وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة النهرين
كلية الحقوق
قسم القانون العام

السلطة التقديرية للادارة في مجال الضبط الاداري في الظروف العادية

(دراسة مقارنة)

في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية

اطروحة تقدم بها
مهند قاسم زغير

الى مجلس كلية الحقوق بجامعة النهرين وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الدكتوراه في القانون العام

بأشراف الاستاذ المساعد الدكتور

حيدر طالب الامارة

١٤٣٥ هـ **٢٠١٤م**

بسم الله الرحمن الرحيم

كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاس تَأْمُرُونَ

بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنْ الْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللّه

صدق الله العظيم

سورة آل عمران الآية ١١٠

اقرار المشرف

أشـــهد بأن إعداد هذه الأطروحة الموســـومة (الســـلطة التقديرية في مجال الضـــبط الاداري في الظروف العادية دراســـة مقارنة في القانون الوضـــعي والشـــريعة الاســـلامية) المقدمة من قبل الطالب (مهند قاسم زغير) ، قد جرى اعدادها تحت إشـرافي في جامعة النهرين كلية القانون في قسم القانون العام وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الدكتوراه في القانون .

أ.م.د حيدر طالب الامارة

توصية رئيس قسم القانون

بناءً على توصية المشرف أرشح هذه الأطروحة للمناقشة .

د.

رئيس قسم القانون

قرار اللجنة

نشهد إننا أعضاء لجنة المناقشة ، اطلعنا على الأطروحة الموسومة (السلطة التقديرية في مجال الضبط الاداري في الظروف العادية دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية) ، وقد ناقشنا الطالب (مهند قاسم زغير) في محتوياتها وبماله علاقة بها وهي جديرة بالقبول ومستوفية لكافة الشروط لنيل شهادة الدكتوراه في القانون بتقدير ( ) .

د. رافع خضر شبر	د.عمار طارق عبد العزيز	د.محمود خلف الجبوري
عضواً	عضواً	عضواً

د.صعب ناجي عبود	د. حيدر طالب الامارة	د.غازي فيصل مهدي
عضواً	عضواً و مشرفاً	رئيساً

مصادقة مجلس الكلية

صادق مجلس كلية القانون في جامعة النهرين على قرار لجنة المناقشة

أ. د. علي هادي عطية

عميد كلية القانون / جامعة النهرين

/ /٢٠١٤

شكر وتقدير

اتقدم بجزيل الشكر والعرفان بالجميل لاستاذي الدكتور حيدر طالب الامارة لما بذله من جهد وماتحمله من عناء في سبيل إعداد هذه الاطروحة فكان لتوجيهاته اثر بارز في كل سطر من سطورها .

كما اقدم شكري وعظيم امتناني الى استاذي الدكتور غازي فيصل مهدي لكل ماقدمه لي من توجيهات وملاحظات قيمة طوال مدة دراستي في كلية الحقوق جامعة النهرين وفي مرحلتي الماجستير والدكتوراه فله مني كل شكر وتقدير واتوجه بالشكر ايضا الى اساتذتي في كلية الحقوق بجامعة النهرين لما احاطوني به من رعاية خلال مرحلة اعداد هذه الدراسة مما ترك اثر في نفسي لايمكن ان تمحوه ذاكرة الايام .

كما اتقدم بالشكر والتقدير الى كل العاملين في مكتبة كلية الحقوق بجامعة النهرين لكل ماقدموه لي من وقت وجهد في سبيل اعداد هذه الاطروحة .

كما اتقدم بالشكر الجزيل لصديقي العزيز الاستاذ على حسان الراوي على ما قدمه لي من مساعدات وتوجيهات سواء داخل العراق ام في عمان .

أما في مصر فاتقدم بشكري وامتناني لجميع العاملين في مكتبة كلية الشريعة والقانون بجامعة الازهر لما بذلوه من جهد ووقت في سبيل المساعدة على انجاز هذه الاطروحة واتقدم ايضا" بالشكر والتقدير الى جميع العاملين في مكتبة كلية الحقوق في جامعة القاهرة والعاملين في مكتبة كلية الحقوق بجامعة عين شمس للمساعدات القيمة التي قدموها .

كما اتقدم بشكري وتقديري الى السادة اعضاء لجنة المناقشة سائلا" من الله التوفيق .

الباحث

الاهـــداء

الى مَعنْى الحُبْ .....

الى مَعنْى الحَنانْ والتَفانِي .....

الى منْ كانَ دُعائِها سِرَ نَجاحي وبَلسْم جِراحِي .....

الى تَوأمْ رُوحي وَرَفِيقَةَ دَربِي .....

الى الهِبْة التي مَنَحَها الله لِي فَعَلْمَتنِي مَعنى الحَياةْ .....

الى زَوجَتي .....

أَهدي ثَمَرَة جِهديْ ....

مهند

المحتويات

المحتويات	الصفحة
إقرار المشرف	أ
قرار اللجنة	ب
شكر وتقدير	ت
الاهداء	ث
المحتويات	ج - ز
المقدمة	١ - ٤
البـــاب الأول :- السلطة التقديرية للادارة في مجال الضبط الإداري	٥-١٢٣
الفصـــل الأول :- السلطة القديرية في القانون الوضعي وفي الشريعة الاسلامية	٦-٤٨
المبحث الأول :- مفهوم السلطة التقديرية في القانون الوضعي وتمييزها عن الاختصاص المقيد	٧-٢٤
المطلب الأول :- الاختصاص التقديري للإدارة	١٠-٢١
الفرع الاول :- معنى التقدير	١٠-١٢
الفرع الثاني :- الجانب المقيد والجانب التقديري من القرار الاداري	١٣-٢١
المطلب الثاني :- الاختصاص المقيد للإدارة	٢٢-٢٤
المبحث الثاني :- الأسس العامة للسلطة التقديرية في القانون الوضعي	٢٥-٣٢
المطلب الأول :- فكرة الحقوق الشخصية	٢٦-٢٨
الفرع الاول :- فكرة الحقوق الشخصية عند بونار	٢٦
الفرع الثاني :- فكرة الحقوق الشخصية عند بارتملي	٢٧
الفرع الثالث :- تقدير نظرية الحقوق الشخصية	٢٧-٢٨
المطلب الثاني :- فكرة المشروع	٢٨-٣٢
الفرع الاول :- السلطة التقديرية في اطار القانون الخاص	٢٩-٣٠
الفرع الثاني :- السلطة التقديرية في اطار القانون العام	٣٠-٣١
الفرع الثالث :- تقدير نظرية المشروع	٣١-٣٢
المبحث الثالث :- السلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية	٣٣-٤٨
المطلب الأول :- معنى السلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية واساس مشروعيتها	٣٣-٣٩
الفرع الاول / معنى السلطة التقديرية	٣٤-٣٦

اولا/ السلطة لغة	٣٤
ثانيا / السلطة اصطلاحا	٣٤
ثالثا/ التقدير لغة	٣٥
رابعا / التقدير اصطلاحا	٣٥-٣٦
الفرع الثاني / مشروعية منح السلطة التقديرية	٣٦-٣٩
اولا / القران الكريم	٣٦
ثانيا / السنة النبوية	٣٧-٣٨
ثالثا / من الأثر	٣٨-٣٩
المطلب الثاني :- قاعدة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة	٣٩-٤٤
الفرع الاول / معنى القاعدة وادلتها	٣٩-٤١
اولا / ادلة القاعدة من القران الكريم	٤٠-٤١
ثانيا / ادلة القاعدة من السنة	٤١
ثالثا/ ادلة القاعدة من الاثر	٤١
الفرع الثاني / القاعدة وعلاقتها بالسلطة التقديرية	٤٢-٤٤
المطلب الثالث:- القواعد المتفرعة من قاعدة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة	٤٤-٤٨
الفرع الاول / قاعدة استعمال الاصلح	٤٤-٤٦
الفرع الثاني / قاعدة استعمال الامثل فالامثل	٤٦-٤٨
الفصل الثاني:- الضبط الإداري في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية	٤٩-٩٧
المبحث الأول :- مفهوم الضبط الإداري في القانون الوضعي وانواعه	٥٠-٦١
المطلب الأول:- تعريف الضبط الإداري وطبيعته	٥٠-٥٦
الفرع الاول / تعريف الضبط الاداري	٥١-٥٤
اولا / تعريف الضبط لغة	٥١
ثانيا / تعريف الضبط الاداري اصطلاحا	٥١-٥٤
الفرع الثاني / طبيعة الضبط الاداري	٥٤-٥٦
اولا / الضبط الاداري سلطة اداري محايدة	٥٤-٥٥
ثانيا / الضبط الاداري سلطة سياسية	٥٥-٥٦
المطلب الثاني :- أنواع الضبط الإداري وتميزه عن أنظمة الضبط الأخرى	٥٦-٦١
الفرع الاول / انواع الضبط الاداري	٥٦-٥٧

اولا / الضبط الاداري العام	٥٦-٥٧
ثانيا / الضبط الاداري الخاص	٥٧
الفرع الثاني / التمييز بين الضبط الاداري وغيره من انظمة الضبط الاخرى	٥٨-٦١
اولا / التمييز بين الضبط الاداري والضبط القضائي	٥٨-٦٠
ثانيا / التمييز بين الضبط الاداري والضبط التشريعي	٦٠-٦١
المبحث الثاني :- أغراض الضبط الإداري	٦٢-٧٨
المطلب الأول :- مدلول فكرة النظام العام	٦٢-٦٧
الفرع الاول / تعريف النظام العام	٦٣-٦٤
الفرع الثاني / موقف القضاء من فكرة النظام العام	٦٤-٦٧
اولا / موقف القضاء الفرنسي	٦٤-٦٥
ثانيا / موقف القضاء المصري	٦٥-٦٦
ثالثا / موقف القضاء العراقي	٦٦-٦٧
المطلب الثاني :- عناصر النظام العام	٦٧-٧٥
الفرع الاول / النظام العام الشامل	٦٧-٧٢
اولا / النظام العام المادي	٦٧-٧١
ثانيا / النظام العام الادبي	٧٢
الفرع الثاني / النظام العام المتخصص	٧٢-٧٥
اولا / النظام العام الاقتصادي	٧٢-٧٣
ثانيا / النظام العام الجمالي للبيئة	٧٣-٧٥
المطلب الثالث :- خصائص النظام العام	٧٥-٧٨
المبحث الثالث :- الضبط الإداري في الشريعة الإسلامية	٧٩-٩٧
المطلب الأول:- تعريف الضبط الإداري في الشريعة الإسلامية	٨٠-٨١
المطلب الثاني :- الأساس الشرعي للضبط الإداري الإسلامي	٨٢-٨٨
الفرع الاول :- القران الكريم	٨٢-٨٣
الفرع الثاني :- السنة النبوية	٨٤
الفرع الثالث :- الاثار والاجماع	٨٥-٨٧
الفرع الرابع :- مقارنة مابين الاساس الشرعي والقانوني للضبط الاداري	٨٧-٨٨

المطلب الثالث :- النظام العام الإسلامي	٩٧-٨٩
الفرع الاول :- مدلول النظام العام	٩٥-٨٩
الفرع الثاني :- علاقة النظام العام بمقاصد الشريعة	٩٧-٩٦
الفصل الثالث :- نطاق السلطة التقديرية في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية	١٢٣-٩٨
المبحث الأول :- نطاق السلطة التقديرية في القانون الوضعي	١١٢-٩٩
المطلب الأول :- اراء الفقهاء حول تحديد نطاق السلطة التقديرية	١٠٢-٩٩
المطلب الثاني :- التميز بين السلطة التقديرية والأفكار المشابهة لها (اعمال السيادة والظروف الاستثنائية)	١١٣-١٠٢
الفرع الاول / التمييز مابين السلطة التقديرية واعمال السيادة	١٠٧-١٠٣
اولا / تعريف وطبيعة اعمال السيادة	١٠٥-١٠٣
ثانيا / معايير تمييز اعمال السيادة	١٠٧-١٠٥
ثالثا / الفرق بين السلطة التقديرية واعمال السيادة	١٠٧
الفرع الثاني /التمييز مابين السلطة التقديرية والظروف الاستثنائية	١١٢-١٠٨
اولا / ماهية الظروف الاستثنائية	١١٠-١٠٨
ثانيا/ سلطات الادارة في الظروف الاستثنائية والرقابة القضائية عليها	١١١-١١٠
ثالثا/ الفروق المهمة بين السلطة التقديرية والظروف الاستثنائية	١١٢
المبحث الثاني :- نطاق السلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية	١٢٣-١١٣
المطلب الأول :- البناء العضوي لجهاز الحسبة	١١٥-١١٣
المطلب الثاني :- البناء الموضوعي لجهاز الحسبة	١٢٣-١١٦
البـــــــاب الثاني :- وسائل الضبط الإداري في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية	١٨٧-١٢٤
الفصل الأول :- وسائل الضبط الإداري في القانون الوضعي	١٥٠-١٢٥
المبحث الأول :- القرارات التنظيمية { أنظمة الضبط الإداري }	١٣١-١٢٦
اولا / الحظر او المنع	١٢٧
ثانيا / الاذن السابق {الترخيص }	١٢٩-١٢٨
ثالثا / الاخطار السابق	١٣١-١٣٠
رابعا / تنظيم النشاط الفردي	١٣١
المبحث الثاني :- أوامر الضبط الفردية	١٣٤-١٣٢
المطلب الاول :- المقصود بالقرارت الفردية وصورها	١٣٣-١٣٢

المطلب الثاني :- شروط القرارت الفردية	١٣٣-١٣٤
المبحث الثالث :- التنفيذ المباشر (التنفيذ الجبري)	١٣٥-١٤٠
المطلب الاول / تعريف التنفيذ المباشر الجبري ومبرراته	١٣٦
المطلب الثاني / حالات التنفيذ المباشر الجبري وشروطه	١٣٧-١٤٠
الفرع الاول / حالات التنفيذ المباشر	١٣٧-١٣٩
الفرع الثاني / شروط التنفيذ المباشر الجبري	١٤٠
المبحث الرابع / الجزاء الإداري	١٤١-١٥٠
المطلب الاول / تعريف الجزاء الاداري وطبيعته وخصائصه	١٤١-١٤٢
أولا / ماهية الجزاء الإداري	١٤١
ثانيا / طبيعة الجزاء الاداري	١٤٢
ثالثا / خصائص الجزاء الاداري	١٤٢
المطلب الثاني تمييز الجزاء الاداري عن غيره من الجزاءات الاخرى	١٤٣-١٤٤
اولا / الجزاءات الادارية والجزاءات التاديبية	١٤٣
ثانيا / الجزاءات الادارية والجزاءات المدنية	١٤٣
ثالثا / الجزاءات الادارية والتدابير الاحترازية	١٤٤
رابعا / الجزاءات الادارية والعقوبات الجنائية	١٤٤
المطلب الثالث / صور الجزاء الاداري	١٤٥-١٥٠
اولا / الاعتقال الاداري	١٤٥-١٤٦
ثانيا / المصادرة الادارية	١٤٧-١٤٩
ثالثا / سحب التراخيص	١٤٩-١٥٠
الفصل الثاني :- وسائل الضبط الإداري في الشريعة الإسلامية .	١٥١-١٨٧

المبحث الأول :- التعزيز كوسيلة للضبط الإداري في الشريعة الإسلامية .	١٥٢-١٧٠
المطلب الاول / تعريف التعزير	١٥٣-١٥٧
المطلب الثاني / التعزير والنظام العام الاسلامي	١٥٨-١٦٠
اولا / حماية المظهر العلني	١٥٨
ثانيا / حماية التكليفات	١٥٨
ثالثا/ التعزير حماية للاخلاق والاداب العامة	١٥٨-١٥٩
رابعا / البيع باكثر من السعر الجبري	١٥٩
خامسا / غش المكاييل والموازين	١٥٩
سادسا / تعاطي بعض المطاعم المحرمة او التعامل فيها	١٥٩-١٦٠
سابعا / جرائم ماسة بامن الحكومة من جهة الخارج ومن جهة الداخل	١٦٠
المطلب الثالث / اغراض العقوبة التعزيرية	١٦١-١٦٢
اولا / الردع والزجر	١٦١-١٦٢
ثانيا / الاصلاح والتهذيب	١٦٢
المطلب الرابع / انواع التعازير	١٦٢-١٧٠
اولا / عقوبة القتل	١٦٣
ثانيا / عقوبة الجلد	١٦٣-١٦٥
ثالثا / عقوبة الحبس	١٦٦
رابعا / عقوبة التغريب او الابعاد	١٦٦-١٦٧
خامسا / عقوبة الصلب	١٦٧
سادسا / عقوبة الوعظ ومادونها	١٦٧-١٦٨

سابعا / عقوبة العجز	١٦٨
ثامنا / عقوبة التوبيخ	١٦٩
تاسعا / عقوبة التهديد	١٦٩
عاشرا / عقوبة التشهير	١٦٩
احد عشر / عقوبة الغرامة	١٧٠-١٦٩
المبحث الثاني :- التدابير الاحترازية كوسيلة للضبط الإداري في الشريعة الإسلامية	١٨٧-١٧١
المطلب الأول :- تعريف التدابير الاحترازية	١٧٤-١٧٢
اولا / التدبير لغة	١٧٢
ثانيا / التدبير اصلاحا	١٧٣
ثالثا / الاحتراز لغة	١٧٣
رابعا / الاحتراز اصلاحا	١٧٤
المطلب الثاني :- تدابير حماية الامن العام في مجال الضبط الإداري	١٧٩-١٧٤
المطلب الثالث :- أغراض التدابير الاحترازية	١٨٢-١٨٠
اولا/ منع الجريمة قبل وقوعها	١٨١-١٨٠
ثانيا/ محاولة اصلاح الجاني بعد ارتكابه الجريمة	١٨١
ثالثا/ حفظ الجاني من الاذى	١٨١
رابعا / حفظ المجتمع من الفساد والرذيلة	١٨٢
خامسا / تحقيق الردع الخاص	١٨٢
المطلب الرابع :- أنواع التدابير الاحترازية	١٨٧-١٨٢
الخاتمة	١٩٠-١٨٨
المصادر	٢٠٧-١٩١

المقدمة

المـقدمـة

إن خضوع الإدارة للقانون يعني احترام الإدارة للقواعد القانونية المستمدة من مصادرها المختلفة، وهذا يكفل على أحسن وجه العدالة والمساواة بالنسبة إلى المحكومين، ويضمن ان تكون الادارة ملتزمة بالا تتجاوز حدود القواعد التي تنظم نشاطاتها وتحدد اختصاصاتها وتبين وسائل ممارساتها لسلطاتها، وإن كان هذا هدفاً يرضي طموح الأفراد للمحافظة على حقوقهم وحرياتهم إلا أنه لا يؤمّن متطلبات تحقيق المصلحة العامة لأسباب في مقدمتها أنّه يستحيل على االمشرع أن يتصدّى لتنظيم النشاط الإداري بشكل تفصيلي بكل دقائقه وجزئياته ويضع له القواعد القانونية، وخصوصاً مع التطور السريع في مجالات الحياة. كما ان التحديد يتعارض مع متطلبات المصلحة العامة التي تستدعي أن تتمتع الإدارة بمرونة واسعة في نشاطها الذي تمارسه في مختلف الظروف وفي مواجهة مختلف المناسبات والوقائع. فإذا كان من الممكن ومن الضروري في مجالات محددة أن يقيدالمشرع الإدارة بقواعد أمرة تقيداً كاملاً، إلا ان المصلحة العامة تتطلب أن يترك للإدارة في الغالبية من الحالات قسطا من حرية التصرف، يتيح لها أن تختار الوسيلة المناسبة لمواجهة الظروف والوقائع، وأن يتيح لها في مجالات أخرى فرصة الاختيار بالنسبة إلى وقت إقدامها على التصرف و ذلك ضمن القيد الذي تخضع له الإدارة في ألا يشوب عملها أي انحراف أو تعسف وإذا ما حدث أي انحراف فالرقابة القضائية كفيلة باتخاذ الحكم المناسب لتلافي النتائج السلبية.

إنّ السلطة التقديرية للإدارة هي ضرورة عملية وتشريعية فمن الناحية االتشريعية ، ينظر إليها كضرورة لازمة لتكملة وتنظيم الفراغ الذي يوجد في دائرة النظام القانوني إذ من المستحيل على المشرع التوقع المسبق لوضع الحلول لكل الأمور في الحياة المتغيرة، وعلى ذلك تساعد السلطة التقديرية الادارة على تفسير هذه النواحي وتكملتها بما تقتضيه الحياة في المجتمع آخذة في الاعتبار الظروف الخاصة بكل حال على حدة، أما من الناحية العملية فانها تسمح للادارة بمواءمة تصرفاتها والحاجات العامة والتغيرات الاجتماعية وتطبيق القواعد العامة المجردة على الواقع المتغير للحياة اليومية إذ إن حصر دور الإدارة في مجرد التنفيذ لا يتفق مع المصلحة العامة في شيء .

وقد جاء الإسلام بالأحكام التكليفية من خطاب باللزوم – مترددا بين الفعل والترك بصفتي الجزم وعدمه والتخيير في أشياء للمكلف له فيها مطلق الحرية في الفعل والترك، كما سكت عن أشياء رحمة بنا من غير نسيان فبقيت على إباحتها الأصلية . واتسعت الدولة الإسلامية وتنوع مجتمعها وانقطع الوحي بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم، وظهرت النوازل التي لم يرد فيها نص من كتاب أو سنة فوجد من تصدى لها من علماء الصحابة، ثم من جاء بعدهم ممن اهتدى بهداهم بما أتاهم الله من علم ومعرفة بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، ففي دائرة المباح ظهر نطاق السلطة التقديرية للسلطات العامة عموما وللادارة على وجه الخصوص بما يضمن تحقيق مصالح العباد من خلال تنظيم المجتمع بطريقة تيسر استعمال الحقوق ولاتؤدي الى مصادرتها وبذلك

يتفق القانون الوضعي مع الشريعة الاسلامية على ان ضوابط السلطة التقديرية للادارة تقوم وترتكز على فكرة المصلحة العامة .كما ان الإدارة العامة في سعيها الى تحقيق الصالح العام لابد وان تضع نظاما يضبط سلوك الافراد داخل المجتمع في ممارستهم لحقوقهم وهذا النظام هو ما يسمى بالضبط الإداري والذي اصبح من اهم واجبات الدولة وبدونه تعم الفوضى وينهار النظام الجماعي وفي ظل الشريعة الإسلامية يعد الضبط الإداري الوسيلة الرئيسية لمراقبة افراد المجتمع والتصدي للمنحرفين وزجر المعتدين لافرق في ذلك ان يكون الاعتداء على حقوق الله او حقوق العباد فهو الأداة الرئيسية للمحافظة على الالتزام بالسلوك الإسلامي .

وتمارس سلطات الضبط الإداري في ظل القوانين الوضعية اختصاصاتها في المحافظة على النظام العام عن طريق ما تملكه من وسائل وأساليب ومن دونها تصبح عاجزة عن القيام بمهامها فهذه الوسائل تتيح لسلطات الضبط الإداري ان تجبر الافراد على احترام اراداتها في ظل رقابة قضائية تتجاوز نطاق الرقابة العادية التي يباشرها القضاء الاداري بالنسبة لسائر القرارات الادارية خاصة بعد ان اتسع نشاط سلطات الضبط والهيئات القائمة عليه بطريقة تصل الى الحياة اليومية لكل فرد . وتنحصر غاية الضبط الإداري في ظل الشريعة الإسلامية في تنفيذ ما امر الله به ومنع ما نهى الله عنه وهذا واجب كل مسلم قادر عليه ونظرا لاختلاف إمكانيات افراد المجتمع بحسب أوضاعهم وظروفهم فقد اختلفت وتعددت أساليب ووسائل الضبط الإداري الإسلامي .

منهج البحث :

يتجلى هدف الدراسة كمحاولة لاعطاء فكرة عامة عن السلطة التقديرية للادارة في مجال الضبط الاداري في الظروف العادية في ظل القانون الوضعي وفي ظل الشريعة الاسلامية وبالتالي فان طبيعة الدراسة اقتضت الالتزام بالاعتماد على اكثر من منهج ،فقد اتبع الباحث المنهج التحليلي كضرورة فرضت نفسها لطبيعة البحث من خلال تحليل الجزئيات المختلفة المتعلقة بموضوع الدراسة كما ان المنهج المقارن برز لبيان اتجاهات الأنظمة القانونية في فرنسا ومصر والعراق في موضوع البحث من خلال مقارنتها مع بعضها البعض ومقارنتها مع احكام الشريعة الاسلامية.

مشكلة البحث :

هدف هذه الدراسة هو التعريف بالسلطة التقديرية للادارة في مجال الضبط الاداري في الظروف العادية في نطاق القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية لذا فان مشكلة الدراسة تمثلت في محاولة توضيح ماهية ومفهوم السلطة التقديرية والسلطة المقيدة ومبرراتهما مع بيان الاساس القانوني للصلاحية التقديرية الممنوحة للادارة وكذلك استعراض نطاق السلطة التقديرية للادارة على عناصر القرار الاداري ومحاولة تحديد مفهوم الضبط الاداري وتطور اهدافه في ظل القوانين الوضعية ومناقشة الافكار المتقدم ذكرها في ظل احكام الشريعة الاسلامية .

اهمية البحث :

تتمثل اهمية الدراسة في كونها تمثل دعوة جديدة للتمسك بنظرية السلطة التقديرية للادارة عند مباشرتها لاختصاصاتها المختلفة ،كما ان اهمية الدراسة تتجسد ايضا في التاكيد على دور الادارة العامة في حفظ النظام العام خاصة في ظل التغيرات الكبيرة التي حصلت في العراق بعد عام ٢٠٠٣ ومارافقها من تغير كبير في عمل الادارة العامة بتغير العديد من الافكار والمفاهيم التي كانت مسيطرة على نشاطها وبتشريع قوانين جديدة يستلزم نجاح تطبيقها منح الادارة قدرا من الحرية في نطاق عملها ، وتتمثل اهمية الدراسة كذلك في انها تسعى لتاكيد عدم وجود اي تعارض مابين احكام الشريعة الاسلامية وثوابتها وضرورات منح الادارة سلطة تقديرية .

خطة البحث :

من أجل الاحاطة بالجوانب المختلفة لموضوع البحث {السلطة التقديرية للادارة في مجال الضبط الاداري في الظروف العادية دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية } سوف نقوم بتقسيم هذا البحث على بابين وعلى النحو التالي :

البـــــــاب الأول :- مفهوم السلطة التقديرية في مجال الضبط الإداري وأساسها في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية مقسمين اياه الى فصلين

الفصـــل الأول :- السلطة التقديرية في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية. مقسمين هذا الفصل على ثلاثة مباحث الاول يتناول مفهوم السلطة التقديرية في القانون الوضعي وتمييزها عن الاختصاص المقيد والمبحث الثاني يستعرض الأسس العامة للسلطة التقديرية في القانون الوضعي اما المبحث الثالث فيتعلق ببيان السلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية من خلال بيان معناها واساسها الشرعي .

والفصل الثاني :- الضبط الإداري في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية . ويتكون من ثلاثة مباحث ، المبحث الأول يستعرض مفهوم الضبط الإداري في القانون الوضعي وانواعه ، والمبحث الثاني يتعلق بأغراض الضبط الإداري اما المبحث الثالث فسوف نخصصه للضبط الإداري في الشريعة الإسلامية .

والفصل الثالث :- نطاق السلطة التقديرية في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية .ويتكون من مبحثين ، الأول يتناول نطاق السلطة التقديرية في القانون الوضعي ، والثاني يبحث في نطاق السلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية .

البـــــــاب الثاني :- وسائل الضبط الإداري في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ويتكون من فصلين :

الفصل الاول نخصصه لدراسة وسائل الضبط الإداري في القانون الوضعي ومن خلال مباحث اربعة الأول للقرارات التنظيمية { أنظمة الضبط الإداري } و الثاني لاوامر الضبط الفردية والثالث للتنفيذ المباشر الجبري والرابع للجزاء الإداري .

اما الفصل الثاني فنستعرض فيه وسائل الضبط الإداري في الشريعة الإسلامية ومن خلال مبحثين

الأول لدراسة التعزيز كوسيلة للضبط الإداري في الشريعة الإسلامية .و **الثاني** للبحث في التدابير الاحترازية كوسيلة للضبط الإداري في الشريعة الإسلامية

الباب الأول

الباب الأول

السلطة التقديرية في مجال الضبط الأداري

من المسائل الجوهرية والاساسية لقيام دولة القانون هو خضوع الادارة العامة لمبدأ المشروعية والذي يستوجب معه أنْ تكون اعمالها متفقة مع القانون بمعناه العام والا كانت اعمالها غير مشروعة وعرضة للالغاء اذا تم الطعن بها امام القضاء وتعويض الاضرار الناجمة عنها ، ومما لاشك فيه ان هذا الخضوع الدائم والمستمر لمبدا المشروعية ودون اي اعتبار لمتطلبات العمل قد يؤدي الى تقييد حركة الادارة العامة وصعوبة تحقيق ما انيط بها من مهام ومسؤوليات لذا كان لابد من منح الادارة نوع من حرية التصرف والتقدير من خلال تخويلها صلاحية الاختيار بين بدائل متعددة الهدف منها تحقيق الصالح العام وهذا مادفع المشرع والقضاء والفقه الى الاخذ بمذهب ضرورة منح بعض الامتيازات للأدارة والتي من شأنها خلق موازنة بين القيود التي فرضها مبدا المشروعية على حرية الادارة حماية لحرية الافراد وبين ضرورة تخليص الادارة من طابع الجمود والتقييد ضمانا لحسن سير المرافق العامة . ولابد للادارة وهي ساعية الى تحقيق الصالح العام من وضع نظام يضبط سلوك الفرد داخل المجتمع في ممارسته لحقوقه فوظيفة الضبط الاداري من اول واجبات الدولة وأهمها فهي ضرورة لازمة لاستقرار النظم وصيانة الحياة الاجتماعية والمحافظة عليها وبما يحقق التوازن بين صيانة النظام العام في المجتمع من جهة وعدم المساس بحقوق الافراد وحرياتهم من جهة اخرى . وقد جاءت احكام الشريعة الأسلامية لتحكم وتنظم الحياة البشرية فكان لابد من صلاحها لكل زمان ومكان وهذا لا يمكن ان يتحقق بتقييد سلطات الدولة فتعجز عن مواجهات المتغيرات والمستجدات لذا نجدها قد أقرت السلطة التقديرية للسلطات العامة عموما وللادارة على وجه الخصوص ولأن الشريعة جاءت نظاماً شاملاً لكل مفاصل الحياة فقد نظمت سلوك الافراد داخل المجتمع بما يحافظ على القيم الأسلامية ويعمقها في الجماعة.

وسوف نبحث في السلطه التقديرية في مجال الضبط الأداري وفق التقسيم الأتي: -

الفصل الأول / السلطة التقديرية في القانون الوضعي وفي الشريعة الأسلامية.

الفصل الثاني / الضبط الأداري في القانون الوضعي وفي الشريعة الأسلامية.

الفصل الثالث / نطاق السلطة التقديرية في القانون الوضعي وفي الشريعة الأسلامية.

الفصل الأول

الفصل الأول

السلطة التقديرية في القانون الوضعي وفي الشريعة الإسلامية

إن خضوع الإدارة لمبدأ المشروعية[١] يعد أحد سمات الدولة القانونية ، وهو يهدف إلى سيادة القانون وحماية حقوق الإفراد وحرياتهم من تعسف الإدارة غير إن هذا الخضوع الدائم المستمر قد يؤدي إلى عرقلة عمل الإدارة في انجازها لمهامها ومسؤولياتها[٢] وبالتالي فأن تطبيق مبدأ المشروعية يحتاج إلى شيء من المرونة تاخذ بعين الاعتبار رسالة الإدارة العامة ومهامها التي تتلخص في تحقيق الصالح العام في حدود القواعد القانونية القائمة لذا اقر المشرع و الفقه و القضاء للإدارة ببعض الامتيازات مستهدفين بذلك تحقيق موازنة بين مبدأ المشروعية وبين حرية الإدارة في التصرف ، وفي مقدمة هذه الامتيازات تأتي السلطة التقديرية ، وتمتع الإدارة بسلطة تقديرية لايمثل خروجا عن مبدأ المشروعية[٣] فهي لازمة لحسن سير العمل الإداري ومن دونها تفقد الإدارة قدرتها على تحقيق أهدافها وسوف نتناول في هذا الفصل دراسة السلطة التقديرية وفقا للتقسيم الأتي :

المبحث الأول :-مفهوم السلطة التقديرية في القانون الوضعي وتمييزها عن الاختصاص المُقيّد

المبحث الثاني :- الأسس العامة للسلطة التقديرية في القانون الوضعي

المبحث الثالث:- السلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية

---

(١) يقصد بمبدأ المشروعية {خضوع الدولة بجميع سلطاتها الموسسة وهيئاتها العامة وكذلك الإفراد للقانون بمعناه الواسع} وان هذا المبدا هو أهم مايميز الدولة القانونية عن الدولة البوليسية التي تابى الخضوع لاحكام القانون والانصياع لاحكامه للتفصيل انظر د طعيمة الجرف مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة للقانون –طبع دار النهضة العربية –الطبعة الثالثة – عام ١٩٧٦ – ص ٣ ومابعدها وانظر د سليمان محمد الطماوي – قضاء الالغاء – طبع دار الفكر العربي – عام ١٩٨٦ – ص٢١ ومابعدها وكذلك انظر د رجب محمود احمد – القضاء الإداري – طبع دار النهضة العربية – عام ٢٠٠٥ – ص ٩-١٥ وللتفصيل بخصوص المشروعية الإدارية انظر أيضا د رافت فودة – مصادر المشروعية ومنحنياتها دراسة مقارنة – طبع دار النهضة العربية – عام ١٩٩٤ – ص ٢٣١-٢٣٢وكذلك انظر د خالد الزعبي – القرار الإداري بين النظرية والتطبيق – طبع دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – عام ١٩٩٩- ص ١٤ ومابعدها .

(٢) د .علي خطار شطناوي – القضاء الإداري الاردني – الكتاب الأول (قضاء الالغاء) – مطبعة كنعان -الطبعة الأولى ـــ عام ١٩٩٥ – ص ٦٧ .

(٣) د عمر محمد الشوبكي – القضاء الإداري – دراسة مقارنة– طبع دار الثقافة للنشر والتوزيع - الطبعة الرابعة - عام ٢٠١١ -ص ١٧-٢٠ .

المبحث الأول

مفهوم السلطة التقديرية في القانون الوضعي وتمييزها عن الاختصاص المقيد

يُعدّ موضوع السلطة التقديرية من اكثر موضوعات القانون الاداري اثارة للنقاش والجدل بين الفقهاء ويصعب صياغة نظرية شاملة محكمة تضع له قواعد واضحة ومحددة . والسلطة التقديرية للادارة بمعناها الواسع تعني تمتعها بقدر من حرية التصرف وهي تمارس معظم اختصاصاتها القانونية . وان هذا التعريف يحتاج بحث اكثر شمولا واتساعا ، ويرجع ذلك الى ان المشرع حينما يقوم بتحديد احدى سلطات او اختصاصات[١] الادارة العامة يكون مخيرا بين طريقين[٢] :

١- أما أنْ يحدد القانون سلفا الطريق الذي يجب عليها اتباعه بأن ينص على الشروط الواجب توافرها حتى تستطيع اتخاذ القرار الاداري وفي هذه الحالة لايكون للادارة حرية تقدير ملاءمة القرار إي إن القاعدة هنا ليست اختيارية ، كما لو قرر القانون حكما واحدا في كل حالة تتوافر فيها شروط معينة فهنا يكون القانون واحدا و معلوما سلفا وليس للادارة أي خيار في اتباعه والمثال التقليدي الذي يعطى لذلك في القانون الفرنسي خاص برخصة حمل اسلحة الصيد وفي القانون اللبناني تعين الفائزين في المبارة عند اختيار المرشحين للوظائف العامة فلاتستطيع الادارة في فرنسا عند تحقق الشروط ان تمتنع عن الترخيص وتكون ملزمة في

---

(١) الاختصاص في المجال الاداري هو مجموع ماخولت الادارة القيام به من اعمال اما السلطة فتعني مباشرة الاختصاصات وهي ترجمة للاختصاص أي تنفيذه وبالتالي ليس صحيحا التحدث عن الاختصاص التقديري لان الاختصاص هو الحد الخارجي للسلطة بينما تشير السلطة الى مادة العمل مما يتعين معه استعمال لفظ سلطة مقيدة او تقديرية الا ان الفقه العربي قد ساير الفقه الفرنسي ودرج على استعمال عبارة الاختصاص المقيد والسلطة التقديرية للتفصيل انظر د مصطفى أبو زيد فهمي – القضاء الإداري ومجلس الدولة – طبع دار النهضة العربية – عام ١٩٦٩– الطبعة الخامسة – ص ٣٧٨ .

(٢) د عبد الفتاح ساير داير– نظرية اعمال السيادة دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي–مطبعة جامعة القاهرة – عام١٩٥٥– ص٧٨ وكذلك انظر د– سليمان محمد الطماوي –الوجيز في القانون الاداري – طبع دار الفكر العربي – من دون ذكر سنة الطبع – ص٦٣٢ و انظر د محمد فوأد مهنا – مبادى واحكام القانون الاداري – طبع مؤسسة شباب الجامعة – عام ١٩٧٣ – ص ٧٨٤ وكذلك انظر حمد عمر حمد – السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائية عليها – من دون ذكر اسم المطبعة – عام ٢٠٠٣ – ص ٩١ .

لبنان بتعيين الفائزين وفقا لترتيبهم في جدول الناجحين[1] واذا فعلت غير ذلك يكون قرارها مشوبا بعيب اساءة استعمال السلطة وهذا الاختصاص هو مايسمى بالاختصاص المقيد .

٢- واما ان يترك المشرع للادارة ملاءمة اصدار القرار ويسكت عن وصف الطريق الواجب عليها اتباعه سلفا أي ان يكون لها حرية تقدير الظروف والوقائع التي تبرر تدخلها من عدمه وحرية اختيار التصرف الذي تراه ملائما لمواجهة هذه الظروف اذا ما قررت ان تتدخل وحرية تحديد الوقت المناسب للتدخل من دون ان يفرض عليها ذلك بصفة امرة أي امكانية الاختيار بين عدة حلول كلها مشروعة وهذا مايسمى بالسلطة التقديرية للادارة ومن الجدير بالذكر ان الادارة في ممارسة السلطة التقديرية لاتخضع (كقاعدة عامة) لاي رقابة قضائية الا اذا دفع الطاعن بان الادارة قد استعملت سلطاتها التقديرية لتحقيق غرض غير مشروع او لم يجعله المشرع من اختصاصها واذا تحقق ذلك تكون الادارة قد خرجت عن مجال التقدير المتروك لها[2] فقد جاء في قرار للهيئة العامة لمجلس شورى الدولة في العراق { إن السلطة التقديرية ليست مطلقة وإنما تخضع لرقابة القضاء لفحص قراراتها والتاكد من خلوها من التعسف باستعمال السلطة }[3] والرقابة القضائية على ممارسة السلطة التقديرية تقتضي التوازن بين عدم التضييق على الادارة في ممارسة سلطتها تلك وبين حماية الحقوق و الحريات الفردية من تعسف السلطات العامة وهذا ماكدته محكمة العدل العليا الاردنية حيث اشارت إلى انه { يستفاد من نص المادة ١٥ من قانون التقاعد رقم ٣٤ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته إن سلطة مجلس الوزراء في احالة إي موظفة على التقاعد اكملت ١٥ سنة مقبولة مضافا إليها المدة المقررة بالفقرة ب/ أولا من هذه المادة المعدلة من قانون التقاعد المدني رقم ٦١لسنة ٢٠١٢ هي سلطة تقديرية بعد إن يضع نفسه في أفضل الظروف وانقاها دون إن يكون ملزما ببيان الأسباب التي دعته لاتخاذ القرار المطعون فيه ودون الحاجة إلى إي تسبيب ولايحد هذه السلطة إلا قيد حسن استعمالها وفقا لمقتضيات الصالح العام وقيد عدم صدوره عن بواعث شخصية أو انتقامية وحيث صدر القرار المطعون فيه في حدود سلطة المستدعي ضده التقديرية حائزا على قرينة السلامة

---

(١) د إبراهيم عبد العزيز شيحا – أصول القانون الإداري اللبناني – طبع الدار الجامعية للطباعة والنشر – عام ١٩٨١ – ص ٤٦٧– ٤٦٩ في ذات المعنى انظر **د . فاروق أحمد خماس ، الرقابة على أعمال الإدارة ، مطبعة دار الكتب جامعة الموصل ، عام ١٩٨٨ ، ص٣٦ .**

(٢) د سليمان محمد الطماوي – النظرية العامة للقرارت الادارية دراسة مقارنة – طبع دار الفكر العربي–الطبعة الرابعة –عام ١٩٧٦–ص٧٧ وانظر في ذات المعنى د علي علي المصري – الوجيز في القانون الاداري ج٢– سلطات الادارة – طبع دار الفكر المعاصر – صنعاء – عام ٢٠٠٦ – ص ٧٦ وفي ذات المعنى انظر أستاذنا د. غازي فيصل مهدي ، تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام – من دون ذكر اسم المطبعة – الطبعة الاولى – بغداد – ٢٠٠٤ – ص٢١ .

(٣) قرار مجلس شورى الدولة العدد ٢٤ /انضباط /تمييز /٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٢/٦– للتفصيل انظر –-صباح صادق جعفر – مجلس شورى الدولة – من دون ذكر اسم المطبعة – عام ٢٠٠٨ – ص ٣١٨ .

التي ترافقه وحيث لم تقدم المستدعية إي بينة على مانعتته على القرار المطعون فيه من عيوب فيكون القرار قد صدر موافقا لصحيح القانون}[١] .

ذلك ان تقدير الملاءمة يجب ان يقوم على اسباب مقبولة وتخضع جهة الادارة في ذلك لرقابة القاضي الاداري الذي لايتعرض لتقدير الادارة في ذاته وانما للظروف التي احاطت به وعما إذا كانت الإدارة عند اتخاذها لهذا العمل قد وضعت نفسها في أفضل الظروف والاحوال لتقدير مناسبة العمل بعيدا عن البواعث الشخصية وبروح موضوعية أم لا ؟[٢] مما تقدم يتبين لنا ان المعنى القانوني للتقدير هو امكانية ان يختار صاحب التصرف من بين عدة قرارات مايراه ملائما ...لذا استقر الفقه الغالب على ان مدلول السلطة التقديرية ينصرف الى حرية تقدير ملاءمة القرار الاداري في عناصره غير المقيدة قانونا[٣] والمعنى المتقدم للسلطة التقديرية يناقض الاختصاص المقيد والذي يعد اختصاصا تحكميا ينطوي على تحديد منصوص عليه بقاعدة قانونية ملزمة بعيدا عن اعتبارات الملاءمة ويتحقق ذلك عندما يرسم القانون بادى ذي بدء القرار الذي يجب على الموظف اتخاذه مما سبق يتبين لنا ولأول وهلة ان التصرفات والسلطات تصنف الى طائفتين الاولى طائفة التصرفات والسلطات التقديرية والثانية طائفة التصرفات والسلطات المقيدة[٤] .

إن تطبيق السلطة الإدارية للقواعد القانونية ذات الصياغة الجامدة يعني إن اختصاصها هو اختصاص مقيد إما تطبيقها للقواعد القانونية المصاغة صياغة مرنة فانه يعني إن الإدارة تباشر في ذلك اختصاصا تقديريا أو سلطة تقديرية ومن ثم يلزم فهم الاختصاص التقديري والاختصـــاص المقيد للإدارة بوضـــوح من خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأول :- الاختصاص التقديري للإدارة

المطلب الثاني :- الاختصاص المقيد للإدارة

---

(١) حكم المحكمة بالعدد ٢٠١٢/٣٨٦ {هيئة خماسية } بتاريخ ٢٠١٢/١١/٢٩منشور على شبكة الانترنيت للتفصيل انظر : (http// www.lawjo .net /vb/ showthread.php)

(٢) د سامي جمال الدين – قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية – طبع دار النهضة العربية–عام ١٩٩٢– ص٣٠٩ – ص٣١٠.

(٣) المصدر السابق – ص ٢١ .

(٤) د عصام عبد الوهاب البرزنجي – السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائية – رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة – عام ١٩٧٢– ص٦١ .

المطلب الاول

الاختصاص التقديري للادارة

يتكون عالم القانون من القواعد القانونية والاشخاص القانونية ووضع القاعدة موضع التطبيق يفترض تدخل اجهزة مختصة طبقا للشروط التي تحددها فكرة الاختصاص والذي بدوره قد يكون عاما او محدودا ، تقديريا او مقيدا ، فحينما يتم التصرف بحرية يكون الاختصاص تقديريا واما اذا كان العمل لازما او لازما عند توافر شروط معينة فان الاختصاص يكون مقيدا فالقاضي مثلا يلتزم بالقضاء على نحو معين اذا توافرت شروط معينة.

الفرع الاول

معنى التقدير

ان المعنى اللغوي لكلمة التقدير هو ان يكون التصرف بمحض ارادة صاحبه ، اما المعنى القانوني لها فيعني ان تكون الادارة بصدد سلطة تقديرية حينما يترك القانون لها مجالا للتصرف وان تختار من بين عدة قرارات القرار الملائم لكل حالة على حدة[1] ويذكر(**Waline**) في تعريفه للتقدير ان رجل الادارة قبل ان يتخذ القرار يستلهم الاجابة عن الاسئلة التالية :

الاول : هل القانون يمنحه هذا الحق؟

الثاني : هل يلتزم باتخاذ هذا القرار ؟

فاذا كانت الاجابة ايجابا بالنسبة الى السؤال الاول وسلبا للثاني ثار السؤال الثالث هل يتحقق الصالح العام من وراء اتخاذ القرار ؟ هنا يكمن التقدير وملاءمة القرار الذي يتوازن مع المشروعية السؤال الاول والثاني من مسائل القانون اما الثالث فهو مسألة ادارية لايستطيع القاضي ان يفرض رقابة عليها وهذا هو مجال السلطة التقديرية وصدور القرار متروك لحرية الادارة[2] وقد تعددت التعريفات الفقهية للسلطة التقديرية فقد عرفها الفقيه { videl} [بان الادارة تتمتع بسلطة تقديرية عندما تترك لها القوانين والانظمة حرية التصرف بصورة

---

(١) انظر د سالم بن راشد العلوي - القضاء الاداري –طبع دار الثقافة للتوزيع والنشر-الطبعة الاولى –عام ٢٠٠٩م -ص٥٩ وكذلك انظر احمد سرحان سعود – السلطة التقديرية في مرحلة التحقيق الإداري – رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون الجامعة المستنصرية- عام ٢٠١١ - ص ٩ .

(2)**Waline.precis de droit administrative (paris) 1960p328**

او باخرى ، وعلى العكس هناك سلطة مقيدة عندما تكون الادارة ملزمة حسب القوانين والانظمة بالتقرير بصورة محضة دون ان تمتلك حرية الاختيار] [1] .

كما عرفها الفقيه{ J.Michand} [بانها حرية التصرف الذي تتمتع به الادارة العامة دون ان تحدد لها القاعدة القانونية المسلك الواجب اتباعه مسبقا] [2] .

ويرى فقهاء القانون العام في مصر ان السلطة التقديرية للادارة تتمثل في قدرتها على اعمال ارادة حرة في مباشرة النشاط الاداري[3] فقد عرفها الدكتور الطماوي بانها [نوع من الحرية تتمتع بها الادارة لتقديرخطورة بعض الحالات الواقعية التي تحدث ولاختيار وقت تدخلها ولتقدير اصلح الوسائل لمواجهة الحالة في هذا المجال فهي حرة ولكنها محاطة دائما بفكرة المصلحة العامة التي تشرف على جميع اعمالها] [4] وعرفها الدكتور محمد عبد العال السناري [بانه يترك للادارة مجالا حرا بالتصرف بصدد موقف معين ، بحيث يكون للادارة حرية الاختيار في ان تقوم بعمل حيال هذا الموقف او ان تمتنع عن القيام بعمل حياله او يترك لها القانون اختيار نوع الاجراء الذي تتخذه بشان هذا الموقف] [5] ، وعرفها الدكتور مصطفى احمد الديداموني بانها [ترك القانون الحرية للإدارة في مباشرة نشاطها دون ان يفرض عليها وجوب التصرف على نحو الزامي معين] [6] وعرفها الدكتور ماجد راغب الحلو بانها [حق اعمال الارادة وحرية الاختيار في ممارسة الاختصاص ، فعندما

---

(1) **G VEDEL P. DELVOLVE Droit administrative P U F 1988p 437**

(2) **jmichand etudes sur ie pouvoir discretionnaire de L administration 1914 tom 3 p 7 اشار اليه د مصلح الصرايرة – مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادى التي اقرها القضاء الاداري في رقابته على السلطة التقديرية للادارة – بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية – المجلد ٢٥ – عام ٢٠٠٩- ص ١٦٦**

(٣) د احمد حافظ نجم – السلطة التقديرية للادارة ودعاوى الانحراف بالسلطة- مجلة العلوم الادارية –السنة ٢٤-العدد الثاني – عام ١٩٨٢ – ص٤٧ .

(٤) للتفصيل انظر مؤلفه نظرية التعسف في استعمال السلطة – مطبعة جامعة عين شمس – الطبعة الثالثة -عام ١٩٧٨م – ص٦٣ وفي نفس المعنى انظر مؤلفه – القضاء الاداري – قضاء الالغاء – الكتاب الاول – طبع دارالفكر العربي – عام ١٩٩٦ – ص ٣٢ .

(٥) انظر مؤلفه الدولة والرقابة القضائية عن اعمال الادارة في جمهورية مصر العربية – دراسة مقارنة – من دون ذكر اسم المطبعة – عام ٢٠٠٢- ص .

(٦) انظر مؤلفه – الاجراءات والاشكال في القرار الاداري – دراسة مقارنة – طبع الهيئة المصرية العامة للكتاب – عام ١٩٩٢ – ص ٣٧٦

يترك القانون للادارة حرية التصرف في شان من الشئون يقال ان لها سلطة تقديرية في هذا الشان] [١] وعلى صعيد الفقه في العراق نجد استاذنا الدكتور غازي فيصل مهدي عرف السلطة التقديرية بانها [حرية الادارة في التصرف وهي تمارس اختصاصاتها القانونية ، بحيث تستطيع اتخاذ القرار الاداري او عدم اتخاذه او اتخاذه على نحو من الانحاء او اختيار الوقت الذي تراه مناسبا او السبب الملائم له او الاثار القانونية المترتبة عليه][٢].

والباحث يرى ان السلطة التقديرية للادارة يمكن تعريفها على انها [امتلاك الادارة قدرا من حرية التصرف في ممارسة بعض نشاطاتها واختصاصاتها المناطة بها دون ان تفرض عليها القواعد التشريعية والقضائية أي قيود على حريتها في التصرف] .

فاذا تجمعت مظاهرة في الطريق العام قد تمثل اخلالا بالامن العام ولم يفرض القانون على سلطات الضبط الاداري بان تتدخل باتخاذ مسلكا معينا فقد ترى سلطات الامن الاكتفاء باحاطة المتظاهرين لان المظاهرة في سبيلها للانفراط تلقائيا وقد ترى ضرورة تدخلها اذا ما استدعت الظروف الى ذلك فهنا تملك سلطات الضبط الاداري سلطة التقدير والملاءمة في اختيار نوع القرار الذي يتناسب مع شدة الظروف ولكن تحت رقابة القضاء[٣] مثال ذلك ايضا ان جهة الادارة في العراق ممثلة بوزير الداخلية تملك سلطة تقديرية في منح الجنسية عن طريق التجنس اذا ما توفرت الشروط المقررة لذلك ووفقا لما تراه محققا للمصلحة العامة [٤] ومثال ذلك ايضا ان جهة الادارة في مصر تملك سلطة تقديرية واسعة النطاق في مجال منح تراخيص السلاح او تجديده او سحبه أو إلغائه ولايقيد جهة الادارة في ذلك الا وجوب تسبيب قراراتها في هذا الشان وهذه السلطة منحها المشرع للادارة حماية للمجتمع ووقاية للامن العام . [٥]

---

(١) انظر مؤلفه - القانون الاداري – طبع دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية – عام ١٩٩٦ – ص ٦١٠ .

(٢) انظر مؤلفه – تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام – مصدر سابق – ص ٢١ .

(٣) د محمد رفعت عبد الوهاب – مبادى وأحكام القانون الاداري - منشورات الحلبي الحقوقية – عام ٢٠٠٥م – ص٥٨٨ .

(٤) اشار البند اولا من المادة ٦ من قانون الجنسية العراقي رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٠١٩ بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٧ على ان [للوزير ان يقبل تجنس غير العراقي عند توافر الشروط المشار اليها في الفقرات من أ – و من البند ذاته] فتوافر الشروط لايعني الزاما على الوزير بقبول التجنس فالمشرع استخدم لفظ للوزير للدلالة على سلطته التقديرية بهذا الخصوص ولمزيد من التفصيل عن دور الصياغة التشريعية في بيان الصلاحيات القانونية انظر د رافد خلف هاشم البهادلي والدكتور عثمان سلمان غيلان العبودي – التشريع بين الصناعة والصياغة – طبع منشورات الحلبي الحقوقية -عام ٢٠١٢ – ص ١١٨ .

(٥) تنص المادة ٤ من القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بالاسلحة والذخائر على الاتي [لوزير الداخلية او من ينوب عنه رفض الترخيص او تقصير مدته او قصره على انواع معينة من الاسلحة او تقييده باي شرط يراه وله سحب الترخيص او الغاءه ويكون قرار الوزير برفض منح الترخيص او سحبه او الغاءه مسببا]

الفرع الثاني

الجانب المقيد والجانب التقديري من القرار الإداري

القرار الاداري في العادة يتحدد من ناحية بالقانون ومن ناحية اخرى قد يتركه المشرع تقديريا لمصدر القرار . وقد قدم الفقه العديد من التعريفات للقرار الإداري ورغم اختلافها وتباينها إلا أنها تدور حول محور واحد هو إن القرار الإداري عمل من جانب واحد ذو اثار قانونية[١] كما ان القضاء سعى هو الاخر الى تعريف القرار الإداري فعرفته محكمة القضاء الإداري في مصر على انه [افصاح الادارة في الشكل الذي يحدده القانون عن ارادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد احداث مركز قانوني معين متى كان ذلك ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة] [٢] وقد تعرض التعريف المتقدم إلى انتقادات الفقه فهو يشير الى الافصاح عن الارادة والافصاح تعبير ايجابي ولهذا ينحسر عنه القرار الاداري الضمني الذي يستند على سكوت الادارة وكذلك القرار الاداري السلبي الذي يستند على رفض او امتناع الادارة ثم ان التعريف المتقدم اعار اهتماما لشروط صحة القرار و دون ان يشير الى عناصره التي تمييزه عن العمل المادي كما انه قصر اثره على انشاء مركز قانوني في حين انه قد يؤدي الى انشاء هذا المركز او تعديله او الغائه [٣] وقد تلافت المحكمة الادارية العليا في مصر بعض تلك النقائص فعرفت القرار الاداري بانه [افصاح جهة الادارة عن ارادتها الملزمة

---

(١) انظر في تعريف القرار الاداري د طعيمة الجرف – القانون الاداري دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الادارة العامة –طبع مطبعة القاهرة الحديثة –عام ١٩٧٣ –ص ٤٨٧ .

(٢) حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى ١١٤٦ لسنة٦ ق جلسة ١٩٥٤/٢/٢٨ للتفصيل انظر المستشار حمدي ياسين عكاشة – موسوعة القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة- من دون ذكر اسم المطبعة –عام ٢٠١٠ م – الجزء الاول– ص ١٩.

(٣) استاذنا الدكتور غازي فيصل مهدي – محاضرات غير منشورة بعنوان وقف تنفيذ القرار الاداري المطعون فيه بالالغاء- تم القائها على طلبة الدكتوراه في كلية الحقوق جامعة النهرين – عام ٢٠١١ وفي ذات المعنى انظر- د محمد فوأد مهنا –مبادى واحكام القانون الاداري - مصدر سابق – ص ٦٦٩ وعلى الرغم من تاييدنا للراي المتقدم نجد من الضروري الاشارة الى ان فريق من الفقهاء لايؤيد القول بان القرار الضمني (وهو القرار الذي يتمخض عن سكوت الادارة ازاء طلب يقدم اليها ومرور فترة زمنية محددة على هذا السكوت ووجود نص قانوني يعتبر هذا السكوت موافقة او رفض) لايمكن وصفه بانه افصاح عن ارادة وبالتالي فهم لايخرجونه عن نطاق تعريف محكمة القضاء الاداري المشار اليه للتفصيل انظر د ماجد راغب الحلو - القانون الاداري - مصدر سابق -٥٠٢ وكذلك انظر د نواف سالم كنعان – مبادى القانون الاداري وتطبيقاته في دولة الامارات – طبع اثراء للنشر والتوزيع – الطبعة الاولى – عام ٢٠٠٨ – ص ١٩٢ .

بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد احداث اثر قانوني معين ممكن وجائز قانونا حالا ومباشرة وابتغاء تحقيق المصلحة العامة] [1] .

وقد جاء في حكم اخر لذات المحكمة {ان الاصل في القرارات الادارية صحتها من العيوب وعيب اساءة استعمال السلطة او الانحراف بها من العيوب القصدية التي تصيب القرار الاداري وتعريفه ان يكون لدى الادارة قصد اساءة استعمال السلطة او الانحراف بها وهذا العيب يجب ان يشوب الغاية من القرار بان تكون الجهة الادارية قد تنكبت وجه المصلحة العامة التي يتغياها القرار او ان تكون اصدرت القرار بباعث لايمت لتلك المصلحة] [2] و بتحليل الاحكام السابقة ودراسة المراحل التي تطورت من خلالها دعوى الالغاء لتجاوز السلطة في القضاء الفرنسي وكيف تعددت شيئا فشيئا أسباب الطعن يمكننا تاييد الراي الراجح في الفقه الفرنسي والعربي والذي يرى ان للقرار الاداري اركان لايقوم بدونها بحيث لو تخلف احدها وصم بعدم المشروعية الامر الذي يجعل منه قرارا باطلا يتحتم على القضاء الغائه بناءا على طلب صاحب الشان متى استوفت دعوى الالغاء

---

(١) حكم المحكمة في الطعن رقم ٦٧٤لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٦٧/٩/٢ وكذلك حكمها في في الطعن ٢٦٨٦ لسنة ٤٨ ق في جلسة ٧/٢٦/ وقد اخذت بهذا التعريف المحكمة الادارية العليا في دولة الامارات العربية المتحدة من خلال حكمها في الطعن رقم ٢ ق.ع بتاريخ ١٩٧٥/٧/٩ وكذلك محكمة العدل العليا الاردنية في حكمها المرقم ٩٩/٥١٢ ٢٠٠٥للتفصيل انظر د محمد ماهر ابو العينين- دعوى الالغاء امام القضاء الاداري – الكتاب الاول – طبع دارالكتب القانونية –عام ١٩٩٨ - ص١٥ وكذلك انظر مجموعة المبادى القانونية التي اقرتها المحكمة الإدارية العليا للسنوات ٢٠٠٥- ٢٠٠٧ ص ٥٢٨ وكذلك انظر د نواف سالم كنعان – مبادى القانون الاداري وتطبيقاته في دولة الامارات العربية المتحدة– طبع اثراء للنشر والتوزيع – الطبعة الاولى – عام ٢٠٠٨ –ص١٩١ وانظر د مرثا الياس عيسى الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للادارة دراسة مقارنة – اطروحة دكتوراة مقدمة الى كلية الدراسات العليا في جامعة عمان العربية – عام ٢٠٠٧ – ص ٨٠ .

(٢) حكم المحكمة بجلسة ١٩٩٢/١١/٢٢ في الطعن ١٠٧٤لسنة ٣٣ ق عليا للتفصيل انظر المستشار حمدي ياسين عكاشة – مصدر سابق – الجزء الثاني – ص ١٢٥٠وفي ذات المعنى انظر ايضا حكم المحكمة بجلسة ٢٠٠١/٢/٦في الطعن ٦٦١ لسنة ٤٤ ق عليا البند رقم ٩٤ - مجموعة المبادى القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا العدد٤٦ .

شروط قبولها [١] وهذه الاركان هي الاختصاص-الشكل-السبب-المحل-الغاية [٢] لذا لابد من معرفة مدى ما للادارة من سلطة تقديرية في كل ركن من اركان القرار الاداري وحسب المنوال التالي :-

أولا : - الاختصاص

يجسد عنصر الاختصاص الصلاحية القانونية للادارة في اتخاذ قرار معين إذ أنّ القانون الاداري لايقتصر على بيان الاعمال الادارية ولكن يعين الموظف المختص المنوط به مباشرة الاعمال ايضا فاذا صدر القرار الاداري من موظف غير مختص كان القرار معيبا لعدم الاختصاص وان عدم الاختصاص يعني عدم التمتع بممارسة سلطة معينة سواء اكانت هذه السلطة تقديرية بالكامل ام تقديرية في جزء منها او كانت مقيدة بالكامل او في جزء منها وهذا يعني ان لاعلاقة بين فكرة الاختصاص من ناحية والسلطة التقديرية فالاختصاص محددا دائما بالقانون [٣] والنصوص المحددة له هي نصوص امرة ولو عملت الادارة بخلافها يكون قرارها قد صدر مشوبا بعيب عدم الاختصاص وهو العيب الوحيد من عيوب القرار الاداري المتعلق بالنظام العام، وقد يكون عيب عدم الاختصاص بسيطا ينتج عن مخالفة قواعد الاختصاص في نطاق الوظيفة الإدارية بين أعضاء الجهة الإدارية ويظهر في حالات عدم الاختصاص من حيث المكان وحالات عدم الاختصاص من حيث الزمان وحالات عدم الاختصاص من حيث الموضوع وبرغم ذلك يبقى القرار محتفظا بمقوماته كقرار إداري لكنه قابلا للالغاء من قبل القضاء عند ثبوت العيب . وقد يكون عيب عدم الاختصاص جسيما في حالة ما إذا صدر القرار من هيئة خاصة او فرد عادي لايتمتع بصفة الموظف العام أو من سلطة ادارية في موضوع من اختصاص السلطتين التشريعية أو القضائية أو من سلطة إدارية في مسالة تدخل في نطاق اختصاص سلطة إدارية أخرى

---

(١) د عبد العزيز عبد المنعم خليفة –القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة – طبع المركز القومي للاصدارات القانونية – الطبعة الاولى - عام ٢٠٠٨ م – ص٤٧ وكذلك انظر د شعبان احمد رمضان –اثر انقضاء المصلحة على السير في دعوى الالغاء والدعوى الدستورية في النظام القانوني المصري – طبع دار النهضة العربية – عام ٢٠٠٩ – ص ٤ ومابعدها .

(٢) يهتم بعض الفقهاء بركن الارادة في القرار الاداري بوصفه اهم اركانه بل البعض يعتبره الركن الوحيد فيه وان عناصر الشكل والاختصاص والمحل والسبب والغاية لاتتصل بانعقاد القرار وانما بمشروعيته للتفصيل انظر د- محمد ماهر ابو العينين - مصدر سابق - الكتاب الاول- - ص ١٦.

(٣) د رجب محمود احمد – مصدر سابق - ص٥٢ وانظر ايضا د فهد بن عبد العزيز الدغيثر – رقابة القضاء على قرارات الادارة (دراسة مقارنة) طبع دار النهضة العربية – عام ١٩٩٢ص٢٢٧ وانظر كذلك د مصلح الصرايرة – مصدر سابق – ص ١٧٠ .

لاتمت لها بصلة فيصبح القرار منعدما وفاقدا لصفة القرار الاداري[١] وهذا ماكدته المحكمة الادارية العليا في مصر فقد اشارت الى ان [القرار الصادر من جهة الادارة بوقف تنفيذ حكم صادر من محكمة القضاء الاداري لحين الفصل في الطعن المقام ضده امام المحكمة الإدارية العليا هو قرار منعدم اساس ذلك انه قد انطوى على غصب اختصاص مقصور على دائرة فحص الطعون بالمحكمة الادارية العليا ولاتملك جهة الادارة اية سلطة تقديرية في هذا الشأن لتعلق الموضوع بالنظام العام القضائي][٢] وهو ذات النهج الذي سار عليه مجلس شورى الدولة في العراق فمن خلال قرار لهيئته العامة اشار الى ان { القرارات والاوامر الصادرة من جهة ادارية غير مختصة تكون معدومة ولاترتب أي اثر قانوني }[٣] .

ثانيا :- الشكل

يعد الشكل المظهر الخارجي لارادة السلطة الإدارية وان قواعد الشكل في القرار الاداري لاتعدو ان تكون قواعد خاصة بكيفية ممارسة السلطة ولاتتعلق ابدا بموضوعها و القضاء الاداري مستقر على ان جهة الادارة غير مقيدة بشكل معين تفصح فيه عن ارادتها الملزمة ما لم يلزمها القانون باتباع شكل خاص لقرار معين كضرورة صدور القرار كتابة او ضرورة ان يصدر القرار مسببا او اتباع اجراء معين كضرورة اجراء تحقيق

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر د سليمان محمد الطماوي – النظرية العامة للقرارات الادارية – مصدر سابق – ص ٣٠٣ومابعدها وكذلك انظر د مازن ليلو راضي – القضاء الاداري – مطبعة جامعة دهوك – عام ٢٠١٠ – ٢٢٦ ومابعدها .

(٢) حكم المحكمة في الطعن ٧٨٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٩١/١١/٣ اشار اليه د محمد ماهر ابو العينين - مصدر سابق - الكتاب الثاني - ص-٤١ .

(٣) قرار الهيأة بعدد ٢٨٧/انظباط/تمييز/في ٢٠٠٦/١٢/١٨ و تتلخص وقائع القضية ان المدعي يعمل بصفة رئيس مهندسين لدى المدعى عليه وزير الاتصالات اضافة لوظيفته وقد قام المدعى عليه باصدار امر اداري بفصل المدعي على اساس انه مشمول باجراءات الهيئة الوطنية العليا لاجتثاث البعث ولعدم صدور أي امر او قرار من الهيئة الوطنية بشمول المدعي باجراءاتها اعتبرت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة قرار المدعى عليه بشمول المدعي باجراءات الاجتثاث غصبا لاختصاص مقصور على الهيئة الوطنية العليا وبالتالي فهو قرار منعدم } لمزيد من التفصيل انظر صباح صادق جعفر –مصدر سابق – ص ٣٨٣ .

قبل صدور القرار او ضرورة اخذ راي جهة معينة [١] فوجود الادارة في مجال سلطتها التقديرية لايعفيها من وجوب الالتزام بقواعد الشكل والاجراءات اذا كانت محددة بالنص [٢] وهذا ما قضت به محكمة العدل العليا الاردنية بحيث اشارت إلى { ان لجنة التحقيق كانت مشكلة فقط من عضوين واستمعت إلى اقوال الشاهد دون اداء القسم القانوني كما تتطلب إحكام المادة ١٤٥ من نظام الخدمة المدنية فان إجراءات هذه اللجنة تعتبر معيبة بعيب مخالفة إحكام المادة سالفة الذكر من نظام الخدمة المدنية رقم ٣٠ لسنة٢٠٠٧ وتعديلاته وحيث إن القرار الطعين استند إلى تقرير وتوصية اللجنة المعيب فان القرار الطعين يغدو معيبا }[٣] كما إن المحكمة الادارية العليا في مصر قضت بالغاء قرار محافظ القاهرة بإزالة اعمال بناء لعدم مراعاته للشكل الذي تطلبه القانون حيث اشارت إلى {إن المحافظ المختص او من ينيبه عليه قبل اصدار قرار الازالة اوتصحيح الاعمال ان ياخذ

---

(١) يمييز بعض الفقهاء بين الشكل والاجراء ، فالشكل يعد المظهر الخارجي الذي يتخذه القرار أو الإطار العام الذي تظهر فيه الإدارة إرادتها ، إما الإجراء فينصرف إلى العمليات التي تتبعها الإدارة قبل إصدار القرار فصدور القرار مكتوبا أو شفاهة مسبب او غير مسبب يعتبر من قبيل الشكل إما الامور الأخرى التي تسبق صدور القرار كاخذ راي لجنة معينة يعتبر من قبيل الإجراءات وهذا التمييز غير صحيح فالاجراء هو من قبيل الشكل سواء قبل صدور القرار أم كان لاحقا عليه بدليل إن قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وفي مجال بيان عيوب القرار الإداري ذكر عيب الشكل ولم يتطرق إلى حدوث عيب بالاجراءات كما إن قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ وبموجب قانون التعديل الثاني المرقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ قد حدد من خلال نص المادة السابعة /فقرة هـ أسباب الطعن وذكر من بينها إن يكون القرار معيبا في شكله ولم يتطرق إلى عيب الإجراء وهذا يعني إن عيب الشكل ينصرف أيضا إلى عيب الاجراء كما إن القضاء قد استقر على استعمال كلا المصطلحين بمعنى واحد مما يعني إن التمييز بين الشكل والاجراء يكون فقط من حيث استخدام المصطلح وليس من حيث النتائج القانونية المترتبة عليه فان مخالفة الشكل والاجراء تؤدي إلى بطلان التصرف إذا تعلق الأمر بشكل أو إجراء جوهري لذا نعتقد ان المشرع العراقي لم يكن موفقا في صياغة البند ٢ من الفقرة خامسا من المادة ٧ من القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ والخاص بالتعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة فقد ذكر الاجراءات كعيب مستقل عن عيب الشكل حيث ورد النص بالصيغة التالية [ان يكون الامر او القرار قد صدر خلافا لقواعد الاختصاص او معيبا في شكله او في الاجراءات او في محله او سببه] . للمزيد انظر د جورجي شفيق ساري – قواعد وإحكام القضاء الإداري – طبع دار النهضة العربية – عام ٢٠٠٢- ص ٥٢٢ .

(٢) ن قواعد الشكل قد تكون قضائية ايضا ارساها القضاء الاداري ضمانا لحقوق الافراد عن طريق التوسع في تفسير النصوص واستلهام روح التشريع وقواعد العدالة مثل قاعدة حق الدفاع التي ارساها مجلس الدولة الفرنسي والتي تفرض على الادارة قبل اتخاذ اي اجراء ذي صفة تاديبية ان تبلغ صاحب الشان وتسمح له بالدفاع عن نفسه للتفصيل انظر :

C.E-4mai1962,dame ruard,Act,1962 p.419 اشار اليه الدكتور ماجد راغب الحلو في مؤلفه القضاء الاداري – طبع دار المطبوعات الجامعية – الطبعة الاولى – عام ١٩٧٧م- –ص ٣٢٩

(٣) قرار محكمة العدل العليا الاردنية بالعدد ٢٠١٢/٤٢٣ بتاريخ ٢٠١٢/١٢/٢٧ للتفصيل انظر على شبكة الانترنيت

http://www.lowjo.net/vb/showthreed.php

راي لجنة تشكل من ثلاثة مهندسين ولعدم تحقق ذلك انتهت المحكمة الى عدم مشروعية القرار}[1] . وبتخلف قواعد النظام القانوني بالمعنى الواسع المحددة للشكل يكون للإدارة سلطة تقديرية في اتخاذ الشكل الذي تصدر قرارها فيه .

ثالثا:- السبب

يتجسد هذا العنصر في القرار الاداري بمجموعة الاسباب القانونية والوقائع المادية التي تدفع رجل الادارة حال حصولها التدخل لاتخاذ القرار المناسب [2] وسبب القرار الاداري يجب ان يكون له وجود موضوعي خارجي عن القرار وسابق عليه وان يكون مناسبا له وليس لرجل الادارة حرية اصدار القرار الا للاسباب الداعية الى ذلك ولذا يسميه العميد {دوكي} بالسبب الملهم [3] . والادارة العامة لاتتمتع بأي سلطة تقديرية في التحقق من صحة الوقائع التي تتدخل على اساسها لاصدار القرار الاداري او في التكييف القانوني لتلك الوقائع في حال ثبوت صحتها فهي لاتملك في هذا الشان الاختصاصا مقيدا وهذا ماكدته الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة في العراق حيث اشارت إلى إن { احالة الموظف على التقاعد دون تقديم طلب منه ودون اكماله السن القانونية لاسند له من القانون لان القرار الإداري يكون معيبا بعيب السبب }[4] وعلى ذات النهج سار القضاء الاردني فقد اشارت محكمة العدل العليا الاردنية إلى { إن السبب الذي استندت إليه نقابة المحامين في إصدار قرار نقل المستدعي من سجل المحامين المزاولين إلى سجل المحامين غير المزاولين هو احتراف المستدعي للتجارة دون إن ترد إي بينة تفيد إن المستدعي يمارسها أو اتخذها مهنة له وحيث لم تثبت صحة السبب الذي قام عليه القرار الطعين فيكون مستوجبا للالغاء لاستناده إلى سبب غير صحيح }[5] وهو ماكدته أيضا المحكمة الإدارية العليا في مصر فقد قضت بان { القرارالإداري يجب إن يقوم على أسباب تبرره صدقا وحقا في الواقع والقانون فإذا مافسرت جهة الإدارة لقرارها أسبابا فانها تكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري للتحقق من مدى مطابقتها للقانون من عدمه واثر ذلك في النتيجة التي انتهى إليها القرار ، حيث تجد حدها الطبيعي فيما إذا سارت الامور مستخلصة

---

(١) حكم المحكمة في الدعوى ٣٦٠٦ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٩٣/٧/٢٩ للتفصيل انظر د محمد ماهر أبو العينين – مصدر سابق – الكتاب الثاني –– ص ١٦٢ .

(٢) د احمد عبد الرحمن شرف الدين – الوجيز في القانون الإداري اليمني – طبع دار الفكر المعاصر - صنعاء – عام ١٩٩٨ – ص ٢٤١ .

(٣) للتفصيل انظر د محمد حسنين عبد العال- فكرة السبب في القرار الاداري ودعوى الالغاء – طبع دار النهضة العربية – دون ذكر سنة الطبع –ص٢١٣ ومابعدها .

(٤) قرارها بالعدد ٢٣٣ / انضباط / تمييز في ٢٠٠٥/١٢/٥ للتفصيل انظر صباح صادق جعفر –– مصدر سابق – ص ٢٩١ .

(٥) حكم المحكمة المرقم ٥٣/ هيئة خماسية في ٢٠٠٩/١١/٢٨ انظر على شبكة الانترنت http://www.lawjo.net/vb/showthread.php.

استخلاصا سائغا من أصول تتنتجها ماديا وقانونيا فإذا سارت منتزعة من غير أصول موجودة أو سارت مستخلصة من أصول لاتنتجها فان القرار يكون فاقدا السببية ووقع مخالفا للقانون }[1] . وبذلك يكون مسلك القضاء الاداري العربي متفقا مع استقرار قضاء مجلس الدولة الفرنسي على ممارسة الرقابة على الوجود المادي للوقائع وصحة تكييفها القانوني[2] لكن الادارة تتمتع بسلطة تقديرية في تقدير مدى الخطورة التي يمكن تترتب على الوقائع التي استلزمت اصدار القرار الإداري وبالتالي تملك إن تصدر القرار أو إن لا تصدره حسب تقديرها للامور فقد جاء في حكم للمحكمة الادارية العليا في مصر[ومن حيث الظاهر من اوراق الطعن ان الجهة الادارية قد استعملت السلطة المخولة لها بموجب المادة الرابعة من القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ بشان الاسلحة والذخائر فاصدرت قرارها المطعون فيه بالغاء تراخيص الاسلحة بناءا على التقارير التي وردت اليها محذرة من خطر استخدام هذه الاسلحة في الاخلال بالامن ومن حيث انه قد استبان ماتقدم فان القرار المطعون فيه يعد مشروعا] [3] فاذا كان القضاء الاداري يراقب صحة الوقائع التي تكون عنصر السبب وصحة تكيفها القانوني [4] فان لجهة الادارة حرية تقدير اهمية الحالة والخطورة الناجمة عنها والتصرف الذي تتخذه حيالها.

رابعا:-المحل

ويقصد به موضوع القرار الاداري ومحتواه او مضمون الاثر القانوني الذي ينتجه القرار حالا ومباشرة بالتغيير في المراكز القانونية سواء لانشاء حالة قانونية معينة او تعديلها او الغائها فهو بذلك جوهر القرار ومادته[5] وبهذا يتميز محل العمل القانوني عن محل العمل المادي الذي يكون محله دائما نتيجة مادية وواقعية و يمكن القول ان رجل الادارة يتمتع بسلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بمحل القرار الاداري كلما كانت قاعدة

---

(١) حكم المحكمة في بجلسة ٢٠٠١/٧/٨ في الطعن رقم ٣٢٠٥ ـ لسنة ٤٠ قضائية المبدا رقم ٢٨٩ ـ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ـالعدد ٤٦ .

(٢) فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية تريبون (trpon) بالغاء القرار الاداري الذي صدر باعفاء المدعي من وظيفته بناء على طلبه حيث تبين عدم وجود هذا الطلب الذي استندت اليه الادارة عند اصدار قرارها انظر د نجيب خلف احمد و د محمد علي جواد – القضاء الإداري –من دون ذكر اسم المطبعة – عام ٢٠١٠ –ص ١٨٧ .

(٣) للتفصيل انظر حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن ٤١ لسنة ٢٣ ق – جلسة ١٩٨٥/١/١٢للتفصيل انظر د محمد ماهر ابو العينين ـ مصدر سابق ـ الكتاب الثاني- ص٦٦٨ .

(٤) تعريف عملية التكييف بأنها اجراء مقابلة بين الحالة الواقعية ونصوص القانون حيث يتم إعطاء الواقعة الثابتة عنواناً يحدد موضعها داخل أطار القاعدة التشريعية أو القانونية المراد تطبيقها بمعنى أدراج واقعة معنية داخل فكرة قانونية للتفصيل انظر د محمود سلامة جبر ـ نظرية الغلط البين في قضاء الألغاء ـ طبع دار النهضة العربية ـ عام ٢٠١١ ـ ص ٨ .

(٥) د محي الدين القيسي – القانون الاداري العام – طبع منشورات الحلبي الحقوقية – الطبعة الاولى – عام ٢٠٠٧- ص١٠٣

ـ وكذلك انظر د عمر محمد الشوبكي ـ مصدر سابق – ص ٣٢٦- ومابعدها

القانون قد تركت له حرية الاختيار بين اكثر من اثر قانوني كل منها جائز ومشروع قانونا ، إما إذا حدد القانون المركز القانوني الذي يجب إن يستهدفه القرار فلا يكون للإدارة في مثل هذه الحالة مجال للتقدير .

ويعبر الفقه الاداري ومجلس الدولة المصري عن السلطة التقديرية للادارة العامة في مجال محل القرار الاداري بان رجل الادارة يتمتع في هذه الناحية باختصاص تقديري في ثلاث مسائل و هي حرية الادارة في ان تتدخل او لاتتدخل في اصدار قرار في موضوع ما ثم حريتها في اختيار وقت التدخل وهو ابرز عناصر السلطة التقديرية في هذا المجال ثم حريتها في اختيار فحوى القرار الاداري بشرط ان يكون موضوع القرار ممكنا عملا وجائزا قانونا وبشرط الا يكون المشرع قد الزمها مسبقا بنوع القرار وفحواه

خامسا:-الغاية

يقصد بعنصر الغاية الهدف الاوسع والابعد والنهائي للنشاط الاداري الذي تسعى الادارة الى تحقيقه خدمة للصالح العام[١] فالمصلحة العامة هي هدف جميع الاعمال الادارية وقد يحدد المشرع الغاية من العمل الاداري وفقا للهدف المخصص الذي يوضع لكل سلطة يمنحها المشرع للادارة طبقا لمايسمى قاعدة تخصيص الاهداف وهنا تنعدم حرية الادارة في التقدير ويتعين عليها الالتزام بالهدف المخصص فلايكون لها ان تبتغي هدفا اخر و الا كان قرارها مقترن بعيب اساءة استعمال السلطة او الانحراف بها [٢] وهذا ماأكدته المحكمة الإدارية في مراكش في حكمها الذي جاء فيه {وحيث انه كقاعدة إن كل تصرف إداري كيفما كانت طبيعته لايمكن إن يخدم سوى المصلحة العامة التي أصبحت قاعدة إمرة لكل سلطة عمومية دون حاجة إلى إن يقرها المشرع والسلطة الإدارية التنظيمية وحتى مع افتراضنا في حالة تحقيق الهدف فهناك دائما امكانية وصم التصرف

---

(١) يقول الاستاذ فالين { ان كل سلطة اجتماعية انما تجد وجودها الشرعي فيما تسعى اليه من تحقيق المصلحة العامة }

- **Walline Le pouvoir discretionnair de 1 ,administration R.D.P p197**
- **اشار اليه د عصام عبد الوهاب البرزنجي ـــمصدر سابق ـص٤٨١**

(٢) يستخدم فريق من الفقهاء مصطلح {اساءة استعمال السلطة} بينما يستخدم فريق اخرمنهم مصطلح الانحراف بالسلطة ويعتبر عيب أساءة استعمال السلطة أوالانحراف بها من العيوب التي تصيب ركن الغاية في القرار الاداري فهو يتعلق بالناحية النفسية للجهة الادارية مصدرة القرار وبالدوافع المستترة التي دعتها الى اصداره فالقرار المعيب بالانحراف بالسلطة هو قرار سليم بالنسبة الى جميع أركانه الاخرى ماعدا ركن الغاية ويتحقق عند استعمال رجل الادارة سلطته التقديرية ليحقق غرضا غير الذي منح السلطة من اجله او ليحقق غرضا غير الذي حدده له القانون للتفصيل انظر د عبد العزيز عبد المنعم خليفة- الانحراف بالسلطة كسبب لالغاء القرار الإداري – طبع المركز القومي للاصدارات القانونية – عام ٢٠١٠ ـص ١٩-٢٥ وكذلك انظر د طعيمة الجرف – رقابة القضاء لاعمال الادارة العامة ـقضاء الالغاء ـطبع دارالنهضة العربية – من دون ذكر سنة الطبع – ص ٢٦٤وكذلك انظر خالد رشيد الدليمي – الانحراف باستعمال السلطة دراسة مقارنة – رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة بغداد – عام ١٩٩٨ م – ص ٤٠ ومابعدها .

