

المجلة الدولية للدراسات

القانونية والفقهية المقارنة

International Journal of Legal and Comparative Jurisprudence Studies

المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة
International Journal of Legal and Comparative Jurisprudence Studies

المجلد الثالث- العدد الثالث، كانون الأول 2022

Vol.3 Issue.3, Dec 2022

رئيس التحرير

د. عدنان العمر

جامعة اليرموك- الأردن

مساعدة التحرير

م. سوزان السلايمه

هيئة التحرير

جامعة جرش الأهلية- الأردن

جامعة اليرموك- الأردن

جامعة القصيم- السعودية

جامعة اليرموك- الأردن

جامعة اليرموك- الأردن

جامعة آل البيت- الأردن

جامعة اليرموك- الأردن

الأستاذ الدكتور علي خطار شطناوي

الأستاذ الدكتور يوسف عبيدات

الدكتور حسن يوسف مقابلة

الدكتور نعيم العتوم

الدكتور عبدالسلام الفضل

الدكتور جمال النعيمي

الدكتور أحمد زقيبة

التعريف بالمجلة

المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة مجلة دورية مفهرسة ومحكمة تصدر في ثلاثة أعداد سنوياً عن مركز رفاذ للدراسات والأبحاث.

أهداف المجلة:

تهدف المجلة إلى تشجيع البحث العلمي وتطوير مهارات البحث لدى الهيئات التدريسية والأكاديمية والقضائية، وبخاصة تلك البحوث التي تتواءم والمستجدات الحديثة على الصعيدين الوطني والدولي، وملاحقة أبرز التطورات في التشريعات القانونية الوطنية والاتفاقيات الدولية. على أن تتسم الأعمال العلمية المقدمة بالجدية والأصالة العلمية والموضوعية، كما تقبل المجلة كافة الدراسات والبحوث ذات العلاقة بالتشريعات العربية والأجنبية المقارنة.

عنوان المراسلة:

المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة

International Journal of Legal and Comparative Jurisprudence Studies (LCJS)

رفاد للدراسات والأبحاث- الأردن

Refaad for Studies and Research

Bulding Ali altal-Floor 1, Abdalqader al Tal Street -21166 Irbid - Jordan

Tel: +962-27279055

Email: editorlcjs@refaad.com , info@refaad.com

Website: <https://www.refaad.com/Journal/Index/9>

جميع الآراء التي تتضمنها هذه المجلة تعبر عن وجهة نظر كاتبها
ولا تعبر عن رأي المجلة وبالتالي فهي ليست مسؤولة عنها

أولاً: تسليم الورقة البحثية:

- يتم إرسال الورقة البحثية ومرفقاتها إلى المجلة عن طريق نظام **التسليم الإلكتروني** بالمجلة. أو عن طريق البريد الإلكتروني الخاص بالمجلة (editorlcjs@refaad.com)
- يتم إعلام المؤلف باستلام الورقة البحثية.

ثانياً: المراجعة:

1. الفحص الأولي:

- تقوم هيئة التحرير بفحص الورقة البحثية للنظر فيما إذا كانت مطابقة لقواعد النشر الشكلية ومؤهلة للتحكيم.
- تُعتمد في الفحص الأولي شروط مثل: ملائمة الموضوع للمجلة، ونوع الورقة (ورقة بحثية أم غير بحثية)، وسلامة اللغة، ودقة التوثيق والإسناد بناء على نظام التوثيق المعتمد في المجلة، وعدم خرق أخلاقيات النشر العلمي.
- يتم إبلاغ المؤلف باستلام الورقة البحثية وبنتيجة الفحص الأولي.
- يمكن للمجلة أن تقوم بما يُعرف بمرحلة "استكمال وتحسين البحث"، وذلك إذا ما وجد. أن الورقة البحثية واعدة ولكنها بحاجة إلى تحسينات ما قبل التحكيم، وفي هذه المرحلة تقدم للمؤلف إرشادات أو توصيات ترشده إلى سبل تحسين ورقته بما يساعد على تأهيل الورقة البحثية لمرحلة التحكيم.

2. التحكيم:

- تخضع كل ورقة بحثية للمراجعة العمياء المزدوجة (إخفاء أسماء الباحثين والمحكمين).
- يُبلغ المؤلف بتقرير من هيئة التحرير يبين قرارها.
- دفع رسوم التحكيم والنشر كما هو موضح في موقع المجلة.
- تُرسل خلاصة ملاحظات هيئة التحرير والتعديلات المطلوبة إن وجدت، ويُرفق معه تقارير المراجعين أو خلاصات عنها.

3. إجراء التعديلات:

- يقوم المؤلف بإجراء التعديلات اللازمة على الورقة البحثية استناداً إلى نتائج التحكيم ويعيد إرسالها إلى المجلة، مع إظهار التعديلات، كما يُرفق في ملف مستقل مع الورقة البحثية المعدلة أجوبته عن جميع النقاط التي وردت في رسالة هيئة التحرير والتقارير التي وضعها المراجعون.

4. القبول والرفض:

- تحتفظ المجلة بحق القبول والرفض استناداً إلى التزام المؤلف بقواعد النشر وبتوجيهات هيئة تحرير المجلة والتعديلات المطلوبة من قبل المحكمين.
- إذا أفاد المحكم بأن الباحث لم يقم بالتعديلات المطلوبة، يُعطى الباحث فرصة أخيرة للقيام بها، وإلا يرفض بحثه ولا ينشر في المجلة ولا يتم استرجاع رسوم النشر.

ثالثاً: القواعد الشكلية:

1. **ملاءمة الموضوع:** أن يقع موضوع الورقة البحثية ضمن نطاق اهتمام المجلة.
2. **عنوان الورقة البحثية:** يكون باللغتين العربية والإنجليزية، كما يجب أن يتعلق العنوان بهدف الورقة البحثية. مع تجنب الاختصارات والصيغ قدر الإمكان.
3. **الباحثين:** كتابة الأسم الكامل ومكان العمل وعنوان البريد الإلكتروني للمؤلف الرئيس ولجميع المؤلفين الموجودين في الورقة البحثية باللغتين العربية والإنجليزية.
4. **الملخص:** يجب أن تشمل الورقة البحثية على ملخص وافٍ ومختصر من فقرة واحدة (200 كلمة) باللغتين العربية والإنجليزية لبيان الموضوع والمنهجية وأبرز النتائج في الورقة البحثية، كما يجب إضافة 3-5 من الكلمات المفتاحية باللغتين العربية والإنجليزية.
5. **المقدمة:** يتضمن هذا القسم خلفية الدراسة وأهدافها وملخصاً للأدبيات الموجودة والدوافع ولماذا كانت هذه الدراسة ضرورية.
6. **النتائج:** يتضمن هذا القسم النتائج التي توصلت إليها الدراسة.
7. **المصادر والمراجع:** يلتزم المؤلف بقواعد التوثيق المقررة في المجلة لأصول الإسناد والعرض الببليوغرافي حسب نظام APA.
8. **الحجم:** يلتزم المؤلف بعدد الصفحات بحيث لا تزيد الورقة البحثية عن 30 صفحة بما فيها الملخص و صفحة العنوان وقائمة المراجع.

فهرس المحتويات

#	اسم البحث	رقم الصفحة
1	الوسائل التشريعية لمعالجة الاختلال الاقتصادي في عقد المقاوله- دراسة تحليلية مقارنة	167
2	المرجعيات القانونية للسياسة الخارجية الفلسطينية	179
3	السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تحديد العقوبة (تأصيل تاريخي)	195
4	الضمانات الدستورية والقانونية المتعلقة بحرية الصحافة والإعلام في النظام القانوني الوطني	210
5	تحديات إدارة التعليم العالي على مستوى التدبير الإداري	224

افتتاحية العدد

الحمد لله رب العالمين الذي علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم، وأشرف الصلاة والسلام على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم،،

يسعدنا أن نضع بين أيديكم العدد الثالث من المجلد الثالث من المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة، وقد حققت بإذن الله تعالى الهدف من وجودها المتمثل بنشر المعرفة والتطبيقات العملية في المجالات القانونية المختلفة ودعم الباحثين والأكاديميين من خلال نشر بحوثهم المتميزة والمقارنة بعدد من التشريعات العربية والأجنبية.

وقد اشتمل العدد على عصارة أفكار بحثية متميزة من عدد من الباحثين في المجالات القانونية المختلفة، لتكون بإذن الله تعالى منارة هدى للباحثين والدارسين في مجال الدراسات القانونية المختلفة وعلى الصعيدين الوطني والدولي. راجين من الله أن ينفع بهذا العدد وأن يشكل لبنة من لبنات المعرفة القانونية يكون صالحاً للدارسين وللباحثين عن المعرفة القانونية.

رئيس هيئة التحرير

د. عدنان العمر





الوسائل التشريعية لمعالجة الاختلال الاقتصادي في عقد المقاولة- دراسة تحليلية مقارنة

Legislative Means to Address the Economic Imbalance in the Construction Contract- Comparative Analytical Study

"محمد خير" محمود العدوان

Mohammad Khair Mahmoud Al-Adwan

محمود حماد البوسعيدي

Mahmoud Hammad Al-Bousaidi

Accepted

قبول البحث

2022/11/8

Revised

مراجعة البحث

2022 /10/31

Received

استلام البحث

2022 /10/7

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.3.1>



This file is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

الوسائل التشريعية لمعالجة الاختلال الاقتصادي في عقد المقاولة- دراسة تحليلية مقارنة Legislative Means to Address the Economic Imbalance in the Construction Contract- Comparative Analytical Study

"محمد خير" محمود العدوان

Mohammad Khair Mahmoud Al-Adwan

أستاذ مشارك- كلية الحقوق- جامعة السلطان قابوس- سلطنة عُمان، كلية القانون- جامعة اليرموك- الأردن

Associate Professor, Faculty of Law, Sultan Qabous University, Oman

Faculty of Law, Yarmouk University, Jordan

mk.adwan@yu.edu.jo

محمود حماد البوسعيدي

Mahmoud Hammad Al-Bousaidi

محام وباحث قانوني- سلطنة عُمان

Lawyer, Legal Researcher, Oman

الملخص:

إن عقد المقاولة من العقود المدنية التي قد تتأثر بعوامل مختلفة تجعلها عرضة لاختلال التوازن الاقتصادي للعقد. ولأجل ذلك تصبح إعادة التوازن للعقد حاجة ملحة لضمان استقرار العلاقة التعاقدية وضمان العدالة العقدية. يهدف هذا البحث إلى تحديد وسائل معالجة الاختلال الاقتصادي بعقد المقاولة، ووصف هذه الوسائل، وبيان كيفية عملها وتأثيرها على العقد. وكذلك التوصل إلى أوجه التشابه والاختلاف بين هذه الوسائل في القانون العماني والقوانين المقارنة، ومواطن تميز القانون الوطني ومواقع قصوره. ولقد توصل الباحث إلى عدة نتائج تلخص في إمكانية تحويل بعض القواعد العامة الرامية لتحقيق العدل العقدي ومساهمتها في معالجة اختلال اقتصاديات العقد. كما أن عقد المقاولة المبرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة من، ويكفل إمكانية معالجة اختلال التوازن الاقتصادي بعقد المقاولة، بخلاف عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين. الكلمات المفتاحية: عقد المقاولة، التوازن العقدي، الاختلال الاقتصادي.

Abstract:

The construction Contract is one of the civil contracts that may be affected by various factors that make it vulnerable to the economic imbalance of the contract. For this reason, rebalancing the contract becomes an urgent need to ensure the stability of the contractual relationship and ensure contractual justice. This research aims to identify the means of addressing the economic imbalance in the construction contract, describe these means, and indicate how they work and their impact on the contract as well as reach the similarities and differences between these means in the Omani law and comparative laws, and the areas of distinction of national law and its shortcomings. The researcher has reached several results, which are summarized in the possibility of modifying some general rules aimed at achieving contractual justice and their contribution to addressing the imbalance in the economics of the contract. Also, the contracting contract concluded under a unit-based assay is flexible and ensures the possibility of addressing the economic imbalance in the contracting contract, unlike the contracting contract, which determines the wage as a whole on the basis of a specific design.

Keywords: Construction Contract; Contractual Balance; Economic Imbalance.

المقدمة:

يعتبر عقد المقاولة من أكثر العقود شيوعاً وإثارة للمنازعات أثناء التنفيذ، علاوة على اضطلاله بدور بارز في تعزيز التنمية الاقتصادية والاجتماعية في البلاد.

تأسيساً على ذلك، فإن حسن تنظيم قواعده سيسهم في انتظام العلاقة بين صاحب العمل والمقاول، مما يمهّد الطريق لتنفيذه بعيداً عن العقبات التي قد تضر بطرفي العقد، ولتحقق الأهداف المرجوة منه على نحو عادل. وفي الوقت ذاته تنتظم أحوال قطاع المقاولات والإنشاءات. وذلك سيسهم في إطراد وتيرة التنمية العمرانية، وانتعاش الاقتصاد الوطني. فإن لهذا القطاع ثقل في المنظومة الاقتصادية، كما أنه مؤشر حيوي لتقدير حالة الاقتصاد. ولن يتحقق حسن تنظيم عقد المقاولة ما لم تتم الموازنة بين مبدأ القوة الملزمة للعقد ومقتضيات العدالة العقدية ومبدأ حسن النية؛ وذلك لأن عقد المقاولة يعد من العقود التي تتسم بتعقيدات تقنية خاصة، كما يتراخى تنفيذه، فقد يستمر تنفيذه لسنوات طويلة في الكثير من الحالات. وهذا ما يعرض أطرافه لمغبة تغير الظروف وتقلب الأحوال، فتتهار اقتصاديات العقد، وقد تسلب منه جدواه أو يصبح تنفيذه عسيراً مرهقاً لأحد طرفيه، فيستحيل إلى عبء لا ينعكس أثره على أطراف العلاقة فحسب، بل يمتد ذلك إلى سوق المقاولات على نحو عام، مما يبطئ الأدوار الاقتصادية والاجتماعية لهذا القطاع. فضلاً عما يصيب أطراف العلاقة من ضرر مباشر، أو غبن لاحق يقوض المصلحة من التعاقد.

وبقدر تأثر عقد المقاولة بالظروف الخارجية، فإن عقد المقاولة قد يتأثر أيضاً بظروف داخلية تتعلق بمحل التعاقد، إذ إن المقاييس والتصاميم الموضوعية عند التعاقد قد لا تثبت نجاعتها عند التنفيذ، مما يوجب تعديلها؛ الأمر الذي يزيد المقابل المقدر أثناء التعاقد. وهنا تتأثر اقتصاديات العقد أيضاً. ولا يمكن في الكثير من الأحوال تجنب ذلك، لوجود التزامات و ضمانات يتحملها المقاول، كالتزامه بالضمان العشري على سبيل المثال. ونقع من جديد بين مبادئ متنازعة واعتبارات تتطلب حلولاً تحافظ على القوة الملزمة للعقد، ولكن تمنح الأطراف المساحة الكافية لخلق التوازن الذي يحقق العدالة في العلاقة وفقاً لمقتضيات حسن النية.

ورغم إقرار المشرع للقوة الملزمة للعقد، وبأن الناظم للعلاقة التعاقدية بين طرفيها هو العقد ذاته إعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين؛ إلا أنه لا يفتأ يحاول تخفيف صرامة هذا المبدأ لمواجهة حالات اضطراب التوازن العقدي، وبالأخص فيما يتعلق بمواجهة الظروف الاستثنائية والقوة القاهرة التي قد تطرأ على العقد فتخل باقتصادياته، أو تؤثر في قدرة الأطراف على أداء الالتزامات المترتبة عن العقد.

وهذه القواعد الواردة في الأحكام العامة تناسب عقد المقاولة في الكثير من الحالات. بل تبين بأن هذا العقد من الأمثلة المهمة في تطبيق تلك الأحكام. لذلك، لا بد أن تتضمن أحكام عقد المقاولة قواعد خاصة ودقيقة لإرساء التوازن العقدي لبسط العدالة بين طرفي العقد، فلا يعرض التراخي في التنفيذ وتعقيدات العقد أي من المقاول أو صاحب العمل لخسارة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد.

ويتضح من خلال القوانين محل المقارنة إجمالاً بأن المشرع تعرض لنوعين من عقد المقاولة فيما يتعلق بآلية تحديد الأجر تختلف أحكام إعادة التوازن العقدي بها، وهما عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر بمقتضى مقاييس على أساس الوحدة. وعقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين. وعليه، سنأتي في هذا الدراسة على بحث كل نوع على حدة للتعرف على آلية معالجة الاختلال الاقتصادي في كل منهما. لذلك يقسم هذا البحث كالآتي:

المبحث الأول: عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر بمقتضى مقاييس على أساس الوحدة.

المبحث الثاني: عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين.

المبحث الأول: عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر بمقتضى مقاييس على أساس الوحدة

يتميز عقد المقاولة عن غيره من العقود باتساع نطاق حالاته وصوره الواقعية، وإن كان الذهن ينصرف إلى مقاولات البناء والتشييد عند ذكر مصطلح المقاولة، إلا أن عقد المقاولة أوسع من ذلك بكثير ويحتمل أشكالاً لا حصر لها.⁽¹⁾ ومقاولات البناء والتشييد تندرج من تشييد التماثيل والأعمال الفنية إلى المباني بمختلف أحجامها واستخداماتها، فالأمر لا يقف عند تشييد الطرق والسدود والمطارات والموانئ مثلما هو شائع في الأذهان. كما تختلف عقود المقاولة في آلية إسنادها، وطبيعة أطرافها، وكيفية تنفيذها، وآلية تنفيذ الأعمال، وآلية تحديد المقابل، وسدادها.

لذلك يكون من العسير إفراد قواعد تتعلق بكيفية معالجة اختلال اقتصاديات العقد في كل صورة أو نموذج تعاقد. لذلك ضبط المشرع المسألة في القوانين محل المقارنة بآلية تحديد الأجر. وأول هذه الآليات هو الاتفاق في عقد المقاولة على تحديد الأجر بمقتضى مقاييس على أساس الوحدة، وتتصور هذه الآلية في مختلف صور عقد المقاولة ولا تنحصر في مقاولات البناء والتشييد. نخصص هذا المطلب لمبحث عقد المقاولة المبرم بمقتضى مقاييس على أساس الوحدة، وشروطه والآثار المترتبة على مجاوزة المقاييس.

ولأجل ذلك، يتضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب، على النحو الآتي:

(1) تنص المادة رقم (626) من قانون المعاملات المدنية العماني بأن: "المقاولة عقد يلتزم بمقتضاه المقاول بصنع شيء أو أداء عمل لقاء أجر." وعليه، فما دام التعاقد يتم على شيء مطلوب صنعه أو عمل مطلوب تأديته، مقابل أجر يلتزم به المتعاقد الآخر. فنحن بصدد عقد مقاولة مع مراعاة أحكام القانون والفروقات بين عقد المقاولة وعقد العمل.

المطلب الأول: عقد المقاولة المبرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة.

المطلب الثاني: شروط تطبيق أحكام مجاوزة المقايضة.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على مجاوزة المقايضة.

المطلب الأول: عقد المقاولة المبرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة في القانون

تبرم بعض عقود المقاولة ويحدد الأجر فيها بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة، وهي عبارة عن آلية لتحديد الأجر في عقود المقاولة، تقوم على سلسلة من البنود تظهر مهامًا منفصلة أو نطاقات عمل. بموجب المقايضة على أساس سعر الوحدة، يتم الدفع للمقاول مقابل الكمية الفعلية لكل وحدة يتم تنفيذها في موقع العمل. وكل سعر وحدة يتضمن جميع العناصر المدخلة في العمل، ومنها تكلفة العمال والمواد والمعدات وإدارة الموقع والنفقات العامة والتكاليف غير المباشرة محسوبة على أساس الوحدات إلى مجموع نطاق العمل. وتظهر جدوى هذه الآلية في تحديد المقابل عندما تكون المهام المطلوبة في العقد متكررة وقابلة للقياس، وتعد هذه الآلية مناسبة لتنفيذ المشاريع الحكومية والهندسية، وكذلك الإنشاءات الأفقية كالطرق والأرصفة.⁽²⁾

ويختلط أسلوب التعاقد بموجب المقايضة على أساس الوحدة بالتعاقد بثمن فئات الأسعار، ففي الأسلوب الأول يتم الاتفاق على ثمن معين لكل وحدة وفقًا لنوع العمل ويتم تحديد كمية الوحدات أو العمل وحجمه. بينما في التعاقد بفئات الأسعار يتم تحديد ثمن كل نوع من أعمال المقاولة أو كل وحدة دون تعيين حجم أو كمية الوحدات. ويحتسب الثمن الإجمالي في نهاية العقد بالنظر إلى عدد الوحدات التي تطلبها العمل.⁽³⁾ ويتم استخدام هذا الأسلوب في تحديد المقابل في عقود المقاولة التي يصعب فيها تحديد كمية العمل قبل الانتهاء من تنفيذه كعقد حفر بئر أو صيانة خط أنابيب. والخلاصة أن كليهما قائم على أساس تحديد سعر الوحدة، ولكن يفتقران في وقت إجراء المقايضة، ففي التعاقد بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة يتم تقدير المقايضة قبل البدء في العمل، بينما في التعاقد بفئات الأسعار تجرى المقايضة بعد الانتهاء من تنفيذ عقد المقاولة.

وتعد هذه الآلية في تحديد الأجر مناسبة لأعمال المقاولات الكبيرة التي تتضمن مهام وموارد متتابعة قابلة للقياس والتحديد. ولكن إذا تضمن مشروع المقاولة عمليات تجارية معقدة وأنشطة مختلفة، فلن يكون الاعتماد على هذا النوع من آلية تحديد الأجر عمليًا؛ لصعوبة ضمان دقة الكميات أو المقايضة المتعلقة بكل وحدة.⁽⁴⁾

ويحقق نظام المقايضة على أساس الوحدة مصالح صاحب العمل، حيث يستطيع أن يقارن بين عروض الأسعار، ويتحدد سعر الوحدة يمكن الشروع في العمل في وقت مبكر قبل تحديد عدد الوحدات أو كامل نطاق العمل. كما تتحقق - في الوقت ذاته - مصلحة المقاول بتقليل المخاطرة المتعلقة بعدم اليقين في تقدير المقابل والكميات.⁽⁵⁾

وعلى ذلك يصبح كلاً من المقاول وصاحب العمل على بينة من أمرهما فيما يتعلق بحدود الالتزام والتكلفة. فبعد الاتفاق على الأجر لا يمكن تعديله وفقًا للقواعد العامة. ولكن ماذا لو تطلب إنجاز أعمال المقاولة مجاوزة المقايضة المحددة؟ ومثال ذلك أن يظهر في عقد مقاوله يتعلق بالإنشاءات أن طبيعة الأرض التي يقام عليها المشروع غير صلبة ويتطلب الأمر زيادة كمية الخرسانة في القواعد لضمان سلامة البناء. فهذا العقد نشأ وطرفاه على علم بمقدار التزاماتهما مما يجعله متوازنًا. ولكن بمجاوزة المقايضة تنقلب اقتصاديات العقد ويصبح المقاول مطالبًا بعبء إضافي في عناصر الوحدة المقدرة مسبقًا، كما يكون صاحب العمل عرضة لأن تتم مطالبته بتكاليف لم يبرئ نفسه لتحملها.

لذلك، كان لا بد للمشرع أن يتدخل ليبسط قاعدة تحكم هذا النوع من عقود المقاولة؛ لخلق التوازن بين القوة الملزمة للعقد وحقيقة الواقع العملي. فيحفظ العقد على أساس من العدالة بين طرفيه.

على هدى مما تقدم، قرر المشرع العماني في قانون المعاملات المدنية أنه:

- إذا أبرم عقد بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة، وتبين في أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزةً مرهقة، وجب على المقاول أن يُخطر في الحال صاحب العمل بذلك مبينًا مقدار ما يتوقعه من زيادة الثمن فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضات من نفقات.
- إذا كانت المجاوزة التي يقتضها تنفيذ التصميم مرهقة جاز لصاحب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقًا لشروط العقد.⁽⁶⁾

فيما ورد في القانون المدني المصري:

⁽²⁾ [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-002-7055?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#:~:text=Under%20a%20unit%20price%20contract,to%20that%20scope%20of%20work](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-002-7055?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#:~:text=Under%20a%20unit%20price%20contract,to%20that%20scope%20of%20work)

تاريخ الزيارة: الساعة: 7:00 مساءً، التاريخ: 12/ ديسمبر/ 2021م.

⁽³⁾ عيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراة في القانون، جامعة القاهرة 1997، مصر، ص 206.

⁽⁴⁾ موقع Designing Building هو موقع موسوعي للمقاولات، وهو موقع مخصص لإيجاد وتبادل المعرفة حول التخطيط والتصميم والمقاولات والتشغيل للحصول المبينة (https://www.designingbuildings.co.uk/wiki/Unit_pricing_contract) الساعة: 5:30 مساءً، التاريخ: 2/ ديسمبر/ 2021.

⁽⁵⁾ المرجع السابق.

⁽⁶⁾ المادة رقم (640) من قانون المعاملات المدنية العماني.

- إذا أبرم عقد بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة، وتبين في أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزة محسوسة، وجب على المفاوض أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات.
- فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المفاوض قيمة ما أنجزه من الأعمال، مقدرة وفقاً لشروط العقد، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.⁽⁷⁾

المطلب الثاني: شروط تطبيق أحكام مجاوزة المقايضة

لتطبيق آثار النص المتعلق بمجاوزة المقايضة المبين في الفرع الأول، يجب أن تتحقق ثلاثة شروط، وهي كالآتي:

- أن يبرم عقد المقاولة بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة: وهذا الشرط بدهي، حيث وردت المادة (640) من قانون المعاملات المدنية العماني والمادة (656) من القانون المدني المصري لحكم عقد المقاولة المبرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة فحسب. فوارد فيه أن تحدث مجاوزة مرهقة للمقايضة المقدرة بزيادة كمية الأعمال عن المتوقع وقت إبرام العقد. ولا تطبق أحكام هاتين المادتين على عقد المقاولة الذي حدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين، فهذا النوع من عقود المقاولة له قواعد أخرى سنأتي على بيانها في المطلب الثاني من هذا البحث. كما لا يمكن إعمال هذه الأحكام على عقد المقاولة الذي لم يتم الاتفاق فيه على مقدار الأجر أو آلية احتسابه. فلا يوجد حد تم تجاوزه لتكون هناك ضرورة لإعادة التوازن فيما يتعلق بالتزامات الطرفين.⁽⁸⁾ ومن المعلوم أن الأجر ركن في عقد المقاولة، ولا يمكن الحديث عن قيام عقد مقاولة دون أجر، فلقد عرف قانون المعاملات المدنية العمانية عقد المقاولة بأنه عقد يلتزم بمقتضاه المفاوض بصنع شيء أو أداء عمل لقاء أجر.⁽⁹⁾ فيما عرف القانون المدني المصري المقاولة على أنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.⁽¹⁰⁾ وبذلك يكون الأجر ركناً لقيام عقد المقاولة في التشريعات المقارنة. وإذا تم الاتفاق بين شخصين ليقوم أحدهما بصنع شيء أو أداء عمل دون مقابل، فلن نكون بصدد عقد مقاولة وإنما عقد غير مسمى. ومع ذلك، لا يوجد مانع في القانون من الاتفاق على وجود الأجر دون تحديده أو تحديد آلية احتسابه. فحينها يستحق المفاوض قيمة المواد التي قدمها مع أجر المثل أو قيمة العمل.⁽¹¹⁾ وعليه لا مجال لبحث مجاوزة المقايضة.

• مجاوزة المقايضة مجاوزة مرهقة:

- لإعمال آثار مجاوزة المقايضة يجب أن يتطلب تنفيذ العقد مجاوزة مرهقة للمقايضة وفقاً لتعبير المشرع العماني، ومحسوسة وفقاً لتعبير المشرع المصري. وإن اختلف التعبير بين التشريعين فالمعنى واحد، أي يجب أن تكون المجاوزة مرهقة وليست يسيرة لتطبيق الآثار التي سنأتي على بيانها لاحقاً. ويجب أن تكون هذه المجاوزة غير متوقعة وقت التعاقد.⁽¹²⁾ وهذه المجاوزة ترد على المقايضة المقدرة وفقاً لصريح النص. ويفهم من ذلك تعلقها بكم الوحدات المقدرة ابتداءً في المقايضة عند إبرام العقد. وليس بثمان الوحدة. فهي لا تتعلق بزيادة أسعار المواد أو أجور العمال المقدرة سابقاً في كل وحدة. فهذه الأحوال تحكمها قواعد أخرى قانونية أو اتفاقية.⁽¹³⁾ وتعد مسألة تقدير ما إذا كانت هذه المجاوزة مرهقة مسألة موضوعية يختص بها قاضي الموضوع. وتدخل ضمن سلطته التقديرية ولا معقب عليها من المحكمة العليا.⁽¹⁴⁾

(7) المادة رقم (656) من القانون المدني المصري.

(8) عبد المنعم الشربيني، الموسوعة الشاملة في شرح القانون المدني، الجزء الثاني عشر، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2008، ص 115.

(9) المادة (626) من قانون المعاملات المدنية العماني.

(10) المادة (646) من القانون المدني المصري.

(11) نصت المادة (642) من قانون المعاملات المدنية العماني على أنه: "إذا لم يعين في العقد أجر على العمل استحق المفاوض أجر المثل مع قيمة ما قدمه من المواد التي تطلبها العمل." فيما نصت المادة (659) من القانون المدني المصري على أن: "إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع إلى قيمة العمل ونفقات المفاوض".

(12) سامي محمد فريج، إدارة العقود الهندسية وعقود التشييد، الكتاب الأول، دار النشر للجامعات، مصر، 2008، ص 456.

(13) لقد ورد في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري فيما يتعلق بنص المادة (657) بأنه: "إذا أبرم العقد على أساس مقايضة بسعر الوحدة، وتبين في أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة مجاوزة محسوسة....". ولكن في اللجنة التشريعية لمجلس النواب استبدلت عبارة "مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايضة مجاوزة محسوسة" بعبارة "مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزة محسوسة" كما هو في النص الحالي المذكور أعلاه. وكان المسوغ لهذا التعديل أن النص قبل التعديل قد ينصرف معناه إلى أن المقصود بالمجاوزة هو مجاوزة السعر الوارد في المقايضة، مع أن المقصود هو حالة مجاوزة الكم لا السعر. وفقاً لعبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد السابع، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2022، ص 165.

(14) تجدر الإشارة إلى أنه وفقاً للمادة (1) و(14) من قانون تبسيط إجراءات التقاضي بشأن بعض المنازعات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (2020/125). أصبح حكم الاستئناف هو الحكم النهائي في دعاوى مقاولات البناء ولا يقبل الطعن عليه أمام المحكمة العليا. وبذلك يكون حكم محكمة الموضوع هو الحكم النهائي في دعاوى مقاولات البناء، ولا توجد رقابة على تطبيق القانون من قبل المحكمة العليا. ولذلك واعتباراً من تاريخ سريان هذا القانون توقفت اجتهادات المحكمة العليا في مسائل عقود المقاولة. ولقد هدف المشرع من خلال هذه القاعدة بالإضافة إلى الأحكام الأخرى في القانون المذكور تبسيط إجراءات التقاضي والمساهمة في سن ما من شأنه ضمان سرعة الفصل في المنازعات المتعلقة بمقاولات البناء. ولكن مسألة توقف اجتهاد المحكمة العليا فيما يتعلق بنصوص قانون المعاملات المدنية المتعلقة بالمقاولة له آثار سلبية. فالمقاولة من العقود المعقدة التي تتداخل فيها العناصر وكذلك نصوص القانون بحاجة إلى تفسيرها من قبل المحكمة العليا لتعزيز الفهم والمساهمة في تطوير الأحكام القانونية المتعلقة بهذه المسألة. ولذلك فإن هذه المسألة بحاجة للمراجعة لضمان مساهمة القضاء التاريخية في تفسير النصوص القانونية وضمان تطبيقها بالطريقة المثلى المتوافقة مع إرادة المشرع.

● إخطار صاحب العمل:

اشتراط كلا المشرعين إخطار صاحب العمل بما يفيد تطلب تنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة المتفق عليها مجاوزة مرهقة مع بيان زيادة الثمن المتوقعة. ولم يشترط المشرع ميعاداً دقيقاً يجب خلاله تقديم الإخطار، بل اشترط أن يتم ذلك في الحال. فيجب أن يبادر المقاول إلى إخطار صاحب العمل دون إبطاء. كما لم يشترط المشرع شكلاً محدداً لهذا الإخطار، وبذلك يمكن أن يتم بكتاب مسجل أو كتاب عادي أو شفوي. وكل ما يجب على المقاول هو إثبات إتيانه بالإخطار مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.⁽¹⁵⁾

فإذا تم الإخطار تطبيق الآثار التي سنأتي على بيانها في الفرع اللاحق، وإذا لم يخطر المقاول صاحب العمل بالمجازرة المرهقة أو تأخر في إخطاره، فيعد ذلك في نظر القانون نزولاً ضمنياً عن حقه في استرداد ما جاوز المقايضات من نفقات بصريح نص المادة (640) من قانون المعاملات المدنية العماني والمادة (656) من القانون المدني المصري. فهما يسقط حق المقاول في تلك الزيادة في حال عدم الإتيان بالإخطار بالكيفية المبينة. وعلى ذلك يستحق المقاول ثمن المقايضات السابقة المتفق عليها في العقد فحسب دون أي زيادة إذا نفذ الأعمال التي تجاوز المقايضة دون إخطار.⁽¹⁶⁾

ومع ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "النص في الفقرة الأولى من المادة (657) من القانون المدني يدل على أن الحكمة التي توخاها المشرع من الإخطار، هي عدم مفاجأة رب العمل، بمجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزة لم يكن يتوقعها، ولم يدخلها في حسابه، فإذا كان يعلم بهذه المجاوزة أو يتوقعها عند التعاقد، فلا حاجة لوجوب هذا الإخطار، ويبقى للمقاول الحق في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات، على أساس سعر الوحدة المتفق عليه في العقد، وأن تقدير مدى العلم بالمجاوزة أو توقعها عند التعاقد، يخضع لسلطة محكمة الموضوع، دون رقابة عليها في ذلك".⁽¹⁷⁾ وبذلك ووفقاً لهذا الحكم، يكون الإخطار غير واجب في حال توقع صاحب العمل للمجاوزة؛ لأن الغاية من الإخطار لا تتحقق ويكون من حق المقاول استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على مجاوزة المقايضة

انضح فيما تقدم أن هناك اختلال قد يلم باقتصديات عقد المقاولة المبرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة، إذا تطلب تنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة. بحيث يصبح المقابل المتفق عليه ابتداءً غير متناسب وكم الأعمال المطلوبة لتنفيذ العقد. وعليه، لا بد من معالجة اقتصديات العقد التي أصبحت غير سليمة. فليس من الإنصاف أن يستمر المقاول في العمل وأن يتكبد وحده المجاوزة المرهقة في النفقات. كما أن صاحب العمل قد تعاقد بقيمة محددة هو ملتزم بها، وليس من الإنصاف، كذلك، أن يفاجئه المقاول بنفقات إضافية تطلبها العمل لم يكن متفق عليها في بداية العقد. ولذلك، لا بد أن يتدخل المشرع لحماية طرفي التعاقد، وتعزيز العدالة العقدية، وعلى الرغم من أن العقد شريعة المتعاقدين، ويجب على الأطراف أداء التزاماتهم المحددة سلفاً. إلا أن المجاوزة أصبحت واقعاً ينبغي التعامل معه. والاستمرار في تنفيذ العقد بشروطه والمقابل المتفق عليه يشبه العمل بنظام لم يعد صالحاً لتسيير العلاقة العقدية بالكفاءة المتوقعة، ويتضمن إجحافاً بحق أحد طرفيه أو كليهما.

في كل من القانون العماني والمصري، إذا تطلب تنفيذ التصميم المتفق عليه في عقد المقاولة المبرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة مجاوزة المقايضة مجاوزة مرهقة على النحو المبين فيما تقدم، وتحققت الشروط المطلوبة. وعمد المقاول إلى إخطار صاحب العمل بهذه المجاوزة على الكيفية المفصلة، يكون لصاحب العمل الخيار في أمره، فإما أن يتحلل من العقد أو أن يستمر في تنفيذه مع وفاء قيمة ما جاوز المقايضة من نفقات. ومن هنا، يلاحظ بأن المشرع وضع الخيار في إنهاء العقد أو الاستمرار به بيد صاحب العمل وليس المقاول. وذلك عدل؛ لأن رب العمل هو المطالب بالتزام أكبر من المتفق عليه. فإما أن يتحمل النفقات الإضافية لتستمر الأعمال في العقد، أو إذا رأى أنه غير قادر على تحمل النفقات الإضافية أو لم يرغب بتحملها تحلل من العقد مع مراعاة أحكام ذلك.

ويجدر التساؤل عن سبب عدم توفير الخيار للمقاول، أيضاً، في التحلل من العقد إن أراد ذلك، فإن كانت التكلفة الإضافية تقع ظاهرياً على كاهل صاحب العمل المتمثلة في المقابل. فإن مجاوزة المقايضة ترهق المقاول أيضاً فربما تتطلب خبرة إضافية لا يملكها وما كان ليبرم العقد لو علم بها. أو أنها تتطلب عدد أكبر من العمال، أو تستغرق وقتاً أطول من التوقعات السابقة. مما قد يؤخره عن أعمال أخرى. وهذا التساؤل يجدر بحثه من قبل المشرع. فيما يتعلق بخيار تحلل صاحب العمل من العقد، يجب أن يكون ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد، بناءً على ما اقتضاه قانون المعاملات المدنية العماني، وأضاف القانون المدني المصري على ذلك حكماً آخر، وهو عدم التزام صاحب العمل بتعويض المقاول عما فاتته من كسب لو أنه أتم العمل.

(15) عبد الرزاق السهوري، مرجع سابق، المجلد 7، ص 165، وما وراءها.

(16) أنور طلبة، العقود الصغيرة الشركة والمقاولة والتزام المرافق العامة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2004، ص 283.

(17) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 14024 لسنة 82 قضائية الدوائر المدنية - جلسة 2014/03/17 مكتب فني (سنة 65 - القاعدة 69 - الصفحة 407). الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية

تاريخ: 23/ يناير/ 2022، الساعة 6:00 مساءً. https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111351909&&ja=291568

إن عدم تعويض المقاول عما فاتته من كسب أمر يستنتج بدهيها من المادة. حيث إنها جاءت لمعالجة اختلال اقتصاديات العقد. وتعويض المقاول عما فاتته من كسب سيهدم مبدئي المادة. كما أن التحلل من العقد جاء وفقاً للقانون وليس نتيجة خطأ أو تعسف من قبل صاحب العمل. ولذلك فلا اختلاف بين حكم المشرعين.

ويظهر أن السبب في تأكيد المشرع المصري نصاً بعدم تعويض المقاول عما فاتته من كسب، يعود إلى إرادته نصاً في أحكام المقاولة يتعلق بجواز تحلل صاحب العمل من عقد المقاولة قبل الانتهاء من تنفيذه، وإن لم تكن هناك مجاوزة في المقايضة، أو طرء عدم توازن في الالتزامات، وفي تلك الحالة يستحق المقاول تعويض ما كان سيكسبه لو أتم العمل، ولذلك وجب من المشرع أن يفرق في آثار التحلل من العقد بين هذه الحالة وبين حالة مجاوزة المقايضة.⁽¹⁸⁾ والخيار الثاني لصاحب العمل، هو أن يبقى على العقد مع زيادة الأجر بصورة تتناسب مع الزيادة في المقايضة.⁽¹⁹⁾ وذلك سيسهم في استمرار العلاقة التعاقدية مع ضمان توازنها، حيث يحصل صاحب العمل على عمل متين منجز بالمعايير المثلى، فيما يحصل المقاول على ما يستحقه مقابل ذلك. أي أن طرفي العلاقة يستمران في تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه في بداية التعاقد مع تعديل مقاييس الأعمال والمقابل.

من الملاحظ أن المشرع، وعند معالجة عدم التوازن الطارئ في العقد في هذه الحالة، جعل للإرادة دور في تحديد مصير العقد، واختيار المسلك لمعالجة الاختلال الاقتصادي، فلم يرتب المشرع الأثر مباشرة، بل جعل الأمر خيراً بيد صاحب العمل. ويمكن القول إن المشرع وازن بين التوازن العقدي ومبدأ سلطان الإرادة بأن جعل كيفية إعادة التوازن مسألة خاضعة لإرادة صاحب العمل. ومع ذلك نجد الدور السلي للمقاول في مواجهة مجاوزة المقايضة. فعدم إشراكه في تحديد مصير العقد أمر بحاجة لإعادة النظر؛ كون أن مجاوزة المقايضة قد ترهقه من حيث الوقت والجهد واليد العاملة ولو تم تعويضه عن نفقاته.

ما تقدم هي آثار المجاوزة المرهقة أو المحسوسة للمقايضة. فما هو الموقف إذا كانت المجاوزة طفيفة؟ سكت المشرع عن ذلك. فهل على المقاول التنفيذ دون زيادة في المقابل؟ أم يستحق المقاول الزيادة تلقائياً، ولا يحق لصاحب العمل التحلل من العقد؟ وفقاً للفقهاء، فإننا يجب أن نعمل مفهوم المخالفة، فلا يصح تحلل رب العمل من عقد المقاولة إذا كانت الزيادة طفيفة، ويكون ملزماً بزيادة الأجر بالتناسب مع قيمة هذه المجاوزة.⁽²⁰⁾ وعلى كل حال، فإن أمر تقدير المجاوزة فيما إذا كانت مرهقة تجزئ تحلل صاحب العمل من العلاقة التعاقدية أو زيادة الأجر على النحو المبين، أو زيادة طفيفة لا تتيح لصاحب العمل التحلل من العلاقة التعاقدية، يعود لمحكمة الموضوع، فيقدر القاضي مدى هذه المجاوزة بالنظر إلى العوامل المختلفة.⁽²¹⁾

وبذلك، فإن القانون قد فرض أحكاماً تتعلق بعقد المقاولة المبرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة تتسم بالمرونة في مواجهة الاختلال الاقتصادي للعقد، فيمكن أن يزيد المقاول عند مجاوزة المقايضة. فتتم المحافظة على بقاء العقد حاكماً للعلاقة مع ضمان إعادة توازنه.

المبحث الثاني: عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر أجمالاً على أساس تصميم معين

بعد بيان الأحكام القانونية في التشريعات المقارنة المتعلقة بإعادة التوازن لعقد المقاولة المبرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة، إذا اختلفت اقتصادياته بمجاوزة المقايضات المقدرة، نأتي في هذا المبحث لاستعراض نوع آخر من عقود المقاولة بالنظر إلى آلية تحديد الأجر، وهو عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين. ونبحث فيه عما إذا كان في أحكامه ما يعد وسيلة لإعادة التوازن في الاقتصادي للعقد. لذلك، سيتضمن هذا المطلب بيان لهذا الأسلوب من التعاقد ونطاقه والآثار المترتبة على هذا النوع من التعاقد. عليه، يتضمن هذا المبحث المطالب الآتية:

المطلب الأول: عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين في القانون.

المطلب الثاني: شروط عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين.

المطلب الثالث: أحكام زيادة الأجر في عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين.

(18) نصت المادة (662) من القانون المدني المصري على أن: "لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه. على أن يعرض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات، وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل. على أنه يجوز للمحكمة أن تخفف التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً، وتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه، ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر". ولقد قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 95 لسنة 84 قضائية بأن: "من المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن النص في المادة ٦٦٣ / ١ من القانون المدني على أن "لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على أن يعرض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال"، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل "يدل على أن المشرع أجاز لرب العمل أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة لأسباب قد تطرأ في الفترة من الزمن التي لابد أن تمضي بين إبرام العقد وإتمام تنفيذه مقابل تعويض المقاول عما تكلفه من نفقات وما فاتته من كسب". وهذا النص يأتي استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد، ويمنح صاحب العمل مكنة فسخ العقد بإرته المنفردة دون سبب مع تعويض المقاول. قد يلجأ صاحب العمل لهذا النص إذا رأى أنه لم يعد بحاجة لهذه الأعمال أو أن هذه الأعمال قد فقدت جدواها الاقتصادية، أو أن وضعه المادي قد تعسر أو غير ذلك من الأسباب. ولا يوجد نص مماثل لهذا النص في قانون المعاملات المدنية العماني.

(19) أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، دار العدالة، مصر، 2006، ص 456

(20) سامي محمد فريج، مرجع سابق، ص 457.

(21) أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، مصر، 2002، ص 83

المطلب الأول: عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين في القانون

في بعض عقود المقاولة يتم الاتفاق بين صاحب العمل والمقاول على أساس قيام الأخير بالأعمال وفقاً لتصميم معين، نظير مبلغ إجمالي ثابت من المال يدفعه صاحب العمل. ويعرف هذا العقد أيضاً بعقد المقاولة الجزائي أو بضمن حدد جزافاً. وفيه يتم تحديد الثمن على الأعمال المتفق عليه بصورة إجمالية، دون تخصيص ثمن لكل نوع من الأعمال. وفي هذا النوع من عقود المقاولة يجب على المقاول أن يكون دقيقاً في تحديد التكلفة الكلية قبل التعاقد؛ حتى يتجنب تحمل تبعات زيادة التكلفة عما هو مخطط له. ولتحقيق ذلك، يجب الانتهاء من تجهيز التصميمات والرسومات، والمواصفات، وغير ذلك قبل البدء في إعداد جداول الكميات وحساب قيمة العقد. وفي هذه العقود عادة يتم الاتفاق عادة على الأوامر التغييرية في حال رأى صاحب العمل إدخال تعديلات أو إضافات في التصميم.⁽²²⁾

في ذلك ورد في قانون المعاملات المدنية العماني:

- إذا أبرم عقد المقاولة على أساس تصميم متفق عليه لقاء أجر إجمالي، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر يقتضيها تنفيذ هذا التصميم.
- إذا حدث في التصميم تعديل أو إضافة برضا صاحب العمل، يراعى الاتفاق الجاري مع المقاول بشأن هذا التعديل أو الإضافة.⁽²³⁾

فيما جاء في القانون المدني المصري:

- إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره.
 - ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابياً، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهةً.
 - وليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف، أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادةً في الأجر ولو بلغ هذا الارتفاع حدًا يجعل تنفيذ العقد عسيرًا.
 - على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي، أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد.⁽²⁴⁾
- وكذلك، أورد القانون المدني الفرنسي أنه: "عندما يتعهد مهندس معماري أو مقاول بتشديد بناء لقاء مبلغ مقطوع وفق تصميم مقرر ومتفق عليه مع مالك الأرض، لا يجوز له أن يطالب بأية زيادة في الثمن، سواءً أكان بحجة زيادة اليد العاملة أو المواد أم بحجة التغييرات أو الزيادات التي أجريت على التصميم، إن لم تكن هذه التغييرات قد أجزت خطياً وإن لم يتم الاتفاق على الثمن مع المالك".⁽²⁵⁾

المطلب الثاني: شروط عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين

لتطبيق حكم هذه الحالة، توافقت القوانين المقارنة على مراعاة توافر الشروط والأحوال الآتية:

- أولاً: لئتم تحديد الأجر على نحو إجمالي يجب أن يتم ذلك نظير تصميم متفق عليه وفقاً لصريح النص، فهذا التصميم يجب أن يكون محدداً وواضحاً بحيث لا تدخل فيه الضبابية، الأمر الذي يفقد مفهومه معناه. كما يجب أن يكون هذا التصميم كاملاً لا يعتريه النقص⁽²⁶⁾. فلن يصبح نص القانون المتعلق بهذه الحالة قابلاً للتطبيق إذا كان التصميم ناقصاً، أو يتيح للمقاول أن يكمل الأعمال على أسس مختلفة وتصاميم جديدة. ويجب أن يكون نهائياً لا تطرأ فيه التعديلات على نحو متتابع دون ضبط ووضوح.
- ولا يشترط القانون شكلاً محدداً لهذا التصميم، فقد يكون على شكل رسوم أو خرائط هندسية، أو أي شكل آخر ما دام يمكن إثباته. فالعبرة بتمام التصميم حتى يمكن الاتفاق على الثمن الإجمالي لأعمال عقد المقاولة.
- ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: "لا يمكن أن توصف بالصفقة الجزافية، الاتفاقية التي يتعهد مقاول بموجها بأشغال تجديد عقار وتحويله، في حين أنه لم يتم تحضير أي وثيقة جدية وأن الكشف المنظم لم يكن واضحاً والتصاميم خالية من أي طابع تعاقدية" و"يطبق الحل ذاته عندما تكون شروط تنفيذ الأشغال والمهل والالتزامات المشاريع وكمية الأشغال وشروط دفع تكاليف العمل غير محددة بشكل جيد".⁽²⁷⁾
- ثانياً: يجب أن يقابل التصميم المتفق عليه - كما قدمنا - أجراً قد حدد في العقد إجمالاً وفقاً للتصميم. ولا يمكن إعمال حكم هذه الحالة إذا كان الأجر محدداً بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة كالوارد في المبحث الأول. كما يجب ألا يكون الأجر محدداً على نحو مرن يزيد وينقص على أساس التصميم، فهذا فرض مختلف تحكمه قواعد العقد والقانون. فيجب أن يكون المقابل متفق عليه بصورة نهائية في العقد.⁽²⁸⁾

⁽²²⁾ عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص 204.

⁽²³⁾ المادة رقم (641) من قانون المعاملات المدنية العماني.

⁽²⁴⁾ المادة رقم (657) من القانون المدني المصري.

⁽²⁵⁾ المادة (1793) من القانون المدني الفرنسي - مرجع سابق، القانون المدني الفرنسي بالعربية، ص 1773

⁽²⁶⁾ أنور طلبة، مرجع سابق، ص 286.

⁽²⁷⁾ راجع نقض فرنسي مدنية 4/ نوفمبر 1991/ رقم (283 و 283)

⁽²⁸⁾ عزت عبد القادر، عقد المقاولة، دار الألفي للنشر، مصر، 2001، ص 186.

فالأجر كشأن التصميم يجب أن يكون محدوداً على نحو نهائي غير مرتبط بعوامل أخرى تتسبب في زيادته أو نقصانه.⁽²⁹⁾ ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: "إذا كانت المادة (1739) تمنع على المقاولين أية مطالبة بعلاوة على الثمن المتفق عليه بسبب التغييرات أو الزيادات التي أجريت على التصميم، إلا إذا كانت هذه التغييرات والزيادات قد أجزيت خطأً، فهذه الأحكام لا تطبق إلا على التوافق على مبلغ جزافي محض بسيط، وتصبح غير قابلة للتطبيق عندما يقوم الفرقاء وهم يتعاقدون على مبلغ جزافي، بإضافة بنود تعدل طابعه وآثاره".⁽³⁰⁾ ثالثاً: وفقاً للفقه، يجب أن تكون العلاقة محل تطبيق هذا الحكم بين صاحب العمل والمقاول. ولا يسري حكمها في علاقة المقاول الأصلي مع المقاول من الباطن. حيث تسري بحقهما القواعد العامة في حال زيادة تكلفة تنفيذ التصميم. ويعود ذلك إلى أن هذه القاعدة سنت لحماية صاحب العمل الذي يفترق عادة إلى الخبرة الفنية في مسائل المقاولة محل التعاقد. بينما يشترك كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن في الخبرة الفنية المتعلقة بموضوع التعاقد.⁽³¹⁾ وهذا ما قرره قضاء محكمة النقض الفرنسية.⁽³²⁾ وعلاوة على الشروط أعلاه، استقل المشرع الفرنسي في المادة (1793) بشروط إضافية لم ترد في كل من قانون المعاملات المدني العماني³³ والقانون المدني المصري³⁴. وهذه الشروط تتعلق بطبيعة أعمال المقاولة، وهي كالاتي:

• يجب أن تكون الأعمال تتعلق بتشديد مبنى:

يلاحظ أن المشرع الفرنسي وحده من بين القوانين المقارنة قد نص على "تشديد بناء" في المادة (1793) المذكورة سلفاً. وعليه، لا محل لتطبيق أحكام هذه الحالة إلا في مقاولات البناء وبالتحديد إنشاء المباني. ولا تنصرف لأعمال المقاولة الأخرى. وفي ذلك قضت محكمة النقض بأنه: "عندما يكون البناء الوحيد الملحوظ في الصفة هو بناء شبكة تنقية المياه المبتدلة وطرق المواصلات والساحات العامة في معاملة إفراز، فتعتبر هذه الأشغال بسبب طبيعتها بالذات غريبة عن إنشاء مبنى في المعنى المقصود في المادة (1793)، وبالتالي لا يمكن تطبيق هذه المادة في شأنه".⁽³⁵⁾

• أن يكون المبنى راسخاً في الأرض:

لقد ورد في المادة (1793): "وفق تصميم مقرر ومتفق عليه مع مالك الأرض"، ولذلك، فإن حكم هذه المادة لا ينطبق إلا على المباني الراسخة في الأرض دون المباني القائمة على سبيل المثال.

