مدى سلطة الإدارة في تنظيم الحقوق والحريات العامة: دراسة مقارنة

أ.د. معروف عمر كل *

هورامان محمد سعيد **

تاريخ تقديم البحث: ٢٠١٧/٨/٢٩. تاريخ القبول: ٢٠١٧/١٢/١٣م.

ملخص

الأصل أن يتم النص على الحقوق والحريات في صلب الدستور، إذ يضفي عليها ذلك قدراً من القدسية والاحترام، إلا أن النصوص الدستورية لا يمكن أن تتسع لبيان كافة تفاصيلها. وبغية تحقيق التناسب بين حقوق الأفراد وحرياتهم من جهة وبين مقتضيات المصلحة العامة من جهة أخرى، فإن المشرع الدستوري قد يترك أمر تنظيم الحقوق والحريات للمشرع العادي فيصبح المشرع هو المختص بتعيين الحدود التي يمارس فيها الفرد الحقوق والحريات المقررة له.

ولما كانت السلطة التنفيذية هي المسئولة عن الحفاظ على النظام العام في الدولة وضمان سير المرافق العامة فيها بانتظام وباضطراد فقد أنيط بها تنظيم بعض الحقوق والحريات، لكنها قد تغالي في الواقع العملي فيما يصدر عنها من قرارات في تقييد الحق أو الحرية أو الانتقاص منهما، لذلك فمن الضروري تحديد القيود الواردة على سلطات الإدارة في هذا المجال حتى لا تتخذ تنظيم الحقوق والحريات أو الحفاظ على النظام العام ذريعة لانتهاك الحقوق والحريات.

وتهدف هذه الدراسة إلى البحث في مدى سلطة الإدارة في تنظيم الحقوق والحريات العامة في القانون العراقي والقانون المقارن وذلك من خلال ثلاثة مباحث تعالج على التالي: التعريف بحقوق الإنسان وحرياته، السلطة المختصة بتنظيم الحقوق والحريات، والقيود الواردة على سلطة الإدارة في تنظيم الحقوق والحريات العامة. وقد خلصت الدراسة إلى مجموعة من التوصيات من أهمها ضرورة أن يتوافر في التشريع المنظم للحرية والضابط لحدودها الشروط الهامة لحماية الحقوق والحريات وضمان حمايتها، وأن لا يمس التحديد أو التقييد التشريعي جوهر الحق أو الحرية.

الكلمات الدالة: الحريات الأساسية، تقييد الحريات، القضاء الإداري

* جامعة كركوك، العراق.

** الجامعة السليمانية، العراق

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

The Extent of Administration Authority in Regulating public Rights and Freedoms –Comparative study-

Maruf Omar Gul

Hawraman Mohammed Saeed

Abstract

The basic principle is that rights and freedoms should be enshrined in the constitution. This gives them a measure of sanctity and respect, but the constitutional texts cannot be expanded to show all their details. In order to achieve equality between the rights and freedoms of individuals on the one hand and the requirements of the public interest on the other, the constitutional legislator may leave the matter of regulating the rights and freedoms of the ordinary legislator so that the legislator is competent to determine the limits on which the individual exercises the rights and freedoms set for him.

Since the executive authority is responsible for maintaining public order in the State and ensuring regular and regular functioning of public facilities, it has been entrusted with the organization of certain rights and freedoms, but in practice it may overstate the decisions to restrict or derogate from the right or freedom. It is necessary to identify the restrictions placed on the administrative authorities in this area so that the organization of right and freedom or maintenance of public order are not an excuse for violating rights and freedoms.

This study aims to examine the extent of the authority of the administration in regulating public rights and liberties in Iraqi law and comparative law through three sections dealing with the following: the definition of human rights and freedoms, the competent authority to regulate rights and freedoms, and those restrictions that may impose on regulating rights and freedoms. The study concluded with a number of recommendations, the most important of which is the need to ensure that the legislation regulating freedom and the officer has the necessary conditions for the protection and protection of rights and freedoms, and that the specificity or restriction does not affect the essence of the right or freedom.

مقدمة:

إذا كانت القاعدة هي ان المشرع هو الذي يختص بتنظيم الحقوق والحريات، كونه هو المعبر عن إرادة الأمة، والحريص على ممارسة الأفراد لحرياتهم بسهولة ويسر، إلا أن المشرع قد لا يتدخل في كل مرة في هذه المسألة، وإنما تتدخل الإدارة العامة نفسها وتتولى تنظيم جوانب كثيرة من النشاط الفردي، وهو الأمر الذي يشكل خطورة كبيرة على الحقوق والحريات العامة، وذلك عندما تبالغ في وضع الضوابط والقيود لممارسة حقوق الأفراد وحرياتهم في سبيل الحفاظ على النظام العام.

ومن هنا فقد استقر الأمر على أن سلطة الإدارة في هذا المجال لا يمكن أن تكون مطلقة، بل يجب أن يكون لها حدود تقف عندها، فمهمة الإدارة هنا هي، تنظيم النشاط الفردي وليس مصادرته، وهناك ضوابط وقيود يجب مراعاتها لتحقيق توازن بين ضرورة حفظ النظام العام من جهة وكفالة التمتع بالحقوق والحريات من جهة أخرى، فيجب على الجهة الإدارية أن تتقيد بالحدود الموضوعية والشكلية المقيدة لسلطتها في تنظيم تلك الحقوق والحريات.

مشكلة البحث:

هذا البحث هو محاولة للإجابة على التساؤل التالي: إذا كانت القيود والضوابط التي تفرضها الإدارة على حريات الأفراد وحقوقهم تهدف إلى تنظيم استعمالها وتمنعها من التضارب، فكيف توضع هذه القيود؟ وما هي الجهة المختصة أصلاً بوضع هذه القيود؟ وهل تملك الإدارة سلطة تنظيم الحقوق والحريات المكفولة في الدستور؟ وإذا كانت لها مثل هذه السلطة فما هي الحدود التي يجب أن تقف عندها؟

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في كونه يتعلق بحقوق وحريات المواطنين، الأمر الذي يجعله في مقدمة المواضيع التي يجب ان تعطى مزيداً من الاهتمام، خصوصاً في وقتنا هذا إذْ يوجد عدد كبير من الشكاوي التي تتعلق بتعسف السلطة الإدارية تجاه المواطنين للتضييق على ممارسة حقوقهم وحرياتهم، وبالأخص الحقوق والحريات المكفولة في الدستور، وذلك بهدف التعرف على ماهيتها، وكيفية تنظيمها، ومدى مساهمة الإدارة في هذا التنظيم، وحدود ممارسة الإدارة لصلاحياتها وسلطاتها في هذا المجال لكي تبقى تصرفاتها في إطار مبدأ المشروعية ولا تشكل انتهاكاً لهذه الحقوق والحريات بشكل يصل إلى مصادرة النشاط الفردي أو إلغائه أو الانتقاص منه.

منهجية البحث:

سوف نعتمد في بحثنا هذا منهجاً تحليلياً مقارناً، حيث سيتم استقصاء الوقائع والأحكام المتعلقة بموضوع الحقوق والحريات في مراحل مختلفة مر بها القضاء الإداري في فرنسا ومصر، وبيان ما وصل اليه القضاء الإداري العراقي من تطورات لضمان حقوق وحريات الأفراد، وكذلك سنقوم بتحليل النصوص الدستورية والقانونية محل الدراسة، لكي نبين مدى الحماية التي توفرها هذه النصوص للحقوق والحريات الأساسية، بالاضافة إلى اتباع المنهج المقارن من خلال المقارنة بين النصوص الدستورية وأحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري والعراقي فيما يتعلق بموقفها من وضع ضوابط لصلاحية الإدارة بتنظيم الحقوق والحريات والضمانات التي تقررها في هذا المجال.

خطة البحث:

في ضوء ما سبق فإن الباحث سيقوم بتقسيم موضوعات البحث على ثلاثة مباحث تعالج على التوالي، أولاً: التعريف بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ثانياً: السلطة المختصة بتنظيم الحقوق والحريات، ثالثاً: القيود الواردة على سلطة الإدارة في تنظيم الحقوق والحريات العامة.

المبحث الأول: التعريف بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية

تحددت معالم النظرية المعاصرة في الحقوق والحريات وتشكلت ملامحها نتيجة تطورات فقهية وقضائية عديدة طرأت على النظرية التقليدية في الحقوق والحريات، ومعلوم أن النظرية التقليدية في الحقوق والحريات ظهرت أثر صدور الإعلان الفرنسي للحقوق في عام ١٧٨٩ في أعقاب الثورة الفرنسية، ومعلوم أيضاً أن الإعلان المذكور قد ارتكز على فكرتين أساسيتين هما فكرة الحقوق الطبيعية للأفراد وفكرة الديمقراطية السياسية للمجتمع(١).

وإذا كان الربط بين لفظي الحقوق والحريات هو السائد بحيث لا نكاد نسمع لفظ الحق إلا واقترن به لفظ الحرية، فإن الأمر يتطلب تحديد مفهوم الحق والحرية للتعرف على مدى التطابق والاختلاف بين الكلمتين وذلك كمدخل لدراسة السلطة المختصة بتقييدهما، وقد قسمنا لهذه الغاية هذا المبحث إلى مطلبين يعالجان على التوالي: مفهوم الحق والحرية ومفهوم الحريات الأساسية.

(١) الجليل، عدنان حمودي، الأساس الفلسفي للحقوق والحريات العامة بين نظرية القانون الطبيعي ونظرية العقد الاجتماعي، بحث منشور في **مجلة العلوم الاجتماعية**، جامعة الكويت، الكويت، العدد١، السنة الخامسة، ١٩٨١، ص١٥١.

المطلب الأول: مفهوم الحق والحرية

لا شك أن التعريف بحقوق الإنسان وحرياته يثير جدلاً كبيراً حول مضامينه وتحديد أطره، وذلك لأن له أكثر من مضمون وأكثر من وجه، وأنه في تطور مستمر، وتتفاوت وتختلف من مجتمع لآخر وأحياناً في ذات المجتمع، وعلى الرغم من هذه الصعوبات فإن مفهوم حقوق الإنسان وحرياته أصبح يحظى باهتمام مستمر في مختلف دول العالم.

أولاً: مفهوم الحق:

إن لفظ الحق لفظ مستقر في اللغة، وقد ورد في كتب اللغة العربية بمعان كثيرة منها: الوجوب والثبوت، وهو نقيض الباطل(١)، ويأتي بمعنى اليقين كذلك(٢). أما مفهوم الحق في اللغة الفرنسية "Droit" هو ما يكون مستحقاً، وبذلك يقوم على اعتباره ميزة يملكها الفرد ويستأثر به دون غيره(٣)، وأصل كلمة الحق في اللغة اللاتينية "Directus" تعني الصواب، العدل. وفي اللغة الانكليزية "Right" هو نقيض الباطل(٤). والحق في الفقه الاسلامي هو مصلحة مستحقة شرعاً(٥)، أو اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً(٦).

أما بالنسبة للحق في الفقه القانوني فقد تباينت الآراء بشأنه واختلفت التوجهات في دراسته، وباختصار فإن الآراء التي طرحت لتعريف الحق تتلخص في: الاتجاه الشخصي الذي يرى بأن الحق هو قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم(٧)، وهذا الاتجاه منتقد لأن الحق من الممكن أن يثبت لصاحبه دون تدخل إرادته، كما في حق الإرث(٨).

(١) ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، **لسان العرب**، مجلد٢، دار المعارف، القاهرة ، ص٦٠٤.

(٢) الرازي، محمد بن ابي بكر بن عبد القادر، **مختار الصحاح**، دار الفكر، دمشق، ١٩٧٢، ص١٤٦.

(٣) عامر، حمدي عطية مصطفى، **حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة الأساسية**، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص٢٣.

(٤) يونس، مها بهجت، حقوق الإنسان وحرياته الاساسية في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، بحث منشور في **مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية**، جامعة الكوفة، المجلد١، العدد١، ٢٠٠٩، ص١٢٠.

(٥) الطبلية، القطب محمد قطب، **الإسلام وحقوق الإنسان**، ط٣، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤، ص٢٣.

(٦) الزرقاء، مصطفى أحمد، **الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد**، ج٣، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٦٥، ص١٥.

(٧) تعريف (سافيني)، أشار اليه: سرور، شكري، **النظرية العامة للحق**، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص١٧.

(٨) وهو ما ينبه إليه (فينشند)، أشار إليه: البدو، أكرم محمود حسين، بيرك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم، بحث منشور في **مجلة الرافدين للحقوق**، جامعة الموصل، العدد٣٣، ٢٠٠٧، ص٤.

وكذلك الاتجاه الموضوعي الذي يرى أن الحق هو مصلحة يحميها القانون، فقد تكون مصلحة مادية وقد تكون معنوية[١]. وهذا الاتجاه منتقد أيضاً، لأنه يعرف الحق بالغاية منه وليس بعناصره التي تكونه، ولا يمكن جعل جوهر الحق هو تحقيق المصلحة بل المصلحة هي غاية يسعى إلى تحقيقها القانون، كما أن هذا الاتجاه جعل المصلحة عنصراً جوهرياً لوجود الحق، مما يؤدي إلى القول بأن المصلحة التي لا يحميها القانون لا تكون حقاً، وانما حالة واقعية فقط، وهذا أمر غير واقعي الآن، مثال ذلك إصدار قانون يفرض رسوماً جمركية على البضائع الأجنبية لمنع منافستها للبضائع الوطنية، في هذه الحالة تتحقق مصلحة أصحاب المصانع الوطنية، لكن هذا الأمر لا يعني أنه أصبح لديهم حقوقٌ في منع المنافسة الأجنبية وتحقيق الأرباح العالية، فالقصد الذي أراده المشرع هو حماية الاقتصاد الوطني[٢].

وبسبب تعرض كل من الاتجاهين لسهام النقد فقد برز الاتجاه المختلط الذي يجمع بين فكرة الإرادة والمصلحة، ويعرف الحق بأنه مصلحة محمية بالقدرة الإرادية[٣].

