1 (2009), p. 38 et seq.

(2) Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001, SI 2001 No 3644.

(3) See Chapter 1, Section 3.

(4) As is well-known, 'terrorist acts' had been committed in the Northern Irish context.

(5) House of Lords, *Belmarsh detainees case*.

(6) Only Lord Scott questioned how the domestic courts could enforce Art 15 ECHR since it does not form part of the Convention rights incorporated into domestic law by the Human Rights Act 1998 (House of Lords, *Belmarsh detainees case*, op. Cit., Para 135).

وزناً كبيراً يجب أن يعطي لتقدير الأفرع السياسية للحكومة بشأن هذه المسألة، لأن إعلان حالة الطوارئ يعدّ تقديراً سياسياً في المقام الأول"<sup>(١)</sup>. ولكن تجدر الإشارة إلى أن اللورد Bingham قد أكد، أيضاً، أن "الوظيفة الصحيحة للقضاء تتمثل في إخضاع الأسباب التي يستند إليها الحكومة بشأن هذه المسائل لتحليل دقيق"<sup>(٢)</sup>. وقد خلصت أغلبية ثمانية- باستثناء اللورد Hoffmann- إلى أنه يمكن القول بوجود "حالة طارئة عامة تتهدد حياة الأمة". ومع ذلك، فقد خلص سبعة من هؤلاء الأعضاء الثمانية إلى أن النص الخاص بالاعتقال غير متناسب. وقد انفرد اللورد Walker بتبني موقف مؤداه أنه ليس فقط توجد حالة طارئة عامة، ولكن أيضاً يتسم نص الاعتقال بالتناسب<sup>(٣)</sup>.

ومن الواضح أن موقف مجلس اللوردات ليس مفاجئاً، لاسيما إذا أخذ في الاعتبار هامش التقدير الواسع الذي تمنحه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان للأطراف المتعاقدة في تحديد ما يشكل حالة طارئة. ففي قضية *Lawless v Ireland*<sup>(٤)</sup>، عرفت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حالة الطوارئ العامة التي تهدد حياة الأمة :

- (1) 'great weight' should be given to the judgment of the political branches on this question, because declaring a state of emergency is 'a pre-eminently political judgment', House of Lords, Belmarsh detainees case, op. cit., Para 29 per Lord Bingham of Cornhill.
- (2) "it is the proper function of the judiciary to subject the government's reasoning on these matters to very close analysis ",House of Lords, Belmarsh detainees case, op. cit., Para 116 per Lord Hope of Craighead.
- (3) House of Lords, Belmarsh detainees case, op. cit., Para 191 et seq, per Lord Walker of Gestingthorpe.
- (4) ECtHR, *Lawless*, op. Cit., Para 28.

"بأنها موقف استثنائي لأزمة أو حالة طارئة تصيب مجمل السكان وتشكل تهديداً للحياة المنظمة للمجتمع الذي تتشكل منه الدولة".

وفوق ذلك، يجب أن تكون الحالة الطارئة إما "واقعة" أو "حالة" actual أو وشيكة imminent<sup>(١)</sup>. ومع ذلك، تقرر المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بوجود حالة طارئة، في مفهوم المادة (١٥) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، عندما تعلن الدولة المتعاقدة وجود هذه الحالة<sup>(٢)</sup>.

وفي ذات الوقت، استخلص اللورد Bingham، من قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، أنه كلما كان يُعتقد أن الحالة الطارئة ستدوم مدة أطول، كلما كان واجباً إخضاع وجود هذه الحالة لدرجة أعلى من الرقابة<sup>(٣)</sup>. ويقود هذا، فيما يتعلق بالإرهاب الدولي، إلى تبني أعلى درجة ممكنة من الرقابة القضائية لتحديد ما إذا كانت مثل هذه الحالة توجد في دولة معينة وفي الوقت الذي أعلنت فيه.

(1) ECtHR, The Greek case (1969) 12 Yearbook ECHR 1, Para 153.

(2) See eg: 'By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it.' (ECTHR, Ireland v UK (1978), op. cit., Para 207).

(3) House of Lords, Belmarsh detainees case (n 3 above), Para 17–18, referring to: ECtHR, Lawless (n 18 above); ECtHR, The Greek case (1969) (n 40 above); ECtHR, Ireland v UK (1978) (n 18 above); ECtHR, Brannigan and McBride v UK (1993) 17 EHRR 539; ECtHR, Aksoy v Turkey (1996) 23 EHRR 553; ECtHR, Marshall v UK (Application No 41571/98) (unreported) 10 July 2001.

غير أن تهديد الإرهاب ليس محدوداً في وقته أو مجاله<sup>(١)</sup>. ومن الواضح أن هذا التجريد، مقارنة بالهجوم الواقعي المحدد، يمكن أن يتمخض عن خطر مؤداه أن الاستثناء يصبح القاعدة وأن القواعد الأكثر أساسية يمكن أن يتم تعليق العمل بها بصورة دائمة، إلى درجة أن يبدو للذاكرة الجمعية أن هذه القواعد الأساسية قد تم إلغاؤها. ولذلك، يسوغ اعتبار الإرهاب حالة طارئة فقط مادام أن الاستثناء لا ينقلب ليصبح القاعدة<sup>(٢)</sup>. ويشير كثير من الكتاب إلى أن الخطر هو المبدأ المنظم لمجتمع اليوم<sup>(٣)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن تهديد الإرهاب لا يكفي لتسوية الخروج العام على الالتزام بحقوق الإنسان. ويذهب اللورد Hope إلى أنه يجب الاعتراف بأنه رغم احتمال وقوع الهجمات دون تحذير، فقد لا يكون ممكناً تحديد مرحلة معينة يمكن القول خلالها إن هذه الهجمات قد أضحت وشيكة<sup>(٤)</sup>. وفي ضوء عدم تقييد الإرهاب الدولي بأي حدود، يثور التساؤل بشأن ما إذا كان يمكن الاعتراف بقيام حالة طارئة دون دليل على أن هذا التهديد قد أصبح أمراً واقعاً بالنسبة لدولة معينة. ولذلك، يذهب بعض الكتاب إلى أن مجرد الإشارات العامة إلى الهجمات الإرهابية في الدول الأخرى لا تكفي للقول بوجود حالة طارئة في ظل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

(1) See also: Louise Richardson, *What Terrorists Want: Understanding the Enemy, Containing the Threat* (London: Random House, 2006).

(2) Explaining how exceptional circumstances threaten to become the norm: Ulrich Beck, *Weltrisikogesellschaft* (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2007), p 24 et seq.

(3) Ulrich Beck, *Weltrisikogesellschaft*, *ibid.*

(4) House of Lords, *Belmarsh detainees case* (n 3 above), Para 119 per Lord Hope of Craighead.

ففي قضية **Belmarsh detainees**، أشار عدد من اللوردات تساؤلات قوية بشأن "الخروج على القواعد الأساسية" الذي تسعى إليه الحكومة. من ذلك، على سبيل المثال، ما أشارت إليه البارونة Hale من أن "الإعلان غير المسوغ لحالة الطوارئ يعد أداة شائعة للاستبداد"<sup>(١)</sup>. كما لاحظ اللورد Hoffmann - وهو الوحيد الذي لم يوافق على وجود حالة طوارئ وطنية:

"أن وزير الداخلية قد استخلص دليلاً - سرّياً ومفتوحاً - لإثبات وجود تهديد بهجمات إرهابية جدية"<sup>(٢)</sup>.

بيد أن السؤال الذي يُثار في هذا الخصوص هو ما إذا كان هذا التهديد يعد تهديداً لحياة الأمة. وهنا يُشار إلى أن ملاحظات المحامي العام تعامل التهديد بالضرر المادي الجدي وفقدان الحياة باعتباره يتضمن، بالضرورة، تهديداً، لحياة الأمة. غير أن هذا ينطوي، في رأي بعض الكتاب، على سوء فهم للمقصود بعبارة "يهدد حياة الأمة". ذلك أنه يقع، بالطبع، على عاتق الحكومة واجب حماية حياة وممتلكات مواطنيها، ولكن يلاحظ أن هذا الواجب يثقل عاتق الحكومة طوال الوقت، ويجب عليها أدائه دون تدمير الحريات الدستورية<sup>(٣)</sup>.

"إن العنف الإرهابي، رغم خطورته، لا يهدد أنظمتنا الحكومية ولا وجودنا كمجتمع مدني"<sup>(٤)</sup>.

(1) "[u]nwarranted declaration of emergency are a familiar tool of tyranny. "House of Lords, Belmarsh detainees case, op. cit., Para 226 per Baroness Hale.

(2) *ibid*, Para 94 per Lord Hoffmann.

(3) *ibid*, Para 95 per Lord Hoffmann.

(4) "...Terrorist violence, serious as it is, does not threaten our institutions of government or our existence as a civil community. ...", *ibid*, Para 96 per Lord Hoffmann.

"إن الخطر الحقيقي على حياة الأمة، من منظور شعب يعيش وفق قوانينه التقليدية وقيمه السياسية لا يأتي من الإرهاب، ولكن من مثل هذه القوانين. ذلك، أن هذه القوانين هي المعيار الحقيقي لما يمكن أن يحققه الإرهاب. ومن ثم، فإن الأمر يرجع إلى البرلمان إذا ما قرر أن يعطي الإرهابيين مثل هذا النص"<sup>(١)</sup>.

واستناداً إلى ما سبق، تثار تساؤلات أساسية بشأن ما إذا كان يمكن تكييف الإرهاب بأنه حالة طوارئ تسوغ الخروج على معايير حقوق الإنسان المستقرة. فالإرهاب الدولي يبدو ظاهرة مختلفة عن الموقف المشار إليه في المادة (١٥) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وإن كان مثل هذا الإرهاب سيبقى، على المستوى المجرد، موجوداً لفترة زمنية غير محدودة.

وتجد المحاكم نفسها في موقف صعب لدى تطبيقها للنصوص التي تمثل خروجاً على القواعد الأساسية. وثمة مشكلة إضافية تنشأ نتيجة نقص المعلومات. ففي قضية *Belmarsh detainees* ، على سبيل المثال، فصل اللوردات في مسألة مدى وجود حالة طوارئ ومدى تناسب الخروج على القواعد الأساسية دون الاطلاع على "المادة المغلقة" *closed material*<sup>(٢)</sup>، أي المعلومات السرية المستند عليها من جانب

(1) "... The real threat to the life of the nation, in the sense of a people living in accordance with its traditional laws and political values, comes not from terrorism but from laws such as these. That is the true measure of what terrorism may achieve. It is for Parliament to decide whether to give the terrorists such a victory. ", *ibid*, Para 97 per Lord Hoffmann.

(2) See also on this point: Colin Turpin and Adam Tomkins *British Government and the Constitution*, (New York: Cambridge University Press, 6th ed, 2007), p 766.

الحكومة لإعلان وجود مثل هذه الحالة. ومن الواضح أن هذا يضع مجلس اللوردات في موقف مشابه للموقف الذي تجد فيه محاكم الاتحاد الأوربي نفسها لدى فصلها في الجزاءات الفردية. وتجدر الإشارة إلى أن محاكم الاتحاد الأوربي لم تفصل في مثل هذه القضايا من جوانبها الموضوعية، ولكنها ألغت الإجراءات المطعون عليها لمخالفتها للحقوق الإجرائية.

أما المعيار الثاني "الضرورة" فيتطلب أن يكون أي خروج على مبادئ الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان أو العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، "تستلزمه متطلبات الموقف بصورة صارمة".

ومن الواضح أن تعبير "متطلباً بصورة صارمة" *strictly required* يمثل معياراً للفحص أو الرقابة أكثر شدة من معيار تناسب الإجراءات *proportionate*. ولذلك، حتى إذا كان الإرهاب يشكل حالة طوارئ كافية للخروج على معايير حقوق الإنسان المستقرة، فإن مثل هذا الخروج يجب أن يكون "متطلباً بصورة صارمة".

وأما المعيار الثالث "الاتساق مع الالتزامات الأخرى في ظل القانون الدولي" فيعد مفيداً، بصورة خاصة، في تحديد الحد الأدنى من الحقوق الذي تكرسه الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان (وكذلك العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية) الذي لا يجوز الخروج عليه، بما في ذلك جوهر ضمانات المحاكمة العادلة المكرسة في المادة السادسة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والمادة (١٤) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية<sup>(١)</sup>. ومن الواضح أن "مبدأ الاتساق"، المعبر عنه في المادة (١٥) من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والفقرة (١) من المادة (٤) من العهد الدولي

(1) Evelyne Schmid, 'The Right to a Fair Trial in Times of Terrorism', op. cit., , p 37 et seq.

للحقوق المدنية والسياسية يستبعدان أوجه الخروج التي تكون غير متسقة مع "الالتزامات الأخرى في ظل القانون الدولي" لاسيما مواد المحاكمة العادلة في الملحقين الإضافيين لاتفاقيات جنيف (١٩٧٧)<sup>(١)</sup>. ونخلص مما سبق، إلى نتيجة مؤداها أنه حتى في ظل وجود حالة الطوارئ لا يمكن إلغاء حدًا أدنى من الحماية القضائية لمدة زمنية غير محددة<sup>(٢)</sup>.

---

(1) Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 8 June 1977, art 75, 1125 UNTS 3 and Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, 8 June 1977, art 6, 1125 UNTS 609.

(2) 57

### المبحث الثالث

#### قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

سنحاول، فى هذا المبحث، تناول موقف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من مسألة الكشف عن الأدلة (المطلب الأول)، وبصفة عامة ملامح المقاربة التي تتبناها لإجراءات مواجهة الإرهاب (المطلب الثانى).

#### المطلب الأول

##### عدم الكشف عن الأدلة

يظهر قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنها لا تقيم ضرورة حجب الدليل فى ذاتها. ولكنها تقوم، بدلاً عن ذلك، بالتأكد مما إذا كان إجراء اتخاذ القرار، فى كل حالة على حدة، يتسق، بقدر ما يكون ذلك ممكناً، مع متطلبات إجراءات المواجهة *adversarial proceedings*، والمساواة فى الأسلحة *equality of arms*، والضمانات الملائمة التي تستهدف حماية حقوق المتهمين<sup>(١)</sup>.

ومؤدى ما سبق، أن تقييد حقوق المدعي عليهم يجب موازنتها عن طريق كفالة ضمانات إجرائية لضمان محاكمة عادلة فى مجملها ويجب أن يكون القاضي الوطني فى وضع يمكنه من التحقق من قوة وسلامة الأسس التي يُستند عليها حجب الأدلة فى مواجهة المتهمين.

(1) ECTHR, *Rowe v UK* (2000) 30 EHRR 1, Paras 60–3), Para 37 et seq, at 41 with reference to the leading case ECTHR, *Rowe*, Paras 60–3.

ويبدو الاختلاف الأهم بين قضايا Dowsett، Atlan، Rowe من ناحية، وقضايا Edwards، Jasper، Fitt من ناحية أخرى، ليس في أن قاضي المحاكمة يتخذ القرار في بعض القضايا بينما يتخذ قاضي الاستئناف القرار في بعضها الآخر، ولكن، بالأحرى، في أن العدالة الإجرائية قد تمت كفالتها في الطائفة الأخيرة من القضايا، وذلك لأن القاضي الوطني الذي فصل في ضرورة حجب الأدلة كان يتمتع بسلطات تقييم كاملة للواقع full factual assessment powers وبسلطة كاملة للاطلاع على كل الأدلة ذات الصلة Access to all the evidence. وفي محاولتها لإقامة توازن عادل، تعتمد المحاكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، بصورة كبيرة، على التقييم الذي يتبناه القاضي الوطني.

ويبدو الاتجاه القضائي السابق متسقاً مع أحكام محكمة الدرجة الأولى الأوروبية في القضايا المتعلقة بنظام الجزاءات المستقل<sup>(١)</sup>. حيث قضت المحكمة الأخيرة بأنه إذا كان ممكناً حجب الأدلة عن هؤلاء المدرجة أسماؤهم في القوائم، فإنه ليس بمقدور المجلس الاعتماد على المعلومات التي لم تطرح على محاكم الاتحاد الأوروبي<sup>(٢)</sup>.

وفي قضية Fox، Campbell and Hartley، أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنه حتى في المواقف الطارئة "يجب إقامة توازن صحيح بين الدفاع عن مؤسسات الديمقراطية في سبيل المصلحة العامة من ناحية، وحماية الحقوق الفردية من ناحية أخرى"<sup>(٣)</sup>. وقد كانت هذه القضية تتعلق بحالات إلقاء القبض على

(1) Case T-228/02, OMPI I.

(2) Case T-284/08, OMPI III, op. Cit., Para 73.

(3) « proper balance between the defence of institutions of democracy in the common interest and the protection of individual (p. 199 ) rights' must be struck", ECtHR, Fox, Campbell and Hartley v UK, A 182 (1990); (1991) 13 EHRR 157, Para 28 (emphasis added); see also: ECtHR, Klass, op. Cit., Para 59 and ECtHR, Brogan and Others, judgment of 29 November 1988, Series A No 145-B, Para 48.

بعض الأشخاص من جانب سلطات المملكة المتحدة في ظل قانون سلطات الطوارئ في أيرلندا الشمالية (Emergency Powers) Act<sup>(١)</sup>. وبصفة خاصة، يمكن القول إن هذه القضية قد شهدت إثارة سؤالين مهمين هما:

- ما إذا كان مستوى الشك المتطلب لإلقاء القبض على أحد الأشخاص يمكن أن يكون أدنى، إذا كان الأمر يتعلق بجرائم أو تهديدات إرهابية.
- ما إذا كان يجب على السلطات الإفصاح عن المعلومات- وما هي هذه المعلومات- للمحاكم، حتى يكون بمقدور هذه الأخيرة رقابة قانونية إجراءات القبض عندما تكون حالات القبض مستندة على استخبارات سرية<sup>(٢)</sup>.

وقد أقرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن "الشك المعقول" reasonable suspicion<sup>(٣)</sup> يمكن أن يستند على "نوع الجريمة"، وأن "الجرائم الإرهابية" crimes terrorist تندرج في إطار "طائفة خاصة لا يمكن الحكم عليها أو تقديرها، دائماً، وفق ذات المعايير المطبقة على الجرائم التقليدية"<sup>(٤)</sup>.

(1) See Wilson Finnie, 'Anti-Terrorist Legislation and the European Convention on Human Rights', Modern Law Review 54.2 (1991), pp 288-93.

(2) John A E Vervaele, 'Terrorism and information sharing between the intelligence and law enforcement communities in the US and the Netherlands: emergency criminal law?', Utrecht Law Review, Vol 1.1 (2005), p. 1 et seq. available at: <http://www.utrechtlawreview.org/>.

(3) Article 5(1)(c) ECHR: the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so.

(4) ECtHR, Fox, Campbell and Hartley, Para 32.

ومع ذلك، فقد أضافت المحكمة:

"ورغم ذلك، إن متطلبات التعامل مع الجرائم الإرهابية لا يمكن أن تسوغ توسيع مفهوم "المعقولة" إلى درجة تفويض جوهر الضمانة التي تكفلها المادة [5(1) (c)]"<sup>(١)</sup>.

ومعنى ذلك، أنه يجب أن يكون بمقدور المحكمة التأكد مما إذا كان جوهر الضمانة التي تكفلها المادة [5(1) (c)] قد تم ضمانه. ونتيجة لذلك، يجب أن تقدم الحكومة المدعى عليها، على الأقل، بعض الوقائع أو المعلومات التي من شأنها إقناع المحكمة بأن الشخص المقبوض عليه محل للشك، بصورة معقولة، في ارتكابه للجريمة. ويبدو هذا مهماً بصورة خاصة، لأن القانون الوطني لا يتطلب شكاً معقولاً، ولكنه يضع حداً أدنى يتمثل في مجرد تطلب شك أمين honest suspicion<sup>(٢)</sup>.

ومن الواضح أن ملاحظات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فيما يتعلق "بالشك المعقول" وقدر المعلومات الذي يجب طرحه على المحاكم يعد ذا طابع كاشف informative في السياق الحالي. فمن ناحية، تظهر هذه الملاحظات استعداد المحكمة لاعتبار الإرهاب مسوغاً لتبني إجراءات استثنائية، غير أنها تُظهر، من ناحية أخرى، إصرار المحكمة على ضرورة إخضاع السلطة التنفيذية للرقابة القضائية. وأخيراً، أوضحت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن هذين الجانبين مرتبطان. ذلك، أنه كلما زادت سلطات السلطة التنفيذية- كما في قضايا (Fox, Campbell and Hartley) أي كلما كان مستوى الشك أقل- كلما زادت الحاجة إلى رقابة قضائية يمارسها قاضي يمكنه أن يأخذ في اعتباره كل الأدلة الواقعية ذات الصلة.

(1) "[n]evertheless, the exigencies of dealing with terrorist crime cannot justify stretching the notion of "reasonableness" to the point where the essence of the safeguard secured by Article 5(1)(c) is impaired (...)."ibid .

(2) ECtHR, Fox, Campbell and Hartley, Para 34.

## المطلب الثاني

### مقاربة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

#### لإجراءات مواجهة الإرهاب

يمكن القول إن منظور المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان للإرهاب قد تشكل من خلال قيامها بدورها كحامية لحقوق الإنسان في مواجهة الأنشطة التي تقوم بها الدول. حيث تعتبر المحكمة، عادة، القيود المفروضة على حقوق الإنسان نتيجة لإجراءات مواجهة للإرهاب. ومن ثم، تبدأ المحكمة في تقييم إلى أي حد يمكن اعتبار هذه القيود مسوغة في ضوء الاتفاقية. وفي ذات الوقت، تعترف المحكمة بوجود واجب واقع على عاتق الدولة لحماية المجتمع من التهديدات التي يثيرها الإرهاب<sup>(١)</sup> "في كل أشكاله"<sup>(٢)</sup>.

وفي قضية Erdem، كان قد قبض على الطاعن بسبب الشك في كونه عضواً في منظمة إرهابية وفي انخراطه في تزويد وثائق. وبينما كان معتقلاً في انتظار المحاكمة، تعرضت اتصالاته مع محامين للمقاطعة والمراقبة. وقد بحثت محكمة ستراسبورج- المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان- ما إذا كانت مثل هذه المراقبة تشكل انتهاكاً للمادة (٨) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وبعد أن تأكدت المحكمة من أن ثمة "ضمانات ملائمة وكافية في مواجهة إساءة (استعمال السلطة) قد تم كفالتها، وأن الاستثناء على المزاي المرتبطة بالاتصال بالمستشار القانوني (المحامي) كانت

(1) ECtHR, Erdem v Germany (2001) 35 EHRR 383, and 69, see in particular Paras 64; ECtHR, Klass v Germany (1978) 2 EHRR 214, Series A No 28, Para 48).

(2) ECtHR, Erdem, Para 69,

مقصورة على بعض المواقف المرتبطة بظروف معينة، خلصت المحكمة إلى أن تقييد حقوق الطاعن، في ظل المادة (٨) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، كان متناسباً<sup>(١)</sup>. وقد أخذت المحكمة في اعتبارها الآثار (...) traumatic effects التي خلفها هجمات منظمة الجيش الأحمر (RAF) Red Army Faction على المجتمع الألماني<sup>(٢)</sup>، وذلك لأن التشريع الذي استند إليه في رقابة الاتصالات تم تبنيه في وقت اتخاذ الإجراءات في مواجهة منظمة الجيش الأحمر.

وفي قضية Segerstedt-Wiberg، كان على المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن تبحث، أيضاً، مسوغات إيراد بعض القيود على الحق في احترام الحياة الخاصة [الفقرة الأولى من المادة (٨) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان]<sup>(٣)</sup>. وقد كانت هذه القضية تتعلق بجمع وتخزين المعلومات في سجل البوليس السري. ومن المعلوم أن القيود التي يتم إيرادها على الفقرة الأولى من المادة (٨) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان يجب أن تكون "وفقاً للقانون". وتتطلب المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في هذا القانون:

"أن يكون متسقاً مع حكم القانون، بما يعني ضرورة أن يكفل هذا القانون معياراً للحماية القانونية في مواجهة التدخل التعسفي من جانب السلطات

(1) *ibid*, paras 65–7.

(2) *ibid*, Para 63.

(3) ECtHR, *Segerstedt-Wiberg v Sweden* (2006) 44 EHRR 14; the Court referred repeatedly to ECtHR, *Leander v Sweden* (1987) 9 EHRR 433; see also: ECtHR, *Al-Nashif v Bulgaria* (2003) 36 EHRR 655; ECtHR, *Murray v UK* (1995) 19 EHRR 193; ECtHR, *Brinks v The Netherlands* (2005) 41 EHRR SE 76.

العامّة في الحقوق التي تكفلها الفقرة الأولى من المادة (٨) <sup>(١)</sup>.

وفي قضية Segerstedt-Wiberg، أضافت المحكمة <sup>(٢)</sup>:

"تكون مخاطر التعسف أكثر وضوحًا، بصفة خاصة، عندما تُمارس إحدى سلطات (السلطة التنفيذية) بصورة سرية. ولما كان تطبيق إجراء الرقابة السرية غير خاضع، في الواقع العملي، لرقابة الأفراد ذوى الشأن أو الجمهور بصفة عامة، فإن مثل هذا الإجراء يكون مخالفًا لحكم القانون، لأن السلطة التقديرية المخولة للسلطة التنفيذية، تكون غير خاضعة لأي قيود، ونتيجة لذلك، فإن القانون يجب أن يشير إلى مدى مثل هذه السلطة التقديرية المخولة إلى السلطة المختصة، وأن تكون طريقة ممارسة هذه السلطة واضحة بدرجة كافية في ضوء الهدف المشرع من الإجراء المطروح، وذلك لإعطاء الأفراد حماية كافية في مواجهة لتدخل التعسفي".

- (1) "law must be compatible with the rule of law, which means that it must provide a measure of legal protection against arbitrary interference by public authorities with the rights safeguarded by paragraph 1 of Article 8.", ECtHR, Segerstedt-Wiberg , op. cit., Para 71.
- (2) "[e]specially where ... a power of the executive is exercised in secret, the risks of arbitrariness are evident. Since the implementation in practice of measures of secret surveillance is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference.", ibid , citing ECtHR, Malone v the United Kingdom, judgment of 2 August 1984, Series A No 82, pp 32-3, paras 67-8.

وقد خلصت المحكمة إلى أن القانون السويدي بشأن جمع وتخزين المعلومات يلبي هذه المتطلبات. ولذلك، قضت المحكمة بأنه لم يكن هناك انتهاك للفقرة الأولى من المادة (٨) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>(١)</sup>.

ويمكن القول إنه بينما تعترف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بخطر الإرهاب وبال حاجة لتقييد الحقوق التي تكفلها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لإمكان مجابهة هذا الخطر، فإنها تعطي أهمية خاصة للقيود القانونية الواجب فرضها على السلطة التقديرية، والحقوق الإجرائية لذوي الشأن، ولدور المحاكم الوطنية في ضمان بقاء السلطة التنفيذية داخل إطار القيود المفروضة على السلطة التقديرية المخولة لها. وفوق ذلك، تأخذ المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في اعتبارها الظروف التي تمارس في ظلها السلطة التنفيذية السلطات المخولة لها. كما تأخذ المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في اعتبارها الظروف التي تمارس في ظلها السلطة التنفيذية السلطات المخولة لها. فكلما كانت السلطة التنفيذية تمارس هامشاً واسعاً من السلطة التقديرية، وكانت تتخذ قراراتها استناداً إلى معلومات سرية، كان من الضروري ممارسة رقابة أكثر صرامة. ذلك، أنه من الواضح أن هذه العوامل تؤدي دوراً مهماً في تبني الجزاءات الفردية.

---

(1) ECtHR, Segerstedt-Wiberg, op. Cit., Para 104.

## المبحث الرابع

### موقف مجلس اللوردات الإنجليزي في مواجهة الإرهاب

أبدى مجلس اللوردات الإنجليزي ملاحظات مهمة، في مناسبات متعددة، بشأن الدور الذي يجب على المحاكم أن تؤديه في رقابة ممارسة السلطات التنفيذية في مجال مكافحة الإرهاب. ومما يكتسب أهمية خاصة في هذا السياق قضية *Belmarsh detainees*<sup>(١)</sup>، وكذلك، أيضاً، قضايا ثلاث أخرى تتعلق "بأوامر الرقابة" *control orders*<sup>(٢)</sup>.

- 
- (1) House of Lords, *Belmarsh detainees case* (n 3 above), on this case: Sangeeta Shah, 'The UK's Anti-Terror Legislation and the House of Lords: The First Skirmish' (2005) 5 *Human Rights Law Review* 403; David Feldman, 'Terrorism, Human Rights and their Constitutional Implications, Case Note on *A and others v Secretary of State for the Home Department*, judgment of 16 December 2004', *European Constitutional Law Review* 2005, 1: 531-52; see also: Thomas Poole, 'Harnessing the Power of the Past? Lord Hoffmann and the *Belmarsh Detainees Case*', *Journal of Law and Society*, Vol 32.4 2005, p 537; Stefan Sottiaux, *Review of Terrorism and the Limitation of Rights: The ECHR and the US Constitution* (Oxford: Hart Publishing, 2008).
- (2) House of Lords, *Secretary of State for the Home Department v MB; Same v AF*, decisions of 31 October 2007, [2007] UKHL 46; House of Lords, *Secretary of State for the Home Department v JJ* [2007] 3 WLR 642, HL; House of Lords, *Secretary of State for the Home Department v E* [2007] 3 WLR 720, HL.

وتجدر الإشارة إلى أن "أوامر الرقابة" قد طعن عليها مرات متعددة أمام محاكم المملكة المتحدة. وقد انتهى المطاف بثلاث من هذه القضايا أمام مجلس اللوردات الإنجليزي في عام ٢٠٠٧<sup>(١)</sup>. وبالإضافة إلى مسألة ما إذا كانت هذه الأوامر تشكل حرماناً من الحرية في مفهوم المادة (٥) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، كان على مجلس اللوردات أن يقرر ما إذا كانت هذه الأوامر تشكل اتهاماً جنائياً a criminal charge في مفهوم المادة السادسة من الاتفاقية، وما إذا كان عدم الكشف عن الأدلة يتسق مع المادة السادسة من الاتفاقية<sup>(٢)</sup>.

وتكتسب قضايا MB, AF<sup>(٣)</sup> أهمية خاصة فيما يتعلق "بأوامر الرقابة". وتجدر الإشارة إلى أن هاتين القضيتين كانتا متعلقان بتطبيق الضمانات التي يكفلها

(1) House of Lords, JJ (n 96 above); House of Lords, MB and AF, op. Cit.; House of Lords, E, op. Cit., (n 94; see Christopher Forsyth, 'Control Orders, Conditions Precedent and Compliance with Article 6(1)', Cambridge Law Journal 67(1), pp 1– 4; David Feldman, 'Deprivation of Liberty' in: 'Anti-Terrorism Law', Cambridge Law Journal, 67:1 (2008), pp 4–8; Ed Bates, 'Anti-terrorism control orders: liberty and security still in the balance', Legal Studies 29.1 (2009), pp 99–126; Meg Russell and Maria Sciarra, 'The Policy Impact of Defeats in the House of Lords', BJPIR 10 (2008), 571–89; Dora Kostakopoulou, 'How to do Things with Security Post 9/11', Oxford Journal of Legal Studies 28.2 (2008), pp 317–42; Derek McGhee, 'Deportation, Detention & Torture by Proxy: Foreign National Terror Suspects in the UK', Liverpool Law Journal 29 (2008), pp 99–115.

(2) See on the first issue (Art 5 ECHR): Feldman, 'Deprivation of Liberty', op. Cit, pp 4–8; on the latter two issues (Art 6 ECHR) in particular: Bates, 'Anti-terrorism control orders', op. Cit., p 107 et seq.

(3) House of Lords, MB and AF, op. cit.

القانون الجنائي، والتي تركزها المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وعدم الكشف عن الأدلة على الشخص الخاضع لأمر بالرقابة.

أما بالنسبة للمسألة الأولى، فقد خلص أعضاء مجلس اللوردات، بالإجماع، إلى أن "أوامر الرقابة" لا تشكل اتهامًا جنائيًا في مفهوم المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>(١)</sup>، وتصدر "أوامر الرقابة" لمواجهة خطر ارتكاب جريمة جنائية في سياق تكون الدولة فيه إما غير راغبة أو غير قادرة على توجيه اتهام جنائي. وقد اعترفت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن مثل هذه الأوامر تكون "مدمرة للأفراد وعائلاتهم"<sup>(٢)</sup>. بين أن اللوردات (...) ذهب إلى القول إن مجلس اللوردات قد "قد ذهب بعيدًا لتجنب إجراء يعبر الحدود الجنائية"<sup>(٣)</sup>.

والحقيقة أن قرار مجلس اللوردات الإنجليزي في قضيتي AF، MB يجب النظر إليه في ضوء الحكم الصادر في قضية E<sup>(٤)</sup>. حيث صدر الحكم في هذه القضية الأخيرة في ذات اليوم، وكانت تتعلق أيضًا بأحد "أوامر الرقابة". وفي قضية E، أشار مجلس اللوردات الإنجليزي إلى أن<sup>(٥)</sup>:

(1) House of Lords, MB and AF, op. Cit., paras 13–34 per Lord Bingham; expressing agreement: Lord Hoffmann (paras 48–9), Lord Carswell (79), Brown (90) and Baroness Hale (56).

(2) ibid, 23 per Lord Bingham of Cornhill.

(3) House of Lords, MB and AF, op. Cit., Para 24; however, the effects of a preventative measure may be so adverse that it is considered a criminal charge irrespective of the intention of Parliament.

(4) House of Lords, E , op. Cit.

(5) "the control order regime is not intended to be an alternative to the ordinary processes of criminal justice, with all the safeguards they provide for those accused, in cases where it is feasible to prosecute with a reasonable prospect of success.", ibid, Para 14.

"نظام أوامر الرقابة لم يقصد به أن يكون بديلاً عن الإجراءات العادية للعدالة الجنائية، بكل ما تكفله هذه الإجراءات من ضمانات للمتهمين، وذلك في الحالات التي يكون ممكناً فيها اتخاذ إجراءات الملاحقة في ظل فرصة معقولة لنجاح هذه الملاحقة"

ويتضح مما سبق، أن مجلس اللوردات، ليس فقط لم يعتبر "أوامر الرقابة" تشكل اتهاماً جنائياً، ولكنه بذل، أيضاً، محاولة لقصر استخدام هذه الأوامر على المرحلة الوقائية السابقة على المحاكمة. ومعنى ذلك، أن السلطة التنفيذية ليست حرة في اختيار اللجوء إلى "أوامر الرقابة" عندما تكون قادرة على توجيه اتهام جنائي في ظل فرصة معقولة لنجاح هذه المحاولة.

وفيما يتعلق بعدم الكشف عن الأدلة، يُلاحظ أن قانون الإرهاب لعام ٢٠٠٥ Terrorism Act - الذي تصدر "أوامر الرقابة" في ظلّه- ينص على إجراءات خاصة تسمح لوزير الداخلية أن يقدم طلباً للمحكمة لتأذن بعدم الكشف عن كل "المواد أو الأدلة ذات الصلة". ويجب على المحكمة أن تسمح بمثل هذا الطلب إذا كان "كشف مثل هذه الأدلة يتناقض مع المصلحة العامة"<sup>(١)</sup>. ويُقدم هذا الطلب إلى المحكمة في غياب هؤلاء الخاضعين للرقابة أو ممثليهم<sup>(٢)</sup>. وبدلاً عن ذلك، يتم تعيين محام خاص يتولى تمثيل هؤلاء الخاضعين للرقابة أمام المحكمة<sup>(٣)</sup>.

وقد أدى إعمال هذه النصوص، في قضيتي MB, AF إلى استبعاد الكشف عن أي أدلة للطاغين<sup>(٤)</sup>.

(1) Schedule to the 2005 Act, Para 4(3)(b) and (d).

(2) *ibid*, Para 4(3)(c).

(3) *ibid*, paras 4(2)(c) and 7.

(4) House of Lords, MB and AF (n 94 above) Para 26–7 and 38 per Lord Bingham of Cornhill.

وقد أبدى أعضاء مجلس اللوردات ملاحظات مبدئية تدعيماً للحق في محاكمة عادلة. من ذلك، على سبيل المثال، أن اللورد Brown لم يكن بمقدوره<sup>(١)</sup>:

"قبول فكرة أن حق المشتبه فيه في استماع عادل بصورة أساسية تعد مجرد حق موصوف يمكن إخضاعه للموازنة في مواجهة المصلحة العامة في حماية الدولة ضد الإرهاب. بل، على النقيض من ذلك، يبدو هذا الحق بالنسبة له ليس مجرد حق مطلق، ولكن ذو أهمية تجعله أعظم من أن تتم التضحية به في سبيل مكافحة الإرهاب".