الإداري بعيب الانحراف في السلطة عن مبدأ تخصيص الأهداف كان تسعى الإدارة إلى تحقيقه خدمة للغير وارضائه على خلاف مايقضي به القانون تحت غطاء المصلحة العامة }[1] ، وعلى ذات النهج سار القضاء الاداري في العراق فقد جاء في قرار لمجلس الانضباط العام { ان للادارة ان تقوم بنقل العاملين لديها في المواقع المختلفة وفق مالها من سلطة تقديرية في هذا الشان الا ان ذلك منوط بتوافر المصلحة العامة }[2] اما اذا لم يحدد المشرع للادارة هدفا مخصصا او غرضا محددا مسبقا فقد اختلف الفقه في ذلك حيث يرى الجانب الاكبر من الفقهاء ان سلطة الادارة بالنسبة للهدف هي سلطة مقيدة بفكرة المصلحة العامة ولايمكن ان تكون سلطة تقديرية تخرج عن رقابة القضاء الاداري [3]حيث يقتصر هامش حرية الادارة على اختيار الهدف الاكثر انسجاما مع المصلحة العامة من بين مجموعة اهداف تندرج جميعها ضمن نطاق المصلحة العامة ، اما الجانب الاخر فهو يخالف الراي المتقدم مستندا الى ان ربط نشاط الادارة بفكرة المصلحة العامة لايجعل من سلطاتها مقيدة باستمرار فبالرغم من الاقرار بان نشاط الادارة مقيد بقيد المصلحة العامة بمعناها الواسع ولكن لاينبغي ان يؤدي ذلك الى خلط هذا القيد بفكرة الاختصاص المقيد [4].

والباحث يؤيد هذا الاتجاه فاختصاص الادارة لايكون مقيدا بالنسبة للغرض الا في حالة تخصيص الاهداف من قبل المشرع او من قبل القضاء.

---

(١) حكم المحكمة بالعدد ٢٠١١/١/٢٨ انظر على شبكة الانترنيت http://contadmin.foruumaroc.net/ t44-topic

(٢) قرار مجلس الانضباط العام رقم ٤٣/ ٢٠٠٧الصادر في ٢٠٠٧/١٢/١٠- غير منشور

(٣) من انصار هذا الراي د سليمان محمد الطماوي – النظرية العامة للقرارات الادارية – مصدر سابق –ص٧٥

وكذلك د محمد كامل ليلة – الرقابة القضائية على اعمال الادارة- طبع دار النهضة العربية –عام ١٩٧٠ م - ص٢٧ .

(٤) الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي من جانبه يشير الى [ان فكرة الغرض تؤخذ اهميتها في مجال السلطة التقديرية في حين ليس لها من علاقة قريبة او بعيدة او مباشرة بفكرة الاختصاص المقيد] للتفصيل انظر مؤلفه السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائية-مصدر سابق – ص٥١٦- ٥١٦ ومن انصار هذا الراي د السيد محمد ابراهيم – رقابة القضاء الاداري على الوقائع – بحث منشور في مجلة العلوم الادارية –العدد الثاني-عام ١٩٧٠م -ص٢٥ وكذلك د محمد فوأد مهنا – انظر مؤلفه مبادى واحكام القانون الاداري - مصدر سابق – ص ٧٩٠ .

المطلب الثاني

الاختصاص المقيد للادارة

ان القرار الاداري يعد من جانب محدداً دائماً ومن جانب اخر يعد تقديريا عادة والمجال التقديري يظهر عادة في حرية الادارة في تقدير الحالة الواقعية او القانونية فيما تتوقعه من خطر وحريتها في اختيار وقت تداخلها والوسيلة التي تواجه بها هذه الحالة الواقعية او تلك الحالة القانونية.

وعلى النقيض من ذلك يوجد اختصاص مقيد عندما تواجه الادارة الحالة الواقعية او القانونية وتكون ملزمة ازاءها باتخاذ قرار معين بالذات دون ان يكون لها ادنى خيار في ذلك . بمعنى اخر عندما يكون مسلكها قد املاه القانون مقدماً والمشرع قد يجد لاعتبارات متعلقة بالصالح العام ان يضيق شيئاً فشيئاً من سلطة الادارة التقديرية في اصدار القرارات حتى اذا ما أشتد الخناق على هذه السلطة واصبحت معدومة تماماً بحيث لايملك الموظف المختص ازاء حالة معينة الا التصرف على نحو معين كان اختصاصه في هذه الحالة مقيداً [1] فالاختصاص المقيد اختصاص تحكمي بعيداً عن اعتبارات الملاءمة نتيجة الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية التي تنظم هذا الاختصاص و كما يحدث مثلا في نطاق القانون الضريبي ، فالقواعد التي تلزم المكلفين بدفع ضريبة محددة بنسبة معينة من صافي الربح او الدخل تجعل سلطة الإدارة في تطبيق هذه القواعد سلطة مقيدة أو اختصاصا مقيدا لأتملك الإدارة حياله ادنى سلطة تقديرية إذ إن تحقيق المكلف لربح أو دخل معين يحتم على الإدارة فرض ضريبة وبالنسبة المحددة اي تتحقق حالة الاختصاص المقيد في تلك الفروض التي تكون فيها القواعد القانونية قد حددت بطريقة مسبقة وأمرة تصرف ومسلك معين يجب على الادارة سلوكه اذا ما تحققت شروط او ظروف معينة فهنا تكاد تنعدم حرية الاختيار للادارة. فهي على عكس حالة السلطة التقديرية تجد سلطتها مقيدة لانها ملتزمة بالتدخل في هذه المجالات وملتزمة باصدار القرار على النحو الذي حدده القانون طالما تحققت الشروط والظروف التي نص عليها إي إن القانون حدد مسبقا الخطوات الاجرائية والاختصاص النوعي والهدف الذي تسعى إليه الإدارة .وبهذا قارن الأستاذ (waline) بين عمل الإدارة في هذه الحالة وعمل القاضي فكلاهما يقتصر عمله على مجرد تطبيق القانون عند تحقق الشروط التي يستلزمها المشرع [2] .

---

(١) انظر د عبد الفتاح ساير داير ـــمصدر سابق ـص٧٨ وكذلك د طعيمة الجرف – مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة العامة للقانون – مصدر سابق – ص ٨٠ وفي ذات المعنى انظر د توفيق شحاتة – مبادى القانون الإداري – الطبعة الأولى – عام ١٩٨٠ - الجزء الأول- ص ٧١٩ وكذلك انظر د احمد الغويري – قضاء الالغاء في الاردن – من دون ذكر اسم المطبعة – عام ١٩٨٩ – ص ٢ .

(2) Waline – سلطة الإدارة التقديرية – بحث منشور في المجلة العامة للإدارة – عام ١٩٤٣- ص ١٩٣ – نقلا عن د سليمان محمد الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية – مصدر سابق – ص ٢٩

ومن مبررات الالتجاء الى اسلوب الاختصاص المقيد تحقيق الاستقرار في المعاملات لان المخاطبين باحكام القاعدة المنظمة لهذا الاختصاص يستطيعون العلم بكيفية تطبيقها والاثر القانوني المترتب على ذلك اذ لايكون للموظف المختص أي سلطة تقديرية بهذا الخصوص[١] فالصياغة الجامدة للقواعد القانونية قد تلعب دورا في سهولة تطبيقها ، فالموظف يتولى هنا تطبيق القاعدة القانونية كما حددها القانون ولامجال للسلطة التقديرية بشانها ، ومن امثلة الاختصاص المقيد التزام الإدارة باحالة الموظف على التقاعد عند اكمال السن القانونية فلاتملك الإدارة هنا إي سلطة تقديرية [٢] و قد قضت المحكمة الادارية العليا في مصر [ان سلطة الادارة تكون مقيدة فيما يتعلق بالغاء تراخيص المنشاءات الطبية فليس لها الغاء الترخيص الا عند تحقق حالة من الحالات الست التي وردت في المادة ١٣ من القانون رقم٥١ لسنة 1981 والا لكان النص على تحديد هذه الحالات عبثا وهو ما ينبغي تنزيه المشرع عنه] [٣] كما قضى مجلس شورى الدولة في العراق {ان تعيين الموظف يعد صحيحا ويستحق رواتبه كاملة إذا كان الموظف مستوفيا لشروط التعيين القانونية وان تخلف فيه شرط مضاف من الإدارة} [٤] فالإدارة مقيدة بالشروط الواردة في قانون الخدمة المدنية وهي ملزمة بتطبيق نصوصه المقيده لسلطتها ، وبالرغم من ان االسلطة المقيدة هي النظام أو الاسلوب التشريعي المثالي الملائم لحماية حقوق الإفراد وحرياتهم لأنه يحدد للإدارة دائرة وحدود اختصاصها [٥] إلا انه يباعد بين القانون المنظم لهذا الاختصاص وبين حقائق الحياة المتغيرة كما انه يصيب حركة الحياة بالشلل خاصة وان القرار ماهو الاوسيلة لتحقيق اهداف القانون في المجتمع والتي لايمكن ان تتحقق الابقدر من المرونة والملاءمة في التطبيق للظروف الواقعية الخاصة بكل حالة

---

(١) للوقوف على مبررات الالتجاء الى اسلوب الاختصاص المقيد انظر د محمود محمد حافظ –القضاء الاداري دراسة مقارنة – طبع دار النهضة العربية –عام ١٩٦٧-ص٤٨ وكذلك انظر استاذنا الدكتور ابراهيم طه الفياض – القانون الاداري – طبع مكتبة الفلاح – عام ١٩٨٨ الجزء الثالث – ص ٥٨ .

(٢) ينص البند اولا من المادة الاولى من قانون التقاعد الموحد في العراق رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦والمنشور بجريدة الوقائع العراقية العدد ٤٠١٥ في ٢٠٠٦/١/١٧ على الاتي [يحال الموظف على التقاعد عند اكمال السن القانونية البالغة الثالثة والستين مهما كانت مدة خدمته] .

(٣) حكم المحكمة في الطعن ٩٩٠٦ لسنة ٤٧ ق عليا جلسة ٢٠٠٧/١/٢٧ للتفصيل انظر د خالد عبد الفتاح محمد– الشامل في مختلف انواع التراخيص في ضوء احكام المحكمة الادارية العليا حتى عام ٢٠٠٨ – طبع المركز القومي للاصدارات القانونية – الطبعة الاولى – عام ٢٠١٠ ص٢٢٧-٢٢٨ .

(٤) حكم الهياة العامة لمجلس شورى الدولة بالعدد ٧١/ انضباط /تمييز / ٢٠٠٤ بتاريخ ٢٠٠٤/٥/٣١ للتفصيل انظر صباح صادق جعفر – مصدر سابق – ص ٢٥٢ .

(٥) انظر د عمر محمد الشوبكي –– مصدر سابق – ص ٦٩ .

على حدة [1] والواقع انه من الصعب ان تكون هناك قرارات ادارية مبنية على اختصاص مقيد بالكامل كما ان السلطة التقديرية الكاملة او المطلقة غير مقبولة مهما بلغت حرية التقدير من الاتساع وانما هناك مجال مقيد ومجال تقديري في نفس الوقت . فتقسيم التصرفات والسلطات إلى مجرد طائفتين تقديرية ومقيدة كما ذكرنا سابقا إنما هو لإغراض توضيحية فالحقيقة تتمثل بوجود طائفة ثالثة من القرارات { ولعلها اهمها على الإطلاق واكثرها شيوعا } وهي تلك القرات التي تكون في جانب منها تقديرية وفي جانبها الأخر مقيدة أو بالاحرى ينصب التقدير على بعض اركان القرار أو احداها دون البعض الأخر . [2] فالمصلحة العامة تقتضي الجمع في تحديد سلطات الإدارة بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة على إن يكون معلوما انه لاتوجد سلطة تقديرية مطلقة كما إن امكانية التقدير لاتكون منعدمة في كل الأحوال في حالة السلطة المقيدة .

---

(١) في ذات المعنى انظر الحسن سيمو ، السلطة التقديرية للادارة ورقابة القضاء الاداري ، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين الاردنية ، العدد {١-٢-٣} لسنة ١٩٩٣ ص١١٢ .

(2) **Lopez Rodo,Le pouvoir discretionnaire de administrative.Evoulution doctrinale et-jurisprudentielle.R.D.P.1953,P576-**

- **اشار اليه د عبد الجليل محمد علي في رسالته مبدأ المشروعية في النظام الاسلامي والانظمة القانونية المعاصرة- رسالة دكتوراة مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس – عام ١٩٨٣– ص١٠٩**

المبحث الثاني

الاسس العامة للسلطة التقديرية للادارة في القانون الوضعي

ان مايهمنا في بحث اساس السلطة التقديرية للادارة هو سبب وجودها وسبب الاعتراف بها للادارة ومن هو وراء التنظيم القانوني الذي يحكم نشاطها فمن المسلم به ان الادارة يجب ان تعمل فكرها لتواجه المواقف الجديدة ودون ان تحيل في كل الاحوال الى نصوص القوانيين ، وبعد ان بينا الفرق بين السلطة التقديرية وبين الاختصاص المقيد يبقى لنا ان نفهم لماذا يعترف بها للادارة في الدولة القانونية فالادارة كانت ولاتزال وستظل دائما متمتعة بجانب من حرية التصرف والتقدير في تنظيم نشاطها واذا كانت هذه هي حقيقة السلطة التقديرية ومع التسليم بان النظم القانونية الوضعية هي مصدر تنظيمها ، وان حدودها ابتداءا تنبثق من علاقة المشرع بالسلطة التنفيذية فان ذلك يكشف عن اهمية البحث في اساس هذه السلطة وكثيرا مايحدث الخلط بين الاساس والمعيار ان الاساس هو الاجابة على التساؤل الاتي : ماهو مصدر الفكرة وكيف وجدت ؟ اما المعيار فهو في مضمون السؤال كيف توجد السلطة التقديرية ؟ [1] ولقد ذهب البعض الى ان اساس السلطة التقديرية المعترف بها للادارة يرجع الى فكرة الحقوق الشخصية وذهب البعض الاخر الى ان اساس تمتع الادارة بسلطة تقديرية يكمن في الطبيعة الذاتية للمشروع فالنشاط الاداري عموما قد يشابه نشاط الافراد في ادارة مشروعاتهم ، وسوف نبين ماتقدم من خلال المطلبين الاتيين :

المطلب الاول : فكرة الحقوق الشخصية

المطلب الثاني: فكرة المشروع

---

(١) د محمد مصطفى حسن – السلطة التقديرية – رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس عام ١٩٧٤ – ص٦٤ .

المطلب الاول

فكرة الحقوق الشخصية

ذهب جانب من الفقه الى ان الأساس القانوني للسلطة التقديرية يكمن في أنتفاء او عدم وجود حقوق شخصية للأفراد تجاه الأدارة اذ مع وجود هذه الحقوق الشخصية تصبح سلطة الأدارة مقيدة بعبارة اخرى ترتبط فكرة الحقوق الشخصية كاساس للسلطة التقديرية بالاختصاص المقيد وتتحقق هذه السلطة التقديرية في حالة غياب هذه الحقوق وتتميز تلك االحقوق بان لها وسيلة قانونية لحمايتها تتمثل في الدعوى القضائية اذ للافراد حق مطالبة الادارة بعمل او الامتناع عنه بوصفه التزاما يقع على عاتقها وخلافا لحالة الاختصاص التقديري حيث لايستطيع الافراد المطالبة بشي لانتفاء الالتزام او الرابطة القانونية بينهم وبين الادارة [١] وكان لتطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي من ناحية وكذلك التطور في مجال القانون الاداري من ناحية اخرى الاثر الكبير في تطور الافكار الفقهية حول فكرة الحقوق الشخصية وسوف نستعرض هذه الفكرة عند كل من [بونار] و [بارتملي] ثم نتناول تقدير هذه النظرية .

الفرع الاول / فكرة الحقوق الشخصية عند بونار

يرى بونار ان الدولة الحديثة توصف بالدولة ا لعادلة وان هذه الصفة للدولة متاتية من كون المحكوم يستطيع ان يضمن لنفسه الحماية ضد الإدارة عن طريق الدعوى القضائية الموضوعة تحت تصرفه وان الدولة العادلة تفترض قيام الدولة القانونية أي الدولة الخاضعة للقانون وبالتالي فان في مثل هذه الدولة يستطيع المحكوم ان يحصل على حقوقه وان يثبتها للإدارة ، والحق الشخصي عند [بونار] هو علاقة بين شخص واخر يستطيع الدائن فيها الزام المدين بعمل شي او الامتناع عنه وهذا الالتزام قد ينشأ عن نص قانوني او لائحي او عمل فردي ولايكفي عند بونار وجود الحق بل ان يكون في مكنة صاحبه الزام الاخر بالتنفيذ. وطبقا لهذا التصور فان الدعوى القضائية التي يرفعها المحكوم ضد الإدارة تفترض ان يكون له حقا من الحقوق الشخصية العامة في مواجهتها و هذه الحقوق يواجهها الافراد في علاقاتهم القانونية مع الدولة باعتبار ها دائنة او مدينة وعلى هذا الأساس فان طائفتي الحقوق الشخصية (العامة والخاصة) متشابهتان في الطبيعة مختلفتان في الشكل وبالتالي فان السلطة التقديرية تختفي امام الحقوق الشخصية وكذلك تنسحب امام كل قاعدة موضوعية تستهدف المصلحة العامة [٢].

---

(١) د سامي جمال الدين ـــ مصدر سابق – ص٣٥ وانظر كذلك د مرثا الياس عيسى ـــ مصدر سابق – ص ٥٧ .

(2) **Bonnard, Les droits publics subjectifs des administrees,R.D.p1932,p695**

مشار اليه في رسالة الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي ـــ مصدر سابق –ص١٨٧ .

الفرع الثاني / فكرة الحقوق الشخصية عند بارتملي [1]

ميز بارتملي بين المصالح البسيطة والحقوق الشخصية باعتبار ان المصالح هي تلك المنافع او المزايا الواقعية التي يتمتع بها الفرد وليس لها حماية قضائية اما الحقوق الشخصية فهي تلك المنافع او المزايا الواقعية التي يمكن ضمان احترامها بوسيلة قانونية متاحة تحت تصرف المحكوم وهذه الوسيلة القانونية ليست سوى الدعوى القضائية وهي التي تمييز الحقوق الشخصية عن المصالح لانها تمثل سلطان الارادة للفرد على مصلحته وهذا يعني ان هناك وحدة بين الحق والدعوى التي تحميه والاختلاف الوحيد بين الحق الشخصي والمصلحة هو الدعوى القضائية اذ ليس هناك اختلاف في الطبيعة بينهما ان هذا التمييز بين المصالح والحقوق هو المحور الذي يمكن ان يقوم عليه التمييز بين اساس السلطة التقديرية المعترف بها للادارة واساس اختصاصها المقيد والحق الشخصي عند بارتملي كما عند هوريو مصلحة مضمونة اجتماعيا بوسيلة قانونية في مكنة صاحب الحق هي الدعوى القضائية فحينما يحوز الشخص حقا فانه يستطيع ان يقيم الدليل عليه امام القضاء والقضاء الكامل ليس الوسيلة الوحيدة بل ان الطعن لتجاوز السلطة وسيلة اخرى لحمايته وحيث يبدء الحق الفردي تقف السلطة التقديرية للادارة وعلى العكس عندما لايحوز الشخص الا مصلحة بسيطة فالادارة تحوز سلطة تقديرية [2] .

الفرع الثالث / تقدير نظرية الحقوق الشخصية

يبدو ان نظرية الحقوق الشخصية لا تصلح لتفسير اساس السلطة التقديرية وذلك للاسباب الاتية :

١- يفهم من نظرية بونار في الحقوق الشخصية ان دعوى تجاوز السلطة المسموح بها للمحكوم لكي يطلب فيها من القاضي الغاء قرار اداري انما تدور حول رابطة قانونية مابين المحكوم كدائن والادارة كمدين وهذا معناه ان المحكوم انما يمارس في هذه الدعوى حقا شخصيا في الشرعية ضد الادارة غير ان هذه النظرية تناست ان المحكوم اذا مارفع الدعوى امام قاضي القضاء الكامل او القاضي العادي ضد الادارة فان ذلك يعني ان هناك علاقة قانونية تكون فيها الادارة اما دائنة او مدينة وان هناك حق شخصيا عاما مادام ان كل علاقة قانونية تكون فيها الادارة دائنة او مدينة تولد حقا شخصيا عاما اذن هناك حقا شخصيا عاما سواء ارفعت الدعوى امام قاضي تجاوز السلطة ام قاضي القضاء الكامل ام القضاء العادي ومادام الامر كذلك فقد كان على النظرية ان تمييز بين نوعين من الحقوق الشخصية العامة حقوق شخصية عامة تحمى بدعوى الالغاء لتجاوز السلطة وحقوق شخصية

---

(1) Bartheelemy,essai dune thrie des droits subjectifs des administrees,these,Toulouse,1899

أشار اليه د. خالد سيد محمد حماد ـ السلطة التقديرية بين النظرية والتطبيق ـطبع دار الاخاء في صنعاء – عام ٢٠٠٦ _ ص ١٧٠

(٢) د محمد مصطفى حسن ـــ مصدر سابق ـص ٦٦ .

عامة تحمى بالدعوى العادية غير ان النظرية لم تهتم الا بالحقوق الشخصية التي يتمتع بها المحكوم في مواجهة الادارة بالنسبة لشرعية اعمالها [١] .

٢- يفهم من نظرية بارتملي أنّ الحق الشخصي يمثل قيداً على سلطة الادارة تجاه المحكومين وهذا فيه الكثير من المبالغة فلقد اصبح من الواضح ان المشرع من ناحية والقاضي من ناحية اخرى لايزالان منذ امد بعيد يعترفان للادارة بحق وضع القيود المختلفة على تمتع المحكومين بحقوقهم الشخصية مثل منع اصحاب الاملاك من البناء في املاكهم قبل الحصول على اجازة البناء من السلطة الادارية المختصة غير ان سلطة الإدارة في هذا الشأن مرهونة بتحقيق المصلحة العامة وبالتالي فان المصلحة العامة هي التي تشكل قيدا على تمتع الإدارة بسلطتها في مواجهة هذه الحقوق وليس الحقوق نفسها

٣- إنّ هذه النظرية تتصل بمجال السلطة التقديرية وليس باساسها القانوني إذ أن الربط بين الحقوق الشخصية والاختصاص المقيد ومن ثم توافر السلطة التقديرية عند غياب هذه الحقوق هو ربط غير حتمي او واقعي[٢] .

المطلب الثاني

فكرة المشروع

نظراً لعدم نجاح فكرة الحقوق الشخصية في تقديم تفسير متكامل عن أساس السلطة التقديرية المعترف بها للإدارة وهي تمارس أوجه نشاطها المختلفة لاسيما وان الإدارة تتمتع بسلطة وضع قيود عدة في مواجهة العديد من الحقوق الشخصية اضف إلى ذلك إن الإدارة لأتملك تقييد بعض الحقوق العامة مثل الحق في المساواة وحرية الاعتقاد المطلقة فهي حقوق وحريات عامة لاتقبل بطبيعتها التقييد فإذا صدر إي تشريع يقيدها كان هذا التشريع باطلا لمخالفته للدستور[٣] لذلك ظهرت نظرية أخرى نالت الكثير من الاهتمام استندت في طرحها على فكرة مضمونها تشبيه نشاط الإدارة بنشاط الإفراد وتدور حول فكرة معينة هي فكرة المشروع حيث ان الادارة بمختلف هيئاتها عبارة عن مشروع او منظمة لاتختلف من حيث جوهر بنائها الاداري عن المشاريع الفردية . وان طبيعة المشروع هذه هي التي تفسر ماتتمتع به الادارة من سلطة في التقدير الحر، تماماً كما يتمتع رئيس

---

(١) انظر هذا المعنى د. خالد سيد محمد حماد ـ حدود الرقابة القضاية على سلطة الادارة التقديرية دراسة مقارنة – طبع دار ابو المجد – الطبعة الثانية – عام ٢٠١٣ ـ ص ١٧٢ .

(2)San devoir Etudes sur le recours de pleine juridction paris 1964 p 418

(٣) انظر في هذا المعنى د. عبد المجيد إبراهيم سليم ـ السلطة التقديرية للمشرع –دراسة مقارنة ـ طبع الدار الجامعية الجديدة– عام ٢٠١٢ –ص ٣٧٣ .

المشروع الفردى بهذا القسط من حرية التصرف [1] . وهذا يحتم على الادارة الاحتفاظ بقدر من الملائمة في اتخاذ قراراتها وهذا هو نطاق السلطة التقديرية وهكذا ظهرت نظرية المشروع التي تعالج أساس السلطة التقديرية في صورة ايجابية وموضوعية.

ونعرض فيما يلي هذه الفكرة في القانون الخاص ، وتطبيقها في نطاق القانون العام ، ثم لوظيفة السلطة التقديرية في القانون العام والخاص.

الفرع الاول / السلطة التقديرية في اطار القانون الخاص:

إنّ الذي يدير الشخص المعنوي هو الرئيس الممارس للسلطة، حيث يملك سلطة الادارة وسلطة توقيع الجزاء شريطة قيامه على اسباب صحيحه ماديا" وقانونيا" ، وهو الذي يتحمل اعباء المشروع ومسئولياته ، ويجب ان تتوافر له حرية تنظيمه ليحقق اغراض مشروعه .

ويشرح الفقيه (m.hariou) فكرته فيبين أوجه الشبه والخلاف بين النشاط الفردي والنشاط الاداري ، فيقول ان كل فرد في ظل القانون الخاص يعتبر كرؤساء المشاريع ليس فقط فيما يتعلق بنشاطه التجاري والصناعي ، ولكن فيما يتعلق بكل جوانب حياته كاختيار جنسيته وامواله وبيته الخ ، ان هذه الصفة الخاصة برؤساء المشاريع تبدو اكثر وضوحا" في المجال الاداري، اذا ما اعتبرنا مختلف الهيئات الادارية مؤسسات تعمل لمصلحة الدولة والمحكومين فهي مشروعا" للنظام العام والمنفعة العامة ، وعلى ذلك يتساءل (Hauriou) كيف يمكن ان نعترف بسلطة تقديرية للادارة مادامت تعمل دائما" لتحقيق المصلحة العامة ؟ يجيب (Hauriou) على ذلك بان ظهور فكرة المصلحة العامة في النشاط الاداري لم يتحقق جملة واحدة بل شيئا" فشيئا" وهذا ادى بدوره الى تقييد سلطة الادارة التقديرية اما بالتشريع مباشرة او بالتقييد الذاتي لنشاطها. [2]

اما الفقيه (A. Hauriou) فيرى ان خضوع اشخاص القانون لقواعده انما يمثل قيودا خارجية على حرياتهم واستقلالهم وبالتالي فان فقدان هذه القيود يعني احتفاظ اشخاص القانون بحرياتهم واستقلالهم وان أهمية احتفاظهم بحرياتهم واستقلالهم لديه يرجع الى انهم جميعا بمثابة رؤساء مشروع فالفرد يكون بالنسبة لحياته

---

(١) د سليمان محمد الطماوي – النظرية العامة للقرارات الادارية – مصدر سابق –ص٣٩ وكذلك انظر د مرثا الياس عيسى - – مصدر سابق – ص ٥٨ -٥٩ .

(2) Hauriou.pr'ecis de droit adminstratif 12e ed,1933,p.351 et s
أشار اليه الدكتور خالد سيد محمد –مصدر سابق – ص ٤٩٦

الخاصة مشروعا ، والهيئات الإدارية تكون مشروعا بالنسبة للنظام العام والمنفعة العامة وبالتالي لهم ان يقييدوا انفسهم تقييدا ذاتيا كما لهم ان يقدروا ملاءمة أعمالهم [١] .

الفرع الثاني / السلطة التقديرية في اطار القانون العام

السلطة التقديرية مظهر لصفة المشروع في النشاط الاداري حيث يتكون المشروع من مجموعة من الافراد يديره شخص مسئول عن تحقيق غاية منشودة يملك سلطة توجيه هذا التجمع للوصول الى تلك الغاية .وميزة هذا التعريف عند(فينيزيا) انه يصلح لتاسيس نشاط البوليس والمرافق العامة ويضيف ان دراسة القواعد الدستورية وتفسير قضاء مجلس الدولة يؤكد توافر صفة المشروع في عمل الادارة فالفقرة الاولى من المادة ٤٧ من دستور ١٩٤٦ في فرنسا تنص على [ان تنفيذ القوانين من مهمة رئيس مجلس الوزراء] وهي مقتبسة بعد التعديل من المادة ٣ من القانون الدستوري الصادر في ٢٣فبراير ١٨٧٥ والتي كانت تنص على [ان رئيس الجمهورية يلاحظ ويباشر تنفيذ القوانين] وقضت المادة الثانية من دستور سنة ١٩٥٨ على [ان الوزير الاول يدير عمل الحكومة ويكون مسؤولا عن الدفاع الوطني وهو يمارس تنفيذ القوانين] [٢] وفي الدساتير المصرية المتعاقبة تم النص على سلطة رئيس الدولة في تنفيذ القوانين[٣] كما ان دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ [٤] اورد حكما مشابها لما تقدم حينما نصت االفقرة (٣) من المادة ٨٠ وفي معرض بيانها لصلاحيات مجلس الوزراء على الاتي [اصدار الانظمة والتعليمات والقرارات بهدف تنفيذ القوانين] فالنصوص اعلاه قد منحت الادارة مجالا لاعمال فكرها خاصة وان تنفيذ القوانين [ككل] يعني الحفاظ على الشروط الاساسية للحياة الوطنية ومنها حفظ النظام العام وتسيير المرافق العامة . والسؤال هنا هل ان الانظمة والتعليمات تتمم القانون ؟ يجيب الفقه الدستوري بانه اذا كان المقصود من اتمام القانون هو تنظيم تفاصيله العديدة التي لايمكن ان يتضمنها نص القانون ذاته مع ابقائه في حدوده الاصلية بلا ادنى مساس فان من الضروري ان يكون هذا العمل من اختصاص رئيس السلطة التنفيذية اما اذا كان المقصود من اتمام القانون اضافة قواعد خارجية عن روح المشرع فان ذلك يشكل اعتداء على السلطة التشريعية ويجب على المحاكم الا تطبق اي لائحة تتضمن هذا التجاوز وسلطة عمل اللوائح لاتمام القانون في الحدود المسلم بها ليست مستمدة من نظرية التفويض وانما من حق عمل اللوائح المعترف به للسلطة

---

(١) د عصام عبد الوهاب البر زنجي- مصدر السابق – ص١٩٧- ١٩٨ .

(٢) انظر د محمد مصطفى حسن ـــ مصدر سابق –ص ٧٢ .

(٣) انظر نص المادة المادة ١١٧ والمادة ١٢٢ من دستور ١٩٦٤ وكذلك انظر نص المادة ١٤٤ والمادة ١٤٦ من دستور ١٩٧١ .

(٤) نشر نص الدستور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٤٠١٢ في ٢٨كانون الاول عام ٢٠٠٥ .

التنفيذية [1] وبدراسة السلطة التقديرية في مجال النظام الداخلي وفي علاقات الادارة بالغير يظهر لنا انها قسط من الحرية تمارس الادارة من خلاله امتيازاتها المستمدة من صفة المشروع ففي ما يتعلق بالنظام الداخلي فان الادارة تملك سلطة تقديرية في استخدام الموظفين بالشكل الذي يحقق اكبر فائدة للمرفق العام وكذلك تملك سلطة التنظيم الذاتي للمرفق وهي ايضا تقديرية من حيث تقسيم العمل بين الموظفين اما فيما يتعلق بسلطة الادارة فانها تاخذ شكل الامر او الجزاء بقصد ضمان حسن سير المرافق العامة وتبدو سلطة الامر واضحة في مجال مرفق الضبط حيث ينظم السلوك الفردي ويتحدد للمحافظة على النظام العام وسلطة الضبط لاتتضح الا في ظل نظام فصل السلطات حيث تقوم الادارة بهذه الوظيفة وكانها التزام على الافراد لانها تتضمن حدا من حرياتهم باسم النظام العام وقد يتضمن الامر نهيا عن سلوك معين او تصريحا بفعله ، وانظمة الضبط غنية بالامثلة المتعددة لكل نوع وطبقا لهذا التاصيل تكون فكرة المشروع هي اساس السلطة التقديرية وتكون هذه السلطة بدورها مظهرا لهذه الفكرة .

ومما لاشك فيه أنّ طبيعة السلطة التقديرية في القانون العام والقانون الخاص واحدة ويحدها عنصر المصلحة وحيث انها تبرر نوع الاجراء وترسم حدود هذه السلطة التقديرية وفي داخل هذه الحدود فقط يكون دورها مشروعا فالادارة حينما تمارس حريتها عليها ان تفطن الى ان مشروعية كل اعمالها تتحدد بفكرة المصلحة العامة وتتقيد بها وهذا يودي الى القول بصحة كل القرارات الادارية التي لاتظهر بشكل مضاد لهذه المصلحة والقضاء الاداري والعادي يصدر احكامه على اساس ان السلطة التقديرية هي سلطة التحديد الذاتي التي هي ضرورة لحياة كل مشروع كمقابل وموازن لفكرة المسئولية يباشرها مدير المشروع بقصد الوصول الى النتائج المرجوة .

الفرع الثالث / تقدير نظرية المشروع

١- إن طروحات نظرية المشروع تستند إلى التشبيه الكامل بين المشاريع الفردية في إطار القانون الخاص ومشاريع الإدارة العامة وهذا لايمكن التسليم به على اطلاقه فالاختلافات عديدة يقف في مقدمتها عنصر المصلحة فالمشروع الفردي يهدف إلى إشباع مصلحة فردية هي مصلحة صاحب المشروع الخاص في حين إن المصلحة المبتغاة من المشاريع الادارية هي المصلحة العامة وهذا الوضع له اكبر تاثير على مدى سلطة الادارة التقديرية في ادارة مشروعها [2] .

---

(١) د . السيد صبري - مبادئ القانون الدستوري _ من دون ذكر اسم المطبعة – عام ١٩٤٩ ص ٤٦١ .

(٢) د. خالد سيد محمد حماد ـــ مصدر سابق ص ١٨٠.

٢- أن مدير المشروع الخاص يختار المتعاقدين معه بمحض اختياره الحر في حين ان المناقصة او المزايدة هي الاسلوب الذي يقيد ارادة واختيار مدير الادارة في المشاريع العامة كما ان مدير المشروع الخاص له الحرية المطلقة في اختيار موظفي المشروع في حين ان الادارة لاتملك هذه الحرية الواسعة في اختيار موظفيها بل يتم اختيارهم عن طريق المسابقات الملزمة باجرائها في هذا المجال .

ويرى الباحث ان السلطة التقديرية للادارة لايمكن ان توجد او يعترف بها الا اذا امتنع المشرع عن التدخل في تقييد النشاط الاداري تقييدا كاملا وان يترك قدرا من الحرية في التصرف للادارة وملاءمة ظروف كل واقعة على حدة وذلك على اساس الالتزام بفكرة قانونية معينة تمنع جهة الادارة من التعسف باستعمال الحق او التجاوز في استعماله كما تقتضي المصلحة العامة ذلك حتى لاتصبح الادارة وهي ذراع الدولة في البناء الة صماء تقوم بالتنفيذ الحرفي والتلقائي لاوامر المشرع ولقد استقر القضاء الاداري على ان السلطة التقديرية لاتعني بحال من الاحوال السلطة المطلقة وانما تخضع لقواعد المشروعية في ظل الرقابة القضائية فقد انتهت النظرية القديمة التي ظهرت في فرنسا والتي كانت تعتبر ان هناك { اعمالا تقديرية } لاتخضع لآي رقابة قضائية [١] .

(١) للتفصيل بخصوص الاعمال التقديرية انظر د محمد مصطفى حسن – مصدر سابق – ص ٥٤ وما بعدها .

المبحث الثالث

السلطة التقديرية في الشريعة الاسلامية

ان السلطة التقديرية وسيلة قانونية تتمتع بها الادارة في اتخاذ قراراتها ولما كانت هذه السلطة مظنة التعسف وضع لها رجال القانون ضوابط تمنع الادارة من الانحراف عن سعيها لتحقيق الصالح العام ان ظوابط السلطة التقديرية في الشريعة الاسلامية وكذلك في القانون الاداري ترتكز على قضية المصلحة العامة والسلطة التقديرية تسمية حديثة وضعها رجال القانون الاداري ويقابلها في الفقه الاسلامي قاعدة [التصرف على الرعية منوط بالمصلحة] وسوف نتناول في هذا المبحث معنى السلطة التقديرية في الشريعة الاسلامية واساس مشروعيتها وقاعدة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة والقواعد المتفرعة منها وفقا للتقسيم الاتي :

المطلب الاول : معنى السلطة التقديرية في الشريعة الاسلامية واساس مشروعيتها

المطلب الثاني :قاعدة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة

المطلب الثالث:القواعد المتفرعة من قاعدة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة

المطلب الاول : معنى السلطة التقديرية في الشريعة الاسلامية واساس مشروعيتها

استطاعت الشريعة الإسلامية إن تفي بحاجات كل المجتمعات التي حكمتها وان تعالج كافة المشكلات في كافة البيئات التي حلت بها باعدل الحلول واصلحها لأنها بجوار ما اشتملت عليه من متانة الاصول، قامت على مخاطبة العقل والسمو بالفطرة ومراعاة الواقع والموازنة بين الحقوق والواجبات وجلب المصالح والخيرات ودرء المفاسد واودعها الله (ﷻ) مرونة جعلتها تتسع لمواجهة كل ضيق ومعالجة كل جديد، ومرونتها قد وسعتها منطقة {العفو } أو الفراغ الذي تركته النصوص قصدا لاجتهاد المجتهدين في الامة وليملؤوها بما هو اصلح لهم واليق بزمانهم وحالهم مراعين في ذلك المقاصد العامة للشريعة الإسلامية وبالتالي فان مجال السلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية المباح بانواعه[1] وسوف نتناول في هذا المطلب معنى السلطة لغة واصطلاحا والتقدير لغة واصطلاحا ثم نستعرض ادلة مشروعية منح السلطة التقديرية في الشريعة الاسلامية .

---

(١) عرف الاصوليون المباح بعدة تعاريف منها (مادل الدليل السمعي على خطاب الشارع بالتخيير فيه بين الفعل والترك من غير بدل) ، فالمباح هو ماخير الشارع المكلف بين فعله وتركه ويكون ذلك بتصريح الشارع بالحل او بالنص على نفي الاثم او باستصحاب الاصل اذا لم يوجد في الفعل دليل يدل على حكمه بناء على ان الاصل في الاشياء الاباحة – للتفصيل انظر الامدي - الاحكام في اصول الاحكام – طبع دار الكتب العلمية بيروت – عام ١٤٠٠هـ الجزء الاول – ص ١٧٦ وكذلك انظر د سعيد الحكيم – الرقابة على اعمال الادارة في الشريعة الاسلامية والنظم الوضعية – طبع دار الفكر العربي – الطبعة الثانية – عام ١٩٨٧ – ص ٨٠ ومابعدها .

الفرع الاول / معنى السلطة التقديرية

اولا / السلطة لغة

منْ َسلْط يَسلطُ سِلاطة وسَلط سِلاطة والسَلاطة هي القَهْر والحِدة والتسليطُ هو أطلاق السِلطانْ وقَد سَلطه الله (ﷻ) عليه فَتَسِلط والاسم سَلطة [١] والسَلطة هي التَسلط والسَيطرة والتَحكم [٢] والسَلطة هي السَهم الطويل والجَمع سَلاط والسَلطان والحِجة والبُرهان وقُدرة المَلك وقدرة من جَعل لهُ ذلك وانْ لم يكن مُلكا والولي وسِلطانْ كُل شيء شِدتهُ وحِدتهُ وسَطوتهُ وسِمى السِلطانْ سُلطاناً اما لتسَلطه او لانهُ حِجة منْ حِجج الله(ﷻ) في ارضِه ويُقال للأمَراء سَلاطين لانَهم الذين تُقام بهم الحِجة والحقوق [٣] فالمادة تَدل على القوة والقَهر والتمكن وان كان التمكن لازما للقوة والقَهر وتدلُ على التَسليط وعلى اطلاقَ السِلطة وضَبط النِظام ولو بالقوة. [٤]

ثانيا / السلطة اصطلاحا

قال تعالى (ﷻ) في كتابه العزيز ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا۟ فِىٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا۟ تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾ ﴾ [٥] ان السلطة التي للرسول (ﷺ) لا تخرج عن القوة والتمكن من تنفيذ احكام الله (ﷻ) على وجه الالزام [٦] فالقول بمنح القاضي سلطة ينبغي ان يعني منحه ما تفيده كلمة السلطة من القوة والصلاحية وان يمكن من استعمالها على الشكل الصحيح وان ينفذ الى ثمراتها ولو بالقوة وان

---

(١) لسان العرب - ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن احمد بن ابي القاسم بن منظور الافريقي المصري- طبع دار صادر للطباعة والنشر بيروت-الطبعة السابعة – عام ٢٠١١ م – المجلد السابع - ص٢٣٠ .

(٢) القاموس المحيط – مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي - طبع مؤسسة الرسالة- الطبعة الثالثة –عام ٢٠٠٩ م –– ص٦٧١-٦٧٢.

(٣) لسان العرب - مصدر سابق-المجلد السابع - ص٢٣١.

(٤) التوقيف على مهمات التعاريف - الامام محمد عبد الرووف المناوي – معجم لغوي اصطلاحي-طبع دار الفكر المعاصر ١٤١٠عام هـ ١٩٩٠م – باب السين – فصل اللام – ص١٣٦ .

(٥) سورة النساء – الاية ٦٥ .

(٦) د شوكت العليان – السلطة القضائية في الاسلام – طبع دار الرشيد- الرياض –عام١٩٨٢م - ص٨٦.

تكون احكامه الصادرة عن هذه السلطة لها من الحجية والنفاذ مايجعلها مفيدة ومستقلة فالله (ﷻ) جعل الامراء والسلاطين ونوابهم اذا عدلوا من حججه في ارضه ليقيموا الحق وليقدموا الحجة على ذلك من عملهم ولن يصلوا الى تلك الغاية الا باتباع نظام يمنحهم تلك السلطة .

ثالثا / التقدير لغة

مَنْ قَدَر يُقَدر ،والقُدر والمِقدارَ القوةْ والقدر الغِنىَ واليسارَ وهو من ذلك لأنُه كُله قُوةْ ،وقَدر كل شيء ومِقدارهُ مِقياسُه .وقَدر الشَيء بالشَيء وقَدرهُ قاسهُ والتَقدير على وُجوهُ منْ المعاني أوّلها التَروي والتَفكير في تَسوية أمرُ وتَهيئته والثّاني : تَقديرهُ بِعلامات يقطعهُ عليها والثّالث: إنَّ تَنوُي أمراً بِعقدك تُقول قَدرتَ أمر كذا وكذا أيّ نويتُه وعقدت عليه ويُقال قدرت لأمر كذا أقدر له وأقدر قدراً إذا نَظرت فيه ودَبرتُه وقِايستُه وقَدرت أيّ هيأت وقَدرتَ أيّ أطقت وقدرت أيّ ملكتَ وقدرتَ أيّ وقت وقدرَ عليه الشيء أيّ ضيقهُ [1] .

رابعا / التقدير اصطلاحا:

تبيين كمية الشي وهو من المعاني اللغوية والتقدير تحديد كل مخلوق بحده الذي يوجد من حسن وقبح ونفع وضرر وغيرهما وتقدير الله (ﷻ) وجهان الاول بالحتم فيه ان يكون كذا اما وجوبا او امكانا والثاني باعطائه القدرة عليه والتقدير من الانسان له وجهان الاول التفكر في الامر بحسب نظر العقل وبناء العقل عليه وذلك محمود والثاني ان يكون بحسب التمني والشهوة وذلك مذموم ويقال للتسوية بين امر باخر التقدير[2].

ان مصطلح السلطة التقديرية من ابتداع الانظمة القانونية المعاصرة لذلك لانجد له ذكر بهذا اللفظ في كتب الفقه الاسلامي ومع ذلك فان معناه ومحتواه تحقق في بعض العبارات الفقهية مثل الاجتهاد والمصالح المرسلة وقاعدة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة وبالرغم مما تقدم فأن بعض الكتاب المتاخرين تطرقوا لهذا اللفظ ووضعوا له تعريفات متعددة منها { حيز لم يرد بشانه دليل شرعي يحكمه متروك لصاحب الشان مما يقتضيه تنظيم مرافق الدولة وتدبير شوؤنها ورعاية الصالح العام على مقتضى من روح الشريعة ومقاصدها}[3] كما تم تعريفها على انها {حيز يتركه النص (او الدليل الشرعي) للملاءمة بين تطبيق النص (او الدليل) وبين الواقع} وفي مجال بحثنا تحديدا يمكن القول بان مضمون فكرة السلطة التقديرية للادارة في ظل الشريعة

---

(١) لسان العرب- مصدر سابق – المجلد الحادي عشر- (ق د ر)- ص٣٧ – ص٣٩ .

(٢) التقرير والتحبير في شرح كتاب التحرير- ابن امير الحاج محمد بن محمد- تحقيق عبدالله محمود عمر– دار الكتب العلمية بيروت- الطبعة الاولى –عام ١٩٩٩ -الجزء الثالث-- ص١١٧ .

(٣) د نذير محمد اوهاب ـــ السلطة التقديرية مفهومها وتأصيلها دراسة مقارنة في الفقة الاسلامي والقانون الاداري- بحث منشور في المجلة العربية للدارسات الامنية والتدريب العدد - ٢٥ - ص ٩ .

الاسلامية يعني تمتعها بقدر من حرية التصرف فيما تركه القانون الاسلامي بمعناه الواسع من دون تحديد او تقييد في اطار المقاصد العامة للشريعة الاسلامية وهو ما يتطابق مع جوهر فكرة السلطة التقديرية للادارة في ظل الانظمة الوضعية .

الفرع الثاني / مشروعية منح السلطة التقديرية

يستدل على مشروعية منح السلطة التقديرية للسلطات العامة عموما وللادارة على وجه الخصوص في ظل الشريعة الاسلامية من نصوص القرأن الكريم ومن السنة النبوية المطهرة ومن الاثر وهذا ما سنوضحه في الاتي :

اولا/ القران الكريم

قال تعالى (ﷻ)﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ ۖ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ ﴿١٥٩﴾ ﴾[1] ويستدل البعض بهذه الاية الكريمة لاشتراط القدرة على اتخاذ القرار الحاسم في رجل الإدارة [2] فكيف تتصور المشاورة وكيف يتم العزم في غير السلطة التقديرية ؟ وقال تعالى(ﷻ)في كتابه الحكيم ﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَٰهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ ۚ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ۚ ﴿٧٩﴾ ﴾[3] دلت الاية ان داود وسليمان عليهما السلام اجتهدا وكان كل واحد منهم عل حكم وعلم وثبت الحكمان بموجب اجتهادهما ثم نسخ حكم داود بعد ثبوته ونزل النص بتقرير حكم سليمان[4] والله (ﷻ) اثنى على داود باجتهاده واثنى على سليمان باصابته

---

(١) سورة ال عمران – الاية ١٥٩ .

(٢) اية الله الشيخ جعفر سبحاني – الخصائص العامة للإدارة من وجهة نظر الإسلام بحث مقدم ضمن المؤتمر الرابع للإدارة الإسلامية ضمن كتاب نظرة في الإدارة في الإسلام – طبع مركز تعليم الإدارة الحكومية – من دون ذكر سنة الطبع – ص ٢٨٥

(٣) سورة الانبياء الايتين ٧٩،٧٨.

(٤) الاجتهاد – عبد الملك بن عبد الله بن يونس الجويني ابو المعالي- تحقيق د عبد الحميد ابو زيد –الناشر دار القلم ودار العلوم الثقافية دمشق وبيروت – الطبعة الاولى – ١٤٠٨هـ -عام١٩٩٩م -ص٤٤ ومابعدها .

وجه الحكم [1] وقال تعالى(ﷻ) ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ ٥٩ ﴾[2] والمراد باولى الامر الامراء والسلاطين والقضاة[3] ويشترط فيهم ان يكونوا من العلماء لسبق قوله تعالى(ﷻ) { فان تنازعتم في شي فردوه الى الله والرسول } وليس لغير العلماء معرفة بكيفية الرد الى الكتاب والسنة هذا وقد جاءت الاحكام في القران الكريم (في الاغلب الاعم) على هيئة نصوص عامة وقواعد كلية لجعل قواعد الشريعة من المرونة والشمول بحيث تتسع لحاجات الناس مهما طال الزمن وتطور حال الامة وتعددت الحاجات وتنوعت المطالب فبرز مجال السلطة التقديرية .

ثانيا / السنة النبوية

قال رسول الله (ﷺ) ﴿انما انا بشر وانكم تختصمون الي ولعل بعضكم يكون الحن بحجته من بعض فاقضي على نحوماسمع فمن قضيت له من حق اخيه شيئا فلا ياخذه فانما اقطع له قطعة من النار﴾[4] يستفاد من الحديث المتقدم ان الرسول (ﷺ) كان يقضي بالاجتهاد فيما لم ينزل عليه فيه شي ومن ذلك حديث معاذ[5] عندما بعثه النبي النبي (ﷺ) الى اليمن ﴿ قال كيف تقضي اذا عرض لك قضاء ؟قال اقضي بما في كتاب الله(ﷻ) قال فان لم يكن في كتاب الله (ﷻ) ؟ قال فبسنة رسول الله (ﷺ) قال فأن لم يكن في سنة رسول الله (ﷺ) ؟قال اجتهد رايي ولا الو

---

(١) تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام-الامام العلامة برهان الدين ابي الوفاء ابراهيم ابن الامام شمس الدين ابي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري المالكي – طبع دار الكتب العلمية بيروت-الطبعة الاولى-عام ١٤١٦ هـ-١٩٩٥م – الجزء الاول – ص١٢ .

(٢) سورة النساء الاية ٥٩.

(٣) احكام القران – عماد الدين بن محمد الطبري – طبع دار الكتب الحديثة بالقاهرة – الطبعة الاولى – عام ١٤٠٣هـ١٩٨٥ م الجزء الثاني – ص ٤٧٢ – وكذلك انظر احكام القران – للامام ابي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي – تحقيق عبد الغني عبد الخالق – طبع مكتبة الخانجي بالقاهرة – عام ١٩٥١ – الجزء الاول – ص ٢٩ ومابعدها .

(٤) سنن النسائي _الامام ابي عبد الرحمن احمد بن شعيب بن علي بن بحر الخراساني النسائي-منشورات دار الكتب العلمية – بيروت –الطبعة الثالثة- ١٤٢٦-هـ-٢٠٠٥م - كتاب اداب القضاة – باب الحكم بالظاهر – رقم الحديث ٥٤١١-ص ٨٥٥ .

(٥) معاذ بن جبل بن عمرو بن اوس يكنى ابا عبد الرحمن شهد العقبة والمشاهد كلها مع رسول الله للتفصيل انظر صفة الصفوة – جمال الدين ابو الفرج الجوزي –طبع دار المعرفة بيروت- الطبعة الاولى – عام ١٩٧٩ م – ص٤٨٩ .

فضرب رسول الله (ﷺ) صدره وقال الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله (ﷺ) لما يرضي رسول الله ﴾[1] والحديث صريح ان النبي (ﷺ) اقر معاذا اذا لم يجد في الكتاب والسنة حكما لما عرض عليه فانه يجتهد برايه فيهما ولايقصرفي ذلك وبحث القاضي عن الحكم فيما لم فيما لم يرد فيه حكم في الكتاب والسنة هو من اهم اعمال سلطته التقديرية.

ثالثا/ من الاثر

ماروي عن شريح [2] ان عمر ابن الخطاب كتب اليه [اذا جاءك شي في كتاب الله (ﷻ) فاقضي به ولايلفتنك عنه الرجال فان جاءك امر ليس في كتاب الله (ﷻ) فانظر في سنة رسول الله (ﷺ) فاقضي بها فان جاءك ماليس في كتاب الله (ﷻ) وليس في سنة رسول الله (ﷺ) فانظر ماجتمع الناس عليه فخذ به فان جاءك ماليس في كتاب الله (ﷻ) وليس فيه سنة رسول الله (ﷺ) ولم يتكلم فيه احد قبلك فاختر أي الامرين شئت ان تجتهد برأيك وتقدم فتقدم وان شئت ان تتاخر فتاخر ولاارى التاخر الا خيرا لك] [3] ورسالة عمر ابن الخطاب الى ابي موسى الاشعري ومما ورد فيها { فافهم اذ ادلى اليك لا يمنعك قضاء قضيت فيه راجعت نفسك فيه وهديت فيه لرشدك ان تراجع الحق فان الحق قديم الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك في الكتاب والسنة اعرف الامثال والاشباه ثم قس الامور عند ذلك فاعمد الى احبها الى الله (ﷻ) واشبهها بالحق }[4] ونلاحظ تاكيدا على ضرورة فهم القاضي لما يختلج في صدره ليكون مقدما للقضاء على بصيرة وعليه ان يعرف الحوادث ليرد الحكم في غير المنصوص عليه الى المنصوص عليه بالمعنى وهذا يمثل جوهر فكرة السلطة التقديرية اي مباشرة

---

(١) سنن ابي داود للامام الحافظ ابي داود سليمان بن الاشعث السجستاني الازدي – طبع دار الكتب العلمية بيروت عام ـ ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٦ م – الجزء الثاني – كتاب الاقضية – باب اجتهاد الراي في القضاء – رقم الحديث-٣٥٩٢ـ ص٥ .

(٢) شريح بن الحارث الكوفي من كبار التابعين ولي قضاء الكوفة زمن عمر وتوفي فيها انظر سير اعلام النبلاء –تحقيق شعيب الارنؤط – الطبعة الاولى – طبع موسسة الرسالة بيروت-عام١٩٨٤م- ص١٠٠ .

(٣) النسائي بلفظ قريب – مصدر سابق– كتاب اداب القضاة – باب الحكم باتقان اهل العلم –رقم الحديث -٥٤٠٩-ص٨٥٤ .

(٤) السنن الكبرى –للحافظ ابو بكر احمد ابن الحسين بن علي البيهقي –طبع دار المعارف –عام ١٣٥٢ هـ ـ الجزء الرابع – باب لايحيل حكم القاضي على المقضى له والمقضي عليه -ص١٥٠ انظر كذلك اعلام الموقعين عن رب العالمين- شمس الدين ـ ابي عبد الله محمد بن ابي بكر المعروف بابن قيم الجوزية-طبع دار الكتب العلمية بيروت –عام ١٤١٤هـ عام ١٩٩٣م– الجزء الاول – ص ٦٧ .

الاختصاصات بقدر من الحرية لتحقيق الصالح العام في اطار القانون . خلاصة القول ان الشريعة الاسلامية لم تتبع اسلوبا واحدا في بيان الاحكام فتارة يأتي طلب الشارع بأيقاع الفعل او الكف عنه على وجه الحتم والالزام فلا يكون لنا حق الاختيار بمعنى ان سلطتنا مقيدة وتأرة ما ياتي طلب الشارع فعله او تركه من غير الزام ولاذم على تركه وتارة يأتي حكم الشارع بالاباحة بمعنى ان الشارع ترك الخيار للمكلف بين فعل الشي وتركه ومن ثم فان سلطة المكلف تكون تقديرية [1] فالمباح هو المجال الرئيسي الذي تبرز فيه السلطة التقديرية [2] حيث يكون لمصدر القرار حرية الاختيار او التقدير دون التقيد بارادة اخرى غير ارادته لعدم تقييده بقواعد ملزمة منصوص عليها لاتترك له حرية في الاختيار.

المطلب الثاني

التصرف على الرعية منوط بالمصلحة

تجتمع ضوابط السلطة التقديرية في الشريعة الاسلامية في قاعدة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة ومايندرج تحتها من قواعد [استعمال الاصلح – استعمال الامثل فالامثل] وهذا ماسنبحثه في فرعين :

الفرع الاول / معنى القاعدة وادلتها

يتمثل معنى القاعدة في ان نفاذ تصرف الراعي على الرعية ولزومه عليهم ان شاؤوا او أبوا معلق ومتوقف على وجود الثمرة والمنفعة في ضمن تصرفه دينيا كان ام دنيويا فان تضمن منفعة ما وجب عليهم تنفيذه والا رد لان الراعي ناظر وتصرفه حينئذ متردد بين الضرر والعبث وكلاهما ليس من النظر في شي [3] ذلك لان الولاة من الخليفة فمن دونه من الموظفين في فروع السلطة الحكومية ليسوا عمالا لانفسهم وانما وكلاء عن الامة في القيام باصلح التدابير كقيام العدل ودفع الظلم وصيانة الحقوق بافضل الوسائل مما يعبر عنه بالمصلحة العامة

---

(١) د سعيد عبد المنعم الحكيم ـ مصدر سابق ـ ص١٢٧

(٢) والباحث يؤيد رأي الدكتور سعيد الحكيم في أن الشارع قد يعطي المكلف سلطة تقديرية في حدود السلطة المقيدة أي أن حدود السلطة التقديرة تتجاوز حدود المباح ممتدة الى الواجب بأعتبار الوقت (الواجب الموسع – والواجب غير المحدد – والواجب الكفائي – والواجب المخير) للتفصيل انظر مؤلفه الرقابة على اعمال الادارة في الشريعة الاسلامية والنظم الوضعية –مصدر سابق ـ ص٨٠ وما بعدها .

(٣) شرح القواعد الفقهية ـ الشيخ احمد بن الشيخ محمد الزرقا ـ طبع دار القلم – دمشق ـ الطبعة الثانية – عام ١٤٠٩هـ ١٩٨٩م ـ ص٣٠٩

والقاعدة المتقدمة ترسم حدود الادارة العامة والسياسة الشرعية في سلطان الولاة وتصرفاتهم على الرعية [١] وذكر الامام ابو يوسف [ان عمر بن الخطاب بعث عمار بن ياسر على الصلاة والحرب وبعث عبد الله بن مسعود على القضاء وبيت المال وبعث عثمان بن حبيف على مساحة الارضيين وجعل بينهم شاة كل يوم ...وقال اني انزلت نفسي واياكم من هذا المال بمنزلة ولي اليتيم فان الله (ﷻ) قال ﴿ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِذَا ﴿٦﴾ ﴾[٢] والله (ﷻ) ماأرى ارضا يؤخذ منها شاة كل يوم الااستسرع خرابها] [٣] .

أولا/ ادلة القاعدة من القران الكريم

لقد وردت في القران الكريم العديد من الايات الدالة على قاعدة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة ومنها قوله تعالى (ﷻ) ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ ﴿٥٨﴾ ﴾[٤] ولاشك ان الخطاب في قوله تعالى (ان الله يامركم) يقتضي عمومه لسائر المكلفين فليس من الجائز الاقتصار به على بعض الناس فالامانات تتضمن الولايات كلها الدينية والدنيوية كبيرها وصغيرها وانه يتحتم على كل من يقوم بولاية ما ان يقيم العدل ويزن الامور بالقسطاس المستقيم وقال القرطبي [ان هذه الاية من امهات الاحكام التي تضمنت جميع احكام الدين والشرع والواضح من الاية انها للناس جميعا حيث تتناول الولاة فيما ال اليهم من الامانات في قسمة الاموال ورد المظالم والعدل في الحكومات] [٥]ومن شواهد هذه القاعدة في كتاب الله (ﷻ) قوله تعالى(ﷻ)﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴿٥﴾ ﴾[٦] وقوله

---

(١) د عبد الله عبد الرحمن السعدي –ضوابط السلطة التقديرية دراسة مقارنة- بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة اسيوط – العددالثالث والعشرون -عام٢٠٠٠م - ص١١٨ .

(٢) سورة النساء الاية ٦ .

(٣) الخراج – القاضي ابي يوسف يعقوب بن ابراهيم - طبع دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت عام١٣٩٩هـ -١٩٧٩ م - ص٣٦ .

(٤) سورة النساء - الاية ٥٨ .

(٥) تفسير القرطبي الجامع لاحكام القران- لابي عبد الله محمد بن ابي بكر الانصاري القرطبي – طبع دار الحديث بالقاهرة – عام ١٤٢٨هـ -٢٠٠٧ م -الجزء الخامس –ص٢٢٦-٢٢٧ .

(٦) سورة النساء - الاية ٥ .

سبحانه ﴿ وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ ٦ ﴾[1] ففي الاية الاولى نهى الاولياء ان يؤتوا السفهاء اموالهم مخافة ان يضيعوها لضعف عقولهم حتى تزول الصفة عنهم وفي الاية الثانية امروا باختبار عقول اليتامى الى حين التاكد من ادراكهم للاموروهكذا نجد في سائر الاحوال ان الله (ﷻ) قد جعل التصرف منوطا بالمصلحة .

ثانيا / ادلة القاعدة من السنة

قوله (ﷺ) ﴿ كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته والامام راع ومسئول عن رعيته والرجل راع في اهله وهو مسئول عن رعيته والمراة راعية في بيت زوجها ومسئولة عن رعيتها والخادم راع في مال سيده ومسئول عن رعيته﴾ [2] في الحديث ارشاد الى القيام بالمسئولية ومعلوم ان المسئولية تقتضي اداء الواجب مع النظر في المصلحة والتصرف بالامر بالامانة .

وكذلك قوله (ﷺ)﴿ ما من وال يلي رعية من المسلمين فيموت وهو غاش لهم الا حرم الله عليه الجنة﴾[3] في الحديث امر الرسول (ﷺ) الحكام والولاة ان يحوطوا الرعية بالنصح والارشاد وان تركوا ذلك توعد لهم باعظم وعيد وهو عدم دخول الجنة.

ثالثا/ ادلة القاعدة من الاثر

لقد صرح بها الامام ابو يوسف في كتاب الخراج في مواضع عدة وصرح في كتاب الجنايات ، إن السلطان لايصح عفوه عن قاتل لاولي له وانما له القصاص والصلح وعلله في الايضاح انه نصب ناظرا وليس من النظر للمستحق العفو ومن الاثر كذلك قيام عمر ابن الخطاب حين تولى الخلافة بقسمة المال بين الناس على ضوء فضلهم وما لهم من سوابق وقدم [4] .

---

(١) سورة النساء - الاية ٦ .

(٢) صحيح البخاري –الامام محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري - طبع دار صبح للطباعة والنشر-المجلد الثاني – عام ١٤٢٦ هـ -٢٠٠٥ م - كتاب العتق –باب العبد راع في مال سيده-رقم الحديث-٢٥٥٨-ص١٢٨ .

(٣) صحيح البخاري- مصدر سابق –المجلد الرابع–كتاب الاحكام – باب من استرعي رعية فلم ينصح –رقم الحديث ٧١٥١- ص٣٧٨.

(٤) الخراج – مصدر سابق – باب كيف كان فرض عمر للصحابة –ص٤٢

الفرع الثاني / القاعدة وعلاقتها بالسلطة التقديرية

لما كانت سلطة ولي الامر في الاسلام واسعة وتقديرية في كثير من الحالات فهي مظنة التعسف والانحراف بها عن الحق والعدل ومجافاة مقاصد الشارع في استعمالها لذا اوجبت الشريعة الاسلامية عليه ان يصدر تصرفه عن باعث لايناقض مقصد الشرع وبات من المقررات الشرعية أنْ تصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة اذ ان استعمال السلطة في غير المصلحة او لتحقيق اغراض غير مشروعة تعسف وظلم [١] إنّ الحكم على التصرفات المجانبة للمصلحة بالبطلان يقتضي معرفة المقصود من المصلحة وانواعها . عرف الاصوليون المصلحة بتعاريف متعددة اكثرها تدور حول محور واحد وهو جلب منفعة أو دفع مضرة أو مايكون وسيلة لحفظ مقصود الشرع وان مقصود الشرع من الخلق هو أن يحفظ على الناس دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم واموالهم فكل مايتضمن حفظ هذه الاصول الخمسة فهو مصلحة شرعا وكل مايفوت هذه الاصول الخمسة فهو مفسدة ودفعه مصلحة [٢] فالمحافظة على مقصود الشارع تتم بجلب المنفعة او دفع المفسدة عن هذه الاصول التي جاءت الشرائع جميعا لحمايتها والمحافظة عليها فالشريعة الاسلامية كسائر الشرائع لاتامر الا بما فيه مصلحة حقيقية دينية او دنيوية ولاتنهى الا عن الضرر والشر واذا كانت حكمة الامر والنهي قد تخفى على البعض فلا يدرك سرها وحكمتها فلا يعني ذلك عدم وجود الحكمة وخفاء حكمة الامر او النهي لايستلزم ابدا عدم وجوده فالعقول قاصرة عن ادراك كل الحقائق والاسراروتقسم المصالح بالنظر الى شهادة نصوص الشرع وقواعده لها بالاعتبار او الالغاء الى ثلاثة اقسام [٣] .

القسم الاول المصالح المعتبرة شرعا :- وهي ماقامت الادلة الشرعية على اعتبار الشرع لها وعنايته بتحصيلها ووضع من الاحكام ما يوصل اليها وهي محل اتفاق بين العلماء في بناء الاحكام الشرعية عليها .

وتتنوع هذه المصالح باعتبار قوتها في ذاتها الى ثلاثة مراتب متدرجة في القوة وهي :

المرتبة الاولى الضروريات : وهي الاعمال التي لابد منها في قيام مصالح الدين والدنيا وصيانة مقاصد الشريعة بحيث اذا فقدت او فقد بعضها لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد فالضروريات ترجع الى خمسة انواع هي حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل .

---

(١) د فتحي الدريني - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده- مطبعة جامعة دمشق –عام ١٣٨٦هـ -ص١٠٦

(٢) للمزيد حول تعريف المصلحة انظر استاذنا الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي – اصول الفقه – طبع العاتك لصناعة الكتاب – عام ١٤٣٢هـ -٢٠١١م-الجزء الاول – ص ١٤٠.

(٣) للتفصيل انظر د محمد كمال الدين امام – اصول الفقه الاسلامي – طبع الموسسة الجامعية الطبعة الاولى عام ١٩٩٦م – ص ١٩٩.

المرتبة الثانية الحاجيات: وهي الاعمال التي لا تتوقف عليها صيانة تلك الامور الخمسة بل قد تتحقق بدونها ولكن مع الضيق والحرج فهي شرعة للتوسعة على الناس ورفع الحرج عنهم فقد شرع فيما يتعلق بحفظ الدين الفطر في السفر والرخص المناطة بالمرض .

المرتبة الثالثة التحسينات: وهي تنزل عند حد الحاجة وتثبت الاخلاق الفاضلة والصفات الرفيعة ومثالها في العبادات الطهارة واداب الاكل والشرب في العادات والاداء الطيب في المعاملات كحسن اخلاق البائع وسماحة تصرف المشتري وكان المصلحة التحسينية اظهار للمحاسن واخفاء للمساؤى .

القسم الثاني المصلحة الملغاة :- وهي المصالح التي الغاها الشارع وشهد لها بالبطلان نصا او اجماعا كمصلحة شارب الخمر في التخفيف عن متاعب الحياة .

القسم الثالث المصالح المرسلة :- من الملاحظ ان التشريع الاسلامي قلل التقنينات لان الاحكام لم تشرع الا على قدر الحاجة التي دعت اليها ولم تشرع لحل مسائل فرضية او محتملة ودليل ذلك ان احكاما شرعت ثم نسخت كاستقبال الكعبة بدلا عن بيت المقدس وتغيير عدة المتوفى عنها زوجها فقد كانت حولا ثم اصبحت اربع اشهر وعشرة ايام . وهذه السياسة التشريعية تدل على ضرورة مسايرة المصالح المتغيرة و المتجددة باستمرار الامر الذي عالجه المشرع الاسلامي بقيام الادلة الشرعية [غير القرأن والسنة] و منها المصالح المرسلة وهي التي لم يقم دليل الشارع على اعتبارها ولاعلى الغائها بل سكت عنها فلم يشرع لها حكما بنص او اجماع فأذا عرضت للمجتهد واقعة لم يجد لها نصاً ولا اجماعا يبين حكمها ولم تتحقق فيها علة اعتبرها الشارع لحكم من احكامه ولكنه وجد فيها امرا مناسبا لتشريع حكم من شأنه أن يدفع ضررا أو يحقق نفعا وهذا الامر المناسب في هذه الواقعة يسمى المناسب المرسل أو المصلحة المرسلة فهو مصلحة لان بناء الحكم عليه مظنة دفع ضرر او جلب منفعة ومرسلة لان الشارع اطلقها فلم يقيدها باعتبار او الغاء . وهذه المصلحة المرسلة هي التي وقع الخلاف في اعتبارها او عدم اعتبارها دليلا من ادلة الاحكام[1] ومن تطبيقات قاعة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة التالي :

١- لا يصح عفو السلطان عن قاتل من لاولى له ولا أن يسقط القصاص لان الحق للعامة والامام نائب عنهم فيما هو انظر لهم وليس من النظر اسقاط حقهم مجانا وانما له القصاص او الصلح .
٢- لا يصح صلح الولي او الوصي عن الصغير اذا كان في الصلح ما يضر به كما لو صالح الخصم قبل ان ينوي رد دعواه بالبينة او ان يقبل حوالة بدين الصغير على من ليس بأملأ من المحيل .

---

(١) فقهاء الشيعة لايقولون بالمصالح المرسلة إلا مارجحه العقل على سبيل الجزم وماعداه فليس بحجة للتفصيل انظر محمد تقي الحكيم – الاصول العامة للفقه المقارن – طبع دار النشر للجامعيين – بيروت- بدون تاريخ الطبع – ص ٤٢٠ وكذلك انظرد احمد فراج حسين – اصول الفقه الاسلامي – طبع مطبعة الاسكندرية – عام ٢٠٠٥ - ص١٧٤ ومابعدها .

٣- لايجوز لاحد من ولاة الامور ان ينصب اماما للصلاة فاسقا وان صححنا الصلاة خلفه لانها مكروهة وولي الامر مامور بمراعاة المصلحة ولا مصلحة بحمل الناس على فعل المكروه .

يتضح مما تقدم ان السلطة التقديرية في الاسلام مقيدة تماما بقاعدة الولاية العامة منوط بما هو نظر الرعية او التصرف على الرعية منوط بالمصلحة فيجب على ولي الامر ان يبني تصرفاته على المصلحة ولايتمتع في ذلك بسلطة تقديرية مطلقة يترخص فيها كيف يشاء بعبارة اخرى ولي الامر ملزم بالسعي الى تحقيق مصالح الناس ومصالح الناس متجددة ومتغيرة بتغير الاماكن والازمنة ولايمكن تحقيق مصالح الناس بتقييد سلطات اجهزة الدولة فأقرت الشريعة الاسلامية السلطة التقديرية مستهدفة في ذلك تمكين ولاة الامور من تحقيق هدف الشريعة الاسمى المتمثل في جلب المنافع ودفع المفاسد عن الناس وهذا ماكده ابن القيم بقوله { فان الشريعة مبناها واساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها فكل مسألة خرجت عن العدل الى الجور وعن الرحمة الى ضدها وعن المصلحة الى الى المفسدة وعن الحكمة الى العبث فليست من الشريعة وان ادخلت فيها بالتأويل}[١]

المطلب الثالث

القواعد المتفرعة من قاعدة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة

تندرج تحت القاعدة السابقة (التصرف على الرعية منوط بالمصلحة) عدة قواعد منها مايلي :

القاعدة الاولى : استعمال الاصلح

القاعدة الثانية :استعمال الامثل فالامثل

وسوف نتناول هاتين القاعدتين مع بيان ادلتهما وتطبيقاتهم من خلال الفرعيين التاليين:

الفرع الاول : قاعدة استعمال الاصلح

الاصلح في اللغة هو نقيض الفساد {واصلح الشي بعد افساده اقامه ، واصلح الدابة احسن إليها}[٢] إما من حيث الاصطلاح فنعني بالاصلح في السياسة الشرعية استعمال اصلح الموجود من الناس على كل عمل من

---

(١) اعلام الموقعين عن رب العالمين – مصدر سابق – الجزء الثالث – ص١١ .

(٢) لسان العرب – مصدر سابق – الجزء الثاني – ص ٥١٦.

إعمال المسلمين[1] . فيولى في كل ولاية من كان كفؤا لها وذلك لتحقق مصالحها فيجب ان يقدم في كل ولاية من هو اقوم بمصالحها على من هو دونه فيقدم في ولاية الحرب من هو اعرف بمكائد الحروب وسياسة الجيوش وصولة الاعداء والهيبة عليهم ويقدم في القضاء الاعلم الاورع الاكفا . وعلاقة هذه القاعدة بقاعدة (التصرف على الرعية منوط بالمصلحة) تبدو واضحة وجلية ووجه ذلك ان استعمال النواب عن الحكام والموظفين في الدواوين العامة من تصرفات الراعي المتعلقة بالنظر للرعية ولما كان النظر منوط بالمصلحة اقتضى ذلك ان يكون اختياره للقائمين على المصالح العامة جاريا على سنن العدل والنصح للامة في تقديم من هو اجدر بالمنصب الذي قدم له خاصة وان واجب الامام يتمثل في شيئين الأول إصلاح امور دينهم والثاني إصلاح ما لا يقوم الدين إلا به من أمر دنياهم ويشترط لطاعة ولي الامر الا يكون بمعصية فهو قد يخطى وقد ينحرف ويستثنى من عدم طاعة الحاكم في المعصية ان يترتب على عدم الطاعة مفسدة اكثر مما يترتب على الطاعة اذ الامتثال في المباح امرا او نهيا لايترتب عليه معصية ومن ادلة قاعدة استعمال الاصلح في القران الكريم قوله (ﷻ) ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا ﴿٥٨﴾ ﴾[2] وهذه الاية سماها العلماء اية الامراء وانها نزلت في الامراء ان يؤدوا الامانة فيما ائتمنهم الله عليه من امر الرعية[3] .

ومن ابرز ما أئتمنوا عليه اسناد المناصب الى اهلها ومن هنا يمثل اختيار الاصلح ووضعه في مكانه اللائق بكفائته التزاما يقع على عاتق ولاة الامور وادلة القاعدة في السنة النبوية كثيرة ومنها قوله (ﷺ) ﴿ مامن وال يلي رعية من المسلمين فيموت وهو غاش لهم الا حرم الله عليه الجنة ﴾[4] وقوله (ﷺ) ﴿ مامن عبد استرعاه الله رعية فلم يحطها بنصيحة الا لم يجد رائحة الجنة ﴾[5] تضع هذه الاحاديث الشريفة مسئولية اختيار الاصلح لتولي امور المسلمين على عاتق من بيده سلطة الاختيار وان اسناد الاعمال الى غير الاصلح يعد اهدارا واغتصابا

---

(١) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية – تقي الدين احمد بن تيمية - طبع دار الكتب العلمية بيروت-عام ٢٠٠٥ م – ص ١٣

(٢) سورة النساء - الاية ٥٨

(٣) تفسير البحر المحيط – محمد بن يوسف الشهير بأبي حيان الاندلسي – دراسة وتحقيق وتعليق عادل احمد عبد الموجود واخرون - طبع دار الكتب العلمية بيروت – عام ١٤١٣هـ ١٩٩٣ م – الجزء الثالث – ص ٢٨٩ كذلك انظر احكام القران - للطبري – مصدر سابق – الجزء الثاني - ص ٤٧١ .

(٤) صحيح البخاري – مصدر سابق – كتاب الاحكام – باب من استرعي رعية فلم ينصح – رقم الحديث ٧١٥١- ص٣٧٨.

(٥) المصدر سابق – كتاب الاحكام – باب من استرعي رعية فلم ينصح – رقم الحديث ٧١٥٠- ص٣٧٧.

لحق الاصلح في شغلها ومن ناحية اخرى ان للرعية حقوقا وللدولة مصالح لن يؤطا السبيل الى تحقيقها الا باسناد الاعمال للكفاة والنصحاء ولذا يعد من اخص واجبات ولاة الامور تقليد النصحاء فيما يفوض اليهم من الاعمال ويكله اليهم من الاموال لتكون الاعمال بالكفاءة مضبوطة و الاموال بالامناء محفوظة ومن ادلة القاعدة في الاثر قول عمر ابن الخطاب (من ولي من امور المسلمين شيئا فولى رجل لمودة او قربى فقد خان الله ورسوله) . فالواجب في كل ولاية الاصلح بحسبها فاذا تعين رجلان احدهما اعظم امانة الاخر اعظم قوة قدم انفعهما لتلك الولاية واقلهما ضررا فيها [١] . ومن ذلك أيضا عهد امير المومنين علي ابن ابي طالب عليه السلام الذي كتبه الى عامله مالك الاشتر حين ولاه إعمال مصر والذي جاء فيه { ثم انظر في امور عمالك فاستعملهم اختبارا ولاتولهم محاباة واثرة فانهما جماع من شعب الجور والخيانة وتوخ منهم اهل التجربة والحياء من اهل البيوتات الصالحة والقدم في الإسلام المتقدمة }[٢] .

الفرع الثاني/ قاعدة استعمال الامثل فالامثل

تأتي هذه القاعدة بعد الاولى حيث في حالة عدم وجود الاصلح فيختار الامثل فالامثل حتى لايترك المنصب شاغراً. فهذه القاعدة استثناء على القاعدة السابقة فان الاصل هو استعمال اصلح من توفرت فيه خصلتا القوة والامانة وان تعذر وجود ذالك نلجأ الى الاستثناء وهو اختيار الامثل فالامثل ولما كانت تلك القاعدة استثناء على قاعدة استعمال الاصلح امكن القول بانها استثناء على القاعدة العامة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة فالادارة تتمتع بسلطة تقديرية في اختيار موظفيها ومقيدة في نفس الوقت باختيار الاصلح الا انها تستعمل الامثل فالامثل لاي منصب كان اذا لم يتوفر لديها من تجتمع فيه الشروط المطلوبة [٣].وقد نبه الى ذلك ابن تيمية حيث قال (وان كانت الحاجة في الولاية الى الامانة اشد قدم الامين مثل حفظ الاموال ونحوها فاما استخراجها وحفظها فلا بد فيه من قوة وامانة عليها شاد قوى يستخرجها بقوته وكاتب امين يحفظها بخبرته وامانته وكذلك في امارة الحرب اذا امر الامير بمشاورة اولى العلم والدين جمع بين المصلحتين وهكذا سائر الولايات اذا لم تتم المصلحة برجل واحد جمع بين عدد فلا بد من ترجيح الاصلح او تعدد المولى اذا تقع الكفاية بواحد تام) [٤] وادلة صحة

---

(١) للتفصيل انظرالسياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية – مصدر سابق- ص٢٢.

(٢) للتفصيل انظر توفيق الفكيكي – الراعي والرعية – صححه وضبط متونه سيد اياد الحسيني – طبع مطبعة المعراج – الطبعة الأولى – عام ١٤٢٩ هـ - ص ١٩٦.

(٣) السياسة الشرعية- مصدر سابق- ص٢٠ .

(٤) المصدر السابق-ص٢٦ .

