حماية المصلحة العامة

في ضوء الموازنة بين النظام العام وضرورة حماية الحريات العامة

بحث مقدم للمؤتمر الدولي العلمي الثالث لكلية الشريعة والقانون بطنطا بعنوان "حماية المصلحة العامة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"
يومي: الاثنين والثلاثاء
الموافق: ٢١ ، ٢٢ أكتوبر ٢٠١٩م

إعداد
د/ مصطفى رسول حسين مصطفى
استاذ القانون العام المساعد في جامعة السليمانية
و محاضر في كلية گۆيژه الجامعة
إقليم كردستان – جمهورية العراق

موجز عن البحث

تعتمد الأنظمة القانونية في أي دولة على التوازن بين الحقوق والحريات من جانب والمصلحة العامة من الجانب الآخر بحيث يتحقق هذا التوازن من خلال الحماية التي توفرها النظم القانونية للطرفين. في الواقع ، يأخذ المشرع في الاعتبار خلق توازن بين هذه الحماية وحقوق وحريات الآخرين من جانب ، وكذلك التوازن بين هذه الحماية والحق العام المتجسد في النظم العامة من الجانب الآخر. إن الأنظمة العامة مطلوبة لتقييد حريات الأفراد من خلال سياسة الإدانة والعقوبة وفقًا للحماية الاجتماعية وبأكثر دقة حماية للمجتمع كمصلحة عامة. من الأخطاء التي ارتكبها المشرع في أي نظام هو أن مبالغة في تطبيق العقوبة دون الحاجة إلى تطبيقها بحيث يتعرض المواطنون في هذه

الحالة لمخاطر الإدانات والعقوبة نتيجة لغياب لوائح دقيقة تحافظ على التوازن المطلوب بين ضرورات حماية حقوق وحريات الآخرين والنظر في المصالح والحقوق العامة بشكل عام.

Protecting The public Interest
In Light Of The balance Between Public Order And The need To Protect Public Freedoms

Mustafa Rasul Hussein Mustafa
Public Law - University of Sulaymaniyah - Iraq
Email of corresponding author : mustafa.hussian@univsul.edu.iq

Abstract :

Legal systems in any state is depended upon balancing between rights and freedoms from a side and the Public interest from other side so that this balance is realized through the protection is provided by the legal systems for two parties. In fact، the legislator takes in his consideration creating a balance between this protection and the rights and freedoms of others from a side and also balancing between this protection and the public right embodied in the general systems from other side. The general systems are required to constraints the freedoms of personnel through the policy of conviction and penalty according to the social and in most accurate meaning protection the community as a public interest. Of the mistakes made by the legislator in any systems is that his exaggeration in applying the penalty without the necessity to be applied so that in such this case personnel are exposed for the risks of convictions and penalty as a result of absence of accurate regulations keeping the required balance between the necessities of protection the others' rights and freedoms and consideration the public interests and rights and freedoms in general.

Key words: Public order - public freedoms - Administrative Seizure- Public interest- Public law.

مقدمـــة

التعريف بموضوع البحث:

طالما أن الفرد والمجتمع متلازمان ولا ينفصلان فإنه يجب تنظيم العلاقة بين النظام العام والحريات العامة للأفراد ، وبما أن الدستور يمثل وسيلة الحكم الفضلى في المجتمعات المعاصرة ، فعليه تقع مهمة تنظيم هذه العلاقة كونه يستحيل تصور مجتمع بشري بدون تشريع فالرابطة الاجتماعية هي رابطة قانونية قبل كل شئ ، وحيث يكون المجتمع يكون القانون.

وتعد فكرة المصلحة العامة الأساس الذي يبرر قيام الإدارة بجميع تصرفاتها وقد أدت فكرة المصلحة العامة دوراً كبيراً في إنضاج مبادئ القانون الإداري وأفكاره.

إن لموضوع الحقوق والحريات العامة أهمية بالغة في أنها من بين الركائز التي يقوم عليها النظام الديمقراطي في العصر الحالي، وتتضمن الدساتير مجموعة من الحقوق والحريات التي يتمتع بها أفراد المجتمع داخل الدولة، لكفالة احترامها وتحقيق ضمانات ممارستها، ووضع القيود التي تحد من تقييد السلطات العامة لها، بشرط أن يبقى في حدود عدم مساسها بحقوق وحريات الآخرين .

أهمية البحث:

إن موضوعي الحقوق والحريات العامة و النظام العام لهما أهمية بالغة تتمثل في أنها من بين الركائز التي يقوم عليها دولة القانون و النظام الديمقراطي في العصر الحالي. إضافة إلى ذلك إن المشرع في تحديده للمصالح العامة والخاصة يسعى إلى توفير الحماية القانونية اللازمة لها يخضع في ذلك إلى احتياجات المجتمع ومصالحه ، لذا فإن عمله في هذا الشأن ليس تحكميـًا ، فهو ليس حكراً بالمعنى الدقيق في تعيين تلك القيم والمصالح ،بل عليه اختيار الوسائل المناسبة لتوفير الحماية لها ورفع التناقض

والسلبية التي يمكن أن تترتب على حماية مصلحة دون غيرها من المصالح بوصفه مسؤولاً عن تحقيق التناسب والوحدة لقيم المجتمع ومصالحه.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في إيجاد الآلية القانونية الكفيلة بضمان التوازن بين حماية النظام العام والسير المنتظم لممارسة الحريات العامة من خلال تحديد نقطة التوازن بين المتناقضات الثلاث : النظام العام، وممارسة الأفراد لحرياتهم و سلطات والامتيازات الممنوحة للإدارة العامة من أجل تحقيق المصلحة العامة.

هدف البحث:

تهدف الدراسة التعرف إلى ماهية النظام العام و الحريات العامة وكيفية تنظيمهما ومدى مساهمة المشرع الدستوري والعادي في تنظيمهما و التوازن بينهما تحقيقاً للمصلحة العامة.

منهجية البحث:

اعتمدنا في هذا البحث على المنهجين التحليلي والمقارن، وذلك من خلال تحليل النصوص التشريعية للدول محل الدراسة ثم المقارنة بينهما.

هيكلية البحث:

في سبيل الإحاطة بموضوع الدراسة من جوانبه الكافة نقسم الدراسة إلى ثلاث مباحث نخصص المبحث الأول لماهية النظام العام، وأما المبحث الثاني لماهية الحريات العامة، وأما المبحث الثالث سنحاول فيه تبيان الموازنة بين النظام العام وممارسة الحريات العامة .

المبحث الأول
ماهية النظام العام والمصلحة العامة

ان فكرة النظام العام في مجال الضبط الإداري فانه من الصعوبة بمكان وضع تعريف جامع مانع لها ، ولذلك نجد أن المشرع ،سواء في فرنسا أو في مصر او في العراق يمتنع عن القيام بوضع تعريف ثابت ومحدد للنظام العام لان ذلك يتنافى مع طبيعة النظام العام الذي يتسم بالمرونة والتطور وتتميز فكرة النظام العام بخصائص عدة أو سمات تميزها عن غيرها من الأفكار الأخرى ، ويكتفي المشرع عادة بالإشارة إلى بعض صور المحافظة على النظام العام تاركاً هذه المهمة الصعبة للفقه و القضاء.[1]

وبناءً على ما تقدم فان فكرة النظام العام في مجال الضبط الإداري كثير التعرض لعدد من الموضوعات، نركز هنا الى موضوعين لعلاقتهما الوثيقة بموضوع بحثنا ، ونقسم الى مطلبين:

المطلب الأول: مدلول فكرة النظام العام.

المطلب الثاني: مفهوم المصلحة العامة

المطلب الأول
مدلول فكرة النظام العام

لكي تتضح فكرة النظام العام وتظهر ملامحها وحدودها يتعين علينا أن نتعرض لموقف المشرع من مفهوم النظام العام ، ثم موقف الفقه ، وأخيراً لموقف القضاء الإداري من مفهوم النظام العام.

الفرع الأول: موقف المشرع من مفهوم النظام العام.

(١) د.عمر فؤاد أحمد بركات ، مبادئ القانون الاداري، دار النشر غير مذكورة،١٩٨٥،ص٢١٩.

الفرع الثاني: موقف الفقه من مفهوم النظام العام.

الفرع الثالث: موقف القضاء الإداري من مفهوم النظام العام.

الفرع الأول
موقف المشرع من مفهوم النظام العام

يلاحظ أن النصوص التشريعية سواء في فرنسا أو مصر او العراق لم تتكفل بتحديد مفهوم النظام العام تحديداً شاملاً أو محدداً ، وإنما اكتفت هذه النصوص بالإشارة إلى بعض عناصر النظام العام ، وبالتالي فهي لم تحدد أغراض الضبط الإداري بصورة واضحة ومحددة. (١)

ويرجع هذا الموقف من جانب المشرع الفرنسي والمصري وكذلك العراقي الى أن مرونة فكرة النظام العام تحول دون تحديدها تحديداً دقيقاً ، أو أن هذا التحديد لا يتفق والتطور السياسي والاجتماعي والاقتصادي الذي يحدث في المجتمع. (٢)

اولاً: موقف المشرع الفرنسي

لم يضع المشرع الفرنسي مفهوماً محدداً للنظام العام وإنما اكتفى بالإشارة إلى العناصر التي يتكون منها ، ويتضح هذا الأمر من نص المادة (٩٧) من القانون الصادر في ٥ أبريل سنة ١٨٨٤ ، حيث انها اشارت الى أن العناصر الأساسية التي يتكون منها النظام العام ويختص البوليس المحلي بالمحافظة عليها ، وهذه العناصر هي الأمن

(١) د.قدري عبد الفتاح الشهاوي ، النظرية العامة للمسؤولية الشرطية جنائيا واداريا ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٤، ص٦٣.

(٢) د.قدري عبد الفتاح الشهاوي – المصدر السابق – ص٦٣ وكذلك ينظر د. فهد عبد العزيز الدعيج – الامن والاعلام في الدولة الاسلامية – المركز العربي للدراسات الامنية – الرياض – ١٩٨٦ – ص١٠٣.

العام، والصحة العامة ، والسكينة العامة وحسن النظام.[1]

وجدير بالذكر ان القانون الصادر في ٥ أبريل سنة ١٨٨٤ قد عدل تعديلات كثيرة أهمها المرسوم الصادر في ٥ نوفمبر ١٩٢٦ والمرسوم الصادر في ٣ أكتوبر ١٩٣٥ بيد انه لم يترتب على هذه التعديلات أية آثار في هذا الخصوص.

ويلاحظ في هذا الصدد ان المادة (٩٧) من قانون ٥ أبريل سنة ١٨٨٤ تقابل الفقرة الثانية من المادة (١٣١) من قانون البلديات (Code des communes) الصادر في ٢٧ يناير ١٩٧٧ ، وهذه بدورها أصبحت حالياً الفقرة الثانية من المادة ٢٢١٢ من القانون الجديد رقم ١٤٢ الصادر في ٢١ فبراير ١٩٩٦ والذي يتعلق بالجماعات الإقليمية أو المحلية Code general des collectivittes territorialles وهاتان المادتان ١٣١ ، ٢٢١٢، لم تضعا مفهوماً محدداً للنظام العام ، وإنما أشارتا فقط الى العناصر الأساسية التي يتكون منها هذا النظام وهي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة .

ثانياً: موقف المشرع المصري

لم يختلف موقف المشرع المصري عن نظيره الفرنسي من تحديد مفهوم النظام العام، ومن ثم فانه لم يضع تعريفاً محدداً وثابتاً للنظام العام ، وإنما اكتفى بتحديد عناصر معينة تدخل في مفهوم النظام العام الذي تحميه سلطات الضبط الإداري[2].

---

(1) R.Bonnard : Precis de droit Adm, L.G..J , 4e، ed, 1943, P.415

نقلا عن د.محمد محمد بدران – مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الاداري – دار النهضة العربية – القاهرة –١٩٩٢م.

(٢)د.محمد توفيق رمزي ، ادارة البوليس في الدولة الحديثة ،مجلة الامن العام المصرية ،القاهرة ، العدد ١ ، ص٣٠ وكذلك د.محمد نيازي حتاته ،اداب مهنة الشرطة ، مقال في مجلة الامن العام المصرية ، العدد ٣٣ – ص٣ والمعنى ذاته ينظر الاستاذ عبد العزيز فتح الباب – ملاءمة وجود شرطة الاحداث ، بحث مقدم من اعمال الحلقة الثانية لمكافحة الجريمة – القاهرة – ص٤١ وكذاك ايضا اللواء محمد عبد الكريم نافع – امن الدولة العصرية – أكاديمية الشرطة المصرية ، القاهرة – ط٢ – ١٩٩١ – ص١٣٥.

ويتبين هذا الأمر من مطالعة نصوص القوانين المتعاقبة التي تحدد اختصاصات هيئة الشرطة ، وهي القانون رقم ٢٣٤ لسنة ١٩٥٥ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٤، وفي القانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧١ ، حيث ان هذه النصوص لم تحدد مفهوم النظام العام على نحو دقيق ، وإنما اكتفت بالإشارة إلى بعض عناصره ، فقد نصت المادة الثالثة من القانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧١ [١]على ان "تختص هيئة الشرطة بالمحافظة على النظام والأمن العام والآداب العامة وحماية الأرواح والأعراض والأموال وعلى الأخص منع الجرائم وضبطها ، كما تختص بكفالة الطمأنينة والأمن للمواطنين في كافة المجالات ، وتنفيذ ما تفرضه عليها القوانين واللوائح من واجبات". وهذا النص ورد تقريباً بالمعنى نفسه مع اختلاف بسيط في الألفاظ في القانونين السابقين السالف الإشارة إليهما ، ويلاحظ جانب من الفقه المصري على هذه النصوص انها يكتنفها الغموض فهي لم تحدد صراحة كل أغراض الضبط الإداري[٢] وإنما اشارت إلى أحد عناصر النظام العام دون بقية العناصر ، حيث ذكرت أحد العناصر وهو الأمن العام دون العنصرين الآخرين وهما السكينة العامة والصحة العامة.[٣] ومع ذلك ذهب رأي في الفقه المصري الى القول بأن المشرع المصري "وان كان لم يشر صراحة الى عنصري السكينة العامة والصحة العامة ضمن عناصر النظام العام ، إلا انه قد أشار إليهما ضمناً ويمكن الاستدلال عليهما من روح النص وسياقه ".[٤]

---

(١) قانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ بشأن هيئة الشرطة المصرية .

(٢) د.عزيزة الشريف ، دراسات التنظيم القانوني للنشاط الضبطي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩ ، ص٣٠

(٣) د.فؤاد العطار ، مصدر سابق ، ص٣٣٤ ، وكذلك د.محمود سعد الدين الشريف –النظرية العامة للضبط الاداري،المصدر السابق،ص١٥٨ ، وكذلك د.محمد محمد بدران ، مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الاداري ،مصدر سابق ، ص٦٩.