ورغم الترحيب الذي حظي به هذا الاتجاه إلا أنه لم يسلم من الانتقاد، كما ظهر الاتجاه الحديث الذي يرى بأن الحق هو تلك الرابطة التي يخول بمؤداها القانون إلى شخص معين مكنة التسلط على شيء واقتضاء أداء معين من شخص آخر على وجه الاستئثار أو الانفراد. ويسلم هذا التعريف من الخلط بين الحق وغايته، كما يسلم من تضمين الحماية القانونية كعنصر للحق[٤].

أو هو ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطرق قانونية وبمقتضاها يتصرف الشخص متسلطاً على مال معترف به، بصفته مالكاً أو مستحقاً له[٥].

وبدورنا نؤيد الاتجاه الحديث الذي يتضح ان للحق عناصر وهي: تسلط صاحب الحق على مال معين، والاستئثار والانفراد بقيمته، ووجوب احترام الآخرين، ثم الحماية القانونية لهذا الحق.

(١) لتفصيل ذلك انظر: كيرة، حسن، **أصول القانون**، دار المعارف، القاهرة، ١٩٥٧، ص٥٥٥.

(٢) ناصر، عز الدين ميرزا، الحق في حرمة المسكن، بحث منشور في مجلة **الرافدين للقوق**، جامعة الموصل، المجلد١٢، العدد٤٦، ٢٠١٠، ص٣٠.

(٣) البدو، مرجع سابق، ص٤.

(٤) العزاوي، مها علي احسان، **الحقوق والحريات السياسية**، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٦، ص٣٦.

(٥) تعريف الفقيه البلجيكي (دابان)، أشار إليه: ناصر، مرجع سابق، ص٣١.

ثانيا: مفهوم الحرية:

لقد ورد لفظ الحرية في اللغة العربية بمعان متعددة منها: الحُر (بالضم) نقيض العبد وخلافه، والحرية تقابل الرق والعبودية[١]. أما أصل كلمة الحرية في اللغة اللاتينية "Libertas"[٢]، ومعناها في اللغة الفرنسية "Liberte"[٣]، وفي اللغة الانكليزية "Liberty"[٤] أو "Freedom"، وتعني جميعها حرية الإرادة، استقلال، تحرر من العبودية.

وتعد كلمة الحرية أشد الكلمات غموضاً وأكثرها تناقضاً وأوسعها ذيوعاً وانتشاراً، لذلك كان الوصول إلى تعريف دقيق ومحكم للفظ الحرية من الصعوبة بمكان، حتى أن "مونتسكيو" قال عنها: لا توجد كلمة لقيت أكثر من معنى مختلف مما لقيته كلمة الحرية[٥]. غير أن الأمر الذي لا يقبل الجدل هي أن حرية الإنسان هي أثمن وأعز ما يملكه فهو قوام حياة البشر ووجوده.

وبالنسبة للمفهوم القانوني للحرية فاننا نسوق بعض تعريفات الفقهاء: فيعرّف الحرية بأنها سلطة وإمكانية السيطرة على الذات، بموجبها يختار الإنسان بنفسه تصرفاته الشخصية ويمارس نشاطه دون عوائق أو إكراه[٦]. ويعرّف بأنها الحق في أن تفعل ما تشاء بما لا يتعارض مع حقوق غيرك[٧]. أو هي الرخص والإباحات للقيام بكل ما لا يحظره القانون، فهي مكنة الحصول على الحق. فالحرية إذن عبارة عن رخص أو إباحات وأنها مكنات يعترف بها القانون للناس كافة ولا يختص بها شخص على سبيل الاستئثار والتسلط كما هو الأمر في مفهوم الحق، وهنا يظهر الفرق بين الحق والحرية[٨]، وتطبيقاً لذلك فإن حرية التملك مجرد رخصة أما الملكية ذاتها فهي حق، إذن فالمقصود بالحق هو الذي يثبت لشخص معين دون الكافة، أما الحرية فهي ما تكون مباحة للكافة[٩].

---

(١) ابن منظور، مرجع سابق، ص٨٢٩.

(٢) كلمة "Libertas" اللاتينية تعني الحرية، انظر: قاموس المعاني على الرابط التالي: www.almaany.com

(٣) كلمة "Liberte" الفرنسية تعني حرية والعمل بالإرادة، المرجع السابق.

(٤) كلمة "Liberty, Freedom" الانجليزية تعني تحرر وحرية، المرجع السابق.

(٥) باوزير، باسل عبدالله محمد، **دور القضاء الدستوري في تطوير مفهوم الحقوق والحريات**، رسالة ماجستير، جامعة آل بيت، عمان، ٢٠٠٨، ص١٤.

(٦) تعريف أندريه لالند، اشار اليه: سعيفان، أحمد سليم، **الحريات العامة وحقوق الانسان**، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص١٣.

(٧) تعريف توم، اشار اليه: باوزير، مرجع سابق، ص١٥.

(٨) البجاد، محمد بن ناصر، حدود حرية المواطن في التظاهر في مصر وفرنسا وفي بعض المواثيق الدولية، بحث منشور في **مجلة الحقوق**، جامعة الاسكندرية، ص٢٢٦.

(٩) أبو العينين، محمد ماهر، **تطور قضاء الالغاء**، دار الكتب المصرية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٥٨

واتجه رأي آخر إلى وجود فرق بين الحق والحرية في المفهوم ينعكس على مدى التصرف في كل منهما، فجوهر الحق عندهم اختصاص أي انفراد واستئثار بموضوع الحق ومحله، أما الحرية فهي المكنة التي قررها المشرع للأفراد على السواء تمكيناً لهم من التصرف على خيرة من أمرهم دون الإضرار بالآخرين(١). وهناك من يرى بأن الحرية تظهر دائماً كأنها قدرة على القيام بعمل أو الامتناع عن القيام به، أما الحق فهو يغطي المفهوم السابق للحرية، إلا أنه يتجاوز هذا المفهوم من ناحية أنه يشكل قدرة على المطالبة بتحقيق شئ ما من قبل الدولة(٢).

إذن فالحريات –حسب هذا الرأي– هي الحقوق المعترف بها والمنظمة بموجب القوانين الوضعية، أما حقوق الإنسان فتتبع من مفهوم القانون الطبيعي الذي يقوم على فكرة امتلاك الإنسان مجموعة من الحقوق النابعة من طبيعته الإنسانية واللصيقة بهذه الطبيعة، فحقوق الإنسان تتجاوز النطاق الضيق للحريات العامة لتشمل أفقاً أكثر رحابة واتساعاً، إذن فالحريات العامة كلها تعد حقوقاً للإنسان، بينما يتعذر القول بأن حقوق الإنسان كافة هي حريات عامة(٣). إلا أن هناك من يرى بأن الحرية هي أصل جميع الحقوق وأنها السبب في نشوء الأنظمة المتعلقة بها، وأنها أسبق من الحقوق من حيث النشأة، أي أن الحق يعد ثمرة الحرية ونتيجتها(٤).

لكن اتجه رأي أغلب الفقهاء إلى أن الحرية والحق هما تعبيران متلازمان في الوقت الحاضر، فالحق ما هو إلا مظهر من مظاهر الحرية، خصوصاً إذا كانت الحرية ثابتة للكافة، أي إذا توافرت له صفة العمومية، كقولنا حق الاجتماع فانه يترادف مع حرية الاجتماع كما أن حرية التملك تترادف مع حق التملك(٥). وأنهما يرجعان إلى طبيعة واحدة وأن التفرقة بينهما هي تفرقة شكلية، فالحق ما هو إلا مظهر أساسي من مظاهر الحرية، فإضفاء الحماية القانونية على الحرية يؤدي إلى اختلاط معناها بمعنى الحق وتداخل المعنيين في مضمون مشترك، كما أن كل من الحق والحرية يعطي لصاحبه مكنة أو صلاحية ممارسته باختيار ولهذا تعتبر الحرية حقاً فيقال بالحق في الحرية، وبداخل كل حق يوجد نوع من حرية

(١) منصور، أحمد جاد، **الحماية القضائية لحقوق الإنسان**، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص٢٦.

(٢) سعيفان، ج١، مرجع سابق، ص١٤.

(٣) باوزير، مرجع سابق، ص٢٤.

(٤) تعريف جان ريفيرو، أشار اليه: سعيفان، مرجع سابق، ص١٤.

(٥) الجمل، يحيى، **القانون الدستوري**، دون ناشر، ١٩٧٤، ص١٤٤. وأبو العينين، **تطور قضاء الالغاء**، مرجع سابق، ص٥٨.

الاختيار يملكه صاحبه في تحديد المضمون الذي يمارسه، فبالنسبة لحق التعلم يملك الفرد الحرية في اختيار نوع التعليم[١].

ولما كانت دراستنا لسلطة الإدارة في المساس بحقوق وحريات الأفراد تتداخل فيها الجوانب القانونية والسياسية والفكرية في بعض الأحيان، فإننا لا نفرق بين الحق والحرية العامة، فكل حرية هي حق، كحرية الرأي وحرية الاجتماع مثلاً، هي حقوق لا اختصاص فيها لأحد، فكل الأفراد يتمتعون بها على السواء. فالحق والحرية تعبيران متلازمان، بغض النظر عن المذهب الذي تعتنقه الدولة في تنظيم الحقوق والحريات واسباغ القيمة القانونية لها. وعلى هذا الأساس فالحق أو الحرية يرجعان إلى طبيعة واحدة وانهما يعني ثبوت شيء أو تصرف لشخص معين، قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، بمقتضاه يكون لصاحبه التصرف لتحقيق المصلحة التي شرع الحق أو الحرية لأجلها، كما يكلف الآخرين بأداء ما وجب عليهم تجاه صاحب الحق أو الحرية.

المطلب الثاني: مفهوم الحريات الأساسية

توصف الحرية بالعمومية، لأن ممارستها يجب أن تكون في متناول أي مواطن في الدولة، وإذا كانت وجهات النظر قد تباينت حول تعريف الحرية فإنها إختلفت أيضاً حول اضفاء صيغة العموم على الحرية: فذهب البعض إلى أن الحرية توصف بأنها حرية عامة عندما تترتب عليها واجبات يتعين على الدولة القيام بها. وذهب البعض الآخر إلى القول بأن الذي يضفي على الحرية صفة العمومية هو تدخل الدولة في شأن تنظيم هذه الحريات تنظيماً من شأنه أن يضمن كفالة مباشرتها إزاء السلطات العامة والأفراد على السواء. وذهب فريق ثالث إلى أن الحرية تعتبر عامة عندما تقرر للجميع، بحيث تكون ممارستها من قبل كل فرد وطنيين وأجانب دون تفرقة بينهم بسبب الجنس أو السن أو الكفاءة أو المركز الاجتماعي أو الاقتصادي ...الخ، على أن لا تؤدي ممارستهم لتلك الحرية بأي حال من الأحوال إلى إلحاق ضرر بأفراد اخرين، فيرون بأن المعيار السليم لعمومية الحرية هو إقرارها للجميع[٢].

ولم يكن اصطلاح الحقوق والحريات الأساسية معروفاً في فرنسا حتى السبعينات، حيث بدأ في الظهور في كتابات الفقه القانوني كغطاء قانوني لفكرة القانون الطبيعي لحقوق الإنسان. وتبدو الصعوبة في إيجاد منهج لاستخلاص ما يمكن اعتباره حقوقاً أساسية بالمعنى القانوني. فذهب (فافورو) في هذا السياق إلى أن الحرية العامة والأساسية ليستا متماثلتين، ولكنهما قريبتان في المعنى، ويرى بأن الحرية

(١) سرور، احمد فتحي، **الحماية الدستورية للحقوق والحريات**، ط٢، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠، ص١٥.

(٢) البنا، محمود عاطف، **حدود سلطة الضبط الاداري**، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٨٠، ص٩٠.

الأساسية أوسع نطاقاً من الحرية العامة، فالأولى تستغرق الأخيرة، لهذا فإنه إذا كانت كل حرية عامة هي حرية أساسية، فإنه ليست كل حرية أساسية حرية عامة[١].

ويستخدم الفقه والقضاء أحياناً تعبير الحريات الأساسية، على أساس أنه توجد حريات أساسية وأخرى بالنسبة لها ثانوية، فاعتبار حريات معينة من قبيل الحريات الأساسية يتوقف على مدى ما يكون لها من أهمية اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية بالنظر إلى المبادئ السائدة في المجتمع[٢]. وعلى هذا الأساس يعد كل ما يعتبر ضرورياً لحماية وازدهار الفرد وكرامته وشخصيته داخل المجتمع أمراً أساسياً ويمتع بالقيمة الدستورية[٣].

ومن الفقهاء من صح عنده إتخاذ النص الدستوري أساساً لتعريف الحرية الأساسية، فرأى بأن تعبير الحريات الأساسية يختلف عن تعبير الحريات العامة، فعندما نطلق تعبير الحريات الأساسية نقصد بذلك الحريات المكفولة بالدستور، أما الحريات العامة فهي التي تكون مكفولة بالقانون، وذلك بتشبيه ما هو أساسي بما هو دستوري، وذلك استناداً إلى تدرج القواعد القانونية في النظام القانوني وان ما يعتبر أساسياً في هذه القواعد هو ما يتضمنه الدستور وليس التشريع.[٤]. وحسب هذا الرأي فان أهم الفروق بين الحريات العامة والحريات الأساسية تتمثل في النقاط التالية[٥]:

١- إن الحقوق والحريات العامة بصفة جوهرية محل حماية في مواجهة السلطة التنفيذية فقط، بينما الحقوق والحريات الأساسية تتمتع بحماية في مواجهة السلطات العامة الثلاث التنفيذية والتشريعية والقضائية.

٢- إن حماية الحقوق والحريات العامة سوف تعتمد بصفة أساسية على القانون العادي والمبادئ العامة للقانون، بينما الحريات الأساسية الدستورية مصدر حمايتها الدستور.

٣- إن الحريات العامة ستكون محل حماية من جانب القضاء العادي والإداري معتمدين على القانون والمبادئ العامة للقانون بينما الحريات الأساسية ستكون محل حماية من جانب القاضي الدستوري.