بيد أن مجلس اللوردات خلص، في نهاية الأمر- بأغلبية أربعة إلى واحد، حيث كان اللورد Hoffmann معارضاً- إلى أن قانون الإرهاب لعام ٢٠٠٥ لا يشكل، بالضرورة، انتهاكاً لجوهر الفقرة الأولى من المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وقد أعيدت قضيتا Af, MB إلى قاضي الدرجة الأولى first instance judge<sup>(٢)</sup>. وفي ضوء المقارنة التي تبناها مجلس اللوردات كان على

(1) "not accept that a suspect's entitlement to an essentially fair hearing is merely a qualified right capable of being outweighed by the public interest in protecting the state against terrorism. ... On the contrary, it seems to [him] not merely an absolute right but one of altogether too great importance to be sacrificed on the altar of terrorism control.", House of Lords, MB and AF, op. Cit., Para 91 per Lord Brown.

(2) See for the difficulties of the High courts to interpret the House of Lords' decision: House of Lords, Secretary of State for the Home Department v AE [2008] EWHC 132 (Admin); House of Lords, Secretary of State for the Home Department v AN [2008] EWHC 372; House of Lords, Secretary of State for the Home Department v AF [2008] EWHC 453 (Admin); House of Lords, Secretary of State for the Home Department v AE (Rev 1) [2008] EWHC 585 (Admin); House =

قاضي الدرجة الأولى أن يبذل جهوداً حثيثة ليمنح الشخص الخاضع "لأوامر الرقابة" قدرًا جوهريًا من "العدالة الإجرائية"<sup>(١)</sup>. ويلاحظ أنه على الرغم من أن قضيتنا Af, MB تظهر أن استخدم المحامي الخاص لا يؤدي إلى- في ظل كل الظروف- إلى محاكمة عادلة، فإنه هذا النظام يمكن أن يكفل حلاً مقبولاً من حيث المبدأ.

وفي ذات الوقت، ألقى مجلس اللوردات الإنجليزي على قاضي المحاكمة واجب التأكد من أن القانون يتم تطبيقه بطريقة تكفل تمتع الفرد بالعدالة الإجرائية.

ويمكن ملاحظة ثمة نموذج شائع في "القضايا المتعلقة بالإرهاب" أمام مجلس اللوردات الإنجليزي. ويتمثل هذا النموذج في الإشارة، أولاً، إلى المبادئ الأساسية التي تحكم الممارسة المشروعة للسلطة، ثم يميل المجلس- في إطار ممارسته لوظيفته القضائية- إلى تبني مقاربة أكثر عملية وأقل مبدئية، وذلك في سياق موازنته بين الاعتبارات المختلفة في القضية المطروحة عليها<sup>(٢)</sup>. ويبدو ذلك،

---

= of Lords, Secretary of State for the Home Department v AF [2008] EWHC 689 (Admin), [2008] 4 All ER 340 and House of Lords, Secretary of State for the Home Department v AH [2008] EWHC 1018 (Admin); for the Court of Appeal: House of Lords, Secretary of State for the Home Department v AF and Others [2008] EWCA Civ 1148; see also: Ed Bates, 'Anti-terrorism control orders' (n 97 above), p 114 et seq.

(1) House of Lords, MB and AF, op. Cit., Para 66 per Baroness Hale of Richmond.

(2) See also: Thomas Poole, 'Courts and conditions of uncertainty in "times of crisis"', Public Law (2008), p 242.

واضحاً في قضية MB، وأيضاً بصفة خاصة في قضية *the Torture Evidence case*<sup>(١)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس اللوردات الإنجليزي قضى، في ٨ ديسمبر ٢٠٠٥<sup>(٢)</sup>، بأن "الدليل الذي تم الحصول عليه أو يمكن أن يكون قد تم الحصول عليه بواسطة موظفي دولة (طرف ثالث) دون اتفاق مع السلطات البريطانية غير مقبول أمام اللجنة الخاصة لاستئنافات الهجرة *Special Immigration Appeals Commission*. وقد ألمح اللورد Bingham- الذي قدم الرأي الأساسي في هذه القضية- إلى مبدأ مهم مؤداه أن الشك لا يثور فقط بشأن موثوقية أو إمكان التعديل على الدليل الذي تم الحصول عليه<sup>(٣)</sup> من خلال التعذيب، ولكن الأكثر أهمية أن إدانة التعذيب "يمكن تصنيفها باعتبارها أحد المبادئ الأساسية"<sup>(٤)</sup>. وأن هذا المبدأ يحظى بقيمة

(1) House of Lords, *A and Others v Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71 (Torture Evidence case), on this case: Sangeeta Shah, 'The UK's Anti- Terror Legislation and the House of Lords: The Battle Continues', *Human Rights Law Review* 6:2 (2006), pp 416–34. Helen Fenwick, 'The Reaction of Great Britain's Legal Order to September 11, 2001' in: Bernd Rill (eds), *Terrorismus und Recht – Der wehrhafte Rechtsstaat* (Hanns Seidel Stiftung, 2003), p 57 et seq; Brice Dickson, 'Law versus Terrorism: Can Law Win?' [2005] 1 *EHRLR*, p 11 et seq. This case was decided shortly after the attacks on London in July 2005.

(2) House of Lords, *Torture Evidence case*, (n 111 above), Para 1 per Lord Bingham of Cornhill. The House held unanimously, in a panel of seven, that torture evidence was not admissible. On the standard of proof the panel was divided four to three.

(3) *ibid*, Para 17 per Lord Bingham of Cornhill.

(4) *ibid*, Para 12 per Lord Bingham of Cornhill.

كبيرة في ظل القانون الدولي<sup>(١)</sup>. وفي ذات الاتجاه يرى اللورد Hoffmann أن "السماح بالحصول على الأدلة من خلال التعذيب يتهدد تكامل إدارة العدالة"<sup>(٢)</sup>. وفوق ذلك، شدد اللورد Bingham على أنه ليس ثمة خروج على حظر استخدام التعذيب مسموح به<sup>(٣)</sup>، وأن استبعاد الأدلة التي يتم الحصول عليها من خلال التعذيب يتسع ليشمل "الإجراءات المرتبطة بالإرهاب"<sup>(٤)</sup>.

ومع ذلك، رغم هذه الملاحظات المبدئية المبدأة بشأن قضايا الحصول على الأدلة من خلال التعذيب، فإن النصر الذي تحقق لحقوق الإنسان لم يكن كبيراً<sup>(٥)</sup>. حيث ثار خلاف بشأن معيار الإثبات الذي يظهر أن الدليل قد تم الحصول عليه من خلال التعذيب، وذلك لإمكان استبعاد الدليل من الإجراءات. حيث اقترح اللورد Bingham معياراً مؤداه أنه إذا كان (... ) SIAC غير قادر على تأكيد أنه لا يوجد خطر حقيقي في الحصول على الدليل من خلال التعذيب، فيجب عليه رفض السماح بهذا الدليل"<sup>(٦)</sup>. ومع ذلك، فقد وافقت أغلبية القضاة الأربعة على معياراً أدنى للإثبات a lower

(1) Lord Bingham referred to the UN Convention Against Torture, the ECHR, Universal Declaration of Human Rights 1948, the ICCPR, decisions of the ECtHR and decisions of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (para 27 et seq).

(2) House of Lords, Torture Evidence case, op. Cit., Para 91 per Lord Hoffmann.

(3) ibid, Para 33 per Lord Bingham of Cornhill.

(4) ibid, Para 45 per Lord Bingham of Cornhill.

(5) Shah, 'The Battle Continues', op. Cit., p 418.

(6) House of Lords, Torture Evidence case, op. Cit., Para 56 per Lord Bingham of Cornhill, joined by Lord Nicholls and Lord Hoffmann.

standard of proof<sup>(١)</sup>. وقد صاغ اللورد Hope الاختيار الذي تبنته الأغلبية في نهاية الأمر. ويتمثل هذا الاختيار في "استبعاد أي إقرار يثبت الحصول عليه نتيجة التعذيب"<sup>(٢)</sup>. ومن الواضح أن الأغلبية قد اعتمدت، بصورة رئيسية، على حجة عملية<sup>(٣)</sup>. وقد فسرت ملاحظات اللورد Hoffmann على أنها تكشف عن اعتراف ضمني بأن الاختبار الذي يدافع عنه قد لا يكون عادلاً إلى الدرجة المتطلبة في ظل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>(٤)</sup>. وعلى أي حال، يبدو واضحاً أن الأغلبية كانت راغبة عن إجراء موازنة بين الحقوق والمصالح إلى درجة أنه عندما لا يكون ممكناً التأكد من أن الدليل قد تم الحصول عليه من خلال التعذيب، فإن هذه الإمكانية- أن يكون الدليل قد تم الحصول عليه من خلال التعذيب- يجب أن تؤخذ في الاعتبار في الوزن المغطى للدليل، وذلك بدلاً من استبعاد الدليل كلية من الإجراءات.

وعندما يؤخذ الدليل- الذي يمكن أن يكون قد تم الحصول عليه من خلال التعذيب- في الاعتبار (كجزء من الاعتبارات العملية) في الإجراءات القضائية، وإن لم يعط سوى وزن محدود، فإن جوهر الحق في المحاكمة العادلة لا يعتبر في هذه الحالة غير قابل للتصرف (...)، ولكنه يصبح خاضعاً للموازنة مع المصالح الأخرى.

وأخيراً، يمكن القول إنه رغم اللغة المبدئية المتبناة في قضية (...)، فإن مجلس اللوردات الإنجليزي جعل جوهر العدالة الإجرائية خاضعاً للموازنات والاعتبارات العملية.

(1) Lord Hope of Craighead, Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Rodger of Earlsferry, and Lord Brown of Eaton-under-Heywood.

(2) House of Lords, Torture Evidence case, op. Cit., paras 120–1.

(3) House of Lords, Torture Evidence Case Para 121 per Lord Hoffmann.

(4) Shah, 'The Battle Continues', op. Cit., p 430.



## المبحث الخامس

### قضاء الإرهاب في الدول غير الأعضاء في الاتحاد الأوروبي

سنحاول تناول قضاء الإرهاب في الدول غير الأعضاء في الاتحاد الأوروبي وفقاً للخطة التالية:

المطلب الأول: قضاء الإرهاب في الولايات المتحدة الأمريكية

المطلب الثاني: قضاء الإرهاب في أحكام المحكمة العليا الإسرائيلية.

#### المطلب الأول

##### قضاء الإرهاب في الولايات المتحدة الأمريكية

كما هو الحال في معظم الدول الأوروبية، تصدت المحاكم الوطنية خارج أوروبا لقضايا تنطوي على إجراءات مضادة للإرهاب. وقد كان على بعض المحاكم الوطنية- لاسيما في الولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل- أن تفصل في إجراءات يعتبرها الكثير من الكتاب مجاوزة لما يمكن أن يكون مسوغاً حتى في مواجهة الإرهاب. وتعد الطعون على فترات الاعتقال المطولة للأجانب المعتبرين أعداءً محاربين في ساحل Guantanamo النموذج الأشهر في هذا السياق<sup>(1)</sup>.

(1) See for more background information: Congressional Research Service, The Supreme Court and Detainees in the War on Terrorism: Summary and Analysis, CRS Report RS21884, of 12 July 2004 and Boumediene v Bush: Guantanamo Detainees' Right to Habeas Corpus, CRS Report RL34536, of 16 June 2008; see also: Johan Steyn, 'Guantanamo Bay: The Legal Hole', ICLQ 53 (2004), 1-15.

ومن المعلوم أنه تم في يناير ٢٠٠٢ إحضار أول مجموعة من السجناء من أفغانستان إلى ساحل Guantanamo<sup>(١)</sup>. وقد حُرِم هؤلاء المعتقلون من حقهم في اللجوء إلى المحاكم، وكذلك من حقهم في الاطلاع على الأدلة والمعلومات الداعمة للإجراءات المستخدمة في مواجهتهم. وقد عمدت المحاكم الأدنى درجة في الولايات المتحدة الأمريكية إلى تفادي الإجابة على الأسئلة الصعبة في هذه القضايا من خلال القول إن ساحل Guantanamo يعد داخلاً في إقليم كوبا، ولذلك فإن الإجراءات المتخذة على أرض هذا الإقليم لا تدخل في اختصاصها القضائي، وذلك رغم أن كوبا لا تتمتع بأي سيطرة على هذا الساحل<sup>(٢)</sup>.

بيد أن المحكمة العليا الأمريكية لم تقبل هذا الاتجاه القضائي، وذلك عندما قضت في عام ٢٠٠٤، في قضية Rasul v Bush، بأن أمر المثل أمام قاض habeas corpus قابل للتطبيق حتى خارج الإقليم الخاضع للسيادة الأمريكية، إذا كان الشخص قد تم اعتقاله بواسطة السلطات الأمريكية<sup>(٣)</sup>. بيد أن المحكمة العليا الأمريكية لم

(1) Eg Yaser Esam Hamdi, see US Supreme Court, Yaser Esam Hamdi and Esam Fouad Hamdi as next friend of Yaser Esam Hamdi, Petitioners v Donald H Rumsfeld, Secretary of Defense, et al, 542 US 507; 124 S Ct 2633; 159 L ed 2d 578; 2004 US LEXIS 4761; 72 USLW 4607; 2004 Fla L Weekly Fed S 486.

(2) US Supreme Court, Odah v US , 11 March 2003, ILM 42 (2003), p 408.

(3) US Supreme Court, Rasul v Bush , 28 June 2004, 124 S Ct 2686 (2004); see also the criticism of Tomuschat, at: Christian Tomuschat, 'Internationale Terrorismusbekämpfung als Herausforderung für das Völkerrecht', Vortrag anlässlich der Eröffnung des Wintersemesters 2005/2006, Speyer, 15. November 2005, Speyer, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften (2006), p 21, acknowledging that after a long discussion of the case-law on extraterritoriality the Court does briefly mention the actual issue of 'whether the federal courts=

تتعرض، في قضية Rasul إلى ما إذا كان يمكن إخضاع الأشخاص لمحاكمة قانونية بواسطة هيئات أو سلطات عسكرية دون أن يُتاح لهم حق اللجوء إلى رقابة قضائية مستقلة independent judicial review<sup>(١)</sup>.

وفي ٧ يوليو ٢٠٠٧ - أي بعد تسعة أيام من الحكم الذي أصدرته المحكمة العليا في قضية Rasul، أصدرت الحكومة الأمريكية أمراً يتضمن إنشاء محاكم عسكرية، مختصة بمراجعة أوضاع المعتقلين "كمحاربين أعداء"، يُطلق عليها Combatant Status Review Tribunals. ويبدو هذا الأمر أول وثيقة رسمية تعرف "العدو المحارب" combatant Enemy<sup>(٢)</sup>.

- وبعد إحالة قضية Rasul لمحكمة الاستئناف لمزيد من التدقيق في وقائع القضية، قررت القاضية Joyce Hens Green، في محكمة US District، في ٣١ يناير ٢٠٠٥ أن للمعتقلين الحق في إجراءات عادلة وأن محاكم مراجعة وضع المحاربين the Combatant Status Review Tribunals لا تلبي المعايير المتطلبية<sup>(٣)</sup>. وقد بينت القاضية Green كيف يمكن أن تسوغ الحرب في مواجهة

= have jurisdiction to determine the legality of the Executive's potentially indefinite detention of individuals who claim to be wholly innocent of wrongdoing' at the end.

- (1) Tomuschat, ibid: 'fully exposed to the discretion of military bodies'.
- (2) US District Court for the District of Columbia, Re Guantanamo Detainee Cases, judgment of 31 January 2005, 355 F Supp 2d 443 (DDC 2005), p 450.
- (3) US District Court for the District of Columbia, Re Guantanamo Detainee Cases (n 130); Point B, Specific Requirements of the Fifth Amendment's Due Process Clause, starting on p 465; compare however: US District Court for the District of Columbia, Khalid v Bush 355 F Supp 2d 311 (Richard J Leon J).

الإرهاب القيود المفروضة على الحقوق الأساسية. ومن ثم، أجرت القاضية Green اختباراً تفصيلياً للموازنة، وذلك لتقييم ما تعنيه المحاكمة المنصفة أو الإجراءات العادلة due process في ضوء المصلحة المهمة المتمثلة في المحافظة على الأمن.

ويمكن القول إن القاضية Green قد حددت عوامل ثلاثة يلزم أخذها في الاعتبار لتحديد الأطر الدقيقة للحق في المحاكمة العادلة أو المنصفة. وتتمثل هذه العوامل فيما يلي:

أولاً: المصلحة الخاصة للشخص الذي يتمسك بأن إجراءات المحاكمة المنصفة لم يتم احترامها.

ثانياً: خطر الحرمان الخاطئ من هذه المصلحة والقيمة المحتملة للضمانات الإجرائية الإضافية أو البديلة.

ثالثاً: مصالح الحكومة في حماية الأمن الوطني<sup>(١)</sup>.

وبالإضافة إلى ما سبق، أشارت القاضية Green إلى أن ادعاءات الحكومة بأن هؤلاء المسجونين كانوا يرتبطون بمنظمات إرهابية لا يمكن أن يؤثر على حق هؤلاء المعتقلين في محاكمة عادلة أو منصفة، وذلك لأن:

"الغرض من فرض المحاكمة العادلة هو منع التكييفات الخاطئة والاعتقالات غير الصحيحة، وليس للحكومة حق في اختصار الإجراءات من خلال ادعائها منذ البداية بأن الأفراد الخاضعين لهذه الإجراءات متهمون

(1) US District Court for the District of Columbia, Re Guantanamo Detainee Cases (n 130 above) at 465, citing US Supreme Court, Mathews v Eldridge, 424 US 319, 335; 96 S Ct 893.

بارتكاب أعمال سيئة<sup>(١)</sup>.

ومن الواضح أن الرأي السابق يؤكد أهمية الرقابة القضائية المستقلة. حيث يميز هذا الرأي بين القيود المفروضة على الحقوق الأساسية التي يمكن تسويقها لأن الشخص إرهابي (الاعتقال على سبيل المثال) والقيود المفروضة على الحقوق الإجرائية (عدم الكشف عن الدليل على سبيل المثال) التي يمكن تسويقها بسبب اعتبارات الأمن<sup>(٢)</sup>.

وقد استعارت القاضية Green عبارات المحكمة العليا الأمريكية في قضية Hamdi لتعبر عن المصلحة بالغة الأهمية في الجانب الآخر:

"إن قانون الحرب والاعتبارات الواقعية لمواجهة الإرهاب قد تجعل حالات الاعتقال ضرورية وملائمة، ولا يجوز أن تطغى الإجراءات العادلة على هذه الاعتبارات"<sup>(٣)</sup>.

(1) [t]he purpose of imposing a due process requirement is to prevent mistaken characterizations and erroneous detentions, and the government is not entitled to short circuit this inquiry by claiming ab initio that the individuals are alleged to have committed bad acts.", ibid, at 466, citing US Supreme Court, Hamdi v Rumsfeld , 124 S Ct 2633, at 2647.

(2) "fundamental rights restrictions that might be justified because a person is a terrorist (eg detention) and restrictions of procedural rights (eg non-disclosure) that might be justified because of security considerations.", بيانات المقال,

(3) "[T]he law of war and the realities of combat may render ... detentions both necessary and appropriate, and due process need not blink at those realities." , ibid, at 466, citing US Supreme Court, Hamdi v Rumsfeld , 124 S Ct 2633, at 2647.

وقد أشارت القاضية Green إلى أن المحكمة العليا أكدت حق السلطة التنفيذية في القبض على واعتقال محاربي طالبان مادام النزاع في أفغانستان مستمراً. وتجدر الإشارة إلى أن قضية Hamdi - ٢٨ يونيو ٢٠٠٤ - قد فصل فيها قبل إنشاء محاكم مراجعة وضع المحاربين<sup>(١)</sup>. وفي هذه القضية، رفضت المحكمة التماساً " أو أمر إحضار habeas corpus petition " رُفِع إليها نيابة عن ياسر عصام حمدي، وهو مواطن أمريكي اعتقل بسبب اعتباره عدواً محارباً غير قانوني"، حيث اعترفت المحكمة بسلطة الحكومة في اعتقال المحاربين غير الشرعيين illegal enemy combatant<sup>(٢)</sup>، ولكنها قضت بأن المعتقلين من مواطني الولايات المتحدة الأمريكية يجب أن يكون بمقدورهم الطعن على قرارات اعتقالهم أمام قاضي محايد<sup>(٣)</sup>. وقد قضت المحكمة العليا بأنه المعتقل:

"يجب أن يتلقى إخطاراً بالأساس الواقعي لتصنيفه، وفرصة عادلة لتفنيد التأكيدات الواقعية التي تتبناها الحكومة أمام متخذ قرار محايد"<sup>(٤)</sup>.

ومع ذلك، فقد تعرضت المحكمة، أيضاً، للطرق التي يمكن من خلالها تقييد الحق في محاكمة عادلة أو منصفة في ظل ظروف معينة: وقد بحثت المحكمة، بصورة خاصة، خيار تبني "محاكم عسكرية منشأة بصورة صحيحة ومخولة سلطات بصورة

(1) *ibid*, at 466, citing US Supreme Court, Hamdi, 124 S Ct 2633, at 2647.

(2) *ibid*.

(3) *ibid*, at 2643 et seq.

(4) "must receive notice of the factual basis for his classification, and a fair opportunity to rebut the Government's factual assertions before a neutral decision maker", *ibid*, at 2648.

ملائمة"<sup>(١)</sup>. وبعد اعترافها بأن تلبية معايير الإثبات يمكن أن يكون صعباً في بعض الظروف الخاصة، قررت المحكمة أنه لا يشكل انتهاكاً للإجراءات العادلة *due Process* أن يعتبر متخذ القرار الشهادة السماعية *hearsay* الدليل الأكثر موثوقية<sup>(٢)</sup>. ومع ذلك، أكدت المحكمة أن المعتقل يتمتع، بلا شك، بحق الاستعانة محام. ويلاحظ أن المحكمة العليا لم تتجنب الإشارة إلى الجوانب المشكّلة في الحرب في مواجهة الإرهاب، في قضية *Hamdi*<sup>(٣)</sup>:

"إذا لم تأخذ الحكومة في اعتبارها هذه الحرب غير التقليدية (على الإرهاب)، وإذا ما تمسكت في ذات الوقت أن حمدي يمكن، إذا أطلق سراحه، أن يلتحق بالقوات المحاربة في مواجهة الولايات المتحدة الأمريكية، فإن الموقف الذي تبنته الحكومة خلال الإجراءات يعني أن اعتقال حمدي يمكن أن يدوم بقية حياته".

- (1) "appropriately authorized and properly constituted military tribunals", *ibid*, at 2651.
- (2) *ibid*, at 2649.
- (3) "[i]f the Government does not consider this unconventional war [on terror] won for generations, and if it maintains during that time that Hamdi might, if released, (p. 210 ) rejoin forces fighting against the United States, then the position it has taken throughout the litigation of this case suggests that Hamdi's detention could last for the rest of his life.", *ibid* , at 2641 – as is well known, the Bush administration coined the term 'war on terror' for the fight against terrorism to justify the means deployed based on a war analogy; see also the ruling of the US District Court Judge Richard Leon in US District Court for the District of Columbia, *Khalid v Bush*, *op. Cit.*, granting the US President the authority to detain foreign enemy combatants outside the territory of the US for 'the duration of the war', irrespective of where they were arrested.

وفي قضية Rasul، وجدت القاضية Green أن "محاكم مراجعة وضع المحاربين" لا تلبي الضمانات الدستورية للإجراءات العادلة من نواح متعددة. وقد قسمت القاضية Green انتقاداتها إلى طائفتين. أما الطائفة الأولى من الانتقادات فتتعلق على كل الحالات وأما الطائفة الثانية فقد لا تسبب أي مشكلات في كل القضايا. وتمثل الطائفة الأولى من الانتقادات في أن "محاكم مراجعة وضع المحاربين" لا تكفل للمعتقلين فرصة للاطلاع على الأدلة Access to the evidence التي تستند عليها هذه المحاكم في إصدار قرارها بتحديد ما إذا كان الشخص يعد "عدوًا محاربًا"، وكذلك لا تكفل لهم مساعدة لتعويض النقص في عدم الاطلاع على الأدلة"<sup>(١)</sup>.

ومعنى ذلك، أن المعتقلين كانوا، وفقا لرأي القاضية Green، محرومين من أي فرصة معقولة للطعن على الأدلة التي استند إليها في مواجهتهم. ذلك، أن الاستماع للأقوال الشفهية للمعتقل يصبح مجردًا من كل قيمة، إذا كان غير مسموح له بالاطلاع على الأدلة التي يُطلب منه الرد عليها وتفنيدها<sup>(٢)</sup>. وفي تحليلها لعدم العدالة في حجب

(1) US District Court for the District of Columbia, Re Guantanamo Detainee Cases, op. Cit., at 468 et seq.

(2) To illustrate her point Judge Green cited US Supreme Court, Boumediene v Bush, 04-CV-1166 (RJL): It was alleged that the detainee associated with a known Al-Qaida operative while living in Bosnia. In response, the following exchange occurred: Detainee: Give me his name. Tribunal President: I do not know. Detainee: How can I respond to this? Tribunal President: Did you know of anybody that was a member of Al-Qaida? Detainee: No, No Tribunal President: I'm sorry, what was your response? Detainee: No Tribunal President: No? Detainee: No This is something the interrogators told me a long while ago. I asked the interrogators to tell me who this person was. Then I could tell you if I might have known this person, but not if this =

الأدلة ذات الصلة، لم تتجاهل القاضية Green المصلحة المهمة في عدم الكشف عن الأدلة المصنفة في مواجهة الأشخاص الذي يُعتقد بكونهم إرهابيين.

بل إن القاضية Green أشارت إلى أن المحكمة قد ذهبت إلى حد حظر "الكشف عن أي معلومات مصنفة لأي من السجناء في قضايا إحضار الأشخاص للمثول أمام المحكمة habeas cases<sup>(١)</sup>. وقد وحدت القاضية Green موازنة معقولة للمصالح في تطلب الكشف عن كل المعلومات المصنفة ذات الصلة لمستشار السجناء الذي يحمل شهادة أمنية يُطلق عليها security clearances<sup>(٢)</sup> مقتبسة القواعد المنظمة لإجراءات اللجنة العسكرية للأجانب<sup>(٣)</sup>.

= person is a terrorist. Maybe I knew this person as a friend. Maybe it was a person that worked with me. Maybe it was a person that was on my team. But I do not know if this person is Bosnian, Indian or whatever. If you tell me the name, then I can respond and defend myself against this accusation. Tribunal President: We are asking you the questions and we need you to respond to what is on the unclassified summary.

(1) As p 208 at 471, citing Para 30 of the Amended Protective Order and Procedures for Counsel Access to Detainees at the United States Naval Base in Guantanamo Bay, Cuba, 344 F Supp 2d 174, 180 (DDC 2004).

" شهادة أمنية تصدر من الجهات الأمنية المختصة، وهي معيار من Security Clearance<sup>(٢)</sup> عدة درجات، تمنح حاملها صلاحية الإطلاع علي بعض الوثائق السرية طبقاً لمعيار هذه الشهادة.

(3) US District Court for the District of Columbia, Re Guantanamo Detainee Cases , (n 130 above) at 471 citing Procedures for Trials by Military Commissions of Certain Non–United States Citizens in the War Against Terrorism, 32 CFR § 9.6(b)(3).

وأما الطائفة الثانية من الانتقادات فقد لا تنطبق على كل القضايا، وتتمثل هذه الطائفة في معارضة الاعتماد على الإقرارات التي يمكن أن يكون قد تم الحصول عليها من خلال القهر والتعريف بالغ الاتساع "للعدو المحارب" الذي يمكن أن يشمل كل شخص كان على صلة بالأفراد أو المنظمات المرتبطة بالإرهاب، حتى ولو كانوا غير عالمين بهذه الرابطة<sup>(١)</sup>.

وفي سياق الجزاءات الفردية، تكتسب ملاحظات القاضي Green بشأن التعريف "بالغ الاتساع للعدول المحارب" أهمية خاصة، حيث أشارت إلى أنه رغم أن الحكومة تقوم باعتقال "الأعداء المحاربين" منذ عام ٢٠٠١، فمن الواضح أنها لم تقم بتعريف هذا المصطلح حتى ٧ يوليو ٢٠٠٤، وهذا هو التاريخ الذي صدر فيه الأمر المنشئ "لمحاكم مراجعة وضع المحاربين"<sup>(٢)</sup>. وفوق ذلك، يُلاحظ أن التعريف الذي تبنته الحكومة في هذا الأمر أكثر اتساعاً، بصورة واضحة، من التعريف الذي تبنته الحكومة في قضية حمدي<sup>(٣)</sup>. وبيان ذلك، أن التعريف الذي تبنته الحكومة في قضية حمدي كان يتضمن "الأعداء المحاربين" الذين انخرطوا في نزاع مسلح ضد الولايات المتحدة الأمريكية في أفغانستان، بينما التعريف الوارد في الأمر المنشئ "لمحاكم مراجعة وضع المحاربين" كان يُطبق على الأشخاص لمجرد "اتصالهم بأفراد أو منظمات يرتبط بالإرهاب، وليس بسبب مساعدتهم في أنشطة إرهابية أو قيامهم بها بأنفسهم"<sup>(٤)</sup>.

(1) US District Court for the District of Columbia, Re Guantanamo Detainee Cases, (n 130 above) at 472 et seq.

(2) US District Court for the District of Columbia, Re Guantanamo Detainee Cases, (n 130 above) at 474.

(3) US Supreme Court, Hamdi 124 S Ct 2633, at 2639.

(4) "contacts with individuals or organizations tied to terrorism and not because of any terrorist activities that [they] aided, abetted, or undertook [themselves]", US District Court for the District =

وقد بينت القاضية Green بوضوح أنه<sup>(١)</sup>:

"على الأقل بالنسبة لبعض المعتقلين، يشكل التعريف بالغ الاتساع "للأعداء المحاربين" المستخدم في الوقت الحاضر في إجراءات محاكم مراجعة وضع المحاربين انتهاكاً للمبادئ المستقرة، منذ زمن طويل، للإجراءات واجبة الإتياع-الإجراءات العادلة- وذلك من خلال السماح باعتقال الأفراد لمجرد عضويتهم في منظمات مناهضة للولايات المتحدة الأمريكية، بدلاً من التعويل على الأنشطة الفعلية الداعمة لاستخدام العنف أو الضرر ضد الولايات المتحدة الأمريكية".

ومع ذلك، فقد وضعت القاضية Green قيوداً واضحة على تفسير حكمها، وذلك من خلال الإشارة إلى أن هذا الحكم<sup>(٢)</sup>:

= of Columbia, Re Guantanamo Detainee Cases, US District Court for the District of Columbia, *Re Guantanamo Detainee Cases*, judgment of 31 January 2005 at 476.

- (1) "at least with regard to some detainees, the expansive definition of 'enemy combatants' currently in use in the [Combatant Status Review Tribunals] proceedings violates long standing principles of due process by permitting the detention of individuals based solely on their membership in anti-American organizations rather than on actual activities supporting the use of violence or harm against the United States.", US District Court for the District of Columbia, *Re Guantanamo Detainee Cases*, *ibid*, at 475.
- (2) US District Court for the District of Columbia, *Re Guantanamo Detainee Cases*, *ibid* at 477.

"لا يجوز تفسيره على أنه يتطلب إطلاق سراح فوري لأي معتقل، ولا أن تعتبر النتائج التي تم التوصل إليها متضمنة حلاً كاملاً لتحديد ما إذا كانت توجد أدلة كافية أم لا لدعم الاعتقال المستمر لأي شخص".

وبعد مرور عام ونصف على حكم القاضية Green في قضية Rasul، فصلت المحكمة العليا الأمريكية في قضية حمدان في ٢٩ يونيو ٢٠٠٦<sup>(١)</sup>، حيث اتفقت المحكمة العليا مع الحكم الذي أصدرته القاضية Green في قضية Rasul. ولذلك، قضت المحكمة العليا بأن اللجان العسكرية التي أنشأتها إدارة الرئيس جورج بوش لمحاكمة معتقلي Guantanamo ليس لها أن تستمر في أداء عملها، "لأن هياكلها وإجراءاتها تشكل انتهاكاً للتقنين الموحد للعدالة العسكرية ولمواثيق جنيف الأربعة الموقعة في عام ١٩٤٩". وبصفة خاصة، أشارت المحكمة إلى أن هذه اللجان تشكل انتهاكاً للمادة (٣) من اتفاقية جنيف الثالثة<sup>(٢)</sup>.

وقد لاحظ القاضي Breyer ما يلي<sup>(٣)</sup>:

"إن الإصرار القضائي على هذه (الاستشارة) لا يضعف قدرة أمتنا

- 
- (1) US Supreme Court, Hamdan v Rumsfeld 548 US 557 (2006).
- (2) Common Art 3, which appears in all four Conventions, provides that, in a 'conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties (ie, signatories), each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum,' certain provisions protecting [p]ersons ... placed hors de combat by ... detention,' including a prohibition on 'the passing of sentences ... without previous judgment ... by a regularly constituted court affording all the judicial guarantees ... recognized as indispensable by civilized peoples. (Hamdan, ibid ).
- (3) ibid, at 636.

على التعامل مع الخطر. بل على النقيض من ذلك، إن مثل هذا الإصرار يقوي قدرة الأمة على أن تحدد- من خلال الوسائل الديمقراطية- الطريقة الفضلى لفعل ذلك".

وبعد مرور عامين من الحكم السابق، فصلت المحكمة العليا الأمريكية في ١٢ يونيو ٢٠٠٨ في قضية بومدين<sup>(١)</sup>. وفي هذه القضية الأخيرة، قضت المحكمة العليا الأمريكية، بأن الأجانب المعتقلين "كأعداء محاربين" في ساحل Guantanamo لهم الحق في امتياز المثل أمام قاض *privilege of habeas corpus* للطعن على مشروعية اعتقالهم<sup>(٢)</sup>، وأن إجراءات الرقابة أو المراجعة التي ينص عليها قانون معاملة المعتقلين لعام ٢٠٠٥ *Detainees Treatment Act*<sup>(٣)</sup> لا يعد بديلاً كافياً في هذا الخصوص<sup>(٤)</sup>، وأن المعتقلين ليسوا في حاجة لاستنفاد إجراءات الرقابة أو المراجعة أمام محكمة الاستئناف قبل رفع دعاوى المثل أمام قاض<sup>(٥)</sup>. وقد أكدت المحكمة أنه في ضوء طول فترات اعتقال المعتقلين، فإن أي تأخيرات إضافية لا يمكن أن تكون مسوغة<sup>(٦)</sup>.

(1) US Supreme Court, *Boumediene v Bush* (2008), 128 S Ct 2229; see: Ernesto Hernández-López, 'Boumediene v Bush and Gantánamo, Cuba: Does the "Empire Strike Back"?', 61 SMU Law Rev 2009, pp 117-200.

(2) US Supreme Court, *Boumediene*, 128 S Ct 2229, at 2240-62.

(3) PL 109-148, Title X (2005).

(4) US Supreme Court, *Boumediene*, 128 S Ct 2229, at 2271-4.

(5) US Supreme Court, *Boumediene*, *ibid*, at 2274-6.

(6) US Supreme Court, *Boumediene*, *ibid*, at 2275-6, see even stronger: Justice Souter at 2278-9.

ويلاحظ أن قضية بومدين لم تقدم فحصاً شاملاً لمتطلبات البديل الملانم لإجراءات المثل أمام قاض، ولكنها قدمت إيضاحاً لبعض العوامل التي يعتمد عليها مدى رقابة هذا الحق، وكذلك بعض العناصر التي يجب أن تظهر في هذه الرقابة، والتي تتمثل فيما يلي:

أولاً: تعتمد درجة شدة الرقابة على مدى قوة أي من الإجراءات السابقة<sup>(١)</sup>.

ثانياً: يجب أن تتاح للمعتقل فرصة معقولة ليثبت أن اعتقاله تم بطريقة غير مشروعة.

ثالثاً: يجب أن يكون للمحاكمة سلطة الأمر بإطلاق سراح الطاعن.

وفيما يتعلق بالعنصر الثاني، يُلاحظ أنه يشمل سلطة المحكمة في إجراء رقابة للوقائع facts، بما في ذلك كل أدلة البراءة ذات الصلة، وتشمل هذه الأخيرة كل الأدلة التي لم تقدم في الإجراءات السابقة.

وقد دعمت المحكمة العليا الأمريكية المبدأ الدستوري الأساسي للحق في المثل أمام قاض، حيث أقرت المحكمة المبادئ التي تحكم الظروف العادية، ولكنها لم تصل إلى نتيجة مؤداها أن هذه المبادئ يجب تعليقها أو تنحيتها جانباً في مواجهة التهديدات الاستثنائية النابعة من الإرهاب. ولذلك، اعترفت المحكمة بأنه بالإضافة إلى أن إجراء "المثل أمام قاض" يشكل "أداة حيوية لحماية الحرية الفردية"<sup>(٢)</sup>، فإنه يمثل، أيضاً، أداة تم اعتمادها عبر الزمن للمحافظة على "توازن دقيق للحكم الرشيد" delicate balance of governance<sup>(٣)</sup>.