(٤) د.عمر فؤاد أحمد بركات ، مبادئ القانون الاداري،دار النشر غير مذكورة،١٩٨٥،ص٢١٩.

وجدير بالذكر أن المشرع المصري قد أضاف عنصراً رابعـًا الى عناصر النظام العام الثلاثة التقليدية ، وهذا العنصر الرابع هو الآداب العامة، ومن ثم يجوز لسلطات الضبط الإداري التدخل لحماية النظام العام الأدبي أو الخلقي. (١)

الفرع الثاني
موقف الفقه من مفهوم النظام العام

لم يتفق الفقه على مفهوم واحد للنظام العام ، وإنما اختلف في تحديد هذا المفهوم اختلافـًا بينـًا ، ويرجع ذلك الى أسباب عدة هي :

١.إن المشرع والمصري والعراقي والفرنسي لم يضع تعريفـًا محدداً أو ثابتـًا لمفهوم النظام العام ، ولذلك كان تحديد هذا المفهوم محلاً لاجتهاد الفقهاء. (٢)

٢.مرونة فكرة النظام العام ونسبيتها وعدم استقرارها أو ثباتها ، فهي تختلف من دولة الى أخرى بل ومن زمن الى اخر داخل الدولة الواحدة ، فما يعتبر من النظام العام في عصر ما قد لا يعتبر كذلك في عصر اخر. (٣)

٣.تباين نظرة الفقهاء الى فكرة النظام العام حيث ينظر كل فقيه الى هذه الفكرة من زاوية معينة تختلف عن الزاوية التي ينظر منها الفقيه الأخر.

لكل هذه الأسباب السابقة اختلف الفقه في تحديد مفهوم النظام العام،(٤) فذهب

---

(١) د.عمرو فؤاد أحمد بركات ، المصدر السابق ، ص٢١٩.

(٢) د.علي علي المصري ،وظيفة الشرطة المعاصرة في مجال الضبط الاداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى، صنعاء ، ٢٠٠٤،ص٣٣.

(٣) محمد عبد الكريم نافع ، امن الدولة العصرية ، اكاديمية الشرطة المصرية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ١٩٩١م. ص١٣٥.

(٤) محمد عبد الكريم نافع – مصدر سابق – ص١٣٥.

جانب من الفقه الى الأخذ بالمفهوم الضيق للنظام العام ، بينما اتجه جانب اخر الى الأخذ بالمفهوم الواسع للنظام العام ، ونعرض ما يلي لموقف الفقه الفرنسي ، ثم نتبعه بموقف الفقه المصري وأخيرا موقف الفقه العراقي ، وذلك على النحو التالي:

اولاً: موقف الفقه الفرنسي

اختلف الفقه الفرنسي في تحديد مفهوم النظام العام اختلافاً كبيراً ، وذهب في ذلك مذاهب شتى ، فقد ذهب جانب من الفقه الى أن النظام العام المقصود في مجال الضبط الإداري هو النظام العام المادي الخارجي أي استتباب النظام المادي في الشوارع ، وعلى ذلك فالجانب الأدبي للنظام العام والذي يتصل بالمعتقدات والأحاسيس والأفكار لا يدخل في وظيفة الضبط الإداري، إلا اذا اتخذ الإخلال به مظهراً خطيراً من شأنه تهديد النظام العام المادي بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، ففي هذه الحالة يجوز لسلطات الضبط الإداري ان تتدخل لمنع هذا الإخلال.[1] وذهب رأي اخر الى ان النظام العام يقصد به : "مجموع الشروط اللازمة للأمن والآداب العامة التي لا غنى عنها لقيام علاقات سليمة بين المواطنين.[2]

وعلى ذلك فان النظام العام طبقاً لهذا الراي يتسع ليشمل الجانب الأدبي أو المعنوي الى جوار الجانب المادي.

وذهب رأي ثالث الى ان النظام العام هو: "ذلك التنظيم الذي يتسع ليشمل جميع

(1) M.Hauriou : OP.Cit:ed 1933, P.549, CH. Guiraud : OP.Cit : P.51،53, Rolland : (Louis):precis de droit Administratif,librairie dalloz , 10e،ed, paris, 1955 , P.400,J.rivero: droit adm, OP. Cit, P.541, de Forges (tean

نقلاً د.علي خطار شطناوي ، مبادىء القانون الإداري الأردني ، مطبعة الجامعة الاردنية ، عمان ، ١٩٩٦م:

Miche): droit Administratif , p.U.F, lere،ed, 1991,P.172 .

(2) M.Waline : OP . Cit , p.641.

أبعاد النظام الاجتماعي ، فهو بذلك يشمل النظام المادي والأدبي والنظام الاجتماعي.[١]

وأخيراً ذهب رأي رابع الى تعريف النظام العام بأنه "نظام سلبي يعتمد على التخلي المحدود للدولة في مجال الأنشطة الفردية ، فالنظام العام يعني اختفاء الاضطرابات ويقوم على حماية قواعد اجتماعية معينة وردت في المادة (٩٧) من قانون ٥ أبريل ١٨٨٤".[٢]

ثانيـًا: موقف الفقه المصري

اختلف الفقه المصري أيضـًا في تحديد النظام العام اختلافـًا كبيراً ، فذهب رأي في الفقه الى أن النظام العام المقصود في مجال الضبط الإداري هو : "النظام العام المادي فقط أي الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة[٣] ، فلا شان للضبط الإداري بحالة المجتمع المعنوية او الروحية ولا شأن له بالأفكار والعقائد التي تسود المجتمع ولو كانت ضارة بالنظام الاجتماعي إلا اذا كانت لهذه الأفكار والعقائد مظهر خارجي يهدد النظام العام المادي ، فهنا تتدخل سلطات الضبط الإداري لمنع هذا الإخلال.

وذهب رأي آخر الى أن النظام العام : "ظاهرة قانونية الغرض منها حماية الأسس التي يقوم عليها المجتمع ، ولذلك فالنظام العام يشمل النظام المادي والنظام الأدبي".[٤]

---

(١) ينظر في ذلك:

G.Burdeau:Traite de science politique, t. I,V.1, L.G.D.J., 3e‹ed,1980 ,P.292‹293.

(2) LIVET (pierre): L,autorisation Administrative prealable et les libertes publiques, these I.G.D.J., 1974, P.39.

(٣) د.محمد فؤاد مهنا – مبادئ وأحكام القانون الاداري – مؤسسة شباب الجامعة – ١٩٧٣ – ص٦٣٤.

(٤) د.محمد شريف إسماعيل ، سلطات الضبط الاداري في الظروف الاستثنائية،رسالة دكتوراه – كلية الحقوق ، جامعة عين شمس – القاهرة – ١٩٧٩ – ص٥٨.

ثالثًا: موقف الفقه العراقي

أما الفقه العراقي فقد عرف النظام العام الاستاذ الدكتور ابراهيم طه الفياض بانه "عبارة شاملة لكل أمر او غرض يسمح للنشاط الضبطي بالتدخل لحمايته وذلك بتقييد الحريات الفردية وصيانتها".[1]

أما استاذنا الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري فقد عرف النظام العام بانه "مجموعة مصالح عليا مشتركة لمجتمع ما في زمن معين يتفق الجميع على ضرورة سلامتها". [2]

ويرى انه من الصعوبة بمكان وضع تعريف جامع مانع للنظام العام وذلك لان النظام العام بطبيعته فكرة نسبيه مرنة ومتطورة يمكن أن تختلف من دولة الى أخرى بل ومن زمن الى اخر داخل الدولة الواحدة حسب فلسفة النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي السائد في الدولة[3]، ومن ثم يمكننا تعريف النظام العام بأنه "ظاهرة قانونية واجتماعية تشكل مجموعة من القواعد الأساسية في المجتمع والتي لا يجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال وإلا تحلل المجتمع نفسه ، وهذه القواعد تجد مصدرها في القوانين أو العرف أو أحكام القضاء ، وهي تتصف بالمرونة والنسبية ، وتختلف باختلاف النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي السائد في الدولة".

---

(١) د.ابراهيم طه الفياض ،محاضرات في القانون الاداري ، ألقيت على طلبة الصف الثاني في كلية الحقوق – جامعة النهرين – سنة ١٩٩٣،١٩٩٤.مطبوع

(٢) د.ماهر صالح علاوي الجبوري – مصدر سابق –ص٧٦.

(٣) فائق حاتم لطيف ، ضمانات الافراد تجاه سلطات الضبط الاداري – رسالة ماجستير مقدمة الى المعهد القضائي – بغداد – ١٩٩٠ – ص٢٣.

الفرع الثالث
موقف القضاء الإداري من مفهوم النظام العام

لكي نبين موقف القضاء الإداري من مفهوم النظام العام يتعين علينا دراسة موقف مجلس الدولة الفرنسي ومن ثم موقف مجلس الدولة المصري وذلك على النحو الاتي:،

اولاً: موقف مجلس الدولة الفرنسي

اتجه مجلس الدولة الفرنسي في بداية الأمر إلى تبني الاتجاه الفقهي الذي ذهب الى الأخذ بالمفهوم الضيق للنظام العام ، ومن ثم لم يعتد مجلس الدولة الفرنسي إلا بالنظام العام المادي الخارجي مفسراً بذلك فكرة النظام العام تفسيراً ضيقـًا. (١)

بيد أن مجلس الدولة الفرنسي لم يستمر على هذا المسلك فترة طويلة؛ اذ عدل عن موقفه السابق واخذ بالتفسير الواسع للنظام العام ، حيث اعترف المجلس بأن النظام العام في مجال الضبط الإداري يشتمل على النظامين المادي والأدبي في وقت واحد، وتطبيقـًا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بمشروعية لائحة ضبط حرمت على النساء ارتداء أي زي للرجال ، وجاء في حيثيات هذا الحكم: "ان من واجب سلطة الضبط الإداري أن تحافظ على الآداب العامة التي اصطلح الافراد على تقبلها في وقت من الأوقات". (٢)

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي لم يتوقف عند هذا الحد حيث ذهب

---

(١) د.صلاح الدين فوزي – المبادئ العامة للقانون الاداري – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية – ط١، ١٩٩١ – ص٤١.

(٢) ينظر في ذلك:

D.1942,P.12. C.E.17 Juill 1941, dam Devouard.

في حكم صدر في ٢٧ أكتوبر ١٩٩٥ إلى أن كرامة وشرف الإنسان الآدمي تشكل أحد عناصر النظام العام مفسراً بذلك فكرة الآداب العامة تفسيراً واسعـًا ، ومن ثم اعترف مجلس الدولة الفرنسي في هذا الحكم لسلطات الضبط المحلية بالحق في التدخل لمنع العروض المسرحية التي تشكل اعتداءً على كرامة الانسان الآدمي.(١)

ومما سبق يتضح لنا ان مجلس الدولة الفرنسي قد اخذ بالمفهوم الواسع للنظام العام، وجعله يشمل النظامين المادي والأدبي على حد سواء.

ثانيـًا:. موقف مجلس الدولة المصري

أما عن موقف مجلس الدولة المصري من مفهوم النظام العام ، يمكن القول بأنه كان اسبق من مثيله الفرنسي في الاتجاه نحو إثراء مضمون النظام العام ، حيث اعترف مجلس الدولة المصري بان مفهوم النظام العام في مجال الضبط الإداري لا يقتصر على النظام المادي الخارجي فقط ، بل يتسع ليشمل النظام الادبي الى جانب النظام المادي ، ومن ثم أجاز مجلس الدولة المصري لسلطات الضبط الإداري أن تتدخل كحماية الآداب العامة باعتبارها عنصراً مستقلاً من عناصر النظام العام ، وبذلك يكون مجلس الدولة المصري قد طرح جانبـًا الفكرة التقليدية التي كانت تذهب الى أن الضبط الإداري لا شأن له بحالة المجتمع المعنوية او الروحية ، ولا شأن له كذلك بالعقائد والأفكار والأحاسيس التي تسود المجتمع. (٢)

---

(١)ينظر في ذلك:

C.E.27 Oct 1995 “Villed’ aix en provence” A.J.D.A., 1995. P.944، 943. Lebretom(gilles): le guge Aministratif face al order moral, melanges en, I, honneur du Prof.G.p peiser, P.U.G.1995.p.375. ET SS.

(٢) د.علي علي المصري – مصدر سابق – ص٣٣.

وتطبيقاً لما تقدم قضت محكمة القضاء الإداري في حكم لها برفض الطعن المقدم ضد القرار الإداري الخاص بمصادرة "كتاب الدين الضمير" وذكرت المحكمة في حيثيات الحكم ما يلي : "والكتاب على هذه الصورة فيه مناهضه للنظام العام الذي من أخص عناصره الدين ، كما فيه اخلال بالآداب العامة ، ومن ثم اذا اصدر مدير عام الرقابة قراره بمصادرة هذا الكتاب بالتطبيق للأحكام سالفة الذكر فان القرار يكون قد صدر ممن يملكه في حدود اختصاصه قائماً على أسباب جدية مستمدة من أصول ثابتة في الأوراق التي تنتجها وتوصل إليها ، مستهدفاً المصلحة العامة لحماية العقائد السماوية التي هي من النظام العام وحماية الآداب العامة وبالتالي فهو قرار سليم مطابق للقانون". [1]

وقد أكد مجلس الدولة المصري في حكم له لاحق صادر في ١٣ يونيو ١٩٨٩ برفض الطعن المقدم ضد القرار الصادر من مدير عام الادارة العامة للرقابة على المصنفات الفنية بسحب الترخيص السابق بعرض فيلم "خمسة باب" وكانت الادارة العامة للرقابة قد اتخذت هذا القرار حرصاً على حماية الآداب العامة والمحافظة على الامن والنظام العام ومصالح الدولة العليا ، وذلك نظراً لما يتضمنه الفيلم من مشاهد فاضحة وعبارات ساقطة تصريحاً وتلميحاً ، ومن ثم فان القرار الصادر بسحب الترخيص المطعون فيه يكون قراراً صائباً قانوناً سواء فيما قام عليه من أسباب او فيما استهدفه من غايات ، الأمر الذي يجعل الطعن عليه مفتقراً سنده القانوني الصحيح خليقا بالرفض.[2]

---

(١)حكم محكمة القضاء الاداري الصادر في ٩/ ٧/ ١٩٦٣،القضية رقم ٨٣٧،السنة ١٤ ق،مجموعة الخمس سنوات (١٩٦٦،١٩٦١) ص٢١٧.

