الجمهوريـــــــة الجزائريـــــة الديمقراطيـــــة الشعبيـــــة

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة وهران

كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية

قسم العلوم الإسلامية

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في تخصص "الشريعة والقانون" موسومة بـــ:

أثر حفظ النظام العام على ممارسة الحريات العامة

- دراسة مقارنة -

بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

من إعداد الطالب:

عليان بوزيان

تحت إشراف:

أ.د.لشهب أبو بكر

السنة الجامعية

2008 2007

1429 1428

قبـــس

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

يقول الله تعالى:

﴿ "إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَـيْنَ النَّـاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ إِنَّ اللّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا"﴾ النساء آية 58.

يقول رسول الله ﷺ :

﴿ تكون **النبوة** فيكم ما شـاء الله أن تكون، ثم يرفعها الله إذا شـاء أن يرفعهـا؛ ثم **تكون خـلافة على منهـاج النبوة**، فتكون ما شاء الله أن تكون، ثم يرفعهـا إذا شـاء أن يرفعها؛ ثم تكون ملكا **عـاضا**، فيكون ما شـاء أن يكون، ثم يرفعها إذا شاء أن يرفعهـا؛ ثم تكون **ملكا جبرية** فتكون ما شاء الله أن تكون، ثم يرفعها إذا شاء أن يرفعها؛ **ثم تكون خلافة على منهاج النبوة**، ثم سكت.﴾ **أخرجه الإمام أحمد والترمذي؛ والألباني في الصحيحة.**

يقول الإمام الطاهر بن عاشور– رحمة الله عليه–:

" **لم يبق للشك مجال** يخالج به نفس الناظر في أن **أهم مقصد للشريعة من التشريع انتظام أمر الأمة**؛ وجلب الصالح إليها؛ ودفع الضر والفساد عنها، وقد استشعر الفقهاء في الدين كلهم هذا المعنى في خصوص صلاح الأفراد، **ولم يتطرقوا إلى بيانه وإثباته في صلاح المجموع العـام**؛ ولكنهم لا ينكر أحد منهم أنه إذا كان صلاح حال الأفراد وانتظام أمورهم مقصد الشريعة **فان صلاح أحوال المجموع وانتظام أمر الجامعة أسمى وأعظم**."

مقاصد الشريعة؛ ص292

شكر وتقدير

بمنتهى الإجلال والتقدير أتقدم بأسمى آيات الشكر الجزيل والعرفان الجميل لفضيلة أستاذنا الأستاذ الدكتور **لشهب أبو بكر** على ما تفضل به وتكرم من الإشراف على هذا الجهد العلمي متابعة وتوجيها، نصحا وتشجيعا؛ خطوة اثر خطوة إلى أن وفقني الله تعالى لإخراجه في هذه الحلة بعون منه وتفضل عز وجل.

وفي هذا المقام لا يسعني إلا إن أنحنى تواضعا أما فضيلته لما أسبغه علي من علمه وخبرته؛ وصادق عونه؛ وسديد توجيهاته وتحريراته؛ طيلة مرحلة الدراسات العليا سواء على مستوى الماجستير أو على مستوى الدكتوراه، فقد كان بحق نعم المشرف والموجه؛ فالفضل إليه مذكور غير منكور خاصة في التشجيع والتيسير لسبل الدراسات المقارنة في تخصص الشريعة والقانون.

كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى كل من ساهم في إنجاز هذه الرسالة وإخراجها من أساتذة مستشارين؛ أخص بالذكر منهم أستاذتنا الدكتورة ليلى جمعي؛ كما أتقدم بالشكر لزملاء في هيئة التدريس بقسم العلوم القانونية بجامعة ابن خلدون، والشكر موصول إلى كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية بجامعة وهران؛ التي كان لنا شرف التخرج منها؛ وتحمل العلم النفيس على يدي أساتذتها الأجلاء؛ كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر أيضا إلى كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية بجامعة ابن خلدون – تيارت– لما قدمته لي من مساعدات في إطار منح التربص القصيرة المدى.

وفي الأخير نسأل الله عز وجل أن يجعل عملهم هذا خالصا لوجهه الكريم.

مقدمـــة

الحمد لله الذي إستغى بذاته عما سواه، وافتقر إليه كل ما عداه، له الحكم والتشريع ابتـــداء؛ ولمســـتخلفيه في الأرض من بعده التشريع و التنظيم ابتناء " **أم لهم شركاء شرعـــوا لهم من الدين ما لم يأذن بـــه الله**" والصـــلاة والسلام على رسوله المصطفى ومن ولاه واهتدى بهداه؛ أما بعد:

1-مدخـــل عـــام لموضوع الرسالة:

بين السلطة والحرية في عمق الزمن صراع مرير؛ مرت خلاله النظم القانونية والسياسية بمواكب طويلة من الصدامات والثورات؛ فلم يخل عصر من العصور قديما وحديثا من صراع للبقاء في السلطة؛ ولا من ثورة مطالبة للحرية؛ ويظهر أنه لن يخلو عصر منها أبدا، مادام للسلطة سيف له بريق في أيدي القائمين عليها؛ وللحريـــة في المقابل دعاة مناضلون، وأناس مكافحون لهم قابلية للتضحية؛ في سبيل أن يحيوا أحرارا ينعمون بنعمـــة العقـــل؛ فيختاروا بكل حرية منهج حياتهم الأصلح؛ ونظام دولتهم الأريح؛ والذي يرون فيه عزتهم ومجدهم وســـعادتهم؛ فالعلاقة إذن بين الحرية والسلطة علاقة **ضاربة** في عمق التاريخ الإنساني؛ بين تأثير وتأثر؛ مد وجزر؛ كلما انطلقت إحداهما تقلصت أمامها الأخرى؛ ومن ثم أضحت السلطة التي لم تلتزم بشريعة الله منهجا لها في التشريع والحكم مشكلة المجتمعات السياسية قاطبة؛ الاشتراكية منها والديمقراطية على السواء.

وربما يرجع تفسير ذلك -في اعتقاد الباحث- إلى قصور في تصوير النظام القانوني الوضعي لأساس ذلـــك الصراع؛ ذلك أن **فكرة الصالح العام المشترك** التي هي جوهر ظاهرة القانون؛ تقتضي في أحد وجهيهـــا أحيانـــا **تدخل السلطة** لإيجاد قواعد ومبادئ تملي حكمه؛ وتلزم الأفراد بها؛ وهذا ما يمكن أن نسميه **بقواعد النظام العام**؛ وقد تقتضي على العكس في بعض الأحيان **قواعد لحماية الحرية**[1].

وفي ضوء هذه النظرة إلى فكرة الصالح المشترك بوجهيها؛ يكون هدف كل من السلطة والحرية واحدا وليس متعددا ولا متضادا؛ لأن مسألة فرض قواعد معينة للسلوك الفردي يجب على الجميع التقيد بها؛ من أجل صالحهم المشترك **أمر جوهري** بالنسبة للحرية نفسها؛ كونه يتفق تمام الاتفاق مع مقتضياتها باعتبارها **قيمة نسبية** منحدرة من طبيعة وظيفتها الاجتماعية؛ المتكيفة بالغاية منها؛ وليست النسبية راجعة فقط إلى احتكاك الحريـــات بعضـــها بالبعض حماية **لحرية الغير** كما صورها رجال الثورة الفرنسية.

---

[1] - ولذلك اختلف فقهاء القانون الدستوري حول موضوع هذا القانون هل هو قانون تنظيم السلطة العامة؛ أم هو قانون تقنية حماية الحرية؛ أم هو قانون التوفيق بينهما؛ وهو الراي الراجح على ما قرره الفقيه الفرنسي **أنـــدريـــه هوريو**:" بأنه تنظيم التعايش السلمي بين الســـلطة والحرية في إطار الدولة والأمة، مما يعني أن أي نظام سياسي هـــو في الحقيقة محاولة لتصور حل لتلك المشكلة الدستورية الخالـــدة مشـــكلة الموازنة بين السلطة الحرية. ينظر حول هذا المعنى د/ **محسن خليل**؛ القانون الدستوري؛ منشاة المعارف؛ طبعة 1989؛ ص7؛ **ود/رمضـــان بطيخ**؛ النظرية العامة للقانون الدستوري؛ دار النهضة؛ القاهرة؛ ص37 وما يليها؛ والعميد أندري هوريو؛ القـــانون الدســـتوري والـــنظم السياسية؛ ترجمة علي مقلد وشفيق حداد؛ وعبد المحسن سعد؛ دار الأهلية للنشر؛ بيروت؛ طبعة 1977؛ ص22.

و من ثم يكون هدف الحرية مثلها مثل السلطة **حفظ الصالح العام**؛ والذي تعتبر فكرة النظـام العـام أحـد مقوماته الرئيسية؛ والتي يمكن الاصطلاح عليها **بفكرة المصلحة النظامية** كقيد على ممارسة الحريات العامة.

وربما يعود مصدر هذا التصوير غير الدقيق إلى نظرة هذا الفقه إلى أن لكل من الحرية والسلطة **قيمـة مطلقـة** وهدفا قائما ومستقلا لكل واحدة؛ بحيث يكون معارضا لهدف الأخرى؛ **فأشيع أنه** لا يمكن تحقيق هدف إحداهما إلا بإلغاء الأخرى، وهو تصوير غير صائب؛ لأنه متى قيل: إن لكل من الحرية والسلطة قيمتـهما المتسـاوية في مواجهة إحداهما للأخرى؛ فان الأمر لا يمكن أن ينتهي إلا بالتضحية بالأولى في سبيل الثانية، بحكم ما تتمتع بـه هذه الأخيرة من سلطة الإكراه المادي عن طريق استخدام القوة والقمع غالبا؛ وبالتالي تكون الحرية منهزمة ابتداء؛ وهو عين ما عرفته الشعوب قبل عصر النهضة في أوروبا.

ولذلك يقتضي المنهج الصحيح في التعامل بين **ثنائية** السلطة والحرية **إقصاء طابع الصدام** والتعارض من نطاق الروابط بينهما؛ من خلال اعتبار كل منهما ليس غاية في ذاته؛ بل مرهونا بالهدف الاجتماعي المشترك الذي يربط بينهما؛ ولن يتحقق ذلك إلا إذا تم اعتبارهما **قيمتين نسبيتين** متساندتين ومترابطتين؛ بحيث يكون التنظيم خادمـا للحرية؛ وضروريا لإدراجها في الحياة الاجتماعية؛ ومن ثم توفير فرصة الممارسة الفعلية والحقيقية لها؛ لا في عـالم الأحلام؛ بل في عالم المحسوسات؛ فوجود **النظام** يدعم الحرية ويعمل على إثرائها وتقنينها حماية لها؛ وليس كمـا صوره دعاة التحرر بأنه **مقبرة الحريات**؛ كما أن الإقرار بالحرية ليس إنكارا لدور السلطة والقانون كما يـدعي دعاة **الإباحية** من الماركسيين بأن القانون **عدو الحرية**.

وترتيبا على ذلك تضحى مجموعة القيود التي ترد على ممارسة الفرد لحريته **مجرد شروط اجتماعية**؛ ومعـالم واقعية لقيام تلك الحرية على أرض الواقع، وبالتالي **فلا محل** للاعتقاد بأن مدلول النظام **يتنافى** مع الحرية.

ومن ثم يصبح من غير المجدي أن يؤصل لأزلية **وحتمية الصدام**[2] بين **النظام العام** كهدف للسـلطة وبـين ممارسة **الحريات العامة** كمطلب جوهري للشعوب في النظام الديمقرطي، وإنما الصراع في **حقيقته وليد التعسف في استعمال السلطة والانحراف بها عن غايتها الاجتماعية**؛ فهو في الواقع **صراع مفتعل** من طرف الأشـخاص

---

[2] – ومع ذلك هناك رسائل كثيرة تخالف هذه النظرة وتؤصل لحتمية الصراع والصدام بينهما؛ بحيث يغدو القانون والقضاء همـا المـرجح بينهما خلافا للنظرة الإسلامية لفلسفة هذه التعارض بينهما على اعتبار فوقية القانون الإلهي وسيادته المطلقة ونسبية ما عداه ؛ ينظـر علـى سبيل المثال في أزمة هذا الصراع في القانون الدستوري رسالة د/ عبد الوهاب محمد عبده خليل، **الصراع بين السلطة والحريـة** – محـور المشكلة الدستورية – رسالة دكتوراه 2004، جامعة القاهرة. وهي دراسة حاولت تحقيق الموازنة بينهما انطلاقا من تصوير أزلية الصـدام بينهما؛ من خلال ابتكار فكرة **دولة القانون**. وفي المقابل يمكن التمثيل لانتفاء هذا الصراع بينهما في الشريعة الإسلامية بمؤلف د/ صـبحي عبده سعيد؛ السلطة والحرية في النظام الإسلامي؛ – دراسة مقارنة؛ دار الفكر العربي؛ دون تاريخ طبع ولا نشر. حيث قـرر انتفـاء هـذه المشكلة الدستورية في الدولة الإسلامية؛ كون السلطة في الإسلام كاشفة لأوامر الله ونواهيه وعاملة على حفظ شـرعته؛ وسـاهرة علـى تنفيذها؛ لا تملك إزاءها تعديلا ولا تبديلا؛ فمن ثم فلا أساس لثنائية الصراع بين الفرد والدولة أو بين السلطة والحرية؛ وإنما التفرقة تكـون على أساس أي الضررين أبلغ فيدفع الضرر الأعلى أمام الضرر الأدنى؛ ينظر د/ صبحي عبده؛ مرجع نفسه؛ ص27

الممارسين للسلطة؛ حتى يجدوا المبرر الدائم لهم في تصويغ التضييق على الأفراد في ممارسة الحريات؛ تحت أولويـــة حفظ النظام العام؛ فالحرية توجد لتمارس في الجماعة؛ لا لتفصل الفرد عنها؛ وإنما لتمكنه مـــن العـــيش فيهـــا؛ والإسهام في تحقيق غاياتها الاجتماعية؛ على سبيل التضامن الذي يربط الفرد بالمجموع؛ ومـــن ثم يشـــكل هـــذا التضامن الحد الفاصل بين الحرية والفوضى؛ باعتباره الأصل الذي يجب أن **يستمد تنظيم الحرية منه مشروعيته**؛ المتمثلة في تحقيق حياة اجتماعية أفضل؛ في ظل **قانون** يعكس أصول النظام الاجتماعي.

وبناءا على ذلك وجدت **ظاهرة السلطة** كمؤسسة مستقلة مكلفة بتنفيذ هذا القانون؛ وبفرض النظام والسلام ودرأ الفوضى والفساد حماية للمجتمع من مظاهر الإخلال بأمنه واستقراره؛ وتمكينا للأفراد من ممارسة حقـــوقهم وحرياتهم بالمساواة. بإيجاد آليات لتحقيق التوازن بين حق الدولة في فرض النظام العام؛ وإعادة اســـتتبابه كلمـــا تعرض للتهديد والاختلال؛ وبين حق الفرد في الحرية والكرامة؛ بحيث يكون التعايش السلمي بينهما هو الســـمة الغالبة في العلاقة بينهما في إطار المجتمع المنظم.

وهي الغاية العليا التي تسعى إليها الشريعة وراء استخلاف الإنسان والتمكين له في الأرض، بما يحقق ســـيادة النظام في البلاد كشرط لعبادة رب العباد" **فليعبدوا رب هذا البيت الذي أطعمهم من جـــوع وآمنـــهم مـــن خوف**".[3] ومن ثم يكون واجب الدولة تحرير الإنسان من الفقر والجوع؛ فالجوع مصدره الفقر المناف لممارســـة الأفراد للحرية وهذا ما تنبه له الفكر الماركسي في نقده للمذهب الفردي من خلال المطالبة بالحريات الاجتماعية، تحت شعار "**حرية لقمة العيش**"؛ والخوف مصدره غياب الأمن المناف لسيادة النظام، وقديما قيل "**الأمـــن أهنـــأ عيش والعدل أقوى جيش**"، كتعبير عن أهمية العدل والأمن في ممارسة الحرية؛ ومن هذا المدخل جاءت وكانت فكرة هذا الموضوع ما علاقة حفظ النظام بممارسة الحريات العامة؛ ولماذا شاع فقها وقضاء أن تـــدخل الدولـــة لحفظ النظام يؤثر حتما على الحرية؛ رغم أنه بدوره يتأثر بها؟ ثم كيف يؤثر؟ وما مظاهر هذا التأثر؟ وهـــل هـــو ايجابي على الحرية أم يعود عليها بالسلب والنفي؟ وما مصير الحرية في مواجهة تلك الترسانة القانونية المكفلة بحماية النظام العام؟ تلك فلسفة هذا البحث وحدوده؛ التي سيتم تحريرها في إشكالية جامعة بعد التعريـــف بالموضـــوع وتحديد أهدافه.

2- التعريف بموضوع الرسالة:

إن محاولة فرض منظومة قانونية موحدة في كل دولة مع بداية القرن التاسع عشر في أوروبا من أجل إخضاع النشاط الفردي والحريات العامة لسلطان القانون؛ دفع بالفكر القانوني الأوروبي إلى البحث عن ضابط يقوم **بدور صمام الأمان والدرع الحامي** للقيم والمصالح العليا للدولة؛ ومن ثم تم **استعارة مضمون فكـــرة النظـــام العـــام وقواعدها** لتكون الأداة القانونية في عملية الضبط الاجتماعي كحد على سلطان النشاط الفردي وممارسة الحقوق والحريات العامة، والتي يقابلها مقاصد الشريعة وقواعدها القطعية كضوابط على نشاط السلطة والأفراد معا.

---

[3] – ينظر في دراسة قيمة لأهمية الحريات الاجتماعية والاقتصادية كشروط مناخية لتحرير الإنسان؛ وجعله مهتما بالمسائل العامة؛ دة/ سعاد الشرقاوي؛ النظم السياسية في العالم المعاصر؛ – الدولة؛ المؤسسات ؛الحريات؛ دار النهضة العربية؛ القاهرة؛ 2006؛ ص313؛و ص337.

وبذلك أصبحت هذه الفكرة من أبرز الأفكار المحورية في العلوم الإنسانية، التي يرتكز عليها أي نظام قانوني، وضعيا كان أم شرعيا، نظرا لأهمية وظيفتها في أي منظومة تشريعية متكاملة؛ بحيث صارت تتمتع **بجاذبية ساحرة تأسر المشرعين والفقهاء** على السواء، بما استوت عليه هذه الفكرة من مرونة محيرة؛ ونسبية جعلت الجميع يسعون خلفها، في محاولة لتحديد مضمونها واستنطاق أبعادها؛ حتى قيل إنها فكرة غامضة **تستمد عظمتها مـــن ذلـــك الغموض الذي يحيط بها**، ولذلك **ظلت متعالية** عن كل الجهود التي بذلت لتعريفها.

وهو الأمر الذي يفتح شهية الباحثين للغوص في بيان حقيقـــة أبعادهـــا الفكريـــة؛ ووظائفهـــا السياســـية والاجتماعية والاقتصادية؛ وانعكاساتها على ممارسة الحريات العامة؛ مما يجعلها بحق فكرة ذات مفهوم واسع ومتغير في استعمالات المشرع والقاضي الوطني والدولي؛ بل إنها تمثل عاملا مؤثرا بشكل مباشر في تنظيم ممارسة الحقوق والحريات تقييدا ومصادرة؛ بل وحتى في العلوم الاجتماعية والإنسانية الأخرى.

وأمام هذه الصعوبة التي واجهت الفقه والقضاء في تحديد مكنون هذه الفكرة المستعصية على التحديد كشرط لقبولها في زمرة الأفكار القانونية؛ لم يكن أمام **المشرع** بد من أن يستسلم مقرا بعجزه عن أن يحدد لها مضمونا لا يتغير؛ خشية أن يحاول تعريفها على وجه معين؛ فيشوه من طبيعتها ويمنعها من أن تؤدي وظيفتها، ولذلك كـــان كل ما يمكن للمشرع أن يفعله؛ هو أن يعرفها **بتوصيفها**؛ أو بتعداد ما **يكدرها** على أنها سيادة الأمن العمـــومي؛ والصحة العامة والسكينة العامة في الشارع باعتباره موضع ممارسة الحرية تاركا للقضاء أمر تحديد التصرفات التي تعد مناهضة للنظام العام.

ورغم اتفاق الفقهاء على صعوبة تحديد مضمونها إلا أن جهود المنظرين في السعي لحصر تطبيقات الفكـــرة؛ ورصد مظاهرها لم تتوقف؛ في محاولة منهم لتحديد طبيعتها وإدراك أبعادها الوظيفية داخل النظام القانوني للدولة؛ ومما زاد في صعوبة تحديد ماهيتها أنها فكرة متغلغلة في ثنايا النظرية العامة للقـــانون بقســـميه العـــام والخـــاص؛ يستخدمها المشرع كوسيلة لسن القواعد القانونية الملزمة للجميع في مختلف أفرع القانون؛ مما يجعلها فكـــرة ذات وظائف متعددة وأبعاد متنوعة؛ بل أنها فكرة مختلفة في معناها بين مختلف أفرع القانون؛ الأمر الذي سينعكس سلبا على تحديد طبيعة هذه الفكرة المتنوعة الاستخدام ولذلك ثار التساؤل في الفقه القانوني حول مدى **وحدة معـــنى الفكرة** أم تعدد معناها بشكل يجعل معناها متناقضا أحيانا؛ من قانون لأخر؛ وهو الأمر الذي دفع ببعض المشرعين والفقهاء إلى استبعادها من عالم الفكر القانوني نظرا للتباين البين بين الفقهاء في تعريفها، وهو ما قد يثير الشـــك حول وجودها كحقيقة قانونية قائمة بذاتها، رغم كثرة استعمال المشرع لها.

وهو الأمر الذي يدفع إلى المزيد من البحث لضبط هذه الفكرة متى تم اعتبارها فكرة قانونية تقبل التحديـــد ومن ثم يكون النشاط الإداري الضبطي مضبوطا بمضمون النظام العام المحدد بعناصره، بحيث لا يتعداه إلى مظاهر المصلحة العامة الأخرى؛ وترتيبا على ذلك لا يمكن معه لسلطة حفظ النظام استعمال سلطتها التقديرية الواسعة في استعمال وسائل حفظه إلا وفقا لما حدده المشرع وتحت رقابة القضاء.

ذلك أن حفظ النظام في المجتمع شرط جوهري وضمانة أساسية لممارسة الأفراد لحقوقهم الفرديـــة وحريـــاتهم العامة. خلافا لمن يرى تعارضا بينهما؛ فالتعارض الحقيقي إنما يحصل بين السلطة والحرية؛ ومن هنا يظهر التلازم

بين النظام العام والحرية، بحيث تمثل الحرية عنصرا فعالا في تحديد مفهوم فكرة النظام العام التي ترمي في حقيقتـــها إلى توفير المناخ المناسب لممارسة جميع الأفراد لحرياتهم؛ **مما يعني أن الحرية هي الأصل والنظام العام هو الاستثناء**؛ فلا يجوز الحظر المطلق للحرية بدعوى حفظ النظام، وتلك مقدمة يجب توظيفها وحسن استثمارها في بيان علاقة حفظ النظام العام بممارسة الحرية.

وبهذا يكون إدخال **فكرة الحرية** كعنصر في ماهية مضمون فكرة النظام العام وفي تحديد نطاق إعمالها، أمـــرا ضروريا- حسب اعتقاد الباحث- يجب تفعيله للارتباط الوثيق بينهما كونهما انعكاس لذلك الصراع المشار إليه أعلاه بين السلطة والحرية، وان كان في هذا الحل أو الاقتراح ما سيزيد من صعوبة وضع مفهوم محدد للنظام العام، على أساس أن فكرة الحرية بدورها فكرة مرنة ونسبية.

غير أنه في عالم الأفكار القانونية **لابد من التحديد القانوني الذي لا بديل عنه**؛ وإلا ستبقى فكرة النظـــام العام غامضة؛ تفسرها السلطة كيف ما شاءت؛ وتلجأ إليها متى أرادت؛ وترتيبا على ذلك يغدو تحديد مـــدلول النظام العام ومضمونه بمعزل عن تحديد فكرة الحرية؛ ضرب من الوهم في تحديد نطاق هذه الفكـــرة وضـــوابط استعمالها.

3- أهمية الموضوع وأهدافه:

تتبوأ فكرة النظام العام مكانة سامية في الفكر القانوني نتيجة للأدوار الهامة التي اضطلعت بها هذه الفكرة مما دفع بالفقه إلى العكوف عليها محاولا سبر أغوارها، لاستظهار أوصافها ومعالمها بغية التوصل إلى وضع تعريـــف محدد لها، وهي المكانة التي تصاعدت بتصاعد الدور الذي غدت فكرة النظام العام تؤديه في فروع القانون كافة، إذ ما من فرع من أفرع شجرة القانون إلا وكان لفكرة النظام العام موطئ قدم فيه، ناهيك عن تلك الفروع القانونية التي خطت فيها الفكرة لذاتها كيانا مستقلا كما هو الحال في القانون الإداري كهدف لسلطات الضبط الاداري؛ والقانون الدولي الخاص كقيد على تنفيذ القانون الأجنبي الذي أحالت إليه قاعدة الإسناد الوطنية.

ومن هنا سعى الفقه القانوني سعيا حثيثا لتأصيل فكرة النظام العام نظريا، وذلك في محاولات متعـــددة علـــى مستويات فروع القانون المختلفة، ومع تسليم الباحث بوجود صعوبات اعترضت سبيل تحديد ماهية النظام العام سواء لدى المشرع أو لدى القضاء والفقه؛ فان ذلك لا يعني ترك هذه الفكرة بلا تحديد **لإطارها القانوني وحصر لأبعادها** خاصة على مستوى ممارسة الحريات تنظيما وتقييدا؛ **فمن المعلوم من القانون بالضرورة** أن جميع الأفكار القانونية يشترط المشرع في قانونيتها ضرورة تحديد ماهيتها؛ بيد أنه من المجحف نسبة الإخفاق إليه، لمجرد عـــدم تمكنه من إيجاد تكوين نظري لهذه الفكرة **إلى الآن**، ذلك أن هذه المحاولات جميعا كانت جهودا مضـــيئة لظلمـــة الغموض الذي اكتنف تلك الفكرة.

فمما لاشك فيه أن مفهوم النظام العام قد شابه نوع من الخلط بسبب استخدام السلطة لمكوناته في تـــدعيم **احتكار صنع القانون**؛ وتحديد المصالح الجوهرية للجماعة من وجهة نظرها؛ على الرغم من أن أصل الفكرة يعود إلى أنها **ترجمة للأسس والأصول والثوابت التي تؤمن بها الجماعة** في مكان مخصوص وزمان مخصوص؛ ومـــن ثم يكون من أبرز خصائصها الثبات وعدم قابليتها للنقاش والجدال على أفراد الجماعة الخضوع لها سلوكا وفكـــرا؛

كما هو الحال في الشريعة الإسلامية إذ تشكل أحكامها ونصوصها القطعية مجالا **للنظام العام الأبدي** الثابـــت، وهذا بخلاف قواعد النظام العام في القانون المتمتعة **بالثبات النسبي** المستمد من خاصية الإلزام في القاعدة القانونية؛ وترتيب الجزاء على مخالفتها.

ولذلك فلا غرابة أن تكون فكرة النظام العام من الأفكار القانونية الذاتية والمتكيفة مع ظروف الزمان والمكان والفلسفة السياسية السائدة في المجتمع؛ فباعتبارها إحدى صور المصلحة العامة التي تمثل الأساس الذي يقوم عليـــه القانون الإداري تمثل فكرة النظام العام الهدف والغاية الوحيدة لسلطات الضبط الإداري التي يجب أن لا تحيد عنها وإلا كان نشاطها معيبا بالانحراف في استعمال السلطة الضبطية؛ لما في ذلك من **تقييد** للحريات العامة وتضييق في ممارسة النشاط الخاص يستوجب معه صيانة هذه الحريات من تغول سلطة الضبط في انتهاك الحريـــات لـــدواعي حفظ النظام العام. وهنا مربط الفرس لأن **مسألة تحديد الحرية** أو كما يسميها الإمام ابن عاشـــور **بـــالتحجير**؛[4] **منافية** لأصل الإباحة الأصلية في ممارسة الحقوق والحريات الموهوبة من الله عز وجل؛ " **قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق**"[5]؛ ومن ثم كانت مسألة تحديدها مضلة أفهام؛ ومزلة أقدام؛ وموقف صـــعب ودقيق على المشرع **غير المعصوم**؛ **مستوجب** على ولاة الأمور وسلطات حفظ النظام **التريث فيه وعدم التعجل**؛ لأن ما زاد على ما يقتضيه درء المفاسد وجلب المصالح من تحديد الحرية يعد **ظلما**؛[6] ولذلك كان لزاما وضـــع **نظرية عامة لنظام استعمال الحريات وضوابطها** ؛ تقيم التوازن والعدل؛ لأن استعمال الحرية **محوط بسياج حقوق الغير**؛ التي تدحض سعي المرء في استعمال حريته كما يشاء. فكان الأمر محتاجا إلى **شرائع وقوانين ونظم** تفصل ما يجب أن يطلق عناؤه من الحريات وما يجب أن يشد عقاله منها؛ وذلك كما قال **ابن عاشور** صـــراط دقيـــق لبصائر المشرعين والمنظرين **لا غنى لهم في تبين طرائقه عن الإرشاد الإلهي لأصوله؛ وعن اســـتنباط الراســـخين المصلحين لتفريعه**؛ وإلا تعرض البشر من جراء التصرف بالحرية **دون اتزان** تنازع وتغالب وتهارج وتشاجر؛ من قبيل تذليل القوي للضعيف؛ والغالب للمغلوب؛ والحاكم للمحكوم؛ واستبداد الراعي بالرعية غير آبه ولا مكترث باهانتهم و لا بكرامتهم.

ومن هنا تظهر أهمية ضبط فكرة النظام العام وعلاقتها بتحديد الحرية باعتبارها فكرة ضرورية لما تمثله مـــن أساس لتدخل سلطة الضبط لوقاية المجتمع وتحقيق أمنه وسكينته، فهي تمثل السند الأساسي والشرعي لتلبية حاجة المجتمع للاستقرار والسلام، وإجراء نظامهم على الوجه الأتم؛ ذلك أنها تخول هيئات الضبط سلطة تنظيم نشـــاط الأفراد في المجتمع بما يسمح للجميع بممارسة حقوقه وحرياته والحفاظ على قيم المجتمع. وفي سبيل ذلـــك تملـــك السلطة الضبطية صلاحيات تقديرية واسعة من أساليب وقائية، ووسائل مادية، وامتيازات ضبطية متنوعة ومتعددة، خولها المشرع للإدارة العامة من أجل فرض النظام أو إعادة استتبابه حفظا للنظام العام المادي المحسوس في الشارع؛ ونظرا لما تملك السلطة من نفوذ وسلطة واسعة في هذا المجال فان مسألة تعسفها في استعمال السلطة أمر محقـــق؛

---

[4] – ابن عاشور؛ أصول النظام الاجتماعي في الإسلام؛ دار السلام؛ ط1؛ سنة 2005؛ ص 152

[5] – سورة الأعراف آية 32

[6] – ابن عاشور؛ المرجع نفسه؛ ص167

ومن ثم ستؤثر سلبا على ممارسة الحرية تقييدا ومصادرة؛ وعليه فانه يمكن إرجاع أهم أهداف هـــذه الدراســـة في ضوء هذه الأهمية العلمية والعملية لموضوع البحث إلى:

1- **تأصيل** فكرة النظام العام ومحاولة **ربطها بمقاصد الشريعة** باعتبارها مقصـــدا عامـــا مـــن وراء التشـــريع الدستوري والإداري في النظام الإسلامي؛ بحيث تستخدم **كمعيار لتحديد** ممارسة الحريات العامـــة في النظـــامين الوضعي والإسلامي معا؛ ولن يتحقق ذلك إلا بوضع هذه الفكرة في إطار قانوني يحقق لسلطات حفـــظ النظـــام العمومي **مشروعية** لأعمالها الضبطية في تدخلها لاستتباب النظام؛ ومن ثم يسهل عملية رقابتها؛ وتعقبها بالتعويض والإلغاء مما يساهم في بناء دولة القانون والحق المنشودة.

2- تحديد حقيقة اعتبار فكرة النظام العام بمضمونها القانوني كمصدر لحدود ممارسة الحرية؛ من حيث الكشف عن دور هذه الفكرة في تعامل المشرع وسلطة الضبط الاداري والقاضي الاداري مع إبراز مظاهر تأثيرها في ممارسة بعض الحريات الأساسية؛ بهدف إخراج تلك التدابير التي يكون هدفها حماية السلطة.

3- ما مدى مشروعية تلك التدابير الإجرائية الوقائية؛ والعقوبات الإدارية؛ التي عرفها تطبيق حالة الطـــوارئ؛ وحالة الضرورة العامة؛ في النظامين القانونيين الجزائري والإسلامي.

4- غير أن أهم هدف ينشده الباحث هو تحديد ماهية الضمانات المقررة لحماية الحرية في مواجهـــة الســـلطة النظامية؛ ومدى فعاليتها في إنصاف الحرية وكيفية تفعيلها.

فالغاية الكبرى التي تسعى إليها جميع النظم والتشريعات السماوية والوضعية – في اعتقاد الباحث- هي كيفية كفالة ممارسة الحريات العامة في إطار من النظام العام؛ ولهذا كان من الحقائق الثابتة في الشريعة والقانون معا، أن كمال إنسانية الإنسان أو نقصانها مرهون بقدر ما يتمتع به من حقوق وما ينعم به من حريات؛ **ولـــذلك يقـــال "الإنسان بحقوقه وحرياته"**؛ ومادام الإنسان هو المحور الذي تدور حوله هذه الحريات، فان كفالتها تغدو الغاية الوحيدة من وراء كل ما يوضع من نظم وتشريعات دولية وإقليمية ووطنية. فكلما كانت هذه الحريات مصـــونة ومكفول لها ضمانات ممارستها ازدهر المجتمع وتقدم؛ وكلما تعرضت للانتقاص والمصادرة اهتزت ثقة الفـــرد في مجتمعه، **وأحس بالاغتراب الاجتماعي والسياسي** مما يجعله عنصرا سلبيا لا يشعر بحضـــور فعـــال في وســـطه الجماعي؛ وبالتالي يفقد دوره في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ومن هنا يبرز وجود تلازم حتمي بين الحريـــة وضمانات ممارستها تنتقل بها من مرحلة النصوص النظرية كقيم دستورية مثالية إلى واقع عملي مطبق.

ذلك أن تقرير الحريات وتسجيلها في وثائق أيا كان شكلها "إعلانات، دساتير، مواثيق دولية" يغدو حبرا على ورق ما لم تتوفر الضمانات التي تكفل ممارستها على أرض الواقع، ولا أدل على ذلك من أن دساتير أكثر الـــنظم ديكتاتورية تتضمن قائمة بكل الحقوق والحريات إلا أن مواطنيها لا يتمتعون بممارستها، فأهمية الضمانات تـــبرز فيما تمنحه للحرية من مضامين فعلية؛ **وفي تقريب الفوارق بين ما تقرره النصوص الدستورية** من حريات بمختلف أنواعها وأعدادها **وبين واقع ممارستها**.

وهذا عين ما اهتم به بعض الفقهاء والباحثين على مستوى الدراسات العليا؛ بالرغم مما شابها **مـــن نقـــص** منهجي في تعامل مع هذه الفكرة **بمعزل وبعيدا عن مفهوم فكرة الحرية كعنصر جوهري** في تفسير هذه الظاهرة

القانونية فضلا عن نقص في تقرير وتفعيل الضمانات الحقيقية لحماية الحرية في مواجهة امتيازات سـلطة حفـظ النظام العام حسب اعتقاد الباحث؛ وفي حدود ما توصل إليه؛ خصوصا وأن معظم تلك الدراسات كانت تنظيرية وتأصيلية أكثر منها تطبيقية وعملية إلا في النادر.

4- أهم الدراسات السابقة لهذه الرسالة:

ومن أشهر هذه الدراسات التي وفق الباحث بعون الله وتوفيقه من الاطلاع عليها والتأمل في مضمونها:

- رسالة **د/ محمد عصفور** حول "**وقاية النظام الاجتماعي باعتبارها قيدا على الحريات العامة**"؛ للحصول على درجة الدكتوراه في العلوم القانونية من كلية الحقوق جامعة القاهرة سنة 1961؛ وهي الرسالة التي يمكـن اعتبارها **مصدرا** لتحديد العلاقة بين النظام العام والحرية في النظامين الاشتراكي والديمقراطي حيث كان الموضوع الأصلي للرسالة **لماذا تقيد الحرية؟** و **ما مصدر هذا التقييد؟**؛ وما إذا كان هو النظام الاجتماعي أم غيره؛ حيـث توصل إلى أن فكرة النظام العام رغم اعتبارها فكرة قانونية بحتة لا تتأثر بالعوامل السياسية والاجتماعية إلا أنهـا كثيرا ما تستخدم لتقييد الحرية لأغراض سياسية؛ حيث بين كيف أثرت هذه الفكرة في أزمة الحرية؛ والدراسـة على أهميتها غابت فيها الشريعة الإسلامية كضابط مقيد لكل من الحرية والنظام الاجتماعي معا؛ فضـلا عـن تركيزها على الجانب الفلسفي للعلاقة الجدلية في الفكر الماركسي بنموذجه السوفياتي سابقا؛ والفكر الـديمقراطي بنموذجيه الأمريكي والفرنسي .

- رسالة **د/ نعيم عطية** حول" **في النظرية العامة للحريات الفردية**" سنة 1965؛ حيث كانت رسالته بحـق إسهاما بالغ الأهمية لكل الدراسات في مجال تنظيم الحريات العامة خاصة وأنه نظّر لها من منطلق أنها فكـرة ذات قيمة اجتماعية يجب أن تكون مسخرة لخدمة الصالح العام؛ ومن ثم كان من الأوائل الذين **نظـروا** إلى الطـابع النسبي للحرية؛ وللرابطة التلازمية بين الحرية والنظام العام؛ وهي الفكرة التي أعادت دة/ **سعاد الشرقاوي** صياغتها وإحكامها في مؤلفها **نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني**؛ سـنة 1979؛ بيـد أن كـلا الدراستين غابت فيهما الشريعة في نظرتها إلى **فلسفة الحرية** من حيث مدى حق السـلطة في تقييـدها بمصـادر التأصيل الإسلامية. كما غابت فيهما الإشارة إلى **مصدرية النظام العام** لمجموعة حدود الحرية وقيودها.

- رسالة **د/ منيب محمد ربيع**؛ حول " **ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري**؛ رسالة دكتـوراه جامعة عين شمس سنة 1981؛ والتي كانت إسهاما بالغ الأهمية لحماية الحرية من تأثيرات أعمال حفظ النظـام العمومي؛ فقد كان هدفها حسب ما جاء في مقدمة الباحث محاولة تحقيق التوازن والجمع بين النظام والحرية؛ منعا للتضارب بين ممارسة الحرية وبين تنظيمها وتحديدها من طرف الحاكم الذي كثيرا ما يهدرها تحت ذريعة حفـظ النظام؛ الأمر الذي استوجب على باحثها التسليم بتأثير هذه الفكرة على الحرية ومن ثم ضـرورة البحـث عـن الضمانات التي تحقق التوازن المنشود بينهما؛ وهي الفكرة التي أعاد **د/ عبد المنعم محفوظ** إعادة ربطها وإحكامها؛ وتفصيلها في ثلاث مجلدات من في مؤلفه القيم" **علاقة الفرد بالسلطة- الحريات العامة وضمانات ممارسـتها-** "حيث تعرض بشكل دقيق لموقف سلطة الضبط في الظروف العادية والاستثنائية وأثره على ضـمانات ممارسـة الحريات العامة والحقوق. حيث كانت محصلة بحثه حسب ما أورده في الخاتمة أن السـلطة والقـانون والحريـة

ضرورات متلازمة في مجتمع الدولة المعاصرة؛ وأن كل واحدة منها قرينة لممارسة الأخرى ورهن بتواجدها؛ ليقرر في النهاية أن أهم ضمانة للحرية في مواجهة السلطة في غياب عدالة القانون المطلقة؛ وعدم نزاهة مطبقيه؛ هو التربية على كيفية ممارسة الحرية منذ الصغر[7]؛ إذا أردنا الوصول إلى حكومة الحرية المنشودة؛ وهو ما يعرف بالتربية الديمقراطية.

وفي الدراسات الشرعية المقارنة يمكن التنويه بالعمل **القيم والفريد من نوعه** في رسالة د/ **فتحي محمد الدريني** حول " **الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده**"؛ رسالة دكتوراه منشورة ومشهورة حيث تناول فضيلته أسس تقييد بعض الحقوق مع التركيز على حق الملكية مقررا في نهاية البحث أسس حق الدولة في تقييد الحقوق والاباحات؛ مشيرا إلى كل من فكرة التضامن الاجتماعي؛ ومراعاة حق الغير؛ وفكرة النظام العام الشرعي ممثلة في أحكام الواجب والحرام كقيد على الإرادات الفردية، مؤصلا من خلالها لنظرية **التعسف في استعمال الحق**. وتطبيقاتها على ممارسة الحقوق المدنية دون الإشارة إلى الحريات العامة ومدى سلطات الضبط في تحديدها على مستوى القانون العام الإسلامي المتعلق بفقه الدولة ومؤسساتها النظامية، وهو ما استدركه في مؤلفه حول **خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم** طبعة 1982؛ حيث نظر **لمقاصدية الحريات العامة** باعتبار بعضها من المصالح الضرورية وبعضها من المصالح الحاجية؛ وبالتالي تكون قيدا على السلطة النظامية.

كما يمكن التنويه أيضا بدراسة حديثة **د/ عماد طارق البشري** حول " **فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق**- دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي؛ أصلها رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية سنة 2002 منشورة في طبعتها الأولى سنة 2005 المكتب الإسلامي بيروت؛ والتي أجاد صاحبها وأفاد في عملية التأصيل لفكرة النظام العام في القانون الوضعي وأهم تطبيقاتها؛ ثم التأصيل لها في الفقه الإسلامي؛ ليصل في خاتمته إلى نتيجة جريئة عدم حاجة الفقه الإسلامي لهذه الفكرة بحجة احتوائها في مقاصد الشريعة الكلية وأحكام المشروعية الإسلامية القطعية **وهو ما لا يتفق معه الباحث**؛ من حيث تعميم هذه النتيجة على جميع العلاقات القانونية، بحيث يلاحظ على هذه الدراسة أنها قد ركزت على تطبيقات الفكرة في أفرع القانون الخاص تخصيصا؛ وهو الأمر الذي يمكن لأحكام الواجب والحرام أن تشكل فيه قواعد للنظام العام الشرعي؛ ومن ثم فلا حاجة لوظيفة هذه الفكرة في القانون الخاص الإسلامي، أما في مجال القانون العام فيلاحظ عدم ربط مسألة أساليب حفظ النظام بممارسة الحريات العامة؛ ومع ذلك تبقى هذه الدراسة إسهاما إبداعيا في التأصيل لمضمون هذه الفكرة في الفقه الغربي؛ والقانون الخاص الإسلامي.

ومع ذلك فان لفكرة النظام العام مضمونها الإسلامي المتعلق بضرورة **حفظ نظام الأمة** حتى لا يختل نظام الحياة فتعم الفوضى والفساد؛ وهو عين ما أصل له الإمام **الطاهر بن عاشور** في **مقاصده** لما اعتبرها مقصدا للشريعة مثله مثل **الحرية**؛ وقد خصص له لأهميته كتابا مستقلا عرف **بأصول النظام الاجتماعي في الإسلام**؛ وقد حاول

---

[7] - ينظر إلى د/ عبد المنعم محفوظ؛ المرجع أعلاه؛ ط1؛ ص1322؛ وقريبا من هذه الدراسة جاءت رسالة د/ إيهاب طارق عبد العظيم؛ علاقة الفرد بالسلطة في ظل الظروف الاستثنائية؛ دراسة مقارنة في فرنسا ومصر؛ للحصول على الدكتوراه كلية الحقوق جامعة الزقازيق؛ سنة 2003.

من بعده الدكتور **فوزي خليل** في رسالته للدكتوراه حول **المصلحة العامة من منظور إسلامي وتطبيقاتها في عصر الخلفاء الراشدين**؛ كلية الاقتصاد والعلوم السياسية جامعة القاهرة طبعة 2003؛ إعادة صياغته ضمن منظومة المصالح الضرورية العامة حيث اعتبر حضرته **حفظ النظام السياسي** أو كما سماه حفظ **المقومات النظامية للمصلحة العامة** أحد أهم مقاصد الشريعة على مستوى الدولة؛ رغم ما شاب هذه الدراسة من قصر لفكرة حفظ النظام على وجوب إقامة نظام سياسي؛ يتكفل ببناء مؤسسات وأجهزة إدارية ورقابية؛ تسهر على استقرار الأمة ودوامها؛ ولذلك فقد ربط فكرة النظام السياسي بإقامة نظام الخلافة؛ وكان الأولى أن يتم التعامل مع فكرة النظام العام كفكرة قانونية محايدة لها وظيفة محددة في القانون الاداري؛ وليس من وجهة نظر علم السياسة.

وفي اعتقاد الباحث أن تعامل كل هذه الدراسات مع فكرة النظام العام كان في الغالب تعاملا فلسفيا وتنظيريا، وأحيانا تعاملا سياسيا؟، بحيث لم تعالج لب المشكلة وجوهرها والمتمثل في **انعكاسات هذه الفكرة على الحريات العامة** خاصة منها الحريات الأساسية كالحريات السياسية والحريات الشخصية؛ كما أنها لم تلق اهتمام الباحثين في القانون الجزائري.[8]

رغم ما عرفه التشريع الجزائري من كثرة استخدام لهذه الفكرة كمبرر لتلك التدابير الاستثنائية المقيدة للحريات العامة في حالتي الحصار والطوارئ؛ فضلا عن اعتماد المؤسس الدستوري على مبدأ ازدواجية القضاء؛ الذي يخول للقاضي الاداري إعمال رقابة الملائمة على أعمال حفظ النظام العمومي زيادة على رقابة المشروعية.

وهو الدور الذي يجب على القضاء الاداري في الجزائر أن يطوره، بحيث يكون **عونا** للمواطن المتضرر في مواجهة امتيازات سلطة حفظ النظام العام؛ مما يستوجب معه تخلي القاضي الاداري عن دوره التقليدي في التبرير لأعمال الإدارة؛ والاتجاه نحو توجيه الأوامر لها؛ والتعقيب على قراراتها بالإلغاء، والتعويض؛ وفحص وتفسير المشروعية، خاصة وأن المواطن الجزائري بدأ يطور مواطنته ويغير من ذهنيته في مجال نظرته وعلاقته بالإدارة العمومية؛ التي كان ينظر إليها بعين الخوف واليأس، بحيث تحولت نظرته وصار ينظر إليها كجهاز وجد لتذليل الصعاب لا لإذلال الرقاب؛ ومن ثم فقد أصبح واعيا بحقوقه **في مقاضاة الإدارة**؛ خاصة بعد التحول الديمقراطي الذي تشهده الجزائر ولا زالت؛ وهو ما يجب الإشادة به على مستوى النصوص القانونية الحديثة التي تعلي من شأن المواطن؛ وتجعل من الإدارة جهازا في خدمته؛ وتخويله حق الطعن في قراراتها بضماناته المعروفة عالميا، لتبقى

---

[8] – ومع ذلك يمكن للباحث أن ينوه ببعض الجهود المضيئة على مستوى رسائل الدكتوراه والماجستير في مجال الرقابة القضائية على سلطات الضبط الاداري؛ وضمانات الحريات العامة في مواجهة آثار الظروف الاستثنائية في الجزائر، نذكر من ذلك رسالة كل من د/ قاسم العيد؛ **الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية في الجزائر**؛ كلية الحقوق؛ جامعة سيدي بلعباس 2002. ورسالة د/ بدران مراد؛ **الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية**؛ كلية الحقوق؛ جامعة سيدي بلعباس؛ سنة 2004- 2005؛ بحيث تناولا بالتحليل والمناقشة آثار الظروف الاستثنائية في الجزائر على الحريات العامة ودور القضاء الاداري في حماية الحرية ليصلا إلى أن القاضي الاداري الجزائري لا زال **لا يملك الجرأة** في منازلة امتيازات الإدارة العامة الواسعة؛ والموسعة في ظل حالة الطوارئ المعلنة إلى أجل غير مسمى وذلك من خلال استعراضهما للكثير من القضايا التي لم يكن موقفه فيها واضحا وحاسما خصوصا بعد إعلان حالة الطوارئ في الجزائر ابتداء من فيفري 1992. هذا فضلا عن رسائل الماجستير التي حاولت إبراز أثر الظروف الاستثنائية خاصة حالة الطوارئ على الحريات العامة وضماناتها.

في الأخير مسألة حماية الحرية وفرض سيادة القانون على الجميع **مسألة نضال وكفاح مستمر**؛ الزمن فيها جـــزء من العلاج؛ ومن ثم فلا يمكن المقارنة بين **الديمقراطية الفرنسية** وبين الديمقراطية في الجزائر نظرا للفـــرق الـــزمني لبداية التحول الديمقراطي بينهما فالأولى عمرها ما يدنو من قرنيين من الزمن؛ منذ الثورة الفرنسية 1789 بخلاف الثانية التي يمكن التأسيس الفعلي لها ابتداء من دستور 1989.

فهذا الدراسة حاولت إسقاط أثر حفظ النظام العام على الحريات في الجزائر تخصيصا لمعرفة موقف القضـــاء الاداري الجزائري الحديث النشأة من نظرية الموازنة بين مقتضيات حفظ النظام؛ وبين حق ممارسة الحريات العامة؛ والتي يعتقد الباحث أن القضاء الاداري حتى في فرنسا لازال لم يصل بعد إلى تحقيق ذلك التـــوازن بـــين النظـــام والحرية الذي أساسه العدل المنشود؛ وهذا ما دفع الباحث إلى دراسة هذه الموضوع دراسة مقارنة بمبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها؛ من أجل الوصول إلى وضع تصور عام عن ضوابط الموازنة بين فقه الدولة وفقه الحرية؛ وهو ما كان سائدا العمل به في أيام حكومات الخلفاء الراشدين؛ وهو أيضا ما يسعى مجلـــس الدولـــة الفرنســـي إلى الوصول إليه تحقيقا لمبدأ المشروعية.

وان كان ذلك غير كاف في حماية الحرية؛ كونها لا تزال موضع اهتزاز وغير ذي أثر على أصحاب السلطة النافذة في الدولة حتى في معاقل الديمقراطية العالمية؛ فما دام بوسع هذه الفئة الحاكمة والمتنفذة من رجال الأعمال والأموال، أن تصوغ الظلم قواعد؛ وتنسج الباطل قوانين؛ وتغتال الحرية باسم حفظ النظـــام؛ وتضـــل النـــاس بشرعيـــة زائفة تنتهك تحتها الحريات والحرمات بل ترتكب باسمها الجرائم والآثام؛ ومادام القانون الذي تخضع له السلطة بيدها تشكله كيف شاءت؛ ومتى شاءت؛ فإنها تبقى عاجزة عن حماية الحريات؛ بل وعن حماية القـــانون نفسه؛ فمهما قيل عن دور هذا القانون في حماية الحرية فإنه في نظر صانعيه ليس أحسن حال من **آلهة العجوة** في الجاهلية حينما كان يسجد لها؛ فإذا جاع القوم أكلوها؛ إن السلطة لا تلبث أن تبلع بأفواهها ما صنعته بأيـــديها باسم التطور والتغيير أحيانا؛ وباسم الظروف الاستثنائية في أحيان أخرى؛ وباسم حفظ النظام العـــام في أحيـــان كثيرة كما في قضية الحجاب في فرنسا.

وبهذا يكون النظام القانوني بمؤسساته الدستورية والإدارية والقضائية عاجزا لوحده عن أن يقيم حماية فعالـــة لحقوق الأفراد ما لم يستند ويأوي إلى ركن شديد؛ ينفخ فيها الشعور بالاقتدار والإحساس بالمسؤولية؛ ذلـــك أن القانون مهما كان عادلا فانه ليس إلا تعبير عن خطة تهدف إلى تحقيق تنظيم اجتماعي يحـــاول ترتيـــب الحيـــاة الجماعية تبعا لما يقتضيه تصور الصالح المشترك؛ من وجهة نظر السلطة السياسية؛ فهو في أحسن الأحوال تنظـــيم اجتماعي في صياغة قانونية لخدمة خطة سياسة معلومة؛ ولهذا يقال إن القانون في أحد أبعاده " **السياسة المطاعة**؛" سياسة المستقبل والغاية؛ لا سياسة الظروف والأهواء المتقلبة." [9]

ولن يتحقق للقانون فعاليته في اعتقاد الباحث إلا إذا كان هذا القانون مستمد من شريعة الله الخبير بما يصلح لخلقه؛ والعليم بما ينفع لعياله؛ "**ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير**" والكل من بعده فردا ودولة؛ سلطة وحرية؛

[9] – ينسب هذا القول إلى الفقيه الألماني **اهرنج**؛ نقلا عن رسالة د/ نعيم عطية في النظرية العامة للحريات الفردية؛ طبعة 1965؛ ص80

عابد له ومطيع، تلك شريعة الله وعدله؛ ونظامه الذي يسمو على الجميع فتخضع له السلطة والدولة بمجمـــوع درجاتها إلى سلطان أعلى منها وأقوى وأكبر.

5- إشكالية الرسالة:

يحاول الباحث من خلال هذه الرسالة المتواضعة- في حدود ما توفر له من مصادر ومراجع ورسائل أكاديمية- محاولة المساهمة في وضع تصور مقنع **لتلك الإشكالية المحورية** التي شغلت الفقه الوضعي قديما وحديثا؛" **ما مدى صحة اعتبار فكرة النظام العام مصدرا** تستخدمه كل من سلطة الضبط التشريعي؛ والإداري؛ والقضائي **ســـندا لمشروعية تدخلها لتقييد ممارسة الحريات العامة** في الظروف العادية؛ بل **مصادرتها** أحيانا كما في **حالة الظروف الاستثنائية؟ وما هي انعكاسات** هذه الفكرة على ممارسة المواطن الجزائري لحرياته الفردية والجماعية على مستوى الواقع العملي؛ ولن تتحقق الإجابة عن هذا الإشكال في اعتقاد الباحث إلا بطرح مجموعة من التساؤلات ســـتتم الإجابة عنها من خلال فصول ومباحث هذه الرسالة منها: **ما حقيقة** فكرة النظام العام؟ وما هي وظيفتها وأبعادها الفكرية في مجال علاقتها بممارسة الحرية؟ وما هي ضوابط استعمالها؟ وصولا إلى **تحديد آثـــار هـــذه الفكـــرة وانعكاساتها** على ممارسة الحريات العامة في الواقع العملي؛ ليتم بعدها الانطلاق في عملية التأصيل لهذه الفكرة **من منظور إسلامي** في إطار منظومة مقاصد الشريعة الإسلامية؛ من خلال استنطاق أهم القضـــايا الـــتي وقعـــت في الحكومة النبوية وحكومات الخلافة الراشدة؛ ومقارنتها بمثيلاتها في النظام القانوني الجزائري، انتـــهاء إلى وضـــع الآليات المساعدة **لتحقيق التوازن** بين النظام العام والحريات العامة، ذلك مسار الدراسة ونطاقها.

6- منهجية الدراسة وإطارها العام:

من المقرر أنه من أجل معرفة موقف الشريعة الإسلامية من فكرة قانونية أو اجتماعية ما؛ فإنه يـــتعين ابتـــداء معرفة هذه الفكرة في بيئتها الفلسفية والاجتماعية التي ولدت في كنفها؛ بدراستها منذ ظهورها وحتى استوائها بحثا في سيرتها الذاتية نشأة وتطورا وتوظيفا؛ وذلك بالتعرض لجملة العوامل الـــتي ســـاهمت في تبلورهـــا؛ والقـــوى الاجتماعية التي أثرت في تكوينها؛ بالوقوف على كنهها، وحقيقة أمرها.

وهذا ما حاول الباحث تجليته بالنسبة لفكرة النظام العام بدراسة ماهية فكرة النظام العام وتأصيلها القـــانوني تمهيدا للبحث عما يقابلها في الفقه الإسلامي أو لتحديد موقفه من مدى مشروعيتها بميـــزان منظومـــة مقاصـــد الشريعة وقواعد السياسة الشرعية؛ وعندها يعرف ما إذا كان النظام القانوني الإسلامي يعرفها أو يجهلها، وإذا كان يجهلها؛ فهل يجب أن يرفضها حتما؛ أم أنه لا مانع من أن يقبلها في منظومته التشريعية؛ وذلك بالاعتمـــاد علـــى الضوابط الشرعية المتفق عليها، والتي تخول للباحث حق التمييز بين الثوابت والمتغيرات؛ وبين المقاصد والوسائل؛ بطرق التقريب والتغليب بين المصالح والمفاسد فيما بينها؛ على الشكل الذي أرساها عليه علماء الأصول والمقاصد؛

وهي الأصول التي بدأ القضاء الإداري المعاصر يتجه نحو تطبيقها مثل ما هو الحال عليه بـــ**"نظرية الموازنة" بـــين المنافع والأضرار** في مجلس الدولة الفرنسي ابتداء من سنة 1971.[10]

ذلك أن العقل الإنساني إذا ما تتحرر من عقال التبعية السياسية؛ وتخلص من العصبية؛ فان النتيجة أن يتوافق العقل مع النقل؛ وتنسجم الفطرة مع الشريعة؛ فعلى سبيل المثال يمكن إرجاع غاية الـــنظم القانونيـــة الوضـــعية ومقاصدها في أن **ينتظم أمر أفرادها بما تسنه من قوانين** بغية تحقيق السكينة والأمن والصحة لرعاياها وصـــيانة حقوقهم وحماية حرياتهم. وهو عين ما قرره علماء المقاصد في الشريعة الإسلامية بتقريرهم للمصالح الضـــرورية واعتبارها كليات لا تخل منها شريعة ولا ملة من الملل؛ كونها لازمة لأي اجتماع إنساني؛ إذا اختلت اختلى نظام الحياة وعمت الفوضى وساد الاضطراب؛ وهذا ما يجعل غاية كل من الشريعة والقانون في التنظيم الاجتمـــاعي متوافقة في الغالب؛ وبناء على هذه الحقيقة كانت الانطلاقة لعملية التأصيل والموازنة والمقارنة والمقاربة.

وقد حاول الباحث أن تكون منهجيته في المقارنة على عدة مستويات بدءا بمستوى المقارنة علـــى مســـتوى المقاصد والأصول؛ وذلك بصدد التأصيل لفكرة النظام العام والغاية منها في الفقهين الوضعي والإسلامي؛ بهدف تحديد وظيفة هذه الفكرة وأبعادها المقاصدية على مستوى الدولة والجماعة؛ وهو تم محاولة بحثه في الفصل الأول من الباب الأول من الرسالة؛ ثم تم اعتماد أسلوب المقارنة العمودية على مستوى الفروع والعناصر الجزئية ما أمكن كونه أكثر مصداقية وفعالية في الوقوف على صحة النتائج المستخلصة؛ وبالتالي تسهل معه عملية المقابلـــة بـــين الأفكار القانونية وما يقابلها في الشريعة؛ بهدف إحداث نوع من المقاربة بين النظامين في محاولة لإيجاد الحل الأمثل للمشكلة محل البحث؛ وهو ما حاول الباحث توظيفه من خلال توظيف نظرية مقاصد الشريعة كأهداف يجـــب على القانون أن تكون غاية سامية له بحيث يجب معها على القفه القانوني التأصيل لفكرة **مقاصد القانون** بغـــض النظر عن مختلف المجموعات القانونية اللاتينية والجرمانية والانجلوسكسونية التي ينتمي إليها.

وفي المقابل يمكن للفقه الإسلامي الاستنجاد بتلك الآليات القانونية التي أحرزتها الشعوب خلال كفاحهـــا ضد الطغيان كضمانات لحماية الحرية في مواجهة سلطات حفظ النظام العمومي وعلى رأسها رقابـــة القضـــاء الدستوري في مجال رقابة التناسب حماية للحرية في مواجهة **السلطة التقديرية للمشرع**؛ ورقابة القضاء الإداري في مجال رقابة الملائمة؛ والتعسف في استعمال السلطة حماية للحرية في مواجهة **السلطة التقديرية للإدارة** في مجـــال أعمال الضبط الإداري؛ فضلا عن رقابة **غرفة الاتهام** على أعمال الضبطية القضائية والسلطة التقديريـــة لقضـــاة التحقيق؛ مما هو مستقر في النظم الديمقراطية المعاصرة؛ بحيث لم يعد من المتصور إهدارها في أي مجتمع متحضر.

إذ لا مانع شرعا ولا قانونا من استفادة كلا النظامين من بعضهما البعض؛ خصوصا وأن احـــدهما وهـــو القانون الوضعي- مطبق ومتجدد بحكم مسايرته للواقع اليومي مما يجعله أكثر واقعية؛ والأخر- القانون الإسلامي- مستبعد عن تطبيق؛ الأمر الذي جعله بحاجة إلى تجديد خطابه ونظرته إلى الجوانب الدستورية والإدارية والتنظيمية

---

[10] - د/ محمد عبد النبي حسنين؛ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في إطار القانون العام دراسة مقارنة في النظام الإسلامي والنظم الوضعية؛ رسالة دكتوراه في الحقوق؛ جامعة عين شمس؛2005 القاهرة.

للمواطن في علاقته بالدولة؛مما يدخل تحت أبواب **فقه الدولة والأحكام السلطانية**؛ وفي ظل دلك فما على العقل الإسلامي المبدع والفكر القانوني المتجدد المتحرر إلا أن يختار أفضل هذه الأفكار والمبادئ والوسائل القانونية التي أنتجتها الخبرة القانونية الغربية في تجاربها مع السلطة المطلقة؛ مع ضرورة تحليلها ومناقشتها وتنقيتها من شـــوائبها المذهبية بالحذف أحيانا؛ وبالإضافة أحيانا أخرى؛ بحيث تعاد صياغتها في قالب إسلامي يستبقى ما فيها من خـــير وينميه؛ ويستبعـــد ما فيها من شر ويسد ذرائعه الضارة بما يلاءم المناخ الإسلامي؛ ويجعلها أكثر ملائمة لـــروح الشريعة ومقاصدها، ويومها تصبح تلك الوسائل من الحكمة التي هي ضالة الدولة المسلمة أينما وجدتها فهي أولى بها؛ على أن يتم ذلك في ضوء ضوابط الاجتهاد **المقاصدي**؛ وقواعد السياسة الشرعية.

وفي ضوء هذه المقدمات المنهجية تم التعامل مع إشكالية هذا الموضوع بدءا بتحديد طبيعة العلاقة بين حفـــظ النظام العام وممارسة الحريات العامة في كل من القانون الجزائري والشريعة الإسلامية انطلاقا من تحديد عناصر هذه الفكرة؛ ثم وسائل وأساليب حفظها؛ باعتبارها غاية ثم بيان دورها في مجال تقييد ممارسة الحرية، وضوابطها الـــتي فرض هل النظام القانوني للحريات العامة، وصولا إلى نتيجة حول مدى صحة اعتبار هذه الفكرة مصدرا لقيود الحرية؛ ليتم بعدها التأكيد على هذه النتيجة من خلال الباب الثاني الذي خصص للدراسة التطبيقية مـــن خـــلال استقراء تطبيقات لكيفية تأثير أساليب حفظ النظام العام على ممارسة معظم الحريات.

7- منهج البحث وأهم صعوباته:

بناء على المنهجية السابقة يكون من المناسب لمثل هذه الدراسات التأصيلية والتطبيقية والمقارنة؛ هو الاســـتعانة بعدة مناهج أو ما يعرف **بالمنهج المركب** من عدة مناهج بدءا بالمنهج **الاستقرائي**، ثم المنهج **التحليلي**؛ فالمنـــهج **الاستنباطي**؛ وأخيرا المنهج **المقارن**، وقد استخدمت هذه المناهج بشكل متناسب وطبيعة الجزئية محل البحث بداية بتجميع واستخلاص التجارب الواقعية من خلال مظانها المتخصصة؛ ثم تحليلها ومناقشتها وتجزئتها في محاولة لحسن توظيفها واستغلالها في خدمة إشكالية الرسالة؛ ثم يأتي منهج المقارنة والموازنة بين مختلف العناصر التي تم تجزئتها في كل من الشريعة الإسلامية؛ والقانون الجزائري، ليتم عند كل عنصر **عقد مقارنة** جزئية تكون أحيانا **ضمنية** وفي أحيان أخرى في عنوان مستقل حسب ما وفق إليه الباحث.

وإذا كان من اليسير على من يريد وضع دراسة متكاملة عن هذا الـــموضوع في القانون أن يجمع شتاته من كتب القانون بمختلف أفرعه؛ رغم صعوبة تطبيق ذلك مع فكرة النظام العام نظرا لتواجدها الشبه الكلي في جميع أفرع القانون؛ فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة لهذا الموضوع في النظام الإسلامي بحيث تواجه الباحث صعوبات جمة بسبب تنافر حقيقة هذا الموضوع في بطون العديد من الكتب وانعدام المراجع في الدراسات المقارنة حول مباحث القانون العام الإسلامي، خصوصا منه القانون الاداري في الإسلام.

ولذلك فإن أكبر مشكلة كانت تواجه الباحث في هذا الميدان هي تحديد المنهج المناسب للتعامل مـــع هـــذه الإشكالية؛ من حيث طريقة المقارنة بين الشريعة والقانون، التي كان سببها الرئيسي الفرق الزمني الـــتي يفصـــل القانون الاداري المعاصر عن التجربة الإسلامية المرجعية في التعامل مع فكرة النظام العام وتداعياتها على ممارســـة الحقوق والحريات؛ مما يجعل المقارنة بينهما صعبة وناقصة وغير دقيقة، ومن ثم كان من السهل أن نـــؤثر منـــهج

الدراسة المقارنة في كل من القانون الجزائري؛ والشريعة الإسلامية على نحو منفصل في بابين مستقلين؛ وفي خطة مزدوجة يتم التركيز فيها على نفس العناصر والمسائل؛ بما يحقق لكل نظام وحدة وتناسق تكون أقرب إلى التعـــبير عن حقيقته وأبعاده بعيدا عن تلك المقارنات المتكلفة والمجزأة؛ وما قد يعتريها من مسخ وتشويه.

ولكن الباحث وبتشجيع من فضيلة الأستاذ المشرف اتبع منهجا مغايرا يتناسب وموضوع الباحث وطبيعته من خلال **منهج المقابلة بهدف المقاربة** في ضوء مقاصد الشريعة ومبادئها العامة؛ وقد ساعد الباحث على هذا المنهج ملاحظته اشتراك كلا النظامين الوضعي والإسلامي في الغاية من تشريعهما ووضعهما؛ والمتمثل في **حفظ نظـــام الجماعة**؛ وبناء عليها تم إجراءات تلك المقارنات التقريبية، للخروج بحل لمشكلة الصدام بين حق السلطة في فرض **النظام** وبين حق الأفراد في **الحرية؟** في ضوء نظرية الموازنة بين المصالح والمفاسد.

وهذا رغم ما اعترض الباحث من صعوبة في جمع المادة العلمية -كما ونوعا- المؤهلة لأن يشعر الباحـــث بالشروع في عملية التحرير ومباشرة كتابة البحث جمعا وتحليلا وتنسيقا؛ وهذا فضلا عن ارتباطـــات موضـــوع الرسالة بمجموعة مختلفة من التخصصات في العلوم الإنسانية السياسية والقانونية بدءا بفلسفة القانون ونظرية الحق في القانون الخاص؛ ثم بمباحث القانون الدستوري؛ والقانون الإداري؛ وكذا النظام القـــانوني الحريـــات العامـــة؛ ومقاصد الشريعة؛ والأحكام السلطانية؛ ومباحث السياسة الشرعية.

ولعلى من بين أهم الصعوبات التي واجهت الباحث أيضا ولازالت حتى مع كتابة هذه المقدمة هي مســـألة التمييز بين السياسي والقانوني؛ فلا يخفى التداخل والتأثر المتبادل بينهما خاصة بالنسبة لموضوع هذه الأطروحـــة؛ وهو ما جعل الباحث يستبعد تطبيقات كثيرة سواء في التاريخ الإسلامي، أو في النظام السياسي الجزائري؛ نظـــرا لصعوبة الفصل بين ما هو من التدابير السياسية؛ وبين ما هو من التدابير الضبطية المحايـــدة؛ خاصـــة وأن الفقـــه والقضاء المعاصر؛ لم يصل بعد إلى معيار حاسم وموحد للتمييز بين أعمال السيادة المحصنة عن الرقابة القضـــائية؛ وبين الأعمال الإدارية الخاضعة لولاية القضاء الاداري؛ مكتفيا بمعيار **القائمة القضائية**.

فقد كان هذا الهاجس أحد أهم الإشكالات التي كانت تؤرق الباحث **خشية** أن يفهم هذا البحث على أنـــه **تبرير** لتصرفات السلطة النظامية أو أنه دفاع عن مختلف فصائل المعارضة على حساب جهات أخرى؛ سواء في أيام حكومات الخلافة الراشدة أو حتى في النظام الجزائري؛ لأنه حتى ومع التزام الباحث بالموضوعية في التعامل مـــع مختلف القضايا فإنها تبقى بالنسبة لغيره من الباحثين قابلة للتكييف الظرفي، والإســـقاط الـــواقعي؛ والتعســـف في التأويل؛ بحيث لا يجب أن يفهم أن القضايا المستقرأة في النظام الإسلامي يجب أن تقابل في كيفية التعامل معها بما يشابهها في القانون الجزائري لأن المسألة في الأخير ليست مسألة تشابه وقائع فحسب؛ بـــل مســـألة أشـــخاص وأوضاع ظرفية أيضا.

وفي ظل كل هذه الإشكالات المنهجية والعلمية والتطبيقية لم يكن أمام الباحث إلا أن يستعين بمـــولاه؛ طالبـــا العون والعفو في ألا يظلم أو يظلم، فيما أورده من قضايا وآراء؛ والشكر من بعده موفور لأستاذنا الفاضـــل **د/ لشهب أبو بكر** الذي كان بحق نعم الموجه والمشرف؛ فقد كان له الفضل الكبير في صياغة منهج البحث ونطاقه؛ وذلك بتقسيم هذه مادة هذه الأطروحة إلى **بابين** أولهما **نظري** هدفه تصوير العلاقة بين النظام العـــام وممارســـة

الحريات العامة وكيف يجب أن تكون في حالة السكون؛ من حيث مدي تأثر إحداهما بالأخرى؛ وثانيهما **تطبيقي** يجسد لانعكاسات؛ ومظاهر تأثير أساليب حفظ النظام في الحريات العامة تنظيما وتقييـــدا ومصـــادرة؛ بقصـــد الوصول إلى مدى صحة ادعاء فكرة النظام العام كمصدر لقيود الحرية؛ تنظيرا وتطبيقا؛ وحفاظا على التوازن بين المباحث والمطالب تم اعتماد أسلوب **الخطة الثنائية** كسبيل أضمن للمقارنة الجزئية، وعليه تكون الخطـــة علـــى الشكل التالي:

8- خطة البحث:

مقدمة عامة:

الباب الأول: علاقة حفظ النظام العام بممارسة الحريات العامة – عملية التأثير و التأثر المتبادل–.

– دراسة تأصيلية مقارنة في حالة السكون –.

الفصل الأول: تأصيل فكرة النظام العام في الشريعة والقانون الجزائري.

المبحث الأول: ماهية النظام العام في الشريعة والقانون.

المطلب الأول: مفهوم فكرة النظام العام في الشريعة والقانون.

المطلب الثاني: طبيعة فكرة النظام العام وخصائصه في الشريعة والقانون.

المبحث الثاني: عناصر فكرة النظام العام وعلاقتها بفكرة الحرية في الشريعة والفانون.

المطلب الأول: عناصر حفظ النظام العام ونطاق إعمالها– دراسة مقارنة–.

المطلب الثاني: دور فكرة النظام العام في تحديد نطاق ممارسة الحريات العامة –دراسة مقارنة–.

الفصل الثاني: فكرة النظام العام كمصدر للقيود الواردة على الحريات العامة—دراسة مقارنة–.

المبحث الأول: دور فكرة النظام العام في تقييد ممارسة الحريات العامة– دراسة مقارنة–.

المطلب الأول: هيئات وسلطات حفظ النظام العام في الشريعة والقانون.

المطلب الثاني: وسائل حفظ النظام العام ودورها في تقييد الحرية في الشريعة والقانون.

المبحث الثاني: أساليب الضبط الإداري في حفظ النظام العام وضوابطها في الشريعة والقانون.

المطلب الأول: دور فكرة النظام العام في توسيع أساليب سلطة الإدارة في مجال الحريات.

المطلب الثاني: ضوابط حفظ النظام العمومي كقيد على وسائل سلطة الضبط الإداري.

الباب الثاني: انعكاسات أساليب حفظ النظام العام في مجال تقييد ممارسة الحريات العامة.

– دراسة تطبيقية في حالة الحركة– دراسة مقارنة–

الفصل الأول: أثر أساليب سلطات حفظ النظام العمومي في تقييد ممارسة الحريات العامة.

في ظل الظروف الاستثنائية– دراسة مقارنة–.

المبحث الأول: دور نظرية الظروف الاستثنائية في توسيع سلطات حفظ النظام العمومي.

المطلب الأول: أثر حفظ النظام في توسيع أحكام المشروعية الاستثنائية في القانون الجزائري.

المطلب الثاني: مظاهر نظرية الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في النظام الإسلامي.

المبحث الثاني: مظاهر تأثر الحريات العامة من سلطات حفظ النظام في الظروف الاستثنائية.

المطلب الأول: مظاهر تقييد الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في القانون الجزائري.

المطلب الثاني: مظاهر تأثر الحريات العامة في ظل تطبيقات حالة الضرورة الشرعية العامة.

الفصل الثاني: أثر أساليب حفظ النظام العام في تقييد ممارسة الحريات العامة وضمانات حمايتها.

في ظل الظروف العادية- دراسة مقارنة-.

المبحث الأول: أثر سلطات الضبط الإداري في ممارسة الحريات العامة ما بين التنظيم والتقييد.

المطلب الأول: صور وتطبيقات تأثر الحريات العامة وقاية للنظام العام في القانون الجزائري.

المطلب الثاني: الأساليب المقيدة لممارسة الحرية حفظا لنظام الأمة في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: ضمانات حماية الحريات العامة في مواجهة سلطات حفظ النظام- دراسة مقارنة-.

المطلب الأول: الضمانات الفكرية والقانونية لحماية الحريات العامة ومدى فاعليتها.

المطلب الثاني: الضمانات القضائية والواقعية ودورهما في حماية الحرية - دراسة مقارنة-.

الخاتمة: مصحوبة بأهم النتائج والتوصيات.

البـــاب الأول:

عـــلاقـــة حفـــظ النظـــام العـــام بممارســـة الحريـــات العامـــة

"عملية التأثيـــر والتأثـــر المتبـــادل بينهما"

دراســـة تأصيليـــة تحليليـــة مقارنـــة في حالة السكـــون

الباب الأول: علاقة حفظ النظام العام بممارسة الحريات العامة – عملية التأثير و التأثر المتبادل– – دراسة تأصيلية مقارنة في حالة السكون –

تعد فكرة النظام العام من الأفكار المحورية التي يرتكز عليها أي نظام قانوني وضعيا كان أم شرعيا، فهي ذات وظيفة لا غنى عنها لأي منظومة تشريعية متكاملة باعتبارها صمام الأمان الذي يحفظها مما قد يتهدد أسسها وقيمها ومصالحها الضرورية، والتي يعبر عنها بالكليات الخمس في الشريعة الإسلامية؛ نظرا لما يترتب عن الإخلال بها من اختلال **لنظام الحياة** وسيادة للفوضى والفساد، ولذلك يلاحظ الباحث أنها فكرة متغلغلة في ثنايا النظرية العامة للقانون، والنظرية العامة للشريعة؛ يستخدمها المشرع كوسيلة لسن القواعد القانونية الملزمة للجميع بحيث لا يمكن الاتفاق على مخالفتها؛ وإلا كانت تحت طائلة البطلان، وهو ما يجعلها فكرة ذات وظائف متعددة وأبعاد متنوعة في تنظيم العلاقات الاجتماعية في أي مجتمع منظم سياسيا سواء كان مجتمعا علمانيا أو مجتمعا مذهبيا.

كما تظهر محورية هذه الفكرة الحيوية أيضا اعتبارها **آلية مؤطرة** لتدخل السلطة العامة في النشاط الفردي بقصد التنظيم وتحقيق التوازن بين السلطة والحرية. ذلك أن حفظ النظام في المجتمع شرط جوهري وضمانة أساسية لممارسة الأفراد لحقوقهم الفردية وحرياتهم العامة في الشريعة والقانون معا، خلافا لمن يرى تعارضا بينهما؛ فالتعارض الحقيقي إنما يحصل بين السلطة والحرية والذي من أجل تحقيق التعايش السلمي بينهما تم التأسيس للفكر القانوني الدستوري كآلية لخلق التوازن؛ مما يمكن معه اعتبار المشرع هو المصدر الرئيس لتحديد فكرة النظام العام وعلاقتها بالحرية نظرا للارتباط الوثيق بينهما.

ولعل ما يؤكد هذه العلاقة بين النظام العام والحرية **هو اعتبار غالبية** الفكر الديمقراطي أن فكرة النظام العام هي المصدر للقيود الواردة على الحريات العامة من طرف السلطة الضبطية.[1] وان كان الباحث يفضل اصطلاح **حدود الحرية** على مصطلح قيود الحرية لما ينطوي عليه **مصطلح حدود الحرية** من بيان نطاق ممارسة الحرية في إطار الحراك الاجتماعي وقيم الجماعة.

ومن هنا تبرز أهمية هذه الفكرة و دورها الفعال في التدخل الحكومي لرقابة النشاط الفردي؛ وبالتالي إعطاء المشروعية لمجموعة الامتيازات والأساليب الإدارية التي تستخدمها سلطة الضبط لتقييد الحريات أو مصادرتها في التنظير الديمقراطي، مما يستوجب معه ضرورة ضبط مفهوم هذه الفكرة ومحاولة تأطيرها بمجموعة من الضوابط تجعلها مجرد وسيلة لممارسة الأفراد لحرياتهم وليست هدفا أصليا؛ الأمر الذي يجعل منها مجرد فكرة نسبية مثلها مثل فكرة الحرية؛ كونهما قيمتين نسبيتين، تجمعها علاقة التعاون والتأثير المتبادل؛ لخدمة الصالح العام، وهذا ما سيتم تفصيله كما يلي:

الفصل الأول: تأصيل فكرة النظام العام في الشريعة والقانون الجزائري.

الفصل الثاني: فكرة النظام العام كمصدر للقيود الواردة على الحريات العامة– دراسة مقارنة–.

[1] – د/ محمد عصفور؛ وقاية النظام الاجتماعي كقيد على الحريات العامة. رسالة دكتوراه جامعة القاهرة سنة 1961–.

الفصل الأول: تأصيل فكرة النظـــام العـــام في الشريعة والقانون الجزائري.

تمثل حماية النظام العام في المجتمع الغرض الجوهري من وظيفة الضبط، فليس لهيئات الضبط استخدام سلطاتها لتحقيق أهداف أخرى غير ذلك وان تعلقت بالمصلحة العامة، وذلك أن أهداف الضبط الإداري هـــي أهـــداف مخصصة ليس للإدارة أن تخرج عليها؛ أو أن تتخذ منها ستارا للتوصل إلى أهداف أخرى مشروعة أو غير مشروعة وذلك عملا بقاعدة تخصيص الأهداف التي استقر عليها القضاء الاداري الحديث.

وترتيبا على ذلك يمكن التأصيل لفكرة النظام العام بأنها إحدى صور المصلحة العامة التي تمثل الأساس الـــذي يقوم عليه القانون الإداري، فهي الغاية الوحيدة لسلطات الضبط الإداري التي يجب أن لا تحيد عنها، وإلا كـــان نشاطها معيبا بالانحراف في استعمال السلطة الضبطية؛ لما في ذلك من تقييد للحريات العامة و تضييق في ممارســـة النشاط الخاص يستوجب معه صيانة هذه الحريات من تغول سلطة الضبط في انتهاك الحريات لدواعي حفظ النظام العام.

وهذا ما يظهر من خلال استعراض أساليب ووسائل سلطة حفظ النظام العام المتنوعة والمتعددة التي خولهـــا المشرع للإدارة من أجل فرض النظام أو إعادة استتبابه والتي قد يساء ويتعسف في استعمالها بما يؤثر سلبا علـــى ممارسة الحرية تقييدا ومصادرة.

الأمر الذي يدفع إلى ضرورة ضبط فكرة النظام العام باعتبارها فكرة قانونية كباقي الأفكار القانونية الأخرى التي من أهم خصائصها التحديد والوضوح، مع تسليم الباحث بخصوصيتها كونها إحدى أهم الأفكار القانونيـــة القابلة للتكيف مع ظروف الزمان والمكان والفلسفة السياسية السائدة في المجتمع. ولكن لا يمنع ذلك أبـــدا مـــن محاولة تحديد مدلول ومضمون هذه الفكرة التي أقر المشرع بصعوبتها وباستعصائها على التحديد الدقيق.

فبناء على هذا التحديد لمضمون هذه الفكرة يكون النشاط الإداري الضبطي مضبوطا ومقيدا سلفا بمضـــمون النظام العام وعناصره المحددة و التي لا يتعدى إلى عناصر ومظاهر المصلحة العامة الأخرى؛ بحيث لا يمكـــن معـــه لسلطة حفظ النظام استعمال سلطتها التقديرية الواسعة في استعمال وسائل حفظه وإنما وفقا لما حـــدده المشـــرع وتحت رقابة القضاء وهذا ما سيتم بحثـــه من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: ماهية مدلول فكرة النظام العام في الشريعة والقانون.

المبحث الثاني: عناصر فكرة النظام العام ونطاق تطبيقها في الشريعة والقانون

المبحث الأول: ماهية مدلول فكرة النظام العام في الشريعة والقانون.

ترتبط فكرة النظام العام نشأة وتطورا بظهور فكرة الدولة القومية حيث المجتمع المنظم سياسيا والمقسم إلى حكام ومحكومين؛ وهي بذلك فكرة متصلة اتصالا مباشرا بالمجتمع كونها مستمدة من مجموع القواعد المعبرة عن القيم والأسس العليا الكامنة في ضمير الجماعة مما يجعلها صمام الأمان لهوية المجتمع وحفظ ثوابته؛ لما تقوم به من ترجمة لهذه القيم والأصول الدينية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية في صورة قواعد قانونية تسمو وتعلو على القواعد العادية بهدف توفير حماية فعالة تضمن عدم اختراقها من كل تهديد أيا كان مصدره.

ومع هذه الوظيفة السامية في حفظ قيم المجتمع ودفع حركة أفراده نحو تحقيق أهدافه تكون فكرة النظام العام أحد أهم الأفكار القانونية الكبرى التي لا يساهم رجل القانون وحده في تحديد كنهها وتأطير مضمونها؛ بل يشاركه فيها صائغو ضمير الأمة ومفكروها كل في مجال تخصصه؛ مما يجعلها بحق مفصل من مفاصل الربط بين مختلف علوم السياسة والاجتماع والاقتصاد؛ الأمر الذي سينعكس سلبا على تحديد طبيعة هذه الفكرة المتنوعة الاستخدام، وقد ثار التساؤل في الفقه القانوني حول مدى **وحدة** معنى هذه الفكرة؛ ومدى تعدد معناها بشكل يجعل معناها متناقضا أحيانا؛ وغامضا في الغالب.

و لم يتوقف الأمر عند تعدد منابع الفكرة بين مختلف العلوم الإنسانية بل تعداه إلى تغلغل فكرة النظام العام في ثنايا النظرية العامة للقانون؛ إذ تجد مكانا بارزا لها في مختلف أفرع القانون بقسميه العام والخاص؛ فهي في القانون الخاص مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح الأساسية والعليا في المجتمع في شكل قواعد آمرة وناهية يمنع على الأفراد الاتفاق على مخالفتها في الحال والمآل؛ كونها تهم مصلحة المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد وهي بذلك تعد قيدا جوهريا على الحرية التعاقدية والمدنية. وهي في القانون العام تعتبر هدفا يجب أن تبتغيه سلطات الضبط التشريعي والإداري والقضائي من أجل إشاعة الأمن العمومي وصيانة الصحة العمومية وتوفير السكينة العامة الأمر الذي يستدعي معه البحث في جوهر هذه الفكرة **بقراءة متأنية** في مختلف القوانين لتحديد نطاق استخدامها والوظائف المنوطة بها وهذا يتطلب تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم فكرة النظام العام في الشريعة والقانون

المطلب الثاني:طبيعة فكرة النظام العام وخصائصها في الشريعة والقانون

المطلب الأول: مفهوم فكرة النظام العام في الشريعة والقانون

لما كانت فكرة النظام العام فكرة لصيقة بالمجتمع، كونها ظهرت بنشأته وتطورت معه واتسع معناها ومداها مع الوقت لتغزو مجالات جديدة وعديدة. فإنها تعد فكرة متطورة ومتغيرة في المدلول والمضمون تطور وتغير المجتمع ذاته، وهو ما يعود في ناحية بالإيجاب على نظام الجماعة بحفظ قيمها العليا؛ ويعود من ناحية أخرى بالسلب على الحقوق والحريات العامة؛ لما تتعرض له من تقييد وتضييق من طرف السلطة العامة تحت مبررات حفظ النظام العام، ومن هنا تظهر **حتمية التلازم بين النظام العام والحرية العامة**؛ في تحديد مدلول كل منهما، خلافا لمعظم الدراسات التي تناولت مضمون هذه الفكرة بعيدا عن علاقتها بفكرة الحرية.

وهو ما حاول الباحث تفاديه، من خلال الاعتماد على هذه الحتمية الأخيرة كعنصر فعال في تحديد مفهوم فكرة النظام العام على أساس أن **حقيقة فكرة النظام العام في أغلب الأنظمة القانونية المعاصرة تهدف إلى توفير المناخ المناسب لممارسة** جميع الأفراد **لحرياتهم**؛ وليس لحماية السلطة، ومما يؤكد ذلك أن الحرية هي الأصل في النظام الديمقراطي والنظام العام هو الاستثناء، فلا يمكن الحظر المطلق للحرية بدعوى حفظ النظام؛ في أبجديات هذا النظام؛ غير أن هذا المعنى ليس على إطلاقه في الشريعة الإسلامية كما سيتضح لاحقا، وبهذا فان دخول فكرة الحرية كعنصر بناء في ضبط مضمون النظام العام والتي تعتبر بدورها فكرة مرنة ونسبية[1] وهو الأمر الذي سيصعب من عملية تأطير مفهوم محدد للنظام العام بمعزل عن تحديد فكرة الحرية.

الأمر الذي يدفع إلى التساؤل عن ماهية هذه الفكرة؛ وطبيعة مضمونها؛ وحقيقة أبعادها؛ ووظائفها ومجالات تطبيقها في الفكرين الوضعي والإسلامي؛ كل ذلك بهدف إدراك سر اعتبار الفكر الديمقراطي لهذه الفكرة مصدرا لحدود ممارسة الحرية وللقيود التشريعية والتنظيمية الواردة عليها؛ وهذا ما سيتم دراسته دراسة مقارنة في فرعين في محاولة من الباحث للمقاربة بين مدلول النظام العام في كل من الشريعة والقانون الجزائري ما أمكن، أو على الأقل البحث عن عناصر التقابل بينهما؛ ليتم بعدها إجراء المقارنة الجزئية لتحديد مدى تطابق مضمون ومعالم هذه الفكرة في القانون الجزائري المقارن وفي مصادر التأصيل الإسلامي وتطبيقاتها على النحو الآتي :

الفرع الأول: التعريف بفكرة النظام العام في الفقه القانوني الوضعي

الفرع الثاني: تحديد مدلول النظام العام الشرعي في الفقه الإسلامي.

[1] –دة/ سعاد الشرقاوي؛ نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني. دار النهضة؛ ط1989.

الفرع الأول: التعريف بفكرة النظام العام في الفقه القانوني الوضعي

الواقع أنه ما من مصطلح شاع وذاع بين رجال القانون مثل مصطلح النظام العام **إذ** تعتبر فكرة النظام العام من أبرز الأفكار القانونية التي أثارت جدلا واسعا في أوساط الفقهاء؛ نظرا لما يكتنفها من نسبية ومرونة واختلافها باختلاف الزمان والمكان؛ الأمر الذي يجعلها تتواجد في مختلف الأنظمة القانونية المعاصرة بأطياف متنوعة وبمفاهيم مختلفة؛ نظرا كونها تمثل الأسس التي تقوم عليها الجماعة بحيث تكون مكوناتها نفسها مكونات الحياة الاجتماعية المتطورة بطبيعتها، الأمر الذي يجعل منها ذات مفهوم متغير في استعمالات المشرع والقاضي وفقهاء القانون.

ولذلك يعتبر من أكثر الأمور صعوبة وضع تعريف جامع مانع للنظام العام، ويرجع ذلك إلى الطبيعة الخاصة لتلك الفكرة، حيث تعتبر فكرة النظام العام من الأفكار النسبية ذات المدلول العام المرن، فهي تختلف من دولة إلى أخرى، بل ومن منطقة لأخرى داخل الدولة الواحدة ومن زمن لآخر وذلك وفقا لفلسفة النظام السياسي السائد، ومما زاد في اتساع مضمونها ومن ثم جعل مهمة تعريفها أصعب؛ أو على الأقل وضع تعريف مستقر وثابت يمكن الانطلاق منه في تحديد الفكرة اتجاه بعض الباحثين إلى اعتبارها فكرة **ذات طبيعة سياسية** متغيرة حسب نظام الحكم في الدولة.

مما دفع بغالبية الفقه[1] إلى اعتبارها فكرة غامضة وعائمة من جهة؛ وفكرة مرنة ومتطورة تأبى أن تكون مقيدة بتعريف ثابت أو تحديد مستقر من جهة ثانية، لهذا لا يملك المشرع أن يحدد لها مضمونا لا يتغير ولا أن يعرفها على وجه محدد فيشوه طبيعتها ويمنعها من أن تؤدي وظيفتها، وكل ما يستطيع المشرع أن يفعله هو أن يعرفها بمضمونها فحسب تاركا للقضاء والفقه أمر تحديد التصرفات التي تعد مناهضة للنظام العام[2].

وهذا ما سيتم تناوله بالتدريج في كل من الفقهين الوضعي- خصوصا منه الفقه القانوني الجزائري-؛ وفي الفقه الإسلامي محاولة لرصد معالم هذه الفكرة **في** مصادر التأصيل الإسلامي وتطبيقاتها من خلال هذين العنصرين:

أولا: تحديد فكرة النظام العام في الفكر القانوني

ثانيا: تأصيل مضمون فكرة النظام العام في الفقه الوضعي.

---

[1] – ينظر في تفصيل مضمون فكرة النظام العام في الفقه الغربي والعربي إلى تلك الدراسات الأكاديمية لنيل شهادة الدكتوراه و التي منها على سبيل المثال: رسالة الأستاذ **بول برنارد**؛ فكرة النظام العام في القانون الإداري الفرنسي سنة 1958؛ ورسالة د/ **عماد البشري**؛ فكرة النظام العام بين النظرية والتطبيق – دراسة مقارنة-؛ جامعة الإسكندرية سنة 2002 ؛ ورسالة **د/ محمد محمد بدران**؛ مضمون فكرة النظام العام في مجال الضبط الإداري؛ سنة 1992؛ ورسالة **د/محمد عصفور** حول وقاية النظام الاجتماعي كقيد على الحريات العامة. ورسالة د/ حلمي خيري الحريري؛ وظيفة البوليس في النظم الديمقراطية؛ رسالة دكتوراه سنة 1989؛ أكاديمية الشرطة؛ القاهرة؛ هذا فضلا عن المصادر والمراجع العامة في القانون العام دستوري؛ إداري؛ جنائي؛ ومراجع القانون الخاص خاصة قانون العقود؛ والقانون الدولي الخاص؛ وقواعد حماية المستهلك؛ فقد **أجمعت كل هذه المراجع والدراسات على صعوبة تحديد مفهوم فكرة النظام العام** كفكرة ضابطة للعلاقات القانونية في إطار الدولة.

[2] – د/حلمي خير الحريري؛ وظيفة البوليس في النظم الديمقراطية؛ رسالة دكتوراه؛ أكاديمية الشرطة؛ القاهرة 1989؛ ص64

أولا: تحديد فكرة النظام العام في الفكر القانوني:

يختلف الفقهاء في تحديد فكرة النظام العام ويرجع ذلك الاختلاف إلى أن المشرع- رغم كثرة النصوص القانونية التي تتحدث عن حفظ النظام العمومي- لم يضع تعريفا ثابتا لها؛ وذلك لأنها فكرة في نظره تأبى أن يكون التعريف والتحديد أحد خصائصها لمرونتها ونسبيتها؛ إذ هي تختلف باختلاف الزمان والمكان. وهي بذلك تعتبر فكرة من أدق الأفكار القانونية من حيث نطاقها وطبيعتها، فهي ذات مفهوم قانوني متغير إذ أن المشرع عندما يستعملها ليس للدلالة على مقصد واحد، بل إن معناها يختلف من قانون لآخر، كما أن القاضي في استناده إليها في ذات الحكم أو بين الحكم والآخر نجده يخرجها عن نطاق التقييد إلى مدلولات متعددة تبعا للزاوية المنظور منها إليها. ورغم ما تحتله هذه الفكرة من أهمية قصوى نظرا لارتباطها الوثيق بالصالح العام للجماعة، إلا أننا نجد أن المشرع الجزائري على غرار غيره من المشرعين لم يحدد مدلولها، وترك ذلك للفقه والقضاء.

وفي هذا الشأن اختلفت الآراء[1]حول تعريف النظام العام نظرا لمرونة فكرته ونسبتيها وتغيرها وفقا للزمان والمكان؛ ولكن مع التسليم بوجود صعوبات تعترض سبيل تحديد ماهية النظام فان ذلك لا يعني ترك هذه الفكرة بلا تحديد **لإطارها القانوني وحصر لأبعادها** خاصة على مستوى ممارسة الحريات تنظيما وتقييدا؛ فمن المعلوم من القانون بالضرورة أن جميع الأفكار القانونية يشترط المشرع في قانونيتها ضرورة التحديد لماهيتها بما في ذلك مصطلح النظام العام و الحرية؛ والمصلحة[2].

فالنظام العام **ظاهرة قانونية محايدة؛**[3] توجد في القانون الخاص كما توجد في القانون العام بل يمكن أن توجد لها تطبيقات حتى في الشريعة الإسلامية الغراء.مما يستوجب إعمال المسؤولية القانونية على مخالفة سلطة حفظ النظام للقانون بمفهومه الواسع.

أما عن النسبية والمرونة التي توصف بهما فراجع إلى تدخل الظروف الزمنية والمكانية في تقديره؛ والتي تنعكس في حقيقة الأمر على مدى ضرورة السلطة ذاتها في التدخل؛ أما النظام العام كفكرة ومضمون وكسبب للتدخل فهو أمر واضح ومحدد بالوجود المادي الملموس؛ فليست النسبية في فكرة النظام العام بقدر ما هي في السلطة التي تشرف على حفظ هذا النظام.[4]ويتبن من كل هذا أن صعوبة تحديد مدلول محدد للنظام العام يرجع إلى تعدد متطلبات النظام العام؛ وتعسف السلطة في تسخيره لخدمة أغراض شخصية وسياسية بعيدة عن مقتضيات أمن الجماعة ونظامها العام[5]

---

[1] – ينظر إلى هذه الآراء الدراسات الأكاديمية لنيل شهادة الدكتوراه ومنها على سبيل المثال: رسالة د/منيب الربيع؛ ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري؛ رسالة دكتوراه.

[2]- Paul Bernard . la Notion d ordre public en droit administratif. 1962. p 64

[3] – د/ محمد عصفور؛ البوليس والدولة؛ طبعة 1972؛ ص44 ؛ و ود/ فرحات محمد السبكي؛ الضبط الاداري والحياد الوظيفي؛ رسالة دكتوراه؛ سنة 2002؛ أكاديمية الشرطة القاهرة؛ ص .46

[4] – د ة/ عزيزة الشريف؛ دراسات في التنظيم القانوني للنشاط الضبطي؛ ص26

[5] – ود/ فرحات محمد السبكي؛ الضبط الاداري والحياد الوظيفي؛ رسالة دكتوراه ؛ سنة 2002؛ أكاديمية الشرطة القاهرة؛ ص 47

وعليه فانه من الأهمية بمكان وضع هذه الفكرة في إطار قانوني يحقق للسلطة مشروعية لأعمالها الضبطية في تدخلها لاستتباب النظام؛ ويسهل عملية رقابتها؛ ويساهم في بناء دولة الحق والقانون المنشودة؛ وهذا عين ما قام به الفقه رغم ما شابه من نقص منهجي في التعامل مع هذه الفكرة بمعزل و بعيدا عن مفهوم الحرية كعنصر جوهري في تفسير هذه الظاهرة القانونية.

1-محاولات الفقه والقضاء لضبط مفهوم النظام العام في الفقه الوضعي:

النظام العام L'ordre Public هو المحور العام الذي تدور حوله سلطات الضبط بمختلف أنواعه، وبالأحرى فإن صيانته هي الهدف الأساسي من إجراءات الضبط الإداري[1]؛ ومن أوجب واجبات السلطة العامة؛ تقوم به بحكم الضرورة واستنادا إلى وظيفتها الطبيعية[2]؛ فالسلطة العامة لا تتمكن هيبتها في نفوس المحكومين أو تنتظم مرافقها العامة دون استعانة بوسائل الضبط الإداري، من أجل إقرار السكينة وبث الأمن وتمكين الطمأنينة في نفوس أفراد المجتمع، ولا غرو فتلك وظيفتها، وكل صلاحيات الضبط الإداري إنما نيطت بها بقصد حماية الجماعة من غوائل الفتن وشرور العدوان على أفرادها في مهجهم وأموالهم وحرياتهم، وتجنبهم الأخطار والكوارث التي قد تلم بهم، حتى يكون الشعب لها من الشاكرين، وإن هي أدركت حقيقة ما تضطلع به لن تريد منه جزاء ولا شكورا على واجب كما يقال.ترتب على اتساع مضمون النظام العام وارتباطه الوثيق بالحريات العامة صعوبة في وضع تعريف جامع مانع أو حتى وضع تعريف مستقر وثابت له[3].

أ- موقف الفقه الفرنسي من مدلول فكرة النظام العام

اختلف الفقه في تحديد المقصود بفكرة النظام العام هل هي حالة واقعية؟ أم هي حالة شعورية؟ أم خلقية؟ فالعميد **موريس هوريو** عرفه بأنه "حالة واقعية عكس الفوضى، وعندئذ يكون النظام العام، معدلا يستخدم لوصف وضع سلمي هادئ"[4]؛ وإلى ذات المعنى ذهب **Blavoet** حيث ذكر أن "الضبط نظام موضوعه تدارك أي إخلال محدق بالنظام العام أو يوقفه إن كان قد وقع".[5]

---

[1]- د/ صلاح الدين فوزي؛ القانون الإداري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993، ص 433.

[2]- د/ محمود سعد الدين الشريف؛ النظرية العامة للضبط الإداري، ص 160.

[3] - فلقد كتب مفوض الدولة Letourneur في تقرير له يقول:" أن فكرة النظام العام مبهمة، إن غموض غائية النظام العام والطابع الظرفي له يأتيان من تعدد المقتضيات التي يواجهها – إن الضبط الإداري- ليس مكلفا فقط بحماية الدولة ضد الأخطار التي تهددها، بل عليه أن يحمي الفرد من الأخطار التي لا يمكنه استبعادها مهما كان مصدرها، لذلك ليس من الممكن حصر تلك المقتضيات ذات المضمون المتغير في صيغة محددة، إن تلك حقيقة أدركها الفقه والقضاء ، أيضا فلقد ذهب البعض إلى أن آراء الفقه لم تتباين في وضع تعريف أكثر من تباينها في تعريف النظام العام، فالنظام العام على حد قول Jaipot يستمد عظمته من ذلك الغموض الذي يحيط به، فظل متعاليا عن كل الجهود التي بذلها الفقهاء تعريفه. ينظر د/ عادل أبو الخير؛ الضبط الاداري وحدوده؛ الناشر الهيئة المصرية العامة للكتاب طبعة 1995؛ ص150.

[4] - M. Haurion.Droit administratif.p549

[5] - Blavoet :des recoures juridictionnelles contre les mesures de police, thèse ; Paris, 1908. p 15.

أما الفقيه **Georges Burdeau** فقد تبنى اتجاها موسعا لتعريف النظام العام، بجعله فكرة ذات مضمون واسع Signification Très Large تشمل النظام المادي الأدبي والاقتصادي .

وبذلك يتسع لدرجة كبيرة تشمل جميع نواحي النشاط الاجتماعي.[1] وهذه الفكرة استوحاها Lois Lucas ليجعل مدلول النظام العام يختلف تبعا لاختلاف البيئات والأزمات والملابسات؛ مما يجعله كما يقول **كريستوف فينبر** مبدأ غامضا لأنه يختلف بحسب الوقائع والظروف والوضع المجتمعى وأصول وأهداف المجموعة تبعا للفلسفات والأخلاقيات والسياسيات".[2] وهو بذلك فكرة متغيرة وعائمة L'ordre Public Est Variable et Flottante تفاوت حدود مدلوله بتفاوت أهمية الحريات ومنازلها[3].

وهو ما عبر عنه بوضوح **شارل ديباش** Charles debbashe في تعريفه للنظام العام بأنه "مفهومه متغير يلخص روح الحضارة وحقبة من الزمن وينطوي على مجموعة من المتطلبات التي تعتبر أساسية لحماية الحياة الاجتماعية"[4]

و نظرا لتلك الطبيعة الخاصة للنظام العام فلقد عرفه البعض "بأنه أحد تلك التعريفات الثابتة ذات المضمون المتغير الذي يتعلق بقضائنا العالي الإداري، والذي وإن كان يحل بعض المشاكل إلا أنه يترك الباب مفتوحا أمام التطورات المستقبلية[5].

هذا ولقد ذهب **البعض**[6] في تعريفه للنظام العام إلى إضفاء الطابع السلبي على تلك الفكرة، ووفقا لذلك يعرف

حيث قال: "La police est une institution qui a pour objet on imposant des restrictions à la liberté individuel sous une sanction pénal de prévenir tout trouble imminent de l'ordre public, ou de la faire cesser des qu'il s'est produit…"

[1] - Georges Burdeau : traité de science politique ; 1948,p.143

[2] – كريستوف فينبر في بحثه القيم في دورية القانون الدستوري تحت عنوان: النظام العام في فقه قضاء المجلس الدستوري –باللغة الفرنسية "؛ بحيث يرى أنه يلزم على الأفراد في كل مجتمع احترام مجموعة تضيق وتتسع من القواعد التي لها الأولوية المطلقة، والتي يطلق عليها عبارة "النظام العام"، فكلمة النظام **(Ordre)** توعز بفكرة التوجيه والأمر والترتيب، وإضافة العمومي أو العام إليها تبرز أسبقية المصلحة العامة على المصلحة الشخصية الخاصة؛ مشار إليه عند د/عبد الله بن بيـــّه؛ معالم وضوابط التواصل مع الآخر ووسائله وآلياته" مقالة منشورة على الانترنت مقدمة إلى مؤتمر " نحن... والآخر" وزارة الأوقاف بدولة الكويت 6-8 مارس 2006 ؛ ص08 .

[3] – دة/ عزيزة الشريف؛ دراسات في التنظيم القانوني للنشاط الضبطي؛ ص29

[4]- Charles debbash : droit administratif, 3éme éd. Cujas, paris, 1971,P.232. –حيث يقول "l'ordre public est une notion eminement variable, il résume esprit d'une civilisation et d'une époque et l'ensemble des exigences reconnus comme étant fondamentales pour la protection de vie sociale".

[5] –C.E .18 décembre 1959, société les films lutétia et syndicat française des producteurs et exportateur de films D, 1960, 171.

[6] – ينظر إلى هذه التعريفات عند د/ عادل أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، ، ص 176 والهامش ص 177 على التوالي. وينظر أيضا تحليلا حول الطابع السلبي في تعريف فكرة النظام العام عند د/ محمد عصفور؛ رسالته السابقة؛ ص152

بأنه" **حالة واقعية تعارض حالة واقعية أخرى هي الفوضى والاضطرابات**" وبنفس المعنى فلقد عرفه البعض بقولهم "أن غرض الضبط سلبي تماما وأن شعاره **لا اضطرابات**" .

ونلاحظ على هذه التعريفات والتي تعطي للنظام العام طابعا سلبيا بمعنى اختفاء الاضطرابات أنها كانت تلائم الفكرة السلبية للوظيفة الإدارية قديما؛ والتي كانت تتوافق مع الفكر الفردي، هذا فضلا عن أن الضبط كان محليا بصفة أساسية وكانت غايته الوحيدة الإبقاء على الوضع القائم، غير أن تلك الفكرة السلبية للوظيفة الإدارية قد اختفت وحل محلها الاتجاه الإيجابي في تحديد واجبات الدولة لتحقيق خير الجماعة ورفاهيتها وذلك بسبب اتساع دور الدولة وتزايد تدخلها في الحياة الاقتصادية والاجتماعية.

ولقد ترتب عنه أن تابع النظام العام اتساع دور الدولة فاتسعت فكرته واكتسبت طابعا إيجابيا وصارت غاياته متنوعة تنوعا بالغا؛ وفي هذا الخصوص ذهب البعض من الفقه الغربي إلى" أن حفظ النظام ليس فقط سلبيا، بل يمكن أن يكتسب طابعا إيجابيا ووقائيا[1]، وأحيانا طابعا إنشائيا، وخاصة في مجال التراخيص البوليسية والتي يمكن أن تكون لها أهمية كبرى في نظام حياة المدنية"[2].

و لم يتوقف الأمر عند هذا الحد فقط من الاتساع في المضمون وفي تعدد صورها وتنوع غاياتها؛ بل امتد إلى أن صارت فكرة محورية في كل **أفرع القانون** بشقيه العام والخاص؛ وهذا ما ذهب إليه بعض الفقه في تعريفهم للنظام العام "بأنه ذلك التنظيم الذي يتسع ليشمل جميع أبعاد النشاط الاجتماعي."[3]

---

[1] – ومن هذا القبيل منع الحكومة البريطانية عرض فيلم يمس شخصية المسيح عليه السلام في بريطانيا بحجة أنه يسيئ إلى النظام العام – حماية لمشاعر المسيحيين من الإساءة – وعندما رفعت بعض الجهات المهتمة بحقوق الإنسان دعوى أمام محكمة حقوق الإنسان الأوربية ضد قرار الحكومة البريطانية باعتبار هذا الحظر منافيا لحق الإنسان في التعبير عن رأيه ونشر رأيه إلى آخر الحقوق المكفولة ، أصدرت المحكمة قرارها في القضية المعروفة" وقررت المملكة المتحدة هذا القرار بحيث "أيدت المحكمة موقف الحكومة البريطانية وذلك في 25 نوفبر 1996 لاشتمال الفيلم على الشتم والوقاحة ". ولكن من المفارقات العجيبة أن بريطانيا نفسها دافعت عن **سلمان رشدي** في مفترياته المسيئة إلى مشاعر المسلمين مع ما اشتمل عليه من وقاحة وتفاهة انه منطق النظام العام والاختلاف الحضاري؛ وعندما يشير إلى المبادئ غير المكتوبة فإنه يمنح للجهة التي تطبق القانون دورًا كبيرًا في تقدير نظرية "النظام العام" أو خلقها وكذلك للقاضي؛ وهو ما يجعل النظام العام يدخل في فقه القضاء أو عمل المحاكم، والواقع أن مجموع الحريات لا يمكن أن تكون مطلقة، فلو كانت كذلك لأدت إلى فوضى من كل نوع . ومن هنا تبرز فكرة "النظام العام" كوسيلة في يد السلطة لتبرير مشروعية قراراتها. مشار إليه عند د/عبد الله بن بيـــّه؛ معالم وضوابط التواصل مع الآخر ووسائله وآلياته" مقالة منشورة على الانترنت مقدمة إلى مؤتمر " نحن... والآخر" وزارة الأوقاف بدولة الكويت 6-8 مارس 2006 ؛ ص08

[2] – وفي هذا المقام يقول الفقيه الفرنسي Claude Kilein إنه ليس للضبط ذلك الطابع السلبي وشبه الرادع فحسب بل أيضا له طابع واق. و لم تعد وظيفة الضبط تقتصر على الاضطرابات فحسب بل تتدخل (ديناميكيا) في حياة المجتمع. فعلينا أن ندرك أن وظيفة الضبط لم تعد تقتصر على المحافظة على الأمن والصحة والسكينة بل أصبح للضبط الإداري وظيفة مختلفة وقابلة للتكيف ومن ثم فهي منظمة للحياة. نقلا عن رسالة د/ عادل أبو الخير؛ الضبط الإداري وحدوده؛ ص152

[3] – د/ سليمان عاشور شوايل، "مسؤولية الدولة عن أعمال الضبط الإداري في القانون الليبي والمقارن، جنائيا وإداريا"؛ ص111

و لم تخرج محاولات القضاء الإداري الفرنسي للتعريف بالنظام العام عما انتهى غليه الفقه؛ فقد أخذ في البداية بتعريف الفقيه **هوريو**، ولكنه ما لبث أن عدل عنه إلى الأخذ بالرأي الغالب في الفقه الذي يوسع من مدلوله، ليشمل النظام العام المادي والأدبي؛[1] وأضاف إلى عناصره التقليدية عناصر أخرى ابتداء منذ الحكم الهام الذي أصدره مجلس الدولة والخاص بشركة أفلام " **Lutetia**" والنقابة الفرنسية لمنتجي ومصدري الأفلام".

ويلخص د/ عادل أبو الخير تطور مجلس الدولة الفرنسي في توسيع مفهوم النظام العام ومضمونه نقلا عن ما ذهب إليه الفقيه **CASTAGNE**.[2] إلى مرحلتين:

-المرحلة الأولى (قبل 1909): سلم القضاء الفرنسي مبكرا بان لسلطة الضبط أن تتدخل في حالة انتهاك الآداب ذلك فلقد اعترف القضاء بصحة إجراءات الضبط التي تحرم على النساء ارتداء زي الرجال، وبشرعية قرار ضبط بحظر عرض مباريات الملاكمة بسبب ما تتسم به من عنف يمس الصحة الأخلاقية، وأيضا قضى بأن لسلطات الضبط أن تمنع عرض المطبوعات المخلة بالآداب والتي تصف الجرائم بشكل ينمي نزعة الإجرام عند الشباب.ويلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي في الأحكام السابقة كان يرفض تدخل سلطة الضبط لحماية الآداب ما لم يكن الإخلال بها مظهرا خارجيا يهدد النظام المادي، وبناء على ذلك فلا تحمي الآداب الاجتماعية[3] إلا بمناسبة حماية النظام العام المادي، ذلك فلم يكن القضاء يقر حماية الآداب كغاية للضبط إلا في حالات الضبط الخاص.

بناء على ما تقدم، نستطيع القول بأن الاتجاه القضائي لمجلس الدولة الفرنسي خلال هذه المرحلة يذهب إلى أن المحافظة على الآداب العامة من اختصاص سلطات الضبط الخاص، وأن سلطات الضبط العام لا حق لها في التدخل بحجة المحافظة على الآداب العامة مادام النظام العام المادي ليس مهددا[4].

- **المرحلة الثانية (من عام 1909)**: تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي نحو السماح لسلطة الضبط بالتدخل في بعض الحالات حماية النظام العام الخلقي بعيدا عن النظام العام التقليدي، بمعنى أنه يجيز لسلطة الضبط التدخل لحماية القواعد الأخلاقية الأساسية ولو لم يترتب على الإخلال بها تهديد بالاضطراب المادي[5]، وكان ذلك في

---

[1] - C.E ; 29 Janv.1937, société publication zed, DALLOZ, 1938, P.8
- C.E ; 17Jui,1941, Dame Devouard , DALLOZ,1942, P.12

2-(J).CASTAGNE. Le contrôle juridictionnel et la légalité des actes de police administratif. Droit paris 1964.P24

[3] – ومما تجدر ملاحظته والإشارة إليه أن القضاء لم يكن يضع الأخلاق أو السلوك الشخصي موضع الاعتبار، وإنما كان يضع في الاعتبار **الأخلاق الاجتماعية** وهو في ذلك لم يعلن في أي حكم من أحكامه تأييده لأخلاقية معنية، وإنما هو يترك استخلاص النظام الأدبي للتقريب المضطرد الذي يجرى بين أحكام فرعيه، ولهذا اتجهت معظم الأحكام إلى حصر الأخلاق في نطاق الضمير الداخلي، فلا تؤثم الخروج عليه؛ إلا حيث تحدث أشد الاضطرابات جسامة، ومن الواضح وفقا لهذا القضاء أن فكرة الأخلاقية تختلف عن الأخلاق أو السلوك وأن الحماسة مؤسسة على اختلاف الاضطرابات لا على مجرد المساس بالأخلاق . ينظر د/ عادل أبو الخير؛ رسالته السابقة؛ ص 178

[4] –د/ فرحات محمد السبكي؛ الضبط الاداري والحياد الوظيفي؛ رسالة دكتوراه ؛ سنة 2002؛ أكاديمية الشرطة القاهرة؛ ص50.

[5] – ينظر د/ محمود عاطف البنا؛ حدود سلطة الضبط الإداري، القاهرة، ص 18.

حكمه الشهير في قضية " **LUTETIA**" عام 1909[1]؛حيث سلم مجلس الدولة في هذا الحكم بسلطة العمدة في أن يحظر عرض أفلام سينمائية سبق أن أجازتها هيئة الرقابة على الأفلام إذا كان من شأن عرضها " بسبب طابعه اللا أخلاقي والظروف المحلية المضرة بالنظام العام"؛ وبعبارة أخرى" أن لا أخلاقية الفيلم[2] تشكل دافعا صحيحا، للمنع بل لعله هو القيد الرئيس في المنع الذي يجب على القاضي الإداري الانتباه إليه.ولكن مع ذلك يشترط زيادة على ذلك أن تكون مصحوبة بظروف محلية [3].

هذا ولقد كان من أهم النتائج في أعقاب حكم " **LUTETIA**"[4] والتي تقرر لسلطة الضبط التدخل حماية للنظام العام الخلقي، وبالتالي أصبح الاهتمام بالسلوك والأخلاق أمرا يمكن أن يشكل في ذاته هدفا مشروعا للضبط. ويترتب على هذا أن أصبح للنظام العام مضمونان: **مضمون مادي** يتمثل في غياب مظاهر الفوضى والاضطرابات، **ومضمون معنوي** يتمثل غياب مظاهر الإخلال بالآداب والأخلاق بما يمس الشعور العام.

2-موقف الفقه الجزائري من تعريف فكرة النظام العام:

ومن التعريفات التي يمكن أن ترسم -إلى حد ما- مدلول النظام العام تحديده بأنه " مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية".[5] أي أنه أمر يتعلق بتحقيق مصلحة عامة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، دون استطاعة أن نحصره في دائرة دون أخرى، كونه أمر متغير يضيق ويتسع حسبما يعده الناس في حضارة معينة مصلحة عامة، ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديدًا مطلقًا يتماشى مع كل زمان ومكان؛ لأن النظام العام شيء نسبي، وكل ما يمكن فعله كما

---

[1] - C.E. 18 Déc 1959, cosiété les films lutétia, précité.

[2] - ويقصد بالطابع **اللا أخلاقي للفيلم**: لم يبين الحكم في دعوى " LUTETIA" ما كان لدى مجلس الدولة الفرنسي من مفهوم للنظام فلقد ذهب البعض إلى أنه " من الصعوبة البالغة أن تحدد عناصر الجانب المعنوي أو الأخلاقي لمفهوم النظام العام وفي هذا كتب مفوض الدولة " MAYRA" يقول " من الصعب حصر مفهوم اللاأخلاقية، لذا فإنه يتعين على القاضي أن يبحث في كل حالة عما إذا كانت تلك اللا أخلاقية ذات طبيعة تبرر قانونا منع العرض بالنظر إلى الظروف المحلية، أن ذلك التأكيد الهام من شأنه تهدئة، المخاوف لدى أولئك الذين يخشون أن يروا الآداب ا لعامة كغرض مشروع للضبط، فيظل تقييم أخلاقيات الفيلم ذاتية تماما،ينظر إلى :

- CASTAGNE(J): op. cit. , p37

[3] - يقصد **بالظروف المحلية**. أن القرار الصادر بالمنع لم يوضح الظروف المحلية التي استند إليها لتبرير المنع، فلقد كان شديد الاقتضاب حول هذه المسألة ونستطيع أن ندرك اقتضابه إذا أخذنا في الاعتبار ان الظروف المحلي الوحيد الذي استند غليه عمدة مدينة NICE كان موجه الفجوة التي اجتاحت المدينة في أوائل عام 1954، والحقيقة كما يقول د/عاطف البنا أنه لكي ينفى مجلس الدولة عن نفسه دور حارس الأخلاقيات، أضاف علاوة على ذلك، أنه لتبرير المنع يجب أن تكون إلى جانب لا أخلاقيات الفيلم ظروف محلية معينة علما أن عبارة" الظروف المحلية" والواردة في حكم " LUTETIA"اصطلاح تقليدي في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في مادة الضبط، لان احتمال الاضطرابات في أعقاب عرض أحد الأفلام إنما يعتبر أمر نظري جدا، لذلك فإن السبب الثاني ويقصد به الطابع اللا أخلاقي لفيلم، هو ا لذي يجب أن يكون موضع الاهتمام. ينظر عادل أبو الخير؛ رسالته السابقة ص178

[4] -Les Grands arrêts. 15édition. Dalloz . 2005.p485.

[5] - ينظر قريبا من هذا التعريف د/ سمير تناغو؛ النظرية العامة للقانون؛ منشأة المعارف؛ الإسكندرية؛ ص91

يقول السنهوري؛ هو أن يوضع معيار مرن يكون معيارًا للمصلحة العامة، بما يجعل تطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى".

ويلاحظ على هذا التعريف أن فكرة النظام العام فكرة مرنة، نسبية ومتغيرة بتغير الزمان والمكان [1]، فما يعتبر من النظام العام في بلد، لا يعتبر كذلك في بلد آخر، وما يعتبر من النظام العام في زمن قد لا يعتبر كذلك في بلد آخر ولو في ذات البلد ومثال ذلك تعدد الزوجات والذي نجد أن بعض البلدان تمنعه لمخالفته للنظام العام في حين أن بلدان أخرى تبيحه لأن ذلك لا يندرج ضمن فكرة منافاة النظام العام مادامت تشريعاتها الوضعية أو الدينية تسمح بذلك[2]. ولهذا عبر عنه بعض القانونين الغربيين بأنه مبدأ غامض، وأن هذا **الغموض متعمد** ليتيح للسلطات المعنية تقدير الحاجة إلى التدخل مثلاً، فهو غموض يؤسس للمرونة التي يقصد المقنن إليها لتحقيق المصلحة المتوخاة[3] .

فقواعد النظام العام هي إذن مجموعة النظم التي يراد بها تأمين سير المصالح العامة في الدولة وضمان الثقة وحسن الآداب في علاقات الأفراد فيما بينهم؛ بحيث لا يجوز لهؤلاء استبعادها في اتفاقاتهم أو الاتفاق على عكسها، فإن هم خرجوا عن هذا النظام باتفاق خاص كان هذا الاتفاق باطلا[4].

وقريبا من هذا المعنى تعريفه بأنه الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يسود المجتمع في وقت من الأوقات بحيث لا يتصور بقاء المجتمع سليما دون استقرار هذا الأساس، وأن المجتمع ينهار بمخالفة المقومات التي يقوم عليها هذا الأساس؛[5]وأنه مجموعة الأحكام الجوهرية ذات المضمون الأساسي في المحافظة على الجماعة والنهوض بها.[6]

ومن ذلك أيضا أنه مجموع الشروط اللازمة للأمن والآداب العامة التي لا غنى عنها لقيام علاقات سليمة بين المواطنين وبما يناسب علاقاتهم الاقتصادية، وكذا تعريفه بأنه: **"استتباب النظام المادي في الشوارع"**.[7]

وعلى النقيض من ذلك وخروجا عن الطابع السلبي الذي أضفاه هذان التعريفان، اتجه فريق آخر إلى القول:" انه لا يمكن أن يعرف النظام العام التقليدي تعريفا سلبيا وهو اختفاء الإخلال وإنما يجب أن ينطوي على معنى إنشائي

---

[1] – نظرا لارتباطها الوثيق بأساسيات المجتمع كان اختلافها باختلاف القيم والمبادئ الأخلاقية والأسس الدينية التي يقوم عليها المجتمع لذلك كان تغيرها تبعا لتغير المبادئ والعقائد والمذاهب الفكرية والاجتماعية والسياسية في كل دولة ويمكن تعريفه أنه يلخص روح الحضارة ؛ د/ داوود الباز؛ حماية السكينة العامة، مرجع سابق، ص 102.

[2] – ينظر د/ عبد الكريم زيدان؛ نظرات في الشريعة الإسلامية؛ مؤسسة الرسالة؛ ط1؛ سنة 2000؛ ص81

[3] – ينظر د/عبد الله بن بيه؛ معالم وضوابط التواصل مع الآخر ووسائله وآلياته" مقالة منشورة على الانترنت مقدمة إلى مؤتمر " نحن... والآخر" وزارة الأوقاف بدولة الكويت 6-8 مارس 2006 ؛ ص5

[4] – د/بلحاج العربي؛ النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1؛ ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، سنة 1984، ص 149.

[5] –د/ محمد سعيد جعفور، مدخل العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، ص 117.

[6] – د/عصام أنور سليم، المدخل للعلوم القانونية في القانونين اللبناني والمصري، ج 01، الدار الجامعية للطباعة، 1997، ص 105.

[7] – د/محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الإداري، ص 12.

يتجاوز النتيجة المباشرة؛ ولهذا لم يعد الهدوء العام يتمثل في القضاء اختفاء الضجيج والاضطرابات الخارجية وإنما راحة السكان، ففي مجالي الأمن العام أو السلامة العامة وبوليس المرور وحماية الشواطئ لم يعد يفيد جانب المنع وإنما جانب التعاون، وفي مجال الصحة العامة اختفى الجانب السلبي لكي تحل محله سياسة عامة للتنظيم لتحقيق الترتيب المنسجم والعقلي للمدنية والحياة المدنية، فالنظام العام بعيد على أن يكون تجريدا منعزلا لا يسجل خلال المجرى الذي يحمل قانونا، ويبدوا أن ضرورات الحياة الحديثة تزود الفكرة القديمة بقوة حديثة"[1].

وترتيبا على ما سبق يمكن للباحث أن يبرز أن هناك تطور في مدلول النظام العام ففي مرحلة أولى كان لها **مضمون سلبي** يتمثل في اختفاء مظاهر الفوضى داخل المجتمع؛ وفي مرحلة ثانية صار لها **مضمون ايجابي** يتمثل في تدخل الدولة لوقاية النظام العام قبل اختلاله من كل ما قد يتهدده، وانطلاقا من هذا التحول في مضمون هذه الفكرة سينطلق الفكر الديمقراطي في التأصيل لفكرة مصدرية النظام العام للتدابير والإجراءات المقيدة للحريات العامة؛ وبالتالي التنظير لعلاقة التأثير المتبادل بين النظام العام وبين الحرية العامة.

ولقد ترتب على هذا الاتساع لفكرة النظام العام وتنوع أهدافها وتعدد صورها واختلاف مجالات تطبيقها أن ربطها الفقه بجميع أبعاد النشاط الاجتماعي. وذلك ما صعب من ضبط مفهومها وجعلها تستعصي عن التعريف الجامع المانع، حتى وصفت كما أشرنا إلى ذلك سابقا- أنها غلاف فارغ والحديث عنها مجرد كلام مطاط- بل تعدى الأمر إلى أبعد من ذلك فمن الفقه من اعتبرها فكرة سياسية،[2] وليست فكرة قانونية بحتة- وهذا ما فتح الباب أمام التشكيك حول مدى قانونيتها.

خلاصة القول في تقييم محاولات الفقه في تحديد مضمون فكرة النظام العام أن هناك بعض المحاولات الفقهية الجادة التي يجب الإشادة بها والتي ساهمت في تشكيل جوهرها؛ وبيان أدوراها، وتجلية مظاهرها وعناصرها، مثل ما قرره سابقا **العميد موريس هوريو** بأنه حالة واقعية **مناهضة للفوضى**؛ تستخدم لوصف وضع سلمي هادئ؛ ومن ثم يكون واجب سلطة الضبط التدخل من اجل تدارك أي إخلال محدق بالنظام العام أو بوقفه إن كان قد وقع؛ مما يعني قصر مفهومه على النظام العام المادي الملموس فقط" أي حفظ الأمن العام والصحة العامة؛ والسكينة العامة"؛ وهو ما سيساعد القاضي الإداري في مراقبته لأعمال الضبط الإداري بناء على مبدأ تخصيص الأهداف؛ أما حفظ النظام العام الأدبي أو المعنوي الذي يتعلق بالمعتقدات والأحاسيس فلا شأن له بها ولو كانت مخلفة لفلسفة النظام الاجتماعي، إلا إذا اتخذ الإخلال بالنظام الأدبي مظهرا خارجيا خطيرا من شأنه تهديد النظام العام المادي بصورة مباشرة[3].

وهناك اتجاه آخر يوسع من فكرة النظام العام يتزعمه الفقيه **مارسال فالين؛ وجورج بيردو** بحيث يشكل مجموعة الشروط اللازمة لحسن النظام وحفظ الآداب العامة والنظام الاقتصادي، وبذلك يتسع لدرجة كبيرة

[1] -د/عادل أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، رسالته السابقة؛ ص 177.

[2] -د/ مسعود شيهوب؛ المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ج.3 ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص 502.

[3] – د / محمد فؤاد مهنا ؛مبادئ وأحكام القانون الإداري ؛ مؤسسة شباب الجامعة ؛ طبعة 1973، ص643

تشمل جميع نواحي النشاط الاجتماعي[1] مما يمكن القول معه أن هناك ارتباطا وثيقا بين القانون والنظام العام يدفع المشرع إلى تحديد الملامح الرئيسة لمضمون النظام العام من خلال الإشارة إلى بعض صور المحافظة عليه والمحققة لوجوده.

ومرد هذا الارتباط يرجع إلى أن مكونات النظام العام هي بالفعل مكونات الحياة الاجتماعية نفسها، ولما كان القانون هو الذي ينظم سلوك الأفراد في المجتمع، وكان المجتمع بذاته متطورا، كان طبيعيا أن يكون مدلول النظام العام مدلولا مرنا تبعا لتطور فكرة القانون نفسها[2].ويرى البعض أن سمة تطور النظام العام مع المجتمع والقانون تضفي عليه صعوبة، يستعصي معها وضع تعريف محدد وجامع أو حتى مستقر وثابت.[3]

وبالتالي فان أغلبية الفقه يعتبرها على حد تعبير د/ يلس شاوش **مفهوما غامضا غير محدد المعالم**[4] بسبب مرونته ونسبيته إلى حد وصفها بأنها **فكرة متغيرة وعائمة ومطاطية** على حد تعبير الفقيه شارل ديباش السابق الإشارة إليه من أنه مفهوم متغير ... وينطوي على مجموعة من المتطلبات التي تعتبر أساسية لحماية الحياة الاجتماعية، مما يجعله أحد المفاهيم القانونية الأكثر قدرة على التكيف مع واقع الحياة[5].ولقد صدق من قال إن فكرة النظام العام تستمد عظمتها من ذلك الغموض الذي يحيط بها فمن مظاهر سموه أنه ظل متعاليا على الجهود التي بذلها الفقهاء لتعريفه[6].

وأيا كان مفهومه فانه مما يحمد للفقه الإداري المعاصر أنه استطاع إخراج هذه الفكرة من مفهومها السياسي إذ أصبحت ذات طبيعة قانونية محايدة ؛وان لم نعترف لها بمفهوم قانوني موحد؛ مما يجعل سلطة الضبط الإداري بدورها سلطة قانونية وليست سياسية كما كان عليه الحال أيام الأباطرة والقياصرة والملوك.[7]

وعلى هذا تصبح فكرة النظام العام من المفاهيم القانونية المحددة والواضحة بالوجود المادي والملموس لعناصر الآمن والصحة والسكينة والآداب العامة؛ والتي تهدف إلى المحافظة على الأسس والقيم والمبادئ التي يقوم عليها المجتمع بحيث لا يمكن مخالفتها[8]وإلا ساد الاضطراب وحلت الفوضى واختل نظام الحياة كما هو مقرر عند علماء مقاصد الشريعة في معرض حديثهم عن المصالح الضرورية الخمس.

غير أنه قد يختلط هذا المفهوم بالأمن السياسي؛ خاصة وانه قد يستخدم من طرف السلطة كوسيلة لمنع ممارسة بعض الحريات السياسية بدعوى أنها تهدد استقرار النظام العام نظرا للاشتباه في خطورة الممارسين لها مع أن الأمر

---

[1] –د/ داود الباز؛ حماية السكينة العامة ؛ دار الفكر الجامعي الإسكندرية؛ طبعة 2004؛ ص102

[2]– د/ سعد ماضي؛ الضبط الإداري وهيئاته، ص 89.

[3] – د/ داوود الباز؛ مرجع نفسه؛ ص103

[4] – د / يلس شاوش؛ حرية الإعلام والنظام العام – مقالة باللغة الفرنسية– ؛مجلة العلوم القانونية والسياسية؛ العدد 1سنة 1998؛ ص38

[5] – د / داود الباز ؛ المرجع السابق ؛ ص104

[6] – عبد الحق عبد الباقي؛ نظرية القانون؛ طبعة سنة 1960؛ ص127

[7] – د / محمد محمد بدران؛ مضمون فكرة النظام العام –دراسة مقارنة– دار النهضة؛ طبعة1992؛ ص18

[8] – د/ محمد عصفور؛ وقاية النظام العام كقيد على الحريات العامة؛ رسالة دكتوراه، 1961؛ جامعة القاهرة؛ ص25

يتعلق بخوف السلطة من وصول المعارضة إلى الحكم فكم أهدرت حريات باسم مقتضيات النظام العام؛ وكم من حقوق صودرت باسم تهديد النظام العام. وفي هذا **يقول د/ محمد عصفور** "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 ؛بل وحتى الأمن في الشوارع نفسه ليس سوى وجه من وجوه الأمن السياسي الذي ينشده الحكام.

وعلى هذا تتدخل السلطة العامة لتوقي مختلف أوجه العنف والقوة والعدوان المادي من أجل حفظ الأوضاع الرتيبة لحياة المجتمع ،بالإضافة إلى استعمال فكرة النظام العام لحماية السلطة نفسها كونها ليست مجرد قوة مادية صماء محايدة؛ بل هي تعبير عن فلسفة النظام كله والحامية لقيم النظام الأساسي والأوضاع السياسية والاجتماعية."[1] وترتيبا على ذلك يمكن تبني تعريف الفقيه **بول برنار**؛ من اعتبار فكرة النظام العام تعبير عن حماية الحد الأدنى الحيوي للمجتمع بحفظ تلك المبادئ والنظم التي يتحقق بها اتفاق شبه إجماع؛ بحيث لا يمكن قبول ما هو أقل منها ؛ والتي يجب المحافظة عليها؛ وإلا تحلل المجتمع نفسه."[2]

ثانيا– تأصيل فكرة النظام العام في الفقه الوضعي:

إن محاولة فرض منظومة قانونية موحدة في كل دولة قومية مع بداية القرن التاسع عشر في أوروبا من أجل إخضاع المبادرات الفردية والحريات التعاقدية لسلطان القانون دفع بالفكر القانوني الأوروبي إلى البحث عن ضابط يقوم بدور الدرع الحامي للقيم و المصالح العليا للدولة– الأمة– و من ثم تم استعارة مصطلح النظام العام ليكون الأداة القانونية في الضبط الاجتماعي كحد على سلطان الإرادة؛ و بذلك أصبح هذا المصطلح متمتعا بجاذبية ساحرة تأسر المشرعين و الفقهاء على السواء ،بما استوت عليه تلك الفكرة من مرونة غامضة جعلت الجميع يسعون خلفها، دون أن يتمكن احد من احتوائها بتحديدها تحديدا دقيقا أو بتعريفها تعريفا جامعا مانعا.

فعلى الرغم من مرور ما يقرب من **قرنين** على ولادة هذه الفكرة و تبلورها؛ فقد ظلت من الأفكار التي يكتنفها الغموض في طبيعتها إلى حد التضارب في شأنها وكينونتها حتى صار ينظر إليها بكثير من الريب،[3] و ليس ليس أدل على ذلك ما حدث إبان وضع القانون المدني الألماني إذ جرت مناقشات في مجلس النواب انتهت إلى استبعاد هذه الفكرة باعتبارها فكرة فلسفية غير منضبطة تمتاز بالمرونة و النسبية الشديدتين مما أسهم في انفتاح العلوم الإنسانية الأخرى على هذا المفهوم الأمر الذي يزيد في تعقد ضبط جوهر هذا المفهوم .

ورغم ذلك فان كل جماعة أي كان شكل تنظيمها بحاجة دائما إلى منظومة من القواعد الضابطة لسلوك الأفراد داخلها تتمتع بسلطان الأمر والنهي المصحوب بجزاء يوقع على المخالف هذه المنظومة تعبر عن أولوية المصلحة العليا العامة للدولة و للجماعة على الإرادات الفردية والمصالح الخاصة.

---

[1] – د / محمد عصفور؛ البوليس والدولة؛ القاهرة؛ طبعة 1973؛ ص258

[2]– Paul Bernard . la Notion d ordre publique en droit administratif. 1962. p 248.

[3] –د /سليمان مرقص؛ مدخل العلوم القانونية؛ دار النشر للجامعات المصرية ط 2 سنة 1652 ص 78

كما أن مصطلح النظام العام يمثل إعادة صياغة الأطر الفكرية و الفلسفية في كل نظام قانوني لتحقيق أهدافه في ففكرة النظام العام تعد مظلة يتعين على جميع التصرفات القانونية أن تستظل بشرعيتها و إلا كان البطلان جزاء لها وقد صاحب مهمة صناعة هذه المظلة عملية تأميم كامل لصنع القواعد القانونية من طرف الدولة[1].

ومع ظهور بعض فئات المجتمع المدني المطالبة بإشراكها في العملية السياسية و الإصلاحية قصد الانفتاح على الأفكار الاشتراكية تحول مفهوم النظام العام إلى منظومة حماية لأسس المجتمع بمختلف طبقاته.

1-وظائف فكرة النظام العام في الفكر الغربي:

يعتبر عصر النهضة الأوروبية عصر التحولات الراديكالية في مختلف المجالات السياسية و الاقتصادية والاجتماعية و الثقافية إذ ظهرت الطبقة البرجوازية بإبعادها الفكرية الليبرالية متفوقة على القوى السياسية الأخرى لتعيد صياغة البناء القانوني على أسس المذهب الفردي الحر حيث الفرد هو حجر الزاوية في المنظومة التشريعية فليس ثمة مقدس سوى إطلاق الحريات و الحقوق الفردية باعتبارها حقوقا ذاتية اكتسبها الفرد من وجوده في حالة الطبيعة و جلبها معه إلى المجتمع في إطار ما يسمى بنظريات العقد الاجتماعي .

غير أن تقديس الحق الفردي داخل المنظومة الفكرية في القانون الوضعي من شانه أن يخلق نوعا من الصراع والصدام بين الأفراد نتيجة لتعارض الإرادات والاستخدام غير المقيد للحقوق، الأمر الذي بات مهددا لاستقرار الجماعة و من ثم كان أمام الفكر القانوني المعاصر تحد حقيقي في إعادة التوازن بين القوى داخل الجماعة على نحو يحول دون أي اختلال أو ثورات اجتماعية و هذا ما تم من خلال إبداع العقل القانوني الأوروبي لفكرة النظام العام[2] كأحد أهم الأدوات القانونية لضبط حركة المجتمع و السيطرة على تضارب الإرادات الفردية لما تتمتع به من قدرة في بث القيم و الأصول التي تؤمن بها الجماعة في شكل قواعد قانونية قسرية لا يملكون حيالها سوى الالتزام و الانصياع، ومن ثم القضاء على الاختلالات التي أصابت التوازن الاجتماعي.

ولعل هدف فكرة النظام العام هو إبراز الثوابت و المتغيرات لكل جماعة فهي تكشف عما يعد أصولا و كليات لا يمكن مخالفتها باعتبارها أسس وجود الجماعة و ما ليس من الأصول والكليات مما يجوز إخضاعه للتعديل والتغير ومن ثم يصير لكل إرادة فردية سلطانها المطلق شريطة ألا يتعارض مع أسس و مصالح الجماعة التي ترتكز عليها[3].

أي أن فكرة النظام العام تقوم بضبط سلطان الإرادات وخلق توازن في أداء الحقوق[1] وهذا ما يعرف بالضبط الاجتماعي؛ ومن هنا ظهرت القواعد الآمرة والناهية مستهدفة منع تصادم أو تعارض المصالح الخاصة،

---

[1] – د/عماد طارق البشري؛ فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية و الفقه الإسلامي؛ أصلها رسالة دكتوراه منشورة؛ جامعة الإسكندرية؛ كلية الحقوق سنة 2002؛ الناشر المكتب الإسلامي، بيروت ،ط1، ص 49

[2] – وجدير بالذكر أن النظام العام في هذا الدور يمثل الحد الأدنى من الحماية للأسس التي تقوم عليها الجماعة أما الباقي فهو من اختصاص القاضي الذي له دور إنشائي في مواكبة التطور الاجتماعي والاقتصادي والسياسي والخلقي بإدخال عناصر جديدة تحت مظلة النظام العام الجدير بالحماية بل يمكن أن يذهب إلى حد بعيد بإخراج عناصر من مكنات النظام لم تعد متصلة بالمصلحة العامة. ينظر تفصيلا أكثر إلى: د/ محمد محمد بدران؛ مرجع سابق؛ ص20

[3] – د/ عماد طارق البشري؛ مرجع نفسه؛ ص 50

واعتبارها قواعد من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ومن هنا تظهر العلاقة بين النظام العام والحرية في المذهب الفردي كونهما وجهان لعملة واحدة يستحيل الفصل بينهما فالنظام العام شرط كامن في الحرية ،متعين الوجود لأجل ممارستها كونها ليست سوى تنظيم لحركة ونشاطات الإرادات الفردية داخل الجماعة دون تعارض بينها فهي ليست إلا أداة لتنظيم الممارسة الحقوقية بما يحقق التوازن في التمتع بكامل الحريات على سبيل المساواة في إطار كليات الجماعة و أصولها الفلسفية.[2]

ومع ظهور الفكر الاشتراكي على أعقاب الأزمات الاقتصادية التي أدت إلى انتشار البطالة واستغلال اليد العاملة وظهور الطبقية المتوحشة مما أدى إلى انعدام الحرية كهدف رئيس ودعامة هامة في النظام الفردي الأمر الذي حدا بالسلطة إلى التدخل لضبط حركة الإرادات خاصة أصحاب المصالح من أبناء الطبقة البرجوازية المسيطرة على العملية الاقتصادية والسياسية و ذلك بإعادة بناء النظام الفردي بأفكار اجتماعية تحقيقا للمساواة وضمان الحد الأدنى من المستوى المعيشي مما يعني تدخل الدولة في الأنشطة الفردية و الاجتماعية و تبني أفكار جديدة تحول دون استغلال الإطراف القوية للأطراف الأخرى بحيث لا يجوز الانفلات منها مما يعني الرجوع إلى فكرة النظام العام؛ والاستنجاد بمضمونها للاضطلاع بمهمة القضاء على الاستغلال وتعسفات الإرادة البرجوازية كتحديد الأجور وتسعير السلع وحماية العمال و قد ساهم القضاء في كيفية توظيف فكرة النظام العام كأداة قانونية لإعادة التوازن وتحقيق الصالح العام و من ثم إيكال مهمة ضبط التضامن الاجتماعي المرتبط اطرادا مع تطور حركة الرأسمال[3].

ورغم كل تلك الوظائف المسندة لفكرة النظام العام إلا أن أخطر مهمة أوكلت لها كانت على مستوى تسخيرها **لتأسيس مشروعية** لبعض القواعد القانونية رأت الدولة بأنها تعبر عن قيمها العليا وبالتالي إعطائها مصداقية فوق عادية.

ذلك أن القواعد القانونية لا بد لها من قبول و رضاء الجماعة حتى تحضى بالاحترام؛ و من ثم الالتزام بها مثل ما هو الحال مع القاعدة العرفية قبل ظهور الدولة إذ كان القبول العام هو حجر الزاوية في شرعية أي قاعدة.

بيد أنه مع ظهور الدولة تم تأميم عملية صنع القانون لصالح الدولة لتغدوا بذلك المصدر الوحيد لشرعية القاعدة القانونية و يختفي بذلك القبول العام من نطاق عناصر المشروعية مما يعني انزواء العرف والدين كمرجعين أساسين للقواعد القانونية؛ غير أن هذه القواعد سرعان ما تعرضت للتملص و الخرق كلما غابت أعين سلطة القانون مما يعني عجز عنصر الجزاء لوحده في إقناع الجماعة بالخضوع للقواعد القانونية مهما كانت أهميتها.

ومن ثم كان لزاما الاستنجاد من جديد بفكرة النظام العام كوسيلة لإقناع الجماعة بضرورة قاعدة قانونية ما على اعتبار أنها تساهم في حماية المصالح العامة العليا للجماعة.

---

[1] – د/ محمد بدران؛ مضمون النظام العام في مجال الضبط الإداري؛ ص21

[2] – د/محمد عصفور، وقاية النظام الاجتماعي باعتباره قيدا علي الحريات العامة؛ مرجع سابق؛ ص 94

[3] –د/ مصطفى أبو زيد فهمي، النظرية العامة للدولة؛ دار المطبوعات الجامعية؛ ط 5؛ سنة 1998 ص 132 و ما بعدها.

فكانت الدولة إذا ما رغبت في توفير أكبر قدر من الاحترام والانصياع لتشريعاتها؛ أو أرادت تفعيل قاعدة قانونية منها؛ فإنها تلجأ إلى فكرة النظام العام بأن تمنحها وصف **القاعدة فوق العادية**.

ولعل هذه الوظيفة كانت أهم الأدوار التي اضطلعت بها فكرة النظام العام لتثبيت دور الدولة الحديثة وتأكيد سلطان سيطرتها على الجماعة فهي ساعدها في إنجاز مقاصدها وفق رؤاها الفكرية والفلسفية. ومع إدراك الفقه لهذه الوظائف التي سخرت لأجلها هذه الفكرة إلا أنها بقيت فكرة بعيدة عن التحديد والتوصيف الدقيقين، ذلك انه من الخصائص الوصفية التي صاحبت فكرة النظام العام، و لم يتوان الفقه البتة في إبرازها عند كل تعامل معها، أنها **فكرة مرنة و غامضة**[1] .

فأما المرونة – على حد تعبيرهم– فلعدم ثبوت الفكرة على حال، مع تغير عناصرها وقواعدها موضوعيا من حال لأخر ومن مكان وزمان لأخر الأمر الذي تقبله الفقه برحابة صدر بل واعتبره مطلوبا دوما؛[2]لكي توفر للنظام القانوني فيه التوافق اللازم مع الواقع القائم. ولولا ذلك لانفصلت فكرة النظام العام عن الواقع انفصالا يفضي بدوره إلى سقوط المنظومة القانونية بأكملها.

وأما الغموض فلكونها غير واضحة ولا منضبطة في مفهوم موحد الأمر الذي لم يسلم به بعض الفقه،[3] كون أن فكرة النظام العام من الأفكار القانونية التي من ألزم خصائصها التحديد والدقة والوضوح. وفي هذا يقول الباحث **عماد طارق البشري** في بحثه القيم حول تأصيل مفهوم هذه الفكرة "إن خاصية الغموض التي يحتفي بها الفقه؛ وان صادفت وجه الحق جزئيا، فهي ليست خاصية دائمة ملازمة للفكرة في كل حال.إذ فكرة النظام العام تتمتع بقدر من البيان تتأبى معه على أن يصير الغموض أحد خواصها المميزة كما يفهم من الموقف الفقهي إجمالا."[4]

2–أبعاد مضمون فكرة النظام العام:

يظهر من خلال مما سبق أن فكرة النظام العام تعبر عن أكثر من اتجاه وتعالج أكثر من موضوع وتهدف إلى تحقيق أبعاد يمكن تجليتها كما يلي:

1–فالنظام العام إذ يعبر عن فكرة القانون والمثل العليا للجماعة يرتبط بالغاية التي قامت الدولة من أجلها، وهي سيادة النظام ومن ثم فهي تخاطب سلطة الحكم وترسم خط السير للدولة.

---

[1] – ينظر مثلا؛ د/ محمد عصفور؛ الحرية بين الفكرين الديمقراطي والاشتراكي؛ ص86

[2] – فاعتبارها فكرة قانونية هي بالأساس انعكاس أنساق وأنماط الفلسفات الفكرية و العقدية، بنظمها الاقتصادية و السياسية والثقافية و الاجتماعية و مواريثها القيمة و الخلقية السائدة في جماعة معينة في زمن معين. و قد أدى ذلك إلى بقاء فكرة النظام العام مرنة، تتغير في كل مجتمع بحسب ما يسوده في تلك المجالات من فلسفة و عقيدة ينظر إلى د/ عماد طارق البشري؛ مرجع سابق؛ ص 62

[3] – ينظر مثلا د/ محمد عصفور؛ البوليس والدولة؛ ص40؛ ود/ محمد بدران؛ مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الإداري– دراسة مقارنة؛ ص18 ؛ ود ة/ عزيزة شريف؛ دراسات في التنظيم القانوني للنشاط الضبطي؛ ص26

[4] – د/ عماد طارق البشري مرجع سابق؛ ص63

2-والنظام العام يفرض على الجماعة أيضا ضوابط السلوك الاجتماعي التي لا يجوز للأفراد انتهاكها، وهو إذ يفعل ذلك مؤكدا أن هناك قيما أو أوضاعا معينة يجب المحافظة عليها واحترامها، والسلطة العامة التي تضطلع بهذا العبء تواجه التصرفات التي تصدر من أفراد الجماعة والتي تعتبر خروجا على سلوك الجماعة وتهديدا لقيمها.

3-والنظام العام أخيرا لا يغفل الوسائل التي تستخدمها الدولة لتحقيق المثل العليا والمحافظة في الوقت نفسه على قيم الجماعة وأوضاعها الأساسية.

وواضح من هذه الاتجاهات المختلفة التي يحتضنها النظام العام بمعناه الواسع أن هذه الفكرة – في أية جماعة سياسية- تشمل حتما غايات هذه الجماعة وقيمها ووسائلها في تحقيق هذه الغايات وفرض احترام تلك القيم.

ولعل هذا هو مضمون فكرة المقاصد الشرعية في فقه الشريعة؛ وبذلك تكون المقاصد هي الغاية من الشريعة؛ والأسرار التي وضعها الشارع في كل حكم من أحكامها؛ ذلك أن الشريعة أحكام تنطوي على مقاصد؛ ومقاصد تنطوي على أحكام.[1]

والنظرة القانونية الخالصة إلى فكرة النظام العام تدفع إلى ضرورة التمييز داخل نطاقها (كما هو الشأن في النظام القانوني نفسه) بين نوعين من القواعد الأساسية: أحدهما **قواعد موضوعية**، والآخر **قواعد شكلية**؛ وبتعبير دقيق قواعد تتصل بالغايات والقيم؛ وقواعد تتصل بالوسائل[2]؛ وهو التقسيم الذي أشار إليه غير واحد[3] من فقهاء المقاصد من ذلك ما قاله الإمام القرافي" وموارد الأحكام على قسمين: مقاصد وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها؛ ووسائل وهي الطرق المفضية إليها؛ وحكمها حكم ما أفضت إليه "[4]:

أ – قواعد النظام العام الموضوعية المتصلة بغايات الجماعة وقيمها وأوضاعها: وهي بدورها على قسمين"[5]:

1- قواعد ضبط سلوك السلطة السياسية: بحيث ترسم للدولة خط سيرها وضوابط السلوك السياسي أثناء مباشرة العملية السياسية؛ وتحدد مثلها العليا وغاياتها التي يجب أن تسعى إلى تحقيقها.

فما وجدت الدولة عبثا، وما قبل الناس أن يخضعوا للسلطة إلا لتحقيق غايات معينة، ولهذا يقال: إن أهم غاية لقيام السلطة السياسية هي تحقيق النفع العام أو الخير المشترك Bien commun فالخير المشترك هو علة وجود الدولة وحد نطاق سلطتها أو وظيفتها في نفس الوقت.غير أن هذا الخير المشترك-الذي يفرض على السلطة العامة تحقيقه- يختلف معناه من فلسفة إلى أخرى كما تتفاوت أساليب تحقيقه من نظام آخر:

---

[1] – علال الفاسي؛ مقاصد الشريعة ومكارمها؛ ص7 .

[2] – محمد عصفور؛ الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي؛ص 127 ؛ ويقصد بهذا التقسيم أ- فما يمكن تسميته تجوزا بالقواعد الموضوعية في نطاق النظام العام يتصل بالغايات تستهدف الجماعة تحقيقها والقيم والأوضاع التي توجب الدولة حمايتها ضد أي عدوان يقع عليها ب- وما يمكن تسميته تجوزا بالقواعد الشكلية ينصرف إلى الوسائل التي تستخدم في الحالين. وربما أدى تحليل دقيق لخصائص هذه القواعد إلى إبراز المعاني والاتجاهات الخاصة التي يمكن أن تتشكل بها فكرة النظام العام أو تتخصص؛ مرجع نفسه؛ ص127 وما بعدها.

[3] – ينظر على سبيل المثال :الإمام العز بن عبد السلام؛ قواعد الأحكام في مصالح الأنام؛ج1؛ ص07

[4] – القرافي ؛ الفروق؛ ج2 ؛ ص33

[5] – د/ محمد عصفور؛ مرجع نفسه؛ ص128

غير أن فكرة "الخير المشترك" التي تفرض نوعا من ضوابط السلوك الاجتماعي والسياسي على السلطة العامة- لا تفرض حتما على الدولة التدخل في العلاقات السياسية والاجتماعية أو توجيهها وجهة معينة، فقد تأخذ فكرة "الخير المشترك"مظهر فلسفة سلبية تفرض على الدولة نواه أو محظورات فحسب، وتوجب عليها عدم التدخل كما هو الشأن في الدولة الليبرالية القديمة، ومع ذلك تعد هذه الفلسفة السلبية بذاتها "النظام العام"الذي يرسم توجيها سلوكيا يعبر عن غاية الدولة ومثلها....وروح النظام القانوني فيها.

2 – قواعد النظام العام بمعناه الضيق الذي يتجه أصلا إلى أفراد الجماعة يفرض عليهم قيما يجب احترامها، ويقيم أوضاعا يحذر من المساس بها؛ أي" **ضبط نشاط الأفراد وتصرفاتهم اجتماعيا**" حيث يرسم ضوابط السلوك الاجتماعي التي لا يجوز للأفراد انتهاكها، وهو إذ يفعل ذلك يؤكد حتما أن ثمة قيما أو أوضاعا معينة يجب المحافظة عليها واحترامها، ولئن لم يكن هناك شك في أن القواعد المتعلقة بالنظام العام في هذا النطاق لتصل حتما بضوابط السلوك السياسي المفروضة على الدولة.

ومعنى ذلك أن قيم الجماعة ومثلها العليا- التي يترجم عنها في صورة قواعد للسلوك-تعتمد أساسا على استخدام السلطة العامة لفرضها، واستخدام هذه السلطة هو الذي يحدد في الحقيقة ماهية القيم[1] وضوابط السلوك الفردي نحوها أي أن السلطة هي مصدر الحماية والإلزام لها.

ب- القواعد الشكلية للنظام العام المتصلة بالوسائل:

تعد فكرة "النظام العام" فكرة ضابطة تهدف إلى الإبقاء على النظام العام للدولة أي كفالة أمن الدولة وطمأنينة أفرادها، وتوفير السكينة التي يجب أن تسود المجتمع، والمحافظة على الصحة العامة، وقد لازمت هذه المهمة الضابطة المجتمعات منذ بدء تكوينها على درجات وأشكال مختلفة، ولا تزال الوظيفة الأولى للدولة لأنه يتوقف على القيام بها سير المجتمع كله... فهي بالنسبة للدولة جزء من فكرة أهم من فكرة السلطة العامة.

وترتبط فكرة "النظام العام" بطريقة مباشرة بالسلطة وبحماية النظم القائمة في المجتمع من العدوان المادي عليها، الأمر الذي يخولها الاعتماد وبصفة مطلقة- على أساليب تتصل بالضبط والسلطة، فكان من الطبيعي أن تتنوع هذه الأساليب تنوعا بالغا باختلاف النظم السياسية والاجتماعية.

ولذلك تعتبر حماية "النظام العام" **إحدى غايات قيام الدولة**، ولا تعتبر الغاية النهائية لتطور المجتمع، خلافا لفكرة "النفع العام" فإنه يعد في الغالب الغاية النهائية للمجتمع نفسه مستقلا عن شكله السياسي (وهو الدولة)

[1] –ومن العبث محاولة تفصيل المثل العليا أو القيم أو الأوضاع واجبة الاحترام في المجتمع. فهذا الاستقصاء عسير وشاق، لأنه يحاول تعداد مسائل نسبية لا تختلف فيها وجهات النظر من حيث الزمان. ولكن على الرغم من هذا التنوع الضخم في الأسس الفلسفية والأوضاع الاقتصادية والمبادئ السياسية (التي تصبغ مثل المجتمع العليا وقيمة وأوضاعه صبغة خاصة) فإن هناك بدون شك قيما وأوضاعا مشتركة بين هذه المجتمعات كلها تعتبر المحافظة عليها داخلة في نطاق "النظام العام" بهذا المعنى الضيق، وهي يمكن أن ترد إلى الشعب الثلاثة التي سيتم تفصيلها لاحقا وهي السكينة والأمن والصحة. ينظر تفصيل ذلك. د/ محمد عصفور؛ مرجع سابق؛ ص128

وهذا هو السبب في أن ارتباط فكرة "النظام العام" بالسلطة العامة أكثر من ارتباط فكرة "النفع العام" بها، دون أن يعني ذلك أن السلطة لا تهتم بغير "النظام العام" وإنما بمعنى أن المحافظة عليه تعد أكبر مهامها ووظائفها.

والواقع أن تعبيرات "النظام" و"النفع أو الصالح العام" و"الخير المشترك" تصور كلها معاني متشابكة تدور في فلك واحد وهو تحقيق الصالح العام للدولة والمجتمع في إطار من التنظيم ووفقا لفلسفة معينة تختلف من دولة إلى أخرى، ومن جماعة إلى أخرى؛ لان هناك قيما وأوضاعا مشتركة بين هذه المجتمعات كلها تعتبر المحافظة عليها داخلة في نطاق "النظام العام"[1]. ولهذا النطاق المشترك حدان على حد تعبير **د/ محمد عصفور**:

الحد الأول: تكاد لا تتفاوت فيه المجتمعات أصلا، وهي **توقى أجه العنف بقوة والعدوان المادي**؛ فالمحافظة على الأمن والسلام والسكينة داخل الجماعة أمر لا يمكن أن تختلف فيه أشد المجتمعات تباعدا من الناحية السياسية أو الاجتماعية بما في ذلك النظام الإسلامي كما سيوضح لاحقا ولا يثير رسم هذا الحد صعوبات كثيرة نظرا لابتنائه على عناصر ثابتة وأمارات ظاهرة، فضلا عن أن حمايته تنصرف إلى حماية الأوضاع الرتيبة لحياة المجتمع، وعلاقات الأفراد بعضهم ببعض أو علاقاتهم بالسلطة العامة من أوجه العدوان المادية عليها.

وأما **الحد الثاني** فهي تلك التي تتصل بحماية السلطة في المجتمع وفي هذا المجال ذلك أن"السلطة" ليست مجرد قوة مادية....محايدة وإنما هي المعبرة عن فلسفة النظام كله، والحامية لقيمه الأساسية والأوضاع السياسية والاجتماعية التي يرتفع بها الحكام إلى مصاف تلك القيم الأساسية، الواقع أنه يستحيل تجريد **"السلطة"** من مضمونها الاجتماعي أو السياسي فهي ثمرة العلاقات الاجتماعية وهي في نفس الوقت أداتها المسخرة لحمايتها، ومن الطبيعي أن تتعصب السلطة لقيم معينة وأوضاع سياسية أو اجتماعية.

والتي منها حماية النظام العام الذي هو نظام الجماعة وأمنها، ففي كل نظام حماية خاصة ومتميزة للسلطة باعتبارها أمرا مستقلا عن أمن الجماعة، أي حمايتها في ذاتها باعتبارها قيمة من أسمى قيم المجتمع.[2]

نخلص من ذلك أن هناك أوضاعا مشتركة بين مختلف الأنظمة الوضعية والشرعية؛ من بينهما اتفاقها على أن غاية التشريع والتنظيم يجب أن يكون هو **تحقيق الانتظام العمومي والسهر على دوامه** دون اضطرابات؛ ويظهر ذلك جليا في كثير من القيود التي تفرض على الحريات حيث ترتكز السلطة في فرضها على **وقاية الأمن والنظام العام**؛ رغم عدم التسليم المطلق للسلطة في ذلك لاحتمال التعسف حماية السلطة. ولذلك اجتهد الفقه والقضاء في وضع ضوابط في حفظ النظام العام؛ حتى لا يكون أداة مسخرة لخدمة السلطة الشخصية للحكام؛ ومن بين هذه الضوابط على الإطلاق **فكرة الحرية** كقيد و**مصدر** لمجموعة ضوابط حفظ النظام.

3- دور فكرة الحرية في ضبط مضمون فكرة النظام العام

[1] – د/ أحمد جلال حماد؛ حرية الرأي في الميدان السياسي في ظل مبدأ المشروعية؛ دار الوفاء؛ ؛ ص294

[2] – ينظر في تفصيل هذا النطاق المشترك بين مختلف الأنظمة السياسية؛ د/ محمد عصفور؛ رسالته السابقة؛ ص 175 وما يليها.

أمام صعوبة تحديد فكرة النظام العام بسبب مرونتها ونسبيتها؛ وما ينطوي عليه ذلك من مخاطر تهدد الحرية؛ اتجهت همة الفقه والقضاء في النظم الديمقراطية إلى ضرورة تحديد مضمون هذه الفكرة لتفادي المخاطر، وقد اتجه فقه القانون العام إلى ضبط الفكرة بالحرية باعتبارها أسمى غايات الديمقراطية، ومن هذا القبيل ما قرره "**بوردو**" من أن النظام الديمقراطي يفترض وجود الحريات واستعمالها، وهو يفترض أيضا التنظيم كشرط أساسي لقيام الديمقراطية والحرية معا، غير أن هذا التنظيم- لكي يكون ديمقراطيا- يجب أن يستهدف في تنسيقه لأوجه النشاط الفردية تحقيق غايات تتطابق مع الحرية، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان وسيلة لممارسة الحريات ولذلك لا يرى الفقه الديمقراطي تعارضا بين التنظيم (مفهوما على هذا الوجه)، وبين الحرية، وإنما يقوم هذا التعارض حيث يصور التنظيم أداة مصالحة في صراع الحرية والسلطة، أو بين حقوق الدولة وحقوق الفرد، أو بين الضمانات الفردية والأمن وهو يجعل من تحقيق إحدى الغايتين سببا في القضاء على الأخرى وسوف يكون القضاء مغلبا في الغالب للسلطة على الحرية، ذلك أنه من الوهم تصور قيام مصالحة بين السلطة والحرية على أساس المساواة، وإنما سيؤدي التسليم بالتعارض بينهما إلى هدم الحرية مقدما، نظرا لأنها الحق المجرد من القوة، أما النظام فهو وإن كان مظهرا للحق أحيانا، إلا أنه مظهر القوة دائما.

ذلك أن تصوير التنظيم على أنه مظهر للصراع بين الحرية والسلطة ليس مصدر خطر على الحرية فحسب، وإنما هو أيضا كما يقول **د/ محمد عصفور** تصوير خاطئ، لأنه لا يقوم على أساس تصور كل منهما ذا صفة مطلقة، في حين أن حق الفرد أو حق الدولة نسبي دائما، **والإنسان وحده** هو القيمة المطلقة في النظام الديمقراطي[1].

في حين أن سائر القيم (من حريات وسلطات للدولة) ذات صفة نسبية، غير أنه نظرا لارتباط الحريات الوثيق بالإنسان (من حيث تعبيرها عن ذاته واستقلاله) فإنها لا بد أن ترجح نظريا على ما عداها من القيم النسبية للديمقراطية بما في ذلك النظام العام بل ونظام الحكم نفسه؛ وهذا ما سماه مجلس الدولة **بمبدأ إيثار الحرية**".

فالنظام في **حقيقته** هو التعبير عن **الهدنة المؤقتة** بين السلطة والحرية؛ لأن الصراع بينهما أبدي؛ وأزلي والعلاقة بينهما علاقة ضاربة في عمق التاريخ الإنساني في صراع طويل ومرير؛ بين مد وجزر؛ وتأثير وتأثر؛ ذلك أن مد السلطة يؤدي بالضرورة إلى جزر الحرية؛ ومد الحرية يؤدي بالضرورة إلى جزر السلطة؛ ومن ثم أضحت مشكلة

---

[1] – وحول هذا المعني يؤكد د/ محمد عصفور على هذه النسبية بقوله"– **فالحرية**: بطبيعتها ووفقا لغاية نسبية، وهي نسبية بطبيعتها لأنه مجرد إدماجها في النظام القانوني يكون تحديدها وضمانها خاضعين ضمنا لهذا النظام، وهي تكون سليمة بقدر ما تكون ممارستها غير مخلة بالنظام، وهي نسبية كذلك بحسب غايتها، لأنها ليست غاية في ذاتها، بل هي وسيلة لتحقيق الخير للإنسان، وهي لا تحقق هذا الخير إلا بالتنظيم، غير أن تنظيمها لا يكون مبررا إلا إذا كان متفقا مع غايات الديمقراطية فيشجع على ازدهار شخصية الإنسان الذي لا يمكن تصوره بدون حرية.