المطلب الثالث: أحكام زيادة الأجر في عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين

إذا استجمع عقد المقاولة الشروط اللازمة لكي يعد عقد مقولة، حدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين. فلقد قرر القانون كقاعدة أنه ليس للمقاول المطالبة بأي زيادة في الأجر يقتضيها تنفيذ التصميم المتفق عليه، ويكون ذلك ولو أدخل تعديلاً نافعاً أو ضرورياً في التصميم، أو زاد سعر المواد المستخدمة في العمل، أو ارتفعت كلفة المعدات، أو غير ذلك.⁽³³⁾

في هذا النوع من عقود المقاولة، توافق الطرفان على مبلغ جزافي لكافة الأعمال وفقاً للتصميم الموضوع. وبذلك، يكون صاحب العمل قد ضبط توقعاته وعرف مركزه وقيمة ما يجب دفعه من مقابل لإنجاز العمل، فيما كان المقاول مدرجاً لأسس تحديد المقابل وهو فني متخصص يفترض فيه الدراية بالسعر الملائم لإنجاز العمل وفقاً للتصميم المتفق عليه. ووفقاً للقواعد العامة ومبدأ القوة الملزمة للعقد، يكون منطقياً الحفاظ على التزامات الطرفين كما هي وحماية صاحب العمل من أن يتفاجأ بزيادة قيمة المقابل دون خطأ منه.⁽³⁶⁾

ويهدف هذا النص - وفقاً للفقه - إلى حماية صاحب العمل في المقام الأول. فهو عادة شخص عادي عديم الخبرة في المسائل الفنية التي تحيط بعقد المقاولة، فإذا تعاقد بأجر إجمالي على أساس تصميم معين، يكون مطمئناً عالمياً بما له وما عليه، ولا يمكن للمقاول استغلال عدم خبرته لزيادة الأجر. ولقد استطرد المشرع المصري في شرح القاعدة بنصه على أنه ليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف، أن يستند إلى ذلك ليطالب بزيادة في الأجر، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً⁽³⁷⁾. وعليه فإن المقابل يبقى ثابتاً في كل الأحوال. ولم ينص المشرع العماني على هذا الاستطراد صراحةً ولكنه يفهم من عبارات المادة.

(29) أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 460.

(30) راجع نقض عراض 26/ يونيو/ 1939: د أسبوعي 1939. 468، نقض مدنية 1/ مايو/ 1960: د 1960. 571، نقض مدنية 3/ مارس/ 1985: جكل 1986. II. 20657، تعليق ليت-فو Liet-Veaux / القانون المدني الفرنسي بالعربية، ص 1773.

(31) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، المجلد 7، ص 173.

(32) قررت محكمة النقض الفرنسية بأنه: "لا تطبق أحكام المادة 1793 على اتفاقية مقولة من الباطن بين مؤسستين" راجع نقض مدني 3، 15/ فبراير/ 1983: نش مدنية III، رقم 44.

(33) قانون المعاملات المدنية العماني الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم (2013/29). ونشر في العدد رقم 1012 من الجريدة الرسمية، السنة الثانية والأربعون، ص (5 - 199).

(34) القانون المدني المصري المنشور في الوقائع المصرية -، عدد رقم 108. مكرر. أ صادر في 29-7-1948

(35) راجع نقض مدنية 3، 8/ يناير/ 1974: نش مدنية III، رقم 162. - مرجع سابق، القانون المدني الفرنسي بالعربية، ص 1773

(36) محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني - العقود المسماة، منشأة المعارف، مصر، 2005، ص 206.

(37) الفقرة الثالثة من المادة (657) من القانون المدني.

يلاحظ أن القوانين المقارنة قد عظمت دور مبدأ القوة الملزمة للعقد في هذا الفرض، على خلاف حكم العقد الذي يرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة. ويعود السبب في ذلك إلى اختلاف طريقة تحديد الأجر، إذ لم يحدد الأجر هنا وفقاً لمقايضة معينة يسهل من خلالها تحديد مقدار الزيادة إن حصلت. بل تم التعاقد وفقاً لأجر إجمالي يفترض أنه يشمل النفقات اللازمة لتنفيذ التصميم، وهذا التصميم كما قدمنا هو تصميم كامل ونهائي. وبذلك، نجد أن هذه الآلية في تحديد الأجر تمنح صاحب العمل وسيلةً للتحوط ضد النفقات غير المتوقعة التي قد يطلبها المقاول لتنفيذ التصميم المتفق عليه. فيما تعد طريقة المقايضة على أساس الوحدة عملية إلى حد كبير وتضمن اتزان مركز طرفي التعاقد مهما اعترض المقاولة من نفقات غير متوقعة ناجمة عن مجاوزة المقايضة.

ولقد أورد كلاً من المشرع العماني في قانون المعاملات المدنية والفرنسي في القانون المدني استثناءً واحد على هذا الأثر بينما أورد المشرع المصري ثلاثة استثناءات، حيث اشترك المشرعون في استثناء واحد بينما اختلفوا في استثناءين نص عليهما المشرع المصري دون غيره. فأما الاستثناء المتفق عليه فيتمثل في حصول تعديل أو إضافة برضا صاحب العمل مع مراعاة الاتفاق بين الطرفين، يمكن حينها زيادة الأجر الذي سبق وأن حدد إجمالاً. فإذا اتفق المقاول مع صاحب العمل على تمهيد طريق مقابل مبلغ مقطوع. وأثناء التنفيذ قرر صاحب العمل توسيع عرض الطريق عن الوارد في التصميم المتفق عليه، فيجب على المقاول وصاحب العمل الاتفاق على التعديل أو الإضافة، والأجر الإضافي المقابل لها. هذا، ولم يحدد المشرع العماني شكلاً محدداً لهذا الاتفاق اللاحق، بينما قرر القانون المدني المصري وجوب أن يحصل هذا الاتفاق كتابةً، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهةً. وكذلك اشترط المشرع الفرنسي الكتابة.

إلى هنا يفترق القانون المدني المصري عن القوانين المقارنة بنصه على آثار أخرى إضافية، فلقد أورد المشرع المصري بأن المقاول يكون مستحقاً لزيادة في الأجر إذا حصل تعديل أو إضافة في التصميم لخطأ راجع إلى صاحب العمل. فإذا زود صاحب العمل المقاول بتصميمات تتضمن أبعاداً غير صحيحة على سبيل المثال، فلا يتحمل المقاول أي زيادة في تكاليف التنفيذ، بل يتحملها صاحب العمل حتى وإن كان حسن النية. وهذا الاستثناء له محله، فليس من الإنصاف أن يستفيد صاحب العمل من خطئه.

مع ذلك، وإن لم ينص المشرع العماني على هذا الاستثناء، إلا أنه يستنتج من القواعد العامة. ومن ذلك ما ورد فيها بوجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ولا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة التصرف. (38)

علاوة على ما تقدم، قرر المشرع المصري استثناءً ثالثاً يحكم فرض انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من صاحب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتسبب تداعي الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، فيمكن للمحكمة التدخل والحكم إما بزيادة الأجر أو بفسخ العقد.

ويقضي هذا الاستثناء أن تطرأ حوادث استثنائية عامة تؤدي إلى انهيار التوازن العقدي بين المقاول وصاحب العمل، وأن يكون الأجر قد حدد على نحو إجمالي نظير تصميم معين. فإذا حصلت هذه الحوادث وفقاً للشروط والأحكام التي نظمها القانون يكون للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو فسخ العقد.

ولا يعد هذا الاستثناء إلا تطبيقاً خاصاً لنظرية الظروف الطارئة الواردة في القواعد العامة، ومن المستقر عليه في الفقه القانوني أن عقد المقاولة من أبرز العقود التي تتواءم وأحكام النظرية. (39)

وحيث إن الحال كذلك، فلا يعد تقصيراً من جانب كلٍ من المشرع العماني والفرنسي عدم النص على هذا الاستثناء، كما هو الحال في الاستثناء المتعلق بخطأ صاحب العمل.

ولكن ما يلفت النظر، هو اختلاف الجزاء المقرر في هذا الفرض عن جزاء نظرية الظروف الاستثنائية. إذ تمنح نظرية الظروف الاستثنائية المحكمة في التشريعين العماني والمصري -وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين- صلاحية رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. بينما يكون الجزاء هنا الحكم بزيادة الأجر أو فسخ العقد.

والحكم بزيادة الأجر يدخل في طبيعة جزاء نظرية الظروف الاستثنائية، ففيه رد للالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ولكن فسخ العقد هو جزاء لم يرد في نظرية الظروف الاستثنائية صراحة في القانون.

وعلى الرغم أن النص في القواعد العامة - وفقاً للفقه - يفرض جزاءً يسهم في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول مع الحفاظ على وجود العقد. إلا أن هناك مسوغ لتقرير المشرع سلطة المحكمة في فسخ العقد بهذه الحالة، فقد يكون رفع المقابل خياراً غير مطروح لعدم قدرة صاحب العمل الوفاء بهذه الأجرة الإضافية، أو أن تنفيذ العقد أصبح شاقاً على نحو استثنائي بالنسبة للمقاول نتيجة للظروف الاستثنائية.

(38) المادة (156) من قانون المعاملات المدنية العماني.

(39) محمد كامل مرسى باشا، مرجع سابق، 249.

الخاتمة:

ظهر لنا من خلال هذا البحث أن المشرع في القوانين محل المقارنة قد حرص على حماية التوازن الاقتصادي لعقد المقاولة، وذلك ببسط قواعد في الأحكام العامة، وأحكام عقد المقاولة تسهم في معالجة ما قد يعتري العقد من اختلال اقتصادي قد يضر بأحد طرفيه، وفي الوقت نفسه، حرص المشرع على عدم هدر توقعات أطراف العلاقة فيما يتعلق بالتزاماتهم العقدية.

وهذه المعادلة مهمة لضمان العدالة العقدية من ناحية، وحفظ القواعد العامة التي تشكل قواماً للعقود والالتزامات إجمالاً، وفي مقدمة ذلك مبدأ القوة الملزمة للعقد من ناحية أخرى. وإن تفاوتت القوانين في طريقة علاج بعض الحالات والأحكام الواردة في كل حالة، إلا أن نية المشرع ورغبته كانت واضحة وتقود لضمان تنفيذ عقد المقاولة بحسن نية، ومراعاة الجوانب الفنية والتقنية فيه، مع الحرص على حماية صاحب العمل في بعض الحالات لافتقاره للمعرفة الفنية.

وبحصرنا لوسائل معالجة الاختلال الاقتصادي بتبنيها أينما وردت في القوانين محل المقارنة، تكونت من خلال هذه الدراسة صورة مجمعة للوسائل المتاحة. ولعلها تكون مرجعاً ومنطلقاً لبحوث أعمق وأكثر توسعاً.

تأسيساً على ما تقدم، وبعد دراسة كافة جوانب موضوع الدراسة، فقد تم التوصل للنتائج والتوصيات الآتية:

أولاً النتائج:

- إن أحكام عقد المقاولة المبرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة في قانون المعاملات المدنية العماني والقانون المدني المصري تتسم بالمرونة في مواجهة الاختلال الاقتصادي للعقد، بحيث تعمل طريقة تحديد الأجر كميّاراً لتقدير التكلفة الإضافية، مع الحفاظ على أحكام العقد.
- إن آلية تحديد الأجر في عقد المقاولة الذي يُحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين، تمنح صاحب العمل وسيلةً للتحوط ضد النفقات غير المتوقعة التي قد يطلبها المقاول أثناء تنفيذ الأعمال. فلقد تمسكت القوانين محل المقارنة في هذا النوع من عقود المقاولة على نحو أكبر بمبدأ القوة الملزمة للعقد، وذلك على خلاف حكم العقد الذي يبرم بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة.
- لقد وردت اختلافات ملحوظة بين القوانين محل المقارنة في تنظيم أحكام عقد المقاولة الذي يحدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم معين من حيث شروطه والاستثناءات التي يجوز فيها تعديل الأجر.

ثانياً التوصيات:

- جعلت المادة (640) من قانون المعاملات المدنية العماني حق تقرير مصير العقد عند مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزةً مرهقةً بيد صاحب العمل، فيكون له إما أن يتحلل من العقد أو أن يستمر في تنفيذه مع وفاء قيمة ما جاوز المقايضة من نفقات. ولم يتم وضع اعتبار لإرادة المقاول في التحلل من العقد أسوةً بصاحب العمل. فإن عقود المقاولات تزداد تعقيداً يوماً بعد يوم، وقد تفوق المجاوزة المرهقة قدرة المقاول على تنفيذها أو أن تخرج من دائرة خبرته أو اختصاصه. ولذلك يدعو الباحث المشرع لبحث هذه المسألة.
- وفقاً للمادة (1) و(14) من قانون تبسيط إجراءات التقاضي بشأن بعض المنازعات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (2020/125). أصبح حكم الاستئناف هو الحكم النهائي في دعاوى مقاولات البناء ولا يقبل الطعن عليه أمام المحكمة العليا، وبذلك يكون حكم محكمة الموضوع هو الحكم النهائي في دعاوى مقاولات البناء، ولا توجد رقابة على تطبيق القانون من قبل المحكمة العليا. ولذلك واعتباراً من تاريخ سريان هذا القانون توقفت اجتهادات المحكمة العليا في مسائل عقود المقاولة. ولذلك أثار سلبية، فالمقاولة من العقود المعقدة التي تتداخل فيها العناصر، وكذلك نصوص القانون بحاجة إلى تفسير من قبل المحكمة العليا؛ لتعزيز الفهم والمساهمة في تطوير الأحكام القانونية المتعلقة بهذه المسألة. ولذلك فإن هذه المسألة بحاجة للمراجعة لضمان مساهمة القضاء التاريخية في تفسير النصوص القانونية وضمان تطبيقها بالطريقة المثلى المتوافقة مع إرادة المشرع.

المراجع:

أولاً: الكتب:

- السنهوري، عبد الرزاق. (2022). *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*. (المجلد السابع)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية.
- الشرييني، عبد المنعم. (2008). *الموسوعة الشاملة في شرح القانون المدني*. الجزء الثاني عشر، المركز القومي للإصدارات القانونية.
- طلبة، أنور. (2004). *العقود الصغيرة الشركة والمقاولة والتزام المرافق العامة*. المكتب الجامعي الحديث.
- عبد القادر، عزت. (2001). *عقد المقاولة*. دار الألفي للنشر.
- العمروسي، أنور. (2002). *العقود الواردة على العمل في القانون المدني*. منشأة المعارف، الطبعة الأولى.
- العمروسي، أنور. (2006). *الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني*. دار العدالة.
- فريج، سامي محمد. (2008). *إدارة العقود الهندسية وعقود التشييد*. الكتاب الأول، دار النشر للجامعات.
- مرسي باشا، محمد كامل. (2001). *شرح القانون المدني - العقود المسماة*. منشأة المعارف.

ثانياً: الرسائل الجامعية:

- الحسن، عيسى عبد القادر. (1997). *التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة*. رسالة للحصول على درجة الدكتوراة في القانون، جامعة القاهرة، مصر.

ثالثاً: القوانين:

- قانون المعاملات المدنية العماني الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم (2013/29). ونشر في العدد رقم 1012 من الجريدة الرسمية، السنة الثانية والأربعون، ص (5-199).
- قانون تبسيط إجراءات التقاضي بشأن بعض المنازعات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (2020/125). نشر في عدد الجريدة الرسمية رقم (1367)، ص 9.
- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948. المنشور في الوقائع المصرية. عدد رقم 108. مكرر. أ صدر في 7-29-1948.
- القانون المدني الفرنسي، 1804م وتعديلاته.
- القانون المدني الفرنسي بالعربية - طبعة دالوز (2009)، الثامنة بعد المئة بالعربية، جامعة القديس يوسف في بيروت، لبنان.

رابعاً: مجموعات الأحكام:

- مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا في الفترة من 2001 وحتى 2010، الدوائر المدني 1/10 م، صادر عن المكتب الفني بالمحكمة العليا.
- مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة العمالية مع المبادئ المستخلصة منها لسنة 2005م، المحكمة العليا العمانية، المكتب الفني، سلطنة عمان.

خامساً: المواقع الإلكترونية:

- الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية (https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111351909&&ja=291568)، تم الاطلاع بتاريخ: 23/يناير/2022، الساعة 6:00 مساءً.
- موقع Thomson Reuters Practical Law وهو موقع معرفة قانونية ([https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-002-70552?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#:~:text=Under%20a%20unit%20price%20contract,to%20th%20scope%20of%20work](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-002-70552?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#:~:text=Under%20a%20unit%20price%20contract,to%20th%20scope%20of%20work))، تم الاطلاع بتاريخ: 12/ديسمبر/2021م. الساعة: 7:00 مساءً،
- موقع Designing Bulding هو موقع موسوعي للمقاولات، مخصص لإيجاد وتبادل المعرفة حول التخطيط والتصميم والمقولات والتشغيل للأصول المبنية (https://www.designingbuildings.co.uk/wiki/Unit_pricing_contract) تم الاطلاع بتاريخ: 2/ديسمبر/2021، الساعة: 5:30 مساءً.

- Abdul Qadir, E. (2001). *Eaqd Almuqawala 'Contracting Contract'*. Al'alfii Publishing House. [in Arabic]
- Al-Hassan, A. A. (1997). *Ailtizamat Wahuquq Almutaeaqidin Fi Tanfidh Eaqd Al'ashghal Aleamati* 'The Obligations and Rights of the Contractors in The Implementation Of The Public Works Contract'. Thesis for obtaining a doctorate degree in law, Cairo University, Egypt. [in Arabic]
- Al-Sanhouri, A. (2022). *Alwasit Fi Sharh Alqanun Almadanii Aljaded* 'Mediator in Explaining the New Civil Law'. (Volume VII), the new third edition, Alhalabi Human Rights Publications. [in Arabic]
- Amrousi, A. (2002). *Aleuqud Alwaridat Ealaa Aleamal Fi Alqanun Almadanii* 'Contracts Contained on Work in Civil Law'. Almaearifi Facility, first edition. [in Arabic]

- Amrousi, A. (2006). *Almawsueat Alwafiat Fi Sharh Alqanun Almadanii* 'The Full Encyclopedia Explaining Civil Law'. Aleadala House. [in Arabic]
- El-Sherbiny, A. (2008). *Almawsueat Alshaamilat Fi Sharh Alqanun Almadanii* 'The Comprehensive Encyclopedia Explaining Civil Law'. Part Twelve, Almarkaz Alqawmiu Center for Legal Publications. [in Arabic]
- Freij, S. M. (2008). *'Idarat Aleuqud Alhandasiat Waeuqud Altashyid* 'Management of Engineering Contracts and Construction Contracts'. The first book, Alnashr Liljamieat House. [in Arabic]
- Morsi, P. and Muhammad, K. (2001). *Sharh Alqanun Almadanii - Aleuqud Almusamaati* 'Explanation of Civil Law - Named Contracts'. Almaearif Facility. [in Arabic]
- Talaba, A. (2004). *Aleuqud Alsaghirat Alsharikat Walmuqawilat Waitizam Almarafiq Aleama* 'Small Contracts, Contracting and Public Utilities Commitment'. Modern university office. [in Arabic]

المرجعيات القانونية للسياسة الخارجية الفلسطينية

Legal References for Palestinian Foreign Policy

محمد عباس إبراهيم الزين

Mohammed Abbas Alzain

Accepted

قبول البحث

2022/9/22

Revised

مراجعة البحث

2022 /9/7

Received

استلام البحث

2022 /8/22

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.3.2>



This file is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

المرجعيات القانونية للسياسة الخارجية الفلسطينية Legal References for Palestinian Foreign Policy

محمد عباس إبراهيم الزين

Mohammed Abbas Alzain

محاضر بجامعة الأقصى - فلسطين

Lecturer at Al-Aqsa University, Palestine

abbas141219@hotmail.com

الملخص:

نشأت السياسة الخارجية الفلسطينية الحالية في ظل منظمة التحرير الفلسطينية، باعتبارها الممثل الشرعي والوحيد للشعب الفلسطيني، وتقودها الآن السلطة الوطنية الفلسطينية التي تأسست بعد اتفاقيات أوسلو في الضفة الغربية وقطاع غزة، لذلك من المهم معرفة طبيعة المراجع القانونية والإطار المرجعي لهذه المؤسسات الفلسطينية داخل بيئة المجتمع الدولي في ممارستها للسياسة الخارجية، باعتبار ذلك مقياس لمعرفة مدى التقدم في تحقيق الأهداف الفلسطينية وإنهاء الاحتلال الإسرائيلي.

توجد مشكلة في هذه المرجعيات كونها غامضة بعض الشيء، وقد سعى الباحث إلى توضيحها من خلال هذه الدراسة، باتباع المنهج الوصفي التحليلي. حيث ناقشت الدراسة ماهية المرجعيات الدولية والتي برز منها اتفاقيات أوسلو وكذلك القانون الدبلوماسي الدولي، وأثر ذلك في السياسة الخارجية الفلسطينية. كما ناقشت الدراسة المرجعيات الداخلية والتي برز منها المجلس التشريعي الفلسطيني، والقانون الأساسي الفلسطيني. وقد خلصت الدراسة إلى عديد النتائج أبرزها وجود حالة ضعف حقيقية في مرجعيات السياسة الخارجية الفلسطينية، في ظل غياب الرقابة على الأداء، وتجميد عمل المجلس التشريعي الفلسطيني.

وقدمت الدراسة كذلك العديد من التوصيات، أبرزها ضرورة إعادة النظر في منظمة التحرير والتي تم إضعاف دورها على حساب السلطة الوطنية الفلسطينية.

الكلمات المفتاحية: مرجعيات؛ القانون؛ سياسة خارجية.

Abstract:

The current Palestinian foreign policy arose under the Palestine Liberation Organization as the sole legitimate representative of the Palestinian people and is now led by the Palestinian National Authority which was established after the Oslo Accords in the West Bank and Gaza Strip. Therefore, it is important to know the nature of the legal references and the frame of reference for these Palestinian institutions in the environment of the international community in their practice of foreign policy, as a measure of progress in achieving Palestinian goals and ending the Israeli occupation. There is a problem in these references because they are somewhat vague, and the researcher has sought to clarify them through this study by following the descriptive-analytical approach where the study discussed the nature of international references that emerged from the Oslo Accords, as well as international diplomatic law, and its impact on Palestinian foreign policy. The study also discussed the internal references that emerged from the Palestinian Legislative Council and the Palestinian Basic Law. The study is concluded with several results, most notably the existence of a real weakness in the references of the Palestinian foreign policy, in the absence of oversight over performance, and the freezing of the work of the Palestinian Legislative Council. The study also made several recommendations, most notably the need to reconsider the role of the Palestine Liberation Organization, which has retreated in favor of the Palestinian National Authority.

Keywords: references; Law; foreign policy.

المقدمة:

تُعرّف السياسة الخارجية بأنها تلك التصرفات السلطوية التي تتخذها الحكومات، أو تلتزم باتخاذها، إما للمحافظة على الجوانب المرغوبة في البيئة الدُوليّة، أو لتغيير الجوانب غير المرغوبة فيها¹، أو هي ذلك البرنامج العلني الذي يختاره الممثلون الرسميون للوحدة الدُوليّة طبقاً للمرجعيات المتاحة، من أجل تحقيق أهداف محددة في المحيط الخارجي.² فالسياسة الخارجية تنبني على محددات واقعية ومرجعيات ثابتة تتجه من خلالها لتحقيق أهدافها المعلنة في البيئة الدولية، بحيث تكون كافة العلاقات الدولية بين أشخاص القانون الدولي خاضعة للقراءة والتعديل بما ينسجم مع المصلحة الوطنية وتوجهات البيئة الإقليمية.

والسياسة الخارجية الفلسطينية ليست استثناءً، إذ أنها بدأت مع منظّمة التحرير منذ تأسيسها عام 1964م، وانطلقت نحو بيئة المجتمع الدولي بعد نيل المنظّمة الاعتراف من الجامعة العربية في قمة الرباط 1974م بأنها الممثل الشرعي والوحيد للشعب الفلسطيني، والأمم المتحدة التي عيّنتها بصفة مراقب، ولاحقاً منحها صفة دولة مراقب غير عضو عام 2012.

يتولى إدارة السياسة الخارجية الفلسطينية وممارستها حالياً السلطة الوطنية التي نشأت بعد اتفاق أوسلو عام 1993م، من أجل فرض سيادتها على أراضي الضفة الغربية المحتلة وقطاع غزة، ومع ذلك فإن هناك ضبابية كبيرة حول طريقة عمل السلطة الوطنية، وماهية مرجعياتها القانونية في تحديد ماهية أهداف السياسة الخارجية الفلسطينية، وأهدافها المحلية والاستراتيجية التي تتناسب مع رغبات وطموحات الشعب الفلسطيني. مما يدفع باتجاه البحث في ماهية المرجعيات القانونية الداخلية والخارجية التي يُفترض أن تقوم عليها مؤسسات السياسة الخارجية الفلسطينية الحالية ممثلة في مؤسسة الرئاسة الفلسطينية، ووزارة الخارجية الفلسطينية، وإبراز مدى الالتزام بهذه المرجعيات في تحقيق نتائج ملموسة يُمكن قياسها، لتقديم تغذية راجعة في طريق تطوير قدرات وأدوات العمل السياسي والدبلوماسي الفلسطيني.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في طبيعة المرجعيات التي تقوم عليها السياسة الخارجية الفلسطينية، وتسعى من خلالها المؤسسات الرسمية لتحقيق الأهداف الوطنية، إذ أنه لا يُمكن تصور سياسات محددة بدون مرجعيات تنبني عليها، وتقوم بتأطيرها ومنحها الشرعية الدستورية والقانونية، ولما كانت الدولة الفلسطينية واقعة تحت الاحتلال الإسرائيلي، يُصبح هناك تساؤل جدّي حول مرجعيات العمل السياسي الفلسطيني في الخارج، والأطر التي تضع له حدود الأهداف والتوجيه.

مما سبق، لذلك تطرح الدراسة تساؤلاً رئيسياً يقول ما المرجعيات القانونية التي تقوم عليها السياسة الخارجية الفلسطينية الحالية؟ ويتفرع من هذا التساؤل السؤالين التاليين:

- ما هي المرجعيات القانونية الدولية للسياسة الخارجية الفلسطينية؟
- ما هي المرجعيات القانونية الداخلية للسياسة الخارجية الفلسطينية؟

أهمية الدراسة:

تكتسب الدراسة أهميتها من مجموعة من النقاط، يمكن إيجازها فيما يلي:

- حساسية ملف السياسة الخارجية الفلسطينية، وقلة الدراسات والبحوث التي تُعالج إشكالياته، رغم أهميته على المستوى المحلي والدولي.
- وجود حاجة ماسة لوضع تصور حقيقي للحالة القانونية الفلسطينية، ومدى فاعليتها في مواجهة الاحتلال الإسرائيلي وتحقيق المطالب الفلسطينية.
- محاولة هذه الدراسة إيجاد نقد قانوني ذاتي مستقل بعيداً عن الانتماءات الحزبية والمنحازة لطرف دون طرف من أجل تغليب المصلحة العلمية البحتة.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى:

- توضيح ماهية المرجعيات القانونية للسياسات الخارجية الفلسطينية، ليكون بذلك مرجعاً معلوماتياً للباحثين في السياسة الخارجية والسلوك الدبلوماسي، والمهتمين بالقضية الفلسطينية على الصعيد الرسمي والدولي.
- خلق تغذية راجعة تُمكن صاحب القرار الفلسطيني من الأخذ بعين الاعتبار آراء الباحثين، والعمل بتوصيات الدراسات العلمية بما يخدم القضية الفلسطينية، ويحقق آمالها المرجوة.

¹ Rosenau, James N. "Comparing Foreign Policies: Why? What? How?", in "Comparing Foreign Policies: theories, finding, methods". New York, SAGE Publications, 1974, p 06

² سليم. محمد السيد، تحليل السياسة الخارجية، مكتبة النهضة المصرية - القاهرة، 1998، الطبعة الثانية، الصفحة 12.

الدراسات السابقة:

- دراسة كميل منصور (2015) بعنوان الخيارات القانونية ودلالاتها السياسية في مواجهة سياسة الاحتلال الإسرائيلية، قُدمت لمجلة الدراسات الفلسطينية العدد 105، بيروت - لبنان. تطرق الباحث فيها لتحليل الخيارات القانونية الفلسطينية انطلاقاً من خطابات منظّمة التحرير أمام الأمم المتحدة ممثلة في رئيسها محمود عباس، ومدى أهمية وجود مرجعيات قانونية تؤطر العمل السياسي الفلسطيني، مما يؤسس لخطوات أكثر قوة، ونتائج أكثر إيجابية في المساعي الفلسطينية للجم الاحتلال بالأطر القانونية الدولية.
- دراسة مرسى عبد الكريم محمود عبد الرزاق (2016) بعنوان السياسة الخارجية القانونية للقيادة الفلسطينية، قُدمت أطروحة لاستكمال متطلبات الماجستير في القانون العام - جامعة النجاح الوطنية، فلسطين. تطرق الباحث لمقومات السياسة الخارجية الفلسطينية، من خلال دراسة دور المؤسسات الرسمية، ودراسة ما هي الرؤية الفلسطينية في العلاقات الدولية، وآليات اتخاذ القرار الفلسطيني، ومع ذلك لم يتطرق الباحث للمرجعيات القانونية التي يستند إليها صاحب القرار الفلسطيني في ممارسة مهامه ومسؤولياته التي تقع ضمن عمله في السياسات الخارجية للدولة الفلسطينية المحتلة.
- دراسة حسام محمود محمد أحمد (2016) بعنوان أثر اتفاق أوسلو على الدبلوماسية الفلسطينية 1993 - 2014، قدمت أطروحة لاستكمال متطلبات الماجستير لأكاديمية الإدارة والسياسة للدراسات العليا بجامعة الأقصى - فلسطين. بيّن الباحث في الدراسة التحول الجذري للعمل السياسي والدبلوماسي الفلسطيني بعد اتفاقات أوسلو، ووصل إلى نتيجة بالأثر السلبي، باعتبار أن اتفاق أوسلو قيد الكثير من العمل السياسي الفلسطيني، وإيجابياً كونه ساهم في تأسيس العديد من المؤسسات الفلسطينية الرسمية التي أثرت العمل الدبلوماسي الفلسطيني.

خطة الدراسة:

المبحث الأول: المرجعيات القانونية الدولية

المطلب الأول: اتفاق إعلان المبادئ 1993 م "أوسلو"

الفرع الأول: الخصائص العامة لاتفاقات أوسلو.

الفرع الثاني: الدور المناط بالسلطة الفلسطينية حسب اتفاقيات أوسلو.

المطلب الثاني: القانون الدبلوماسي الدولي.

الفرع الأول: التأثير الإقليمي والدولي.

الفرع الثاني: دخول السلطة الفلسطينية العمل الدبلوماسي

المبحث الثاني: المرجعيات القانونية الداخلية

المطلب الأول: المجلس التشريعي الفلسطيني

الفرع الأول: مشروعية المجلس التشريعي ودوراته الانتخابية.

الفرع الثاني: تأثير المجلس التشريعي على السلطة الفلسطينية

المطلب الثاني: القانون الأساسي الفلسطيني

الفرع الأول: القانون الأساسي ومشروع الدستور الفلسطيني

الفرع الثاني: المرجعية السياسية في القانون الأساسي الفلسطيني.

المبحث الأول: المرجعيات القانونية الدولية

أدى التوسع في النظام الدولي في القرن العشرين إلى تحول كبير في منظومة السياسة الخارجية وأنماط الدبلوماسية الدولية الفاعلة في القضايا الدولية المستحدثة، والتحويلات الدولية التي شهدتها النظام الدولي الجديد، وقد برز لهذا النظام مفهوم القانون الدولي الذي بنته الاتفاقيات الدولية، ولعبت فيه الأمم المتحدة والمنظمات الدولية المتخصصة والإقليمية دوراً بارزاً في إحلال التوازن والنظام الدوليين³، وتعد السلطة الوطنية الفلسطينية نتاج لجهود دولية من المفاوضات قامت بين منظمة التحرير الفلسطينية ودولة الاحتلال الإسرائيلي برعاية أممية، ظهرت للعلن بعد قرار صدر من المجلس المركزي لمنظمة التحرير في دورته المنعقدة في تونس أكتوبر 1993، كنتيجة مباشرة لاتفاق إعلان المبادئ (أوسلو) في أغسطس من نفس العام والذي كان ضمن أوراقه ما ينص على إقامة سلطة ذاتية انتقالية فلسطينية للشعب الفلسطيني في الضفة الغربية وقطاع غزة، كفترة انتقالية تؤدي إلى تسوية دائمة تقوم على أساس قراراتي مجلس الأمن 242 و338. حيث دخل هذا الاتفاق حيز القانون الدولي؛ من خلال نصوص المادة الثانية (1-أ) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969 والتي عرفت المعاهدة على أنها: "الاتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة والذي ينظمه القانون الدولي، سواء تضمنته

³ الرشيدان. عبد الفتاح علي، محمد خليل الموسى، أصول العلاقات الدبلوماسية والقنصلية، المركز العلمي للدراسات السياسية، المملكة الأردنية الهاشمية، 2005، صفحة 70.

وثيقة واحدة أو وثيقتان متصلتان أو أكثر ومهما كانت تسميته الخاصة⁴، وهذا أصبحت اتفاقية أو سلو أحد أهم المرجعيات القانونية الدولية للسلطة الفلسطينية والتي يمكن من خلالها إعطاها الشخصية القانونية. يُضاف إليها القانون الدبلوماسي الدولي والذي يمكن أجهزة النظام السياسي الفلسطيني من ممارسة دورها في تشكيل منظومة السياسة الخارجية وأهدافها.

المطلب الأول: اتفاق إعلان المبادئ 1993 م "أوسلو"

عُرف اتفاق أوسلو بأنه المعاهدة المبدئية للسلام بين الفلسطينيين والإسرائيليين، تحت اسم: إعلان المبادئ حول ترتيبات الحكم الذاتي الانتقالي، وهو يمدد للحل النهائي الذي يمكن حل الدولتين الفلسطينية والإسرائيلية كمعاهدة سلام وقّعت بين أطرافها. لا شك أن معاهدات السلام تلعب دوراً بارزاً في العلاقات الدولية، يجعلها متميزة عن غيرها من المعاهدات، فهي تهدف لإنهاء حالة الحرب، وإعادة السلام بين أطرافها⁵. وتتضمن نصوصها أساليب تسوية المنازعات الخاصة بها، وكذلك القضايا السياسية الجوهرية، والمتعلقة بمناطق النزاع، ومستقبل العلاقات الاقتصادية والدبلوماسية بين أطرافها، وتعمل على تنظيمها. واتفاق أوسلو عام 1993 كان من أحد أهم هذه المعاهدات التي شهدها العالم والذي كان له سمته وخصائصه.

الفرع الأول: الخصائص العامة لاتفاقات أوسلو

تميّزت اتفاقات أوسلو بين الفلسطينيين والإسرائيليين بأنها تُحدد القواعد والآليات، التي يسعى الجانبان من خلالها إلى التوصل إلى اتفاق سلام نهائي، وهو يجعلنا أن نعتبرها معاهدة من مقدمات السلام، تميّزت بعدة خصائص ساهمت في الحكم بعد ذلك على الاتفاقية بمقدار نجاحها أو فشلها، وإن مازالت آثارها ممتدة إلى حين كتابة هذه السطور، ومن أبرز خصائصها:

• فرض قواعد قانون السلام على الجانبين بدلا من قواعد قانون الحرب.

اعتبرت المادة 33 من الفصل السادس في ميثاق الأمم المتحدة أن المفاوضات والتحقيق والوساطة والتوفيق والتحكيم بالإضافة إلى التسوية القضائية تعتبر من أهم الوسائل السلمية التي يمكن من خلالها حل النزاعات الدولية⁶، وهذا من أهم ما ميّز اتفاقات أوسلو التي تضمنت توضيحا شمل إعلانا بإنهاء المواجهة العسكرية بين الإسرائيليين ومُنظمة التحرير الفلسطينية، والبدء في دخول مرحلة جديدة من التسوية السياسية التي حُدّدت آلياتها بالمفاوضات!

حيث نصّت المادة 15 والتي بعنوان تسوية المنازعات على أن تسوية المنازعات التي تتعلق بالفترة الانتقالية يتم بالتفاوض، ثمّ التوفيق، فإن تعدّر فمن خلال لجنة تحكيم يُنشئها الطرفان. وقد تم التأكيد على هذه الآليات مرة أخرى في الاتفاقيات الملحقه بأوسلو، وأبرزها اتفاقية طابا 1995.

• وضع خطوط الحل النهائي للحدود بين الجانبين الفلسطيني والإسرائيلي.

أبرز ما أخذ على اتفاقيات أوسلو أنها لم ترسم الحدود الواضحة سواء للفلسطينيين أو الإسرائيليين، لكن أطراف النزاع استطاعوا الاتفاق على مبدأ حاكم بشأن الحدود بينهما، تمثل ذلك في حدود يونيو 1967، كسقف أعلى للفلسطينيين، وهي الحدود التي أقرها قرار مجلس الأمن 242، و338. حيث نصّت المعاهدة على أن التسوية الدائمة تقوم على أساس هذه القرارات، وكذلك الاتفاقيات المكتملة طابا 1995، وشرم الشيخ 1999، وبالتالي فقد أعطت اتفاقية أوسلو الأحقية الشرعية للوجود الفلسطيني في الضفة الغربية وقطاع غزة، وإن حُمل الأمر على الحل النهائي، إلا أنه فعليا أصبح الأمر مُعترفا به ضمن أوساط القانون الدولي، وهو ما مكن الفلسطينيين لاحقا من نيل الإعتراف الرسمي بدولة فلسطين.

• الخروج من المسائل الخلافية للعلاقات الاقتصادية والسياسية.

لم تحسم أوسلو المسائل الخلافية بين أطراف النزاع، وتركت مسائل مصيرية كاللاجئين والأرض والمستوطنات والقدس، للحل في الاتفاق النهائي والدائم، في حين أنها اتجهت إلى بروتوكولات اقتصادية وسياسية من أجل أن تضمن بقاء التعاون بين أطرافها، حيث تضمنت المعاهدة ملاحق اهتمت بالتنمية الاقتصادية والإقليمية، والأمنية من أجل الاستمرار في عملية السلام، ومع ذلك فقد أدت المعاهدة إلى بروز سلطة الحكم الذاتي الفلسطينية، وشكّلت التنمية الاقتصادية والأمنية، أحد أبرز ملامح المولود الفلسطيني الجديد، والذي لا يزال فعليا إلى اليوم يدير مناطق الضفة الغربية وقطاع غزة، برغم ظروف الاحتلال، والشوائب التي أصابت الاتفاقيات الموقعة من أطرافها.

الفرع الثاني: الدور المناط بالسلطة الفلسطينية حسب اتفاقيات أوسلو.

حاول الساسة الفلسطينيون من خلال توقيع معاهدة أوسلو مع الإسرائيليين الوصول إلى آلية واضحة تضمن إقامة سلطة حكم ذاتي انتقالية، بحيث يتمكن من خلالها الشعب الفلسطيني في الضفة الغربية وقطاع غزة من حكم نفسه وفق مبادئ ديمقراطية ينتج عنها منظومة سياسية فلسطينية داخلية متكاملة⁷. فكان من المتوقع أن يقع على كاهل السلطة الفلسطينية تعزيز العملية السلمية مع الاحتلال، والتأسيس لبناء وطني فلسطيني، بما

⁴ نص معاهدة فيينا 1969، مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا. للمزيد راجع الرابط: <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/viennaLawTreatyCONV.html>

⁵ جاد. محسن علي، معاهدات السلام - دراسة تأصيلية تطبيقية على ضوء قواعد القانون الدولي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة - مصر، 1996، صفحة 309.

⁶ للمزيد راجع ميثاق الأمم المتحدة الفصل السادس في حل المنازعات حلا سلميا المادة 33-1. <https://www.un.org/ar/sections/un-charter/chapter-vi/index.html>

⁷ عباس. محمود، طريق أوسلو - موقع الاتفاق يروي الأسرار الحقيقية للمفاوضات، رام الله - فلسطين، الطبعة الثانية 2011، صفحة 192.

يحقق عملية تحول ديمقراطي فلسطيني، مقابل الاعتراف الفلسطيني بدولة الاحتلال⁸، إلا أن الطرف الإسرائيلي عمّد إلى إخضاع الكثير من الحقوق الفلسطينية ورهنا لعمليات التفاوض المستقبلية بعد ضمان حاجاته التي فرضها على الفلسطينيين من خلال اتفاق أوسلو.

• تحقيق السلم وإيقاف عمليات المقاومة ضد الاحتلال.

فرضت اتفاقيات أوسلو قيوداً على مؤسسات السلطة الفلسطينية تجاه المسؤولية الأمنية الممنوحة لها من خلال التعهد بالتعاون الأمني مع الاحتلال ضد من يهددون أمن إسرائيل من الفلسطينيين⁹، وهو ما أثار كثيراً على نجاعة دور السلطة الوطنية، وخلق إشكالية حول مفهوم الدور الوظيفي لها.

حيث استطاعت السلطة الفلسطينية بسط نفوذها الأمني تدريجياً على المناطق الفلسطينية، بواسطة قوى شرطية شرعتها نصوص المادة الثامنة من وثيقة إعلان المبادئ، ونظمها اتفاقيات أمنية ملحقة كاتفاقية طابا 1995، واي ريفر 1998، وشرم الشيخ 1999، والتي كلّفها بترتيب الوضع الأمني داخلياً، ومنع أي عمليات مقاومة ضد الاحتلال، وهو ما لم تتوان السلطة الفلسطينية في تنفيذه من أجل إثبات قدرتها على إحلال السلام، بل إن المعارضة الفلسطينية آنذاك والتي قادتها حركتي حماس والجihad الإسلامي، واجهت حملات أمنية مكثفة انطلقت من عام 1994، ولم تتوقف إلا مع نهايات عام 2000، بعد انطلاق الانتفاضة الفلسطينية الثانية، حيث عمدت السلطة الفلسطينية إلى استهداف البنية التحتية لكل الفصائل التي حاولت رفع السلاح ضد الاحتلال، وكذلك قياداتها؛ وكان يرتفع معدل الاستهداف على إثر أي عمليات عسكرية تحدث ضد الجنود الإسرائيليين¹⁰.

مع تقدّم العملية السلمية، بدأت تظهر مشاكل من حيث تلكؤ الإسرائيليين وتباطؤهم في تنفيذ ما طلب منهم سواء على صعيد الانسحاب من قطاع غزة والضفة الغربية، أو حتى على صعيد ملفات أكثر حساسية كالاستيطان والاعتداءات العسكرية اتجاه المدنيين الفلسطينيين، وهو ما عزز انعدام الثقة تدريجياً بينهم وبين المؤسسات الفلسطينية الناشئة، ودفع إلى مزيد من العنف المتبادل، فقويت بذلك أحزاب المعارضة حماس والجihad الإسلامي على حساب القوى الأمنية للسلطة الفلسطينية، والتي تعثرت في إشكاليات متلاحقة منعت من استكمال اتفاقات أوسلو خطتها الزمنية والذي كان قد تم الاتفاق عليه.

• البناء الوطني الفلسطيني.

أثرت عملية السلام الفلسطينية الإسرائيلية التي انطلقت مع اتفاق أوسلو، بشكل مباشر على النظام السياسي الفلسطيني، والحقيقة أن معضلة (المنظمة- السلطة) لم تبدأ إلا من هنا، وهو ما يعني أنه كان هناك شبه إرادة سواء للاحتلال من جهة، أو حتى الفلسطينيين أنفسهم ببلورة نظام سياسي فلسطيني جديد مختلف عن سابقه والذي تولته منظمة التحرير شكلاً ومضموناً. وقد كان هذا واضحاً من نصوص الاتفاق التي أقرت للسلطة الفلسطينية مؤسسات تحمل صفة مؤسسات الدولة، وبدأتها المادة 1 التي حددت من هدف المفاوضات إقامة سلطة يديرها "مجلس" منتخب من الشعب الفلسطيني، وهو ما حقق للسلطة أمرين لم يتوفرا معاً للمنظمة (الأرض والشعب)، ومع الوسائل الديمقراطية المعترف بها دولياً أتيحت فرصة لمؤسسات السلطة الوطنية الفلسطينية لأن تتولى قيادة النظام السياسي الفلسطيني على حساب مؤسسات منظمة التحرير.

ففعلياً المنظمة تقوم على أرض ليست فلسطينية والمتمثلة في مخيمات الشتات، ولا يحدث فيها انتخابات عامة ومباشرة مثل مؤسسات السلطة، بالإضافة إلى أن المنظمة قامت على أساس عسكري يرفع شعار التحرير، وهو ما لم تنساه إسرائيل حتى بعد اتفاق أوسلو، بعكس السلطة التي اتخذت جانباً سلمياً منذ بداياتها¹¹، وتكوينها الأمني وعقيدتها كذلك تقوم على رفض الصراع ومواجهته، وليس العكس، وهو ما مهد لها الإعتراف وتقدير التسهيلات من كافة الأطراف الدولية، خصوصاً تلك المنحازة لدولة الاحتلال على حساب مؤسسات منظمة التحرير. وبالتالي فقد كان الهدف من البداية من قرار إنشاء السلطة الفلسطينية بلورة نظام سياسي فلسطيني جديد، يغيّر ديموغرافيا البناء الوطني الفلسطيني القديم.

• تحقيق عملية التحول الديمقراطي الفلسطيني.

كان يُرجى من إتمام عملية التحول الديمقراطي في مناطق السلطة الفلسطينية اختتام المشهد السياسي الذي بلورت أوسلو أركانه ل يتم الدخول في مرحلة السلام النهائية، أو الحل الدائم كما أطلق عليه، لكن تعثرت السلطة الفلسطينية في المطلوب منها من إثبات للعملية السلمية وإحلال البناء الوطني بطريقة مُجمع عليها فلسطينياً، أدى إلى تعثر التحول نحو الديمقراطية الفلسطينية، وإن خطلت السلطة الفلسطينية خطوات مهمة في الانتخابات الفلسطينية الأولى والثانية 1996-2006.

استطاعت السلطة الفلسطينية تعزيز وجودها من خلال الانتخابات، وأظهرت حجم المشاركة الانتخابية العطش الفلسطيني للتجربة الديمقراطية، التي عززت بدورها ظهور فئة المجتمع المدني والذي برز دوره بشكل كبير لم تعهده الحالة الفلسطينية قبلاً، كذلك ظهرت فئة العمل الشعبي والتي كان لها دور كبير في مقاومة سياسات الاحتلال وغطرسته في الأراضي الفلسطينية. إلا أن الاحتلال كان له دور كبير في إفشال هذه التجربة، بل وقتلها

⁸ الشقافي. خليل، عملية السلام والبناء الوطني ومستقبل التحول نحو الديمقراطية في فلسطين، مقال نشرته مجلة الدراسات الفلسطينية، العدد 25 شتاء 1996، صفحة 7.

⁹ بروم، شلومو. عملية أوسلو في الميزان بعد 20 عاماً: اتفاق أوسلو والسلام المستحيل، معهد دراسات الأمن القومي الإسرائيلي، مجلة عدكان استراتيجي، مجلد 16، عدد 2 تموز / يوليو 2013، مترجمة من قبل بولا البطل مؤسسة الدراسات الفلسطينية، صفحة 4.

¹⁰ سعد. وائل، قراءة نقدية في تجربة السلطة الفلسطينية، دراسة علمية نشرها مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بتاريخ 2013/2/19، صفحة 11-13.

¹¹ الشقافي. خليل، عملية السلام والبناء الوطني ومستقبل التحول نحو الديمقراطية في فلسطين، مرجع سابق، صفحة 10.

إن صبح التعبير، ففعلياً في نفس العام بعد الانتخابات الفلسطينية عام 1996 عمّدت حكومة الاحتلال برئاسة بنيامين نتنياهو إلى تجميد التقدم في عملية التسوية، واستمر ذلك حتى بعد قدوم حكومة إيهود باراك عام 1999¹² الذي رفض تنفيذ أبسط التعهدات الإسرائيلية المتعلقة بتجميد الاستيطان، وفتح المعابر وإطلاق سراح الأسرى الفلسطينيين.

كذلك فإنه ومع نجاح مرحلة الانتخابات الثانية 2006 والتي شهد لها العالم بزاهتها، وكذلك نجاحها في إدخال فصائل فلسطينية كبرى لم تكن ضمن فصائل مُنظمة التحرير مثل حركة حماس، إلا أن الاحتلال سرعان ما رفض نتائجها وفرض الحصار عليها، وعزز الانقسام الفلسطيني، وبذل جهداً في إفشال خطة السلطة الفلسطينية لتحقيق عملية التحول الديمقراطي الكاملة وهو ما أوقف التقدم نهائياً حتى كتابة هذه السطور على ما بعد اتفاق أوسلو في عملية السلام.

المطلب الثاني: القانون الدبلوماسي الدولي¹³.

يُعتبر العمل الدبلوماسي جزءاً من التطبيق العملي للسياسة الخارجية في النظام الدولي، وهو ما يجعله مقياساً أساسياً لقوة السياسة الخارجية وضعفها لأشخاص القانون الدولي عمومًا؛ وقد كفل القانون الدولي حق التمثيل الدبلوماسي للمنظمات الدولية وحركات التحرر التي تنال الاعتراف الدولي، بحيث أنه مكن الدول المستقلة وكاملة السيادة من الاعتراف بالبعثات الدبلوماسية للمنظمات الدولية وحركات التحرر المعترف بها واستقبالها. وقد سعت منظمة التحرير منذ اللحظات الأولى لانطلاقها لممارسة السياسة الخارجية والتمثيل الدبلوماسي¹⁴ لإثبات وجودها وكسب أكبر قدر ممكن من المصالح، وقد نجحت في تحقيق إنجازات كبيرة في هذا النهج استمر حتى قدوم السلطة الوطنية، والتي اعتمدت بشكل أساسي على ما حققته سابقا المنظمة في تحريكها الدبلوماسي الخارجي.

فُسِمَ هذا المطلب إلى فرعين الأول: التأثير الإقليمي والدولي. والفرع الثاني: دخول السلطة الفلسطينية العمل الدبلوماسي.

الفرع الأول: التأثير الإقليمي والدولي

بدأت منظمة التحرير الفلسطينية تجربتها منذ انطلاقها بالبحث عن الأطراف الدولية التي يُمكن لها أن تتبنى فكرتها ومشروعها القائم على تحرير الأرض المحتلة وحق الشعب الفلسطيني في إقامة دولته الخاصة به، وبحكم الدعم العربي الذي أصلاً كان له دور في إنشاء المنظمة نفسها فقد كان التوجه نحو الأقاليم والدول العربية هو التوجه المبدي لها، وفي عام 1974 اعترفت الجامعة العربية بمنظمة التحرير ممثلاً شرعياً ووحيداً للشعب الفلسطيني،¹⁵ حيث تلا ذلك اعتراف جميع الدول العربية بهذا التمثيل باستثناء الأردن الذي اعترف لاحقاً، ومع الدعم العربي للقيادة الفلسطينية المتمثلة في منظمة التحرير استطاعت المنظمة الحصول على اعتراف الأمم المتحدة عام 1974 بها كممثل للشعب الفلسطيني ومنحها صفة مراقب غير دولة داخل أروقتها، وهو ما عزز فكرة المطالبة بالدولة وحق الشعب الفلسطيني في الاستقلال.

وبالتالي يُمكننا أن نعتبر أن من بدأ في إعطاء الشرعية لمنظمة التحرير الفلسطينية لتدخل بها إلى الأوساط الدولية ويجري عليها وعلاقاتها القانون الدبلوماسي الدولي هو الدعم العربي ابتداءً والتمثيل في جامعة الدول العربية.