(٢)حكم محكمة القضاء الاداري الصادر في الدعوى رقم ٥٥٦٨ لسنة ٣٧ قضائية أشار إليه د.حسام لطفي، ملف قضايا حرية الرأي والتعبير في مصر –دار النشر غير مذكورة،القاهرة ،١٩٩٣،ص١٠١ وما بعدها.

وعليه فإن مجلس الدولة المصري يقر بوجود نظام عام خلقي مستقل عن النظام العام المادي التقليدي ، بيد انه لم يحدد لهذا النظام مفهومـًا معينـًا او مضمونـًا ثابتـًا حتى لا يقيد به نفسه في المستقبل فضلاً عن ان فكرة النظام العام الخلقي فكرة مرنة ومتطورة تتغير بتغير الظروف التي تحدث في المجتمع ، الأمر الذي يؤدي الى صعوبة تحديد مضمون هذه الفكرة.

إن تحقيق مصلحة ما هي الغاية التي يسعى إليها السلوك الإنساني، وهذه المصلحة تتمثل إما في الحصول على فائدة ما،أو دفع ضرر، فالسلوك الإنساني من حيث الغاية يهدف للحصول على فائدة أو تجنب ضرر، فلا يوجد سلوك مجرد أو حيادي والواقع أن فكرة المصلحة كانت محطّ اهتمام الفقهاء والفلاسفة منذ القديم، ففي الفكر اليوناني، نلاحظ صدى هذه الفكرة واضحا في العديد من الكتابات لعل من أشهرها ما كتبه أبيقور الذي أقام مذهبه في المصلحة على أساس من السعادة الشخصية، أي: أن معيار هو ما يستفيده صاحب الفعل من منفعة[1]،كذلك نجد أن فكرة المصلحة قد حظيت باهتمام كبير من قبل فقهاء الفقه الإسلام؛ لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين في أولهما تعريف المصلحة، ونبحث في ثانيهما عناصر المصلحة٠

المطلب الثاني
تعريف المصلحة

وردت في تعريف المصلحة تعاريف متعددة لغةْ واصطلاحـًا وشرعـًا؛ لذا سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، يضم الأول تعريف المصلحة في اللغة، ويتناول الثاني تعريف المصلحة اصطلاحـًا .

(١) بنتام ترجمة أحمد فتحي سرور أصول الشرائع ج ١ القاهرة ص ٣٠-٣٥ ٠

الفـــــرع الأول
تعريف المصلحة العامة في اللغة

المصلحة لغة : هي اسم مشتق من الفعل صلح يصلح وهي مادة تدل على أصلها اللغوي على ما هو نقيض الفساد

قال ابن فارس: "الصاد واللام والحاء : اصل واحد يدل على خلاف الفساد"[1] يقال الشيء يصلح وصلاحا٠

والصلاح ضد الفساد : من صلح يصلح صلاحا وصلوحا والاصلاح ضد الفساد ٠

(المصلحة) ما يبعث على الصلاح ، وما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على نفعة أو نفع قومه وجمعها (مصالح)[2].

المصلحة كالمنفعة وزنا ومعنى فهي مصدر بمعنى الصلاح ، كالمنفعة بمعنى النفع، أو هي اسم للواحدة من المصالح، فكل ما كان فيه نفع سواء بالجلب والتحصيل كاستحصال الفوائد واللذائذ، أو بالدفع والاتقاء، كاستبعاد المضار والآلام، فهو جدير بان يسمى مصلحة[3]،وإصلاح: هو كون الشيء على هيئة كاملة بحسب ما يراد ذلك الشيء له كالتعليم على هيئة الكتاب، والسيف على هيئته الصالحة للضرب به[4].

هذا وقد استعمل القران الكريم والسنة النبوية المطهرة الإفساد في مقابل الإصلاح في مواضع عديدة، ومن أمثلته في القران الكريم قوله تعالى: { **وَكَانَ فِي الْمَدِينَةِ تِسْعَةُ رَهْطٍ**

---

(١) معجم ابن فارس، مقياس اللغة، مادة الصلح، ج٣، دار الفكر للطباعة والنشر، ١٩٧٩، ص ٣٠٣ ٠

(٢) فواد اقرام البستاني، منجد الطلاب، الطبعة الثامنة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، ١٩٦٦، ص٤١ ٠

(٣) مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام للفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الاول، الطبعة السابعة، دمشق ١٩٨٣، ص٩٣ .

(٤) مصطفى زيد ونجم الدين الطوخي، المصلحة في الشريعة الاسلامية، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٦٤، ص٢١٠ .

يُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ وَلَا يُصْلِحُونَ }[1] ، وقوله:{**الَّذِينَ يُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ وَلَا يُصْلِحُون**[2]}.

الفرع الثاني
تعريف المصلحة العامة اصطلاحاً

نشير الى بعض التعاريف قيل بصدد المصلحة العامة المصلحة لدى فقهاء القانون فقد عرفوها بتعاريف عديدة فقد عرفت بوصفها عنصر من عناصر الحق بقوله (الحق مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون)[3]،وحينا بمعنى كونها شرطا لقبول الدعوى فيقال (المصلحة معيار الدعوى)،(ولا دعوى بغير مصلحة)[4]،كذلك تستخدم حينا آخر كشرط لقبول الطعن المدني او الجنائي فيقال (لا طعن بغير مصلحة) أو(المصلحة مناط الطعن)[5].

وهي كما قال (أهرنج) كل شيء يشبع حاجة مادية او معنوية لشخص ما، فالحاجة المادية تمثل في حماية المصلحة في الحياة ومصلحة السلامة البدنية، ومصلحة حماية اعطاء الجسم للسير وفق المجرى الطبيعي، أما الحاجة المعنوية فتمثل في حماية مصلحة الشرف والاعتبار في الجرائم الماسة بحرية الانسان وحرمته[6].

---

(١) سورة النمل، الأية ٤٨ .

(٢) سورة الشعراء، الأية ١٥٢ .

(٣) د.عبد الرزاق السنهوري،اصول القانون،مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر،القاهرة،١٩٨٣،ص٣ .

(٤) عبد المنعم الشرقاوي،نظرية المصلحة في الدعوى،أطروحة دكتوراه،القاهرة ١٩٤٦،ص٣ .

(٥) د.رؤوف عبيد،المشكلات العملية الهامة في الاجراءات الجنائية،ط٣،ج٢،دار الفكر العربي،القاهرة، ١٩٦٧،ص٥٧ .

(٦) د. جلال ثروت،شرح قانون العقوبات،القسم العام،الدار الجامعية بيروت،١٩٨٩،ص٩٣ .

كما ذهب رأي اخر الى تعريف المصلحة بأنها(العلاقة بين الشخص وماله)،وثمة رأي آخر ذهب إلى أن المصلحة (يجب ان تكون مقررا لحقيقتها والتي لاتعدوا أن تكون حالة موافقة بين المنفعة والهدف، ذلك يعني أن المصلحة تتواجد عند موافقة المنفعة للهدف)[1]، كما عرفت بأنها: "التقدير العام للرابطة التي تربط المجتمع بالمحل" [2] .

كذلك عرفت "كل ما يصلح به المرء من شأنه بمنفعة تأتيه إذا هو مارس حقـًا او اقام الدعوى"[3]، المصلحة العامة هي النفع التام الشامل موضوعـًا أي معنويـًا وماديـًا والذي يستغرق ويعم الجماعة الكثيرة العدد من حيث النطاق الشخصي أو الإنساني للنفع، ويدخل في هذا دفع الضرر والفساد اللاحق بهذه الجماعة[4].

المصلحة العامة هي النفع التام الشامل موضوعـًا أي معنويـًا وماديـًا والذي يستغرق ويعم الجماعة الكثيرة العدد من حيث النطاق الشخصي أو الإنساني للنفع، ويدخل في هذا دفع الضرر والفساد اللاحق بهذه الجماعة[5].

وتجد المصلحة العامة أساسها في الفكر الاشتراكي الذي لا يعنى بالإنسان بوصفه فرداً في حد ذاته منعزلاً عن غيره من الأفراد ومستقلاً عنهم، ولكن يعنى به بوصفه كائنـًا

---

(١) مجيد حميد العنبكي،اثر المصلحة في تشريع الاحكام بين النظامين الاسلامي والانكليزي،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة،جامعة بغداد،١٩٧١،ص٢٠ ٠

(٢) د.عادل عازر،النظرية العامة في ظروف الجريمة،المطبعة العالمية،القاهرة ،١٩٦٧،ص٦٢،ويقصد بالمحل في هذا التعريف الشيء او المال محل الحماية ٠

(٣) د. أحمد زكي بدوي،معجم المصطلحات القانونية،دار الكتاب المصري،القاهرة،١٩٨٩،ص١٣٣ ٠

(٤) رشيد بنعياش ،مفهوم المصلحة العامة منشور على الموقع الالكتروني .
http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=208921&r=0

(٥) رشيد بنعياش ،مفهوم المصلحة العامة منشور على الموقع الالكتروني .

اجتماعياً مرتبطاً بغيره ومتضامناً معه في تحقيق مصلحة الجماعة التي ينتمي اليها، فالقانون في هذا المذهب ينبعث من ضرورات الحياة في المجتمع، ويستهدف كياناً جماعياُ، فمصلحة الجماعة هي الراجحة عند ظهور التعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الفردية[1].

ومن أنصارها الفيلسوف أفلاطون الذي يرى ان هدف القانون هو الخير العام، وهذا الخير يتحقق بذوبان مصلحة الفرد في مصلحة الجماعة، الفرد لا شيء الدولة كل شيء، وأن وجوده فقط لأجل الدولة، وفي كتابه الجمهورية يقول "نحن جادون في الوقت الحاضر بأنشاء دولة سعيدة، لا أن تخص أفرادا منها بالسعادة، بل ان تسعد جميع أفرادها على السواء [2]

فالمصلحة العامة ومن نادى بها أنكروا أن للإنسان آمالاً خاصة به، وحقاَ طبيعياَ لينفتح على ما يريد ويحقق آماله بشرط أن لا يتعارض ذلك مع مصلحة الجماعة[3]، فوجود نظام يحقق توازناَ بين الفرد والمجتمع، يأخذ بمصلحة الجماعة من جهة، وبمصلحة الافراد من جهة اخرى ،نظام يسمح بتطور أكثر تناسقا بين الافراد الذي يشكلون بتجمعهم هذا المجتمع الإنساني هو الافضل وهذا ما دعا إليه الاتجاه المختلط.

من خلال تعريف المصلحة فهي لا تعدو ان تكون" حالة الموافقة بين المنفعة والهدف" أي إن المصلحة توجد بتواجد عناصر ثلاثة هي: المنفعة، والهدف، وحالة الموافقة بينهما.

---

(١) ابراهيم أبو الغار، مصدر سابق، ص٢٦ .

(٢) مجيد حميد العنبكي، مصدر سابق، ص ٨١ .

(٣) جون ديوي، الفردية قديما وحديثاً، ترجمة خيري حماد، مكتبة الحياة، بيروت، ١٩٧٩، ص١٩ .

المبحث الثاني
مفهوم الحريات العامة

من أجل الوقوف على مفهوم الحقوق والحريات العامة تحديداً ، يجب علينا أولاً أن نلقي الضوء في الفرع الأول على التعاريف المختلفة للحرية ، ومن ثم نحاول أن نقف في الفرع الثاني على حقيقة اختلاف هذا المفهوم باختلاف الزمان والمكان ، وهو ما يطلق عليه نسبية مفهوم الحرية ، استنادا إلى هذه الحقيقة ، ومن ثم نبين في الفرع الثالث والأخير حدود الحرية .

المطلب الأول
تعريف الحرية

أن مفهوم الحرية هو مفهوم نسبي يختلف باختلاف الزمان والمكان الحرية ، لذا لم يكن لها تعريف ثابت ومحدد ، فقد نحى الكتاب والفقهاء إلى اتجاهات مختلفة في تحديده ، على الرغم من اتفاقهم على عناصر معينة فيها ، وهذا ما يزيد في صعوبة البحث عن نقطة التوازن بين السلطة والحرية [1]، ويمكن التمييز بين اتجاهين مختلفين في هذا الصدد:

الاتجاه الأول : يذهب إلى أن الحرية التي يتمتع بها الفرد في ظل نظام معين هي تلك الحريات التي يعترف بها ويحددها هذا النظام .

من هذا الاتجاه تعريف الفيلسوف (جون لوك) للحرية ، بأنها (الحق في فعل أي

(١) فقد اخذ مفهوم الحرية من الجانب النظري مدلولات كثيرة ومتباينة، وهذا ما أشار إليه (مونتسكيو) حينما قرر أن فكرة الحرية تعد من أكثر الأفكار غموضا وبعدا عن الوضوح، فهي لم تأخذ معنى واحدا لدى كل الناس، فقد فهمها البعض على أنها تعني حرية الحاكم صاحب السلطان المطلق، ونظر إليها آخرون على أنها حرية الناس في اختيار من تجب له الطاعة، بينما يراها فريق ثالث على أنها حق الناس في أن يحكمهم شخص منهم بقوانين من صنعهم، وجرى ربطها بشكل معين من الحكم، فهي في النظام الملكي تعني حرية الملك، وفي النظام الجمهوري تعني حرية الجمهور، د.طعيمه الجرف ،نظرية الدولة ، المصدر السابق ، ص ٤٧٠، ٤٧١ .

شيء تسمح به القوانين)، كذلك تعريف الفيلسوف (جان جاك روسو) للحرية بأنها (عبارة عن طاعة لإرادة عامة) ويضيف إلى ذلك بالقول (أن أحد المهام التي تقع على عاتق النظرية السياسية هي أن تحسم الأمر بين مطالب الحرية والسلطة ، وأن تعين الحدود المناسبة، ومن ثم فإن الإكراه القانوني هو ثمن يدفع مقابل الحريات الايجابية التي من هذا النوع لأننا نتنازل عن القليل فقط لنستعيد المزيد)، وكذلك تعريف الفقيه (مونتسكيو) للحرية ، بأنها (الحق فيما يسمح به القانون ، والمواطن الذي يبيح لنفسه مالا يبيحه القانون لن يتمتع بحريته ، لأن باقي المواطنين سيكون لهم القوة نفسها)؛ لذا تبدو الحرية وفقا لوجهة نظر أصحاب هذا الاتجاه وكأنها منحة من قبل السلطة ، لهذا يختلف ويتغير مفهومها باختلاف الأنظمة السياسية السائدة[1] .

أما الاتجاه الثاني : فيرى أن الحرية تستمد من الطبيعة الإنسانية ، سواء اعترفت بها الأنظمة الوضعية أم لم تعترف . ومن هذا القبيل تعريف الأستاذ (أندريه هوريو) للحرية (بأنها سلطة ، ولكن قبل أن تكون سلطة على الآخرين ، أنها سلطة على الذات . أن الإنسان حر لأنه بفضل عقله سيد نفسه) [2].