القاعدة وردت في القران الكريم قال(ﷻ) ﴿ فَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ مَا ٱسۡتَطَعۡتُمۡ ﴿١٦﴾ ﴾ [1] وفي هذه الاية يامرنا الله (ﷻ) بتقوى الله قدر الاستطاعة وقد حث الله (ﷻ) على هذا المعنى في الكثير من الايات حيث قال (ﷻ) ﴿إِنَّ أَكۡرَمَكُمۡ عِندَ ٱللَّهِ أَتۡقَىٰكُمۡۚ ﴿١٣﴾ ﴾ [2] كما وردت ادلة صحتها في السنة النبوية المطهرة فقد قال رسول الله (ﷺ)﴿ دعوني ماتركتكم انما هلك من كان قبلكم بسؤالهم واختلافهم على انبيائهم فأذا نهيتكم عن شئ فاجتنبوه واذا امرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم﴾ [3] وفي هذا الحديث يامرنا رسولنا الكريم (ﷺ) بضرورة اطاعة اوامره بقدر استطاعتنا والا هلكنا كمن هلك من قبلنا. ومن تطبيقات هذه القاعدة انه يقدم لولاية القضاء الاعلم الاورع فان لم يوجد سوى من توفرت فيه احدى الخصلتين كان وجد احد اعلم والثاني اورع قدم فيما قد يظهر حكمه واكثر العلماء يقدمون ذا الدين فان الائمة متفقون على انه لابد في المتولى من ان يكون عدلا اهلا للشهادة واختلفوا في اشتراط العلم.هل يجب ان يكون مجتهدا او يجوز ان يكون مقلدا او الواجب توليه الامثل فالامثل كيفما تيسر [4] . سئل الامام احمد رحمه الله عن الرجلين يكونان اميرين في الغزو احدهما قوى فاجر والاخر صالح ضعيف مع ايهما يغزى بعد ؟ فقال: اما الفاجر القوى ففقوته للمسلمين وفجوره على نفسه واما الصالح الضعيف فصلاحه لنفسه وضعفه على المسلمين فيغزى مع القوى الفاجر [5] . وقد قال الرسول (ﷺ) ﴿ ان الله يؤيد الدين بالرجل الفاجر ﴾ [6] . فاذا اعلنت الادارة عن وظيفة او منصب واشترطت فيها ان يكون المتقدم لها حاصل على تقدير جيد جدا. ولم يتقدم لهذه الوظيفة من حصل على هذا التقدير وانما تقدم لها شخص اخر حصل على تقدير اقل "جيد" فليس للادارة ان تمتنع عن توظيفه وهو امثل الموجود والا تعطلت مصالح الناس . واذا تركت الامثل وعينت من هو اقل كان قرارها مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة عن المصلحة العامة . تطبيقا لقوله (ﷺ) :﴿ من ولى من امر المسلمين

---

(١) سورة التغابن - الاية ١٦ .

(٢) سورة الحجرات - الاية ١٣ .

(٣) صحيح البخاري – مصدر سابق- المجلد الرابع – كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة-باب الاقتداء بسنن رسول الله - رقم الحديث-٧٢٨٨-ص٤١٣ .

(٤) السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية – مصدر سابق –ص٢٧ .

(٥) المصدر السابق –ص٢٢ .

(٦) صحيح البخاري – مصدر سابق- المجلدالرابع – كتاب القدر- باب العمل بالخواتيم-رقم الحديث ٦٦٠٦-ص٢٤٢

شيئاً فولى رجلا وهو يجد من هو اصلح منه فقد خان الله ورسوله ﴾ [1] . الا انه يمكن للادارة تاجيل التعيين حتى يتوافر الشرط اذا لم يكن في التاخير ضرر.

بعد ان بينا معنى السلطة التقديرية في ظل الشريعة الاسلامية وبعد ان اوضحنا ان ضوابطها تجتمع في القاعدة الفقهية التصرف على الرعية منوط بالمصلحة والقواعد المتفرعة منها {قاعدة استعمال الاصلح وقاعدة استعمال الامثل فالامثل} يتضح لنا ان الشريعة الاسلامية قد سبقت كل القوانين الوضعية في الاخذ بفكرة السلطة التقديرية للسلطات العامة عموما وللادارة على وجه الخصوص فكانت معالم هذه النظرية واضحة لالبس ولاغموض فيها منذ الزمن الاول للتشريع الاسلامي ،مما اتاح للسلطات العامة قدرا من حرية التصرف في اطار المشروعية الإسلامية . في حين ان القضاء الإداري الفرنسي لم ينته الى ما انتهى اليه في بداية القرن العشرين من استقرار لنظرية السلطة التقديرية الا بعد مرورها بمراحل عدة بدءت هذه المراحل باختفاء كل تقدير للإدارة مرورا بمرحلة القرارات الإدارية البحتة التي اختفى فيها كل تقييد للإدارة ومن ثم ابتدع مجلس الدولة الفرنسي دعوى الإلغاء لتجاوز السلطة – ومع افول هذا النوع من القرارات – القرارات التقديرية - ظهرت نظرية السلطة التقديرية فبدء كبار فقهاء القانون الإداري الفرنسي يعترفون بها مستلهمين اعترافهم هذا مما انتهى اليه قضائهم الإداري في مجال دعوى الإلغاء لتجاوز السلطة بان في كل قرار اداري مصاحبة بين عناصر فيه تقديرية وعناصر أخرى مقيدة بالقانون .

(١) اسناده ضعيف جدا اخرجه الحاكم {٤/٩٢-٩٣} واشار اليه ابن تيمية في السياسة الشرعية – مصدر سابق-ص١٣.

الفصل الثاني

الفصل الثاني

الضبط الإداري في القانون الوضعي وفي الشريعة الإسلامية

يعد الضبط الإداري الوظيفة الأساسية للإدارة العامة في كل دولة وهذه الوظيفة الضبطية هي الأكثر خطورة وأهمية وتبرز كمظهر جوهري لوجود الدولة وكتعبير رئيسي عن سيادة السلطة الحاكمة . ولايتصور للمجتمع الإنساني وجود بدون نظام يضبط سلوك الفرد داخل المجتمع في ممارسته لحقوقه الطبيعية ويهدف الضبط الإداري إلى حماية النظام العام من خلال تنظيم ممارسة الإفراد لحرياتهم وأنشطتهم الخاصة وذلك باتخاذ تدابير تقيد بها هذه الحريات وتختلف شدتها حسب نوع الحرية المراد تقييدها[١] كما تتسع سلطات الضبط الإداري في ظل الظروف الاستثنائية لمواجهة هذه الظروف[٢] وإذا كانت إغراض الضبط الإداري في القانون الوضعي قد تطورت بسبب تطور الظروف الاقتصادية والاجتماعية واتساع ميدان نشاط الإدارة بقصد تحقيق الصالح العام للإفراد في شتى النواحي فأن الضبط الإداري الإسلامي يقوم على اساس التضامن في تنفيذ ما أمر الله (ﷻ) به ومنع مانهى الله عنه بقصد تحقيق المقاصد الشرعية ، ولاتوجد صورة يتسع لها التدخل بالضبط في القانون الوضعي ولا يتسع لها الأساس الإسلامي والتدخل بالضبط الإداري الإسلامي هو طريقة الحياة الإسلامية ولم يشك احد في مشروعيته لأنه مقرر بالنصوص الأصلية في الكتاب والسنة .

و سوف نتناول في هذا الفصل تحديد مفهوم الضبط الإداري في القانون الوضعي وانواعه مستعرضين اغراضه مع بيان مفهوم الضبط الإداري في الشريعة الإسلامية واساسه الشرعي وعلى النحو التالي :

المبحث الأول : مفهوم الضبط الإداري في القانون الوضعي وأنواعه

المبحث الثاني :- إغراض الضبط الإداري في القانون الوضعي

المبحث الثالث : الضبط الإداري في الشريعة الإسلامية

---

(١) تكون للإدارة سلطة تقديرية واسعة ازاء الأنشطة الفردية التي لاينص القانون على اعتبارها من الحريات العامة فيكون لها إن تخضع هذا النشاط للترخيص أو التنظيم وليس هناك ثمة مايمنعها قانونا من إن يصل الأمر بها إلى درجة التحريم أو الحظر المطلق في اماكن معينة او اوقات معينة ، وتكون سلطة الإدارة ضعيفة جدا ازاء الأنشطة الفردية التي يعتبرها القانون حريات عامة وينظمها تنظيما دقيقا مثل حرية العقيدة وحرية الاجتماع وحرية الصحافه إما إذا كانت الحريات غير منظمة تشريعيا بصورة دقيقة واكتفى التنظيم القانوني لها من خلال النص عليها بعبارات عامة غير محددة فان سلطة الإدارة ازاء هذه الحريات تكون أكثر اتساعا ومن امثلتها حرية التجارة والصناعة د حيدر طالب الامارة – محاضرات غير منشورة بعنوان الحريات العامة – القيت على طلبة الدكتوراه في كلية الحقوق جامعة النهرين للعام الدراسي ٢٠١١-٢٠١٢ وكذلك انظر ماهر فيصل صالح – دور القضاء الاداري في حماية الحريات العامة – رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون –جامعة بغداد – عام ٢٠٠١- ص ٣٢-٣٣

(2) Castagne j .le control juridictionned de la legalite des aetes de police - administrative L.G.D.J-PARIS-1961-P.127

المبحث الأول

مفهوم الضبط الإداري في القانون الوضعي وانواعه

إن الضبط الإداري إحدى الدعامات الرئيسة التي تقوم عليها وظيفة الإدارة العامة التي تعمل على إشباع حاجات الإفراد بتقديم أفضل الخدمات لهم . فوظيفة الضبط الإداري ضرورة لازمة لاستقرار النظم وصيانة الحياة الاجتماعية والمحافظة عليها وبدون تلك الوظيفة تعم الفوضى وينهار النظام الاجتماعي .

ولقد اختلف الفقهاء حول تعريف الضبط الإداري كما اختلفوا حول تحديد طبيعته هل هي سلطة سياسية أم هي وظيفة ضرورية ومحايدة ؟ وهذا يتطلب البحث في ماهية الضبط الإداري ومحاولة تحديد طبيعته أولا ثم البحث في أنواعه وتمييزه عن غيره من أنظمـة الضبط الأخرى وذلك من خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : تعريف الضبط الإداري وطبيعته

المطلب الثاني :أنواع الضبط الإداري وتمييزه عن أنظمة الضبط الأخرى

المطلب الأول

تعريف الضبط الإداري وطبيعته

مهمة الضبط الاداري قد تزايدت اهميتها وضرورتها في الاونة الاخيرة وبات دورها في تنظيم الحريات العامة امرا حتميا وضروريا حتى لا تتحول ممارسة الحريات العامة وحتى لايتوجه النشاط الخاص الى الفوضى فتدخل سلطة الضبط الاداري في مفاصل الحياة المختلفة يهدف الى حماية النظام العام ووقاية المجتمع من جميع الاخطار التي تهدده .

الفرع الأول / تعريف الضبط الإداري

الضبط الإداري فكرة لها حدود واسعة في مجالات كثيرة تزداد مع الأيام سعة تبعا للملابسات والظروف ، لذلك سوف نبين مفهوم الضبط الإداري وفقا للاتي :

أولا / تعريف الضبط لغة :

يمكن تعريف الضبط لغة { بأنُّه لزُوم الشيء ، وقال الليث الضبط لزُوم شيء ولا يفارقهُ في كُّل شيء ، وضبط الشيء حفظهُ ، والرَجلَ ضابط إيَّ حازم}[١] ويقال أيضا { ضبطهُ ضبطاَ ، حفظهُ بالحِزم حفظاً بليغاً ، أحكمُه وأتقنُه }[٢] فالضبط في اللغة يعني أيضا الإحكام والإتقان و إصلاح الخلل والتصحيح ويترادف أحيانا مع الرقابة فيعني توجيه السلوك سلبيا أو ايجابيا والضبط بهذا المعنى اللغوي يشمل مختلف جوانب الحياة الاجتماعية والعملية والقانونية[٣] .

ثانيا/ تعريف الضبط الاداري اصطلاحا [٤] :

من الملاحظ إن التشريعات المقارنة لم تتعرض لتعريف الضبط الإداري تعريفا محددا بصورة قاطعة وإنما تركته للفقه واكتفت ببيان إغراضه بصفة عامة [٥] وقد اختلف الفقه الإداري في تعريف الضبط ويرجع

---

(١) لسان العرب – مصدر سابق – المجلد التاسع – ص١٢.

(٢) المعجم الوسيط – مادة الضبط – مجمع اللغة العربية بالقاهرة – مطبعة دار المعارف – الطبعة الثالثة - عام ١٩٨٠ – ص٥٥٣ .

(٣) د محمد محمد مصطفى الوكيل – حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس –عام ٢٠٠٣ - ص١٠ .

(٤) للوقوف على ابرز الاتجاهات الفقهية المتعلقة بتعريف الضبط الإداري انظر د فرحات محمد فهمي – الضبط الإداري والحياد الوظيفي دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في أكاديمية الشرطة المصرية – عام٢٠٠٢ م – ص ١٠ ومابعدها وكذلك انظر د عصام الدبس – القضاء الإداري ورقابته لإعمال الإدارة –طبع دار الثقافة للنشر والتوزيع – عام ٢٠١٠ - ص ١٥٧ وما بعدها .

(٥) فقد نصت المادة ٩٧ من القانون الصادر في فرنسا ٥ ابريل ١٨٨٤ على ان { يختص البوليس المحلي بالمحافظه على حسن النظام والامن العام والصحة العامة }ويلاحظ ان المادة ٩٧ تقابل الفقرة الثانية من المادة ١٣١ من قانون البلديات الصادر في ٢٧ يناير ١٩٧٧والتي اصبحت حاليا الفقرة الثانية من المادة ٢٢١٢ من القانون الجديد رقم ١٤٢ الصادر في ٢١ فبراير ١٩٩٦والذي يتعلق بالجماعات الاقليمية او المحليه وعلى هذا ا لمنوال سار المشرع المصري فقد نصت المادة الثالثة من قانون هيئة الشرطة رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧١ على ان { تختص هيئة الشرطة بالمحافظة على النظام العام والامن العام والاداب وحماية الارواح والاعراض والاموال وعلى الاخص منع الجرائم وضبطها كما تختص بكفالة الطمانينة والامن للمواطنين في المجالات كافة وتنفيذ ماتفرضه عليها القوانين واللوائح من واجبات } المشرع العراقي هو الاخر لم يعرف الضبط الاداري فقد نصت المادة ١٨ من قانون وزارة الداخلية رقم ١٨٣ لسنة ١٩٨٠ الملغي على ان { تقوم مديرية الشرطة العامة بالمحافظة على النظام العام والاسهام في توطيد الامن العام ومكافحة الاجرام باتخاذ الاساليب والوسائل العلمية والفنية } ، وتكرر ذات النهج في قانون -

الاختلاف إلى تباين النظرة إلى هذه الوظيفة فقد نظر إليه فريق على أساس انه غاية في ذاته تسعى إليها سلطات الدولة فعرفه { Hauriou} على انه { سيادة النظام والسلام عن طريق التطبيق الوقائي للقانون }[١] فالضبط الإداري طبقا لهذا الرأي يعد غاية تسعى إليها سلطات الدولة لإقرار النظام العام مع مايترتب على ذلك من ضرورة وجود جهة أو هيئة معينة تعمل على استتباب الأمن والطمأنينة بين الإفراد إي إنه يمثل الغاية النهائية من نظام الدولة وقد سعى فريق من الفقهاء إلى الاهتمام بأساليبه فعرفه الأستاذ { George vedel} {بأنه مجموع صنوف النشاط التي يكون موضوعها إصدار قواعد عامة أو تدابير فردية لإقرار النظام العام }[٢] وتأثر جانب من الفقه في مصر بهذا الاتجاه فعرف الضبط الإداري على انه { نوع من الولاية الضابطة اختصت بها السلطة التنفيذية أو الإدارة إما على وجه الأصالة أو بطريق الإنابة التشريعية بغية إقرار النظام أو استتباب الأمن أو المحافظة على السكينة العامة أو الصحة العامة }[٣] كما تم تعريفه ايضا على انه { وظيفة من أهم وظائف الإدارة تتمثل أصلا في المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة وعن طريق إصدار القرارات اللائحية والفردية واستخدام القوة المادية }[٤] وقد سعى أصحاب هذا الاتجاه إلى اظهار وسائل الضبط المتبعة لتحقيق إغراضه ومن دون الاشارة الى العلاقة مابين الضبط الإداري والحريات العامة ، بالرغم من ان غاية الضبط الإداري تتمثل في تنظيم ممارسة الإفراد لحرياتهم . ومن الفقهاء من نظر إلى الضبط الإداري على أساس انه قيد على الحريات العامة لذا عرفه { Laubadere } { بأنه نوع من التدخل من جانب السلطات الإدارية يسفر أو يشتمل على فرض قيود على حريات الإفراد يهدف إلى المحافظة على

-وزارة الداخلية رقم ١١ لسنة ١٩٩٤ النافذ فقد نصت المادة ١ على ان { تهدف وزارة الداخلية بوجه عام الى تنفيذ السياسة العامة للدولة في حفظ الامن الداخلي لجمهورية العراق وتوطيد النظام العام فيها } .

(1) Hauriou (Maurice):Prementaire de droit Administratif,Sirey,ed,1914,p448

أشار إليه د عبد الرؤوف هشام بسيوني – نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية وفي الشريعة الإسلامية – طبع دار النهضة العربية - الطبعة الثانية – عام ٢٠٠٤– ص ١٦

(2) George vedel:Droitadministratif,ed1959,547

أشار إليه د محمد شريف إسماعيل عبد الحميد - سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية – دراسة مقارنة -رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس –عام ١٩٧٩ م - ص١٢ .

(٣) الدكتور محمود سعد الدين الشريف ـ انظر مقاله بعنوان – النظرية العامة للبوليس الإداري في مصر – مجلة مجلس الدولة المصري – السنة الثانية – يناير ١٩٥١- ص٢٩٣ .

(٤) د. ماجد راغب الحلو – القانون الاداري - مصدر سابق – ص٤٧١ .

النظام العام }[1] كما عرفه { Eisnmann} على انه { مجموعة من التنظيمات القانونية لتحديد حرية الإفراد ولحماية النظام العام في الدولة }[2] فهوى يرى إن تقييد الحريات الفردية لاينشا فقط عن ممارسة الضبط الإداري لسلطته بل قد ينشأ عن طريق الضبط التشريعي حيث يقوم المشرع بفرض بعض القيود على الحريات وفي إطار هذا الضبط التشريعي تملك سلطات الضبط إن تضيف قيودا أخرى غير تلك القيود التي تنص عليها القوانين وتأثرا بالرأي المتقدم نجد اتجاه في الفقه المصري يعرف الضبط الإداري على انه {حق الإدارة في إن تفرض على الإفراد قيودا تحد بها من حرياتهم بقصد حماية النظام العام}[3] ونظر فريق من الفقهاء إلى الضبط الإداري على أساس انه يمثل قيدا على نشاط الإفراد فعرفه { Waline } بأنه { قيد تفرضه السلطة العامة على نشاط الإفراد لتحقيق الصالح العام}[4] فهو يرى إن الضبط لايقيد الحريات العامة التي يكفلها القانون دائما بل هو يقيد نشاط الإفراد، فالضبط الإداري لديه هو تقييد لوجه من أوجه نشاط المواطنين بواسطة إحدى سلطات الدولة بغية تحقيق الصالح العام في نطاق النشاط الخاص وبقائه حرا بعد تنظيمه، لذا نجد الدكتور شاب توما منصور قد عرف الضبط الاداري على انه [قيود تفرض على نشاط الافراد بغية حماية النظام العام بصوره الامن العام والصحة العامة والسكينة العامة][5] والباحث يرى إن الضبط الإداري هو نشاط إداري تمارسه السلطة التنفيذية بهدف ضمان المحافظة على النظام العام بطريقة وقائية من خلال قواعد تنظيمية وتدابير فردية وإجراءات مادية

---

(1) De Laubadere (Andre) traite de Droit Administratif, L.G.D,7e-ed 1976,p589

(2)Eisnmann:introduction general al atheorie de lapoice administratire 1960 , p13

(٣) د سليمان محمد الطماوي – الوجيز في القانون الإداري – مصدر سابق – ص٥٧٥ وبذات المعنى عرف الدكتور احمد حافظ نجم الضبط الإداري بانه { حق الإدارة العامة في فرض بعض القيود على حقوق وحريات الإفراد بهدف حماية النظام العام بعناصره الثلاثة عن طريق ماتصدره من لوائح طبقا للقانون } للتفصيل انظر مؤلفه القانون الإداري - طبع دار الفكر العربي – الطبعة الأولى – عام ١٩٨١ – ص ٢٤٦ كما عرفه الدكتور طعمية الجرف بأنه {مجموعة ماتفرضه السلطات العامة من أوامر ونواه وتوجيهات ملزمة للإفراد بغرض تنظيم حرياتهم العامة أو بمناسبة ممارستهم لنشاط معين بهدف صيانة النظام العام في المجتمع وتتخذ قرارات الضبط الإداري وإجراءاته شكل القرارات التنظيمية أو القرارات الفردية أو التراخيص كما تتخذ شكل إجراءات التنفيذ الجبرية ويترتب على هذه القرارات والإجراءات جميعا تقييد الحريات الفردية } انظر مؤلفه القانون الإداري دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الادارة العامة - مصدر سابق – ص ٤٢١ .

(4)Waline (Marcile): traite sirey de droit Administratif, sirey,9e ed.1963,p 637

(٥) انظر مؤلفه – القانون الاداري – دراسة مقارنة –طبع دار الطبع والنشر الاهلية – عام ١٩٧٠- الجزء الاول -ص١٧٢ .

تنظم ممارسة الإفراد لحرياتهم في إطار التنظيم القانوني للحقوق والحريات في الدولة. وبالتالي فأن الضبط الاداري يكفل ممارسة الحرية المحمية قانونا ولا يتعارض معها .

الفرع الثاني : طبيعة الضبط الإداري

إن تحديد الطبيعة الوظيفية للضبط الإداري أمر في غاية الصعوبة نظرا للطبيعة التي يتميز بها هذا الجهاز فهو جهاز له وسائل تتميز بالقوة لتحقيق الأمن والسكينة للإفراد وهو في ذلك أكثر الأجهزة اتصالا بالجمهور وهو اتصال له شكل فرض قيود على حريات الإفراد[١] لذا اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة الضبط الإداري فذهب البعض منهم إلى تصوير الضبط على انه سلطة قانونية محايدة هدفها وقاية النظام العام في المجتمع ومن ثم فلا تمارسه الإدارة إلا في حدود القانون ودون محاباة لاتجاهات السلطة الحاكمة وذهب البعض الأخر إلى اعتباره سلطة سياسية لأنها تعبر عن مصالح الطبقة الحاكمة وتستخدم لخدمة إغراضهم ومبادئهم فهي لاتستهدف في الحقيقة سوى الأمن الشخصي للحاكم ووقاية النظامين الاجتماعي والسياسي وتسخيرها خدمة للحكام[٢] .

اولا / الضبط الإداري سلطة إدارية محايدة :

يرى أصحاب هذا الاتجاه إن الضبط الإداري سلطة إدارية محايدة تهدف إلى حماية وصيانة النظام العام في المجتمع وتمارس سلطاتها في حدود القانون فهي لاترتبط بالحكم وتخضع إعمالها لرقابة القضاء للتأكد من مدى مشروعيتها . و الضبط الإداري وفقا لهذا الاتجاه يعد سلطة إدارية محايدة تمارس في نطاق العمل الإداري كأحد أنشطة الوظيفة الإدارية ولا تتحول هذه الوظيفة إلى وظيفة سياسية إلا إذا انحرفت في استعمال صلاحياتها وارتبطت بنظام الحكم [٣] فأصحاب هذا الرأي يردون ماهو متحقق من طابع سياسي في سلطات الضبط إلى ظاهرة تجاوز السلطة وانحرافها في استعمال الضبط من خلال تغليب اعتبارات حماية السلطة على حماية

---

(١) د ممدوح عبد الحميد عبد المطلب السيد – سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية - دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في أكاديمية الشرطة المصرية –عام ١٩٩١ – ص٢٨ .

(٢) د محمد محمد بدران – مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الإداري – طبع دار النهضة العربية – عام ١٩٩٢ – ص ١٢٤ كذلك انظر د سعد ماضي علي – الضبط الإداري وهيئاته دراسة مقارنة لنظم الشرطة في انجلترا وفرنسا ومصر – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية – عام ١٩٩٢ – ص٣١ ومابعدها .

(٣) د محمود عاطف البنا – حدود سلطات الضبط الإداري – مطبعة جامعة الأزهر –عام ١٩٨٠ – ص ٤ .

المجتمع وهذا يتنافى مع المستلزمات الضرورية لوظيفة الضبط الإداري فوظيفة الضبط لايجوز لها إن ترتبط بفلسفة عقائدية أو قيم سياسية وعلى ذلك لايجوز إن تهدف وظيفة الضبط إلى حماية السلطة في الدولة لذا عرف الدكتور محمود سعد الدين الشريف الضبط الإداري على انه { وظيفة ضرورية محايدة من وظائف السلطة العامة تهدف إلى حماية النظام العام في الدولة بوسائل القسر التي نص عليها القانون}[1] ويستفاد من هذا التعريف إن هذه الوظيفة تتسم بخصائص متميزة فهي ضرورية وبالتالي لا يستقيم أي مجتمع بدون ضبط تمارس سلطاته إعمالها في حدود القانون وترمي هذه الوظيفة إلى ضبط حدود الحريات العامة التي ينجم عن اطلاقها قيام الفوضى المؤدية إلى انتكاسها . وهي محايدة لاتصطبغ بالصبغة السياسية إلا في الأحوال التي يرتبط فيها النظام العام في المجتمع بنظام الحكم وبهذا القيد لاتتفاوت المجتمعات في فهم مدلول هذا النظام ومراميه فهو نظام يراد حمايته من التهديد بالاخلال به باي وجه من الوجوه ، و هي تهدف إلى وقاية النظام العام في المجتمع في ظل سيادة القانون بوسائل السلطة العامة فهذه الوظيفة تخلع على الهيئات التي انيطت بها مكنات تعتمد على سند قانوني .

ثانيا / الضبط الإداري سلطة سياسية

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الضبط الإداري بطبيعته سياسي أوجدته الدولة لتحافظ من خلاله على وجودها وفرض إرادتها والقول بأن سلطة الضبط تحمي النظام العام في المجتمع هو قول يخفي وراءه الهدف الحقيقي الذي تقوم به وهو حماية السلطة والحكام ويرى الفقيه الفرنسي { Pascu} أن الضبط الإداري بطبيعته وظيفة سياسية فهو احد المظاهر الرئيسية لسيادة الدولة يترتب على ذلك أن الدولة تستعين بسلطات الضبط للحد من أي نشاط سياسي يعتبر خطرا على النظام السياسي والاجتماعي وبالتالي على سلطات الحكم في الدولة وقد ذهب صاحب هذا الرأي بعيدا حتى انه كاد يعتبر الضبط سلطة رابعة ذات صبغة سياسية بحتة بجانب السلطات التقليدية الثلاث التشريعية والقضائية والتنفيذية [2] ويرى الدكتور محمد عصفور {أن هدف الضبط الإداري هو حماية النظام العام الذي يبدو في ظاهره الأمن العام في الشوارع إلا انه في حقيقة الأمر هو الأمن الذي تشعر به سلطات الحكم وحتى الأمن في الشوارع نفسه ليس سوى وجه من وجوه الأمن السياسي الذي ينشده الحكام وان استغلال الدولة لسلطتها في مجال الضبط لإغراض سياسية أمر طبيعي نابع من طبيعة النشاط السياسي الذي يفرضه النظام الديمقراطي ، يترتب على ذلك إن الدولة تستعين بسلطات الضبط للحد من أي نشاط سياسي يعتبر خطر

---

(١) د محمود سعد الدين الشريف – النظرية العامة للضبط الإداري – محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا في كلية الحقوق جامعة عين شمس – عام ١٩٦٤ – اشار اليها د محمد شريف اسماعيل في رسالته سلطات الضبط الاداري في الظروف الاستثنائية - دراسة مقارنة – ص ٢٠ .

(٢) انظر د داود ألباز - حماية السكينة العامة – طبع دار الفكر الجامعي بالإسكندرية – عام ٢٠٠٤ – ص ٦٧ .

على النظام السياسي والاجتماعي وبالتالي على سلطات الحكم في الدولة }[1] فالضبط الإداري مهمته حفظ النظام العام في المجتمع والنظام العام وفقا للرأي المتقدم في حقيقته وجوهره فكرة سياسية واجتماعية حيث يزداد تركيزه في الحماية على كل مايتصل بالسلطة السياسية وأهدافها . والباحث يرى ان الضبط الإداري وظيفة ضرورية ومحايدة والجهة المنوط بها القيام بتلك الوظيفة هي السلطة التنفيذية وهي لا تتجاوز حدود فكرة قانونية تتمثل في حماية النظام العام بمدلولاته المتعارف عليها وتمارس في اطار من الضوابط والضمانات التي تكفل عدم تجاوزها لحدودها وبالتالي فلا يجوز ان تسخر سلطة الضبط لحماية السلطة ذاتها او لخدمة اعتبارات سياسية .

المطلب الثاني

أنواع الضبط الإداري وتمييزه عن أنظمة الضبط الأخرى

ينقسم الضبط الإداري إلى ضبط إداري عام وضبط إداري خاص كما إن الفقه قد اتجه إلى محاولة التمييز بينه وبين الضبط القضائي والضبط التشريعي وهذا ماسنبحثه في فرعيين وعلى النحو التالي:

الفرع الأول/ أنواع الضبط الإداري

ينقسم الضبط الإداري إلى نوعين :- الأول والأساسي هو الضبط الإداري العام والنوع الثاني:- هو الضبط الإداري الخاص .

أولا / الضبط الإداري العام

هو الضبط الإداري في مفهومه الأساسي كوظيفة أولى جوهرية للإدارة العامة وهو يتضمن تنظيم وتقييد النشاط الفردي والحريات الفردية بوضع الضوابط التي تستهدف وقاية وحماية النظام العام في المجتمع بعناصره الثلاثة الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة [2] فالنظام العام هو المعيار الأساسي الذي يحدد نشاط الضبط الإداري العام فيكون سبب تدخل هذه السلطات وأيضا قيدا عليها حيث لاتستطيع التدخل إلا حفاظا عليه عندما يكون مهددا بخطر . وقد اتسع مفهوم النظام العام ليشمل بالإضافة إلى المفهوم التقليدي مجالات متعددة لجوانب الحياة وهذا الاتساع قابله اتساع في تدخل الإدارة [3] فالضبط الإداري العام عبارة عن مجموعة الصلاحيات التي

---

(١) د محمد عصفور – البوليس والدولة – دون ذكر اسم المطبعة – عام ١٩٧٢- ص ٢٥٠ ومابعدها .

(٢) للتفصيل انظر د محمد رفعت عبد الوهاب – مبادى وإحكام القانون الإداري – مصدر سابق – ص ٢٣٣ وكذلك انظر د داود ألباز –– مصدر سابق – ص ٧٢ .

(٣) توسعت مضامين سلطة الضبط الإداري فظهرت لها أهداف غير تقليدية في المجال السياسي والاقتصادي وفي المجال الأدبي والأخلاقي وفي مجال جمال المدن وروائها للتفصيل انظر عدنان الزنكنة – سلطة الضبط الاداري في المحافظة على جمال المدن وروائها – منشورات الحلبي الحقوقية –عام ٢٠١١م – ص٣٩ وكذلك انظر د محمد جمال الذنيبات – الوجيز في القانون الاداري طبع دار الثقافة للنشر والتوزيع – عام ٢٠٠١– ص ١٨٠ مابعدها .

تسبغ بصورة عامة على هيئات الضبط بهدف حماية النظام العام في المجتمع من الاضطرابات سواء بمنع وقوعها أو وقفها أو منع تفاقمها عند وقوعها وذلك على مستوى الدولة كلها أو على مستوى إحدى وحداتها المحلية .

ثانيا / الضبط الإداري الخاص

لقد ذكرنا إن مفهوم النظام العام أصبح مفهوما واسعا مما يستوجب وجود ضبط إداري خاص إلى جانب الضبط الإداري العام بهدف حماية النظام العام الخاص بمجال محدد ، وتحدد سلطاته واختصاصاته بالتشريع الذي ينشئه لذا تم تعريفه على انه { الضبط الذي نظمته نصوص قانونية أو لائحية خاصة بقصد الوقاية من الإخلال بزاوية معينة من زوايا النظام العام في ميدان معين أو بالنسبة لمرفق محدد أو تجاه طائفة بذاتها من الأشخاص بأساليب أكثر دقة وإحكاما وأكثر تماشيا وملائمة لهذه الناحية الخاصة}[١] ويتميز الضبط الإداري الخاص بأن له نظاما قانونيا خاصا في مجالات محددة بالذات فهو يمثل نوعيات خاصة من الضبط ويكون لكل منها نطاقه القانوني الخاص يحدد هيئات الضبط المختصة في كل مجال ومدى صلاحيتها ومما تقدم يمكننا القول بأن خصائص الضبط الإداري الخاص تتمثل في الأتي [٢] :

١- لايوجد ضبط إداري خاص إلا بناءا على قانون .
٢- يتميز الضبط الإداري الخاص بأنه قد يكون مقيدا بهدفه حيث قد يواجه عنصرا واحدا فحسب من عناصر النظام العام ومن هنا يكون مقيدا بنظام قانوني خاص يستهدف حماية عنصر محدد بذاته .
٣- قد يتخصص الضبط الإداري من حيث موضوع معين أيا كانت الجهة الإدارية التي تباشره كما انه قد يتخصص بمكان معين أو أماكن معينة .
٤- يحدد القانون السلطة الإدارية المختصة بممارسة هذا الضبط ولايمارس إلا من خلالها .
٥- تحدد النصوص القانونية المنشئة للضبط الإداري الخاص العقوبات التي يمكن توقيعها على مخالفة تلك النصوص بالإضافة إلى الجزاءات الإدارية .

---

(١) د محمود سعد الدين الشريف – النظرية العامة للضبط الإداري – مقال منشور في مجلة مجلس الدولة المصري السنة الحادية عشرة – عام ١٩٦٢ – ص ١٢٩ .

(٢) د حلمي الدقدوقي –رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لاعمال الضبط الاداري – دراسة مقارنة – طبع دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية – عام ٢٠٠٤ – ص١٠٩ ومابعدها وكذلك انظر د صلاح يوسف عبد العليم – أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة – طبع دار الفكر العربي – عام ٢٠٠٨ – ص ٢٦٦-٢٧٠ .

الفرع الثاني / التمييز بين الضبط الإداري وغيره من أنظمة الضبط الأخرى

سنتناول أولا التمييز بين الضبط الإداري والضبط القضائي ومن ثم نبحث في التمييز بين الضبط الإداري والضبط التشريعي.

أولا/ التمييز بين الضبط الإداري والضبط القضائي:

إذا كان الضبط الإداري بمفهومه السابق يعني مجموع الإجراءات والقرارات والأوامر التي تتخذها سلطات الضبط الإداري من اجل المحافظة على النظام العام في المجتمع فان الضبط القضائي نشاط ذو طبيعة عقابية يهدف إلى تعقب الجريمة بعد وقوعها وذلك بإثبات معالمها وجمع أدلتها ومطاردة المجرمين فيها وتقديمهم للمحاكمة لإنزال العقوبة بهم [١] وقد يتشابه على الباحثين عند التمييز بين نوعي النشاط الوقائي والقضائي عندما تتداخل وتزدوج ولاية القائم عليهما فقد يقوم موظف إداري واحد بالوظيفتين معا فيصعب الجزم بما إذا كان هذا الموظف قد قام بوظيفة الضبط الإداري أم القضائي خصوصا إذا كان نشاطه متعلقا بناحية غير قاطعة [٢] فتتحقق المصلحة في إيجاد معيار للتمييز بينهما [٣] لقد قدم الفقه معايير عدة للتمييز بين الضبط الإداري والضبط القضائي تتمثل في الأتي :

أ – **المعيار الشكلي :** يقوم هذا المعيار على أساس مبدأ الفصل بين السلطات حيث ينظر للعمل من حيث الجهة التي أصدرته فيكون عملا إداريا إذا صدر عن السلطة الإدارية ويكون قضائيا إذا صدر عن السلطة

---

(١) انظر د محمد جمال الذنيبات ـ مصدر سابق – ص ١٧٢ .

(٢) د نواف سالم كنعان – القانون الاداري- الكتاب الاول -طبع دار الثقافة للنشر والتوزيع – عام ٢٠١٠ – ص ٢٧٤- ٢٧٥

(٣) إن أهمية التفرقة مابين الضبط الإداري والضبط القضائي تبرز في بيان النظام القانوني الواجب التطبيق وبيان قواعد المسؤولية في كل منهما تبعا لقواعد الاختصاص فعندما يثار نزاع فالسؤال الذي يطرح من المختص بالفصل في النزاع هل القضاء العادي أم القضاء الإداري ؟ فالضبط الإداري في غالبية صوره يتعلق بالسلطة التنفيذية وبالتالي يختص القضاء الإداري بالمنازعات المتعلقة بها ويخضع عمل الضبط الإداري باعتباره عملا إداريا لرقابة مجلس الدولة إما نشاط الضبط القضائي فيتعلق بممارسة ولاية السلطة القضائية ومن ثم فالمنازعات المتعلقة به من اختصاص المحاكم العادية ويخضع عمل الضبط القضائي لرقابة الادعاء العام ويترتب على اختصاص القضاء العادي بنشاط الضبط القضائي عدم قابليته للطعن بالإلغاء وعدم خضوعه لإجراءات وقف التنفيذ خلافا لإعمال الضبط الإداري كما إن التمييز المتقدم يقتضي إن الإدارة لأتملك اللجوء إلى استعمال وسائل الضبط القضائي لتحقيق أهداف تتعلق بمهمتها في مجال الضبط الإداري وفي مجال المسؤولية فأن المستقر فقها وقضاءاً إن قرار الضبط الإداري عمل إداري وبالتالي يرتب مسئولية الدولة عن الإضرار التي تصيب المواطنين من جرائه خلافا لإعمال الضبط القضائي والتي لازال تحمل الدولة المسئولية عن إضرارها محل خلاف انظر د عصام الدبس ـــمصدر سابق ـص ١٦٣.

القضائية[١] ويعاب على هذا المعيار بأنه اكتفى بالشكل دون الجوهر فلا يتعرض لمضمون العمل وماهيته وأيضا هذا المعيار لايسعف في حالة قيام فرد بالعمل الإداري والعمل القضائي معا { ازدواج الصفة في القائم بالعمل } وذلك كغالبية رجال الشرطة فجميعهم من رجال الضبط الإداري والضبط القضائي [٢].

ب – **المعيار الموضوعي :** يفترق الضبط الإداري عن الضبط القضائي من ناحية الموضوع حيث إن الضبط الإداري يتميز بصفته الوقائية فهو يعمل على وقاية النظام العام بمنع الإخلال به وتوقي كل مأمن شأنه إثارة الفتنة ووقوع الكوارث بأنواعها إما الضبط القضائي فيتعقب الجريمة بعد وقوعها ويتولى إثبات معالمها ثم يعمل على إنزال الجزاء بمقترفيها فإذا كان هدف النشاط هو البحث عن جريمة وقعت وجمع الأدلة والكشف عن مرتكبيها لتقديمهم للعدالة وفقا لقانون الإجراءات الجنائية وتوقيع العقاب عليهم وفقا لقانون العقوبات فأن عمل الضبط هنا يندرج تحت إعمال الضبط القضائي [٣] وفي الحقيقة فان الباحث من المؤيدين للرأي الفقهي الذي يتحدد مضمونه بعدم كفاية الاعتماد على معنى متسع للغاية يستنتج من المقابلة بين فكرتين وقائية للضبط الإداري وعقابية للضبط القضائي ويعزز ذلك رجحان الرأي الذي لايسلم بإطلاق السمة المانعة على الضبط الإداري والقامعة على الضبط القضائي [٤] خاصة وان مهمة الضبط القضائي ليست رادعة على وجه التحديد إنما يتدخل الضبط القضائي في الردع الذي يترتب على الحكم بالإدانة الصادر من القضاء الجنائي فهو اثر غير مباشر ومن جهة ثانية فأن الكثير من إعمال الضبط الإداري يعد جزاءات إدارية لاحقة على حدوث الإخلال أو التهديد بالنظام العام وهنا تتسع الفكرة الوقائية لتشمل فكرة الردع [٥] وبذلك لاتعدو الفكرتين الوقائية والعقابية إن تكونا توجيها عاما لذا اعتمد مجلس الدولة الفرنسي في التمييز بين عمل الضبط الإداري وعمل الضبط القضائي على المعيار المادي{ الذي

---

(١) د عدنان عمرو – مبادئ القانون الإداري – طبع دار المعارف بالإسكندرية – عام ٢٠١١ – ص ٢٤١.

(٢) لمعرفة أعضاء الضبط القضائي في العراق انظر المادة (٣٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٢٠٠٤في ٣١/ ٥/ ١٩٧١ وللتفصيل بشأن سلطات أعضاء الضبط القضائي انظر سعد محمد عبد الكريم – سلطات أعضاء الضبط القضائي في التحري وجمع الأدلة دراسة مقارنة – رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد – عام ٢٠٠٠ - ص ٣٤ ومابعدها.

(٣) د حسام مرسي – سلطة الإدارة في مجال الضبط الإداري – دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي – طبع منشأة المعرفة بالإسكندرية – عام ٢٠١٠ – ص ١٢٩ .

(٤) استأذنا الدكتور أكرم نشأت إبراهيم – التدابير الاحترازية – بحث منشور في مجلة كلية الشرطة – العدد الأول حزيران ١٩٦٩ – ص ٣٦ -٣٧ اشار اليه عامر احمد مختار في رسالته – تنظيم سلطة الضبط الاداري في العراق – رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد –عام ١٩٧٥ – ص ٤٩.

(٥) د حلمي الدقدوقي –– مصدر سابق – ص ٩٧.

يقوم على طبيعة ومضـمون العمل ألضـبطي والغاية المبتغاة منه } فإذا كانت الهيئة التي اتخذت القرار قد تصـرفت باعتبارها مسـاعدة للقضـاء للمسـاهمة في خدمة العدالة بعد وقوع جريمة محددة وفقا لقانون العقوبات وذلك لتتبع المجرمين تمهيدا لافتتاح الدعوى الجنائية فأن العمل يعد من إعمال الضـبط القضـائي إما إذا كان العمل الذي اتخذته الهيئة لايتجه إلى اقتفاء جريمة محددة وفقا لقانون العقوبات ولااتهام شـخص ولكن يؤسـس على مهمة الرقابة العامة في إطار حماية النظام العام لتفادي وقوع الجرائم فان العمل يعتبر من إعمال الضـبط الإداري . كما طبق مجلس الدولة المصـري نفس المبادئ التي يطبقها القضـاء الاداري الفرنسي بحيث إذا لم يتوافر في عمل الضبط انه يواجه عملا يعاقب عليه القانون الجنائي وان الإجراء هو حلقة في سـلسـلة الإجراءات القانونية التي خولها القانون لرجال الضـبط القضـائي تمهيدا لافتتاح الدعوى العمومية فأن مجلس الدولة المصـري يعد الإجراء عمل ضـبط إداري يجوز الطعن فيه بالإلغاء وطلب التعويض عن الإضـرار المترتبة عليه إمام القضـاء الإداري [١] إما القضـاء العراقي فرغم قلة الإحكام الصـادرة بشـان تحديد الضـبط القضـائي وتمييزه عن الضـبط الإداري إلا انه ومن خلال بعض القرارات الصادرة عن محكمة التمييز نستطيع إن نستخلص انه اعتمد المعيار المادي في التمييز[٢] والباحث يرى إن المعيار الموضوعي القائم على طبيعة ومضمون العمل والغاية المبتغاة منه هو معيار أكثر دقة من المعيار الشكلي وهو الراجح في التمييز مابين نشاط الضبط الإداري والضبط القضائي .

ثانيا / التمييز بين الضبط الإداري والضبط التشريعي :

الأصل إن الحريات العامة تجد مصدرها في الدستور ثم يعمل بها بعد ذلك في حدود القانون فلا تمارس هذه الحريات إلا وفقا للمبادئ التي تحددها القوانين وفي النطاق المحدد لممارستها وتسمى التشريعات الصادرة في شأن تنظيم وتقييد الحريات بالضبط التشريعي تمييزا لها عن الضبط الإداري [٣] فالضبط التشريعي إذن هو القوانين والتشريعات التي تسنها السلطة التشريعية والتي تحدد نطاق مباشرة الحريات الفردية التي نص عليها الدستور كما تتولى هذه القوانين تنظيم مباشرة الحريات العامة والقيود التي تفرض عليها [٤] وبذلك يتميز الضبط

---

(١) للتفصيل انظر د صلاح يوسف عبد العليم ـــ مصدر سابق ـ ص ٢٥٦-٢٦٤ وكذلك انظر د فرحات محمد فهمي ـ مصدر سابق ـ ص ٢٣-٢٧.

(٢) للتفصيل انظر د عيسى تركي خلف ـــ أساليب الضبط الإداري وعلاقتها بالحريات العامة ـ رسالة دكتوراه مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية ـ عام ٢٠١١م ـ ص٣.

(٣) د طعمية الجرف ـ القانون الإداري ـ القانون الاداري دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الادارة العامة ـ مصدر سابق ـ ص ٤٢١.

(٤) د عبد الغني بسيوني عبد الله ـ القانون الإداري دراسة تطبيقية ـطبع منشأة المعارف ـ عام ٢٠٠٥ ـ ص ٣٩٠ .

الإداري عن الضبط التشريعي من حيث المعيار الشكلي والموضوعي فالضبط الإداري تمارسه السلطة التنفيذية ومن يمثلها في الإقليم مستخدمين وسائل الضبط الإداري التي تستهدف تنظيم استخدام الحريات العامة للإفراد التي كفلها الدستور من اجل حماية النظام العام في مدلولاته المختلفة والتي تتمثل في الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة والآداب العامة وحماية البيئة والنظام العام الاقتصادي والاجتماعي ، إما الضبط التشريعي فتمارسه السلطة التشريعية ويتمثل في القوانين التي يسنها المشرع والتي تنظم الحريات العامة للإفراد بوضع القواعد العامة التي يقتضيها هذا التنظيم وينتهي دور المشرع عند هذا الحد .

مما يعني ان تنظيم ممارسة الحريات لاينشا فقط من ممارسة الضبط الإداري بل وينشأ أصلا من الضبط التشريعي وان الضبط الإداري يعمل داخل إطار الضبط التشريعي حيث تقوم سلطات الضبط الإداري بتطبيق المبادئ والإحكام التي يتضمنها الضبط التشريعي وان هذا الأصل العام لايحرم سلطات الضبط الإداري من حرية التصرف بعيدا عن التشريع في بعض الأحوال فتستطيع الإدارة إن تضيف إلى الإحكام التشريعية العامة إحكاما عن طريق مايصدر عنها من أنظمة وتعليمات تنظم بمقتضاها ممارسة الافراد لحرياتهم ولمنع أي فعل من شأنه الإخلال بالنظام العام .

المبحث الثاني

إغراض الضبط الإداري

إن الغرض الذي تهدف إليه سلطات الضبط الإداري هو حماية النظام العام ومنع انتهاكه والإخلال به وتمارسه الإدارة متى ما وجدت ذلك ضروريا ولو لم ينص القانون على إجراء معين لمواجهة هذا الانتهاك أو الإخلال .

والنظام العام فكرة مرنة تختلف باختلاف الزمان والمكان كما تختلف باختلاف الفلسفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في الدولة لذلك يجمع الفقه على ضرورة ربط فكرة النظام العام بالمصلحة العامة العليا في كل دولة على حدة . كما أصبح من غير المقبول تحديد عناصر النظام العام وحصرها في ثلاثة عناصر أساسية هي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة فهذه العناصر أصبحت تمثل المفهوم التقليدي للنظام العام والذي اتسع ليشمل عناصر أخرى نتيجة للتطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي تحدث في المجتمع . لذا سوف نتناول في هذا المبحث مدلول فكرة النظام العام من خلال مطلب أول وعناصر النظام العام من خلال مطلب ثان ونخصص المطلب الثالث لدراسة خصائص النظام العام .

المطلب الأول

مدلول فكرة النظام العام

لقد اجمع الفقه الإداري على إن أهداف الضبط الإداري تنحصر في المحافظة على النظام العام حيث لا يكون النشاط مشروعا إلا إذا كان يهدف إلى حماية هذا النظام وقد اختلف الفقهاء حول ماهية النظام العام فلم تتكفل التشريعات المقارنة في تحديد مفهوم فكرته ويرجع ذلك إلى مرونة هذه الفكرة وعدم ثباتها واستقرارها لذا سوف نتناول أراء الفقهاء حول تحديد ماهية هذه الفكرة وموقف القضاء منها وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول : تعريف فكرة النظام العام

الفرع الثاني : موقف القضاء من فكرة النظام العام

الفرع الأول / تعريف فكرة النظام العام

لقد اختلف الفقهاء حول تعريف النظام العام في ظل توجه تشريعي إلى عدم وضع تعريف ثابت لمفهومه[١] و ساهم في ذلك مرونة فكرة النظام العام وعدم ثباتها أو استقرارها حيث يختلف مفهومه باختلاف الزمان والمكان فما قد يكون ألان من النظام العام لايكون كذلك بعد فترة وفقا لفلسفة النظام السائد وما قد يكون من النظام العام في دولة ما لايكون كذلك في دولة أخرى وقد يختلف مفهومه داخل الدولة الواحدة . فعلى صعيد الفقه الفرنسي نجد أنّ هناك اتجاه تزعمه الفقيه {Hauriou} كان يرى إن فكرة النظام العام يجب إن تحمل معنى النظام المادي الملموس الذي يعد بمثابة حالة واقعية مناهضة للفوضى إما حفظ النظام الأدبي الذي يتعلق بالمعتقدات والأحاسيس فلا يدخل في ولاية الضبط الإداري إلا إذا اتخذ الإخلال بالنظام الأدبي مظهرا خطيرا من شأنه تهديد النظام المادي بصورة مباشرة أو غير مباشرة [٢] وهناك اتجاه يتزعمه الفقيه {Waline} يرى إن فكرة النظام العام فكرة غامضة وواسعه و لاتقتصر على النظام المادي بل تشمل النظام الأدبي أيضا و يعرف النظام العام على انه { مجموعة الشروط اللازمة للأمن والآداب العامة التي لاغنى عنها لقيام علاقات سليمة بين المواطنين }[٣] . وهذا ماانتهى إليه الفقيه {Burdeau}[٤] ولقد انتقد الفقيه {Bernard} كل الآراء التي تؤدي إلى التشكيك في جدوى دراسة فكرة النظام العام استنادا الى القول بانها فكرة غير محدودة وواسعة مع إن الحقيقة والواقع تخالف ذلك فالواقع يشير الى انها فكرة مرنة تختلف باختلاف الزمان والمكان [٥] وعلى صعيد الفقه المصري نجد أنّ الدكتور محمد فؤاد مهنا يؤيد ماذهب إليه الفقيه الفرنسي { Hauriou } بأن المقصود بالنظام العام في مجال الضبط الإداري هو النظام المادي فقط أي الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة ولا شأن للضبط الإداري بحالة المجتمع المعنوية أو الروحية ولا شأن له بالافكار والعقائد التي تسود المجتمع إلا إذا كانت لهذه الافكار والعقائد مظهراً خارجياً يهدد النظام العام المادي فهنا تتدخل سلطات الضبط الإداري لمنع هذا الإخلال [٦] كما إن الدكتور صلاح الدين فوزي يؤيد ماذهب إليه الفقيه الفرنسي {Waline} من أنّ النظام العام { ماهو الإحالة مادية أو معنوية لمجتمع منظم فهو الأفكار الأساسية للقانون والمجتمع }[٧] . وهو ذات ما انتهى إليه الدكتور محمد شريف إسماعيل حيث يرى { إن النظام العام فكرة مرنة تختلف باختلاف الزمان والمكان ولكن هذا الوضع

---

(١) د قدري عبد الفتاح الشهاوي – إعمال الشرطة ومسئوليتها إداريا وجنائيا – منشاة المعارف بالإسكندرية – ١٩٦٩-ص ٦٣ .

(2) (M): Droit administrative, Op.cit.,p120,ed,1933,p.549

(3)Walin (M) :précis de droit administrative,paris,1960,p.449

(4)(G) Burdeau:traite de science politique,paris,1952,p.145

(5)Paul Bernard:la notion d "ordre public en droit administrative,paris,.1962,p230

(٦) د محمد فوأد مهنا ـــ مبادئ واحكام القانون الاداري - مصدر سابق – ص ٦٣٤ .

(٧) د صلاح الدين فوزي –المبادئ العامة غير المكتوبة في القانون الإداري – دراسة مقارنة – طبع دار النهضة العربية – عام ١٩٩٨ – ص ٤٨ .

لايمنع من إن تحدد في إطار قانوني فليس من المعقول إن نرتب أثارا قانونية على فكرة ننكر عليها الوصف القانوني فالنظام العام ظاهرة قانونية الغرض منها حماية الأسس التي يقوم عليها المجتمع ولذلك فهو يشمل النظام المادي والنظام الأدبي }[1] وبالنتيجة نجده يتفق مع الفقيه الفرنسي {Bernard} في {ضرورة عدم التشكيك في جدوى الدراسة القانونية للنظام العام } . وعلى صعيد الفقه في العراق نجد إن استأذنا الدكتور إبراهيم طه الفياض عرف النظام العام بأنه { عبارة شاملة لكل أمر أو غرض يسمح للنشاط ألضبطي بالتدخل لحمايته وذلك بتقييد الحريات الفردية وصيانتها }[2] فهو يرى بان النظام العام فكرة واسعة ومرنة تضم في طياتها عناصر النظام العام الشامل وعناصر النظام العام المتخصص وان صيانة هذا النظام العام تتحقق من خلال قيام سلطة الضبط بتقيد الحريات الفردية كما إن الدكتور ماهر صالح علاوي قد عرف النظام العام على انه { مجموعة مصالح عليا مشتركة لمجتمع ما في زمن معين يتفق الجميع على ضرورة سلامتها }[3] . ويرى الباحث إن النظام العام فكرة قانونية واجتماعية تهدف إلى المحافظة على الأسس والقيم التي يقوم عليها المجتمع وتشمل النظام المادي والأدبي كما أنها مرنة تختلف باختلاف الزمان والمكان وتختلف باختلاف النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي السائد بالدولة لذا فان كان ثمة خطر يهدد النظام العام جاز لرجال الضبط الإداري التدخل لتفاديه قبل وقوعه وبذلك تتضح طبيعة الفكرة الوقائية للضبط الإداري .

الفرع الثاني / موقف القضاء من فكرة النظام العام

سنتناول في هذا الفرع موقف القضاء الفرنسي والمصري والعراقي من فكرة النظام العام وكما يلي :

أولا/ موقف القضاء الفرنسي

اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى الأخذ برأي الفقيه { Hauriou } فلم يعتد إلا بالنظام العام المادي ذي المظهر الخارجي {أي اخذ بالتفسير الضيق لمفهوم النظام العام }[4] ولم يستمر على ذلك لمدة طويلة إذ عدل عن موقفه هذا واخذ بالتفسير الواسع للنظام العام ليشمل النظام العام المادي والأدبي ، وعلى وجه التحديد فقد اتجه مجلس الدولة الفرنسي ومعه القضاء المدني الفرنسي وعلى رأسه محكمة النقض الفرنسية إلى تقدير الأوضاع التي

---

(١) انظر رسالته سلطات الضبط الاداري في الظروف الاستثناية دراسة مقارنة – مصدر سابق - ص ٥٨ .

(٢) محاضرات في القانون الإداري –ألقيت على طلبة الدراسات الاولية –المرحلة الثانية في كلية الحقوق جامعة النهرين عام ١٩٩٣اشار إليها د احمد عبد العزيز سعيد – مسؤولية الإدارة عن إعمال الضبط الإداري في الظروف العادية دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد – عام ٢٠٠٥ – ص ٣٠ .

(٣) د ماهر صالح علاوي – مبادى القانون الإداري – طبع دار الكتب للطباعة والنشر – عام ١٩٩٦ – ص ٧٦ .

(٤) للتفصيل انظر د سعد ماضي علي السيد –مصدر سابق – ص ٩٢ ومابعدها .

اصطلح الإفراد على تقبلها ومراعاتها في وقت معين وفي جهة محددة بعينها لذلك فان معيار تحديد ماهو من الآداب العامة هو ما يحرص الناس على احترامه وتقديسه و بالتالي يشمل المفهوم الأدبي للنظام العام {الأخلاق والآداب } التي تتوام مع تقاليد وعادات المجتمع الفرنسي [١] ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل ذهب مجلس الدولة في حكم له صدر في ٢٧ تشرين الثاني من عام ١٩٩٥الى اعتبار إن كرامة وشرف الإنسان تشكل احد عناصر النظام العام مفسرا فكرة الآداب العامة تفسيرا واسعا واعترف بحق السلطات المحلية في التدخل لمنع العروض المسرحية التي تشكل اعتداء على كرامة الإنسان [٢] وبذلك فأن مجلس الدولة انتهى إلى الأخذ بالرأي الغالب في الفقه وهو إن النظام العام يشمل النظام المادي والأدبي .

ثانيا / موقف القضاء المصري

اقر مجلس الدولة المصري بأن مفهوم النظام العام في مجال الضبط الإداري لايقتصر على النظام العام بمظهره الخارجي فقط بل يتسع ليشمل النظام الأدبي ومن ثم أجاز لهيئة الضبط الإداري إن تتدخل لحماية الآداب العامة باعتبارها عنصرا من عناصر النظام العام . وبذلك يكون مجلس الدولة قد طرح جانبا الفكرة التقليدية التي كانت تذهب إلى إن الضبط الإداري لا شأن له بحالة المجتمع المعنوية والروحية ولاشأن له بالعقائد والأفكار والأحاسيس التي تسود المجتمع . ومن أمثلة قضاء مجلس الدولة في مجال حماية الآداب العامة حكم المحكمة الإدارية العليا برفض دعوى إلغاء قرار سحب الترخيص بعرض فيلم أجنبي في مصر تدور إحداثه في تونس حوى كثيرا من المشاهد الجنسية الفاضحة والعبارات الرديئة [٣] كما أن محكمة القضاء الإداري قضت بتاريخ ١٣ يونيو ١٩٨٩ برفض الطعن المقدم ضد القرار الصادر من مدير عام الإدارة العامة للرقابة على المصنفات الفنية بسحب الترخيص السابق بعرض فيلم {خمسة باب } حيث اشارت الى أن الإدارة قد اتخذت هذا القرار حرصا على حماية الآداب العامة والمحافظة على الأمن والنظام العام ومصالح الدولة العليا وذلك لما يتضمنه الفيلم من مشاهد فاضحة وعبارات ساقطة تصريحا وتلميحا ومن ثم فان القرار الصادر بسحب الترخيص

---

(١) اتجه القضاء الإداري إلى إدخال المسائل الأخلاقية في نطاق النظام العام منذ الحكم الشهير في قضية أفلام (LUTETIA) في سنة ١٩٥٩ كما اقر بمشروعية قرار حظر عرض المطبوعات التي تقتصر على وصف الجرائم والفضائح والأمور المثيرة للغرائز للتفصيل انظر د فرحات محمد فهمي –مصدر سابق – ص٥٢ وكذلك انظر د.عادل السعيد محمد أبو الخير – البوليس الإداري طبع دار الفكر الجامعي – عام ٢٠١٤ م – ص١٦٣ .

(2) C.E.27 Oct 1995"Villed" ax en provence A.J.D.A, 1995.p.944-943

Lebretom(gilles): legugue Administratif face al order morel,mélanges en,l ,honneur du prof G.P peiser, P.U.G1995.p.375.ET SS أشار إليه د احمد عبد العزيز – مصدر سابق – ص ٣٢

(٣) حكم المحكمة في القضية رقم ٨٠٨ لسنة ٢٣ قضائية بجلسة ٢٢ /٤/ ١٩٧٨منشور في مجموعة إحكام الإدارية العليا في خمسة عشر عاما ١٩٦٥-١٩٨٠- طبع الهيئة المصرية للكتاب – عام ١٩٨٢ –الجزء الأول –ص ٢٤٦ .

المطعون فيه يكون قرارا صائبا قانونا سواء فيما قام عليه من أسباب أم فيما استهدفه من غايات الأمر الذي يجعل الطعن عليه مفتقرا سنده القانوني الصحيح }[١] كما اصدر رئيس الوزراء المصري في عام ٢٠١٤ امرا قضى بمنع عرض فلم (حلاوة روح) لما تضمنه من عبارات وايحاءات ومشاهد ذات مضمون يخدش الحياء والاداب العامة وقد تم الطعن بقرار منع عرض الفلم امام محكمة القضاء الاداري وسجلت القضية بعدد ٥٦٩٩٨ لسنة ٦٨ قضائية ولم تحسم الدعوى لغاية الانتهاء من كتابة هذا البحث [٢] .

ثالثا / موقف القضاء العراقي

وفي العراق تستطيع هيئات الضبط الإداري التصدي لمنع إي فعل من شانه الإخلال بالنظام العام والاداب في ظل وجود تشريعات نصت على مراعاة الآداب العامة خاصة وان الافعال المخلة بالحياء معاقب عليها في قانون العقوبات [٣] كما نص على معاقبة كل من صنع او استورد او صدر او حاز او احرز او نقل بقصد الاستغلال او التوزيع كتابا او مطبوعات او كتابات اخرى مخلة بالاداب العامة [٤] وكذلك معاقبة كل من جهر باعلان او اقوال فاحشة او مخلة بالحياء بنفسه او بواسطة جهاز الي وكان ذلك في محل عام [٥] وهناك العديد من القوانين والقرارات التي نصت على ضرورة مراعاة الاداب العامة كقانون المطابع الاهليه رقم ٥ لسنة ١٩٩٩[٦] وقانون الجمعيات رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠[٧] وامر سلطة الائتلاف المنحلة رقم ٥٤ لسنة ٢٠٠٤[٨] الخاص بمنع استيراد المجلات المطبوعة والافلام السينمائية التي تتعارض مع المعايير المتعارف عليها في أوساط المجتمع ، لذا استقرت الإحكام القضائية على الاقرار بمشروعية الإجراءات المتخذة لحماية النظام العام الاخلاقي

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى ٥٥٦٨ لسنة ٣٧ قضائية أشار إليه د حسام لطفي – ملف قضايا حرية الرأي والتعبير في مصر – دار النشر غير مذكورة – عام ١٩٩٣- ص ١٠١ .

(٢) للتفصيل انظر على شبكة الانترنيت *www1.youm7.com* .

(٣) انظر المادة ٤٠١ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

(٤) انظر المادة ٤٠٣ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

(٥) انظر المادة ٤٠٤ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

(٦) انظر المادة ١٢/ اولا منه .

(٧) انظر المادة ٤/ خامسا منه .

(٨) نشر في الوقائع العراقية العدد ٣٩٨١في اذار ٢٠٠٤ .

ومن ذلك ماذهبت إليه الهياة العامة لمجلس شورى الدولة بنقض الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري المتضمن إلغاء القرار الإداري الصادر بترحيل امراة بسبب سلوكها لعدم ثبوت ممارستها للبغاء [1] .

المطلب الثاني

عناصر النظام العام

إن حماية المجتمع في نظامه الداخلي من واجبات السلطة العامة تقوم به بحكم الضرورة واستنادا إلى وظيفتها الطبيعة إذ لاتتمكن هيبتها في نفوس المحكومين ولاتستطيع تنظيم مرافقها العامة حتى تستعين بوسائل الضبط الإداري من اجل إقرار السكينة وبث الأمن وتمكين الطما نية بين إفراد المجتمع وعلى الرغم من اختلاف الفقه في تحديد مفهوم النظام العام إلا إن هذا لم يحول دون تحديد عناصره وهذا ما نستعرضه في الفرعين الآتيين:-

الفرع الأول/ النظام العام الشامل

لقد استقر الفقه والقضاء المقارن على أن النظام العام الشامل يشمل النظام العام المادي { التقليدي } والذي يتمثل في { الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة } والنظام العام الأدبي المتمثل في حماية الأخلاق العامة أو الآداب العامة.

أولا/ النظام العام المادي

لقد سبق وأن بينا إن النصوص القانونية لم تتناول أغراض الضبط وأهدافه بصورة واضحة فلم تتكفل بسرد كل إغراضه ومن ثم كان واجب الفقه إن يتولى هذا التحديد ولقد أستقر الرأي في الفقه التقليدي على أن مدلول النظام العام يتضمن عناصر {الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة } والتي يمكن تسميتها بألاهداف التقليدية للضبط الإداري[2] وسنقوم فيما يلي بتحديد كل عنصر من هذه العناصر بإيجاز :

---

(١) قرار الهياة العامة لمجلس شورى الدولة رقم ١٥/تمييز /١٩٩٦اشار إليه د علي حسين احمد – الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة – دراسة مقارنة – اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامـــعة بغداد – عام ٢٠٠١ ص ٨ .

(٢) للتفصيل انظر د ـ محمد فوأد مهنا ـــ مصدر سابق – ص ٦٣٣ .

١ـ الأمن العام :-

وهو تحقيق الأمن والاستقرار والنظام وحماية المواطنين في أنفسهم وأموالهم ضد خطر الجرائم والاعتداءات وكذلك حمايتهم في مواجهة إخطار الكوارث كالفيضانات والحرائق والعواصف وانهيارات المباني[١] ويقصد به أيضا اطمئنان الجمهور على نفسه وماله من خطر الاعتداءات التي يمكن إن تقع عليه في الطرق والأماكن العامة [٢] ويعد الأمن العام العنصر الأول من عناصر النظام العام فهو الشرط الأول لسير الحياة الاجتماعية بشكل مناسب كما يعبر عنه بالنظام داخل الشارع فأي مجتمع لايستطيع إن يزدهر بدون احترام الحد الأدنى لقواعد الانضباط وقد اناط المشرع العراقي هذه المهمة في أهم جوانبها بوزارة الداخلية التي حدد قانونها رقم ١٨٣ لسنة ١٩٨٠ الملغي وقانونها النافذ رقم ١١ لسنة ١٩٩٤اهم اهدافها ومهامها ومنها توطيد النظام العام وحماية ارواح الناس والاموال العامة والخاصة ومنع ارتكاب الجرائم كما ان المادة ٣١ /عاشرا من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم٢١لسنة ٢٠٠٨ [٣] قد حددت صلاحيات المحافظين ومنها منحهم سلطة مباشرة على الأجهزة الامنية المحلية وجميع الجهات المكلفة بواجبات الحماية لإغراض حفظ الأمن والنظام . وان تحقيق ما تقدم يلقي على سلطة الضبط واجب القيام بمنع الاجتماعات والمظاهرات التي من شأنها إن تخل بالأمن أو حلها وفضها بالقوة بعد عقدها كإجراء علاجي وعلى سلطة الضبط الإداري القيام بكافة التدابير اللازمة لمنع وقوع الجرائم لذا قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر{ بأن الترخيص أو عدم الترخيص بحمل الأسلحة من الملاءمات المتروكة لتقدير الإدارة تترخص فيها حسبما تراه متفقا مع صالح الأمن العام بناءا على ما تطمئن إليه من اعتبارات وظروف الأحوال ويتحتم على الإدارة رفض الترخيص إذا حكم على طالب الترخيص بعقوبة جنائية أو بعقوبة الحبس لمدة سنة على الأقل في جريمة من جرائم الاعتداء على النفس أو المال وهنا تحولت سلطة الادارة التقديرية في مجال منح تراخيص حمل السلاح وتجديده إلى سلطة مقيدة ضد طالب الترخيص }[٤] و على سلطة الضبط القيام بالتدابير اللازمة لتنظيم بعض المهام التي تمارس على الطريق العام وفرض القيود على بعض الأنشطة كمراقبة مشروعات النقل الجماعية وتنظيم المرور واتخاذ الإجراءات الكافية لتامين

---

(١) انظر د محمد يعقوب الساعدي – مبادى القانون الإداري – مطبعة الجامعة – بغداد – من دون ذكر سنة النشر – ص ٢٠٦ ـ وكذلك انظر د محمد رفعت عبد الوهاب – مبادى وإحكام القانون الإداري – مصدر سابق – ص ٢٣٥ .

(٢) د محمد فوأد مهنا – مبادى وإحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة – طبع دار المعارف بالقاهرة – عام ١٩٧٨ـ ص ٥٧٨ .

(٣) نشر في جريدة الوقائع العراقية العدد ٤٠٧٠ في ٢٠٠٨/٥/١٢.

(٤) حكم المحكمة في القضية ٦٨٨لسنة ٢٧ ق الصادر بجلسة ١٩٨٤/٣/٣ للتفصيل انظر د محمد ماهر أبو العينين – مصدر سابق – الكتاب الثاني – ص ٦٦٩ .

سلامة المشاة في الشارع وأيضا لسلطة الضبط فرض إجراءات وقائية على ملاك العقارات كالحماية ضد الحريق وعلى سلطة الضبط إبعاد الأجانب إذا كان في هذا الإجراء صيانة للأمن العام [١] .

٢- الصحة العامة : -

ويقصد بهذا الهدف للضبط الإداري المحافظة على صحة المواطنين بأتخاذ الإجراءات الكفيلة بالوقاية من الإصابة بالأمراض بأنواعها وبالذات الأمراض المعدية والأوبئة ومنع انتشارها ومكافحة أثارها أذا وقع بعضها . ولقد زادت أهمية الصحة العامة في العصر الحالي نتيجة لازدياد إعداد السكان وسهولة انتشار الإمراض كما إن التطور الصناعي أدى إلى ظهور إمراض لم تكن معروفة من قبل لذا نجد إن المشرع يخول هيئات الضبط الإداري اتخاذ الإجراءات الصارمة للحفاظ على سلامة الصحة العامة ، ولقد ابرز الفقيه Bernard أوجه وقاية الصحة العامة في المجتمع في ثلاث صور [٢] نجملها في الأتي :

الصورة الأولى :- وتتحقق في حماية الصحة الجماعية وتتلخص في اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية صحة الجماعة وكفالة صحة البيئة ويتطلب ذلك رعاية نظافة ألاماكن والطرق العامة واتخاذ كافة الإجراءات للوقاية من الإمراض كالتطعيم .

الصورة الثانية :- توافر الشروط الصحية للعقارات وهي تعني اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لسلامة بناء المساكن بحيث تتوافر فيها الشروط الصحية للقاطنين بها ولمنع تعرضهم للأوبئة والإمراض .

الصورة الثالثة :- توافر الشروط الصحية للمنشات الصناعية والتجارية ويقتضي ذلك مراعاة الشروط الصحية في هذه المنشات بحيث لاتضر العاملين بها والقاطنين بجوارها لذا قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر {بأنه طبقا للمادتين ١٦ و١٩ من القانون رقم ٤٥٣ لسنة ١٩٥٤ بشان المحلات الصناعية والتجارية وغيرها من المحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة والمعدلة بالقانون رقم ٣٥٩ لسنة فأن المشرع قد غاير في الحكم بين حالة وجود خطر داهم على الصحة العامة أو على الأمن العام يتعذر تداركه وبين حالة وجود خطر داهم يمكن تداركه فأوجب في إلغاء ترخيص المحل في الحالة الأولى وأجاز إيقاف إدارة المحل كليا أو جزئيا

---

(١) للتفصيل انظر د نواف سالم كنعان -مبادى القانون الاداري وتطبيقاته في دولة الامارات – مصدر سابق – ص ١٣٣ وللمزيد بخصوص سلطة هيئات الضبط الاداري في إبعاد الأجانب انظر د أمل لطفي حسن – الرقابة القضائية على قرارات الضبط الخاصة بالاجانب – اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كليه الحقوق جامعة حلوان – ص١٣- ٣٨ .

(2) Bernard: la notion d order public en droid administrative ed 1962 p 23: 292

في الحالة الثانية وان تقدير ما إذا كان الخطر الداهم على الصحة العامة أو الأمن العام يتعذر تداركه من عدمه يدخل في اختصاص جهة الإدارة دون معقب على قرارها مادام مستمدا من أصول تنتجه ماديا وقانونيا وخلا قرارها من شائبة الانحراف بالسلطة }[1] وفي فرنسا هناك العديد من التشريعات التي تناولت الاهتمام بالصحة العامة كقانون تقنين الإدارة المحلية لسنة ١٨٨٤ وقانون ١٥ شباط لسنة ١٩٠٢ الخاص بتنظيم اختصاصات السلطة المحلية وكذلك قانون البلديات الصادر سنة ١٩٨٢ [2] .

وفي مصر كفل دستور سنة ١٩٧١ الصحة العامة فقد نصت المادة ١٦ منه على ان (تكفل الدولة الخدمات الثقافية والاجتماعية والصحية) وقد شرعت العديد من القوانيين الهادفة إلى حماية الصحة العامة مثل قانون حماية البيئة رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ [3] وقانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢حيث نصت المادة الثانية منه على ان (لاتمنح براءة الاختراع لمايلي :- الاختراعات التي يكون من شأن استغلالها المساس بالامن القومي او الاخلال بالنظام العام والاداب العامة او الاضرار الجسيم بالبيئة او الاضرار بحياة او صحة الانسان) .

وفي العراق نص الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ في المادة ٣١ على أن { لكل عراقي الحق في الرعاية الصحية وتعنى الدولة بالصحة االعامة} كما كفل قانون الصحة العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ وتعديلاته العديد من الحقوق الصحية للإفراد كاللياقة الصحية الكاملة وضرورة توافر الشروط اللازمة للوقاية الصحية [4] وكذلك فعلت تعليمات الوقاية من الاشعاعات غير المؤينة الصادرة عن الابراج الرئيسية والثانوية للهواتف النقالة [5] .

٣-السكينة العامة: -

وهي العنصر الثالث من العناصر التقليدية للنظام العام ويقصد بها اتخاذ الإجراءات الكفيلة بالمحافظة على الهدوء العام ومنع مظاهر الإزعاج والمضايقات التي تتجاوز الحد المألوف الذي تفرضه الحياة داخل

---

(١) حكم المحكمة في الطعن رقم ٧٤ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٧٨/١/٢٨للتفصيل انظر د محمد ماهر أبو العينين – دعوى الالغاء امام القضاء الاداري – الكتاب الثاني - -مصدر سابق - ص ٥١٣-٥١٤ .

(٢) انظر الفقرة الاولى من المادة ١٣١ والفقرة الثانية من المادة ١٣٢ من القانون .

(٣) انظر المادة ١٢ من القانون .

(٤) انظر المادة الاولى و المادة الثانية والثلاثون من القانون .

(٥) انظر المادة ٥ من تعليمات الوقاية من الاشعاعات غير المؤينة الصادرة من الهواتف النقالة منشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٠٥٥ بتاريخ ٢٦ كانون الأول عام ٢٠٠٧ .

المجتمع [١]. أي القيام بالاجراءات التي من شأنها توفير الهدوء والراحة للإفراد ومنع الإقلاق والإزعاج بإزالة الأسباب المؤدية لها وقد تكفلت التشريعات بحماية السكينة ففي فرنسا مثلا نجد ان المادة ٣٦ من قانون العقوبات نصت على ان { يعاقب بالغرامة من يحدث ضوضاء تسبب في اقلاق راحة النائمين } اما في مصر فقد نظمت السكينة العامة بمقتضى نصوص وردت في قوانين عديدة منها قانون العقوبات وقانون المرور رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣[٢] وفي وقانون البيئة رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ [٣] العراق سن المشرع قوانين متعددة تناولت السكينة العامة ووسائل تحقيقها منها قانون تنظيم استعمال مكبرات الصوت رقم ٤٢ لسنة ١٩٤٩[٤] وقانون منع الضوضاء رقم ٢١ لسنة ١٩٦٦[٥] وقانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل وقانون المرور رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤ [٦] فقد نص البند ٢٩ / ج٩ في الملحق/ا على { يعاقب كل من ارتكب مخالفة من المخالفات التالية بغرامة أ ... ب ... ج . استعمال جهاز التنبيه الهوائي أو المتعدد النغمات أو وضع سماعات كبيرة خارجية } ويقول الدكتور محمد عصفور{ أنه نتيجة للتقدم التكنولوجي أصبحت محاربة الضوضاء تتجاوز فكرة السكينة العامة بحيث أصبحت تتلاقى مع العناية بالصحة العامة ولقد أدى ذلك إلى أن عنصر حسن النظام أصبح يشمل السكينة العامة وان كان من حيث الواقع يتميز حسن النظام عن السكينة العامة لان حسن النظام يعني عدم تعكير المظاهرات والتجمعات الخطرة لهدوء الدولة إما السكينة العامة فهي تعني عدم تعكير راحة المواطنين فالتجمعات الخطرة أصبحت ألان تمس الأمن العام في الدولة كما أنها تمس السكينة العامة في الدولة فعناصر النظام العام أصبحت متداخلة إلى حد كبير} [٧] والباحث من المؤيدين لرأي الدكتور محمد شريف إسماعيل في {إن النتيجة التي توصل إليها الدكتور محمد عصفور قريبة من الحقيقة لان فكرة النظام العام فكرة مرنة إلا إن عنصر حسن النظام أقربإلى عنصر الأمن العام منه إلى السكينة العامة ذلك لان حسن النظام يعني عدم تعكير هدوء الدولة كلها إما السكينة العامة فتعني عدم تعكير هدوء الإفراد وأن كان العنصران يتقاربان إلا انه يجب الفصل بينهما } [٨] .

---

(١) للتفصيل انظر حسن محمد عواضة – المبادى الاساسية للقانون الاداري – الموسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع عام ١٩٨٣ – ص ٣٣٢ .

(٢) نصت المادة ٦٦ من القانون على التالي (لا يجوز استعمال اجهزة التنبيه الا في حالة الضرورة) .

(٣) انظر المادتان ٤٢ و٨٧ من القانون .

(٤) انظر المادة رقم ٥ من القانون .

(٥) انظر الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون .

(٦) نشر في جريدةالوقائع العراقية العدد٣٩٨٤ سنة ٢٠٠٤ .

(٧) د محمد عصفور – البوليس والدولة - مصدر سابق – ص ٨٠

(٨) للتفصيل انظر رسالته – سلطات الضبط الاداري في الظروف الاستثنائية - مصدر سابق – ص ٦٤ .

ثانيا / النظام العام الأدبي

بالرغم مما أثاره موضوع النظام العام الأدبي من جدل في الفقه والقضاء إلا انه يمكن القول بان الفقه والقضاء قد استقرا في فرنسا ومصر والعراق على اعتبار النظام العام الأدبي والمتمثل في الآداب العامة أو الأخلاق العامة احد مكونات النظام العام بشرط اقترانه بأفعال مادية أو خارجية من شأنها تهديد النظام العام في مظهره الخارجي فلا خلاف على اعتبار الآداب العامة إحدى مكونات النظام العام التي يحرص الضبط الإداري على صونها وهذه الأخلاق العامة ليست الأخلاق المثالية في جوهرها الموضوعي الثابت بل الحد الأدنى الذي إذا لم يحرص عليه أدى ذلك إلى انهيار الحياء الخلقي في الجماعة مما يترتب عليه إضرارا بنظامها العام المادي[1] وتطبيقا لما تقدم قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر {بان المشرع وان كان قد أطلق حرية الإبداع الفني في مجال الفن السينمائي إلا انه قيد هذا الإطلاق بحدود بينها القانون على سبيل الحصر هي حماية الآداب العامة والمحافظة على الأمن ومصالح الدولة العليا بحيث إذا ماخرج المصنف السينمائي عن احد هذه الحدود عد خارجا عن المقومات الأساسية الاقتصادية أو الاجتماعية أو الاخلاقية أو السياسية التي يحميها الدستور } [2] .

الفرع الثاني / النظام العام المتخصص

لقد امتدت غايات الضبط الإداري لتشمل بجانب النظام العام الشامل مايحقق مصالح الإفراد فظهرت فكرة النظام العام المتخصص الذي يعطي لهيئات الضبط مهام حفظ هذا النظام بموجب تشريعات خاصة ويتمثل النظام العام المتخصص في النظام العام الاقتصادي الذي يحقق مصالح الإفراد الاقتصادية والنظام العام الجمالي الذي يحقق السكينة النفسية للإفراد وسنتناول بحثهما فيما يلي:

أولا / النظام العام الاقتصادي

في ظل توجه فقهي الى الاعتراف لبعض الاهداف الاقتصادية بكونها تمثل عنصراً من عناصر النظام العام وهدفا من الأهداف غير التقليدية للضبط الإداري اتجه المشرع في فرنسا ومصر والعراق الى سن

---

(١) انظر اقبال عبد العباس يوسف – النظام العام بوصفه قيدا على الحريات العامة – رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة بابل – عام ٢٠٠٩- ص ٣٩ وما بعدها .

(٢) حكم المحكمة في الطعن ٣٠٧ لسنة ٣٥ ق عليا في جلسة ١٩٩٨/١١/٢٢ للتفصيل انظر المستشار – حمدي ياسين عكاشة ـــ مصدر سابق – الجزء الثاني – ص ١٤٦٤.