– **وحقوق الدولة**: أيضا نسبية بطبيعتها وغاياتها، ذلك انه ليست للسلطة السياسية أو للدولة (التي هي صورة من صور السلطة) غاية قائمة بذاتها متميزة عن المواطنين، ولا تعد الامتيازات أو الاختصاصات التي يتمتع بها الحكام امتيازات شخصية، وإنما هي وسائل يؤدون بها وظيفتهم، وهذه الوظيفة يحدد "القانون" بمعناه العام جوهرها وهي كفالة حرية الإنسان. ينظر إلى د/ محمد عصفور؛ الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي؛ ص 99 وما بعدها

الصراع بينهما أم مشكلات المجتمعات السياسية؛ ومحور الإشكالات الدستورية؛[1] وربما يعود ذلك في اعتقاد الباحث إلى أن هذا الصراع لا يمكن حسمه نهائيا ما دام القانون والنظام التي وضع لحل ذلك الصراع وتحقيق التعايش والتوازن بينهما هو من **صنع الدولة**؛ ومن ثم فلا يمكن ضمان حياد المشرع الوضعي؛ بخلاف النظام الإسلامي حيث الفرد والدولة **عبدان لله** يخضعان بالسوية للقانون الإلهي الاسمي في المجتمع، **فكلاهما مكلف** بمهمة معينة لغاية محددة. فالقاعدة في الشريعة أن الإسلام **يلغي فكرة السيادة للبشر**.[2]

وقد تنبه الفقه الغربي إلى جوهر هذه المشكلة من خلال التوجه نحو التخفيف من حدة هذه الصراع بخلق فكرة النظام العام **لتذوب** فيها السلطة والحرية معا؛ ولهذا يقرر **د/ عصفور** في رسالته حول وقاية النظام الاجتماعي كقيد على الحريات العامة أن فكرة النظام العام في منطق الفكر الديمقراطي لا تتنافى مع الحرية ولا تناقضها، بل هي جزء منها تتممها بل وقد تساندها، نظرا لأن النظام- من زاوية الديمقراطية- **فكرة قانونية كافلة للحرية ولسلطة المجتمع على حد سواء**، ولذلك لا يرى الفقه الديمقراطي - ولو نظريا- أي تعارض بين النظام العام والحرية، لأن المعنى المحدد للنظام العام- في الديمقراطية- هو أنه يعرفها ويحدد ملامحها دون أن يحوز عليها[3].

وترتيبا على ذلك يعتقد الباحث أن فكرة النظام العام تحوي في مضمونها عناصر لحماية الحرية من جهة؛ وتحتوي أيضا على مقومات بقاء السلطة كحتمية اجتماعية من جهة أخرى؛ بحيث تغدو فكرة النظام العام في الأخير قيدا عليهما معا؛ فالنظام العام يمثلا قيدا على ممارسة مختلف الحريات التعاقدية والمدنية؛ والشخصية والسياسية. كما يعتبر قيدا على عمل السلطة في التنظيم والتقييد تحقيقا للمصلحة العامة؛ مع إقرار الباحث بصعوبة يل استحالة فصل النظام العام عن فكرة النظام السياسي والاجتماعي السائد؛ لسبب بسيط هو تداخل الفكرتين تداخلا كبيرا؛ كون أن فكرة النظام العام في أصل نشأتها كانت مسخرة لخدمة فكرة النظام الاجتماعي؛ بل أن معرفة حالة النظام العام من حيث استقراره أو عدمه؛ هي رهن بالعوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تسبب الفوضى والاضطراب؛ **فإذا ما عرف ما يعكر النظام عرف النظام العام ذاته**."[4]

4-تقييم محاولات التأصيل الفقهي لفكرة النظام العام:

مما سبق تقريره يتأكد أن فكرة النظام العام **تتبوأ مكانة سامية في الفكر** القانوني نتيجة للأدوار الهامة التي اضطلعت بها هذه الفكرة؛ مما دفع بالفقه إلى العكوف عليها محاولا سبر غورها،لاستظهار أوصافها ومعالمها توصلا لوضع تعريف محدد لها، الأمر الذي تصاعد بتصاعد الدور الذي غدت فكرة النظام العام تؤديه في فروع القانون

---

[1] - د/ صبحي عبده سعيد؛ السلطة والحرية في النظام الإسلامي؛ الناشر دار الفكر العربي؛ دون تاريخ نشر ولا طبع؛ ص04

[2] - د/ صبحي عبده سعيد؛ مرجع نفسه؛ ص20؛ وعلى ذلك فالمصدر الحقيقي للسيادة في الدولة الإسلامية؛ **هو المشيئة الإلهية**؛ أما السلطة كمظهر من مظاهر السيادة عند ممارستها من طرف الحكام وولاة الأمور؛ فليست سوى سلطة بالوكالة حبلها بيد الله فالله وحده هو الذي يؤتي الملك لمن يشاء ويتزعه ممن يشاء؛ ومن ثم فلا يملك أحد سواه سلطة التقرير العليا؛ مرجع نفسه؛ ص21

[3] -د/ محمد عصفور؛ رسالته السابقة؛ ص178

[4] - د/كامل عبد السميع عبد الفتاح؛ حرية الرأي في الإسلام والمذاهب السياسية المعاصرة؛ دكتوراه في الحقوق؛ جامعة عين شمس؛ سنة 1995؛ ص190

كافة، إذ ما من فرع من **أفرع شجرة القانون**؛ إلا وكان لفكرة النظام العام موطئ قدم فيه، ناهيك عن تلك الفروع القانونية التي خطت فيها الفكرة لذاتها كيانا مستقلا كما هو الحال في **القانون الإداري**- كهدف وحيد لأعمال الضبط الإداري- **والقانون الدولي الخاص**- كوسيلة للدفع باستبعاد تنفيذ القانون الأجنبي الماس بمقومات النظام العام الوطني-.

ومن هنا سعى الفقه القانوني حثيثا لتأصيل فكرة النظام العام نظريا، وذلك في محاولات متعددة على مستويات فروع القانون المختلفة، بيد انه من المجحف نسبة الإخفاق إليه، لمجرد عدم تمكنه من إيجاد تكوين نظري لهذه الفكرة إلى الآن، ذلك إن هذه المحاولات جميعها كانت جهودا مضيئة لظلمة الغموض الذي اكتنف تلك الفكرة.فهذا الجهد الفقهي الكبير بما أولاه من **عظيم اهتمام بتلك الفكرة**، كان كما يقول **د/عماد طارق البشري**[1] "بمثابة مشاعل إنارة لدروبها المتعرجة، كشفا عن انحناءاتها شديدة المرونة، ومن ثم فلا مناص من وجوب إنصاف الفقه بهذا الخصوص؛ بيد أنه إنصاف وإن بدا ضروريا لا يعف الفقه القانوني من **جملة أخطاء منهجية**؛ وصمت نهجه البحثي إزاء فكرة النظام العام، أخطاء رتبت بدورها عوارا موضوعيا شاب محاولاته التأصيلية المتعددة لوضع تعريف محدد لها"، و لعل هذا هو سبب استمرار الفكرة المعنية على حال غموضها.

فلاشك أن مفهوم النظام العام قد شابه نوع من الخلط بسبب استخدام السلطة لمكوناته في تدعيم احتكار صنع القانون؛ وتحديد المصالح الجوهرية للجماعة من وجهة نظرها؛ رغم أن أصل الفكرة يعود إلى أنها **ترجمة للأسس والأصول والثوابت التي تؤمن بها الجماعة** في مكان مخصوص وزمان مخصوص؛ ومن ثم يكون من أبرز خصائصها الثبات والحياد؛ وعدم قابليتها للنقاش والجدال؛ وعلى أفراد الجماعة حكاما ومحكومين الخضوع لها سلوكا وفكرا[2].

كما هو الحال في الشريعة الإسلامية إذ تشكل أحكامها ونصوصها القطعية مجالا **للنظام العام الأبدي** الثابت. فلا مجال للقول في الشريعة لمشكلة السلطة المتعالية والمترفعة عن التقيد بأحكام النظام؛ وإنما المشكلة هي من نتاج السلطة نفسها؛ التي شرعت لشعب ليس من صنعها؛ فضل شرعها؛ وضلت بناء عليه شعوبها؛ فكان لابد من الصراع والصدام المباشر في شكل حروب وثورات قدمت خلالها الشعوب ضحايا فداء لحريتها، ولا زالت تقدم ... أما شرع الإسلام وقانونه فهو من صنع خالق البشر ورازقهم؛ المتعالي عن أهوائهم؛ والأعلم بسرهم وجهرهم؛ العارف بما يصلح أحوالهم وشؤون حياتهم؛[3] ومن ثم فلا تصلح شريعة كمنهج ونظام لحياتهم سوى شريعة خالقهم العدل الحكم؛ العليم الخبير. ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير؟

---

[1] - د/ عماد طارق البشري؛ مرجع سابق؛ ص 86

[2] - ينظر د/ مصطفى محمد الجمال، تجديد النظرية العامة القانون، نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون، الجزء الأول، (تعريف القانون- القواعد القانونية، مصادر القانون- تطبيقات قضائية) الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2002، ص359-360

[3] - د/ صبحي عبده سعيد؛ السلطة والحرية في النظام الإسلامي؛ دراسة مقارنة؛ ص30

وعلى خلاف ذلك استخدمت الدولة الوضعية هذه الفكرة لفرض مشروعية نفعية لما تصوغه من قوانين وتنظيمات متغيرة حسب تغير عقيدتها الإيديولوجية وفلسفتها الاقتصادية والاجتماعية وانطلاقا من هذا الاستخدام المصلحي والنفعي من طرف الدولة انطلقت محاولات الفقه في التأصيل وبيان الأدوار التي سخرت لها هذه الفكرة من خلال تحديد الفكرة من الوجهة المقصدية ببيان أهدافها دون التعرض للب ماهيتها وحقيقة جوهرها.

فكان الأولى الانطلاق في عملية التأصيل بتحديد عناصر الفكرة؛ وتفاعلها المتآلف انتظاما بداخلها محاولة لسبر هويتها ومكوناتها الداخلية. وهذا ما نحاول تجليته بإبراز حقيقة هذه الفكرة بناء على الجهود الفقهية السابقة.

6- حقيقة النظام العام في إطار علاقتها بفكرة الحرية :

مما سبق يظهر للباحث أنه إذا أردنا بحق استجلاء حقيقة فكرة النظام العام فلن يكون ذلك بمعزل عن **ربطها بفكرة الحرية** إذ التلازم بينهما أصلي إلى حد أنه وسيلة لحماية الحرية لا لتعطيلها، فالفرد لم يتنازل عن قسط من حريته في إطار ما يسمى بالعقد الاجتماعي إلا لضمان نصيبه الباقي من هذه الحرية[1]؛ ففكرة النظام العام في منطق الفكر الديمقراطي لا تتجافى مع الحرية أو تناقضها، بل هي جزء منها تتممها بل وقد تساندها، نظرا لأن النظام- من زاوية الديمقراطية- فكرة قانونية كافلة للحرية ولسلطة المجتمع على حد سواء، ولذلك لا يرى الفقه الديمقراطي أي تعارض بين النظام العام والحرية، لأن المعنى المحدد للنظام العام- في الديمقراطية- هو أنه يعرفها ويحدد ملامحها دون أن يحوز عليها[2].

وتحديد النظام العام للحرية على وجه لا يمسها أو ينتقضها مبناه أنه لا توجد حريات مطلقة؛ وإنما الحريات دائما محددة، أي معلقة على استعمالها الاجتماعي واستخدامها في نطاق النظام. فالحرية مرتبطة دائما بالنظام الاجتماعي، وهذا يعني أنها لا توجد إلا لكي تمارس في المجتمع، ولا ينعزل الفرد-عن طريقها- عن المجتمع، بل هو يعيش فيه ويساهم في تحقيق أغراضه الاجتماعية. وهذا التعاون مع الآخرين هو الذي يضع الحد الفاصل بين الحرية والفوضى، وفي هذا التضامن يجد تنظيم الحرية تبريره... في تحديد شروط ممارسة الحرية؛ والتي لا يعني-كما قد يفهم البعض- إنكار الحرية، بل تعريفها..ولذا يقال الحرية رهينة النظام والنظام تقديره التشريع ووسيلته السلطة[3].

على أنه إذا كانت ملامح الحرية تتحدد في إطار من النظام العام-**الحرية المنظمة**-، فإن النظام العام نفسه تحدد الحرية نطاقه، مما يجعل مضمونه نسبيا لا يتقيد إلا بحدود النظام القانوني للحرية؛ ولذلك يجب ألا يفهم النظام العام كمناهض للحرية بل ضامنا لممارستها. ولذلك قيل إن الإخلاص للنظام الديمقراطي يضع على عاتق الإدارة التزاما إيجابيا هو حماية الحرية، فالنظام يفترض الحرية وهو لا يتصور إقامته خارجها أو بدونها، لأن الحرص على الحرية عنصر من عناصر النظام. كما أن الحرية لا يعرف لها قوام في غير دائرته[4].

---

[1] -د(ة)/ عزيزة الشريف؛دراسات في التنظيم القانوني للنشاط الضبطي؛ الناشر دار النهضة العربية؛ طبعة 1989؛ص40 وما بعدها.

[2] - محمد عصفور؛ الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي؛ ص93.

[3] - د/ نعيم عطية؛ في النظرية العامة للحريات الفردية؛ الناشر الدار القومية للطباعة والنشر؛ القاهرة؛ سنة 1965؛ ص138.

[4] - محمود عاطف البنا؛ حدود الضبط الإداري؛ ص 58

ونتيجة لذلك لا يكون تقدير **إجراء بوليسي** ما مؤسسا على جدواه للنظام فحسب، وإنما يجب أن يكون موضع الاعتبار أيضا مدى الأذى الذي يحدثه هذا الإجراء في الحرية،إذ لا يجوز للإدارة أن تغفل أبدا أن النظام لا يتحقق إلا بالحريات، وانه إذا اتسم في الظاهر بالسلم والهدوء، فإنه في جوهره التعبير القانوني عن التوازن بين الحريات.وهذا هو ما دعا إلى تقرير أن تحديد نطاق النظام العام- في مفهوم الديمقراطية- يعتمد على معنى الحرية أكثر مما يعتمد على النتيجة التي يسعى إلى تحقيقها، حتى اعتبر "**بوردو**"أنه من الخيانة لنظام ديمقراطي تصوير النظام العام على أنه مقبرة الحريات. ذلك أن قيام السلطة شرط لقيام النظام، والحرية لا تقوم إلا من ثنايا النظام؛ ومن ثم كانت أهم غاية يسعى إليها أي نظام سياسي هي كيف تستطيع السلطة أن تحقق النظام دون أن تعسف بحريات الأفراد؛[1]وهذا من خلال وضع آليات وضمانات لعدم تدلي السلطة إلى ذلك التعسف بالحريات؛ بتخويل الأفراد حقوقا لها من القوة ما تمكنهم من الوقوف من خلالها في وجه السلطة.

وإن كان الغالب في الواقع أن **الموازنة بين الحرية والنظام مطلب عزيز المنال** إذ يمكن أن تعتصم الإدارة – في نظر القائمين عليها- بسلطتها التقديرية؛ أو بأعمال السيادة لتغليب مقتضيات النظام العام على حريات الأفراد وحقوقهم -كما يريدها ناشدوها-؛ حيث ينتهي الصراع أمام القضاء الإداري لصالح السلطة.

ولذلك يقرر الفقه الدستوري والإداري **ضرورة التعويل** في تحقيق التعايش السلمي بين السلطة والحرية أو بالأحرى بين النظام وبين الحق في الحرية؛ على **القضاء الإداري المتخصص** الذي سيقرر ترجيح أحد الكفتين إذا ما تعذر الجمع بينهما؛ بحيث يكون في نهاية أي نزاع بينهما مضحيا بأحدهما لمصلحة الأخر[2].وهذا ما سيتم تمحيصه لمعرفة ضوابط متطلبات النظام العام والحدود المقيدة لأساليبه لصالح الحرية.وآليات الموازنة بينهما في الفصول اللاحقة.

وعليه يمكن القول أن النظام العام ليس إلا **وصفا** لوضع مجتمعي في حالة السلم، أو حالة يشعر بها الجميع عندما يقدم كل فرد على ممارسة حقوقه وحرياته بالمساواة دون حصول فوضى أو أية اضطرابات أمنية تهدد استقرار حياة المجتمع؛ فهو ليس إلا نتيجة وثمرة لمجموعة الحدود والقيود التي تمكن للأفراد من ممارسة حرياتهم بشكل يضمن عدم تأثر الاجتماع البشري، إما بالتدخل السلبي أو الايجابي من طرف السلطة الضبطية. وحول هذا المعنى يمكن توظيف قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 28جانفي 1982 والذي يعرف النظام العام حسب ما جاء في حيثيات القرار بأنه:"حيث أن لفظ النظام العام يعني **مجموعة القواعد اللازمة لحماية السلم الاجتماعي**، والواجب توافرها لكي يستطيع كل إنسان ممارسة جميع حقوقه الأساسية عبر التراب الوطني في إطار حقوقه المشروعة"[3].

---

[1] – د/ عادل فتحي عبد الحافظ؛ شرعية السلطة في الإسلام؛ الدار الجامعية الإسكندرية؛ طبعة 1996؛ ص202

[2]- د(ة)/ عزيزة الشريف؛ دراسات في التنظيم القانوني للنشاط الضبطي؛ ص44

[3] -Considérant que par l'expression "Ordre public" on entend l'ensemble des règles nécessaire au maintien de la paix social qu'il faut préserver pour que chaque habitant, sur

ويستفاد من هذا التعريف أن النظام العام معناه الأمن والطمأنينة لأن المعنى العكسي أي الإخلال بالنظام العام نتيجته حدوث الاضطرابات الاجتماعية كالمظاهرات التي تتبعها عمليات الكسر والنهب والاعتداء على أمن الأشخاص وممتلكاتهم؛ فهي فكرة قانونية تهدف إلى المحافظة على الأسس والقيم التي يقوم عليها المجتمع والأصل أنها فكرة محايدة وثابتة لا تتغير بتغير غايات المجتمع خلافا لفكرة الخير المشترك التي تختلف من دولة إلى أخرى حسب فلسفتها ووفق مصالح شعبها وتتدخل فيها الاعتبارات السياسية[1].

وبالتالي فالنظام العام ليس حالة نفسية أو تصور ذهني يقوم لدى رجل الضبط حين يصدر قراره؛ وإنما هو حالة واقعية تتحقق بالقضاء على كل ما يتهدد أمن الناس وسلامتهم وصحتهم، ومن ثم وجب لذلك أن تقوم رابطة موضوعية بين قرار الضبط الإداري والحالة التي سبقته؛ والتي تكون ركن السبب في إصداره[2].

وهذه الحقيقة هي التي توصلت إليها مختلف الدراسات التي بحثت مضمون فكرة النظام العام في القانون العام يقول الأستاذ **جون ريفيرو** عميد القانون الإداري الحديث" **النظام العام هو تجنب الاضطرابات الملموسة**"؛ وهو ما انتهى إليه الفقيه الفرنسي **بول برنارد** بعد انجاز رسالته للدكتوراه حول " Notion d'ordre public en droit Administratif "حيث قال" هو حالة واقعية ملموسة متمثلة في حسن النظام أو السكينة العمومية وفي الصحة العمومية؛ بعدم وجود الاضطراب؛ المتمثل في النظام المادي في الشوارع، فضلا عن النظام العام الأدبي".[3]وعلى هذا تكون فكرة النظام تعبير عن حياة اجتماعية يسودها الهدوء والطمأنينة؛ وتعكس روح التنظيم القانوني المعبر عن قيم وثوابت الأمة؛ من خلال تفادي أوجه الإخلال بأسس الحياة الاجتماعية.[4] بحيث إذا اختلت هذه الثوابت أو تعرضت للتهديد اختلى **نظام الحياة**؛ وعمت الفوضى؛ و لم يهنأ للناس عيش؛ وهي الحقيقة التي عبر عنها **علماء المقاصد** بحفظ الضروريات الخمس، وهو التعريف الذي سينطلق منه الباحث في تجلية روح هذه الفكرة في الشريعة الإسلامية.

---

l'étendu de territoire nationale puisse exerce toutes ses facultés légitimes dans les limites des ses droits légaux au lieu de sa résidence…

ينظر حول هذا المفهوم د/ د/كامل عبد السميع عبد الفتاح؛ حرية الرأي في الإسلام والمذاهب السياسية المعاصرة؛ سنة 1995؛ هامش رقم 1؛ ص 189؛ حيث أورد تعريفا لد/ أحمد مسلم في رسالته النظام العام باللغة الفرنسية؛ أنه حالة التجمع السلمي الذي يتحقق بتحديد عادل لكل الحريات يسمح باستعمالها بانسجام داخل الجماعة . ينظر المرجع نفسه؛ ص189

[1] – د/ أحمد جلال حماد؛ حرية الرأي في الميدان السياسي في ظل مبدا المشروعية؛ ص 289 ؛ ود/ فرحات محمد السبكي؛ الضبط الاداري والحياد الوظيفي؛ رسالة دكتوراه ؛ سنة 2002؛ أكاديمية الشرطة القاهرة؛ ص 39

[2] – د/ صبري السنوسي؛ الاعتقال الإداري؛ ص67 ؛ ود/ فرحات محمد السبكي؛ الضبط الاداري والحياد الوظيفي؛ رسالة دكتوراه ؛ سنة 2002؛ أكاديمية الشرطة القاهرة؛ ص 41 ؛ ود/ محمد حسين عبد العال؛ الرقابة القضائية على أعمال الضبط الاداري؛ دار النهضة العربية؛ ط2؛ سنة 1991؛ ص17؛ ود/ عاطف البنا؛ حدود سلطة الضبط الاداري؛ ص553

[3] – ينظر إلى مثل هذه التعاريف عند أ/ السعيد كليوات؛ الضبط الإداري في الجزائر– مفهوما وممارسة– مذكرة ماجستير في العلوم السياسية؛ جامعة الجزائر؛ عام 2003/2002؛ ص48 وما بعدها.

[4] – د/كامل عبد السميع عبد الفتاح؛ حرية الرأي في الإسلام والمذاهب السياسية المعاصرة؛ دكتوراه في الحقوق؛ سنة 1995؛ ص189

الفرع الثاني: تحديد مدلول النظام العام الشرعي في الفقه الإسلامي:

بادئ ذي بدء ننوه أنه لا يوجد لفقهاء المسلمين -حسب المراجع المتوفرة- بحوثا متخصصة في النظام العام الإسلامي، ولعل ذلك اعتمادا منهم على وجود مضمونه في الشريعة الإسلامية ومقاصدها العامة. يقول **الإمام القرافي**" إن كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يشرع"[1] ومعناه أن أي قول أو فعل لا ينبني عليه ما يصلح حال المتصرف؛ أو حال غيره لا يعتبر تصرفا في الشرع؛ فلم يخلق الله وضعا إلا ليرتب عليه أحكاما مبنية على مقاصد تحقق مصالح العباد في المعاش والمعاد على **أساس من العدل**؛ ذلك أن الأوامر والنواهي في الخطاب الشرعي متجهة كلها إلى اكتساب المصالح أو الوسائل المفضية إليها؛ والى درأ المفاسد أو الوسائل المؤدية إلى درئها.[2]

فهذه الشريعة لم تأت عبثا ولمجرد إدخال الناس في الدين؛ وإنما جاءت لرعاية مصالح العباد الدنيوية والأخروية أفرادا وجماعات؛ فالشريعة جاءت لإخراج الناس من أهواءهم إلى مراد الشارع؛ رأفة بهم؛ وتفضلا عليهم؛ ولحفظ النظام العام؛ أو المجتمع من النخر والانهيار.

ومن هذا المنطلق راح بعض الباحثين يبحث لها عما يقابلها في النظام الإسلامي؛ فمن قائل إن مضمون فكرة النظام العام كامن في مفهوم **العدل** في الإسلام،[3] ومن قائل بأن مضمونها هو مضمون **المصلحة المعتبرة** شرعا عينه.[4] ومن قائل بأنها كامنة ومختزنة في مجموعة النصوص والأحكام القطعية الشرعية **القطعية الثبوت والدلالة** والمبادئ العامة الثابتة مما هو معلوم من الدين بالضرورة،[5] في حين هناك من جعلها مقصدا عاما للشريعة من مقاصدها التي تخص الأمة وصالحها.[6]

ومع تعدد منابع هذه الفكرة في محاولة تأصيلها ذهب باحث معاصر[7] إلى عدم حاجة الفقه الإسلامي إلى مضمونها لوجود ما يغني عن وظائفها في الإطار المرجعي الكامن في نصوص المشروعية الإسلامية العليا. وهذا ما سيتم تفصيله وتحريره تبعا من أجل إظهار مدى حقيقة فكرة النظام العام في الفقه الإسلامي.

أولا: محاولات تأصيل فكرة النظام العام وتحديد مفهومها في الشريعة الإسلامية:

ثانيا: مقصد حفظ نظام الأمة كمقصد مستقل في إطار منظومة مقاصد الشريعة.

---

[1] - الإمام القرافي؛ الفروق؛ ج3ص135 القاعدة 153

[2] - د/عبد السلام الرفعي؛ فقه المقاصد في الفكر النوازلي؛ الناشر دار إفريقيا الشرق–المغرب-2004 ؛ ص18

[3] - د/فتحي الدريني؛ المناهج الأصولية؛ ص52 .

[4] - زكي الدين شعبان؛ أصول الفقه الإسلامي؛ص251 ود/ حلمي الدقدوقي؛ رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري؛ ص691 ؛ د/ عبد الحميد متولي؛مبادئ نظام الحكم في الإسلام مقارنة؛ ص796

[5] - الشيخ عبد الوهاب خلاف؛ تفسير النصوص القانونية؛ مجلة القانون والاقتصاد؛ص185 ود/ محمد عبد الجواد؛ بحوث في الشريعة والقانون؛ص85 ؛ والشيخ عبد الرحمان تاج السياسة الشرعية والفقه الإسلامي؛ ص87

[6] - الطاهر بن عاشور؛ مقاصد الشريعة الإسلامية؛ ص80

[7] - عماد طارق البشري؛ فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق؛ ص152

أولا– محاولات تأصيل فكرة النظام العام وتحديد مفهومها في الشريعة الإسلامية:

بديهي أن لا نجد اصطلاح النظام العام معنونا في مصادر التأصيل الإسلامي مما يستتبع معه البحث في أهداف هذا التشريع ومقاصده لمحاولة رصد مدى معرفة وحاجة هذه الشريعة إلى مثل هذه الأفكار القانونية المؤطرة لحركة النشاط الفردي وممارسة الحريات العامة.

مما يستوجب استقراء كتب التراجم والسير للبحث عن قضايا لها علاقة بمضمون فكرة النظام العام؛ فمثل هذا البحث لا يمكن أن نصل فيه إلى نتائج إلا باستقراء كتابات فقهاء السياسة الشرعية والأحكام السلطانية ومحاولة استنتاج وظائف السلطة العامة وأهدافها في ضوء ممارسة العملية السياسية وهو ما تناوله بعض الفقهاء المعاصرين تحت باب **مقاصد الشريعة فيما يخص الأمة.**

والتي تعتبر بحق ميدان بحث لمضمون النظام العام **إذ تعتبر الكليات الخمس الضرورية عناصر للنظام العام الشرعي في القانون العام الإسلامي** إضافة إلى الأحكام الشرعية التكلفية القطعية الدلالة والثبوت كأحكام الواجب والحرام التي لا يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفتهما. يقول الشيخ مصطفى الزرقا" المقاصد هي صيانة الأركان الخمسة الضرورية للحياة البشرية؛ ثم ضمان ما سواها من الأمور التي تحتاج إليها الحياة الصالحة مما دون تلك الأركان الضرورية في أهميتها[1].

ويقول الإمام أبو زهرة" المقاصد هي حفظ الشارع على الخلق دينهم؛ وأنفسهم ؛ وعقولهم ونسلهم؛ وأموالهم؛ وكل ما يتضمن حفظ الأصول الخمسة بجلب المصلحة لها؛ ودفع الضرر عنها[2] ومقصود ذلك أن غاية فكرة النظام العام هي حماية مصالح وقيم الجماعة؛ وهو الأمر الذي تشترك فيه الشريعة مع القانون وان اختلفا في مضمون المصلحة وفي معيار الترجيح عند تزاحم المصالح.

وقال الشاطبي" فمصالح الدين والدنيا جميعا مبنية على المحافظة على الأمور الخمسة فإذا انخرمت لم يبق للدنيا وجود بالنظر إلى ما هو خاص بالمكلف والتكليف وكذالك الأمور الأخروية لا قيام لها إلا بذلك."[3]

إذ أن الشرائع في مجموعها الشرعية والوضعية منها إنما وضعت لمصالح الخلق في العاجل والآجل؛ وتكاليفها ترجع إلى حفظ مقاصدها؛ ومقاصدها كلياتها التي تبني عليها أحكامها. فهي متفقة جميعها على حفظ هذه المقاصد وصيانتها؛ وما ذلك إلا لأنها **قوام الحياة وعمادها**؛ لا تستقيم إلا بها؛ ولا تنهض إلا على وجودها وصيانتها؛ ولذلك قالوا بأنها كانت مراعاة في كل ملة؛ فلا تقوم شريعة بدونها[4].

---

[1] – مصطفى الزرقا؛ المدخل الفقهي العام؛ج1؛ ص92

[2] – الإمام محمد أبو زهرة؛ أصول الفقه؛ ص270

[3] – الشاطبي؛ الموافقات في أصول الشريعة؛ ج 2؛ ص2

[4] – د/ عبد السلام الرفعي؛ فقه المقاصد؛ ص31؛ وظاهر أن بعض هذه العبارات المستخدمة من طرف الباحث **شاطبية المنبع**.

1- المصلحة المعتبرة والنظام العام الشرعي:

1-1- مفهوم المصلحة المعتبرة: اهتم الأصوليون بتحديد مقصود الشارع من تشريعه للأحكام التي تضمنها الكتاب والسنة؛ فكانت النتيجة المستقرأة من تلك الأحكام وتعقيباتها مثبتة ومؤكدة لحماية الشرع للمصلحة كمقصد رئيسي ومحوري وارتكازي من وراء وضع الشريعة إلى حد قول بعض الفقهاء المعاصرين[1] :" **الشريعة مصلحة والمصلحة شريعة**" كتعبير معاصر عن قاعدة" **حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله؛ وحيثما كان شرع الله فثم المصلحة**" مما يدل على أولوية المصلحة المعتبرة أو الضرورية، وبالتالي تكون فكرة المصلحة في الفقه الإسلامي مقابلة فكرة النظام العام في القانون الوضعي بمدلوله السابق؛ وبالتالي تكون الفكرتين غايتين متقابلتين لكل من الشريعة والقانون.

وبناء على ذلك يعرفها **الإمام الغزالي** بأنها "المحافظة على مقصود الشرع، ومقصوده من الخلق الخمسة، أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة- أي من النظام العام-، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة".[2] ويفهم من تعريف الإمام الغزالي أن تحقيق المقاصد العامة للشريعة، هو الغاية الأساسية التي يجب أن تستهدفها كافة أنشطة الدولة بما فيها سلطات الضبط فيها.

كما يفهم من تعريف الإمام الغزالي أيضا - على حد تعبير **د/ عبد الحميد متولي**- أن أمورا قد تعد لدى الناس مصلحة ولكنها لدى الشارع مفسدة، فقد كان العرب مثلا قبل الإسلام يرون المصلحة في أود البنات. و لم يكونوا يرون في شرب الخمر مفسدة، ولذلك حرص الإمام الغزالي على التفرقة بين مقاصد الشرع ومقاصد الخلق؛ وقرر أن المحافظة على الأولى وإن خالفت الثانية هي المصلحة الشرعية التي يجب العمل على تحصيلها إبقاء وحفظا باعتبارها أولى المصالح بالرعاية والاهتمام في منظور الشارع[3]؛ وهو نوع من التأصيل لأولوية النظام على الحرية.

ويقول الإمام **الشاطبي**: "إن مصالح الدنيا والدين مبنية على المحافظة على الأمور الخمسة المذكورة، فلو عدم الدين لعدم ترتب الجزاء المرتجى، ولو عدم المكلف لعدم من يتدين، ولو عدم العقل لارتفع التدين، ولو عدم النسل لم يكن في العادة بقاء، ولو عدم المال **لم يبق عيش**"[4]. ويقول أيضا" إن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معا "[5].

---

[1]- ينظر إلى د/احمد الريسوني؛ ود/ محمد جمال باروت؛ الاجتهاد النص و الواقع والمصلحة؛ حوارات لقرن جديد دار الفكر المعاصر دمشق؛ ط1؛ سنة 2000؛ ص29 وص153 و تأكيدا للمعنى السابق استدل د/ الريسوني؛ بقول للإمام الغزالي في المنخول:" ونحن نجعل المصلحة تارة علما على الحكم، ونجعل الحكم تارة أخرى علما لها" ينظر الريسوني و باروت، المرجع نفسه؛ ص33

[2]- أبو حامد الغزالي؛ المستصفى من علم الأصول، ج1، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1937، ص 140.

[3] - د/ عبد الحميد متولي؛ الشريعة الإسلامية كمصدر للدستور؛ ص130

[4]- الشاطبي؛ الموافقات في أصول الشريعة، الجزء الثاني، طبعة دار الفكر 1351هـ، ص 8.

[5] - ينظر أبو إسحاق الشاطبي، مصدر نفسه؛ ص06.

ويعدد الإمام الشاطبي المقاصد الخمس السالفة و ينضم لاتفاق الفقه بقوله: " ولا شهد لنا أصل معين يمتاز برجوعها إليه، بل علمت ملاءمتها للشريعة بمجموع أدلة لا تنحصر في باب واحد، ولو استندت إلى شيء معين لوجب عادة تعينه "[1] وهي تدل على القطع لأنها كليات الشريعة .

ويستطرد الشاطبي قائلا بأنها الغايات التي تسعى إليها **كل ملة**. مما يعني أن حفظ النظام العام هو غاية لكل الشرائع السماوية والوضعية، وأن " مصالح الدنيا والدين مبنية على المحافظة على الأمور الخمسة المذكورة.. فلو عدم الدين عدم ترتب الجزاء المرتجى ولو عدم المكلف لعدم من يتدين، و لو عدم العقل لارتفع التدين، و لو عدم النسل لم يكن في العادة بقاء، و لو عدم المال لم يبق عيش. "[2]

ومن ثم يستوجب أن يكون الهدف من صياغة أي قاعدة قانونية عامة في التشريع سواء كان تشريعا وضعيا أو سماويا هو **"حفظ النظام العام"**.[3] لأن أحكام الشريعة – و بعبارة أخرى –" ترسم طرق ووسائل.. هذه الطرق والوسائل لا ترد لذواتها وإنما المراد غاياتها التي هي المقاصد" [4] .

وبذلك يعبر الاستقراء الكلي لأحكام الشريعة عن أن المصلحة المعتبرة أو الضرورية – بعناصرها الخمسة – هي بغير خلاف لدلالة القطع- الغايات الأساسية التي يجب أن تستهدفها كافة الأنشطة والقواعد في النظام القانوني الإسلامي بحيث تكون لها الأولوية عما عداها من غايات.يقول ابن القيم: "إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة، ومصالح كلها وحكمة كلها. فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل".[5]

والحقيقة أن أحكام الشريعة شاملة لجميع المصالح الدنيوية والأخروية والفردية والجماعية. فالشريعة لا تعرف الدنيا بدون الآخرة ولا العكس، ولا تعرف الجماعة بدون الفرد ولا العكس أيضا. إذ الفرد جزء وعضو، والجماعة كل وجسد. فكل من الفرد والجماعة في حاجة إلى الآخر، فالشريعة تسلك مسلك الموازنة بين مصالحها والوصول إلى التوازن بين المصالح هو العدل والاعتدال وهذا من أهم سمات الشريعة.[6]

أما القوانين الوضعية فلا تهتم إلا بمصالح الدنيا وكثيرا ما أخفقت في الموازنة بين مصالح الأفراد والجماعة. والسبب في ذلك أن من بيدهم السلطة هم الذين يحددون مدلول المصلحة العامة، وهم حين يفعلون ذلك إنما

---

[1] – الشاطبي؛ الموفقات ج1ء ص 10وما بعدها

[2] – الشاطبي؛ الموفقات؛ ص11

[3] – د/عبد الرحمن بابكر صالح؛ فلسفة المقاصد في الشريعة الإسلامية؛ طبعة سنة 2002؛ ص36

[4] – ابن القيم؛ إعلام الموقعين؛ ج3؛ ص283

[5] – ابن القيم؛ أعلام الموقعين عن رب العالمين، ج03، مطبعة الكليات الأزهرية 1967، ص 27.

[6] – د/ يوسف حامد العالم؛ المقاصد العامة للشريعة، العهد العالمي للفكر الإسلامي، دار الأمان، المغرب، ط2، 1993، ص 46.

يعملون على تحقيق مصلحتهم في البقاء واستمرار السيطرة والتحكم. أما الشريعة الإسلامية فتجعل المصلحة العامة حدا لا يجوز للسلطة العامة أن تتجاوزه وهي تنظم ممارسة الأفراد للحقوق والحريات.[1]

ولبلوغ الشرع مقصده استعان بوسائل منها تربية الفرد عن طريق العبادات التي ترمي إلى تهذيب النفوس وتوثيق العلاقات الاجتماعية وبذلك فقد اتجه الإسلام إلى العدالة القانونية والاجتماعية[2]؛ والقانون ليس غاية في حد ذاته بل هو وسيلة لتحقيق غاية يسعى إليها وهي القوة الخالقة له والإطار الذي يتحدد على ضوئه مجال تطبيقه وكيفية تفسيره.

وعليه يمكن تقرير أن النظام العام الشرعي ليس إلا حالة عامة تطلق على المقاصد الخمس الضرورية للشريعة في مجملها؛ ذلك أن انتظام أحوال أفراد الأمة لن يتحقق إلا إذا حفظت ضرورياته على مستوى الأفراد أولا ثم على مستوى الأمة إجمالا؛ وهذا ما يقرر بعض الفقه كما سيأتي في العنصر الموالي.فمن خلال تتبع علماء الأصول للأحكام الشرعية ومن استقراء عللها وحكمها ثبت أن المقصد العام للتشريع الإسلامي هو تحقيق مصالح الناس – بجلب النفع لهم ودفع الضرر عنهم- و لن يتحقق ذالك إلا بحفظ المصالح الضرورية لهم وضمان الأمور الحاجية وتوفير الأمور التحسينية أي الكماليات.

1-2- مراتب المصلحة المعتبرة:

1-2-1-المصالح الضرورية: هي الأمور التي لا بد منها لقيام حياة العباد بحيث لو اختلت كلها أو بعضها **لأختل نظام حياتهم وعمت الفوضى** وشاع الفساد؛ وهذه أقوى المصالح ولا يقدم عليها شيء فلا يراعى الأمر التحسيني أو الحاجي إذا كان في مراعاته إخلال بأمر ضروري.

وقد شرع الإسلام لحفظ هذه الضروريات أحكاما من ناحية إيجادها وأخرى لبقائها وهذه الضروريات عند أغلبية علماء المقاصد خمسة هي: الدين، النفس، العقل، النسل والمال[3]، بل أن **د/ سعيد رمضان البوطي** جعلها بهذا الترتيب –وهو ترتيب الإمام **الغزالي**[4]– محل إجماع حيث فقال" الترتيب بهذا الشكل بين الكليات الخمس محل محل إجماع"[5]؛ ولعل سنده في ذلك ما قرره الإمام الغزالي بشأن حفظ هذه الأصول الخمسة في الشرائع السابقة حيث يقول" يستحيل أن لا تشتمل عليه ملة من الملل؛ وشريعة من الشرائع التي أريد بها إصلاح الخلق؛ ولذلك لم

---

[1] – د/ فوزي محمد طايل؛ أهداف ومجالات السلطة في الدولة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار النهضة، القاهرة؛ 1986 ص15.

[2] – ينظر: محمد أبو زهرة، موسوعة الفقه الإسلامي،ج 1، 1967، ص 44-45.

[3] – ينظر في تفصيل مسألة مدى انحصار المقاصد الضرورية في خمس إلى:د/ احمد الريسوني؛ نظرية المقاصد؛ص59 ؛ ود/ جمال الدين عطية؛ نحو تفعيل مقاصد الشريعة؛ ص91 .ود/ عبد السلام الرفعي؛ فقه المقاصد وأثره في الفكر النوازلي؛ طبعة2004؛ ص78 ؛ د/ يوسف القرضاوي؛ المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية؛ مكتبة وهبة القاهرة؛ ط1سنة 1991؛ ص75؛ وأيضا مؤلفه ؛ السنة مصدرا للمعرفة والحضارة؛ دار الشروق؛ ط1؛ سنة1998؛ ص231 .

[4] – ونص عبارته " ومقصود الشرع من الخلق خمسة؛ وهو:أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم؛ وعقلهم ونسلهم ؛ ومالهم..." ينظر الغزالي؛ المستصفى؛ ج1؛ ص287

[5] – د/ محمد رمضان البوطي؛ ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية؛ ص250

تختلف الشرائع في تحريم الكفر؛ والقتل والزنا وشرب الخمر"[1]. يقول **د/ أحمد الريسوني**" إن أول من نص صراحة على انحصار الضروريات في خمس هو الإمام **سيف الدين الامدي**[2] في الإحكام؛ وبعده اخذ الأصوليون يصرحون بانحصارها في الأصول الخمسة؛ وان الاستقراء دل على ذلك. مما يمكن القول معه أن المسألة فيها ما يشبه الإجماع"[3].

وزاد البعض[4] **سادسا** يتمثل في **مقصد حفظ العرض**؛ وهو ما تبناه الإمام **الشوكاني** مدافعا عن هذه الزيادة؛ قال: " وقد زاد المتأخرون سادسا وهو حفظ الأعراض؛... وهو أحق بالحفظ من غيره؛ فان الإنسان قد يتجاوز عمن جنى على نفسه وماله ولا يكاد احد يتجاوز عمن جنى على عرضه"[5] ؛علما أن مسألة الزيادة هذه فيها نظر عند بعض المحققين من المعاصرين [6]. ولعل ما لفت انتباه العلماء إلى هذه الضروريات هو العقوبات الإسلامية المعروفة باسم الحدود الشرعية؛ ففي حد الردة حفظ للدين؛ وفي حد الحرابة حفظ للنفس والمال؛ وفي حد السرقة حفظ للمال أيضا؛ وفي حد الزنا والقذف حفظ للنسل والعرض والنسب؛ وفي حد الخمر حفظ للعقل. بالإضافة إلى أحكام القصاص خاصة قتل النفس بالنفس لما يمثله من حفظ للنفس[7].

وهذه المصالح الخمس جاءت بها ولأجلها الشرائع السماوية كلها وهذا ما قرره شيخ المقاصد الإمام الشاطبي باستفاضة لا مثيل لها في كتب الأولين حيث يقول " ومجموع الضروريات **خمسة** وهي حفظ الدين والنفس والنسل والعقل والمال **وقد قالوا إنها مراعاة في كل ملة**" يقول الإمام **أبو زهرة** " فكل ما يتضمن هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعه مصلحة"[8].

1-2-2- المصالح الحاجية: هي الأمور التي تسهل على الناس حياتهم وترفع الحرج والمشقة عنهم بحيث لو اختلت كلها أو بعضها لوقعوا في الحرج ولحقتهم المشقة من غير أن يختل نظام الحياة، فإن لم تراع دخل على المكلفين الحرج والمشقة ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح الضرورية، والحاجيات في حقيقة الأمر

---

[1] – الغزالي؛ المستصفى؛ ج1؛ص288

[2] – ونص عبارته" والحصر في هذه الخمسة الأنواع إنما كان نظرا إلى الواقع؛ والعلم بانتفاء مقصد ضروري خارج عنها في العادة" ينظر الامدي؛ الإحكام في أصول الأحكام ؛ج3؛ ص394

[3] – د/ الريسوني ؛ نظرية المقاصد عند الشاطبي؛ ص59

[4] – ابن السبكي؛ جمع الجوامع بحاشية البناني؛ ج2؛ص280 ؛ وقد نقل الإمام البناني في حاشيته عليه؛ أن هذه الزيادة أول من ذكرها هو الإمام الطوفي؛ ومن قبله الإمام القرافي دون أن يصرح بتبني هذه الزيادة " ينظر تفصيل هذه الآراء بالمقارنة والتحليل د/ الريسوني؛ المرجع نفسه؛ ص 26 وما بعدها.

[5] – الإمام الشوكاني؛ إرشاد الفحول؛ ص216

[6] – ينظر تعقيبا على هذه الزيادة د/ أحمد الريسوني؛ نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي؛ الناشر المعهد العالمي للفكر الإسلامي؛ ط4؛ سنة 1995؛ص63؛ وينظر أيضا تعقيبا أخر للدفاع عن هذا المقصد السادس؛ د/ عبد السلام؛ الرفعي؛ فقه المقاصد؛ ص89 وما بعدها.

[7] – د/أحمد الريسوني؛ الفكر المقاصدي قواعده وفوائده؛ الناشر دار الهادي بيروت؛ ط1؛ سنة2003؛ ص26

[8] – محمد أبو زهرة، المرجع السابق، موسوعة الفقه الإسلامي، ص48.

ترجع إلى تيسير التعامل بين الناس بأحكام تخفف المشقة وترفع الحرج وهي تجـري في العبـادات والمعـاملات والعادات والعقوبات[1].

فقد دل الشرع في نصوص عامة إلى ضرورة الالتفات إلى المصالح الحاجية لقوله تعالى: ﴿ **مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَـلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ**﴾[2]، وقوله أيضا: ﴿ **يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ**﴾[3].

1-2-3- المصالح التحسينية: وهي الأمور التي تجمل بها الحياة وتكتمل؛ بحيث لو فقدت **لا يختل نظام الحيـاة** كما في الضروريات، ولا يلحقهم حرج ولا مشقة كما في الحاجيات؛ ولكن تصبح حياتهم مستقبحة غير طيبـة تسنكرها الفطرة السليمة؛ وهي ترجع في جملتها إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات وتراهـا في كـل أنـواع التشريعات من عادات ومعاملات؛ عقوبات.

نستخلص مما سبق أن غاية الأحكام ومقصدها هو دائما المصلحة أي حفظ النظام العام الشـرعي؛ سـواء كانت مصلحة خاصة للفرد أو مصلحة عامة للمجتمع؛ وهذا ما يستدعي من الباحث بيان موقف الإسـلام في الترجيح بين هاتين المصلحتين؛ من خلال تحديد موقف الشريعة من حقوق الفرد؛ ثم موقفها من حقوق الجماعة وكيفية التعامل معهما عند التعارض؛ وصولا إلى وضع تصور خاص عن غاية الشريعة هل هي حفظ نظام الجماعة وتحقيق مصلحتها العامة أم تغليب مصلحة الفرد؛ أم أن هناك توازنا بينهما في الرعاية والاهتمام على النحو المقرر عند علماء التقريب والتغليب من أجل تحقيق مقصود الشارع عند كل مسألة بعينها بتحقيق المناط.

ولن يتم تحقيق ذلك بالمقارنة مع نظرة القانون إلى الفرد؛ إلا بتحديد مصدر الحقوق في الكون، والذي يظهر من خلال نص المادة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: "يولد جميع الناس أحرارًا متساوين في الكرامة وقد **وهبـوا** عقـلاً وضميرًا" فيظهر أن الأساس العالمي لهذه الحقوق هو الكرامة الكامنة في الكائنات البشرية". أي أنها حقوق طبيعية مقدسة ولكن يبقى السؤال المحير هو ما أصل هذه الكرامة ؟ ومن قدسها؟ ومن هو الفاعل المجهول في" **وهبوا** "؟[4] فمن أعطى هذه الكرامة ؟ ومن أودعها في الإنسان ؟ ذلك ما **تجنبه** المشرع العالمي تحديده في أهم وثيقة لحقـوق الإنسان؛ تحظى بشبه قبول إجماعي؛ بل إنه في المناقشات التي دارت في اللجنة التحضيرية لميثاق حقوق الإنسـان

---

[1] – زكي الدين شعبان؛ أصول الفقه الإسلامي، ص 394. و د/زكريا البري؛ أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مطبعـة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، سنة 1977، ص 132.

[2] – سورة المائدة، الآية 06.

[3] – سورة البقرة، الآية 185.

[4] – ولقد سماها الإعلان الفرنسي حقوقًا مدنية؛ حيث ينص في مقدمته على الآتي: لما كان جهل أو نسيان أو ازدراء حقوق الإنسان هـي الأسباب الوحيدة للمصائب العامة ولفساد الحكومات قرر ممثلو الشعب الفرنسي المجتمعون في جمعية عمومية عرض الحقوق الطبيعية المقدسة وغير القابلة للتصرف في إعلان مهيب؛ لكي يبقى هذا الإعلان حاضرًا، ونصب أعين جميع أعضاء الجسم الاجتماعي فيذكرهم بحقـوقهم. ينظر د/عبد الله بن بيـه؛ معالم وضوابط التواصل مع الآخر ووسائله وآلياته" مقالة منشورة على الانترنت مقدمة إلى مـؤتمر " نحـن... والآخـر" وزارة الأوقـاف بدولـة الكويـت **حَدِيثٌ صَحِيحٌ** - *حَدِيثٌ صَحِيحٌ* مـارس **حَدِيثٌ صَحِيحٌ** الحَدِيثُ الشَّرِيفُ الحَدِيثُ الشَّرِيفُ ***الحديث الشريف*** ؛ ص حَدِيثٌ صَحِيحٌ

رُفضت الإشارةُ إلى **الله تعالى** وإلى كلمة "**الخلق**" وما تصرف منها؛ حيث كانت النتيجة هي اعتبار الإنسان نفسه مركزيًّا وكأنه هو الله تعالى وتقدس[1]. أما في المرجعية الإسلامية فهي إلهية المصدر، وهذا ما جاء في القرآن الكريم حيث يقول سبحانه وتعالى : ﴿ **وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ** ﴾[2]. ولهذا صرح إعلان القاهرة 1990 عن حقوق الإنسان في الإسلام في المادة الثانية :"**الحياة هبة من الله، وهي مكفولة لكل إنسان**".

فهذه **الهبة** التي وردت في الإعلان العالمي غير مسندة إلى أحد، فمصدر تعيين الحقوق الكبرى الخمس هو الله سبحانه وتعالى، بينما المصدر في الإعلان العالمي إنساني، والمصدر في الإسلام رباني حيث ترجع ثوابت الحقوق إلى الكليات الخمس وتدور في فلكها. بحيث توجد **ثوابت دينية قوية** في مجال الأخلاق والسلوك تحدد إطارا حقوقيا وبخاصة في تقسيم الحقوق إلى حق لله تعالى وحق للآدمي الممنوح من البارئ الذي منحه الكرامة :"ولقد كرمنا بني آدم"؛ بينما في النظرة الغربية التي ترجمها إعلان حقوق الإنسان سنة حديث صحيح الحديث الشريف حديث صحيح **الحديث الشريف** " حقوق الإنسان هي إنسانية فالإنسان هو الذي منح نفسه هذه الحقوق والمادة الأولى من الإعلان تقول: يولد جميع الناس أحرارا متساوين في الكرامة وقد وهبوا عقلا وضميرا"؛ وانطلاقًا من ذلك نشأ اختلاف في بعض المفاهيم خاصة منها الاختلاف في الترجيح بين حق الجماعة وبين حق الفرد ؛ فبينما تبدو النظرة الغربية أكثر ميلاً وترجيحًا لحق الفرد أو مصلحة الفرد تكون النظرة الإسلامية أكثر توازنًا، ويمكن تجلية نظرة الشريعة لهذا التوازن بين الحقين كما يلي:

فبالنسبة لنظرة الإسلام إلى الفرد وحقوقه[3] فيلاحظ اعتناء الشرع الإسلامي بالفرد بجعل مصلحته مقصدا من مقاصده. إذ حرص على تربيته وصلاحه فلقد أباح الإسلام حرية العقيدة الدينية لقوله تعالى: ﴿ **لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ**﴾[4]، كما أكد على مبدأ المساواة المطلقة بين الأفراد في الحقوق والواجبات دونما تمييز لقول النبي –صلى الله عليه وسلم– " الناس سواسية كأسنان المشط" وإقرار الإسلام في مصالحه الضرورية لحق الملكية الفردية من خلال بعض النصوص الشرعية لقوله: " **وَإِنْ تُؤْمِنُوا وَتَتَّقُوا يُؤْتِكُمْ أُجُورَكُمْ وَلَا يَسْأَلْكُمْ أَمْوَالَكُمْ**"[5]، إلى غير ذلك من المصالح التي عنى الإسلام بها الفرد لأن الفرد محور المجتمع فإذا صلح الفرد صلح المجتمع.

وبالنسبة لنظرة الإسلام إلى المجتمع وحقوقه فقد حرص الشرع الإسلامي على أن يقيم مجتمعنا مثاليا في أوضاعه المادية وقيمة الروحية والخلقية[6] نزعة الإسلام الجماعية أو الاجتماعية المتمثلة في إعلاء شأن المجتمع وتحقيق وتحقيق المصلحة العامة هي مقصد أصلي للشرع الإسلامي. فاهتمامه بالفرد ليس غاية في حد ذاته إنما هو وسيلة

---

[1]– د/عبد الله بن بيه؛ معالم وضوابط التواصل مع الآخر ووسائله وآلياته" مقالة سابقة ؛ ص5

[2] سورة الإسراء، آية 70 .

[3] – د/ سمير عالية، المرجع السابق، ص131.

[4] – سورة البقرة، الآية 256.

[5] – سورة محمد، الآية 36.

[6] – د/سمير عالية، المرجع نفسه، ص134.

لإيجاد عضو صالح في مجتمع مثالي فمن القواعد المسلم بها في الفقه الإسلامي أن **يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام** وهذا ما نصت عليه المادة 26 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية.

كما أن الشرع قد أنكر فكرة وجود حقوق طبيعية للإنسان، كما تزعم النزعة الفردية الوضعية. فالحقوق في الإسلام إلهية المصدر تثبت للفرد بمقتضى الشرع فإن حقه في ممارسته لنشاطه مقيد بعدم الإضرار بالغير؛ ومن هذه القواعد: الضرر يدفع بقدر الإمكان، الضرر يزال شرعا، ودرء المفاسد مقدم على جلب المنافع وهذا ما نصت عليه مجلة للأحكام العدلية في مادة 30 "درء المفاسد أولى من جلب المنافع" إن وقد بنى الفقه الحنفي على هذه القاعدة نظرية سوء استعمال الحق وقد علق بعض الفقهاء على هذه القاعدة بقولهم :"هذا غاية ما وصل إليه التفكير القانوني الحديث في نظرية منع تعسف الحق" ، كما قيد مبدأ سلطان الإرادة بعدم التحكم والاستغلال وهذا لحماية الفريق الضعيف في العقد وليس هذا سوى تطبيق من تطبيقات **فكرة النظام العام الشرعي** كقيد على الحريات التعاقدية رغم أن الأصل هو العقد شريعة المتعاقدين " المادة 106من القانون المدني الجزائري".

فالشرع الإسلامي يحرم عقود الربا وعقود الغرر، ويتوسع الشرع في نظرية الشروط المقترنة بالعقد من حيث أثرها على العقد بالبطلان أو الفساد على نحو يجعل دائرة النظام العام والآداب العامة أوسع بكثير منها في القانون الوضعي وهناك بعض الحالات تطبق في الشرع الإسلامي تشبه نظرية الظروف الطارئة المعروفة في القوانين، وإلى جانب الملكية الفردية اقر الإسلام الملكية الجماعية لجماعة المسلمين دون اختصاصها بفرد معين ومن مظاهر هذه الملكية بيوت العبادة لقوله تعالى: ﴿أَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ﴾، وكذلك ملكية الأموال الموقوفة في نظام الوقف.

أما بالنسبة لموقف الإسلام من النزعتين الفردية والاجتماعية معا فمن خلال استقصاء ما كتبه الأصوليون في بحث **المحكوم به** يلاحظ أن **الحق** في الشريعة يمثل القاعدة الأساسية للتشريع كله ويمتاز هذا الحق بطبيعة خاصة تميزه عن الحق في مختلف الأنظمة الفلسفية والقانونية. إذ أنه ذو مفهوم ذاتي واجتماعي معا ؛ يراعى فيه حق الغير سواء الفرد أو المجتمع إبان استعماله كسبا وانتفاعا .وعليه فان ثمرة هذا الاستقصاء الأصولي أن الشارع الحكيم وقف موقفا وسطا حيال النزعتين؛ فهو من ناحية جعل مصلحة الفرد مقصدا له؛ ومن ناحية أخرى جعل مصلحة المجتمع مقصدا أصليا له أيضا[1]؛ وهو ما يطلق عليه أصوليا بـ **حق الله** وسمي بذلك لشمول نفعه وعظيم خطره. فهي نظرة تقوم على أساس أن الحرية تساوي المسؤولية، أي مسؤولية الفرد تجاه نفسه وتجاه غيره: "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"، من خلال جهته الفردية ومن خلال علاقته بالمجتمع، فلا يجوز أن يضر نفسه، ولا أن يتسبب في ضرر غيره. وقد شبه النبي ﷺ تعسف الفرد في استعمال حقه في الحرية، وحق الجماعة في الحد من هذه الحرية لمصلحة الجميع بأصحاب السفينة، وذلك في الحديث الصحيح عند البخاري: "مثل القائم على حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة، فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها، فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم، فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقًا و لم نؤذ من فوقنا؛ فإن

[1] – د/ سمير عالية، المرجع السابق، ص137-145.

يتركوهم وما أرادوا هلكوا جميعًا، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعًا".[1] إن هذا الحديث يدل على أهمية حق الجماعة وترجيحه على حرية الفرد لصالح الجماعة والفرد معًا، وإن الحدود الشرعية إنما جاءت لحماية الجماعة وقيم المجتمع. وكذلك في الحديث: "لا ضرر ولا ضرار"، ومن القواعد: "دفع الضرر العام مقدم على دفع الضرر الخاص"، و "وارتكاب أخف الضررين"، "تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة"، أما النظرة الغربية فإنها أكثر انحيازا إلى الفرد[2]

إن الاعتراف بكل من حق الفرد وحق المجتمع يجعل كلا من المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية معتبرة على قدم المساواة. ذلك لأن الحق وسيلة غايته المصلحة وهذا ينطوي على اعتراف بالقيمة الذاتية للإنسان الفرد واعتراف بالمجتمع كشخصية اعتبارية ذات مصلحة جوهرية ومستقلة عن المصالح الفردية لان كلا منهما من مكونات الواقع الاجتماعي.

أن اعتبار المصلحتين معا **عدل ينبغي العمل على تحقيقه** حتى لا تفتات إحدى المصلحتين على الأخرى؛ فعند التعارض المستحكم بينهما تقدم المصلحة العامة إذا لم يمكن التوفيق والجمع لان العدل يقتضي ألا تهدر مصلحة كبرى في سبيل المحافظة على مصلحة فردية وهذا يعد من مقررات العقل والدين معا

ذلك أن الحق وسيلة ينبغي أن تفضي إلى غايتها؛ ومن هنا كان تقييد استعمال الحق على نحو يؤدي إلى المصلحة التي شرع من أجلها لان المصلحة في ذاتها معتبرة شرعا واعتبارها شرعي يضفي عليها صفة العدل من المشرع نفسه إذ لا يعتبر ما كان جورا أو ضررا. فالمصلحة الذاتية المشروعة في أصلها قد تنقلب غير مشروعة إذا أفضت إلى مآل ممنوع كالإضرار بالمصلحة العامة بل يوقف العمل بالحكم الشرعي في هذه الحالة خشية انهيار الصالح العام فالحكم هو منشأ الحق المعارض للصالح العام الذي هو العدل وعلى هذا فالمصلحة الفردية في الإسلام ذاتية ومعترف بها ولكن في إطار المصلحة العامة، فالعدل هو المصلحة الواقعية الحقيقية المعتبرة شرعا خاصة كانت أم عامة باعتبارها مقصود الشارع من الحكم.[3] وهو ما يمكن التأصيل بناء عليه في اعتبار **إقامة العدل** مقصدا للشريعة من وراء إيجاد الدولة المسلمة.

2- علاقة مقاصد الشريعة فيما يخص الأمة بفكرة النظام العام الشرعي

من المتفق عليه بين علماء الشريعة الإسلامية أن الأحكام الشرعية إنما شرعت لتحقيق مقاصد سامية، سواء على مستوى الأفراد أو الجماعات؛ وأنه ينبغي على أي تقنين تشريعي أو تنظيمي أو اجتهاد قضائي تحري هذه المقاصد في ممارسة العملية الاجتهادية سواء منها الاجتهاد الإنشائي أو الاجتهاد الانتقائي.

---

[1] - ينظر /عبد الله بن بيه؛ معالم وضوابط التواصل مع الآخر ووسائله وآلياته" مقالة سابقة؛ ص 05 والحديث أخرجه البخاري .

[2] -/عبد الله بن بيه؛ معالم وضوابط التواصل مع الآخر ووسائله وآلياته" مقالة منشورة على الانترنت مقدمة إلى مؤتمر" نحن... والآخر" وزارة الأوقاف بدولة الكويت 6-8 مارس 2006 ؛ ص06

[3] - د/ فتحي الدريني ؛ الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده؛ مؤسسة الرسالة؛ ص3-41

2-1- المقصد العام من الشريعة الإسلامية: حسب استقراء علماء الأصول فان مقاصد الشريعة إجمالا عائدة إلى تحقيق المصالح بجلب المنافع ودرأ المفاسد يقول العز بن عبد السلام:" ولو تتبعنا مقاصد ما في الكتاب والسنة لعلمنا أن الله أمر بكل خير؛ دقه وجله؛ وزجر عن كل شر دقه وجله، فان الخير يعبر به عن جلب المصالح ودرأ المفاسد" ثم يقول" فالشريعة كلها مصالح :إما تدرا مفاسد أو تجلب مصالح" ومن عباراته أيضا "التكاليف كلها راجعة إلى مصالح العباد في دنياهم وأخراهم؛ والله غني عن عبادة الكل ؛لا تنفعه طاعة الطائعين ولا تضره معصية العاصين"؛ ويقول: أيضا"اعلم أن الله لم يشرع حكما من أحكامه إلا لمصلحة عاجلة أو أجلة؛ أو عاجلة وآجلة تفضلا منه على عباده..."[1].كما ذكر الغزالي أن مصلحة الدين والدنيا مراد الشرع وهو معلوم بالضرورة وليس بمظنون وأن دفع الضرر مقصود شرعا. ويقول ابن تيمية "أن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها"، كما يقول أيضا :"إن الله لم يأمرنا إلا بما فيه صلاحنا؛ و لم ينهنا إلا عما فيه فسادنا.."

ويقول ابن القيم[2] كما سبق بيانه أن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد "، ويقول أيضا:" فان الله أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط والعدل الذي قامت به السموات والأرض؛ فإذا ظهرت أمارات الحق ؛ وقامت أدلة العقل؛ وأسفر صبحه بأي طريق كان؛ فثم شرع الله ودينه ورضاه وأمره؛ والله تعالى لم يحصر طرق العدل وأدلته وأماراته في نوع واحد وأبطل غيره من الطرق التي هي أقوى منه وأدل وأظهر؛ بل بين بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة الحق والعدل وقيام الناس بالقسط ؛ فأي طريق استخرج بها الحق ومعرفة العدل وجب الحكم بموجبها ومقتضاها؛ والطرق أسباب ووسائل لا تراد لذواتها؛ وإنما المراد غاياتها التي هي المقاصد." وظاهر من خلال التأمل في هذه الأقوال أن هناك مقصدا واحدا كليا يتمثل في جلب المصلحة سواء بالنسبة للفرد أو الدولة كمكلف بإقامة الشريعة وحراسة الدين وسياسة الدنيا وسيادة النظام والاستقرار ومنع الفتن، وهي ما يمكن اعتبارها مقاصدا على مستوى الدولة أو الأمة يمكن تعبير عنها دستوريا بوظائف الدولة المسلمة التي يجب أن تكون محل اعتبار لدى المجتهدين وولاة الأمور في التأسيس للنظام الدستوري والإداري والاجتماعي للمجتمع الإسلامي.

2-2-أقسام مقاصد الشريعة: تنقسم هذه المقاصد الشرعية إلى أقسام عديدة؛ وباعتبارات مختلفة:

فباعتبار مدى شمولها لمجالات التشريع وأبوابه تنقسم إلى مقاصد عامة؛ ومقاصد خاصة؛ ومقاصد جزئية.[3]**وباعتبار آثارها في قوام أمر الأمة**[1] تقسم إلى ضروريات وحاجيات وكماليات، وهو التقسيم المشهور عند علماء المقاصد والذي أفاض فيه الإمام الشاطبي و شراحه من بعده بإسهاب.

---

[1] – ينظر إلى هذه الأقوال الإمام العز بن عبد السلام؛ قواعد الأحكام ج2؛ دار الجيل؛ ط2؛ ص73

[2] – ابن القيم ؛ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية؛ ص7

[3]- **فالمقاصد العامة** هي المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها أو في أنواع كثيرة منها: أوصاف الشريعة كالفطرة والسماحة واليسر ومقصدها العام من جلب للمصالح ودفع للمفاسد وغيرها من الحكم المراعاة في كل أبواب الشريعة أوفي أكثرها كرفع الحرج وإزالة الضرر. **وأما المقاصد الخاصة:** والمعاني والحكم الملحوظة للشارع في باب من أبواب التشريع أو في جملة أبواب متجانسة

وباعتبار علاقتها بحظ المكلف تقسم إلى مقاصد أصلية وأخرى تبعية؛ وهي التي يمكن للباحث الانطلاق منها للتأصيل في ضوئها لفكرة حفظ نظام الأمة في النظام الإسلامي.

2-2-1- المقاصد الأصلية: وهي التي لا حظ للمكلف فيها؛ وهي مقاصد الشارع في الحفاظ على الضروريات الخمس. والمراد هنا بانعدام حظ المكلف فيها كون الشارع عندما وضعها وألزم بها المكلفين لم يراع في الإلزام بها مصالح الأفراد بالقصد الأول وإنما راعى فيها إقامة حياتهم واستقامتها بالقيام بالضروريات وحفظها. فانعدام حظ المكلف فيها منظور إليه من وجوه:

أحدها: أن الشارع قاصد إلى إقامة تلك المقاصد والحفاظ عليها سواء وافقت الحظوظ العاجلة للمكلف أم لم توافقها وان تبعها حظ المكلف **فبالتبع** لا أصالة **والثاني:** أنها راجعة إلى حفظ الضروريات التي لا تستقيم الحياة بدونها ولا بغيرها ؛ فتركها تجري على حظوظ المكلفين قد يؤدي إلى خرم الضروريات ومن ثم إلى فساد الحياة .. **والثالث:**أن المكلف مطالب بإيقاعها؛ سواء وافقت ميلا نفسيا منه أم لم توافق؛ وسواء كان في إيقاعها تحقيق حظ عاجل أم لم يكن فهو مطالب بها في كل الأحوال.[2]

2-2-2-المقاصد التبعية: وهي المقاصد التي روعي فيها حظ المكلف بالقصد الأول حيث يحصل له من جهتها مقتضى ما جبل عليه من نيل الشهوات والاستمتاع بالمباحات وسد الخلات؛ وجعل للإنسان فيها حرية الاختيار بين الفعل وعدمه وبين أنواع المشروعات ضمن حدود الشريعة وقوانينها.

3- مقاصد الشريعة فيما يخص الأمة :

من القضايا الأصولية **المغيبة في الفقه السياسي** الإسلامي التمييز بين نوعين من الخطابات الشرعية التكلفية.**احدهما:** الخطابات الموجهة إلى **الأمة باعتبارها مكلفا** كجماعة؛ **والثاني:** الخطابات التكلفية الموجهة للأفراد؛ **وهذا** خلافا للنظرة السائدة والتي تعتبر خطابات الشارع الحكيم كلها موجهة للأفراد مما ترتب عنه اعتبار الشريعة؛ شريعة أفراد والفقه فقه أفراد. وبذلك لم تتجه نظرة الفقهاء إلى قضايا الأمة ومن ثم تعطل التنظير

كمقاصد الشارع في العقوبات أو المعاملات المالية أو في نظام الأسرة وغيرها. **وأخيرا المقاصد الجزئية** :وهي الحكم والأسرار التي راعاها الشارع عند كل حكم من أحكامه المتعلقة بالجزئيات. ينظر تفصيلا أكثر إلى د/ يوسف العالم؛ المقاصد العامة في الشريعة الإسلامية؛ ص74

[1] - **وهي ثلاثة مراتب:أ- المقاصد الضرورية:** وهي التي تكون الأمة بمجموعها وآحادها في ضرورة إلى تحصيلها بحيث يختل نظام الحياة مع اختلالها ويترتب على خرقها فساد عظيم في الدنيا بسبب خرق لكليات حفظ النفوس والعقول والأموال والأنساب و فساد في الآخرة بسبب خرق كلية حفظ الدين. **ولأهميتها** أفردها الدكتور يوسف العالم برسالة مستقلة خصصها فقط للضروريات الخمس، **ب-المقاصد الحاجية:** وهو ما تحتاج إليه الأمة لاقتناء مصالحها وانتظام أمورها على وجه حسن ؛ فالحاجة إليه من حيث التوسعة على الناس ورفع الحرج عنهم. **ج-المقاصد التحسينية:** وهي ما يكون بها كمال الأمة في نظامها؛ فتبلغ به مرتبة عالية من الرقي والتحضر؛ وحسن المعاملة والمظهر فتكون أمة محترمة التقرب إليها والاندماج فيها مرغوب فيه. وذلك محاسن الأخلاق والعادات الفردية منها والجماعية. ينظر في تفصيلا في مضمون هذه المقاصد د/ محمد الحسن مصطفى البغا؛ درء المفسدة في الشريعة الإسلامية؛ دار العلوم الإنسانية؛ دمشق؛ ط1؛ سنة 1998؛ ص24

[2] - د/ نعمان جغيم؛ طرق الكشف عن مقاصد الشارع؛ دار النفائس الأردن؛ ط1؛ سنة 2002؛ ص34

والتقعيد في مجال البناء التنظيمي للمجتمع الإسلامي وهذا ما يظهر جليا في عدم ملاحظة مقاصد الشريعة في كثير من مجالات الفقه[1] خاصة منه الفقه السياسي بشقيه الدستوري والإداري أو ما يعرف بأحكام القانون العام في الشريعة الإسلامية.

و لم يسلم من ذلك حتى شيخ المقاصد الإمام الشاطبي، والذي نظر كما يقول صاحب فقه الأحكام السلطانية إلى مقصد الشرع في حفظ الضرورات الخمس على أساس فردي، لا على أساس ما تحفظ به الأمة كاملة ؛ فجميع مقاصد الشريعة لديه، سواء ما تعلق منها بوضعها ابتداء أو إفهامها أو التكليف بها أو دخول المكلف تحت حكمها، خاصة بحفظ الضرورات الخمس للفرد، وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال على أساس أن حفظ الدين بمعنى التدين الفردي كما يتضح من سياق الدراسة، ومن قوله: " فأصول العبادات راجعة إلى حفظ الدين من جانب الوجود،كالإيمان والنطق بالشهادتين والصلاة والزكاة والصيام والحج وما أشبه ذلك "، وإن أشار إشارات عابرة إلى وجوب الجهاد على الفرد مع الإمام البر والفاجر[2] .

وبخلاف منهج الشاطبي فقد كان الشيخ ابن عاشور أول من نبه **بشكل صريح** إلى أن الكليات الخمس مراعى فيها مصلحة الأمة إلى جانب مصلحة آحاد الناس؛ و لم يكتف ببيانها وتأصيلها في مرتبة الضروريات فقط؛ وإنما أوضح وجودها ووجوب مراعاتها في مرتبة كل من الحاجيات والتحسينيان؛[3] مما يوحي أن هناك مقاصد للشريعة في مجال الأمة مستقلة عن المقاصد الشرعية بالنسبة إلى باقي المجالات مع ضرورة الإقرار بوجود التداخل والتكامل بين هذه المجالات وهو الأمر الذي يدفع إلى تبني مقاصد جديدة أو على الأقل تفعيلها بما يحقق استدامة النظام العام الشرعي.

---

[1] – محمد مهدي شمس الدين؛ مقاصد الشريعة –حوار مع عبد الجبار رفاعي؛ مجلة آفاق التجديد ؛ دار الفكر؛ بيروت؛ 2001؛ ص19

[2] – ينظر إلى هذا الرأي عند د/عبد الكريم الحمداوي؛ في النظام السياسي الإسلامي فقه الأحكام السلطانية ؛ –محاولة نقدية للتأصيل والتطوير– ؛ ص43 ويرجع فضيلته سبب هذا الاتجاه الفردي أو الفردية في المقاصد الشاطبية – من وجهة نظره – إلى أنها تمثل صدى لما كان سائدا آنئذ في الأندلس، من تداخل قيم أديان مختلفة، وتسربها إلى عادات المجتمع وأعرافه وتقاليده ونظمه ، وتمازج ثقافات متنوعة المصادر والاتجاه ، تزاوج فيها الفكر الإسلامي بغيره، وتحول بها إلى ناقل للتراث اليوناني، فأضعف هذا الدور ولاءه للإسلام، وموه على أصالة الشريعة وتميزها، وأضفى على الحياة الأندلسية صباغا يكاد يكون علمانيا في الفكر والتصرف؛ كما ساهم في بلورة هذا الوضع قيام أنظمة للحكم مستبدة على أهلها خانعة لعدوها، مغرقة في الضلال والتفسخ والانحلال، مما سرب اليأس إلى عقول العلماء وقلوب العامة، وألجأهم إلى محاولة التسديد والتقريب بين أحكام الشريعة وبين انحراف الواقع، بمحاولة حفظ الضرورات الخمس للفرد، وإهمال ما له علاقة بالشأن العام الذي هو كيان الأمة ونظام الدولة، وضرورة تنفيذ الأمر الإلهي الخاص بإخراج الأمة الإسلامية للناس. ولعل في إشارة الشاطبي إلى اتفاق الشريعة مع سائر الملل في هذا الأمر ما يوضح مدى تأثير الثقافات الأجنبية في التفكير الإسلامي وتمويهها على النص القرآني الملزم ﴿ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ﴾ المائدة 48 ، وما يفسر بدون لبس هذا الاتجاه الفردي في المقاصد الشاطبية؛ ذلك أن الفردية مبدأ فلسفي عريق في الفكر الإنساني؛ والمجتمعات البدائية نفسها كانت فردية التصرف والمقصد". ينظر المرجع نفسه؛ ص44

[3] – الطاهر بن عاشور؛ مقاصد الشريعة؛ ص80

وهو عين ما يقرره في موضع آخر كون أحكام الشريعة منوطة بحكم وعلل راجعة للصلاح العام للمجتمع والأفراد معا. وذلك **بحفظ نظام الأمة** وحفظ نظام العالم واستدامة صلاحه بصلاح المهيمن عليه ممثلا في النوع الإنساني بما يضبط تصرفات الناس في شبكة العلاقات الاجتماعية بما يمنع ويعصم من التفاسد والتهالك.

وقد سار على هذا النهج المقاصدي التجديدي الإمام علال الفاسى حين اعتبر أن عمارة الأرض وحفظ نظام التعايش عليها هو المقصد العام للشريعة؛ وأن صلاح المستخلفين فيها هو الوسيلة لتحقيق ذلك.

وقد أشار د/ **يوسف القرضاوي** في أكثر من موضع حاجة الفقه الإسلامي إلى إعادة النظر في المقاصد من حيث مفردها بالاهتمام بالمقاصد المتعلقة بالمجتمع كالحرية والمساواة والعدالة والإخاء والكرامة والتكافل ؛ فكلها مقاصد عامة للشريعة الإسلامية؛ ويعطي أمثلة من كتب الأصول للتدليل على غياب العقلية المقاصدية لدي الجماعة كتمثيلهم حفظ العقل في عقوبة الشرب كأن هذا هو كل اهتمام الإسلام بالعقل متسائلا ومتعجبا فأين العقلية العلمية؛ وطلب العلم والإشادة بالعلماء وقيمة المعرفة[1] ويذكر في مقام آخر أن تحقيق الكفاية والأمن مقصد عام؛ وهو ما امتن الله به على قريش وأسس عليه أمرهم بعبادته فقال" **فليعبدوا رب هذا البيت الذي أطعمهم من جوع وأمنهم من خوف** "[2]

3-1- مفهوم مقاصد الشريعة على مستوى الأمة: والمراد بهذه المقاصد الخاصة بالأمة مجموعة المصالح العامة التي يعود نفعها على الأمة قاطبة وان كان الأفراد ينتفعون بها لأنهم أفراد من هذه الأمة.قال الغزالي المراد بالمصلحة العامة ما يعم جدواها؛ وتشمل فائدتها ولا تخص الواحد المعين؛[3]أو بلغة القانون المصلحة العامة و المجردة التي تخص الأفراد بصفاتهم ومراكزهم القانونية لا بذواتهم وشخصهم.

وهي ما يعبر عنه بحقوق الله المحضة أو ما يعبر عنه رجال القانون بالأمور المتعلقة بالنظام العام؛ غير أن حقوق الله تشمل المصالح الدنيوية والأخروية؛ ولا تختص بالدنيوية كما في القانون. والحق العام ينسب إلى الدولة أيضا لأهميته مع نفعه للشعب نفسه[4]

وفي تحليل الإمام الشاطبي لتكامل المصالح المعتبرة الخاصة والعامة في الفقه الإسلامي يقول:" بأن المقاصد الأصلية – أي المصالح المعتبرة أو الضرورية-.[5] "إنما وضعتها الشريعة لمصلحة الخلق بإطلاق فهي لا حظ فيها للمكلف من حيث ضروریاتها لأنها قيام بمصالح عامة مطلقة لا تختص بحال دون حال ولا بصورة دون صورة ولا بوقت دون وقت ولكنها تنقسم إلى ضرورة عينية إلى ضرورة كفائية."

---

[1] – د/ القرضاوي ؛ مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية؛ ص84

[2] – د/ القرضاوي؛ السنة مصدرا لمعرفة والحضارة؛ ص231

[3] – الغزالي؛ شفاء الغليل؛ ص260.

[4] – د/ ابرهيم مصطفى الزلمي؛ فلسفة التشريع ؛ دار الرسالة، بغداد 1979؛ ص14.

[5] – الشاطبي؛ الموافقات؛ ج2؛ ص120

"فأما **كونها عينية**- أي معينة لفرد بذاته أو بعينه – فعلى كل مكلف في نفسه ، فهو مأمور بحفظ دينه اعتقادا و عملا، وبحفظ نفسه قياما بضرورة حياته ، و بحفظ عقله حفظا لمورد الخطاب من ربه إليه، و بحفظ نسله التفاتا إلى بقاء عوضه، وبحفظ ماله استعانة على إقامة تلك الأوجه الأربعة. ويدل على ذلك انه لو فرض و اختار المكلف خلاف هذه الأمور لحجر عليه ولحيل بينه و بين اختياره."

" أما **كونها كفائية** " أي التكليف بها للجماعة يكتفي فيه بأن يحققها البعض ليسقط الطلب عن الباقين، فان لم يتم تحقيقها أصبحت تكليفا عينيا على كل مكلف بذاته القيام بها للجماعة– فمن حيث كانت منوطة بالغير أن يقوم بها على العموم في جميع المكلفين لتقسيم الأحوال العامة التي لا تقوم الأحوال الخاصة إلا بهـــا، إلا أن هـــذا القسم مكمل للأول فهو لاحق به في كونه ضروريا إذ لا يقوم العيني إلا بالكفائى ذلك أن الكفائى قيام بمصـــالح عامة لجميع الخلق، فالمأمور به من تلك الجهة مأمور بما لا يعود عليه من جهته تخصيص لأنه لم يؤمر إذ ذاك بخاصة نفسه فقط وإلا صار عينيا، و يدل على ذلك أن القائمين به في ظاهر الأمر ممنوعون من اســـتجلاب الحظـــوظ لأنفسهم بما قاموا من ذلك ". و بذلك يوضح الشاطبي تمييزا بين قسمين للمصلحة المعتبرة.

أ– المصلحة الذاتية الخاصة: وهي منوطة بالفرد صاحبها بذاته، وقد خولت له الشريعة الحريات المعرفـــة في أحكامها من اجل الحفاظ عليها وازدهارها بعقله الراشد – بمجالات القانون الخاص – لا يحده في حرية التصرف والاختيار إلا أن تكون تلك المصلحة ذاتها محلا في حرية التصرف فيها لمصلحة غير معتبرة تناقضـــها وعندئـــذ لا يرتب هذا التصرف اثر فيما تضمنه من مخالفة تدخل في مضمون النظام العام في القانون الخاص.

ب– المصلحة المعتبرة العامة:

وهي التي يمكن أن نطلق عليها- النظام العام الشرعي – وهي ضرورة كفائية – أي يجب تحقيقهـــا في جميـــع الأحوال ؛ منوط بالغير أن يحققها و يبقى عليها على العموم في جميع المكلفين لتستقيم الأحوال العامة؛ باعتبارها الشرط اللازم لوجود المصلحة المعتبرة الذاتية و استقامة الأحوال العامة إذ لا يقوم العيني إلا بالكفائى وبهذا فـــان صفة العمومية في النظام العام هنا تشمل حماية المصلحة المعتبرة الذاتية من كل خطر خارجي يقع عليها دون شرط زائد، سواء كان مصدر الخطر تربطه بصاحب المصلحة الذاتية رابطة أم لا – وقائيا بوظيفة ضبط إداري و عقابيا بوظيفة قضاء جنائي – ومن ثم لا يبدو أي تعارض بين ممارسة الأفراد لحرياتهم اقتفاء لمصالحهم الذاتيـــة و بـــين تنظيمها محافظة على النظام العام[1].

وهو ما يوضحه تحليل الأستاذ الدكتور عاطف البنا بقوله :[2] "لا يعني الإقرار بالحريات العامـــة وكفالتـــها أن تكون حريات مطلقة و إنما يتعين تنظيمها محافظة على النظام العام و حتى تصبح ممارسة الحرية ذاتها ممكنة وعملية، فالنظام العام لا يتعارض مع الحرية والتنظيم القانوني لا يخل بالحرية وإنما يقدم لها إمكانية الوجود الواقعي و بدون التنظيم قد يصبح الأمر فوضى ".

[1] – د/حلمي الدقدوقي؛ مرجع سابق؛ ص659

[2] – د/محمود عاطف البنا؛ الوسيط في القانون الإداري؛ ص67

و إذا وجب أن تكون المصلحة المعتبرة عامة خرجت بذلك المعتقدات المدفونة في الصدور والأفعال التي تدور داخل الملك الخاص وفي حرمته ما لم يكن لها مظهر خارجي يتعدى ذلك النطاق الخاص إلى الجماعة.

وبهذا تنصرف عمومية المصلحة إلى كل ما هو عام و ليس كل ما هو خاص بحيث أفضل الأوضاع العامة التي يتمكن فيها الفرد من حفظ دينه ونفسه و عقله و عرضه وماله إلى المحافظة على مصلحته المعتبرة الخاصة، فإذا حدث تهديد أو إخلال بتلك الصفة العامة لواحد أو أكثر من تلك العناصر الخمسة تهددت المصلحة المعتبرة العامة أو اختلت بمقدار التهديد أو الإخلال .

ولا يعني ذلك أن الصفة العامة للمصلحة المعتبرة تقف عند مدلول الجماعة كلها ، بمعنى أن يهدد الحظر كل أفراد الجماعة في أحد العناصر الخمسة المعتبرة ، و إنما يكفي أن يهدد جماعة أو فردا غير معين بالذات – خطر مباشر على صفة العمومية – أو فردا معينا بالذات – خطر غير مباشر على صفة العمومية.

3-2- نحو تفعيل مقاصد الشريعة على مستوى مصالح الأمة

وعلى هذا يجب تفعيل مقاصد الشريعة في مجال السياسة الشرعية من التأصيل والتأسيس لعقلية مقاصدية فيما يخص أهداف الأمة. تهدف إلى ضمان التوازن بين الثوابت والمتغيرات؛ بين المرونة والصلابة؛ وبين الليونة والصرامة؛ فلا يكفي رصد مقاصد الشريعة كما عرضها القدماء وبلورها الشاطبي بل تحتاج إلى ربطها بأهداف الأمة كما يفعل المحدثون مما يعني أن تطبيق الشريعة رهن بتحقيق تطابق بين مقاصد الشارع ومقاصد المكلف وبين أهداف الأمة[1]وهو ما يعبر عنه قانونا النظام العام المؤطر لأهداف الجماعة في ظل القيم والأصول التي يؤمن بها أفراد المجتمع؛ ويمكن أن تشتمل مقاصد الأمة على العناصر جديدة نكتفي منها بمقصد واحد وهو مقصد حفظ دين الدولة وحماية الأخلاق فيها .

3-2-1حفظ الدين والأخلاق: لان مصلحة الإيمان أكمل المصالح ودفع الكفر في أعلى مراتب الدفع كونه أعظم المفاسد.[2]فالخلق صلاحهم وسعادتهم في أن يكون الله هو معبودهم الذي تنتهي إليه محبتهم وإرادتهم وهو الذي يجب أن يكون المراد المقصود بالحركات[3]. فليس في الشريعة فصل للدين والأخلاق عن نظام المجتمع كما هو الحال في النظم السياسية العلمانية باستثناء ما يعرف عندهم بحفظ الآداب العامة كعنصر معنوي من عناصر النظام العام التي مصدرها العرف لا الدين على مستوى الأفراد.

---

[1] – د/ حسن حنفي؛ مقاصد الشريعة وأهداف الأمة –قراءة في الموافقات للشاطبي– مجلة المسلم المعاصر العدد103السنة26 ص102.

[2] – د/ عمر بن صالح بن عمر ؛ مقاصد الشريعة عند الإمام العز بن عبد السلام؛ دار النفائس الأردن؛ ط1؛ 2003؛ ص160

[3] – د/ سميح عبد الوهاب الجندي؛ أهمية المقاصد في الشريعة الإسلامية وآثارها في فهم النص واستنباط الحكم؛ دار الإيمان؛ الاسكندرية2003؛ ص19 نقلا عن ابن تيمية؛ درأ التعارض؛ج9 ؛ ص382.

وفي الشريعة تكون السلطة الحاكمة بمختلف مؤسساتها ملزمة بحفظ دين عموم الأمة من خلال حراسته وإقامة شعائره وليس مجرد احترامه كما هو الحال في اليمين الدستورية لرئيس الجمهورية في معظم الدول العربية بما فيها الدستور الجزائري وفقا لنص المادة 76 من دستور 1996..[1].

ودليل مراعاة حفظ دين الأمة وإقامته تشريع أحكام العبادات والشعائر التي تؤدى جماعيا كصلاة الجمعة والجماعات والعيدين ومناسك الحج حتى يستشعر الجميع الرباط العقائدي والعبادي الذي يجمعهم ويوحد هم. وجعل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من الفروض الكفائية ليظل هناك مدافعون عن القيم الأساسية للمجتمع فلا ينتشر الفساد والانحلال ومن ثم فلا يستحكم؛ مما يصعب معه العلاج.

كما جعل الشارع طلب العلم المتعلق بالعقيدة والعبادة والأخلاق فرضا عينيا باعتباره وسيلة **لحسن التعبد**[2]؛ كمقصد من مقاصد الشريعة السامية والغائية عند من يرى عدم انحصار المقاصد الضرورية في الكليات الخمس .

أما الأخلاق كقيم ضابطة للسلوك الفردي والجماعي فيكفي للتدليل على أنها مقصود للشارع في تشريع إحكامه وأنها مقصد عام تهدف أليه؛ قوله عليه الصلاة والسلام إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق. مما يجعلها ذات أهمية محورية في كل أحكام الشريعة الأمر الذي يدفع إلى التساؤل والتعجب معا كيف تم اعتبار محاسن الأخلاق عند علماء الأصول من المقاصد التحسينية والكمالية. مع أن هناك من الأخلاق ما هو بمنزلة الضرورة لبقاء الأمة ودوام صلاحها في تبليغ الشريعة كالتزام الصدق في المعاملة مع الآخر غير المسلم خاصة معاهدات حسن الجوار معهم. وعقود تأشيرة الدخول إلى ديارهم والالتزام بالأخلاق الإسلامية في التعامل معهم في الأحوال الشخصية والمالية، و بهذا يتحقق مقصود الشارع المتمثل حسب تعبير **الطاهر ابن عاشور** حتى تكون الأمة الإسلامية **مرغوبا في الاندماج فيها أو في التقرب منها؛ لما رأوه من حسن أخلاق في التعايش مع أفرادها أثمر بهجة منظر** للمجتمع الإسلامي في مرأى بقية الأمم.

فلا شك أن لمحاسن العادات ومكارم الأخلاق وفضائل الآداب مدخلا في ذلك سواء أكانت عادات عامة كستر العورة؛ والأمانة؛ والصدق؛ وحسن المعاملة. أم خاصة بأمتنا كخصال الفطرة وإعفاء اللحية.إضافة إلى ترغيب الغير في الإسلام كمنهج للحياة متكامل مما يساهم في نشر المدارك الراقية للبشرية[3].

---

[1] – نص المادة" وفاء للتضحيات الكبرى...أقسم بالله العلي العظيم؛ أن **أحترم الدين الإسلامي وأمجده**... وأسعى إلى تحقيق المثل العليا للعدالة والحرية والسلم في العالم"؛

[2] – د/ يحي محمد؛ **نظرية المقاصد والواقع** مجلة قضايا إسلامية معاصرة العدد08 ص101.حيث يقرر عدم كفاية المصالح المذكورة والمحصورة في الضروريات الخمس لمختلف نواحي الحياة في ظل الدولة الحديثة؛ إضافة إلى انه يعتبر هذه الضروريات ليست مقاصدا حقيقية؛ وإنما تتعلق بالحاجات المادية للإنسان؛ وأما المقاصد الحقيقية والتي أسماها بالمقاصد الغائية فعدد منها: **التعبد والتخلق** والتوحد والتعقل والتحرر ...المرجع نفسه ص150

[3] – ينظر بتصرف إلى– ابن عاشور ؛ المرجع السابق؛ ص83

هذا ومن المناسب في هذا المقام الإشارة إلى أن القواعد التشريعية والقواعد الخلقية في الإسلام؛ جميعها وارد في صيغة الأمر في القرآن الكريم لا يختلف بعضها عن بعض في مفاهيمها ولا في وظائفها؛ ولا في آثارها لان القاعدة الخلقية إن هي إلا قاعدة تشريعية[1].

ثانيا: مقصد حفظ نظام الأمة كمقصد مستقل في إطار منظومة مقاصد الشريعة.

1- أهمية حفظ نظام الأمة: لم تحظ فكرة إقامة النظام السياسي وحفظ فاعليته باهتمام وعناية علماء الأصول بالدرجة التي تتبوؤها المنظومة الخماسية لأصول المصالح. ورغم ذلك نجد الشاطبي ينتهي إلى أن السلطة السياسية ضرورة من ضرورات الدين وأنها أي (الإمامة) أصل مقطوع به لا يفتقر في صحته؛ وملاءمته لتصرفات الشارع إلى شاهد[2] مما يعني اعتبار تأسيس الدولة في الإسلام أحد مقاصد الشريعة على حد تعبير **د/ حمادي العبيدي**[3] أي أن السياسة نابعة من الإسلام ذاته، وأن الحاكم مأمور بأن يسوس المسلمين بأحكام الدين ويقيم مصالحهم؛ وعلى الأمة باعتبارها صاحبة القوامة التكفل بحاجياته ثم مراقبته والحد من سلطته إلزاما بحكم القانون لا حكم هواه.

وبهذا يجب الاهتمام بالمقاصد الشرعية بغرض ضبط السلطة السياسية بضوابط أصول الشريعة ومن ثم التأصيل السياسي للمصلحة العامة متمثلة في **إقامة أمة قوية مرهوبة الجانب مطمئنة البال** وهذا يستلزم من ولاة الأمور سن قوانين وإقامة جهاز تنفيذي يوكل إليه حمل الناس بالرغبة والرهبة على رعاية مصالح الأمة.[4]

ويترتب على ذلك الاعتراف بالأمة ككيان مستقل ومتميز له خصائصه ومقوماته وتنظيماته التي تستوجب إفرادها بمقاصد تخصها على نحو ما يعرف في القانون بفكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ذات الذمة المالية المستقلة ولعل من أعظم هذه المقاصد نصب الإمام،[5] مهما كانت الأحوال تجنبا للفتن السياسية أو ما يعرف في الفقه الدستوري بالفراغ الدستوري وهو الأمر الذي دفع بفقهاء السياسة الشرعية كالماوردي؛ والجويني وابن خلدون إلى تجويز "**إمارة التغلب** "ولو من غير بيعة ولا شرعية، وأحيانا من غير مشروعية لتصرفاته حفاظا على مصلحة عليا هي حفظ نظام الأمة من شرور الفتنة النائمة، وقد برروا ذلك بقيام حالة الضرورة وخوف الفتنة، ولذلك فهم مجمعون على التساهل في أمر العدالة صغراها وكبراها، ويجيزون إمامة الفاسق المتغلب للمصلحة المرسلة؛ وفي ذلك يقول النووي: "الإمام لا ينعزل بالفسق على الصحيح" ؛ ويقول الزركشي: " لا تبطل ولاية الإمام الأعظم بالفسق لتعلق المصالح الكلية بولايته، بل تجوز تولية الفاسق ابتداء إذا دعت إليها ضرورة ".[6]

---

[1] – د/فتحي الدريني؛ الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ؛ ص48

[2] – الشاطبي؛ الاعتصام ؛ ص74

[3] – د/ حمادي العبيدي؛ الشاطبي ومقاصد الشريعة؛ منشورات كلية الدعوة الإسلامية؛ طرابلس– ليبيا– ط1؛ سنة 1992؛ ص241

[4] – ابن عاشور المرجع السابق؛ ص300

[5] – معلوم أن **مصطلح الإمام** يقصد به جهاز الحكم في الدولة بمؤسساته المختلفة بما فيهم الخليفة ؛والأمراء والوزراء والمستنابون وبالتالي فان حكومة الإمام ليست حكومة شخصية على نحو ما هو مقرر في تقسيم نظام الحكم في القانون الدستوري إلى (الحكم الفردي؛ حكومة الأقلية؛ حكومة الأغلبية أو الجمهورية) ينظر تفصيلا في ذلك . د/ ضياء الدين الريس؛ النظريات السياسية الإسلامية؛ ص204

[6] – عبد الكريم الحمداوي ؛في النظام السياسي الإسلامي فقه الأحكام السلطانية ؛ ص168

وإلى ذلك أيضا يذهب **بدر الدين بن جماعة** حين يرى أن كل من تصدى للإمامة وليس من أهلها، وقهر الناس بشوكته وجنوده، بغير بيعة واستخلاف، كان إماما شرعيا لزمت طاعته، ولا يقدح في إمامته كونه فاسقا أو جاهلا. وإذا انعقدت الإمامة بالشوكة والغلبة لواحد ثم قام آخر فغلب الأول، انعزل الأول وصار الثاني إماما. وهذا النظام مشابه لظاهرة الانقلابات العسكرية والوثوب على السلطة بالشوكة على قاعدة " الإمامة للمتغلب"، وهو ما له أصل لدى الحنابلة بروايتهم على ما ذكرة الفراء "**الجمعة مع من غلب**" .

وكذلك الإمام النووي،يقول:"إذا ثبتت الإمامة بالقهر والغلبة فجاء آخر فقهره انعزل الأول وصار الثاني إماما "[1]

وبذلك يظهر أن الفقهاء والمتكلمين وإنْ أطنبوا في تفصيل شرائط الإمامة وصفات الخليفة، قد ألغوا في المجال الواقعي كل تلك الشروط والصفات عندما أقروا إمامة الغلبة والقهر.

إن استقراء أحداث التاريخ الإسلامي، والفتاوى السياسية للفقهاء، يكشف بوضوح أن أساس الحكم واقع عملي وفكر سياسي، وكان لديهم هو الغلبة والقهر، خوفا من **فتنة** إذا بويع لإمامين فاقتلوا الثاني منهما" وكان في مقدمة من قال بهذا كل من الماوردي والغزالي والتفتازاني وابن حزم[2].ولعل في هذا ما يعد تأصيلا لأهمية حفظ النظام العام في الشريعة الإسلامية وأولويته في منظومة مقاصد الشريعة.

وعليه فانه نظرا للطبيعة الاجتماعية والمدنية التي فطر الله عليها الإنسان والتي تدفع إلى ضرورة الاجتماع مع بني جنسه والتعاون فيما بينهم من أجل تلبية احتياجاته ومصالحه التي يعجز عنها بمفرده والتناصر فيما بينهم؛ فان هذا الاجتماع لا يتم إلا بسلطة قوية تدفع التواثب والتنازع فيما بينهم وتحمي المجتمع من المخاطر التي تهدده من داخله أو من خارجه وتحقق انتظام الجميع في تحصيل المنافع ودفع المفاسد[3].

وقد عبر عن هذه الفكرة غالبية الفقه السياسي الإسلامي وعلى رأسهم الإمام **الإيجي** في المواقف و**الماوردي** في الأحكام السلطانية والجويني في الغياثي والغزالي في الاقتصاد إلى الحد الذي يمكن القول معه أن القواعد والأحكام المتعلقة بقضايا إقامة النظام السياسي وقواعد حفظه إيجادا واستبقاء تشكل جل الفقه السياسي الإسلامي سواء من حيث التأسيس الشرعي لسلطة حفظ النظام أو الخروج على هذه السلطة كل ذلك في ضوء موازين المصالح والمفاسد التي تفرضها ملابسات كل موقف.

1-1-نظرة الإمام الجويني لحفظ النظام:

تطرق الإمام الجويني بالتفصيل لمسالة "**خلو الزمان عن الإمام**" محذرا من المفاسد التي قد تنجر عن عدم نصبه فيقول:" فلو انتفض الدهر عن إمام ذي استقلال وقيام بمهمات الأنام... وجرى ما نحاذره من خروج الأمور عن **مسلك الانتظام**؛ للقي أهل الإسلام أحوالا واختلالا؛ لا يحيط بوصفه غايات الإطناب في الكلام ولأكل بعض

[1] – عبد الكريم الحمداوي ؛ المرجع نفسه ؛ ص191

[2] – عبد الكريم الحمداوي ؛ المرجع نفسه ؛ ص192

[3] –د/ فوزي خليل؛ المصلحة العامة من منظور إسلامي ويليه تطبيقات المصلحة العامة في عصر الخلفاء الراشدين؛ مؤسسة الرسالة؛ بيروت ط1؛ سنة 2003؛ ص265

الناس بعضا وارتجلت الممالك واضطربت المسالك طولا وعرضا... واستجرأ الكفار وتمادى الفساد والانتشار وعم الشر والضر... فكم من دماء لو أفضى الأمر إلى ذلك لسفكت؛ وحرمات لهتكت؛ وكم من حدود تضيع وتهمل؛ وكم من ذريعة في تعطيل الشريعة تعمل؛ وكم من مناظم للدين تدرس؛ وكم من معالم تمحق وتطمس؛ وقد يتداعى الأمر إلى أصل الملة فيفضي إلى عظائم يستأصل بها الدين كله إذا لم ينهض من يحمل عبء الإسلام".[1]

وعلى هذا يتفق أهل الملة باستثناء النجدات من الخوارج- على ما نقله ابن حزم- على وجوب إقامة الإمامة وأن الأمة واجب عليها الانقياد لإمام عادل يقيم فيهم أحكام الله ويسوسهم بأحكام الشريعة؛ لان في إقامة هذا النظام سيجعل منه أداة لجلب المصالح الشرعية العامة ودفع المفاسد المنهي عنها وهذا لا يتحقق إلى في ظل مجتمع سياسي منظم تقوده سلطة قائمة على المنعة والقوة التي تمكنها من حفظ كيان الأمة واستقامة أمرها واستتباب الأمن فيها وإقامة العدل الشامل بين أبنائها صونا للنفوس والأموال والأعراض.[2]

1-2-الإمام الماوردي و حفظ نظام الأمة

قال **الماوردي** وعقدها-الإمامة- لمن يقوم بها في الأمة واجب بالإجماع وهو إجماع الصحابة والتابعين. الذي هو آكد الاجماعات على الإطلاق كما هو مقرر عند علماء أصول الفقه.فقد قال **أبو بكر** رضي الله عنه في اجتماع السقيفة:" **لا بد لهذا الأمر من قائم**؛ فانظروا؛ وهاتوا آراءكم" فلما لم ينكر عليه هذا القول كان إجماعا قطعيا. ذلك أن التصرفات عند العقلاء تكون لجلب منفعة أو دفع مضرة. ودفع المضار مقدم على جلب المنافع. ودفع الضرر المظنون واجب، فما بالك بالضرر المستيقن؛ وهو ما كان الحال عليه عند اختيار أبي بكر وعمر. وقد حلف أبو هريرة ثلاثا [3] على أنه (**لولا أن أبا بكر استخلف ما عُبِد الله**). وأكد **عمر** مرارا **أن بيعة أبي بكر كانت فلتة وقى الله شرها**، وأنها كانت دفعا للفتن:وعندما سُئل: " ما حملك على أن تلي أمر الناس وقد نهيتني أن أتأمر على اثنين ؟، قال: " لم أجد من ذلك بدا، خشيت على أمة محمد ﷺ الفرقة ". وقال أيضا:" ... فبايعوني وقبلتها منهم وتخوفت أن تكون فتنة بعدها ردة "، وقال مرة:" وما كنت حريصا على الإمارة يوما ولا ليلة ولا سألتها في سر ولا علانية "[4] .

ويقول الماوردي أيضا في أدب الدنيا والدين[5] " واعلم أن صلاح الدنيا معتبر من وجهين: أولهما **ما ينتظم به** أمور جملتها؛ والثاني ما يصلح به حال كل واحد من أهلها فهما شيئان لا صلاح لأحدهما إلا بصاحبه" ثم يقول:"لان من صلحت حاله مع فساد الدنيا واختلال أمورها لن يعدم أن يتعدى إليه فسادها ويقدح فيه اختلالها

---

[1] - إمام الحرمين الجويني؛ غياث الأمم في التياث الظلم؛ ص241

[2] - د/فتحي الدر يني؛ خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم؛مؤسسة الرسالة-بيروت؛ط1؛1982 ؛ص329

[3] - ابن كثير ؛ البداية والنهاية ج6 ؛ص 305 .

[4] - عبد الكريم الحمداوي ؛ المرجع السابق؛ ص 76

[5] - الماوردي؛ أدب الدنيا والدين؛ ص146

لأنه منها يستمد ولها يستعد ؛ومن فسدت حاله مع صلاح الدنيا وانتظام أمورها لم يجد لصلاحها لذة ولا لاستقامتها أثرا"

ولهذا فلا غرابة أن يعتبر بعض أئمة الفقه السياسي **كالجرجاني** إقامة الدولة من أعظم مقاصد الدين فيقول "نصب الإمام من أتم مصالح المسلمين وأعظم مقاصد الدين" ومن الأقوال البالغة **للإمام الماوردي** في التعبير عن حقيقة مقاصدية النظام السياسي كحارس للدين "لما في السلطان من حراسة الدين والذب عنه ودفع الأهواء منه؛ وحراسة التبديل فيه وزجر من شذ عنه بارتداد؛ أو بغي فيه بعناد أو سعى فيه بفساد وهذه أمور إن لم تنحسم عن الدين بسلطان قوي؛ ورعاية وافية؛ أسرع فيه تبديل ذوي الأهواء وتحريف ذوي الآراء؛ فليس دين زال سلطانه إلا بدلت أحكامه وطمست أعلامه؛ وكان لكل زعيم فيه بدعة؛ ولكل عصر في وهيه أثر؛ كما إن السلطان إن لم يكن على دين تجتمع به القلوب حتى يرى أهله الطاعة فيه فرضا والناصر عليه حتما؛ لم يكن للسلطان لبث ولا لأيامه صفو ؛وكان سلطان قهر ومفسد دهر".

1-3-الإمام الغزالي وحفظ نظام الأمة: ويؤكد على هذه الحقيقة **الإمام الغزالي** خصوصا أيام الفتن والتداول على السلطة" فلو دام و لم يتدارك بنصب سلطان آخر مطاع؛ دام الهرج وعم السيف وشمل القحط ...وبطلت الصناعات وكان كل من غلب سلب ... والأكثرون يهلكون تحت ظلال السيوف"[1] لينتهي إلى نتيجة حتمية الترابط المصلحي بين الدين والنظام السياسي بمعنى أن الدين لازم للنظام السياسي لما يمثله له من أساس معنوي يمده بالقواعد والقيم اللازمة للتأسيس ابتداء والضابطة للحركة مسارا وللممارسة تفاعلا وللمقاصد غاية كما أن النظام السياسي لازم للدين باعتباره ضروريا لحفظه ولتنفيذ الشريعة.

ولهذا كانت كما يقول **ابن تيمية** ولاية أمر الناس من أعظم واجبات الدين ؛ بل لا قيام للدين إلا بها.. لان المقصود الواجب بالولايات إصلاح دين الخلق الذي متى فاتهم خسروا خسرانا مبينا[2] إذ لولا الولاة لكانوا فوضى مهملين وهمجا مضاعين على حد قول الإمام الماوردي[3] .

وقد عبر **الغزالي** عن هذا الترابط ما بين الدين والتنظيم السياسي أيما تعبير مما يدل على تألق فقهه السياسي حيث يقول :**الدين والملك (السلطان) توأمان: والدين أصل والسلطان حارس؛ وما لا أصل له فمهدوم ؛ وما لا حارس له فضائع.**[4]

وعلى هذا يتقرر وجوب إقامة الدولة لدفع الفوضى وتجني سفك الدماء ومنع التظالم وحسم الاعتداء على الأموال والأعراض ولإقامة عدل الشريعة المطلق وصون الآمة أفرادا وجماعات ولاشك أ، ذلك ينبئ عن مستوى حضاري إنساني قوامه الحرية والعدل والحق والفضيلة والنظام والمصلحة الإنسانية العليا.[1]

---

[1] - الغزالي؛ الاقتصاد في الاعتقاد؛ ص105

[2] - ابن تيمية؛ السياسة الشرعية؛ ص258

[3] - الماوردي؛ أدب الدنيا والدين؛ ص149

[4] - الغزالي؛ المرجع نفسه ؛ ص99

1-4-ابن خلدون وحفظ نظام الأمة

ولعل العلامة ابن خلدون من أهم المفكرين الذين تصدوا لعلم السياسة كعلم مستقل ذي كيان خاص، ليس بمعنى الأحكام السلطانية أو فلسفة المدينة الفاضلة، بل بالمعنى الاجتماعي الحديث مما يعني تعرضه بشكل مباشر إلى **أهمية حفظ النظام العام وآثاره الوخيمة على الدين والدنيا** في حالة اختلاله أثناء الفتن والحروب الأهلية بين الدويلات والإمارات الإسلامية التي عاصرها وعايشها[2]. ومن أمثلة التجارب التي كانت محل استشهاد في بناء نظرياته الدستورية والتي يفهم منها دور الأمن وحسن النظام في استقرار الدول ودوامها استنكاره لعمليات **الخروج المسلح على السلطة** لما فيها من إثارة للفتن الداخلية المفسدة لنظام التعايش حيث يقرر بأن كل حالات الخروج المسلح على السلطة " تمردات وانقلابات" التي منيت بها الأمة **لم يحالفها التوفيق** بل فتحت على الأمة أبوابا من الشرور والفتن لا يعلم مداها إلى الله؛ وقد قدر عدد الخارجين على الأئمة من آل البيت لوحدهم **بخمسة وعشرين خارجا** لم يكتب لأحد منهم النجاح[3] بل عرضوا أنفسهم في ذلك إلى المهالك وأكثرهم يهلكون في هذا السبيل **مأزورين غير مأجورين** ...[4].

فلقد شكل المجتمع الإنساني وما يعرض له من ظواهر وتحولات المادة الأساسية والموضوع المحوري لبحوث ودراسات ابن خلدون؛ الأمر الذي دفعه إلى اعتزال الناس والسياسة محاولا دراسة أسباب سقوط الدول والحكومات[5] .

---

[1] – الدر يني؛ خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم؛ ص343

[2] – فقد مهد لبحوثه التاريخية بمقدمته الشهيرة التي احتوت على أهم اجتهاداته ودراساته التي انتهت به إلى تأسيس علم مستقل بنفسه مستحدث الصنعة لم يقف لأحد قبله على كلام فيه، كما يؤكد ذلك بنفسه: "وكأن هذا علم مستقل بنفسه. فإنه ذو موضوع وهو العمران البشري والاجتماع الإنساني وذو مسائل وهي بيان ما يلحقه من العوارض والأحوال لذاته واحدة بعد أخرى. وهذا شأن كل علم من العلوم وضعياً كان أو عقليا. واعلم أن الكلام في هذا الغرض مستحدث الصنعة غريب النزعة غزير الفائدة أعثر عليه البحث وأدى إليه الغوص" ينظر إلى ابن خلدون؛ المقدمة؛ ص38

[3] – ينظر تفصيلا لظروف وحالات هؤلاء الخارجين إلى ابن خلدون؛ المقدمة؛ ص177.

[4] -وهذا ما يؤكده ابن تيمية بقوله " وقل من خرج على إمام دون سلطان إلا كان ما تولد على فعله من الشر أعظم مما تولد من الخير كالذين خرجوا على يزيد في المدينة؛ والذين خرجوا على المنصور في البصرة؛ وكذا حركة بن الأشعث وابن المهلب؛ فغاية هؤلاء إما أن يغلبوا أو يغلبوا ثم يزول ملكم فلا تكون لهم عاقبة. ينظر إلى د/ صلاح الصاوي ؛ التعددية السياسية في الدولة الإسلامية ص 86. نقلا عن الفتاوى الكبرى لابن تيمية بتصرف.

[5] – خاصة أنه اتخذ من التاريخ أداة لتأييد وتوثيق آرائه – على معالجة أبحاث علم السياسة بشكل مستفيض في سلك منتظم من الروابط والشواهد ،فقد كانت الدولة والسلطة والشؤون المتعلقة بهما من أهم محاور بحثه الأساسية، فأشار إلى قيام الدولة بالقبيلة والعصبية، وبين خصائصها وأشكالها وأسباب سقوطها، وتحدث عن الإمامة والخلافة، وما يتعلق بالخلافة من بيعة وولاية عهد، وعن القضاء، وعن الإدارة والوزارة والدواوين، وعن الشرطة والجيش . ينظر تفصيلا لهذه البحوث د/ محمد عابد الجابري؛ العصبية والدولة – معالم نظرية خلدونية في التاريخ الإسلامي- ؛ دار الثقافة الدار البيضاء طبعة 1971ص61

وقد فصل في مضمون السلطة كظاهرة سياسية واجتماعية ضرورية لأي اجتماع إنساني. ففرق ابن خلدون بين الملك والسياسة والخلافة، فعرف الملك الطبيعي على أنه "حمل الكافة على مقتضى الغرض والشهوة"، فيكون الملك عند ابن خلدون مبنياً دائماً على الغلبة والقهر، ثم بين أن "السياسي هو حمل الكافة على مقتضى النظر العقلي في جلب المصالح الدنيوية ودفع المضار"، وعلى هذا فإن السياسة ترتبط بالحكمة والتجرد من المصالح الذاتية، أما بالنسبة للخلافة فهي في نظر ابن خلدون "حمل الكافة على مقتضى النظر الشرعي في مصالحهم الأخروية والدنيوية الراجعة إليها إذ أحوال الدنيا ترجع كلها عند الشارع إلى اعتبارها بمصالح الآخرة فهي في الحقيقة خلافة عن صاحب الشرع في حراسة الدين وسياسة الدنيا به"، وبذلك تكون الخلافة أعم وأشمل من السياسة الدنيوية، إذ أنها تتضمن مصالح الدنيا والآخرة[1] .

وقد اعتبر ابن خلدون الحكومة من المصالح العامة التي فوض الله أمرها إلى الأمة، وهو يرى أن **مقصد الشارع أن يكون للمجتمع نظام عادل يصون وحدته ولحمته الداخلية ويحميه من هجمات العدو الأجنبي**، لذلك فإن الشرع لم يحدد شكل الحكومة سمعاً؛ أي بالنص. وبما أن أحكام الشريعة الإسلامية هي الأساس في محتوى النظام وضوابط العلاقات الاجتماعية في المجتمع الإسلامي، فإن النظام الذي يحقق غايته ضمن محتوى الشريعة لا يتعارض، كما أكد ابن خلدون، مع الإسلام، فالإمامة أو الخلافة عند ابن خلدون من القضايا المعقولة و لم تثبت تعيينا بنص شرعي. وإذا ما كان نصب الإمام واجباً شرعياً بالإجماع، فإن هذا الإجماع حصل بناءً على حاجة عقلية و لم يكن مبنياً على نص شرعي: "ثم إن نصب الإمام واجب قد عرف وجوبه في الشرع بإجماع الصحابة والتابعين لأن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عند وفاته **بادروا إلى بيعة أبي بكر رضي الله عنه وتسليم النظر إليه في أمورهم**؛ وكذا في كل عصر من بعد ذلك؛ و لم تترك الناس فوضى في عصر من العصور[2].

واستقر ذلك إجماعاً دالاً على وجوب نصب الإمام. وقد ذهب بعض الناس إلى أن مدرك وجوبه العقل وأن الإجماع الذي وقع إنما هو قضاء بحكم العقل فيه قالوا وإنما وجب بالعقل لضرورة الاجتماع للبشر واستحالة حياتهم ووجودهم منفردين ومن ضرورة الاجتماع التنازع لازدحام الأغراض"[3].

وعلى هذا يمكن تقرير الاستقراء الذي نقله ابن عاشور حيث يقول " أنبأنا استقراء الشريعة من أقوالها وتصرفاتها بأن **مقصدها أن يكون للأمة ولاة يسوسون مصالحها ويقيمون العدل فيها** وينفذون أحكام الشريعة بينها ولهذا تعين إقامة ولاة لأمورها وإقامة قوة تعين أولئك الولاة على تنفيذها[4].

---

[1] – ابن خلدون؛ المقدمة؛ ص191

[2] – ينظر د/ القرضاوي؛ من فقه الدولة في الإسلام؛ ص17؛ وابن عاشور؛ أصول النظام الاجتماعي في الإسلام؛ ص 194؛ حيث يقول فضيلته" فإقامة حكومة عامة وخاصة للمسلمين أصل من أصول التشريع الإسلامي؛ ثبت بدلائل كثيرة من الكتاب والسنة بلغت مبلغ التواتر المعنوي؛ مما دعا الصحابة بعد وفاة الرسول إلى الإسراع بالتجمع والتفاوض؛ لإقامة خلف عن الرسول في رعاية الأمة الإسلامية"؛ مرجع نفسه؛ ص 194 وما بعدها.

[3] – ابن خلدون؛ المقدمة؛ ص193

[4] – ابن عاشور؛ مقاصد الشريعة؛ ص 194

مما سبق يلاحظ أن الفقهاء قد اعتبروا حفظ نظام الأمة مقصدا للشريعة على مستوى الجماعة، بل أنهم أعطوه الأولوية في الرعاية والتقديم، بحكم ما أفرزه التاريخ الإسلامي من حركات الخروج المسلح على السلطة التي منيت بها الأمة؛ وكانت فاشلة؛ ومن ثم قرر فقهاء عصر الجمود من بعدهم قاعدة من اشتدت وطئته وجبت طاعته؛ وأن الجمعة مع من غلب" للإشارة إلى أهمية الشوكة في حفظ نظام الأمة؛ وقد عبر الإمام أبو حامد الغزالي عن هذا المعنى بوضع مسألة سياسية فرضية تتخلص في أن حاكما وصل إلى قمة السلطة بالشوكة والغلبة ولم يكن أهلا لتولى منصب الخلافة، فما الحكم في هذه الحالة؟ أيطاع أم تثور عليه الأمة فتخلعه ؟

فيجيب عن هذه المسألة بقوله "الذي نراه ونقطع به أنه يجب خلعه، إن قدر على أن يستبدل به من هو موصوف بجميع الشروط، **من غير إثارة فتنة وتهييج قتال**، وإن لم يكن ذلك إلا بتحريك قتال **وجبت طاعته وحكم بإمامته** لأن في تقليد غيره تهييج **لفتنة لا ندري عاقبتها** وربما يؤدي ذلك إلى هلاك النفوس و الأموال..." [1]. وإعمالا لهذه القواعد فإنه وإن كان الأصل هو الخروج على السلطان الفاسق والطاغية إلا أن هذا الخروج مقيد بالقدرة عليه، وبأن لا يترتب على الخروج من المضار ما يفوق الفوائد المرجوة كحدوث الفتنة وانقسام الأمة وقيام حرب أهلية، مخلة بالنظام العام، فإن كان يترتب على الخروج بشيء من ذلك وجب الصبر، وهو مذهب الجمهور من العلماء والمحققين.[2]

2- مقصد حفظ نظام الأمة كتعبير عن فكرة النظام العام الشرعي في الفقه المعاصر

2-1-الإمام الطاهر بن عاشور ومقصد حفظ نظام الأمة:

يعتبر هذه الفقيه المعاصر **أول المنظرين**– في حدود ما توفر للباحث من مراجع– **لفكرة مقاصدية النظام العام في** منظومة مقاصد الشريعة **على مستوى الدولة** بحيث تشكل **مقصدا ضروريا** في مباحث القانون العام الإسلامي **أو فقه الدولة في الشريعة الإسلامية**. وهذا ما يستفاد من استقرار **ما كتبه في مقاصده؛ وفي أصول النظام الاجتماعي في الإسلام**.

وحول هذا المعنى يقول فضيلته: " استقراء أدلة كثيرة من القرآن والسنة الصحيحة يوجب لنا اليقين بأن أحكام الشريعة الإسلامية منوطة بحكم وعلل راجعة للصلاح العام للمجتمع والأفراد"؛ ويقول أيضا إذا نحن استقرينا موارد الشريعة الدالة على مقاصدها من التشريع استبان لنا من كليات دلائلها ومن جزئياتها المستقرة أن المقصد العام من التشريع فيها **هو حفظ نظام الأمة واستدامة صلاحه بصلاح المهيمن عليه** ؛ وهو نوع الإنسان ... ثم يقول بعد استعراض **ستة عشرة** آية من القرآن:" ومن عموم هذه الأدلة حصل لنا اليقين بأن الشريعة متطلبة لجلب المصالح ودرأ المفاسد معتبرا ذلك قاعدة كلية ومقصدا أعظما[3].

---

[1] – الإمام الغزالي، الاقتصاد في الاعتقاد؛ ص150

[2] – د/فتحي عبد الكريم؛ الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي؛ ص405.

[3] – الطاهر بن عاشور؛ مقاصد الشريعة؛ ص 190

ويرى أيضا أن أهم مقصد للشريعة من التشريع: **انتظام أمر الأمة** وجلب الصالح إليها ودفع الضرر والفساد عنها وقد استشعر الفقهاء في الدين كلهم هذا المعنى في خصوص صلاح الأفراد، و لم يتطرقوا إلى بيانه وإثباته في صلاح المجموع العام؛ ولكنهم لا ينكر احد منهم انه إذا كان صلاح حال الأفراد **وانتظام أمورهم مقصد الشريعة**؛ فان صلاح المجموع **وانتظام أمر الجامعة أسمى وأعظم**... وهل يقصد إصلاح البعض إلا لإصلاح الكل؟؛ ولذلك نجده يذكر الفقهاء بضرورة رعاية مقصد الشريعة من نظام الأمة حتى تكون قوية مرهوبة الجانب مطمئنة البال وفي هذا يقول:" إننا بحاجة إلى علماء أهل نظر سديد في فقه الشريعة وتمكن من معرفة مقاصدها ؛ وخبرة بمواضع الحاجة في الأمة ومقدرة على إمدادها بالمعالجة الشرعية- العقلية المقاصدية- لاستبقاء عظمتها واسترفاء خروقها ووضع الهناء بمواضع النقب من أديمها[1].

ثم يقول "وذلك بأن نتخيل الأمة الإسلامية في صورة الفرد الواحد من المسلمين فنعرض أحوالها على الأحكام الشرعية كما تعرض أحوال الفرد ويذكر لذلك مثالا يجب الانتباه له عند النظر في ا لأحوال العامة الاجتماعية للأمة يتمثل في باب الرخصة الشرعية فيذكر إن الفقهاء إنما فرضوا الرخص في خصوص أحوال الأفراد ؛ و لم يعرجوا على إن مجموع الأمة قد تعتريه مشاق اجتماعية تجعله بحاجة إلى الرخصة كما هو الحال في القول بسد الذرائع ورعي المصالح المرسلة في تعلقها بمجموع الأمة"[2].

وقد خصص رحمة الله عليه كتابا مستقلا **لأصول النظام الاجتماعي في الإسلام** تحدث فيه بإسهاب عن أصول الإصلاح الاجتماعي؛ حيث أكد على أهمية مقصد حفظ نظام الأمة وأن "مراد الله في الأديان كلها؛ منذ النشأة إلى ختم الرسالة واحد؛ وهو **حفظ نظام العالم وصلاح أحوال أهله**"[3]؛ وبين فضيلته أن أصول نظام سياسة الأمة تقوم على أساس فنين أصليين: فن القوانين الضابطة لتصرفات الناس في معاملاتهم؛ والفن الثاني؛ فن القوانين التي بها رعاية الأمة في مرابع الكمال؛ والذود عنها أسباب الاختلال[4].

يقول **د/عبد المجيد النجار**[5] **مثمنا** لنظرة ابن عاشور المقاصدية إلى فكرة النظام العام" أنها جماع مقاصد الشريعة؛ بل أنها المقصد العام الجامع لكل التكاليف الشرعية؛ والذي ينحل إلى مقاصد كلية تؤدي إليه؛ درج العلماء إلى تقسيمها إلى ثلاثة أنواع: ضرورية لابد منها في قيام مصالح الدين والدنيا؛ وحاجية يفتقر في التوسعة ورفع الضيق؛ وتحسينية يلزم الأخذ بها من باب محاسن العادات؛ وتنحل هذه المقاصد الكلية المتفرعة عن المقصد العام بدورها إلى مقاصد جزئية وفرعية وهي المعروفة بعلل الأحكام التي تنتهي كلها إلى تحقيق المقصد العام كما حدده الإمام الطاهر بن عاشور".

---

[1] – الطاهر بن عاشور؛ المرجع نفسه؛ ص294

[2] – الطاهر بن عاشور؛ مقاصد الشريعة المرجع السابق؛ ص293

[3] – الطاهر بن عاشور؛ أصول النظام الاجتماعي في الإسلام؛ دار السلام؛ القاهرة؛ ط2؛ سنة 2006؛ ص08

[4] – الطاهر بن عاشور؛ المرجع نفسه ؛ ص114

[5] – د/ عبد المجيد النجار؛ خلافة الانسان بين الوحي والعقل؛ – بحث في جدلية النص والعقل والواقع؛ إصدارات المعهد العالمي للفكر الإسلامي؛ فرجينيا ؛– أمريكا–؛ ط3؛ سنة 2000؛ ص118 وما بعدها.

2-2-الإمام علال الفاسي ومقصد حفظ نظام الأمة

وأما العلامة علال الفاسي فيرى أن المقصد العام للشريعة الإسلامية هو"عمارة الأرض **وحفظ نظام التعايش فيها وصلاحها بصلاح المستخلفين فيها** وقيامهم بما كلفوا به من عدل واستقامة ومن صلاح في العقل وفي العمل وإصلاح في الأرض واستنباط لخيراتها وتدبير لمنافع الجميع؛[1]وذلك إنما يكون بتحصيل المصالح واجتناب المفاسد على حسب ما يتحقق به معنى المصلحة والمفسدة ".

وبذلك يكون كلا من ابن عاشور والفاسي قد جعل من فكرة المصالح والمفاسد مجرد وسيلة لتحقيق مقاصد سامية وعالية تبرز في عمارة الأرض **وحفظ نظام الأمة** فيها بصلاح المستخلفين عليها[2].

ومن الآثار التي تدلل على مقاصدية حفظ النظام العام الشرعي مسارعة الصحابة- رضوان الله عليهم- إلى مبايعة **أبي بكر الصديق-رضي الله عنه-** فقد كان مراعاة لمقصد شرعي ألا وهو حفظ نظام الدولة والحفاظ على هيبتها ووحدتها والعمل على استمرارها وفي القيام بدورها في الدعوة إلى دين الله.وقد كان الإمام شريح القاضي حريصا حرصا شديدا على حفظ النظام بين أفراد الأمة كمقصد للشريعة تتعلق به مصالح جميع أفراد الأمة فقد كان يرى حبس من لا يسلم بقضاء القاضي حسب ما رواه وكيع بسنده[3]عن الشعبي قال: كان شريح يقول: إنما سلطنا أن نقضي بينكم فمن سلم لقضائنا فبها ونعمت؛ ومن لا أمرنا به إلى السجن حتى يسلم لقضائنا.

فهذا الأثر يظهر أن الإمام شريح يفهم جيدا دور القضاء في حفظ نظام الأمة وأمنها ولذا نراه يحبس من لا يسلم بقضاء القضاة لإخلاله بالنظام العام للأمة لان الخصوم لو لم يقبلوا ويسلموا للقضاء لبقيت المنازعات على حالها؛ وبهذا يحتل النظام مما يفسر اعتبار حفظ النظام مقصدا كليا عند القاضي شريح –رحمة الله عليه.[4]

مما سبق يمكن التنظير لكيفية رعاية الشريعة الإسلامية لهذا المقصد قياسا على كيفية رعايتها للمقاصد الخمس على نحو التقسيم الشاطبي؛ بتقسيم قواعد حفظ النظام السياسي إلى قواعد حفظه **من ناحية الوجود** (قواعد التأسيس) وقواعد **حفظه من ناحية العدم** وهي القواعد التي تدرا الخطر الواقع أو المتوقع (قواعد استبقاء النظام)

2-2-1- قواعد حفظ النظام من ناحية الوجود: وهي التي يسميها د/ **فوزي خليل**[5] قواعد التأسيس وعلى رأسها قاعدة تكليف الأمة بإقامة أولي الأمر فيها؛ وأداء الواجبات الكفائية العامة المنوطة بأصحاب الولايات العامة ومؤسسات الدولة الدستورية، مما يستوجب معه وضع شروط الصلاحية لهذه الولايات بما يحقق رعاية

---

[1] – علال الفاسي؛ مقاصد الشريعة ومكارمها؛ دار البيضاء؛ مكتبة الوحدة لعربية؛ دون تاريخ نشر؛ ص41

[2] – د/ جمال الدين عطية؛ نحو تفعيل مقاصد الشريعة؛ المعهد العالمي للفكر الإسلامي دار الفكر –دمشق – ط1 ؛سنة 2001؛ ص119.

[3] – وكيع القاضي؛ أخبار القضاة؛ الجزء02؛ ص229

[4] – د/ عمرو مصطفي الورداني؛ المقاصد الشرعية عند الإمام شريح القاضي؛ بحث منشور في مجلة المسلم المعاصر– عدد خاص بمقاصد الشريعة- العدد103؛ فبراير؛ مارس 2002 ص246

[5] – د/ فوزي خليل؛ المصلحة العامة من منظور إسلامي؛ ص265

لمصالح الأمة قياما بالواجب على أتم وجه، باعتبارها أمانات ينبغي أن تؤخذ بحقها وتوسد إلى أهلها. ومن هنا يشترط فقهاء السياسة الشرعية في كل ولاية عامة شرطين جوهرين: القوة في كل ولاية بحسبها والأمانة.

2-2-2- قواعد حفظ النظام من ناحية العدم: بتشريع أحكام مقاتلة البغاة وقطاع الطرق؛ ومنع إشعال الفتن وايقاضها؛ وتحريم الخروج المسلح على السلطة إلا إذا أمنت الفتنة وكان هناك **كفر بواح**؛ وبتشريع الجهاد وإعلانه على المحاربين والمحتلين للأوطان والديار؛ و بوضع آليات لحماية الدستور الإسلامي المنظم للعلاقة بين السلطات وتشريع طرق سلمية للوصول إلى السلطة دون حصول حرب أهلية ولا ثورة شعبية.

3- مضمون فكرة النظام العام الشرعي عند فقهاء الشريعة المعاصرين: يمكن القول بأن المصلحة العامة [1]هي التي يقابلها في القانون الوضعي النظام العام، فما وجدت المصلحة إلا لتحقيق مصالح الناس وحماية متطلباتهم الضرورية، ولكن من وجهة نظر البعض أن المقاصد الخمسة للشرع من الخلق، وهي حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال هي التي يمكن أن يطلق عليها النظام العام في الشريعة الإسلامية، وغاية هذه المقاصد جلب المنافع للناس ودفع المفاسد عنهم وإخلاء العالم من الشرور والآثام[2].

وتدل عليه لاتفاق السبب و الحكم في تعريفهما فأما اتفاق تعريف النظام العام مع وظيفة المصلحة المعتبرة في السبب: فمن حيث كونه بحث في مجال الغايات التي تستهدفها الأنشطة والقواعد. وأما اتفاقهما في الحكم فهو الذي تدل عليه وظائفه الثلاثية الشعب[3].

الأولى: إن النظام العام يحافظ على النظام القانوني، إذ يكفل القواعد الأساسية في النظام القانوني التي لا غنى عنها لتحقيق السلم و التنظيم المتناسق في الشوارع و المجتمع والقانون.

والثانية: أنه يستخدم أداة لحل التنازع، فإذا تعارضت مقتضيات مختلفة كانت الأولوية لمقتضيات النظام العام.

الثالثة: أنه يمثل أداة للمواءمة بين النظام القانوني و بين العوامل المتغيرة التي تحفل بها حياة المجتمع. على أن تعريف الفكرة للنظام العام – كمبدأ منهجي – بواسطة الحاجات التي يلبيها يقدم مدلولا غير محدد لا يبدو كافيا، حتى وإن بدت فكرة النظام العام متركزة بوجه خاص في وظيفتها وبذلك يظهر التدليل في حاجة إلى إيضاح أكثر لمعالم هذه الفكرة؛ سعيا وراء تحديدها.

ويلاحظ أن هناك بعض الفقهاء المعاصرين من يسمي المقاصد الخمسة السالفة مباشرة " النظام العام"[4] في الشريعة الإسلامية باعتبارها فكرة ضابطة تستغرق كل عناصر النظام العام الأساسية في الجماعات مهما اختلف

1- د/ عبد الحميد متولي؛ مبادئ نظام الحكم في الإسلام، دار المعارف 1966؛ هامش ص769

2- زكي الدين شعبان؛ أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، 1967-1968، ص391.

3 - د/ حلمي الدقدوقي؛ رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري- دراسة مقارنة- ص651؛ نقلا عن رسالة بول برنارد؛ فكرة النظام العام في القانون الإداري؛ ص248.

4 - الشيخ زكي الدين شعبان؛ أصول الفقه الإسلامي؛ ص250؛ د/ عبد الحميد متولي؛ مبادئ نظام الحكم في الإسلام؛ ص394

نظامها السياسي أو الاجتماعي"، وحول هذا المعنى يقول **الشيخ عيسوي** موضحا هذه الفكرة بوجه عام بقوله [1] " إن أصول الشريعة قد أحاطت بما يلزم لفظ المقاصد الخمسة التي لم تشرع الشرائع السماوية أو الوضعية إلا لخدمتها وحفظها، وهذه المقاصد هي الدين والنفس والعقل والنسل والمال، فمهما تنوعت الشرائع و القوانين فإنها ترمي بإحكامها إلى المحافظة على هذه المقاصد". وقريبا من هذا المعنى رأي د/ **علي جريشة** بصدد حديثه عن قيود حق السلطة في تنظيم المباح؛ حيث يقول" وهذا التنظيم ليس طليقا من كل قيد بل هو مقيد بالمقاصد العامة للشريعة؛ وهي التي ترسم إطارا عاما يمكن أن يسمى **بالنظام العام**؛ أو روح الشريعة الإسلامية.[2]

رغم ما في ذلك من التجوز باعتبار أن النظام العام في الفقه القانوني عناصره متعلقة بمصالح عليا للجماعة بخلاف نظرة علماء المقاصد إلى الكليات الخمس كمصالح ضرورية للمكلف باستثناء كتابات ابن عاشور التي أبانت أن هنالك مقاصد كلية خاصة بمصالح الأمة وعلى رأسها حفظ نظام الأمة وتحقيق وحدتها، لا يجوز لقواعد أو لمقتضيات مخالفته.

ولا شك أن في تشريع الحدود ما يعد دليلا على وجود مضمون فكرة النظام العام بكلياته الخمس المعتبرة في استقراء أحكام الشريعة فيما يخص مقاصد الأمة؛ فهي زواجر شرعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر وترك ما أمر به"؛ مما يجعلها تعزز وتدلل على ما انتهى إليه الفقهاء من تحديد للأغراض الخمسة حفظ الدين من حد الردة، والنفس من حد القتل والقصاص، والعقل من حد الخمر، والعرض من حد القذف والزنا، و المال من حد السرقة[3].

وبهذا يستظهر فقهاء المسلمين الصلة بين العلوم القانونية المتعددة فيربطون – بحق – بين القواعد العقابية وبين النظام القانوني للجماعة الإنسانية، على اعتبار أن تلك القواعد تستهدف حماية الأوضاع والقيم الاجتماعية محل اعتبار الشارع الإسلامي والتي لا يجوز انتهاكها في هذا النظام، و لهذا استأهلت الحماية مباشرة قبل غيرها لأنها الأساس الذي لا غنى عنه لحياة أفراد الجماعة معا في نظر الشرع؛ ولهذا عدت حقا لله أي حقا للمجتمع فهو فوق إرادة المتخاصمين لا يجوز لهما أن يسقطاه بالعفو أو التصالح أو التراضي[4]فإذا أمن الفرد على دينه و نفسه وسلم له عقله وعرضه وحفظ له ماله فقد جمعت أطراف الأمن كلها.

فالحدود إذ تحافظ على المصلحة المعتبرة وفقا للمبادئ العامة – أو الأبدية – فان عنصر التجريم يكشف عن المصالح الجوهرية التي يحميها العقاب الجنائي و التي تعد من أوليات المصالح الأساسية التي يتكون من عموميتها النظام العام، و هو ما تحميه السلطة الإدارية بطريقة وقائية.

---

[1] – عيسوي احمد عيسوي؛ الفقه الإسلامي؛ مطبعة دار التأليف؛ ص110 ؛ وعبد الرحمن تاج؛ السياسة الشرعية والفقه الإسلامي؛ ص47

[2] –د/ علي جريشة؛ المشروعية الإسلامية العليا؛ ص38.

[3] –د/ حلمي الدقدوقي؛ المرجع السابق؛ ص652

[4] – د/ حلمي الدقدوقي؛ مرجع نفسه؛ ص653

وهذا الدور الوقائي في تحقيق وبقاء المصلحة المعتبرة التي لا يجوز للأفراد التراضي في إسقاطها لأنها فوق إرادتهم، يقضي – كضرورة قانونية و منطقية – أن تسهر عليه السلطة المستمرة طول الوقت بغير انقطاع ،كونها الهيئة المنوط بها حماية الأوضاع الرتيبة في المجتمع والتي يطلق عليها في القانون الإداري "ا السلطة الإدارية"، وهو الدور الذي أوضحه بجلاء فقهاء السياسة الشرعية منذ القدم فيما يعرف بالولايات الدينية والتي منها الخلافة أو الإمامة، الشرطة، الحسبة....

في مختلف النظم المتعاقبة التي طبقت مبادئ الشريعة الإسلامية بقوتها الذاتية، والتي يعبر عنها **الماوردى** وظيفيا بقوله[1]: "مما تنصلح به الدنيا –المجتمع- حتى تصير **أحوالها منتظمة و أمورها ملتئمة** فهي سلطان قاهر – سلطة عامة – تتألف برهبته الأهواء المختلفة و تجتمع بهيبته القلوب المتفرقة، وتنكف – تكف إراديا – بسطوته الأيدي المتغالبة لان من طبائع الناس حب المغالبة على ما أثروه والقهر لما مالا ينكفون عنه إلا بمانع قوي ."

وهذا السلطان القاهر الذي يحقق الانتظام والالتئام الذي يسود الجماعة وقائيا من قبل وقوع المغالبة و التناحر هي بالتحديد وظيفة الضبط الإداري المكلفة بحفظ النظام العام، وهو الأمر الذي يجليه الإمام **الايجى**[2] بقوله:" فإنهم – الأفراد- مع اختلاف الأهواء و تشتت الآراء و ما بينهم من الشحناء قلما ينقاد بعضهم لبعض فيقضى ذلك إلى التنازع و التو ائب، بل ربما أدى إلى هلاكهم جميعا، وتشهد له التجربة والفتن القائمة عند موت الولاة إلى نصب **– تنصيب** – أخر بحيث لو تمادى لعطلت المعايش، و صار كل احد مشغولا بحفظ نفسه و ماله تحت قائم سيفه، و ذلك يؤدي إلى رفع الدين وهلاك جميع المسلمين."

وهو ما يسهب في شرحه الإمام الغزالي موضحا أن المجتمع الإسلامي يستهدف تحقيق مقاصد الشرع– حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال – كواجب كفائي منوط بسلطان قاهر-الضبط الإداري- يقضي على الفوضى **ويحقق و يحفظ النظام**.[3]

على أن هذا الحد من المدلول المادي للنظام العام الذي يتحقق بإخفاء الاضطرابات المادية القابلة لان تحدث حالة الفوضى أو بالأحرى هلاك الجماعة أو تفرقها، هو المهمة الضابطة التي لازمت الأصول الأولى لكل جماعة منظمة وتحرص على التماثل في كل الأنظمة القانونية المختلفة بما تحويه من أوضاع وقيم مشتركة بين هذه المجتمعات تعتبر المحافظة عليها وحمايتها من العدوان داخله في مقومات وجودها واستمرارها.

فتوقى أوجه العنف والقوة والعدوان المادي لا تكاد تتفاوت فيه المجتمعات أصلا ، فالمحافظة على الأمن والسلام والسكينة داخل الجماعة أمر لا يمكن أن تختلف فيه اشد الجماعات تباعدا من الناحية السياسية والاجتماعية،

[1] – الماوردي ؛ أدب الدنيا والدين؛ ص104

[2] – الإيجي؛ المواقف؛ ج8؛ ص346

[3] – الغزالي؛ الاقتصاد في الاعتقاد؛ ص115

ويقوم على عناصر ثابتة وإمارات ظاهرة فضلا عن أن حمايته تنصرف إلى الأوضاع الرتيبة لحياة المجتمع؛ وعلاقات الأفراد بعضهم و بعض أو علاقتهم بالسلطة العامة [1].

علاوة على ذلك فان هذا المدلول المادي المرادف لحالة مناقضة لفناء الجماعة أو تحلل تماسكها لا يكفي – في ظاهر الأدلة الشرعية – للنظام العام الذي تطلبت مبادئ الشريعة توافره في المجتمع الإسلامي حتى تصير أحواله منتظمة و أموره ملتئمة على حد تعبير الماوردى السابق.

كما يمكن تأصيل مفهوم الانتظام العام في الشريعة بالاستناد إلى قوله تعالى: "**ادخلوا في السلم كافة**".[2] فالسلم الذي يدعو إليه الشرع ويأمر بالدخول فيه إنما هو **حالة شاملة عامة تسود المجتمع** بحيث تقبل أن يدخل فيها حتى أهل الذمة والمستأمنين، لأنها حالة من السكينة والاطمئنان تسكن النفوس وتستتب فيها القيم المعنوية المشتركة التي يرتفع بها نظام الجماعة إلى المرتبة التي تعد حياة الإنسان بغيرها دون قيمة. وهذا المضمون الداخلي للنظام العام هو الذي يميز نظاما عاما عن آخر، بحيث يعد المساس المادي به، أي" **الاضطراب الملموس**" ذو المظهر الخارجي الذي يهز أو يصدم الكافة، إخلالا بالسكينة التي تدخل في عموم حالة السلم. [3]

على أن كلية أو عمومية المصلحة المعتبرة هنا – في خصوص موضوعنا – التي تتدخل في الأنشطة الفردية الحرة من اجل تحقيقها للكافة – و ليس لفرد دون أخر – و التي قدر الفقهاء منذ القدم أن عدم تحققها و البقاء عليها يعني الفوضى ويناقض السلم؛ ويؤدي –حسب تعبير الإيجي:" إلى رفع الدين وهلاك جميع المسلمين "[4]، تحدد لها نطاقا يتميز عن المصالح الخاصة أو الذاتية المعتبرة.

وعليه يكون **حفظ نظام الأمة أصلا من أصول الشريعة**؛ ومقصد من مقاصدها السامية لتعلقها بالإصلاح الاجتماعي بالرغبة والرهبة؛ بإجراء المصالح الضرورية والحاجبة ودرا المفاسد وذلك كالتجنيد؛ وتأمين السبل؛ ونصب المحاكم والشرطة؛ وواجب ساسة الأمة أن يفرغوه في قالب الاعتدال." [5]

وقد استدل البعض في تأصيل أولوية حفظ نظام الأمة على باقي المصالح الضرورية الأخرى بقصة موسى علي السلام مع بني إسرائيل في القرآن الكريم؛ حين ذهب إلى موعده مع ربه؛ الذي بلغ أربعين ليلة؛ وفي هذه الغيبة فتنهم **السامري** بعجله الذهبي؛ حتى عبده القوم؛ــ ونصحهم أخوه هارون؛ فلم ينتصحوا؛ وقالوا" **لن نبرح عليه عاكفين حتى يرجع إلينا موسى**"[6]؛ وبعد رجوع موسى ورؤيته لهذا المنكر البشع من عبادة العجل؛ اشتد على أخيه في الإنكار؛ وأخذ بلحيته يجره إليه من شدة الغضب لله؛ ثم قال" **قَالَ يَا هَارُونُ مَا مَنَعَكَ إِذْ رَأَيْتَهُمْ ضَلُّوا أَلَّا**

---

[1] – ينظر إلى كل من د/ محمد عصفور؛ البوليس والدولة؛ ص250؛ د/ عاطف البنا؛ الوسيط في القانون الإداري؛ ص362.

[2] –سورة البقرة؛ آية 208 .

[3] – د/ حلمي الدقدوقي؛ مرجع سابق؛ ص656

[4] – الإيجي ؛ المواقف؛ ج8؛ ص346

[5] – الإمام الطاهر بن عاشور؛ أصول النظام الاجتماعي في الإسلام؛ ص208 وما بعدها.

[6] – سورة طه؛ آية 91.

تَتَّبِعَنِ أَفَعَصَيْتَ أَمْرِي قَالَ يَا ابْنَ أُمَّ لَا تَأْخُذْ بِلِحْيَتِي وَلَا بِرَأْسِي إِنِّي خَشِيتُ أَن تَقُولَ فَرَّقْتَ بَيْنَ بَنِي إِسْـــرَائِيلَ وَلَمْ تَرْقُبْ قَوْلِي"[1].

يقول الإمام **ابن عاشور** في **التحرير والتنوير** عند تفسيره لهذه للآية من سورة **طه**" وإنما اعتذر هارون عن بقائه بين القوم رغم شركهم بالله بقوله "**إني خشيت أن تقول فرقت**"، ظنا منه أن الفرقة واقعة لا محالة؛ ولذلك خشي من أنه إذا أظهر غضبه عليهم؛ فانه سيتبعه طائفة من الثابتين على الإيمان؛ ويخالفهم الجمهور منهم؛ **فيقـــع انشقاق بين القوم** وربما **اقتتلوا**. وفي ذلك فتنة يجب درؤها في ميزان العقلاء من أهل السياسة الحكيمة التي العبرة في مشروعيتها بنتائجها. فرأى "**عليه السلام**" أنه من المصلحة، أن يظهر الرضا عن فعلهم؛ ليهدأ الجمهور ويصبر المؤمنون اقتداء بهارون عليه السلام؛ كنوع من السلوك السياسي تحقيقا **لحقيقة الإصلاح- والانتظام**- في وصـــية موسى له"**وأصلح ولا تتبع سبيل المفسدين**"؛ وهذا اجتهاد منه في **سياسة الأمة** إذا تعارضت عنـــده مصـــلحتان مصلحة حفظ العقيدة؛ ومصلحة حفظ الجامعة من الهرج؛ وفي أثنائها حفظ الأنفس والأموال والأخوة بين الأمة؛ فرجح الثانية[2]. أي أولوية حفظ الجامعة من الانشقاق والفوضى والتهارج على مصلحة حفظ الدين لأنه مستدرك بعودة موسى من ميقات ربه؛ وإنما رجحها كما يقول **ابن عاشور** لأنه **رآها أدوم**؛ فإن مصلحة حفظ العقيـــدة يستدرك فواتها الوقتي برجوع موسى؛ وإبطاله عبادة العجل؛ بخلاف مصلحة حفظ الأنفس والأموال واجتمـــاع الكلمة إذا انثلمت عسر تداركها.

ويقول **د/ القرضاوي** تعقيبا على هذه الآية " ومعنى هذا أن **هارون** قدم الحفاظ على **وحدة الجماعة** في غيبة أخيه الأكبر؛ حتى يحضر؛ ويتفاهما معا كيف يواجهان الموقف الخطير بما يتطلبه من حزم وحكمة.[3] ولهذا كان من الأصول المقررة في الشريعة أن **لا يؤدي تغيير المنكر إلى ما هو أكبر منه**. وترتيبا على ذلك قرر العلماء مشروعية السكوت على المنكر مخافة ما هو أنكر منه وأعظم؛ ارتكابا لأخف الضررين؛ واحتمالا لأهون الشرين؛ ومن هذا القبيل يمكن إدراج ما جاء الحديث الصحيح أن النبي صلى الله عليه وسلم" قال لعائشة –ض-" **لولا أن قومـــك حديثو عهد بشرك؛ لبنيت الكعبة على قواعد إبراهيم**".[4]

---

[1] – سورة طه؛ آية90 و91

[2] - ورغم ذلك يرى الإمام ابن عاشور أن **اجتهاد هارون** عليه السلام **كان مرجوحا**؛ لأن حفظ الأصل الأصيل للشريعة أهم مـــن حفـــظ الأصول المتفرعة عليه؛ لأن مصلحة صلاح الاعتقاد هي **أم المصالح** التي بها صلاح الاجتماع ؛ ولذلك لم يكن موسى خافيا عليه أن هـــارون كان من واجبه أن يتركهم وضلالهم؛ وأن يلتحق بأخيه مع علمه بما يفضي إلى ذلك من الاختلاف بينهم فإن حرمة الشريعة بحفظ أصـــولها وعدم التساهل فيها وبحرمة الشريعة يبقى نفوذها في الأمة والعمل بها. ينظر تفسير ابن عاشور في التحرير والتنوير؛ سورة طه الآية 91.

[3] – د/ يوسف القرضاوي؛ من فقه الدولة في الإسلام؛ دار الشروق؛ ط3؛ سنة 2001؛ ص128

[4]– د/ يوسف القرضاوي؛ المرجع نفسه؛ ص127

وظاهر للباحث أن تأصيل فكرة النظام العام في الشريعة أمر متيسر وواضح باعتبار أن الشريعة في حد ذاتها نظام عام يجب أن يخضع له الجميع؛ حكاما ومحكومين؛ أفرادا ودولا؛ بحيث تسهر السلطة على حمايته والتدخل لحفظه إن اقتضى الأمر. كما أنه ليس إلا جزءا من فكرة المصلحة العامة المعتبرة شرعا.

مقارنة جزئية حول مدلول فكرة النظام بين الشريعة والقانون:

بعد دراسة هذه المباحث المتعلقة بماهية فكرة النظام العام ومدى أصالتها في المنظومتين الوضعية والإسلامية، يظهر للباحث أنها فكرة موجودة في كلا النظاميين؛ بحيث لا يمكن لهما الاستغناء عنها في عمليتي التشريع والتنظيم؛ خاصة بالنسبة للقاضي الذي يستند إليها في الحكم على مدى مشروعية أعمال السلطة؛ فمما لاشك فيه أن هناك في كل نظام سياسي قيم عليا وعناصر ثابتة لا يمكن له أن يستمر بدونها؛ وفي ضوء هذه العناصر يتم البناء القانوني؛ بما يحقق مصلحة الجماعة؛ وبناء على ذلك تكون فكرة إيجاد مقصد عام للشريعة فيما يخص الأمة؛ فكرة مقبولة من الناحية الدستورية والإدارية؛ بحيث تكون فكرة حفظ نظام الأمة قاعدة كلية ومبدأ محورا في السياسة الشرعية؛ مما يمكن القول معه بأن فكرة حفظ النظام العام هي جوهر السياسة الشرعية؛ والأحكام السلطانية.

كما يمكن للباحث أن يميز بين مدلولين لفكرة النظام العام في القانون حسب تقسيم القانون إلى عام وخاص؛ فبالنسبة لمدلولها في القانون الخاص فإنها ترجمة وتعبير عن المصالح العليا والسامية للجماعة التي لا يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفتها، من خلال إفراغها في قواعد آمرة وناهية سامية؛ وبهذا المدلول فإنها تقابل مجموعة النصوص والأحكام القطعية الدلالة والثبوت. وبالتالي فلا حاجة لمثل هذه الفكرة في القانون الخاص الإسلامي؛ أما بالنسبية بالقانون العام فمدلولها يكاد يكون متحدا يتمثل في سيادة النظام وحسنه باختفاء مظاهر الفوضى والاضطراب.

المطلب الثاني: طبيعة فكرة النظام العام وخصائصه في الشريعة والقانون

أثارت فكرة النظام العام خلافا بارزا بين الفقه والقضاء خاصة فقهاء القانون المدني والقانون الإداري من حيث تعريفها ومدى وجودها القانوني، وكذا مدى وحدة معناها أو تعدده من فرع قانوني لأخر. بل يزيد الاختلاف حدة في البلاد الإسلامية هل مضمونها يجب أن يكون متفقا ومتحدا أم متعددا مع أحكام الشريعة القطعية؛ وبذلك عرفت هذه الفكرة تعريفات عدة تباينت فيما بينها تباينا أصبح يثير الشك حول وجودها كحقيقة قانونية قائمة بذاتها، إلى درجة أن بعض الفقه وصفوها بأنها" **غلاف فارغ والحديث عنها مجرد كلام مطاط**"[1]. وقال آخرون: إن كل محاولة لتعريف هذه الفكرة هي مغامرة فوق رمال متحركة"[2]

ويذهب البعض من الفقه إلى أبعد من ذلك حين يرى غالبية الباحثين في النظرية العامة للقانون أنه لا توجد فكرة قانونية تباينت الآراء حول وضع تعريف لها أكثر من تباينها في تعريف النظام العام؛ ولهذا قيل بأنها فكرة **تستمد عظمتها من ذلك الغموض الذي يحيط به**، ولذلك **ظلت متعالية** عن كل الجهود التي بذلت لتعريفه.[3]

ومع هذا الوصف البليغ في تقدير عظمة هذه الفكرة إلا أنها في نفس الوقت تعتبر **شهادة إثبات** لفشل الفقه القانوني في تحديد وضبط عناصر ومعالم هذه الفكرة؛ وهو الأمر الذي لم يسلم به بعض المحققين والباحثين، حيث مازالت جهود المنظرين متواصلة لم تتوقف في السعي لحصر تطبيقات الفكرة؛ ورصد مظاهرها؛ في محاولة منهم لتحديد طبيعتها وأبعادها الوظيفية في النظام القانوني للدولة.

وهذا ما سيحاول الباحث رصده في محاولة لإثبات حقيقة النظام العام القانونية؛ ومن ثم تحديد طبيعته بناء على مجموعة الخصائص التي تميزه عن غيره من الأفكار القانونية الأخرى على أن يتم ذلك بالمقارنة بين طبيعة فكرة النظام العام وخصائصها في الفقه الوضعي؛ وبين طبيعة فكرة النظام العام الشرعي في الشريعة الإسلامية:

الفرع الأول: طبيعة فكرة النظام العام– دراسة مقارنة–.

الفرع الثاني: خصائص فكرة النظام العام– دراسة مقارنة–.

[1] – محمد الصالح خراز؛ المفهوم القانوني لفكرة النظام العام؛ مجلة الدراسات القانونية؛ دار القبة؛ الجزائر؛ ط6؛ سنة 2003، ص 32.

[2] – د/ محمد حسين عبد العال؛ الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام؛ دار النهضة؛ طبعة 1998؛ ص47

[3] – ينظر لهذا القول المشهور عند د/ عبد الحق عبد الباقي؛ نظرية القانون؛ طبعة 1960؛ ص 128

الفرع الأول : طبيعة فكرة النظام العام في الفقه الوضعي:

سبق وأن بينا صعوبة وضع تعريف محدد لفكرة النظام العام؛ نظرا لما يكتنفها من اتساع ومرونة ونسبية متغيرة؛ وهو الأمر الذي دفع ببعض الفقه إلى التشكيك في حقيقتها القانونية؛ بل أن البعض من الفقه من جعلها ذات طبيعة سياسية تستخدمها السلطة الحاكمة لحماية امتيازاتها ونفوذها من تطلع أفراد الشعب إليها؛ مع هذه الحيرة التي جعلت الفقه يتوقف في تحديد معالمها، فان هناك شبه اتفاق على قانونية هذه الفكرة وبالتالي ضرورة العمل على تحديدها خاصة من طرف القضاء أثناء رقابته على مدى مشروعية وملاءمة القرار النظامي مع درجة الإخلال المحتملة أو المتوقعة؛ وهذا ما ستتم مناقشته لتحديد طبيعة هذه الفكرة في الفقه القانوني الاداري.

أولا: الاختلاف في الوجود القانوني لفكرة النظام العام:

1- مدى قانونية فكرة النظام العام: من الطبيعي أن يوجد من الفقه من ينكر وجود مفهوم قانوني لفكرة النظام العام، نظرا لما يكتنفها من غموض وإبهام ونسبية؛ فالنظام العام طبقا لهذا الرأي لا يعدوا أن يكون **مبدأ أسمى أو توجيها أعلى** إلا أنه لا يمكن أن يكون مبدأ قانونيا، فالقانون يتطلب الدقة والتحديد[1].

فيرى الفقيه **هوريو** أن النظام العام حالة في الواقع تقابلها الفوضى وبذلك يكون مفهوم النظام العام مجرد إثبات حالة تفيد في وصف موقف ساكن وهادئ ويرى **لويس لوكاس** أن النظام العام متقلب وعائم وهو لا يعدو أن يكون مجرد رأي وإحساس أكثر منه مسلمة علمية في حين يرى **هيلي** أن النظام العام لا يعدو أن يكون مذهبا ذو مضمون سياسي واضح لذلك كان من المستحيل إعطاؤه مفهوما قانونيا بحتا"[2].

واتجه فريق آخر إلى خلطها بالمصلحة الاجتماعية واعتبارهما وجهين لعملة واحدة، في حين اعتبرها جانب منهم أنه يشكل جزءا منها يكتسب منها طابعها الغامض والمبهم الذي يستعصي على التحديد القانوني[3].

في حين أكد البعض الطابع الذاتي والنسبي لمفهوم القاعدة القانونية التي نتعرف عليها في ثنايا النظام العام مما يؤدي إلى خلط مفهوم النظام العام بالقاعدة القانونية ومن ثم تستحيل دراسة النظام العام دون دراسة القاعدة القانونية مما يوسع من مفهوم النظام العام إلى حد لا يمكن معه تحديده بضوابط قانونية وبذلك لن يكون النظام العام سوى الشبح الذي لا يمكن إمساكه للحقائق القانونية المعروضة وبالتالي يفقد النظام العام أصالته ذوبانه في المبادئ العامة للقانون فلا يكون له وجود قانوني مستقل[4]. وأبعد من ذلك يذهب بعض الفقه إلى أنه لا حاجة إلى

---

[1] – د/عادل أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، مرجع سابق، ص 149؛ وبول برنارد؛ فكرة النظام العام في القانون الإداري؛ ص230.

[2] – ينظر إلى هذه التعاريف عند السعيد كليوات؛ الضبط الإداري في الجزائر– مفهوما وممارسة–؛ رسالة ماجستير 2003/2002 ؛ جامعة الجزائر؛ ص48 وما بعدها.

[3] – د/محمد محمد بدران؛ مضمون فكرة النظام العام، مرجع سابق، ص 15 وما بعدها

[4] – د/بول برنار، فكرة النظام العام، مرجع سابق؛ ص20 وتأكيدا لهذا الاتجاه عمد التقنين الألماني إلى إغفال فكرة النظام العام في المادة 138 فعلى إثر مناقشة جرت في **مجلس الرشتاخ** تم استبعاد نصوص جاء فيها ذكر العقد المخالف للنظام العام اعتقادا أن هذه الفكرة عامة ومجردة قد تجعل القاضي يبيح لنفسه أن يتخذ منها نظرية دينية أو فلسفية يبنيها على مجموعة المبادئ الدستورية أو على سياسة التشريع العامة أو رأيه الخاص في المسائل الاجتماعية أو الأخلاقية في حين دافع الحزب الاشتراكي على نص المادة واعتبر كل عقد لا يتفق ومبادئ الطبقة

الاستعانة بفكرة النظام العام ذلك أن بطلان الاتفاقات التي تخالف قواعد النظام العام؛ يرجع إلى القوة الملزمة للقاعدة القانونية بوجه عام[1] بل إن من الفقهاء من ينكر وصف الفكرة القانونية ويعتبرها مجرد وهم أو وسيلة لخدمة السلطة وهو بذلك يختلف باختلاف أرجل القضاء.[2]

وبالمقابل ظهر اتجاه معاكس يؤكد قانونية فكرة النظام العام- وهو الاتجاه الراجح فقها- إذ يرى[3] أنه بالرغم من نسبية وقوة تطور فكرة النظام العام إلا أنه لا يجوز بحال من الأحوال أن نستبعد كل تحديد قانوني لها؛ فالنظام العام وفقا لهذا الاتجاه ينظم مختلف النشاطات ويرتب علاقاتها ويجعلها تتجه صوب هدف واحد هو حماية النظام الاجتماعي وتحقيق الانسجام في العلاقات القانونية.

فهو وإن لم يعترف له بمفهوم قانوني محدد يبقى جديرا بأن يظل قائما في الواقع، فهو أساس العمل اليومي للإدارة وغالبا ما يستند إليه القاضي ومن ثم فإن الإسهام في تحديده كما يقول الدكتور محمد بدران يعني السعي قدما نحو دولة القانون، أضف إلى ذلك أنه وسيلة فنية تدخل بواسطتها التيارات الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية إلى النظام القانوني فتبت فيه التطور والتكيف.حتى أنه قد يكون مصدرا منشئا للقاعدة القانونية في الظروف الاستثنائية.

فالنظام العام يمثل الحد الأدنى من الحماية للأسس التي تقوم عليها الجماعة وهو رمز لقواعد قانونية معنية تستخدم لحسم المنازعات التي تتولد عن المقتضيات المختلفة أو المتعارضة، كتلك القائمة بين القواعد القانونية الناشئة عن المصادر المختلفة للقانون أو بين القانون وإرادة الأفراد وأحيانا أخرى بين المظاهر المختلفة لإرادات الأفراد كتنظيم ممارسة الحريات.

وفي كل الحالات يعبر النظام العام عن ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة لأن الأمر يندرج تحت فكرة جوهرية تقوم على الأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع ولكن يبقى بعد ذلك خطر التعميم إذ لابد من تأكيد الطابع القانوني للنظام العام وإتاحة فرصة للقاضي لممارسة رقابة فعالة في مختلف استعمالاته[4].

العاملة مخالف للنظام العام وهو ما جعل أغلبية أعضاء المجلس ينفرون من النص المقرر للنظام العام إلى معيار عملي بحت قوامه العرف والمبادئ المستقاة من الآداب العامة، وينظر د/السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي، بيروت؛ ط3، ص 229.

[1]- ينظر إلى د/ محمد عيد الغريب؛ النظام العام في قانون الإجراءات الجزائية؛ دار النهضة العربية؛ القاهرة؛2006 ص 09نقلاعن د/ محمود جمال الدين زكي؛ دروس في مقدمة الدراسات القانونية؛ طبعة 1964؛ص166وما بعدها.

[2] - ينظر إلى هذه الآراء وأصحابها: عند د/ محمد عيد الغريب؛ المرجع نفسه؛ ص10

[3] -د/ بول برنارد، مفهوم النظام العام في القانون الإداري، ص 236.

[4] - د/ محمد بدران، مضمون النظام العام، مرجع سابق، ص 21 وما بعدها. وقد دعم الدكتور هذا الموقف من خلال شرحه للوظيفة المنشأة للنظام العام بخصوص القاعدة القانونية في ص 24 من مؤلفه السابق الإشارة إليه وفق ما يلي إذ قد ينص المشرع بقاعدة قانونية على احترام النظام العام، لكن بصيغة مجردة، وفي تلك الحالة تكيف القاعدة القانونية مع ظروف محددة فيكون النظام العام مفسرا لهذه القاعدة وقد يحدث أن لا تملي القاعدة القانونية موضوع النظام العام وهنا يتعلق الأمر بتعويض صمت القاعدة وبذلك تكون مهمة النظام العام سد ثغرات القانون أو سد عيوب الشرعية، لكن النظام العام يظل داخل الإطار القانوني حيث يستوحى حل من حلول المماثلة قدمتها قوانين

2- الآثار المترتبة على فكرة النظام العام

نظرا لتدخل الإدارة في مختلف نواحي نشاط الأفراد من أجل حماية النظام العام أصبحت نظرية حفظ النظام العمومي من أبرز نظريات القانون الإداري وأكثرها حساسية، لأن الأمر يتعلق بحقوق وحريات الأفراد، فالنظام العام هو المحور العام الذي تدور حوله سلطة الضبط إداري. بل وأن صيانته هي الهدف الرئيس من إجراء الضبط الإداري وأوجب واجبات السلطة العامة التي تقوم بها بحكم الضرورة واستنادا إلى وظيفتها الطبيعية[1].