من هذا الاتجاه أيضا تعريف الدكتور ماجد راغب الحلو للحرية بأنها (إمكانيات

(١) د.كريم يوسف كشاكش ، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة ، دار المعارف في الإسكندرية ، ١٩٨٧، ص ٢٤ – ٢٥ أ د. عبد الوهاب محمد عبده خليل ، الصراع بين السلطة والحرية ،– رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ٢٠٠٤، ص ٤٦ أ ٤٧.

(٢) أندريه هوريو القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، الجزء الأول ، ترجمة علي مقلد وشفيق حداد وعبد الحسن سعد ، الأهلية للنشر والتوزيع ، بيروت، لبنان ، ١٩٧٤ ص ١٧٣.

يتمتع بها الفرد بسبب طبيعته البشرية أو نظرا لعضويته في المجتمع) [1]. وكذلك تعريف الدكتور زكريا إبراهيم للحرية بأنها (الملكة الخاصة التي تميز الإنسان من حيث هو موجود عاقل يصدر في أفعاله عن أرادته هو ، لاعن أية إرادة أخرى . فالحرية تعني انعدام القيد الخارجي)[2] .

ونشير أخيرا إلى اختلاف الفقه في مسالة التمييز بين اصطلاحي الحق والحرية ، فقد ذهب البعض إلى أن الحق ما هو إلا حرية اعترف بها القانون ، أي أن الحرية أوسع مدلولا من الحق ، وذهب آخرون إلى العكس من ذلك وانتهوا إلى أن الحق أوسع مدلولا من الحرية . إلا أن الاتجاه الغالب في الفقه يتجه إلى استخدام اصطلاحي الحق والحرية كمترادفين ، تأسيسا على أن كلاهما يرد إلى طبيعة واحدة ، وان التفرقة بينهما هي تفرقة شكلية بحته ، لأن تمتع الفرد بحرية معينة يعني أن له الحق في ممارستها أو عدم ممارستها [3]. ونحن بدورنا نشايع هذا الاتجاه الغالب .

المطلب الثاني
نسبية مفهوم الحرية

لاشك أن مفهوم الحرية مفهوم نسبي ، يختلف باختلاف الزمان والمكان ، فمفهوم الحرية في النظام اليوناني القديم يختلف عن مفهومها لدى مفكري الثورة الفرنسية ، وهذا الأخير يختلف بدوره عن مفهومها في القرن العشرين ، وفي هذا الصدد فقد كانت

(١) د.ماجد راغب الحلو ، القانون الدستوري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1986 ،ص ٣٨٥.

(٢) د.زكريا إبراهيم ،مشكلة الحرية ، مكتبة مصر بالقاهرة ، 1971 ، ص ١٨ أورده د.كريم يوسف كشاكش ، المصدر السابق ، ص ٢٨ ٢٩.

(٣)) د. عبد الوهاب محمد عبده خليل ، المصدر السابق ، ص ٤٨ ٤٩.

الولايات الشمالية في أمريكا تحارب الولايات الجنوبية إبان الحرب الأهلية الأمريكية ، وكل منهما يحارب من اجل مفهوم معين للحرية ، يختلف عن مفهوم الطرف الأخر[1] . ونظرا لأهمية هذا الموضوع سوف نلقي الضوء عليه في الفقرات آلاتية :

أولا / مفهوم الحرية في النظام اليوناني القديم، لم يكن مفهوم الحرية في الديمقراطيات اليونانية القديمة يعني وضع قيود على سلطة الحكام لضمان احترام الحريات ، فقد كان الفرد ، كما يقرر الأستاذ (كوليار)، خاضعا للدولة في كل شي دونما شروط أو قيود [2]، وكانت سلطة الدولة إزاء حقوق الأفراد ، سلطة استبدادية مطلقة لا يحدها حد أو قيد، ومع ذلك فقد كان اليوناني يعد نفسه حرا في ذلك الوقت ، لا لشي إلا لان مفهوم الحرية كان يعني في ذلك الوقت أن الفرد يتمتع بالحرية إذا كان تصرف الدولة لا يميز بين الأفراد بصدد تطبيق أو تنفيذ قاعدة عامة وضعت لجميع الأفراد على السواء، فقد كان هذا التعريف الحرية – كما يقرر العميد (ديجي) – مشتق من المساواة[3].

---

(١) د.عبد الحميد متولي – الحريات العامة أ نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها – منشاة المعارف بالإسكندرية – ١٩٧٤ – ص ٩ أ١٠أ ويشير الدكتور عبد الحميد متولي إلى أن الحرية كثيرا ما كانت شعارا أو وسيلة للوصول إلى السلطة أ ويورد في هذا الموضع مقولة مدام رولان الشهيرة والتي قالتها وهي أمام المقصلة لتنفيذ حكم الثورة بإعدامها عام (١٧٩٣) " أيتها الحرية كم من الجرائم ترتكب باسمك " المصدر السابق – ص ١٨ .

(2) Claude Albert Colliard – Libertes pupliques – 5eme – edition – Précis – Dalloz ،1975 – pp.26,27.

مشار إليه في د.سعاد الشرقاوي ، نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني ، موسوعة القضاء والفقه ، الجزء ٧٦ ، ص ١٥ أ١٦ .

(٣) د.عبد الحميد متولي ، الحريات العامة ، المصدر السابق ، ص ١٥ .

ثانيـًا :مفهوم الحرية إبان الثورة الفرنسية.

ونقف على هذا المفهوم من خلال تعريف إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عن الثورة الفرنسية عام (١٧٨٩) للحرية بأنها (حق الفرد في أن يفعل كل ما لا يضر بالآخرين ولا يمكن إخضاع ممارسة الحريات الطبيعية لقيود إلا من أجل تمكين أعضاء الجماعة الآخرين من التمتع بحقوقهم وهذه القيود لا يجوز فرضها إلا بقانون) .

ومنذ الثورة الفرنسية وطيلة القرن التاسع عشر كان ينظر إلى الحرية على أنها تورد قيود وحدود على سلطة الدولة ، وأنها وسيلة لمقاومة سلطان الحكام ، وانطلاقا من هذا المفهوم للحرية تقررت للإفراد حريات مختلفة في الديمقراطيات الغربية ، وفي مقدمتها الحرية الشخصية وأهم عناصرها حق الأمن وحرية الملكية وحرية الرأي وحرية العقيدة ....التي تسمى أيضا الحريات المدنية، والتي تختلف بدورها عن الحريات السياسية والتي تخول الفرد أن يشترك في شؤون الحكم – سواء اكان بطريق مباشر أم غير مباشر – والتي تشمل حق الانتخاب والتصويت في الاستفتاء والترشيح لعضوية الهيئات النيابية كالبرلمان والمجالس المحلية[1].

ثالثـًا : مفهوم الحرية في القرن العشرين .

لقد لحق مفهوم الحرية في القرن العشرين تطورا كبيرا ، فلم يعد ينظر إليها على أنها مجرد وسيلة لمقاومة سلطان الدولة ووضع القيود عليها استنادا إلى الاعتقاد الذي كان سائدا فيما سبق ، في أن مصدر الظلم والاضطهاد هم الحكام وان سلطة الدولة شر لابد منه ، وإنما أصبح تدخل الدولة في مختلف الميادين وخاصة ميادين النشاط الاقتصادي

(١) د.سعاد الشرقاوي ، نسبية الحريات العامة ،المصدر السابق ، ص ١٧ أ١٨ .

والاجتماعي ، أمر مقبولا وضروريا حتى في أكثر الدول الليبرالية ، وذلك لمعالجة ومواجهة الأزمات كالتضخم والبطالة والقيام بالإعمال التي يتطلبها الصالح العام ، بل أصبح التقدم الاقتصادي في العصر الحديث مستحيل التحقيق عن طريق الأفراد وحدهم دون تدخل الدولة[1].

المطلب الثالث
حدود الحرية

أصبح مبدأ المشروعية من المبادئ القانونية العامة واجبه التطبيق في كل دول العالم وذلك بغض النظر عن الاتجاهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تتبناها الدولة وتتخذ منها أهدافها وغاياتها ، حيث تخضع جميع السلطات في الدولة بصفة عامة للقانون .. [2]

لذلك فانه وفقا لمبدأ المشروعية تلتزم سلطة الضبط الإداري فيما تصدره من اعمال بقواعد القانون وتتدرج هذه القواعد في شكل هرمي بحيث تكون القاعدة الأعلى ملزمة للأدنى ، وهذا التدرج له صورتان : الاولى التدرج الموضوعي ومقتضاه ان تكون القاعدة العامة التنظيمية واجبة النفاذ في مواجهة القرارات الفردية، والثانية التدرج الشكلي وهو يعتمد على صفة الهيئة العامة التي تصدر القاعدة القانونية ومكانتها من تدرج الهيئات العامة في الدولة ، وكذلك يعتمد على الاجراءات والأشكال المقررة قانونا لإصدار هذه القاعدة بغض النظر عن فحواها وطبيعتها الذاتية، وبالتالي تعتبر الهيئة القائمة على وضع الدستور في قمة الهرم ثم تليها الهيئة التشريعية ثم الهيئة التنفيذية .

---

(١) د.عبد الحميد متولي ، الحريات العامة ، المصدر السابق ، ص ١٣ ، ١٤ .

(٢) . د.طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وخضوع الادارة العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص١٣ وما بعدها.

لاشك أن التأكيد على الحرية والحرص على احترامها وضمان ممارستها ، لا يعني بحال من الأحوال أن تكون مطلقة من كل قيد أو تنظيم ، فلا وجود للحرية المطلقة في ظل المجتمع المنظم بالدولة ، لان وجودها – على فرض حصوله – يعني انهيار الدولة وانتشار الفوضى ، ذلك أن مجال ممارسة الحرية هو المجتمع والذي يقتضي فرض قيود وشروط لممارستها ، حفاظا لحريات الآخرين والنظام العام للجماعة ، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ (الآن Alain) أن " الحرية لا تسير دون نظام كما أن النظام لا قيمة له دون حرية".[1]

لذا ينتهي البعض إلى أن تحقيق التوازن بين النظام العام والحرية يتأتى من خلال التوفيق بين أمرين : أولهما يتمثل في التسليم بضرورة السلطة وضرورة تدعيمها وتقويتها إلى الحد الكافي لتحقيق الأمن والسلام الجماعيين ، والثاني يتمثل في عدم المغالاة في دعمها وتقويتها ، حتى لا ينتهي بها الأمر إلى أن تصبح قوة مادية استبدادية لا ترعى حرمة ولا تحترم حقا لأحد؛ لذا ينتهي إلى ضرورة الاعتراف بمبدأ تحديد السلطة العامة وإخضاعها لبعض القيود ، وذلك للحيلولة بينها وبين التحكم والاستبداد (.[2]

هذا وان تنظيم ممارسة الحرية ووضع القيود عليها لا يعني الافتئات عليها وانتهاكها أو إهدارها ، وإنما يعني العمل على أن لا يضر الشخص الذي يمارس حريته بحقوق الآخرين وحرياتهم وان لا يضر بالنظام العام للمجتمع . و يشترط في هذا التنظيم أو التقييد للحرية أن لا يكون إلا بقانون صادر عن سلطة تشريعية منتخبة ، ولا يجوز

(١) د. عبد الوهاب محمد عبده خليل ، المصدر السابق ، ص ٢٦٩.

(٢) د.طعيمه الجرف ، نظرية الدولة ، المصدر السابق ، ص ٤٧١ أ٤٧٢.

لسلطة أخرى وضع القيود على الحرية إلا إذا كانت تحمل تفويضا بذلك ، وأن لا يصل مدى هذا التنظيم والتقييد إلى حد المصادرة الكلية للحق والحرية ، وأن يكون هذا التقييد والتنظيم ضمن الحدود المعقولة ، وأن يقرر من اجل مصلحة عامة ولأسباب ومبررات قوية تستدعي هذا الإجراء [1]. وهذا ما قرره نص المادة (٤٤) من الدستور الدائم لجمهورية العراق لعام (٢٠٠٥) بنصه على أن " لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناء عليه ، على ألا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية" .

(١) د.عاصم أحمد عجيلة و د. محمد رفعت عبد الوهاب – النظم السياسية – نهظة مصر للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الخامسة ، ١٩٩٢ – ص ١٢٣ أ ١٢٥.

المبحث الثالث
فكرة التوازن بين النظام العام والحريات العامة

أن النظام القانوني في أي دولة يقوم في الأساس على احداث التوازن بين الحقوق والحريات من جهة، والمصلحة العامة من جهة أخرى، ويتحقق هذا التوازن من خلال الحماية التي يوفرها النظام القانوني للجهتين، ويقتضى النظام العام تقييد حرية الأفراد من خلال سياسة التجريم والعقاب، ويتحقق ذلك إذا ما اقتضته الضرورة الاجتماعية، وبمعنى أدق ضرورة حماية المجتمع بوصفها مصلحة عامة.

يبدو أن فكرة التوازن بين القيم والمصالح التي يحميها القانون ترجع في أصولها إلى الأفكار التي ظهرت في القرن التاسع عشر كرد فعل للاتجاه المنطقي والأسلوب التجريدي الذي كان سائداً من قبل ،فقد أسهمت هذه الأفكار بدور كبير في بلورة مفهوم المصالح المحمية قانونا كمناط ومبرر للتأثيم القانوني والتجريم كصورة خاصة من هذا التأثيم، حيث أكدت أن القاعدة القانونية لا تنشأ من فراغ بحيث يقال: إن القاعدة خلقت وضعاَ قانونياَ أو اجتماعيا لم يكن له وجود من قبل، بل إن القاعدة القانونية إنما تتقرر لفض أو تنظيم صراع قائم بين قيم ومصالح اجتماعية متناقضة [1].

التوازن لا يعني المساواة المطلقة بين الحقوق والمصالح المختلفة، وانما المساواة تتم من خلال الدور او الفائدة التي تحققها للمجتمع، فاذا كان الدور الذي يؤديه مصلحتان متعارضتان واحداً أو متساوياً في تحقيق استقرار المجتمع فهما متساويان من حيث الجدارة بالحماية، فمثلا الدور الذي يؤديه الحق في النقد أو حرية التعبير والفائدة

(١) د.عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٧ ، ص ٣٩٤ .