إلا أنه برزت مشكلة كبيرة في هذا الوسط تمثلت في الولايات المتحدة الأمريكية، بما تمتلك من أوراق قوة داخل الأمم المتحدة، وثقل كبير داخل المنظومة السياسية الدولية لم تتوانى من خلالها عن ملاحقة منظمة التحرير بتهمة الإرهاب، وقد ساعدها في ذلك الدعاية الإسرائيلية التي ذاع صيتها، بالرغم من مراوغة القيادة الفلسطينية آنذاك لتجنب هذه التهمة، حيث اضطرت تحت العجز للتنازل من أجل كسب اعتراف الولايات المتحدة بها لتتال بذلك قراراتي مجلس الأمن 242 و 338، والاعتراف بحق إسرائيل في الوجود، وما أن حصلت المنظمة على قرارات مجلس الأمن حتى بدأت رحلة المفاوضات من أجل الحصول على الحق الفلسطيني، التي أدخلتها في دهليز إقامة السلطة الذاتية.

لقد شكّلت تجربة المنظمة الدبلوماسية منذ بداياتها من لحظاتها الأولى مُستنقعا للمناورات السطحية والتي في النهاية أوصلت المنظمة إلى قنوات أنه لا يُمكن الوصول للحل السلمي بدون دعم الولايات المتحدة الأمريكية لها، وهذا الدعم يتطلب تنازلات بدون ضمانات حقيقية، يُمكن من خلالها استمالة الولايات المتحدة باعتبارها القوة الأعظم والأكثر تأثيراً في السياسة الدولية، ويرجع هذا الأمر لعدة أسباب تراكمت منذ تأسيس المنظمة وحتى نهاية ثمانينيات القرن الماضي أهمها:

¹² كيالي، ماجد، بعد ثلاثة أعوام كأمب ديفيد وتدايعاتنا نحو مراجعة نقدية للسياسة الفلسطينية، مقال نُشر في مجلة الدراسات الفلسطينية، العدد 55، صيف 2003، صفحة 130.

¹³ يُعرّف القانون الدبلوماسي الدولي: بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تُعنى بتنظيم العلاقات ما بين مختلف الأجهزة التابعة لأشخاص القانون الدولي العام، والتي تكون مكلفة بالعلاقات الخارجية لهؤلاء الأشخاص، وضمان الممارسة الحرة لهذه لوظائف هذه الأجهزة للمزيد راجع: العجومي، محمود عبدربه، *الدبلوماسية - النظرية والممارسة*، نسخة رقمية PDF، الجامعة الإسلامية - غزة، 2011، صفحة 16.

¹⁴ التمثيل الدبلوماسي يُقصد به: اتفاق دولتين أو اثنين من أشخاص القانون الدولي، على إقامة علاقات دبلوماسية رسمية بينهما، بإرسال كل طرف من يمثلها (بعثة دبلوماسية) إلى الآخر، حيث يحدد الاتفاق مستوى التمثيل المطلوب وعدد الأفراد الممثلين وكذلك شكل العلاقة المنشودة بين الطرفين. للمزيد راجع: سرحان، عبد العزيز محمد، *قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية - دراسة تحليلية في الفقه والقضاء الدوليين وأحكام إنفاقيتي فيينا عام 1961/1963*، جامعة عين شمس، مصر 1986 صفحة 225-229.

¹⁵ للمزيد راجع: وكالة الأنباء والمعلومات الفلسطينية وفا، قرارات القمم العربية: http://info.wafa.ps/ar_page.aspx?id=khWbdga27557056362akhWbdg

- فشل مُنظمة التحرير بتشكيل جيش فلسطيني حقيقي لاستعادة أرضه وكل ما استطاعت تشكيله بضعة آلاف من الثوار المتفرقين في بقاع المخيمات والأراضي العربية، والتي انتهت بها الحال للدخول في صدامات عسكرية داخلية عربية أهمها الأردن ولبنان، وهو ما أفقد المنظمة جزء كبير من قوامها وقدرتها على السيطرة والمبادرة والتحكم بمجريات الأمور.
 - التوجه العربي المستميت لإنهاء المشكلة الفلسطينية بالطرق الدبلوماسية والسلمية، ولو على حساب الفلسطينيين، وقد كان أكثرها تأثيراً مبادرة الأمير فهد عام 1981، والتي دعت لإقامة دول فلسطينية على حدود عام 1976 بعد انسحاب إسرائيل منها، وإقامة سلطة انتقالية على أراضي الضفة الغربية وقطاع غزة تحت إشراف الأمم المتحدة، وقد قبلت المبادرة بالرفض واضطرت السعودية لسحبها في قمة فاس 1981¹⁶ بفعل الضغط العربي، وفي النتيجة رفضها الفلسطينيون والإسرائيليون، وإن عادوا لمثلها وما يشابهها بعد وقت قصير.
 - خُفوت أي قاعدة شعبية حقيقية للمنظمة داخل المدن الفلسطينية المحتلة، وانشغال المنظمة بفلسطيني الخارج على حساب الداخل، وهو ما ساهم في خروج الداخل الفلسطيني تدريجياً عن حسابات المنظمة، وقد كانت الانتفاضة الفلسطينية الأولى 1987 خارج كل التوقعات الفلسطينية، بحيث أنه أصبحت خيارات المنظمة تواجه تحديات داخلية فرضت نفسها بطريقة باتت فيها شرعية المنظمة على المحك.
- من هنا كان لزاماً على القيادة الفلسطينية البحث عن نجاح حقيقي ملموس يكون في متناول الفلسطينيين، بالإضافة إلى الخروج من معضلة الرهان على الأراضي العربية في استضافة مؤسسات منظمة التحرير، يُرافق ذلك بحث مُضني ومحاولات جادة من القوى العظمى لرأب الصدع في منطقة الشرق الأوسط وإيجاد حل للقضية الفلسطينية، ولو بشكل تدريجي ومؤقت!
- كل ذلك دفع قيادة المنظمة لاتجاه نحو تطبيق فعلي للدولة فلسطينية على جزء من الأرض مقابل تنازلات سياسية تتعلق بالأرض والسلام، لتصبح هذه الدولة ركيزة العمل السياسي والتحرري الفلسطيني فيما بعد.

الفرع الثاني: دخول السلطة الفلسطينية العمل الدبلوماسي

الأصل وفقاً للاتفاقيات الثنائية الدولية التي وقع عليها الطرفان الإسرائيلي والفلسطيني أن الشؤون الخارجية، والدبلوماسية هي من اختصاصات منظمة التحرير الفلسطينية، ذلك أن السلطة الوطنية بموجب الاتفاقات المحلية لا تستطيع التصرف كطرف دولي، وهي ممنوعة من ممارسة أي دور في السياسة الخارجية، والتفاوض مع دول أجنبية، وإقامة أي تمثيل دبلوماسي أو دولي، باعتبار أن وكيل السلطة هي منظمة التحرير، حيث ورد في نص اتفاق القاهرة الخاص بتنفيذ الحكم الذاتي في قطاع غزة ومنطقة أريحا في المادة السادسة الفقرة الثانية أ: "طبقاً لإعلان المبادئ لا يكون للسلطة الفلسطينية أية صلاحيات أو مسؤوليات في مجال العلاقات الخارجية الذي يتضمن إنشاء سفارات أو قنصليات أو أي نوع آخر من البعثات والمكاتب في الخارج أو السماح بإقامتها في قطاع غزة أو منطقة أريحا أو تعيين موظفين دبلوماسيين أو قنصلين وممارسة وظائف دبلوماسية". والنص هنا صريح كفاية لأن يحدد حدود السلطة الفلسطينية من السياسة الخارجية.

لكن بخلاف ذلك فالمعمول به هو مُعايير لما أملت به النصوص في الاتفاقيات الدولية التي قامت بين من يمثل الفلسطينيين ودولة الاحتلال، كذلك فإن نصوص القوانين الفلسطينية وتطبيقاتها على أرض الواقع تؤكد مسؤولية السلطة الفلسطينية عن أبرز أعمال السياسة الخارجية الفلسطينية، حيث يلاحظ أنه كانت تسمية وزارة الخارجية الفلسطينية سابقاً بوزارة التخطيط والتعاون الدولي، بما يتناسب مع صيغة الاتفاقيات التي تم النص عليها مع منظمة التحرير بخصوص السلطة الفلسطينية، ثم تحولت لوزارة الخارجية لاحقاً ومن ثم تم إقرار القانون الدبلوماسي الفلسطيني 2005 لاحقاً، ولعل هذا يرجع إلى سببين أساسيين:

الأول: أن طرفا الاتفاق لم يلتزما بكل ما نصت عليه الأوراق بينهما وهو ما يعني دخول فرضية سلطة الأمر الواقع في هذا المنحى، بحيث أن السلطة الوطنية أصبحت واقعا في الضفة الغربية وقطاع غزة، مُلزمة إسرائيل بالتعامل معها على حساب منظمة التحرير.

والثاني: هو أن نجاح التجربة الديمقراطية الفلسطينية في الانتخابات التشريعية والرئاسية 1996 – 2006 مهّد الطريق للمشرع الفلسطيني أن يفرض واقعاً جديداً مقاوماً لظروف الاحتلال، مكنه هذا الواقع من تقنين مزيد من الصلاحيات للسلطة الفلسطينية تمكّنها من العمل الدبلوماسي الخارجي تحت عباءة منظمة التحرير، وهو ما ساهم في بروز مؤسسات السلطة بشكل لا يمكن تجاهله على حساب المنظمة.

ولعله هنا نجد أن شرعية السلطة في المكانة الدولية والقانون الدبلوماسي الدولي جاءت أساساً من تفويض المنظمة لها، بالإضافة إلى الوحدة الفعلية بين صنع القرار الفلسطيني بين قيادات المنظمة والسلطة الفلسطينية، ولعله من السهل معرفة أن رئيس السلطة الفلسطينية هو نفسه رئيس اللجنة التنفيذية للمنظمة وأقوى دوائرها الحاكمة، مما يجعل من الصعب الفصل وإن بدا محاولات هنا وهناك لتقنين اختصاص كل طرف، حيث أن التفرقة الشكلية ينفيها الواقع ويجعلها داحضة.

¹⁶ توام. رشاد، دبلوماسية التحرير الوطني التجربة الفلسطينية (مقاربة في القانون الدولي والعلاقات الدولية)، معهد إبراهيم أبو لغد للدراسات الدولية، بير زيت، فلسطين، 2013، صفحة 62.

المبحث الثاني: المرجعيات القانونية الداخلية

تأتي قوة السُلطة الفلسطينية في تأثيرها وربما مكانتها على حساب مُنظمة التَّحرير، من قوّة مرجعياتها الدَّاخِلِيَّة، والتي منحها القُدرة على فرض الذات، وتقديم نفسها كمؤسسة خرجت من رحم الشَّعب لتمثيله، ذلك أنَّه رغم القُوّة التي مُنحتها مُنظمة التَّحرير دُولِيًّا، إلَّا أنَّه لم تمارس فيها الخيارات الديمقراطية التمثيلية، وباعتبار أنَّها حركة تحررية، فالتصرّف الثوري سيطر على المُنظمة ليعقود ترك أثرًا بليغًا في سياستها وطريقة اتخاذ القرارات فيها، أمّا السُلطة الوُطْنِيَّة، وإن كانت في الأوراق يُعبّر عنها بأنّها جزء من المُنظمة وتخضع لهيكلتها، إلَّا أنَّها في الواقع تأتي من خلال مرجعيتين أساسيتين هما المجلس التشريعي الفلسطيني والقانون الفلسطيني الأساسي الذي يُشابه على حدٍّ ما الدستور في الدُّول ذات السِّيادة الكاملة. قسم هذا المبحث إلى مطلبين: الأول المجلس التشريعي الفلسطيني، والمطلب الثاني القانون الأساسي الفلسطيني.

المطلب الأول: المجلس التشريعي الفلسطيني

يُعتبر المجلس أحد أهم مؤسسات السُلطة الوُطْنِيَّة الفلسطينية، حيثُ تأسس عام 1996، على إثر الانتخابات التشريعية والرئاسية التي أُقيمت في المناطق الفلسطينية الخاضعة لسلطة الحكم الذاتي بموجب اتفاق أوسلو بين مُنظمة التَّحرير الفلسطينية ودولة الاحتلال؛ يقوم بدور البرلمان؛ فهو يسنُّ القوانين، ويقوم بالرقابة على السُلطة التنفيذية، وكذلك المُحاسبة؛ ويتألف من 132 عضوًا¹⁷، يتم اختيارهم بواسطة الانتخاب الحر من قبل الفلسطينيين المُقيمين داخل المناطق المُتفق عليها (قطاع غزة- الضفة الغربية- القدس الشرقية).

الفرع الأول: مشروعية المجلس التشريعي ودوراته الانتخابية

تناولت اتفاقية أوسلو بوضوح شرعية المجلس التشريعي الفلسطيني من خلال التعرُّض له في مادتها الأولى "إن هدف المُفاوضات الإسرائيلية الفلسطينية ضمن عملية السَّلام الحالية في الشرق الأوسط هو من بين أمور أخرى إقامة سلطة ذاتية انتقالية فلسطينية، المجلس المنتخب، ("المجلس")، للشعب الفلسطيني في الضفة الغربية وقطاع غزة".

حيث نصّت المعاهدة على أنَّ مرجعيتها في ذلك قرار مجلس الأمن الدُّولي 242، 338، باعتبار الخلّ الدائم، فيما نصّت المادة الثالثة والمتعلقة بالانتخابات على ضرورة الانتخابات الحرّة التزمه للمجلس بإشراف ورقابة دوليين. مع الملاحظة أنَّ الاتفاقية تحدّثت عن دورة انتخابية واحدة في المرحلة الانتقالية للوصول إلى الحلّ الدائم، ولم تتطرق إلى مسألة تجديدها¹⁸، وهو نوعا ما يُخالف حالة التجديد السياسي التي مرَّ النَّظام الفلسطيني بها. واعتبرت الاتفاقيات للمرحلة الانتقالية الموقّعة بين مُنظمة التَّحرير وسلطة الاحتلال، أنَّ المجلس الوطني الفلسطيني مع رئيس السُلطة الفلسطينية سيسلكان السُلطة العليا للحكومة الانتقالية، حيث نصّت اتفاقية طابا 1995 في البند 4 على عدّة بنود أهمّ ما جاء فيها أنَّ:

- المجلس الفلسطيني ورئيس السُلطة التنفيذية للمجلس سيسلكان سلطة الحكومة الذاتية الانتقالية للشعب الفلسطيني والتي سيتم انتخابها من قبل الشَّعب الفلسطيني في الضفة الغربية، القدس، وقطاع غزة.
 - سيكون المجلس مسؤولاً عن جميع الصلاحيات التشريعية والتنفيذية والمسؤوليات المنقولة إليه بموجب الاتفاقيات الموقّعة.
 - شرعية المجلس ورئيس السُلطة الدَّاخِلِيَّة تأتي من خلال طريقة الانتخاب المباشرة، وفي آن واحد من قبل الشَّعب الفلسطيني في الضفة الغربية، والقدس، وقطاع غزة بموجب الأحكام التي تطرقت إليها الاتفاقيات.
 - نصت الاتفاقية أيضًا على مدّة ولاية المجلس (5 سنوات)، وعدد أعضاؤه (83) بالإضافة إلى الرئيس، قبل أن يتم التعديل لاحقًا ليصبح عدد أعضاء المجلس 132 عضوًا. حيث مُنح المجلس سُلطات تنفيذية، وقضائية، بالإضافة إلى تشكيل اللجان المختصة.
 - نصت الاتفاقية على أهمّ الصلاحيات التشريعية للمجلس سواء تشريعات أولية أو ثانوية، بما فيها القوانين الأساسية، والأنظمة والمشاريع القانونيّة التشريعية بحيث يكون للمجلس الصلاحية الكاملة على ذلك ضمن ولايته.
- مع ملاحظة أنَّ الاتفاقية نصّت أيضًا على وجوب إبلاغ الجانب الإسرائيلي في اللجنة القانونيّة عن جميع التشريعات. في إطار اتفاقيات التعاون بين الاحتلال ومُنظمة التَّحرير!

يظهر مما سبق أنَّ شرعية المجلس وولايته وسلطته جاءت بالأساس من خلال الاتفاقيات التي نظمت إنشاء سُلطة الحكم الذاتي الفلسطيني بين دولة الاحتلال ومُنظمة التَّحرير الفلسطينية، هذه الشرعيّة (التي أخذت صبغة دُولِيَّة) هي التي مكّنت المجلس من توكّي زمام الأمور في ممارسة مهامه التشريعية الدَّاخِلِيَّة، والتي يأخذ قانونيتها من الانتخاب الحر (الذي نصّت عليه اتفاقيات أوسلو)، رغم عدم وجود سيادة حقيقية كاملة فهذه السِّيادة مرهونة بخلق التعاون المُشترك مع دولة الاحتلال وإطلاعها على كافة التشريعات القانونيّة بما يُشبه الرقابة التي يُراد منها ضمان أي تشريعات قانونية تُخالف سياسات الاحتلال. وهذا يكون المجلس التشريعي الفلسطيني، هو صاحب السُلطة التشريعية التي تُنظم عمل السُلطة الفلسطينية، وليس مُنظمة

¹⁷ مركز المعلومات الفلسطيني "وفا"، للمزيد راجع: http://info.wafa.ps/ar_page.aspx?id=4235

¹⁸ حجاب. حنين محمد أكرم، دور الرئيس التشريعي في النَّظام السياسي الفلسطيني - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، إشراف: غازي دويكات، محمد شراقة، كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنيّة - نابلس، فلسطين 2011، صفحة 122.

التَّخْرِيرِ الفِلَسْطِينِيَّةِ، بالإضافة إلى ذلك فإنَّ له دور الرقابة عليها، وبمنحه سلطات تنفيذية وقضائية فإن المجلس التشريعي يُصبح طرفًا أساسيًا في هيكليّة مشروع إنشاء السُّلْطَة الذاتية في الأراضي الفِلَسْطِينِيَّة! وهو ما سبب إشكاليات بين مؤسسات مُنْظَمة التَّخْرِيرِ الفِلَسْطِينِيَّة التي تعتبر السُّلْطَة الفِلَسْطِينِيَّة جزءاً منها، وبين المجلس التشريعي (المنتخب) الذي اعتبر نفسها أداة الشَّعب المنتخب للرقابة على عمل السُّلْطَة الفِلَسْطِينِيَّة ومكوّناتها. بالمجمل فإنَّ المجلس التشريعي الفِلَسْطِينِي هو الكيان المرجعي الداخلي الأول لعمل السُّلْطَة الفِلَسْطِينِيَّة، وله دور كبير في إطلاق العنان للسلطة الفِلَسْطِينِيَّة لممارسة السِّياسَة الخَارِجِيَّة على حساب مُنْظَمة التَّخْرِيرِ.

وقد استطاع الفِلَسْطِينِيُّون أن يمارسوا حقَّهم في انتخاب من يمثلهم في المجلس التشريعي خلال دورتين رئيسيتين الأولى عام 1996، والثانية عام 2005.

• أولاً: دورة عام 1996

تمَّت انتخابات الدَّورة بالاستناد بشكل مباشر إلى الملحق الأول في اتفاق إعلان المبادئ أوسلو 1993، حيث تم على أثره إصدار قانون الانتخابات الفِلَسْطِينِيَّة رقم 13 لسنة 1995، وبالتالي كانت هناك مشكلة كبيرة تواجه هذا القانون، وهي أنَّ مرجعيّته لم تكن الدستور الفِلَسْطِينِي الذي أصلاً لم يكن موجوداً، بل الاتفاقيات الثنائية بين مُنْظَمة التَّخْرِيرِ وسلطة الاحتلال، بالإضافة لذلك فإنَّ قانون الانتخابات حدد شكل نظام الحكم وصلاحيات الرئيس، ومن هو الفِلَسْطِينِي وما علاقة السُّلْطَة التنفيذية بالسُّلْطَة التشريعية، والتي هي قضايا ذات طابع دستوري، ليس لها علاقة بقانون الانتخابات،¹⁹ مما خلق إشكاليات في عمل المجلس التشريعي الفِلَسْطِينِي في دورته الأولى، تمثلت في عدم قدرة المجلس على الفصل بين السلطات، وكذلك بنود اتفاقية أوسلو التي شكّلت عائقاً كبيراً في إصدار العديد من القوانين التي تطلّبت إطلاع الاحتلال عليها قبل إصدارها، وبقي هذا حتى نفاذ القانون الأساسي الفِلَسْطِينِي عام 2002، والذي ساهم نوعاً ما في تحقيق مبدأ الفصل بين السلطات.

غلب هذه الفترة بشكل كبير سيطرة السُّلْطَة التنفيذية برئاسة القائد الراحل ياسر عرفات على التشريعات والقوانين الفِلَسْطِينِيَّة، بل وصل الأمر إلى تعديل بعض القوانين والقرارات دون الرجوع للمجلس التشريعي،²⁰ وكذلك كانت ترفض أيضاً بعض القوانين التي أصدرها المجلس التشريعي بحجة مخالفتها لبنود اتفاق أوسلو وقد بلغ عدد القوانين التي رُفضت أو تم تأجيلها حتى عام 2003، 117 قانوناً.

ويمكّن القول أنَّ المرحلة الأولى من حياة المجلس التشريعي الفِلَسْطِينِي كانت الأكثر سلبية، فقد كان التأثير الكبير في بسط النفوذ السياسي للسلطة الفِلَسْطِينِيَّة مُقارَنة بمُنْظَمة التَّخْرِيرِ، ويرجع ذلك إلى أنَّ غياب التشريع القانوني المُلزِم للدوائر المؤسساتية في النظام الفِلَسْطِينِي، خلق حالة من التسيّب الذي انتقل بموجبه عدد كبير من مؤسسات مُنْظَمة التَّخْرِيرِ وموظفيها للعمل داخل دوائر السُّلْطَة الفِلَسْطِينِيَّة، فصار الشخص الواحد في وظيفة واحدة ضمن مؤسستى السُّلْطَة والمُنْظَمة، حتى صدور القانون الأساسي 2003.

• ثانياً: دورة عام 2006

برز دور المجلس التشريعي في حياة السُّلْطَة الفِلَسْطِينِيَّة كثيراً خلال هذه الدَّورة، من بداياتها، التي بدأت تتشكّل مباشرة بعد وفاة الرئيس الراحل ياسر عرفات نوفمبر 2004، حيث جرت انتخابات رئاسية فلسطينية خلال 60 يوماً فاز فيها رئيس السُّلْطَة الفِلَسْطِينِيَّة الحالي محمود عباس، وفي أقل من عام توافقت الفصائل الفِلَسْطِينِيَّة على إجراء الانتخابات حيث أصدر المجلس التشريعي قانون الانتخابات رقم 9 لسنة 2005، والذي تم على إثره زيادة عدد أعضاء المجلس التشريعي إلى 132،²¹ وحذف الإشارة التي تضمنها قانون رقم 13 عام 1995 إلى اتفاق أوسلو. وهو ما أعطى انطباعاً بمُغادرة السُّلْطَة الفِلَسْطِينِيَّة لقيود اتفاقيات أوسلو، وظهور المرجعيات الدَّاخِلِيَّة كحجر أساسي في تشريع مؤسسات السُّلْطَة وتقنين دورها.

ومن المُهم في هذه الدَّورة اتّسع المجلس لاستيعاب "فصائل خارج مُنْظَمة التَّخْرِيرِ" حيث شاركت حركة المُقاوَمَة الإسلاميّة حماس في الانتخابات، وفازت قائمتها قائمة "التغيير والإصلاح" بأغلبية مقاعد المجلس التشريعي بحصولها على 74 مقعداً من أصل 132. إلّا أنّه وبعد أقل من عام حدثت إشكاليات بين حركة حماس وأجهزة السُّلْطَة الفِلَسْطِينِيَّة تطوّرت تدريجياً، لتدخل الحالة الفِلَسْطِينِيَّة في انقسام سياسي كبير بين كبريات الفصائل الفِلَسْطِينِيَّة، كان من آثاره سيطرة حماس على قطاع غزة، وسيطرة حركة فتح على الضفة الغربية، تحت مظلة السُّلْطَة الفِلَسْطِينِيَّة التي مازالت وحتى كتابة هذه السطور تُعاني مؤسساتها من مظاهر هذا الانقسام.

أعلن رئيس السُّلْطَة الفِلَسْطِينِيَّة في شهر ديسمبر 2018 عن قبول قرار المحكمة الدستورية (التي تم تشكيلها في ظل انقسام سياسي) بحلّ المجلس التشريعي الفِلَسْطِينِي، على أن تُعقد انتخابات جديدة خلال 6 شهور، مُعبِّراً عن أنَّ السبب في ذلك هو التعطيل الذي دام في المجلس سنوات طويلة دون قيامه بدوره،²² وهو ما يُظهر حجم التعطيل الذي أصاب المجلس التشريعي وألقى بظلاله على الكثير من مؤسسات السُّلْطَة الفِلَسْطِينِيَّة، خصوصاً بعد

¹⁹ عودة. عدنان، النظام الانتخابي الفلسطيني وتأثيره على النظام السياسي والحزبي، المركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية، دائرة السياسة والحكم، رام الله - فلسطين، مارس - 2004، صفحة 15.

²⁰ المرجع السابق عودة. عدنان، صفحة 30.

²¹ مجموعة من الباحثين، جورج جقمان، مي الجبوسي، عزمي الشعيبي، وآخرون، تجربة النظام السياسي الفلسطيني في ظل السُّلْطَة الفِلَسْطِينِيَّة - كتاب أوراق في النظام السياسي الفلسطيني وانتقال السُّلْطَة، المؤسسة الفلسطينية لدراسة الديمقراطية (مواطن)، رام الله - فلسطين، 2015، صفحة 77.

²² موقع فرانس 24، للمزيد راجع:

<https://www.france24.com>

نجاحات على مستوى السياسة الخارجية الفلسطينية، تتعلق بالدولة الفلسطينية في الأمم المتحدة، ما بات يطرح تساؤلات جدية حول مؤسسات هذه الدولة ومدى قدرتها على أداء دورها بشكل متكامل، وهو ما يدفع الساسة الفلسطينيين إلى إعادة المجلس التشريعي لموقعه القانوني والسياسي داخل منظومة النظام الفلسطيني.

الفرع الثاني: تأثير المجلس التشريعي على السلطة الفلسطينية²³

لا شك أن النظام الفلسطيني منذ تأسيس السلطة الفلسطينية مرّ بالعديد من المراحل على إثر توقيع اتفاق أوسلو عام 1993، وتطوّرت بشكل تدريجي ألياته وبنيتها، وقد كان تحديد السلطات في النظام الفلسطيني والفصل بينها محط الاعتبارات الداخلية والدولية منذ اللحظة الأولى لإقرار الوثائق التي تكفل بالسماح ببناء كيان السلطة الذاتية الفلسطينية، ولعلّه يُمكن القول أنّه منذ بداية تأسيس السلطة وحتى عام 2003 كانت مسألة الفصل بين السلطات غير واضحة المعالم باعتبار أن النظام الجديد مازال وليداً، ويقع داخل احتلال يحرص على التعطيل أكثر مما يحرص على عملية السلام، فكان منصب رئيس السلطة يجمع تقريباً أغلب المناصب السيادية من رئاسة المنظمة وكذلك رئاسة الوزراء، ولم يكن مسائلاً أمام المجلس التشريعي عن أعماله²⁴، لكن ومع صدور القانون الأساسي الفلسطيني، أخذ المجلس التشريعي مكانته القانونية والرقابية التي من المفترض أن يقوم عليها، وقد عبّرت عنها المادة 47 من القانون الأساسي بوظيفتين أساسيتين هما التشريع والرقابة²⁵، شكلنا انطلاقاً قوية لأعضاء المجلس التشريعي للمبادرة بالقيام بدورهم المنشود، رغم الصعوبات التي فرضها الاحتلال والانقسام السياسي الفلسطيني، ويُمكن القول أن المجلس التشريعي ترك تأثيرين مهمين على دور السلطة الفلسطينية باعتبارها قانوناً مرجعية التشريعية لها، تأثير رقابي وآخر تشريعي.

1. التأثير التشريعي

تمر العملية التشريعية داخل المجلس بثلاث مراحل:

- مرحلة تقديم مشاريع القوانين، وهي التي تتم عبر السلطة التنفيذية المتمثلة في رئاسة السلطة الفلسطينية، ورئاسة مجلس الوزراء الفلسطيني. أو عبر أعضاء المجلس ولجانه، الذين يعرضون مقترحيهم على رئيس المجلس والذي بدوره يُحيل المشاريع القانونية للمرحلة الثانية.
 - مرحلة اتخاذ آلية لإقرار مشاريع القوانين والاقتراحات المختصة بها، حيث تجري مناقشة مشاريع القوانين والاقتراحات في قراءتين منفصلتين بحيث يُناقش في القراءة الأولى المشروع مادة مادة، ومن ثم يتم التصويت على المشروع بأكمله²⁵. وفي القراءة الثانية التي تتم خلال شهر يتم مناقشة التعديلات المقترحة ثم يُصوّت على المواد نهائياً.
 - مرحلة إصدار القوانين: وهي مرحلة يتم فيها إحالة القانون الجديد لرئيس السلطة الفلسطينية، من أجل التوقيع عليه ونشره في الجريدة الرسمية، يتضمن ذلك وقتاً حدده القانون بشهر يستطيع الرئيس الفلسطيني خلاله إعادة القانون للمجلس لتقديم ملاحظاته عليه واعتراضاته، ويستطيع المجلس التشريعي نشر القانون في حال اعترض الرئيس عليه بحصول القانون على تصويت الأغلبية المطلقة.
- من المهم أيضاً معرفة أنّه وإلى جانب عملية تشريع القوانين فإن المجلس أيضاً هو من يُشرع الموازنة للسلطة الفلسطينية بكافة جوانبها وذلك بعد تقديم مشروع الموازنة من قبل مجلس الوزراء في بداية كل سنة مالية جديدة.
- لقد استطاع المجلس التشريعي الفلسطيني أن يبني مرجعية تشريعية للسلطة الفلسطينية وإن كانت أولية وبدائية في مراحلها، وبأتي هذا من نقطة البداية التي صنعها المجلس منذ قدومه بتمكين الفلسطينيين من اختيار من يُمثّلهم ويؤدي الدور القانوني عليهم بعد فترة طويلة من التنقل القانوني الذي ساد فيه التأثير الإسرائيلي ومن قبله العربي والبريطاني!

وهذا الأثر كان واضحاً منذ انتخابات المجلس التشريعي عام 1996، حيث تلا ذلك إقرار القانون الأساسي الفلسطيني في التاسع والعشرين من مايو 2002 والذي كان إنجازاً كبيراً للفلسطينيين في تشريع مبدأ الفصل بين السلطات، وتأكيد أن الشعب الفلسطيني هو مصدرها. وهذا فقد عمل المجلس التشريعي على وضع القوانين والموازنات التي ساهمت فيما بعد في بناء اليد الطولى للسلطة الفلسطينية، وقد كان قانون السلك الدبلوماسي رقم (13) لسنة 2005 الذي أقره المجلس التشريعي الفلسطيني أبرز إسهامات المجلس التشريعية في منح السلطة الفلسطينية إمكانية ممارسة السياسة الخارجية الفلسطينية وبلورة متطلباتها وأهدافها.

2. التأثير الرقابي

الدور الرقابي يُقصد به الدور الذي تقوم به السلطة التشريعية لمراقبة السلطة التنفيذية للتأكد من مدى التزامها بالقواعد الدستورية، وفي الحالة الفلسطينية فإن أهم أشكال المراقبة التي تمارسها السلطة التشريعية هي دستورية البرامج الحكومية، من خلال منحها الثقة، وتحقيق مبدأ المحاسبة.

²³ حمدان. تحسين فتحي أحمد، الاختصاص السياسي والدبلوماسي لرئيس السلطة الفلسطينية، رسالة ماجستير، إشراف عبد الرحمن أبو النصر، أكاديمية الإدارة والسياسة للدراسات العليا - غزة - فلسطين، 2014، صفحة 58.

²⁴ مجموعة من الباحثين، جورج جقمان، مي الجبوسي، عزمي الشعيبي، وآخرون، طبيعة النظام السياسي الفلسطيني وإشكاليات التداول السلمي للسلطة - كتاب أوراق في النظام السياسي الفلسطيني وانتقال السلطة، المؤسسة الفلسطينية لدراسة الديمقراطية (مواطن)، رام الله - فلسطين، 2015، صفحة 132.

²⁵ عياش. حسن محمد، المجلس التشريعي في ظل السلطة الوطنية الفلسطينية في الفترة 1996-2006، رسالة ماجستير في العلوم السياسية، إشراف د. فتحي عبد النبي الوحيد، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية - جامعة الأزهر، غزة - فلسطين، 2010، صفحة 99.

وكذلك المراقبة المالية من خلال الموازنة المالية العامة،²⁶ وتعتبر الفترة الذهبية للتأثير الرقابي للمجلس التشريعي الفلسطيني على السلطة الفلسطينية هي التي رافقت صدور القانون الأساسي عام 2003، وحتى عام 2007 العام الذي شهد تمكن الانقسام الفلسطيني من المشهد السياسي، حيث وضح القانون أبرز المهام الرقابية التي يختص بها المجلس تمثلت في:

منح الثقة للحكومة الفلسطينية، وإعطائها الصلاحيات اللازمة للممارسة عملها، حيث أن ثقة المجلس تُمنح لرئيس الحكومة وكافة الأعضاء أو تُحجب عنهم أو عن بعضهم، ويشكل ذلك برامج الحكومة السياسية الداخلية والخارجية، ويندرج تحت ذلك مهام رقابية كتوجيه الأسئلة والاستجابات والمناقشة وطلب التوضيح، وتشكيل لجان تقصي حقائق، وقد مارس المجلس هذا الدور بوضوح من خلال منح الثقة للحكومة الفلسطينية العاشرة التي شاركت فيها حركة حماس، وحاول بعض النواب في المجلس كذلك حجب الثقة عن وزير الداخلية الراحل سعيد صيام، بعد تدهور الأوضاع الأمنية في عهده، إلا أنهم لم يستطيعوا ذلك بسبب عدم حصولهم على الأغلبية²⁷، وبالنظر للأغلبية التي تُشكلها حركة حماس في المجلس آنذاك.

متابعة الميزانية التشغيلية للسلطة الفلسطينية، من خلال مراقبة واردات الحكومة ومصروفاتها، ومدى قانونيتها، وقد نص القانون الأساسي علة جوب مُراجعة المجلس التشريعي الحساب الختامي لميزانية السلطة الوطنية في مدة لا تزيد عن السنة الواحدة من تاريخ انتهاء السنة المالية، باباً باباً وكذلك يكون التصويت. حيث ينتهي ذلك بإقرار الخطة العامة للتنمية، والتي يتم عرضها على المجلس التشريعي الفلسطيني من قبل السلطة التنفيذية.

تعتبر الرقابة بشكل عام، وخصوصاً ما يُتيحه القانون الفلسطيني للمجلس التشريعي أحد أهم الأسانيد القانونية التي تُتيح للبرلمان الحق في التدخل في العلاقات الخارجية²⁸ الفلسطينية وخصوصاً السلطة الفلسطينية التي يُشكل المجلس التشريعي أحد أهم أركانها. حيث أنها من خلال دور المجلس في الرقابة على البرامج الحكومية، يُقرر إذا ما كانت تتناسب مع السياسات العامة للمجلس أو غيرها، ومن خلال ذلك يضع الخطوط العريضة للسياسة الخارجية الفلسطينية، بما في ذلك فإن الرقابة التشريعية على القوانين هي من تُتيح إصدار المجلس العديد من القوانين التي يكون لها التأثير المباشر أو الغير مباشر على السياسة الخارجية الفلسطينية.

المطلب الثاني: القانون الأساسي الفلسطيني

يُعتبر القانون الأساسي الفلسطيني أحد أهم المرجعيات القانونية التي صاحبت إنشاء السلطة الوطنية الفلسطينية، ليس لأنه بمثابة الوثيقة القانونية العليا، ولكنه كان أول التجربة الأولى للفلسطينيين في اختيار قوانينهم، وتحديد نمط حكمهم، رغم عوائق الاحتلال، والمشاكل السياسية المتعاقبة. فالسلطة الفلسطينية منذ نشأتها، لم يتوانى الساسة الفلسطينيون في النظر على المرجعيات القانونية لها، وقد بدأ ذلك من القرار الشهير الذي اتخذته الرئيس الفلسطيني الراحل منذ دخوله الأراضي الفلسطينية الداخلة حيز اتفاق أوسلو، المتعلق بإعادة العمل بالقوانين والأوامر والأنظمة التي كان معمولاً بها قبل العام 1967²⁹، في إشارة للمرجعيات القانونية المصرية التي كانت تحكم قطاع غزة والأردنية التي كانت تحكم الضفة الغربية، ثم صدر قانون الانتخابات 1995 بالاتفاق مع الإسرائيليين، والذي بموجب تم انتخاب المجلس التشريعي الفلسطيني الأول، والذي مُنح صلاحية إعداد المرجعية القانونية الكاملة للسلطة الفلسطينية، أو ما تعارف على تسميته القانون الأساسي الفلسطيني عام 1997.

الفرع الأول: القانون الأساسي ومشروع الدستور الفلسطيني

يُعتبر الدستور أحد أهم مقومات الدولة الحديثة، وأحد أهم ركائزها القانونية والتشريعية، باعتباره يُحدد الخطوط العريضة للسياسات الداخلية والخارجية للدولة. وفي الحالة الفلسطينية استطاع المجلس التشريعي والذي هو بمثابة السلطة التشريعية المنتخبة عام 1996، الشروع في إعداد النظام الدستوري للسلطة الفلسطينية، ساعده في هذا لجان مُختصة، من أجل تشكيل دستور قانون يُدير المرحلة الانتقالية، والذي سعي لاحقاً كما ذكرنا سابقاً بمشروع القانون الأساسي الفلسطيني للسلطة الوطنية الفلسطينية، والذي هو بمثابة مجموعة من النصوص القانونية وضحت طبيعة نظام الحكم للسلطة الوطنية الفلسطينية، فالقانون الأساسي: قانون مكتوب (مدون) حيث أن قواعده الدستورية مسجلة في وثيقة رسمية مكتوبة، وهي تشمل على 121 مادة قانونية تتعلق بتوضيح طبيعة نظام الحكم الفلسطيني ومكوناته³⁰، حيث نصّت المادة (5) منه على أن "نظام الحكم في فلسطين نظام ديمقراطي نيابي يعتمد على التعددية السياسية والحزبية وينتخب فيه رئيس السلطة الوطنية انتخاباً مباشراً من قبل الشعب، وتكون الحكومة مسؤولة أمام الرئيس والمجلس التشريعي". فيما نصّت المادة (2) منه على أن "الشعب مصدّر السلطات، ويمارسها عن طريق السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية على أساس مبدأ الفصل بين السلطات...".

واجه القانون الأساسي عدة صعوبات منذ إقراره من قبل المجلس التشريعي ابتداءً من رفض الرئيس الراحل ياسر عرفات التوقيع عليه باعتباره الرئيس الفلسطيني، وانتهاءً بسياسات الاحتلال التي كانت ضاغطة باتجاه التبعية القانونية للاتفاقيات الإسرائيلية الفلسطينية بشكل كامل والتي تُنص

²⁶ أبو جلمبو. أحمد موسى محمود، تفويض الاختصاص في القانون الفلسطيني، رسالة ماجستير، إشراف / باسم بشناق، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، 2016، صفحة 110-112.

²⁷ مرجع سابق: عياش. حسن محمد، المجلس التشريعي في ظل السلطة الوطنية الفلسطينية في الفترة 1996-2006 صفحة 103.

²⁸ أبو النور. عبد القادر شعبان، واقع الدبلوماسية الفلسطينية والمستقبلها 2006 - 2013، رسالة ماجستير، إشراف/ عاطف عدوان، أكاديمية الإدارة والسياسات العليا، جامعة الأقصى، غزة - فلسطين، 2016، صفحة 75.

²⁹ شبير. محمد سليمان، التطور التاريخي للنظام القانوني في فلسطين، مكتبة جامعة الأزهر، غزة - فلسطين، الطبعة الأولى 2011، صفحة 56.

³⁰ غانم. هاني، النظام الدستوري الفلسطيني، محاضرات مكتوبة منشورة على موقع الجامعة الإسلامية، 2013. للمزيد راجع: <http://site.iugaza.edu.ps/hghanem>

على موافقة الاحتلال على كل قانون يتم إصداره، إلا أن هذا كله لم يمنع السعي الدائم لتطوير مشروع القانون الأساسي ليصبح دستوراً فلسطينياً خالصاً كنقطة بداية للدولة الفلسطينية، فقد تمت المصادقة على تشكيل لجنة خاصة من قبل رئيس السلطة الفلسطينية أواخر عام 1999 لإعداد دستور فلسطين، بحيث يُشكل الدستور الخطوة الأولى لإعلان الدولة الفلسطينية، وفقاً لاتفاقات أوسلو. رأس اللجنة الدكتور نبيل شعث، بصحبة عدد من الأكاديميين الدستوريين الذين استطاعوا تقديم عدة مسودات كان آخرها المسودة الثانية والتي نُشرت في فبراير 2003، لكن توقف الأمر على هذا الحد، فقد رأى البعض أنّ صياغة دستور فلسطيني للدولة في تلك الفترة كان يهدف إلى تحقيق أغراض سياسية تكتيكية، من أجل توجيه الرسائل السياسية للدولة الاحتلال والمجتمع الدولي، يؤكد ذلك تراجع الاهتمام بموضوع الدستور والذي واجه عدة إشكاليات يُمكن تلخيصها في³¹:

- طبيعة العلاقة القائمة بين أطراف النظام السياسي الفلسطيني، والتي يُنقصها الكثير من الأحكام والمرجعيات الدستورية.
- تراجع الدور المنوط بالمؤسسة التشريعية لحساب السلطة التنفيذية التي كانت مهيمنة على المشهد الفلسطيني في مُنظمة التحرير والسلطة الفلسطينية.
- عدم وجود ضامن حقيقي يكفل مُسائلة المؤسسات السياسية الفلسطينية، وغياب التوازن الكامل الذي يضمن الفصل بين مؤسسات الحكم التنفيذية والتشريعية والقضائية.
- المحاولات الكثيرة لتعطيل المجلس التشريعي من قبل الأطراف السياسية الفاعلة، لأجل منع أي عراقيل تشريعية قد تقف عقبة في وجه القرارات السياسية الداخلية والخارجية.

كنتيجة لعدم إتمام مشروع الدستور الفلسطيني، تم إصدار القانون الأساسي ليُشكل المرجعية القانونية الأساسية للسلطة الفلسطينية، ووافق ذلك مباشرة بعد انهيار مفاوضات السلام في كامب ديفيد واندلاع الانتفاضة الفلسطينية الثانية، حيث كانت هناك خشية من انهيار مؤسسات السلطة الفلسطينية، ولذلك تطلب أن يكون القانون الأساسي هو الحامي لها والمرجعية التي يُمكن من خلالها النهوض من جديد بمؤسسات النظام الفلسطيني.

الفرع الثاني: المرجعية السياسية في القانون الأساسي الفلسطيني

لقد جاء القانون الأساسي الفلسطيني في وقت عصيب كانت تمر به الحالة الفلسطينية، ذلك أن اندلاع الانتفاضة الفلسطينية الثانية كنتيجة مباشرة للانتهاكات المستمرة للاحتلال، بالإضافة إلى الفشل السياسي الذريع في مفاوضات إحلال السلام في كامب ديفيد برعاية أمريكية بين الحكومة الإسرائيلية ومُنظمة التحرير، أظهر تحدياً كبيراً في وجه الأطراف الدولية باتجاه إمكانية انحلال مؤسسات السلطة الفلسطينية وانهيارها بشكل تام، وبالتالي فإنه من أجل المحافظة على خط السلام الفلسطيني الإسرائيلي، وبناء نواة حقيقية للدولة الفلسطينية، تطلب الأمر مراجعة هيكليّة السلطة الفلسطينية، والنظام المؤسساتي فيها، وهو ما يتطلب مراجعة قانونية شاملة.

من هنا تم ملاحظة ضرورة وجود مرجعية دستورية تكون ذات صبغة تتجاوز كافة قدرات الأطراف السياسية الفلسطينية، لتُصبح فوق الجميع، وبالتالي يُمكن من خلالها البدء فوراً بتطبيق بنودها لإعادة هيكلة السلطة الفلسطينية التي كانت هشّة بما فيه الكفاية، لتفقد السيطرة على الحالة الثورية الشعبية التي امتدت في كافة الأراضي الفلسطينية والتي تقع ضمن حدود حكم مؤسساتها بما يتوافق مع مُخرجات اتفاق أوسلو؛ فكان لهذا صدور القانون الأساسي الفلسطيني.

صحيح أن القانون الأساسي لم يُغير شكل النظام الفلسطيني البرلماني والرئاسي (نظام مُختلط) الذي كان قائماً بعد 1995، لكنّه عمل على مؤسسة النظام بدرجة كافية، لأن يوزع الأطراف السياسية الفاعلة بما يتناسب مع دورها في المشهد الفلسطيني، واستطاع القانون أن يُمثّل مرجعية سياسية من خلال تحديد الصلاحيات والفصل بين السلطات الثلاث، حيث حصّن المجلس التشريعي، ووضّح ماهية صلاحيات الرئيس، وبعد تعديل القانون الأساسي عام 2003، كانت مسألة تحديد الصلاحيات أكثر وضوحاً، حين تم استحداث منصب رئاسة الوزراء، والذي تولى جزءاً من صلاحيات الرئيس³²، وأصبح مسؤولاً ومُسألاً أمام المجلس التشريعي، كما حُصرت مهام رئيس السلطة الفلسطينية بدرجة مُعينة، رُغم الانتقادات الكثيرة التي طالت غياب المُسائلة والرقابة عن عدد من الأجهزة الأمنية التي تتبع الرئيس مباشرة، فالكثير من المُراقبين يعتبرون أن القانون الأساسي وإن استطاع أن يؤدي دوراً مُهماً في جاء به إلا أنّ مهمته بقيت ناقصة، وهو ما خلق إشكاليات في تنازع الصلاحيات، خصوصاً بعد الانتخابات الرئاسية والتشريعية الثانية، التي أنتجت فوز حركة حماس بالمؤسسة التشريعية وبالتالي رئاسة الوزراء، في حين كان رأس السلطة هو الرئيس محمود عباس والذي كان محسوباً على حركة فتح، مما ساهم في إحداث الانقسام الفلسطيني 2006.

بقي القانون الأساسي يُشكل مرجعية سياسية ودستورية، حتى بعد الانقسام الذي حصل بين المؤسسة التشريعية التي تُسيطر عليها حركة حماس وبين السلطة التنفيذية التي تُسيطر عليها حركة فتح، حيث لجأ الرئيس الفلسطيني إلى ملء الفراغ الناتج عن غياب المجلس التشريعي إلى الاستخدام المُتكرر للمادة 43 من القانون الأساسي والتي تنص على أنّ "لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من

³¹ مرجع سابق، أوراق في النظام السياسي الفلسطيني وانتقال السلطة، المؤسسة الفلسطينية لدراسة الديمقراطية (مواطن)، رام الله - فلسطين، 2015، صفحة 72-73.

³² مرجع سابق، أوراق في النظام السياسي الفلسطيني وانتقال السلطة، المؤسسة الفلسطينية لدراسة الديمقراطية (مواطن)، رام الله - فلسطين، 2015، صفحة 75.

قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون" وبالتالي تُجيز له في حالة الضرورة التي يُقرها هو إصدار مراسيم لها قوة القانون، وهو ما يُشكّل خلافاً في المرجعية القانونيّة التي تسمح بشكل مباشر أو غير مباشر لاستمرار حالة الانقسام، دون حدود زمنية وتشريعية واضحة، وإن تعدّد البعض بعدم وجود حالة استقرار سياسي فلسطيني، كسبب يؤدي إلى عدم الاستقرار القانوني والدستوري، لتؤول الأوضاع إلى حالها أثناء كتابة هذه السطور.

القانون الدبلوماسي الفلسطيني

يُعتبر إصدار قانون السلك الدبلوماسي رقم (13) عام 2005 من قبل المجلس التشريعي الفلسطيني المؤسسة التشريعية في السلطة الفلسطينية، هو العلامة الفارقة التي ميّزت بين مؤسسات مُنظّمة التّحرير والسلطة الفلسطينية في ممارسة السياسة الخارجيّة الفلسطينية، أو جزء منها، فبعد أن كانت الوظيفة الدبلوماسية مهمة الدائرة السياسيّة في مُنظّمة التّحرير الفلسطينية، والتي تخضع لقانون المُنظّمة الداخلي، بالتالي غياب أي مراجع قانونية رسمية لتأطير العمل الدبلوماسي الفلسطيني، جاء القانون الدبلوماسي الفلسطيني كإطار قانوني يحدد الصلاحيات ويبين المهام المناطة بوزارة الخارجيّة الفلسطينية والبعثات الخارجيّة، باعتبارها مؤسسات تتبع (الدولة الفلسطينية)، ورغم أن قانون السلك الدبلوماسي نفسه قد نص على "إن إقرار المجلس التشريعي لقانون السلك الدبلوماسي الفلسطيني لا يشكل مساساً أو انتقاصاً من مُنظّمة التّحرير الفلسطينية باعتبارها الممثل الشرعي والوحيد للشعب الفلسطيني وهي مرجعية السلطة الوطنيّة الفلسطينية، وذلك التزاماً بما ورد في مقدمة القانون الأساسي للسلطة الوطنيّة الفلسطينية" حيث أراد المُشرّع إصالح رسالة بأن القانون في النهاية مرجعيته مُنظّمة التّحرير بعد السلطة الفلسطينية، إلا أن الواقع خالف ذلك، حيث أنّ القانون زاد من حدود الصلاحيات بين الأجهزة المُختصة بالسياسة الخارجيّة، وبالتالي فرض عليها مزيداً من التعقيد، أكد ذلك الغياب التدريجي للدائرة السياسيّة وبروز وزارة الخارجيّة الفلسطينية، والتي على رأسها وزيراً يرجع إلى الحكومة الفلسطينية التي هي تتبع مؤسسات السلطة الفلسطينية وتخضع لقوانينها بعيداً عن مُنظّمة التّحرير.

لكن من جانب آخر استطاع القانون بقدمه إبراز المؤسسات الفلسطينية العاملة في السياسة الخارجيّة سواء الدبلوماسية منها والتنفيذية، كمؤسسات دولة، فوضع القانون مواداً من 45 مادة توضّح مهام البعثات الدبلوماسية وموضّحاً مهام وزارة الخارجيّة في إطار العمل الدبلوماسي، وهو مهم من جانب أن القانون ليس قانوناً يُعالج السياسة الخارجيّة الفلسطينية، ولكنه يعالج الدبلوماسية الفلسطينية، التي هي مجرد أداة من أدوات السياسة الخارجيّة الفلسطينية، وعلى هذا يُمكننا القول:

أنّ السلطة الفلسطينية استطاعت من خلال القانون الدبلوماسي الفلسطيني دمج كافة البعثات الدبلوماسية والسفارات والمؤسسات التي تتبع الدائرة السياسيّة سابقاً إلى وزارة الخارجيّة، في حين بقيت مُنظّمة التّحرير بمثابة الإطار العام المُشرف على منظومة السياسة الخارجيّة بمجملها، ولذلك نجد أنّه في مسائل جوهرية في السياسة الخارجيّة تقوم مُنظّمة التّحرير بتصدّر المشهد كمسألة المُفاوضات مع الاحتلال مثلاً، لكن في الاتفاقيات الثنائية مع الدُول والتي تأخذ طابعاً دبلوماسياً وتحت إطار التعاون الدُولي، فوزير الخارجيّة الفلسطينية هو من يقوم بهذا الدور، طبقاً لما منحه قانون السلك الدبلوماسي من صلاحيات.

هذا التكامل ساعد في استيعابه الخلط في المواقع والمناصب لأشخاص النظام السياسي الفلسطيني، فمن يعمل باسم مُنظّمة التّحرير، هو نفسه من يعمل في مؤسسات السلطة الفلسطينية، وأقرب مثال لهذا الرئيس الفلسطيني محمود عباس، الذي هو رئيس السلطة الفلسطينية من جهة ومن جهة أخرى هو رئيس اللجنة التنفيذية أعلى سلطة في مُنظّمة التّحرير الفلسطينية.