وبناء عليه لا يمكن لهيئات الضبط استخدام سلطاتها للتحقيق أهداف أخرى وذلك عملا بقاعدة تخصيص الأهداف. ومن ثم فقد ترتب على كون النظام العام الغرض الوحيد من وظيفة البوليس الإداري ما يلي:

1- أنه لا يجوز للإدارة أن تتدخل لتحقيق هدف غير الهدف الذي من أجله منحت سلطة الضبط[2]، وتبعا لذلك فإن أي إجراء تتخذه الإدارة متجاوزة فيه الحدود المسطرة لها بهذا الشأن يعتبر مشوبا يعيب الانحراف بالسلطة كصورة من صور اللامشروعية؛ حتى ولو حقق هذا الإجراء مصلحة اجتماعية أو سياسية أو مالية تعود بالنفع على الصالح العام، ولذلك قضى مجلس الدولة الفرنسية ببطلان الإجراء الذي اتخذه مجلس بلدي بهدف الدفاع عن المصالح الخاصة بالبلدية والذي كان يستهدف بزيادة موارده المالية، مادام ذلك لا يدخل ضمن الأغراض التي يتضمنها النظام العام من (صحة عامة ،سكينة عامة وأمن عام)[3].

2-أن إجراءات الضبط يجب أن تكون ضرورية وأن لا تتجاوز ما تتطلبه الظروف: ولذلك كان لابد أن يكون التدخل ضروريا فعالا ومعقولا، ففكرة النظام العام لهدف محدد لسلطات وامتيازات هيئات الضبط قيد حاسم وفعال في تقييد الحريات من انحرافات واعتداءات هذه الهيئات[4]، وفي ذلك انسجام مع المبدأ القائل:"أن الحرية هي القاعدة وأن تقييد الضبط هو الاستثناء"[5]، وبناء عليه تقرر أن سلطة الضبط هي القاضي الوحيد في

أخرى ومن أمثلة ذلك واجب الشرطة في التدخل في أي وقت باسم النظام العام حتى وإن لم يكن القانون نص على ذلك كما قد يتصرف النظام العام بسلطة القاعدة القانونية وذلك بإضفاء الشرعية أحيانا على الإجراءات التي تتخذ لصالحه ففي ظل الظروف الاستثنائية يعتبر النظام العام بذاته مصدرا للقانون من شأنه إضفاء الشرعية على إجراءات تعتبر غير مشروعة في خارج إطار النظام العام وفي ذلك يقول مفوض الدولة **لوتورنير** في قضية أن قضاء مجلس الدولة في حرصه على عدم تعريف عمل أولئك الذين يتحملون حتى في أحلك الظروف أعباء ومسؤوليات ضمان استمرار سير المرافق العامة وسد الاحتياجات المادية للأمة قد سلم أن الظروف الاستثنائية يمكن أن تصبغ الشرعية على تلك القرارات الإدارية التي لا تكون كذلك في الأوقات العادية. ينظر المرجع نفسه؛ ص22

[1] - د/ داود الباز، حماية السكينة العامة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، د.ط، 2004، ص 91.

[2] - د/عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء 02 ؛ ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ط 2002، ص 42. وينظر أيضا د/ سعاد الشرقاوي؛ القانون الاداري؛ ص24؛ وذلك بصدد حديثها عن النتائج التي تترتب على كون النظام العام هدف الضبط الإداري.

[3] - د/إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت د.ط، 1997، ص 781.

[4] - د/عمار عوابدي، القانون الإداري، ج2، ص43.

[5] - د/أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ص 417، وقد أكد حكم مجلس الدولة في **قضية دوبلي** أن رفض العملة واستخدام سلطاته في الضبط لا يعتبر غير مشروع إلا في حالة جسامة الخطر الناجم عن

التدخلات الضرورية وأنها ليست ملزمة بأن تتصرف في غياب نص ملزم لها، أو في غياب اعتبارات أكثر ومع ذلك فلا يجب الاعتقاد بأن ممارسة السلطة والضبط تشكل بالنسبة للسلطة الإدارية مجرد حق.

3- لسلطات حفظ النظام العمومي حرية تقدير الظروف التي تبرر تدخلها ومن ثم يكون لها حرية اختيار وسيلة التدخل؛ غيران سلطة الإدارة التقديرية مقتصرة فقط في حالة عدم وجود نص قانوني يلزمها بالتدخل ؛ وإلا فان وجود خطر وشيك ومحقق يهدر النظام العام سينشأ على عاتق الإدارة التزام قانوني بالتدخل فورا لإعادة استتباب النظام.لان السلام العام لا يحتمل الإخلال به إخلالا خطيرا.[1]

4 – لا يجوز لسلطة الضبط أن تتدخل لغرض التطابق السياسي: فالضبط الإداري وظيفة محايدة لا تصبغ بالصبغة السياسية، وهذه الصفة آتية من كون مهمة الضبط الإداري ضرورية لحماية الأوضاع الرتيبة في المجتمع من أي خلل ومن ثم فلا يجوز أن يرتبط بأي فلسفة عقائدية أو قيم سياسية معينة تنسلخ عن لنظام العام وفي ذلك يقول الفقيه Levy ulman " أن الضبط الإداري وظيفة محايدة تمارس سلطاتها في حدود القانون ولا تتحول إلى وظيفة سياسية إلا إذا ارتبطت بنظام الحكم.[2]

وقد أيد هذا الرأي كل من Paul Bernard بإجابته بالنفي عن التساؤل الذي طرحه حول إمكانية وجود نظام عام سياسي يبرر قيام ولاية ضبط سياسية، ذلك أن التمييز التقليدي. -كما يقول- بين السلطة الإدارية والسلطة السياسية لا يزال تمييزا أساسيا، ولا تزال السلطة الإدارية باقية كمبدأ بعيدة عن المؤثرات السياسية، وذات الرأي ذهب إليه الدكتور محمود سعد الدين الشريف حين قال أن الضبط الإداري ضرورة اجتماعية وأنه يتجه إلى حفظ النظام العام في المجتمع ويرمي إلى ضبط حدود الحريات العامة، وإذا كانت الوظيفة ضرورية في ذاتها فإن أي تدبير ضبطي يتخذ استنادا إليها ويكون من شأنه المساس بحرية من الحريات لا يمكن تبريره إلا إذا كان ضروريا لوقاية النظام العام.[3]

ثانيا: طبيعة فكرة النظام العام في الفقه الإسلامي:

من المعلوم أن مصادر الشريعة هي نفسها مصادر للحقوق والحريات وهي نفسها مصادر للمبادئ والنظريات العامة في الفقه الإسلامي؛ وعلى هذا تكون فكرة النظام العام في طبيعتها محددة بمصادر الشريعة. وعلى هذا يصح القول بأن أحكام الشريعة هي مصدر ومنشأ للحقوق بما فيها حقوق العبد(الفرد) وحقوق الله (المجتمع).

موقف خطير يهدد حسن النظام وبذلك يبين هذا الحكم حدود الحرية الممنوحة لسلطة الضبط؛ د/عادل أبو الخير؛ الضبط الإداري وحدوده، مرجع سابق، ص 217.

[1] – د/ سعاد الشرقاوي؛ القانون الإداري؛ ص24؛ ود/سليمان الطماوي؛ القانون الإداري؛ ص836

[2] –د/ محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام، مرجع سابق، ص 122. وفي ذات الشأن قضى مجلس الدولة الفرنسي في عدم مشروعية مرسوم 13 يونيو 1968 بحل 11 جمعية جملة واحدة لما استبان له من عدم وجود تهديد للنظام العام يستدعي هذا الحل الجماعي، ينظر عادل سعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، مرجع سابق، ص 217.

[3] – د/ محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام مرجع سابق، ص 118 وما بعدها.

وبيان ذلك أن الفقه الإسلامي غائي الهدف يتجه إلى تحقيق مقاصد سامية فجميع أحكامه لم تشرع تحكما لمجرد إخضاع المكلفين لسلطان التكليف ولا عبثا؛ بل شرعت لمعان ومصالح اجتماعية واقتصادية اقتضت تشريعها؛ ومن ثم فان هناك تكاملا بين أحكام الشريعة في تحقيق **وحدة الهدف** وهو حفظ النظام العام بمشتملاتها المحددة في منظومة مقاصد الشريعة.

ويلاحظ في هذا الصدد أن هناك من الباحثين من تعرض لهذه الفكرة بالنقض في الفقه الإسلامي مشككا في عدم جدواها كما هو الحال في الفقه الوضعي؛ حيث اختلفت الآراء في الوجود القانوني لهذه الفكرة في المنظومة القانونية نظرا لغموضها واستحالة حبسها في قوالب جامدة؛ وتعدد متطلباتها وديناميكياتها خاصة في الجانب المعنوي منها. ففي هذا الصدد يري الباحث **د/ عماد طارق البشري** عدم حاجة النظام القانوني الإسلامي إلى هذه الفكرة وهذا ما سيتم مناقشته.

1- مدى حاجة النظام القانوني الإسلامي إلى فكرة النظام العام بمضمونها الغربي

تمثل فكرة النظام العام في الفقه الوضعي نقطة الارتكاز في تقييد الحريات التعاقدية ومختلف التصرفات الإرادية؛ فإذا كان الأصل في هذا الفقه هو مبدأ سلطان الإرادة والذي يجعل من الإرادة ذاتها[1] ولوحدها قادرة على إنشاء التصرفات القانونية وتحديد آثارها دون حاجة إلى عنصر منظم ومتحكم من خارجها. فان القيد الوحيد الذي يرد عليها هو عدم مخالفة مقتضيات النظام العام بمضمونه الوضعي في نطاق أحكام القانون الخاص.

وهو الأمر المسلم به في الشريعة الإسلامية والتي تعتد بقدرة الإرادة الفردية في إحداث التصرفات القانونية مما يعني التسليم بمشروعية مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي[2] عملا بمقتضى الحديث" المسلمون عند شروطهم إلا شرطا احل حراما أو حرم حلالا"؛ كما عرفت الشريعة أيضا إحاطة هذا المبدأ بسياج من القيود لاعتبارات لها أولويتها في التقدير من هذا المبدأ هذه الاعتبارات ترجع إلى أصول المنظومة الإسلامية أو صالح الجماعة على نحو قريب من فكرة النظام العام في الفقه الغربي.وحول هذا المعني يقول الشيخ **أحمد إبراهيم بك**" وبالجملة فان إرادة الإنسان في الشرع الإسلامي حرة في تصرفاتها و لم تقيد إلى بقيدين؛ قيدها بهما الشرع والعقل ورعاية صالح المجتمع

---

[1] – يختلف مفهوم الإرادة في الفقه الإسلامي عنه في الفقه الوضعي فهي في مدلوله الفقهي الغربي تعني قدرتها المطلقة على إنشاء التصرفات القانونية من جهة وقدرتها على ترتيب آثار هذه التصرفات من جهة أخرى؛ كونها أصل في ذاتها ومطلقة في سلطانها بحكم أصل الشرعة الذي يجعل منها مصدرا أصليا لكثير من الحقوق. أما مدلولها في الفقه الإسلامي فينصرف إلى إيجاد التصرف الشرعي الذي اتجهت إليه الإرادة كسبب في حصوله؛ مما يعني أنها ليست مطلقة في أن تأتي من التصرفات ما تشاء وتنتج من الآثار ما تريد وإنما هي مؤطرة بحدود الشرع وهذا كما يقول د/ وحيد الدين سوار في رسالته للدكتوراه"حتى لا تؤدي بالإفراد إلى نزاع ولا ينالهم منها غبن ولا يلحقهم بسببها غرر ولا يلزموا بها على غير رضا منهم واختيار وحتى لا يتخذوها مطية ووسيلة إلى اقتراف ما نهى عنه الله" ينظر إلى كل من: د/ عماد طارق البشري؛ فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق؛ ص208؛ ود/ وحيد الدين سوار؛ التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي؛ ص582.

[2] –ينظر في تأصيل هذا المبدأ في الفقه الإسلامي إلى:د/ وحيد الدين سوار؛ التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي؛ –رسالة دكتوراه– الناشر دار النهضة العربية القاهرة ط1؛ سنة 1960.

الإنساني: **أولهما:** ما حرمه الله ونهى عنه، فانه يجب الابتعاد عنه حتما ويقابله في القانون ما يخالف النظام العام والآداب العامة، **وثانيهما:** ما فيه اعتداء على حقوق الناس المكتسبة شرعا." [1]

غير أن ما يميز الشريعة الإسلامية عن القانون الوضعي حول القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة هو أن الإرادة تنشئ التصرف لكنها لا ترتب آثاره كما هو الحال في مدي سلطان الإرادة في القانون. إذ يكاد الفقه الإسلامي يجمع على إن آثار العقود هي من صنع الشارع لا من عمل العاقدين وهو ما يعرف عند فقهاء الشريعة خصوصا منهم الشافعية **بجعلية الآثار** أي أن نتائج التصرف القانوني هي من صنع الشارع الذي يجعل من هذه العقود والتصرفات طريقا موصلا إلى هذه الآثار.[2] مما يعني أنها محدودة بحدود المشروعية الإسلامية.

فالشريعة منظومة حياتية شاملة لا ينحصر تنظيمها في محض العلاقات القانونية الفردية فحسب وإنما تنطوي في إطارها التنظيمي على ما يضبط علاقات الفرد بربه وبنفسه وبغيره من الأفراد فضلا عن علاقته بدولته وسلطتها السياسية الحاكمة ؛ ومجتمعه السياسي المنظم كل ذلك في ظل ومن منطلق مقاصد الشارع الحنيف المجمع عليها؛ طلبا للصلاح الدنيوي والفلاح الأخروي، فهذا الإطار التنظيمي العام هو الذي يمثل السياج الذي يجب أن تنضبط به الإرادات الفردية وهي بصدد إنشاء التصرفات وترتيب آثارها.

وبناء على هذه النتيجة يرى **د/ عماد طارق البشري**[3] عدم حاجة النظام القانوني الإسلامي إلى ابتداع فكرة النظام العام كقيد محدد لسلطان الإرادة إذ أن القيد وارد ابتداء والحد معين شرعا؛ والنسبة إلى الله تعالى في التصرفات الشرعية مقطوع بها ومن ثم فليس ثمة حاجة إلى إيجاد آليات مقيدة من خارج سلطان الإرادة المطلقة كما هو الحال في الفقه الوضعي. فلا يتصور إمكان صحة التصرف القانوني خارج المنظومة التشريعية المنضبطة بالمقصد العام من التشريع في تحقيق مصلحة المكلفين جلبا للنفع ودفعا للضرر؛ كما أنه من غير الوارد وجود أثار تناقض مقتضى النظام الشرعي.

وعليه فرغم مواطن التشابه التي قد تثير لبسا في معرفة النظامين الوضعي والإسلامي لفكرة النظام العام بحكم الدور المتماثل والمتشابه الذي تقوم به في كبح سلطان وغلواء الإرادة في كلا النظامين إلا أنه حسب د/ عماد **طارق البشري** لا تعدو أن تكون ظواهر خارجية تتعلق بتشابه في أحكام الأمر والنهي في **قشورهما الخارجية** نظرا للتباين الجلي بين المنظومتين في منطلقاتهما الفكرية والقيمية وإطارهما المرجعي. ذلك أن الإطار المرجعي في الشريعة الإسلامية يقوم **بدور المرجعية الارتكازية في الحياة القانونية للشريعة** بما يمثله من ضوابط لا تنشأ الإرادة منتظمة ابتداء إلا إذا التزمتها؛ ومن ثم فلا تكتسب الإرادة؛ أي قدرة على الفعل إلا إذا صيغت موافقة لأحكام هذا الإطار

[1] – الشيخ إبراهيم بك؛ الالتزامات في الشرع الإسلامي؛ الناشر دار البصائر؛ ص43 .

[2] –د/ عماد طارق البشري؛ فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق؛ ص209

[3] – د/ عماد طارق البشري؛ فكرة النظام العام؛ مرجع نفسه؛ ص220

ومن داخله منضبطة .بمقتضاه. وليس هذا خاصا بالتصرفات القولية والفعلية فقط وإنما جميع السلوك الإنساني في أطره العقدية والعبادية والمدنية والخلقية باعتبار خصوصية الشريعة في شمولية آلياتها للضبط الاجتماعي الواسع. [1]

والواقع وان كان الباحث يسلم مع صاحب هذا الرأي في عدم حاجة الفقه الإسلامي إلى مثل هذه الأفكار القانونية لوجود ما يغنينا عنها في منظومتنا التشريعية الإسلامية؛ ولكنه يختلف معه في أنه لا يجب تعميم عدم الحاجة إليها في كل أفرع القانون؛ ذلك أن التسليم بها في فروع القانون العام الإسلامي خاصة منه القانون الدستوري والإداري والجنائي؛ تمثل غاية مقصودة لدى الشارع تسعى إلى تحقيقها السلطة بحيث تكون مكلفة بحفظه ورعايته؛ ويناضل للوصول بها إلى توقيف الصدامات بين السلطة والحرية؛ لما جرته على الأمة من ويلات الفتن والحروب الأهلية.

وكذلك القانون الإداري الإسلامي فهو بحاجة ماسة إلى مثل هذه الأفكار الغائية المحددة والموجهة لشرعية التدخل الضبطي في تقييد النشاط الحر للأفراد؛ وفقا لتقدير الحاكم في تحصيل المصالح ودفع المفاسد ولعل في تأصيل هذه الفكرة من منظور شرعي له فائدته في تفسير وتبرير الكثير مما ينسب إلى بعض الخلفاء والأمراء على امتداد التاريخ الإسلامي.من ذلك **تأخير الإمام علي– ض– القصاص في شأن قتلة عثمان– رضي الله عنه –** فضرورة **حفظ النظام** ألجأت إلى **تأجيل تنفيذ العقوبة لتوقي ما هو أشد ضررا على الكافة** ؛ وقد قال الله؛" **واتقوا فتنة لا تصبن الذين ظلموا منكم خاصة**" ؛ فلا شك أن إيقاع الفتنة بين الناس ينافي مقصود الشارع ولا يحقق الحكمة المتوخاة من العقوبة وهي المحافظة على النظام العام؛ وجلب المصالح للعباد ودرء المفاسد عن الكافة.[2]

2–الآثار المترتبة على إعمال فكرة النظام العام الشرعي

إن استقراء مصادر القانون المعتبرة يؤكد ارتباط فكرة النظام العام و الآداب في الفقه القانوني الوضعي أساسا **بالمصلحة العامة.** بحيث تعتبر معيارا له؛ إذ العبرة عندهم غالبا **بموضوع الحكم لا** بالحكم ذاته، و لذا فان موضوع الحكم إذا ما كان متعلقا بالمصلحة العامة، افرغ في نص آمر، و من ثم لا يجوز الخروج على مقتضاه، أو إهماله، أو الاتفاق على خلافه، و كثيرا ما ينص المشرع الوضعي على ذلك[3] .

ويشير الدكتور **السنهوري** في كتابه – الوسيط– إلى هذا المعيار بقوله: " القواعد القانونية التي تعتبر من **النظام العام**، هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة **عامة** سياسية أو اجتماعية، أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، وتعلو على **مصلحة الأفراد**."ثم يفرع على هذا الأصل قوله: " فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم؛ حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، فان المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة"[4].

---

[1] – د/ عماد طارق البشري؛ مرجع نفسه؛ ص222

[2] – د/ عبد السلام الرفعي؛ فقه المقاصد؛ ص131

[3] – عبد الوهاب خلاف؛ تفسير النصوص القانونية وتأويلها؛ ص 186

[4] –د/ السنهوري؛ الوسيط في شرح القانون المدني؛ ج1 ؛ ص434.

واضح مما سبق أن كل قاعدة قانونية يتعلق موضوعها بالمصلحة العامة تعتبر من النظام العام بغض النظر حكم القاعدة ذاتها. خلافا معيار النظام الشرعي العام في الشريعة. فليست العبرة في الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بتحديد نظامها الشرعي، بموضوع الحكم، بل **بالحكم نفسه**، من حيث كونه مفسرا، قاطع الدلالة على معناه، أو بمصلحة قطعية أو معنى عام نهضت الأدلة القاطعة على ثبوته قطعا.

وبالتالي فلا يرتبط النظام الشرعي العام في التشريع الإسلامي بالمصلحة العامة فقط. يقول **د/فتحي الدريني** حول هذا المعنى " لما علمت من أن المصلحة العامة ليست هي مدار التشريع كله في الشريعة الإسلامية، و إن كان لها اعتبارها الخاص المستقل الذي يوجب رعايتها في كل تصرف فردي، أو تطبيق حكم يتعلق بمصلحة فردية، بل جمعت إلى ذلك اعتبار المصلحة الفردية.فمفهوم الصالح العام أو المشترك في الشريعة إذن مزدوج؛ فكان طبيعيا ومنطقيا ألا يكون المعيار موضوع الحكم ، بل **ثبوت الحكم قطعا نصا أو دلالة**، أو ثبوت المعنى العام أو المصلحة، ثبوتا قاطعا"[1] .

وبذلك اتضحت **النظرية العامة** في التشريع الإسلامي بهذا -**المعيار**- فاستقلت بذلك عن كل من المذهب الفردي الذي يعتبر محور التشريع الفرد ومصالحه الذاتية، ومن المذاهب الأخرى التي تجعل المصلحة العامة وحدها مدار التشريع، دون المصلحة الفردية.

ويترتب على هذا نتيجة هامة تكمن في أن المذهب الفردي يتسع فيه نطاق الحريات العامة، ومجال الإدارة الإنسانية في استعمال الحقوق كسبا وانتفاعا، وتضيق فيه بالتالي **دائرة النظام العام**، وعلى العكس من ذلك المذاهب التي جعلت المصلحة العامة مدار التشريع، حيث اتسعت دائرة النظام العام فيها، و ضاقت دائرة الحريات العامة، و مجال الإدارة الإنسانية في ممارسة الحقوق.

وخلافا لهما جاءت الشريعة الإسلامية بمفهوم مستقل للنظام الشرعي العام له آثاره على الحياة القانونية مما يترتب عنه مجموعة من القواعد الأصولية والفقهية الضابطة للتصرفات القانونية وللاجتهاد في الشريعة الإسلامية.

أولها: أن لا مجال للاجتهاد بالرأي فيما هو ثابت من النظام الشرعي العام: "لا مصاغ للاجتهاد فيما ورد فيه نص قطعي". فالمعنى القطعي كالنص القطعي سواء بسواء.

ثانيها: انه لا يجوز مخالفة ما هو متعلق بالنظام العام، في ميدان التعامل – في إنشاء التصرفات والعقود و الشروط، أو في القضاء، أو في العلاقات الدولية وإبرام المعاهدات.

ثالثها: أن النظام العام يمثل صلب " **الوحدة التشريعية** " في الإسلام لكل النظم التي تدور في فلكه، فلا يكون بينها خلاف جوهري، و إنما يكون الاختلاف في الجزيئات التي تقتضيها الظروف الخاصة بكل بيئة.

وخلاصة القول أن النظام الشرعي العام الذي نهضت به أدلة قاطعة ثابت على مر الزمن، إذ لا يجوز تغييره أو تبديله، فلا مجال للاجتهاد بالرأي فيه، ولا يجوز العمل على خلاف ما يقضي به، لأنه يمثل الإدارة الإلهية في التشريع في اعلي مراتب الوضوح و القوة؛ في حين أن مفهوم النظام العام والآداب في القانون نسبي متغير وذو

[1]- د/ فتحي الدريني؛ المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي؛ ص207 وما بعدها

مفهوم متطور، على الرغم من أن معياره موضوعي مرتبط بالمصلحة العامة، لتغير مفهومها أيضا في النظم التشريعية في كل عصر[1] .

هذا والأحكام التكليفية الفرعية التي ثبتت بالاجتهاد ظنا في الشريعة الإسلامية، متطورة ، إذ لا ينكر تغير الأحكام وبالأصح تغير الفتاوى بتغير الأزمان، لوجود مصادر التشريع الإسلامي التبعية التي تساير تطور الحياة بالناس، من مثل: القياس، العرف، و المصالح المرسلة، والاستحسان، و سد الذرائع، والاستصحاب، بل والإجماع الذي يستند إلى مصلحة زمنية متغيرة؛ و لا أدل على ذلك من اجتهادات أئمة المذاهب الفقهية المتعددة ، والتي تعكس لنا مجالا واسعا جدا من اختلافاتهم في الفروع.

على أنه مما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، **قاعدة الضرورة**، أو قاعدة الحاجة التي تبلغ مستوى الضرورة، فهي حاكمة على التشريع كله.[2]

الفرع الثاني: خصائص النظام العام في الشريعة والقانون.

لا شك أن هناك توافقا في بعض مظاهر فكرة النظام العام في الفقهين الوضعي والإسلامي باعتبارها فكرة محورية في المنظومتين كمقصد يجب أن تدور حوله القواعد القانونية والشرعية وجودا وعدما؛ ويترتب على ذلك اشتراك الفقهين في توصيف هذه الفكرة كجعلها ترجمة للحلول الآمرة والناهية في الدولة على نحو أحكام الواجب والحرام في الشريعة وكونها فكرة مرنة ونسبية قابلة للتطور وهذا ما سيتم تحديده تمييزا لهما بين هذين الفقهين المختلفين في المصدر وتمييزا لهما أيضا عما يشابههما .

أولا – خصائص فكرة النظام العام في الفقه الوضعي:

بصرف النظر عن حقيقة ذلك التساؤل الذي آثاره كثير من الفقه عما إذا كانت تلك الفكرة واحدة في كافة النظم القانونية أم أنها أفكار مختلفة تبعا للمجال الذي تعمل فيه[3] إلا أن هذا الفقه متفق على أن فكرة النظام العام –وبصرف النظر عن اختلاف معناها تبعا للمجال الذي تعمل فيه– تنطوي على **فكرة موحدة** وعميقة تفرض نفسها كلما دعت مصلحة الجماعة إلى ذلك، فهي تشكل الأسس التي ينبني عليها النظام القانوني لكل بلد في زمن معين؛ ولذلك في الناطق والمترجم لهذه الأسس في شكل حلول آمرة يحددها المشرع في صيغة عامة ومجردة تضمن لها الحياد والعمومية في مخاطبة أفراد المجتمع حكاما ومحكومين؛ ويساهم في هذا التأسيس لقواعد النظام العام أحكام القضاء مع مراعاة العرف والظرف السائد في البلد؛ أخذا بعين الاعتبار مرونة الفكرة ونسبيتها وقابليتها للتطور والتغير بتغير الأزمان والأحوال ولذلك امتازت بخصائص ميزتها عما شابهها من الصور التي قد

[1] – د/السنهوري؛ مصادر الحق في الفقه الإسلامي؛ ج3؛ ص103.

[2] – د/فتحي الدريني؛ المناهج الأصولية؛ ص209

[3] – ينظر في مناقشة هذا التساؤل د/ محمد عصفور؛ وقاية النظام الاجتماعي؛ ص119؛ وكذا مؤلفه؛ البوليس والدولة؛ ط1971؛ ص46؛ ود/ عادل أبو الخير؛ الضبط الإداري وحدوده؛ ص167

تختلط بمعناها كالمصلحة العامة والخير المشترك والنفع العام والمذهبية العليا. وعليه يمكن اعتبار النظام العام متميزا بما يأتي:

1- أنه يعبر عن الحلول الآمرة في النظام القانوني: فالنظام العام يمثل مجموعة من القواعد والنظم التي لها من الأهمية ما لا يمكن تجنب تطبيقها لأنها تستهدف الحفاظ عل الأسس التي ينبني عليها النظام القانوني والاجتماعي لكل بلد؛[1] ومن ثم فهو يشمل القواعد التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد لذلك كان سلطان الإرادة منعدما إزاء هذا النوع من القواعد، فالإلزام فيها مطلق[2] نظرا لأنه يحافظ على استقرار وثبات الأوضاع السائدة أو إعادته في حالة اضطرابه؛ وهذا بدوره يسمح للسلطة الإدارية بتوسيع امتيازاتها لفرض احترامها.[3]

وترتيبا عليه يذهب البعض إلى اعتبار مدلول النظام العام يهدف إلى تحقيق التوفيق بين ممارسة الحريات وضرورات الحياة الاجتماعية، ثم إن حماية الحريات تتبع استقرار النظام العام؛ وبذلك تستخدم فكرة النظام العام لحسم المنازعات على أساس وجود نظام ذي أولوية اجتماعية؛ فحين يجد القاضي نفسه أمام قاعدة من النظام العام فليس أمامه من خيار سوى تطبيق حكمها.[4]

وهذه الخصيصة هي التي يتفق فيها القانونين العام و الخاص في التعبير بها عما يعد من النظام العام ؛ ومع ذلك فان دورها في القانون الخاص يجعل منها سببا للمنع خلافا لدورها في القانون العام الذي يكمن أن سببا لتدخل سلطة الضبط وتوسعه في تقييد النشاط الفردي[5]. الأمر الذي يمكن القول معه بأن جميع قواعد القانون العام هي من النظام العام بخلاف قواعد القانون الخاص التي بعضهما متعلق بالنظام العام دون البعض الآخر[6] وترجع أهمية هذه الخاصية في كونها تضع حلولا للتراع بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة بقصد الموازنة بينهما[7].

2- إن النظام العام ليس من صنع المشرع وحده: يقوم المشرع بدور هام في التعبير عن النظام العام وتطوره ورغم ذلك فإنه لا يمكنه بحال من الأحوال أن يفرض نمطا معينا للنظام العام، ذلك أن النظام العام ليس وليد النصوص بصفة مطلقة؛ وإنما هو نتاج الأفكار السائدة في وسط اجتماعي وسياسي وفلسفي في زمن معين، لذلك

---

[1] - د/ محمد عصفور؛ البوليس والدولة؛ ط1971؛ ص46

[2] - وإذا اتفق الأطراف على خلافها، وقع اتفاقهم باطلا حتى ولو حققت لهم هذه الاتفاقيات مصالح فردية، ذلك أن المصلحة الخاصة لا تقوم أمام المصلحة العامة.

[3] - د/ فرحات محمد السبكي؛ الضبط الاداري والحياد الوظيفي؛ رسالة دكتوراه ؛ سنة 2002؛ أكاديمية الشرطة القاهرة؛ ص 42

[4] - عادل أحمد السعيد أبو الخير، حدود الضبط الإداري، ص168.و د/ بول برنارد؛ فكرة النظام العام؛ ص75.

[5] - د/ السنهوري؛ الوسيط في شرح القانون المدني ؛ج1-مصادر الالتزام- ص48

[6] - ينظر تفصيلا أكثر: د/شريف إسماعيل؛ سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية؛ ص73

[7] - د/ محمد عصفور؛ البوليس والدولة؛ ص 46 ؛ ود/ عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ ص68.

كان للعرف والتقاليد التي تسود المجتمع الأثر الكبير في تكوين النظام العام، لذلك كان من غير الممكن أن يستمر النظام العام في جماعة إلا باستمرار تقبل أفرادها له، فهو إذن يستلزم رضاء المحكومين[1].

هذا وتجدر الإشارة إلى أن للقاضي دورا إنشائيا بارزا في هذا المجال، فبواسطة فكرة النظام العام يستطيع القاضي أن يواكب كل تطور في المجتمع وذلك بإدماج عناصر جديدة تحت لواء النظام العام وفصل عناصر أخرى أدى تغير المجتمع إلى إخراجها لأنها لم تعد ذات صلة بالمصلحة العامة. وعليه في ذلك أن يعمل مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها لا مذهبا فرديا خاصا متحللا بذلك من آرائه الخاصة.[2]

هذا وتجدر الإشارة إلى أن هناك قواعد من النظام العام ولكنها في ذات الوقت بعيدة عن مصدر التشريع ومن ثم فقد كان للعرف أيضا دور فعال في إرساء هذا المضمون، ومن أمثلة ذلك حق المعلم في تأديب تلاميذه فهي قاعدة اطرد عليها سلوك الأفراد وأصبحت من النظام العام، إذ لا يجوز لأب أن يتفق مع إدارة المدرسة أن تتخلى عن واجب تقويم سلوك ابنه المتمدرس فيها.

3- مرونة فكرة النظام العام وتطورها: يقول د/ **السنهوري** أن النظام العام شيء متغير يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معنية مصلحة عامة، ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديدا مطلقا يتماشى مع كل زمان ومكان لأنه شيء نسبي وكل ما نستطيعه هو أن نضع معيارا مرنا وهو المصلحة العامة وتطبيق هذا المعيار يؤدي إلى نتائج غير التي تصل إليها حضارة أخرى.[3] وهو ما دفع المشرع الألماني إلى استبعادها مطلقا كما سبق بيناه؛ كونها فكرة اجتماعية حية لا يمكن ضبطها تحديدا؛ وهذه الصفة نابعة من طبيعة الوظيفة التي يؤديها هذا المفهوم والتي لا تتفق واستقرار النصوص لذلك يرى الفقه أن المشرع لا يستطيع إعطاءه مضمونا لا يتغير وأن يعرفه على وجه محدد، فيشوه طبيعته ويمنعه من تحقيق وظيفة التطور الاجتماعي[4] لذلك قيل أن النظام العام يمثل أحد مفاهيم القانون الأكثر قدرة للتكييف مع واقع الحياة؛وأنه يمثل مدلولا ديناميكيا[5].

ومرد هذه المرونة حسب ما يرى **د/محمد عصفور**[6]إلى سببين: أولهما-أن فكرة النظام العام تصور حالة سلبية، وثانيهما:-أنها تقوم على اعتبارات نسبية.

فالنظام العام حالة سلبية بالضرورة لا يمكن تعريفها بسهولة، إلا بمعرفة نقيضها الذي هو فكرة الإخلال والفوضى أو الإضراب désordre، وهذا الإخلال شيء إيجابي وقوعه وحده وهو الذي يحدد النظام كنظام مادي ملموس سابق، ولذلك فإنه وإن كان من يصعب تعريف النظام العام، إلا أنه يمكن تقريره والإحساس به،

---

[1] – د/ محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام، ص 20. د/ السنهوري ؛ الوسيط في شرح القانون المدني، ص 20.

[2] – د/ فرحات محمد السبكي؛ الضبط الاداري والحياد الوظيفي؛ رسالة دكتوراه ؛ سنة 2002؛ ص 43

[3] –د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد المصري، المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام، ص435.

[4] – د/ محمد عصفور؛ وقاية النظام الاجتماعي باعتبارها قيدا على الحريات العامة؛ رسالة دكتوراه؛ جامعة القاهرة؛ سنة 1961؛ ص119

[5] – د/عادل السعيد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، ص169.

[6] – د/محمد عصفور؛ الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي؛ ص96 وما بعدها

فهو "جو" Climat إنه سلام الشوارع وهدؤها، وامن الأشخاص والأملاك، واحترام المسكن والحرية الشخصية واختفاء العدوان، إنه سكينة واطمئنان، وحتى بالنسبة لهؤلاء الذين لا يحسون هذا الجو، فإنهم لا يستطيعون أن يتجاهلوا أوجه الاضطراب التي لابد أن يحسوا بها إذا وقعت[1].

4- نسبية فكرة النظام العام notion trop relative ولذلك لا يمكن تحديد نطاق دائم لها، ولا وصفها بتعبير لا يتغير لأن النظام العام أكثر من فكرة، إنه ثمرة عوامل اجتماعية في تطور الدائم، فهو انعكاس لحقيقة متحركة أبداreflet d'une réalité trop mouvant تتأثر حتما "بالمكان" و"بالعدد" و"الزمان":

فللمكان الذي **تمارس فيه الحرية** دخل كبير في تحديد مجالها ومداها، ففي الشارع مثلا- وهو مخصص بطبيعته للمرور والمواصلات- يحتاج الأمر إلى تنظيم ضروري، والشارع فضلا عن ذلك منطقة حساسة بصفة خاصة، لأنه كركن عام يعد مهدا للرأي العام، والتعبير الجزئي عن هذا الرأي يمكن أن يثير أوجه تناقض ومظاهرات مضادة. فالفكرة تعارض الفكرة، ثم يعارض العدد العدد، وأخيرا تواجه القوة القوة، وصحف التاريخ الفرنسي تدل على أن ثوراتها قد نمت دائما في اضطرابات الشوارع، كما أنها قد شعرت بقوتها ووضعت خططها في ظل المتاريس ! [2]

وللعدد أثره الحاسم في طريقه ممارسة الحرية ومداها..وقد قال "**بارتيملي**:"يستطيع الفرد أن يروح وأن يجيء.. ويستطيع اثنان أن يتنزها، ولكنهم إذا ما بلغوا في عددهم الألف مثلا، يتأثر النظام العام"، ولهذا فإنه وإن كانت التقاليد السياسية تعترف بحق الفرد في أن يعبر عن رأيه، إلا أن التعبير الجماعي عن الرأي يثير على الفور مسألة كفالة أن كل رأي يتساوى مع الآخر في إمكان التعبير، ولذلك تكون سلطة حفظ النظام بالنسبة للمرور الجماعي أوسع مدى منها في حالة المرور الفردي .

وللزمان، أثر كبير في كيان النظام العام وبالتالي في تحديد المجال المسموح به للحرية، فهناك-أو يجب أن يكون هناك- مجالان للحريات تبعا للوقت الذي ستمارس فيه بالليل أو بالنهار، في الظروف الاستثنائية أو العادية، إذ أن مدى ما يتسامح به في الأوقات الاستثنائية يقل كثيرا عما يسمح به في الأوقات العادية، ولا تستثنى من ذلك أعلى الحريات شأوا في النظام الديمقراطي، وأبعدها-معنويا- عن الإخلال بالنظام العام. ويستتبع ذلك أن تتضخم سلطات البوليس في الظروف الاستثنائية وأوقات الاضطراب تضخما بالغا على نحو تكاد تتطابق فيه سلطة الحكم الديمقراطية مع الديكتاتوريات، وربما كان الفارق الوحيد بين النظامين أن إعلان قيام الظروف الاستثنائية يتم- نظريا- في ظل ضمانات من النظام الديمقراطي نفسه، وأن هذه السلطات الاستثنائية تظل سلطات قانونية تلتزم

[1] - ينظر حول هذا المعنى د/ محمد احمد فتح الباب السيد؛ سلطات الضبط الاداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه؛ جامعة عين شمس؛ سنة 1993؛ ص39

[2] -د/ محمد عصفور؛ المرجع نفسه؛ ص97 وما بعدها نقلا عن **الفقيه فالين**؛ الفردية والقانون؛ ص384؛ ورسالة **جيرو** عن البوليس والنظام العام؛ ص140

ضوابط الشرعية (وإن كانت المشروعية الاستثنائية أقل في ضماناتها من المشروعية العادية) وأنها نظام استثنائي لا يبقى أكثر مما تقتضيه الظروف التي دعت إلى فرضه.

4- انتماء فكرة النظام العام إلى نطاق التفسير القضائي:

ومعنى ذلك أن القاضي باعتباره حامي العدالة وحامل لواء المشروعية، فهو يعي روح القانون وضميره المتمثل في النظام العام وعيا كاملا؛ فالأمر يتعلق بفكرة اجتماعية يجب أن يحسها القاضي بشعوره[1]فيقوم بتحديد مضمون النظام العام عند النظر في المنازعات المعروضة عليه باعتبار أن مضمونه غير محدد سلفا لذا يتولى القاضي مهمة تجسيده مستلهما إياه مما تنطوي عليه الخصومة الواجب الفصل فيها، لذلك كانت تعريفات النظام العام تعريفا مسبقا غير ذي معنى، فهذا التعريف لا يعفي من وجوب تدخل القاضي لتحديد مضمونه وفق ما يراه بمناسبة فصله في النزاع[2]فالقاضي يكاد أن يكون مشرعا في هذه الدائرة المرنة بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة.[3] ونظر لأهمية الدور الذي يقوم به القاضي في تفسير فكرة النظام العام يرى بعض الفقه ضرورة توفير ضمانات تحمي القاضي من استبداد آرائه بنفسه و تحمي المتنازعين من انحرافه في استعمال سلطته التفسيرية لتحديد ما يعد متفقا أو مخالفا للنظام العام[4] كالاهتمام بتكوين القضاة روحيا واجتماعيا وإعادة تأهيلهم حسب التطورات التي تلم بالمجتمع في مختلف مراحله وتبعا لتقدم العلوم الاجتماعية والإنسانية[5].

5-عمومية النظام العام: يقصد بوصف العمومية أن يكون النظام العام المراد حمايته أو إعادة استتبابه متصلا بمجموعة من الأفراد غير محددين بذواتهم وليس بفرد واحد بعينه لتعلقه بالمصلحة العامة[6]. بأن يكون الإخلال الذي تريد سلطات حفظ النظام العام تفاديه وتجنبه مما يهدد أمن الجماعة أو المجموع أو صحتهم أو سكينتهم العامة فالأصل في تدابير الضبط المستهدفة لحماية النظام أو إعادته أنها ترتب بالضرورة تقييدا للحريات الأمر الذي لا يكون مبررا إلا إذا كان النظام المهدد بالاضطراب **عاما** ومن ثم فان الأفعال التي تدور في الملك الخاص تخرج

---

[1] – د/محمد عصفور؛ وقاية النظام الاجتماعي كقيد على الحريات؛ ص120.

[2] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط القانون المدني المصري، المرجع نفسه، ص401. ود/ عادل أبو الخير مرجع نفسه؛ ص171

[3] – وتظهر هذه الديناميكية في الوجه المعنوي للنظام العام الذي يعني الحفاظ على الأخلاقيات والآداب العامة وقد استقر القضاء على وجود نظام عام خلقي مستقل عن النظام العام المادي وهو ما يصطلح عليه بالآداب العامة. وبذلك أصبح من الجائز تدخل الإدارة لحماية القواعد الأخلاقية الأساسية ولو لم يترتب على الإخلال بها تهديد الإضطراب المادي. وفي هذا الصدد يمكن الحكم الصادر عن مجلس الدولة في القضية الخاصة بمنع عرض فيلم (العش الهادئ) الذي أعطى لوزير الثقافة حق حذف بعض مشاهد هذا الفيلم لما شمله من معارضة لقيام المجتمع إذ قررت أن منظر الأم وهي ترضع وليدها يمثل أكمل صورة للأمومة وأقدسها إلا إذا جاوز الإرضاع إلى ما يثير المفاتن والغرائز...
ينظر د/ داود الباز حماية السكينة العامة، ص104.

[4] – وجدير بالإشارة أن قيام القاضي بالفصل في مسألة تحديد ما هو متعلق بالنظام العام وما هو مخالف له تعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا وإلا كالقاضي في حلية من أن يحكم بمذهب لا تعتنفه الجماعة؛ ينظر تفصيلا في ذلك د/ شريف إسماعيل؛ رسالته السابقة؛ ص75 ؛ ود/ فرحات محمد السبكي؛ الضبط الاداري والحياد الوظيفي؛ رسالة دكتوراه ؛ سنة 2002؛ ص44

[5] –د/ السنهوري؛ المرجع السابق؛ ص 401؛ د/ محمد عصفور؛ الحرية؛ ص121؛ ود/عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ ص71

[6] – د/ عاطف البنا؛ الوسيط في القانون الإداري؛ دار الفكر العربي؛ ط2؛ سنة 1992؛ ص361

عن مجال الضبط الإداري ما لم يكن لها مظاهر خارجية مهددة لأحد عناصر النظام العام كهدم منزل ملكا لأحد الخواص آيل للسقوط بحيث يخشى منه على المارة؛ وكذا منع الأصوات المقلقة للسكينة العامة والمنبعثة من البيوت المجاورة.[1] وعلى هذا يقرر أغلبية الفقه الإداري أن النظام العام ينصرف في معناه الأساسي إلى صيانة النظام العام في الشوارع والأماكن العامة التي تتصف بحرية الدخول والاستخدام الجماعي لها. كمختلف المرافق العمومية وكذا الأماكن العامة بالتخصيص كالمواصلات.[2]

6-النظام العام فكرة قانونية محايدة:

يرى غالبية الفقه أن طبيعة فكرة النظام العام بعيدة عن غايات السلطة الحاكمة فلا علاقة لها بالفلسفة السياسية والاجتماعية التي تعتنقها الدولة؛ فهي فكرة قانونية محايدة على خلاف فكرة الخير المشترك ذات الطبيعة السياسية؛ ولا يعني ذلك التسليم المطلق بمشروعية جميع أعمال السلطة الضبطية لأنها يمكن أن تسخر في بعضها لحماية النظام السياسي والاجتماعي القائم؛ كفرض قيود على ممارسة بعض الحريات السياسية لا علاقة لها بتهديد النظام العام؛ وإنما الهدف منها هو حماية السلطة في ذاتها من مثالب المعارضة أو خدمة لاعتبارات سياسية مغلوطة أو رعاية لمصلحة الفئات النافذة في السلطة [3]-الجماعات الضاغطة الحكام المستترين -. كتقييد حرية التعبير والصحافة وتقييد الحرية النقابية بدافع كبت أقلام الحق من الجهر بالسوء من القول لمن ظلم؛ وهي بذلك تتحول إلى سلطة سياسية غير محايدة وإنما متحيزة لمصلحة الدولة وهو ما يتنافى مع مبادئ الفكر الديمقراطي الحقيقي؛ الذي يجعل من الحرية أصلا يجب إيثاره على مقتضيات النظام العام.

وجدير بالذكر أن هناك جانبا من الفقه يذهب إلى القول بأن النظام العام بطبيعته فكرة سياسية واجتماعية كونها تعبير عن الخطة السياسية التي ينتهجها نظام الحكم في تنظيمه للروابط الاجتماعية ويستطرد هؤلاء في تدعيم رأيهم بأنه من الخطأ تجريده من صبغته السياسية سواء في النظم الفردية أو في النظم الاشتراكية[4] خاصة في الدول الحديثة العهد بالديمقراطية فبحكم تجربتها الفتية في اعتماد التعددية السياسية وحريات التعبير في إشراك المواطنين في تسيير السلطة تكون بحاجة إلى تسخير فكرة النظام العام مطية لمصادرة بعض الحريات يحتمل أن تفرز مفاجئات غير محسوبة؟

ثانيا- خصائص النظام العام الشرعي:

إن مقابلة النظام العام المادي بعناصره التقليدية من أمن عمومي وحسن النظام والصحة العامة مع النظام العام الشرعي الكامن في مقاصد الشريعة الخمس يلاحظ أن هذه العناصر لها ما يقابلها في مضمونها من خلال حرص

[1] - د/ محمد أحمد فتح الباب السيد؛ سلطات الضبط الاداري في مجال ممارسة الحريات العامة؛ ص48؛ ود/ عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ ص73 ؛ د/ محمد فؤاد مهنا؛ مبادئ القانون الاداري؛ ص589.

[2] - د/ منيب الربيع؛ ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط؛ ص68

[3] - د/ عاطف محمود البنا؛ الوسيط في القانون الإداري؛ ص363؛ ود/ عبد العليم مشرف؛ المرجع السابق؛ ص74 وما بعدها.

[4] - ينظر إلى هذا الرأي وحججه عند د/ محمد عصفور؛ وقاية النظام الاجتماعي كقيد على الحريات؛ ص 124وما بعدها؛ والفقيه الفرنسي **جورج بيردو** نقلا عن د/ محمد عصفور؛ المرجع السابق؛ ص125.

الشريعة على حفظ النفس والعرض والمال من أوجه الإخلال والمساس والعدوان المادي عليها باعتبارها مدار تدخل سلطة الضبط ممثلة في هيئه الحسبة لاستقرار الحياة واستمرارها بلا اضطرابات أو فوضى؛ بل انه يزيد عليها بعناصر جيدة كحفظ الدين وعقيدة الأمة ؛ وحفظ العقل وفكر الأمة؛ بالإضافة على اهتمامه البالغ بالنظام العام المعنوي وتفعيله بما يؤدي إلى حفظ عرض الأمة ورعاية سمعتها حتى تكون مرهوبة الجانب.

وبذلك تتميز فكرة النظام العام الشرعي بمجموعتين من الخصائص :خصائص تميزها عن فكرة النظام العام الوضعي جذريا كونها نابعة من خصائص الشريعة الربانية المصدر والغاية و خصائص أخرى تشترك معها مع زيادة في المضمون كما هو الحال مع النظام المعنوي العام في الشريعة الإسلامية وهو ما سيتم تجليته على النحو الأتي :

1 - اتساع مضمون النظام العام الشرعي:

إن مدلول النظام العام في الشريعة الإسلامية أوسع منه في القانون الوضعي. وبيان ذلك أن عناصر النظام العام الوضعي محصورة تقليديا في المحافظة على الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة. بينما النظام العام الإسلامي، يزيد عليها بالمحافظة على الدين؛ والعقل والمال بمراتبها الثلاثة التي تحدث عنها علماء الأصول.[1] وبذلك يكون مضمون النظام في الشريعة الإسلامية أوسع من نظيره في القانون الوضعي، ولا نجد صورة يتسع لها مضمون النظام العام الوضعي ولا يتسع لها المدلول الإسلامي له[2]؛ فأما حفظ الدين فانه يجب أن يفهم على أن مقصوده عند علماء المقاصد ليس حماية حرية العقيدة فقط؛ إذ أنه من المقرر شرعا ومنطقا أن حرية الاعتقاد مكفولة ومحلها القلب لا يمكن لسلطة الضبط الاطلاع عليها ومن ثم حفظها من الإخلال المادي ولا يعني ذلك استبعاد حفظ الدين من عناصر النظام العام الشرعي لان المقصود به الإحكام الاعتقادية المجهور بها وكذا الأحكام العملية التي تقيم الدين من عبادات وتصرفات وسلوكيات .

وبذلك يشمل الدين النظام القانوني كله القائم على أحكام الشريعة الإسلامية الأمر الذي يمكن القول معه باحتواء حفظ الدين واستغراقه لباقي مقاصد الشريعة المعتبرة ويزيد عليها دافعا سلطة الضبط للتدخل في حالتين[3]:

أحدهما دفع العدوان المادي الحال أو المتوقع الذي يعترض دعوة الإسلام وذلك بتأمين نشرها؛ و بحماية المعتنقين له من المستضعفين من النساء والولدان الطالبين للهجرة بدينهم فرارا من مختلف أسباب الاضطهاد والإكراه بتدخل سلطة الضبط لتأمين نشر الدعوة وحماية حق اعتناق الناس للدين عن اختيار وروية. فهذه الحالة تدخل في صميم النظام العام الإسلامي؛ بل أنها أول الواجبات المنوطة بالسلطة تحقيقها.

ويمتد هذا المدلول إلى العدوان على إقامة شعائر الدين وحماية المستضعفين جميعا من مختلف الديانات السماوية فالأصل في دعوة الإسلام تحرير **العباد من الاستبداد والطغيان البشري**. وهذا بدوره يدفع سلطة الضبط الإداري في الدول الإسلامية إلى الرد على مختلف التشويهات التي يروجها الغرب المسيحي حول تسفيه أحكام القرآن

[1] - ينظر د/ السيد عبد العليم أو زيد؛ الضبط الإداري؛ دراسة مقارنة رسالة دكتوراه جامعة الأزهر؛ ص225

[2] - د/ مصطفى كمال وصفي؛ مصنفة النظم الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة؛ ط1؛ سنة 1977؛ ص545.

[3] - د/ حلمي الدقدوقي؛ رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري؛ ص662

ومحاولة تدنيس شخصية نبي الإسلام محمد -صلى الله عليه وسلم- قولا أو صورة أو رسما كاريكاتوريا سواء من طرف رئيس الجمهورية باعتباره حامي الدستور والمدافع عن ثوابت الأمة أو من طرف وزير الداخلية بمقتضى صلاحياته في حفظ النظام العام المعنوي؛ أو من طرف وزارة الشؤون الدينية في الرد على دعاة المبطلين أو من طرف وزارة الخارجية باتخاذ إجراءات ضبطية من خلال قطع العلاقات الدبلوماسية كطرد السفراء؛ والمقاطعة السياسية والاقتصادية.

ثانيهما: حماية مصادر الشريعة من تزوير أحكامها؛ والدفاع عن شبهات المستشرقين بالرد على كل من يشوه صورة الإسلام في العالم قاصدا إلى إبعاد الناس عن دعوته أو وصفه بالتخلف والعنف والهمجية. كما يدخل في هذه الحالة الحجر على المفتي الماجن[1] والقضاء على الدعوات الضالة كالفرق المارقة عن الإسلام بسبب تأويلات فاسدة أو الدعوة إلى بدع مضللة؛ فهذا لا يعد من باب حرية الرأي أو الفكر كما يزعم البعض واهمين لأنه من صميم النظام العام الشرعي في عنصره المتمثل في حفظ الدين وثوابت الهوية العقيدية.

حفظ العقل: يقصد بالعقل في منظومة الشريعة الإدراك والتمييز ومن ثم يكون واجب سلطة الضبط التدخل لحفظ العقل من الإخلال المادي في السلوك الاجتماعي بمناهضة كل ما يوهن الإدراك والتمييز والتفكير بمكافحة المخدرات والمسكرات والمفتريات والضوضاء والراحة الذهنية للسكان وصحتهم العقلية لهم وهي بذلك ليست غريبة عن عنصر السكينة العامة أو حسن النظام في القانون الإداري كعنصر من عناصر النظام العام المادي[2]

2- مرونة النظام العام الشرعي في إطار مقاصد الشريعة وكلياتها:

إن النظام العام الإسلامي - في غير دائرة القطعيات- أكثر مرونة من النظام الوضعي[3] وبيان ذلك أن المنهج العام في التشريع يقوم على أساس إجمال ما يتغير وتفصيل ما لا يتغير، وهذا المنهج هو الذي كفل للشريعة خلودها وصلاحيتها لكل زمان ومكان[4]. وبذلك يكون النظام العام الإسلامي باعتباره إطارا لمنظومة مقاصد الشريعة مرنا قابلا لاحتواء الجزئيات والتفصيلات التي تفي باحتياجات الناس[5].الأمر الذي يمكن ولاة الأمور في كل عصر من أن يكونوا في سعة، يفصلون بموجبها قوانينهم حسب مصالحهم في حدود هذا المنهج دون اصطدام بحكم جزئي[6].

هذه المرونة والسعة تكفل لولاة الأمور أن تجيء حلولهم لما يعرض لهم من مشاكل تقتضيها ظروف العصور والبلدان المتغيرة، قريبة من حكم الشرع أو مطابقة له إن كانت النية خالصة نحو إعمال شرع الله؛ ويمكن أن يقال

---

[1] - ابن القيم ؛ الطرق الحكمية في السياسية الشرعية؛ ص62

[2] - د/حلمي الدقدوقي؛ مرجع سابق؛ ص666

[3] - د/ عادل السعيد أبو الخير؛ الضبط الإداري وحدوده، ص244.

[4] - د/ محمود شلتوت؛ الإسلام عقيدة وشريعة؛ ص47

[5] - د/حلمي الدقدوقي؛ رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري؛ ص 768.

[6] - عبد الوهاب خلاف؛ علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، القاهرة، 1952، ص 33.

عنه في هذه الحالة: "إنه اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان"[1]؛ وبعبارة السيوطي: "ما جهل حاله في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم فالأصح أن يراعى فيه بلد التصرف"[2].

3- شمولية النظام العام الشرعي

إن النظام العام في الشريعة الإسلامية أوسع وأشمل منه في النظم الوضعية. فهو في هذه الأخيرة قاصر على النظام العام المادي فقط وبعض جوانب النظام العام المعنوي، ولذا توصف بأنها فكرة **ديناميكية** وليست فكرة **استاتيكية** على حد تعبير د(ة)/ سعاد الشرقاوي[3].

أما مفهوم النظام العام في الإسلام، فإنه يعني جملة الأشياء التي تحيط بالإنسان، بدءا من الأرض التي يحيا عليها وتقله، وصعودا إلى السماء المبنية فوقه وتظله، وما بينهما من العوامل والمؤثرات المختلفة؛ وزيادة على هذا، فإنه يتعمق إلى داخل النفس البشرية ليضبط ما فيها، مستعليا على غرائز الشر، ساعيا إلى تهذيبها.

وأما وجه هذا الشمول، فإن الشريعة الإسلامية، لا تقف عند النظام العام المادي فقط أو الشكليات وإنما تتجاوز ذلك إلى النظام العام المعنوي وزيادة عليه، تجعل الضبط البيئي، وسيلة لبلوغ الهدف الأسمى، والمقصد الأسنى، ألا وهو تزكية النفس وتطهيرها، وإعادة صياغتها على نحو خال من العقد والانفصامات؛ وهو ما تنفرد به الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية، التي إن سيطرت حينا على الجوارح، فلا سلطان لها البتة على ما انطوت عليه الجوانح، صبغة الله ومن أحسن من الله صبغة[4].

ومن هنا تبرز شمولية النظام العام الشرعي في تركيزه على النظام العام الأدبي **والذي** يظهر مجاله في فروع القانون الخاص أكثر وضوحا إذ لا يجوز للفرد في تعاملاته المدنية أو الشخصية أن يجري تصرفا مخالفا للأحكام الاعتقادية أو الأخلاقية كونها تعد مصدرا خصبا للنظام العام الشرعي الذي يعد قيدا على حرية الأطراف في التعاقد أو التصرف مما يعني ترتب أحكام البطلان المطلق جزاء لها. وهذا ما يقرره **د/ السنهوري** عندما يقول باتساع مدلول النظام العام في القانون المدني عنه في القانون الإداري لتأثر الأول بالعوامل الخلقية واحتوائه على المذهب الذي تدين به الجماعة[5] ؛ وغني عن البيان أن كثيرا من القواعد القانونية التي تجد مصدرها في الشريعة الإسلامية تعتبر قواعد آمرة كالقاعدة التي تبين المحرمات من النساء وتلك التي تمنع الزواج بالمعتدة؛ وهكذا لا تقتصر قواعد النظام العام على القواعد التشريعية بل تتعدى ذلك إلى القواعد العرفية والشرعية وعلى هذا النحو تبدو أهمية الإشارة إلى مرونة فكرة النظام العام لما يتجاذبها من اتجاهات تتفاوت وتختلف تبعا لها قوانين الدول[6].

---

[1]- د/ داوود الباز؛ حماية السكينة العامة؛ ص118.

[2]- السيوطي؛ الأشباه والنظائر، طبعة دار إحياء الكتب العربية، ص 99.

[3] - د/ سعاد الشرقاوي؛ القانون الإداري؛ الناشر دار النهضة القاهرة؛ طبعة 1991؛ ص23

[4] - د/ داوود الباز؛ حماية السكينة العامة؛دراسة مقارنة؛ ص118

[5]- د/ السنهوري ؛ الوسيط في شرح القانون المدني؛ ج1؛ ص228

[6] -د/ أنور سليم، المدخل للعلوم القانونية نظرية القانون، ص 404 وما بعدها.

أما في مجال القانون الإداري فان فكرة النظام العام التي تدعو سلطة الضبط الإداري إلى التدخل في الأنشطة الفردية الحرة لوقايته أو إعادته جبرا عند الاقتضاء؛ لا علاقة لها بالعقائد والأخلاق لان التسليم بنظام عام أدبي يتطابق مع الأحكام الاعتقادية والتهذيبية في نطاق القانون العام يعني التسليم بقيام سلطة الضبط بالرقابة على ضمائر الناس مستخدمة امتيازات السلطة العامة لتوقي أوجه النقصان أو لجعل الناس كلهم مسلمين أو مؤمنين دفعة واحدة بقوة السلطة وبهذا الصدد يمكن التأصيل لذلك بحديث أسامة بن زيد-ض-الذي قال فيه" بعثنا رسول الله-صلى الله عليه وسلم- إلى الحرفة من قبيلة جهينة فصبحنا القوم على مياههم ؛ولحقت أنا ورجل من الأنصار رجلا منهم ؛ فلما غشيناه؛ قال:لا اله إلا الله . فكف عنه الأنصاري وطعنته برمحي حتى قتلته؛ فلما قدمنا المدينة بلغ ذلك النبي -صلى الله عليه وسلم –فقال لي يا أسامة: أقال لا اله إلا الله وقتلته؟ قلت: يا رسول الله إنما قالها متعوذا؛ قال: أفلا شققت عن قلبه حتى تعلم أقالها أم لا؟ فما زال يكررها-صلى اله عليه وسلم- حتى تمنيت أني أسلمت يومئذ"[1] مما يعني أن السلطة ليس لها أن تتدخل جبرا في مجال الحريات لفرض العقائد أو إيجاب الفضائل ما لم يترجم هذا الإخلال بهما إلى تصرف مادي مخل بعناصر النظام العام الشرعي ممثله في المصالح الخمس الضرورية المعتبرة عند علماء مقاصد الشريعة[2].

وهذا معنى قولهم على حد تعبير **الإمام النووي**" أحكام الناس على الظاهر وتخويل سرائرهم إلى الله تعالى."[3] ولعل هذا هو **معنى الاستقامة** في حديث أبي عمرو سفيان قلت:" يا رسول الله: قل لي في الإسلام قولا لا أسأل عنه أحد غيرك؛ فقال صلى لله عليه وسلم كما في صحيح مسلم:" قل آمنت ثم استقم"؛ ويوضح الإمام النووي أن معنى الاستقامة في قول العلماء **انتظام الأمور** أي النظام العام.

4-عمومية النظام العام الشرعي:

وهي خاصية مستمدة من عمومية المصلحة المعتبرة شرعا؛ فالمصلحة المعتبرة العامة أو النظام العام في مجالنا الإداري له يعني التطابق مع المصالح الذاتية لكل فرد في كل عنصر من العناصر الخمسة على نحو كامل ، لسبب بسيط هو أن أحكام الشريعة تعترف للأفراد بمجالات خاصة يمارسون فيها الحريات التي كفلتها لهم – مع اختلاف الأهواء و تفرق القلوب و تغالب الأيدي؛ و لكل مكلف حرية التصرف اتفاقا لمصلحته الذاتية أو الخاصة، و في نفس الوقت هو يمارس حرياته في مواجهة آخرين لهم ذات الحريات التي يمارسونها بالمثل اقتفاء لمصالحهم الخاصة . مما يعني ضرورة أن يكون الانتظام عموميا ولعل هذا هو مقتضى حالة " السلم للكافة " التي سبق بيانها كتأصيل لفكرة معرفة الشريعة لفكرة النظام العام التي يتكون مضمونها من العناصر الخمسة المعتبرة للآخرين، وإلى المدى الذي يمكن غيره من ممارستها بالمثل؛ هذه العمومية تستتبع وضع حد ادني لما هو داخل في النظام الخاص للأفراد؛ وما هو متعلق بنظام الأمة ومستوجب لتدخل سلطتها من اجل حفظه إيجادا وإبقاء.

---

[1] – متفق عليه أخرجه البخاري ومسلم.

[2] – د/حلمي الدقدوقي؛ مرجع سابق؛ ص671 .

[3] – النووي؛ رياض الصالحين؛ ص52

مقارنة جزئية: نخلص مما سبق إلى أن فكرة النظام العام رغم ما وصفت به من مرونة ونسبية جعلتها فطرة متغيرة وغامضة؛ وقابلة للتبرير التعسفي لنشاط السلطة في المساس بالحقوق والحريات بدعوى حماية قيم الجماعة وثوابتها المثلى ونظام المجتمع الأعلى؛ إلا أنها تبقى بحق فكرة محورية في أي منظومة قانونية أو مذهبية كونها تعبير عن انصهار ممارسة الأفراد لحرياتهم بما لا يضر بمصلحة المجموع ومن ثم تدخل الفكر الديمقراطي للتأصيل لها على أنها قيدا على الحرية، وان كانت في الحقيقة وسيلة ضرورية لممارسة الحرية.

ومع التسليم بأنها مصدرا لقيود الحرية في الفقه القانوني الوضعي إلا أن التسليم بهذه الفكرة ليس على إطلاقه في منظور فقه الشريعة الإسلامية؛ لأن جوهر الفكرة فيها هو حفظ ضروريات الحياة الخمس، **ولا شك أن هذه الضروريات تنطوي على حريات أساسية مما يجعلها فكرة مقررة للحريات وليست مقيدة لها**؛ فمقصد حفظ النفس على سبيل المثال ينطوي على الإقرار بالحق في الحياة؛ والمنع من الاضطهاد ومختلف أشكال التعذيب والإكراه البدني والمعنوي. مما يمكن القول معه "أن فكرة النظام العام في فقه الشريعة هي مصدر لحدود ممارسة الحرية؛ وليست مصدرا للقيود؛ باعتبارها أصلا والنظام وسيلة لحمايتها وتوفير مناخ ممارستها. الأمر الذي يمكن للباحث معه التمييز بين النظام العام بمضمونه الغربي؛ والنظام العام بمضمونه الإسلامي؛ على أنه يمكن أن يلتقيا في بعض العناصر كقيم عليا للإنسانية على النحو المقرر سابقا. وهذا ما قرره الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1946 ؛ حيث أشار إلى أهمية هذه الفكرة كشرط من شروط التطبيق الميداني لمقتضيات الإعلان وذلك بموجب المادة 29: "يخضع الفرد في ممارسة حقوقه وحرياته لتلك القيود التي يقررها القانون فقط؛ لضمان الاعتراف بحقوق الغير وحرياته واحترامها، ولتحقيق **المقتضيات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة والأخلاق** في مجتمع ديمقراطي"[1]. فيلاحظ أن مفهوم النظام العام الغربي لا يبعد عما يسميه فقهاء المقاصد الشرعية بـ "قاعدة المصلحة الضرورية العامة" على اختلاف في المدلولين، أو ما يسميه السنهوري بحقوق الله التي يتسامح في انتهاكها لغيرة الله عليها؛ ولعظم خطرها على قيام نظام المجتمع واستقراره؛ وما سيصطلح الباحث على تسميته **بحفظ نظام الأمة** في الدراسة التطبيقية خلال الباب الثاني.

غير أن ما يمكن التنويه به عدم احترام النظم القانونية الغربية لقيم النظام العام الإسلامي رغم نص الصكوك الدولية على ذلك ومن هذا القبيل ما قررته محكمة حقوق الإنسان الأوربية بخصوص تأييد قرار السلطات التركية الذي **يحظر** حزب الرفاه الإسلامي، وذكرت في حيثياتها أنه يدعو إلى تطبيق الشريعة الإسلامية، وذلك مالا يتفق ومنظومة القيم الأوربية، أي مع **"النظام العام الغربي"**. وهو منطق متعارض مع ما سبق تقريره حول موقف ى قرار المحكمة في بريطانيا بتأييد حظر الفيلم المسيء إلى المسيح عليه السلام.

---

[1] –**عبد الله بن بيه**؛ معالم وضوابط التواصل مع الآخر ووسائله وآلياته" مقالة منشورة على الانترنت مقدمة إلى مؤتمر " نحن... والآخر" وزارة الأوقاف بدولة الكويت **حَدِيثٌ صَحِيحٌ** - حديث صحيح مدارس **حَدِيثٌ صَحِيحٌ** الحديث الشريف الحديث الشريف ؛ ص الحديث الشريف **الحَدِيثُ الشَّرِيفُ**

والمحكمة في كلتا الحالتين تحترم منظومة القيم الغربية التي تعتبر المسيح عليه السلام مقدسًا، وبالتالي فإن التضييق على حرية التعبير مشروع إذا كان يمس بتلك القدسية، انطلاقًا من **مبدأ النظام العام**، بينما تعتبر شريعة الإسلام غير مقدسة طبقًا لنفس القيم الغربية، ومن ثم يجب تضييق نطاق حرية التعبير على من يطالبه بها؛ .وما موقف كثير من قادة الرأي في الغرب من الرسوم الدنماركية المسيئة السمعة للرسول محمد صلى الله عليه وسلم؛ ذلك هو منطق النظام العام الغربي الذي ينسجم مع نظرتهم الخاصة؛ ولكن عليهم أن يحترموا الآخر..

فلا يخفى تناقض موقفهم؛ نتيجة للتعصب وعقدة الاستعلاء من المسلمين،ولكن إذا كان من حقهم التعامل مع الغير من منطق مبدأ **نظامهم العام** فلا أقل من أن يعترفوا لهذا الغير بحقه في ممارسة نفس المبدأ، وأن يعترفوا في النهاية **بالنسبية** في مبدأ النظام العام، فلكل أمة نظامها العام ومنظومتها القيمية، وهكذا فإن مادة (27) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عندما تنص "على تقييد الحريات المنصوص عليها في الإعلان عندما تتعارض مع "النظام العام" وهو يختلف من بيئة إلى بيئة وثقافة إلى ثقافة، فقد يعتبر ذلك اعترافًا ضمنيًّا بتأثير التنوع الثقافي في حقوق الإنسان. وهو تنوع يمكن بناء جسور لتلاقح الأفكار نحو خدمة المصلحة الإنسانية العليا.

و وفي هذا الصدد يمكن للباحث الانتباه إلى أن منظومة المقاصد الضرورية التي عبر عنها بعض الفقهاء بالنظام العام الإسلامي تكاد تصل إليها التشريعات الوضعية من خلال التطور الذي عرفته هذه الفكرة عندهم؛ حيث يجمع الفقه الإداري المعاصر على أن العناصر الثلاثة التقليدية للنظام العام أصبحت قاصرة عن الإيضاح الصحيح لمضمونه وهدفه؛ مما يستوجب توسيعها ليشمل جل ميادين النشاط البشري والاقتصادي والخلقي والسياسي؛[1] ومع ذلك تبقى مسألة إحاطة القانون الإداري بالمقاصد الشرعية الخمس **محل نظر** على أساس أن حفظ الدين أمر معترض عليه إطلاقا؛ خاصة في ظل النظام الديمقراطي أو كما قال د/ فهمي هويدي:" إذا كان دين الله منكورا في النظام الشيوعي؛ فانه غير مذكور ولا منكور في النظام الديمقراطي."[2]

إذ من المسلم به أن المنظومة القانونية الغربية تنطلق من مبدأ الفصل المطلق بين ما هو خلقي وفاضل وبين ما هو قانوني ومشروع؛ وان من أهم الدوافع التي يستند إليها **دعاة العلمانية** هي ضرورة الحفاظ على فصل الدين عن الدولة[3]؛ وهو ما دفع جل الفقهاء إلى إنكار فكرة النظام العام الخلقي بل مقاومته خوفا من أن يصبح هذا

---

[1] – د/ منيب الربيع؛ النظام العام؛ مقال بمجلة الأمن العام المصرية؛ القاهرة؛ العدد 98؛ ص10

[2] – فهمي هويدي؛ القرآن والسلطان؛ دار الشروق؛ ط5؛ سنة 2002؛ ص143

[3] – يمثل قانون 09ديسمبر1905 أشهر قانون قد كرس مبدأ العلمانية؛ طبقا للمادة الثانية منه ونصها: " إن الدولة الفرنسية لا تعترف بدين رسمي لها؛ ولا تؤيد أو تمول أية شعائر دينية"؛ وبذلك كانت سنة 1905 سنة بداية الفصل الحقيقي بين الدين والدولة بإقرار دستور 1958 لمبدأ علمانية الدولة الفرنسية من خلال منطوق المادة الثانية من هذا الدستور.

" la France eat une Republique Indivisible laique Democratique et social"

ينظر تفصيلا ملما بمبدأ العلمانية في الدولة الفرنسية د/ رفعت عيد سيد؛ حرية الملبس في مرفق التعليم – دراسة تحليلية للقضاء الإداري الفرنسي حول مسالة الزي الإسلامي–؛ دار النهضة العربية؛ سنة 2004؛ ص37.

النظام مدخلا لان تحل فيه الدولة سلطتها محل سلطة الدين؛ وتقيم بقمة القانون أخلاقياتها التي تكون سندا للاستبداد بضمائر الناس[1].

والواقع أن حفظ الدين أصبح مبدأ مكرسا في مختلف المواثيق الدولية والدساتير الوطنية؛ تحت مسمى حرية الاعتقاد؛ والتي تمثل بحق حرية مطلقة تشكل قيدا حقيقيا على مقتضيات النظام العام؛ مما يجعلها فوق اعتبارات فكرة النظام العام، بحيث يمكن القول أن كل ما يعتد كل ما هو مخالف للعقيدة مخالف بالضرورة للنظام العام.

وبالرغم من ذلك يلاحظ اقتفاء الفقه الإداري المعاصر في تحديد منظومة مقاصد القانون الإداري أثر العقلية المقاصدية عند علماء الشريعة في بناء مصالح ضرورية تلزم الدولة بمختلف أجهزتها التدخل لحمايتها ورعايتها؛ وجودا وحفظا. وهي محصورة عندهم بفكرة النظام العام المادي ذات الأقانيم الثلاث؛ وان كانت مرشحة إلى الزيادة في أعقاب وجود قضاء إداري مستقل يناضل في حماية الحريات وتحصينها لتكون في قيمة أسمى من اعتبارات النظام العام؛ وهو ما تحقق بالفعل مع حفظ الكرامة وحفظ المال العام.

بل وليس أدل على ذلك من ظهور فكرة النظام العام المعنوي أو الأدبي؛ حماية لقيم ومشاعر الأمة؛ وكذلك ظهور فكرة النظام العام الاقتصادي الذي ليس إلا نوعا من المصالح الحاجية حفظا لمال الأمة؛ وكذلك ظهور فكرة النظام العام الجمالي التي ليست إلا نوعا من المصالح التحسينية أو الكمالية.

وبناء على هذه المقارنات يمكن تقرير أن توقي أوجه العنف؛ والعدوان المادي؛ بالمحافظة على الأمن العام والسلام أو الاستقرار الاجتماعي والسكينة الاجتماعية داخل الجماعة؛ هي من المسائل التي لا يمكن أن تختلف فيها أشد المجتمعات تباعدا من الناحية السياسية أو الاجتماعية ؛ ويبدو أن هذا هو تصور الفكر الديمقراطي والإسلامي لفكرة النظام العام في القانون العام.

ويمكن للباحث في ظل ما سبق تقريره من تقارب بين الشريعة والقانون في الغاية من التشريع، والمتمثل في الحفاظ على نظام الجماعة من مصادر الإخلال بأمنه واستقراره ودوامه؛ أن يتم الانطلاق في عملية المقارنات التشريعية من هذه الغاية المشتركة؛ ويصبح عندها من الواجب على الباحثين في القانون المقارن أو في الدراسات الشرعية المقارنة أن يميزوا بين مضمون النظام العام على مستوى النشاطات الفردية كقيد على حرية الأفراد في التعاقد والاتفاق أثناء تأسيس العلاقات القانونية باعتبارها ترجمة لأسس وقيم الجماعة الثابتة والمعبرة عن أصالة الأمة وهويتها.وهو بهذا المعنى تكون قواعد النظام العام ومضمونه في البلاد الإسلامية متفقة في الغالب مع مضمونه في القانون الوضعي باعتبار أن الشريعة مصدرا لمعظم القوانين المدنية العربية؛ والتمييز بين مضمون فكرة النظام العام على مستوى الدولة وحقها في الدفاع عن أمنها عند كل خطر محتل. وهو الجانب المغيب في الفقه الإسلامي؛ والذي يجب أن تتجه نحوه الهمم لتفعيل منظومة المقاصد الشرعية على مستوى الأمة فالدولة في الفقه الإسلامي شخص معنوي مكلف مثله مثل الأفراد في عمارة الأرض والاستخلاف؛ وهي مقصودة الإيجاد عند الشارع، ومن ثم لم توجد عبثا ولا سدى مما يستوجب البحث عن مقاصد الشريعة بالنسبة للدولة.

[1] -د/علي علي صالح المصري؛ وظيفة الشرطة دراسة مقارنة ؛ رسالة دكتوراه؛ كلية الشرطة القاهرة؛ سنة 1998؛ ص198.

ومن هذا القبيل يمكن التمثيل لحفظ **دين الدولة** بالحفاظ على عناصر هويتها وعقيدتها الإيديولوجية؛ والدفاع عنها؛ والسعي لنشرها، كما يمكن التمثيل لحفظ **نفس الدولة** بحقها في الدفاع عن النفس بإعلان الحرب العادلة ضد أعدائها المحتلين والمستدمرين؛ وبتكثير عدد أفرادها بالتناسل على الوجه المشروع؛ والحفاظ على صحتهم البدنية والعقلية؛ كما يمكن التمثيل بحفظ **عرض الدولة** بالحفاظ على سمعة الدولة في المحافل الدولية حتى تكون مرغوبة الجانب بالأخذ على يد المشوهين والمغرضين؛ ويمكن التمثيل لحفظ **عقل الدولة** بنشر العلم والمعرفة؛ وزيادة الإنفاق العام على أهل العلم؛ ولو بمنع هجرة الأدمغة إلى ديار الغربة، وأخيرا يمكن التمثيل لحفظ **مال الدولة** بالحفاظ على ثروات الدولة وعدم قسمتها مراعاة لحقوق الأجيال اللاحقة؛ فضلا عن الأخذ على يد المختلسين والمفسدين؛ وتنمية المال العام استغلالا واستثمارا. فحفظ هذه المقاصد الخمس هو الذي يشكل حفظا لنظام الأمة في النظام القانوني الإسلامي.

وهذا ما سيتم محاولة تفصيله من خلال دراسة عناصر فكرة النظام العام التي ستشكل مصدرا لمجموعة القيود أو بالأحرى مجموعة الحدود التي تفرضها وتضعها السلطة النظامية على النشاط الفردي وممارسة الحريات العامة.

المبحث الثاني: عناصر فكرة النظام العام وعلاقتها بفكرة الحرية في الشريعة والقانون

سبق بيان أن محاولا ت الفقه والقضاء في تعريف هذه الفكرة قد نححت إلى حد كبير في تخليص نطاق مضمون فكرة النظام العام من بعض سلبياتها وغموضها، حيث حددا على وجه قاطع طبيعة النظام العام معرفين اياه بأنه النظام العام "المادي"L ordre materiel

فلقد قرر الفقه بصفة واضحة وقاطعة أن ما يعد إخلالا بالنظام العام هو الإخلال الذي يتأثر به النظام الخارجي أو النظام المادي الملموس، أي هذا الذي يترجم فيه التصرف العام للأفراد في صورة فعل، والنتيجة الحتمية لذلك أن لا تتسع مهمة الضبط؛ بحيث تشمل فرض النظام الأدبي في الضمائر أو الأفكار أو المشاعر؛ فالمفروض أن تترك العقائد والضمائر وشأنها، وأن تترك الأفكار لتتوالد وتنتشر ولا يتدخل البوليس لمحاربتها ومطاردتها في تلافيف الضمائر، فلا يجوز التدخل إلا عندما تجد لها تعبيرا ماديا وعدوانيا، أو حيث يتخذ هذا الإخلال مظهرا خطيرا من شأنه أن يعكر النظام المادي أو أن يهدده تهديدا مباشرا.[1]

وقد خطا الفقه والقضاء الإداريين خطوة أخرى في سبيل ضبط فكرة النظام العام هي استقصاء عناصرها، فلا جدال في أنه يزيد في تحديد "النظام العام" وضبطه بتعداد العناصر المكونة له؛ فهو يشمل الصحة والأمن والسكينة salubrité, sécurité, tranquillité الأقانيم الثلاث لنظام المدينة: فأما السكينة tranquillité فتعني اختفاء الاضطرابات المخلة بالنظام وإحلال الهدوء والسكون.وأما الأمنsécurité فيعني اختفاء مخاطر الحوادث التي تسبب أضرارا للأفراد والأشياء.وأما الصحة salubrité فتعني اختفاء الأمراض ومخاطرها واستتباب السلامة الصحية ويكون ذلك عن طريق الوقاية.

وقريبا من هذا عرفت الشريعة الإسلامية مثل هذه العناصر وزيادة؛ مراعاة وحفظا لنظام الأمة من جانب ما يوجدها ويقيمها؛ ومن جانب يبقي عليها ويحفظها من العدم وهذا ما سيتم تفصيله في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: عناصر حفظ النظام العام ونطاق إعمالها في الشريعة والقانون الجزائري.

المطلب الثاني: علاقة فكرة النظام العام بالنظام القانوني للحرية في الشريعة والقانون.

[1] – فالفقه الإداري الديمقراطي لا يقر قيام سلطة بوليسية بقصد توقي إخلال معنوي أو قمعه désordre moral ؛ لأن معنى ذلك أن تبلغ هذه السلطة البوليسية حد إقامة محاكم للتفتيش! التي تمثل رمزا من رموز الظلام والجهل والإكراه التي كانت سائدة في القرون الوسطى في أوروبا حصرا خلافا لما كانت عليه حضارة المسلمين. ينظر محمد عصفور ؛ الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي ؛ص99

المطلب الأول:عناصر حفظ النظام العام ونطاق إعمالها– دراسة مقارنة–

يتفق الفقه في مجموعه على ضرورة تحديد طبيعة النظام العام القانونية؛ ومن ثم تحديد عناصره التي لا يجـــوز لسلطة الضبط الخروج عنها؛ بحيث تكون تصرفاتها معيبة بعدم المشروعية وهي ثلاث عناصر متفق عليها وعناصر آخري مختلف فيها [1] فمدلول النظام العام محدد نصا بعناصره أحيانا على سبيل المثال وأحيانا على سبيل الحصر؛ لا بتحديد مفهومه.

وهذا يلاحظ بالرجوع إلى القوانين المهنية المتعلقة بأسلاك حفظ النظام العمومي في الجزائر؛ وبعد اســـتقراء نصوصها نجد أن المشرع الجزائري قد اتجه أساسا إلى تنظيم شؤون هيئة الشرطة من حيـــث التعـــيين والترقيـــة والتأديب؛ كما هو الحال مع المرسوم التنفيذي[2]رقم 91- 524 المتضمن القانون الأساسي الخاص بموظفي الأمن الوطني.

و لم يكن يقصد تحديد أغراض الضبط الإداري أو وسائله.غير أن المرسوم481/83؛ المـــؤرخ في 13 أوت 1983 المحدد للأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن العمومي نصت في مادتها الثانية على ما يلي: " يتولى موظفو الأمن العمومي مهام **المحافظة على النظام العام** وأمن الأشخاص والممتلكات والسكينة العامـــة"؛ وتظهر أهمية بحث عناصر هذه فكرة النظام العام في كونها تساعد في توضيح مضمون هذه الفكرة؛ وبالتالي سهولة فرض الرقابة عليها ان حادت عن عناصره؛ فضلا عن أنها تمثل أهدافا للسلطة النظامية؛ يجب أن لا تحيد عنها؛ ومن ثم موازنتها بالحريات العامة لتحديد الراجح منها في التقديم والاهتمام.

الفرع الأول: عناصر النظام العام – دراسة مقارنة–

الفرع الثاني: نطاق تطبيق فكرة النظام العام – دراسة مقارنة–

[1] – ينظر تفصيل هذه العناصر المختلف فيها إلى د / محمد بدران ؛مرجع سابق ص92 ؛ود/ عاطف البنا ؛الوسيط في القـــانون الإداري ص 363 وهي 1- النظام العام الخلقي أو الأدبي.2- النظام العام الاقتصادي .3- المحافظة على جمال الرونق والرواء(النظـــام العـــام البيئـــي والجمالي) 4- حفظ المال العام.

[2] – المرسوم التنفيذي رقم 91- 524 المؤرخ في 25ديسمبر1991المتضمن القانون الأساسي الخاص بموظفي الأمن الوطني .

الفرع الأول: عناصر النظام العام – دراسة مقارنة–

بالرجوع إلى مختف المراجع الفقهية المتخصصة[1]؛ نجد أن غالبية الفقه الإداري يتجه تحديد فكرة النظام العام بعناصرها المادية الثلاث والمتمثلة في تقرير **الأمن العام**؛ وتحقيق **السكينة العامة**؛ وصيانة **الصحة العامة**؛ وزيادة على ذلك يعد حفظ الآداب العامة عنصرا رئيسا من عناصر النظام العام في الدول الإسلامية طالما اتخذ مظهرا ماديا فلا يعد في هذه الحال استثناء طالما أن الإخلال الذي يحرك السلطة البوليسية في هذه الحالة هو إخلال واقعي أو مادي يمس النظام العام في جانبه الأدبي.

وكذلك إذا رجعنا إلى القوانين والمراسيم التي تبين سلطات الضبط الإداري كصلاحيات وزير الداخلية أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي نجدها لا تتعرض لمضمونه مكتفيا بتعداد عناصره دون بيان هل هي على سبيل الحصر أم على سبيل التمثيل؛ فمما جاء في قانون البلدية لسنة 1990 حيث نص في المادة 69 /1 على أنه "**يتولى رئيس المجلس الشعبي البلدي تحت سلطة الوالي السهر على حسن النظام والأمن والسكينة العموميين، والنظافة العمومية**). وكذا قانون الولاية لعام 1990 طبقا للمادة 96 "**الوالي مسؤول عن المحافظة على النظام والأمن والسلامة والسكينة العامة** ". وهي عينها العناصر المحددة في الفقه الفرنسي باعتباره المصدر الرئيسي للفقه الإداري في الجزائر وفي هذا يقول د/يقول **د/ دي لو بادير**[2]" إن هدف الذي يرمي إليه الضبط الإداري هو تأمين حسن النظام ، والسلامة؛ والصحة العمومية"

وهذا ما سيتم مناقشته وتحليله تبعا مع مقارنة كل عنصر من عناصره بما يقابله في منظومة مقاصد الشريعة على مستوى مصالح الأمة المعتبرة كما هي محددة سلفا:[3]

أولا: عناصر النظام العام في الفقه الوضعي وتطبيقاتها في القانون الجزائري

ثانيا:عناصر النظام العام الشرعي وتطبيقاتها في ظل حكومة الخلافة الإسلامية.

---

[1] – لا يخل كتاب **في القانون الاداري** – النشاط الاداري– من التعرض لعناصر النظام العام أثناء تناولها لأغراض الضبط الاداري؛ إلى درجة أن كل ما كتب فيها مجرد كلام مكرر دون إضافات تذكر؛ باستثناءات تلك الدراسات الجامعية التي تناولت عملية الرقابة على سلطات الضبط الاداري في الظروف الاستثنائية فإنها حاولت الخروج العناصر الثلاثية إلى مضمون أوسع لفكرة النظام العام.

[2] – د/ دي لوبادير؛ المطول في القانون الإداري؛ ص630

[3] – إذ لا يجوز أن يخلط بين "الإخلال المعنوي بالنظام " ممثلا في نشر أفكار ومعتقدات مناهضة للأسس الفكرية أو النظامية السائدة ؛وبين انتهاك القيم الأدبية للجماعة التي هي عنصر من عناصر النظام العام بالمعنى المعروف، او هي الوجه الأدبي من وجوهه المتعددة ؛ فالإخلال المعنوي بالنظام هو إخلال لا يمكن الإحساس به أو إدراكه في العالم الخارجي، ولو انه سمح بالعقاب عليه لأفسح ذلك مجالا واسعا للتحكم والاستبداد من حيث أنه يتيح الرقابة على الأفكار والمعتقدات والآراء .

ينظر تفصيلا هاما في ذلك ؛ د/ محمد عصفور؛ الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي ؛ص 104

أولا: عناصر النظام العام في الفقه الوضعي وتطبيقاتها في القانون الجزائري.

سبق بيان أن الفقه الإداري يكاد يجمع على أن النظام العام المادي يتكون من عناصر تقليدية ثلاث تتمثل في : الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، ولأن النظام العام فكرة مرنة ومتطورة في ضوء المثل العليا التي تؤمن بها الجماعة؛ حسب ما تتقرر في أثناء الحديث عن خصائصها التي تمثل أحد أهم أسباب عظمة هذه الفكرة في تحررها من قيود التعريفات المكبلة لمسارها وجوهرها. فقد اتسعت فكرة النظام العام إلى عناصر أخرى ، الأمر الذي دفع بالباحثين إلى تقسيم عناصر النظام العام إلى قسمين :

– **عناصر تقليدية كلاسيكية** وهي الأقانيم الثلاثة المشكلة للنظام العام المادي والمتمثلة في الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة نظرا لصلتها الوثيقة بحياة المواطنين وراحتهم، واستقرار الدولة وازدهارها وحسن سمعتها في المجتمع الدولي، فلا ازدهار بلا وجود أمن أو مع وجود اضطرابات تزعزع النظام العام، ولا تطور بلا وجود صحة عامة سالمة من كل ما يهددها من أمراض وأوبئة، ولا راحة ولا هدوء بدون سكينة وراحة بال عامة تعود كلها بالخير للمجتمع والدولة.

–**وعناصر حديثة معاصرة** وسعت من مفهومه كحفظ الآداب العامة" **النظام العام المعنوي**"؛ و فكرة **النظام العام الاقتصادي** وأيضا النظام العام فيما يتعلق بجمال الرونق والرواء وبهاء المدينة" **النظام العام البيئي**" وهي عناصر قابلة للتطور والاتساع؛ كالاتجاه نحو **نظام عام لحماية المستهلك**؛ وحفظ المال العام من الاختلاسات ومحاربة الفساد الإداري؛ و لعل آخرها الاعتراف **بالكرامة الإنسانية** كثابت من ثوابت الدولة وعنصرا من عناصر نظامها العمومي ولهذا فقائمتها لا زالت مفتوحة أمام الباحثين غير محصورة في مجال بعينه.

ونظرا لأهمية حفظ هذه العناصر المادية في تحقيق النظام العام؛ فإنها تشكل محورا لتدخل الدولة في تقييد النشاط الفردي بمختلف الأساليب؛ وما يترتب عليها من تقييد للحريات أحيانا؛ ومصادرة لها أحيانا أخرى مما يدفع بالباحث إلى التساؤل عن مدى أولوية هذه العناصر وأهميتها من حيث التقديم على ممارسة الحريات الفردية؛ مما يساهم في وضع آلية للتوازن بين هذه العناصر الضرورية لنظام الحياة وبين حق الأفراد في التمتع بحرياتهم .

أ– عناصر النظام العام التقليدية المتفق عليها.

ب– عناصر النظام العام المختلف فيها.

أ- عناصر النظام العام المتفق عليها.

العنصر الأول: حفظ الأمن العام كعنصر من عناصر النظام العام:

1- مفهوم الأمن العمومي: ويطلق عليه أيضا حسن النظام[1]؛ و يقصد به تأمين الأفراد من الحوادث والمخاطر التي تهددهم في مالهم وفي أنفسهم ؛سواء بفعل الكوارث الطبيعية كالزلازل والفيضانات والحرائق وانهيار الأبنية ،أو التي مصدرها الإنسان كحوادث المرور، وجرائم القتل والسرقة؛ يقول: د/ **فؤاد العطار**" بأن يحس المواطنون بالطمأنينة على أشخاصهم وأموالهم ضد أي خطر يمكن أن يقع عليهم أو يتهددهم؛ باتخاذ كل ما يلزم من الحذر والحيطة لمنع الحوادث أو احتمال وقوعها على الأشخاص أو الأموال أو المرافق خصوصا منها درء الفتن والمؤامرات الداخلية والاضطرابات التي تخلل الانتظام العام نتيجه عدم التحكم في المظاهرات والاجتماعات العمومية[2]

فالأمن في حقيقته شعور وإحساس واطمئنان واجب على الدولة ممثلة في وزارة الداخلية توفيره باتخاذ الاحتياطات اللازمة، لمنع وقوع الحوادث أو احتمال وقوعها، والتي من شأنها إلحاق الأضرار بالأفراد والأموال، وهذه الأضرار قد تكون بفعل الطبيعة مثل تهدم وسقوط المنازل، والزلازل، والحرائق، وقد تكون بفعل الحيوانات المفترسة، كما قد تسببها الآلات الخطرة كالسيارات، والأسلحة والمتفجرات. وقد تكون بفعل الحياة الاجتماعية ذاتها، مثل المظاهرات والتجمهرات، والقلاقل، أو بفعل الإنسان كالجرائم المرتكبة ضد الأشخاص أو الدولة في الظروف العادية والاستثنائية [3] .

من هنا كان يجب على هيئات وسلطات الضبط الإداري، القيام بالإجراءات اللازمة، للسهر على حسن الأمن العمومي، ولا يتحقق ذلك إلا عن طريق تنفيذ هذه الإجراءات، من خلال التدخل فيما يخص الإسعافات لضمان سلامة الأشخاص والأموال في الأماكن العمومية، التي يمكن أن يحصل فيها أي حادث أو نكبة، أو حريق وكذا الأمر بتهديم البنايات المتداعية وضبط نظام الطرق كما هو الحال في قانوني البلدية والولاية.

2- صور حفظ الأمن العمومي

يعتبر النشاط الضبطي للإدارة العامة من أكثر الأعمال والأنشطة اتصالا بحقوق الأفراد وحرياتهم العامة؛ ويظهر ذلك جليا في ارتباطهما بفكرة النظام العام التي تمثل أهم ضمانة لممارسة الحريات العامة؛ إذ لا حرية في زمن الفوضى؛ ولذا كانت المحافظة على النظام العمومي من أثمن حقوق الإنسان؛ لما يوفر للمواطنين من طمأنينة واقعية؛ تجسد الأمن الدستوري والتشريعي للمواطن؛ وتدفع إلى التمتع الكامل بحرياته العامة في مجتمع خال من

[1] - د/ مجدي أحمد فتح الله حسن، فاعلية الأداء الضبطي لرجال الشرطة , رسالة دكتوراه؛ طبعة 2002؛ ص113 وما بعدها

[2] - فؤاد العطار؛ القانون الإداري؛ ص335

[3] - د/عمار عوابدي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص31، وينظر د/عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار الريحانة، الجزائر، دون تاريخ طبع ولا نشر؛ ص 193، و إبراهيم عبد العزيز شيحا، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 271، داود الباز، حماية السكينة العامة، المرجع السابق، ص 114.

الفوضى الأمنية والضوضاء المقلقة للراحة ؛و الأمراض والأوبئة للمهددة للصحة العمومية؛ وقد خطا الفكر السياسي والقانوني خطوة عظيمة بنقل وظيفة حفظ النظام العام من مجال الحكم والسياسة إلى مجال الإدارة والقضاء[1]

تتمثل في مجموعة الإجراءات التي تتخذها السلطة الضبطية للوقاية من احتمال ارتكاب ووقوع جريمة تخل بأمن المجتمع مستقبلا؛ والحيلولة دون الوقوع جرائم جديدة؛ وتمثل هذه التدابير أساس عمل الشرطة الإدارية ذات الطبيعة الوقائية؛ المكلفة بمنع وقمع الجرائم الواقعة على الأرواح والأموال والأعراض؛ وهي المقاصد الضرورية التي جاءت الشريعة لرعايتها .

ويقصد بالأمن العام الذي هو هدف الشرطة تحقيق الشعور بالطمأنينة والهدوء والسلامة العامة؛ والقدرة على مواجهة الأحداث والطوارئ دون اضطراب؛ ويجب ألا ينحصر هذا الشعور بالسلامة المادية التي تنصب على الجسد والعرض والمال أو ما يعرف دستوريا بحق الأمن الفردي؛ ولكن تمتد إلى الأمن النفسي المتعلق بالرخاء الاقتصادي – الأمن الغذائي–؛ والضمان الاجتماعي من مرحلة الطفولة إلى مرحلة العجز والشيخوخة.[2]

وبالتالي فهو حالة ذهنية ونفسية تبعث على الإحساس العميق بالاطمئنان التام والكامل على جميع أوضاع الإنسان المادية والعقلية. وعلى هذا تلتزم سلطة الضبط الإداري باتخاذ جميع الاحتياطات والتدابير اللازمة لمنع وقوع الحوادث أو احتمال وقوعها؛ والتي من شانها إلحاق الضرر بالأفراد والأموال؛ فضلا عن امن الدولة ويتم ذلك بطرق وتدابير مختلفة منها[3]:

2–1– التدابير الإصلاحية بتوعية المواطنين توعية أمنية تدفعهم إلى الابتعاد عن المخاطر التي تهدد مصالحهم؛ بمختلف الوسائل الإعلامية التي تستخدم أسلوب الوعظ والإرشاد لإيقاظ الوازع الديني على نحو ما يعرف بالشرطة الحوارية وشرطة الآداب العامة.

2–2– التدابير الفنية ذات الطابع الأمني البحث والتي تتمثل في الإجراءات المباحثية لمراقبة الأشخاص الخطرين على الأمن وأماكن تواجدهم ومنافذ هروبهم. في محاولة لحصرهم وتعيينهم ثم دراسة دوافع انحرافهم ومحاولة نزع الخطورة الإجرامية منهم .

2–3– التدابير النظامية الاحتياطية من خلال انتشار قوات حفظ النظام بشكل يحقق الإحساس بالأمن العمومي؛ خاصة في الأماكن العمومية التي يرتادها المواطنون لاقتناء حاجاتهم المادية و العلمية والثقافية؛ فمثل هذا التنظيم والتنسيق بين مراكز الشرطة من شانه نشر ثقافة الأمان والسلم؛ ولهذا يعتبر معظم الفقه الإداري الشرطة

[1] –د/ محمد بدران؛ الطبيعة الخاصة للضبط الإداري والآثار القانونية المترتبة عليها دراسة مقارنة؛ دار النهضة، القاهرة؛ 1989؛ ص5.

[2] – د/داود عبد الرزاق الباز؛ تدابير حماية الأمن العام في إطار الطبيعة الوقائية للضبط الإداري بين الشريعة والقانون؛ بحث منشور بالمجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب؛ أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية؛ العدد35؛ مارس2003؛ ص 77

[3] – ينظر في تفصيل هذه التدابير الوقائية في القانون إلى: د/ دواد الباز؛ تدابير حماية الأمن العام في إطار الطبيعة الوقائية للضبط الإداري بين الشريعة والقانون؛ مقالة سابقة؛ ص83 وما يليها.

مرفقا عاما يقدم خدمة عامة تتمثل في درء الخوف والرعب؛ ويشبع حاجة المواطن إلى السلم والأمن الذي يجب أن يكون رفيقا للمواطن أثناء ممارسة حرياتهم. ولهذا كان من بين معايير الدول الديمقراطية مدى تمتع مواطنيها بأمن فعال مصاحب للمواطن في كل حركاته؛ وقائيا ضد كل ما يهدده في نفسه أو ماله أو عرضه؛ ونظرا لأهمية هذه التدابير النظامية فإنها تمثل أهم الإجراءات الضبطية الوقائية لإشاعة روح الطمأنينة بين أفراد الشعب؛ وتوفير الأمن من خلال تلك الدوريات الأمنية التي تجوب الشوارع والأماكن العمومية بغرض حفظ النظام العام في منطقة معينة وفقا لخط سير محدد؛ وإمكانية القيام بالحملات التفتيشية للمشتبه فيهم[1].

3- شروط الإقدام على تدابير حماية الأمن العام في القانون الوضعي:

– أن يكون التدبير الضبطي عاما؛ فعمومية التدبير الوقائي تشمل جميع الأشخاص المتواجدين في الزمان والمكان محل التدبير؛ بما يحقق المساواة بين الأفراد.

– أن يكون التدبير ضروريا ولازما لدرء الخطر؛ متناسبا مع جسامته في الخطورة.

– ألا يترتب على التدبير مصادرة الحرية بصورة مطلقة؛ وان جاز تنظيمها بما لا يفرغها من مضمونها الدستوري.

ولعل أوضح مثال لحماية الأمن العام، هو تنظيم حركة المرور، التي تكفل السلامة العامة في أجلى صورها[2]، وهذا ما تضمنه القانون رقم 87-09 الذي يتضمن حالات مخالفة حركة المرور عبر الطرق، واستعمال المركبات، وجزاء مخالفة هذا القانون،[3] أما عن الحماية من الأخطار، فقد تم استحداث ما يسمى باللجان المركزية والولائية، والحماية المدنية، التي تدرس وتقترح جميع الإجراءات الخاصة بالوقاية من الأخطار كتصنيف أدوات وعناصر البناء حسب تحملها للنار، ودراسة مساحة العمارة، وطريقة بنائها وعدد الأشخاص الذين يمكن قبولهم داخل العمارة أو المؤسسة[4]. ويحفظ الأمن العام في جانبه الاجتماعي، من خلال منع المظاهرات والتجمعات الخطرة[5]، وذلك بفضها من طرف هيئات الضبط الإداري المختصة، وأخيرا ينبغي الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية، وعنيت عناية بالغة يحفظ الأمن العام من خلال مقاصدها الخمس[6]، وكذا ما ورد في القرآن العظيم، لقوله تعالى: "**وليبدلنهم من بعد خوفهم أمنا**"[7].

وتتم هذه الحماية باتخاذ هيئات الضبط الإداري الإجراءات اللازمة لتوقي مخاطر تلك الكوارث ومحاربة الجريمة قبل وقوعها من خلال إنارة الشوارع ليلا، وتنظيم حركة المرور، وتسير الدوريات الأمنية ؛ والتي من شأنها أن

---

[1] – د/ داود الباز؛ تدابير حماية الأمن العام بين الشريعة والقانون؛ ص88 .

[2] – د/محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام، ص 71.

[3] – قانون رقم 09/87 مؤرخ في 1987/02/10، المنظم لحركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها، الجريدة الرسمية عدد 7، ص225.

[4] – الأمر 04/76 مؤرخ في 1976/02/20، يتعلق بتنظيم قواعد الأمن من مخاطر الحرائق والفزع، جريدة رسمية، عدد21، ص 286.

[5] – د/محمد سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، لسنة 1992، ص 86، وينظر القانون رقم 28/89 مؤرخ في 1989/12/31، يتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية، الجريدة الرسمية العدد 4، ص 163.

[6] – داود الباز، حماية السكينة العامة، ص 116.

[7] – سورة النور، الآية 55.

تقلل من الجرائم التي تهدد الأمن العام ويعتبر توفير وحماية الأمن شرطا لازما لأي حياة اجتماعية منظمة ومستقرة ،فمن بين مظاهر هذه الحماية منع الاجتماعات والمظاهرات التي تهدد الأمن العام كإجراء وقائي قبل عقدها ؛وفضها بالقوة بعد عقدها، كما تملك سلطات الضبط الإداري اتخاذ الإجراءات الأمنية إزاء بعض الأفراد نظرا لخطورتهم على الأمن العام كالاعتقال الإداري في حالة الاشتباه .

4-مسؤولية الدولة عن حفظ الأمن:

من القواعد المقررة في مختلف الأنظمة السياسية المعاصرة مسؤولية الدولة عن أعمالها في مجال حفظ السلم والأمن العموميين باعتباره واجبا دستوريا كما هو الحال في دستور 1996 طبقا للمادة 24 " **الدولة مسؤولة عن أمن الأشخاص والممتلكات** ؛وتتكفل بحماية كل مواطن في الخارج"؛ ويترتب على ذلك مسؤولية مرفق الأمن بمختلف أقسامه عن توفير الأمان لجميع المواطنين وفي حالة التقصير يحق للمتضرر أن يقاضي الدولة ممثلة في وزارة الداخلية من أجل المطالبة بالتعويض بناء على نظرية تحمل التبعة أو المخاطر أو المساواة في تحمل الأعباء العامة.

وتتأكد هذه المسؤولية في ظل الظروف الاستثنائية التي قد تمر بها الدولة حيث تتعرض مؤسساتها وأمن مواطنيها وممتلكاتهم للتهديد الخطير مما يستوجب توسيع الصلاحيات المخولة للادراة في مجال الضبط الإداري ؛الأمر الذي قد يدفع السلطة الإدارية إلى تفويض السلطة العسكرية بعض هذه الصلاحيات[1] كتدابير الاعتقال الإداري أو الإخضاع للإقامة الجبرية والقيام بالتفتيشات الليلية والنهارية ومنع التجمعات والاجتماعات وحظر التجول والتنقل ؛بل يمكن للإدارة ممثلة في رئيس الحكومة اللجوء إلى وحدات الجيش الشعبي بمختلف تشكيلاته للإسهام في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية طبقا للمادة 3من القانون 91/23[2] المنظم والمحدد لشروط مساهمة قوات الجيش الوطني الشعبي في صيانة الأمن العمومي.

العنصر الثاني: مضمون الصحة العامة كعنصر من عناصر النظام العام:

1- مفهوم حفظ الصحة العمومية:

يقصد بها حماية الأفراد مما قد يتهدد صحتهم من أمراض وأوبئة أو احتمالها بحيث تتدخل سلطة الضبط الإداري لاتخاذ الإجراءات اللازمة للوقاية من الأمراض كالتطعيم الإجباري وإجراءات الحجر الصحي وغيرها من الترتيبات الضرورية لتفادي الإخلال بالنظام العام وفي مجال الصحة العمومية خاصة في ظل تعقد الحياة الحديثة

[1] - مثل ما نص عليه المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المتضمن تقرير حالة الحصار في المادة 03(تفوض إلى السلطة العسكرية، الصلاحيات المسندة إلى السلطة المدنية في مجال النظام العام والشرطة...)

[2] -القانون 23/91 المؤرخ في 06 ديسمبر 1991 والمتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية الجريد الرسمية رقم 62 ص2396 ونصها كالتالي: "يمكن تجنيد وحدات الجيش الوطني الشعبي وتشكيلاته في الحالات التالية:

أ- النكبات العمومية والكوارث الطبيعية ذات الخطورة الاستثنائية .

ب- عندما يكون حفظ الأمن العمومي وصيانته وإعادته خارجا عن نطاق السلطات والمصالح المختصة

ج- بسبب المخاطر الجسيمة أو توقعها التي قد يتعرض لها أمن الأشخاص والممتلكات

د - في حالة المساس المستمر بالحريات الجماعية والفردية."

وسهولة الاتصال بين الأفراد والدول مما قد يسهل من تنقل الأمراض المعدية إلى الدول المجاورة ؛. وحول هذا المعنى يقول **د/ محمد فؤاد مهنا**" ويحصل حفظها بوقاية المواطنين من الأمراض والأوبئة باتخاذ كافة التدابير اللازمة للحماية من احتمال الإصابة والتحصين من الأمراض المعدية واتخاذ الحيطة من كل ما من شانه الأضرار بالصحة العامة واشتراط شروط صحية بالنسبة للمحال العامة التي يعتادها جمهور المواطنين خاصة رقابة نظافة التغذية والماء الصالح للشرب[1].

وعلى هذا فحقيقة حفظ الصحة راجعة إلى حماية المواطنين مما قد يتهدد صحتهم من أمراض وأوبئة، وذلك باتخاذ التدابير اللازمة لوقايتهم، عن طريق التحصين والحماية، وخصوصا في الوقت الحاضر حيث زادت أهميتها نتيجة ازدحام الناس، وكثرتهم، مما يسهل انتقال العدوى، وتلوث البيئة.مما تتسبب معه في إصابة المواطنين بأمراض لا عهد لهم بها في أسلافهم؛ الأمر الذي جعلهم يعيشون حياة القلق والذعر. وهو ما ينعكس بالسلب على حفظ الأمن العام.[2]

2-صور حماية الصحة العامة" وعموما فان صور حماية الصحة في المجتمع يمكن حصرها في ثلاث مجالات[3] يمكن إجمالها في النقاط الآتية:

1-حماية الصحة الجماعية باتخاذ الإجراءات اللازمة في مكافحة الأمراض والأوبئة وكفالة صحة البيئة كإخضاع الأفراد للتلقيح الإجباري ووضع ذوي الأمراض المعدية في نظام الحجر الصحي و مراقبة حركة تنقل المسافرين من والى المناطق المعرضة للوباء والسهر على نظافة الطرقات والأماكن العامة

2- توفير الشروط الصحية للعقارات والسكنات والعمارات من خلال حماية القاطنين بها قبل وبعد انجازها بمراقبة مدى صلاحياتها للإسكان ومدى تطابقها للمقاييس والمواصفات القانونية

3-مراقبة مدى توافر الشروط الصحية للمنشآت الصناعية والتجارية بالنسبة للعاملين وكذا القاطنين بجوارها من الإخلال بالبيئة الهوائية كالعادم وبقايا المواد الأولية.

3- تدابير رعاية الدولة للصحة العمومية في الفقه القانوني الجزائري:

من أجل هذا كان يجب على سلطات الضبط الإداري، القيام بمحاصرة المرض بمختلف إجراءات الحجر الصحي؛ وبمراقبة المواد الغذائية المعروضة للبيع، والقضاء على الحيوانات الضالة، وإبادة الحشرات الضارة الناقلة للأوبئة، القيام بالتطعيم الإجباري لكل المواطنين، خاصة الأطفال منهم (المادة 55 من قانون 05/85)، وامتدت مظاهر الحفاظ على الصحة العامة من خلال تنقية مياه الشرب، ومعالجتها وغلق الآبار والسدود الموبوءة إن اقتضى الأمر، وخير مثال على ذلك إجراءات الوقاية من انتشار وباء الالتهاب الرئوي الحاد اللانمطي المعروف **بمرض" السارز"**، والذي ظهر في عدة دول سنة 2003، ومنع السفر إلى الدول التي انتشر فيها المرض، وبمكافحة التلوث

[1] - د/محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري؛ ص633

[2] -د/ محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام، ص 78 وما بعدها.

[3] - د/ مجدي فتح الله حسن؛ فاعلية الأداء الضبطي لرجال الشرطة؛ رسالة دكتوراه القاهرة؛ سنة2002؛ ص121.

وحماية البيئة بتنظيف الشواطئ والوقاية من الأوبئة ومراقبة الأطعمة والأغذية والمشروبات المعروضة للبيع، ونظافة المساكن والشوارع من الأوساخ والفضلات، ويكون ذلك بالتفتيش الصحي لمحلات البيع والشراء والمطاعم وعلى المخابر والمذابح والمستشفيات والسجون والمدارس والمصانع وأيضا وسائل النقل والمساكن حسب ما ورد في المواد 235، 239 من قانون البلدية .

وقد فرض قانون حماية الصحة أحكاما جزائية على المخالفين بموجب المادة 266 التي تنص"يتعرض مخالفو قواعد النقاوة والنظافة والوقاية العامة ومقاييسها مع مراعاة العقوبات التأديبية والإدارية إلى عقوبات جزائية طبقا للتشريع الجاري به العمل ولاسيما المواد 441 مكرر 442 مكرر و 443 مكرر من قانون العقوبات"[1].

وهذه الإجراءات[2] لها حكم الوجوب كونها كلها ما هي إلا بحث عن صحة أفضل للمواطنين، الذين يئنون من الأوجاع والأسقام.

وعلى هذا تكون الصحة العامة أحد عناصر النظام العام التي توجب تدخل سلطات الضبط الإداري[3] من اجل السهر على نظافة الأماكن والشوارع ومراقبة نظافة المياه الصالحة للشرب وكذا المأكولات المعروضة للبيع ومحاربة الأمراض المعدية وتحسين الظروف الصحية والعلاجية للمواطنين وإجراءات التحقق من سلامة صحة الأشخاص الوافدين من الخارج وكذا السلع المستوردة مما يمكن أن يدخل في مسمى قواعد حماية المستهلك [4]وهو في الجزائر القانون 02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك والذي أسس لمسؤولية المنتج ,ومسؤولية المحترف أو عارض السلعة ومسؤولية الوسيط ومسؤولية المستورد وبهذا الخصوص صدر المرسوم التنفيذي رقم 345/90 المتعلق بكيفيات مراقبة المنتوجات المستوردة ونوعيتها[5].

العنصر الثالث: حفظ السكينة العامة كعنصر من عناصر النظام العام:

1-مفهوم السكينة العمومية:

يقصد بها منع مظاهر الإزعاج والمضايقات كالضوضاء التي تثيرها مختلف الأجهزة والآليات الصوتية بما يحفظ الهدوء وسكون الطرق والأماكن العامة؛ بهدف وقاية الناس من صخب مكبرات الأصوات للباعة المتجولين؛

---

[1] – القانون رقم 05/85 مؤرخ في 1985/02/16، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية العدد08، المعدل بموجب القانون رقم 09/98 مؤرخ في 19 أوت 1998، الجريدة الرسمية، العدد 61، ص 176.

[2] – لذلك تقوم سلطات الضبط الإداري بوقاية صحة المواطن في مأكله وملبسه ومسكنه والمحيط الذي يعيش فيه من خلال إجراءات التفتيش الصحي على المحلات العامة والمطاعم، والمخابز، ويضمن قانون العقوبات الحماية الجنائية، الرادعة لهذه الإجراءات البوليسية (الضبطية)، ينظر د/عمار عوايدي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 32، وينظر المواد 235-239، من قانون البلدية رقم 08/90.

[3] – ويعتبر هذا التدخل واجب دستوري بمقتضى نص المادة 54 من دستور 1996(الرعاية الصحية حق للمواطنين .وتتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض والوبائية والمعدية وبمكافحتها.) مما يعني الإقرار بمسؤولية الدولة ممثلة في وزارة الصحة عن تعويض الأضرار التي تسببها الأمراض المعدية والمتنقلة .

[4] –د/ ناصر لباد، القانون الإداري؛ الجزء الثاني؛ النشاط الإداري، طبعة 2004؛ ص21

[5] –د/علي بولحية بن بو خميس؛ القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها؛ دار الهدي؛ طبعة ...2ص84

وآلات التنبيه في السيارات، و الأصوات المنبعثة من قاعات الحفلات في مختلف المناسبات كالأفراح خاصة في الأوقات المتأخرة من الليل[1]،؛حيث الوقت المخصص للراحة اليومية. وفي هذا يقول د/ **عبد المنعم محفوظ** بالمحافظة على الهدوء والسكينة في الطرق العامة بمنع كل ما من شانه إقلاق راحة المواطنين كالضوضاء أو إساءة استخدام أجهزة السمعية والبصرية ومن مكبرات الصوت وكذا المضيقات التي يسببها الباعة المتجولون والمتسولون[2]ويقول أيضا د/ سليمان الطماوي "يقصد بها المحافظة على حالة الهدوء والسكون في الطرق والأماكن العامة حتى لا يتعرض الأفراد لمضايقات الغير كالمتسولين أو ممن يستعملون مكبرات الأصوات..."[3].

وفي ضوء هذا المفهوم يرى **د/ داود الباز**[4] في دراسة تحليلية قيمة له حول حماية السكينة العامة أن للسكينة العامة مفهومين تنبئ عنهما اتجاهات الفقه والقضاء المعاصر هما:

2-1-المفهوم الواسع للسكينة العامة:

ويعني المحافظة على حسن النظام Bon ordre والذي قد يناله الاضطراب من جراء التجمعات أو المظاهرات أو المواكب أو الاجتماعات المتنوعة التي تهدف إلى تعبئة الشعور العام، بوسيلة الإثارة واستجاشة الحماس، والتي تحمل في طياتها بذور الاضطراب والتهديد بالمخاطر الجسيمة.

فإذا تأكدت سلطات الضبط الإداري أن النشاط المزمع ممارسته في إحدى الصور المذكورة من قبل، سيؤدي بالتأكيد إلى الإخلال بالنظام ويقود إلى الفوضى، فإنها تتخذ إجراءات الضبط البيئي الوقائية ضدها.[5]

والسكينة بهذا المفهوم الواسع ترادف حسن النظام بحيث يكونا صنوين. وفي هذا يمكن توظيف عبارة كل من الفقيهين الفرنسيين فيدل ودلفولفي [6] ونصها :

La tranquillité laquelle le (bon ordre''fait écho) est relative à certaines gênes qui excèdent les inconvénients normaux de la vie en société .

فالسكينة العامة والتي يؤدي إليها حسن النظام، هي التي تتعلق ببعض المضايقات التي تتجاوز المألوف في حياة الجماعة. ويمكن كذلك توظيف عبارة **د/محمد عصفور** التي يبين فيها ترادف حسن النظام والسكينة إذ يعرفهما بأنهما يعنيان:" اختفاء الاضطرابات وأوجه الإخلال بالنظام وإحلال الهدوء والسكون".[7]

---

[1]- د/ سليمان شوايل عاشور، مرجع سابق، ص 116.

[2]- د/ عبد المنعم محفوظ؛ علاقة الفرد بالسلطة –الحريات العامة وضمانات ممارستها-دراسة مقارنة ؛طبعة 01؛ص917

[3]- د/ سليمان الطماوي، "الضبط الإداري، دراسة مقارنة"، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي؛ ع1جانفي 1993، ص276.

[4] - ينظر د/ دواود الباز؛ حماية السكينة العامة؛ ص108

[5]- د/عبد الغني بسيوني عبد الله؛ القانون الإداري؛ ص383

[6]- جورج فيدل؛ بيار دلفولفيه؛ القانون الإداري؛ ترجمة منصور القاضي ج02المؤسسة الجامعية للدراسات؛ ط1؛ سنة 2001؛ص680

[7]- محمد عصفور؛ البوليس والدولة؛ ص79

والواقع أن حسن النظام لا يتعدى المفهوم الواسع للسكينة العامة، وإنما يندرج داخل مفهومه؛ إذ السكينة العامة في حقيقتها تستوعب الأمن العام وتحتويه، إذ غاية الأمن طمأنينة وراحة المواطنين، وهي ما يدل عليها المفهوم الضيق للسكينة العامة.[1]

2-2-المفهوم الضيق للسكينة العامة –حماية من الضوضاء- .

السكينة العامة بالمفهوم الضيق ترادف مصطلح حالة الهدوء أو راحة القاطنين[2] Repose des habitants أو السكان وسكينتهم. وكثيرا ما وردت هذه المرادفة أو التطابق في أحكام القضاء ونصوص القانون. وتظل هذه المرادفة صحيحة ولا تنطوي على تناقض، إذا كانت الضوضاء عادية، لا تتجاوز حدود المألوف وبالتالي لا تعكر صفوا السكينة العامة. فالسكينة هي" تجنيب المواطنين المضايقات التي تتعدى الحدود الضرورية للحياة في المجتمع؛ بمنع إقلاق راحة الأفراد والإزعاج غير العادي بهدف ضمان تحقيق السكون والراحة في الطرق والأماكن العامة والمناطق السكنية."[3].

فلا يكاد يختلف اثنان على أن الضوضاء العالية أو الضجيج الشديد أو الصخب المرتفع هو السبب الأساسي في الإخلال براحة المواطنين وتعكير صفو سكينتهم العامة، والحائل الرئيسي بينهم وبين ما ينشدون من حياة هانئة هادئة في بيئة سليمة، لا يمسهم فيها نصب ولا يمسهم فيها لغوب، لا يسمعون فيها لغوا ولا تأثيما...؛ ولهذا وذاك فلا غضاضة كما يقول **د/داود الباز** من تقرير احتواء مضمون السكينة العامة للأمن والصحة العامة معا.[4]

والواقع أن الإخلال بالسكينة العامة في الوقت الراهن زاد عن ذي قبل نتيجة للتقدم العلمي واستخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة في مجال النقل والمواصلات، بالإضافة إلى تكدس المرور وازدحام المدن بالسكان .وقد أثبتت الدراسات الحديثة أن الحفاظ على السكينة العامة وإن كان يهدف بصفة أساسية إلى توفير الراحة للجمهور، فإنه يستوعب ويحتوي عنصري الأمن والصحة لكونه يؤثر فيهما سلبا وإيجابا.

3-تدابير حماية السكينة العمومية في القانون الجزائري: تهدف هذه التدابير إلى المحافظة على السكون والهدوء في الطرق والأماكن العامة، وذلك بمنع كل ما من شأنه أن يؤدي إلى إقلاق راحة الناس، كالجلبة والضوضاء في

---

[1] – د/داود الباز؛ ؛ مرجع سابق ص132

[2] – داوود الباز ؛ مرجع نفسه ؛ص133

[3] – ود/ فرحات محمد السبكي؛ الضبط الاداري والحياد الوظيفي؛ رسالة دكتوراه ؛ سنة 2002؛ ص70؛ د/ بكر القباني؛ القانون الاداري ؛ ص85؛ ود/ سعاد الشرقاوي؛ القانون الاداري؛ ص16

[4] – وحول هذا الحقيقة يقول د/ داوود الباز"إن النظام العام البيئي L'ordre Public écologique تتدخل عناصره وتتكامل فيما بينها من أجل سلامة البيئة وراحة الإنسان فيها.فهذا التداخل ينصهر في بوتقة واحدة، كفيلة بتحقيق هذا النظام، وهي السكينة العامة، هذه السكينة وحمايتها مما يعكر صفوها، تتمثل مطلبا عزيز المنال في الدول التي تؤت سعة من العلم والمال، حيث تتزايد معدلات الضوضاء الضجيج بها إلى درجة عالية تؤثر حتما على مستوى التنمية ومعدلات السير على طريق التقدم. فمن دواعي الأسى في هذه الدول، أنها لم ترقب القول في الاهتمام بحماية السكينة العامة، و لم تبصر بما بصرت به الدول الرابية في شأنها، حيث يتراجع الاهتمام من جانب السلطات الإدارية في هذه الدول بالسكينة العامة لحساب الأمن العام . ينظر د/ داوود الباز ؛ حماية السكينة؛ ص136

الأحياء السكنية، وكذلك القضاء على الاضطرابات والمشاحنات التي تخل بالهدوء، وتعكر صفو السكينة العامة، فهي عنصر جوهري، وثابت في النظام العام كما أنها تعد من أسمى مقاصد الضبط الإداري، الذي يهدف إلى إحلال لغة الهمس والطمأنينة، بدل الضوضاء[1]، وهذا ما عبر عنه القرآن الكريم في قوله تعالى: "فأنزل الله سكينته على رسوله وعلى المؤمنين"[2].

وعلى هذا يكون من واجبات الدولة في مجال الضبط الإداري التدخل لحماية السكينة العامة من الضوضاء الصادرة عن وسائل النقل وعن المصانع وصالات الحفلات[3] وذلك بإصدار لوائح تنظيمية مضمونها إما حظر ممارسة نشاط ما في وقت ما؛ أو على شكل ترخيص إداري سابق لممارسة الحرية أو النشاط؛ أوفي شكل إخطار الإدارة قبل ممارسة النشاط؛ ومثال ذلك منع قانون المرور استعمال المنبهات الصوتية ليلا وكذا اشتراط ترخيص من السلطة المختصة قبل إقامة المنشئات الصناعية من أجل إجراء تحقيق عمومي لدراسة الانعكاسات المحتملة على السكينة والصحة العمومية وكذا ضرورة التصريح بالنسبة للمنشئات الصغيرة كورشات أصلاح السيارات والنجارة [4].

وقد عمدت هيئات الدولة إلى اتخاذ بعض التدابير من أجل مكافحة الضوضاء،[5] منها المرسوم التنفيذي، رقم 184/93 الذي ينظم إثارة الضجيج ومن أمثلة ذلك: تحديد الدرجة القصوى للضجيج داخل الأماكن العامة، القيام بضبط المحركات والآلات من خلال وضع معدات لكبت الضجيج، ويمنع هذا المرسوم كل ضجيج تحدثه الحيوانات، وتم إرفاق هذا المرسوم بعقوبة جنائية لكل من يتسبب في إثارة الصخب[6].

إذن فالسكينة العامة أصبحت تشكل أكثر من مجرد عنصر من عناصر النظام العام، حيث أثبتت الدراسات الحديثة أن الحفاظ عليها وإن كان يهدف إلى توفير الراحة للجمهور، فإنه يستوعب وتحوي عنصري الأمن والصحة، لأن الإخلال بالسكينة العامة يؤدي حتما إلى المساس بالأمن العام لما يسببه من اختلال حسي ونفسي؛ وما يترتب عليه من ميل إلى التعدي والمشاحنات والمشاجرات، كما يؤدي إلى التأثير على الصحة العامة ذلك أن الضوضاء والأصوات العالية لها تأثير سيء على أعضاء الجسم فقد تؤدي إلى فقدان السمع، وارتفاع ضغط الدم. إذن أن تجاوز حدود السكينة العامة صار خطرا ماثل الوقوع يهدد صحة المواطنين وأمنهم، وبذلك تكون السكينة العامة هي رأس النظام العام وقلبه الذي يغذي عناصره الأخرى ويحتويها [7].

---

[1] – د/ داود الباز، حماية السكينة العامة، مرجع سابق، ص 130، وما بعدها.

[2] – سورة الفتح، الآية 26.

[3] –د /ماجد راغب الحلو؛ قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة الإسلامية؛ ص75؛

[4] – ينظر تفصيل ذلك وبيان أصناف هذه المنشات المرسوم التنفيذي رقم 98/ 339 المتعلق بضبط التنظيم الذي يطبق على المنشات ويحدد قائمتها الجريدة الرسمية العدد 82 الصادرة في 4 نوفمبر 1998؛و ينظر تعليقا عليها أ /دايم يلقاسم بحث سابق ؛ص107

[5] – أ/ دايم بلقاسم؛ الحماية القانونية للسكينة العامة بحث منشور في مجلة العلوم القانونية؛ جامعة تلمسان العدد02 سنة 2004 ؛ص99

[6] – المرسوم التنفيذي رقم 184/93، المؤرخ في 27 يوليو 1993، يتعلق بحماية البيئة، الجريدة الرسمية العدد50، ص 13.

[7] – د/ داود الباز، حماية السكينة العامة، ص 136 وما بعدها، وينظر محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام، ص 75.

4- تأثير السكينة على عناصر النظام العام الأخرى:

4-1- تأثيرها في الأمن العام: من المؤكد أن الإخلال بالسكينة العامة-والذي تسببه الضوضاء- يؤدي حتما إلى المساس بعنصر الأمن العام، لما يسببه من أخطار واختلال في التوازن الحسي والنفسي، وزيادة في التوتر وعدم ضبط الأعصاب والميل إلى التعدي وضعف التحكم في الانفعالات. وطبيعي أن يترتب على مثل هذه الأخطار زيادة المشاحنات والمشاجرات بين الأفراد مما يعكر صفو الأمن العام.[1]

4-2-تأثيرها في الصحة العامة: تؤثر حماية السكينة العامة بدرجة كبيرة في الصحة العامة، نظرا لما تسببه الضوضاء- عامل الإخلال بالسكينة- والأصوات العالية بصفة عامة، من تأثير سيء على أعضاء الجسم. ولا يقف عند الجانب العضوي، بل يتعداه إلى الجانب النفسي والعصبي، علاوة على تأثيرها المباشر والسيئ على قوة السمع وسلامة الأذن وغالبا ما يترتب على ارتفاعها الشديد فقد السمع وارتفاع ضغط الدم.

وفي هذا ينقل **د/ حسني درويش** قول خبير التحكم في الضوضاء (**ليزل بترك**):" أغلب الظن أن معظم الأصوات التي نسمعها في الشوارع تؤذي أذنك ومشاعرك وتؤثر على جميع وظائف أعضائك[2].

وقد دفع هذا التأثير إلى اعتبار الضوضاء نوعا من أنواع تلوث البيئة (تلوث سمعي)، يتسلل إلى الآذان فيصيبها بالضعف والصمم، وتؤكد الأبحاث العلمية أن نسبة ضعف السمع قد تزايد في الأعوام الثلاثين إلى ثلاثة أضعاف عما كانت عليه من قبل[3]. و لهذا وذاك اتخذت مشكلة الضوضاء أبعادا كثيرة، وتجاوز تأثيرها حدود السكينة العامة، وصارت خطرا داهما ماثل الوقوع يهدد صحة المواطنين وأمنهم أيضا .[4]مما يمكن القول معه على حد تعبير **د/ داود الباز**[5]"بأن السكينة هي رأس النظام العام البيئي أو قلبه الذي يغذي عناصره الأخرى ويحتويها".

ب- عناصر النظام العام المختلف فيها.

1-: حفظ الآداب العامة كعنصر من عناصر النظام العام في الفقه الإداري المعاصر:

حتى وقتٍ قريب لم تكن حماية الأخلاق أو الآداب العامة تدخل ضمن عناصر النظام العام ولا تعتبر هدفا يسعى الضبط الإداري لحمايته؛ فلا تتدخل سلطات الضبط لمنع أي نشاط يخل بالأخلاق والآداب العامة ما لم يخل ذلك النشاط بالنظام المادي المحسوس .

أما في الوقت الحاضر فقد أصبح من أهداف الضبط الإداري الاهتمام بالمشاعر الأخلاقية وما تعارف عليه الناس بشأن التقاليد والقيم الخلقية الأساسية والمحافظة على الآداب العامة.

---

[1]- د/ محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام؛ ص75، د/ حسني درويش؛ الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية، ص 142.

[2]- د/ حسين درويش، مرجع سابق، ص142.

[3]-د/ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص 158

[4]-د/ محمد محمد بدران ؛ مضمون فكرة النظام العام، ص77

[5] - د/ داوود الباز؛ مرجع سابق ؛ ص134

إذ توسع القضاء الإداري حديثا في تفسيره للنظام العام كهدف للضبط فجعله غير قاصر على مجرد النظام المادي الملموس.إنما يمتد ليشمل بنطاقه النظام الأدبي والأخلاق العامة. فأباح بذلك واجب تدخل سلطات الضبط الإداري لحماية الأخلاق والآداب العامة؛

وفي هذا الصدد أقر القضاء الإداري الفرنسي باعتبار الآداب العامة والأخلاق العامة عنصرا من عناصر النظام العام، واعترف بذلك **في قضية لوتيسيا** حيث قضى رئيس بلدية في مدينة بالجنوب الفرنسي منع ثلاثة أفلام من العرض بحجة أنها تهدد أخلاق وتربية التلاميذ الصغار فرفعت الشركة صاحبة الأفلام دعوى لإلغاء القرار الصادر من رئيس البلدية ومطالبته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم، لكن مجلس الدولة أصدر حكما في 1959/12/18برفض الإلغاء لأنه قرار من الصلاحيات الضبطية لرئيس البلدية بالمحافظة على الآداب العامة والأخلاق، [1]كما قضت دائرة النقض الجنائية في حكم لها صادر في 1941/07/17م[2]، بسلامة وشرعية لائحة ضبط تحريم على النساء ارتداء ملابس الرجال في الأماكن العامة، كما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن احترام كرامة وشرف الإنسان الآدمي تعتبر عنصر من عناصر النظام العام باعتبارها تدخل في عنصر الآداب العامة[3].

وعلى هذا يمكن أن نستخلص من هذه الأحكام وغيرها؛ أن القضاء يقر قيام نظام عام خلقي مستقل عن النظام العام التقليدي؛ مما يترتب عنه حق الإدارة في التدخل لحماية القواعد الأخلاقية الأساسية التي تمثل الحد الأدنى الخلقي؛[4] وبناء على ذلك تعتبر الآداب العامة والكرامة الإنسانية عنصرا هاما من عناصر النظام العام، فهي تمثل التعبير الخلقي عن فكرة النظام العام، لأنها عبارة عن مجموعة من القواعد الخلقية، الضرورية لقيام وبقاء المجتمع سليما من الانحلال ولما كانت هكذا فإن كل قاعدة قانونية متصلة بها، لا يمكن أن تكون إلا آمرة وبالتالي فهي جزء من النظام العام،رغم تميزها بالنسبية والتغير[5].

2- المحافظة على الأموال العامة:

فالأموال العامة ثروة جماعية يعد الحفاظ عليها حفاظا على النظام العام ويقع على عاتق الإدارة استخدام ما لديها من وسائل ضبطية لحمايتها إذ أن تلك الأموال تعد عنصرا مهما من عناصر المرافق العامة ووسيلة أساسية يتوسل بها المرفق بغية أداء مهامه وواجباته على النحو المنشود. مثل مرافق الصحة والأمن والتعليم التي هي بحاجة إلى أموال ثابتة ومنقولة (كالمباني والمنشآت والسيارات والأثاث المكتبي) لأداء وظائفها وبدون الأموال العامة

---

[1] – د/ فرحات محمد السبكي؛ الضبط الاداري والحياد الوظيفي؛ ص52

[2]- Grass, Crim, 17 Juillet 1941. Dic, 1942, J, 12.

[3] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 437، ففي فرنسا كانت الإدارة لا تتدخل في المعتقدات والعواطف، لكن أحكام مجلس الدولة الفرنسي الحديثة عدلت عن هذا التفسير الضيق، بأن أقر بشرعية تدخل سلطات البوليس الإداري لحماية الأخلاق يمنع عرض الأفلام غير الأخلاقية، الحكم الصادر في 1960/10/14 في قضية" Sité des films marceau" وينظر محمد سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 87.

[4] – ينظر قريبا من هذا المعنى د/ فرحات محمد السبكي؛ الضبط الاداري والحياد الوظيفي؛ ص 55

[5] – د/محمد سعيد جعفور، مدخل العلوم القانونية، ص 121.

تصبح تلك المؤسسات والمرافق عاجزة عن تحقيق أهدافها وبالتالي تتعرض عناصر النظام العام كالأمن والصحة والسكينة إلى الخلل ويتعرض النظام العام بذاته إلى الانتهاك.

ومما لا ريب فيه أن الأموال العامة أصبحت اليوم ترتقي إلى مصاف القيم العليا في المجتمع وتسمو بأهميتها لتكون عنصرا مهما من العناصر الحديثة والمتطورة للنظام العام فأصبح حقيقا على الإدارة أن تستخدم ما أوتيت من سلطات ضبطية لحمايته لان دواعي المحافظة على النظام العام تدعو إلى حماية الأموال العامة

3- فكرة النظام العام الجمالي بالمحافظة على جمال الطبيعة ورواء المدن :

بناء على تعرض عذرية الطبيعة للانتهاك البشري بفعل التلوث البيئي الناجم عن التقدم الصناعي الهائل مما أثر في الأماكن الطبيعية من حيث شمولية اخضرارها ونقاوة هوائها؛ وبذلك فقدت المدينة المعاصرة معالمها لذا بات واجبا فسح الطريق أمام سلطات الضبط الإداري للتدخل وحماية رونق المدن وجمال الطبيعة من التلوث.

ولذلك تجيز القوانين لهيئات الضبط استخدام سلطتها لتنسيق المدن والمحافظة على جمال مظهرها[1].وبهذا ازداد مفهوم النظام العام اتساعا في مجال المحافظة على جمال المدينة ورونقها، وبذلك أصبح الجمال والرونق والرواء غرض آخر من أغراض الضبط الإداري؛ خاصة في مجال إزالة الأوبئة ومصادر الروائح الكريهة التي تهدد النظام العام الجمالي. ولعل هذا العنصر يكون وراء إقدام السلطة التنفيذية في النظام السياسي الجزائري على استحداث **منصب وزير منتدب للمدينة** وتهيئة الإقليم خاصة المدن الكبرى منها.

4-- فكرة النظام العام الحمائي في ظل القانون المعاصر:

أمام تزايد تدخل الدولة لحماية الضعفاء من العمال والفقراء كأثر للثورة الصناعية وانتشار المذاهب الاجتماعية؛ عرفت فكرة النظام العام اتساعا في المضمون بحيث صارت تمثل بحق قيدا على حرية التعاقد في مختلف العلاقات القانونية؛ وعن التحولات التي ظهرت في العلاقات بين الدولة والمجتمع والتي أثرت في اتساع فكرة النظام العام كتب الفقيه Pilard – Etienne يقول:"إن التنظيم اللائحي من حيث مجاله في التدخل... قد عدل قصيدته الاجتماعية، وبالتالي فلم تعد وظيفة الدولة بعد الآن مقتصرة على توفير النظام فقط، وترك الباقي للمبادرات الفردية، ذلك أن فكرة النظام الاجتماعي الطبيعي؛والتي هي ثمرة تفاعل القوى الحية في المجتمع، قد حل

[1] – وقد اقر مجلس الدولة الفرنسي ذلك في حكمه الصادر في 3 حزيران 1938 في قضية (مصانع رينو) حيث اقر المجلس شرعية تنظيم الشعارات واللافتات حول قوس النصر في باريس بما يتناسب مع **الجانب الجمالي للمكان**.

وفي حكم أخر لمجلس الدولة الفرنسي أكد فيه ضرورة استخدام سلطات الضبط في حماية جمال الشوارع وأناقة المدن فاقر بصحة لائحة ضبطية تحظر توزيع النشرات على المارة في الطرقات العامة خشية قيام هؤلاء المارة بتصفحها وإلقائها في الشارع فيتشوه بذلك منظر الطرق والحدائق العامة. فطعن اتحاد نقابات المطابع والنشر في باريس في هذه اللائحة لكونها تتجاوز الأغراض المحددة للضبط الإداري. غير أن المجلس اصدر حكمه بحق هيئات الضبط في إصدار هكذا لوائح تحمي جمال منظر الطرقات وتحافظ على رونق وجمال الأحياء السكنية. وبذلك الحكم أضاف القضاء الإداري غرضا جديدا غير تقليديا لأغراض الضبط لم يكن مسلما به من ذي قبل ثالثا.

محلها نظام كامل اضطلعت به الدولة، خاصة بعد الأزمات التي أوجدتها، وبدوام تلك الأزمات ازدادت تلك التدخلات، ولذلك لم تعد اللائحة مؤقتة بل مستمرة وشاملة و لم يعد الاهتمام فقط بالنشاطات الضارة"[1].

وهذا ما يفسر وجود نظام عام اقتصاديا كما يقول **د/ عادل أبو الخير**[2]." فنظرا للإطلاق في حرية النشاط الاقتصادي للأفراد، والتي يمكن أن تهدد المجتمع والاقتصاد في الدولة، ومن ثم احتمال وقوع مخاطر اجتماعية اقتصادية كبيرة على المجتمع والدولة تهدد استقراره ونظامه ازدادت تدخلات الدولة في شؤون الأفراد تحت الضغوط الاجتماعية والاقتصادية،خشية الإضرار بالنظام العام الاقتصادي في تركه للحرية المطلقة ،مما يعني ضرورة التوجه بمفهوم النظام العام الاقتصادي نحو فكرة الاقتصاد الموجه وما يتعلق بها من حقائق اقتصادية واجتماعية وذلك من خلال تحديد قواعد اقتصادية للنظام العام.

وهذا ما يعرف بالنظام العام الاقتصادي والاجتماعي؛ حيث تسعى الدولة من خلالها إلى تحقيق هدفين: أولهما **حماية الطرف الضعيف** في العقد كالطرف المذعن في عقود الإذعان؛ والعامل في عقود العمل؛ والمستأجر في عقود تأجير الأماكن والمزارع؛ وهي الفكرة التي اشتهرت فيما بعد **بالنظام العام الحمائي**؛ وفي تطور لاحق بسبب الأزمات الاقتصادية العالمية ؛ بدأت فكرة النظام العام الاقتصادي والاجتماعي تنشد هدفا وغاية جديدة تمثلت في **تمكين الدولة من تحقيق خطتها التنموية** في المجال الاقتصادي والاجتماعي وفقا للسياسة التي تعتنقها وتبتغي توجيه الإفراد إليها؛ ووفقا لتخطيط مركزي وهذا ما عرف فيما بعد **بالنظام العام الموجه**.[3]

4-1- تطبيقات فكرة النظام العام الاقتصادي على القانون الاجتماعي في مجال حرية التعاقد:

يرتبط القانون الاجتماعي المعاصر بشقيه قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي في تنظمه لعوامل خارجة عن إرادة كل من طرفي العلاقة القانونية، لذلك كانت الأحكام المتعلقة بهما من النظام العام، حماية العامل من جهة كطرف ضعيف وحفظا للصالح العام من جهة ثانية.

4-1-1- فكرة النظام العام الحمائي في ظل قانون العمل الجزائري:

تمثل قواعد قانون العمل 11/90 بطبيعتها ضمانات تشريعية للعامل كطرف ضعيف في علاقة العمل مما يستوجب إفراغها في قواعد آمرة تحد من سلطة أرباب الأعمال في التلاعب بحقوق العمال التي جاءت نتيجة لنضال قرون من الزمن وبتضحيات وثورات، ولذلك صارت حقوقهم من النظام العام الاجتماعي؛ وهو الأمر الذي دفع بعض الفقه إلى اعتبار قانون العمل من فروع القانون العام[4].

---

[1] - ينظر د/ عادل أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده؛ هامش، ص 197.

[2] - د/ عادل أبو الخير، مرجع نفسه ، ص 204.

[3] - ينظر في مضمون فكرة النظام العام الحمائي؛ د/ محمد حسين عبد العال؛ الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام؛ ص82؛ وينظر أيضا في مضمون فكرة النظام العام الموجه؛ ص98.

[4] - زكي إبراهيم أختوخ، شرح قانون العمل الجزائري في ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، سنة 1988، ص 04.

كما يعد من النظام العام القيود المقيدة من حرية الطرفين سواء تعلق الأمر بعقد مكتوب أو غير مكتوب لأنها تشكل قواعد قانونية آمرة من النظام العام الاجتماعي كالتنازل عن العطلة.[1]

4-1-2- فكرة النظام العام الحمائي في ظل قانون التأمين الاجتماعي:

نظرا لحيوية قواعد التأمين الاجتماعي وتعلقها بالنفع العام والمصالح الجوهرية للجماعة فإنها تنتمي إلى النظام العام، خاصة وأن هذا القانون يرتبط بحماية الطبقات الضعيفة والكادحة داخل المجتمع وتحقيق عدالة التوزيع فيه[2]، وقيامه بهذا الدور هو الذي جعل من قواعده قواعد آمرة يغلب عليه **الطابع الحمائي وليس التوجيهي**؛ مما يترتب عليه عدم جواز الاتفاق على ما يخالف أحكامه؛ ومن ناحية أخرى وحفاظا على حقوق المستفيدين من هذا التأمين لا يجوز التنازل مقدما عن هذه الحقوق فالمستفيد لا يمكنه التنازل عن حق أو ميزة تقررها له هذه التشريعات وإلا عد ذلك نوعا من التنازل عن الحماية المقررة له وهو في الوقت ذاته مخالفة غير مباشرة للقانون[3].

5-حماية المستهلك كعنصر من عناصر النظام العام في ظل عصر العولمة :

لقد شكل قانون 02/89 حماية فعالة على حياة المستهلك بما تضمنه من شروط تضمن توافر مواصفات ومقاييس معينة في كل منتوج أو خدمة تعرض للاستهلاك[4].

إن قانون حماية المستهلك له ذاتية متميزة من خلال ما يوفره من حماية للمستهلك في ما له ونفسه من أخطار المنتوجات والخدمات التي تهدده باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة القانونية.مما يعني أن تحقيق هذه الحماية لا يتم إلا بفرض تنظيم آمر لا يستطيع المنتجون أو الصناع أو المحترفون أو الوسطاء أو كل متدخل في عملية العرض التهرب من الخضوع له[5]، ولذلك عمد المشرع إلى تفعيل هذا القانون بإصدار مراسيم مكملة [6]ضمانا لتطبيقه من خلال وضع نظام لمراقبة المنتوجات والخدمات المعروضة للتحقق من توفر المقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية التي تميزها والتأكد من أن المنتوج يستجيب للرغبات المشروعة للاستهلاك .

وسعيا منه إلى تعزيز الطابع الإلزامي لقواعده تعقبه في مواده الأخيرة بالجزاء الجنائي في المواد من 25 إلى 27 محيلا كثيرا منها إلى قانون العقوبات، وهذا دليل على أن قواعد هذا القانون من النظام العام؛ الأمر الذي دفع

---

[1] – وبناءا عليه يمنع إدراج أي نبد مخالف كالبند المتضمن التنازل عن العطلة المادة 396 من قانون 11/90)، فإن وجدت اعتبرت باطلة والعقد صحيح وتحل محلها النصوص الواردة في قوانين العمل بصفة تلقائية (بقوة القانون المادة136). ينظر إلى رسالة أ/ مقني بن عمار، نظام الإثبات في منازعات العمل والضمان الاجتماعي، المرجع نفسه، ص 14.

[2] – عبد الباسط عبد المحسن، الوجيز في قانون التأمين الاجتماعي، دار الأفراح للتوزيع؛ القاهرة، ص 21.

[3] – عبد الباسط عبد الحسن، الوجيز في قانون التأمين الاجتماعي، المرجع نفسه، ص 22.

[4] – تنص المادة 02 من القانون 02/89 المؤرخ في 89/02/07، كل منتوج سواء كان شيئا ماديا أو خدمة مهما كانت طبيعته يجب أني يتوفر على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن **تمس صحة المستهلك أو أمنه أو تضر بمصالحة المادية**، وتنص المادة 03 من نفس القانونّ يجب أن تتوفر في المنتوج أو الخدمة التي تعرض للاستهلاك المقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية التي تهمه وتميزه.

[5] – بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ص 47.

[6] – ينظر مثلا: مرسوم تنفيذي رقم 266/90؛ المؤرخ في 11ديسمبر1990 التعلق بضمان المنتوجات والخدمات.

ببعض الباحثين[1] إلى تصنيف هذا القانون في زمرة فروع القانون العام لعلاقته الوطيدة بالقانون الإداري في مجال الضبط الإداري حماية لصحة المستهلكين وأمنهم.

وهذا الإطار ظهر القانون المتعلق **بالمنافسة**[2] الذي يهدف في أصل نشأته وطبقا للمادة الأولى منه إلى تنظيم المنافسة الحرة وترقيتها وتحديد قواعد حمايتها قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين معيشة المستهلكين"؛ وبذلك فهو نوع من الضبط التشريعي المستهدف لتنظيم حرية التجارة والصناعة.

كإقدام المشرع على **عملية التسعير الجبري** كقيد على حرية المنافسة التجارية طبقا للمادة 04 والمادة 05 من هذا الأمر؛ والأسعار المقصودة هنا هي أسعار السلع والخدمات الخاصة التي تعتبرها الدولة ذات طابع استراتيجي كالخبز والحليب والغاز. بحيث يمكن للدولة طبقا للمادة 05 اتخاذ إجراءات استثنائية بموجب مرسوم لمدة محددة بعد استشارة مجلس المنافسة للحد من ارتفاع الأسعار أو تحديدها في حالة ارتفاعها المفرط سبب أزمة أو كارثة، أو في حالة لاحتكارات الطبيعية.

وقد منع المشرع **عملية الاحتكار التجاري للسلع** طبقا للمادة 07 منه؛ حيث منعت كل تعسف ناتج عن هيمنة على السوق أو احتكار له أو على جزء منه يتجسد في رفض البيع بدون مبرر شرعي وكذا احتباس مخزون من منتوجات في محالات أو أي مكان آخر مصرح به أو غير مصرح به، كما منع الممارسات والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية إذا كانت تهدف إلى الحد والإخلال بحرية المنافسة لاسيما إذا كانت ترمي إلى عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو انخفاضها طبقا لنص المادة 06.

هذا وقد أتبع المشرع الممارسات المنافية للمنافسة المشروعة بعقوبات خصص لها فصلا كاملا[3] مما يوحي بأنه قانون متعلق بالنظام العام مادام يهدف إلى الحفاظ على استقرار السوق ومنع التجار من التعسف والإضرار بالصالح العام.

6-مبدأ الكرامة الإنسانية كعنصر من عناصر النظام العام:

لقد حظيت الكرامة الإنسانية لكل فرد بالنصيب الأوفر في المواثيق الدولية والإقليمية؛ نظرا لارتباطها حق الإنسان في الحياة، وبذلك صارت قواعد حماية جسم الإنسان وتكامله من النظام العام بحيث يحظر المساس به أو التعامل المالي عليه؛ ومن هذا القبيل تتفق غالبية التشريعات على منع تجريم الإنهاء الإرادي للحمل؛ وكذا الاتفاق على منع تطبيق عقوبة الإعدام؛ وكذا منع قتل الميؤوس من شفائه شفقة عليه؛ فضلا عن تجريم امتهان الجسم

---

[1] – ينظر إلى علي بولحية بن بوخميس؛ مرجع نفسه؛ ص18

[2] – جاء هذا القانون لتنظيم قواعد الشفافية ونزاهة الممارسات التجارية وذلك من خلال إشهار الأسعار "المواد من 53 إلى 57"، إعداد الفاتورة "المادتين 56، 57"، شرعية الممارسات بالتجارية المواد من "58 إلى 60 والمادة"66، حقيقة الأسعار المصرح بها وعدم إخفاء عناصرها "المادة 64"، احترام أسعار بعض السلع والخدمات "المادة 63".وهو صادر بموجب الأمر 06/95 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد. 09، المؤرخ في 1995/02/22 المعدل والمتمم.

[3] – المادة 13 "يعاقب على الممارسات المنصوص عليها في المواد 6، 10، 11، 12 من هذا الأمر بغرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات على أن لا تتجاوز أربع أضعاف هذا الر بح".

البشري حيا وميتا؛ كتجريم الاستنساخ؛ ومن تطبيقات ذلك ما أكده مجلس الدولة الفرنسي على أن كرامة الإنسان تعد من مقومات النظام العام، وعنصر من عناصره التي لا يمكن الاستغناء عنها حيث أن حفظ كرامته تكون في تمتعه بمقومات الكرامة من الشرف وحفظ الاعتبار وحفظ خصوصيته التي يضمنها القانون[1].

ومما يدخل ضمن الكرامة الإنسانية للفرد أيضا؛ بحيث يجب مراعاتها ومنع كل ما يمسها؛ تلك القواعد المرعاة بين الناس والتي تتسم بالاحترام والتبجيل في المجتمع، حتى ولو لم توجد النصوص التي تلزم باحترامها؛ ومعيار أو مقياس ثبات تلك القواعد واحترامها هو أن أي خروج عليها أو عدم مراعاة لها يؤدي مباشرة إلى إيذاء المشاعر العامة للناس أو ما يسمى بخدش الشعور العام.[2]

وصفوة القول أن المضامين التقليدية لفكرة النظام العام إنما هي مضامين نسبية فهي في تنوع وتغير تبعا لحاجة المجتمع؛ ففي ضوء تطور مفهوم النظام العام تهيأ للمشرع وهو ينظم نشاطا معينا أن يخضعه لنوع من الضبط الخاص وبالتالي فرض من القيود ما قد يؤدي إلى إضافة عناصر أخرى غير تقليدية لفكرة النظام العام والضبط الخاص يقيمه المشرع بقوانين خاصة لتنظيم بعض أنواع النشاط غير عناصر النظام العام التقليدية ويعهد بها إلى سلطة إدارية خاصة بقصد تحقيق أهداف محددة مثل حماية الآثار والمحافظة على جمال المدن ورونقها وحماية الأموال العامة .ففكرة النظام العام قابلة لأن تلد عناصر جديدة تضاف لكل عناصرها التقليدية ما بقيت سنة الحياة في الحركة والتطور قائمة.

وعليه فان النظام العام إنما هو عبارة شاملة تمتد أذرعها لتحتضن كل غرض يتدخل النشاط الضبطي لحمايته مما يجعل الفكرة مفتوحة على مصراعيها لدخول العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية، لتؤثر في القانون وتجعله يتماشى وهذه العوامل؛ مما يزيد في اتساع دائرة النظام العام والآداب،بحيث لا يبقى مضمونها مستقرا في صومعة العناصر التقليدية وحدها بل يتسع إلى مجالات أخرى كالنظام الاجتماعي والاقتصادي، والاعتناء بجمال الرونق. وهو ما يجعل منها فكرة قابلة لان تلد عناصر جديدة دائما.

وما على سلطات الضبط الإداري في هذه الحالة إلا بزيادة تفعيل دورها في مجال التدخل الضبطي من أجل وقاية النظام العام وحفظه؛ وذلك عن طريق إعادة تكييف أساليبها لتتناسب وتطور فكرة النظام العام لكي تجابه كل الاعتداءات وتتهيأ لكل أسباب الاضطراب المستقبلي للنظام العام مهما كان الشكل الذي يتخذه ذلك الاضطراب أو الاعتداء. من غير اقتصار على منع الاضطرابات الماسة بالعناصر التقليدية وحدها.

[1] – د/ شريف يوسف خاطر؛ الحماية الدستورية لمبدأ الكرامة الإنسانية؛ دار النهضة العربية؛ القاهرة؛ طبعة2006؛ ص61 وما يليها.

[2] – د/علي الباز، مرجع سابق، ص 198.

ثانيا: عناصر النظام العام الشرعي وتطبيقاتها في ظل حكومة الخلافة الإسلامية.:

ما من شك أن تحديد مفهوم النظام العام الشرعي له أهميته في ضبط وتعداد عناصره التي تلتزم السلطة برعاتها تحقيقا لمقصود الشارع؛ فإذا ما تم التسليم بان المقاصد الضرورية الخمس هي عينها النظام العام الشرعي على ما هو مقرر فيما سبق؛ فان لفقهاء الشريعة السبق في بيان كيفية مراعاتها من طرف الشارع حيث فصل الإمام الشاطبي في موافقاته[1] أن حفظها يتم بأمرين"**أحدهما** ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود أي ما يحقق منافعها؛ **والثاني** ما يدرأ الاختلال الواقع أو المتوقع فيها؛ وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود أي ما يدفع الضرر والفساد عنها". وهو ما تناولته بعض الدراسات الحديثة بالتفصيل على غرار ما قام به د/ يوسف العالم في رسالته للدكتوراه حول المقاصد العامة للشريعة.[2]

غير أن الفقه المعاصر بزعامة الإمام الطاهر **بن عاشور**[3] يقر بأن المقاصد الضرورية هي متعلقة في الأصل بمصلحة الفرد مما يدفع إلى البحث عن مقاصد جديدة على مستوى الدولة بما يحقق مقاصد حفظ نظام الأمة؛ أو ما سماه **د/ جمال الدين عطية** [4]بضرورة تفعيلها وتتميمها؛ وإعادة تقسيمها بما يحقق صلاحية الشريعة كقانون للأفراد وللأمة وللإنسانية جمعاء؛ أي اعتبار حفظ النظام مقصدا إضافيا يستلزم البحث عن ما يقيم أركانه ويثبت دعائمه **من جانب الوجود** والتحصيل؛ والقضاء على كل ما من شأنه الإخلال به بمراعاته **من جانب العدم** بدفع المضرة عنه.

غير أن الباحث في محاولته لاستثمار هذا التطور في الفقه المقاصدي لا يمانع من اعتبار عناصر النظام العام المقررة في القانون الإداري الوضعي عناصر أساسية لمنظومة النظام العام الشرعي على مستوى الأمة؛ فالأمن العمومي في حقيقته أمن الأفراد وممتلكاتهم وأمن لنظام الحكم من شرور الفتن النائمة والتي شرع الله من أجلها حد الحرابة وعقوبة البغي جزاء لكل من يهدد أمن الجماعة واستقرارها ويحارب شريعة الله ورسوله في تحقيق مقصودهما. كما أن حفظ الصحة العامة هو في حقيقته حفظ للنوع الإنساني من الانقراض والحفاظ على خصوبته بالقضاء على الأوبئة العامة وكل ما يضر بيئته من هواء وماء وتراب فهي في بعدها الفقهي تعادل حماية النظام البيئي في الدولة. أما حفظ السكينة العمومية فهو مقرر من أجل حفظ الراحة العمومية والطمأنينة النفسية بما يسمح بحفظ عقل الأمة. إضافة إلى النظام العام الخلقي الهادف إلى حفظ قيم الأمة ومثلها.

---

[1] – الإمام الشاطبي؛ الموفقات؛ ج2؛ ص7

[2] – د/ يوسف العالم؛ المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ؛ المعهد العالمي للفكر الاسلامي1991

[3] – الإمام الطاهر بن عاشور؛ مقاصد الشريعة؛ ص139

[4] – د/ جمال الدين عطية نحو تفعيل مقاصد الشريعة ص139تحت عنوان من الكليات الخمس إلى المجالات الأربع" مجال الفرد؛ مجال الأسرة؛ مجال الأمة؛ مجال الإنسانية" حيث اعتبر حفظ التنظيم المؤسسي للأمة مقصا للشريعة في مجال الأمة" في؛ ص155

بل إن من الباحثين [1]من أرجع الضروريات الخمس إلى ثلاثة الدين والإنسان- (نفسه وعقله ونسله)- والمال؛ ومن هم من أعاد صياغتها في شكل مقومات للمصلحة العامة وقسمها إلى أربع مقومات: وهي **مقومات معنوية** تتمثل في أصلي الدين والعقل؛ **ومقومات اجتماعية** تتمثل في النفس والنسل؛ **ومقومات اقتصادية** تتمثل في حفظ المال؛ **ومقومات نظامية** تتمثل في أصل الإمامة وحفظ نظام الأمة[2]وعلى هذا يمكن اعتبار حفظ نظام الأمة في الدولة مقصدا رئيسيا للشريعة يحصل بقاؤه بتقرير أمنها وصيانة صحة سكانها وتوفير السكينة لمواطنيها.وحماية آدابها وهذا ما سيتم تناول بالتأكيد والتأصيل والتحليل في حدود ما توفر من مراجع على ندرتها؛ في النقاط الآتية:

أولا- حفظ الأمن العام في الشريعة الإسلامية:

تحرص الشريعة الإسلامية كل الحرص على الأمن العام والسلامة العامة؛ وتعنى بهما كل ما يطمئن الإنسان على نفسه وماله وعرضه من خطر الاعتداء.

والأمن يقابل الخوف ويضاده، قال تعالى: "**وليبدلنهم من بعد خوفهم أمنا**"[3] فكل ما يتحقق منه الخوف للإنسان في أمن منه يسمى أمنا. ومن ثم كان الأمن شاملا لكل معاني الحياة ومقاصدها الرئيسية كالنفس والولد والأهل والعرض والمال وغير ذلك من المصالح الضرورية التي إذا جاء للإنسان أمر من الخوف عليها أذاع به إلى السلطات العامة. واضطلاع سلطة الضبط الإداري بتحقيق الأمن العام مقصد أساسي في الشريعة الإسلامية، إذ إن مناط الاحتساب، المنع من الفساد في الأرض وقمع أهل الشر والعدوان.

1- التدابير حماية الأمن العام في الشريعة الإسلامية[4]

تحرص الشريعة غاية الحرص على تحقيق الأمن العام وكفالة السلامة العامة للمجتمع؛ حتى يطمئن الناس على أنفسهم؛ وأموالهم؛ وأعراضهم ودينهم؛ ونسلهم من خطر الاعتداء.

وفي سبيل ذلك سنت الشريعة من العقوبات ما يردع العابثين؛ ويقطع دابر الآثمين؛ تحقيقا للأمن؛ وتوفيرا للاستقرار؛ وكفالة للحماية؛ فمنهجها الوقاية أساس العلاج يظهر ذلك من خلال ما قررته من أحكام تمنع الانحراف وتقي المجتمع من الجريمة قبل وقوعها حيث يتضامن أفراد المجتمع مع الحاكم؛ تعاونا على البر والتقوى؛ ودفعا للاثم والعدوان؛ فالأولوية في الشريعة للتدابير الوقائية في تحقيق الأمن العام

- **أداء العبادات:** التي من أهم حكمها تهذيب السلوك وتزكية النفوس من دوافع الأثرة والشرور بما يحقق الأمن النفسي؛ ومن ثم في عامل حاسم في إحياء الوازع والضمير الديني اليقظ .

---

[1]- د/ عبد السلام الرفعي؛ فقه المقاصد؛ ص9

[2] - د/ فوزي خليل؛ المصلحة العامة من منظور إسلامي؛ مؤسسة الرسالة؛ ط1؛ سنة2003؛ ص203 وما بعدها.

[3]- سورة النور؛ آية 55.

[4]- د/داود عبد الرزاق الباز؛ تدابير حماية الأمن العام في إطار الطبيعة الوقائية للضبط الإداري بين الشريعة والقانون؛ بحث منشور بالمجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب؛ أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية؛ العدد35؛ مارس2003 مرجع سابق؛ص95

– **الدعوة إلى العمل والنهي عن التكسل والتواكل:** بالحث على الضرب في الأرض طلبا للرزق واجتنابا للتسول والتطلع إلى المال بالطرق غير المشروعة.

– **الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر:** لما يمثله من قيام على الخير وتربية للناس على الفضيلة وقاية من ارتكاب المعاصي والجرائم؛ بحيث تشترك الحكومة مع الأفراد في تغيير المنكر وتقويم الانحراف السلوكي المخل بالانفلات الأمني؛ ويترتب على ذلك قيام تعاون وتضامن بين الأفراد والحكام لإقرار النظام وحفظ الأمن ومحاربة الإجرام؛ ولا يخفى ما في ذلك من تدبير وقائي عظيم يقضي على عوامل الفساد قبل ظهورها[1].

ولتحقيق ذلك أجاز الفقهاء للمحتسب أن يؤدب كل من يشكل خطرا على المجتمع؛ ولو لم يرتكب معصية وذلك بالحبس والضرب؛ إلى أن يتوب ويقلع عن ذلك، كمن اشتهر بالإجرام في القتل والاغتصاب والسرقة. وغيرها من المنكرات في حالة العود إليها.

ويمنع المحتسب كل ما من شأنه مضايقة المارة في الطرقات (أشغال الطريق) من بروز الحوانيت (المحال التجارية أو الدكاكين). كما يمنع البناء في الطريق حتى لا يعوق نظام المرور، ويعرض حياة المسلمين للخطر.[2] على النحو المعروف في تنظيم المدن الحديثة.

وبعبارة الماوردي فإنه (أي المحتسب) يقر ما لا يضر ويمنع ما يضر ويجتهد فيما ضر و لم يضر لأنه من الاجتهاد العرفي[3]؛ ويلزم المحتسب أصحاب المباني المتداعية للسقوط بهدمها وإزالة ما يتوقع منها من أضرار.[4]

ويعمل على صيانة الجسور لتوقي البلاد من خطر الفيضان، وما يترتب على ذلك من تعكير صفو الأمن العام.[5] و للمحتسب أن يمنع أصحاب السفن من حمل ما لا تسعه ويخاف منه غرقها، ويمنعهم كذلك من السير عند اشتداد الريح.[6]

وفي شأن الاهتمام بالطريق العام، لا يجوز لأحد أن يطرح القمامة على جدران الطريق، ولا يبدد قشور الفواكه في الطريق خاصة التي تسبب منها الزلق والتعثر كقشور البطيخ والموز ونحوها.[7] ويراعي المحتسب كل ذلك في مباشرته لعمله، وأساس حماية الطريق العام نجده في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "اتقوا الملاعن الثلاث: البراز في الموارد وقارعة الطريق والظل".[8]

---

[1] – د/ داود الباز؛ مرجع سابق؛ ص106

[2] – داوود الباز؛ أصول القانون الإداري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، 1996، ص229.