(1) US Supreme Court, Boumediene, 128 S Ct 2229, at 2268.

(2) US Supreme Court, Boumediene, ibid, at 2246.

(3) US Supreme Court, Boumediene, ibid, at 2247, citing US Supreme Court, Hamdi, 124 S Ct 2633.

وفي ذات الوقت، كانت المحكمة حريصة على أن تحدد بعناية الأطر الواضحة لحكمها. حيث أشارت المحكمة إلى أنها لم تقصد أن رقابة قانون معاملة المعتقلين DTA تشكل بديلاً كافياً دستورياً لإجراء المثل أمام قاض، ولكن "للقهود المفروضة على قدرة المعتقل على تقديم دليل البراءة"<sup>(١)</sup>. ويظهر، من ذلك، أن المحكمة كانت حريصة، ليس فقط على أن تقيم موازنة عادلة وقابلة للاستمرار من الناحية العملية، ولكن أيضاً في إرسائها للمبدأ. ولذلك، أقرت المحكمة أن "رأيها لا يقوض سلطات السلطة التنفيذية باعتبارها السلطة المنوط بها حماية الأمن، وأن القانون يجب أن يمنح السلطة التنفيذية سلطة لاعتقال هؤلاء الذين يثيرون خطراً حقيقياً على الأمن"<sup>(٢)</sup>.

ويذهب بعض الكتاب إلى أن حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية بومدين يمثل مناورة قضائية ماهرة تستهدف حماية المجتمع من تهديد الإرهاب، وفي ذات الوقت عدم تفويض الأسس التي يقوم عليها المجتمع تحت لافتة حماية الأمن. ولذلك، حاولت المحكمة العليا تحديد الخط الفاصل الذي تنقلب عنده حماية الذات إلى تدمير الذات، لأن الاستثناء يصبح شيئاً طبيعياً، ولأن أكثر القواعد أساسية يتم تعليقها بصورة دائمة، حتى يبدو للذاكرة الجمعية كما لو كانت هذه القواعد قد تم إلغاؤها. ومن الواضح أن المحكمة العليا أخذت هذا الخطر في حساباتها. ويبدو ذلك واضحاً في فقرات عدة من الحكم، من ذلك، على سبيل المثال إشارة القاضي Kennedy إلى الصعوبة الخاصة الناشئة عن عدم تحديد مدة الحرب على الإرهاب.

(1) " but for [the] limitations on the detainee's ability to present exculpatory evidence", US Supreme Court, Boumediene, *ibid*, at 2274.

(2) "[t]he law must accord the Executive substantial authority to apprehend detain those who pose a real danger to...security", US Supreme Court, Boumediene, *ibid*, at 2277.

وبصفة خاصة، يشير القاضي Kennedy إلى أنه:

"توضع القوانين والدساتير للاستمرار والبقاء في حيز النفاذ حتى في الأوقات الاستثنائية. ويمكن التوفيق بين الحرية والأمن في إطار القانون"<sup>(١)</sup>.

وقد قضت المحكمة العليا بأن إجراء المثل أمام قاض *the writ of habeas corpus* يعد، في ذاته، آلية لا غنى عنها لرقابة الفصل بين السلطات"<sup>(٢)</sup>. ويمكن القول إن هذا الإجراء يشكل جزءاً من الإطار القانوني الحالي وآلية للدفاع الذاتي تسمح بالتوفيق بين القيم الأكثر أساسية. ويعد هذا صحيحاً بالنسبة للدستور الأمريكي بصفة خاصة، وكذلك أيضاً بالنسبة الهياكل الدستورية القائمة على حكم القانون بصفة عامة: "إن القول بأن الأفرع السياسية للحكومة بمقدورها أن تفعل الدستور أو تعطله بإرادتها من شأنه أن يقود إلى نظام يمكن هذه الأفرع- وليس هذه المحكمة- من أن تحدد ما هو القانون"<sup>(٣)</sup>.

ويمكن القول، إن المحاكم الأمريكية قد واجهت موقفاً قاسياً لدى فصلها في وضع معتقلي Guantanamo. ويجب أخذ هذا في الاعتبار لدى استخلاص النتائج بالنسبة للجزاءات الفردية، لأن هذه الجزاءات تصم الأفراد بأنهم إرهابيون.

(1) "[t]he laws and Constitution are designed to survive, and remain in force, in extraordinary times. Liberty and security can be reconciled; and in our system they are reconciled within the framework of the law.", US Supreme Court, *Boumediene*, *ibid*, at 2277.

(2) US Supreme Court, *Boumediene*, *ibid*, at 2259.

(3) US Supreme Court, *Boumediene v Bush*, *ibid*, at 2236 citing: *Marbury v Madison*, 1 Cranch 137, 177, 2 L Ed 60.

ويؤدي فرض هذه الجزاءات إلى حرمان الأفراد من وجودهم الاقتصادي<sup>(١)</sup>. ومع ذلك، فإنها لا تؤدي إلى تعريض حياة الأفراد للخطر في الحال<sup>(٢)</sup>، أو رفاهية الوجود المادي لهؤلاء المدرجة أسماؤهم في قوائم<sup>(٣)</sup>. بيد أن الاعتبارات المتعلقة بالقيمة الدستورية للرقابة القضائية، بصفة خاصة، قابلة للانتقال.

### المطلب الثاني

#### قضاء الإرهاب في أحكام المحكمة العليا الإسرائيلية

يتعرض وجود إسرائيل للتهديد منذ إنشائها. وقد أدى هذا الوضع إلى ضرورة تدخل المحاكم الإسرائيلية لنظر طعون على قرارات صعبة اتخذت في ظل ظروف استثنائية<sup>(٤)</sup>. ويمكن للمرء أن يتفق أو يختلف مع بعض القرارات الفردية، غير أنه

(1) ibid .

(2) The contrary argument was made for UN sanctions (Larissa van den Herik and Nico Schrijver, 'Section Two: Human Rights Concerns in Current Targeted Sanctions Regimes from the Perspective of International and European Law', in: Thomas J Biersteker and Sue E Eckert, Strengthening Targeted Sanctions Through Fair and Clear Procedures, White Paper prepared by the Watson Institute Targeted Sanctions Project, Brown University, 30 March 2006, 26, available at: <http://watsoninstitute.org/pub/Strengthening Targeted Sanctions.pdf> , p 10) before the humanitarian exemptions were introduced (see Chapter One, Section 3.1.3), but irrespective of the value of this argument at that point, it does no longer apply.

(3) This can be contrasted with the situation and in particular with the suicide cases in Guantanamo: <http://www.reprive.org.uk/>.

(4) Israel Supreme Court (ed), Judgments of the Israel Supreme Court: Fighting Terrorism within the Law (2005).

ينبغي ملاحظة أن قضاء المحكمة العليا الإسرائيلية يعكس تحليلاً متطوراً للمسائل المتعلقة بكيفية مواجهة التهديدات التي تتهدد النظام القانوني دون تجاوز إطار هذا النظام.

وقد تعرضت المحكمة العليا الإسرائيلية، في حكم لها بشأن مشروعية السياسة الإسرائيلية الرسمية "للقتل المستهدف" أو "الضربات الوقائية"<sup>(١)</sup>، لتطبيق مبدأ التناسب في نزاع دولي مسلح<sup>(٢)</sup>، ومدى إمكان اللجوء للقضاء للطعن على سياسة الحكومة الخاصة "بالضربات الوقائية"<sup>(٣)</sup>، ومدى الرقابة القضائية الممكن تطبيقها في

(1) For a legal assessment of this policy see: Helen Keller and Magdalena Forowicz, 'A tightrope walk between legality and legitimacy: an analysis of the Israeli Supreme Court's judgment on targeted killing', Case Comment, *Leiden Journal of International Law* (2008); S Schondorf, 'The Targeted Killings Judgment: A Preliminary Assessment' (2007) 5 (2) *Journal of International Criminal Justice* 301; A Cohen and Y Shany, 'A Development of Modest Proportions: The Application of the Principle of Proportionality in Targeted Killings Case' (2007) 5 (2) *Journal of International Criminal Justice* 310; O Ben-Naftali, 'A Judgment in the Shadow of International Law' (2007) 5 (2) *Journal of International Criminal Justice* 322; W J Fenrick, 'The Targeted Killings Judgment and the Scope of Direct Participation in Hostilities' (2007) 5 (2) *Journal of International Criminal Justice* 332; A Cassese, 'On Some Merits of the Israeli Judgment on Targeted Killings' (2007) 5 (2) *Journal of International Criminal Justice* 339; O Ben-Naftali and K Michaeli, 'Public Committee Against Torture in Israel et al v Government of Israel' (2007) 101 (2) *AJIL* 459.

(2) Supreme Court of Israel, Public Committee against Torture.

(3) *ibid*, point 8, paras 47-54.

مثل هذه الظروف<sup>(١)</sup>. وفي رأيه في قضية *Kadi and al Barakaat* - المتعلقة بالجزءات الأوروبية المفروضة تطبيقاً لقوائم الإرهابيين المتشبه فيهم الصادرة عن الأمم المتحدة- أشار المحامي العام *General Maduro* إلى فقرة من هذا الحكم<sup>(٢)</sup>. وفي هذه الفقرة، قدم *Aharon Barak* - الرئيس السابق للمحكمة العليا الإسرائيلية- شرحاً للدور الأساسي الذي يجب أن يؤديه القانون في مجال مواجهة الإرهاب<sup>(٣)</sup>:

"إن كل نضال تنخرط فيه الدولة- في مواجهة الإرهاب أو أي عدو آخر- يتم وفقاً للقواعد والقانون، حيث يوجد، دائماً، القانون الذي يجب على الدولة أن تعمل وفقاً له. وفي هذا الخصوص، لا توجد نقاط سوداء. وتجدر الإشارة إلى أن المنطق الأساسي الذي تستند عليه هذه المقاربة، ليس فقط نتيجة عملية للحقيقة المعيارية والسياسية. بل تضرب جذور هذه المقاربة إلى ما هو أبعد من ذلك بكثير. فالأمر يتعلق بالفرق بين دولة ديمقراطية تحارب من أجل حياتها والحرب التي يشنها الإرهابيون في مواجهة هذه الدولة. فالدولة تحارب باسم القانون، وباسم الدفاع عن القانون وتدعيمة. بينما يحارب الإرهابيون ضد القانون في سياق انتهاكهم له. ومن ثم، فإن الحرب في مواجهة الإرهاب هي حرب القانون في مواجهة هؤلاء الذين يخرجون عليه".

(1) *ibid*, point 9, paras 55-9.

(2) *AG Maduro, Cases C-402/05 P and C-415/05 P, Kadi and al Barakaat, Opinion of 16 January 2008.*

(3) *Supreme Court of Israel, Public Committee against Torture (n 5 above), paras 61 and 62.*

يشير هذا المفهوم إلى مبدأ عدم جواز قيام القضاة بتفسير القانون استناداً إلى فلسفاتهم وميولهم. كما أنه لا يجوز لهم أن يحلوا تقديرهم محل تقدير المشرع أو السلطة التنفيذية. ويفسر هذا المبدأ بأن القضاة ليسوا منتخبيين، ولا خاضعين للمساءلة أمام الناخبين:

وفي سياق اللجوء إلى العدالة في مواجهة الجزاءات الفردية، تكتسب الاعتبارات التي أشارت إليها المحكمة العليا الإسرائيلية بشأن مدى قابلية الطعن على إجراءات مكافحة الإرهاب أمام القضاء أهمية خاصة، حيث تمسكت الحكومة الإسرائيلية "بأن الصفة الأبرز للمسألة ليست قانونية، وأن مبدأ التقيد القضائي judicial restraint<sup>(١)</sup> يتطلب من المحكمة أن تحجم عن إقحام نفسها في منطقة مواجهة الإرهاب"<sup>(٢)</sup>. ولذلك، فإن اختيار الوسائل يخضع لتقدير السلطة التنفيذية.

وقد ميز القاضي Aharon Barak رئيس المحكمة- الذي كتب رأي الأغلبية- بين عدم القابلية للتقاضي القاعدية normative non-justiciability (أي عندما لا توجد معايير قانونية بشأن المسألة المطروحة) وعدم القابلية للتقاضي المؤسسية institutional non-justiciability (عدم جواز الفصل في المسألة بواسطة محكمة، لأن ذلك أمر غير مرغوب فيه)<sup>(٣)</sup>. وقد رفض القاضي أهارون باراك مبدأ عدم القابلية للتقاضي القاعدية، وأعلن بشجاعة أنه<sup>(٤)</sup>:

"توجد، دائماً، قاعدة قانونية يمكن حسم النزاع وفقاً لها، ووجود قاعدة قانونية يكفل الأساس للمعايير القانونية لمثل هذا القرار. وقد يكون من اليسير تحديد القاعدة والمعايير التي تكمن خلفها، وقد يكون ذلك عسيراً. ولكن في نهاية الأمر، توجد القاعدة القانونية دائماً. وقد تكون القاعدة عامة مثل (يسمح للشخص بفعل كل شيء ما عدا ما هو محظور، وأن الحكومة ليس لها أن تفعل إلا ما سمح لها بفعله)".

(1) تعريف

(2) ibid, Para 47.

(3) Ibid, Para 48, recalling earlier decisions of the Israeli Supreme Court.

(4) Ibid.

وقد خلص القاضي Aharon Barak بأن القانون الإسرائيلي يعترف بعدم القابلية للتقاضي المؤسسية أي في أطر محددة جداً. ولكنه أشار إلى أسباب أربعة لعدم تطبيق هذا المبدأ على السياسة الحكومية "للقتل المستهدف" "والضربات الوقائية". وتتمثل هذه الأسباب فيما يلي:

أولاً: لا مجال لتطبيق مبدأ عدم القابلية للتقاضي المؤسسية عندما يؤدي تطبيق مثل هذا المبدأ إلى منع رقابة الانتهاكات الواقعة على حقوق الإنسان وكانت المسائل المثارة أمام المحكمة تنطوي على انتهاكات للحق في الحياة<sup>(١)</sup>.

ثانياً: عندما تكون الطبيعة الغالبة للمسألة محل النزاع قانونية: أي عندما تنطوي المسألة المطروحة على بحث ما إذا كانت السياسة محل النزاع مسموحاً بها قانوناً أم لا.

ثالثاً: إذا كان القضاء يتعامل، بالفعل، مع المسائل المماثلة.

رابعاً: من المرغوب فيه إخضاع السلوك العسكري لفحص سابق ex-post examination بواسطة محكمة مستقلة تطبق معايير قضائية موضوعية.

وبصفة خاصة، يمكن القول إن المعيار الأول الواجب توافره في النزاع حتى يكون قابلاً للتقاضي بشأنه أو إخضاعه لرقابة القضاء Justiciable يبدو مقتنعاً: ذلك أن فعالية قانون حقوق الإنسان الدولي والوطني تعتمد على مدى وجود رقابة قضائية. فالقاعدة أنه لا حق بلا دعوى. ولا يمكن لقانون حقوق الإنسان أن يؤدي الهدف منه إلا إذا كان مدعوماً برقابة قضائية فعالة. ومن المعلوم أن أدوات حقوق الإنسان تتم

(1) Ibid, Para 50.

صياغتها بطريقة مفتوحة وموسعة. ومن ثم، تستلزم هذه الأدوات تدخل القضاء لتفسيرها وتطبيقها على نحو يرقى بها لتكون معايير ذات معنى.

وتشكل الجزاءات الفردية اعتداءً على حقوق هؤلاء المدرجة أسماؤهم في القوائم والخاضعين لهذه الجزاءات. وبالتأكيد، عندما يُطعن على إجراءات معينة متخذة في سياق الحرب على الإرهاب، تظهر، دائماً، الحاجة لإثارة حجج مستمدة من حقوق الإنسان، ومن ثم للرقابة القضائية. ويمكن القول، من حيث المبدأ، إن المحاكم ينعقد اختصاصها بتحديد قانونية أو مشروعية الأعمال التي تتخذها الدول لتنظيم موقف معين، إذا كان منشأ هذه الأعمال تعديل حقوق شخص معين، بما في ذلك تلك الإجراءات التي تشكل جزءاً من السياسة الأوسع للحرب على الإرهاب.

بيد أن السؤال يبقى قائماً: إلى أي مدى تصل مثل هذه الرقابة القضائية؟ لقد قارب القاضي Aharon Barak مدى هذه الرقابة في حكمه بشأنه "الضربات الوقائية" أو "القتل المستهدف"، وذلك من خلال تحديده كلا طرفي المعادلة<sup>(1)</sup>.

"فمن ناحية، تحديد القانون القابل للتطبيق، ومن ناحية ثانية قرار السلطة التنفيذية بإجراء عمل وقائي استناداً إلى معرفتها في ذلك الوقت. أما المسألة الأولى فيجب تحديدها بواسطة محكمة. وأما بالنسبة للمسألة الثانية، فيجب على المحكمة أن تكون حريصة على ألا تُحل قرارها الخاص بها محل قرار السلطة التنفيذية".

(1) Antonio Cassese, 'On Some Merits of the Israeli Judgment on Targeted Killings' (2007) 5 (2) Journal of International Criminal Justice, p. 344, referring to Para 56 of the judgment.

وفي قضية تتعلق بمدى مشروعية الاعتقال الإداري، يقول رئيس المحكمة العليا الإسرائيلية القاضي Aharon Bark:

"في ظل ديمقراطية تطمح إلى الحرية والأمن، لا مناص من إجراء موازنة بين الحرية والكرامة من ناحية، والأمن من ناحية أخرى. فلا يجوز أن تصبح حقوق الإنسان أداة لإنكار الأمن للجمهور والدولة. ومن ثم، يجب إقامة موازنة – موازنة دقيقة وصعبة – بين الحرية والكرامة للفرد من ناحية، والأمن الوطني والأمن العام من ناحية أخرى"<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ أن هذه الموازنة التي يجب إجراؤها بين الأمن الوطني والحرية الفردية تعكس الطابع الثري والخصب لمبدأ حكم القانون بصفة خاصة ومبدأ الديمقراطية بصفة عامة. وفي إطار هذه المقاربة، تصدر المحاكم الإسرائيلية قراراتها فيما يتعلق بالمواجهة المسلحة للإرهاب. ومن المعلوم أن المحكمة العليا الإسرائيلية – التي تعد محكمة الدرجة الأولى بالنسبة للطعون التي تقدم في مواجهة أنشطة السلطة العامة – تفتح أبوابها لأي شخص يريد أن يطعن على أنشطة السلطة التنفيذية. وحتى إذا كانت الأنشطة الإرهابية قد وقعت خارج إسرائيل أو كان الأشخاص المهتمون بالإرهاب قد تم اعتقالهم خارج الأراضي الإسرائيلية؛ فإن المحكمة العليا الإسرائيلية تقبل الطعون المقدمة من هؤلاء الأشخاص، ولا تستخدم المحكمة العليا الإسرائيلية في مثل هذه

(1) "In a democracy aspiring to freedom and security, there is no avoiding a balance between freedom and dignity, on the one hand, and security on the other. Human rights must not become a tool for denying security to the public and the state. A balance is required-a sensitive and difficult balance-between the freedom and dignity of the individual, and national security and public security". Cr.A. 7048/97, Anonymous v. Minister of Def., 54(1) P.D. 721, 741.

الحالات مبدأ فعل الدولة أو نظرية أعمال السيادة *the act of state doctrine* أو مبدأ عدم القابلية للتقاضي *non-justiciability*. بل يصل الأمر إلى أن المحكمة العليا الإسرائيلية لا تشترط ضرراً خاصاً يلحق بالشخص الذي يتقدم بالطعن، ولكن تقبل الطعن من أي شخص يريد الطعن على الإجراء الصادر من السلطة التنفيذية<sup>(١)</sup>. وفي سياق مواجهة الإرهاب، فصلت المحكمة العليا الإسرائيلية في العديد من الطعون المقدمة في مواجهة سلطة الدولة في القبض على الأشخاص المشتبه بتورطهم في ارتكاب جرائم إرهابية وشروط اعتقالهم<sup>(٢)</sup>. كما فصلت المحكمة في طعون تتعلق بحقوق الأشخاص، المشتبه بتورطهم في أنشطة إرهابية في التمثيل القانوني *legal representation*، والوسائل التي يمكن استخدامها لاستجوابهم. وفي بعض الأحيان، تنظر المحكمة هذه الطعون بعد ساعات فقط من اتخاذ الإجراءات التي يطعن عليها الأشخاص المشتبه بتورطهم بأنشطة إرهابية. ويمكن للمحكمة إذا قدرت ضرورة ذلك، أن تصدر أمراً تمهيدياً يمنع الدولة من الاستمرار في استجواب المتهم إلى أن تقرر المحكمة مدى مشروعية هذا الاستجواب. وفي إحدى القضايا، كانت الدولة تسعى إلى إبعاد أربعمائة من الأشخاص المتهمين بالإرهاب إلى لبنان<sup>(٣)</sup>. بيد أن منظمات حقوق الإنسان طعنت على هذا الإجراء. وقد أصدر رئيس المحكمة العليا القاضي *Aharon Barak* أمراً مؤقتاً *interim order* بوقف عملية الإبعاد. بيد أن الأشخاص المبعدين كانوا في ذلك الوقت في طريقهم إلى لبنان. وقد ترتب على هذا الأمر المؤقت وقف

(1) Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict* (2004).

(2) See H.C. 3278/02, *Center for Defence of the Individual Founded by Dr. Lotta Salzberger v. Commander of IDF Forces in the West Bank*, 57(1) P.D. 385 (English translation available at [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il)):

(٣) تجدر الإشارة إلى أن عملية الإبعاد تمت إلى منطقة مرج عيون في لبنان .

عملية الإبعاد على الفور. وبعد جلسة مطولة تمت ليلاً، استمعت فيها المحكمة إلى حجج مختلف الأطراف بما في ذلك أحد القادة العسكريين، أصدرت المحكمة قرارها بعدم مشروعية عملية الإبعاد<sup>(١)</sup>. وفي هذه القضية، قررت المحكمة أن الدولة قد انتهكت التزامها بضرورة منح الأشخاص المراد استبعادهم الحق في الاستماع إليهم قبل تنفيذ عملية الإبعاد، ولذلك قررت المحكمة حق هؤلاء الأشخاص في الاستماع إليهم لاحقاً على تنفيذ إجراء الاستبعاد *a post factum right to a hearing*.

وفي جميع الحالات السابقة<sup>(٢)</sup>، يلاحظ أن المحكمة العليا الإسرائيلية قد اعترفت بسلطة الدولة في حماية أمنها وأمن مواطنها من ناحية وأكدت ضرورة المحافظة على حقوق الأفراد – بما في ذلك حقوق الأفراد المتهمين بالإرهاب – من ناحية أخرى.

وفي إحدى القضايا التي طرحت على المحكمة العليا الإسرائيلية، لاحظ رئيس

المحكمة القاضي Aharon Barak:

"أن الاعتقال لأغراض التحقيق ينطوي على انتهاك لحرية المعتقل. بيد أن مثل هذا الاعتقال قد يكون ضرورياً في بعض الأحيان لمنع المساس بسير إجراءات التحقيق أو لضمان السلم أو الأمن العام. وفي مثل هذه الحالات، يجب إقامة موازنة دقيقة بين حرية الفرد – الذي يتمتع بقرينة البراءة – وبين اعتبارات السلم أو الأمن العام. وينطبق ذلك على الموازنة الداخلية التي تتم داخل الدولة بين المواطن ودولته، كما ينطبق ذلك أيضاً على الموازنة الخارجية التي تتم بين الدولة المنخرطة في حرب والأشخاص

(1) See H.C. 5973/92, Ass'n for Civil Rights in Isr. v. Minister of Def., 47(1) P.D. 267.

(٢) وفي الحقيقة، توجد منات من القرارات السادرة في قضايا مماثلة.

المعتقلين أثناء هذه الحرب. ومعنى ذلك، أن مثل هذه الموازنة الدقيقة تنطبق، سوا كانت الدولة في حالة حرب أم في حالة سلم<sup>(١)</sup>.

ومن المهم جداً ملاحظة أن النقطة التي تتم عندها الموازنة بين القيم والمبادئ المتناقضة ليست ثابتة، ولكنها تختلف من قضية لأخرى، ومن مسألة لأخرى. ومن ثم، فإن الضرر الذي يلحق الأمن الوطني نتيجة نشاط عمل إرهابي معين وطريقة استجابة الدولة لهذا العمل الإرهابي تؤثر على طريقة حماية حرية الفرد وكرامته. من ذلك، على سبيل المثال، أن المحكمة العليا الإسرائيلية بحثت مسألة التناسب في رد فعل الدولة عندما يشمل ردها هدم منازل الإرهابيين. وقد خلصت المحكمة العليا الإسرائيلية إلى أنه فقط عندما تؤدي الأنشطة الإرهابية إلى فقدان بعض الأشخاص لحياتهم، يكون مسموحاً للدولة أن تهدم المنازل التي يعيش فيها الإرهابيون. وحتى في هذه الحالة، لا يجوز أن يكون الهدف من التدمير هو العقاب الجماعي، لأن مثل هذا العقاب الجماعي محظور في

(1) "Detention for the purpose of investigation infringes upon the liberty of the detainee. Occasionally, in order to prevent the disruption of investigatory proceedings or to ensure public peace and safety, such detention is unavoidable. A delicate balance must be struck between the liberty of the individual, who enjoys the presumption of innocence, and public peace and safety. Such is the case with regard to the internal balance within the state-between the citizen and his state-and such is the case with regard to the external balance outside of the state-between the state that is engaged in war and persons detained during the war. Such is the case with regard to this balance in times of peace, and such is the case with regard to this balance in time of war.", H.C. 3239/02, Maraab v. The Commander of IDF Forces in the West Bank, 57(2) P.D. 349 (English translation available at [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il)).

المناطق التي تخضع لاحتلال عسكري<sup>(١)</sup>. كما لا يجوز اللجوء إلى إجراء تدمير المنازل إلا لأغراض وقائية. وحتى في مثل هذه الحالة، يكون لمالك المبنى المراد تدميره الحق في الاستماع المسبق إليه، وذلك ما لم يشكل هذا الاستماع تدخلاً في نشاط عملية عسكرية سارية<sup>(٢)</sup>. ذلك، أنه لا يوجد حق للشخص في الاستماع إليه أثناء القيام بعملية عسكرية في مواجهته. ولكن عندما تسمح ظروف الزمان والمكان – وعندما لا يمثل ذلك تدخلاً في عمل القوات الأمنية التي تحارب الإرهاب – يجب احترام حق الشخص في الاستماع إليه بأقصى ما يكون ذلك ممكناً<sup>(٣)</sup>.

وعندما يكون من الضروري استخدام الاعتقال الإداري في مواجهة الإرهابيين، فإن المحكمة العليا الإسرائيلية تذهب إلى القول إن غرض قوانين الاعتقال الإداري مزدوج يتمثل في حماية الأمن الوطني من ناحية، وحماية كرامة وحرية كل شخص من ناحية أخرى. كما تقول المحكمة: "إن حماية الأمن الوطني تشكل مصلحة اجتماعية تسعى كل دولة إلى تحقيقها. وفي هذا الإطار، تعترف الدول المحبة للحرية والديمقراطية بنظام الاعتقال الإداري"<sup>(٤)</sup>. وخلصت المحكمة إلى القول: "إن حماية والدفاع عن الحرية والكرامة يتسع ليشمل حرية وكرامة الشخص الذي تسعى الدولة إلى اعتقاله إدارياً"<sup>(٥)</sup>. وبالإضافة إلى ذلك، قررت المحكمة:

- (1) See H.C. 5510/92, Turkeman v. Minister of Def., 48(1) P.D. 217. Harsh criticism has been leveled at this opinion and others like it. See David Kretzmer, *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories* 160–61 (2002).
- (2) See H.C. 6696/02, Adal Sado Amar v. IDF Commander in the W. Bank, [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il).
- (3) See id.
- (4) Anonymous v. Minister of Defence, 54 (1) P.D. 72, 740.
- (5) Id.

"أنه من الممكن السماح، في ظل دولة ديمقراطية تطمح إلى كفالة الحرية والأمن، بالاعتقال الإداري للشخص الذي يُنظر إليه باعتباره يمثل خطراً شخصياً على الأمن الوطني. بيد أن هذه الإمكانية لا يجوز أن تتسع لتشمل اعتقال الشخص الذي لا يمثل خطراً شخصياً على الأمن الوطني، والذي لا يعدو أن يكون مجرد أداة للضغط أو ورقة للمساومة"<sup>(١)</sup>.

وتتطلب الحرب في مواجهة الإرهاب، أيضاً، استجواب الإرهابيين. ويجب أن يتم ذلك وفق القواعد العادية للاستجواب. ومن ثم، لا يجوز استخدام العنف أو القوة البدنية في استجواب الأشخاص المتهمين بالإرهاب. ومعنى ذلك أنه يُحظر استخدام التعذيب حتى في مواجهة الأشخاص المتهمين بالإرهاب والخاضعين للاستجواب<sup>(٢)</sup>.

يمكن القول إن أي موازنة يتم إجراؤها بين الأمن والحرية ستسفر، بالضرورة، عن بعض القيود التي تفرض على كلا القيمتين. ولا يمكن أن تكون هذه الموازنة صحيحة إذا كفلت حماية كاملة لحقوق الإنسان تماماً كما لو كان لا يوجد أي إرهاب. وبالمثل، لا يمكن أن تكون هذه الموازنة صحيحة لو كفلت حماية للأمن تماماً كما لو كان لا توجد حقوق للإنسان. والديمقراطية الراسخة والأمن والمستقرة هي، وحدها، التي يكون بمقدورها كفالة وحماية حقوق الإنسان. والديمقراطية القائمة على احترام

(1) "[I]t is possible to allow-in a democratic state that aspires to freedom and security-the administrative detention of a person who is regarded personally as a danger to national security. But this possibility should not be extended to the detention of a person who is not regarded personally as any danger to national security and who is merely a "bargaining chip.", Id. at 741.

(2) H.C. 5100/94, Pub. Comm. Against Torture in Isr. v. Gov't of Israel, 53(4) P.D. 817, 835; [1998-9] IsrLR 567.

حقوق الإنسان هي وحدها التي يكون بمقدورها حماية الأمن. ومعنى ذلك، أن الموازنة بين الأمن والحرية لا تعكس غموضاً في موقف الدول الديمقراطية تجاه ظاهرة الإرهاب. بل على النقيض من ذلك، فإن هذه الموازنة بين الأمن والحرية تعكس وضوحاً في رؤية هذه الدول الديمقراطية التي تعترف بالحاجة إلى الأمن والحاجة إلى الديمقراطية في وقت واحد.

وفي قضية طرحت على المحكمة العليا الإسرائيلية، أثيرت فيها مسألة ما إذا كان من حق الدولة أن تعيد توزيع السكان، الذين يمثلون تهديداً لأمنها، بصورة إجبارية في المناطق الخاضعة للاحتلال العسكري. وقد خلصت المحكمة في هذه القضية إلى أن "إجراء موازنة دقيقة وحساسة يُعد ضرورياً. وهذا هو ثمن الديمقراطية. ورغم أن هذا الثمن باهظ إلا أنه جدير بالدفع، لأنه يقوى الدولة، ويعطي مبرراً معقولاً لحربها"<sup>(١)</sup>.

ويجب ملاحظة أن الموازنة لا يُقصد بها عملية قاعدية خارجية تغير من مجال الحقوق والحماية المكفولة لها بسبب الإرهاب، وإنما يُقصد بها تلك العملية المعتادة التي تتم في كل يوم لدى معالجة العلاقة بين الحقوق الفردية واحتياجات المجتمع. ففي إطار هذه العملية الأخيرة، لا يُنظر للحقوق باعتبارها مطلقة، ولكن باعتبارها نسبية يمكن إخضاعها للتقييد خدمة لاحتياجات المجتمع. فالدولة لا تملك حق إطلاق النار على مسرح مزدحم. ومن شأن التهديدات الإرهابية أن تزيد من إمكانية وقوع أضرار جسيمة، مما يسمح بإخضاع الحقوق للتقييد. لكن ينبغي ملاحظة أنه لا تُستخدم عمليتان للموازنة: واحدة للأوقات العادية وأخرى إضافية للتهديدات الإرهابية. فلا توجد سوى

(1) H.C. 7015/02, Ajuri v. IDF Commander in the W. Bank, 56(6) P.D. 352, 383 (English translation available at <http://www.court.gov.il>).

عملية واحدة للموازنة، والإرهاب هو الذي يحدد الظروف المادية التي تجري في ظلها عملية الموازنة.

وعندما تقوم المحاكم بالموازنة بين الأمن والحرية في الأوقات التي تتعرض فيها الدول للتهديدات الإرهابية، فإنها تواجه، في الغالب، شكاوي من جميع الأطراف. فالمؤيدون والداعمون لحقوق الإنسان يرون أن المحاكم تعطي مزيداً من الحماية للأمن وقليلاً جداً من الحماية لحقوق الإنسان. بينما يرى المؤيدون للاعتبارات الأمنية عكس ذلك. ويمكن القول إن كلا الطرفين يكتفي بمجرد قراءة خلاصات الأحكام القضائية دون الأخذ بعين الاعتبار التسبب القانوني لهذه الأحكام والذي يُظهر رغبة المحاكم وسعيها لتحقيق موازنة صحيحة بين القيم والمبادئ المتناقضة على أن القاضي لا يجوز أن يتراجع عن الحكم وفق قناعاته وضميره دون الالتفات لحجج كلا الطرفين.

## المبحث السادس

### مكافحة الإرهاب في القانون المصري

في هذا المبحث سنتكلم عن مكافحة الإرهاب في القانون المصري من خلال الإطار القانوني وخصصنا لذلك (مطلب أول)، ثم يلي ذلك (مطلب ثان) ونتكلم فيه عن مدى تطبيق مبدأ التناسب على إجراءات مكافحة الإرهاب. وذلك على النحو الآتي:

#### المطلب الأول

##### الإطار القانوني لمكافحة الإرهاب في القانون المصري

من أجل مواجهة موجة الجرائم الإرهابية التي تعرضت لها مصر في بداية العقد الأخير من القرن الماضي، صدر القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢، والمسمى بقانون مكافحة الإرهاب. وقد تضمن هذا القانون تعديل بعض نصوص قوانين العقوبات، والإجراءات الجنائية، وإنشاء محاكم أمن الدولة، وسرية الحسابات بالبنوك، والأسلحة والذخائر<sup>(١)</sup>.

وفيما يتعلق بقانون العقوبات، قسم قانون ١٩٩٢ الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، الخاص بالجنايات والجنح المضرة بالحكومة من جهة الداخل، إلى قسمين : خصص الأول لتعريف الإرهاب (م ٨٦)، ثم لتجريم صور الجرائم الإرهابية

---

(١) د. فتوح الشاذلي، قراءة نقدية لمشروع قانون مكافحة الإرهاب في مصر، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.legal-agenda.com/article.php?id=581&lang=ar#.U0u65F6KCdE>

في المواد من ٨٦ مكررا إلى ٨٨ مكررا (ب)، وبيان الأحكام العامة الموضوعية التي تسرى على هذه الجرائم مثل أحكام الاشتراك والمصادرة وتقييد المادة (١٧) من قانون العقوبات الخاصة بالظروف المخففة، فلا يجوز النزول بالعقوبة إلا درجة واحدة بالنسبة لعقوبة الإعدام والسجن المؤبد دون غيرهما، وجواز الحكم بتدبير أو أكثر من التدابير المنصوص عليها فضلاً عن الحكم بالعقوبة المقررة للجريمة، والإعفاء من العقوبات في حالة التبليغ عن الجرائم الإرهابية، سواء في ذلك الإعفاء الوجوبي أو الجوازي. كذلك شدد قانون مكافحة الإرهاب عقوبات بعض الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات إذا ارتكب أي منها تنفيذاً لغرض إرهابي. من ذلك جرائم القتل العمد، الذي يشدد عقابه من السجن المؤبد أو المشدد إلى الإعدام، والضرب المفضي إلى عاهة، فيضاعف الحد الأقصى للعقوبات المقررة له، والضرب المفضي إلى موت، حيث يصل الحد الأقصى لعقوبته إلى السجن المشدد أو السجن لمدة ١٥ عاماً. كذلك تتحول بعض جنح الإيذاء العمدي وغيرها من الجنح المنصوص عليها في قانون مكافحة الإرهاب إلى جنایات إذا ارتكبت تنفيذاً لغرض إرهابي.