---

(1) Favoreu, La nation de liberte fondamentale devant le juge administrative des referes, Dalloz, 2001, P1739

أشار إليه: الصنديد، بلال عقل، التدابير المستعجلة الخاصة بالحريات في القضاء الإداري الفرنسي-الثورة التشريعية، بحث منشور في **مجلة الحقوق**، الكويت، العدد٣، ٢٠١٤، ص٣٠٣.

(٢) عطية، نعيم، **النظرية العامة للحريات الفردية**، دار القومية، القاهرة، ١٩٦٥، ص٣٩.

(٣) باوزير، مرجع سابق، ص١٩.

(٤) أبوالعينين، محمد ماهر، **الحقوق والحريات العامة وحقوق الانسان**، ك١، ط١، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣، ص٦٨.

(٥) عطية، مرجع سابق، ص٤٥.

وتتخذ بعض الأحكام من أهمية الحرية وما تعكسه من مصالح حيوية معياراً لنعتها بالأساسية، ويشترطون لاعتبار حرية ما أساسية توافر أمرين: أن تكون حرية ضرورية، وأن تكون محمية قانوناً[١]. وبوجه عام إذا كان جوهر حق أو حرية ما قد تحدد لحماية قيم مشتركة للحياة الإنسانية سواء في جانبها العضوي أو في جانبها النفسي؛ فانه قد تطور في العصر الحديث وأصبح هو الحق الجوهري اللازم للمجتمع بأسره، وكل ما يعتبر ضرورياً لاستكمال الهياكل اللازمة للمجتمع يعتبر أمراً أساسياً ويتمتع بالقوة الدستورية[٢]. وأشار مفوض الحكومة (دي سيلفا) في هذا السياق، إلى ضرورة اعتماد طريقة عملية تنظر إلى طبيعة الحرية بذاتها وطبيعة المصالح والأهداف المرتبطة بحمايتها، فالحق باقامة حياة عائلية مستقرة هي حرية أساسية لأن حمايتها تحقق عدة أهداف اجتماعية وإنسانية ونفسية معتبرة، وهي مرتبطة مباشرة بنص المادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[٣].

وذهب البعض الآخر بأنه نتيجة لعدم وجود تعريف تشريعي أو فقهي محدد للحقوق والحريات الأساسية، فقد لجأ القضاء الإداري الفرنسي والمصري إلى استخدام الحقوق والحريات الأساسية في أحكامه لكي يضفي عليها حماية خاصة إما استناداً للنص عليها في الدستور أو الإشارة إليها في مقدمة الدستور وإعلانات الحقوق، أو استناداً لإضفاء قيمة دستورية لها من جانب القضاء الدستوري[٤].

وعملياً لقد حاول مجلس الدولة الفرنسي أن يضع من خلال أحكامه تصويراً للحرية الأساسية تتوحد عليه مختلف محاكم القضاء الإداري، على نحو يتفادى به مثالب الاختلاف حول هذا المفهوم، وجمع كل المعايير التي استعان بها الفقه لضبط هذا المفهوم، وأدى ذلك إلى التوسع في نطاق الحريات الأساسية. وأكد المجلس بأن وصف ال حرية بالأساسية لا يقتصر على ما ورد في صلب نصوص الدستور فحسب، وإنما يتجاوزه إلى ما نصت عليه مقدمة الدساتير من حريات، مثل حرية التظاهر[٥]. وما اعتبره المجلس الدستوري مبدأ ذا قيمة دستورية، مثل مبدأ التعددية، وحق المتقاضي في تقديم دفاعه أمام

(1) قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٥١/١١/٢٣، أشار إليه: الصنديد، مرجع سابق، ص٣٠٤.

(٢) سرور، مرجع سابق، ص٤٧.

(٣) قرار مجلس الولة الفرنسي الصادر في ٢٠٠١/١٠/٣٠، أشار إليه: الصنديد، مرجع سابق، ص٣٠٥.

(٤) خاطر، شريف يوسف، **دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية**، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٥٦.

(5) قرار مجلس الولة الفرنسي الصادر في ٢٠٠٧/١/٥، أشار إليه: خاطر، المرجع السابق، ص٧٠.

مختلف المحاكم[١]. وأخيراً قضى مجلس الدولة بأن مفهوم الحريات الأساسية يتجاوز إلى الحقوق أيضاً، كالحق في الملكية أو اللجوء السياسي أو الحق في الحياة الخاصة[٢].

وبالنظر لأحكام القضاء الدستوري المصري أيضاً يتضح أنه يتوسع في تفسير مفهوم الحقوق والحريات التي جاء النص عليها في الدستور لإضفاء قيمة دستورية للحقوق والحريات التي لم يرد النص عليها صراحة في صلب الدستور أو ديباجته، ونتيجة لهذا الاتساع فقد اتجه القضاء الإداري إلى توفير حماية قضائية خاصة لهذه الحقوق والحريات[٣].

فخلاصة القول، إن الحقوق والحريات الأساسية موضوع البحث هي تلك التي تتمتع بالحماية الدستورية سواء المباشرة عبر التحديد المباشر والصريح لها في الدستور أو غير المباشرة عن طريق استخلاص القضاء الدستوري أو الإداري لها من مجموعة المبادئ والقيم التي يقوم عليها النظام السياسي والدستوري للدولة، كما وإن الكثير من الحقوق هي في حقيقتها حريات، أو تتفرع عنها حريات أساسية، من ذلك مثلاً حق الملكية، فهو أحد الحقوق الأساسية التي تندرج عنه العديد من الحريات كل منها لها ذات الوصف.

المبحث الثاني: السلطة المختصة بتنظيم الحقوق والحريات

لقد أشرنا فيما سبق بأن السلطة المختصة بتنظيم الحقوق والحريات وتقييد النشاط الفردي هي السلطة التشريعية، من خلال ما يصدر عنها من قوانين، إلا أنها قد لا تتدخل في كل مرة وإنما تترك للإدارة ذاتها القيام بهذا الدور من خلال ما يصدر عنها من تشريعات فرعية، وفي ضوء ذلك فإننا سنقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين يتناول الأول منهما حدود سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات، في حين يعالج المطلب الآخر نطاق سلطة الادارة في تنظيم الحقوق والحريات.

المطلب الأول: حدود سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات

إن النص على الحقوق والحريات في صلب الدستور– وهذا هو الأصل– يضفي عليها قدراً من القدسية والاحترام، ويمنحها قيمة قانونية تسمو على غيرها من القواعد القانونية الأخرى، وحيث ان

(١) Favoreu, op. cit, P.1739. أشاراليه: خاطر، المرجع السابق، ص٧١.

(٢) لتفصيل ذلك انظر: أبو يونس، محمد باهي، **الحماية القضائية المستعجلة للحرية الأساسية**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١، ص٣٣ وما بعدها.

(٣) قرار المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩٩٢/١/٤ وفي ١٩٩٧/٩/٢، أشار إليهما: خاطر، مرجع سابق، ص٥٨–٥٩.

الحقوق والحريات تعد من أعلى القيم التي لها ارتباط مباشر بشخص الإنسان، فقد ترتب على ذلك أن يكون موضعها في أحضان الدستور(١). إلا أن النصوص الدستورية لا يمكن أن تتسع لبيان كافة تفاصيلها، لأسباب تتعلق بحسن الصياغة الفنية لتنظيم ما ورد عليه النص من حقوق الأفراد وحرياتهم، لذلك وبغية تحقيق التناسب بين حقوق الأفراد وحرياتهم من جهة، وبين مقتضيات المصلحة العامة من جهة أخرى، فإن المشرع الدستوري قد يترك أمر تنظيم الحقوق والحريات للمشرع العادي. فيصبح المشرع هو المختص بتعيين الحدود التي يمارس فيها الفرد الحقوق والحريات المقررة له، ولأن القانون يعتبر صادراً عن الإرادة العامة للأمة، فإنه يكون أقدر على تحقيق التوافق والتوازن بين الحقوق والحريات العامة في إطار من النظام(٢).

وبالنظر في المواد المنظمة للحريات في الدستور العراقي لسنة (٢٠٠٥) من الممكن التمييز بين أسلوبين مختلفين في تقرير هذه الحريات: الأسلوب الأول، هو أن ينص الدستور على حريات أساسية لا تحتاج لممارستها إلى تدخل المشرع، وينطبق هذا الأسلوب على الحريات التي يطلق عليها حريات مطلقة أو حريات مقدسة، التي لا يمكن المساس بها، ولا يمكن تقييدها أو تنظيمها تشريعياً ولا إدارياً كحرية العقيدة(٣)، والحق في المساواة(٤)، وعدم جواز إبعاد المواطن العراقي عن وطنه(٥). والأسلوب الثاني، هو أن ينص على بعض الحريات ويكل أمر تنظيمها إلى القانون، كحرمة المسكن(٦) وحق تأسيس النقابات والاتحادات(٧).

ولم يتبع دستور العراقي أسلوب تقرير حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في ديباجته، كما لم يتبع أسلوب تقرير هذه الحقوق والحريات في قوانين عادية، إنما تبنى الأسلوب الذي يعمد إلى تقرير الحقوق والحريات في صلب الوثيقة الدستورية، لتجنب ما قد يثار بشأن القيمة القانونية لها، ولكي يمنحها قوة

(١) أحمد، ثروت عبد العال، **الحماية القانونية للحقوق والحريات العامة بين النص والتطبيق**، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٨٦.

(٢) عامر، مرجع سابق، ص١٨٣.

(٣) تنص (المادة ٤٢) من الدستور العراقي على أن: (لكل فرد حرية الفكر والضمير والعقيدة).

(٤) تنص (المادة ١٤) من الدستور العراقي على أن: (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز ...).

(٥) تنص (المادة ٤٤/ثانيا) من الدستور العراقي على أن: (لا يجوز نفي العراقي أو ابعاده أو حرمانه من العودة الى الوطن).

(٦) تنص (المادة ١٧/ثانيا) من الدستور العراقي على أن: (حرمة المساكن مصونة ولا يجوز دخولها أو تفتيشها أو التعرض لها الا بقرار قضائي ووفقا للقانون).

(٧) تنص (المادة ٢٢/ثانيا) من الدستور العراقي على أن: (تكفل الدولة حق تأسيس النقابات والاتحادات المهنية أو الانضمام إليها وينظم ذلك بقانون).

قانونية لم يكن من السهل تعديلها والتأثير على جوهرها، ولتأكيد ذلك فقد نص على عدم جواز سن أي قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في الدستور[١]. وقد عمد المشرع الدستوري إلى تقديم ضمانات كبيرة لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، لا سيما التأكيد على مبدأ المشروعية، ومبدأ الفصل بين السلطات، واستقلال القضاء[٢]، وحق التقاضي[٣]، فضلاً عن التأكيد على دولة القانون والرقابة على دستورية القوانين، والرقابة على أعمال الإدارة، والغاء جميع النصوص القانونية التي تحصن القرارات الإدارية من الطعن[٤].

لكن نلاحظ بأن (المادة ٣٨) من الدستور العراقي تنص على أنه (تكفل الدولة وبما لا يخل بالنظام العام والآداب: أولا: حرية التعبير عن الرأي ...)[٥]، حيث انه يقيد حرية التعبير عن الرأي والصحافة والاجتماع والتظاهر السلمي بعدم الإخلال بالنظام العام والآداب، وانه يقدّم القيد على الحرية وكأن الأولوية للقيد وليست للحرية، وعليه يمكن القول بأن واضعي هذا النص لم يكن موفقاً في صياغته، صياغة تضمن أصل الحق، وتمنع المساس به، وتضمن طرق ممارسته بكل حرية دون وجل، لأن ذلك يؤدي إلى مصادرة هذه الحرية من قبل الإدارة بحجة مخالفتها للنظام العام والآداب، خصوصاً إن فكرة النظام العام والآداب هي فكرة نسبية ومتغيرة، والأسس التي سيتم اعتمادها في تحديد مفهوم النظام العام والآداب غير محددة، فلا يصلح أن ترد بوصفها قيداً في صلب التشريع الدستوري. بالإضافة إلى ذلك فقد أورد واضعي الدستور العراقي نص (المادة ٤٦)[٦] والذي أجاز هو الآخر تنظيم وتقييد الحرية بقانون أو بناء على قانون، ومن ثم ستكون حرية الرأي والتعبير رهن مشيئة المشرع العادي[٧].

---

(١) تنص (المادة ٢ /أولاً /ج) من الدستور العراقي على أن: (لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور).

(٢) تنص المادة (٨٤) من الدستور العراقي على أن: (السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون).

(٣) تنص المادة (٩٢) من الدستور العراقي على أن: (يحظر انشاء محاكم خاصة أو استثنائية).

(٤) تنص المادة (١٠٠) من الدستور العراقي على أن: (يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن).

(٥) تنص (المادة ٣٨) من الدستور العراقي على أن: (تكفل الدولة وبما لا يخل بالنظام العام والآداب: أولاً: حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل. ثانياً: حرية الصحافة والطباعة والإعلان والإعلام والنشر. ثالثاً: حرية الاجتماع والتظاهر السلمي وتنظم بقانون).

(٦) تنص (المادة ٤٦) من الدستور العراقي على أن (لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناء عليه، على أن لا يمس ذلك التحديد أو التقييد جوهر الحق أو الحرية).

(٧) الأسدي، على عبد العالي، حرية التعبير عن الرأي بين القانون والشريعة الاسلامية، بحث منشور في **مجلة رسالة الحقوق العلمية**، جامعة كربلاء، المجلد١، العدد١، ٢٠٠٩، ص١٣٨.

وحددت (المادة ٣٤) من الدستور الفرنسي الحالي لسنة ١٩٥٨ الموضوعات والمسائل التي يجب تنظيمها بقانون ليست من بينها حرية التعبير عن الرأي[١]، غير أننا نعتقد بأن الأسلوب الأمثل لتنظيم حرية بهذه الأهمية هو نص (المادة ٦٥) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ الذي جاء فيه بأن (حرية الفكر والرأي مكفولة. ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه ...)، حيث يكفل أصل الحرية ويترك للمتضرر منها الرجوع إلى القضاء لطلب التعويض.