الخاتمة:

ساهمت المرجعيات الدولية للسياسة الخارجية الفلسطينية في فرض قواعد للسلام بين الجانبين الفلسطيني والإسرائيلي على المستوى الرسمي، وإبراز ساحة النزاع القانوني بين الطرفين، وخلق نوع من التشاركية الاقتصادية والسياسية والأمنية لتخفيف حدة النزاع القائم، ضمن رؤية محددة لم تقدّم حلولاً ملموسة تقضي بإنهاء الصراع ووضع حلول جذرية.

وهو ما انعكس على قواعد العمل السياسي الفلسطيني، فالمرجعيات القانونية الدولية والمتمثلة في القانون الدبلوماسي الدولي واتفاق أوسلو حددت دور السلطة الوطنية فقط في إطار الحل السلمي، وأحداث عملية سلام مرهونة بنصوص معاهدة أوسلو لبناء نظام سياسي فلسطيني جديد يُحجّم دور منظمة التحرير، ويُقصي كافة المخرجات الدبلوماسية التي حققتها منظمة التحرير طمعاً في أهداف أخرى تُتمم عملية التسوية والتي لم تتحقق حتى كتابة هذه السطور بسبب تنكر الاحتلال لالتزاماته القانونية، وضعف الأداء الفلسطيني في استئصال حقوقه التي أقرتها له القوانين والمواثيق الدولية. ولعل هذا الضعف هو نتيجة لعدم تحكيم المرجعيات الداخلية للسياسة الخارجية الفلسطينية، فالمجلس التشريعي أداة التشريع والرقابة الأولى على السلطة التنفيذية حسب القانون الأساسي تم تعطيل عمله، ولم يتم الاعتراف بنتائج الانتخابات عام 2006 نتيجة لعدم موافقة الأطراف الدولية على تصدر حركة حماس الفلسطينية للنتائج باعتبارها ترفض الحل السلمي حسب وجهة النظر الإسرائيلية والغربية.

وكتحصيل حاصل بتوقف المجلس التشريعي تعطل الكثير من نصوص القانون الأساسي الفلسطيني، وقد عمق الانقسام الفلسطيني ذلك، مما أدى لخلل حقيقي في المرجعيات القانونية والتشريعية لعمل المؤسسات السيادية الرسمية، والتي منها مؤسسات السياسة الخارجية الفلسطينية، وهذا فإنّ الجمهور الفلسطيني غير قادر على متابعة الأهداف المرحلية الحالية وقياس أي إيجابية بشكل وازن، بل هناك نوع من الخذلان على المستوى السياسي خلف نظاماً هزماً مضى عن حاجته للانتخابات أكثر من عقد من الزمن، أصاب كافة مناحي العمل الدبلوماسي الفلسطيني، وألقى بظلاله على آمال الفلسطينيين نحو أي تغيير حقيقي يُمكن أن يأتي بنتيجة ملموسة على المستوى القريب، وفيما يلي أهم النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج:

- خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها ما يلي:
- توقيع اتفاق أوسلو من قبل منظمة التحرير قيّد عمل مؤسسات السياسة الخارجية الفلسطينية، وحصر دورها في تطبيق السلام والتعاون الأمني ونبذ المقاومة.
- أثرت عملية السلام الفلسطينية الإسرائيلية التي انطلقت مع اتفاق أوسلو، بشكل مباشر على النظام السياسي الفلسطيني، وساهمت بشكل أساسي في تعزيز مؤسسات السلطة الوطنية على حساب دور منظمة التحرير، وهو ما يعني سياسة خارجية فلسطينية لا تُعنى بمشاكل أكثر من 7 مليون فلسطيني يتواجدون في مخيمات اللجوء حول العالم.
- نجاح التجربة الديمقراطية الفلسطينية في الانتخابات التشريعية والرئاسية 1996 – 2006 مهّد الطريق للمشرّع الفلسطيني أن يفرض واقعاً جديداً مقاوماً لظروف الاحتلال، متجاوزاً العمل الدبلوماسي لمنظمة التحرير وتاريخها الحافل بالسياسة الخارجية لمنح السلطة الفلسطينية مرجعاً قانونياً يمنحها صلاحيات ممارسة السياسة الخارجية والتمثيل الدبلوماسي بكل أريحية، ولو على حساب دور المنظمة.
- تعطيل عمل المجلس التشريعي بقرار من رأس السلطة التنفيذية عام 2018 عطل المبادرات التشريعية، وقيّد المساحة الوطنية التي يُمكن أن تدفع بتحسين عمل مؤسسات السياسة الخارجية وتطوير أدائها، والأهم من ذلك غيب الرقابة ومتابعة الأداء.

ثانياً: التوصيات:

- وبناءً على النتائج التي خلصت إليها الدراسة فإننا نوصي بما يلي:
- ضرورة إجراء انتخابات رئاسية وتشريعية فلسطينية جديدة من أجل إعادة الاعتبار للمؤسسة التشريعية الفلسطينية.
- إعادة تفعيل مؤسسة منظمة التحرير باعتبارها الممثل الشرعي والوحيد، وإعادة دورها الرئيسي إلى جانب السلطة الوطنية الفلسطينية، وهذا التفعيل يجب أن يشمل جميع أطراف الشعب الفلسطيني، بما فيها حركتي حماس والجihad الإسلامي.
- إحياء النقاش الفصائلي والحزبي والمُجتمعي حول المشروع الوطني الفلسطيني، والخروج بأهداف واضحة للسياسة الخارجية الفلسطينية تحمل في طياتها دعماً داخلياً وإقليمياً لمواجهة الهيمنة الإسرائيلية وتعزيز الرواية الفلسطينية، من أجل استعادة الحق الفلسطيني كاملاً.
- إعادة الاعتبار للسفارات الفلسطينية حول العالم من خلال بناء قانوني فعال ينظم دورها ويسمح بالرقابة عليها، ويؤهلها لخدمة الأهداف الوطنية الفلسطينية، دون أي انحياز حزبي أو فصائلي.

المراجع:

أولاً: المراجع العربية:

- بروم، شلومو. (2013). عملية أوسلو في الميزان بعد 20 عاماً: اتفاق أوسلو والسلام المستحيل، معهد دراسات الأمن القومي الإسرائيلي. مجلة عدكان / استراتيجي: مجلد 16، عدد 2 تموز / يوليو، مترجمة من قبل يولا البطل مؤسسة الدراسات الفلسطينية - فلسطين.
- توام. رشاد. (2013) *دبلوماسية التحرر الوطني التجربة الفلسطينية (مقاربة في القانون الدولي والعلاقات الدولية)*. معهد إبراهيم أبو لغد للدراسات الدولية، بير زيت، فلسطين.
- جاد، محسن علي. (1996). *معاهدات السلام - دراسة تأصيلية تطبيقية على ضوء قواعد القانون الدولي*. الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة - مصر.
- أبو جلمبو، أحمد موسى محمود. (2016). *تفويض الاختصاص في القانون الفلسطيني*. رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة - فلسطين.
- حجاب، حنين محمد أكرم. (2011). *دور الرئيس التشريعي في النظام السياسي الفلسطيني - دراسة مقارنة*. رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية - نابلس، فلسطين.
- حمدان، تحسين فتحي أحمد. (2014). *الاختصاص السياسي والدبلوماسي لرئيس السلطة الفلسطينية*. رسالة ماجستير، أكاديمية الإدارة والسياسة للدراسات العليا - غزة - فلسطين.
- الرشدان، عبد الفتاح علي، محمد خليل الموسى. (2005). *أصول العلاقات الدبلوماسية والقنصلية*. المركز العلمي للدراسات السياسية، المملكة الأردنية الهاشمية.

- زراص، النفاتي. (2001). *إتفاقات أوسلو وأحكام القانون الدولي*. منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر.
- سرحان، عبد العزيز محمد. (1986). *قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية - دراسة تحليلية في الفقه والقضاء الدوليين وأحكام اتفاقيتي فيينا عام 1963/1961*. جامعة عين شمس، مصر.
- سعد، وائل. (2013). *قراءة نقدية في تجربة السلطة الفلسطينية*. دراسة علمية نشرها مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت - لبنان.
- سليم، محمد السيد. (1998). *تحليل السياسة الخارجية*. مكتبة النهضة المصرية - القاهرة، الطبعة 2.
- شبير، محمد سليمان. (2011). *التطور التاريخي للنظام القانوني في فلسطين*. مكتبة جامعة الأزهر، غزة - فلسطين.
- الشفاقي، خليل. (1996). *عملية السلام والبناء الوطني ومستقبل التحول نحو الديمقراطية في فلسطين*. مقال نشرته مجلة الدراسات الفلسطينية، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، بيروت - لبنان، العدد 25 شتاء.
- عباس، محمود. (2011). *طريق أوسلو - موقع الإتفاق يروي الأسرار الحقيقية للمفاوضات*. الطبعة 2. رام الله - فلسطين.
- العجومي، محمود عبدربه. (2011). *الدبلوماسية - النظرية والممارسة*. نسخة رقمية PDF، الجامعة الإسلامية - غزة.
- عودة، عدنان. (2004). *النظام الانتخابي الفلسطيني وتأثيره على النظام السياسي والحزبي*. المركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية، دائرة السياسة والحكم، رام الله - فلسطين.
- عياش، حسن محمد. (2010). *المجلس التشريعي في ظل السلطة الوطنية الفلسطينية في الفترة 1996-2006*. رسالة ماجستير في العلوم السياسية، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية - جامعة الأزهر، غزة - فلسطين.
- كيالي، ماجد. (2003). *بعد ثلاثة أعوام كامب ديفيد وتداعياتها نحو مراجعة نقدية للسياسة الفلسطينية*. مقال نُشر في مجلة الدراسات الفلسطينية، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، بيروت - لبنان، العدد 55.
- مجموعة من الباحثين، جورج جقمان، مي الجبوسي، عزمي الشعيبي، وآخرون. (2015). *تجربة النظام السياسي الفلسطيني في ظل السلطة الفلسطينية*. - كتاب أوراق في النظام السياسي الفلسطيني وانتقال السلطة، المؤسسة الفلسطينية لدراسة الديمقراطية (مواطن)، رام الله - فلسطين.
- أبو النور، عبد القادر شعبان. (2016). *واقع الدبلوماسية البرلمانية الفلسطينية ومستقبلها 2006 - 2013*، رسالة ماجستير، أكاديمية الإدارة والسياسات العليا. جامعة الأقصى، غزة - فلسطين.

ثانياً: القوانين:

القانون الأساسي المعدل لسنة 2003.

قانون السلك الدبلوماسي رقم (13) لسنة 2005م.

مسودة الدستور الفلسطيني 2003.

ثالثاً: الاتفاقيات:

اتفاق القاهرة الخاص بتنفيذ الحكم الذاتي في قطاع غزة ومنطقة أريحا 1994/5/4، للمزيد راجع: http://info.wafa.ps/ar_page.aspx?id=4235 اتفاقية طابا 1995-9-28، البند 20

راجع ميثاق الأمم المتحدة الفصل السادس في حل المنازعات حلا سلميا المادة 33-1. للمزيد راجع:

<https://www.un.org/ar/sections/un-charter/chapter-vi/index.html>

المسودة النهائية لاتفاق أوسلو.

نص معاهدة فيينا 1969، مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا. للمزيد راجع: <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/viennaLawTreatyCONV.html>

A group of researchers, George Gagaman, May Al-Jayousi, Azmy Al-Shuaibi, and others, (2015). *Tajribat Alnnizam Alsiyasii Alfilastini Fi Zili Alssultat Alfilastinit* 'The Experience of the Palestinian Political System under the Palestinian Authority'. Papers book on the Palestinian political system and the transfer of power, Palestinian Institute for the Study of Democracy (Muwatin), Ramallah - Palestine. [in Arabic]

Abbas, M. (2011). *Tariq 'Uwslu - Mwqqe Al'ittifaq Yarwi Al'asrar Alhaqiqiat Lilmufawadati* 'The Oslo Road - the signatory of the agreement tells the real secrets of the negotiations'. Edition 2. Ramallah - Palestine. [in Arabic]

Abu Al-Nour, A. Sh. (2016). *Waqie Aldublwumasiat Albarlamaniat Alfilastinit Wmustqblha 2006 - 2013* 'The Reality and Future of Palestinian Parliamentary Diplomacy 2006-2013'. Master Thesis, Academy of Management and Higher Policies. Al-Aqsa University, Gaza - Palestine. [in Arabic]

Abu Jalambo, A. M. (2016). *Tafwid Alaiktisat Fi Alqanun Alfilastini* 'Delegation of jurisdiction in Palestinian law'. Master Thesis, Islamic University, Gaza - Palestine. [in Arabic]

Al-Rashdan, A. Ali and Al-Mousa, M. Kh. (2005). *'Usul Aleilaqat Aldublwumasiat Walqunsuliati* 'Principles of diplomatic and consular relations'. Scientific Center for Political Studies, Hashemite Kingdom of Jordan. [in Arabic]

- Ayyash, H. M. (2010). *Almajlis Altashrieiu Fi Zili Alssultat Alwataniat Alfilastinit Fi Alftrat 1996-2006* 'The Legislative Council under the Palestinian National Authority in the period 1996-2006'. Master's thesis in Political Science, Faculty of Economics and Administrative Sciences - Al-Azhar University, Gaza - Palestine. [in Arabic]
- Brom, Sh. (2013). *Eamaliat 'Uwslua Fi Almizan Baed 20 Eamaan: Aitifaq Awsilua Walsalam Almustahil, Maehad Dirasat Al'amn Alqawmii Al'iisrayiili* 'The Oslo Process in the Balance 20 Years Later: The Oslo Accords and the Impossible Peace, Institute for National Security Studies'. Adkan Strategic Journal: 16 (2), translated by Yola Al-Batal, Institute for Palestine Studies - Palestine. [in Arabic]
- Gad, M. A. (1996). *Mueahadat Alssalam - Dirasat Tasiliat Tatbiqiat Ealaa Daw' Qawaeid Alqanun Alddualy* 'Peace treaties - a fundamental and applied study in the light of the rules of international law'. The Egyptian General Book Authority, Cairo - Egypt. [in Arabic]
- Hamdan, T. F. A. (2014). *Alaikhtisas Alsiyasiu Waldiblumasii Lirayiys Alssultat Alfilastini* 'The political and diplomatic competence of the President of the Palestinian Authority'. Master's thesis, Academy of Management and Politics for Postgraduate Studies - Gaza - Palestine. [in Arabic]
- Hijab, Haneen Muhammad Akram (2011). *Dawr Alrayiys Altashrieii Fi Alnnizam Alsiyasii Alfilastini - Dirasat Muqaranati* 'The role of the legislative president in the Palestinian political system - a comparative study'. Master's Thesis, College of Graduate Studies, An-Najah National University - Nablus, Palestine. [in Arabic]
- Kayali, M. (2003). *Baed Thalathat 'Aewam Kamb Difid Watadaeiātuha Nahw Murajaeat Naqdiat Lilsiyasat Alfilastini* 'Three Years After Camp David and Its Repercussions Toward a Critical Review of Palestinian Politics'. An article published in the Journal of Palestinian Studies, Institute for Palestine Studies, Beirut - Lebanon, Issue 55. [in Arabic]
- Odeh, A. (2004). *Alnnizam Alaintikhabii Alfilastini Watathiruh Ealaa Alnnizam Alsiyasii Walhizbi* 'The Palestinian electoral system and its impact on the political and party system'. Filastin Center for Political and Survey Research, Department of Politics and Governance, Ramallah - Palestine. [in Arabic]
- Rosenau, James N. (1974). *Comparing Foreign Policies: Why? What? How?* in "Comparing Foreign Policies: theories, finding, methods. New York, SAGE Publications.
- Saad, W. (2013). *Qira'at Naqdiat Fi Tajribat Alssultat Alfilastini* 'A critical reading of the experience of the Palestinian Authority'. A scientific study published by Alzaytunat Center for Studies and Consultations, Beirut - Lebanon. [in Arabic]
- Salim, M. Al. (1998). *Tahlil Alssiasat Alkharijia* 'Foreign policy analysis'. Alnahdat Almisriat Library - Cairo, 2nd edition. [in Arabic]
- Sarhan, A. M. (1986). *Qanun Aleilaqat Aldublumasii Walqunsuliat - Dirasat Tahliliat Fi Alfiqh Walqada' Alddualyyn Wa'ahkam Aitifaqiatay Fiyinaa Eam 1961/1963* 'Diplomatic and consular relations law - an analytical study in international jurisprudence and jurisprudence and the provisions of the Vienna Conventions of 1961/1963'. Ain Shams University, Egypt. [in Arabic]
- Shabir, M. S. (2011). *Altawur Altaarikhiu Lilnizam Alqanunii Fi Filastina* 'Historical development of the legal system in Palestine'. Al-Azhar University Library, Gaza - Palestine. [in Arabic]
- Shikaki, Kh. (1996). *Eamaliat Alssalam Walbina' Alwatani Wamustaqbal Altahawul Nahw Aldiymuqratiat Fi Filastin* 'The peace process, national construction, and the future of transition towards democracy in Palestine'. An article published by the Journal of Palestinian Studies, Institute for Palestine Studies, Beirut - Lebanon, Issue 25 Winter. [in Arabic]
- Twins, R. (2013). *Dublumasii Altaharur Alwatani Altajribat Alfilastini (Muqaribat Fi Alqanun Alddualy Waleilaqat Aldualia)* 'Diplomacy of National Liberation: The Palestinian Experience (An Approach in International Law and International Relations)'. Ibrahim 'Abu Lighad Institute of International Studies, Bir Zeit, Palestine. [in Arabic]
- Zarras, A. (2001). *'Ittifaqat 'Uwslu Wa'ahkam Alqanun Alddualy* 'Oslo Accords and the provisions of international law'. Almaearifi facility, Alexandria - Egypt. [in Arabic]

السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تحديد العقوبة (تأصيل تاريخي)

The Discretionary Power of the Criminal Judge in Determining the Penalty (Historical Rooting)

بيان بنت علي المهرية

Bayan Ali Al Mahri

سيف بن أحمد الرواحي

Saif Ahmed Al Rawahi

Accepted

قبول البحث

2022/10/27

Revised

مراجعة البحث

2022 /10/10

Received

استلام البحث

2022 /9/ 7

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.3.3>



This file is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تحديد العقوبة (تأصيل تاريخي)

The Discretionary Power of the Criminal Judge in Determining the Penalty (Historical Rooting)

بيان بنت علي المهريّة

Bayan Ali Al Mahri

محاضر - قسم الحقوق - كلية الزهراء - عُمان

Lecturer, Law Department, Al Zahra College for Women, Oman

Bayan_almahri@hotmail.com

سيف بن أحمد الرواحي

Saif Ahmed Al Rawahi

أستاذ مشارك - قسم القانون العام - كلية الحقوق - جامعة السلطان قابوس - عُمان

Associate professor, Public Law section, Law Department, Sultan Qaboos University, Oman

rawahi82@squ.edu.om

الملخص:

إن الجريمة عاشت متطورة مع تطور المجتمع، وعليه تم وضع جزاءات عليها من شأنها درأ خطرهما على المجتمع، وذلك بما يكفل أمنه واستقراره وحمايته، إلا أن باختلاف الأزمنة وتعدد التجارب تولدت لدى التشريعات الجزائية القناعة بضرورة تمكين القاضي الجزائي من استخراج التحديد الواقعي للعقوبة، من خلال ما يعرف حالياً بـ (السلطة التقديرية) والمتمثلة في قدرة القاضي على اختيار العقوبة الملائمة لإيقاعها على المجرم. ويتأتى ذلك بفهم أهداف العقوبة والإطلاع على ظروف الواقعة ومرتكبها، وإعمال الفكر في إدراك ملائمتها، حتى يصدر الحكم متفقاً وفق صحيح القانون، وملاناً لظروف الجريمة ومرتكبها، ومحققاً للمصلحة التي يبتغيها المشرع.

وترتيباً على ذلك توصلت هذه الورقة إلى نتائج وتوصيات متمثلة في تبيان أن السلطة التقديرية قد ظهرت بالشكل التدريجي مع مرور الزمن؛ نظراً لاختلاف وتطور المجتمعات الإنسانية، فضلاً عن اعتبارها من المسلمات التي تتبناها التشريعات، مع ضمان تطبيق مبدأ العدالة ومبتغاه عن طريق تفريد العقوبة، على اعتبار أنه لم يقتصر مفهومها على تقدير العقوبة الملائمة لمرتكب الجريمة فقط، بل تعداه إلى تقدير الحكم بالبراءة وتكييف الجريمة و وزن الأدلة وغيرها من المسائل التي أعطى فيها المشرع للقاضي مساحة لإعمال الفكر والفهم والاجتهاد بما يتفق مع القانون. وتوصي الورقة بتسيب الأحكام الجزائية على اعتبار أنها امتداد لرقابة المحاكم الأعلى درجة، بالإضافة إلى تطعيم النصوص العقابية بالضوابط التي من شأنها أن تسهل على القاضي الوصول إلى العقوبة الملائمة على الجاني.

الكلمات المفتاحية: السلطة التقديرية؛ القاضي الجزائي؛ حدود السلطة التقديرية؛ التفريد العقابي.

Abstract:

Crime lived sophisticated as society evolved. Consequently, sanctions have been imposed so that there is no danger to society and to ensure its security, stability, and protection. But different times and many experiences have been generated by Penal legislation, convinced of the need to empower the punitive exclusivity from extracting the factual determination of his punishment what is currently known as (The discretionary power) the judge's ability to choose the appropriation punishment of the offender so that the aim of the sentence is understood, and the circumstances and the perpetrator are informed. And think about their circumstances until the judgement is rendered in accordance with the Law appropriate to the events of the offence and its perpetrator in the interest sought by the legislator. Consequently, this research paper has reached conclusions and recommendations his representative stated that discretion had emerged as training over time given the difference and evolution of human societies as well as being recognized by legislation ensuring the application of the principle of justice through the singularization of punishment. However, the concept was not limited to assessing the appropriate punishment for the offender only. It goes beyond the judgement of innocence, the adaption of the crime and the weight of the evidence and other matters in which the legislature gave the judge the understanding and diligence in accordance with the Law. The paper recommends that Penal provisions be imposed as an extension of the supervision of higher courts, in addition to vaccinating Penal text with controls that will facilitate the judge's axes to appropriate punishment for the offender.

Keywords: The discretionary power; Criminal judge; Limitations of discretion; Punitive exclusivity.

المقدمة:

يعتبر موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تحديد العقوبة من المواضيع المهمة، التي تطرح عند الحديث عن القاضي الجزائي في تقرير العقوبات الملائمة على المتهم في تحقيق العدالة. وعند الرجوع إلى التأصيل التاريخي للموضوع يتضح لنا المنبع والمراحل التي مرت من خلالها هذه السلطة، فيما يتجلى تطورها التاريخي، ونطاق تطبيقها قديماً ومقارنتها بالوضع الراهن. وكون أن هذا الموضوع يعتبر من المواضيع التي تتعلق بمنهج القاضي الجزائي في تقديره للعقوبة المناسبة، فإنه يعتبر من المواضيع التي تظهر الضوابط التي يأخذ بها القاضي في تقرير العقوبة الملائمة على المتهم. في السابق، لم تُعط التشريعات الجزائية للقاضي الجزائي مُكثرة البحث عن العقوبة المناسبة لشخصية كل مجرم على حدة⁽¹⁾، على الرغم من احتياجه العقوبة الملائمة من تحديد الأساس الذي يتناسب مع ماديات الجريمة وما تكشفه من خطورة إجرامية، فضلاً عن تناسبها مع مركبتها وظروفه، وذلك بسبب صعوبة حصر ظروف الأشخاص والتنبؤ بالاعتبارات -آنذاك- التي تحدد العقاب العادل والملائم لهم⁽²⁾، وبعد ذلك ظهرت بوادر تطويرية في الجزاءات التي من شأنها درأ الخطر؛ نظراً لتطور المجتمع والجريمة معاً⁽³⁾.

ترتيباً على ذلك، توجهت التشريعات بوضع العقوبات لمواجهة الجريمة، مع تمكين القاضي الجزائي من استخراج الحدود الواقعية للعقوبة الملائمة على المجرم، وذلك عن طريق توظيف سلطاته التقديرية في تحديد العقوبة التي تحقق العدالة والردع العام والخاص، وهذا بدوره يعكس التمازج بين دور المشرع في سن العقوبات وحدودها، الحد الأدنى والحد الأقصى، ودور القاضي في تحديد العقوبة ما بين هذين الحدين، بل والخروج عنهما إن ظهرت ظروف معينة تستدعي ذلك، وذلك وفق الإطار القانوني المنصوص عليه في القوانين، وهو ما سوف نتناوله تفصيلاً في هذه الورقة.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في توضيح التأصيل التاريخي لسلطة القاضي الجزائي في تحديد العقوبة الملائمة على المتهم، ومعرفة المراحل التي مرت بها، فضلاً عن مبدأ حرية القاضي الجزائي في الاقتناع وتقدير الأدلة يندرج من ضمن أوسع المبادئ القانونية التي تنتشر في التشريعات بصفة عامة، وتكمن الغاية وراء هذا المبدأ هو إعطاء القاضي الحرية في اتخاذ الإجراءات الضرورية لتكوين قناعته، ومعرفة وكشف حقيقة كل واقعة جرمية، وذلك لتحقيق العدالة في أبرز صورها، ويمكن صياغة مشكلة الدراسة بالتساؤلات الآتية:

- ما هي فلسفة السلطة التقديرية للقاضي الجزائي؟ وهل يكفي اقتناع القاضي فقط لتأسيس الحكم؟
- هل فلسفة العقاب مرتبطة بسلطة القاضي في تحديد العقوبة؟ وهل هي سلطة مطلقة أم نسبية؟
- ما هي المراحل التي مرت بها السلطة القاضي الجزائي في تحديد العقوبة؟
- ما مدى صلاحية القاضي في النزول أو الصعود وفق مبدأ تفريد العقوبة على مرتكب الجريمة؟ وهل هناك نطاق في تقدير عناصر العقوبة؟
- هل توجد ضوابط محددة يسترشد بها القاضي الجزائي في تحديد العقوبة؟

أهمية الدراسة:

تكتسب هذه الدراسة أهميتها حول مناقشة السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تحديد الجزاء المناسب على الجاني وفق الحدود المرسومة قانوناً، بعد تأصيلها تاريخياً وبيان مفهومها، ومن ثم مناقشة سلطة القاضي في تحديد العقوبة المناسبة على المتهم، مروراً بمراحل هذه السلطة، بالتالي يمكن إيجاز أهمية الدراسة في النقاط الآتية:

- وجود محل اهتمام حول السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تحديد العقوبة، ودراسة تأصيلها التاريخي والمراحل التي مرت بها.
- إظهار الجانب العملي للقضاء حول التكيف الواقعي للعقوبة والوصول إلى الحكم الجزائي، وذلك بعد تقدير ظروف الجريمة والمجرم، والضوابط التي تحتكم اليقين في بناء هذا الحكم وتقرير العقوبة الملائمة.

منهجية الدراسة:

تقتضي طبيعة هذه الدراسة استخدام المنهج التحليلي، والمنهج الوصفي، حيث تم الاعتماد على التأصيل التاريخي للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي، والرجوع إلى المصادر القديمة في هذا الشأن بما تيسر منها، بالإضافة إلى استقراء بعض من مبادئ المحكمة العليا في سلطنة عُمان وبعض التشريعات المقارنة، فضلاً عن بعض الآراء الفقهية المتنوعة، لغايات الوصول إلى نتائج تعزز هذه الدراسة.

خطة الدراسة:

المبحث الأول: فلسفة السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

المطلب الأول: نظرية العقد الاجتماعي وعلاقتها بفلسفة السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

(1) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982م، ص 780.

(2) محمد حسام الدين، علم الإجماع والعقاب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2016م، ص 194.

(3) الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1998م، ص 20-23.

المطلب الثاني: فلسفة العقاب وعلاقتها بسلطة القاضي الجزائي في تحديد الجزاء

المبحث الثاني: مراحل السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

المطلب الأول: مرحلة السلطة المطلقة للقاضي الجزائي

المطلب الثاني: مرحلة السلطة المفيدة للقاضي الجزائي

المطلب الثالث: مرحلة السلطة النسبية للقاضي الجزائي

المبحث الثالث: السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تحديد العقوبة

المطلب الأول: محل السلطة التقديرية للقاضي الجزائي ومسوغاتها

الفرع الأول: محل السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

الفرع الثاني: مسوغات منح القاضي الجزائي السلطة التقديرية

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في الأنظمة الإجرائية

الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في النظام الاتهامي

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في النظام التحقيقي

الفرع الثالث: السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في النظام المختلط

المطلب الثالث: سلطة القاضي الجزائي في تحديد العقوبة بشكل خاص

الفرع الأول: مفهوم العقوبة

الفرع الثاني: عناصر تقدير العقوبة

الفرع الثالث: نطاق سلطة القاضي في تقدير عناصر العقوبة

الفرع الرابع: دور القاضي الجزائي في مباشرة السلطة القضائية

الخاتمة

النتائج والتوصيات

المبحث الأول: فلسفة السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

تمهيد:

عليه، سلطة القاضي الجزائي تعتبر من السلطات التي مُنحت من قبل المشرع، حيث إنها تعتبر من أهم المبادئ التي يقوم عليها الإثبات الجزائي؛ نظراً لأن هذه السلطة تتعلق بالحكم في الدعوى الجزائية برمتها، وذلك بحسب العقيدة التي تكونت لدى القاضي الجزائي، وذلك من خلال دوره الإيجابي في الوصول إلى الحقيقة، وبالتالي يكون لديه الحق في تحديد الجزاء المناسب لمرتكب الجريمة تطبيقاً لمبدأ التفريد العقابي الذي يُعرف على أنه: "اختيار عقوبة خاصة لكل مجرم تختلف باختلاف ظروف الجاني الشخصية وأحواله وظروف ارتكاب الجريمة بغية إصلاحه"⁽⁴⁾، عليه يثار تساؤل حول تأصيل وبيان مصدر السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، أي الحديث عن فلسفة السلطة التقديرية للقاضي الجزائي ومعرفة نشأتها، وتأصيلها الفلسفي، وأيضاً مدى ارتباطها بنظرية العقد الاجتماعي.

بناء على ما سلف، تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث نتناول في المطلب الأول حول نظرية العقد الاجتماعي وعلاقتها بفلسفة السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، ومن ثم فلسفة العقاب وعلاقتها بسلطة القاضي الجزائي في تحديد الجزاء وذلك في المطلب الثاني على نحو ما سيرد أدناه.

المطلب الأول: نظرية العقد الاجتماعي وعلاقتها بفلسفة السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

قبل آلاف السنين، كان المجتمع الإنساني عدده قليل جداً ومستوى إدراكه بسيط، بالتالي وسائل اشباع حاجاته بسيطة أيضاً، فكانت الحياة محدودة ولم يكن هناك أي حاجة إلى سلطة تحكمه، وبعد ازدياد البشر أصبح هناك ندرة في الموارد وازدياد العدد التنافسي بين الأفراد، مما أدى إلى تعدي على الملكيات، وتعريض الحقوق إلى الإنتهاك، عليه ظهرت الحاجة إلى الدفاع عن هذه الحقوق⁽⁵⁾. فبدأت الفوضى تعم حياة البشر، مما أدى إلى ظهور حاجة ملحة في إيجاد سلطة تحكم هذا المجتمع، وقد أدى ذلك إلى ظهور فكرة العقد الاجتماعي⁽⁶⁾، وذلك من قبل عدّة مفكرين، أبرزهم المفكر جان جاك روسو⁽⁷⁾، حيث تكمن مضمون هذه النظرية بأن يتعاقد المجتمع الإنساني في تنازل الأفراد عن بعض الحقوق إلى جهة أخرى منوط بها الحكم.

(4) خالد الجبور، التفريد العقابي، دار وائل للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2009م، ص13.

(5) للمزيد من المعلومات حول تلك الحقيقة ينصح بقراءة كتاب العقد الاجتماعي للفيلسوف جان جاك روسو الذي يعتبر أحد أهم الأسفار الفكرية التي كتبت في عصر التنوير.

(6) نظرية فلسفية تفسر نشأة المجتمع وشرعية السلطة على الأفراد، أبرز مفكري هذه النظرية: (العالم توماس هوبز، جون لوك، جان جاك روسو).

(7) جان جاك روسو هو كاتب وأديب وفيلسوف فرنسي، لديه العديد من الأفكار والنظريات وأشهرها نظرية العقد الاجتماعي التي تتحدث عن مبدأ الشرعية.

من أبرز الحقوق التي تم التنازل عن بعضها هي: حق الحياة، وحق الحرية، وحق الملكية، حيث تنطلق هذه النظرية على اعتبار أن حرية الإنسان واسعة، وعليه يتم التنازل عن بعض من هذه الحرية إلى جهة أخرى -السلطة- منوطة في الحكم على الأفراد، وذلك بسبب تنازلهم عن حقوقهم كلها أو جزءاً منها، وعلى هذا الأساس اتفق المجتمع على التنازل عن حقوقهم أو جزء منها لصالح الحاكم، فاصبحت هناك سلطة سياسية لديها صلاحيات في فرض قوانين والعقاب حسب هذه النظرية.

على ضوء ما سلف، ظهرت فكرة الفصل بين السلطات عن طريق الفيلسوف الفرنسي مونتسكيو⁽⁸⁾، الذي نادى بفكرة الفصل بين السلطات، حيث يكون للقضاء سلطة خاصة منفصلة عن السلطات الأخرى، ومن هنا ظهرت السلطة القضائية، وعليه -منطقيًا- تم الوصول إلى فكرة السلطة التقديرية للقاضي الجزائي بمفهومها الحالي.

ارتبطت نظرية العقد الاجتماعي ببعض المفكرين حسب مرحلة كل مفكر، حيث يرى المفكر توماس هوبز⁽⁹⁾، أن صلاحيات الحاكم تكون مطلقة، ولا يمكن أن تقام الثورة عليه، لأن المجتمع سبق وأن تنازل عن جميع حقوقه. بينما المفكر جون لوك⁽¹⁰⁾ يرى بأن صلاحيات الحاكم ليست مطلقة، وإنما معتمدة على ما يسير بشكل يخدم الصالح العام، فعندما تنتقل سلطته إلى طغيان فإن باب الثورة يكون مفتوح وحق المجتمع مكفول، وبالنسبة للمفكر جان جاك روسو يرى بأن الإرادة العامة هي التي تحكم البلاد، والحاكم منصهر تحت هذه الإرادة، أي يكون هناك ميثاق يتنازل الأفراد بموجبه للجماعة، ويكون الفرد والحاكم جزء من هذه الجماعة، وتصبح السيادة والسلطة من حق الجماعة ككل⁽¹¹⁾.

عليه، عند اسقاط هذه المراحل الثلاث على فكرة السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، نجد مطابقة بشكل أو بآخر لسبب الانقسام بين الفقهاء حول مبدأ الشرعية والملائمة على فكرة السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، وذلك بين مؤيد ومعارض؛ نظراً لأن مجال سلطة القاضي الجزائي في توسع وتضييق، ولكن رغم هذا الانقسام إلا أنه لا يمكن استبعاد فكرة السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، لأنها تتماشى مع الوضع الحالي بشكل واضح، وذلك بسبب أنه بات من الضروري تفريد النص العقابي بالنسبة للواقعة وحالة مرتكبها، كون أن المشرع لا يستطيع أن يحيط بكل الإحتمالات التي تنم عن الخطورة الإجرامية لمرتكب الجريمة، والحالات التي يكون عليها المجرم أثناء ارتكابه للجريمة، بالتالي تظهر أهمية الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي الجزائي، لكي يفرد العقاب على مرتكبها بالعقوبة الملائمة نظير فعله⁽¹²⁾.

المطلب الثاني: فلسفة العقاب وعلاقتها بسلطة القاضي الجزائي في تحديد الجزاء

إن فلسفة العقاب تعتبر من المواضيع التي لها أساس كبير جداً في السياسة الجنائية الحديثة، كون أن هذه السياسة تتميز بسمات وخصائص مهمة تنعكس فيها المصالح الواجب حمايتها، وعلى ضوء ذلك أتى القانون ليحدد هذه المصالح، فنجدته تبني الفكر السياسي الكلاسيكي الذي تأثر بطبيعة الحال بنظرية العقد الاجتماعي -كما تم شرحها بشكل موجز في المطلب السابق- بالتالي في حال ورود تصرف مخالف من قبل الشخص يتم سن العقاب عليه، وذلك من أجل إرساء مبدأ حسن سير العدالة، عن طريق اتخاذ إجراءات معينة في شأنه، انطلاقاً من مبدأ الشرعية الجنائية التي تعتبر من المبادئ الأساسية التي تحكم التشريع الجزائي في كل التشريعات الحالية، على اعتبار أن المشرع هو من يملك خاصية تحديد العقوبة للجريمة.

الجدير بالذكر في هذا الشأن، أن الجريمة تعتبر ظاهرة اجتماعية، ظهرت بوجود الإنسان منذ القدم، وواجهت المجتمعات هذه الجرائم بوضع قواعد قانونية تطورت بتطور المجتمعات، إلا أن قديمًا كانت الفكرة سن العقاب على مرتكب الجريمة تعتبر فكرة انتقامية، على اعتبار أن هذا الانتقام يعتبر صورة من صور الدفاع عن الجماعة المجتمع، ومن ثم تطور هذا الفكر العقابي، وذلك من مرحلة الانتقام إلى مرحلة العدالة القبلية، ومن بعدها تطورت الفكرة إلى مرحلة العدالة، ويليها تطور هذا الفكر إلى ظهور مبدأ الشرعية، وذلك عن طريق الفيلسوف الفرنسي مونتسكيو، المرجع الذي نادى بمبدأ الفصل بين السلطات لكي لا تكون السلطة في يد شخص واحد⁽¹³⁾.

عند تحديد العقوبة المناسبة للجاني فإننا نكون أمام مصليتين، الأولى هي المصلحة العامة الاجتماعية، والثانية هي المصلحة الخاصة الشخصية، حيث تكون المصلحة العامة قاصرة على الحق العام، وكذلك تطبيق العقوبة لتحقيق العدالة، والأمن، والاستقرار المتعلق بالمجتمع، بينما المصلحة الشخصية هي المصلحة القاصرة على أمر معين، أو شخص معين، كالمجني عليه مثلاً. مما لا شك فيه أن معيار العقاب المقصود به؛ هو المصلحة الاجتماعية التي تهدف إلى حماية الصالح العام، بالإضافة إلى إصلاح المجرم وتأهيله كون أنه جزء من المجتمع، مع عدم إهمال الضرر الذي حصل على المجني عليه، عليه نجد أن فلسفة العقاب تعتمد على إجراء تقتضيه ضرورة معينة نظير الفعل الذي اقترفه الفاعل⁽¹⁴⁾.

(8) شارل لوي دي سيكوندا الملقب بـ (مونتيسكيو) - قاضي وفيلسوف سياسي فرنسي، ويعتبر أحد أهم فلاسفة عصر النهضة الأوروبية وعصر التنوير، وهو أول من نادى بتطبيق نظام الفصل بين السلطات، وأشهر مؤلفاته كتاب (روح الشرائع).

(9) عالم إنجلترتي وفيلسوف، وهو من أسس مفهوم العقد الاجتماعي، ومن أشهر مؤلفاته كتابه (التنين).

(10) عالم وفيلسوف إنجليزي، له العديد من المؤلفات ولكن أشهرها مقال (الفهم الإنساني).

(11) أمين حافظ السعدني، الأيديولوجيا وشرعية السلطة في الفكر السياسي الأيوبي الحديث، رسالة ماجستير من جامعة المنوفية، مصر، 1993م، ص 311.

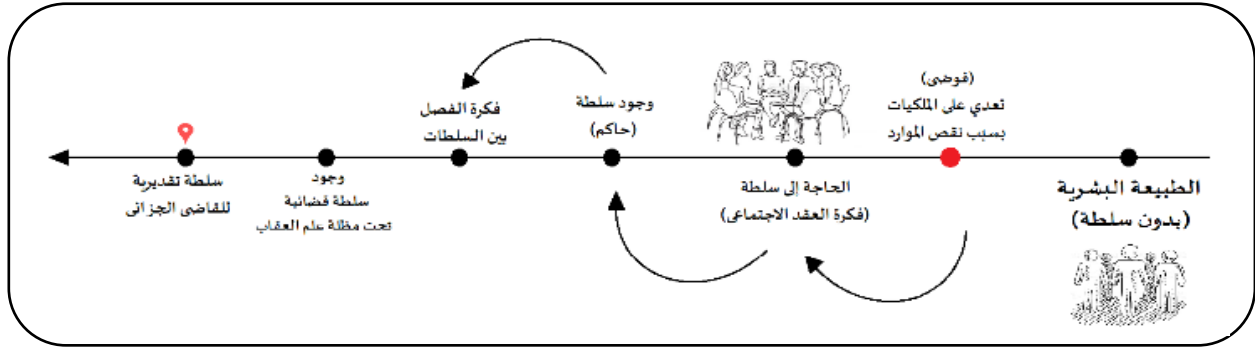
(12) أحمد شوقي عمر أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م، ص 700-701.

(13) راجع المطلب الأول، الفقرة الثالث، صفحة 3.

(14) أ.د. غنام محمد غنام، علم الإجرام وعلم العقاب، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2015م، ص 65.

في الواقع تتضمن العقوبات مرونة لدى القاضي، وذلك في شأن تحديد الجزاء مقابل الفعل المقترف، مع الأخذ بالاعتبار للعوامل المصاحبة للجرم، وذلك بناء على الصلة بين علم العقاب والسلطة التقديرية للقاضي الجنائي، كون أن التجارب السابقة توضح بشكل جلي بوجود تفاوت بين شخصيات المجرمين، والظروف المحيطة أثناء اقترافهم للجرم، حتى وإن كانت النتيجة واحدة، إلا أنه يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار العديد من العوامل كالظروف المحيطة بالجريمة، وشخصية المتهم، والبواعث وغيرها في تحديد العقوبة.

حيث إن علم العقاب يهدف إلى الوصول إلى غرض مكافحة الجريمة، وإصلاح المجرم وتأهيله، بالتالي هو يبحث في الأهداف الأساسية التي ينشدها قانون الجزاء، وذلك عن طريق توقيع العقوبة أو التدبير الاحترازي، فيرسم الإطار القانوني للقاضي الجزائي في تحديد الجزاء، بالإضافة إلى أن ثمره الأحكام الجزائية التي يحكم بها القاضي الجزائي تبين إمكانية إصلاح المجرم وتأهيله، ومساوئ العقوبات الحبسية ومددها، بالتالي هنا يأتي دور التطوير للنصوص في ضوء ذلك، وفيما يلي رسم تحليلي يوضح ربط نظرية العقد الاجتماعي وفلسفة العقاب في الوصول إلى سلطة تقديرية للقاضي الجزائي.



شكل (1): رسم تحليلي يوضح ربط نظرية العقد الاجتماعي وفلسفة العقاب في الوصول إلى سلطة تقديرية للقاضي الجزائي

بناء على ما سلف، بعد الوصول إلى فكرة وفلسفة السلطة التقديرية للقاضي الجزائي ونشأتها، وربطها بنظرية العقد الاجتماعي، وعلم العقاب، فإنه يثار الحديث حول المراحل التي مرت بها هذه السلطة، وهذا ما سوف يأتي بيانه في المبحث التالي.

المبحث الثاني: مراحل السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

تمهيد:

إن السلطة التقديرية للقاضي الجزائي جاءت بعد تجارب لاقت القبول والنقد، وذلك عبر مراحل وظروف مختلفة على مر العصور، حتى استقر الفقه والمشرع إلى أفضلية اعتناق مبدأ السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، وبالطبع يصعب تحديد هذه البدايات بوجه دقيق ومفصل، وإنما بشكل عام، تعتبر هذه الفكرة تطورت مع منظومة العقاب والإجرام حتى وصلت إلى ما هي عليه الآن، عليه سنتناول في هذا المبحث التطور التاريخي لهذه الفكرة بناءً على ثلاثة مراحل، أولاً مع مرحلة السلطة المطلقة للقاضي الجزائي، ثم مروراً بمرحلة السلطة المقيدة للقاضي الجزائي، والمرحلة الثالثة هي السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، والتي هي محور حديثنا في هذه الورقة، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: مرحلة السلطة المطلقة للقاضي الجزائي

يصعب التحديد الدقيق لبدايات هذا الاتجاه؛ نظراً لقدمه وعدم وجود مصادر قديمة تتحدث عنه، إلا أنه يمكن القول أن هذه المرحلة ظهرت قبل الثورة الفرنسية التي كانت في القرن الثامن عشر، وهي مرحلة غلب عليها الطابع الديني. ففي تلك العصور كان الدين وحده هو من يقوم بتنظيم الحياة العامة للمجتمعات، وكان الحاكم يحكم وفق ما تملئ عليه الأحكام والمبادئ الدينية والمعتقدات السائدة في تلك الحقبة، ونتيجة لذلك كانت القوانين متأثرة بهذه النظرة الدينية، وكان رجال الدين هم المرجع في تطبيق القوانين، فقد كانت الجريمة تعامل على أنها مخالفة للدين وللأله فتكون العقوبة في سبيل التكفير عن العصيان الذي قام به المجرم وذلك عن طريق تطبيقها بشكل إلزامي لكسب رضا الأله وبث الخوف في نفوس الناس⁽¹⁵⁾.

من سلبيات هذه المرحلة أن القاضي يملك سلطة مطلقة بلا أي قيود ولا رقابة عليه، فهو يحكم في الجريمة وفق ما يحكم به الدين وبالتالي يختار العقوبة بدون الأخذ بظروف الجريمة والجاني، مما يترتب عليه غياب العدالة واستفحال التمييز بحسب الطبقات الاجتماعية التي ينتمي إليها المجرمين وتعسف القضاة، فقد كان تحديد المبادئ العقابية وفق الديانة المتبعة آنذاك بدون الأخذ بعين الاعتبار العوامل الأخرى المصاحبة للجريمة، أو ظروفها، أو حالة الجاني عند ارتكابه للجرم -فعلى سبيل المثال- في حالة وقوع جريمة إيذاء، وكان الجاني واقع في حالة دفاع شرعي، لا يتم الأخذ بعين الاعتبار لهذا

(15) صفية خليفة الجهوري، سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة وفقاً لقانون الجزاء في سلطنة عمان، جامعة السلطان قابوس، 2019م، ص 12-15.

العذر، وإنما يتم الحكم على الجاني بما تملي عليه الديانة آنذاك، بدون وضع هذه الاعتبارات محل نظر، وذلك على اعتبار أن الجاني باقترافه هذا الفعل قد قام بمخالفة الآلهة والدين، وانتقد هذه المرحلة العديد من المفكرين⁽¹⁶⁾، بسبب الشدة في العقوبات وطغيان الظلم والتعسف⁽¹⁷⁾.

المطلب الثاني: مرحلة السلطة المقيدة للقاضي الجزائي

بعد قيام الثورة الفرنسية ظهر إعلان حقوق الإنسان في عام 1789م، والذي اعتنق مبادئ دفعت إلى نشوء حراك يغير من النظرة السابقة اتجاه سلطة القاضي المطلقة والأخذ بالنظرية الموضوعية، وانبثقت إصلاحات من هذا الحراك، متمثلة بتقنين النصوص العقابية بالقانون، ومن هذه المبادئ: مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، ويعتبر هذا المبدأ امتداداً لكتاب "الجرائم والعقوبات" للفيلسوف الإيطالي بيكاريا⁽¹⁸⁾، الذي تضمن مطالبات بتحديد الجرائم والعقوبات، وعارض أن يكون أمر تحديدها تحت سلطة وأهواء القضاة، فالناس كلهم متساوون أمام القانون، وبالتالي لا يتم التفريق بين الناس عند توقيع العقوبة، ولا ينبغي أن تكون هذه العقوبة بغرض التعذيب والتخويف كعقوبة بتر الأعضاء مثلاً، بالإضافة إلى إقرار قاعدة الأصل في المتهم البراءة؛ التي تعتبر من أهم نتائج غير المباشرة في تكريس السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، وخاصة عند عدم كفاية الأدلة أو ضعفها، وإعمال قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم وغيرها من القواعد الإجرائية⁽¹⁹⁾.

من سلبيات هذه المرحلة أن القاضي له دور سلبى فقط، يهدف في إعمال النص بشكل مباشر وموحد ومحدد، دون دراسة لأي ظروف خارجية أخرى متعلقة بالجريمة والجاني، فلا تكون للقاضي أي سلطة تقديرية في تكييف العقوبة المناسبة على المجرم، وإنما يحكم وفق ما يملي عليه النص التجريبي فقط، أي أن القاضي لا يقوم بإظهار أي دور إيجابي، وإنما يصبح كآلة يطبق فيها ما ورد العقاب عنه، ومع ذلك ليست هي هذه العدالة المرجوة في تطبيق القانون، كون أن الإعمال الجامد للنص يعني أن الاختلافات الفردية والظروف والملابسات المحيطة لكل مجرم بشكل مستقل لا محل للنظر فيها، فلا يملك القاضي سوى البحث عن مدى توافر شروط وأركان الجريمة فقط، باعتبار أن هذه الشروط والأركان هي الكيان المادي الذي يملي على القاضي تطبيق النص التشريعي فقط، مما استدعى لوجود نوع من التكامل بين كل من دور المشرع ودور القاضي، أو كما يطلق عليه المرحلة المختلطة أو النسبية أو التقديرية⁽²⁰⁾.

المطلب الثالث: مرحلة السلطة النسبية للقاضي الجزائي

في أواخر القرن التاسع عشر، تمت دراسة الجريمة دراسة علمية دقيقة، وذلك عن طريق التركيز في شخصية المجرم كونه أساس الجريمة ومرتكبها، وذلك كردة فعل بعد صدور القانون الفرنسي عام 1810م، والذي كان يتمحور حول تحقيق المصلحة الاجتماعية في تطبيق العقوبات. على هذا الأساس، اهتم الفكر القانوني للمجتمعات⁽²¹⁾ إلى منح القاضي الجزائي سلطة نسبية أو تقديرية، حيث تغير نظرتهم من الجمود إلى المرونة، بالتالي ظهر العديد من المفكرين الذين ساهموا في تطوير المدرسة الكلاسيكية، وظهور مدرسة وضعية ظهرت فيها المرحلة النسبية أو التقديرية في تقدير العقوبة على الجاني، ومن أشهر هؤلاء المفكرين "سيزار لومبروزو" و"انريكو فيري"، وذلك نتيجة اخفاق المرحلتين السابقتين -بين إفراط وتفريط- حيث سمح هذا الفكر بالتعاون المرن بين القاضي والمشرع؛ فالمشرع مهما أوتي من فطنة ودراية وبعد نظر لن يكون بمقدوره أن يلم بكل سلوكيات الأفراد الضارة بمصالح المجتمع محل الحماية القانونية من جهة، ومن جهة أخرى فإن القاضي الجنائي لا يستطيع الإلمام بجميع الملابسات والفرضيات التي ترشده لمعرفة الخطورة الإجرامية الكامنة في شخص الجاني. وهذا الواقع هو الذي أدى إلى الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي الجنائي⁽²²⁾.

يكون دور المشرع في تحديد أنواع العقوبات وفق السلطة النسبية؛ وضع للحد الأدنى والحد الأقصى للعقوبة، أو يضع عدة خيارات لها، ويأتي بعدها دور القاضي الجنائي، وذلك بعد دراسة الظروف النفسية للجاني، والظروف المحيطة بالجريمة، ومن ثم يقوم بتحديد العقوبة المناسبة على المجرم، والقدر اللازم للعقوبة وفق الإطار التشريعي المعمول به وغايات المشرع.

واتجهت التشريعات الجنائية الحديثة إلى الأخذ بهذا الاتجاه، كون شخصية المجرم والظروف الاجتماعية وملابسات كل جريمة على حدة أصبحت محل نظر واعتبار، ويأتي بعدها الدور الجوهرى للقاضي بممارسة حريته في استنباط الحقيقة والبحث الواسع في الأدلة وتقديرها وقبولها، وتكوين قناعة حيادية ومنصفة للوصول إلى الحكم العادل الصحيح على أكبر قدرٍ من الاجتهاد⁽²³⁾.