التي يحققها هذا الحق للمجتمع تتجلى في تأمين الرقابة الشعبية على اداء الادارة والمؤسسات الحكومية، يتساوى من حيث القيمة مع الحق في الحياة الخاصة أو الحق في الشرف والاعتبار، مما يتطلب ضرورة التوازن بالتساوي بين هاتين المصلحتين، بحيث يكون الحق في النقد والتعبير في حدود عدم الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة أو الشرف أو الاعتبار، فيتحقق التوازن بالتساوي، أما اذا كان الدور الذي تؤديه المصالح في تحقيق الفائدة للمجتمع متفاوتا، فإن التوازن يتحقق من خلال الترجيح بين هذه المصالح، مثلا حق الدفاع الشرعي والذي يستمد سبب تبريره من تقييم المشرع بأن حق المعتدى عليه في الحياة أهم بالنسبة للمجتمع من حق المعتدي .

وسوف نبين مفهوم الضرورة والتناسب في أربعة مطالب، الاول نبين فيه المفهوم التقليدي للضرورة والتناسب ، والثاني المفهوم الوضعي للضرورة والتناسب، والثالث المفهوم الحديث للضرورة والتناسب والمطلب الاخير نخصصه لتطبيق هذا المفهوم في الدستور العراقي.

المطلب الأول
المفهوم التقليدي للموازنة والتناسب بين النظام العام والحريات العامة

يعكس تاريخ قانون العقوبات تطور مفهوم الضرورة والتناسب في التجريم، فبعد ان اندحرت افكار الانتقام التي تحكم المجتمعات البدائية لكي تجعل من بواعث الانتقام صيغة للضرورة التي تعطي للمنتقم الحق في التجريم والعقاب معا، وسادت مبادئ سيادة القانون، أصبح من الضروري صياغة مفهوم الضرورة الملجئة للتجريم على نحو يتفق مع هذه المبادئ[1].

(١) د. رمسيس بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي، منشأة معارف الاسكندرية، ١٩٧١، ص ٢١٥ .

وقد انعكست هذه المبادئ في السياسة الجنائية التقليدية والتي بدأت بلورتها منذ ظهر كتاب (روح القوانين)سنة ١٧٤٨لمونتسيكو،وتبعتها مؤلفات روسو، وبيكاريا، وبنتام، وفويرباخ، وكان الفضل في التعبير عن التجريم القائم على سيادة القانون لبيكاريا، فقد استمد الأساس الفلسفي لأرائه وللمدرسة التقليدية ككل من نظرية العقد الاجتماعي في تحديد اساس حق الدولة في العقاب، إذا كان للمدرسة فضل، في إظهار أهمية إعمال مبدأ الشرعية الجنائية في مجال التجريم والعقاب، بحيث لا تكون هناك جريمة ولا عقوبة إلا بمقتضى نص قانوني واضح ومحدد، وبحيث يقطع على القضاء كل سبيل للتحكم والهوى. فالتشريع وحده هو السبيل لتقرير العقوبات مثلما هو الحال في مجال التجريم، وهذا الأمر يستلزم الاستقلال التام بين السلطتين التشريعية والقضائية، فإلى الأولى يسند أمر تقرير الجرائم والعقوبات والى الثانية يسند أمر تطبيقها. لذا فلا يجوز للقضاة إعمال القياس في التجريم أو في العقاب، كما لا يجوز لهم إعمال التفسير الموسع الذي يخرج عن حدود النص الجنائي الواضح. فليس للقاضي أن يجرم ما ليس مجرمـًا ولا أن يعاقب بعقوبة غير التي نص عليها المشرع[١]،ولقد سجل إعلان حقوق الإنسان والمواطن البدايات الأولى لهذا المبدأ في عام١٧٨٩ بإعلانه أنه "لا يجوز إطلاقـًا عقاب شخص إلا بناء على قانون سابق على ارتكاب الجريمة و ليس للقانون أن ينص على عقوبات غير ضرورية"، كما أقرت مدونة العقوبات الفرنسية في عام١٧٩١ هذا المبدأ بصورة جامدة تمثلت في أخذها بمبدأ العقوبات المحددة والثابتة.

(١) سيزار دي بيكاريا،الجرائم والعقوبات،ترجمة د. يعقوب محمد حياتي،مؤسسة الكويت للتقدم العلميالإدارة التأليف والترجمة، ط١٩٨٥،١أص٦٥ .

كذلك لا يجوز للسلطة العامة (الدولة) أن تسرف في الحق في العقاب ولا أن تستعمله إلا بالقدر الذي يحقق المنفعة العامة المتمثلة، كما يرى بيكاريا في منع الجاني من تكرار جرمه في المستقبل ومنع أقرانه من تقليده. ففائدة العقوبة لا علاقة لها بالجريمة وقد وقعت بالفعل وإنما في نفعها في منع وقوع الجريمة مستقبلاً. فكأن وظيفة العقوبة على حد قول بيكاريا هي الردع والزجر وليس التمثيل والتنكيل بكائن حساس ولا هو إزالة الجريمة هذا الردع ينصرف إلي الجماعة ككل، وهو ما يطلق عليه الردع العام ،وكذلك ينصرف إلي المجرم نفسه بترهيبه بالعقوبة وإنذاره ، وهو ما يسمى بالردع الخاص .[1]

أن هدف العقوبة لدى المدرسة هو تحقيق الردع بشقيه العام والخاص، ويقوم هذا الردع على أساس خلقي يتمثل في تقويم إرادة المجرم وتهذيبها، فكان لابد من تحديد المسئولية الجنائية وحصرها في كل شخص أهل لتحملها من واقع ثبوت الإرادة وحرية الاختيار لديه، الأمر الذي لا يتوافر لدى عديمي الإرادة ولدى من يثبت جنونه أو صغر سنهِ. فالمجرم لدى أنصار المدرسة التقليدية ليس إنسانـًا وحشيـًا أو مريضـًا أو كافراً. وحرية الاختيار تلك، أي حرية الموازنة والخيرة بين طريق الخير وطريق الشر، لدى أنصار المدرسة الكلاسيكية متساوية لدى جميع الأفراد، مما يوجب المساواة التامة بين جميع المجرمين الذين يتمتعون بملكتي الإدراك والتمييز، وقد ترتب على هذه المساواة أن اعتمدت هذه المدرسة مبدأ العقوبة ذات الحد الواحد ، بحيث ينحصر دور القاضي في تطبيق العقوبة المقررة قانونـًا. وعلى هذا النحو فلا يوجد أي صدى لمبدأ تفريد العقوبة أي المغايرة في المعاملة العقابية حسب ظروف وشخصية كل مجرم على حدة.

(١) سيزار دي بيكاريا،الجرائم والعقوبات،مصدر سابق،ص٦٦ .

كما انتفى لدى أنصار هذه المدرسة الأخذ بفكرة المسؤولية المخففة أو الأخذ بنظام العفو الخاص. فضوابط التجريم والعقاب ضوابط مادية وموضوعية مجردة.[1]

دعى بيكاريا المشرعين الى إلغاء كل ما هو غير ضروري في المجموعة العقابية والذي يتمثل في أنواع التعذيب والعقوبات البالغة القسوة، وذهب بأن منع الجريمة في المستقبل لا يكون بشدة العقاب، وإنما يكون بالعقاب اليقيني، بالإضافة الى أن العقوبة يجب ان تكون نافعة وهي لا تكون كذلك إلا إذا كانت متناسبة من حيث التكيف مع مبلغ الضرر الذي أصاب المجتمع من جراء الجريمة، وأكد بيكاريا اعتناقه للمعيار المادي للتناسب في العقوبة في قوله بأن المعيار الحقيقي للجريمة في الضرر الذي أحدثته بالأمة لا في قصد الجاني[2].

تعتمد فكرة الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب في نظر السياسة الجنائية على اعتبارات الشرعية القائمة على سيادة القانون واعتبارات المادية بالنظر الى الضرر الذي أحدثه الفعل الاجرامي بالمجتمع، دون النظر إلى شخص المجرم.

اما المدرسة التقليدية الجديدة والتي احتفظت بالكثير من المبادئ التي تقوم عليها المدرسة التقليدية، إلا انها نظرت الى شخص المجرم لا من حيث مدى استعداده للعودة إلى الإجرام، وإنما بالنظر إلى عوامل شخصية تتمثل في سنه، وسوابقه، وتعليمه، وذكائه، وتكوينه العقلي، وميوله، مستندة الى أنه ليس من العدالة معاقبة المجرمين بقدر واحد من العقاب رغم اختلاف ظروفهم الشخصية، حيث اعتمدت مبدأ المسئولية

(١)د. يسر أنور علي، المدخل إلى دراسة القانون الجنائي، القاهرة،١٩٦٧، ص٣١٤ .

(٢) د.أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ١٥٦ .

الجنائية المتفاوتة أو غير المتكافئة، إذ يراعى في تقدير المسؤولية إلى جانب العوامل الموضوعية المتصلة بالواقعة الإجرامية ذاتها بعض الظروف والعوامل الشخصية المتصلة بالمجرم ذاته .[1]

ودعت هذه المدرسة الى تبني مبدأ تفاوت العقوبات بين حدين أقصى وأدنى، كي يكون للقاضي الجنائي السلطة التقديرية بين الحدين حسب ظروف كل واقعة وحسب شخصية كل جان، كما أولت هذه المدرسة عناية بدارسة التأثيرات النفسية والبيولوجية والاجتماعية التي تؤثر في الجانب الشخصي للمسؤولية الجنائية، كذلك اهتمت بالعناصر الشخصية المشددة للعقاب كعنصر سبق الإصرار والتمايز في المسؤولية بين من يرتكب الجريمة ونفسه هادئة وبين من يرتكبها في حالة استفزاز، ومن هنا عرف مبدأ المسئولية الجنائية المخففة، كما كان لهذه المدرسة الفضل في انتشار أنظمة التخفيف العقابي التي من صورها نظام الأعذار القانونية والظروف القضائية المخففة ووقف التنفيذ، وهي حلول اعتمدتها الكثير من التشريعات[2]،ومنها قانون العقوبات العراقي المعدل رقم١١١لسنة١٩٦٩ إذ تضمن هذه الأنظمة في المواد في الفصل الخامس والسادس من الكتاب الأول. [3]

فقانون العقوبات وفقاً للسياسة الجنائية (التقليدية، والتقليدية الجديدة)يتميز بالقانونية، لا بمعنى الشرعية، إذ يعني قيامه على مفاهيم قانونية مجردة بعيده عن

(١) د.علي عبد القادر القهوجي،ود٠ سامي عبد الكريم محمود،أصول علمي الاجرام والعقاب،ص ٢٤٠ .

(٢)د. يسر أنور علي و د. آمال عبد الرحيم عثمان ،، المدخل إلى دراسة القانون الجنائي، القاهرة ، ١٩٦٧ ، ص٢٠٠.

(٣) ينظرالمواد(١٤٠،١٢٨)عقوبات عراقي .

المفاهيم العلمية المتصلة بعوامل الجريمة وانعكاسها على اهداف العقوبات التي تؤثر في تحديد معنى الضرورة والتناسب، فقد اهتمت هذه السياسة بحماية الحرية الفردية للمجرم في مواجهة تعسف العقاب وقسوته، فأصبحت الجريمة مجرد كيان قانوني يعتمد على رؤية المشرع في التجريم التي يتقيد القاضي بها وفقا للمعايير التي يحددها القانون، وإذا كانت السياسة التقليدية الجديدة أضافت معيار العدالة إلى معيار النفعية في تناسب العقوبة، أنها اقتصرت على المفاهيم القانونية المجردة[1]،إلا أن هذه السياسة يعيبها أنها أهملت تماماً الاهتمام بفكرة الردع الخاص كهدف من أهداف العقوبة، بمعنى أنها قد أهملت جوانب الإصلاح والتهذيب المتعلقة بالجاني التي تحول بينه وبين معاودة ارتكاب الجريمة مرة أخرى.

المطلب الثاني
المفهوم الوضعي للموازنة والتناسب بين النظام العام والحريات العامة

نتيجة للانتقادات الموجهة للسياسة الجنائية التقليدية في مكافحة الظاهرة الإجرامية الذي يرجع إلى تعلقها بأفكار فلسفية(العقد الاجتماعي، العدالة المطلقة– نفعية العقوبة)مجردة حول الجريمة والعقوبة وإعطاء الاهتمام الأكبر للجريمة على حساب المجرم، فإنها قد عالجت أثار الفعل وأهملت مصدر الفعل ذاته.

ومن بين ما ساعد على انتشار المذهب العقابي الوضعي ظهور بعض الدراسات الإيطالية على يد الفقيد الإيطالي(إليرو)الذي أوضح إستحالة التناسب بين الجريمة والعقوبة، ومن ثم استحالة تحقيق العدالة الجنائية المطلقة. فتلك العدالة لن تكون في

(١) د. أحمد فتحي سرور،مصدر سابق،ص ١٥٦ .

جميع الأحوال إلا عدالة نسبية أو اتفاقية، الأمر الذي يهدم المسئولية الأخلاقية كأساس لتحقيق تلك العدالة، وقد تابع دراسات إليرو فقيه إيطالي أخر هو (جيوفاني بوفيو)الذي أوضح أن الجريمة لا تنشأ إلا نتيجة مساهمة العديد من العوامل الطبيعية والاجتماعية إلى جانب الإرادة الفردية الآثمة، وهو استخلاص ذو قيمة عالية يمثل أحد أسس المدرسة الوضعية[1]، وارتكزت أفكار المدرسة الوضعية على محورين: الاول أن المجرم ليس حرا في ارتكاب أفعاله ،والثاني أن المجرم تتوافر لديه خطورة تتطلب أن يكون رد فعل الدولة تجاهها واسعا لمواجهتها، وفي ضوء أفكار هذه المدرسة أقيمت سياسة جنائية تعلى شأن حماية الجماعة فوق جميع الاعتبارات، ومنها أفكار المسؤولية الشخصية، والتزام المشرع بفرض التدابير المانعة للجريمة قبل وقوعها، وقد وصف فيري هذه التدابير بأنها "بدائل عقابية "من شأنها أن تلغى أسباب الجريمة فتوفر على المجتمع ارتكابها وما يتبعها من دعوى وجزاء جنائيين ومثال ذلك مكافحة السكر والإدمان والبطالة عن طريق التوعية والتعليم والاهتمام برعاية الطفولة والنشئ وفتح فرص جديدة للعمل ...الخ، فكما يقول فيري "إن الطريق المظلم ليلا يكون مسرحا للعديد من الجرائم ولكي نواجه ذلك فيكفي أن يضاء الطريق ليلاً، فذلك أجدى في الدفاع ومكافحة الجريمة من أن تخصص الدولة عدداً من رجال الشرطة لمراقبة هذا الطريق"، فاجتثاث الجريمة من جذورها بالقضاء على أسبابها أفضل من مكافحة أثارها، وتلك التدابير عادة ما تستخدم قبل وقوع الفعل الإجرامي،وخاصة لمواجهة حالات الخطورة الفردية التي قد تفصح عن ميل نحو الجريمة، ومثال ذلك: التدابير التي تطبق

(١) د. يسر أنور علي ، الأصول العامة للقانون الجنائي ، القاهرة ، ١٩٦٩ ، ج ١ ، ص ٤٩،٥٠ .