ومما لا شك فيه أن سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق وضبط الحريات هي سلطة تقديرية، ما لم يقيدها الدستور بضوابط معينة تحد من اطلاقها وترسم حدوداً لممارستها[٢]، إلا أن المشرع قد يغالي فيما يصدره من قوانين في تقييد الحق أو الحرية أو الإنتقاص منها، حيث من الضروري تعيين الحدود الفاصلة بين التنظيم المباح والإنتقاص المحظور، حتى لا تتخذ السلطة التشريعية التنظيم ذريعة لإهدار ومصادرة الحقوق والحريات العامة أو للانتقاص منها أو فرضها للقيود على نحو يجعل استخدام الحق أو الحرية شاقاً على الأفراد[٣].

لذلك فقد جاهد الفقه في البحث عن معيار للحد الفاصل بين التنظيم المباح والانتقاص المحظور، وفي هذا السياق يذهب الدكتور عبدالرزاق السنهوري الى أن تطبق نظرية الانحراف في استعمال السلطة التي أنشأها القضاء الإداري في صعيد القرار الإداري على القوانين الصادرة من الهيئة التشريعية، ويرى أن ضرورة هذا التطبيق متحققة في مجال تنظيم الحريات العامة التي لم يرسم لها الدستور حدوداً واضحة، وأن المشرع لو انتقص من الحرية باسم تنظيمها فانه يكون منحرفاً حتماً عن الغرض الذي قصد اليه الدستور، لأن المشرع لا يملك تقييد الحريات وانما قصارى ما يستطيعه هو تنظيم الحرية فحسب[٤].

بناء على ما تقدم يذهب السنهوري إلى إمكانية الركون إلى معيار موضوعي يضفي على الحقوق والحريات مزيداً من الثبات والاستقرار، استناداً إلى فكرة الإنحراف بالسلطة المعمول بها في القرارات الإدارية، حيث يوجد حقوق وحريات مطلقة لا مجال للتشريع في تقييدها مطلقاً وإلا وقع هذا التقييد باطلاً لمخالفته للنص الدستوري، لكن هناك حقوقاً وحريات يعهد الدستور للمشرع بتنظيمها بمقتضى ما يحوزه من سلطة تقديرية، والمشرع العادي في هذا الصدد محكوم بالغرض الدستوري من هذه الإحالة، وهو

(١) لتفصيل ذلك أنظر: شحادة، موسى مصطفى، حقوق المواطنين في علاقاتهم مع الإدارة، بحث منشور في **مجلة الحقوق**، الكويت، المجلد٢٩، العدد٤، ٢٠٠٥، ص١٨٦.

(٢) سالمان، عبدالعزيز محمد، **الحماية الدستورية لحرية الرأي**، ط٢، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص٩٧.

(٣) عامر، مرجع سابق، ص١٨٣.

(٤) الشريف، محمود سعدالدين، ومصطفى كامل اسماعيل، فلسفة العلاقة بين الضبط الإداري وبين الحريات، **مجلة مجلس الدولة**، دار الكتب العربي، القاهرة، ١٩٦٩، ص٢٧.

كفالة الحقوق والحريات في حدودها الموضوعية، فإذا هو انحرف عن هذا الغرض بالانتقاص الخطير منها فإن ذلك يوقعه تحت رقابة القضاء ليحكم بعدم دستوريته. وقد اتخذ الدكتور سنهوري معياراً موضوعياً للانحراف، هو أن تصبح الحرية أو الحق العام بعد التنظيم التشريعي منتقصاً من أطرافه بحيث لا يحقق الغاية التي قصد إليها الدستور(١).

وقد ذهب عبدالعزيز محمد سالمان في هذا السياق إلى أن المشرع ليس له في جميع الأحوال أن ينال من الحق أو الحرية محل الحماية الدستورية بالنقض أو الانتقاص الذي يؤدي إلى فقده جل منفعته أو بفقده جوهره، ويرى أن جوهر سلطته التشريعية يتمثل في المفاضلة التي يجريها بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقدر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي تناوله بالتنظيم، وعليه أن يجري تنظيم الحقوق في إطار من المساواة الكاملة بين المؤهلين للانتفاع بها، وبما لا يخل بتكافؤ الفرص بينهم(٢).

ويرى إبراهيم درويش كذلك "بأن السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، لازمها أن يفاضل بين بدائل متعددة مرجحاً من بينها ما يراه أكفل لتحقيق المصالح المشروعة التي قصد إلى حمايتها، ويذهب إلى القول بأن لكل حق دائرة لا يجوز اقترافها حتى يظل الانتفاع به ممكناً، ولا يمكن أن يفرض المشرع على الحق قيوداً جائرة، وأن أي تذرع بأن لهذه القيود دوافعها من وظيفة اجتماعية يعتبر لغواً لا يمكن التسليم به"(٣).

إلا أن هناك من يرد على هذا الرأي ويذهب إلى أنه كيف يعاب على المشرع تنظيم أو تقييد الحرية في الأحوال التي توجب مثل هذا التقييد مقتضيات النظام العام، وما دام هذا التقييد ضرورياً ولا يجاوز الحد المعقول، وفي نظره فلا يصح أن يكون تقييد الحرية وسلبها بمنزلة سواء(٤).

ويرى آخرون بأن المشرع طالما يملك التنظيم فهو يملك التقييد، وأنه لا فرق في نظره بين التنظيم والتقييد في مجال الحقوق والحريات العامة، فقد ذهب إلى أنه حين يقرر الدستور مبدأ حرية من الحريات ثم يخول للمشرع حق تنظيم هذه الحرية فان المشرع له الحق في أن ينتقص من هذه الحرية، لأن من له حق التنظيم لإحدى الحريات كان له حق وضع قيود على تلك الحرية، والقيود تنطوي بداهة على

---

(١) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، مخالفة التشريع للدستور والإنحراف في استعمال السلطة التشريعية، **مجلس الدولة المصري**، سنة٣، ١٩٦٦، ص٧٤، أشار اليه: عامر، مرجع سابق، ص١٨٣.

(٢) سالمان، مرجع سابق، ص٩٧.

(٣) درويش، إبراهيم، **القانون الدستوري النظرية العامة والرقابة الدستورية**، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٣٢٣.

(٤) الشريف، مرجع سابق، ص٢٨.

الانتقاص من هذه الحرية، وليس عليه من الناحية القانونية سوى قيد واحد هو عدم إلغاء أو هدم أو سلب تلك الحرية[١].

وعلى أية حال، فإن تنظيم الحرية ينطوي على معنى تقييدها وتنسيقها ولكنه لا يعني هدمها وإنهاءها. وتنظيم الحريات لا يجوز لغير مصلحة واضحة يقوم الدليل على اعتبارها، ولا يجوز أن تنفصل النصوص التشريعية التي نظم بها المشرع موضوعاً محدداً عن أهدافها، بل يجب أن تكون هذه النصوص مدخلاً إليها وموطئاً لإشباع مصلحة عامة لها اعتبارها. وإذا لم يكن هناك معيار موضوعي لقياس خطورة هذا التقييد، فإن هناك قيوداً ترد على سلطة المشرع عند تنظيمه أية حرية من الحريات، ويأتي في مقدمتها ما يلي:

١- يجب على المشرع أن يتحرى عند سن التشريعات الإجراءات المنصوص عليها في الدستور ومراعاة الضوابط الشكلية لإصدار التشريع، ويعد ذلك من الأسباب العملية التي تقتضي انفراد المشرع بتنظيم الحريات العامة، ذلك أن سن التشريع يقتضي عادة اتخاذ العديد من الإجراءات من مناقشة وعلانية تمثل بطبيعتها ضمانات فعالة للحريات العامة[٢].

٢- لابد أن يصدر التشريع مستهدفاً غاية محددة هي الصالح العام، والصالح العام ليس له منظور محدد، وإنما يختلف بحسب الموضوع محل التنظيم التشريعي، فمن المؤكد أن لكل حق أغراضاً يستهدفها، فلا يجوز تنظيمه بما يخل بهذه الأغراض أو يجاوزها، ولا تقييده بنصوص قانونية يستحيل عقلاً ربطها بها[٣].

٣- ينبغي على المشرع في تنظيمه للحريات أن يوجد تناسباً بين الأهداف والوسائل، فلا تكون وسائله مجاوزة لأهدافه على نحو يصيب به شرائح لا ينطبق عليها مبرر تطبيق حكمه، أو يفلت بها من تنظيمه ما كان يتعين به أن يصيبه.

٤- يجب في التشريع أن لا يصطدم في تنظيمه مع القواعد التي وضعتها الوثيقة الدستورية، ذلك أن أحكام الدستور تعد هي الإرادة الأعلى في المجتمع، والتي يتعين أن ينصاع إليها المشرع في تنظيمه.

٥- ينبغي على السلطة التشريعية أن تتقيد بالعدالة في المسائل التي تناولتها هذه النصوص.

---

(١) متولي، عبدالحميد، **الوسيط في القانون الدستوري**، ط١، دار المعارف، القاهرة، ١٩٥٦، ص٦٦٧.

(٢) الشرقاوي، سعاد، **نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني**، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص١٤٧.

(٣) سالمان، مرجع سابق، ص١٥٦.

٦- يشترط لكي يكون التشريع صحيحاً وموافقاً للدستور أن لا تخل القيود التي يفرضها المشرع في مجال تنظيم حق من الحقوق أو حرية من الحريات بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين جميع المخاطبين به(١).

٧- يجب أن يتصف التشريع بعدم الرجعية، لغرض احترام الحقوق المكتسبة التي نشأت في ظل التشريع السابق بصورة صحيحة ومشروعة(٢).

المطلب الثاني: نطاق سلطة الإدارة في تنظيم الحقوق والحريات

ليس من شك أن أسمى شيء في الوجود هو تمتع الإنسان بالحرية التي فطر الله الناس عليها، ولعل أخطر ما يهدد هذه الحرية هو فرض القيود على ممارستها. غير أن الإنسان ميال بطبيعته إلى السيطرة والفوضى، بمعنى أنه يتجه إلى التصرف كيفما شاء بحرية مطلقة. وإن التأكيد على الحرية والحرص على احترامها وضمان ممارستها، لا يعني بحال من الأحوال أن تكون مطلقة من كل قيد أو تنظيم، فلا وجود للحرية المطلقة في ظل المجتمع المنظم بالدولة، لأن وجودها –على فرض حصوله– يعني انهيار الدولة وانتشار الفوضى.

إذن حين نؤكد على صيانة الحريات الأساسية وحمايتها من أي تدخل يعطل ممارستها، يجب أن لا نغفل في المقابل ضرورة صيانة المجتمع والمحافظة على النظام العام باعتباره أهم ضمانة للحرية ذاتها، حيث أن مجال ممارسة الحرية هو المجتمع، الذي يقتضي فرض قيود وشروط لممارستها، حفاظا على حريات الآخرين والنظام العام للجماعة(٣).

وإن حقيقة إنفراد المشرع – كأصل عام– بتنظيم الحقوق والحريات، لا يقف مانعا من إناطة الإختصاص بالجهة الإدارية من تنظيم بعض الحقوق والحريات استثناء من الأصل العام، وذلك على اعتبار أن الجهة الإدارية هي المختصة بالمحافظة على النظام العام داخل المجتمع وضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد تحقيقا للصالح العام. حيث ان تنظيم الحقوق والحريات من جانب الإدارة يعتبر مظهرا جوهريا لوجود الدولة وتعبيراً رئيسيا عن سيادتها، وتعمل من خلاله على تقديم الخدمات للأفراد، وتهدف إلى حماية النظام العام في الدولة وكيانها الاجتماعي والسياسي والاقتصادي، وإن صح قيامها بهذا النشاط هو في الأساس يأتي في مواجهة الأفراد، ويعد قيدا على بعض الحقوق والحريات

(١) سالمان، المرجع السابق، ص٩٨-١٢٥.

(٢) عطية، نعيم، مرجع سابق، ص١٨١

(٣) الدراجي، جعفر عبد السادة بهير، **التوازن بين السلطة والحرية في الأنظمة الدستورية**، أطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد، بغداد، ٢٠٠٦، ص٥٠.

الفردية، إلا إن ذلك يعتبر ضرورة اجتماعية نابعة من أن كل جماعة داخل نطاق الدولة يجب أن تضع القواعد المنظمة لنفسها لتسير عليها كمجموعة قواعد ضابطة تنظم بها ممارسة نشاطها في سبيل الحفاظ على الأمن والنظام العام من جهة، وكفالة ممارسة الحقوق والحريات العامة من جهة أخرى(١).

يظهر مما سبق بأن تدخل الإدارة وتنظيمها للحقوق والحريات العامة تجد سندها في كفالة ممارسة كل إنسان لحقوقه وحرياته المقررة في صلب اعلانات الحقوق والدساتير من ناحية، وفي كفالة تمتع أفراد الجماعة الآخرين بنفس هذه الحقوق والحريات من ناحية أخرى. أي إن مهمة الإدارة في تنظيم الحقوق والحريات العامة تقوم على الموازنة بين تمتع كل فرد بحقوقه وحرياته، وبين إمكان تمتع الآخرين بذات الحقوق والحريات بنفس القدر وعلى قدم المساواة(٢).