التشريعات التي تمكن سلطات الضبط الاداري من حماية النظام العام الاقتصادي في الدولة [١] بشرط ان لاتقيد الادارة النشاط الاقتصادي الخاص والذي يعتبر ممارسة لحرية من الحريات الشخصية الا في الحدود المرسومة لها خاصة وان في ذلك تجاوزا على النظام العام في مدلوله التقليدي فاتساع فكرة النظام العام في حدود معينة لتشمل عنصرا جديدا ونقصد به النظام العام الاقتصادي امر يبرروجود سلطة ضبط اداري مستقلة بمجموعة بالاهداف الاقتصادية منها على سبيل المثال التسعيرة الجبرية وتوفير المواد الغذائية وتنظيم عملية الاستيراد والتصدير . ويستهدف النظام العام الاقتصادي إشباع حاجات ضرورية أو ملحة ينتج عن عدم اشباعها حدوث اضطرابات لاتقل في خطورتها عن الاضطرابات الخارجية . كما يتصف بمجموعة من الخصائص فهو نظام ايجابي لا سلبي بمعنى انه يعتمد على تدخل الدولة لإقراره وهو كذلك نظام مادي واقعي ملموس واهو ايضا نظام حركي يتميز بعدم الثبات والاستقرار لأنه يتطور مع الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تسود الدولة ومن ثم فهو يتغير من زمن لأخر [٢] .

ثانيا / النظام العام الجمالي للبيئة

يمكن تعريف النظام العام الجمالي للبيئة بأنه { النظام الذي يهدف إلى حماية جمال الرونق والرواء للبيئة حفاظا على السكينة للإفراد المقيمين في هذه البيئة } [٣] . لقد اهتم المشرع الفرنسي بحماية جمال البيئة و اصدر العديد من التشريعات التي تستهدف حماية جمال الرونق والرواء ومنها على سبيل المثال القانون الصادر في ١٢ أبريل لسنة ١٩٤٣ المعدل بالقانون الصادر في ٢٩ ديسمبر من عام ١٩٧٩ والمتعلق بالرقابة على لصق الإعلانات والقانون الصادر في ١٠يوليو ١٩٧٦ الخاص بحماية البيئة . وكذلك اهتم المشرع المصري بحماية جمال الرونق والرواء فأصدر العديد من التشريعات التي تستهدف تلك الغاية منها القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢الخاص بالتخطيط العمراني والاشتراطات الجمالية وقانون حماية البيئة رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ وقانون تنظيم المباني رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٦ وفي العراق شرعت قوانين ضبط خاصة أدخلت صراحة في صلبها الاعتبارات الجمالية التي تستهدف حماية جمال الرونق والرواء منها قانون حماية وتحسين البيئة رقم {٢٧} { لسنة٢٠٠٩ } [٤] . وقد اتجه جانب

---

(١) من أمثلة هذه التشريعات في مصر قانون التسعير الجبري رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ وفي العراق قانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٤١٤٧في ٢٠١٠/٣/٩ .

(٢) د عبد العليم عبد المجيد مشرف – دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات العامة دراسة مقارنة – طبع دار النهضة العربية – عام ١٩٩٨ ص ١٢٣ .

(٣) محمد محمد مصطفى الوكيل ـــ مصدر سابق – ص ٧٦ .

(٤) نشر في جريدة الوقائع العراقية العدد٤١٤٢في ٢٥ / ٢٠١٠/١ .

من الفقه الفرنسي بزعامة الفقيه { DUEZ } إلى القول بعدم أحقية سلطات الضبط الإداري في التدخل لحماية المظهر الجمالي للمدن إلا إذا وجدت نصوص تشريعية تمنحها هذه المهمة أو حدوث أي خلل يوثر على النظام العام [١] وفي مصر ايضا ظهر راي يرى اصحابه عدم احقية قيام القضاء الاداري باستحداث اغراض جديدة للضبط الاداري غير اغراضه التقليدية لان ذلك التوسع يؤدي الى تقيد حريات الافراد ولايجوز تقييدها الا بقانون او بناء على قانون [٢] بينما ذهب العديد من الفقهاء في فرنسا ومصر والعراق إلى إن إشاعة جمال الرونق والرواء في الشوارع تعتبر من مكونات النظام العام التي يجب إن تحرص عليها سلطات الضبط الإداري باعتباره غاية من غاياته ولو لم يرد نص تشريعي يمنحها هذه السلطة وذلك على أساس انه يمثل حماية للسكينة النفسية للإفراد [٣] وقد كان مجلس الدولة الفرنسي في أول الأمر لايعترف بحق سلطات الضبط الإداري في حماية جمال الرونق والرواء فقد قضى بأن سلطات الضبط لاحق لها أن تتدخل في حفظ المظهر المنمق والمحافظة على جمال الرواء آلا في الحالات التي يرخص فيها القانون بذلك إلا أن المجلس عدل عن موقفه بحكمه الصادر في قضية اتحاد نقابات المطابع بباريس في ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٦ والتي تتلخص وقائعها بان الجهة الإدارية أصدرت لائحة ضبط تحظر توزيع الإعلانات على المارة بالشوارع تحسبا من إلقائها بعد قراءتها مما يشوه جمال الطرقات وقد قام اتحاد نقابات المطابع بالطعن بعدم المشروعية استنادا للإحكام السابقة لمجلس الدولة باعتبار المظهر الجمالي ليس غاية من غايات الضبط الإداري إلا إن المجلس رفض الطعن واعتبر المظهر الجمالي احد أهداف الضبط الإداري[٤] ولقد تبنى مجلس الدولة المصري نفس اتجاه نظيره الفرنسي في الاعتراف لسلطات الضبط الإداري بالحق في التدخل لحماية جمال الرونق والرواء ، وعلى ذات النهج سار مجلس شورى الدولة في

---

(1) DUEZ (P.) police et estatique de la rue , D.H ., ed 1927, p.17

(٢) للتفصيل انظر د محمود عاطف البنا – حدود سلطة الضبط الاداري – بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية – العددين الاول والثاني – السنة ٤٨ –تموزعام ١٩٧٨ – ص ١٧٧ .

(3) BRAUD (P.H.) : La notion de liberte publique en droid francais,L.G.D.J.,1968,P.340

وكذلك انظر د محمود عاطف ألبنا – الوسيط في القانون الإداري – طبع دار الفكر العربي – الطبعة الثانية - عام ١٩٩٢ – ص ٣٦٦ وكذلك انظر د علي محمد بدير و د عصام عبد الوهاب البر زنجي و د مهدي ياسين ألسلامي – مبادى وإحكام القانون الإداري – الناشر العاتك لصناعة الكتب بالقاهرة – عام ٢٠٠٧- ص ٢١٨ .

(4) CE,23 Oct. 1936, union parisienne des syndicates de limprimerie,res.,p.906

العراق[1] نخلص مما سبق إن المشرع والقضاء وغالبية الفقه في فرنسا ومصر والعراق اقروا لسلطات الضبط الإداري إن تتدخل لحماية جمال الرونق والرواء حتى في حالة غياب النص التشريعي الذي يمنحها هذه السلطة.

المطلب الثالث

خصائص النظام العام

النظام العام ظاهرة قانونية واجتماعية تعبر عن روح النظام القانوني لجماعة ما وهو بذلك لايقتصر على ميدان واحد أو ميادين خاصة وإنما هو مجموعة من الأسس التي يقوم عليها المجتمع سواء أكانت اجتماعية أم اقتصادية أم سياسية ويتميز النظام العام عن النظام الخاص في حياة أي فرد في كونه مختلطا بقواعد قانونية إمرة لايجوز مخالفتها أو الاتفاق على مخالفتها. ولقد ثار تسأول عما إذا كانت تلك الفكرة واحدة في كافة النظم القانونية أم أنها أفكار مختلفة تبعا للمجال الذي تعمل فيه؟ اختلف الفقه في ذلك وبصرف النظر عن هذا الخلاف فان الفكرة تنطوي على وحدة عميقة ولئن بدأ إن هناك عدة نظم عامة متغيرة تتغير مع الظروف إلا إن واقع الأمر يشير أن لها كلها تقريبا هيكلا واحدا فهي بذلك تشكل عاملا ثابتا للحياة القانونية [2] وترتيبا على ماتقدم فأن الخصائص المميزة لتلك الفكرة تتمثل فيما يلي:-

١- **النظام العام عبارة عن مجموعة من القواعد الإمرة:-** إن النظام العام عبارة عن مجموعة من القواعد الإمرة التي لايجوز مخالفتها [3] وذلك لما لها من أهمية اجتماعية تستهدف المحافظة على الخصال والقيم التي لاغني عنها للنظام الاجتماعي. وفي هذه الخصيصة يتفق القانون الخاص والعام ومع ذلك فان فكرة النظام العام يختلف دورها في القانون العام عنه في القانون الخاص فهي في مجال القانون الخاص تعتبر سببا للمنع ففي مجال القانون المدني يجب على المتعاقدين إن يراعوا النظام العام في العقد وإلا أصبح العقد باطلا [4] أما فكرة النظام العام في مجال القانون الإداري فهي ذات حدين فتارة تظهر كقيد على سلطات الإدارة و الإفراد معا وتارة أخرى تؤدي إلى اتساع سلطات الضبط الإداري لذلك يذهب الدكتور محمد عصفور إلى

---

(١) قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم ٢٠٠٦/٤٢ للتقصيل انظر صباح صادق جعفر – مصدر سابق – ص ٤١٩ وما بعدها .

(٢) د عادل السعيد محمد بو الخير – الضبط الإداري وحدوده – مطبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب – عام ١٩٥٥ -ص ١٦٧ .

(٣) يقصد بالقواعد الإمرة تلك القواعد القانونية التي لايجوز للإفراد مخالفتها والاتفاق على عكسها ،اما القواعد المفسرة او المكملة فهي تلك القواعد التي يجوز للافراد مخالفتها او الاتفاق على عكسها فمثلا القاعدة القانونية النتي تحرم السرقة أو القتل هي قاعدة امرة ،اما القاعدة القانونية التي تقضي مثلا بان يكون الثمن مستحق الوفاء في مكان تسليم المبيع فهي مجرد قاعدة مكملة كنص المادة ٥٧٣ من القانون المدني العراقي .

(٤) د عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد– دار النشر للجامعات المصرية – عام ١٩٥٢ – الجزء الأول – مصادر الالتزام – ص ٤٨ .

القول { أن ماتتميز به فكرة النظام العام في مجال القانون الإداري هو أنها اشد حركة منها في القانون الخاص }[1] ويستخلص الدكتور محمود سعد الدين الشريف من اختلاف فكرة النظام العام في القانون الخاص عنها في القانون الإداري نتيجتين في مجال الضبط الإداري :-

الأولى :- قد يتسامح الضبط الإداري في نشاط يعتبره القانون المدني عملا ضارا يستوجب التعويض .

الثانية :- أن أي إخلال بقواعد القانون الخاص لايعتبر إخلال بالنظام العام بحيث يبرر تدخل سلطات الضبط الإداري . وترتيبا على ماتقدم نجد إن مايضفي على فكرة النظام العام صفتها الإمرة هو أنها تضع حلولا للمنازعات في اتجاه المحافظة على كيان المجتمع وذلك عن طريق المواءمة بين الإرادات الفردية والمصلحة الجماعية أي تحقيق التوفيق بين ممارسة الحريات وضرورات الحياة الاجتماعية [2] .

٢- ارتباط النظام العام بالمصالح الأساسية أو الجوهرية :- مفهوم النظام العام أضيق من المفهوم الواسع لعموم المصلحة العامة فالنظام العام يقتصر على مايعتبره المجتمع ويستقر في وجدانه من المصالح العامة الأساسية وهي دائرة أضيق وتشتمل على الأسس والقيم والمبادئ التي يقوم عليها المجتمع والتي تجد مصدرها المادي والروحي بالدرجة الأولى في المبادئ الدستورية التي يتضمنها دستور البلاد نصا وروحا. وبهذا المعنى يختلف مفهوم النظام العام من حيث الزمان والمكان [3] .

٣- النظام العام ليس من صنع المشرع وحده :- من الطبيعي إن يستمد النظام العام صفته الإمرة من المشرع غير أن من الوهم تصور أن يفرض المشرع النظام العام الذي يريده بالقوة . فالنظام العام ليس نتاج النصوص وحدها وإنما هو فكرة اجتماعية حية مثال ذلك حالة الآداب العامة في لحظة معينة فقد تكون هي المصدر المباشر للنظام العام وفي هذه الحالة لاتستطيع أوامر السلطة العامة إذا ما اصطدمت بها التقاليد المحلية إن تفرض احترام النظام العام المفروض من قبل السلطة [4] لذا فان الباحث يؤيد الراي الراجح والذي يذهب إلى إن المشرع ليس وحده الذي يحدد النظام العام فهو ليس نتاج النصوص التشريعية بصفة مطلقة بل يوجد بجانبها أحكام القضاء المستخلصة من الظروف الاجتماعية والفلسفية والأعراف والتقاليد والآداب العامة السائدة في وقت ما حيث تمثل

---

(١) انظر مؤلفه البوليس والدولة – مصدر سابق – ص ٤٨ .

(٢) د.محمود سعد الدين الشريف – النظرية العامة للضبط الاداري – مصدر سابق – ص ١٣٣ .

(٣) انظر في هذا المعنى د كريم خميس خصباك و د نوال طارق إبراهيم – الجرائم المخلة بالاخلاق عبر الانترنت – بحث منشور في مجلة دراسات قانونية والتي تصدر عن بيت الحكمة – العدد ٢٥ لسنة ٢٠١٠ – ص ٤١ .

(٤) د . حلمي خير الحريري - وظيفة البوليس في النظم الديموقراطية – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في أكاديمية الشرطة المصرية – عام ١٩٨٩ – ص٧٥ .

تلك الظروف المصدر المباشر للنظام العام وبالتالي لايكون النظام العام قابل للاستمرار في الجماعة الا بأستمرار تقبل افرادها له فهو يستند الى رضا المحكومين .

٤- النظام العام فكرة مرنة و متطورة :- النظام العام فكرة مرنة ومتطورة تبعا لتطور فكرة القانون ذاتها وهذه الصفة تستعصي عن أي تعريف أو تحديد مستقر ففكرة النظام العام مرنة بحيث تعبر دائما عن التغيرات التي تطرأ داخل الجماعة ونظامها القانوني لذلك لايحدد المشرع للنظام العام معنى محدد يتقيد به القاضي في احكامه بل يترك أمر تحديد مفهوم النظام العام للفقه والقضاء فعلى سبيل المثال اجمع الفقه والقضاء في فرنسا على تفسير المادة ٦ من القانون المدني الفرنسي تفسيرا واسعا فاعتبر التصرف مخالفا للنظام ولو لم يخالف نصا تشريعيا [١] لذا يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري { لانستطيع إن نحصر عناصر النظام العام في دائرة دون أخرى فهو شي متغير يضيق ويتسع حسب مايعده الناس في حضارة معينة مصلحة عامة ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديدا مطلقا يتماشى مع كل زمان ومكان لان النظام العام نسبي وكل مانستطيعه هو إن نضع معيارا مرنا يكون معيار المصلحة العامة وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي تصل إليها حضارة أخرى } [٢] .

٥- يجب إن يتسم النظام العام بالعمومية :- إن الغاية من اجراء الضبط الإداري هو الحفاظ على النظام العام للجماعة مما قد يترتب عليه تقييد الحريات والانشطة الفردية لذا يجب إن يكون النظام العام المشمول بالحماية عاما وقد تكون هذه الجماعة في صورة أفراد غير معينين وقد يكون شخصا واحد لكنه غير معين لاتربطه بأسباب التهديد أي صلة خاصة وإنما ينبعث الخطر من مصدره ليصيب مايصادفه والمصادفات وحدها هي التي تعين الشخص الي يضار بمظاهر الاخلال فالشخص الذي يهدده اضطراب النظام العام غير محدد [٣] ولقد اهتم الفقهاء بابراز عمومية النظام العام فقال الفقيه الفرنسي (Duguit) في ذلك {اذا اريد للحرية ان تمارس في الطريق العام وهو مخصص في طبيعته لمزاولة بعض مضاهرها او في المحافل العامة التي يتردد عليها الجمهور ، فانه من الضروري ان تخضع هذه الحرية لنظام ضبط محكم لايقصد كبت هذه الحرية بل تنظيمها ، ومن ثم يعتبر كل

---

(١) تنص المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي على { إن كل اتفاق خاص مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام والآداب يكون باطلا ولايعمل به } للتفصيل انظر اقبال عبد العباس يوسف – مصدر سابق – ص٣٤ .

(٢) انظر مؤلفه الوسيط في شرح القانون المدني – مصدر سابق _الجزء الاول مصادر الالتزام –– ص ٣٩٩ .

(٣) للتفصيل انظر د احمد عبد العزيز الشيباني –– مسؤلية الادارة عن اعمال الضبط الاداري في الظروف العادية دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة بغداد – عام ٢٠٠٥ – ص ٤١ .

تدبيرتنظيمي ظابطا يتجه الى كفالة النظام والسكينه والامن في الطريق العام سائغا ومشروعا }[1] . اما الاخلال الذي يشوب العلاقات الخاصة كالشركاء مثلا فأنه يمس نظام خاص بهم ومخالفته تؤدي الى البطلان المطلق للعلاقات القانونية بينهم ولا يتعداهم الى افراد المجتمع ، وان اشتراط العمومية للنظام العام تحقق المساواة بين الافراد المتصلين بالضبط الاداري والمستهدفين منه حيث ان خروج جهة الضبط الاداري عن ذلك التحديد الضابط يسح للافراد بالطعن في تدخلها واستخدامها لتلك الوسيلة لان النشاط الضبطي يجب ان يستهدف مصلحة عامة لامصلحة خاصة .

(١) د حلمي الدقدوقي – مصدر سابق – ص٧٣- ص ٧٧

المبحث الثالث

الضبط الإداري في الشريعة الاسلامية

عرفت الدولة الاسلامية نظاما اداريا عالي الكفاءة استطاع بمتانته ومرونته إن يواجه احتياجات الدولة ويضبط أمورها ضبطا كاملا . يهدف النظام الإداري الاسلامي إلى تحقيق المصلحة العامة على أساس إن جميع الولايات الاسلامية مقصودها تنفيذ ماامر الله (ﷻ) به ومنع مانهى الله (ﷻ) عنه وفي ظل النظام الاسلامي تقوم الدولة و الإفراد باداء الخدمات العامة واذا قام الإفراد والمشروعات الخاصة باداء خدمات عامة تقوم الدولة بالاشراف على هذه الجهود الحرة بواسطة القائمين بالضبط الإداري الاسلامي من الموظفين والمتطوعين يراقبون القائمين على الخدمات العامة ويقومون باصلاح المرافق العامة على الوجه الذي يكفل صيانة الضروريات والحاجيات والتحسينات وتحقيقها .. فالضبط الإداري على هذا النحو هي نظام اسلامي خالص أوجبته نصوص شرعية وفصلته صياغة فقهية وطبقته نماذج اسلامية مؤمنة كانت تعرف دورها الاصيل ومسئوليتها العظيمة . وسوف نتناول في هذا المبحث الضبط الإداري في الشريعة الاسلامية من خلال المطالب الاتية :

المطلب الأول: -تعريف الضبط الإداري في الشريعة الاسلامية

المطلب الثاني :-الاساس الشرعي للضبط الادري الإسلامي

المطلب الثالث :- النظام العام الإسلامي

المطلب الأول

تعريف الضبط الإداري في الشريعة الاسلامية

عرف الفقهاء المسلمون الضبط الإداري بمعنى الحسبة عند الكلام عن الولايات الاسلامية فهم يعرفونه بأنه الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله . وهذا مفاد تعريف الماوردي [١] وأبو يعلى[٢] ودرج على اختيار هذا التعريف كثير من الفقهاء [٣] وذكر ابن خلدون تعريفا للضبط الإداري الإسلامي جاء فيه { هو وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي هو فرض على القائم بامور المسلمين يعين لذلك من يراه أهلا له فيتعين فرضه عليه ويتخذ الاعوان على ذلك } [٤] وسلك بعض الفقهاء المحدثين مسلكا مسلكا قريبا من هذا [٥] .

وعرفه البعض بأنه { تنفيذ القوانين فيما يتعلق بالمصالح والآداب العامة ويعمل على حماية الجمهور ممن يحاولون غشه أو استغلاله ويساعد أهل الخير في كل وجوه البر ويحسم أسبابا كثيرة للشر [٦] ويستفاد من

---

(١) الإحكام السلطانية – أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي الشافعي – طبع مطبعة مصطفى البابي الحلبي – الطبعة الأولى- عام ١٣٨٠ هـ - ١٩٦٠ م – ص٢٤٠ .

(٢) الإحكام السلطانية – القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي – طبع مطبعة مصطفى البابي الحلبي – الطبعة الثانية – عام ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م – ص ٢٨٤ .

(٣) نهاية الارب في فنون الادب – شهاب الدين أحمد بن عبد الوهاب النويري – طبع دار الكتب المصرية بالقاهرة – الطبعة الأولى – عام ١٣٤٥هـ -١٩٢٦ م – الجزء الأول – ص ٢٩١

- نهاية الرتبة في طلب الحسبة – الشيخ عبد الرحمن بن نصر بن عبد الله بن محمد الشيزري الشافعي – طبع مطبعة لجنة التأليف والترجمة بالقاهرة – عام ١٣٦٥هـ - ١٩٤٦ م – ص ٦

- المقدمة السلطانية في السياسة الشرعية – طوفان الشيخ المحمدي الحنفي – مخطوط بدار الكتب المصرية بالقاهرة – الرمز فقه حنفي – الرقم ١٧٢٦ ص ١٨

- القربة في معالم الحسبة – محمد بن أحمد بن الاخوة القريشي الشافعي – مخطوط بدار الكتب المصرية بالقاهرة – الرمز فنون وصناعات – الرقم ١٧١ – ص ٤

- نصاب الاحتساب – محمد بن محمد بن عوض السنامي – مخطوط بدار الكتب المصرية بالقاهرة – الرمز فقه حنفي – الرقم ٣٢- ص ١-٥

- د عطية مشرفة – القضاء في الاسلام طبع دار الفكر العربي – الطبعة الأولى –عام ١٩٤٩م – ص ١٨٤

- د أحمد شلبي – السياسة والاقتصاد في التفكير الإسلامي – طبع دار النهضة العربية - ٠ عام ١٩٦٧ – ص ١٧٧

- د محمد كمال إمام – أصول الحسبة في الاسلام – طبع دار الهداية بالقاهرة – عام ١٩٨٦ – ص ١٦

- أبو زيد شلبي – تاريخ الحضارة الاسلامية والفكر الإسلامي – طبع دار النهضة العربية– عام ١٩٦٩ م – ص١٢

(٤) مقدمة بن خلدون – عبد الرحمن بن خلدون – طبع دار الشعب بالقاهرة – الطبعة الأولى – عام ١٩٧٠ – ص ٢٠١

(٥) د. احمد علي جرادات –النظرية السياسية في الإسلام – طبع دار الثقافة للنشر والتوزيع – عام ٢٠١٢- ص٢٣٠ .

(٦) د محمد ضياء الدين الريس – النظريات السياسية الاسلامية – طبع مكتبة الانجلو المصرية -عام١٩٥٧- ص ٢٤٥ .

التعريفات التي ذكرها الفقهاء إن ولاية الضبط الإداري الإسلامي { الحسبة } تقوم بوظيفة وقائية مؤداها وقاية المجتمع من الجرائم والحوادث والاخطار والكوارث المحدقة به . والاخذ على ايدي أرباب الشر والفساد والحيلولة دون اذاهم قبل وقوعه والمحافظة على صحة افراده واتخاذ الإجراءات اللازمة لتوفير السكينة العامة للمواطنين وتحقيق مقاصد االشرع ويلاحظ على التعريفات المتقدمة مايلي :-

أولا:- يدخل في اختصاص هيئة الضبط الإسلامي كل منكر {وهو ما يكون محذور الوقوع في الشرع قبحه الشارع ونهى عنه } إلا أن بعض المنكرات لايمكن لهيئة الضبط أن تتصدى لها وكل ماتملكه أن تحيلها إلى القضاء تلك التي تحتاج إلى إثبات وتوثيق . لان هذا الأمر ليس من الامور التي تدخل في المجال الإداري بل هو فصل في منازعة تتطلب عمل القضاء .

ثانيا:- لايقتصر القيام بوظيفة الضبط الإداري الإسلامي على الموظفين المعينين رسميا من قبل الدولة بل يتولاها المسلمون غير المعينين متى ماكانوا قادرين على القيام بأعبائها تنفيذا لقوله تعالى (ﷻ) ﴿ وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ۚ يَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ ﴿٧١﴾ ﴾[1] وهذه ميزة الشريعة الاسلامية فهي تجعل للفرد المسلم حقوقا من السلطة واختصاصات الولاية العامة لقوله (ﷺ) { كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته } [2] فهي تختلف عن النظم الوضعية التي لاتجعل للفرد صفة إلا كعضو في هيئة نظامية ، فالفرد المسلم يتصرف بولايته المباشرة وليس باعتباره عضوا في هيئة ولايتقيد بسيطرة القائمين عليها مما يؤدي إلى كفالة الحرية في الجماعة والوقاية من الاستبداد ولذلك فنحن نختار لتعريف الضبط الإداري الإسلامي الأتي { انه نوع من الولاية الضابطة تخول القائم بها أما على وجه الأصالة أو بطريقة الإنابة تنفيذ مأمر الله (ﷻ) به ومنع مانهى الله (ﷻ) عنه بقصد تحقيق المقاصد الشرعية وانزال العقاب الزاجر على المخالفين وذلك في حدود الاختصاص الشرعي}.

---

(١) **سورة التوبة – الاية ٧١.**

(٢) **سبق تخريجه- انظر ص٤١**

المطلب الثاني

الاساس الشرعي للضبط الإداري الإسلامي

يعد الضبط الإداري في الشريعة الاسلامية وظيفة أساسية للرسول (ﷺ) ولجميع إفراد امته من بعده وذلك لما له من أهمية قصوى في الحفاظ على الكيان الاجتماعي للمسلمين فهو الوسيلة الأولى لتحقيق خلافة الإنسان على الارض واصلاحها للبشرية جمعاء. والامر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي جعله الفقهاء أساسا للضبط الإداري الإسلامي وضعه الاسلام موضع المبادئ الدينية المقررة وجعله من الأسس التي تقوم عليها خيرية الامة الاسلامية وتمييزها عن غيرها وقد ثبتت شرعية الضبط الإداري الإسلامي من مصادر الشريعة السمحة كتاب الله (ﷻ) وسنة رسوله (ﷺ) واجماع الامة ومارواه الثقاة العدول من السلف الصالح.

الفرع الاول / القران الكريم

لقد أمر الله (ﷻ) بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر في القران الكريم وفي مواضع متعددة وباساليب مختلفة مما يدل على ظهور فرضيته وارتفاع مكانته مما جعله في مصاف الفروض التي قام الاسلام عليها

١- قال تعالى (ﷻ) ﴿ كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ ﴿١١٠﴾ ﴾ [١] فهذه الاية خطاب لجميع الامة بأنهم خير امة اخرجت للناس وأما قوله كنتم على صيغة الأمر فانها تعني الدوام كقوله تعالى(ﷻ)﴿ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿٩٦﴾ ﴾ [٢].والاية تدل على فضيلة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إذ بين الله (ﷻ)أنهم كانوا به أي بأمرهم بالمعروف ونهيهم عن المنكر خير امة اخرجت للناس [٣] ما أقاموا على ذلك

---

(١) سورة ال عمران –الاية ١١٠ .

(٢) سورة النساء – الاية ٩٦ .

(٣) احياء علوم الدين – الامام أبو حامد الغزالي – طبع دار الفجر للتراث بالقاهرة – الطبعة الأولى – عام ١٤٢٠ هـ – الجزء الثاني – ص ٤١٩ وفي ذات المعنى انظر اية الله العظمى الشيخ حسين علي منتظري – نظام الحكم في الإسلام - من دون ذكر اسم المطبعة – سنة ١٣٨٠ هـ - ص ٢٧٩وكذلك انظر طه جابر العلواني - مقاصد الشريعة – طبع دار الهادي – عام ٢٠٠٥ – ص ١١١-١١٢ .

واتصفوا به فإذا تركوا التغيير وتواطئوا على المنكر زال عنهم اسم المدح ولحقهم اسم الذم وكان ذلك سببا لهلاكهم .[1]

٢- قال تعالى (ﷻ) ﴿ وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى ٱلْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ ۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ ﴿١٠٤﴾ ﴾[2] ... ففي الاية الكريمة بيان الايجاب فان قوله تعالى (ﷻ) { وَلْتَكُن } أمر ظاهر وظاهر الأمر الوجوب[3] وفيها بيان إن الفلاح منوط بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر إذ حصرت الاية الفلاح فيمن يمتثلون لهذا الأمر في قوله تعالى (ﷻ) {واولئك هم المفلحون } .

٣- قوله تعالى (ﷻ) ﴿ ٱلَّذِينَ إِن مَّكَّنَّٰهُمْ فِى ٱلْأَرْضِ أَقَامُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُا۟ ٱلزَّكَوٰةَ وَأَمَرُوا۟ بِٱلْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا۟ عَنِ ٱلْمُنكَرِ ۗ ﴿٤١﴾ ﴾[4] في هذه الاية المباركة قرن الله (ﷻ) الأمر بالمعروف والنهي عن المنكرباقامة الصلاة واتاء الزكاة ، وهما من اركان الإسلام الأساسية ليؤكد اهميته لصلاح خلافة الإنسان للارض هذه الايات وغيرها كثير في كتاب الله (ﷻ) تقدم اكبر دليل على أهمية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فهو من امهات الفرائض التي بها تتهذب النفوس وتقي الدين من الضياع .

---

(١) الجامع لاحكام القران ـــ مصدر سابق – الجزء الرابع – ص ٥٢٩

- تفسير القران العظيم – لحافظ عماد الدين أبو الفدا أسماعيل بن كثير الدمشقي القريشي – طبع دار الشعب بالقاهرة – الطبعة الأولى – عام ١٩٧١ م – ص ٦٥

(٢) سورة ال عمران – الاية ١٠٤.

(٣) ولقد وقع في الاية { ولتكن منكم امة } بحث حول لفظة { منكم } فان أكثر المفسرين يرى أنها للتبعيض بمعنى يجب على فرقة غير معينة إن تقوم بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر بخلاف الزجاج حيث يرى إن التقدير هو { وليكن } جميعكم ودخلت { من } لتخصيص المخاطبين . للتفصيل انظر الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في فقه اهل البيت عليهم السلام – تاليف اية الله الشيخ نوري حاتم الساعدي- مطبعة الشريعة – الطبعة الثالثة – ١٤٣١ هـ - ص ١٥-١٦ – وانظر كذلك مختصر تفسير الميزان –للعلامة السيد محمد حسين الطباطبائي –مطبعة اهل الذكر - الطبعة الثانية – عام ١٤٢٩هـ - ص ٨٣ وانظر كذلك احياء علوم الدين – مصدر سابق – المجلد الثاني – ص ٤١٨ – ٤١٩ .

(٤) سورة الحج – الاية ٤١.

الفرع الثاني / السنة النبوية

لقد أمر الرسول (ﷺ) كل فرد من الامة بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر والاحاديث النبوية كثيرة جاءت مؤكدة للايات القرانية في وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ومنها قوله(ﷺ)﴿ إن أول مادخل النقص على بني اسرائيل كان الرجل يلقى الرجل فيقول ياهذا اتق الله (ﷻ) ودع ماتصنع فانه لايحل لك ثم يلقاه من الغد فلايمنعه ذلك أن يكون أكيله وشريبه وقعيده فلما فعلوا ذلك ضرب الله (ﷻ) قلوب بعضهم ببعض ثم قال : كلا والله لتأمرون بالمعروف ولتنهون عن المنكر ولتأخذن على ايدي الظالم ولتأطرنه على الحق أطرأ أو ليضربن الله بقلوب بعضكم على بعض ثم يلعنكم كما لعنهم ﴾ [1] .

إن الحديث واضح في دلالته على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كما انه واضح في تاكيد ماجاء به القران الكريم. وعنه عليه الصلاة والسلام أنه قال ﴿ على كل مسلم صدقة – فقالوا – يانبي الله فمن لم يجد – قال يعمل بيده فينفع نفسه ويتصدق – قالوا فان لم يجد – قال يعين ذا الحاجة الملهوف – قالوا فان لم يجد – قال فليعمل بالمعروف وليمسك عن الشر فانها له صدقة ﴾ [2] . ويستفاد من الاحاديث المتقدمة وغيرها ذات نفس المضمون أنها تدعو إلى التضامن في تنفيذ ماامر الله (ﷻ) به ومنع مانهى الله (ﷻ) عنه والتحذير من تركهما مما يدل بوضوح على وجوب القيام بوظيفة الضبط الإداري لاقامة مجتمع فاضل لكل عضو فيه حق الارشاد إلى ماهر حق وخير وحق الاعتراض على ماهو باطل وفاسد .

---

(١) سنن أبي داود – مصدر سابق – الجزء الثالث – كتاب الملاحم – باب الأمر والنهي – رقم الحديث ٤٣٣٦ – ص ١٢٥ .

(٢) صحيح البخاري – مصدر سابق – المجلد الاول ـ كتاب الزكاة باب على كل مسلم صدقة –رقم الحديث ١٤٤٥ – ص ٣٥٢.

الفرع الثالث / الاثار والاجماع [١]

عن الامام علي بن أبي طالب عليه السلام أنه قال {أول ماتغلبون عليه من الجهاد الجهاد بأيديكم ثم الجهاد بألسنتكم ثم الجهاد بقلوبكم فإذا لم يعرف القلب المعروف ولم ينكر المنكر نكس فجعل أعلاه أسفله} [٢] وعن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه أنه قال { إن الله (ﷻ) لايعذب العامة بعمل الخاصة ولكن إذا ظهرت المعاصي فلم ينكروا فقد استحل القوم جميعا للعقوبة }[٣] هذه كانت سيرة السلف الصالح وعاداتهم في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وماكان إلا لانهم عرفوا فضل هذه الدعوة في صلاح الجماعة والفرد .

كما ان كلمة المجتهدين من السلف والخلف قد اتفقت على وجوب القيام بوظيفة الضبط الإداري الإسلامي لايجاد مجتمع فاضل مشترك في السراء والضراء متعاون على البر والتقوى أمر بالمعروف ناه عن المنكر[٤].

ولايعتد بماذهب إليه بعض الفقهاء في تفسير قوله تعالى (ﷻ) ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ عَلَيۡكُمۡ أَنفُسَكُمۡۖ لَا يَضُرُّكُم مَّن ضَلَّ إِذَا ٱهۡتَدَيۡتُمۡۚ ١٠٥ ﴾ [٥] . وراوا فيه فيها رخصة في ترك فرض من فروض الدين [٦] ذلك إن الراجح أن الاية تدل على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والمذهب الصحيح عند المحققين في معنى الاية الكريمة

---

(١) يقصد بالاجماع اصطلاحا بأنه (اتفاق مجتهدي امة محمد عليه الصلاة والسلام بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي اجتهادي إذ يعد المصدر الثالث من مصادر الشريعة الاسلامية بعد القران والسنة وبالتالي ليس من الاجماع اتفاق بعض المجتهدين مع مخالفة غيرهم ومن باب أولى ليس من الاجماع قول مجتهد واحد ولم يخالف في ذلك إلا المعتزلة كما ليس من الاجماع اتفاق المجتهدين حال حياة الرسول عليه الصلاة والسلام وليس من الاجماع اتفاق غير المجتهدين وليس من الاجماع اتفاق المجتهدين من غير امة محمد صلى الله تعالى عليه وعلى اله وسلم ومن الجدير بالذكر ان الشيعة الامامية والزيدية يقولون بأجماع العترة ويقرون اجماع فقهاء الامة ايضا الا انهم في ذات الوقت يقولون ان الحجة في قول المعصوم) للتفصيل انظر الشيخ محمد مصطفى شلبي – أصول الفقه الإسلامي – طبع دار النهضة العربية – عام ١٩٨٦ – الجزء الأول – ص ١٥١وكذلك انظرالعلامة محمد رضا المظفر – أصول الفقه – طبع دار احياء التراث العربي – بيروت- من دون ذكر سنة الطبع – الجزء الثالث – ص٨١ وكذلك انظر د جمال عبد الستار عبد الله – أصول الفقه الإسلامي – منشورات الحلبي – الطبعة الأولى – عام ٢٠١٤- ص ١٢٤ومابعدها وانظر كذلك جمال الدين الحسن بن يوسف الحلي – مبادئ الوصول الا علم الاصول – طبع دار التوجيه في قم – عام ٢٠٠٦ – ص١٩٠ .

(٢) أحياء علوم الدين – المجلد الثاني - مصدر سابق – ص ٤٢٥ .

(٣) نصاب الاحتساب – مصدر سابق – الباب ٢٢ – ص ٦٦ .

(٤) احياء علوم الدين – المجلد الثاني - مصدر سابق – ص ٤١٨.

(٥) سورة المائدة – الاية ١٠٥ .

(٦) نصاب الاحتساب – مصدر سابق – الباب ٢٢ – ص ٦٨- ٦٩ .

أنكم إذا فعلتم ماكلفتم به لايضركم تقصير غيركم [1] مثل قوله تعالى ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴿١٥﴾ ﴾[2] فإذا فعل المسلم ما كلف به من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ولم يمتثل المخاطب فلا عتب بعد ذلك على الفاعل لكونه أدى ماعليه فانما عليه الأمر والنهي لا القبول [3] . خاصة وان استقراء أراء الفقهاء المسلمين التي تناولت التكييف الشرعي للضبط الإداري الإسلامي نلاحظ اتفاقهم على إن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجب ثم اختلف الفقهاء فيما إذا كان هذا الواجب واجبا عينيا أم واجبا كفائيا أم ياخذ حكم المامور به أو المنهي عنه فان كان واجبا فواجب وان كان ندبا فندب وان كان سنة فسنة وان كان فرض ففرض اما النهي عن المنكر فواجب كله لان جميع المنكر تركه واجب [4] والباحث يرى إن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض كفائي فإذا قام بعض إفراد المسلمين المكلفين بتحقيق هذا المبدأ سقط الحرج عن الباقين.

ومن الجدير بالذكر إن الفقهاء في ظل القانون الوضعي قد اختلفوا حول الأساس القانوني لقيام سلطة الضبط الإداري بوظيفتها فيرى البعض إن أساس قيام سلطة الضبط بوظيفتها في المحافظة على النظام العام مرده إلى طبيعة مهمة سلطة الضبط بوصفها المظهر الحقيقي لحياة الامة التي تتمثل في رسالة متميزة للإدارة مؤداها المحافظة على النظام العام والحيلولة دون وقوع الجرائم لان توقي الاضراروالجرائم انجع من علاجها بعد وقوعها وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا الأساس للوظيفة الضابطة في قضية Heyriesحيث قضى فيها بان للسلطة التنفيذية ان تضرب صفحا عن تطبيق قانون بذاته اذا اقتضت الظروف الاستثنائية التي تواجهها مثل هذا المسلك [5] ، ومطاوعة لهذا الاتجاه المتوسع في اختصاصات السلطة التنفيذية في شئون الضبط الاداري حكم

---

(١) للتفصيل انظر د محمود السيد التحوي – دعوى الحسبة – طبع دار الفكر الجامعي – عام ٢٠٠٧– ص ٢١ .

(٢) سورة الاسراء – الاية ١٥ .

(٣) انظر د محمد سلام مدكور – القضاء في الاسلام – طبع دار النهضة العربية – الطبة الأولى – عام ١٩٦٤ – ص ١٤٨ .

(٤) للتفصيل انظر الشرح الصغيرعلى اقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك – الشيخ احمد بن محمد بن احمد الدردير- خرج احاديثه وفهرسه د مصطفى كمال وصفي – طبع دار المعارف – الطبعة الاولى - ١٣٩٢هـ - ص ٣٧٣ وكذلك انظر المحلى – الحافظ ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي الظاهري – تحقيق الشيخ زيدان ابي المكارم – طبع مكتبة الجمهورية بالقاهرة (٤) سنة ١٣٨٧هـ - الجزء الأول – ص ٥٠٥ وانظر كذلك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في فقه اهل البيت – مصدر سابق- ص ٥٢ .

(5) CE,28juin 1918,Heyries,rec,p.65

حيث قضى مجلس الدولة بان القرار الذي اتخذته الحكومة بوقف الضمانات المقررة للموظفين بمقتضى قانون ٢٢ ابريل ١٩٠٥ يعتبر عملا مشروعا لصدوره في ظروف تقتضي منها السرعة في اتخاذ الإجراءات التي تكفل سير المرافق العامة

في قضية LABONNE بحقها في التنظيم اللائحي في امور ضبطية لم ينظمها المشرع [١]. ويرى بعض الفقهاء إن وظيفة الضبط الإداري تخضع لسيادة القانون لان فكرة النظام العام نفسها التي تعد اساسا للضبط الإداري فكرة قانونية تعيش في إطار قانوني رغم ماتتسم به من مرونة لانها محددة في الواقع بعدد من النصوص التشريعية التي تتضمنها قوانين الضبط فالمشرع هو الذي يزود فكرة النظام العام بالاطار القانوني او هو الذي يدخل الفكرة في القانون وبهذا يرسي القانون الحجر الاساس للنظام العام .[٢] ويرى اخرون إن وظيفة الضبط الإداري ضرورة اجتماعية لاغني عنها لأنها تتجه إلى حفظ النظام العام في المجتمع وترمي إلى ضبط حدود الحريات العامة التي ينجم عن اطلاقها الإخلال بمقتضيات النظام العام [٣] و الباحث يرى إن أساس قيام سلطة الضبط الإداري في ظل القوانين الوضعيه باداء وظيفتها في المحافظة على النظام العام يرجع إلى طبيعة مهمة السلطة التنفيذية باعتبارها المسؤولة عن صيانة النظام العام في المجتمع وان هذه المهمة الضابطة قد لازمت المجتمعات منذ بدء تكوينها وان لم تكن واضحة ولا متماثلة كل التماثل فكثيرا ما كانت تختلط هذه الوظيفة بغيرها من الوظائف الاخرى ولاتزال هذه الوظيفة الى اليوم الوظيفة الاولى للسلطة التنفيذية اذ يتوقف على القيام بها سير المجتمع كله فهي اذا من صميم اختصاص السلطة التنفيذية تقوم بها من اجل صيانة النظام العام .

الفرع الرابع / مقارنة مابين الاساس الشرعي والقانوني للضبط الاداري

١- يقوم الضبط الاداري الاسلامي اساسا على المبدا الاعلى والمقصد الاسمى الذي يتوج النظام الاسلامي وهو التضامن في تنفيذ ماامر الله (ﷻ) به ومنع مانهى الله (ﷻ) عنه اعمالا لقوله (ﷻ) ﴿ وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى ٱلْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ ۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ ﴿١٠٤﴾ ﴾ [٤] فجميع الافعال والتصرفات مستمدة من هذا الاساس منتسبة اليه مقيدة به ويصير الاصل المنشى لكل التصرفات ومادونها تنفيذا له ووسيلة للانضمام الى مجاله فاذا اصدر الامام قرار يخالف المبدا الاسلامي فلا قيمة له لمخالفته للدين فولي الامر لايملك سلطة ذاتية للتشريع لنفسه كيفما يشاء لانه مقيد من البداية برعاية مصالح معينة ومقاصد مستفادة من اصول المبدا الاسلامي الذي يهيمن على النظام ويحكمه . اما في القانون الوضعي فيقوم الضبط الاداري على النظام العام وهو في الغالب نتيجة النص واسيره ، فاذا جاء النص بالمنع والتحريم تقرر الحظر للنظام العام بصرف النظر عن

---

(1) CE 8 aout 1919 Labonne rec p737

(٢) د . صالح عبد اللطيف – القانون الإداري – طبع مطبعة بور سعيد بالقاهرة – عام ١٩٩٢- ص ١١٢ .

(٣) د محمد الطيب عبد اللطيف – نظام الترخيص والاخطار في القانون المصري – مطبعة دار التاليف بالقاهرة – عام ١٩٥٧ – ص ١٠٦ .

(٤) سورة ال عمران – الاية ١٠٤ .

تقبل الجماعة لذلك وان جاء بالاباحة والاطلاق صار غير مخالف للنظام العام بصرف النظر عن وجهة النظر الجماعية وسبب ذلك ان النظام الفردي يجعل للمشرع الوضعي حرية واسعة في التشريع ولايفرض عليه التقيد بمثل معينة ولذلك فان النظام العام فيه اسير النص في اغلب الفروض وربما سار القضاء في المنع للنظام العام حينا طويلا ثم ياتي النص رافعا الحظر في ذلك فيضطر القضاء للرضوخ كارها ولايوثر في ذلك ماصاب النظام العام من تطور وجعله شاملا صيانة الاداب العامة وجمال الرواء والنظام الاقتصادي اذ ان ذلك من صنع القضاء وحده مع خلاف في الفقه بسب عدم النص عليه ومن جهة اخرى فان الاساس الشرعي للضبط الاداري الاسلامي وهو التضامن في تنفيذ ماامر الله (ﷻ) به ومنع مانهى الله (ﷻ) عنه ، فهو عام شامل يشمل بجانب المحافظة على الامن العام والصحة العامة والسكينة العامة تحقيق المقاصد الشرعية فما هناك شعبة من شعب الحياة ولاناحية من نواحيها الا وقد تناولها المبدا او اوضح لنا فيها الخير من الشر والطاهر من الخبيث والصحيح من الفاسد ،اما في القانون الوضعي فان النظام العام يشمل وفقا للراي الغالب في الفقه تحقيق الامن باتخاذ كافة الاجراءات اللازمة لمنع وقوع الجرائم او الحوادث التي تهدد الناس في اموالهم واشخاصهم وصيانة الصحة العامة وذلك باتخاذ الوسائل الوقائية ضد الامراض والاوبئة ويشمل اخيرا توفير السكينة العامة لذلك فان الاساس الاسلامي للتدخل بالضبط ا لاداري اوسع من نظيره في القانون الوضعي .

٢- واخيرا فان الاساس الشرعي يعتبر مهيمنا على جميع الاوضاع في المجتمع الاسلامي وبه يتقيد المشرع الوضعي في سنه للتشريعات الوضعية التي تصدر حسب الاحوال كما يتقيد به كل تصرف صادر سواء اكان امرا اداريا او حكما قضائيا او عقدا بين اثنين او غير ذلك ويتقيد به الافراد في ملكهم وحرياتهم وجميع وسائلهم التي تعتبر في الواقع وظائف اجتماعية مقيدة تستهدف تحقيق المقاصد الشرعية او على الاقل التقييد بها اما النظام العام في القانون الوضعي فهو مقيد واستثنائي بطبيعته لانه يتضمن تقييدا لحريات الافراد وتخويلا للادارة لسلطات واسعة اوسع مما يتمتع به الافراد والاصل في النظام الفردي هو اطلاق الحقوق والحريات فما يرد خلافا لذلك يكون أستثنائيا مقيدا .

المطلب الثالث

النظام العام الإسلامي

ذكرنا ان النظام العام هو مجموع المصالح الأساسية للمجتمع ولذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة به قواعد أمرة لأتملك الارادة الفردية مخالفتها أو الخروج عليها وبديهي لن نجد اصطلاح النظام العام الإسلامي معنونا في المصادر الأصلية للشريعة الاسلامية ولكن دل الاستقراء الكلي لاحكام الشريعة الاسلامية على إن النظام العام الإسلامي يرتكز على ركيزتين الأولى : هي النصوص القطعية والثانية هي : المصالح المعتبرة باقسامها حيث تعتبر الغاية الأساسية التي يجب أن تستهدفها كافة الأنشطة والقواعد في النظام القانوني الإسلامي . والناظر في الشريعة الاسلامية يجد دلائل عديدة من الكتاب والسنة وفتاوى الصحابة وقواعد الفقه تثبت بوضوح وبشكل قاطع إن الشريعة الاسلامية قائمة على أساس اعتبار مصالح الناس فكل ماهو مصلحة مطلوب شرعا وكل ماهو مضرة أو مفسدة منهي عنه لذا كان من البديهي ان تتدخل السلطة الادارية في الانشطة الفردية من اجل المحافظة على هذه المصالح خاصة وان الاسلام جاء كمنهاج كامل للحياة بكل مقوماتها ينظم شؤون الحياة الانسانية تنظيما عادلا وسوف نتناول في هذا المطلب مدلول النظام العام الاسلامي .

الفرع الاول / مدلول النظام العام

يرى جمهور العلماء أن مصالح الناس تتجدد ولاتتناهى فلو لم تشرع الإحكام لما يستجد من مصالح الناس ولما يقتضيه تطورهم لعطلت مصالح كثيرة و وقف التشريع عن مسايرة متطلبات الحياة ومصالح الناس وهو ما يخالف مقاصده وباستقراء تشريع الصحابة والتابعين والمجتهدين يتبين أنهم شرعوا أحكاما كثيرة لتحقيق مطلق المصلحة لا لقيام شاهد باعتبارها والمصلحة التي يحتج بها هي المصلحة الحقيقية التي يتحقق بها النفع لاكبر عدد من الناس أو دفع الضرر عنهم بمعنى إن تكون عامة وضرورية ولاتتعارض مع مبدأ ثبت بالنص أو الاجماع وتعتبر الحقوق في التشريع الإسلامي معللة بمصالح العباد والمقصد الرئيسي الذي يبغيه الشارع في تشريعه للاحكام هو تحقيق مصالح الناس [١] وهذا الأصل يقيد الحق في الشريعة الاسلامية بأمرين [٢] :

١- أن يكون قصد المكلف من القيام بعمله هو تحقيق مقصد الشريعة فان ناقض تصرفه هذا المقصد كان باطلا

---

(١) انظر في هذا المعنى الشيخ محمد ابوزهرة – مقاله حول التكليفات ومايتصل بها – مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد - السنة ١٧ – ص ٢١٢ .

(٢) د. فتحي الدريني – التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية – مطبعة دار العلوم بالاسكندرية – من دون ذكر سنة الطبع – ص ١٦٢ .

٢- إلا يكون العمل الذي يقوم به المكلف مناقضا من حيث المآل للاصل الذي قامت عليه الشريعة من جلب المصالح ودرء المفاسد .

ولذلك تقدم المصلحة العامة في ظل الشريعة الاسلامية ولو لم تكن ضرورية على المصلحة الخاصة وتخصص المصلحة العامة النصوص والإحكام الواردة لتدعيم الحق الفردي كمبدأ الرضائية في العقود وتستند المصلحة العامة في ذلك على النصوص العامة في التشريع والتي تؤدي إلى منع الحرج ودرء المفاسد ودفع المشقة كقوله (ﷻ) ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴿١٨٥﴾ ﴾ [١] . ويمنح ولي الأمر سلطات تقديرية واسعة للنظر في مدى الحاجة إلى تقييد الحق الفردي متى ما تعارضت المصالح العامة مع المصالح الخاصة ولذلك اشترط الفقهاء في ولي الأمر إن يكون عادلا حتى تكون احكامه اقرب إلى الكمال وابعد عن التعدي على الحقوق الفردية . فالتدخل في الحقوق الفردية ممنوع في الأصل ولكن يباح لولي الأمر أن يتدخل عند الحاجة وبقدر الضرورة حتى لاتنتهك الحقوق بحجة الدفاع عن مصالح الامة [٢] ولكون النظام العام الإسلامي يرتكز على النصوص القطعية و المصالح المعتبرة باقسامها ، سوف نبين معنى النصوص القطعية والمصلحة المعتبرة في هذا الشان من خلال الأتي :-

أولا / النصوص القطعية

القطعيات هي التي تجد مصدرها مباشرة من النصوص القائمة بالادلة الشرعية الأصلية في الكتاب الحكيم والسنة النبوية والاجماع حيث يتشكل منها أهم أجزاء الإطار التشريعي المرجعي الاعلى وهذه القطعيات ليس للعقل سبيل لجهد في شأنها سوى تفهم مقتضى الفاظ نصوصها وتبين محتوى أحكامها ومن ثم فليس ثمة سبيل للمسلم سوى الانصياع لهداها . وهذه القطعيات النصية هي مايسميه الفكر الإسلامي المعاصر بثوابت الشريعة الاسلامية التي لاتقبل التغيير ولا التبديل إذ نجد الفقهاء المسلمين قد أدركوا منذ القدم أهمية النصوص القطعية باعتبارها تضع حجر الاساس لمضمون النظام العام الإسلامي الذي يهدف إلى تحقيق وفرض الإحكام الاعتقادية والتهذيبية [٣] لذا نجد ان من الضروري تعريف القطع لغة واصطلاحا ومن ثم بيان المقصود بالنصوص القطعية .

---

(١) سورة البقرة – الاية ١٨٥.

(٢) انظر في هذاالمعنى د محمد فضل الله – نحو نظرية إدارية في الدولة الإسلامية –طبع دار الملاك في بيروت – الطبعة الأولى –عام ٢٠٠٩ – ص ١٨٣-١٩٤ .

(٣) د . محمد سلام مدكور – الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي – طبع دار لنهضة العربية بالقاهرة – عام ١٣٧٨ هـ - ١٩٧٨ م – ص٧.

أ : التعريف اللغوي للقطع

القَطعُ مَصدرُ للفِعل قَطع [١] وقال ابن فارس القافْ والطاءْ والعَين أصلَ صَحيح واحد يَدل على صَرم وابانةُ شيءَ من شيءَ ، يُقالُ قَطعتَ الشيءَ أقطعه قِطعاً ، والقَطيعة الهِجرانْ ، يُقال : تَقاطعْ الرجَلان أي تَصارما [٢] . وعِند النَظر في هذه المَعاني ومُحاولة التَعرف على اقربها إلى المَعنى الاصطلاحي يُبرز لنا مَعنيان :

الأول : أبانة الشيءُ فكأن القاطعُ قد أبان عن نَفسه الاحتمالات الواردة على ادراكهُ القاطعُ أو الاحتمالاتْ الناشئة عن دَليلْ .

الثاني : الغِلبة بالحِجة وذلك أنه لما وَردت الحِجة على المرء غِلبتْ على ادراكهُ واستولتْ عليه ومنْ أمَثلة ماوَرد منْ استِعمال للقِطعُ لُغة بما يُقاربُ المَعنى الاصطلاحي قَوله (ﷻ) ﴿ قَالَتۡ يَٰٓأَيُّهَا ٱلۡمَلَؤُاْ أَفۡتُونِي فِيٓ أَمۡرِي مَا كُنتُ قَاطِعَةً أَمۡرًا حَتَّىٰ تَشۡهَدُونِ ٣٢ ﴾ [٣] وللمُفسرين في كَلمة قاطِعة هُنا عِدة عِباراتْ هي : قاضِية [٤] ، فاعِلة [٥] باتة أي لا ابَت امراً حَتى تَشهدونْ [٦] وهذا المَعنى الاخِير هو الاقربُ إلى مَعنى القِطع اصطلاحا .

ب : التعريف الاصطلاحي للقطع

من خلال استقراء كتب الاصولين نجد أنّ الكثير منهم لم يتعرضوا لتعريف القطع اصطلاحا ولقد حاولنا استخلاص تعريفات اصطلاحية للقطع من ثنايا كلام العلماء، ويمكن تعريف القطع اصطلاحا من ثلاثة امور[٧].

---

(١) لسان العرب – مصدر سابق – المجلد الثاني عشر- ص ١٣٨ومابعدها .

(٢) معجم مقاييس اللغة – احمد بن فارس – تحقيق عبد السلام هارون – مطبعة جامعة الأزهر- عام ١٩٨٧- الجزء الخامس – ص ١٠١ .

(٣) سورة النمل – الاية ٣٢ .

(٤) جامع البيان في تفسير القران _ محمد بن جرير الطبري – طبع دار المعرفة بيروت – عام ١٣٩٢هـ - الجزء التاسع – ص ٥١٤

(٥) زاد المسير في عالم التفسير - عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي القرشي البغدادي - طبع المكتب الإسلامي بيروت – الطبعة الثالثة – عام ١٤٠٤ هـ - الجزءالسادس – ص١٦٩ .

(٦) انوار التنزيل واسرار التاويل- القاضي ناصر الدين البيضاوي – المطبعة الميمنية بمصر - من دون ذكر سنة الطبع – ص ٥٠٢

(٧) د سعد ناصر بن عبد العزيز – القطع والظن عند الاصوليين – مطبعة دار الحبيب الرياض – طبعة عام ١٩٩٧ – الجزء الأول – ص ٣٨ ومابعدها .

الأمر الأول: ماذكره العلماء من استعمالات كلمة القطع: -قال القاءاني {القطع يستعمل في معنيين ، احدهما إن لايكون ثمة احتمال أصلا ، والثاني لايكون احتمال ناشى عن دليل } [١] . وقال التفتازاني {القطع يطلق على نفي الاحتمال أصلا وعلى نفي الاحتمال الناشى عن دليل وهذا اعم من الأول لان الاحتمال الناشى عن دليل اخص من مطلق الاحتمال } [٢]وقال علاء الدين البخاري { قطعا تمييز أي على وجه انقطع إرادة الغير عنه}[٣]. ومن هنا يمكن استخلاص عدة تعاريف للقطع اصطلاحا وتتمثل في الاتي :

١- القطع هو مالايكون فيه احتمال أصلا .
٢- القطع هو مالايكون فيه احتمال ناشى عن دليل .
٣- القطع هو نفي الاحتمال أصلا
٤- القطع هو نفي الاحتمال الناشئ عن دليل
٥- القطع هو ماانقطع عنه ارادة غيره أو انقطاع ارادة الغير عنه .

الامرالثاني تعريفات الدليل القاطع : قال الطوفي { القاطع يطلق تارة على مالايحتمل النقيض كقولنا الواحد نصف الاثنين ويمتنع اجتماع الضدين ، وتارة يطلق على مايجب امتثال موجبه قطعا ولا يمتنع مخالفته شرعا}[٤] وقال ابن السبكي { الدليل القطعي ما يفيد العلم اليقيني } [٥] وقد يفهم من كلام العلماء ان القطع هو العلم ، لكن هذا التصورغير صحيح لما بين العلم والقطع من فروق ، حيث يقول الطوفي في تفسير العلم { العلم هو حكم

---

(١) شرح المغني في أصول الفقه – منصور بن احمد القاءاني – من دون ذكر اسم المطبعة – عام ١٤٠٨ هـ - الجزء الأول – ص ٤٠٩ .

(٢) شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه – سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني – طبع مكتبة صبيح بالقاهرة – الجزء الأول – ص ٣٥ .

(٣) كشف الاسرار شرح أصول البزدوي – عبد العزيز بن احمد بن محمد علاء الدين البخاري الحنفي – دون ذكر اسم المطبعة – الجزء الأول – ص١٩٦ .

(٤) شرح مختصر الروضة – نجم الدين الطوفي – تحقيق – د عبد الله المحسن التركي – من دون ذكر اسم المطبعة- الطبعة الأولى - عام ١٤١٠ هـ - الجزء الثالث – ص٢٩ .

(٥) الابهاج في شرح المنهاج – تقدير الدين السبكي – طبع مطبعة المعرفة بالقاهرة – الطبعة الأولى –عام ١٤٠٤ هـ - ص ١٥٠ .

راجح جازم } . وان الدليل القاطع هو ماينتج قطعا صحيحا مطابقا ، فلا مانع من القول بأن القاطع يفيد العلم ، واذا وجد قطع مخالف للحقيقة فهو لم ينتج عن دليل قاطع من هنا يمكن استخلاص تعريفين للقطع :

١-القطع هو عدم احتمال النقيض .

٢- القطع هو الحكم الراجح الجازم .

الأمر الثالث : تعريف الدلالة القطعية : قال امير بادشاه { القطعية أي الثابتة بدليل قطعي لاشبهة فيه أي الشبهة الناشئة عن الدليل } [١] .

من كل ماتقدم يمكن استنتاج تعريف اصطلاحي للقطع وهو الثبوت بدليل لاشبهة فيه [٢] **.**

ج / النصوص القطعية

تنقسم النصوص الشرعية وفق التقسيم العقلي والواقعي إلى اربعة اقسام : نصوص ظنية الثبوت والدلالة معا ، نصوص ظنية الثبوت قطعية الدلالة ، نصوص قطعية الثبوت ظنية الدلالة ، نصوص قطعية الثبوت والدلالة معا إذ لا اجتهاد مع النص وهذه قاعدية فقهية وضعت لضبط طبيعة الاجتهاد ومجالاته في القسم الاخير من النصوص ومعناها انه { لااجتهاد مع النص القطعي الثبوت والدلالة } وهذا المعنى محل اجماع الفكر الاصولي بجميع مذاهبه و هذه النصوص القطعية مصدرها كتاب الله (ﷻ)

فألنص القرأني هو المرجعية القطعية للشريعة الاسلامية ذلك النص القطعي من وجهتي الثبوت والدلالة وقطعية الثبوت تعني انه مقطوع جزما من دون تحريف اي ان امر نسبة النص الى الله (ﷻ) ثابث ثبوتا يقينيا اما قطعية الدلالة هو ما جاء بمعنى متعين فهمه دون سواه فلا يحتمل تأويلا وذلك كون المعنى المقصود واضحا بذاته متعينا دون غيره وتنطوي النصوص القطعية على مجموعة من احكام المعاملات كالاحكام المدنية المتعلقة بمعاملات الافراد من مداينة ورهن وايجار وبيع ووفاء بالالتزام مثل قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ ٢٩ ﴾ [٣] .

---

(١) تيسير التحرير – محمد امين بن محمود البخاري المعروف بامير بادشاه – طبع دار الكتب بيروت- عام ١٩٩٦ – ص -١٠.

(٢) لمزيد حول تعريف القطع انظر المحقق السيد كمال الحيدري – شرح كتاب الحلقة الأولى للسيد محمد باقر الصدر – طبع دار فراقد – الطبعة الثانية – عام ٢٠١٢ – ص١٠٦- ١١٠ .

(٣) سورة النساء – الاية ٢٩ .

والاحكام الجنائية التي تحدد عقوبات مرتكبي الافعال المنهي عنها في الشريعة كقوله (ﷻ) ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٣٨﴾ ﴾ [1] .

والاحكام الدستورية التي تحدد العلاقة بين الحاكم والمحكوم مثل قوله (ﷻ) (والذين استجابوا لربهم واقاموا الصلوة وامرهم شورى بينهم ومما رزقناهم ينفقون) [2] .

وكذلك تتضمن النصوص القطعية مجموعة من الاحكام المتعلقة بالاسرة منذ بدء تكوينها وحتى انتهائها سواء بالطلاق او الموت كقوله تعالى ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾[3]

وكذلك تنطوي النصوص القطعية على مجموعة احكام العبادات كالصلات والصوم والزكات والحج كقوله (ﷻ) ﴿ إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتْ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ كِتَٰبًا مَّوْقُوتًا ﴿١٠٣﴾ ﴾ [4] .

كما ان السنة النبوية وهي المصدر الثاني للشريعة الاسلامية تشتمل على كل ماروي عن النبي (ﷺ) من فعل او قول او تقرير تعد مصدرا للنصوص القطعية فهي من حيث الاصل حجة على كافة المسلمين واجبة الاتباعة وهذا ما اجمع عليه المسلمون فما صدر عن النبي (ﷺ) من فعل او قول او تقرير مقصود به التشريع والاقتداء ونقل الينا بسند صحيح يفيد القطع او الظن الراجح بصدقه انما هو حجة اطلاقا ومصدر للتشريع من دون خلاف ، كما ان اجماع الامة على حكم شرعي عملي يعد مصدرا للقطعيات ومثال ذلك توريث الجدة السدس واشتراك الجدات ان كن اكثر من واحدة في هذا السدس وعدم جواز زواج غير المسلم من المسلمة .

ثانيا / المصلحة المعتبرة

سبق وان ذكرنا ان الاحكام الشرعية كلها قد وردت لجلب المصالح للناس ودفع المفاسد عنهم وان كل حكم شرعي إنما نزل لتامين احد المصالح أو دفع احد المفاسد أو لتحقيق الامرين معا. ويعرف الامام الغزالي

---

(١) سورة المائدة – الاية ٣٨ .

(٢) سورة الشورى – الاية ٣٨ .

(٣) سورة النساء - الاية ٤

(٤) سورة النساء - الاية ١٠٣ .

المصلحة بانها { المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة إن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم فكل مايتضمن حفظ هذه الاصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الاصول الخمسة فهو مفسدة ودفعه مصلحة } وحرص الامام الغزالي على التفرقة بين مقاصد الشرع ومقاصد الخلق وقرر إن المحافظة على الأولى وان خالفت الثانية هي المصلحة الشرعية [١] وقد بينا ان المصالح المعتبرة تتنوع باعتبار قوتها في ذاتها الى ثلاثة مراتب متدرجة في القوة : ضرورية ، وحاجية ، وتحسينية [٢] .

وبينا ان المقصود **بالمصلحة الضرورية** { وهي التي يعبر عنها أحيانا بمبدأ أو نظرية الضرورة } تلك المصالح الخمسة التي ذكرناها باعتبارها مقصود الشرع ويعد العمل على { تحقيقها } أي على الحصول عليها وكذلك على { بقائها } أي المحافظة عليها مصلحة ضرورية ، وكذلك دفع مايترتب عليه فوات إحدى تلك المصالح الخمسة .

واشرنا الى ان المصلحة الحاجية { وهي التي يعبر عنها بمبدا نفي الحرج } هي المصلحة التي لايكون الحكم الشرعي بصددها من اجل العمل على حصول الناس على مصلحة من تلك المصالح الخمسة أو المحافظة عليها وإنما من اجل دفع المشقة {غير المعتادة} والحرج عنهم .

كما ذكرنا ان المصلحة التحسينية تشمل الامور التي تقتضيها المروءة ومكارم الأخلاق أو التي يقصد بها الأخذ بمحاسن العادات كالتقرب إلى الله (ﷻ) بنوافل الخيرات من الصدقات والاحسان وتبين لنا ان الاستقراء الكلي لاحكام الشريعة الاسلامية يأكد على إن المصلحة المعتبرة أو الضرورية بعناصرها الخمسة هي بغير خلاف لدلالة القطع والغايات الأساسية التي يجب إن تستهدفها كافة الأنشطة والقواعد في النظام الإسلامي بحيث تكون لها الاولوية عما عداها من غايات فهي منظمة بقواعد امرة لايجوز مخالفتها لكونها تتعلق بثوابت بناء المجتمع الاسلامي **فهي تمثل النظام العام بمعناه الإداري** .

---

(١) المستصفى من علم الاصول - للامام الغزالي - طبع دار التواصل في بيروت – عام ١٩٣٧ – الجزء الأول – ص ١٨٨ .

-وكذلك انظر مقاصد الاحكام الشرعية وغاياتها – السيد محمد علي ايازي – تعريب علي عباس الوردي – طبع مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي – بيروت – من دون ذكر سنة الطبع – الجزء الأول – ص٩ وما بعدها

(٢) د. عبد الحميد متولي – الشريعة الاسلامية كمصدر اساسي للدستور – طبع منشاة المعارف بالإسكندرية – الطبعة الأولى – عام ١٩٧٥ – ص ١٣٠ ومابعدها

الفرع الثاني / علاقة النظام العام بمقاصد الشريعة

لقد اتفق جمهور العلماء على ان النظام العام الاسلامي يهدف الى تحقيق مصالح العباد وان الشريعة الاسلامية انزلت لتحقيق هذه المصالح في المعاش والمعاد وان الله (ﷻ) لايعود عليه شيء منها فهو غني عن العالمين فبعد ان نصت الشريعة على هذه المصالح بينت اهميتها وخطورتها ومكانتها في تحقيق السعادة للانسان وكان منهج التشريع لرعاية هذه المصالح عن طريقيين اساسيين إما بتشريع الإحكام الشرعية التي تؤمن إيجاد هذه المصالح في الواقع واقامتها وتكوينها واما بتشريع الإحكام التي تحفظ هذه المصالح وتؤمن صيانتها ورعايتها ومنع الاعتداء عليها أو الإخلال بها أو ضمانها والتعويض عنها [1] فمثلا في مجال حفظ الدين وهو مصلحة ضرورية للناس لانه ينظم علاقة الانسان بربه وعلاقة الانسان بنفسه وعلاقة الانسان بأخيه الانسان فقد شرع الإسلام احكاما كثيرة لتنظم هذه العلاقات فبين احكام العقيدة والايمان بالله (ﷻ) وملائكته وكتبه ورسله وشرع اركان الاسلام الخمسة وشرع انواع العبادات وكيفيتها لتنمية الدين في النفوس ثم شرع الله (ﷻ) الجهاد لحفظ الدين ورعايته ومنع الاعتداء عليه وفي مجال الحاجيات وهي وسيلة مكملة للضروريات وشرع قصر الصلاة وجمعها للمسافر والحاج وشرع الرخص في العبادات والعقيدة لرفع الحرج والمشقة عن الناس فاباح التيمم والمسح على الجبيرة للمعذور وشرع الله (ﷻ) إحكاما كثيرة لتامين المصالح التحسينية للناس فشرع الله (ﷻ) على سبيل المثال في العبادات إحكاما لتكون العبادة على اقوم السبل كالطهارة في الجسم والثوب والمكان وفي المعاملات حرم الغش والتدليس والاحتكار وحرم الاسراف والتقتير في الانفاق ونهى عن بيع الانسان على بيع اخيه وامر بحسن القضاء والاقتضاء في الحقوق والواجبات . وحرم الزنا لحفظ النسل والعرض وشرع لاكماله تحريم الخلوة ومنع النظر الى الاجنبية وحرم الاسلام الخمر لحفظ العقل وشرع لاكماله تحريم القليل منه ولو لم يسكر وحرم بيعه وشراءه وشرع الاسلام لتكميل الحاجيات الشروط في العقود ونهى عن الغرر والجهالة وفي التحسينات بين الشارع شروط الطهارة والاحسان في التعامل والتحلي السامي بمكارم الاخلاق وقد اقتضت الحكمة الالهية ان تضع احكاما تشريعية اضافية مكملة للاحكام التي شرعت لحفظ كل نوع من اقسام المصالح السابقة من اجل تحقيق مقاصد الشريعة على اكمل وجه فعلى سبيل المثال شرع الاسلام القصاص لحفظ الدين وشرع لاكماله التماثل في النفس والعضو والجروح ، ومن خلال ما تقدم نجد ان الشريعة الإسلامية اقرت نظاما إداريا عالي الكفاءة استطاع بمتانته ومرونته إن يواجه احتياجات المجتمع ويضبط اموره ضبطا كاملا من خلال ضبط اداري إسلامي مستهدفا تحقيق المقاصد الشرعية فالحريات في الإسلام كلها موصوفة ومقيدة بالاحكام الإسلامية فكلها رخص واباحات في حدود الشريعة وتحقيقا لاغراضها ولايكون للفرد مطلق الحرية حيثما يرى

---

(١) المستصفى من علم الاصول – مصدر سابق – ص الجزء الأول – ص ٢٩٠ .

بل يجب إن يكون متوافقا مع النظام العام في عقيدته ويتفق النظام العام الإسلامي { المصلحة المعتبرة } مع النظام العام في القانون الوضعي في السبب والحكم . ففي السبب من حيث كونهما يستهدفان نفس الغايات والاهداف وفي الحكم لانهما يقومان بنفس الوظائف الثلاثة وهي :

الأولى :- إن النظام العام يحـافظ على النظام القانـوني إذ يكفل احتـرام القواعد الأساسية التي تحقق النظام في الدولة .

الثانية :- يستخدم اداة لحل النزاعات والصعوبات التي تضعها المواجهة بين قاعدتين قانونيتين أو أكثر فكانت الاولوية لمقتضيات النظام العام .

الثالثة :- النظام العام اداة للمواءمة بين النظام القانوني وبين العوامل المتغيرة التي تتفعل بها حياة الجماعة .

وبالرغم من ذلك نجد إن النظام العام الإسلامي يختلف عن النظام العام في القانون الوضعي في بعض الوجوه منها اتساع مضمون النظام العام الإسلامي إذ يرمي إلى تحقيق المقاصد الخمس الضرورية وبالتالي فهو لايستهدف فقط إغراض المحافظة على الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة وغيرها من الاغراض التي توسعت نتيجة لتطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية وتوسع نشاط الإدارة في المجالات كافة كما هو الحال في النظام العام الوضعي. وبالرغم من إن النظام العام الوضعي يغطي بعض إغراض المحافظة على الدين والنفس والنسل والعقل والمال بقيود تتلائم مع مادية العصر الحديث إلا إن مضمونه لا يتسع لجلب المصالح ودرء المفاسد في الامور السابقة كما انه لايتسع للمحافظة على الدين ورعايته في امور كثيرة و النظام العام الإسلامي أكثر مرونة من النظام العام الوضعي فهو متغير وفقا لمنهج الشريعة الإسلامية فقد شرع الله (ﷻ) بعض الإحكام ثم ابطلها ونسخها حينما اقتضت المصلحة تعديلها فقد فرض عدة المتوفى عنها زوجها حولا ثم نسخها وفرضها اربعة اشهر وعشرة ايام ، كما إن النظام العام الوضعي يتعلق بالحياة الدنيا فقط والنظام العام الإسلامي شامل للدنيا والاخرة .

الفصل الثالث

الفصل الثالث

نطاق السلطة التقديرية في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية

بعد إن استعرضنا مفهوم السلطة التقديرية وتمييزها عن الاختصاص المقيد في كل من القوانين الوضعية وفي الشريعة الاسلامية وبعد إن بحثنا في الأساس القانوني للسلطة التقديرية في القوانيين الوضعية و بعد إن استعرضنا معناها في الشريعة الإسلامية ومشروعية منحها وبعد ان أتضح اجتماع ضوابطها في القاعدة الفقهية التصرف على الرعية منوط بالمصلحة والقواعد المتفرعة منها { قاعدة استعمال الاصلح - وقاعدة استعمال الامثل فالامثل } . نجد من الضروري إن نبين بعد ذلك نطاق السلطة التقديرية في القانون الوضعي ونطاقها في الشريعة الإسلامية . وان البحث في ذلك يتطلب تحديد الحالات التي يمكن إن تظهر فيها السلطة التقديرية للإدارة ، فمن الناحية النظرية يمكن إن تقوم القوانين الوضعية بوضع نصوص قانونية محددة تحدد مجال الاختصاص المقيد وكذلك المجال التقديري لجهة الإدارة . إلا إن القوانين الوضعية لم تقم بهذه المهمة على هذا النحو من التمييز الصريح بين مختلف أوجه النشاط الإداري ولهذا ظهر دور الفقه في محاولة حصر الحالات التي يمكن إن تكون ميدانا لممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية أو اختصاصها المقيد وسوف نتناول أراء الفقهاء حول تحديد مجال السلطة التقديرية ومعايير التمييز بينها وبين الأفكار المشابهة لها { إعمال السيادة – الظروف الاستثنائية }. وفي مجال بحثنا في نطاق السلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية سوف نبين البناء العضوي والموضوعي لجهاز الضبط الإداري الإسلامي ، وذلك من خلال المبحثين الآتيين:-

المبحث الأول: - نطاق السلطة التقديرية في القانون الوضعي .

المبحث الثاني :- نطاق السلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول

نطاق السلطة التقديرية في القانون الوضعي

إن كافة السلطات العامة في الدولة تتمتع بقدر من حرية التقدير يختلف ضيقا واتساعا بحسب طبيعة عملها والبحث في مجال السلطة التقديرية للادارة يعني تحديد الحالات التي يمكن إن تظهر فيها هذه السلطة أو بعبارة أخرى تحديد ذلك الجانب من النشاط الإداري الذي يكون ميدانا لسلطة الإدارة التقديرية . وسوف نتناول في هذا المبحث أراء الفقهاء حول تحديد مجال السلطة التقديرية والتمييز يبينها وبين الأفكار المشابهة لها { إعمال السيادة والظروف الاستثنائية } ووفقا للتقسيم الأتي :

المطلب الأول :- أراء الفقهاء حول تحديد مجال السلطة التقديرية .

المطلب الثاني :- التمييز بين السلطة التقديرية وبين الأفكار المشابهة لها{ إعمال السيادة والظروف الاستثنائية} .

المطلب الأول

أراء الفقهاء حول تحديد مجال السلطة التقديرية

من المسلم به فقها وقضاء إن الإدارة العامة لايمكن إن تمارس سلطتها التقديرية إلا في الامور التي ترك لها المشرع حرية التصرف فيها وسوف نستعرض في هذا المطلب مختلف المعايير التي نادى بها الفقهاء لتحديد مجال السلطة التقديرية.

أولا / المعيار الاول

إن من اقدم الآراء التي قيل بها في هذا المجال إن الإدارة تتمتع باختصاص تقديري في الحالات التي لا تواجه فيها حقا شخصيا لان من منطق قيام الحقوق الشخصية يقتضي إلا يسمح بان تمسها الإدارة إلا في أضيق الحدود مما يستلزم إن تكون سلطات الإدارة مقيدة بالضرورة . ويقول الدكتور سليمان الطماوي { يعيب هذا الرأي صعوبة تحديد الحقوق الشخصية العامة كما إن نشاط الإدارة لابد وان يمس تلك الحقوق بطريق مباشر أو غير مباشر }[1] وقد ارتبطت نظرية الحق الشخصي ارتباطا وثيقا بتطور التقييد ونمو أسباب الطعن بتجاوز السلطة واستمرت هذه الفكرة شائعة حتى وضحت كفاية المصلحة البسيطة في حمل أوجه الطعن وهو ماحمل

(١) د سليمان محمد الطماوي – نظرية التعسف في استعمال السلطة { الانحراف بالسلطة } مصدر سابق –– ص ٥٣ .

الفقيه {GIRAUD} على القول بان السلطة التقديرية لاتختفي إمام الحقوق الشخصية فقط بل أنها تختفي أيضا في إعمال كل قاعدة قانونية موضوعية تستهدف مصلحة عامة [١] .

ثانيا / المعيار الثاني

ذهب الفقيه الالماني { OTTO MTER } إلى إن سلطة الإدارة التقديرية هي سلطتها في تكملة نصوص القانون بتفسيرها إما السلطة المقيدة أو الاختصاص المقيد للإدارة فهو سلطتها في التطبيق الضيق للنصوص القانونية [٢] فهو يربط بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة من جهة وبين القرارات المنشئة والقرارات الكاشفة من جهة أخرى . بمعنى إن القرارات الإدارية الكاشفة تصدر عن اختصاص مقيد وان القرارات الإدارية المنشئة تصدر عن اختصاص تقديري . وذلك باعتبار القرارات المنشئة تصدر عن الإدارة بمحض رغبتها وارادتها لتحديد شروط انطباق القاعدة القانونية على الحالات الفردية وباعتبار القرارات الكاشفة صادرة عن سلطة الإدارة المقيدة لأنها قرارات لاتضيف جديدا لقواعد القانون وليس من مهمتها إلا اعلان قواعد القانون نفسها بالنسبة للحالة الفردية التي يتعرض لها القرار [٣] .

والباحث يؤيد رأي الدكتور سليمان الطماوي في { انه يعيب على هذا الرأي استبداله المشكلة بمشكلة أخرى حيث يتعين علينا إن نحدد متى يكون القرار منشئا ومتى يكون كاشفا لكي نحدد ما إذا كانت الإدارة تتمتع بشانه بسلطة تقديرية أم باختصاص مقيد فضلا عن أنّ ن كثيرا من القرارات المنشئة تصدر عن اختصاص مقيد مثل وجوب منح الترخيص لشخص استوفى شروطه} [٤] .

ثالثا / المعيار الثالث

ذهب الفقيه { Michoud } عند بحثه لحالات السلطة التقديرية أو حالات تمتع الإدارة بتقدير ملاءمة نشاطها إلى التمييز بين اتخاذ الإدارة لقرارها والامتناع عن اتخاذ القرار من ناحية وبين قرارات السلطة وقرارات الإدارة من ناحية أخرى . ويُعدُّ { Michoud } الامتناع مجالا للسلطة التقديرية للإدارة ، لانها هي التي تقدر ملاءمة اقدامها على التصرف أو الامتناع ، إذ ليس هناك مجالا لارغامها على التصرف . وعندما ميز بين قرارات السلطة وقرارات الإدارة عَدّ الاخيرة هي المجال الذي تتمتع فيه الإدارة بسلطة تقديرية و الاولى تدخل ضمن المصلحة العامة وانها لن تكون مشروعة دون تخويل سابق من القانون وهذا يعني إن قرارات السلطة إنما

---

(١) للتفصيل انظر د محمد مصطفى حسن ـــ مصدر سابق – ص ١٢٣ .

(٢) انظر محمد بن سلمان بن عواد الجهني – السلطة التقديرية للادارة ومدى خضوعها للقضاء دراسة مقارنة – رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا بالجامعة الاردنية – عام ٢٠٠٩ – ص ٣٢ .