(16) كالعالم مونتسكيو في كتابه "روح القوانين" وجان جاك روسو في كتابه "العقد الاجتماعي".

(17) للمزيد من المعلومات عن هذه المرحلة انظر كتاب الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة لأكرم نشأت، دار الثقافة، ط1، عمان، 1998م، ص18.

(18) راشد علي أحمد، القانون الجنائي وأصول النظرية العامة، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، مصر، 1974م، ص25.

(19) يحيوي صليحة زوجة بوقادوم، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، سعيد حمدين، جامعة الجزائر، 2015-

2016م، ص96.

(20) أ.د. محمد محده، السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، مجلة البحوث والدراسات، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، الجزائر، العدد الأول، أبريل، 2004م، ص35-36.

(21) د. لريد محمد أحمد، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تخفيف الجزاء، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسنية بن بوعلي، الشلف، الجزائر، العدد6، 2011م، ص92.

(22) أدلية مباركي، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الأول، ص88.

(23) سارة قريمس، مرجع سابق، ص18.

نزولاً على ما سلف، إن مرحلة السلطة النسبية للقاضي الجزائي هي مظاهر انعكاس علم الإجرام والعقاب على قانون العقوبات، وخاصة إقرار مبدأ السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في هذه المرحلة. وشكل النصوص الجزائية التي جاءت متأثرة بنتائج علم الإجرام والعقاب في فهم أسباب الجريمة، وهذا يعين المشرع في وضع النصوص التي تكفل مكافحتها، والقاضي يستعين بدراسة أسباب الجريمة في تفهمه للواقعة المعروضة عليه فيحسن اختيار أنسب العقوبات في حدود سلطته التقديرية حتى تحقق العقوبة الهدف المرجو منها.

عليه، إن السلطة التقديرية للقاضي الجزائي قبل أن تصل إلى ما هي عليه، قد مرت بثلاثة مراحل، وعليه يتحتم علينا توضيح مفهومها بشكل تفصيلي وتحليلي، وقد أرتأينا تخصيص هذا المفهوم كمبحث منفصل عن المراحل التي مرت بها، وهذا ما سوف يأتي بيانه في المبحث القادم.

المبحث الثالث: السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تحديد العقوبة

تمهيد:

أفصح معاجم اللغة العربية أن المقصود بالسلطة لغةً هي: السيادة والقدرة⁽²⁴⁾، بينما المقصود بالتقدير لغةً: التقييم والتحديد⁽²⁵⁾، واصطلاحاً نجد أنه قد أورد الفقه القانوني العديد من التعاريف التي تظهر الخلاف بين الفقهاء لوضع تعريف جامع مانع للمفهوم أعلاه، فعرفها البعض على أنها: "عملية تطبيق النصوص القانونية المجردة في مجال يترك فيه المشرع للقضاء حرية التقدير في حدود التنظيم القانوني"⁽²⁶⁾، أيضاً ورد تعريف آخر على أنها: "حرية الاختيار الممنوحة لسلطة ما في ممارسة اختصاصاتها بحيث تملك سلطة اتخاذ تصرف معين أو الامتناع عن اتخاذ هذا التصرف أو تسويته على نحو معين وتحديد وقت تدخلها دون الإلزام بإرادة شخص آخر أو هيئة أخرى"⁽²⁷⁾، ويؤخذ على هذا التعريف أنه جاء بمعنى السلطة التقديرية على وجه العموم حيث لم يخصص الكاتب فيه معنى السلطة التقديرية للقاضي الجزائي فحسب، وإنما يشمل كل هيئة أو شخص كما جاء سلفاً في التعريف، وحيث إننا نرى بأن السلطة التقديرية للقاضي الجنائي هي قدرة القاضي الجنائي على الملائمة بين ظروف وأدلة لإثبات الواقعة من جهة وتحديد العقوبة من جهة أخرى.

بذلك ننهي إلى أن السلطة التقديرية للقاضي الجزائي بمفهومها وضوابطها قديمة المنشأ، ولكن هذا المصطلح لم يظهر إلا في التشريعات الجزائية الحديثة، حينما أرسنه مبادئ المحاكم العليا في أحكامها القضائية متأثرة بالتغيرات التشريعية الغربية الثورة الفرنسية⁽²⁸⁾، حيث قررت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة "أن تقدير العقوبة في الحدود المقررة قانوناً وتقدير قيام موجبات الرأفة من عدم قيامها من إطلاقات محكمة الموضوع دون معقب، ودون أن تسأل حساباً عن الأسباب التي من أجلها أوقعت العقوبة بالقدر الذي ارتأته ما دامت قد التزمت بحدود العقوبة في القانون، وكانت ضمن الحد الأدنى والأقصى المقررين في القانون"⁽²⁹⁾.

عند ورود الوقائع على القاضي الجزائي، فإنه يستعين ببعض الضوابط الإرشادية التي يتم من خلالها قياس مدى سلامة تقديره للجزاء الملائم على المتهم، وتتمثل هذه الضوابط من خلال الرجوع إلى أخلاق الجاني وماضيه وسنه وسوابقه الجرمية إن وجدت، وكذلك الظروف المتعلقة بالجريمة ومدى جسامتها، وغيرها من الضوابط الموضوعية والإجرائية، وفي الواقع هذه الفكرة هي فكرة تراكمية لا تنسب لعصر معين، ولا مجتمع معين وإنما نتجت عن التطورات الحاصلة في المجتمعات عبر الأزمنة التاريخية المتعاقبة -كما تطرقنا سابقاً في بيان مراحل هذه السلطة-، وإن كانت الآراء الفقهية تباينت من مجتمع لآخر حيال السلطة التقديرية، إلا أن وجود هذه السلطة أصبح من المسلمات في النظم القانونية الجنائية الحديثة. عليه تأتي الحاجة إلى الحديث عن محل هذه السلطة التقديرية ومسوغاتها، وذكر مراحل الأنظمة الجزائية المختلفة التي مرت بها، ومن ثم توضيح معنى السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تحديد الجزاء، وهذا ما سوف نتطرق إليه في هذا المبحث عبر تقسيمه إلى ثلاثة مطالب، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: محل السلطة التقديرية للقاضي الجزائي ومسوغاتها

ينقسم هذا المطلب إلى فرعين، حيث نتناول في الفرع الأول محل السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، بينما في الفرع الثاني سنتحدث عن مسوغات منح القاضي الجزائي السلطة التقديرية، وذلك على النحو الآتي:

(24) ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الثاني، دار لسان العرب، بيروت، لبنان، 2010م، فصل السين، حرف الطاء، ص 321.

(25) ابن منظور، المرجع السابق، فصل القاف، حرف الراء، ص 76.

(26) محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 782.

(27) عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010م، ص 371.

(28) كما تطرقنا سابقاً في جزئية المراحل، انظر صفحة 6.

(29) الطعن رقماً (329-366 لسنة 2015- جزائي) جلسة (2016/1/4م)، مجموعة المبادئ القانونية الصادرة من محكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة في المواد الجزائية، صفحة رقم

(49).

الفرع الأول: محل السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

لحديث عن محل السلطة التقديرية نجد أنه تنور الأسئلة التالية: على ماذا تنصب السلطة التقديرية للقاضي الجزائي؟ على العقوبة أم على الواقعة المادية المرتكبة؟ وبعبارة أخرى: هل يحدد القاضي بسلطته التقديرية الأثر القانوني أم أنه يحدد عنصراً أو أكثر من لعناصر الجريمة اللازمة لترتيب الأثر القانوني المقرر من قبل المشرع؟

نجد أن تطبيق العقوبة ما هو إلا تعبير عن العلاقة بينها وبين الواقعة الإجرامية المرتبطة بها، أي كأثر قانوني لها، لذلك إن السلطة التقديرية للقاضي تتعلق بالواقعة الإجرامية وعناصرها والأثر القانوني لها، فجسامة الواقعة المرتكبة في أركانها مع ما فيها من ظروف متعلقة بشخصية مرتكبها ما هي إلا المناط في تحديد العقوبة، لذلك فإن السلطة التقديرية تنصب على الجسامة المتعلقة بالواقعة، ويأتي بعد ذلك تحديد العقوبة كأثر متناسب ومباشر مع ما قدره القاضي بالنسبة لمفترض ذلك التطبيق⁽³⁰⁾.

عطفاً لما سبق، قد نصت أحد مبادئ المحكمة العليا العمانية على أن: "المقرر في قضاء المحكمة العليا أن استخلاص الواقع في الدعوى وتكييفها التكييف القانوني الصحيح وبيان عناصرها القانونية وتقدير الدليل فيها مما تستقل به محكمة الموضوع دون معقب عليها من المحكمة العليا التي هي في المقام الأول محكمة قانون وذلك متى كان استخلاصها سائغاً وله أصل ثابت بالأوراق وبكفي لحمل قضائه"⁽³¹⁾.

بالتالي يثور الخلاف بين الفقه بوجه عام في تحديد ما إذا كانت السلطة التقديرية للقاضي الجزائي تتعلق بالأهداف المرجوة من تطبيق العقوبة، أم أنها تتعلق بالوسائل، فيرى بعض الفقهاء أن العقوبة هي وسيلة لغاية معينة وتقوم على حماية مصالح الجماعة، حيث أن السلطة التقديرية للقاضي تنصب على اختيار الوسيلة المناسبة لتحقيق ذلك الغرض، أما تحديد الهدف الذي ترمي إليه العقوبة فلا مجال للتقدير القضائي فيه.

على النقيض من ذلك، يرى الجانب الآخر من الفقه أصحاب هذا الاتجاه الفقهي على أن العقوبة هي غاية في حد ذاتها، وأن السلطة التقديرية للقاضي في تحديد العقوبة لا بد وأن تتعلق بالهدف المرجو منها. بينما نرى أن العقوبة يجب أن تشمل الغاية في حد ذاتها بالإضافة إلى عدم اهمال الوسيلة المناسبة لتطبيقها، لأنهما بلا شك يتناسبان مع الغاية الأساسية لتطبيق العقوبة وهي الردع العام والخاص، وتحقيق العدالة.

الفرع الثاني: مسوغات منح القاضي الجزائي السلطة التقديرية

إن فكرة منح القاضي سلطة تقديرية في تقدير العقوبة أخذت في التوسع في الآونة الأخيرة، وذلك بسبب التوسع الذي يشهده القصد من توقيع العقوبة، حيث نجد أن هذه السلطة لم تكن هي ذات السلطة سابقاً، حيث كان القصد من العقوبة هو عنصر الإيلاام وحده، بينما الآن تغيرت إلى هدف أسمى وأرق، وهو إصلاح المحكوم عليه وتأهيله، إذ أن من طبيعة القواعد القانونية أنها تعتبر عامة مجردة، بالتالي وجب إعطاء القاضي هذه السلطة من أجل تحقيق هذا القصد الحقيقي من العقوبة وهو الإصلاح والتأهيل، وذلك كون أن المشرع يصعب عليه حصر الوقائع وتفريدها على كل حالة، على عكس القاضي الذي ينظر الدعوى في مرحلة المحاكمة، لذا فإن منح القاضي هذه السلطة له عدّة مسوغات، نوجزها في البنود على نحو ما سيرد أدناه.

البند الأول: التفريد العقابي

إن المقصود بالتفريد العقابي هو اختلاف كل جرم وظروفه بما يستدعي بالضرورة تفريد كل عقوبة على حسب المجرم، أي جعلها متلائمة مع الشخصية الإجرامية، بالتالي تفريد العقوبة لكل مجرم على حدة يقتضي بالضرورة التقليل من القيود على السلطة التقديرية للقاضي، وذلك لتمكينه من ملائمة الواقع من جهة، والقانون من جهة أخرى. "وقد برزت صورة التفريد العقابي بوضوح عن قيام حركة الدفاع الاجتماعي الحديثة التي تميزت بالطابع الانساني والتي ركزت على وجوب مكافحة ظاهرة الجريمة عن طريق ازالة أسبابها في المجتمع وقد دعى قادة هذه الحركة وفي مقدمتهم جراماتيكا ومارك انسل إلى وجوب التفريد العقابي"⁽³²⁾، ويمكن هنا طرح تساؤل: هل التفريد العقابي شرط لصحة الحكم أم هي سلطة للقاضي؟

فقد أجابت على هذا التساؤل المحكمة العليا في سلطنة عُمان في قرارها رقم 2007/231/230م بالقول أن: "من المقرر أن لمحكمة الموضوع مطلق الحرية في تقدير العقوبة التي تحكم بها وإذا تعدد المساهمون في جريمة واحدة فلا تثير عليها إذا قضت على كل منهم بعقوبة واحدة دون بيان الأسباب التي دعمتها إلى تقديرها طالما أنها راعت في هذا التقدير ألا ترتفع عن الحد الأقصى"، ومن هذا المبدأ يتضح أن التفريد العقابي هو سلطة تقديرية للقاضي الجزائي وليس شرطاً لصحة الحكم.

البند الثاني: تحقيق التناسب بين العقوبة من جهة وبين ظروف الجاني والجريمة من جهة أخرى

يكون تحقيق التناسب بين العقوبة وبين ظروف الجاني من خلال منح القاضي سلطة تقديرية؛ نظراً للظروف التي دفعت المجرم إلى ارتكاب الجريمة، كون المشرع لا يتصور منه الوصول إلى هذه الظروف بشكل تفصيلي، لأن النص العقابي يرسي قواعد عامة مجردة تشمل جميع الحالات، فيكون القاضي هو من يملك الاستطاعة في تحديد العقوبة، بناءً على هذه الظروف المحيطة التي أدت بالمتهم إلى ارتكاب الجريمة.

⁽³⁰⁾ مأمون سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، القاهرة، مصر، دار الفكر العربي، 1975م، ص 48.

⁽³¹⁾ الطعن رقم 258/259 (2006م)، جلسة (2006/6/28م)، المكتب الفني، مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررت المحكمة العليا في سلطنة عُمان، في الفترة من 2001 وحتى 2010م، الدائرة الجزائية، المبدأ رقم (62)، ص 7، ص 17-18.

⁽³²⁾ د. فهد هادي حيتور، ظروف الجريمة وأثرها في تقدير العقوبة، دراسة مقارنة، دار الجامعة، الاسكندرية، 2010م، ص 9.

عليه فإن "التطبيق القضائي للعقوبة بهذه الصورة هو من جنس التحديد التشريعي لها، إلا أن الفارق بينهما يكمن في أن التحديد التشريعي عام مجرد والتطبيق القضائي خاص واقعي"⁽³³⁾.

البند الثالث: المآخذ على هذه المسوغات

تجدر الإشارة إلى أن السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي بشكل واسع، قد تزعزع ثقة المجتمع بالقضاء الجنائي، إذ أن هذه السلطة قد تؤدي إلى عدم المساواة الواقعية بين المتهمين، فقد تختلف حالات أشخاص ارتكبوا جرائم مماثلة تبعاً للاختلاف في تقدير القضاء، إلا أن هذا الأمر يتم حله من خلال وضع ضوابط لاستعمال هذه السلطة من القاضي، وهذا ما أوجده المشرع؛ فقد وضع بعض القواعد التي تقيد من سلطة القاضي، كالقواعد المتعلقة بالعود، وبعض الظروف المشددة والمخففة للعقوبة، وذلك للحد من سلطة القاضي التقديرية في هذا الشأن.

كما أن هذا العيب لا يمثل خطراً على المتهم، إذ أن القاضي عندما يصدر حكمه المشوب بالخطأ في تقديره يقبل الطعن عليه لقاضي آخر أعلى درجة، وإذا ما أخطأ في تقديره لصالح المتهم فإن ذلك لن يؤثر على العدالة، فسيكون في حدود ضيقه، فمثلاً إذا ما قررت المحكمة وقف العقوبة فإنه يكون لمصلحه المتهم في عدم تنفيذ العقوبة الحبسية، وبالتالي نرى أن منح القاضي هذه السلطة هو أمر حتمي تستوجبه الغاية الحقيقية من العقوبة، وهي الإصلاح، وكذلك تحقيق المصلحة الاجتماعية في مكافحة العود والحد من الجريمة، وفي الواقع سلبات هذه السلطة لا يمكن أن تقف عائق دون وجودها. وهذا ما أرسته المحكمة العليا في سلطنة عُمان في المبدأ رقم 2017/286 م: "تقدير العقوبة في الحدود المقررة قانوناً بالنسبة لكل متهم هو من سلطة محكمة الموضوع دون معقب ودون أن تسأل حساباً عن الأسباب التي من أجلها أوقعت العقوبة بالقدر الذي ارتأته من ثم فلا يقبل من الطاعن أو غيره مجادلة المحكمة في تقديرها للعقوبة التي قضت بها ضد الملعون ضده ما دامت تلك العقوبة هي العقوبة المقررة قانوناً".

بالمعنى المخالف، في حال إذا كانت العقوبة التي قررها القاضي لم تكن في غايتها تحقق الردع الخاص، فيصبح هنا خلل في تطبيق هذه السلطة التقديرية للقاضي، كأن يحكم القاضي بوقف التنفيذ لجريمة معينة تستدعي خضوع الشخص لبرنامج تأهيلي يصلحه ويعيده إلى المجتمع منتجاً، فتجدر الإشارة هنا إلى التدرج في مراحل القضاء وخضوع الحكم لسلطة محكمة أعلى درجة وهكذا.

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في الأنظمة الإجرائية

عند الخوض في الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، يتطلب بيان تطور هذه السلطة خلال الأنظمة الإجرائية الجزائية المختلفة، لذلك سنقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في النظام الاتهامي

يعد هذا النظام أقدم الأنظمة الإجرائية الجزائية ظهوراً، والدعوى الجزائية فيه تكاد تتطابق مع الدعوى المدنية من حيث الخصائص، وما يميز هذا النظام -باختصار شديد- أن المجني عليه في الدعوى هو من يحركها، ويقدم أدلة الاتهام، فيما يبقى المتهم يبحث لنفسه عن أدلة النفي⁽³⁴⁾، ومهمة القاضي الجزائي في هذا النظام كمهمة القاضي المدني تقتصر على الموازنة بين الأدلة المقدمة، والحكم لمن ترجح كفته، دون سعي من جانبه للبحث عن الحقيقة، وبالتالي فإن دور القاضي في هذا النظام يعتبر دور سلمي، إذ أنه لا يقوم بجمع الأدلة، وإنما يقتصر دوره فقط في سماع الخصوم دون استجوابهم.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في النظام التحقيقي

يعد هذا النظام أقدم الأنظمة الإجرائية الجزائية ظهوراً، والدعوى الجزائية فيه تكاد تتطابق مع الدعوى المدنية من حيث الخصائص، وما يميز هذا النظام -باختصار شديد- أن المجني عليه في الدعوى هو من يحركها، ويقدم أدلة الاتهام، فيما يبقى المتهم يبحث لنفسه عن أدلة النفي⁽³⁵⁾، ومهمة القاضي الجزائي في هذا النظام كمهمة القاضي المدني تقتصر على الموازنة بين الأدلة المقدمة، والحكم لمن ترجح كفته، دون سعي من جانبه للبحث عن الحقيقة، وبالتالي فإن دور القاضي في هذا النظام يعتبر دور سلمي، إذ أنه لا يقوم بجمع الأدلة، وإنما يقتصر دوره فقط في سماع الخصوم دون استجوابهم.

في هذا النظام يعهد بتحريك الدعوى ومباشرتها إلى هيئة عامة تابعة للدولة، وذلك للحد من سلطة القضاء وتعسفهم⁽³⁶⁾، كما أن هذا النظام أرسى مبادئ ونظم شكلت ركائز النظم الإجرائية، كإنشاء الادعاء العام، وإضفاء الطابع على القضاء، وما يلحقه من وجوب إلمام القاضي بالدراسات القانونية، وأما عن دور القاضي في هذا النظام فإنه لم يعد حكماً محايداً يختاره الخصوم، وإنما أضى ممثلاً للدولة، مما ترتب عليه منح القاضي سلطات واسعة في إثبات الإدانة، كما أنه صار موظفاً يحترف العمل القضائي مما يؤدي إلى تضائل سلطته في التقدير وإهدارها في مجال الأدلة⁽³⁷⁾، ورغم ما منحه هذا النظام من سلطة إيجابية للقاضي الجزائي في جمع الأدلة والبحث عنها، وتمكينه من معرفة الحقيقة بعيداً عن تأثير الخصوم، يجعل الإجراءات سرية

(33) د. محمود محمود مصطفى، نموذج القانون العقوبات، مطبعة جامعة القاهرة، ط 1، 1976 م، ص 22.

(34) د. فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة دراسة مقارنة، دار الثقافة والنشر والتوزيع عمان، الطبعة الأولى، 2006 م، ص 144-145.

(35) د. فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة دراسة مقارنة، دار الثقافة والنشر والتوزيع عمان، الطبعة الأولى، 2006 م، ص 144-145.

(36) د. رمزي رياض عوض، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2004 م، ص 15.

(37) د. فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 15.

تتم في غير حضور الخصوم، إلا أنه قيد بنظام الأدلة القانونية، وهو الشيء الذي حدّ من سلطة القاضي الجزائي في الاقتناع، إذ أدى إلى إباحة استعمال طرق الإكراه ضد المتهم لحمله على الاعتراف⁽³⁸⁾.

الفرع الثالث: السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في النظام المختلط

هذا النظام حاول أن يدمج بين النظامين السابقين، كما حاول أن يجمع بين مزايا كل نظام، فقد أخذ من النظام التحقيقي دور الادعاء العام في تحريك الدعوى، دون إلغاء دور الأطراف، وصفة السرية في الإجراءات وتدوينها، كما أخذ من النظام الاتهامي حرية القاضي في تكوين اقتناعه، وتميز أيضاً بالمرونة والتطور⁽³⁹⁾، أما عن سلطة القاضي ودوره في تقدير الأدلة في هذا النظام، فقد كان جدّاً إيجابياً، فهو يوجه أدلة الإثبات والنفي سعياً لتقصي الحقيقة، ولذلك أصبح للتحقيق الذي يكون أمام المحكمة أهمية كبيرة، بل وأكثر من أهمية التحقيق الابتدائي الذي يقوم به الادعاء العام، وكذلك مرحلة الاستدلالات، وبهذا يكون هذا النظام قد ساهم في منح القاضي الجزائي السلطة التقديرية الواسعة لتكوين قناعته. الجدير بالذكر، أن هذا النظام هو ما اتبعه المشرع العُماني في نصوص قانون الإجراءات الجزائية، وتظهر هذه الصفة من خلال الإجراءات والمراحل المنصوصة في ذات القانون، خاصةً مرحلة جمع الاستدلالات، والتحقيق الابتدائي، والمحاكمة⁽⁴⁰⁾.

المطلب الثالث: سلطة القاضي الجزائي في تحديد العقوبة بشكل خاص

لما للجريمة من عناصر خاصة بها فهي تختلف من حيث طبيعتها عن الوقائع الأخرى، فالجريمة الجزائية تحدد العقوبة المفروضة لها من قبل المشرع، وذلك من خلال النظر إلى جسامة الفعل المرتكب، ومدى تأثيره على المجتمع، سواء من الناحية الاجتماعية أو الإقتصادية أو السياسية أو الأمنية، وكلما كان تأثير الفعل المجرّم له وقع كبير على حياة المجتمع ويهدد أمنه واستقراره، كلما كانت العقوبة المفروضة له يكون حدّها الأدنى والأعلى كبيرين، وبعدما تثبت الواقعة أمام القاضي الجزائي، فإن المشرع قد أعطاه سلطة تقديرية في اختيار العقوبة المناسبة؛ نظراً لظروف تلك الواقعة وللظروف الشخصية للجرم، وذلك بما لا يتعارض مع مبدأ الشرعية الجزائية، فوضع له المشرع حدّين للعقوبة المفروضة، يختار القاضي بين حدّيهما العقوبة المناسبة للجاني، بل واعطاه سلطة تقديرية تجعله لا يلتزم بالحد الأعلى أو الأدنى، وإنما له أن يقضي بأكثر من ذلك الحد أو أقل، وذلك عندما تتوافر أمامه ظروف مشدّد للعقوبة أو ظروف مخففة، وفيما يلي نستوضح أبرز النقاط المتعلقة بالعقوبة، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم العقوبة

العقوبة هي الجزاء الذي يقرره القانون، ويوقعه القاضي على من تثبت مسؤوليته عن فعل يعتبر جريمة في نظر القانون، ليصيب به الجاني في شخصه أو ماله أو اعتباره⁽⁴¹⁾، أو هو التدبير الذي يصدره القاضي الجزائي بمواجهة المسؤول جزائياً عن تلك الجريمة وفق ما يراه مناسب، فالجزاء الجنائي هو ردة فعل المجتمع اتجاه المجرم نظير جريمته⁽⁴²⁾.

إن العقوبة هي الجزاء الذي يفرضه القانون إزاء الجاني وفقاً للضوابط التي يراها القاضي في ملابسات الجريمة، فالمشرع يحدد عقوبة كل جريمة على أساس تناسبها مع مادياتها، وخاصة ما تكشف عنه من خطر على المجتمع، أو ما تحدثه من ضرر، والمشرع لا يستطيع أن يحقق التناسب بين هذه العقوبة وشخصية كل من يرتكب الجريمة، إذ لا يعرف مقدماً أشخاصهم، ومن المستحيل عليه أن يحصر ظروفهم ويتنبأ بالإعتبارات التي تحدد العقاب العادل والملائم لكل منهم، ولذلك يكتفي المشرع بتحديد العقوبة التي يعتقد بعدتها وملائمتها إزاء الشخص العادي في الظروف العادية⁽⁴³⁾.

الفرع الثاني: عناصر تقدير العقوبة

السلطة التقديرية للقاضي الجزائي تتعلق بمناخ تقييم العقوبة، والتي تشكل مفترضاها، وتلك المفترضات تشكل الوقائع المادية للواقعة، والشخصية للجاني، التي تحدد درجة جسامة المخالفة للنص التجريبي، والتي على ضوءها يحدد المشرع العقوبة المقررة للجريمة، -فعلى سبيل المثال- إذا حدد المشرع العُماني عقوبة محددة كعقوبة الإعدام في قضايا القتل المشددة⁽⁴⁴⁾، وقضايا أمن الدولة⁽⁴⁵⁾، وتهريب المواد المخدرة بقصد الإتجار⁽⁴⁶⁾، فإنه

(38) د. مروك نصر الدين، محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د ط، 2003م، ص 32/1.

(39) د. فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 55-56.

(40) إن مظاهر أخذ التشريع العُماني بالنظام المختلط عديدة، ولكن أبرزها أن إجراءات التحقيق الابتدائي تتسم بالسرية، وقد تتخذ في غيبة المتهم، كما أوجب المشرع تدوين جميع الإجراءات المتخذة في الدعوى العمومية، فأوجب على مأموري الضبط القضائي أثناء قيامهم بإجراءات جمع الاستدلالات تدوينها في محضر، كما أوجب المشرع على عضو الادعاء العام تدوين إجراءات التحقيق الابتدائي، كأقوال المتهم وشهادة الشهود. انظر قانون الإجراءات الجزائية العُماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (99/97) وتعديلاته.

(41) نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010م، ص 416.

(42) محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 931.

(43) المرجع السابق، ص 805.

(44) المادة (302) من قانون الجزاء: يعاقب بالإعدام، إذا توافرت في واقعة القتل العمد إحدى الحالات الآتية: أ - سبق الإصرار، أو التردد. ب - إذا وقع القتل على أحد أصول الجاني. ... إلخ.

(45) المادة (94) من قانون الجزاء: "يعاقب بالإعدام كل من اعتدى قصداً على حياة سلطان البلاد، أو سبب له أذى بليغاً، أو اعتدى على سلامته أو حرته، أو عرض قصداً حياته أو حرته للخطر... إلخ."

(46) المادة (43) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية: "... وتكون العقوبة الإعدام في من الحالات الآتية: 1- تهريب أي من المواد المذكورة في البندين (1 و2) من الفقرة الأولى من هذه المادة بقصد الإتجار بها... إلخ."

يكون قد راعي جسامته تلك الجرائم وأثرها الكبير على المجتمع، وبالتالي لا يعطي القاضي فيها سلطة تقديرية للقاضي، وإنما يضيق من سلطته، ويفرض عليه الحكم بتلك العقوبة، وفي بعض الأحيان يحدد المشرع حدين للجريمة ويترك للقاضي الجزائي السلطة التقديرية في القضاء بما يستبين له من عقوبة مناسبة، وذلك وفق العقوبة المقررة بين الحدين، مثلما نص المشرع العماني في المادة 194 من قانون الجزاء رقم 2018/7 على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن سنة، ولا تزيد على ثلاث سنوات، وبغرامة لا تقل عن 200 ريال عماني، ولا تزيد على 500 ريال عماني كل موظف عام استعمل وظيفته أو أخل بواجباتها....".

المشرع بطبيعة الحال لا يقطع بصورة تلك الجسامته سلفاً، فقد ترك ذلك لتقدير القاضي، وترك له استخلاص عناصر أخرى غير منصوص عليها، وذلك من خلال ظروف ارتكابها ومرتكبها، حيث إن تقدير العقوبة في الحدود المرسومة قانوناً للجريمة التي تثبت على المتهم من سلطة محكمة الموضوع، وهي غير ملزمة ببيان الأسباب التي من أجلها أوقعت العقوبة بالقدر الذي أرآته⁽⁴⁷⁾، فتقدير العقوبة وأعمال الظروف المخففة هي سلطة تقديرية لمحكمة الموضوع، شرطها ألا تتجاوز حدود التخفيف المقررة قانوناً⁽⁴⁸⁾.

فالمشرع لا يحدد التكييف القانوني إلا للواقعة في مادياتها، أما ما يتصل بشخص مرتكبها فقليلاً ما يتعرض له المشرع في التحديد الوارد بالقاعدة، وإنما يترك ذلك لاستخلاص القاضي؛ نظراً للمتغيرات غير المحدودة للأشخاص وظروفهم الخاصة، التي ينبغي أن تؤخذ في الاعتبار عند توقيع العقوبة، فالجريمة الجزائية على عكس الوقائع الأخرى غير المشروعة، حيث تلعب فيها شخصية المجرم دوراً هاماً في تحديد الأثر القانوني المترتب عليها⁽⁴⁹⁾، فيقوم المشرع بتحديد العقوبة نظراً لجسامته الفعل محل التجريم، وفي بعض الأحيان تكون العقوبة ملزمة للقاضي عندما ينص القانون على عقوبة واحدة دون تخير، وفي بعض الأحيان يجعلها بين حدين، ويترك للقاضي سلطة واسعة في التقدير، والمشرع لم يقصر دور القاضي على الالتزام بحدي العقوبة المفروضة، وإنما اعطاه سلطة تقديرية في تخفيف الحد الأدنى من العقوبة، فضلاً عن يمكن للقاضي إذا رأى ظروف الجريمة أو ظروف المتهم تستدعي الرأفة أن ينزل عن الحد الأدنى المقرر قانوناً للجريمة، وهذا ما نص عليه المشرع العماني في المادة 80 من قانون الجزاء⁽⁵⁰⁾، ويظهر كذلك في الأسباب المشددة للعقوبة التي يمكن معها للقاضي أن يقضي بعقوبة تزيد عن الحد الأعلى للعقوبة المقررة قانوناً للجريمة، وهذا ما أخذ به المشرع العماني في المادة (82) من ذات قانون.

الفرع الثالث: نطاق سلطة القاضي في تقدير عناصر العقوبة

لقد أعطى المشرع القاضي الجزائي السلطة التقديرية في تقدير العقوبة، وذلك من خلال جعل العقوبة بين حد أعلى وحد أدنى، ووضع عقوبات فرعية، بحيث يقوم القاضي بدراسة وتمحيص الدعوى وظروفها المادية، وكذلك ظروف مرتكبها ليصل إلى العقوبة المناسبة التي تحقق أهدافها، وذلك عن طريق الأخذ بالاعتبار البنود الآتية:

البند الأول: التقدير الكمي للعقوبة

من خلال استقراء نصوص قانون الجزاء الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 2018/7، نجد أن العقوبات جاءت على عدّة صور، فبعضها محدد لا يمكن للقاضي أن يستعمل سلطته التقديرية كعقوبة الاعدام، والسجن المطلق، والمصادرة، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 94 من ذات القانون بقولها: "يعاقب بالاعدام كل من أعتدى قصداً على حياة سلطان البلاد أو سبب له أذى بليغاً أو أعتدى على سلامته وحريته أو عرض قصداً حياته أو حريته للخطر، ويعاقب بالسجن المطلق إذا لم ينتج عن الاعتداء تهديد لحياته"، وجاءت بعض النصوص الأخرى بين حدين أعلى وأدنى، سواء كانت العقوبة سالبة للحرية، أو بتوقيع الغرامة، أو كلاهما، بالتالي هذا التقدير يعطي القاضي السلطة التقديرية الكاملة في تحديد العقوبة بين هذين الحدين. تطبيقاً لما تقدم، إن المحكمة العليا في سلطنة عُمان بينت في الطعن رقم 2007/201 أن: "تقدير العقوبة من إطلاقات محكمة الموضوع شرطه أن تكون العقوبة المقضي بها في الحدود المقررة قانوناً"، ولا شك أنه تزداد سلطة القاضي الجزائي وتقل، بقدر تباعد وتقارب الحد الأعلى والحد الأدنى، إلا أن هذا النوع ينطوي عليه اختلاف الأحكام بين المتهمين، مما قد يشعر البعض بعدم وجود العدالة، وترى الباحثة أن للقاضي السلطة التقديرية في تقدير العقوبة، ولكن يجب أن تكون للقاضي ضوابط ومقاييس عادلة في اختيار العقوبة المناسبة بين الحدين الأعلى والأدنى، وذلك من خلال المعايير الموضوعية للجريمة ومرتكبها⁽⁵¹⁾.

تجدر الإشارة أن القانون الفرنسي لا يعترف بسلطة التقدير الكمي للعقوبة، فبالتالي ليس للقاضي الحكم إلا بالعقوبة المحددة في القانون⁽⁵²⁾.

(47) طعن جزائي من المحكمة العليا العمانية رقم 2006/293، تاريخ 10/10/2006م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا للسنة القضائية السابعة.

(48) طعن جزائي من المحكمة العليا العمانية رقم 2006/489، تاريخ 9/1/2007م، من مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا.

(49) عبيد حسنين، رسالة دكتوراة عن النظرية العامة للظروف المخففة، جامعة القاهرة، 1970م، ص 118.

(50) المادة 80 من قانون الجزاء: "إذا رأت المحكمة أن ظروف الجريمة أو الجاني تستدعي الرأفة، جاز لها أن تخفف العقوبة المقررة على الوجه الآتي... إلخ".

(51) ناصر محمد عوض الله العمرة، رسالة دكتوراة عن سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة دراسة مقارنة، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، 2013م، ص 88.

(52) بلعيد جميلة، رسالة ماجستير عن السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2016/2017م، ص 54.

البند الثاني: التقدير النوعي للعقوبة

بطبيعة الحال ينقسم التقدير النوعي للعقوبة إلى قسمين، نوضحهم في النقاط الآتية:

أولاً: النظام التخيري للعقوبات

يقوم هذا النظام على أن يختار القاضي إحدى العقوبات المنصوص عليها، أو أكثر، وذلك من بين العقوبات المنصوص عليها في القانون، ويظهر ذلك على سبيل المثال في المادة 268 من قانون الجزاء العُماني بقولها: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن 10 عشرة أيام ولا تزيد عن شهر وبغرامة لا تقل عن 100 مائة ريال ولا تزيد عن 300 ثلاثمائة ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استعمل أجهزة الاتصالات السلكية أو اللاسلكية أو الوسائط الإلكترونية أو عبارات أو صور أو برامج أو أي وسيلة لنقل عبارات أو صور أو برامج مناهضة للأداب العامة والأخلاق".

حيث نجد أن المشرع العُماني قد أعطى القاضي السلطة التقديرية في الحكم بإحدى العقوبتين، وكلاهما، على مرتكب الجريمة وفقاً لنص المادة أعلاه، وبالتالي يحقق للقاضي الحكم بالغرامة، أو السجن، وكلاهما.

كما أعطى المشرع العُماني القاضي السلطة التقديرية في الحكم بعقوبات تكميلية وتبعية، وذلك وفقاً لنص المادة 61 من ذات القانون التي تنص على: "فيما عدا الحالات التي ينص فيها القانون على عقوبات تبعية أو تكميلية، يجوز للمحكمة عند الحكم بالادانة في جنابة أو جنحة أن تحكم بوحدة أو أكثر من العقوبات الواردة في المادة 57 من هذا القانون".

ثانياً: النظام الإبدالي

تقرر بعض التشريعات إمكانية إبدال العقوبة من نوع إلى نوع آخر، وذلك في حال تعذر تنفيذ العقوبة الأصلية، كما جاء في نص المادة 17 من قانون العقوبات الأردني على أنه في حال الحكم على امرأة حامل بعقوبة الإعدام، يبطل حكم الإعدام بالأشغال الشاقة المؤبدة⁽⁵³⁾.

الفرع الرابع: دور القاضي الجزائي في مباشرة السلطة القضائية

قد أوردت المحكمة العليا في الطعن رقم 2007/209 على أن: "لما كان ذلك، وكان تقدير العقوبة في الحدود المقررة قانوناً وتقدير قيام موجبات الرأفة أو عدم قيامها هو من إطلاقات محكمة الموضوع دون معقب عليها ودون أن تسأل حساباً عن الأسباب التي من أجلها أوقفت العقوبة بالقدر الذي أرتأته ما دامت العقوبة المقررة قانوناً، كما لا يلزم أن يصرح الحكم بموجبات التخفيض تفصيلاً أو يشير إلى نص المادة الخاصة بذلك بل يكفي أن يشار فيه إلى أن المحكمة قد رأت واستشعرت ما يوجب تطبيق الرأفة والتخفيف على المحكوم عليه". وأشار قرار رقم 315 في الطعون 286 و 287 و 2004/288 م إلى: "أن تقدير العقوبة يدخل في إطلاقات السلطة المخولة لمحكمة الموضوع ولا يجوز المجادلة بشأنه أمام المحكمة العليا ولكن يشترط أن تكون العقوبة المحكوم بها تدخل في الحدود المقررة للجريمة".

بالتالي لا يمكن تحقيق العقوبة المناسبة بجعل العقوبة جامدة غير قابلة للتغيير، فلا يمكن تطبيق عقوبة واحدة على جميع الوقائع التي قد تختلف في ظروفها وزمانها ومكانها، ولهذا فقد أعطى المشرع القاضي السلطة التقديرية في تحديدها، ولا رقابة عليه من قبل المحكمة العليا، طالما كانت في حدود ما قرره القانون.

الخاتمة:

في ختام هذه الورقة البحثية، التي تم التطرق فيها عن موضوع "السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تحديد العقوبة - تأصيل تاريخي"، تجدر الإشارة في هذا المقام، إلى القول بأن التأصيل التاريخي للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي، يندرج من المواضيع التي ينبغي تسليط الضوء عليها بشكل واسع، لأنها توضح المراحل التي مرت بها السلطة، والتي منها نستنبط كيفية تطور التشريعات: نظراً لأن الرجوع إلى تأصيل الفكرة يفيد في كيفية تطوير وسد ثغرات أي حالة قد تطرأ.

عليه، خلصت هذه الورقة البحثية إلى عدد من النتائج والتوصيات، نجملها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها ما يلي:

- السلطة التقديرية للقاضي الجزائي ظهرت تدريجياً مع مرور الزمن؛ نظراً لاختلاف وتغير المجتمعات الإنسانية.
- تعتبر السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في الوقت الراهن من المسلمات في التشريعات، على اعتبار تطور التشريعات في مواجهة الخطورة الإجرامية.
- يقع على عاتق القاضي الجزائي تطبيق العدالة وتحقيق مبتغاها عن طريق منحه السلطة التقديرية في تفريد العقوبة على الجاني.

⁽⁵³⁾ بلعيد جميلة، المرجع السابق، ص 55.

- المشرع العماني منح للقاضي سلطة تقديرية لتحقيق الموائمة في فرض العقاب لكل مجرم، مع إعطاءه مكنة واسعة في تقدير العقوبة بين حديها الأعلى والأدنى، وهذا يؤكد على أن التشريع قد أعطى صلاحية للقاضي في موازنة العقوبة المناسبة لكل مجرم.
- بطبيعة الحال القاضي الجزائي سلطته ليست مطلقة، وإنما وفق ضوابط متعلقة بظروف الجريمة ومرتكبها.
- نصوص القوانين الجزائية حريصة في رسم حدود الضوابط المتعلقة بظروف الجريمة وملابساتها وكذلك ظروف مرتكبها.

ثانيًا: التوصيات:

- وبناءً على النتائج التي خلصت إليها الدراسة فإننا نوصي بما يلي:
- ندعو المشرع العماني عند وضع النصوص القانونية الجزائية مراعاة أن لا يكون الفارق واسع جدًا في العقوبات المفروضة بين الحد الأدنى أو الأعلى، أو وضع ضوابط ملائم في حال كان الفارق واسع، لمنع أي ضرر على المحكوم عليه أو تعسف في تحديد العقوبات على مرتكبي الجرائم، مما قد يؤثر على ثقة المجتمع في العدالة القضائية.
- إن تسييب الأحكام الجزائية تشكل أهمية كبيرة جدًا على اعتبار أنها امتداد لرقابة المحاكم الأعلى، عليه ندعو العاملين في القضاء إلى التوسع في التسييب.
- نوصي المشرع أن يراعي تطعيم النصوص العقابية بالضوابط التي من شأنها أن تسهل للقاضي الوصول إلى العقوبة المناسبة عند تقرير العقوبة الملائمة على المحكوم عليه.

المراجع:

أولاً: الكتب:

- أحمد، راشد علي. (1974). القانون الجنائي وأصول النظرية العامة. دار النهضة العربية، ط2.
- الجبور، خالد. (2009). التفريد العقابي. دار وائل للنشر والتوزيع، ط1.
- جعفر، مزهر عبيد. الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجزائية العماني.
- حبتور، فهد هادي. (2010). ظروف الجريمة وأثرها في تقدير العقوبة، دراسة مقارنة. دار الجامعة.
- حسام الدين، محمد. (2016). علم الإجرام والعقاب. دار الجامعة الجديدة.
- حسني، محمود نجيب. (1982). شرح قانون العقوبات. القسم العام، ط 5، دار النهضة العربية.
- أبو خطوة، أحمد شوقي عمر. (2003). شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات. دار النهضة العربية.
- أبو زهرة، الإمام محمد. (1998). الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي. دار الفكر العربي.
- سلامة، مأمون. (1975). حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون. دار الفكر العربي.
- سليم، عبد المجيد إبراهيم. (2010). السلطة التقديرية للمشرع دراسة مقارنة. دار الجامعة الجديدة.
- عوض، رمزي رياض. (2004). سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة دراسة مقارنة. دار النهضة العربية.
- غنام، محمد غنام. (2015). علم الإجرام وعلم العقاب. دار الفكر والقانون.
- المجالي، نظام توفيق. (2010). شرح قانون العقوبات القسم العام. ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- محمد، فاضل زيدان. (2006). سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة دراسة مقارنة. دار الثقافة والنشر والتوزيع، ط1.
- مصطفى، محمود محمود. (1976). نموذج القانون العقوبات. مطبعة جامعة القاهرة، ط1.
- نشأت، أكرم. (1998). الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة. دار الثقافة، ط1.
- ابن منظور. (2010). لسان العرب المحيط. المجلد الثاني، دار لسان العرب.
- نصر الدين، مروك. (2003). محاضرات في الإثبات الجنائي. الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع.

ثانيًا: الرسائل العلمية:

- بلعيد، جميلة. (2016-2017). السلطة التقديرية للقاضي الجنائي. جامعة محمد خيضر بسكرة.
- بوقادوم، يحيى صليحة زوجة. (2015-2016). السلطة التقديرية للقاضي الجنائي. كلية الحقوق، جامعة الجزائر.
- الجهوري، صفية خليفة. (2019). سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة وفقًا لقانون الجزاء في سلطنة عمان. جامعة السلطان قابوس.
- حسني، عبيد. (1970). النظرية العامة للظروف المخففة. جامعة القاهرة.
- السعدني، أمين حافظ. (1993). الأيديولوجيا وشرعية السلطة في الفكر السياسي الأووبي الحديث. جامعة المنوفية.
- العمرة، ناصر محمد عوض الله. (2013). سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة دراسة مقارنة. جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

قريمس، سارة. (2015). *سلطة القاضي الجنائي في مجال العقوبة*. جامعة محمد خيضر.

ثالثاً: البحوث والمقالات:

- لريد، محمد أحمد. (2011). *ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تخفيف الجزاء*. الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية: جامعة حسية بن بوعلي، الشلف، العدد 6.
- مباركي، دليّة. السلطة التقديرية للقاضي الجنائي. *مجلة الاجتهاد القضائي: العدد الأول*.
- محمّد، محمد. (2004). *السلطة التقديرية للقاضي الجزائي*. *مجلة البحوث والدراسات: معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، العدد الأول*.

رابعاً: التشريعات:

- أحكام محكمة النقض المصرية.
- أحكام ومبادئ المحكمة الاتحادية العليا بالإمارات.
- أحكام ومبادئ وقواعد المحكمة العليا في سلطنة عمان.
- قانون الجزاء الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 2018/7م.
- قانون الإجراءات الجزائية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 99/97، وتعديلاته.
- قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 99/17، وتعديلاته.

Abu Khatwa, A. Sh. O. (2003). *Sharh Al'ahkam Aleamat Liqanun Aleuqubati* 'Explanation of the general provisions of the Penal Code'. Alnahdat Alearabiati House. [in Arabic]

Abu Zahra, I. M. (1998). *Aljarimat Waleuqubat Fi Alfikat Al'iislamu* 'Crime and punishment in Islamic jurisprudence'. Alfikr Alearabii House. [in Arabic]

Ahmed, R. A. (1974). *Alqanun Aljinayiyu Wa'usul Alnazariat Aleamati* 'Criminal law and the origins of general theory'. Alnahdat Alearabiati House, 2nd edition. [in Arabic]

Al-Jahouri, S. Kh. (2019). *Sultat Alqadi Aljazayiyi Fi Taqdir Aleuqubat Wfqan Liqanun Aljaza' Fi Saltanat Eaman* 'The Authority of the Criminal Judge to Assess the Penalty in Accordance with the Penal Code in the Sultanate of Oman'. Sultan Qaboos University. [in Arabic]

Al-Saadani, A. H. (1993). *Al'aydiulujia Washareiat Alsultat Fi Alfikr Alsiyasii Al'uwuwubii Alhadithi* 'Ideology and the Legitimacy of Power in Modern European Political Thought'. Al-Manoufia University. [in Arabic]

Awad, R. R. (2004). *Sultat Alqadi Aljinayiyi Fi Taqdir Al'adilat Dirasat Muqaranati* 'The authority of the criminal judge in assessing evidence: a comparative study'. Alnahdat Alearabiati House. [in Arabic]

Belaid, J. (2016-2017). *Alsultat Altaqdiriat Lilqadi Aljanayiy* 'The Discretion of the Criminal Judge'. Mohamed Kheidar Biskra University. [in Arabic]

Boukadoum, Y. S. (2015-2016). *Alsultat Altaqdiriat Lilqadi Aljinayiy* 'The Discretion of the Criminal Judge'. Faculty of Law, Said Hamdine, University of Algiers. [in Arabic]

Ghannam, M. G. (2015). *Ealm Al'ijram Waeilm Aleaqabi* 'Criminology and Punology'. Alfikr Walqanuni House. [in Arabic]

Grimes, S. (2015). *Sultat Alqadi Aljinayiyi Fi Majal Aleuqubati* 'The Authority of the Criminal Judge in the Field of Punishment'. Muhammad Kheidar University'. [in Arabic]

Habtoor, F. H. (2010). *Zuruf Aljarimat Wa'atharuha Fi Taqdir Aleuqubati, Dirasat Muqaranati* 'The circumstances of the crime and their impact on estimating the penalty, a comparative study'. aljamieati House. [in Arabic]

Hassanein, O. (1970). *Alnazariat Aleamat Lilzuruf Almkhafafati* 'The General Theory of Mitigating Circumstances'. Cairo University. [in Arabic]

Hosni, M. N. (1982). *Sharh Qanun Aleuqubati* 'Explanation of the Penal Code'. General section, 5th edition, Dar alnahdat alearabiati. [in Arabic]

Hossam El-Din, M. (2016). *Ealm Al'ijram Waleaqabi* 'Criminology and Punishment'. Aljamieat Aljadidati House. [in Arabic]

Ibn Manzoor. (2010). *Lisan Alearab Almuhi* 'The surrounding tongue of the Arabs'. The second volume, Dar Lisan Alearabi. [in Arabic]

Jaafar, M. O. *Alwasit Fi Sharh Qanun Al'ijra'at Aljazayiyat Aleumani* 'The mediator in explaining the Omani Criminal Procedures Law'. [in Arabic]

Jabbour, Kh. (2009). *Altafrid Aleaqabi* 'Punitive exclusivity'. Dar Wayil for publication and distribution, 1st edition. [in Arabic]

- Lareed, M. A. (2011). *Dawabit Alsultat Altaqdiriat Lilqadi Aljinayiyi Fi Takhfif Aljaza 'i'* 'Controls of the Discretionary Power of the Criminal Judge to Mitigate the Penalty'. Academy of Social and Human Studies: Hassiba Ben Bouali University, Chlef, Issue 6. [in Arabic]
- Majali, N. T. (2010). *Sharh Qanun Aleuqubat Alqism Aleama* 'Explanation of the Penal Code, the general section'. 3rd edition, Althaqafat House for publication and distribution. [in Arabic]
- Mohdeh, M. (2004). *Alsultat Altaqdiriat Lilqadi Aljazayiyi* 'The discretionary power of the criminal judge'. *Journal of Research and Studies*: Institute of Legal and Administrative Sciences, University Center in Al-Wadi, first issue. [in Arabic]
- Mubaraki, D. *Alsultat Altaqdiriat Lilqadi Aljinayiyi* 'The Discretion of The Criminal Judge'. *Journal of Judicial Jurisprudence*: First Issue. [in Arabic]
- Muhammad, F. Z. (2006). *Sultat Alqadi Aljinayiyi Fi Taqdir Al'adilat Dirasat Muqaranati* 'The authority of the criminal judge in assessing evidence: a comparative study'. Althaqafat House for Publishing and Distribution, 1st edition. [in Arabic]
- Mustafa, M. M. (1976). *Namudhaj Alqanun Aleuqubatu* 'Penal Code Model'. Cairo University Press, 1st edition. [in Arabic]
- Nashat Akram. (1998). *Alhudud Alqanuniat Lisultat Alqadi Aljinayiyi Fi Taqdir Aleuqubati* 'Legal limits to the authority of the criminal judge in assessing the penalty'. Althaqafati House, 1st edition.
- Nasreddin, M. (2003). *Muhadarat Fi Al'iithbat Aljanayiy* 'Lectures in criminal evidence'. The first part, Dar Humat for printing, publishing and distribution. [in Arabic]
- Salameh, M. (1975). *Hudud Sultat Alqadi Aljinayiyi Fi Tatbiq Alqanuni* 'The limits of the criminal judge's authority in applying the law'. Alfikr Alearabii House. [in Arabic]
- Selim, A. I. (2010). *Alsultat Altaqdiriat Lilmusharie Dirasat Muqaranati* 'The discretionary power of the legislator, a comparative study'. Aljamieat Aljadidati House. [in Arabic]
- Umrah, Nasser M. A. (2013). *Sultat Alqadi Aljazayiyi Fi Taqdir Aleuqubat Dirasat Muqaranati* 'The Authority of the Criminal Judge in Estimating the Penalty, A Comparative Study. International Islamic Science University. [in Arabic]

الضمانات الدستورية والقانونية المتعلقة بحرية الصحافة والإعلام في النظام القانوني الوطني

Constitutional and Legal Guarantees Related to Freedom of the Press and Media in the Jordanian Legal System

نهلا عبد القادر المومني

Nahla Abed Alkader Almomani

Accepted

قبول البحث

2022/9/17

Revised

مراجعة البحث

2022 /8/30

Received

استلام البحث

2022 /7/ 17

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.3.4>



This file is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

الضمانات الدستورية والقانونية المتعلقة بحرية الصحافة والإعلام في النظام القانوني الوطني

Constitutional and Legal Guarantees Related to Freedom of the Press and Media in the Jordanian Legal System

نهلا عبد القادر المومني

Nahla Abed Alkader Almomani

دكتوراه في القانون الدولي العام- المركز الوطني لحقوق الإنسان- الأردن

Ph.D. In Public International Law, National Center for Human Rights, Jordan

nahla400086@yahoo.com

الملخص:

تعد حرية الصحافة والإعلام مكوناً أساسياً من مكونات الحق في حرية التعبير والذي يتمتع بحماية دستورية، وفي الوقت ذاته كفلته المعايير الدولية لحقوق الإنسان وفي مقدمتها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي صادق عليه الأردن ونشره بالجريدة الرسمية. وتنبع أهمية حرية الصحافة والإعلام من الدور الجوهري الذي تمارسه كسلطة رقابية، ووسيلة لإيصال المعلومات والحقائق للأفراد بما يساهم في تمكينهم من تكوين المواقف وتشكيل الآراء حول القضايا التي تهمهم. ويتطلب ممارسة هذا الدور الهام توفير ضمانات دستورية وقانونية ليتمكن العاملون في هذه المهنة من العمل دون وجل أو خوف من المساءلة والمحاسبة. ومن هنا جاء هذا البحث ليتناول أبرز الضمانات القانونية في المنظومة التشريعية الوطنية التي كفلت ممارسة حرية الصحافة والإعلام، وفي الوقت ذاته يتناول أبرز الإشكاليات المتعلقة بالبيئة التشريعية التي قد تحدّ من قيام الصحافة والإعلام بالواجبات المنوطة بها وتقديم التوصيات اللازمة في هذا السياق.