لكن أحكام القضاء سواء في فرنسا أو في مصر، تؤكد على وجود حريات خاصة لكل مواطني الدولة لا يجوز تقييدها على الإطلاق، وحريات أخرى لا يجوز تقييدها إلا بقانون. فحق الاجتماع مثلا، ليس منحة من الإدارة تمنعها أو تمنحها كما تشاء، بل هو حق أصيل للناس اعترف به القانون وأكدته الدساتير، وسلطة الإدارة في منعه هي سلطة استثنائية، وهي تخضع لرقابة المحكمة لتتعرف ما إذا كان استعمالها مطابقا للقانون نصا وروحا أم أنه ليس كذلك(٣). وأكد مفوض الدولة في مجلس الدولة الفرنسي "ميشيل" على ذلك، ووضح بأن الشروط التي حددها المشرع لممارسة حرية ما يبين مدى سلطة الإدارة في مواجهتها، لأن هناك حريات مطلقة أوردها المشرع بشروط محددة وعبارات واضحة يحد من سلطة الإدارة في مواجهتها، ويهدف به ضمان صونها واحترامها، وهناك حريات أخرى ينظمها المشرع بعبارات عامة، يمنح للإدارة في تنظيمها مزيداً من الحرية، كما هو الحال بالنسبة لحرية التجارة(٤). إذن فالنص التشريعي يحدد مدى سلطة الإدارة في تنظيم الحرية، وفي السياق نفسه جاء في حكم المحكمة الإتحادية العليا في العراق فيما يتعلق بحرية التنقل والسفر والسكن باعتبارها حريات مطلقة (لا يجوز تقييد هذه الحرية بنص في قانون أو نظام أو تعليمات استناداً لأحكام المادة (٢/أولاً/ج) من الدستور)(٥).

(١) توفيق، محمد خورشيد، **ضمانات الحقوق والحريات العامة في مواجهة سلطات الضبط الاداري**، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة صلاح الدين، أربيل، ٢٠١٥، ص٣٨.

(٢) الجرف، طعيمة، **القانون الإداري**، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٧٣ ص٤٢١.

(٣) مسعود، محمد عبدالحميد، **اشكاليات رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري**، ط١، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٤٩٩.

(٤) انظر قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٣٣/٥/١٩، أشار إليه: أبو الخير، عادل سعيد محمد، **الضبط الإداري وحدوده**، دون ناشر، ١٩٥٥، ص٣٥٣.

(٥) حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٤/اتحادية/٢٠٠٨ بتاريخ ٢٠٠٨/١١/٢٤، غير منشور.

بقي أن نشير بأن أساس سلطة الإدارة في تنظيم الحقوق والحريات في العراق هو الدستور، لأن الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ بعد أن خصص الباب الثاني منه للحقوق والحريات، فقد أجاز في كثير من المجالات تنظيم هذه الحقوق والحريات بناء على عدم الاخلال بالنظام العام أو الآداب العامة، ونصت في (المادة ٤٦) صراحة على أن لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناء عليه، على أن لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية.

وهذه المادة تجعل ضمان تلك الحريات ناقصة، لأنه مشروط برغبة ومشيئة السلطة التنفيذية التي قد تتعسف في استخدام سلطاتها وتحرم المواطنين من تلك الحقوق، فبموجب هذا النص يكون من حق السلطة التنفيذية تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في الدستور شرط أن يكون بناء على قانون، وفي ذلك خروج على المبدأ العام الذي لا يقر سوى للسلطة التشريعية الحق في ذلك باعتبارها تمثل الإرادة العامة للشعب، خصوصا إن الإجراءات المتبعة في إصدار القانون توفر ضمانات أكيدة في حماية الحقوق والحريات(١).

لكن بالنسبة للدستور الفرنسي فلم نجد فيه نص مشابه لتقييد الحريات، غير أن المشرع الفرنسي لم يجعل ممارسة جميع الحقوق والحريات الواردة في الدستور مطلقة من كل تنظيم وتقييد، حفاظاً على النظام العام وحماية لحقوق وحريات الآخرين، غير أنه جعل هذا التقييد هو الاستثناء من الأصل العام وهي الإباحة، وتطبيقاً لذلك صدرت العديد من القوانين لتنظيم بعض الحقوق والحريات الواردة في الدستور، وتنفيذا لتلك القوانين صدرت العديد من القرارات لبيان كيفية تنفيذ القوانين(٢). وتطبيقاً لذلك قرر المجلس الدستوري الفرنسي أن حرية التجارة والصناعة ليست مطلقة، وإنما تمارس في إطار التنظيم الذي ينشئه القانون، كما يجوز أن تقييدها بما يقتضي المصلحة العامة شريطة أن لا يترتب على هذه القيود تغيير في مدى هذه الحرية(٣).

إذن يمكن القول بشكل عام أن الإدارة بما لها من سلطة عامة في كفالة النظام العام تملك أن تتدخل في مجال الحريات العامة، غير أن مدى سلطتها في مواجهة الحريات تختلف تبعا لوجود نصوص تشريعية خاصة تنظم ممارسة الحرية أو عدم وجود مثل هذه النصوص.

---

(١) الطاهر، إيثار عبد الجليل علي، دستورية الحريات العامة في العراق بعد عام ٢٠٠٣، بحث منشور في **مجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية**، الجامعة المستنصرية، بغداد، عدد٤٩، ٢٠١٥، ص٢٠٣.

(٢) لتفصيل ذلك أنظر: ميسروب، سيفان باكراد، حرية السفر والتنقل، بحث منشور في **مجلة الرافدين للحقوق**، الموصل، المجلد١١، العدد٤٢، ٢٠٠٩، ص٢٦٣.

(٣) قرار صادر في ١٩٨٩/٧/٤، أشار اليه: مسعود، مرجع سابق، ص٥٢٥.

إذا كانت هناك نصوص تشريعية خاصة في شأن تنظيم حرية ما، فإن الإدارة تلتزم بما ورد فيها من قيود، فخروج أي تدبير أو إجراء على نصوص الدستور أو إعلانه أو ميثاقه أو مقدمته يعتبر مخالفة مباشرة للقواعد القانونية، كما لا يجوز للإدارة أن تخرج على تشريع صادر عن السلطة التشريعية وفقاً لاختصاصها المقرر بالدستور، أي أن النص التشريعي يحد من سلطة الإدارة في مواجهة تلك الحرية، فوجود تشريع منظم لممارسة حرية ما يوقف سلطة الجهة الإدارية عند حدودها دون أن تتجاوز أحكامها.

كما يجب أن تفسر القيود التي توردها النصوص التشريعية المنظمة للحرية تفسيرا ضيقا، ويجب أن تخضع نشاطها في كل الأحوال لفكرة الصالح العام، لأن سلطة الإدارة بالنسبة للهدف هي دائما سلطة مقيدة، لكن إذا جاء في النص التشريعي غرض محدد، يجب أن تلتزم الإدارة في تطبيقها للقانون بذلك الغرض وإلا تعرض قرارها للإبطال(١).

أما في حالة عدم وجود نص تشريعي ينظم حرية معينة فان ذلك لا يعني أن سلطات الإدارة تجاهها تكون مطلقة من كل قيد، بل يحل القاضي بقدرته محل المشرع في إنشاء القواعد القضلئية لتقييد الإدارة، فهناك قيود تحد من سلطات الإدارة، إما مستمدة من فكرة الحرية ذاتها أو تتعلق بالإجراءات الماسة بالحقوق والحريات التي سنقوم بايضاحها في المبحث الثالث، كما يجب أن يكون ممارستها في أضيق نطاق كما جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية (ولما كان منع السفر هو إجراء تحفظي يمكن اللجوء اليه كلما خشي على المدين من تهريب أمواله أو ملاحقته بالإجراءات ومن ثم يجب أن يكون بمقدار في أضيق نطاق لمساسه بالحريات العامة التي يقدسها الدستور والقانون)(٢).

المبحث الثالث: القيود الواردة على سلطة الإدارة في تنظيم الحقوق والحريات

على الرغم من الاعتراف للإدارة بتنظيم جانب من الحقوق والحريات العامة لضمان ممارسة كل إنسان لحقوقه وحرياته المقررة في صلب الدستور من ناحية ولكفالة تمتع أفراد الجماعة الآخرين بنفس هذه الحقوق والحريات بطريقة متساوية من ناحية أخرى، إلا إنها قد تغالي فيما تصدره من قرارات في تقييد الحق أو الحرية أو الانتقاص منهما، لذلك فمن الضروري تعيين الحدود والقيود الواردة على سلطات الإدارة في هذا المجال حتى لا تتخذ التنظيم والحفاظ على الأمن والنظام العام ذريعة لإنتقاص الحقوق والحريات على نحو يجعل ممارسة الحق أو الحرية شاقة على الأفراد.

(١) ربيع، منيب محمد، **ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الاداري**، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٨١، ص٢٤٢.

(٢) حكم محكمة التمييز العراقية، رقم ٤٨ مستعجل الصادر في ١٩٦٦/٥/٨، **مجلة الديوان القانوني**، العدد٢، وزارة العدل، بغداد، ١٩٦٦، ص٢٢٨.

وبناء على ما تقدم فإننا نقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول منهما القيود المتعلقة بالإجراءات الماسّة بالحقوق والحريات، وفي المطلب الثاني القيود الناجمة عن فكرة الحرية ذاتها.

المطلب الأول: القيود المتعلقة بالإجراءات الماسّة بالحقوق والحريات

يُعدّ الهدف من إجراءات الضبط الإداري هو المحافظة على النظام العام، فإن أي إجراء لا يكون من شأنه تحقيق الأمن أو السكينة أو الصحة العامة يعتبر إجراءً غير مشروع. إلا أن المشكلة الأساسية التي تواجه هذه السلطات عندما تمارس إختصاصها هي كيفية التوفيق بين الحريات العامة التي نص عليها الدستور وبين حماية النظام العام، وعلى سبيل المثال فقد نص الدستور العراقي على كفالة الحق في الحياة والأمن والحرية، كما جاء في نص المادة (١٥) منه على أن (لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها إلا وفقاً للقانون، وبناءً على قرار من جهة قضائية مختصة).

ومعنى ذلك أنه يتوجب على السلطة الإدارية أن تتقيد بمبدأ المشروعية حين تمارس سلطاتها في تنظيم الحقوق والحريات، لأن قراراتها وإجراءاتها تخضع لرقابة القضاء من ناحية الهدف الذي من أجله منحت الجهة الإدارية سلطات الضبط الإداري، ومن ناحية السبب الذي يدفعها إلى التدخل واتخاذ القرار الضبطي، ومن الوسائل التي تستخدمها لحماية النظام العام أو لإعادتها إلى وضعها العادي عند إخلالها، كما تتسع رقابة القضاء لبحث مدى ملائمة الوسيلة المستخدمة مع الظروف التي صدر فيها.

وقد تكفل الفقه والقضاء الإداريان بوضع نظرية عامة تقيد سلطات الضبط الإداري بحيث لا تفتئت الإدارة على الحقوق والحريات العامة، وحدد شروطاً يجب أن تتوافر في الإجراء الضبطي لكي يكون مشروعاً تتلخص بما يلي:

أولاً: أن يكون الإجراء متصفاً بالعمومية:

يجب حتى يكون الإجراء مشروعاً أن يتصف بالتجريد في مواجهة الأفراد، إذن لا يمكن أن يكون إلا تدبيراً عاماً مجرداً يشمل كل من تتوافر فيه صفة بعينها وليس شخصاً بعينه، ويواجه كل واقعة تتوافر فيها شروط معينة لا واقعة معينة بذاتها. وهذا العموم لا يتصل فقط بالفرد المكلف بالإجراء، بل يمتد ليشمل المكان الذي يجري العمل في نطاقه والمدة التي يتم خلالها أو فيها، فهي عمومية تشمل الأشخاص والزمان والمكان[١]. ولذلك إذا قصد التدبير الضبطي فرد معين بالذات دون بقية الأفراد الذين

(١) بسيوني، عبد الرؤوف هاشم، **نظرية الضبط الإداري**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص١٩٢.

تتماثل مراكزهم معه، أو تعلق بمصلحة طائفية أو حزبية معينة، فإن ذلك يعد انحرافاً في استخدام السلطة ويكون من حق القضاء الإداري ابطاله.

ثانياً: أن يكون الإجراء ضرورياً وفعالاً ولازماً:

لكي يعتبر إجراء الضبط الإداري مشروعاً يجب أن يكون ضرورياً، فوجود تهديد جسيم للنظام العام يبرر تقييد الحريات العامة، أما إذا كان الإضطراب قليل الأهمية فلا يصح التضحية بالحرية من أجل تفادي هذا الخطر. ويترتب على ذلك أن وجود خطر يسير لا يبرر التقييد الخطير، وأن مجرد خلل بسيط قد يلحق النظام العام لا يمنح للإدارة سلطة فرض القيود على ممارسة الحريات العامة كما تشاء(١).

وحيث يشترط في إجراءات الضبط الإداري، أن تكون ضرورية، فإن الضرورة بهذا الصدد تقدر بقدرها، أي إن ضرورة الإجراء الضبطي لا بد أن تقدر بحسب جسامة التهديد الفعلي الحاصل للنظام العام، بحيث يكون الاجراء المتخذ من قبل سلطة الضبط الإداري هو الواجب القيام به دون غيره من الإجراءات الأخرى لتجنب الأخطار المهددة للنظام العام. وتطبيقاً لذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي إلى إلغاء القرار الإداري الصادر بمنع أحد الإجتماعات العامة، باعتبار (ان ما تمسكت به هيئة الضبط من احتمال قيام اضطرابات غير مقبول، لأن هذا الاحتمال لا ينشأ حالة من الخطورة بحيث كان يتعذر اتقاء هذا الاضطراب بغير منع الاجتماع)(٢). وقضى مجلس شورى الدولة العراقي في هذا السياق بتصديق ما قضت به محكمة القضاء الإداري بإلغاء القرار الإداري الصادر من الجهة الإدارية المختصة والمتضمن منع المدعي من السفر إلى خارج العراق بإدعاء وجود قضايا تحقيقية تتعلق بفقدان مركبة تعود للجهة الإدارية كانت بعهدة المدعي والتي انتزعت منه بالقوة تحت تأثير السلاح، باعتبار أن منع المدعي من السفر يعتبر تحديداً من حقوق أساسية صانتها القوانين العراقية(٣).

ثالثاً: أن يكون الإجراء محققاً للمساواة:

يعتبر مبدأ المساواة أمام القانون من المبادئ الأساسية التي أقرها القضاء الإداري، وإذا كان إجراء الضبط الإداري يستهدف تحقيق النظام والاستقرار في المجتمع، فإن من مقتضيات ذلك تحقيق المساواة

(١) عطية، مرجع سابق، ص١٩٩.