(٣) د عصام عبد الوهاب البر زنجي - مصدر سابق – ص ١٧٧

(٤) د . سليمان محمد الطماوي – نظرية التعسف باستعمال السلطة – مصدر سابق – ص ٥٤-٥٥ .

هي ميدان لاختصاص الإدارة المقيد . والباحث من المؤيديين للرأي الفقهي الذي يرى { ان هذا التصنيف ليس بالتصنيف الكامل أو الصحيح على اطلاقه فالامتناع يمكن إن يعتبر قرارا ضمنيا بالرفض ومن ثم يكون محلا لدعوى قضائية إذا كان هناك الزام على الإدارة بالتصرف } [١] . كما إن { Michoud } اعترف بنفسه بوجود الاستثناءات بالنسبة للتمييز بين قرارات السلطة وقرارات الإدارة فالتمييز ليس تمييزا مطلقا . فالادارة ليست بالنسبة لجميع قرارات السلطة معطلة عن كل سلطة تقديرية فهناك جانب مهم من قرارات السلطة تترخص الإدارة بالنسبة لعنصر أو لأخر من عناصرها فتصدر بشانها عن سلطة تقديرية مثال ذلك قرارات طرد الأجانب .

رابعا / المعيار الرابع

ذهب فريق من الفقهاء وعلى راسهم الفقيه اليوناني { STASSINOPOULOUS } إلى إن القرار الذي يقوم على أساس الاختياربين عدة حلول متاحة تحت تصرف الإدارة هو الذي يجسد المجال الذي تتمتع فيه الإدارة بسلطة تقديرية إن هذا المجال يكمن في حرية تحديد معنى من المعاني لفكرة تركت غير محددة المعنى من قبل القانون [٢] فالادارة تحدد معنى هذه الفكرة المجردة المتروكة لها بحرية وهذه الحرية تتضمن الاختيار بين عدة حلول كلها مشروعة بينما في السلطة المقيدة يحدد المشرع كل عناصر التصرف وظروفه ، ومن هذه الأفكار المجردة التي قد يترك المشرع أمر تحديدها للإدارة فكرة الصالح العام والصحة العامة والموظف الأكثر كفاية [٣] ويترتب على ذلك انه إذا كانت الفكرة قد حددت بدقة فليست هناك سلطة تقديرية بل اختصاص مقيد . مع ملاحظة إن الأفكار غير المحددة أو الغامضة التي ترد في النصوص التشريعية لايمكن إن تكون مجالا للسلطة التقديرية كقاعدة عامة ومطلقة فقد يتدخل القاضي ويفسر هذا الغموض ويحدد معناه غير إن القاضي لا يفعل ذلك دائما وهكذا يتبين عدم دقة هذا التمييز وعدم ثباته [٤] .

خامسا / المعيار الخامس

يرى الفقيه DUEZ إن سلطة الإدارة تكون تقديرية إذا كان من المستحيل اخضاع الإدارة في ممارسة تلك السلطة للقضاء فالسلطة التقديرية عنده فكرة سلبية توجد حيث لاتكون قيود من المشروعية وحيث تقف

---

(١) للتفصيل انظر د .عصام عبد الوهاب البر زنجي ـــمصدر سابق – ص ١٧٦ .

(٢) انظر محمد بن سلمان بن عواد الجهني ـــ مصدر سابق – ص ٣٣ .

(٣) انظر د سليمان محمد الطماوي – التعسف في استعمال السلطة – مصدر سابق – ص – ٥٥ .

(٤) د عصام عبد الوهاب البر زنجي ـــ مصدر سابق – ص ١٧٨ .

بالتالي الرقابة القضائية [1] ولكن هذا الرأي يصادر على المطلوب لان عدم خضوع الإدارة لرقابة القضاء بمناسبة ممارسة اختصاص ما إنما هو نتيجة لكون هذا الاختصاص تقديريا وليس العكس وعلى هذا الأساس يجب إن يحدد مقدما نوع الاختصاص لمعرفة ما إذا كان مقيدا فتخضع الإدارة في ممارسته للقضاء أو تقديريا فتمارسه الإدارة دون معقب من القضاء .

سادسا / المعيار السادس

يرى الفقيه { BONNARD} انه لم تعد هناك قرارات إدارية تتضمن سلطة تقديرية بصورة مطلقة ولكن في جميع القرارات الإدارية يمكن ممارسة السلطة التقديرية بقدر أو باخر حسب ظروف كل حالة وحسب كل عنصر من عناصر القرار الإداري على حدة أيضا [2] ويؤيد هذا الرأي الدكتور سليمان الطماوي حين قال {إن نقطة البداية في دراسة السلطة التقديرية في هذا الرأي تنحصر في تحليل القرار الإداري والتعرف على اركانه ثم ابراز الجوانب التقديرية والجوانب المقيدة في تلك الاركان ولايوجد ألان قرار إداري تقديري في جميع عناصره بل هناك بعض النواحي التقديرية توجد بدرجات مختلفة في كل قرار إداري تقريبا }[3] وهذا هو الرأي الذي يرجحه الباحث مع التسليم بان كل الأفكار الاخرى التي تطرق إليها الفقه لتحديد نطاق السلطة التقديرية للإدارة ستظل قيمتها متمثلة بمجرد توجيهات عامة للباحثين لاتخلو من فائدة ولكنها ليست ولن تكون قاطعة أو مطلقة .

المطلب الثاني

التمييز بين السلطة التقديرية والأفكار المشابهة لها { إعمال السيادة – الظروف الاستثنائية }

ان من مقتضيات مبدا المشروعية ان تخضع الادارة في اعمالها لحكم القانون ، الا ان مبدا المشروعية لايعتبر مبدا مطلقا في ذاته لان الغاية الاساسية له هي تحقيق العدالة وضمان حقوق الافراد وحرياتهم فتجنب الاستبداد واجب والحفاظ على الدولة أوجب لذا منحت الادارة سلطة تقديرية لاداء مهماتها بمرونة كما ترك للادارة ميدان محصن من رقابة القضاء لبعض اعمالها ونقصد بها اعمال السيادة والتي ذهب بعض الفقهاء الى القول بأنها في مجموعها نتيجة لما للادارة من سلطة تقديرية كما ان توسع سلطات الادارة بما تتطلبه ضروروات

---

(1) **DUEZ et debeyer : traite de droid administrative . 1952 . p 209 .**

أشار إليه د محمد مصطفى حسن ـ مصدر سابق ـ ص ١٢٦

(٢) د. احمد حافظ عطية ـــ القانون الاداري ـمصدر سابق – ص ٥٤ .

(٣) د. سليمان محمد الطماوي – الوجيز في القانون الإداري – مصدر سابق ـ ص ٦٣٣ وكذلك انظرمحمد بن سلمان بن عواد الجهني ـــ مصدر سابق – ص ٣٥ .

مواجهة الظروف الاستثنائية قد يدفع البعض للخلط بين سلطة الادارة التقديرية وبين سلطاتها في مواجهة مثل هذه الظروف لذا نجد من المهم التميز بين السلطة التقديرية والافكار المشابهة لها من خلال فرعين نخصص الاول للتميز مابين السلطة التقديرية واعمال السيادة ونخصص الفرع الثاني للتمييز بين السلطة التقديرية والظروف الاستثنائية .

الفرع الاول / التمييز مابين السلطة التقديرية واعمال السيادة

سبق وان بينا إن السلطة التقديرية للإدارة تعني تمتعها بقدر من حرية التصرف وهي تمارس معظم اختصاصاتها القانونية وان ذلك لايحول دون ممارسة الرقابة القضائية على حدود السلطة التقديرية، رقابة داخلية على موضوع القرار حيث يبحث سببه ومحله وغايته وتتحقق في ذلك الولاية الكاملة لقواعد المشروعية إما في مجال إعمال السيادة أو الحكومة فان الإدارة تتحرر كلية من قواعد المشروعية وتختفي كل ضمانة للحريات الفردية [1] حيث يمنع القضاء من نظر مثل هذه الاعمال إما بنصوص تشريعية أو باجتهادات قضائية مستقرة . ولقد اثارت نظرية إعمال السيادة الكثير من الخلافات الفقهية وسوف نبين تعريف وطبيعة إعمال السيادة والفرق بين السلطة التقديرية واعمال السيادة ومعيار تمييز إعمال السيادة .

أولا / تعريف وطبيعة إعمال السيادة

يقصد باعمال السيادة تلك الطائفة من إعمال السلطة التنفيذية التي تتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء الإداري أو العادي ولاتكون محلا للالغاء أو التعويض أو وقف التنفيذ أو فحص مشروعية [2] وبهذا فهي تمثل خروجا صريحا على مبدأ المشروعية. ونظرية إعمال السيادة اوالحكومة من صنع مجلس الدولة الفرنسي وقد جاءت وليدة الحاجة ومقتضيات العمل وتاسست في مصر والعراق بمقتضى نصوص تشريعية صريحة ومتعاقبة

---

(١) انظر د سليمان محمد الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية – مصدر سابق – ص ١٢٧ ومع تاييدنا للراي المتقدم نجد إن الدكتور سعيد عبد المنعم الحكيم يعول على ادوات الرقابة السياسية للسلطة التشريعية على إعمال السلطة التنفيذية والنظم الوضعية – مصدر سابق – ص ٤٩-٥٠ .

(٢) د. انور احمد ارسلان –وسيط القضاء الاداري – طبع دار النهضة العربية – – القاهرة – عام ١٩٩٩ م – ص ١٥١ .

منعت القضاء العادي والقضاء الاداري بعد انشائه من التعرض لها [1] وقد حاول الفقه والقضاء وضع تعريف محدد لإعمال السيادة فظهرت طوائف ثلاث الأولى ركزت على عدم خضوع إعمال السيادة للرقابة القضائية بجميع صورها ، فعرفها البعض على أنها { طائفة من إعمال السلطة التنفيذية تتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء بجميع صورها ومظاهرها سواء في ذلك رقابة الالغاء أو رقابة التعويض أو رقابة فحص المشروعية} [2] والحقيقة إن هذه الطائفة تشمل الجانب الاكبر من محاولات الفقه لتعريف إعمال السيادة إلا إن هذه التعريفات لم توضح المقصود باعمال السيادة ولم تكشف لنا حقيقة هذه الاعمال وكل ماعملته هو تعريف عمل السيادة بطريقة سلبية معتمدة على النتيجة المتحققة من اكتساب عمل ما لصفة عمل السيادة وهي عدم خضوعه لرقابة القضاء . إما الطائفة الثانية فقد اهتمت ببيان وتحديد الجهة التي تستطيع تكييف العمل والحكم عليه لبيان فيما إذا كان عملا

---

(١) ففي مصر نصت المادة ١١ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة بعد تعديلها والصادرة في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ على إن {ليس لهذه المحاكم إن تحكم في املاك الحكومة من حيث الملكية وليس لها إن تحكم في إعمال الحكومة التي تجريها بموجب سلطتها العامة } كما نص المشرع في المادة ١٨ من قانون القضاء رقم ٤٧ لسنة ١٩٤٩ على منع المحاكم من النظر في اية دعوى متعلقة باعمال السيادة كما نصت المادة السادسة من القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ الخاص بمجلس الدولة على { لاتقبل الطلبات المقدمة عن القرارات المتعلقة بالاعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بمجلس البرلمان وعن التدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة وعلى العموم سائر الطلبات المتعلقة بعمل من إعمال السيادة } وقد نقل النص الاخير حرفيا في قانون مجلس الدولة الثاني رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ وكذلك القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ فقد نص صراحة على منع المحاكم الإدارية والعادية من نظر المنازعات المتعلقة باعمال السيادة . وفي العراق كان الأمر متروكا للقضاء هو الذي يقرر كون العمل خارجا عن اختصاصه أو ضمن اختصاصه لحين صدور قانون السلطة القضائية رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٣ والذي نصت المادة الرابعة منه على الأتي { ليس للمحاكم إن تنظر في كل مايعتبر من إعمال سيادة الدولة } وصار هذا النص الأساس القانوني الأول لإعمال السيادة في العراق واخذ بالحكم ذاته قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ حيث نص في مادته العاشرة على انه { لاينظر القضاء في كل مايعتبر من إعمال السيادة } وعند صدور القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ وهو قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم ١٩٦٥ لسنة ١٩٧٩ نص في مادته السابعة البند خامسا على مايلي { لاتختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما ياتي ١- إعمال السيادة وتعتبر من إعمال السيادة المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية } وقد نصت المادة ١٠٠ من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ على { يحظر النص في القوانين على تحصين إي عمل اوقرار إداري من الطعن } وبذلك نعتقد جازمين ان نظرية إعمال السيادة فقدت اساسها التشريعي في العراق مما دفع المشرع الى الغاء تقييد ولاية القضاء الاداري بالنسبة لاعمال السيادة بصدور القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة . للتفصيل انظر د ربيع انور فتح الباب – دور الرقابة على دستورية القوانين في النظم الديموقراطية الحديثة –دراسة مقارنة – طبع دار النهضة العربية – عام ٢٠٠٧ – ص ٢٠٤وانظر د محمد رفعت عبد الوهاب – القضاء الإداري – طبع الدار الجامعية الجديدة للنشر عام ٢٠٠٧ – ص ٢٣٠ وانظر د مازن ليلو راضي –مصدر سابق – ص ٣٧ وما بعدها .

(٢) د محمود حافظ – القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن – طبع دار النهضة العربية - - عام ١٩٩٣- ص ٥٣-٥٤.

من إعمال السيادة أم لا وهذه الجهة تتمثل في القضاء ، فتعرف هذه الطائفة عمل السيادة بأنه { كل عمل يقرر له القضاء هذه الصفة } [١] وهذا التعريف لم يتعرض لطبيعة العمل وكل ماقام به هو التاكيد على إن القضاء هو الجهة المخولة بتكييف عمل السيادة .وركزت الطائفة الثالثة في تعريفها على اظهار الجانب السياسي المرتبط بهذه الاعمال كما ركزت على تحديد الحكمة من تحصين هذه الاعمال من رقابة القضاء وهي تعلقها بمصالح الدولة العليا ، لذا تم تعريف إعمال السيادة بانها { العمل الذي تباشر الحكومة بمقتضى سلطتها العليا في سبيل تنظيم القضاء والادارة والنظام السياسي والدفاع عن كيان الدولة وسلامتها من الداخل والخارج} [٢] وعلى الرغم من إن تعريفات هذه الطائفة قد استندت إلى استعمال الفاظ ذات دلالات مرنة إلا أنها كانت أكثر توفيقا من غيرها في محاولة تعريف إعمال السيادة ، إن كل محاولات الفقه والقضاء لوضع تعريف جامع مانع لإعمال السيادة لم تحقق الهدف بسب غموض نظرية إعمال السيادة وعدم قيامها على أساس متين من المنطق والقانون فما يمكن إن يعد اليوم عملا إداريا عاديا قد يرقى إلى عمل من إعمال السيادة في ظل ظروف وملابسات معينة كما إن مايعد من إعمال السيادة قد يهبط في ظروف أخرى إلى مستوى الاعمال الإدارية .

ثانيا / معايير تمييز إعمال السيادة

تقضي نظرية إعمال السيادة بخروج طائفة من إعمال السلطة التنفيذية من رقابة القضاء ومن الطبيعي إن يحتاج الأمر لمعيار يميز إعمال السيادة عن غيرها من الاعمال الإدارية التي تظل خاضعة للرقابة القضائية ، لذلك اهتم رجال الفقه والقضاء بهذه المسالة وكانت نتيجة محاولاتهم في هذا المجال إن ظهرت العديد من المعايير نعرض لها فيما يلي :-

أ - معيار الباعث السياسي :- تتلخص فكرة الباعث السياسي في إن العمل الصادر من السلطة التنفيذية يعتبر عملا حكوميا وبالتالي لايخضع للرقابة القضائية أو عملا إداريا وبالتالي يخضع لها حسب الباعث الذي دفع الحكومة إلى اصداره فان كان الباعث سياسيا أصبح عملا حكوميا وان كان غير سياسي أصبح عملا إداريا[٣].وقد اخذ به مجلس الدولة الفرنسي عند ظهور اعمال السيادة لاول مره كونه كان لا يزال محكوما بفكرة القضاء المحجوز فقراراته خاضعة لتصديق رئيس الدولة ومن ثم كان طبيعيا ان يساير الحكومة في اتجاهاتها العليا ،

---

(١) د. سليمان محمد الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية – دراسة مقارنة – مصدر سابق – ص ١٣٥

(٢) انظر د . احمد مليجي – تحديد نطاق الولاية القضائية- الاختصاص القضائي – طبع دار النهضة العربية – عام ١٩٩٣ – ص ٣٠٢ .

(٣) للتفصيل انظر د .عبد الفتاح ساير داير ـــ مصدر سابق – ص ٢٦١ ومابعدها .

وانتقد هذه المعيار كونه يوسع من نطاق اعمال السيادة ويضيق من مدى رقابة القضاء لاعمال السلطة التنفيذية لانه يعتمد في تحديده لعمل السيادة على باعث اصدار هذا العمل وكان تحديد الباعث موكلاً للسلطة التنفيذية ذاتها.

ب - معيار طبيعة العمل :- ومقتضى هذا المعيار إن العبرة بطبيعة العمل ذاته أو موضوعه بصرف النظر عن الباعث ، ذلك على أساس التمييز بين وظيفة السلطة التنفيذية الحكومية ووظيفتها الإدارية فيعتبر عملا حكوميا العمل الذي تتخذه السلطة التنفيذية اداء لوظيفتها الحكومية وعملا إداريا ماتصدره من إعمال وهي تباشر وظيفتها الإدارية بعبارة أخرى توجد إعمال للسلطة التنفيذية تعتبر بحكم طبيعتها وموضوعها من إعمال السيادة ، وقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه الاعمال فقد راى فريق من الفقهاء إن عمل السلطة التنفيذية يعد من إعمال السيادة إذا اتخذته هذه السلطة تنفيذا لنص دستوري ولا تخضع في مباشرتها إلا للرقابة السياسية دون القضائية إما الاعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية استنادا للقوانين العادية فانها من قبيل الاعمال الإدارية العادية وتخضع للرقابة القضائية وهذا الراي منتقد لانه يؤدي الى الخلط بين الاعمال الإدارية واعمال السيادة حيث ان كثير من الاعمال التي يعدها القضاء اعمال سيادة ليست تنفيذا لنصوص دستورية كما ان كثير من الاعمال الإدارية هي تنفيذ مباشر لبعض نصوص الدستور ولم يعدها القضاء اعمال سيادة ، ،كما يعيب هذا المعيار انه يؤدي الى عدم اخضاع الأعمال المقيدة للحقوق والحريات الفردية لرقابة القضاء لمجرد صدورها تنفيذا لنصوص دستورية وهذا الامر الذي يحول الدستور من اداة اساسية في تقرير الضمانات التي تكفل حماية حقوق الافراد وحرياتهم الى أداة في يد السلطة التنفيذية تستخدمها للتخلص من الرقابة القضائية على اعمالها في مواجهة الأفراد وذهب فريق اخر من الفقهاء إلى تحديد تحديد إعمال السيادة عن طريق التمييز بين الاعمال التي تاتيها السلطة التنفيذية باعتبارها اداة للحكم وتلك التي تصدر عنها باعتبارها اداة للإدارة ومعنى ذلك ان للسلطة التنفيذية وظيفتان الاولى حكومية والثانية ادارية والاولى تعتبر بطبيعتها من إعمال السيادة ولاتخضع لرقابة القضاء خلافا للثانية والتي تعد اعمالا إدارية بطبيعتها وتظل خاضعة للرقابة القضائية [1] ، وهذا الرأي منتقد لغموضه وعدم تحديده واستحالة قيام التفرقة التي ينادي بها اصحابه .

ج - معيار القائمة القضائية : ازاء العيوب التي شابت معيار الباعث السياسي ونظرا لعدم كفاية المعيار الموضوعي اضطر أصحاب فكرة التفرقة بين الوظيفة الحكومية والوظيفة إلادارية إلى تكملتها بالاستناد إلى قائمة إحكام القضاء وعلى هذا الأساس اتجه الفقه إلى التسليم بضرورة ترك تحديد إعمال السيادة وبيانها إلى القضاء ذاته . فالقضاء هو الذي يبين هذه الاعمال ويحدد نطاقها في احكامه المختلفة فقد قضت محكمة القضاء الاداري المصري [بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه فيما تضمنه من بيع الغاز لبعض الدول الاجنبية ومنها (اسرائيل) على اساس ان الثابت بالاوراق ان المنازعة الماثلة تدور حول سلطة الادارة في تنظيم وادارة

---

(١) للتفصيل انظر د سعيد عبد المنعم الحكيم –مصدر سابق – ٤٤ ومابعدها وكذلك انظر د عمر محمد الشوبكي - مصدر سابق – ص ٩٠ .

واستغلال موارد الدولة وقد اختصمها المدعي كسلطة ادارية ومن ثم لايعد تصرفها في هذه الحالة والقرار الصادر بشانه من اعمال السيادة بالمعنى القانوني] [١] وماعلى الفقه إلا الرجوع إلى هذه الإحكام القضائية كي يجمعها حول مبادى وعناصر معينة وبالرجوع لاحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر يمكن القول بان قائمة إعمال السيادة تشتمل على المجموعات التالية [٢] :-

١-الاعمال المتصلة بعلاقة السلطة التنفيذية بالبرلمان.

٢- الاعمال التي تتصل بعلاقة الحكومة بالدول والهيئات الأجنبية .

٦- الاعمال والعمليات المتصلة بالحرب .

ثالثا / الفرق بين السلطة التقديرية واعمال السيادة

تعد السلطة التقديرية واعمال السيادة قيدا على حريات الإفراد مع اختلاف الدرجة في حق القضاء على رقابة الاعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية وذلك في امرين الأول فيما يتعلق بالملاءمة والثاني فيما يتعلق بالمشروعية والملاءمة معا ، وتعتبر كل منهما لذلك تعويضا أو مقابلا للنتائج التي يؤدي إليها نظام المشروعية من شل حرية السلطة التنفيذية في القيام بوظيفتها [٣] . إلا انهما يختلفان اختلافا جوهريا من حيث السبب ومبدا الرقابة القضائية ، فالاسباب التي وجدت من اجلها السلطة التقديرية هي أسباب فنية وضرورات عملية لايترتب عليها اهدار لحقوق الإفراد ومساسا بحرياتهم في حين إن أسباب إعمال السيادة هي أسباب قانونية تتعلق بالاختصاص وقد يترتب عليها اعتداء على حقوق الإفراد وحرياتهم ، إما من حيث الرقابة القضائية نجد إن القضاء الإداري يمارس حقه في بحث عناصر مشروعية القرار الإداري الصادر عن جهة الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية سواء لعيب عدم الاختصاص أو الشكل أو الخطا في القانون أو الوقائع أو الانحراف بالسلطة إما بالنسبة لإعمال السيادة إذا كيف القضاء العمل المطعون فيه بأنه عمل من سيادة امتنع عن نظره فلا يبحث إي عيب يشوبه ولو كان عدم الاختصاص أو الشكل [٤] .

---

(١) حكم المحكمة بتاريخ ١٨/ ١١/ ٢٠٠٨لمزيد من التفاصبل انظر على شبكة الانترنت http://ar.wikipedia.org/wiki

(٢) للتفصيل د محمد علي جواد – القضاء الاداري – طبع العاتك لصناعة الكتاب – عام ٢٠١٠ – ص ٥٢ .

(٣) د عبد الفتاح ساير داير ـــ مصدر سابق – ص ٨٤ .

(٤) لمزيد من التفصيل انظر د نجيب خلف احمد و د محمد علي جواد – القضاء الاداري – من دون ذكر اسم المطبعة – عام ٢٠١٠ م – ص ٢٦ -٣٠ وص ٣٦ -٤٠ .

الفرع الثاني

التمييز بيبن السلطة التقديرية والظروف الاستثنائية

سبق وان اوضحنا إن سلطة الإدارة التقديرية تخضع لمبدأ المشروعية وان المشرع قد خولها قدرا من حرية التصرف في حدود القواعد العادية للمشروعية فهي لاتنال من المشروعية بل تتكامل معها وتحقق اهدافها في ظل رقابة قضائية على حدود السلطة التقديرية رقابة داخلية على موضوع القرار حيث يبحث سببه ومحله وغايته فتتحقق في ذلك الولاية الكاملة لقواعد المشروعية . ومن المسلم به إن القوانين توضع لكي تطبق في الظروف العادية إما إذا واجهت الإدارة ظروفا استثنائية مثل حالة الحرب أوحدوث فتنة اوكارثة فهل يمكن إن تطبق ذات القواعد القانونية التي تطبق في الظروف العادية ولم يكن ثمة تشريع يخول الإدارة سلطات كافية لمواجهة تلك الظروف أم نطور مؤقتا قواعد المشروعية العادية لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية ؟ فالادارة ليست ملتزمة دائما باتباع نصوص القانون التي تقيد حريتها في التصرف وانما تستطيع أحيانا بل يتعين عليها القيام باعمال تخرج عن حدود القوانين وذلك لايكون آلا في ظروف استثنائية وان تبتغي في تصرفها الصالح العام وتخضع لاصول وضوابط . ولكون نطاق النظريتين { السلطة التقديرية والظروف الاستثنائية } هو عمل الإدارة ولكون كل منهما يحقق للإدارة قدرا من حرية التصرف فان ذلك قد يدعو إلى الخلط ما بينهما . لذا سنبين ماهية الظروف الاستثنائية وسلطات الإدارة في ظل هذه الظروف ورقابة القضاء الإداري على إعمال الإدارة التي تجريها في ظل الظروف الاستثنائية ثم نبين الفروق المهمة بين السلطة ا لتقديرية والظروف الاستثنائية .

أولا / ماهية الظروف الاستثنائية

إن هذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي [1] لتبرير مسلك الإدارة واضفاء المشروعية عليه فهي نظرية قضائية قانونية تتسع بمقتضاها دائرة مبدأ المشروعية. وتطبيقا لذلك اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بعض

---

(١) اختلف الفقهاء في مصدر نشوء نظرية الظروف الاستثنائية فمنهم من راى إن هذه النظرية من تقرير الشريعة الإسلامية فالدكتور إبراهيم درويش يقول { إن الشريعة الإسلامية هي التي قررت نظرية الظروف الاستثنائية } انظر بحثه بعنوان نظرية الظروف الاستثنائية – منشور في بمجلة مجلس إدارة قضايا الحكومة – العدد الرابع – السنة العاشرة – عام ١٩٦٦ – ص ١٤ ويؤيده في هذا الرأي الدكتور عبد الله مرسي فهو يقول { إن التشريع الإسلامي عرف هذه النظرية وطبقها قبل إن تظهر على السنة فقهاء فرنسا } انظر مؤلفه سيادة القانون بين الشريعة الإسلامية والشرائع الوضعية – طبع المكتب المصري الحديث – عام ١٩٧١ – ص ٢٢٣ ولكن هذا الراي يجد من يخالفه وينسب نظرية الظروف الاستثنائية إلى مجلس الدولة الفرنسي فالدكتور سليمان الطماوي يقول { إن مجلس الدولة الفرنسي اسس هذه النظرية بمناسبة الحرب العالمية الأولى } انظر مبادى القانون الإداري – طبع دار الفكر العربي – الطبعة الثامنة – عام ١٩٦٦ – ص ٨٦٣ وان كان من الفقهاء من يرى بان القانون الوضعي في فرنسا قد نظم الظروف الاستثنائية تنظيما تشريعيا قبل الحرب العالمية الأولى فالدكتور محمود محمد حافظ يقول { تكفل القانون الوضعي في فرنسا والجمهورية العربية المتحدة بتنظيم نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية تنظيما تشريعيا نذكر على سبيل المثال من التشريع الفرنسي القانون الصادر في ٩ اغسطس سنة ١٨٤٩ والمعدل في ٣ ابريل سنة ١٨٧٨ في سنة ١٩١٦} للتفصيل انظر مؤلفه القضاء الإداري – مصدر سابق ـ ص ٤٤ والباحث يؤيد الرأي الذي يتجه إلى الاقرار بوجود جذور تاريخية ودينية لهذه النظرية استخلص منها مجلس الدولة الفرنسي احكامها ثم بلورها لتظهر في صورتها الحديثة .

القرارات غير المشروعة في ظل الظروف العادية مشروعة إذا ما تحققت بعض الظروف التي يرى مجلس الدولة فيها أنها استثنائية وذلك ضمانا لامكان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وحماية للنظام العام [١] ولقد اعتنق مجلس الدولة المصري هذه النظرية في احكامه بالذات في مناسبة تطبيق قوانين الإحكام العرفية أو حالة الطوارئ كما قام المشرع في فرنسا ومصر والعراق وفي دول كثيرة بتقنيين هذه النظرية ذات الأصل القضائي في نصوص تشريعية ، ففي فرنسا تضمنت المادة ١٦ من دستور سنة ١٩٥٨سلطات رئيس الجمهورية ابان حدوث الازمات والظروف الطارئة حيث نصت على انه { عندما تصبح مؤسسات الجمهورية أو استقلال الامة أو سلامة اراضيها أو تنفيذ تعهداتها الدولية مهددة بخطر جسيم وحال وكذلك يضطرب أو يتوقف السير العادي للسلطات العامة الدستورية يتخذ رئيس الجمهورية الإجراءات التي تفرضها هذه الظروف بعد مشاورة رسمية لرئيس مجلس الوزراء ورؤساء الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ والمجلس الدستوري ثم يعقب ذلك بتوجيه بيان بهذه الإجراءات الى الشعب ثم يجتمع البرلمان بقوة القانون كما انه لايجوز حل الجمعية الوطنية اثناء ممارسة هذه السلطات الاستثنائية } [٢] . وفي مصر نصت المادة ٧٤ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ على { لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق موسسات الدولة عن اداء دورها الدستوري إن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ويوجه بيانا إلى الشعب ويجري الاستفتاء على ماتخذ من إجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها } . إما في العراق فقد نصت المادة (٥٧) فقرة (ج) من دستور سنة ١٩٧٠ على الأتي { لرئيس الجمهورية عند الاقتضاء إصدار قرارات لها قوة القانون } وقد اعتبر جانب من الفقه ان هذا يمثل اشارة إلى نظرية الظروف الاستثنائية إلا إن جانبا اخر من الفقه ينكر ذلك معززا رايه بغموض نص الفقرة ج من المادة ٥٧ ومستندا كذلك على إن تطبيقاتها العملية لم تكن في ظل ظروف استثنائية [٣] .

كما ان الفقرة تاسعا من المادة ٦١ من دستور سنة ٢٠٠٥ وفي مجال بيان اختصاصات مجلس النواب نصت على { ا- الموافقة على اعلان حالة الحرب وحالة الطوارى باغلبية الثلثين بناء على طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء }،هذا ولم يقتصر التنظيم التشريعي لنظرية الظروف الاستثنائية [٤] على النصوص الدستورية فقد اصدر المشرع الفرنسي عدة تشريعات استثنائية من اهمها قانون مايو ١٨٤١

---

(١) انظر د محسن خليل ـــ القضاء الاداري اللبناني دراسة مقارنة طبع دار النهضة العربية – عام ١٩٨٢ – ص ١٤٩ .

(2) La documentation francaise, documents detudes, edition, 1993,paris, p 5 .

(٣) للتفصيل انظر د حسن ضياء حسن – نظرية الضرورة كاستثناء يرد على مبدأ سمو الدستور – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد – ص ١٠١.

(٤) إن التنظيم التشريعي لسلطات الإدارة في الظروف الاستثنائية يتم وفقا لاحد اتجاهين الأول وهو الانكلوسكسوني وبمقتضاه لاتنظم حالة الطوارئ بقانون سلفا ولكنه يجيز للسلطة التنفيذية اللجوء إلى البرلمان لاستصدار قانون يحكم الظرف الاستثنائي إما الاتجاه الثاني فهو اللاتيني الذي يقضي بوجود قانون سابق ينظم حالة الطوارئ قبل وقوع الظرف الاستثنائي للتفصيل انظر د عاصم رمضان مرسي – الحريات العامة في الظروف الاستثنائية – طبع دار النهضة العربية – عام ٢٠١٠ – ص ٣.

الخاص بنزع الملكية في حالة الطوارئ وقانون الإحكام المدنية الصادر في ١٨٤٩/٨/٩ وقانون ٣ يوليو ١٨٧٧ بشان الاستيلاء للاغراض العسكرية والقانون الصادر بتاريخ ١١ يوليو ١٩٣٨ الخاص بتنظيم الامة وقت الحرب وقانون حالة الطوارئ الصادر في ٣ ابريل ١٩٥٥. ولمصر في هذا الصدد تشريعات عدة منها قانون التعبئة العامة المصري رقم ١٨ لسنة ١٩٧٢ وقانون الدفاع المدني رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٤ قانون الإحكام العرفية رقم ١٦٤ لسنة ١٩٨١[١]. ومن القوانين المنظمة لنظرية الظروف الاستثنائية في العراق قانون السلامة الوطنية رقم٤ لسنة ١٩٦٥ وامر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم ١ لسنة ٢٠٠٤ [٢] .

ثانيا / سلطات الإدارة في الظروف الاستثنائية والرقابة القضائية عليها

ليس بالامكان إن نحصر كافة السلطات غيرالعادية التي تتمتع بها جهة الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية لان ذلك يتوقف على طبيعة الظرف الاستثنائي ومداه ومدى خطورته على امن البلاد ، واذا كان القضاء في فرنسا ومصر والعراق قد اخذ بنظرية الظروف الاستثنائية باعتبارها نظرية قانونية تتسع بمقتضاها دائرة المشروعية الا انه اكد على ان يتم ذلك في أضيق الحدود وان لايتم التمادي فيها ولا إن تقوم الدولة بمقتضى ذلك التجاوز بخرق مبدأ المشروعية فمثلا في نطاق قواعد الاختصاص داب القضاء في فرنسا ومصر على إن يعطي للإدارة الحق في إن تتخذ كافة التدابير اللازمة لمواجهة تلك الظروف الاستثنائية حتى ولو كانت تخرج عن نطاق اختصاصها المنصوص عليه في القوانين المختلفة [٣] فقد أجاز مجلس الدولة الفرنسي لاحدى السلطات الإدارية إن تقوم اثناء الحرب بتفويض اختصاصها إلى جهة أخرى بالرغم من عدم وجود نص قانوني يسمح لها بالتفويض[٤] . إما في نطاق قواعد الشكل فقد اشرنا سابقا إلى أنها لاتعدو إن تكون قواعد خاصة بكيفية ممارسة السلطة ولاتتعلق ابدا بموضوعها فقد يامر المشرع الادارة اتباع شكل معين في في إصدار قراراتها ومخالفة عنصر الشكل الذي حدده المشرع تجعل القرار معيبا بعدم المشروعية لعيب في الشكل يؤدي إلى بطلانه بل والى

---

(١) للتفصيل انظر د ممدوح عبد الحميد عبد المطلب مصدر سابق – ص ١٥٢- ١٦٧ وكذلك انظر د مازن ليلو راضي ـــ مصدر سابق – ص٣٢ .

(٢) للتفصيل انظر فارس عبد الرحيم و سنان طالب –حالة الطوارى بموجب امر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم١لسنة٢٠٠٤ والرقابة القضائية عليها بحث منشور على شبكة الانترنت

http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=30004

(٣) د عادل عبد الرحمن خليل – تفويض الاختصاص – سلطات سياسية استثنائية – بحث منشور بمجلة العلوم القانونية الاقتصادية السنة ٢٧ طبعة عام ١٩٨٥ العدد الأول والثاني – ص ١ ومبعدها .

(4) C.E.I er Aout 1919,societe des Etablissements saupiquet, Rec.p713,conel- Riboulet-C.E.26juin1946,viguier,REC .179 .

أشار إليه د محمد رفعت عبد الوهاب – القضاء الإداري - مصدر سابق – ص ٢١٦

انعدامه إذا بلغت حد كبيرا من الجسامة [١] إلا إن للإدارة إن لاتكترث باتباع الشكليات المقرر اتباعها في الظروف العادية وهي في سبيلها لاعادة تنظيم المرافق العامة أو سير العمل الإداري اللذين قد يكونا قد اضطربا من جراء الظروف الاستثنائية وتعد تصرفات الإدارة مشروعة وقراراتها الإدارية المتجاهلة لعنصر الشكل قرارات صائبة ومنتجة لاثارها في ظل تلك الظروف [٢] وترتبط نظرية الظروف الاستثنائية ارتباطا وثيقا بعنصر السبب فلولا الظروف الاستثنائية لما تواجد سبب لاتخاذ القرارات الاستثنائية وفي هذا الشان قررت المحكمة الإدارية العليا بمصر بان{ اجهزة الامن تترخص في تقدير الخطورة الناشئة عن الحالات الواقعية التي تواجهها والتي توجب عليها ان تتدخل لمواجهتها حماية للامن العام وبالاجراء الضبطي المناسب – هذا التقدير لايكون مشروعا الا لو استند الى حالة واقعية لها وجود حقيقي وتتوفر لها الشروط والاوصاف التي حددها القانون] [٣] أي يجب إن تكون ثمة وقائع جدية منتجة الدلالة على هذا المعنى وتكييف هذه الوقائع لايعتبر من الملائمات المتروكة لجهة الإدارة وإنما هي مسالة قانونية تخضع جهة الإدارة في ممارستها لرقابة القضاء واساس ذلك تحقق القضاء من قيام عنصر السبب الذي استلزمه القانون لمشروعية القرار . مما سبق يتبين اتساع سلطات الإدارة متذرعة بنظرية الظروف الاستثنائية حتى أصبحت تجور على حريات الإفراد الأمر الذي يستلزم رقابة القضاء على تلك السلطات بالتحقق من وجود الظرف الاستثنائي وهو المبرر الوحيد لاعطاء الإدارة سلطات واسعة وإلا أصبحت إعمالها باطلة لعدم صحة الحالة الواقعية أو القانونية التي اسست عليها الإدارة إعمالها الاستثنائية والتحقق من تعذر دفع الخطر بالطرق القانونية العادية ففي هذه الحالة فقط للإدارة إن تتخطى وسائل الشرعية العادية وتلجأ إلى الوسائل غير العادية على اعتبار أنها الوسيلة الوحيدة التي يمكن بواسطتها التغلب على مثل هذه الظروف والتحقق كذلك من إن ممارسة الإدارة سلطاتها غير العادية موقوتا بمدة الظرف الاستثنائي وبالقدر اللازم لمواجهة هذه الظروف إي بمعنى إن يتناسب الإجراء الذي قامت به الإدارة مع الظرف الذي تواجهه و ذلك لايجاد التوازن بين مقتضيات الصالح العام من ناحية واعتبارات المشروعية وحقوق الإفراد وحرياتهم من ناحية أخرى [٤] .

---

(١) د سليمان محمد الطماوي – الوجيز في القانون الإداري- مصدر سابق –ص ٦٠٠ .

(٢) في هذا المعنى انظر د إبراهيم عبد العزيز شيحا – القضاء الاداري مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الاداري – طبع منشأة المعارف بالاسكندرية – عام ٢٠٠٦ – ص ١٦٣ .

(٣) حكم المحكمة في الطعن ٩١٠ لسنة ٣٠ ق بتاريخ ١٩٨٥/١٢/٢٦ للتفصيل انظر المستشار حمدي ياسين عكاشة ـــ مصدر سابق – الجزء الثاني – ص ١٤٠٣ .

(٤) للتفصيل انظر د رافت فودة ـــمصدر سابق – ص ٢٧١ ومابعدها .

ثالثا /الفروق المهمة بين السلطة ا لتقديرية والظروف الاستثنائية [1]

قد تتشابه السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة مع نظرية الظروف الاستثنائية في بعض النواحي فهما يتعلقان بقرار إداري صادر عن السلطة الإدارية وكل منهما يوسع من سلطات الإدارة كما انهما يخضعان في النهاية لرقابة القضاء الإداري الغاءا وتعويضا، ومع ذلك فهناك فروق جوهرية بين نظرية الظروف الاستثنائية والسلطة التقديرية التي تمارسها الإدارة فيما يتعلق بالقرارات الإدارية نجملها فيما يلي:-

أولا: السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة كما راينا تتعلق ببعض عناصر القرار الإداري وليست بجميع عناصره كما إن هذه السلطة تنعدم إذا نص القانون على الاسلوب الواجب على الادارة ان تتبعه بينما تتمتع الإدارة بسلطات واسعة في ظل الظروف الاستثنائية تصل في اغلب الأحيان إلى التجاوز على الحدود التشريعية .

ثانيا: السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة تتعلق بسلطة الإدارة في الظروف العادية إما نظرية الظروف الاستثنائية فتتعلق بسلطة الإدارة في الظروف العصيبة التي تمر بها الدولة .

ثالثا: إن نظرية الظروف الاستثنائية تتطلب توافر شروط معينة وهي وجود ظروف استثنائية تعجز القوانين العادية عن مواجهتها وهذه الشروط غير متطلبة بالنسبة للسلطة التقديرية .

رابعا: الإدارة بمقتضى السلطة التقديرية لاتستطيع الخروج عن الحدود التشريعية بينما تستطيع الإدارة بمقتضى الظروف الاستثنائية إن تتخطى الحدود التشريعية .

---

(١) انظر د محمد شريف إسماعيل – سلطات الضبط الاداري في الظروف الاستثنائية -مصدر سابق – ص ٣٢٣ .

المبحث الثاني

نطاق السلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية

لقد عرفت الشريعة الإسلامية دور الإدارة في العمل على ازدهار المجتمع وتقدم عجلة الانتاج من خلال ماجاء به القران الكريم من نصوص قطعية الدلالة والثبوت ، والاحاديث النبوية الشريفة التي وضعت نظاما اسلاميا يهدف إلى المصالح المعتبرة باقسامها الثلاثة ويحمي إفراد المجتمع من إي خطر يهدد دينهم وانفسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم وذلك بواسطة جهاز إداري متكامل يطلق عليه { جهاز الحسبة } وسوف نتناول في هذا المبحث البناء العضوي والموضوعي لذلك الجهاز في المجالات المختلفة وذلك من خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأول :- البناء العضوي لجهاز الحسبة

المطلب الثاني : - البناء الموضوعي لجهاز الحسبة

المطلب الأول

البناء العضوي لجهاز الحسبة

نشا المجتمع الإسلامي الأول وتكون في المدينة المنورة وكان طبيعيا إن يحتاج هذا المجتمع الإسلامي إلى قواعد ونظم تكفل التوفيق بين مصالح الفرد واحتياجاته وبين مصالح المجتمع الذي يعيش فيه ولما كان الإنسان مفطورا بغريزته على كراهية القيود التي تحد من حريته وتتحكم في سلوكه وكان من الطبيعي إن يجنح بعض الإفراد تحت عبء القيود والتكاليف التي تفرضها عليهم هذه النظم إلى التحلل منها إذا ماتعارضت مع مصالحهم الشخصية فقد ظهرت الحاجة الى قيام اداة تصون لهذه النظم قدسيتها وترد العابثين بها حماية لكيان المجتمع وكانت هذه الاداة أو السلطة هي سلطة الضبط الإداري الإسلامي ، وادت التطورات التي لحقت بالمجتمع الإسلامي إلى استحداث منصب المحتسب الذي يعين من قبل الخليفة ولايعني ذلك قيام المحتسب فقط بهذه المهمة بل انه واجب على كل فرد فيامرنا الله تعالى ورسوله صلى الله عليه واله وسلم بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا إن هناك امورا لاحق للعامة الاحتساب عليها نظرا لاهميتها وخطورتها واصبحت من اختصاص

المحتسب المعين [1] فقط ويعاونه في ذلك مجموعة من الاعوان تعمل تحت رئاسته فاصبح جهاز الحسبة جهاز متكامل يعلم كل فرد فيه مايقوم به وقد كان الرسول (ﷺ) وخلفاءه من بعده ونفرا من العلماء المتطوعين في القرنيين الاولين للاسلام الحنيف كانوا يرشدون الناس الى امور دينهم ودنياهم يامرونهم بالمعروف وينهونهم عن المنكر قبل ان تكون الحسبة منصبا من مناصب الدولة الاسلامية ولما كثرت مسوؤليات الخلفاء وتفرعت اعمالهم في المدينة وغيرها من الحواضر الاسلامية الاخرى انابوا عن انفسهم من وثقوا بورعه وخوفه من الله (ﷻ) وعقاب الاخرة وتصلبه في تطبيق الفرائض والسنن الدينية [2] فظهرت الحسبة ولاية شرعية ووظيفة دينية تلي في المرتبة القضاء [3] ونظرا لزيادة مهام الحسبة كان من الضروري وجود اعوان للمحتسب لاتمام مهمامه

---

(١) هناك عدة فروق بين المحتسب المعين والمحتسب غير المعين تتمثل في الأتي :-

- إن فرضه متعين على المحتسب المعين بحكم الولاية وفرضه على غيره داخل في فروض الكفاية ... هذا على مذهب جمهور الفقهاء

- إن قيام المحتسب المعين به من حقوق تصرفه الذي لايجوز إن يتشاغل عنه وقيام المحتسب غير المعين من نوافل عمله الذي يجوز ان يتشاغل عنه بغيره

- للمحتسب المعين إن يعزر على المنكرات الضاهرة ولايتجاوزها إلى الحدود وليس للمتطوع أن يعزر على منكر

- انه منصوب للاستعداء إليه فيما يجب انكاره خلافا للمحتسب غير المعين

- على المحتسب المعين اجابة من استعداه وليس على المحتسب غير المعين اجابته

- المحتسب المعين يبحث عن المنكرات الظاهرة ليصل إلى انكارها وليس للمحتسب غير المعين بحث ولافحص

- للمحتسب المعين إن يتخذ اعوانا لأنه منصوب إلى ذلك ليكون أقدر على ادائه وليس للمحتسب غير المعين إن يندب لذلك اعوانا

- المحتسب المعين له إن يرتزق على حسبته من بيت المال ولايجوز ذلك للمحتسب المتطوع

- المحتسب المعين وخلافا للمتطوع له اجتهاد رايه فيما يتعلق بالعرف دون الشرع وينكر من ذلك ما أداه إليه اجتهاده للمزيد أنظر د شبل إسماعيل عطية – تطور الحسبة في الشريعة الاسلامية وتطبيقاتها المعاصرة رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة – ص ١٤٤- ١٤٥

(٢) د. كمال السامرائي – مدخل إلى موضوع الحسبة في الإسلام – بحث غير منشور مقدم إلى ندوة الحسبة والمحتسب عند العرب والتي اقامها مركز احياء التراث العلمي العربي بجامعة بغداد للفترة من ٤-١٩٨٧/١٠/٥ .

(٣) بدرت نوال محمد بدير – اركان الحسبة – مقال منشور بمجلة المحاماة المصرية – العددان الثالث والرابع – ابريل ١٩٩٩ السنة السبعون – ص ٧٨-٧٩ .

التي تعددت وتشعبت واصبح من الصعب ان يقوم بها وحده فاتخذ لذلك مساعدون له في ذلك [١] ويتكون جهاز الحسبة من الطوائف الاتية :-

اولا / طائفة العرفاء

تعد مراقبة الأسواق والحرف من مهام المحتسب ليكشف ماقد يحدث من الحرفين من غش أو تدليس فكان عليه إن يستعين بأحد أصحاب الخبرة على كل صنعة أو حرفة يعلم أمورها الفنية الدقيقة التي تتصل بالمواد الداخلة في التركيب يسمى عريفا وعليه مراقبة القائمين على هذه الحرفة والاشراف على احوالهم ومطالعة المحتسب أول باول ومايحدث بينهم وماجلب إلى سوقهم من المتاجر والبضائع وماتستقر عليه الاسعار وغير ذلك من الامور التي يلزم المحتسب معرفتها لقوله (ﷺ) ﴿ استعينوا على كل صنعة بصالح اهلها ﴾[٢] .

ثانيا / المساعدون والغلمان

إن من مهام المحتسب معاقبة من ارتكب مايستوجب العقاب بسبب ما ارتكبه من غش أو تدليس فكان ضروريا إن يتخذ مساعدين وغلمان ليحصروا له المخالفين لاوامره بما معهم من عدد والات استعملوها في مخالفتهم وهم في ذلك ملتزمون باوامر المحتسب من دون زيادة أو نقصان في العقاب وكان يشترط فيهم العفة والامانة وحسن التصرف فيما يامرهم به المحتسب لأنه هو المسؤول عنهم وعن تصرفاتهم فيحسن اختيارهم [٣].

ثالثا / طائفة النواب

يقوم المحتسب بانابة غيره للقيام بمهام المحتسب في الاماكن التي تحتاج إلى وجود دائم لنظام المراقبة وتكون بعيدة عن مقر المحتسب كالموانى والحدود والاسواق وينيب المحتسب هولاء النواب على قدر الحاجة ليكون على علم بما يجري بعيدا عنه .

---

(١) تاريخ الطبري- محمد بن جرير الطبري – طبع دار احياء التراث – الاسكندرية – عام ٢٠١١-الجزء السابع – ص ٣٢٨ .

(٢) الدرر المنتشرة في الاحاديث المشتهرة – جلال الدين السيوطي – حرف الالف- طبع مطبعة الرياض – من دون ذكر سنة الطبع – ص٥ .

(٣) سالم الالوسي- الخدمات البلدية في الحضارة العربية –قراءة في نظام الحسبة - بحث غير منشور مقدم إلى ندوة الحسبة والمحتسب عند العرب والتي اقامها مركز احياء التراث العلمي العربي بجامعة بغداد للفترة من ٤-١٩٨٧/١٠/٥ – ص ٧ .

المطلب الثاني

البناء الموضوعي لجهاز الحسبة

لم يتمكن المتحدثون عن اختصاصات المحتسب من حصرها لكثرتها ولكنهم ادركوا انها ليست من طبيعة واحدة فبعضها ذو طبيعة قضائية وبعضها ذو طبيعة ادارية وان كانت الاخيرة هي الغالبة على نشاط المحتسب.

ويثور سوال مالذي يمييز اختصاص المحتسب القضائي عن اختصاصه الاداري ؟ يمكننا ان نجيب بأن اختصاص المحتسب القضائي يقتصر على بعض الانواع من الدعاوى التي اجاز الفقهاء له النظر فيها بشروط معينة واذا تخلفت هذه الشروط فلا يستطيع نظرها بل تصير من اختصاص القضاء العادي اما في حالة قيامه بما يدخل في اختصاصه العام و ما يخرج عن اختصاصه القضائي يعد مباشرا لوظيفته الادارية وهي السمة الغالبة على عمل المحتسب ونبين ذلك فيما يلي :-

١-الاختصاص القضائي: -

إن الاختصاص القضائي للمحتسب هو اختصاص يتناسب مع طبيعة عمله الذي يتسم بالسرعة في الدعاوى التي لاتحتمل بطبيعتها التاخير في الفصل حتى تتحقق الغاية المنشودة في ردع المنحرفين والدعاوى التي يختص بها المحتسب وتتناسب مع طبيعة عمله فقد حصرها الفقهاء في ثلاثة أنواع [١] .

١- الدعاوى المتعلقة ببخس وتطفيف في كيل أو وزن
٢- ما يتعلق بغش أو تدليس في بيع أو ثمن
٣- ما يتعلق بتاخير دين مستحق مع المكنة

والعلة في اعطاء المحتسب النظر في هذه الدعاوى ارتباطها الوثيق بصميم عمله وهو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا إن تصدي المحتسب لهذه الدعاوى مقيد بظهور الحقوق وبيانها و الاعتراف بها فان تداخلها تجاحد أو تناكر واحتاج الفصل فيها إلى إجراء أو سماع بينات تخرج من ولاية المحتسب القضائية وتدخل في اختصاص القاضي العادي فهو الذي يملك إجراء التحقيقات وسماع البينات فالاعمال التي يقوم بها المحتسب وتناط به باعتباره هيئة الضبط الإداري الإسلامي لاتخرج عن كونها معالجات لجرائم وقتية دون زيادة إلى الفصل في خصومة أو إلى امور تتعلق بالمال أو النكاح أو توقيع عقوبة وان تطرقه لشي من ذلك استثناء لايكون إلا في أضيق الحدود اللازمة لاداء وظيفته وتحقيق مصلحة الجماعة الإسلامية وعدم تعطيلها وتوقي حدوث الجرائم وغيرها من الافعال التي تهدد الأمن الجماعي .

---

(١) محمد الحبيب التجكاني – النظرية العامة للقضاء والاثبات في الشريعة الاسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي – طبع جار الشؤون الثقافية ا لعامة ببغداد – من دون ذكر سنة الطبع – ص ٩٩ .

٢-الاختصاص الإداري :-

إن الاختصاص الإداري للمحتسب يعد السمة الغالبة حيث لم يتمكن الفقهاء من حصر اختصاصاته الإدارية لكثرتها وتشعبها حيث تمتد لتشمل معظم أوجه النشاط الإنساني وسنتناول اختصاصات المحتسب في المجال الديني والصحي والصناعي والتجاري على النحو التالي:-

أولا:- اختصاصات المحتسب في المجال الديني

يعد المجال الديني أول المجالات التي يجب على المحتسب النظر فيها لان الحسبة هي اساسا من قواعد الامور الدينية التي تعمل على المحافظة على الشعائر الايمانية والخلق الإسلامي. [١]

إن اختصاصات المحتسب تعود في مجملها إلى اثنين من الاختصاصات الا وهي الامر بالمعروف والنهي عن المنكر .

أ : الأمر بالمعروف :-

هو ماأمر به الشرع وندب إليه واستحسنه ، والحفاظ على المعروف وصيانته من العبث ومنع الناس من هجره وتركه هو الوظيفة الأساسية للحسبة والاختصاص الرئيسي للمحتسب والامر بالمعروف ينقسم إلى ثلاثة اقسام هي : -

القسم الأول :- مايتعلق بحقوق الله تعالى

القسم الثاني :- مايتعلق بحقوق العباد

القسم الثالث :- مايتعلق بالحقوق المشتركة بينهما

---

(١) د داؤد سلمان علي – الحسبة في الطب والجراحة عند العرب بحث غير منشور مقدم إلى ندوة الحسبة والمحتسب عند العرب والتي اقامها مركز احياء التراث العلمي العربي بجامعة بغداد للفترة من ٤-١٩٨٧/١٠/٥ – ص٢٥ .

القسم الأول :- مايتعلق بحقوق الله (ﷻ) [1]

١- **مـايلزم الأمـر بـه فـي الجماعـة دون الفـرد**:- ومثالـه تـرك صـلاة الجمعـة فـي وطـــن مسـكون إذا كـانوا عـددا قـد اتفـق علـى انعقـاد الجمعـة بهـم كالاربعيـــن فمـا زاد امـا إذا كـان العـدد مختـــلفا فيـه فـان الأمـر على اربع حـالات [2] :-

أ: إن يتفق رايه وراي القوم على انعقاد الجمعة بهذا العدد فيجب هنا الأمر بالمعروف .

ب: إن يتفق رأيه وراي القوم على انعقاد الجمعة بذلك العدد وهنا لايجوز له إن يامرهم بها .

ج: إن يرى القوم انعقاد الجمعة ولايراه المحتسب وهنا لايجوز له امرهم بها حيث لا احتساب في المسائل الاجتهادية .

د: إن يرى المحتسب انعقاد الجمعة بهذا العدد ولايراه الناس وقد اختلف على امرهم وفقا لاجتهاده على رايين :-

الأول :- يجوزله إن يامرهم باقامتها اعتبارا بالمصلحة لئلا ينشا الصغير على تركها فيظن أنها تسقط مع زيادة العدد كما تسقط بنقصانه .

الثاني :- لايامرهم باقامتها لأنه ليس له حمل الناس على اجتهاده ونعتقد إن على المحتسب في هذه الحالة مراعاة ظروف الزمان والمكان ويختار إي الامرين وفقا لمقتضى الحال .

٢- **مايلزم الأمر به في الجماعة والفرد :-** ومثاله تاخير الصلاة حتى يقترب خروج وقتها أو يخرج فعليه إن ينكر به وان يامر بفعلها ولااعتراض على من اخرها والوقت الباقي يسمح باقامتها لاختلاف الفقهاء في فعل التاخير وعلى هذا النحو تكون اوامره بالمعروف في حقوق الله (ﷻ) .

---

(١) المراد بحق الله تعالى هو ماتعلق به نفع العامة ، وما يندفه به ضرر عام على الناس من غير اختصاص بأحد للتفصيل حول هذا الحق ومميزاته انظر د مصطفى ابراهيم الزلمي – مصدر سابق – ص ٢٨٠-٢٨١ .

(٢) الاحكام السلطانية للماوردي - مصدر سابق – ص٣٥٤ ومابعدها .

القسم الثاني : مايتعلق بحقوق العباد [1]

١- الأمر بالمعروف في الحقوق العامة :- كما إذا تعطلت المرافق العامة مثل المساجد ومصادر الشرب والمواصلات هنا كان على المحتسب إن يامر باصلاح ذلك سواء على نفقة بيت المال أو اغنياء المسلمين إذا ما اعوز بيت المال لان الأمر بذلك يتوجه إلى كافة القادرين دون تعيين فان شرع بعضهم في اقامته سقط عن المحتسب الأمر به .

٢- الأمر بالمعروف في الحقوق الخاصة :-ومثالها المماطلة في اداء الديون إلى اصحابها وكفالة من تجب كفالته من الصغار ونفقة الاقارب في هذه الحالات يامر المحتسب بدفع الديون واداء الحقوق بشرطين :-

الأول: القدرة على تنفيذه

الثاني: ظهور الحق بحيث يكون غير متنازع فيه

القسم الثالث: مايتعلق بالحقوق المشتركة

اخذ الاولياء بنكاح الايامى اكفائهن إذا طلبن والزام النساء إحكام العدة إذا فورقن وياخذ أصحاب العمل بحقوق العاملين لديهم ومنع تكليفهم بما لايطيقون من الاعمال وعلى نظائر هذا المثال يكون الأمر بالمعروف في الحقوق المشتركة بين الله (ﷻ) والعباد [2] .

ب : النهي عن المنكر

هو كل محظور في الشرع فهو في الاصطلاح الفقهي اعم من المعصية والمنكر على درجة واحدة في وجوب الأمر به سواء اكان من الصغائر أم من الكبائر وفي هذا يقول العز بن عبد السلام (إن الطلب الجازم لايتفاوت من حيث ذاته فطلب الشارع الجازم لاعلى الطاعات كطلبه لتحصيل ادناها في الحد والحقيقة، كما إن طلبه لدفع اعظم المعاصي كطلبه لدفع ادناها إذ لاتفاوت بين طلب جازم وطلب حازم) [3]. فالاحتساب في

---

(١) حق العبد هو ماتعلقت به مصلحة خاصة لاحد الافراد للتفصيل حول هذا الحق ومميزاته انظر د . عبد العزيز عامر – التعزير في الشريعة الاسلامية – طبع دار الفكر العربي – عام ٢٠٠٦ – ص٥٢ .

(٢) الإحكام السلطانية – للماوردي – مصدر سابق – ص ٣٥٩

(٣) قواعد الاحكام في مصالح الانام – العز بن عبد السلام تحقيق طه عبد الرؤوف سعد – طبع مكتبة الكليات الازهرية – بدون ذكر سنة الطبع - – ص ٢٤٥ومابعدها .

الصغيرة والكبيرة واجب والخلاف بينهما في اولوية الاحتساب عند عدم القدرة على الجمع بين النهي عن الكبيرة والصغيرة والنهي عن المنكر ينقسم ايضا الى ثلاثة اقسام:

القسم الاول: - ما كان من حقوق الله تعالى

١- **مايتعلق بالعبادات :-** مثل عدم اداء الصلاة وفقا لاوضاعها الشرعية كالجهر في صلاة السر والاسرار في صلاة الجهر ، أو الافطارفي رمضان وما يناظر ذلك من مخالفات شرعية تتعلق بالعبادات هنا يكون للمحتسب انكارها والتاديب عليها وعليه إن لايحتسب على من اشكل عليه امره كما لايؤاخذ احد بالتهم ولا بالظنون لان محل الحسبة المنكرات الضاهرة .

٢- **مايتعلق بالمحظورات:** - مثل وقوف رجل وامراة في طريق خال فخلو المكان ريبة تعطي للمحتسب حق الانكار على إن يكون متحليا بالاناة فربما كانت ذات محرم وعلى مثال ذلك فان الجهر بما هو محظورفي الشرع يعطي المحتسب حق الانكار واما مالم يظهر من المحظورات فليس للمحتسب إن يتجسس ولا إن يكشف ماستر الناس [1] .

٣-**ما يتعلق بالمعاملات:** - مثل التعامل بالربا والبيوع الفاسدة وكل مامنع الشرع منه مع تراخي المتعاقدون به إذا كان متفقا على حظره فعلى المحتسب انكاره والمنع منه والزجر فيه واما ما اختلف الفقهاء في حظره واباحته فلا احتساب فيه ولا مجال للانكار على فاعله إلا إن يكون مما ضعف فيه الخلاف .

القسم الثاني :- ماكان من حقوق العباد

كقيام الشخص بالبناء على أرض جاره أو دخوله داره وفي هذه الحالة لايجوز للمحتسب أن يتدخل إلا بناء على طلب صاحب الحق لعله يعفو.

القسم الثالث :- ماكان مشتركا بين الله والعباد

مثاله المنع من اطالة الصلاة حتى يعجز منها الضعفاء وعلى مثال ذلك يجوز للمحتسب الانكار حفاظا على حق الله وحق العباد معا . ويباشر المحتسب المساجد ويامر العامة بالصلاة في اوقاتها لأنها عماد الدين وبها تميز دار

---

(١) د محمود السيد التحوي ـــ مصدر سابق – ص ٤٤ ومابعدها و ص ١٢٦ وما بعدها .

الإسلام عن دار الشرك وقد كتب عمر ابن الخطاب إلى عماله { وان أهم امركم عندي الصلاة فمن حفظها وحافظ عليها حفظ دينه ومن ضيعها كان لمن سواها اشد اضاعة } [١] .

ويعاقب المحتسب من انتهك حرمات الدين فإذا وجد رجلا قد شرب الخمر أقام عليه الحد ، فقليها وكثيرها حرام ويحافظ المحتسب على الآداب العامة في المجتمع فيمنع الرجال من الاجتماع بالنساء وقد صرح له الفقهاء بتعزير من اتهم بالفاحشة ولم يلتزم بالسلوك الإسلامي ولايختلف دور المحتسب في قيامه بمكافحة الغش وضبطه وقياس الوزن والكيل والاشراف على الاسواق ومتابعة التجارة والبضائع عن دور بعض الاجهزة الحكومية في التشريعات المقارنة ، فتعد الاجهزة الحكومية القائمة على توفير الحماية للافراد في كل مايتصل بمقومات حياتهم اليومية احد اهم الاجهزة التي تؤدي جانبا كبيرا من جوانب الحسبة .

ولايختلف التشريع الوضعي مع الشريعة الاسلامية في تجريم الخروج على أوامرها ونواهيها في هذا المجال ، لذا نجد المُشرّع عادة مايتخذ الوسائل الملائمة لحماية الناس من الغش والخداع ووضع القواعد اللازمة لضمان نزاهة الكيل والميزان ونظم توزيع السلع والمنتجات حتى لايتحكم التجار في ذلك كما خصص المشرع لتنفيذ هذه القوانين اجهزة حكومية حسب طبيعة نشاطها

ثانيا :- اختصاصات المحتسب في المجال الصناعي والحرفي

احتل نشاط المحتسب في هذا المجال القسم الاكبر من مهمته وذلك لكثرة الحرف التي عهد اليه الاشراف عليها الا ان معظم هذه الحرف اندثرت مع التطور الطبيعي للحياة والحديث عنها يصبح دون جدوى لعدم وجودها في العصر الحاضر .

ففي مجال مهنة الخياطة يتعدد نشاط المحتسب في مراقبة القائمين عليها ودقة الصنعة وجودة الخيط المستعمل واذا كان الثوب قيما فلا يتسلم الخياط الثوب ولا يسلمه الا بالوزن حتى يضمن عدم انقاصه منه لنفسه ، ويأمرهم ايضا بعدم المماطلة في المدة عملا على راحة الناس . [٢]

كما كان المحتسب يراقب العاملين من النحاسين والحدادين ويعزر من ثبت غشه بان باع شيئا معيوبا على انه سليما او شيء قديما على انه جديدا ويشهره بين اهل صنعته فان عاد للغش بعد ذلك منعه من مزاولة المهنه لعدم امانته .

---

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية – الطرق الحكمية في السياسة الشرعية – ابن القيم الجوزية – طبع مطبعة – ـ عام ١٩٨٩ ـ ص ٣١٩ .

(٢) الشيزرى ـ نهاية الرتبة في طلب الحسبة ـ مصدر سابق ـ ص٦٧ .

كما يمتد نشاط المحتسب فيشمل مراقبة النجاربين والبنائين ويامرهم بمراعات المدة المتفق عليها مع صاحب العمل حتى يستحقوا الاجر مقابل هذه المدة ، ويأمرهم بالافصاح عن التكلفة الحقيقية للبناء منعا للضرر الذي يترتب على صاحب العمل وقد يؤدى الى وقوعه في الدين بسبب عدم صدق الصانع .

وكان يراقب عمل الصاغة بدقة فلا يقر منهم الامن عرف بالامانة لان ما يمكن ان يحدثوه من غش لايمكن معرفته ، ولايصدهم عن ذلك الا اماناتهم ،فانهم يعرفون من الطرق في الغش ما لايعرفها غيرهم . ويمنعهم من بيع الذهب بمثله او الفضة الا بمثلها الا بالتساوي والقبض احترازا من الربا لقوله (صلى الله عليه وسلم) (الذهب بالذهب مثلا بمثل يد بيد سواء بسواء والفضة بالفضة يد بيد سواء بسواء ،فمن زاد او استزاد فقد اربى) [١] .

ثالثا:- اختصاصات المحتسب في المجال الصحى

تأمرنا الشريعة الاسلامية بالحفاظ على النفس بمنع كل ما يضر بها وبمعاقبة من يتسبب في ذلك وقد كان المحتسب يمثل الجهة الرقابية في الدولة الاسلامية فلذلك شملت اختصاصاته مراقبة المهن المتصلة بصحة الافراد ومهنة الطب هي اول المهن التي ينظر اليها المحتسب في هذا المجال ، لان الطب اقدم على النفوس يفضى التقصير فيه الى تلف او سقم فيراقب المحتسب الاطباء ويتعهدهم فيقر منهم من توفر علمه وحسنت طريقته ويمنع من قصر واساء من التصدي لما يفسد به النفوس[٢] .

قال رسول الله (ﷺ) (تداووا فان الله لم ينزل داء وانزل له شفاء) [٣] . فيجب على الطبيب ان يكون عالما بتركيب الاعضاء واسباب المرض واعراضه والادوية النافعة فيه . فمن توفرت فيه هذه الشروط اقره المحتسب ومن لم يكن كذلك ، فلا يحل له مداواة المريض ، ولا يجوز له الاقدام على علاج يخاطر فيه ، ويمتد نشاط المحتسب في مراقبة جميع المهن الاخرى المتصلة بمهنة الطب . كالصيادلة الذين يركبون الدواء ، وقد لايستطيع المحتسب مراقبة عملهم الا عن طريق عريف من بينهم لكثرة ما يمكن ان يحدثوه من غش يخفى على المحتسب ويكون هذا العريف ذو خبرة بعملهم حتى يتمكن من كشف غشهم واخطار المحتسب بذلك ويهددهم بالعقوبة والتعزير .

---

(١) صحيح البخاري - كتاب البيوع -باب بيع الذهب بالذهب –رقم الحديث ٢٠٢٩ – ص ٣١ .

(٢) الماوردي - الاحكام السلطانية -الجزء الثاني - مصدر سابق -ص٥٠٩ .

(٣) سنن ابي داود - كتاب - باب في الرجال يتدوى - رقم ٣٣٥٧ سنن الترمذي - كتاب الطب .

رابعا :- اختصاصات المحتسب في المجال التجاري والاقتصادي

من اهم اختصاصات المحتسب في المجال التجاري والاقتصادي انه يراقب بعض التجار الذين يزاولون تجارتهم فيما حرمه الله (ﷻ) لما تؤدي اليه من فساد السوق وارتفاع الاسعار . وكذلك قد يلجأ بعض البائعين الى غش البضائع المعدة للبيع او غشها بانقاص الوزن عند بيعها فعلى المحتسب ان يتدخل لحماية المجتمع من هذه التصرفات عملا على استقرار الاسواق . ومن مهام المحتسب منع البناء بالاسواق او الطريق العام واذا كان السوق ضيقا فيمنع الباعة الجائلين من الجلوس على جانبي الرصيف المخصص للمشاة ويحمل المحتسب الناس على هذه النصائح كما يقوم المحتسب بالمحافظة على نظافة الاسواق ، ويحافظ على مراعاة الاداب العامة فلايجوز للرجال الدخول في الاماكن المخصصة للنساء ، كما يقوم بانكار البيوع الفاسدة التي حرمتها الشريعة الاسلامية كبيوع الغرر والنجش. كما يجب ان يكون المبيع معلوما (العين والقدر والوصف) فيراعى المحتسب ذلك لانه يدفع اي نزاع بين البائع والمشترى في المستقبل فما لم يكن كذلك فواجب على المحتسب منعه [1] . خلاصة القول ان على المحتسب محاربة أي نشاط من شأنه أن يؤثر على الاوضاع الاقتصادية في المجتمع بطريقة سلبية.

---

(١) القريشي - معالم القربة في احكام الحسبة - مرجع سابق ص ٥٧ .

الباب الثاني

الباب الثاني

وسائل الضبط الإداري في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية

تمارس سلطات الضبط الاداري اختصاصاتها لصيانة النظام العام عن طريق ما تملكه من سلطة إصدار القرارات الملزمة بارادتها المنفردة في شكل قرارات تنظيمية تتضمن قواعد عامة مجردة من أجل حماية النظام العام وتتخذ القرارات التنظيمية مظاهر عدة منها {الحظر أو المنع – الترخيص – الاخطار السابق – تنظيم النشاط الفردي } كما تستخدم سلطاتها في إصدار القرارات الفردية بقصد تطبيقها على فرد معين أو على عدد من الإفراد معيين بذواتهم ، كما تستخدم سلطات الضبط الإداري حقها في التنفيذ الجبري المباشر وهو الاسلوب الأكثر تهديدا لحريات الإفراد لأن اللجوء إليه لا يتطلب الحصول على إذن سابق من القضاء وبذلك يعد استثناء من القاعدة العامة التي تقضي الالتجاء للقضاء للتصريح باستخدام القوة المادية ويرتهن اللجوء إلى هذا الاسلوب بتوافر شروط عدة لا ضفاء المشروعية عليه واخيرا تمارس هيئات الضبط الإداري سلطاتها في توقيع الجزاء الإداري على كل من يخل بالنظام العام وهو غالبا ما يمس المصالح المادية والادبية للشخص المخالف لذا لا يجوز لهيئة الضبط إن تتخذه بدون سند من نصوص القانون كما حرصت الشريعة الإسلامية على حماية النظام العام الإسلامي فسلكت مسلكا فريدا بان قسمت الجرائم والعقوبات فنصت على عدد قليل من الجرائم وفرضت لها عقوبات محددة تسمى بالحدود وبعضها بالقصاص إما باقي الجرائم التي لم يفرض لها عقوبات وترك أمر تقديرها لولي الأمر بما يناسب كل حالة سميت بالتعازير كما سنت الشريعة الإسلامية التدابير الاحترازية لردع العابثين لتحقيق الامن العام ولتوفير الاستقرار للمجتمع الإسلامي وسوف نتناول تفصيل ما تقدم من خلال الفصليين الآتيين :-

الفصل الأول :- وسائل الضبط الإداري في القانون الوضعي

الفصل الثاني :- وسائل الضبط الإداري في الشريعة الإسلامية

الفصل الاول

الفصل الأول

وسائل الضبط الإداري في القانون الوضعي

إنّ الغاية الأساسية من جميع وسائل الضبط الإداري هي تحقيق غايته وأهدافه المتمثلة بالمحافظة على النظام العام وبالتالي فان التعرض لها يكون عن طريق تناول كافة صور هذه الوسائل وتلك المكنات وايضاح الجانب القانوني لها ، وسواء اكانت تمثل انشاء لمركز قانوني اوتعديلا له أو كانت مجرد فعل مادي لا يترتب عليه انشاء مثل هذه المراكز القانونية أو تعديلها ، فسلطات الضبط الإداري تستعين في قيامها بعملها بعدد من الوسائل القانونية والمادية لتحقيق غرضها العام وبدون هذه الوسائل تصبح هذه الهيئات عاجزة عن القيام بمهامها فهي تتيح لسلطات الضبط إن تجبر الإفراد على احترام إرادتها وسواء كانت هذه الارادة امرا أم نهيا [١] ومن الباحثين من يرى إن اسلوب الضبط الإداري هو أكثر من مجرد وسيلة تمارس بها الإدارة صلاحيتها المتعلقة بوظيفة الضبط إذ هو تصرف ارادي تجتمع فيه عناصر متعددة إلى جانب اداة التصرف ومظهره فتجتمع فيه ارادة الإدارة وهي لا تتحرك إلا بباعث وهو محرك نشاطها وسببه وهذا الباعث هو ما وقع من تهديد لعناصر النظام العام دفع إرادتها إلى نشدان غاية هي المحافظة على هذا النظام بعناصره وذلك بتوقي الإخلال بمقومات هذا النظام وهذا الباعث هو علة تصرفها الضابط إما محله فهو الاثر القانوني الذي يترتب على هذا التصرف ومظهر التعبير عن الارادة هو الاداة التي يفرغ فيها التصرف [٢]. ووسائل الضبط الإداري يمكن ردها إلى اسلوبين متميزين فهي إما تصرفات قانونية { القرارات الضبطية – أوامر الضبط الإداري الفردية –الجزاءات الإدارية } واما إعمال مادية { التنفيذ الجبري لإجراءات الضبط الإداري } ولتفصيل ذلك سنتناول في هذا الفصل بيان وسائل الضبط الإداري في ظل القانون الوضعي من خلال المباحث الاتية :-

المبحث الأول :- القرارات الضبطية- أنظمة الضبط الإداري

المبحث الثاني :- اوامر الضبط الاداري الفردية

المبحث الثالث :- التنفيذ المباشر الجبري

المبحث الرابع:- الجزاء الإداري

---

(١) في ذات المعنى انظر بوقريط عمر – الرقابة القضائية على تدابير الضبط الإداري – رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة منتوري بقسنطينة – عام ٢٠٠٦ – ص٣٢ وما بعدها .

(٢) لمزيد من التفصيل انظر د منيب محمد ربيع- ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الاداري – رسالة دكتوراة مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس – عام ١٩٨١- ص ٩٢ .

المبحث الأول

القرارات الضبطية {أنظمة الضبط الإداري} [١]

تعتبر القرارات الضبطية ابرز مظهر لممارسة سلطة الضبط الإداري فعن طريقها تضع هيئة الضبط الإداري قواعد عامة وموضوعية مجردة تقيد بها بعض أوجه النشاط الفردي من اجل صيانة النظام العام ، وبالرغم من إن الأصل العام يجعل المشرع هو المختص بتنظيم الحريات في إطار الدستور وان القانون هو الوسيلة الأصلية لضبط وتقييد الحريات ونشاط الإفراد إلا إن صعوبة قيام هيئات الضبط الإداري باتخاذ تدابير ضبط فردية لمعالجة كل حالة على حدة تبعا لظروفها وملابساتها فقد نشأت الحاجة إلى إصدار أنظمة ضبط إداري مستقلة تصدر بناء على نص دستوري يمنح السلطة التنفيذية سلطة اصدارها وفي حال غياب النص يتكفل العرف الدستوري بتقرير هذه السلطة فعلى سبيل المثال نجد ان المادة ٨٠ من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ وفي مجال استعراض صلاحيات مجلس الوزراء اشارت في الفقرة ثالثا إلى صلاحياته في إصدار الانظمة والتعليمات بهدف تنفيذ القوانين [٢] ، وتتقيد القرارات التنظيمية الضابطة للحريات بالقيود الدستورية والقانونية وإن مدى تدخل السلطة التنفيذية عن طريق أنظمة الضبط الإداري في تنظيم حرية الإفراد يتوقف على مدى الضمانات المكفولة للحريات فكلما كانت الحريات ذات مدلول محدد من جانب المشرع كلما كانت السلطة المختصة بالضبط الإداري أكثر تقييدا وتحرجا بالمساس بهذه الحريات واحرص على التقييد بالتزام حدودها وكلما كان العكس من طرف المشرع كانت سلطة الضبط الإداري أكثر جرأة على استهداف الحريات العامة بالتقييد [٣] ، وسنستعرض في هذا المبحث لصور واشكال التنظيم ألضبطي وهي {الحظر أو المنع – الترخيص – الاخطار السابق – تنظيم النشاط الفردي } .

---

(١) لقد تعددت الاصطلاحات التي يطلقها الفقه على القرارات التنظيمية { والتي من صورها القرارات الضبطية } فمنهم من أطلق عليها اصطلاح التشريعات الفرعية ومنهم من أطلق عليها اصطلاح لوائح الضبط في حين نجد إن جانب من الفقه في العراق قد استخدم مصطلح { النظام } للدلالة عليها للتفصيل د.علي محمد بدير واخرون –مبادى واحكام القانون الاداري – مصدر سابق – ص ٤٥٣ .

(٢) وللتفصيل بخصوص من يملك الاختصاص باصدار لوائح الضبط الاداري في ظل دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ انظر د عيسى تركي خلف – مصدر سابق – ص ١٦٩ -١٧٥ .

(٣) انظر في ذات المعنى د هاشم الحافظ – سلطات الضبط الاداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة في التشريع الاردني دراسة مقارنة – اطروحة دكتوراة مقدمة الى كلية الدراسات العليا بجامعة عمان العربية للدراسات العليا – عام ٢٠٠٦- ص ٢١٩ .

اولا / الحظر أو المنع

يعني الحظر منع الإفراد من ممارسة عمل معين . ويعرفه البعض بأنه { المنع الكامل لنشاط معين من جانب سلطة الضبط الإداري ، ويجب إن يظل هذا المنع إجراء استثنائيا في بلد يفهم فيه الضبط على انه التوفيق بين الحريات العامة والنظام العام } ويلاحظ إن سلطات الضبط تلجا إلى الحظر بصفة استثنائية ، والقضاء لايأذن به إلا في حالة استحالة حفظ النظام العام باسلوب اخر [١] . لذا نجد إن محكمة القضاء الإداري في مصر حكمت بالغاء قرار وزير الداخلية الذي يحظر استخدام الهواتف المحمولة داخل اقسام الشرطة [٢] ويشترط في الحظر إن يكون جزئيا وليس مطلقا لان الحظر المطلق يؤدي إلى تعطيل الحريات ومصادرتها وبالتالي فهو غير مشروع فسلطة الضبط لأتملك الغاء الحريات شانها في ذلك شان المشرع نفسه [٣] لذا نجد بان التعليمات رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ والخاصة بتسهيل تنفيذ قانون المنظمات غير الحكومية رقم ١٢لسنة ٢٠١٠ { العراقي } قد حظرت على المنظمات غير الحكومية ممارسة بعض الاعمال والانشطة فقد نصت المادة ٨ على ان {يحظر على المنظمة غير الحكومية مايأتي (اولا) ممارسة الاعمال التجارية لغرض توزيع الاموال على اعضائها للمنفعة الشخصية او استغلال المنظمة لغرض التهرب من دفع الضرائب} [٤] ، والحظر يتحدد بمكان معين أو وقت معين فالبيان رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥ والصادرعن مجلس الوزراء استنادا الى امر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم ١ لسنة ٢٠٠٤ قد حصر نطاق منع التجوال في مدينة بغداد وضواحيها من الساعة الثانية عشر مساءا ولغاية الخامسة صباحا [٥] ، فبمقتضى المبادئ العامة الدستورية ومن خلال نصوص الدستور تتقرر حماية الحريات الفردية ويتولى التشريع العادي والفرعي تنظيم ممارسة هذه الحريات فترد عليها القيود مستهدفة تنظيم ممارستها لاتعطيلها بقصد المحافظة على النظام العام [٦] وهذا ماكده دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ فقد نصت المادة ٤٦ منه على أنْ { لايكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور او تحديدها الابقانون او بناء عليه ، على ان لايمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق او الحرية }.

---

(١) د عيسى بن سعد النعيمي – الضبط الإداري سلطاته وحدوده في دولة قطر – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة – عام ٢٠٠٩ – ص ٨٥ .

(٢) حكم المحكمة بجلسة ٢٠٠٩/٧/٤ أشار إليه د عيسى تركي خلف – مصدر سابق - ص ١٧٨ .

(٣)د محمد رفعت عبد الوهاب –مبادى وإحكام القانون الإداري – مصدر سابق – ٢٣٩- ٢٤٠ .