الكلمات المفتاحية: القيود؛ حرية التعبير؛ المعايير الدولية لحقوق الإنسان؛ مبدأ المشروعية.

Abstract:

Freedom of press and media is a key component of the right to freedom of expression, which enjoys constitutional protection and guaranteed by international human rights standards, foremost of which is the International Covenant on Civil and Political Rights, which Jordan ratified and published in the Official Gazette. The importance of freedom of press and media stems from the essential role it plays as an oversight authority, and as a means to communicate information and facts to individuals, which contributes to enabling them to form positions and opinions on issues that concern them. Exercising this important role requires providing constitutional and legal guarantees so that workers in this profession can work without fear of accountability. Hence, this research came to address the most prominent legal guarantees in the national legislative system that ensured exercising freedom of press and media and addresses the most prominent problems related to the legislative environment that may limit the press and media from carrying out the duties entrusted to them and to provide the necessary recommendations in this context.

Keywords: restrictions; freedom of expression; international human rights standards; the principle of legality.

المقدمة:

تُعد حرية الصحافة والإعلام إحدى ركائز الأنظمة الديمقراطية ومؤشراً على مدى تقدم الدول باتجاه احترام حقوق الأفراد وحرّياتهم. وتواجه هذه الحرية في الوقت ذاته تحديات عدة؛ قانونية وأخرى تتعلق بمدى الالتزام بمضامينها على أرض الواقع. ومن هنا تأتي أهمية هذا البحث الذي يركز على الضمانات الدستورية والدولية والوطنية التي تكفل ممارسة وتطبيق وإعمال حرية الصحافة والإعلام، والمتطلبات اللازمة للنهوض بهذه الحرية على المستوى القانوني.

مشكلة الدراسة:

وتكمن إشكالية الدراسة الرئيسية في أن حرية الصحافة والإعلام واجهت في إطار المنظومة التشريعية الأردنية تحديات تتعلق بالشروط التي يتوجب أن تتوفر في القيود المفروضة على هذه الحرية كما نص عليها الدستور الأردني والمعايير الدولية لحقوق الإنسان؛ ومن هنا تثير هذه الدراسة عدة تساؤلات حول مدى تقيد المنظومة التشريعية الناضجة لحرية الصحافة والإعلام بالشروط التي يتوجب توفرها في القيود المفروضة عليها ومدى انسجامها والدستور الأردني والمعايير الدولية لحقوق الإنسان، ومدى كفاية الضمانات الدستورية ذات العلاقة بهذه الحرية، ومدى دقة ووضوح الصياغة التشريعية للنصوص ذات العلاقة وهل تفتح الباب أمام توقيف الصحفيين والإعلاميين وتوسيع نطاق الملاحقة الجزائية.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة ومن خلال اتباع المنهج الوصفي التحليلي المقارن إلى الوقوف على الضمانات الدستورية والتشريعية لحرية الصحافة والإعلام وفي الوقت ذاته الوقوف على القيود التي تحد من هذه الحرية واقتراح البدائل والتوصيات التي من شأنها إزالة القيود غير المشروعة والتي لا تتوافق والدستور الأردني والمعايير الدولية لحقوق الإنسان. وذلك من خلال بحثين؛ الأول يتناول الضمانات الدستورية والدولية لحماية حرية الصحافة، أما الثاني يتناول الضمانات القانونية لحرية الصحافة والإعلام ويعرج هذا البحث على التشريعات ذات العلاقة المباشرة بحرية الصحافة والإعلام وتلك ذات العلاقة غير المباشرة بهذه الحرية وصولاً إلى الخاتمة والتوصيات.

المبحث الأول: الضمانات الدستورية لحماية حرية الصحافة

المطلب الأول: دور مبدأ المشروعية في ضمان حرية الصحافة والإعلام

يقصد بمبدأ المشروعية التزام كل من الحاكم والمحكوم بقيم المجتمع، فلا يقدمون على تصرف سياسي أو قانوني أو إداري أو مادي يتعارض مع معتقدات الجماعة ومواثيقها وأنظمتها الأساسية¹. ويعد مبدأ المشروعية بركنيتين مبدأ سيادة القانون ومبدأ خضوع الدولة للقانون حامياً أساسياً للحقوق والحريات وبشكل خاص لحرية التعبير بما في ذلك حرية الصحافة والإعلام.

فيما يتعلق بالدستور الأردني فقد خلا من النص صراحة على مبدأ المشروعية، إلا أن مضامين الدستور ذاته تؤكد على ركائز هذا المبدأ؛ من خلال التأكيد على احترام الدستور وعدم مخالفته والاحتكام للقوانين، كما أن التعديلات الدستورية التي أجريت عام 2021م نصت في المادة السادسة منه على أن تكفل الدولة تعزيز قيم المواطنة والتسامح وسيادة القانون. وفي هذا السياق يذكر بأن الدستور المصري جاء بنص جامع ومنع فيما يتعلق بسيادة القانون والتي تعد أحد ركائز مبدأ المشروعية حيث أكد في المادة (94) منه على أن سيادة القانون أساس الحكم في الدولة، وأن تخضع الدولة للقانون.

وقد نص الدستور الأردني على الحق في حرية التعبير في المادة (15) منه، ونص على تنظيم هذه الحرية بموجب القانون²، هذا القانون الذي يتوجب أن يتقيد بمبدأ المشروعية. علاوة على أن المادة (128) من الدستور الأردني والتي تنص على أن "لا يجوز أن تؤثر القوانين التي تصدر بموجب هذا الدستور لتنظيم الحقوق والحريات على جوهر هذه الحقوق أو تمس أساسياتها"، تشكل الضمانة العامة للحريات في الدستور الأردني والتي كانت ثمرة التعديلات الدستورية عام 2011م.

وتتمثل حماية مبدأ المشروعية لحرية الصحافة والإعلام بصورة أساسية في محورين أساسيين: أولهما أن القيود الواردة على حرية الصحافة والإعلام يتوجب أن تكون بموجب نصوص قانونية صادرة عن السلطة التشريعية ذات الاختصاص الأصيل وصاحبة الولاية العامة في إقرار التشريعات. وهو الأمر الذي أشار إليه الفقيه ديجي عندما أكد على أن القيود التي تفرضها الدولة على حريات الأفراد ونشاطهم لا يمكن تقريرها إلا بواسطة قانون يوافق عليه ممثلو الأمة³.

¹ العواملة، منصور، (1993)، الوسيط في النظم السياسية، المجلد الثاني، الكتاب الأول (المبادئ العامة للأنظمة الأساسية)، ط1، عمان-الأردن: المركز العربي للخدمات الطلابية، ص23.

² تنص المادة 15 من الدستور على الآتي: "1. تكفل الدولة حرية الرأي، ولكل أردني أن يعرب بحرية عن رايه بالقول والكتابة والتصوير وسائر وسائل التعبير بشرط أن لا يتجاوز حدود القانون . 2. تكفل الدولة حرية البحث العلمي والإبداع الأدبي والفني والثقافي والرياضي بما لا يخالف أحكام القانون أو النظام العام والآداب. 3. تكفل الدولة حرية الصحافة والطباعة والنشر ووسائل الإعلام ضمن حدود القانون. 4. لا يجوز تعطيل الصحف ووسائل الإعلام ولا إلغاء ترخيصها إلا بأمر قضائي وفق أحكام القانون. 5. يجوز في حالة إعلان الأحكام العرفية أو الطوارئ أن يفرض القانون على الصحف والنشرات والمؤلفات ووسائل الإعلام والاتصال رقابة محدودة في الأمور التي تتصل بالسلامة العامة وأغراض الدفاع الوطني. 6. ينظم القانون أسلوب المراقبة على موارد الصحف.

³ متولي، عبد الحميد (1974)، الحريات العامة نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها، الاسكندرية: منشأة المعارف، ص90.

أما الأمر الآخر، يتمثل في أن تكون القيود المفروضة لها مبررات قانونية وواقعية وأن لا تكون قيوداً فضفاضة واسعة لا يمكن ضبطها أو أنها قيود تؤدي إلى قلب العلاقة بين الحق والقيود، فتمسي القيود هي القاعدة العامة. كما أن التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية يتوجب أن تكون متواءمة والدستور الأردني فلا تخالفه أو تنتقص من جوهر الحق وتمس به إعمالاً لنص المادة 128.

المطلب الثاني: دور مبدأ الفصل بين السلطات في حماية حرية الصحافة والإعلام

يقوم مبدأ الفصل بين السلطات على عدم جمع السلطات في قبضة يد شخص أو هيئة واحدة بل وجوب توزيعها وتقسيمها على هيئات مختلفة، فهي تقف موقف النقيض من فكرة الجمع أو المنزج بين السلطات وبوجه خاص السلطتين التشريعية والتنفيذية⁴. وقد أكد الفقيه مونتسكيو على وجود علاقة بين الفصل بين السلطات وضمان الحرية؛ إذ إن ضمانات الحرية ترتبط بالفصل بين السلطات وجوداً وعدم⁵. فهذا الفصل يمنع إساءة استعمال السلطة وتوقف السلطة بسلطة أخرى.

أما فيما يتعلق بالدستور الأردني فقد أخذ بمبدأ الفصل بين السلطات حيث أسند كل وظيفة إلى سلطة مستقلة؛ فأكد على أن تناط السلطة التنفيذية بالملك ويتولاها بواسطة وزرائه وفق أحكام الدستور، وتناط السلطة التشريعية بمجلس الأمة والملك، وتناط السلطة القضائية بالمحاكم⁶. وفي هذا السياق أكدت محكمة استئناف عمان في أحد قراراتها على الآت: "فالأصل أن السلطة التشريعية تقوم بمهمة التشريع ولا يجوز الخروج عن هذا الأصل إلا بنص صريح في الدستور، وتتولى السلطة التنفيذية أعمال التنفيذ ولا يجوز لها أن تتدخل في أعمال التشريع إلا بنص صريح في الدستور يجيز لها ذلك ضمن الحدود والضوابط المقررة لإصدار التشريع ومنها تشريعات الضرورة التي يجب أن لا تخالف الدستور وتشريعات الأحكام العرفية والطوارئ، فالدستور هو مصدر السلطات جميعها وقد وزع السلطات الثلاث على أساس احترام كل سلطة للمبادئ التي قررها الدستور، فإذا وضعت السلطة التشريعية تشريعاً غير دستورياً لا تستطيع إجبار السلطة القضائية على تطبيقه دون الدستور، ولا تطبق المحاكم فيما يعرض عليها من القضايا أي تشريع يصدر عن جهة غير مختصة أو دون مراعاة لنص الدستور أو روحه"⁷.

ولا بدّ من الإشارة في هذا السياق إلى أنّ محكمة بداية جزاء عمان في قرارها رقم 2002/876م، الصادر بتاريخ 2002/10/30⁸، بسطت بموجب هذا القرار رقابتها على دستورية القانون من تلقاء ذاتها حيال نظرها في قضية ذات صلة بقانون المطبوعات والنشر رقم (8) لعام 1998م⁹، مؤكدة على أنّ مسألة البحث في دستورية القوانين تتعلق بالنظام العام؛ حيث تبنت المحكمة في تحليل أوجه عدم الدستورية توجّهاً تقديمياً يُحاكي روح الدستور وفلسفة القانون، حيث أقرت مبدأً عاماً يقضي باعتبار القواعد العامة للتجريم والملاحقة الجزائية التي تنبثق من ولاية المحاكم في المسائل الحقوقية والجزائية الواردة في المادة (103) من الدستور بمثابة الدستور للقضاء الجزائي، وأنّ مخالفتها بموجب تشريعاتٍ فرعية تُشكل مخالفةً دستوريةً لارتباطها بمبادئ دستورية. علاوة على أنّ التحقق من قيام الجريمة وتوافر عناصرها يُعدّ من اختصاص القضاء، وبالتالي يُعتبر افتراض المسؤولية الجزائية مخالفةً للمادة (1/101) من الدستور، التي اعتبرت المحاكم مصونة من التدخل في شؤونها. كما اعتبرت أنّ المادة (41/ب) من قانون المطبوعات والنشر تُخالف مبدأ المساواة المقرّر بموجب المادة (6) من الدستور لنقلها عبء إثبات نفي التهمة المنسوبة لرئيس التحرير على عاتقه.

تمخّض عن هذا التأمّل القانوني لأوجه المخالفة الدستورية امتناع المحكمة عن تطبيق مبدأ مسؤولية رئيس التحرير المفترضة الوارد في المادة (41/ب) من قانون المطبوعات والنشر، وتطبيق النصوص العامة للملاحقة الجزائية الواردة في قانون العقوبات.

ويشكل مبدأ الفصل بين السلطات ضماناً دستورية هامة لحرية التعبير عمومًا وحرية الصحافة والإعلام على وجه التحديد؛ حيث أن الرقابة المتبادلة التي تمارسها السلطات على بعضها البعض تحول دون سن تشريعات تمس جوهر حرية الصحافة وفي الوقت ذاته وفي حال انتهاك هذا الحق فإن السلطة القضائية تشكل خط دفاع ومواجهة لأية انتهاكات من خلال الأحكام والقرارات التي تصدرها، وفي هذا الإطار نلاحظ أن القضاء الأردني لطالما أصدر قرارات تعكس فهماً عميقاً لحرية الصحافة ووضعت في معرض قراراتها شروطاً للنقد المباح، ومن ذلك القرار الصادر عن محكمة استئناف عمان والذي جاء فيه: "...أما التساؤلات حول الشخصية العامة ومن أين لك هذا، فهو سؤال مشروع لأي مسؤول، ومن حق الصحافة التحري عن ذلك كونها السلطة الرابعة؛ طالما أنّ الهدف ليس شخصياً بحثاً وإنما للمصلحة العامة وليس المقصود فقط للتشهير... وأنّ دور الصحافة ليس مغلولاً ومن حقها استظهار الحقائق والتساؤل؛ طالما أنّ السؤال مشروع لا ينطوي على نية غير سليمة"¹⁰.

⁴ متولي، مرجع سابق، ص 83.

⁵ سكران، راغب جبريل خميس راغب، (2011)، الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، (ط 2)، الاسكندرية، مصر، المكتب الجامعي الحديث، ص 560.

⁶ أنظر المواد 25-27 من الدستور الأردني.

⁷ قرار محكمة استئناف عمان رقم (2010/36823)، تاريخ 2010/10/19.

⁸ قرار محكمة بداية جزاء عمان رقم 2002/876، تاريخ 2010/10/30، برنامج قسطاس القانوني.

⁹ قانون المطبوعات والنشر رقم 8 لسنة 1998، الجريدة الرسمية، عدد 4300، تاريخ 1998/8/22.

¹⁰ قرار محكمة استئناف عمان رقم 2020/9149م.

المبحث الثاني: الضمانات الدولية لحماية حرية الصحافة والإعلام

المطلب الأول: المعايير الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان ذات العلاقة بحرية التعبير والصحافة والإعلام

كفلت المعايير الدولية لحقوق الإنسان الحق في حرية الرأي والتعبير والذي تعد حرية الصحافة والإعلام أحد مكوناته الرئيسية، وقد جاء إقرار الصريح بهذا الحق عام 1948، وهو العام الذي شهد إقرار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان¹¹، والذي نص في المادة 19 منه على أن: "لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حريته في اعتناق الآراء دون مضايقة وفي التماس الأنباء والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين بأية وسيلة دونما اعتبار للحدود".

والإعلان العالمي لحقوق الإنسان وكما يرى بعض الفقه أنه وبالإضافة إلى أنه يتمتع بقيمة أدبية ومعنوية كبيرة، فإن عددًا من الحقوق الواردة فيه أصبحت جزءًا من القانون الدولي العرفي، وحتى الحقوق التي لم تتمتع بهذه الصفة إلى الآن فإنها مقبولة ومعترف بها بصورة واسعة من جانب الدول، ولعل أهمية وقيمة الإعلان تكمن باعتراف واضعيه بأنه التقاء الجميع على فهم مشترك لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية¹².

شكل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الخطوة الأولى لإقرار طائفة من الاتفاقيات الدولية الملزمة قانونًا والتي فصلت الحقوق والحريات الواردة فيه ووضعت آليات لمراقبة تنفيذ هذه الحقوق ولضمان احترام الدول لها. وفي هذا الإطار تم إعداد وصياغة العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي أقر من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1966م والذي دخل حيز النفاذ عام 1976م بعد إيداع صك التصديق أو الانضمام الخامس والثلاثين¹³.

وقد نص العهد على الحق في حرية الرأي والتعبير في المادة 19 منه¹⁴، وباستقراء نص هذه يتبين الآتي:

- كفل العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الحق في حرية الرأي والتعبير، ولم يفرد نصًا خاصًا بحرية الصحافة والإعلام.
- أوضحت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان المنبثقة عن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في تعليقاتها العامة والمكلفة بمراقبة إنفاذه وتفسيره أيضًا، وتحديدًا في التعليق العام رقم 34، على أن حرية الإعلام والصحافة أحد المكونات الرئيسية لحرية التعبير. وقد أكد هذا التعليق على أن "لا غنى لأي مجتمع عن الصحافة أو غيرها من وسائط الإعلام التي تكون حرة وغير خاضعة للرقابة وتعمل بدون عراقيل وذلك لضمان حرية الرأي وحرية التعبير والتمتع بالحقوق المنصوص عليها في العهد... وينص العهد على الحق الذي يجيز لوسائل الإعلام تلقي معلومات تستند إليها في أداء مهامها... وينبغي على الدول الأطراف في العهد أن تضمن عمل خدمات البث الإذاعي العامة بصورة مستقلة وأن تكفل استقلالية تلك الخدمات وحريتها في تحرير مادتها".¹⁵
- حدد نص المادة التاسعة عشر من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية نطاق واضح لتطبيق القيود على هذا الحق¹⁶.
- أما على صعيد الحماية الإقليمية لحرية التعبير بما في ذلك حرية الصحافة والإعلام فقد توسعت الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان¹⁷ في بيانها، وكانت أكثر تحديدًا ووضوحًا من بنود العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في بيان ما يعد تقييدًا غير مبرر على هذا الحق. ويبدو ذلك واضحًا من خلال استطلاع نص المادة (13) من الإتفاقية¹⁸ والتي اعترفت صراحة بالحق في حرية التعبير بما في ذلك الحق في حرية الصحافة

¹¹ تمت الموافقة على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بموافقة 48 من أصل 58 دولة وامتناع ثمانية دول عن التصويت وغياب دولتا هما الهندوروس واليمن.

¹² علوان، محمد والموسى، محمد (2009)، القانون الدولي لحقوق الإنسان، المصادر ووسائل الرقابة، الجزء الأول، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر، ص106. ومن الحقوق التي أصبحت من القانون الدولي العرفي والواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الحق في الحياة، الحق في عدم التعذيب والرق والسخرية والتمييز العنصري. انظر، المرجع المذكور ذاته، ص111.

¹³ اعتمد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بقرار الجمعية العامة رقم 2200 (الف)، المؤرخ في 16 كانون الأول لعام 1966، ودخل حيز النفاذ عملاً بالمادة 49 منه في 23 آذار 1976. انظر حول حق الحصول على المعلومات في المواثيق الدولية، الشخاعة، فايز (2007)، حق الحصول على المعلومات، بحث غير منشور، المركز الوطني لحقوق الإنسان، ص4.

¹⁴ تنص المادة 19/1 "لكل إنسان حق في اعتناق آراء دون مضايقة.. لكل إنسان الحق في حرية التعبير، ويشمل هذا الحق حريته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين دونما اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها".

¹⁵ التعليق العام رقم 34، اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، الدورة الثانية بعد المائة، جنيف 11-29 تموز/يوليه 2011، الفقرة 13-17.

¹⁶ سيتم الحديث عن هذه القيود لاحقاً.

¹⁷ اعتمدت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في مدينة سان خوسيه، كوستاريكا بتاريخ 17/1/1969 في إطار منظمة الدول الأمريكية، ودخلت حيز النفاذ عملاً بالمادة 2/74 منها بتاريخ 18/7/1978.

¹⁸ تنص المادة (13) من الاتفاقية على الآتي: "1. لكل إنسان الحق في حرية الفكر والتعبير، ويشمل هذا الحق حريته في البحث عن مختلف أنواع المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها دونما اعتبار للحدود سواء شفاهاً أو كتابة أو طباعة أو في أي قالب فني أو بأية وسيلة يختارها. 2. لا يجوز أن تخضع ممارسة الحق المنصوص عليه في الفقرة السابقة لرقابة مسبقة، بل يمكن أن تكون موضوعاً لفرض مسؤولية لاحقة يحددها القانون صراحة وتكون ضرورية من أجل ضمان: أ. احترام حقوق الآخرين أو سمعتهم. ب. حماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الأخلاق العامة. 3. لا يجوز تقييد حق التعبير بأساليب أو وسائل غير مباشرة، كالتعسف في استعمال الإشراف الحكومي أو غير الرسمي على ورق الصحف، أو تردد موجات الإرسال الإذاعية أو التلفزيونية، أو الآلات أو الأجهزة المستعملة في نشر المعلومات أو بأية وسيلة أخرى من شأنها أن تعرقل نقل الأفكار والآراء وتداولها وانتشارها. 4. على الرغم من أحكام الفقرة (2)، يمكن إخضاع وسائل التسليح العامة لرقابة مسبقة ينص عليها القانون، ولكن الغاية الوحيدة هي تنظيم الحصول عليها من أجل الحماية الأخلاقية للأطفال والمراهقين. 5. أية دعاية للحرب وأية دعوة إلى الكراهية القومية أو العرقية أو الدينية، والذين يشكلان تحريضاً على العنف المخالف للقانون، أو أي عمل غير قانوني آخر ومشابه ضد أي شخص أو مجموعة أشخاص، مهما كان سببه، بما في ذلك سبب العرق أو اللون أو الدين أو اللغة أو الأصل القومي تعتبر جرائم يعاقب عليها القانون".

والإعلام، أما في مجال القيود الواردة، فقد أكدت الاتفاقية على عدم جواز فرض الرقابة السابقة على هذا الحق، وأن هذه الحرية في حال تجاوز حدودها المشروعة فمن الممكن محاسبة الشخص ومسأله لاحقاً. كما أكدت وبشكل صريح على عدم جواز فرض قيود غير مباشرة على حرية الصحافة والإعلام من خلال استخدام أساليب عدة، ذكرت الاتفاقية بعضاً منها على سبيل المثال لا الحصر؛ كالتعسف في استعمال الإشراف الحكومي أو غير الرسمي على ورق الصحف، أو تردد موجات الإرسال الإذاعية أو التلفزيونية، أو الآلات أو الأجهزة المستعملة في نشر المعلومات أو بأية وسيلة أخرى من شأنها أن تعرقل نقل الأفكار والآراء وتداولها وانتشارها. وهو الأمر الذي يعد إضافة نوعية في هذه الاتفاقية توفر حماية أوسع نطاقاً للحق في حرية الصحافة والإعلام.

في حين أن المادة العاشرة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أكدت على أن لكل إنسان الحق في حرية التعبير. وأن هذا الحق يشمل حرية اعتناق الآراء وتلقي وتقديم المعلومات والأفكار دون تدخل من السلطة العامة، وبصرف النظر عن الحدود الدولية. وذلك دون إخلال بحق الدولة في طلب الترخيص بنشاط مؤسسات الإذاعة والتلفزيون والسينما.

أما فيما يتعلق بالميثاق العربي لحقوق الإنسان¹⁹ فقد أكد على الحق في الإعلام وحرية الرأي والتعبير وكذلك على الحق في استقاء الأنباء والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين بأية وسيلة ودونما اعتبار للحدود الجغرافية في المادة (2/1/32) منه. كما بين الميثاق أن هذه الحقوق والحريات يجب أن تمارس في إطار المقومات الأساسية للمجتمع ولا تخضع لأي قيود إلا ما يضمن احترام حقوق أو سمعة الآخرين أو حماية الأمن القومي والنظام العام والصحة أو الأخلاق العامة²⁰. وتجدر الإشارة إلى إعلان حرية الإعلام في العالم العربي الذي أكد على حرية التعبير عمومًا وبشكل خاص حرية الصحافة والإعلام²¹.

المطلب الثاني: القيود على حرية الصحافة والإعلام

الحق في حرية التعبير بما في ذلك حرية الصحافة والإعلام بوصفها جزءاً لا يتجزأ من هذه الحرية ليست حقاً مطلقاً؛ إذ يجيز العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية للدول الأطراف وضع قيود على الحقوق المعترف بها بشروط محددة وذلك وفقاً لنص المادة (19) الفقرة الثالثة؛ حيث أشارت هذه الفقرة إلى أنه: "تستتب ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة الثانية من هذه المادة واجبات ومسؤوليات خاصة، وعلى ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية: لأحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم. ب. لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة". وتهدف هذه القيود لغى تحقيق نوع من التوازن بين حقوق الفرد وحقوق الجماعة ومصالحها المشتركة.

إلا إن هذه القيود يجب أن تخضع لمحددات أو حسب ما وصفته اللجنة المعنية بحقوق الإنسان والمنبثقة عن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بالإختبار الثلاثي²²؛ فالقيود الواردة يجب أن تخضع لشروط وعلى النحو الآتي:

أولاً: أن يكون القيد منصوباً عليه في القانون بشكل واضح ومحدد ودقيق، بحيث يستطيع الشخص أن يضبط سلوكه وفقاً للنص القانوني. ولا يكتفى بذلك بل يقتضي هذا الشرط أن يكون القانون دقيقاً ومحددًا في صياغة بنود التقييد وأن لا يتم اللجوء إلى الصياغة التشريعية الفضفاضة والتي تحتمل التأويل أو الاجتهاد وتفتح الباب على مصراعيه بغية إهدار الحق والتلاعب به.

وقد أوضحت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أنه ولاغراض الفقرة الثالثة من المادة 19 يجب أن تصاغ القاعدة التي ستعتبر بمثابة قانون بدقة كافية لكي يتسنى للفرد ضبط سلوكه وفقاً لها، ويجب إتاحتها لعامة الجمهور ولا يجوز أن يمنح القانون الأشخاص المسؤولين عن تنفيذه سلطة تقديرية مطلقة في تقييد حرية التعبير. ويجب أن ينص القانون على توجيهات كافية للمكلفين بتنفيذه لتمكينهم من التحقق على النحو المناسب من أنواع التعبير التي تخضع للتقييد وتلك التي لا تخضع لهذا التقييد والأهم من ذلك كله هو أن يتمتع المخاطبون بالقانون بالحماية المناسبة في مواجهة أي تعسف يصدر عن السلطات العامة²³. ويقع على عاتق الدولة الطرف بيان الأساس القانوني لأي قيود مفروضة، وإذا كان على اللجنة فيما يتعلق بدولة طرف معينة أن تنظر فيما إذا كان القيد المعين الذي فرضته هذه الدولة الطرف قد تم بموجب القانون ينبغي للدولة الطرف أن تقدم معلومات تفصيلية عن القانون والاجراءات التي تدخل في نطاق هذا القانون²⁴.

ثانياً: أن تكون القيود ضرورية لخدمة غاية مشروعة؛ إذ يجب أن تكون الغاية من التقييد غاية مشروعة وقد حدد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية قائمة بالغايات المشروعة تتمثل في حماية الأمن القومي، النظام العام، الصحة العامة، الآداب العامة واحترام حقوق الآخرين وحياتهم.

وفي هذا الإطار فسّرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان والمبادئ الدولية الصادرة في هذا الصدد البنود المتعلقة بالتقييد الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، إذ أشارت إلى أن التقييدات الواردة في العهد: "لا يجوز أن تهدد جوهر الحق، وأن كافة التقييدات أو القيود الواردة في العهد يجب أن ينص عليها في القانون وأن تكون متماثلة وأهداف العهد. وأنه لا يجوز تطبيق أي تقييد وارد في العهد لغير الغرض الذي وضع من أجله،

¹⁹. اعتمد الميثاق العربي لحقوق الإنسان من قبل القمة العربية السادسة عشر والتي استضافتها تونس في 23 أيار 2004.

²⁰. انظر، محيسن، محمد حسن (2020).

²¹. إعلان حرية الإعلام في العالم العربي، اعتمد في الدار البيضاء في المغرب في أيار لعام 2016.

²². اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، الوثيقة رقم CCPR/C/GC/34، الدورة الثانية بعد المائة، جنيف 11-29 تموز 2011، التعليق العام رقم 34.

²³. اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، الوثيقة رقم CCPR/C/GC/34، الدورة الثانية بعد المائة، جنيف 11-29 تموز 2011، التعليق العام رقم 34، الفقرة 26.

²⁴. اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، الوثيقة رقم CCPR/C/GC/34، الدورة الثانية بعد المائة، جنيف 11-29 تموز 2011، التعليق العام رقم 34، الفقرة 27.

ولا يجوز تطبيق القيود بصورة تعسفية²⁵. وفيما يتعلق بالقيود المتعلقة بالأمن القومي والذي يعد أكثر القيود إثارة للجدل، فقد تم التأكيد في إطار تفسيرها على الآتي²⁶:

- يمكن اللجوء إلى الأمن الوطني لتبرير إجراءات تقييد حقوق معينة فقط في حالة حماية الأمة أو وحدتها الإقليمية أو استغلالها السياسي ضد القوة أو التهديد بالقوة.
 - لا يمكن اللجوء إلى الأمن الوطني فقط لفرض تقييدات لمنع التهديدات المحلية والمعزولة للقانون والنظام.
 - لا يمكن استخدام الأمن الوطني لفرض تحديدات غامضة أو تعسفية وإنما يمكن استخدامه فقط عندما توجد ضمانات وإجراءات معالجة فعالة ضد التعسف.
- وفيما يتعلق بنقد الشخصيات العامة؛ فقد أكدت المعايير الدولية على أنه لا يمكن تبرير قوانين التشهير إذا كانت الغاية منها ونتيجتها منع النقد المشروع الموجه إلى المسؤولين أو لكشف فسادهم، أو حماية لسمعة الرموز مثل رموز الدولة²⁷. كما تم التأكيد من قبل اللجنة المعنية بحقوق الإنسان على أن نقد الشخصيات العامة هو جزء من طبيعة عملها.
- ثالثاً: التناسب، فالقيود المفروضة يجب أن لا تكون مفرطة ويجب أن تكون مناسبة لتحقيق وظيفتها المتمثلة في حماية المجتمع والافراد وأن تكون متناسبة مع المصلحة التي ستحميها.

وقد أشارت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان إلى أن التدابير التقييدية يجب أن تتماشى مع مبدأ التناسب، ويجب أن تكون مناسبة لتحقيق وظيفتها الحمائية، ويجب أن تكون أقل الوسائل مقارنة بغيرها من الوسائل التي يمكن أن تحقق النتيجة المنشودة ويجب أن تكون متناسبة مع المصلحة التي ستحميها... ولا بد من احترام مبدأ التناسب لا في القانون الذي يحدد إطار القيود وحده بل أيضاً في تطبيقه من جانب السلطات الإدارية والقضائية. ويجب أن يراعى مبدأ التناسب شكل التعبير موضع النظر فضلاً عن وسائل نشره. وعلى سبيل المثال بولي العهد أهمية بالغة بشكل استثنائي للتعبير الحر في حالات النقاش العام الذي يتناول في مجتمع ديمقراطي شخصيات موجودة في المجال العام والسياسي²⁸.

وفي الإطار التطبيقي فقد نظرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في أحد البلاغات المقدمة لها (البلاغ رقم 2010/1933م) وقد أشارت في معرض ما خلصت له حول هذا البلاغ إلى أنه "...على اللجنة النظر فيما إذا كان أي من القيود المفروض على صاحب البلاغ في حرية التعبير مبرراً على أساس أي من المعايير المنصوص عليها في الفقرة (3) من المادة (19)... وهي تذكر بأن حرية الرأي والتعبير شرطان لا غنى عنهما لتحقيق النمو الكامل للفرد، وهما عنصران أساسيان لأي مجتمع.. ويجب أن تكون أي قيود على ممارسة هذه الحريات مستوفية لمعايير صارمين هما الضرورة والتناسب "ولا يجوز تطبيقها إلا للأغراض التي وضعت من أجلها كما يجب أن تتعلق مباشرة بالغرض المحدد الذي تأسست عليه". وأكدت اللجنة في السياق ذاته بأنه على الدولة الطرف إذا فرضت أي قيد أن تثبت أن هذا القيد ضروري للأغراض المعروضة في هذا الحكم²⁹.

المبحث الثاني: الضمانات القانونية ذات العلاقة بحرية الصحافة والإعلام في الأردن

المطلب الأول: التشريعات ذات العلاقة مباشرة بحرية الصحافة والإعلام

يوجد في الأردن طائفة من التشريعات ذات العلاقة بحرية الصحافة والإعلام بصورة مباشرة خاصة تلك التشريعات التي تتضمن أطراً تنظيمية وإجرائية في هذا السياق، وفي الوقت ذاته هناك مجموعة من التشريعات تطبق على الصحفيين والإعلاميين وتتضمن قيوداً غير مباشرة على طبيعة عملهم. وفي إطار هذا المطلب سيتم الحديث عن أبرز هذه التشريعات.

الفرع الأول: قانون المطبوعات والنشر

يعدّ قانون المطبوعات والنشر رقم (8) لسنة 1998م وتعديلاته المظلة التشريعية الأساسية الذي يتوجب من حيث المبدأ أن تحكم عمل الصحفيين. وقد عرف قانون المطبوعات والنشر الصحفي على أنه "عضو النقابة المسجل في سجلها واتخذ الصحافة مهنة له وفق أحكام قانونها"³⁰. كما عرف المطبوعة على أنها، كلّ وسيلة نشر دونت فيها المعاني أو الكلمات أو الأفكار بأي طريقة من الطرق بما فيها الوسائل الإلكترونية أو الرقمية أو التقنية³¹. وتضمن القانون ذاته ضمانات متعددة فيما يتعلق بحرية الصحافة وتمكينها من أداء أعمالها، أبرزها:

²⁵ مبادئ سيراكوزا لتفسير بنود التقييد والتعطيل الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، الفقرة 6/5/2

²⁶ مبادئ سيراكوزا لتفسير بنود التقييد ، الفقرة ب/29-32.

²⁷ التعريف بالتشهير ، مبادئ حول حرية التعبير وحماية السمعة ، منظمة المادة 19 ، أيار 2000، المبدأ 2/ب.

²⁸ اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، الوثيقة رقم CCPR/C/GC/34، الدورة الثانية بعد المائة ، جنيف 11-29 تموز 2011، التعليق العام رقم 34، الفقرات من 26-30 كذلك انظر ، المومني ، نهلا (2016)، الحق

في الحصول على المعلومات في النظام القانوني الوطني والمعايير الدولية لحقوق الإنسان، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع: عمان، ص 59

²⁹ الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، اللجنة المعنية بحقوق الإنسان ، الوثيقة: CCPR,C,102,D,1876,2009 دليل التدريب القضائي في مجال حرية التعبير وحظر خطاب الكراهية، مركز الأمم المتحدة للتدريب والتوثيق في مجال حقوق الإنسان لجنوب غرب آسيا والمنطقة العربية، منشورات مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، جنيف، ص 60.

³⁰ المادة الثانية من قانون المطبوعات والنشر رقم 8 لسنة 1998 وتعديلاته.

³¹ المرجع نفسه.

أولاً: ممارسة الصحافة مهمتها بحرية:

انسجاماً مع المادة (15) من الدستور الأردني نص قانون المطبوعات والنشر في المادة الثالثة منه على أن: "الصحافة والطباعة حرتان وحرية الرأي مكفولة لكل أردني وله أن يعرب عن رأيه بحرية القول والكتابة والتصوير والرسم وغيرها من وسائل التعبير والإعلام".

كما نصت المادة الرابعة من القانون ذاته على أن: "تمارس الصحافة مهمتها بحرية في تقديم الاخبار والمعلومات والتعليقات وتسهم في نشر الفكر والثقافة والعلوم في حدود القانون وفي إطار الحفاظ على الحريات والحقوق والواجبات العامة واحترام حرية الحياة الخاصة للأخرين وحرمتها".

وتشكل هاتان المادتان عماد قانون المطبوعات والنشر لتكريسهما حرية الصحافة والطباعة وتشكلان ضماناً قانونية لهذه الحرية. إلا أنه يؤخذ على المادة الرابعة اتساع نصوصها وعدم وجود معايير وضوابط واضحة لبعض العبارات، مثل عبارة "الحفاظ على الواجبات والحريات والحقوق العامة".

كما نصت المادة الخامسة: "على المطبوعة تحري الحقيقة والالتزام بالدقة والحيدة والموضوعية في عرض المادة الصحفية والامتناع عن نشر ما يتعارض مع مبادئ الحرية والمسؤولية الوطنية وحقوق الإنسان وقيم الأمة العربية والإسلامية".

ويشير الواقع العملي فيما يتعلق بالقضايا الخاصة بالمطبوعات والنشر إلى كثرة اللجوء إلى هذه المادة والاستناد إليها في القضايا المتعلقة بالصحافة نظراً لاتساع نصوصها وإمكانية الاجتهاد فيها؛ فمن الصعوبة بمكان وضع معايير محددة لما يعد "مبادئ للحرية والمسؤولية الوطنية" و "قيم حقوق الإنسان وقيم الأمة العربية والإسلامية"، خاصة في ظل نسبية بعض المصطلحات واختلافها من دولة إلى أخرى ومن مكان إلى آخر داخل الدولة ذاتها. الأمر الذي يستدعي تعديل هذه النصوص؛ فالقيود المفروضة على عمل الصحفيين يتوجب أن تكون واضحة بصورة تمكن الصحفي من ضبط سلوكه إلى أقصى حد ممكن وفقاً للنص القانوني.

إضافة إلى ضرورة تحقق العلم اليقيني لدى الصحفيين أيضاً بنصوص القانون؛ فالنص يجب أن يكون واضحاً بالشكل الكافي الذي يجعل الفرد عند قراءة النص عالماً على وجه التحديد بحدود حرياته ويرى وبوضوح حدود التجريم، وهو ما يعرف بمبدأ اليقين القانوني الذي من دونه لا يشعر الفرد بالأمن القانوني؛ لذا لا يجوز أن تستخدم كلمات أو مفردات أو عبارات قد توقف استخدامها منذ زمن وغاب عن الناس معناها، أو كلمات وعبارات تنتج نصوصاً غير مفهومة الدلالة والغرض³². وفي هذا الإطار فقد أشارت المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية إلى أنه من اللازم أن يقدم النص العقابي للناس "إخطاراً معقولاً بما ينبغي عليهم أن يدعوه أو يأتوه من الأفعال التي نهاهم المشرع عنها أو طلبها منهم"³³.

كما أكدت في حكم آخر على أن "النطاق الحقيقي لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، إنما يتحدد في ضوء ضمانتين تكفلان الأغراض التي توخاها، أولاهما: أن تصاغ النصوص العقابية بطريقة واضحة محددة لا خفاء فيها أو غموض، فلا تكون هذه النصوص شباكاً أو شراكاً يلقيها المشرع متصيداً بإتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها..."³⁴.

ثانياً: حق المطبوعة والصحفي في حماية مصادر معلوماتهم:

كفل قانون المطبوعات والنشر حق الصحفي والمطبوعة الدورية في إبقاء مصادر المعلومات والأخبار التي تم الحصول عليها سرية³⁵. وتتوافق هذه الضمانة والدستور الأردني والمعايير الدولية لحقوق الإنسان، حيث أكدت لجنة حقوق الإنسان وهي اللجنة المنبثقة عن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والمسؤولة عن مراقبة تنفيذ العهد، في تعليقاتها العامة على أن حماية مصادر المعلومات بالنسبة للصحفيين مسألة في غاية الأهمية لتمكينهم من أداء واجباتهم ومن الحصول على المعلومات اللازمة.

ثالثاً: الحق في الحصول على المعلومات:

تعدّ المعلومات من أهم أدوات تمكين الصحفيين من أداء واجباتهم ومهامهم المنوطة بهم والتأكيد على هذا الحق للصحفيين جاء من حقيقة أن حق الجمهور في المعرفة وفي الحصول على المعلومات يقتضي أن تتمتع الصحافة ووسائل الإعلام بهذا الحق وأن تقدم لها التسهيلات اللازمة في هذا المجال.

وفي الوقت ذاته فإنّ حماية حق الصحفي في الحصول على المعلومات والبحث عنها هو الوسيلة التي يمكن أن تحقق للمواطن إعلام منتظم بالحقائق عن الأحداث الداخلية والخارجية، فحق الحصول على المعلومات ركن أساسي من أركان حرية الصحافة، وإذا كان من حق الإنسان الحصول على المعلومات فإن من باب أولى للصحفي الحق في الحصول على الأخبار من مصادرها المختلفة³⁶.

وفي هذا الإطار أكدت المادة السادسة من قانون المطبوعات والنشر الأردني على أنّ حرية الصحافة تشمل: "ج. حق الحصول على المعلومات والأخبار والإحصاءات التي تهم المواطنين من مصادرها المختلفة وتحليلها وتداولها ونشرها والتعليق عليها"³⁷. كما أكدت المادة الثامنة منه على أن للصحفي الحق في الحصول على المعلومات وعلى جميع الجهات الرسمية والمؤسسات العامة تسهيل مهمته وإتاحة المجال له للاطلاع على برامجها ومشاريها وخططها. ويحظر

³² رمضان، عادل، أسباب عدم دستورية مادة إزدراء الأديان، منشورات المبادرة المصرية للحقوق الشخصية، القاهرة، ص 7.

³³ الطعن رقم 58- لسنة 18- تاريخ الجلسة 5 يوليو 1997- مكتب في 8- رقم الجزء 1- رقم الصفحة 731.

³⁴ الطعن رقم 84- لسنة 17- تاريخ الجلسة 15 مارس 1997- مكتب في 8- رقم الجزء 1- رقم الصفحة 461.

³⁵ أنظر المادة السادسة من قانون المطبوعات والنشر.

³⁶ عبدالله، أميرة إبراهيم (2014)، حرية الصحافة، حقوق وواجبات الصحفي، ط 1، القاهرة: دار النهضة العربية، ص 157 و 158.

³⁷ قانون المطبوعات والنشر رقم 8 لسنة 1998 وتعديلاته،

فرض أي قيود تعيق حرية الصحافة في ضمان تدفق المعلومات إلى المواطن أو فرض إجراءات تؤدي إلى تعطيل حقه في الحصول عليها. وأنه ومع مراعاة أحكام التشريعات النافذة، للصحفي تلقي الإجابة على ما يستفسر عنه من معلومات وأخبار وتقوم الجهة المختصة بتزويد الصحفي بهذه المعلومات أو الأخبار بالسرعة اللازمة وفقاً لطبيعة الخبر أو المعلومة المطلوبة إذا كانت لها صفة إخبارية عاجلة، وخلال مدة لا تزيد على أسبوعين إذا لم تكن تتمتع بهذه الصفة. إلا أنه مما يؤخذ على هذه المادة أنها منحت الإدارة سلطة تقديرية واسعة في بيان ما يعد معلومة أو خبراً عاجلاً. كما لم يوضح القانون الآثار القانونية المترتبة على في حال عدم موافقة الجهة المعنية على منح المعلومة للصحفيين.

رابعاً: الحق في حضور الاجتماعات العامة وحماية مصادر المعلومات:

يعد الحق في حضور الاجتماعات العامة وجلسات مجلس الأعيان ومجلس النواب وجلسات الجمعيات العمومية للأحزاب والنقابات والاتحادات والأندية والاجتماعات العامة للهيئات العمومية للشركات المساهمة العامة والجمعيات الخيرية وغيرها من مؤسسات عامة وجلسات المحاكم العلنية ما لم تكن الجلسات أو الاجتماعات مغلقة أو سرية بحكم القوانين أو الأنظمة أو التعليمات السارية المفعول الخاصة بهذه الجهات أحد أبرز الضمانات القانونية لحرية الصحافة³⁸ إلا أنه مما يؤخذ على القانون أنه لم يضع الضمانات الكافية ولم يرتب أثراً قانونية في حال منع الصحفيين من حضور هذه الاجتماعات أو الانتقاص من حقهم في الحضور بصورة متكاملة لا مجتزأة أو انتقائية.

كما أكد قانون المطبوعات والنشر على أنه يحظر التدخل بأي عمل يمارسه الصحفي في إطار مهنته أو التأثير عليه أو إكراهه على إفشاء مصادر معلوماته، بما في ذلك حرمانه من أداء عمله أو من الكتابة أو النشر بغير سبب مشروع أو مبرر، وذلك مع عدم الإخلال بما هو متعارف عليه من سلطة رئيس التحرير في اتخاذ القرار بالنشر أو عدمه³⁹.

هذه مجموعة من الضمانات الواردة في قانون المطبوعات والنشر المتعلقة بعمل الصحفيين وإن استطلاع نصوص القانون تؤكد على أن هذا القانون قد تضمن العديد من الضمانات القانونية التي تكفل للصحافة حريتها وممارستها لوظيفتها؛ إلا أن بعض نصوصه تتطلب مراجعة بما يضمن إعادة صياغتها بصورة تتواءم والمعايير الدولية لحقوق الإنسان المتعلقة بحرية الصحافة. وبشكل عام فإن أية قيود يتم إيرادها الأصل أن يكون الأمر لجهة التنظيم الذي يخدم المصلحة العامة ويحافظ على حرية وحقوق الغير⁴⁰.

كما أن المشرع وبالرغم من هذه الضمانات فقد وضع قيوداً على إصدار الصحف؛ إذ جعل من الضروري لولادة أي صحيفة الحصول على ترخيص رسمي من الجهات المعنية ثم عاد ليحصر أعمال كل صحيفة بما ورد في ترخيصها من أهداف وغايات، ومنعها من التحول عن ذلك إلى غيره تحت طائلة المساءلة القانونية⁴¹، في الوقت الذي تتم فيه إصدار الصحف في الممارسات الفضلى ووفق المعايير الدولية لحقوق الإنسان من خلال إشعار يقدم للجهة المعنية فقط وفي حال مخالفتها يتم تحويلها إلى السلطة القضائية صاحبة الاختصاص في الفصل فيما إذا كانت هناك مخالفات قد ارتكبت للقانون. إلا أن التطبيق القضائي وحماية حرية الصحافة أكد على أن سلطة الإدارة في إعطاء الرخصة تعد سلطة مقيدة؛ حيث أشارت محكمة العدل العليا في أحد قراراتها إلى الآتي⁴²: "إن صلاحية التصرف في منح رخصة إصدار جريدة هي صلاحية مقيدة، لا يستطيع استعمالها إلا عند استجماع المستدعي للشروط القانونية المنصوص عليها في قانون المطبوعات".

كما جاء في حكم آخر للمحكمة أنه: "طالما أورد المشرع شروط وقواعد وإجراءات في طالب الحصول على الترخيص يوجب على الإدارة منح الترخيص المطلوب، ولا يجوز لجهة الإدارة أن تستحدث أحكاماً جديدة تطبق أو قواعد تنظيمية خلافاً لما جاء في القانون"⁴³. كما أن المشرع وسع من نطاق المسؤولية الجزائية؛ فاعتبر التعليقات التي تنشر في المطبوعة الإلكترونية مادة صحفية لغايات مسؤولية المطبوعة الإلكترونية ومالكها ورئيس تحريرها بالتكافل والتضامن. ناهيك عن المسؤولية المفترضة لرئيس التحرير ابتداء والتي تتنافى ومبدأ شخصية العقوبة.

الفرع الثاني: قانون الإعلام المرئي والمسموع رقم 26 لسنة 2015م

ينظم قانون الإعلام المرئي والمسموع رقم 26 لسنة 2015م قطاع الإعلام في الأردن وبشكل المظلة القانونية للاشتراطات التي يتوجب أن يلتزم بها المرخص له.

وقد عرف المشرع في المادة الثانية منه الإعلام المرئي والمسموع على أنه كل عملية بث تلفزيوني أو إذاعي توصل للجمهور أو فئات معينة منه إشارات أو صوراً أو أصواتاً أو كتابات من أي نوع كانت لا تتصف بطابع المراسلات الخاصة وذلك بوساطة القنوات والموجات وأجهزة البث والشبكات وغيرها من تقنيات ووسائل وأساليب البث أو النقل.

³⁸ انظر المادة الثامنة من قانون المطبوعات والنشر.

³⁹ المادة 8/هـ من قانون المطبوعات والنشر.

⁴⁰ كنتكت، جميل، مبررات الحد من حقوق الإنسان وضماناتها القانونية، 1990، الاهلية للنشر، عمان، ص 34.

⁴¹ محيسن، محمد حسن يوسف، ضمانات حرية الرأي والتعبير، 2020، ط 1، ص 209.

⁴² قرار محكمة العدل العليا رقم (1953/43).

⁴³ قرار محكمة العدل العليا رقم (1996/3490).

ويتضمن القانون مجموعة من الضمانات القانونية المتعلقة بالإعلام المرئي والمسموع وقد تطورت هذه الضمانات مع قانون رقم (26) لسنة 2015م، ومن أبرز هذه الضمانات:

أولاً: وجوب تسبب قرار رفض منح رخص البث:

تضمن قانون الإعلام المرئي والمسموع رقم (26) لسنة 2015م منح مجلس الوزراء حق رفض إعطاء رخص البث لأي جهة مع وجوب بيان أسباب الرفض، وللمتضرر الحق في اللجوء إلى القضاء، في حين أن نص المادة (18/ب) في قانون هيئة الإعلام السابق كان يمنح مجلس الوزراء حق رفض منح رخص البث دون مطالبته ببيان الأسباب.

ثانياً: إلغاء العقوبات السالبة للحرية:

شهد قانون الإعلام المرئي والمسموع عام 2015م نقلة نوعية تتوافق مع المعايير الدولية المتعلقة بتنظيم الإعلام وذلك بإلغاء عقوبة الحبس بحق القنوات غير المرخصة أو التي تخالف أحكام القانون وبحق متداولي المصنفات الفنية بشكل مخالف للقانون، والاستعاضة عن هذه العقوبة بالغرامات التي تم تغليظها في بعض الحالات⁴⁴.

ثالثاً: تشكيل لجنة مستقلة للنظر في الشكاوى:

وفقاً لقانون الإعلام المرئي والمسموع رقم (26) لسنة 2015م تم تشكيل لجنة من ذوي الاختصاص للنظر في الشكاوى المقدمة من الجمهور أو أية جهة أخرى متعلقة بالمحتوى الإعلامي أو المواد المبتوثة أو المسجلة لغايات العرض أو تداول الجمهور أو من مرخص له على مرخص له آخر⁴⁵. وتعتبر هذه اللجنة أداة لحل الخلافات دون اللجوء إلى القضاء ولا يتضمن عملها فرض عقوبات وإنما تقتصر صلاحياتها على اتخاذ أحد القرارات التالية: الرد والتصحيح، التنبيه، الاعتذار للجهة المشتكية خطياً أو من خلال نشر الاعتذار عبر الوسائل المرئية والمسموعة، وسحب المادة موضوع الشكوى وعدم تكرارها⁴⁶.