وفيما يتعلق بالأحكام الإجرائية، أضاف قانون ١٩٩٢ جرائم الإرهاب المنصوص عليها فيه إلى الجرائم الواردة في الفقرة الثانية من المادة (١٥) من قانون الإجراءات الجنائية، وهي الجرائم التي لا تنقضي الدعوى الجنائية الناشئة عنها بمضي المدة. كما خصص هذا القانون دائرة أو أكثر من دوائر محكمة أمن الدولة العليا، المنشأة بدائرة محكمة استئناف القاهرة، لنظر جرائم الإرهاب دون التقيد بقواعد الاختصاص المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية، كما تختص أيضاً بالفصل فيما يقع من هذه الجرائم من الأحداث الذين تزيد سنهم على خمس عشرة سنة وقت ارتكاب الجريمة.

ومنح قانون ١٩٩٢ الخاص بمكافحة الإرهاب النيابة العامة فى تحقيق الجرائم الإرهابية، بالإضافة إلى الاختصاصات المقررة لها سلطات قاضى التحقيق ومحكمة الجنح المستأنفة منعقدة فى غرفة المشورة فيما يتعلق بالحبس الاحتياطي. كما لا تنقيد النيابة العامة فى مباشرة التحقيق ورفع الدعوى فى جرائم الإرهاب بقيد الطلب المنصوص عليه فى المادة ٩ من قانون الإجراءات الجنائية.

كذلك وسع القانون من سلطات مأمور الضبط القضائي إذا توافرت لديه "دلائل" كافية على اتهام شخص بارتكاب إحدى جرائم الإرهاب، فأجاز له اتخاذ الإجراءات التحفظية "المناسبة"، والقبض على المتهم بعد الإذن له من النيابة العامة لمدة لا تتجاوز ٧ أيام، وسماع أقواله وإرساله إلى النيابة العامة المختصة بعد انتهاء مدة السبعة أيام. ويجب على النيابة العامة أن تستجوب المقبوض عليه فى ظرف ٧٢ ساعة من تاريخ عرضه عليها، ثم تأمر بحبسه احتياطيا أو إطلاق سراحه.

كما منح القانون النائب العام أو من يفوضه من المحامين العاميين سلطة الأمر بالإطلاع أو الحصول على أى بيانات أو معلومات تتعلق بحسابات أو ودائع أو أمانات أو خزائن البنوك إذا اقتضى ذلك كشف الحقيقة فى جريمة من الجرائم الإرهابية.

وأخيرا، قرر قانون ١٩٩٢ عدم إقامة الدعوى الجنائية ضد من انتمى إلى جمعية أو هيئة أو منظمة أو جماعة أو عصابة إرهابية، إذا بادر خلال شهر من تاريخ العمل بالقانون بإبلاغ النيابة العامة أو سلطات الأمن بانفصاله عن التنظيم وتوقفه عن ممارسة أى نشاط فيه.

تلك هي نصوص مكافحة الإرهاب فى القوانين المصرية النافذة، فهل توجد ضرورة لاقتراح قانون جديد لمكافحة الإرهاب، أو كان يكفي تعديل النصوص السارية لمواجهة يعتقد البعض أنها ستكون أكثر فعالية ضد الإرهاب؟

ومن المعلوم أن مصر شهدت في أعقاب ثورة الثلاثين من يونيو ٢٠١٣ - وما تزال- موجات من العنف والإرهاب وقفت قوى الأمن عاجزة عن مواجهتها في كثير من الأحيان، مما حدا بكثير من الفقهاء إلى المطالبة بتبني قانون جديد شامل لمكافحة الإرهاب. بيد أن هذه الدعوى لتبني قانون جديد للإرهاب لم تكن محل إجماع من الكتاب. ومن ثم، فقد انقسم الفقه إزاءها إلى فريقين:

فريق أول يرى أن الدولة في حاجة إلى العدالة الناجزة التي من الممكن أن يحققها قانون جديد للإرهاب دون مساس بحق المتهم في التقاضي، أو في الدفاع عن نفسه، لا سيما وأنه لا يوجد قيد على المشرع الحالي في إصدار القوانين التي يرى أنها تصب في صالح البلاد. ويحاول هذا الفريق أن يدعم وجهة نظره بما يلي:

١ - صعوبة تجديد حالة الطوارئ، نظراً لعدم تقبل أغلب القوى السياسية لذلك في الوقت الحاضر.

٢ - أن حالة الطوارئ مؤقتة بطبيعتها، بينما قانون الإرهاب الجديد المقترح تبنيه سيكون دائماً لا يحتاج إلى تجديد.

٣ - أن قانون مكافحة الإرهاب يعطي سلطات واسعة لرجال الضبط وسلطات التحقيق تتجاوز ما هو مقرر بقانون الطوارئ، لا سيما بعد أن قيدت المحكمة الدستورية العليا تدابير الطوارئ بضرورة احترام الضوابط المقررة في القوانين العادية، فقد صار قانون الطوارئ بعد حكم الدستورية غير ملائم لما تتطلبه مكافحة الإرهاب من تدابير سريعة تتجاوز ما هو مقرر في القوانين العادية.

بينما ذهب فريق ثان إلى رفض تبني قانون جديد للإرهاب مستندياً في ذلك إلى ما يلي<sup>(١)</sup>:

(١) د. فتوح الشاذلي، قراءة نقدية لمشروع قانون مكافحة الإرهاب في مصر، مقال متاح على الموقع

- ١- أن القوانين القائمة فيها الكفاية إذا أدخلت عليها بعض التعديلات، فلا حاجة لإصدار قانون استثنائي من القوانين سينة السمعة. من ذلك، على سبيل المثال، أن المادة (١٨٦ مكرر) من قانون العقوبات كافية لمواجهة الإرهاب والقضاء عليه. وأن عقوبة ارتكاب جرائم إرهابية في قانون العقوبات جاءت بأقصى عقوبة ممكنة، الأمر الذي جعلها لا تحتاج إلى تشديدات أخرى، كما أنها شملت كافة أنواع الجرائم الإرهابية. كما أن المشكلة تكمن في التطبيق الفعال، وليس في نقص التشريع، وأن الشرطة لديها عجز في تطبيق قانون العقوبات، وأن هذا العجز سينعكس أيضًا على قانون الإرهاب الجديد.
- ٢- أن قانون الإرهاب المقترح يحتاج إلى برلمان منتخب لإصداره إذا قدر ملاءمة ذلك، فلا يجوز صدور مثل هذا القانون الاستثنائي من سلطة انتقالية مؤقتة. وذلك في إطار الدعوة العامة بعدم الإسراف في إصدار تشريعات من جانب الدولة، إلى حين الانتهاء من الانتخابات البرلمانية، ووجود برلمان رسمي يشرع نيابة عن الشعب.
- ٣- أن القانون لا يتفق مع روح الثورة التي طالبت بإلغاء القوانين والإجراءات والمحاكم الاستثنائية. فلا يقبل الالتجاء إلى قوانين استثنائية ونحن نؤسس لدولة مدنية ديمقراطية حديثة تقوم على سيادة القانون وتحمي حقوق الإنسان وحرياته الأساسية.
- ٤- لا يخفى تأثير هذه القوانين الاستثنائية على بيئة الاستثمار، لأن المستثمرين لا يحبذون الاستثمار في دول تحكمها قوانين استثنائية.

التالي:

<http://www.legal-agenda.com/article.php?id=581&lang=ar#.U0u65F6>

KCdE

ونحن من جانبنا نميل إلى تأييد الدعوة إلى تبني قانون جديد شامل للتصدي لظاهرة الإرهاب التي تفاقمت أخطارها في مصر، لا سيما بعد ثورة الثلاثين من يونيو ٢٠١٣، وكذلك في العديد من الدول العربية في أعقاب ما أطلق عليه ثورات الربيع العربي، وذلك لما يلي:

١- لا شك أن تركيز المعالجة التشريعية لظاهرة الإرهاب في قانون واحد مستقل ومتكامل سيكون له أثر إيجابي على فعالية مواجهة هذه الظاهرة.

٢- إن التدخل العاجل للمعالجة التشريعية لمواجهة ظاهرة الإرهاب أمر ضروري لا يجوز تأخيره بحجة عدم وجود برلمان منتخب، ما دام أن السلطة الانتقالية القائمة تملك سلطة التشريع، وأن ذلك لا يصادر حق البرلمان القادم في إدخال ما يشاء من تعديلات على القانون.

٣- لا حجة في القول بأنه لم يعد مقبولاً، لا سيما بعد ثورة ٢٥ يناير، الالتجاء إلى قوانين استثنائية ونحن نؤسس لدولة مدنية ديمقراطية حديثة تقوم على سيادة القانون وتحمي حقوق الإنسان وحياته الأساسية. وتفسير ذلك أن قانون الإرهاب المقترح تبنيه لا يندرج في عداد القوانين الاستثنائية، بل سيكون قانوناً دائماً. وبالإضافة إلى ذلك، لن يتعارض هذا القانون مع مدنية الدولة، ولن يمثل انتهاكاً لحقوق الإنسان وحياته الأساسية، بل سيقوم على موازنة معقولة بين اعتبارات الأمن من ناحية، والمحافظة على الحقوق والحريات الأساسية من ناحية أخرى.

## المطلب الثاني

### مدى تطبيق مبدأ التناسب في مجال إجراءات مكافحة الإرهاب

#### في القانون المصري

يبين، من استقراء نصوص الدساتير المصرية المتعاقبة (دستور ١٩٧١ الملغى، ودستور ٢٠١٢ المتبنى بعد ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١) أن هذه النصوص في مجموعها تنبع من فكرة الضرورة الاجتماعية والتناسب فيما يتعلق بالمساس بالحقوق والحريات. فالمادة (٤١) من دستور (١٩٧١) لا تجيز تقييد حرية أحد بأي قيد إلا بأمر تستلزمه "ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع". كما أن المادة (٤٢) من هذا الدستور تحظر تقييد حرية أحد إلا بما يحفظ كرامة الإنسان. وتنص المادة (٣٥) من دستور ٢٠١٢ على أن "فيما عدا حالة التلبس، لا يجوز القبض على أحد ولا تفتيشه ولا حبسه ولا منعه من التنقل ولا تقييد حريته بأي قيد إلا بأمر قضائي مسبب يستلزمه التحقيق".

ومن المسلم به أن مبدأ تناسب العقوبة الجنائية هو أحد المبادئ الدستورية، وهو متفرع من مبدأ ضرورة العقوبة<sup>(١)</sup>. وإذا كان المشرع هو الذي يملك تقدير مسألة تناسب العقوبة، إلا أنه للقاضي الدستوري أن يقرر عدم دستورية النص التشريعي إذا كان يتضمن عدم تناسب ظاهر بين الجريمة والعقوبة<sup>(٢)</sup>. وتربط المحكمة الدستورية العليا في مصر بين مبدأ العقوبة وحماية الحرية الشخصية فتقول: "ومن حيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد على أن خضوع الدولة للقانون محدد على ضوء

(١) د. محمد محمد عبد اللطيف، الضمانات الدستورية في المجال الضريبي "دراسة مقارنة بين مصر والكويت وفرنسا"، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٩، ص

(2) C.C., sept. 1986, Rec., p. 128 ; 30 déc. 1987, n. 23 50. C., Rec., p. 63.

مفهوم ديمقراطي مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضاً أولياً لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة، ويندرج تحتها طائفة من الحقوق تعد بالنظر إلى مكوناتها وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور في مادته الحادية والأربعين، ومنحها الرعاية الأوفى والأشمل توكيداً لقيمتها، من بينها أن عقوبة الجريمة لا يتحملها إلا من أدين من حيث كونه مسئولاً عنها، وهي عقوبة جيب أن تتوازن وطأتها مع خصائص ووزن الجريمة موضوعها.. ولا يجوز أن تكون العقوبة التي تفرضها الدولة بتشريعاتها مهينة في ذاتها أو كاشفة عن قسوتها<sup>(١)</sup>.

وواقع الأمر، فإن مبدأ التناسب الذي لا تقوم الضرورة في التجريم إلا بمراعاته، يتمتع في ذاته بذات القيمة الدستورية التي تتمتع بها سائر الحقوق والحريات والمصلحة العامة، لأنه من خلال احترام هذا المبدأ يتم احترام كافة القيم الدستورية التي نالت حماية الدستور بطريقة منطقية متوازنة.

ولا ريب أن المحكمة الدستورية العليا يقع عليها واجب رقابة مشروعية الضرورة والتناسب في التضحيات أو القيود أو الأعباء التي تتحملها القيم التي يقوم عليها النظام الدستوري. فإذا أقدم المشرع على إحداث عدم تناسب ظاهر لا يتفق مع الأهداف والمقاصد التي استهدفها الدستور من وراء حماية الحقوق والحريات وسائر القيم التي ينص عليها، تعرض للقضاء بعدم دستورية القاعدة التي أخلت بضوابط الضرورة والتناسب المطلوب. فالسلطة التقديرية للمشرع في تحديد الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب ليست مطلقة، وإنما تحددها الغايات التي استهدف

(١) المحكمة الدستورية العليا (مصر)، ٥ أغسطس ١٩٩٥، القضية رقم ١٦/٨ قضائية دستورية.

الدستور تحقيقها، لأن السلطة التشريعية لا تمارس اختصاصها إلا في حدود الدستور. فالضرورة والتناسب يكونان معياراً دستورياً يتعين الالتزام به<sup>(١)</sup>.

وحقيقة الأمر، أن الدستور إما أن يعبر عن أحكامه بقواعد محددة تنقيد بها إرادة المشرع، وإما أن يلجأ إلى وضع مبادئ تحدد الغايات التي يجب تحقيقها من وراء نصوصه، وتُستنبط هذه الغايات من مجمل نصوص الدستور. ومن واجب المحكمة الدستورية العليا أن تبلور المضمون القاعدي لهذه المبادئ التي تحدد مقاصد المشرع الدستوري، وتراقب المشرع العادي في ضوء احترامه لهذا المضمون. وبالتالي، تكون رقابة المحكمة الدستورية العليا للمشرع في تقديره للتناسب هي رقابة مشروعية دستورية، وليست محض تدخل في سلطته التقديرية<sup>(٢)</sup>، وذلك باعتبار أن مقاصد الدستور وغاياته وإن تجلت في ثنايا الدستور كمبادئ عامة، إلا أن المحكمة الدستورية بحكم رسالتها تضي عليها مضمونا قاعدياً يأخذ وضعه الاسمي في هرم القواعد القانونية المتدرج، فيتقيد المشرع العادي به فيما يضعه من قواعد. إلا أن الإخلال يجب أن يكون واضحاً ظاهراً جلياً يكشف بقوة هذا الوضوح عن انتفاء الضرورة أو عدم التناسب في التجريم والعقاب، بل وينطق به دون أن يحتاج الأمر إلى مراجعة في السلطة التقديرية للمشرع والتي تقوم على اعتبارات الملاءمة في اختيار أفضل الوسائل لتحقيق المقاصد التي توخاها المشرع الدستوري. وكما تقول المحكمة الدستورية العليا، فإن الجزاء الجنائي لا يكون مخالفاً للدستور إلا إذا اختل التعادل

(١) د. أحمد فتحي سرور، المواجهة القانونية للإرهاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨

(2) Alessandro Pizzourusso; Le controle de la Cour constitutionnelle sur l'usage par le législateur de son pouvoir d; appréciation discretionnaire; Annuaire International de Justice constitutionnelle, Paris, Economica, 1986, pp. 35-54.

بصورة ظاهرة بين مداه وطبيعة الجريمة التي تعلق بها، ودون ذلك يعني إحلال المحكمة لإرادتها محل تقدير متوازن من السلطة التشريعية للعقوبة التي فرضتها<sup>(١)</sup>. ويعد الإخلال بالتناسب ظاهراً إذا كان من شأنه أن تفقد الحقوق والحريات جوهرها ومحتواها لدى المشرع، ففي هذه الحالة، يبدو جلياً مدى الإخلال بالمقاصد التي استهدفها الدستور.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر أنه كلما كان الجزء مقرراً لضرورة، ومتناسباً مع الأفعال التي أتمها المشرع أو منعها، متدرجاً مع خطورتها- كان موافقاً للدستور<sup>(٢)</sup>. كما قضت المحكمة بأن:

"جرى قضاء هذه المحكمة على أن شرعية الجزاء - جنائياً كان أم مدنياً أم تأديبياً - مناطها أن يكون متناسباً مع الأفعال التي أتمها المشرع، أو حظرها أو قيد مباشرتها. فالأصل في العقوبة هو معقوليتها، فكلما كان الجزاء الجنائي بغيضاً أو عاتياً، أو كان متصلاً بأفعال لا يسوغ تجريمها، أو مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسباً مع خطورة الأفعال التي أتمها المشرع، فإنه يفقد مبررات وجوده، ويصبح تقييده للحرية الشخصية اعتسافاً"<sup>(٣)</sup>.

- 
- (١) دستورية عليا في ٨ يوليو سنة ٢٠٠٠ في القضية رقم ٥٢ لسنة ٢٠٠٠ قضائية "دستورية"، الجريدة الرسمية العدد ٢٩ (مكرر) في ٢٢ يوليو سنة ٢٠٠٠.
- (٢) دستورية عليا في ٦ يونيو سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"، مجموعة أحكام الدستورية العليا، ج ٨ قاعدة رقم ١٠٤، ص ٣٦٥.
- (٣) القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية "دستورية" بجلسة ٢/٦/٢٠٠١، ج ٩ "دستورية"، ص ٩٨٦.

وتفسير ذلك أن التوازن بين الحقوق والحريات، وسائر القيم الدستورية المتمثلة في حقوق وحريات الغير أو في المصلحة العامة؛ يجب أن يتم وفقاً للضرورة الاجتماعية والتناسب. وكلاهما من واد واحد؛ فالضرورة لا بد أن تكون بقدرها. ومن هنا جاء التناسب<sup>(١)</sup>، ولا تناسب إلا بالقدر الضروري. وهكذا، فإن معيار الضرورة والتناسب، يحكم مبدأ أو نطاق تدخل المشرع لتقييد الحقوق والحريات بالقدر اللازم للتوازن مع المصلحة العامة وسائر القيم التي يحميها الدستور.

وقضى المجلس الدستوري في فرنسا بعدم دستورية نص المادة ١/٤٢١ من قانون العقوبات التي اعتبرت من أعمال الإرهاب مجرد مساعدة أجنبي على دخول البلاد أو التنقل أو الإقامة بها على وجه غير مشروع؛ وذلك على أساس أن المشرع جرم هذا السلوك بذاته بناءً على هذا الوصف، رغم أنه قد لا تكون له علاقة مباشرة مع العمل الإرهابي الذي ارتكبه هذا الأجنبي، دون إخلال بإمكان اعتبار هذا الفعل اشتراكاً في أعمال الإرهاب، أو إخفاء للمتهم بالإرهاب أو اشتراكاً في منظمة إرهابية إذا توافرت الشروط التي يتطلبها القانون لقيام هذه الجريمة. وقد أسس المجلس الدستوري قضاءه على عدم توافر شرط الضرورة في التجريم والعقاب في هذه الحالة<sup>(٢)</sup>، وانتهى المجلس إلى أن المشرع قد مارس تقديره دون تناسب ظاهر "Disproportion manifeste"، على أساس أن التجريم تحت وصف الإرهاب لا يتعلق بأعمال مادية تمس مباشرة أمن الأموال والأشخاص، وإنما تتعلق فقط بمساعدة أشخاص في وضع غير مشروع، وأضاف المجلس الدستوري أن وصف الأفعال محل

(1) La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Paris, P.U.F., 1989. Delmas Marty, La jurisprudence du conseil constitutionnel et les droits fondamentaux, droit pénal, p. 163.

(2) Dc du 16 Juillet, 1996 Recueil, p. 671

التجريم لا يؤدي فقط إلى تشديد العقوبات، بل يؤدي إلى خضوعها إلى إجراءات أكثر شدة مما ينص عليه القانون العام. وذهب المجلس الدستوري في حالة أخرى إلى أنه لا يجوز للمشرع أن يضع عقوبات غير ضرورية<sup>(١)</sup>. وعلق الفقه الفرنسي على ذلك بأنه يجب، قبل التحقق من ضرورة العقوبة، التحقق من ضرورة الجريمة. وأنه في المثال السابق تتوافر الضرورة عندما يكون فعل مساعدة الأجنبي على دخول البلاد أو التنقل أو الإقامة بها على وجه غير مشروع قد تم عمداً لمساعدة مشروع فردي أو جماعي يستهدف إحداث ضرر جسيم بالنظام العام بواسطة الترويع أو التخويف<sup>(٢)</sup>.

وقد نصت المادة الرابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أنه في حالة الطوارئ الاستثنائية التي تهدد حياة الأمة في فترة محددة، والمعلن قيامها رسمياً يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الأصل الاجتماعي.. الخ (الفقرة الأولى)، على أن التدابير الاستثنائية الممنوحة في هذه الظروف يجب أن يبينها التشريع بطريقة واضحة ومحددة لتجنب أي تعسف في تطبيقها ولتفادي أي غموض حول حقوق الأفراد وواجباتهم<sup>(٣)</sup>.

ومع ذلك، فإن هذه التدابير الاستثنائية لا يجوز أن تمتد إلى الحقوق "الأساسية" المنصوص عليها في المواد ٦ و٧ و٨/١ و٢ و١١ و١٥ و١٦ و١٨ من هذا العهد الدولي (المادة ٢/٤)، أي أنه لا يجوز لأية دولة أن تخالف التزامها بحماية الحق في الحياة (المادة ٦)، والحق في عدم الخضوع للتعذيب (المادة ٧)، والحق في

(1) 92-316 du 20 janvier 1993, Rec. p. 14. Dec.

(٢) د. أحمد فتحي سرور، حكم القانون في مواجهة الإرهاب، مرجع سابق، ...، ص

(3) Philippe Terneyre, op.cit., 200.

عدم الخضوع للاسترقاق والعبودية (المادة ٨)، والحق في عدم التعرض للحرمان من الحرية بسبب عدم سداد أحد الديون (المادة ١١)، والحق في عدم الخضوع لرجعية قانون العقوبات (المادة ١٥)، والحق في الاعتراف بالشخصية القانونية (المادة ١٦)، وحرية الفكر والعقيدة والديانة.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الحقوق تعد معياراً دولياً للتوازن المطلوب بين حماية المصلحة العامة، وحماية الحقوق والحريات في الظروف الاستثنائية. وكذلك، فإن تصديق مصر على العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية يجعله في قوة القانون، مع مراعاة أن احترام قواعد هذا العهد يتم في حدود الدستور. فالشرعية الدستورية، باعتبارها الأساس في تحديد شكل التوازن المطلوب بين حماية المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات في الظروف الاستثنائية، تحمي مختلف القيم التي نص عليها الدستور سواء تمثلت في الحقوق والحريات، أو في المصلحة العامة. وما أشار له العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية من حقوق لا يجوز للتدابير الاستثنائية المساس بها، أمر يجب وضعه موضع الاعتبار عند إجراء التوازن المطلوب مع حماية النظام العام<sup>(١)</sup>.

(١) د. أحمد فتحي سرور، حكم القانون في مواجهة الإرهاب، مرجع سابق، ...، ص

**خاتمة:**

يمكن القول- استناداً إلى دراسة طائفة مختارة من قرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ومجلس اللوردات الإنجليزي، والمحكمة العليا الأمريكية، والمحكمة العليا الإسرائيلية، ولذلك الاعتبارات التي يستند عليها في الخروج على القواعد المادية لحقوق الإنسان- أن إخضاع إجراءات مكافحة الإرهاب للرقابة القضائية، ليس فقط أمراً ملائماً، ولكنه أيضاً ضروري في دولة القانون. وتكشف دراسة عدد كبير من الطعون المتعلقة بطائفة واسعة من إجراءات مكافحة الإرهاب أن المحاكم، في الأنظمة القانونية المختلفة، كانت حريصة على وضع عدد من القيود على الإجراءات المتخذة في سياق الحرب على الإرهاب، وذلك من خلال إثارة طائفة من الحقوق الأساسية ومبدأ التناسب. ففي القضايا المتعلقة بتقييد الحقوق الأساسية لأسباب تتعلق بالأمن العام، كان يُثار، دائماً، متطلب أن هذه القيود يجب أن تكون ضرورية بصورة صارمة *strictly necessary*.

ومن الأسئلة الجوهرية في هذا السياق: ما إذا كان- وإلى أي مدى- يمكن أن يشكل الإرهاب الدولي مسوغاً للخروج على حكم القانون، وبصفة خاصة على القواعد العادية للحماية القضائية. والحقيقة أن مثل هذا السؤال لا يمكن الإجابة عليه بصورة مجردة. ذلك، أن كل قضية تختلف عن الأخرى، مما يستلزم أخذ الاعتبارات الخاصة بكل قضية في الحسبان. ومع ذلك، يمكن للمحاكم أن تحدد الحدود المطلقة التي لا يجوز للسلطة التنفيذية مواجهتها، حتى في سياقه مواجهتها لأعظم التهديدات. وتجدر الإشارة إلى أن حكم القانون يعكس منطقاً طبيعياً. ومجازة هذا المنطق يعني أن الدولة تفقد الأساس الأخلاقي الذي تستند عليه.

وفي ذات الوقت، يُلاحظ أن المقاربات التي تبنتها المحاكم المختلفة "للإرهاب" تظهر قدرًا كبيرًا من التباين فيما بينها. من ذلك، على سبيل المثال، أن المحكمة الدستورية الألمانية فسرت نتائج "مبدأ الكرامة الإنسانية" بصورة مختلفة تمامًا عن المحكمة العليا الإسرائيلية. ذلك، أن المحكمة الدستورية الألمانية طبقت صيغة بالغة الصرامة<sup>(١)</sup>، مستمدة من فلسفة الفيلسوف الألماني كانط، تحظر إدخال حياة الأبرياء في أي موازنة مع أي اعتبارات أو مصالح أخرى. وعلى النقيض من ذلك، طبقت المحاكمة العليا الإسرائيلية ضمانات الكرامة الإنسانية في سياقات متعددة بينها النزاعات المسلحة. وقد خلصت المحكمة إلى أن تطبيق هذه الضمانة يسفر عن فرض قيود صارمة، ولكن يُلاحظ أنها لم تستبعد موازنة الحياة مع غيرها من الاعتبارات الأخرى من حيث المبدأ.

وفي القضايا التي يبدو فيها أن الإجراءات المضادة للإرهاب قد تجاوزت ما هو مسموح به دستوريًا، تجد المحاكم يسرًا أكبر في إقرار المبادئ المستقرة نتيجة مؤداها أن الإجراءات المطعون عليها تشكل خرقًا للدستور، لاسيما عندما تكون أغلبية القضاة واقعة تحت تأثير خوف مجرد من الهجمات الإرهابية. وإذا كانت المحاكم قد تبنت مواقف مختلفة بشأن ما يشكل جوهرًا للحق في المحاكمة العادلة أو المنصفة، فقد اتفقت على أن جوهر هذا الحق لا يجوز أن يكون محلاً للمساواة. ومن النتائج المهمة في هذا السياق التي توصلت إليها أغلب المحاكم أن الإجراءات طويلة المدى ذات الطابع الجنائي يجب أن تخضع لرقابة قاضي مستقل ومحايد.

وفي سياق الجزاءات الأوروبية في مواجهة الأفراد، لا يُقبل إيراد قيود على الرقابة القضائية استنادًا إلى أسباب تتعلق بالأمن لعام. وإن كانت محكمة العدل

(1) Naske and Nolte, 'Aerial Security Law'.

الأوروبية قد أكدت، فقط، أن القوائم الصادرة عن الاتحاد الأوروبي للإرهابيين المشتبه فيهم يمكن أن تكون مدخلاً لطلب إصدار أحكام أولية<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك، فإن إجراء الحكم الأولي يعني أن اللجوء إلى العدالة مقصور على هؤلاء الذين بمقدورهم رفع دعاوى أمام المحاكم الوطنية، وأن طلبهم ببدء إجراءات الحكم التمهيدي أمام محكمة العدل الأوروبية يستتبع بتدخل القضاة الوطنيين. ويمكن القول إن إجراء الحكم الأولي *prelim nary*، وحده، لا يلبي متطلبات المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>(٢)</sup>. ولذلك، فإن قصر الرقابة القضائية على الأحكام الأولية يمثل تقييداً يتطلب مسوغاً مقبولاً.

(1) Case C-355/04 P, *Segi v Council* [2007] ECR I-1657.

(2) See: AG Jacobs in: Case C-50/00, UPA (Chapter 6, n 224 above); Case T-177/01, *Jégo-Quéré* [2002] ECR II-2365, appealed in: Case C-263/02 P, *Jégo-Quéré & Cie SA* [2004] ECR I-3425; but also: Case C-188/92, *Textilwerke Deggendorf v Germany* [1994] ECR I-833, confirming that Art 234 and 230 EC are seen as alternative and not as parallel procedures to challenge a Community act; in the literature: Frédérique Berrod and Flavien Mariatte, 'Le pourvoi dans l'affaire Unión de Pequeños Agricultores c/Conseil: le retour de la procession d'Echternach', Europe, Editions du Juris-Classeur, 12/10 (2002); Albertina Albors-Llorens, *Private Parties in European Community Law: Challenging Community Measures* (Oxford: Clarendon Press, 1996); Henry Schermers and Denis Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Union* (The Hague: Kluwer Law International, 2001); see also: Francis Geoffrey Jacobs, 'Necessary Changes to the System of Judicial Remedies', Working Group II, Working Document 20 (2002), <http://european-convention.eu.int/docs/wd2/3222.pdf> and 'The question of effective judicial remedies and access of individuals to the European Court of Justice', Working Group II, Working Document 21 (2002), <http://european-convention.eu.int/docs/wd2/3299.pdf>.

وفيما يتعلق بمسائل الأمن الوطني، لا يبدو أن هناك أي خلاف بين ما إذا كان الإجراء تتم رقبته في سياق إجراء الحكم الأولي أو ما إذا كان يخضع للطعن عليه من خلال دعوى مباشرة.

وتصح ذات الملاحظات السابقة بالنسبة للرقابة القضائية المقيدة للجزاءات الأوروبية *Community sanctions* المستندة على قوائم الأمم المتحدة للإرهابيين (المشتبه فيهم، كما تذهب إلى ذلك محكمة الدرجة الأولى الأوروبية (FI) (وإن كان موقفها هذا قد تعرض للإلغاء من جانب محكمة العدل الأوروبية). ذلك، أن الرقابة القضائية التي يتم تقليصها إلى مستوى القواعد الأمرة *Jus cogens*<sup>(١)</sup> لا يمكن تسويقها استناداً إلى اعتبارات الأمن الوطني. وتفسير ذلك، أن خفض مستوى ما يعتبر انتهاكاً للحقوق الأساسية لا يخدم، في الحقيقة، مصالح الأمن، حتى ولو كان من شأن هذا الخفض زيادة هامش السلطة التقديرية الذي يتمتع به الفرع السياسي للحكومة، وذلك من خلال إعفائه من المعايير التي تتطلبها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

وفي المقابل، يمكن، من حيث المبدأ، تسويق القيود الأخرى استناداً إلى أسباب تتعلق بالأمن. ففي قضية *OMPI I*<sup>(٢)</sup>، أشارت محكمة الدرجة الأولى الأوروبية إلى أن الحقوق الإجرائية- مثل الحق في استماع عادل *the right to a fair hearing* والحق في حماية قضائية فعالة *the right to effective judicial protection* يمكن إخضاعها للتقييد استناداً إلى أسباب تتعلق بالأمن. وفيما يتعلق بالوصول إلى أو

(1) Case T-315/01, Yassin Abdullah Kadi v Council and Commission [2005] ECR II-3649; Cases C-402/05 P and C-415/05 P, Kadi and al Barakaat

(2) Case T-228/02, OMPI I

الاطلاع على المعلومات ذات الصلة **access to the relevant information** الذي يعد متطلباً أساسياً لمباشرة حقوق الدفاع- فقد ذهبت المحكمة إلى حد القول<sup>(١)</sup>:

"من المتصور، أيضاً، أن القيود المفروضة (على الاطلاع على المعلومات) يمكن أن تتعلق بالمضمون المحدد أو الأسس المعينة للقرار أو حتى هوية السلطة المتخذة لهذا القرار بل إنه من الممكن حتى- في بعض الظروف الخاصة جداً- أن هوية الدولة العضو أو الدول الثالثة (الغير) التي قامت فيها سلطة مختصة باتخاذ قرار في مواجهة شخص يمكن أن تعرض الأمن العام للخطر من خلال تزويد هذا الشخص. بمعلومات حساسة يمكن أن يسيء استخدامها ، ولذلك يمكن الإبقاء على (هذه المعلومات) سراً عن الأطراف"

ويعتبر بعض الكتاب هذه القيود مجاوزة للحد في تقييدها<sup>(٢)</sup>. ومع ذلك، يذهب فريق آخر من الكتاب إلى أن هذه القيود يمكن أن تسهم، من حيث المبدأ، في حماية المعلومات السرية، ويمكن النظر إليها باعتبارها قيوداً مقبولة للحق في اللجوء إلى العدالة **the right of access to justice** إذا كانت تلبية متطلبات اختبار التناسب في كل قضية على حدا.

(1) Case T-228/02, OMPI I

(2) Critical: Frank Meyer, 'Lost in Complexity: Rechtsschutz gegen Smart Sanctions in der EU', ZEuS (2007).

## الفصل الثاني

### تطبيق مبدأ التناسب على إجراءات مكافحة الإرهاب

يمكن القول إن التناسب- الذي يعد أحد المبادئ العامة للقانون- يُبرز أهمية أفكار التوازن *equilibrium*، والعدالة *justice*، والمعقولية *reasonability*، وكذلك أيضاً التلاؤم الضروري للإجراءات المتبناة، من جانب الدولة، لمواجهة موقف معين، والغاية المشروعة التي تستهدفها هذه الإجراءات.

وتجدر الإشارة إلى أن التناسب يمكن إخضاعه للتحليل من أكثر منظور. ويرجع ذلك إلى اختلاف التطبيقات الموضوعية للمبدأ، وكذلك اختلاف النتائج القانونية المترتبة على هذا التطبيق. وفي كثير من الدول، يُطبق المبدأ، ليس فقط في حالة تقييد ممارسة حقوق معينة، ولكن أيضاً في ممارسة الدولة لسلطتها.

ولاشك، أن الفهم القانوني للتناسب يواجه بعض الصعوبات، نظراً لأن مضمونه يعتمد على فهم فلسفي معين للعدالة. ويذهب الفقه القانوني- منذ العصور القديمة وحتى الوقت الحاضر- إلى أن التناسب يبرز أفكار النظام *order*، والتوازن، والعلاقة المعقولة *rational relation*، والإجراء المسوغ *justified measure*.

وتجدر الإشارة إلى أن التناسب، ليس فقط مبدأ للقانون العقلاني أو الرشيد *a rational law principle*، ولكنه يشكل أيضاً، في ذات الوقت، مبدأ للقانون الموضوعي *the positive law*، وهو مبدأ ذو قيمة قاعدية. ولذلك، فإن التناسب معيار قانوني يمكن من خلاله تقدير مشروعية تدخلات السلطة العامة في مجال ممارسة الحقوق والحريات الأساسية.

ويجد مبدأ التناسب تكريساً له- سواء بصورة صريحة أو ضمنية- في الوثائق القانونية الدولية<sup>(١)</sup> و في أغلب دساتير الدول الديمقراطية<sup>(٢)(٣)</sup>. ويشير بعض الكتاب إلى أن مبدأ التناسب أضحى مأخوذاً به، في القانون العام، في معظم دول الاتحاد الأوروبي<sup>(٤)</sup>.

ومع ذلك، يمكن إبراز الاختلاف التالية:

- ١- دول يجد المبدأ تكريساً صريحاً فيها في الدستور والتشريع (البرتغال، سويسرا ... ) من ناحية، ودول يُثار فيها المبدأ في التشريع أو القضاء من ناحية أخرى. وتشمل هذه الطائفة الأخيرة من الدول اليونان، بلجيكا، لوكسمبورج.
- ٢- دول يُطبق المبدأ فيها على القانون العام بأكمله per ensemble. ومن هذه الدول فرنسا، وسويسرا. وفي المقابل، توجد دول يقتصر تطبيق المبدأ فيها على مجال قانون الاتحاد الأوروبي the community law.

(1) Marius Andreescu Proportionality - A Constitutional Principle, available at: [http://www.uab.ro/reviste\\_recunoscute/reviste\\_drept/annales\\_13\\_2010/01andreeescu.pdf](http://www.uab.ro/reviste_recunoscute/reviste_drept/annales_13_2010/01andreeescu.pdf), p. 10.

(2) For example item 20, paragraph 4; item 31 and item 55 of Spain Constitution; item 11, 13, 14, 18, 19 and 20 of Germany Constitution or the dispositions of item 13, 14, 15, 44 and 53 of Italy Constitution.

(٣) من ذلك، على سبيل المثال، أن دستور رومانيا يكرس هذا المبدأ، صراحة، في المادة (٥٣). وبالإضافة إلى ذلك، تشير بعض النصوص الأخرى، ضمناً، إلى المبدأ.