(٤) نشرت هذه التعليمات في جريدة الوقائع العراقية العدد ٤١٦٥في ٢٠١٠/٩/٢٧ .

(٥) نشرالامر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٠٠١ بتاريخ ٢٠٠٥/٧/١٩ .

(٦) د محمد بكر حسين – الحقوق والحريات العامة – حق التنقل والسفر – دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون – طبع دار الفكر الجامعي – عام ٢٠٠٧ – ص ٢٧ .

ثانيا / الاذن السابق {الترخيص} [1]

يعتبر الترخيص السابق صورة من صور التنظيم القانوني وهو اقل خطرا على الحرية من اسلوب الحظر الكلي أو الجزئي إذ في هذه الصورة من صور التنظيم اللائحي ألضبطي تشترط لائحة الضبط لامكان ممارسة نشاط معين أو حرية معينة الحصول على إذن أو ترخيص سابق من السلطات الإدارية المختصة قبل القيام بممارسة النشاط فعلا فالحكمة تكمن في ضرورة اتاحة الفرصة لسلطات الضبط الاداري للتدخل مقدما في الانشطة الفردية التي ترتبط ممارستها بالنظام العام وذلك من اجل اتخاذها للاحتياطات اللازمة لوقاية المجتمع من الاخطار التي قد تنجم عن ممارسة هذه الانشطة ، والاصل في كل ضروب النشاط إن تمارس بحرية دون حجر ودون إن تسلط عليها رقابة إدارية، فالحريات التي يحميها الدستور أو القانون تمارس من دون إن تخضع ممارستها لنظام الترخيص من قبل الادارة فالفقه متفق على عدم جواز اشتراط نظام الضبط ضرورة الحصول على ترخيص سابق فيما يتعلق بالحريات الاساسية التي كفلها الدستور والقانون كحرية الاقامة وحرية القيام بالشعائر الدينية وحرية الرأي والتعبير الا ان القضاء اقر فرض الادارة لنظام الترخيص بمقتضى القرارات التنظيمية وفي مجال حريات نظمها القانون كحرية التجارة والصناعة في بعض احوال ممارستها التي تنطوي على عدوان على حريات او تصطدم فيها بحرية اخرى كما اجاز فرض الترخيص بالنسبة لممارسة النشاط الذي يتصل باستعمال المال العام استعمالا خاصا او غير عادي كما اجاز القضاء ايضا فرض نظام التراخيص اداريا بالنسبة لممارسة الانشطة التي تتصل بالنظام العام مباشرة مثل فتح المحال الخطرة او الضارة بالصحة [2] واذا لم يحدد المشرع شروط الترخيص كانت لجهة الادارة سلطة تقديرية في اختيار الوقت الملائم لاصدار قرار الترخيص وتحديد نطاقه ومدته وبيان مدى التزامات المرخص له ونوعها وتقييده ببعض الاحتياطات والاشتراطات قبل الموافقة عليه أو بعدها فلها ان تزن وحسب ظروف كل حالة على حدة ملاءمة منح الترخيص أو رفضه أو سحبه خاضعة في ذلك لرقابة القضاء من حيث الأسباب التي تبرر بها الإدارة قراراتها فقد قضت المحكمة الادارية العليا في مصر { بان الترخيص بحمل الأسلحة من الملائمات المتروكة لتقدير

---

(١) درجت القوانين والأنظمة في العراق على ايراد لفظ (الاجازة) للدلالة على معنى الترخيص ومن ذلك قانون مكافحة المخدرات رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٥ وقانون حماية الحيوانات البرية رقم ١٧ لسنة ٢٠١٠ والمنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤١٤٨ في ٢٠١٠/٣/١٥ وكذلك التعليمات الصادرة عن وزارة الزراعة رقم ١ لسنة ٢٠١٠ الخاصة بتنظيم اجراءات وشروط استيراد الحيوانات الحية – والمنشورة في الوقائع العراقية بالعدد٤١٥٦في ٢٠١٠/٦/٢٨ ولمزيد من التفصيل حول استخدام لفظ الاجازة انظر عبد الامير علي موسى – النظام القانوني للترخيص أو الاجازة في التشريع العراقي – رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد –عام ١٩٨١ – ص ٧٥ .

(٢) انظرد نواف سالم كنعان – القانون الإداري الاردني – الكتاب الأول – مطابع الدستور التجارية – الطبعة الثالثة – عام ١٩٩٦ – ص٢٩٣ وكذلك انظر د محمود عاطف البنا – الوسيط في القانون الاداري – مصدر سابق –ص ٣٨٨ .

الإدارة تترخص فيها حسبما تراه متفقا مع صالح الأمن العام } [1] إما إذا حدد القانون مسبقا شروط منح الترخيص كما فعل المشرع العراقي من خلال الفقرة ١ من القسم ٣ من قانون المرور رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤ والتي حدد فيها الشروط المطلوبة لمنح اجازة السوق كانت سلطة الإدارة في هذا الشان سلطة مقيدة فعليها إن تمنح الترخيص لكل من توافرت فيه الشروط المطلوبة للحصول عليه لذا نجد إن المحكمة الإدارية العليا في مصر قد قضت { من حيث ان المشرع في القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بشان توجيه وتنظيم إعمال البناء عنى بتنظيم اقامة المباني حيث حظر في المادة الرابعة منه انشاء مبان او اقامة اعمال او توسعتها او تعليتها او تعديلها او تدعيمها او اجراء أي تشطيبات خارجية عليها الابعد الحصول على ترخيص من الجهة الادارية المختصة ولم يجز المشرع اصدار تراخيص البناء بالمباني الا اذا كانت مطابقة لاحكام القانون ومتفقة مع الاصول الفنية والمواصفات العامة ومقتضيات الامن والقواعد الصحية } [2] وقد قضت ذات المحكمة في حكم اخر لها { بان طلب المطعون ضده للحصول على ترخيص بناء على قطعة الارض المخصصة له الكائنة بالتقسيم المذكور على اساس الشروط البنائية للتقسيم واخصها الحد الاقصى للارتفاع الوارد بهذه الشروط قائما بحسب الاوراق على سند صحيح من القانون مما يتعين معه على الادارة اجابته الى طلبه وصرف ترخيص البناء له متى كان مستوفيا باقي الشروط التي تطلبها القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ }[3] ويجب إن يصدر بالترخيص قرار ايجابي وصريح لاسلبي أو ضمني [4] فلايجوز للإفراد الاكتفاء بتقديم طلب بالحصول على الترخيص واعتباره كافيا لممارسة النشاط حتى ولو حدد القانون مدة للرد على الطلب وسكتت الإدارة عن الرد في المدة المحددة وعن الاثر المترتب على الترخيص فيتمثل بازالة الموانع القانونية التي تحول دون ممارسة النشاط الذي يعتبر المشرع ان في ممارسته احتمال وجود خطر على المجتمع .

---

(١) حكم المحكمة في الطعن رقم ٦٩٧١لسنة ٤٢ ق ع جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٠للتفصيل انظر المستشار حمدي ياسين عكاشة – مصدر سابق – الجزء الثاني – ص ١٤٥٧-١٤٥٨ .

(٢) حكم المحكمة حكم المحكمة في الطعن رقم ١١٥١٠ لسنة ٤٩ ق عليا جلسة ٢٠٠٧/٦/١٦ اشار اليه د خالد عبد الفتاح محمد – مصدر سابق – ص ١٧٨ .

(٣) حكم المحكمة في الطعن ٧٨٣٧ لسنة ٥٠ ق عليا جلسة جلسة ٦/١٦/ ٢٠٠٧ - للتفصيل انظر المصدر السابق – ص ١٨٠-١٨٣ .

(٤) القرارالاداري السلبي يتمثل بامتناع الادارة عن اتخاذ قرار من الواجب عليها قانونا اتخاذه او يجوز لها ذلك ولكنها امتنعت عن اصدار القرار لغاية منبتة الصلة بالصالح العام ، انظر د حازم بيومي المصري – مدى مشروعية تصرفات الإدارة في ظل نظرية الغلط البين في تكييف الوقائع في ضوء الفقه وقضاء مجلس الدولة –طبع دار النهضة العربية – عام ٢٠١٢ ص ١٨-٢٢ وكذلك انظر د محمود عبد العزيز محمد القرار الإداري في هيئة الشرطة – طبع دار الكتب القانونية – عام ٢٠٠٧ – هـ ٨٢-٩٤ .

ثالثا / الاخطار السابق

ومعناه الاخبار السابق عن ممارسة نشاط معين أو حرية معينة للحصول على الاذن اللازم لممارسته لاتصاله بالنظام العام وهذا الاخطار يخول هيئات الضبط إما الاعتراض على النشاط في حالات معينة أو اتخاذ الاحتياطات اللازمة التي تحول دون تهديده للنظام العام كالاخطار عند عقد الاجتماعات العامة [١] وبمقتضاه على الإفراد أو الهيئات الخاصة قبل مزاولة النشاط أو الحرية التي يخشى عند ممارستها من تهديد النظام العام إن تخطر هيئات الضبط حتى تكون على علم بمباشرة النشاط وبما يمكنها من اتخاذ الاحتياطات الوقائية اللازمة التي تمنع اضراره بالنظام العام أو الاعتراض على النشاط المخطر عنه إذا لم يكن هناك بد من الاعتراض وقاية للنظام العام في ظروف الحالة المعروضة [٢] مما يعني إن النشاط الفردي جائزا ومسموحا به ولايشترط لممارسته إذن أو ترخيص مسبق ولكن الإفراد ملزمين باعلان الادارة عن رغبتهم في القيام بنشاط معين وحكمة هذا الاخطار أو الاعلان السابق هو إن تتخذ جهة الإدارة ما يلزم من احتياطات وإجراءات للحفاظ على النظام العام[٣] ولايمكن لسلطات الضبط اشتراط الاخطار السابق إلا إذا نص القانون على ضرورته لممارسة الحرية أو النشاط فقد نص البند أ من الفقرة ٤ من المادة الثانية من قانون تنظيم محلات السكن داخل العراق رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٨ {على كل مكلف يغادر العراق لاغراض الدراسة او العمل اخبار مكتب المعلومات المختص بذلك وبيان الجهة التي يروم السفر اليها ...} [٤] وذلك فيما عدا حالات الظروف الاستثنائية والاخطار نوعان الأول وهو الاخطار غير المقترن بحق الإدارة في الاعتراض على ممارسة النشاط أو الحرية وفي هذا النوع يكون للفرد الحق في مباشرة النشاط أو الحرية بمجرد الاخطار دون انتظار موافقة الإدارة فهو نظام يقع في دائرة وسط بين الاذن والاباحة لأنه اقل الاساليب الوقائية اعاقة للحرية أو للنشاط بالقياس إلى اسلوب الاذن أو الترخيص و النوع الثاني هو الاخطار المقترن بحق الإدارة في الاعتراض على ممارسة النشاط أو الحرية وفي هذا النوع يكون للإدارة الحق في الاعتراض على الاخطار إذا لم يكن مستوفيا للبيانات والإحكام التي يقررها القانون ولذلك فهو يقترب من نظام الترخيص ولقد اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لنظام الاخطار أو الاعلان السابق فالبعض ينكر عليه الصفة الوقائية ويرى انه نظام عقابي فيخرجه عن نظام الضبط الإداري والبعض الأخر يرى إن

---

(١) هاني علي الطهراوي – القانون الإداري – الكتاب الأول –مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع –الطبعة الأولى – عام ١٩٩٨- ص ٢٤٤.

(٢) د حلمي الدقدوقي -مصدر سابق – ص ١٧٥ وكذلك انظر د طعمية الجرف – القانون الإداري – مصدر سابق – ص ١٩٨ .

(٣) د نواف كنعان – مبادى القانون الاداري وتطبيقاته في دولة الامارات - مصدر سابق – ص ٢٩٤ وكذلك مؤلفه القانون الاداري – الكتاب الاول –مصدر سابق – ص ٢٩٤ .

(٤) نشر القانون في جريدة الوقائع العراقية العدد ٢٦٥٧في ١٩٧٨/٦/٥ .

الاخطار نظام وقائي لان للإدارة سلطة المعارضة فيه وهي سلطة مقررة لوقاية النظام العام [١] والباحث يرى ان الاخطار نظام وقائي يكون لازما في بعض الحالات التي تقدر الإدارة وجوب علمها السابق لممارسة نشاط معين لتتخذ في الوقت المناسب ماتراه ملائما لحماية النظام العام .

والاثر الذي يترتب على الاخطار غير المصـــحوب بحق الإدارة في الاعتراض عليه خلال مدة معينة يتمثل في حق الإفراد في ممارسة النشاط بمجرد الاخطار اي ان سلطة الادارة هنا مقيدة وليست تقديرية إما إذا كان مصـحوبا بحق الإدارة في الاعتراض فانه يجوز للإفراد مزاولة النشـاط بمجرد مضـي المدة التي حددها القانون لان سـكوت الإدارة خلال تلك المدة يعتبر عدم اعتراض أو موافقة ضـمنية على مزاولة النشـاط ويؤيد ذلك حكم المحكمة الادارية العليا في مصـر حيث قررت (ان عدم رد المجلس الاعلى للصـحافة على الاخطار المقدم من ذوي الشـأن بأصـدار الصـحف خلال المدة القانونية يعتبر في حكم قرار الموافقة او عدم الاعتراض على صدورها) [٢] .

رابعا :- تنظيم النشاط الفردي

قد لا تشتمل القرارات الضبطية على إحكام تحظر نشاطا معينا أو تخضعه لشرط الحصول على إذن سابق أو لضرورة إخطار الإدارة مقدما بل قد تكتفي بمجرد تنظيم النشاط الفردي فتضع اشتراطات معينة في اسلوب ممارسة الإفراد لنشاط معين ، وتبين حدود ممارسة هذا النشاط ومثال ذلك تحدد أنظمة الضبط السرعة المسموح بها واماكن الوقوف واوقات معينة لمرور وسائل النقل البطيى غير انه لايجوز إن يصل التنظيم إلى درجة الحظر متى كان النشاط مشروعا فالادارة لاتمنع النشاط ولا تخضعه للاذن السابق أو للاخطار اللاحق وإنما تكتفي بتنظيمه بوضع توجيهات أو نظام محدد في شانه . وينبغي إن يكون التنظيم للنشاط الفردي منطويا على اقل القيود اعاقة للنشاط وان يكون مطابقا لضرورات المحافظة على النظام العام . و من الجدير بالذكر إن هناك اتجاه في الفقه المصري يرى إن التنظيم يعتبر قيدا اشد على الحرية من الاخطار السابق وذلك على أساس انه يمثل شروطا مقيدة لايمكن ممارسة النشاط قبل ممارستها [٣] والباحث يؤيد الرأي الراجح في الفقه والذي يرى إن هذه الصورة من الانظمة تعد اقل اعاقة للحريات من الصور الأخرى لهذا تفضل على انماط الحظر المطلق.

---

(١) هناك جانب من الفقه يرى بان يعد امرا وسطا بين النظم الوقائية المانعة والنظم العقابية الرادعة كونه لايؤدي مباشرة الى اتخاذ تدبير وقائي محدد ولكنه يؤدي الى ان تتخذ الادارة موقف المعارضة من هذا النشاط في ميعاد معين للتفصيل انظر د محمد جمال الذنيبات ـــ مصدر سابق – ص ١٧٧ .

(٢) حكم المحكمة بجلسة ١٩٩٨/٦/٢١ في الطعن ٣٣٨ لسنة ٣٥ ق عليا اشارة اليه د عيسى تركي خلف –مصدر سابق – ص١٨٩ .

(٣) د محمد رفعت عبد الوهاب – مبادى وإحكام القانون الإداري – مصدر سابق – ص ٢٤١ .

المبحث الثاني

اوامر الضبط الاداري الفردية

ان القرارات الفردية تمثل اتصالا مباشرا بين سلطات الضبط الاداري وبين فرد او افراد معيين اذ انها تعد الوسيلة الاكثر شيوعا في مزاولة النشاط الضبطي . فنشاط الضبط الاداري يتحول كله او يكاد الى قرارات ضبط فردية فأنظمة الضبط وحدها لا تكفي ، اذ يجب تطبيقها ويتم ذلك التطبيق باتخاذ قرارات الضبط الفردية وهي مثل اي قرار اداري يجب ان تتوافر فيه شروط المشروعية . اذ يجب ان تصدر من الجهة المختصة قانونا باصدارها وان تصدر بالشكل الذي يحدده القانون وان تتفق مع القوانين والانظمة وان تكون هناك حالة واقعية او قانونية توحي لرجل الضبط ان يتخذ القرار وان يهدف لتحقيق مصلحة عامة ، وترتيبا على ماتقدم سوف نتناول بيان المقصود بالقرارات الفردية وصورها وشروط مشروعيتها .

المطلب الاول

المقصود بالقرارات الفردية وصورها

إن المقصود بالقرارات الإدارية الفردية في مجال الضبط الإداري هو إن تقوم السلطة الإدارية المختصة باصدار قرارات تطبيقية للقوانين أو اللوائح الضبطية لفرد معين أو إفراد معينين بذواتهم [١] وهي مثل سائر القرارات الإدارية تخضع لرقابة القضاء للتأكد من مشروعيتها ومثالها الأمر الصادر بتعيين احد الأشخاص في وظيفة معينة أو بفصله منها أو باعطاء ترخيص أو بسحبه وقد تكون هذه القرارات شخصية وهي التي تولد المراكز الفردية الشخصية أو تكون شرطية وهي التي تدخل فردا معينا في مركز قانوني عام فهي بالتالي مكملة للقرارات التنظيمية هذا وتتخذ أوامر الضبط الإداري الفردية في التطبيق العملي صورا ثلاث هي [٢] :-

الصورة الأولى :- هي صدور القرار الفردي متضمنا منح تصريح لمزاولة نشاط معين كالترخيص بفتح محل عام ، فقد يتضمن التدبير ألضبطي الموافقة على منح تصريح بمزاولة نشاط معين تخضعه الإدارة لكافة الشروط التي تؤدي إلى تحقيق أهداف الضبط الإداري .

---

(١) المصدر السابق – ص٢٤١ .

(٢) د عبد الرؤوف هاشم بسيوني ـــ مصدر سابق ـ ص ١٣٨ .

الصورة الثانية:- صورة النهي وهي عبارة عن الأمر الصادر بالامتناع عن فعل شي معين كالامر الصادر بمنع عقد اجتماع عام خشية وقوع اضطرابات تخل بالنظام العام أو منع التظاهر في الطريق العام وأيضا تحريم التجمهر وتحريم التقاط الصور لمناطق معينة .

الصورة الثالثة :- قد تصدر القرارات الفردية في صورة قرار بعمل شي معين كالقرار الصادر بهدم منزل ايل للسقوط .

المطلب الثاني

شروط القرارات الفردية

وضع الفقه والقضاء العديد من الشروط والضوابط الواجب توافرها في الاوامر الفردية حتى تصبح مشروعة وتتلخص هذه الشروط فيما يلي [١] :-

١- يشترط لصحة الأمر ألضبطي الفردي إن يصدر من هيئة الضبط المختصة باصداره طبقا للقانون وبخلاف ذلك يكون ا لقرار معيبا بعيب عدم الاختصاص وغير مشروع ، فتدابير الضبط الفردية المتعلقة بالشروط الصحية للمساكن وملائمة البناء للمكان المقام عليه يجب إن تصدر من هيئة الضبط المحلية المختصة لان هذا يتفق وقدرة هذه الهيئات على تقدير الظروف المكانية والبيئة وطبيعة السكان واحتياجاتهم المختلفة [٢] .

٢- يجب إن يكون للقرار الفردي موضوع ومجال نشاط محدد ينطلق فيه في حدود الغرض الذي يهدف إلى تحقيقه وهو المحافظة على النظام العام ولذلك يجب إن يبنى على وقائع مادية حقيقية تستلزم صدوره وإلا كان القرار معيبا . فالتجمهر مثلا الذي يجمع اشخاصا في الطريق العام ، والاسراع في قيادة السيارة كلها اوصاف وحالات متعلقة باشخاص معينين تكون شروط موضوعية تتوقف عليها سلامة التدبير .

٣- يشترط لصحة الأمر ألضبطي الفردي إن يكون متناسبا ولازما لوقاية النظام العام ويتطلب هذا الشرط إن يكون القرار ألضبطي متناسبا مع درجة جسامة أوجه الإخلال بالنظام العام وبناء على ذلك إذا لم يكن التدبير ألضبطي

---

(١) د فيصل كامل إسماعيل – سلطات الضبط الإداري اثناء حالة الطوارئ – اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية – عام ٢٠٠٦ –ص ٢٤٧-٢٤٩ .

(٢) لمياء احمد إبراهيم الفقيه – الضبط الإداري والرقابة القضائية على اجراءاته – رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية – القاهرة – عام ٢٠٠٢ – ص ١٣٨.

لازما لحفظ النظام أو لم يكن متناسبا مع جسامة الاضطراب الذي وقع للنظام العام ، ففي هذه الحالة يكون القرار ألضبطي غير مشروع ويحق للإفراد الطعن فيه إمام القضاء [١] .

٤- يجب إن يكون القرار الفردي متفقا مع القواعد التشريعية القائمة بمعنى إن يكون في الحدود التي يرسمها القانون أو الانظمة نصا أو روحا وإذا صدر مخالفا لذلك كان غير مشروع وهذا الشرط منطقي لاتفاقه والقواعد العامة التي تقضي بعدم مخالفة القاعدة الأدنى للقاعدة الاعلى منها في السلم القانوني ومن المسلم به إن التدابير الفردية تعتبر في ادنى السلم التشريعي تسبقها الانظمة والقانون والدستور وعلى ذلك إذا صدر الأمر الفردي على خلاف هذه القواعد القانونية الاعلى منه في المرتبة فانه يكون غير مشروع [٢] ويثور تساؤل هام في هذا الموضوع حول جواز قيام الادارة باصدار قرارات فردية لاتستند إلى قانون أو قرارات تنظيمية ؟ إن الالتزام بتطبيق مبدأ المشروعية المادية يؤدي إلى إن تكون الاجابة عن هذا التساؤل حتما بالنفي وهو مايعني إن الاوامر أو النواهي الفردية التي تصدرها هيئات الضبط الإداري يجب إن تستند إلى نص تنظيمي عام سواء اكان نصا تشريعيا أم نصا لائحيا . [٣] ويرى الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب { عدم جواز ذلك كاصل عام أو كقاعدة عامة . ذلك لان الأصل إن القرات الفردية يجب إن تصدر بالتطبيق لقاعدة عامة مجردة ، سواء أوردت هذه القاعدة العامة في القانون أم اللائحة التنظيمية . وهذا الأصل العام ينطبق سواء في مجال الضبط الإداري أم في إي مجال اخر من مجالات القانون الإداري والحكمة من ذلك هي ضمان تحقيق مبدأ المساواة ووحدة المعاملة من جانب الإدارة ازاء الإفراد والمواطنين }[٤] وامام اعتبارات عملية عدة منها إن القانون وكذلك القرارت التنظيمية لايمكن إن تتنبأ بكل شي وان تواجه احكامها كل تفصيل دقيق من تفاصيل الحياة الواقعية ، كما إن هناك حالات خاصة لاتبرر إصدار قرارات تنظيمية بشانها لأنها نادرة الحدوث في الحياة العملية ولكون النظام العام قد يتعرض في اية لحظة لاختلال لايكون المشرع أو النظام قد توقعه ولذا لو التزمت سلطة الضبط بان تكون قراراتها الفردية مستندة دائما إلى القواعد التشريعية لكان معنى ذلك ترك هذه السلطة مجردة من فاعليتها لكل هذه الاعتبارات يقبل القضاء الإداري استثناءا على تلك القاعدة العامة إصدار تدابير فردية لاتستند إلى نص تشريعي أو لائحي بشرط إن لايكون المشرع قد استلزم صدور لائحة قبل إصدار القرات الفردية وان يكون رائد تلك القرارت الفردية تحقيق احد إغراض الضبط الاداري العام كما يلزم إن تكون الظروف الواقعية على قدر هـــام من الشدة والجســامة بحيث تتطلب سرعة تحرك الإدارة باصدار قرارات الضبط الاداري الفـردية مباشرة [٥] .

---

(١) د منيب محمد ربيع ـــ مصدر سابق – ص ١٠٦ .

(٢) انظر د محمد محمد مصطفى الوكيل– مصدر سابق – ص ١٠١ .

(٣) للتفصيل انظر د عادل السعيد محمد أبو الخير – البوليس الإداري – مصدر سابق- ص ٢٤٠ .

(٤)انظر مؤلفه مبادى وإحكام القانون الإداري – مصدر سابق – ص ٢٤٢ .

(٥) انظر د عبد الغني بسيوني – القانون الإداري- طبع الدار الجامعية بيروت – من دون ذكر سنة الطبع – ص ١٧٥

المبحث الثالث

التنفيذ المباشر (التنفيذ الجبري)

يعتبر هذا الاسلوب من أشد اساليب الضبط الإداري واكثرها عنفا ومن ثم فهو ألاكثر تهديدا لحريات الإفراد واعتداء على حقوقهم وذلك بما يتضمنه من اساليب القهر والقوة ، وفي هذه الوسيلة من وسائل الضبط الإداري لاتقوم الإدارة بعمل قانوني بل تقوم بعمل مادي يتمثل في استخدام القوة الجبرية لاجبار الإفراد على الامتثال للانظمة وقرارت الضبط الإداري الفردية من اجل حماية النظام العام وجدير بالذكر إن التنفيذ الجبري لإجراءات الضبط الإداري يعتبر تطبيقا خاصا للنظرية العامة للتنفيذ المباشر للقرارات الإدارية وتعد هذه الوسيلة استثناء من الأصل العام الذي يقتضي الالتجاء إلى القضاء للتصريح باستعمال القوة المادية ويرتهن اللجوءاليها بترخيص من القانون أو حالة الضرورة ومما لاشك فيه إن مجال الضبط الإداري الذي يهدف إلى حماية النظام العام في المجتمع وعلى قمته حماية الأمن العام للمجتمع يبدو فيه ابرز مايكون احتياج الإدارة العامة لاستخدام امتياز التنفيذ الجبري المباشر لان حماية النظام العام أمر يغلب فيه طابع الضرورة لسرعة مواجهة الإخلال والتهديد وسوف نتناول هذا الاسلوب من خلال المطلبيين الآتيين :-

المطلب الأول :- تعريف التنفيذ المباشر (التنفيذ الجبري) ومبرراته

المطلب الثاني :- حالات التنفيذ المباشر وشروطه

المطلب الأول

تعريف التنفيذ المباشر (التنفيذ الجبري) [١] ومبرراته

يعرف التنفيذ المباشر الجبري بأنه { حق الإدارة في تنفيذ اوامرها على الإفراد بالقوة الجبرية إذا رفضوا تنفيذها اختيارا دون حاجة إلى إذن مسبق من القضاء } [٢] ويعد حق التنفيذ المباشر من أهم الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة عند الاقتضاء لمنع الإخلال بالنظام العام بعناصره المعروفة أو لاعادة النظام إلى ماكان عليه دون إذن مسبق من القضاء وبمقتضى هذا الحق تستطيع الإدارة في حالة امتناع الإفراد عن تنفيذ قراراتها اختيارا إن تحصل على ما لها من حقوق قبلهم مباشرة بالقوة إذا لزم الأمر فالاصل إن تلجا الإدارة كالافراد إلى القضاء لتحصل على حقوقها ، لكن إجراءات التقاضي قد تستغرق مدة من الزمن ، والإدارة تحتاج إلى سرعة في تنفيذ قراراتها من اجل المصلحة العامة ، لذلك اعطاها القانون الحق في التنفيذ الجبري في احوال معينة تحقيقا للصالح العام وبذلك يكون التنفيذ الجبري اسلوب استثنائي للإدارة لانه يحرم الإفراد من ضمانات تدخل القضاء ويسمح لهيئات الضبط الإداري إن تتخذ إجراءات تتصف بالشدة في كثير من الأحيان وبالرغم من هذه المخاطر تبرره اعتبارات عملية في مجالات التصرف الإداري بصفة عامة إلا انه يبدو أكثر ضرورة في مجال الضبط الإداري الذي يهدف إلى المحافظة على النظام العام من خلال اتخاذ إجراءات مادية سريعة لاتحتمل التاخير ويتهدد جدواها وفاعليتها إذا اخضعت لاذن قضائي مسبق مثل منع أو وقف مظاهرة تحمل هذا التهديد ، ولايعني حق التنفيذ المباشر إن للإدارة إن تحصل على ما ليس لها غصبا أو إن تعتدي على الأشخاص أو الاموال عنوة أو إن تنتهك حرمة القانون تعسفا بلا رادع أو جزاء إذ أنّ للإفراد حق إيقاف الإدارة عند حدها باللجوء إلى القضاء لرد إي اعتداء يقع عليهم من جانبها .

---

(١) يرى البعض إن مصطلح التنفيذ المباشر ومصطلح التنفيذ الجبري مترادفان فيمكن استخدامهما بمعنى واحد بينما ذهب راي اخر إلى وجود اختلاف بين كل منهما حيث يعني اصطلاح التنفيذ المباشر سلطة الإدارة في تنفيذ قراراتها مباشرة في مواجهة الإفراد دون حاجة للجوء للقضاء بينما اصطلاح التنفيذ الجبري يعني سلطة الإدارة في تنفيذ قراراتها جبرا على الإفراد باستخدام القوة المادية في حالة امتناع الإفراد عن تنفيذ قرارات الإدارة اختيارا. إي إن التنفيذ المباشر يكون لكل القرارات ا لادارية إما التنفيذ الجبري فلا يلجا إليه إلا في القرارات التي يمتنع عن تنفيذها اختيارا والباحث من المؤيدين للراي الأول الذي لايفرق بين الاصطلاحين ويرى انهما مترادفان بالنظر إلى النتيجة النهائية لكليهما ،للتفصيل بخصوص هذه الاراء انظر د عيسى تركي خلف الجبوري – مصدر سابق – ص ٢١٨ .

(٢) د سليمان محمد الطماوي- النظرية العامة للقرارات الادارية – مصدر سابق – ص ٦٣٦ .

المطلب الثاني

حالات التنفيذ المباشر الجبري وشروطه

سبق وأنْ اشرنا إلى إن القاعدة العامة تتمثل في لجوء الإدارة إلى القضاء للحصول على حكم بحقوقها إذا مارفض الإفراد الخضوع لاوامرها . والتنفيذ الجبري إجراء استثنائي على هذه القاعدة العامة ، فلايجوز لهيئة الضبط إن تلجا إليه إلا في حالات معينة ، ولكونه يتضمن مساسا بحريات الإفراد كان لابد من وضع قيود وشروط لامكانية استخدام الإدارة لهذا الامتياز لذا سوف نبين حالاته ومن ثم نوضح شروطه.

الفـرع الأول :- حالات التنفيذ المباشر

إنَّ اللجوء إلى هذه الوسيلة يكون في حالات استثنائية تتمثل في التالي :-

الحالة الأولى :- حالة وجود نص صريح في القوانين والقرارات التنظيمية يعطي للإدارة الحق في استخدام هذه الوسيلة في هذه الحالة تستمد الإدارة حقها في التفيذ الجبري من نص القانون أو النظام مباشرة فتقوم بتنفيذ قراراتها جبرا على الإفراد ولو أدى الأمر إلى استعمال القوة المادية . ويلاحظ إن هناك الكثير من النصوص القانونية التي خولت هيئات الضبط الإداري تنفيذ قراراتها ولو جبرا على الإفراد وذلك بهدف المحافظة على النظام العام ومن امثلتها في التشريع العراقي المادة (٩٦/ اولا) من قانون الصحة العامة رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١ والتي نصت على الاتي {عند مخالفة احكام هذا القانون والانظمة والتعليمات الصادرة بموجبه لوزير الصحة او من يخوله غلق أي من المحلات الخاضعة للاجازة او الرقابة الصحية } [١] ومن امثلة ذلك ايضا نص البند ثانيا من المادة ١١ من التعليمات الصادرة عن وزارة الزراعة العراقية برقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ والتي اعطت للادارة حق اتلاف الارساليات النباتية المرفوض ادخالها للعراق [٢] ، كما ان التشريعات المصرية قد تضمنت الكثير من النصوص التي منحت الإدارة حق التنفيذ الجبري المباشر لقراراتها مثل الحالات المنصوص عليها في قانون المحال العامة رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦فطبقا للمادة ٣٠ منه يغلق الملهى إداريا في حالة وقوع افعال مخالفة للاداب أو النظام العام أكثر من مرة كما إن قانون الاجتماعات العامة المصري ينص على حق سلطة الضبط في فض الاجتماع إذا ماحدث فيه شجار أو تحول إلى مظهر من مظاهر الإخلال بالنظام العام [٣] وكذلك تمنح المادة

---

(١) نشر هذا القانون بجريدة الوقائع العراقية بالعدد ٢٨٤٥ في ١٩٨١/٨/١٧

(٢) نشرت هذه التعليمات في جريدة الوقائع العراقية العدد ٤٠٢٠ في ٢٠٠٦/٣/٢٩ .

(٣) د محمد احمد فتح الباب - سلطات الضبط الإداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة –دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس – عام ١٩٩٣ – ص ٥٧.

التاسعة من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ وزارة الاشغال العمومية سلطة قطع الاشجار المزروعة إذا ترتب عليها أي ضرر في حالة امتناع ملاكها عن إزالتها في الموعد الذي تحدده الوزارة [١] .

الحالة الثانية : وجود قانون او لائحة لم ينص كل منهما على جزاء معين يطبق على من يخالف احكامه إنّ غالبية الفقه الفرنسي مؤيدا من قبل القضاء هناك يرى بان هذه الحالة تدخل ضمن نطاق حالات التنفيذ الجبري المباشر فعند امتناع الافراد عن تنفيذ قانون او لائحة لم ينص فيهما على جزاء لمن يخالفها فلا يوجد مفر امام سلطات الضبط الاداري من استخدام حق التنفيذ المباشر لتكفل احترام النصوص القانونية والا تعطل تنفيذ القانون والادارة هي المكلفة بتنفيذه [٢] .

ومن الجدير بالذكر أنّ الفقه والقضاء سواء في مصر أو العراق يرى بان هذه الحالة لاتدخل ضمن حالات التنفيذ الجبري المباشر مستندين في ذلك إلى اعتياد المشرع على ادراج نص جنائي عام يتضمن جزاءا لكل من يخالف إحكام القوانين والقرارات الإدارية الصادرة من الجهات المختصة [٣] .

الحالة الثالثة : حالة الضرورة وبمقتضاها لهيئات الضبط الإداري استخدام حق التنفيذ الجبري إذا كان هناك تهديد للنظام العام في احد عناصره ويتعذر تداركه بالطرق العادية الأمر الذي يبيح للإدارة التدخل لاتخاذ كل إجراء تتبين ضرورته لدفع الخطر ولو كان القانون يحرمه في الاوقات العادية . [٤]

فللإدارة في حالة الضرورة ودون حاجة لانتظار حكم من القضاء إن تلجا إلى استعمال القوة المادية لدفع الخطر ولو لم يوجد في القانون نص صريح يبيح هذه الوسيلة، بل لو كان القانون يمنعها صراحة أو ضمنا

---

(١) د سليمان محمد الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية – مصدر سابق – ص٦٣٧ .

(2) **RIVERO,op. cit.ed.1973, p189**

أشار إليه د منيب محمد ربيع – مصدر سابق – ص ١١١

(٣) تنص المادة ٣٩٥ من قانون العقوبات المصري على [أنّ من خالف احكام اللوائح العامة او المحلية الصادرة من جهات الادارة العمومية اوالبلدية او المحلية يجازى بالعقوبات المقررة في تلك اللوائح بشرط ان لاتزيد على العقوبات المقررة للمخالفات فان كانت العقوبات المقررة في تلك اللوائح زائدة عن هذه الحدود وجب حتما انزالها اليها، فاذا كانت اللائحة لاتنص على عقوبة ما يجازى من يخالف احكامها بدفع غرامة لاتزيد عن خمسة وعشرين جنيها] كما ان المادة ٢٤٠ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ تنص على ان (يعاقب بالحبس مدة لاتزيد عن ستة اشهر او بغرامة لا تزيد عن مئة دينار لكل من يخالف الاوامر الصادرة من موظف او مكلف بخدمة عامة او من مجالس البلدية او هيئة رسمية او شبه رسمية ضمن سلطاتهم القانونية او لم يمتثل اوامر اية جهة من الجهات المذكورة الصادرة ضمن تلك السلطات وذلك دون الاخلال بأية عقوبة اشد ينص عليها القانون) .

(٤) عامر أحمد المختار – مصدر سابق – ص ٩٢ وما بعدها .

. فعند قيام حالة واقعية أو قانونية معينة تدعو إلى التدخل للإدارة إن تتحلل من المدلول اللفظي للقانون وتخالفه مادامت تبتغي الصالح العام متى ما كانت المخالفة للقانون هي الوسيلة الوحيدة لتحقيق ذلك وتبقى الإدارة خاضعة لرقابة القضاء الاداري للوقوف على مشروعية قرار التفيذ الجبري لا من حيث مطابقة التصرف أو عدم مطابقته للقانون وإنما من حيث التحقق من توافر ضوابط تتحقق بمقتضاها حالة الضرورة .

ونظرا لاهمية الضرورة ولما يترتب عليها من اثار خطيرة فقد وضع الفقه شروطا لها وطبقها القضاء وتتمثل بالتالي [1] .

الشرط الأول :- وجود خطر جسيم يهدد النظام العام ، ويجب أنْ يكون مفاجئا لاتتوقعه هيئات الضبط ، ويتطلب من الإدارة سرعة التدخل لتلافيه .

الشرط الثاني :- أنْ يتعذر دفع هذا الخطر بالطرق القانونية العادية ، بحيث يكون التنفيذ المباشر هو الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر .

الشرط الثالث :- أنْ يكون رائد الإدارة في تدخلها تحقيق المصلحة العامة وحدها والتي تتمثل في المحافظة على النظام العام والا كان عملها مشوبا بعيب الانحراف وجديرا بالإلغاء

الشرط الرابع :- يجب إن لاتضحي الإدارة بمصلحة الإفراد في سبيل تحقيق المصلحة العامة الابمقدار ماتتطلبه حالة الضرورة

---

(١) للتفصيل بشان هذه الشروط انظر د فيصل كامل إسماعيل – مصدر سابق – ص ٣٧٦ .

الفرع الثاني / شروط التنفيذ المباشر الجبري

نظر لما في التنفيذ الجبري لقرارات الضبط الإداري من قهر للإفراد واعتداء على حقوقهم وحرياتهم العامة ، وخروج عن القاعدة العامة التي تقضي بعدم اللجوء إلى القوة لاقتضاء الحقوق ، فان الفقه والقضاء اشترطا ضرورة توافر عدة شروط حتى يكون التنفيذ الجبري مشروعا ، ويمكن اجمال هذه الشروط بما يلي [١] -:

١-أنْ تكون قرارات الإدارة المراد تنفيذها جبرا قرارات مشروعة في ذاتها فالتنفيذ الجبري لايكون إلا لقرار مشروع إي يكون تطبيقا لنص تشريعي أو لائحي وان يستهدف احد إغراض الضبط الإداري فان لم يكن كذلك أصبح تنفيذه من إعمال الغصب أو العدوان على الحريات أوالحقوق.

٢-أنْ تكون هناك مقاومة أو امتناع عن تنفيذ قرارات الضبط الإداري وهنا يجب على الإدارة إن توجه إلى صاحب الشان امرا بالتنفيذ وتترك له مهلة معقولة بانقضاءها تنتقل إلى استخدام القوة من خلال التنفيذ الجبري.

٣-أنْ لاتعتدي الإدارة على الإفراد أو ممتلكاتهم وإنما تقتصر على ماهو ضروري لتفادي الخطر الوشيك والناجم عن عدم تنفيذ قرار الضبط [٢] دون زيادة أو تعسف من جانبها ، فمثلا تنفيذ القرار بنزع ملكية عقار للمنفعة العامة يجيز طرد شاغلي العقار واخلائه مما فيه من منقولات ولكن لايجيز للإدارة الإضرار بهذه المنقولات واتلافها خاصة وان إجراءات التنفيذ الجبري إنما تهدف إلى تحقيق احترام القرارات الإدارية التي رفض الإفراد تنفيذها ويراقب القضاء الإداري توافر شروط مشروعية التنفيذ الجبري وبانتفاء إي منها يقرر عدم مشروعية التنفيذ الجبري ويحكم بالتعويض إن كان له مقتضى[٣] .

---

(١) د ماجد راغب الحلو - القانون الاداري – مصدر سابق – ص ٦١٩ .

(2) CASTAGNE(j) : op .cit, pp.45-46 اشار إليه د عيسى تركي خلف - مصدر سابق – ص ٢٤٣

(٣) إن قرار التنفيذ الجبري قد يصل إلى درجة كبيرة من عدم المشروعية تجعله ينحدر إلى مرتبة الاعتداء المادي أو مستوى الغصب والعدوان ومن ثم لاعتبر قرارا إداريا ولايختص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة به وينعقد الاختصاص في ذلك للقضاء العادي الذي يمكن امامه إثبات حالة الاعتداء المادي أو فعل الغصب وبالتالي يحكم بايقافها والتعويض عنها .

المبحث الرابع

الجزاء الإداري

تمثل الجزاءات الادارية نوعا جديدا من الجزاءات التي توقعها الإدارة على اشخاص لايرتبطون معها باي علاقة او رابطة مباشرة مما ادى الى صعوبة تقبلها في بادى الامر، خاصة وإن مبرر قبول الجزاء التاديبي وقبول الجزاء التعاقدي يكمن في العلاقة الوظيفية والعلاقة التعاقدية التي تربط مابين الإدارة ومن يتم ايقاع الجزاء عليه ولغرض دراسة الجزاء الإداري سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب وكما يلي :-

المطلب الاول :- ماهية الجزاء الإداري وطبيعته وخصائصه

المطلب الثاني:- تمييز الجزاء الإداري عن غيره من الجزاءات الأخرى

المطلب الثالث :- صور الجزاء الإداري

المطلب الاول

تعريف الجزاء الإداري وطبيعته وخصائصه

أولا / ماهية الجزاء الإداري

على الرغم من إنكار جانب من الفقه لاعتبار الجزاءات الإدارية الوقائية وسيلة من وسائل الضبط الاداري العام استنادا إلى كونها وحسب وجهة نظرهم ذات طبيعة عقابية تهدف إلى معاقبة كل من يرتكب مخالفة بالفعل [١] إلا اننا نؤيد الرأي الفقهي الذي يعتبرها وسيلة من وسائل الضبط الإداري تتخذه هيئات الضبط الإداري بهدف صيانة النظام العام والمحافظة عليه ، فهو اجراء وقائي تهدف الادارة به اتقاء خطر الاخلال بالنظام العام بعدم اتاحة الفرصة لمصدر التهديد من التمكن من احداث الضرر [٢] .

---

(١) على سبيل المثال نجد د نواف سالم كنعان وفي مجال تعداده لوسائل الضبط الإداري يذكر القرارات الضبطية التنظيمية والأوامر الضبطية الفردية والتنفيذ الجبري المباشر ولايتطرق إلى الجزاء الإداري انظر مؤلفه القانون الإداري – مصدر سابق – ص ٢٩١ وكذلك فعل د محمد جمال الذنيبات – انظر مؤلفه الوجيز في القانون الإداري – مصدر سابق – ص ١٧٥ وهو ذات النهج الذي سار عليه د ماجد راغب الحلو – انظر مؤلفه القانون الإداري – مصدر سابق – ص ٤٨٤ .

(٢) انظر د صلاح يوسف عبد العليم – - -مصدر سابق ص ٣٠ .

ثانيا / طبيعة الجزاء الإداري

الجزاء الإداري له طبيعة خاصة فهو تدبير وقائي يراد به اتقاء اخلال بالنظام العام ظهرت بوادره وخيفت عواقبه يراد منه حماية النظام العام في احد جوانبه من خلال عدم تمكين مصدر الخطر من احداث الضرر فهو جزاء مؤقت لانهائي يهدف الى الضغط على ارادة الشخص الذي يوقع عليه لازالة عوامل التهديد بالاخلال بالنظام العام [١] ويطلق عليه جزاء لأنه يمس الحرية و غالبا مايمس المصالح الادبية والمادية للشخص المخالف. وقد يكون الجزاء الإداري ألضبطي ماليا كالمصادرة وقد يكون مقيدا للحرية كالاعتقال وقد يكون مهنيا كسحب الترخيص مؤقتا . وسلطات هيئات الضبط الإداري ليست مطلقة في اتخاذ تلك الجزاءات الإدارية وإنما تصاغ بموجب النصوص التشريعية أو القرارات التنظيمية ولكن تستقل الإدارة بتوقيعها وتخضع لرقابة القضاء الغاءا وتعويضا في حال مخالفتها لمبدأ المشروعية [٢] وتطبيقا لذلك قضت محكمة القضاء الاداري في العراق {الزام المدعى عليه وزير الداخلية اضافة لوظيفته بدفع تعويض مالي للمدعي نتيجة لعدم مشروعية قراره بحجز المدعي اداريا في شرطة التسفيرات معلقا امر رفع الحجز عنه على تنازله عن حقوقه الثابتة بالاضبارة التنفيذية[٣].

ثالثا / خصائص الجزاء الإداري [٤]

يتميز الجزاء الإداري بخصائص هي كالاتي :-

١- الجزاء الإداري إجراء ضبطي هدفه المحافظة على النظام العام فهو لاينطوي على معنى العقاب وإنما ردع الشخص الذي اخل بالنظام العام واجباره على احترام القانون
٢- الجزاء الإداري تدبير مؤقت وليس نهائي ، ولذلك يجوز للإدارة الرجوع فيه إذا اظهر الشخص استعداده للمحافظة على النظام العام وازال الأسباب التي ادت إلى الإخلال به
٣- إن هيئة الضبط الإداري تستقل بنفسها بتوقيع الجزاء الإداري من دون تدخل من جانب القضاء بشرط إن يكون لتلك الجزاءات سند من القانون .
٤- الجزاء الإداري يجمع بين خصائص التدبير والتنفيذ في إن واحد ولذلك فهو من اخطر اساليب الضبط الإداري واشدها وطاة على الحريات .

---

(١) انظر د محمد منيب ربيع- – مصدر سابق – ص ١١٣-١١٤ .

(٢) د سعاد الشرقاوي – القانون الإداري - طبع دار النهضة العربية – عام ٢٠٠٩ – ص ١٦٤ .

(٣) حكم المحكمة في الدعوى ٣٨/ قضاء اداري / ٢٠٠٦ للتفصيل انظر صباح صادق جعفر – مصدر سابق – ص ٤٤٢٤-٤٢٦ .

(٤) انظر احمد عبد العزيز الشيباني –– مصدر سابق- ص ٩٣- ٩٤ .

المطلب الثاني

تمييز الجزاء الإداري عن غيره من الجزاءات الأخرى

إن الجزاء الإداري كتدبير وقائي مؤقت يراد به الزام الإفراد بمراعاة قواعد المحافظة على النظام العام وعدم تهديده أو الإخلال به قد يختلط بغيره من الجزاءات الأخرى لذا نجد من الضروري إن نبين الحدود الفاصلة بينهم .

أولا / الجزاءات الإدارية والجزاءات التاديبية

يتفق الجزاء الإداري مع الجزاء التاديبي في إن الإدارة توقعهما ولكن يختلف الجزاء التاديبي عن الجزاء الإداري في وجوه عدة:-

١- الجزاء الإداري توقعه هيئات الضبط الإداري ، إما الجزاء التاديبي يوقعه الرئيس الإداري أو المحكمة التاديبية على الموظفين أو العاملين بالدولة وهو جزاء عن الإخلال بواجبات الوظيفة .

٢- الجزاء الإداري ذو طابع وقائي إما الجزاء التاديبي فذو طابع عقابي ، ومن ثم فان الجزاءات التاديبية لاتعد من اساليب الضبط الاداري خاصة وانها لاتستهدف حماية النظام العام على الرغم من ان هناك جانب من الفقه يوسع من مدلول الضبط الاداري ويدرج العقوبة التاديبية ضمن الجزاءات الادارية المعتبرة من اساليب الضبط وذلك لانه يوسع من مدلول النظام العام فيجعله شاملا للمحافظة على النظام الداخلي للمرفق العام [١] .

ثانيا / الجزاءات الإدارية والجزاءات المدنية [٢]

تختلف الجزاءات الإدارية عن الجزاءات المدنية فيما يلي :-

١- الجزاءات الإدارية توقعها هيئات الضبط الإداري في حين إن الجزاءات المدنية توقعها المحاكم المدنية .

٢- الجزات الإدارية تتمثل في فرض قيد شديد على الحرية الشخصية وحرية مزاولة المهنة أو في مصادرة المال إما الجزاءات المدنية فلا تتعدى ابطال الالتزام أو انقاصه أو الحكم بالتعويض لمخالفة شروط التعاقد لقاعدة إمرة من قواعد النظام.

٣- الغرض من توقيع الجزاءات الإدارية:- إن الغرض من توقيع الجزاء الإداري هو وقاية النظام العام بصوره المختلفه إما الغرض من الجزاءات المدنية فيتمثل في منع مخالفة القواعد الإمرة في القانون المدني

---

(١) للتفصيل انظر د سعد ماضي علي السيد – مصدر سابق – ص ١٤٣ .

(٢) للتفصيل انظر د صلاح يوسف عبد العليم –– مصدر سابق – ص ٣٠٣ وكذلك انظر د محمود عاطف البنا – مصدر سابق – ص ٣٩٧ .

ثالثا /الجزاءات الإدارية والتدابير الاحترازية [١]

تختلف الجزاءات الإدارية عن التدابير الاحترازية اذ ان غاية الجزاءات الإدارية هي المحافظة على النظام العام في المجتمع ولايتم ايقاعها بمناسبة وقوع جريمة منصوص عليها في قانون العقوبات .

إما التدابير الاحترازية فهي الإجراءات التي يواجه بها المجتمع خطورة اجرامية في شخص مرتكب الجريمة بقصد الوقاية من خطورة اجرامه المحتمل ولذلك تسمى بالتدابير الامنية

ولاشك إن مدلول الأمن العام أضيق من النظام العام ، إلا إن الجزاءات الإدارية والتدابير الاحترازية يتفقان في إن كلا منهما تدبير ذو طابع وقائي .

رابعا / الجزاءات الإدارية والعقوبات الجنائية [٢]

تيتفق الجزاء الإداري والعقوبات الجنائية في إن كل منها عبارة عن عقوبة منصوص عليها في القانون لمن يخالف القاعدة القانونية ، الاانهما يختلفان عن بعضهما فيما يلي :

١- الجزاء الإداري جزاء وقائي الغرض منه وقاية النظام العام وازالة أسباب الإخلال به إما الجزاء الجنائي فهو إنزال العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات لردع الجاني .
٢- الجزاء الإداري توقعه هيئات الضبط الإداري إما العقوبات الجنائية فتوقعها المحاكم المختصة .
٣- الحكم الجنائي له قوة االشي المقضي به إما الجزاء الإداري فيجوز للإدارة الرجوع فيه وذلك بسحب قرارها إذا ماتبين لها إن أسباب الإخلال بالأمن زالت .

---

(١) للتفصيل انظر د.محمد شريف اسماعيل –مصدر سابق –ص١٠٠ .

(٢) للتفصيل انظر في هذا المعنى د على محمد بدير واخرون – مصدر سابق – ص ٥٠٥ .

المطلب الثالث

صور الجزاء الإداري

تتخذ الجزاءات الإدارية صورا متعددة في التطبيق العملي ، فقد تكون مقيدة للحرية الشخصية كالاعتقال الإداري وقد تكون مالية ، كالمصادرة ، وقد تكون مهنية كسحب ترخيص مزاولة مهنة معينة وسنتناول هذه الصور فيما يلي :-

أولا / الاعتقال الإداري

ويقصد به تقييد الحرية الشخصية بمقتضى قرار من السلطة الإدارية المختصة بقصد وقاية الامن والنظام العام من الخطورة النابعة من الشخص المعتقل ، وذلك وفقا لاحكام القانون [١] وبالتالي يعُدّ الاعتقال الإداري من أهم تطبيقات الجزاءات الإدارية الوقائية واما طبيعته القانونية فهي تتمثل في كونه إجراء وقائي يصدر ضد شخص لم يرتكب جريمة محددة، وتامر به سلطات الضبط الإداري ، ويمثل اشد أنواع الجزاءات الإدارية مساسا بالحرية حيث يتم سلب الحرية الشخصية للشخص المعني بصورة مؤقتة دون صدور أمر قضائي من السلطة القضائية المختصة وبذلك يعد اسلوبا استثنائيا لا تلجا إليه سلطات الضبط الإداري إلا في الحالة التي تشكل خطرا شديدا على النظام العام [٢] . وتتمثل الفلسفة المبررة للاعتقال الاداري في اتخاذ مايلزم من إجراءات لمواجهة حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية التي يتعذر تداركها بالوسائل القانونية العادية ، ففي فرنسا اخذ بنظام الاعتقال الإداري في الظروف الاستثنائية التي مرت بها البلاد خلال مرحلة الحرب العالمية الأولى و خلال فترة النزاع حول الجزائر كما إن موضوع الاعتقال الإداري قد نظمه المشرع في مصر والعراق بقوانين عديدة ومن أمثلتها في مصر القانون المرقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ والذي منع السلطات من القيام بالاعتقالات الإدارية إلا إذا كانت حالة الطوارئ معلنة بقرار من رئيس الجمهورية إلا إن هذا الوضع قد تغير بمقتضى القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٤ بشان بعض التدابير الخاصة بامن الدولة حيث اجازت المادة الأولى منه الاعتقال الإداري وحددت الأشخاص الذين يجوز اعتقالهم وقد تم تعديله بالقوانين رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٥ ورقم ٣٩ لسنة ١٩٦٦ ورقم ٥٩ لسنة ١٩٦٨وبمقتضى القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ منعت الإدارة مجددا من استخدام الاعتقال الإداري

---

(١) صبري محمد السنوسي – الاعتقال الإداري بين الحرية الشخصية ومقتضيات التظام العام – رسالة دكتوراه – مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة – عام ١٩٩٥ – ص ٧ .

(٢) د نبيل عبد المنعم جاد – ضمانات الحرية الشخصية في ظل قانون الطوارئ خلال مرحلتي التحقيق والمحاكمة – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا باكاديمية الشرطة _عام ١٩٨٨ – ص٢٢٠ .

إلا إذا كانت حالة الطوارئ معلنة وفقا للقانون ، وفي العراق فان حالة الطوارئ كان ينظمها قانون الإدارة العرفية الصادر عام ١٩٣٥ والذي ظل ساري المفعول لحين صدور قانون السلامة الوطنية رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ومن القوانين الحديثة نسبيا أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم ١ لسنة ٢٠٠٤ [١] والذي أجاز لرئيس الوزراء اعلان حالة الطوارئ في اية منطقة بالعراق ويترتب على اعلان حالة الطوارئ اتساع سلطات الإدارة بشكل كبير فتتمتع بسلطات استثنائية خطيرة تمكنها من اتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة تلك الظروف ويكون لها اتخاذ القرارات التي تحد من حرية بعض الإفراد ومن هذه القرارات قرار الاعتقال الإداري . خاصة وان الاعتقال الاداري يندرج تحت لواء الاعمال المتعلقة بسلامة الدولة وامنها الداخلي وبالتالي فأن هيئة الشرطة تختص في مباشرت الاعتقال الاداري باعتبارها المسؤولة عن استقرار الامن والنظام العام في المجتمع مستندة في ذلك على مايصدره المشرع من قوانين بهذا الخصوص [٢]

وقد استقر القضاء الإداري على بسط رقابته على قرارات الاعتقال الإداري ومراقبة اسبابها للوقوف على مدى مشروعيتها فهي خاضعة لرقابة القضاء الغاءا وتعويضا شانها في ذلك شان القرارات الإدارية الأخرى فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر { بان القانون رقم ٥٣٣ لسنة ١٩٥٤حدد الحالات التي تقتضي اعلان الإحكام العرفية وانتقال معظم اختصاصات السلطة التنفيذية في ممارسة وظيفة الضبط الإداري إلى السلطة القائمة على إجراء الإحكام العرفية ومنح المشرع الهيئة القائمة على الإحكام العرفية سلطات استثنائية حيث يجوز للحاكم العسكري العام إن يتخذ التدابير المشددة ومنها الأمر بالقبض واعتقال ذوي الشبهة أو الخطرين على الأمن والنظام العام ووضعهم في مكان امن إلا إن سلطة الحكومة في هذا المجال ليست طليقة من كل قيد بل تخضع لاصول وضوابط ويجب إن يكون تصرف الحكومة لازما لمواجهة الموقف وان يكون رائدها ابتغاء مصلحة عامة وتخضع هذه التصرفات لرقابة القضاء على أساس توافر ضوابط المشروعية أو عدم مشروعيتها فإذا لم يكن رائد الحكومة الصالح العام وقع القرار باطلا} [٣] كما قضت ايضا { بإن قرار الاعتقال يرتب واقعا ماديا يتحصل من تقييد حرية المواطن فإذا ثبت عدم مشروعية القرار ترتب التزام على عاتق الدولة بالتعويض} [٤] .

---

(١) نشر هذا الامر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٣٩٨٧ في ايلول ٢٠٠٤ .

(٢) انظر في هذا الخصوص المادة الاولى من القانون رقم ١٧٦ لسنة ١٩٨٠ قانون واجبات رجل الشرطة في مكافحة العراقي المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٢٨٠٢ في ١٠ /١١/١٩٨٠.

(٣) حكم المحكمة في الطعن رقم ١٧٧٦ لسنة ٣٢ ق بجلسة ١٩٨٩/١٢/٢٣ اشار اليه د مسعد محمود جار الله – ضمانات الحرية في ظل قوانين الاحكام العرفية – طبع دار الهدى – صنعاء – عام ٢٠١٢ ص٩٦ .

(٤) حكم المحكمة بجلسة ٥/٥ /٢٠٠١ في الطعن رقم ٢٤٧٤ ق عليا أشار إليه د عيسى تركي خلف –– مصدر سابق – ص ٢٨٣ .

ثانيا / المصادرة الإدارية

المصادرة الإدارية إجراء استثنائي من إجراءات الضبط الإداري ويتمثل في قيام سلطات الضبط الإداري بنزع المال جبرا بغير مقابل . وتعد إحدى الجزاءات العينية حتى ولو انصبت على قدر معين من المال ، وقد ترد المصادرة على اشياء محرم استعمالها أو تداولها كالعملة المضبوطة في جرائم النقد . ومن صورها أيضا مصادرة المطبوعات والمنشورات التي تهدد النظام العام في الدولة ، ومصادرة المواد الغذائية الفاسدة المعروضة للبيع وغير الصالحة للاستخدام الادمي [١] .

ومن اشهر صور المصادرة الإدارية في فرنسا قيام سلطات الضبط الإداري بمصادرة المطبوعات و الصحف التي تتضمن وصف الجرائم والمثيرة للفتن والتي تنشر الفضائح [٢] وفي ظل الدستور الحالي تستند الإدارة في مصادراتها الادارية إما على نص المادة ١٦ من الدستور أو تطبيقا للمادة الثالثة من قانون الطوارئ الصادر في ٣ ابريل { نيسان} من عام ١٩٥٥حيث نصت هذه المادة على التدابير الاستثنائية التي يجوز لرئيس الجمهورية اتخاذها عند اعلان حالة الطوارئ ومن بين هذه التدابير فرض الرقابة على الصحف ولذلك نجد إن جانب من الفقه ذهب إلى القول بأنه يجوز للإدارة إن تتخذ سائر الإجراءات المقيدة لحرية الصحافة ومن بينها المصادرة [٣] ولايختلف مفهوم المصادرة الإدارية في مصر عنه في فرنسا ويتمثل في قيام الإدارة بمصادرة المال من دون الاستناد إلى حكم قضائي وتعددت صورها في مصر أيضا فشملت على سبيل المثال مصادرة الاغذية الفاسدة أو غير الصالحة للاستعمال البشري ، ومصادرة المطبوعات والمنشورات المتضمنة لبيانات من شانها تكدير الأمن العام أو تهديد الأخلاق وقد ايد القضاء المصري استخدام هيئات الضبط اسلوب المصادرة الإدارية ومن تطبيقاته في هذا الشأن لذلك ماقضت به محكمة جنوب القاهرة الابتدائية في ١٨ يونيو سنة ١٩٧٨ من إن الإجراءات التي اتخذتها هيئات الضبط بمصادرة جريدة الاهالي سليمة ومشروعة وذلك لما تتضمنه هذه

---

(١) انظر في هذا المعنى د عصام الدبس – مصدر سابق – ص ١٩٤.

(2) CE. Societ maggi Rec . 1924,p61

أشار إليه د محمد شريف إسماعيل - سلطات الضبط الاداري في الظروف الاستثنائية – مصدر سابق – ص ١٠٤

(٣) د جابر جاد نصار – حرية الصحافة دراسة مقارنة – في ظل القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦ – طبع دار النهضة العربية – عام ١٩٩٦ – ص ١٠٨ -١٠٩ .

الصحيفة من موضوعات تثير الرأي العام [١] وفي العراق فقد نظمت المصادرة الإدارية من خلال نصوص قانونية متعددة وهي ترد على الاشياء الممنوع استعمالها أو تداولها فقد نص البند أولا من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٢٥ لسنة ١٩٩٤ على { تصادر العملة الأجنبية التي يثبت التعامل بها خارج المكاتب وفروع المصارف التجارية المجازة بممارسة الصيرفة }[٢] .

كما إن المصادرة ترد على البضائع المهربة وهذا مانص عليه قانون الجمارك رقم ٢٣ لسنة ١٩٨٤ [٣] في المادة ١٩٤ / أولا / ج فقد نصت على { مصادرة البضائع موضوع جريمة التهريب أو الحكم بما يعادل قيمتها عند عدم حجزها ، ويجوز الحكم بمصادرة وسائط النقل والادوات والمواد التي استعملت في التهريب وذلك فيما عدا السفن والطائرات مالم تكن قد اعدت واستؤجرت لهذا الغرض أو الحكم بما يعادل قيمتها عند عدم حجزها } كما ترد المصادرة أيضا على المواد الغذائية الفاسدة حماية لصحة الجمهور وهذا مانص عليه القانون رقم ٥٤ لسنة ٢٠٠١ [٤] قانون التعديل الثامن لقانون الصحة العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١فقد نصت المادة ٥ / أولا / ب / على انه { يجوز للاجهزة الرقابية الصحية المخولة مصادرة المواد الغذائية ومستحضرات التجميل والمنظفات والمواد الداخلة في صنعها والممنوع تداولها في السوق المحلية أو التي دخلت إلى العراق بصورة غير اصولية } .ومن الجدير بالذكر بان قانون المطبوعات العراقي رقم ٢٠٦ لسنة ١٩٦٨ لم يمنح الإدارة سلطة ايقاع الحجز الإداري على المطبوعات الوطنية في الظروف العادية وإنما اكتفى بتقرير سلطة الإدارة في انذارمالك المطبعة عند مخالفتها لاحكام القانون ، في حين إن المشرع قد أجاز للإدارة مصادرة المطبوعات الصادرة خارج العراق إذا ماتضمنت احد الامور الممنوعة [٥] ، وقد قامت سلطة الائتلاف المؤقتة في العراق باصدار العديد من القرارات المتعلقة بالعمل الاعلامي ومنها أمر سلطة الائتلاف رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٣والذي

---

(١) تجدر الإشارة إلى إن الدستور المصري لسنة ١٩٧١ وبمقتضى المادة ٤٨ اكد على حرية الصحافة والطباعة والنشر وحظر الرقابة على الصحف ووقفها أو الغائها بالطريق الإداري إلا انه عاد وأجاز كل ذلك عند اعلان حالة الطوارئ أو في زمن الحرب وقد استحدث التعديل الدستوري الذي تم في عام ١٩٨٠ المادة ٢٠٨ والتي تنصص على { حرية الصحافة مكفولة والرقابة على الصحف محظورة وانذارها أو وقفها أو الغائها بالطريق الإداري محظور وذلك كله وفقا للدستور والقانون } وبذلك لم يرد في هذه المادة الاستثناء المقرر بمقتضى المادة ٤٨ مما ولد خلافا فقهيا حول مصير الاستثناء وانقسم الفقه إلى فريقين فمنهم من يرى إن الاستثناء ظل قائما ومنهم من يرى بان المادة ٢٠٨ قد نسخت الاستثناء الوارد في المادة ٤٨ للتفصيل انظر د عبد الرووف هاشم بسيوني ـــ مصدر سابق – ص ١٧٨ .

(٢) نشر هذا القرار في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٣٥٦٢في ٩/٥/ ١٩٩٤ .

(٣) نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٢٩٨٥ في ١٩٨٤/٣/١٩ .

(٤) نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٣٨٨٦ في ٢٠٠١/٧/٩ .

(٥) انظر نص المادة ٢٢ فقرة أ والمادة ٢٠ فقرة ب والمادة ١٩ من قانون المطبوعات العراقي رقم ٢٠٦لسنة ١٩٦٨ .

نصت الفقرة ٢ من القسم الثالث منه على انه { يجوز للمدير الإداري للسلطة الائتلافية المؤقتة إن ياذن باجراء عمليات تفتيش للاماكن التي تعمل فيها المنظمات الاعلامية العراقية دون إخطار بغية التاكد من امتثالها لهذا الامر ويجوز لها مصادرة اية مواد محظورة واية معدات انتاج محظورة ويجوز له اغلاق اية مباني تعمل فيها هذه المنظمات ولن يسمح بدفع إي تعويض عن إي مواد أو معدات مصادرة أو المباني المغلقة } [١] .

ثالثا / سحب التراخيص

ويمثل مجال سحب تراخيص قيادة المركبات وسحب تراخيص مزاولة مهنة معينة أو إغلاقها بسبب مخالفتها لشروط الترخيص ابرز تطبيقات سحب التراخيص كنوع من انواع الجزاء الإداري ، ففي فرنسا أجاز المشرع لسلطات الضبط الإداري سحب ترخيص القيادة ووقفه وقفا مؤقتا لكل من يخل بقواعد المرور ويعرض ارواح الناس وأموالهم للخطر كما أجاز المشرع سحب رخصة تسيير السيارة التي لاتتوافر فيها شروط الأمن والمتانة [٢] وفي مصر أجاز المشرع لسلطات الضبط الإداري سحب التراخيص كصورة من صور الجزاءات الإدارية ونظمها من خلال العديد من القوانين ومنها القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٣ والمعدل بالقانون رقم ١٥٥ لسنة ١٩٩٩ ولائحته التنفيذية رقم ٢٧٧٧ لسنة ٢٠٠٠ والذي أجاز لسلطة الضبط الإداري سحب تراخيص تسيير السيارة إذا ماخالف قائدها قواعد المرور أو ارتكب فعلا مخالفا للاداب العامة في السيارة ، والقانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ الخاص بتنظيم التوقيع الالكتروني والذي اجازت المادة ٢٦ منه لهيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات إيقاف الترخيص باصدار شهادات تصديق التوقيع الالكتروني ولها أيضا إن تلغي الترخيص إذا ماخالف المرخص له شروط الترخيص . وقد اكد القضاء الإداري المصري على حق الإدارة في سحب التراخيص كصورة من صور الجزاء الإداري في إحكام عديدة فقد قضت المحكمة الإدارية العليا { إن ابرز وسائل تقييد النشاط الفردي هو وجوب الترخيص بمزاولته وهذا الترخيص يختلف عما إذا كان استعمال المال استعمالا عاما واستعمال المال العام في غير الغرض الذي اعد له ، في الحالة الاخيرة يكون الترخيص للإفراد باستعمال جزء من المال العام من قبيل إعمال الإدارة وتتمتع الإدارة في منح هذا الترخيص بسلطة تقديرية واسعة ويكون لها إلغاء هذا الترخيص في إي وقت وفقا لما تراه محققا للصالح العام وذلك باعتبار إن هذا الترخيص عارض وموقوت بطبيعته وقابل للالغاء أو التعديل في إي وقت لدواعي المصلحة العامة كما إن هذا الترخيص شخصي

---

(١) نشر هذا الأمر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٣٩٧٨في ١٧ اب ٢٠٠٣ و قد تم الغائه من المشرع العراقي بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٠٩ .

(2) Poulet (nadine) et Leclerc 9gibat): la suspension Administrative du permis de conduir R.F.DA.,1993,p 142-143

ينتهي بوفاة المرخص له فلايجوز التنازل عنه الابموافقة السلطة المختصة كما لايسري الترخيص إلا بنوع النشاط المرخص به } [1] .

وفي العراق تبرز أمثلة كثيرة ومتعددة على سحب التراخيص كصورة من صور الجزاء الإداري فنجد تطبيقاته في الفقرة ١ من القسم ٢٢ من قانون المرور رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤ والتي تنص على ان { يعاقب بالحبس مدة لأتقل عن ثلاثة اشهر ولاتزيد على سنة واحدة أو بغرامة لأتقل عن ثلاثمائة الف دينار ولاتزيد على خمسمائة الف دينار أو بكلتا العقوبتين مع حجز المركبة مدة سنة كل من قاد مركبته تحت تاثير مسكر أو مخدر ويجوز سحب اجازة القيادة مدة لأتقل عن شهرين ولاتزيد على سنة واحدة }، ونجد تطبقاته في نص المادة ٢/٥ من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٤ الملغي والتي اجازت للمدير الإداري للسلطة الائتلافية المؤقتة سحب ترخيص اية منظمة اعلامية يرى أنها وفقا لتقديره هو قد خالفت هذا الأمر .

من خلال ماتقدم يتبين لنا وبدقة ان الجزاء الاداري اجراء ضبطي هدفه المحافظة على النظام العام تستقل هيئة الضبط الاداري بايقاعه من دون تدخل القضاء وبذلك يجمع بين خصائص التدبير والتنفيذ في وقت واحد الا انه تدبيرمؤقت وليس نهائي .

(١) حكم المحكمة في الطعن المرقم ٤٤ ق جلسة ٢٠١١/٣/٢٨ اشار اليه د عيسى تركي خلف ـ مصدر سابق ـ ص ٣٠٩

الفصل الثاني

الفصل الثاني

وسائل الضبط الاداري في الشريعة الإسلامية

تتحصل غاية الضبط الاداري في الشريعة الاسلامية في تنفيذ ماامر الله (ﷻ) به ومنع مانهى الله(ﷻ)عنه سواء بما نص عليه في القران الكريم والسنة أو بجلب المصالح ودرء المفاسد التي تقتضيها الشريعة ، وهذا واجب كل مسلم قادر ، وهو فرض على الكفاية ويصير فرض عين على القادر الذي لم يقم به غيره ، دعما للمكارم والمحامد في المجتمع وتنحية لبواعث الانحراف وشطط السلوك حتى يظل البناء الاجتماعي متماسكا قويا ، يقوى على المواجهة ويطل على دنيا الناس بما قاله تعالى ﴿ كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ ﴿١١٠﴾ ﴾ [1] والمجتمع أي مجتمع كان تختلف امكانيات افراده بحسب اوضاعهم وامكنتهم فيه فبعض الناس مسيطرون مهيمنون في ايديهم سلطة القانون وسلطة تنفيذه وبعض افراد المجتمع هيأ الله لهم جو المعرفة والعلم فنهلوا من هذا المعين العذب والبعض ليس له هذا ولا ذاك . ومن اجل ذلك اختلفت أساليب الضبط الاداري الاسلامي بحسب الملابسات وبحسب الامكانيات والاحتمالات وان كان بعض الفقهاء قد حدد اساليب الضبط الاداري الاسلامي [2] الا ان الباحث يرى ان اساليب الضبط الاداري الاسلامي كثيرة ولاتقتصر على ماذكره الفقهاء . ففضلا عن تقبل الضبط الاداري الاسلامي لوسائل الضبط الاداري الحديث ينبغي ان يقال ان كل من قدر على دفع منكر فله ان يدفع ذلك بالوسيلة التي يراها مناسبة متى ما كانت محققة للهدف ومشروعة وسوف نتناول في هذا الفصل بشكل اساسي وسيلتين من وسائل الضبط الاداري في الشريعة الاسلامية هما { التعزير والتدابير الاحترازية } من خلال المبحثيين الاتيين:

المبحث الاول :- التعزير كوسيلة للضبط الاداري في الشريعة الاسلامية

المبحث الثاني :- التدابير الاحترازية كوسيلة للضبط الاداري في الشريعة الاسلامية

---

(١) سورة ال عمران الاية ١١٠ .

(٢) حدد الامام الغزالي اساليب الضبط الاداري الاسلامي بالاتي :- ١- التعرف . ٢- التعريف . ٣- النهي بالوعظ والتخويف بالله تعالى ٤- السب بالقول والتعنيف الخشن ٥- التغيير باليد. ٦-التهديد والتخويف بالايذاء ٧- مباشرة الضرب باليد والرجل ٨- المعاونة لدفع المنكر للمزيد انظر احياء علوم الدين – الجزء الثاني – مصدر سابق – ص ٤٤٨-٤٥٣

- وقد ذكر الامام محمد بن محمد بن الاخوة القرشي الشافعي ان اساليب الضبط الاداري الاسلامي هي : ١-النهي ٢-الوعظ٣- الردع والزجر اما الزجر فيكون عن المستقبل والعقوبة تكون على الماضي والدفع عن الحاضر الراهن ٤- التخويف بالله تعالى والتهديد بالضرب او المباشرة الضرب ٥- السب والتعنيف بالقول الخشن للتفصيل انظر القربة في معالم الحسبة – مصدر سابق الباب الخمسون – ص ١٢٤ -١٢٥ .

المبحث الاول

التعزير كوسيلة للضبط الاداري في الشريعة الاسلامية

للشريعة الاسلامية في تقسيم الجرائم والعقوبات مسلك فريد فقد نص فيها على عدد قليل من الجرائم فرضت لها عقوبات محددة وسميت هذه العقوبات في بعض منها بالحدود والبعض الاخر بالقصاص ويعرف الفقهاء الحد بانه عقوبة مقدرة مقدما من قبل الشارع تجب حقا لله (ﷻ) لما في الجرائم المقررة فيها الحدود من خطورة بالغة على المجتمع وجرائم الحدود هي السرقة وقطع الطريق والزنا والقذف وشرب الخمر والردة والبغي .

ويعرف الفقهاء القصاص بانه عقوبة مقدرة تجب حقا للفرد فهو يشترك مع الحدود في كونه عقوبة مقدرة مثلها ولكنه يختلف عنها في كونه يجب حقا للفرد بخلاف الحدود اذ تجب حقا لله (ﷻ) ومعنى تقدير العقوبة انها محددة ومعينة ، لها حد ادنى وحد اعلى تتراوح بينهما ومعنى ان القصاص يجب حقا للافراد ان للمجنى عليه او لولي الدم العفو عنه اذا شاء وبالعفو تسقط العقوبة . والجرائم التي اوجب الشارع فيها القصاص هي القتل العمد وبعض جرائم الاعتداء على البدن .

اما باقي الجرائم فلم تفرض لها عقوبات محددة بل ترك شانها لاولياء الامر والقضاة يفرضون منها في كل حالة ماينا سبها من عقوبات تسمى بالتعزيرات وهي موضوع بحثنا وسوف نتناولها في المطالب الاتية :-

المطلب الاول :- تعريف التعزير

المطلب الثاني :- التعزير والنظام العام الاسلامي

المطلب الثالث :- اغراض العقوبة التعزيرية

المطلب الرابع :- انواع التعازير

المطلب الاول

تعريف التعزير

يتضح مما تقدم أن الجرائم ذات العقوبات المقدرة مقدما من قبل الشارع هي جرائم محدودة ، اما ما عدا هذا العدد المحدود من الجرائم فليست فيه عقوبات مقدرة مقدما بل تطبق في شانها عقوبات اخرى تسمى بالتعزيرات.

والتعزير في اللغة [١] مصدر عَزّر من العزَر ، وهو الرَّد والمنَع . ويقال عزّر فلان أخاهُ بمعنى نَصرُه ، لأنَّه مَنعَ عدّوهُ مَنْ أنَّ يؤذيه ومن ذلك قوله تعالى ﴿وَتُعَزِّرُوهُ وَتُوَقِّرُوهُ ۝٩﴾ [٢] وقوله تعالى ﴿وَءَامَنتُم بِرُسُلِي وَعَزَّرْتُمُوهُمْ ۝١٢﴾[٣] ويقال عزرتُه بمعنى وقرتُه وأيضاً أدبتُه ، وهو يكون بمعنى التوقير لأنَّه إذا أمتنع بالتعزير وصرّف عما هو دَنيِ فإنَّ الوِقاَر يَحصل لهُ بذلك وقَد سُميت العقوبة تَعزيراً لأنَّ مَن شأنها أن تَدفعَ الجاني وترده عن إرتكاب الجرائم أو العودة الى أقترافها أمَّا التعزير إصطلاحا فهو العقوبة التي يقررها ولي الامر او القاضي من اجل معصية لم يرد في شأنها حد او قصاص او ديه [٤]. ويمكن تعليل ذلك بان العقوبة المقدرة من حد او قصاص وكذلك الكفارة هي الاجزية التي اوردها الشارع للجرائم التي شرعت لها ومادام للفعل عقوبة مقدرة فالمفروض انها تغني عن العقوبة التعزيرية غير المقدرة [٥] ولكن هل يمكن ان يجتمع التعزير مع هذه الاجزية المشار اليها ام ان ذلك غير جائز؟

أولا / التعزير مع الحد والقصاص

ان الذي يستعرض اقوال الفقهاء يجد شواهد كثيرة على جواز اجتماع التعزير مع الحد او القصاص فعند الحنفية لايرون التغريب للزاني غير المحصن حدا بل يقصرون حده على الجلد مائة كما جاء في القران الكريم ولكنهم مع ذلك يجيزون ان يضاف التغريب الى حد غير المحصن ، فيغرب الجاني بعد ان يضرب مائة جلدة ، ويقولون ان ذلك جائز على سبيل التعزير ان رؤيت فيه مصلحة والزيدية على ذلك ايضا [٦] وعند المالكية ان

---

(١) انظر القاموس المحيط – مصدر سابق – ص ٤٣٩ .

(٢) سورة الفتح – الاية ٩ .

(٣) سورة المائدة – الاية ١٢

(٤) للتفصيل انظر المبسوط – ابي بكر محمد بن احمد بن سهل السرخسي - طبع دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت – من دون ذكر سنة الطبع –الجزء التاسع – ص٣٦ وكذلك انظر البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار – احمد بن يحيى بن المرتضى مطبعة السنة المحمدية – الطبعة الأولى – عام ١٩٤٩ – الجزء الخامس – ص ٢١٢ وكذلك انظر د هاني محمد كامل المنايلي – العقوبة في التشريع الإسلامي – طبع دار الكتب القانونية – عام٢٠١٠- ص٩٥ .

(٥) للتفصيل انظر بكر بن عبد الله ابو زيد – الحدود والتعزيرات عند ابن القيم – طبع دار العاصمة للنشر – المملكة العربية السعودية - طبعة ١٤١٥هـ ص ٤٦١ .

(٦) د عبد العزيز عامر – مصدر سابق – ص ٤٩ .

الجارح عمدا يقتص منه ويؤدب وعلى ذلك فهم يرون جواز اجتماع التعزير مع القصاص في حالة الاعتداء على مادون النفس عمدا ويعللون ذلك بان القصاص يقابل الجريمة وهو حق للمجنى عليه ، ولكن التعزير للتاديب والتهذيب وهو حق للجماعة وهذا التعليل لا يصح اذا كانت الجناية هي القتل العمد لان جزاءها هو الاعدام قصاصا ومع الاعدام لايكون هناك محل لتعزير بقصد التاديب ولكن يمكن طبعا التعزير اذا امتنع القصاص لسبب ما حتى لايظل الجاني بدون عقاب يردعه وعندهم كذلك كما عند الحنفية ان شارب الخمر يجوز تعزيره بالقول بعد اقامة حد الشرب عليه[١] وعند الشافعي قيل ان المراد بالتعزير في كل معصية لاحد فيها ان يدخل في نطاق التعزير جرائم الاعتداء على مادون النفس كقطع الاطراف عمدا وعلى ذلك يجوز ان يجتمع التعزير مع القصاص فيما دون النفس من جرائم الاعتداء على البدن ، كما يجوز عند الشافعي ان يجتمع التعزير مع الحد مثال ذلك تعليق يد السارق بعد قطعها في عنقه ساعة من النهار زيادة في نكاله ، والزيادة على الاربعين سوطا في حد الشرب لان حد الشرب عنده اربعون وكل زيادة على ذلك تعتبر تعزيرا وعند احمد بن حنبل يجوز تعليق يد السارق في عنقه بعد قطعها ويستند في ذلك على ماروى فضالة بن عبيد ان النبي صلى الله تعالى عليه وعلى اله وسلم اتي بسارق فقطعت يده ، ثم امر بها فعلقت في عنقه ، لان في ذلك ردعا وزجرا للجاني زيادة على الحد المقرر وهو قطع اليد [٢] ويرى الشيعة الامامية في ذلك تغليظ العقوبة عن الحد بما يراه الامام [٣] .