[3] – الماوردي؛ الأحكام السلطانية، السابق، ص 207.

[4] – د/السيد عبد العليم أبو زيد؛ الضبط الإداري في النظم القانونية المعاصرة وفي الشريعة الإسلامية، ص 235.

[5] – د/ داوود الباز ؛حماية السكينة العامة ؛ص89

[6] – ابن الإخوة؛ معالم القربة في أحكام الحسبة، تحقيق محمد شعبان، وصديق أحمد ، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1976، ص 104.

[7] – موسى لقبال؛ الحسبة المذهبية في بلاد المغرب العربي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر –1971

[8] – ينظر الإمام الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، دار التراث، القاهرة، ج1، ص 85. وقد ذكر رواه أبو داود وابن ماجة وقال إنه مرسل.

ثانيا – حفظ الصحة العامة في الشريعة الإسلامية:

تحرص الشريعة الإسلامية على بناء مجتمع قوي يكون المؤمن القوي فيه خيرا وأحب إلى ربه من المؤمن الضعيف. ولذا حاربت كل ما يضر بالصحة أو يؤذي الجسد، رغبة منها في المحافظة على الفرد والمجتمع في أحسن حالاته الصحية. والشريعة بذلك تبني المجتمع على أساس من الواقع.

فالواقع أنه لا نهضة علمية دون صحة قوية ولا إنتاج متزايد دونها، ولا جهاد بغيرها. وقد حرص الإسلام على إسداء الأوامر والتعاليم التي تؤدي إلى المحافظة على الصحة العامة للمسلمين ومن قبيل ذلك أوامره في مجال صحة البيئة الإسلامية ونظافتها، والتي تبدأ بنظافة البدن والأيدي والأسنان والأظافر والشعر ونظافة الملبس والطعام والشراب والبيوت والمدن والأنهار والآبار. وتعد المحافظة على الصحة العامة ذات منزلة رفيعة في الإسلام بلغت درجة عبر عنها الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله: "الطهور شطر الإيمان".[1] وفي القرآن "**وثيابك فطهر**".[2]

وفي شأن نظافة المسجد كمثال مشرف للأماكن العامة يجب أن تحذو كل المرافق العمومية في الدولة حذوه في النظافة والطهارة يقول رب العزة في كتابه المسطور: "**فيه رجال يحبون أن يتطهروا والله يحب المطهرين**"،[3] وكان **المطهرين**"،[3] وكان الرسول صلى الله عليه وسلم يأمر أصحابه بتغطية أواني الشرب والأكل.[4] ويرسي الإسلام أساس **نظام الحجر الصحي** الذي وضعته القوانين الحديثة، فيطلب من الأصحاء عدم مخالطة المرضى بالأمراض المعدية.[5] و من أخطرها الجذام، فيقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "**فر من الجذام كما تفر من الأسد**".[6]

وروى عن أسامة بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر الطاعون فقال: "بقية رجز أو عذاب أرسل على طائفة من بني إسرائيل، فإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا منها، وإذا وقع بأرض ولستم بها فلا تهبطوا عليها"[7]

وفي سبيل المحافظة على الصحة العامة فإن للمحتسب "سلطة الضبط الإداري" أن يمنع أصحاب العاهات من بيع الأغذية، كالمجذوم وصاحب القروح. ويمنعهم كذلك من استعمال الأماكن العامة[8] تطبيقا لحديث"لا ضرر ولا ضرار".[9]

---

[1]– حديث صحيح رواه مسلم أحمد في مسنده والترمذي كلهم عن أبي مالك والأشعري.

[2]– سورة المدثر آية 4.

[3]– سورة التوبة، آية 108.

[4]– الترغيب والترهيب، الجزء الأول، ص 71.

[5]– د/ ماجد الحلو؛ المرجع السابق؛ ص 312، د/ داوود الباز؛ حماية السكينة العامة؛ ص102

[6] – أخرجه البخاري؛ كتاب الطب؛ باب الجذام وتمامه؛" لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولاصفر فر من المجذوم كما تفر من الأسد"؛ فتح الباري ج10؛ ص160؛ وقريب من هذا المعنى:" لا يوردن ممرض على مصح" متفق عليه.

[7]– حديث صحيح للبخاري ومسلم والترمذي كلهم عن أسامة.

[8]– د/ داوود الباز؛ حماية السكينة العامة ؛ص99؛ نقلا عن يحي بن عمر الأندلسي، أحكام السوق، تحقيق حسن عبد الوهاب، الشركة التونسية للتوزيع، 1975، ص 130.

[9] – الحديث أخرجه الإمام النووي في الأربعين النووية وقال رواه مالك في الموطأ وابن ماجة والبيهقي، وقال الحاكم صحيح على شرط مسلم، ينظر إلى الإمام الصنعاني؛ سيل السلام؛ ج3 ؛ص84 د/مصطفى البغا؛ ود/أحمد مسيو؛ الوافي في الأربعين النووية؛ ص239.

ومن أدق وأوضح اختصاصات مباحث التفتيش وقمع الغش كسلطة ضبط إداري ما ذكره الإمام الشيرازي من أن للمحتسب أن يأمر الخبازين بنظافة أوعية الماء وتغطيتها وغسل المعاجن وتنظيفها، وكذلك ما يغطى به الخبز وما يحمل عليه؛ وعليه أن يأمر العجان ألا يعجن بقدميه، وعليه أن يلبس ثوبا مقطوع الأكمام وهو يقوم بعملية العجين وأن يتلثم حتى لا يعطس أو يتكلم، فيسقط شيء من بصاقه أو مخاطه بالعجين. ويربط على جبينه عصابة بيضاء لئلا يعرق فيقطر منه شيء في العجين، ويحلق شعر ذراعيه لئلا يسقط منه شيء في العجين. وإذا عجن في النهار فليكن عنده إنسان في يده مذبة (مراوح التهوية الآن) يطرد عنه بها الذباب حتى لا يقع في الطعام.[1]

وفي خصوص الشروط الصحية اللازمة لترخيص الأفران، فإن المحتسب يأمر الفرانين بأن ترفع سقائفهم وتفتح أبوابها، ويجعل في سقوف الأفران منافس (مداخن) واسعة، يخرج منها الدخان لئلا يتضرر الناس من ذلك.

وبالنسبة لأصحاب المطاعم ويسميهم الشيرازي (الطباخين)، يذكر الشيرازي أن على المحتسب أن يأمرهم بتغطية أوانيهم، وذلك لحفظها من الذباب وهوام الأرض (الصراصير) وأن تغسل الأواني بالماء الحار(الساخن)، وتمتد سلطة المحتسب إلى باعة الخضروات في الأسواق والمحلات، فيأمرهم ببيعها مغسولة، ويجب أن ينهاهم عن بيع ما به دود من البطيخ والقثاء والتين والرطب.

وبالنسبة لتجار الحبوب، فإن المحتسب ينهاهم عن بيع ما سوس من الباقلاء والحمص وعن خلط القديم بالجديد، يأمرهم أن ينثروا عليه الملح المسحوق ليدفع مضاره.[2] وتظهر بصورة جلية اختصاصات المحتسب في المحافظة على الصحة العامة، فيما يتعلق بسلطته على القصابين (الجزارين)، فيمنعهم من الذبح على أبواب دكاكينهم، وإنما في الأماكن المخصصة لذلك (المقصب: أي السلخانة والمزبحة)؛ حماية للمستهلكين. وينهاهم عن نفخ الذبيحة قبل سلخها، لأن نكهة ابن آدم تغير اللحم وتزفره ولا يذبحوا بهيمة جربة أو ميتة.[3]

ويمنع المحتسب القصابين من إخراج توالي اللحم (الأفخاذ) من حد مصاطب حوانيتهم حتى لا تلتصق بثياب الناس فيتضرروا من ذلك.[4] ويأمر بائعي اللحم بتغطيته لأن الحشرات تدب عليه[5].

ويمارس المحتسب سلطته أيضا على اللبانين، فيأمرهم بتنظيف أوانيهم وغسلها وتغطيتها، ويتعين غسل الأواني التي يبيعون فيها اللبن كل إناء على حدة.[6] كل هذه الاختصاصات للمحتسب في ميدان الصحة العامة من أجل أن يأكل الناس طعامهم، هنيئا مريئا؛ وإذا كنا قد رأينا من سلطة المحتسب أن يأمر بتغطية الطعام وأوانيه، فكذلك الشراب.ويلحق بهذه الأواني الآن في النهى عن كشفها ما دام فيها طعام أو شراب، صناديق القمامة التي تحتوي

---

[1]- عبد الرحمن الشيرازي؛ نهاية الرتبة في طلب الحسبة، تحقيق السيد الباز العريني، دار التراث العربي، ص 22ومابعدها.

[2]- الشيرازي، مرجع سابق، ص 22، وما يليها. وعبد الفتاح الصيفي؛ الحسبة في الاسلام؛ ص254

[3]- داوود الباز؛ أصول القانون الإداري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، السابق، ص230.

[4]- الشيرازي، مرجع سابق، ص 29.

[5]- ابن الأخوة؛ معالم القربة في أحكام الحسبة، المرجع السابق، ص 69.

[6]- الشيرازي؛ مرجع سابق، ص 87.

على فضلات الطعام والشراب؛ فالواجب على سلطة الضبط الإداري أن تشرف بدقة على تغطية هذه الصناديق أو ما يماثلها من أكياس القمامة وصفائحها، بغطاء محكم يحول بينها وبين انبعاث الروائح الكريهة منها، سيما وأنها مرتع خصب للحشرات والبعوض وخصوصا الذباب. وهذا ما عبرت عنه **الدكتورة/ سعاد الشرقاوي** بقولها: "مهما بذل المواطن على المستوى الفردي الخاص من جهد من أجل تحقيق نظافة مسكنه، فلن يتحقق له ذلك ما لم تقم سلطات الضبط بمراعاة شروط النظافة العامة"[1] .

وهذا ما سبق إلى تقريره الشيرازي بشأن اختصاصات المحتسب. وإن تعجب فعجب كما يقول **د/ داود الباز** أنه إذا جاء السبق في مجال التنظيم لأمر ما من قبل الفقهاء المسلمين، يشمئز بعض الذين يخافون من أن يسود الإسلام، وإذا جيء به من قبل أحد فقهاء الأعاجم إذا هم يستبشرون، وسلقوا الذين أبرزوا سبق الفقه الإسلامي بألسنة حداد.

ثالثا– حفظ السكينة العامة في الشريعة الإسلامية: السكينة[2] مصطلح قرآني:ذكر الله تعالى السكينة في القرآن في ست مواضع، من بينها قوله تعالى "هوَ الَّذِي أَنزَلَ **السَّكِينَةَ فِي قُلُوبِ الْمُؤْمِنِينَ** لِيَزْدَادُوا إِيمَانًا مَّعَ إِيمَانِهِمْ"[3] وفي أية أخرى:" لَقَدْ رَضِيَ اللَّهُ عَنِ الْمُؤْمِنِينَ إِذْ يُبَايِعُونَكَ تَحْتَ الشَّجَرَةِ فَعَلِمَ مَا فِي قُلُوبِهِمْ **فَأَنزَلَ السَّكِينَةَ عَلَيْهِمْ** وَأَثَابَهُمْ فَتْحًا قَرِيبًا "[4].

وفي تفسير الآية الأولى يقول الألوسي" المراد بالسكينة: الطمأنينة والثبات من السكون، والمعنى حط السكينة في قلوبهم، فكانت قلوبهم مترلا لها ومأوى، وأخرج ابن جرير والبيهقي في الدلائل وغيرها عن ابن عباس أنه قال: السكينة هي الرحمة، وقيل العقل، ومعنى أنزل السكينة عليهم: أي الطمأنينة والأمن وسكون النفس والربط على قلوبهم بالتشجيع، والسكينة: الاطمئنان والوقار.

ويقول الرازي في تفسير الآية الثانية، والسكينة وجوه، احدها: هو السكون، والثاني،هو الوقار ويقول الشوكاني: أي أنزل عليهم ما يسكنهم فيذهب خوفهم.

ومن مرادفات ما سبق في تفسير السكينة تفسيرهم لقوله تعالى:"هو الذي أنزل السكينة في قلوب المؤمنين" بأن السكينة حين يترلها الله في قلب تكون **طمأنينة وراحة** ويقينا وثقة ووقارا أو ثباتا واستسلاما ورضا.

---

[1]– د/ سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، ص 78.

[2]– السكينة في اللغة. يقال: سكن سكونا، معناها قر واستقر، واستكن معناها، خضع وذل مأخوذة من المسكنة.وستكنه وسكنته، بمعنى سكن الدار، وإذا قلت: اسكنه الله، أي جعله مسكينا. والسكينة معناها: الطمأنينة والوداع والوقار والاستقرار. ابن منظور؛ مادة سكن؛ ج4؛ ص242 وفي الحديث يقول الرسول صلى الله وسلم: "استقروا على سكناتكم فقد انقطعت الهجرة" (قاله الرسول يوم الفتح) أي مساكنكم ومنازلكم، والمسكن معناها المترل.

[3] – سورة الفتح؛ آية 04.

[4] – سورة الفتح؛ أية08.

وفي تفسيرهم لقوله تعالى: "فأنزل السكينة عليهم": يقول: هذا التعبير يرسم السكينة نازلة في هنيـــة وهـــدوء ووقار، تضفي على تلك القلوب الحارة، المتحمسة المتأهبة المنفعة بردا وسلاما وطمأنينة وارتياحا.[1]

فهذه المترادفات تعبر في مجموعها عن المعنى الشامل والوافي للسكينة العامة على نحو يحقق راحـــة الأفـــراد، وهدؤهم ولا يعكر صفو سكينتهم.

ومن تنظيم الله البديع لخلقه، الإشارة إلى اعتبارات الزمان في مراعاة السكينة (ظرف الليل) بقوله:"**الله الـــذي جعل لكم الليل لتسكنوا فيه**" أي لتستريحوا فيه، بأن أغاب سبحانه فيه الشمس، فجعله جل وعز شـــأنه بـــاردا مظلما، وجعل عز وجل برده سببا لضعف القوى المحركة، وظلمته سببا لهدوء الحواس الظاهرة إلى أشياء أخـــرى جعلها أسبابا للسكون والراحة، وهذه المعاني يشملها قوله تعالى: " **هوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ اللَّيْلَ لِتَسْـــكُنُواْ فِيـــهِ وَالنَّهَارَ مُبْصِرًا إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَسْمَعُونَ**"[2].

السكينة في السنة النبوية كما وردت السكينة في عدد من الأحاديث النبوية فعن أبي سلمة بن عبد الـــرحمن أن أبا هريرة قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول:" إذا أقيمت الصلاة فلا تأتوها تسعون، وأتوهـــا تمشون، وعليكم السكينة، فما أدركتم فصلوا، وما فاتكم فأتموا"[3].

قال العلماء في "وعليكم السكينة": الحكمة في إتيانها بسكينة والنهى عن السعي، أن الذاهب إلى صلاة عامد في تحصيلها ومتوصل إليها، فينبغي أن يكون متأدبا بآدابها وعلى أكمل الأحوال.قال النووي[4] في شـــرحه لهـــذا الحديث: السكينة والوقار، قيل: هما بمعنى واحد جمع بينهما تأكيدا، والظاهر أن بينهما فرقا وأن السكينة التأني في الحركات واجتناب العبث ونحو ذلك، والوقار، وفي الهيئة وغض البصر وخفض الصوت والإقبال على طريقه بغير التفات ونحو ذلك.

---

[1] – ينظر في تحليل ومناقشة تفسير مصطلح السكينة عند علماء التفسير؛ د/ داود الباز؛ حماية السكينة العامة؛ دراسة مقارنة ؛ص 102.

[2] – سورة يونس؛ آية 67.

[3] – و في رواية ثانية عن يحى بن كثير، أخبرني عبد الله بن أبي قتادة أن أباه أخبره، قال: بينما نحن نصلي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسمع جلبة، فقال: ما شأنكم؟ قالوا: استعجلنا إلى الصلاة، قال:"فلا تفعلوا، إذا آتيتم الصلاة فعليكم السكينة، فما أدركتم فصـــلوا، ومـــا سبقكم فأتموا"، ومعنى جبلة: أي أصواتا لحركتهم وكلامهم واستعجالهم.

وفي رواية ثالثة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن ثوب بالصلاة، فلا يسمع إليها أحدكم ولكن ليمشـــي وعليـــه السكينة والوقار، صلى ما أدركت وأقضى ما سبقك"

[4] – وفي حديث أبي هريرة قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عليه كربة مـــن كرب يوم القيامة...وما اجتمع قوم في بيت من بيوت الله يتلون كتاب الله ويتدارسونه فيما بينهم إلا نزلت عليهم السكينة.."وقيـــل المـــراد بالسكينة هنا: **الرحمة، وقيل الطمأنينة والوقار وهو أحسن**.

3– وعن الفضل بن عباس وكان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في عشية عرفة وغداة جمع للناس حـــين دفعـــوا، علـــيكم السكينة، وهو كافي ناقته" وهو ذات ما ورد في حديث جابر الطويل في الحج انه كان صلى الله عليه وسلم لما دفع من عرفات إلى المزدلفـــة شنق ناقته القصواء الزمام حتى إن رأسها ليصب مورك رحله ويقول بيده اليمنى:"أيها الناس السكينة" أي ألزموا الســـكينة، و هـــي الرفـــق والطمأنينة. وقال النووي في عليكم السكينة: هذا إرشاد إلى الأدب والسنة في السير تلك الليلة، ويلحق بها سائر مواضع الزحام.

ومن التطبيقات النبوية في حفظ الانتظام العام في عنصره المتعلق بحماية السكينة العامة باعتباره صاحب السلطة الضبطية في الدولة الإسلامية **تحذيره صلى الله عليه وسلم** من التزاحم في الطرق العامة والجلوس فيها لما في ذلك من اختلال في السكينة العامة وتعطيل لبعض الحريات العامة الأساسية كحرية الانتقال والغدو والرواح. للحديث الشريف" إياكم والجلوس في الطرقات؛ فقالوا يا رسول الله ما لنا من مجالسنا بد نتحدث فيها. فقال: إذا أبيتم إلا المجلس فأعطوا الطريق حقه؛ قالوا وما حق الطريق يارسول الله قال: "**غض البصر ورد السلام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر...**".[1] مما يدل على ضرورة تأمين سلامة المارة بالطرق العامة، باعتباره حقا مكتسبا للجميع،[2] كما يفهم أيضا أن هناك تحذير في إشارة إلى أن المقصود هو حفظ النظام العمومي في الشوارع، وغياب الاضطرابات بممارسة كل مسلم لحرياته دون مساس بحريات الآخرين فسعي الناس لقضاء حوائجهم أمر ضروري يخولهم حق التنقل مطمئنين على أعراضهم، فالأصل منع الجلوس في الطرقات لأنها محل لممارسة حرية التنقل ومع ذلك هناك رخصة بجوازها بضوابط بعضها يتعلق بحقوق الغير كغض البصر عن المارين؛ ورد السلام؛ وبعضها يتعلق بحفظ النظام العام واستمراره بوجوب تغيير كل ما يعد منكرا متفقا على تحريمه وإخلاله بالنظام العام الشرعي؛ بأن يكون كل مسلم محتسبا لله ساهرا على تنفيذ شريعته.

وهو ما ينطبق على المدن الحديثة في العصر الحاضر التي أدت إلى ازدحام المدن بالسكان وتكدس الطرقات أثناء المرور عبرها، الأمر الذي يجعل موضوع تحقيق السكينة الدائمة في المدينة المعاصرة، إحدى التحديات التي تواجه السلطة النظامية بقصد توفير الطمأنينة والهدوء بعيدا عن مظاهر الإزعاج والضوضاء .

والحقيقة أنه لا يمكن الإحاطة بها إلا بمعرفة عكسها وهو الإخلال بالسكينة والاضطراب والفوضى، والعامل الأساسي في هذا هو الإخلال هو الضوضاء.

رابعا: النظام العام الأدبي في الشريعة الإسلامية:

لا شك أن المحافظة على الآداب والمشاعر الأخلاقية والدينية في البلاد العربية والإسلامية تعتبر جزءا لا يتجزأ من النظام العام الشرعي ذلك أن البيئة الدينية للمجتمع الإسلامي تفسح المجال أمام سلطات الضبط لمنع أي نشاط قد يشين أو يشوه تلك المشاعر.

ففي مجال العقيدة يجب التركيز على حفظ الإسلام من إندراس أركانه التي بني عليها مما هو معلوم من الدين بالضرورة كأركان الإسلام الخمس؛ وبالمحافظة عليه من الإساءة إليه كدين سماوي تشكيكا في قيمه أو استهانة بأحكامه أو مناهضة لشعائره.

ومن بين صور التي تعد مخالفة للنظام العام المعنوي في الإسلام ظاهرة **الإلحاد** كحالة جماعية معلنة تستوجب تدخل سلطة الضبط لإخراج الناس من عبادة العباد إلى عبادة رب العباد وهي الدعوة التي تشترك فيها جميع الشرائع السماوية لان الدين واحد عند الله.

---

[1] – صحيح مسلم؛ بشرح النووي؛ رياض الصالحين؛ باب الأمر بالمعروف؛ دار الكتب العلمية؛ بيروت ج14؛ط1 سنة 1992؛ ص142

[2] – د/عبد الفتاح الصيفي؛ الحسبة في الإسلام، دار النهضة العربية؛ سنة 2004؛ ص246.

ومن بين الصور أيضا ظاهرة الارتداد الجماعي إما بالنفاق أو بإعلان العداوة على جماعة المسلمين الأمر الذي أدى بخليفة رسول الله لان يندفع رغم معارضة الصحابة له إلى محاربة المرتدين في مختلف القبائل التي كفر بعضها وأنكر بعضها الأخر بعض تعاليم الإسلام.

وجدير بالإشارة أن هذا النفاق أو الارتداد يجب أن يظهر في سلوك خارجي ملموس بدعة تقال أو فعلا مجاهر به؛ أما إذا كان مجرد أحاسيس ومشاعر داخلية في ضمائر أصحابها فلا يجب تدخل سلطة الضبط لما في ذلك من تأثير على النظام العام المعنوي من جانب آخر[1].

ولذلك يلاحظ أن النبي عليه الصلاة والسلام حين أشير عليه بقتل من ظهر نفاقه وبدت نواياه نحو إحداث الفتنة بين المسلمين كعبد الله بن أبي بن سلول قال باعتباره صاحب السلطة التنظيمية الضبطية مراعيا لظروف الزمان والمكان:" **أخاف أن يتحدث الناس أن محمدا يقتل أصحابه**"فيساء إلى الإسلام مما يعني كما يقول د/ عبد الحميد متولي[2] أن من **النظام العام** ضرورة الحرص على **سمعة الحكم الإسلامي وإعلان ما يجب أن يكون له في النفوس من مقام.**

وهذا رغم أن نفاقه كان نفاقا عقائديا وليس مجرد نفاق عملي؛ بدليل **الائتمار** برسول الله والكيد له؛ حسدا من عند نفسه كونه قضى على طموحه السياسي في المدينة حيث كانت الخزرج قد أجمعت على أن يتوجوه ويملكوه أمرهم قبل الإسلام وظهور محمد وبيعة العقبة؛ لكنه صلى الله عليه وسلم؛ مع علمه بذلك ترفع تماما عن المساس به وبعصبته؛ رغم مواقف المنافقين المخذلة في العديد من المواقع تعليما لامته وقيادتها الراشدة من بعده كيف يتعامل الحاكم بشرع الله مع خصومه السياسيين؛ وأن التصفية الجسدية لزعماء المعارضة مهما بلغوا في التطرف غير مشروعة.

ويتأكد هذا الفهم والمعنى بالتأمل في واقعة **الرجوع بثلث الجيش** في غزوة أحد؛ وبوصف الرسول في أعقاب غزوة بني المصطلق **بالأذل**- عزه الله –عليه السلام-؛ وهي الواقعة التي خلدها القرآن في قوله تعالى:" **يَقُولُونَ لَئِن رَّجَعْنَا إِلَى الْمَدِينَةِ لَيُخْرِجَنَّ الْأَعَزُّ مِنْهَا الْأَذَلَّ وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ وَلَكِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَا يَعْلَمُونَ**"[3]؛ حينها قال ابنه عبد الله للنبي –ص- " هو والله الذليل؛ وأنت العزيز يا رسول الله؛ إن أذنت لي في قتله قتلته.- وهو ما هم به عمر – ض- أيضا.." فقال النبي عليه السلام؛ "**بل نحسن صحبته ونترفق به ما صحبنا- أي ما لم يشكل حركة مسلحة متمردة-؛ ولا يتحدث الناس أن محمد يقتل أصحابه؛ ولكن بر أباك وأحسن صحبته**"؛

[1] - د/حلمي الدقدوقي؛ مرجع سابق؛ ص674

[2] - د/ عبد الحميد متولي؛ الشريعة الإسلامية كمصدر للدستور؛ ص148

[3] - سورة المنافقون؛ آية08.

فقد كان يستحق في كل واحدة منها؛ عقوبة المرتد؛ ولكن لم يحكم عليه بذلك مراعاة لمقصد حماية حرية المعارضة؛ وتغليبا لمصلحة سمعة النظام السياسي في المجتمع الدولي في الحال والمآل.[1]

أما في مجال الأخلاق فان الحد الأدنى منها في المجتمع الإسلامي الذي يستوجب تدخل السلطة التنظيمية فيقتصر على الأخلاق الجماعية كما في حديث النهي عن الجلوس في الطرقات الذي سبقت الإشارة إليه.

وكذا حديث النهي عن المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال في تليين الكلام وتزيينه وفي اللباس وفي المشية. ولعل من أشهر ما يستدل به عمليا إقدام أمير المؤمنين عمر بن الخطاب- ض- على إبعاد نصر بن حجاج لما علم منه بالخروج عن مظهر الحال وافتتان نساء المسلمين به رغم عدم ثبوت الجريمة عليه لعدم ثبوت القصد الجنائي خلافا لما يراه عبد الحميد متولي[2] في تعليقه على هذه القضية "أن مبادئ العدالة في عصرنا لا تجيز توقيع العقاب على فرد إلا لجرم ثابت لا لجرم يحتمل ارتكابه في المستقبل ..." غير أن **عمر**-ض- فعل ذلك ليس تطبيقا لحكم جنائي مبني على الاحتمال وإنما **لا يعدو أن يكون مجرد إجراء من إجراءات الضبط الإداري حماية للنظام العام المعنوي في الإسلام** على حد تعبير د/ حلمي الدقدوقي.[3]

خاصة وان فتنته عمت أكثر من امرأة أحصاها عمر بنفسه من خلال الدوريات الليلية التي كان يقوم بها دوريا؛ بل وصلت كما في بعض الروايات إلى التغني بالخلوة معه.

الأمر الذي يستتبع التدخل السريع لوقاية النظام العام حماية للآداب الإسلامية العامة في تلك الظروف المحلية التي تتطلب التدخل العاجل، مما يعني اعتبار **حفظ أعراض المسلمين عنصرا من عناصر النظام العام الشرعي**.

مقارنة جزئية:

في نهاية هذا الفرع المتعلق بتحديد عناصر فكرة النظام العام في الشريعة والقانون يلاحظ أن تحديد هذه العناصر مسألة في غاية الأهمية كونها مرتبطة بضبط فكرة النظام العام التي ستتخذها السلطة هدفا لأعمالها المقيدة للنشاط الفردي وللحريات العامة؛ ومن ثم كانت هذه الأهمية؛ ولذلك اتجهت محاولات الفقه إلى تحديد عناصرها

---

[1] -. ينظر تحليلا قريبا من هذا عند د/ طه جابر العلواني؛ لا إكراه في الدين- إشكالية الردة والمرتدين من صدر الإسلام إلى اليوم؛ مكتبة الشروق الدولية القاهرة؛ ط1؛سنة 2003؛ص68؛ حيث يعتقد فضيلته بناء على هذه الواقعة وغيرها بأن جريدة الردة ليست حدا وإنما عقوبتها التعزير؛ ناعيا على بعض الأنظمة العربية إقدامها على تنفيذ حد الردة أو الحكم بالإعدام علي بعض المواطنين صدر عنهم ما يفهم منهم حرية الكفر كسلمان رشدي وفتوى الإمام الخميني سنة 1989 بإهدار دمه ورصد جائزة لقاتله؛ وفرج فودة؛ ونوال السعداوي؛ ونصر أبو زيد؛ وحسن حنفي؛ وغيرهم كثير من وسائل الإعلام المعاصرة؛ ينظر تفصيلا حول هذه الوقائع ووجهة نظر فضيلته حول؛ د/ العلواني؛ المرجع نفسه؛ ص 8 وما يليها. ود/ محمد سليم العوا؛ الحق في التعبير؛ دار الشروق؛ط2؛ 2003؛ ص64؛ حيث تساءل في أعقاب الحكم بالتفريق بين د/ نصر أبو زيد وزوجته بسبب أفكاره التي رأت فيها المحكمة خروجا عن الإسلام وردة عنه؛ هل يوجب الإسلام قتل المرتد؛ ينظر تفصيلا في المرجع نفسه الذي خصصه لقضية تكفير د/ ابو زيد؛ الضبط الاداري دراسة مقارنة، .ص 65

[2] – د/ عبد الحميد متولي ؛ مبادئ نظام الحكم في الإسلام؛ص270

[3] – الذي رد منتقدا منطق د/ عبد الحميد متولي صاحب ذلك القول حيث قال:" وهذا الرأي مع مكانة صاحبه يقبل المناقشة لان من مبادئ العدالة في عصر عمر قوله تعالى"**إن بعض الظن إثم" ينظر** د/ حلمي الدقدوقي؛ مرجع سابق؛ ص675.

بدقة؛ رغم تسجيل الباحث على أن هناك شبه إجماع على قابلية فكرة النظام العام لاحتواء عناصر جديدة وليدة التطور الاجتماعي والاقتصادي؛ ومع ذلك تبقى عناصر الأمن والصحة والسكينة أهدافا أساسية للسلطة النظامية في كلا النظامين؛ نظرا لارتباطها بمصالح ضرورية وأساسية لدوام نظام الحياة واستقرار الأوضاع؛ وغياب الفوضى.

فالأمن شرط للحياة وللتعبد؛ والصحة شرط للبقاء والسلامة البدنية؛ ولحفظ الأنفس ولمباشرة الوظائف؛ والسكينة دليل على الهدوء والاستقرار والراحة النفسية.بحيث يترتب على اختلالها اختلال **نظام العالم** .

الفرع الثاني:نطاق إعمال فكرة النظام العام في الفقه القانوني الوضعي والفقه الإسلامي.

تعد فكرة النظام العام من الأفكار السائدة في جميع فروع القانون وتلعب دورا على جانب كبير من الأهمية في النظام القانوني؛ إلا أن تطبيقاتها تختلف باختلاف طبيعة كل قانون حسب الغرض الذي يراد تحديد مدلولها من أجله. فهي فكرة تعبر عن سمو المصلحة العامة وعلوها على المصالح الخاصة؛ ولذلك فانه يتعين أن يباشر النظام العام دوره في جميع المجالات التي يجب أن يتأكد فيها هذا السمو.[1]

ولقد حاول بعض الفقهاء حصر النظام العام في دائرة روابط القانون العام وهذه نظرة فردية متطرفة يكذبها الواقع[2]، فالنظام العام يدخل دون شك في دائرة القانون الخاص ولا يقتصر على نطاق القانون العام ذلك أننا نجد اليوم الكثير من قواعد القانون الخاص قواعد آمرة متصلة بالنظام العام من أجل المحافظة على شكليات معينة بغرض تحقيق مصلحة عامة أو حماية طرف ضعيف في العلاقة لتحقيق توازن واستقرار اجتماعي بما يحقق مصلحة كلية للمجتمع أو تحديد مجالات يمنع التعامل فيها تحت طائلة البطلان، خاصة في ظل تزايد تدخل الدولة في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية .

وعلى هذا لا يمكن التسليم بحصر النظام العام في دائرة روابط القانون العام فالنظام العام يدخل أيضا في دائرة القانون الخاص؛ فالواقع كما يقول د/ السنهوري[3] عدم استطاعة حصر النظام العام في دائرة دون دائرة أخرى؛ كونه شيئا يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة "**مصلحة عامة**"؛ الأمر الذي يتعذر معه وضع قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديدا مطلقا يسري على كل زمان ومكان.

وجدير بالإشارة أنه لا سبيل إلى حصر تطبيقاته فهي فكرة كامنة في جميع القوانين ومن ثم فلا يسع في هذا الصدد إلا إيراد تطبيقات متنوعة على سبيل التمثيل غير قاصدين إلى حصر مسائله معتمدين على معيار المصلحة العامة؛ولذلك سيتم التمثيل ببعضها إما لشهرتها كونها تمثل الشريعة العامة لغيرها كالقانون المدني والقانون القضائي.أو لأهميتها بحيث يكون غيرها مكملا لها كالقانون الجنائي بحيث توجد معه قوانين مكملة له كقانون الصحة؛أو لتعلقها بممارسة الحريات كالقوانين الأساسية- العضوية- مثل قانون الأحزاب ؛ والانتخابات والإعلام. وفي الشريعة الإسلامية وجدت محاولات لتقصي ما يعد من تطبيقات النظام العام الشرعي بالاعتماد على قطعية

[1] - د/ محمد عيد الغريب؛ النظام العام في قانون الإجراءات الجنائية ؛ دار النهضة العربية – القاهرة- ط20006؛ ص07

[2] - د/محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام، ص 27.

[3] - د/ عبد الرزاق السنهوري؛ نظرية العقد ؛ ج1؛منشورات الحلبي بيروت ؛ط02؛ سنة 1998؛ص496

النص في الثبوت والدلالة كمعيار لاعتبار القاعدة الشرعية من النظام العام الشرعي وهذا ما سيتم تناوله بما يناسب إشكالية هذه الرسالة بالمقارنة على النحو التالي: وهذا ما سيوضح من خلال ثلاثة عناصر:

أولا: تطبيقات فكرة النظام العام في بعض مجالات القانون الخاص.

ثانيا: تطبيقات فكرة النظام العام في مجال القانون العام.

ثالثا: نطاق تطبيق فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية.

أولا: تطبيقات فكرة النظام العام في نطاق القانون الخاص في الجزائر.

استقر الفقه منذ القدم على انه لا سلطان للإرادة في رحاب القانون العام؛ أما في مجال القانون الخاص فالأمر مختلف؛ إذ يتقلص دور الإرادة كثيرا ففي القانون الخاص تتمتع الإرادة بنفوذ هام مما يعني أن إرادة الأطراف كافية بذاتها لإنشاء التصرف القانوني وترتيب أثاره؛ ذلك أن هدف القانون الخاص هو تنظيم علاقات الأفراد في معاملاتهم على أساس التعادل في الوسائل والأهداف، نظرا لان الأصل هو تمتعهم بحرية المبادرة في التصرف أو الامتناع عنه تحقيقا لمصالحهم الذاتية؛ وهذا ما جعل نصوص القانون الخاص في الكثير منها مكملة ومفسرة للإرادات الفردية، لكن هذا لا ينفي أن هناك قواعد كثيرة متعلقة بالنظام العام لاسيما القواعد الشكلية منها، نظرا لاتصالها بالنظام القضائي للدولة وحماية للطرف الضعيف في العلاقة القانونية[1] ؛ ويبدو ذلك جليا في القانون الدولي الخاص، إذ يظهر فيه النظام العام كقيد على قواعد الإسناد لمصلحة القانون الوطني في حين يظهر في الأول كقاعدة إجرائية يترتب البطلان على مخالفتها.

أما بالنسبة للقواعد الموضوعية فالنظام العام يظهر كقيد على حرية المتعاقدين لا يجوز لهما الاتفاق على ما يخالفه، ومن ثم أصبحت هذه الفكرة مصدرا للقيود التي ترد على التصرفات القانونية سواء أثناء إنشائها أو في تحديد آثارها؛[2] كما أصبحت أيضا؛ معيارا لتميز القواعد الآمرة عن القواعد المكملة إلى حد أصبح القول معه أن فكرة النظام العام هي إحدى الأفكار الفنية للقانون الخاص على حد تعبير **د/ محمد بدران**[3]؛ رغم تحفظ الباحث على هذا التعميم؛ من حيث أنه ليس كل قاعدة آمرة بالضرورة هي من النظام العام؛ بل توجد قواعد أمرة كثيرة في المنظومة القانونية رغم عدم تعلقها بالمصالح العليا للجماعة وإنما من اجل جعل توقيع جزاء مادي على مخالفتها.. وهذا ما سيتم إبرازه بإظهار بعض تطبيقات الفكرة بما لا يضر بإشكالية البحث مع التركيز على القوانين التي تمثل الشريعة العامة لفروع القانون الأخرى والقوانين التي لها خصوصيتها في مجال تعلقها بالنظام العام..

1- تطبيقات فكرة النظام العام في القانون المدني

يعتبر القانون المدني الشريعة العامة بالنسبة لفروع القانون الخاص ، إذ تطبق قواعده في كل ما لا يوجد بشأنه نص خاص؛ ويتناول موضوعه تنظيم المعاملات المالية أساسا؛ وبعض الأحكام العامة في مواد الأحوال الشخصية،

[1] - د/عبد الرزاق السنهوري، الوسيط شرح القانوني المدني، مرجع سابق، ص 438.

[2] - د/ محمد حسين عبد العال؛ الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام؛ ص46.

[3] - د/محمد محمد بدارن، مضمون فكرة النظام العام، مرجع سابق، ص 29.

تاركا تفصيلها لقواعد الشريعة الإسلامية كما هو الحال في القانون المدني الجزائري الذي أحال مسائل الأحوال الشخصية إلى قانون الأسرة 11/48 التي المؤرخ في 09 جوان 1984، المعدل والمتمم.

1-1- في مجال الأحوال الشخصية: لما كانت الأسرة هي أساس المجتمع كان من الطبيعي أن تتعلق كل قواعد الأحوال الشخصية بالنظام العام،[1] بما فيها أحكام الأهلية والنسب والعدة وأحكام الميراث. وجدير بالإشارة أن التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري بمقتضى الأمر 02/05[2] قد اعتبر قضايا الأحوال الشخصية من النظام العام طبقا للمادة 03 مكرر منه؛ ونصها" تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون" مما يخول تفعيل دور النيابة العامة في التدخل وجوبيا؛ وليس جوازيا[3] في جميع القضايا التي لها علاقة بمنازعات تطبيق هذا القانون باعتبارها طرفا أصليا في النزاع؛ ومن ثم تعتبر قواعد من قبيل الضبط التشريعي المقيدة لحرية تكوين الأسرة في النظام القانوني الجزائري.

1-2: في مجال الأحوال العينية (المعاملات المالية): الأصل أنه متى كانت روابط المعاملات المالية محققة لمصلحة عامة فإنها تعتبر من النظام العام، ومن هذا القبيل تلك الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي في البلاد، فهي تارة تفسح المجال للنشاط الفردي، وطورا تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف، ومن ذلك أيضا الأحكام التي تكفل حماية الغير حسن النية؛[4] ولما كان من المستحيل على المشرع وضع قائمة جامعة مانعة لكل ما يعتبر مخالفا للنظام العام فقد جاء بقاعدة عامة مقتضاها أن العقد **باطل** إذا كان **محل الالتزام أو سببه** مخالفا للنظام العام؛ أو الآداب العامة- إذ قد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه لأن ذلك غير مشروع، كالنص الذي يحرم التعامل في تركة مستقبلية مثلا، فيمكن القول إذن أن المحل يكون غير مشروع إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب سواء ورد نص في القانون بتحريمه أو لم يرد[5].

هذا عن المحل ويشترط القانون ذات المشروعية في السبب بنص المادة 96 من القانون المدني والتي تدل على أنه لا يشترط في السبب في القانون الجزائري إلا شرط واحد وهو أن يكون مشروعا.[6]

والجدير بالذكر هنا أن القانون قد ربط النظام العام بالآداب العامة في المادتين 96 و 97 من القانون المدني باعتبارها الشق الخلقي منه، فهي لازمة للمحافظة على أخلاقيات المجتمع من الانحلال، لذلك اعتبر كل عقد مخالفا

---

[1] - د/سعيد جعفور، المدخل للعلوم القانونية، ص120، د/حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف،2002.ص 83.

[2] - الأمر الرئاسي رقم 02/05المؤرخ في 27 فبراير2005المعدل والمتمم لقانون الأسرة؛ الجريدة الرسمية العدد15 لسنة 2005.

[3] - بن داود عبد القادر؛ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد؛ موسوعة الفكر القانوني؛ دار الهلال؛وهران؛ ص58

[4] - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 447.

[5] - د/ بلحاج العربي؛ النظرية العامة لالتزام ؛ مرجع سابق، ص 147.

[6] - وفي هذا قضت المحكمة العليا أنه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير المشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن عقد إيجار المترل المتنازل عليه معد لاستغلاله في الدعارة فإن قضاة المجلس بمناقشتهم هذا العقد واعتماده كوثيقة رتب عليها التزامات بالرغم من بطلانه بطلانا مطلقا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض" المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر في 1987/04/12 ملف رقم 098-93، بالحاج العربي، المرجع نفسه، ص 168.

لها باطلا بطلانا مطلقا ومن أمثلة ذلك العقود المتعلقة بالعلاقات الجنسية خارج الزواج أو استغلال بيوت الدعارة، وكل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان- واستثني من ذلك الرهان الرياضي والرهان الخاص بالسباق طبقا للمادة 612 من القانون المدني؛ مما يعجل من فكرة الآداب العامة قيدا على الحريات فيما بين الرجل والمرأة في التشريع الجزائري؛ رغم عدم ترتيب قانون العقوبات لجزاء على العلاقات الجنسية بين بالغين رجل وامرأة غير متزوجين؛ حيث اعتبر عقوبة الزنا ليس جزاء على فعل الزنا وإنما عقوبة للخيانة الزوجية.

وبما أن المشرع الجزائري لم يعرف الآداب يبقى القاضي هو الحارس الأمين على كيان الجماعة ومن ثم وجب عليه حماية الأسس الخلقية والمبادئ الأدبية التي تسود في العلاقات الاجتماعية – وتلعب قواعد الفقه الإسلامي دورا جوهريا في تحديد مفهومها باعتبار الإسلام دين الدولة.

1-3- القواعد الخاصة بحماية الطرف الضعيف في العلاقة المدنية:

ومن أمثلتها ضمانات حماية المتعاقد بصدد عقود الإذعان من الشروط التعسفية التي يفرضها الطرف القوي طبقا للمادة 110من قانون المدني الجزائري المعدل.

وخلاصة القول أن ما يحرمه القانون بنص ليس وحده الذي يمس النظام العام والآداب، فقد أدى اتساع وظائف الدولة في العصر الحديث إلى توسيع نطاق النظام العام، ومن هنا كانت المصلحة العامة الاقتصادية من بين الأسس التي يقوم عليها النظام العام الجزائري والتي يجب على القاضي مراعاتها عند تقدير مشروعية الاتفاقات الفردية، وعليه أن يستلهم المصلحة العامة ويتقيد بالنظم والآداب السائدة في مجتمعه، ومن ثم كان الفصل في مسألة النظام العام والآداب العامة مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع، لرقابة المحكمة العليا فالقاضي يكاد يكون مشرعا في هذا النطاق.

2- تطبيقاها في نطاق القانون الدولي الخاص:" فكرة النظام العام الدفاعي"

تستخدم فكرة النظام العام في إطار هذا القانون وفقهه **بوصفها وسيلة دفاعية** باعتبارها صمام أمن يحمي المجتمع الوطني من القوانين الأجنبية التي تقضي قواعد الإسناد بتطبيقها اذ يراد بها استبعاد إعمال القانون الأجنبي واجب التطبيق الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية لمصلحة القانون الوطني –أي قانون دولة القاضي- فيما إذا ثبت للقاضي أن هذا القانون الأجنبي لا يتفق مع الأسس التي ينبني عليها النظام القانوني لدولته؛ فهدفه الأخير هو ابتغاء الصالح الكلي للدولة وصيانة أسسها وقيمها العليا[1].

وبالنسبة للمشرع الجزائري فانه قد يسمح بتطبيق القانون الأجنبي إذا نصت عليه قواعد الاستناد الوطنية، لم يكن مخالفا للنظام الأساسي لدولة القاضي، أما إذا كان غير موافق لهذه المبادئ فلا يمكن تطبيقه ذلك أن فتح الباب من طرف المشرع لتطبيق القانون الأجنبي لا يعني حتما منح توقيع على بياض لجميع تشريعات العالم[2]، وهذا ما يسمى بمخالفة النظام العام و بالتالي استبعاده.

---

[1] – د/ عماد طارق البشري؛ فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق؛ المكتب الإسلامي بيروت ط01؛ سنة2005؛ ص67وما بعدها.

[2] – د/ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2002، ص 166.

2-1 مفهوم الدفع بالنظام العام: لذلك أصبحت كصمام أمان تمكن القاضي من بسط رقابته على القانون الأجنبي، ولتقدير مدى منح أو منع تأشيرة الدخول إلى إقليم دولته، من خلال قواعد الاستناد الوطني[1].

إذن فالنظام العام أصبح يشكل عنصرا مشوشا لآلية التنازع الطبيعية[2]، والأخذ به يكون لحماية مصالح جوهرية جديرة بالحماية ومعرضه للخطر في دولة القاضي، إذن فتطبيق الأجنبي يجب أن يكون مراقب حتى لا يسمح بتطبيق أوضاع غير مستساغة في دولة القاضي، وهذا هو موقف القانون المدني الجزائري في المادة 24 منه "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب في الجزائر"، وهو موقف معظم تشريعات في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق والمختلف في حكمه مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي؛ وعليه يكون اثر فكرة النظام العام واضحا في استبعاد قانون أجنبي مختص إحلال القانون الوطني محل[3] حماية النظام العام الوطني.

2-2-أحكام الجنسية والنظام العام: تمثل قواعد الجنسية وأحكامها أحد معالم فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص بل تدخل في صميم كيان الدولة فتنظيمها يتعلق بسيادة الدولة لاتصالها بالنظام العام من جهة ولكونها من عناصر النظام الحالة الشخصية من جهة أخرى فالجنسية باعتبارها رابطة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة ترتب التزامات على الطرفين منها الالتزام بالولاء والذي يترتب عنه تمتع حامل الجنسية للحقوق السياسية[4].

3- " فكرة النظام العام الإجرائي"

يقسم القانون عند البعض إلى قانون موضوعي؛ وقانون إجرائي؛ وعادة ما يكون القانون الإجرائي محدد لإجراءات التقاضي للدفاع عن المصلحة التي يحميها القانون. وبالتالي يتدخل المشرع ليضع مراحل للمطالبة بالحق؛ غير أنه ليست كل قواعد قانون الإجراءات الجزائية من النظام العام إذ الأصل أنه قانون مختلط رغم أنه يعتبر دستورا للحريات وتطبيقا لقانون العقوبات الذي يعد من النظام العام.

ويرجع ذلك إلى أن نصوصه بعضها متعلق بحماية مصلحة المجتمع في تحقيق تنفيذ حق الدولة في العقاب؛ بحيث تشكل وظيفة الضبط القضائي من خلال مرحلة التحريات الأولية التي تسبق مرحلة التحقيق القضائي؛ وسيلة هامة وضرورية لهذا القانون في حماية النظام العام بقمع الجريمة وتتبع مرتكبيها؛ ومن ثم تقديمهم للعدالة؛ وبعضها الأخر

---

[1] – ويتعين على القاضي في هذا الصدد أن يكون متفتحا على القانون الأجنبي ومتفهما لدور قاعدة الإسناد، ودور الدفع بالنظام العام، وهكذا شبه الفقهاء النظام العام بالفرس الجامع الذي يحتاج إلى فارس (قاضي) متمرس لترويضه، أو سلاح ذي حدين ينبغي التعرف على كيفية استعماله والاحتراز منه، د. طيب زروقي؛ المرجع نفسه؛ ص 242، وما بعدها.

[2] – اسعاند موحند، القانون الدولي الخاص ؛ ترجمة فائز أنجق ، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989، ص 241.

[3] – ينظر في تفصيل أثر فكرة النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي بحجة النظام العام إلى: د/ موحند اسعاند، مرجع سابق، ص248. طيب زروتي، مرجع سابق، ص 253. ود/ أعراب بلقاسم ، المرجع نفسه، ص 180.

[4] – د/ عماد طارق البشري ؛مرجع سابق ؛ص352.

متعلق حماية الفرد من تعسف سلطة الضبط القضائي وتحديد لضمانات المتهمين أثناء الخصومة الجنائية[1]. وبعضها مرتبط بفكرة البطلان المتعلق بالنظام العام إطار قانون الإجراءات الجزائية هو الذي يترتب نتيجة مخالفة القانون الذي يحدد اختصاص مختلف الجهات القضائية، وقواعد التنظيم القضائي وحسن سير العدالة. كضرورة التحقيق والاستجواب قبل الإحالة على المحاكمة[2].

وعلى هذا تعتبر إجراءات تحريك الدعوي العمومية ومباشرتها وتقادمها وآجالها وقواعد الاختصاص خاصة الاختصاص النوعي؛ والقواعد المتعلقة بتشكيل الجهات القضائية كلها من النظام العام[3]، الذي يترتب عليه البطلان المقرر للصالح العام أو البطلان المطلق بحيث لا يجوز التنازل عنه، بل يجوز التمسك به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا كما أن لهذه الأخيرة أن تثيره من تلقاء نفسها؛ ومن أمثلة ذلك ما نصت المادة 159 فقرة 02 من ق.إ.ج على ما يلي: "ويترتب البطلان أيضا إذا ترتب على مخالفتها **إخلال بحقوق الدفاع أو حقوق أي خصم في الدعوى**".

ويجوز لغرفة الاتهام باعتبارها جهة استئناف أثناء التحقيق القضائي أن تصرح ببطلان الإجراءات من تلقاء نفسها إذا اكتشفت حالة من حالات البطلان بمناسبة النظر في صحة إجراءات الدعوى إثر استئناف أحد الأطراف في أمر من أوامر قاضي التحقيق حتى وإن لم يقدم لها طلب في هذا الشأن وفق ما تقضي به المادة 191 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري

ثانيا: إعمال فكرة النظام العام في مجال القانون العام في النظام القانوني الجزائري:

إن لفكرة النظام العام تطبيقات عديدة أيضا في مجال أفرع القانون العام المختلفة، فالقانون العام ينظم روابط الأفراد بالسلطات العامة، أو روابط السلطات العامة بعضها البعض، وهذا التنظيم ينظر فيه إلى المصلحة العامة، والتي لا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يتعارض معها تحقيقا لمصالحهم الفردية، ولذلك كانت قواعد القانون العام الداخلي كلها من النظام العام، لأنها تمس كيان الدولة السياسي والاجتماعي والخلقي[4]. غير أن هذه القواعد تختلف من نظام سياسي إلي نظام سياسي أخر؛ حسب تغير الإيديولوجية؛ فمضمون النظام العام في الدول العلمانية [5]غير مضمونه في الدول المذهبية التي غالبا ما تكون قواعد النظام العام فيها ثابتة وأبدية.

---

[1] – د/ محمد عيد الغريب؛ النظام العام الإجرائي؛ دار النهضة القاهرة ؛طبعة 1999 ص14

[2] – فهذه المبادئ رغم أنها غير منصوص عليها قانونا إلا أنه ترشد القانون وتبسط هيبتها عليه. محمد الصالح خراز، المفهوم القانوني العام لفكرة النظام العام، دراسات قانونية، ص 32

[3] – ينظر إلى بعض تطبيقات هذه القواعد الإجرائية وأمثلتها إلى د/ جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج01 المؤسسة الوطنية للاتصال الإشهار، 1996، ص 136 وما بعده.

[4] – د/محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام، ص 43.

[5] – يرجع بعض الفقهاء تأصيل مبدأ علمانية الدولة إلى تلك المقولة المنسوبة إلى السيد المسيح عليه السلام في إنجيل متى؛ الإصحاح 22 الأية21 " أعطو ما لقيصر لقيصر؛ وما لله لله"؛ حيث فهم منها إعلان المسيح لمولد **نظام ازدواج** السلطتين: **الزمنية** ممثلة في الدولة؛ كصورة أخيرة لتطور المجتمع السياسي؛ **والدينية** ممثلة في سلطة الكنيسة؛ وبالتالي فصل الدين عن الدولة؛ غير أن الفكر المسيحي لم يطبق

وفيما يلي سنقوم بدراسة تطبيقات فكرة النظام العام في كل من القانون الدستوري، قانون العقوبات والقانون الإداري. مع إقرار الباحث بأن لها تطبيقات أخرى؛ ولكن تم التركيز على هذه الفروع نظرا لأهمية الدور الذي تقوم به هذه الفكرة في الحد من النشاط الفردي المتعلق بالنظام الاجتماعي والدستوري والإداري.

1- تطبيق فكرة النظام العام في القانون الدستوري[1]:

يمثل دستور والقوانين الأساسية قواعد للنظام العام الدستوري الذي لا يجوز للحكام أو المحكومين الخروج عليه أو انتهاكه لا بإرادتهم المنفردة أو بالاتفاق فيما بينهم على ما يخالف فواعده الدستورية المقررة للحقوق والحريات العامة ذلك أنها كلها من النظام العام **السامي**[2]، ومن أمثله ذلك القاعدة الدستورية التي تقرر حرية الترشيح والانتخاب[3]، إذا لا يجوز لمرشح أن يتزل عن ترشيحه لمرشح آخر بمقابل أو بغير مقابل كما لا يجوز لناخب أن يتفق مع أي مرشح على إعطائه صوته بمقابل وكل اتفاق من هذا القبيل باطل لمخالفته النظام العام[4]، لأن المصلحة التي اقتضاها المؤسس الدستوري، من حرية الانتخاب والترشيح ضمن الشروط المحددة بالقانون، هي التي من شانها المحافظة على النظام العام.

المناصب الانتخابية، وكل اتفاق يخالفها، يهدد نظام طبيعة الحكم التي ارتضاها الشعب بالدستور[5]، هذا لا يجوز لأحد التنازل عن حريته الشخصية وما تفرع عنها من حرية الإقامة، وحرية الزواج، حرمة النفس والحرمة الأدبية وحرية الدين والاعتقاد، وحرية الاجتماع، وحرية العمل والتجارة[6]، وهذا ما كرسه الدستور الجزائري[7] لسنة 1996. ففي الفصل الرابع منه ضمن جميع الحقوق والحريات الهادفة إلى تحقيق المصلحة العامة المتعلقة بالنظام العام، ولأن التنظيم السياسي للدولة والحقوق والحريات العامة التي كفلها الدستور كلها من النظام العام[8]،

العلمانية بمفهوم المعاصر لأن الكنيسة هي التي أصبغت القدسية للسلطة ومن ثم وجوب طاعتها؛ وأن كل من يقاومها يعد مقاوما لإرادة الله ؛ على أن تحترم السلطة وتراعي القانون الإلهي باعتبارها مفوضة إليهم من الله؛ والكنيسة بذلك هي المكلفة من قبل الله بالإشراف على مراعاة تلك القوانين؛ ومن ثم مراقبة سلوك الأمراء في مراعاتهم للقوانين الإلهية؛ فإذا جاروا أو حادوا عن الصواب كان من حق الكنيسة مقاومة الأمير. ينظر د/عادل فتحي عبد الحافظ؛ شرعية السلطة في الإسلام؛ دراسة مقارنة؛ دار الجامعة الجديدة الإسكندرية؛ طبعة 1996؛ ص35

[1] – ينظر دراسة مستقلة في هذا الموضوع عند د/ عيد أحمد الغفلول؛ فكرة النظام العام الدستوري– دراسة مقارنة–؛ دار النهضة العربية ؛ دون تاريخ التشر ولا تاريخ طبع.

[2] – د/محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام، المرجع نفسه، ص 254.

[3] – تنص المادة 50 من دستور 1996 على ما يلي:"لكل مواطن تتوفر فيه الشرط القانونية أن ينتخب وينتخب.

[4] – ينظر تفصيل د/عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، ص 78.

[5] – محمد الصالح خراز، المفهوم القانوني العام لفكرة النظام العام، دراسات قانونية، ص 34.

[6] – د/عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع نفسه، ص 339.

[7] – إذ تقضي المادة 36 منه على ما يلي:"لا مساس بحرمة حرية المعتقد، وحرمة حرية الرأي"، والمادة 37 على أن:" حرية التجارة والصناعة مضمونة، وتمارس في إطار القانون"، والمادة 39:"لا يجوز انتهاك حرمة حرية حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون" ينظر دستور 1996.

[8] –د/سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، ص 118. ود/ حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، ص 81.

ونجد لذلك نصيب من خلال ما تضمنته المادة 178 من دستور 1996 والتي تنص على تحديد وتعداد **ثوابت الأمة** والتي يمكن أن نطلق عليها **بحق النظام العام الدستوري** كونها نصت على ثوابت أبدية للمجتمع الجزائري وبالتعبير الدستوري أنها **جامدة جمودا مطلقا** لا تقبل التعديل نهائيا[1] خلافا للقواعد الدستورية الأخرى التي توصف بالجمود النسبي[2]. أي أن هناك تدرج داخل القواعد الدستورية يحتم على المشرع مراعاتها.

ويترتب على هذا **الجمود المطلق** حظر ومنع أي تعديل يمس بتلك المبادئ والقيم التي يؤمن بها أفراد الجماعة؛ فضلا عن وجوب التزام الدولة بالحفاظ عليها وتشديد العقاب على مخالفتها؛ كونها من النظام العام الدستوري الذي لا يمكن للمؤسسات الدستورية والحكومية مخالفتها ولو بالاتفاق على ذلك؛

فالدين الإسلامي شرط لكل من يتقلد منصبا نيابة عن الشعب في الدولة؛ كما انه قيد على جميع مؤسسات الجمهورية في ضرورة احترامه؛ والتخلق بأخلاقه وآدابه؛[3] والدفاع عن شعائره كقيام الدولة برعاية شؤون المساجد المساجد كمرافق عمومية ضرورية وأساسية في حياة المواطنين، كما انه مصدر مقيد لتشريعات القانون الخاص.

وحماية لشعائر هذا الدين قام المشرع بتجريم كل إساءة أو استهزاء بما هو معلوم من الدين بالضرورة كالإساءة إلى الرسول عليه السلام ومعالم الدين وشعائره حيث تنص المادة 144 مكرر 2 من قانون العقوبات:" **كل من أساء إلى الرسول صلى الله عليه وسلم أو بقية الأنبياء أو استهزأ بالمعلوم من الدين بالضرورة أو بأية شعيرة من شعائر الإسلام سواء عن طريق الكتابة أو الرسم أو التصريح أو أية وسيلة أخرى...**" عملا بدستورية الدين الإسلامي الذي يعتبر عقيدة للدولة ومبدأ ثابتا من المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري.

فبالتعدي عليها والإساءة إليها دليل على عدم احترام الدستور الذي يعتبر القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق و الحريات الفردية و الجماعية، و مساس بمبادئه العامة التي تعتبر وحدة لا تتجزأ منه بالإضافة إلى تجريم هذا الفعل في الشريعة كونه مساس بقيم و تعاليم الدين الإسلامي.

واللغة العربية تمثل بدورها قيدا على جميع مؤسسات الدولة في وجوب استعمالها والسعي نحو تعميمها كلغة وطنية ورسمية طبقا لأحكام المادة 03 من الدستور النافذ؛[4] في كمقوم من مقومات الشخصية الوطنية الراسخة

---

[1] – وهذا ما يفهم من عبارة نص المادة 178 من الدستور:" لا يمكن لأي تعديل أن يمس: 1-الطابع **الجمهوري** للدولة. 2-النظام **الديمقراطي** القائم على التعددية الحزبية. 3-**الإسلام** باعتباره دين الدولة؛ 4- **العربية** باعتبارها اللغة الوطنية والرسمية. 5- **الحريات** الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن. 6- **سلامة التراب** الوطني و**وحدته** "

[2] – هذا ونشير إلى فكرة هامة تعتبر من صلب النظام العام في هذا المضمار والتي تتلخص في المبادئ الآتية مبدأ سمو الدستور، مبدأ جمود الدستور، مبدأ الفصل بين السلطات، ومبدأ سيادة القانون؛ إذ أن مضمون هذه المبادئ دليل على أن القانون الدستوري كله من النظام العام.

[3] – طبقا للمادة09 من الدستور النافذ" لا يجوز للمؤسسات أن تقوم بما يلي:- السلوك المخالف للخلق الإسلامي وقيم ثورة نوفمبر".

[4] – وقد تعرضت هذه المادة لتعديل دستوري بإضافة المادة 03 مكرر بموجب القانون رقم 03/02 المؤرخ في 10افريل 2002 والمتضمن والمتضمن تعديل الدستور؛ ينظر الجريدة الرسمية؛ العدد25؛ الصادرة بتاريخ 14افريل 2002 ؛ص13؛ وما يلاحظ على هذا التعديل أنه جاء بمبادرة من رئيس الجمهورية دون عرضه على الاستفتاء الشعبي عملا بنص المادة176؛ والتي تشترط رأي المجلس الدستوري والذي صدر مقررا لصحة التعديل ودستوريته بموجب الرأي رقم 01 المؤرخ في 03أفريل2002؛ كما تشترط موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه وهو

وثابت من ثوابت الأمة؛ بحيث يعتبر استعمال من النظام العام طبقا للمادة 02 من القانون 05/91 المعدل والمتمم[1] المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية؛ الذي أوجب على كل المؤسسات والإدارات العمومية والجمعيات؛ العمل على ترقيتها وحمايتها وحسن استعمالها طبقا للمادة 3منه؛ كما ألزمها بتحرير كل وثائقها الرسمية باللغة العربية؛ و لم يستثني أية مؤسسة بما في ذلك رئيس الجمهورية من ضرورة استعمالها في التقارير والعقود؛ والعرائض والمسابقات والأحكام القضائية وأختام الدولة والمراسلات الإدارية؛ والجرائد الرسمية ومداولات البرلمان وكافة التظاهرات والملتقيات فالكل يجب أن **تصدر باللغة العربية لوحدها**.

وأضاف تعديل 1996 بموجب الامر30/96؛ ضرورة أن تكون أن تكون جميع المعاملات والمراسلات في جميع الإدارات والمؤسسات على اختلافها باللغة العربية طبق للمادة 2 منه؛ وكذا جميع التصريحات والتدخلات والندوات وكل الحصص المتلفزة طبقا للمادة 4منه؛ وما يؤكد اعتبار هذه الواجبات من النظام العام هو تلك الأحكام الجزائية التي رتبها القانون على مخالفة استعمال اللغة العربية حيث اعتبرت المادة 29 جميع الوثائق الصادرة بغير العربية باطلة.

ما حصل فعلا في 8افريل 2002؛ حيث تم استدعاء البرلمان للانعقاد بغرفتيه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 106/02 المؤرخ في 03 ابريل 2002 ؛ جريدة رسمية؛ عدد22 ؛ ص5 ؛ حيث لم يسجل أية معارضة لقرار رئيس الجمهورية بإجراء التعديل كونه لا يمس بالمكونات الأساسية للهوية الجزائرية الثلاثية الأبعاد الإسلام والعربية والامازيغية. ينظر في تفصيل ذلك د/ مولود ديدان؛ نصوص القانون الدستوري الجزائري؛ دار النجاح للكتاب؛ الجزائر؛ طبعة 1؛سنة 2005؛ ص03؛ ود/ بوبشير أمقران؛ السلطة التقديرية في الجزائر؛ دار الأمل؛ تيزي وزو؛ طبعة 2002؛ص2 ؛ ولعل ما يثير اهتمام بعض الباحثين هو مدى اعتبار هذا التعديل مخالفة للنظام العام الدستوري؛ التي تتطلب الحفاظ على وحدة الهوية لكن هذا التساؤل يزول بقراءة نص المادة 3 مكرر"التي اعتبرت **تمازغت** هي كذلك لغة وطنية؛ تعمل الدولة لترقيتها وتطويرها بكل تنوعاتها اللسانية المستعملة عبر التراب الوطني" مما يعني اعتبار المشرع لها لغة وطنية دون أن يجعل منها لغة **رسمية** تمثل قيدا على مؤسسات الدولة وهو المطلب الذي لازالت تطالب به حركات العروش في منطقة القبائل. كما أن إقدام رئيس الجمهورية على مراجعة الدستور من أجل دسترة الأمازيغية كلغة وطنية جاء نتيجة سلسلة العنف المتبادل بين النظام والقبائل عقب أحداث ما يعرف ب" ربيع الجزائر الأسود في 2001" والتي اندلعت عقب مقتل الطالب الثانوي " **قرماح مسينيسا**"؛ وعلى أثرها بدأت سياسة المد والجزر بين السلطة وبين تنسيقية العروش لينتهي هذا الصراع بدسترة الامازيغية لغة وطنية؛ وهو التعديل الذي يمثل مكسبا حقيقيا لمسيرة النضال التاريخي كرصيد ثقافي مشترك تتوارثه الأجيال . ينظر في تفصيل مراحل هذا النضال القبائلي منذ الاستقلال إلى غاية هذا التعديل الدستوري عند د/ شطاب كمال؛ حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود؛ دار الخلدونية؛ الجزائر طبعة 2005؛ص 311

[1] – ينظر للقانون 05/91 المؤرخ في 16 جانفي1991؛ يتضمن تعميم استعمال اللغة العربية جريدة رسمية عدد3 الصادرة بتاريخ 16 يناير 1991؛ص44؛ وقد تعرض هذا القانون للتجميد من طرف المجلس الاستشاري في عهد رئيس الدولة محمد بوضياف تحت ضغط الفئة الفرنكوفونية وبعض التيارات الأمازيغية المتطرفة التي دعت إلى مظاهرات بالعاصمة للتنديد بمصادقة البرلمان على قانون تعميم استعمال اللغة العربية؛ فما كان من السلطة إلا أن جمدت العمل بهذا القانون بموجب المرسوم التشريعي رقم 02/92 المؤرخ في 04 يوليو1992؛ جريدة رسمية عدد54؛ الصادرة بتاريخ 15 جانفي 1992؛ ينظر د/ شطاب كمال؛ حقوق الإنسان ؛ص304

غير أن هذا التجميد سرعان ما رفع بموجب الأمر رقم 30/96 المؤرخ في 12ديسمبر 1996 جريدة رسمية عدد81؛ الصادرة بتاريخ22ديسمبر1996 في عهد الرئيس ليامين زروال حيث عدل هذا الأمر قانون تعميم استعمال اللغة العربية وهو القانون السابق؛ وألغى مرسوم التجميد02/92؛ ينظر تفاصيل ذلك عند د/محمد الطالب يعقوبي؛ النصوص الخاصة التشريعية والتنظيمية؛ ناشر قصر الكتاب؛ البليدة؛ طبعة 2000؛ص415 وما يليها.

كما اعتبرت المادة30 كل إخلال بأحكام هذا القانون بمثابة خطأ جسيم يستوجب قيام المسؤولية التأديبية والجزائية على كل من وقع على وثيقة محررة بغير العربية طبقا للمادة 6من الأمر30/96[1].

وبهذا تصبح فكرة النظام العام الدستوري مصدرا للقاضي الدستوري أو المجلس الدستوري في الجزائر لمراجعة مدى دستورية القوانين والتنظيمات الصادرة بناء على السلطة التقديرية لكل من البرلمان؛ والحكومة أي الرقابة على كل من " **السلطة التقديرية للمشرع**" [2]؛ و"**السلطة التقديرية للإدارة**"؛ قبل أن تخضع لرقابة الملائمة من طرف القاضي الإداري في حالة دعوى تجاوز السلطة.

وعلى هذا يتمتع القضاء الدستوري بسلطة رقابة **التناسب**[3] على أعمال البرلمان والسلطة التنفيذية؛ بناء على فكرة النظام العام الدستوري التي تمثل مرجعية للقاضي الدستوري؛ والتي تتمثل في مجموعة القواعد والمبادئ الدستورية بصرف النظر عن مصدر هذه القواعد سواء كان مصدرها وثيقة الدستور الرسمية؛ أو مجموعة القواعد والقيم المستمدة من قيم المجتمع العليا؛ مما يعني توسيع نطاق المجموعة الدستورية لحماية الحقوق والحريات المعرضة للافتئات بسبب تنامي دور السلطة التنفيذية[4].

وأمام اتساع حجم مجموعة القواعد الدستورية يمكن أن تطرح مشكلة التعارض بين مختلف هذه القواعد ذات القيمة الدستورية ومثالها في الجزائر تلك القواعد المستمدة من القوانين العضوية المكملة للدستور كقانون الانتخابات والأحزاب والبرلمان والأمن الوطني؛ والقضاء؛ والتي يشترط في المصادقة عليها ضرورة موافقة المجلس الدستوري كهيئة مقومة حماية الدستور. فمن المؤكد أن القوانين العضوية هي قواعد دستورية ولكنها في مرتبة أدنى من قواعد وثيقة الدستور وأعلى من مرتبة القواعد القانون العادية لما يشترط في المصادقة عليها من إجراءات خاصة تخالف ما هو جاري به العمل بالنسبة للقانون العادي[5].

---

[1] – وجدير بالإشارة أن هذا الأمر المعدل والمتمم للقانون لتعميم استعمال اللغة العربية؛ قد جعل تاريخ 05 جويلية 1998 كآخر اجل لاستكمال عملية تعميم استعمال العربية في جميع المعاملات الإدارية؛ ؛كما مددت تعميم استعمالها بصفو شاملة ونهائية في كل مؤسسات التعليم العالي والمعاهد إلى اجل 5جويلية 2000طبقا للمادة السابعة منه. ينظر د/ الطالب يعقوبي؛ النصوص الخاصة؛ ص422.

[2] – أمام التحالف الذي كرسه الواقع السياسي في الدول الديمقراطية بين البرلمان والحكومة بحيث أصبحت الحكومة هي المبادرة بمعظم القوانين بحكم بالواقعية والقرب من الحياة اليومية للمواطنين؛ كان لزاما في إخضاع سلطة البرلمان — الذي صار غرفة للتسجيل– في المصادقة الشكلية على القوانين للرقابة الدستورية من حيث مدى دستوريتها . وهذا ما يعبر عنه الفقه الدستوري المعاصر بالرقابة الدستورية على أعمال السلطة التقديرية للمشرع؛ ينظر لمزيد من تفصيل عن هذه السلطة التقديرية وطرق الرقابة عليها عند كل من د/ عادل الطبطبائي؛ الحدود الدستورية بين السلطة التشريعية وال القضائية؛ طبعة 2000؛ مجلس النشر العلمي الكويت ؛ص418 وما بعدها. ود/ عبد الحفيظ الشمبي؛ القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية دراسة مقارنة؛ دار النهضة العربية ؛ القاهرة؛ طبعة سنة 2001؛ ص347؛ حيث يعتبر القاضي الدستوري ضمانة على الانحراف التشريعي؛ ينظر المرجع نفسه؛ ص365

[3] – د/ جورجي شفيق ساري؛ رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري؛ دراسة تحليلية مقارنة؛ دار النهضة؛ طبعة 2000؛ ص128

[4] – د/ عيد احمد الغفلول؛ فكرة النظام العام الدستوري؛ ص34

[5] – ينظر د/ عبد الحفيظ الشمبي؛ القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية –دراسة مقارنة– ؛ ص 153.

مما يعني ضرورة التسليم بمبدأ تدرج القواعد الدستورية "التدرج الشكلي والمادي معا" كأساس لفكرة النظام العام الدستوري؛ فالقواعد المتعلقة بحفظ النظام السياسي في الدولة ودوام استقراره بالسير الحسن لمؤسسات الجمهورية وفق فلسفتها الإيديولوجية والسياسية والاجتماعية هي أسمى القواعد خاصة في ظل الظروف الاستثنائية؛ بحيث تشكل حدودا مفروضة على سلطة تعديل الدستور" السلطة التأسيسية المشتقة"[1] وسلطة البرلمان في وضع القوانين العضوية.

كما أن القواعد المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية تتمتع بالقيمة الدستورية العليا بحيث تكون لها الأولوية في الاعتبار[2]مما يستوجب على سلطات حفظ النظام العمومي إعطائها أولوية في الاعتبار قبل الإقدام على التدابير الواقية للنظام العمومي؛ خاصة في ظل الظروف العادية؛ كما هو محدد في أبجديات النظام الديمقراطي. غير أنها في الواقع العملي مراتب فمنها ما يتمتع بحماية مطلقة على حد تعبير د/ السنهوري؛ ومنها ما يتمتع بحماية شبه مطلقة كالحريات الشخصية والخصوصية؛ ومنها ما يتمتع بحماية نسبية كالحريات السياسية مثل حريات الرأي والتعبير والفكر والاجتماع[3].

2- تطبيق فكرة النظام العام في قانون العقوبات:

يمثل هذا القانون أهم فروع القانون العام المتعلقة بالنظام العام، ذلك أن قواعده لا تجرم إلا الأفعال التي من شأنها الإضرار بأمن المجتمع وتعكير السلم الاجتماعي.

وأنه بتجريم تلك الأفعال لا يهدف إلى حماية حق المجني عليه في الحياة أو سلامة جسمه فحسب، وإنما يهدف إلى حماية حق الحياة والسلامة بصفة عامة داخل المجتمع، ذلك أن مصلحة المجتمع تقتضي أن يؤمن الأفراد على حقوقهم الأساسية حتى تتاح لهم فرصة المساهمة في نشاط المجتمع[4]. فرضا المجني عليه ليس سببا عاما للإباحة، وليس للمجني عليه أي سلطة على الدعوى الجنائية بعد تحريكها، وليس له شأن بتنفيذ العقوبة، ثم إن الدولة عن طريق النيابة العامة هي صاحبة الدعوى الجنائية حتى ولو عفا المجني عليه عن الجاني.

إذن قواعد قانون العقوبات من النظام العام ومنه يعد باطلا كل اتفاق على ارتكاب جريمة ولو برضا الضحية؛ ومن هذا القبيل الأفعال التي تقع على السلامة الجسدية للجسم البشري كجريمة القتل الرحيم؛ فمثل هذا الاتفاق غير جائز ويعتبر باطلا لخرقه قاعدة آمرة ولا يبرر هذا الاتفاق رغبة المريض في الخلاص من آلامه أو دافع الشفقة من جانب الطبيب الذي لا يقبل منه الاحتجاج بهذا الدافع لتبرير جريمته ولا يعفيه بالتالي من العقاب ، أو كما لا

---

[1] – د/ عيد احمد الغفلول؛ فكرة النظام العام الدستوري؛ ص79

[2] – د/ عبد الحفيظ الشمي؛ القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية دراسة مقارنة ؛ ص323 حيث يقول: يشكل نظام الحريات الأساسية التزاما على الدولة بعدم تدخلها السلبي؛ وضرورة رفض أسلوب الترخيص كشرط لممارستها ؛ فضلا عن الالتزام الايجابي بجعلها ممارسة حقيقة وبأكثر فعالية؛ ويقتر كضمانة فعالة لحمايتها ضرورة قيام المشرع بدوره في عدم التقاعس عن مباشرة اختصاصه في تنظيمها بما يكفل للجميع حق ممارستها. ينظر المرجع نفسه ؛ص331 وما يليها.

[3] – ينظر قريبا من هذا د/ د/ عيد احمد الغفلول؛ فكرة النظام العام الدستوري؛ ص 57

[4] – عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات (القسم العام– الجريمة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط.2، 1988، ص 04.

يجوز الاتفاق على خلق جريمة ليست من قانون العقوبات أو الاتفاق على أن يتحمل شخص عن آخر ما قد يتعرض له من مسؤولية جنائي[1].

فكل قاعدة تجرم فعلا معينا، سواء بقانون العقوبات أو بالقوانين المكملة وتحدد الجزاء المقرر للمخالفة فهي من **النظام العام الجنائي**؛[2] كالرشوة حين يمنعها قانون العقوبات ويعاقب عليها،[3] بمقتضى نص المادة 126 من قانون العقوبات الجزائري. وهذا سواء تمت بناء على عرض من الراشي أو بطلب من المرتشي، أو تمت بناء على اتفاقهما ورضاهما، ذلك لأن غض الطرف عنها سيحولها إلى ظاهرة فساد في أسلوب الإدارة والتسيير، وستعود سلبا على مبدأ المساواة في الانتفاع بخدمات المرافق العامة، وتؤدي أيضا إلى هدم مبدأ مساواة الجميع أمام القانون مما يؤدي إلى الاضطراب في حياة المجتمع، وهدم القيم المادية والمعنوية التي يقوم عليها مجمل النظام المتحكم في حسن سير الحياة العامة[4].

ومما يؤكد احتواء فكرة النظام العام للقانون الجنائي هو وجود جرائم سماها المشرع **بالجرائم الواقعة على النظام العمومي** باعتبارها من أخطر هذه الجرائم والتي منها جرائم قلب نظام الحكم كالتمرد والعصيان المدني والتجمهر وجرائم التزوير المخلة بالثقة والنيل من مكانة الدولة المالية؛ مما يصطلح عليه **بالحماية الجنائية للنظام العام**؛[5] وقد وردت في قانون العقوبات الجزائري في الفصل السابع من الباب الأول- المواد من 197إلى 253. وتتمثل عموما في جريمة تزييف النقود؛ وتقليد أختام الدولة والدماغات والطوابع والعلامات؛ وتزوير المحررات العمومية أو الرسمية. ومثل جرائم اساءة استعمال السلطة والجرائم الواقعة على الدستور وعلى الحريات؛ وجرائم التجسس والخيانة الواردة في المادة 64 ؛ ولعل من أشهرها إخلالا بالنظام العمومي جريمة التجمهر الواردة في المواد 97 إلى 100 ومن أنواعه التجمهر المسلح والتجمهر غير المسلح الذي من شأنه الإخلال بالهدوء العمومي.

ويعتبر التجمهر مسلحا إذا كان أحد الأفراد الذين شاركوا فيه يحمل سلاحا ظاهرا؛ أو إذا كان عدد منهم يحمل أسلحة مخبأة أو أية أشياء ظاهرة أو مخبأة استعملت، واستحضرت لاستعمالها كأسلحة.

---

[1] – د/محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام ودوره في مجال الضبط الإداري، مرجع سابق، ص 48- وينظر في ذلك عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 445.

[2] – نظرا لأهمية فكرة النظام العام الجنائي كقيد على الحريات اهتمت العديد من الدراسات الحديثة بتفصيل هذه الفكرة نذكر منها على سبيل المثال دراسة د/محمد عيد الغريب؛ النظام العام في قانون الإجراءات الجنائية؛ دار النهضة العربية القاهرة؛ طبعة 2006؛ حيث يقول في ص12 :" لا شك حول أهمية فكرة النظام في القانون الجنائي؛ ولا صعوبة في تعليل ذلك فكل القواعد الجنائية تعد من النظام العام لان قانون العقوبات يختص بحماية المصالح الاجتماعية؛ ..فكل جريمة تمثل اعتداء على النظام العام؛ فموضوعه هو عقاب المعتدين على النظام العمومي".

[3] – ونصها كما يلي:"يعد مرتشيا ويعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 500 إلى 5000 دج كل من يطلب أو يقبل عطية أو وعدا أو يطلب أو يتلقى هبة أو هدية أو أية منافع أخرى"

[4] – د/محمد الصالح خراز، المفهوم القانوني لفكرة النظام العام، دراسات قانونية، مقالة سابقة؛ ص 34-35.

[5] – د/ فتحي سرور؛ الحماية الدستورية للحقوق والحريات؛ دار الشروق؛ مصر ط2؛ 2000؛ ص89

ونظر لخطورة هذه **الجريمة على النظام العمومي** أجاز المشرع على ممثلي القوة العمومية " قوات حفظ النظام" نداء المتجمهرين وحثهم على تفريق التجمهر؛ كما يجوز لقوات حفظ النظام تنفيذا للقانون أو حكم أو أمر قضائي استعمال القوة إذا وقعت عليهم أعمال عنف واعتداء مادي؛ أو إذا لم يمكنهم الدفاع عن الأرض التي يحتلونها أو المراكز التي وكلت إليهم بغير هذه الوسيلة؛ ففي الحالات الأخرى يكون تفريق التجمهر بالقوة بعد أن يقوم الوالي أو رئيس الدائرة أو رئيس المجلس الشعبي أو أحد نوابه أو محافظ الشرطة أو أي ضابط آخر من الضبط القضائي ممن يحمل شارات وظيفية بما يأتي[1] :

1– إعلان وجوده بإشارة صوتية أو ضوئية من شأنها إنذار المتجمهرين إنذارا فعالا.

2– التنبيه على الأشخاص الذين يشتركون في التجمهر بالتفرق وذلك بواسطة مكبر للصوت أو باستعمال إشارات صوتية أو ضوئية من شانها أيضا إنذار الأفراد المكونين للتجمهر إنذارا فعالا.

3– توجيه تنبيه ثان بنفس الطريقة إذا لم يؤد التنبيه الأول نتيجة.

3– إعمال فكرة النظام العام في القانون الإداري في الجزائر:

يتمثل القانون الإداري في مجموعة القواعد القانونية، غير المألوفة والمتميزة عن قواعد القانون الخاص، والتي تنظم نشاطات الإدارة، حينما تتصرف كسلطة عامة[2]. فهو بتعبير أدق قانون المرافق العمومية بما فيها مرفق الضبط الاداري المكلف بصيانة النظام العمومي بعناصره المحددة سابقا.

---

[1] – وعليه ينص القانون على حالتين يجوز للقوة العمومية فيها استعمال القوة ضد المتجمهرين وهما :

أ– حالة إذا ما تعرضت القوة العمومية لأعمال عنف أو اعتداء مادي أو إذا لم يمكنهم الدفاع عن الأرض التي يحتلونها أوالمراكز التي أوكلت إليهم. **ب**– حالة استمرار المتجمهرين بالتجمهر بعد الإنذار.

وتجدر الإشارة أولا إلى أن استعمال القوة لا تعني حتما استعمال السلاح إلا عند الضرورة الملحة وإذا كان الأصل أن لا تستعمل القوة العمومية القوة ضد المتجمهرين إلا بعد إنذارهم إنذار وصفه القانون بأنه:" **إنذار فعال** " وكلمة فعال هنا تفيد أن يكون الإنذار صريحا واضحا وقويا يصل إلى مسامع الجميع" فان القانون يجيز للقوة العمومية أن تلجا لاستعمال القوة ولو قبل الإنذار . إذا ما تعرضت لأعمال عنف ضدها، أو إلى اعتداء مادي عليها، أو إلى محاولة أبعادها عن المكان الذي تمركزت فيه. و لم يوضح القانون أعمال العنف، وان كان في الغالب لا بد أن تكون أعمالا مادية عدوانية ضد القوة العمومية. إذا لا يجوز التذرع بأن المتجمهرين بدءوا بالتفوه بكلام أو بصراخ لا يرضي القوة العمومية أو ضد السلطات العامة أو بالتلويح من بعيد ببعض الحركات أو الإشارات الاستفزازية ، ومن مظاهر أعمال العنف الاعتداء المادي المباشر، على القوة العمومية سواء أوقع الاعتداء ضد القوة العمومية ككل أم هدف إلى الاعتداء على أحد أفرادها. وبعبارة واضحة يجب أن لا تكون القوة العمومية هي البادئة باستعمال القوة؛ وأن تلجأ لهذا الأسلوب إلا كوسيلة أخيرة لرد العنف أو الاعتداء أو محاولة زحزحتها عن مكانها.كما ينبغي أن لا تلجأ القوة العمومية إلى استعمال السلاح في حالة أن يكون الدفع بالأيدي أو التهويل بالعصا كافيا لرد المتجمهرين ينظر تفصيلا لهذه الخطوات في فض التجمهرات عند ؛د/عبد الله سليمان؛ شرح قانون العقوبات القسم الخاص؛ ص51 ؛ ود/ بن وارث ؛ مذكرات في القانون الجزائي ؛ ص 72 ؛ ود/ عبد العزيز عبد المنعم خطاب؛ إدارة الأزمات الأمنية؛ دراسة تطبيقية على أحداث الشغب؛ طبعة 2003؛ ص216

[2] – د/محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، ص 6.

ولهذا يعتبر الضبط الإداري، محورا هاما في هذا القانون فقد أصبح شاهد صدق، ولسان حال، في خضم الحياة الزاخرة بالمشكلات المتصلة بالنظام العام ذي المنظومة الثلاثية، الأمن العام، الصحة العامة والسكينة العامة.

3-1-علاقة النظام العام بسلطة الضبط الإداري:

الواقع أن ما من تجمع بشري إلا ويحس أفراده بحاجتهم الشديدة إلى النظام ولهذا يقال إن مرفق الضبط الإداري هو أول المرافق التي تنشأ في التاريخ؛[1] مما يعني أن مهمة حفظ النظام وسيادته كانت أولى واجبات الدولة عند ظهورها، بل إنها ضرورة اجتماعية نلمسها في كل المجتمعات والمنظمات الحديثة[(2)] وبهذا مر اصطلاح الضبط الإداري بتطورات عميقة عبر التاريخ، حيث اتسع هذا المفهوم وتداخل بالفلسفة والأخلاق، والسياسة، والقانون.

ففي الفكر اليوناني القديم كانت مهمة الضبط متسعة المدلول تتعدى مجال القانون وحماية النظام إلى حماية السلطة ونظام الحكم فيها مهما كانت طبيعته، ومن هذا القبيل التعريف الذي جاء به أفلاطون "أن البوليس الإداري هو حسن النظام والحكم للمدينة ومساندة حياة الشعب، ولذا فإن البوليس الإداري يعتبر أول وأهم خير".[3] وهذا ما عبر عنه العميد هوريو:"أن الضبط هو تنظيم المدينة أي الدولة، وأن كافة وسائل الحكم، فيما عدا القضاء الجنائي تعتبر وسائل ضبط"[4] مما يعني اعتبار فكرة الضبط مختلطة بفكرة القانون والنظام لا فرق بينهما.

غير أن هذا الاتساع بدأ يضيق بفعل تطور الصراع بين السلطة والحرية نحو الهدنة والتعايش السلمي بينهما والذي تمخض عنه تقييد لحدود السلطة الضبطية التي تحولت مع بداية القرن 19 من فكرة سياسية إلى فكرة قانونية محايدة؛ ومحصورة في نطاق النظام القانوني للحريات العامة في ظل المشروعية الدستورية.

3-2- دور النظام العام في التعريف بوظيفة الضبط الإداري: نظرا للتطور الذي حصل على مستوى ضبط الفقه والقضاء لمفهوم النظام العام وحصره في عناصره التقليدية الثلاث؛ فقد أثر هذا الحصر في تضييق مفهوم الضبط الإداري وحصرها -على حد تعبير الفقيه **شارل ديباش**[5]- "في مرفق عام مكلف بإصدار تدابير لوقاية النظام العام وتوفير احترامه"[6]؛ وفي مجال تحديد مفهوم الضبط الإداري يتجه الفقه الإداري المعاصر إلى تبني معيارين، معيار عضوي والآخر موضوعي:[7]

---

[1] - د/مصطفى أبوزيد فهمي؛ مبادئ الأنظمة السياسية؛ الناشر دار الجامعة الجديدة؛ الإسكندرية؛ طبعة2003؛ ص13

[2] - د/ سليمان محمد الطماوي، "الضبط الإداري دراسة مقارنة" مجلة الأمن والقانون، السنة الأولى، ع1، جانفي 1993م، ص 284.

[3] - د/عمار عوابدي، القانون الإداري، ج.2، المرجع السابق، ص08.

[4] - محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام، مرجع سابق، ص 158، إذن هوريو يعتبر أن الضبط هو سيادة النظام والسلام، بالاستخدام المنعي للقانون، وأن المحافظة على النظام يكلفها تنظيم يعتمد على القوة العامة.

[5] - إذ يعرفه (DEBBACH) الضبط الإداري بأنه:"الوسيلة التي تسعى بها الدولة إلى تحقيق أهدافها في تأكيد المحافظة على النظام العام، عن طريق تنظيم يقوم على استخدام وسائل السلطة العامة. هذا التنظيم هو الضبط الإداري الذي يعطي كافة أوجه النشاط الإداري باعتباره محقق للغاية النهائية من وجود نظام الدولة ومرافقها) ينظر إلى د/عزيزة الشريف؛ دراسات في التنظيم القانوني للنشاط الضبطي؛ ص07

[6] - ينظر إلى د/ حلمي الدقدوقي؛ مرجع سابق؛ ص39

[7] - ينظر تفصيلا لهذين المعيارين وأهم التعاريف الخاصة بهما في؛ د/ حلمي الدقدوقي؛ رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لإعمال الضبط الإداري؛ ص36 وما بعدها.

فبناء على **المعيار العضوي** فيرى الفقيه الفرنسي (De Laubadere)"أن البوليس الإداري شكل من أشكال الإدارة والذي يتمثل في تنظيم نشاط الأفراد من أجل ضمان حفظ النظام العام."[1] أي أنه يتمثل في مجموع الأجهزة والهيئات التي تتولى القيام بالتصرفات والإجراءات المحددة لحريات الأفراد إلى المحافظة على النظام العام"[2].

ولا يقصد بذلك إطلاق اصطلاح الشرطة على الضبط الإداري والتي تتمثل في مجموعة الهيئات التابعة لوزارة الداخلية، ذلك أن الضبط الإداري أوسع من هيئة الشرطة ؛ وهذا أكد عليه المشرع الجزائري والذي يعتبر هيئة الشرطة مجرد وسيلة بشرية تستخدمها هيئات الضبط الإداري لتنفيذ قراراتها الضبطية، فالضبط الإداري بالمعنى العضوي لا يتطابق مع معنى الشرطة، وإنما هو أوسع منه[3].كونه يتمثل في تلك الهيئات والسلطات الإدارية المنوط بها القيام بالمحافظة على النظام العام، إذن فالتعريف العضوي يركز على العناصر الشكلية لفكرة الضبط الإداري – دون التطرق لجوانبه المادية والقانونية[4]. ويترتب على هذا اعتبار وظيفة الضبط الإداري من المهام الأصلية للسلطة التنفيذية ممثلة في هيئاتها الإدارية وموظفيها تمارسها لتنظيم الأنشطة الخاصة عن طريق التدخل بأوامر ونواه فردية أو بتوجيهات ملزمة للأفراد صيانة للنظام العام[5]. وعموما يتمثل الضبط الإداري في أنه" مجموعة الأنشطة التي تتخذها تتخذها الإدارة منفردة بهدف المحافظة على النظام العام أو إعادة هذا النظام في حالة اضطرابه"[6].

أما بناء على **المعيار المادي** أو الموضوعي فان تعريف الضبط الإداري يتمثل حسب تعبير **د/ جورج فيدل**" في مجموع الأنشطة الإدارية التي يكون موضوعها إصدار قواعد عامة وتدابير فردية تكون لازمة لحفظ النظام العام"، أي انه شكل من أشكال النشاط الإداري الضروري والمحايد والمقيد للنشاط الخاص ولممارسة الحريات العامة صيانة للنظام العام في المجتمع[7].

ومن هذا القبيل تعريف د/ طعيمة الجرف""بأن الضبط الإداري أو البوليس الإداري La police administrative وظيفة من أهم وظائف الدولة تتمثل أصلا في المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة الأمن العامة والصحة العامة والسكينة العامة عن طريق إصدار القرارات اللائحية والفردية واستخدام القوة المادية مع ما يتتبع ذلك من فرض قيود على الحريات الفردية تستلزمها الحياة الاجتماعية"[8].

ويترتب على ذلك اعتبار فكرة النظام العام سببا أساسيا في تقييد الحريات العامة للأفراد، لأن قواعد الضبط

---

[1] – De Laubadere (A. de) et Venezia (j.c) et Gaudemet (y): Traité de Droit administratif, Paris, L. G. D. J, T1, 10e Ed, 1988, p: 643.

[2] – عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ص 189.

[3] – ينظر د/أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ص 398.

[4] – محمد محمد بدران، المرجع نفسه، ص 161

[5] – ينظر إلى؛د/ طعمية الجرف؛ القانون الإداري؛ ص225

[6] – د. سعاد الشرقاوي، "القانون الإداري"، دار النهضة العربية، 1983، ص 13.

[7] – د/ محمود سعد الدين الشريف؛ مقالة سابقة؛ ص112 ود/عمار عوابدي، القانون الإداري، ص 09.

[8] –د/طعيمة الجرف، القانون الإداري والمبادئ العامة في تنظيم نشاط السلطات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص471.

الإداري هي دائما في خدمة النظام العام[1].

وعليه يصبح مفهوم الضبط الإداري وفقا لهذا المعيار"مجموعة الإجراءات والتدابير والقواعد التي تقوم بها الهيئات العامة حفاظا على النظام العام، أو النشاط الذي تقوم به السلطات العامة من أجل المحافظة على النظام العام" [2].

وحول هذا المعني يدور تعريف **د/عمار عوابدي** "أن البوليس الإداري هو كل الأعمال والإجراءات والأساليب القانونية والمادية والفنية التي تقوم بها السلطات الإدارية المختصة، وذلك بهدف ضمان المحافظة على النظام بطريقة وقائية في نطاق النظام القانوني للحقوق والحريات السائدة في الدولة"[3].

مما سبق نخلص إلى أن جميع التعريفات العضوية، والموضوعية للضبط الإداري رغم اختلافها، إلا أنها تنصب في منبع واحد ألا وهو تحقيق غاية يسعى الضبط الإداري إليها من خلال الوسائل والسلطات أو الهيئات، ألا وهي حفظ النظام العام، وذلك في قالب قانوني كافل للحريات، ومنظم لنشاطات الأفراد، بهدف إقرار الأمن العام، الصحة العامة والسكينة العامة.

وللضبط الإداري سلطات محددة تقوم بأعماله للوصول إلى الغاية المرادة ومحاولة تطبيقها على أكمل وجه، وتتمثل عادة الجهات الإدارية المختصة باتخاذ وإصدار قرارات والإجراءات التنظيمية وعلى رأسها رئاسة الجمهورية ورئاسة الحكومة ووزارة الداخلية ؛و الولي ورئيس المجلس الشعبي البلدي على المستوى المحلي[4].

ولما كان الأمر يتعلق بالحريات العامة، وجب إناطة الأمر للمؤسس الدستوري الذي ينظم ممارسة الحريات الفردية والجماعية، مع مراعاة عدم اصطدامها بالنظام العام، وهذا ما نظمه الدستور في الفصل الرابع منه والمتعلق بالحقوق والحريات، وما نصت عليه ديباجة دستور 28 نوفمبر 1996 بقولها:"إن الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية الجماعية...".

ومن ثم كانت كفالة الدستور للحريات بمثابة ضمانة دستورية ضد تعسف وسائل الضبط بحجة حفظ النظام العام؛ ويسهر على حمايتها القضاء الدستوري ممثلا في المجلس الدستوري في الجزائر كهيئة سياسية مختلطة.

وبهذا فإنه من أجل ضمان الحريات، يكون أحرى بهيئات الضبط الإداري أن تكفل استقرار النظام العام، لأنه من المستحيل أن يحقق الفرد حريته إذا كان فاقدا للأمن أو السكينة أو الصحة؛ فالجماعة بغير أمن أو نظام تنقلب إلى غابة، لا حقوق لأحد فيها، سوى الظفر والناب.[5]

---

[1] –د/عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ص 190. فمن الأهداف التي تقصدها مثلا: الحد من حرية الفرد بعض الشيء، كإلزامه بعدم التنقل لمكان معين إلا بموجب رخصة، مسلمة من هيئة معنية، وذلك لهدف الحفاظ على النظام العام.

[2] – د/إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص775. ونص عبارته "بأن الضبط الإداري أو البوليس الإداري مجموعة القواعد التي تفرضها سلطة عامة على الأفراد بغية تنظيم حرياتهم العامة أو بمناسبة ممارستهم نشاط معين بقصد صيانة النظام العام في المجتمع أي للتنظيم المجتمع تنظيما وقائيا.

[3] – د/عمار عوابدي، القانون الإداري، ج2، نشاط الإدارة"، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، ط2005، ص10.

[4] – د/ علي خطار، "مشروعية إجراءات الضبط المتعلقة بالأمن العام"، مجلة العلوم الإدارية، العدد 02، ديسمبر 1994، ص 107.

[5] – د/محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام، ص 165.

وعموما فإن الضبط الإداري ما هو إلا حماية وقائية لعناصر النظام العام، وهو قائم في كل دولة تسعى إلى تنظيم ما يبعث على استقرارها بالحفاظ على نظامها العام.[1]

وتجدر الإشارة أن أهداف الضبط الإداري المتمثلة في الحفاظ على العناصر التقليدية الثلاثة النظام العام، هي أهداف الدولة القديمة أي الحارسة. لكن حديثا انبثقت عن الدولة المتدخلة التي طورت هذه الأهداف لتشمل مجالات أخرى كالنظام العام الاقتصادي فهنا يكون التدخل لمواجهة أزمة اقتصادية، أو تنظيم أحكام المنافسة الاقتصادية كعامل مهم في الحفاظ على النظام العام، من هنا تغيرت وسائل الضبط من استعمال المنع إلى أساليب أخرى كالتنظيمات والمراقبة للحد من نشاط الخواص. لكن دون المساس بالحريات العامة للأفراد، كذلك من الأهداف الحديثة نجد النظام الجمالي، كمنع كل ما يفسد جمال المدينة، ومنع الملصقات الدعائية إلا في الأماكن الخاصة بها[2].

3-3-دور فكرة النظام العام في تحديد الطبيعة القانونية للضبط الإداري:

اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة سلطة الضبط الإداري فمنهم من اعتبرها سلطة دستورية رابعة من بين سلطات الدولة، ومنه من اعتبره سلطة سياسية وآخرين اعتبروا الضبط سلطة قانونية محايدة.[3] ويرجع سبب الاختلاف إلى اختلافهم في مجال تحديد طبيعة فكرة النظام العام نفسها؛ ولكن مع المحاولات الفقهية والقضائية الجادة التي بذلت في تأطير فكرة النظام العام كفكرة قانونية؛ الأمر الذي انعكس إيجابا على طبيعة الضبط الإداري.

إذ مثلت فكرة النظام العام مصدر إلهام في تثبيت قانونية أعمال الضبط الإداري، حيث كانت وسيلة مخصصة للحماية الشخصية للحكام، وكانت بعض إجراءات الضبط تصبغ بصبغة سياسية حتى تعد من قبيل أعمال السيادة، ولا رقابة للقضاء عليها، فأصبحت هذه الفكرة تستهدف المحافظة على النظام العام بمفهومه الضيق. وهذا التحول يجسد القانون ويبتعد عن الدولة البوليسية[4].

إذن فتقيد الضبط الإداري في المحافظة على عناصر النظام العام الثلاثة، حوله من **عمل سيادي إلى عمل إداري** يخضع لرقابة القضاء، كسائر الأعمال الإدارية الأخرى. ولكن المشرع لم يفصل جليا بين الضبط الإداري وأعمال الحكومة السياسية حيث يصف بعض الأحيان عمل الإدارة على أنه عمل سيادي، بالرغم من انه في حقيقة الأمر

---

[1]- د/عمار عوابدي، القانون الإداري، ج2، ص 09.

[2]- د/ ناصر لباد، القانون الإداري، ج2، النشاط الإداري، ط1، 2004، ص 21 وما بعدها.

[3]- ينظر د/ سليمان عاشور شوايل، مسؤولية الدولة عن أعمال الضبط الإداري في القانون الليبي والمقارن، جنائيا وإداريا، دار النهضة العربية، مصر، ط1، 2001 – 2002، ص 103، و د/ سعد ماضي علي، الضبط الإداري وهيئاته، دراسة مقارنة نظم الشرطة إنجلترا، فرنسا، مصر، رسالة دكتوراه ؛ كلية الحقوق الإسكندرية، 1992، ص 31 وما بعدها.

[4] – د/ محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام، ص 167.

عمل إداري قانوني هدفه الحفاظ على النظام العام. ولعل مقصود المشرع من وراء هذه **التورية تحصين بعض أعماله الضبطية** بحيث تكون في مأمن من الرقابة القضائية[1].

وعموما فإنه حتى تكون إجراءات الضبط قانونية، يجب أن تخضع لما يسمى بمبدأ المشروعية والذي يستوجب أن تكون أعمال الضبط الإداري مطابقة وموافقة لقواعد وأحكام القانون بمفهومه الواسع، ويترتب على ذلك اعتبار كل ما يخالف القانون من هذه الأعمال الضبطية مهما كان هدفها ساميا باطلا وغير مشروع.

فأعمال الضبط مخصصة الأهداف، وهو صيانة النظام العام بمدلولاته الثلاثة والخروج عن هذا، يؤدي إلى الانحراف بالسلطة، ويستوجب رقابة القضاء ولا يكفي في مشروعيتها أن تكون مخصصة الأهداف بل يجب أن تكون هناك أسباب جدية تهدد الأمن والنظام.

وبهذا أصبح من المبادئ الراسخة لدى القضاء أن يخضع إجراءات الضبط الإداري لرقابته في إطار من المشروعية والملائمة .وذلك كتطبيق لفكرة النظام العام في مجال ضبط أعمال الضبط الإداري حتى في الظروف الاستثنائية[2].

وهذا نظرا لأن النظام العام تحول من فكرة سياسية يصعب فصلها عن نظام الحكم، إلى فكرة إدارية بمقوماتها الثلاثة من سكينة وأمن وصحة عامة.[3]

ومن هنا أدى هذا التحول في طبيعة فكرة النظام العام إلى اعتبار أعمال الضبط الإداري أعمالا إدارية محضة تخضع لرقابة المشروعية خلافا لما كانت عليه في الماضي من ارتباط بنظرية أعمال السيادة المستثناة من رقابة القضاء، الأمر الذي يمكن اعتباره بحق وصمة عار في جبين المشروعية؛ و ثغرة خطيرة في جدارها؛ ومن ثم وجب فصل التطابق الذي ساد زمنا بين النظام العام والمصلحة العامة، والذي أدى إلى الإجحاف بحقوق وحريات الأفراد وتأكيدا لذلك عبر مفوض الحكومة **CELIER** عن هذا التحول بقوله"من الآن فصاعدا ليس هناك إجراء يسمى الشرطة العليا يفلت بموضوعه أو بدوافعه من الرقابة القضائية إن مفهوم النظام العام لا يطابق إطلاقا فكرة المصلحة العليا"[4] وبهذا انتقلت إجراءات الضبط الإداري، من مجال السلطة التحكمية للإدارة إلى مجال الرقابة القضائية الفعالة.

---

[1] – د/ محمد محمد بدران، المرجع نفسه، ص 167. وذلك كأن يصبغ المشرع على عمل من أعمال الضبط طبيعة سياسية واضحة، ووصفه بأنه عمل من أعمال السيادة أو إخضاع الإجراءات الضبطية لرقابة قضاء خاص. والدولة البوليسية هي دولة يختلط فيها الضبط الإداري بالحكم، ويستخدم لخدمة الأمن الشخصي للحاكم، وضمان بقاءه في الحكم، على غير إرادة الشعب.

[2] – ويرجع أصلها الدستوري إلى نص المادة 16 من الدستور الفرنسي لعام 1958:"إذا أصبحت المؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها، أو تنفيذ تعهداتها الدولية مهددة بخطر جسيم وحال نشأ عنه انقطاع سير السلطات الدستورية المنتظمة، يتخذ رئيس الجمهورية الإجراءات– التي تقتضيها هذه الظروف بعد التشاور مع رئيس الوزراء، ورؤساء المجالس النيابية، ومع المجلس الدستوري، ويخطر الشعب برسالة، بغرض تمكين السلطات العامة الدستورية من القيام بمهامها".

[3] – د/عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ص 200.

[4] – ينظر إلى د/ محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام، ص 178 .

ثالثا: نطاق تطبيق فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية:

تعتبر الشريعة نظاما قانونيا متميزا ومستقلا عن التقسيمات التي يعتمدها القانون الوضعي الذي يقسم أحكامه وقواعدها إلى قواعد تابعة لمنظومة القانون الخاص المنظم للعلاقة بين طرفين متكافئين؛ لا يتمتع احدها بامتيازات السلطة العامة؛ وقواعد تابعة لمنظومة القانون العام المنظم للعلاقة بين طرفين احدهما أو كلاهما صاحب امتيازات سيادية كالدولة والولاية والبلدية في النظام الإداري الجزائري؛ حيث تشكل فكرة النظام العام معيارا نسبيا لتمييز طبيعة قواعدهما كون أن قواعد القانون العام تتعلق بالصالح العام وبمصلحة الجماعة العليا مما يستلزم معها أن تكون بصيغة آمرة أو ناهية؛ وعلى العكس تكون قواعد القانون الخاص لاسيما منها القواعد المنظمة للمسائل المالية والتجارية قواعد مكملة لإرادة الأفراد في إنشاء التصرفات القانونية. وهو ما دفع اغلب الفقهاء إلى اعتبار كل القواعد الآمرة والناهية هي قواعد متعلقة بالنظام العام بالضرورة وهي غلط شائع؛ فليس كل قاعدة آمرة هي من النظام العام؛ على أن كل قاعدة تمس بالنظام العام فهي بالضرورة قاعدة آمرة أو ناهية[1]. وهذا تنبه له فقهاء الشريعة فلم يميزوا بين أحكام الفرد وأحكام الدولة؛ لأن كلاهما أحكام شرعية مرعية فيها مصلحة الغير.

غير أن الباحث لا يرى مانعا من الاستفادة من التقسيم الغربي لفروع القانون بحيث يمكن تقسيم القانون الإسلامي إلى قانون خاص إسلامي يضم أحكام المعاملات المالية فيما بين الأفراد؛ والى قانون عام إسلامي يتعلق بالأحكام السلطانية والولايات الدينية مما هو تابع لأحكام السياسة الشرعية؛ بما يمكن للباحثين في الدراسات الدستورية والإدارية من منظور شرعي تأسيس لنظرية عامة للدولة الإسلامية تضاهي نظرية الدولة في القانون العام الوضعي.[2]

ولا شك أن هناك مبررات كثيرة تقرر صحة هذا التقسيم عمليا منها تقسم الفقه الإسلامي للحقوق إلى حقوق الله التي يمكن ربطها بفكرة النظام العام الشرعي؛ وحقوق العباد التي محلا للقواعد الشرعية التي تنظم العلاقة الاجتماعية فيما بينهم وبين معبودهم؛ فحقوق الله لا تراعى إلا بتنفيذ الحدود وتطبيق الشريعة بعد صنع المجتمع الراشد؛ وهذه لن تقام إلا بإقامة نظام سياسي يحرس الدين ويسوس الرعية بأحكام الشريعة بما يحقق الانتظام العام؛ كوسيلة لضبط أمور الحياة؛ وممارسة الفرد لواجبات وحقوق في تعمير الكون ونشر دعوة الله. مما يترتب عليه أن

---

[1] – ينظر إلى أصل هذا التقسيم والانتقادات الموجهة إليه عند د/ حسن كيرة، عبد المنعم فرج الصدة؛ أصول القانون؛ ص44؛ ود/ مصطفى الجمال؛ تجديد النظرية العامة للقانون؛ ص45 ؛ د/ عماد طارق البشري؛ فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق؛ دراسة مقارنة ؛ص 107 ؛ ويعطي سيادته مثالا بارزا على قواعد التسعير الجبري إذ رغم ما تتمتع به من أهمية تسمو على باقي القواعد الأخرى إلا أنه لا يمكن اعتبارها من قواعد النظام العام لكونها ليست من أصول النظام القانوني للدولة أو كليات الجماعة؛ فضلا عن أنها لا تحمي مصالح عليا للجماعة أو للدولة؛ وإنما مرد سموها يرجع إلى أسلوب صياغتها على نحو آمر ناه؛ بحيث يفهم منها رعاية المشرع لها رعاية خاصة" ينظر د/ عماد البشري؛ المرجع نفسه؛ ص108

[2] – وهو التقسيم الذي يذهب إليه بعض الفقه المعاصر ينظر على سبيل المثال د/ عبد الكريم زيدان؛ نظرات في الشريعة الإسلامية؛ ص137؛ د/سمير عالية؛ علم القانون والفقه الإسلامي؛ المؤسسة الجامعية للدراسات؛ لبنان ط1؛ سنة 1991؛ص 216.

توفير الآمن والسكينة والاستقرار كلها مناخ ضروري للقيام بالعبودية الحقة لله؛ ومن يحق للباحث أن يعتبر فكرة النظام العام جوهرا لأحكام السياسة الشرعية في إطار مقاصد الشريعة وكلياتها العليا.

1- فكرة النظام العام جوهر السياسة الشرعية ومقاصد الشريعة:

لا مراء في أن للتشريع مقاصد وغايات، وأن الشريعة الإسلامية قد حددت **مقاصدها** الضرورية أو الأساسية، عن طريق استقراء جميع أحكامها، وما تستهدفه من أغراض؛ كما حددت المقاصد الأخرى التي صنفت في مرتين تاليتين من حيث الأهمية و الاعتبار، و هما: - المصالح الحاجبة – و المصالح التحسينية، و كل من هاتين المرتبتين يمهد السبيل لتحقيق ما هو أعلى و أولى بالاعتبار، وبمثابة سياج منيع للمحافظة عليه.

هذه – المقاصد – أو الغايات التشريعية أراد المشرع أن تنفذ، لتصبح أوضاعا ماثلة في المجتمع، ولذلك أفرغها الشارع الحكيم في أوامر، ونواه، و قواعد عامة، بغية تحقيقها في التنفيذ والتطبيق.[1] لأنها في واقع الأمر – تمثل في مجموعها **القيم الحقيقية** التي يستهدفها التشريع بأحكامه و قواعده و أصوله العامة.

وبهذا يكون من البديهي، أن تطبيق أي حكم في الشريعة، إذا تحقق المجتهد أو الحاكم أو غلب على ظنه، انه يفضي – في ظرف من الظروف – إلى مآل يناقض هذه المقاصد والقيم التي استهدفها التشريع، فانه لا يجوز المصير إلى ذلك بأي حال من الأحوال، لمنافاة ذلك **للنظام الشرعي العام في مقاصده و أهدافه**، ولا يقول بهذا عاقل فضلا عن مجتهد أو حاكم رائده تحقيق الصالح العام[2] .

2- نظرية الباعث وسد الذرائع: وهذا ما قرره الإمام الشاطبي كأصل عام وجعله عنصرا أساسيا من النظام الشرعي العام، لا تجوز مخالفته، لا في أبواب السياسة الشرعية ولا أثناء الاجتهاد بالرأي في تشريع المعاملات، ولا في التطبيق القضائي، ولا فيما يتعلق بإنشاء التصرفات و العقود، إذا اتخذت ذريعة لهدم مقصد من مقاصد الشريعة، في تحليل محرم، أو هضم حق، لان القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي وذلك باطل لا يجوز المصير إليه.

و من هنا تكون كل من نظرية **الباعث** في التصرفات؛ و **مبدأ الذرائع** في الحكم والسلطة أصلا من أصول النظام العام في الشريعة. و هذا هو معنى قول الإمام الشاطبي " أصل النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا، سواء أكانت الأفعال **موافقة**– مشروعة–؛ **أم مخالفة**– ممنوعة– "[3].

ثالثا–تطبيقات النظام الشرعي العام تحوي المصلحة العامة و المصالح الفردية معا[4]:إن استقراء مصادر الشريعة و مواردها، أثبت إن الشريعة الإسلامية، قد اعتبرت المصالح الفردية مما يقوم عليه نظامها الشرعي العام، كالمصلحة العامة سواء بسواء.

---

[1] – د/ فتحي الدريني؛ المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي؛ مؤسسة الرسالة؛ بيروت؛ ط؛03؛سنة1997؛ص200

[2] – د/ فتحي الدر يني؛ المرجع نفسه؛ ص201.

[3] – الإمام الشاطبي؛ الموفقات؛ ج4؛ ص310

[4] – أصل هذا العنوان ما قاله د/ فتحي الدريني في المناهج الأصولية" **عناصر النظام الشرعي العام لا يحمي المصلحة العامة فقط بل و المصالح الفردية أيضا**.ص202

ولهذا كانت النظرية العامة في المعاملات المالية والسياسة الشرعية في الشريعة الإسلامية و التي تمثل **الأصـــول العامة** التي تقوم عليها الحقوق والحريات جميعا، تقوم وتنهض على أصلين أساسين هما:

أولا: حق الإنسان الفرد، و هو ما يسمى في اصطلاح الأصوليين " **حق العبد**".

ثانيا: حق المجتمع، أو المصلحة العامة – و هو ما يطلق عليه الأصوليون " **حق الله** ".

ويرجع تعليل الأصوليين في إسناد المصلحة العامة إلى الله تعالى إلى قولهم: "انه نسب إلى الله تعالى لعظم خطره في الأثر والأهمية، وشمول نفعه من غير اختصاص بفرد وهذا هو مفهوم المصلحة العامة."[1].

وعلى هذا **فالصالح المشترك** في الشريعة مزدوج التركيب إذ يشمل عنصراه : المصلحة الخاصة و العامة على السواء، إذ ليس متمحضا للمصلحة العامة وحدها .

رابعا– تطبيقاتها في مجال تقييد الحريات العامة مراعاة لحق الغير:

الحريات العامة في الشريعة الإسلامية لا تعني **المفهوم الفردي المطلق** لأن كل حرية عامة في الشريعة مقيـــدة بالمصلحة العامة، لكونهما يمثلان الصالح المشترك الذي يعتبر قوام النظام الشرعي العام كله.

وعلى هذا فان مقاصد الشريعة هي **مقاصد فردية وعامة** في آن واحد كما قرره الإمام الطاهر بن عاشـــور سابقا؛ وبذلك تكون الشريعة ذات أصول مستقرة و مستقلة و متكاملة و متوازنة.

فمركز الإنسان الفرد واضح في التشريع الإسلامي، ولا يقل خطرا عن المجتمع و مصلحته العامة من حيـــث الاعتبار، ولا تقدم المصلحة العامة على مصلحته إلا في حالة استحكام التعارض و استحالة رفعـــه. بـــل الحريـــة الفردية، أو ممارسة الحقوق بوجه اخص، ليس مراعي فيها المصلحة العامة فحسب، بل كل مصلحة فردية للغير، إذا منيت بأضرار فادحة كنتيجة حتمية لممارسة تلك الحقوق و الحريات من قبل أصحابها.

و هذا ما أطلق عليه الإمام الشاطبي[2] " **حق الغير** "؛ كعنصر آخر من عناصر النظام العام الشرعي. و حق الغـــير يجب مراعاته في كل حق فردي – يطلق عيه الإمام الشاطبي: "**حق الله** " ومفاد هذا أن مفهوم " **حق الله** " هنا لا ينصرف إلى **المصلحة العامة** فحسب، بل إلى المصلحة الفردية الجديرة بالرعاية أيضا، إذا منيت بأضرار راجحة من جراء ممارسة حرية عامة، أو استعمال حق فردي مشروع[3]من قبل الغير. وهو الدور الذي تقوم به فكرة النظـــام العام في الفقه القانوني فيما يعرف بحماية الطرف الضعيف في العلاقة القانونية أو **نظام عام حمائي**.

وبذلك كانت **الحريات العامة** في الشريعة الإسلامية، **وكذلك الحرية في ممارسة الحقوق**، أكثر تقييدا منها في المذهب الفردي، الذي جعل **الحرية العامة** والحقوق ذات مفهوم فردي محض، و لم يقيدها حتى بالمصلحة العامـــة،

---

[1] –د/ فتحي الدريني؛ المناهج الأصولية؛ ص203نقلا عن صدر الشريعة في التوضيح؛ ج2؛ ص151

[2] – الشاطبي؛ الموفقات؛ ج2؛ ص322 ويلاحظ في هذا الصدد أن مفهوم حق الله عند الإمام الشاطبي يخـــالف مفهومـــه عنـــد ســـائر الأصوليين الذين قصروه على المصلحة العامة. إذ جعل المحافظة على حق الغير سواء أكان الغير فردا أو جماعة من حـــق الله أيضـــا. ينظـــر توضيحا في ذلك عند د/ فتحي الدريني؛ المناهج الأصولية؛ ص203

[3] – د/فتحي الدريني؛ الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ؛ ص77

لأنه جعل **القيمة المحورية** للتشريع كله هي الفرد ومصالحه الخاصة؛ و بذلك ضاقت دائرة النظام العام فيه، في حين أن الشريعة قد اتسعت فيها دائرة النظام العام على ضوء من مفهوم الصالح المشترك الذي يمثل مقاصد الشريعة التي استهدفتها إحكامها جميعا والمقررة قبلا. ويزيد على ذلك تقييدا للحرية؛ **قواعد الأخلاق والآداب العامة**.

وحول هذا المعنى يقول **د/ الدريني**:" فإذا أضفنا إلى ذلك قواعد الأخلاق التي تزخر بها **أحكام الشريعة**، أدركنا في يسر ما لها من اثر بعيد في تقييد الإدارة الإنسانية و توجيهها، وهي دعائم ثابتة من عناصر النظام الشرعي العام أيضا، و بذلك اتسعت دائرة هذا النظام في الشريعة على نحو لا يضارعها فيه النظام العام في القانون، بل في القانون دوليا، دون تطرف ومجافاة للعدل؛ ومعلوم انه كلما اتسعت دائرة النظام العام في تشريع ما، ضاق مجال سلطان الإدارة فيه"[1].

وجدير بالذكر أنه ليست جميع أحكام الشريعة الإسلامية من النظام العام؛ ولكن الأحكام التي تعتبر من النظام العام هي الأحكام التي دل عليها نص صريح قطعي الثبوت والدلالة؛ كأن يكون مصدره نص من القرآن ودل الشارع على المراد منه دلالة قاطعة؛ و لم يترك لمجتهد أو لقاض مجالا للاجتهاد فيه؛ أو يكون مصدره سنة متواترة قطعية الدلالة أو إجماع المسلمين؛ ومعنى ذلك أن قواعد النظام العام في الشريعة الإسلامية هي تلك التي يعلم من تشريعها أن الشأن فيه هو الدوام والاستمرار فيكون بالتالي من الفقه الثابت الذي ليس من شأنه الاختلاف والتبدل على حسب الأحوال والمقتضيات[2].

و يمكننا على ضوء ذلك كله تحديد التطبيقات الأساسية للنظام الشرعي العام فيما يلي:[3]

أولا: النصوص المفسرة القاطعة ثبوتا ودلالة على معانيها المقصودة منها أصالة أو تبعا أو لزوميا بينا، والتي لا تحتمل تأويلا أصلا.

ثانيا: القواعد التشريعية الثابتة المنصوص عليها في الكتاب أو السنة والقطيعة ثبوتا ودلالة.

ثالثا: الأقسية المنصوص على عللها بأصل قطعي .

رابعا: القواعد الفقهية العامة المحكمة المستنبطة من جزيئات الشريعة، عن طريق الاستقراء و التتبع، من مثل:" الضرر الخاص يتحمل في سبيل دفع ضرر عام"، ومثل" الأمور بمقاصدها" وغيرها مما ثبت أن الشارع قد راعاها في كل تشريع جزئي تفصيلي، وتلقاها الأئمة بالقبول والعمل، حتى إن خبر الآحاد يرد بها عند الأئمة إذا عارضها.

خامسا: المعنى العام المفهوم من روح التشريع، ولو لم يرد به نص.

سادسا: **المصلحة الراجحة** التي ثبت من تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد، أنها مرعية قطعا،

1- د/ فتحي الدريني؛ المناهج الأصولية؛ ص204 وما بعدها

2 – عبد الوهاب خلاف؛ تفسير النصوص القانونية وتأويلها ؛ مجلة القانون والاقتصاد العدد02؛ السنة 18 ؛ 1948؛ ص186

3 – ينظر تفصيلا أكثر إلى؛د/صباح مصطفى حسن المصري ؛النظام الحزبي–دراسة مقارنة –بالنظم الوضعية والشريعة الإسلامية؛ رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية2002؛ ص583ومابعدها

ولو لم يرد بها نص أو اجتماع، أو قياس خاص، سواء أكانت مصلحة فردية أم عامة.

سابعا: أصل النظر في المآلات والنتائج، سواء في التشريع الاجتهادي في ظروف معينة، أم في التصرفات الشرعية، أم في التطبيق القضائي.

ثامنا: المحافظة على "**حق الغير** " فردا كان ذلك الغير أم المجتمع، فهو أصل يتقيد به الاجتهاد بالرأي، كما يتقيد به أصل الحل العام، أو الإدارة الإنسانية في التصرفات وممارسة الحقوق.[1]

وجدير بالإشارة أنه بالنسبة للفقهاء المعاصرين الذين أنكروا قبول الشريعة الإسلامية لمفهوم النظام العام بمضمونه الغربي؛ مع إقرارهم بأهمية تلك الفكرة في أي مجتمع سياسي منظم؛ فقد اعترفوا ضمنا **بأن هناك أدوات بديلة تقوم بتلك الوظيفة المسندة لفكرة النظام العام** ؛ الأمر الذي يطرح التساؤل عن هذا البديل الذي يقوم بوظيفة النظام العام في تقييد سلطان الإرادة. وعن ماهيته وعناصره وحدوده في الشريعة بالنسبة لهذا الفريق من الفقهاء المنكرين لحقيقة هذه الفكرة في النظام الإسلامي؛ وهل ينضبط الحق والحرية في الفقه الإسلامي ابتداء؟ وبما تتقيد الإرادة فيه؟ وماهية هذه القيود وكنهها. وترتيبا على ذلك يمكن حصر المكونات البديلة للنظام العام تلك النصوص والأحكام القطعية الثابتة بالكتاب والسنة وإجماع علماء الأمة.

يقول **د/عماد طارق البشري**:"إن المتأمل في أدلة الشريعة إجمالا ومبادئها العامة ومقاصدها الكبرى يحصل عنده اعتقاد وعرفان أن الحاكمية والسيادة العليا في النظام القانوني الإسلامي هي لله ابتداء وابتناء على جميع خلقه وعلى شؤون حياتهم ومناهج تجمعهم الإنساني. والناظر في هذه المسالة يجد أن الإطار المرجعي الذي يجب أن تتأسس عليه المنظومة التشريعية تتوزع أحكامه الشرعية ما بين دائرتين أو مكونين[2] :

-**دائرة المكونات القطعية:** وتتمثل في الأحكام المستفادة مباشرة من النص كتابا وسنة أو من الإجماع القطعي؛ ويمكن تسميتها **بالنصوص القطعية الثابتة**

- **دائرة قسيم القطعي:** وهي الأحكام المحصلة بطريق الاستقراء من النصوص بطريق غير مباشر لتحصيل أحكام كلية سندها الاجتهاد المنضبط بمقاصد الشريعة وكلياتها. والتي يمكن تسميتها **بالأحكام القطعية الكلية.**

ومما يجب ملاحظته حول فكرة النظام العام في الشريعة أنها تتمثل في مجموعة القواعد القانونية الشرعية المصطلح عليها عند علماء الأصول **بالحكم الشرعي** بناء على أدلتها الشرعية؛ ومن هذا القبيل يمكن توظيف تعريف الإمام القرافي لحق الله وحق العبد[3] لما قال:" **حق الله أمره ونهيه؛ و حق العبد مصالحه**"؛ فيفهم أن حق الله هو المضمون المقابل لفكرة النظام العام باعتبار أن أمر الله ونهيه مترجم في الواقع التطبيقي في **مجموعة أحكام الواجب والحرام** أو في مجموعة القواعد الشرعية الآمرة والناهية؛ فالأساس الذي يبنى عليه أن الحكم أو القاعدة الشرعية هي من النظام العام **هو الدليل** المعبر عن إرادة الشارع الحكيم العليم بما خلق وقدر؛ فكل حكم شرعي دل عليه نص

[1] – د/ فتحي الدر يني؛ المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي؛ ص205 وما بعدها

[2] –د/ عماد طارق البشري؛ فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق؛ ص225

[3] – القرافي ؛ الفروق؛ ج1؛ ص140

صريح قطعي الثبوت والدلالة فهو من النظام العام؛ ولا تجوز مخالفته؛ ولا يباح للفرد ولا للدولة الاتفاق على مخالفته بأي صورة من الصور؛ حتى و لم من طرف السلطة التشريعية لأن من بين حدودها وضوابطها الشرعية في ممارسة عملية الاجتهاد التشريعي القانوني القاعدة الأصولية " لا مساغ للاجتهاد فيما فيه **نص صريح** قطعي"؛ وترتيبا على ذلك يقول الشيخ **عبد الوهاب خلاف**" فالحكم الشرعي يعتبر من النظام العام **بحسب دليله** الذي دل عليه لا **بحسب موضوعه**؛ فان دل على الحكم دليل قطعي الثبوت والدلالة فهو من النظام العام؛ ... وليس للأفراد تعطيلها أو تعديلها؛ أو الاتفاق على ما يخالفها.[1]

وعلى خلاف ذلك فان الأساس الذي ينبني عليه أن القاعدة القانونية الوضعية من النظام العام هو موضوع القاعدة وكونها متعلقة **بمصلحة المجتمع العليا**؛ ولذلك تختلف هذه الفكرة في التشريع الوضعي باختلاف الأزمنة والأمكنة والبيئات واختلاف مذاهب المشرعين السياسية والاجتماعية والإيديولوجية.

وظاهر للباحث أن الخلاف بين المؤيدين لفكرة معرفة الفقه الإسلامي لمفهوم النظام العام بضمونه الغربي والمؤيدين لها؛ هو **خلاف شكلي وصوري**؛ لأن كلا الفريقين مقر بضرورة وجود قواعد قانونية سامية تعلو على الإرادات الفردية بما فيها إرادة السلطة؛ وتعبير عن قيم الجماعة وثوابت هويتها؛ سواء سميت بقواعد النظام العام أو سميت **بأحكام الواجب والحرام القطعية الدلالة والثبوت**؛ فلا مشاحة في المصطلح، كما يلاحظ أيضا أن الخلاف **كان يجب أن لا يكون بالنسبة لمباحث القانون العام والأحكام والسلطانية** لأن الشريعة الإسلامية كانت سباقة في النص على ضرورة مراعاة المصالح الضرورية لأفراد الجماعة، وهي المعروفة بالمقاصد الخمس؛ والتي يترتب على اختلالها اختلال نظام الحياة بحيث يفسد النظام وتعم الفوضى؛ ولعل هذا هو المضمون الحقيقي لفكرة النظام العام في القانون الاداري المعاصر؛ الذي يجب ألا يختلف حوله كحد أدنى، لانتظام الحياة وسيادة الأمن والاستقرار ولغياب الفوضى والاضطرابات.

وظاهر للباحث أيضا أن حفظ النظام في الشريعة هو جزء من حفظ المصالح الضرورية للفرد وللأمة؛ فيكون حفظ المصلحة العامة حفظ للمصلحة الخاصة بطريق غير مباشر؛ ومن ثم فحفظ النظام العام يترتب عليه حفظ كل شخص سواء في دينه أو نفسه أو عقله أو نسله أو ماله.[2]

---

[1] – عبد الوهاب خلاف؛ تفسير النصوص القانونية وتأويلها ؛ بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد العدد02؛ السنة الثامنة عشر1948؛ص189

[2] – ينظر حول هذه المقاربة د/ عبد الله الكمالي؛ من فقه الموازنات بين المصالح الشرعية؛ دار ابن حزم؛ بيروت ؛ ط1؛ 2000؛ ص50

المطلب الثاني: دور فكرة النظام العام في تحديد نطاق ممارسة الحريات العامة.

إن لحديث الحرية سحرا يملك على الإنسان لبه، ويأخذ بمجامع قلبه فهو حديث الأمس واليوم والغد الذي لا تمل النفس ترديده ولا تسأم الروح تكراره، لأنه الحديث عن القوى المحركة للإنسان والمعنى الجامع لكل آماله ورغباته، والمفهوم الشامل لمختلف جوانب حياته.

ومع هذا الاتفاق على أهميتها لاستمرار الحياة إلا أن هناك اختلافا فقهيا واسعا في تحديد مفهوم الحريات العامة وهذا حسب اختلاف أنظمة الحكم وطبيعة النظام السياسي وما يقوم عليه هذا النظام من مبادئ وما يؤمن به من أسس في الفلسفة السياسية، فالحريات العامة في المذهب الفردي الحر، تختلف في مفهومها وحقيقتها عن الحريات العامة في المذهب الاشتراكي أو الاجتماعي؛ وهي بدورها تختلف عن فلسفة الحريات في الفكر الإسلامي.[1]

ويظهر هذا الاختلاف جليا في مسمياتها وأوصافها المختلفة فيطلق عليها أحيانا "الحقوق والحريات الفردية" وأحيانا يطلق عليها "الحقوق المدنية"[2]؛ ويلاحظ أن تعبير الحقوق والحريات العامة هو الأكثر شيوعا في كتب الفقه والدساتير الحديثة – علما أن المؤسس الدستوري الجزائري يطلق عليها اصطلاح" **الحقوق والحريات"**– على أساس أن هذه الحقوق تعد امتيازات للأفراد في مواجهة السلطة العامة، و أن صفة العمومية التي تلحق هذه الحقوق ترجع إلى كونها تثبت لجميع الأفراد وطنيين وأجانب، دون تفرقة بينهم بسبب الجنس أو السن أو الكفاءة أو المركز الأدبي أو الاجتماعي[3]. وهذا ما سيتم عرضه في هذا المطلب لتحديد مفهوم الحريات العامة، وهل هي مطلقة أم نسبية، كيف تؤثر فكرة النظام العام في مضمون ونطاق ممارسة الحرية أو ما يعرف **بالحرية المنظمة؛ وكيف يتأثر النظام العام بدوره بفكرة الحرية**؛ ثم نشير إلى التصنيفات المختلفة للحريات العامة التي لها علاقة بنطاق الدراسة، مع الاكتفاء بتلك التصنيفات إلى أساسها فكرة النظام العام للتأكيد على مصدرية فكرة النظام لقيود مختلف الحريات ؛وذلك في عنصرين على النحو التالي :

الفرع الأول: مفهوم الحريات العامة و نسبيتها في الشريعة والقانون.

الفرع الثاني: تصنيفات الحريات العامة في ضوء فكرة النظام العام.

---

[1] – عبد الحميد متولي؛ الحريات العامة؛ص24؛ ود/ عبد الحكيم العيلي؛ الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي الإسلامي؛ دار الفكر 1984؛ ص18

[2] – فأما تسميتها بالحقوق والحريات الفردية فاستنادا إلى اعتبارها امتيازات خاصة للأفراد ومن واجب السلطة حمايتها وعدم التعرض لها لارتباط نشأتها بنشأة و ظهور المذهب الفردي، وأيضا تمييزا لها عن الحقوق السياسية التي تعني وضع السلطة في يد الشعب، ومن ثم فان هذه الحقوق يقتصر التمتع بها على المواطنين دون الأجانب ،على عكس الحقوق الفردية التي تمنح للمواطنين و الأجانب على حد سواء ؛ وأما تسميتها بالحقوق المدنية فتمييزا لها عن الحقوق الطبيعية التي تستمد وجودها من قواعد القانون الطبيعي، وهذه الحقوق تثبت للفرد في كل زمان ومكان لمجرد كونه أنسانا فقط. أما الحقوق المدنية فهي التي تتقرر للفرد بوصفه عضوا في جماعة مدنية منظمة؛ ينظر تفصيلا أكثر إلى؛ د/ ثروت بدوي؛ النظم السياسية؛ ص376 ؛ ود/ عبد العليم مشرف؛ دور سلطات الضبط الإداري في حفظ النظام العام؛ ص207

[3] – ثروت بدوي؛ مرجع سابق؛ ص377

الفرع الأول: مفهوم الحريات العامة في الشريعة والقانون.

إن الحرية رغم أنها أكثر المصطلحات ذيوعا وانتشارا إلا أنها في نفس الوقت تعد من أكثرها غموضا وتناقضا، مما دفع البعض إلى وصفها بأنها إحدى العجائب التي تضاف إلى عجائب الدنيا السبع فهي عجيبة في تعريفها وفي مضمونها وكنهها بل حتى في تطورها وتاريخها[1]؛ ففي الوقت الذي لا يجرأ فيه أي نظام سياسي على أن يعلن كفره بالحرية، نجد أنها في الواقع قد امتهنت تحت ستار التفسيرات المختلفة بأنواع من القيود والأغلال فكانت النتيجة اغتيال الحرية باسم حمايتها[2].

وترجع صعوبة تحديد مدلول الحرية بصفة أساسية من ناحية أولى إلى ما تتسم به من طابع نسبي بحيث يختلف مضمونها باختلاف الزمان والمكان ونوع النظام السياسي السائد؛ ومن ناحية ثانية إلى ما أصاب مفهوم الحرية من تطورات عميقة بدأ بإنكارها كلية إلى الاعتراف ببعض صورها إلى مرحلة إقرارها دستوريا وكفالة ضمانات ممارستها[3],وهذا ما يسميه د/ عبد الحميد متولي **بأزمة الحرية في مفهومها**[4]

وعلى رغم من هته الصعوبات التي تكتنف تعريف الحرية إلا أن ثمة عناصر أساسية يكاد الفقه يتفق عليها كمقومات ضرورية تساهم في تحديد نطاق الحرية وتقريب معناها؛ تتمثل إجمالا في:[5] - **السلطة** التي تهيئ للحرية النظام الذي تعيش فيه ؛ وفي **الديمقراطية** التي تقدم للحرية المناخ الذي تزدهر فيه؛ وأخيرا في **الضمانات** التي تكفل للحرية وسائل ممارستها، وهذا ما سيتم بحثه من خلال النقاط الآتية:

أولا–مفهوم الحريات العامة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون.

ثانيا نسبية الحريات العامة في الشريعة والقانون.

أولا: مفهوم الحرية في الشريعة والقانون

يتضمن اصطلاح الحرية معاني متعددة ومتشعبة تربط بين فصوص الحياة كلها فما من زاوية من زوايا الحياة والإنسان إلا وهي وثيق الصلة بالحرية؛ مما جعلها مفتاحا لكل باب، بل هي قوام أي حضارة معاصرة؛ ومع ذلك يبقى مصطلح الحرية من الأفكار القانونية المرنة والنسبية الفضفاضة والقابلة للتغير والتطور.

فالحرية في بعدها الفلسفي هي اتجاه الفرد وتصرفه وفق ما يريده هو لا ما يجبره عليه غيره، بدون أي عائق خارجي أو داخلي"؛ يقول الفقيه الفرنسي أحد فرسان العقد الاجتماعي **جون لوك** " الحرية إرادة وقدرة للإنسان أو سلطة في أن يفعل أي تصرف شاء"؛ فمضمونها راجع في الكتابات الدستورية المعاصرة إلى أن يكون المرء حرا

---

[1] -د/عبد الحميد متولي ،المرجع نفسه، ص9

[2] د/ محمد عصفور, الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي ,دار الفكر العربي ,ط1961،1,ص 7

[3] -د/ سعاد الشرقاوي ,نسبية الحريات العامة ، ص12

[4] د/ عبد الحميد متولي؛ الحريات العامة؛ نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها، منشأة المعارف الإسكندرية 1985 ؛ ص109 و د/ محمد عصفور؛ أزمة الحريات في المعسكرين الشرقي والغربي؛ ط1؛ سنة1961

8 -د/ثروت عبد العال أحمد؛الحماية القانونية للحريات العامة دار النهضة العربية، ط2 سنة2004 ؛ ص11

في تصرفه إزاء شخصه وإزاء ما يفصح عنه من رأي أو يعتقده من فكرة أو ما يعبر عنه من مشاعر[1]. فلا يمكن الحديث عن الحرية إلا إذا فسحنا المجال للفرد في نشاطه الاقتصادي والسياسي والاجتماعي، حسب فلسفة المذهب الفردي الذي يجعل منها حقا طبيعيا مضمون من تدخل الدولة فيه. لأنها ليست سوى حارسته Gendarme ولا دخل لها في نشاطاتهم التي يقومون بها، وتبقى حرية الفرد خاضعة للقانون فقط والذي ينظمها ويضبط أسسها وقواعدها. وهذا خلافا لنظرة الفكر الشيوعي الذي يجعل من الحرية ملكا مشاعا دون قيد أو شرط تتدخل الدولة لتحقيقها بالمساواة بين الأفراد حتى العاجزين منهم.[2]

ويرجع أصل نشأة الحرية في تطورها التاريخي و تحليلها الفكري إلى أنها ظهرت في صورة ومظهر الحق الذاتي الشخصي في بدئها ثم تنتقل لتنتهي إلى تكوين حرية للشخص إما أن يقوم بها أو لا يقوم بها ، مما ينبئ على أن الحريات لم تكن في الأصل إلا حقوقا شخصية موجودة في ذات الإنسان. ولما لم يستطيع التمتع بممارستها على كمالها احتاج إلى أن يكون متمتعا بالحرية؛ هذه الحقيقة عبر عنها جيفرسون بقوله: "إن الله قد وهبنا الحياة، ومنحنا معها وفي ذات اللحظة ولنفس السبب الحرية"، ومن هنا صارت الحرية قيمة خالدة في الضمير الإنساني تزداد في تعميقها حينا بعد حين، حتى يتساوى في طلبها أصحاب التجلية من العلماء، وأهل الصفة من العوام، وتوحد في السعي الحثيث إليها من الناس غنيهم وفقيرهم، وكبيرهم وصغيرهم، لذلك فإن كل محاولة تتحدى في الإنسان حريته، وتناوئ تمتعه بها، هي ولا شك محاولة لوأد أدميته، ووسيلة للإزهاق إنسانيته[3].

ويبدو كما يقول الجابري[4] أن مفهوم حقوق الإنسان برمته يستند إلى مفهوم الحرية الأمر الذي جعل الوعي بمفهوم حقوق الإنسان متوقفا على الوعي بقيمة الحرية، و جعل الوعي بالحرية شرطا دائما لاكتشاف الفرد والأمة أهمية مفهوم حقوق الإنسان.

1- مدلول الحرية في الفقه القانوني الوضعي:

الحرية لغة[5] تعني الخلاص من التقييد و العبودية والظلم و الاستبداد، فالحرية نقيض العبودية، أما الحرية في المفهوم القانوني فتعني القدرة على أن يفعل الإنسان ما يشاء، ويقتضي ذلك أن يكون لديه من القدرات و الإمكانيات ما يمكنه من فعل ما يشاء ، فالحرية ترتبط ارتباطا ووثيقا بالقدرة والإمكانيات، وحول هذا المعنى يقول

1- أبو زهرة، المجتمع الإنساني في ظل الإسلام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2،سنة 1982، ص 255.

2 - د/أحمد جلال حماد، حرية الرأي في الميدان السياسي في ظل مبدأ المشروعية ، ص58.

3 - د/ محمد عابد الجابري حقوق الإنسان في الفكر العربي ، مركز دراسات الوحدة العربية بيروت؛ ط1 ، سنة2002،ص:600

4 - د/محمد عابد الجابري؛ حقوق الإنسان في الفكر العربي ، ص659.

5 - و قد جاء في المصباح المنير -...و الحر من الرجال خلاف العبد ، مأخوذ من ذلك لأنه خلص من الرق وجمعه أحرار، ورجل حر بين الحرية ، فيقال حررته تحريرا إذا اعتقه، والأنثى حرة و جمعها حرائر -. و على ذلك فالحرية في اللغة تعني التحرر من الرق و العبودية، أي أن الرقيق يصبح حرا متحررا من إرادة سيدة و مالكه ليعمل بإرادته و اختياره؛ الصباح المنير؛ ص200

أحد الفلاسفة"الحرية قدرة الإنسان على فعل ما يريده، ومن عنده أكثر يكون عادة أكثر حرية" ,ويؤكد ذلك المعنى مقولة **فولتير** "عندما أقدر على ما أريد فهذه حريتي ".[1]

ومعنى ذلك أن الحرية ليست مجرد أمنية أو حلم **أو** وهم وإنما هي إرادة واستطاعة مما يعني أنها تتأثر بإمكانيات الفرد،التي كلما تداعمت ماديا ومعنويا ازدادت حريته[2]

ففي الواقع العملي، لا يمكن أن يكون الإنسان حرا حرية مطلقة في جميع الأوقات وفي جميع المواقف؛ بسبب أن إمكانيات أي شخص وهي –دعامة الحرية– محدودة.

ومن المعلوم أن البشر متفاوتون فيما بينهم من حيث ما يتمتعون به من قدرات ومواهب، ومن ثم فان حرية كل فرد تتوقف على ما تهبه الطبيعة له من قدرات و مواهب و إمكانيات، ومن هنا فان الحرية المطلقة أمر لا وجود له على الإطلاق في الواقع العملي، حيث إن الفرد في الحقيقة يتمتع بحرية نسبية تتناسب مع قدراته و إمكانياته.[3] وحول هذا المعنى يقول **د/ نعيم عطية**" بأن الحرية تعني قدرة الإنسان على اختيار سلوكه بنفسه" مستدلا على ذلك بمقولة كل من **الفيلسوف لينتر** في قوله بأنها" قدرة الإنسان على فعل ما يريده، ومن عنده وسائل أكثر حرية لعمل ما يريده عادة".[4]

فالحرية إذن إرادة واستطاعة كونها تتأثر بالإمكانيات المتاحة للفرد، وكلما تدعمت إمكانيات الفرد المادية والمعنوية زادت حريته، فحرية التجارة والصناعة مثلا تتوقف ممارستها دون شك على الإمكانيات المادية المتاحة للفرد، فكلما كانت هذه الإمكانيات كبيرة و متوفرة فان فرصته في ممارسة هذه الحرية تكون اكبر و العكس صحيح[5]. و كذلك الحال بالنسبة لحرية التعبير عن الرأي في القضايا الأساسية الهامة التي تمس مصالح الجماهير، تتوقف ممارستها على الإمكانيات المعنوية المتاحة للفرد من تعليم و ثقافة و شجاعة في إبداء الرأي؛ ومن ثم فان الفرد الذي تتوافر لديه هذه الإمكانيات سيمارس هذه الحرية بشكل ايجابي و فعال والعكس صحيح أيضا.

وفي مجال تحديد العلاقة بين السلطة والفرد فان الحرية لا تعني في ظل هذه العلاقة أن يكون لهذا الأخير أن يفعل ما يشاء، لان للسلطة حق تحديد مجال ممارسة الحرية لا يملك معه الإفراد الخروج عليه مراعاة لحق الغير أو لمقتضيات النظام العام؛ بحيث يمكن أن تعرف الحرية بناء على ذلك بأنها " انطلاق إرادة الفرد نحو تحقيق غاياته في إطار النظام العام"[6] وفي هذا تنص المادة 63 من دستور1996" يمارس كل واحد جميع حرياته؛ في إطار احترام

---

[1] –د/سعاد الشرقاوي ،النظم السياسية في العالم المعاصر؛ ص295

[2] د/ نعيم عطية, في النظرية العامة للحريات الفردية؛ ص23

[3] – د/ سعاد الشرقاوي؛ نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني؛ دار النهضة؛ طبعة 1979؛ ص5

[4] – د/ نعيم عطية؛ في النظرية العامة للحريات الفردية؛ رسالة دكتوراه؛ دار الدار القومية للطباعة 1965 ص 23؛ نقلا عن:

J. Rivero;les libertés publiques ;p29-

[5] – د/ نعيم عطية؛ الفلسفة الدستورية للحرية الفردية؛ دار النهضة العربية؛ القاهرة؛ ص1989؛ ص209 وما بعدها

[6] – د/إيهاب طارق عبد العظيم؛ علاقة الفرد بالسلطة في ظل الظروف الاستثنائية– دراسة مقارنة–رسالة دكتوراه؛ جامعة الزقازيق مصر سنة2003 ؛ ص14

الحقوق المعترف بها للغير في الدستور؛ لاسيما احترام الحق في الشرف؛ وستر الحياة الخاصة وحماية الأسرة والشبيبة والرياضة"، و تلتزم بحمايتهم ممن قد يتعرض لهم أثناء ممارستهم لحرياتهم في هذه المجالات، فالحرية في ظل هذه العلاقة على تعبير دة/ سعاد الشرقاوي[1]" عبارة عن التزام على السلطة ذو شقين الأول: سلبي ويتمثل في عدم تعرض السلطة للأفراد في هذه المجالات. والثاني: ايجابي و مضمونه التزام السلطة بحماية الأفراد وتمكينهم من ممارسة هذه الحريات" .

وعلى هذا يكون للحرية مضمون محدد و ثابت، طبقا لما تقوم به السلطة من تحديد للمجالات التي يمكن للأفراد ممارسة حرياتهم في إطارها، ولا ريب أن هذه المجالات تختلف من زمن إلى أخر، ومن دولة إلى أخرى، ويتحكم في تحديدها ضيقا واتساعا عديد من الظروف السياسية والتاريخية والاقتصادية والاجتماعية.[2]

وقد اختلف الفقه[3] في تحديد متى توصف الحرية بأنها حرية عامة وفي تحديد مدلول العموم في اصطلاح الحرية، والراجح القول بان الذي يضفي على الحرية صفة العامة، هو تدخل الدولة للاعتراف بها وتهيئة الظروف المناسبة لممارستها ، ذلك أن مضمون الحرية يتحدد طبقا لما تقوم السلطة بتحديده من مجالات تسمح للأفراد بممارسة حرياتهم في إطارها، لا سيما إذا كانت هذه الحريات تتصل بالنظام العام الذي تقوم على حماية سلطات الضبط الإداري، ومن ثم لابد أن تتدخل هذه الأخيرة لتنظيم ممارسة هذه الحريات و إلا وقع الإخلال بالنظام العام.[4]

وعليه توصف الحرية بأنها عامة عندما تترتب عليها واجبات يتعين على الدولة القيام بها؛هذه الواجبات قد تكون سلبية وقد تكون ايجابية.فقد يكون من واجب الدولة عدم المساس بسلامة الإنسان البدنية والمعنوية مثل ما

---

[1] – د/ سعاد الشرقاوي؛ مرجع سابق؛ ص5.

[2] – ينظر إلى: د/ عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ ص210

[3] – اختلف الفقه في الإجابة على هذا التساؤل : فذهب **البعض** إلى أن الحرية توصف بأنها حرية عامة عندما تترتب عليها واجبات يتعين على الدولة القيام بها، وواجبات الدولة تجاه الحريات العامة قد تكون لواجبات سلبية و قد تكون واجبات ايجابية. وذهب **البعض الآخر** إلى أن كلمة **عامة** التي تلحق بالحريات تشير إلى تدخل الدولة ، لان ممارسة الأفراد لحرياتهم في مواجهة بعضهم البعض أو في مواجهة السلطة ، يقتضي بالضرورة تدخل الدولة حتى تتمكن من فرض النظام عن طريق توقيع الجزاءات على من يخل بهذا النظام ، فلا شك أن ممارسة الأفراد لحرياتهم العامة إذا تركت دون تنظيم من جانب الدولة ، فان هذا يؤدي إلى أن تعم الفوضى و يسود الاضطراب ، و هذا ما يأباه المنطق و يرفضه العقل ، و ينتهي هذا الري إلى القول بان الذي يضفي على الحرية صفة العامة ، هو تدخل السلطة للاعتراف بها و تهيئة الظروف المناسبة لممارستها؛ و يذهب **فريق ثالث** إلى القول بأن الذي يضفي على الحرية صفة العمومية هو كونها مقررة لجميع الأفراد وطنين و أجانب دون تفرقة بينهم بسبب الجنس أو السن أو الكفاءة أو المركز الاجتماعي أو الاقتصادي. ينظر في عرض هذه الآراء وحججهم د/ ثروت بدوي؛ النظم السياسية؛ ص377؛ ود/عبد المنعم محفوظ؛ علاقة الفرد بالسلطة؛ ص 46

[4] – د/ عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ ص211

نصت عليه المادة 35 من دستور1996 فواجبها يكون سلبيا؛[1] وقد يكون واجبها التدخل عندما يتعين عليها خلق فرص عمل للمواطنين كما هوا لحال مع المادة 55 من دستور1996[2]

ومن ناحية أخرى فان وصف الحريات بأنها عامة راجع إلى كونها مقررة لجميع الأفراد مواطنين وأجانب دون تفرقة بينهم بسبب الجنس أو السن أو الكفاءة أو المركز الاجتماعي أو الاقتصادي باستثناء الحريات السياسية التي تقتصر على المواطنين.

وإن كان الرأي الراجح أنها توصف بالعمومية بسبب تدخل الدولة للاعتراف بها وتهيئة الظروف المناسبة لممارستها حتى تتمكن من فرض النظام والتوفيق بين ممارسة الأفراد لحرياتهم دون تضارب أو تعارض.[3]

ويترتب على ذلك أن الحريات العامة هي حقوق للفرد قبل الدولة؛ و التي يكفلها الدستور والقانون الوضعي[4]وفقا لمبدأ المساواة باعتباره أساس كل الحريات الأخرى وركيزتها الجوهرية وليس مجرد حرية كما كان الحال عليه في الديمقراطية اليونانية[5]

حيث كان يعد الإنسان حرا إذا تساوى مع غيره في المركز القانوني، لتتدخل الدولة المعاصرة إلى إتاحة فرص متساوية بين الأفراد للاستفادة من وضع معين إذا تساوت ظروفهم إزاء هذا الوضع ؛ ومع ذلك تبقى الدولة ملزمة بحماية الضعفاء والعاجزين والمحرومين بوضع تشريعات اجتماعية حامية لهم. [6]

وبهذا تصبح الحريات تشكل امتيازات للأفراد في مواجهة السلطة العامة؛ خلافا لحقوق الإنسان التي تستمد وجودها من مصادر فلسفية وتاريخية ترجع إلى القانون الطبيعي.[7]

وقد تدل كلمة الحرية على معان أخرى؛ فيراها البعض تنطوي على سهولة عزل من طغى؛ ويراها آخرون في حق انتخاب من يحكم، وعند أحرين تنطوي على عدم الخضوع لحكم أجنبي ،وعند عامة الناس تعني أن يصنع الشعب ما يريد ؛ فالحرية عندهم هي سلطان الشعب. غير أن الحرية في ظل الدولة لا تقوم على أن يصنع المرء ما يريد بشكل مطلق؛ وإنما الحرية هي حق الفرد في عمل كل ما تبيحه القوانين؛فان قام بعمل ما يحرمه القانون فقد حريته ،وذلك لإمكان قيام غيره من أفراد المجتمع بمثل ما قام به[8] وعلى هذا عرفتها المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي 1789بأنها **"القدرة على عمل كل ما لا يضر"**.

---

[1] – ومثلها أيضا ما نصت عليه المادة36(لا مساس بحرمة حرية المعتقد؛وحرمة حرية الرأي)

[2] ومثلها أيضا الحق في التعليم م53 والرعاية الصحية م54

[3] د/ –عبد العليم عبد المجيد مشرف؛دور سلطات الضبط الراداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات العامة؛ ص209

[4] –د/ أحمد فتحي سرور؛ الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجزائية؛دار النهضة؛طبعة 1995 ؛ ص43

[5] –د/ صالح حسن سميع؛ أزمة الحرية السياسية في الوطن العربي ص29؛والشرقاوي ؛ المرجع أعلاه ؛ ص343

[6] –د/ ثروت بدوي ؛ النظم السياسية؛دار النهضة طبعة 1985 ص446

[7] –د/عمرو أحمد حسبو ؛حرية الاجتماع–دراسة مقارنة–,دار النهضة العربية، ط1999؛ ص99

[8] –د/ سعاد الشرقاوي؛ النظم السياسية في العالم المعاصر ص359؛نقلا عن كتاب **روح الشرائع لمونتسكيو**.

ب- فلسفة الحرية في الفقه الدستوري الإسلامي

تكمن حقيقة الإسلام في إخلاص الدين لله فلا معبود بحق سوى الله؛ ومقتضى هذه الإخلاص تحرير النفس البشرية من العبودية والخضوع والمسالمة لغير الله؛ وبذلك يسمو الإنسان بإرادته من الخوف بمقتضى **عقيدة التوحيد** "لا اله إلا الله" التي تمثل بحق شعار لإعلان حرية؛ وكرامة بني أدام؛ بحيث تسقط معها كل الطواغيت الوضعية ويضحى الإنسان وحده الكائن المتمتع بالحرية المطلقة بالمساواة مع بني جلدته في إطار المشروعية الإسلامية[1].

يقول الإمام **ابن عاشور**" ومن استقراء تصرفات الشريعة الإسلامية في أحوال الرقيق وعتقهم استخلص الفقهاء قاعدة" **أن الشارع متشوف للحرية**"؛ مما يعني أنها "الحرية " **حق للبشر على الجملة**؛ لأن الله لما خلق للإنسان العقل والإرادة؛ وأودع فيه القدرة على العلم فقد أكن فيه حقيقة الحرية؛ وخوله استخدامها بالإذن التكويني المستقر في الخلقة؛ ولكن هذا الحق سرعان ما تعرض في تطبيقه لتنازع وتغالب وتهارج بسبب المساكنة والمعاشرة والمعاملة فيما بين الناس؛ الأمر الذي طرأ عنه تزاحم الرغبات؛ فلم يكن لأحد بد من أن يقصر في استعمال حريته رعيا لمقتضيات حرية الغير؛ إما بداعي الإنصاف من نفسه؛ وإما بتقدم غيره عليه؛ بأن يكف من بعض عمل ما يريده".[2]

وعلى هذا فخطة الإسلام في تحرير الناس تنطلق بداية بتحرير ضمائرهم ووجدانهم بغرس فيهم الشعور بالكرامة حتى إذا ما استقر ذلك في نفوسهم كانت الاستجابة إلى التشريع امتثالا وطواعية[3] ويزيد في تثبيت هذه الحرية وتأكيده عليها تدريب المسلمين على ممارستها في صورة العبادات المقررة في الفروض العينية والكفائية إشعارا للناس بقدسيتها وتمكينا لها في نفوسهم.

فان نشأة الحريات العامة تعود إلى ما قررته الأحكام الشرعية في مختلف مصادر التأصيل الإسلامي وفي هذا يذكر الشيخ **عبد الحميد ابن باديس** بأن "حق كل إنسان في الحرية كحقه في الحياة ، ومقدار ما عنده من الحياة هو مقدار ما عنده من حرية ، والمعتدي عليه في شيء من حريته كالمعتدي عليه في شيء من حياته ، وما أرسل الله من رسل وما شرع لهم الشرع إلا ليحيوا أحرارا..."[4].

وعلى هذا فحماية الحقوق والحريات أصل من الأصول العامة التي لا غنى عنها في الشريعة الإسلامية بتأكد الكثير من نصوص القرآن والسنة الطاهرة عليها؛ بل أن مقاصدها الضرورية هي في الأصل حريات أساسية؛ مما يمكن القول معه بأن دولة الإسلام هي **دولة الحقوق والحريات** على حد تعبير الدكتور يوسف القرضاوي.[5]

---

[1] – د/عبد الحكيم حسن العيلي؛ الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام؛دار الفكر العربي؛1983؛ ص150.

[2] – الطاهر بن عاشور؛ أصول النظام الاجتماعي في الإسلام؛ ص158 وقد عبر عنها بقوله " **الحرية المنشودة**".

[3] – د/ حمود حنبلي؛ حقوق الإنسان؛ بين النظم الوضعية والشريعة الإسلامية؛ديوان المطبوعات –الجزائر-؛1995؛ ص73

[4] – د/عمار طالبي ، ابن باديس حياته وآثاره ، دار المغرب الإسلامي، لبنان ، ط2 ، 1983 ، ص77

[5] – د/ يوسف القرضاوي؛ من فقه الدولة في الإسلام؛ ص38

فالإنسان في شريعة الإسلام أسمى من كل شيء حتى من بيت الله الحرام ولذلك أقر له الشارع الحكيم حقوقا وحريات مهما كان حسبه وأصله ولونه دونما أي تفريق أو تمييز، بل لقد كان من أهم المقاصد الشرعية كما يقول الإمام ابن عاشور حفظ حرية المرء في نفسه ودينه وفكره[1].

وقد روي عن علي بن أبي طالب أنه قال يوما: "يا أيها الناس إن آدم لم يلد عبدا ولا أمة وإن الناس كلهم أحرار"، وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرار"[2].

وقد أورد د/ **فتحي الدريني**[3] بأن الله تعالى خلق الإنسان وخلق له كل المخلوقات لينتفع بها بتأكيد من قوله تعالى : "هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا"، مما يعزي بأن الأصل في الأشياء الإباحة إن يباح للمرء فعل ما شاء إلا ما ورد بشأنه الحظر والتحريم، وبذلك كانت الحرية هي الأصل العام والجوهر التام وبذلك اتسمت هذه الحرية بالسمات الآتية:

1- الحرية هي جوهر التمدن وهي أساس وجود الإنسان ووجود الشرائع في أصلها فلو لم تكن هناك حرية لما وجدت شرائع تضبطها وتحكم أطرها ومساراتها.

2- الحرية في الإسلام تحمي الفرد وتحمي الجماعة دونما تفضيل أو تباين إذ أن حماية الجماعة في حقوقها وحرياتها ما هو إلا حماية لحقوق مجموع الأفراد على خلاف ما كرسه المذهب الفردي والمذهب الشيوعي سابقي الذكر.

3- جعل الإسلام للحرية ضوابط وقيود ليس للإضرار بالإنسان بل لحمايته وعدم تعسفه في حقوقه ليضر بغيره ، فحماية الفرد وحماية الجماعة كل متكامل ، وهذا ما أدى لوجود حقوق للعباد وحقوق لله تعالى.

4- أقر الإسلام الحرية للمسلم وغير المسلم فالمولى تبارك وتعالى أكد على ذلك في قوله "لا إكراه في الدين" وقوله "فمن شاء فليومن ومن شاء فليكفر" وهي تقوم على مبدأ حماية الإنسان كإنسان كأصل عام وهذا ما ورد في قوله تعالى "ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا"[4].

1- تحرير العقيدة أساس الحريات في الفقه الإسلامي

فالإسلام في أهدافه الكبرى جاء ليرفع من كرامة الإنسان من حيث هو إنسان فشرع من الأحكام التي تكفل التخلص من استعباد الإنسان لأخيه الإنسان معلنا مبدأ سواسية الناس في التكليف الشرعي فلا عبودية إلا لله مما يعني اعتبار المساواة أساسا لكل الحريات وليس مجرد حرية كما هي عند بعض فقهاء القانون؛ الأمر الذي يدفع إلى تقرير وحدة الأصل ونفي التمايز بالجنس أو الطبقة. وقد كان منهجه في إنقاذ الأمة وتحريرها ابتداء بفك العقول

[1] - الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، ص131.

2- أبو الفرح بن الجوزي، تاريخ عمر بن الخطاب، الزهراء ، الجزائر، ص94.

[3] - د/فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، 1984، ص202

[4] - سورة الإسراء، الآية 70

من تعظيم غير الله والإذعان لسواه وبذلك هدم حصون الاستبداد بالإقناع العقلي.وهكذا كان مسلك الإسلام البدء بتحرير العقيدة هو أساس الحريات ولب تقرير المبادئ الأخرى.[1]

فالحرية في التصوير الإسلامي إنما هي ثمرة لعقيدة التوحيد التي تغرس في نفوس الموحدين اليقين الجازم بأن لا رب إلا الله يخاف ويرجى؛ ولا اله الله يجتنب سخطه ويلتمس رضاه؛ من فضله يطمع ؛ومن قوته يستمد؛ إليه يتودد ؛ واليه يحتكم ؛و به يعتصم؛ كونه لوحده هو الضار والنافع.[2]

2-ممارسة العبادات المشروعة تطبيق لممارسة الحريات:

من القواعد المقررة في الشريعة أنها مصالح كلها بما في ذلك أحكام العبادات فلم تشرع عبثا ولا بقصد إرهاق للإنسان وتكليفه بما لا طاقة به إذ يقول الله تعالى"**لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ**"[3]. فلا تكلف خارج طاقة الإنسان وخارج قدرته، بل إن من العبادات ما يسقط أو يكون محل تخفيف عند مشقة السفر أو المرض أو الحرج.

وتظهر حكمة هذه العبادات في تأكيد الإسلام للحقوق والحريات في تدريبه للمسلمين على ممارستها في صورة العبادات المقررة في الفرائض إشعارا للناس بقدسيتها وتمكينا لها في نفوسهم حتى تستقر فيها فتصبح جزءا من عقيدة التوحيد. التي يشعر معتنقها بحرية الذات فلا خضوع لأحد غير الله؛ وفي أداء صلاة الجماعة تأكيد للمساواة الكاملة والحرية المطلقة في ممارسة الحقوق المشروعة.

فإذا أقيمت الصلاة انتظم الجميع في صفوف متراصة بعضها خلف بعض؛ كل فرد حر في اختيار مكانه من الصف؛ لا يجوز أن يؤثر عليه غيره مهما كانت منزلته؛ كما لا يحق لأي احد أن يمنعه من ذلك كما لا يجوز لأحد أن يتقدم أحدا؛ أو يؤخر أحدا وإلا أثم. ومن مظاهر المساواة تسوية الصفوف في المناكب والأقدام ولا يسوغ لأحد أن يخل باستقامة الصف بتقديم أو تأخير؛ وإلا كان معتديا على نظام الجماعة. لا فرق بين حاكم ومحكوم؛ ولا بين الصغير والكبير؛ أو الغني و الفقير.لا فرق بين أي من المصلين؛ فبتكبيرة الإمام يكبر المأمومون، وبتسليمه يسلمون كلهم على صف واحد في نظام عجيب.

وأعجب ما فيه أنه إثناء أداء الصلاة تمارس صور الرقابة الشعبية على أعمال الإمام في صورة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر؛ فإذا أخطأ الإمام ساهيا عن قول أو فعل من أوضاع الصلاة فللمأموم واجب تصحيح الخطأ بتنبه الإمام إليه[4] وفي ذلك تدريب على تقديم النصح والرقابة.