(4) Dana Apostol Tofan. The discretionary power and the excess of power of the public authorities, All Beck Publishing House, Bucharest 1999, page 48. To see in the same view J. Ziller, Le principe de proportionnalité, in L'Actualite juridique Droit administratif, on June 20th 1996, special number, page 185.

وفي مجال القانون الدستوري، يُستخدم مبدأ التناسب، بصفة رئيسة، في مجال حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية. ويُستخدم المبدأ باعتباره أكثر المعايير كفاءة في تقدير مشروعية تدخل سلطات الدولة في سياق تقييد ممارسة حقوق معينة.

ويوجد شكل ما من التناسب- باعتباره أحد المبادئ العامة للقانون- في معظم الأنظمة القانونية المعاصرة. من ذلك، على سبيل المثال، أن المبدأ يُطبق، بالفعل في سياق القانون الجنائي، عندما يُتطلب أن تكون قسوة العقوبة متناسبة مع خطورة الجريمة. وفوق ذلك، يُنظر إلى مبدأ التناسب باعتباره عنصرًا جوهريًا في السياسة التنظيمية *regulatory policy* والإدارة العامة. وفي هذا السياق، يذهب أغلب الفقهاء إلى أن المبدأ يجد جذوره في أحكام القضاء الألماني الدستوري والإداري. ومع ذلك، فقد أضحي المبدأ- خلال نصف القرن الأخير- الإجراء المفضل لإدارة النزاعات التي تنطوي على تناقض مدعي بين حقين، أو بين نص يكفل بعض الحقوق من ناحية، ومصصلحة مشروعة للدولة (أو عامة) من ناحية أخرى. وانطلاقًا من جذوره الألمانية، انتشر تحليل أو اختبار التناسب، عبر أوروبا، إلى أنظمة الكومنولث مثل إنجلترا، وكندا، ونيوزيلندا، وجنوب أفريقيا. وفي استراليا، مازال المبدأ ينتظر اعترافًا رسميًا في القانونين الدستوري والإداري. وسنحاول، في هذا البحث، دراسة تطبيق مبدأ التناسب في سياق القوانين المناهضة للإرهاب، مع إشارة خاصة للإجراءات المناهضة للإرهاب في بعض الدول مثل ألمانيا وأستراليا. ومن ثم، سنناقش كيف أدى مبدأ التناسب، في السياق الألماني، دورًا مهمًا في منع الانتهاكات غير الجائزة للحقوق الأساسية لأغراض تتعلق بمكافحة الإرهاب. وفي نفس الوقت، سنسعى إلى إثبات كيف أن غياب الاعتراف الرسمي بمبدأ التناسب، في استراليا، قد أدى إلى تبني طائفة من قوانين مكافحة الإرهاب التي تكبل الحريات المدنية بصورة غير مسبوقة.

يمكن القول إن السؤال الخاص بما إذا كان من الضروري- وإلى أي حد- تقييد الحريات المدنية وحقوق الإنسان من أجل مكافحة ومنع الإرهاب، كان أحد الأسئلة الرئيسية في سياق حقوق الإنسان والقانون الدستوري في السنوات القليلة الماضية. والسمة المركزية للحوار الأكاديمي والسياسي، في هذا الخصوص، هي ضرورة إقامة توازن Balance بين الأمن security من ناحية، والحرية liberty من ناحية أخرى. ويقوم هذا البحث على حجة مؤداها أنه من غير الملائم استخدام "شعار التوازن" عندما يتعلق الأمر بالتوفيق أو إجراء مصالحة بين المصلحة في مكافحة ومنع الإرهاب من جهة، وحماية حقوق الإنسان والحريات المدنية من جهة أخرى. وبدلاً عن ذلك، يقترح هذا البحث أن أي قيود يتم إيرادها على حقوق الإنسان والحقوق المدنية يجب أن تكون مُسوغة، بصورة صارمة، من خلال تطبيق اختبار التناسب .proportionality test

ويُطبق هذا الاختبار، على سبيل المثال، من جانب المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية في سياق تقييم الطعون الدستورية بشأن انتهاكات الحقوق الأساسية كما هي مصنونة بواسطة الدستور الألماني (القانون الأساسي)<sup>(١)</sup>. ويلقي هذا البحث الضوء على حكم حديث للمحكمة الدستورية الألمانية يتعلق بالتنقيب أو البحث عن المعلومات من جانب الشرطة لأغراض مكافحة الإرهاب، ويخلص البحث إلى أن المحكمة قد استخدمت مبدأ التناسب كعامل مُقيد وظيفي functional limiting factor للنشاط التنفيذي المفرط. وبعد ذلك، تتم مقارنة هذا النموذج الألماني بالخبرة الاسترالية. ويقترح هذا لبحث، أنه على الرغم من أنه مازال يجب على القانون الألماني الاعتراف رسمياً باختبار التناسب بصورة كاملة، فإنه يمكن، مع ذلك، رقابة السياسة والقانون

(1) See, e.g., BVerfG, 2 February 1999, 2 BvM 1/98; BVerfG, 10 May 2007, 2 BvR 304/07; BVerfG, 11 March 2008, 1 BvR 2074/05.

الاستراتيجيين المكافحين للإرهاب على أساس التناسب. وأخيراً يتم إخضاع تشريعيين استراتيجيين مكافحين للإرهاب لتحليل التناسب ويكشف التحليل عن فشل كلا التشريعين في تجاوز اختبار التناسب.

وعلى ذلك، ستقسم الدراسة فى هذا الفصل وفقاً للخطة التالية:

المبحث الأول: موازنة "الأمن فى مواجهة" الحرية"

المبحث الثانى: مبدأ التناسب كقيد دستوري على قوانين مكافحة الإرهاب فى ألمانيا

المبحث الثالث: مبدأ التناسب وأثره على تحليل قوانين مكافحة الإرهاب الاستراتيجية.



## المبحث الأول

### موازنة "الأمن في مواجهة" الحرية

على الرغم من أنه يبدو أن هناك ثمة إجماعاً على أن حماية المبادئ الديمقراطية وحكم القانون *rule of law* تشكل مكوناً أساسياً في مكافحة الإرهاب سواء قبل أحداث الحادي عشر من سبتمبر أم بعدها، فإن المعلقين منقسمون بشأن ما إذا من الضروري- وإلى أي حد- تقييد الحريات المدنية وحقوق الإنسان من أجل مكافحة ومنع الإرهاب بفعالية<sup>(١)</sup>. فمن ناحية أولى، يذهب هؤلاء الذين يدافعون عن تبني إجراءات مقيدة *incursive counter- measures* إلى أن الإرهابيين ينظرون إلى الديمقراطية الليبرالية *liberal democracy*، في ذاتها، باعتبارها عدواً. ومن ثم، ينتهي هؤلاء إلى أن التهديد غير المسبوق "لطرفتنا في الحياة" يعد مسوغاً للقيود التي يتم إيرادها على الحريات المدنية وحقوق الإنسان. بيد أنه من الضروري، هنا، تأكيد أن الآليات أو الوسائل المستخدمة لحماية الفرد من السلطة المفرطة للدولة لا تشكل، في ذاتها، تفويضاً لقدرة الحكومة على الاستجابة، بفعالية، لهذا التهديد. ولذلك، فإن الحريات المدنية وحقوق الإنسان لا تعدو أن تكون- في نظر هذا الفريق-

(1) See, e.g., CA Gearty, 'Reflections on Civil Liberties in an Age of Counterterrorism' (2003) 41 Osgoode Hall LJ 185. Gearty argues that too broad a deployment of the language of civil liberties can lead to the importance of civil liberties being underappreciated by the wider public.

- تجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من استخدام الحريات المدنية وحقوق الإنسان باعتبارهما مصطلحين مترادفين، إلا أنه يجب، في الحقيقة، التمييز بينهما.

مجرد ملاءمات سياسية **political conveniences** للتمتع بها في وقت السلم<sup>(١)</sup>، ولا يجوز أن تشكل هذه الحقوق والحريات قيوداً على الحكومة في الأوقات الطارئة والخطر القومي<sup>(٢)</sup>.

ومن ناحية أخرى، يذهب بعض المعلقين إلى أنه يجب على الدولة الديمقراطية- وبصفة خاصة في أوقات الأزمات- التمسك، بصرامة، بمبادئها المحدودة بها<sup>(٣)</sup>. ذلك، أن الحقوق ستفقد كل تأثير لها إذا كان من اليسير التراجع عنها في أوقات الضرورة<sup>(٤)</sup>. وبالإضافة إلى ذلك، فإن الاعتقاد بأن تقييد حقوق الإنسان والحريات المدنية يعد مفترضاً ضرورياً لحماية الأمن، يعني النزول إلى ذات المستوى الأخلاقي للإرهابيين الذين يرون أن الغاية تبرر الوسيلة. وعندما تكون الغاية مبررة للوسيلة، فإن "الفرق بين الإرهاب والذين يحاربونه يغدو- بصورة متزايدة- غير متمايز"<sup>(٥)</sup>. وبالفعل، يمكن القول إن التضحية بالقيم الحرة الأساسية مثل احترام حكم القانون،

(1) See, e.g., RA Posner, 'Security versus Civil Liberties' (2001) 288 The Atlantic Monthly 46; VD Dinh, 'Freedom and Security after September 11' (2002) 25 Harv J L & Pub Pol'y 399.

(2) Eric A Posner and A Vermeule, *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts* (OUP, Oxford 2007).

(3) See, e.g., D Cole and JX Dempsey, *Terrorism and the Constitution: Sacrificing Liberties in the Name of National Security* (New Press, New York 2002); C Brown (ed), *Lost Liberties: Ashcroft and the Assault on Personal Freedom* (New Press, New York 2003).

(4) See, e.g., R Dworkin, 'Terror and the Attack on Civil Liberties' (2003) 50:17 New York Review of Books 37.

(5) E Gross, 'Legal Aspects of Tackling Terrorism: The Balance Between the Right of a Democracy to Defend Itself and the Protection of Human Rights' (2001) 6 UCLA J Intl L Foreign Affairs 167.

والحريات المدنية وحقوق الإنسان- ترقى إلى مرتبة خسارة" الحرب على الإرهاب دون إطلاق طلقة واحدة"<sup>(١)</sup>.

ومن الملاحظ أن ثمة أمراً مشتركاً بين كلا الجانبين يتمثل في التفات كل طرف إلى التاريخ للبحث عن سند لدعواه. ففي الولايات المتحدة الأمريكية، يشير هولاء المؤيدون للإجراءات الوطنية التقييدية المتخذة في مواجهة الإرهاب- إلى تعليق الرئيس Lincoln الإجراء الذي يُطلق عليه habeas corpus أي إحضار الشخص (أو المثل أمام قاض) أثناء الحرب الأهلية. ويجادل هولاء بأن الديمقراطيات لم تتمكن من الحياة والاستمرار إلا- على وجه التحديد- بسبب تعليقها للحقوق والضمانات التقليدية من وقت لآخر<sup>(٢)</sup>. ذلك، أن إعلان الحقوق الدستوري، لم يشكل، بعد كل شيء، عهداً انتحارياً suicide pact<sup>(٣)</sup>. وفي المقابل، يشير معارضو الإجراءات الردعية إلى

- 
- (1) See, e.g., the statement by Wisconsin democrat Russell Feingold, the only US senator to vote against the USA Patriot Act, who has pointed out that '[p]reserving our freedom is one of the main reasons we are now engaged in this new war on terrorism. We will lose that war without firing a shot if we sacrifice the liberties of the American people.' Senator R Feingold (D-WI), 'Statement on the Anti-Terrorism Bill' (Speech at US Senate on 25 October 2001) <http://feingold.senate.gov/~feingold/statements/01/10/102501at.html> accessed 6 June 2010.
- (2) See, e.g., WH Rehnquist, *All the Laws but One: Civil Liberties in Wartime* (Alfred A Knopf, New York 1998).
- (3) See, e.g., J Alter, 'Time to Think about Torture' (2001) 138:9 Newsweek 45, citing *Terminiello v City of Chicago* 337 US 1, 13 (1949) (Jackson, J, dissenting): 'There is the danger that, if the court does not temper its doctrinaire logic with a little practical wisdom, it will convert the constitutional Bill of Rights into a suicide pact.'

الاعتقالات التعسفية وغير العادلة للأمريكيين اليابانيين أثناء الحرب العالمية الثانية. ويُذكر هذا الفريق بمقولة Benjamin Franklin لزملائه الاستعماريين- في عام ١٧٥٩- عندما قال:

"إن هؤلاء الذين يمكنهم التنازل عن الحرية الأساسية للحصول على بعض الأمن المؤقت، لا يستحقون، لا الحرية ولا الأمن"<sup>(١)</sup>.

وفي أوروبا، يلتفت كلا الجانبين إلى الاستجابات للإرهاب الانفصالي والأجندة اليسارية، في العقد السابع والثامن من القرن الماضي، للبحث عن مرشد لتقييم إجراءات مكافحة الإرهاب الحالية.

وثمة من يجادل من الكتاب بأن التعليق المؤقت للحريات المدنية ولحقوق الإنسان في أوقات الطوارئ السابقة- التي شهدت مكافحة للأنشطة الإرهابية- قد أدى، بالفعل، إلى تقوية الديمقراطية الليبرالية، كما أسهم، بصورة ملحوظة، في تقليل الإرهاب<sup>(٢)</sup>. بينما يذهب آخرون إلى أن إجراءات مكافحة الإرهاب الردعية repressive counter measures المتخذة قد خلفت أثراً سلبية، على الحريات

(1) See, e.g., JA Rosati, 'At Odds with One Another: The Tension between Civil Liberties and National Security in Twentieth-Century America' in D B Cohen and JW Wells (eds), *American National Security and Civil Liberties in an Era of Terrorism* (Palgrave MacMillan, New York 2004) 14-15. The quote from Benjamin Franklin can be found in EM Beck (ed), *Bartlett's Familiar Quotations: A Collection of Passages, Phrases, and Proverbs Traced to their Sources in Ancient and Modern Literature* (15th and 125th anniversary edn Little, Brown & Company, Boston, MA 1980) 348.

(2) See, e.g., HJ Horchem, 'The Lost Revolution of West Germany's Terrorists' (1989) 1:3 *Terrorism and Political Violence* 353.

المدنية وحقوق الإنسان، استطلت إلى وقتنا الحاضر<sup>(١)</sup>. وفي استرالي أيضاً، يشير المعلقون إلى نماذج تاريخية قامت فيها الحكومات بتكبير الحريات المدنية والأساسية باسم الأمن القومي national security. وفي هذا السياق، تتم الإشارة، بصفة خاصة، إلى حكومة رئيس الوزراء Robert Menzies لنزع الشرعية to out law عن الحزب الشيوعي الاسترالي في خمسينيات القرن الماضي<sup>(٢)</sup>.

والملفت للنظر، في هذا الخصوص، هو أن الغالبية العظمى من المعلقين- من كلا الفريقين- يجادل بأنه لكي يكون بالإمكان حماية الديمقراطية الليبرالية من وبال الإرهاب الدولي، يجب إقامة نوع من التوازن بين الأمن والحرية<sup>(٣)</sup>. ولكن أين يقع مثل

(1) See, e.g., H Prantl, Verdächtig: Der starke Staat und die Politik der inneren Unsicherheit (Europa, Hamburg 2002) 24–51; O Tolmein, Vom Deutschen Herbst zum 11 September (Konkret, Hamburg 2002) 100–105.

(2) See, e.g., G Williams, ‘Australian Values and the War against Terrorism’ (2003) 26:3 UNSWLJ 192–194; J Hocking, ‘Counter-Terrorism and the Criminalization of Politics: Australia’s New Security Powers of Detention, Proscription and Control’ (2003) 49:3 AJPH 355.

(3) For media commentary using the ‘balance’ metaphor, see J Rosen, ‘The Difficult Balance Between Liberty and Security’ New York Times (New York 6 October 2002); P Rosenzweig, ‘Balancing Liberty and Security’ (14 May 2003) [www.heritage.org/press/commentary/ed051403a.cfm](http://www.heritage.org/press/commentary/ed051403a.cfm) accessed 20 May 2010. For academic commentary, see EA Posner and A Vermeule, Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts (OUP, 2007); PJA De Hert, ‘Balancing Security and Liberty within the European Human Rights Framework: A Critical Reading of the Court’s Case Law in the Light of Surveillance and Criminal Law Enforcement Strategies after 9/11’ (2005) 1 Utrecht LR 68; David =

هذا التوازن؟ الحقيقة أن الأمر يتوقف على ألوان الطيف السياسية التي ينتمي إليها كل فريق. ففي استراليا، يُستخدم "شعار التوازن"، بصورة منتظمة، من جانب العلماء<sup>(١)</sup>. وصانعي السياسة على حد سواء<sup>(٢)</sup>. ففي المناقشات البرلمانية المتنوعة، أشارت كل من

= Cole, 'The Poverty of Posner's Pragmatism: Balancing Away Liberty After 9/11' (2007) 59 Stanford LR 1735; L Lustgarten, 'National Security, Terrorism, and Constitutional Balance' in G Meggle (ed), Ethics of Terrorism & Counter-terrorism (Ontos Verlag, Frankfurt ) 261; H Ball, The USA Patriot Act of 2001: Balancing Civil Liberties and National Security: A Reference Handbook (ABC-CLIO, Santa Barbara, CA 2004); D Thornburgh, 'Balancing Civil Liberties and Homeland Security: Does the USA Patriot Act Avoid Justice Robert H. Jackson's Suicide Pact?' (2005) 68 Albany LR 801; ATH Smith, 'Balancing Liberty and Security? A Legal Analysis of United Kingdom Anti-Terrorist Legislation' (2007) 13 Eur J Crim Pol'y Res 73.

- (1) B Golder and G Williams, 'Balancing National Security and Human Rights: Assessing the Legal Response of Common Law Nations to the Threat of Terrorism' (2006) 8 J Comp Pol'y Analysis 43; A Lynch, 'Exceptionalism, Politics and Liberty: A Response to Professor Tushnet from the Antipodes' (2008) 3 Intl L in Context 305. For criticism of the balancing approach, see S Bronitt, 'Balancing Security and Liberty: Critical Perspectives on Terrorism Law Reform' in P Mathew and M Gani (eds), Fresh Perspectives on the 'War on Terror' (Australian National University e-Press, Canberra 2008) 65; S Bronitt, 'Constitutional Rhetoric v Criminal Justice Realities: Unbalanced Responses to Terrorism?' (2003) 14 Public Law Review 76.
- (2) Prime Minister John Howard quoted in 'PM announces tough anti-terror measures' Sydney Morning Herald (Sydney 8 September 2005). See also Human Rights and Equal Opportunity Commission,=

الحكومة والمعارضة "نموذج التوازن" لتسوية أو لتوجيه النقد إلى تشريع مكافحة الإرهاب المقترح. من ذلك، على سبيل المثال، أنه في سبيل الدفاع عن الحزمة الأولى من قوانين مكافحة الإرهاب في يونيو ٢٠٠٢، ذهب وزير العدل آنذاك Chris Ellison إلى أن من شأن التشريع المقترح "إقامة توازن بين احتياجات الأمن من ناحية، وحقوق وحرريات كل الاستراليين من ناحية أخرى"<sup>(١)</sup>. وبالمثل، أعلن المحامي العام آنذاك Philip Ruddock أن "الإجراءات المتضمنة في تعديل ASIO Amendment تحافظ على توازن ملائم مع الحريات المدنية"<sup>(٢)</sup>.

ومن جانبها، استخدمت المعارضة، أيضاً، "شعار التوازن". ومن ثم، أشار السيناتور العمالي- رداً على السيناتور Elision في يونيو ٢٠٠٢ - إلى أن "التحدي المائل أمام البرلمان يبقى متمثلاً في إعادة التوازن إلى نصابه الصحيح"<sup>(٣)</sup>. وبالمثل، ادعى زعيم المعارضة آنذاك Simon Crean- في المناقشة التاريخية في ديسمبر ٢٠٠٢- أن سلطات التحقيق والاعتقال المخولة لوكالات الاستخبارات القومية "تقيم

---

= Submission to the Parliamentary Joint Committee on ASIO, ASIS and DSD (23 May 2003) [22]. <[www.hreoc.gov.au/human\\_rights/terrorism\\_sub/asio\\_asis\\_dsd.html](http://www.hreoc.gov.au/human_rights/terrorism_sub/asio_asis_dsd.html)> accessed 20 May 2010.

- (1) Commonwealth of Australia, Parliamentary Debates, Senate (24 June 2002) 2446.
  - (2) Commonwealth of Australia, Parliamentary Debates, House of Representatives (29 March 2006) 7.
  - (3) Commonwealth of Australia, Parliamentary Debates, Senate (26 June 2002) 2624.
-

توازنًا بين حماية أمننا وحماية مواطنينا"<sup>(١)</sup>. وحديثًا جدًا، رددت ورقة المناقشة- بشأن تشريع الأمن لقومي- الصادرة عن حكومة Rudd تعبير التوازن **balance**<sup>(٢)</sup>. وإذا كان شعار التوازن قد برز، بصورة واضحة، في المناقشات العامة والأكاديمية- يعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر- بشأن الأمن وحقوق الإنسان والحريات المدنية، فإن استخدامه ليس، في الحقيقة، جديدًا. فقد استخدم الفقهاء، في السابق، شعار التوازن في حوارهم بشأن مواجهة الإرهاب في السياق الديمقراطي<sup>(٣)</sup>.

- (1) Commonwealth of Australia, Parliamentary Debates, House of Representatives (12 December 2002) 10431. Crean also noted that 'We have supported tough new powers to fight terrorism, but we also want protection for our citizens. It means getting the balance right. I use the words "getting the balance right" because when the previous antiterrorism bills came before this House the government and the Prime Minister argued that our amendments were unworkable and unacceptable. We hear that language again tonight. Three months later, when the Prime Minister went before the National Press Club, he said that the antiterrorism bill had got the balance right.' Commonwealth of Australia, Parliamentary Debates, House of Representatives (12 December 2002) 10430.
- (2) Australian Government, National Security Legislation — A Discussion Paper on Proposed Amendments (Canberra, July 2009) iii, iv, 87, 88, 105, 107, 109, 111.
- (3) See, e.g., DA Charters, 'Conclusions: Security and Liberty in Balance — Countering Terrorism in the Democratic Context' in DA Charters (ed), *The Deadly Sin of Terrorism: Its Effect on Democracy and Civil Liberty in Six Countries* (Greenwood Press, Westport, CT 1994) 211; P Chalk, 'The Response to Terrorism as a Threat to Liberal Democracy' (1998) 44 *Australian Journal of Politics & History* 388. In the 1980s G Wardlaw, for instance, argued that 'the duty of the government is =

ومع ذلك، فإن استخدام شعار التوازن غير ملائم لإجراء موازنة أو لضمان احترام لكل من الحريات المدنية وحقوق الإنسان من ناحية، والمتطلبات المدعاة للأمن القومي من ناحية أخرى.

والحقيقة، أن لغة التوازن تعد مشكلة لأسباب عدة، منها<sup>(١)</sup>:

- من ناحية أولى: إن مجرد استخدام مقاربة التوازن **balancing approach** لا يكفل منح اعتبار ملائم للأسس المفاهيمية والفلسفية لفكرتي الحرية والأمن. ذلك، أن الحرية تعد مفترضا ضروريا مرتببا ارتباطا وثيقا بالأمن. ونتيجة لذلك، لا يمكن موازنة الفكرتين- الخيرين- في مواجهة بعضهما موازنة منطقية<sup>(٢)</sup>.
- ومن ناحية ثانية، هناك الاعتراضات الكبرى- المؤسسة على الحقوق- **rights based objections** التي تثور في وجه الممارسة البسيطة للتوازن. وتشمل هذه الاعتراضات مشكلة ما إذا كان- وإلى أي مدى- يمكن، بالفعل، موازنة الحريات المدنية في مواجهة مصالح المجتمع **community interests**<sup>(٣)</sup>. وتندرج

= to balance the extent of the response with the seriousness of the problem and the rights of its citizens' see G Wardlaw, *Political Terrorism: Theory, Tactics and Counter-measures*, (2nd edn Cambridge University Press, Cambridge 1989) 126.

- (1) For a detailed critique of the balance rhetoric, see, e.g., C Michaelson, 'Balancing Civil Liberties against National Security? A Critique of Counterterrorism Rhetoric' (2006) 29 UNSWLJ 1.
- (2) See also R Dworkin, 'The Threat of Patriotism' (2002) 49:3 New York Review of Books 44.
- (3) R Dworkin, 'Rights as Trumps' in Jeremy Waldron (ed), *Theories of Rights* (OUP, Oxford 1984) 153-67.

الاعتراضات الأخرى المؤسسة على الحقوق من صعوبات إدراك الأمن باعتباره حقًا فرديًا إلى السمة التوزيعية للإجراءات المقيدة للحريات ذاتها<sup>(١)</sup>. ذلك، أنه ليس جميع أفراد المجتمع يقبلون بفكرة مبادلة درجة أعلى من الأمن بالحريّة، ولكن فقط قطاعات معينة من هذا المجتمع<sup>(٢)</sup>.

- ومن ناحية ثالثة، فإن المعلقين الذين يثيرون شعار التوازن لتسوية القوانين الأمنية الجديدة المتبناة لمواجهة المخاطر الفورية التي يثيرها الإرهاب لا يعطون "وزنًا" ملائمًا للآثار بعيدة المدى المترتبة على تقييد الحقوق والحريات الأساسية<sup>(٣)</sup>. وتفسير ذلك، أنه على الرغم من بعض المكاسب قصيرة المدى التي يمكن أن يجنيها الأمن، فإن هناك احتمالاً لأن تؤدي هذه الإجراءات التقييدية إلى زيادة الإرهاب وتقويض الحرية على المدى الطويل.

- وأخيراً، هناك ثمة أسئلة تفصيلية يجب أن تسأل، منها هل يؤدي تقييد الحرية، فعلاً، إلى تعزيز الأمن، وهل الفرد مستعد لمبادلة بعض المكاسب الرمزية والراحة النفسية بحرياته المدنية؟<sup>(٤)</sup>.

(1) See, e.g., C Michaelsen, 'Security against Terrorism: Individual Right or State Purpose?' (2005) 16(3) PublicLaw Review 78; O Lepsius, 'Freiheit, Sicherheit und Terror: Die Rechtslage in Deutschland' (2004) 32 Leviathan 64.

(2) See LK Donohue, 'Security and Freedom on the Fulcrum' (2005) 17 Terrorism and Political Violence 69.

(3) Michaelsen (n 25) 15–18.

(4) See also Jeremy Waldron, 'Security and Liberty: The Image of Balance' (2003) 11 *Journal of Political Philosophy* 191.

## المطلب الأول

### ضرورة تطبيق اختبار للتناسب

تقدم القول أن شعار التوازن غير ملائم لوصف عملية التوفيق أو المصالحة بين احترام الحريات المدنية وحقوق الإنسان من ناحية، ومراعاة المتطلبات المدعاة للأمن القومي من ناحية أخرى. ولكن ما أهمية هذا الجدل؟ وهل يستحق الأمر، حقيقة، عناء البحث؟ وما هو أكثر أهمية، هل يوجد بديل للتوازن في هذا السياق؟

ثمة من ذهب من المعلقين- بما في ذلك هؤلاء الذين وجهوا النقد لبعض الإجراءات التقييدية المتبناة بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر- إلى أن استخدام التوازن يمكن أن يكون ضرورياً لتعزيز نقاش عام أوسع بشأن مشكلة تقييد الحريات المدنية وحقوق الإنسان باسم الأمن القومي. ومن ثم، ذهب الأستاذ George Williams، على سبيل المثال، إلى أنه قد يكون مُشكلاً وغير دقيق الإشارة إلى هذه العملية- التوفيق بين احترام الحقوق والحريات الأساسية ومراعاة متطلبات الأمن القومي- من خلال استخدام تعبير "التوازن". ومع ذلك، فهو يفضل استخدام تعبير "التوازن"، في الحوار العام، لكي يكون بالإمكان "نقل مضمون الفكرة إلى أذهان الجمهور"<sup>(١)</sup>. ذلك، "أن طبيعة النقاش العام- وفقاً للأستاذ George Williams- تجعل من الصعب توصيل المعنى المقصود إلا باستخدام بعض الشعارات"<sup>(٢)</sup>.

يُلاحظ، بادئ ذي بدء، أن وجهة النظر التي يطرحها الأستاذ William تبدو منطقية. ذلك، أن استخدام عبارات أو شعارات مبسطة لشرح المشكلات الصعبة، والمعقدة يبدو، بالفعل، مساعداً على التواصل مع الجمهور. ومع ذلك، فإن استخدام هذه

(1) Statement by G Williams (personal email correspondence with the author, 16 May 2005).

(2) Ibid.

التعبيرات والشعارات يغدو مُشكلاً عندما يتبنى الأكاديميون وصانعو السياسة والمشرعون هذه المفاهيم والتعبيرات الاصطلاحية دون نظرة نقدية. ولاشك أن مثل هذا المسلك ينتهي إلى الاستناد إلى منطق غير سديد، واتخاذ قرارات خاطئة، ومن ثم، تبني سياسات معيبة بصورة جوهرية. ويبدو أن هذا المأزق هو الذي حدث، تماماً لدى استخدام تعبير التوازن في سياقات التوفيق بين الحريات المدنية وحقوق الإنسان من ناحية، ومراعاة اعتبارات الأمن القومي ومكافحة الإرهاب من ناحية أخرى. ففي هذه الحالة، يميل "التوازن"، عادة، نحو الأمن وإن كان ثمة جهد ضئيل قد بُذل للتساؤل عما إذا كانت إجراءات مكافحة الإرهاب التي تقوض حقوق الإنسان والحريات المدنية تقلل تهديد الإرهاب، أو ما إذا كان ثمة إجراءات أقل ردعاً متاحة للوصول إلى ذات الغرض.

على أن السؤال يبقى، بالطبع، هو ما إذا كانت يوجد بديل لمقاربة التوازن **balancing approach**. الحقيقة، أنه أضحي من المسلم به تفضيل تطبيق تحليل مستند على مبدأ التناسب. وما يتطلبه مبدأ التناسب، بصفة عامة، هو وجود علاقة معقولة **a reasonable relationship** بين الوسائل المستخدمة والأهداف المرجوة. ويمكن القول إن مبدأ التناسب يتطلب - بصفة أساسية تحديد ما إذا كان إجراء التدخل - الذي يستهدف تعزيز أو بلوغ أحد أهداف السياسة العامة المشروعة - ليس واسعاً، في تطبيقه، بصورة غير مقبولة، ولا يفرض عبئاً مفرطاً أو غير معقول على أفراد معينين. وعموماً، فإن السياسة العامة التي تأخذ في اعتبارها مبدأ التناسب - يجب أن تكون مصممة بعناية لتلبية الأهداف ذات الصلة، وألا تكون تحكيمياً أو غير عادلة أو مؤسسة على اعتبارات غير منطقية. وبالإضافة إلى ذلك، لا يجوز أن تنطوي هذه السياسة إلا على أقل تقييد أو تعويق ممكن لحقوق الإنسان، والحريات المدنية، وحكم القانون. وأخيراً، يجب أن تكفل هذه السياسة وسائل لرقابة الإجراءات التي تقرها.

## المطلب الثاني

### التناسب كأحد المبادئ العامة للقانون والسياسة العامة

#### والحكم الجيد

يمكن القول إن التحليل- المؤسس على مبدأ التناسب- هو إجراء تحليلي لا ينتج، في ذاته، نتائج موضوعية أو إجابات على المشكلات القانونية ومشكلات السياسة. ولكن هذا التحليل يعد، بالأحرى، إجراءً لاتخاذ القرارات *a decision-making procedure* وهيكلًا تحليليًا يقود إلى صياغة رأي، بشأن تنفيذ السياسة، يتعامل، عادة، مع التوترات التي تثور بين قيمتين قانونيتين أو سياسيتين من ناحية (و/أو) أهداف السياسة العامة من ناحية أخرى<sup>(١)</sup>. ويلاحظ الأستاذان Ale Stone Sweet و Jud Mathews أن تحليل التناسب *proportionality analysis* هو بناء فقهي "بزغ، وانتشر، بعد ذلك، كمبدأ عام- غير مكتوب- للقانون، من خلال الاعتراف والاختيار القضائيين"<sup>(٢)</sup>. ومع ذلك، فإن التناسب ليس فقط مبدأً قضائيًا تطبقه المحاكم في رقابتها لمشروعية النشاط الحكومي، ولكنه، أيضًا، مبدأً تشريعي يجب على السلطات السياسية مراعاته حال مباشرتها لوظائفها في اتخاذ القرارات<sup>(٣)</sup>. وبهذه الصفة، يشكل التناسب أحد المكونات الأساسية للسياسة العامة والحكم الجيد<sup>(٤)</sup>.

- (1) M Kumm, 'Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice' (2004) 2 ICON 579-81.
- (2) AS Sweet and J Mathews, 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism' (2008) 47 Colum J Transnat'l L 74.
- (3) N Emiliou, *The Principle Of Proportionality In European Law: A Comparative Study* (Kluwer, The Hague 1996) 142.
- (4) See also A Blick, 'Democratic Audit: Good Governance, Human Rights, War against Terror' (2005) 58 Parliamentary Affairs 408.

وباعتباره أحد المبادئ العامة للقانون، يوجد شكل ما من التناسب في معظم الأنظمة القانونية سواء على المستويات الدولية أو الوطنية. فعلى المستوى الدولي، يبرز مبدأ التناسب، بصورة واضحة، في إطار القانون والعلاقات الدولية<sup>(١)</sup>. من ذلك، على سبيل المثال، أن مبدأ التناسب يعد مكوناً أساسياً، في نظرية الحرب العادلة التقليدية، التي تنص على أن القوة لا يمكن استخدامها إلا بعد محاولة واستنفاد كل الوسائل السلمية والوسائل البديلة بصورة جادة<sup>(٢)</sup>. وفوق ذلك، تستلزم نظرية الحرب العادلة أن تكون المنافع أو الفوائد المتوقعة نتيجة شن الحرب متناسبة مع ضرورها أو أضرارها. ويعتبر التناسب، في القانون الدولي المعاصر، مطلباً أساسياً في الدفاع الشرعي عن النفس.

وإذا كانت المادة (٥١) من ميثاق الأمم المتحدة لم تذكر المبدأ صراحة، فإنه من المتفق عليه أن الحق في الدفاع عن النفس *right to self-defence* مقيد بمبدأي الضرورة *necessity* والتناسب *proportionality*<sup>(٣)</sup>. وبالإضافة إلى ذلك، فإن مبدأ

- (1) J Gardam, *Proportionality, Necessity and Force in International Law* (Cambridge University Press, Cambridge 2004); J Gardam, 'Proportionality and Force in International Law' (1993) 83 AJIL 391.
- (2) See, e.g., M Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations* (Basic Books, New York 1977); N Rengger, 'On the Just War Tradition in the Twenty-first Century' (2002) 78 *International Affairs* 353.
- (3) In the context of self-defence proportionality means that any measures taken in response to an armed attack must neither be retaliatory nor punitive in nature but rather aimed at halting and repelling an attack. See, e.g., SA Alexandrov, *Self-Defence against the Use of Force in International Law* (Kluwer, The Hague 1996). For a discussion of proportionality in the context of the 'War on Terror,' see, e.g., J Gardam, 'A Role for Proportionality in the War on Terror' (2005) 74 *Nord J Intl L* 3.

التناسب يؤدي، أيضاً، دوراً مهماً في ظل المبدأ البازغ للتدخل الإنساني doctrine of humanitarian intervention<sup>(١)</sup>، وما يُطلق عليه المسئولية عن الحماية كما هو الحال في ظل القانون الإنساني الدولي jus in bello or the laws of war<sup>(٢)</sup>.

وعلى المستوى الوطني، تعترف كثير من الأنظمة الديمقراطية الليبرالية- بمبدأ التناسب كمكون أساسي للقوانين الجنائية، والإدارية، والدستورية. ومع ذلك، يُلاحظ أنه- في إطار التطبيق الوطني للمبدأ- يتم، عادة، وضع المبدأ في إطار أكثر صرامة مقارنة بإطاره في مجال القانون الدولي. من ذلك، على سبيل المثال، أن المبدأ يُطبق، بالفعل، في مجالي سياسة العدالة الجنائية، والقانون الجنائي، حيث يُتوقع أن تكون قسوة العقوبة متناسبة مع خطورة الجريمة. وفوق ذلك، يُعتبر مبدأ التناسب، غالباً، أحد العناصر الأساسية للسياسة التنظيمية والإدارة العامة. ومن ثم، وُصف المبدأ بأنه مبدأ مُحدِّد a defining principle للحكومة المقيدة أو المحددة ومتطلب أساس للحكم الجيد أو الإدارة الرشيدة good governance<sup>(٣)</sup>. وفي هذا السياق، يُستخدم التناسب

(1) See, e.g., SD Murphy, *Humanitarian Intervention: the United Nations in an Evolving World Order* (University of Pennsylvania Press, Philadelphia, PA 1996) 311–2.