ونخلص مما تقدم ان التعزير شرع في كل معصية ليست فيها عقوبة مقدرة ، هذا كقاعدة عامة ، ولكن ليس هناك مايمنع من ان يجتمع التعزير مع العقوبة المقدرة اذا كانت في ذلك مصلحة ويلاحظ ان العقوبات المقدرة المنتهية بالاعدام كالقصاص في القتل العمد لايكون للقول بالتعزير معها محل مادامت العقوبة المقدرة ستذهب بحياة الجاني والا لكان في التعزير في مثل هذه الحالات زيادة نكال لاتتفق مع مقاصد الشارع الحكيم[٤].

---

(١) تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام – مصدر سابق – الجزء الثاني - ص ١٤٥.

(٢) مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج- للشيخ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني – طبع دار الكتب العلمية بيروت—المجلد الخامس – عام ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م كتاب قطع السرقة – فصل التعزير – ص ٥٢٣-٥٢٤ .

(٣) المحقق الحلي – شرائع الاسلام في الفقه الجعفري – طبع مطبعة دار مكتبة الحياة بيروت – من دون ذكر سنة الطبع ص ٢٦١ وانظر كذلك الشيخ ابي جعفر الصدوق محمد بن على بن الحسين بن بابويه القمي –من لايحضره الفقيه – طبع دار المرتضى بيروت – عام ١٤٢٧ هـ -٢٠٠٦ م –ص ٧٩٢ .

(٤) د إبراهيم حامد طنطاوي – الصلة بين التعازير الشرعية والعقوبات في القانون الجنائي المصري – دراسة مقارنة – طبع دار النهضة العربية – الطبعة الأولى – عام ٢٠٠٨ – ص ٣٦-٤٤ .

ثانيا / التعزير والكفارة

يرى كثير من الفقهاء جواز اجتماع التعزير مع الكفارة [١] فقيل ان من المعاصي مايكون فيه الكفارة والادب، كالجماع في الاحرام وفي نهار رمضان ، ووطأ المحارم اذا كان الفعل متعمدا في جميعها وكذلك قيل بالتعزير مع الكفارة في حلف يمين الغموس عند الشافعي خلافا للحنفية فانه لاكفارة في يمين الغموس وفيها التعزير ، وفي القتل الذي لاقود فيه ، كالقتل الذي عفى فيه عن القصاص فانه يجب على القاتل الدية وتستحب له الكفارة ويضرب مائة ويحبس سنة عند مالك ، وعلى ذلك فقد اجتمع في هذا القتل التعزير مع الكفارة [٢] وقال البعض في القتل شبه العمد بوجوب التعزير مع الكفارة تاسيسا على ان الكفارة حق الله (ﷻ) بمنزلة الكفارة في الخطا ، وليست لاجل الفعل بل هي بدل النفس التي قامت بالجناية ، ونفس الفعل المحرم الذي هو جناية القتل شبه العمد لاكفارة فيه ، واستدل هذا البعض على ذلك بانه اذا جنى شخص على اخر دون ان يتلف شيئا فانه يستحق التعزير ولاكفارة في هذه الجناية ، بخلاف ما لو اتلف بلاجناية محرمة فان الكفارة تجب بلاتعزير وان الكفارة في شبه العمد بمنزلة الكفارة على المجامع في الصيام والاحرام [٣] ونخلص مما تقدم بان التعزير يجوز ان يجتمع مع الكفارة اذا رؤيت في ذلك مصلحة مع ان الاصل على قول كثير من الفقهاء ان التعزير عقوبة لمعصية لاحد فيها ولا كفارة .

---

(١) الكفارة في الاصل نوع من العبادة فاذا فرضت فيما ليس فيه معصية كانت عبادة خالصة مثل الاطعام بدل الصوم لمن لايطيقه واذا فرضت على معصية فقيل انها عقوبة خالصة كالكفارة في القتل الخطا والظهار ، وقيل انها تدور بين العبادة والعقوبة وان سببها لذلك يدور بين الحظر والاباحة فكما ان المباح المحض وهو القتل بحق لايصلح سببا لها فكذلك المحظور المحض وانما السبب القتل الخطا لانه باعتبار اصل الفعل مباح وباعتبار المحل الذي اصابه محظور وقد شبه البعض الكفارة بالمال لانه قد يكون عقوبة جنائية كما في حالة الغرامة وقد يكون تعويضا اذا حكم به لتعويض الضرر وقد يكون عقوبة وتعويضا اذا جمع بين العقوبة والتعويض كالدية للتفصيل انظر المبسوط للسرخسي – مصدر سابق -ج ٢٧ – ص ٨٦ .

(٢) للتفصيل انظر تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام ـــ مصدر سابق - الجزء الثاني ـــ ص ٢١٧ ومابعدها .

(٣) كشاف القناع على متن الاقناع – منصور بن يونس بن ادريس البهوتي الحنبلي – راجعه هلال مصيلحي ومصطفى هلال – الجزء الرابع – طبع دار الفكر بيروت – عام ١٩٨٢- ص ٧٢-٧٣ .

التعزير حق لله (ﷻ) وحق للعبد

يقسم الفقهاء التعزير الى ماهو حق لله (ﷻ) ، والى ماهو حق للافراد ، كما هو الشأن في سائر الحقوق وذكرنا ان المراد بحق الله (ﷻ) هو مايتعلق به النفع العام للجماعه [1] فلايختص به احد وينسب الى الله (ﷻ) تعظيما ، ويتعلق بالنظام العام الذي يعود خيره على المجتمع كله ، من غير نظر لمصلحة فرد معين فاذا ارتكب شخص فعلا منكرا ليس فيه حد من الشارع ، من غير ان يجنى بذلك على احد يعزر على هذا الفعل ، ويكون التعزير هنا من حق الله (ﷻ) لان محاربة الجرائم واخلاء البلاد من الفساد واجب مشروع ، فيه دفع للضرر عن الامة وتحقيق نفع عام ، وذكرنا ايضا ان المراد بحق العبد هو ماقصد بتشريعه تحقيق مصالح خاصة دنيوية للافراد [2] ، وليس بين الحقين في التعزير حد فاصل فقد يكون التعزير حقا خالصا لله (ﷻ) لايشوبه حق الفرد مثال ذلك تعزير تارك الصلاة وشارب الخمر والمفطر في رمضان متعمدا بدون عذر ومن يحضر مجلس الشراب ففي هذه الحالات يبدو جليا ان التعزير مشروع لحق الله (ﷻ) ففيه النفع العام وليست الجريمة هنا موجهة لشخص بعينه حتى يمكن ان يقال ان التعزير عليها حق للفرد وقد يكون التعزير لحق الله (ﷻ) وحق الفرد ولكن يغلب فيه حق الله (ﷻ) مثال ذلك التعزير في نحو تقبيل زوجة اخر وعناقها والخلوة بها ففي هذا المجال يوجد نوع من الحق للافراد وقد يكون التعزير حقا لله (ﷻ) وللافراد ولكن يغلب فيه حق الافراد ومثال ذلك التعزير في السب والشتم ، ففي هذه الحالات وامثالها نجد انه قد حصل اعتداء على عرض المجنى عليه واعتباره وشرفه ، او في جسمه ، وهذا من حقه ، وفي مثل هذه الافعال ايضا اعتداء على حق الله تعالى ، لان امتثال أوامر الشارع والكف عن اذى الغير يعتبر من حقوق الله (ﷻ) [3] .

---

(١) يقابل النفع العام : النظام العام في القانون الوضعي وهو ماتمثله النيابة العامة والادعاء العام وتقيم بشانه الدعوى على من يخالفه وليس معنى ان هذا الحق خالص لله تعالى انه ليس فيه منفعة خاصة للعبد فما من حق لله تعالى الاوفيه مصلحة خاصة للعبد ومصلحة عامة للمجتمع ويحصر البعض حقوق الله تعالى في ثمانية وهي عبادات خالصة كالايمان وعقوبات خالصة كالحدود وعقوبات قاصرة كالحرمان من الميراث وحقوق دائرة بين الامرين كالكفارات ، عبادات فيها معنى المئونة كصدقة عيد الفطر ومئونة فيها معنى العبادة كالعشر ومئونة فيها شبهة العقوبة كالخراج وحق قائم بنفسه كالخمس في الغنائم للتفصيل انظر د مصطفى الزلمي – مصدر سابق - ص ٢٧٩ .

(٢) حقوق العبد كثيرة ولاتحصى منها الحقوق المالية او المتعلقة بالمال نقلا وبقاء وعينا ومنفعة وحق استيفاء الدين وبدل المتلفات وحبس العين المرهونة لحين الاداء للتفصيل انظر د محمد كمال الدين امام –مصدر سابق – ص ٢٢٥ .

(٣) الاحكام السلطانية للماوردي – مصدر سابق – ص ٣٤٦ .

اهمية التفرقة بين النوعين

تظهر اهمية التفرقة بين نوعي التعزير الواجب منها حقا لله تعالى والواجب منها حقا للفرد في مواضع نذكر منها :-

١- ان التعزير الواجب حقا للفرد او الغالب فيه حقه كما في السب والشتم وهو يتوقف على الدعوى اذا طلب صاحب الحق فيه لزم ان يجاب اليه ولايجوز للقاضي فيه الاسقاط ولايجوز في هذا النوع من التعزير العفو او الشفاعة من ولي الامر ،اما التعزير الذي يجب حقا لله (ﷻ) فان العفو فيه من ولي الامر جائز وكذلك الشفاعة ان رؤيت في ذلك المصلحة أو حصل انزجار الجاني بدونه .

٢- كما ان التعزير الواجب حقا لله (ﷻ) يكون لكل احد ان يقيمه وقت مباشرة المعصية تاسيسا على انه من باب أزالة المنكر ، اما اذا اذا كان بعد انتهاء ارتكاب الجريمة فان التعزير يكون لولي الامر وعللوا ذلك بان التعزير حال ارتكاب الجريمة يعتبر نهيا عن المنكر وكل انسان مأمور بذلك لكن ان كان بعد ارتكاب الجريمة فلايكون فعل أي احد نهيا عن المنكر لان النهي عن المنكر الذي وقع ليس بمتصور فيبقى الفعل تعزيرا محضا وهو يكون لولي الامر لا لاي انسان اما التعزير الذي هو حقا للعبد يكون لصاحب الحق فيه كما هو الحال في القصاص لكن الصحيح اقامة هذا التعزير لولي الامر لان القول بغير ذلك قد يؤدي الى الاسراف في التعزير اذ انه عقوبة غير مقدرة بخلاف القصاص الذي هو عقوبة مقدرة [١] وهذا الراي يؤيده الباحث فهو الادنى للقبول والاقرب لروح الشريعة لان ترك التعزير للمجنى عليه غالبا مايؤدي الى الزيادة فيه .

٣- كما ان ان التعزير الذي يكون حقا للافراد لايجري فيه التداخل ، بمعنى ان العقوبة تتكرر بتكرار الجناية ، فاذا شتم انسان اخر في اوقات مختلفة فان القاضي يعزر الجاني لكل منها بخلاف التعزير الذي يجب حقا لله (ﷻ) فيجري فيه التداخل فاذا افطر في رمضان متعمدا غير مرة لايقام عليه الا تعزيرا واحدا [٢] .

٤- واخيرا من الفروق ايضا جريان الارث في التعزير الذي هومن حق الافراد، من جهة المجني عليه لامن جهة الجاني ، بمعنى ان المجنى عليه لو مات فان الحق في المطالبة بالتعزير عما اصابه ينقل الى الورثة ،اما اذا كان التعزير لحق الله (ﷻ) فان الارث لايجري فيه مطلقا اذ ان حقوق الله (ﷻ) لاتورث وبناء على ذلك لايكون لورثة المجنى عليه المطالبة باستيفاء تعزير استحق على الجاني [٣].

---

(١) حاشية ابن عابدين المسماة رد المحتار على الدر المختار – للعلامة شهاب الدين احمد الشلبي – مطبعة الحلبي القاهرة – ١٣٨٦ هـ - الجزء الثالث – ص ١٨٦ – ١٨٧ .

(٢) د عبد العزيز عامر –– مصدر سابق – ص ٥٥ .

(٣) المصدر سابق – ص ٥٧ .

المطلب الثاني

التعزير والنظام العام الاسلامي

لقد احاطت الشريعة الاسلامية العبادات والتكليفات بسياج منيع من الحماية ، وعاقبت كل من يقدم على انتهاك هذه المحرمات بالتعزير ومن قبيل ذلك التعزير المفروض على المظهر العلني للعبادات ، والتعزير المفروض لحماية سائر التكليفات ، وذلك بقصد توفير الحماية لمظهر الدين ، وكذلك التعزير حماية للاخلاق العامة والاداب العامة والتعزير للبيع باكثر من السعر الجبري والتعزير المفروض على تعاطي بعض المطاعم المحرمة او التعامل فيها والتعزير على غش المكاييل والموازين وغيرها ، والتعزير على الجرائم الماسة بامن الحكومة من جهة الخارج ومن جهة الداخل .

أولا / حماية المظهر العلني

ومن الامثلة على حماية المظهر العلني للعبادات تعزير المفطر في نهار رمضان عمدا دون عذر مشروع[١] وكذلك من يشرب الخمر او شرابا يسكره في نهار رمضان فانه يعزر بعد ان يقام عليه حد الشرب[٢] ومن يزني في نهار رمضان ويدعي شبهة يدرا بها الحد عن نفسه فانه يعزر لافطاره [٣] .

ثانيا / حماية التكليفات

ومن امثلة التعزير المفروض لحماية التكليفات تعزير من يمرح في احكام الشريعة الاسلامية وجواز تعزير من لا يحضر صلاة الجماعة بالغرامة في ماله . وليس معنى توفير الحماية للمظهر العلني للعبادات ان تسبغ الحماية على كل المظاهر الدالة على الصلاح والزهد ، بل ان هناك ان هناك حالات يظهر فيها الشخص الزهد والصلاح ويكون في الحقيقة على خلاف ذلك .

ثالثا / التعزير حماية للاخلاق والاداب العامة

لقد عنيت الشريعة الاسلامية اشد العناية بحماية الاخلاق والاداب العامة وذلك بغية ايجاد مجتمع مثالي بعيد عن الميوعة والتخنث واللهو المحرم ، ومن اجل ذلك اوجبت التعزير على جميع الافعال الموجهة ضد

---

(١) المقيم اذا افطر في نهار رمضان متعمدا يعزر ويحبس بعد ذلك اذا كان يخاف منه العودة الى الافطار ثانيا للتفصيل انظر الفتاوى الهندية – طبع المطبعة الاميرية في مصر – عام ١٣١٠هـ - الجزء الثاني- ص ١٩٠اشار اليه د اسماعيل محمد عبد الحافظ في مؤلفه التعزير والنظام العام في الاسلام – طبع دار المطبوعات بالاسكندرية – عام ٢٠٠٨ – ص ٣٤ .

(٢) الخراج – مصدر سابق – ص ١٠٠ .

(٣) المبسوط – مصدر سابق -الجزء الرابع – ص٣٦ .

الاخلاق والاداب العامة والتي من شانها نشر الرذيلة واشاعة الفاحشة في المجتمع مثال ذلك المغني والراقصة والمخنث والنائحة فان افعالهم جرائم ليست فيها عقوبات مقدرة فتستوجب التعزير[1] .

رابعا / البيع باكثر من السعر الجبري

قد تدعو الحالة الى تدخل المشرع في التعامل بتسعير الحاجيات واتخاذ ما من شانه حماية المستهلك وقد يكون ذلك لازما في اوقات الحروب او الاضطرابات او في اية حالة اخرى يرى ولي الامر ان من المصلحة فرض اسعار جبرية للحاجيات فيها والشريعة الاسلامية لم تغفل هذه الحالة بل اجازت التسعير اخذا بالمصلحة فيكون من اللازم البيع بالاسعار المحددة من الشارع ، ويكون من المنهي عنه مخالفة ذلك ، وبالتالي يكون مرتكبا لمحرم يستوجب عليه التعزير لانه يكون مرتكبا لجريمة ليست فيها عقوبة مقدرة .

خامسا / غش المكاييل والموازين

حرمت الشريعة الاسلامية الغش في الكيل او الوزن، وحرمت عموما كل مامن شانه بخس الناس اشياءهم ، وقد جاءت في ذلك نصوص عديدة في في القران الكريم ، منها قوله تعالى ﴿ وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ ۝١ ٱلَّذِينَ إِذَا ٱكْتَالُوا۟ عَلَى ٱلنَّاسِ يَسْتَوْفُونَ ۝٢ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَو وَّزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ ۝٣ ﴾[2] ، وقوله تعالى ﴿ أَوْفُوا۟ ٱلْكَيْلَ وَلَا تَكُونُوا۟ مِنَ ٱلْمُخْسِرِينَ ۝١٨١ وَزِنُوا۟ بِٱلْقِسْطَاسِ ٱلْمُسْتَقِيمِ ۝١٨٢ وَلَا تَبْخَسُوا۟ ٱلنَّاسَ أَشْيَآءَهُمْ وَلَا تَعْثَوْا۟ فِى ٱلْأَرْضِ مُفْسِدِينَ ۝١٨٣ ﴾[3] وقد جاء في السنة النبوية قوله (ﷺ){ من غشنا فليس منا }[4] وعلى ذلك فكل من يغش في الكيل او الوزن او القياس يعتبر مرتكبا لمحرم يستوجب التعزير لعدم وجود عقوبات مقدرة بشانه كما يعزر كل من صنع المكاييل والمقاييس والموازين المزورة لان هذا الفعل محرم ليس فيه عقوبة مقدرة .

سادسا / تعاطي بعض المطاعم المحرمة او التعامل فيها

اكدت الشريعة الاسلامية على حفظ النوع فحرمت قتل النفس واعتبرته من كبائر المعاصي ، وفرضت على مرتكبه اشد العقوبات ، وانطلاقا من ذلك حرمت على الانسان ان يعرض نفسه للهلاك فقال تعالى ﴿ وَلَا تُلْقُوا۟

---

(١) المبسوط – مصدر سابق -الجزء ٢٤ – ص ٣٦ .

(٢) سورة المطففين – الايات من ١- ٣ .

(٣) سورة الشعراء – الايات من ١٨١- ١٨٣ .

(٤) سنن ابن ماجه – مصدر سابق – الجزء الثاني - كتاب التجارات – باب النهي عن الغش – رقم الحديث ٢٢٢٥ – ص ٧٤٩.

بِأَيۡدِيكُمۡ إِلَى ٱلتَّهۡلُكَةِۛ ﴿١٩٥﴾ ﴾ [1] وكان طبيعيا ان تحارب الشريعة كل مايضر بالصحة او يسى الى البدن رغبة منها في حفظ الانسان سليما . ومن الوسائل الى ذلك تحريم بعض الاطعمة الخبيثة التي توذي صحة الانسان فقد قال تعالى في كتابه الحكيم ﴿ حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحۡمُ ٱلۡخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيۡرِ ٱللَّهِ بِهِۦ وَٱلۡمُنۡخَنِقَةُ وَٱلۡمَوۡقُوذَةُ وَٱلۡمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيۡتُمۡ ﴿٣﴾ ﴾ [2] وقال تعالى ﴿ وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيۡهِمُ ٱلۡخَبَٰٓئِثَ ﴿١٥٧﴾ ﴾ [3] وجاء بالسنة النبوية ان النبي (ﷺ){ نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع ، وعن اكل كل ذي مخلب من الطيور}[4] ولما كانت الاطعمة المذكورة منهيا عنها لتحريمها بالكتاب والسنة فان من يخالف ذلك وياكل منها يكون مرتكبا لمحرم ويكون ماتاه جريمة يستحق عليها التعزير لعدم وجود عقوبات مقدرة من الشريعة في شانها ، ومادامت هذه الاطعمة محرمة فان التعامل فيها يكون محرما فاذا باع انسان شيئا منها لاخر يكون مرتكبا جريمة يستحق عليها التعزير .

سابعا / جرائم ماسة بأمن الحكومة من جهة الخارج ومن جهة الداخل

كل عمل يضر امن الدولة وسلامتها يعاقب مرتكبه صونا للبلاد ودفعا لكل ما من شانه ان يضر بها ومن قبيل ذلك التجسس للعدو على البلاد باي وسيلة من الو سائل وقد نهى الكتاب الكريم على التجسس﴿ وَلَا تَجَسَّسُواْ ﴾[5] فمن يباشر مثل هذا الفعل يعد مرتكبا لمعصية ولما كانت هذه المعصية ليست فيها عقوبة مقدرة فان مرتكبها يعزر ، ومن قبيل ذلك ايضا الالتحاق في القوات المسلحة لدولة تحارب البلاد فكل هذه الافعال تحرمها الشريعة ويستحق مرتكبها التعزير [6] .كما ان جميع الجرائم الماسة بامن الحكومة من جهة الداخل تدخل تحت القاعدة العامة في الشريعة الاسلامية ويعاقب عليها بالتعزير لانها من الجرائم التي ليس لها عقوبات مقدرة خاصة وان الشريعة الاسلامية تهدف الى تحقيق النظام ونشر الطمانينة والسلام وبما يحقق المصلحة العامة للبلاد .

---

(١) سورة البقرة الاية ١٩٥.
(٢) سورة المائدة الاية ٣.
(٣) سورة الاعراف الاية ١٥٧.
(٤) صحيح البخاري – مصدر سابق – كتاب الطب – باب البان الاتن – رقم الحديث ٥٧٨٠

- سن ابي داوود – مصدر سابق –كتاب الاطعمة باب النهي عن اكل السباع – رقم الحديث ٣٨٠٣.

(٥) سورة الحجرات الاية ١٢.
(٦) د عبد العزيز عامر - مصدر سابق – ص ٢٤٦ .

المطلب الثالث

اغراض العقوبة التعزيرية

أنّ الغاية الأساسية من التعزير في الشريعة الاسلامية تتمثل في الردع والزجر مع الاصلاح ، وقد حرمت الشريعة الاسلامية كل مافيه خروج على هذه الاغراض فمنعت تعذيب الجاني واهدار ادميته ونبذت كل ماقد يحول التعزير الى أتلاف حيث لايكون واجبا . وسنتناول اغراض التعزير في الشريعة الاسلامية من خلال الاتي :

أولا / الردع والزجر

إنّ الغرض الاساسي من التعزير هو الزجر ومعناه منع الجاني من معاودة الجريمة او التمادي في الاجرام ومنع غير الجاني من ارتكاب الجريمة لعلمه ان التعزير الذي اقيم على من اتى الجريمة ليس قاصرا عليه بل ينتظره هو الاخر اذا وقعت منه الجريمة .

وبذلك تكون منفعة الزجر مزدوجة فهو يمنع الجاني من العود الى الجريمة ويرده عنها ويمنع كذلك غيره من ارتكابها ويبعده عن محيطها وارادة الشارع المنع من الجرائم يفيدها المعنى الذي تحمله كلمة التعزير سواء في ذلك معناها اللغوي او الشرعي [1] ، ولما كانت المعاصي التي تستوجب التعزير منها مايعتبر ارتكابا لمحرم ومنها مايكون تركا لواجب فان المنع المقصود من التعزير يكون في المحرمات الامتناع عن ارتكابها ، اما في ترك الواجب فان معنى المنع يكون بكف الجاني عن ترك الواجب وذلك بان يعاقب حتى يؤدي ما يجب عليه فعله ، كما هو الشان في تارك الصلاة والزكاة وحقوق الادميين اذ يعزرون حتى يؤدوها ، ويلاحظ ان التعزير في هذا النوع الاخير قد يكون اشد من التعزير في النوع الاول وهو التعزير على فعل المحرم ، اذا القصد منه في ترك الواجبات جبر الجاني على اداء الواجب عليه فيجوز ان يعزر مرة بعد مرة حتى يفعل مايجب عليه فعله فتتكرر العقوبة مادامت الجريمة مستمرة وفي ذلك بلوغ الغرض من التعزير في هذه الحالة [2] هذا عن الجاني نفسه وهو من اقترف المحرم او امتنع عن اداء الواجب اما بالنسبة لغيره من الناس فانه بتعزير الجاني يمتنع هو الاخر عن ارتكاب المحرم او عن ترك الواجب عليه لعلمه ان العقاب في الحالين ينتظره اذا هو دخل

---

(١) التعزير لغة بمعنى الرد والردع والتعزير يمنع من معاودة القبيح يقال عزرت فلانا اذا فعلت به مايرده عن القبيح ويزجره عنه للتفصيل انظر في هذا المعنى تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام – مصدر سابق - ص ٢١٧ ومابعدها وانظر ايضا د جمعة محمد محمد براج – العقوبات في الاسلام – طبع دار يافا العلمية للنشر والتوزيع – عام ٢٠٠٠م – ص ٢٨٤.

(٢) السياسة الشرعية – مصدر سابق – ص ٥٥ .

في محيط الجريمة ، ومادام ان القصد من التعزير هو الزجر فيجب ان يكون بقدر الحاجة بما يتحقق معه الغرض من فرضه من دون زيادة او نقصان [1] .

ثانيا / الاصلاح والتهذيب

لقد عنيت الشريعة الاسلامية بالجاني نفسه الى جانب التخويف والردع والزجر اذ وضعت في المقام الاول تاديب الجاني واصلاحه وهدايته وتوبته حتى يكون الابتعاد عن الجريمة ناتجا من وازع ديني ودافع نفسي باعتبار ان الجرائم من المعاصي التي حرمها الله (ﷻ) ومن ارتكبها وخالف اوامره سبحانه وتعالى يحق عليه العذاب وهذا الوازع الديني هو خير وسيلة لمحاربة الاجرام لان الجاني قبل ان يرتكب جريمة سيفكر ان الله (ﷻ) يراه ويعلم خائنة الاعين وماتخفي الصدور وان العقاب سيلحقه سواء افتضح امره ام لم يفتضح ، بالاضافة الى ماتقدم فان التعزير يمثل اجراءا من الاجراءات التي يقوم بها المجتمع ردا على فعل المجرم وانتقاما للمجتمع الذي انتهكت حرماته بالجريمة كما انه يلعب دورا هاما في التخفيف من شعور السخط الذي تحدثه الجريمة في المجتمع وبذلك تتحقق العدالة .

المطلب الرابع

انواع التعازير

سبق وان اشرنا الى ان العقوبة في التعازير غير مقدرة اكانت حقا لله أم حقا للعبد ، بل هي متروكة لولي الامر يحددها بحسب مايراه كافيا ومحققا للردع العام ، والردع الخاص وعدم التحديد لم يات جزافا او قصورا في الشريعة الاسلامية ولكن كان ذلك لحكمة اذ ان المولى عز وجل حدد بعض الافعال التي لاتختلف من وقت الى اخر وتاثيرها دائم والنظرة اليها مستهجنة في المجتمع الاسلامي فنص عليها وحددها في جرائم الحدود والقصاص ، اما التعازير فهي من العقوبات المرنة التي جعلها الله (ﷻ) من اختصاص ولي الامر نظرا لتجدد الاحداث وتغير احوالها كما ان النظرة الى المصلحة العامة والنظام العام متغيرة فلو حددت الافعال سلفا سيصبح من الصعوبة ايجاد عقوبات لهذه الافعال ومن ثم يفلت عدد كبير من المجرمين من العقاب لان الاصل في الاشياء الاباحة ومالم يجرم الفعل فلا عقوبة عليه وهذا احسن دليل على مرونة الشريعة الاسلامية وصلاحيتها لكل زمان ومكان اما العقوبات التعزيرية فهي كثيرة فكل مالم يطبق فيه حد او قصاص يدخل في اطار العقوبات التعزيرية وسوف نبين في هذا المطلب انواع التعازير.

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق – العلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي –طبع دار المعرفة بيروت – من دون ذكر سنة الطبع –– الجزء الثالث – ص ٢١٠ .

اولا / عقوبة القتل

ان الغرض الاساسي من التعزير كما سبق وان اوضحنا هو للتاديب والاصلاح فلاينبغي ان يكون فيه مهلكة لامن قتل ولامن قطع وذلك تطبيقا لقوله تعالى ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴿١٥١﴾ ﴾[١] وقد اختلف الفقهاء في جواز التعزير بالقتل ، و استثناء من القاعدة العامة اجاز الكثير منهم التعزير بالقتل اذا اقتضت المصلحة العامة ، على ان يعين ولي الامر الجرائم التي يجوز التعزير فيها بالقتل [٢] واذا كان القتل تعزيرا قد جاء استثناء من القاعدة العامة فانه لايتوسع فيه حيث حرصت الشريعة الاسلامية على عدم الاسراف فيه فهي لاتعاقب فيه الا على اربع جرائم من جرائم الحدود وهي الزنا والحرابة والردة والبغي [٣] وجريمة واحدة من جرائم القصاص وهي القتل العمد .

ثانيا / عقوبة الجلد

وهي مقررة في الحدود والتعازير وهي المفضلة في التعازير لاثرها الفعال في ردع المجرمين ، وهي ذات حدين فيمكن ان يجازى بها كل مجرم بالقدر الذي يلائم جريمته ويلائم شخصه في ان واحد وتمتاز عقوبة الجلد بانها لاتثقل كاهل الدولة ولايعطل المحكوم عليه عن الانتاج ولايعرض اهله ومن يعولهم للضياع او الحرمان كما هو الحال في الحبس مثلا ، فالعقوبة تنفذ في الحال والمجرم يذهب بعد التنفيذ مباشرة الى حال سبيله فلايتعطل عمله ولايشقى بعقابه اهله كما انها تحمي المحكوم عليه من شر المحابس وافساد الاخلاق والصحة[٤].

---

(١) سورة الانعام – الاية ١٥١ .

(٢) اجاز الحنفية للامام القتل تعزيرا فيما لاقتل فيه اذا تكرر الفعل من الجاني وظهرت المصلحة في ذلك كما اجاز المالكية القتل تعزيرا في بعض الجرائم مثل قتل الجاسوس المسلم والداعية الى البدعة وقيل ايضا ان مالكا جوز قتل القدرية وهم جاحدوا القدر والقائلين بان الانسان يخلق افعاله بنفسه ، كما ان بعض الشافعية جوز قتل الداعية الى البدع المخالفة للكتاب والسنة ، كما ان بعض الحنابلة جوز قتل الجاسوس المسلم وقتل الداعية الى البدع في الدين وكل من لم يندفع فساده الا بالقتل ومن هولاء من تكررمنه جنس الفساد ولم يرتدع بالحدود المقدرة للتفصيل انظر د عبد القادر عودة – التشريع الجنائي الاسلامي – طبع دار التراث – الطبعة الثالثة – عام ١٩٧٧ – الجزء الاول – ص ٦٨٧ .

(٣) يعرف الزنا على انه الوطء في قبل خال عن ملك او شبهة .

- وتعرف الحرابة بانها البروز لاخذ المال او لقتل او لارعاب على سبيل المجاهرة ، مكابرة اعتمادا على القوة

-وتعرف الردة هي الاتيان بما يوجب الرجوع عن دين الاسلام من قول او فعل او اعتقاد او شك

-اما البغي فيعرف بأنه الامتناع عن طاعة الامام العادل في غير معصية بمغالبة ولو تاولا

للتفصيل بخصوص التعاريف التي اوردها فقهاء المذاهب الاسلامية لهذه الجرائم واركانها وعقوباتها انظر د جمعة محمد محمد – مصدر سابق – ١٧٧ومابعدها .

(٤) د رمضان الشرنباصي – النظريات العامة في الفقه الاسلامي – مطبعة دار الجامعة الجديدة – عام ٢٠٠٣ م – ص ٢٣٧.

وقد اختلف الفقهاء في تقدير الحد الاعلى للجلد فيرى مالك لولي الامر تقدير ذلك لان التعزير يكون بحسب المصلحة وعلى قدر الجريمة فيجتهد فيه ولي الامر وعلى هذا يجوز ان يزيد على مائة جلدة .

ويرى ابو حنيفة ان الحد الاعلى للجلد في التعزير تسعة وثلاثون سوطا بينما يرى ابو يوسف انه خمسة وسبعون سوطا وفي مذهب الشافعي ثلاثة اراء : الاول مايتفق مع ابو حنيفة ، والثاني يتفق مع ابي يوسف والثالث مايتراوح بين خمسة وسبعين سوطا الى مائة سوط بشرط ان لايبلغ التعزير في معصية قدر الحد في هذه المعصية اما مذهب الامام احمد ففيه عدة ارآء منها مايتفق مع راي الشافعي ومنها مايختلف بالاضافة الى راي اخر انه لايصح ان يزاد في التعزير على عشرة اسواط باي حال وحجتهم في ذلك قوله (ﷺ){ لايجلد احد فوق عشرة اسواط الافي حد من حدود الله تعالى }[1] . كما ان الضرب باليد والرجل يعد عقوبة تعزيرية يمكن اللجوء اليها متى ماكانت هي الوسيلة الوحيدة لدفع المنكر بشرط الضرورة والاقتصار على قدر الحاجة فالضرب جائز الى احاد الرعية بقدر الضرورة الملجئة كتاديب الاب لولده ومنعه من المنكر او بهدف الامر بالمعروف والنهي عن المنكر كسارق لايترك المسروق او لا يرجع عن ضحيته الا بذلك . وفي ظل القوانين الوضعية يكون لاعضاء هيئات الضبط الاداري استعمال القوة وبالقدر اللازم لأداء واجباتهم متى ما كانت هي الوسيلة الوحيدة لاداء ذلك [2] ، فاستعمال القوة في ظل القوانين الوضعية وكما هو الحال في ظل الشريعة الاسلامية مقترن بشروط متشابهة في كليهما فيجب ان تكون القوة الوسيلة الوحيدة للتنفيذ وان تمارس على قدر الحاجة فقط . ولهيئة الضبط الاداري الاسلامي ان تلجا الى استعمال السلاح اذا كان هو الوسيلة الوحيدة لدفع المنكر على ان يسبق الاستعمال بالانذار وينبغي ان لايقصد المقتل بل الساق والفخذ وماشابه ، ويلاحظ ان القوانين والانظمة المنظمة لهيئات الضبط الاداري والمبينة لكيفية ادائها لاعمالها غالبا ماتردد الاحكام ذاتها فيما يتعلق باستعمال السلاح لكن في ظل هذه القوانين هناك حالات محددةعلى سبيل الحصر لاستعمال السلاح لتنفيذ القرارات الضبطية [3] .

---

(١) للتفصيل انظر الاحكام السلطانية – مصدر سابق – ص ٢٤٤ومابعدها وكذلك انظر تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام – مصدر سابق – ص ٢٦٢ وكذلك انظر د جمعة محمد محمد براج ـــ مصدر سابق ص ٢٨٦-٢٨٧.

(٢) هذا ماقرره المشرع المصري من خلال نص المادة الخامسة من القانون رقم ٢٣٤ لسنة ١٩٥٥ الخاص بنظام هيئة الشرطة ثم عاد المشرع وكرره من خلال نص المادة الخامسة من قانون الشرطة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٤ واكده من خلال قانون الشرطة اللاحق رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧١ فقد نصت المادة ١٠٢ على الاتي { لرجل الشرطة استعمال القوة بالقدر اللازم لاداء واجبه بشرط ان تكون الوسيلة الوحيدة لذلك } ، وقد اخذ المشرع العراقي بذات المبدا واقر استعمال هيئات الضبط الاداري للقوة فبعد ان اجازت المادة الثانية من قانون واجبات رجل الشرطة في مكافحة الجريمة رقم ١٧٦ لسنة ١٩٨٠ لرجل الشرطة استعمال القوة بالقدر اللازم ودون السلاح الناري واشترطت فقرتها الاولى ان تكون القوة هي الوسيلة الوحيدة لمعالجة الموقف .

(٣) فقد نصت المادة ١٢ من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٨المعدل والخاص بنظام قوة الشرطة {الكويتي } على انه { لايجوز استعمال السلاح من قوة الشرطة الافي الاحوال التي عينها القانون } .

كما ان التغير باليد يعد من صور العقوبات التعزيرية حيث يملك القائم بشؤون الضبط الاداري الاسلامي في الجماعة امتياز التنفيذ المباشر لقوله (ﷺ) ﴿ من راى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الايمان ﴾[1] فالتغيير باليد عند الاستطاعة هو تنفيذ مباشر تقوم به سلطة الضبط والفرد المسلم ولايلزمه حكم حاكم فيجوز له ان يكسر الات اللهو وله ان يريق الخمر ولاضمان عليه في اراقتها ، اما الاراقة فلانه نهي عن المنكر واما عدم الضمان لانه محسن وماعلى المحسن من سبيل [2] وللمحتسب اعادة الحقوق لاهلها باقتضائها جبرا اذا امتنع المدين عن القيام بذلك اختيارا ، فالتنفيذ المباشر يعتبر من وسائل الضبط الاداري في ظل الشريعة الاسلامية وفي ظل القوانين الوضعية ولايتم اللجوء اليه في كليهما الا اذا رفض الموجه اليه تدبير الضبط طواعية تحقيق اثره بالامتناع عما نهى عنه او بالاقدام ايجابا على مخالفة هذا النهي او بوضع العوائق في طريق التدبير الضابط او بمقاومة هذا التنفيذ بالفعل ، واذا كانت سلطات الضبط الاداري في ظل الانظمة الوضعية لاتستطيع اللجوء الى هذه الوسيلة الا بتوافر حالة من حالات التنفيذ المباشر فان لجوء هيئات الضبط الاداري الاسلامي الى هذه الوسيلة غير محدد بحالات واردة على سبيل الحصر على ان تراعي شروط هذه الوسيلة عند اللجوء اليها . واذا كان الفقه يؤكد على ان التنفيذ المباشر في ظل الانظمة الوضعية ذو طابع استثنائي لانه يحرم الافراد من ضمان تدخل القضاء ويسمح لسلطة الضبط بان تتخذ تصرفا عنيفا في كثير من الاحيان فالباحث يرى بان التنفيذ المباشر في ظل الشريعة الاسلامية لايعتبر ذا طابع استثنائي من هذه الناحية خاصة وان للمحتسب اصلا اختصاصات قضائية محددة كما اوضحنا سابقا .

---

(١) سنن النسائي- مصدر سابق - الجزء الثامن - كتاب الايمان وشرائعه- ص ١١١ .

(٢) اذا جاهر رجل باظهار الخمر وكان مسلما اراقه المحتسب وادبه وان كان ذميا ادبه على اظهارها واختلف الفقهاء في اراقتها فذهب الحنفية الى انها لاتراق عليه لانها عنده من امواله المضمونه في حقوقهم وذهب الشافعي الى انها تراق عليه لانها لاتضمن عنده في حق المسلم والكافر وقد ثار خلاف ايضا حول ماذا كان يجوز اتلاف الاناء الذي فيه الخمر قال البعض ومنهم الحنفية ان الحاكم –والمحتسب – لاينبغي له ان يحرق الزق الذي فيه الخمر وان لايكسر الاناء الذي يحتويه وقالوا ان هذا مال متقوم بين المسلمين فاذا احرق الزق او كسر الاناء يضمن ماتلف وقال بعض الفقهاء ان للمحتسب ان يكسر دنان الخمر ويحرق الزق ولاضمان فقد امر عمر بحرق الحانوت الذي يباع فيه الخم انظر في هذا المعنى دكتور عبد العزيز عامر – مصدر سابق – ص ٣٧٣.

ثالثا / عقوبة الحبس

وهي على نوعين : حبس محدد المدة وحبس غير محدد المدة

أ – **الحبس المحدد المدة :-** تعاقب الشريعة الاسلامية بالحبس المحدد المدة على جرائم التعازير العادية وتعاقب به المجرمين العاديين والحد الادنى لمدة هذا النوع من الحبس هو يوم واحد اما حده الاعلى فغير متفق عليه وان كان يراه البعض ستة اشهر او سنة كاملة ويرى البعض الاخر ان تقديره متروك لولي الامر . ويجوز ان يجتمع الحبس والضرب اذا رؤى ان احدى هاتين العقوبتين لاتكفي وحدها في تاديب المجرمين . ولكن الشافعية يشترطون في هذه الحالة أن لايوقع من احدى هاتين العقوبتين الا مايعتبر مكملا لما نقص من العقوبة الثانية ، ولايشترط الفقهاء الاخرون هذا الشرط فيجوز عندهم ان يضرب الجاني كل الجلدات المقررة للتعزير ثم يحبس بعد ذلك المدة الكافية التي تكفي لتاديبه وزجر غيره [١] ويشترط في الحبس كما يشترط في غيره من العقوبات ان يؤدي غالبا الى اصلاح الجاني وتاديبه فان غلب الظن انه لن يؤدب الجاني او لن يصلحه امتنع الحكم به ووجب الحكم بعقوبة اخرى ، وتختلف الشريعة الاسلامية عن القوانين الوضعية بشأن عقوبة الحبس حيث انها في الشريعة الاسلامية ليست الاعقوبة ثانوية لايعاقب بها الا على الجرائم البسيطة وهي اختيارية للقاضي فله ان يعاقب بها او يتركها على عكس القوانين الوضعية حيث تعتبر هي العقوبة الاساسية التي يعاقب بها في كل الجرائم تقريبا .

ب – الحبس غير المحدد المدة :- يعاقب به المجرمون الخطرون معتادوا الاجرام مثل جرائم القتل والضرب والسرقة فيظل المجرم محبوسا حتى تظهر توبته وينصلح حاله فيطلق سراحه والابقى محبوسا مكفوفا شره عن الجماعة حتى يموت [٢] وقد سبقت الشريعة الاسلامية القوانين الوضعية في تطبيق الحبس غير المحدد حيث عرفته القوانين الوضعية في اواخر القرن التاسع عشر .

رابعا / عقوبة التغريب او الابعاد

ورد النفي عقوبة في اية المحاربة في قوله تعالى ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ ﴿٣٣﴾ ﴾ [٣] فليس هناك من خلاف في أن النفي والتغريب عقوبة من العقوبات التي اقرتها الشريعة الاسلامية ، ويرى ابو حنيفة ان عقوبة التغريب تعزيرا وبقية الائمة يرونه حدا ، وفيما عدا جريمة الزنا فالتغريب يعتبر تعزيرا .ويرى اغلب

---

(١) **الاحكام السلطانية – مصدر سابق – ص ٣٤٤ .**

(٢) **تبصرة الحكام – مصدر سابق – الجزء الثاني – ص ٢٦٤ .**

(٣) **سورة المائدة – الاية ٣٣ .**

الفقهاء جواز ان تزيد مدة التغريب عن سنة ويتركون لولي الامر ان ياذن للمغرب بالعودة اذا صلح حاله وظهرت توبته ، ويرى بعض الفقهاء في مذهبي الشافعي واحمد ان لاتصل مدة الابعاد الى سنة كاملة لان التغريب شرع في الزنا حدا ومدته عام فيجب أن لاتصل مدته في التعزير عاما . والمحكوم عليه بالتغريب لايحبس في مكان معين ، ولكن يصح على رأي البعض ان يوضع تحت المراقبة في المكان الذي غُرّب اليه وقد عاقب رسول الله (ﷺ) بالتغريب فامر باخراج المخنثين من المدينة [١] .

خامسا / عقوبة الصلب

يعتبر الصلب حدا يعاقب به على جريمة الحرابة ، ويرى بعض الفقهاء صلب المحكوم عليه بعد قتله ، ويرى البعض الاخر صلبه حيا ثم قتله وهو مصلوب ، والصلب كعقوبة تعزيرية لايصحبه القتل طبعا ولايسبقه وانما يصلب الانسان حيا ولايمنع عن طعامه ولاشرابه ولايمنع من الوضوء للصلاة ولكنه يصلي ايماء ، ولاتزيد مدته عن ثلاثة ايام . ومشروعية عقوبة الصلب ترجع الى ان رسول الله (ﷺ) عزر رجلا بالصلب وصلبه على جبل يقال له ابو ناب . وبالتالي فهي عقوبة بدنية يقصد بها التاديب والتشهير معا [٢] ..

سادسا / عقوبة الوعظ ومادونها

يجوز للقاضي ان يكتفي في عقاب الجاني بوعظه اذا راى ان في الوعظ مايكفي لاصلاحه وردعه وقد نص القران الكريم صراحة على عقوبة الوعظ في قوله تعالى ﴿ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ ﴿٣٤﴾ ﴾ [٣] وفي الشريعة من العقوبات التعزيرية ماهو دون الوعظ فالفقهاء يعتبرون مجرد اعلان الجاني بجريمته عقوبة تعزيرية ، وفي احضاره لمجلس القضاء عقوبة تعزيرية ولاتوقع مثل هذه العقوبات الا على من غلب الظن انها تصلحه وتزجره وتؤثر فيه . فلسلطة الضبط الاداري الاسلامي **النهي بالوعظ والنصح والتخويف بالله**(ﷻ)وذلك فيمن يقدم على ارتكاب المنكر وهو عالم بكونه منكرا او فيمن اصر عليه بعد ان عرف كونه منكرا كالذي يواظب على شرب الخمر او الغش في البيع [٤] ، وفي ظل القوانين الوضعية تقوم هيئات الضبط بنهي الافراد عن الاتيان بكل مايمكن ان يهدد عناصر النظام العام هذا النهي وان جاز له ان يقترن بالنصح والوعظ الا ان الغالب الاعم من نهي سلطات الضبط الاداري يتم عن طريق قرارات ادارية ضبطية { لوائح الضبط والقرارات الفردية } مقترنة

---

(١) د رمضان الشرنباصي ـــ مصدر سابق – ص ٢٤٠ .

(٢) للتفصيل انظر د جمعة محمد محمد براج ـــمصدر سابق – ص .

(٣) سورة النساء – الاية ٣٤ .

(٤) احياء علوم الدين – المجلد الثاني - مصدر سابق – ص ٤٩٩ .

بعقوبات يتم ايقاعها على المخالف اوالممتنعين عن التنفيذ ، بعبارة اخرى نقول ان النهي في مجال الضبط الاداري الاسلامي يتم عن طريق نصح الافراد ووعظهم ثم تخويفهم بعذاب الله (ﷻ) ، بينما يقترن نهي سلطات الضبط الاداري في ظل الانظمة الوضعية بالعقوبات التي تقررها القوانين والانظمة بحق المخالفين [1] ، كما ان الفعل او {الامتناع } الذي تنهى سلطة الضبط الاداري الاسلامي هو المنكر وهو يظل منهيا عنه باختلاف الزمان والمكان في حين ان لهيئات الضبط الاداري في ظل الانظمة الوضعية ان تنهى عن فعل { او امتناع } في مكان دون اخر وان تبيح للافراد سلوكا معينا سبق لها وان نهت عنه .

سابعا / عقوبة الهجر

وقد عاقب الرسول (ﷺ) الثلاثة الذين تخلفوا عن غزوة تبوك بالهجر لمدة خمسين يوما حتى نزل قوله تعالى ﴿ وَعَلَى ٱلثَّلَٰثَةِ ٱلَّذِينَ خُلِّفُواْ حَتَّىٰٓ إِذَا ضَاقَتۡ عَلَيۡهِمُ ٱلۡأَرۡضُ بِمَا رَحُبَتۡ وَضَاقَتۡ عَلَيۡهِمۡ أَنفُسُهُمۡ وَظَنُّوٓاْ أَن لَّا مَلۡجَأَ مِنَ ٱللَّهِ إِلَّآ إِلَيۡهِ ثُمَّ تَابَ عَلَيۡهِمۡ لِيَتُوبُوٓاْۚ إِنَّ ٱللَّهَ هُوَ ٱلتَّوَّابُ ٱلرَّحِيمُ ١١٨ ﴾ [2] .

---

(١) ينص البند اولا من المادة السابعة من قانون وسم الموازين والمقاييس والمكاييل التجارية العراقي رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٨ على ان { يعاقب كل من تلاعب بادوات الوزن او القياس او الكيل بشكل يجعلها غير صحيحة بالحبس لمدة لاتتجاوز ٣ سنوات او بغرامة لاتزيد على ٥٠٠ دينار او بكلتا العقوبتين وتصادر الادوات المتلاعب بها } .

(٢) سورة التوبة – الاية ١١٨ .

ثامنا / عقوبة التوبيخ

ولقد عزر رسول الله (ﷺ) بالتوبيخ ومن ذلك مارواه ابو ذر حيث قال سابببت رجلا فعيرته بامه فقال رسول الله (ﷺ) ﴿ يا ابا ذر اعيرته بامه انك امرؤ فيك جاهلية ﴾ [1] فعقوبة التوبيخ من العقوبات التعزيرية في الشريعة الاسلامية فاذا راى القاضي انه يكفي لاصلاح الجاني وتاديبه اكتفى بتوبيخه .

تاسعا / عقوبة التهديد

يشترط ان يكون التهديد كاذبا وان يراه القاضي منتجا ويصلح الجاني ويؤدبه ومن التهديد ان ينذره القاضي بانه اذا عاد فسيعاقبه بالجلد او الحبس او سيعاقبه باقصى عقوبة ممكنة . فللقائم بالضبط الاداري ان يهدد المخالف ويخوفه بالايذاء هادفا من ذلك ارجاعه الى جادة الحق والصواب اذا مااصر على المنكر فهو اسلوب علاجي يهدف الى منع استمرار المنكر او تكراره يوجه الى فرد معين او مجموعة معينة بذاتها فيكون من هذه الناحية شبيها بالقرارات الفردية الصادرة عن هيئات الضبط الاداري في ظل القوانين الوضعية ، واذا كان للمحتسب ان يهدد الافراد بايذائهم عن طريق ايقاع عقوبات غير مقدرة بنص او اجماع فليس لهيئات الضبط الاداري في ظل القوانين الوضعية تهديد الافراد الاعن طريق ما تتضمنه القوانين من عقوبات محددة بحق المخالفين او الممتنعين فهو تهديد سابق على وقوع الخطر متسما بالعمومية على خلاف التهديد في ظل الشريعة الإسلامية .

عاشرا / عقوبة التشهير

يقصد بالتشهير الاعلان عن جريمة المحكوم عليه ويكون في الجرائم التي يعتمد فيها المجرم على ثقة الناس كشهادة الزور والغش. وكان التشهير يحدث قديما بالمناداة على المجرم بذنبه في الاسواق العامة [2] .

أحد عشر / عقوبة الغرامة

الاصل ان التعزير باخذ المال عند جمهور الفقهاء لايجوز ماعدا المالكية لما فيه من تسليط الحكام الظلمة على اخذ اموال الناس فياكلونه بالباطل ، ولان الشرع لم يرد بشي من ذلك ، ويرى ابن تيمية وابن القيم الجوزية جواز التعزير بالمال اتلافا واخذا واستدل على جواز ذلك باقضية الرسول (ﷺ) وبعض الصحابة[3] ومن قال

---

(١) صحيح البخاري – مصدر سابق –المجلد الاول - كتاب الايمان – باب المعاصي من امر الجاهلية ولايكفر صاحبها بارتكابها رقم الحديث ٢٢ – ص ١٩ .

(٢) د رمضان الشرنباصي –مصدر سابق – ص ٢٤٢.

(٣) للوقوف على تفاصيل الخلاف الفقهي في مشروعية التعزير باخذ المال انظر د عبد العزيز عامر – مصدر سابق – ص ٣٦٩ وما بعدها .

بجواز التعزير بالمال يذكر صورا لهذا التعزير منها امساك بعض اموال الجاني مدة من الزمن ثم اعادتها اليه عندما تظهر توبته ، وكذلك اتلاف المنكرات من الاعيان والصفات مثل اتلاف ادوات اللهو وكذلك تغيير تغيير صورة المنكرات الى صورة اخرى [1] وهناك عقبات تعزيرية اخرى بالاضافة الى ماذكرنا ومنها العزل من الوظيفة العامة والحرمان من بعض الحقوق المقررة كالحرمان من اداء الشهادة والمصادرة لادوات الجريمة والازالة لاثر الجريمة اوالعمل المحرم كهدم البناء المقام في الشارع وباستعراض ماتقدم يتضح لنا ان احكام الشريعة الإسلامية لم تسعى الى وضع فلسفة خاصة لكل من التعزير الجنائي والتعزير الإداري ولا سعت الى وضع تطبيقات خاصة لكل منهما بل جاءت احكام التعزير فيها عامة واصبح بمقتضاها لولي الامر سلطة تحديد الأفعال المعاقب عليها وايقاع العقاب لتحقيق أغراض حماية النظام العام .

ولما كانت وسائل الضبط الاداري الاسلامي تتمثل في كل ما يتم من خلاله الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ولكون تعزير مرتكب المعصية انما هو من باب النهي عن المنكر وازالته لذا فأنه يعد من وسائل الضبط الاداري الاسلامي التي تهدف الى وقاية النظام العام .

(١) للتفصيل انظر د جمعة محمد محمد البراج ـــ مصدر سابق – ص ٢٩٠ .

المبحث الثاني

التدابير الاحترازية كوسيلة للضبط الاداري

في الشريعة الاسلامية

ان النظام الاسلامي عرف التدابير الاحترازية قبل ان تعرفها القوانين الوضعية ، فقد كانت موجودة في الشريعة الاسلامية منذ اكثر من اربعة عشر قرنا من الزمان لان الشريعة الاسلامية اهتمت بتربية الانسان المسلم وتهذيبه وامرته بتنزيه فعله وقوله عن كل قبيح او اثم باطن او ظاهر ويقول سبحانه وتعالى ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ ﴿١٥١﴾ ﴾ [1] ان الشريعة الاسلامية لم تكتفي بتحريم بعض الافعال وعدتها مفاسد تتناقض مع مقاصدها في حفظ الضروريات الخمس بل وحرمت سلوك أي طريق يؤدي الى هذه الافعال المحرمة وفي سبيل ذلك سنت عقوبات وتدابير لتردع العابثين تحقيقا للامن ولتوفير الاستقرار . وسوف نتناول في هذا المبحث تعريف التدابير الاحترازية وتدابير الامن العام في مجال الضبط الاداري وبيان مظاهر حرص الشريعة الاسلامية على اعطاء التدابير الوقائية الاولوية في تحقيق الامن العام ثم نتطرق الى بيان اغراض وانواع التدابير الاحترازية وذلك من خلال المطالب الاتية: -

المطلب الاول / تعريف التدابير الاحترازية

المطلب الثاني / تدابير حماية الامن العام في مجال الضبط الاداري

المطلب الثالث / اغراض التدابير الاحترازية

المطلب الرابع / انواع التدابير الاحترازية

---

(١) سورة الانعام الاية ١٥١ .

المطلب الاول

تعريف التدابير الاحترازية

اولا / التدبير لغة

التَدابِير مَصدر {تَدبر} وهو مَأخوذ مِن مادة { دَبَر} وَهو أن تَنظر في الأمر وماتؤول اليهِ عاقبتهُ ، وَيُقال فَلان تَدبر الامر أي فَكر فيه وأيقن عَواقِبه [١] . والتَدابير جمع تَدبير ، والتَدبير مِن دَبر الامَر وتَدبره ، ومَعناهُ نَظر في عاقبتهُ مالم يَر في صَدرهُ ، ويُقول أبن فارس أن دَبر الشيء يُقصدُ بِه أخر الشيء خِلاف قبله [٢] ويُقال ان فُلانا لو أستقبل من أمره ما استَدبرهُ لهدى لوجهة أمرهُ أي عَلم في بدء أمره ماعَلمهُ في أخره لاسترشدَ لامرهُ .

وفي القران الكريم ورد لفظ التدبر في العديد من الايات منها قوله تعالى ﴿ أَفَلَا يَتَدَبَّرُونَ ٱلْقُرْءَانَ ۚ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِندِ غَيْرِ ٱللَّهِ لَوَجَدُوا۟ فِيهِ ٱخْتِلَٰفًا كَثِيرًا ﴿٨٢﴾ ﴾ [٣] وقوله تعالى ﴿ وَمَن يُدَبِّرُ ٱلْأَمْرَ ۚ فَسَيَقُولُونَ ٱللَّهُ ۚ فَقُلْ أَفَلَا تَتَّقُونَ ﴿٣١﴾ ﴾ [٤] وقوله تعالى ﴿ إِنَّ رَبَّكُمُ ٱللَّهُ ٱلَّذِى خَلَقَ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضَ فِى سِتَّةِ أَيَّامٍ ثُمَّ ٱسْتَوَىٰ عَلَى ٱلْعَرْشِ ۖ يُدَبِّرُ ٱلْأَمْرَ ۖ مَا مِن شَفِيعٍ إِلَّا مِنۢ بَعْدِ إِذْنِهِۦ ۚ ذَٰلِكُمُ ٱللَّهُ رَبُّكُمْ فَٱعْبُدُوهُ ۚ أَفَلَا تَذَكَّرُونَ ﴿٣﴾ ﴾ [٥] وقوله تعالى ﴿ يُدَبِّرُ ٱلْأَمْرَ مِنَ ٱلسَّمَآءِ إِلَى ٱلْأَرْضِ ﴿٥﴾ ﴾[٦] وباستعراض هذه الايات يتضح لنا ان معنى التدبر هو التفهم والتفكر.

---

(١) التعريفات – علي بن محمد بن علي الجرجاني ـ طبع دار الكتب العلمية بيروت – عام ١٤٠٣ هـ ـ ص ٥٤ .

(٢) مقاييس اللغة – مصدر سابق – الجزء الثاني ـ ص ٣٢٤ .

(٣) سورة النساء- الاية ٨٢ .

(٤) سورة يونس – الاية ٣١ .

(٥) سورة يونس – الاية ٣ .

(٦) سورة السجدة – الاية ٥.

ثانيا / التدبير اصطلاحا

التدبير وسيلة للحصول على نتيجة محددة ، وقاية او مساعدة أو معاقبة ، والتدبير التحفظي تدبير عملي يتخذ لوقاية حق او شي [١] ، **والتدابير الزجرية** هي مجموعة الاجراءات التي تتخذها الدولة لمنع الجريمة وحماية المجتمع من المجرمين وضمان سلامة الناس وامنهم ليعيشوا هادئين مطمئنين ويتمكنوا من اداء واجبهم الديني والدنيوي في راحة واطمئنان [٢] .

ثالثا / الاحتراز لغة

ورَدّ لفظ الأحتراز في اللغة بمعنى الحَذّر في مادة { ح ذ ر } ويقول الراغب [٣] أنَّ الأحتراز مُقيد بَكونهُ عن مُخيفَ فيقولُ الحَذّر أحترَاز عَن مُخيفَ يُقال حذر حذراً وحذرتُه ، وحُول معنى التَحذّر والتيقظ يُقول أبن فارس الحاء والذال والراء اصل واحد ، وهو الحذر والتيقظ [٤].

ولقد ورد لفظ الحذر في القران الكريم في عدة اوجه منها :

الاول بمعنى الامتناع ، قوله تعالى ﴿ وَإِن لَّمۡ تُؤۡتَوۡهُ فَٱحۡذَرُواْۚ ﴿٤١﴾ ﴾ [٥].

الثاني بمعنى الخطر والخوف ، قوله تعالى ﴿ وَيُحَذِّرُكُمُ ٱللَّهُ نَفۡسَهُۥۗ ﴿٢٨﴾ ﴾ [٦].

الثالث بمعنى التاهب والاستعداد ، قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ خُذُواْ حِذۡرَكُمۡ ﴿٧١﴾ ﴾ [٧] أي استعدوا وتاهبوا

الرابع بمعنى كتمان السر، قوله تعالى ﴿ مُخۡرِجٞ مَّا تَحۡذَرُونَ ﴿٦٤﴾ ﴾ [٨] أي مظهر ماتكتمون .

---

(١) جيرار كورنو – معجم المصطلحات القانونية – ترجمة منصور القاضي – دون ذكر اسم المطبعة – عام ١٤١٨هـ - ص ٤٤٠ .

(٢) توفيق على وهبة – التدابير الزجرية والوقائية في التشريع الاسلامي واسلوب تطبيقها – طبع دار اللواء بالرياض – عام ١٤٠١هـ - ص٢١

(٣) المفردات في غريب القران – الراغب الاصفهاني – تحقيق محمد سيد الكيلاني – دون ذكر اسم المطبعة – عام ١٩٦١ م – ص ١٠٩

(٤) مقاييس اللغة – مصدر سابق – الجزء الثاني – ص ٣٧

(٥) سورة المائدة – الاية ٤١ .

(٦) سورة ال عمران – الاية ٢٨

(٧) سورة النساء – الاية ٧١

(٨) سورة التوبة – الاية ٦٤

رابعا / الاحتراز اصطلاحا

يقول ابن الجوزي { ينبغي الاحتراز من كل مايجوز ان يكون ولاينبغي ان يقال الغالب السلامة . وحاجة النفس لابد من قضائها ، فاذا بذر وقت السعة فجاء وقت الضيق لم يامن ان يدخل مداخل السوء ، وان يتوقى بالطلب من الناس والنظر فالحالة الراهنة فحسب فحالة الجهلة الحمقى ، وان من نزل مع خيل في سفينة فاضطربت ، فغرق من في السفينة وان كان الغالب في هذه الحالة السلامة } [١] .

ويقول الغزالي { من احترز من امر من الامور بسبب غيره ، يقال انه يراقب فلانا ويراعي جانبه ، ويعني بهذه المراقبة حالة للقلب يثمرها نوع من المعرفة ، وتثمر تلك الحالة اعمالا في الجوارح وفي القلب . اما الحالة فهي مراعاة القلب للرقيب واشتغاله به وملاحظته اياه وانصرافه اليه . واما المعرفة التي تثمر فهي العلم بان الله مطلع على الضمائر عالم بالسرائر رقيب على اعمال العباد } [٢] .

وذكر الشاطبي (ان الشريعة مبنية على الاحتياط والاخذ بالحزم والتحرز عما عساه ان يكون طريقا الى مفسده) [٣] .

المطلب الثاني

تدابير حماية الامن العام في مجال الضبط الاداري

تحرص الشريعة الاسلامية على تحقيق الامن للمجتمع حتى يطمئن الناس على انفسهم واموالهم واعراضهم ودينهم ونسلهم من أي خطر يهدد احدى هذه الضرورات ومن اجل هذا الهدف يتضامن كل من الحاكم وافراد المجتمع ويتعاونوا على البر والتقوى دفعا للاثم والعدوان وتوفيرا للاستقرار ولقد سنت الشريعة الاسلامية مايردع العابثين ويقطع دابر الاثمين .

والحقيقة ان النظام الاسلامي عرف التدابير الاحترازية قبل ان تعرفها القوانين الوضعية لان الشريعة الاسلامية اهتمت بتربية الانسان المسلم وتهذيبه وتطهيره بغية ايصاله الى كماله الروحي والجسدي فقد اباحت

---

(١) صيد الخاطر – ابن الجوزي – علق عليه اسامة السيد – طباعة المكتبة التجارية بمكة المكرمة – عام ١٩٩٣ م – ص ٣٤٤.

(٢) احياء علوم الدين – مصدر سابق –الجزء الرابع – ص ٣٩٨ .

(٣) الموافقات –لابي اسحاق الشاطبي ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي - شرح الشيخ عبد الله دراز – طبع دار العلم بيروت – الطبعة الثانية – عام ١٣٩٥ هـ - ص٣٥٢ .

له الطيبات من الرزق وحرمت عليه الخبائث وكل مايضر بجسده وصحته ، يقول تعالى ﴿ وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيۡهِمُ ٱلۡخَبَٰٓئِثَ ١٥٧ ﴾[1] .

والشريعة الاسلامية تعطي الاولوية للتدابير الوقائية في المحافظة على النظام العام وحمايته من خلال عدة مظاهر يكفل تطبيقها راحة المجتمع وامنه وسلامته من الشرور والاثام ووقايته من المفاسد والالام [2] فلكل حكم او تشريع نصت عليه الشريعة الاسلامية امرا كان ام نهيا هدفا معين ، بحيث يؤدي تطبيق هذه الاحكام والالتزام بالقيم الدينية الى تحقيق اهداف الرسالة الالهية ومقاصدها لذا حرمت سلوك أي طريق يفضي الى أي فعل محرم ومن ثم فقد عملت على اجتثاث جذور الجريمة ودوافعها من النفس .

ومن اهم مظاهر حرص الشريعة الاسلامية على اعطاء التدابير الوقائية الاولوية في تحقيق حماية الامن العام ما يلي: -

اولا / نظام الحسبة كوظيفة دينية

سبق وان بينا ان قوام وظيفة المحتسب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر تطبيقا لقوله تعالى ﴿ وَلۡتَكُن مِّنكُمۡ أُمَّةٞ يَدۡعُونَ إِلَى ٱلۡخَيۡرِ وَيَأۡمُرُونَ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَيَنۡهَوۡنَ عَنِ ٱلۡمُنكَرِۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡمُفۡلِحُونَ ١٠٤ ﴾ [3] ولكون الجريمة تمثل مصدر قلق لجميع المجتمعات فان اثر الاحتساب في الوقاية منها يبرز سمو الشريعة الاسلامية وعلوها على الانظمة البشرية اذ ان تطبيقه يؤدي الى صلاح احوال المجرمين وغيرهم ، وبذلك تتحقق الاستقامة لافراد المجتمع والوقاية من الجريمة ولقد رروي ان ابا بكر الصديق قال في خطبة له ايها الناس انكم تقرءون هذه الاية وتؤولونها على خلاف تاويلها ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ عَلَيۡكُمۡ أَنفُسَكُمۡۖ لَا يَضُرُّكُم مَّن ضَلَّ إِذَا ٱهۡتَدَيۡتُمۡۚ ١٠٥ ﴾ [4] ، واني سمعت رسول الله (ﷺ) يقول ﴿ ما من قوم عملوا بالمعاصي وفيهم من يقدر ان ينكر عليهم فلم يفعل الا يوشك ان يعمهم الله بعذاب من عنده ﴾ [5] ، والامر بالمعروف ليس له شروط خاصة ولااوقات معينة لانه نصيحة

---

(١) سورة الاعراف – الاية ١٥٧ .

(٢) د عبد المجيد مطلوب التدابير الزجرية والوقائية في التشريع الاسلامي – بحث منشور بمجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الكويت – السنة السابعة – العدد الاول – مارس – ١٩٨٣- ص ١٣٣ .

(٣) سورة ال عمران – الاية ١٠٤ .

(٤) سورة المائدة – الاية ١٠٥ .

(٥) سنن ابي داود– مصدر سابق – كتاب الملاحم –باب الامر والنهي- رقم الحديث ٤٣٣٨ – ص ١٢٦ .

وهداية وتعليم وكل ذلك جائز في أي وقت وكل مناسبة ، اما النهي عن المنكر وتغيره فله شروط خاصة يجب توافرها لجواز النهي او التغيير مما يجعلها قيدا على سلطة الضبط الاداري وهذه الشروط هي[1] :-

أ: كونه منكرا بمعنى ان يكون الفعل محظور الوقوع في الشرع :- بان يكون الشارع حرمه او كرهه او رأه المؤمنون امرا منكرا تنفر منه نفوسهم لمخالفته لعمومات الشرع وأن لم ينه الدين عنه بدليل خاص ، والله (ﷻ) رحمة منه بعباده لايامرهم الا بما هو خير وفضيلة ولاينهاهم الاعما هو شر ورذيله ، اما موضوع الضبط الاداري في ظل الانظمة الوضعية فيتمثل في النشاط الفردي ، ولكي تتمكن سلطة الضبط الاداري في ظل هذه الانظمة من التدخل في النشاط الفردي لابد ان يكون هذا النشاط غير مشروع اما لكونه ممنوعا قانونا او لان ممارسته من شأنها ان تعرض النظام العام للخطر وبخلاف ذلك فلامجال لسلطة الضبط ولامجال للاجراءات الضبطية .

ب: ان يكون المنكر حالا :- شرط النهي عن المنكر والتعزير عليه الاشتغال بالمنكر بمعنى ان تكون المعصية راهنة وصاحبها مباشر لها وقت النهي او التغيير فالمرتكب للمنكر اذا فرغ من المعصية فليس ثمة مكان للنهي والانكار عليه او تغيير المنكر وانما هناك محل للعقاب على المعصية والعقاب من حق السلطات العامة وليس من حق الافراد ، اما اذا كان المنكر متوقعا كالذي يحضر المجلس ويزينه لشرب الخمر فهذا مشكوك فيه فلايثبت للاحاد سلطة على العازم على الشرب –مثلا - الابطريق الوعظ والنصح [2] ، اما في ظل الانظمة الوضعية فان سلطات الضبط الاداري تعمل على وقاية النظام العام وحمايته من كل مايمكن ان يعرضه للخطر سواء كان هذا الخطر حالا ام في مرحلة الاعداد .

ج: ان يكون المنكر ظاهرا بغير تجسس :- أي ان يكون المنكر ظاهرا امام المحتسب بدون تجسس وان ينكشف له عن طريق السمع او البصر او الشم او التذوق فقد حرم الله (ﷻ) التجسس في قوله { ولاتجسسوا }[3] أي ان كل منكر لم تظهر اماراته او دلالته او قرينته او بينته يعتبر منكرا مستورا لاينبغي للغير ان يكشف عنه والا كان هذا الكشف تجسسا محظورا مما يعني انه اذا حصلت الامارات المعرفة للمنكر او تمت الدلالة عنه او قامت القرينة الملابسة له او دلت البينة عليه كل هذا دون سعي من جانب المحتسب كان ظهوره مشروعا وجاز الاعتداد بالكشف عنه وبهذا يتحقق التوازن بين مصلحتين جديرتين بالرعاية مصلحة الامة الاسلامية

---

(١) للتفصيل بشان الشروط الخاصة بموضوع الضبط الاداري الاسلامي –انظر دجابر سعيد حسن – الضمانات الاساسية للحريات العامة دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي – اطروحة دكتوراة مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة القاهرة – ص ٢٧٠ .

(٢) احياء علوم الدين –المجلد الثاني - - مصدر سابق – ص٤٢٢.

(٣) سورة الحجرات الاية – ١٣ .

في ان تتمكن من مجابهة المنكر ومصلحة الفرد في ان يستتر بستر الله (ﷻ) . اما في ظل الانظمة الوضعية فان هيئات الضبط الاداري تسعى الى الكشف عن كل مايمكن ان يعرض النظام العام للخطر سواء ظهرت دلالات هذا الخطر او لم تظهر بعد مستندة في ذلك الى طبيعة وظيفتها المتمثلة في وقاية النظام من الاختلال واعادته الى وضعه الطبيعي اذا حدث مايخل به ومستندة الى نصوص القوانين والتعليمات.

د : ان يكون المنكر معلوما بغير خلاف يعتد به وبغير اجتهاد [١] :- فكل ماهو في محل الاجتهاد لاحسبة فيه ذلك ان اراء المذاهب المعتبرة على اختلافها مستمدة من اصول الدين ودلائله واساس الخلاف فيها هو الراي وليس الراي بحجة على الراي الاخر ومناط الاحكام غلبة الظن وذلك اساس التكليف والظن يختلف باختلاف المجتهدين ويترتب على ذلك مايلي :-

(١) لاحسبة على من يعتقد جواز الفعل فليس للحنفي ان ينكر على الشافعي اكل الضبع مثلا .

(٢) يحتسب على من لايرى صحة الفعل في مذهبه كانكار الحنفي على الشافعي اذا نكح بغير ولي ، ان الامر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبا كفائيا على كل مسلم وفقا للرأي الراجح فقها ولايقلل من وجوبه قيام ولايات عامة كالمحتسب وانظمة الشرطة والادعاء العام وغيرها اخذين بعين الاعتبار وجوب دفع المنكر بايسر ماييندفع به مع الاقرار باختلاف وسائل دفع المنكر باختلاف نوعه وباختلاف فاعله [٢] . اما في ظل الانظمة الوضعية فالحرية هي الاصل في نطاق الضبط الاداري وان الاستثناء تقيدها باجراءت الضبط مما يقيد من اجتهاد الادارة ويجعله قاصرا على تحديد ما اذا كانت ممارسة الحقوق والحريات الفردية المشروعة ممكن ان تعرض النظام العام للخطر ام لا ؟

---

(١) انقسم الفقه في ذلك الى خمسة القول الاول هو قول جمهور الفقهاء على ان كل ماهو محل اجتهاد لاحسبة فيه وهو الراي الراجح والثاني هو ان للمحتسب ان يحمل الناس على اجتهاده فيما اختلف فيه الفقهاء والقول الثالث لاينكر على المجتهد فيما هو محل خلاف وينكر على المقلد والقول الرابع للمحتسب الانكار فيما ضعف فيه الخلاف وكان ذريعة الى معصية ويرى اصحاب القول الخامس بان الانكار اما ان يتوجه الى القول بالحكم او العمل به فالاول ان كان خالف سنة او اجماعا قديما وجب انكاره وان لم يكن كذلك فانه ينكر بمعنى بيان ضعفه اما الثاني وهو العمل بوجوب ذلك القول فان كان خلاف سنة او اجماع وجب انكاره واما اذا لم يكن في المسالة سنة ولا اجماع وللاجتهاد موضوع الخلاف فيه مساغ فلاينكر على من عمل بها مجتهدا او مقلدا للمزيد انظر د حسن السيد محمد حسن عجوة – موقف الاسلام من الحسبة وحكمه في تاركها مع القدرة عليها والامن على النفس ومال – اطروحة دكتوراة مقدمة الى كلية الشريعة والقانون بجامعة الازهر – ص٦٢- ٦٣ .

(٢) د رمضان الشرنباصي –مصدر سابق – ص ١٤٥ .

ثانيا / اداء العبادات تقي المجتمع الخطر

لقد فرض الله (ﷻ) على الانسان القيام باداء العبادات لتقي المجتمع من الخطر وتمنع الاستعداد الكامن في النفوس نحو الشر من الظهور الى العالم الخارجي وكذلك لتزكية النفوس لتحقيق الامن النفسي الى جانب الامن المادي وسنكتفي هنا بايراد مايقي افراد المجتمع من خطر الاعتداء على حياتهم ويحق لهم الامن العام وذلك فيما يلي :-

أ: في الصلاة :- يقول الولى عز وجل في كتابه الحكيم ﴿ وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَۖ إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ تَنۡهَىٰ عَنِ ٱلۡفَحۡشَآءِ وَٱلۡمُنكَرِۗ ﴿٤٥﴾ ﴾ [1] ويظهر التدبير الوقائي جليا في معنى الاية حيث ينهانا المولى عز وجل عن ارتكاب الفواحش والمنكرات والسبيل ال ذلك في اقامة الصلاة وان المداومة على ادائها يكون سببا للبعد عن المعاصي لما فيها من مراقبة الله (ﷻ) .

ب: في الزكاة :- ان الزكاة تطهر النفس البشرية وتزكيها وتزيد المحبة بين الفقراء والاغنياء وتقي الاغنياء من شر الفقراء وتنزع كل الاستعدادات الاجرامية من نفوس الفقراء وتكبح جماح التفكير في السرقة والغصب وغيرها من الجرائم وفي ذلك يقول سبحانه وتعالى ﴿ خُذۡ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ صَدَقَةٗ تُطَهِّرُهُمۡ وَتُزَكِّيهِم بِهَا ﴿١٠٣﴾ ﴾ [2] .

ج: في الصيام :- نلمس الاثر الفعال لوقاية المجتمع مما يخل بالنظام العام في قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ ﴿١٨٣﴾ ﴾ [3] والتقوى في ابسط معانيها امر جامع لكل خصائل الخير ومانع لوسائل الشر، وبهذا يتضح لنا دور اداء العبادات في تزكية النفس وايقاظ الوازع الديني في الانسان مما يقل معه فرص ارتكاب الجريمة ويكفل حماية النظام العام .

---

(١) **سورة العنكبوت – الاية ٤٥ .**

(٢) **سورة التوبة – الاية ١٠٣ .**

(٣) **سورة البقرة – الاية ١٨٣ .**

ثالثا / دعوة الاسلام الى العمل تقى المجتمع من خطر البطالة

يقول الله (ﷻ) : ﴿ وَقُلِ ٱعۡمَلُواْ فَسَيَرَى ٱللَّهُ عَمَلَكُمۡ وَرَسُولُهُۥ وَٱلۡمُؤۡمِنُونَۖ ١٠٥ ﴾ [١] كما يقول سبحانه تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفۡعَلُونَ ٢ ﴾ [٢] .

وقوله تعالى : ﴿ لَّقَدۡ كَانَ لَكُمۡ فِي رَسُولِ ٱللَّهِ أُسۡوَةٌ حَسَنَةٞ ٢١ ﴾ [٣] وقوله تعالى : ﴿ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمۡ عَنۡهُ فَٱنتَهُواْۚ ٧ ﴾ [٤] تلك هي مبادئ الاسلام في دعوته وتعامله مع الواقع والحياة تلك مبادئ محمد صلى الله عليه وسلم التي نادى بها وطبقها سلوكا وعملا فالشريعة الاسلامية دعت الناس الى الانتاج والعمل لتحقيق صالح الجماعة وحثت على السعي في الارض طلبا للرزق كما في قوله تعالى ﴿ هُوَ ٱلَّذِي جَعَلَ لَكُمُ ٱلۡأَرۡضَ ذَلُولٗا فَٱمۡشُواْ فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُواْ مِن رِّزۡقِهِۦۖ وَإِلَيۡهِ ٱلنُّشُورُ ١٥ ﴾ [٥] .

كما نفرت الشريعة الاسلامية من البطالة والتسول والتكاسل والتقاعس عن السير في الارض طلبا للرزق اذ يقول الرسول (ﷺ) ﴿ ما كسب الرجل كسبا اطيب من عمل يده وما انفق الرجل على نفسه واهله وولده وخادمه فهو صدقه ﴾ [٦] ولم يقف منهج الاسلام في العمل على تحقيق الامن العام وحمايته عند حد دعوة الناس للعمل بل الزم اولياء الامر بسد حاجات الناس من خلال توفير الحرفة والعمل لهم لكي ينشغلوا بما ينفعهم ويبتعدوا عن التعطل والكسل وقاية للمجتمع من شر المعاصي والمفاسد التي تدفع اليها البطالة .

---

(١) سورة التوبة - الاية ١٠٥ .

(٢) سورة الصف - الاية ٢،

(٣) سورة الاحزاب - الاية ٢١ .

(٤) سورة الحشر - الاية ٧ .

(٥) سورة الملك - الاية ١٥ .

(٦) سنن ابن ماجه – مصدر سابق – الجزء الثاني – كتاب التجارات – باب الحث على المكاسب – رقم الحديث ٢١٣٨- ص ٧٢٣ -٧٢٤.

المطلب الثالث

اغراض التدابير الاحترازية

لقد اهتمت الشريعة الاسلامية بغرائز النفوس وعملت على طهارة المجتمع لكبح أي شذوذ باستخدام التدابير الاحترازية كما اهتمت بالجاني نفسه حتى يكون ابتعاد الناس عن الجريمة ناتجا عن وازع ديني ودافع نفسي ليس مبعثه الخوف من العقاب ، والهدف من التدابير الاحترازية هو مواجهة الخطورة الاجرامية الكامنة في شخصية المجرم للقضاء عليها ووظيفتها ايضا ان تسد الفراغ الذي يترتب على عدم توقيع العقوبة اذن فهي وقاية للمجتمع من خطورة المجرم واحتمال ارتكابه الجريمة في المستقبل ، ولابد من الالتجاء الى التدابير الاحترازية لمنع الجريمة قبل وقوعها [1] ودليل مشروعية التدابير الاحترازية قوله عليه الصلاة والسلام { انصر اخاك ظالما او مظلوما فقال رجل يارسول الله انصره اذا كان مظلوما أفرايت اذا كان ظالما كيف انصره ؟ فقال تحجزه او تمنعه عن الظلم فان في ذلك نصرة }[2] ويمكن تحديد اغراض التدابير الاحترازية في التالي:-

اولا / منع الجريمة قبل وقوعها

ان الايمان بالله (ﷻ) وبالثواب والعقاب لن يكون له معنى بدون الالتزام باحكام الشريعة الاسلامية والعمل على تطبيقها مصداقا لقوله تعالى ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَعَمِلُواْ ٱلصَّٰلِحَٰتِ لَهُمۡ جَنَّٰتُ ٱلنَّعِيمِ ﴿٨﴾﴾ [3] والجمع بين الايمان والعمل الصالح هو الذي يصنع انسانا تقيا ورعا يخشى المعاصي والمحرمات { الجرائم } فهكذا الاتصال بين الحكم الدنيوي والضمير الديني يجعل المؤمن يشعر انه في رقابة مستمرة من الله (ﷻ)، والحق ان المولى عز وجل حارب الجريمة قبل خروجها من داخل النفس البشرية وذلك بابعادها عن طريق التهديد والوعيد بالعذاب الاليم في الدنيا والاخرة [4].

---

(١) د احمد فتحي سرور – اصول السياسة الجنائية – دار النهضة العربية – الطبعة الاولى – عام ١٩٧٢١-ص ٣٧

(٢) صحيح البخاري – المجلد الثاني - مصدر سابق – كتاب المظالم والغصب – باب اعن اخاك ظالما او مظلوما - - رقم الحديث ٢٤٤٣.