فرغم أنه مأمور بطاعته على في جميع الأحوال ركوعا وسجودا؛ ابتداء وانتهاء؛ إلا انه إذا خرج عن قواعد المشروعية وجب رده برفق ولين وهو في ذلك كله يمارس ويتدرب على حرية الرأي ويتعلم واجب طاعة للحاكم

[1] -د/ فتحي عثمان؛ دولة الفكرة؛ مكتبة وهبي؛ القاهرة؛ ص82

[2] - د/ يوسف القرضاوي ؛ الخصائص العامة للإسلام؛ مؤسسة الرسالة؛ بيروت 1980؛ ص17

[3] - سورة البقرة؛ آية 283.

[4] - د/عبد الحكيم العيلي؛ الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام؛ ص671

في غير معصية فان خرج الحاكم على قواعد المشروعية وجب نصحه برفق ولين دون الخروج عليه؛ فتتأصل بذلك هذه المبادئ وتغدو جزءا من كيانه لا يستطيع التفريط فيها أو التهوين من شأنها.

وفريضة الزكاة هي بمثابة الواجب الإسلامي إذ ليس من المزية والمنة أن يخرج المسلم بعض ماله بل هو يؤدي حقا من الحقوق قال تعالى " وَأَنفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُم **مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ** فَالَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَأَنفَقُوا لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ"[1] وقوله " **وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاء إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا**"[2] ومن ثم يكون تقييد الملكية الخاصة للصالح العام مقرر شرعا بأدلة مشروعية الزكاة والصدقات.

والصوم هو واجب على كل إنسان مسلم من طلوع الشمس إلى غروبها يتساوى فيه الحاكم والمحكوم الغني والفقير. ويتدرب فيها المسلم على الصبر والتحرر من الشهوات والاباحات الأمر الذي يزكي النفس ويقويها لتنشط في القيام بحقوقها وطاعة ربها؛ فضلا عن إدراك حقيقة المساواة في احترام مشروعية الصيام بالإمساك وبذلك تتحقق المساواة الحقيقة خلال شهر كامل في تحمل مشاق الجوع والعطش لا فارق بين حاكم ولا محكوم؛ غني ولا فقير؛ قوي ولا ضعيف فالكل عباد الله متساوون في أصل الخلقة.

وأكثر من ذلك حج البيت إذ تتجلى المساواة المطلقة فيكون كل المسلمين على صعيد واحد وبنداء واحد، قد يجالس الحاكم المحكوم والغني الفقير الأسود والأبيض ويلبسون لباسا واحدا قد لا تفرق بين ملك أو رئيس وإنسان بسيط غاية البساطة والفقر ، وفيها تتأكد حرية الاجتماع و التشاور باعتبار الحج مؤتمر سنوي عالمي جامع ولن يتجلى ذلك بذات التلقائية هذه في أية شرعة أخرى أو ميثاق آخر. بل أنهم في صعيد عرفة يتذكرون تلك الخطبة التي قرر فيه الرسول –ص– حرمة النفس والعرض والمال وحرمة التعدي والتي يمكن اعتبارها الإعلان الإسلامي لحقوق الإنسان والمواطن المسلم.

وعليه فإن الإسلام في تقريره للحريات العامة في الواقع الإجتماعي والسياسي ينتهج خطة تعتمد على تحرير ضمائر الناس ووجدانهم أولا بأن يغرس فيهم الشعور بالكرامة حتى إذا ما إستقر ذلك في نفوسهم كانت الاستجابة إلى التشريع؛ والمسارعة إلى التطبيق، وليس من سبيل إلى هذا التحرير غير ربط الإنسان بخالقه وتقدير عبوديته وحده بكل معاني العبودية؛ والتي من مكملاتها أن يتحرر الإنسان من كل سلطان آخر، وأن يطرد من نفسه كل خوف، وأن يفرد الله بالحاكمية القانونية العليا، وهذا من شأنه أن يربي النفوس على قداسة ما منحهم الله من حقوق، في الوقت ذاته الذي يملؤها عزة وجرأة على ممارستها والمطالبة بها من غير خوف على الأرزاق أو المصائر.

ومن أجل ذلك حرص فلسفة الإسلام التحررية على وجوب تحرير المرء من ضغط شهواته وأهواءه؛ وشرع لذلك وسائل عملية من شأنها أن تربي الإنسان على هذه المعاني وعلى رأسها العبادات والآداب بشكل السابق؛ التي تتحقق بها عبودية الإنسان لربه، فالعبودية لله وما تقضيه من تحرر من كل ما عداه يجعل قواعد الشرعية

[1] – سورة الحديد آية 07

[2] – سورة النور أية 33

الإسلامية يقوم ببنيانها على عقيدة التوحيد كأساس للحرية في التصور الإسلامي، وبعبارة أخرى **فإن الحرية إنما هي ثمرة للتوحيد** الذي يقي المحكوم من الوقوع في هاوية العبودية كما يقي الحاكم من التدلي إلى هاوية الإستعباد؛ وليست منحة من الحاكم أو السلطة أو القانون الطبيعي

3- الأصل في الحريات الإباحة فيما لم يرد نص بالحظر مع مراعاة حق الغير

فالإنسان مجبول في الفطرة على العيش حرا طليقا من الخضوع للأقران والأضداد ولما كان الإسلام دين الفطرة" فطرة الله التي فطر الناس عليها" فقد جاءت أحكامه وتوجيهاته متسقة وفطرة الإنسان في التمتع بالحريات ولذلك كان منهج الإسلام في تقرير الحريات أنها من المباحات إذ الأصل في الأشياء الإباحة عند الجمهور ولا يجوز تقييد الفعل أو حظره إلا بنص خاص[1]؛ يقول د/ توفيق الشاوي:" وحقوق الفرد في الشورى مستمدة من الفطرة الإنسانية حيث يولد الأفراد أحرارا؛ يملكون مصيرهم؛ ويمارسون حرياتهم الذاتية؛ لكنهم في إطار المجتمع يتشاورون فيما بينهم في جميع شؤونهم العامة؛ فالحرية في الإسلام فطرة سابقة على السلطة."[2]

يقول ابن حزم" والشريعة كلها إما فرض يعصى من تركه؛ وإما حرام يعصى من فعله؛ وإما مباح لا يعصى من فعله ولا من تركه؛ وهذا المباح ينقسم ثلاثة أقسام: إما مندوب إليه يؤجر من فعله ولا يعصى من تركه؛ وإما مكروه يؤجر من تركه ولا يعصى من فعله؛ وإما مطلق لا يؤجر من فعله ولا من تركه ولا يعصى من فعله ولا من تركه[3] .

والواقع أن هذه الحريات تعتبر حاجات أولية للإنسان تقتضيها فطرته؛ ولذلك قررها الشارع في صورة تكاليف آمرة ضمانا لقوة الإلزام بها؛ استجابة لتلك الفطرة. غير أنه ليست كلها في مرتبة واحدة فبعضها من أعظم مقاصد التشريع قوة؛ وأعلاها مرتبة كالحق في الحياة- حفظ النفس- وهي الضروريات؛ وبعضها من المقاصد الحاجية كحرية الرأي وغيرها مما تحصل بدونها مشقة[4]؛

ثانيا-نسبية الحريات العامة في الشريعة والقانون:

من أهم خصائص الحرية في الدولة الحديثة أن حرية مقيدة بحماية حريات الآخرين وعدم الإضرار بمصالحهم؛على النحو ما هو مقرر في نظرية التعسف في استعمال الحريات الحق؛ ومن أجل ذاك يتدخل المشرع في تقييد الحرية بما يتناسب وتمتع جميع الأفراد لحرياتهم من غير إخلال بالنظام العام للجماعة. وهذا ما سيتم تناوله بالتحليل المقارن بين الشريعة والقانون.

1 - نسبية الحرية في الفقه القانوني: إن أعز ما يملكه الإنسان حريته التي تمثل قوام حياته ووجوده، و هي بالنسبة للمجتمع ككل الأساس الذي ينبني عليه كيانه المتين و لهذا فقد لوحظ أنه كلما كانت هذه الحرية مصانة

[1] - د/عبد الحكيم العيلي؛ الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام؛دار الفكر العربي؛ 1983؛ ص170

[2] - د/ توفيق الشاوي؛ فقه الشورى والاستشارة؛ ص301

[3] - ابن حزم؛ المحلى؛ ج2؛ ص82

[4] - د/ فتحي الدريني؛ خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم؛ مؤسسة الرسالة 1982؛ص406

ومكفولة ولها ضمانات وجودها، ازدهر المجتمع و تقدم، وإذا صودرت اهتزت ثقة الفرد في مجتمعه فيتسرب الخوف في المجتمع ككل.إن هذه الحقيقة كانت ماثلة أمام المجتمعات على مر العصور، و لهذا كانت الحرية الشعلة التي ترفعها الثورات، و النبراس الذي تهتدي به المجتمعات و مطلبا تصبو إلى تحقيقه.

إن الاعتراف بالحرية الفردية للإنسان، ليس معناه أن يمارس الفرد حرية مطلقة دون قيد أو ضابط ينظمها, لأنه في هذه الحالة سيتصرف الأفراد بمواهم فيحدث التصادم فالفوضى. و حتى يعيش الناس في مجتمع واحد في أمن و استقرار استوجب الأمر أن تنظم هذه الحرية و أن توضع لها قيودا تحدّ من جموحها, فكان القانون هو الأداة التي يمكن من خلاله تحقيق هذا الهدف.

ولهذا يرى معظم الفقهاء أنه ليست هناك حريات مطلقة؛[1] وإلا حلت الفوضى وساد الاضطراب،ومن ثم فان الحريات جميعها نسبية ولا تستعص على التقييد من جانب المشرع العادي؛لان الدستور حين يخول المشرع حق تنظيم حرية من الحريات ،إنما يخوله الحق في أن ينتقص منها، وحجة ذلك أن من له حق التنظيم يملك وضع قيود على تلك الحرية ،والقيود تنطوي بداهة على الانتقاص من الحرية فالمشرع حينما يعهد إليه الدستور بتنظيم حرية ما ،فانه ليس عليه من الناحية القانونية سوى قيد قانوني واحد هو عدم إلغاء أو هدم تلك الحرية. [2]

وتعتبر أ.د(ة) سعاد الشرقاوي من اشد المنادين بنسبية جميع الحريات[3] ،خلافا للفقيه أ.د السنهوري[4] الذي يميز ويفرق بين قسمين من الحريات ,حريات عامة مطلقة لا يجوز تقييدها بقانون لان الدستور لم يحل أمر تنظيمها إلى المشرع نظرا لأهميتها وطبيعتها التي تنئ عن التنظيم والتقييد كونها تعبر فردية خصوصية ، وبين حريات نسبية مقيدة نص الدستور على تنظيمها بقانون بحيث يملك المشرع في شأنها سلطة تقديرية في تنظيمها على أن لا ينحرف عن الغرض الذي قصد إليه الدستور وهو كفالة هذه الحريات في حدودها الموضوعية فادا انتقص منها كان تنظيمه التشريعي مشوبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية.

ويميز **د/ السنهوري** بين الانتقاص من الحرية؛ وبين تنظيمها فالانتقاص يرد على ذات الحرية في حين أن التنظيم المسموح به للمشرع إنما يرد على كيفية استعمالها[5].

وعليه فان الحريات التي ترد في الدستور غير معلقة على شرط وغير محال فيها إلى القانون تعد **حقوقا حصينة** لا يجوز المساس بها من جانب المشرع، وإنما لابد من صدور تعديل دستوري يقرر ذلك؛ومفهوم النسبية في الحريات يراد به عدة مفاهيم منها:

---

[1] – د/ جمال سيد عبد الله عمر؛ الرأي العام ودوره في النظم السياسية المعاصرة رسالة دكتوراه؛ 2005 جامعة الإسكندرية؛ ص291

[2] –د/نعيم عطية؛ المرجع السابق ، ص161

[3] –د/سعاد الشرقاوي ؛ نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني ؛دار النهضة ؛ط1979

[4] –د/ عبد الرزاق السنهوري؛ مخالفة التشريع للدستور والانحراف فباستعمال السلطة التشريعية؛ بحث مشهور ومنشور في مجلة مجلس الدولة؛ السنة الثالثة جانفي 1952 وينظر تعليقا قيما على هذا البحث د/ وجدي ثابت غبريال؛ حماية الحرية في مواجهة التشريع ,مجلة المحاماة العددين 3و4؛ مارس و أفريل 1990

[5] –د/ السنهوري؛ المرجع نفسه؛ ص84

– أنها ليست مطلقة ولا ثابتة من حيث المكان والزمان؛ إذ تختلف الحرية من مكان لأخر؛ ومن زمن لأخر ومن نظام سياسي إلى أخر.

– كما يقصد بها أن لكل حرية يتمتع بها الفرد واجب يقابلها وهو حق الدولة في فرض النظام؛ وبين تقابل الحريات العامة والنظام العام ينتج أن الحريات لا يمكن أن تكون مطلقة ؛ كما أن النظام العام بدوره ليس مطلقا , وان هو نسبي إذا أراد لنفسه أن يكون ديمقراطيا و إلا انقلب نظاما ديكتاتوريا[1].

– والمفهوم الثالث لنسبية الحريات فيتصل بترتيب أهمية الحريات العامة حيث أن بعضها أهم من بعض فمنها ما هو أساسي لابد منه للتمتع ببقية الحريات،بل أن منها ما هو غاية في ذاتها كالحريات الفردية؛ ومنها ما هو مجرد وسيلة كالحريات السياسية أي أن الحرية الفردية هي **حرية غائية** غايتها في ذاتها أما الحرية السياسية فهي **حرية حامية**، دون أن يعني ذلك وجود انفصال بينهما بل إن الاستقرار الاجتماعي والسياسي يقتضي ضرورة التلازم بينهما فلا حرية فردية بدون حرية سياسية [2]

1-1 مدى نسبية الحريات في الدستور الجزائري:

مرت الجزائر بمراحل طويلة في النضال من أجل الحرية وهذا يؤكده المؤسس الدستوري من خلال ديباجة دستور1996(إن الشعب الجزائري **ناضل ويناضل دوما في سبيل الحرية** والديمقراطية–الحرية السياسية– ويعتزم أن يبني بهذا الدستور مؤسسات دستورية أساسها مشاركة كل جزائري وجزائرية في تسيير الشؤون العمومية ؛والقدرة علي تحقيق العدالة الاجتماعية والمساواة وضمان الحرية لكل فرد) .ولما كان الدستور بطاقة هوية الدولة ،والمرآة الصافية التي تعكس تطلعات الشعب فقد جاء دستور96 مقررا للحريات العامة من خلال أحكام الفصل الرابع من الباب الأول من المادة 29؛ إلى المادة 59 تحت عنوان "**الحقوق والحريات**"؛ ومؤكدا على مبدأ المساواة كركيزة أساس لجميع الحريات ومبدأ المشروعية (أي سيطرة وسيادة أحكام القانون) كقيد على السلطة وضمانة أساسية للحريات الفردية والجماعية في ظل مبدأ سمو الدستور كقانون أساسي في الدولة يعلو على الجميع حكاما ومحكومين ؛وبهذا يكون دستور 96 قد أسس فكريا لقيام دولة القانون وبناء حكومة الحرية.

2–نسبية الحقوق والحريات وعدم إطلاقها في النظام الإسلامي

تمثل الحرية في شريعة الإسلام **حلية الإنسان وزينة المدنية**؛ ولذلك كانت ولازالت أثقل عبئا على الظالمين والجبابرة والمخادعين؛ إذ ما فتئ هؤلاء منذ أقدم العصور يبتكرون الحيل للضغط على الحريات وتضييقها؛ أو خنقها واستعانوا على ذلك برسوم وثنية ابتدعوها ونسبوها إلى الآلهة ليكمموا الأفواه عن الشكاية والضجيج[3].

غير أن نظام الحقوق والحريات في النظام الدستوري الإسلامي له أساس فكري يختلف عن تلك الأنظمة التسلطية التي عرفتها البشرية في صراعها الطويل والمرير مع حكامها؛ فالحرية في الإسلام سندها العقيدة

---

[1] – د/ جمال سيد عبد الله عمر؛ الرأي العام ودوره في النظم السياسية المعاصرة رسالة دكتوراه؛ ص292

[2] –د/صالح حسين سميع ؛المرجع السابق، ص35 وما بعدها

[3] – الطاهر بن عاشور؛ أصول النظام الاجتماعي في الإسلام؛ ص159 وما بعدها.

الإسلامية؛ والتي انبثقت منها شريعة الله رحمة للعالمين تكريما لهم وتحقيقا لمصالحهم؛ وقد تكفلت هذه الشريعة بتنظيم هذه الحريات تنظيما يكفل مصلحة الفرد والجماعة معا. وهي بذلك تعتبر **منحا إلهية**[1] تستمد عظمتها وقدسيتها من قدسية العقيدة الإسلامية والدستور الإلهي ممثلا في القرآن الكريم.

الأمر الذي يجعلها تتمتع بقدر كبير من الاحترام يضمن لها التزام الفرد والدولة بها التزاما اختياريا؛ نابع عن الاقتناع بمشروعيتها وضرورتها؛ وهو ما يشكل ضمانة فعالة في عدم الاعتداء عليها من طرف السلطة الحاكمة. كون قواعدها هي عبارة عن **مواد وحيية** لا يستقل أي مشرع مهما كان أن يتدخل بإلغائها أو مصادرتها أو الانتقاص منها. فقال تعالى:"**وَإِذَا تُتْلَى عَلَيْهِمْ آيَاتُنَا بَيِّنَاتٍ قَالَ الَّذِينَ لاَ يَرْجُونَ لِقَاءنَا ائْتِ بِقُرْآنٍ غَيْرِ هَـذَا أَوْ بَدِّلْهُ قُلْ مَا يَكُونُ لِي أَنْ أُبَدِّلَهُ مِن تِلْقَاء نَفْسِي إِنْ أَتَّبِعُ إِلاَّ مَا يُوحَى إِلَيَّ إِنِّي أَخَافُ إِنْ عَصَيْتُ رَبِّي عَذَابَ يَوْمٍ عَظِيمٍ**"[2]. غير أن الاعتراف بهذه الحريات لا يعني أن مطلقة وإنما يعتبر في ممارستها اعتبار مآلاتها وذرائعها من حيث مدى ما ينتجع عنها من مفاسد أو مصالح؛ إضافة إلى ما تحققه من مقاصد في خدمة المصالح العامة للناس.

وعليه فإنه يجوز للإدارة تشريع ما يقضي بمنع المباح بناء على سلطتها التقديرية إذا رأت أن في جوازه مفسدة عامة، ومثاله منع "عمر بن الخطاب" التزوج بالكتابيات[3] في بعض الظروف رعاية للمصلحة العامة باعتبار مآل الفعل والذي هو أصل من أصول الشريعة. لأن المباح لم يشرعه الله ليفضي إلى المفاسد فإذا ما أفضى إلى ذلك منع، للقاعدة: " كل ما غلبت فيه المفسدة على المصلحة كان غير مشروع، وعلى الإدارة – ولي الأمر– درء هذه المفاسد مراعاة للصالح العام بمنع أسبابها و لو كانت في الأصل مشروعة".[4]

وهذا ما أكده الإمام القرافي بقوله " إن للمكلف (أو للإدارة العامة) نفسه أن ينشئ الوجوب فيما ليس بواجب كما في المنذور... و المباح. فإذا تقرر أن الله تعالى جعل لكل مكلف حق الإنشاء في الشريعة لغير الضرورة **فأولى أن يجعل الإنشاء للحاكم لضرورة درء العناء ودفع الفساد...**"[5].

كما يمكن أيضا تنظيم استعمال المباح واستغلاله بالوجوب تحقيقا للصالح العام ومن ذلك سلطة الإدارة في إجبار من يهمل أرضه على زراعتها تحقيقا للخير المشرك الذي سيعود على الفقير كونه صاحب حق معلوم فيها أولا ثم على البلاد في تنمية الثروة الوطنية بل يجوز لها أن تؤجرها لغيره بأجرة المثل[6].ومثاله أيضا منع الاحتكار ولو في الظروف العادية، وكذا التسعير الجبري إذ تعدى أرباب الطعام تعديا فاحشا صيانة لحقوق الأفراد ورفعا للغبن الناتج عن غلاء الأسعار.[7]

---

[1] – د/ محمد عمارة ؛ الإسلام وحقوق الإنسان– ضرورات لا حقوق– دار السلام القاهرة ط؛ 1سنة 2005؛ ص 15

[2]– سورة يونس آية 15

[3]– الطبري؛ تاريخ الأمم والملوك؛ ج6؛ ص147. د/مصطفى شلبي؛ تعليل الأحكام؛ ص45.

[4] – د/ فتحي الدريني؛ الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ؛ ص112.

[5] – القرافي؛ الأحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام ، ص26 و 27.

[6] ـــ د/فتحي الدريني، المرجع نفسه ، ص113.

[7] ابن القيم ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية؛ ص214.

ويكون تنظيم المباح فيما لم يرد به نص بتقييده إما بالمنع أو بالوجوب على حسب نظرية المصالح المرسلة يقول الشيخ مصطفى الزرقا:" إن الفقهاء قد اعتبروا أوامر أولى الأمر- الإدارة - مرعية نافذة شرعا؛ ولو كانت تتضمن تقييد مطلق أو منع جائز في الأصل أو ترجيح رأي فقهي مرجوح ما دامت تؤدي إلى مصلحة يرجع تقديرها إلى الإدارة (أولى الأمر) بحسب قاعدة المصالح المرسلة.[1]

ولعل أهمية هذه المصالح المرسلة كمجال واسع لسلطة الإدارة التقديرية في تقييد الحريات والمباحات يظهر يتأكد جليا في حالة تغير ظروف الزمان والمكان؛ فكما هو معلوم أن الأحكام المبينة على مصلحة معينة تظل معتبرة ما بقيت هذه المصلحة التي هي مناط الحكم وعليه فإذا انتفت وجب أن يتغير الحكم تبعا لها لأن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما.

فكلما كانت الحاجة ماسة إلى اعتبار المصالح في التشريع؛ كان للإدارة سلطة تقديرية في تنظيم هذه المصالح، وتقنينها كاشتراطها **توثيق** عقد الزواج بالجهة الرسمية وكذا توثيق عقود الملكية في دوائر الشهر العقاري وكذا قوانين البناء واشتراط إذن الإدارة في ذلك. ومثل ذلك أيضا اشتراط الحصول على رخصة قيادة من إدارة المرور لمن يسوق سيارة أو نحوها، وكذلك لمن يزاول مهنة مهمة كالطب والهندسة والصيدلية والمحاماة وغيرها فلا بد من الترخيص في مزاولتها، لما يترتب على ذلك من مصالح تعود على الجميع بالخير المشترك.[2]

فمن المعلوم أنه إذا طغت حقوق الفرد وحرياته على حساب مصلحة الجماعة فان النتيجة هي سيادة الفوضى وانتشار للأنانية والاستئثار عن الغير؛[3] وما يترتب عنه من أضرار اجتماعية تعود بالسلب على نظام الأمة؛ ولهذا يقال كما أن السلطة المطلقة مفسدة مطلقة فكذلك الحرية دون قيود تنظيمية مفسدة مطلقة.

ولهذا لا يعترف الإسلام **إلا بالحرية المنظمة** التي تمارس في إطار المشروعية ووفق روح التشريع الإسلامي ومبادئه العامة ومقاصده الكلية.يقول د/ توفيق الشاوي": والحرية التي هي جوهر الشورى في شريعتنا هي الحرية في المجتمع أو في الجماعة؛ فهي ليست حرية الغرائز المطلقة بلا شريعة تضبطها؛ وتكبح جماحها؛ وليست حرية الانعزال أو الشذوذ أو الخروج عن شريعة المجتمع؛ إنها ليست حرية الفوضى أو الفوضويين الذين يريدون مجتمعا بلا نظام ولا دين؛ ولكنها حرية جماعة؛ نظام والتزام؛ حدود وضوابط تفرضها شريعة خالدة ثابتة؛ وقرارات جماعية شورية ملزمة."[4]

ومن هنا كانت الحريات العامة في الفقه الإسلامي مقيدة بعدم الإضرار بمصالح الجماعة مما يعني أنها تخضع للتنظيم التشريعي والإداري بما يضمن تحقق مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة في وقت واحد.

---

[1] - مصطفى الزرقا؛ الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج3 ؛ ص23.

[2] - د/ يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية، ص95.

[3] - د/ منير حميد البياتي؛ النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالدولة القانونية؛ ص117

[4] - د/ توفيق الشاوي؛ فقه الشورى والاستشارة؛ مطابع دار الوفاء؛ المنصورة؛ ط2؛ سنة 1992؛ ص291 وما بعدها.

وعلى هذا يثير الفقه المعاصر **مشكلة التدخل الحكومي بين الحظر والإباحة**[1] بصدد تقييد مسألة الحقوق والحريات إذ كثيرا ما يناقش الفقهاء **مدى جواز تقييد الحرية وحدوده** وكيفيته والجهة التي لها صلاحية التقييد.[2]

وعلى هذا يجمع الفقه على أن أي قيد تتقيد به الحريات لابد له من مبرر مقنع أساسه حماية مصلحة اجتماعية أو دفع خطر يهدد المجتمع في حياته أو ماله أو في أخلاقه وآدابه؛ وعلى هذا فالأصل أن تبقى الحريات على مشروعيتها و لا تخضع للقيود إلا لمصلحة أولى منها بالرعاية والاهتمام كقول علماء الأصول بجواز التضحية بالنفس والحق في الحياة من اجل حماية الدين وإعلاء كلمة التوحيد؛ وقولهم بجواز بذل المال مهما كان مقداره لمصلحة حفظ النفس أو العقل.

و بهذا يجد التدخل الحكومي مبرره المستفاد من طبيعة السلطة الحاكمة نفسها فان صفة التفويض التي حازتها بمقتضى عقد البيعة والاختيار يجعلها صاحبة الاختصاص للتدخل في تنظيم الحريات الفردية بما يحقق ممارسة جميع الأفراد لحرياتهم بالمساواة في إطار المصلحة الاجتماعية.[3]

وحول هذا المعنى يقول الإمام ابن عاشور:" لا جرم أن ينشأ في المجتمع البشري شعور بداعي التقصير من الحرية أي –تقييدها لمقتضيات حرية الغير التي يعبر عنها قانونا بالنظام العام– ولهذا كانت الحكمة من وراء إرسال الله للناس مرشدين من رسل بشرائع وأنبياء بمواعظ؛ وحكماء بنصائح **ليكبتوا من غلواء الناس** في تهافتهم على ابتغاء ما يصبون إليه تجنبا؛ لما تنطوي عليه من الإضرار؛ فسنوا لهم الشرائع والقوانين" الضبط التشريعي والاداري" النظم وحملوهم على إتباعها ليهنأ عيشهم ويزول عبثهم؛ فصارت عندئذ **الحريات محدودة** بحسب الجمع بين **مصالح الجماعات** بأن لا يلحق المتصرف بتصرفه ضررا بغيره؛ وأن يعود تصرفه عليه بوخامة العقبى؛ وهي فيما يجاوز ذلك باقية حقا لكل واحد؛ لا يكبله عن تصرفه غاصب ولا متطاول"[4]. وهو ما يسميه في موضع آخر **بالتحجير**[5]، وترتيبا على ذلك فان من أهم خصائص الحرية في الإسلام أنها **حرية منظمة محددة** بما يكفل لكل فرد

---

[1] – د/ صوفي أبوطالب؛ تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية؛ دار النهضة العربية؛ ط4؛ سنة2005؛ ص237؛ وقد نقل سيادته في التدليل على حق السلطة النظامية " **ولي الأمر**" في إلزام الناس بتشريعات منظمة لممارسة المباحات كالحريات العامة بقاعدة نقلها عن **ابن عابدين** في حاشيته قوله" طاعة أمر السلطان بمباح واجبة" ؛ كما نقل عن **ابن نجيم** قوله" أن طاعة الإمام في غير معصية هي واجبة حتى لو أمر بصوم يوم وجب صومه شرعا" وهو قول فيه مبالغة في طاعة ولي الأمر؛ وإعمالا لهذا الأصل في تنظيم المباح وضرورة طاعته انتهى فقهاء الحنفية – على نقله **الزرقا** في المدخل– إلى أن من حق ولي الأمر" أن **يأمر بالمندوب**؛ أو المباح؛ إن كانت فيه مصلحة شرعية للناس فيصبح عندئذ واجبا؛ وله أيضا **أن يمنع المباح** الذي ينتج عنه مفسدة طالما وجدت المفسدة بسببه والمصلحة في خلافه"؛ ينظر هذه النقول العلمية عند د/ صوفي أبو طالب؛ المرجع نفسه؛ص238 وما بعدها.

[2] – د/ محمد فاروق النبهان؛ أبحاث إسلامية في التشريع والفكر والحضارة؛ مؤسسة الرسالة سوريا ؛ط1؛ سنة1986؛ص141 وما بعدها

[3] – د/ محمد فاروق النبهان؛ المرجع نفسه؛ ص150

[4] – الطاهر بن عاشور؛ المرجع السابق؛ ص159

[5] – ابن عاشور؛ أصول النظام الاجتماعي في الإسلام؛ دار السلام؛ ط1؛ سنة 2005؛ ص 152

أن يتمتع بحريته فمن شروط اكتمال الإيمان أن المرء يجب أن يحب لأخيه ما يحب لنفسه.كما أن الحرية محددة بألا تعرض مصلحة المجموع للخطر.

ومقتضى ذلك كما يقول **د/ مصطفى أبو زيد فهمي**"استطاعة السلطة السياسية أن تدخل على الحرية بعض القيود لمصلحة تراها؛ كأن تحدد أقامة شخص في مكان معين لا يغادره؛ أو تخرجه من مكان معين فلا يظل فيه ومن ذلك ما فعله الخليفة عمر مع نصر بن حجاج حيث قرر نفيه شأنه في ذلك ألا يظل في المدينة خشية افتتان النساء بجماله؛ خاصة في غيبة أزوجهن بسبب الفتوحات الإسلامية التي آثر هذا الشاب الوسيم ألا يتطوع للدفاع عن دين الله وأن يظل في المدينة قابعا مع نساء المجاهدين؛ مما قد يسبب فتنة يجب درأها بنفيه إلى البصرة على أن يضاعف من عطائه تعويضا له. وعلى هذا يحق لرئيس الدولة أن يمنع ممارسة بعض الحريات أو يقيد منها رعاية للمصلحة العامة وتقديما لها على المصلحة الخاصة المرجوة من الحرية الشخصية[1]؛ ولذلك نفى عمر بن الخطاب "نصر بن حجاج السلمي" من المدينة إلى البصرة دون جرم وإنما احتياطا كما نسب ابن سعد واقعة أخرى مشابهة لها تمثلت في إقدام الخليفة عمر بن الخطاب على نفي " "**أبا ذئب السلمي**" من المدينة إلى البصرة دون ذنب سوى أنه سمع نسوة يتحدثن عن جماله،[2] وقد قيل بأنه **ابن عم نصر بن الحجاج** على ما ذكره د/ **محمد بلتاجي** في رسالته حول منهج عمر في التشريع. ومثل منع الكفار من الإقامة بأرض الحجاز وحظر الرسول الدخول في أرض بها طاعون؛ كما منع الخروج من أرض وقع بها حتى لا ينتشر الوباء.[3]

ومن هذا القبيل أيضا تقييد عمر لحرية **المرأة المسلمة المجذومة**[4] التي كانت تطوف بالبيت الحرام ومنعها من حرية مزاولة شعائرها التعبدية خشية انتقال العدوى إلى الطائفين بالبيت.فما كان منها إلا أن جلست في بيتها؛ فلما قيل لها اخرجي إلى طوافك فان الذي نهاك عن الطواف قد مات؛أجابت:" والله ما كنت لأطيعه حيا وأعصيه ميتا؛ فهي قد اقتنعت بصدق غاياته ونبل هدفه وشدة حرصه على صحة المسلمين".[5]

وكذلك تقييده لحرية التنقل؛ حرية الغدو والرواح بما يضمن حق الهجرة للجميع؛ فهي حرية ليست مطلقة وإنما مقيدة للصالح العام؛ والآداب العامة؛ والصحة العامة فقد ألزم عمر كبار الصحابة بالإقامة معه في المدينة حتى يستشيرهم فيما يجد من أمور[6].

ولعل خير تصوير **لنسبية الحرية في الإسلام** وعدم إطلاقها حديث الجماعة[1] الذين استهموا على السفينة فكان فكان أن أصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها؛ وقد هم بسبب المشقة التي لقيت من هم في أسفلها أن يخرقوا

---

[1] – إبراهيم البدوي؛ دعائم الحكم في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية المعاصرة– الحقوق والحريات العامة– الناشر دار النهضة العربية القاهرة؛ط1؛سنة 1994 ؛ ص62

[2] – ابن سعد الطبقات الكبرى ؛ ج3؛ ص205

[3] –د/ إبراهيم بدوي؛ مرجع نفسه؛ ص87

[4] –د/ محمد بلتاجي؛ منهج عمر في التشريع؛ ص556

[5] – د/ مصطفى أبو زيد فهمي؛ فن الحكم في الإسلام؛ دار المطبوعات الجامعية؛ الإسكندرية؛ 2003؛ ص485

[6] – د/ إبراهيم بدوي؛ مرجع نفسه؛ص87؛ نقلا عن د/ حسين هيكل؛ الفاروق عمر؛ج2؛ص209

السفينة في نصيبهم حتى لا يضطروا إلى المرور على من فوقهم؛ فكانت النتيجة ما قال النبي-ص- " **فان تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعا؛ وان اخذوا على أيديهم نجوا؛ ونجوا جميعا**"[2] .

وعلى هذا نخلص إلى أن الحرية **أصل عام** يمتد إلى كل مجالات الحياة؛ فليس هناك حرية من الحريات التي لا يعرفها الإسلام؛ وليس هنا حرية تدعو إليها الحاجة مستقبلا ويقف الإسلام عقبة في سبيل التمتع بها ومزاولتها؛ فجميع الحريات مباحة ومكفولة في إطار منظومة مقاصد الشريعة بحيث تشكل مقصدا منها؛ لقوله عليه الصلاة والسلام "**كل المسلم على المسلم حرام؛ دمه وعرضه وماله**" مما يفهم منه شمول الحرية واتساعها.

غير أن جميع هذه الحريات المعترف بها في الشريعة هي حريات مقيدة بحدود الشريعة وضوابط مقاصدها العليا. ويرجع أصل هذا التقييد إلى أن الأصل في الشريعة هو التضامن في تنفيذ ما أمر الله ونهى عنه، ومن ثم كان من حق السلطة النظامية في إطار قواعد السياسة الشرعية الإقدام على تنظيم الحرية بما يلائم أصل التضامن في تنفيذ أحكام الشريعة وبالتالي فليس إقرار الحرية للفرد في الشريعة غاية في حد ذاته.

فشريعة الإسلام لا تقر وجود قواعد قانونية سابقة على أحكام الشريعة، مصدرها القانون الطبيعي كما هو مقرر في القانون الوضعي، لأن القرآن الكريم والسنة الشريعة يمتلك ن المصدر الأساسي للقواعد القانونية في الدولة الإسلامية.[3]فلا مجال للشريعة الإسلامية لوجود حقوق طبيعية للإنسان سابقة في وجودها عن القانون ويترتب على هذا **أن الشريعة الإسلامية هي أساس الحق وليس الحق هو أساس الشريعة**، ومن ثم صح أن يوصف الحق بأنه منحة إلهية وليس صفة طبيعية للإنسان فليس مصدر الحريات العامة ذات الإنسان، ولا هي حق يخوله المجتمع.[4]

وترتيبا على ذلك فان الشريعة الإسلامية قد وضعت بيد ولي الأمر سلطات تقديرية واسعة في تنظيم هذه الحريات بما يؤدي إلى تحقيق العدل والمصلحة العامة فواجب أولي الأمر تقصي المصلحة والعدل في تصرفه لأنهما لباب الشرع وغايته، وفي هذا يقول ابن القيم:"قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده؛ وقيام الناس بالقسط **فأي طريق** استخرج بها العدل والقسط **فهي من الدين** وليس مخالفة له"[5].

---

[1] – حديث متفق عليه. ينظر إلى صحيح مسلم ؛باب الفتن؛ ج3 ؛ ص 1233؛ و مسند أحمد بن حنبل ج4؛ ص 268

[2] –الحديث متفق عليه واصله " **مثل القائم على حدود الله والواقع فيها كمثل قوم إستهموا على سفينة، فصار بعضهم أعلاها، وبعضهم أسفلها، فكان الذين في أسفلها إذا إستقوا من الماء مروا على من فوقهم فقالوا: لو أن خرقنا في نصيبنا خرقا ولم نؤذ من فوقنا؟ فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعا، إن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعا.**" برواية الإمام مسلم.

[3] – د/ عبد الغني سيوني ؛ نظرية الدولة في الإسلام– دراسة مقارنة – الدار الجامعية ؛ بيروت 1986 ؛ ص 168

[4] د/ فتحي الدريني؛ الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص 212 ، ود/ حمود حنبلي، حقوق الإنسان بين النظم الوضعية والشريعة الإسلامية؛ دراسة مقارنة ؛ ديوان المطبوعات الجامعية ؛ بن عكنون؛ الجزائر؛ ط1 ؛ سنة 1995 ؛ ص 75.

[5] – الإمام ابن القيم ـــ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص16.

أي أنها مشروعة؛ وهذا من قبيل حق السلطة في تنظيم دائرة العفو التشريعي[1] المتروك من غير نسيان لولاة الأمور للتصرف فيه بما يعود بالصلاح على الجماعة، يقول ابن عقيل من الحنابلة: " السياسة ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد من الفساد وإن لم يصنعه الرسول علية الصلاة والسلام ولا نزل به وحي".[2]

وبهذا نخلص إلى أن تنظيم ممارسة الحريات والمباحات باب من أبواب السياسة الشرعية التي تخول لسلطة حفظ النظام واجب التدخل بالمنع والتقييد في ضوء تلك القاعدة المحورية المتفق عليها لدى فقه الأحكام السلطانية : "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة". بأن لا يكون الباعث على ذلك المنع أو التقييد مناقضا لمقصد الشرع، فاستعمال السلطة التقديرية لغير المصلحة المعتبرة شرعا، تشهيا أو انتقاما أو تحقيقا لأغراض غير مشروعة لا تتعلق بحراسة الدين وسياسة الدنيا يعتبر **تعسفا وظلما** صارخا، يستوجب رده ورفعه بتدخل قضاء المظالم الإسلامي.

الفرع الثاني: تصنيفات الحريات العامة في ضوء فكرة النظام العام:

قبل الخوض في التصنيفات المختلفة للحريات العامة يثور في هذا الصدد تساؤل هام حول مبدأ المساواة و هو هل المساواة تعتبر إحدى الحريات أم أنها تعد ركيزة أساسية لجميع الحريات ؟.

اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل، فذهب رأي إلى أن المساواة تعد إحدى الحريات العامة، حيث يصنف هذا الرأي الحريات العامة إلى قسمين هما: المساواة المدنية، والحرية الفردية؛ وذهب جانب آخر من الفقه إلى أن المساواة تعتبر أساسا وركيزة لكل الحريات و ليست حرية من الحريات.[3]

وطبقا لنصوص الدستور الجزائري فالظاهر أن مبدأ المساواة تعد أساسا و ركيزة لكل الحريات وليست حرية من الحريات، فعلى سبيل المثال نصت المادة 31 من دستور1996 على" تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات.." ذلك أن الحريات جميعا لابد و إن تعتمد على مبدأ المساواة باعتباره من المبادئ العامة التي استقرت في أذهان الناس و رسخت في ضمائرهم، ومن ثم إذا لم تكن هناك مساواة بين الأفراد في ممارسة هي الحرية، فلا يصح الادعاء بان ثمة حرية، وذلك لان المساواة هي أساس الحرية والدليل على وجودها، ولكن يتعين أن يكون الأفراد متساوين في مراكزهم القانونية؛ وعلى تخرج المساواة من نطاق تصنيف الحريات.

أولا: تصنيف الحريات في الفقه الدستوري الوضعي:

[1] – وهي المنطقة المستفادة من الحديث النبوي الذي رواه أبو الدرداء عن النبي (ﷺ) قال :" ما أحل الله في كتابه فهو حلال وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته، فإن الله لم يكن لينسى شيئ ثم تلا "وما كان ربك نسيا"؛ أخرجه الحاكم في صحيحه و صحح إسناده ووافقه الذهبي و البزار و البيهقي وقال ": رجاله موثوقون وإسناده حسن"

[2] – ابن القيم ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص 13.

[3] – ينظر إلى هذه الآراء د/ سعاد الشرقاوي؛ النظم السياسية في العالم المعاصر؛ ص320

تهدف محاولات الفقهاء لتصنيف الحريات العامة إلى إلقاء الضوء على مضمونها وتحديد مفهومها ونطاقها وضمانات ممارستها؛ وغالبية هذه التصنيفات ترجع إلى اعتبارات تعليمية وليست علمية، مما يعني أنها تصنيفات ليست ثابتة ولا جامدة بل إنها مرنة ومتطورة. ويستفاد من هذا أن هذه التصنيفات لا تعني أبدا إمكانية عزل بعض الحريات العامة عن بعضها الأخر أو التمتع ببعضها و إلغاء بعضها الأخر، لذلك إن الحريات في حقيقة أمرها متكاملة و متشابكة و يستند بعضها على بعضها الآخر، وهذا يعني أن ممارسة إحدى الحريات مرتبط بالتمتع بحريات عديدة أخرى.

ومن هذا المنطق فإن هناك عدة تصنيفات يمكن تقسيمها بدورها إلى قسمين : تصنيفات تقليدية وأخرى حديثة[1]، غير أن طبيعة هذه الدراسة تدفع إلى البحث عن تصنيف من نوع خاص يتناسب مع اعتبار فكرة النظام العام معيارا لتمييز حرية عن أخرى ويتوصل إلى ذلك إلا باستعراض أغلبية هذه التصنيفات التي لها علاقة بفكرة النظام العام كقيد على ممارسة الحريات العامة. فمن هذه التصنيفات:

1- الحريات السلبية والحريات الايجابية:

يقوم هذا التصنيف على التمييز بين نوعين من الحريات، الحريات السلبية، والحريات الايجابية، وأساس هذا التقسيم هو نوع التزام السلطة العامة تجاه هذه الحريات، ومن ثم فان الحريات السلبية تفرض على السلطة العامة التزاما سلبيا يتمثل في مجرد امتناعها عن المساس بهذه الحريات، أي أن الحريات السلبية تظهر في صورة قيود على سلطة الدولة. وأما الحريات الايجابية، فإنها تفرض على السلطة العامة التزاما ايجابيا يتضمن خدمات ايجابية معينة تقدمها الدولة إلى الأفراد حتى يمكن الاستفادة من هذه الحريات، و يلاحظ أن الفلسفة التي يقوم عليها هذا التصنيف هي ذات الفلسفة التي اعتنقها فقهاء القانون العام للتمييز بين الضبط الإداري –المظهر السلبي لنشاط الدولة – والمرفق العام – المظهر الايجابي لنشاط الدولة.[2]

2- حريات الحدود و حريات المعارضة:

تصنف الحريات العامة من ناحية مدى تأثيرها في السلطة العامة إلى قسمين: الأولى: **حريات الحدود**" libertes-limitation " وهي حريات تمثل المجالات المحجوزة للنشاط الفردي، التي يمتنع على الدولة التدخل فيها، وهي بذلك تتمتع بحماية خاصة تجاه الإدارة، كونها ذات اختصاص محجوز للمشرع لوحده بوضع نظامها القانوني، وبتحديد مضمونها وملامحها وإطار ممارستها.

فالمشرع يرسم الإطار القانوني لهذه الحريات إما لأنها كانت محل تهديد خاص؛ أو نظرا لأهميتها السياسية في تحديد الجو الفلسفي و الاجتماعي و الاقتصادي لنظام الحكم القائم[3].

---

[1] – ينظر تفصيلات هذه التصنيفات إلى: د/ أنور أرسلان؛ الحقوق والحريات العامة في عالم متغير؛ دار النهضة طبعة 1993؛ ص 172 ؛ د/ عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ ص218وما بعدها.

[2] - د/ عبد المنعم محفوظ؛ علاقة الفرد بالسلطة؛ ص52

[3] – ينظر د/ عبد المنعم محفوظ؛ المرجع السابق، ص 87 وما بعدها.

و يترتب على نظرية حريات الحدود إبراز أهمية الحرية المحددة مما يضفي عليها حماية وكفالة إزاء تصرفات الإدارة، فقد استقر القضاء الإداري الفرنسي على أن قيام المشرع بتنظيم ممارسة حرية من الحريات يوجب من جانب الإدارة قدرا أكبر من الحرص على تلك الحرية؛ والحذر في تصرفاتها اتجاهها؛ مما يخفف على الفرد عبء إثبات أن الإدارة قد تجاوزت سلطتها، فواقعة إخلال الإدارة بحرية محددة ، أي بحرية عامة كفلها و نظمها القانون، تعتبر خطأ أفدح من واقعة إخلالها بالحرية أخرى لم يتناولها المشرع بالنص و التنظيم[1].

وأيضا فإن تلك النظرية تترتب على عاتق الإدارة التزامات إيجابية إلى جانب التزامها السلبي، فالالتزام السلبي يتمثل في وجوب امتناع الإدارة عن التدخل بصورة تعوق ممارسة الحرية، أما الالتزام الإيجابي فيعني أنه يقع على عاتق الإدارة أن تتخذ الإجراءات الضرورية لحماية الحرية ضد التهديد الخارجي[2] وعلى هذا الأساس فعلى سلطات الضبط أن تتخذ كل الإجراءات اللازمة لكفالة ممارستها و إبعاد العقبات من طريقها ولا تتدخل في شأنها إلا بالقدر الضروري جدا لحفظ النظام العام.

وتجدر الإشارة إلى أن لإتباع أسلوب الحريات المحددة على النحو سالف الذكر فائدة كبيرة تكمن في توضيح الحدود التي يقف عندها تقييد الحرية و الأوضاع التي يتم بها هذا التقييد ، مما يعد ضمانا للأفراد في مواجهة الإدارة، غير أن هذا الضمان لا يتحقق إلا إذا كان التدخل التشريعي لصالح الحرية وفي جانبها.

ويقابل هذه الحريات؛ حريات المعارضة"libertes –opposition" وهي تلك الحريات التي تمكن الأفراد من معارضة السلطة العامة في حالة ما إذا تدخلت هذه الأخيرة في المجالات المحجوزة للنشاط الفردي؛ و من أمثلة هذه الحريات حرية الصحافة، وحرية التظاهر، وحرية الاجتماع، وحرية تكوين الأحزاب، وحرية تكوين الجمعيات.[3]

3- الحريات المطلقة و الحريات النسبية

تصنف الحريات العامة من زاوية جواز تقييدها عن طريق التشريع من عدمه، إلى حريات عامة مطلقة وأخرى نسبية، والحريات المطلقة هي تلك الحريات التي يقررها الدستور ولا يحيل إلى المشرع أمر تنظيمها، فان تدخل المشرع لتنظيم هذه الحريات كان تدخله غير مشروع، وتعتبر القوانين الصادرة منه في هذا الشأن باطلة لا يعتد بها، ومن أمثلة هذه الحريات المساواة وحرية العقيدة. أما الحريات النسبية فهي تلك الحريات التي يقررها الدستور ويحيل إلى القانون أمر تنظيمها، ووضع الشروط اللازمة لممارستها، و القيود المفروضة عليها.[4]مثل حرية الاجتماع؛ وأغلب الحريات السياسية[5].

---

[1] – د/نعيم عطية؛ المرجع السابق، ص 178 وما بعدها.

[2] – د/محمود عاطف البنا؛ حدود سلطة الضبط الإداري، ص 88. دة/ سعاد الشرقاوي؛ نسبية الحريات العامة؛ ص 149 وما بعدها .

[3] – د/ عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ص219؛ نقلا عن جورج بيردو؛ المطول في القانون العام ؛ طبعة1948؛ ص280

[4] – د/ السنهوري؛ مخلفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية؛ مقالة سابقة؛ ص53

[5] – د/ عادل أبو الخير؛ الضبط الاداري وحدوده رسالة سابقة؛ ص352

و يرجع أساس هذا التمييز بين الحريات المختلفة ودرجاتها إلى كيفية نص الدستور بشأنها، فقد تكون نصوص الدستور صريحة مطلقة لا تدع مجالا للمشرع أو الإدارة لتقييدها، وتارة أخرى يقرر الدستور بعض الحريات العامة ويبيح للمشرع أمر تنظيمها، فيجوز أن تنظم بقانون؛ ويجوز أيضا للإدارة أن تتدخل فيها.

وعليه يمكن القول بان الحريات العامة باعتبارها مادة دستورية تمثل خطابا من الدستور للمشرع يقيد فيه من حرية المشرع ذاته ، فتارة يقرر الدستور الحرية العامة و يبيح المشرع تنظيمها من غير نقص أو انتقاص، وطورا يطلق الحرية إطلاقا لا سبيل إلى تقييدها أو تنظيمها ولو بتشريع.

وقد عرض مفوض الدولة "MICHEL" للتفرقة السابقة في مذكرته بصدد دعوى "BENJAMIN" إذ يقول "أن ما للعمدة من سلطات الضبط مقيدة بضرورة احترام مختلف الحريات المعترف بها للمواطنين: الحرية الشخصية، حرية الصحافة، حرية التعليم، حرية إنشاء الجمعيات، حرية العقيدة، حرية العمل، حرية التجارة والصناعة؛ وستكون القيود التي ترد على السلطات البلدية أكبر عندما يكون القانون قد نظم في مزيد من الدقة الشروط التي يتعين بها ممارسة الحرية معلنة بعبارات عامة كما هو الحال بالنسبة لحرية التجارة فإنه يمكن ممارسة سلطات العمد في الضبط بمزيد من الحرية، و على العكس من ذلك، ففي حالات أخرى عندما ترد النصوص المتعلقة بالحرية مطلقة وأورد المشرع من الأحكام ما يهدف به ضمان احترامها، فإنكم تبدون أشد قسوة إزاء العمد"[1].

ولعل هذا التقسيم هو الأقرب إلى إعمال فكرة النظام العام كقيد على الحريات باعتبارها المصدر الأساسي للقيود الواردة على ممارسة الحريات في النظام الديمقراطي؛ مما يمكن معه القول بأن هناك **حريات مقيدة للنظام العام** يجب على سلطة حفظ النظام إيثارها بالتقديم والأولوية؛ و**حريات مقيدة بالنظام العام** يجب أن تتقيد به؛ ولو بالانتقاص منها وقاية للنظام الاجتماعي العام.

4- الحقوق الفردية و الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية.

تصنف الحريات العامة باعتبار مدى ارتباطها بتدخل الدولة أو عدم تدخلها إلى قسمين كبيرين:

الأول: الحقوق و الحريات الفردية، و هذه بدورها تنقسم إلى مجموعتين، الأولى : الحريات المتعلقة بالنشاط الفردي و التي تعتبر منطقة مغلقة أمام نشاط الدولة، وتشمل الحريات المدنية ،و الحريات الاقتصادية ، وحرية الفكر؛ ومجموعة **ثانية** ويطلق عليها حريات المعارضة، وهي الحريات المقررة للأفراد كوسائل لمعارضة الدولة في داخل المجال المسموح لها بالتدخل فيه، ومن أمثلتها حرية الصحافة، حرية الاجتماع، و حرية التظاهر، وحرية تكوين الجمعيات.

الثاني: الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، ومن أمثلتها حق العمل، التامين الصحي، الحق في التعليم، حق السكن.[2]

---

[1] - د/ عادل سعيد أبو الخير؛ الضبط الاداري وحدوده؛ ص 353

[2] - د/ عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ ص224

5- الحريات الأساسية والحريات الثانوية:

وفقا لهذا التصنيف توجد حريات أساسية وحريات أخرى تعتبر بالنسبة لها ثانوية، فالحريات الأساسية لا تقتصر على تلك التي يتدخل المشرع لتعريفها و تحديد مضمونها و إطارها، وإنما يتوقف على مدى ما يكون لها أهمية اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية بالنظر إلى المبادئ السائدة في المجتمع. وتأسيسا على ذلك توجد طائفة من الحقوق والحريات العامة لا يتدخل المشرع لتعريفها و تحديد مضمونها نظرا لأنها لا تقبل بطبيعتها هذا التدخل- ومع ذلك فإنها تعتبر في مقدمة الحريات الأساسية ومثالها حرية اعتقاد وحرية المسكن.

وتجدر الإشارة إلى أن من الحريات التي يقررها الدستور ما يقبل التدخل التشريعي بشأنها كحرية الاجتماع، وحرية الصحافة، وحرية ممارسة الشعائر الدينية، غير أنه إذا لم يتدخل المشرع لتنظيمها فإن ذلك لا يمنع من الإعتراف بها كحريات أساسية[1].

ويترتب على هذا التقسيم أن الحريات الأساسية أولى و أجدر بالحماية من الحريات غير الأساسية، ومن ثم بتعين على القضاء أن يحمي الحريات الأساسية ولا يسمح بالاعتداء عليها، أيضا إن إيراد القيود على الحريات الأساسية يكون –كقاعدة – من اختصاص السلطة التشريعية بحيث لا يجوز للسلطة الإدارية الاعتداء عليها بإجراءات لائحية أو فردية[2].

وبصفة عامة فإن سلطة الإدارة إزاء الحريات تختلف في مداها تبعا لاختلاف الحرية موضع التقدير، فتضيق سلطة الإدارة كلما زادت أهمية الحرية، وقد يحدث أن تفاوض الحريات فيما بينها و من ثم يجب على الإدارة المفاضلة بينها لتغليب أجدرها و أولاها بالرعاية والحماية على غيرها ولذا فإن التضييق منن نطاق حرية ما يصبح مشروعا متى كان من أجل توفير حرية أخرى أكبر أهمية.[3]

وتطبيقا لما تقدم، فإن حرية ممارسة شعائر الأديان و هي حرية عزيزة على المشرع و أجدر بالرعاية، فإن سلطة الضبط إزائها تكون ضيقة، فليس للإدارة أن تمارس سلطتها الضبطية داخل دور العبادة إلا استثناء وفي أضيق الحدود[4].

أيضا ولما كانت حرية الاجتماع تعتبر من الحريات الأساسية في النظام الديمقراطي لارتباطها الحريات الفكرية، لذا فإن القضاء لا يجيز لسلطة الضبط منع الاجتماع العام إلا بقدر افتقار سلطة الضبط للوسائل الضرورية لضمان حفظ النظام العام و إلا كان ذلك مساعدة للمظاهرات المضادة.[5]

---

[1] – المرجع السابق ، ص 90 و ما بعدها .

[2] – دة/ سعاد الشرقاوي؛ نسبية الحريات العامة و انعكاساتها على التنظيم القانوني ، ص 149.

[3] – د/ نعيم عطية؛ المرجع السابق ، ص 209.

[4]– لذا فلقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء منع قداس ديني في أحد الفنادق الخاصة و يمنع دخول الأهالي و ذلك خوفا من مخاطر الحريق ينظر

- C.E 14 Mai 1982 , Association internationale pour la conscience de Krisna , Rec 179 , D , 1982 .516.

[5] - C.E 23 janvier 1953 . Naud , S 1953.346.

وخلافا لما تقدم ن نجد أن حرية العروض السينمائية أقل أهمية من حريات أخرى كحريات الاجتماع والصحافة، ومن ثم يباح لسلطة الضبط أن تقيد تلك الحرية بإجراءات أشد، مما يجعلها ليست حرية عامة حقيقية بل لا تعدو أن تكون رخصة من الرخص .

وإذا كانت السلطة الضبط تتفاوت على الوجه المتقدم وفقا لأهمية الحرية و خطورتها ، إلا أن ذلك لا يجوز أن يقتصر على تقدير الحرية من الناحية النظرية فحسب، بل يجب أن يجري ذلك التقدير واقعيا وفقا لظروف وملابسات الحالة المعروضة، فيجب أن يراعى مقدار المضايقة التي سببها الإجراء الضابط للفرد، و لهذا فلقد أصدر مجلس الدولة الفرنسي العديد من الأحكام التي تبرز أن التبعه أو المضايقات التي تلحقها إجراءات الضبط بالأفراد ينبغي أن توضع موضع الاعتبار.[1]

ثانيا: تصنيفات الحرية في الفقه الإسلامي:

1-تقسيمات الحقوق والحريات عند فقهاء الشريعة:

قد اهتم بعض الباحثين بمحاولة تصنيف الحريات في الفقه الإسلامي بالمقارنة مع مثيلاتها في الفقه الدستوري نذكر من هم د/ عبد الحكيم حسن العيلي ود/ إبراهيم البدوي؛ وكلها جاءت محاكاة للتصنيفات القانونية والسياسية الوضعية؛ رغم سبق فقهاء الأصول إلى تقسيم الحقوق من حيث ضرورتها إلى مصالح وحقوق ضرورية أساسية؛ ومصالح وحقوق حاجية؛ وأخرى كمالية تحسينية ثانوية.

فالحقوق الأولى لا يمكن للسلطة انتزاعها عن أصحابها إلا بحكم قضائي مستند إلى نص شرعي قطعي فيه من الشارع برهان على سلب الحرية من صاحبها كعقوبة القصاص في مواجهة القاتل عمدا وعدوانا؛ وعقوبة الجلد والرجم حتى الموت بالنسبة للزاني المحصن؛ وبالتالي فهي تشكل قيودا حقيقية على سلطة حفظ نظام الأمة.

بخلاف المصالح الثانية التي يمكن أن تكون عرضة للتنظيم والتقييد لمصلحة أهم منها في الاعتبار الشرعي في ضوء نظرية الموازنة بين المصالح فيما بينها؛ وبينها وبين المفاسد على النحو المقرر في كتب القواعد والفروق والأشباه والنظائر.

كما أن الباحث يمكن أن يؤسس لضرورة تصنيف الحقوق والحريات في الفقه الإسلامي بتطبيق فكرة التمييز بين ما هو **حق لله خاص** بحيث يكون أصلا لا يقبل مساومة الإرادات الفردية؛ ولا محلا للتدابير السلطانية الدستورية والإدارية نظرا عليه لعظم نفعه وخطر الإخلال به على حياة الجماعة ونظامها؛ وبين ما هو **حق للعبد خالص** بحيث يمكن إعادة تنظيمه في ظل مقتضيات الاجتماع الإنساني والسياسي المنظم في إطار فكرة الدولة كحتمية اجتماعية وسياسية؛ تذوب فيها الإرادات الفردية؛ ويتنازل فيها الأفراد عن بعض حقوقهم الخالصة ليحصلوا عليها بصيغة أخرى في إطار الجماعة المنظمة.

- C.E 29 Avril 1964 . min de l'int , RDP , 1965 120.

[1] - VEDEL (G) et DELVOLVE (P) : 11 ed 1990 , op , cit , p 685 .

غير أن ما يهم الباحث من خلال هذه الجزئية البحثية هو ما مدي تأثير فكرة النظام العام الشرعي في تقسيم الحرية وتصنيفها إلى أنواع وبعبارة أخرى هل يمكن تقديم النظام العام على الحرية في الرعاية والاهتمام؛ وبالتالي الإقدام على التضحية بالحرية لمصلحة حفظ نظام الأمة. هذا ما سيتم التماسه من خلال التطبيقات التشريعية والواقعية خلال عهد الحكومة النبوية وحكومات الخلفاء الراشدين المهدين سواء في الظروف العادية أو في حالة الضرورة الشرعية العامة.

فالدراسة تثبت- كما سيتضح أكثر لاحقا- أن فكرة النظام العام لها أثرها في تصنيف الحرية إلى حريات مطلقة وحريات مقيدة لمصلحة وحق الغير. وعلى هذا يمكن أن تشكل فكرة النظام العام معيارا حاسما في تقسيم الحرية في الفقه الإسلامي؛ نظرا لان الحرية ليست غاية في ذاتها في الشريعة خلافا لما هو في القانون؛ وإنها المقصود إقامة شريعة الله فكل الحريات مسخرة لخدمة هذا الهدف؛ وبالتالي فهي عرضة للتقييد وتنظيم كلما دعت الحاجة الشرعية إلى ذلك؛ وعلى سبيل المثال- فضلا عن الأمثلة الكثيرة التي سيأتي تحليلها في محله في الباب الثاني من هذه الرسالة بإذن الله – تعتبر **حرية الرأي والتعبير** من أكثر الحريات خضوعا للقيود العقيديتة والتشريعية والتنظيمية[1].

يقول ابن عاشور منبها إلى أن الأصل هو **تقييد** هذه الحرية " تنقسم الحرية إلى حرية اعتقاد؛ وحرية تفكير؛ وحرية قول، وحرية فعل؛ وكل هذه الحريات الأربع محدودة في نظام الاجتماع الإسلامي.[2]

فالقيد الأول العقيدي: يظهر في وجوب أي يكون قصد صاحب الرأي بذل النصح الخالص لوجه الله لا لتحقيق مصلحة شخصية؛ أو استهزاء بتعاليم الدين المقدسة؛ وشعائره المعلومة من الدين بالضرورة؛ أو إضرار بالغير تشهيرا بهم أو انتقاصا من منزلتهم؛ تجرئة للناس عليهم؛ فكلها مقاصد باطلة لو تشرع النصيحة وإبداء الرأي من أجلها؛ وبالتالي فلا يراد بها وجه الله ولا الخير للمنصوح ولا المصلحة للأمة. فالعقيدة الإسلامية تشكل قيدا جوهريا في ممارسة حرية الرأي الفكري التي يجب أن تنضبط بعدم مجاوزة الأحكام العقائدية؛ التي تعتبر من مسائل النظام العام الأبدي.

القيد الثاني التشريعي: أي يكون الرأي صادرا عن أهله وفي محله بحيث يكون الناصح برأيه عالما بالمنكر غير مقلد لغيره من غير بيان؛ متبينا فيما يقوله خشية الخوض في الأعراض المصونة وسباب الناس بلا بينة؛ كما يجب أن يكون محل النصيحة مما هو متفق عليه إذ يسقط التغيير في المسائل الاجتهادية؛ فالحرية تقف عند الحد الذي تتحول فيه إلى أداة للفساد والإضرار والانتقاد من أجل النقد لا غير. وحتى لا نصل إلى ذلك المستوى فان أمر

[1] – ينظر تفصيلا أكثر حول القيود الواردة على حرية الرأي في الشريعة الإسلامية؛ د/ وهبة الزحيلي؛ حق الحرية في العالم؛ دار الفكر؛ دمشق؛ ط1؛ سنة 2000؛ ص122 وما يليها.

[2] – الطاهر بن عاشور؛ أصول النظام الاجتماعي في الإسلام؛ ص160 وقد استدل فضيلته بأن الحرية **وصف فطري**؛ وقد دخل عليها **التحجير والتحديد** من أول وجود للبشر إذ أذن الله لآدم وزوجه حين خلقا وأسكنا الجنة الانتفاع بما في الجنة إلا شجرة واحدة" **ولا تقربا هذه الشجرة فتكونا من الظالمين**" ثم لم يزل يدخل عليها من التحجير في استعمالها بما شرعه الله من التعاليم المراعى فيها صلاحه في ذاته؛ ومع معاشريه بتمييز حقوق الجميع إيفاء كل بحقه." **ينظر** ابن عاشور؛ أصول النظام الاجتماعي؛ ص152

وضع قانون خاص بممارسة حرية الرأي والتعبير يصير أمرا ضروريا وقيد تشريعيا فعالا لتعلقه بكيفية ممارسة هذه الحرية وحدودها وضوابطها؛ فليس كل فرد يجب أن يشرع وينتقد باسم الدين؛ بل لابد من التخصص العلمي.

القيد الثالث التنظيمي: بأن تكون حرية الرأي مقصودها خدمة مقاصد الشريعة تجلب مصلحة وتدفع مضرة؛ ولكي يتحقق ذلك يجب أن تكون حرية الرأي خاضعة لرقابة السلطة من خلال الترخيص والاعتماد الذي يجب أن تحوزه كل وسيلة للتعبير عن الرأي حتى يسهل تفادي مخاطرها؛ خاصة في ظل تزايد التجمعات السكانية؛ وفرض الاجتماع في المجالس العامة. ولعلى خير دليل على أن حرية الرأي يجب أن تكون مقيدة بما يحفظ نظام الجماعة ولا يؤدي إلى تمزيق وحدة المسلمين حادثة نفي الخليفة عثمان بن عفان" لأبي ذر الغفاري" إلى منطقة **الربذة**[1] لمعارضته للنظام الاجتماعي في توزيع المال وسياسة الحكم.[2] التي يمكن اتخاذها كنموذج لتبرير حق ولي الأمر في تقييد بحض الحقوق والحريات للصالح العام اعتبارا للمآلات؛ وقاعدة الموازنة بين المصالح والمفاسد.

2- حرية الرأي ومقتضيات النظام العام قضية أبي ذر – رضي الله عنه- كنموذج لتقييد الحرية.

وتتلخص وقائع هذا القرار الضبطي في فرض ما يشبه الإقامة الجبرية على الصحابي أبي ذر- رضي الله تعالى عنه؛ في أنه انتقد سياسة عثمان المالية كونه أغدق على أهله؛ وآثر ذريه ببعض أموال الدولة؛ وولى أبناء الطلقاء من الأحداث؛ فنهاه عثمان عن هذا الهجوم العنيف إلا أنه لو يتوقف عن انتقاداته الأمر الذي دفعه إلى مواصلة نقده ومن أقواله" **لأن أرضي الله بسخط عثمان أحب إلي من أن أرضي عثمان بسخط الله** " وهو السبب الذي دفع الخليفة إلى الأمر بنفيه إلى الشام؛ غير أن أبا ذر رغم كل ذلك لم يتوقف عن دعوته إلى معارضة سياسة عثمان ووجوب القصد في الإنفاق وتبغيض جمع المال؛ فكان أن اعترض على والى الشام معاوية بن سفيان قوله " **المال مال الله**" وقال "**إنما هو مال المسلمين**". وقال له أيضا:" **لقد أغنيت الغني وأفقرت الفقير**"[3].

وكان من أمره اجتماع الناس إليه للاستماع منه والتأمين على دعواته ؛ فخاف معاوية من دعوته على أهل الشام؛ فكتب يشكو منه إلى عثمان فطلب الخليفة من واليه أن يرسله إليه ليسمع طبيعة دعوته ودعائه على ولاة حكومته فكان منها" **بشر الأغنياء بمكار من نار تكوى بها جباههم وجنوبهم وظهورهم**"؛ ثم راح يطعن في سياسة الخليفة ناعيا عليه إطلاق يده في مال الله ولتوظيف أهله من الأحداث من أبناء الطلقاء الذين أسلموا يوم الفتح؛ الأمر الذي لم يستطع الخليفة تحمله حيث ضاق به ذرعا؛ فنفاه بعيدا عن المدينة حتى لا يساكنه؛ حيث أقام في الربذة بقية حياته"[4].

---

[1] – ابن جرير الطبري؛ تاريخ الرسل والملوك؛ ج4؛ دار المعارف؛ 1970؛ ص283؛ وابن الأثير؛ الكامل في التاريخ؛ ج3 ؛دار الكتاب العربي؛ ط2؛ سنة1968؛ ص57

[2] – د/ إبراهيم بدوي؛ مرجع نفسه؛ص87؛ د/ طه حسين؛ الفتنة الكبرى؛ دار المعارف؛ طبعة1951؛ ص165

[3] – د/ وهبة الزحيلي؛ حق الحرية في العالم؛ ص131.

[4] – ينظر ملخص هذه الواقعة في د/ طه حسين؛ الفتنة الكبرى؛ ص164 وما يليها.

فحرية الرأي في الإسلام مقيدة بما فيه حماية للنظام العام وبالتالي يجب الرد والردع على كل من يشكل نشاطه خطرا على النظام العام؛ أو يؤدي إلى إشعال نار الفتنة في المجتمع ولا يكون هذا حرمانا من الحق في حرية الرأي؛ وإنما هو منع من الاعتداء ذلك أن الحفاظ على كيان الأمة من حيث سلامة الدولة ونظامها العام أو من حيث الحفاظ على وحدة الأمة وتماسكها أمر مقصود لدى الشارع وداخل في مسؤولية الدولة؛ وهو ما دفع الخليفة عثمان **إلى إخراج أبي ذر إلى الربذة** لما خاف من أن تؤدي آراؤه التي يجهر بها إلى التفاف الناس حوله؛ ومن ثم قيام الفتنة ضد نظام الدولة؛ وقد نفذ أبو ذر أمر أمير المؤمنين؛ و لم ينكر عليه.[1]

وختاما في هذا الفصل يمكن للباحث أن يقرر أن هناك تلازم بين النظام العام وبين ممارسة الحرية العامة؛ في كلا النظامين الوضعي والإسلامي؛ نظرا للارتباط بين مدلولهما وفي طبيعتهما، غير أن هذه العلاقة التلازمية بينهما لا تخلو من تأثير وتأثر متبادل بينهما؛ بحيث يوجد بينهما ما يشبه المد والجزر، ومع ذلك فانه على المستوى التنظيري فقد ثبت أن الحرية هي الأصل والغاية من أي قاعدة تشريعية في التنظير الديمقراطي حسب فلسفة المذهب الفردي؛ وأما النظام العام ورغم أهميته ومحوريته فانه مجرد وسيلة لحماية الحرية؛ وليس أصلا في القانون؛ كما ثبت من خلال استقراء تلك التعاريف التي قيلت بشأنه؛ وجدير بالإشارة أن الغموض الذي اكتنف هذه الفكرة كان في جانب منه متعمد؛ حتى يكون سندا للسلطة في استعماله عند احتمال تهديد مصالحها الخاصة.

كما لاحظ الباحث أن القانون الاداري الوضعي يسير على هدى الشريعة في مجال اتساع عناصر النظام العام؛ لتصبح قريبا من المقاصد الضرورية الخمس؛ يتأكد ذلك في ظل تزايد تدخل الدولة في الجوانب الاقتصادية وحفظ الهوية الوطنية؛ والدفاع عن سمعتها وسمعة رعاياها الأجانب في المحافل الدولية ومجالات الصحة وحفظ عقل الأمة بحفظ علمائها وتوفير لهم شروط البحث العلمي ووسائله.

وفي الشريعة الإسلامية الغراء ظهر للباحث أن فكرة النظام العام **فكرة أصلية فيه** كونها تعبير عن مجموعة المصالح الضرورية؛ التي يمكن للسلطة الارتكاز عليها لإعطاء مشروعية لأعمالها التي تقيد بها النشاط الفردي؛ كما ظهر للباحث أن النظام العام الشرعي ليس مفهوما مقابلا للحرية؛ بل أنه مقرر بها وحافظ لها؛ لأن بحفظ الضروريات يحفظ نظام الأمة ويتحقق الاستقرار؛ وبالتالي فلا تعارض بينهما لاتحاد مصدرهما وهو الشارع الحكيم.

وخلافا لذلك فان الأصل في النظام أن مصدره هو السلطة الحاكمة بما تملكه من سلطة سن القوانين واحتكار وسائل العنف والإلزام؛ بخلاف الحرية فان مصدرها القانون الطبيعي ومجموعة الثورات الشعبية؛ فهي وليدة كفاح ونضال الشعوب ضد الطغاة والمستبدين؛ ولذلك رغم اعتراف الدساتير بوجودها وضمانات ممارستها إلا أنها مجرد حبر على ورق نظرا لأن السلطة كانت مجبرة في الاعتراف بها تحت ضغط شعبي؛ ومن ثم لا توجد ضمانة فعالة في حماية الحرية إلا الضمانات الشعبية كما سيتأكد في آخر هذه الرسالة.

[1] – د/ عبد الحكيم العيلي؛ الحريات العامة؛ ص457؛ وإبراهيم البدوي ؛ مرجع نفسه؛ ص239

وبناء على هذه الاستنتاجات تكون فكرة النظام العام محورا ارتكازيا وسندا قانونيا تستخدمه السلطة العامة لحفظ عناصر الحياة ودوامها؛ واستقرار الدولة وسلامتها؛ من خلال التدخل بالتقييد والتنظيم أحيانا وبالمصادرة والمنع في أحيان أخرى للنشاطات الفردية والحريات العامة؛ بهدف حماية النظام من عناصر تهديده؛ ومن هذا القبيل منع حق الترشح لبعض الأفراد؛ ومنع الاجتماعات والمظاهرات في بعض الأوقات، والمنع من التنقل والسفر؛ في بعض الحالات إلا بترخيص أو إخطار مسبق؛ كل ذلك باسم حفظ النظام؛ مما يدفع إلى القول بأن الوظيفة الرئيسية لفكرة النظام العام في القانون الوضعي هي تقييد الحرية بما يحفظ نظام الجماعة، خلافا لوظيفتها في النظام الإسلامي حيث وظيفتها الأصلية هي إقامة النظام التي من أهم عناصر الحقوق والحريات؛ ويمكن للباحث في ضوء هذه الاستنتاجات أن يقرر ضرورة تقييد ممارسة بحض الحريات خاصة منها حريات الرأي والتعبير أو ما يعرف بالحرية السياسية؛ نظرا لارتباطها الوثيق بالنظام العام؛ ومن هذا القبيل إقدام المؤسس الدستوري الجزائري، بعد التعديل الدستوري لسنة 1996 على إعادة **تنظيم ممارسة حرية تأسيس أحزاب سياسية**؛ بفرض قيود جديدة تضبط حدود ممارسة هذه الحرية؛ نظرا لما شاهدته الساحة السياسية في الجزائر من مساس خطير بعناصر النظام العام وبهوية الدولة وثوابتها جراء التساهل في عملية تأسيس الجمعيات ذات الطابع السياسي بموجب القانون 11/89. ومن بين هذه القيود ما هو موضوعي كالالتزام بعدم استعمال المكونات الأساسية للهوية الوطنية بأبعادها الثلاث وهي الإسلام والعروبة والأمازيغية لأغراض الدعاية الحزبية؛ ونبذ العنف والإكراه كوسيلة للوصول إلى السلطة أو البقاء فيها؛ الابتعاد عن الممارسات الطائفية والجهوية والإقطاعية والمحسوبية.

وغيرها من القيود التي تضمنها القانون العضوي المنظم للأحزاب السياسية 09/97 في المواد 03 و04 و05 و06؛ وهناك قيود شكلية تتعلق بشروط تأسيس الحزب واعتماده ونشاطه؛ مثل حق الوالي برفض التصريح التأسيس إذا لم تتوفر الشروط القانونية في المصرحين والأعضاء المؤسيسين الخمسة والعشرين؛ المقيمين فعليا في أكثر من ثلث عدد ولايات الوطن، فضلا عن الالتزام والتعهد بعقد المؤتمر التأسيسي للحزب في أجل أقصاه سنة واحدة، من تاريخ نشر الوصل بالتصريح؛ وهي المدة المطلوب استغلالها لتوفير شروط تأسيس الحزب، ومن ثم اعتماده متى انعقد هذه المؤتمر الممثل لأكثر من خمس وعشرين ولاية على الأقل؛ على أن لا يقل عدد المؤتمرين عن 400 مؤتمر؛ ستة عشر مؤتمرا عن كل ولاية؛ فضلا عن قيود شكلية أخرى؛ بحيث لا يتم اعتماد الحزب. فهذه الشروط والقيود الواردة على حرية تأسيس الحزب ؛ لاشك أنها قيود منطقية إلى حد كبير نظرا لعلاقتها بحفظ النظام العام ؛ بحيث بدونها تكون هناك فوضي حزبية فليس لأي شخص أن يؤسس حزبا إلى إذا حضي بتمثيل في اكثر من نصف ولايات الوطن؛ مع الالتزام بضوابط الدستورية حفظا لثوابت الهوية الوطنية؛ ومن ثم كان التساهل فيها أمرا مخلا بنظام الجماعة. مما يتأكد معه أهمية تقييد الحرية للصالح العام؛ الذي تعتبر فكرة حفظ النظام العام أحد مقوماته؛ فقد اتضح من خلال ما سبق أن هناك علاقة ضاربة وعميقة بين حفظ النظام العام وبين ممارسة الحرية العامة؛ إذ رغم ثبوت نسبيتهما إلا أن **الأولوية في الرعاية عند تعذر الجمع بينهما تكون للنظام** باعتباره مرتبطا بالمصلحة **العامة** التي يجب أن **تقدم** على المصلحة الخاصة؛ ذلك أن اختلال النظام وانتشار الفوضى مفسدة

عامة يجب درؤها على التو؛ ولا تقبل التأخير كونها مصلحة مستمرة ومتعدة النفع إلى الغير؛ ولا يمكن أن توازن أو تقارن في ذلك بمصلحة ممارسة الفرد لكامل حرياته غير منقوصة ولا مقيدة.

وهذا ما يمكن التأصيل له بقاعدة **درء المفاسد مقدم على جلب المصالح**؛ غير أن هذه الأولوية في المراعاة والتقديم ليست على إطلاقها، لأن هناك ضوابط ترد على السلطة النظامية بحيث تشكل بدورها قيودا على النظام العام وهذا ما سيتم التأكد منه في الفصل الموالي.

الفصل الثاني:

فكرة النظام العام كمصدر للقيود الواردة على الحريات العامة

– دراسة مقارنة –

الفصل الثاني: فكرة النظام العام كمصدر للقيود الواردة على الحريات العامة – دراسة مقارنة–

لا يثير لفظ **"النظام العام"** حماس المحكومين لعلمهم أن هذا النظام **غالبا** ما اتخذ مطية للطغاة في انتهاك الحريات، والحقيقة أن فكرة "النظام العام" تعد أساس معظم السلطات التي يتذرع بها الحكام للتضييق على الحريات أو حتى القضاء عليها، ولهذا لا يعد النظام أساسا عقائديا في الفكر الديمقراطي أو عنصرا من عناصر فلسفته الإيديولوجية وذلك على عكس الحرية، وربما كان هذا هو السبب في أنه كلما ذكر النظام أثار على الفور معنى الحرية نظرا لما يتصور في معنى النظام من تعارض معها أو من خطر المساس بها.

ومن أجل ذلك تقوم فكرة النظام العام بدور أساسي في تحديد ممارسة الحرية بالمساواة بين أفراد الجماعة؛ بحيث صار وضع الحريات تحت رحمة النظام العام؛ فما من قيد يرد على الحرية إلا ومصدره راجع إلى فكرة النظام العام؛ مما يمكن القول معه محاكاة للقاعدة الأصولية " **ما من عام وإلا وقد خص**" إذ يمكن أن يقال أيضا **"أن ما من حرية دستورية إلا وقيدت بنص قانوني وما من حرية منظمة تشريعيا إلا وضبطت إداريا**. الأمر الذي يدفع إلى المسارعة بالحكم على **مبدأ إيثار الحرية** على النظام العام **بالهشاشة** والنقض في تطبيقات الفكر الديمقراطي ليس فقد في ظل الظروف الاستثنائية بل وحتى في الظروف العادية أيضا، وكأن الواقع السياسي يختلف عن الفكر النظري في تحديد العلاقة بين النظام العام والحرية العامة.

ولا تكتفي فكرة النظام العام في أن تكون مصدرا لقيود الحرية بل تساهم أيضا في تحديد ضوابط لكل من فكرة الحرية في ذاتها؛ وضوابط فكرة الضبط الإداري من ناحية ثانية.

إذ تشكل بحق معلما هاما في ضبط مفهوم الحرية؛ وتأكيد مدى نسبيتها وعدم إطلاقها؛ بل يمكن إعادة تصنيف الحريات بناء على مدى تأثرها بسلطة النظام العام الأمر الذي يترتب عنه أن الحريات متفاوتة في خضوعها لسلطة كل من الضبط التشريعي والضبط الإداري بحسب مساسها بالنظام العام؛ فالحريات التي تمارس جماعيا؛ والحريات التي تمارس في الطريق العام أكثر عرضة للتقييد لما يحتمل في ممارستها من إخلال بالنظام العام؛ خلافا للحريات المعنوية والشخصية التي تكون عادة أقل عرضة لتقييد السلطة نظرا لعدم مساسها بالنظام العام إلا نادرا كحرية العقيدة وحرية التعليم والزواج؛ كما تقوم فكرة النظام العام بدور فعال في إصباغ مشروعية على بعض أعمال الضبطية القضائية قي تقييد بعض الحريات الشخصية. وهذا ما سيتم تجليته بالتحليل والمناقشة والمقارنة في المبحثين المواليين:

المبحث الأول: دور فكرة النظام العام في تقييد ممارسة الحريات العامة. – دراسة مقارنة–

المبحث الثاني: دور أساليب الضبط الإداري في حفظ النظام العمومي وضوابطها –دراسة مقارنة–

المبحث الأول: دور فكرة النظام العام في تقييد ممارسة الحريات العامة.– دراسة مقارنة–

من الشائع قانونا في الفكر الديمقراطي أن فكرة النظام العام هي المصدر للقيود الواردة على الحريات العامة من طرف السلطة الضبطية؛ ولعل هذا هو السبب في ذلك الصراع الذي توصف به العلاقة دائما بين الحرية والنظام، حيث لا يزال لهذه الصراع صدى حتى اليوم في الفقهين السياسي والقانوني؛ بل يكاد يلمس فعليا في أثناء ممارسة الحرية على أرض الواقع.

بحيث تعتبر مهمة المحافظة على أمن وسلامة المجتمع أحد المهام الرئيسية للدولة الحديثة، وهو ما يعرف بوظيفة الضبط التي تمثل الوظيفة الأولى للدولة غداة إنشائها إذ تكمن في تحويل أفراد الجماعة من حالة الفوضى إلى حالة الانتظام وهي وظيفة مستمرة لاغني عنها لكل المجتمعات القديمة منها والحديثة.

والأصل أن جميع السلطات العامة في الدولة تشارك في تحقيق النظام العام فيها؛ وذلك من خلال تنظيم نشاط الأفراد في المجتمع وممارستهم لحرياتهم العامة؛ بقصد الحفاظ على النظام العام في الدولة الذي يعد أمر استتبابه حكرا على السلطات العامة فقط[1].

وبهذا تشارك السلطات الثلاث مجتمعة كل حسب اختصاصه الدستوري في تحقيق النظام العام سواء بإقامته وحفظه من جانب الوجود أو بحمايته ورعايته من جانب العدم مما يستتبع تقسيم مهام الضبط إلى ثلاثة أنواع: الضبط التشريعي؛ والضبط الإداري؛ والضبط القضائي.

ويتحقق الضبط التشريعي إذا تدخلت السلطة التشريعية بموجب ما تصدره من قوانين تهدف إلى تحقيق أغراض الضبط المتفق عليها خاصة تلك القوانين التي لها مساس بالحريات العامة بما يحتم تقييدها فتنظيم الحريات اختصاص أصيل بالنسبة للمشرع ومع ذلك فانه مهما بلغت القوانين الضبطية من الدقة والتفاصيل فإنها لا تغني عن تدابير سلطة الضبط الإداري كونها أكثر تعاملا مع الحرية في الواقع.

فوظيفة الضبط الإداري تستهدف وضع تدابير وقائية غايتها منع وقوع الإخلال بالنظام العام ، وذلك بتوقي حدوث الجرائم وغيرها من الأفعال التي تهدد الأمن أو السكينة أو الصحة في المجتمع. أو الحد من استمرار الإخلال بالنظام العام.

وهو بذلك يتميز عن الضبط القضائي الذي يعني تحري عن الجرائم بعد وقوعها والبحث عن مرتكبيها وجمع الأدلة ضدهم تمهيدا لمحاكمتهم وتنفيذ العقوبات.

ومن ثم فالضبط القضائي يؤدي إلى صيانة النظام العام عن طريق الزجر والردع الذي تحدثه العقوبة في نفوس أفراد الجمهور. ومع ذلك لا تكفي هذه الوظيفة لوحدها في إقرار النظام وإشاعة الأمن العمومي بل لا بد من تضافر مختلف أنواع الضبط لمنع كل فعل يخل أومن شانه الإخلال بالنظام العام.

ولكل سلطة أساليبها المختلفة في كيفية إقرار النظام العام وحمايته حسب الظروف المكانية والزمنية والتي تخولها استعمال سلطتها التقديرية[1] في مواجهة النشاط الفردي تنظيما وتقييدا هادفة إلى تحقيق النظام العام أو الصالح

[1] – د/سامي جمال الدين؛ أصول القانون الإداري؛ الناشر؛ منشأة المعارف بالإسكندرية؛ طبعة سنة 2004؛ ص496

المشترك بصورة مستمرة الوجود ودائمة التجدد، كما ترتكز كذلك على ضرورة تحقيق الخضوع والامتثال لأحكام القانون. ومن أجل تحقيق ذلك خولها المشرع مجموعة من الامتيازات والوسائل التي يمكن أن تستخدمها السلطة العامة–وهي تواجه النشاط الفردي– بدءا بوسيلة لوائح الضبط، ومرورا بوسيلة القرارات الفردية أو الأوامر الفردية، وانتهاء بوسيلة استخدام القوة القهرية إذا اقتضت الضرورة ذلك كأخطر وسيلة في يد السلطة الضبطية لما يترتب عليها من المساس بالحريات العامة والحقوق؛ إضافة إلى مجموعة الوسائل المادية والبشرية.

وعليه وبعد هذه الأفكار المبدئية الممهدة لهدف هذه الدراسة؛ نشرع في استعراض دور هيئات الضبط بمختلف صوره في حماية النظام العام في مطلب أول ثم استعراض أساليب السلطة في تحقيق النظام العام في مطلب ثان.

المطلب الأول: هيئات وسلطات حفظ النظام العام في الشريعة والقانون.

المطلب الثاني: وسائل حفظ النظام ودورها في تقييد الحرية في الشريعة والقانون.

[1] – ويلاحظ في هذا الصدد أن المجال الواسع في استخدام السلطة التقديرية هو الضبط التشريعي ومن بعده الضبط الاداري؛ إذ تملك الإدارة العامة سلطات تقديرية واسعة في مجال حفظ النظام العام؛ كما يملك المشرع بترخيص دستوري سلطة تقديرية لا حدود لها في تنظيم الحريات تقييدا ومنعا. مما دفع بالفقه القانوني إلى البحث عن ضمانات للحرية في مواجهة سلطات الضبط التقديرية لعل من أهمها تخويل القاضي الإداري لممارسة رقابة الملائمة ينظر على سبيل المثال دراسة د/ سامي جمال الدين؛ قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة؛ دار النهضة العربية القاهرة. وينظر في تخويل القاضي الدستوري رقابة المناسبة. على سبيل المثال دراسة للدكتور جورجي شفيق ساري؛ رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري –دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة؛ دار النهضة العربية؛ القاهرة .

المطلب الأول: هيئات وسلطات حفظ النظام العام في الشريعة والقانون.

تتجسد هذا الهيئات فيما تقوم به السلطات الثلاث من فرض أوامر ونواه وتوجيهات ملزمة للإفراد بغرض تنظيم حرياتهم العامة بهدف صيانة النظام العام في المجتمع فيما يعرف في الفقه القانوني بالضبط الاجتماعي؛[1] والتي بمقتضاها يكون من اختصاص السلطة فرض قيود على النشاط الفردي تحد بها من ممارسة حرياتهم بغية حماية الأمن العام وإعادة استتبابه إذا اختل؛ وحماية الصحة العامة؛ و إقرار السكينة العامة؛ وتحقيق ممارسة الحريات المدنية والسياسية بما يوفر الاستقرار والانضباط العام. وعليه تتمتع كل سلطة في الدولة بوقاية ورعاية جانب من النظام العام تكلف بصيانته بمقتضى أحكام المشروعية القانونية.

وعلى هذا تملك السلطة في ظل مبدأ الفصل بين السلطات بحق التدخل في التنظيم وتوجيه النشاط الفردي بما يحقق الانضباط والارتفاق العموميين ؛ هذا التدخل لا يكون إلا بمقتضى سند قانوني أو تنظيمي والمضبوط في إطار احترام مبدأ المشروعية باعتباره ضمانة فعالة في حماية الحريات العامة من افتئات السلطة عليها وبناء على ذلك تتعرض الحريات لثلاثة أنواع من القيود :

– قيود يفرضها المشرع؛ وهي ما يسميها بعض فقهاء القانون العام بـــ **الضبط التشريعي**.

– وداخل هذه القيود التشريعية تستطيع السلطة التنفيذية أن تفرض قيودا جديدة إما تنفيذا للقوانين وإما قيودا مبتدأه في شكل لوائح الضبط (التنظيم). وهي ما يسميه الفقه الإداري بـــ **الضبط الإداري**.[2]

– قيود تفرضها السلطة القضائية من أجل إعادة استتباب النظام بعد وقوع الجرائم من خلال قيام الشرطة القضائية بعملية الحريات الأولية من تعقب و تتبع الجرائم بعد وقوعها و البحث عن مرتكبيها و جمع الأدلة وبهذا يصبح مهمة الضبط القضائي مهمة علاجية. أو ما يسمى بالتحقيق الأولي.وهي ما يسميه الفقه الجنائي **بـــ الضبط القضائي**.

وهي الطريقة الأكثر اتصالا بحفظ النظام العام مما يستوجب تحديد سلطاتهما وتبيان دورهما في إقرار النظام؛ متتبعين هذه الهيئات والسلطات في كل من النظام القانوني الجزائري؛ ثم التعرض لما يقبلها في الفقه الإسلامي في الفرعين الآتيين

الفرع الأول: دور هيئات الضبط التشريعي في صيانة النظام العام.في الشريعة والقانون.

الفرع الثاني: دور هيئات الضبط الإداري في حماية النظام العام في الشريعة والقانون.

[1] – طعيمة الجرف؛ القانون الإداري؛ 421

[2] د/ عبد المنعم محفوظ؛ علاقة الفرد بالسلطة – الحريات العامة وضمانات ممارستها– دراسة مقارنة؛ طبعة01؛ ص917

الفرع الأول دور هيئات الضبط التشريعي في صيانة النظام العام في الشريعة والقانون.

لا شك أن الوقاية خير من العلاج بل هي أساسه؛ مما يعني أن حماية النظام العام من كل ما يتهدده بمنع ومراقبة كل ما من شأنه الإخلال بمقتضياته أفضل وخير من أسلوب الردع والزجر لكل من أخل بالنظام العام، رغم تكامل الأسلوبين معا في وحدة الهدف والغاية؛ ولهذا يشيد الفقه الدستوري والإداري بأهمية التنظيم المسبق لحدود ممارسة الحريات حتى يعرف الأفراد متى تنتهي حرياتهم وتبدأ ممارسة الآخرين لحرياتهم.

فلا شك أن في ذلك إعمال لمبد أ المشروعية الواجب احترامه من طرف الأفراد والسلطة العامة معا. مما يساهم في احترام الجميع لأحكامه والتقيد بمضمونه. وتتمثل هذه الوقاية في دور التنظيم التشريعي للحريات والذي يعرف بالضبط التشريعي الذي يحدد كيفية ممارسة الحرية ويمارس هذا الضبط في الدولة السلطة التشريعية ممثلة في البرلمان وفي الدولة الإسلامية أهل الاجتهاد بما فيهم الخليفة. وهذا ما سيتم توضيحه.

أولا: دور الضبط التشريعي في إقرار النظام العام في الفقه القانوني الجزائري .

ثانيا: دور الضبط التشريعي في حفظ نظام الأمة في فقه الشريعة الإسلامية.

أولا: الضبط التشريعي ودوره في حفظ النظام العام في الفقه الوضعي:

يمارس السلطة التشريعية في الجزائر برلمان منتخب؛ يتمثل في تلك المؤسسة الدستورية المشكلة من مجلس أو مجلسين يضم كل منها عددا من النواب أو الأعضاء، ويتمتع بسلطة البث في المواضيع التي تدخل في اختصاصه وأهمها التشريع.[1]

حيث نصت المادة 98 من دستور 1996 على أنه "يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة " غير أنه قد تمر الدولة بظروف تجعلها تعيش في ظل مرحلة انتقالية تساعدها في تجاوز أزمتها السياسية ومن ذلك ما اصطلح عليه في الجزائر بالفراغ الدستوري[2] الذي تمثل في تزامن حل البرلمان مع استقالة الرئيس؛ دون أن يوجد نص دستوري لحل هذه الإشكالية وان كان الأولى برئاسة الدولة في هذه الأزمة رئيس المجلس الدستوري.الأمر الذي أدى إلى تجميد العمل بالدستور ووضع مؤسسات انتقالية استشارية في ضوء ما عرف بأرضية الوفاق الوطني 40/94 المؤرخة في 92يناير1994 والتي تعتبر بمثابة الدستور المصغر.[3]

لاشك أن الوظيفة التشريعية هي أهم اختصاص أصلي للبرلمان باعتباره السلطة التشريعية في الدولة حيث تنص المادة 98 من الدستور "يمارس السلطة التشريعية برلمان ...له السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه،" يقوم البرلمان بإعداد النصوص القانونية وذلك بدراستها داخل اللجان المختصة ومناقشتها مع الحكومة وإعداد تقرير حولها ويعرض على النواب للتصويت عليها فإن حصلت على الأغلبية المطلوبة أرسلت إلى رئيس الدولة لإصدارها ونشرها والسهر على تنفيذها[4].

---

[1] – وتجدر الإشارة إلى أن الأنظمة السياسية مختلفة فيما بينها من حيث تكوين البرلمان فهناك من اسند مهام السلطة التشريعية إلى مجلس واحد مثل الجزائر في دساتيرها لسنوات 1963 -1976 و 1989ويتم انتخاب أعضائه من طرف الشعب إلا أنه يمكن في بعض الدول استثناءا تعيين عدد قليل منهم وفقا لنصوص محددة. وهناك من أسندها إلى مجلسين أو غرفتين تشكلان برلمانا ومؤسسة دستورية تشريعية للدولة مثل الجزائر دستور 1996وإنجلترا وفرنسا وأمريكا غير أنهما يختلفان من حيث التكوين وعدد الأعضاء.

[2] – حيث كان حل المجلس الشعبي الوطني في 31 ديسمبر 1992 و استقالة رئيس الجمهورية في 11 جانفي 1992، و إعلان حالة الطوارئ ونظرا للحالة الخطيرة التي وصلت إليها البلاد ،فتم الإقرار على إنشاء هيئة لاستخلاف رئيس الجمهورية و المجلس الشعبي الوطني و هكذا أنشيء بموجب بيان 14 جانفي 1992 **مجلس أعلى للدولة** و يساعده في اختصاصاته المجلس الاستشاري الوطني ، و بعد انتهاء مهام مجلس الأعلى للدولة في 1994/10/31 انعقد اجتماع الندوة الوطنية للوفاق يومي 26/25 جانفي 1994 صادق على الأرضية وحدد هيئاتها كالتالي رئاسة الدولة، الحكومة، المجلس الوطني الانتقالي وما تستخلصه أن المرحلة الانتقالية تعتبر المرجع الأساسي للمراجعة الدستورية التي أسفرت على التصويت على دستور جديد بتاريخ 1996/11/18. بنظر د/ بوالشعير؛ وجهة نظر قانونية حول استقالة رئيس الجمهورية بتاريخ 11يناير1992؛ مجلة إدارة؛ المجلد3؛العدد1 سنة1993؛ ص9

[3] – وقد عرفت الجزائر تجربة أولى مثيلة لها عقب انقلاب 19جوان1965 حيث تم التأسيس لمجلس الثورة بالاشتراك مع مجلس الحكومة كمؤسسة تشريعية وكمحافظ على السلطة بناء على الامررقم182/65 الصادر في 10 جويلية1965؛ المتضمن تشكيل وتنظيم الحكومة. في انتظار المصادقة على دستور جديد لم ير النور حتى سنة 1976؛ وقبل ذلك كان القانون الأساسي للدولة هو الأمر رقم 182/65. ينظر د/ مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية؛ دار النجاح للكتاب الجزائر؛ طبعة 2005؛ ص343

[4] – أ/ العيفا أويحي؛ النظام الدستوري الجزائري؛ الدار العثمانية؛ سنة 2004، ص 340.

غير أن الوظيفة التشريعية التي كان البرلمان مستحوذا عليها أصبحت ممارسة أيضا من قبل المؤسسة التنفيذية سواء عن طريق التفويض التشريعي من طرف البرلمان أو أنها مستمدة ومقررة في الدستور كاختصاص أصيل مثل ما هو الحال عليه في دستور1996 في مسالة التشريع بأوامر بالنسبة لرئيس الجمهورية في فترات محددة دون تمييز بين الظروف العادية و الغير عادية[1] وبمعنى آخر فإن الفائدة أصبحت عكسية فبعد أن كان اختصاص البرلمان غير مقيد أصبحت اختصاصاته محددة وفسح المجال أمام المؤسسة التنفيذية التي أصبحت بموجب الدساتير الحديثة تتدخل في مختلف المجالات باستثناء تلك المحددة والمخصصة للبرلمان والتي يمكن أن تشاركه المؤسسة التنفيذية فيها[2]" وعليه يمارس الوظيفة التشريعية في الجزائر هيئين هما البرلمان **أصالة** ورئيس الجمهورية في **حالات مخصوصة**؛ بحالات التشريع بأوامر[3].

1-الضبط التشريعي للبرلمان يمارس النواب في مجلس الشعبي الوطني الوظيفة التشريعية عن طريق المبادرة بالقوانين هيئتين هما طبقا للمادة 119 من الدستور "**لكل من رئيس الحكومة والنواب** حق المبادرة بالقوانين "، وعلى هذا الأساس نميز بين اقتراح قانون ومشروع قانون.

1-1-اقتراح قانون: هو حق للنواب فقط دون أعضاء مجلس الأمة طبقا المادة 23 من قانون 99 / 02 "يجب أن يكون كل اقتراح قانون موقع عليه من **عشرين نائبا**، يودع لكل اقتراح قانون لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني"، ولا تقبل اقتراحات القوانين إلا إذا كانت معللة وموقع عليها[4].

وتبدي الحكومة رأيها بمكتب المجلس الشعبي الوطني خلال أجل لا يتجاوز شهرين إذا لم تبدي الحكومة رأيها عند انقضاء أجل الشهرين يحيل رئيس المجلس الشعبي الوطني اقتراح القانون على اللجنة المختصة لدراسته.

---

[1] – د/عبد الله بوقفة؛ المرجع السابق، ص 269، 270.

[2] – د/سعيد بوالشعير؛ القانون الدستوري والنظم السياسية، المرجع السابق، ص 23. والاختصاص التشريعي للبرلمان هو مقيد أيضا بالاقتصار على وضع المبادئ والأسس والقواعد العامة دون التعرض للتفاصيل إلا إذا نص الدستور على ذلك صراحة، وهذا معناه ترك المجال واسع للمؤسسة التنفيذية بالتدخل بواسطة التنظيم (المراسيم أو القرارات) لشرح كيفيات تطبيق أو تنفيذ تلك المبادئ مع ما يترتب على ذلك من فتح المجال أمام المؤسسة التنفيذية لتأجيل تنفيذ القوانين عن طريق التأخر في عدم إصدار النصوص التنظيمية المتعلقة بكيفيات تنفيذ أو تطبيق القانون مما يضعف من مكانة البرلمان أمام الحكومة المرجع نفسه، ص: 24.

[3] – جدير بالتنبه أن المراد بالتشريع بأوامر ليس ما هو معروف بالأوامر التي كانت قبل دستور 1996والتي صدرت عن هيئات غير منتخبة في ظل عدم وجود برلمان شرعي بسبب أزمة سياسية ؛ فمن المعلوم من القانون بالضرورة أن القانون لابد من أن يكون صادرا من سلطة منتخبة وإلا سمي **بالأمر أو بالمرسوم التشريعي**. كالتشريعات الصادرة عن مجلس الثورة- وعلى رأسها القانون المدني والتجاري- المنبثق عن دستور 10/جويلية1965 الذي حل محل المجلس الوطني؛ المنبثق عن دستور 1963عقب أحداث الانقلاب في 19جوان1965. وكذلك المراسيم التشريعية الصادرة عقب الفراغ الدستوري في شتاء1992حيث تولى مهمة التشريع المجلس الأعلى للدولة إلى غاية 1994؛ لتنتقل بعد أرضية الوفاق الوطني في 1994الى المجلس الانتقالي الوطني " ينظر تفصيلا لهذا التمييز بين التشريع بأوامر في ظل دستور 1996 وبين الأوامر والمراسيم التشريعية قبله إلى: **د/ مراد بدران**؛ الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة 124" **النظام القانوني للأوامر**" مجلة إدارة؛ المجلد10؛ العدد2؛ سنة2000؛ ص12ومابعدها.

[4] – المادة 70 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني.

1-2- مشاريع القوانين:

وهي تلك المبادرات التي يتقدم بها رئيس الحكومة غالبا للبرلمان طبقا للمادة 119 /1 من الدستور؛ بعد عرضها على مجلس الوزراء الذي يرأسه رئيس الجمهورية طبقا للمادة 04/77 من الدستور؛ وأخذ رأي مجلس الدولة في ذلك (رأي استشاري)[1]. ثم إيداعها لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني من طرف رئيس الحكومة.

2-الضبط التشريعي عن طريق الأوامر التشريعية:

يشارك رئيس الجمهورية في عملية الضبط التشريعي وفقا لأحكام الدستور وعليه يلجأ رئيس الجمهورية إلى **التشريع بأوامر**[2] في أربعة أحوال على النحو الأتي:

2-1- حالة شغور المجلس الشعبي الوطني:وذلك وفق نص المادة 124 من دستور 1996 "لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني".

2-2- بين دورتي البرلمان: ونصت عليها المادة 124 من دستور 1996 "لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر... بين دورتي البرلمان".

2-3- الحالة الاستثنائية: بمقتضى المادة 93 من دستور 1996 "يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها".

وهذا بعد استشارة كل من رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة والمجلس الدستوري والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء. ونجد أن هذه الحالة تخول لرئيس الجمهورية أن يتخذ كل الإجراءات الاستثنائية الهادفة إلى ضمان وحدة الأمة واستقرار مؤسساتها.[3] وليس فقد التشريع بأوامر.

لكن ما يلاحظ أن الأوامر يصادق عليها البرلمان دون مناقشة بمقتضى نص المادة 38 من القانون العضوي رقم 02/99 المؤرخ في مارس 1999". يطبق إجراء التصويت بدون مناقشة على الأوامر التي يعرضها رئيس الجمهورية على كل غرفة للموافقة... في هذه الحالة لا يمكن تقديم أي تعديل".

2-4- في حالة عدم المصادقة على قانون المالية وهذا النوع نصت عليه المادة 120 فقرة6 من دستور 1996 "يصادق البرلمان على قانون المالية...في حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد، يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة **بأمر**".

---

[1] - المادة77 من الدستور، والمادة 4 من قانون 01/98.

[2] - جدير بالذكر أن الدساتير الجزائرية السابقة قد اختلفت في مسألة الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية بمقتضى الأوامر التشريعية؛ **فدستور1963** لم ينص عليها صراحة وان كانت المادة 58منه قد تكلمت عن اللوائح التفويضية التي يطلبها الرئيس من البرلمان لمدة زمنية محددة من أجل اتخاذ إجراءات ذات صبغة تشريعية عن طريق أوامر تشريعية، **أما دستور1976** فقد أشار إلى هذا الاختصاص صراحة حتى وان حصره في حلة ما بين دورتي البرلمان طبقا للمادة 153منه. أما دستور 1989 فقد أسقط هذا الاختصاص عن الرئيس وجعله محتكرا على البرلمان لوحده. و هو الأمر الذي لم يلبث أن تم تعديله بموجب المادة 124والمادة120 من التعديل الدستوري 1996. ينظر د/ مولود ديدان؛ مرجع سابق ص376

[3] -الفقرة الثالثة من المادة 93 من دستور 1996.

3-مجال الضبط التشريعي في النظام السياسي الجزائري:

الأصل أن مهمة الضبط ترد إما على النشاط الفردي الحر تنظيما وتقييدا بما يجعله خادما للمصلحة العامة؛ وإما على كيفية ممارسة الحريات الدستورية التي أحال الدستور أمر تنظيمها للبرلمان باعتباره المعبر عن الإرادة العامة.

وبالرجوع إلى أحكام الدستور الجزائري في ضوء تعديل 1996؛ يلاحظ أن مجال القانون أصبح **محددا بمجالات وميادين مخصصة** طبقا للمادة 122التي **عددت ثلاثين**[1] مجالا يشرع فيها البرلمان. إضافة إلى مجالات أخرى يخصصها له الدستور في أحكام أخرى.

كما يشرع البرلمان في الميادين المحددة له فيما يخص القوانين العضوية؛[2] طبقا للمادة123 التي عددت منها سبعة مجالات، بالإضافة إلى مجالات أخرى يخصصها له أحكام الدستور وما تبقى فهو من اختصاص السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية طبقا للمادة 152" يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون" وعليه فالضبط التشريعي مهمة مزدوجة.

ومن أهم المسائل التي رأى المؤسس الدستوري أنها بحاجة إلى ضبط تشريعي نظرا لخطورتها على النظام العام ضبط ممارسة الحريات السياسية. إذ بالرغم الاعتراف الدستوري بمعظم الحريات السياسية لأهميتها الديمقراطية

---

[1] – من بين المجالات المتعلقة بالحريات التي يجب ضبطها تشريعيا يمكن أن نذكر منها حسب ما ورد في المادة 122:""يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور؛ وكذلك في المجالات الآتية: (1-حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية؛ لاسيما نظام الحريات العمومية وحماية الحريات الفردية وواجبات المواطنين كالدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية مضمون (المادة 33)، وعدم المساس بحرمة حرية المعتقد، وحرمة حرية الرأي (المادة 36)، 2- القواعد العامة المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية؛ لاسيما الزواج و الطلاق والبنوة والأهلية والتركات حماية الأسرة (المادة 58). 3- التشريع الأساسي المتعلق بالجنسية ؛ القواعد العامة المتعلقة بوضعية الأجانب.طبقا للمادة 30من حيث ضبط شرط اكتسابها والاحتفاظ بها وفقدانها وإسقاطها،4- قواعد قانون العقوبات والإجراءات الجزائية بالإضافة إلى عدم انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه، يحميها القانون (المادة 39)، لا سيما تحديد الجنايات والجنح والعقوبات المختلفة المطابقة لها وتسليم المجرمين؛ ونظام السجون.5-نظام الالتزامات المدنية والتجارية ونظام الملكية على حرية الابتكار الفكري والفني والعلمي مضمونة للمواطن، حقوق المؤلف يحميها القانون (المادة 38)، الاعتراف بحرية التجارة والصناعة (المادة 37)،6- القواعد المتعلقة بالصحة العمومية والسكان وفقا للمادة 53 من حيث تكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية. 7-القواعد المتعلقة بقانون العمل والضمان الاجتماعي وممارسة الحق النقابي.)، الحق في العمل المادة 55؛ الحق في الإضراب (المادة 57).8- الضمانات الأساسية للموظفين والقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية). ينظر تفصيلا لمختلف القوانين الضبطية الأخرى. ينظر د/ مولود ديدان؛ مرجع سابق؛ ص410

[2] – من هذه القوانين العضوية الضابطة تشريعيا لممارسة الحرية ما ورد في المادة 123" إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية:

(1- تنظيم السلطات العمومية وعملها. 2- نظام الانتخابات؛3 -القانون المتعلق بالأحزاب السياسية. 4-حق إنشاء الجمعيات (المادة 43)، 5-القانون المتعلق بالإعلام كحريات التعبير وإنشاء الجمعيات، والاجتماع مضمونة (المادة 41)؛ 6-القانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي؛ 7-لقانون المتعلق بقوانين المالية؛ 8-القانون المتعلق بالأمن الوطني).

كوسيلة حمائية لباقي الحريات الفردية وليست غاية في حد ذاتها[1]، إلا انه أحال صراحة ضرورة ضبط ممارستها إلى البرلمان بإصدار تشريعات تفصل لكيفية ممارستها،

كما هو الحال مع حرية الاجتماع في إطار تكوين أحزاب تعددية وفقا للمادة 42"(حق إنشاء الأحزاب معترف به ومضمون،ولا يمكن التذرع بهذا الحق لضرب الحريات الأساسية ،و القيم والمكونات الأساسية للهوية الوطنية، والوحدة الوطنية وأمن التراب الوطني وسلامته ،واستقلال البلاد ،وسيادة الشعب ،وكذا الطابع الديمقراطي والجمهوري للدولة) .

وفي ظل احترام أحكام هذا الدستور، لا يجوز تأسيس الأحزاب السياسية على أساس ديني أو لغوي أو عرقي أو جنسي أو مهني أو جهوي، كما لا يجوز للأحزاب السياسية اللجوء إلى الدعاية الحزبية التي تقوم على العناصر المبينة في الفقرة السابقة.كما يحظر على الأحزاب السياسية كل شكل من أشكال التبعية للمصالح أو الجهات الأجنبية؛ وأخيرا لا يجوز أن يلجأ أي حزب سياسي إلى استعمال العنف أو الإكراه مهما كانت طبيعتها أو شكلها. وهذا ما تكفل قانون الأحزاب السياسية بتنظيم شروط قيامها و ضبط سير اجتماعاتها حيث جاء القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية الصادر بموجب الأمر 09/97[2].

وكحرية الترشح وممارسة الحق في الانتخاب حيث لا بد من إصدار تشريعات ضبطية لكيفية ممارسة هذين الحقين وهو ما مضبوط في القانون العضوي الصادر بموجب الأمر 07/97[3].

وعليه يكون المؤسس الدستوري رغم إقراره بمختلف الحريات المتعددة الأشكال، قد أسس لضرورة الضبط التشريعي كعنصر ضروري لممارسة الحرية؛ إذ يلاحظ انه **لا توجد حرية في الدستور مطلقة** فمعظمها في ممارستها رهن بصدور قانون عضوي أو عادي يبين كيفية ممارسة هذه الحرية وهذا تماشيا مع مبدأ نسبية الحريات العامة طبقا للمادة 63 "يمارس كل واحد جميع حرياته في إطار احترام الحقوق المعترف بها للغير في الدستور لاسيما احترام الحق في الشرف وستر الحياة الخاصة وحماية الأسرة والشبيبة والطفولة" إضافة إلى أن الحرية لا تمارس إلا في ظل النظام العام مما يعني أنها قابلة للتقييد.

على أن المؤسس الدستوري قد احتاط لمسألة الضبط التشريعي بتبنيه وإقراره لمبدأ ازدواجية السلطة التشريعية أو ما يسمى بنظام البرلمان ذي المجلسين الأكثر ديمقراطية لما يسمح به من الجمع بين إرادة الشعوب وبين الكفاءات العلمية للأمة ولذلك نهج المشرع الجزائري هذا الأسلوب ابتداء من دستور 1996 طبقا للمادة 98 "يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وله السيادة في إعداد

---

[1] – د/ صالح حسن سميع، أزمة الحرية السياسية في الوطن العربي؛ دار الزهراء ؛ ص 45

[2] – الأمر 09/97 المؤرخ في 06 مارس 1997 والمتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، ج، ر رقم 12 المؤرخة في 06 مارس 1997، ص30.

[3] – الصادر بموجب الأمر رقم 07/97 المؤرخ في 07 مارس 1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، الجريدة الرسمية رقم12 الصادر في 06 مارس 1997، ص 03 والمعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 01/04 المؤرخ في 07 فبراير 2004، الجريدة الرسمية عدد09، المؤرخة في 11 فيفري 2004.

القانون والتصويت عليه"[1] وترجع مبررات الأخذ **بنظام المجلسين** إلى محاولة رفع مستوى كفاءة المجالس النيابية بإدخال العناصر ذات الكفاءة العلمية التي عزفت عن دخول الانتخابات خاصة أن البرلمان هيئة تشريعية ضابطة للنشاط الفردية والحرية العامة.

ثانيا: الضبط التشريعي للخليفة في فقه الشريعة الإسلامية

وتتمثل في الهيئات النظامية المكلفة بحفظ نظام الأمة العام؛ والمعبرة عن فروض الكفاية في إطار الواقع المكاني والزماني؛ وبالتالي فهي تخضع لكافة المتغيرات والتطورات؛ وقد عرفت الدولة الإسلامية في ممارسة وظائفها أقصى صور التعدد والتنوع النظامي.[2] وقد أثبتت بعض هذه الأشكال فعالية في ممارسة وظائفها؛ واستمرت مستقرة فترة طويلة على امتداد الخبرة الإسلامية؛ ويرجع **د/ مصطفى كمال وصفي**[3] هذه الأشكال أساسا إلى نوعين: هما "الأشكال **التأسيسية**" المنوط بها مهمة التنظيم و الضبط التشريعي.و" الأشكال **المؤسسية** المساندة لها" والتي تقوم بالوظائف التنفيذية والتي منها وظيفة الضبط الإداري والاحتساب لله ؛ وتفصيلها كالأتي:

1- الأشكال النظامية التأسيسية التشريعية: عرفت الدولة الإسلامية أشكالا نظامية تأسيسية تعددت أسماؤها تمارس عملية التأسيس لبقية الولايات الدينية وعلى رأسها **مؤسسة أهل الحل والعقد** التي تتحكم في تأطير العملية السياسية من حيث تحديد شكل النظام السياسي وشرائطه واختيار الحاكم ومراقبته في مدى أداء وظيفته الداخلية ممثلة في واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وفي أداء وظيفته الخارجية ممثلة في مبدأ الدعوة لله. ويمكن تقسيم فئات أهل الحل والعقد إلى ثلاثة أقسام:

1-2- أهل الاختيار وحفظ النظام العام الدستوري:

وظيفتهم اختيار الحاكم طبقا للشروط الموضوعية المحددة شرعا إما بقبول الترشيحات أو بترشيح الأكفأ والأصلح لأن يناط به إدارة عملية ممارسة خلافة المسلمين حراسة للدين وسياسة للدنيا. ويمثل اختيارهم للشخص الذي تتوفر فيه شروط الإمامة بمثابة بيعة صغرى له؛ تحتاج إلى بيعة كبرى من طرف جماعة المسلمين؛ بحيث أنه إذا لم يحز هذا المترشح على ثقة الأمة بالبيعة الكبرى؛ فان البيعة الصغرى تعتبر ملغاة كان لم تكن وعلى هذا فان مهمة أهل الحل والعقد هو تبصير المسلمين بمن تتوفر فيهم شروط الصلاحية لولاية أمر المسلمين كالمرشد والدليل وليس بالوكالة عن الأمة[4] فوظيفة قريبة الشبه بوظيفة المجلس الدستوري كمؤسسة دستورية منوط بها إضافة إلى رقابة مدي دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات السهر على رقابة صحة الانتخابات والاستفتاءات خاصة الانتخابات الرئاسية حيث يتلقى المجلس تصريحات الترشح لانتخاب رئيس الجمهورية من قبل المرشحين حسب الأشكال والآجال المنصوص عليها في القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات لدي الأمانة العامة للمجلس

[1] - د/ محفوظ لعشب، التجربة الدستورية في الجزائر؛ المطبعة الحديثة؛ الجزائر 2000؛ ص82

[2] - حامد عبد المجيد قويسي؛ الوظيفة العقيدية للدولة الإسلامية؛ ص349

[3] - د/ مصطفى كمال وصفي؛ مصنفة النظم الإسلامية؛ ص25

[4] -- د/نصر محمد عارف؛ نظريات التنمية السياسية المعاصرة؛ ص288

الدستوري التي تثبت تسلمها بوصل(المادة 24)؛ ثم يجتمع المجلس في اجتماع مغلق لدراسة تقارير التحقيق في ملفات الترشح المعدة من طرف مقرر معين من طرف رئيس المجلس ويفصل ف ي صحة الترشيحات (المادة 27) ويعلن عنها رسميا (المادة28).

وعليه فأهل الاختيار هم الهيئة الناخبة المؤهلة والمسؤولة عن اختيار رئيس الدولة والعقد له في حالة خلو منصبه من بين المرشحين وفقا للشروط المقررة.

ويشترط فيهم كل ما يمكنهم من جعل الاختيار أكثر صوابا والرأي أكثر إحكاما من شروط تتعلق ب بالفكر الموسوعي والمعرفة السياسية الواسعة لأمر الإمامة ومهامها فهم بهذا من خواص خاصة الناس. أو ما يعرف بالوعي السياسي ومدى الملائمة للمرحلة السياسية وظروفها القائمة وهل هو إمام عصره وظرفه أم لا؟ وهذا ما يظهر من خلال استطلاع المعايير الدقيقة التي وضعها علماء السياسة الشرعية كشروط لهذه الجماعة و على رأسها:[1]

– العدالة الجامعة لشروطها وهي مضمون ركن الأمانة في الدين كشرط من شروط الخليفة بحيث يكونوا من أهل الصلاح والستر في الدين وممن يوثق بنصيحته و إخلاصه في سعي لمصالح المسلمين.

– العلم الموصل إلى معرفة المستحق لرئاسة الدولة على الشروط المعتبرة فيها؛ والمقرون بالحكمة وسداد الرأي المؤديان إلى اختيار من هو للإمامة الأصلح وبتدبير المصالح أقوم واعرف يقول الجويني"[2] هو الفطن المطلع على مراتب ألائمة البصير... بالسياسات ومن يصلح لها..."

– العلم بمجمل الأحكام الشرعية فلا يشترط أن يكونوا من أهل الاجتهاد خلافا للإمام الباقلاني الذي نقل عنه الجويني قوله باشتراط أهل الاختيار أن يحوزوا مستوى الاجتهاد في الأحكام لان من شروط الإمام الاجتهاد ولا يحيط بالمجتهد إلا المجتهد[3].

والواقع أنه من المناسب في ظل الظروف المعاصرة أنه يكفي في أهل الاختيار أن يكونوا على درجة من الوعي السياسي تمكنهم من معرفة ظروف المجتمع وأحواله السياسي؛ ومن القدرة على اختيار الأصلح والأكفأ.

ولا يعني هذا تهوين من شأن أهل الاختيار فهم محددين عند الفقهاء القدامى بالرجال الواعين سياسيا؛ وأما النساء[4]والعوام عندهم فلا مدخل لهم في عقد الإمامة واختيار الإمام. غير أن ظروف العصر وما تم استحداثه من إجراءات دستورية ونظم انتخابية يمكن استغلالها في إشراك العوام والنساء في عملية الاختيار ولو بطريقة غير مباشرة على النحو المعروف بطريقة الانتخاب غير المباشر الذي يتم على درجتين؛ إذ يقوم الناخبون رجالا ونساء ؛علماء وعواما؛ باختيار مندوبين لهم على أن يختص هؤلاء باختيار رئيس الدولة كما هو عليه الحال في

[1] – الماوردي؛ الأحكام السلطانية؛ ص75

[2] – إمام الحرمين الجويني؛ الغياثي؛ ص50

[3] – الجويني؛ الغياثي؛ المرجع نفسه؛ ص51

[4] –وجدير بالإشارة أن استبعاد الفقهاء النساء من أهلية الاختيار لا يمس بحقوق المرأة السياسية لان قولهم ذلك يحمل على أنه إعفاء من تكليف كفائي إذا قام به البعض سقط عن الباقين وليس منعا من حق أو امتياز سياسي.

الانتخابات الرئاسية الأمريكية[1].وينفرد الإمام الجويني[2] بشرط أن يكون أهل الاختيار من أهل الشوكة والمنعة التي يمكن تعبير عنها سياسيا بأن يحضوا بالقوة السياسية التي توفر الفاعلية والتمكين لرئيس الدولة في حالة الخروج المسلح عليه تفاديا لانخرام النظام العام. وهو ما يعبر عنه ابن خلدون بفكرة العصبية؛ التي يمكن ترجمتها حاليا بقوة الشعب وكسب ثقته في ظل نظام التعددية الحزبية التي تقوم عليها الدولة المعاصرة؛ أو التمتع بقوة الجيش ورضائه في الدول الديكتاتورية كبديل لفكرة العصبية.[3]

1-2 – أهل الشورى: والشورى قيمة أساسية في بناء دولة القانون والحق أوجبها الله عز وجل فقال " وشاورهم في الأمر؛ فإذا عزمت فتوكل على الله" ؛ ولهذا يسمي بعض الباحثين الحكومة الإسلامية **بحكومة الشورى**؛ وشريعتها **بشريعة الشورى**؛ تنبيها إلى أنها دولة الشورى والاستشارة معا؛ لما يقوم به أهل الشورى من مشاركة في تسيير شؤون السلطة من خلال عقد البيعة الدستورية[4]؛ فهم يشكلون بحق مؤسسة دستورية قرآنية قائمة بذاتها، **ومتخصصة** في استنباط ما عظم أمره وعجز عنه الحكام يلجأ إليها الحاكم وجوبا بحكم ما يتمتع به أهلها من علم ودريه وملكة فقهية بأحكام الإسلام ؛ وفقه للواقع المعاش وبالتالي فان من شروط أهل الشورى التخصص العلمي المقرون بشروط الاجتهاد الأصول؛ وهذا ما يقابله في النظم السياسة المعاصرة بكبار مستشاري الرئيس في مختلف الجوانب السياسية والدستورية والإدارية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية. بحيث تحصل له ثقافة متكاملة عن كل جانب من جوانب مسؤولية السياسة في تدبير أمر الرعية بما يقوم على رعاية مصلحتها. ولأهمية هؤلاء المستشارين من أهل الشورى ودورهم الفعال في توجيه السياسة العامة في الدولة أقدم الخليفة عمر بن الخطاب إلى منع كبار الصحابة من مغادرة عاصمة الخلافة المدينة المنورة حتى يرجع إليهم فيما أعضل عليه من مسائل خلافة طالبا للرأي ومحملا إياهم مسؤولية الحكم.

ولذلك يجب أن يكون لكل دولة مسلمة **هيئة شورية** تضم صفوة الأمة من العلماء وأهل الاختصاص في مختلف المجالات التشريعية يلجأ إليهم تنفيذا لقوله تعالى" **وَإِذَا جَاءهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الأَمْنِ أَوِ الْخَوْفِ أَذَاعُواْ بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُوْلِي الأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْلاَ فَضْلُ اللّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لاَتَّبَعْتُمُ**

---

[1] – د/ فوزي خليل؛ دور أهل الحل والعقد في النموذج الإسلامي لنظام الحكم؛ الناشر المعهد العالمي للفكر الإسلامي؛ القاهرة؛ ط1؛ سنة 1996؛ ص169 وما بعدها.

[2] – ونص عبارته" ويعتبر في البيعة؛ حصول مبلغ من الأتباع والأنصار والأشياع يحصل بهم شوكة ظاهرة ومنعة قاهرة؛ بحيث لو فرض ثوران خلاف لما غلب على الظن أن يصطلم أتباع الإمام ؛ فإذا تأكدت البيعة وتأطدت بالشوكة والعدد؛ واستظهرت بأسباب الاستيلاء والاستعلاء؛ فإذ ذاك تثبت الإمامة وتستقر وتتأكد الولاية وتستمر"؛ ينظر الجويني؛ الغياثي؛ ص56

[3] –ينظر حول هذا المعني مقالة للباحث بعنوان السلطة السياسية من العصبية القبلية إلى التعددية الحزبية؛ –رؤية خلدونية معاصرة– مجلة الخلدونية في العلوم الإنسانية والاجتماعية؛ تصدر عن جامعة ابن خلدون تيارت ؛ العدد التجريبي؛ السنة الأولى جانفي 2005؛ص164

[4] – د/ توفيق الشاوي؛ فقه الشورى والاستشارة؛ ص421؛ وينظر أيضا: المرجع نفسه؛ ص459

الشَّيْطَانَ إِلاَّ قَلِيلاً "[1]. وهذا ما يمكن تشبيهه باستحداث بعض الدول في دساتيرها لمجلس تشريعي ثان" غرفة ثانية" يضم في أغلبيته عقلاء الأمة ومفكريها من الشخصيات والكفاءات الوطنية في مختلف الميادين العلمية والثقافية والمهنية والاقتصادية والاجتماعية ؛ عادة ما يعرف هذه الغرفة بالمجلس الشورى؛ أو بمجلس الشيوخ أو مجلس الأمة كما هو الحال في دستور الجزائر 1996طبقا للمادة101 /3منه.

وبغض النظر عن الشكل النظامي لهذه المؤسسة النيابية عن الأمة في تمثليها وفي التوقيع عن الله في التشريعات الابتنائية دون الابتدائية. بحكم أن التشريع والحكم لله ابتداء ولغيره ابتناء؛ فان لهذه المؤسسة وظيفة ملزمة لها ولولاة الأمور؛ خلافا لما كان سائدا في الفقه الإسلامي قديما من أن **الشورى معلمة وليست ملزمة**؛ فربما نجد لهذا الرأي ما يبرره من أن الخليفة كان مجتهدا زيادة على خبرته السياسية؛ وهو الأمر الذي نفتقده في العصر الحاضر.

مما يدفع معه إلى تبني وجهة القائلين بإلزامية الشورى لمؤسسات الدولة بما فيها رئيس الدولة وإلا انتفت جدوى الشورى الحقيقية؛ ولا يهم بعد ذلك الشكل التنظيمي لهذه المؤسسة هل تكون في نظام مجلس تشريعي واحد كما كان عليه الحال في النظام السياسي الجزائري قبل التعديل الدستوري لسنة 1996 ؛ حيث كان يمارس سلطة التشريع المجلس الشعبي الوطني والذي صار بعد هذا التعديل عبارة عن مجلسين أو غرفتين على حد تعبير المؤسس الدستوري الجزائري طبقا للمادة 98" يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين؛ وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه".

ومعلوم أن الشورى مبدأ عام يضبط السلوك السياسي عامة سواء ما تعلق بالاختيار السياسي القائم على رضاء المحكومين؛ أو ما تعلق بالمشاركة في اتخاذ القرار ووضع الأحكام والقواعد؛ أو ما يعرف **بصناعة الخطاب الملزم**؛ غير أن المقصود بأهل الشورى في هذا السياق مجموعة المستشارين والنصحاء الذين يقدمون الرأي والنصيحة من خلال تبادل وجهات النظر وتقليب الآراء في موضوع محدد بغية التوصل إلى الرأي الأصوب، وهي بذلك نوع من تقييد السلطة بحيث تهدف إلى عدم التفرد بالرأي والاستبداد به[2].

وقد تطور المستشارون في العصر الحديث فلم يعودوا مقتصرين على الأفراد من ذوي الأهلية والصلاحية؛ بحيث أصبح أهل الشورى عبارة عن مؤسسات دستورية وقانونية متنوعة حسب موضوع الاستشارة ففي كل مجال تضع الدولة الحديثة خبراء لها تلجأ إليهم عند الحاجة إلى الاستشارة على النحو المعروف في بعض الدساتير[3] ومنه الدستور الجزائري فيما يعلق بالمؤسسات الدستورية الاستشارية. وعلى هذا فأهل الشورى ليسوا جماعة مخصوصة ثابتة أو مجلسا محددا وإنما يختلفون موضوعا ويتنوعون مستوى بحسب أهمية القضية محل الشورى.

---

[1] – و تتمثل أمور الأمن في مصالح وشؤون الأمة في **وقت السلم في الظروف العادية**، أما **أمور الخوف** فتتمثل في شؤون الجهاد والقتال في **ظل الظروف الاستثنائية**؛ ويشهد لهذا المعنى ما ذكره الإمام الزمخشري وغيره في تفسيرها " ولو ردوا وفوضوا تدبير أمر السلم والحرب إلى الرسول حال حياته؛ والى أولي الأمر أهل الحل والعقد لعلمها الذين يستنبطون تدبيرها وما يأتون منها وما يذرون بفطنتهم وتجاربهم ومعرفتهم بأمور السلم ومقتضياتها والحرب ومكايدها" ينظر الزمخشري؛ تفسير الكشاف؛ ج1؛ ص531 سورة النساء؛ آية 83

[2] – د/ فوزي خليل؛ مرجع سابق؛ ص 166

[3] –د/ فوزي خليل؛ دور أهل الحل والعقد؛ مرجع سابق؛ ص166

1-3- أهل الاجتهاد: وهم العلماء الحائزون لشرائط الاجتهاد؛ والمناط بهم عملية الاجتهاد الضامن لحيوية الدولة وللمجتمع الإسلامي؛ تنحصر وظيفتهم في العمل التشريعي المحض الذي لا علاقة له بالعملية السياسية؛ وتكون ممارستهم لوظيفة التأسيس للنظام عن طريق الإجماع الذي يعتبر المصدر التشريعي الثالث حيث تكون قراراته ملزمة للأمة حكاما ومحكومين لها منزلة القانون في القوة والنفاذ؛ ويمكن أن يضم إليهم أهل الاجتهاد الخاص وهم المتخصصون في كل فن من فنون الحياة المتشعبة.وفي ظل التعقيد في الحياة السياسية المعاصرة فان أهل الاجتهاد هم أهل الاجتهاد التشريعي على وجه خاص الذين يعهد إليهم باستنباط الأحكام القانونية من أدلتها ؛و الترجيح الانتقائي بين الآراء الفقهية أو إنشاء تشريع فيما لا نص فيه؛ ويكمن دورهم الفعال في تنزيل الأحكام الشرعية على الواقع نيابة عن الأمة في تقنين التشريع وصياغته بطريق الإجماع والاجتهاد؛ من منابع سماوية وعلمية مستقلة تكسبها سيادة تجعلها أسمى من إرادة الحكومات والدول.[1]

ولذلك فان شروطهم هي أشد من شروط أهل الاختيار وأهل الشورى؛ يمكن ردها إجمالا في عبارة الإمام الشاطبي[2]" إنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين أحدهما: فهم مقاصد الشريعة على كمالها؛ والثاني: التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها؛ فإذا بلغ الإنسان مبلغا فهم عن الشارع فيه قصده في كل مسألة من مسائل الشريعة...فقد حصل له وصف هو السبب في تنزله منزلة الخليفة للنبي في التعليم والفتيا والحكم بما أراه الله.."؛ وهذا ما عبر عنه الإمام ابن القيم في عنوان كتابه الشهير إعلام الموقعين عن رب العالمين.

وأمام التعقيد الذي تشهده ظروف الحياة اليومية وانتشار المعرفة الموسوعية وانفجار الثقافات والمعارف والقضايا المعقدة والمتشابكة؛ الأمر الذي يستحيل معه وجود **المجتهد المطلق** الموسوعي المعرفة؛ فانه يمكن الاستفادة في الصدد بالرأي القائل **بجواز تجزئة الاجتهاد** بحيث يكون هناك فقهاء مجتهدون متخصصون في كل فرع من فروع المعرفة الإنسانية؛ الأمر الذي يكسبهم القدرة العلمية والملكة الاجتهادية في ذلك الفرع التخصصي. كما يمكن التعويل على الاجتهاد الجماعي الذي تقوم به المجامع الفقهية كمؤسسات تطوعية في شكل منظمات للمجتمع المدني والسياسي في عملية الاجتهاد التخصصي بديلا لمفهوم المجتهد المطلق[3].

وقد يكون العضو من مؤسسة أهل الاجتهاد عضو في مؤسسة أهل الاختيار أو مع أهل الشورى نظرا لعلمه أو تخصصه أو خبرته المتفق عليها ؛ والمتيقن منها.

خلاصة القول حول هذه الأشكال النظامية التأسيسية والتي يقابلها في الدولة المعاصرة ما يعرف بالمؤسسات الدستورية أنها مؤسسات مستقلة بنفسها لكل منها تخصصه ؛رغم أنها في واقع الأمر كانت في التاريخ الإسلامي تمارس وظيفتها في المسجد كمؤسسة محورية في بناء الدولة الإسلامية ؛ حيث لم يكن المسجد مجرد شكل نظامي أو بناء مؤسسي وإنما هو بالأساس إطار وظيفي ووعاء نظامي تمارس فيه مختلف وظائف الدولة ويتفاعل في إطارها

[1] – د/ توفيق الشاوي؛ فقه الشورى والاستشارة؛ ص460؛ وص465

[2] – الشاطبي؛ الموفقات في أصول الشريعة؛ ج2؛ ص76

[3] – د/ فوزي خليل؛ مرجع سابق؛ ص158

أهل الشورى؛ وأهل الاختيار؛ وأهل الاجتهاد إضافة إلى الحاكم وأفراد الرعية من أجل رسم السياسات الداخلية وإنفاذ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وتتم من خلاله عملية التناصح وتدبير السياسة حيث تذوب كل القيود النظامية بين الحاكم والمحكوم؛ ويتحمل كل واحد مسؤوليته في النصح لله ولرسوله ولائمة المسلمين وعامتهم.

وبهذا كانت مؤسسة المسجد **المؤسسة التأسيسية الأم** التي تفرعت عنها باقي الأشكال النظامية الأصلية في الخبرة الإسلامية؛[1] والتي عرفت فيما بعد في الخبرة الأوروبية بالبرلمانات وبالمؤسسات الاستشارية للحاكم.

والتي يمكن أن نذكر منها في النموذج الجزائري على سبيل التمثيل مؤسسة رئاسة الحكومة التي تمثل في حقيقتها مؤسسة استشارية في أصل نشأتها، إذ يعد رئيسها لدى الفقه الدستوري مجرد كبير لمستشاري الرئيس وليس مجرد ممثل للأغلبية البرلمانية ذات البرنامج السياسي المستقل عن برنامج رئيس الجمهورية المصادق عليه من طرف الشعب.

ومن أمثلتها أيضا تلك المؤسسات الدستورية الرقابية كالمجلس الدستوري السابق الإشارة إليه والمكلف بالسهر على احترام الدستور وصحة العمليات الانتخابية طبقا للمادة163 من الدستور النافذ؛ وكمجلس المحاسبة الذي يكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية طبقا للمادة 170 من دستور 1996 حيث يعد هذا المجلس تقريرا سنويا يرفع إلى الرئيس ليتخذ بشأنه ما يشاء.

ومن أمثلتها أيضا تلك المؤسسات الدستورية الاستشارية **كالمجلس الإسلامي الأعلى** كمؤسسة منوط بها لدى رئيس الجمهورية الحث على الاجتهاد وترقيته وإبداء الحكم الشرعي فيما يعرض عليه ؛ طبقا للمادة171 من دستور 1996؛ ثم يرفع تقريره الدوري عن نشاطه إلى رئاسة الجمهورية؛ **وكالمجلس الأعلى للأمن** والمكلف بتقديم الآراء إلى رئيس الجمهورية في كل القضايا المتعلقة بالأمن الوطني طبقا للمادة 173

ولا شك أن هذه الأشكال النظامية تساهم بشكل كبير في **استقرار النظام** وفرض القواعد الضابطة لحركة السلوك الفردي بما يخدم مصلحة الأمة. ومن ثم يحق للباحث أن يعتبر هذه الهيئات- رغم عدم تحدد معالمها النظامية- سلطات فعالة في ممارسة الضبط التشريعي الاجتهادي؛ ذلك أن مهمة الضبط التشريعي في الأصل هي من اختصاص الشارع الحكيم من خلال الخطابات الشرعية التكليفية المتعلقة بأفعال المكلفين طلبا لفعلها أو تركها أو تخييرا للمكلفين بين فعلها أو تركها أو وضعا سواء كانت خطابات قرآنية أو نبوية فما دامت هدفها التكليف فان غرضها هو الضبط الاجتماعي بنصوص تشريعية ملزمة حافظة لنظام الأمة.

2- الأشكال النظامية التنفيذية: وهي التي تقوم بوظيفة الضبط الاداري الإسلامي كمؤسسة الخلافة والوزارة؛ ومؤسسة الحسبة؛ والشرطة ووالي الجرائم ؛ وغيرها من المناصب والوظائف الإدارية العامة؛ وهي التي سيتم تفصيل القول فيها في الفرع الموالي بالمقارنة بهيئات الضبط الاداري في القانون الجزائري.

[1] - د/حامد عبد المجيد قويسي؛ الوظيفة العقيدية للدولة الإسلامية؛ ص355

الفرع الثاني: دور هيئات الضبط الإداري في حفظ النظام العام–دراسة مقارنة–

لما كان النظام العام هدفا عاما للسلطات الإدارية؛ فإنها تملك بموجب هذه الغاية توسيعا هاما في جهات اتخاذ تدابير الضبط الاداري؛ بحيث تختص كلا من الإدارة المركزية والمحلية معا في التدخل لإعادة استتباب النظام العام؛ والقضاء على مصادر الإخلال به؛ وهو الأمر نفسه بالنسبة لحفظ النظام العام الشرعي؛ بحيث تتضامن السلطة والأفراد في دفع كل ما يهدد استقرار ووحدة الأمة في ظل العمل بأحكام المشروعية؛ خصوصا مؤسسة الحسبة كنظام موازي لسلطة الضبط الاداري في القانون الاداري الإسلامي[1] .

أولا– سلطات الضبط الاداري في النظام القانوني الجزائري:

سبق تقرير مسؤولية الدولة عن حماية النظام العمومي على كامل التراب الوطني؛ ولو بتقييد ممارسة حريات الأفراد بالقدر الذي يكفي لتحقيق هذه الحماية؛ وذلك من طرف هيئات وسلطات مختلفة محددة في الدستور والقانون؛ ولا يريد الباحث أن يخوض في وظيفة مرفق الأمن العمومي ممثلا في مختلف قوات حفظ النظام وعلى رأسها جهاز الشرطة؛ ذلك أن مهمته في الأساس هي تنفيذ قرارات الضبط من الناحية المادية؛ وإنما المقصود بهذه الهيئات الضبطية مختلف الجهات المخول لها صلاحيات اتخاذ الإجراءات والتدابير والقرارات النظامية الضرورية لحفظ النظام العمومي منعا وقمعا؛ ومن هنا يقرر **د/ ناصر لباد** وجوب عدم اعتقاد بان كل سلطة الضبط بالمعنى العضوي تتمتع بسلطة الضبط بالمعنى المادي؛ فمحافظ الشرطة في الجزائر لا يستطيع إصدار قرار تنظيمي يستهدف غلق مقهي ليلي؛ وإنما يملك ذلك كل من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب الحالة؛ اللذين يكلفان محافظ الشرطة بالتنفيذ المادي لقرار الغلق[2].

وقد شاع لدى فقهاء القانون الإداري تقسيم سلطات الضبط الإداري إلى نوعين: ضبط عام وضبط خاص؛ فأما **الضبط الإداري العام** فهو " ذلك الذي يعهد به إلى مختلف السلطات الإدارية والذي يكون قابلا لأن يمارس بطريقة عامة بالنسبة لأي نوع كان نشاط الأفراد"[3]، وأما **الضبط الإداري الخاص** فهو "ذلك الذي تنص عليه بعض القوانين واللوائح من أجل تدارك الاضطرابات في مجال محدد وباستخدام وسائل أكثر تحديدا **تتلاءم فنيا** مع ذلك المجال وهي بوجه عام أكثر تشددا"[4]. ومع انتشار مبدأ تدخل الدولة واتساع اختصاصاتها أدى ذلك إلى تعدد مظاهر الضبط الإداري، هذا من جهة؛ ومن جهة ثانية إذا كان هذا الأخير أوسع حدودا من الضبط الإداري العام الذي تضيق حدوده إلا أن الضبط الإداري الخاص يمتاز بأنه يخول هيئاته سلطات أقوى وأعمق من تلك التي يخولها الضبط الإداري العام لهيئاته[5]فالضبط الإداري الخاص هو الذي يتخصص من حيث هيئاته وأشخاصه

---

[1] – د/محمد صلاح عبد البديع السيد؛ الأصول الإسلامية للقانون الاداري المعاصر؛ الناشر دار النهضة العربية؛ طبعة 1999؛ ص45

[2] – د/ ناصر لباد؛ القانون الإداري؛ ج2؛ النشاط الإداري؛ ط1؛ سنة 2004؛ ص23

[3] – De Laubadere et autres, Op, cit, p: 646.

[4] – Rivero (J): Droit administratif, Paris Dalloz, 8e Ed, 1977, p: 401.

[5] – د/ توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، ص 162.

وموضوعه وهدفه، وتتعدد مجلاته ونشاطه، منها ضابطة الصيد البحر والبري والضبط الخاص بالحرائق الضبط الخاص بجنح المشروبات والقمار والضبط الخاص بالأجانب والضبط الخاص بالباعة المتجولين.

وعموما فأن الضبط الخاص يطلق ويراد به عدة معان مختلفة، فقد يقصد به الضبط الإداري الذي تنظمه نصوص قانونية خاصة تشريعية أو لائحية تعهد بجانب من أعمال الضبط الإداري إلى هيئة معينة أو تنظم نوعا من النشاط الضبطي تجاه طائفة معينة من الأشخاص، أو تنظمه على وجه معين؛ وفي بعض الأحيان يستهدف تحقيق أغراض جديدة مغايرة لأغراض النظام العام بعناصره التقليدية المعروفة وبتعبير آخر إن الضبط الإداري الخاص يخصص إما من حيث هيئاته أو من حيث الأشخاص الذين يخاطبهم، أو من حيث موضوعه أو هدفه.

وعلى العموم فان هيئات الضبط الإداري العام قد حددها القانون على سبيل الحصر حيث يمكن نقسيمها؛ إلى هيئات الضبط الإداري **الوطني** ممثلة باستقراء النصوص التشريعية والتنظيمية في رئيس الجمهورية؛ ورئيس الحكومة، ووزير الداخلية تجوزا؛ وهيئات الضبط المحلية، والتي حصرها المشرع الجزائري في سلطتين هما: الولاة، ورؤساء المجالس الشعبية البلدية، فلكل من **والي** الولاية **ورئيس المجلس** الشعبي البلدي مسؤولية المحافظة على النظام العام على مستوى حدودهما في الولاية والبلدية؛ وقد ذكر الدكتور **أحمد محيو** حول الضبط الإداري العام في أن السلطات المخولة لتلك الضابطة العامة تستطيع أن تتدخل لتنظيم كل ما هو يمس النظام والأمن والسلامة العامة ضمن إقليم معين وهذه السلطات محددة حصرا وهي: رئيس الدولة على المستوى الوطني، الوالي على مستوى الولاية، رئيس المجلس الشعبي البلدي على مستوى البلدية؛ وهيئات الضبط الإداري هي المخولة بموجب نصوص القانون والدستور باتخاذ إجراءات الضبط المختلفة وهي تنقسم إلى قسمين: هيئات تمارس اختصاص الضبط على المستوى الوطني، وهيئات تمارس اختصاصها الضبطي في حدود جغرافية محددة كالولاية والبلدية".[1]

1- هيئات الضبط الإداري العام على المستوى الوطني:

تتمثل هذه الهيئات في رئيس الجمهورية، ورئيس الحكومة والوزراء.

1-1-رئيس الجمهورية:

يعتبر رئيس الجمهورية المسؤول الأول في الدولة عن مهام حفظ النظام العمومي، وسيادة الاستقرار والسلام؛ وذلك بالحفاظ على مقومات الدولة، ووجودها، وكيانها، وهذا ما كرسه العرف الدستوري، خاصة قبل التعديل الدستوري رقم 223/88 الذي أحدث منصبا جديدا في الدولة يتجلى في منصب رئيس الحكومة[2] كشريك لرئيس الدولة في مهام السهر على حماية النظام العام؛ وقبله كان الرئيس لوحده مكلف بمهام سيادة النظام.

ويلاحظ بهذا الخصوص أنه لا يوجد نص دستوري صريح ومباشر في منح وظيفة الضبط الإداري لكل منهما؛ كل ما في الأمر أنه بموجب المادة 116 من دستور1989؛ والمادة 125 من دستور1996؛ فانه يمكن إستنتاج

[1] - د/أحمد محيو، "محاضرات في المؤسسات الإدارية"، ص 403

[2] - وهو التعديل الجزئي الذي جاء في أعقاب أحداث أكتوبر 1988؛ بمقتضى استفتاء 03نوفمبر 1988؛ بموجب المرسوم رقم 223/88 المؤرخ في 1988/11/05 والمتعلق بنشر التعديل الدستوري في الجريدة الرسمية رقم 45؛ ص1522

وإقرار سلطته الضبطية على أساس **الوظيفة التنظيمية**. فهو بذلك يعتبر الهيئة المركزية الإدارية العليا المختصة والمسؤولة عن حفظ النظام العام على المستوى الوطني وهي السلطة الوحيدة التي لها الحق في استخدام الوسائل الإدارية الشاملة لضبط النظام العام في ربوع الجمهورية.

ومن أمثلتها الواقعية والصريحة صلاحيات رئيس الجمهورية في ظل الظروف الاستثنائية في مجال إقرار النظام العمومي باتخاذ مجموعة الإجراءات العملية كإعلان حالة الطوارئ، والحصار، والحالة الاستثنائية، وغيرها، ضف إلى ذلك فقد قرر الدستور صراحة لرئيس الجمهورية مهمة الحفاظ على **وحدة الأمة**، وحماية الدستور وتجسيد الدولة داخل البلاد وخارجها طبقا للمادة 70 من دستور 1996.

كما يثبت له الدستور صلاحية ترأس المجلس الأعلى للأمن، واستدعاءه في أية لحظة حسب نص المادة 01 والمادة 02 [1]من المرسوم الرئاسي رقم 89- 196 المتعلق بتنظيم المجلس الأعلى للأمن وعمله[2].

أما في ظل الظروف العادية فانه بالرغم من عدم وجود نص دستوري صريح أو نص قانوني يمنح رئيس الجمهورية اختصاصات الضبطية الإدارية، إلا أنه يمكن إدراج هذه الاختصاصات الضبطية في إطار **سلطة التنظيم** الواسعة التي خولتها إياه المادة 125 من الدستور 1996 والتي تنص "يمارس رئيس الجمهورية **السلطة التنظيمية** في مسائل غير المخصصة للقانون، يندرج تطبيق القوانين في **المجال التنظيمي** الذي يعود لرئيس الحكومة".[3]

وبالتالي يلاحظ أن كل المسائل التي لا تدرج في اختصاص القانون العادي بمعناه الضيق تعتبر من المجال التنظيمي، وتمارس هذه الوظيفة من طرفه عن طريق إصداره **للمراسيم التنظيمية** المتعلقة بالضبط الإداري، والمراسيم التنظيمية الخاصة بمرافق حفظ النظام والأمن العام على مستوى الجمهورية، ويتأكد هذا الاختصاص الضبطي لرئيس الجمهورية بأن الدستور لم يجعل هذه الوظيفة ضمن اختصاص السلطة التشريعية طبقا للمادة 122؛ مما يعني بمفهوم المخالفة أن تدابير صيانة النظام العام تكون من اختصاص السلطة التنفيذية التي عهدت لرئيس الجمهورية بمقتضى أحكام المادة 125 من دستور الأنفة الذكر أعلاه.

---

[1] – المادة 01 "يتكون المجلس الأعلى للأمن الذي يرأسه رئيس الجمهورية، من رئيس المجلس الشعبي الوطني، رئيس الحكومة، وزير الدفاع الوطني، وزير الشؤون الخارجية، وزير الداخلية، وزير العدل، وزير الاقتصاد رئيس أركان الجيش الوطني الشعبي". وتنص المادة 02 "يجتمع المجلس الأعلى للأمن في أية لحظة بناء على استدعاء من رئيس الجمهورية"، وقد نوهت المادة 04 من نفس المرسوم أنه وعملا بنص المادة 162 من الدستور، فللمجلس الأعلى للأمن أن يدلي برأيه لرئيس الجمهورية في كل مسألة تتعلق بالأمن، وتشمل ميادين النشاط الوطني، أو الدولي لاسيما ما يتعلق بتحديد الأهداف في مجال أمن الدولة الداخلي والخارجي. ينظر في ذلك د/ محمد الصغير بعلي، القانون الإداري التنظيم الإداري، مرجع سابق، ص 78-79.

[2] – المرسوم الرئاسي رقم 89-196 المؤرخ في 24 أكتوبر 1989 المتضمن تنظيم المجلس الأعلى للأمن وعمله.، ودائما في إطار المحافظة على أمن الدولة: نجد أن دستور 1996 نص على أن يتخذ رئيس الجمهورية في حالة تهديد الأمن والاستقرار الوطني، التدابير المناسبة والإجراءات الكفيلة لدرء ذلك الخطر وبالتالي الحفاظ على النظام العام. ومن هذه التدابير، إعلان حالة الحصار، وحالة الطوارئ، والحالة الاستثنائية وذلك بموجب مراسيم رئاسية.

[3] –ينظر د/ ناصر لباد؛ القانون الإداري؛ ج2؛ ص26

وترتيبا على ذلك يكون لرئيس الجمهورية مستنده الدستوري المتمثل في **صلاحياته التنظيمية** في مباشرة صلاحية الضبط الإداري سواء في الحالات الاستثنائية أو في الحالة العادية كإصدار المراسيم واللوائح التنفيذية الخاصة بوظيفة استخدام الوسائل الإدارية الشاملة أي الضبط الإداري العام.

1-2- مدى صلاحية أعضاء الحكومة للضبط الإداري العام:

1-2-1- رئيس الحكومة: رغم عدم إشارة المؤسس الدستوري لوظيفة الضبط الإداري في مجال حفظ النظام العمومي بالنسبة لرئيس الحكومة فإن استقراء بعض النصوص القانونية والتنظيمية يمكن معه الإقرار بهذه الوظيفة باعتباره مسؤولا بموجب أحكام الدستور خاصة المادة 3/81 عن سلطة التنظيم؛ ذلك أن السلطة التنظيمية لا تعود لرئيس الجمهورية وحده بل يشاركه فيها رئيس الحكومة؛ خاصة في الظروف العادية.

أما في **الظروف الاستثنائية** فيلاحظ بالرجوع إلى دستور 1996، أن سلطات رئيس الحكومة الضبطية لم يتم النص عليها صراحة، كما أن ممارسة أو إقرار حالة الطوارئ، والحصار، والحالة الاستثنائية، هي اختصاصات أناطها المؤسس الدستوري لرئيس الجمهورية فقط؛ و لم يعطه الحق في تفويضها إلى غيره؛ لكن يمكن أن تكون لرئيس الحكومة صلاحيات استشارية، عندما يريد رئيس الجمهورية اتخاذ إجراءات تتعلق بتقييد الحريات العامة في بعض الحالات، كما يمكن أن يكون رئيس الحكومة المصدر المباشر لإجراءات الضبط، ذلك أنه هو الذي يشرف على سير الإدارة العامة ؛ بموجب مراسيم تنفيذية أو تعليمات يصدرها ويلزم تنفيذها الأجهزة المختصة؛ وبالتالي فهو مصدر مباشر للإجراءات الضبطية بالإضافة إلى استشارته من قبل رئيس الجمهورية في كل إجراء يمكن اتخاذه ويترتب عليه تقييد مجال الحريات العامة[1].

وتأسيسا على ما سبق يمارس رئيس الحكومة سلطات الضبط استنادا إلى القانون رقم 23/91 المتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية؛ بناء على نص المادة الثانية منه: يمكن دون المساس بأحكام المادتين 86 و87 من دستور 1996؛ اللجوء إلى وحدات الجيش الشعبي وتشكيلاته بناء على **قرار رئيس الحكومة** بعد الاستشارة المسبقة للسلطات المدنية والعسكرية المختصة للاستجابة للمتطلبات التالية: حماية السكان ونجدتهم؛ الأمن الإقليمي؛ حفظ الأمن ..."؛ وتفصيلا لأحكام هذا القانون صدر المرسوم الرئاسي رقم 488/91 المتضمن تطبيق القانون السابق؛ ففي مادته الثانية:" يكون قرار استخدام وحدات الجيش؛ وتشكيلاته للمساهمة في مهام حماية الأمن العمومي من **اختصاص رئيس الحكومة**...".

وطبقا للمادة 2/14 من المرسوم نفسه:" يتم اللجوء إلى مساهمة جهاز الجيش الوطني عن طريق مرسوم تنفيذي " أي يجب أن يكون من توقيع رئيس الحكومة، وهذا ما تجلى بشكل واضح في مجموعة المراسيم التنفيذية المطبقة لحالتي الحصار والطوارئ كما هو حال المرسوم التنفيذي رقم 202/91 المؤرخ في 1991/06/25؛

[1] – د/عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 195. ود/ ناصر لباد؛ القانون الاداري؛ ج2؛ ص30

الذي يضبط حدود الوضع تحت الإقامة الجبرية وشروطها تطبيقا لنص المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المتعلق بتقرير حالة الحصار[1].

1-2- 2- الوزراء:

أما فيما يخص أعضاء الحكومة (الوزراء) فهم لا يتمتعون سوى بوسائل ضبط مخصصة ضمن نطاق الوزارة التي يتولى نشاطها كل وزير، ومن ثم لا يجوز لأحدهم ممارسة وسائل الضبط الشاملة.

إلا أنه بالنسبة **لوزير الداخلية** بوصفه الرئيس الإداري المباشر للولاة[2] فانه بإمكانه إصدار تعليمات متعلقة بالضبط الإداري العام، تطبق على مستوى جميع ولايات الوطن.خاصة وانه مهام فرض النظام العمومي هي من واجبات المديرية العامة للأمن الوطني التابعة لوزارة الداخلية والتي تعرف في بعض الدول **بوزارة حفظ النظام العام**؛ أما غيره من الوزراء فقد أجاز القانون للبعض منهم ممارسة بعض أنواع الضبط بحكم مركزهم وطبيعة القطاع الذي يشرفون عليه، وهذا في إطار ما يسمى بالضبط الخاص،[3] غير أنه لا يمكنهم ممارسة مهام الضبط الإداري العام، لأنها من الصلاحيات الأصلية لرئيس الجمهورية ورئيس الحكومة.

غير أنه مع اتساع مضمون النظام العام وشموليته لمجالات جديدة اقتصادية وبيئية؛ وغيرها كان لزاما التوجه نحو التوسع في هيئات الضبط الإداري، فيتولى كل وزير ممارسة إجراءات الضبط على مستوى قطاعه بما يحقق المقصد العام وهو المحافظة على النظام العام برؤية جديدة غير مقصورة على العناصر التقليدية المتمثلة في الأمن العام السكنية العامة والصحة العامة وإنما تمتد إلى مجالات أخرى؛[4] وبالتالي توسيع مهام الضبط الإداري العام إلى كل الوزراء وليس وزير الداخلية وحده، خاصة مع ظهر فكرة النظام العام الديني؛ والنظام العام الجمالي للمدن؛ والنظام العام الحمائي؛ والنظام العام الاقتصادي؛ وعليه يمكن ملاحظة المهام التالية:

أ- وزير الداخلية ودوره في حماية النظام العام المادي: تتمثل مهام وزير الداخلية بناء على المرسوم التنفيذي رقم 247/94 المحدد لصلاحيات وزير الداخلية:" في المحافظة على النظام العام والأمن العمومي والمحافظة على الحريات العامة وحالة الأشخاص والأملاك والحريات في تنقلهم وحركة الجمعيات باختلاف أنواعها وتنظيم الانتخابات والتظاهرات والاجتماعات العامة وغيرها سواء في الحالات العادية أو الاستثنائية فبموجب المرسوم

---

[1]- ينظر لمزيد من التفصيل حول صلاحيات رئيس الحكومة الضبطية عند د/ ناصر لباد؛ مرجع سابق؛ ص 29

[2]- ينظر المادة 2 الفقرات: 1، 2، 3، 4، 5، والمواد: 4، 8، 18، 19، من المرسوم التنفيذي رقم 94-247، مؤرخ في 10 أوت 94، يحدد صلاحيات وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة... الجريدة الرسمية، العدد 53، مؤرخة في 21 غشت 94، ص15.

[3] - ومثاله للقرار الوزاري المشترك الذي يصدر بين الوزير المكلف بالتقييس والوزير المكلف بالبيئة عندما يحددان مستويات الضجيج الذي يثيره كل نوع من المعدات والتجهيزات وهذا ما جاء في المادة 09 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 93-184.المؤرخ في 27يوليو 1993 والمنظم لإثارة الضجيج. الجريدة الرسمية رقم 50؛ ص03

[4]- ومثاله الأمر رقم 98-04 بتاريخ 15 يوليو 1998 المتعلق بحماية التراث الثقافي والمادة 94 منه ، محمد الطالب يعقوبي؛ النصوص الخاصة التنظيمية والتشريعية؛ ص576 فتنص المادة 94 يعاقب بغرامة مالية كل من يجري أبحاث أثرية دون ترخيص من الوزير المكلف بالثقافة". ينظر أيضا أ/ قدادرة مالك، الشرطة الإدارية، العدد 67، ديسمبر 2002 ص50

رقم 75-156 المؤرخ في 15 ديسمبر 1975 المتعلق **بحظر الإقامة** نجد المادة الأولى منه تعطي لوزير الداخلية صلاحية اتخاذ قرار حظر الإقامة كما تعقد لوزير الداخلية صلاحية إصدار تعليمات للمدير العام للأمن الوطني **وللولاة** وغيرهم؛ والتي تمس الجوانب الضبطية بغرض تنفيذها كل في مجال اختصاصه. وهذا طبقا للمادة29 من قانون الولاية لسنة 1990 التي نصت على: "**الوالي** هو ممثل الدولة ومندوب الحكومة على مستوى الولاية.

ب- وزير النقل: المكلف بالضبط الخاص بالنقل بمختلف أنواعه مستهدفا الحفاظ على أمن الأشخاص والأموال في مجال النقل، حيث جاء في أحكام المادة:06 من المرسوم رقم 89- 165[1] المتعلق بصلاحيات وزير النقل: حيث جاء في المحورين الأولين من محاوره الخمسة: "...يتولى وزير النقل في مجال التقنين ترقية ما يأتي ومتابعته ورقابته بالتشاور مع القطاعات والمؤسسات المعنية.

- في ميدان النقل البري: تولي ممارسة أعمال النقل الوطني والدولي للمسافرين والبضائع؛ وتطوير بناء شبكة استغلال السكك الحديدية وتحديثها وتوزيعها؛ وتنظيم تدخل المتعاملين في النقل وخطط تطوير النقل وأنظمة النقل الجماعي في الوسط الحضري؛ إضافة إلى ممارسة نشاط النقل بسيارات الأجرة.

- في ميدان حركة المرور والوقاية والأمن الطرقيين: وضع الإطار العام لتنظيم حركة المرور والوقاية والأمن الطريقين. وتأهيل المستخدمين الدائمين بامتحانات رخصة السياقة ومستخدمي تعليم السياقة والقائمين بالرقابة التقنية للسيارات وتخويل هؤلاء جميعا حق القيام بذلك. وأخيرا إعداد القواعد الإدارية والتقنية التي تطبق على مختلف مستعملي الطرق وضبط المقاييس التقنية الخاصة بالسيارات وقواعد تعليم سياقة السيارات وشروطها، ويتم ذلك بالاتصال مع السلطات المعنية...".

ج- وزير الصيد البحري: والمكلف الضبط الإداري الخاص ومن أمثلتها أحكام المادة: 09 من المرسوم التشريعي رقم 94- 13، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصيد البحري، حيث جاء في أحكامها أنه:"تتوقف ممارسة الصيد البحري في المياه التي تخضع للقضاء الوطني على **رخصة يسلمها الوزير** المكلف بالصيد البحري"؛ وعملا بأحكام المرسوم التشريعي رقم: 94- 13 المذكور آنفا صدر مجموعة من المراسيم التنفيذية[2] ذات الطابع

---

[1]- المرسوم التنفيذي رقم:89- 165 المؤرخ في 29 غشت 1989م، يحدد صلاحيات وزير النقل، الجريدة الرسمية، العدد 36، السنة 26 ؛ ص 1036.

- القانون رقم 90- 35 مؤرخ في 1990/12/25م يتعلق بالأمن والسلامة والاستعمال والحفاظ في استغلال النقل بالسكك الحديدية، لا سيما المادة 13، الجريدة الرسمية، العدد 56، ص27.

[2]- المرسوم التنفيذي رقم 96- 121 الذي يحدد شروط ممارسة الصيد البحري، ويضبط كيفياتها، والذي حدد على التوالي: مناطق الصيد البحري، ووسائل الصيد البحري، ومجهز سفن الصيد البحري، ثم الأشخاص المؤهلين لممارسة الصيد البحري ومواسمه ومناطقه، الصيد البحري الترفيهي والصيد البحري العلمي والصيد البحري الاستكشافي ينظر المرسوم التنفيذي رقم: 96- 121 المذكور أعلاه، الجريدة الرسمية، العدد 22، السنة 33، مؤرخة في 96/04/10، ص8.

-المرسوم التنفيذي رقم 97- 493 الذي يعرف مختلف أنواع مؤسسات الصيد البحري ويحدد شروط إنشائها وقواعد استغلالها. ينظر المرسوم التنفيذي رقم 97- 493 المذكور أعلاه، الجريدة الرسمية، العدد: 85، السنة 34، مؤرخة في1997/12/24م، ص7.

التنظيمي الضبطي؛ والتي تؤكد على صلاحيات الوزير في حفظ النظام العام في مجال وزارته منها:المرسوم التنفيذي رقم: 99-158[1] الذي يحدد تدابير حفظ الصحة والنظافة المطبقة عند عملية عرض منتوجات الصيد البحري للاستهلاك والجزاءات المترتبة على مخالفة أحكام هذا المرسوم وفقا للتشريع والتنظيم الجاري بهما.

2- هيئات الضبط على المستوى المحلي:

وتتمثل في الجماعات المحلية القاعدية وهي الولاية والبلدية كمؤسستين دستوريتين تؤسس للامركزية الإدارية. ويمارس مهمة الضبط على هذا المستوى المحلي كل من الوالي ؛ورئيس المجلس الشعبي البلدي على النحو الأتي:

2-1- الوالـــي ودوره في حفظ النظام :

يحتل **الوالي** مركزا مهما ومزدوجا في الولاية نظرا للمهام المنوطة به والتي من أهمها صيانة النظام العام على المستوى الولائي، وذلك بحكم وضعيته القانونية والنظامية المزدوجة، بحيث يعتبر سلطة إدارية وسياسة معا.

فهو القائد الاداري للولاية؛ وحلقة الاتصال بينها وبين الحكومة؛ كما أنه الممثل الوحيد والمباشر لكل وزير من الوزراء، طبقا للمادة 92 من قانون الولاية رقم 09/90[2] التي نصت على سلطات الوالي باعتباره ممثلا للدولة:" الوالي هو ممثل الدولة ومندوب الحكومة في مستوى الولاية؛ وينفذ قرارات الحكومة زيادة على التعليمات التي يتلقاها من كل وزير من الوزراء"؛ كما أنه يعتبر الممثل التنفيذي الأعلى على المستوى الولائي، والقائد الأعلى الإداري لها، وهو ما جعل منه أعلى سلطة على مستوى الولاية في مجال حماية النظام العمومي طبقا للمادة 96 من قانون الولاية: **الوالي مسؤول عن المحافظة على النظام والأمن والسلامة والسكينة العامة**"؛ ويظهر سمو وتفوق سلطته من خلال النصوص القانونية والتطبيقية، التي خولته صلاحيات واسعة في مجال الضبط الإداري باعتباره **ممثلا للدولة** مكلف بالسهر على تطبيق واحترام القوانين والأنظمة والقرارات الحكومية على مستوى الولاية.