رابعاً: التزامات للنهوض بقطاع الإعلام

تضمن قانون الإعلام المرئي والمسموع بعض الالتزامات الإيجابية على المرخص له⁴⁷، والمتتمثلة في التزام المرخص له بعدم بث مواد إعلانية أو إعلامية تروج للشعوذة والتضليل والابتزاز وخداع المستهلك. كما ألزمت المادة ذاتها المرخص له بعدم بث ما يחדش الحياء العام أو يحض على الإرهاب. بالإضافة إلى احترام الكرامة الإنسانية والخصوصية الشخصية وحرية الآخرين وحقوقهم وتعددية التعبير. إلا أنه وبالرغم من الإيجابيات السابقة إلا أن القانون ما يزال يتضمن عدداً من النصوص التي لا تتوافق والمعايير والممارسات الفضلى المتعلقة بحرية الإعلام ومن ذلك⁴⁸:

- غياب الاستقلالية الفعلية لهيئة الإعلام وذلك لارتباطها بالوزير⁴⁹، في الوقت الذي يتوجب ان تتمتع الهيئة باستقلالية إدارية ومالية تمكنها من أداء مهامها بعيداً عن أية ضغوطات أو تبعيات⁵⁰.
- منح القانون الهيئة في المادة (8/س) صلاحية إيقاف بث مادة أو برنامج في حالات استثنائية تضر بالأمن الوطني أو السلم المجتمعي أو النظام العام⁵¹ وتعد هذه المصطلحات (الأمن الوطني والسلم المجتمعي، ما يلحق الضرر بالاقتصاد الوطني) من العبارات الفضفاضة التي من الصعب تحديد وبيان ماهيتها وتخضع لسلطة تقديرية واسعة. ومن جانب آخر فإن الممارسات الفضلى في حال مخالفة أية التزامات على المرخص له تتمثل بالنص على إحالة الجهة المخالفة للقضاء ليكون حكمه عنواناً للحقيقية.
- ينطوي قانون الإعلام المرئي والمسموع على تعدد للجهات التي تملك فرض غرامات على المرخص له في حال الإخلال بشروط رخصة البث؛ إذ يمنح القانون بموجب المادة (18/د) هذه الصلاحية لمجلس الوزراء في حال الإخلال بشروط رخصة البث. في حين أنه بإمكان هيئة الإعلام تحصيل غرامات من المرخص له بموجب المادة (20/أ) في حال إخلاله بشروط رخصة البث أيضاً. كما تملك الهيئة فرض غرامات عند التأخر في تسديد رسوم الترخيص السنوية بموجب المادة 21/ط.

⁴⁴ قانون الإعلام المرئي والمسموع رقم (26) لسنة 2015، القسم الخاص بالعقوبات (28-29).

⁴⁵ المادة (4/ي) من قانون هيئة الإعلام المرئي والمسموع رقم (26) لسنة 2015م.

⁴⁶ تعليمات لجنة شكاوى الإعلام المرئي والمسموع الصادرة استناد إلى المادة (4/و) من قانون الإعلام المرئي والمسموع رقم (26) لسنة 2015م.

⁴⁷ المادة (20/ج) من قانون الإعلام المرئي والمسموع رقم (26) لسنة 2015م.

⁴⁸ انظر في ذلك أيضاً، تقرير المركز الوطني لحقوق الإنسان لعام 2015، محور الحق في حرية الرأي والتعبير وحرية الصحافة والإعلام والحصول على المعلومات، كتابة المحور: نهلا المومني، ص 83-85.

⁴⁹ عرف قانون الإعلام المرئي والمسموع رقم 26 لسنة 2015 في المادة الثانية منه الوزير بأنه "رئيس الوزراء او من يفوضه من الوزراء".

⁵⁰ المادة (3/أ) من قانون هيئة الإعلام المرئي والمسموع رقم (26) لسنة 2015.

⁵¹ المادة 8/ن/س من قانون الإعلام المرئي والمسموع رقم (26) لسنة 2015.

- يخالف قانون الإعلام المرئي والمسموع الدستور الأردني بصورة صريحة ومباشرة وتحديداً المادة (4/15) التي تنص على عدم جواز تعطيل الصحف ووسائل الإعلام وإلغاء ترخيصها إلا بأمر قضائي؛ حيث تم منح الهيئة صلاحية إلغاء الرخصة الممنوحة للمرخص له في حال عدم دفع رسوم الترخيص⁵².

وعلى غير صعيد لم يورد قانون الإعلام المرئي والمسموع بنداً خاصاً بالإذاعات المجتمعية ولم ينص على تسهيلات خاصة لها وإبراز دورها في المساهمة في تنمية المجتمعات ورفع وعي الأفراد بالقضايا التي تهمهم وبحقوقهم وواجباتهم⁵³.

وعلى صعيد آخر لا يتضمن أيًا من قانون الإعلام المرئي والمسموع أو نظام رخص البث أو إعادة البث الإذاعي والتلفزيوني والرسوم المستوفاة عنها أية مادة حول الملكية المتقاطعة داخل قطاع الإعلام المرئي والمسموع أو حول الملكية المتقاطعة بين المرئي والمسموع وقطاعات الإعلام الأخرى⁵⁴.

المطلب الثاني: التشريعات ذات العلاقة بصورة غير مباشرة بحرية الصحافة والإعلام

تتضمن المنظومة التشريعية الأردنية مجموعة من التشريعات ذات العلاقة بحرية الصحافة والإعلام بصورة غير مباشرة، إلا أنها تطبق على الإعلاميين والصحفيين ويؤثر تطبيقها من عدمه في سقف حرية الصحافة والإعلام وقدرة أفراد هذه المهنة على ممارسة عملهم. وأبرز هذه التشريعات قانون ضمان الحق في الحصول على المعلومات وقانون الجرائم الإلكترونية.

الفرع الأول: قانون ضمان الحق في الحصول على المعلومات

يعتبر الحصول على المعلومات أحد حقوق الصحفيين التي كفلتها المعايير الدولية لحقوق الإنسان؛ إذ نص الإعلان الدولي بشأن المبادئ الأساسية الخاصة بإسهام وسائل الإعلام في دعم السلام والتفاهم وتعزيز حقوق الإنسان ومكافحة العنصرية والفصل العنصري والتحريض، في المادة الثانية منه على⁵⁵:

- إن ممارسة حرية الرأي وحرية التعبير وحرية الإعلام، المعترف بها كجزء لا يتجزأ من حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، هي عامل جوهري في دعم السلام والتفاهم الدولي.
 - يجب ضمان حصول الجمهور على المعلومات عن طريق تنوع مصادر ووسائل الإعلام المهيأة له، مما يتيح لكل فرد التأكد من صحة الوقائع وتكوين رأيه بصورة موضوعية في الأحداث. ولهذا الغرض يجب أن يتمتع الصحفيون بحرية الإعلام وأن تتوافر لديهم أكبر التسهيلات الممكنة للحصول على المعلومات. وكذلك ينبغي أن تستجيب وسائل الإعلام لاهتمامات الشعوب والأفراد، مهيأة بذلك مشاركة الجمهور في تشكيل الإعلام".
- أما في إطار المعايير الوطنية الأردنية نجد أن قانون المطبوعات والنشر الأردني ينص في المادة السادسة منه على الآتي: "تشمل حرية الصحافة ما يلي: ...ج. حق الحصول على المعلومات والأخبار والإحصاءات التي تهم المواطنين من مصادرها المختلفة وتحليلها وتداولها ونشرها والتعليق عليها".
- ويعد ما جاء في المادة السادسة أعلاه تأكيداً على اعتبار هذا الحق من الحقوق الأساسية للصحفيين والزام الجهات بتيسير حصولهم على المعلومات؛ إنما جاء من حقيقة أن حق الجمهور في المعرفة يقتضي أن تتمتع الصحافة ووسائل الإعلام بهذا الحق وأن تقدم لها التسهيلات اللازمة في هذا المجال، فالحصول على المعلومات هو حق للصحفي وللإعلامي في معظم قوانين العالم والصحافة الحرة هي أداة الجمهور في الحصول على حقه بالمعرفة.
- وقد بات معلوماً وواضحاً بأن حماية حق الصحفي عامة في الحصول على المعلومات والبحث عنها هو الوسيلة التي يمكن أن تحقق للمواطن إعلام منتظم بالحقائق عن الأحداث الداخلية والخارجية، فحق الحصول على المعلومات ركن أساسي من أركان حرية الصحافة، وإذا كان من حق الإنسان الحصول على المعلومات فإنه من باب أولى للصحفي الحق في الحصول على الأخبار من مصادرها المختلفة⁵⁶.
- وكذلك هو الحال بالنسبة لوسائل الإعلام قاطبة؛ فالوظيفة الأساسية لوسائل الإعلام هي الوفاء بحق الجماهير في المعرفة وهذه الوظيفة هي المبرر الأساسي لحرية الإعلام؛ فالمجتمع لا بد وأن يكفل لوسائل الإعلام حريتها ولا بد أن يكفل للإعلاميين مجموعة من الحقوق لكي تتدفق المعلومات والحقائق والمعرفة إلى الجماهير، مما يؤدي إلى تمكينهم من إصدار أحكام صحيحة على السياسات والقرارات، وعلى الأشخاص الذين يصنعون هذه السياسات والقرارات ولكي تتمكن الأمة من تقرير مصيرها واختيار المشروع الحضاري الذي تشكل على أساسه مستقبلها⁵⁷.
- ولهذا قيل أن وسائل الإعلام تلعب دور الحارس والرقيب في المجتمع لصيانة حق الجماهير في المعرفة في مواجهة السلطة، فوسائل الإعلام تعتبر أهم الأدوات التي يمكن بواسطتها أن يتحقق حق الجماهير في المعرفة، فالمعرفة التي يتلقاها الجماهير من الإعلام الحر تمثل أهم أسس تشكيل الرأي العام

⁵² المادة 21/ط من قانون الاعلام المرئي والمسموع رقم 26 لسنة 2016.

⁵³ "لم تساعد الحكومة هذه المحطات على النمو، فلم تمنحها إعفاءات من الرسوم، ولم تقدم لها الأولوية في الترخيص، كما لم تقدم أي حوافز قانونية أو تشريعية لتعزيز التعددية في الملكية". انظر، تقييم تنمية الاعلام في الأردن، منشورات اليونسكو، 2015، ص 96.

⁵⁴ تقييم تنمية الاعلام في الأردن، منشورات اليونسكو، ص 90.

⁵⁵ هذا الاعلان صادر عن المؤتمر العام لمنظمة الامم المتحدة للتربية والثقافة في دورته العشرين، يوم 28 تشرين الثاني / 1978.

⁵⁶ عبدالله، اميرة ابراهيم (2014)، حرية الصحافة، حقوق وواجبات الصحفي، ط1، القاهرة: دار النهضة العربية، ص 157 و 158.

⁵⁷ صالح، سليمان (2004)، حقوق الصحفيين في الوطن العربي، ط1، القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية، ص 263.

المساعد للمواطنين أفراد أو جماعات على اتخاذ المواقف والاختيار الحر، فلا ديمقراطية بدون حرية الإعلام ووسائل الإعلام الحرة هي الأداة التي يدير بواسطتها المجتمع النقاش الحر بين قواه السياسية والاجتماعية والفكرية وحول قضاياها ومشاكله المختلفة ليصل إلى أفضل الحلول⁵⁸.

وقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على أهمية أن تقوم وسائل الإعلام بواجبها نحو نقل المعلومات والأفكار في الموضوعات ذات الاهتمام العام، وأشارت في السياق ذاته إلى أن مهمة القيام بنقل المعلومات والأفكار ليس واجباً ملقى على عاتق الصحافة فحسب، وإنما ينطوي أيضاً على حق الجمهور في تلقيها، ولو كان الأمر على خلاف ذلك فلن يكون بمكنة الصحافة القيام بدورها الحيوي كحارس مخلص لمصالح الجمهور. وخلصت المحكمة إلى أنه: "تمنح الصحافة للجمهور واحدة من أفضل الأساليب لاكتشاف وتشكيل الرأي حول أفكار قادتهم السياسية واتجاهاتهم وتفسح وبشكل خاص أمام السياسيين الفرصة ليعبروا ويعلقوا على ما يشغل بال الرأي العام وبهذا تجعل في مكنة كل فرد المساهمة في الحوار السياسي الحر والذي يعد جوهر مفهوم المجتمع الديمقراطي"⁵⁹.

إذاً وبناء على ما سبق ونظراً للدور الذي تلعبه الصحافة ووسائل الإعلام في تشكيل الآراء لدى الجمهور وبالتالي تعزيز حق الجماهير في الحصول على المعلومات وفي الوصول إلى الحقيقة والمعرفة بشكل عام، فإن مسألة ضمان هذا الحق وتيسير الحصول عليه دون معوقات وتوفيره للصحفيين والإعلاميين تصبح مسألة على درجة كبيرة من الأهمية وتلقي على عاتق الدول التزاماً سلبياً بعدم منع تدفق المعلومات وفي الوقت ذاته تضع على عاتقها التزاماً إيجابياً بضرورة تمكين الصحفيين والإعلاميين من الحصول على المعلومة ليستطيع الجمهور تكوين الآراء وتبني المواقف والمشاركة بشكل فاعل في الحياة العامة.

أما على الصعيد الوطني فقد خلا الدستور الأردني من نص خاص يوفر الحماية الدستورية لهذا الحق. أما على صعيد التشريعات الوطنية فقد تم إقرار قانون ضمان الحق في الحصول على المعلومات رقم (47) لسنة 2017م. وبالرغم من أن هذا القانون كفل للأفراد الحق في الحصول على المعلومات إلا أنه ينطوي على مجموعة من الإشكاليات القانونية التي لا تزال تشكل عائقاً أمام حصول الصحفيين والإعلاميين على المعلومات بصورة مناسبة وشفافة؛ حيث يفتقد القانون لأبرز المبادئ التي يتوجب أن تحكم الحصول على المعلومات وفي مقدمتها الإفصاح الاستباقي عن المعلومات ومبدأ محدودية الاستثناءات⁶⁰. وفيما يلي أبرز الإشكاليات التي ما تزال تشكل تحديات أمام إعمال هذا الحق:

أولاً: غياب مبدأ محدودية الاستثناءات؛ يتضمن القانون طائفة واسعة من الاستثناءات بعضها يتوافق مع المعايير الدولية من حيث وجود غرض مشروع من مثل، حماية المعلومات والملفات الشخصية المتعلقة بسجلات الأشخاص التعليمية أو الطبية أو السجلات الوظيفية أو الحسابات أو التحويلات المصرفية أو الأسرار المهنية وحماية المراسلات ذات الطبيعة الشخصية والسرية. إلا أن العديد من هذه الاستثناءات تتسم بالعمومية وبصياغتها في قوالب قانونية فضفاضة، مثل الأسرار الخاصة بالدفاع الوطني أو أمن الدولة أو سياستها الخارجية وغير ذلك؛ وهي مصطلحات تحتمل التأويل والاجتهاد. ولم يكتف المشرع الأردني بالاستثناءات على الحق في الحصول على المعلومات الواردة في المادة الثالثة عشرة من القانون، وإنما أورد استثناء آخر ذو طابع فضفاض أيضاً وغير دقيق في المادة العاشرة منه والتي نصت على أنه: "لا يجوز طلب المعلومات التي تحمل طابع التمييز الديني أو العنصري أو العرقي أو التمييز بسبب الجنس أو اللون".

ثانياً: وضع اشتراطات لغايات الحصول على المعلومات أبرزها أن يكون لطالب المعلومة مصلحة مشروعة، وما يحمله هذا الشرط من دلالات واسعة، إضافة إلى صعوبة تطبيقه على أرض الواقع.

ثالثاً: التعارض التشريعي، يمنح قانون ضمان الحق في الحصول على المعلومات الأولوية للتشريعات الأخرى في حال التعارض وهو الأمر الذي يؤدي إلى إفراغ القانون من جوهره لدى التطبيق خاصة في ظل وجود تشريعات توسع من باب السرية وإطارها مثل قانون حماية أسرار ووثائق الدولة.

رابعاً: المسار السريع للصحفيين، يخلو القانون من القانون من مسار سريعاً للصحفيين يمكنهم من الحصول على المعلومات بمدة قصيرة تتلاءم وطبيعة عملهم القائمة على السرعة والدقة في آن واحد. ناهيك عن أن المدة المحددة لاجابة طلبات الحصول على المعلومات تعد مدة طويلة وهي ثلاثين يوماً، وهذه المدة لا تتناسب وطبيعة العمل الإعلامي الذي يقوم على السرعة في عملية نشر الأخبار أو التحليلات أو التحقيقات ونشرها⁶¹.

الفرع الثاني: قانون الجرائم الإلكترونية رقم (27) لسنة 2015م

صدر أول قانون للجرائم الإلكترونية بصورة مؤقتة وذلك عام 2010م وذلك تحت مسمى قانون جرائم أنظمة المعلومات المؤقت رقم 30 لسنة 2010. وفي عام 2015 صدر القانون بصورته الدائمة، قانون الجرائم الإلكترونية رقم 27 لسنة 2015م.

⁵⁸ صالح، سليمان (1995)، أزمة حرية الصحافة في النظم الرأسمالية، ط1، القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية، ص

⁵⁹ وارد لدى، سيف الاسلام، احمد و اخرون، مرجع سابق، ص33-34.

⁶⁰ انظر في ذلك أيضاً، من اجل بيئة تشريعية وتنظيمية داعمة لحرية الاعلام في العالم العربي، مراجعة قانوني الحق في الحصول على المعلومات وقانون الجرائم الالكترونية، نهلا عبدالقادر المومني، الناشر: الاتحاد الدولي للصحفيين، ص7-12.

⁶¹ للمزيد حول المبادئ التي يتوجب أن تتوفر في قانون ضمان الحق في الحصول على المعلومات أنظر، الحق في الحصول على المعلومات في المعايير الدولية لحقوق الانسان والنظام القانوني الوطني، 2018، نهلا المومني، عمان: دار وائل للنشر.

وجاء القانون ليسد الثغرات القانونية المتعلقة بالجرائم التي تقع على النظام المعلوماتي أو تلك التي تقع بواسطته سواء ما تعلق منها بالدخول غير المشروع إلى النظام المعلوماتي أو الإحتيال المعلوماتي والتجسس أو إتلاف المعلومات أو تدميرها وغير ذلك من الجرائم المستحدثة.

الآن القانون بصيغته الجديدة تضمن جريمة نشر أو إعادة نشر ما ينطوي على الذم أو القذف أو التحقير بالوسائل الإلكترونية، في الوقت الذي جاء قانون جرائم أنظمة المعلومات المؤقت رقم 30 لسنة 2020 خاليًا من النص على هذه المادة، ولدى عرض القانون على مجلس الأمة لإقراره كقانون دائم عام 2015 تم إدراج هذه المادة فيه دون إجراء مشاورات مع أصحاب العلاقة والمعنيين والمجتمع المدني لدراسة مدى الحاجة إلى هذه المادة بالفعل والآثار القانونية المترتبة عليها. وتنص هذه المادة على الآتي: "يعاقب كل من قام قصدا بإرسال أو إعادة إرسال أو نشر بيانات أو معلومات عن طريق الشبكة العنكبوتية أو الموقع الإلكتروني أو أي نظام معلومات تنطوي على ذم أو قذف أو تحقير أي شخص بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد عن ألفي دينار".

وبالنسبة للصحفيين تحديداً ولبينان إذا ما كان هذا النص يطبق عليهم خاصة في ظل وجود قانون المطبوعات والنشر الأردني الذي منع توقيف الصحفيين؛ فقد قام رئيس الوزراء آنذاك بتوجيه سؤال إلى ديوان تفسير القوانين للإجابة عن السؤال التالي: هل يعتبر النشر على المواقع الإلكترونية ومواقع التواصل الاجتماعي الذي يتضمن قدحاً أو ذمّاً أو تحقيراً مشمولاً بحكم المادتين 42 و45 من قانون المطبوعات والنشر أم بحكم المادة 11 من قانون الجرائم الإلكترونية؟

ليأتي جواب الديوان الخاص بتفسير القوانين -والذي يأخذ قوة القانون العادي- مؤكداً على أنّ جرائم الذم والقذف المرتكبة أو المقتربة خلافاً لأحكام المادة 11 من قانون الجرائم الإلكترونية من خلال المواقع الإلكترونية ومواقع التواصل الاجتماعي تسري عليها أحكام المادة 11 من قانون الجرائم الإلكترونية والمادة 114 من قانون أصول المحاكمات الجزائية وليس المادتان 42 و45 من قانون المطبوعات والنشر.

وأكد الديوان في القرار ذاته على أنّ قانون الجرائم الإلكترونية لسنة 2015م يعتبر قانوناً خاصاً فيما يتعلق بالجرائم المقتربة وفقاً للنصوص المستحدثة فيه. جاء هذا القرار ليفتح الباب على مصراعيه أمام الانعطاف عن قانون المطبوعات والنشر الأردني الذي يمنع توقيف الصحفيين ليشكل مدخلاً قانونياً جديداً أمام عملية التوقيف.

إن هذا التفسير وهذا النص أدى إلى أنّ نص المادة 11 يطبق على المادة الصحفية المنشورة على الموقع الإلكتروني للصحيفة في حين أنّ النص ذاته لا يطبق على المادة ذاتها إذا ما نشرت ورقياً وهذه الآثار القانونية المتفاوتة هي نتيجة حتمية للتكرار التشريعي.

وعلى غير صعيد تنطوي المادة (11) من قانون الجرائم الإلكترونية على عدة إشكاليات أبرزها أن قانون العقوبات الأردني جرم في المادة (188) جريمة الذم والقذف والتحقير وكان بالإمكان الاكتفاء بالنصوص العامة الواردة في هذا القانون دون اللجوء إلى خلق ازدواجية في التشريع. كما أن المشرع لم يراع مبدأ التدرج في العقوبات فلم يقف المشرع عند قاعدة تناسب الفعل والإثم الجنائي فوضع عقوبة واحدة دون مفاضلة بين الأفعال والتدرج في العقوبات التي يستلزمها.

من ناحية أخرى يعاقب المشرع على جريمة نشر أو إعادة نشر ما ينطوي على ذم أو قذف أو تحقير بالوسائل الإلكترونية بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر دون تحديد حد أعلى للعقوبة وبالتالي فإن الحد الأعلى هو ثلاث سنوات؛ أي أن المشرع وضع عقوبة أعلى لهذه الجريمة في قانون الجرائم الإلكترونية عن العقوبة المفروضة في قانون العقوبات؛ الأمر الذي أدى إلى جواز التوقيف وفق قانون الجرائم الإلكترونية وعدم جوازه سندياً لقانون العقوبات.⁶²

وفي إطار تطبيقات قانون الجرائم الإلكترونية الأردني فقد تم توقيف بعض الصحفيين والإعلاميين بموجب هذا القانون منذ اقراره عام 2015م وتحديداً بموجب المادة 11 من هذا القانون المشار إليها أعلاه.⁶³

الخاتمة:

كفلت المعايير الدولية لحقوق الإنسان الحق في حرية الصحافة والإعلام، كما كفل الدستور الأردني هذا الحق ووضع ضمانات كفيلة بحمايته وتعزيزه. وجاءت التشريعات الوطنية لتنظم هذا الحق المكفول بموجب الدستور إلا أنها وبالرغم من تضمينها نصوصاً تكفل حماية هذه الحرية إلا أنها في الوقت ذاته تضمنت نصوصاً شكلت قيوداً أدت في بعض الأحيان إلى المساس بجوهر هذا الحق ومخالفة منطوق المادة (128) من الدستور الأردني الذي أكد على عدم جواز أن تؤثر القوانين التي تصدر بموجب الدستور لتنظيم الحقوق والحريات على جوهر هذه الحقوق أو تمس أساسياتها. وفي هذا السياق ولغايات تجاوز الإشكاليات القانونية التي تحدّ من ممارسة حرية الصحافة والإعلام في الأردن يطرح الباحث التوصيات التالية:

- النص صراحة على الحق في الحصول على المعلومات في الدستور الأردني.
- تعديل المادة الخامسة والسابعة في قانون المطبوعات والنشر بما يضمن صياغتهما بصورة دقيقة وواضحة والابتعاد عن المصطلحات الفضفاضة.
- النص صراحة على عدم جواز محاكمة الصحفيين بسبب ما أجروه من أعمال تتعلق بطبيعة مهنتهم إلا بموجب قانون المطبوعات والنشر.

⁶² انظر أيضاً نحو بيئة تشريعية داعمة لحرية الإعلام..قوانين الجرائم الإلكترونية وقانون ضمان الحق في الحصول على المعلومات في العالم العربي (2020)، نهلا المومني، بروكسل: الاتحاد الدولي للصحفيين.

⁶³ انظر في ذلك تقرير المركز الوطني لحقوق الإنسان لعام 2015، محور حرية الرأي والتعبير، كتابة المحور: نهلا المومني، ص 90-91.

- الاكتفاء بالاشعار لغايات إنشاء المطبوعات وفي حال مخالفة المطبوعة لأحكام القانون إحالتها إلى القضاء المختص بهذا الشأن.
- إلغاء نص المادة 49/ج من قانون المطبوعات والنشر التي توسع من دائرة المسؤولية المفترضة لمالك المطبوعة ورئيس تحريرها على تعليقات القراء واعتبارها مادة صحفية لهذه الغاية.
- إلغاء المسؤولية المفترضة على رئيس التحرير الواردة في نص المادة (23/ج) من قانون المطبوعات والنشر.
- تعديل آلية فرض الغرامات على المرخص لهم بموجب قانون الإعلام المرئي والمسموع بما يضمن عدم تعدد الجهات التي تفرضها.
- زيادة الضمانات المتعلقة باستقلالية هيئة الإعلام إداريًا وماليًا.
- تعديل نص المادة (8/د) من قانون الإعلام المرئي والمسموع بإحالة البرامج المخالفة إلى القضاء وسحب صلاحية وقفها من قبل هيئة الإعلام.
- إلغاء صلاحية هيئة الإعلام في إلغاء الرخصة الممنوحة للمرخص له في حال عدم دفع رسوم الترخيص وذلك إعمالاً للنص الدستوري (4/15) المتضمن عدم جواز تعطيل الصحف ووسائل الإعلام وإلغاء ترخيصها إلا بأمر قضائي؛ حيث تم منح الهيئة صلاحية إلغاء الرخصة الممنوحة للمرخص له في حال عدم دفع رسوم الترخيص.
- إلغاء نص المادة (11) من قانون الجرائم الإلكترونية رقم (27) لسنة 2015م، والاكتفاء بالنصوص العامة المتعلقة بجريمة الذم والقدح والتحقير لكفايتها ومنعاً للازدواجية التشريعية.
- تعديل قانون ضمان الحق في الحصول على المعلومات بما يضمن تكريسه لمبدأ الكشف الأقصى عن المعلومات ومبدأ محدودية الاستثناءات ومبدأ الإفصاح الاستباقي أو الإلزامي، وإعطاء الأولوية للقانون في حال التعارض مع التشريعات الأخرى وذلك بما يتوافق والمعايير الدولية لحقوق الإنسان المتعلقة بهذا الحق.

المراجع:

أولاً: الكتب والأبحاث:

- رمضان، عادل. (د.ت). أسباب عدم دستورية مادة إزدراء الأديان. منشورات المبادرة المصرية للحقوق الشخصية.
- سكران، راغب جبريل خميس راغب. (2011). الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة. (ط 2)، المكتب الجامعي الحديث.
- الشخاترة، فايز. (2007). حق الحصول على المعلومات. بحث غير منشور، المركز الوطني لحقوق الإنسان.
- صالح، سليمان. (2004). حقوق الصحفيين في الوطن العربي. ط1، دار النشر للجامعات المصرية.
- صالح، سليمان. (1995). أزمة حرية الصحافة في النظم الرأسمالية. ط1، دار النشر للجامعات المصرية.
- عبدالله، اميرة ابراهيم. (2014). حرية الصحافة، حقوق وواجبات الصحفي. ط1، دار النهضة العربية.
- علوان، محمد والموسى، محمد. (2009). القانون الدولي لحقوق الإنسان، المصادر ووسائل الرقابة. الجزء الاول، ط1، دار الثقافة للنشر.
- العواملة، منصور. (د.ت). الوسيط في النظم السياسية. المجلد الثاني، الكتاب الأول (المبادئ العامة للأنظمة الأساسية)، ط1.
- كتكت، جميل. (1990). مبررات الحد من حقوق الإنسان وضمانياتها القانونية. الاهلية للنشر.
- متولي، عبد الحميد. (1974). الحريات العامة نظرات في تطورها وضمانياتها ومستقبلها. منشأة المعارف.
- محيسن، محمد حسن يوسف. (2020). ضمانات حرية الرأي والتعبير. ط1.
- المومني، نهلا. (2016). الحق في الحصول على المعلومات في النظام القانوني الوطني والمعايير الدولية لحقوق الإنسان. ط1، دار وائل للنشر والتوزيع.

ثانياً: الأبحاث والتقارير والوثائق الدولية والاقليمية والوطنية:

- اعلان حرية الإعلام في العالم العربي، اعتمد في الدار البيضاء في المغرب في أيار لعام 2016.
- تقرير المركز الوطني لحقوق الإنسان لعام 2015، محور حرية الرأي والتعبير، كتابة المحور: نهلا المومني.
- تقييم تنمية الإعلام في الأردن، منشورات اليونسكو، 2015.
- دليل التدريب القضائي في مجال حرية التعبير وحظر خطاب الكراهية، مركز الامم المتحدة للتدريب والتوثيق في مجال حقوق الإنسان لجنوب غرب آسيا والمنطقة العربية، منشورات مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، جنيف.
- اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، الوثيقة رقم CCPR/C/GC/34، الدورة الثانية بعد المائة، جنيف 11-29 تموز 2011، التعليق العام رقم 34.
- مبادئ حول حرية التعبير وحماية السمعة، منظمة المادة 19، أيار 2000.
- مبادئ سيراكوزا لتفسير بنود التقييد والتعطيل الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.
- من اجل بيئة تشريعية وتنظيمية داعمة لحرية الإعلام في العالم العربي، مراجعة قانوني الحق في الحصول على المعلومات وقانون الجرائم الالكترونية، نهلا عبد القادر المومني، الناشر: الاتحاد الدولي للصحفيين.

العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية
الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان .
الميثاق العربي لحقوق الإنسان

ثالثاً: التشريعات الوطنية:

الدستور الأردني.
قانون المطبوعات والنشر رقم 8 لسنة 1998، الجريدة الرسمية، عدد 4300، تاريخ 1998/8/22.
قانون الإعلام المرئي والمسموع رقم (26) لسنة 2011.
تعليمات لجنة شكاوى الإعلام المرئي والمسموع الصادرة استناداً إلى المادة (4/9) من قانون الإعلام المرئي والمسموع رقم (26) لسنة 2015م.

Abdullah, A. I. (2014). *Huriyat Alsahafati, Huquq Wawajibat Alsahafi* 'Freedom of the press, rights and duties of the journalist'. 1st edition, Dar Alnahdat Alearabiati. [in Arabic]

Al- Awamleh, M. (D.T.). *Alwasit Fi Alnuzum Alsiyasiati* 'Mediator in political systems'. Volume Two, Book One (General Principles of Basic Systems), 1st edition. [in Arabic]

Al-Shakhtra, F. (2007). *Haqi Alhusul Ealaa Almaelumat* 'Right to information'. Unpublished research, Alwatania Center for Human Rights. [in Arabic]

Alwan, M. and Al-Mousa, M. (2009). *Alqanun Alduwliu Lihuquq Al'iinsani, Almasadir Wawasayil Alraqabati* 'International human rights law, sources and means of control'. The first part, 1st edition, Dar Althaqafat for publication. [in Arabic]

Drunk, R. J. (2011). *Alsirae Bayn Huriyat Alfard Wasultat Aldawlati* 'The conflict between individual freedom and state power'. (2nd floor), Aljamieii Alhadithi office. [in Arabic]

Kutkut, J. (1990). *Mubarirat Alhadi Min Huquq Al'iinsan Wadamanatiha Alqanuniati* 'Justifications for limiting human rights and their legal guarantees'. Alahiliat for publication. [in Arabic]

Metwally, A. (1974). *Alhuriyat Aleamat Nazarat Fi Tatawuriha Wadamanatiha Wamustaqbalaha* 'Public freedoms: perspectives on their development, guarantees and future'. Almaearifi facility. [in Arabic]

Momani, N. (2016). *Alhaqu Fi Alhusul Ealaa Almaelumat Fi Alnizam Alqanunii Alwatanii Walmaeyayir Alduwliat Lihuquq Al'iinsani* 'The right to information in the national legal system and international human rights standards. 1st edition, Dar Wayil for publication and distribution. [in Arabic]

Muhaisen, M. H. Y. (2020). *Damanat Huriyat Alraay Waltaebiri* 'Guarantees of freedom of opinion and expression'. I 1. [in Arabic]

Ramadan, A. (D.T.). *Asbab Eadam Dusturiat Madat 'Izdira' Al'adyan* 'The Reasons for the Unconstitutionality of the Article of Defamation of Religions'. Publications of the Egyptian Initiative for Personal Rights. [in Arabic]

Saleh, S. (1995). *Azmat Huriyat Alsahafat Fi Alnuzum Alraasimaliati* 'Crisis of press freedom in capitalist systems'. 1st Edition, Dar Alnashr Publishing House. [in Arabic]

Saleh, S. (2004). *Huquq Alsahafiiyn Fi Alwatan Alearabii* 'The rights of journalists in the Arab world'. 1st Edition, Dar Alnashr Publishing House. [in Arabic]

تحديات إدارة التعليم العالي على مستوى التدبير الإداري

Challenges of Higher Education Administration at the Level of Administrative Management

زاهر بن محمد بن عامر الحجري

Zaher Mohammed Amur Al Hajri

Accepted

قبول البحث

2022/11/29

Revised

مراجعة البحث

2022 /11/14

Received

استلام البحث

2022 /10/29

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.3.5>



This file is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

تحديات إدارة التعليم العالي على مستوى التدبير الإداري

Challenges of Higher Education Administration at the Level of Administrative Management

زاهر بن محمد بن عامر الحجري

Zaher Mohammed Amur Al Hajri

أستاذ مساعد- جامعة نزوى- سلطنة عُمان

Assistant Professor, University of Nizwa, Sultanate of Oman
Zaher10@gmail.com

الملخص:

تتعلق هذه الدراسة بالتعليم العالي من الجانب الإداري وليس من الجانب الأكاديمي، وتتطرق إلى المشاكل والإخفاقات في الإدارة الجامعية والتأثير المباشر وغير المباشر على مردوديتها سواء على مستوى الكوادر البشرية أو إدارة المرفقات وصولاً إلى ضعف المخرجات وما يرتبط كل ذلك مع إدارة الموارد المالية للجامعات كذلك علاقة الإدارة المركزية (الوزارة) مع الجامعات على مستوى التنظيم الإداري.

الكلمات المفتاحية: إدارة ؛ تدبير ؛ الإدارة الجامعية؛ علم الإدارة؛ التعليم العالي.

Abstract:

This study relates to higher education from the administrative side and not from the academic side, and addresses the problems and failures in university administration and the direct and indirect impact on its profitability, whether at the level of human cadres or management of attachments, leading to weak outputs, and all of this is related to the management of financial resources for universities as well as the relationship of management Central (ministry) with universities at the level of administrative organization.

Keywords: management; management; university administration; management science; Higher Education.

المقدمة:

يعتبر تدبير الشؤون الإدارية أهم نشاط تقوم به الهيئات والمنظمات الإدارية سواء كانت حكومية أو خاصة، ويمكن اعتبار تسيير شؤون الموظفين المحور الأساسي في هذا النشاط. بدءاً باختيارهم مروراً بتهيئة الظروف الملائمة لاستخدامهم، وإنهاء بإحالتهم على المعاش.

فالأزمة التي تعيشها الإدارة الجامعية مرتبطة بشكل كبير بمردوديتها الإدارية وطرق الأداء وتواضع العنصر البشري العامل بها، لذلك كان حرص المسؤولين عن الشأن الجامعي على تدعيم الخطط والبرامج التي تسيير وفق هذا التوجه انطلاقاً من خطط الإصلاح الإداري التي قدمها الميثاق الوطني للتربية والتكوين وآليات الحكامة الإدارية.

هذا التفاعل مع مبادئ علم الإدارة سيفتح الباب أمام انخراط الإدارة الجامعية في برامج الجودة بأبعادها المختلفة؛ سواء أكان على مستوى السرعة والكفاءة في الأداء أو على مستوى دعم التواصل الداخلي والخارجي مع المستفيدين من خدماتها حتى وإن كان بدرجة متفاوتة بين المؤسسات الجامعية.

فالطلب المتزايد على التعليم العالي في تزايد مستمر، وبأن باب المنافسة مفتوح بين المؤسسات الجامعية، لهذا تعمل الإدارة الجامعية على تحديث هياكلها وطرق اشتغالها وتبسيط مساطرها لمواكبة المستجدات الجديدة التي تفرض السرعة والوضوح والكفاءة والجودة، أملاً في استقطاب رضا المنتفعين من خدماتها.

وبما أن إدارة التعليم العالي تتكون من تنظيمين أساسيين هما الإدارة المركزية والإدارة الجامعية، فمن المفروض أن يكون هناك توزيع في الاختصاصات في هذا المجال بين الإدارتين، يأخذ بعين الاعتبار مفهوم استقلال الجامعة باعتبار هذه الأخيرة مؤسسة عمومية. إلا أن طبيعة التنظيم الإداري السائد كما سبقت الإشارة إليه. جعل الإدارة المركزية تهيم على مستوى التدبير الإداري وهو يعتبر من بين تحديات إدارة التعليم العالي على مستوى التدبير الإداري.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في الاستقلالية في التدبير بين الإدارتين المركزية والجامعية. مما سبق، فإن مشكلة الدراسة تكمن في مدى نجاعة التدبير الإداري والمالي لدى إدارة مؤسسات التعليم العالي بالدول العربية ويمكن صياغة مشكلة الدراسة بالتساؤلات التالية:

- كيف تواكب إدارة التعليم العالي التنظيم الإداري للمنظومة التعليمية؟
- وما هي آثارها في عملية التنمية الإدارية؟

أهمية الدراسة:

- تكتسب الدراسة أهميتها من مجموعة من النقاط، يمكن إيجازها فيما يلي:
- أهمية الإصلاح الإداري جنباً إلى جنب مع التطوير الأكاديمي في الإدارة الجامعية.
- ضرورة الإستقلالية الإدارية في الجامعات.

أهداف الدراسة:

- تهدف هذه الدراسة إلى:
- الهدف الأول: إبراز أهم التحديات التي تواجه الإدارة الجامعية في سبيل تنميتها.
- الهدف الثاني: اقتراح الحلول والأفكار التي تساعد تحقيق الاستقرار الإداري وتحفيز الكوادر البشرية في الجامعات.

الدراسات السابقة:

- لم تحظى الجامعات سابقاً بدراسة مختصة في الجانب الإداري البحث إلا في النزر اليسير من خلال نقاشات مختلفة في المؤتمرات والندوات وإنما كانت جُلها في التنظيم الأكاديمي والبحث العلمي.

خطة الدراسة:

- جاءت الدراسة في مبحثين ولكل مبحث فرعين وفق البيان التالي :
- المبحث الأول: سوء اختيار العنصر البشري من طرف الإدارة المركزية
- المطلب الأول: غياب الربط بين مؤهلات الأطرومواصفات الوظائف
- المطلب الثاني: اعتماد الأساليب البسيطة في التوظيف والترقية
- المبحث الثاني: غياب نظام لتحفيز الأطر الإدارية
- المطلب الأول : مظاهر غياب التحفيز الإداري
- المطلب الثاني: فرض الإنضباط على الإجراءات التأديبية

تمهيد:

إن أهم ما يجب الأخذ به على مستوى التدبير الإداري هو النظام النسقي الذي يجب أخذه بعين الاعتبار عند وضع أي تنظيم إداري، والنظام النسقي يتكون عادة من مجموعة من الأنظمة الفرعية وكل نظام فرعي يتكون من مجموعة من الفاعلين حيث تتفاعل أنشطتهم وتتكامل لتحقيق الأهداف الفرعية، كما تتفاعل جميع الأنظمة الفرعية داخل النظام الكلي لتحقيق الأهداف الكلية، وإذا طبقنا هذا التعريف على إدارة مؤسسات التعليم العالي بالدول العربية باعتبارها نظاماً يتكون من مجموعة من الأنظمة الفرعية، أي الإدارة المركزية والأحياء والمؤسسات الجامعية والمعاهد، والمدارس العليا، فإن طبيعة العلاقة الموجودة بين مكونات العناصر المكونة لكل نظام فرعي، وطبيعة الإمكانات البشرية المتوفرة لديه لا تسمح بتحقيق الأهداف التي تبقى بدورها غير محددة بدقة. كما أن عملية التفاعل بين مختلف الأنظمة الفرعية تعني التأثير المتبادل، لا أن يصب في اتجاه واحد، حتى يتعارض مع مفهوم النظام النسقي.

لقد كان الهدف من تبني آليات التدبير الإداري الحديث في العملية الإدارية هو تحسين مستوى الأداء وإضفاء طابع الكفاءة والجودة على ما تقدمه الإدارة الجامعية من خدمات لفائدة روادها في الداخل والخارج، إذ بالرغم من طبيعة التنظيم الإداري المعقد للجامعات سارعت هذه الأخيرة للاستفادة من ما يقدمه التدبير الإداري على صعيد المؤسسات الخاصة من طرق حديثة في أداء العمليات الإدارية.

إن كل جامعة تتوفر على تنظيم إداري يتشكل من مجموعة من المصالح الإدارية تسهر على إدارة الشؤون الإدارية والمالية والبيداغوجية (طرق التدريس)، إلا أن غياب هيكلية إدارية للجامعات تحدد المهام والاختصاصات يؤثر على العمليات الإدارية التي تتسم بالبطء وعدم الوضوح، ولعل هذا الأمر أكبر عائق أمام تطبيق التدبير الإداري الحديث.

إن جميع البرامج والخطط التي تتبناها الجامعة تؤكد على أهمية توضيح الاختصاصات وتبني التدبير الإداري في تصريف شؤون الجامعة، وهذا ما تضمنه الميثاق الوطني للتربية والتكوين في البرامج التي سطرها لإصلاح الجامعة، وأكدت عليه مخططات البرنامج الاستعجالي 2009 – 2012 التي قدمت تصوراً واقعياً لتصحيح الأشكال التدييرية المعتمدة بالجامعات من خلال وضع برنامج دقيق وطموح وواضح في تفاصيله وجزيئاته، يحدد مجالات التدخل ومخططات العمل والمشاريع المعتمدة والجدولة الزمنية لإنجازها.

هذا الأمر يجعلنا نسلط الضوء على أهم الانجازات المحققة حتى الآن على مستوى تفصيل هذه البرامج، خاصة في ظل دعوة المسؤولين عن الشأن التعليمي إلى ضرورة الاستفادة من الحكامة الإدارية وما تقدمه من آليات للعمل والإصلاح والمراقبة، وهذا ما زكته النصوص القانونية والتشريعية الصادرة لإصلاح الجامعة المغربية.

إن أهم هدف يركز عليه المفهوم النسقي هو العنصر البشري كرهان للتطور، والتنمية الشاملة، لأن سوء اختيار العنصر البشري (المبحث الأول) يعتبر من تحديات إدارة التعليم العالي على مستوى التدبير الإداري، إضافة إلى غياب نظام لتحفيز الأطر (المبحث الثاني) حيث يساهم نظام التحفيز على الرفع من جودة العمل داخل الإدارة، وتسريع وثيرة التطور.

المبحث الأول: سوء اختيار العنصر البشري من طرف الإدارة المركزية

نظراً لما للعنصر البشري من أهمية في برامج الإصلاح، حظيت الموارد البشرية باهتمام خاص في توجهات البرنامج الاستعجالي، من خلال اعتبارها أحد الأوراش الكبرى للإصلاح والمداخل الحقيقي لتسريع اللامركزية وإرساء أسس الحكامة الجيدة، وذلك بتشخيص الوضعية الحالية، القائمة على استمرار التدبير الممركز لشؤونها من طرف الوزارة الوصية، وغياب هامش الحرية والمبادرة والمشاركة في صناعة القرار، وافتقارها للكفاءة في التسيير الناتجة عن غياب برامج التكوين المستمر والمواكبة للمستجدات نتيجة لغياب التحفيز – ولأجل ذلك قدّمت مشاريع المخطط الاستعجالي تصوراً يهدف إلى تأهيل العنصر البشري داخل الجامعات وذلك من خلال ثلاث ورشات كبرى، تتمثل الأولى في التحقيق الفعلي للامركزية على مستوى تدبير شؤون الموارد البشرية، تم إشراك العنصر البشري وتحسيسه بأهميته في صناعة القرار وذلك من خلال التكوين والتحفيز كهدف ثانٍ، وأخيراً ترشيد الموارد البشرية عن طريق توظيف الكفاءات واللجوء للتعاقد بناءً على تحقيق النتائج.

في الجامعة كأعلى مؤسسة تربوية يحظى السلوك الإنساني بأهمية خاصة، من حيث كونه مرآة تعكس درجة وقوة التواصل داخل الإدارة الجامعية، أو في علاقتها الخارجية بالمستفيدين من خدماتها، وهذا ما يبرر الأهمية التي حظي بها العنصر البشري في برامج الإصلاح التي وضعتها الوزارة الوصية، من حيث كون الموارد البشرية هي أحد الأوراش الكبرى للإصلاح والمداخل الحقيقي لتأهيل وتحديث النظام التربوي والإداري.

فطبيعة البنية التركيبية للعاملين بالإدارة الجامعية وضعف التكوين وغياب الوازع الأخلاقي والسلوكي وغياب التحفيز يعد من أبرز تحديات التدبير الإداري لمؤسسة التعليم العالي نظراً لدور العنصر البشري الذي ينعكس سلباً على أداء الإدارة وعلى وفائها بالخدمات الضرورية لروادها.

كما يعتبر العنصر البشري في الإدارة الجامعية بمثابة المحور الجوهري في نجاحها، والعامل الأساسي الذي يكسب لها القوة والمناعة لجهازها الإداري، فبواسطته تستطيع الإدارة أن تضمن تحولها نحو الأحسن، وتنفيذ جميع الخطط والبرامج التي تنوي تطبيقها، من هنا كان الاهتمام أكبر بدور الموارد البشرية في جميع الدراسات والبحوث على اعتبار أنه لا تنمية للمؤسسة دون تنمية قدرات مواردها البشرية واستخدامها الأمثل.

هذه الأهمية فرضت الاهتمام بالعنصر البشري والعلاقات الإنسانية داخل الإدارة، من خلال البحث في الطرق الحديثة لتدبير الموارد البشرية والسبل الكفيلة برفع مردوديتها، بالانتقال من تدبير إداري بيروقراطي إلى تدبير حديث يستجيب لمعايير الحكامة الإدارية والجودة، غير أن الأمر ليس بهذه السهولة بالنظر لحجم الاختلالات المرتبطة بالعنصر البشري داخل الإدارة الجامعية، المرتبط أساساً بالنظرة القانونية المؤسساتية وسد الفراغ، وضعف التكوين والتخطيط، وعدم فاعلية النظام القانوني المؤطر لتوظيف ونقل وترقية الموظفين، وعدم الاهتمام بمشاكلهم وتحفيزهم على البذل والعطاء.

غير أن أهم تحد تعاني منه الإدارة الجامعية يتمثل في مجموعة من الاختلالات المرتبطة بالسلوك البشري والعلاقات القائمة بين الموظفين أو في علاقتهم بالمرتفقين، وتأخذ هذه الاختلالات شكل التسيب الإداري، ضعف الوازع الأخلاقي، والاستهانة بالمسؤولية وضعف الحس الوطني.

أولاً: التسبب الإداري:

يرتبط التسبب الإداري في الإدارة الجامعية بمعضلة الغياب والتأخر عن العمل، إضافة إلى العديد من الممارسات السلبية للموظف أثناء تأدية مهامه الرسمية مثل الإهمال الوظيفي، وعدم الاكتراث للنتائج، والانتكالية، واستغلال المركز الوظيفي لأهداف شخصية، غير أنه ولعدم انتشار ظاهرة الرشوة بالمؤسسات الجامعية يبقى الغياب والتأخر من العمل أكبر المعضلات.

يعد الغياب والتأخر عن العمل من مظاهر التسبب الإداري ويتخذ شكل إصرار الموظف على عدم حضوره أو تأخره عن عمله لسبب من الأسباب، وينتج عن ذلك اختلالاً في الأداء الوظيفي للإدارة حيث أن عدم الحضور ينتج عند عدم إنجاز العمل وتراكمه، مما يؤدي إلى استياء المرتفقين وعدم رضاهم على الإدارة، الأمر الذي ينتج الكراهية حيال الإدارة واللجوء إلى وسائل أخرى غير مشروعة لتسهيل الوفاء بمتطلباته كاللجوء للمعارف والأصدقاء دون التفكير في رفع الأمر إلى المسؤولين الذين ربما يكونون أيضاً غائبين.

والغياب بالجامعة لا يشمل الموظفين فقط بل قد يصل للأساتذة وكذلك لأعضاء المجالس التي تقرر في مصير الجامعة كمجلسها مثلاً، حيث يلاحظ الغياب المتكرر للأعضاء بدعوى عدم وجود تعويضات مالية عن التنقل.

وبالرغم من وجود آليات قانونية لمنع الغياب غير المشروع عن العمل، فالملاحظ هو عدم تفعيل هذه الآليات من طرف المؤسسات العمومية بصفة عامة، نظراً لقصور نظم الرقابة الداخلية، ونتيجة لذلك يستمر الموظف في الغياب غير المشروع لعدة أسباب، منها المرض، عدم توفر وسائل المواصلات، وقضاء بعض الأغراض الإدارية، ومما يساعد في انتشار الظاهرة هو عدم وضوح الاختصاصات وتداخلها، وهو ما يسبب تمييع المسؤولية وانتشار ظاهرة عدم الاكتراث، لهذه الأسباب مجتمعة يتعطل عمل الوحدات الإدارية ويتأخر البث واتخاذ القرارات التي تستوجب السرعة.

ثانياً: غياب الوازع الأخلاقي (الرشوة والمحسوبية- عدم الأمانة):

تشكل الأخلاق إحدى أهم الدعائم الأساسية للتنمية الإدارية، وقد كتب الكثير عن فساد الإدارة العمومية نتيجة للرشوة والمحسوبية، غير أن الإدارة الجامعية لم تصل بعد إلى مستوى الفساد الذي تعيشه بعض المؤسسات ذات الطبيعة الاقتصادية أو التجارية بل وحتى الإدارية، اللهم إذا استثنينا بعض الممارسات المعزولة.

ويتخذ ضعف البعد الأخلاقي بالإدارة الجامعية تشكل مجموعة من الممارسات المرتبطة بالمحسوبية اتجاه بعض الموظفين في تقلد المسؤوليات ومحاربة البعض ضد البعض الآخر، ويفسر هذا الأمر عدم التزام المسؤول الإداري بالنزاهة والمعايير الأخلاقية في التعامل مع الموظفين على أساس المساواة والإنصاف.

من جانب آخر يرتبط ضعف الوازع الأخلاقي لدى الموظف بعدم قدرته على تقدير دوره داخل الإدارة وقيمة العمل الذي يقوم به فتصدر عنه مجموعة من السلوكيات المشينة كتضييع الوقت وعدم احترامه، إتلاف ممتلكات الإدارة أو نهبها، تعطيل مصالح المرتفقين عن قصد، الاستغلال اللامشروع للممتلكات العمومية، التوظيف السلي للسلطة التقديرية.

إن هذه الأعمال لها علاقة بطبيعة الإنسان وسلوكه وتصرفاته، وهي تعكس شخصية الفرد وعلاقته بالإدارة من حيث كونها علاقة حق وواجب أم علاقة انتقام، فقد يكون عدم تحقيق الأمن الاجتماعي أو النفسي سبباً في إشعال نار الحرب بين الموظف والإدارة مما ينعكس على أدائها، فالحاجة إلى السكن، أو تحسين الأجور، والمساواة في تقلد المناصب، قد تكون إحدى مسببات السلوك غير السوي للموظف فتكون أخلاقه مرآة لها.