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٩٣٣/٥/١٩، أشار اليه: الدليمي، حبيب إبراهيم حمادة، **حدود سلطة الضبط الإداري في الظروف العادية**، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص٧١.

(٣) قرار مجلس شورى الدولة رقم ١٢٦/قضاء اداري/١٩٩٠ بتاريخ ١٩٩١/٨/١٤، غير منشور.

بين الأفراد، وهو ما يحتم أن يتم اتخاذ الإجراء بمعيار موضوعي لا شخصي[١]، فلا يجوز لسلطات الضبط الإداري أن تخالف بقرارتها هذا المبدأ، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد سمح لسلطة الضبط الإداري أن تخضع ممارسة بعض الحريات للترخيص، وأن تخضع منح هذا الترخيص لشروط محددة كذلك، ويعتبر ذلك نتيجة طبيعية لمبدأ المساواة أمام القانون، ضماناً للحفاظ على النظام العام، وتحقيقا لتقديم أفضل خدمة للمصلحة العامة[٢]، واعترف المجلس في هذا السياق بأن قرار سلطة الضبط الإداري الموجب لابعاد أجنبي خارج البلاد يمثل تطبيقاً للمبادئ العامة للقانون ولا يشكل انتهاكاً على الحرية[٣].

وسارت محكمة القضاء الإداري العراقي على ذات النهج، وقضت بإلغاء القرار الإداري المتضمن رفض منح أحد الأشخاص إجازة بناء، بعد ما تبين للمحكمة بأن الجهة الإدارية المختصة قد منحت إجازة بناء سابقة لشخص آخر على قطعة الأرض المجاورة[٤].

رابعاً: أن يكون الإجراء متناسباً مع جسامة الإخلال بالنظام العام:

يشترط فيما تأتيه الإدارة من إجراء للحفاظ على النظام العام وصيانته مما يهدده من عدوان حقيقي على نحو لم يكن لها قدرة على درئه إلا من خلال الركون إلى تلك التدابير دون سواها، لأن ضرورة الإجراء تقدر بقدر جسامة التهديد، وهو ما يستوجب أن يكون الإجراء المتخذ من قبل الإدارة لازماً لتوقي الخطر، وبالتالي فليس من المقبول أن تكون وطأة التدبير أشد وقعاً من ذات الخطر الذي يراد إبعاده[٥]. وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة القضاء الإداري المصري بأنه: (لا يمكن أن يترتب على حادث جنائي بين عائلتين إغلاق السوق بدعوى المحافظة على الأمن، وخاصة إذا كان قد انقضى أكثر من سنة ونصف على وقوع الحادث دون وقوع ما يخل بالأمن، وقد كان في مقدور الإدارة اتخاذ الإجراءات الكفيلة بمنع الحوادث دون الالتجاء إلى اغلاق السوق[٦].

(١) بسيوني، مرجع سابق، ص١٩٣.

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٨٠/١/٢٥، أشار إليه: مسعود، مرجع سابق، ص٥٣٩.

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٨٩/١٠/٢٧، أشار إليه أبو الخير، مرجع سابق، ص٣٥٠.

(٤) قرار محكمة القضاء الإداري رقم ٢٩/قضاء إداري/٢٠٠٠، بتاريخ ٢٠٠٠/٩/٩، غير منشور.

(٥) بسيوني، مرجع سابق، ص١٩٧.

(٦) قرار محكمة القضاء الإداري المصري رقم ١٦٧ الصادر في ١٩٥٢/١/٢٢، أشار إليه: الدليمي، مرجع سابق، ص٢٩٤.

وكان لمجلس الدولة الفرنسي دور بارز في وضع هذا القيد، حيث تضمنت أحكامه محاولات جادة في تحقيق التوازن بين ضرورات الحفاظ على النظام العام من ناحية، ومتطلبات كفالة ممارسة الحرية من ناحية أخرى. وجعل من حقه أن يتأكد أن هنالك تناسباً بين جسامة القيد الوارد على الحرية من جهة وجسامة التهديد الذي يصيب النظام العام من جهة أخرى. وقد حكم بإلغاء إجراء إداري بفرض قيود على ممارسة حرية ما في الوقت الذي يكفي لتحقيق النظام العام اتخاذ بعض الاحتياطات من جانب الإدارة فقط(١).

خامساً: أن لا يكون لدى الإدارة من الوسائل ما تعالج به الموقف غير تقييد الحرية:

فالإدارة لا تستطع أن تصدر من القرارات ما تقيد به حرية من الحريات العامة إلا إذا عجزت عن تحقيق المحافظة على النظام العام بوسائل أخرى، فهي مثلاً لا تستطيع أن تصدر قراراً بمنع اجتماع عام لمجرد أن تظاهرات معادية يمكن أن تنشأ. إنها لا تستطيع ذلك إلا إذا أثبتت أنه ليس لديها من الوسائل ما يمكنها من المحافظة على الأمن حتى في حالة حدوث هذه التظاهرات(٢). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن أجهزة الأمن وإن كانت جهة مختصة بتقدير الخطورة لاتخاذ الاجراء الضبطي المناسب، إلا أنه يشترط أن يكون لهذه الخطورة وجود حقيقي لا وهمي أو صوري، ويجب أن يكون صحيحاً مستخلصاً سائغاً من أصول ثابتة منتجة واقعاً قانونياً مبرراً لتدخل سلطة الضبط الإداري بإغلاق أحد الأسواق خلال بعض أيام الاسبوع(٣).

وذهب مجلس شورى الدولة العراقي في هذا السياق إلى القول بأن (أمانة بغداد كانت منحرفة عن طريق الصواب عندما استعملت سلطتها في حجز المدعي، وكان عليها أن تلجأ إلى دائرة التنفيذ المتخصصة التي تتولى باسلوب التنفيذ الجبري عملية اخلاء العقار المشغول من قبل المدعي)(٤). كما قضى بأن تصرف أمين بغداد مخالفاً للقانون حين قرر بمنع المميز من استعمال محله بحجة أن الشاغل السابق كان مديناً لها(٥).

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٣٣/٥/١٩، أشار اليه: عطية، مرجع سابق، ص٢٠٠.

(٢) فهمي، مرجع سابق، ص٢٦٤

(٣) قرار المحكمة الاتحادية العليا الصادر في ١٩٧٨/١/٢٨، أشار اليه: أبودان، مايا محمد نزار، **الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري**، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١١، ص

(٤) قرار رقم ٣/اتحادية– تمييز/٢٠٠٦ بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٢٩، أشار اليه: الدليمي، مرجع سابق، ص٢٤٨.

(٥) قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم ٢٨/إداري– تمييز/١٩٩٧ في ١٩٩٧/٩/١، أورده: الجبوري، ماهر صالح علاوي، مفهوم القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري العراقي، بحث منشور في **مجلة العدالة**، وزارة العدل، بغداد، عدد١، ١٩٩٩، ص٨٥.

سادساً: أن لا يؤدي الإجراء إلى المنع المطلق للحرية:

ليس لسلطة الضبط أن تعطل أو تلغي ممارسة الحرية بصورة مطلقة لأن المنع من ممارسة الحرية بصورة مطلقة يعني بالضرورة إلغاء الحرية ذاتها، وسلطة الضبط الاداري بشكل عام تختص بالتنظيم دون الإلغاء، كما أن المنع المطلق يصبح في كثير من الأحيان إجراء أعنف وأقسى مما تطلبه المصلحة العامة وتقتضيه طبيعة الظروف، فأقسى ما يباح لهيئات الضبط هو تعطيل ممارسة الحرية لفترة مؤقتة تزول بزوال مقتضياتها(١). وقد طبق القضاء الإداري المبادئ السابقة في العديد من الأحكام الصادرة عنه بهذا الصدد، إذ قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء القرار الذي أصدرته سلطة الضبط الإداري والمتضمن غلق مؤسسة للرقص بسبب ما يشكله ذلك النشاط من تهديد للنظام العام، بعد أن تبين للمجلس ان تنفيذ القرار يمثل حظراً مطلقاً للحرية، الأمر الذي يستوجب إلغائه(٢).

سابعاً: أن يكون التدبير مجدياً:

يجب أن يكون التدبير مجدياً أي منتجاً وحاسماً في اتقاء الخطر على النظام العام بعناصره المختلفة، إذ لو كان التدبير غير مجد ولم يكن من شأنه تحقيق هذا الهدف بإبعاد الخطر أو الإضطراب لكان من شأن ذلك تقييد الحرية بلا مقتضى، وبالتالي غير مشروع وجب في هذه الحالة إبطاله(٣). ومن ثم يجب أن يكون الإجراء المتخذ منتجاً وحاسماً في توقي الاخلال بالنظام العام، فإذا لم يكن من شأنه تحقيق هذا الهدف بإبعاد الإخلال أو الاضطراب فإنه يعد إجراءاً غير مشروع. وتطبيقاً لذلك قررت محكمة القضاء الإداري العراقي بتصديق قرار إداري صادر من جهة مختصة بترحيل أصحاب محلات بيع اليابسات (البقوليات) بالجملة من منطقة الميدان في الموصل بسبب الازدحام الذي تسببه هذه المحلات من زخم مروري في وسط المدينة وانشاء مكان متخصص لأصحاب هذه المحلات في المنطقة الصناعية(٤).

ثامناً: أن تراعي إجراءات الضبط ظروف الزمان والمكان:

فيما يتعلق بالزمان تختلف سلطات الضبط من ساعة إلى أخرى، فالنشاط الفردي يمكن أن يجد ليلاً من القيود أكثر مما يجده نهاراً، فالإدارة تستطيع أن تمنع الباعة المتجولين من المناداة بصوت عال على

(١) فهمي، مرجع سابق، ص٢٦٢.

(٢) قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٨٤/٦/٢٦، أشار اليه: الدليمي، مرجع سابق، ص٣٠٨.

(٣) بسيوني، مرجع سابق، ص١٩٧.

(٤) قرار رقم ٢٣/قضاء اداري/٢٠٠٠ بتاريخ ٢٠٠٠/٨/١٢، أشار اليه: الدليمي، مرجع سابق، ص٢٤٦.

بضائعهم ليلاً، ولكنها لا تستطيع أن تصدر نفس المنع بالنسبة لهم نهاراً[١]. ومن ناحية أخرى تختلف الوسيلة التي يمكن استخدامها من الليل عن النهار، فما يعتبر مشروعاً لو تم أثناء الليل لا يعتبر كذلك أثناء النهار، ومن ثم فإن سلطة الضبط تزداد سعة أثناء الليل عن النهار[٢].

وفيما يتعلق بالمكان تختلف إجراءات الضبط أيضاً باختلاف المكان، فما يعتبر مشروعاً من إجراءات الضبط في مناطق الحدود، قد لا يعتبر كذلك داخل المدن، وكذلك الشأن بالنسبة للوسيلة، ما يعتبر مشروعاً في الطريق العام قد لا يعتبر كذلك في الأماكن الخاصة كالمنازل والمكاتب[٣].

المطلب الثاني: القيود الناجمة عن فكرة الحرية ذاتها

تُعدّ الحرية في حد ذاتها مصدراً للقيود التي ترد على سلطات الإدارة، بحيث لا تستطيع هذه الأخيرة أن تفرض عليها من القيود ما يؤدي إلى إهدارها أو إلغائها، كما أن الحريات العامة تختلف في طبيعتها من حيث قبولها للتقييد، فالحريات الإقتصادية تقبل كقاعدة عامة التقييد أكثر من حرية الرأي، وأكثر من الحرية الشخصية، فالإدارة وإن كانت تتدخل بسهولة لتنظيم السير أو المحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة العامة أو لتنسيق المدينة، فإنها لا تستطيع أن تتدخل بنفس السهولة فيما يتعلق بالحريات الشخصية. فالحريات الإقتصادية مثلاً تقبل التقييد بسهولة لأن المشرع قد وضع مبدأها فقط دون أن يحدد أن هذا القيد أو ذاك لا يمكن وضعه بوساطة الإدارة العامة، لكن بالنسبة لحرية الصحافة حدد صراحة أنه لا يجوز مصادرة الصحف إلا بواسطة القضاء، ونفس الشئ بالنسبة لحرية الإجتماع فإن المشرع قد كفلها بشكل قوي وفعال[٤].

ومن أجل ذلك استخلص القضاء الإداري عدة مبادئ تحكم سلطة الضبط الإداري في هذا الشأن، وتبنى معياراً يقوم على التوازن بين ضرورة المحافظة على النظام العام وضرورة حماية الحريات وكفالة ممارستها، ويقوم هذا المعيار على أربعة محاور أساسية نستعرضها تباعا وهي عدم الحضر المطلق للحرية، تغاير سلطات الضبط وفقا لنوع الحرية محل التقييد وأهميتها، عدم فرض وسيلة معينة لمواجهة الخطر واحترام حقوق الدفاع كلما تضمن الإجراء الضبطي نوعا من العقوبة.

(١) فهمي، مرجع سابق، ص٢٦٥.

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٣٠/١٢/٢٦، أشار اليه: نويجي، محمد فوزي، **الجوانب النظرية والعملية للضبط الإداري**، ط١، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٦، ص١٦٠.

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٥٣/١/١٩، أشار اليه: بسيوني، مرجع سابق، ص١٨٨.

(٤) فهمي، مرجع سابق، ص٢٦٠.

أولاً: عدم مشروعية الحظر المطلق للحرية

ويستند هذا المبدأ إلى عدم قدرة السلطة التنفيذية من الناحية القانونية إلغاء ممارسة حرية من الحريات الأساسية، فالقاعدة أن الإدارة بالرغم من سلطتها في اتخاذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على النظام العام أو إعادته لنصابه عند اختلاله، وما يمكن أن يترتب على ذلك من تقييد للحقوق والحريات، إلا أنها لا تملك الحق في أن تقوم بحظر ممارسة حرية ما بشكل مطلق، وذلك على اعتبار أن حظر ممارسة إحدى الحقوق أو الحريات يعادل إلغاءها، ولا يكون من صلاحية سلطة الضبط أن تقوم بإلغاء الحرية التي تمت كفالتها بنصوص دستورية أو تشريعية، وإن هذا المنع للحرية لم يلق مطلقاً أي تأييد من جانب القضاء الإداري، وأقصى ما يباح لهيئات الضبط هو تعطيل ممارسة الحرية لفترة مؤقتة تزول بزوال مقتضياتها، إذا كان لا توجد وسيلة أخرى لضمان النظام العام أو إعادته[١].