وعملا بنص المادة 96 من قانون الولاية يعتبر الوالي مسؤولا على المحافظة على النظام والأمن والسكينة العامة كما تنص المادة 01 من المرسوم رقم 83-373 المتضمن تنظيم سلطات الوالي في ميدان الأمن والمحافظة على النظام العام أنه وعملا بالمواد 150 ؛ وما يليها من قانون الولاية اعتبرت الوالي ممثلا لسلطة الدولة على صعيد الولاية؛ وله أن يتخذ في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها جميع الإجراءات التي من شأنها أن تضمن في كل الظروف السلم والاطمئنان، والنظافة العمومية، ومن هذه الإجراءات ما ورد في المواد 05 06 و06 مكرر من القانون رقم 89-28 المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية؛ والمادة 17 من نفس القانون[3].

---

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 99- 158 المذكور أعلاه في مواده من 1 إلى 48 مادة الجريدة الرسمية العدد 49، السنة 36، المؤرخة في 25/يوليو سنة 1999، ص23، حيث جاء في منطوق أحكام المادة: 48 من المرسوم التي تنص:" تحدد كيفيات تطبيق هذا المرسوم عند الحاجة، بقرارات من الوزير المكلف بالصيد البحري أو بقرارات مشتركة بين الوزراء المعنيين".

[2]- القانون رقم 09/90 المؤرخ في 07 أفريل 1990 المتضمن قانون الولاية؛ جريدة رسمية؛ رقم 15؛ ص504 وينظر في تحديد مهامه الضبطية المواد من: 95 إلى 101 من القانون رقم: 90 -09 يتعلق بالولاية. ينظر د/ناصر لباد؛ القانون الاداري ؛ج1؛ ص137

[3] - فقد ورد في المادة 06 (يمكن للوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أن يطلب من المنظمين خلال 24 ساعة من إيداع التصريح بتغيير مكان الاجتماع مقترحا مكانا أخر تتوفر فيه الضمانات اللازمة لحسن سيره من حيث النظافة والأمن والسكينة العامة"، وتنص المادة 05

وبمقتضى هذه السلطة يحوز صلاحية إصدار القرارات الفردية والتنظيمية في مجال الضبط الإداري وحماية وحفظ النظام والأمن العام، وهو الذي ينسق أعمال مصالح الأمن العاملة بالولاية، كما توضع تحت تصرف الوالي من أجل القيام بمسؤولية المحافظة على النظام العام في الولاية كافة قوات الأمن، وقوات الدرك الوطني المتواجدة في حدود الولاية ويجب على هذه القوات والمصالح الأمنية أن تطلع الوالي باستمرار وبانتظام عن حالة وأخبار الأمن والنظام العام بالولاية[1].

كما يمكن أن يقوم بالضبط الإداري الخاص عند تنظيمه من طرف المشرع بنصوص خاصة مثل بوليس الصيد؛ وهذا وباعتباره رئيس السلطة الإدارية في الولاية والممثل الوحيد للحكومة ورئيس المجلس التنفيذي الولائي، فهو غالبا ما يكلف بمهمة الضبط الإداري الخاص، والأمثلة على ذلك كثيرة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر المرسوم رقم: 76- 35[2] المؤرخ في: 1976/02/20م الذي نص في أحكامه على الضبط الخاص والمتعلق بنظام الأمن من أخطار الحريق والفزع في العمارات المرتفعة على أن هذا المرسوم من شأنه تحديد الشروط المخصصة لضمان أمن الأشخاص من أخطار الحريق والفزع في العمارات المبنية أو التي ستبنى، وكذلك للتحويلات والتهييئات التي ستنجز في العمارات القائمة، وعلى تغيير تخصيص هذه الأماكن في هذه العمارات.

حيث نص في مجمل أحكامه على أن لا يرخص ببناء مثل هذه العمارات المرتفعة، إلا في المناطق التي تبعد 03كلم على الأكثر عن وحدة للحماية المدنية كما أجازت للوالي أن يمنح رخصة بناء عمارة مرتفعة على مسافة أبعد من ذلك بعد أخذ رأي لجنة الأمن للولاية بموجب قرار مسبب مع مراعاة صنف العمارات وتنوع الاستعمال وسهولة الدخول والمرور ونوع مركز النجدة ومصلحة الأمن الملائم للعمارات وموارد الماء للقطاع.

وهذا وحذرت أحكام هذا المرسوم من أن تتضمن هذه العمارات المرتفعة على أي مؤسسة مصنفة كمخطرة وغير صحية أو مزعجة، كما منعت تخزين أو معالجة المواد القابلة للاشتعال في هذه العمارات، وخصصت الوالي **بمنح رخصة بناء عمارة مرتفعة** أو القيام بأي عمل في العمارة القائمة، والخاضعة للحصول مسبقا على هذه الرخصة وذلك بعد أخذ رأي اللجنة المختصة بأمن الولاية.

أما بالنسبة لمهمة التحقق من مدى احترام وتوفير الشروط التي من شأنها حماية أمن وسلامة الأفراد في هذه العمارات فهي موكلة للوالي، الذي بإمكانه وبعد أخذ رأي لجنة أمن الولاية-مطالبة البنائين بالقيام بعملية التحقيق من درجة قابلية استعمال المواد، أو إذا لزم الأمر التحقق من درجة مقاومة النار لعناصر البناء المستعملة، ويقوم بذلك مخبر معتمد من طرف وزارة الداخلية مع تسليم محضر عن هذه المراقبات.

مكرر (يمكن **للوالي منع اجتماع** إذا تبين أنه يشكل خطرا حقيقيا على **الأمن العمومي** أو يشكل خطرا على **حفظ النظام العام**)، ينظر إلى د/ محمد الطالب يعقوبي، النصوص الخاصة التنظيمية والتشريعية، ص 2 .

[1]- ينظر المواد من 05 إلى 10 من المرسوم رقم: 83-373، المحدد لصلاحيات الوالي في مجال في حفظ الأمن والنظام.

[2]-ينظر المواد رقم: 1، 4، 5، 9، 12، 20 من المرسوم رقم: 76- 35 والمتعلق بنظام الأمن من أخطار الحريق والفزع في العمارات المرتفعة، المذكور أعلاه، الجريدة الرسمية، العدد:21، السنة: 13، المؤرخة في: 1976/03/12، ص:291.

ومنها أيضا المادة: 22 من المرسوم التشريعي رقم: 94- 13[1] المتعلق بالصيد البحري ونصها:"تتوقف ممارسة الصيد البحري الترفيهي على الحصول على **رخصة الصيد البحري** يسلمها الوالي المختص إقليميا".

وبالتالي فالوالي له دور هام في الضبط العام والخاص على مستوى ولايته بصفته المسؤول الأول فيها عن حفظ النظام العام من أمن وراحة وطمأنينة وصحة سكانها. ونظرا لهذه الوظيفة فقد استحدث المشرع الجزائري ضمن الإدارة التنفيذية المساعدة للوالي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 347/92 المحدد لقواعد تنظيم أجهزة الإدارة العامة في الولاية وظيفة مدنية تتمثل في منصب **والي منتدب للنظام العام والأمن**؛ وظيفته مساعدة الوالي في تصور التدابير الخاصة بميدان الأمن الوقائي وتنفيذها وتقييمها في كل ولايات الوطن[2]

ذلك أن الأصل في وظيفة الوالي أنه يعتبر من رجال الضبط الإداري العام، ومسؤول عن حفظ النظام العام وعلى سلامة المجتمع وصيانته بما يتضمن ذلك من صيانة الصحة العامة والسكينة العامة والأمن العام والآداب العامة والأخلاق العامة، وله بهذه الصفة اتخاذ كافة الإجراءات التي تطمئن الفرد على نفسه وماله، وبالتالي له حق اتخاذ جميع الإجراءات والتدابير التي تكفل قمع الحركات الثورية ومنع المظاهرات، ودرء الكوارث الطبيعية.

ولما كان الوالي يمثل الدولة على المستوى المحلي كان لابد من تسخير مجموعة من مصالح الأمن تحت تصرفه حتى يتمكن من القيام بمهامه وهذا ما نصت عليه المادة 97 من قانون الولاية رقم 90-09 كما نص المرسوم رقم 94-247 على صلاحيات الجماعات المحلية وباعتبار الوالي أحد ممثلي الجماعات المحلية فيجب عليه السهر على الوقاية والمكافحة التي تدخل ضمن أمن الإقليم والنظام العام وتسييرها وتقويمها وتنسيقها كما يسهر على احترام القوانين والتنظيمات وحماية الأشخاص والأملاك ويضمن السكينة والطمأنينة[3].

كما أن المادة 81 من **قانون البلدية** تبيح للوالي **سلطة الحلول** إذا كان هناك أمر مستعجل وهذا خروجا عن مبدأ الاختصاص وتزداد سلطات الوالي اتساعا كلما كان هناك ظرف استثنائي إذ يصبح بإمكانه تسخير الشرطة وقوات الدرك لضمان سلامة الأشخاص والممتلكات ولخدمة النظام العام بكل عناصره ؛ فقد أناط قانون البلدية للوالي توفير كل تدابير الحماية للنظام العام[4].

---

[1] - المرسوم التشريعي رقم 94- 13 المؤرخ في: 1994/05/28م الذي يحدد القواعد العامة المتعلق بالصيد البحري، وينظر القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 95/12/25م، يحدد الوقاية من مرض السل عند البقر ومكافحته لا سيما المادة: 16 منه، و المرسوم التنفيذي رقم93- 165 مؤرخ 10 يوليو 93م ينظم إفراز الدخان والغاز والغبار والروائح والجسيمات الصلبة في الجو لا سيما المادة:6 و7 منه.

[2] - ينظر في أصل نشأة وظيفة **والي منتدب للنظام والأمن** في القانون الجزائري د/ ناصر لباد؛ القانون الاداري؛ ج1؛ ص153 وما بعدها.

[3] - المرسوم التنفيذي رقم 94/ 247مؤرخ في 10أوت 1994 الجريدة الرسمية العدد535 الذي نص على صلاحيات الجماعات المحلية في المادة 02و03 و 04 منه ص15-16 بموجبه تم إلغاء المرسوم رقم 91-01 وكذا المرسوم التنفيذي رقم 83-373 المتضمن سلطات الوالي في ميدان الأمن والمحافظة على النظام العام . وينظر في هذا د/ محمد أنور البصول؛ مجلة الشرطة الدورية ،المديرية العامة للأمن الوطني، العدد 62 مارس 2001 وظائف الشرطة ص20.

[4] - أ/ قدادرة مالك، الشرطة الإدارية، مرجع سابق، ص51. وينظر د/عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق ص198.

كما يسخر الوالي تشكيلات الدرك الوطني في الظروف الاستثنائية عندما يعتقد أن الوسائل العادية غير كافية وذلك لإعادة الوضع إلى الحالة الطبيعية.[1] ويمكن للوالي استخداما وسائل مختلفة ومتنوعة الضبط الإداري لصيانة النظام العام في الولاية تتمثل في ما يلي[2]:

– إصدار القرارات التنظيمية العامة والفردية؛ كما يمكنه الاستعانة بقوات الشرطة والدرك الوطني العاملة في الولاية؛ بالإضافة إلى استعانته بدوائر الأمن للاطلاع على كافة القضايا المتعلقة بالنظام العام في الولاية[3].

– كما يقوم الوالي بإعداد مخطط خاص من أجل تنظيم الإسعافات الضرورية حسب ظروف أي كارثة وقعت على تراب ولايته، اتخاذ الإجراءات الضرورية اللازمة حسب وضعية هذه الكارثة.

–كما يتمتع الوالي أيضا بتسليم رخصة الطريق في حالة ما إذا كانت الأشغال المراد القيام بها تمس جزءا من الطريق الوطني الموجود داخل الولاية أو في الحالة التي تمس جزءا من طرق البلدية الموجودة في تراب بلديتين أو أكثر من تراب الولاية نفسها، أما في حالة ما إذا كانت الأشغال تمس عدة ولايات ففي هذه الحالة تسلم الرخصة من وزير الأشغال العمومية[3].

– أما فيما يخص وضع المريض عقليا رهن الملاحظة في مصلحة الأمراض العقلية، يجب أن يتم ذلك إما بحضور المريض شخصيا؛ أو ممثله الشرعي أو تكون المبادرة من أسرته تسليم أو ممثله الشرعي، أو تكون المبادرة من الشخص العمومي الذي حددهم القانون على سبيل الحصر وهم: الوالي، ورئيس المجلس الشعبي البلدي ومحافظ الشرطة أو مسؤول الدرك أو أحد ممثليهم المفوضين قانونيا، أما في حالة ما إذا رأى الطبيب المعالج بأن حالته الصحية تستوجب بقاؤه للاستشفاء ففي هذه الحالة يجب رفع التماس من هذا الطبيب إلى الوالي يطلب فيه وضع المريض في **حالة الاستشفاء الإجباري**[4] موضحا فيه مدى ضرورة هذا الإجراء بالنسبة للمريض، والأخطاء التي يمكن أن يتسبب فيها في حالة خروجها، ففي هذه الحالة يرخص للوالي باتخاذ قرار الاستشفاء الإجباري في حالة ما إذا كان خروجه خطرا على حياته أو النظام العام أو الأمن العام وهذا بعد تطبيق الإجراءات القانونية.

وأمام هذه الواجبات القانونية المختلفة المنوطة **بالوالي** يمتلك في مقابلها امتيازات السلطة العمومية كاستعمال القوة المادية لإجبار الأفراد على تنفيذ التنظيمات؛ بحيث توضع تحت تصرفه كافة مصالح الأمن من شرطة ودرك **ومندوب الأمن** على مستوى الولاية؛ وقوات الجيش[5]

---

[1] – د/محمد الصغير بعلي قانون الإدارة المحلية الجزائرية، مرجع سابق، ص 130.

[2] – ينظر في تفصيلا صلاحيات الوالي الضبطية أ/ لطرش حمو؛ سلطات الضبط الإداري الولائي في الجزائر؛ رسالة ماجستير 2002 كلية الحقوق جامعة الجزائر غير منشورة؛ ص42

[3]– ينظر المرسوم رقم: 83- 699 المؤرخ في 1983/11/20م، المتعلق برخصة الطرق والشبكات، الجريدة الرسمية، العدد: 49، السنة 20، المؤرخة في 83/11/29م، ص:3062.

[4]– تراجع المواد: من 106 إلى 108، 123 إلى 126 من القانون رقم 85- 05 المتعلق بحماية الصحة العامة وترقيتها، المعدل والمتمم.

[5] – د/ ناصر لباد؛ القانون الإداري؛ مرجع سابق؛ ص32. طبقا للمادة 05 المرسوم "توضع لدى الوالي في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها لممارسة سلطاته في ميدان حفظ النظام العام والأمن في الولاية المصالح التالية مصالح الأمن الوطني والدرك الوطني".

2-2- رئيس المجلس الشعبي البلدي:

يعتبر رئيس المجلس الشعبي البلدي أحد أهم الهيئات المحلية للضبط الإداري المحلي باعتباره ممثلا للدولة في حفظ النظام العمومي المحلي؛ وهذا ما أقرته النصوص القانونية للبلدية فقد أوكلت له جملة من الصلاحيات لها علاقة بحفظ النظام العام؛ وسلامة الأشخاص والأملاك والمحافظة على النظام في جميع الأماكن العمومية التي يجري فيها تجمع الأشخاص، والمعاقبة على كل مساس بالراحة العمومية وكل الأعمال المخلة بها[1].

وهذا ما جاء في المادة 75 من قانون البلدية رقم 09/ 08 " يتولى رئيس المجلس البلدي في إطار احترام حقوق المواطنين وحرياتهم، **المحافظة على النظام العمومي** وسلامة الأشخاص والأملاك؛ والمحافظة على **حسن النظام** في جميع الأماكن العمومية والمعاقبة على كل مساس بالراحة العمومية.

كما يسهر رئيس المجلس الشعبي البلدي على نظام العمارات وسهولة تسير الشوارع والساحات والطرق العمومية واتخاذ الاحتياطات **والتدابير الضرورية لمكافحة الأمراض المعدية والوقاية منها**؛ وكذا القضاء على الحيوانات المؤذية والسهر على نظافة المواد الاستهلاكية المعروضة للبيع كما يجب عليه أن يسهر على احترام المقاييس والتعليمات في مجالات التعمير".

فكل هذه الصلاحيات والإجراءات الضبطية الغرض منها هو المحافظة على النظام العمومي بكل عناصره كما أن رئيس المجلس الشعبي البلدي يتخذ هذه الإجراءات تحت سلطة الوالي حسب نص المادة 69 من قانون 90 - 08 المتضمن قانون البلدية[2]

وتثبت نصوص القانون البلدي أنه بإمكان رئيس المجلس الشعبي البلدي الاستعانة **بشرطة البلدية**[3]وطلب تدخل قوات الشرطة الوطنية؛ والدرك الوطني في حالة الضرورة من اجل القيام بمهامه النظامية.

وبهذا يكون رئيس المجلس الشعبي البلدي **مكلف باتخاذ كل التدابير اللازمة لضمان سلامة الأشخاص والأموال** بصورة وقائية في الأماكن العمومية التي يمكن أن يحصل فيها أي حادث أو كارثة متوقعة أو نكبة أو حريق أو انزلاق التربة، ومن أجل القيام بهذه المهمة أعطى له المشرع سلطات واختصاصات وامتيازات السلطة

---

[1] - د/عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ص196،ود/ محمد الصغير بعلي القانون الإداري، ص 134.

[2] - وتنص هذه المادة "يتولى رئيس المجلس الشعبي البلدي تحت سلطة الوالي ما يأتي :...السهر على حسن النظام والأمن العموميين و على النظافة العمومية...)، كما يمكن الرجوع إلى المواد من 70إلى 78 من قانون البلدية رقم 90-08 المؤرخ في 07 أفريل 1990 فيما يخص اختصاصات رئيس المجلس الشعبي البلدي كممثل للدولة.

[3] - وهذا طبقا للمادة 1/74 من قانون البلدية رقم 08/90 ؛ وهذا ما أكدته المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 265/96 المؤرخ في 3أوت 1996؛ والمتضمن إنشاء سلك الحرس البلدي ونصها:" ينظم الحرس البلدي في وحدات توضع تحت سلطة رئيس الهيئة التنفيذية للبلدية؛ مع مراعاة المواد 13/11/10 من هذه المرسوم ...." ينظر الجريدة الرسمية؛ رقم 47 لسنة 1996؛ ص5

العامة الضرورية للمحافظة على الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة والآداب والأخلاق العامة على مستوى حدود بلديته تحت سلطة الوالي.[1]

وجدير بالإشارة أن القانون البلدي رقم:90- 08 والمتعلق بالبلدية الساري المفعول حاليا؛ والذي ألغى القانون البلدي السابق 67-24، قد جاء دقيقا ومصححا لوضعيات كانت غامضة[2] في القانون السابق في مجال استتباب النظام وإعادته عند الاختلال؛ فكان بذلك مسايرا إلى حد ما للتطورات والتغيرات التي حدثت على النظام السياسي والقانوني بموجب التعددية السياسية والإعلامية والنقابية التي أسس لها دستور 1989؛ بعكس القانون السابق الذي لم يعد صالحا وملائما للتحول الديمقراطي الذي كانت تشهده الجزائر؛ خاصة من حيث غموض وعدم الدقة فيما يخص صلاحية هيئة الضبط على المستوى البلدي حيث جاء في أحكام القانون البلدي

[1] - حيث جاء في أحكام المادة:235 من القانون البلدي المعدل والمتمم، (السابق) "بأن رئيس المجلس الشعبي البلدي يمارس وسائل الضبط الإداري واختصاصات **صيانة النظام العام** تحت رقابة المجلس الشعبي البلدي وإشراف السلطة العليا" . ينظر الأمر رقم: 67- 24، المؤرخ في:18 يناير سنة 1967، يتضمن القانون البلدي، الجريدة الرسمية، العدد:06، السنة:04، المؤرخة في 18 يناير، سنة:1967، ص:90 .
وقد أوردت المادة:237 من القانون السالف تفصيلا لاختصاصاته، وهي تتمثل فيما يأتي:
"1- المحافظة على الآداب العامة وسلامة الأشخاص والأموال.2- المحافظة على حسن النظام في جميع الأماكن العامة التي يكون فيها تجمع الأشخاص.3 - قمع التحديات على الراحة العمومية وكل الأعمال المخلة بها.4- السهر على نظافة الأبنية وتأمين سهولة السير في الشوارع والساحات والطرق العمومية. 5- اتخاذ التدابير الاحترازية لمكافحة الأمراض الناجمة عن الأوبئة أو الأمراض المعدية. 6 - منع إطلاق الحيوانات المؤذية والمضرة والسهر على نظافة المأكولات المعروضة للبيع."

[2] - ويظهر هذا الغموض في عدم دقة الصياغة القانونية بتحديد اختصاصات الرئيس التي تم تحديدها في نص المادة 237 من القانون البلدي السابق، إذ أن الفقرة الأولى من هذه المادة ذكرت اختصاصاته في مجال المحافظة على الآداب العامة وسلامة الأشخاص والأموال، فجمعت بين النظام المعنوي للنظام العام "الآداب العامة" والمظهر المادي لهذا النظام:"سلامة الأشخاص والأموال" جمعا تحكميا. كما أن الفقرة الثالثة التي نصت على "قمع التحديات على الراحة العامة" لم تكن صياغتها دقيقة، لأن ممارسة إجراءات الضبط تنصب على الوسائل الوقائية التي تعكر أو تقلق السكينة والراحة العامة، لا قمع المخالفات بعد وقوعها، لأن قمع مثل هذه المخالفات يدخل ضمن قواعد القانون وإجراءات الضبط القضائي لا الضبط الإداري.

ومما زاد في غموض هذه الاختصاصات تعداد ها متنوعة وكأنها اختصاصات متباينة والواقع أنها تندرج جميعا تحت مفهوم:(النظام العام التقليدي) الذي تتمثل عناصره في الأمن العام والسكينة العامة، لذلك كان الأجدى بالمشرع البلدي أن يقتصر على نص واحد في هذا المجال يذكر فيه اختصاص المجلس ضمن هذا المفهوم بدلا من التعداد الوارد في المادة: (237) وما يليها وبناءا على ذلك ينتقد القانون البلدي من حيث أنه لم يواكب مفهوم تطور النظام العام في الجزائر الذي سبق تحديده خصوصا في المجال الاقتصادي.

ومن جهة أخرى يظهر هذا الغموض في إدخال المظهر المعنوي ضمن **مفهوم النظام العام في الجزائر** وما قد يثيره من إشكالات، نظرا لعدم وجود مقاييس ثابتة **للآداب العامة** التي تستهدف سلطة رئيس المجلس للمحافظة عليها، كما أن غموض هذا التعبير يؤدي إلى مشكلة تحديد المدى الذي تصل إليه سلطات الضبط لذلك يجب تحديد الحد الأدنى لمصطلح **"الآداب العامة"** الواردة في الفقرة الأولى من المادة: 237 أعلاه، لأن السلوك الذي يسلكه الفرد في علاقاته الاجتماعية مع الغير والذي ليس من شأنه ممارسة أو القيام به ارتكاب مخالفة لقاعدة جنائية، وعلى هذا الأساس تكون سلطة رئيس المجلس في محافظته على هذه الآداب، تقتصر على تلك التصرفات والسلوك الذي من شأنه القيام بهما أو ممارستهما ارتكاب مخالفة لقاعدة جنائية، أما خارج نطاق هذا التحديد فلا يدخل ضمن الاختصاصات المخولة لهذا الرئيس.
ينظر إلى هذه الانتقادات د/ أحمد محيو ؛ محاضرات في المؤسسات الإدارية ؛ص 150 ود/ ناصر لباد؛ القانون الاداري؛ ج1؛ ص212

الجديد[1] وغيرها من النصوص القانونية المنظمة للسلطة الضبطية على المستوى البلدي بأن رئيس المجلس البلدي يتولى **تحت سلطة الوالي** نشر وتنفيذ القوانين والتنظيمات عبر تراب بلديته، كما يقوم بالسهر على حسن النظام والأمن العموميين وعلى النظافة العامة كما يجب عليه السهر على تنفيذ إجراءات الاحتياطات والوقاية والتدخل فيما يخص الإسعاف والكوارث الحادثة أو المتوقع حدوثها، كما يقوم بهدم الجدران أو البنايات أو المباني المتباعدة، ويقوم كذلك فيما يخص ضابطة المرور، ضبط الطرق الواقعة في تراب بلديته مع الأخذ بعين الاعتبار الأحكام الخاصة بطرق المرور الرئيسية، كما أعطى له المشرع الوسيلة التي يعتمد عليها في ممارسة صلاحيته الخاصة بالأمن وهي هيئة الشرطة البلدية، كما يستطيع أن يطلب تدخل قوات الشرطة أو الدرك الوطني المختصة إقليميا عند الحاجة، والجدير بالذكر هذا أن: القانون فصل بين سلطة البلدية وسلطة الدولة، ففي الأول رئيس المجلس الشعبي البلدي هو المسؤول المباشر[2]، أما في الثانية فليس بإمكانه سوى طلب التدخل.

ولعل أهم مظهر للضابطة البلدية أيضا هو مكافحة الضجيج[3] وخاصة أثناء الليل، علما أن البعض منها مسموح به أثناء النهار كأشغال الحفر، والموسيقى، والبعض منها مسموح في بعض المناسبات كالزواج والأعياد.." دون أن ننسى الحالات التي يخلفه أو **يحل الوالي محله** في ممارسة سلطته الضبطية على مستوى بلدياته كما يكلف أيضا بنظافة الشوارع والأبنية، ومكافحة الأمراض السارية أو المعدية، وكافة أنواع الأوبئة طبقا للمواد 75 و83 و81؛ و154 و155 من قانون البلدية. وكذا نظافة المواد الغذائية والمأكولات المعروضة للبيع والقضاء على الحيوانات المؤذية والمضرة؛ ومراقبة الأسواق الأسبوعية؛ حماية للمستهلكين.

كما كلفه المشرع أيضا بالقيام **بضابطة الجنائز** وفقا للعادات والأعراف، وبناءا على ما تقتضيه مختلف الديانات الموجودة في البلاد، ويجب عليه أن يضمن لكل شخص متوفى أن يدفن بكل وقار، دون تمييز بسبب الدين أو المعتقد طبقا للمادة 75 من قانون البلدية بالإضافة إلى النصوص المنظمة لهذه الضابطة والمذكورة آنفا، علما أن هناك الكثير من النصوص القانونية والتنظيمية المخولة له سلطة الضبط الإداري البلدي منها ما تم ذكره وما لم تذكر كالمرسوم رقم:81-267 المتعلق بصلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص الطرق والنقاوة والطمأنينة العامة السابق الذكر، ومنها أيضا المرسوم رقم93-699 المتعلق برخصة الطرق والشبكات، حيث يستوجب الحصول مسبقا على رخصة الطريق، وتسلم هذه الأخيرة من رئيس المجلس الشعبي البلدي إذا كانت الأشغال المعتزم القيام بها في طريق بلدي أوفي جزء من الطريق الموجود في شبكة الطرق الحضرية[4].

---

[1]-ينظر أحكام المواد من 69، 71، 72، 73، 74، من القانون رقم 90- 08 المتعلقة بالبلدية.

[2]- ينظر المادة رقم 02 من المرسوم التنفيذي، رقم: 96- 265،

[3]- ينظر المرسوم رقم 83-666 لاسيما، المادة11 منه، وكذا المرسوم التنفيذي رقم93-183.

[4]- ينظر المواد رقم:7، 8، 17 إلى 22 من المرسوم رقم: 83-699، المؤرخ في 1983/11/20م، والمتعلق برخصة الطرق والشبكات، الجريدة الرسمية، العدد: 49، السنة: 20، مؤرخة في:83/11/29م، ص3062. وينظر أيضا المواد من ...1إلى 20، والمادة: 30 من القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في: 84/11/10م والمتضمن تحديد شروط منح رخصة الطريق وكيفياتها، الجريدة الرسمية، العدد:65، السنة: 21، المؤرخة في: 1984/12/12م، ص2139.

ورغم تعدد هذه المهام وتنوعها حسب تنوع عناصر فكرة النظام العام؛ فانه لم يستنفذ كل الميادين التي يمكن أن يتدخل فيها وبالتالي ما ذكر منه ما هو على سبيل المثال لا الحصر حيث يتمتع باختصاص عام في هذا المجال[1].

إضافة إلى مهمة الضبط العام الموكلة لرئيس المجلس الشعبي البلدي في التشريع والتنظيم المعمول بهما بصفته السلطة المختصة أساسا بمباشرة سلطة الضبط الإداري البلدي العام تحت سلطة الوالي، فإنه كذلك يوكل له المشرع أحيانا مباشرة إحدى أنواع الضبط الإداري الخاص يمارسه على مستوى بلديته. وهو ما جاء في منطوق المادة:71 من القانون البلدي رقم 08/90 حيث تنص:" يجب على رئيس المجلس الشعبي البلدي أن يتخذ في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها، جميع الاحتياطات الضرورية وجميع التدابير الوقائية لضمان سلامة الأشخاص والأموال في الأماكن العمومية التي يمكن أن يحصل فيها أي حادث أو نكبة أو حريق، وفي حالة الخطر الجسيم والداهم، يأمر رئيس المجلس الشعبي البلدي، بتنفيذ تدابير الأمن التي تقتضيها الظروف ويعلم الوالي بها فورا؛ كما يأمر حسب الطريقة نفسها، بهدم الجدران أو البنايات أو المباني المتداعية."

ويلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع أعطى أهمية كبرى للهيئات المحلية في الحفاظ على أهداف الضبط الإداري بالمفهوم الواسع والخاص، والدليل على ذلك كثرة النصوص التشريعية والتنظيمية التي تنص على القيام بهذه المهمة النبيلة خدمة للوطن والمواطن.

منها المرسوم رقم:87- 44[2] المتعلق بوقاية الأملاك الوطنية وما جاورها من الحرائق، وهو تطبيق للقانون رقم:84-12 المتعلق بالنظام العام للغابات.حيث جاء في مضمون أحكام المرسوم السالف الذكر فيما يخص مسؤولية رئيس المجلس الشعبي البلدي في هذا الموضوع ما جاء في منطوق المادتين: 14 و15 منه حيث تنصان على وجوب اتخاذ جميع التدابير اللازمة لوقاية الأملاك الغابية من أخطار الحريق التي تنطوي عليها المزابل، هذا وكما ألزمته بتهيئة محيط أمن خاص بالمزابل المرخص بها على التشريع المعمول به، دون أن ننسى الترخيص الذي نص عليه المشرع في أحكام المادتين 74 و76 من القانون رقم: 83-03[3] المتعلقة بحماية البيئة، ويتمثل هذا الترخيص أو التصريح حسب جسامة الأخطار أو المساوئ التي قد تنجم عن عمليات الاستغلال في المعامل والمشاغل والورشات والمحاجر وبصفة عامة المنشآت التي يستغلها أو يملكها كل شخص طبيعي أو اعتباري أو عمومي أو خاص والتي يمكن أن تتسبب في أخطار أو مساوئ أو لياقة الجوار إما للصحة أو الأمن أو النظافة العمومية، وإما للفلاحة أو حماية الطبيعة والبيئة وإما للمحافظة على الأماكن الخاصة بالسياحة أو الآثار التي يجب المحافظة عليها.

[1] -د/ أحمد محيو؛ المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ص 82 .

[2] - المرسوم رقم:87- 44 المؤرخ في: 1987/02/10م المتعلق بوقاية الأملاك الغابية الوطنية، جريدة رسمية العدد 07، السنة 24، المؤرخة في: 1987/02/11م، ص147.

[3] - القانون رقم:83-03، المتعلق بحماية البيئة.

أما بالنسبة للوسائل التي يستخدمها رئيس المجلس الشعبي البلدي في مباشرة اختصاصاته في مجال صيانة النظام العام، فهي قد تكون وسائل قانونية تتمثل في القرارات التنظيمية والفردية، ووسائل مادية تتمثل في الاستعانة بأعوان الحماية المدنية وغيرها من المهام المذكورة في القانون البلدي أو المنظمة والمنصوص عليها في قوانين خاصة أخرى من أجل استتباب الأمن والطمأنينة العامة على المستوى المحلي، تسهيلا لتنقلات الأشخاص والأموال في شوارعها وعلى حفظ سلامة زائريها ومواطنيها من كل الأخطار المحتمل إصابتهم بها.

وفي ضوء ما سلف نستنتج أن سلطات الضبط الإداري المحلية أو اللامركزية تتمثل في كل من الولاة، ورؤساء المجالس الشعبية البلدية، فلكل منهم مسؤولية وواجب الحفاظ على النظام العام بمفهومه الواسع أو بكافة عناصره المادية والمعنوية والقانونية؛ وبالتالي فإن صيانة النظام العام على المستوى الولائي مخول قانونا للوالي باعتباره ممثلا للدولة ؛ وللرئيس المجلس البلدي على المستوى البلدي .

وبناءا على هذه الاختصاصات المخولة للوالي قانونا يمكن له أن يمارس وسائل الضبط الإداري على نطاق البلديات وذلك في الأحوال التي يكون فيها إجراء الضبط الإداري ضروريا على مستوى بلديتين فأكثر[1].

أو في الحالات التي يجوز فيها **حلول الوالي محل رئيس المجلس الشعبي البلدي** عندما يخل هذا الأخير أو يهمل واجباته تجاه صيانة النظام العام بعد تنبيهه بذلك، و لم يتخذ التدابير والإجراءات الضرورية المطلوبة قانونا ففي هذه الحالة يحق للوالي أن يحل محله، المادة: 83 من القانون رقم: 90-08، المذكور سابقا، والمادة:2/4 من المرسوم رقم:83-373 السالف الذكر، إن السلطة الولائية الممثلة في الوالي[2] هو **الهيئة الإدارية العليا والوحيدة** المختصة بمباشرة سلطات الضبط الإداري المركزي العام على مستوى ولايته والمسؤول الأول على النظام والأمن العام فيها، وكذلك ممارسة رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفته ممثلا للدولة مكلفا بهذه التدابير التي تقتضيها الظروف في حالة الخطر الجسيم ويجب عليه أن يعلم الوالي بها فورا.

ثانيا– هيئات ومؤسسات حفظ نظام الأمة في النظام الإسلامي: "الأشكال النظامية المؤسسة"

مع استمرار تطور الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأمنية في إطار الخبرة الإسلامية تفرعت وانبثقت مؤسسات وأشكال نظامية جديدة تتناسب وتلك التطورات المتخصصة يمكن أن نذكر منها ما يلائم إشكالية هذه الرسالة باعتبارها تؤصل للهيئات المنوط بها حفظ النظام العمومي في الدولة الإسلامية.

وجدير بالذكر أن نظرة التشريع الإسلامي للمؤسسات والأبنية النظامية يغلب عليها فكرة الواجب والمسؤولية؛ مما يجعلها مؤسسات وظيفية أكثر من اعتبارها امتيازات للسلطة؛ ذلك أن حفظ نظام الأمة من أهم

[1] – حيث جاء في المادة 82 إنه:"يمكن للوالي أن يحل محل رؤساء المجالس الشعبية البلدية المعنيين، بموجب قرار معلل، لممارسة السلطات المقررة بهذا الصدد عندما يهدد النظام العام في بلديتين أو عدة بلديات مجاورة". ينظر د/ ناصر لباد؛ القانون الاداري؛ ج1؛ ص211

[2] – يساعد الوالي في القيام بمهمة الضبط الإداري **رئيس الدائرة** في حدود دائرته المسؤول عنها تحت سلطة الوالي السلمية (المادة: 25) من المرسوم رقم: 83- 373، المذكور آنفا، حيث تنص هذه المادة المذكورة أعلاه:"يسهر رئيس الدائرة تحت سلطة الوالي على تطبيق القوانين والتنظيمات وعلى حسن سير المصالح الإدارية والتقنية في دائرته، كما يسهر بمساعدة مصالح الأمن على حفظ النظام العام وأمن الأملاك والأشخاص في الدائرة، ولهذا الغرض يجب على مصالح الأمن في الدائرة أن تعلمه بكل حدث يقع فيها ويكون له علاقة بالنظام والأمن".

المصالح العامة؛ الأمر الذي يستوجب وجود مؤسسات مختلفة تساهم في النهوض بمقاصد الإمامة تحقيقا لمقصود الشرع؛ في حراسة الدين وسياسة الدنيا **وحفظ حوزة الملة.**

1- المؤسسة التنفيذية: وتتكون من السياسيين القائمين على تنفيذ السياسة العامة والقواعد المرتبطة بها وهي تشمل عدة أشكال نظامية تتوزع بين عاصمة الدولة وبين الأقاليم التابعة لها على النحو الأتي:

1-1- مؤسسة رئاسة الدولة: تتبلور السلطة التنفيذية في مركز الخليفة باعتباره رأس الدولة والمسؤول الأول فيها؛ فهو يجمع بين رئاسة الدولة والحكومة على نحو أقرب وأشبه مما هو مقرر في أبجديات النظام الرئاسي بمفهومه الحديث. فالإمامة على حد تعبير الإمام الماوردي رئاسة عامة موضوعة لخلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا وينقل ابن تيمية[1] أهميتها يقول الإمام علي –ض-" لابد للناس من إمارة **برة** كانت أو **فاجرة** ؛ فقيل يا أمير المؤمنين هذه البرة قد عرفناها فما بال الفاجرة فقال بها يقام الحدود؛ وتأمن بها السبل؛ ويجاهد بها العدو ويقسم بها الفيء".

ويتولى الخليفة رئاسة الدولة عن طريق الاختيار والبيعة برضا المحكومين؛ فالخلافة في تكييفها القانوني عقد سياسي واجتماعي من نوع خاص[2] فهي عقد سياسي بين أهل الاختيار والمرشح للخلافة وما يسفر عنه من تقديم المرشح للانتخاب والرضا العام. ثم يأتي دور باقي المسلمين في إطار البيعة الكبرى أو ما يسمى دستوريا العقد الاجتماعي بواسطة الانتخاب العام المباشر الحر مما يترتب عنه كما يقول السنهوري " اعتبار الإمامة عقد حقيقي بين الإمام وبين جماعة المسلمين يرتب لطرفيه حقوقا والتزامات[3] وتكمن مهمته إجمالا في حراسة الدين وسياسة الدنيا به.

ويشترط في انعقادها أن يكون المرشح لها على خصلتين[4] هما **القوة والأمانة** كركنين في انعقادها صحيحة.فالقوة في كل ولاية بحسبها فهي مثلا الحكم ترجع إلى الدراية والعلم بأمور الدين وقدرته على تنفيذ الأحكام فهي لا تصلح لمن لا يأخذها بحقها لضعف فيه كما كان قال الرسول-ص- لأبي ذر عندما سأله الإمرة" انك ضعيف وإنها أمانة... إلا من أخذها بحقها وأدى ما عليه فيها"[5] مصداقا لقوله تعالى:" إن خير من استأجرت القوي الأمين"

وليس معنى القوة التي يجب أن يتصف بها الحاكم بأن يكون جبارا في الأرض؛ و سيفا مسلطا على رقاب الناس؛ وإنما تكون قوة الحاكم في أن يرى الحق ويعمل على إظهاره ويرى الباطل ويعمل على اجتنابه؛ مؤديا حق الله في نصرة المظلوم وتقبل النقد والنصيحة بسماحة دون مضض مادمت في إطار الصالح العام.

---

[1] – ابن تيمية ؛ السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية؛ ص18

[2] – د/ سليمان الطماوي؛ السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة والفكر السياسي الإسلامي؛ دار الفكر؛ سنة 1996؛ ص388

[3] –د/ السنهوري ؛ فقه الخلافة وكيف يمكن أن تصبح عصبة أمم شرقية؛ ص94

[4] – د/ منير حميد البياتي؛ الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي؛ رسالة دكتوراه؛ سنة1976؛ص121

[5] – القاضي أبو يوسف؛ الخراج؛ ص09

وأما الأمانة فترجع إلى حسن مراقبة الله وخشيته في السر والعلانية واستشعار مهابته خوفا وطمعا بحيث لا تأخذه في الله لومة لائم مهما كان مركزه.

غير أن ما يهمنا في هذه المؤسسة هو إبراز دور **الخليفة** ورئاسة الدولة في حفظ النظام العام؛ وبناء على هذا فقد حصر الإمام **الماوردي** اختصاصات الخليفة في عشر مسائل[1] يمكن أن يستفاد من خلالها دور الخليفة في حفظ نظام الأمة إذا تم تصنيف هذه الاختصاصات إلى صلاحيات دينية وصلاحيات سياسية[2].

فالصلاحيات الدينية "**كحفظ الدين** على أصوله المستقرة وما اجمع عليه سلف الأمة... ليكون الدين محروسا من الخلل والأمة ممنوعة من الزلل". وكالسهر على القيام على شعائر الدين بإقامة الصلاة والإشراف على مناسك الحج وتسهيل أداءه؛ وزجر من ينتهك حرمة الصيام جهارا؛ والإشراف على جباية الزكاة والصدقات والفيء؛ وكالجهاد في سبيل الله ليكون الناس عبادا لله لا عبيدا لأهوائهم. هذه هي مجمل الاختصاصات الدينية

أما الاختصاصات السياسية فهي حسب تصنيف **الماوردي** ترجع إجمالا إلى الأمور التالية:

– الإشراف على إقامة العدل بين الناس بقطع الخصام بين المتنازعين حتى تعم النصفة؛ وبتنفيذ الأحكام بين المتشاجرين فلا يتعدى ظالم ولا يضعف مظلوم؛ وبإقامة الحدود لتصان محارم الله عن الانتهاك وتحفظ حقوق عباده من إتلاف واستهلاك .

– الإشراف على الأمور العامة والمرافق الضرورية بتعيين الموظفين وتقليد النصحاء منهم ما يفوضه إليهم من أعمال وأموال لتكون الأعمال بالأكفاء مضبوطة والأموال بالأمناء محفوظة على أن لا يعول على التفويض المطلق تشاغلا بلذة أو عبادة؛ وإنما عليه أن يباشر أحيانا مشارفة الأمور بنفسه؛ وتصفح الأحوال ؛ نهوضا بسياسة الأمة وحراسة الملة ؛ فقد يخون الأمين ؛ويغش الناصح. كما عليه تقدير العطايا وما يستحق من الأجور في بيت المال من غير سرف ولا تقتير في الآجال المحددة من غير تقديم ولا تأخير.

غير أن أهم اختصاص للخليفة باعتباره شرط لاستقرار الأمة وانتظام أمورها التزام الخليفة بـ"حماية البيضة؛ والذب عن الحريم؛ ليتصرف الناس في المعايش وينتشروا في الأسفار آمنين عن تغرير بنفس أو مال" وهو الاختصاص الذي عبر عنه الدكتور سليمان الطماوي[3] بالمحافظة على الأمن والنظام العام في الدولة مما يعني أن من الاختصاصات الأصلية للخليفة تمتعه بالسلطة الضبطية والتنظيمية. في مجال إشاعة الأمن وصيانة الصحة وإقرار السكينة والطمأنينة.

إضافة إلى الدفاع عن الدولة في مواجهة الأعداء الخارجين بتحصين الثغور بالعدة المانعة؛ والقوة الدافعة؛ حتى لا يسفك لمسلم أو معاهد دما محرما.

---

[1] – الماوردي ؛ الأحكام السلطانية؛ ص14

[2] – السنهوري؛ فقه الخلافة؛ ص161

[3] – د/ سليمان الطماوي؛ السلطات الثلاث؛ ص399

1-2- مؤسسة الوزارة:

لما كانت مؤسسة رئاسة الدولة ولاية عامة في جميع الأعمال المتعلقة بشؤون الدنيا والدين معا؛ ومن ثم فانه يستحيل على الخليفة أن يباشر بنفسه كل هذه المهام التي يناط به القيام بها خاصة تلك المتعلقة بحفظ النظام العام والتي تحتاج إلى تفرغ وتخصص؛ كما هو الحال في الأنظمة المعاصرة إذ يعتبر وزير الداخلية في الأصل وزيرا لحفظ النظام العام وان كان في الواقع وزيرا للحريات العامة أيضا ؛ خلافا لبعض الدول التي تخصص لمسألة الحريات وزيرا مستقل يعرف عادة بوزير حقوق الإنسان[1].

وأمام هذه الاستحالة فان اللجوء إلى عقود التولية أو التوظيف في مناصب وزارية أمر ضروري لاستقامة الخلافة ودوامها لما قد يساهم فيه من تفرغ وتخصص وسيادة للنظام[2].

يقول الماوردي [3]في هذا الصدد" إن ما وكل إلى الإمام من تدبير الأمة لا يقدر على مباشرته جميعه إلا باستنابة. ونيابة الوزير المشارك له في التدبير؛ أصلح في تنفيذ الأمور من تفرده بها؛ ليستظهر به على نفسه؛ فيكون ابعد عن الزلل ؛ وامنع من الخلل"

وبهذا أصبحت الوزارة من أهم المناصب السياسية بعد منصب الخليفة لما يقوم به من مؤازرة للخليفة ولما يتحمله عنه من وزر؛ يقول ابن خلدون مؤكدا لهذه الحقيقة " والوزارة أم الخطط السلطانية؛ والرتب الملوكية؛ لآن أسمها يدل على مطلق الإعانة؛ فان الوزارة مأخوذة إما من المؤازرة وهي المعاونة؛ أو من الوزر؛ وهو الثقل كأنه يحمل مع مفاعله أوزاره وأثقاله ؛ وهو راجع إلى المعاونة المطلقة"[4]

وفي هذا الصدد يتحدث فقهاء السياسة الشرعية عن ضرورة استنابة الخليفة واستعانته بمن يحمل عنه وزر بعض مهام الإمامة خاصة تلك المهام التي لها علاقة بسيادة الدولة واستقرارها والتي تعرف في الفقه الدستوري بالوزارات السيادية كوزارة الداخلية والعدل والدفاع والخارجية فكلها وزرات حساسة بالنسبة للدولة ؛ تحتاج للقيام بها إلى رجال أكفاء قادرين يتم التفويض المباشر إليهم بالمختلف الصلاحيات حسب ثقة الخليفة فيهم إذ عادة ما يفوض هذا الأمر إلى اقرب الناس من الخليفة مودة ورحمة وكفاءة فقد كان النبي-صلى الله عليه وسلم- يشاور أصحابه

---

[1] – مثل ما هو الحال في الحكومة الفرنسية؛ وهو نفس ما تبناه المشرع الجزائري باستحداثه لمنصب وزير منتدب لحقوق الإنسان في حكومة السيد احمد غزالي؛ في جوان 1991 حيث دامت إلى غاية فيفري 1992 وقد أسندت إلى السيد علي هارون؛ وقد كانت أول وزارة لحقوق الإنسان في الوطن العربي؛ وقد كان من أهم مهامه حسب المرسوم التنفيذي رقم 300/91 المنظم لصلاحياته ومهامه الوزارية؛ اقتراح السياسة العامة الرامية لتطبيق الحقوق والحريات المعترف بها دستوريا؛ والسهر على الدفاع عن حقوق الإنسان وترقيتها؛ خاصة منها الحريات الأساسية.." إلا أنه سرعان ما تم الاستغناء عن هذا المنصب؛ حيث تم استبداله بمنصب المرصد الوطني لحقوق الإنسان كهيئة استشارية لدى رئاسة الجمهورية؛ ينظر أ/ شطاب كمال؛ حقوق الإنسان بين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود دار الخلدونية ؛ سنة 2005؛ ص181 وما بعدها.

[2] – د/فوزي خليل؛ دور أهل الحل والعقد في النموذج الإسلامي لنظام الحكم؛ ص181

[3] – الماوردي؛ الأحكام السلطانية؛ ص24

[4] – ابن خلدون؛ المقدمة؛ ص603

في الأمور العامة والخاصة؛ ويخص أبا بكر ببعض الأمور؛ حتى أن العرب الذين اختلطوا مع الروم والفرس قبل الإسلام وعرفوا هذا الاسم عنهم؛ كانوا يسمون أبا بكر وزير النبي-ص-؛ وكذلك كان حال عمر مع الخليفة أبي بكر فقد كان عمر يقوم بالقضاء وتوزيع الزكاة..."[1]

وعليه فان **مؤسسة الوزارة ليست بالأصلية في الحكومة النبوية** بهذا الاصطلاح وإنما كان يطلق عليها **بالمستشارين** على ما هو عليه الحال في النظام السياسي الأمريكي إذ يعتبر الوزراء بمثابة أعوان للرئيس ومجرد مستشارين لا يسألون سياسيا أمام البرلمان؛ ولكن أمام الرئيس لوحده؛ وله أن يعزلهم متى شاء؛ ويؤصل ابن طباطبا[2] لنشأة الوزارة فيقول؛ والوزارة لم تتمهد قواعدها وتتقرر قوانينها إلا في دولة بني العباس ؛ فأما قبل ذلك؛ فلم تكن مقننة القواعد ولا مقررة القوانين، بل كان لكل ملك أتباع وحاشية؛ فإذا حدث أمر استشار ذوي الحجا والآراء الصائبة؛ فكل منهم يجري مجرى الوزير ؛ فلما ملك بنو العباس؛ تقررت قوانين الوزارة وسمي الوزير وزيرا؛ وكان قبل ذلك يسمى كاتبا أو مشيرا" ويقول **ابن خلدون** أيضا في هذا الصدد" إن منصب الوزير لم يستحدث رسميا في عهد الخلافة الراشدة ولكنه كان موجودا فعليا فقد كان عمر بالنسبة لأبي بكر وزيرا ومستشارا ؛ وكان للخليفة عمر مستشارون من كبار الصحابة كعلي وعثمان ولكنهم لم يحملوا لقب الوزير[3].ويذهب الدكتور محمد عمارة بعيدا في تكييفه للمركز القانوني للصحابة العشر المبشرين بالجنة بأنهم كانوا بمثابة وزراء في مجلس الحكومة النبوية[4]؛ ومن خلال استعراض صلاحيات الوزير المستناب عن الإمام في تولي الأمور العامة؛ يقسم فقهاء الأحكام السلطانية الإنابة عن رئيس الدولة إلى نوعين[5] :

1-2-1- "إنابة التفويض": رئاسة الحكومة في دولة الخلافة

يتمتع القائم بها بصلاحيات واسعة تشمل كافة اختصاصات الخليفة إلا منها ما تعلق بولاية العهد كاختصاص أصيل وشخصي للخليفة أو ما تعلق بأحقية الإمام في عزل من قلده الوزير؛ وليس للوزير حق في ذلك. أما باقي الصلاحيات فيفوض أمر تدبيرها إليه ليتولى تدبير أمرها برأيه وإمضائها على اجتهاده[6]. وعليه فهو ذو سلطة استقلالية؛ وولاية عامة في كل الأمور والأعمال وفي جميع الأقاليم؛ من حيث تدبير أمر الرعية بعد مطالعة الإمام لما

---

[1] - د/ حسن إبراهيم حسن وأخوه د/ علي إبراهيم حسن؛ النظم الإسلامية؛ ص144

[2] - ابن طباطبا؛ الفخري في الآداب السلطانية والدول الإسلامية؛؛ طبعة القاهرة؛ ص137

[3] - ابن خلدون؛ المقدمة؛ ص236

[4] - د/ محمد عمارة؛ حقوق الإنسان ؛ص64

[5] - ينظر في تفصيل مشروعية مبدأ التفويض في الاختصاصات الإدارية والسياسية في النظام الإسلامي عند د/ محمد صلاح عبد البديع ؛ الأصول الإسلامية للقانون الاداري المعاصر؛ دار النهضة طبعة 1999؛ ص35

[6] - الماوردي؛ الأحكام السلطانية؛ ص22 ؛ وتتأكد هذه الصلاحيات المطلقة التي يملكها وزير التفويض من خلال المرسوم الرئاسي القاضي بتعيين وتولية **يحي بن خالد البرمكي** وزير تفويض للخليفة هارون الرشيد؛ فقد جاءت صيغة التعيين قاطعة الدلالة على هذه الولاية المطلقة" قلدتك أمر الرعية؛ وأخرجته من عنقي إليك؛ فاحكم في ذلك ما ترى من الصواب؛ واستعمل من رأيت؛ واعزل من رأيت؛ وامض الأمور على ما ترى". ينظر إلى د/ حسن إبراهيم حسن وأخوه؛ النظم الإسلامية؛ ص51

يمضيه من تدبير وما ينفذه من ولاية وتقليد؛ لئلا ينتهي به الأمر إلى الاستبداد بالسلطة؛ فواجب تصفح أحوال الرعية لا يسقط بأي حال على الخليفة ولذلك من الواجب عليه ألا يركن في جميع الأحوال إلى التفويض وعليه مراقبة أفعال الوزير ليقر منها ما وافق الصواب ويستدرك ما خالفه ؛ لان تدبير الأمة إليه موكول وعلى اجتهاده محمول ؛ والرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل[1] .

وهكذا يمكن اعتبار مكانة ومنزلة وزير التفويض قريبة الشبه إلى حد ما بوضعية ومكانة الوزير الأول أو رئيس الوزراء في النظام البرلماني الأمر الذي يدفع إلى القول بان إذا كانت الخلافة في صورتها الأولى تعتبر إلى حد ما أول نظام رئاسي عرفه العالم؛ فان ظهور وزارة التفويض تعتبر أول بذرة للنظام البرلماني من حيث العلاقة بين رئيس الدولة والوزير الأول[2]. وهذا ما يؤكده **د/ توفيق الشاوي** في معرض تعليه على رسالة الدكتور السنهوري حيث يقول " وفي نظرنا أن وزير التفويض هو رئيس الوزراء في النظام البرلماني؛ أما الوزراء الآخرون فهم وزراء تنفيذ وكذلك الوزراء في النظام الرئاسي"[3].

وعلى هذا يكون من صلاحيات **وزير التفويض** حماية النظام العام للأمة بإقرار الأمن وصيانة الصحة وتوفير السكينة العامة؛ وبالسهر على حفظ الآداب العامة؛ والتعاون على احترام مقصود الشرع من الخلق برعاية مصالحهم الضرورية المعتبرة. ويرجع أصل هذا الواجب إلى أن منزلة وزير التفويض من الخليفة كمنزلة الوزير من النبي في قضية طلب موسى من ربه أن يشد أزره بأخيه كوزير له؛ فقال الفقهاء بناء على ذلك" فإذا جاز ذلك في النبوة كان في الإمامة أجوز"

1-2-2- وزراء التنفيذ:

يقتصر دورهم على تنفيذ ما يأمر به الخليفة ولذلك لا يشترط فيهم شروط الاجتهاد المعروفة وإنما يكتفى منها ما يتعلق بالأخلاق الفاضلة والتجربة السياسية اللازمة لدور الوساطة؛ إضافة الأمانة في الدين وصدق اللهجة والفطنة والكياسة. ومن هذا القبيل يمكن إدراج ما نقله مؤرخو[4] النظم السياسية أنه في عهد الخليفة أبي بكر جاء إليه أمين هذه الأمة أبو عبيدة بن الجراح وقال " أنا أكفيك المال"أي وزارة المالية والاقتصاد" وقال عمر الحق" وأنا أكفيك القضاء" إضافة إلى مختلف المستشارين الذين كانوا بجواره من أمثال: عثمان وعلي؛ وعبد الرحمن بن عوف؛ ومعاذ بن جبل؛ وأبي بن كعب؛ وزيد بن ثابت – رضوان الله تعالى عليه – ويمكن تبني مفهوما آخر للوزارات في الفقه المعاصر بناء على ما أنتجته الخبرة السياسية الغربية في هذا المجال إذ يمكن أن تقسم الوزارة إلى :

---

[1] – الماوردي؛ الأحكام السلطانية؛ ص13

[2] – د/ سليمان الطماوي؛ السلطات الثلاث؛ ص409

[3] – د/ السنهوري؛ فقه الخلافة؛ تحقيق د/ توفيق الشاوي ؛ ودة/ نادية السنهوري؛هامش ص175 ؛ وينظر تفصيلا حول هذه الوزرات وتكييفها القانوني عند د/ توفيق الشاوي؛ فقه الشورى والاستشارة؛ ص518

[4] – د/ حسن إبراهيم حسن وأخوه؛ النظم الاسلامية؛ ص195؛ وما نقله د/ الطماوي؛ السلطات الثلاث في ص414

– **وزارات ذات طابع ديني**: بها تنفذ وظائف الدولة العقيدية كخليفة لله في الأرض كوزارة **كالعدل**" الحقانية" وحقوق الإنسان؛ و**الداخلية** "حفظ النظام العام"؛ **وشؤون الدعوة والاحتساب** في الداخل والخارج" الشؤون الدينية".

– **وزارات خدماتية فنية**: يسند إليها مهام تقديم الخدمات الضرورية للمواطن بما يوفر له ضرورياته و لا يوقعه في مشقة أو ضرر من خلال الإشراف على المرافق الخدماتية العمومية؛ التي تكون رفيقة للمواطن في تقريب الخدمات الأساسية له كمرفق التعليم ومرفق الصحة؛ والمصارف المالية؛ حيث يشترط في هن تسند له هذه الوزارات أن يكون عالما بالأحكام الخاصة بتخصصه الوزاري.

– **وزارات العلاقات الدولية**: كوزارة الخارجية و كذا وزارة شؤون الدفاع.

وهذا ما يمكن أن يستشفى من خلال ما أورده ابن خلدون من أنه في ظل الدولة الأموية بالأندلس وجدت وزارات متعددة للمالية والبريد والمظالم والقضاء والدفاع والثغور؛ وعلى رأس جميع هذه الوزارات وجد **الحاجب**[1] الذي كما يقول السنهوري[2] يقوم بمهمة الوزير الأول؛ باعتباره الواسطة بين الخليفة والوزراء الذين أصبحوا أعوان الحاجب.

2–الإمارة على الأقاليم:[3] وهي ما يطلق عليها في النظم السياسية المعاصرة الجماعات المحلية أو الهيئات اللامركزية في مقابل المركزية الإدارية المتمثلة في الخليفة ووزير التفويض؛ ووزراء التنفيذ.

ويعود أصل هذه الإمارات والأقاليم إلى بعث الرسول–ص– الأمراء لولاية جهات كثيرة بعد إسلامها؛ حيث حاول النبي –ص– وضع أساس للتنظيم الإداري في الدولة؛ حيث كان يبعث إلى القبائل المختلفة من يقرئها القران ويؤمها في الصلاة ويجمع صدقاتها. ويقيم العدل فيها ويؤدي الأمانات إلى أهلها ومثل ذلك مرسوم تعيين الصحابي عتاب بن أسيد على إمارة مكة واليا عليها. وقد فرض له درهما عن كل يوم. ولما اتسعت رقعة الدولة ابتداء من عهد الخليفة عمر–ض– اضطر إلى تقسيمها رسميا إلى أقسام إدارية كبيرة لتسهيل إدارتها؛ وجعل على كل إقليم وال أو عامل يقوم بإمامة الصلاة حفظا للدين؛ ويفصل في الخصومات؛ ويقود الجنود في الحرب ؛ ويجمع المال[4] .

والأصل أن الولاية العامة على الإقليم أنها إمارة عامة يختص فيها بعموم النظر في كل أمور الإقليم نيابة عن الخليفة[5] ولذلك يشبه **الماوردي**[6] صلاحيات الوالي بصلاحيات وزير التفويض ويشترط له نفس شروطه فيقول مثلا

---

[1] ابن خلدون؛ المقدمة؛ ص266

[2] – السنهوري؛ فقه الخلافة؛ ص174

[3] – ينظر تفصيلا حول اللامركزية والإمارات الإقليمية والإدارة المحلية في النظام الإسلامي؛ عند د/ توفيق الشاوي؛ فقه الشورى؛ ص515 ود/ محمد صلاح عبد البديع ؛ الأصول الإسلامية للقانون الاداري المعاصر؛ دار النهضة طبعة 1999؛ ص28

[4] – د/ محمد صلاح عبد البديع ؛ الأصول الإسلامية للقانون الاداري المعاصر؛ دار النهضة طبعة 1999؛ ص31.

[5] – د/ فوزي خليل؛ دور أهل الحل والعقد في النموذج الإسلامي لنظام الحكم؛ ص183

[6] – الماوردي؛ مرجع نفسه؛ ص28

مثلا أن من اختصاصاته" حماية الدين والذب عن الحريم ومراعاة الدين من تغيير أو تبديل؛ وإقامة الحدود في حق الله وحقوق الآدميين وكلها صلاحيات تهدف إلى حفظ النظام العام المحلي.

ولا تختلف هذه الصلاحيات بين إمارة **الاستكفاء** ذات الشرعية الدستورية والتي يبرمها الخليفة عن اختيار ورضا بتقليد وتعيين رسمي منه لأحد الولاة؛ وبين إمارة **الاستيلاء أو التغلب** التي يتولاها الأمير بالقوة والغصب فيقره الخليفة عليها خضوعا لحكم الاضطرار [1] ودرأ لشر الفتنة مادام دين الله مقام وحدوده مستوفاة بحق؛ وقائمة على مستحق وواضح أن هذا النوع من الإمارة أمر استثنائي[2] .

غير أن ما يلفت انتباه الباحث أن إقرار الخليفة لولاية الاستيلاء راجع إلى حفظ نظام الأمة من شر الفتن والحرب الأهلية بين أبناء الجلدة الواحدة ؛ مدعوما في ذلك بتأيد فقهي بجواز مثل هذه الإمارة سندهم في ذلك مبدأ الضرورة والاضطرار.

فلا شك أن في الإبقاء على مثل هذه الإمارة مصالح ومفاسد بل إنها في الأصل ولاية باطلة وغير شرعية؛[3]ولكن لما كان درأ المفاسد مقدم على جلب المصالح فان تثبيت هذه الولاية فيه درأ لمفسدة تخص الأمة ومراعاة للمصالح العامة للمجتمع التي قد تضار ضررا كبيرا إذا طبقت قاعد البطلان التي قد تؤدي إلى التناحر وسفك الدماء وطمع الأعداء.

وهذا ما يدل على حرص الفقهاء على وضع أسس وضوابط شرعية للواقع الناتج عن الاستيلاء على الإمارة بالقوة، بحيث يفرض الأمير نفسه بالقوة ؛ويعجز الخليفة عن تغييره؛ مما دفعه إلى الإقرار بشرعية هذه الإمارة مؤقتا ما دام فيها حفظ للقوانين الشرعية وحراسة للأحكام الدينية ؛ اعتراف بسلطة الخليفة المركزية.[4]

3- مؤسسة الحسبة: تمثل الحسبة مؤسسة نظامية عرفتها الخبرة الإسلامية كأحد تطبيقات مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. ورغم أن مصطلح الحسبة قد نشأ متأخرا في عهد الخليفة المهدي العباسي إلا أن مضمون الحسبة وجوهرها كتعبير عن فعالية الدولة في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وحفظ الانتظام العام بمختلف الأساليب الضبطية قد عرف مقتضاه منذ بداية الدعوة كونها تهدف إلى منع المنكر لحق الله بتصحيح الانحراف وصيانة المجتمع عن مقارفة الإخلال بنظامه[5].

ولعل طبيعة عمل هذه المؤسسة هي التي تجعل منها **مؤسسة محورية** في حفظ النظام العام الشرعي فهي تقوم على رقابة الشرعية في كل الاتجاهات هادفة إلى وضع الناس على عين الشريعة، ولذلك تؤدي الحسبة دورا هاما في تماسك المجتمع ووحدته وانضباطه واستقامته على شرع الله والحفاظ على مقاصده. غير أن الشكل النظامي لتطبيق

---

[1] الماوردي ؛ الأحكام السلطانية ؛ص29 وما بعدها

[2] – سليمان الطماوي؛ السلطات الثلاث؛ ص419

[3] – د/ توفيق الشاوي؛ بحث في ولاية الاضطرار؛ منشور مع رسالة السنهوري؛ ص184؛ وينظر تفصيلا أكثر فقه الشورى؛ ص 489

[4] – د/ السنهوري ؛ فقه الخلافة ؛ ص177

[5] – محمد كمال الدين؛ أصول الحسبة في الإسلام؛ دراسة تأصيلية مقارنة، طبعة 1986؛ ص66

فقه الحسبة هذا في ضوء فقه الواقع المعاصر يحتاج إلى رؤية جديدة ومعاصرة في ظل تعقد أمور الحياة[1]؛ وحول هذه الرؤية الجديدة هناك اقتراحات كثيرة لتنظيم هذه المؤسسة لعلى من أهمها قولهم بأنها قريبة الشبه بالنيابة العامة[2] في النظام القضائي المعاصر؛ كما قيل بأنها قريبة الشبه بوظيفة الضبط الإداري[3] في القانون الإداري المعاصر نظرا لتماثل غايات الحسبة في غالبها مع غاية الضبط الإداري الحديث في تحقيق النظام العام في المجتمع وحمايته من الخارجين على القانون والشرع حماية للناس بالعمل الوقائي والعلاجي لكل ما يتعرض له المجتمع من جرائم ومناكر بالأخذ على أيدي أرباب الشر والأذى والحيلولة دونهم قبل وقوع شرهم[4] بل يمتد اختصاصها إلى الإشراف على سلامة الطرقات بما يحقق السكينة للمواطنين والإشراف على الأسواق ومراقبة الأسعار والموازين والمكاييل؛ ومنع الغش التجاري والتلاعب بأمن وصحة ومال المستهلكين[5]. كما أشار إليها البعض باعتبارها نوعا نوعا من القضاء المتخصص نظرا لان اختصاصاته تجمع بين مهام القضاء في الفصل والبت في القضايا والمنازعات التي لا تحتاج إلى أدلة نظرا للتلبس بالجريمة والمنكر فيها؛ وبين تنفيذ الأحكام ونظر المظالم الذي هو من صلاحيات الشرطة والقوة العمومية.

والواقع أن نظام الحسبة يمثل مؤسسة وظيفية ضرورية لأي مجتمع منظم وبالتالي فان الحاجة إليها لازالت قائمة ما بقي الاجتماع الإنساني باق وفي هذا المقام يقول **د/ عبد الفتاح مصطفى الصيفي**[6] في مقام التذكير لمن لمن ظن أن الحسبة نظام إسلامي قد دخل في متحف التاريخ وذمته"إن هذا الظن غير صحيح فالحسبة مازالت قائمة بيننا وان اختلفت تسميتها؛ وتباين شخص متوليها؛ ومجالها مازال حيويا وان تشعبت مسالكه ويكفي تدليلا على ذلك إلقاء نظرة على الاختصاصات الموزعة بين رجال الضبط الإداري والضبط القضائي؛ والنيابة العامة والشرطة ووزارة الصحة ومختبراتها الفنية ؛ ووزيرتي التجارة والصناعة و مديرية قمع الغش ومراقبة الأسعار... فكلها اختصاصات تقاسمها هؤلاء وكانت في الأصل من صميم اختصاص المحتسب وأعوانه؛ كل ما في الأمر أن الحسبة

---

[1] – د/ عبد الحليم عويس؛ الحسبة وظيفة إسلامية في حاجة إلى رؤية جديدة؛ مجلة المسلم المعاصر؛ عدد29؛ يناير1982؛ ص65

[2] – المستشار طارق البشري؛ منهج النظر في النظم السياسية المعاصرة لبلدان العالم الإسلامي؛ دار الشروق؛ ط1؛ سنة2005؛ ص76

[3] – د/ سيد عبد العليم أبو زيد؛ الضبط الإداري في النظم القانونية المعاصرة وفي الشريعة الإسلامية؛ رسالة دكتوراه؛ جامعة الأزهر؛1976؛ ص6. ود/ عبد الرؤوف هاشم بسيوني؛ الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة وفي الشريعة الإسلامية؛ الناشر دار النهضة العربية القاهرة؛طبعة سنة 1995؛ ص5؛ إذ يقول" والضبط الإداري في الإسلام يتمثل في ولاية الحسبة باعتبارها اقرب النظم الإسلامية ملائمة للضبط الإداري في النظم الوضعية"

ينظر على سبيل المثال دراسة لد/ منيب محمد ربيع؛ضمانات الحرية في النظام الإسلامي وتطبيقاتها؛ المكتبة العصرية للطباعة؛ القاهرة1983؛ ص55 حيث يقول ما نصه" سلطات الضبط الإداري وتمثلها ولاية الحسبة"

[4] – د/ سيد عبد العليم أبو زيد؛ رسالته السابقة؛ص9

[5] – ينظر د/ منيب ربيع؛ ضمانات الحرية في النظام الإسلامي وتطبيقاتها؛ ص68؛ نقلا عن د/ مصطفى كمال وصفي؛ النظام الإداري الإسلامي؛ طبعة1974؛ ص5

[6] – د/عبد الفتاح مصطفى الصيفي؛ الحسبة في الإسلام – نظاما وفقها وتطبيقا؛ دراسة عصرية مقارنة؛ ج1 الضبطية الإدارية والقضائية؛ دار النهضة العربية طبعة 2004؛ ص 8 من المقدمة

كانت **نظاما فخلفته وزارات و ومديريات ومصالح** ؛ فليس هناك فرق بين من احتسب على من غش في اللبن ؛ وبين عمل المختصين في المختبرات الفنية بوزارة الصحة لتحليل المواد الغذائية لمعرفة الصالح منها من الفاسد ؛ إن الجوهر هو الجوهر وان اختلفت الوسيلة.لقد كانت صلاحيات الحسبة مركبة إدارية وقضائية؛ اجتماعية واقتصادية؛ أمنية وتنفيذية؛ إلا أنها تبقى دائما صلاحيات دينية هدفها **السهر على حسن النظام بتنقية المناخ الإسلامي من كل ما يخل باستقراره**؛ إما بمنعه قبل وقوعه؛ أو بإيقافه حال إتيانه؛ أو بمجابهة مرتكبه حتى يحصل الردع الخاص والعام له ولغيره[1].

غير أن الدراسة المتأنية لاختصاصات الحسبة في الإسلام تدفع إلى القول بأنها إحدى **الصور المشابهة للتنظيم الضبطي الحديث** مما يجعل المحتسب وأعوانه هيئة مستقلة من هيئات وسلطات الضبط الإداري في دولة الإسلام التي تعمل وقائيا وعلاجيا لتحقيق السلامة والمصلحة والسكينة عن طريق التدخل المباشر المانع لكل الأعمال التي تخل بالنظام العام والقيم الأخلاقية[2]. وهو بذلك يهدف إلى المحافظة على الأمن والسلامة العامة المحققة للاستقرار والطمأنينة؛ إذ يمكنه منع الاجتماعات المشبوهة التي مآلها إلى حصول مخالفات شرعية[3] .

وهو الأمر الذي يدفع الباحث إلى التركيز على هذه المؤسسة لتأكيد دورها في حفظ النظام ومساهمتها في تحقيق الانضباط العمومي من خلال محاولة استجلاء كنهها ومضمون جوهرها حتى يسهل تكييفها بما يناسب احدث الأفكار الإدارية في مجال السهر على حسن النظام.

3-1- مفهوم الحسبة في النظام القانوني الإسلامي:

سبق بيان أن مسمى الحسبة وان كان قد تلاشى من الحياة الإدارية والسياسية؛ إلا أن مضمونها مازال قائم في شتى أفرع الحياة ؛ إذ تقوم به أجهزة حكومية متعددة؛ وجهات إدارية متنوعة؛ وأفراد كثيرون يلزمهم القانون برعاية مضمونها؛ بحيث تتلاحم تلك الأجهزة في تناغم وانسجام فيما بينها لتؤدي وظيفة الحسبة ؛ هذه الأجهزة هي ما يطلق عليها القانون المعاصر بوظيفة الضبط الإداري.والذي كانت مؤلفات الفقه الإسلامي تموج بالحديث عن معانيه ومضمونه واختصاصات متوليها ولكن بمسمى آخر هو الحسبة[4] .

وعلى هذا فرسالة نظام الحسبة موجودة وقائمة في روح النظام القانوني المعاصر ولكن بتنظيم جديد يلائم تغير أنماط الحياة وتعدد نشاطاتها وتشابك أجهزتها؛[5] الأمر الذي يؤدي بالباحثين إلى ضرورة تفعيل نظام الحسبة حسب حسب تطور الحياة المتشابكة والمعقدة برؤية شرعية معاصرة.

---

[1] – د/عبد الفتاح مصطفى الصيفي؛ الحسبة في الإسلام – نظاما وفقها وتطبيقا؛ مرجع نفسه؛ ص09

[2] – د/ منيب ربيع؛ مرجع نفسه؛ ص116؛ د/ محمد صلاح عبد البديع ؛ الأصول الإسلامية للقانون الاداري المعاصر؛ دار النهضة طبعة 1999؛ ص45.

[3] – – د/ سيد عبد العليم أبو زيد؛ رسالته السابقة؛ ص234

[4] – ينظر تحليلا متميزا حول هذا التكييف عند د/ داود الباز؛ حماية السكينة العامة؛ ص79

[5] – د/ عبد الله مبروك النجار؛ الحسبة ودور الفرد فيها في ظل التطبيقات القانونية لها؛ بحث بمجلة الأزهر؛ ذي الحجة عام 1415؛ ص5

إن حقيقة مضمون الحسبة هي ما عبر عنه بدقة الإمام الماوردي[1] في قوله" هي أمر بالمعروف إذا ظهر تركه؛ ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله" وأضاف إليه الإمام الشيرازي[2] عبارة " **وإصلاح بين الناس**".

وقد تبنى هذا التعريف للحسبة جمع من العلماء القدامى[3] **كأبي يعلى الفراء** في الأحكام السلطانية **وكابن تيمية** في الحسبة ومسؤولية الحكومة الإسلامية؛ **وابن القيم** في الطرق الحكمية في السياسة الشرعية.[4]

مما يجعله عمدة للتعاريف المعاصرة التي حاولت إعادة تكييف الحسبة بما يفعل من مضمونها في إطار الدولة الحديثة. وهذا نظرا كما يقول د/ **عبد الفتاح الصيفي**[5]" لشمول نطاق تعريف الماوردي للمحتسب والمتطوع معا؛ ولتركيزه على جوهر الحسبة المتمثل في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر؛ إضافة إلى انضباط عباراته وسلاسة أسلوبه التي أغنت عن ما أضافه الإمام الشيرازي فقوله "وإصلاح بين الناس" لكونه تحصيل حاصل".

غير أن من أهم التعريفات التي تقرب مضمون الحسبة من وظيفة الضبط الإداري المعاصر حسب ما يراه د/ داوود الباز[6] ما ذكره العلامة ابن خلدون[7] " من أنها وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر؛ الذي هو فرض على القائم بأمور المسلمين؛ يعين لذلك من يراه أهلا له؛ فيتعين فرضه عليه ويتخذ الأعوان على ذلك؛ ويبحث عن المنكرات؛ ويعزر ويؤدب على قدرها **ويحمل الناس على المصالح العامة في المدينة** مثل المنع من المضايقات في الطرقات... والحكم على أهل المباني المتداعية للسقوط بهدمها وإزالة ما يتوقع من ضررها على السابلة". وهو عينه التعريف الذي تبناه الفقه المعاصر **كالأستاذ محمد المبارك**[8] بعبارات قانونية معاصرة؛ وذلك في قوله" الحسبة **رقابة إدارية** تقوم بها الدولة عن طريق موظفين خاصين **على نشاط الأفراد** في مجال الأخلاق والدين والاقتصاد- في المجال الاجتماعي بوجه عام- تحقيقا للعدل والفضيلة وفقا للمبادئ المقررة في الشرع الإسلامي وللأعراف المألوفة في كل بيئة وزمن".

إذ يلاحظ على هذا التعريف تطوير في طبيعة الحسبة نحو جعلها أحد محاور النشاط الإداري المعاصر.

---

[1] – الماوردي؛ الأحكام السلطانية والولايات الدينية؛ ص240

[2] – الشيرازي؛ نهاية الرتبة في طلب الحسبة؛ص06؛ وقريب منه تعريف الغزالي لها بأنها" المنع عن المنكر لحق الله صيانة للممنوع من مقارفة المنكر" الإحياء؛ ص323.

[3] – ينظر إلى هذه التعاريف وغيرها في دراسة أعدها د/ عبد الفتاح الصيفي للمقارنة بينها في كتابه الحسبة في الإسلام نظاما وفقها وتطبيقا؛ دراسة مقارنة؛ ص17 وما بعدها. وكذلك مؤلف د/ داود الباز؛ حماية السكينة العامة؛ ص79

[4] – ينظر في تعاريف الحسبة من كتب التراث وتحقيقها والتعليق عليها رسالة د/ عبد الله محمد عبد الله؛ ولاية الحسبة في الإسلام؛ مكتبة الزهراء القاهرة؛ ط1؛ 1996؛ ص57. حيث انتهى سيادته إلى تعريفها بأنها "سلطة تخول صاحبها حق مباشرة الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله بتفويض من الشارع أو تولية من الإمام؛ وتوقيع العقاب على المخالفين في حدود اختصاصه"؛ ص61

[5] – د/ عبد الفتاح الصيفي؛ مرجع سابق؛ ص20

[6] – د/ داود الباز؛ حماية السكينة؛ ص80

[7] – ابن خلدون؛ المقدمة؛ ص201

[8] – محمد المبارك؛ الدولة ونظام الحسبة عند ابن تيمية؛ دار الفكر؛ص1؛

وهي الفكرة التي دفعت معظم الباحثين الأكاديميين إلى تبديل مسمى **الحسبة** بمصطلح **الضبط الإداري** في النظام الإسلامي[1] مباشرة معرفينه" بأنه عبارة عن الولاية التي تخول للقائم عليها؛ القيام بالعمل الضبطي على وجه الإصابة من واقع الشرع؛ أو عن طريق الإنابة أو التفويض من ولي الأمر للعمل على تنفيذ ما أمر الله به من المعروف أذا ظهر تركه ونهى عنه من المنكر إذا ظهر فعله من اجل تحقيق المقاصد العامة للشريعة."[2]

3-2- طبيعة نظام الحسبة: مما يحمد للدراسات التي تناول موضوع الحسبة من منظور قانوني أنها استطاعت إظهار حقيقة مضمون الحسبة بما يقابله من مهام سلطات الضبط الإداري سواء من حيث طبيعة شخص متوليها أو من حيث استيعاب جوهر اختصاصات وظيفة الضبط بل استطاعت إلى ابعد من ذلك حيث عرفت الحسبة بغايتها لا بمحلها على ما هو مقرر في الفقه الإداري من حيث اعتبار الضبط" قيد يقتضيه الصالح العام تفرضه السلطة العامة على نشاط المواطنين"[3]؛ أي انه "مجموعة القيود المفروضة على النشاط الفردي للمحافظة على الأمن والنظام والنظام في المجتمع."[4]

وعلى هذا يمكن تسجيل الملاحظات الآتية:

- الحسبة مؤسسة نظامية ووظيفة إدارية واجتماعية وليست مجرد ولاية[5] تفوض وتمنح لشخص المعين من طرف ولي الأمر فقط لان دفع المفاسد مسؤولية الجميع ولا تحتاج إلى إذن الحاكم مادام الإذن الشرعي في كتاب الله وسنة نبيه واضح ومباشر؛ ولعلى هذا هو التكييف الذي يسمح بمساهمة المواطنين في التضامن فيما بينهم لتنفيذ شريعة الله في تحقيق الانتظام العام في شكل جمعيات ومنظمات للمجتمع المدني تشارك في السلطة بتقديم المشورة وفعل ما يؤدي إلى الإخلال بأحد عناصر النظام العام؛ كالجمعيات الدينية في مجال حفظ دين الأمة مت تشويه والتدنيس؛ كجمعيات حماية المستهلك في مجال حماية الصحة العامة؛ وجمعيات حماية البيئة في مجال حفظ السكينة والطمأنينة؛ وجمعيات حقوق الإنسان في مجال الدفاع عن حريات المواطن وحقوقه الأساسية.

غير أن ممارسة الحسبة من طرف المحتسب تعتبر ولاية ووظيفة إدارية خلافة لممارستها من طرف الفرد أو الجمعيات فإنها بمثابة العمل التطوعي يؤدى كقربى إلى الله تعالى[6] وكعبادة اجتماعية تساهم في استقامة الدنيا على

---

[1] - ينظر على سبيل المثال:د/ منيب محمد الربيع؛ ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري؛ رسالة دكتوراه ؛ وكذالك أيضا د/ داود الباز؛ أصول القانون الإداري في الفقه الإسلامي؛ دار النهضة طبعة1996؛ص224 . وكذا رسالة الدكتوراه لد/ سيد عبد العليم أبوزيد حول الضبط الإداري-دراسة مقارنة- جامعة الازهر1986 ومؤلف د/ عبد الرؤوف بسيوني هاشم؛ الضبط الإداري- دراسة مقارنة- طبعة1998؛ د/ محمد صلاح عبد البديع ؛ الأصول الإسلامية للقانون الاداري المعاصر؛ دار النهضة طبعة 1999؛ ص44

[2] - د/ منيب محمد ربيع؛ ضمانات الحرية في النظام الإسلامي وتطبيقاتها؛ ص117

[3] - وهو تعريف الفقيه مارسال فالين؛ دروس في القانون الإداري؛ نقلا عن د/ محمود الشريف؛ النظرية العامة للضبط الإداري؛ ص110

[4] - وهو التعريف المنسوب إلى: جان ريفيرو؛ القانون الإداري؛ص398

[5] - د/ عوض محمد عوض؛ طبيعة الحسبة وشروط المحتسب؛ منشورات المعهد العالي للفكر الإسلامي؛ القاهرة 1990؛ص9؛ وكذلك د/ داود الباز؛ حماية السكينة العامة؛ ص81

[6] - د/ عبد الفتاح الصيفي؛ الحسبة في الإسلام؛ص23

أساس الدين وتشارك في حفظ النظام العام الشرعي باعتباره مسؤولية الجميع كل حسب قدرته وموضعه في السلطة.

الحسبة وظيفة من صميم السلطة التنظيمية[1] التي تملكها المؤسسة التنفيذية في الدولة؛ بمقتضاها يملك المحتسب أن يقيد ممارسة الحريات العامة حفاظا على مقاصد الشريعة، وهي بذلك فرض على رئيس الدولة وجميع أعوانه من الوزراء وولاة الأقاليم فقد كان الرسول –ص- يباشر الاحتساب بنفسه في الأسواق ويقول من غشنا فليس منا؛ وكان يأمر بإماط من الطريق وينهى عن الجلوس في الطرقات لغير حاجة مراعاة لحقوق الغير؛ وكذلك كان خلفاؤه من بعده خصوصا عمر بن الخطاب الذي ينسب إليه إحداث أول محتسب معين رسميا في الدولة فقد عين بمرسوم رئاسي عبد الله بن عقبة في النظر في الأسواق والتفتيش على المكاييل والموازين ومنع الغش فيما يباع ويشترى حماية للمستهلكين في صحتهم ومالهم[2]. وهذا يدل على أهمية الحسبة والضبط الإداري في الإسلام من حيث دوره في حمل الناس على المصالح العامة وصيانة للنظام العام في الدولة كوظيفة رسمية للدولة يختص بها رئيس الدولة أو يفوض أمرها إلى أحد أعوانه كوزير الداخلية الذي صار في النظم المعاصرة صاحب الاختصاص الأصيل في كل ما يتعلق بحفظ النظام ودفع كل ما يخل باستقراره.

– وأخيرا فان اختصاصات وأساليب الاحتساب أو تدابير الضبط الإداري الإسلامي من خلال التعارف السابقة **جد واسعة** مما يدفع إلى دراستها بالتفصيل والمقارنة مع أساليبه في القانون الإداري؛ مما يمكن القول معها بأنها تشمل صلاحيات **التنظيم الضبطي وصلاحيات التنفيذ الجبري المباشر** كهدم المباني الآيلة للسقوط؛ إضافة إلى صلاحيات الضبط الإداري الخاص[3] في مختلف القطاعات الحياتية كاختصاص المحتسب بقمع الغش التجاري؛ والرقابة على أصحاب الحرف والمهن؛ والضبط الخاص باستعمال الطرق العمومية تنظيم المرور. وهو الأمر الذي يترك تفصيله عند تناول أساليب الضبط الإداري الإسلامي في المطلب الثاني من هذا الفصل.

مما سبق يظهر أن المنظومة الإسلامية فيها العديد من المؤسسات التي تسهر على حفظ نظام الأمة بالتضامن في تنفيذ ما أمر الله به ومنع ما نهى عنه بقصد تحقيق المقاصد الشرعية كفريضة دينية واجتماعية ؛ غير أن التعامل الواقعي مع هذه المؤسسات في عالمنا المعاصر يكاد يكون مقطوع الصلة الأمر الذي دفع ببعض بمعظم الدول الإسلامية المعاصرة إلى عملية نقل المؤسسات السياسية الأوروبية الحديثة في إطار عملية التحديث السياسي التي تخوضها الدولة المسلمة المعاصرة حيث تبنت نقل مؤسسات نظامية غربية مع القيام بعملية تكييف لها في إطار معطيات الواقع مستندين في ذلك إلى أنها ليست لها علاقة بالأوامر المنزلة وإنما هي داخلة في منطقة العفو والفراغ التشريعي؛ التي تركت لتقدير ولاة الأمور في استحداث الأشكال النظامية التي تساعد في عملية الخروج من دائرة التخلف وتحقيق التنمية ؛ غير أن النقل المؤسساتي قد يعريه بعض التشويه نظرا لاختلاف بيئة الدولة المستوردة لها

[1] – د/ محمد صلاح عبد البديع؛ الأصول الإسلامية للقانون الاداري المعاصر؛ دار النهضة طبعة 1999؛ ص47

[2] – مصطفى المراغي؛ الحسبة في الإسلام؛ ص6

[3] – ينظر تفصيل ذلك د/ داود الباز؛ حماية السكينة؛ ص83

عن بيئه البلد المصدر حيث يحصل ما يشبه الانقطاع بين وظيفة الشكل النظامي ومتطلبات ومقاصد البلد المستورد.

الأمر الذي دفع ببعض الدول إلى الإبقاء على الأشكال النظامية التراثية كنظام الاستخلاف ونظام المظالم ومجالس الشورى ونظام الحسبة. نظرا لتجانسها مع النسق الفكري والنظام القانوني السائد عند الأوساط الاجتماعية أو كما يقول المستشار طارق البشري" هناك ارتباط بين العقائد السائدة والأبنية النظامية ونظم تبادل الحقوق والواجبات في ظل المؤسسات الأصلية الإسلامية[1]"

ولعل المدخل الاجتهادي الذي يتم في إطاره بناء مؤسسات فعالة في تحقيق وظائف الدولة في إطار فقه الواقع المعاصر هو قاعدة الذرائع والمصالح المرسلة؛ وعلى ضوء هذه القاعدة يمكن التأسيس لمؤسسات عديدة باعتبار ما توصل إليه من تحقيق لمقاصد الشرع المعتبرة لان الأشكال النظامية هي في الأخير ذرائع موصلة للمقاصد العليا للشريعة[2]. مما يعني وجوب مراعاة في التأسيس لأي مؤسسة نظامية جديدة ضرورة اعتبار المآل من حيث جلب هذه المؤسسة للمصلحة ودفعها للمفسدة وفي إطار هذا المدخل يمكن القول إن بناء مؤسسات لحفظ نظام الأمة في الواقع المعاصر المعقد لا يتم إلا إذا تم التمييز بين مؤسسات إقامة النظام وحفظه كوزارة الداخلية وبين مؤسسات حماية المشروعية والحريات العامة ممثلة في تخصيص وزارة لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية. وليس كما هو عليه الحال في النظام القانوني الجزائري حيث يجمع وزير الداخلية بين صلاحيات حفظ النظام العام وبين صلاحيات حماية الحريات العامة بإشرافه علة المديرية العامة للأمن الوطني؛ والمديرية العامة للحريات العامة والشؤون القانونية؛ وهذا طبقا ما نصت عليه المادة 2 من المرسوم التنفيذي[3] رقم 247/94 " يمارس وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري صلاحياته في الميادين الآتية:1- النظام العام والأمن العمومي.2- الحريات العامة(حالة الأملاك والأشخاص وتنقلهم؛ الحياة الجمعوية؛ الانتخابات؛ التظاهرات والاجتماعات العمومية). فلا يكفي تخصيص مديرة عامة للحريات العامة ضمن الإدارة المركزية لوزارة الداخلية[4].

مما سبق يظهر أن مهمة حفظ النظام العام من **المهام الدستورية** والوظائف السامية **لرئيس الدولة** في كلا النظامين الإسلامي والوضعي؛ مما يدل على **تقدير كلا النظامين لأهمية حفظ النظام** العام وسيادته؛ ولدوره المؤثر في استقرار الدولة ولممارسة جميع الأفراد لحرياتهم وحقوقهم؛ كما يلاحظ بأنها مهمة تشترك فيها جميع المؤسسات الدستورية كل في مجال تخصصه؛ سواء منها المؤسسات القاعدية كالبلدية والولاية أو المؤسسات المركزية.بل تشترك فيه أيضا حتى المؤسستين التشريعية والقضائية؛ وهذا ما سيتم دراسته في المطلب الموالي.

---

[1] – د/ طارق البشري؛ المسألة القانونية بين الشريعة والقانون؛ دار الشروق2005؛ ص56

[2] – د/حامد عبد المجيد قويسي؛ الوظيفة العقيدية للدولة الإسلامية؛ص380 وما بعدها.

[3] – المرسوم التنفيذي رقم247/94؛ المؤرخ في 10 غشت1994؛ المحدد لصلاحيات وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري؛ الجريدة الرسمية رقم53 ص؛15

[4] – ينظر المديريات الفرعية لوزارة الداخلية د/ الصغير بعلي؛ القانون الاداري؛ ص80

المطلب الثاني: وسائل حفظ النظام العام ودورها في تقييد الحرية في الشريعة والقانون

سبق للباحث أن بينا سلطات حفظ النظام العام وأنها تتوزع على العديد من الهيئات التشريعية والتنفيذية؛ ويمكن أن تمتد إلى الهيئات القضائية؛ مما يؤكد على أهمية حفظ النظام العام وأولويته في حفظ الأمن والصحة والسكينة؛ وفي سبيل تحقيق ذلك تملك السلطة النظامية العديد من الأساليب والوسائل والامتيازات التي تمكنها من تحقيق نشاطها على أحسن وجه .

بحيث تملك سلطة الضبط التشريعي تنظيم الحريات الدستورية بما يجعلها تحقق غايتها الاجتماعية؛ باشتراط شروط وقيود واقعية تجعل من ممارسة الحرية أمر ممكنا؛ رغم ما قد ينجر عنه من انحراف في استعمال هذه السلطة التقديرية لدى المشرع؛ كما تملك سلطة الضبط القضائي حق تقييد بعض الحريات الفردية حال البحث والتحري عن الجرائم بهدف إظهار الحقيقة والكشف عن مرتكب الجريمة؛ ومن أجل ذلك يمكن لها أن تامر بالاستيقاف والقبض لكل شخص حامت حوله الشبهات؛ وقد تضطر هذه السلطة إلى توقيفه تحت النظر ؛ ومن ثم إيداعه الحبس المؤقت؛ وكلها تدابير من شأنها المساس بالحريات الفردية؛ ولكنها لا توازن بالنظام العام كمصلحة عامة؛ بحيث يجب أن يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام؛ وهو ما قررته الشريعة الإسلامية بصدد حق الخليفة في التنظيم التشريعي في إطار مقاصد الشريعة ومبادئها الكلية؛ من خلال فرض تدابير وقائية وعلاجية لتفادي أي إخلال محدق بنظام الجماعة واستقرارها وهذا ما سيحاول الباحث توضيحه في الفرعيين الآتيين:

الفرع الاول: دور فكرة النظام العام في توسيع سلطة الضبط التشريعي.

الفرع الثاني: دور فكرة النظام العام في توسيع سلطات الضبط القضائي.

الفرع الأول: أسلوب الضبط التشريعي ودوره في حماية النظام العام

لعل من أشق الأبحاث على فقهاء القانون والشريعة تعقب نوايا الشارع ومقاصده المضمرة في مختلف النصوص التشريعية محاولة منهم إلى استخلاص إرادة الشارع وأهدافه من وراء وضع التشريع ومن ثم البناء عليها عند غموض النص أو في حالة الفراغ التشريعي.

ولعل من أهم البحوث القانونية المعاصرة التي تحتاج إلى البحث عن مقاصدها وأهدافها العامة والخاصة تلك التي لها علاقة **بالحرية** فكرا وممارسة وتطبيقا أي تعقب القوانين المنظمة لممارسة الحريات مثل القواعد الدستورية؛ والقوانين العضوية وقانون الإجراءات الجزائية الذي يعد بحق دستورا للحريات.

ذلك أن **حقيقة الحرية** في مختلف الأنظمة السياسية مجرد وديعة بين جهتين: إدارة تغتالها في مختلف المناسبات؛ ومشرع يزهق ما بقي لها من أنفاس مما يستوجب معه توفير حماية فعالة ليس فقط في مواجهة سلطة الضبط الإداري؛ بل أيضا في مواجهة المشرع رغم تحصن أعماله عن رقابة القاضي الإداري. وعليه يمكن حصر هذه الأساليب التشريعية والإدارية إجمالا في أسلوبين:

أحدهما: هو من صلب اختصاص السلطة التشريعية باعتبارها مؤسسة دستورية مكلفة بتنظيم الحريات العامة بما يكفل لجميع المواطنين ممارسة حرياتهم بالمساواة وفي حدود الانتظام العام وهو الأسلوب الذي اصطلح عليه فقهيا بالضبط التشريعي والذي هو دائر بين تحديد حدود لكيفية ممارسة الحرية وبين الحفاظ على مقتضيات النظام العام .

وثانيهما:هو من صلب اختصاص السلطة التنفيذية باعتبارها مكلفة بمقتضى أحكام الدستور بحفظ النظام العمومي بما تمتلكه من سلطة تنظيمية وتقديرية واسعة وهو الأسلوب المصطلح عليه فقها بأسلوب الضبط الإداري.

أولا:أسلوب الضبط التشريعي في الفقه القانوني

يقصد بهذا الأسلوب وظيفة التنظيم التشريعي للحريات العامة ومحاولة وضع حدود للتفرقة بين تنظيم الحرية وتقييدها؛ أو ما يعرف **بالنظام القانوني للحريات العامة** الذي يضم مجموعة من القواعد القانونية والتي تهدف إلى كفالة ممارسة المواطنين لحرياتهم في إطار النظام العام للمجتمع.

وانطلاقا من هذا التنظيم التشريعي للحرية يمكن **بالاستقراء** لمجموعة من النصوص تحري وجهة المشرع ومقصده العام وهل هو حماية الحرية وضمان ممارستها للجميع دون تضاد وتصادم في الإرادات الفردية أم هو التشريع بقصد حفظ النظام العام خشية اختلاله جراء ونتيجة ممارسة الحرية بإطلاق ودون قيود.

وهو الإشكال الذي يعتبر جوهر المشكلة الدستورية قديما وحديثا ألا وهو الصراع **والتعارض بين السلطة والحرية**[1]ومحاولة القانون لفض الصدام بينها من خلال تنظيم الحرية بصورة تكفل للمواطن ممارستها وتكفل في نفس الوقت ذاته حماية النظام العام في المجتمع.[2] بأن يسمح القانون للإفراد التمتع بحرياتهم الأساسية وفقا للأوضاع

[1] – د/ وجدي ثابت غبريال؛ حماية الحرية في مواجهة التشريع؛ الناشر دار النهضة العربية القاهرة 1989-1990

[2] – عبد الوهاب محمد عبده خليل؛ الصراع بين السلطة والحرية(محور المشكلة الدستورية) رسالة دكتوراه؛ جامعة القاهرة2004؛ ص15

والشروط التي يضعها المشرع هادفا إلى حماية النظام العام مما يدفع إلى القول بأن الحرية هي الأصل والاستثناء هو إقرار النظام أي أن حفظ النظام هو مجرد وسيلة وشرط يجب توفيره وإقراره لتحقيق ممارسة الحرية كغاية وقيمة عليا ومقصد عام لدى المنظومة التشريعية

وعمليا تثار المشكلة إذا ما أقر الدستور حرية ما ثم أصدر المشرع قانونا يقيد من ممارسة هذه الحرية حائلا دون التمتع بها؛ مخالفا بذلك إرادة المؤسس الدستوري ومنتهكا لمبدأ التدرج الذي يقوم علية مبدأ المشروعية في جانبه الشكلي.

وتزادد هذه المشكلة حدة عندما ينظم الدستور تلك الحرية ويعطي للمشرع السلطة التقديرية للتدخل لتنظيم كيفية ممارسة هذه الحرية، وهنا **تدق التفرقة بين التنظيم المباح للحرية من طرف المشرع وبين إدخال قيود تعسفية** تحول دون ممارستها أو حصول مشقة من وراء ذلك.

والغريب في الأمر أن هذه الإشكالية كان يجب ألا تثور أصلا- خاصة في الأنظمة الديمقراطية - كون البرلمان صاحب السلطة التشريعية سنده إرادة شعبية حقيقية واعية بحقوقها يتعذر معه النيل من أية حرية بواسطة التشريع المنظم للحرية. ومن ثم يمكن اعتبار القانون المقيد للحرية والمعبر عن الانحراف التشريعي **وصمة عار في جبين النظام النيابي** وشبهة في صدق تمثيل البرلمان ونوابه لمصالح جمهور الناخبين وإقرار بضعفه.

فالقانون المناهض للحرية يعد من أبشع صور الاستبداد أي لا يصح وجوده في مجتمع متحضر فهو تقنين للظلم واغتيال للحرية بحكم القانون مما لا يسوغ معه إدراج هذا التشريع في عداد مصادر النظام القانوني للحريات العامة لأن من المفروض أن تتناغم عناصر هذا النظام القانوني وقواعده؛ وإلا فإننا نكون أما نص دستوري أعلى يكفل الحرية ويوجد نص تشريعي أدنى يهدرها وينتقص منها، وهو التناقض غير المسموح به في ظل الدولة القانونية؛ ومن هنا نشأت الحاجة لحماية الحرية ليس فقد في مواجهة أعمال الإدارة التعسفية بل وأيضا حمايتها من السلطة التقديرية الواسعة للمشرع المنتخب الذي يختص بتنظيم ممارسة الحريات.

1-طبيعة التدخل التشريعي في مجال الحريات العامة

من الإشكالات الهامة التي يطرحها الفقه الدستوري في مجال التنظيم التشريعي للحرية ماهية الحدود الفاصلة بين التنظيم المباح للحرية والانتقاص المحظور منها بفعل المشرع.[1]

فالقاعدة العامة في النظام الديمقراطي هي أن الحريات أمور لا يستقل أي مشرع بخلقها بل انه فيما يضعه من قواعد لا تعدو أن تكون كاشفا عن حقوق أصيلة؛ ولهذا فان سلطة التنظيم لا يمكن أن تبلغ منطقيا حد تقييد الحرية, غير أن اعتبارات النظام العام لها الأثر في وضع القيود التنظيمية العرضية ذلك أن قيام المجتمع المنظم يتعارض مع التسليم بالحريات المطلقة عن أية قيود؛ وبهذا أدرك الفقه الغربي أهمية التنظيم في إعطاء الحرية ملامحها الحقيقية

[1] - د/ محمد عصفور؛ الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي؛ ص58

والواقعية؛ بيد أن التسليم بضرورة التنظيم والضبط التشريعي للحرية يثير مشكلات دقيقة خاصة مسألة ضـــوابط هذا التنظيم وما تثيره من إشكالات مثل :

1- وضع الخط الفاصل بين التنظيم والتقييد؛ بحيث يكون التنظيم خاص بممارسة الحرية في الظروف العادية مراعاة لحقوق الغير؛ ويكون أسلوب التقييد في حالة الظروف الاستثنائية مراعاة لاستتباب النظام العمومي خاصة الأمن العمومي منه.

2- وضع الخط الفاصل بين التقييد المباح للحرية لمواجهة اعتبارات معينة وذلك التقييد المحظور والذي يمثـــل عدوانا على الحرية غير مبرر.

وعليه إذا سلمنا انه قل ما توجد حرية لا تحتاج إلى تنظيم تشريعي يكون عونا في وضعها موضـــع التنفيـــذ ويبين كيفية ممارستها؛ بل أن من الحريات ما يجب تدخلا حاسما من المشرع لتوقي المخاطر المحتملـــة كالحريـــات الماسة بالنظام العام في الشوارع كحرية الاجتماع .

فمعلوم أن الحرية مادة دستورية سامية إلا أن النص عليها يقتصر على بيان أسسها وإقرارها بما يجعلها محصنة من أية مزايدة؛ ومن ثم كان لابد من تنظيم ممارستها وهو الأمر الذي أوكله الدستور إلى البرلمان بحكم ما له مـــن خاصية التعبير عن الإرادة العامة للأمة؛ من خلال ما يصدره من قوانين منظمة لممارسة الحرية بإحالة من الدستور نفسه ومن المحتمل أن ينتقص من الحرية، بأن يفرض قيودا تضيق من استعمال الحرية ويجعل أمر ممارســـتها شـــاقا ومرهقا على الناس؛ كما أن من المتصور أن ينتقص من الحرية من خلال حظره لبعض الأوجه اللازمة للتمتع بها. وقد **يهدرها تماما** إذا ما حرم بعض الفئات من ممارستها.

2- وظيفة الضبط التشريعي بين مقتضيات النظام العام و حماية الحرية

يختلف الفقه حول المعيار المميز للتفرقة بين ما يعتبر تنظيما للحرية وما يعتبر تقيدا لها.فقد اتجه رأى[1] من أنصار المذهب الحر إلى تقييد سلطة المشرع التقديرية تجاه الحرية وذلك للحيلولة بينه و بين الانحراف في استعمال السلطة، فالمشرع يملك تنظيم الحرية دون التقيد؛ وهو الاتجاه الذي يدعو إلى ضرورة الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع من حيث مدى ملائمة التشريع لدستورية الحريات العامة[2].

فالتنظيم – عند هذا الرأي – ينصب على **كيفية ممارسة الحرية**، أما التقييد يقع على جوهر الحرية بالانتقاص منها؛ وهذا محظور على المشرع، وذلك على أساس أن الحريات التي نص الدستور على تنظيمها بقـــانون يكـــون المشرع قد منح سلطة تقديرية لتنظيم الحرية على ألا ينحرف عن كفالة الحرية في حدودها الموضوعية والدستورية. فمعيار التنظيم عند هذا الرأي هو معيار موضوعي يقصد به كفالة الحريات في حدودها الموضوعية، فللمشـــرع

[1] د/ عبد الرزاق احمد السنهوري؛ مخالفة التشريع و الانحراف في استعمال السلطة التشريعية؛ ص 1-116 .

[2] – د/عادل الطبطبائي؛ الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية –دراسة مقارنة؛ مجلس النشر العلمـــي ؛ جامعـــة الكويـــت؛ طبعة2000؛ص477

سلطة تقديرية في تنظيم الحرية بشرط عدم الانحراف في استعمال السلطة، وهذا الانحراف يتحقق عندما تصبح الحرية بعد التنظيم الذي خوله الدستور للمشرع ناقصة بحيث لا تتحقق الغاية التي قصدها الدستور.

وقد وجهت عدة انتقادات لهذه النظرية منها صعوبة وضع معيار حاسم يمكن الفصل به بين التنظيم الذي يباح للمشرع و التقييد الذي يحظر عليه، "و لا يغنى في ذلك القول بأن التنظيم يرد على كيفية استعمال الحرية ولا يرد على الحرية ذاتها، في حين أن التقييد ينتقص من الحرية بحيث يهدد الغاية التي قصد إليها الدستور من كفالتها[1]؛ وذلك لان نصوص الدستور تصاغ بصورة عامة فلا تتضمن تحديدا للحرية ولا بيان حدود المشرع في تنظيمها"؛ كما أن قصر التنظيم على طريقة استعمال الحرية دون المساس بها؛ تفرقة غير موفقة لصعوبة الفصل بين استعمال الحرية وجوهرها، فالحرية مجردة لا يمكن الإحساس بها إلا عندما تبرز في صورة استعمالها "[2] .

3- سلطة المشرع على ممارسة الحريات بين التنظيم و التقييد.

إعمالا **لمبدأ الاختصاص التشريعي في تنظيم الحريات** المتعارف عليه دستوريا؛ فان المشرع قد يتعسف فيما يصدره من قوانين منظمة للحريات ينجر عنها تقييد الحرية؛ وانتقاص منها؛ مما يستوجب البحث عن حدود لسلطة المشرع في تنظيمه للحرية حتى لا تتخذ منها مبررا لإهدار الحرية؛ وهو ما دفع البعض إلى الدعوة إلى **ضرورة حماية الحرية في مواجهة التشريع**، فبحكم ما يمتلكه المشرع من سلطة تقديرية واسعة في تنظيم كيفية ممارسة حرية ما؛ يثور التساؤل حول ضوابط التمييز والتفرقة بين التنظيم المباح للحرية؛ وبين تقييد الحرية بإدخال شروط قبل ممارسة تلك الحرية[3].

ولقد حاول الفقه إيجاد معيار للتفرقة بين تنظيم الحرية وتقييدها وفي هذا الصدد أقام الدكتور عبد الرزاق السنهوري **نظرية في الانحراف في استعمال السلطة التشريعية** [4] أساسها إن التشريع يكون مخالفا للدستور ليس فقط بسبب وجود عيب في الاختصاص أو في الشكل أو في المحل أو في السبب و لكن أيضا لوجود **عيب في الغاية والهدف**؛ ولقد حاول **السنهوري** البحث عن معيار للتفرقة مضمونه" أن التنظيم يرد على كيفية استعمال الحرية أما التقييد فينتقص من الحرية كونه يرد على جوهرها بحيث لا تتحقق الغاية التي قصد إليها الدستور؛ وفي هذه الحالة إذا أخل المشرع بهذه الغاية المخصصة فانه يكون قد انحرف في استعمال سلطته التقديرية في التنظيم التشريعي ويصف معيار الانحراف هذا بأنه **موضوعي محض** يستطيع أي شخص الكشف عنه بأن تصبح الحرية المقررة دستوريا بعد التنظيم التشريعي منتقصة وفي ممارستها مشقة على الأفراد ومن ثم يكون التشريع باطلا وغير دستوري لانحرافه عن الغاية المخصصة له.

---

[1] – د/ عاطف البنا؛ حدود سلطة الضبط الإداري؛ ص 428.

[2] – د / محمد عصفور؛ وقاية النظام الاجتماعي باعتبارها قيد على الحريات العامة؛ رسالة دكتوراه؛ ص 79:83

[3] – د/ أحمد جلال أحمد؛ حرية الرأي في الميدان السياسي؛ ص237

[4] – د/عبد الرزاق السنهوري مخالفة التشريع و الدستور و الانحراف في استعمال السلطة التشريعية،مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، جانفي، 1952 ؛ ص 116

وقد لقيت هذه النظرية انتقادا واسعا لدى الفقه أساسه صعوبة التفرقة بين تنظيم الحرية وتقييدها ومن ثم صعوبة وضع معيار حاسم يمكن استخدامه بدقة في رسم الحد الفاصل بين التنظيم الذي يباح للمشرع والتنظيم الذي يحظر عليه.

ذلك أن الدستور حينما يخول للمشرع حق تنظيم حرية ما إنما يخوله الحق في إن ينتقص منها لان النصوص الدستورية خاصة المتعلقة بالحريات تصاغ عادة في صيغة عامة لا تتضمن تحديدا و لا بيانا للشروط والحدود التي يجب مراعاتها على المشرع، ومن ثم يملك المشرع حق وضع قيود على تلك الحرية والقيود بدورها تنطوي على الانتقاص على هذه الحرية؛ و ليس على المشرع في هذه الأحوال سوى قيد واحد هو عدم إلغاء أو عدم سلب هذه الحرية.

هذا بالإضافة إلى أن القول بأن التشريع يكون باطلا إذا ما انتقص من الحرية انتقاصا خطيرا قول يعوزه الدقة. فلا يوجد معيار موضوعي واضح يمكن استخدامه لقياس أو لوزن خطورة الانتقاص من الحرية.[1]

و إلى جانب هذا الرأي ذهب رأي أخر إلى القول بأن "الدستور حين يخول للمشرع حق تنظيم حرية من الحريات إنما يخول له الحق في أن ينتقص من هذه الحرية، فان من له حق التنظيم لإحدى الحريات كان له حق وضع قيود على تلك الحرية، و القيود تنطوي بداهة على الانتقاص من هذه الحرية. [2]

و حول هذا المعنى يرى الدكتور / محمد عصفور أنه" ليس هناك حد للمدى الذي يبلغه المشرع في انتقاصه من هذه الحرية، حيث لا يوجد معيار موضوعي لقياس أو لوزن مبلغ خطورة الانتقاص، فالدستور أو وثيقة إعلان الحقوق إذ يقرر مبدأ حرية من الحريات ثم يخول للمشرع حق تنظيم هذه الحرية فان المشرع ليس عليه – من الناحية القانونية – سوى قيد قانوني واحد هو عدم إلغائها؛ أو هدم تلك الحرية وذلك ما لم تكن هناك قيود أخرى نص الدستور عليها وفرض المشرع احترامها تحت رقابة الرأي العام وحده.[3]

وفي ذلك يشير بعض الفقهاء إلى أن " الواقع إذا ما فرض الدستور على المشرع العادي قيودا معينة تنظيمية للحرية، فانه يجب احترامها، وإلا كان القانون باطلا لمخالفته للدستور. فإذا لم يفرض الدستور على المشرع قيودا معينة، مكتفيا بالنص على حرية من الحريات وعلى تخويل المشرع حق تنظيمها، فان المشرع لا يكون عليه من الناحية القانونية سوى قيد قانوني واحد، هو عدم إلغاء أو سلب تلك الحرية، فإذا سلبها المشرع وهو في حدود تنظيمها، **كان القانون مشوبا بعيب مخالفة الدستور وليس مجرد عيب الانحراف.**[4]

---

[1] د/ عاطف البنا؛ حدود سلطة الضبط الإداري ؛ المرجع السابق؛ ص 429 .

[2] – د/ عبد الحميد متولي؛ الوسيط في القانون الدستوري؛ منشاة المعارف – الإسكندرية – طبعة 1956 – ص 667 وما بعدها ويذهب سيادته إلى الاعتراض على أي رقابة من جانب القضاء فيما اذا كان التشريع قد انتقض من إحدى الحريات انتقاصا خطيرا أو غير خطير لان مؤدى ذلك خروج القضاء من نطاق مهمته، و هي النظر في رقابة المشروعية إلى النظر في رقابة الملائمة أي رقابة سياسة التشريع و ليس هذه هي مهمة القضاء. ينظر تفصيلا لهذا الرأي إلى د/عادل الطبطبائي؛ الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية؛ ص461

[3] – د / محمد عصفور؛ وقاية النظام الاجتماعي؛ رسالته السابقة؛ ص 83/84

[4] – د / عاطف البنا؛ حدود سلطة الضبط الإداري ؛ ص 429 .

وعلى ذلك فان المشرع له حق تنظيم الحريات التي خوله الدستور حق تنظيمها، وفي سبيل ذلك فالمشرع له أن يقيد الحرية لصعوبة التمييز بين التنظيم و التقييد، إلا أن هذا التقييد يجب أن يكون وفقا لضوابط موضوعية محددة تلزم سلطة المشرع في تقييد الحرية، إلا أن هذه السلطة لا تمنع الرقابة على مدى هذا التقييد وما إذا كان له ما يبرره.

و يؤكد هذا المعنى جانب كبير من الفقه" إن سلطة المشرع وهو بصدد تنظيم الحرية سلطة مقيدة استنادا إلى أنها سلطة ترد في مجال دستوري مضيق فيه أصلا على سلطة المشرع حيث لا تعتبر الحريات مادة تشريعية عادية بل هي أكثر من أن تكون مادة دستورية، كما أن سلطة المشرع في تنظيم الحريات سلطة استثنائية جاءت على خلاف الأصل الذي هو تأكيد الحرية توجب أن تحصر في أضيق الحدود".[1]

فالأصل أن سلطة تنظيم الحريات **سلطة تقديرية**، إلا أن هذه السلطة التقديرية لا تعني السلطة المطلقة أو التحكمية، ولكنها سلطة لها حدودها وضوابطها خاصة في مجال تنظيم الحريات والحقوق حدها قواعد الدستور، فلا يجوز تخطيها، وانه من المقرر أن الحقوق التي كفل الدستور أصلها لا يجوز تقييدها بما ينال منها، تقديرا بان لكل حق مجالا حيويا أو دائرة منطقية يعمل في إطارها، فلا يجوز اقتحامها، وإلا كان ذلك نقضا لفحواه، وعدوانا على نصوص الدستور ذاتها[2] .

والسلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحريات مقتضاها أن يفاضل بين بدائل متعددة مرجحا من بينها ما يراه أكفل لتحقيق المصالح المشروعة التي قصد إلى حمايتها، إلا أن الحدود التي يبلغها هذا التنظيم لا يجوز بحال أن ينقلب مداها إلى إهدار وجود هذا الحق، بأن لا تقتحم الدائرة التي يتنفس فيها، وأن التنظيم لا يتقيد بأشكال جامدة لا ترمي المشرع عنها، تفرغ قوالبها في صورة صماء لا تبديل فيها، بل يجوز أن يغاير المشرع فيما بينها، وإن يقدر لكل حال ما يناسبها.

وأن المشرع وهو في سبيله لتنظيم الحرية ولوضع التوازن بين الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة، لا يجوز له أن ينال من تلك الحقوق والحريات بما يقلص من محتواها، آو يجردها من خصائصها أو يقيد من آثارها، وإلا كان هذا التنظيم مخالفا للدستور فالأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتكون تخوما لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها.

ومع إقرار الباحث بصعوبة تحديد معيار حاسم في التمييز بين التنظيم المباح للحرية والتقييد المحظور في الفقه الدستوري الوضعي، فان الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للشريعة الإسلامية؛كون أن مهمة الضبط أصالة هي من اختصاص لله عز وجل؛ ولا يملكها غيره إلا بتفويض بالنسبة للأنبياء والعلماء وولاة الأمور؛ وبضوابط يجب على أهل الاجتهاد التشريعي الالتزام والتقيد بها، ومن ثم فان أي تقنين إسلامي للحريات العامة كواجبات وضرورات

[1] – يراجع في ذلك د / محمد عصفور؛ وقاية النظام الاجتماعي؛ ص 81.

[2] د/عادل الطبطبائي؛ الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية –دراسة مقارنة؛ص434

شرعية يجب أن يكون مطابقا لمقاصد الشريعة وغير مخالف لنصوصها القطعية؛ ذلك أن كل عمل تشريعي ليس له سند من كتاب الله أو سنة رسوله فهو باطل أو مردود، حتى ولو كان من عند الخليفة المنتخب برضا كل الشعب.

ثانيا– سلطة الضبط التشريعي ودورها في تقييد الحرية العامة حماية للنظام العام الشرعي:

لا شك أن ولاية أمر الناس تعتبر من أعظم واجبات الدين؛ بل لا قيام للدين إلا بها؛ حيث أن مصلحة بني البشر لا تتم إلا بالاجتماع لحاجة بعضهم لبعض؛ ولا بد لهذا الاجتماع من حاجة إلى رأس يدبر شؤونهم بانتظام وانضباط وفي هذا يقول المصطفي صلوات ربي وسلامه عليه" إذا خرج ثلاثة في سفر **فليؤمروا أحدهم**"[1] والمنطق السليم يوجب انه إذا أوجب الرسول الكريم تأمير الواحد في الاجتماع المصغر العارض؛ فمن باب أولى **وجوب إقامة الأمير** في الاجتماع العظيم الدائم والمتمثل في الدولة كشخص افتراضي لتمثيل الأمة وتمييزها عن الأفراد بذواتهم[2].

ونظرا للمهام المتنوعة المنوط بالحاكم الإشراف عليها؛ فقد خوله الشارع الحكيم مجموعة من الامتيازات المتنوعة والتي تساعده في حفظ نظام الأمة بما يحقق مصالح الناس في العاجل والأجل حراسة لدينهم وسياسة لدنياهم.

ولعل من أهم هذه الامتيازات سلطة الحاكم في التنظيم التشريعي بيانا لكيفية ممارسة الأفراد للمباحات والحريات إما بالإيجاب أو بالمنع من خلال ما يملكه الحاكم من صلاحيات في المجال التشريعي أو ما يعرف في النظم السياسية **بالتشريع بأوامر**؛ إضافة إلى صلاحياته في المجال التنظيمي والذي يعرف في القانون الإداري بسلطة الضبط الإداري أو السلطة التنظيمية بحكم ما يشترط في صحة ولايته من تحقق شروط الاجتهاد.

وبناء على هذا الامتياز يمكن للحاكم استنباط بعض التشريعات الظنية فيما لم يرد فيه نص قطعي؛ كما يمكن له في المجال التنظيمي بحكم سلطته التنظيمية أن تتدخل بوضع توجيهات وترخيصات أو منعها تنظما للنشاط الفردي الحر وتقيدا من ممارسة الأفراد لحرياتهم؛ بما يحقق الانتظام العام كمصلحة عليا ضرورية لاستقرار الجماعة وسيادة الشريعة فيها.

والواقع كما يرى **د/ محمد سلام مذكور**[3] أن الحاكم ليس له أن يغير حكم الشرع؛ ويأتي بتشريع ليس له سند من الكتاب والسنة؛ وإنما هناك تشريعات ظنية يستطيع الحاكم أن يصل إليها عن طريق القرائن والأمارات المعتبرة عند الشارع؛ هذه التشريعات تكون عرضة للتغيير لتغير الظروف والأحوال وتغير تحقق المناط.

الأمر الذي يوجب على الحاكم إعمال سلطته التقديرية في تنزيل الأحكام بناء على ما تحققه من مصالح وتدرؤه من مفاسد. فالشريعة لا تعرف الجمود؛ بل أن من خصائصها المرونة والواقعية ولاسيما في الشؤون الدستورية والإدارية؛ الأمر الذي يجعلها تتميز بالقابلية لمسايرة تطور مصالح الناس؛ مما يستوجب معه تدخل ولاة الأمور بما يتماشى ومسايرة هذه المصالح المتغيرة.

---

[1] – أصل الحديث عند **أحمد**" لا يحل لثلاثة يكونون في فلاة من الأرض إلا أمروا عليهم أحدهم"؛ الشوكاني؛ نيل الأوطار؛ ج8؛ ص265

[2] – د/ عبد الحميد أبو زيد؛ سلطة الحاكم في استنباط التشريع شرعا ووضعا؛ دار النهضة العربية؛ ط3؛ 2000؛ ص07

[3] –د/سلام مذكور؛ نظرية الإباحة عند الأصوليين؛ ص335

إذ أن خطة التشريع الإسلامي ومنهجه قائم على إجمال ما يتغير وتفصيل ما لا يتغير؛ ولما كانت شؤون السلطة مما يتغير كان لزاما على كل حاكم في عصره وزمانه ومكانه أن يضع من تشريعات الظرفية ما يناسب ويلاءم مصلحة الناس. ويحقق ممارستهم لحقوقهم دون أية اضطرابات أو فتن.

ولهذا يجمع الفقه والقضاء المعاصر على أنه إذا انتابت الدولة ظروف غير عادية تهدد أمنها ونظامها؛ وتهز استقرار مؤسساتها ووحدتها ؛ فإنها تتحرر مؤقتا من قواعد المشروعية العادية وتستبدلها بقواعد وإجراءات استثنائية تواجه بها الخطر الداهم لإعادة النظام إلى حالته الأصلية المستقرة[1]؛ ولعل هذا ما يقرره أهل الأصول في الشريعة الإسلامية السمحاء من خلال قولهم " لا ينكر تغير الأحكام والفتاوى بتغير الأحوال والأزمان وقولهم في تبرير تغير الفتاوى بتغير الواقع " **أنه تغير زمان ومكان لا تغير حجة وبرهان** "

و قد أعطت الشريعة للإمام صلاحيات واسعة تكفل حسن قيامه بواجبه في تنظيم أمر الرعية كتقليد الولاة واتخاذ المستشارين؛ وحقه في استنباط أحكام الشريعة ووضع قوانين إما باجتهاده هو؛ أو بتقليد غيره من المجتهدين؛ والفقهاء ؛ بحيث يسير بحسبها شؤون الدولة ويجعلها نافذة على الرعية[2]؛ وعليه يكمن حق الحكام في تطبيق نوعين من التشريعات الظنية:

1- تشريعات تنفيذية: الهدف منها ضمان تنفيذ نصوص الشريعة وهي بمثابة القرارات والمراسم التنفيذية التي تصدرها الحكومة بغية تنفيذ الأنظمة والقوانين.[3]

2- تشريعات تنظيمية: الهدف منها تنظيم شؤون الجماعة وحماية حاجاتها ورعاية مصالحها فيما لم يرد فيه بيان من الشريعة بنصوص خاصة. على أن يراعى في وضعها روح الشريعة ومقاصدها الكبرى ومبادئها العامة.[4]

ولا يعني هذا أن هذه التشريعات منشئة لأحكام وقواعد جديدة بعيدة عن مصادر التأصيل الإسلامي وإنما هي دائما دائرة في إطار المشروعية الإسلامية؛ فيما يعرف **بالمصالح المرسلة** كدليل يرجع إليه في التأصيل الاجتهادي لنظم الدولة؛ ولذلك فهي في حقيقتها مجرد تنفيذ لحكم الله بإظهاره عند الحاجة إليه وفق ما تقرره الأدلة الشرعية.

1- مدى سلطة الحاكم في تغيير الحكم الظني:

يرتبط تغيير بعض التشريعات الظنية تبعا لتغير الزمان والمكان وتبعا لتغير عادات الناس أو لحدوث ظروف استثنائية.بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه للزم فيه المشقة والضرر بالناس ولخالف أحكام الشريعة؛ المبنية على التخفيف ورفع الحرج ومراعاة مصالح الناس.

---

[1] - د/ عبد الحميد أبو زيد؛ سلطة الحاكم في استنباط التشريع شرعا ووضعا؛ ص09

[2] - د/ محمد أحمد مفتي؛ ود/ سامي صالح الوكيل؛ السيادة وثبات الأحكام في النظرية السياسية الإسلامية؛؛ الناشر مركز بحوث الدراسات الإسلامية؛مكة المكرمة؛ طبعة1991؛ ص36

[3] - د/ عبد الحميد متولي ؛ الشريعة كمصدر للدستور؛ ص51؛ وعبد القدر عودة؛ الإسلام بين جهل أبنائه وعجز علمائه؛ط1؛ ص23

[4] - د/ ثروت عبد الهادي الجوهري؛ الحاكم ومدى سلطته في تغيير التشريع في الفقه الاسلامي- دراسة فقهية مقارنة- دار النهضة؛ القاهرة؛ ط1؛ سنة 2005؛ ص360

فمن قواعد الشريعة أن الأمر **المباح** قد تطرأ عليه الأحكام الأربعة؛ الواجب والمندوب والحرام والمكروه؛ تبعا لتغير الظروف والأحوال؛ وطبقا لمصالح ومسايرة لأعرافهم فيقال عنه فقهيا أنه مما **تعتريه الأحكام الخمسة**.

من هذه الأحكام التي تقبل التغيير وفقا للظروف قرار عمر بن الخطاب الضبطي القاضي **بمنع بيع اللحوم** المشروعة وأكلها يوميين متتاليين من كل أسبوع، وهذا دفعا لمفسدة عدم كفاية اللحوم لجميع الناس في المدينة؛ الأمر الذي دفعه إلى تقييد حرية الأكل واستهلاك اللحم ببعض الأيام دون البعض الأخر. حيث أوكل إلى سلطة تنفيذ هذا القرار الضبطي تحت رئاسته مراقبة المجزرة الوحيدة آنذاك وهي **مجزرة الزبير بن العوام** بالبقيع حيث ثبت عنه؛ أنه كان يعزر كل من خالف هذا القرار بضربة بالدرة ويقول معها له" **ألا طويت بطنك يومين**" .

ووجه المصلحة من هذا القرار جلي في أن يكون هناك متسع لتداولها بين عامة الناس رغم أن ذلك من الأمور المباحة؛ التي لم تمنعها الشريعة؛ بل هي من باب التفاضل في الرزق.[1]

2- مجال الضبط التشريعي وحدوده في فقه الشريعة:

تعتبر الشريعة الدستور الأساسي في الدولة فكل ما يجيء موافقا لها فهو صحيح؛ وكل ما يأتي مخالفا لأحكامها فهو باطل ففي الصحيحين عن عائشة-ض-قالت قال رسول الله-ص-" **من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد**" وفي رواية الإمام مسلم " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد" فقوله (أمرنا) إشارة إلى أن أعمال الحاكم وأعوانه ينبغي أن تكون تحت **مظلة الشريعة** وإلا فهي مردودة لا يعتد بها ولا تنتج آثارها الشرعية[2].

ولذلك يجب على الحاكم المجتهد أن يكون عارفا بأحكام الشريعة ومراميها قادرا على الاستنباط عليها وبعبارة الشاطبي[3]" متصفا بفهم مقاصد الشريعة على كمالها ومتمكنا من الاستنباط بناء على فهمه فيها".

و إذا كان استنباط الأحكام الظنية قدرا مشتركا بين الحاكم وغيره من المجتهدين؛ إلا أن الاستنباط الذي يجريه الحاكم يكون أقوى أثرا من الذي يقوم به المجتهد نظرا لان وصف الإمرة يؤكد الحكم المستنبط ويجعله ملزما.[4] يقول الإمام **القرافي**[5] مؤكدا على هذه القاعدة "إن حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف؛ ويرجع المخالف عن مذهبه لمذهب الحاكم؛ وتتغير فتياه بعد الحكم عما كانت عليه؛ على القول الصحيح من مذاهب العلماء". وعلى هذا يستطيع الحاكم بما له من وصف الإمرة والسلطة أن ينقل كل حكم من الأحكام الظنية إلى ما يقابله من أضداده بأن يكلف بفعل شيء أو تركه أو برفع التكليف أصلا، مسايرة لحاجات الناس ومصالحهم من غير مصادمة لقاعدة من قواعد الشرعية.

---

[1] - د/ سلام مذكور؛ نظرية الإباحة؛ ص345

[2] - د/ محمد أحمد مفتي؛ ود/ سامي صالح الوكيل؛ السيادة وثبات الأحكام في النظرية الإسلامية؛ ص42

[3] - الشاطبي؛ الموافقات؛ ج1؛ ص 105

[4] - د/سلام مذكور؛ مرجع سابق؛ ص341

[5] - القرافي؛ الفروق؛ج3؛ص103

ولا يعني هذا التصرف في الأحكام تغييرا وتقييدا أن تكون سلطته مطلقة من كل قيد؛ وإنما يكون مضبوطا بعدم الاصطدام بنص قطعي أو إجماع. مع مراعاة أن يكون هذا الحكم الجديد موافقا لنصوص الشريعة ومبادئها العامة وروحها التشريعية. وعلى هذا يقسم الفقه الأحكام الشرعية من حيث قابليتها للتغير إلى نوعين من الأحكام:[1]

– **نوع لا يتغير** كتحريم المحرمات قطعا ووجوب الواجبات قطعا فلا مجال للاجتهاد فيها بالتغيير والتقييد غير انه يمكن الاجتهاد في **تحقيق المناط وفي تنزيلها** على الواقع كاجتهاد عمر في توقيف حد السرقة عام المجاعة وفي منع المؤلفة قلوبهم من نصيبهم في الصدقات.

– **ونوع يتغير** تبعا لتغير الظروف المحيطة تماشيا مع ما يطرأ على وجه المصلحة من تغييرات وغير ذلك مما يعتبر تشريعا زمنيا مثل ما فعله الرسول بصفته رئيسا للدولة. ولعلى في مسألة تقسيم السنة النبوية إلى سنة تشريعية وسنة غير تشريعية ما يكون مجالا رحبا لتأصيل حق الحاكم في تغيير التشريع وتقييد المباح بما يساير تغير الظرف الزماني والمكاني. إذ يقر أهل الأصول أن النصوص التشريعية في السنة ليست كلها ذات حجية ملزمة شرعا في جميع الأزمنة والأمكنة وإنما تحتوي على بعض التشريعات الوقتية. التي ينتهي مفعولها بانتهاء السبب الذي حدا بالنبي– ص– ما أقر به أو ما نهى عنه[2].

فإذا قامت القرينة على أن ما شرع من السنة كان ملاحظا فيه مصلحة مرتبطة بزمن معين دار ذلك التشريع مع تلك المصلحة وجودا وعدما؛ وان لم تقم القرينة القاطعة على ارتباط النص بالمصلحة الظرفية كان تشريعا عاما.

فعلى سبيل المثال لما صدر عن الرسول باعتباره رئيسا للدولة أو قاضيا أو مراعيا للبيئة؛ ومن هذا القبيل ما يتخذه الرسول من إجراءات لاستتباب الوضع أيام الفتن العصيبة التي تمر بهذا الدولة.

2– صور عملية تغيير التشريعي الظني في النظام الإسلامي:

تقتضي أحكام السياسة الشرعية أن يقوم الحاكم بتنظيم شؤون الجماعة بما يصلحها مستعينا بمقاصد الشريعة في التعامل مع الأحكام الظنية.ومن بين هذه التطبيقات العملية[3]:

1– منع النساء من الخروج إلى المساجد: من المعلوم أن الرسول قد أذن للنساء بحرية أداء الصلاة خارج البيت إما في البيت أو في المساجد بل أنه حث في بعض الأحاديث إلى عدم منعها من الصلاة في مساجد الله. غير أنه مع قلة الوازع الديني وانتشار الفساد والانحلال الخلقي التي سادت بعد وفاته رأى بعض الصحابة منعهن من الخروج إلى المساجد تغييرا للحكم المباح وهذا ما رأته السيدة عائشة — ض – وابن مسعود — ض– وهو ما تبناه

[1] – د/ عبد الحميد متولي؛ الشريعة الإسلامية كمصدر للدستور؛ ص 155

[2] – محمود شلتوت؛ الإسلام عقيدة وشريعة؛ ص428

[3] – د/ عبد الحميد أبو زيد؛ مرجع سابق؛ ص100

الخليفة عمر[1]. وهي القرينة نفسها التي دفعت القاضي شريح في عهد الإمام علي –ض- إلى تشريع عدم قبول شهادة الأقارب رغم أنها من الأمور المباحة إذ لم يرد نص يحظر شهادة الابن لأبيه والزوج لزوجته ولا القريب لقريبه. كما في قضية درع الإمام علي المسروقة من طرف اليهودي.

2- سلطة ولي الأمر في تحديد الأجور والأسعار:

متى تغيرت الظروف وحصل الضرر في أقوات الناس؛ بأن صار ثمن السوق مجحفا بأحد الطرفين فانه يصير على الحاكم أن يتدخل لتحديد الأسعار ورفع الضرر على النحو ما هو معمول به في القانون من التسعير الجبري للسلع الاستراتجية كالحليب والخبز. بحيث يكون تدخله تحقيقا للعدل **ورفعا للظلم الواقع أو المتوقع**؛ فتحقيق المصلحة العامة يستوجب على السلطة الضبطية تقييد حرية التجارة بمنعهم من الزيادة على السعر المحدد.[2]

فالتسعير الجبري رغم ما في من حرمة ظاهرة مستفادة من بعض الأحاديث التي جعلته **مظلمة سلطانية** [3]؛ وأنه من اختصاص الله؛ فانه هو المسعر والقابض والباسط والرازق؛ إلا أنه في حالة الحاجة العامة يكون جائزا ومشروعا؛ بل أنه عند غالبية المتأخرين من الفقهاء **واجب** رفعا لغلاء الأسعار ومقاومة للاحتكار؛ وتحقيقا للعدل ورعاية للمصلحة العامة؛ غير أن هذا التدخل يجب أن يكونا مقيدا **بالسعر العادل** الذي يساوي نفقات السلعة مع قدر من الربح المعقول؛ بدون ضرر ولا ضرار؛ فإذا تعذر تحقيق التوازن بين حق المستهلكين في السعر غير المرهق لأرزاقهم وبين حق التجار في البيع بالربح العادي **وجب على الدولة التدخل**؛ وهذا ما يعرف **بسياسة التدعيم** في المواد التمويلية؛ لما ثبت أن الخليفة عمر قد أمر في خلافته باتخاذ **دفاتر عائلية**؛ تكتب فيها أسماء أفراد العائلية ومواليدها؛ حيث **فرض لكل محتاج منهم مائة درهم**؛ ونصيبا معلوما كافيا من الطعام في كل شهر من الخبز والزيت والخل؛ وهو ما يفوق تدعيم الدول المعاصرة للمواد الغذائية.[4]

وعموما فان للضبط التشريعي دور هام في تنظيم وتقييد ممارسة الحريات العامة، نظرا لما للقانون من دور في حماية النظام؛ بالمنع الوقائي والردع العقابي، ذلك أن المقصود من تشريع الحريات أن تعود بالخير على الصالح العام، فإذا انتفت هذه الحكمة؛ كان على المشرع التدخل لتنظيم هذه الحريات بما يجعلها غير مخلة بنظام الجماعة؛ غير أن هذا الضبط التشريعي قد تستغله السلطة التشريعية لفرض **قيود تعسفية**؛ بحكم ما لها من سلطة تقديرية واسعة؛

---

[1] – د/ عبد الحميد متولي؛ مبادئ نظام الحكم في الإسلام؛ ص408 ؛ ود/ مصطفى شلبي؛ تعليل الأحكام؛ ص39 ؛ د/ ثروت عبد الهادي الجوهري؛ الحاكم ومدى سلطته في تغيير التشريع في الفقه الإسلامي؛ ص392

[2] – د/ فتحي الدريني؛ بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ؛ ج1؛ مؤسسة الرسالة؛ بيروت ط1؛ سنة1994؛ ص531

[3] – ينظر إلى هذه الأحاديث عند الشوكاني؛ نيل الاوطار؛ ج5؛ ص220؛ وينظر جمعا لهذه الأحاديث عند د/ الدريني؛ بحوث مقارنة ؛ ج1؛ ص543 حيث نقل فضيلته في أخير المسألة **أن التسعير الجبري مشروع على سبيل الوجوب** حسب الظروف لما فيه من رعاية للحقين وتحقيق للتوازن إعمالا لمبدأ العدل المطلق؛ من باب التدبير التشريعي الوقائي الضروري لمنع الاحتكار في الظروف العادية ورفعا للضرر في حالة الغلاء الفاحش الواقع أو المتوقع؛ ينظر المرجع نفسه؛ ص624 وما بعدها.

[4] – د/ فتحي الدريني؛ بحوث مقارنة؛ ج1؛ ص 614

وفي هذه الحال تكون الحريات تحت تصرف المشرع؛ وهو ما استوجب تخصيص جهة مستقلة لحماية الحرية من التعسف في استعمال السلطة التشريعية؛ وهو ما يعرف بالقضاء الدستوري؛ أو بالمجلس الدستوري كما في الجزائر.

الفرع الثاني: دور فكرة النظام العام في توسيع سلطات الضبط القضائي– دراسة مقارنة–

سبق بيان أنه يمكن تقسيم كيفية حفظ النظام العمومي من طرف السلطة إلى طريقتين: طريقة منع الإخلال بالنظام العام **وقائيا**؛ وهي وظيفة كل من الضبط التشريعي؛ والضبط الإداري. وهذا ما سبق تفصيله؛ وطريقة إعادة استتباب النظام العام **علاجيا**؛ هي وظيفة الضبط القضائي؛ بواسطة أعوان الشرطة القضائية من خلال عمليات التحري والبحث من أجل الكشف عن الحقيقة وتحرير محاضر حول الاستدلالات التي يقد تساعد القاضي في الاقتناع الشخصي وفي سبيل ذلك تمارس الشرطة القضائية بعض الصلاحيات التي تمس الحريات الفردية خاصة منها الحريات الشخصية كالاستعراف والاستيقاف؛ والتوقيف تحت النظر في مراكز الشرطة لمدة 48ساعة والتفتيش والمنع من مبارحة مسرح الجريمة في حالة التلبس.

وإمكانية القبض على المشتبه فيهم؛ وهي الوظيفة التي صارت مضبوطة بضمانات جدية أوجدها قانون الإجراءات الجزائرية الذي **يعتبر بحق دستور عملي لحماية الحريات** من خلال الضمانات الجدية التي حققت التوازن بين مقتضيات النظام العام في تتبع المجرمين وتقديمهم للعدالة ومن ثم ضمان استتباب النظام بتوقيع الدولة لحقها في العقاب فيحصل الردع العام والخاص؛ وبين حماية الحرية من تعسف الشرطة القضائية بتوفير ضمانات جديدة بحيث توجد بجوار كل إجراء ضبطي ضمانة تقابله.لعل من أهمها افتراض براءة المشتبه فيه وحقه في إجراء فحص طبي ووجوب احترام كرامته إلى غايته تقديمه إلى السلطة القضائية حيث يبدأ التحقيق القضائي الابتدائي.

أولا: اثر فكرة النظام العام في توسيع سلطات الضبط الفضائي أثناء التحريات الأولية.

ثانيا: دور فكرة النظام العام في تقييد الحرية أثناء التحقيق الابتدائي

ثالثا:دور الضبط القضائي في حماية النظام العام وأثره في ممارسة الحريات الفردية في الفقه الإسلامي:

أولا: دور فكرة النظام العام في توسيع سلطات الضبط الفضائي أثناء التحريات الأولية

يمثل قانون الإجراءات الجزائية سلطة الدولة في كيفية تقرير حقها في العقاب ضد كل من أخل **بنظامها العمومي** وهدد أمنها وأمن مواطنيها وممتلكاتهم؛ ولذلك فهو يعد من أكثر القوانين مساسا بحريات الأفراد، لأنه القانون الذي ينقل القواعد الجزائية الموضوعية الممثلة في قانون العقوبات من حالة السكون إلى حالة الحركة، بمعنى أنه هو الأداة التي تضع قانون العقوبات موضع التطبيق.

ونتيجة لذلك فقد يقع أن تمس الحرية الفردية بأمر من القانون إذا تعلق الأمر بمساس بأمن المجتمع و استقراره، فيبيح القانون في أحوال معينة القبض على الأشخاص, أو إيداعهم الحبس المؤقت أو تفتيشهم أو انتهاك حرمة منازلهم بالتفتيش وغيرها من الإجراءات القانونية، وهو ما يشكل صراعا بين مصلحتين جديرتين بالحماية : مصلحة الفرد في أن لا تمس حرمته وكرامته ومصلحة المجتمع في المحافظة على كيانه واستقراره[1].

فمن الحقائق القانونية التي لا خلاف فيها أنه ليست هناك حرية مطلقة بالمعنى الكامل؛ لأن في إطلاقها من غير قيد مدعاة للفوضى لا يتصور معه قيام دولة ما؛ فما من حرية إلا ويورد عليها المشرع من القيود ما يحول دون إساءة استعمالها على وجه يضر بصالح المجموع. على أنه كثيرا ما يجد المشرع نفسه في حيرة أمام اعتبارين متعارضين يحاول كل منهما أن ينال من تقديره النصيب الأوفى وهما: الاعتبار الفردي أو الحرية؛ والاعتبار الجماعي أو النظام؛ وحيث يبالغ المشرع في الإطلاق بدعوى الحرية قد يعرض كيان الجماعة لخطر الفوضى؛ وحيث يسرف في التقييد بدعوى النظام قد يودي بشخصية الفرد وحريته. والتنظيم التشريعي الحكيم هو في تحقيق أسباب التوسط والتوازن بين اعتباري الحرية والنظام[2].

وفي التشريع الجزائري يعد قانون الإجراءات الجزائية هو التشريع الذي يعكس هذا الصراع.[3] الأبدي بين هاتين المصلحتين كما سبق ذكره وهو هدف تتباين فيه تشريعات العالم بمختلف مشاربها عبر مراحلها المختلفة[4].

---

[1] –د/ حسن صادق المرصفاوي؛ حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية؛ مرحلة ما قبل المحاكمة؛ في النظام القانوني المصري، محاضرة ضمن المؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي المنعقد في الإسكندرية من 9- 12 أبريل 1988؛ ص 47 .

[2] – د/سعد عصفور؛ حرية الاجتماع في انجلترا وفرنسا ومصر–بحث مقارن– منشور بمجلة مجلس الدولة؛ دار النشر للجامعات المصرية القاهرة؛ السنة الثالثة؛ يناير1952 ؛ ص229

[3] – و لهذا كان أكثر القوانين انتقادا وأكثرها قابلية للتعديل بفعل هذا الصراع فالمجتمع في الدولة يحاول تكريس المبادئ التي تضمن له أمنه و استقراره فيتزع إلى خنق كل محاولة يخشى أن تكون هدفها زعزعة أمنه و استقراره بفرض إجراءات قمعية و ردعية تكون في غالبيتها ماسة بحرية الفرد و كرامته، وفي المقابل يضغط دعاة الحرية على السلطة لتبني قواعد قانونية تكفل للفرد حريته و إنسانيته.

[4] – وأمام الانتقادات الشديدة لقانون الإجراءات الجنائية بصفة عامة و إجراء الحبس بصفة خاصة اتجه المشرع الإجرائي الجزائري في التعديلات المستمرة لجعل هذا القانون ضمانا لمبدأ الشرعية الإجرائية، و التي كان آخرها التعديل الذي جاء به قانون 01-08 المؤرخ في 26 يونيو سنة 2001 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية، وكذا القانون رقم 04-14 المؤرخ في10 نوفمبر سنة 2004 المعدل والمتمم لنفس القانون. ينظر د/ الأخضر بوكحيل؛ المرجع نفسه، ص 52-53.

فالضبط القضائي مرحلة **شبه قضائية** تهدف إلى البحث والتحري عن الجريمة ومرتكبها حفاظا على النظام العام، واستثناءا يخولون بناءا على القانون مباشرة بعض الإجراءات التي تعتبر أصلا من اختصاص جهات التحقيق بنص قانوني صريح أو بناءا على إنابة قضائية من طرف قاضي التحقيق[1]. لكن في الكثير من الأحيان يسمح قانون الإجراءات الجزائية لضابط الشرطة القضائية بمباشرة بعض الإجراءات التي تتضمن تعرضا للحقوق والحريات إما بتقييدها أو الحد من استعمالها، أثناء مرحلتي التحقيق الأولي- التحريات الأولية- ومرحلة التحقيق الابتدائي في الجرائم ؛ لدواعي تحقيق مصالح الجماعة إما باستيقافه للتحقق من شخصية المشتبه فيه واستجلاء حقيقة أمره؛ أو بالقبض عليه واحتجازه للتحقيق معه؛ أو بتفتيشه بما يوصل إلى الكشف عن خطورة وعلاقته بالإخلال المحتمل للنظام العام[2].

1-ماهية مرحلة جمع الاستدلالات:

تعرف هذه المرحلة بأنها مجموعة الإجراءات والاستيضاحات[3]والتنقيبات الواجب القيام بها من قبل ضباط الشرطة القضائية؛ والتي من شأنها الكشف عن الجريمة ومرتكبها وجمع أدلتها[4]. كتلقي البلاغات والشكاوى؛ ومن ثم الانتقال إلى مكان وقوع الجريمة لإجراء المعاينة. وحفظ آثار مسرح الجريمة بتطويق المكان والأمر بعدم المبارحة بقصد القبض على المتلبس إن أمكن معرفته ؛وضبط المشتبه فيهم بعد استيقافهم ومن ثم اقتيادهم إلى مراكز الشرطة من اجل التوقيف للنظر وإثبات ذلك في محاضر تمهيدا للتصرف في الدعوى العمومية من طرف النيابة[5] .أو تقديمهم لوكيل الجمهورية في حالة التلبس؛ كما يمكنهم في إطار صلاحيات تفتيش المشتبه فيه؛ حسب ظروف وطبيعة الجريمة وحالة التلبس.

وتظهر أهمية الاستدلالات في كونها تهدف إلى كشف الحقيقة المتعلقة بالجريمة والتعرف إلى مرتكبيها. وتكمن أهميتها في إمكانية التأكد من عدم توفر بعض البلاغات على الجرائم أو عدم قيام الأدلة التي تسمح بتحريك الدعوى العمومية بشأن الجريمة أو عدم الحاجة إلى تحريكها وبالتالي عدم الحاجة إلى إجراءات التحقيق أو المحاكمة التي تنتهي بالبراءة، فقد يتأكد وجود عناصر الجريمة فيقدم المتهم مباشرة أو يتخذ قاضي التحقيق مباشرة مما يحقق سرعة الفصل في الدعوى العمومية وعدم مضاعفة قضاة التحقيق لفحص كل تبليغ ،والوصول إلى هذه الحقائق يكلف رجال الضبطية القضائية القيام بجملة من الإجراءات[6] وعلى أن كل هذه الإجراءات لا تخول لضباط

---

[1] - عبد الله أوهايبية؛ مرجع سابق؛ ص 220

[2] - د/ رؤوف عبيد؛ المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية؛ مطبعة مصر ؛ سنة 1963؛ص245

[3] - د/عصام زكريا عبد العزيز، المرجع نفسه، ص42.

[4] - د/أوهايبة عبد الله، ص219. وتأكيدا لهذا المعني يقول د/ الشهاوي" بأنها عبارة عن **جمع المعلومات** والبيانات الخاصة بالجريمة عن طريق **التحري والمراقبة والبحث** عن الفاعلين بشتى الطرق والوسائل القانونية، وبالجملة إعداد جميع العناصر اللازمة للبدء في التحقيق الابتدائي" ينظرد/ الشهاوي قدري عبد الفتاح، مناط التحريات (الاستدلالات والاستخبارات)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص41.

[5] - أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر طبعة 1، 2003 ص 19.

[6] د/محمد محدة، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، ص41.

الشرطة المساس بكرامة المشتبه فيه إعمالا لمبدأ البراءة.مع خضوعهم في ذلك لسلطة النيابة العامة أثناء قيامهم بإجراءات التحري وجمع الاستدلالات وفقا لنص المادة 12 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري[1].

2-دور هذه المرحلة في حفظ النظام العمومي:

تمثل مرحلة جمع الاستدلالات نظاما شبه قضائي يهدف إلى البحث والتحري عن الجرائم وعن مرتكبيها وجمع المعلومات عنهما، وتحضير المادة اللازمة لتحريك الدعوى العمومية[2].

وتبرز أهمية الكبرى[3] في مساعدة سلطات التحقيق القضائي من أجل التصرف في القضية بناء على هذه الاستدلالات، إما بتحريك الدعوى الجنائية أو حفظها[4]، بالإضافة إلى حجيتها أمام قاضي الحكم كدليل استئناسي استئناسي يمكن الاستعانة به في تكوين اقتناعه الشخصي[5].

وعلى هذا تتنوع أعمال الضبط القضائي وواجباتهم بحسب السلطة المخولة لهم قانونا وبحسب ما إذا كان اختصاصا عاديا أو اختصاصا استثنائيا؛ كحالة التلبس بالجريمة ؛ وفي كلتا الحالين تسهر الشرطة القضائية على ردع الجريمة وتتبع مرتكبها بهدف تقديمهم للقضاء وهي في ذلك تعمل على حماية حقوق المجتمع أو الجماعة من جهة وحقوق الضحية أو المتضرر من الجريمة من جهة ثانية، غير أنها أثناء قيامها بإجراءات البحث والتحري وجمع الاستدلالات قد تجد نفسها حتما تمس الحريات الشخصية سواء كان ذلك بشكل مباشر أو غير مباشر.[6]

وعليه يهدف الضبط القضائي في مراميه الكبرى إلى **إعادة النظام العام إلى مجراه الطبيعي** من خلال تمكين أعوان حفظ النظام العمومي صلاحيات تمكنهم من تنقية المجتمع من عناصر تهديد أمنه في حدود مبدأ الشرعية الإجرائية. ومن بين هذه الامتيازات المقيدة للحرية الشخصية بناء على فكرة النظام العام:

2-1- جمع الاستدلالات أثناء التحقيق الأولي في الحالة العادية:

تنص الفقرة 2من المادة 12قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أنه" يناط بالضبط القضائي مهمة البحث والتحري عن الجرائم المقررة في قانون العقوبات وجمع الأدلة عنها والبحث عن مرتكبيها ما دام لم يبدأ فيها تحقيق قضائي" ومن إجراءات الاستدلال سماع الأقوال والانتقال للمعاينات وتحرير المحاضر وغيرها. ويلاحظ أن قانون

---

[1] – ونصها" يقوم بمهمة الضبط القضائي رجال القضاء والضباط والأعوان الموظفون المبينون في هذا الفصل، ويتولى وكيل الجمهورية إدارة الضبط القضائي ويشرف النائب العام على الضبط القضائي بدائرة اختصاصه كل مجلس، وذلك تحت رقابة غرفة الاتهام بذلك المجلس"

[2] – د/ عبد الله أوهايبة، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 184.

[3] – أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، ص 15.

[4] – د/عصام زكريا عبد العزيز، حقوق الإنسان في الضبط القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة طبعة 2001، ص 67.

[5] – وعلى خطورتها تبقى دائما مجرد إجراءات أولية وتمهيدية تسبق التحقيق الابتدائي لا تلزم القاضي –نظريا – إلا من باب الاستئناس كونها عمل ضبطي سابق للتحقيق قطعا د/محمد محدة، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، الجزء الثاني، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الأولى، 1992/1991، ص 13.

[6] – وتفاديا لذلك تدخل القانون وألزم ضابط الشرطة القضائية باحترام ضمانات الحرية الدستورية؛ كافتراض قرينة البراءة الأصلية في المتهم أو المشتبه فيه، والاعتراف له بحق الدفاع والسلامة الجسدية، وغيرها من الحقوق المقررة حديثا في قانون الإجراءات الجزائية.

الإجراءات لم يحصر إجراءات البحث والتحري وإنما جاء بقاعدة عامة وذلك لعدم إمكانية الإلمام بكل طرق البحث الخاصة بكل الجرائم ومن ثم يجوز لضابط الشرطة القضائية القيام بكل الإجراءات التي من شأنها أن تؤدي إلى الكشف عن الجريمة وإعادة فرض النظام وذلك طبقا للمادة 17 أج التي تنص على:" يباشر ضباط الشرطة القضائية السلطات الموضحة في المادتين 12و13 **ويتلقون الشكاوى والبلاغات** ويقومون **بجمع الاستدلالات** وإجراءات **التحقيق الابتدائي** " تلقي الشكاوى والبلاغات وتحويلها إلى وكيل الجمهورية: وتتمثل في وجوب قبول رجال الضبطية القضائية للشكاوى والبلاغات التي ترد إليهم بشأن الجرائم والشكاوى طبقا للمادة 17؛[1] لمساعدة الدولة على تحقيق الأمن[2] .

2-2- حالة الجريمة المتلبس بها :

تنص المادة 17 من قانون الإجراءات الجزائري في فقرتها الثانية على أنه في الجرم المشهود سواء أكان جناية أو جنحة فإنهم يمارسون السلطات المخولة لهم بمقتضى المادة 42 وما يليها .وأثناء عمليات البحث والتحري فإن ضباط الشرطة يقومون بهذه الإجراءات من تلقاء أنفسهم أو بناءا على أمر من السلطة القضائية بوجه عام، وذلك طبقا للمادة 36 التي تنص على" ... ويباشر بنفسه- أي وكيل الجمهورية- أو يأمر باتخاذ الإجراءات اللازمة للبحث والتحري عن الجرائم المتعلقة بقانون العقوبات " كما نصت المادة 2/60 " وله أن يكلف أي قاضي التحقيق أحد ضباط الشرطة القضائية بمتابعة تلك الإجراءات " وجاء أيضا في المادة 13 " إذا ما افتتح التحقيق فإن على الضبط القضائي تنفيذ تفويضات جهات التحقيق وتلبية طلباتها"[3].

وتجدر الإشارة إلى أن عمل الضبطية القضائية المتعلق بالبحث والتحري عن الجرائم ومرتكبيها لا ينتهي بتحريك الدعوى العمومية أو برفعها بل يستمر إلى غاية صدور الحكم[4]. طبقا للمادة 13 أج التي تنص على " إذا ما افتتح التحقيق فإن على الضبط القضائي تنفيذ تفويضات جهات التحقيق وتلبية طلباته"

ونظرا لخطورة الصلاحيات التي يتمتع بها ضابط الشرطة القضائية في حالة التلبس[1] والتي من أخطرها القبض والتفتيش في التأثير على حقوق وحريات الأفراد مثلا حرية التنقل وحرية حرمة المسكن.فان حالات التلبس

---

[1] - " إخبار سلطات الضبط القضائي أو السلطات القضائية عن الجريمة بواسطة المضرور من الجريمة أو خلفه العام فإذا حدث الإخبار من غير المضرور عد بلاغا" ينظرد/أحمد شوقي الشلقاني ، مرجع سابق، ص 168

[2]- ولذلك لا يسأل من قام به إلا **من تعمد الكذب** فيه وتوافرت في شأنه شروط **جريمة الوشاية الكاذبة** وهناك حالات أخرى يعاقب فيها القانون كل من علم بوجود خطط أو أفعال لارتكاب جرائم الخيانة والتجسس وغيرها من الجرائم التي تمس بالأمن الوطني و لم يبلغ عنها السلطات العسكرية أو الإدارية أو القضائية فورا، ضف إلى ذلك المادة 32 ق إ ج التي توجب على كل موظف عمومي أو ضابط عند تلقيه لخبر جناية أو جنحة أثناء مباشرته لوظيفته أن يبلغ النيابة فور تلقيه الخبر ويقدم لها جميع المعلومات والمحاضر والمستندات المتعلقة بالجريمة. ينظر-د/أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، ص169

[3] - مجلة الدرك الوطني، العدد13، مارس2005 ، تصدر عن خلية الاتصال بقيادة الدرك الوطني، قيادة الدرك الوطني، الشراقة، ص 15

[4]- د/ أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 1، ص 162

محصورة قانونيا **بخمس صور** عددها [2] عبارة نص المادة41 من ق إ ج وهي:**1**- ارتكاب الجريمة في الحال.**2**- مشاهدة الجريمة عقب ارتكابها ببرهة يسيرة أو عند الانتهاء من ارتكابها.**3**- حالة تتبع مرتكب الجريمة بالصياح والصراخ من قبل جمع من الناس أو الإثارة عليه باليد ومحاولة القبض عليه وهو هارب أو يحاول الهرب أو حتى دون هرب.**4**- حيازة المشتبه فيه أشياء أو عليه دلائل تدل على مساهمته في الجريمة.**5**- التبليغ عن جناية أو جنحة ارتكبت في منزل.[3]

وتتمثل صلاحياتهم القانونية في الإخطار الفوري لوكيل الجمهورية ثم التنقل بدون تمهل إلى مكان وقوع الجريمة المتلبس بها، وهذا حمايةً لحق الضحية في اكتشاف المجرم، وخول له وفقا للمادة 50 من ق إ ج أن يصدر فور وصوله إلى مسرح الجريمة قرار بمنع الأشخاص المتواجدين هناك من المغادرة أو المبارحة، وذلك لاحتمالية مشاهدتهم للجريمة، ومنه إمكانية الاستعانة بهم كشهود هذا من جهة، ومن جهة ثانية قد يكون أحد هؤلاء هو مرتكب الجريمة، وقد يكون منهم من أعان على هذا الفعل.

فتحقيقا للصالح الخاص للضحية والصالح العام للمجتمع خول القانون لمأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بجناية أو جنحة سلطة **منع الحاضرين بمكان الحدث الإجرامي من مبارحة** أو الابتعاد عنه حتى يتم تحرير المحضر، كما يمكنه استجواب كل من يمكن الحصول منه على إيضاحات بشأن الجريمة[4]. رغم ما ينطوي عليه هذا الإجراء من تقييد لحرية التنقل خصوصا إذا كانت الجريمة في الشارع العام؛ أو في الأماكن العمومية.

3- أثر حفظ النظام العام في تقييد حرية التنقل من طرف سلطة الضبط القضائي:

---

[1] -والتلبس في اللغة **الاختلاط** والتعلق أي تعلق أو التصاق التهمة بمرتكب الفعل.وفي الاصطلاح القانوني يعرف بأنه تلك الجريمة الواقعة والتي أدلتها ظاهرة وواضحة بحيث احتمال وقوع الخطأ حولها ضئيل والتأخير في مباشرة إجراءاتها يعرقل سبيل الوصول إلى حقيقتها وطمس معالمها والتي يسميها البعض **بتسمية "الجرم المشهود"**

وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 41 من ق إ ج بقوله: " توصف الجناية بأنها حالة تلبس إذا كانت مرتكبة في الحال أو عقب ارتكابها، كما تعتبر الجناية أو الجنحة متلبسا بها إذا كان الشخص المشتبه في ارتكابه إياها في وقت قريب جدا من وقوع الجريمة قد تتبعه العامة بالصياح أو وجدت في حيازته أشياء أو وجدت آثار ودلائل تدعو إلى ا فتراض مشاركته في الجناية أو الجنحة ، وتتسم بصفة التلبس كل جناية أو جنحة وقعت ولو في غير الظروف المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين إذا كانت في منزل وكشف صاحب المنزل عنها عقب وقوعها وبادر في الحال باستدعاء أحد ضباط الشرطة القضائية لإثباتها"

[2] – المادة 31 من قانون الإجراءات الجزائية "تكون **الجريمة متلبسا بها** حال ارتكابها أو عقب ارتكابها ببرهة يسيرة، وتعتبر الجريمة متلبسا بها إذا تبع المجني عليه مرتكبها أو تتبعه العامة مع الصياح إثر وقوعها أو إذا وجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملا آلات أو أسلحة أو أمتعة أو أوراقا أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه فاعل أو شريك فيها، أو إذا وجدت به في هذا الوقت آثار أو علامات تفيد ذلك" .

[3] – ينظر في تفصيل حالات التلبس الخمس د/ أحمد غاي؛ تنظيم ومهام الشرطة القضائية؛ دار هومة الجزائر؛ طبعة 2005؛ص32 وما بعدها؛ ويلاحظ أنه أضاف حالة سادسة لتلك الحالات أطلق عليها حالة **اكتشاف جثة**؛ مع أنها في الأصل تابعة للحالة الخامسة المتعلقة **بالتلبس الاعتباري** من خلال التبليغ عن جناية تم التبليغ عنها؛ ينظر هذه الإضافة، المرجع نفسه ؛ ص34

[4] – قدري عبد الفتاح الشهاوي، ضوابط السلطة الشرطية، ص 249.

تمثل الحرية الشخصية عموما وحرية التنقل خصوصا إحدى الحريات الأساسية المضمونة دستوريا طبقا للمادة 44 من دستور 1996 التي قررت حق كل مواطن متمتع بحقوقه المدنية والسياسية في اختيار موطن إقامته بحرية؛ وله كامل الضمانات في الانتقال عبر التراب الوطني وفي الدخول إليه والخروج منه. غير أنها ليست مطلقة إذ يمكن أن تخضع لمجموعة من القيود تفرضها الشرطة القضائية وهي بصدد البحث والتحري عن مرتكبي الجرائم حتى تتمكن من المحافظة على النظام العام وأمن الأشخاص والممتلكات والسكينة العامة وتنفيذ القوانين طبقا لنص المادة02من المرسوم481/83 المحدد للأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن العمومي.

فمن أجل تمكين أجهزة الأمن في إطار الشرطة الإدارية أو الشرطة القضائية من تحقيق أغراضها في الحيلولة دون الإخلال بالنظام العام؛ ومتابعة كل من يشتبه فيه بتهديد النظام العمومي؛ كان لزاما تخويلهم الإذن بالتعرض للأفراد ومراقبة هويتهم والتحقق منها؛ ولن يتأتى ذلك إلا بالتقييد من حرية التنقل كما هو الحال مع إجراء الاستعراف؛ فالاستيقاف؛ فالقبض؛ فالتفتيش. كإجراءات هدفها الاسمي وقاية النظام العام كهدف وحيد تتغياه السلطة العامة وتبرر به تقييد الحرية الشخصية بمقتضاه. الأمر الذي يمكن القول معه بتأكيد تأثير فكرة النظام العام في توسيع إجراءات الضبطية الإدارية والقضائية.[1]

3-1- الاستعراف أو التعرف على الهوية:

ينصرف مدلول الاستعراف إلى تلك العملية التي ينفذها أعوان مؤهلون قانونا بفحص هوية الأشخاص المتنقلين عبر التراب الوطني من أجل التعرف على جملة من البيانات الشخصية بواسطة وثائق ومستندات رسمية؛ وقد يتخذ الاستعراب معنا فنيا يتمثل في أخذ صورة المشتبه فيه؛ ورفع بصماته وتسجيل مواصفاته؛ وتسجيل سوابقه القضائية في استمارات خاصة عند قسم الشرطة الفنية، بحيث تشكل تلك الاستمارات بنكا للمعلومات عند كل حاجز أمني الأمر الذي يساعد في تعقب المجرمين في تنقلاتهم.[2]

فهذا الاستعراف رغم أنه قيد على حرية التنقل إلا أنه يساهم بشكل دقيق في متابعة من يشكلون خطرا على النظام العام خاصة في أيام الأزمات والفتن السياسية؛ ما لم يتعسف في استعمال هذه الرخصة. .