(2) For example, contemporary international humanitarian law stipulates that an attack cannot be launched on a military objective in the knowledge that the incidental civilian injuries would be clearly excessive in relation to the anticipated military advantage.

(3) A Ristroph, *Proportionality as a Principle of Limited Government* (2005) Utah Legal Studies Paper No 05-19 < [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=851624](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=851624) > accessed 5 May 2010. On proportionality as a principle of good governance, see, e.g., L Senden, *Soft Law in European Community Law* (Hart Publishing, Oxford 2004) 86.

كمادة تحليلية وتقييمية **an analytical and evaluative** للسياسة التنظيمية ويتعلق بغايات النشاط العام والوسائل المستخدمة لبلوغ هذه الغايات.

ويشرح الأستاذ **Robert Thomas** هذا المعنى بالقول:

"لتحقيق أهدافها، يجب على الإدارة تبني وسائل فعالة لتنفيذ السياسة؛ وذلك لأن مسوغ وجود الإدارة العامة، في ذاته، يتمثل في بلوغ الأهداف الجماعية من خلال وضع برامج لنشاط الدولة. وفي سبيل نهوضها بهذا الدور، يمكن أن تؤثر الإدارة سلباً على مصالح الأفراد الخاصة. وسيغدو مهمة مستحيلة بالنسبة للإدارة، أن تحقق الغايات الاجتماعية مع تجنب مثل هذا التدخل (المساس بحقوق الأفراد الخاصة). ويبدو جلياً، أن المصالح الخاصة يجب إخضاعها للمصلحة العامة الأعظم قيمة. ومع ذلك، يمكن الاحتجاج بأن مدى التدخل كان غير ضروري، نظراً لأن الهدف العام كان يمكن تحقيقه من خلال وسائل مختلفة. ومن ثم، إذا كانت توجد ثمة وسائل بديلة، أقل تقييداً لمصالح الفرد، ولكنها تتمتع بدرجة مساوية من الفعالية بالنسبة لبلوغ الهدف العام، فإن التدخل يكون، حينئذ، غير ضروري وغير متناسب<sup>(١)</sup>.

- (1) "To achieve its objectives the administration must adopt effective means of policy implementation since the justification for the very existence of public administration is to realise collective goals through programmes of state action. In so doing the administration may adversely affect the interests of a private individual. It would be an impossible task for the administration to fulfil social needs and avoid any such interference. Clearly, private interests have to be subordinated to the greater public good. However, it may be argued that the extent of the interference was unnecessary since the public goal

ويجد مبدأ التناسب- في مجالي السياسة التنظيمية والإدارة العامة جذوره في القضاء الإداري والدستوري الألمانيين<sup>(١)</sup>. ومع ذلك، فقد أصبح المبدأ، خلال نصف القرن الماضي، الإجراء المفضل لإدارة المنازعات التي تنطوي على تناقض مدعي بين دعويين للحقوق *two rights claims*، أو بين حقوق مكفولة ومصالحة مشروعة للدولة أو مصلحة عامة<sup>(٢)</sup>. وانطلاقاً من جذوره الألمانية، انتشر تحليل التناسب *the proportionality analysis*- عبر أوروبا- إلى أنظمة دول الكومنولث: إنجلترا، كندا، نيوزيلندا، جنوب أفريقيا إسرائيل<sup>(٣)</sup>. وفي استراليا، مازال المبدأ ينتظر اعترافاً

could have been achieved through different means... If there are alternative means, less restrictive of the individual's interests but equally effective for the realisation of the public objective, then the interference is unnecessary and disproportionate", R Thomas, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law* (Hart Publishing, Oxford 2000), p. 77.

- (1) See, e.g., H Goerlich, 'Fundamental Constitutional Rights: Content, Meaning and General Doctrines' in U Karpen (ed), *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (Nomos, Baden-Baden 1988), p. 45; AS Sweet and J Mathews, 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism', op. cit., 98.
- (2) AS Sweet and J Mathews, 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism', op. cit., 47.
- (3) AS Sweet and J Mathews, 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism', op. cit., pp 112-137; E Erling, R Kugan and J Schnaider, 'The Principle of Proportionality: A Comparison between Canada and the European Community Law' (paper presented at the Faculty of Law, University of Lund on 24 February 2006) 4-13.

رسمياً في مجالي السياسة العامة والقانون الإداري<sup>(١)</sup>. ومع ذلك، بدأ شيوخ القضاة في إدارة حوارات معمقة بشأن مزايا التناسب<sup>(٢)</sup>.

وبالإضافة إلى ما سبق، وجد مبدأ التناسب طريقة إلى الأنظمة القائمة على معاهدات دولية international treaty- based regimes، بما في ذلك الاتحاد الأوروبي، ومنظمة التجارة العالمية، ومجلس أوروبا، والنظام الدولي لحقوق الإنسان<sup>(٣)</sup>. وفي الاتحاد الأوروبي، على سبيل المثال، يجد المبدأ تكريساً له، في قانون الاتحاد الأوروبي، من خلال الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من معاهدة الاتحاد الأوروبي European Community Treaty، التي تنص على أن "أي نشاط يقوم به الاتحاد يجب ألا يتجاوز ما هو ضروري لتحقيق أهداف هذه المعاهدة". وفي هذا السياق، يكفل مبدأ التناسب- بالنسبة للأفراد- أنه ليس ثمة نشاط يمكن أن يتخذ، في مواجهتهم، يجاوز ما هو ضروري لبلوغ أهداف هذا النشاط. وينطبق ذلك على النشاط سواء كان صادراً من الدول الأعضاء أم من سلطات وهيئات الاتحاد الأوروبي<sup>(٤)</sup>. وقد

- 
- (1) R Thomas, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, op. cit., p.77.
- (2) See, e.g., M Gleeson, 'Address at the Australian Bar Association Conference: Global Influences on the Australian Judiciary' (8 July 2002) <[www.hcourt.gov.au/speeches/cj/cj\\_global.htm](http://www.hcourt.gov.au/speeches/cj/cj_global.htm)> accessed 20 May 2010.
- (3) For proportionality analysis in the WTO, see AS Sweet and J Mathews, 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism', op. cit., pp 152-9.
- (4) See, e.g., E Erling, R Kugan and J Schnaider, 'The Principle of Proportionality: A Comparison between Canada and the European Community Law', op. cit., pp 14-20. While the principle is enshrined in the text of the treaty, it first affected EC law in the Internationale=

تبنت اللجنة الأوروبية هذه المقاربة في ورقتها البيضاء بشأن الحكم أو الإدارة الأوروبية، حيث يشير مصطلح "الإدارة الأوروبية" في هذه الورقة، إلى القواعد **rules** والإجراءات **processes** والسلوك **behavior** الذي يؤثر على الطريقة التي تُمارس من خلالها السلطات على المستوى الأوروبي، لاسيما فيما يخص المكاشفة/المصارحة **openness**، المشاركة، المساءلة، الفعالية والتناسق<sup>(١)</sup>. وتشكل هذه القيم المبادئ الخمسة للإدارة الجيدة أو الحكم الجيد **good governance**، وتستهدف تعزيز **subsidiarity** والتناسب، وتعد أساساً تقوم عليه الديمقراطية وحكم القانون في الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. والحقيقة، أن هذه المبادئ تنطبق على كل المستويات الحكومية: الكونية، الأوروبية، الوطنية، الإقليمية، والمحلية<sup>(٢)</sup>.

وفي إطار النظام الدولي لحقوق الإنسان، يؤدي التناسب دوراً أساسياً في تطبيق الآليات الدولية مثل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ECHR<sup>(٣)</sup> والعهد

= *Handelsgesellschaft case* which stands for the proposition that a public authority may not impose obligations on a citizen except to the extent to which they are strictly necessary in the public interest to attain the purpose of the measure; Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125.

- (1) Commission of the European Communities, *European Governance — A White Paper* (25 July 2001) COM (2001) 428 <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001\\_0428en01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0428en01.pdf)> accessed 20 May 2010.
- (2) *Ibid.*, p. 10.
- (3) Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), entered into force 3 September 1953, 213 UNTS 222.

الدولي للحقوق المدنية والسياسة ICCPR<sup>(١)</sup>. ومن ثم، فإن نصوصاً عدة، في هذه المواثيق والعهود الدولية تثير التناسب. من ذلك، على سبيل المثال، أن الحقوق- في احترام الحياة الخاصة والعائلية، وحرية الفكر، والضمير والدين، وحرية التعبير، والتجمع والاجتماعات،- ليست مطلقة، وبالتالي فإن أي تدخل في هذه الحقوق لا يكون جانزاً إلا بقدر ما يكون ضرورياً، في مجتمع ديمقراطي، من أجل حماية النظام العام، والصحة والآداب، أو حماية حقوق الآخرين<sup>(٢)</sup>. وتنص كلتا الوثيقتين- المشار إليهما آنفاً على أنه يمكن، في أوقات الطوارئ، الخروج على بعض الحقوق المعينة فقط، "بقدر ما يكون ذلك متطلباً، بصورة صارمة، لضرورات الموقف"<sup>(٣)</sup>. ويعد هذا النص إشارة صريحة لمبدأ التناسب، ويخضع تطبيقه لرقابة لجنة حقوق الإنسان Human Rights Committee، ويشكل "أهم تقييد على إجراءات الخروج على الحقوق المسموح بها"<sup>(٤)</sup>.

- 
- (1) International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976, 999 UNTS 171.
- (2) See, e.g., E Ellis, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (Hart Publishing, Oxford 1999); Marc-André Eissen, 'The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights' in Ronald St J Macdonald, Franz Matscher and Herbert Petzold (eds), *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht, Martinus Nijhoff 1993) 125.
- (3) International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), art 4(1); Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) art 15(1).
- (4) M Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (N P Engel, Kehl 1993) 84.

وفي هذا الصدد، يلاحظ الأستاذ Manfred Nowak بحق ما يلي:

"إن درجة التدخل ومجال الإجراء يجب أن يكونا- من الناحيتين المكانية والزمنية- في علاقة معقولة مع ما هو ضروري، فعلاً، لمواجهة الحالة الطارئة التي تتهدد حياة الأمة. ويتطلب مبدأ التناسب مراجعة أو رقابة ضرورة الإجراء (الذي يمثل خروجاً على الحق) - على فترات منتظمة- بواسطة جهات وطنية مستقلة، وبصفة خاصة الفرعين التشريعي والقضائي"<sup>(١)</sup>.

ويتمتع واجب مراجعة أو رقابة الإجراءات المتخذة في الحالات الطارئة- المتضمن في الوثائق الدولية مثل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ECHR، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ICCPR بأهمية كبيرة بالنظر إلى أنه يضيف بعداً آخر لمبدأ التناسب. ومن ثم، لكي تبقى الإجراءات متناسبة، يجب على الحكومة مراجعة الإجراءات الاستثنائية المتخذة لمواجهة الحالة الطارئة، وذلك بغض النظر عن أي مراجعة أو رقابة تقوم بها المحاكم في سياق الطعون القضائية على هذه الإجراءات. وهذا يعني جانباً إجرائياً يضاف إلى مبدأ التناسب، يضمن فحص مشروعية إجراءات السياسة العامة (على نحو يجاوز طبيعتها المتجددة ومضمونها).

(1) Ibid : " The degree of interference and the scope of the measure (both territorially and temporally) must stand in reasonable relation to what is actually necessary to combat an emergency threatening the life of the nation. The principle of proportionality requires that the necessity of derogation measures be reviewed at regular intervals by independent national organs, in particular, by the legislative and judicial branches."

### المطلب الثالث

#### اختبار التناسب في مجالي السياسة التنظيمية

#### والإدارة العامة

يمكن تلخيص مبدأ التناسب في مجالي السياسة التنظيمية والإدارة العامة من خلال عبارة اللورد Diplock "لماذا تُستخدم مطرقة بخارية لكسر حبة بندق، إذا كان استخدام مطرقة بندق سيفي بالغرض"؟<sup>(١)</sup>. ويُطلب، في تطبيق مبدأ التناسب، إجراء اختبار مكون من خطوات ثلاث رئيسية:

- فمن ناحية أولى، يجب، بصفة عامة، أن يكون إجراء السياسة العامة المقيد أو المعوق لحقوق وحرريات المواطنين ملائماً suitable.
- ومن ناحية ثانية، يجب أن يكون الإجراء ضرورياً necessary.
- ومن ناحية ثالثة، يجب أن يكون الإجراء ملائماً ومتناسباً بصورة صارمة be appropriate and strictly proportionate proportionality stricto sensu<sup>(٢)</sup>. والحقيقة، أن هذا الاختبار - المكون من خطوات ثلاثة - يُسبق، بصفة عامة، بخطوة تمهيدية - في المرحلة التي يُطلق عليها المرحلة

(1) "why use a steam hammer to crack a nut, if a nutcracker would do?", R v Goldschmidt [1983] 1 WLR 151, 155 (Lord Diplock).

(2) See generally S Michalowski and L Woods, German Constitutional Law: The Protection of Civil Liberties (Ashgate, Aldershot 1999) 83-4; C Engel, 'The Constitutional Court — Applying the Proportionality Principle — as a Subsidiary Authority for the Assessment of Political Outcomes' (2001) Max Planck Institute Collective Goods Preprint No 2001/10 <<http://ssrn.com/abstract=296367>> accessed 20 May 2010.

التشريعية *legitimacy stage* - يتم من خلالها التحقق مما إذا كانت الحكومة مخولة، دستورياً، اتخاذ الإجراء ذي الصلة. وعلى مستوى التشريعات- في الدول الفيدرالية مثل ألمانيا وأستراليا يتم بحث ما إذا كان البرلمان الفيدرالي يتمتع باختصاص التشريع في المجال المحدد.

وتتعلق الخطوة الأولى، من اختبار التناسب، بالملائمة *suitability*. وتُكرس هذه الخطوة للتحقق- فيما يخص الإجراء ذا الصلة- مما إذا كانت الوسائل المتبناة من جانب الحكومة مرتبطة بصورة معقولة *rationally* بأهداف السياسة المحددة. ويُحدد متطلب الملاءمة، عادة، بطريقة موسعة، ويعني، فقط، أن الحكومة يجب عليها تبني إجراءات تشريعية تكون، بصفة عامة، ملائمة لتحقيق الغرض المرجو. والحقيقة، أن متطلب الملاءمة يمكن تحديده، بصورة أكثر دقة، من خلال تعريف سلبي مؤداه عدم جواز اتخاذ إجراء غير ملائم تماماً.

أما الخطوة الثانية، فتتمثل في الضرورة *necessity*. ويتجلى جوهر تحليل الضرورة في إجراء اختبار الوسائل الأقل تقييداً *a least-restrictive means test*. وتتطلب هذه الخطوة من الحكومة أن تتأكد من أن الإجراء المتبني لا يقيد الحقوق الفردية بأكثر مما هو ضروري لتحقيق أهداف السياسة العامة المحددة. ومؤدى ذلك، أن متطلب الضرورة- باعتباره أحد عناصر مبدأ التناسب- يتعلق بمدى التدخل الحكومي *the scope of governments intervention* ويسؤال ما إذا كان الإجراء التشريعي ذو الصلة مُسوِّغاً بضرورات الموقف. وهذا يعني أنه يجب على الحكومة الإحجام عن التدخل في أو تقييد الحقوق والحريات المدنية - التي يمكن أن تكون مكفولة دستورياً للمواطنين- إذا كان بمقدور الحكومة تحقيق ذات الهدف دون تدخل في حقوق وحريات المواطنين على الإطلاق أو من خلال اللجوء إلى إجراء أقل

(قسوة). فإذا ما فشل الإجراء الحكومي في تجاوز اختبار الملاءمة أو الضرورة، فإن العمل يعد *per se* غير متناسب<sup>(١)</sup>.

وأخيراً، تعد الخطوة الأخيرة، من اختبار التناسب، هي الأكثر تعقيداً. ذلك، أن هذه الخطوة تتطلب تحليلاً لما إذا كان الإجراء ملائماً *appropriate* ومتناسباً بالمعنى الضيق *strictly proportionate*. ويعني متطلب *appropriateness* أن الإجراء التشريعي- المتخذ من جانب الحكومة- يكون غير مقبول إذا كان العبء المتخلف عن هذا الإجراء غير متناسب مع الغرض منه. من ذلك، على سبيل المثال، أن العبء يكون غير متناسب، بصورة خاصة- طبقاً لما يُطلق عليه الضمانة المادية (*guarantee of materiality-Wesengehaltsgarantie*) المستخدمة في القانونين الإداري والدستوري الألمانيين- إذا كان يؤثر على "المضمون الجوهرية" (*Wesengehalt -essential content*) أو على جوهر طبيعة الحق أو الحرية الخاضعة للتقييد أو التدخل فيها<sup>(٢)</sup>. والهدف من ذلك التأكد من أن التقييد لا يُعرض للخطى- لا يُصادر- وجود الحق في ذاته. ويستدعي متطلب الملاءمة أيضاً أنه كلما كان النشاط الإداري مؤثراً أكثر على أوجه التعبير الأساسية عن حرية الإنسان في النشاط، كلما كان واجباً إجراء فحص أدق للأسباب المسوغة للنشاط الإداري في مواجهة ادعاء المواطنين بحقه في الحرية<sup>(٣)</sup>.

(1) AS Sweet and J Mathews, 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism' (2008) 47 Colum J Transnat'l L., p. 76.

(2) S Michalowski and L Woods, German Constitutional Law: The Protection of Civil Liberties, op. cit., 84-5.

(3) See also German Federal Constitutional Court, BVerfGE 17, 306 (1963) and Basic Law for the Federal Republic of Germany, art 19 (1)/(2).

## المبحث الثاني

### مبدأ التناسب كقيد دستوري على قوانين مكافحة الإرهاب

#### في ألمانيا

نتناول هذا المبحث في مطلبين، وذلك على النحو الآتي بيانه:

المطلب الأول: مبدأ التناسب في القانون الدستوري الألماني والرقابة القضائية على إجراءات مكافحة الإرهاب.

المطلب الثاني: قرار المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية بشأن التنقيب.

#### المطلب الأول

##### مبدأ التناسب في القانون الدستوري الألماني

##### والرقابة القضائية على إجراءات مكافحة الإرهاب

من المسلم به أن مبدأ التناسب يعد أحد المبادئ الأساسية للقانون الدستوري الألماني. وعلى الرغم من أن المبدأ لم يُذكر، بصورة خاصة، في أي من نصوص القانون الأساسي (الدستور الألماني)، فإن المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية تُطبق اختبار التناسب بصورة متواترة في سياق نظرها للانتهاكات المدعاة للحقوق الأساسية المصونة بواسطة المواد العشرين الأولى من القانون الأساسي Basic law<sup>(1)</sup>.

(1) See, e.g., BVerfG, 2 February 1999, 2 BvM 1/98; BVerfG, 10 May 2007, 2 BvR 304/07; BVerfG, 11 March 2008, 1 BvR 2074/05.

والحقيقة أن تقييم التناسب الذي تطبقه المحكمة الدستورية الألمانية ينطوي على طائفة متنوعة من الخطوات أو الاختبارات أو المراحل التي تعكس، بصورة كبيرة، اختبار التناسب ذي الخطوات الثلاثة المشار إليها آنفاً. وفي شكله الألماني، يتطلب تقييم التناسب ما يلي:

- أولاً وقبل كل شيء- أن تكون المصلحة العامة المحمية مهمة بدرجة كافية لتسوية التغول على الحق الأساسي الخاضع للتقييد.
- ثانياً، يجب أن يكون الإجراء ملائماً (geeignet)-appropriate لتحقيق الغرض المستهدف من تقييد الحق أو الحرية.
- ثالثاً، يجب أن يكون الإجراء ضرورياً erforderlich بالنسبة للغرض، بحيث لا يكون هذا الأخير ممكناً تحقيقه بوسيلة أقل قسوة أو تقييداً.
- ورابعاً، يجب ألا يكون الإجراء مفرطاً unzumutbar، كما يجب أن يكون معقولاً بصورة صارمة angemessen<sup>(1)</sup>.

وقد استخدمت المحكمة الدستورية الفيدرالية- الألمانية اختبار التناسب- bench-mark- في رقابتها القضائية الدستورية على إجراءات مكافحة الإرهاب منذ أواخر سبعينيات القرن الماضي عندما تبنت الحكومة الألمانية، لأول مرة، ترتيبات تشريعية لمكافحة ومنع الإرهاب اليساري الذي تشنه عصابة الجيش الأحمر وغيرها من المجموعات الإرهابية. ففي قرار مبكر، باشرت المحكمة رقابتها على دستورية القانون

(1) Von Bogdandy, Armin, Venzke, Ingo (Eds.), International judicial lawmaking : on public authority and democratic legitimation in global governance, Heidelberg: Springer, 2012, p. 203.

الفيدرالي المتعلق بإغلاق قنوات الاتصال بين المعتقلين ومستشاري الدفاع عنهم<sup>(١)</sup>. وفي الفترة التالية لأحداث الحادي عشر من سبتمبر، مارست المحكمة رقابتها على ما يُطلق عليه **European Arrest Warrant**<sup>(٢)</sup><sup>(٣)</sup>، وكذلك أيضاً مشروعية السلطات الممنوحة لإطلاق النار على الطائرات المخطوفة المحتمل استخدامها كأسلحة انتحارية **Suicide weapons**<sup>(٤)</sup>. وحديثاً جداً، حددت المحكمة القيود الواردة على

(1) BVerfGE 46, 1 (1978). See also A Oehmichen, 'Incommunicado Detention in Germany: An Example of Reactive Anti-terror Legislation and Long-term Consequences' (2008) 9 German LJ 855.

(2) BVerfG, 18 July 2005, 2 BvR 2236/04 [www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718\\_2bvr223604en.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718_2bvr223604en.html) accessed 20 May 2010. For analysis and comment on this decision, see C Tomuschat, 'Inconsistencies — The German Federal Constitutional Court on the European Arrest Warrant' (2006) 2 European Constitutional Law Review 209.

(٣) توجد أشكال متعددة للتعاون القضائي بين الدول في مجال القبض على الهاربين وإعادتهم، أبرزها أمر القبض والذي أقر بموجب القرار الإطاري لمجلس الاتحاد **European Arrest warrant** الأوروبي في 13 يونيو 2002 ويعد تطبيقاً لمبدأ الاعتراف المتبادل بالأحكام والأوامر القضائية في الإطار الأوروبي، وتجزئ هذه الآلية تنفيذ قرارات القبض الصادرة في إحدى دول الاتحاد من قبل دولة أخرى، وقد استخدم هذا الإجراء كبديل مبسط للتسليم، وطبقته سائر دول الاتحاد، عدا إيطاليا، وأسفر في العمل عن تنفيذ العديد من أوامر القبض بلغ عددها حسب تقديرات مفوضية الاتحاد 653 طلباً بعد شهور قليلة منذ صيرورة القرار نافذاً وحتى سبتمبر 2004 بل أن أوامر القبض المشار إليه من الجائز تنفيذها ضد المواطنين، على أنه من الجائز أن تطلب الدولة المنفذة تعهداً في هذه الحالة الأخيرة من الدولة الطالبة بإعادة الشخص إليها حال إدانته والقضاء عليه بعقوبة لتنفيذ تلك العقوبة بها، انظر في تفصيل ذلك: د. مصطفى عبد الغفار، تطور آليات التعاون القضائي الدولي في المواد الجنائية في مجال القبض على الهاربين وإعادتهم على ضوء الآليات الحديثة لمكافحة الجريمة، هذا البحث متاح على الموقع التالي:

<http://www.moj.gov.bh/jlsi/media/pdf/Article-crime-policv.pdf>

(4) BVerfG, 15 February 2006, 1 BvR 357/05 [www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215\\_1bvr35705.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr35705.html) accessed 20 May 2010 =

سلطة البوليس في التنقيب عن المعلومات لأغراض مكافحة الإرهاب<sup>(١)</sup>. وهذا القرار الأخير سيكون، فيما يلي، محلاً للدراسة بشيء من التفصيل.

## المطلب الثاني

### قرار المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية

#### بشأن التنقيب عن المعلومات لأغراض مكافحة الإرهاب

التنقيب عن المعلومات Data mining طريقة خاصة لجمع المعلومات عن أشخاص معينين من خلال المعالجة الإلكترونية للبيانات. وترجع هذه الممارسة إلى عمليات مكافحة الإرهاب التي كانت تقوم بها السلطة الألمانية المختصة بتنفيذ القانون لمواجهة عنف عصابة الجيش الأحمر في أواخر سبعينيات القرن الماضي، حيث تحصل سلطات الضبط على البيانات المتعلقة بالأفراد من أماكن خاصة أو عامة. وتجدر الإشارة إلى أن هذه المعلومات كانت قد جمعت لأغراض مختلفة تمامًا. ومن ثم، يتم مسح هذه البيانات آلياً وإخضاعها لمعايير مقارنة معينة. والهدف من هذه الممارسة هو التحري عن مجموعة من النسا يراد تطبيق profile معين عليها.

=(in German). For analysis and comment on this decision, see S Hufnagel, 'German Perspectives on the Right to Life and Human Dignity in the "War on Terror"' (2008) 32 Crim LJ 100. See also R Youngs, 'Germany: Shooting Down Aircraft and Analyzing Computer Data' (2008) 6 ICON 331.

(1) BVerfG, 4 April 2006, 1 BvR 518/02. [www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060404\\_1bvr051802.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060404_1bvr051802.html) accessed 20 May 2010 (in German). For analysis and comment on this decision, see G Kett-Straub, 'Data Screening of Muslim Sleepers Unconstitutional' (2006) 7 German LJ 967.

وفي القضية المطروحة على المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية، تمسك المدعي- وهو مواطن مغربي مسلم يدرس في جامعة Ouisburg- بأن الأمر المؤسس على القسم (٣١) من قانون الضبط Police Act للولاية الفيدرالية لشمال الراين ويستفاليا NRW Police Act- الذي يخول البوليس سلطة استخدام التنقيب عن المعلومات من أجل تحديد هوية الخلايا الإرهابية النائمة- هذا القانون يشكل انتهاكاً لحقوقه الأساسية المصونة بواسطة القانون الأساسي. وتجدر الإشارة إلى أن القسم (٣١) من القانون المذكور يسمح للبوليس بطلب بيانات شخصية متعلقة بمجموعات معينة من الناس، وهذه البيانات موجودة في ملفات لدى سلطات متنوعة بغرض المقارنة الآلية لهذه البيانات مع قواعد البيانات الأخرى. ولكن هذا الاستخدام للبيانات مسموحاً به بالقدر الذي يكون ضرورياً لتوقع "خطر حال" لوجود أو أمس الدولة الفيدرالية- أو الولاية، أو شخص أو الحياة أو الحرية الفردية<sup>(١)</sup>. وكان هذا الاستخدام مقصوراً على البيانات المتطلبة لقضية معينة ولا يخضع للسرية المهنية أو السرية الرسمية<sup>(٢)</sup>. وقد كان واجباً إتلاف هذه البيانات حالما يتم تحقق الغرض من جمعها أو يثبت عدم إمكان بلوغ هذا الغرض<sup>(٣)</sup>. وقد كان من الضروري أن يصدر الأمر بهذا الإجراء من قاضي المحكمة المحلية الدنيا Amtsgericht<sup>(٤)</sup>.

وفي أكتوبر ٢٠٠١، خولت محكمة Düsseldorf ، بناءً على طلب مقدم من البوليس، باستخدام سلطة القيام بعملية التنقيب عن المعلومات. وقد تطلبت هذه العملية من السلطات المسنولة عن تسجيل السكان والأجانب والمؤسسات التعليمية توفير

(1) NRW Police Act s 31 (1).

(2) Ibid s 31 (2).

(3) Ibid s 31 (3).

(4) Ibid s 31 (4).

البيانات عن الرجال بين أعمار معينة. ولم يؤد جمع أكثر من خمسة ملايين من السجلات المعلومات- التي تم تخفيضها بعد ذلك عن طريق المقارنة- سوى لإخضاع ثمانية أشخاص لمزيد من الإجراءات. ومع ذلك، لم تُتخذ أي إجراءات جنائية في مواجهة أي من هؤلاء الأشخاص الثمانية<sup>(١)</sup>. وفي هذا الخصوص، قضت المحكمة الدستورية الفيدرالية- الألمانية بأن المحكمة المحلية في Düsseldorf قد انتهكت الحق الأساسي للطلاب في السيطرة على المعلومات الخاصة به- في ظل الفقرة الأولى من المادة الثانية- مقروعة مع الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون الأساسي<sup>(٢)</sup>. وإذا كان القسم [٣١ (١)] من قانون NRW Police Act يتفق مع القانون الأساس في الشكل والمضمون، فإنه قد تم تفسيره بطريقة تشمل انتهاكًا للحق الأساس للمدعي<sup>(٣)</sup>.

وقد قضت المحكمة الدستورية الألمانية بأن القسم [٣١ (١)] من قانون NRW Police يسهل التدخل في الحق الأساسي للفرد- في السيطرة على أو التحكم في البيانات الخاصة به- عندما تتكشف الحقائق الشخصية بشأن حياتهم وبالقدر الذي تتكشف فيه هذه الحقائق. ومن ثم، خلصت المحكمة إلى أن الأمر محل الطعن ينطوي على مثل هذا التدخل. بيد أن المحكمة رأت، في نهاية الأمر، - بعد تطبيقها لتحليل التناسب- أن القسم [٣١ (١)] متناسب لما يلي:

(1) BVerfG, 4 April 2006, 1 BvR 518/02 [11]–[33].

(2) Article 1(1) of the Basic Law reads: ‘Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.’ Article 2(1) reads: ‘Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law.’

(3) BVerfG, 4 April 2006, 1 BvR 518/02 [66], [67] and [154].

- فمن ناحية أولى، يمثل منع الخطر أو الوقاية منه حماية للجمهور أو المصالح الفردية هدفاً مشروعاً **a legitimate goal**.
  - ومن ناحية ثانية، يعتبر التنقيب عن البيانات، بصورة عامة، طريقة ملائمة **.appropriate**.
  - ومن ناحية ثالثة، كان التدخل ضرورياً **necessary** لتحقيق الغرض التشريعي، ولم يكن بالإمكان تحقيق هذا الغرض عن طريق اتخاذ وسائل أقل شدة أو قسوة<sup>(١)</sup>.
  - وأخيراً، كانت السلطة التشريعية (متناسبة أيضاً بالمعنى الضيق)، نظراً لأن خطورة التدخل لم تكن غير متناسبة مع خطورة الأسباب المسوغة له. ولقد كان من الضروري أن يتضمن قانون **NRW Police Act** تحديداً لعتبة معينة أو حد معين **a threshold** للتدخل، وهو ما تمثل في الخطر الحال **“present danger”** على المصلحة المشروعة المهددة.
- ومع ذلك، فقد وجدت المحكمة أن تعبير الخطر الحال **present danger** في حاجة لأن يُفسر على نحو يعني الخطر المحدد أو الملموس **concrete danger**، بما مؤداه وجود احتمال كاف لتعرض المصالح ذات الصلة للانتهاك خلال المستقبل المنظور والمتوقع.
- وقد أشارت المحكمة إلى أن مثل هذه الفترة يمكن أن تكون طويلة، شريطة أن تكون احتمالية الخطر مستنبطة من وقائع محددة. ومعنى ذلك، أنه يلزم وجود أسس يُستند عليها في الاعتقاد بوجود استعدادات لارتكاب أعمال إرهابية أو أشخاص

---

(1) Ibid [82]–[89].

مستعدون لارتكاب مثل هذه الأعمال في المستقبل المنظور، سواء في ألمانيا أو الخارج. ومن الواضح أن الحالة العامة لوجود تهديد إرهابي- الموجودة افتراضياً منذ أحداث الحادي عشر من سبتمبر- لا تلبي متطلبات هذا المعيار<sup>(١)</sup>. وبالإضافة إلى ذلك، قدرت المحكمة أن توافر الخطر الملموس **concrete danger** ضروري لاستيفاء متطلبات اليقين الدستوري **legal certainty** والوضوح **Clarity** للتدخل في الحقوق الأساسية. فإذا ما فهم الخطر على النحو السابق بيانه، فإن القسم (٣١) من قانون **NRW Police Act** يستوفي هذه المتطلبات. ذلك، أن المشرع حدد الغرض الذي يجب من أجله جمع البيانات بطريقة دقيقة ومحددة بمجال النشاط. وكذلك تم التأكيد، بصورة واضحة، على السلطات التي تتولى تسلم المعلومات ومجال اهتمام هذه السلطات. وفوق ذلك، فإن اليقين المتطلب يعد متوافقاً بالنظر إلى نوعية البيانات غير المدرجة بصفة خاصة في القائمة الواردة في القسم (٣١)، بواسطة الغرض من القاعدة والغرض الكامن وراء جمع البيانات هي مجرد التهديد العام بالإرهاب، فإن السلطات التي يخولها التشريع المذكور للبوليس ستكون واسعة جداً- **open ended**<sup>(٢)</sup>.

ويُظهر حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية، في قضية التنقيب عن المعلومات، أن القانون الأساسي الألماني- الدستور الألماني- يجيز تدخلات قاسية **quite severe** **invasions** في الحقوق الأساسية في حالة وجود خطر محدد وملموس **concrete danger** على بقاء أو أمن النظام الفيدرالي أو الولايات أو حياة الأشخاص أو على الحرية الفردية. وفي نفس الوقت، تُظهر هذه القضية أن مبدأ التناسب يتطلب تفسيراً ضيقاً لقانون **NRW Police Act** حتى يبقى هذا القانون مشروعاً من الناحية

(1) Ibid [141]–[147].

(2) Ibid [148]–[153].

الدستورية. وتتجلى أهمية هذه القضية في أنها تبين اعتراف المحكمة الدستورية الفيدرالية بأن المشرع يتمتع بهامش واسع من السلطة التقديرية في تحديد مدى ضرورة وملاءمة "القوانين الأمنية". ومع ذلك، عندما يُخول البوليس سلطة اتخاذ إجراءات استثنائية، فيجب تفسير هذه الإجراءات على نحو يتفق مع المبادئ الواردة في القانون الأساسي الأسمى. وباختصار، يمكن القول إن المحكمة الفيدرالية الدستورية قد حددت، في هذه القضية، القيود الوظيفية التي ترد على ممارسة الشرطة لسلطاتها على نحو مازال يسمح للسلطات باستخدام أسلوب التنقيب عن المعلومات، ولكن ضمن، في المقابل، حماية الحق الأساسي الفردي في السيطرة والتحكم في البيانات الخاصة به.



## المبحث الثالث

### مبدأ التناسب وأثره على

### تحليل قوانين مكافحة الإرهاب الأسترالية

#### تقسيم:

تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: مبدأ التناسب في السياق الأسترالي.

المطلب الثاني: عدم تناسب تشريع مكافحة الإرهاب الأسترالي.

#### المطلب الأول

#### مبدأ التناسب في السياق الأسترالي

من الملاحظ أن مفهوم التناسب لم يُطبق حتى الآن، في القانونين الإداري والدستوري الأستراليين، إلا بطريقة محدودة. من ذلك، على سبيل المثال، أن التناسب لم يُقبل، بعد، كأساس مستقل للرقابة القضائية على النشاط الإداري، وذلك على الرغم من أن القاضي Deane قد أشار إلى إمكانية هذا التطبيق في قضية *Australian Broadcasting Tribunal v Bond*<sup>(1)</sup>.

(1) (1990) 170 CLR 321, 367 (Deane J). In *Workchoices*, a majority of the High Court affirmed a line of jurisprudence rejecting the general use of proportionality in characterisation of Commonwealth laws. *Workchoices* (2006) 229 CLR 1 [142] (Gleeson CJ, Gummow, Hayne, Heydon and Crennan JJ).

وبالإضافة إلى ذلك، فإنه خلافاً لألمانيا وغيرها من الديمقراطيات الليبرالية، لا يوجد في استراليا إعلان دستوري للحقوق **a constitutional bill of rights** ولا قانون فيدرالي يحمي حقوق الإنسان. ومع ذلك، فقد تبنت المحكمة العليا الاسترالية **High Court of Australia** - خلال العقدين الماضيين - اختباراً من ذات نوع اختبار التناسب في مجال الضمانات الدستورية، والحريات، والحصانات<sup>(١)</sup>.