إن المنع من مزاولة نشاط معين بصورة مطلقة يعني بالضرورة إلغاء الحرية ذاتها، وسلطة الإدارة إزاء الحرية هي سلطة تنظيمية أصلاً دون الإلغاء، وفضلاً عن ذلك فإن المنع المطلق يصبح في كثير من الأحيان إجراءً أعنف وأقسى مما تطلبه المصلحة العامة وما تقتضيه طبيعة الظروف، ومن هنا فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم له صدر عام ١٩٣٠ بقوله: (وإن كان رنين أجراس الكنائس مقلقاً للسكينة إلا أن الإدارة لا تملك أن تحرم قرع تلك الأجراس حرماناً كلياً، بل يمكنها فقط أن تمنعه في الأوقات غير المناسبة كساعات الصباح المبكر)[٢]. وفي حكم آخر صدر عام ١٩٩٤ والذي تتمثل وقائع القضية في رفض مدرسة حكومية في فرنسا تسجيل فتاة مسلمة محجبة وطرد أختها بدعوى أن ارتداء الحجاب يتعارض مع النظام الداخلي لهذه المدرسة الذي يمنع ارتداء أي رمز من الرموز الدينية من طرف التلاميذ، فقد رأى مجلس الدولة بأن النظام الداخلي للمدرسة غير مشروع لأن فيه منعاً نهائياً لارتداء الرموز الدينية. غير أنه في عام ٢٠٠٤ فقد غير المجلس موقفه وأصدر فتواه في مشروع قانون ستاسي[٣] للحكومة وعدّه غير مخالف للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ورأى بأنه يهدف الصالح العام[٤].

(١) بسيوني، مرجع سابق، ص٢٠٠.

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٣١/١٠/٢٨، أشار إليه: فهمي، مرجع سابق، ص٢٦٢.

(٣) قانون ٢٠٠٤/٣/١٥ الفرنسي والمتعلق بالرموز الدينية (الحجاب) في المدارس الحكومية والنصوص الأخرى ذات العلاقة.

(٤) لتفصيل ذلك أنظر: بروك، حليمة لخضر، حرية المعتقد في التشريع والقضاء الفرنسيين، بحث منشور في **المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية**، عمان، المجلد٤، العدد٢، ٢٠١٢، ص٢١٢.

ومن الجدير بالذكر أنه إذا كان من الممتنع على سلطة الضبط الإداري أن تحظر ممارسة الحرية حظراً مطلقاً أو كلياً، إلا أنه يجوز لها أن تحظر ممارسة الحرية حظراً جزئياً أو نسبياً، ولا تملك ذلك إلا في حالة عدم وجود أي وسيلة أخرى لضمان النظام العام أو إعادته بعد الإخلال به، ويجب أن يكون هذا الحظر بصفة مؤقتة أو مقصوراً على مكان معين أو وقت محدد، لأن الإدارة عند اتخاذها إجراء ما يجب أن تضع نصب عينيها ليس تنظيم المرفق العام أو الحفاظ على النظام العام في حد ذاته فقط، بل أن يفكر كذلك بكيفية السماح بممارسة الحرية دون الإخلال بالنظام العام. لذلك نجد في الوقت الذي يقضي محكمة القضاء الإداري العراقي (بإلغاء القرار المطعون فيه والمتضمن عدم منح المدعي إجازة ترسيم واقع حال البناية العائدة له)[١]، فقد ذهبت محكمة التمييز العراقية إلى أن: (من حق رئيس البلدية إرجاء البت في منح إجازة البناء مؤقتاً لغرض تعريض الشارع الذي يقع عليه العقار)[٢].

وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم آخر ببطلان قرار تنظيمي ضابط لم يسمح للمصورين الجائلين بمزاولة حرفتهم في الطريق العام، واعتبر المجلس هذا القرار في حكم تعطيل إحدى الحريات تعطيلاً عاماً مطلقاً، ذلك أن الخشية من الإخلال بالنظام العام والحرص على عدم الإخلال به لا يبرران هذا القيد الشديد، لأن هذا الإخلال ليس على درجة من الجسامة تبرر الحجر على حرية التجارة والصناعة، وانه ليس هناك تناسب بين هذا القيد الخطير وبين مظهر الإخلال البسيط[٣].

كما يجب أن تكون الإجراءات الضابطة في مواجهة ممارسة حرية ما متناسبة مع مدى خطورة التهديد الذي يشكله على النظام العام، ولا يتجاوز القدر اللازم لتحقيق صيانته، وتسمى هذه القاعدة بالتناسب، أي تناسب مقدار تدخل السلطة بالمساس بالحرية مع جسامة الخطر الذي يهدد النظام العام، وفي جميع الأحوال فإنه عند وجود حرية يكفلها القانون، لا يجوز لتدخل الإدارة أن يحرم الشخص كلياً من ممارسة هذه الحرية[٤].

ثانياً: تنوع سلطة الضبط وفقا لنوع الحرية وأهميتها

من الراجح أن الحريات العامة ليست كلها في نفس الدرجة من الأهمية، فبعضها يعتبر جوهرياً وذا قيمة أساسية بالنسبة لبعضها الآخر، ويترتب على ذلك أن سلطات الضبط الإداري تتغير تبعاً لقيمة الحرية، وإن سلطة الضبط تتوسع في مواجهة الحرية كلما كانت قيمتها وضرورتها هامشية.

(١) قرار رقم ٤٦/قضاء اداري/١٩٩٠ بتاريخ ١٩٩٠/٨/٢٥، غير منشور.

(٢) قرار محكمة التمييز رقم ٤٢٦/ح/٦٥ بتاريخ ١٩٦٥/٦/١٥، منشور في **مجلة ديوان التدوين القانوني**، العدد١-٢، سنة٥، بغداد، ١٩٦٦، ص١٦٠.

(٣) قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٥١/٦/٢٢، أشار اليه: بسيوني، مرجع سابق، ص٢٠١

(٤) سعيفان، ج٢، مرجع سابق، ص٣٨١.

ويعتبر التعرف على نية المشرع عنصراً أساسياً في تحديد سلطة الضبط الإداري في مواجهة الحرية، وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ بمناسبة حرية التظاهر، إذ قدر أن نية المشرع تعارض المظاهرات، ومنح سلطات واسعة للإدارة بصدد المظاهرات، وفي المقابل يستشعر مجلس الدولة بأن المشرع يميل لتشجيع حرية ممارسة الشعائر الدينية ولا يشجع تدخل السلطات في شأنها، وعلى هذا الأساس لا يمكن لسلطات الضبط أن تحدد ساعة فتح أو إغلاق الكنائس ولا يمكن لهذه السلطات التدخل لتنظيم النشاط داخل الكنيسة إلا بصفة استثنائية(١)، وأقام في سبيل ذلك قرينة قابلة لإثبات العكس بأن ما يتعلق بالاحتفالات والمسيرات الدينية وتنظيم صلاة دينية في ميدان عام ليس من شأنه أن تخل بالنظام العام(٢).

إلا أن المحكمة الدستورية العليا في مصر رفضت هذا التمييز بين الحريات العامة وذهبت الى أن (الأصل في الحقوق التي كفلها الدستور أنها لا تتمايز فيما بينها ولا ينظمها تدرج هرمي يجعل بعضها أقل شأنا من غيرها). ونحن نؤيد ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا، لأن لكل حق مجال حيوي له، كما أن لكل حرية فئة معينة من الناس تهتم بها وتعتبرها حرية عزيزة يجب صونها وضمانها حتى ولو كانت الفئة تتكون من عدد قليل من الأشخاص.

وبالنسبة لموقف القضاء الإداري العراقي – رغم قلة الأحكام الصادرة بهذا الخصوص– إلا إن مضمون بعض أحكام الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة العراقي يظهر إقرارها بمشروعية الإجراءات المتخذة لحماية النظام العام الأخلاقي رغم تشديدها، كونه مبرراً لتدخل سلطة الضبط الإداري للحفاظ عليه أو إعادته إلى نصابه، إلا انها لا تذهب إلى التشديد في الإجراءات التي يجب أن تتخذ في مجال حرية الرأي خصوصاً في المسائل الفكرية. وتطبيقاً لذلك فقد عمدت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة إلى نقض الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري المتضمن إلغاء القرار الإداري الصادر بترحيل امرأة بسبب سوء سلوكها لعدم ثبوت ممارستها البغاء بحكم قضائي مكتسب الدرجة القطعية، على اعتبار أن معالجة هذه الحالة والقضاء عليها يتطلب أن يتخذ رئيس الوحدة الإدارية إجراءات اصولية القصد منها ردع من تحوم حولهم هذه الشبهات(٣). إلا إنها ذهبت إلى تصديق حكم محكمة القضاء الإداري بإلغاء القرار الإداري المتضمن منع نشر كتاب (الأديان والمعتقدات وجزاء الثواب والعقاب في الحياة الدنيا) كونه مفيداً للقراء، وإنه ليس فيه ما يتقاطع مع مبدأ السلامة الفكرية أو ما يشم منه رائحة الإخلال

(١) الشرقاوي، مرجع سابق، ص١٧٧.

(٢) بسيوني، مرجع سابق، ص١٩٨.

(٣) قرار رقم ١٥/تمييز/١٩٩٦ بتاريخ ١٩٩٦/٤/٧، أشار إليه: الدليمي، مرجع سابق، ص٩٢.

بنظام المجتمع[١]. ونحن من جانبنا نرى بأن الحكم الأول رغم تطابقه مع المبادئ والأعراف والتقاليد السائدة في المجتمع العراقي، إلا إن التوسيع في ذلك يمثل تقييداً لا مبرر له لحريات الأفراد.

بقي أن نشير إلى أن إجراءات سلطة الضبط الإداري تختلف في الظروف العادية عما هي عليه في ظل الظروف الإستثنائية. فيجب على سلطة الضبط الإداري أن تتقيد بمبدأ المشروعية في الظروف العادية، بينما تملك جهات الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية سلطات واسعة في اتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة تلك الظروف، ولو اقتضى ذلك الخروج على قواعد المشروعية العادية، وتشترط في ذلك أن تكون بالقدر الضروري لمواجهة الظروف الاستثنائية.

ثالثاً: عدم فرض وسيلة معينة لمواجهة الخطر

ومضمون هذه القاعدة أنه يجب على السلطات العامة أن لا تفرض على الأفراد وسيلة معينة لمواجهة الخطر أو الإخلال بالنظام العام، بل ينبغي أن تترك للأفراد حرية واسعة من خلال اختيار وسيلة أقل مشقة وأقل مساساً بالحرية، ما دام أن من شأن هذه الوسيلة تحقيق المحافظة على النظام العام. أي وإن كان من حق الإدارة تحديد ماهية الإضطراب الذي يجب على الأفراد تفادي وقوعه، إلا انه ليس لها أن تفرض عليهم وسيلة معينة بالذات لتفادي الاضطراب، بمعنى آخر يجب على هيئات الضبط الإداري أن تكتفي بلفت نظر الأفراد إلى كل ما من شأنه تهديد النظام العام، والعمل على إزالة أسباب هذا التهديد، ثم تترك لهم الحرية في اختيار الوسيلة الموصلة إلى توقي الاضطراب، وإذا ما تعدت هيئات الضبط ذلك التوجيه وتدخلت بفرض وسيلة معينة، كان في ذلك مساس بالحرية لا يقتضيه النظام العام[٢].

وقد أكد على هذا المبدأ مجلس الدولة الفرنسي حيث قرر في أحد أحكامه بأنه: (وإن كان يمكن للإدارة أن تستلزم في المحال العامة استيفاء اشتراطات الضمان ضد الحريق، لكن ليس لها أن تستلزم أن تكون هذه الأجهزة ذات علامة تجارية خاصة)[٣]. إلا أنه وإن كانت القاعدة العامة المقررة من جانب قضاء مجلس الدولة الفرنسي توجب عدم فرض وسيلة معينة على الأفراد لمواجهة الخلل الذي يلحق بالنظام العام، فإن هذه القاعدة ليست مطبقة على إطلاقها، بل يرد عليها عدة استثناءات، يمكن إيجازها بالآتي:

(١) قرار رقم ٤/إداري– تمييز/٩٣ بتاريخ ١٩٩٣/٢/٧، أشار إليه: المرجع السابق، ص٩٢.

(٢) بسيوني، مرجع سابق، ص١٩٤.

(٣) قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩١٣/٥/٩، أشار اليه: سعيفان، ج٢ مرجع سابق، ص٣٨٠.

١- في الأحوال التي يجب أن يكون فيها سلوك الأفراد موحداً أو لا توجد سوى وسيلة واحدة لتفادي الاضطراب والإخلال بالنظام العام، أو عندما تكون الإجراءات متماثلة، مثل ما يوجد في تنظيمات المرور، حيث تلزم المركبات بالسير على اليمين.

٢- في الإحوال التي يكون فيها الخطر الذي يهدد النظام العام من جراء السلوك الذي اختاره الفرد مما لا يمكن التأخير، ومعنى ذلك إذا كان من الحتمي أن تعطي الإدارة الفرصة للحرية لكي يمارسها الأفراد بالأسلوب الذي يختارونه، إلا إنه في المقابل لا يجوز أن يوصل ذلك إلى الاضرار بالنظام العام إضراراً جسيماً، وبذلك فقد استقر الرأي على عدم تطبيق قاعدة حرية الأفراد في اختيار الوسيلة في حالة الاستعجال والضرورة.