وقد نص المشرع الجزائري على مشروعية هذا الإجراء الضبطي المقيد للحرية في المادة 50 من ق.ا.ج" يجوز لضابط الشرطة القضائية **منع أي شخص** من مبارحة مكان الجريمة ريثما ينتهي من إجراء تحرياته؛ وعلى كل شخص يبدو له **ضروريا** في مجرى استدلالاته القضائية التعرف على هويته أو التحقق من شخصيته **أن يمتثل** له في

---

[1] – د/ عادل عبد العال خراشي؛ ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم؛– دراسة مقارنة بين القانون والشريعة؛ رسالة دكتوراه كلية الحقوق؛ جامعة الزقازيق مصر؛ سنة 2002؛ص240

[2] – د/أحمد عبد الظاهر؛ استيقاف الأشخاص في قانون الإجراءات الجنائية؛ ط1؛ سنة2006؛ دار النهضة العربية القاهرة؛ ص142؛ وجدير بالملاحظة أن هناك اختلاف في شان الالتزام بحمل **بطاقة الهوية**؛ فغالبية التشريعات المعاصرة؛ تتجه نحو النص صراحة على الالتزام بحمل البطاقة الشخصية كمصر والسعودية بلجيكا؛ وهولندا؛ وهناك من التشريعات لا تلزم الأشخاص بحمل بطاقة الهوية؛ ويظهر أن المشرع الجزائري لا يلزم بحملها إلا عند ممارسة نشاطات خاصة كالسفر خارج الوطن أو عند سياقة المركبات؛ أو عند التحقيق أو التفتيش الاداري أو الاشتباه في ظل الظروف الاستثنائية متى طلبها ضابط الشرطة القضائية. ينظر أحمد غاي؛ الشرطة القضائية؛ ص37

كل ما يطلبه من إجراءات في هذا الخصوص؛ وكل من خالف أحكام الفقرة السابقة يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز 10 أيام وبغرامة**500**دينار جزائري".

إضافة إلى أن التوقيف للنظر لمقتضيات التحقيق لا يكون إلا بعد التعرف على الهوية؛ ومن ثم يتم تقدير مدى اشتباه الشخص وعند الضرورة يلجأ إلى إجراء حجز الشخص واقتياده إلى مركز الأمن فأن لم تستدعي الضرورة ذلك أمر بإطلاق سبيله. [1]

ويفهم من نص المادة السابقة أن الأشخاص ملزمين باستظهار بوثيقة تثبت هويتهم متى طلب منهم ذلك؛ وإلا يحق استعمال القوة معهم للتحقق من هويتهم. فعدم الامتثال يقع تحت طائلة العقاب. ويخول موظفي الأمن اقتيادهم ولو عنوة إلى مركز الشرطة أو الدرك.[2] لان ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

ويتأكد هذا الإجراء بالاستعراف كاختصاص أصيل عند أعوان الشرطة الإدارية؛ أثناء تنفيذ الدوريات الليلية ومراقبة التجمعات ولا سيما أثناء التظاهرات والاجتماعات العمومية فكلما رأوا احتمال الإخلال بالنظام العام من طرف مشتبه فيهم حق لهم تنفيذ إجراء الاستعراف بل إمكانية الاستيقاف؛ وكل مقاومة منهم في عدم الامتثال لا تعتبر دفاعا شرعيا متى كان ضابط الشرطة بزيه الرسمي أثناء أداء مهامه.طبقا لنص المادة 59 من المرسوم80/104 المتضمن **صلاحيات الدرك الوطني** [3]" أثناء تنفيذ خدماتهم يقوم عسكريو الدرك بالتحقق من هوية الأجانب وهوية كل شخص ينتقل داخل التراب الوطني؛ وذلك بطلب الاستظهار بالوثائق اللازمة؛ ولا يمكن لأي كان التملص من ذلك؛ **على أن يكونوا مرتدين لزيهم الرسمي** أو يستظهرون بصفتهم."

وعليه فلا يمكن التمسك بحق الدفاع الشرعي من طرف المتظاهرين الذين يمارسون رد الاعتداء ضد أعوان حفظ النظام العمومي. كما لا يمكن لهم تحريك الدعوى العمومية ضد أعوان الأمن بتهمة المساس بحريتهم وتوقيفهم تعسفيا مادام كان هدفهم التعرف على هويتهم المبرر بالاحتمال المرجح للإخلال بالنظام العام.

والجدير بالذكر أن مشروعية الاستعراف لا تنفي احتمال التعسف والتجاوز في تنفيذه الأمر الذي حاولت معظم التشريعات الحديثة دفع بتقرير مسؤولية الشرطة التأديبية والجنائية وتقرير ضمانات للمشتبه فيهم أثناء التعرف على هويتهم. وعلى رأسها تجنب استعمال الإكراه البدني والمعنوي أثناء عملية الاستعراف وكل ما يشين الكرامة الإنسانية.

3-2-الاستيقاف ودوره في حفظ النظام وفي تقييد الحرية:

[1] - أحمد غاي؛ ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية؛ ص181

[2] - احمد غاي ؛ المرجع نفسه؛ ص184

[3] - المرسوم 104/80؛ المؤرخ في 5 فبراير1980 والمتضمن خدمة الدرك والمتمم بالمرسوم 19/88 المؤرخ في 2مارس1988 والمحدد لمهام الدرك وتنظيمه والتي حددها طبقا للمادة 2منه بتنفيذ القانون وحفظ النظام. وهي الوظيفة التي تشترك فيها كل فئات موظفي الأمن العمومي طبقا للمرسوم رقم 481/83 المؤرخ في 13 أوت 1983 والذي يحدد الأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن العمومي. ينظر إلى هذه المراسيم وعلاقته بحفظ النظام العمومي د/ أحمد غاي؛ مرجع نفسه؛ ص26و184

يعتبر الاستيقاف **إجراء ضبطي** مقيد لحرية الحركة؛ يأمر به أعوان الأمن العمومي؛ مقتضاه وقف كل شخص مشتبه فيه؛ وضع نفسه عن طواعية واختيار في موضع الريبة والظن كالفرار؛ والارتباك ومحاولة إخفاء أشياء أو رميها عند رؤيتهم ؛ تستلزم تدخل القوة العمومية للتحري والكشف عن حقيقته درأ لكل احتمال بإخلال النظام العام؛ ومثاله الأمر بعدم الحركة لكل من تواجد في مسرح الجريمة المتلبس بها[1].

وهو **غير القبض** الذي لا بد في مباشرته من صدور أمر قضائي[2]؛ أو بعد ارتكاب جريمة مباشرة؛ الأمر الذي لا يشترط في الاستيقاف الذي يكون لمجرد الاشتباه ولو لم تقع جريمة؛ إضافة إلى أنه إجراء إداري لا يستوجب سؤال المشتبه فيه ولا تفتيشه إلا وقائيا خلافا للقبض[3].

ويجد هذا الإجراء مشروعيته رغم أنه ماس بحرية التنقل ومقيد لحركة الغدو والرواح ومعطل لقضاء مصالح الأشخاص المستوقفين في انه إجراء ضروري لدفع وتوقي كل ما من شأنه تهديد النظام العمومي. ولذلك يرى الرأي الراجح في تكييف طبيعة هذا الإجراء انه عمل وقائي من أعمال الضبط الإداري وفي هذا يرى **د/ رؤوف عبيد**[4]" الاستيقاف مجرد إيقاف عابر سبيل عند الضرورة لتوافر شبهات كافية لسؤاله عن اسمه ومهنته وعنوانه ووجهته إلى نحو ذلك من البيانات التي قد تلزم رجل الإدارة كما يقوم بواجبه كرجل إداري منوط به منع الجريمة قبل أن تقع بالفعل مادام ليس في تصرفه تعارض فعلي لحرية الإنسان قل مداه أو كثر. مع انه يمكن أن يكون إجراء من أعمال الضبط القضائي إذا كان عقب جريمة وقعت تم الشروع في التحري عن ملابساتها وهذا ما يمكن استنتاجه من المادة 65في إطار إجراءات التوقيف للنظر لمقتضيات التحقيق لمدة48ساعة؛ ومن المعلوم أن توقيف الشخص للنظر لا يتأتى إلا بعد استيقافه.

ويمكن أن يكون الاستيقاف إجراء مكملا ومتمما لعملية الاستعراف كما في حالة طلب التعرف على الهوية لمن ليس بحوزته ما يثبت شخصيته فيضطر رجل الضبط إلى استيقافه إلى غاية التأكد من عدم وجود اسمه في قائمة الأشخاص الذين هم محل بحث قضائي[5].

وعليه يكون الاستيقاف إجراء ضبطي وقائي في غالبيته لا يخول لسلطة الضبط إجراء عملية التفتيش الدقيق إلا ما تعلق بالتفتيش الأمني حول مدى حمل السلاح؛ وبهذا يكون الاستيقاف مبرر بوضع الشخص نفسه موضع

---

[1] – ينظر حول هذا التعريف؛ د/ مأمون محمد سلامة؛ قانون الإجراءات الجنائية؛ ص241؛ ؛ د/ فوزية عبد الستار؛ شر قانون الإجراءات الجنائية طبعة1986؛ص 284 ؛ د/ محمد نجيب حسني؛ شرح قانون الإجراءات الجنائية؛ ص604؛ د/ فتحي سرور؛ الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ؛ طبعة ؛1985 ؛ ص607

[2] – للتمييز بين الاستيقاف والقبض ينظر إلى د/ عادل إبراهيم صفا؛ سلطات مأموري الضبط القضائي بين الفعالية وضمان الحريات؛ رسالة دكتوراه كلية الشرطة مصر؛ سنة2001؛ ص267.

[3] – ينظر د/أحمد عبد الظاهر؛ استيقاف الأشخاص في قانون الإجراءات الجنائية؛ ط1؛ سنة2006؛ دار النهضة العربية القاهرة؛ ص24

[4] –د/ رؤوف عبيد؛ المشكلات العملية الهامة؛ مرجع نفسه؛ ص241

[5] – د/ أحمد غاي؛ مرجع سابق ؛ص191

التهمة والشك أي انه مرتبة ما بين الاستعراف والقبض؛ غايته كشف حقيقة الشخص المشتبه فيه لقطع الشك باليقين في أمره.[1]

3-3-القبض ودوره في تقييد حرية التجول والتنقل.

لم ينص دستور الجزائر لسنة 1996 صراحة على القبض؛ بل اكتفى بالتعرض لمسألة المتابعة والتوقيف والاحتجاز في مادته 47 غير أنه يفهم ضمنيا أن القبض يدخل في إطار التوقيف والاحتجاز، تاركا تفصيل ذلك لقانون الإجراءات الجزائية في مواده 119 و 120 و 121 و 122، تعرض للقبض بالتعريف وتبيان حالاته والضمانات الموفرة للمقبوض عليه[2].

وعليه فإن القبض هو حرمان الشخص من حريته في التجول؛ بطريقة قانونية لشبهة معقولة تستدعي سلب حريته مؤقتا في مؤسسة عقابية وليس لمجرد اشتباه، بأمر صادر عن السلطة القضائية؛ مؤشر عليه من قبل وكيل الجمهورية لمدة محددة قانونا.[3]

وترتيبا على ذلك يعتبر القبض إجراءا خطيرا من إجراءات التحقيق القضائي يمس بالحرية الشخصية[4] بما فيها حرية التنقل الدستورية رغم أنه مقرر في مشروعيته بالنص الدستوري طبقا للمادة 47من الدستور" لا يتابع أحد ولا يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون وطبقا للأشكال التي نص عليها" فالاحتجاز مشروط في استعماله بما قرره قانون الإجراءات في المادة 119" التي جعلته مرتبط بالمتهم الذي صدر حكم ضده من أجل سوقه إلى المؤسسة العقابية؛أو المتهم الفار بهدف اقتياده إلى النيابة العامة أو قاضي التحقيق. فهو في حقيقته الأمر الصادر إلى القوة العمومية بالبحث عن المتهم وتقييد حريته؛بمنعه من التنقل بحرية تنفيذا للأوامر القضائية بالإحضار والقبض والإيداع ز وكذا في حالة الجريمة المتلبس بها حيث يملك ضابط الشرطة القضائية حق القبض على المشتبه فيهم الرئيسيين وتوقيفهم في مراكز الأمن للنظر في أمرهم لمدة لا تزيد على48ساعة.

وعلى هذا يكون القبض غالبا عقب الاستيقاف بأمر صادر عن السلطة القضائية؛ مضمونه مصادرة حرية التنقل و تقييد للحرية الشخصية؛ يخول لعون الأمن العمومي استعمال القوة العمومية إذا لزم الأمر بموجب إكراه بدني كما في حالة الشخص المحكوم عليه[5]. وهو مستوجب لتفتيش الشخص المقبوض عليه تفتيشا أمنيا وتفتيشا قضائيا للبحث عن أدلة وأشياء لها علاقة بالجريمة ومرتكبيها. على أن يكون الشخص المقبوض عليه في هذه الحال عالما بأسباب القبض عليه؛ محترم الكرامة الإنسانية؛ من غير إكراه بدني ولا معنوي؛ وفقا للمادة 112 من ق إ ج.

---

[1] -د/ عادل عبد العال خراشي؛ ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم؛ دراسة مقارنة؛ رسالة سابقة؛ص246

[2] – د/ احمد غاي ؛ المرجع السابق؛ ص193 وما بعدها.

[3] -حول تعريف ينظر د/ مأمون سلامة؛ قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض؛ طبعة1980؛ص233 ود/ فتحي سرور؛ الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية؛ ص40

[4] – د/عادل إبراهيم صفا؛ سلطات مأموري الضبط القضائي بين الفعالية وضمان الحريات؛ ص203

[5] – ينظر في اعتبار الإكراه عنصرا في تعريف القبض د/ محمد عوض محمد؛ قانون الإجراءات الجزائية؛ طبعة 1989؛ص252. ود/ زكي أبو عامر؛ الإجراءات الجنائية؛1984؛ ص199

3-4-أثر التوقيف للنظر في تقييد الحرية الشخصية:

التوقيف للنظر؛ والحجز؛ والإيقاف رهن الإشارة؛ والوقف تحت المراقبة؛ تعددت الأسماء والهدف واحد تقييد الحرية الشخصية من أجل دفع احتمال الإخلال بالنظام العام.

هو إجراء استثنائي بوليسي يأمر به ضابط الشرطة يوضع-يحتجز- بناء عليه المشتبه فيه بارتكاب الجريمة لمقتضيات التحقيق-الشرطة والدرك- تحت سلطة مصالح الأمن في محافظات وفقا لإجراءات شكلية ولمدة زمنية محددة قانونا[1].طبقا للمادة 51 وكذا المادة 65،

وعليه **فالتوقيف للنظر لا يعتبر عقوبة** وإنما مجرد وضع الشخص تحت الرقابة خشية هروبه ولذلك لا يمنع من الاتصال بعائلته متى طلب ذلك بل يجب تمكينه من ذلك.إضافة إلى حقه في إجراء فحص طبي من طرف طبيب بمعرفته، مباشرة بعد انتهاء مدة التوقيف للنظر لتضمن شهادته في الملف مع محضر الاستجواب والذي يحدد فيه، مدة الاستجواب، فترة الراحة، اليوم والساعة التي أطلق سراحه فيهما أو قدم للقاضي المختص مرفقة بتوقيعه على جميع المحاضر.وهذا طبقا للمادة 48 "يخضع التوقيف للنظر في مجال التحريات الجزائية **للرقابة القضائية** ولا يمكن أن تتجاوز مدة 48 ساعة، على أن يملك الشخص الذي يوقف للنظر حق الاتصال فورا بأسرته ولا يمكن تمديد مدة توقيف للنظر إلا استثناءا ووفقا للقانون على أنه **يجب إجراء فحص طبي** على الشخص الموقوف بعد انتهاء مدة التوقيف إذا طلبه."[2] وقد يتعسف ضابط الشرطة القضائية أثناء القبض أو التفتيش كأن يقبض على شخص بالاستثناء في حالة التلبس بالجريمة، أو كأن يقبض عليه دون استظهار البطاقة المهنية على الرغم من إمكانية فعله ذلك، لوما يطالبه المشتبه فيه بذلك يرفض، وقد يتعسف عند تفتيشه للمساكن المجاورة للسكن المخول له بموجب إذن من قاضي التحقيق تفتيشه بحجة أنها تجاور السكن المقصود أساس بالتفتيش. وكل فيه انتهاك صريح الحرية تحت غطاء حفظ النظام العام؛ ولذلك تدخل المشرع بتقرير البطلان[3]عن كل إجراء غير مشروع.و البطلان هو

---

[1] – أحمد غاي؛ التوقيف للنظر؛ سلسلة الشرطة القضائية1؛ دارهومة؛ الجزائر؛ ط1؛ سنة 2005؛ ص16

[2] – ونظرا لاحتمال حصول تجاوزات من قبيل الإكراه البدني والإساءة المعنوية والضغط النفسي وعدم احترام الكرامة الإنسانية ؛أقر المشرع بمجموعة من الضمانات للشخص الموقوف تحت النظر.منها بالمدة القانونية المحددة ب48 ساعة، غير أنه يمكن مضاعفتها دون أن تتجاوز 12 يوم في الجرائم الخاصة بالاعتداء على أمن الدولة مثل الأفعال الإرهابية والتخريبية ؛مع ضرورة إعلام وكيل الجمهورية بضرورة هذا الإجراء في تقرير مكتوب عن دواعي هذا الإجراء على الفور. والذي يمكنه على ضوء ذلك أن يوجه الاتهام إلى المشتبه فيه مباشرة ليصير في حكم المتهم **المحبوس مؤقتا** كإحدى الأوامر الأشد وطأة على الحرية الفرية؛ والتي يختص بإصدارها قاضي التحقيق. أو قاضي الحريات والحبس في فرنسا. ينظر أحد غاي ؛ التوقيف للنظر ؛ ص44

[3] – د/عادل إبراهيم إسماعيل صفا، سلطات مأموري الضبط القضائي بين الفعالية وضمان الحريات، ص 402.

[3] – أوهابية عبد المالك؛ المرجع السابق؛ ص 446.

الجزاء الإجرائي الذي يستهدف كل عمل إجرائي لا يتوفر فيه عنصر أو أكثر من العناصر الجوهرية ،بحيث يصير معدوما؛ ولا يترتب عليه أثاره القانونية ولذلك فهو يعد أعظم الجزاءات الإجرائية أثرا.[1]

ثانيا: دور حفظ النظام العام في تقييد الحرية أثناء التحقيق الابتدائي وتطبيقاته في الجزائر .

1- التفتيش ودوره في تقييد الحرية الشخصية

يعتبر التفتيش كأثر من الآثار التي تترتب عن القبض؛ وهو إجراء ذو طبيعة وقائية أحيانا كحالة استيقاف شخص مشتبه فيه أو محكوم عليه بتفتيشه من أجل تجريده من استعمال السلاح لإيذاء نفسه أو أحد أعوان الأمن وهو ما يعرف بالتفتيش الإداري الوقائي.

وهو ذو طبيعة قمعية أحيانا أخرى في حالة ما يكون بأمر من قاضي التحقيق في إطار الإنابة القضائية لضباط الشرطة للبحث عن كل ما يوصل إلى إظهار الحقيقة.[2]

ينطوي في جوهره على اعتداء واقع على حرمة الإنسان في شخصه وفي مسكنه، هدفه الوصول إلى أدلة الجريمة[3]، ونظرا لخطورته على الحق في الخصوصية الشخصية فقد أحاطه المشرع بالضمانات تحد من امتيازات الضبط القضائي:

1-1 فبالنسبة لتفتيش الأشخاص فانه مقصور على تفتيش ملابسه وجسده تفتيشا ظاهريا بالفحص الجسدي لكل من قبض عليه في إحدى الجرائم التي تكيف على أنها جنايات أو جنح[4]؛ بحثا عن الحقيقة في مستودع السر بالبحث عن أشياء أو مستندات تفيد في إظهار مرتكبي الجريمة في حدود الآداب العامة وقواعد النظام العام الأدبي خاصة في تفتيش النساء الذي لا يكون إلا من طرف امرأة[5] .

ولا شك أنه إجراء خطير لان فيه اعتداء على الحرية الشخصية في أوسع معانيها؛ ولكن مصلحة المجتمع في الدفاع ضد من أخل بأمنه ونظامه قد تبرره لما يمثله من إجراء ضروري في الحصول على دليل مادي ضد المتهم.

---

[1] -وفقا لنص المادة 158 من ق إ ج فإن النطق ببطلان الإجراء من اختصاص غرفة الاتهام بالمجلس القضائي بطلب من قاضي التحقيق بعد استطلاعه رأي وكيل الجمهورية وإخطار المتهم والمدعي المدني، أو بطلب من وكيل الجمهورية بعد أن يطلب من قاضي التحقيق أن يوافيه بملف الدعوى ليرسله إلى الغرفة الذكورة. هذا وتنص المادة 191 ق إ ج على أن تنظر غرفة الاتهام في صحة الإجراءات المرفوعة إليها وإذا تكشفت لها سبب من أسباب البطلان قضت ببطلان الإجراء المشوب. هذا وقد أقر ق إ ج حالات البطلان القانوني في إجراء التفتيش إذا تم إجراءه بدون حضور صاحب المسكن أو من ينوب عنه وأن لا يتم بين الساعة الخامسة مساءا، إضافة إلى هذا هناك حالات بطلان ناجمة عن مخالفة القواعد الجوهرية المتعلقة بحقوق الدفاع وحق الخصوم في الدعوى مثل عدم استجواب المتهم أو المشتبه فيه وجوهره واحده في إحالته على الجهة القضائية المختصة أو الإسناد ولاعتراف متهم تحت وطأة التعذيب أولى أمام ضابط الشرطة القضائية بناء على إنابة قضائية.

[2] – د/ فوزية عبد الستار؛ شرح قانون الإجراءات الجنائية؛ طبعة 1986؛ص278

[3] – د/قدري عبد الفتاح الشهاوي، ضوابط التفتيش، سلسلة الكتب القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2005، ص 18.

[4] – أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية؛ ص 20.

[5] – د/ عادل إبراهيم صفا؛ الرسالة السابقة؛ ص310؛ نقلا عن رسالة د/ فتحي سرور؛ نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية؛ كلية الحقوق جامعة القاهرة؛1959؛ص170؛.

1-2- وبالنسبة لتفتيش المساكن: فهو الأخطر من حيث آثاره مقارنة بتفتيش الأشخاص، ولذلك اهتم المؤسس الدستوري بنفسه بتنظيمه ووضع ضوابط لممارسته بما يضمن عدم انتهاك حرمة المسكن وحفظ أعراض أهله طبقا للمادة 40 من دستور1996.[1]

وهو الأمر الذي أكد عليه قانون الإجراءات من حيث اشتراط **وجوبية تقديم الإذن** المكتوب صادر من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق والمتضمن الأمر بإجراء التفتيش؛ وذلك **قبل الدخول** إلى المنزل والشروع بالتفتيش و**بحضرة صاحب** المسكن؛ وفي حالة تعذره فلا بد من **معية شاهدين** من غير الأعوان. على أن يحرر محضر لجرد جميع الأشياء والمستندات المضبوطة والمقيدة **بالختم** عليها؛ ولعلى الضمانة الأكثر حماية لحرمة المنزل وحفظا لعرض ساكنيه هي أن التفتيش لا يكون إلا **بعد الخامسة صباحا والثامنة مساء** باستثناء حالتي سماع نداءات النجدة من الداخل أو من صاحب المنزل[2].

هذا فيما يخص تفتيش المساكن في حالة التلبس أما في غير حالات التلبس فإنه لا يجوز تفتيش المساكن ومعاينتها وضبط الأشياء المثبتة للتهمة إلا **بالرضا الصريح** لشخص الذي ستتخذ لديه هذه الإجراءات.

ولما كان الرضا بتفتيش المسكن تعبيرا عن إرادة التزول عن الحق في كفالة حرمته، فإنه يتعين أن تتوافر له الشروط التي تجعل منه صحيحا عن الإرادة.[3]

2- أثر الحبس المؤقت في تقييد الحرية الفردية:

لعل من أخطر الإجراءات الماسة بالحرية الفردية إقدام سلطة التحقيق على الأمر **بالحبس المؤقت**، مما يجعله إجراءا خطيرا؛ يمس بحرية الأفراد وكرامتهم ، الأمر الذي يستوجب إحاطته بضمانات حقيقية كفيلة بالتخفيف من حدته[4]، خاصة وانه مجرد إجراء استثنائي، فلا يجب أن يصبح هذا الاستثناء أصلا و الحرية هي الاستثناء.

---

[1] - التي تنص على أن "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن وأنه لا تفتيش إلا بمقتضى القانون وفي إطار احترامه ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة.

[2] -غير أن المشرع الجزائري قد استثنى الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية والجرائم المتعلقة بالمخدرات والدعارة من هذه الشروط

[3]- محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 104.

[4] - ومن بين هذه الضمانات التي تبناها المشرع الجزائري بمقتضى التعديل الذي عرفه قانون الإجراءات بموجب القانون 01-08 والمؤرخ في 26 يونيو سنة 2001؛ حق المتهم في الطعن من الأمر بالحبس المؤقت: فحسب الفقرة الثانية من المادة 123 مكرر السابق ذكرها: "يبلغ قاضي التحقيق الأمر المذكور شفاهة إلى المتهم و ينبهه بأن له ثلاثة أيام من تاريخ هذا التبليغ لاستئنافه".

وبناء على هذا النص أصبح بإمكان المتهم أن يستأنف أوامر الحبس المؤقت مثله مثل النيابة العامة، و يتم استئناف أمر الحبس المؤقت أمام غرفة الاتهام (م 172) كدرجة ثانية للتحقيق. وعلى النائب العام أن يهيئ القضية خلال خمسة أيام على الأكثر من استلام أوراقها، ويقدمها مع طلباته فيها إلى غرفة الاتهام، ويتعين على هذه الأخيرة أن تصدر حكمها في موضوع الحبس المؤقت في أقرب أجل، بحيث لا يتأخر ذلك عن عشرين يوما (25)من تاريخ استئناف الأمر وإلا أفرج عن المتهم تلقائيا ما لم يتقرر إجراء تحقيق إضافي فإذا رأت غرفة الاتهام أن هذا الأمر لا يستند إلى أسباب قانونية قررت الإفراج عنه. ينظر د/ بدر الدين يونس؛ حماية الحرية الفردية في قانون الإجراءات الجزائية -الحبس المؤقت نموذجا؛ ص7

و لهذا فقد كان محل انتقاد شديد من طرف الفلاسفة وفقهاء القانون منذ النصف الثاني من القرن الثامن عشر الميلادي باعتبار أن هذا الإجراء يتعارض مع كرامة الإنسان وحريته التي تعتبر حقا طبيعيا يتمتع به كل فرد[1] الأمر الذي دفع بالمشرعين إلى تضمين تشريعاتهم وخاصة قانون الإجراءات الجزائية منها ما يضمن هذه الحماية[2].

و لم يقدم المشرع الجزائري تعريفا للحبس المؤقت، و اكتفى كغالبية التشريعات الجنائية بوصفه أنه "**إجراء استثنائي**" طبقا للمادة 123؛ إلا أن الفقه الجنائي حاول من جهته أن يضع تعريفا للحبس المؤقت أو الحبس الاحتياطي فعرفه البعض بأنه: "وسيلة إكراه تتضمن حبس فرد ما، من أجل الفصل في مدى إدانته بالنسبة للإدعاء الموجه ضده" وعرفه آخرون بأنه: "سلب حرية المتهم مدة من الزمن تحددها مقتضيات التحقيق و مصلحته، وفق ضوابط قررها القانون"[3].

ومهما يكن فإن الحبس المؤقت هو **إجراء استثنائي**؛ يوصف بهذه الصفة لكونه يسلب حرية المتهم قبل أن تتقرر إدانته بحكم نهائي، ذلك أن الأصل يقتضي أن المتهم ما يزال يتمتع بالبراءة الأصلية حتى يقرر في أمر إدانته ذلك أن الأصل في المتهم أنه بريء حتى يثبت إذنابه. وفي انتظار ذلك قد يستلزم أحيانا مصادرة حرية الفرد قبل تقرير إدانته، فالحبس المؤقت بهذه الكيفية يعد تضحية ضرورية بحرية الفرد لصالح الجماعة أو كما قيل أنه: "ضرر لازم أو ضروري" أي أنه **شر لابد منه** " c'est un mal nécessaire "[4].

ويلاحظ أن المشرع الجزائري في التعديل الأخير[5] لقانون الإجراءات الجزائية الصادر بالقانون 01-08 و المؤرخ في 26 يونيو سنة 2001 قد استعار من المشرع الفرنسي[6] التسمية الجديدة لهذا الإجراء فأصبح الحبس الاحتياطي

---

[1] – د/الأخضر بوكحيل، الحبس الاحتياطي في التشريع الجزائري المقارن؛ رسالة دكتوراه؛ جامعة القاهرة؛ سنة 1989؛ ص50.

[2] – و قد ترددت هذه المعاني كذلك في الدستور الجزائري لسنة 1996 ؛ فـ " كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته؛ مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون" (المادة 45) ، و أن " لا يتابع أحد ولا يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون؛ وطبقا للأشكال التي نص عليها " (المادة 47) ، و أن " يخضع التوقيف للنظر في مجال التحريات الجزائية للرقابة القضائية , و لا يمكن أن يتجاوز مدة ثمان و أربعين ساعة..." (المادة 48).

[3] – د/محمود نجيب؛ شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، بند767 نقلا د/الأخضر بوكحيل، المرجع السابق،ص 7

[4] – د/إسماعيل محمد سلامة، المرجع السابق، ص 13 .

[5] – و معلوم أن هذا التعديل ليس هو الأخير إذ صدر بعده تعديلين وقد حافظا على هذه التسمية تكريسا لحماية حقوق المتهم؛ وهما القانون 14/04 المؤرخ في 2004/11/10؛ جريدة رسمية العدد71 الصادرة بتاريخ 2004/11/10؛ والقانون **22/06** المؤرخ في 2006/12/20 ؛ جريدة رسمية 84 الصادرة بتاريخ 2006/12/24؛ و الذي منح سلطات الضبط القضائي صلاحيات واسعة في مجال البحث والتحري مثل **عملية التسرب** خفية في وسط الجماعات المشبوهة **قصد إيهامهم بأنه واحدا منهم** ؛والذي خصص له فصلا كاملا تحت عنوان " **في التسرب**" من المادة 56 مكرر11 إلى غاية المادة65 مكرر18. وهو نوع من المساس الخطير بالحق في الحياة الخاصة طبقا للمادة 65 مكرر11؛ فضلا عن سلطة الضبط في اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور عند الضرورة في الجريمة المتلبس بها؛ أو التحقيق الابتدائي في جرائم خاصة طبقا للمادة 65 مكرر5 إلى غاية 65 مكرر10. ومع ذلك فقد قيد المشرع مثل هذه القيود بضرورة إذن قاضي التحقيق؛ أو تحت الرقابة المباشرة لوكيل الجمهورية المختص؛ أعطى المشرع ضمانات للمشتبه فيهم.

[6] – لقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح الحبس الاحتياطي Détention préventive منذ صدور قانون الإجراءات الجزائية بالأمر بالأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو1966؛ متبعا في ذلك القانون الفرنسي؛ و تردد هذا المصطلح في كثير من تشريعات العالم، و

الاحتياطي حبسا **مؤقتا**؛ وبهذا التعديل أكد المشرع مرة أخرى على الطابع الاستثنائي للحبس المؤقت، بعد أن أبقى على هذه الصفة والتأكيد عليها في التعديل الجديد "**الحبس المؤقت إجراء استثنائي**" (المادة 1/123 ق إ ج), فهو مؤقت لا يجب التمادي في فرضه على المتهمين بدعوى الاحتياط التي تستند إلى مبررات قد لا تنتهي، و هو مؤقت من جانب آخر بحيث لا يجب أن يتعدى المدد التي حددها القانون والتي راعى كفايتها لإجراء التحقيقات اللازمة لكشف الحقيقة[1].مما يجعله مجرد إجراء مؤقتا تقتضيه ضرورات التحقيق، و ليس عقوبة مسبقة يدان بها المتهم قبل الفصل في وضعيته.

2-1 – ضرورة تسبيب الأمر بالحبس المؤقت: لقد تضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري قبل تعديله شرط تسبيب تمديدّ أمر الحبس الاحتياطي سابقا؛ وعدم اشتراط تسبيب الأمر الأصلي بالحبس وهو ما أدي إلى الإسراف في استعماله لسهولة إصداره بحكم خلوه من أي تسبيب.

وخلافا لذلك أقر التعديل الجديد وجوب التسبيب[2] بمقتضى أحكام المادة 123 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية: "يجب أن يؤسس أمر الوضع في الحبس المؤقت على الأسباب المنصوص عليها في المادة 123 من هذا القانون. ويبلغ قاضي التحقيق الأمر المذكور شفاهة إلى المتهم وينبهه بان له ثلاثة أيام من تاريخ هذا التبليغ لاستئنافه يشار إلى هذا التبليغ في المحضر".وقد عددت المادة 123 ق.إ.ج الأسباب التي يجب تأسيس أمر الحبس المؤقت عليها وهي:1- إذا لم يكن للمتهم موطن مستقر أو كان لا يقدم ضمانات كافية للمثول أمام العدالة، أو

قد عدل المشرع الفرنسي عن هذا المصطلح منذ صدور قانون 17 يوليو سنة 1970، و أصبح يستعمل بدلا عنه " الحبس المؤقت Détention Provisoire " و يعود سبب التخلي عن التعبير الأول هو أن كلمة " الاحتياط" إنما تنطوي على العديد من مبررات الاحتياط في حين أن الحبس السابق على الحكم إنما يتحدد دوره المعني بإجراءات التحقيق دون غيره.

[1] – يرى البعض : "أن التعديل الأخير لقانون الإجراءات الجزائية و إن هو رسم الحالات و الحدود الواضحة لتمديد الحبس المؤقت و جعل الاختصاص بتنمية قاضي التحقيق من اختصاص رئيس غرفة الاتهام، فإنه تراجع كثيرا عن الضمانات التي قررها خاصة القانون رقم 86-05 الذي حدد الحد الأقصى للحبس المؤقت بستة عشر شهر، في حين أن الحد الأقصى للحبس المؤقت في التعديل الأخير بالقانون رقم 01-08 يصل إلى 60 شهر، إلا أن ما يخفف من هذا أن التعديل الأخير يميز بين الجنايات ما إذا كانت جناية يعاقب عليها بالسجن دون العشرين سنة، و الجنايات المعاقب عليها بعشرين سنة أو الإعدام أو السجن المؤبد، و الجنايات الموصوفة بالعمل الإرهابي أو التخريبي والجنايات العابرة للحدود" ينظر عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية التحري و التحقيق؛ دار هومة ؛ 2003 ،ص 380.

[2] – يمثل تسبيب أمر الحبس المؤقت أحد أهم الضمانات الإجرائية التي تحقق التوازن بين حقوق الإنسان المتهم، و بين مصلحة الجماعة و مقتضيات التحقيق, و يمكن بيان أهمية التسبيب فيما يلي:

أ- تنوير الرأي العام بتوافر أسباب حقيقية تدل دلالة واضحة على ارتكاب الشخص المتهم لأفعال تمثل جريمة، مما ينبئ عن خطورة إجرامية كامنة وجب اتقاؤها وهو ما يجعل من هذا الأمر إجراء ضروريا من إجراءات التحقيق و لا يمكن اعتباره مساسا بحقوق الإنسان.

ب- التسبيب يشكل قيدا على قاضي التحقيق؛ مما يحدّ من الإفراط فيه بدون مقتضى، لأن عدم اشتراط التسبيب في مثل هذا الأمر يعني إمكانية التسرع في الأمر به في كل حال وبدون اكتراث بمدى توافر هذه الأسباب في كل مرة.

ج – إتاحة فرصة مراقبة القضاء لمدى شرعية الأمر الصادر بالحبس المؤقت في حالة الطعن في هذا الأمر، بحيث يجب الحبس المؤقت مؤسسا على أسباب واقعية وقانونية حتى تضمن جديته والثقة في الجهة المصدرة له وفي العدالة بصفة عامة. ينظر أ/ درياد مليكة؛ ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي في ظل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري؛ منشورات عشاش الجزائر؛ ط1سنة 2003؛ص182 .

كانت الأفعال جد خطيرة. 2- و عندما يكون الحبس المؤقت الوسيلة الوحيدة للحفاظ على الحجج أو الأدلة المادية أو وسيلة لمنع الضغوط على الشهود أو الضحايا، أو لتفادي تواطؤ بين المتهمين و الشركاء، و الذي قد يؤدي إلى عرقلة الكشف عن الحقيقة.3- وعندما يكون هذا الحبس ضروريا لحماية المتهم أو وضع حدّ للجريمة؛ أو الوقاية من حدوثها من جديد.4- وعندما يخالف المتهم من تلقاء نفسه الواجبات المترتبة على إجراءات الرقابة القضائية المحددة لها. حسب نص المادة 123 ق.إ.ج "عندما يخالف المتهم من تلقاء نفسه الواجبات المترتبة على إجراءات الرقابة القضائية المحددة لها"؛ ويلاحظ أن هذه الأسباب في معظمها للها علاقة بتوقي الإخلال بالنظام العمومي؛ غير أن هذا الأمر يبقى مرهونا بالتطبيق السليم والصحيح لهذه الأحكام وأن لا تستغل بعض المصطلحات الواردة بالقانون استغلالا سيئا وذلك بليّها حسب ما تقتضيه المصلحة المغلوطة، و إعطائها مفهوما أوسع ينسف بالضمانات التي توخاها المشرع من هذا التعديل كعبارات "**الأفعال جد خطيرة**" و" **عرقلة الكشف عن الحقيقة**" التي تعد عبارات عامة فضفاضة قد يتعسف في استغلالها في انتهاك الحريات الشخصية بدعوى إقرار النظام وإعادة استتبابه[1].

وعليه يلاحظ أن مصدر كل هذه القيود التي توردها سلطات الشرطة القضائية على الحريات الشخصية مصدرها الأساسي هو **فكرة النظام العام**؛ مما يعني اعتبار سلطة الضبط القضائي سلطة مستقلة في حفظ النظام العمومي؛ من خلال عمليات التحري والبحث وجمع الاستدلالات بمختلف الطرق والوسائل المشروعة التي لا تضر بالحقوق الفردية؛ وتكمن علاقتها بحفظ النظام في مجموعة الإجراءات والتدابير الاحترازية والاحتياطية التي قد تأمر بها مما ينطوي على تقييد للحرية أو مصادرتها مؤقتا؛ كالاستيقاف والقبض والحبس المؤقت؛ و التفتيش بمختلف صوره؛ فكلها في الواقع إجراءات مقيدة للحرية الفردية.

وفي هذا المقام يلاحظ أن المشرع الجزائري أصبح مسايرا للضمانات الدولية في حماية حقوق الإنسان في مرحلة التحقيق القضائي؛ وهي ما يظهر من خلال التعديلات الجديدة والمستمرة في كل مرة لقانون الإجراءات الجزائية؛ ويرجع ذلك إلى أن أساليب الضبط القضائي أكثر مساسا وأشدها وطأة على الحريات التي أصبحت حمايتها مطلبا دوليا؛ مما يستوجب البحث عن أفضل ضمانات حمايتها؛ لأنها في الغالب إجراءات ردعية تمس فيها الحريات مباشرة بإجراءات سالبة للحرية وأخرى مقيدة لها؛ ولخطورتها يلاحظ الباحث أن هناك تطور دولي في تسيير هذه المرحلة يتعلق الأمر بظاهرة **كيفية الحد من العقاب** من خلال استبدال **حق الدولة في العقاب** التقليدي بأسلوب العقوبات **الإدارية الوقائية**[2]؛ في ظلما يعرف **بقانون العقوبات الإداري** من خلال أساليب الغرامة الإدارية؛

---

[1] – بدر الدين يونس ؛حماية الحرية الفردية في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري(الحبس المؤقت نموذجا)مدخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول الحريات والحقوق في ظل العولمة –غير منشورة- ؛ص7

[2] – ينظر في أبعاد هذا التطور ومبرراته وأهم تطبيقاته المعاصرة في كل من ألمانيا وايطاليا؛ عند د/ محمد سامي الشوى؛ القانون الاداري الجزائي – **ظاهرة الحد من العقاب**-؛ دار النهضة العربية؛ القاهرة؛ 1996؛ ص20؛ ود/ محمد سعد فودة؛ النظام القانوني للعقوبات الإدارية؛ دراسة مقارنة؛ 2006-2007؛ ؛ص35 ؛

وسحب التراخيص؛ والمصادرة؛ أو بإتلاف البضاعة؛ وفي حالة التحقيق في الجرائم الماسة بالأشخاص والأموال تستبدل إجراءات التحقيق فيها بأساليب بنظام **الرقابة القضائية**؛ والإفراج المؤقت مقابل **كفالة مالية**؛ **وبالحبس المترلي** وفق أجهزة الكترونية متصلة بمراكز الشرطة؛ أي أنها عقوبات غير سالبة للحرية؛ وإنما مجرد عقوبات مالية؛ أو مجرد الحرمان من بعض الحقوق والامتيازات؛ والوضع تحت المراقبة؛

ولا شك أن في ذلك حماية لحرية غير معتادي الإجرام. كم أنها عقوبات تراعي مبدأ الكرامة الإنسانية؛ دون إهمال حق الدولة في العقاب للإصلاح والردع؛ وفي حفظ النظام والسهر على سيادته.

ثالثا: دور الضبط القضائي في حماية النظام العام وأثره في ممارسة الحريات الفردية في النظام الإسلامي:

إذا كان لفكرة النظام العام دورها الهام في إصباغ المشروعية على كثير من التدابير الاحترازية والوقائية في القانون الجنائي الوضعي؛ كالقبض والتوقيف تحت النظر والتفتيش؛ على أساس أولوية النظام على ممارسة الفرد لحريته وتعلق تلك الإجراءات والتدابير بالصالح العام الذي يجب أن يكون مقيدا للنشاط الخاص تطبيقا لقاعدة **"يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"**؛ وأن درأ المفسدة أولى من جلب المصلحة كما هو مقرر في قواعد الشريعة؛ فان من حق الباحث أن يساءل هل عرف النظام الإسلامي مثل هذه التدابير الوقائية؛ وهل يعود مصدر مشروعيتها إلى فكرة النظام العام الشرعي؛ ليتم بعدها التأصيل لضوابط هذا التقييد الواردة على سلطة المحتسب والقاضي ووالي الشرطة أثناء مراحل التحقيق القضائي؛ ذلك أن الضرورة في الشريعة مقدرة بقدرها ومنضبطة بمقاصدها؛ وأنها **لا تسقط حق الغير** في طلب التعويض عن **الخطأ القضائي** مهما كان المبرر.

1- أهمية وجود مرحلة التحري والاستدلالات في النظام الإجرائي الإسلامي:

رغم عدم وجود كتابات لفقهاء الشريعة القدامى في التنظير لمرحلة التحري والاستدلالات كمرحلة مستقلة عن مراحل الدعوى العمومية؛ إلا أن المتتبع في أصول النظام الإجرائي في الإسلام يلاحظ أن القضاء كان موزعا بين جهات متعددة: وهي عموما الخليفة؛ والقاضي؛ ووالي المظالم؛ ووالي الحسبة؛ وصاحب الشرطة؛ مما يعني أن عدم وجود جهة معينة ومتخصصة بمهام التحري والاستدلال في الدعوى الجنائية[1] خلافا لما هو عليه الحال في القانون مع ضباط الشرطة القضائية؛ وكذا **قاضي الحريات** في القضاء الفرنسي.

ويترتب على هذا أن النظام الاتهامي هو النظام الذي كان يسود في أغلب القضايا الجنائية؛ حيث يتم تحريك الدعوى عن طريق صاحب الحق الذي يطلب توقيع العقاب من القاضي مباشرة دون أن توجد مرحلة سابقة على المحاكمة[2]. غير أن اغلب الفقهاء المعاصرين قرروا وجود ما يسمى في الفقه الإجرائي الجنائي المعاصر بالتحقيق

[1] - ينظر د/عادل عبد العال خراشي؛ ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم –دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون؛ رسالة دكتوراه؛ جامعة الزقازيق سنة 2002؛ ص20

[2] - ينظر د/ محمد راجح حمود؛ حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية؛ رسالة دكتوراه جامعة القاهرة؛ كلية الحقوق؛ سنة 1992؛ ص193؛ د/ محمد سلام مذكور؛ القضاء في الإسلام؛ طبعة1944؛ ص17

الأولي أو مرحلة التحريات الأولية؛ حيث كانت من اختصاص رجال الشرطة؛ والمحتسبين وأعوان والي المظالم ووالي الجرائم[1].

وبناء على ذلك يعرفها أغلب الباحثين[2] بأنها:" مجموعة الإجراءات الأولية والتمهيدية المتخذة بعد وقوع الجريمة بقصد البحث والتحري عن مرتكبيها؛ عن طريق أشخاص مخصوصين مكلفين بجمع أدلة مدى نسبة الفعل المجرم للشخص المشتبه فيه دون تعسف أو تعرض لحرياته؛ تمهيدا لتقديمه إلى المحاكمة لإنزال العقاب عليه إن كان هناك وجه لذلك".

ويستدل معظم الفقهاء على اختصاص رجال الشرطة بمساعدة القاضي في التعرف على المجرم وكشف حقيقة الجريمة عن طريق الإنابة القضائية؛ ما ثبت في الصحيحين أن النبي –صلى الله عليه وسلم– **ندب** كل من **عليا؛ والزبير**؛ رضي الله عنهما للقيام بعمل من أعمال التحقيق التي يقوم بها رجال الشرطة القضائية في القانون المعاصر؛ حيث بعثهما في اثر المرأة الجاسوسة قبيل فتح مكة؛ حيث كلفهما بإجراء القبض والتفتيش؛ وتعود أحداث هذه الواقعة أن **حاطب بن أبي بلتعة البدري** كتب كتابا وأرسله مع امرأة إلى قريش لكي توصله مقابل جعل لها؛ يخبرهم فيه بما عزم عليه الرسول الكريم من المسير إليهم لفتح مكة؛ فجاء الخبر لرسول الله بالوحي؛ فخرج علي والزبير في أعقابها حتى أدركاها؛ ففتشا رحلها فلم يجدا شيئا؛ فقال لها علي –ض– : احلف بالله ما كذب رسول الله؛ ولا كذبنا؛ ولتخرجي هذا الكتاب أو لنكشفنك؛ فلما رأت الجد منه؛ استخرجت الكتاب من قرون شعرها من رأسها؛ فأعطته له"[3].

فتكليف النبي –عليه الصلاة والسلام– **لعلي والزبير** بتتبع المرأة والحصول منها على الكتاب؛ والإذن لهما بالتفتيش إذا امتنعت كلها من إجراءات التحري التي يقوم بها رجال الشرطة القضائية في الوقت الحاضر بتكليف من النيابة العامة[4]؛ وإما عن تهديد الإمام علي لها بتفتيش ملابسها وكشفها لإخراج الكتاب فهو إجراء من قبيل السياسية الشرعية العادلة[5] التي يتوصل بها إلى إظهار الحق وردع أهل الفساد؛ فضلا أنها لم تكن مجرد مشتبه فيها بل هي يقينا مرتكبة لجريمة **متلبس بها** بشهادة الوحي.مما يستوجب التوسع في إجراءات التحقيق فضلا عن أن التحقيق كان في حالة الظروف الاستثنائية ممثلة في حالة التعبئة العامة لفتح مكة؛ وهي قريبة الشبه بالحالة الاستثنائية في القانون الوضعي.

---

[1] – د/عادل عبد العال خراشي؛ ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم –دراسة مقارنة– رسالة سابقة–؛ ص 22

[2] – ينظر إلى هذا التعريف د/ عادل عبد العال خرشي؛ رسالته نفسها؛ ص26؛ ود/ محمد راجح حمود؛ رسالته السابقة ؛ ص197

[3] – ينظر تفاصيل القضية في الصحيحين؛ فتح الباري؛ شرح صحيح البخاري ؛ ج7؛ ص71

[4] – د/عادل عبد العال خراشي؛ ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم –دراسة مقارنة–؛ ص118

[5] – الإمام الطرابلسي؛ معين الحكام؛ ص196

وكذلك يمكن الاستدلال على مشروعية مرحلة التحريات الأولية في النظام الإجرائي في الإسلام **بقصة العرنيين**[1] قوم عكل وعرينة الذي قدموا المدينة على النبي –ص– وتكلموا بالإسلام؛ ثم حدث منهم بعد ذلك ما حدث من ارتداد عن الإسلام؛ وقتلهم لراعي بيت المال؛ وسرقتهم للذود؛ فاصدر النبي تعليماته بإجراء البحث والتحري وجمع الاستدلالات اللازمة عن هؤلاء الجناة؛ وبالفعل فقد تم التوصل إلى القبض عليهم والتثبت من نسبة الأفعال إليهم؛ ولا يخفى أهمية هذه المرحلة في إعادة النظام العام؛ بالقبض على عناصر الإخلال بالنظام العمومي؛ إقامة لحدود الله؛ والكشف عن الجرائم المهددة للأمن والسكينة العمومية.

وتظهر أهميتها بشكل جلي في توضيح وتبصير القاضي في الدعوى المعروضة عليه؛ حتى يتمكن من الاقتناع الشخصي المبني على أدلة قوية؛ ففي **قضية الفتى**[2] الذي شكا للخليفة علي– كرم الله وجهه– فقد والده الذي سافر مع نفر؛ فرجعوا دونه؛ فرفعت الدعوى في بداية الأمر إلى القاضي شريح؛ فقام باستحلافهم؛ وخلى سبيلهم لعدم توفر أدلة الاتهام ضدهم؛ فلما رفعت القضية من جديد على الإمام علي كجهة استئناف في التحقيق؛ استطاع أن يصل إلى الحقيقة؛ حيث استعان ببعض رجال الشرطة في حراسة والتحفظ على كل واحد من المشتبه فيهم؛ ثم مباشرة التحقيق الانفرادي والاستجوابات لكل واحد؛ حيث تمكن في الأخير أن هؤلاء النفر هم الذين قتلوا والد الفتى نظرا لقرينة اختلاف ايجاباتهم عن نفس الأسئلة المقدمة إليهم؛ فضلا عن أقرارهم كل على انفراد بارتكاب الجريمة طمعا في التخفيف من العقاب[3].

وعلى يهدف النظام الإجرائي الإسلامي إلى حماية مجموعة المقومات الضرورية لسلامة المجتمع وأمنه وحماية جميع الأفراد الذي يعيشون فيه؛ بحيث يسود الأمان والاستقرار والانتظام.

2–مهام الضبطية القضائية في النظام الإسلامي : من أجل تطبيق القانون على المشتبه فيهم؛ وحراسة المواطنين من مصادر التهديد المحتملة؛ كان من واجب هيئات البحث والتحري في النظام الإجرائي الإسلامي قبول التبليغات والشكاوى مدا ليد المساعدة ونجدة للمظلومين؛ خاصة في حالات الوقوع جريمة مشهودة متلبس بها؛ سواء من طرف الضحية أو من أي فرد في إطار الاحتساب لله. أو ما يعرف بـ" **دعوى الحسبة**" من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. الذي يمثل واجبا كفائيا لإزالة المنكر لان كل جريمة في الشريعة الإسلامية هي معصية ومنكر يجب على كل قادر تغييره بتبليغ السلطة العامة لاتخاذ الإجراء المناسب ضده؛ وعلى ذلك فالقيام بوظيفة الضبط في الشريعة لا تقتصر على ضباط الشرطة القضائية فحسب بل يمكن أن يقوم بها رجال متطوعون[4].ويمكن التدليل والتمثيل على ذلك بواقعة المغيرة بن شعبة الذي اتهم بمساسه بأحد أعراض المسلمين.

---

[1] ينظر تفاصيل هذه القضية في الصحيحين وشارحهما؛ ابن حجر؛ فتح الباري شرح صحيح البخاري؛ج1؛ ص349

[2] – ينظر في تفاصيل هذه الواقعة عند الإمام الطرابلسي؛ معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام؛ ط2؛ سنة 1973؛ ص173

[3] د/عادل عبد العال خراشي؛ ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم –دراسة مقارنة– رسالة سابقة–؛ ص41

[4] – د/ عبد القادر عودة؛ التشريع الجنائي الإسلامي المقارن؛ ج1؛ ص493

2-1 – قضية المغيرة بن شعبة سنة 17هـ

وتتلخص وقائعها في أن المغيرة-ض- كان واليا على البصرة؛ اتهم بجريمة الزنا من طرف أولئك **النفر**(أبا بكرة بن مروح؛ وسهلا بن عبيد؛ ونافع بن الحارث بن كلدة؛ ومعهم زياد بن أبيه) الذين رأوا في بيت المغيرة المجاور لسكنى **أبي بكرة** ؛ وكأنه **بين رجلي امرأة**؛ قالوا أنها **أم جميل ابنة الافقم** زوج الحجاج بن عبيد؛ فشهدوا على ذلك الفعل ؛ ثم إنهم باشروا إجراءات التحري وجمع الاستدلالات؛ حينما وصل إلى علمهم أن امرأة كانت تتردد عليه؛ وفي رواية أنهم قاموا بترصدها حتى رأوا دخولها عليه؛ فهجموا عليهما؛ فلما خرج المغيرة للصلاة؛ منعوه منها وكتبوا إلى الخليفة بذلك فما كان منه إلا أن كتب لواليه **مرسوما تنفيذيا** عزل فيه وعاتب واستحث وأمر في كتاب واحد فقال" **أما بعد؛ فانه بلغني نبأ عظيم فبعثت أبا موسى أميرا؛ فسلم اليه ما في يديك والعجل**"[1] وبعد فتح التحقيق في القضية شهد الثلاثة أنهم رآوه على أم جميل ... كالميل في المكحلة؛ ولكن نصاب الشهادة لم يكتم ولذلك أمر بالثلاثة فجلدوا الحد ثمانين جلدة.[2] والشاهد في هذه القضية أن هؤلاء النفر من المتطوعة قاموا بمباشرة إجراء الضبط على المغيرة على الرغم من وجود جهاز الشرطة؛ دون أن ينكر الخليفة عليهم عملهم فدل ذلك على مباشرة الأفراد لبعض إجراءات الضبطية القضائية[3].

ويعد إجراء قبول التبليغات أحد إجراءات الاستدلال التي بناء عليها يباشر رجال الشرطة الكشف عن حقيقة الجريمة والقبض على مرتكبيها؛ ومثال ها الواقعي قضية الفتى الذي شكا فقد والده السالف الإشارة إليها؛ فلولا شكواه لما تم معرفة الجناة.

ويمكن لهيئة التحري في الفقه الإجرائي الإسلامي جمع الإيضاحات بحثا عن القرائن التي تفيد في الكشف عن الجريمة؛ كما يمكنها سماع أقوال الشهود وسؤال المشتبه فيهم والاستعانة بأهل الخبرة من آهل الذكر في كل فرع من فروع العلمية والفنية ومثاله ما ورد في الصحيح[4] من استعانة الرسول صلى الله عليه وسلم بأحد الخبراء في القيافة والأنساب لإثبات نسب أسامة الذي كان يلقب بأسامة بن محمد؛ من زيد بن حارثة رضي الله عنها ؛ مع ضرورة التقيد بقواعد الشرعية الإجرائية حماية لحقوق الأفراد وحرياتهم في الحركة والحق في الحياة الخاصة عملا بقوله تعالى "**ولا تجسسوا**" ما يعني حرمة استعمال وسائل التصنت والتجسس أثناء عمليتي جمع البيانات والقيام

---

[1] – ينظر تفاصيل القضية عند الإمام الطبري؛ تاريخ الأمم والملوك؛ ج4؛ ص70 وما بعدها؛ وابن الأثير؛ الكامل في التاريخ؛ ج2؛ ص384 ؛ والإمام الماوردي؛ الأحكام السلطانية؛ ص504

[2] – ينظر في أحداث التحقيق في هذه القضية د/ مقبل احمد العمري؛ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية في النظام الإسلامي؛ ص348 وما يليها.

[3] – د/عادل عبد العال خراشي؛ ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم –دراسة مقارنة-؛ص138

[4] – ابن حجرالعسقلاني؛ فتح الباري شرح صحيح البخاري؛ ج2؛ ص159

بإجراء المعاينة[1]. فالأصل في الشريعة أنه لا يجوز لرجل السلطة الضبطية أن يتتبع ما لا يكونا معلوما أو معروفا؛ وذلك صيانة لأسرار الأفراد وخصوصياتهم من أن تمس وفي الحديث المتفق عليه " إياكم والظن فان الظن أكذب الحديث؛ ولا تجسسوا..."[2]

3- ضوابط التحري وجمع الاستدلالات في الفقه الإجرائي الإسلامي:

3-1- مراعاة مبدأ البراءة الأصلية:

يعتبر **مبدأ البراءة الأصلية** أصلا عاما في كل فروع الفقه الإسلامي؛ وفي هذا يقول الإمام العز بن عبد السلام" وإنما جعلنا القول قول المدعى عليه فيما لو ادعي عليه بحق؛ لظهور صدقه؛ **فان الأصل** براءة ذمته من الحقوق؛ **وبراءة جسده من القصاص والحدود والتعزيزات**؛ وبراءته من الانتساب إلى شخص معين؛ ومن الأقاويل كلها والأفعال بأسرها؛... فيدخل في هذا جميع العقود والتصرفات حتى الكفر والإيمان".[3] مما يعني أنه واسع التطبيق يشمل أبواب العبادات والمعاملات والجنايات.[4].

ويترتب على هذا أن مجرد الشك والريبة لا يكفي دليلا لعقاب المتهم أو المساس بحرياته وحقوقه الفردية لأن البراءة أصل ويقين فيه؛ ولا يرتفع هذا الأصل بلا بيقين مثله؛ فمن المقرر شرعا وقانونا أن ما ثبت بيقين لا يزول إلا بيقين مثله؛ وان اليقين لا يزول بالشك؛ وأن الأصل هو استصحاب الحال وبقاء ما كان على ما كان؛ وقد أخرج ابن ماجة عن ابن عباس عن النبي –**ص**– قوله عليه السلام " **لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمت فلانة؛ فقد ظهر منها الريبة في منطقها؛ وهيئتها ومن يدخل عليها**"[5].

وبناء على هذا الحديث تم التأصيل لمشروعية مبدأ البراءة الأصلية في الشريعة الإسلامية استنادا على نظرية الإباحة الأصلية واستصحاب الحال؛ يقول محمد أبو زهرة:" أن الاستصحاب يؤخذ به في قانون العقوبات؛ وهو أصل فيه؛ لأن الأمر على الإباحة ما لم يقم مثبت للتجريم والعقوبة؛ وان قضية المتهم برئ حتى يقوم الدليل على ثبوت التهمة المبنية على استصحاب البراءة الأصلية"[6].

وهذا فضلا عن اتفاق هذا المبدأ مع الاعتبارات الدينية والخلقية في ضرورة التثبت والتبين والتحري والتروي قبل الحكم بالإدانة والتجريم؛ تحرزا من الخطأ في إدانة برئ؛ ذلك أن الخطأ الذي يترتب على إفلات المجرم من العقاب

---

[1] – د/عادل عبد العال خراشي؛ ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم –دراسة مقارنة– رسالة سابقة–؛ ص55. في إطار مبدأ قرينة البراءة الأصلية دون تعدي أو تعسف وفي الأثر عن النبي صلى الله عليه وسلم: " أكرموا الشهود فان الله يحي بهم الحقوق". وقد ذكر فضيلته انه حديث ضعيف.ينظر هامش رقم 3؛ ص 60

[2] – ابن حجر العسقلاني؛ فتح الباري؛ باب ما ينهى عن التحاسد والتدابر؛ ج1؛ ص496

[3] – العز بن عبد السلام؛ قواعد الأحكام في مصالح الأنام؛ ج2؛ ص32

[4] –د/عادل عبد العال خراشي؛ ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم –دراسة مقارنة– رسالة سابقة–؛ ص77

[5] – سنن ابن ماجة؛ج2؛ كتاب الحدود باب من اظهر الفاحشة حديث رقم 2559؛ طبعة دار الفكر؛ بيروت؛ سنة 1954؛ ص855 وقد نقل محققه د/ محمد فؤاد عبد الباقي أن رجاله ثقات وإسناده صحيح.

[6] – الإمام محمد أبو زهرة؛ أصول الفقه؛ ص305

اخف على النظام الاجتماعي العمومي من الخطأ المؤدي غالى أداة مشتبه فيه برئ. ولهذا فلا عجب أن يقرر النبي صلى اله عليه وسلم وجوب درأ الحدود بالشبهات؛ فقد اخرج الترمذي وغيره في سننهم قوله عليه السلام" : **"ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم؛ فان وجدتم للمسلم مخرجا فخلوا سبيله؛ فان الإمام– القاضي– أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة"**[1].

فهذا الحديث يمكن التأصيل منه أن الأصل في الإنسان هو الخير لا الشر؛ ويترتب عليه براءة المتهم حتى صدور حكم قضائي نهائي بالإدانة أو بالأحرى **حكم بالإذناب**. وبهذا ينهض هذا المبدأ **حائلا** بين السلطة النظامية الضبطية وبين **المساس بحريات الأفراد وأمنهم** لمجرد التهمة أو الشك؛ فليس حفظ النظام العام في الشريعة مقصدا ذو أولوية على الحرية؛ وإنما العكس هو الصحيح.

وترتيبا على ذلك يمثل مبدأ افتراض البراءة التزاما على سلطة الضبط القضائي معاملة المشتبه فيه باعتباره بريئا؛ من الواجب احترام حريته الشخصية وكرامته الإنسانية؛ وحرمة حياته الخاصة وسلامته الجسدية؛ باعتبارها حرمات شرعية[2].

ويتفرع عن هذا نتيجة هامة لصالح حماية الحرية وهي **عدم التزام الشخص** المشتبه فيه **بإثبات براءته**؛ وأن مجرد الشك في نسبة الجريمة إليه يجب أن **تفسر لصالح المتهم**؛ فلا يسلم لآي مدعي بدعواه إلا بالبينة؛ فلو أعطي الناس بدعواهم كما قال النبي –ص–[3] لادعى قوم دماء قوم وأموالهم؛ فتستباح لذلك حرمات الناس.[4]

3-2-الالتزام بعدم المساس بالحرية الشخصية أثناء ممارسة إجراءات الضبط القضائي في النظام الإجرائي الإسلامي؛ "الحبس للتهمة نموذجا"

لما كانت حرية التنقل والحريات الشخصية من أعز الحريات لدى الفرد فقد حظيت بحماية دستورية توفر لها الضمانات التي تعصمها من الافتيات والعدوان عليها؛ بحيث يكون الأصل العام هو حرية الحركة وفقا لمشيئة الفرد وإرادته؛ كونها من المباحات الشرعية التي لا يجوز المساس بها إلا في أضيق الحدود مراعاة للمصلحة العامة؛ واستثناء إذا ما توفرت الدلائل القوية على شبهة الاشتباه في ارتكاب الفعل المجرم؛ يجوز تقييد ممارسة هذه الحريات كإجراءات الاستيقاف والتحفظ والحبس للتهمة؛ مراعاة لنظام الأمة من شرور المجرمين وتنفيذا لحدود الشريعة.

---

[1] – سنن الترمذي؛ ج4؛ كتاب الحدود؛ باب ما جاء في درا الحدود حديث رقم 1424؛ طبعة 1985؛ ص33 ؛ وقال عنه حديث مرفوع

[2] – ينظر د/ محمدراجح حمود؛ حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية؛ رسالة دكتوراه سابقة الإشارة إليها؛ ص318

[3] – والحديث أصله" **لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى ناس دماء رجال وأموالهم ؛ ولكن اليمين على المدعى عليه**" ينظر صحيح مسلم بشرح النووي؛ ج5؛ كتاب الاقضية؛ باب اليمين على المدعى عليه؛ حديث رقم 4390؛ ص609 ؛ قال الإمام النووي في شرحه لهذا الحديث :" انه قاعدة كبيرة من قواعد الشرع ؛ **ففيه أنه لا يقبل قول الإنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه.**" ؛ ينظر المصدر نفسه؛ ص611

[4] – د/عادل عبد العال خراشي؛ ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم –دراسة مقارنة– رسالة سابقة–؛ ص93

4-دور إجراء الحبس في حماية النظام العمومي وأثره على الحريات الفردية:

يعرف الحبس بأنه إجراء احتياطي بمقتضاه تقيد حرية المشتبه فيه في التنقل عند توافر بعض الدلائل على ارتكاب جريمة؛ وذلك تمهيدا لاستيضاح أمره إما بثبوت التهمة عليه أو براءته؛ وهو قريب المعنى من مفهوم التوقيف للنظر والتحفظ القانونيين[1]؛ يقول ابن القيم" الحبس هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه سواء في بيت؛ أو مسجد أو غيرهما"[2] فهو مجرد إعاقة للمشتبه فيه دون ارتباط بمكان.

وجمهور الفقهاء على مشروعية الحبس للتهمة[3] لما أخرجه الترمذي في سننه عن النبي عليه الصلاة والسلام:" أنه حبس في تهمة يوما وليلة "[4].

قال الإمام **الشوكاني**[5]:" والحاصل أن الحبس وقع في زمن النبوة؛ وفي أيام الصحابة والتابعين ومن بعدهم إلى الآن في جميع الأعصر والأمصار من دون إنكار؛ وفيه مصالح ما لا يخفى لو لم يكن منها إلا حفظ أهل الجرائم المنتهكين للمحارم الذين يسعون إلى الإضرار بالمسلمين ويعتادون ذلك ويعرف من أخلاقهم؛ حتى يقام الحد عليهم فيراح منهم العباد والبلاد"؛ وعلى هذا **يعتبر الحبس للتهمة عملا مشروعا** كإجراء تحفظي استدلالي احترازي يأمر به رجل الشرطة لغاية اكتشاف الحقيقة؛ ثم يحال على المحاكمة؛ حفظ للنظام العام من خطر الجريمة.على أن يشترط كما في تبصرة الحكام **لابن فرحون**؛ ومعين الحكام **للطرابلسي**؛ أن لا يطال حبسه[6] لأن الحكمة هي مجرد الاستظهار.

وبالتالي فلا يعامل معاملة المتهمين المعروفين بالفساد؛ ومع ذلك فان مسألة إجراء الحبس فيها تفصيل للفقهاء حسب حال المشتبه فيه؛ حيث يقسم الفقهاء المتهمين إلى ثلاثة أقسام:[7]

1- أن يكونوا من المشهورين بالصلاح الباعدين عن أهل تلك التهم؛ فلا يجوز حبسهم أو تقييد حركتهم؛ بل على العكس يجب معاقبة المتهم لهم في حالة ثبوت برائتهم.

2- أن يكونوا من مجهولي الحال غير معروفين ببر وفجور؛ فيجوز حبسهم حتى ينكشف حالهم ويستبان أمرهم؛ على أن لا يطول حبسهم كما هو مقرر عند السادة المالكية.

3- أن يكونوا من المعروفين بالفجور والفسوق فحكمهم وجوب حبسهم بقدر تهمتهم وشهرتهم في الجرائم قال ابن القيم[8]: "واعلم أن هذا النوع من المتهمين يجوز حبسه لما قام على ذلك من الدليل الشرعي".

---

[1] – د/عادل عبد العال خراشي؛ ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم – دراسة مقارنة- ؛ ص256

[2] – ابن القيم؛ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية؛ ص102

[3] – ينظر د/ عبد العزيز عامر؛ التعزير في الشريعة الإسلامية؛ ص302

[4] – الترمذي؛ كتاب السنن؛ ج4؛ كتاب الديات؛ باب ما جاء في الحبس في التهمة؛ حديث رقم 1418؛ ص28؛ وقال فيه حسن.

[5] – الإمام الشوكاني؛ نيل الأوطار؛ ج7؛ص128

[6] – ينظر ابن فرحون المالكي؛ تبصرة الحكام؛ ج2؛ ص131؛ والإمام الطرابلسي؛ معين الحكام؛ ص170

[7] – ابن القيم؛ الطرق الحكمية؛ ص101؛ ابن فرحون؛ تبصرة الحكام ؛ ج2؛ ص131؛ ود/ عادل خرشي؛ رسالة سابقة؛ ص280.

[8] – ابن القيم؛ الطرق الحكمية؛ ص104

غير أن هذا التقسيم لا اثر له في مجال التمييز في معاملة المحبوسين للتهمة؛ وبالتالي فلا يجوز المساس بشخص المحبوس لأنه لم تثبت بعد إدانته ومن الأدلة الظاهرة على عدم مشروعية المساس بالسلامية الجسدية للمحبوس نذكر واقعتين:

4-1- واقعة الكلاعيين[1] الذين سرق لهم متاع فاتهموا ناسا؛ واتوا بهم إلى النعمان بن بشير-ض- صاحب النبي -ص- فحبسهم أياما؛ ثم خلى سبيلهم؛ فأتوا النعمان وقالوا خليت سبيلهم **بغير ضرب ولا امتحان**؛ فقال:" هذا حكم الله ورسوله"؛ فيلاحظ أن النعمان- ض- كان مسؤولا عن الأمن؛ وقد رفض المساس بشخص المشتبه فيهم أثناء فترة الحبس؛ لعدم توفر الأدلة الكافية على الاتهام.

4-2- واقعة الغفاريين[2] الذين أقبلا يريدان الإسلام؛ حتى إذا كانا قريبان من المدينة أمسيا فباتا؛ وكان قريبا منهما أناس لهم ابل؛ فلما كان السحر افتقدوا قرنين من الإبل؛ فاتهموا الغفاريين بسرقتهما؛ فأخذوهما إلى النبي- صلى اله عليه وسلم- فحبس الواحد وأرسل الأخر يطلب ويبحث عنهما؛ فوجدوهما ؛ فاتوا بهما فقال الغفاريان: " والله يا رسول الله **إن كنا لبراء**؛ فقال لهما الرسول" استغفرا لي". ويظهر من خلال هذين الواقعتين أن السلامة الجسدية؛ والكرامة الإنسانية في معاملة المحبوس تهمة مضمونة تغليبا لمبدأ البراءة المتيقن فيه على فكرة الاتهام والاشتباه لدواعي حماية نظام الأمة في عنصره الأمن العام حقا للجماعة.

خلاصة ومقارنة جزئية حول هذا المبحث:

من خلال ما سبق تقريره في مجال بيان دور فكرة النظام العام في علاقتها بممارسة الحريات العامة يظهر جليا أن الحريات ليس على إطلاقها في كلا النظامين الوضعي والإسلامي؛ وإنما هي دائما منضبطة بضرورة مراعاة مقتضيات النظام العام؛ كما ظهر أيضا أن معظم الصلاحيات المخولة لهيئات الضبط التشريعي والقضائي تكاد تجد مصدرها في فكرة حماية النظام العام؛ وهو الأمر الذي يتفق فيه القانون مع الشريعة مع فارق أن النظام العام في هذه الأخيرة يشتمل على معظم الحريات؛ الأمر الذي ينعدم معه التفكير في من له الأولوية في الرعاية بالتقديم والتحقيق؛ ومع ذلك فانه قد يختلط حفظ النظام بتعارض مصالح فردية أو جزئية لهم، مما يحتاج إلى تفويض السلطة النظامية **سلطة تقديرية موسعة**؛ قد تلجأ من خلالها إلى تقييد الحرية مؤقتا إلى غاية إعادة استتباب النظام مع الالتزام بضوابط المصلحة الضرورية العامة، وهذا ما سيتم التحقيق فيه من خلال استعراض مختلف أساليب ووسائل سلطة الضبط الاداري والمحتسبين باعتبارهم أكثر احتكاكا بممارسة الأفراد لحرياتهم، ليتم بعدها التأكد من مدى صحة الادعاء بمصدرية فكرة النظام العام لقيود الحرية في النظام ين الديمقراطي والإسلامي، وضوابط هذه المصدرية في تقييد الحقوق والحريات؛ وهل هي على إطلاقها أم أنها عرضة للاستغلال التعسفي. والتسخير النفعي أو المصلحي والمستهدف لحماية السلطة لا غير؟

[1] - سنن أبي داود؛ كتاب حد السرقة؛ باب الامتحان بالضرب؛ ج2؛ ص246

[2] - ينظر ابن فرحون؛ تبصرة الحكام؛ ج2؛ص117؛ والطرابلسي؛ معين الحكام؛ ص 170

المبحث الثاني : أساليب الضبط الإداري في حفظ النظام العام وضوابطها في الشريعة والقانون

من بين مهام الدولة وظيفة الضبط الاجتماعي بمختلف فروعه الضبط التشريعي والضبط الإداري والضبط القضائي بحيث تهدف الدولة من خلال سلطاتها الثلاث إلى وقاية النظام العام و السهر على حسن سير ودوام الارتفاق والانتظام العموميين.

غير أن سلطة الضبط الإداري هي أهم الطرق الكفيلة لتحقيق ذلك.وتعرف هذه السلطة بأنها حق الإدارة في فرض قيود على الأفراد تحد من حرياتهم ومن نشاطهم الفردي بقصد المحافظة على النظام العام بطريقة وقائية من خلال مختلف الوسائل والإجراءات التنظيمية واللائحية والأوامر والقرارات الفردية[1]

ومن ثم كان بين الضبط الإداري والنظام العام تلازم حتمي وغائي، إذ أن النظام العام هو الهدف الرئيسي والوحيد للقيام بمهمة الضبط الإداري، إذن فالعلاقة بينهما جد وطيدة ؛ يمكن ملاحظتها بشكل واضح وجلي في الدور الهام الذي تقوم به فكرة النظام العام من دور أساسي في تحديد مفهوم الضبط الإداري وتميزه عما يشابهه؛ وكذا بيان طبيعته القانونية، وفي مجال توسيع وتفعيل أساليب سلطة الضبط الإداري ضمانا للاستقرار الأمني وقضاء على الاضطراب المخل بدوره بالحق في ممارسة الحريات بانتظام؛ كما له دور أهم في توسيع سلطة هذه الهيئة في الظروف الاستثنائية ؛ ففي القانون الإداري يرجع أساس التمييز بين الضبط الإداري، وغيره من النشاطات المشابهة إلى سعيه أساسا إلى حماية النظام العام كفكرة قانونية، بحيث صار تعريفه ليس بمحله وإنما بغايته[2]؛ وبهذا تطورت أعمال الضبط الإداري من عمل حكومي وسياسي كباقي" أعمال السيادة" التي لا رقابة عليها إلى عمل إداري يخضع لرقابة القضاء إلغاء وتعويضا، إذن فالطبيعة القانونية له مرتبطة بطبيعة النظام العام القانونية[3].

و تظهر أساليب الضبط الإداري في أربعة صور رئيسية[4]:تتمثل الصورة الأولى في **لوائح الضبط** في شكل قواعد عامة مجردة وموضوعية مثل لوائح الحظر والمنع بخصوص عقد اجتماع أو مظاهرة في الطرق العامة.ولوائح الترخيص المسبق والإخطار السابق لممارسة النشاط الفردي كوسيلة لأخذ الاحتياطات وتقدير احتمالات الإخلال بالنظام العام. ولوائح التنظيم بهدف التوفيق بين ممارسة الجميع لحرياتهم دون تعارض في المصالح.

وتتمثل الصورة الثانية في **تدابير الضبط الفردية** في شكل قرارات إدارية فردية تستهدف صيانة النظام العام بعناصره الثلاثة، كالأمر بهدم منزل آيل للسقوط، أو لاحتوائه على متفجرات، والأمر بمصادرة جريدة أو الاستيلاء على عقار أو منقول ...

وتتمثل الصورة الثالثة في **التنفيذ الفوري والمباشر**: حيث تملك سلطة الضبط إجبار الأفراد على الخضوع لأحكامها وقراراتها في حالتين:

---

[1] – د/ الطماوي، القانون الإداري ص378، ود/ بسيوني عبد الغني ؛ القانون الإداري؛ ص312

[2] – ينظر إلى: د/ حلمي الدقدوقي؛ مرجع سابق؛ ص48

[3] –د/ محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام، ص 151.

[4] – د/ مجدي فتح الله حسن ،مرجع سابق ؛ص152 الى ص198.ود/ عاطف البنا؛ الوسيط في القانون الاداري؛ من ص387الى406

أ- **وجود إجازة صريحة** من المشرع في اللجوء إلى التنفيذ المباشر مثل الحجز الإداري على ممتلكات الغير المدين للإدارة وحقها في مصادرة الأسلحة النارية في الظروف الاستثنائية.

ب- **حالة الضرورة التي** تبرر حق الإدارة في القبض على الأفراد وتفريق المتظاهرين بالقوة وحظر التواجد في بعض المناطق.

وأخيرة تتمثل ا لصورة الرابعة في **الجزاءات الإدارية** في شكل الاعتقالات الإدارية الوقائية السالبة للحرية دون حكم قضائي أو في شكل المصادرة الإدارية للأسلحة غير المرخصة، وللصحف والمنشورات المكدرة للأمن العام والمحرضة على الفتن، أو سحب التراخيص لمخالفتها للشروط القانونية[1].

وقد تزداد هذه الصلاحيات توسعا في ظل الظروف الاستثنائية[2] إذا لم تسعف الإجراءات العادية في استتباب النظام العام ومواجهة الاضطرابات ولذلك يتدخل المشرع [3]لتوسيع السلطات الممنوحة لهيئات الضبط لمواجهة تلك الظروف الاستثنائية بما يمكنها من اتخاذ الإجراءات العاجلة واللازمة فارضا نوعا من المشروعية الاستثنائية كقيود وضوابط على السلطة الضبطية لحماية الحريات العامة من التعسف اللامشروع؛ وهذا ما سيتم تفصيله من خلال هذه المطلبين دراسة مقارنة.

المطلب الأول: دور فكرة النظام العام في توسيع أساليب سلطة الإدارة في مجال الحريات – دراسة مقارنة.

المطلب الثاني: ضوابط حفظ النظام العمومي كقيد على وسائل سلطة الضبط الإداري- دراسة مقارنة-.

[1] – ينظر تفصيلا قيما لهذه الأساليب إلى د/ محمود سعد الدين الشريف أساليب الضبط الإداري والقيود الواردة عليها ،مجلة مجلس الدولة السنة الثانية عشر 1964 ص9ومابعدها

[2] –يرجع تفصيل النظام القانوني لحالات هذه الظروف وشروطها إلى د/ مسعود شيهوب؛ الحماية القضائية للحريات العامة في الظروف الاستثنائية ؛المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية رقم 01 سنة 1998 ص24وما بعدها.

[3] – يمكن التمثيل على هذه الصلاحيات الواسعة بحق رئيس الجمهورية في تقرير حالتي الحصار والطوارئ بمقتضى المادة 91 من دستور 1996وكذا حقه في تقرير الحالة الاستثنائية بمقتضى المادة93 كما أن المشرع نظم أحكام الظروف الاستثنائية منها المرسوم الرئاسي رقم 92 / 44 المؤرخ في 09 فيفري 1992 المتضمن إعلان حالة الطوارئ لمدة 12 شهرا والتي مددت بموجب المرسوم التشريعي 02/93المؤرخ في 6فيفري 1993الى أجل غير محدد مازالت السارية إلى اليوم.د/ تاصر لباد؛ مرجع سابق؛ ص52

المطلب الأول: دور فكرة النظام العام في توسيع سلطة الإدارة في مجال الحريات –دراسة مقارنة–.

تلجا سلطات الضبط الإداري إلى العديد من الوسائل و الأساليب من اجل تحقيق غرضها وهو حفظ النظام العام داخل المجتمع بصورة مستمرة الوجود و دائمة التجدد، و ذلك بمقتضى ما تملكه من سلطات تجبر بها الأفراد على احترام إرادتها سواء لكانت هذه الإدارة أمرا أم نهيا[1]. وهذه الوسائل و تلك الأساليب تتخذ في التطبيق العلمي أربعة مظاهر رئيسية هي : القرارات التنظيمية العامة أو لوائح الضبط ، و تدابير الضبط الفردية، و التنفيذ الجبري لإجراءات الضبط الإداري ، و أخيرا الجزاءات الإدارية الوقائية[2].و يرى د/ سعد الدين الشريف.[3] إلى القول بان الذي يجمع بين هذه الأساليب جميعا هو أنها تتميز بخصيتين أساسيتين تحكمان عملها و هما:

الأولى : إن الضبط الإداري يؤدي مهمته أصلا بوسائل وقائية لا عقابية.

الثانية: إن الضبط الإداري يمارس نشاطه و يحققه بأساليب منشئة للمركز القانوني لا بإجراءات مادية تنفيذية للقواعد القانونية. ويترتب على هاتين الخصيتين ضرورة استبعاد بعض الأنشطة التي تمارسها سلطات الضبط الإداري من عداد أساليب الضبط في بعض الأحيان، فهو يستبعد لأنه لا يتجه إلى إنشاء مركز قانوني أو تعديله وإنما يترتب عليه فقط آثار قانونية ، و كذلك الأمر يستبعد من أساليب الضبط الإداري الأسلوب أو النشاط العقابي القامع،لان مهمة الضبط الإداري مهمة وقائية مانعة و ليست مهمة عقابية. و بناء على ما تقدم فإننا نقسم هذا الفرع إلى أربعة وسائل تشكل مظاهر فعلية لدراسة أساليب الضبط الإداري في تحقيق النظام العام و ذلك على النحو التالي :

الفرع الأول: دور أساليب الضبط الإداري في تحقيق النظام العام في الفقه الوضعي

الفرع الثاني: أساليب الضبط الإداري الإسلامي" الحسبة" ودورها في حفظ النظام العام الشرعي

[1] – د/عبد العليم مشرف؛ دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات؛ ص124

[2] – د/ مجدي ؛ فاعلية الأداء الضبط ؛ ص214

[3] – د/سعد الدين الشريف؛ أساليب الضبط الإداري والقيود الواردة عليها؛ مجلة مجلس الدولة ؛السنة الثانية عشر سنة1964؛ ص13. وأيضا د/ منيب محمد ربيع؛ ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري رسالة دكتوراه؛ جامعة عين شمس 1981؛ ص93

الفرع الأول: دور أساليب الضبط الإداري في تحقيق النظام العام في الظروف العادية.

تتنوع وسائل الإدارة في حفظ النظام العمومي بين وسائل بشرية تكلف بتنفيذ قرارات الضبطية الإدارية؛ وبين وسائل مادية تساعد السلطة في تسخيرها لإعادة النظام واستتبابه؛ ووسائل قانونية تختص بها هيئات الضبط الوطني والمحلي والتي من أشهرها لوائح الضبط الإداري؛ والجزاءات الإدارية القسرية؛ بحيث تتفاوت هذه الوسائل في خطورتها على الحريات ؛ حسب الظروف الزمنية والمكانية؛ والظروف العادية والظروف الاستثنائية، وهذا ما سيتم تحديده في العناصر الآتية:

وتضمن التنظيم اللائحي الضبطي؛ وتدابير الضبط الفردية.و التنفيذ الجبري لإجراءات الضبط الإداري الجزاءات الإدارية الوقائية. على النحو الأتي:

أولا: دور أساليب الضبط الإداري في تحقيق النظام العام في الظروف العادية.

ثانيا: دور فكرة النظام العام في توسيع سلطة الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية

أولا: دور أساليب الضبط الإداري في تحقيق النظام العام في الظروف العادية.

1- التنظيم اللائحي الضبطي:

1-1- مفهوم التنظيم اللائحي وأهميته:

تعتبر اللوائح أهم أساليب الضبط الإداري و أكثرها استعمالا من طرف سلطات حفظ النظام العمومي، فعن طريقها تقوم هيئات الضبط الإداري بوضع قواعد عامة موضوعية مجردة تقيد بها أوجه النشاط الفردي من أجل المحافظة على النظام العام داخل المجتمع، من خلال إصدار لوائح الضبط الماسة بحقوق الأفراد وحرياتهم وتقييدها لان هذه اللوائح تتضمن أوامر ونواه، وتقرر في الغالب عقوبات توقع على من يخالف أحكامها[1] .

ويعد التنظيم اللائحي ضرورة عملية واجتماعية على اعتبار أن توقي الأضرار والجرائم أفضل من علاجها بعد وقوعها[2]، فضلا عن أن القانون قد يعجز عن ضبط الحريات ضبطا مفصلا، وذلك بترتيبها وتنسيق تنظيمها تبعا لمختلف الملابسات ومقتضيات استتباب النظام؛ وهو ما يقوم به التنظيم اللائحي الضبطي، والذي يتميز بالمرونة والملائمة والقابلية للتغير طبقا لمقتضيات الزمان و المكان، ومن ثم كان التنظيم اللائحي الضبطي ضرورة يكتمل بها التشريع عند الاقتضاء.

وهذا فضلا عن أنه يعد ضمانا للأفراد في مواجهة سلطات الضبط الإداري، كونه يضع قواعد موضوعية عامة مجردة تطبيق على الجميع في حالة توافر شروط تطبيقها، مما يؤدي إلى عدم تعسف سلطات الضبط الإداري، ويمنع

[1] - د/ عبد العليم مشرف؛ دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات؛ ص125

[2] - د/ سليمان عاشور شوايل، "مسؤولية الدولة عن أعمال الضبط الإداري في القانون الليبي والمقارن، جنائيا وإداريا"، دار النهضة العربية، مصر، ط1، 2001 – 2002، ص 121

من تحكمها في حريات الأفراد، إذ بفضل هذا التنظيم اللائحي يخلو التدبير الضبطي في كثير من الحالات من معايب التحيز والمجاملة[1].

1-2- شروط فعالية التنظيم الضبطي: يشترط الفقه والقضاء الإداري شروطا عامة أساسية يتعين توافرها في التنظيم اللائحي الضبطي، وهذه الشروط يمكن إجمالها فيما يلي[2] :

1- 2-1- عدم مخالفة لوائح الضبط شكلا أو موضوعا للقواعد القانونية العليا أي الدستور و القانون ، و إلا كانت هذه اللوائح غير مشروعة لأنها في مرتبة أدنى من هذه القاعدة فضلا عن إنها شرعت لإكمال النقص التشريعي ومن أجل إضفاء صفة الشرعية على أعمالها القانونية أو المادية التي تقوم بها يجب احترام التشريع والتنظيم المعمول بهما في ممارسة هذه المهمة، وتقرير مبدأ المشروعية من الناحية الشكلية والموضوعية هو حماية للحقوق العامة من التعسف وهذا المبدأ يفرض لزاما على السلطة لا خوف على حرية الأفراد من السلطات الإدارية ووسائلها الإدارية التي تستخدمها للقيام بوظيفة الضبط الإداري متى كان الدستور والتشريع في صياغتهما يحافظان على الحريات والحقوق ذلك وتحت رقابة الرأي العام الذي له أهمية كبرى في احترام التشريع والتنظيم المعمول بهما[3] .

1-2-2- يتعين أن تصدر لوائح الضبط في صورة قواعد موضوعية عامة مجردة ، و ذلك لأنها تتعلق بالحريات العامة و تضع قيودا عليها، ولكن يلاحظ ان ارتباط لائحة الضبط بزمان معين أو مكان معين أو حدود موضوعية معينة لا يحول دون اتسامها بصفتي العمومية و التجريد ومن كونها لا تخاطب أشخاصا بذواتهم[4].

1-2 -3- المساواة بين الأفراد عند تطبيق اللائحة، فيجب على سلطات الضبط الإداري ان تراعي عند تطبيق لائحة الضبط المساواة بين الأفراد طالما تساوت مراكزهم القانونية، و من ثم يمتنع على سلطات الضبط الإداري إن تفرق في المعاملة بين الأفراد ، فتقوم بتطبيق على أحكام اللائحة على بعض الأفراد و تمنع تطبيقها على البعض الأخر ، طالما أنهم في مراكز قانونية متساوية تسمح بتطبيق أحكام اللائحة عليهم جميعا[5].

وتعتبر السلطة اللائحية في مجال الضبط الإداري سلطة تشريع استثنائية و خاصة في الدول ذات النهج اللاتيني التقليدي، حيث تتجاوز السلطة التنفيذية فيها الحدود الطبيعية لوظيفة تنفيذ القوانين لتتناول احد الموضوعات بالتنظيم و تشرع فيه لأول مرة بمقتضى هذه السلطة اللائحية التي يسمح بها الدستور .

---

[1] - د/سعد الدين الشريف؛ أساليب الضبط الإداري والقيود الواردة عليها ؛مجلة مجلس الدولة ؛السنة الثانية عشر سنة1964؛ص18.

[2] - د/ محمد شريف إسماعيل عبد المجيد المرجع السابق رسالة الدكتوراه ص79؛ وممدوح عبد الحميد ؛ سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة؛ ص69

[3] - لطرش حمو؛ سلطات الضبط الإداري الولائي في الجزائر؛ رسالة ماجستير 2002 كلية الحقوق جامعة الجزائر غير منشورة؛ ص56

[4] - د/ منيب محمد ربيع؛ ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري رسالة دكتوراه ؛ جامعة عين شمس 1981؛ص96؛ ومجدي احمد فتح الله حسن؛ فاعلية الأداء الضبطي ؛ ص153

[5] - عبد العليم عبد المجيد مشرف ؛ دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات؛ ص126.

وعلى ذلك ونظرا لأهمية لوائح الضبط وتقييدها لحقوق و حريات الأفراد فانه يكون من الضروري إن نحـــدد الهيئات والسلطات المختصة بإصدارها على نحو دقيق ، لان هذه اللوائح عادة ما تـــنظم موضـــوعات لم يســـبق للمشرع تنظيمها، مما أثار الجدل والنقاش حول حق السلطة التنفيذية في إصدارها في حالة غياب النص الدستوري الذي يقرر لها هذا الحق؛ ومن أمثلة هذه اللوائح، لوائح تنظيم المرور، ولوائح الباعة الجائلين، و اللوائح الخاصـــة بالمحلات العامة و المحلات الخطرة و المقلقة للراحة و المضرة بالصحة، واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية و بمكافحـــة التلوث وانتشار العدوى وغيرها.

وتعتبر لوائح الضبط الإداري بمثابة قوانين من جهة الموضوع لأنها تنظم أمورا لو يسبق للمشرع تنظيمها، إلا أنها لا تعتبر كذلك من حيث الشكل لصدورها في شكل لوائح بواسطة السلطة التنفيذية. [1]

1-3- دور لوائح الضبط في تحقيق النظام العام.

تتخذ لوائح الضبط الإداري صورا عديدة و مظاهر مختلفة في تقييدها للنشاط الفردي و الحريات العامة مـــن اجل المحافظة على النظام العام، فقد تحظر اللائحة ممارسة نشاط معين في وقت محدد، و قد تشترط اللائحة ضرورة الحصول على إذن أو ترخيص من جهة الإدارة قبل ممارسة الحرية أو النشاط، وقد تكتفي اللائحة بمجرد إخطـــار الإدارة مقدما بالرغبة في ممارسة نشاط معين، وأخيرا قد تقوم لائحة الضبط بوضع تنظيم للنشاط يبين أوضـــاع وكيفية ممارسته.و على ذلك فان صور التنظيم اللائحي الضبطي يمكن حصرها في أربع صور وأساليب هي[2] :

1- أسلوب الحظر أو المنع بمنع النشاط أصلا كحظر التجول؛ والمنع من التنقل بالإقامة الجبرية وغيرها .

2- أسلوب الترخيص السابق أو الإذن السابق باشتراط موافقة السلطة النظامية على ممارسة النشاط مسبقا.

3- أسلوب الإخطار السابق باشتراط ضرورة التصريح أما السلطة حتى تقدر مدى خطورة النشاط على النظام.

4 - أسلوب التوجيه و التنظيم كتنظيم حركة تنقل السيارات والشاحنات عبر الطرق من خلال قانون المرور.

وبناء على ما تقدم فإننا نؤجل تفصيل القول في دراسة كل صورة من هذه الصور السابقة بشكل يبرز فيـــه مدى خطورة هذه الأساليب على ممارسة الحرية ومن ثم تحديد مقاصد هذا التنظيم بصوره المختلفة وهل هي خدمة

---

[1] - وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الفرنسي قد اختلف حول الأساس الدستوري لهذه اللوائح و ذلك في ظل غياب النص الدســـتوري الـــذي يقرر حق السلطة التنفيذية في إصدارها ، و ظل هذا الخلاف مستمرا إلى أن حسم الدستور الحالي الصادر عام 1958 هذا الأمر و نص عليه صراحة في المادة 37 منه. ينظر د/ ناصر لباد ؛ القانون الاداري؛ ج2؛ ص24

ولقد عهد إلى الوزير الأول بالسلطة اللائحية صراحة و ذلك في المادة 21 منه، و على ذلك فان الوزير الأول في فرنسا يمارس سلطة الضبط العام دون حدود في هذا المجال بشرط عدم الاعتداء على النطاق المحدد للقانون في المادة 34 من الدستور. ينظر تفصيلا أكثر: د/ سامي جمال الدين اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية ص310؛ وأيضا مجدي أحمد فتح الله حسن ؛ فاعلية الأداء الضبطي؛ ص156

[2] - ينظر تفصيلا حول هذ9 الصور الأربع: ينظر د/ عبد العليم عبد المجيد مشرف؛ دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات؛ ص 134 إلى ص146. وأيضا مجدي أحمد فتح الله حسن ؛ فاعلية الأداء الضـــبطي؛ ص 159 إلى ص166 ود/ ســـليمان عاشور شوايل، "مسؤولية الدولة عن أعمال الضبط الإداري في القانون الليبي والمقارن، جنائيا وإداريا"،ص 123 إلى ص126.

الحرية أم مصادرتها باسم تنظيمها وذلك في الفصل الأول من الباب الثاني في إطار بيان أثر حفظ النظام العام على ممارسة الحرية في الظروف العادية.

2- تدابير الضبط الفردية ودورها في حفظ النظام العام

2-1-مفهوم تدابير الضبط الفردية:

تتم ممارسة سلطات الضبط الإداري أيضا عن طريق تدابير الضبط الفردية، وهي الصورة الغالبة على النشاط الضبطي؛ ويقصد بالتدبير الفردي الضبطي بتجسيد لقاعدة ضبطية ترسمها لائحة و يضعها قانون لتنطبق على فرد معين أو أفراد معينين أو حالات محددة بذاتها.

والأصل العام أن تصدر الضبط الفردية مستندة إلى قاعدة تنظيمية عامة سواء كان مصدرها قانون أو لائحة، بيد انه استثناء من هذا الأصل العام يجوز أن تصدر هذه التدابير دون إسناد إلى قاعدة تنظيمية عامة، وذلك بشروط معينة و في أحوال خاصة، ويطلق على تدابير الضبط في هذه الحالة تدابير الضبط الفردية المستقلة. ونظرا لما في تدابير الضبط الفردية من خطورة على حريات الأفراد، فانه يلزم أن تتوافر فيها مجموعة من الشروط والضوابط حتى تكون مشروعة، ومن ثم إذا لم تتوافر هذه الشروط أصبحت هذه التدابير غير مشروعة وعرضة للطعن فيها بالإلغاء من جانب الأفراد أمام القضاء الإداري. وترتيبا على ما تقدم فإننا نتناول دارسة تدابير الضبط الفردية في ثلاثة عناصر:

2-2- صور تدابير الضبط الفردية :

تتخذ تدابير الضبط الفردية في التطبيق العملي ثلاث صور هي:

- **صورة الأمر** وهي عبارة عن الأمر الصادر من الإدارة بعمل شيء معين، كالأمر الصادر بهدم منزل آيل للسقوط.

- **صورة النهي** وهي عبارة عن الأمر الصادر بالامتناع عن فعل شيء معين، كالأمر الصادر بمنع عقد اجتماع عام خشية وقوع اضطرابات تخل بالنظام العام، أو منع التظاهر في الطريق العام، وأيضا تحريم التجمهر.

- وهي عبارة عن صدور التدبير الفردي متضمنا **منح تصريح لمزاولة نشاط معين**، كالترخيص بفتح محل عام، أو الترخيص للمقاهي بوضع الكراسي على إفريز الطريق العام، أو الترخيص بعرض فيلم معين أو صور ما.[1]

2-3- حدود العلاقة بين اللائحة و التدبير الضبطي الفردي

القاعدة العامة انه لا يجوز لسلطات الضبط الإداري أن تصدر تدابير ضبط فردية تخالف اللائحة الضبطية الموجودة سلفا، وذلك تطبيقا لمبدأ المشروعية المادية أو الموضوعية حيث أن التدبير الضبطي الفردي أدنى مرتبة من اللائحة؛ بيد انه يجوز لسلطات الضبط الإداري أن ترخص باستثناءات فردية مخالفة لنصوص اللائحة التنظيمية. في

[1]- ينظر إلى د/منيب الربيع؛ مرجع سابق؛ ص102 ود/ سعد الدين الشريف؛ أساليب الضبط الإداري؛ ص34؛ شريف إسماعيل؛ مرجع سابق؛ ص86

حالات خاصة وتورد استثناءات فردية تخالف نصوص هذه اللائحة؛ ويشترط الفقه والقضاء الإداريين للترخيص بهذه الاستثناءات ضرورة **توافر عدة شروط يمكن إجمالها فيما يلي** :

- أن تنص اللائحة صراحة على احتمال الترخيص بهذا الاستثناء.
- ألا يرخص بهذا الاستثناء على نحو تعسفي .
- أن يكون التدبير الضبطي متمشيا مع ضرورات حفظ النظام العام.
- ينبغي على سلطات الضبط الإداري أن تعامل الأفراد على قدم المساواة في الاستمتاع بهذا الترخيص.[1]

2-4-تدابير الضبط الفردية المستقلة

2-4-1 - مفهومها:

الأصل أن تصدر هذه التدابير مستندة إلى قاعدة تنظيمية عامة سواء وردت هذه القاعدة في قانون أو في لائحة تنظيمية، بيد أن التساؤل المطروح في هذا الصدد، هو إذا وقع اضطراب خاص بالنظام العام؛ و لم توجد قاعدة تنظيمية عامة لمواجهة هذه الحالة، فهل يجوز لسلطات الضبط الإداري أن تصدر تدابير ضبط فردية مستقلة لا تستند إلى قاعدة تنظيمية عامة .

يلاحظ بداءة أننا إذا التزمنا بتطبيق مبدأ المشروعية المادية فان الإجابة على هذا التساؤل تكون حتما بالنفي، وهو ما يعني أنه لا يجوز لسلطات الضبط الإداري أن تصدر تدابير ضبط فردية لا تستند إلى قاعدة تنظيمية عامة، وهذا ما ذهب إليه كثير من الفقهاء في فرنسا حيث يرون ضرورة أن تكون تدابير الضبط الفردية التي تصدرها الإدارة مستندة إلى قاعدة تنظيمية عامة سواء وردت هذه القاعدة في قانون أو لائحة.[2]

بيد أن هذا الموقف الفقهي يصطدم من الناحية العملية باعتبارات معينة لا يجوز التهوين من أهميتها، وتتلخص هذه الاعتبارات في أن اللائحة مثلها مثل القانون، لا يمكن أن تتنبأ بكل شيء وأن تواجه أحكامها كل تفصيل دقيق من تفصيلات الحياة الواقعية، كما أن هناك حالات خاصة لا تبرر صدور لائحة بشأنها لأنها نادرة الحدوث في الحياة العملية .

ومن ثم فانه إذا لم ينص التنظيم على الحكم الواجب التطبيق في حالة معينة، ووقع اضطراب خاص بالنظام العام، فلا ينبغي أن تبقى سلطات الضبط الإداري مكتوفة الأيدي في مثل تلك الظروف أو أن تقف موقفا سلبيا، وإنما يجب التدخل لإعادة النظام العام، بالإضافة إلى ذلك لو كان من الواجب أن تصدر قرارات الضبط الفردية

---

[1] – د/عادل أبو الخير؛ مرجع سابق؛ ص213؛ نقلا عن رسالة؛Castagne- jean و تطبيقا لذلك اصدر مجلس الدولة الفرنسي حكما له تضمن هذه الشروط السالفة الذكر ، و أكد المجلس في هذا الحكم أن توافر هذه الشروط يخضع لرقابة القضاء الإداري ، و اعترف لسلطة الضبط أن تضع استثناءات خاصة من التنظيم الذي أعدته للمراقص و قاعات الباليه ، بشرط أن تراعى الإدارة في الترخيص بهذه الاستثناءات المساواة بين الأفراد طالما كانوا في ظروف متشابهة ، و أن تكون هذه الاستثناءات متفقة مع المحافظة على النظام العام

[2] – د/ محمد عبيد الحساوي؛ الضبط الإداري– التزام الحدود وحيادية التنفيذ– طبعة 2005؛ ص224

مستندة إلى قاعدة تنظيمية عامة في جميع الحالات وفي كل الظروف، فان معنى هذا تجريد سلطات الضبط الإداري من فاعليتها.[1]

لكل هذه الاعتبارات السابقة يعترف مجلس الدولة الفرنسي بشرعية قرارات الضبط الفردية المستقلة التي تصدرها سلطات الضبط الإداري دون الاستناد إلى قاعدة تنظيمية عامة، على أن مجلس الدولة الفرنسي لم يترك لسلطات الضبط الإداري الحبل على الغارب في هذا المجال، وإنما اشترط لمشروعية تدابير الضبط الفردية المستقلة توافر عدة شروط يمكن إجمالها فيما يلي :

– أن يكون التدبير الضبطي الفردي داخلا في نطاق الضبط الإداري العام، بمعنى أن يكون محققا لأحد أغراضه وهي الأمن العام و الصحة العامة و السكينة العامة .

– ألا يكون المشرع نفسه قد اشترط صراحة صدور هذا التنظيم اللائحي السابق واستبعد إمكانية صدور قرار فردي مستقل.

– أن يكون التدبير الضبطي الفردي قد استدعاه موقف واقعي خاص ذو طابع استثنائي يستلزم اتخاذ إجراء خاص[2].

2-4-2- شروط مشروعية تدابير الضبط الفردية

اشترط الفقه و القضاء الإداري وجوب توافر شروط معينة في تدابير الضبط الفردية حتى تكون مشروعة، ومن ثم إذا تخلفت هذه الشروط كلها أو بعضها غدت هذه التدابير غير مشروعة، و من ثم يجوز لصاحب الشأن الطعن فيها أمام القضاء الإداري. و تتلخص هذه الشروط فيما يلي:

أ- يجب أن يصدر التدبير الضبطي في نطاق من الشرعية القانونية .

ومفاد هذا الشرط أن يكون التدبير الضبطي قد صدر في حدود القوانين أو اللوائح التي تنظم النشاط موضوع التدبير الضبطي. وهذا الشرط منطقي لاتفاقه والقواعد العامة التي تقضي بعدم مخالفة القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى منها في السلم القانوني؛ ومن المسلم به أن التدابير الفردية تعتبر في أدنى السلم التشريعي تسبقها اللائحة والقانون والدستور، وعلى ذلك إذا صدر التدبير الفردي على خلاف هذه القواعد القانونية الأعلى منه في المرتبة فانه يكون غير مشروع.[3]وعلى هذا يجب أن يكون التدبير الضبطي متفقا مع روح القانون ومقاصد المشرع.

بيد انه يلاحظ في هذا الصدد أن القضاء الإداري لم يطبق هذا الشرط تطبيقا جامدا ، و إنما قام بتفسير النصوص التشريعية تفسيرا واسعا وأكد أن صلاحيات الإدارة و مكناتها تزداد بالقدر الضروري للمحافظة على

[1] – د/ حلمي الدقدوقي؛ مرجع سابق ؛ص74.

[2] – و تطبيقا لما تقدم قضى مجلس الدولة الفرنسي بشرعية القرار الفردي الذي أصدره العمدة و حظر بمقتضاه مظاهرة معينة ، على الرغم من عدم وجود تنظيم سابق للمظاهرات في هذه المظاهرة ذات طبيعة من شانها الإخلال بالنظام العام ؛ ينظر إلى د/ عبد المجيد عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ ص150.

[3] – د/ منيب الربيع؛ ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري؛ ص102.

النظام العام وسلامة الدولة ذاتها ،كما قرر أيضا أن هذه الصلاحيات و تلك المكنات تختلف تبعا لما يحيط بالدولة من ظروف استثنائية، ومن ثم فان السلطة المخولة لهيئات الضبط للمحافظة على النظام العام لا يمكن أن تكون واحدة من حيث المدى في حالة السلم و الحرب.[1]

ب– يجب أن يكون التدبير الضبطي الفردي مبينا على وقائع مادية حقيقية تستلزم صدوره :ومضمون هذا الشرط أن يكون التدبير الضبطي مستندا إلى وقائع حقيقية لا وهمية تطلبت صدوره، و إلا كان معيبا، فالقرار ينطلق فيه لتحقيق غرض الضبط الإداري الأساسي، وهو المحافظة على النظام العام.[2]

ج– يشترط لصحة التدبير الضبطي الفردي أن يصدر من هيئة الضبط المختصة بإصداره:

بحيث يتعين أن يصدر القرار الضبطي من السلطة المختصة بإصداره طبقا للقانون، أما إذا صدر القرار من سلطة غير مختصة بإصداره كان معيبا بعيب عدم الاختصاص وغير مشروع. و على ذلك فتدابير الضبط الفردية المتعلقة بالشروط الصحية للمساكن وملائمة البناء للمكان المقام عليه ،يجب أن تصدر من هيئات الضبط المحلية المختصة لان هذا يتفق وقدرة هذه الهيئات على تقدير الظروف المكانية والبيئية و طبيعة السكان واحتياجاتهم المختلفة .[3]

د–يشترط لصحة التدبير الضبطي ان يكون مستندا إلى سبب صحيح مشروع يبرر صدوره:

ومضمون هذا الشرط أن يكون التدبير الضبطي مستندا إلى سبب صحيح يبرر لسلطات الضبط اتخاذه، وعلى ذلك إذا لم يكن التدبير الضبطي مستندا إلى سبب صحيح يبرر صدوره كان جديرا بالإلغاء في حالة الطعن فيه من جانب صاحب الشأن أمام القضاء الإداري .

والسبب قد يكون عبارة عن توافر ظروف معينة، مثال ذلك وجود تجمع للإفراد في الطريق العام في صورة تجمهر، ففي مثل هذه الظروف يجوز لسلطات الضبط الإداري أن تتدخل لحماية النظام العام و ذلك باتخاذ التدابير اللازمة لفض هذا التجمهر. و قد يتوقف إصدار التدابير الضبطي على وجود وصف معين يتعلق بشيء ، فإذا اتخذت هيئة الضبط قرارا بإخلاء منزل من السكان لأنه آيل للسقوط أو غير صحي، فانه يترتب على ذلك وجود أفراد بدون مأوى مما يبرر لسلطات الضبط اتخاذ تدابير الاستيلاء على احد المساكن الخالية لتسكين هؤلاء الأفراد ، حماية لهم من التشرد في الطرقات وما ينجم عن هذا الوضع من الإخلال بالنظام العام[4].

---

[1] – د/ سعد الدين الشريف؛ أساليب الضبط الإداري ص39 و تطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بمشروعية القرار الصادر من مدير مدينة toulon ، و الذي منع بمقتضاه أصحاب الحانات من استخدام الفتيات الشاذات في خدمة العملاء أو استقبالهم في تلك الحانات ، و ذلك على الرغم من أن النصوص التشريعية لم تكن تجيز لمدير toulon ذلك ، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي ان هذا القرار متمشيا تماما مع الظروف الاستثنائية التي يتأثر بها الدفاع عن سلامة الدولة. ينظر تفصيلا في ذلك ؛عبد العليم مشرف مرجع سابق ؛ص154

[2] – ممدوح عبد الحميد؛ مرجع سابق ؛ص74

[3] – عادل أبو الخير؛ الضبط الإداري وحدوده؛ ص314؛ منيب الربيع ؛ مرجع سابق؛ ص105

[4] – د/ عبد العليم عبد المجيد مشرف؛ دور سلطا ت الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات؛ ص134.

وأخيرا قد يكون سبب التدبير الضبطي ناشئا عن وضع معين أو ملابسة معينة تستوجب اتخاذ تدبير ضبطي بسبب قيام صلة مباشرة بين ذلك الوضع أو تلك الملابسة و بين التدبير الضبطي، فحرية الاجتماع أو التظاهر مكفولة كمبدأ عام، ولكن إذا تبين لسلطات الضبط أن عقد الاجتماع أو تنظيم المظاهرة سوف يؤدي إلى الإخلال بالنظام العام، ففي هذه الحالة يجوز لسلطات الضبط اتخاذ التدابير والإجراءات اللازمة لمنع عقد هذا الاجتماع وهذه المظاهرة[1] .

بيد أنه يجب ألا يفهم من هذا أن هدف سلطات الضبط الإداري هو حماية النظام العام والتضحية بالحرية أيا كانت قيمتها، وإنما يتعين أن يكون الهدف **هو كيف تحمي النظام العام مع السماح بممارسة الحرية في نفس الوقت؛ لأن الحرية هي الأصل و القيد الناتج عن الإجراء الضبطي هو الاستثناء**، وعلى ذلك إذا كان في مقدور سلطات الضبط الإداري عقد الاجتماع مع اتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة لتفادي الإخلال بالنظام العام، فانه يجب عليها تمكين القائمين على هذا الاجتماع من عقد مع كفالة هذه الإجراءات لان الجمع أولى من الترجيح.[2]

هـ-يجب أن يكون التدبير الضبطي متناسبا و لازما لوقاية النظام العام :

ويتطلب هذا الشرط أن يكون التدبير الضبطي متناسبا مع درجة جسامة أوجه الإخلال بالنظام العام، وبناء على ذلك إذا لم يكن التدبير الضبطي لازما لحفظ النظام أو لم يكن متناسبا مع جسامة الاضطراب الذي وقع للنظام العام، ففي هذه الحالة يكون التدبير الضبطي غير مشروع و يحق للأفراد الطعن فيه أمام القضاء الإداري[3].

وعلى هذا تشكل هذه الشروط نوعا من القيود المفروضة على سلطات الضبط الإداري عند قيامها بإصدار هذه التدابير، وتحول قانونا دون أن يفلت أي تدبير ضبطي من رقابة القضاء إلغاء وتعويضا.

3- التنفيذ الجبري لإجراءات الضبط الإداري

3- 1- أهمية التنفيذ الجبري في وقاية النظام العام وإعادة استتبابه:

يعتبر أسلوب التنفيذ الجبري من أشد أساليب الضبط الإداري وأكثرها عنفا، ومن ثم فهو أكثر هذه الأساليب تهديدا لحريات الأفراد و اعتداء على حقوقهم ، و ذلك بما يتضمنه من أساليب القهر والقوة؛ و في هذه الوسيلة من وسائل الضبط الإداري لا تقوم الإدارة بعمل قانوني، بل تقوم بعمل مادي يتمثل في استخدام القوة الجبرية من اجل إرغام الأفراد على الامتثال و الخضوع للوائح و قرارات الضبط الادخاري حماية للنظام العام؛ و جدير بالذكر أن التنفيذ الجبري لإجراءات الضبط الإداري يعتبر تطبيقا خاصا للنظرية العامة للتنفيذ المباشر

[1] - د/شريف إسماعيل؛ مرجع سابق ؛ ص90. ود/ ممدوح عبد الحميد؛ مرجع سابق؛ ص74

[2] -د/ بول برنارد؛ فكرة النظام العام في القانون الإداري؛ ص118

[3] - د/منيب الربيع؛ مرجع سابق؛ ص106

للقرارات الإدارية، وهي تلك النظرية التي تمنح الإدارة الحق في تنفيذ قراراتها تنفيذا مباشرا بالقوة الجبرية، وذلك دون حاجة للجوء إلى القضاء للحصول منه على إذن سابق بالتنفيذ[1] .

و نظرا لما في هذا الأسلوب من اعتداء على حريات الأفراد، و خروج على القاعدة العامة التي تقضي بعدم اللجوء إلى القوة لاقتضاء الحق، فانه لابد من توافر حالات خاصة و شروط معينة حتى تستطيع الإدارة أن تلجا إلى هذا الأسلوب.

وعلى ذلك فان دراسة التنفيذ الجبري لإجراءات الضبط الإداري، تثير التعرض لبعض النقاط هي، تعريفه و مبررات الالتجاء إليه، ثم حالات التنفيذ الجبري، وأخيرا شروط مشروعيته .

3 – 2– تحديد مفهوم التنفيذ الجبري

رغم اتفاق الفقه على إن التنفيذ الجبري احد امتيازات الإدارة القسرية إلا أنهم لم يتفقوا على وضع تعريف واحد و محدد، ومن ثم تعددت أراء الفقهاء في هذا الشأن؛ فذهب رأي إلى تعريف التنفيذ الجبري بأنه "حق الإدارة في أن تنفذ أوامرها وقراراتها على الأفراد بالقوة الجبرية إذا رفضوا تنفيذها اختيارا، دون حاجة إلى إذن سابق من القضاء"[2] أي انه امتياز مقصور على لوائح الضبط بما فيها القرارات الفردية بصفة عامة و قرارات الضبط الإداري الفردية بصفة خاصة ،فهو الدليل الناطق على تمشي فكرة السلطة في وظيفة الضبط"[3] .

ويذهب رأي آخر إلى أن **التنفيذ الجبري** " وسيلة عملية يبررها قانونا ضرورة ضمان طاعة القانون عند عدم وجود إجراء أخر، فالتنفيذ المباشر ممكن إذن، ولكن لا يجوز استعماله إلا إذا لم يمكن الحصول على طاعة المكلفين بوسيلة أخرى، فله إذن طبيعة احتياطية واضحة"[4] .

وعموما يمكن القول بأن التنفيذ المباشر ينحصر في قدرة الإدارة على تنفيذ قراراتها على الأفراد دون حاجة إلى الحصول على إذن سابق من القضاء كامتياز مقرر لمصلحة الإدارة لتنفيذ قراراتها جبرا على الأفراد بالقوة المادية؛ و ذلك في حالة امتناعهم عن الانصياع أو الامتثال لأمر الإدارة والقيام بالتنفيذ الاختياري ، فهنا يكون من حق الإدارة أن تلجا إلى استخدام القوة المادية لتنفيذ قراراتها وإرغام الأفراد على احترامه، و ذلك على عكس قرارات الأفراد لأنهم لا يستطيعون تنفيذا قهرا على الغير إلا بعد الحصول على حكم من القضاء تتبعه إجراءات التنفيذ ، و ما يتخلله من إشكالات لابد من الفصل فيها.[5]

---

[1] د/ سليمان عاشور شوايل، "مسؤولية الدولة عن أعمال الضبط الإداري في القانون الليبي والمقارن، جنائيا وإداريا"، ص 129؛ ود/ صلاح الدين فوزي؛ مبادئ القانون الاداري؛ ص452

[2]– د/ سليمان الطماوي؛ النظرية العامة للقرارات الإدارية؛ ص614 ؛ ود/ راغب الحلو، القانون الإداري؛ ص736

[3]– د/ سعد الدين الشريف؛ أساليب الضبط الإداري؛ ص44

[4] – د/ مجدي أحمد فتح الله حسن؛ فاعلية الأداء الضبطي ؛ص174

[5] – د/ عبد العليم عبد المجيد مشرف؛ دور سلطا ت الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات؛ ص 161 .

وقد ثار خلاف في الفقه حول ما إذا كان هناك فرق بين اصطلاحي التنفيذ المباشر و التنفيذ الجبري، أم أنهما يعبران عن معنى واحد، ومن ثم ليس هناك اختلاف في المضمون بين الاصطلاحين.

ومن تطبيقات التنفيذ الجبري هدم عقار آيل للسقوط مملوك لأحد الأفراد، تفريق مظاهرات أو مواكب صدر قرار بتحريمها، وضع شخص في احد المعتقلات لخطورته على النظام، وإبعاد الأجنبي، وإيقاف ضابط المرور لأية سيارة لا تتوافر فيها شروط الأمن و المتانة إلى غير ذلك من التطبيقات.

3-3- مبررات التنفيذ الجبري

نظرا لخطورة امتياز التنفيذ المباشر على الحريات العامة، يتعين أن نلاحظ في هذا الصدد أن الأصل العام هو أن تلجأ الإدارة إلى القضاء مقدما للحصول على إذن سابق بالتنفيذ، شأنها في ذلك شأن الأفراد تماما، والعلة في ذلك هي أننا لو أطلقنا للإدارة الحرية في أن تلجأ إلى أسلوب التنفيذ الجبري كيفما تشاء وحينما تريد، فإنها سوف تتعسف في استعمال هذا الحق مما يؤدي إلى إهدار حقوق الأفراد و حرياتهم العامة، وهو ما يشكل مخالفة صريحة لأحكام الدستور والقانون و لقدسية مبدأ المشروعية في الدول الديمقراطية.

ومن ثم فان التنفيذ الجبري طريق استثنائي محض لا تستطيع الإدارة أن تلجأ إليه إلا في حالات محددة على سبيل الحصر، وبشروط خاصة حددها الفقه والقضاء لابد من توافرها حتى تقوم الإدارة بهذا التنفيذ، وإذا كان التنفيذ الجبري استثناء من الأصل العام، فانه لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه لأنه يترتب عليه بالضرورة المساس بالحريات العامة.

وعلى ذلك يجوز للإدارة أن تلجا إلى استخدام القوة المادية عند الاقتضاء، لمنع الإخلال بالنظام العام أو لإعادة هذا النظام إلى ما كان عليه، وذلك دون أن تضطر إلى الحصول على إذن سابق من القضاء للقيام بذلك.

أما بالنسبة لمبررات التنفيذ الجبري، فيمكن رصدها في الأسباب الآتية:

أ- إذا تعلق القرار بالمرافق العامة فان التنفيذ المباشر تبرره أو تمليه ضرورة احترام مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ولا شك أن في إلزام الإدارة بالحصول على إذن سابق من القضاء للقيام بالتنفيذ تعطيلا لسير المرافق العامة وإعاقة لاستمرارها و انتظامها في تأدية خدماتها للجمهور.

ب- أما إذا كان القرار تعبيرا عن السلطة العامة، فان هذه السلطة تقوم عادة بتنفيذ مشيئتها على الأفراد و تنفذ قراراتها بوسائلها وعمالها دون الالتجاء إلى وسائل خارجة عن نطاق كيانها بما في ذلك القضاء.

فيذهب جانب من الفقه إلى أن اصطلاحي التنفيذ المباشر و التنفيذ الجبري مترادفان و يستخدمان بمعنى واحد؛ ويذهب جانب أخر من الفقه –على عكس مما سبق- إلى أن الاصطلاحين غير مترادفين و إنما هما مختلفان ، فالتنفيذ المباشر هو ذلك الامتياز الذي بمقتضاه تستطيع الإدارة أن تصدر بإرادتها المنفردة قرارات تكون نافذة قبل الأفراد دون حاجة إلى تدخل القضاء . أما التنفيذ الجبري فهو خاص بالحالة التي يمتنع فيها الأفراد عن التنفيذ اختيارا و يكون لسلطات الضبط حق تنفيذ قراراتها جبرا على الأفراد مستخدمة القوة المادية عند الاقتضاء ، دون الحاجة إلى الحصول على إذن سابق من القضاء ، و ذلك في حالات محددة ووفقا لشروط خاصة . ومع ذلك فالجميع متفق على ان كلا منهما يحمل في طياته تهديدا لحريات وحقوق الأفراد بصورة أو بأخرى ، حيث أن النتيجة النهائية لكل منهما أن الإدارة تصدر قرارات تكون نافذة في حق الأفراد دون تدخل من جانب القضاء خلافا الأصل العام في هذا الصدد ، و فضلا عن ذلك فانه من الصعوبة بمكان وضع معيار دقيق للتمييز بين التنفيذ المباشر و التنفيذ الجبري . ينظر تفصيلا لهذه الآراء د/ منيب الربيع مرجع سابق؛ ص109؛ وسعد الدين الشريف مرجع سابق؛ ص46

ج– وهو افتراض المشروعية في القرارات التي تقوم الإدارة بتنفيذها جبرا الأمر الذي يجعلها بمنأى عن مخالفة القانون.[1]

د–الاعتبارات العملية التي تبرر التنفيذ الجبري، تكمن في أن المحافظة على النظام العام أو إعادته إلى حالته الطبيعية في حالة الإخلال به، تتطلب في كثير من الأحيان اتخاذ إجراءات مادية سريعة ، تفقد فاعليتها وجدواها إذا خضعت الإدارة وهي بصدد اتخاذها إلى ضرورة الحصول على إذن سابق من القضاء.

هـ– اعتبارات الطبيعة الخاصة للضبط الإداري فان قرارات الضبط الإداري سواء أكانت تنظيمية أم فردية ، ليست سوى حالة خاصة للتنفيذ الجبري للقرارات الإدارية ، فالضبط الإداري بطبيعته يشكل مجالا واسعا لاستخدام التنفيذ الجبري لتنفيذ قراراته أكثر من غيره من مجالات النشاط الإداري الأخرى، وذلك نظرا لما تتطلبه وظيفة الضبط الإداري من اتخاذ إجراءات سريعة لا تحتمل التأخير للمحافظة على النظام العام أو إعادته إلى حالته الطبيعية في حالة اختلاله.[2]

وفي هذا يذهب **د/ سعد الدين الشريف** في تبريره للتنفيذ الجبري إلى القول بأن تدابير الضبط الفردية في واقع الأمر، اشد ما تكون افتقارا إلى امتياز التنفيذ المباشر، و ذلك لان الحكمة من اتخاذ هذه التدابير لا تتفق مطلقا مع ضرورة اللجوء إلى القضاء سلفا، وذلك بسبب مقتضيات النظام العاجلة من ناحية، و بسبب طابع الضرورة الذي تتسم به غالبا تدابير الضبط الإدارية من ناحية ولكن يلاحظ أن هناك كثيرا من مظاهر التنفيذ المباشر لا تحتاج إلى القسر و الإكراه

ولا تفتقر إلى استعمال القوة لتنفيذها، مثال ذلك فصل موظف من الخدمة، أو ترخيص الانتفاع بالمال العام، أو رفض الترخيص بممارسة نشاط، ولذلك يتعين التمييز في هذا الصدد بين تنفيذ تدابير الضبط تنفيذا مباشرا وتنفيذها على وجه قسري أو جبري، ولا صعوبة بالنسبة للنوع الأول وهو التنفيذ المباشر لعدم اللجوء إلى القوة في تنفيذها، أما بالنسبة للنوع الثاني وهو التنفيذ الجبري فانه يتطلب ضبط شروط هذا التنفيذ لما له من انعكاسات واضحة على الحريات الفردية.[3] وفي الواقع أنه يمكن إرجاع مبررات التنفيذ الجبري إلى مبررين رئيسيين:[4]

أولهما: ترخيص المشرع للإدارة بالحق في تنفيذ قراراتها جبرا على الأفراد دون حاجة إلى الحصول على إذن سابق من القضاء، وذلك في حالات محددة على سبيل الحصر وهو ما يعرف حالة وجود إجازة صريحة كإجازة القانون الإدارة بمصادرة الأسلحة غير المرخصة.

---

[1] – د/ عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ ص165 نقلا عن **جورج فيدال؛ وشابي؛ ودي لو بادر**

[2] – عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ ص165

[3] – سعد الدين الشريف؛ أساليب الضبط الإداري؛ ص 45

[4] – ينظر إلى د/مجدي أحمد فتح الله حسن؛ مرجع سابق ص177.ود/ ممدوح عبد الحميد؛ مرجع سابق؛ ص77؛ ود/محمد كامل ليلة؛ نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري –دراسة مقارنة– ص137

وثانيهما: وهو حالة الضرورة بشقيها حالة الاستعجال وحالة وجود القوة القاهرة التي تبرر للإدارة اللجوء إلى أسلوب التنفيذ الجبري إذا كان هو الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر الذي يهدد النظام العام، بحيث لا يكون من المقبول في هذه الحالة أن نلزم الإدارة بالالتجاء إلى القضاء للحصول على إذن بالتدخل، لان إلزام الإدارة بذلك قد يترتب عليه حدوث أضرار جسيمة بالنظام العام ، قد يتعذر تداركها أو يصعب علاجها وذلك نظرا لبطء إجراءات التقاضي.

3-4- ضوابط مشروعية التنفيذ الجبري نظرا لما في التنفيذ الجبري لقرارات الضبط الإداري من قهر للأفراد و اعتداء على حقوقهم وحرياتهم العامة، وخروج على القاعدة العامة التي تقضي بعدم اللجوء إلى القوة لاقتضاء الحقوق ، فان الفقه و القضاء اشترطا ضرورة توافر عدة شروط حتى يكون التنفيذ الجبري مشروعا ،و يمكن إجمال هذه الشروط[1] فيما يلي:

-مشروعية القرار الضبطي: بأن تكون القوة الجبرية مستخدمة لتنفيذ قرار مشروع من قرارات الضبط الإداري، سواء كان هذا القرار تطبيقا لنص قانوني أو لائحي، و على ذلك إذا كان القرار غير مشروع فان اللجوء إلى استخدام القوة الجبرية لتنفيذه يكون غير مشروعا أيضا.

- رفض الأفراد تنفيذ القرار اختيارا: فلا يجوز لسلطات الضبط الإداري أن تلجا إلى استخدام القوة الجبرية لتنفيذ القرار إلا إذا ثبت امتناع الأفراد عن تنفيذه تنفيذا اختياريا، و بعبارة أخرى يتعين أن يكون هناك مبرر للتنفيذ الجبري، ولن يكون هناك مبرر إلا إذا كانت هناك مقاومة حقيقية من جهة الأفراد عند قيام الإدارة بتنفيذ القرار.[2] وينبغي أن نلاحظ في هذا الصدد أن الإدارة في حالة الضرورة تعفي من الالتزام بتوجيه الأمر إلى الأفراد للقيام بالتنفيذ الاختياري، وسبب ذلك هو أن حالة الضرورة قد يترتب عليها حدوث إخلال جسيم بالنظام العام أو تعرضه للخطر الشديد، وهذا يتطلب من سلطات الضبط الإداري الإسراع في اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري و إغفال التنفيذ الجبري، من اجل المحافظة على النظام العام أو إعادة هذا النظام إلى حالته الطبيعية في حالة الإخلال به.[3]

- وجود مبرر لاستخدام التنفيذ الجبري: لا يجوز اللجوء إلى استخدام القوة الجبرية لتنفيذ القرار الضبطي إلا في حالات الضرورة والاستعجال، و التي تتطلب التنفيذ الفوري حماية للنظام العام، حيث أن انتظار الإجراءات القضائية الطويلة و المعقدة في مثل هذه الحالات، يشكل خطورة كبيرة على النظام العام أو يؤدي هذا الانتظار إلى

---

[1] - ينظر تفصيلا لهذه الشروط والضوابط إلى: د/ محمد كامل ليلة؛ نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري؛دراسة مقارنة رسالة دكتوراه كلية الحقوق؛ جامعة عين شمس 1962؛ ص 137 ود/عبد المجيد اسماعيل شريف؛سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية؛ ص96. و د/مجدي أحمد فتح الله؛ مرجع سابق؛ ص174

[2] - و بناء على ذلك يتعين على سلطات الضبط الإداري أن توجه أمرا إلى أصحاب الشأن لكي يقوموا بالتنفيذ الاختياري مع إعطائهم فرصة أو مهلة معقولة للقيام بالتنفيذ، فإذا ثبت امتناع الأفراد عن القيام بالتنفيذ الاختياري ، ففي هذه الحالة يجوز لسلطات الضبط الإداري أن تلجا إلى استخدام القوة المادية لإجراء التنفيذ الجبري لقرارات الضبط الإداري ينظر د/عبد العليم مشرف، مرجع سابق، ص172

[3] - د/عادل أبو الخير؛ الضبط الإداري وحدوده؛ ص339

وقوع إضرار جسيمة بالنظام العام يصبح من العسير التخلص من نتائجها الضارة، ومن ثم إذا كانت اللائحة التي يستند إليها القرار الضبطي متضمنة جزءا جنائيا، فلا بد من سلوك الطريق الجنائي لأنه وسيلة لقهر المتعنت بدلا من اللجوء إلى التنفيذ الجبري، وهنا تكون الوسيلة الوحيدة لقهر المتعنت تهديده بتحرير محضر مخالفة له.

- **عدم تجاوز الإدارة لحدودها بالاعتداء على الحريات:** بأن يقتصر استخدام القوة الجبرية على الحد الأدنى الضروري من الإجراءات اللازمة لتنفيذ القرار الضبطي، وبالقدر المطلوب من القوة، دون تجاوز لا ضرورة له من تلك الإجراءات، ودون تعسف في استخدام القوة بلا مبرر؛ وبعبارة أخرى يمكن التعبير عن هذا الشرط بالقول بان إجراءات التنفيذ الجبري يجب أن تهدف في موضوعها إلى تحقيق احترام القرارات الإدارية التي رفض الأفراد تنفيذها فقط، أي انه يتعين على سلطات الضبط الإداري عند قيامها بالتنفيذ الجبري أن تلتزم بتحقيق الأهداف التي حددها المشرع و لا تتجاوز الحدود المرسومة لها.[1]

وأخيرا تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن استعمال الإدارة للتنفيذ الجبري قد يصل إلى درجة كبيرة من عدم المشروعية، تجعله ينحدر إلى **مرتبة أعمال الاعتداء المادي أو مستوى الغصب و العدوان**، ومن ثم لا يعتبر قرارا إداريا، ولا يخص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة به، وإنما ينعقد الاختصاص في هذه الحالة للقضاء العادي الذي يملك إثبات حالة الاعتداء المادي أو فعل الغصب و يحكم بإيقافها والتعويض عنها.[2]

4- دور الجزاءات الإدارية الوقائية في حفظ النظام العام

4- 1- أهمية الجزاء الاداري في حفظ النظام: يضيف بعض الفقهاء إلى أساليب الضبط الإداري الثلاثة السالفة الذكر أسلوبا رابعا و هو الجزاءات الإدارية الوقائية؛[3] ويقصد بالجزاء الإداري الوقائي الجزاء الذي تتخذه الإدارة من اجل وقاية النظام العام، وهو تدبير وقائي يراد به اتقاء الإخلال بالانتظام العام، وذلك بعدم إتاحة الفرصة لمصدر التهديد من التمكن من أحداث الضرر، ومن ثم فهو لا ينطوي على معني العقاب وغالبا ما يمس المصالح المادية و الأدبية للفرد.[4] ويعتبر الجزاء الإداري الوقائي أشد أساليب الضبط الإداري وطأة على الحريات، ومن ثم لا يجوز لسلطات الضبط الإداري أن تتخذه دون سند من النصوص القانونية أو اللائحية، كما أن الإدارة وهي تقوم بتوقيع هذه الجزاءات لا تقوم بها بوصفها قائمة مقام السلطة القضائية في توقيع العقاب، بل باعتبارها أو بحسبانها قائمة على وظيفة الضبط الإداري لحماية النظام العام داخل المجتمع.

---

[1] - د/ عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ ص174

[2] - د/عادل أبو الخير؛ الضبط الإداري وحدوده؛ ص340 نقلا عن د/ دي لوبا دير؛ المطول في القانون الإداري؛ ص600

[3] - ينظر إلى كل من د/سعاد الشرقاوي؛ القانون الاداري؛ ص79؛ ومنيب الربيع؛ مرجع سابق؛ ص 113 ؛ ود/عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ص177؛ ود/سعد الدين الشريف ؛أساليب الضبط الإداري؛ ص54

[4] - د/ سليمان عاشور شوايل، "مسؤولية الدولة عن أعمال الضبط الإداري في القانون الليبي والمقارن، جنائيا وإداريا"، ص128.

بيد أن وصف هذه الجزاءات بأنها إدارية لا تعني أن الإدارة هي التي تصوغها وترتبها من عندها، إذ الغالب أن هذه الجزاءات تقررها عادة القوانين واللوائح، وعلى ذلك فان وصف هذه الجزاءات بأنها إدارية يعني أن الإدارة هي التي تستقل بتوقيعها دون تدخل القضاء، وذلك تحقيقا لمقاصد الضبط الإداري .

وعلى الرغم من أن الجزاءات تنال بشكل أو بآخر من الحرية الشخصية أو المهنية للفرد فان الإدارة تقوم بتوقيعها دون توافر الضمانات الإجرائية التي يسمع فيها دفاع من تتخذ في مواجهته هذه الجزاءات، وهنا يكمن وجه الخطورة في هذا الأسلوب من أساليب الضبط الإداري، على أن هذه الخطورة سرعان ما تختفي إذا أمعنا النظر في طبيعة هذا الأسلوب الوقائي، وفي تقيده بالضرورة وفي خضوعه لرقابة القضاء الإداري إلغاء وتعويضا في حالة خروجه على مبدأ المشروعية.[1]

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الجزاءات الإدارية تتخذ في التطبيق العملي صورا متعددة ،فهي تارة تكون مقيدة للحرية كالاعتقال و إبعاد الأجنبي، وتارة أخرى تكون مالية كالمصادرة، وتارة ثالثة تكون مهنية كسحب ترخيص مزاولة مهنة معينة أو نشاط معين .

وترتيبا على ما تقدم فان دراسة الجزاءات الإدارية الوقائية تثير تحديد ماهية الجزاء الإداري ثم بيان طبيعته وخصائصه المميزة له عن الجزاءات المشابهة له.تاركين تحديد أمر صور هذه الجزاءات وأثرها في ممارسة الحريات العامة تقييدا ومصادرة إلى الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الرسالة

4-2- ماهية الجزاء الإداري[2] :

اختلف الفقه في تعريف الجزاء الإداري، فذهب رأي إلى أن الجزاء الإداري هو الجزاء الذي توقعه الإدارة على الأفراد دون تدخل القضاء، بهدف حماية النظام العام أو النظام الاقتصادي. و ذهب رأي آخر إلى أن الجزاء الإداري هو" التدبير الشديد الوقع على الصالح المادي أو الأدبي للفرد، وهذا الجزاء تتخذه الإدارة بغية حماية ناحية من نواحي النظام العام".[3]

وذهب رأي ثالث إلى أن الجزاء الإداري هو –الجزاء الذي تتخذه هيئات الضبط الإداري بهدف صيانة النظام العام في احد نواحيه، فهو تدبير وقائي يراد به اتقاء إخلال بالنظام ظهرت بوادره، و خيفت عواقبه ،و هو لا ينطوي بذلك على معنى العقاب و إنما ينطوي على أمر أخر هو وضع مصدر التهديد بحيث لا يمكن من الإضرار بالغير؛ ويجمع هذه الآراء **د/ عبد العليم مشرف** بقوله" أن الجزاء الإداري هو الجزاء الذي توقعه الإدارة على الأفراد دون تدخل القضاء، وهو **تدبير وقائي مؤقت** غايته المحافظة على النظام العام أو النظام الاقتصادي، وتهدف

[1] – د/سعد الدين الشريف؛ المرجع السابق؛ ص55.

[2] – ينظر في النظرية العامة للجزاء الاداري؛ د/ محمد سعد فودة؛ النظام القانوني للعقوبات الإدارية؛ مرجع سابق؛ ص95 وما يليها.

[3] – ينظر إلى هذه الآراء في د/ محمد شريف إسماعيل؛ مرجع سابق؛ ص102؛ ود/منيب الربيع؛ مرجع سابق؛ ص114 عاطف البنا؛ الوسيط في القانون الإداري؛ ص395

الإدارة من وراء توقيع هذا الجزاء إلى وضع الشخص مصدر التهديد في حالة معينة تمنعه من إحداث الضـــرر أو الإخلال بالنظام العام؛"[1] ومن أشهرها أسلوب الاعتقال الاداري.

4-3 طبيعة الجزاء الإداري:

الجزاء الإداري له طبيعة خاصة، فهو تدبير وقائي يراد به اتقاء إخلال بالنظام العام ظهرت بوادره وخيفـــت عواقبه، فالهدف من توقيعه هو صون النظام العام في احد نواحيه، وهو أسلوب يختلط فيه التدبير بالتنفيذ، وسمـــي جزاء لان فيه مساسا خطيرا بحرية الأفراد أو بأموالهم أو نشاطهم المهني، وهذا المعنى وأن اشترك فيه الجزاء القامع، إلا أن الجزاء الإداري الوقائي ينطوي على أمر آخر هو وضع مصدر التهديد بحيث لا يتمكن من إحداث الضرر[2]، فهو أسلوب قاهر لإدارة مصدر التهديد يلزمه بإزالة أسباب التهديد اتقاء لإخلال قد يقع بالنظام العام، أما الجزاء القامع فهو يتجه إلى عقاب شخص عن إخلال قد وقع أو جريمة قد وقعت بالفعل، وذلك فات الجـــزاء العقـــابي يكون نهائيا دائما و متناسبا مع جسامة الفعل الذي وقع، أما الجزاء الإداري الوقائي فاته على العكس من ذلـــك، تدبير مانع للحيلولة دون وقوع الإخلال بالنظام العام فيقاس بالبداهة بضرورتيه و بصلاحيته لتجنب الخطر، ولهذا يكون غالبا جزاءا مؤقتا لا نهائيا يراد به الضغط على إرادة الشخص الذي يوقع عليه لإزالـــة عوامـــل التهديـــد بالإخلال بالنظام.[3]

ومن ذلك حق الإدارة في أن تسحب الترخيص بالطريق الإداري إذا تبين لها أن في استمرار إدارة محـــل مـــا خطرا داهما على الصحة، أو على الأمن العام يتعذر تداركه و يستوي في ذلك نظرا لعموم الـــنص وإطلاقـــه، أن يكون الخطر الداهم ناشئا عن إدارة المصنع في ذاته، أو عن السلعة التي ينتجها المصنع إذا بلغ سوء صـــنعها حـــدا يهدد الصحة العامة و الأمن العام بالخطر ، إذ لا محل للتفرقة بين الأمرين ما دام الخطر على الأمن العام والصـــحة العامة يهدد الجمهور في الحالتين.

ولكن ينبغي أن يلاحظ في هذا الصدد –كما يرى جانب من الفقه –إن الجزاءات الإدارية الوقائيـــة ليســـت كلها من أساليب الضبط الإداري، ذلك أن هناك نوعا من الجزاءات الإدارية الوقائية توقعها الإدارة حماية للصالح العام الاقتصادي للدولة.[4] مما يثير التساؤل عن طبيعتها، وبالتالي مدى خضوعها أو عدم خضوعها للقيود التي ترد على أساليب الضبط الإداري بصفة عامة.[1]

---

[1] – د/ عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ ص179

[2] – وفي هذه الحال قد يلتبس الجزاء الإداري بال.تدبير الاحترازي كونهما يتفقان في أن كلا منهما عبارة عن تدبير معين الغـــرض منـــه الوقاية، و لكنهما يختلفان بعد ذلك ، فالتدبير الاحترازي عبارة عن إجراء يواجه به المجتمع خطورة إجرامية كامنة في شخص مرتكب الجريمة بقصد توقيها، فغايته الوقاية من الإجرام المحتمل و من اجل ذلك يطلق عليه تدبير الأمن أو الوقاية ، أما الجزاء الإداري فهو تدبير وقائي غايته المحافظة على النظام العام في المجتمع ، فهو لا يواجه إخطارا توصف بالجريمة. ينظر محمد شريف إسماعيل؛ مرجع سابق؛ ص101

[3] – د/مجدي احمد فتح الله؛ فاعلية الأداء الضبطي؛ ص188؛ د/ سعاد الشرقاوي؛ مرجع سابق، ص133

[4] – وجدير بالذكر أن نميز الجزاء الإداري عن الجزاء شبه الجنائي : فالجزاء شبه الجنائي هو الجزاء الذي يوقـــع علـــى مـــرتكبي الجـــرائم الاقتصادية، و يتمثل في إيقاع غرامات تجاوز مقابل الضرر الذي حاق بالمضرور من الجريمة الاقتصادية، أو المصادرة كما في مخالفات التسعير

4-4- خصائص الجزاء الإداري:

يتميز الجزاء الإداري بعدة خصائص نذكرها فيما يلي:

- الجزاء الإداري تدبير ضبطي وقائي غايته المحافظة على النظام العام، ومن ثم فهو لا ينطوي على معنى العقاب؛[2] وإنما ينطوي على أمر أخر هو الضغط على إدارة الشخص الذي اخل بالنظام العام، للانصياع لحكم القانون ومراعاة قواعد المحافظة على هذا النظام .

- الجزاء الإداري تدبير وقائي مؤقت وليس نهائيا خلافا للجزاء الجنائي،[3] ولذلك يجوز للإدارة الرجوع فيه إذا اظهر الشخص استعداده للمحافظ على التزام العام ، و في نفس الوقت قام بإزالة الأسباب التي أدت إلى الإخلال به.

الجبري و الجمارك و الاستيراد ، و كثيرا ما يختلط في هذه الجزاءات معنى التعويض و معنى العقاب ، و الجزاءات شبه الجنائية تقوم بتوقيعها لجان إدارية ذات اختصاص قضائي ينظمها القانون، و هي تختلف عن الجزاءات الإدارية الوقائية من حيث الغاية ومن حيث الجهة المختصة بتوقيعها ، فالغاية من الجزاءات الإدارية ا الوقائية الحيلولة دون وقوع الإخلال بالنظام العام ووقاية هذا النظام ، كما أن الإدارة هي التي توقع هذه الجزاءات وليست لجان إدارية ذات اختصاص قضائي . ينظر عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق ؛ص184؛ ومجدي فتح الله ؛مرجع سابق ؛ص187؛ وسعد الدين الشريف؛ مرجع سابق ؛ص55

[1]- و الواقع أن تزايد تدخل الدولة في المجال الاقتصادي أدى إلى اتخاذ كثير من الجزاءات الوقائية التي تستهدف تحقيق الصالح العام الاقتصادي و الاجتماعي، و من قبيل هذه الجزاءات إلغاء الترخيص في إقامة مشروع صناعي أو تكبير حجمه أو تغيير غرضه في نطاق خطة التنمية الاقتصادية، إذا تخلف صاحب الشأن بغير سبب معقول عن تنفيذ الأعمال المرخص بها خلال المهلة المحددة له، و كذلك المصادرة الإدارية للسلع التي تستورد من الخارج بدون تراخيص استيراد، مثل هذه الجزاءات الإدارية لا تعد من قبيل أساليب الضبط الإداري لان الغرض منها ليس وقاية النظام العام ،و إنما تستهدف هذه الجزاءات تحقيق مصالح عامة اقتصادية و اجتماعية متباينة. ينظر تفصيل ذلك في د/سعد الدين الشريف؛ أساليب الضبط الإداري؛ ص60

[2]- وليس معنى ذلك أنه جزاء مدني إذ الفرق بينهما واضح يمكن إبرازه في النقاط الآتية :

- الجزاء المدني توقعه المحاكم المدنية، أما الجزاء الإداري فتوقعه الإدارة.

- الجزاء الإداري يتمثل في فرض قيود على الحرية الشخصية كالاعتقال، أو على ممارسة المهنة كسحب الترخيص، أو على ملكية الأموال كالمصادرة،أما الجزاء المدني فلا يتعدى إبطال التعاقد أو إنقاص الالتزام أو الحكم بالتعويض .

- أن الغرض من توقيع الجزاء الإداري هو وقاية النظام العام، بخلاف الهدف من الجزاء المدني فهو منع مخالفة القواعد الآمرة في القانون المدني

[3] – وتجدر الإشارة أن هناك فروقا جوهرية تميز الجزاء الإداري عن الجزاء الجنائي رغم أن كلا منهما عبارة عن عقوبة منصوص عليها في القانون لمن يخالف القاعدة القانونية، إلا أنهما يختلفان عن بعضهما في عدة أمور نوجزها في ثلاث نقاط؛

- الجزاء الإداري توقعه الإدارة بهدف المحافظة على النظام العام ، بينما نجد أن الجزاء الجنائي توقعه المحاكم الجنائية بهدف معاقبة مرتكبي الجرائم بإنزال العقوبات المنصوص عليه في القانون، و يترتب على هذا الفارق بين الجزائين أن الجزاء الإداري جزاء وقائي غايته صيانة النظام العام ، في حين أن الجزاء الجنائي جزاء قامع غايته ردع الجناة وردع غيرهم .

- الجزاء الإداري مؤقت بطبيعته وليس نهائيا، وهو جزاء تهديدي الهدف منه الضغط على الفرد للانصياع لحكم التنظيم ولقواعد المحافظة على النظام العام، بقدر ضرورتيه وصلاحيته لتجنب الخطر .أما الجزء الجنائي فيكون دائما نهائيا و متناسبا مع جسامة الفعل الذي وقع.

- الجزاء الإداري لا يتمتع بحجية الأمر المقضي به، و لذلك يجوز للإدارة الرجوع فيه بسحب قرارها إذا تبين لها أن أسباب الإخلال بالنظام العام قد زالت بالفعل، بخلاف الجزاء الجنائي الذي يتمتع بحجية الأمر المقضي به، و بالتالي لا يجوز الرجوع فيه متى أصبح نهائيا .

– الجزاء الإداري توقعه الإدارة من تلقاء نفسها[1] دون تدخل من جانب القضاء ؛بيد انه يجب ألا يفهم من هذا إن الإدارة توقع هذه الجزاءات دون سند من النصوص ،إذ الغالب أن هذه الجزاءات تتقرر بنصوص صريحة تشريعية أو لائحية، وكل ما في الأمر أن الإدارة تستقل بتوقيع هذه الجزاءات دون تدخل القضاء وفقا لسلطتها التقديرية.

– الجزاء الإداري يجمع بين خصائص التدبير والتنفيذ في وقت واحد، ولذلك فهو يعتبر من اخطر أساليب الضبط الإداري و أشدها وطأة على الحريات.[2]وذلك من خلال دراسة تطبيقية لأحد صوره المتمثلة في **أسلوب الاعتقال الإداري**؛ الذي يعتبر أهم أسلوب تعتمد علية سلطة حفظ النظام العام في توقي احتمال لات الإخلال به ولأهميته وأثره الضار بالحريات العامة فانه سيكون محل بحث وتفصيل وهذا ما سيتم توضيحه في الباب الثاني من هذه الرسالة.

ثانيا: دور فكرة النظام العام في توسيع سلطة الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية:

تقوم فكرة النظام العام كهدف للسلطة الضبطية بدور هام في مجال **توسيع سلطات فرض النظام** وإقراره؛ فلا شك أن من أوجب واجبات السلطة النظامية تنظيم ممارسة الحرية بما لا يؤدي إلى تهديد استقرار الدولة؛ فكل حرية من شأنها تعكير النظام العام فان المشرع الدستوري يخول لسلطات الضبط الإداري التدخل في النشاط الفردي تقييدا بما يقر بالنظام ويحفظ دوامه واستقراره؛ ذلك أن الواقع الدستوري والإداري كشف أن الإدارة باعتبارها مكلفة بالمحافظة على النظام العام فإنه يكون من الضرورة منحها السلطات التي تمكنها من القيام بوظائفها في هذا الصدد؛ وبالتالي تخويلها صلاحيات مختلفة لتقييد الحريات تبعا لاختلاف الظروف العادية عن الظروف الاستثنائية؛ حيث تقوم فكرة النظام العام بتوسيع سلطة الضبط في تقييد الحريات وإمكانية مصادرها تغليبا لحفظ النظام العام؛ وترتيبا على ذلك تملك الإدارة بما لها من سلطة عامة في كفالة النظام العام أن تتدخل في مجال أية

---

[1]- دون أن يعني أن الجزاء التأديبي يختلف عن الجزاء الإداري في الأمور الآتية :

– أن الجزاء التأديبي يوقع على من يرتبط بالإدارة برابطة الوظيفة العامة ، بعكس الجزاء الإداري الذي يوقع على كل من يخل بالنظام العام من الأفراد سواء كانت تربطهم بالإدارة رابطة وظيفة أو لا .

– أن الجزاء التأديبي يوقع على الموظف نظير الإخلال بواجبات الوظيفة ، و هو يمس الحقوق الوظيفية ، أما الجزاء الإداري فيوقع على من يخل بالنظام العام من الأفراد و هو يمس الحرية الشخصية أو المال أو النشاط المهني لمن يتناوله من الأفراد .

– أن الجزاء التأديبي يوقعه الرئيس الإداري أو المحكمة التأديبية أو الهيئات المهنية كالنقابات، أما الجزاء الإداري فتوقعه سلطات الضبط الإداري.

– أن الجزاء التأديبي يتسم بالطابع العقابي أو الجزائي، و هو لذلك لا يعد من أساليب الضبط الإداري ، وخاصة أنه لا يستهدف حماية النظام العام، أما الجزاء الإداري فيتسم بالطبع الوقائي و هدفه المحافظة على النظام العام. ينظر تفصيلا أكثر د/مجدي فتح الله ؛ مرجع سابق؛ ص187؛ ود/ عاطف البنا؛ مرجع سابق؛ ص397؛ ود/سعد الدين شريف؛ مرجع سابق؛ ص 56 . د/ محمد سعد فودة؛ النظام القانوني للعقوبات الإدارية؛ مرجع سابق؛ ص105

[2] – د/ عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ ص181-182.

حرية من الحريات، غير أن مدى سلطتها في مواجهة الحريات تختلف تبعا لوجود نصوص تشريعية خاصة تنظم ممارسة الحرية أو عدم وجود مثل هذه النصوص[1].

أ- حالة وجود نصوص تشريعية خاصة: إذا كانت هناك نصوص تشريعية خاصة في شان تنظيم حرية ما فإن جهات الإدارة تلتزم بما ورد فيها من قيود، وبالتالي فإن كل إجراء تتخذه الإدارة متجاوزة به تلك النصوص التشريعية الخاصة ينطوي عل تجاوز للسلطة، أيضا فإنه يتعين أن تفسر القيود التي توردها النصوص التشريعية تفسيرا ضيقا بحيث تلتزم بالغرض المستهدف من النص القانوني فإذا انحرفت عن حدود ذلك الغرض تعرض قرارها للإبطال. فان لم ينص القانون على الغرض الذي يستهدفه المشرع من إصداره كان على سلطة الضبط إخضاع نشاطها للصالح العام.

وتجدر الإشارة إلى أن النصوص التشريعية المنظمة للحريات قد توسع من سلطات الإدارة في مواجهة حرية من الحريات مع تخويل الأفراد ضمانات مقابلة لهذه التوسع، ومن ثم تكون سلطة الإدارة مقيدة بوجوب مراعاة الضمانات المقررة ، فإذا لم ترغب في مراعاة تلك الضمانات فليس لها أن تستعمل تلك السلطات الإضافية .

ب-حالة عدم وجود نصوص تشريعية خاصة. تختلف في هذه الحالة سلطات الإدارة ضيقا أو اتساعا حسب الظروف الزمنية و المكانية المحيطية بممارسة الحرية، دون أن يعني ذلك أن سلطات الإدارة مطلقة من كل قيد، فهي مقيدة بطبيعة فكرة الحرية ذاتها وهو ما سنقوم بدراسته تفصيليا في الفصل الثاني من الباب الثاني.مما يشكل خطورة على حقوق الإنسان وحرياته فيما تمنحه من سلطات خطيرة للسلطة التنظيمية في تقييد الحرية الشخصية ومنع بعض الحريات السياسية؛ بحيث لا يقف أمامها سوى القضاء الذي يعد الملاذ الأخير لحقوق الأفراد ضد تعدي الإدارة وفتياتها؛ بل انه الضمان الأكبر لسيادة القانون.

فمن الحقائق التي أثبتها التجارب السياسية للدول الديمقراطية أنه كلما تراخت المحاكم في بسط رقابتها على أعمال الإدارة كلما شجع ذلك جهات الإدارة على الاستخفاف بحقوق الأفراد و مصالحهم و العبث القوانين، وعلى العكس، كلما شددت المحاكم رقابتها الحكيمة كلما أدى ذلك بالإدارة إلى لزوم حدودها وتحري المصلحة العامة وحدها في لوائحها و أعمالها.[2] وفي ضوء ذلك يمكن

1- ماهية نظرية الظروف الاستثنائية وعلاقتها بفكرة النظام العام.

تعتبر نظرية الظروف الاستثنائية مبررا كافيا لتوسيع اختصاصات السلطة الضبطية المكلفة بحماية النظام العام، ويمكن أن يدخل في مفهوم هذه الظروف كل أشكال الأزمات والطوارئ أو الحصار، وتعرف هذه الظروف وفقا لآراء الفقه الإداري الفرنسي بأنها" الأوضاع المادية التي تؤدي إلى وقف العمل بالقواعد العادية التي تطبقها الإدارة لتطبيق قواعد المشروعية الخاصة بالأزمات".

[1] - د/ نعيم عطية؛ رسالته السابقة، ص 202 و ما بعدها، د/ عادل سعيد أبو الخير؛ الضبط الإداري وحدوده؛ ص 174.

[2] - د/ وحيد رأفت؛ مسؤولية الإدارة عن أعمالها، مقالة منشورة بمجلة القانون و الاقتصاد، السنة التاسعة، العدد الثالث، ص328 .

وما يجب ملاحظته أن هذا الظرف الاستثنائي لا يشترط أن يكون شاملا لكل إقليم الدولة كلها بل يكفي أن يكون في جزء منها؛ ويكفي أن يكون تطبيق قواعد المشروعية العادية من شأنه تهديد النظام العام بخطر جسيم وجدي في أحد أجزاء الإقليم الولايات.

وإذا كانت نظرية الظروف الاستثنائية تسمح للإدارة بالتحرر من النصوص التشريعية وأعمال قراراتها ولو خالفت القانون بمعناه اللفظي، إلا أن الإدارة في هذا المجال تخضع إلى بعض الضوابط[1] التي يجب أن تلتزم بها أثناء اتخاذ إجراءاتها الاستثنائية وتتمثل هذه الضوابط[2] في:

1-أن تكون هناك حالة واقعية تستوجب وقف العمل بالنصوص التشريعية.

2-أن يكون تصرف الإدارة لازما ووحيدا لمواجهة الموقف ودفع الضرر.

3-أن يكون هذا التصرف مستهدفا تحقيق مصلحة الدولة المصلحة العامة.

4-أن يكون هناك خطر جسيم يهدد النظام العام والأمن.

5-أن يقوم بهذا العمل موظف مختص.

فإذا توافرت هذه الشروط ترتبت على ذلك عدة أثار قانونية هامة لا يمكن أن توجد في الظروف العادية، منها عدم التقيد ببعض الأركان اللازمة القرار الإداري؛ وتبرير تصرفات الموظف الفعلي أو الواقعي استنادا لضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد؛ بالإضافة إلى وقف بعض النصوص القانونية مؤقتا، كالامتناع عن تنفيذ بعض الأحكام القضائية- **قضية كوتياس**-، ووقف إصدار بعض الصحف، والاستيلاء المؤقت على العقارات[3].

وبناء على ذلك تعد هذه النظرية من أهم النظريات العامة في الفقه القانوني والشرعي بمختلف فروعهما؛ وان اختلفت أحكامهما وتطبيقاتها من فرع لأخر ومع ذلك يبقى جوهرها واحدا في مختلف فروع القانون والشريعة إنها **وجود خطر يهدد مصلحة يحميها القانون.**[4]

رغم اتفاق الفقه الإداري على أنها نظرية قضائية من خلق وإبداع مجلس الدولة الفرنسي من اجل مواجهة الظروف العصيبة التي مرت بها فرنسا خلال الحرب العالمية الأولي؛ بهدف حماية النظام العام وضمان استمرارية

---

[1] – وجدير بالذكر انه يشترط لتوافر نظرية الظروف الاستثنائية ثلاثة شروط أساسية هي:-**1**- قيام حالة واقعية غير عادية و غير مألوفة تخرج عن نطاق ما يمكن توقعه.-**2**- صعوبة مواجهة هذه الحالة بإتباع قواعد المشروعية العادية -**3**- تعرض الصالح العام للخطر؛ ينظر تفصيلا لها عند د/ عبد الحميد أبو زيد؛ سلطة الحاكم في تغيير التشريع شرعا وقانونا؛ دار النهضة العربية؛ سنة1984؛ ص187.

[2] – د/ محمود عاطف البنا، الوسيط في القانون الإداري، ص 464، ود/ عبد الله طلبة، القانون الإداري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة، الطبعة الجديدة، دمشق، سنة 1979، ص37 وما بعدها.

[3] – د/ احمد مدحت علي؛ نظرية الظرف الاستثنائية؛ دراسة مقارنة؛ سنة 1977؛ ص106

[4] – عبد الرحمن تقيدة؛ نظرية الظروف الاستثنائية في النظام القانوني الجزائري؛ رسالة ماجستير؛ جامعة عنابة؛ 1990؛ ص22

المرفق العام[1]؛ إلا أن للفكرة في جوهرها جذور قديمة تعود إلى القانون الروماني ؛وتظهر بشكل جلي في الشريعة الإسلامية من خلال تقريرهم لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات[2]؛ وعليه فان الفكر القانوني مستقر على معرفة جوهر النظرية منذ القدم؛ إلا أن تأصيل هذه النظرية من حيث بيان عناصرها وشروط إعمالها واليات الرقابة عليها يعود الفضل فيه إلى مجلس الدولة الفرنسي؛[3]ورغم أنها نظرية قضائية إلى أن القضاء لم يتعرض لتحديد مفهومها نظرا لمرونتها وقابليتها لاستيعاب حالات جديدة تمكن القاضي الإداري من إعمال هذه النظرية دون مخالفة للتعريف المحدد.

1-1- مفهوم الظروف الاستثنائية:

أمام عدم تحديد القضاء لمضمون هذه النظرية اتجه الفقه إلى محاولة تعريفها لتحديد شروطها وعناصر توافرها وفي هذا يرى بعض الفقه[4] بأنها وضع غير عاد يتصف بالخطورة لعدم إمكان مواجهته بالقواعد العادية؛ مما يحتم التصرف بتدخل الإدارة على وجه السرعة حفظا للمصلحة العامة.

فهي بناء قانوني من صنع القضاء بمقتضاه تتحرر الإدارة من القواعد العادية ليحل محلها قواعد استثنائية موسعة لسلطة الإدارة بما يساعدها على حماية النظام العام.فهي من جهة توقف العمل بقواعد المشروعية العادية وتؤدي من جهة ثانية إلى تطبيق مشروعية خاصة تتلاءم مع خطورة الظرف المستجد. وحول هذا المعني يقول **د/ نعيم عطية**" هي مجموعة الظروف الطارئة غير المألوفة التي تطرأ على حياة الدولة بسبب أحوال دولية كنشوب حرب؛ أو بسبب أحوال داخلية كوقوع أزمة اقتصادية أو أمنية أو فتنة سياسية؛ على غير الوضع المعتاد؛ مؤقتة البقاء وليس لها صفة الدوام تمثل خطرا على كيان الدولة واستمرارها".[5] وهو التعريف الذي تبناه **د/ إبراهيم درويش** بإيجاز وتلخيص في قوله" هي ظروف فجائية أو حالات واقعية تدفع الضرورة الإدارة بسببها إلى التحرر من قواعد المشروعية العادية؛ فتصدر تصرفات تعتبر شرعية نظرا لهذه الظروف؛ بشروط معينة وتحت رقابة القضاء.[6]

فيفهم من هذه المحاولات الفقهية أنها عرفت هذه الظروف بعناصرها المحددة من طرف القضاء كتأكيدهم على ضرورة وجود أحداث خطيرة؛ واستحالة مواجهتها طبقا للقواعد العادية؛ وضرورة التدخل والتصرف

---

[1] – ينظر على سبيل المثال د/ أندري دي لوبادير؛ المطول في القانون الإداري؛ طبعة1988؛ص260؛ ود/ جون ريفيرو؛ القانون الإداري؛ طبعة1983؛ ص80؛ د/شارل دياش؛ القانون الإداري؛ طبعة1969؛ص384؛ نقلا عن رسالة د/ بدران مراد؛ ص8 وما بعدها.

[2] – د/ محمد الوكيل؛ حالة الطوارئ وسلطات الضبط؛ ص128

[3] – د/ مراد بدران؛ رسالته السابقة؛ ص11

[4] – د/ أحمد مدحت علي؛ نظرية الظروف الاستثنائية؛ الهيئة المصرية للكتاب؛ دون رقم الطبعة سنة 1978؛ ص191.

[5] – د/ نعيم عطية؛ الإدارة والحرية في الأوقات غير العادية؛ مجلة العلوم الإدارية؛ الناشر الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية؛ القاهرة؛ السنة 21؛ العدد 02؛ ديسمبر1979؛ ص97

[6] –د/ إبراهيم درويش؛ نظرية الظروف الاستثنائية؛ القسم 01؛ مجلة إدارة قضايا الحكومة؛ القاهرة؛ العدد4؛ سنة 1966؛ ص138

بسرعة وقوة. واستهداف الإدارة للمصلحة العامة.[1]

مما يعني تسليم الفقه بصعوبة تحديد ماهية فكرة الظروف الاستثنائية موضوعيا والاكتفاء بذكر عناصرها وشروط إعمالها وفقا الأحكام القضائية.

– وجود ظروف خطيرة استثنائية سواء كانت متوقعة حالا أم متوقعة في المستقبل من شانها تهديد النظام العام حقيقة لا توهما.

– مخالفة القاعدة القانونية العادية:لاستحالة تطبيقها وتعذر تفادي مخاطر الظروف الاستثنائية بها.

– استهداف الإجراء الاستثنائي للمصلحة العامة المهددة بذلك الظرف غير العادي فيجب أن تكون المصلحة العامة معرضة للخطر.

فهذه العناصر تعد عن الفقهاء شروط أساسية لتطبيق نظرية الظروف الإستثنائية، وهي شروط من شأنها أن تخفف من خطورة النظرية على الحريات العامة وتضمن سريان مبدأ المشروعية وبقاء دولة القانون حتى في أوقات الأزمات[2].وعليه لا يمكن للقاضي الاعتماد على عنصر واحد من العناصر السابقة وإنما يلزم اجتماع كل هذه العناصر حتى يكون الإجراء الاستثنائي مشروعا[3]. بيد أن الصعوبة تكمن في تحديد ماهية الظرف الإستثنائي لما فيه من مرونة يستعصى معها وضع معيار عام له. ذلك أن الواقعة لا يمكن النظر إليها على أنها ظرف إستثنائي إلا عند التمكن من معرفة ما يحيط بها من ظروف مكانية وزمانية وما تتميز به من خصائص معينة؛ فما يعد ظرفا استثنائيا في أحوال وظروف معينة قد لا يعد كذلك في حالات وظروف أخرى فالمسألة كما يقول **د/ أحمد مدحت** على أولا وأخيرا هي "مسألة وقائع "[4].