في حالات التشرد والاشتباه لمنع حدوث الجريمة في المستقبل [1].

فضلاً عن التدابير المانعة، عرفت السياسة الجنائية الوضعية التدابير الاحترازية التي توقع على المجرمين والتي تتميز عن العقوبات، لأن التدابير مجموعة من الإجراءات القهرية التي يرصدها المجتمع من أجل مواجهة الخطورة الإجرامية الكامنة في الشخص التي تنبئ عن احتمال ارتكاب الجريمة في المستقبل، أي: أن التدبير لا يتوافر فيه معنى الألم المتوافر في العقوبة، أي: أنه يتجرد من المضمون الأخلاقي الذي يعطي للعقوبة أهم خصائصها، فالغرض النفعي – المتمثل في الدفاع عن المجتمع ضد خطورة المجرم لمنع ارتكابه لجرائم جديدة – هو الغرض الأساسي للتدابير، كذلك أن التدابير إجراءات قسرية توقع جبراً على من توافرت فيه الخطورة الإجرامية، ومن ثم فهي لا تؤسس على فكرة المسؤولية الجنائية وإنما على أساس الخطورة المستقبلية للمجرم. لذا فمن المتصور توقيعها مِن قبل مَن لم تتوافر فيه شروط المسئولية الجنائية، كالمجنون وناقص الأهلية وصغير السن ...الخ *0* [2]

وكان لفكر هذه المدرسة أثره في الدعوة للأخذ بنظم جنائية جديدة، مثل العفو ووقف التنفيذ والإفراج الشرطي وتأجيل النطق بالعقوبة والوضع تحت الاختبار، تلك النظم التي تبنتها الكثير من التشريعات، منها قانون العقوبات الإيطالي لعام١٩٣٠والبولندي لسنة١٩٣٢والسويسري في عام ١٩٣٧.كما تأثر بها المشرع المصري في عام١٩٠٨ بإصداره قانون الأحداث المشردين، كما أخذ بها المشرع المصري في قانون العقوبات الحالي لعام١٩٣٧عندما أخذ ببعض التدابير الوقائية

(1) MERLE (R.),ET VITU (A.), Traité De Droit, Crimin‹al, Cujas, Paris, 1997.

(٢) د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، دار النهضة العربية، ١٩٦٦، ص١٢٦ .

(كالمصادرة– وغلق المنشأة ...الخ)، كما اعتمد أسلوب التدابير مشروع قانون العقوبات لعام١٩٦٧ عندما ميز بين التدابير الجنائية التي تطبق على المجرم بعد ثبوت ارتكابه لفعل إجرامي وبين تدابير الدفاع الاجتماعي التي تهدف لمواجهة حالات الخطورة الإجرامية المجردة قبل وقوع الفعل الإجرامي (كالتشرد والاشتباه).

أن السياسة الجنائية التقليدية (والتقليدية الجديدة) والوضعية لم تعطي نموذجا صالحا لقيام الضرورة والتناسب على اعتبارات سليمة لإحداث توازن بين الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة التي تتمثل في تحقيق أهداف العقوبة؛ إذ بالغت المدرسة الوضعية في الاعتداد بالمجرم وخطورته الى جانب انكارها على نحو مطلق حرية الاختيار، وتجاهلت فكرة العدالة والردع العام وانتهت الى استبعاد العقوبة وإحلال التدابير التي كانت توقع على بعض المجرمين حتى لو لم يقوموا بارتكاب جريمة معينة؛ إذ اعطت الأولوية للجماعة على حساب حماية الحقوق والحرية، أما الفكر التقليدي فقد أسرف في التجريد والمساواة ولم يعر أي اهمية لشخص المجرم .

أن هذه الافكار المتباينة أدت الى ظهور مدارس وسطية حاولت التوفيق بينهما، ومنها المدرسة الوضعية الانتقادية في ايطاليا والاتحاد الدولي لقانون العقوبات، وقد اعترف هذا الاتحاد بنظام العقوبة لتحقيق الردع العام مع الاعتماد على التفريد التنفيذي للعقوبة بقصد إصلاح المجرم أو استبعاده، واعترف ايضا بالتدابير الاحترازية في الاحوال التي تعجز العقوبة عن مواجهتها ولعل أهم ما يميز فكر هذا الاتحاد في ميدان التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة هو إحاطة التدابير الاحترازية بالضمانات

واشتراط أن يكون فرضها بحكم قضائي وبناء على قانون[1] التي تجسدت في أغلب التشريعات الجنائية ومنها قانون العقوبات العراقي المعدل رقم ١١١لسنة ١٩٦٩ فقد تضمن النص على اعذار قانونية والظروف القضائية المخففة في المواد(١٢٨،١٣٤)،اضافة الى الظروف المشددة العامة في المادة(١٣٥) ،والظروف المشددة الخاصة مثلا في المادة(٤٤٠).

وقد تضمن قانون العقوبات العراقي احكام وقف التنفيذ في المواد(١٤٤،١٤٩) إذ تضمنت المادتين (١٤٤،١٤٥) بيان المقصود بوقف التنفيذ وكذلك شروطه، أما المادة (١٤٦) فقد تضمنت مدة وقف التنفيذ وهي ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ الحكم، أما المادة (١٤٧) فقد تضمنت حالات إلغاء وقف التنفيذ، أما بالنسبة الى أثار وقف التنفيذ فقد تضمنتها المادتين (١٤٨،١٤٩)،كما نصت المادة(١٤٩) على انه (أذا انقضت مدة التجربة دون أن يصدر حكم بإلغاء الإيقاف وفقا لأحكام م/ ١٤٧ اعتبر الحكم كأن لم يكن وألغيت الكفالة المشار اليها في م/ ١٤٥).

وقد خصص المشرع العراقي لأحكام الافراج الشرطي المواد(٣٣١، ٣٣٧)من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل بالقانون رقم ٨٧ بتاريخ ٢٠٠١/١/١ ،إذ اجاز الافراج الشرطي عن المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية،إذا امضى ثلاثة ارباع مدتها،على أن لا تقل عن ستة أشهر، تبين خلالها انه حسن سلوكه .

أخذ قانون العقوبات العراقي بنظام العفو، الذي يعني نزول الهيئة الاجتماعية عن كل حقوقها المترتبة على الجريمة او بعضها وللعفو نوعان: عام وفق المادة١٥٠ عقوبات

(١) د. أحمد فتحي سرور،القانون الجنائي الستوري،مصدر سابق،ص ١٦١ .

نافذ فقد نصت(تسقط الجريمة بأحد الاسباب التالية٢، العفو العام) والمادة (١٥٣) التي نصت احكام العفو العام، وهناك عفو خاص وفق المادة(١٥٤)من قانون العقوبات العراقي النافذ.

المطلب الثالث
المفهوم المعاصر للموازنة والتناسب بين النظام العام والحريات العامة

تبلورت حركة الدفاع الاجتماعي على يد محام إيطالي هو فيليب جراماتيكا مؤسس مركز دراسات الدفاع الاجتماعي في جنوا سنة ١٩٤٥، وتحت تأثير أفكار علم الاجرام وسائر العلوم الانسانية، فقد بدأ جراماتيكا أفكاره بانتقاد المفاهيم التقليدية للقانون الجنائي المرتبطة بالجريمة والمسئولية الجنائية، على أساس أن هذه المفاهيم ما زالت تجعل من الفعل الإجرامي محوراً للنظام الجنائي، مع التغافل عن شخص الفاعل نفسه، وعلى هذا ارتبطت المسئولية بالواقعة المسندة وصار تطبيق العقوبة يجرى على نحو تلقائي لا يحتاج سوى النظر إلى الجريمة والعقوبة المقررة[١]، ففي القانون الجنائي التقليدي يرتكز بنيان الجريمة على مقدار ما تمثله من ضرر على المجتمع أو خطر عليه، كما أن العقوبة ترتبط بالجسامة الذاتية للسلوك ومدى كثافة ما يمثله من ضرر ومقدار ما ينتج عنه من خطر، ومن ثم تصبح العقوبة موضوعية المعيار لا علاقة بينها وبين شخص الفاعل، وعلى هذا فيرى جراماتيكا إلغاء قانون العقوبات بمفاهيمه المرتبطة بالجريمة والمسئولية وإحلاله بقانون أخر للدفاع الاجتماعي، يستعاض فيه عن الجريمة باسم "الانحراف أو العصيان الاجتماعي" وبدلاً من المجرم يستبدل به "الشخص المضاد

(١) محمود طه جلال، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص٢٠٠.

للمجتمع" أو صاحب السلوك اللااجتماعي، وأن يستبدل بالعقوبة بعض تدابير الدفاع الاجتماعي[1].

وعلى هذا فإن جراماتيكا يرى في الدفاع الاجتماعي نظاماً قانونياً مستقلاً يحل محل القانون الجزائي لا أن يندمج فيه أو يتكامل معه.[2]

انتقد جراماتيكا فكرة المسؤولية الجنائية بمفهومها التقليدي المرتبط بالجريمة وبالخطأ قائلاً أن هذا المفهوم قاصر عن أن يدفع عن المجتمع حالات الانحراف التي لا ترقى إلى مستوى الجريمة ، كما لا تكفل الحماية الوقائية للمجتمع قبل وقوع الجريمة نفسها. لذا فإن جراماتيكا يقترح استبدال فكرة المسؤولية الجنائية بفكرة أوسع هى فكرة "التكيف الاجتماعي، ولديه أن القانون المقترح ، "قانون الدفاع الاجتماعي"– يجب أن يهدف إلى مناهضة كل شكل من أشكال عدم التكيف الاجتماعي ، سواء ظهر عدم التكيف في صورة جريمة أو ظهر في أي شكل أدنى من ذلك. وهو في هذا السبيل يقترح استخدام عدد من تدابير الدفاع الاجتماعي يكون غرضها الوقاية والعلاج والتربية ، وأساسها الدراسة العلمية والتجريبية وفق معطيات العلوم الإنسانية ، كتشغيل العاطلين ونشر التعليم والتثقيف بالنسبة للأميين وعلاج المرضى والشواذ ... الخ. وتلك التدابير ليست جزاءات ولكنها وسائل تربوية وعلاجية ووقائية تنفذ على الفرد غير المتكيف اجتماعيا (مجرم أو غير مجرم) إكراهاً، على نحو ما يحدث بالنسبة للمريض بمرض معدٍ أو المجانين، وتنفذ في أماكن أبعد ما تكون عن معنى السجن.

---

(١) د. محمد زكي أبو عامر، دراسة في علم العقاب، دار المطبوعات الجامعية، مصر ١٩٨٥، ص٣٦٦.

(2) R. Schmelck et G. Picca, op. cit., p.59 et s; R. Merle et A. Vitu op. cit., p. 34 et *s.*

وقد اشتراط جراماتيكا في هذه التدابير التي ستحل محل العقوبات، أن تكون موحده، وأن تشتمل على تدابير وقائية، وأن تكون غير محددة المدة بحيث يمكن تعديلها أو تبديلها أو إلغائها خلال التنفيذ، وفق ما تسفر عنه عمليات الرقابة على شخصية الإنسان غير المتكيف اجتماعياً.(1)

لقد نادى جراماتيكا بجعل الجوانب الشخصية للفرد، سواء الاجتماعية ام البيولوجية أم النفسية، وليس جسامة الضرر الناشئ عن الجريمة، محوراً لاهتمام قانون الدفاع الاجتماعي المقترح. وعلى هذا فالجزاء (التدابير الاجتماعية عند جراماتيكا) ينبغي ألا يرتبط بم تحويه الجريمة من ضرر أو بما تمثله من خطر وإنما يرتبط بالتقدير الشخصي للفاعل في ضوء الظروف التي أحاطت بسلوكه، إذاً ترتبط المسؤولية عند جراماتيكا بالحالة النفسية والصحية لصاحب كل سلوك منحرف. ومن ثم تصبح المسئولية الجنائية مجرد إعلان بوجود نفسية فردية مضادة للمجتمع، أي: تنبئ عن فرد غير متكيف اجتماعياً.

على هذا النحو يصبح للجزاء هدف أسمى هو إصلاح هذا الانحراف"عدم التكيف أو العصيان الاجتماعي"تمهيداً لعودة الفرد إلى حياة الجماعة الطبيعية.هذا الأمر يقتضى الأخذ بتدابير متنوعة ومتفاوتة بحسب التكوين النفسي وبحسب القالب الاجتماعي للفاعل. فلم يعد المبدأ"هو أن لكل جريمة عقوبتها" ولكن أصبح المبدأ هو أن"لكل شخص غير متكيف اجتماعيًا تدبير يلائمه".

(1) M. Ancel, La défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste, Paris, 2ème éd. Cujas, 1966 et éd. Paris 1981.

ترجمة د. حسن علام،منشأة المعارف،الإسكندرية،١٩٩١،ص١٢٠.

بيد أن جراماتيكا يؤكد على أن بلوغ تلك الأهداف بطريقة متكاملة وعامة يوجب أن تمتد الثورة الإصلاحية لتشمل كل مناحي الحياة الاجتماعية من نظام أسري واقتصادي وتعليمي وصحي. بمعنى أخر وجوب إتباع سياسة اجتماعية تقضي على أسباب الانحراف أو العصيان الاجتماعي في مهده.

وفي عام ١٩٥٤ ظهرت حركة جديدة للدفاع الاجتماعي على يد المستشار (مارك آنسل) سجلها في مؤلفه عن الدفاع الاجتماعي، وقد نجح صاحب هذه الحركة في الجمع بين الأساس العلمي للمدرسة الوضعية وبين حماية الحقوق والحريات0[1]

فبعد أن رفض الأفكار القانونية التجريدية التي قامت عليها المدرسة التقليدية وأخذ بمنطق المدرسة الوضعية فيما يتعلق بضرورة مراعاة شخصية المجرم لتحقيق الردع الخاص ، نظرا إلى الجريمة بوصفها واقعة انسانية مرتكبها ليس شيئا آخر غير الإنسان[2].

ونادى بضرورة احترام حقوق الانسان ،والاعتداد بإرادته الحرة كأساس للمسؤولية الجنائية ،كذلك احترام مبدأ الشرعية ،ومبدأ ممارسة القاضي دوره في الخصومة الجنائية من خلال اجراءات مشروعة، كذلك بإدماج قانون العقوبات مع التدابير الاحترازية لكي تخضع جميعها لمبدأ الشرعية ، ورفضت الأخذ بالتدابير المانعة التي تفرض قبل وقوع الجريمة مالم تتوافر الضمانات اللازمة لحماية حريته الشخصية ، الأمر الذي يتطلب عدم جواز فرض هذه التدابير إلا وفقا للقانون[3].