رابعاً: احترام حقوق الدفاع إذا كان إجراء الضبط يتضمن عقوبة

الأصل في إجراءات الضبط الإداري أنه لا يتعين إعلام أصحاب الشأن بها قبل صدورها، إلا إنه، واستثناءً من هذا الأصل، يتعين على سلطة الضبط الإداري إعلام صاحب الشأن بالإجراء الضبطي المزمع اتخاذه في مواجهته إذا كان هذا الإجراء يتضمن عقوبة أو جزاء، وعلة ذلك هي إتاحة الفرصة لهذا الشخص ليتمكن من تقديم وسائل دفاعه.

وهذا المبدأ قد تقرر منذ صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في ايار ١٩٤٤ والذي قضى بإلغاء القرار الصادر من الإدارة بسحب الترخيص لسيدة معينة ببيع الصحف في أحد الأكشاك، حيث بين مجلس الدولة أن هذا القرار قد صدر دون دعوة هذه السيدة لتقديم وسائل دفاعها[١]. وقد سارت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على ذات النهج السابق لاحقاً، فقد قضى على سبيل المثال بإلغاء القرار الصادر عن سلطة الضبط الإداري والمتضمن سحب الترخيص الممنوح لإحدى الشركات لإنتاج نوع معين من الخمور بسبب مخالفتها للمواصفات المطلوبة، وذلك كون القرار المذكور قد صدر دون مراعاة لحق الفاع[٢]. كما ألغى أيضاً القرار الإداري المتضمن حل إحدى الجمعيات لعدم تقييد سلطة الضبط بوجوب مراعاة حق الدفاع فيه[٣].

وترتيباً على ما تقدم، إذا تأكد قاضي المشروعية من فحص ما تستهدفه الإدارة من إجراءات الضبط وأنها صدرت بقصد توقيع العقاب على الأفراد، فهو يقضي بإلغاء هذه الإجراءات إذا تبين له عدم احترام حقوق الدفاع.

(١) سعيفان، ج٢، المرجع السابق، ص٣٨٠.

(٢) قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٨٠/٥/٩، أشار اليه: الدليمي، مرجع سابق، ص٣١٨.

(٣) قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٧٨/٦/٢٦، أشار اليه: الدليمي، المرجع السابق، ص٣١٨.

الخاتمة:

تعد الحرية من المقدسات التي يتوجب إحاطتها بالضمانات الكافية لحمايتها والحفاظ عليها، وتهدف القيود التي تفرض على حريات الأفراد إلى تنظيم حماية تلك الحريات وعدم حدوث التضارب بينها، لذا يجب أن تكون لهذه القيود حدوداً تقف عندها، لأن مهمة الإدارة فيما يتعلق بالحريات هي في الأصل تنظيم نشاط الأفراد، لكفالة ممارستها من قبل الجميع، فليس من الغريب أن نرى هذا التنظيم يختلف مداه باختلاف الزمان والمكان، ويختلف عمقه من نطاق إلى آخر، وهو في مجموعه لا يصل إلى حد مصادرة النشاط الفردي أو إلغائه. هذا الأمر جعل من وظيفة الضبط الإداري أمر بالغ الأهمية في عملية التوازن بين الحفاظ على النظام العام وتنظيم الحريات العامة للأفراد. وفيما يلي عرض لأهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها في هذا البحث.

أولاً: النتائج

١. الأصل أن يتم النص على الحقوق والحريات في صلب الدستور، لأن ذلك يمنحها قيمة قانونية أكبر، إلا أن النصوص الدستورية لا يمكن أن تتسع لبيان كافة تفاصيلها، لذا فإن المشرع الدستوري غالبا ما يترك أمر تنظيم الحقوق والحريات للمشرع العادي، شريطة أن لا يمس التحديد أو التقييد من جانب المشرع جوهر الحق أو الحرية.
٢. إن اختصاص المشرع بتنظيم الحقوق والحريات، لا يعني عدم جواز إناطة مثل هذا الاختصاص للسلطة التنفيذية بحيث تتولى تنظيم بعض الحقوق والحريات استثناءً من الأصل العام، وذلك على اعتبار أن الجهة الإدارية هي المختصة بالمحافظة على النظام العام داخل المجتمع وضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد تحقيقا للصالح العام.
٣. لما كان الهدف من إجراءات الضبط الإداري هو المحافظة على النظام العام فإن أي إجراء لا يكون من شأنه تحقيق الأمن أو السكينة أو الصحة العامة يعتبر إجراء غير مشروع، وقد تكفل الفقه والقضاء الإداريان بوضع نظرية عامة تقيد سلطات الضبط الإداري بحيث لا يفتئت على الحريات العامة، وحدد ضوابط وشروط معينة يجب أن يتوافر في الإجراء الضبطي لكي يكون مشروعاً.
٤. تعتبر الحرية في حد ذاتها مصدراً للقيود التي ترد على سلطات الإدارة، بحيث لا تستطيع الإدارة أن تفرض عليها من القيود ما يؤدي إلى الغائها، كما أن الحريات العامة ليست كلها بنفس الأهمية والدرجة، فهنالك حقوق وحريات مطلقة لا مجال لتقييدها مطلقاً، وهنالك حقوق وحريات يعهد الدستور للمشرع العادي بتنظيمها بمقتضى ما يحوزه من سلطة تقديرية، على أن يراعي ضرورة

تحقيق توازن بين تمتع الفرد لحقوقه وحرياته، وبنفس الوقت تمتع الآخرين بذات الحقوق والحريات بنفس القدر وعلى قدم المساواة.

٥. بالرغم من أن الدستور العراقي النافذ قد أحدث تغييرات جوهرية في فلسفة الدولة ومؤسساتها الدستورية وأكد على الحقوق والحريات العامة، إلا أنه منح الإدارة سلطة تقييد الحقوق والحريات، ولا يشترط في ذلك إلا أن يكون التقييد بناء على قانون.

ثانياً: التوصيات

١. بما أن الدستور العراقي أناط أمر تنظيم العديد من الحقوق والحريات الواردة فيه للسلطة التشريعية، فلا بد أن يتوافر في التشريع المنظم للحرية والضابط لحدودها والهادف أساساً إلى تحديد إطار العمل والممارسة لكل من الإدارة والفرد؛ الشروط الهامة لحماية الحقوق والحريات وضمان حمايتها، وأن لا يمس التحديد أو التقييد جوهر الحق أو الحرية.

٢. لتوفير مزيداً من الحماية للحقوق والحريات الواردة في الدستور وضمان ممارستها، فإن هذه الدراسة توصي المشرع العراقي الإسراع في سن قانون لوضع ضوابط قانونية صريحة تصون الحقوق والحريات الأساسية من تجاوزات السلطة التنفيذية، وعلى نحو لا يترك للإدارة سلطة واسعة في هذا المجال قد يسمح لها بالمساس بحقوق وحريات الأفراد عندما تقوم بتنظيم حق أو حرية بناء على قانون.

٣. طالما أن الهدف من تنظيم الحريات من جانب السلطة الإدارية هو حماية النظام العام، ونظرا لتمتع جميع الأفراد في الدولة بالحقوق والحريات بنفس القدر وعلى قدم المساواة؛ فإنه يقع على عاتق هذه السلطة واجب قانوني بأن لا تنتهك هذه الحقوق والحريات بحجة المحافظة على النظام العام، لذلك نرى ضرورة تحقيق حالة توفيقية بين الحفاظ على النظام العام وصون الحقوق والحريات في جميع القرارات التنظيمية والفردية المتعلقة بتنظيم الحقوق والحريات، لأن من المؤكد بأن لكل حق أو حرية مكفولة في الدستور أغراضاً يستهدفها، فلا يجوز تنظيمه بما يخل بهذه الأغراض أو يجاوزها، ولا تقييده بقرارات يستحيل عقلاً ربطها بها، ولا يحقق ذلك إلا برقابة فعالة من قبل القضاء الإداري عند النظر في قرارات الضبط الإداري.

المراجع

أولا: الكتب

أبو الخير، عادل سعيد محمد، الضبط الإداري وحدوده، دون ناشر، ١٩٥٥.

أبو العينين، محمد ماهر، تطور قضاء الالغاء، دار الكتب المصرية، القاهرة، ٢٠٠٩.

أبو يونس، محمد باهي، الحماية القضائية المستعجلة للحرية الأساسية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١.

أبوالعينين، محمد ماهر، الحقوق والحريات العامة وحقوق الانسان، ك١، ط١، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣.

أبودان، مايا محمد نزار، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١١.

احمد، ثروت عبد العال، الحماية القانونية للحقوق والحريات العامة بين النص والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

بسيوني، عبد الرؤوف هاشم، نظرية الضبط الاداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧.

البنا، محمود عاطف، حدود سلطة الضبط الاداري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٨٠.

الجرف، طعيمة، القانون الاداري، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة،١٩٧٣.

الجمل، يحيى، القانون الدستوري، دون ناشر، ١٩٧٤.

خاطر، شريف يوسف، دور القضاء الاداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

درويش، ابراهيم، القانون الدستوري النظرية العامة والرقابة الدستورية، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

الدليمي، حبيب إبراهيم حمادة، حدود سلطة الضبط الإداري في الظروف العادية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥.

الزرقاء، مصطفى أحمد، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، ج٣، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٦٥.

سالمان، عبدالعزيز محمد، الحماية الدستورية لحرية الرأي، ط٢، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤.

سرور، احمد فتحي، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط٢، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠.

سعيفان، أحمد سليم، الحريات العامة وحقوق الانسان، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

الشرقاوي، سعاد، نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩.

الطبلية، القطب محمد قطب، الاسلام وحقوق الإنسان، ط٣، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤.
عامر، حمدي عطية مصطفى، حماية حقوق الانسان وحرياته العامة الأساسية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠.
العزاوي، مها علي احسان، الحقوق والحريات السياسية، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٦.
عطية، نعيم، النظرية العامة للحريات الفردية، دار القومية، القاهرة، ١٩٦٥.
فهمي، مصطفى أبو زيد، الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، دون تاريخ.
كيرة، حسن، أصول القانون، دار المعارف، القاهرة، ١٩٥٧.
متولي، عبدالحميد، الوسيط في القانون الدستوري، ط١، دار المعارف، القاهرة، ١٩٥٦.
مسعود، محمد عبدالحميد، اشكاليات رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الاداري، ط١، دون ناشر، ٢٠٠٦.
منصور، أحمد جاد، الحماية القضائية لحقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
نويجي، محمد فوزي، الجوانب النظرية والعملية للضبط الإداري، ط١، دار الفكر والقانـــون، المنصـــورة، ٢٠١٦

ثانياً: المعاجم:

الرازي، محمد بن ابي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، دار الفكر، ١٩٧٢.
ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، مج٢، دار المعارف، القاهرة، دون تاريخ.

ثالثاً: الأبحاث:

الأسدي، على عبد العالي، حرية التعبير عن الرأي بين القانون والشريعة الاسلامية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق العلمية، جامعة كربلاء، المجلد١، العدد١، السنة ٢٠٠٩.
البجاد، محمد بن ناصر، حدود حرية المواطن في التظاهر في مصر وفرنسا وفي بعض المواثيق الدولية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الاسكندرية، السنة ٢٠١٤.
البدو، أكرم محمود حسين، بيرك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العدد٣٣، السنة ٢٠٠٧.
بروك، حليمة لخضر، حرية المعتقد في التشريع والقضاء الفرنسيين، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، المجلد٤، العدد٢، السنة ٢٠١٢.

الجبوري، ماهر صالح علاوي، مفهوم القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري العراقي، بحث منشور في مجلة العدالة، وزارة العدل، بغداد، عدد١، ١٩٩٩.

الجليل، عدنان حمودي، الأساس الفلسفي للحقوق والحريات العامة بين نظرية القانون الطبيعي ونظرية العقد الاجتماعي، بحث منشور في مجلة العلوم الاجتماعية، جامعة الكويت، الكويت، العدد١، السنة الخامسة، ١٩٨١.

شحادة، موسى مصطفى، حقوق المواطنين في علاقاتهم مع الإدارة، مجلة الحقوق، الكويت، المجلد٢٩، العدد٤، السنة ٢٠٠٥.

الشريف، محمود سعدالدين، مصطفى كامل اسماعيل، فلسفة العلاقة بين الضبط الاداري وبين الحريات، مجلة مجلس الدولة، دار الكتب العربي، القاهرة، العدد١٦، السنة ١٩٦٩.

الصنديد، بلال عقل، التدابير المستعجلة الخاصة بالحريات في القضاء الإداري الفرنسي–الثورة التشريعية، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، العدد٣، ٢٠١٤.

الطاهر، إيثار عبد الجليل علي، دستورية الحريات العامة في العراق بعد عام ٢٠٠٣، بحث منشور في مجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية، الجامعة المستنصرية، العدد٤٩، بغداد، ٢٠١٥

ميسروب، سيفان باكراد، حرية السفر والتنقل، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد١١، العدد٤٢، السنة ٢٠٠٩.

ناصر، عز الدين ميرزا، الحق في حرمة المسكن، بحث منشور في مجلة الرافدين للقوق، جامعة الموصل، المجلد١٢، العدد٤٦، ٢٠١٠.

ناصر، عزالدين ميرزا، الحق في حرمة المسكن، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، الموصل، العدد٤٦، السنة ٢٠١٠.

يونس، مها بهجت، حقوق الانسان وحرياته الأساسية في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، المجلد١، العدد١، السنة ٢٠٠٩.

رابعاً: الرسائل:

باوزير، باسل عبدالله محمد، دور القضاء الدستوري في تطوير مفهوم الحقوق والحريات، رسالة ماجستير، جامعة آل بيت، عمان، ٢٠٠٨.

توفيق، محمد خورشيد، ضمانات الحقوق والحريات العامة في مواجهة سلطات الضبط الاداري، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة صلاح الدين، أربيل، ٢٠١٥.

الدراجي، جعفر عبد السادة بهير، التوازن بين السلطة والحرية في الأنظمة الدستورية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد، بغداد، ٢٠٠٦.

ربيع، منيب محمد، ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الاداري، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٨١.

خامساً: الموقع الالكتروني:

قاموس المعاني، متوفر على الرابط الالكتروني التالي: www.Almaany.com