بيد أن المضمون الدقيق والمحدد لاختبار التناسب هذا مازال في حاجة للتطوير الكامل. ذلك، أن المحكمة العليا لم تتبن، على سبيل المثال، منطق الاختبار ذي الخطوات الثلاثة **the logic of the three step-test** المستخدم في دول عدة منها ألمانيا وكندا<sup>(٢)</sup>. على أن استخدام المحكمة للتناسب فيما يتعلق بالحقوق الضمنية **implied rights** والطبيعة التي لم يكتمل تطورها لاختبار التناسب قد تعرضت للنقد من جانب بعض الفقهاء<sup>(٣)</sup>. وفي ذات الوقت، يلاحظ الأستاذ **Gabrielle Appleby** أن

- 
- (1) GJ Appleby, 'Proportionality and Federalism: Can Australia Learn from the European Community, the US and Canada?' 8 <<http://ssrn.com/abstract=1300082>> accessed 20 May 2010.
- (2) In part, this may be explained by the absence of a constitutional bill of rights or any other instrument explicitly protecting human rights in Australia. In the United Kingdom, for instance, it was precisely the Human Rights Act 1998 — legislation that incorporated the United Kingdom's obligations under the European Convention of Human Rights into British law — that saw the introduction of the continental proportionality test into British law.
- (3) See, e.g., BF Fitzgerald, 'Proportionality and Australian Constitutionalism' (1993) 12 U Tas LR 261; J Kirk, 'Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality' (1997) 21:1 Melbourne University Law Review 1.

التناسب، في شكله الأكثر اكتمالاً- المكون من عناصر المعقولية والملاءمة والضرورة- والذي يستهدف تحقيق هدف حكومي مشروع- ليس بدعاً في المنهج القضائي الاستراتيجي<sup>(١)</sup>.

ورغم التطبيق غير المؤكد لمبدأ التناسب، في سياق الرقابة القضائية، في القانونين الإداري والدستوري الاستراتيجيين، فإن ثمة التزاماً يقع على عاتق السلطات الاستراتيجية- في ظل القانون الدولي- بأن تأخذ في اعتبارها مبدأ التناسب لدى تبنيها إجراءات تؤثر على حقوق الأفراد. وينبع هذا الالتزام، أساساً، من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ICCPR الذي أصبحت استراليا طرفاً فيه في عام ١٩٨٠. كما ينبع هذا الالتزام جزئياً، من الوثائق الدولية الأخرى مثل- الاتفاقية الخاصة بحقوق الطفل<sup>(٢)</sup>.

وفي سياق مكافحة الإرهاب، تم التشديد على هذا الالتزام- مراعاة مبدأ التناسب- بواسطة طائفة من قرارات مجلس الأمن التي تدعو الدول لضمان أن تكون "أي إجراءات- متخذة لمكافحة الإرهاب- متسقة مع التزاماتها في ظل القانون الدولي، كما يجب عليها اتخاذ مثل هذه الإجراءات على نحو يتفق مع القانون الدولي، لاسيما القانون الدولي لحقوق الإنسان واللاجئين، والقانون الإنساني"<sup>(٣)</sup>. وكما لاحظ مفوض الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، وكذلك أيضاً المقرر الخاص لحماية وتعزيز حقوق الإنسان والحريات الأساسية أثناء مكافحة الإرهاب- بشأن تقريره المقدم عن استراليا-

(1) Appleby (n 83) 2.

(2) Convention on the Rights of the Child (adopted 20 November 1989, entered into force 2 September 1990) 1577 UNTS 3 (CRC).

(3) See, e.g., UNSC Res 1456 on combating terrorism (adopted 20 January 2003) UN Doc S/RES/1456 [6].

لدى تبنيتها قوانين جديدة لمكافحة الإرهاب- أن الحكومة الاسترالية ملزمة بإجراء تقييم لما إذا كانت الإجراءات المقترحة ضرورية ومتناسبة مع الخطر الذي تسعى لمواجهته<sup>(١)</sup>. ويتضمن هذا الالتزام تقييماً عما إذا كان الإجراء المعين المتبنى يشكل الوسيلة الأقل تقييداً لتحقيق غرض حمائي مشروع، وكذلك أيضاً متطلب بيان أهمية أي حق فردي متأثر، وخطورة التدخل في هذا الحق.

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ التناسب مطبق، أيضاً، في مجال السياسة العامة الاسترالية، باعتبار مبدأ عاماً للحكومة المحدودة **limited government** والحكم الجيد **governance**، وهذا يعني أنه- بغض النظر عن الالتزامات في ظل القانون الدولي- فإنه يجب على الحكومة الاسترالية أن تراعى مبدأ التناسب في مباشرتها لوظائفها في اتخاذ القرارات. ومن المعلوم أن مبدأ التناسب ليس، فقط، أداة يقتصر دورها على الرقابة القضائية، ولكن المبدأ يشكل، أيضاً، أداة لتطوير وتحليل السياسة والتحليل **Policy development and analysis**.

وفي سياق قوانين مكافحة الإرهاب والسياسة، اعترف بتطبيق مفهوم التناسب من جانب اللجان المستقلة والبرلمانية، وكذلك أيضاً المراقب العام

(1) Joint statement by the Director of the OSCE-ODIHR, the UN High Commissioner for Human Rights and the Secretary-General of the Council of Europe, 29 November 2001; Special Rapporteur on the Protection and Promotion of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism, Australia: Study on Human Rights Compliance while Countering Terrorism (14 December 2006) A/HRC/4/26/Add.3.

## للاستخبارات والأمن و Inspector-General of Intelligence and Security<sup>(١)</sup>.

من ذلك، على سبيل المثال، أن لجنة مراجعة التشريع الأمني The Security Legislation Review Committee - والمعروفة باسم لجنة Sheller - أبرزت الحاجة للتناسب في تحقيق هدف الأمن، كما لاحظت اللجنة "أن التشريع يجب أن يحدد إطاره بصورة جيدة، وأن ينطوي على ضمانات كافية حتى يكون قادراً على تجاوز اختبار التناسب والعدالة"<sup>(٢)</sup>. وبالمثل، لاحظ المراقب العام للاستخبارات والأمن - في تقريره السنوي ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥ - أنه توجد "مصلحة عامة حيوية في ضمان أن تكون أي إجراءات جديدة لحماية الأمن القومي - تم تنفيذها، أو يتم التفكير في تبينها حالياً، غير قهرية، على نحو غير ملائم، للقيم والحريات الفردية والأعراف التي يقوم عليها مجتمعنا"<sup>(٣)</sup>. ومع ذلك، فإنه بالرغم من التركيز على أهمية التناسب، فإنه لم تقم أي من هذه اللجان - أو غيرها من الجهات المعنية بالأمر - لفحص مسألة ما إذا كانت استجابة الحكومة الاستراتيجية للتهديدات الإرهابية يمكنها اجتياز الاختبار الشامل للتناسب (أي اختبار التناسب وفقاً للخطوات المشار إليها آنفاً: الملاءمة، الضرورة - التناسب بالمعنى الضيق). وفي الحقيقة، لم يتم - حتى الوقت الحاضر - تحليل تشريعات مكافحة الإرهاب الاستراتيجية في ضوء اختبار التناسب. وفي محاولة مبدئية للقيام بهذا الجهد، سيتم إخضاع بعض التشريع الاسترالي لمكافحة الإرهاب لاختبار التناسب فيما يلي.

(1) See, e.g., Report of the Security Legislation Review Committee (AGPS, Canberra, 2006) 3 (Sheller Report<sup>2</sup>); Inspector General for Intelligence and Security, Annual Report 2004-2005.

(2) Sheller Report (n 91) 3.

(3) Inspector General for Intelligence and Security, Annual Report 2004-2005, 2.

## المطلب الثاني

### ”عدم تناسب“ تشريع مكافحة الإرهاب الاسترالي

١- تعديل تشريع تنظيم الاستخبارات الأمنية الاسترالي: قانون (الإرهاب) ٢٠٠٣:

يمكن القول إن الحكومة الاسترالية قد تبنت- منذ أحداث الحادي عشر من سبتمبر- ما لا يقل عن (٤٢) تشريعاً أو تعديلاً في المجال الأمني. ويمثل حجر الزاوية في هذا الإطار التشريعي "تعديل تشريع بتنظيم الاستخبارات الأمنية الاسترالي" ASIO Legislation Amendment Bill 2003 الذي يُطلق عليه قانون "الإرهاب" لعام ٢٠٠٣ (ASIO Act). ويحول القانون ASIO سلطة السعي للحصول على أمر a warrant لاعتقال ومساءلة الناس لمدة لا تتجاوز- في حدها الأقصى- سبعة أيام<sup>(١)</sup> وخلافاً للتشريع المقابل في المملكة المتحدة<sup>(٢)</sup>، وكندا<sup>(٣)</sup>،

(1) ASIO Act ss 34C(3)(a) and 34D(1)(b). The exception is that in the case of children aged between 14 and 18 years of age, there is a requirement that the Minister is convinced that it is likely that the child will commit, is committing or has committed a terrorism offence: s 34NA(4)(a).

(2) Terrorism Act 2000 (UK); Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 (UK). For an analysis of the British anti-terrorism legislation, see C Walker, *Blackstone's Guide to the Anti-Terrorism Legislation* (2nd edn OUP, Oxford 2009); H Fenwick, 'The Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001: A Proportionate Response to 11 September?' (2002) 65 MLR 72.

(3) Anti-Terrorism Act (Bill C-36) (SC 2001, c 41) <[www.parl.gc.ca/37/1/parlbus/chambus/house/bills/government/C-36/C-36\\_4/C-36TOCE.html](http://www.parl.gc.ca/37/1/parlbus/chambus/house/bills/government/C-36/C-36_4/C-36TOCE.html)> accessed 20 May 2010.

والولايات المتحدة الأمريكية<sup>(١)</sup>، ليس ثمة حاجة لوجود شك في الشخص المعتقل على أساس ارتكابه لمخالفة معينة. ومن ثم، يمكن- في ظل التشريع الاسترالي- اقتياد الأشخاص إلى مكان الاعتقال دون توجيه تهم معينة إليهم أو حتى دون إمكانية لتوجيه تهم معينة إليهم في مرحلة لاحقة. وطبقاً للقسم [ 34D (١) ] من التشريع الاسترالي المذكور، "يكفي أن يكون بحوزة السلطة المصدرة لأمر الاعتقال أسس معقولة للاعتقاد بأن هذا الأمر سيساعد، بصورة جوهريّة، في جمع الأدلة المهمة بالنسبة للجريمة الإرهابية". وتعرف السلطة المصدرة لأمر الاعتقال بأنها شخص- يعينه الوزير- يكون a magistrate فيدرالياً أو قاضياً أو عضواً في مجموعة أخرى من الناس المعنيين في اللوائح التنظيمية<sup>(٢)</sup>. وتختلف هذه الترتيبات التشريعية اختلافاً مهماً عن تلك المعمول بها في الديمقراطيات الليبرالية الغربية. ففي كندا- على سبيل المثال- يجب أن تصدر الأوامر بإجراء جلسات الفحص والتحقيق investigative hearings من قاضي منتظم a regular Judge يكون مستقلاً عن السلطة التنفيذية<sup>(٣)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن أمر الاعتقال الصادر من الجهات المحددة آنفاً إما أن يتطلب من الشخص المثل أمام "سلطة معينة" لتقديم معلومات أو تسجيلات أو أشياء أخرى، وإما أن يخول ضابط البوليس سلطة اقتياد الشخص إلى مكان الاعتقال، ومن ثم إحضاره للمثل أمام السلطة المعنية" للأغراض السابقة. ووفقاً للقسم [34B] من التشريع الاسترالي، محل الدراسة، يمكن أن تكون "السلطة المعنية" أحد القضاة الكبار المتقاعدين أو رئيساً أو نائباً للرئيس لمحكمة الاستئناف الإدارية (AAT). وإذا

(1) USA Patriot Act 2001, PubL No 107-56, § 41, 115 Stat 272 (2001).

(2) ASIO Act s 34AB.

(3) Anti-Terrorism Act (Bill C-36) (SC 2001, c 41) s 83.28 (1), s 83.3.

كان من غير الجائز تجاوز أمر التوقيف أو الاعتقال الواحد ثمانية وأربعين ساعة، فإنه من الممكن تمديد فترة التوقيف من خلال طلب أوامر توقيف متتالية.

وبالإجمال، لا يجوز أن تتجاوز فترات التوقيف المتتالية " فترة مستمرة من التوقيف تجاوز ١٦٨ ساعة (سبعة أيام) محسوبة من الوقت الذي يمثل فيه الموقوف، لأول مرة، أمام السلطة المعنية" لمساءلته في ظل أمر التوقيف الأول"<sup>(١)</sup>. ومع ذلك، من الملاحظ أن قانون الإرهاب الاسترالي ASIO Act لا يشتمل على نصوص توفر ضمانات كافية فيما يتعلق بإصدار ما يُطلق عليه أوامر التوقيف المتسلسلة أو المتعاقبة serial warrants (ومن ثم، يتم إطلاق سراح الأشخاص، ثم إعادة توقيفهم مجدداً. بعد فترة قصيرة من إطلاق سراحهم، وذلك لتجديد مدة التوقيف أو الاعتقال). ونتيجة لذلك، تظل هناك إمكانية- على الرغم من وجوب إطلاق سراح الشخص بعد ثمان وأربعين ساعة أو سبعة أيام- لإعادة اقتياد الشخص المطلق سراحه إلى مكان الاعتقال، ربما بعد ساعة من إطلاق سراحه. والمعيار الوحيد الواجب تلبيته هو الاستناد على معلومات "مختلفة مادياً" materially different عن تلك التي استند إليها في أوامر التوقيف السابقة<sup>(٢)</sup>.

وفي ظل تشريع الإرهاب الاسترالي المذكور، لا يخضع أمر التوقيف أو الاعتقال لرقابة قضائية منتظمة. وفي الحقيقة، لا تتم رقابة أوامر التوقيف إلا من جانب "سلطة معينة" a prescribed authority. وكما تقدم القول، فإن هذه "السلطة المعنية" إما أن تكون قاضياً كبيراً متقاعدًا أو رئيساً أو نائباً لرئيس محكمة الاستئناف الإدارية (AAT). بيد أن هذه المحكمة الأخيرة ليست قضائية منتظمة مستقلة عن السلطة

(1) ASIO Act s 34F(4)(a).

(2) ASIO Act s 34 D(1a)(b)(i).

التنفيذية. ذلك، أن أعضاء هذه المحكمة يُطلق عليهم *personae designatae* ( أي ليس باعتبارهم أعضاء في محكمة، ولكن باعتبارهم أفراداً معينين)، حيث يتوقف الأمر على رضا السلطة التنفيذية عنهم إذا ما أراد هؤلاء الأعضاء إعادة تعيينهم. وليس ثمة شك في أن مثل هذه النصوص تثير مخاوف جدية بشأن الحقوق الأساسية المرتبطة بمبدأ المثول أمام قاض *habeas corpus*. ويرجع ذلك، إلى أن الأشخاص الموقوفين- في ظل قانون الإرهاب *ASIO Act*- ليس بمقدورهم إخضاع أوامر التوقيف الصادرة بحقهم لرقابة محكمة قانونية *a court of law*. ومن ثم، يمكن الاحتجاج بأن ترتيبات التوقيف أو الاعتقال،- في ظل التشريع المذكور- تمثل انتهاكاً للمبدأ الراسخ الذي يحظر الاعتقال التعسفي *the prohibition of arbitrary detention*، وذلك لأن هذه الترتيبات تحرم المعتقلين من حقهم الأساسي في ضمانات إجرائية عادلة *essential right to due process*<sup>(١)</sup>.

وبالإضافة إلى ما سبق، يشكل تشريع الإرهاب الاسترالي تقييداً قاسياً للحق في التمثيل القانوني *the right to legal representation*. فبينما يُسمح للشخص الموقوف بالاتصال بمحام من اختياره<sup>(٢)</sup>، فإن مساءلته يمكن أن تبدأ في غياب هذا المحامي، إذا سمحت بذلك "السلطة المعينة"<sup>(٣)</sup>. كما أن الاتصال بين الشخص الموقوف ومحاميه يخضع لرقابة "شخص يمارس سلطة" *a person exercising authority*<sup>(٤)</sup>. كما أنه ليس من حق المحامي التدخل في مساءلة أو استجواب

(1) For a detailed analysis, see, e.g., C Michaelsen, 'International Human Rights on Trial: The United Kingdom's and Australia's Legal Response to 9/11' (2003) 25 Syd LR 275.

(2) ASIO Act s 34C(3B).

(3) Ibid s 34TB.

(4) Ibid s 34U(2).

الشخص الموقوف، ولا أن يوجه خطابه "للسلطة المعنية" التي يمثل أمامها الموقوف لمساءلته، إلا لطلب إيضاح لسؤال غامض<sup>(١)</sup>.

وفي الحقيقة، إذا ما اعتبرت "السلطة المعنية" مسلك المحامي مُعوقاً، بصورة غير ملائمة، لعملية الاستجواب، فإن بمقدورها أن توجه "أحد الأشخاص الممارسين للسلطة في ظل التشريع المذكور" لإخراج المستشار القانوني والمحامي من المكان الذي يتم فيه الاستجواب<sup>(٢)</sup>. وأخيراً، فإن المحامي يعاقب بالسجن لمدة خمس سنوات إذا ما أفشى سرية المعلومات التي يكشف عنها الاستجواب إلى شخص ثالث (الغير) غير مصلح له بالإطلاع على هذه المعلومات<sup>(٣)</sup>. ومن الواضح أن هذه الترتيبات تمثل خروجاً على المبادئ الأساسية للضمانات الإجرائية الواجب مراعاتها في هذا الخصوص *due process*. وفي الحقيقة، فإن هذه الترتيبات تحول بين المحامين وبين مباشرة واجباتهم المهنية العادية. وفي هذا الخصوص، يشير المحامي العام السابق للكومنولث *Gavan Griffith* إلى أن:

"وظيفة الممثل القانوني المؤهل أضحت مقصورة على أن يكون هذا الأخير مجرد مشاهد مستبعد، يقتصر دوره على مجرد التحقق من أن الأسئلة الموجهة إلى الشخص الموقوف مفهومة. ذلك، أن الممثل القانوني يكون عرضة لإخراجه من مكان الاستجواب إذا ما اعتبر تدخله مقاطعة للاستجواب. وهكذا، غدت حقوق التمثيل القانوني مبتورة ذات مضمون اسمي، بحيث لن يكون هناك سوى فارق

(1) Ibid s 34U(4).

(2) Ibid s 34U(5).

(3) Ibid s 34U(7).

ضئيل لو أن التشريع قال ما يريد فعله ونص على عدم وجود حق في التمثيل القانوني...<sup>(١)</sup>.

ومن الواضح أن إخضاع الترتيبات التي يتضمنها التشريع المذكور لرقابة مستندة على التناسب *a proportionality- based review* يثير مخاوف جدية. على أن تطبيق الخطوة الأولى من اختبار التناسب لا تبدو مشكلة. ذلك، أنه يمكن قبول أن نظام الاعتقال والاستجواب ملائم *suitable*، بصفة عامة، لمنع الإرهاب وجمع الأدلة فيما يتعلق بالجرائم الإرهابية. ومع ذلك، فإن النتيجة السابقة لا تنطبق على الخطوتين الثانية والثالثة من اختبار التناسب. من ذلك، على سبيل المثال، أن الشكوك تثور بشأن ما إذا كان نظام الاعتقال والاستجواب ضرورياً *necessary*. ذلك، أنه يمكن، بصفة خاصة، الحجاج بأنه توجد وسائل أقل تقييداً أو تدخلاً يمكن أن تساعد في جمع المعلومات الاستخباراتية. وفوق ذلك، من المشكوك فيه ما إذا كانت متطلبات الموقف. وبصفة خاصة مستوى التهديد الإرهابي في استراليا- تسوغ تبني ترتيبات ليس لها نظير في الديمقراطيات الليبرالية- الأخرى. ولكن، حتى إذا ما قبل أن نظام الاعتقال والاستجواب ملائم وضروري، فمن الصعب تبين كيف أن هذا النظام لائم *appropriate* ومتناسب بالمعنى الضيق *strictly proportionate*.

(1) "The function of the qualified legal representation is limited to that of an excluded onlooker, confined merely to ensuring that the questions asked are understandable, and at risk of removal from the interrogation process for any interruption. Such truncated rights of legal representation are of such nominal content that it would make little difference if the Act said plainly what it does, and provide that there be no right of legal representation. Such is its real operation and effect.", G Griffith, 'Submission to the Senate Legal and Constitutional References Committee' (Submission 235) (12 November 2002) 11.

وبصفة خاصة، من الصعب رؤية كيف يعد هدف جمع الأدلة الاستخباراتية مسوغًا لقيود مشددة على حق الشخص في الحرية والأمن، والحق في التمثيل القانوني، والحق في الرقابة القضائية.

٢- قانون مكافحة الإرهاب رقم ٢ لسنة ٢٠٠٥:

تبنت الحكومة الأسترالية قانون الإرهاب رقم ٢ لسنة ٢٠٠٥ (The Anti-Terrorism Act [No. 2] 2005) في أعقاب التفجيرات التي وقعت في لندن في ٢ يوليو ٢٠٠٥<sup>(١)</sup>. وقد أضاف هذا التشريع القسمين [١٠٤]، [١٠٥] إلى الجزء [٥/٣] من التقنين الجنائي لسنة ١٩٩٥، حيث تبني هذا التشريع نظامًا للرقابة وأنظمة للاعتقال الوقائي. وفي ظل هذه الترتيبات الجديدة، فإن حرية الشخص يمكن أن تخضع للرقابة أو التقييد دون أن يكون الشخص قد أتهم أو أدين أو حتى شك في ارتكابه لجريمة جنائية، و تتسم أوامر الاعتقال الوقائي بأنها قصيرة المدة نسبيًا.

وتستهدف هذه الأوامر إما منع ارتكاب عمل إرهابي حال أو المحافظة على الأدلة المتعلقة بعمل إرهابي وقع حديثًا. ومن ناحية أخرى، فإن أوامر الرقابة – رغم أنها ما تزال تستهدف، في نهاية الأمر، غرضًا وقائيًا – ليست مؤسسة على وجود خطر حال بوقوع عمل إرهابي، و تتميز هذه الأوامر بأن مدتها أطول، حيث قد تصل إلى عام كامل مع وجود إمكانية لتمديدتها<sup>(٢)</sup>.

(1) For an analysis of the circumstances that led to the adoption of the Act, see A Lynch, 'Legislating with Urgency — The Enactment of the Anti-Terrorism Act [No. 1] 2005' (2006) 30 Melbourne University Law Review 747. See also A Lynch, 'Control Orders in Australia: A Further Case Study in the Migration of British Counter-Terrorism Law' (2008) 8 OJCLJ 159.

(2) Criminal Code s 104.5(3).

و تتضمن أوامر الرقابة فرض طائفة متنوعة من القيود والالتزامات على الشخص بغرض حماية الجمهور من عمل إرهابي، وتسمح هذه الأوامر للشرطة الفيدرالية الاسترالية (Australian Federal Police (AFP) بأن تراقب و تقيد أنشطة الأشخاص -الذين يجاوزون ستة عشر عاماً من أعمارهم - الذين يثيرون تهديداً إرهابياً للمجتمع، دون حاجة للانتظار لرؤية ما إذا كان هذا الخطر أو التهديد سيتحول إلى واقع أم لا. ويتراوح المدى المحتمل لأوامر الرقابة بين حد أدنى من التدخل في حرية الشخص إلى حرمان متطرف أو كامل من الحرية، ويمكن أن تتضمن أوامر الرقابة أشكالاً من الحظر أو القيود على وجود الفرد في مناطق أو أماكن معينة أو مغادرة استراليا أو الاتصال أو الارتباط بأشخاص معينين أو استخدام أشكال معينة من الاتصال أو التكنولوجيا، بما في ذلك الإنترنت أو امتلاك أو استخدام أشياء أو مواد معينة أو القيام بأنشطة معينة (بما في ذلك الأنشطة المرتبطة بعمل الشخص أو مهنته)<sup>(١)</sup> كما يمكن أن تتضمن أوامر الرقابة أيضاً متطلب بقاء الشخص في أماكن معينة في أوقات معينة في كل يوم، أو ارتداء بعض الأجهزة أو الأدوات التي تحدد أماكن تواجدهم a tracking device، أو تقديم تقارير لأشخاص معينين في أوقات وأماكن معينة<sup>(٢)</sup>. ويعد الشخص المخالف لهذه الأوامر مرتكباً لجريمة معاقب عليها بالسجن الذي يصل حده الأقصى لخمس سنوات<sup>(٣)</sup>.

ولا يمكن طلب إصدار أوامر الرقابة إلا من جانب أحد كبار مسؤولي الشرطة الفيدرالية الاسترالية، و يجب على هؤلاء المسؤولين، قبل طلب إصدار هذه الأوامر، الحصول على موافقة كتابية من المحامي العام the Attorney General لإمكان

(1) Ibid.

(2) Ibid.

(3) Ibid s104.27.

استصدارها من إحدى المحاكم المختصة بإصدارها (المحكمة الفيدرالية، محكمة الأسرة، محكمة القضاة الابتدائية)<sup>(١)</sup>. وقبل طلب هذه الموافقة، يجب أن يكون لدى مسنولي الشرطة الفيدرالية الاسترالية أسباب معقولة للاعتقاد بأن:

- استصدارا لأمر سيسهم بصورة جوهرية في منع العمل الإرهابي المحتمل.

- يكون الشخص المراد إخضاعه لأمر الرقابة قد قام بتدريب أو تلقي تدريب من منظمة إرهابية مدرجة في القوائم<sup>(٢)</sup>.

وفي تحديدها لما إذا كانت ستتمح الإذن باستخدام أمر الرقابة أم لا، تقوم المحكمة المختصة بتطبيق اختبار موازنة للاحتتمالات **balance of probabilities**<sup>(٣)</sup>. ونجد الإشارة إلى أن اختبار موازنة الاحتمالات هو مجرد معيار مدني- فيما يجاوز الخطوة التي يمكن أن يرتبها أمر الرقابة على حرية الشخص، فإن العديد من الكتاب يشككون في مدى ملائمة مثل هذا المعيار المدني؟

وبالإضافة إلى هذه النوع من أوامر الرقابة، تبنى قانون مكافحة الإرهاب لعام 2005، أيضاً إنشاء نظام لأوامر الاعتقال الوقائية. ومن ثم، فإن القسم الجديد (105) من التقنين الجنائي ينص على نظام لأوامر الاعتقال الوقائية يسمح للشرطة الفيدرالية الاسترالية بأن تضع الأشخاص في أماكن الاحتجاز، وأن تعتقلهم لمنع هجوم إرهابي والمحافظة على الأدلة الخاصة بهجوم إرهابي حديث الوقوع<sup>(٤)</sup>.

(1) Ibid s104.3.

(2) Ibid s104.4 1 (c) (ii) (interim order); s104.16 (confirmed order).

(3) Ibid s104.4(1)(c), 104.14(4)(b), 104.24(1)(b).

(4) Ibid s105.1, 105.4.

وعندما تسعى الشرطة الفيدرالية لاستصدار أمر الاعتقال الوقائي لمنع عمل إرهابي، فيجب عليها أن تثبت أن اعتقال الشخص المطلوب استصدار الأمر في مواجهته ضروري بصورة معقولة، لغرض المساعدة الجوهرية في منع عمل إرهابي، و يجب أن تظهر الشرطة الفيدرالية أيضاً أنه:

- توجد أسس معقولة للشك بأن الشخص المطلوب استصدار الأمر في مواجهته، إما أنه انخرط في عمل إرهابي أو أنه يمتلك شيئاً يرتبط بالإعداد لعمل إرهابي، أو الانخراط فيها، أو أنه قد قام بعمل يمثل إعداداً لهجوم إرهابي أو التخطيط له، وأن ثمة هجوم إرهابي حال. أو أن:
- ثمة عمل إرهابي قد وقع خلال الثمانية و العشرين يوماً الماضية، و أن اعتقال الشخص ضروري للمحافظة على الأدلة المرتبطة لعمل إرهابي<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ أن الحد الأقصى لمدة الاعتقال في ظل نظام الاعتقال الوقائي هو (48) ساعة<sup>(٢)</sup>. وتتداخل نصوص نظام الاعتقال الوقائي الواردة بالتقييد الجنائي مع النصوص الإقليمية التي تسمح أيضاً بالاعتقال الوقائي، لمدة يصل حدها الأقصى إلى أربعة عشر يوماً<sup>(٣)</sup>.

(1) Ibid.

(2) Ibid s 105.14.

(3) See Part 2A of Terrorism (Police Powers) Act 2002 (NSW); Terrorism (Preventative Detention) Act 2005 (Qld); Terrorism (Preventative Detention) Act 2005 (SA); Terrorism (Preventative Detention) Act 2005 (Tas); Terrorism (Community Protection) (Amendment) Act 2006 (Vic); Terrorism (Preventative Detention) Act 2005 (WA); Terrorism (Extraordinary Temporary Powers) Act 2006 (ACT); Part 2B of Terrorism (Emergency Powers) Act (NT).

وإذا كان الشخص المعتقل خاضعاً لأمر الاتصال المحظور **a prohibited contact order**، فإنه ليس بمقدوره الاتصال سوى بأشخاص معينين أثناء اعتقاله. ومن هؤلاء الأشخاص الذين يجوز للمعتقل أن يتصل بهم محاميه أو أحد أفراد أسرته أو مستخدميه، أو أي شخص آخر وفقاً للسلطة التقديرية للشرطة<sup>(١)</sup>. ويتم إصدار أمر حظر الاتصال إذا كان ذلك ضرورياً للمحافظة على دليل ارتكاب عمل إرهابي أو دليل مرتبط بهذا العمل. وفيما عدا التحقق من هوية الشخص المعتقل، لا يجوز لأعضاء الشرطة الفيدرالية الاسترالية (أو...) توجيهه إلى الشخص الخاضع للاعتقال<sup>(٢)</sup>. ومع ذلك، فإن الأمر يمكن استخدامه لإبعاد الأشخاص، الذين يُحتمل أن يمثلوا خطورة، عن الشوارع لمدة يوم أو يومين، بينما تقوم الشرطة الفيدرالية الاسترالية بدراسة توجيه اتهام لهم أو قيامها بإعداد طلب للاستجواب.

ويمكن القول إن أمر الرقابة وأنظمة الاعتقال الوقائي تعد إجراءات لا سابق لها في استراليا. ولذلك، تثير هذه الإجراءات مخاوف جدية بشأن أساسها بحقوق الإنسان<sup>(٣)</sup> لما يلي:

(1) Criminal Code s105.14A-105.17

(2) Ibid.

(3) The constitutional validity of the control order regime has also been challenged before the High Court of Australia which held in *Thomas v Mowbray* that the regime is constitutionally valid and does not invest the judiciary with powers contrary to Chapter 3 of the Constitution: *Thomas v Mowbray* (2007) 237 ALR 194. On this issue, see A Lynch and A Reilly, 'The Constitutional Validity of Terrorism Orders of Control and Preventative Detention' (2007) 10 *Flinders Journal of Law Reform* 105; J Renwick, 'The Constitutional Validity of Prevention Detention' in A Lynch, E MacDonald and G Williams (eds), *Law and Liberty in the War on Terror* (Federation Press, Sydney 2007) 127.

أولاً: يمكن القول إن هذه الإجراءات تسمح للحكومة بفرصة ثانية لحرمان الأشخاص من حريتهم، حتى بعد إطلاق سراحهم نتيجة تبرئتهم من محكمة عادلة أو بعد إلغاء أحكام إدانتهم من خلال الاستئناف<sup>(١)</sup>.

ثانياً: يمثل أمر الرقابة وأنظمة الاعتقال الوقائي تحدياً للغرض التقليدي للتنظيم القانوني. ومن ثم، تشكل هذه الإجراءات مشكلة كبيرة بالنسبة للحقوق الأساسية في الحرية والمحاكمة العادلة، وذلك أنه ليس ضرورياً ثبوت أن الأشخاص الذين تصدر في مواجهتهم هذه الأوامر مذنبون، بل إنه ليس ضرورياً أن يُشك في ارتكابهم لجريمة. ويشير الأستاذان Andrew George Williams ، Lynch إلى أن هذه الإجراءات تمثل أكثر من مجرد انتهاك للقاعدة التقليدية " المتهم بريء حتى تثبت إدانته "، إنها تتجاهل فكرة الذنب<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: فيما يتعلق بكل من أوامر الرقابة وأوامر الاعتقال الوقائي، ليس للفرد حق في أن يمثل سواء بنفسه أم من خلال ممثله القانوني للطعن على الأمر الصادر في مواجهته<sup>(٣)</sup>.

(1) Law Council of Australia, A Consolidation of the Law Council of Australia's Advocacy in Relation to Australia's Anti-terrorism Measures (Anti-Terrorism Reform Project) (August 2009) 67.

(2) A Lynch and G Williams, What Price Security? (UNSW Press, Sydney 2006) 42.

(3) Criminal Code s 105.8, 105.12 and 105.18.

لكل ما سبق، يمكن القول إن أوامر الرقابة وأوامر الاعتقال الوقائي تتعارض مع التزامات استراليا في ظل القانون الدولي، و بصفة خاصة مع التزاماتها النابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية<sup>(١)</sup>.

وكما هو الحال بالنسبة لأنظمة الاعتقال والاستجواب في ظل قانون تنظيم الاستخبارات الأمنية الاسترالي، فإن أنظمة أوامر الرقابة والاعتقالات الوقائية تثير مخاوف عديدة بشأن مدى تناسبها. ويمكن النظر إلى نظام أوامر الرقابة وأنظمة الاعتقال الوقائي باعتبارهما إجراءات ملائمة لمنع الإرهاب. غير أن الشك يثور بشأن مدى تلبية هذه الإجراءات لمتطلب الضرورة. وكما لاحظت رابطة **Law Council of Australia**، وقت تبني هذه الإجراءات، أنه يوجد ما لا يقل عن (٣١) قانوناً (Commonwealth Acts) تتضمن نصوصاً تقرر منع وملاحقة الأعمال الإرهابية. من ذلك، على سبيل المثال، أنه يعد جريمة، في ظل التقنين الجنائي، محاولة التحريض أو التآمر لارتكاب أي جريمة، بما في ذلك الجرائم ذات الصلة بالأعمال الإرهابية، ويُعاقب على هذه الأعمال بذات العقوبات التي يُعاقب بها على الجرائم الكاملة<sup>(٢)</sup>. وتسمح كل من هذه الجرائم للشرطة بأن تتخذ إجراءات استباقية لمنع الأعمال الإرهابية<sup>(٣)</sup>. بيد أنه يُلاحظ أنه يُتطلب من الشرطة في مثل هذه الحالات، خلافاً لأمر الرقابة وأنظمة الاعتقال الوقائي، إثبات وجود ارتباط بين الشخص

(1) For a detailed analysis, see, e.g., Sydney Centre for International and Global Law, 'Submission to the ICJ Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights' (9 March 2006) <<http://ejp.icj.org/IMG/AustraliaSCIGL.pdf>> accessed 20 May 2010.

(2) 128

(3) Criminal Code Part 2.4.

المشتبه به والتخطيط لارتكاب جريمة معينة، قبل اتخاذ أي إجراء للقبض على الشخص أو اتهامه.

وفوق ذلك، يثور الشك بشأن مدى تناسب هذه التعديلات التشريعية، لاسيما إذا أخذ في الاعتبار إمكان تطبيق هذه الإجراءات الجديدة المتبناة بطريقة تعسفية وغير متسقة. ذلك، أن المجال الواسع لأنظمة أوامر الرقابة والاعتقال الوقائي يمكن أن يؤدي إلى تطبيق هذه الأنظمة على أي شخص مشتبه بانخراطه في نشاط إرهابي، حتى ولو كان هذا الانخراط هامشياً. من ذلك، على سبيل المثال، أنه لا توجد حاجة لإثبات وجود ارتباط بين الشخص الخاضع للأمر وأي جريمة إرهابية معينة أو محتملة. ومن ثم، يمكن، في ظل هذه الأنظمة، إخضاع الشخص للاعتقال مع العلم بأنه ليس ثمة جريمة إرهابية، ذات صلة بهذا الشخص، قد وقعت. وهذا يعني أن أوامر الرقابة يمكن أن تجعل بعض الأشخاص، الذين تلقوا تدريباً من منظمة إرهابية مدرجة في القوائم، تحت سيف التهديد الدائم بتكبير حريتهم<sup>(١)</sup>. فإذا ما دُمع شخص معين بأنه خطر، فإن هذا الشخص سيبقى عرضة للتدخل التنفيذي، وذلك لأنه لا توجد نهاية واحدة محددة "للحالة الإرهابية الخطرة" potential terrorist' status<sup>(٢)</sup>.

وبالإضافة إلى ما سبق، يُلاحظ أن أنظمة أوامر الرقابة والاعتقال الوقائي تفتقد لآليات الرقابة المستقلة والمنتظمة والشاملة. ذلك، أن القرارات التي تتخذ في ظل القسم (٢ و ١٠٤) أو القسم (١٠٥) من التقنين الجنائي مستبعدة من الرقابة القضائية (في ظل قانون (الرقابة القضائية) على القرارات الإدارية<sup>(٣)</sup>). وهذا يجعل من الصعب

(1) Law Council of Australia (n 125) 80.

(2) Ibid.

(3) Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1997 (Commonwealth) Schedule 1 s 3(dab)/(dac).