(٣) سورة لقمان – الاية ٨

(٤) د ابو المعاطي ابو الفتوح –التنظيم العقابي الاسلامي – كلية الحقوق جامعة القاهرة- طبعة دار التعاون للطبع والنشر– عام ١٩٧٦- ص ٥٤ .

قال تعالى : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلۡفَٰحِشَةُ فِي ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَهُمۡ عَذَابٌ أَلِيمٞ فِي ٱلدُّنۡيَا وَٱلۡأٓخِرَةِۚ وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ وَأَنتُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ ١٩ ﴾ [1] ويتم تحقيق ذلك الغرض بعدة وسائل منها التاهيل بعلاج الفرد اذا كان مريضا او تهذيبه وتقويمه ان كان منحرفا او تعليمه ان كان جاهلا وبهذا تنقطع الصلة بين عوامل الاجرام وظاهرة الجريمة فيخرج بعد انجاز هذا التدبير متوافقا مع المجتمع مجردا من حالته الاجرامية ، ومنها ايضا النفي والابعاد وبه يتم الفصل بين المجرم وبين مكان يهيى له سبيل الاجرام ، ومنها ايضا التعجيز أو العزل عن ادوات الجريمة او الانحراف من خلال تجريد المجرم او المحتمل ارتكابه الجريمة من الوسائل المادية التي يستعملها في ارتكاب الجريمة والاضرار بالمجتمع .

ثانيا / محاولة اصلاح الجاني بعد ارتكابه الجريمة

تهتم الشريعة بشخص المجرم فتحاول الاخذ بيده وترشده الى الطريق المستقيم وقد اوصى رسول الله صلى الله عليه واله وسلم بعدم سبه ولعنه بل الرفق به وارشاده . عن ابي هريرة انه قال { اتي النبي (ﷺ) برجل قد شرب فقال اضربوه فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه فلما انصرف قال بعض القوم اخزاك الله فقال (ﷺ) لاتقولوا هكذا لاتعينوا عليه الشيطان } [2] ، فنظرة الشريعة الاسلامية للعقوبة تتمثل في كونها ردع للجاني ومحاولة لاصلاحه بعد ارتكابه جريمته وليست نوعا من الانتقام من شخص المجرم ، فقد قال تعالى ﴿ وَإِنِّي لَغَفَّارٞ لِّمَن تَابَ وَءَامَنَ وَعَمِلَ صَٰلِحٗا ثُمَّ ٱهۡتَدَىٰ ٨٢ ﴾ [3] .

ثالثا / حفظ الجاني من الاذى

تحافظ الشريعة الاسلامية على كرامة الانسان وادميته وحياته من أي اذى فاذا اعمته الشهوات وارتكب الجريمة فنجدها تاخذ بيده وتشجعه على التوبة وتدعو الناس الى التستر عليه ويترتب على عقابه حفظه من الاذى الذي يلحق به من اهل المجنى عليه كما جعلت التغريب من مكان وقوع الجريمة حفظا له من الاذى الذي قد يلحقه من اهل المجنى عليه [4] .

---

(١) سورة النور – الاية ١٩ .

(٢) صحيح البخاري – مصدر سابق – كتاب الحدود – باب الضرب بالجريد والنعال – رقم الحديث ٦٧٧٧ ص ٢٨٤ .

(٣) سورة طه – الاية ٨٢

(٤) د محمد محمد مصباح – التدابير الاحترازية في السياسة الجنائية الوضعية والشرعية – طبع دار النهضة العربية – عام ١٩٩٦- ص ١٥١ .

رابعا / حفظ المجتمع من الفساد والرذيلة

شرعت التدابير الاحترازية في الاسلام لمكافحة الرذيلة وصيانة المجتمع من الفساد وحماية المصالح الاساسية للامة التي اجتمعت عليها جميع الشرائع السماوية وهي حفظ الدين والنفس والنسل والعقل والمال وهي المعروفة بالضروريات الخمس وسميت بذلك لانه لاقيام لحياة الناس وصلاح امورهم الابحفظها من الاعتداء عليها .

خامسا / تحقيق الردع الخاص

تتركز اغراض التدابير الاحترازية في مواجهة الخطورة الكامنة في شخص المجرم للقضاء عليها [1] فهي تتخذ من نفسية الجاني هدفا لها ومقصدا وتحاول تحقيق ذلك اما عن طريق هذه النفسية او علاجها من الخطورة الكامنة فيها والتي قادتها الى طريق الاجرام او كشف شر المجرم عن المجتمع عن طريق عزله عنه ويمثل هذا الغرض قدرا مشتركا بين اغراض العقوبة والتدابير الاحترازية .

المطلب الرابع

انواع التدابير الاحترازية

ان الغرض الرئيسي للتدابير الاحترازية هو مواجهة الخطورة الاجرامية لدى المجرم بأزالة عوامل اجرامه من نفسه هذا ما نهجه الاسلام وشريعته الغراء حيث اعتمدت على اسس تربوية تعمل على تربية النفوس واحياء الضمائر فقد جاءت متكاملة تعمل على تحقيق الامن والسلام في المجتمع عن طريق اذكاء القيم الروحية واعلاء مبادئ الاسلام الهادفة الى صلاح الفرد والجماعة وعلى هذا الاساس استقرت التدابير الاحترازية في الشريعة الاسلامية كتدابير الهية مانعة في الوقوع في المعاصي وتتمثل في التالي:

اولا / الاستأذان

يعد الاستأذان من التدابير الوقائية الالهية المانعة من وقوع الجرائم حيث كفل الاسلام الحياة الشخصية للفرد المسلم بأن منع الذكور من دخول البيوت من دون استأذان حتى لايروا النساء في حال لاينبغي لهم رويتهن فيها [2] والغاية منه تطهير المشاعر واتقاء اسباب الفتنه العابرة بغلق الطريق عليها اذ ان عدم الاستأذان يستلزم وقوع النظر على مالايحل وقد يكون سبب لوقوع الجريمة .

---

(١) د محمد احمد حامد –التدابير الاحترازية في الشريعة الاسلامة دراسة مقارنة –طبع جامعة الازهر عام ١٩٨٠ –ص ٣١٧.

(٢) سورة المائدة -الاية ٩٠

ثانيا / تحريم الخمر و المسكرات

ومن التدابير الالهية المانعة لوقوع الجرائم والمعاصي تحريم الخمر والمسكرات لانها تخامر العقل اي تخالطه وبذهاب العقل يصبح الانسان في استطاعته ان يرتكب اي جريمة دون خوف او حياء وتعد الخمر من الكبائر لانها مفتاح الشر فبشربها توصل الانسان الى ارتكاب كل خبيث وبأنتشارها تنتشر الجريمة في المجتمع الاسلامي وقد حرمها الله (ﷻ) في كتابه العزيز حيث قال ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَٱجۡتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ٩٠ ﴾ [1] .

ثالثا / غض البصر للرجال والنساء

لقد امرنا الله (ﷻ) بغض البصر للرجال وللنساء كتدبير الهي مانع من الوقوع في المعاصي حيث قال تعالى (قل للمؤمنين يغضوا من ابصرهم ويحفظوا فرجوهم ذلك ازكى ان الله خبير بما يصنعون وقل للمؤمنت يغضضن من ابصرهن) كما امر الله (ﷻ) المؤمنات بغض البصر وحفظ الفروج من اجل سد الذرائع الى الفساد ومنع الوصول الى الاثم والذنب .

رابعا / الحث على الزواج والترغيب فيه

لقد سبقت الشريعة الاسلامية كافت التشريعات بالتدبير الوقائي لحل المشكلة الجنسية لدى الشباب ورسمت لها الطريق السليم حتى لايؤدي الكبت الى نتائج غير مرغوب فيها فحثت الشباب على الزواج ورغبت فيه وفي حالة تعذر ذلك حثت على العلاج الوقائي لقطع الشهوة وهو الصوم ان هذا التدبير الالهي يعد تدبير وقائي مانع من الوقوع في الزنا وحماية للاعراض والانساب [2] .

خامسا / قاعدة سد الذرائع

تلك القاعدة تقتضي تحريم امور لم يرد دليل بعينه بحلها او بحرمتها وانما يكون التحريم تبعا للمصلحة التي يرجى من تحريمها سد الذريعة الى الفساد لان هذه الامور ان لم تحرم فقد تفضي الى مفسدة والاصل في سد الذرائع هو النظر الى الصالح العام فيجب اتخاذ الذريعة لتحقيق مصلحة عامة ودرءا للمفاسد فالميزان هو

---

(١) سورة المائدة ـ الاية ٩٠ .

(٢) د محمد احمد حامد – مصدر سابق – ص ٣٢٥

جلب المصـــالح ودفع المفاســـد ما امكن الدفع والجلب [١] ويقول تعالى ﴿ وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖۗ كَذَٰلِكَ زَيَّنَّا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلَهُمۡ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِم مَّرۡجِعُهُمۡ فَيُنَبِّئُهُم بِمَا كَانُواْ يَعۡمَلُونَ ١٠٨ ﴾ [٢] .

وفي ظل القوانين الوضـــعية تعد التدابير الاحترازية وســـائل مقررة قانونا لتدرأ عن المجتمع الخطورة الاجرامية الكامنة في شـــخص مرتكب الجريمة والهدف من هذه الوســـائل هو حماية المجتمع وذلك بوضـــع العراقيل على كل مايســـهل على المجرم ارتكاب الجريمة وتتخذ اشـــكالا متعددة فمن التدابير الاحترازية ماهو سـالب للحرية تنفذ داخل موسـسـات خاصـة يحددها القانون [٣] كالايواء في مكان علاجي او العزلة لحين زوال خطورة المجرم ومن التدابير الاحترازية مايعد مقيدا للحرية كالوضـــع تحت المراقبة بقصـــد مراقبة ســـلوك المحكوم عليه بهدف الحيلولة بينه وبين العوامل التي يمكن ان تغريه بارتكاب الجريمة ومنها ايضـــا منع ارتياد اماكن اللهو وحظر الاقامة في مكان معين وكذلك الابعاد و هذا التدبير يكون الحكم به على الاجنبي فلايجوز ابعاد المواطن عن موطنه ومن التدابير الاحترازية مايعد ســـالبا للحقوق مثل حظر ممارســـة عمل معين او الحرمان من قيادة الســـيارات او اغلاق الموســـســـة او المحل التجاري ومن التدابير الاحترازية مايكون ماليا كالمصـــادرة العينية والتي تقع على اشـــياء تمنع القوانين حيازتها او بيعها او اســـتعمالها مثل الاســـلحة غير المرخصة .

من خلال ماتقدم يتضح لنا ان التدابير الاحترازية وسيلة من وسائل الضبط الاداري تهدف الى حماية المجتمع من الخطورة الاجرامية الكامنة في نفس الشخص مرتكب الجريمة كما تعمل على تهذيب النفوس واستئصال نوازع الشر منها .

وتتعدد وســائل الضــبط الاداري الاســلامي وتتنوع فمنها ايضــا وســيلة **تعرف المنكر** وعرفه الامام الغزالي بانه طلب المعرفة بجريان المنكر وقال بانه التحســب المنهي عنه [٤] والباحث يرى ان تعرف المنكر معناه التاكد والتحقق من وقوع مايوجب الحســبة وهو المنكر وقد يكون ظاهرا بغير تجســس وقد يكون خفيا فلايجوز للمحتســب ان يتجســس لمعرفته لان التجســس منهي عنه في القران الكريم والســنة النبوية قال تعــالى﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱجۡتَنِبُواْ كَثِيرٗا مِّنَ ٱلظَّنِّ إِنَّ بَعۡضَ ٱلظَّنِّ إِثۡمٞۖ وَلَا تَجَسَّسُواْ وَلَا يَغۡتَب بَّعۡضُكُم بَعۡضًاۚ ١٢ ﴾ [٥] وقــال رســول الله (ﷺ) ﴿ اياكم والظن فان الظن اكذب الحديث ولاتجســســوا ولاتنافســوا ولاتناجشــوا ولاتدابروا

---

(١) المصدر السابق – ص ٣١٤ .

(٢) سورة الانعام الاية ١٠٨ .

(٣) د محمد زكي ابو عامر – مبادئ علم الاجرام – طبع دار الاخاء في القاهرة عام ٢٠٠٢ – ص ١٦٨ .

(٤) احياء علوم الدين – المجلد الثاني - مصدر سابق – ص ٤٤٨ .

(٥) سورة الحجرات – الاية ١٢

ولاتباغضـوا وكونوا عباد الله اخوانا ﴾ [1] ومن ثم فلا ينبغي للقائم بالضـبط الاداري الاسـلامي ان يسـترق السمع على دار غيره ليسمع صوت الاوتار ولا ان يستنشق ليدرك رائحة الخمر . وليس له دخول دار معينة للضـــبط الا ان يكون لديه دليل قاطع يخوله الدخول للضـــبط فلو اخبره علان او عدل واحد ابتداء من غير اسـتخبار بان فلانا يشـرب الخمر في داره فله أي للمحتسـب ان يدخل الدار ولايلزمه الاسـتئذان [2] وكما هو الحال في ظل الشـريعة الاسـلامية تقوم هيئات الضـبط الاداري في ظل الانظمة الوضـعية من التاكد والتحقق والتعرف على كل مـايمكن ان يعرض النظـام العـام للخطر عن طريق الرقـابـة والتفتيش وعن طريق اجراء الاختبارات والفحوصـــات وغيرها من الاســاليب حتى فيما لم تظهر دلالته بقصـــد الوقوف على هذه الدلالات والتاكد من وجود مايهدد النظام العام مستندة في ذلك الى نصـوص القوانين [3] والأنظمة ومن وسـائل الضـبط الاداري الاسـلامي **تعريف المنكر** والتعريف هو الارشـاد والتعليم ويكون ذلك في بيان حكم الله (ﷻ) فيما اقدم عليه المخالف فان المنكر قد يقدم عليه المقدم بجهله واذا عرف انه منكر تركه ، والانسان لايولد عالما ومن ثم يجب ارشـــاده وتعليمه ، وقد روي ان عمر ابن الخطاب قال { تعلوا العلم وعلموه للناس وتعلموا له الوقار والسكينة وتواضعوا لمن تعلمتم منه العلم وتواضعوا لمن علمتوه العلم ولاتكونوا جبابرة العلماء فلايقوم علمكم بعملكم [4] وفي ظل الانظمة القانونية المعاصـــرة هناك عدة طرق يمكن من خلالها لهيئات الضـــبط تعريف الافراد بعناصر النظام العام ومايمكن ان يعرض هذا النظام العام للخطر وفي مقدمة هذه الطرق نشر القوانين المشـــرعة واعلان القرارات التنظيمية للمخاطبين بها بالاضـــافة الى امكانية اتباع طرق اخرى كعقد الندوات والمؤتمرات وغيرها كل ذلك يهدف الى بيان ما يمكن ان يخل بالنظام العام وحكم القانون فيه بهدف وقايته قبل وقوع الخطر .

ومن وسائل الضبط الاداري في ظل الشريعة الاسلامية **التبليغ والشهادة والاحكام القضائية** ، فالتبليغ عن المنكرات مقصور على القائم بوظيفة الضبط تطوعا لان سلطة الضبط المعينة رسميا تتولى دفع المنكر مباشرة بمقتضى ولايتها [5] ومن ثم فلامانع لاي مسلم ان لم يستطع دفع المنكر من تبليغ والي الحسبة واعوانه

---

(١) المسند للامام احمد بن حنبل – شرحه ووضع فهارسه احمد محمد شاكر – طبع دار المعارف - عام ١٩٥٠م – ج٤ الحديث رقم ٧٨٤٥،٧٨٦٢ .

(٢) احياء علوم الدين – المجلد الثاني -مصدر سابق – ص ٤٤٣ .

(٣) نصت المادة ٣٢ من قانون الصحة العامة العراقي رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١على { ان ضمان توفر الشروط الصحية والقواعد الصحية في المحلات العامة هو حماية لصحة وسلامة المواطنين والبيئة ... وعليه تمارس الرقابة الصحية من قبل اجهزة وزارة الصحة في جميع انحاء العراق بصورة مستمرة ليل نهار على تلك المحلات ضمانا لتطبيق احكام هذا القانون }

(٤) كنز العمال في سنن الاقوال والافعال – علاء الدين علي المنفي بن حسام الهندي – صححه ووضع فهارسه صفوت السقا – طبع مؤسسة الرسالة بيروت – عام ١٩٧٩ – ٢٥٢ .

(٥) وهذا هو السبب في عدم اتباع التبليغ كوسيلة للضبط الاداري في ظل الانظمة الوضعية .

القائمين بولاية الضبط من قبل الدولة عن أي منكر يراه ليقوم هو بدوره وبحكم وظيفته بمقاومته ، ومن وسائل الضبط الاداري الاسلامي **الالتجاء للقضاء بهدف دفع المنكر اما عن طريق اداء الشهادة** [١] **او عن طريق الدعوى القضائية – دعوى الحسبة** – كما لو وجد ذميا يحوز مسلمة باسم الزواج فللمسلم ان ينبري متطوعا لله باستصدار حكم بفسخ الزواج [٢] .

ويلاحظ ان الاصل او المبدا العام في تنفيذ القرارات الضبطية في ظل الشريعة الاسلامية وفي ظل القوانين الوضعية هو قيام المخاطبين بهذه القرارات بتنفيذها طواعية وبخلاف ذلك للقائم بشؤون الضبط الاداري الاسلامي ان يلجا الى التنفيذ المباشر بشروطه السالف ذكرها وفي حالة عدم تمكنه من دفع المنكر بنفسه يلجا الى القضاء لتحقيق ذلك [٣] ، وفي ظل القوانين الوضعية تلجا هيئات الضبط الاداري الى القضاء اذا لم تتوافر حالة من حالات التنفيذ المباشر ويقوم القضاء بايقاع الجزاءات المنصوص عليها بالقوانين والانظمة .

ومن وسائل الضبط الاداري في ظل الشريعة الاسلامية **الترخيص** ، فلايعترف للقائم بسلطة الضبط الاداري على المنع بعد المخالفة فحسب ، وانما يجب ان تعقد له سلطة الترخيص قبل العمل ايضا فلا يرخص الا بعمل حائز للشروط التي توضع تحقيقا للمصالح الشرعية واساس ذلك ان **الترخيص** هو من قبيل الامر بالمعروف والنهي عن المنكر الضبط الاداري الاسلامي يشمل الامرين معا .

وبناء على ذلك يجوز الاعتراف للقائم بسلطة الضبط الاداري الاسلامي بسلطة الترخيص المسبق بحيث لايؤدي ذلك الى التعطيل والمنع بل الى التنظيم والتقويم، واذا كان الترخيص في ظل الانظمة الوضعية يرد على نشاط غير محظور اصلا لكن مقتضيات النظام العام توجب هذا الترخيص ويرد كذلك على نشاط محظور اصلا

---

(١) تقبل الشهادة بلا دعوى في ظل الشريعة الاسلامية في الوقف وفي الطلاق وتعليقه والحرية والخلع وهلال رمضان والنسب وحد الزنا وحد الشرب والظهار وحرمة المصاهرة فالشهادة في هذه الامور لكل من اتصل علمه بها ولو لم يكن ثمة مدع ولا دعوى اما في ظل الانظمة الوضعية فلاتقبل الشهادة بلا دعوى الا في هلال رمضان .

(٢) لجوء الفرد المسلم للقضاء عن طريق دعوى الحسبة لامثيل له في ظل الانظمة الوضعية فالنطاق الاصلي للدعوى القضائية في ظل هذه الانظمة المصلحة الشخصية لذلك قيل لادعوى بلا مصلحة وعلى الرغم من ان بعض الفقهاء ذهب الى اعتبار دعوى الالغاء دعوى حسبة لكن مثل هذا الراي لم يليق رواجا في الفقه والراجح ان يكون يكون لرافع دعوى الالغاء قدرا من المصلحة في الدعوى للمزيد انظر د فتحي فكري – الوجيز في قضاء الالغاء – طبع دار النهضة العربية – الطبعة الاولى – عام ١٩٩٦ – ص ٢١ وكذلك انظر بلال امين زيد الدين – دعوى الالغاء في قضاء مجلس الدولة – طبع دار الفكر الجامعي بالاسكندرية – عام ٢٠١٠ – ص ٢٧٧ .

(٣) من اهم اختصاصات والي المظالم النظر فيما يعجز عنه المحتسب من المصالح العامة للمزيد انظر محمد الحبيب التجكاني – مصدر سابق – ص ٨٨ .

كالترخيص بفتح محال بيع الاسلحة يلاحظ ان الترخيص في الشريعة الاسلامية لايرد الاعلى نشاط غير محظور اصلا بمقتضى احكام الشريعة .

خلاصة القول ان وسائل الضبط الاداري الاسلامي تنوعت وتعددت باختلاف الظروف والملابسات وبحسب الامكانيات فكل من كان قادرا على دفع المنكر عليه دفعه باي وسيلة كانت متى ماكانت مشروعة على ان يراعى التدرج في مراتب الاحتساب فاذا كان للمحتسب ان يدفع المنكر بوسيلة ما فليس له تجاوزها الى ماهو اشد منها فهذا غير جائز فلايكون التغيير باليد مطلوبا الابعد العجز عن التغيير بالنصح والوعظ وهكذا .

الخاتمة

الخاتمة

اما وقد وصلنا الى خاتمة دراستنا هذه اصبح لزاما" علينا ان نقدم نظرة تقيمية لما سبق عرضه من افكار. فقد اظهرت الدراسة ان السلطة التقديرية للادارة بمعناها الواسع تعني تمتعها بقدر من حرية التصرف وهي تمارس اختصاصاتها القانونية حيث خول المشرع جهة الادارة ملائمة اصدار القرار الاداري في ظل رقابة قضائية على مشروعية هذا القرار لا لملاءمة اصداره وبذلك تتحقق الموازنة بين عدم التضييق على الادارة وبين حماية الحرية الفردية . وبالرغم من ان السلطة المقيدة هي الاسلوب التشريعي المثالي الملائم لحماية حقوق الافراد وحرياتهم لانه يحدد للادارة حدود اختصاصها بدقة الا انه يباعد بين القانون المنظم لهذا الاختصاص وبين حقائق الحياة المتغيرة وقد اظهرت الدراسة ان الشريعة الاسلامية قد اقرت السلطة التقديرية للسلطات العامة عموما" وللادارة على وجه الخصوص فتركت لها حرية التصرف في ممارسة اختصاصاتها القانوينة في كل حيزتركه الدليل الشرعي من غير تقيد فبرزت سلطة الادارة التقديرية لتحقيق الملاءمة بين تطبيق الدليل وبين الواقع مما اتاح لها قدرا من حرية التصرف في اطار المشروعية الاسلامية العليا. ولكون مصطلح السلطة التقديرية من ابتداع الانظمة القانونية المعاصرة لذلك لانجد له ذكر بهذا اللفظ في كتب الفقه ومع ذلك فان معناه ومحتواه تحقق في بعض العبارات الفقهية مثل الاجتهاد والمصالح المرسلة وقاعدة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة فكانت معالم نظرية السلطة التقديرية واضحة في ظل الشريعة الاسلامية لالبس ولاغموض فيها منذ الزمن الاول للتشريع الاسلامي في حين أنّ القضاء الاداري الفرنسي لم ينته الى ماانتهى اليه في بداية القرن العشرين من استقرار لنظرية السلطة التقديرية الابعد مرورها بمراحل عدة وبالتالي فأن الشريعة قد عرفت نظرية السلطة التقديرية قبل ان تاخذ بها القوانيين الوضعية وقد بينت الدراسة ايضا" اختلاف الفقه الاداري حول اساس السلطة التقديرية فمنهم من ارجعها الى فكرة الحقوق الشخصية ومنهم من رأى ان اساس السلطة التقديرية يرجع الى فكرة المشروع وقد رجحنا ان اساس السلطة التقديرية يرجع الى امتناع المشرع عن التدخل في تقيد النشاط الاداري تقيدا" كاملا" وان يترك قدرا" من حرية التصرف لجهة الادارة لملائمة القرار مع ظروف كل حالة على حدة خاصة وهي تسعى الى تحقيق الصالح العام .

وقد تبين من خلال الدراسة ايضاً أنّ أساس السلطة التقديرية في الشريعة الاسلامية هو اساس شرعي تمثل في نصوص القران الكريم وفي السنة النبوية . وقد اظهرت الدراسة ان اي مجتمع لا يمكن ان يستقر ويتطور ولا يمكن للافراد فيه ان يتمتعوا بممارسة حرياتهم من دون وجود نظام يضبط سلوك الفرد داخل المجتمع ولذلك كان الضبط الاداري نظام قانوني متميز السلطات يخضع لمبدأ المشروعية وتتحدد وظيفته وفقا" لمبدأ الفصل بين السلطات من خلال مجموعة التدخلات الادارية في مجال الانشطة الفردية الحرة لتنظيم ممارستها من اجل المحافظة على النظام العام. ولاحظنا اختلاف الفقه الاداري الفرنسي والمصري والعراقي حول تعريف الضبط الاداري ووظيفته وفقا" لتباين وجهات النظر الى هذه الوظيفة والباحث رأى ان الضبط الاداري [هو نشاط اداري تمارسه السلطة التنفيذية بهدف ضمان المحافظة على النظام العام بطريقة وقائية من خلال قواعد

تنظيمية وتدابير فردية واجراءات مادية تنظم ممارسة الافراد لحرياتهم في اطار التنظيم القانوني للحقوق والحريات في الدولة]

كما بينت الدراسة ان الضبط الاداري بنوعيه العام و الخاص يهدف الى حماية النظام العام في احد عناصره خاصة وان حماية النظام العام تمثل الغرض من وظيفة الضبط الاداري وان اهدافه هي اهداف مخصصة ليس للادارة ان تخرج عليها او ان تتخذ منها شعارا" للتوصل الى اهداف اخرى مشروعة او غير مشروعة عملا" بقاعدة تخصيص الاهداف ، وقد اتضح من خلال الدراسة ان الضبط الاداري في ظل الشريعة الاسلامية يعد الوسيلة الرئيسية لمراقبة افراد المجتمع والتصدي للمنحرفين وزجر المعتدين لا فرق في ذلك ان يكون الاعتداء على حقوق الله او حقوق العباد ولقد لاحظنا من خلال الدراسة ايضا ان النظام العام ظاهرة قانونية واجتماعية تعبر عن روح النظام القانوني لجماعة ما وهو ايضا" مجموعة من الاسس التي يقوم عليها المجتمع سواء أكانت اجتماعية او اقتصادية او سياسية وفكرته مرنة ومتطورة تعبر دائما" عن التغيرات التي تطرأ داخل الجماعة ونظامها القانوني . ومن البديهي ان لانجد اصطلاح النظام العام الاسلامي معنونا في المصادر الاصلية للشريعة الاسلامية وقد تبين من خلال البحث ان النظام العام الاسلامي يرتكز على ركيزتين الاولى هي النصوص القطعية والثانية تتمثل في المصالح المعتبرة باقسامها فهي تعتبر الغاية الاساسية التي تستهدفها كل الانشطة والقواعد في النظام القانوني الاسلامي . وبينت الدراسة ان النظام العام الاسلامي اكثر اتساعا من النظام العام في ظل الانظمة الوضعية اذ يرمي الى تحقيق المقاصد الخمسة الضرورية وبالتالي لايستهدف اغراض المحافظة على الامن العام والسكينة العامة والصحة العامة وغيرها من الاغراض التي توسعت نتيجة لتطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية وتوسع نشاط الادارة في المجالات كافة كما هو الحال في النظام العام الوضعي .

كما اتضح من خلال هذه الدراسة تعدد آراء الفقهاء حول نطاق السلطة التقديرية للادارة في ظل الانظمة القانونية الوضعية .ورجحنا الراي الفقهي الذي يرى بان جميع القرارات الادارية يمكن ممارسة السلطة التقديرية فيها بقدر او باخر حسب ظروف كل حالة وحسب كل عنصر من عناصر القرار الاداري .

ولاحظنا تعدد وسائل الضبط الاداري في ظل الانظمة الوضعية وتوصلنا الى انها يمكن ان ترد الى اسلوبين متميزين فهي اما تصرفات قانونية [القرارات الضبطية – اوامر الضبط الفردية – التنفيذ المباشر] واما اعمال مادية [التنفيذ الجبري لاجراءات الضبط الاداري] وتوصلنا من خلال الدراسة ايضا الى ان وسائل الضبط الاداري في ظل الشريعة الاسلامية اختلفت وتعددت بحسب الملابسات والظروف وبحسب الامكانيات ففضلا عن تقبل الضبط الاداري الاسلامي لوسائل الضبط الاداري الحديث ينبغي ان يقال ان كل من كان قادرا على دفع المنكر فله ان يدغع ذلك بالوسيلة التي يراها مناسبة متى ما كانت محققة للهدف ومشروعة .

التوصيات

١- تشجيع الادارة على ممارسة سلطتها التقديرية في اتخاذ قراراتها خاصة في ضوء التحولات الكبيرة التي شهدها العراق بعد عام ٢٠٠٣ وفي مقدمتها اقرار دستور عام ٢٠٠٥ وما جاء به من افكار في مقدمتها اقرار النظام الفدرالي وما تضمه من منح سلطات الاقاليم والمحافظات الغير مرتبطة باقليم صلاحيات واسعة فظهرت اللامركزية الادارية كصيغة للتعامل الاداري مابين هيئات السلطة التنفيذية مما يتيح للادارة التصرف بقدر اكبر من الحرية على ان تخضع الادارة في ممارسة سلطتها التقديرية لرقابة القضاء الاداري وبما يحقق التوازن مابين عدم التضيق على الادارة وبين حماية الحرية الفردية ويكون سعيها هادفا الى تحقيق غايتها المتمثلة في خدمة الصالح العام .

٢- بالرغم مما أحدثه دستور ٢٠٠٥ النافذ في العراق من تغيرات جوهرية في فلسفة الدولة ومؤسساتها الدستورية والتي بمقتضاها منحت الادارات المحلية صلاحيات مستقلة وواسعة عن صلاحيات الحكومة المركزية وبالتالي تمتعت هيئات الضبط الاداري بصلاحيات واسعة ايضا" ومستقلة عن صلاحيات هيئات الضبط المركزية الا اننا لاحظنا وللاسف ان تلك الهيئات صبت جل اهتمامها على الجانب الامني مع تهميش بقية عناصر النظام العام كالسكينة العامة والصحة العامة والاداب العامة والمحافظة على جمالية الرونق والرواء والمحافظة على النظام العام الاقتصادي وهذا يدعونا الى حث هذه الهيئات لتوزيع سلطاتها بشكل يحقق التوازن المطلوب بين عناصر النظام المختلفة .

٣- نناشد المشرع العراقي الى اعادة النظرفي صياغة البند ٢ من الفقرة خامسا من المادة ٧ من القانون رقم ١٧لسنة ٢٠١٣ والخاص بالتعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة في العراق وذلك بحذف كلمة الاجراءات ونقترح ان يكون النص بالصيغة التالية (أنْ يكون الامر او القرار قد صدر خلافا لقواعد الاختصاص او معيبا في شكله اوفي محله او سببه) .

٣- لما كان الغرض من الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة ضمان المشروعية .. ولما كان ضمان مبدأ المشروعية مصلحة معتبرة تهم كل افراد المجتمع .. ادعو قضائنا الإداري الى التوسع في مفهوم المصلحة كشرط لقبول دعوى الإلغاء وان لم يصل فيها الى مفهوم دعوى الحسبة.

٥-على المشروع العراقي استمرار التوسع في اهداف الضبط الإداري من خلال التشريعات المتعلقة به لتشمل بالإضافة الى المحافظة على الامن العام والصحة العامة والسكينة العامة بعضا من اهداف الضبط الإداري الإسلامي .. كالمحافظة على الاداب والأخلاق العامة .. وقلنا بعض اهداف الضبط الإداري الإسلامي... إدراكا منا بان للقانون مجاله .. وللدين مجاله فلا نجد مسوغا لتدخل القانون في تنظيم العلاقة بين الانسان وربه مثلا .

المصادر

المصادر

اولا : الكتب بعد القرأن الكريم

١- الدكتور ابراهيم طه الفياض ـ القانون الاداري ـ طبع مكتبة الفلاح ـ عام ١٩٨٨م

٢- الدكتور. ابراهيم عبد العزيز شيحا ـ اصول القانون الاداري اللبناني ـ طبع الدار الجامعية للطباعة والنشر ـ عام ١٩٨١م

٣- الدكتور إبراهيم حامد طنطاوي – الصلة بين التعازير الشرعية والعقوبات في القانون الجنائي المصري – دراسة مقارنة – طبع دار النهضة العربية – الطبعة الأولى – عام ٢٠٠٨ م

٤- ابن امير الحاج محمد بن محمد ـ التقرير والتحبير في شرح كتاب التحرير ـ طبع دار الكتب العلمية بيروت ـ الطبعة الاولى ـ عام ١٩٩٩م

٥- ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن احمد بن ابي القاسم بن منظور الافريقي المصري - لسان العرب ـ طبع دار صادر للطباعة والنشر بيروت ـ الطبعة السابعة ـ عام ٢٠١١م

٦- الدكتور ابو المعاطي ابو الفتوح – التنظيم العقابي الاسلامي – طبع دار التعاون للطبع والنشر – عام ١٩٧٦م

٧- ابو بكر احمد ابن الحسين بن علي البيهقي ـ السنن الكبرى ـ طبع دار المعارف ـ عام ١٣٥٢ هـ

٨- الامام أبو حامد الغزالي - احياء علوم الدين – طبع دار الفجر للتراث بالقاهرة – الطبعة الأولى – عام ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م

٩- الامام أبو حامد الغزالي - المستصفى من علم الاصول - طبع دار التواصل في بيروت – دون ذكر سنة الطبع

١٠- أبو زيد شلبي – تاريخ الحضارة الاسلامية والفكر الإسلامي – طبع دار النهضة العربية- الطبعة الثالثة – عام ١٩٦٩ م

١١- القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي - الإحكام السلطانية – طبع مطبعة مصطفى البابي الحلبي – الطبعة الثانية – عام ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م

١٢- ابي داود سليمان بن الاشعث ـ سنن ابي داود ـ طبع دار الكتب العلمية بيروت ـ عام ١٩٩٦م

١٣- القاضي ابي يوسف بن يعقوب بن ابراهيم ـ الخراج ـ طبع دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ـ عام ١٣٩٩هـ

١٤- الدكتور احمد الغويري ـ قضاء الالغاء في الاردن ـ دون ذكر اسم المطبعة ـ عام ١٩٨٩م

١٥- الشيخ احمد بن الشيخ محمد الزرقا ـ شرح قواعد الفقهية ـ طبع دار القلم دمشق ـ الطبعة الثانية ـ عام ١٤٠٩ هـ

١٦- الامام احمد بن حنبل – مسند الامام احمد – شرحه ووضع فهارسه احمد محمد شاكر – طبع دار المعارف - عام ١٩٥٠م

١٧- احمد بن فارس- معجم مقاييس اللغة – تحقيق عبد السلام هارون – مطبعة جامعة الأزهر- عام ١٩٨٧م
١٨- الشيخ احمد بن محمد بن احمد الدردير- الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك - خرج احاديثه وفهرسه د مصطفى كمال وصفي – طبع دار المعارف – الطبعة الاولى - ١٣٩٢هـ
١٩- الدكتور احمد حافظ عطية - القانون الاداري – طبع مطبعة بور سعيد – عام ٢٠٠٩ م
٢٠- الدكتور احمد شلبي – السياسة والاقتصاد في التفكير الإسلامي – طبع دار النهضة العربية - عام ١٩٦٧م
٢١- الدكتور احمد عبد الرحمن شرف الدين ـ الوجيز في القانون الاداري اليمني ـ طبع دار الفكر المعاصر ـ صنعاء ـ عام ١٩٩٨م
٢٢- الدكتور احمد علي جرادات – النظرية السياسية في الإسلام – طبع دار الثقافة للنشر والتوزيع – عام ٢٠١٢م
٢٣- الدكتور احمد فتحي سرور – اصول السياسة الجنائية – طبع دار النهضة العربية – الطبعة الاولى –عام ١٩٧٢ م
٢٤- الدكتور احمد فراج حسين ـ اصول الفقه الاسلامي ـ طبع مؤسسة الثقافة الجامعية في الاسكندرية ـ عام ١٤١٠ هـ
٢٥- الامام ابي عبد الرحمن احمد شعيب بن علي بن بحر الخراساني النسائي ـ سنن النسائي - منشورات دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ الطبعة الثالثة ـ ١٤٢٦هـ
٢٦- العز بن عبد السلام تحقيق طه عبد الروؤف سعد – قواعد الاحكام في مصالح الانام – طبع مكتبة الكليات الازهرية – دون ذكر سنة الطبع
٢٧- المحقق الحلي – شرائع الاسلام في الفقه الجعفري – طبع مطبعة دار مكتبة الحياة بيروت – من دون ذكر سنة الطبع
٢٨- الدكتور انور احمد ارسلان - وسيط القضاء الاداري – طبع دار النهضة العربية - القاهرة – عام ١٩٩٩ م
٢٩- الدكتور احمد حافظ نجم ـ القانون الاداري ـ طبع دار الفكر العربي ـ الطبعة الاولى ـ عام ١٩٨١ م
٣٠- برهان الدين ابي الوفاء ابراهيم ابن الامام شمس الدين ابي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري المالكي – تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام ـ طبع دار الكتب العلمية بيروت ـ الطبعة الاولى ـ عام ١٩٩٥م
٣١- تقي الدين احمد بن تيمية ـ السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية ـ طبع دار الكتب العلمية بيروت ـ عام ٢٠٠٥ م

٣٢- تقدير الدين السبكي – الابهاج في شرح المنهاج – طبع مطبعة المعرفة بالقاهرة – الطبعة الأولى –عام ١٤٠٤ هـ
٣٣- توفيق الفكيكي –الراعي والرعية – طبع مطبعة المعراج – الطبعة الاولى – عام ١٤٢٩ هـ
٣٤- الدكتور توفيق شحاتة – مبادئ القانون الاداري – الجزءالاول – الطبعة الاولى عام ١٩٨٠م
٣٥- الدكتور جابر جاد نصار – حرية الصحافة دراسة مقارنة في ظل القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦ – طبع دار النهضة العربية – عام ١٩٩٦ م
٣٦- جمال الدين ابو الفرج الجوزي – صفة الصفوة – طبع دار المعرفة بيروت - الطبعة الاولى - عام ١٩٧٩
٣٧- الدكتور جورجي شفيق ساري – قواعد واحكام القضاء الاداري – طبع دار النهضة العربية– عام ٢٠٠٢م
٣٨- الدكتور حسام مرسي – سلطة الادارة في مجال الضبط الاداري دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الاسلامي – طبع منشأة المعرفة بالاسكندرية – عام ٢٠١١م
٣٩- اية الله العظمى الشيخ حسين علي منتظري – نظام الحكم في الإسلام - من دون ذكر اسم المطبعة – سنة ١٣٨٠ هـ
٤٠- الدكتور حلمي الدقدوقي – رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لاعمال الضبط الاداري – دراسة مقارنة– طبع دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية – عام ٢٠٠٤م
٤١- حمد عمر حمد – السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائية عليها – دون ذكر اسم المطبعة – عام ٢٠٠٣م
٤٢- المستشار حمدي ياسين عكاشة – موسوعة القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة– دون ذكر اسم المطبعة – عام ٢٠١٠م
٤٣- الدكتور. خالد الزغبي – القرار الادري بين النظرية والتطبيق – طبع دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – عام ١٩٩٩م
٤٤- الدكتور خالد سيد محمد حماد – حدود الرقابة القضائية على سلطة الادارة التقديرية دراسة مقارنة – طبع دار ابو امجد – الطبعة الثانية – عام ٢٠١٣م
٤٥- الدكتور خالد عبد الفتاح محمد – الشامل في مختلف انواع التراخيص في ضوء احكام المحكمة الادارية العليا حتى عام ٢٠٠٨– طبع المركز القومي للاصدارات القانونية – الطبعة الاولى – عام ٢٠١٠ م
٤٦- الدكتور داود الباز – حماية السكنية العامة– طبع دار الفكر الجامعي بالاسكندرية – عام ٢٠٠٤ م
٤٧- الدكتور رجب محمود احمد – القضاء الاداري – طبع دار النهضة العربية – عام ٢٠٠٥م
٤٨- الدكتور رمضان الشرنباصي -النظريات العامة في الفقه الاسلامي- مطبعة دار الجامعة الجديدة – عام ٢٠٠٣ م

٤٩- الدكتور سالم بن راشد العلوي ـ القضاء الاداري ـ طبع دار الثقافة للتوزيع والنشر ـ الطبعة الاولى ـ عام ٢٠٠٩م
٥٠- الدكتور سامي جمال الدين ـ قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية ـ طبع دار النهضة العربية ـ عام ١٩٩٢م
٥١- الدكتور سعد ناصر بن عبد العزيز – القطع والظن عند الاصوليين – مطبعة دار الحبيب – طبعة عام ١٩٩٧ م
٥٢- الدكتور سليمان محمد الطماوي ـ نظرية التعسف في استعمال السلطة ـ مطبعة جامعة عين شمس ـ الطبعة الثالثة ـ عام ١٩٧٨م
٥٣- الدكتورسليمان محمد الطماوي ـ قضاء الالغاء ـ طبع دار الفكر العربي ـ عام ١٩٨٦م
٥٤- الدكتور سليمان محمد الطماوي ـ الوجيز في القانون الاداري ـ طبع دار الفكر العربي ـ من دون ذكر سنة الطبع
٥٥- الدكتورسليمان محمد الطماوي ـ النظرية العامة للقرارات الادارية دراسة مقارنة ـ طبع دار الفكر العربي - الطبعة الرابعة ـ عام ١٩٧٦م
٥٦- الدكتور سليمان محمد الطماوي ـ القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ـ الكتاب الاول- طبع دار الفكر العربي ـ عام ١٩٩٦م
٥٧- الدكتور شاب توما منصور ـ القانون الاداري ـ طبع دار الطبع والنشر الاهلية ـ عام ١٩٧٠م
٥٨- الدكتور شعبان احمد رمضان ـ اثر انقضاء المصلحة على السير في دعوى الالغاء والدعوى الدستورية في النظام القانوني المصري ـ طبع دار النهضة العربية ـ عام ٢٠٠٩م
٥٩- شعيب الارنؤط ـ سير اعلام النبلاء ـ الطبعة الاولى ـ طبع مؤسسة الرسالة بيروت ـ عام ١٩٨٤م
٦٠- شمس الدين ابي عبدالله محمد بن ابي بكر المعروف بابن القيم الجوزية ـ اعلام الموقعين عن رب العالمين ـ طبع دار الكتب العلمية بيروت ـ عام ١٤١٤ هـ
٦١- للشيخ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني - مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج- – طبع دار الكتب العلمية بيروت - عام ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م
٦٢- شهاب الدين أحمد بن عبد الوهاب النويري- نهاية الارب في فنون الادب – طبع دار الكتب المصرية بالقاهرة – الطبعة الأولى – عام ١٣٤٥هـ -١٩٢٦ م
٦٣- للعلامة شهاب الدين احمد الشلبي – حاشية ابن عابدين المسماة رد المحتار على الدر المختار - مطبعة الحلبي القاهرة – ١٣٨٦ هـ
٦٤- الدكتور شوكت العليان ـ السلطة القضائية في الاسلام ـ طبع دار الرشيد ـ الرياض ـ عام ١٩٨٢م
٦٥- د صالح عبد اللطيف – القانون الإداري – طبع مطبعة بور سعيد بالقاهرة – عام ١٩٩٢ م
٦٦- صباح صادق جعفر ـ مجلس شورى الدولة ـ دون ذكر اسم المطبعة ـ عام ٢٠٠٨ م

٦٧- الدكتور صلاح الدين فوزي ـ المبادئ العامة غير المكتوبة في القانون الاداري ـ دراسة مقارنة ـ طبع دار النهضة العربية عام ١٩٩٨ م
٦٨- الدكتور صلاح يوسف عبد الحليم ـ اثر القضاء الاداري على النشاط الاداري للدولة ـ طبع دار الفكر العربي ـ عام ٢٠٠٨ م
٦٩- الدكتور طعيمة الجرف مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة للقانون ـ طبع دار النهضة العربية ـالطبعة الثالثة ـ عام ١٩٧٦ م
٧٠- الدكتور طعيمة الجرف ـ رقابة القضاء لاعمال الادارة العامة ـ قضاء الالغاء ـ طبع دار النهضة العربية – من دون ذكر سنة الطبع
٧١- طه جابر العلواني - مقاصد الشريعة – طبع دار الهادي – عام ٢٠٠٥ م
٧٢- طوفان الشيخ المحمدي الحنفي – المقدمة السلطانية في السياسة الشرعية – مخطوط بدار الكتب المصرية بالقاهرة – الرمز فقه حنفي – الرقم ١٧٢٦
٧٣- الدكتور عادل السعيد ابو الخير ـ الضبط الاداري وحدوده ـ مطبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب ـ عام ١٩٥٥ م
٧٤- الدكتور عبد الحميد متولي – الشريعة الاسلامية كمصدر اساسي للدستور – طبع منشاة المعارف بالإسكندرية – الطبعة الأولى – عام ١٩٧٥ م
٧٥- الشيخ عبد الرحمن بن نصر بن عبد الله بن محمد الشيزري الشافعي – نهاية الرتبة في طلب الحسبة – طبع مطبعة لجنة التأليف والترجمة بالقاهرة – عام ١٣٦٥هـ - ١٩٤٦م
٧٦- عبد الرحمن بن خلدون – مقدمة بن خلدون – طبع دار الشعب بالقاهرة – الطبعة الأولى – عام ١٩٧٠ م
٧٧- عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي القرشي البغدادي - زاد المسير في عالم التفسير - - طبع المكتب الإسلامي بيروت – الطبعة الثالثة – عام ١٤٠٤ هـ
٧٨- الدكتور عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ـ دار النشر للجامعات المصرية ـ عام ١٩٥٢ م
٧٩- الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة ـ القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة ـ طبع المركز القومي للاصدارات القانونية ـ الطبعة الاولى ـ عام ٢٠٠٨ م
٨٠- الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة ـ الانحراف بالسلطة كسبب لالغاء القرار الاداري ـ طبع المركز القومي للاصدارات القانونية عام ٢٠١٠ م
٨١- عبد العزيز بن احمد بن محمد علاء الدين البخاري الحنفي – كشف الاسرار شرح أصول البزدوي – دون ذكر اسم المطبعة
٨٢- د عبد العزيز عامر - التعزير في الشريعة الاسلامية- طبع دار الفكر العربي -عام ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧ م

٨٣- الدكتور عبد العليم مجيد مشرف - دور سلطات الضبط الاداري على تحقيق النظام العام واثره على الحريات العامة دراسة مقارنة ـ طبع دار النهضة العربية ـ عام ١٩٩٨ م
٨٤- الدكتور عبد الغني بسيوني عبدالله ـ القانون الاداري دراسة تطبيقية ـ طبع منشأة المعارف ـ عام ٢٠٠٥ م
٨٥- د عبد الغني بسيوني – القانون الإداري- طبع الدار الجامعية بيروت – من دون ذكر سنة الطبع
٨٦- الدكتور عبد الفتاح ساير داير ـ نظرية السيادة دراسة مقارنة في القانونيين المصري والفرنسي ـ مطبعة جامعة القاهرة ـ عام ١٩٥٥ م
٨٧- الدكتور عبد المجيد ابراهيم سليم ـ السلطة التقديرية للمشرع دراسة مقارنة ـ طبع الدار الجامعية الجديدة ـ عام ٢٠١٢ م
٨٨- عبد الملك بن عبدالله بن يونس الجويني ابو المعالي ـ الاجتهاد ـالناشر دار القلم ودار العلوم الثقافية ـ الطبعة الاولى – عام ١٤٠٨ هـ - ١٩٩٣ م
٨٩- الدكتور عثمان سلمان غيلان واخرون ـ التشريع بين الصناعة والصياغة ـ طبع منشورات الحلبي ـ عام ٢٠١٢ م
٩٠- الدكتور عدنان عمرو ـ مبادئ القانون الاداري ـ طبع دار المعارف بالاسكندرية ـ عام ٢٠١١ م
٩١- الدكتور عدنان الزنكنة ـ سلطة الضبط الاداري في المحافظة على جمال المدن وروائها ـ منشورات الحلبي الحقوقي ـ عام ٢٠١١ م
٩٢- د عطية مشرفة – القضاء في الاسلام طبع دار الفكر العربي – الطبعة الأولى –عام ١٩٤٩م
٩٣- علاء الدين علي المنفي بن حسام الهندي – كنز العمال في سنن الاقوال والافعال – صححه ووضع فهارسه صفوت السقا – طبع مؤسسة الرسالة بيروت
٩٤- الدكتور علي خطار شطناوي ـ القضاء الاداري الاردني ـ الكتاب الاول (قضاء الالغاء) ـ مطبعة كنعان ـ الطبعة الاولى ـ عام ١٩٩٥ م
٩٥- الدكتور علي علي المصري ـ الوجيز في القانون الاداري ج٢ ـ سلطات الادارة ـ طبع دار الفكر المعاصر صنعاء ـ عام ٢٠٠٦ م
٩٦- الحافظ عماد الدين أبو الفدا أسماعيل بن كثير الدمشقي القريشي – تفسير القران العظيم – طبع دار الشعب بالقاهرة – الطبعة الأولى – عام ١٩٧١ م
٩٧- الدكتور عمر محمد شوبكي ـ القضاء الاداري ـ دراسة مقارنة ـ طبع دار الثقافة للنشر والتوزيع ـ الطبعة الرابعة ـ عام ٢٠١١ م
٩٨- الدكتور غازي فيصل مهدي ـــ تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام - الطبعة الاولى ـــ عام ٢٠٠٤ م

٩٩- الدكتور غازي فيصل مهدي ـ محاضرات غير منشورة بعنوان وقف تنفيذ القرا ر الاداري المطعون فيه بالالغاء.

١٠٠- الدكتور فاروق احمد خماس ـ الرقابة على اعمال الادارة - مطبعة دار الكتب جامعة الموصل ـ عام ١٩٨٨ م

١٠١- الدكتور فتحي الدريني – التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية – مطبعة دار العلوم بالاسكندرية

١٠٢- الدكتور فتحي الدريني ـ الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ـ مطبعة جامعة دمشق ـ عام ١٣٨٦ م

١٠٣- الدكتور فهد بن عبد العزيز الدغيثر ـ رقابة القضاء على قرارات الادارة دراسة مقارنة ـ طبع دار النهضة العربية ـ عام ١٩٩٢ م

١٠٤- الدكتور قدري عبد الفتاح الشهاوي ـ اعمال الشرطة ومسؤوليتها اداريا" وجنائيا" ـ منشأة المعارف بالاسكندرية ـ عام ١٩٦٩ م

١٠٥- المحقق السيد كمال الحيدري – شرح كتاب الحلقة الأولى للسيد محمد باقر الصدر – طبع دار فراقد – الطبعة الثانية – عام ٢٠١٢ م

١٠٦- الدكتور ماجد راغب الحلو ـ القانون الاداري ـ طبع دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية ـ عام ١٩٩٦ م

١٠٧- الدكتور ماجد راغب الحلو ـ القضاء الاداري ـ طبع دار المطبوعات الجامعية ـ الطبعة الاولى ـ عام ١٩٧٧ م

١٠٨- الدكتور مازن ليلو راضي ـ القضاء الاداري ـ مطبعة جامعة دهوك ـ عام ٢٠١٠

١٠٩- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادى ـ القاموس المحيط طبع مؤسسة الرسالة ـ الطبعة الثالثة ـ عام ٢٠٠٩ م

١١٠- الدكتور محسن خليل – القضاء الإداري ورقابته لإعمال الإدارة – دراسة مقارنة – طبع منشاة المعارف بالإسكندرية – عام ١٩٦٨ م

١١١- محمد الحبيب التجكاني – النظرية العامة للقضاء والاثبات في الشريعة الاسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي – طبع دار الشؤون الثقافية العامة ببغداد – دون ذكر سنة الطبع

١١٢- الدكتور محمد الطيب عبد اللطيف – نظام الترخيص والاخطار في القانون المصري – مطبعة دار التاليف بالقاهرة – عام ١٩٥٧ م

١١٣- الدكتور محمد احمد حامد –التدابير الاحترازية في الشريعة الاسلامة دراسة مقارنة –طبع جامعة الازهر عام ١٩٨٠ –ص ٣١٧

١١٤- محمد امين بن محمود البخاري المعروف بامير بادشاه – تيسير التحرير – طبع دار الكتب بيروت- عام ١٩٩٦ م
١١٥- الدكتور محمد بكر حسين – الحقوق والحريات العامة حق التنقل والسفر دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون –طبع دار الفكر الجامعي – عام ٢٠٠٧ م
١١٦- محمد بن جرير الطبري - جامع البيان في تفسير القران – طبع دار المعرفة بيروت – عام ١٣٩٢هـ
١١٧- محمد بن أحمد بن الاخوة القريشي الشافعي – القربة في معالم الحسبة – مخطوط بدار الكتب المصرية بالقاهرة .
١١٨- محمد بن محمد بن عوض السنامي – نصاب الاحتساب – مخطوط بدار الكتب المصرية بالقاهرة .
١١٩- الامام محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري ـ صحيح البخاري ـ طبع دار للطباعة والنشر ـ عام ١٤٢٦ هـ
١٢٠- محمد تقي الحكيم ـ الاصول العامة للفقه ـ طبع دار النشر للجامعيين بيروت – دون ذكر سنة الطبع
١٢١- الدكتور محمد جمال الذنيبات ـ الوجيز في القانون الاداري ـ طبع دار الثقافة والنشر والتوزيع ـ عام ٢٠٠١ م
١٢٢- الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب ـ مبادئ واحكام القانون الاداري ـ منشورات الحلبي الحقوقية ـ عام ٢٠٠٥ م
١٢٣- الدكتور محمد زكي ابو عامر – مبادئ علم الاجرام – طبع دار الاخاء في القاهرة عام ٢٠٠٢ – ص ١٦٨
١٢٤- الدكتور محمد سلام مدكور – القضاء في الاسلام – طبع دار النهضة العربية – الطبعة الأولى – عام ١٩٦٤ م
١٢٥- الدكتور محمد سلام مدكور – الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي – طبع دار لنهضة العربية بالقاهرة – عام ١٣٧٨ هـ - ١٩٧٨ م
١٢٦- الدكتور محمد ضياء الدين الريس – النظريات السياسية الاسلامية – طبع مكتبة الانجلو المصرية –عام١٩٥٧ م
١٢٧- محمد عبد الروؤف المناوي ـ التوقيف على مهمات التعاريف ـ طبع دار الفكر المعاصر ـ عام ١٩٩٠
١٢٨- الدكتور محمد عبد العال السناري ـ الدولة والرقابة القضائية على اعمال الادارة في جمهورية مصر العربية دراسة مقارنة – من دون ذكر اسم المطبعة ـ عام ٢٠٠٢ م
١٢٩- الدكتور محمد عصفور ـ البوليس والدولة ـ دون ذكر المطبعة ـ عام ١٩٧٢ م
١٣٠- الدكتور محمد علي جواد – القضاء الاداري – طبع العاتك لصناعة الكتاب –دون ذكر سنة الطبع

١٣١- الدكتور محمد فؤاد مهنا ـ مبادئ واحكام القانون الاداري ـ طبع مؤسسة شباب الجامعة ـ عام ١٩٧٣ م
١٣٢- الدكتور محمد فؤاد مهنا ـ مبادئ واحكام القانون الاداري في ظل الاتجاهات الحديثة ـ طبع دار المعارف القاهرة ـ عام ١٩٧٨ م
١٣٣- الدكتور محمد كامل ليلة ـ الرقابة القضائية على اعمال الادارة ـ طبع دار النهضة ـ عام ١٩٧٠
١٣٤- الدكتور محمد كمال الدين امام ـــ اصول الفقه الاسلامي ـــ طبع المؤسسة الجامعية ـــ الطبعة الاولى ـ عام ١٩٩٦ م
١٣٥- الدكتور محمد كمال إمام – أصول الحسبة في الاسلام – طبع دار الهداية بالقاهرة – عام ١٩٨٦ م
١٣٦- الدكتور محمد ماهر ابو العينين ـ دعوى الى الالغاء امام القضاء الاداري ـ الكتاب الاول ـ طبع دار الكتب القانونية ـ عام ١٩٩٨ م
١٣٧- الدكتور محمد محمد بدران ـ مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الاداري ـ طبع دار النهضة العربية – عام ١٩٩٢
١٣٨- الدكتور محمود السيد التحوي – دعوى الحسبة – طبع دار الفكر الجامعي – عام ٢٠٠٧
١٣٩- الدكتور محمود حافظ – القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن – طبع دار النهضة العربية - عام ١٩٩٣ م
١٤٠- الدكتور محمود سلامة جبر ـ نظرية الغلط البين في قضاء الالغاء ـ طبع دار النهضة العربية ـ عام ٢٠١١ م
١٤١- الدكتور محمود عاطف البنا ـ الوسيط في القانون الاداري ـ طبع دار الفكر العربي ـ عام ١٩٨٢
١٤٢- الدكتور محمود عاطف البنا ـ حدود سلطات الضبط الاداري ـ طبع مطبعة جامعة الازهر ـ عام ١٩٨٠م
١٤٣- الدكتور محمود محمد حافظ ـ القضاء الاداري ـ دراسة مقارنة ـ طبع دار النهضة العربية ـ عام ١٩٦٧م
١٤٤- الدكتور محمود نجيب حسني – دروس في علم الاجرام والعقاب – طبع دار النهضة العربية – القاهرة – عام ١٩٨٣ م
١٤٥- الدكتور مصطفى احمد الدايدموني ـ الاجراءات والاشكال في القرار الاداري دراسة مقارنة ـ طبع الهيئة المصرية العامة للكتاب ـ عام ١٩٩٢ م
١٤٦- الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي ـ اصول الفقه ـ طبع العاتك لصناعة الكتاب ـ عام ١٤٣٢هـ
١٤٧- الدكتور. مصطفى ابو زيد فهمي ـ القضاء الاداري ومجلس الدولة ـ طبع دار النهضة العربية ـ عام ١٩٦٩ م
١٤٨- الدكتور مصطفى كمال وصفي ـ مصنفة النظم الاسلامية ـ طبع معهد الدراسات الاسلامية بالقاهرة ـ الطبعة الاولى ـ عام ١٣٩٤ هـ

١٤٩- منصور بن احمد القاءاني - شرح المغني في أصول الفقه - من دون ذكر اسم المطبعة - عام ١٤٠٨هـ
١٥٠- القاضي ناصر الدين البيضاوي – انوار التنزيل واسرار التاويل- المطبعة الميمنية بمصر – دون ذكر سنة الطبع
١٥١- نجم الدين الطوفي – شرح مختصر الروضة – من دون ذكر اسم المطبعة - عام ١٤١٠ هـ
١٥٢- د نجيب خلف احمد و د محمد علي جواد – القضاء الاداري – دون ذكر اسم المطبعة – عام ٢٠١٠
١٥٣- الدكتور نواف سالم كنعان ـ مبادئ القانون الاداري وتطبيقاته في دولة الامارات العربية ـ طبع اثرار النشر والتوزيع ـ الطبعة الاولى ـ عام ٢٠٠٨ م
١٥٤- الدكتور نواف سالم كنعان ـ القانون الاداري ـ الكتاب الاول ـ طبع دار الثقافة للنشر والتوزيع ـ عام ٢٠١٠
١٥٥- الدكتور نواف سالم كنعان – القانون الاداري الاردني – مطابع الدستور من دون ذكر سنة الطبع
١٥٦- هاني علي الطهراوي – القانون الإداري – الكتاب الأول –مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع –الطبعة الأولى – عام ١٩٩٨ م

ثانيا : الرسائل الجامعية

أ- رسائل الدكتوره

١- الدكتور احمد عبد العزيز الشيباني – مسؤلية الادارة عن اعمال الضبط الاداري في الظروف العادية دراسة مقارنة رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة بغداد عام ٢٠٠٥
٢- الدكتورة امل لطفي حسن ـ الرقابة القضائية على القرارات الضبط الخاصة بالاجانب ـ رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة حلوان
٣- الدكتور سعد ماضي على السيد - الضبط الاداري وهيئاته دراسة مقارنة لنظم الشرطة في انجلترا وفرنسا ومصر ـ رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ـ عام ١٩٩٢ م
٤- الدكتور فيصل كامل إسماعيل – سلطات الضبط الإداري اثناء حالة الطوارئ – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية – عام ٢٠٠٦ م
٥- الدكتور حلمي خير الحريري ـ وظيفة البوليس في النظم الديموقراطية ـ رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات العليا في اكاديمية الشرطة المصرية ـ عام ١٩٨٩ م
٦- الدكتور حسن ضياء حسن – نظرية الضرورة كاستثناء يرد على مبدأ سمو الدستور – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد
٧- الدكتور حسن السيد محمد حسن عجوة – موقف الاسلام من الحسبة وحكمه في تاركها مع القدرة عليها والامن على النفس ومال – رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الشريعة والقانون بجامعة الازهر

٨- صبري محمد السنوسي – الاعتقال الإداري بين الحرية الشخصية ومقتضيات النظام العام – رسالة دكتوراه – مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة – عام ١٩٩٥ م
٩- الدكتور عيسى تركي خلف ـ اساليب الضبط الاداري وعلاقتها بالحريات العامة ـ رسالة دكتوراه مقدمة الى معهد البحوث والدراسات العربية بالقاهرة ـ عام ٢٠١١ م
١٠- الدكتور علي حسين احمد ـ الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للادارة دراسة مقارنة ـ رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ـ عام ٢٠١١ م
١١- الدكتور عيسى بن سعد النعيمي – الضبط الإداري وحدوده في دولة قطر – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة
١٢- الدكتورعصام عبد الوهاب البرزنجي ـ السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائية ـ رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة.
١٣- الدكتور هاشم الحافظ – سلطات الضبط الاداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة في التشريع الاردني دراسة مقارنة – اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات العليا بجامعة عمان العربية للدراسات العليا – عام ٢٠٠٦ م
١٤- الدكتور مرثا الياس عيسى ـ الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للادارة دراسة مقارنة ـ رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات العليا في جامعة عمان العربية ـ عام ٢٠١١ م
١٥- الدكتور محمد مصطفى حسن ـ السلطة التقديرية ـ رسالة دكتوراه مقدمة كلية الى الحقوق جامعة عين شمس ـ عام ١٩٧٤ م .
١٦- الدكتور محمد مصطفى الوكيل ـ حالة الطوارئ وسلطات الضبط الاداري ـ رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس ـ عام ٢٠٠٣ م
١٧- الدكتور محمد احمد فتح الباب - سلطات الضبط الإداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس – عام ١٩٩٣ م
١٨- الدكتور محمد شريف اسماعيل –سلطات الضبط الاداري في الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة ـ رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس ـ عام ١٩٧٩ م .
١٩- الدكتور ممدوح عبد الحميد عبد المطلب السيد – سلطات الضبط الاداري في الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات العليا في اكادمية الشرطة المصرية عام ١٩٩١
٢٠- الدكتور نبيل عبد المنعم جاد – ضمانات الحرية الشخصية في ظل قانون الطوارئ خلال مرحلتي التحقيق والمحاكمة – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا باكاديمية الشرطة المصرية -عام ١٩٨٨م

ب- رسائل الماجستير

١- اقبال عبد العباس يوسف ـ النظام العام بوصفه قيداً على الحريات العامة ـ رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة بابل - عام ٢٠٠٩ م

٢- بوقريط عمر – الرقابة القضائية على تدابير الضبط الإداري – رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة منتوري بقسنطينة – عام ٢٠٠٦

٣- حمد سرحان سعود ـ السلطة التقديرية في مرحلة التحقيق الاداري ـ رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون الجامعة المستنصرية ـ عام ٢٠١١ م

٤- خالد رشيد الدليمي ـ الانحراف باستعمال السلطة دراسة مقارنة ـ رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة بغداد ـ عام ١٩٩٨ م

٥- سعد محمد عبد الكريم ـ سلطات اعضاء الضبط القضائي في التحري وجمع الادلة دراسة المقارنة ـ رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ـ عام ٢٠٠٠ م

٦- عامر احمد مختار ـ تنظيم سلطة الضبط الاداري في العراق ـ رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ـ عام ١٩٧٥ م

٧- لمياء احمد إبراهيم الفقيه – الضبط الإداري والرقابة القضائية على اجراءاته – رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية –القاهرة – عام ٢٠٠٢ م

٨- محمد بن عواد الجهيني – السلطة التقديرية للادارة ومدى خضوعها للقضاء دراسة مقارنة – رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا بالجامعة الاردنية – عام ٢٠٠٩

ثالثا : المجلات والبحوث

١- الدكتور احمد حافظ نجم ـ السلطة التقديرية للادارة ودعاوي الانحراف بالسلطة ـ بحث منشور في مجلة العلوم الادارية ـ السنة ٢٤ـ العدد ٢ ـ عام ١٩٨٢ م

٢- استاذنا الدكتور اكرم نشأت ابراهيم ـ التدابيرالاحترازية ـ بحث منشور في مجلة كلية الشرطة ـ العدد الاول حزيران ـ عام ١٩٦٩ م

٣- الحسن سيمو- بحث بعنوان السلطة التقديرية للادارة ورقابة القضاء الاداري ـ منشور في مجلة نقابة المحامين الاردنية (الاعداد ١ – ٣) لسنة ١٩٩٣ م .

٤- اية الله الشيخ جعفر سجاني ـ الخصائص العامة للادارة من وجهة نظر الاسلام بحث مقدم ضمن المؤتمر الرابع للادارة في الاسلام ضمن كتاب نظرة في الادارة في الاسلام ـ طبع مركز تعلم الادارة

٥- د داؤد سلمان علي – الحسبة في الطب والجراحة عند العرب بحث مقدم إلى ندوة الحسبة والمحتسب عند العرب والتي اقامها مركز احياء التراث العلمي العربي بجامعة بغداد للفترة من ٤-١٩٨٧/١٠/٥ م

٦- سالم الالوسي- الخدمات البلدية في الحضارة العربية –قراءة في نظام الحسبة - بحث مقدم إلى ندوة الحسبة والمحتسب عند العرب والتي اقامها مركز احياء التراث العلمي العربي بجامعة بغداد للفترة من ٤-٥/١٠/١٩٨٧ م

٧- د عادل عبد الرحمن خليل – تفويض الاختصاص – سلطات سياسية استثنائية بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الاقتصادية – السنة ٢٧ –عام ١٩٨٥ م العددان الاول والثاني

٨- الدكتور عبد الله عبد الرحمن السعدي ـ ضوابط السلطة التقديرية دراسة مقارنة ـ بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة اسيوط ـ العدد ٢٣ عام ٢٠٠٠ م

٩- د عبد المجيد مطلوب التدابير الزجرية والوقائية في التشريع الاسلامي – بحث منشور بمجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الكويت السنة السابعة العدد الاول مارس عام ١٩٨٣

١٠- فارس عبد الرحيم و سنان طالب – حالة الطوارى بموجب امر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم١ لسنة٢٠٠٤ م والرقابة القضائية عليها بحث منشور على شبكة الانترنت

١١- الدكتور كريم خصباك ـ الجرائم المخلة بالاخلاق عبر الانترنيت ـ بحث منشور في مجلة دراسات القانونية تصدر عن بيت الحكمة ـ العدد ٢٥ لسنة ٢٠١٠ م

١٢- د كمال السامرائي – مدخل إلى موضوع الحسبة في الإسلام – بحث مقدم إلى ندوة الحسبة والمحتسب عند العرب والتي اقامها مركز احياء التراث العلمي العربي بجامعة بغداد للفترة من ٤-٥/١٠/١٩٨٧م

١٣- الدكتور محمود عاطف البنا ـ حدود سلطة الضبط الاداري ـ بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية ـ العددان الاول والثاني ـ عام ١٩٧٨ م

١٤- الدكتور السيد محمد ابراهيم – رقابة القضاء الاداري على الوقائع بحث منشور في مجلة العلوم الادارية العدد الثاني ـ عام ١٩٧٠ م .

١٥- محمود سعد الدين شريف ـ النظرية العامة للبوليس الاداري في مصر ـ بحث منشور في مجلة مجلس الدولة المصري ـ السنة الثانية ـ يناير عام ١٩٥١ م

١٦- الدكتور محمود سعد الدين الشريف ـ النظرية العامة للضبط الاداري ـ مقال منشور في مجلة مجلس الدولة المصري السنة الحادية عشر ـ ١٩٦٢ م

١٧- الدكتور مصلح الصرايرة ـ مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي اقرها القضاء الاداري في رقابته على السلطة التقديرية للادارة ـ بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية ـ المجلد ٢٥ـ عام ٢٠٠٩ م

١٨- نوال محمد بدير – اركان الحسبة – مقال منشور بمجلة المحاماة المصرية – العددان الثالث والرابع – ابريل ١٩٩٩ م – السنة السبعون

رابعا : الدساتير والقوانين والانظمة

أ- الدساتير

١- دستور فرنسا لسنة ١٨٧٥

٢- دستور فرنسا لسنة ١٩٤٦

٣- دستور فرنسا لسنة ١٩٥٨

٤- دستور مصر لسنة ١٩٧١

٥- دستور العراق لسنة ١٩٧٠

٦- دستور العراق لسنة ٢٠٠٥

ب- القوانين

١- قانون الادارة المحلية [الفرنسي] لسنة ١٨٨٤

٢- قانون الادارة العرفية في العراق الصادر عام ١٩٣٥

٣- قانون مجلس الدولة [المصري] رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦

٤- قانون القضاء [المصري] رقم ٤٧ لسنة ١٩٤٩

٥- قانون مجلس الدولة[المصري] رقم ٩ لسنة ١٩٤٩

٦- قانون الاسلحة والذخائر [المصري] رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤

٧- قانون السلطة القضائية [العراقي] رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٣

٨- قانون مكافحة المخدرات [العراقي] رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٥

٩- قانون السلامة الوطنية [العراقي] رقم ٤ لسنة ١٩٦٥

١٠- قانون المطبوعات [العراقي] رقم ٢٠٦ لسنة ١٩٦٨

١١- قانون العقوبات[العراقي] رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩

١٢- قانون هيئة الشرطة [المصري] رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧١

١٣- قانون هيئة الشرطة [المصري] رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧١

١٤- القانون الخاص بحماية البيئة [الفرنسي] لسنة ١٩٧٦

١٥- قانون تنظيم محلات السكن داخل العراق رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٨

١٦- قانون تنظيم محلات السكن داخل العراق رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٨

١٧- القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٨ [المصري] الخاص بمنع الاعتقالات الادارية

١٨- قانون مجلس شورى الدولة [العراقي] رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩

١٩- القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ الخاص بالتعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة [العراقي] المرقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩
٢٠- قانون التنظيم القضائي [العراقي] رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩
٢١- قانون وزارة الداخلية [العراقي] رقم ١٨٣ لسنة ١٩٨٠
٢٢- القانون رقم ٢٠٩ لسنة ١٩٨٠ [المصري] الخاص بالنظافة العامة .
٢٣- القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ والخاص بتراخيص المنشات الطبية في [مصر]
٢٤- قانون الصحة العامة [العراقي] رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١
٢٥- قانون التخطيط العمراني [المصري] رقم ٣ لسنة ١٩٨٢
٢٦- قانون الجمارك [العراقي] رقم ٢٣ لسنة ١٩٨٤
٢٧- قانون وزارة الداخلية [العراقي] رقم ١١ لسنة ١٩٩٤
٢٨- قانون المطابع الاهلية [العراقي] رقم ٥ لسنة ١٩٩٩
٢٩- قانون الجمعيات العراقي [العراقي] رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠
٣٠- قانون المرور [العراقي] رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٢
٣١- قانون حماية وتحسين البيئة [العراقي] رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٣
٣٢- امر سلطة الائتلاف رقم ٥٤ لسنة ٢٠٠٤
٣٣- قانون الجنسية [العراقي] رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦
٣٤- القانون الخدمة المدنية [الاردني] رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٧
٣٥- قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم [العراقي] رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨
٣٦- قانون المنظمات غير الحكومية [العراقي] رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠
٣٧- قانون حماية الحيوانات البرية [العراقي] رقم ١٧ لسنة ٢٠١٠

ج- الانظمة

١- تعليمات الوقاية من الاشعاعات غير المؤينة الصادرة عن الهواتف النقالة [في العراق]
٢- لائحة ترتيب المحاكم المختلطة في مصرلسنة ١٩٠٠
٣- تعليمات رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ الخاصة بتسهيل تنفيذ قانون المنظمات غير الحكومية رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ [العراقي]
٤- التعليمات الصادرة عن وزارة الزراعة العراقية رقم ١ لسنة ٢٠١٠

خامسا : المصادر الاجنبية

1. **Bonnard , Les droits publics subjectifs des administrees,R.D**
2. **Bartheelemy,essai dune thrie des droits subjectifs des administrees,these,Toulouse,1899**
3. **Bernard: la notion d order public en droid administrative ed 1962**
4. **Castagne j .le control juridictionned de la legalite des aetes de police - administrative L.G.D.J-PARIS-1961**
5. **DUEZ (P.) police et estatique de la rue , D.H ., ed 1927**
6. **DUEZ et debeyer : traite de droid administrative . 1952**
7. **DUEZ et debeyer : traite de droid administrative . 1952**
8. **De Laubadere (Andre) traite de Droit Administratif, L.G.D,7e-ed 1976**
9. **Eisnmann:introduction general al atheorie de lapoice administratire 1960**
10. **G vedel p. delvolve Droit administrative P U F 1988**
11. **George vedel:Droitadministratif,ed1959**
12. **(G) burdeau:traite de science politique,paris,1952J michand etudes sur ie pouvoir discretionnaire de L administration 1914 tom 3**
13. **Hauriou.pr'ecis de droit adminstratif 12e ed,1933**
14. **Hauriou (Maurice):Prementaire dedroit Administratif,Sirey,ed,1914**
15. **Lopez Rodo,Le pouvoir discretionnaire de administrative.Evoulution doctrinale et-jurisprudentielle.R.D.P.1953**
16. **Lebretom (gilles) : legugue Administratif face al order morel,mélanges en,l honneur du prof G.P peiser, P.U.G1995**
17. **Paul Bernard:la notion d "ordre public en droit administrative,paris,.1962**
18. **(M) : Droit administrative , Op.cit.,p120,ed,1933**
19. **San devoir Etudes sur le recours de pleine juridction paris 1964**
20. **Walline precis de droit administrative (paris) 1960**
21. **Walline Le pouvoir discretionnair doe 1 ,administration R.D.P**
22. **Walline (Marcile): traite sirey de droit Administratif, sirey,9e ed.1963**
23. **4 mai 1962-dame ruard-Act-1962-C.E**
24. **23 Oct. 1936, union parisienne des syndicates de limprimerie,res CE**
25. **18 fev. 1955 ,vill de Cherbourg . d 55 C.E**
26. **28 juin 1918,Heyries,rec CE**
27. **Oct 1995 "Villed" ax en provence A.J.D.A, 1995 C.E**

28. **8 aout 1919 Labonne rec CE**
29. **er Aout 1919,societe des Etablissements saupiquet, Rec.p713,conel- C.E Riboulet- C.E.26juin1946,viguier,REC**
30. **Societ maggi Rec . 1924 CE**

Abstract

The compliance of the Management to the law means that it respects the legal rules derived from various sources; however it does not meet the requirements of the public interest. It required leaving a kind of discretion to the Management in some cases in order to get wide flexibility in its activities, where the lawmaker authorizes it to issue administrative decision under judicial supervision and within the constraint that it subject to. This comes to prevent from any deviation or abuse in its action. And if this happen, judicial control is capable of taking an appropriate sentence to avoid the negative consequences .

Through this action we can achieve a balance between not restricting theManagement and protecting the individual's freedom .

In spite of that Limited Authority is an appropriate ideal legislative style to protect individual's right and its freedom, because it determined accurately the specialization limitation of the Management, but at the same time it separate between the systematic law for this specialization and the realities of life-changing. The study has shown that Islamic Sharia has recognized Evaluation Authority of Public Authorities in general, and the Management in particular, so it leaves to it discretion in practicing its legal specialization in every space left by legitimate directory without restriction. Evaluation Management Authority has emerged to achieve solvency between the application of directory and the reality which gives the Management some discretion in the context of the Supreme Islamic legitimacy. And the fact that the term Evaluation Authority is innovation of contemporary legal systems, therefore, we do not find a mention of this word in books of jurisprudence, However, its meaning and content has achieved in some of jurisprudential phrases such as diligence; sending interests; Base act upon citizen which entrusted in interest, were the milestones of Evaluation Authority Theory was clear under Islamic law, unequivocal and unambiguous since the beginning of Islamic law, while the French

administrative court did not finish as like at the beginning of the twentieth century of stability of the Evaluation Authority Theory until passing several stages. Thus, Sharia had known the Evaluation Authority Theory before it take by Positive Laws, the study also demonstrated the Management jurisprudence difference on the basis of the Evaluation Authority, Some of them returned it to the idea of personal rights, and the others saw that the basis of Evaluation Authority is due to the idea of the project. We consider that the basis of Evaluation Authority is due to the refrain of the lawmaker from interfering in restricting of the administrative activities and leave some discretion to the Management according to the circumstances of each individual case, especially it aimed to achieve the public interest .

The basis of Evaluation Authority in Islamic Law is a legitimate basic represented in the texts of Holy Koran and Sunna (of the Prophet). The study demonstrated that any society cannot be stabilized or develops and the individuals cannot enjoy their freedom without the presence of a system controlling their behavior within the society. Therefore, the administrative control was a legal system which has distinct authorities; subject to the principle of legality; its function was determined according to the principle of separation of the authorities through a series of interventions in the field of free individual administrative activities to regulate its practice in order to maintain public order. We have noticed the deference of French administrative jurisprudence, Egyptian, and Iraqi about the definition of the administrative control and its function according to the difference of views of this function. The researcher saw that the administrative control [is an administrative activity which practiced by executive authority in order to ensure the maintenance of general system in preventing method through regulations; Individual measures; material procedure to which regulate the practice of individual freedom in the framework of the legal regulation of the rights and freedoms in the country], also, The study demonstrated that the administrative control in its both types, general and private, aims to protect the general system in one of its components, Especially that the protection of general system represents the purpose of administrative control

function, and its objectives are dedicated aims, and the Management cannot exceed them or take them as a slogan to reach other objectives, legal or illegal, according with the base of dedicated objectives.

The general system is a legal and social phenomenon, reflect the spirit of the legal system of a certain group, also, it is a total of foundations which underlying community, whether it is social; economic; or political, its idea is flexible and sophisticated, always reflect in the changes that occurred within the group and its legal system. It is axiomatic that we do not find the term Islamic General System entitled in the original sources of Islamic law, and It has been shown through the research that the Islamic General System is based on two pillars, first one is the definitive texts and the second is representing in the considering interests with its field, so they are considered as the main purpose of the target of all activities and rules in the Islamic legal system. The study showed that the Islamic General System is wider than the General System under Positive Systems as it aims to achieve the five necessary purposes and therefore does not target the purposes of maintaining general security; public peace; public health and other purposes which have expanded as a result of the development of social and economic conditions and the expansion of the Management activity in all field as the case in the Ppositive General System .

The views of the jurists were varied on the scope of the Evaluation Authority of the Management under Positive Systems. We consider the opinion of jurisprudence which believes that the Evaluation Authority can be practiced in all administrative decisions in the Evaluation Authority, in which more or less depending on the circumstances of each case and each element of the administrative decision .

The method of administrative control has been varied under the Positive Systems, and we recognized that it could respond to the two distinct methods, either legal actions {adjust decisions - individual adjust orders – direct execution} or material act {compulsory execution for the administrative control procedures}. Also, we came through the study that the method of administrative control under Islamic law differed

and varied according to the circumstances; conditions; possibilities; in addition to the acceptance of the administrative control to the contemporary administrative control .

It should be said that all those who were able to revel evil, they may revel by the means that it deems appropriate when what was achieving for the objective and its project .

MINISTRY OF HIGHER EDUCATION && SCIENTIFIC RESEARCH

NAHRAIN UNIVESITY

PUBLIC LAW DEPT.

The evaluation authority at field of management accuracy in the normal conditions

(comparison study)

In the positive law and Sharia Islamic law

A thesis submitted

by

Muhanned Q. Zughayer

To the Council of College Laws / Nahrain Univesity as Partial Fulfillment of the Requirement of The Degree of Dictorate In the law .

by supervisor

Prof. Assist. Dr. Hayder T. Al-Emara

1435 A. H. **2014 A.**