---

(١) د.محمود نجيب حسني،علم الاجرام والعقاب،دار النهضة العربية،١٩٨٢،ص٢٣٢ .

(٢) د.أحمد فتحي سرور،مصدر سابق،ص١٦٢ .

(٣) المصدر نفسه،ص٢٣٣ .

ومع ذلك ، فقد ظهر اتجاه نحو تصحيح مسار السياسة التقليدية الجديدة في ضوء حركة الدفاع الاجتماعي الجديد، يتمثل في وجوب الاهتمام بدراسة المجرم استنادا الى الأبحاث الحديثة من أن اجرام الفرد تتداخل فيه عوامل عديدة ، لذلك فرد فعل المجتمع حيال المجرم والجريمة يجب أن يراعى فيه أساسا فكرة ازالة العوامل والأسباب المؤدية للإجرام وتأهيل المحكوم عليه واعداد للحياة الاجتماعية ، فالسياسة الجنائية يجب أن توجه الى المجرم وعلاجه بدلا من أن توجه للجريمة ، والتدبير الذي يتخذ حيال المجرم يجب أن يراعى فيه وقاية المجتمع من الجريمة والمجرم وعلاجه وتقويمه في الوقت ذاته[1].

وفي ظل هذه التيارات الفكرية المختلفة التي تأثرت بها بعض التشريعات الجنائية ، ظهر اتجاه فيتمثل في عدم وجوب اعتماد قواعد التجريم كوسيلة لمكافحة الاجرام ، فالجريمة ظاهرة اجتماعية، واعتبار كافة قطاعات المجتمع مسؤولة عن مكافحتها، ومنها القطاع الجنائي ، وهذا ما عبر عنه بوضوح المؤتمر السادس لوزراء العدل في أوربا، وكذلك الندوة العلمية الثالثة للجمعيات الدولية المعنية بالعلوم الجنائية المنعقدة في بيلاجو بإيطاليا سنة ١٩٧٣ التي تركزت معظم مناقشاتها حول ضرورة عدم الاسراف بالتجريم أو ما يسمى بالحد من التجريم [2]كذلك فقد لقي هذا الاتجاه عناية المؤتمر الدولي الخامس لمكافحة الجريمة ومعاملة المدنيين الذي عقدته الأمم المتحدة في جنيف سنة ١٩٧٥، والذي أكد على أن الضرورة لا تتوفر دائما في اللجوء الى التجريم

(١) د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات الخاص، جرائم الاضرار بالمصلحة العامة، ص ٢١١ .

(٢) د. أحمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص١٦٥ .

والعقاب من أجل مكافحة الافعال غير المشروعة[1]وظهر ذلك في الغاء تجريم بعض الأفعال في فرنسا، مثل: الزنا(منذ ١٩٧٥)، والاجهاض (منذ ١٩٩٣)، والى جانب الدعوة الى اللاتجريم ، ظهر اتجاه في السياسة الجنائية الى الحد من العقاب ، ويعني إما الغاء بعض العقوبات أو منع تعدد العقوبات، ومعيار الاتجاه نحو الحد من التجريم والعقاب هو انتفاء الضرورة والتناسب، ولا يجوز الالتجاء الى التدخل الجنائي الا إذا كان هو الوسيلة اللازمة لحماية الحقوق والحريات عندما تتعرض للاعتداء أو لحماية المصلحة الاجتماعية [2].

وفي صدد العلاقة بين الضرورة والتناسب بين المصلحة العامة والحريات العامة للأفراد؛ إذ أكد إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩ الذي اتخذه المجلس الدستوري الفرنسي أساسا لاشتراط الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب، إذ نصت المادة الخامسة من هذا الاعلان على أنه لا يجوز للتشريع أن يمنع سوى الأعمال الضارة بالمجتمع وأن المادة الثامنة منه قد نصت على ان التشريع لا يمكنه أن يفرض سوى عقوبات ضرورية على وجه الدقة واليقين، وكذلك تضمن الاعلان العالمي لحقوق الانسان عام ١٩٤٨ حيث نصت المادة الخامسة منه على عدم تعريض الانسان للعقوبات القاسية أو الوحشية أو الإحاطة بالكرامة ،واجازت المادة الثامنة من هذا الاعلان لكل شخص الحق في ان يلجأ الى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها

(١) د.أحمد فتحي سرور، المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الخامس بالذكرى السنوية لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٣، ص٤٦٤ .

(٢) د.أحمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص١٦٥ .

" اعتداء" على الحقوق الاساسية التي يمنحها له القانون، كما نصت المادة الثانية عشر من الاعلان المذكور على عدم جواز تعريض أحد للتدخل التعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو لحملات على شرفه وسمعته.

كما جاء العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة فأكد مبدأ عدم خضوع أحد لعقوبات قاسية أو غير انسانية أو حاطه بالكرامة (المادة السابعة)،ولم يجز المساس بحرية أحد مالم تكن هناك اسباب تدعو الى ذلك وفقا للإجراءات المنصوص عليها في التشريع (المادة التاسعة).

المطلب الرابع
الموازنة بين النظام العام وضرورة حماية الحريات العامة في دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥

عبر دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ عن فكرة الضرورة والتناسب فيما يتعلق بالحقوق والحريات فالمادة (٤٦)نصت على أنه(لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها الا بقانون أو بناء عليه، على ان لايمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية٠فإن مبدأ التناسب الذي لا تقوم الضرورة في التجريم إلا بمراعاته، يتمتع في ذاته بذات القيمة الدستورية التي تتمتع بها سائر الحقوق والحريات والمصلحة العامة؛ لأنه من خلال احترام هذا المبدأ يتم احترام كافة القيم الدستورية التي نالت حماية الدستور بطريقة منطقية متوازية .

تتوقف الحماية الدستورية على التوازن بين كل من القيم الدستورية للحقوق والحريات، والقيم الدستورية للمصلحة العامة، على نحو يضمن عدم التفريط فى أى من هذه القيم المختلفة وعلى المشرع مسؤولية تنظيم ممارسة الضمانات الدستورية من خلال شكل التوازن الذى يجريه بين مختلف الحقوق والحريات وبين المصلحة

العامة، ويعد التشريع الجنائي من أهم المجالات التي يبدو فيها بعض الاختلاف بين مختلف الحقوق والحريات من جهة وبينها وبين المصلحة العامة من جهة أخرى، فهذا التشريع يتحمل مسئولية تحقيق التوازن الذى يوقف هذا الصراع ويكفل حماية كل من الحقوق والحريات والمصلحة العامة بقدر متناسب• ويلتزم المشرع في سبيل كفالة هذه الحماية باحترام الضمانات التي ينص عليها الدستور، فقانون العقوبات من خلال التجريم والعقاب يحمى كلا من حقوق المجنى عليه والمصلحة العامة بحكم الضرورة الاجتماعية التي تتطلب هذه الحماية، ويفرض الجزاء الجنائي المناسب الذى يتسم بالمعقولية، ولا ينافى الحدود المنطقية التي ينبغي أن تكون إطارا له، وكل ذلك يتم من خلال معايير ينص عليها الدستور تتمثل في ضمانات يتعين على المشرع العقابي الالتزام بها.

إن موضوع الحقوق والحريات العامة أهمية بالغة في أنها من بين الركائز التي يقوم عليها النظام الديمقراطي في العصر الحالي، وتتضمن الدساتير مجموعة من الحقوق والحريات التي يتمتع بها أفراد المجتمع داخل الدولة، لكفالة احترامها وتحقيق ضمانات ممارستها، ووضع القيود التي تحد من تقييد السلطات العامة لها، بشرط أن يبقى في حدود عدم مساسها بحقوق وحريات الآخرين وعدم الأضرار بالمصالح الأخرى للمجتمع. (١)

وتحقيقيا لذلك فقد ورد في الفقرة (ج)من المادة الثانية من دستور جمهورية العراق لعام٢٠٠٥ : " لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في

(١) د.إسماعيل مرزة،مبادىء القانون الدستوري والعلوم السياسية،النظرية العامة في الدساتير،ط٣، ٢٠٠٤،ص١٦٩.

هذا الدستور".كما ورد في الباب الثاني منه الخاص بالحقوق والحريات جمع من الحقوق المدنية السياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في المواد(١٤ – ٣٦).ونص في المواد(٣٧ – ٤٦)على الحريات العامة، غير انه مما يسجل على هذا الدستور انه وفي المادة(٤٦) منه قد منح السلطة التنفيذية الحق في تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة فيه في الوقت الذي يجب ان لا يملك الحق في ذلك سوى البرلمان ممثل الارادة العامة.

هذا وان الأنماط والأساليب المختلفة التي يتم بها تنظيم ممارسة الحريات ، هي أسلوب إباحة النشاط ، وأسلوب الإخطار ، وأسلوب الترخيص ، وأسلوب حظر النشاط ، وأسلوب الأمر ، وأخيرا أسلوب إيقاع الجزاءات القمعية (.(١

(١) وهذه الأساليب بشكل موجز هي :

١- أسلوب إباحة النشاط .

ويمثل هذا الأسلوب القاعدة العامة في ممارسة كافة الحريات، والذي يأتي تطبيقا للقاعدة العامة، في أن كل ما لا يحظره القانون أو يستلزم بشأنه أجراء معين فهو جائز ، وإننا نرى من جهتنا أن هذا الأسلوب يأتي تطبيقا لمبدأ الاستصحاب المعروف في الفقه الإسلامي كأحد مصادر القاعدة الشرعية، والذي يقضي أن الأصل في الأشياء الإباحة .

٢- أسلوب الإخطار .

والذي يكون من مقتضاه عدم جواز ممارسة نشاط معين إلا بعد أخطار الإدارة سلفا بالعزم على ممارسته، وتكمن الحكمة من هذا الأسلوب في إتاحة الفرصة للإدارة لاتخاذ الإجراءات الكفيلة بالحفاظ على ممارسته دون المساس بالنظام العام، والمثال على ذلك هو ممارسة حرية الاجتماع .

٣- أسلوب الترخيص المسبق .

بموجب هذا الأسلوب لا يجوز ممارسة بعض الحقوق والحريات إلا بعد الحصول على ترخيص مسبق من الجهة الإدارية المختصة، وفق شروط وإجراءات خاصة، ومثاله ضرورة الحصول على ترخيص بالبناء قبل

النظام القانوني في أية دولة يقوم في الأساس على إحداث التوازن بين الحقوق والحريات من جهة، وبين المصلحة العامة من جهة أخرى، ويتحقق هذا التوازن من خلال الحماية التي يوفرها النظام القانوني للجهتين، والواقع أن المشرع في سبيل حمايته للحقوق والحريات يراعى إحداث التوازن بين هذه الحماية وبين ما يتمتع به الغير من حقوق وحريات من ناحية، وكذلك التوازن بين هذه الحماية وبين المصلحة العامة التي تتجسد في النظام العام من ناحية أخرى، ويقتضى النظام العام تقييد حرية الأفراد من خلال سياسة التجريم والعقاب، ويتحقق ذلك إذا ما اقتضته الضرورة الإجتماعية، وبمعنى أدق ضرورة حماية المجتمع بوصفها مصلحة عامة[1].

الشروع في إقامته .

٤- أسلوب حظر النشاط .

والذي يعني حظر ممارسة الأفراد لبعض حقوقهم وحرياتهم في أماكن معينة أو أوقات معينة، وقد يكون هذا الحظر بصورة مطلقة كحظر ممارسة حق الإضراب، أو يكون جزئيا كحظر حرية الانتقال في أماكن معينة أو أوقات محددة .

٥- أسلوب الأمر .

والذي يأخذ طابع الإنذار بالكف عن الاستمرار في وضع ضار بالنظام العام، ومثاله الأمر الصادر بهدم عقار آيل للسقوط حفاظا على أرواح ساكنيه .

٦- أسلوب الجزاء القمعي .

ويأخذ شكل الجزاء الذي توقعه الإدارة على بعض نشاطات الأفراد التي لايمكن التهاون معها، كسحب رخصة قيادة السيارة إذا كان السائق يسير بشكل ينذر بالخطر، أو سحب رخصة مزاولة نشاط تجاري معين إذا كان فيه ما يهدد الصحة العامة .

- انظر في هذه الأساليب، د. عبد الوهاب محمد عبده خليل – المصدر السابق – ص (٢٦٩ – ٢٧٥)، د.عاصم أحمد عجيلة و د. محمد رفعت عبد الوهاب – المصدر السابق – ص ١٢٣، ١٢٤ .

(١) د.رمسيس بهنام، مصدر سابق، ١٩٩٤ .

أن التوازن بين الحقوق والحريات وسائر القيم الدستورية، بما في ذلك المصلحة العامة، يجيز تجريم بعض أنواع السوك والعقاب عليها بشرط أن يستند التجريم والعقاب على أساس الضرورة الاجتماعية والتناسب، إلا أن هذا التدخل الجنائي لا يجوز بحسب الأصل أن يكون مدخلاً للمساس بجوهر الحقوق والحريات، فالتوازن يتطلب وضع الحدود لممارستها دون أن يتطلب أو يسمح بتقييدها بما ينال من جوهرها أو محتواه[1]، ويدق الأمر بوجه خاص بالنسبة إلى الحقوق والحريات التي تتمتع بالحماية الدستورية ،ففي هذه الحالة لا يجوز للمشرع أن ينظم ممارسة هذه الحقوق والحريات إلا بالتوازن مع غيرها من القيم الدستورية، في حدود سلطته التقديرية مالم يقيد الدستور هذه الممارسة بضوابط تحد من إطلاقها؛ إذ لا يجوز اقتحامها أو تخصيصيها.

وأكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية على أنه لا يجوز فرض قيود على حرية الاجتماع من أجل تنظيمها إلا إذا حملتها عليها خطورة المصالح التي وجهتها لتقريرها، وكان لها كذلك سند من ثقلها وخطورتها، وكان تدخلها من خلال هذه القيود بقدر حدة هذه المصالح ومداها [2].

فمثلا عقوبات تستمد حدود مشروعيتها من الدستور، فالحق في الحياة، والحرية الشخصية، بالنسبة للحق في الحياة، أجاز قانون العقوبات العراقي النافذ رقم ١١١لسنة ١٩٦٩ الحكم بالإعدام مما يعد مساساً بجوهر الحق في الحياة، إلان هذا المساس

(١) د.أحمد فتحي سرورٱمصدر سابقٱص ٥ .

(٢) دستورية عليا في ٣ يونيو سنة ٢٠٠٠ في القضية رقم ١٥٣لسنة ٢١ قضائية دستورية٠ينظر أحمد فتحي سرورٱمصدر سابقٱص٢٣٥ .