ثالثاً: الاستخفاف بالمسؤولية وضعف الحس الوطني:

في إطار قانون الوظيفة العمومية يعتبر الموظف مسؤولاً خلال أدائه لواجبه الوظيفي الذي عين من أجله ويتلقى مبلغاً من المال مقابل ذلك، لذلك يحرص القانون على ضبط تصرفاته لما يمكن أن يشوبها من خلل نتيجة لعدم الامتثال لأوامر الرؤساء وعدم أدائه لوظيفته بحسن النية والالتقان، حيث يلاحظ عدم الاكتراث بالنصوص القانونية المجبرة لاحترام الوقت والمحافظة على ممتلكات الدولة، بل أنّ هناك من الرؤساء والموظفين من لا يميز بين ممتلكاته الخاصة وممتلكات الدولة ويظهر ذلك بجلاء في استعمال سيارة المصلحة والسفرات إلى الخارج واقتناء التجهيزات.

ما يفسر هذه الظواهر هو ضعف الحس الوطني لدى المسؤولين والموظفين وعدم الاهتمام بممتلكات الدولة، متجاهلين أنّ مثل هذه الممارسات تسيء لسمعة الجامعات، وتكبّد الدولة نفقات إضافية هي في غنى عنها، فكلما تزايد التلاعب بأموال الدولة كلما زادت النفقات المالية وتقلص نصيب الجامعات منها، ويشمل التقصير والتلاعب المسؤولين الإداريين أيضاً الذين يعلمون أنهم مغادرين لمنصبهم لذلك لا يدخرون جهداً في تكديس الثروة على حساب تأهيل المؤسسات والرفع من أدائها الإداري والعلمي.

وبالرغم من استفادة مسؤولي الجامعات من مجموعة من التعويضات المالية تبدو الاستهانة بالمسؤولية وضعف الحس الوطني بادياً من خلال جمع الموظفين بين عمل الإدارة والأعمال الحرة متمثلاً في إحداث مشاريع تجارية وصناعية، يخصص لها الحيز الأوفر من الوقت على حساب الإدارة وهو ما يؤثر على مردوديته داخل الإدارة، التي يكتفي بالحضور فيها بجسد دون روح، باله منشغل بمصير مشاريعه الخاصة وهو ما يؤثر على صورته لدى المجتمع وعلى علاقته بالمرتفقين.

ينعكس هذا الأمر سلباً في تواصل الإدارة بمحيطها على صعيد تنظيم العمليات الإدارية بالداخل والخارج، نظراً لعدم وجود نظام للتواصل بين الأجهزة والهيكل الإدارية يبدد الصعوبات والعراقيل ويبسط الإجراءات والمساطر، وتحتاج إدارة التعليم العالي من أجل تحقيق أهدافها توفير مجموعة من الوسائل المادية والبشرية، وتتعلق هذه الأخيرة بتوفير عدد من الموظفين يتم توظيفهم وتوزيعهم حسب حاجيات الإدارة، ثم تكوينهم وتحفيزهم للرفع من أدائهم.

فإذا كان القانون الإداري والنصوص التشريعية والتنظيمية تتكلف بدراسة وتنظيم الوسائل البشرية (الموظفين) من الناحية القانونية من خلال تحديد واجباتهم وحقوقهم داخل الوظيفة العمومية، فإن علم الإدارة يهتم بتوزيع المهام والاختصاصات على الأفراد والبحث في مدى إمكانية الرفع من أدائهم عن طريق تحسين وضعيتهم المادية والمعنوية وضمان مشاركتهم في صنع القرارات وتشجيع المبادرة لديهم، أملاً في النهاية إلى تحسين جودة العمليات الإدارية اعتماداً على السرعة والكفاءة الإدارية.

ومن هنا تظهر أهمية العنصر البشري داخل الإدارة ومكانته بالرغم من الإكراهات التي تطرحها بتعيينه وخضوعه للنصوص القانونية وكذا طبيعة بنيته التنظيمية التي لم تأخذ بعين الاعتبار ما تحتاجه الإدارة الجامعية من أطر إدارية كفؤة ومجربة.

كما تعتبر عملية اختيار الموظفين في الإدارة العمومية بصفة عامة أهم عملية إدارية وأصعبها وأخطرها انعكاساً وتأثيراً على تسيير الشؤون العامة، وتزداد هذه العملية أهمية وصعوبة وخطورة إذا تعلق الأمر بإدارة يعتبر التعليم العالي والبحث العلمي وتكوين مختلف الأطر التي تحتاج إليها الدولة في عملية التنمية الشاملة أهم مهامها.

ويتطلب الاختيار العقلاني للموظفين أن تكون الإدارة واعية بطبيعة العناصر البشرية التي ترغب في توظيفهم، ونوعية المؤهلات التي يتوفرون عليها، ومدى استجابة ذلك للوظائف التي تستند إليهم. ولكي يتم حسن اختيار العنصر البشري، لابد من اعتماد أساليب عقلانية وعلمية، إلا أنه من خلال المردودية الإنتاجية لقطاع التعليم العالي بالمغرب وسلطنة عمان وبعض الدول العربية تبين أن المردودية الداخلية لإدارة التعليم العالي ناتجة عن غياب الربط بين مؤهلات الأطر ومواصفات الوظائف (المطلب الأول)، إضافة إلى اعتماد الأساليب البسيطة في التوظيف والترقية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: غياب الربط بين مؤهلات الأطر ومواصفات الوظائف

لكي تكون هناك فعالية إدارية لابد من توفر شرطين مترابطين: الأول: يجب أن تكون الوظائف محددة بدقة باعتبارها مجموعة من المهام والمسؤوليات تتطلب ممارستها تخصصاً دقيقاً، الثاني: يجب أن تتوفر في الذين يمارسونها مؤهلات علمية ومهنية وتقنية وفنية تستجيب تماماً لطبيعة المهام والمسؤوليات الموكولة إليهم، إلا أنه يبدو أن هناك غياباً لتوصيف الوظائف وتصنيفها وترتيبها ترتيباً موضوعياً، وبالتالي يصعب تحديد طبيعة المؤهلات العلمية والمهنية الضرورية لممارستها، وبالتالي هناك أسلوبان لترتيب الوظائف مرتبطان بالفلسفة التي تستند إليها الوظيفة العمومية، وهما: الأسلوب الشخصي والأسلوب الموضوعي.

- الأسلوب الشخصي: تأخذ به فرنسا والدول التي تأخذ بنظام الوظيفة المغلق كما هو الشأن بالمغرب وسلطنة عمان، وهو أسلوب يركز على الشخص الذي يتولى الوظيفة وليس على الوظيفة ذاتها، والوظيفة في هذا النظام ما هي إلا درجة مالية مرتبطة بالموظف الذي يتولاها، ولا يعني أسلوب ترتيب الوظائف الشخص بحصر الوظائف وتصنيفها باعتبارها مجموعة من المهام والمسؤوليات، بل يهتم بترتيب الموظفين في درجات وسلالم للأجور مقسمة إلى رتب تقابلها نقط استدلالية.

- أما الأسلوب الموضوعي: وتأخذ به أساساً الولايات المتحدة والدول التي تأخذ بنظام الوظيفة العمومية المفتوح، وهذا الأسلوب يركز على الوظيفة نفسها على أساس أنها مجموعة من الواجبات والمسؤوليات بصرف النظر عن شاغلها، ويتطلب هذا الأسلوب التخصص في نظام التعليم. وبما أن النظام المغربي كان تابعاً للحماية الفرنسية فهو يأخذ بالأسلوب الشخصي مع ملاحظة أنه بدأ يأخذ أيضاً بالأسلوب الموضوعي على مستوى النصوص التنظيمية ولكن بصورة غير دقيقة وليست عامة والذي أخذ به النظام في سلطنة عمان كذلك مؤخرًا، وخاصة بالنسبة للوظائف الإدارية والتقنية، الشيء الذي يعطي ترجيحاً لترتيب الشخصي للوظائف على الترتيب الموضوعي.

وإذا كانت إدارة التعليم العالي تقوم بمهام تربوية وعلمية بالإضافة إلى المهام الإدارية والفنية، فإنه يجب أن تختار موظفيها بناءً على المؤهلات التي تستجيب لنوعية هذه المهام، أي مؤهلات التعليم والبحث والتكوين، ومؤهلات إدارية وتقنية. وسوف نركز على النوع الثاني من المؤهلات التي يهمننا في الدراسة (أي المؤهلات الإدارية والتقنية). حيث تعتبر المؤهلات الإدارية بشكل أساسي إشكالية كبرى في تدبير الشأن الإداري لإدارة التعليم العالي وأصبح موضوع الكفاءة والاستحقاق أهم إشكالية تطرح اليوم في مجال تدبير الموارد البشرية للإدارة، وتمثل بشكل أساسي في غياب إستراتيجية واضحة تحدد الإطار المرجعي للكفاءات والوظائف، فمن أسباب عدم نجاح مهام التدبير لدى العديد من الإدارات خصوصاً إدارة التعليم العالي ليست في الغالب مرتبط بقلّة الإمكانيات، وإنما في السياسة المعتمدة في اختيار الأطر والمسيرين الناتجة عن عدم الربط بين مؤهلاتهم ومواصفات الوظائف المطلوبة.

إن الجزم بعدم وجود ترابط بين الوظائف والمؤهلات لدى إدارة التعليم العالي راجع بالأساس إلى أن الوظائف غير محددة بدقة، نظراً لتغلب الترتيب الشخصي على الترتيب الموضوعي، كما أن المؤهلات المطلوبة لتولية مختلف الأسلاك والدرجات تبقى متواضعة وتفتقر إلى التخصصات، وذلك راجع أولاً إلى طبيعة التعليم الداخلي وعدم اعتماد أساليب محدده للتكوين قبل التوظيف وبعد الترقية الداخلية، كما أن الإدارة تشجع التعيين في الدرجات العليا عن طريق الاختيار بعد توفر الأقدمية المطلوبة، بدل الشهادات العليا وإعادة التكوين، ناهيك عن عشوائية التوظيف من مختلف التخصصات

(القانونية، الاقتصادية، العلمية، التقنية) عن طريق التوظيف المباشر كما حدث مؤخرا في مارس 2011 إثر صدور مرسوم وزاري بإدماج حاملي الشواهد العليا في الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية، وكان لإدارة التعليم بصفة عامة حصة الأسد نظراً للخصائص المبهول الذي يعاني منه القطاع سواء على مستوى التدريس أو على المستوى الإداري والتسيير، الشيء الذي يوحي بأن الإدارة تعتمد الأساليب السهلة في التوظيف وحتى في الترقى أيضاً.

المطلب الثاني: اعتماد الأساليب البسيطة في التوظيف والترقية

سبق أن أشرنا إلى الخطورة التي تكتسبها عملية اختيار الموظفين، ذلك أن الاختيار يجب أن يتم في إطار الشرعية من جهة، ومن جهة أخرى يجب أن يساعد على تحقيق الفعالية الإدارية، وهذا يعني ضرورة تحقيق الشروط القانونية والعلمية معاً. ونعني بالشرعية هنا مبدأ مساواة جميع المواطنين في ولوج الوظائف العمومية كما ينص على ذلك الدستور، وباقي النصوص القانونية والتنظيمية. أما الشروط العلمية فتهدف إلى اختيار أكفأ العناصر من بين المرشحين الراغبين في ولوج (دخول) الوظائف العمومية، والتفاوت العلمي هو المعيار الوحيد الذي يسمح بالمفاضلة بين المواطنين الذين توفرت فيهم الشروط القانونية لولوج (دخول) الوظائف العامة. ولتحقيق ذلك فرض المشرع والسلطة التنظيمية مجموعة من الأساليب التي يجب اتباعها في عملية اختيار الموظفين. ويعتبر أسلوب المباراة هو الأسلوب الديمقراطي والفعال في عملية الاختيار، وإن كانت هناك أساليب أخرى يتم اللجوء إليها أيضاً، إلا أنها تعتبر أقل فعالية وأقل عدالة.

إن أسلوب المباراة يعتبر الأفضل للتوظيف أساساً وكذلك للترقية الداخلية في السلم الوظيفي، ذلك أنه يحقق -مبدئياً- العدل والمساواة بين المرشحين كما يساعد على اختيار أكفأ المرشحين.

وتستعمل إدارة التعليم العالي بالمغرب وكذلك في سلطنة عُمان أسلوب المباراة وأسلوب التوظيف المباشر في توظيف الأطر الإدارية والتقنية، هذا الأخير الذي أقيمت عليه الإدارة في السنوات الأخيرة بشكل مرتفع خصوصاً في سنة 2011 حيث تم إدماج أكثر من 2000 مرشح في قطاع التعليم بصفة عامة.

وإذا كان عدم تعميم أسلوب المباراة في التوظيف ما قبل سنة 2012 يتم تبريره عادة بصعوبة تنظيم المباراة وكثرة الإجراءات والشروط القانونية والمسببية التي يجب إتباعها بالإضافة إلى الاعتمادات المالية الضرورية، وخاصة لتصحيح الاختبارات. فإن الواقع يكذب هذا الادعاء وذلك لكون الإدارة تلجئ بكثرة إلى تنظيم المباريات رغم قلة الموظفين الذين يتم اختيارهم وتوظيفهم بواسطتها. ولعل الجدول التالي يبين لنا عدد المباريات والموظفين الناجحين فيها خلال ست سنوات (1990 إلى 1995). هذه الأرقام هي التي حصلنا عليها من طرف وزارة التعليم العالي بالمملكة المغربية ولم يتم إمدادنا بأخر الأرقام (أي معطيات ما قبل 2012).

جدول (1): مدى لجوء الإدارة إلى أسلوب المباراة لتوظيف الأطر الإدارية والتقنية ما بين 1990-1995

السنة المالية	المباريات	عدد الناجحين	المعدل المتوسط
1990	143	523	3.65
1991	171	313	1.83
1992	146	375	1.83
1993	289	502	1.83
1994	160	312	1.95
1995	160	274	1.71
المجموع	1069	2299	2.15

ومن خلال الجدول أعلاه يتبين أن هناك ارتفاعاً في عدد المباريات التي يتم تنظيمها بإدارة التعليم العالي بالمغرب سواء تلك التي تنفرد الإدارة المركزية بتنظيمها أو تلك التي تنظمها المؤسسات الجامعية بترخيص من الوزارة الوصية.

وتكمن المفارقة هنا في تراجع الموظفين الناجحين في هذه المباريات نظراً لقلة عدد المناصب المتبارى بشأنها، ويبدو من الجدول أنه يتم اختيار أقل من مرشحين في كل مباراة، رغم التكلفة الباهظة لتنظيم المباريات، ذلك أن الاعتمادات المفتوحة في ميزانية التسيير المخصصة فقط لتصحيح الامتحانات والمباريات قد تزايدت تزايداً كبيراً يتناقض مع تراجع التوظيفات، وهذه الاعتمادات المالية تخصص للمباريات التي تنظمها الإدارة المركزية دون تلك التي تنظمها إدارة المؤسسات الجامعية.

ويجب أن نسجل أن هناك عاملين يقللان من أهمية هذه المباريات كما ذكر الدكتور حسين العمراني وخاصة تلك التي تنظمها الإدارة المركزية وهما: طبيعة لجنة المباريات من جهة، وطبيعة الأطر (الكوادر) الموظفة بواسطة هذه المباريات. وذلك من خلال التالي:

أولاً: ديمومة أعضاء لجنة المباريات:

إذا كانت المباريات التي تنظمها المؤسسات الجامعية تسهر عليها لجان تتغير بتغيير المؤسسات، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للمباريات التي تنظمها الإدارة المركزية، ذلك أن لجنة تنظيم هذه المباريات تتكون من أشخاص لا يتغيرون، يترأسها رئيس قسم الموظفين مع عضوية رئيس مصلحة المباريات

والامتحانات، كما تتولى تنظيم جميع الامتحانات المهنية سواء تعلقت بها أو بالمؤسسات الجامعية. هذا وبالإضافة إلى عضوية رئيس مصلحة تسيير الموظفين الإداريين والتقنيين.

إنها لجنة دائمة تسهر على تنظيم مختلف المباريات والامتحانات المهنية مهما تعددت أنواعها وتباينت مستوياتها، فهي التي تنظم مختلف مباريات توظيف أعوان الخدمة المرتبين في السلم العاشر سواء كانوا إداريين أو تقنيين، وهذه اللجنة هي التي تقوم بوضع أسئلة الامتحانات، وهي التي تقوم بتصحيح مختلف المواضيع، وهي التي تمتحن في المواد الشفاهية، وينتج عن طبيعة هذه اللجنة سلبات أهمها: غياب الحياد والموضوعية في الاختيار وغياب الكفاءة العلمية. ونفترح تكوين لجان خاصة ومتجددة تتماشى وفق التخصص المعلن عنه في المباراة تم إعطاء الإدارة الجامعية مهام إعداد الامتحانات من طرف هيئة الأساتذة الباحثين.

ثانيًا: طبيعة الأطر المختارة بواسطة المباريات:

تلجأ الإدارة في الغالب إلى التوظيف بناء على طبيعة المناصب المالية الشاغرة المتوفرة لديها سواء تلك المحدثّة أو تلك التي تم إفراغها. بالإضافة إلى أن الإدارة تفضل توظيف الأطر الصغرى والمتوسطة والأطر الإدارية غير المختصة، كما أنه في كثير من الأحيان تلتجئ الإدارة إلى تنظيم مباريات داخلية أو شبه مغلقة لأجل تسوية وضعيات بعض الفئات من الموظفين غير الرسميين.

إن هذه الملاحظات التي سجلناها إن دلت على شيء فإنما تدل على سوء اختيار الموظفين وعدم الترابط بين الوظائف باعتبارها مجموعة من المهام وبين المؤهلات والتخصصات، وهذا يتأكد أكثر بلجوء الإدارة إلى توظيف المؤقتين (توظيف بعقود مؤقتة كمثال في سلطنة عمان حاليًا)، الشيء الذي يسقط الإدارة فيما بعد في تسوية وضعيتهم المالية والإدارية حيث تتطلب مجهودًا إداريًا إضافيًا والقيام بعدة عمليات إدارية كان يمكن للإدارة الاستغناء عنها.

هو نفس طبيعة التحدي الذي كان في نظام المباريات بسلطنة عُمان إلا أنه في السنوات الأخيرة عمدت الوزارة المكلفة بالخدمة المدنية إلى تشغيل نظام الاختبارات الآلي للمتقدمين لشغل الوظائف، وكذلك نظام الترقيات، وذلك من مختلف الأجهزة الحكومية.

وتعتبر (وزارة العمل) هي الجهة الحكومية المعنية بتوظيف المتقدمين إلى العمل في السلطنة كافة سواء في القطاع الحكومي أو الخاص، وقد ساهم هذا النظام الخاص بالمباريات في تبسيط الكثير من الإجراءات سواء تلك المتعلقة باستلام الشواغر أو تلقي طلبات الترشيح للمتقدمين لشغل الوظائف آليًا من مختلف المناطق والولايات، بالإضافة إلى دعم هذين النظامين في إنشاء عدد من الأنظمة الآلية الأخرى (كنظام التقييم الآلي) المعمول به حاليًا في لجان المقابلات الشخصية بهدف التقليل من إثر عنصر التدخل البشري في اختيار المترشحين من جهة ومن ناحية أخرى تبسيط الإجراءات التي كانت تستغرقها عملية احتساب النتائج والتدقيق عليها. حيث نجحت وزارة العمل في البدء بالعمل ببرنامج تشغيل نظام الاختبارات الآلي للمتقدمين لشغل الوظائف والتي أقيم لعدد من الوظائف الشاغرة بالوحدات الحكومية الشاغرة بكل من وزارة التربية والتعليم ووزارة الصحة ووزارة الشؤون الرياضية الخ..

كما قامت وزارة الخدمة المدنية بالتعاون مع مختصين من جامعة السلطان قابوس ووزارة التربية والتعليم ببناء بنك للاختبارات يغطي مختلف التخصصات وتم مراعاة درجة الصعوبة حيث تم تصنيفها إلى ثلاثة مستويات (صعب، متوسط، سهل) لتتناسب وقدرات المتقدمين بالإضافة إلى إعدادها بطريقة الأسئلة الموضوعية الاختيارية.

إذن إذا كان سوء اختيار الموظفين في قطاع التعليم العالي خصوصًا في المغرب يساهم في عدم فعالية الإدارة عكس ما هو موجود في السلطنة، ويعتبر ذلك من أبرز معوقات أو إكراهات إدارة التعليم، فإن غياب نظام فعال لتحفيز الأطر (الكوادر) يؤدي إلى شلل الإدارة.

المبحث الثاني: غياب نظام لتحفيز الأطر الإدارية

تمارس المؤسسات العامة والخاصة أعمالها بواسطة كادرها البشري وذلك لتنفيذ أهدافها على المدى القريب والبعيد، ولكي تصل هذه المؤسسات إلى الهدف المراد الوصول إليه كان لابد لها من إيجاد الكادر الوظيفي القادر على إيصال المؤسسة إلى ذلك الهدف، وعلى هذه المؤسسة رد الجميل أولاً بأول لتحفيز الموظف على الاستمرارية في الأداء الجيد والفعال.

ولقد حظي موضوع نظام تحفيز الموظفين باهتمام العديد من الفقه الإداري، ولعل السبب في ذلك هو أن الحوافز بشق أنواعها المادية والمعنوية واحدة من أهم المتغيرات المستقلة الإيجابية في الدفع للعمل، وتنقسم الحوافز إلى نوعين هما: الحوافز المادية والتي تتمثل في المكافآت المالية والدرجات والرتب والعلاوات الاستثنائية التي تمنح للموظف نظير قيامه بعمل مميز أو جهد واضح للنهوض بالمؤسسة، والقسم الثاني هي الحوافز المعنوية وتتمثل في عبارات وخطابات الثناء والشكر والتقدير الموجهة للموظف، والأخيرة ربما تكون أقل تأثيرًا -في نظر البعض- من سابقتها ولكنها تعطي انطباعًا بوجود تعزيز لكل عمل جيد يقوم الموظف بتنفيذه.

كما أن للحوافز أهمية كبرى خصوصًا وأنها تختلف من فرد لآخر ومن مؤسسة إلى أخرى وذلك حسب النشاط والعمل القائم في تلك المؤسسة، والموظفون في إدارة مؤسسات التعليم العالي بالدول العربية كغيرهم من الموظفين في المؤسسات الأخرى بحاجة إلى مستوى معين من تلك الحوافز مادية كانت أو معنوية لرفع مستوى الأداء ولتحفيزهم لبذل أقصى جهد.

إن الإدارة توظف الموظفين لأجل استخدامهم وتشغيلهم في تسيير مختلف المرافق العمومية، إلا أن الاستخدام الأمثل للأطر (الكوادر) مرتبط بتوفر مجموعة من الشروط الموضوعية تجعل هؤلاء يقبلون بكل تفان لإنجاز أعمالهم والإخلاص في تأدية وظائفهم، فالعنصر البشري في إطار الإدارة الجامعية يحتل مرتبة هامة، فهو الجزء الأكبر من مبررات وجودها، وتأتي أهميته من كونه الأداة الأساسية لأداء الخدمة، كما أنه المحرك الحقيقي لكل العمليات والتطورات التي تعرفها هذه الإدارة.

ويعمل القانون الإداري على منح الضمانات القانونية لأداء واجبه من خلال مجموعة من النصوص تحدد الإطار العام والضمانات والحقوق والواجبات التي يتمتع بها الموظف طيلة حياته الإدارية من تاريخ الالتحاق بالوظيفة العمومية إلى الإحالة على التقاعد.

لكن هذا الإطار القانوني لا يترجم حقيقة مكانة الموظف داخل الإدارة الجامعية إن لم يعزز بمضامين علم الإدارة الذي يواكب تلك الحياة الإدارية خاصة على مستوى تبني الطريقة الحديثة في التدبير، فالموظف يجد نفسه محبطاً بسبب الصعوبات المرتبطة بصرامة الأنظمة والقوانين المنظمة للإدارة، وكذلك بسبب مقتضيات النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية الذي لا يواكب التطورات التي تعرفها الإدارة.

لهذا يواجه هذا الجمود بضرورة الرفع من الحوافز المادية والمعنوية للموظف، للدفع به إلى رفع مردوديته وتطوير قدراته وخبراته، وهذا الأمر يتم عن طريق الإسهام في تكوينه المعرفي، كما أن تنظيم العلاقات التراتبية داخل الإدارة الجامعية، وتوضيح علاقات الرئيس بالمرؤوسين وتحديد الاختصاصات بين كل المصالح ومنع التداخل فيما بينها يمكن أن يضمن للموظف الراحة المعنوية والمكانة اللازمة من أجل الإبداع والابتكار.

كما يلزم الأمر توسيع مجال المشاركة في تحضير واتخاذ القرارات والاشتراك في التقييم واستخلاص النتائج، ثم مكافئة المجدين، وضمان الاستحقاق في نقل المسؤوليات بناء على المردودية والعطاء والكفاءة، إلى غير ذلك من الضمانات التي يمكن أن ترفع من مردودية الموظف وإسهامه في تحقيق أهداف الإدارة.

لقد ظهرت مجموعة من النظريات والمحاولات النظرية التي تهدف كلها إلى الزيادة في الكفاءة عن طريق الاهتمام بالعنصر البشري، بدءاً بنظرية الإدارة العلمية "لتايلور" وانتهاءً بنظرية التوقع "لفروم". إلا أنه من المؤسف أن نجد هذه النظريات العلمية الإدارية التي تهتم بالعاملين غائبة تماماً في الإدارة العامة المغربية بصفة عامة وفي إدارة التعليم العالي والبحث العلمي بصفة خاصة، وينعكس هذا الغياب العلمي للنظريات الإدارية بصفة عامة ونظريات الحوافز بصفة خاصة على الغياب الفعلي للحوافز، سواء كانت مادية، أو معنوية (المطلب الأول)، ويتم التركيز على ما يسمى بالحوافز السلبية أي فرض الانضباط عن طريق الإجراءات التأديبية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مظاهر غياب التحفيز الإيجابي

التحفيز في اللغة جمع حافز وهو مشتق من حفز الشيء، والحفز في المعجم اللغوي "مقاييس" هو حث الشيء ودفعه من الخلف، ويقال الرجل يحفز في جلوسه إذا أراد القيام وكذلك الليل يسوق النهار ويحفزه وقيل حفزت الرجل بالرمح أي طعنه بالرمح وحفزه على التقدم دون أن يؤذيه. وفي الاصطلاح: هو المثير الذي يؤدي إلى إحداث تغيير إيجابي في السلوك، تحدده قوة المثير ومن ثم الحفز بالإمكانات المتاحة في البيئة المحيطة بالإنسان وبقدرة الفرد والتنظيم الذي يعمل الفرد في إطاره والمجتمع الذي ينتهي إليه على استخدام هذه الإمكانيات لتحريك دوافع الإنسان نحو سلوك معين بالقدر الذي يشبع حاجاته وتوقعاته ويحقق أهدافه.

ويحظى التحفيز في إطار نظام إدارة الجودة بأهمية خاصة نظراً لارتباطه بالعنصر البشري وبالتأثير في معنوياته من أجل الرفع من مساهمات العاملين في الإنتاج، وتعتبر الحوافز من أهم الأنشطة والوسائل التي يمكن بواسطتها تحريك الرغبة والتحفيز في العمل، تركز عليها الإدارة الحديثة في برامجها وخططها وقد تتخذ شكل علاوة ومكافآت عن كل عمل إيجابي يقوم به العامل.

كما تعرف الحوافز بأنها مجموعة العوامل التي تهيئها الإدارة للعاملين لتحريك قدراتهم الإنسانية بما يزيد من كفاءة أدائهم لأعمالهم على نحو أفضل، وذلك بالشكل الذي يحقق لهم حاجاتهم وأهدافهم ورغباتهم وبما يحقق أيضاً أهداف المؤسسة التي يعمل فيها.

ويتفق جميع علماء الإدارة تقريباً على الجوانب المادية للتحفيز وذلك لأجل إشباع الاحتياجات الطبيعية الفسيولوجية ويختلفون فقط في الترتيب الهرمي لها. ويعتبر الأجر والمكافآت المادية الوسيلة الأساسية لإشباع هذه الاحتياجات المعنوية إلى جانب الاحتياجات الأساسية.

ويمكن تعريف التحفيز في العمل على أنه "عبارة عن مجموعة من الدوافع التي تدفعنا لعمل شيء ما" فيما عرفه البعض بكونه "هو الدعم المادي والمعنوي الذي يحصل عليه المرؤوس نظير عمل قام به، وتترتب عليه ارتفاع في الأداء"، ومن خلال هذا التعريف يمكن أن نميز بين شكلين للحوافز:

- الحوافز المادية: تتخذ شكل المكافآت المالية مثل العلاوات، ويكون الهدف منها تحفيز الشخص بإشباع حاجياته الأساسية والتي تختلف من فرد لآخر.
- الحوافز المعنوية: تتمثل فيما يحصل عليه الفرد من عبارات الشكر والامتنان والاعتراف اللفظي بكل ما أنجزه، ويكون لهذا النوع من الحوافز أثر على الروح المعنوية للعامل من أجل تحميسه وتحفيزه في العمل دون هدف إحداث تغيير في وضعيته المادية.

تعمل الإدارة في إطار نظام الجودة على وضع نظام للتحفيز تستطيع بواسطته توجيه الأفراد للتصرف بطريقة معينة تستجيب لأهدافها المسطرة، وتسعى من خلال هذا النظام تغيير وتوجيه سلوك الأفراد لاستقطابهم والتأثير فيهم، وذلك بتحسين أداء الفرد الكمي والنوعي وتقريبه مما هو محدد في برنامج الإدارة وخططها المستقبلية، فيكون آنذاك للتحفيز وقع إيجابي على الفرد والمؤسسة، وذلك من خلال:

- تحسين الوضع المادي والمعنوي للفرد وربط مصالحه بمصالح المنظمة.
- استقطاب رضى العاملين وتشجيع التنافس الشريف بينهم.
- المساهمة في تنمية قدرات العاملين ودفعهم إلى الاجتهاد.
- الزيادة في إنتاج المؤسسة وكسب رضا المتعاملين معها.
- العمل على التقليل من التكلفة نتيجة لتحفيز الأعمال المبتكرة.

بهذا فالتحفيز يحقق فائدتين رئيسيتين في آن واحد فهو يزيد إنتاجية المؤسسة ويساعد في تحقيق أهدافها من جهة ومن جهة أخرى يرفع الروح المعنوية للعاملين وذلك نتيجة إلمامهم بأبعاد عملهم وزيادة دخلهم على أساس وجود علاقة بين المردودية والتحفيز. وتعاني إدارة التعليم العالي بالمغرب من قصور في نظام الأجور إضافة إلى الحيف الذي يعاني منه الموظفون على مستوى نظام الترقية وكذلك هو الحال في سلطنة عُمان.

أولاً: على مستوى نظام الأجور والمكافآت:

إن غياب نظام للحوافز يتضح أساساً في نظام الأجور والمكافآت، ذلك أن الأجر أو المكافأة لكي يكون دائماً للتحفيز يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الخصائص الضرورية، أهمها الكفاية والعدالة.

ويقصد بالكفاية حسب الدكتور "حسين العمراني" أن تكون الأجور قادرة على إشباع جميع الاحتياجات وخاصة الأساسية منها، فكلما تحقق الإشباع إلا وزاد الرضاء المهني، وتقوت أواصر الارتباط بين الموظف والجهة الإدارية التي يشتغل فيها. وكلما قل الإشباع إلا وفقدت الأجور أهميتها، وفكر الموظف في الموارد الأخرى التي يمكن الحصول عليها ولو عن طريق الاقتراض، وبالتالي يقل ولاء الموظف للإدارة التي يشتغل فيها. مما يسبب في ظهور مشاكل كثيرة بالإدارة تنعكس على المردودية والكفاءة.

وبما أن هناك تدرجاً في التسلسل الإداري للموظفين وبالتالي تدرجاً في الأجور فإن درجة إشباع الحاجيات تتفاوت نسبتها تبعاً لذلك، إلا أن جل الموظفين لا يستطيعون تحقيق إشباع الحاجيات الأساسية، وهذا ما يلاحظ من المطالب النقابية لأجل الزيادة في الأجور والإضرابات التي تشنها الإدارة الجامعية في بعض الحالات.

إن الأجور التي يتقاضاها الموظفون العاملون بإدارة التعليم العالي بالمغرب وسلطنة عُمان تتباين بتباين التسلسل الإداري وتباين الأنظمة الأساسية التي يخضعون لها، فالحد الأدنى يتقاضاه العون المؤقت المرتب في السلم الواحد، والحد الأقصى يتقاضاه الكاتب العام للوزارة، وإذا كان هذا الأخير يعبر عن ارتفاع مستوى المعيشة بحيث يجب أن يلبى جميع الرغبات ويشبع جميع الحاجيات الطبيعية والثانوية فإن الحد الأدنى على عكس ذلك تماماً لا يستجيب ولو لتلبية حاجة طبيعية واحدة كالأكل أو السكن، ولتعويض نقص الأجور وعدم كفايتها يلتجئ الموظفون على اختلاف مستوياتهم إلى الاقتراض وخاصة من المؤسسات المالية التي تقدم القروض.

ونظراً لقلة الأجور وعدم كفايتها فإن كثيراً من موظفي إدارة التعليم العالي والبحث العلمي سواء كانوا أساتذة باحثين أو موظفين إداريين وتقنيين يلجؤون إلى البحث عن موارد مالية أخرى وخاصة عن طريق ممارسة أعمال أخرى موازية، وهكذا نجد مثلاً الأساتذة الباحثين يقبلون على العمل ساعات إضافية كما هو الشأن في المدرسة المحمدية للمهندسين سواء بمؤسساتهم أو بمؤسسات أخرى كما يلجأ أساتذة الحقوق إلى مزاولة مهنة المحاماة أما الأعوان الإداريون فغالباً ما يمارسون أعمالاً حرفية، أو تجارية، وهكذا يتبين أن الأجور لا تلعب أي دور في التحفيز نظراً لعدم كفايتها، ونفس الشيء بالنسبة لبعض المكافآت التي تقدمها الإدارة لبعض الموظفين.

ثانياً: مظاهر الحيف في نظام الترقية:

لن نتحدث هنا عن نظام الترقية في الوظيفة العمومية، فهذا موضوع آخر يحتاج إلى بحث أو دراسة معمقة أخرى، بل سوف نعمل على إثارة بعض مظاهر الحيف التي تعاني منها بعض الهيئات سواء الخاضعة للنظام الأساسي لموظفي وزارة التربية الوطنية، أو الخاضعة للأنظمة الأساسية للأطر المشتركة بين الوزارات والعاملة بإدارة التعليم العالي، وعلى سبيل المثال عدم تعميم بعض وسائل الترقية المتبعة لتقييم الكفاءة المهنية من حصول على شهادات جامعية أو التخرج من سلك للتكوين أو النجاح في المباريات أو الامتحانات المهنية.

ويختلف اعتماد هذه الوسائل والأساليب باختلاف الأسلاك أو الدرجات المراد الترقية إليها، وهكذا نجد الترقية مثلاً إلى السلم 11 لا تتم عن طريق الامتحان المهني، بل غالباً ما تتم بناء على الاختبار بعد أقدمية عشر سنوات في السلم العاشر أو بعد التخرج من سلك للتكوين سواء من المدرسة الوطنية للإدارة العمومية أو من مدرسة علوم الإعلام، أو بعد النجاح في المباراة، إلا أن هناك استثناء ويخص مهندسي التطبيق يترقون عن طريق الامتحان المهني

بعد التوفر على أقدمية معينة إضافة إلى مهندس رئيس أو مهندس معماري، وهذا التفضيل لبعض الأطر ببعض الحوافز وعدم تعميمها على باقي الأطر المماثلة لا يحقق أي تحفيز بل يساعد على التذمر بين الموظفين وظهور سلوكيات تنعكس سلباً على المردودية والإنتاجية الإدارية. إلا أن الوضع متغير في سلطنة عمان نظراً للموارد النفطية التي تحتوي عليها إضافة إلى نسب تمويل قطاع التعليم العالي، فقد بينت مجموعة من الدراسات، أن إدارة التعليم العالي بالسلطنة تقدم على تحفيز الموظفين سواء على المستوى المادي أو المعنوي:

1. على المستوى المادي:

تقوم هذه الحوافز في إدارة التعليم العالي بسلطنة عُمان على ثلاث حوافز مهمة وهي:

- التعويض المادي عن الإجازات.
- مضاعفة مكافآت نهاية الخدمة.
- منح الرواتب الاستثنائية.

ومن بين الآثار المترتبة على هذه الحوافز في تحسين أداء العاملين داخل الإدارة نجد: المحافظة على ممتلكات الوزارة والرفع من مستوى جودة العمل والسرعة في إنجاز العمل وتحمل المسؤولية، إضافة إلى حب العمل والإخلاص له ناهيك عن تطوير القدرات الذاتية، والمشاركة في وضع الاقتراحات والتجديد والابتكار، العمل بروح الفريق والشعور المتزايد بالانتماء.

2. على المستوى المعنوي:

فمن ضمن الحوافز المقدمة للأطر داخل إدارة التعليم العالي بسلطنة عُمان نجد:

- الدروع والميداليات.
- إقامة حفلات التكريم.
- رسائل الشكر المكتوبة.
- منح شهادات التقدير.
- المشاركة في اتخاذ القرارات.
- المشاركة في اللجان.
- حضور المؤتمرات.
- المشاركة في الاجتماعات الدورية.
- الترشيح للدورات التدريبية.
- حضور الندوات التخصصية.

وفيما يخص مدى فاعلية أو الآثار المترتبة على تحفيز الأطر معنوياً داخل إدارة التعليم العالي بالسلطنة نجد: رفع مستوى جودة العمل وسرعة إنجاز العمل مع الحرص على سمعة الإدارة إضافة إلى الالتزام بالقوانين والأنظمة واتخاذ القرارات.

المطلب الثاني: فرض الانضباط عن طريق الإجراءات التأديبية

بما أن الإدارة المغربية لمرفق التعليم عاجزة عن تحفيز الموظفين نظراً لغياب نظام متكامل للحوافز سواء على مستوى النص أو على مستوى التطبيق، فإن الإدارة تجد نفسها مرغمة لممارسة أساليب التهيب والتأديب للتأثير على سلوك الموظفين فما هي العقوبات التأديبية التي تصدر في حق الموظفين في المغرب و سلطنة عُمان؟ ومن هي الفئة المعرضة أكثر للتأديب؟

أولاً: طبيعة العقوبات الصادرة في حق الموظفين:

العقوبات التأديبية المنصوص عليها في قانون الوظيفة العمومية بالمغرب تنقسم إلى نوعين من العقوبات وهي بشكل متصاعد.

1. عقوبات من الدرجة الأولى:

- الإنذار.
- التوبيخ.
- عقوبات من الدرجة الثانية:
- الحذف من لائحة الترقية
- الانحدار من الطبقة.
- القهقرة من الرتبة.
- العزل غير المصحوب بالتقاعد.
- العزل المصحوب بتوقيف حق التقاعد.

- الإحالة الحتمية على التقاعد إذا كان الموظف مستوفياً لشرط السن.
 - أما العقوبات الجائز توقيعها على الموظفين بإدارة التعليم العالي بسلطنة عُمان كما هو منصوص عليها في قانون الخدمة المدنية هي:
 - الإنذار.
 - الخصم من الراتب لمدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر في السنة.
 - الحرمان من العلاوة الدورية.
 - خفض إلى الوظيفة والدرجة الأدنى مباشرة مع استحقاقه الراتب الذي وصل إليه في الدرجة التي خفض منها وعلاوات وبدلات الدرجة التي خفض إليها.
 - خفض إلى الوظيفة والدرجة الأدنى مباشرة مع استحقاقه الراتب الذي كان يتقاضاه قبل الترقية إلى الدرجة التي خفض منها وعلاوات وبدلات الدرجة التي خفض إليها.
 - الإحالة إلى التقاعد.
 - الفصل من الخدمة.
- وتصدر الإدارة في الغالب ثلاثة أنواع من العقوبات تتفاوت في شدتها، فإذا كان الإنذار أو التوبيخ لهما تأثير معنوي فقط على الموظفين، فإن عقوبة التوقيف التي لازالت تمارسها إدارة التعليم حالياً تنتج عنها انعكاسات مادية، رغم أن هذا النوع من العقوبات غير مدرج في الباب المتعلق بنظام التأديب في النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية، لأنه يكون مصحوباً بتوقيف الراتب لمدة لا تزيد عن ستة أشهر وبالتالي لا يمكن أن يؤثر هذا النوع من العقوبات في فرض الانضباط عن طريق التأديب واحترام الموظفين لالتزاماتهم الوظيفية فمن هم الفئات التي يشملها هذا النوع من العقوبات؟

ثانياً: فئات الموظفين المؤدبة:

إن سلوك الموظفين يكون دائماً كرد فعل على الإحساس بمدى عدالة الأجور ومدى تناسبها مع العمل والوظائف التي يمارسونها فعلاً. وتعتبر الأطر الصغرى والمتوسطة أكثر شعوراً بالحيث والغب، وهنا ما سيتأكد لنا من خلال الجدول التالي الذي يبين فئات الموظفين المستهدفة بالعقوبات التأديبية خلال السنة المالية 1994 من طرف الدكتور حسين العمراني:

جدول (2): الفئات المستهدفة من الموظفين للعقوبات التأديبية لسنة 1994 بالمغرب								
نوع العقوبة	الإنذار		التوبيخ		التوقيف		المجموع	
	العدد	%	العدد	%	العدد	%	العدد	%
من 1 إلى 5	6	23.07	4	15.38	16	61.33	26	78.78
من 5 إلى 7	1	33.33	0	0	2	66.66	3	9.09
من 8 إلى 9	1	33.33	1	25	2	50	4	12.12
من 10 إلى 11	0	0	0	0	1	100	1	3.03
المجموع	8	23.52	5	14.70	21	61.76	34	100

ويبدو من الجدول أعلاه أن الفئة المستهدفة بالعقوبات التأديبية هي الرتبة في سلال الأجور من 1 إلى 5، وهي تضم أعوان الخدمة وأعوان التنفيذ والكتاب والأعوان العموميين دون الصنف الأول.

وهذا يؤكد أن هذه الفئة هي المهيمنة على مستوى الكم بإدارة التعليم العالي والبحث العلمي بالمغرب إلى يومنا هذا. بالإضافة إلى عدم وعيها بالالتزامات الوظيفية، وجعلها لما قد يترتب عن الأخطاء التأديبية من عقوبات وخيمة كما أشار إليها الدكتور "حسين العمراني".

بالإضافة إلى هذه العقوبات التأديبية تلتجئ الإدارة إلى الخصم من الراتب بسبب الغياب عن العمل، دون إتباع الإجراءات التأديبية، ذلك أن الخصم من الراتب لا يعتبر عقوبة تأديبية.

الخاتمة:

مما سبق تتضح أهمية هذه الدراسة والتي ناقشنا فيها العديد من الجوانب المهمة في العمل والتنظيم الإداري في الجامعات وعلاقتها بالإدارة المركزية على مستوى اختيار العنصر البشري من طرف الإدارة المركزية والتي جاءت من خلال عددًا من العناصر من أهمها غياب الربط بين مؤهلات الكوادر البشرية ومواصفات الوظائف وكذلك اعتماد الأساليب البسيطة في التوظيف والترقية، وأيضاً غياب أنظمة التحفيز للكوادر البشرية في الجامعات من خلال بعض المظاهر التي تم ذكرها في هذه الدراسة وأيضاً ضرورة فرض بعض الإجراءات التأديبية التي من شأنها تنظيم العمل الإداري على النحو الذي يساهم من إنجاح المنظومة الإدارية في الجامعة.

أولاً: النتائج:

خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها ما يلي:

- قلة الدراسات في الجانب الإداري للجامعات.
- الإزدواجية في الإدارة المركزية والجامعية أحياناً على مستوى التدبير الإداري.
- عدم وجود ربط في التوظيف فيما بين المؤهلات والوظائف.
- غياب نظام واضح للتحفيز والترقيات للكوادر البشرية.

ثانياً: التوصيات:

وبناءً على النتائج التي خلصت إليها الدراسة فإننا نوصي بما يلي:

- إعطاء الإستقلالية الإدارية الكاملة للجامعات.
- ربط المؤهلات بالوظائف المتاحة والمعرضه من خلال نظام توصيف موحد.
- وضع نظام تحفيز للكوادر البشرية في الإدارة الجامعية.
- وضع نظام عقوبات لمظاهر الإخلال في العمل الإداري في الجامعات.

المراجع:

أولاً: الكتب والأبحاث والمنشورات:

- أعمال المناظرة الوطنية الأولى حول الإصلاح الإداري المنعقدة في مراكش، ماي 2002، ضمن "الإصلاح الإداري بالمغرب على ضوء التجارب الأجنبية" منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 195، الطبعة الثانية 2008.
- باينة، عبد القادر. (2005). *مدخل لدراسة القانون الإداري والعلوم الإدارية*. منشورات دار النشر العربية، الطبعة الثالثة.
- الجباسي، عبد الله حمد محمد. (2010-2011). *أثر الحوافز المادية والمعنوية في تحسين أداء العاملين في وزارة التربية والتعليم بسلطنة عمان*. رسالة التخرج من الأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالمي.
- أبو الحسن، زكريا. (1990). *معجم مقاييس اللغة*. طبعة 1990، مكتبة دار الجيل.
- حضراني، أحمد. (2001). *انطباعات حول واقع الإدارة العمومية بالمغرب وأفاق إصلاحها*. م.م.إ.م.ت، عدد مزدوج 38-39.
- الخراز، مبارك بن علي. (1987). *الحوافز وأثرها على العمال*. طبعة 1987 مكتبة دار الحق.
- سالم، بدر. (1983). *الاتجاه الإسلامي لدوافع وحوافز العاملين*. طبعة 1983، مجلة الإدارة: العدد 2.
- السلمي، علي. (1970). *الدوافع والحوافز صادر عن المنظمة العربية للعلوم الإدارية*. الطبعة الأولى.
- السيد الوزير الأول. (2005). *التغيب عن العمل بصفة غير مشروعة رقم 8-2005*.
- صحيفة الوسيط البحرينية، العدد 1701، الجمعة 4 ماي 2007م الموافق لـ 16 ربيع الثاني 1428 هـ.
- العامري، خالد و الرحي، عزيز. (د.ت). *وزارة الخدمة المدنية تبدأ في تشغيل نظام الاختبارات*. مقال منشور في مجلة الوطن الإلكترونية الموقع الإلكتروني www.alwatan.com
- العديلي، ناصر. (1981). *الدوافع والحوافز والرضا الوظيفي*. طبعة 1981 مجلة معهد الإدارة: العدد 36.
- علاقي، مدني عبد القادر. (1981). *الإدارة: دراسة تحليلية للوظائف والقرارات الإدارية*. الطبعة الأولى.
- العمراني، حسين. (1999). *إدارة التعليم العالي والبحث العلمي بالمغرب*. الجزء الثاني، طبعة 1999، ص 129.
- الفتحي، محمد. (2010). *قضايا الموارد البشرية من خلال البرنامج الاستعجالي لإصلاح التربية والتكوين بالمغرب*. مجلة عالم التربية: العدد 19، الطبعة الأولى 2010، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- الفصل 66 من الظهير رقم 1.58.008 بمثابة النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية الصادر بتاريخ 24 فبراير 1958 الجريدة الرسمية عدد 2372 بتاريخ 11 أبريل 1958.
- نصير، سمارة. (2005). *ظاهرة التسبب الإداري في الجزائر*. منشورات المجلس، الطبعة الأولى.
- النمر، سعود بن محمد. (1990). *السلوك الإداري*. مطابع جامعة الملك سعود، الطبعة الأولى.

ثانياً: القوانين:

- ظهير شريف رقم 1-58-008 بمثابة النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية الصادر بتاريخ 24 فبراير 1958، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 2372 بتاريخ 11/04/1958 قانون منع الإرهاب الأردني رقم (55) لسنة 2006.

المادة من المرسوم السلطاني رقم 2004/120 بإصدار قانون الخدمة المدنية الصادر في 15 ذي القعدة 1425 هـ الموافق ل 28 دسمبر 2004.

- Abu Al-Hassan, Z. (1990). *Muejam Maqayis Allughati* 'Language Standards Dictionary'. Edition 1990, Dar Aljil Library. [in Arabic]
- Al Waseet Bahraini Newspaper, Issue No. 1701, Friday, May 4, 2007 CE, corresponding to Rabi` al-Thani 16, 1428 AH. [in Arabic]
- Al-Adili, N. (1981). *Aldawafie Walhawafiz Walrida Alwazifi* 'Motivations, incentives and job satisfaction'. Edition 1981 Journal of the Institute of Management: Issue 36. [in Arabic]
- Al-Amiri, Kh. and Al-Rahbi, A. (D.T.). *Wizarat Alkhidmat Almadaniat Tabda Fi Tashghil Nizam Alaikhtibarati* 'The Ministry of Civil Service begins operating the testing system'. An article published in Alwatan electronic magazine, the website www.alwatan.com. [in Arabic]
- Alaqi, M. A. (1981). *Al'idaratu: Dirasat Tahliliat Lilwazayif Walqararat Al'idariati* 'Management: an analytical study of managerial functions and decisions'. 1st edition. [in Arabic]
- Al-Fathi, M. (2010). *Qadaya Almawarid Albashariat Min Khilal Albarnamaj Aliaistiejalii Li'islah Altarbiat Waltakwin Bialmaghribi* 'Human resources issues through the emergency program to reform education and training in Morocco'. Education World Magazine: Issue 19, first edition 2010, New Najah Press, Casablanca. [in Arabic]
- Al-Jasasi, A. H. M. (2010-2011). *'Athar Alhawafiz Almadiyat Walmaenawiat Fi Tahsin 'Ada' Aleamilin Fi Wizarat Altarbiat Waltaelim Bisaltanat Eaman* 'The impact of material and moral incentives on improving the performance of employees in the Ministry of Education in the Sultanate of Oman'. Graduation thesis from the Al'akadimiat Alearabiat Albritaniat for Global Education. [in Arabic]
- Al-Kharraz, M. (1987). *Alhawafiz Wa'atharuha Eala Aleamali* 'Incentives and their impact on workers'. Edition 1987 Dar Alhaq Library. [in Arabic]
- Al-Nimr, S. B. (1990). *Alsuluk Al'idari* 'administrative behaviour'. King Saud University Press, first edition. [in Arabic]
- Article 66 of the Royal Decree No. 1.58.008 serves as the general statute of the public office issued on February 24, 1958, Official Gazette No. 2372 of April 11, 1958. [in Arabic]
- Baina, A. (2005). *Madkhal Lidirasat Alqanun Al'idarii Waleulum Al'idariati*. 'Introduction to the study of administrative law and administrative sciences'. Publications of the Dar Alnashr Alearabiati, third edition. [in Arabic]
- EL BOUZIDI M. (2003). *La G.R.H comme Levier dans la réforme administrative*» Revue de l'administration Marocaine, n°4.
- Hadrani, A. (2001). *Aintibaeat Hawl Waqie Al'idarat Aleumumiat Bialmaghrib Wafaq 'iislahiha* 'Impressions about the reality of public administration in Morocco and the prospects for its reform'. M.M.M.T., double issue 38-39. [in Arabic]
- Mr. Prime Minister. (2005). *Altaghayub Ean Aleamal Bisifat Ghayr Mashrueat Raqm 2005 - 8* 'Absence from work illegally No. 8-2005'. [in Arabic]
- Naseer, S. (2005). *Zahirat Altasayub Al'idarii Fi Aljazayar* 'The phenomenon of administrative laziness in Algeria'. Almajlisi Publications, 1st ed. [in Arabic]
- Omran, H. (1999). *'Idarat Altaelim Aleali Walbahth Aleilmii Bialmaghribi* 'Administration of higher education and scientific research in Morocco'. Part Two, 1999 Edition, p. 129. [in Arabic]
- Proceedings of the first national debate on administrative reform held in Marrakech, May 2002, within "Administrative Reform in Morocco in the Light of Foreign Experiences" Publications of the Moroccan Journal of Local Administration and Development, No. 195, second edition 2008. [in Arabic]
- Salami, A. (1970). *Aldawafie Walhawafiz Sadir Ean Almunazamat Alearabiat Lileulum Aladariati* 'Motivations and Incentives Issued by the Arab Organization for Administrative Sciences'. 1st edition. [in Arabic]
- Salem, B. (1983). *Aliatijah Al'iislamii Lidawafie Wahawafiz Aleamilina* 'The Islamic direction for the motives and incentives of workers'. Edition 1983, Management Journal: Issue 2. [in Arabic]