جدًا على الأشخاص الذين يخضعون لأوامر الرقابة أو الاعتقال الوقائي أن يتحققوا من صحة الأساس الذي تستند عليه هذه الأوامر، أو الطعن على مشروعيتها، أو الطعن على شروط اعتقالهم<sup>(١)</sup>. كما يصعب تصور اجتياز هذه الإجراءات لاختبار "الوسائل الأقل تقييدًا".

---

(1) Law Council of Australia (n 125) 82.

**خاتمة:**

تتسم التقاليد والأنظمة القانونية في كل من ألمانيا وأستراليا بالاختلافات الواضحة. وتفسير ذلك، أن ألمانيا- وهي دولة تأخذ بتقاليد نظام القانون المدني- تتمتع بقائمة، مكرسة دستورياً، للحقوق الأساسية. وتعد هذه القائمة من الحقوق الأساسية ملزمة لسلطات الدولة الثلاثة: التشريعية والتنفيذية والقضائية. وبالإضافة إلى ذلك، تتمتع المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية بسلطة إعلان عدم دستورية أي إجراء لا يتسق مع مبادئ القانون الأساسي (الدستور) الألماني.

وفي المقابل، تندرج أستراليا في عداد الدول التي تأخذ بتقاليد القانون العرفي غير المكتوب Common Law. ولا يوجد، في أستراليا، أي إعلان دستوري للحقوق. كما تفتقد أستراليا لقانون فيدرالي للبرلمان- خلافاً للمملكة المتحدة ونيوزيلندا، يحمي حقوق الإنسان. وعلى الرغم من هذه الاختلافات الكبيرة، فإن مبدأ التناسب يمكن أن يجد طريقة للتطبيق في تحليل تشريعات مكافحة الإرهاب في كلتا الدولتين. ففي ألمانيا، يُطبق مبدأ التناسب باعتباره أحد المبادئ الأساسية للقانونين الدستوري والإداري. وفي سياق مكافحة الإرهاب، أدى تطبيق اختبار التناسب إلى وضع قيود وظيفية على السلطة التنفيذية، وأسهم في منع النشاط المفرط، سواء من السلطة التشريعية أم من السلطة التنفيذية. وفي ذات الوقت، تظهر القضية الحديثة Data Mining أن القيود التي يفرضها مبدأ التناسب مازالت تسمح بتدخلات قاسية في الحقوق الأساسية لضمان بقاء أو أمن الاتحاد الفيدرالي أو الولايات أو حياة أو هوية الأفراد.

وفي أستراليا، ما تزال الحاجة ماسة للاعتراف التشريعي والقضائي بمبدأ التناسب. ويمكن رد غياب اختبار للتناسب- مماثل لذلك المطبق في ألمانيا- جزئياً إلى

عدم وجود حماية فيدرالية رسمية لحقوق الإنسان<sup>(١)</sup>. ومع ذلك، يمكن القول إن استراليا- بحكم كونها طرفاً في العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية- ملزمة، في ظل القانون الدولي، بمراعاة مبدأ التناسب في مباشرتها لوظائفها في اتخاذ القرار. وبالإضافة إلى ذلك، يجب تطبيق مبدأ التناسب في استراليا، أيضاً، باعتباره أحد المبادئ العامة للحكومة المقيدة والحكم الرشيد. وقد أظهر إخضاع بعض جوانب تشريع مكافحة الإرهاب الاسترالي لاختبار التناسب مخاوف جدية بشأن مدى توافر متطلبات الضرورة والملاءمة في هذه الجوانب من التشريع. ومع ذلك، فإن هذه المخاوف ليست مقصورة على المسائل المتعلقة بالتناسب، وحتى إذا اعترف، رسمياً، بالتناسب أحد مكونات الرقابة القضائية، فإنه ستبقى هناك بعض المشكلات المهمة. وتتبع هذه المشكلات، بصورة أساسية، من حقيقة أن عدداً من تشريعات مكافحة الإرهاب الاسترالية تمنع الرقابة القضائية العادية، وفي هذا الصدد يمكن الإشارة إلى قانون تنظيم الاستخبارات الأمنية الاسترالي ASIO Act. ولذلك، فإن أي إصلاح محتمل لتشريعات مكافحة الإرهاب الاسترالية يجب أن تمر من خلال إخضاع هذه التشريعات لتحليل التناسب.

وأخيراً، يمكن القول إن تحليل التناسب يتنوع تبعاً للحق المطروح على المحكمة والنظام القانوني ذي الصلة، وذلك على النحو التالي:

- التعذيب: Torture: تتواتر المحاكم، في كل الأنظمة القانونية، على تبني وجهة نظر مؤداها أن اعتبارات الأمن لا يمكن اتخاذها أساساً لتقييد الحقوق المكفولة في ظل المادة (٣) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ECHR أو أوجه الحظر

(1) The Australian Capital Territory and the state of Victoria have enacted a Human Rights Act (2004) and a Charter of Human Rights and Responsibilities Act (2006), respectively.

الأخرى على التعذيب. ومن ثم، فإن الحق في عدم الخضوع للتعذيب **the right to be free from torture** لا يتم إخضاعه لأسلوب الموازنة. ومع ذلك، فإن تناسب العقوبة مع الجريمة لا يدخل، في القضاء الألماني والقضاء الخاص بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، في الموازنة، لدى تفسير ما إذا كانت المعاملة تشكل تعذيباً.

- الحرية: **Liberty**: تطبق كل الأنظمة القانونية مبدأ التناسب على مسألة ما إذا كانت الدول تتصرف في إطار الاستثناءات الواردة على الحق في الحرية **the right to liberty**. ومع ذلك، فإن درجة رقابة التناسب **the intensity of proportionality review** المطبقة تختلف من نظام قانوني لآخر. فمن ناحية، يبدو أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومحاكم المملكة المتحدة أكثر ميلاً لموازنة الحقوق والمصالح في مواجهة بعضها. ومن ناحية أخرى، تطبق المحاكم الألمانية - اختباراً صارماً للضرورة **a strict necessity test** بالنسبة لأي إجراء يتضمن حرماناً من الحرية.

- حقوق المحاكمة العادلة: يتم، في الغالب، إخضاع حقوق المحاكمة العادلة أو المنصفة لتحليل التناسب. ومع ذلك، يُلاحظ وجود بعض الغموض - في قضاء المحاكم الأسبانية والمحاكم الإنجليزية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان - بشأن كل من الموازنة **balancing** والتناسب **proportionality**. وفي المقابل، تطبق المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية اختباراً صارماً للتناسب، كما تشير، في الغالب، إلى الفكرة المهمة بشأن "جوهر الحق" **core of the right**، لدى تحديد القيود الواردة على حقوق المحاكمة المنصفة.

- الخصوصية: يؤدي اختبار صارم للتناسب دوراً حاسماً في حماية الحقوق المتعلقة بالخصوصية **privacy related rights** في كل من ألمانيا، أسبانيا، وبدرجة أقل في فرنسا. بينما لم يُطبق اختبار التناسب بذات الدرجة من التواتر أو الصرامة في المملكة المتحدة. وإذا كانت قضية **Daly** قد أظهرت تطبيقاً مشدداً لرقابة التناسب، فقد أظهرت القضايا الأخرى ميلاً نحو موازنة الحقوق المتعلقة بالخصوصية في مواجهة الإجراءات الأمنية. ولم تشر المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، في قضية **Klass**، إلى التناسب، ولكن إلى ضرورة صارمة **a strict necessity**، وإن كانت المحكمة قد تطلبت، في قضية **Segerstedt- Wiberg** كلاً من التناسب والضرورة الصارمة.
- الحياة العائلية: **Family Life**: يكشف القضاء الفرنسي وقضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن القضايا المتعلقة بالحياة العائلية- ربما أكثر من أي قضايا أخرى متعلقة بحقوق الإنسان- يُفصل فيها، بحسب الأصل، من خلال تطبيق التناسب بالمعنى الضيق **proportionality strict sensu**، وليس من خلال تساؤلات متعلقة بالمشروعية والضرورة الإجراءات المقيدة للحقوق.
- التعبير: **Expression**: تطبق المحاكم، في الأنظمة القانونية محل الدراسة، اختبار التناسب، بأكثر درجات التشدد والتواتر، فيما يتعلق بحرية التعبير. وتبدو المحاكم أقل ميلاً لتطويع مبدأ الإذعان القضائي **deference** أو هامش التقدير **evaluative way** في هذا السياق. ومع ذلك، تبدو المحاكم، في كل الأنظمة القانونية، متعاطفة بدرجة كبيرة، مع حاجة الدولة لتقييد حرية التعبير، عندما ينطوي السياق على خطر نشاط إرهابي محتمل أو فعلي.

- الاجتماع: يمكن القول إن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان هي الأكثر تمسكًا بمتطلبات التناسب الأشد صرامة، فيما يتعلق بحرية الاجتماع مقارنة بالأنظمة القانونية الأخرى محل الدراسة في هذا البحث. ومع ذلك، قد يكون من العسير، بالنظر إلى عينة الأنظمة القانونية المختارة، استخلاص نتائج مقارنة بالغة الوضوح في هذا الخصوص. ويلاحظ أنه في كل القضايا التي تأيد فيها فرض قيود على الحق في تكوين الجمعيات، قضى بأن المنظمات الماثلة أمام المحكمة تثير تهديدًا للقيم الديمقراطية الأساسية للدولة.

**النتائج:**

- ١- يقع على عاتق الدول واجب إيجابي لحماية مواطنيها من اعتداءات الغير. ولذلك، يعترف القضاء الدستوري، في القانون المقارن، بوجود واجب لحماية المجتمع من الإرهاب.
- ٢- يجب على الدول، بصفة خاصة، تجريم الإساءات الخطيرة وتبني إنشاء نظام قضائي فعال.
- ٣- تتمثل الصعوبة الأبرز التي تواجه المحاكم في مختلف الدول، في الوقت الحاضر، في كيفية التوفيق، بالصورة المثلى، بين الالتزام بحقوق الإنسان الأساسية من ناحية، وكفالة الأمن والحماية للجمهور من ناحية أخرى. وتعد المحاكم، مسنولة، في نهاية الأمر، عن ضمان أن يكون أي تأمين أو صون للحقوق متسقاً مع المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان.
- ٤- يستخدم التناسب في مختلف فروع القانون، وفي مجال القانون الدستوري بصفة خاصة، يُستخدم مبدأ التناسب، بصفة رئيسية، في مجال حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية. ويُستخدم المبدأ باعتباره أكثر المعايير كفاءة في تقدير مشروعية تدخل سلطات الدولة في سياق تقييد ممارسة حقوق معينة.
- ٥- يفرض قانون حقوق الإنسان- وكذلك أيضاً المبادئ الدستورية الوطنية- أن تكون القيود المفروضة على الحقوق والحريات الأساسية متناسبة مع الغرض المشروع الذي تستهدفه هذه الإجراءات.
- ٦- يشكل مبدأ التناسب أحد العوامل الواجب أخذها في الاعتبار لدى تقييم ما إذا كان إجراء التدخل أو التقييد ضرورياً.

٧- يؤدي التناسب دوراً حاسماً في الفصل في قضايا الحقوق في مواجهة الاعتبارات الأمنية. حيث يكشف هذا البحث أن معايير التناسب قد طبقت، بواسطة المحاكم، في ٧٠% من القضايا<sup>(١)</sup>. وفي باقي القضايا، لم يُطبق التناسب، إما لأن الحق المطروح على المحكمة يُنظر إليه باعتباره مطلقاً، كما هو الحال بالنسبة لعدم جواز التعذيب بصورة مطلقة لمساسه بالكرامة الإنسانية، وإما لأن المحاكم، اختارت، ببساطة، أن تقيم موازنة بين المصالح المتعارضة، دون استخدام أو ذكر التناسب. ومع ذلك، يوجد تفاوت واضح بين الأنظمة القانونية المختلفة فيما يتعلق بتواتر تطبيق التناسب.

٨- يجب تمييز التناسب، كمفهوم قانوني، عن مفهوم الموازنة *balancing*. ذلك، أن الموازنة، كما هي محددة هنا، تنطوي على مظلة واسعة، وأحياناً على تحليل غامض أو غير واضح المعالم يستهدف إيجاد تسوية بين المصالح والحقوق ذات الصلة. ومن ثم، تقوم المحاكم، حال إجرائها لهذه الموازنة، بإجراء تحليل عملي للحقوق وأهداف المصلحة العامة ذات الصلة، وذلك دون إعطاء الحقوق وزناً أكبر على حساب إجراءات الأمن.

٩- لا توجد صياغة واحدة لمبدأ التناسب، حيث تختلف المحاكم، في الأنظمة القانونية محل الدراسة، اختلافًا بيئاً في درجة الرقابة *the level of scrutiny* التي تطبقها على الأنشطة الحكومية من خلال أعمال مبدأ التناسب. ففي كل من ألمانيا وأسبانيا، يتضمن التناسب، في الغالب، فحصاً مشدداً مكوناً من أربعة مراحل *a*

(1) Benjamin Goold, Liora Lazarus and Gabriel Swiney, Public Protection, Proportionality, and the Search for Balance, Ministry of Justice Research Series 10/07 September 2007, available at: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2022365](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2022365)

**rigorous four-stage enquiry**. ومع ذلك، فإن الصورة أقل اتساقاً في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وكذلك الحال في القضاء الفرنسي وقضاء مجلس اللوردات البريطاني. ففي المملكة المتحدة على وجه الخصوص، يبدو مجلس اللوردات البريطاني أكثر ميلاً لتبني مقاربة أكثر اتساقاً للموازنة. وفوق ذلك، حتى عندما يتم تطبيق التناسب، فإن المحاكم البريطانية تبدو أكثر ميلاً للتسامح مع الأنشطة أو التأكيدات الحكومية مقارنة بالدول الأخرى فيما عدا فرنسا. ومن ثم، يمكن القول إن أهمية التناسب وأثره على أحكام القضاء تختلف من نظام قانوني لآخر.

١٠ - يتطلب التناسب، في التطبيق الأكثر صرامة له، إجراء تحليل مكون من مراحل متعددة: فمن ناحية أولى، يجب أن تسأل المحكمة ما إذا كان الغرض من تقييد الحقوق مشروعاً؟ ومن ناحية ثانية، يجب أن تسأل المحكمة ما إذا كان الإجراء المطعون عليه أمامها، ملائماً لبلوغ الغاية المحددة. ومن ناحية ثالثة، يجب أن تسأل المحكمة ما إذا كان الإجراء ضرورياً لبلوغ هذا الغرض؟ وأخيراً، يجب أن تتثبت المحكمة مما إذا كان الإجراء متناسباً بالمعنى الضيق، أي ما إذا كان هذا الإجراء يقيم موازنة صحيحة بين الغرض من الإجراء وحقوق الأفراد محل التقييد.

١١ - يمكن القول إن العامل الحاسم في تحديد أهمية التناسب والمقاربة التي تتبناها المحاكم في قضايا حقوق الإنسان في مواجهة اعتبارات الأمن يتمثل فيما إذا كان يوجد إعلان أو ميثاق وطني للحقوق **Charter of Rights**. ومن ثم، فإن المحاكم في الدول ذات الأنظمة الدستورية التي تضم ميثاقاً للحقوق خاصاً بها، مثل ألمانيا وفرنسا- تعد أكثر صرامة واتساقاً في تطبيقها للتناسب على الحقوق في مواجهة الاعتبارات الأمنية، وذلك مقارنة بالأنظمة القانونية التي لا تعتمد سوى على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. ويبدو هذا مرتبطاً، بالتأكيد، بحقيقة أن

المحاكم في ظل هذه الدساتير الوطنية (التي تتضمن مواثيق للحقوق) تُخول سلطات دستورية مهمة لفحص أنشطة الحكومات والبرلمانات في ضوء الحقوق الدستورية. ومن ثم، فإن تبني "إعلانًا أو ميثاقًا للحقوق" يمكن أن يؤدي إلى تبني أوجه حماية أكثر صرامة من جانب المحاكم في الدول المختلفة.

١٢- يطبق القضاء المصري- سواء الدستوري أم الإداري- مبدأ التناسب في سياقات مختلفة أهمها حماية الحقوق والحريات الأساسية للمواطنين، ولكن من خلال نظرة إجمالية لهذا المفهوم، دون تمييز دقيق بين عناصره أو مراحل الأربعة كما هو الحال في القضاء الدستوري المقارن، لا سيما القضاء الدستوري الألماني. ويجدر بالقضاء الدستوري المصري تطوير طريقة تطبيقه للمبدأ بحيث تتضمن الإجابة على الأسئلة المختلفة التي يتضمنها المبدأ في مراحل المختلفة، وهي الأسئلة الخاصة بالغرض من تقييد الحق أو الحرية ومدى ملاءمة الوسيلة المختارة لتحقيق هذا الغرض وما إذا كانت هذه الوسيلة ضرورية لتحقيق الغرض وما إذا كان هناك تناسب بالمعنى الضيق للكلمة، أي إقامة موازنة بين الغرض من الإجراء وحقوق أو حريات الأفراد الخاضعة للتقييد.

١٣- يوجد وعى متزايد بوجود علاقة وثيقة بين حكم القانون والاستقرار الداخلي للدول. ولذلك، أضحت مفهوم حكم القانون محلاً للمساعدة الفنية الدولية. ولكي تتمكن الدول التي في مرحلة انتقالية- كما هو الحال بالنسبة لدول الربيع العربي- يجب تدريب القضاة والمحامين ورجال الشرطة على ضمان اتساق السياسات الوطنية مع المعايير الدولية لحكم القانون، لا سيما في مجال مكافحة الإرهاب.

١٤- لا يناع أحد في أن الحق في الحرية حق دستوري يؤدي دوراً مركزياً في الأنظمة الديمقراطية الدستورية. ومن الناحية العملية، يعد هذا الحق شرطاً

لممارسة الحقوق الدستورية الأخرى. ومع ذلك، فإن الحق في الحرية الشخصية، شأنه في ذلك شأن معظم حقوق الإنسان الأخرى، ليس مطلقاً. ومن ثم، فإن تقييد هذا الحق قد يكون ضرورياً، في بعض الأحيان، لحماية المصالح العامة الأساسية. ولا شك أن من بين هذه المصالح الاعتبارية الأمنية، لا سيما في أوقات تعرض الدول لتهديدات الإرهاب.

١٥- لا يتسرع القاضي الدستوري في الدول الديمقراطية الدستورية إلى إلغاء التشريع المطعون عليه بمخالفته لمبدأ التناسب. ويمكن تفسير ذلك بأن القاضي يأخذ في اعتباره أن القانون تعبير عن الإرادة الشعبية. وبذلك، يحترم القاضي المبدأ الدستوري للفصل بين السلطات، فالسلطة التشريعية تحدد الإجراءات الواجب اتخاذها لتحقيق الأهداف العامة، بينما تراقب السلطة القضائية ما إذا كانت هذه الإجراءات تشكل انتهاكاً غير مسوغ للحقوق الأساسية.

١٦- يعترف القاضي الدستوري بما يمكن أن يُطلق عليه "هامش التقدير الدستوري" *margin of constitutional appreciation* أو ما يمكن أن يُطلق عليه أيضاً "هامش التناسب" *margin of proportionality*. ويحدد القاضي قيود هذا الهامش الدستوري في كل قضية على حدا، أخذاً في اعتباره ظروف وملابسات كل قضية، وطبيعة الحق الخاضع للتقييد، ومدى هذا التقييد، وذلك بالمقارنة مع مضمون الحقوق والحريات المتعارضة مع تلك الخاضعة للتقييد. ومن ثم، لا يعتمد القاضي إلى إحلال تقديره محل تقدير المشرع، ما لم تكن الإجراءات التي اتخذها المشرع تجاوز هامش التقدير الدستوري بصورة ظاهرة، أو تجاوز هامش التناسب بصورة واضحة.

## المراجع

### أولاً: المراجع العربية:

د. أحمد فتحي سرور:

- حكم القانون في مواجهة الإرهاب ١-٢، جريدة الأهرام اليومية، العدد ٤٤١٦٦، السنة ١٣٢، ٨ نوفمبر ٢٠٠٧.

د. جورج شفيق ساري:

- رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري : دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

د. محمد محمد عبد اللطيف:

- الضمانات الدستورية في المجال الضريبي، دراسة مقارنة بين مصر والكويت وفرنسا، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٩.

د. وليد محمد الشناوي:

- مفهوم الكرامة الإنسانية في القضاء الدستوري، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، مجلة روح القوانين التي تصدر عن كلية الحقوق، جامعة طنطا، ٢٠١١.

- مدى دستورية المساءلة الجنائية للشريك عن الجريمة المحتملة: "حماية الكرامة الإنسانية للشريك"، بحث مشترك مع الدكتور تامر صالح: بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الرابع عشر لكلية الحقوق جامعة المنصورة تحت عنوان "مستقبل النظام الدستوري للبلاد" المنعقد- في كلية الحقوق/ جامعة المنصورة- في الفترة من ١٧-١٨ أبريل ٢٠١٢.

د. فتوح الشاذلي:

- قراءة نقدية لمشروع قانون مكافحة الإرهاب في مصر، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.legalagenda.com/article.php?id=581&lang=ar#.U0u65F6KcdE>

د. أسامة محمد بدر:

- مواجهة الإرهاب: دراسة في التشريع المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، دار النسر الذهبي للطباعة، ٢٠٠٠.

د. إبراهيم عيد نايل:

- جرائم الإرهاب، السياسية الجنائية في مواجهة الإرهاب في القانونين الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية ١٩٩٥.

د. محمد عبد اللطيف عبد العال:

- جريمة الإرهاب، دار النهضة، ١٩٩٤.

د. هيثم الكيلاني:

- الإرهاب يؤسس دولة، دار الشروق، ١٩٩٧.

د.جميل حزام يحيى الفقية:

- مفهوم الإرهاب في القانون الدولي العام، دراسات يمنية، مقال متاح على الموقع التالي:

[http://ycsr.org/derasat\\_yemenia/issue\\_93/mafhoom.pdf](http://ycsr.org/derasat_yemenia/issue_93/mafhoom.pdf)

**ثانياً: المراجع الأجنبية:**

**١- المراجع الإنجليزية:**

**Nina Naske and Georg Nolte :**

- ‘Aerial Security Law.’ Case No 1 BvR 357/05. 115 BVerfGE 118, American Journal of International Law, Vol 101, No 2 (Apr 2007), p 466–71.

**Marianne Wade & Almir Maljevic :**

- A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications, 2009

**P. Dicey:**

- Introduction to the Study of the Law of the Constitution [1885].

**Benedek, Wolfgang and Yotopoulos – Marangopoulos, Alice :**

- (eds.) Anti-terrorist measures and human rights, Leiden; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

**Evelyne Schmid :**

- ‘The Right to a Fair Trial in Times of Terrorism: A Method to Identify the Non-Derogable Aspects of Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights’,

**Göttingen Journal of International Law 1 (2009), p 38 et seq.**

**Louise Richardson :**

- **What Terrorists Want: Understanding the Enemy, Containing the Threat (London: Random House, 2006).**

**Colin Turpin and Adam Tomkins:**

- **British Government and the Constitution, (New York: Cambridge University Press, 6th ed, 2007).**

**Evelyne Schmid:**

- **‘The Right to a Fair Trial in Times of Terrorism’, et seq.**

**Wilson Finnie :**

- **‘Anti-Terrorist Legislation and the European Convention on Human Rights’, Modern Law Review 54.2 (1991).**

**John A E Vervaele :**

- **‘Terrorism and information sharing between the intelligence and law enforcement communities in the US and the Netherlands: emergency criminal law?’, Utrecht Law Review, Vol 1.1 (2005). available at: <http://www.utrechtlawreview.org/>.**

**David Feldman :**

- **Terrorism, Human Rights and their Constitutional Implications, Case Note on A and others v Secretary of State for the Home Department, judgment of 16 December 2004', European Constitutional Law Review 2005, 1: 531–52;**

**Thomas Poole :**

- **'Harnessing the Power of the Past? Lord Hoffmann and the Belmarsh Detainees Case', Journal of Law and Society, Vol 32.4 2005.**

**Stefan Sottiaux :**

- **Review of Terrorism and the Limitation of Rights: The ECHR and the US Constitution (Oxford: Hart Publishing, 2008).**

**Christopher Forsyth :**

- **'Control Orders, Conditions Precedent and Compliance with Article 6(1)', Cambridge Law Journal 67(1).**

**David Feldman :**

- **'Deprivation of Liberty' in: 'Anti-Terrorism Law', Cambridge Law Journal, 67:1 (2008).**

**Ed Bates :**

- ‘Anti-terrorism control orders: liberty and security still in the balance’, *Legal Studies* 29.1 (2009).

**Meg Russell and Maria Sciara :**

- ‘The Policy Impact of Defeats in the House of Lords’, *BJPIR* 10 (2008).

**Dora Kostakopoulou :**

- ‘How to do Things with Security Post 9/11’, *Oxford Journal of Legal Studies* 28.2 (2008).

**Derek McGhee :**

- ‘Deportation, Detention & Torture by Proxy: Foreign National Terror Suspects in the UK’, *Liverpool Law Journal* 29 (2008).

**Thomas Poole :**

- ‘Courts and conditions of uncertainty in “times of crisis”’, *Public Law* (2008).

**Sangeeta Shah :**

- ‘The UK's Anti- Terror Legislation and the House of Lords: The Battle Continues’, *Human Rights Law Review* 6:2 (2006).

**Helen Fenwick :**

- ‘The Reaction of Great Britain's Legal Order to September 11, 2001’ in: Bernd Rill (eds), *Terrorismus und Recht – Der wehrhafte Rechtsstaat* (Hanns Seidel Stiftung, 2003).

**Brice Dickson :**

- ‘Law versus Terrorism: Can Law Win?’ [2005] 1 EHRLR.

**Helen Keller and Magdalena Forowicz :**

- ‘A tightrope walk between legality and legitimacy: an analysis of the Israeli Supreme Court’s judgment on targeted killing’, Case Comment, *Leiden Journal of International Law* (2008).

**S. Schondorf :**

- ‘The Targeted Killings Judgment: A Preliminary Assessment’ (2007) 5 (2) *Journal of International Criminal Justice* 301.

**A. Cohen and Y. Shany :**

- ‘A Development of Modest Proportions: The Application of the Principle of Proportionality in Targeted Killings Case’ (2007) 5 (2) *Journal of International Criminal Justice* 310.

**O. Ben-Naftali :**

- ‘A Judgment in the Shadow of International Law’ (2007) 5 (2) Journal of International Criminal Justice 322.

**W J Fenrick :**

- ‘The Targeted Killings Judgment and the Scope of Direct Participation in Hostilities’ (2007) 5 (2) Journal of International Criminal Justice 332.

**A Cassese :**

- ‘On Some Merits of the Israeli Judgment on Targeted Killings’ (2007) 5 (2) Journal of International Criminal Justice 339.

**O Ben-Naftali and K Michaeli :**

- ‘Public Committee Against Torture in Israel et al v Government of Israel’ (2007) 101 (2) AJIL 459.

**Dana Apostol Tofan :**

- The discretionary power and the excess of power of the public authorities, All Beck Publishing House, Bucharest 1999.

**J. Ziller :**

- **Le principe de proportionnalité, in L'Actualite juridique Droit administratif, on June 20th 1996.**

**CA Gearty :**

- **'Reflections on Civil Liberties in an Age of Counterterrorism' (2003) 41 Osgoode Hall LJ 185.**

**RA Posner :**

- **'Security versus Civil Liberties' (2001) 288 The Atlantic Monthly 46.**

**VD Dinh :**

- **'Freedom and Security after September 11' (2002) 25 Harv J L & Pub Pol'y 399.**

**Eric A Posner and A Vermeule :**

- **Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts (OUP, Oxford 2007).**

**D. Cole and JX Dempsey :**

- **Terrorism and the Constitution: Sacrificing Liberties in the Name of National Security (New Press, NewYork 2002).**

**C. Brown (ed) :**

- **Lost Liberties: Ashcroft and the Assault on Personal Freedom (New Press, New York 2003).**

**R. Dworkin:**

- **'Terror and the Attack on Civil Liberties' (2003) 50:17 New York Review of Books 37.**

**E Gross,**

- **'Legal Aspects of Tackling Terrorism: The Balance Between the Right of a Democracy to Defend Itself and the Protection of Human Rights' (2001) 6 UCLA J Intl L Foreign Affairs 167.**

**WH Rehnquist :**

- **All the Laws but One: Civil Liberties in Wartime (Alfred A Knopf, NewYork 1998).**

**J Alter :**

- **'Time to Think about Torture' (2001) 138:9 Newsweek 45, citing Terminiello v City of Chicago 337 US 1, 13 (1949).**

**JA Rosati :**

- **'At Odds with One Another: The Tension between Civil Liberties and National Security in Twentieth-Century**

---

**America’ in D B Cohen and JW Wells (eds), American National Security and Civil Liberties in an Era of Terrorism (Palgrave MacMillan, NewYork 2004) 14–15.**

**HJ Horchem :**

- **‘The Lost Revolution of West Germany’s Terrorists’ (1989) 1:3 Terrorism and Political Violence 353.**

**G. Williams,**

- **‘Australian Values and the War against Terrorism’ (2003) 26:3 UNSWLJ 192–194.**

**J. Hocking :**

- **‘Counter-Terrorism and the Criminalization of Politics: Australia’s New Security Powers of Detention, Proscription and Control’ (2003) 49:3 AJPH 355.**

**J. Rosen, :**

- **‘The Difficult Balance Between Liberty and Security’ New York Times (New York 6 October 2002).**

**P Rosenzweig :**

- **‘Balancing Liberty and Security’ (14 May 2003) <[www.heritage.org/press/commentary/ed051403a.cfm](http://www.heritage.org/press/commentary/ed051403a.cfm)> accessed 20 May 2010.**

**EA Posner and A Vermeule :**

- **Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts (OUP, 2007); PJA De Hert, 'Balancing Security and Liberty within the European Human Rights Framework: A Critical Reading of the Court's Case Law in the Light of Surveillance and Criminal Law Enforcement Strategies after 9/11' (2005) 1 Utrecht LR 68.**

**David Cole,**

- **'The Poverty of Posner's Pragmatism: Balancing Away Liberty After 9/11' (2007) 59 Stanford LR 1735.**

**L. Lustgarten :**

- **'National Security, Terrorism, and Constitutional Balance' in G Meggle (ed), Ethics of Terrorism & Counter-terrorism (Ontos Verlag, Frankfurt ) 261.**

**H Ball :**

- **The USA Patriot Act of 2001: Balancing Civil Liberties and National Security: A Reference Handbook (ABC-CLIO, Santa Barbara, CA 2004).**

**D. Thornburgh,**

- **'Balancing Civil Liberties and Homeland Security: Does the**

---

**USA Patriot Act Avoid Justice Robert H. Jackson's Suicide Pact?' (2005) 68 Albany LR 801.**

**ATH Smith :**

- **'Balancing Liberty and Security? A Legal Analysis of United Kingdom Anti-Terrorist Legislation' (2007) 13 Eur J Crim Pol'y Res 73.**

**B. Golder and G. Williams :**

- **'Balancing National Security and Human Rights: Assessing the Legal Response of Common Law Nations to the Threat of Terrorism' (2006) 8 J Comp Pol'y Analysis 43.**

**A Lynch :**

- **'Exceptionalism, Politics and Liberty: A Response to Professor Tushnet from the Antipodes' (2008) 3 Intl L in Context 305. For criticism of the balancing approach.**

**S. Bronitt :**

- **'Balancing Security and Liberty: Critical Perspectives on Terrorism Law Reform' in P Mathew and M Gani (eds), Fresh Perspectives on the 'War on Terror' (Australian National University e-Press, Canberra 2008) 65.**

**S. Bronitt :**

- ‘Constitutional Rhetoric v Criminal Justice Realities: Unbalanced Responses to Terrorism?’ (2003) 14 Public Law Review 76.

**DA Charters:**

- ‘Conclusions: Security and Liberty in Balance — Countering Terrorism in the Democratic Context’ in DA Charters (ed), The Deadly Sin of Terrorism: Its Effect on Democracy and Civil Liberty in Six Countries (Greenwood Press, Westport, CT 1994) 211.

**P Chalk :**

- ‘The Response to Terrorism as a Threat to Liberal Democracy’ (1998) 44 Australian Journal of Politics & History 388.

**G. Wardlaw:**

- Political Terrorism: Theory, Tactics and Counter-measures, (2nd edn Cambridge University Press, Cambridge 1989) 126.

**C. Michaelsen:**

- ‘Balancing Civil Liberties against National Security? A

---

**Critique of Counterterrorism Rhetoric’ (2006) 29  
UNSWLJ 1.**

**R Dworkin :**

- **‘The Threat of Patriotism’ (2002) 49:3 New York Review of Books 44.**

**R. Dworkin :**

- **‘Rights as Trumps’ in Jeremy Waldron (ed), Theories of Rights (OUP, Oxford 1984) 153–67.**

**C. Michaelsen :**

- **‘Security against Terrorism: Individual Right or State Purpose?’ (2005) 16(3) PublicLaw Review 78.**

**O. Lepsius :**

- **‘Freiheit, Sicherheit und Terror: Die Rechtslage in Deutschland’ (2004) 32 Leviathan 64.**

**LK Donohue :**

- **‘Security and Freedom on the Fulcrum’ (2005) 17 Terrorism and Political Violence 69.**

**Jeremy Waldron :**

- **‘Security and Liberty: The Image of Balance’ (2003) 11 Journal of Political Philosophy 191.**

**M. Kumm:**

- ‘Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice’ (2004) 2 ICON 579–81.

**AS Sweet and J Mathews:**

- ‘Proportionality Balancing and Global Constitutionalism’ (2008) 47 Colum J Transnat’l L 74.

**N. Emiliou :**

- The Principle Of Proportionality In European Law: A Comparative Study (Kluwer, The Hague 1996).

**A Blick:**

- ‘Democratic Audit: Good Governance, Human Rights, War against Terror’ (2005) 58 Parliamentary Affairs 408.

**J. Gardam :**

- Proportionality, Necessity and Force in International Law (Cambridge University Press, Cambridge 2004).

**J. Gardam.**

- ‘Proportionality and Force in International Law’ (1993) 83 AJIL 391.

**M. Walzer:**

- **Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations (Basic Books, New York 1977).**

**N. Rengger:**

- **'On the Just War Tradition in the Twenty-first Century'** (2002) 78 *International Affairs* 353.

**S. Michalowski and L Woods:**

- **German Constitutional Law: The Protection of Civil Liberties (Ashgate, Aldershot 1999) 83–4.**

**C. Engel:**

- **'The Constitutional Court - Applying the Proportionality Principle - as a Subsidiary Authority for the Assessment of Political Outcomes'** (2001) *Max Planck Institute Collective Goods Preprint No 2001/10* <http://ssrn.com/abstract=296367> accessed 20 May 2010.

**Sweet and J Mathews:**

- **'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism'** (2008) 47 *Colum J Transnat'l L.*, p. 76.

**A. Oehmichen:**

- ‘Incommunicado Detention in Germany: An Example of Reactive Anti-terror Legislation and Long-term Consequences’ (2008) 9 German LJ 855.

**GJ Appleby:**

- ‘Proportionality and Federalism: Can Australia Learn from the European Community, the US and Canada?’ 8 <<http://ssrn.com/abstract=1300082>> accessed 20 May 2010.

**BF Fitzgerald:**

- ‘Proportionality and Australian Constitutionalism’ (1993) 12 U Tas LR 261.

**J. Kirk:**

- ‘Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality’ (1997) 21:1 Melbourne University Law Review 1.

**C. Walker:**

- Blackstone’s Guide to the Anti-Terrorism Legislation (2nd edn OUP, Oxford 2009).

**H. Fenwick:**

- ‘The Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001: A Proportionate Response to 11 September?’ (2002) 65 MLR 72.

**C. Michaelsen:**

- ‘International Human Rights on Trial: The United Kingdom’s and Australia’s Legal Response to 9/11’ (2003) 25 Syd LR 275.

**G. Griffith :**

- ‘Submission to the Senate Legal and Constitutional References Committee’ (Submission 235) (12 November 2002) 11.

**A. Lynch :**

- ‘Legislating with Urgency — The Enactment of the Anti-Terrorism Act [No. 1] 2005’ (2006) 30 Melbourne University Law Review 747.

**A Lynch :**

- ‘Control Orders in Australia: A Further Case Study in the Migration of British Counter-Terrorism Law’ (2008) 8 OUCLJ 159.

**A Lynch and A Reilly :**

- **‘The Constitutional Validity of Terrorism Orders of Control and Preventative Detention’ (2007) 10 Flinders Journal of Law Reform 105.**

**J. Renwick :**

- **‘The Constitutional Validity of Prevention Detention’ in A Lynch, E MacDonald and G Williams (eds), Law and Liberty in the War on Terror (Federation Press, Sydney 2007) 127.**

**Cherif Bassiouni ;**

- **(final Document : conclusions and Recommendations of the conference.), 1975.**