يستمد أصوله من الدستور ذاته الذي نص في مادته الثانية أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، فوفقا للشريعة الإسلامية يجوز توقيع عقوبة الإعدام في كل من جرائم الحدود والقصاص والتعزيز، أما بالنسبة الى الحرية الشخصية، فالشبهة قد تثور بشأن العقوبات السالبة للحرية، وخاصة عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة، إلا أن هذه الشبهة لا محل لها من باعتبار أن نصوص الدستور متكاملة متساندة، فقد نصت المادة(٣٧)من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥على الضمانات التي يجب أن يتمتع بها كل من يحبس أو يقيد حريته بما يحفظ كرامة الإنسان مع عدم جواز إيذائه بدنيا أو معنويـًا، وقد حددت قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين الضمانات التي يجب أن يتمتع بها المسجونون الضمانات التي أصدرتها الأمم المتحدة، والتي تمثل في حد ذاتها الحد الأدنى للضمانات التي يجب أن تأخذ بها الدول الديمقراطية[1].وواقع الأمر، أن إيلام المحكوم عليه بالعقوبة السالبة للحرية لا يجوز أن يتخطى الحد الأدنى لحقوق الانسان، فإذا حرم السجين من حقوقه الإنسانية، فإنه سوف يتجرد تمامـًا من الوسائل التي يحتاج إليها من أجل تنمية شخصيته مما يفقده إمكانات الحياة الشريفة داخل المجتمع، فإيلام المحكوم عليه لا يمكن أن يتحول إلى امتهان لكرامته وتعذيب لآدميته، وإنما هو مجرد وسيلة لإصلاح المجرم وإعادته إلى حظيرة المجتمع، ولذلك كان طبيعيـًا أن تأخذ كثير من الدول الديمقراطية بنظام الإشراف القضائي على التنفيذ، باعتبار أن القاضي هو الحارس الطبيعي للحريات.

(١) د.أحمد فتحي سرورأمصدر سابق ص٢٣٧ .

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة قد وصلنا الى جملة من النتائج و التوصيات كالآتي:

أولاً: النتائج:

١-يعد مفهوم النظام العام من المفاهيم المرنة فلم يتفق الفقهاء رغم محاولتهم على وضع تعريف كامل شامل لتحديد مفهوم النظام العامة، ولكنهم لم يترددو في استخدام هذا المفهوم لتفسير جميع نظريات القانون الإداري.

٢- إن المصلحة هي تقدير لشيء بوصفه مفيداً، فهي عملية عقلية تتناول الشيء من خلال تقييم منفعته وصلاحيته لإشباع الحاجة ،فهي إذاً حكم صاحب الحاجة على فائدة شيء بوصفه وسيلة لإشباع حاجته، لأن ما يُعدّ مصلحة عند شخص قد لا يُعدّ كذلك عند شخص أخر، وما يُعدّ مصلحة في زمان أو مكان معين قد لا يُعدّ كذلك في مكان أو زمان أخر فهي منوطة بالظرف الذي يكون فيه للفرد بحسب الواقع حاجة معينه ، فحالة الفرد هي التي تقدر وجودها من عدمه.

٣- النظام العام في مجال القانون الإداري له مفهوم خاص يختلف عن مفهومه في المجالات الأخرى ، ففكرة النظام العام في مجال القانون الإداري لا تقتصر على النظام العام المادي ، الامن العام ، السكينة العامة ، والصحة العامة ، بل انها تتسع لتشمل ما يعرف بالنظام العام الادبي او الآداب والاخلاق العامة وطبقته أحكام القضاء الإداري، بيد ان مفهوم النظام العام في مجال الضبط الإداري لا يتسع ليشمل ما يعرف بالنظام العام السياسي .

٤-إن انفراد المشرع بتنظيم الحقوق والحريات لا يقف مانعاً من اناطة الاختصاص بالجهة الإدارية من تنظيم بعض الحقوق و الحريات استثناء من الاصل العام وذلك على اعتبار ان الجهة الإدارية هي المختصة بالمحافظة على النظام العام في المجتمع.

٥- القاضي الإداري مطالب بتحقيق التوازن بين صيانة النظام العام و ضرورة حماية الحريات العامة وذلك وفقاً لمتطلبات دولة القانون.

٦- الحريات العامة هي الحقوق المتعارف بها للأفراد من الدولة عن طريق التشريعات التي تصدرها وتكون لها صفة عامة.

ثانياً: التوصيات:

١- ندعو المشرع العراقي ان يحذو حذو المشرع المصري في سن تشريع خاص للطوارئ.

٢- تحقيقاً لحماية الحريات العامة وضمان ممارستها، يتطلب وضع نص دستوري ينص على (كل تقييد لحرية أو أساس تسوغه النظام العام يجب ان يخضع لمراقبة القضاء)

٣- نوصي المشرع الدستوري على الغاء المادة ٤٦ من الدستور لعام ٢٠٠٥ صيانة للحريات العامة.

٤- بالنظر للتغيير الذي شهده العراق في نظام الحكم وفق دستور العراق ٢٠٠٥ ولغرض تحقيق قانون العقوبات لأهدافه فأننا نوصي المشرع بتقليص الجرائم الماسة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة، والجرائم الواقعة على السلطة العامة، وجرائم الرأي والنشر، والجرائم الاقتصادية .

٥- ندعوا المشرع العراقي لتقييم الجرائم مع مدى تعارضها مع مصالح المجتمع وتقسيمها على هذا الأساس وإعطاء حدود جديدة للتقسيم ،ومعالجة المخالفات بقانون خاص؛ لأنها لا تخرق بشكل ملموس مصالح المجتمع وإدراج المخالفات ضمن تشريع مستقل وإخراجها بصورة كلية من قانون العقوبات .

المصادر

أولاً: الكتب

١. د.ابراهيم طه الفياض ،محاضرات في القانون الإداري ، ألقيت على طلبة الصف الثاني في كلية الحقوق – جامعة النهرين – سنة ١٩٩٣،١٩٩٤.مطبوع

٢. د.احمد فتحي سرور، ، القانون الجنائي الدستوري، دار النهضة العربية ،٢٠٠٣ .

٣. د.اسماعيل مرزة،مبادىء القانون الدستوري والعلوم السياسية،النظرية العامة في الدساتير،ط٣، ٢٠٠٤.

٤. د.أندريه هوريو القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، الجزء الأول ، ترجمة علي مقلد وشفيق حداد وعبد الحسن سعد ، الأهلية للنشر والتوزيع ، بيروت، لبنان ، ١٩٧٤ .

٥. د.بنتام،ترجمة احمد فتحي سرور،أصول الشرائع، ج١، القاهرة.

٦. د.جلال ثروت،شرح قانون العقوبات،القسم العام ،الدار الجامعية بيروت ،١٩٨٩.

٧. جون ديوي، الفردية قديما وحديثا، ترجمة خيري حماد،مكتبة الحياة،بيروت،١٩٧٩.

٨. د.حسام لطفي، ملف قضايا حرية الرأي والتعبير في مصر –دار النشر غير مذكورة،القاهرة ،١٩٩٣.

٩. د.رمسيس بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي، منشأة معارف الاسكندرية،١٩٧١.

١٠. د.رؤوف عبيد،المشكلات العملية الهامة في الاجراءات الجنائية،ط٣،ج٢،دار الفكر العربي،القاهرة، ١٩٦٧.

١١. سيزار دي بيكاريا،الجرائم والعقوبات،ترجمة د. يعقوب محمد حياتي،مؤسسة الكويت للتقدم العلمي،لإدارة التأليف والترجمة، ط/ ١، ١٩٨٥.

١٢. د.صلاح الدين فوزي – المبادئ العامة للقانون الإداري – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية – ط١، ١٩٩١ .

١٣. د.عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، المطبعة العالمية ، القاهرة،١٩٦٧.

١٤. د.عاصم احمد عجيلة و د. محمد رفعت عبد الوهاب – النظم السياسية – نهظة مصر للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الخامسة ، ١٩٩٢ .

١٥. د.عبد الحميد متولي ، الحريات العامة ، نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها – منشاة المعارف بالإسكندرية .

١٦. د.عبد الرزاق السنهوري،اصول القانون،مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر،القاهرة،١٩٨٣٠.

١٧. د.عزيزة الشريف ، دراسات التنظيم القانوني للنشاط الضبطي ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٨٩ .

١٨. د.علي خطار شطناوي ، مبادىء القانون الإداري الاردني ، مطبعة الجامعة الأردنية، عمان ، ١٩٩٦م.

١٩. د.علي عبد القادر القهوجي،ود٠سامي عبد الكريم محمود، أصول علمي الاجرام والعقاب.

٢٠. علي علي المصري ،وظيفة الشرطة المعاصرة في مجال الضبط الإداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى، صنعاء ، ٢٠٠٤.

٢١. د.عمر فؤاد احمد بركات ، مبادئ القانون الإداري، دار النشر غير مذكورة،١٩٨٥.

٢٢. فهد عبد العزيز الدعيج – الامن والاعلام في الدولة الاسلامية – المركز العربي للدراسات الامنية – الرياض – ١٩٨٦ .

٢٣. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، النظرية العامة للمسؤولية الشرطية جنائيا واداريا ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٤.

٢٤. د.كريم يوسف كشاكش ، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة ، دار المعارف في الإسكندرية ، ١٩٨٧.

٢٥. د.ماجد راغب الحلو ، القانون الدستوري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٦ .

٢٦. د.ماهر صالح علاوي الجبوري ،،القانون الإداري،مطبعة عاتك،٢٠٠٨

٢٧. د.محمد زكي أبو عامر، ، دراسة في علم العقاب ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ١٩٨٥

٢٨. اللواء محمد عبد الكريم نافع – امن الدولة العصرية – اكاديمية الشرطة المصرية ، القاهرة – ط٢ – ١٩٩١ – .

٢٩. محمد فؤاد مهنا – مبادئ وأحكام القانون الإداري – مؤسسة شباب الجامعة – ١٩٧٣ .

٣٠. محمد محمد بدران – مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الإداري – دار النهضة العربية – القاهرة –١٩٩٢.

٣١. د.محمود طه جلال، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة ، دار النهضة العربية ،٢٠٠٥

٣٢. د.محمود نجيب حسني،علم الاجرام والعقاب، دار النهضة العربية ،١٩٨٢.

٣٣. د.مصطفى احمد الزرقاء،المدخل الفقهي العام للفقه الاسلامي في ثوبه الجديد،الجزء الاول،الطبعة السابعة،دمشق ،١٩٨٣ .

٣٤. د.مصطفى زيد ونجم الدين الطوخي،المصلحة في الشريعة الاسلامية،الطبعة الثانية ،القاهرة،١٩٦٤.

٣٥. د.يسر أنور علي،المدخل إلى دراسة القانون الجنائي، القاهرة،١٩٦٧ .

ثانياً : المعاجم :

١. معجم ابن فارس، مقياس اللغة ، مادة الصلح، ج٣، دار الفكر للطباعة والنشر،١٩٧٩.

٢. د.أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، دار الكتاب المصري، القاهرة،١٩٨٩.

ثالثاً : الرسائل والاطاريح

١. عبد الوهاب محمد عبده خليل ، الصراع بين السلطة والحرية ،– رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ٢٠٠٤.

٢. فائق حاتم لطيف ، ضمانات الافراد تجاه سلطات الضبط الإداري – رسالة ماجستير مقدمة الى المعهد القضائي – بغداد – ١٩٩٠

٣. مجيد حميد العنبكي،اثر المصلحة في تشريع الاحكام بين النظامين الاسلامي والانكليزي،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة،جامعة بغداد،١٩٧١.

٤. محمد احمد فتح الباب السيد – سلطات الضبط الإداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة – رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس – القاهرة .

٥. محمد شريف إسماعيل ، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية،رسالة دكتوراه – كلية الحقوق ، جامعة عين شمس – القاهرة – ١٩٧٩ .

رابعاً : البحوث

١. د.أحمد فتحي سرور،المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية، مجلة القانونوالاقتصاد،العدد الخامس بالذكرى السنوية لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٣.

٢. عبد العزيز فتح الباب – ملاءمة وجود شرطة الاحداث ، بحث مقدم من اعمال الحلقة الثانية لمكافحة الجريمة – القاهرة .

٣. محمد توفيق محمد نيازي حتاته ،أداب مهنة الشرطة ، مقال في مجلة الامن العام المصرية ، العدد ٣٣ .١ .

خامساً : الدساتير والقوانين

١. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

٢. دستور جمهورية مصر العربية ٢٠١٤.

٣. دستور جمهوريه فرنسا ١٩٥٨.

٤. قانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ بشأن هيئة الشرطة المصري

سادساً : المصادر الالكترونية

- رشيد بنعياش ،مفهوم المصلحة العامة منشور على الموقع الالكتروني :

http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=208921&r=0

تاريخ الزيارة ٥/ ٩/ ٢٠١٩.

فهرس الموضوعات

موجز عن البحث ٣٢٠

مقدمـــة..... ٣٢٢

المبحث الأول : ماهية النظام العام والمصلحة العامة..... ٣٢٤

المطلب الأول : مدلول فكرة النظام العام ٣٢٤

الفرع الأول : موقف المشرع من مفهوم النظام العام ٣٢٥

الفرع الثاني : موقف الفقه من مفهوم النظام العام..... ٣٢٨

الفرع الثالث : موقف القضاء الإداري من مفهوم النظام العام ٣٣٢

المطلب الثاني : تعريف المصلحة ٣٣٥

الفـــرع الأول : تعريف المصلحة العامة في اللغة ٣٣٦

الفرع الثاني : تعريف المصلحة العامة اصطلاحـًا..... ٣٣٧

المبحث الثاني : مفهوم الحريات العامة ٣٤٠

المطلب الأول : تعريف الحرية..... ٣٤٠

المطلب الثاني : نسبية مفهوم الحرية ٣٤٢

المطلب الثالث : حدود الحرية..... ٣٤٥

المبحث الثالث : فكرة التوازن بين النظام العام والحريات العامة ٣٤٨

المطلب الأول : المفهوم التقليدي للموازنة والتناسب بين النظام العام والحريات العامة ٣٤٩

المطلب الثاني : المفهوم الوضعي للموازنة والتناسب بين النظام العام والحريات العامة ٣٥٤

المطلب الثالث : المفهوم المعاصر للموازنة والتناسب بين النظام العام والحريات العامة ٣٥٩

المطلب الرابع : الموازنة بين النظام العام وضرورة حماية الحريات العامة في دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ ..... ٣٦٥

الخاتمة ٣٧١

المصادر ٣٧٣

فهرس الموضوعات ٣٧٨