وترتيبا على ذلك لم يتفق الفقه الدستوري والإداري على تعريف محدد لها؛ بل تعددت التعريفات التي قيل بها في هذا الشأن مما يمكن اعتبارها ظاهرة سياسية ونظرية قضائية يستوجب ضرورة إلى تأطيرها وضبطها قانونيا حماية للحرية؛ وهو ما حول بعض الفقه تجسيده من خلال الجمع بين تلك التعريفات على نحو ما قام به **د/ عبد العليم مشرف**[5] في وصفه لها" بأنها **نظام استثنائي** يقرره الدستور والقانون معا لحماية مصالح الدولة العليا ونظامها العام، ومؤدى ذلك النظام الاستثنائي أن تترخص السلطة التنفيذية في اتخاذ إجراءات استثنائية معينة يمكن عن طريقها أن تعطل حكم القانون مؤقتا ، وان تطغى على الحريات العامة التي كلفها الدستور والقانون، بالقدر الذي يجيزه قانون الطوارئ، و بالحد الذي يكون لازما لموجهة الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد،

[1] – د/ مراد بدران؛ رسالته السابقة؛ ص17 وما بعدها

[2] – د/ حساني محمود؛ المرجع السابق؛ ص 99

[3] – د/ بدران مراد؛ رسالته السابقة؛ ص25

[4] – د/أحمد مدحت علي؛ نظرية الظروف الإستثنائية؛ ص 194؛ وص196.

[5] – د/ عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ ص281

كل هذا على أن تخضع السلطة التنفيذية فيما تتخذه من إجراءات لرقابة القضاء، وينتهي العمل بهـــذا النظـــام الاستثنائي عند انتهاء الظروف التي دعت إلى تطبيقه .

1- 2- أبعاد فكرة الظروف الاستثنائية:

إعمالا لمبدأ المشروعية الذي يعتبر اللبنة الأساسية لحماية حقوق الإنسان وحرياته العامة وركنا في قيام دولة القانون والحق؛ يتعين على الإدارة الالتزام بالقانون في أي وقت وأيا كانت الظروف؛ بيد أن هذا المفهـــوم وإن كان صالحا في ظل ظروف وأزمنة اعتيادية؛ فإنه لا يصلح للتطبيق في ظروف وأزمنة غير اعتيادية، وقد يترتب على الإصرار على تطبيقه استفحال الأزمة بما يؤدي إلى انهيار الدولة أو على الأقل تعريض سلامتها لحـــالات شديدة، كتعرضها لحالات طارئة غير اعتيادية كالحرب والكوارث الطبيعية وانتشار الأوبئة...، التي تهدد كيان المجتمع وتعرض تنظيمه السياسي وحقوق الأفراد وحرياتهم لأخطار كبيرة.[1]

لذلك كان لابد من أن يتوسع مبدأ المشروعية ليشمل هذا الجانب الاستثنائي وبالشكل الذي يمكن للإدارة من خلاله التصرف بقدر من الحرية، ومنحها بعض السلطات الخاصة على النحو الذي وإن كان يتعارض مـــع قواعد المشروعية العادية، إلا أنه يظل مع ذلك أمرا قانونيا ومشروعا وذلك في إطار المشروعية الاستثنائية باتخاذ قرارات مخالفة للقانون العادي الذي ينظم الظروف العادية، لأن سلامة الشعب هي القانون الأعلى الذي يجب أن يسمو على القوانين الوضعية[2].

1- 3- أساليب تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية:

تختلف الدول فيما بينها في تنظيم حالة الطوارئ اختلافا كبيرا، و ذلك حسب ظروف كل دولة السياسية والاجتماعية و الاقتصادية، و لكن رغم هذا الاختلاف في أساليب تنظيم حالة الطوارئ إلا انه يمكن ردها إلى ثلاثة أساليب.[3]

---

[1] – عبد الحميد بن لغويني؛ دور القاضي الاداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية؛ رسالة ماجستير ؛سنة 2004؛ ص100

[2] – فاروق أحمد خماس، الرقابة على أعمال الإدارة، دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل، د.ط، ص 43-44.

[3] – ينظر إلى هذا التصنيف تحت عنوان **أساليب تطبيق حالة الطوارئ** عند د/ محمد الوكيل؛ حالة الطوارئ وسلطات الضبط؛ 189 ومـــا يليها. ود/ حقي إسماعيل؛ رسالته السابقة؛ ص50 وما يليها. ود/ رضا عبد الله حجازي؛ رسالته السابقة؛ ص355 وما يليها.

أ- نظام التشريعات السابقة على قيام حالة الطوارئ: وهو الأسلوب المطبق في فرنسا[1]، و يتميز بوجود قانون سابق على حدوث الظروف الاستثنائية يمكن للسلطة التنفيذية تطبيق أحكامه عن طريق إعلان حالة الطوارئ، دون حاجة للرجوع إلى البرلمان لاستصدار تشريع خاص بذلك الموضوع.[2]وعلى هذا يعرفها الفقه الفرنسي على أنها " ظروف وأحداث غير عادية متوقع حدوثها ومحددة في قانون الأحكام العرفية يؤدي حدوثها إلى عجز السلطات العادية عن مواجهة تلك الأحداث الشاذة ؛ فيتدخل ذلك القانون لمنح سلطة الضبط تدابير استثنائية تحت رقابة القضاء[3] وهو ما عبر عنه الفقيه **رولاند دراقوا** بقوله" بأنها تلك الظروف الاستثنائية المحددة بقانون سابق بموجبه تتخذ سلطات الضبط تدابير شاذة محددة لمواجهتها تحت سلطة القاضي[4].

بيد انه يؤخذ على هذا الأسلوب انه يفتح الباب على مصراعيه أمام الحكومة في أن تلجا إلى تطبيق قانون الطوارئ لأتفه الأسباب، و ينتج عن ذلك من تقييد لحريات الأفراد دون رقابة سابقة على هذا التطبيق من جانب البرلمان الحامي التقليدي للحريات .

ب- نظام التشريعات المعاصرة لقيام حالة الطوارئ :

ومؤداه الترخيص للحكومة كلما دعت الظروف إلى ذلك باللجوء إلى البرلمان لاستصدار قانون لمواجهته، وهذا هو الأسلوب الانجليزي، و يحقق هذا الأسلوب حماية كاملة للحريات العامة من تطبيق قوانين الطوارئ التي تقيد غالبا هذه الحريات، إلا في الظروف التي تستدعي بالفعل تطبيق هذه القوانين ، حيث أن البرلمان هو الذي ينفرد في ظل هذا الأسلوب بتقدير الظروف الاستثنائية و ما إذا كانت تستدعي بالفعل تطبيق قانون الطوارئ.[5] وعلى هذا تعرف حالة الطوارئ في الفقه الانجليزي بأنها تلك الحالة التي يمكن من خلالها مجاوزة

---

[1]- حيث يخول المؤسس الفرنسي طبقا المادة 16 من دستور 1958 لرئيس الجمهورية سلطات استثنائية عندما تصبح مؤسسات الجمهورية واستقلال الأمة وسلامة الوحدة الترابية أو إذا ما كان تنفيذ التزاماتها الدولية مهددة بشكل خطير وحالوما تجدر ملاحظته هو أن الفقه الفرنسي ينظر إلى هذه المادة على أساس أنها النص التأسيسي لنظرية الظروف الاستثنائية التي كان القضاء قد سنها، وهي تتعلق بالحالة القصوى لخطورة الظروف الاستثنائية وهي لا تحصر كل مجال الظروف الاستثنائية وإنما تقوم بإعلان المبدأ الذي يتضمن السلطات الاستثنائية، أما من حيث الرقابة فتتم من طرف القضاء حول مدى احترام إجراءات إعلان الحالة الاستثنائية هل تم الإعلان بعد الاستشارة الرسمية للوزير الأول ولرؤساء المجلسين التشريعيين وبعد أخذ رأي المجلس الاستشاري، وكذلك يراقب الإجراءات المتخذة من حيث تطبيق المادة:(16) فيما يخص اللائحة المستقلة أي مدى مشروعية تدخل الإجراءات الاستثنائية في مجال المحفوظ للوائح المستقلة وكما تنص عليه المادة:(37) من الدستور، فالقضاء لا يراقب مدى توافر الشروط الدستورية، ولا في مدى مشروعية الإجراءات المتخذة، وبالتالي فقرار رئيس الجمهورية بإعلان الحالة الاستثنائية يعتبر من أعمال السيادة لا يخضع لرقابة قضاء الإلغاء؛ د/ مراد بدران؛ الرقابة القضائية؛ ص84 ود/ بن طيفور؛ مرجع سابق؛ ص12 وما يليها

[2] - د/ عبد الغني بسيوني عبد الله؛ القانون الإداري؛ ص394

[3] - ينظر د/ محمد الوكيل؛ حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري؛ ص134

[4]- R.Drago .L état d urgence et les libertés publiques R.D.P .1955 .p579 -

[5] - د/ عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ ص280

المبادئ الدستورية الاعتيادية لمواجهة الظروف الاستثنائية.بموجب تشريعات طارئة تأخذ قوة التشريع بعد عرضها على البرلمان للمصادقة عليها وذلك في سبيل مواجهة هذه الظروف.[1]

غير انه يؤخذ على هذا الأسلوب انه يجعل السلطة التنفيذية عاجزة في كثير من الأحيان عن مواجهة الظروف التي تحدث بشكل مفاجئ، ولا تحتمل الانتظار لحين عرض الأمر على البرلمان واستصدر قانون لمواجهتها، ولذلك اتجه المشرع الانجليزي في عام 1920 نحو الأخذ بإصدار قانون لحالة الطوارئ معد سلفا، حتى لا تلجا السلطة التنفيذية إلى البرلمان في كل حالة على حدى، نظرا لما في ذلك من إضرار بالصالح العام، وقد عدل قانون الطوارئ الصادر عام 1920 في عام 1964[2].

ج- نظام التشريعات المختلطة للطوارئ :

وهو الأسلوب المطبق في أمريكا، و مؤدي هذا الأسلوب وجود قانون سابق لحالة الطوارئ تلجا الحكومة إلى تطبيقه عندما تطرأ ظروف استثنائية تستدعي ذلك، و في نفس الوقت يجوز للحكومة أن تلجا إلى البرلمان لاستصدار قانون خاص إذا كانت السلطات المنصوص عليها في قانون الطوارئ لا تكفي لمواجهة الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد.[3] وعلى هذا يعرف الفقه الأمريكي حالة الطوارئ بأنها حدوث ظروف استثنائية لا يمكن توقع شدتها وفترة استمرارها؛ والتي من شانها أن تهدد الحياة العامة خارج الحدود المتوقعة؛ فهي حالة غير مستقرة وغير متكررة لا يمكن مواجهتها بالسلطات والتشريعات العادية.[4]وأيا كان الأسلوب المتبع في مواجهة الظروف الاستثنائية ومجابهتها فان الذي يستوقف الباحث هو أن الظروف الاستثنائية تؤثر بشكل مباشر في علاقة الفرد بالسلطة بحيث يؤدي الإعلان عنها إلى الانتقاص من حق الأفراد في ممارسة حرياتهم حماية للنظام العام[5].

---

[1] – ينظر إلى أصل هذا التعريف عند: د/ حقي إسماعيل بربوتي؛ الرقابة على أعمال السلطة القائمة على حالة الطوارئ؛ –دراسة مقارنة؛ رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس؛ سنة1981سنة 1981؛ ص16

[2] – د/ محمد الوكيل؛ حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري؛ دراسة مقارنة– رسالة دكتوراه سنة2003؛ ص132

[3] – د/ عبد العليم مشرف؛مرجع سابق؛ ص280

[4] – ينظر إلى مصدر هذا التعريف في: د/ حقي إسماعيل؛ الرقابة على أعمال السلطة القائمة على حالة الطوارئ؛– دراسة مقارنة– رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس؛ سنة1981سنة 1981ص19. ود/محمد الوكيل؛ حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري– دراسة مقارنة؛ الناشر دار النهضة العربية القاهرة؛ ط1؛ مارس 2003؛ ص133.

[5] – ويمكن التمثيل لذلك بأثر الظروف الاستثنائية على حرية التنقل والإقامة في فرنسا من خلال قضية "**حسين غنوشي**" أحد الرعايا الجزائريين بفرنسا الذي رفضت وزارة الخارجية الفرنسية طلبه المؤرخ في 26سبتمبر1995 والمتضمن مد فترة إقامته وزوجته وأبناءه المتمدرسين بفرنسا بمدينة "نانت"؛ تحت ذريعة حالة الطوارئ التي أعلنت على اثر اختطاف ثلاثة موظفين دبلوماسيين بالجزائر سنة 1993؛ و اغتيال خمسة فرنسيين بالجزائر سنة 1994؛ وهو الأمر الذي حدا بالخارجية الفرنسية إلى التعميم المطلق حيث منعت الدخول إلى الجزائر والسفر إلى فرنسا؛ غير أن المدعي طعن في القرار وحكمت المحكمة الإدارية في 1996/12/06 بإلغاء قرار وزير الخارجية وإلزامه بتمديد فترة الإقامة للمدعي. ينظر في تفاصيل القضية د/إيهاب طارق عبد العظيم؛ علاقة الفرد بالسلطة في ظل الظروف الاستثنائية– دراسة مقارنة– جامعة الزقازيق مصر سنة2003 ؛ ص126 وما بعدها

1-2- الأساس القانوني للمشروعية الاستثنائية:

مما يلاحظ في على الفقه والقضاء الإداريين أن هناك اختلافا واسعا فيما بينهم في وضع أساس لنظرية الظروف الاستثنائية بسبب عدم الاستقرار على تكييف طبيعتها والخلط بينها وبين غيرها من النظريات[1].

1-2-1- فكرة المشروعية الاستثنائية:

يعتقد أصحابها بان الظروف الاستثنائية ما هي إلا تقنية للتخفيف من صرامة مبدأ المشروعية في محاولة توسيعها إلى فكرة المشروعية الاستثنائية؛ نظرا لوجود فراغ قانوني وجب ملؤه لمواجهة الظرف غير العادي عادة ما يكون النص القانوني عاجز أمامه.مما يجعل القاضي في حرج بسبب وجود نزاع بين القانون العادي وبين المصلحة العليا للدولة؛ يستوجب معه ترجيع مصلحة الدولة الدائمة؛ فمضمون هذه المشروعية أن القوانين العادية وضعت لتحكم في الأصل الظروف العادية فإذا ما طرأت ظروف استثنائية وجب العدول عنها وتمكين الإدارة من استحداث نصوص تشريعية جديدة تلائم الظرف المستجد حفاظا على الدولة ووجوب الإبقاء عليها[2].

مما يمكن التعبير عنه بوجود الدولة في حالة دفاع شرعي يخولها مشروعية استثنائية في التدخل والتحلل من مبدأ المشروعية؛ على أساس أنه من حق الدولة الدفاع عن نفسها[3]، فإذا كان للفرد الحق في مخالفة القوانين لدرء خطر جسيم يهدد نفسه أو ماله، أفلا يجدر أن تعطى الدولة هذا الحق عند قيام الظروف الاستثنائية التي تهدد الدولة ذاتها بالخطر وتنذر بانفراط عقد النظام العام وسيادة الفوضى[4]؛ وذلك قياسا على قواعد القانون الجنائي التي تؤكد عدم تجريم الفعل الذي يرتكبه الإنسان مخالفا فيه نصوص قانون العقوبات بسبب الدفاع عن نفسه أو ماله أو عرضه من خطر جسيم يوشك أن يقع عليه؛ فإذا تقرر أن القواعد الإدارية وضعت لتحكم ظروفا عادية

---

[1] – ينظر حول هذه الآراء المفسرة لأساس نظرية الظروف الاستثنائية؛ د/ إسماعيل البدوي؛ القضاء الاداري؛ دراسة مقارنة- ج1؛ مبدأ المشروعية؛ ط2؛ سنة 1997؛ ص144 حيث أرجعها الى أربعة آراء: فكرة الضرورة وسلامة الدولة؛ وفكرة الاستعجال ؛ و فكرة ضرورة سير المرافق العمومية باطراد وانتظام؛ و فكرة تحقيق سلامة الوحدة الوطنية؛ ينظر المرجع نفسه؛ ص145

[2] – د/ فؤاد العطار؛ رقابة القضاء على أعمال الإدارة؛ ص95

[3] – غير أن تسليم الفقهاء بحق الدولة الشرعي في الدفاع عن نفسها، نتج عنه جدل فقهي تمثل في هل قواعد المشروعية العادية في الظروف الاستثنائية هو من قبيل أسباب الإباحة أم من قبيل موانع العقاب؟الأمر الذي له نتائجه الخطيرة على حقوق ضحايا تدابير الظروف الاستثنائية من حيث مدى مساءلة الدولة جنائيا ومدى استفادتهم من الحق في التعويض.

فالفقه الألماني نادى بأسباب الإباحة ومقتضى ذلك أن كل ما تتخذه الإدارة من تصرفات وأعمال في الظروف الاستثنائية يعتبر مشروعا ولا تسأل عنه الدولة لا إلغاء ولا تعويضا.أي لا جريمة؛ ولا تسال الدولة جنائيا.

أما الفقه اللاتيني اعتبر حق الدولة الشرعي في الدفاع عن نفسها من قبيل موانع العقاب فإن مقتضى ذلك أن يكون أحكام القانون هو القاعدة، سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية فإذا ما خرجت الإدارة على قواعد المشروعية العادية تحت إلحاح الظروف الاستثنائية كان تصرفها غير مشروع بداءة.ومن ثم فإن جاز إعفاؤها من المسؤولية الجنائية، فإنها لا تعفى من المسؤولية التقصيرية. ينظر إلى هذه النتائج عند د/محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام، ص 198-199.

[4] –د/ محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام، المرجع نفسه، ص 198.

فان أحكام الظروف الاستثنائية في حالة الدفاع هي القانون الأسمى والأعلى والذي يجب الرجوع إليه حتى ولو تعارض مع القوانين العادية لسبب بسيط هو أن سلامة الشعب أو الأمة هي القانون الأسمى والأعلى حتى على الدستور، لأن القانون ليس هو الغاية في حد ذاته وإنما هو وسيلة للمحافظة على سلامة الشعب؛ بدفع كل ما يؤدي إلى إحداث خطر على وجود الدولة في حد ذاتها؛ وبالتالي لا يجوز التضحية بالكل في سبيل الجزء، حيث يجب أن تتمتع السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية بصلاحيات واسعة في مجال الضبط الإداري حتى ولو أدى ذلك إلى عدم التقيد بالقواعد القانونية المكونة لمبدأ المشروعية لمواجهة الوضع الاستثنائي،فمن المعلوم أن القوانين العادية تصدر لتواجه الظروف العادية لكن إذا وجدت ظروف استثنائية فإن الوضع يتغير وتصبح هذه القوانين غير صالحة أو غير كافية لمواجهة هذه الظروف[1].

وانطلاقا من ذلك نجد أن المؤسس الدستوري الجزائري قد خول صلاحيات إعلان حالة الظروف الاستثنائية لرئيس الجمهورية الذي يتمتع بسلطات واسعة تخول له اتخاذ الإجراءات الضرورية اللازمة لمواجهة الحالات غير العادية المنصوص عليها في الدستور الجزائري وهي حالات الطوارئ[2] أو الحصار أو الحالة الاستثنائية[3] أو حالة الحرب[4] من أجل استمرارية النظام والحفاظ على مؤسسات الدولة؛ الأمر الذي يمكن معه القول بأنه واضع المشروعية الاستثنائية ومشرعها. وبالتالي الحكم **بدستورية الإجراءات الاستثنائية** بناء على **أن** الدستور هو المخول للإدارة بالتدخل في حالة الفراغ التشريعي تحت رقابة القضاء وبالتالي فان هذه الإجراءات تكون دستورية ولها الأولوية على القانون العادي إعمالا لمبدأ تدرج القواعد القانونية.

1-2-2- ضرورة سير المرافق العمومية باطراد وانتظام: فواجب الدولة في حفظ النظام العام وضمان سير المرافق العامة هو الذي يبرر للإدارة التحلل من القوانين العادية بالقدر الذي يمكنها من أداء واجبها؛ ولعل مرجع هذا الأساس هو القضاء الإداري الذي أسس لمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد" أو ما عبر عنه **د/ دي لوبادير** بالواجبات العامة للسلطة الإدارية وتبعه في هذا الأساس **د/ سليمان الطماوي** حيث يقرر أن نظرية الظروف ليست تطبيقا عاديا لفكرة الضرورة وإنما أساسها هو واجبات السلطة الإدارية في ضرورة **حفظ النظام العام** وضمان **سير المرافق العامة** إذا تبين لها أن تطبيق القواعد المشروعية من شأنه أن يحول دون أدائها لهذا الواجب.[5]

1-2-3- فكرة مبدأ الضرورة " ضرورة الإبقاء على الدولة": يرى جانب من الفقه أن الخروج على قواعد المشروعية العادية في الظروف الاستثنائية يقوم على أساس افتراض وجود قاعدة تعلو على القوانين مضمونها

[1]- عبد العزيز الجوهري، القضاء الإداري – دعوى الإلغاء، دعوى التعويض، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص 17.

[2]- المادة 91 من دستور1996 وتقابلها المادة: 86 من دستور 1989.

[3]- المادة 93 من دستور 1996 وتقابلها المادة: 87 من دستور 1989.

[4]- المادة 95 من دستور 1996 وتقابلها المادة: 87 من دستور 1989.

[5]- د/ سليمان الطماوي؛ الوجيز في القانون الإداري؛ دراسة مقارنة؛ مطبعة جامعة عين شمس سنة 1972

وجوب الإبقاء على الدولة، فلكي يوجد مبدأ المشروعية ذاته يجب أولا أن توجد الدولة، فاحترام القانون لا يقتضي التضحية بالدولة التي هي الأداة الرئيسية لحفظ النظام العام ولتنفيذ القانون والعمل على احترامه ومن ثم يمكن القول أن حماية مبدأ المشروعية يتطلب بالدرجة الأولى الإبقاء على الدولة، الأمر الذي يستتبع تخويل الحكومة باعتبارها المكلفة بالمحافظة على النظام العام وسلامة الدولة وبقائها في الظروف الاستثنائية الحق في الخروج على قواعد المشروعية[1].

وعلى هذا تمثل نظرية الضرورة أساسا قويا لتبرير توسيع سلطات الإدارة لضمان سير المرافق العمومية.[2] وهذا استنادا للأصل الفقهي المقرر لقاعدة " الضرورات تبيح المحظورات" **فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه**" وهي الأساس الرائج والراجح[3] في تبرير الإجراءات الاستثنائية وما عبر **عنه د/ عبد الفتاح ساير داير** بعد استعراضه للأسس السابقة: "نخلص من استعراض الآراء المختلفة للأساس القانوني للنظرية إلى أن الرأي الغالب بصفة عامة هو **الضرورة...**"[4]؛ وهو ما عبرت عنه بدقة **د ة/ عزيزة الشريف** لما اعتبرت التدابير التي تتخذها الحكومة تصطبغ بطابع العجلة أو الضرورة الملجئة؛ بما يتناسب مع الحفاظ على كيان الوطن وأمنه؛ والتي لا تسعف القوانين العادية في تحقيقه[5]وهو ما يدعو إلى التسليم بأن تبرير فكرة الظروف الاستثنائية هو نظرية الضرورة الحالة والملجئة؛ فاستقراء أقوال جمهور فقهاء القانون العام يؤكد أن الظروف الاستثنائية لم تكن سوى تطبيقا لفكرة حالة الضرورة، وأن أساس ذلك البنيان القضائي موجود في الواجبات العامة للإدارة الحريصة على العمل على حماية النظام العام وأداء المرافق العامة[6]؛ وهو عين ما قرره **د/ مسعود شيهوب** في قوله" إن أساس نظرية الظروف الاستثنائية لا يكمن فقط في **حالة الضرورة** ولكن أيضا في واجبات الإدارة في ضمان سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد.[7] مما يعني الجمع بين أساسين فكرة الضرورة وفكرة سير المرافق العامة بانتظام واطراد.والباحث في تقديره لهذه الأسس التي قال بها الفقه الاداري؛ يميل نحو فكرة **حفظ الأمن والنظام**؛ فالتوسعة في سلطات الضبط الاداري راجعة إلى ضرورة أن تعمل السلطة الإدارية على حفظ النظام العام كواجب أساسي. وبالتالي تكون فكرة الضرورة **مبررا لمشروعية** تدابير حفظ النظام.

---

[1] – د/محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام، مرجع نفسه، ص 197.

[2] – د/يحي الجمل؛ نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة؛ دار النهضة؛ سنة1975؛ ص72

[3] – نذكر منهم د/محمد الوكيل؛ مرجع سابق؛ص158؛ د/ سامي جمال الدين؛ لوائح الضرورة وضمانات الرقابة القضائية؛ منشاة دار المعارف؛ الإسكندرية؛ طبعة سنة 1981؛ ص13؛ محمد شريف إسماعيل؛ رسالته السابقة؛ ص196؛ د/ رضا عبد الله حجازي؛ الرقابة القضائية على ركن السبب في إجراءات الضبط الإداري؛– دراسة مقارنة– رسالة دكتوراه؛ كلية الحقوق جامعة القاهرة 2001؛ ص416

[4] – د/ عبد الفتاح ساير داير؛ نظرية أعمال السيادة؛ دراسة مقارنة؛ أصلها رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة سنة 1954 ؛مطبعة جامعة القاهرة؛ 1955؛ ص131

[5] – د ة/ عزيزة الشريف؛ دراسات في التنظيم القانوني للنشاط الضبطي؛ ص160

[6] – د/محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام، المرجع السابق، ص 196.

[7] – د/ مسعود شيهوب؛ الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية؛ ص26

2- أثر فكرة النظام العام في توسيع السلطة الضبطية في الظروف الاستثنائية.

قد تطرأ على حياة الدولة ظروف استثنائية متعددة الصور، مختلفة المصادر كنشوب حرب، أو وقوع كوارث أو حدوث اضطرابات داخلية أو أزمات اقتصادية أو فتنة طائفية، وهي كلها ظروف تتصف بالفجائية وعدم التوقع ومن خصائصها الخطورة وعدم الاستمرار، ومهما اختلفت هذه الظروف من حيث مصدرها أو صورها فإنها تتحد في الآثار أو النتيجة فهي تمثل خطرا على كيان الدولة وبقائها ولذلك وجب إعلاء سلامة الدولة على كل الاعتبارات الأخرى، ومن ثم تكون كل الإجراءات التي تهدف إلى تحقيق تلك السلامة مشروعة في الظروف الاستثنائية حتى ولو خالفت في ذلك القانون في مدلوله اللفظي مادامت تبغي الصالح العام[1].

2-1-دور فكرة النظام العام في تقرير مبدأ المشروعية الاستثنائية:

تمثل نظرية الظروف الاستثنائية ونظرية السلطة التقديرية أحد القيود التي ترد على مبدأ المشروعية حتى وان كانت لا تمثل خروجا صارخا على هذا المبدأ؛ كما هو الحال مع أعمال السيادة، إلا أنها تسمح للسلطات الإدارية باتخاذ قرارات مخالفة للقانون العادي الذي كان ينظم الظروف العادية، ومن ثم يكون حفظ النظام العام مصدرا مشرعا وموجدا لمشروعية وجود قواعد غير عادية تطبق في حالة الضرورة وهذا ما أصطلح عليه بمبدأ المشروعية الاستثنائية [2].

فنظرا لعجز قواعد المشروعية العادية عن مجابهة الظروف غير الاعتيادية، مما يؤدي إلى انهيار كيان المجتمع أو على الأقل تعريض تنظيمه السياسي لأخطار كبيرة، كان لابد من أن يتوسع مبدأ المشروعية ليشمل هذا الجانب الاستثنائي وبالشكل الذي يمكن للإدارة من خلاله التصرف بما يحفظ النظام العام ولو بمخالفة قواعد المشروعية العادية[3]، لأن سلامة الشعب هي القانون الأعلى الذي يجب أن يسمو على القوانين الوضعية[4].

وترتيبا على ما تقدم نجد أن المؤسس الدستوري في معظم الدول يعترف للإدارة بسلطات استثنائية تصدر بموجبها أنواع معينة من اللوائح هي لوائح الضرورة في الحالة الاستثنائية، وتمتاز هذه اللوائح بطابع عام وهو أن لها قوة القانون، فهي ترقى إلى مرتبة القوانين العادية من حيث القوة ويترتب على ذلك إنها تستطيع المساس بالقوانين سواء بالتعديل أو الإلغاء.[5]

ومن هذا القبيل **إعلان حالة الحصار** في الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المؤرخ في 04 جوان 1991 المتضمن تقرير حالة الحصار، والذي يخول لرئيس الجمهورية في الجزائر باتخاذ كل الوسائل القانونية والتنظيمية بهدف الحفاظ على استقرار مؤسسات الدولة، واستعادة النظام العام وكذلك السير العادي للمرافق

---

[1] - د/ عادل أبو الخير؛ الضبط الإداري وحدوده؛ ص 152

[2] -د/ محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام، مرجع سابق، ص 186.

[3] -/إيهاب طارق عبد العظيم؛ علاقة الفرد بالسلطة في ظل الظروف الاستثنائية- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه 2003 ؛ ص189

[4] -د/ فاروق أحمد خماس، الرقابة على أعمال الإدارة، دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل، ص 43؛44.

[5] - ينظر د/ عادل أبو الخير؛ المرجع السابق؛ ص148؛ ود/ نعيم عطية؛ المرجع السابق؛ ص 213 و ما بعدها.

العمومية"[1]، كما يجوز للسلطة المكلفة بتسيير حالة الحصار اتخاذ كافة التدابير الكفيلة باستتباب الوضع، وعلى الخصوص يجوز للسلطة العسكرية في إطار صلاحيات الضبط، أن تقوم بإجراءات الاعتقال الإداري والإخضاع للإقامة الجبرية ضد كل شخص راشد يتبين أن نشاطه خطير على النظام العام، وتتخذ هذه التدابير بعد استشارة لجنة رعاية النظام العام التي تترأسها السلطة العسكرية المعنية قانونا، تقوم بدراسة اقتراح تطبيق التدابير الاستثنائية المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 91-196 التي من شأنها أن تستعيد النظام العام بقيامها بما يلي:

– إجراء تفتيشات ليلية أو نهارية في المحلات العمومية أو الخاصة، وحتى داخل المساكن؛ وتحديد مواعيد لفتح المحلات العامة وإغلاقها.

– منع إصدار المنشورات، والاجتماعات الكفيلة بإثارة الفوضى وانعدام الأمن؛ والأمر بمراقبة الرسائل أيا كان نوعها ومراقبة الصحف والنشرات وكافة وسائل التعبير والدعاية والإعلان قبل النشر، وإغلاق أماكن طبعها، فالرقابة عليها تكون على صلة بالسلامة العامة.

– الأمر بتسليم الأسلحة والذخائر؛ وذلك بسحب الترخيص بالأسلحة، أو الذخائر أو المواد القابلة للانفجار أو المفرقعات على اختلاف أنواعها والأمر بتسليمها وضبط وإغلاق مخازن الأسلحة.

– أن تمنع إقامة أي شخص يتبين أن نشاطاته مضرة بالنظام العام.

– أن تمنع الإضرابات التي يمكن أن تعرقل استعادة النظام العام.[2]

وبالرجوع إلى تبريرات السلطة في مجال إعلان حال الحصار يلاحظ أنها تستند في عمومها على وقاية وحفظ النظام العمومي بمواجهة الأوضاع السائدة في الجزائر وهذا عن طريق توسيع سلطات الشرطة في مجال الأمن، وبالتالي تقييد الحريات العامة في حالة وقوع مساس خطير بالنظام العام، والغرض هو ضمان الأمن العام، وما أقر الدستور الجزائري هذه الحالة إلا لمواجهة أي خطر يهدد النظام العام.[3]

وكذلك **إعلان حالة الطوارئ** بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المؤرخ في 09 فيفري 1992 المتضمن إعلان حالة الطوارئ، يعتمد نفس المبررات التي أعلنها المرسوم الرئاسي المتعلق بحالة الحصار،[4] حيث أن السلطات المدنية هي التي تتولى تسيير حالة الطوارئ وليست السلطة العسكرية، فوزير الداخلية على المستوى الوطني والوالي على المستوى المحلي هما اللذان يتوليان اتخاذ التدابير اللازمة لحفظ النظام العام،[5] ويخول وضع حالة الطوارئ حيز التنفيذ سلطة القيام بما يلي:[6]

---

[1] – د/ ناصر لباد، القانون الإداري، ج2، ص 54.

[2] – د/ ناصر لباد، القانون الإداري، المرجع نفسه، ص 55-56.

[3] – د/سعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، المرجع السابق، ص 267.

[4] – د/ناصر لباد، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 58.

[5] – المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المتضمن إعلان حالة الطوارئ.

[6] – المرسوم التنفيذي رقم 92-75 المؤرخ في 20 فيفري 1992، المتضمن تحديد شروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المتضمن حالة الطوارئ.

– تحديد أو منع مرور الأشخاص والسيارات في أماكن وأوقات معينة؛ وذلك بوضع قيود على حرية الأشخاص في الاجتماع والانتقال والإقامة والمرور في أماكن أو أوقات معنية والقبض على المخلين بالنظام العام.

– إنشاء مناطق الإقامة المنظمة لغير المقيمين؛ وإخلاء بعض المناطق أو عزلها وتنظيم وسائل النقل وحصر المواصلات وتحديدها بين المناطق المختلفة.[1]

– المنع من الإقامة أو الوضع تحت الإقامة الجبرية، كل شخص راشد يتبين أن نشاطه مضر بالنظام العام.

– تسخير العمال القيام بنشاطهم المهني المعتاد في حالة إضراب غير مرخص به، أو غير مشروع؛ وتكليف أي شخص بأداء أي عمل من الأعمال، أو الاستيلاء على أي منقول أو عقار.

– الأمر استثنائيا بالتفتيش ليلا ونهارا.

وعلى هذا **تعبر فكرة النظام العام المصدر الرئيس** الذي اعتمده مجلس الدولة الفرنسي في **خلق نظرية الظروف الاستثنائية**؛ ومن ثم يجوز لسلطة الضبط العمومي التحلل من القانون العادي واللجوء قوانين حالة الطوارئ التي توضع مسبقا؛ ورغم ذلك فالمشرع لا يستطيع مهما كانت قدرته أن يتنبأ بجميع الظروف غير العادية التي تحيط بالدولة وقد تظهر قصور الحلول التشريعية ذاتها لمواجهة ما قد تواجهه الدولة من أخطار؛ الأمر الذي دفع القضاء لتلافي نقص أو عجز التشريع التدخل لإقامة نظرية الظروف الاستثنائية[2]، التي تجد أساسها في فكرة حالة الضرورة، ومقتضيات حماية النظام العام وأداء المرافق العامة[3]، أي ضرورة الإبقاء على الدولة؛ ذلك أنه من المنطقي أن احترام القانون لا يقتضي التضحية بالدولة التي هي الأداة الرئيسية لحفظ النظام العام ولتنفيذ القانون والعمل على احترامه، الأمر الذي يستتبع تخويل السلطة الضبطية باعتبارها المكلفة بالمحافظة على النظام العام وسلامة الدولة وبقائها في الظروف الاستثنائية الحق في الخروج على قواعد المشروعية العادية.[4]

بل إن من الفقه من يبرر فكرة المشروعية الاستثنائية بحق الدولة الشرعي في الدفاع عن النفس من كل ما يخل بأمنها واستقرارها. والواقع أن مصدرية وأساس نظرية الظروف الاستثنائية تبرره دواعي سيادة النظام العام؛ الذي يخول للسلطة توسيع صلاحياتها تقديما لمصلحة المجتمع على حق الأفراد في ممارسة حرياتهم.

2-2-اتساع سلطات الضبط الإداري في ظل الظروف الاستثنائية:

إن فكرة الظروف الاستثنائية تؤدي إلى توسيع سلطات الإدارة على نحو يجعل تصرفاتها غير المشروعة في ظل الظروف العادية، مشروعة وقانونية في ظل الظروف الاستثنائية[5]، فهو في الحقيقة إحلال لمشروعية استثنائية محل مشروعية عادية[6]، فظهرت فكرة الضرورة أو الظروف الاستثنائية كأساس لاتساع سلطات الإدارة في الفترات

[1] – محمود عاطف البنا، الوسيط في القانون الإداري، ، ص 453-454.

[2] – د/محمد علي جواد، القضاء الإداري، ص 63-64.

[3] –د/ محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام، ص 196.

[4] –د/ محمد محمد بدران، مرجع نفسه، ص 197.

[5] –د/محمود عاطف البنا؛ الضبط الإداري بين الحرية والنظام العام؛ مجلة الأمن والقانون؛كلية الشرطة دبي؛ العدد1؛ يناير1994؛ ص146

[6] –د/ محمد علي جواد، القضاء الإداري، ص 69.

الاستثنائية والظروف العصيبة، وهي نظرية قضائية ظهرت في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ثم استقرت في الفقه والقضاء، ومقتضى هذه النظرية الاعتراف للحكومة بسبب قيام الظروف الاستثنائية ولمواجهتها بسلطة إصدار قرارات تخالف بها القوانين القائمة، وسلطة التدخل في المجال التشريعي بحيث تملك تعديل وإلغاء القوانين القائمة بقرارات لها قوة القانون على أن تلك القرارات لا تكون لها سوى طبيعة القرارات الإدارية فتخضع للرقابة القضائية، حماية للحقوق والحريات وحماية لمبدأ الشرعية الذي يظل قائما وإن اتسع نطاقه ومضمونه[1].

ومن ثم فإن القضاء الإداري يسمح للسلطات العامة أن تخرج على ما تفرضه القوانين من قيود إذا اقتضت ظروف استثنائية هذا الخروج، فإذا تبين أن تطبيق قاعدة قانونية في حالة معينة لا يتفق مع مقتضيات المحافظة على الأمن العام في الظروف الاستثنائية، أو كان تطبيق القواعد القانونية العادية مؤديا إلى الإخلال بالنظام العام في هذه الظروف إذا تبين ذلك فإن القضاء يسمح للسلطات العامة بالخروج على القوانين العادية وتطبيق القواعد التي تتفق والظروف الاستثنائية[2]، بحيث تتسع اختصاصات سلطات الضبط الإداري في ميدان البوليس الإداري من عدة نواحي:

أ- تزويد الإدارة باختصاصات جديدة:

كأن تسمح للوزير الداخلية المنوط به حفظ النظام العمومي حق إنشاء مركز إداري جديد لأعوان الأمن العمومي؛ كما هو الحال في الجزائر بتأسيس فرقة الحرس البلدي؛ ومجموعات الدفاع الذاتي؛ أو تخصيص فرق مدربة للتدخل السريع؛ رغم عدم وجود سند قانوني.

ب- تحرر الإدارة من قواعد الشكل والموضوع:

وذلك من أجل إلزام سلطة الضبط بالتدخل السريع عندما تحتم دواعي صيانة النظام العام بناء على سلطتها في تقدير ملائمة التدخل أو الامتناع؛ وبناء على ذلك تملك سلطة الضبط تقرير كل ما من شانه إقرار النظام ولو احتمالا كإجراء الاستيلاء على المنازل والأراضي وترحيل أهلها واعتقال الأشخاص المحتملي الخطورة لحماية الدفاع الوطني وهذا الاعتقال لابد وأن يكون في مراكز خاصة.[3] وعموما تؤثر الظروف الاستثنائية على مشروعية القرار الاداري الضبطي في أحد عناصره فركن الاختصاص يغدو لا اثر له بحيث تتداخل الصلاحيات والاختصاصات مثل أن تباشر الحكومة اختصاصات البرلمان دون أن يكون عملها غير مشروع. ومثل تحرر الإدارة من إتباع الشكليات التي حددها القانون كضرورة استشارة بعض المؤسسات؛ قبل إعلان حالة الطوارئ؛ أما ركن الغاية فكاضطرار الإدارة تحت ضغط الظروف الاستثنائية؛ إلى التوسع في عمليات القبض والتفتيش والمداهمة تحت غاية الصالح العام؛ فان هذه الظروف تسبغ المشروعية على هذه التصرفات رغم عدم قانونيتها لتجعلها مشروعة

[1] - د/محمود عاطف البنا، الوسيط في القانون الإداري، ص 467.

[2] - عبد العزيز الجوهري، القضاء الإداري، ص 17. ود/ عبد العزيز شيحا؛ الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، ص 195.

[3] -د/ إيهاب طارق عبد العظيم؛ علاقة الفرد بالسلطة في ظل الظروف الاستثنائية- دراسة مقارنة-جامعة الزقازيق رسالة دكتوراه 2003 مصر ؛ ص190 ود/ فاروق أحمد خماس، الرقابة على أعمال الإدارة، ص 48.

بالتبعية؛ بحيث لا ينظر إلى الوسيلة وإنما إلى الغاية من التصرف؛ وأما بخصوص ركن المحل فانه يمكن التوسع في حدود المشروعية إلى تصرفات غير جائزة قانونا كانتهاك الحقوق الأساسية للمواطن. وبخصوص ركن السبب فان للإدارة أن ترتكز على الظرف الاستثنائي لتبرير تصرفاتها.[1]

ج–تضييق نطاق مسؤولية الدولة عن أعمال الضبط الإداري:

فالأصل أن مجرد الخطأ البسيط كاف لقيام مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها؛ إلا أن القضاء الإداري المعاصر يشترط الخطأ الجسيم لمساءلة الإدارة في الحالات التي تتطلب فيها المحافظة على النظام العام القيام بنشاط ضبط يتسم بالصعوبة كتفريق المتجمهرين؛ والتدخل لإنهاء إضراب العمال.[2] وهذا ما سيتأكد من خلال الباب الثاني ضمن الضمانات القضائية.

وفي ختام هذا المطلب يظهر جليا أن لسلطة الضبط الاداري امتيازات واسعة في تقييد الحريات تحت ذريعة حفظ النظام العام؛ كما يلاحظ أن للظروف الاستثنائية دور مؤثر في مجال توسيع سلطة الضبط الاداري ؛ بحيث يمكنها أن تتحلل من بعض الإجراءات الشكلية التي يتطلبها القانون في إصدار القرار الاداري.

وهذا ما سيظهر من خلال الباب الثاني حيث سيتم دراسة أثر هذه الأساليب على ممارسة الحريات تقييدا ومصادرة في الظروف العادية ثم الاستثنائية؛ مما يعني أن لفكرة النظام العام دورا فاعلا في عملية تقييد الحرية.

غير أنه قبل الشروع في ذلك يبقى تحديد ماهية هذه الأساليب التي تستخدمها سلطة الضبط الاداري في النظام الإسلامي حتى تكتمل المقارنة من خلال موازنة مدى اتساع هذه الأساليب بالمقارنة مع القانون الاداري الوضعي.

الفرع الثاني :أساليب الضبط الإداري الإسلامي" الحسبة" ودورها في حفظ النظام العام الشرعي:

سبق وأن تقرر من خلال بيان صلاحيات وغايات مؤسسة الحسبة أو أصطلح على تسميته **بـ الضبط الإداري الإسلامي** تتشابه إلى حد بعيد مع غايات الضبط الإداري في النظم القانونية المعاصرة الوضعية؛ فقد ظهر جليا عمل المحتسب يماثل عمل هيئات الضبط الإداري الحديثة ذلك أن موضوع الحسبة ووظيفتها الرئيسة النظر فيما يتعلق بالنظام العام و الآداب مما لا ينبغي لأحد مخالفته أو الخروج عليه ؛وإلزام الحقوق و المعونة على استيفائها، وهذا خلافا لكل من وظيفة القاضي في الحكم بين الناس بطريق الإلزام ووظيفة ناظر المظالم في الفصل في ما عظم أمره من تعدي الولاة مما يستعصى من الأحكام على القاضي العادي. على نحو ما يعرف بالقضاء الإداري في الدول التي تأخذ بنظام ازدواجية القضاء، مما يعني أن رتبة المظالم إعلامها ثم رتبة القضاء ثم ولاية الحسبة.[3]

وفي سبيل تحقيق غايات الضبط الإداري الإسلامي يسلك المحتسب العديد من الطرق والوسائل التي تحكم تصرفه و تحدد نطاق عمله، وهذا ما سيحاول الباحث تجليته مما له تشابه قريب بوسائل وأساليب الضبط الإداري

---

[1] – د/ إيهاب طارق عبد العظيم؛ رسالته السابقة ؛ ص191 وما يليها إلى غاية ص206

[2] – د/محمود عاطف البنا؛ الضبط الإداري بين الحرية والنظام العام؛ مجلة الأمن والقانون؛كلية الشرطة دبي؛ العدد1؛ يناير1994؛ ص145

[3] – ينظر إلى:د/ محمد سلام مذكور؛ القضاء في الإسلام؛دار النهضة؛ط1964؛ص153؛ ود/ عبد الكريم زيدان؛ نظام القضاء في الشريعة الإسلامية؛ مؤسسة الرسالة بيروت؛ ط3؛ سنة2000؛ ص498

في الأنظمة الوضعية المعاصرة حتى تسهل المقارنة بينهما ؛ ومن ثم إمكانية التقريب والاستفادة بينهما والتي تم التعرض لها في المبحث الثاني .

وتجدر الإشارة إلى أن أساليب الضبط في الإسلام كغيرها من السلطات الأخرى هي سلطة مقيدة بحدود الشريعة ومبادئها العامة ومقاصدها الكلية. مما يجعلها أساليب مقرة للنظام العام؛ وكافلة للحريات في الوقت ذاته.

مما يعني أن سلطة الضبط الإداري رغم ما تتمتع به من امتيازات تقديرية واسعة؛ بحيث لا معقب لحكمها حسب ما يتراءى لها من ظروف الحال و ملابساته.إلا أنها ليس ذات اختصاص مطلق في كل الأحوال. بل هي سلطة مقيدة بما أمرها به الشارع الحكيم وبما أقره الحاكم من تشريعات تنظيمية وتنفيذية؛ إضافة إلى وجوبيه تسبيب قراراتها الضبطية الصادر منها في هذا الشأن.[1]

فموضوع أساليب الضبط الإداري الحديثة وغايتها تقييد الحريات و الحد منها لصالح الجماعة المنظمة و ذلك لضمان سلامة وامن المجتمع و المحافظة على كيان الدولة . فكذلك تفعل مؤسسة الحسبة بالتدخل الضبطي في مجال الآمر بالمعروف و النهي عن المنكر بمختلف الوسائل بدأ بتقديم النصيحة والترغيب في المعروف وترهيب من المنكر ثم بتغليظ القول والتوبيخ والتعزير بالحبس والاعتقال أو بالنفي؛[2]من الوطن كأجراء من إجراءات الضبطية الإدارية الرادعة؛ إعمالا للقاعدة التي أصلها مما أثر عن الإمام والخليفة عثمان-ض-**إن الله يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن**"؛ فالتعزير تدبير منه ما هو جنائي ومنها ما تدبير احترازي وقائي هدفه وقاية النظام العام من كل ما يخل به حالا أو في المآل[3].

فإذا كانت إقامة الحدود واجبة على ولاة الأمور بموجب النصوص والقواعد القانونية الشرعية مما هو ثابت بالدلالة القطعية في الحكم بالعقوبة على ترك الواجبات و فعل المحرمات المقررة وفق مبدأ الشرعية . فان تدابير الضبط الإداري كالجزاءات الإدارية والتنفيذ الجبري تجد مصدرها فيما خوله الشارع للحاكم من تصريف وتدبير لأمر الرعية بما يحفظ نظامها واستقرارها ؛بناء على اجتهاده في ضوء ملابسات الحال بحيث تختلف درجة التدخل من حيث مقداره؛ و صفاتها بحسب كبر الذنوب و صغرها؛ وبحسب حال المذنب و في قلته و كثرته[4]

و تتلخص هذه الأساليب والأعمال الاحتسابية عموما في قيام المحتسب بنوعين من التنظيم والتدبير الضبطيين[5]: **الأول** أمر بالمعروف **و الثاني** نهى عن المنكر. وذلك عن طريق مراقبة احترام جمهور الناس للشرعية القانونية الإسلامية بالترصد؛و بالاستهداء بشكاوى وبلاغات الأفراد؛ وبالمشاهدة وتعقب أهل المعصية؛ بما يكفل وقاية المجتمع و حماية الأمن الذي تسهر عليه سلطات الضبط الإداري..كل ذلك في إطار أحكام المشروعية من مطابقة

[1] – د/ عبد الرؤوف هاشم بسيوني؛ نظرية الضبط الإداري؛ مرجع نفسه؛ ص182

[2] – الإمام الغزالي؛ إحياء علوم الدين؛ ج2؛ ص329

[3] – د/ عبد العزيز عامر؛ التعزير في الشريعة الإسلامية؛ دار الفكر العربي؛دون تاريخ نشر ولا طبع؛ ص385

[4] – ابن تيمية؛ الحسبة ومسؤولية الحكومة الإسلامية؛ ص55

[5] – د/ عبد الرؤوف هاشم بسيوني؛ نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية؛ ص181

للقانون؛ بعيدا عن إساءة استعمال السلطة.وعليه يمكن تقسيم أساليب الضبط الراداري الإسلامي بالمقارنة مع نظيرتها في القانون الإداري على النحو الأتي:[1]

أولا: الأساليب الدينية الوعظية ودورها في التنظيم اللائحي للنشاط الفردي.

ثانيا: الأساليب القانونية والمادية ودورها في حفظ النظام العام الإسلامي.

ثالثا: أثر حالة الضرورة العامة في توسيع سلطات المحتسب في القانون العام الإسلامي.

أولا: الأساليب الدينية الوعظية ودورها في التنظيم الضبطي:

وترجع هذه الأساليب إلى نوعين؛ أساليب وعظية تعليمية أساسها الوعظ والإرشاد والترغيب؛ وأساليب دينية تهديدية بالإيذاء من باب الزجر و التعزير وتقييد ممارسة الحرية الماسة بقيم الأمة ونظامها وشريعتها.

أ- أساليب وعظية تعليمية:

وظيفتها التعريف بما يعد منكرا وكيف تتعامل معه سلطة المحتسب باللطف واللين والتعليم بالرفق والسكينة؛ وتهدف إلى التعريف بالمنكر محل اختصاص المحتسب هو المنكر الظاهر المخل بالنظام الشرعي العام؛ المحقق الوجود دون بحث أو تجسس للكشف عنه؛ أما ما خفي أمره فلا يدخل في اختصاص المحتسب كهيئة عمومية مكلفة بضبط ما له وجود مادي ظاهري ملموس؛وإلا فلا يجوز له القيام به؛ بحيث يمكن أن تصاغ قائمة بالمنكرات التي تخل بالنظام العمومي للجماعة عن طريق وضع تشريعات تنظيمية مستقلة تمثل التنظيم اللائحي؛ للضبط الإداري الإسلامي في شكل قواعد قانونية عامة ومجردة وملزمة ومن أمثلتها.

1- أسلوب التعرف على المنكر:

ويقصد بالتعرف على المنكر أن يكون المحتسب أو من يقوم مقامه عارفا بالمنكرات المخلة بالنظام العام وفقا محيطا بملابساته و أحواله، أما بنفسه أو بإخبار ثقات عدول، ومعنى هذا أن يتحرى في المعرفة، ولا يسمع إلى الإشاعات أو يأخذ الأخبار من المصادر غير الموثقة؛ أومن صاحب مصلحة كيدية من وراء في الشكوى مصداقا لقوله تعالى:" **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ** "[2]ومصداقا لقوله تعالى "**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَتَّخِذُواْ بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لاَ يَأْلُونَكُمْ خَبَالاً وَدُّواْ مَا عَنِتُّمْ قَدْ بَدَتِ الْبَغْضَاء مِنْ أَفْوَاهِهِمْ وَمَا تُخْفِي صُدُورُهُمْ أَكْبَرُ قَدْ بَيَّنَّا لَكُمُ الآيَاتِ إِن كُنتُمْ تَعْقِلُونَ** "[3]

ويجب أن يكون التحري بالطرق المعروفة شرعا، وبغير تجسس أو فضح للبيوت أو هتك للحرمات، صيانة لكرامة المسلم و منزلته، التي كفلها الله له و حثنا الإسلام عليها مصداقا لقوله تعالى: **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا**

---

[1] - ينظر مختلف تقسيمات هذه الأساليب في - د/ عبد الرؤوف هاشم بسيوني؛ نظرية الضبط الإداري؛ مرجع نفسه؛ ص184 وما بعدها؛ وكذا د/ سيد عبد العليم أبو زيد ؛ مرجع سابق؛ ص151 وما بعدها؛ د/ منيب الربيع ؛ مرجع سابق؛ ص533

[2] - د/ عبد الرؤوف بسيوني هاشم؛ الضبط الإداري؛ ص 184؛ الاية6؛ من سورة الحجرات.

[3] - سورة آل عمران؛ آية118

كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ "[1]وعلى ذلك فلا ينبغي للقائم بوظيفة الضبط أن يسترق السمع على دار غيره ليسمع صوت الأوتار، و لا أن يستنشق ليدرك رائحة الخمر إلا عندما يكون لديه الدليل المخول للدخول إلى مكان الضبط. لان ذلك مخالف لأحكام المشروعية الخاصة بحماية الحق في الخصوصية[2].

2-أسلوب التعريف والتعليم: من أغراض الضبط الإداري دفع الإخلال بالنظام العام بالمنع الوقائي ما أمكن؛ فلا يلجأ إلى القمع العلاجي الردعي إلا استثناء؛ ولذلك يكون من أوجب مهام سلطة الضبط الإداري الإسلامي تعريف الموطنين بمواطن النهي عن المنكرات ذلك أنه قد يقدم الإنسان على فعل المنكر لجهله بهذا المنكر و عدم معرفته بالحكم الصحيح، لا حبا في المعصية؛ وفي هذا يقول **الإمام الغزالي** " فان المنكر قد يقدم عليه المقدم بجهله فإذا عرف انه منكر تركه[3] ،...كالذي يقدم على الخروج على السلطة بالسلاح **تأولا** جواز الخروج على الحاكم الجائر أو الفاسق؛ووجوب تغيير منكر السلطة بالقوة إما بالانقلاب أو التمرد أو الثورة المسلحة حتى سوء فهم أو جهل بمقاصد الشرع في إحلال النظام وإسقاط تغيير الحكام إذا أدي إلى ما هو أفسق منه.

وأنه ليس كل دفاع عن النفس مشروع بحيث يجب دفعه بأي وسلة ولو بالقتل في سبيله ّلك أن الاعتداء أو الظلم إذا كان مصدرة ولي الأمر فان جمهور الفقهاء على وجوب الصبر وهذا ما يعرف بـ "**مدرسة الصبر السياسي**" فيجب في هذا الحالة تعريفه باللطف من غير عنف؛ وهو ما قام به الخليفة علي بن أبي طالب مع الخارجين على سلطته في أعقاب؛الفتنة الكبرى حيث اعتزلت طائفة- عرفت فيما بعد بالخوارج- الخليفة وشقت عصا الطاعة متأولة قوله تعالى "إن الحكم إلا لله" في عدم الرضا بتحكيم الرجال؛ الأمر الذي دفعهم إلى محاربة الإمام على وتكفيره ومن معه؛ فكان موقفه أن قال" **إخواننا بغوا علينا**" ؛ثم أرسل إليهم حبر الأمة عبد اله بن عباس-ض- ليحاورهم ويفاوضهم ويعلمهم أبعاد القضية فرجع منهم عدد عظيم. فان الله يعطي على الرفق ما لا يعطي على العنف الذي ما كان في شيء إلا شانه فهو لا يأتي إلا بما هو شر.

وعليه يتقرر من خلال ما سبق أن الجهل بالقانون بمفهومه الواسع في أمور المنهيات والمنكرات هو أساس تدخل سلطة الضبط لوقاية النشاط الفردي من مخافة القانون بالتعريف والتعليم للجاهل؛زهي المسألة التي عبر عنها **د/**

---

[1]- سورة الحجرات؛ آية12

[2] - ينظر د/ سيد عبد العليم أبو زيد؛ مرجع سابق؛ ص151

[3] - الغزالي الإحياء؛ج2؛ص230 وجدير بالذكر أن المثال الذي ذكره غير المثال المذكور في متن هذه الرسالة فأصل قوله" كالعاصي يصلي ولا يحسن الركوع والسجود؛ فيجب تعريفه من غير عنف لأنه إذا كان ضمن التعريف نسبته إلى الجهل و الحمق يكون إيذاء ، و قلما يرضى الإنسان بأن ينسب إلى الجهل بالأمور لا سيما ما تعلق منه بأمور في الشرع، و لذلك ترى الذي يغلب عليه الغضب كيف يغضب، إذا نبه إلى الخطأ و الجهل.و كيف يجتهد في مجاهدة الحق بعد معرفته خيفة من أن تنكشف عورة جهله... لان الجهل قبح في صورة النفس و سواء في وجهه ، و صاحبه يلام عليه ، و قبح السوأتين يرجع إلى صورة البدن و النفس اشرف من البدن و قبحها اشد من البدن ثم هو غير ملوم عليه ، لان خلقه لم يدخل تحت اختياره حصوله ، و لا في اختياره إزالته و تحسينه"

الصيفي بالجهل بالإباحة أو المعصية الظنية كمقابل لما يسمى في القانون الجنائي بالجريمة الظنية[1] يقول الغزالي "والجهل قبح يمكن إزالته وتبديله بحسن العلم فلذلك يعظم تألم الإنسان بظهور جهله- لأن الطباع احرص على ستر عورة الجهل منها على ستر العورة الحقيقية-، و يعظم ابتهاجه في نفسه بعلمه ثم لذته عند ظهور جمال علمه لغيره؛ وإذا كان التعريف كشفا للعورة مؤذيا للقلب، فلابد و أن يعالج دفع أذاه بلطف الرفق".[2]

وعليه فالأصل في وظيفة المحتسب الإرشاد بالموعظة الحسنة والقول اللين؛ فالمرشد لابد أن تكون عنده الشفقة على المتعلم[3]، والرفق بالجاهل في المعاملة والكلام؛ مستعينا بالحلم معه والسكينة والتواضع.

ب –أساليب دينية تهديدية بالإيذاء :

وتتمثل في النهي بالوعظ والنصح والتخويف بالله والتهديد بالإيذاء القولي والفعلي كالاستنكار بالقلب؛ والتغيير باليد عند الاستطاعة؛ والهجر؛ والتشهير؛ والعزل.

1- أسلوب المنع والنهي بالوعظ و النصح و التخويف بالله تعالى

وهو ما يعرف بأسلوب الترغيب والترهيب في امتثال الواجبات وترك المنهيات بما يحقق المقصد العام من وضع الشريعة في حفظ انتظام الأمة؛ ويكون هذا الأسلوب عادة للمخالفين لقواعد النظام من المبتدئين الحديثي العهد بالمعصية أو المنكر العملي عجزا وتكاسلا لا اعتقادا واستكبارا؛ كمن يقدم على الأمر وهو عالم بكونه منكرا، أو فيمن أصر عليه بعد معرفته انه معصية[4]، كالنهي عن التسول في الشارع لأول مرة فان كرره وصارا معتادا لهذا السلوك صار جريمة معاقب عليها كما هو الحال في القانون الجزائري حيث يشترط في ركنها المادي اعتياد ؛ وكالعفو عن الجناة في حالة التلبس بالفعل المجرم كشرب الخمر أو الشروع في الزنا في حالة عدم اكتمال نصاب الشهادة عليهم، وكمن لا يرتدع عن الظلم، أو عن البغي، أو عن التعرض لأعراض المسلمين،

فهذا وأمثاله ينبغي أن يوعظ مرتكبه ويخوف بالله تعالى، مذكرا إياه بعاقبة ذلك على سمعته حياته ممثلا له من أخبار العصاة ما ينبهه إلى نهاية كل عاص و عاقبة كل مسيء، و كل ذلك في لطف ورحمة و إحسان ، من غير عنف أو غضب آو تشهير. امتثالا لقوله تعالى:" **اذْهَبَا إِلَى فِرْعَوْنَ إِنَّهُ طَغَى فَقُولَا لَهُ قَوْلًا لَّيِّنًا لَّعَلَّهُ يَتَذَكَّرُ أَوْ يَخْشَى**"[5] وهذا يدل دلالة قاطعة على أن الشدة في النصح و الإرشاد لا تؤتي ثمارها وغايتها، والداعي يجب أن

---

[1] - د/ عبد الفتاح الصيفي؛ الحسبة في الإسلام؛ ص141

[2] – الإمام الغزالي؛ الإحياء بتصرف؛ ص230

[3] – ويمكن تشبيه وظيفته في التعليم والشفقة بالحديث النبوي قال رسول الله صلى الله عليه و سلم –" إنما أنا لكم مثل الوالد لولده" – و في رواية أخرى – إنما أنا لكم بمنزلة الوالد أعلمكم – " والحديث أخرجه أبو داود؛النسائي؛ وابن ماجة . وحول معنى الحديث ينقل د/ عبد الرؤوف هاشم عن الإمام الخطابي" قول الرسول صلى الله عليه و سلم – أنما أنا لكم بمنزلة الوالد – كلام بسيط و تأنيس للمخاطبين لئلا يحتشموا و لا يستحيوا عن مسألته فيما يعرض لهم من أمر دينهم ، كما لا يستحي الولد عن مسالة أبيه فيما عن و عرض له" ينظر د/عبد الرؤوف هاشم؛ الضبط الإداري؛ ص187

[4] – د/ عبد الرؤوف هاشم؛ الضبط الإداري؛ ص188

[5] – سورة طه؛ أية 43.

يكون متأنيا من غير مبادرة إلى عقوبة، و يجب أن يكون الناهي عن المنكر ذا عناية بنفسه تجعله قدوة لغيره، وأبرز هؤلاء رجال الدين وأئمة الوعظ و الإرشاد. وله أن ينهج سبيل الغلظة أو الشدة في الزجر بغليظ القول وشديده وهي وسيلة لا يقوم عليها إلا عند الضرورة .[1]

ولعل من التطبيقات النبوية التي مارسها الرسول صلى الله عليه وسلم – في هذا المجال نهيه ص– عن الجلوس في الطرقات إلا بشروط تتعلق بإعطاء الطريق حقها؛ وبنهيه عن سؤال الإمرة في قوله" **إنا لا نولي هذا الأمر من سأله**" [2]وفي قوله لأبي ذر الغفاري" **إنها أمانة وإنها يوم القيامة خزي وندامة**" فطبيعة هذه النواهي تجعلها تدخل في نطاق النهي بالوعظ والتخويف بالله في كأسلوب ضبطي وقائي يهدف لتحقيق النظام وحفظه.مادام الوازع الديني حي ومستشعر لمعية الله في الرقابة على عباده في جميع الأحوال.

-2–أسلوب التهديد و التخويف بالإيذاء

يجوز للمحتسب أن يهدد و أن يخوف المخالف للرجوع إلى الحق و جادة الصواب و هذا يكون عند الاستهزاء بالوعظ و النصح، والإصرار على الإثم والفسق والعجب بالفجور واللهو.

ومن قبيل ذلك قول إبراهيم عليه السلام:- "**أُفٍّ لَّكُمْ وَلِمَا تَعْبُدُونَ مِن دُونِ اللَّهِ أَفَلَا تَعْقِلُونَ** "[3]و قوله تعالى:" **كَلَّا لَئِن لَّمْ يَنتَهِ لَنَسْفَعًا بِالنَّاصِيَةِ نَاصِيَةٍ كَاذِبَةٍ خَاطِئَةٍ** "[4]وكنهيه عليه الصلاة والسلام عن الشفاعة في الحدود في قضية المرأة المخزومية التي سأله أسامة بن زيد–ض– العفو عنها بحكم أنه حب الرسول –ص– .فقال" إنما هلك من كان قبلكم أنه كان إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد وأيمن الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها" فالحديث دليل على جواز الغلظة في القول على مع من يجترئ على حدود الله مهما كان شخص مرتكبها **إعلانا لسيادة القانون الإسلامي على الجميع** وبالمساواة؛ وكتهديده لتاركي صلاة الجمعة والجماعات بتحريق بيوتهم على رؤوسهم " لأوشكن أن أمر بالصلاة ....

وهذا اللفظ الشديد والوصف الأليم لا يقال إلا فيمن كبر إثمه وتأكد ضرره؛ بحيث لم تنفع معه وسائل الوعظ العادية ؛عندها يلجا معه إلى الغلظة في القول والتهديد له بالإيذاء إذا لم ينته عند الضرورة القصوى ولذلك فلابد أن تتوافر عدة شروط قبل اللجوء إليه نظرا لمساسه بكرامة الإنسان هي:[5]

– استنفاذ كل الوسائل والإمكانات الوعظية الممكنة.

– إصرار صاحب المنكر على معصيته المخلة بالنظام العام بالمجاهرة؛ والتبجح بها غير مبال بسلطات الضبط مما يدفع إلى تدخلهم لوقف هذا الإخلال إعمالا لقوله عليه السلام" **لعن الله المجاهرين**".

---

[1] – د/ منيب الربيع؛ ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري؛ ص533

[2] – أصله عند الإمام مسلم؛ بلفظ" **إنا والله لا نولي على هذا العمل أحدا سأله ولا أحد حرص عليه**"؛ كتاب الإمارة.

[3] – سورة الأنبياء؛ أية67

[4] – سورة العلق أية 15 و16

[5] – د/ عبد الرؤوف هاشم؛ الضبط الإداري؛ دراسة مقارنة؛ ص190

فإذا توفر هذين الشرطين جاز لسلطة الضبط التعامل بوسائل الغلظة معه في خطاب عام لا يعرف منه تشهير بصاحبه في سرية متى كان ممكنا، ولعل هذا من قبيل قوله صلى الله عليه وسلم: " ما بال أقوام يتنزهون عن الشيء أصنعه فو الله إني لأعلمكم بالله وأشدهم له خشية ".[1] فيلاحظ أن الرسول صلى الله عليه و سلم عمم القول و لم يخصص تجنبا للحرج و الإساءة قدر الإمكان.

-3- أسلوب التغيير باليد: وهو الأسلوب الذي يمكن العدول عنه بإجراء القبض كإكراه معنوي بتعويق حركته خاصة في ظل الاتفاق الدولي حول اعتبار كرامة الإنسان عنصرا من عناصر النظام العام التي يمنع امتهانها بالإكراه البدني. ومع ذلك فان الضرب أو الجلد كعقوبة مقدرة شرعا تبقى قائمة في الجرائم الحدية كالزنا والقذف والشرب.

ومن الواضح أن تلك الوسيلة من وسائل الضبط هي اشد الوسائل وطأة على الكرامة الإنسانية، والحرية الشخصية حيث تكون حاسمة في دفع المنكر و إزالة خطره ، كما لا يقدر عليها إلا الأشداء وأولو العزم، كما يشترط في هذه الوسيلة أن يصاحبها أقصى درجات الحكمة والوعي و التجرد عن الهوى، ولهذه الوسيلة مراحل معينة حسب الأحوال والأعمال:[2]

1- أن يسبقه تهديد له بالتوقف عن المنكر بالنبذ إليه حتى يفسح له مجالا لتدارك ما سيتعرض له من امتهان في كرامته بالضرب تعزيرا مادام سيمتثل إلى الأمر و يغير هو ما هو عليه من إثم؛ ومن ذلك الإنذارات التي تعلنها قوات مكافحة الشغب بالتفرق وإخلاء المكان أو فتح الطريق أما المارة.

2- أن يقتصر ذلك على المنكر فقط و لا يتعدى ذلك إلى غيره زجرا أو نكالا أو فسادا على صاحب المنكر أو عقوبة له، فلا يغير المنكر بمنكر بمثله و التعدي بتعدي آخر، و إنما يقتصر فيه على الأمر المحتاج إليه في ذلك .فيكفي في المثال السابق تفريق المتظاهرين وفتح الطريق للمرور دون اللجوء إلى المتابعات الاستدراكية فيما بعد.كما لا يمكن لهذه القوات استعمال العصي والهروات من دون تحاور معهم أو باستعمال الماء الساخن أو الغازات المسيلة للدموع.

4- تمنع الزيادة كأن يصاحب تفريق المضربين أو المتجهرين ذلك إيذاء جسدي لا داعي له، أو امتهان نفسي مادام ليس فيه أمر من الحاكم بتعزير أو غيره. كاقتياد المتجمهرين إلى مراكز الشرطة وتعذيبهم أو اعتقالهم. أو مداهمة منازلهم؛ وانتهاك أعراضهم.

5- مباشرة الضرب باليد، ذلك جائز إلى آحاد الناس بقدر الضرورة الملجئة، كتأديب الأب لولده و منعه من المنكر ، أو لمن له ولاية عليه، وكدفع الأمر بالمعروف و الناهي عن المنكر عن الإثم و المنكر باليد في الأمر الذي لا يندفع إلا به، كرجل فاسق فاجر أمسك بامرأة يريد بها سوءا و لا يرجعه عنها إلا ذلك، أو كسارق لا يترك المسروق أو لا يرجع عن ضحيته إلا بذلك، أو كمغتصب يقهر الناس ولا يرجعه إلا الزجر والاهانة، فكان

[1] - الحديث متفق عليه.

[2] - ينظر: الإمام الغزالي؛ الإحياء؛ج2؛ص331؛ د/ عبد الرؤوف هاشم؛ مرجع سابق؛ص191

التأديب باليد جزاء للفاسق المناضل عن فسقه المدافع عن جرمه المتجرئ على حرمات المسلمين، الذي لا يبالي بما حرم الله ورسوله .

كل ذلك إذا كان هذا لا يؤدي إلى ضرر أكبر منه لنفسه أو لغيره، أو كان ذلك لا يتسبب في حدوث فتنة عظيمة للمسلمين، فان أدى إلى هذا فان من فقه الدعوة في إنكار المنكر أن يلجأ في دفع المنكر بطرق أخرى تكون أقل ضررا، والدليل على ذلك **رفق** الرسول صلى الله عليه و سلم بـ" عبد الله بن أبي بن سلول؛ وأمثاله من المنافقين حتى لا يثير الرسول حمية قومه، وحتى لا يقال أن محمدا يقتل أصحابه.[1]

4-أسلوب الاستنكار بالقلب

من يعجز عن سلوك الأساليب السابقة، فما عليه إلا السكوت ذلك إن الإنكار بالقلب معناه عدم الرضا عن فعل المنكر و مظهر عدم الرضا إنما هو ابتذال المنكر إذا لم يرتدع القائم عليه و يأخذ بالنصيحة وهو ليس إنكارا سلبيا في الواقع بل هو في الحقيقة من الأمر علاج حاسم للمجاهرين بالمنكر، ذلك إن المجاهر بالمنكر حينما يستشعر نفسه مهانا في المجتمع متجنبا من أفراده و علمائه من الأتقياء؛ و كذا عندما يشعر أن الناس يتحاشونه، فان اثر كل ذلك انه قد يفطر بإحساسه النفسي الخاص بالرجوع إلى الحق و الخضوع طائعا لأمر الله والانقياد لأوامر الدين.[2] ولعلى الرضا بإمارة التغلب رغم عدم شرعيها نظرا لعجز الخليفة عن إقالته بسبب منعته وقوة شوكته وخوفا من تفريق وحدة الصف.وعلى يعتبر الإنكار بالقلب بمثابة الركن المعنوي للإنكار باليد أو باللسان فمن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان[3].

وفي الحقيقة فان هذا الاستنكار القلبي لا يكون إلا بالنسبة للمحتسب المتطوع الذي يجب عليه في هذه الحال رفع أمر صاحب المنكر إلى السلطة العليا بالتبليغ عنه من أجل القيام بالردع المادي ضده؛ ومع ذلك يمكن أن يعجز المحتسب عن تغيير المنكر لكون صاحبه من علية القوم أو من ذوي النفوذ في الدولة فيجوز في هذه الحالة استنكار هذا المنكر والمسارعة بالتبليغ ليتولى الخليفة أمر تغييره.

ثانيا: الأساليب القانونية والمادية ودورها في حفظ النظام العام الإسلامي:

ويمكن تقسيمها بدورها إلى قسمين:أساليب وقائية تنظيمية: من جهة و أساليب علاجية قسرية من جهة ثانية:

أ- أساليب وقائية تنظيمية: كالمنع والحظر المؤقت؛ كالترخيص والإذن المسبق "الإخطار"؛ والتنظيم السابق في شكل توجيهات وتعليمات لكيفية ممارسة الحرية؛ وكالتفتيش عن الجرائم والمنكرات.

[1] -د/ عبد الرؤوف هاشم؛ مرجع سابق؛ ص192 ؛ ود/ عبد الله الكمالي؛ من فقه الموازنات؛ ص112

[2] - د/ منيب الربيع؛ رسالته السابقة؛ ص533

[3] -د/علي محمد حسنين؛ رقابة الأمة على الحكام دراسة مقارنة بين الشريعة ونظم الحكم الوضعية؛ الناشر المكتب الإسلامي بيروت؛ ط1 سنة 1988؛ ص533

1- أسلوب الترخيص: ومن هذا القبيل تدخل الحاكم حفظا للمال العام كعنصر من عناصر النظام العام التي تخص الأمة **بالترخيص** بإحياء الأراضي الموات[1]تطبيقا لقوله عليه السلام" من أحيا أرضا ميتا فهي له؛وليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين"[2] الأمر الذي يوجب على سلطة التنظيم حق التدخل لتنظيم كيفية الإحياء وشروط الاستفادة من هذه الحرية في التملك؛ بناء على القاعدة "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة" والتي منها ما يعرف حديثا بحقوق الارتفاق الإدارية التي ترد على المنافع العامة[3]؛ والتي يقرر الفقهاء بشأنها أنها موقوفة على نظر السلطان فيما يراه صلاحا[4] باعتباره موكل بإدارة المال العام بأفضل السبل حفظا وحراسة واستثمارا.

والإحياء يكون إما بالإحاطة والتحجير بالأرض أو بالشروع في استغلالها إعلاما وإشهارا للغير بتملكها؛ وعند أبي حنيفة خلافا للصاحبين؛ **يشترط إذن الإمام وترخيصه بالإحياء** منعا للمنازعات مستدلا بقوله عليه السلام: ليس لأحد إلا ما طبت به نفس إمامه"[5] وهو الرأي الذي قررته مجلة الأحكام العدلية في مادتها 1272.أما الإمام **مالك** فقد نقل عنه **الإمام القرافي**[6] في فروقه" تمييزه بين الأراضي المجاورة للعمران بحيث يشترط فيها الإذن والترخيص في إحيائها؛ وبين الأراضي البعيدة عن العمران فلا يشترط في ملكيتها منحة الإمام أو إعطاؤه بحيث تصبح ملكا للفرد بمجرد إحيائه.

وفي هذا الصدد تدخل الخليفة عمر-ض- بحكم سلطته التنظيمية حيث أصدر تنظيما ضبطيا مضمونه تحديد فترة الترخيص **بالاستفادة بثلاث أعوام**[7] تطبيقا للقيد الوارد في الحديث السابق الإشارة إليه؛ في شكل عقد انتفاع انتفاع مؤقت قابل للفسخ؛ أو التجديد الانتفاع المؤقت؛ أو التنازل؛ حسب ما يقرره الحاكم مسببا قراره بأسباب واقعية كالتأكد الفعلي والحقيقي من مباشرة المستفيد لعملية الاستصلاح والإحياء؛ أو لأسباب قانونية تتعلق بحقوق الارتفاق للمنفعة العامة. ليتقرر بعدها حق المستفيد في التملك المؤبد؛ وما يترتب عليه من إجراءات الشهر العقاري حتى تتقرر الحماية الجنائية والعقارية له.

---

[1] -د/سعد محمد خليل؛ نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون؛ دار السلام للطباعة والنشر؛ القاهرة؛ص1؛سنة1993؛ص59وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية في المادة1270 الأراضي الموات بأنها" تلك الأراضي التي لا مالك لها والبعيدة عن العمران والتي لا ينتفع بها أحد" ينظر درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ؛تعريب فهمي الحسيني؛ج3؛ منشورات النهضة بغداد؛ص293

[2] -أبي عبيد؛ الأموال؛ تحقيق؛ محمد خليل هراس دار الفكر بيروت؛ طبعة1988؛ ص 364 وما بعدها.

[3] -ينظر تفصيلا هاما لقضية إحياء الموات ودور السلطان في تنظيمها وإقطاعها واسترجاعها للمنفعة العامة إلى د/ منذر عبد الحسين الفضل؛ الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي؛ ديوان المطبوعات الجامعية؛ الجزائر؛طبعة 1988؛ ص72.

[4] - الماوردي؛ الأحكام السلطانية؛ ص188

[5] - الإمام أبي يعلى الفراء الحنبلي؛ الأحكام السلطانية؛ ص194

[6] - القرافي المالكي؛ الفروق؛ ج4؛ط1؛ دار إحياء الكتب العربية ؛ص41

[7] - أبي عبيد؛ الأموال؛ مرجع سابق؛ ص367

يقول القاضي أبو يوسف[1] في حق من يهمل الأرض الموات بعد إحيائها ثلاث سنين" هو والناس فيشرع واحد فلا يكون أحق به بعد ثلاث سنين" وعند مالك على ما نقله القرافي من أحيا أرضا ثم تركها دون استغلال وعمارة حتى عادت مواتا من جديد؛ زالت ملكيته لها بسبب تقصيره عقابا له[2] وعند الإمام الشافعي و الإمام أحمد على ما ذكره الماوردي[3] نقلا عنهما فلم يربطا إسقاط ملكيتها بتعطيلها ثلاث سنوات وإنما يمهل المستغل حتى يزول عذره .

يقول الشيخ **علي الخفيف**[4] " إذا كانت الأرض غير مملوكة لأحد فإما أن يتعلق بها حق ارتفاق أم لا؛ فان تعلق تعلق بها كأن كانت قريبة من العمران كمستودع لقمامة القرية؛ أو مطرحة لأتربتها؛أو مكانا لحصادها؛ أو مسيلا لمائها؛ أو مسرحا للنعم؛ أو نحو ذلك لم يجز إحياؤها وتملكها بالإحياء" وهذا ما يعرف بحمى الموات أي تأميمها للمنفعة العامة يقول الإمام **الماوردي**[5]" حمى الموات هو المنع من إحيائه املاكا ليكون مستبقي الإباحة؛ لنبت الكلأ الكلأ ورعي المواشي ... فالحمى لا يكون إلا لله ورسوله" وهو ما يعبر عنه قانونا بمصالح كافة المسلمين بالمساواة[6].

وعليه يملك الحاكم توقيع جزاء سحب الترخيص بالانتفاع بالإحياء للأراضي الموات إذا قامت حالة واقعية تسوغ هذا التدخل؛ على أن يتكفل القانون بتحديد الأسباب والظروف التي تطرأ بعد منح الترخيص وتستدعي سحبه، ومن ثم إذا لم يطرأ أي موجب جديد امتنع على الإدارة الضبطية سحب الترخيص بحيث إذا قامت به قرارها غير مسبب وبالتالي معيب بعيب شكلي يستوجب الطعن فيه.

تعتبر هذه الوسيلة من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فقد أنيط بالمحتسب وأعوانه باعتبارهم يمثلون سلطة الضبط الإداري في الإسلام، إعطاء الترخيص لمن يرغب في ممارسة مهنة أو عمل يتطلب مهارات خاصة حيث إن توافر هذه المهارة يعد عاملا من عوامل تحقيق مصلحة المتعاملين معه و حماية لهم ورعاية لأمنهم والترخيص يجوز الأمر به، ودون أن يصل الأمر إلى أن يؤدي إلى التعطيل و المنع أو التحريم.[7]

ومن التطبيقات الفقهية القاضية بجواز سحب الترخيص بجواز الحجر على الطبيب الجاهل والمفتي الماجن ونحوه، فمن يمارس المهنة عليه أن يراعى الشروط اللازمة لها قبل الترخيص له بها خاصة بالنسبة لمن يتصدى للإفتاء و الإرشاد للناس يجب أن يكون ممن عرف بين الناس بالتدين و الورع؛ وكذا من يتعرض للأبدان بالجراحة

---

[1] – القاضي أبو يوسف؛ الخراج؛ ص101

[2] – القرافي ؛ الفروق؛ ج4؛ ص41

[3] – الماوردي؛ الأحكام السلطانية؛191

[4] – علي الخفيف؛ أحكام المعاملات الشرعية؛ الناشر مطبعة السنة المحمدية؛ ط3؛ ص33

[5] – الماوردي؛ الأحكام السلطانية؛ص 186؛

[6] – د/ سعيد محمد خليل؛ نزع الملكية للمنفعة العامة مرجع سابق؛ ص61

[7] – د/ منيب الربيع؛ رسالته السابقة؛ ص524

والتطبيب؛ فلا مانع من تدخل الدولة **لاشتراط الترخيص** في جميع الوظائف الحساسة في الدولة كرخصة السيارة ورخصة الهندسة ولما لها رخصة الإفتاء في الدين.

لما ثبت أن الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه مر ذات يوم بالحسن البصري وهو يتكلم على الناس فاختبره سائلا إياه" **ما عماد الدين**"؛ فقال: **الورع** ، قال علي:" **فما آفته**"؛ قال: **الطمع**، فقال علي مرخصا له بالإفتاء" **تكلم الآن إن شئت**"؛ والأمثلة كثيرة في التطبيقات الإسلامية؛ على ضرورة امتحان واختبار موظفي الصالح العام؛ في أمانتهم وعلمهم وكفاءتهم لمختلف المناصب في الدولة.

2-أسلوب التفتيش والمصادرة الإدارية:

للمحتسب التفتيش على الأسواق ونظافتها وهدوئها، كذلك له أيضا أن يتأكد من سلامة و حسن المعاملات فيها باستخدام السليم من المكاييل و الموازين ومعايرتها، وله أيضا التفتيش على أنواع اللحم لضمان سلامتها، وصلاحيتها للاستهلاك الآدمي، كما يقوم المحتسب أيضا بمراقبة الحوانيت و الطرقات و الحمامات العامة في كل وقت و يأمر بغسلها و كنسها؛[1] مراعيا في ذلك الوسائل المشروعة وهو يقوم بمهمته في التفتيش. ولعل من أشهر الأمثلة حديث النبي –ص- الخاص بالبائع في سوق المدينة صاحب **صبرة الطعام** المبلل فقد ثبت أن النبي -عليه الصلاة والسلام -أدخل يده الشريفة في الصبرة فوجد الطعام مبللا فأمر بإظهاره للناس ثم قال "**من غش فليس منا**"[2]؛ وقد يصل الأمر في التفتيش إلى **المصادرة** بمعنى استيلاء الدولة على الأموال الخاصة دون مقابل، فهو كما قد يكون عقوبة قد يكون إجراء تحتمه ضرورة أو استرداد حق، فهو كعقوبة كإتلاف أوعية الخمر وأخذ أموال الكفار و المرتدين بغير قتلهم.

والمصادرة كضرورة هي أخذ جزء غير محدود من أموال الأغنياء لصالح الخزانة العامة عند الطوارئ، أذا عجزت الخزانة في مواجهة الحاجات؛ وكالمصادرة استردادا للحق، كما لو استولى شخص على أموال الدولة بدون حق واستغلها في تنمية أمواله.[3]وللدولة أن تقوم بالمصادرة دون حرج في ظروفها الاستثنائية كمصادرة الأسلحة الخاصة ومنع تداولها أيام الفتن الداخلية وقاية للنظام العام.

ب – أساليب علاجية قسرية :

وهي وسائل جبرية كالتنفيذ المباشر واستعمال العقوبات والجزاءات الإدارية؛ وبتعويق حرية المشتبه في تهديد نظام الجماعة بالحبس حتى تظهر عليه مظاهر الإصلاح؛ وبالتغريب والإبعاد الإداري كتدبير وقائي؛ بحمل السلاح واستعمال القوة وكالمصادرة المالية والمنع من السفر.

1-أسلوب التنفيذ المباشر:

[1] -د/ منيب الربيع؛ مرجع سابق؛ص535 ؛ود/عبد الرؤوف هاشم؛ مرجع سابق؛ص195

[2] – أخرجه **الترمذي** وقال حسن صحيح.

[3] – د/ منيب الربيع؛ رسالته السابقة؛ ص536

هذه الوسيلة باعتبارها احد صور ممارسة النشاط الضبطي في الإسلام تجد سندها في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم :- من رأى منكم منكرا فلغيره بيده، فان لم يستطع فبلسانه، فان لم يستطع فقلبه و هـذا اضـعف الإيمان. فالتغيير باليد عند الاستطاعة هو التنفيذ المباشر الذي تقوم به هيئات الضبط في الإسلام ولا يلزمه حكـم من أجل تنفيذه، ومن هذا القبيل ما أمر به الرسول صلى الله عليه و سلم من كسر دنان الخمر وشـق ظروفـه، وأمره عبد الله بن عمر بحرق الثوبين المعصفرين؛ وقال له" **اغسله**"، قال:" **لا بل احرقهما**". ومثل أمر عمر بـن الخطاب وعلي بن أبي طالب بتحريق المكان الذي يباع فيه الخمر و كسر الأوعية التي تستخدم فيهـا.[1] و يجـوز للمحتسب إخراج الغاصب من الدار و إخراجه من المسجد إذا تواجد به و هو جنب.

كذلك تحرص قواعد الشريعة الإسلامية كل الحرص على رد الحقوق لأصحابها باقتضائها جبرا عن إرادة المدين القادر على الوفاء عند عدم قيامه بذلك اختيارا[2] فموضوع الحسبة كما يقول الماوردي إلزام الحقوق والمعونة على استيفائها.[3]ومما يروى عن الخليفة عمر في مجال استعمال حق التنفيذ الجبري حماية لنظام الأمة في دينها وصـون عقيدتها من الشرك إقدامه على قطع الشجرة التي كانت بيعة الرضوان تحتها[4]؛ خشية من أن يرجع المسـلمون إلى عبادة الأوثان بالتدريج كما كان حال الأمم الخالية؛ وهذا ما يظهر في التسبيب الذي ضـمنه في نـص القـرار بالقطع" أراكم أيها الناس رجعتم إلى العزى؛ ألا لا أوتي منذ اليوم بأحد عاد لمثلها- أي الصلاة عندها- إلا قتلته بالسيف كما يقتل المرتد؛ ثم أمر بها فقطعت[5] .

2-أسلوب استعمال السلاح: وهذه الوسيلة تستخدم إذا كان تغيير المنكر لا يتأتى و لا يندفع إلا بشهر سلاح و تجميع أعوان، و قد اختلف الفقهاء في احتياج استعمال السلاح إلى إذن الإمام.[6] كمحاربة البغاة إذا فشـلت خطوات الصلح كقتال الخليفة أبي بكر للمرتدين عقب وفاة النبي-ص- من أهل اليمامة ممن امتنعـوا عـن أداء الزكاة فقال الخليفة " والله لأقتلن من فرق بين الصلاة والزكاة" فأرسل إليهم خالدا -ض- فرجع من رجع وقاتل من لم يرجع إلى دفعها. ولا بد في حيازة السلاح بنية تغيير المنكر من إذن الإمام وإخطاره لأنه في حيازته ما قـد يؤدي إلى تحريك الفتن و هياج الفساد و خراب البلاد و تقاتل العباد .

3- أسلوب الجزاءات الإدارية:

والتي منها هجر أرباب المعصية ومقاطعتهم حتى يحصل لهم الردع عن عدم المعاودة؛ ومن ذلك أمر الرسول -ص- الناس باعتزال ومقاطعة الثلاثة الذين تخلفوا عن الدفاع عن الدين والوطن في غزوة تبوك. وكذلك أمر عمر بن الخطاب الناس بهجر صبيغ بن عسل حيث تم إبعاده ومقاطعته في الكلام ؛حتى حسنت توبته فأمر عمر بالتخلية

---

[1] - ابن تيمية؛ الحسبة ومسؤولية الحكومة الإسلامية؛ ص59

[2] - د/ عبد الرؤوف هاشم؛ الضبط الإداري بين الشريعة والقانون؛ ص196

[3] - الماوردي؛ الأحكام السلطانية؛ ص56

[4] - ينظر إلى الشاطبي؛ الاعتصام؛ ج2؛ص138؛ وابن الجوزي؛ سيرة عمر؛ ص107

[5] - د/ محمد بلتاجي؛ منهج عمر بن الخطاب في التشريع؛ الناشر مكتبة الشباب؛ط2؛ سنة 1998؛ص560

[6] - د/ عبد الرؤوف هاشم؛ مرجع نفسه؛ص198

بينه وبين الناس[1]. وكذلك أسلوب العزل ؛فقد عزل الخليفة عمر قائد الجيوس وسيف الله في الأرض خالد بن الوليد نظرا لقتله لمالك بن نويرة في حروب الردة؛ وكان أبو بكر قد دفع الدية من بيت المال؛ ولكن الخليفة عمر رأى أن ذلك غير كاف فعزل خالدا؛ لما ولي الخلافة وقال **"إن في سيف لرهقا"** مما يدل على أن العزل عقوبة إدارية وجزاء إداري؛ يوقع ضد كل من يخالف قواعد النظام العام الشرعي ولو خطأ.[2] وكأمره بقتل كعب بن الأشرف في قوله عليه السلام كما في البخاري عن جابر بن عبد الله: قال رسول الله:" **من لكعب بن الأشرف فانه أذى الله ورسوله**؛ فقام محمد بن مسلمة فقال: يا رسول الله أتحب أن اقتله؟ قال نعم فإذن لي... فاتجه مع مفرزة له إلى حصنه فقتله؛ فلما سمع رسول الله **بقتله كبر**.

وظاهر أن اغتياله كان من الأعمال المخابرتية لحفظ النظام بسبب انتهاكه الشديد لحرمة الدين الإسلامي بتحزيب الأحزاب على المدينة وتشببه بنساء المسلمين.[3] وهو نوع من القتل سياسة المضبوط بضوابط الشرع بناء على فتوى شرعية وليس لجهاز الشرطة أو الأمن القيام بمثل هذه العمليات إلا بحق وفتوى شرعية تجيز ذلك؛ يقول د/ الزحيلي" يجوز القتل سياسة لمعتادي الإجرام ومدمني الخمر ودعاة الفساد **ومجرمي أمن الدولة** ونحوهم[4] .

ثالثا: أثر حالة الضرورة العامة في توسيع سلطات المحتسب في القانون العام الإسلامي:

1- تعريف الضرورة لغة: و" الضرورة " لغة مشتقة من مادة الضرر ضد النفع ، وهو الأذى والشدة و الضيق و سوء الحال، والنقص في الأنفس و الأموال؛ والاضطرار الاحتياج إلى الشيء إلجاء ؛يقال اضطره إلى كذا أحوجه و ألجأه؛ و الضرورة اسم لمصدر الاضطرار ، تقول حملتني الضرورة على كذا و كذا، وقوله تعالى: **"فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ "**[5]، أي فمن ألجئ إلى أكل الميتة؛ و الضرورة الضرورة أيضا هي الحاجة و رجل ذو ضرورة أي ذو حاجة.[6]وبذلك تكون" حالة الضرورة " تعبيرا عن مظاهر مظاهر الضرر أو الأذى والشدة والضيق وسوء الحال والنقصان الذي يصيب كليات المصالح أو أسسها و التي تعتبر مقومات الحياة الإنسانية وأركانها الأساسية وهي الدين، العقل، النفس، النسل، العرض، المال، ونظام الأمة خاصة منها ما يهدد أصل الإمامة فيها كالحرابة وظاهرة الردة والبغي المسلح على النظام السياسي؛ فإذا وقعت

---

[1] – د/محمد سليم العوا؛ في أصول النظام الجنائي الإسلامي؛ دار المعارف القاهرة؛ ص255

[2] – د/ داود الباز؛ أصول القضاء الاداري في الإسلام؛ ص42؛ ود/ حمدي عبد المنعم؛ ديوان المظالم؛ ص55

[3] –د/ إبراهيم علي محمد أحمد؛ فقه الأمن والمخابرات؛ أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية؛ الرياض 2006؛ ص27 والحديث عند البخاري؛ كتاب المغازي؛ باب قتل كعب بن الأشرف؛ ينظر فتح الباري ؛ج7؛ ص245 ؛ ومن هذا القبيل أيضا ما أوره البخاري عن البراء بن عازب في صحيحه من أمر الرسول لجماعة من الأنصار بقيادة عبد الله بن عتيك؛ **بقتل أبي رافع** اليهودي؛ الذي حزب الأحزاب وأعانهم بالمؤن والأموال الكثيرة؛ فقتله؛ قال ابن حجر؛ وفي هذا من الفوائد على قتل من أعان على رسول الله بيده أو ماله أو لسانه." ينظر الفتح؛ ج7؛ ص245

[4] – د/ الزحيلي؛ الفقه الإسلامي وأدلته؛ ج6؛ ص201 ؛ ود/ إبراهيم على محمد؛ مرجع نفسه؛ ص201

[5] – سورة البقرة؛ آية 117

[6] – ابن منظور ، لسان العرب ، ج4 ، مادة الضرر، ص 2573-2574 .

مظاهر هذا الضرر على هذه المصالح الضرورية لدوام الحياة واستقرارها؛ فإنها تلجأ وتجعل الإنسان في حالة اضطرار أو ضرورة بمعنى الحاجة إلى ما يرفع مظاهر الضرر، وهذا يقتضي البحث عن الأحكام و الوسائل لرفع مظاهر الضرر[1].

2- تعريفها في الاصطلاح الشرعي: تعرف الضرورة بأنها حالة يكون الشخص معها في حال تهدد مصلحته الضرورية؛ ولا تدفع إلا بتناول محظور لا يمس حق غيره"[2]؛ ولا شك أن هذا التعريف يقتصر على تحديد الضرورة الخاصة؛ ومع ذلك يمكن توسيعه إلى الضرورة العامة باعتبار الدولة شخصا معنويا يتمتع بأهلية الشخصية القانونية بحيث يصير التعريف" هي حالة تهدد مصلحة الدولة ولا تدفع إلا بالخروج على القانون العادي باتخاذ تدابير استثنائية في ظل احترام حريات الغير".

و يعرفها د/ **وهبة الزحيلي** هي " أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة، بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال و توابعها، و يتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع [3].

ويلاحظ على تعريف د/ **الزحيلي** رغم شموله إلا أنه لم ينص الدين كمحل للضرورة رغم ورود نص قرآني بذلك:"**مَن كَفَرَ بِاللّهِ مِن بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ وَلَكِن مَّن شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ اللّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ**".[4]

كما أنه لم يتضمن الخطر الذي يمكن أن يهدد النظام السياسي الذي هو في الواقع أكثر المصالح عرضة لمظاهر الضرر؛ ومختلف الأزمات والفتن التي قد يكون لها أثر على سائر كليات المصالح الضرورية الأخرى بحيث نكون أمام **أزمة نظامية دستورية**.

ومع ذلك فإن هذا التعريف يقدم لسلطة الضبط رخصة الاختيار بين الخطط و السياسات اللازمة لمواجهة حالة الضرورة ولو بالخروج على أحكام المشروعية العادية كإباحة ارتكاب الحرام ، أو ترك الواجب، أو تأخيره عن وقته دفعا للضرر وذلك ضمن قيود الشرع وأحكام الرخصة التي تحل محل أحكام العزيمة.[5]

إذ أنه من المسلم به أن للشريعة في مصادرها التأصيلية نوعين من القواعد القانونية الشرعية **فالنوع الأول** منها يتعلق بأحكام العزائم التي شرعت ليطبقها الأفراد والجماعة في الأحوال العادية.**والنوع الثاني** منها فيتعلق بأحكام الرخصة ورفع الحرج والمشقة عن الفرد والجماعة لتطبق على الأحوال غير العادية كأوقات الأزمات

---

[1] - د/ فوزي خليل؛ المصلحة العامة من منظور إسلامي؛ ص445

[2] - الإمام أبو زهرة؛ أصول الفقه؛ ص43

[3] - د/ وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، بيروت، مؤسسة الرسالة، سنة 1985، ص 76-78

[4] - سورة النحل، آية 106.

[5] - د/ فوزي خليل؛ المصلحة من منظور إسلامي؛ ص447

السياسية والفتن الأمنية ومظاهر الخروج على السلطة بغيا وردة وحرابة.[1] إذ هناك قواعد أخرى تتلاءم مع هذه الظروف الاستثنائية دون أن يعد ذلك خروج على القواعد العادية وإنما وجها ثانيا للمشروعية[2] وهذا ما تبنته الدساتير المعاصرة بضرورة وجود تشريعات سابقة على ظهور الحالات الاستثنائية كفرنسا والجزائر.

وأساس هذا التمييز بين التكاليف الشرعية ذلك التوجيه النبوي الكريم للأمة:" **ما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم**" مما يدفع إلى القول بأنه" ما لا قدرة للمكلف عليه لا يسوغ أن يكلف به شرعا وإنما يرفع عنه الحرج ويرخص له بحكم اخف تيسيرا له وفق قواعد رفع الحرج في الشريعة الإسلامية حيث تشكل الضرورة أساسا قانونيا لاستبدال حكم العزيمة بحكم الرخصة.[3] وهي التي قد وصفها **ابن عاشور** " **بالضرورة العامة المؤقتة** " وهي رخصة غفل عنها العلماء – كما يرى– وذلك بأن يعرض للأمة أو لأحد أقاليمها أو لطائفة عظيمة منها ما يستدعي إباحة الفعل الممنوع لتحقيق مقصد شرعي هو سلامة الأمة و إبقاء قوتها. ولا شك أن اعتبار هذه الضرورة عند حلولها أولى وأجدر من اعتبار الضرورة الخاصة، وأنها تقتضي تغييرا للأحكام الشرعية المقررة للأحوال التي طرأت عليها تلك الضرورة".[4]

3– دور حالة الضرورة العامة في توسيع سلطة التدخل الحكومي: تستند حالة الضرورة إلى قواعد شرعية مقررة لمواجهة الظروف الاستثنائية؛ والتي تختلف بلا شك عن القواعد المقررة في حالة السعة والاختيار؛ نظر لتعرض إحدى المصالح الأساسية للدولة للخطر.[5]

وبموجب هذه القواعد فان بعض تصرفات السلطة النظامية التي كانت غير مشروعة في الظروف العادية تصبح مشروعة وجائزة في الظروف الاستثنائية وواجبة النفاذ؛ وعلى المسلمين طاعتها والامتثال لها؛ ولا يعد ذلك خروجا على مبدأ المشروعية أو استثناء منه وإنما كما سبق بيانه وجها ثانيا للمشروعية الإسلامية العليا..[6]
العليا..[6]

ولا يريد الباحث التفصيل في مسائل الضرورة الخاصة بالفرد والأعذار[7] المبيحة لترك الواجبات وفعل المنهيات؛ المنهيات؛ لأن موضوعها في القانون الخاص وفقه العبادات والمعاملات المالية؛ والأحوال الشخصية؛ وإنما هدف الباحث دراسة أبعاد وانعكاسات حالة الضرورة العامة على مستوى الدولة والجماعة السياسية أيام الفتن والأزمات الأمنية والصحية بغية وضع ضوابط لها حتى لا تؤدي إلى انتهاك حقوق المكلفين وحرياتهم؛ وهي ما يعرف بالأزمات العامة أو الضرورة السياسية أو الفتن الداخلية. وهو ما يؤجل الباحث دراسته إلى الباب الثاني.

---

[1] – د/ فؤاد النادي؛ نظرية الضرورة في القانون العام الإسلامي؛ الناشر الزهراء للإعلام العربي؛ ط1؛ 1988؛ ص14

[2] – د/ أحمد الموافي؛ المشروعية الاستثنائية؛ دون تاريخ طبع ولا نشر؛ ص26

[3] – د/ فؤاد النادي؛ ضوابط خضوع الدولة للقانون في الفقه الإسلامي؛ دار الكتاب الجامعي؛ مصر ط 2؛ 1980؛ ص91

[4] – ابن عاشور؛ مقاصد الشريعة؛ ص125

[5] – د/ وهبة الزحيلي؛ نظرية الضرورة الشرعية؛ ص69

[6] – د/ أحمد الموافي؛ المشروعية الاستثنائية؛ ص27؛ نقلا عن د/ عبد الرزاق السنهوري؛ الوسيط ج7؛ ص307

[7] – ينظر تفصيلا لها عند د/الزحيلي؛ رسالته السابقة؛ من ص73 – 192

ومع ذلك فان يمكن القول بأن توسع سلطة الإدارة في تقييد الحقوق والحريات بغية حفظ نظام الأمة في النظام الإسلامي مسألة داخل في إطار أحكام السياسة الشرعية التي تخول قواعدها السلطة التقديرية لولاة الأمور في اتخاذ التدابير التي لم يرد بشأنها نص من كتاب أو سنة مما يقتضيه تنظيم مرافق الدولة وتدبير شؤونها ورعاية الصالح العام على مقتضى من روح الشريعة ومقاصدها العامة.[1]

وفي هذا ينقل ابن القيم حوارا مهما حول السياسة الشرعية عن العلامة ابن عقيل الحنبلي في كتاب" الفنون"،حيث قال رحمة الله:" جرى في جواز العمل في السلطنة بالسياسة الشرعية أنه هو الحزم، ولا يخلو من القول به إمام. فقال شافعي: **لا سياسة، إلا ما وافق الشرع**، فقال إبن عقيل:" السياسة ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحي فإن أردت بقولك:" **إلا ما وافق الشرع**" أي لم يخالف ما نطق به الشرع فصحيح، وان أردت" لا سياسة إلا ما نطق به الشرع فغلط وتغليط للصحابة " واحتج ابن عقيل بما جرى من الخلفاء الراشدين من ألوان السياسة مما لا يجحده عالم بالسنن. فقال:"ولو لم يكن إلا تحريق عثمان المصاحف فإنه كان رأيا اعتمدوا فيه على مصلحة الأمة، وتحريق علي الزنادقة في الأخاديد ونفي عمر بن الخطاب (ض) لنصر بن حجاج."[2]

ويستفاد من هذا الحوار أن سلطة ولي الأمر في التنظيم والتقييد واسعة، ولذا أوجبت الشريعة عليه أن يصدر تصرفاته بناء على المصلحة وإعتبار المآل حتى لا يناقض مقصدا شرعيا. فواجب ولي الأمر تقصي المصلحة والعدل في التصرف بأنها لباب الشرع وغايته.

وفي هذا يقول ابن القيم ": قد بين الله بما شرع من الطرق أن مقصودة إقامة العدل بين عبادة، وقيام الناس بالقسط، فأي طريق أستخرج به العدل والقسط فهي من الدين وليس مخالفة له وهذا يعني أنه إذا لم توجد نصوص فإن ولي الأمر يتصرف وفق المصلحة أي مصلحة مجموع الناس لأنه ما أقيم إلا لحفظ مصالح الناس ورعايتها وإقامة العدل والذود عنهم وإقامة الشرع فيهم[3]؛ فإذا ما رأى ولي الأمر تغيير أمر ما كتقييد المباح مثلا، جاز له ذلك في إطار المقاصد العامة والغابات التي حددها الشارع الحكيم وأمر بتحقيقها.

وفي هذا المعني يقول صاحب (معين الحكام) :" واعلم أن السياسة **شرع مغلط** والسياسة نوعان سياسة ظالمة فالشريعة تحرمه وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم وتدفع كثيرا من المظالم ويتوصل بها إلى المقاصد الشرعية للبلاد فالشريعة توجب المصير إليها والاعتماد في إظهار الحق عليها، وهي باب واسع تضل فيه الأفهام وتزل فيه الأقدام.. ولهذا سلك فيه طائفة مسلك التفريط المذموم فسدوا من سبل الحق طرقا واضحة وعدلوا إلى طريق من العناد فاضحة. وطائفه سلكت مسلك الإفراط فتعدوا حدود الله وخرجوا عن قانون الشرع إلى

---

[1] د/ فتحي الدريني ؛ الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده؛ ص 105.

[2] ــ ينظر إلى العلامة ابن القيم ؛ الطرق الحكنية في السياسة الشرعية؛ ص 15و16 ؛ ود/ يوسف القرضاوي؛ السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشرعية ومقاصدها ؛ مؤسة الرسالة؛ الطبعة الأولى؛ سنة 2000 ص31 ؛ 32.

[3] -إبن القيم ؛ إعلام الموقعين عن رب العالمين ج4 ؛ ص373.

أنواع من الظلم والبدع السياسية وتوهموا أن السياسة الشرعية قاصرة عن سياسة الخلق ومصلحة الأمة وطائفة توسطت وسلكت فيه مسلك الحق وجمعوا بين السياسة والشرع فقمعوا الباطل ودحضوه ونصبوا الشرع ونصروه.[1]

وعلى هذا فإن الأمر لا يكون مخالفا للشريعة إذا ورد محققا لمقاصد الشرعية متماشيا مع روحها ومبادئها العامة غير مناقض لنص من نصوصها لأن وظيفة الإدارة الإسلامية هي تدبير مصالح العباد على وفق الشرع وإن لم يضعه الرسول عليه الصلاة والسلام ولا نزل به وحي.[2]

وهذا يعني أن تصرفات الإدارة تكون مشروعة طالما أنها لم تخالف القانون الإسلامي وعليه فإن النظم والقوانين التي تدار بها شؤون الأمة متى سلمت من المخالفة السابقة وكانت متماشية مع مبادئ الشريعة العامة، محققة لمقاصدها وأهدافها. ولكن الممنوع وغير المشروع هو ما كان مخالفا لروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها أو مناقضا لنص صريح وصحيح من نصوصها التفصيلية التي أريد بها أن تكون تشريعا عاما للناس في كل زمان ومكان.[3]

مقارنة جزئية حول أساليب الضبط الاداري في النظامين الوضعي والإسلامي

الواقع أن الدولة في النظام الإسلامي- كما سبق توضيحه- قد عرفت نظاما إداريا استطاع أن يضبط أمور الدولة ضبطا تتحقق به المصلحة العامة؛ فجميع المؤسسات الدستورية والسلطانية والولايات الدينية فيها مقصودها واحد؛ يتمثل في التضامن في تنفيذ ما أمر الله به ومنع ما نهى عنه فيكون الدين كله لله وتكون كلمة الله هي العليا؛ إذ رغم تلك الوسائل الضبطية الواسعة بقيت ممارسة الحريات باعتبارها منحة إلهية مكفولة الممارسة في حدود المراسيم القرآنية والسنية وفي نطاق وحدود المشروعية الإسلامية العليا؛ فقد أوجدها الإسلام بنصوص خالدة وصالحة لكل زمان ومكان لا تخضع لهوى حاكم ولا لسلطان أغلبية ولا لتقيد قاضي فأحكامها من النظام العام الشرعي.

وفي نفس الوقت كان القيام بالمصالح العامة والخدمات العامة مكفولا باعتباره فرض كفاية على جماعة المكلفين يتحملون إثما عاما عند عدم القيام بها؛ وحينها تصير متعينة الأداء على الدولة باعتبارها ممثلة الإرادة العامة للجماعة.

مما يدفع إلى القول **بوجوبية ومشروعية التدخل الحكومي** عن طريق الضبط أو الحسبة الإدارية من أجل رعاية مقصود الشارع من الخلق بتحقيق الأمن العام وتوفير السكينة العامة والصحة العامة ؛وكل ما يتعلق بالمحافظة على الدين والنفس؛ والعقل؛ والنسل؛ والمال مما يعني أن التنظيم الضبطي في الدولة الإسلامية أعم وأشمل من أي تنظيم آخر.[4] لان غاية هذه الدولة هي الإصلاح العام وتكوين أمة متحابة ومترابطة ومتعاونة ولن يتم ذلك إلا

[1] – علاء الذين الطرابلسي؛ معين الحكام؛ ط2 ستة 1973 ؛ ص 169.

[2] – إبن القيم ؛ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ؛ ص 13.

[3] – عليان بوزيان؛ مبدأ المشروعية؛ دراسة مقارنة- رسالة ماجستير 2002؛ ص125

[4] – د/محمد الحساوي القحطاني؛ الضبط الإداري وسلطاته- النشأة والتطور-الناشر دار النهضة العربية؛ القاهرة2003؛ص123

بوقاية النظام العام.الذي يساهم حفظه في انتشار الأمن وبالتالي عرض تعاليم الإسلام في جو يبعث على التفكر والروية بعيدا عن الحروب والفتن.

إن تلك الوسائل التي ينتهجها الإسلام في تنظيم وسائل تدخل سلطات الضبط الإداري لتحقيق غايتها وأهدافها تحقيقا لمقاصد الشريعة، إنما اشترط لها شروطا من العلم و الصلاحية والقدرة في القائم عليها، وهذا الأمر جعل من الإسلام قوة مجاهدة تقوم على أسس من احترام الإنسانية وحرياتها كمصدر لضوابط ممارسة السلطة الضبطية في حفظ النظام أو إعادة استتبابه.

إذا كان هذا هو دور فكرة النظام العام في مجال توسيع سلطة الضبط الاداري في الظروف الاستثنائية؛ والتبرير لها بالخروج على أحكام المشروعية العادية وقاية للنظام العمومي من أي تهديد محتمل، فان الأمر مختلف بالنسبة دور فكرة حفظ نظام الأمة في النظام الإسلامي؛ بحيث تمثل المشروعية الاستثنائية الوجه الثاني للمشروعية الإسلامية؛ وبالتالي فان أحكام تسيير الظروف الاستثنائية محددة مسبقا؛ وهي لا تخول للسلطة توسيع صلاحياتها بإرادتها المنفردة وإنما في ضوء وضوابط الشريعة ومقاصدها؛ ومن ثم يقتصر دور السلطة النظامية على تكييف مدى اعتبار هذه الظروف الحالة بنظام الأمة ظروفا استثنائية تستوجب إعمال قواعد الرخصة وقواعد الضرورة العامة؛ أم أنها ظروفا عادية لا تستحق إعلان حالة الضرورة.

ويمكن التمثيل لدور هذه الفكرة في توسيع صلاحيات السلطة الضبطية في النظام الإسلامي؛ بقضية **إجلاء يهود بني النضير** من عاصمة الحكومة النبوية نظرا لتهديدهم المباشر؛ لأمن الدولة من خلال إقدامهم على محاولة اغتيال رئيس الحكومة النبوية؛ من خلال حركة الشروع في إلقاء صخرة عليه لما كان في ضيافتهم؛ فضلا عن إثارتهم للفتن بين مواطني الدولة بالإضافة إلى إيوائهم للمنافقين؛ فالأصل أن يحاكموا جنائيا على جريمة تهديد أمن الدولة ومحاولة قلب نظام الحكم؛ ولكن القيادة النبوية قدرت ضرورة **نفيهم عن المدينة**؛ وقاية لنظام الأمة؛ دون أن تتوسع في صلاحياتها التي قد يترخص بها في القضاء على الجميع.[1]

فإذا تقرر أن كلا النظامين الوضعي والإسلامي يقر للسلطة النظامية بحق التدخل في ممارسة الحرية تنظيما وتقييدا ومصادرة؛ فان الأمر يحتاج إلى وضع قيود على هذا الحق خشية التعسف في استعماله، وهذا ما سيتم التطرق إليه من خلال المطلب الموالي.

[1] – ينظر وقائع هذا الإجلاء وأسبابه ابن هشام؛ السيرة النبوية؛ ج2؛ ص190؛ وينظر تعليقا مهما عليه عند د/ إبراهيم علي محمد أحمد؛ فقه الأمن والمخابرات؛ أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية؛ الرياض 2006؛ ص25

المطلب الثاني: ضوابط حفظ النظام العمومي كقيد على وسائل سلطة الضبط الإداري– دراسة مقارنة–.

من أعقد المشكلات التي واجهت فقه القانون الوضعي مشكلة التوفيق بين الفرد والدولة؛ أو بين الحرية والسلطة وفي محاولة لتحقيق هذا التوفيق والتعايش تم إقرار مبادئ ثابتة مضمونها إثبات التأثير المتبادل بينهما بحيث لا تتغلب إحداهما على الأخرى؛ ويترتب على ذلك ضرورة الإيمان بوجود حقوق للأفراد كامنة في الطبيعة البشرية لم توجد الدولة إلا من اجل المحافظة عليها؛ يمكن تسميتها بـ **الحرية الطبيعية** التي لا تخضع لهيمنة أحد وإنما هي منحة إلهية؛ ويترتب على ذلك ضرورة وحتمية قيام سلطة عليا لحماية نظام الجماعة بشرط أن تتوافر فيها خصائص السلطة الشرعية والمشروعية؛ أي خضوعها لسيادة القانون ورضا الجميع.

ولا يكفي ذلك لتحقيق التوازن وإنما لابد أن يوجد وعي سياسي مستنير يتفهم أولويات التغليب والتقريب بين كفة السلطة وكفة الحرية حسب تغاير الظروف الزمانية والمكانية؛ الأمر الذي يوصل الجماعة المنظمة إلى الإيمان بقيمة الحرية في ظل القانون؛ حرية مسؤولة تضبطها قيم موضوعية يستخلصها العقل من الطبيعة البشرية أومن طبيعة الأشياء[1].

كل هذه الأفكار وغيرها من المبادئ التي أسس لها القضاء الإداري الحديث هي التي من المنتظر أن تأسس فيما بعد لما يعرف بدولة القانون والحق؛ والتي تصور القانون والنظام على انه سلطة محررة للناس من الظلم والتحكم؛ والتي من نتائجها قيام فكرة الحكومة الدستورية المقيدة؛ رغم أنه في الواقع هناك **شبه إجماع** لدى الفقه على أن الصراع والتعارض بين السلطة والحرية وبدرجة أقل بين النظام والحرية أمر محتوم والصدام بينهما واقع لا محالة؛ فطالما اعتبرت حقوق الفرد وحرياته غاية في إقامة الحكم واعتبرت السلطة نفسها الوسيلة الشرعية الغائية الوحيدة للحكم فمن المؤكد أن يقع التصادم بين الغاية الفردية والوسيلة الجماعية بصفة مستمرة؛ وهو ما لا يوجد في فقه الشريعة الإسلامية لأن كل منهما ليس غاية في حد ذاته.

ولذلك يكون من واجب سلطات الضبط أن تواجه عمليا كل ما يخل بمقتضيات الحفاظ على النظام العام بتدابير وإجراءات متنوعة في إطار ما تملكه من سلطة تقديرية في مجال حفظ النظام العمومي؛ وفي المقابل يتعين عليها حفاظا على حقوق الأفراد حرياتهم إزاء سلطات الضبط أن تلتزم بالشروط القانونية والموضوعية للإجراءات الصادرة منها.

حيث يكاد يجمع الفقه الدستوري والإداري على أن الحرية تمثل مصدرا للحدود التي ترد على سلطات الضبط، وبالتالي فلا تستطيع تلك السلطات أن تذهب إلى المدى الذي يؤدي إلى خنق الحرية، لذا يقوم القضاء الإداري في رقابته لإجراءات الضبط بتحديد مضمون الحريات التي يجب حمايتها، وبتحديد مفهوم النظام العام الذي من أجل صيانته تقيد الحرية، والقاضي في كل ذلك يستخلص مجموعة من المبادئ القانونية التي تتحدد بموجبها سلطة الإدارة في تقييد الحرية حماية للنظام العام.

[1] – محمد عصفور؛ الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي؛ ص17وما بعدها.

ولقد حاول القضاء الإداري في كل من فرنسا والجزائر أن يعالج الشروط و الضوابط التي ينبغي أن تتحقق في التدابير الضابطة للقول بمشروعيتها، وكان سبيله إلى ذلك محاولته الدءوبة في العمل على إرساء نوع من الموائمة والتوازن بين متطلبات الحفاظ على النظام العام وضرورات حماية الحريات وكفالة ممارستها ؛ وفي المقابل عرفت الشريعة الإسلامية؛ مبدأ العدل الذي يميز منظوته التشريعية في تعاملها في الموازنة بين المصالح المتعارضة من خلال ما يعرف بفقه الأولويات وفقه الموازنات بين مصلحة الجماعة في سيادة النظام ومصلحة الفرد في التمتع بكامل حرياته دون قيود؛ ومن أجل معرفة مسلك كل من فقه وقضاء القانون الاداري الوضعي في الحد من ظاهرة التدخل التعسفي في النشاط الفردي وممارسة الحريات العامة؛ ومسلك فقه الشريعة الإسلامية في تحديد حدود سلطة حفظ النظام حماية للحرية كان من اللزوم المنهجي التعرض بشكل مستقل لضوابط حفظ النظام في كل من الشريعة والقانون؛ ومن ثم تقييم مدى اعتبار فكرة النظام العام كفكرة محورية ضابطة على الإطلاق؛ أم أنهما كغيرها من الأفكار القانونية نسبية في مضمونها وفي نطاقها؛ وهو ما سيحاول الباحث تحديده من خلال توضيح مدى اعتبار فكرة الحرية قيدا ومصدرا لحدود حفظ النظام العام.

الفرع الأول: ضوابط حفظ النظام العمومي في الفقه والقضاء الإداريين..

الفرع الثاني:ضوابط حفظ النظام العام كضمانة للحرية في الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: ضوابط حفظ النظام العمومي في الفقه والقضاء الإداريين..

من المبادئ العامة للقانون **مبدأ إيثار الحرية** والذي يترجم في أن الحرية هي الأصل وأن القيود الواردة عليها من سلطة الضبط الإداري هي الاستثناء؛ مما يتعين معه على السلطة الضبطية احترام الحريات وعدم تقييدها إلا استثناء؛ وذلك عندما تستلزم ذلك مقتضيات حفظ النظام العام، فإذا كان من حق الأفراد ممارسة حرياتهم الأساسية فإن هذا هو الأصل العام، لكنه إذا كان سيترتب على ممارسة تلك الحرية إخلال بالنظام العام في الدولة فتعين في هذا الحال حق سلطة الضبط الإداري في أن تتناول هذه الحريات بالتنظيم و التقييد وقاية للنظام العام.

وتشكل فكرة النظام العام الإطار العام الذي يحد سلطة الضبط الإداري في استخدامها لسلطاتها، تبعا لذلك لا يجوز لسلطة الضبط أن تلجأ إلى استخدام صلاحياتها المقيدة للحريات إلا إذا كانت ممارسة هذه الحريات قد ترتب إخلالا بالنظام العام[1].

غير أن سلطة الإدارة في تقييد الحرية حماية للنظام العام لا تعني التحريم المطلق؛ و التام لممارسة الحرية، ذلك أن الضرورة تقدر بقدرها ولا يجوز للضبط أن يتدخل لتقييد الحرية إلا حينما يتهدد النظام العام ولهذا فقد قضى القضاء الاداري المعاصر بعدم مشروعية القرار بلدي يحظر بطريقة عامة للمخيمات في إقليم المدينة تأسيسا على أن المخيمات تعتبر من بين عناصر ممارسة الحريات الفردية، وعلى هذا الأساس فإنه لا يجوز على الإطلاق أن يرد على

[1] – د/ صلاح الدين فوزي ؛ المبادئ العامة في القانون الإداري، ص 46 و ما بعدها .

ممارسة هذه الحرية الحظر المطلق؛ والعام لكن فقط يمكن أن يرد عليها الإجراءات الضابطة اللازمة لوقاية النظام العام[1] ؛

وترتيبا على ذلك تمثل الحرية في حد ذاتها مصدرا للحدود والقيود التي ترد على سلطات حفظ النظام العام الإداري، وبالتالي فلا تستطيع تلك السلطات أن تذهب إلى المدى الذي يؤدي إلى خنق أو إهدار الحرية، لذا يقوم القضاء الإداري في رقابته لإجراءات الضبط بتحديد مضمون الحريات التي يجب حمايتها، و بتحديد مفهوم النظام العام الذي من أجل صيانته تقيد الحرية، و القاضي في كل ذلك يستخلص مجموعة من المبادئ القانونية التي تتحدد بموجبها سلطة الإدارة في تقييد الحرية حماية للنظام العام.

وقد استخلص القضاء الإداري عدة مبادئ تحكم سلطة الضبط الإداري في هذا الشأن، حيث أمكن للقضاء الإداري في هذا الصدد أن يتبنى معيارا حاسما و جوهريا يقوم على فلسفة التوازن والمواءمة بين ضرورات المحافظة على النظام العام ومتطلبات حماية الحريات وكفالة ممارستها .

ويمكن أن نجمل هذه المبادئ أو الضوابط التي صاغها القضاء الإداري وطبقها في أحكامه في أمور كثيرة ؛ يتم تناولها في ثلاث مجموعات من الضوابط على النحو الأتي:

أولا: ضوابط مصدرها فكرة الحرية في حد ذاتها .

ثانيا: ضوابط مصدرها مبدأ الموازنة بين وسيلة حفظ النظام وبين قيمة الحرية المراد تقييدها.

ثالثا: ضوابط تناسب الإجراء الضبطي مع تغاير الظروف.

أولا: ضوابط مصدرها فكرة الحرية

تشكل فكرة الحرية قيدا جوهريا على سلطات الضبط المكلفة بحفظ النظام العمومي؛ ومن ثم فليست السلطة النظامية حرة في إعادة استتباب النظام دون مراعاة للمبادئ العامة المستفادة من قيمة الحرية كفكرة عليا تسمو على التنظيم التشريعي والتقييد الإداري؛ فكونها مادة دستورية؛ وغاية من إقامة المجتمع المنظم في إطار العقد الاجتماعي بين الأفراد والسلطة يستوجب على سلطة حفظ النظام العام عدم مشروعية الحظر المطلق لها.

كما يجب في حالة تنظيمها ألا يتعدى حدود مواجهة الخطر المحتمل من وراء ممارستها؛ فضلا عن وجوب مراعاة تغاير أسلوب الضبط الإداري مع تنوع وأهمية الحريات العامة؛ فالأسلوب المتبع مع حرية الشخصية لا يصلح مع الحرية السياسية. وهذا ما سيتم توضحيه في نقاط الآتية:

1 – التزام سلطة الضبط بالمبادئ العامة للقانون المتصلة بفكرة الحرية

يتعين على سلطات الضبط الإداري الالتزام بالمبادئ العامة للقانون عند ممارستها لمقتضيات الضبط ، باعتبارها مصدرا من مصادر المشروعية القانونية فعن طريقها يتم وضع الحدود التي يجب أن يتوقف عندها تدخل

[1] – د/عادل أبو الخير؛ الضبط الاداري وحدوده؛ ص245

سلطات الضبط في حقوق الأفراد وحرياتهم، خاصة وأن كثيرا من هذه المبادئ يتعلق بالمساواة وبالحريات العامة التي ترد عليها إجراءات الضبط[1]، وترتيبا على ما تقدم، سنتناول فيما يلي النقاط التالية:

1-1-التعريف بنظرية المبادئ العامة للقانون وقيمتها القانونية:

يعرفها البعض وعلى رأسهم **الفقيه دي لوبادير** بأنها " مجموعة من المبادئ التي لا تظهر في النصوص، ولكنها تحضى باعتراف القضاء بها من حيث وجوب احترام الإدارة لها؛ إذ يعتبر انتهاكها مخالفة لقواعد الشرعية "[2].

ويعود الفضل في ظهور ونشأة هذه النظرية إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي كان له الدور الأكبر في تقدير المبادئ العامة للقانون وإعطائها قيمة قانونية تسمو على اللوائح التنظيمية.[3] وتلزم الإدارة بما فيها السلطة الضبطية باحترامها، باعتبارها مصدرا للقانون بمفهومه الواسع.[4] ولقد ظل مجلس الدولة محتفظا ووفيا لنظرية المبادئ القانونية العامة التي خلفتها فترة الحرب، وكان من نتيجة هذا الموقف أن تأكدت النظرية في القانون والقضاء الإداريين؛ وأصبحت مصدرا للشرعية تلتزم به جميع هيئات الحكم في الدولة.

وعلى هذا لا تعتبر المبادئ العامة للقانون مصدرا للمشروعية إلا حين تدخل مجال القانون الوضعي من خلال سلطة القاضي واجتهاده، فهو الذي يقوم على استخلاصها و تقريرها، والاستدلال بها في التفسير القانوني والقضائي وتجدر الإشارة إلى أن دور القاضي في هذا الصدد يقتصر على الكشف عن المبادئ العامة للقانون والإعلان عنها في أحكامه **بتقريرها و تطبيقها في المنازعات** التي تطرح أمامه إذا كان لذلك مقتضى.[5]

---

[1] – د/ موسى مصطفى شحادة؛ المبادئ العامة للقانون المتصلة بفكرة الحرية العامة في أحكام القضاء الاداري؛ ؛ مجلة الشريعة والقانون؛ العدد18 يناير 2003؛ جامعة الامارات العربية؛ ص79

[2] - " on appelle ainsi un certain nombre de principe qui ne figurent pas dans des texte mais que la jurisprudence reconnaît comme devant etre respectés par l'administration , leur violation constituant une illégalité " .
- LAUBADERE (A . de) et autres : op . cit , p 504 .

[3] – د/عادل أبو الخير؛ الضبط الإداري وحدوده؛ ص240

[4] – ويلاحظ أن مجلس الدولة لم يعلن صراحة عن قوتها الإلزامية باعتبارها مصدرا للقانون إلا بعد الهزيمة التي لحقت فرنسا عام 1940 و انهيار الجمهورية الثالثة نتيجة الغزو النازي الألماني ، وما استتبع ذلك من انهيار للمبادئ الدستورية ، و لذلك لم يكن أمام مجلس الدولة إلا أن يلجأ إلى إنشاء نظرية متكاملة للمبادئ العامة للقانون لتحل محل تلك المبادئ المنهارة ، دفاعا عن الحقوق و الحريات العامة و إجبار الدولة في ذلك الوقت على احترامها باعتبارها مصدرا للقانون و عنصرا للمشروعية" ينظر تفصيلا لأصل نشأتها؛ د/ سامي جمال الدين؛ الرقابة على أعمال الإدارة ، مرجع سابق ، ص 58 و ما بعدها ، د/ كامل ليلة؛ الرقابة على أعمال الإدارة ، القاهرة ، 1985، ص 45 وما بعدها

[5] –د/ طعيمة الجرف؛ مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، ص50، د/سامي جمال الدين؛ الرقابة على الأعمال الإدارة، مرجع سابق ، ص 59 . ود/ موسى مصطفى شحادة؛ المبادئ العامة للقانون المتصلة بفكرة الحرية العامة في أحكام القضاء الاداري؛ ؛ مجلة الشريعة والقانون؛ العدد18 يناير 2003 ؛ ص68 وما بعدها

ونظرا لأهميتها يكاد الفقه والقضاء الفرنسي يتفق على ما نقله د/ عادل أبو الخير[1] في رسالته على أن " المبادئ العامة للقانون لها نفس قوة القانون، ومن ثم فهي تلزم الإدارة وخاصة عند ممارسة سلطتها اللائحية، ولكنها لا تلزم المشرع الذي يملك أن يخالفها ويستبعدها"

وبقي هذا الاتفاق ساري المفعول رغم ما تضمنته المادة 38 من دستور 1958، والتي أجازت للإدارة أن تصدر لوائح مستقلة في كل المسائل التي لم تحجز للقانون، الأمر الذي دفع بالبعض إلى أن الاكتفاء بإسباغ قوة القانون العادي على المبادئ العامة للقانون من شانه أن يؤدي إلى عدم إخضاع اللوائح المستقلة لها لأن هذه اللوائح لا تقيد بالقانون العادي فلا تقيد بالمبادئ العامة للقانون التي لها قوة القانون، ولذا فلقد أعطى هذا الجانب من الفقه للمبادئ العامة للقانون قوة تعلو على قوة القانون، أي قوة دستورية، وذلك حتى يمكن أن تخضع لها اللوائح المستقلة.[2] وذهب جانب من الفقه إلى أنه " ليس من الضروري إضفاء طبيعة دستورية على المبادئ العامة للقانون لكي تخضع لها اللوائح، ذلك أنه ليس هناك في دستور 1958 ما يفيد بأن السلطة اللائحية التي تمارس على ضوء المادة 37 يمكن رفعها إلى مستوى القانون في مجال التدرج القانوني، وعلى ذلك فإن النظرية القديمة والتي تجعل المبادئ العامة للقانون في قوة القانون لا تزال صالحة لفرض احترام تلك المبادئ على اللوائح "[3].

وذهب بعض الفقه الفرنسي إلى الاعتراف للمبادئ العامة للقانون بقيمة أدنى من التشريع و أعلى من اللائحة، فهي تعد كمصدر رسمي مما يجوز معه أن تلغى المراسيم لتعارضها مع أحكامها، لكنها يتعين دائما أن تحترم القوانين."[4]

والواقع أنه لما كان القضاء هو الذي يتولى استخلاص هذه المبادئ و تقريرها وتطبيقها في المنازعات التي تطرح أمامه، فإنه يكون من غير المقبول أن تكون للقاضي في هذا الشأن سلطة أعلى من سلطة المشرع وذلك حين يقرر مبدأ قانوني يخالف به نصا تشريعيا؛ وهو ما يعني وجوب تمتعها بمرتبة ما بين التشريع واللائحة .

---

[1] – د/ عادل أبو الخير؛ الضبط الإداري وحدوده؛ ص245

[2] - VEDEL (G) : 3 ed , 1964 . op , cit . p 36 .

[3] - " il n'est nullement nécessaire, pour affirmer la subordination des règlements de l'article 37 au principe généraux du droit, d'assigner à ceux-ci une nature constitutionnelle . Comme nous l'avons déjà dit, en effet, rien, dans la constitution de 1958 , n'implique que le pouvoir règlementaire, lorsqu'il s'exerce au titre de l'article 37. soit lui-même haussé au niveau de la loi dans la hiérarchie des source du droit , l'ancienne théorie de la valeur législative des principe continus donc de suffire ç leur donner préséance sur n'importe quel décret réglementaire " .

- LAUBADERE (A de) : 7 ed , 1976 , op , cit , p 254 .

[4] - que le niveau des principes généraux se placerait en réalité entre celui de la loi et celui du règlement , ce nivaux infra législatif et supra- décrétale étant celui ou se situe la source fromelle des principes , à savoir la juridiction administrative , puisque celle – ci peut annuler les décret mais droit respecter les lois " .

- CHAPUS (R) : de la soumission au droit des règlement autonomes D , 1960 , chron , p 119 .

تمثل المبادئ العامة للقانون خاصة المتعلقة منها بفكرة الحرية دستورا ومنهجا يرسم للإدارة حدود سلطتها الضبطية في تقييد الحرية تحقيقا وحماية النظام العام، ومن أهم هذه المبادئ مبدأ إيثار الحرية على التقييد؛ ومبدأ المساواة ؛ ومبدأ التناسب بين وسلة الضبط وقيمة الحرية المقيدة وذلك على النحو الأتي:

1-2 – الحرية هي أصل وأن القيود الواردة عليها من سلطة الضبط الإداري هي الاستثناء:

رغم أهمية النظام العام في حفظ كيان الدولة وضمان استقرارها ووحدتها إلا أنها في الأصل ليست على إطلاقها؛ ومن ثم فلا يتدخل السلطة الضبطية من أجل حفظه إلا استثناء وذلك حتى لا تقيد الحرية لمجرد شبهة الإخلال بالنظام؛ فالقاعدة أن الحرية هي الأصل وأما القيود الواردة عليها؛ والتي مصدرها وقاية النظام العام فهي الاستثناء؛ وعلى ذلك يتعين على سلطة الضبط احترام الحريات و عدم تقييدها إلا عند الضرورة أو الحاجة الملحة؛ فإذا كان من حق الأفراد ممارسة حرياتهم الأساسية فإن هذا هو الأصل العام، لكنه إذا كان سيترتب على ممارسة تلك الحرية إخلال بالنظام العام في الدولة فانه يتأكد عندئذ حق سلطة الضبط الإداري في أن تتناول هذه الحريات بالتنظيم و التقييد وقاية للنظام العام[1] .

وبناء على ذلك لا يجوز لسلطة الضبط أن تلجأ إلى استخدام صلاحياتها المقيدة للحريات إلا إذا كانت ممارسة هذه الحريات قد ترتب عليها إخلال بالنظام العام[2].غير أن سلطة الإدارة في تقييد الحرية حماية للنظام العام لا تعني التحريم المطلق و التام للممارسة الحرية ، ذلك أن الضرورة تقدر بقدرها وعلى هذا الأساس فإنه لا يجوز على الإطلاق أن يرد على ممارسة هذه الحرية الحظر المطلق و العام لكن فقط يمكن أن يرد عليها الإجراءات الضابطة اللازمة لوقاية النظام العام،[3] وإذا كان النظام العام، وهو الأساس الشرعي لتدخلات سلطات الضبط الإداري، قد اعتراه نوع من التوسعة فانه رغم ذلك مازال ينظر إليه على أنه استثناء على قاعدة الحرية و سيظل كذلك بوصف كونه القيد العام على تدخل سلطات الضبط الإداري في مواد الحريات العامة، وأن عدم الالتزام بهذا الحد من شأنه أن يؤدي إلى أقامة مسؤولية سلطات الضبط الإداري[4].

1-3-مبدأ المساواة بين المواطنين أمام القوانين واللوائح:

يتصدر هذا المبدأ قائمة المبادئ العامة للقانون ، ومضمون وجوب معاملة المواطنين اذا اتحدت مراكزهم القانونية وتوفرت فيهم الشروط التنظيمية بالمساواة أمام سلطة الضبط إما تقييدا لحرياتهم أو عند طلب الترخيص أو في التنفيذ الجبري عليهم أو في توقيع الجزاء عليهم ؛ دون تمييز غير مبرر قانونا وإلا عد الإجراء الضبطي معيبا بعدم

---

[1] – د/ موسى مصطفى شحادة؛ المبادئ العامة للقانون المتصلة بفكرة الحرية العامة في أحكام القضاء الاداري؛ ؛ مجلة الشريعة والقانون؛ العدد18 يناير 2003؛ ص81

[2] – صلاح الدين فوزي؛ المبادئ العامة في القانون الإداري، ص46 و ما بعدها .

[3]- عبد الحميد بن لغويني؛ دور القاضي الاداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية؛ مذكرة ماجستير جامعة الجزائر؛ سنة2003-2004؛ ص 54 و د/ عادل أبو الخير؛ الضبط الإداري وحدوده؛ ص251؛ ود/ عاطف البنا؛ حدود الضبط الاداري؛ ص94

[4] - د/ موسى مصطفى شحادة؛ المبادئ العامة للقانون المتصلة بفكرة الحرية العامة في أحكام القضاء الاداري؛ ؛ مجلة الشريعة والقانون؛ العدد18 يناير 2003 ؛ص83

المساواة كمبدأ من مبادئ القانون العامة. وحول هذا المعنى قرر مجلس الدولة أن استبعاد أحد المتقدمين لشغل الوظائف العامة بسبب كونهم من أبناء بلد ما أنما يمثل اعتداء على مبدأ المساواة أمام القوانين واللوائح[1].

ومن التطبيقات العملية لهذا المبدأ المساواة بين المواطنين في استعمال واستغلال المال العام، فإذا فرضت على استعمال الأموال العامة قيود معينة وقاية للنظام العام و لأغراض الضبط الإداري، فان هذه القيود تكون عامة بالنسبة لجميع المنتفعين، و لهذا ذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكمه في قضية " **LAURENS**" بأنه حتى يكون قرار فرض رسوم مقابل انتظار السيارات في الأماكن المخصصة لذلك مشروعا يجب أن يكون على قدم المساواة بالنسبة لجميع المنتفعين[2].وعلى هذا تخضع سلطة الضبط للمبادئ القانونية العامة يستخلصها القاضي من جملة النظام القانوني ، فهي بذلك تشكل قيدا على سلطة الضبط .

و تجدر الإشارة إلى أن إخضاع سلطة الضبط للمبادئ القانونية العامة، لا يتعلق فقط بقراراتها الفردية، بل أيضا بنشاطها التنظيمي بكافة صوره، حتى ولو كان ذلك النشاط يمارس في صورة لوائح مستقلة؛ هذا ويشكل مخالفة سلطة الضبط للمبادئ العامة للقانون مخالفة للشرعية ذلك أن " لانتهاكها نفس نتائج انتهاك القانون المدون، أي إثبات خطأ السلطة التي اتخذت ذلك الإجراء. "[3]

1-4-مبدأ دستورية الحريات العامة

يعد الدستور الوثيقة العليا في الأنظمة الدستورية المعاصرة لما له من قدسية و سمو على ما دونه من قواعد قانونية في الدولة، لذا فهو موضع تناول المبادئ العامة للقانون خصوصا منها ما تعلق بإقرار الحريات. وهو ما درجت عليه النظم السياسية المعاصرة؛ والتي انتهجت أسلوب تضمين دساتيرها مبادئ الحريات العامة.[4] وذلك حتى تكون بمعزل عن انتهاك سلطة الضبط؛ وعلى هذا يرى الاتجاه المعاصر في فقه القانون العام ضرورة أن يكون التنظيم الدستوري للحريات هو الأساس و الغالب حتى لا يترك أمر هذه الحريات تحت رحمة التشريع ولأنه كلما استقرت هذه الحريات وأصبحت صونا عن المساس بها.

ومع ذلك توجد بعض الحريات التي لا يتصور بحسب طبيعتها أن توضع موضع التنفيذ العملي بمقتضى النص الدستوري وحده، حيث تتطلب ضرورة تدخل المشرع العادي لتحقيق ذلك، و لهذا فإن غالبية دساتير تترك طريقة ممارسة الحريات وتنظيم ضماناتها للقانون العادي شريطة ألا يترتب على هذا التنظيم مخالفة القواعد العامة و المبادئ الأساسية المنصوص عليها في الدستور.[5]

---

[1] - C.E . 06 Mars 1931 . pieur tour . Amadou et autres , Rec 261

[2] - C.E . 18 Mai 1928 , Laurence , Rec 645 . S , 1929 .3 . 57 .

[3] - LAUBADERE (A . d e) 7 ed . 1976 , op . cit , p 252 .

[4] - بقول **د/ محمد عصفور**"تحرص النظم السياسية على أن تكون الدساتير هي الموضع الطبيعي للحريات، ولقد أصبحت هذه الصياغة أسلوبا شائعا درجت عليه الدساتير المعاصرة منذ صدور إعلانات الحقوق انتهاء بالإعلان لحقوق الإنسان" ينظر د/محمد عصفور؛ وقاية النظام الاجتماعي باعتبارها قيدا على الحريات العامة، ص 57.

[5] -د/ عادل أبو الخير؛ الضبط الإداري وحدوده، ص 294 وما بعدها. حيث يرى بأن هناك أسلوبين مختلفين من أساليب تقرير الحريات دستوريا: **الأسلوب الأول**: أن ينص الشارع الدستوري على حريات و حقوق عامة مطلقة لا تقبل التقييد أو التنظيم ، وهذه الطائفة تمثل

وتتمتع قواعد الحريات بالحماية الدستورية، مما يجعلها قواعد دستورية تسمو على باقي القواعد الأخرى وفقا لمبدأ سمو الدستور وتدرج القواعد القانونية. فموقعها موجود على سلم البناء القانوني للدولة بوجه عام، بالتالي لا يجوز لسلطة ما أن تخرج على مقتضاها مع ما يستتبعه ذلك من عدم جواز تعرضها للتغيير أو الانتقاص منها؛ إلا وفقا لإجراءات **خاصة ومعقدة وجامدة**، ويترتب على هذه الحماية أثرها في تقييد سلطة المشرع من خلال رقابة الدستورية في علاقتها بهذه النصوص، وهو ما يمكن من رقابة التشريعات الصادرة في شأن الحريات وذلك بإلغاء التشريعات التي تصدر مهدرة أو مصادرة للحريات[1].

ولذلك يلاحظ أن معظم الديمقراطيات تتجه إلى تقييد السلطة التشريعية على وجه أخص، و ذلك لأن اعتدائها يكون أشد خطرا من عدوان الإدارة نظرا لاستقرار هذا العدوان في صورة تشريعية دائمة ومحصنة.[2]

وإذا كانت النظم السياسية معرضة لأن تنحرف بفكرة النظام العام – في أوقات الأزمات و الظروف الاستثنائية – عن غاياتها المحددة وذلك باستهداف **غايات سياسية** بدعوى حماية النظام العام مع ما يستتبعه ذلك من اعتداء و تحيف بالحريات، فلقد أدى ذلك إلى التساؤل عن جدوى الحماية الدستورية للحريات ؟.

والحقيقة أن هذه الحماية متوقفة في النهاية على **مدى إيمان الشعوب بوثائقها الدستورية** و استعدادها للدفاع عنها ضد محاولات النيل منها، ومهما كانت صور الخروج على أحكام الدستور في بعض الدول و في بعض الظروف الاستثنائية فإن هذه الرقابة تساهم بقدر أو بآخر حسب درجة التطور والوعي السياسي في التخفيف من وطأة هذا التعدي كما أن الأزمات لا تستغرق كل حياة الأمم وعصورها.[3]الأمر الذي يمكن القول معه بأنه لا يمكن تجريد الحماية الدستورية للحريات من قيمتها القانونية بدعوى أنها لا تصمد أمام المشرع تارة وأمام السلطة التنفيذية و استهدافها لغايات سياسية تارة أخرى.

ولعل من أهم نتائج مبدأ الاعتراف الدستوري بالحريات اعتبار الحريات مواد دستورية ذات قيمة قانونية سامية وملزمة شأنها في شأن باقي نصوص الدستور. ولهذا فلقد ذهب بعض الفقه إلى أن هذه النصوص تكون قابلة

مجموع الحريات والحقوق الأساسية، كحرية العقيدة، التي من طبيعتها الإطلاق و عدم التقييد، وبالتالي فهي لا تخضع للتدخل التشريعي لتنظيمها فلو أصدر المشرع تشريعا يجيز التضييق على حرية عقيدة المواطن لاعتبارات النظام العام كان هذا التشريع باطلا لمخالفته الدستور

الأسلوب الثاني: أن ينص الدستور على بعض الحريات و يكل أمر تنظيمها إلى القانون وفي هذه الحالة فإن إجماع الفقه المعاصر على أنه يجب أن يكون هذا التنظيم في ضوء أحكام الدستور وخاضعا للرقابة الدستورية؛ لأن وضع تلك الحريات في الدستور يعتبر بذاته قيدا على سلطة المشرع العادي ينظر تفصيلا أكثر عند: **د/محمود سعد الدين الشريف**؛ فلسفة العلاقة بين الضبط الإداري و بين الحريات، ص 20 وما بعدها ، د/ منيب محمد ربيع ؛ المرجع السابق ، ص 234

[1] – ينظر تفصيلا أكثر عند د/ شعبان أحمد رمضان؛ الحماية الدستورية لحقوق الانسان- رقابة الدستورية كوسيلة لحماية الحقوق والحريات؛ دار النهضة العربية؛ القاهرة؛ 2006؛ ص2

[2] –د/ محمد عصفور؛ وقاية النظام الاجتماعي باعتبارها قيدا على الحريات العامة ، ص 57 .

[3] – د/ محمد عصفور ؛ الحرية في الفكرين الديمقراطي و الاشتراكي ، ص 134 .

للتنفيذ بغير حاجة إلى التدخل المشرع العادي بشأنها[1] وفي مقابل هذا الاتجاه ذهب جانب من الفقه أن كل الحريات المنصوص عليها في الدساتير لا تزيد عن كونها وعدا دستوريا يتعين تدخل المشرع العادي لوضعها موضع التنفيذ و أن على المشرع أن يراعي في تدخله مراعاة حرية الآخرين واحترام النظام العام.

وواقع الأمر كما يقول **د/ منيب الربيع** في رسالته السابقة" أن ثمة حريات قابلة للتنفيذ بطبيعتها دون حاجة إلى صدور تشريع ينظم كيفية ممارستها، وذلك لأنها ذات طبيعة مطلقة لا تستجيب للتدخل التشريعي بشأنها ومثالها الحريات الأساسية كحرية العقيدة و حق المواطن في عدم جواز إبعاده عن بلده، وهي إذا كانت لا ستجيب لتدخل المشرع ، فهي كذلك لا تقبل تدخل الضبط الإداري بغية تقييدها والحد منها[2]، غير أنه توجد حريات أخرى تستوجب ضرورة تدخل المشرع العادي لتنظيم ممارستها، و هي الحريات ذات الطابع الاجتماعي ، نظرا لما يتطلبه تنفيذها من قيام الدولة بنشاط إيجابي توفر بمقتضاه الوسائل المادية لممارستها كرعاية الأسرة و تأمين الشيخوخة و حق العمل [3].

2- عدم مشروعية الحظر المطلق للحرية:

إن سلطة الإدارة في مواجهة الحرية لا تعني من حيث المبدأ التحريم المطلق و التام لممارسة الحرية، و من ثم فان الحظر المطلق للحرية من جانب الإدارة يعتبر غير مشروع.[4]

ويرجع ذلك إلى أن الحظر المطلق للحرية لا يعتبر تنظيما لها بل إلغاء، والأصل أن السلطة التشريعية وحدها هي صاحبة الاختصاص الأصيل في إلغاء أو تقرير ممارسة إحدى الحريات، هذا من ناحية، و من ناحية أخرى فان صيانة النظام العام في معظم الحالات لا يستلزم بالضرورة أن يصل تقييد الحرية إلى درجة الحظر المطلق ، لان مهمة الإدارة ليست فقط كيفية حماية النظام العام، و إنما هي أيضا كيفية السماح بممارسة الحرية دون الإخلال بالنظام،

---

[1] -د/ محمود سعد الدين الشريف؛ فلسفة العلاقة بين الضبط الإداري و بين الحريات، ص 23 . ويلاحظ في هذا الصدد أن هناك بعض الحريات ما لا يتصور أن توضع موضع التنفيذ بمقتضى النص الدستوري ، إذ يتعين فيها ضرورة تدخل المشرع العادي ، و يرجع ذلك الطبيعة الخاصة بها، ومن أمثلتها الحقوق و الحريات الاجتماعية والسياسية التي تحتاج في ممارستها إلى بيان كيفية التمتع بها دون إخلال بالنظام العمومي وهو ما يتوله المشرع العادي.

[2] - د/منيب محمد ربيع ؛ المرجع السابق، 234 وما بعدها .

[3] - د/ عادل أبو الخير؛ الضبط الإداري وحدوده؛ ص265

[4] - ومن تطبيقات القاعدة السابقة ما جاء في دعوى الإتحاد الوطني للمصورين الفوتوغرافيين، فلقد قام بعض العمد بمنع ممارسة مهنة التصوير الفوتوغرافي في الشوارع، وكانت المحاكم القضائية التي نظرت الدفع بعدم شرعية تلك الإجراءات قد اتجهت إلى التسليم بشرعية ذلك المنع .وعلى العكس من ذلك، فإن مجلسي الدولة الفرنسي لم يقر الإدارة في منع ممارسة المصورين الفوتوغرافيين لنشاطهم في الشوارع منعا مطلقا ، ذلك لأن مجلس يرى أنه يمكن للعمد أن يمنعوا ممارسة ذلك النشاط في أماكن معينة و ساعات معينة تفاديا لازدحام المرور، وبالتالي فلم يكن من الضروري للتوصل إلى تلك النتيجة إلغاء ممارسة تلك الحرية. -voir . C.E 22 Juin 1951 Daudignac et Fédération national des photographes -filmeurs , GA , n° 82 .

وعلى ذلك فان سلطة الإدارة في مواجهة الحرية سلطة تنظيمية أصالة، لا سلطة منع أو تحريم أو إلغاء.[1] وفي هذا يقول **د/ عادل أبو الخير** مؤصلا لهذه القاعدة " وترجع هذه القاعدة إلى أسباب متعددة أولها أن الحظر المطلق لممارسة إحدى الحريات يعادل إلغائها، وليس لسلطة الضبط سلطة إلغاء الحرية، وثانيهما أن صيانة النظام العام لا تستلزم بالضرورة – في معظم الحالات – أن يصل تقييد الحرية إلى درجة الحظر المطلق "[2].

هذا ولقد كان مجلس الدولة الفرنسي سباقا إلى إصدار العديد من الأحكام و التي قضى فيها بعدم شرعية الحظر المطلق لما يترتب عليه من إفراط بالنسبة لاحتياجات النظام العام، فمن ذلك ما قضى به من عدم مشروعية قرار صادر بمنع إحدى الصحف للبيع بسبب تطبيقه على كافة الأنحاء[3] ، قرار بلدي يمنع بصورة عامة و مطلقة نباح كلاب الحراسة[4] قرار صادر بالمنع المطلق للبيع و العرض بالفنادق[5] قرار بالمنع المطلق للبيع المتجول على الشاطئ " pampelonne"خلال موسم الاصطياف[6] قرار صادر بالحظر العام و المستمر لكل النشاطات الموسيقية و الملاهي بالمناطق و الطرق المخصصة للمشاة[7]، قرار صادر بالمنع المطلق لوضع الإعلانات في خليج صغير [8] قرار صادر بالمنع المطلق لبيع المثلجات مع الباعة المتجولين بجميع أملاك العامة وجميع شواطئ المحافظة[9]

بيد انه يتعين أن نلاحظ في هذا الصدد انه إذا كان من الممتنع على سلطة الضبط الإداري أن تحظر ممارسة الحرية أو النشاط حظرا مطلقا أو كليا – كما سبق أن بينا – لا انه يجوز لها أن تحظر ممارسة الحرية أو النشاط حظرا نسبيا أو جزئيا، أي الحظر الذي يكون منع ممارسة الحرية أو النشاط فيه مقصورا على مكان معين أو وقت محدد إذا وجد ما يبرر هذا الحظر من مقتضيات المحافظة على النظام العام[10].

بيد أن تقييد الإجراء الضبطي الذي يحظر ممارسة الحرية أو النشاط بوقت محدد أو مكان معين لا يؤدي حتما إلى القول بمشروعيته ، فقد يبقى الحظر مع ذلك من السعة بحيث يعد بمثابة حظر مطلق، أو لا يكون الإجراء بصفة

---

[1] – د/ عاطف البنا؛ حدود سلطة الضبط الاداري؛ ص94؛ ود/ عبد المنعم محفوظ ؛ علاقة الفرد بالسلطة؛ ص1002؛ د/ سعد الدين الشريف أساليب الضبط الاداري؛ ص80

[2] - ينظر إلى د/ عادل أبو الخير ؛ الضبط الإداري وحدوده؛ ص95

[3] - C.E 23 novembre 1951 , Ste nouvelle d'imprimerie , S 1953.3.23 .

[4] - C.E 5 janvier 1960, comme de mougins , Rec 83

[5] - C.E 14 janvier 1976 , ville de strasbourg , c , S.A.R.L fourures du Nord , Rec 33.

[6] - C.E 14 Mars 1979 , Auclair , Rec 112 , RDP , 1979 .1163 .

[7] - C.E 4 Mai 1984 , préfet de police c , Guez , Rec 164 , A.J.D.A , 1984 .393

[8] - C.E 16 novembre 1984 . Soc Eurybia . Rec 371 , R.F.D.A 1985 .738

[9] - C.E 16 janvier 1987 , Auclair , Rec 848 .

[10] – وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1980/01/25 بمشروعية القرار الذي اتخذته سلطة الضبط الإداري و حظرت بموجبه ممارسة حرية التجارة على الطريق العام حظرا نسبيا في أماكن معينة و ساعات محددة ، طالما أنها تهدف من وراء ذلك إلى المحافظة على النظام العام، حيث العمدة في إصداره لهذا القرار إلى المحافظة على الأمن العام داخل المدينة ينظر تفاصيل القضية في د/عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ ص244

عامة ضروريا أو متناسبا مع جسامة الإخلال بالنظام العام.[1] وبالتالي فيجب أن يكون الإجراء الضابط في مواجهة ممارسة الحرية متكافئا مع مدى خطورة التهديد للنظام العام، و تطبيقا لذلك ألغى مجلس الدولة الفرنسي الإجراء الذي منعت به الإدارة ممارسة مهنة التصوير الفوتوغرافي في منطقة شاسعة و تغطي عدة طرق لا تتوافر في بعضها صعوبات خاصة بالمرور ، فقد اعتبر المجلس هذا الإجراء مبالغا في تعميم الحظر.[2]

3- قاعدة حرية الأفراد في اختيار وسيلة احترام النظام العام لمواجهة الخطر

ومضمون هذه القاعدة انه ينبغي على سلطات الضبط الإداري ألا تفرض على الأفراد وسيلة معينة لمواجهة الخطر أو الإخلال بالنظام العام، بل يجب عليها أن تترك للأفراد الحرية في اختيار الوسيلة الأقل مشقة والأقل مساسا بالحرية، طالما أن هذه الوسيلة من شانها أن تحقق المحافظة على النظام العام[3] .وفي هذا يقول **د/دي لو بادير بادير** " إن الحرص على حريات الأفراد يقتضي أن يقتصر تقييدها على أقل الوسائل مشقة لهم مادامت الوسيلة المتبعة من شأنها أن تحقق ما يصان به النظام العام، ونتيجة لذلك " فلا يمكن لسلطة الضبط أن تصف للمالك سوى الأهداف و النتائج التي يتعين تحقيقها، ولكن عليها أن تترك لهم حرية اختيار الوسائل، ومن ثم فليس لها أن تفرض الإجراءات الواجب اتخاذها"[4]ويعلق د/ **عبد المنعم محفوظ** على ذلك فيقول: "يقوم جوهر القاعدة السابقة على محورين متلازمين ومتكاملين: **الأول** مقتضاه أن الإدارة تترخص في تحديد مضمون الخلل أوالاضطراب الذي قد يلحق بالنظام العام؛ **والثاني** مفاده التزام جهة الضبط بترك الأفراد أحرارا في اختيار وسائل تفادي هذا الخلل، فإذا ما تعدت هيئة الضبط ذلك التوجيه و تدخلت بفرض الوسيلة كان في ذلك مساس بالحرية لا يقتضيه النظام العام[5].وبناء على ذلك يتعين على سلطة الضبط الإداري أن تكتفي بتوجيه نظر الأفراد إلى أوجه الإخلال بالنظام التي يراد توقيها، وأن تكلفهم بتفادي مصادر تهديد النظام عند ممارستهم للحرية، تاركة لهم اختيار الوسيلة المناسبة لتجنب الإخلال بالنظام[6] ، أما إذا تجاوزت سلطة الضبط ذلك التوجيه وتدخلت بفرض وسيلة معينة على الأفراد،

---

[1] – و تطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1968/03/13 بإلغاء الإجراء الضبطي الذي منعت بموجبه الإدارة ممارسة مهنة التصوير الفوتوغرافي في منطقة شاسعة و تغطي عدة طرق لا تتوافر في بعضها صعوبات خاصة بالمرور ، فقد اعتبر المجلس هذا الإجراء مبالغا في تعميم الحظر. ينظر عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ ص233

[2] - C.E .13 Mars 1968 , Epoux leroy , A.J , 1968 .240.

[3] – ينظر حول هذا المعنى د/ سعاد الشرقاوي؛ نسبية الحريات العامة؛ دار النهضة العربية؛ طبعة 1979؛ ص 160

[4] - " L'autorité de police ne peut prescrire au propriétaire que les buts et résultas ç atteindre mais doit le laisser libre du choix des procédé et ne peut donc imposer les mesure à prendre " - LAUBADERE (A d.e) et autre : op , cit P 655.

[5] – ينظر د/عبد المنعم محفوظ؛ المرجع السابق ، ص 1007

[6] – ينظر تطبيقات على هذا القيد عند أة/مريم عروس؛ النظام القانوني للحريات العامة في القانون الجزائري؛ رسالة ماجستير جامعة الجزائر؛ 1999؛ ص69

الأفراد، كان هذا التدخل مساسا بالحرية لا يقتضيه النظام العام.[1] وجدير بالذكر انه وإن كانت قاعدة حرية الأفراد في اختيار وسيلة احترام النظام العام قاعدة أصولية مقررة من جانب القضاء الإداري، إلا انه يلاحظ أن هذه القاعدة ليست مطلقة بل ترد عليها بعض الاستثناءات، و يمكن إجمالها فيما يلي:

– لا يجوز أن تترك للأفراد حرية اختيار الوسيلة إذا كانت هناك وسيلة واحدة فعالة وكفيلة لحفظ النظام العام.

– لا تطبق القاعدة السابقة في حالة التهديد الخطير و الأضرار الجسيمة التي يتعرض لها النظام العام.

- لا تطبق هذه القاعدة عندما تتطلب الظروف ضرورة اتخاذ تدابير موحدة لتجنب الإخلال بالنظام العام، وإلا فقدت هذه التدابير فعاليتها و جدواها.

-وأخيرا لا تطبق القاعدة السابقة في حالة الاستعجال، حيث لا تدع الظروف للأفراد فرصة تدبير الوسيلة المناسبة من ناحية، و من ناحية أخرى فانه من غير المقبول الاعتماد على قدرة الأفراد في هذا الشأن، ومن ثم يتعين على سلطة الضبط الإداري أن تقوم باتخاذ الوسائل اللازمة لمواجهة هذا الخطر العاجل.[2]

4– احترام حق الدفاع إذا كان إجراء الضبط يتضمن عقوبة:

القاعدة العامة أن إجراءات الضبط الإداري لا يتعين إعلام أصحاب الشأن بها قبل صدورها ، بيد انه استثناء من هذه القاعدة يتعين على سلطة الضبط الإداري إعلام صاحب الشأن بالإجراء الضبطي المزمع اتخاذه في مواجهته إذا كان هذا الإجراء يتضمن عقوبة أو جزاء، وذلك من أجل إتاحة الفرصة لهذا الشخص حتى يتمكن من تقديم وسائل دفاعه.[3] وفي هذا يقول **جورج بيردو**: " إذا كانت تلك الإجراءات تتضمن جزءا فإنه يتعين الالتزام من قبل جهة الضبط بحد أدنى من الإجراءات الضرورية و التي منها على سبيل الخصوص ضرورة إعلام صاحب الشأن بالإجراء المزمع اتخاذه في مواجهته و ذلك حتى يتمكن من إعداد وسائل دفاعه"[(4)] و لقد تقرر المبدأ منذ حكم مجلس الدولة الشهير .« DAME VEUVE TROMPIR – GRAVIER » في 5 مايو 1944 [5]ولتطبيق المبدأ يتعين أن يكون إجراء الضبط ذا صيغة عقابية، أي اتخذ بنية توقيع جزاء "SANCTION"

---

[1] – و تطبيقا لقاعدة حرية الأفراد في اختيار وسيلة احترام النظام العام ، فان مجلس الدولة الفرنسي عندما رخص لسلطة الضبط أن تشترط في مواجهة المحال العامة ضرورة استيفاء اشتراطات الوقاية من الحريق بوضع الأجهزة و المعدات اللازمة لهذا الغرض، إلا أن المجلس لم يرخص لسلطة الضبط أن تشترط أن تكون هذا الأجهزة ذات علامة تجارية معينة. ينظر د/ عادل أبو الخير؛ الضبط الإداري؛ ص378

[2] – ينظر إلى هذه الاستثناءات:د/ عبد المنعم محفوظ؛ علاقة الفرد بالسلطة؛ص1009؛ ود/ عادل أبو الخير؛ مرجع سابق؛ص380؛ وعاطف البنا؛ حدود الضبط الإداري ؛ ص99

[3] – د/ سعاد الشرقاوي؛ القانون الإداري؛ص91؛ وجورج بيردو؛ الحريات العامة؛ ص49

[4] - " Toute mesure de police ayant le caractère d'une sanction à l'égard d'un administré doit être précédé d'un minimum de procédure permettant à l'intéresse d'être informé de la mesure dont il va être l'objet et de prévoir en conséquence, ses moyens de défense toutefois, pour que cette règle soit applicable, il faut que la décision de l'autorité ait le caractère d'une sanction prise dans l'intention de punir " -voir BURDEAU (G.) les liberté publique , paris , LGDJ , 4 ed 1972 . pp 49-50 .

- voir BURDEAU (G.) les liberté publique , paris , LGDJ , 4 ed 1972 . pp 49-50 .

[5] - C.E .5 Mai 1944 , Dame veuve trompier – gravier , Rec 133. RDP 1944.256.

فالإجراء الذي يتخذ لتفادي خطر أو اضطراب لا يعد عقوبة حتى و لو نتج عنه الأفراد طالما أن النية لم تتجه إلى معاقبة شخص معين.[1] وترتيبا على ما تقدم، إذ تأكد قاضي المشروعية من فحص ما تستهدفه إجراءات الضبط إنها صدرت بقصد توقيع العقاب على تصرفات الأفراد، فهو في هذه الحالة يقضي بإلغاء هذه الإجراءات لو تبين عدم احترام حقوق الدفاع.[2]

ثانيا: ضوابط الموازنة بين وسيلة حفظ النظام وبين قيمة الحرية المراد تقييدها:

1- ضرورة تغاير سلطة الضبط عكسيا مع تنوع القيمة القانونية للحرية المنظمة:

من معلوم أن الحريات العامة ليست كلها بنفس الأهمية والدرجة، فبعضها يعتبر جوهريا وذا قيمة أساسية بالنسبة لبعضها الأخر، و يترتب على ذلك أن سلطات الضبط الإداري تتغير تبعا لقيمة الحرية، فهذه السلطات اقل في مواجهة الحرية الأساسية منها أمام الرخصة أو مجرد التسامح، وبعبارة أخرى يمكن القول بان سلطة الضبط تتضخم و تزداد اتساعا في مواجهة الحرية كلما كانت قيمتها و ضرورتها للفرد هامشية، وهو ما يعني تناسبا عكسيا بين سلطة الضبط التي تتدرج تصاعديا وقيمة الحرية التي تتدرج تنازليا.[3]

وتعتبر نية المشرع عنصرا أساسيا في تحديد موقف سلطة الضبط الإداري في مواجهة الحرية، ومن ثم إذا كان المشرع قد أبدى أو اظهر عداء لحرية معينة؛ فان هذا يسمح باتساع سلطة الضبط في مواجهتها، والعكس صحيح أيضا إذا كان المشرع يشجع ممارسة حرية من الحريات، ففي هذه الحالة نجد أن سلطة الضبط في مواجهة الحرية يضيق نطاقها.[4] و لهذا السبب فإن سلطة الضبط تكون ضعيفة في مواجهة حرمة الحياة الخاصة ، فهي لا تستطيع فرض إجراءات إيجابية تحد بها من حق الفرد في أن تكون له حياته الخاصة وكل ما تملكه سلطة الضبط في هذا المجال هو تحديد هدف معين على الإفراد إلا يحيدوا عنه ثم يترك لهم حرية التصرف بشرط المساس بالهدف الموضوع، فعلى سبيل المثال حرية استعمال المسكن مصونة بشرط إلا تهدد النظام أو الصحة أو السكينة العامة، أي أن التزام الموضوع لا يعدو أن يكون التزاما سلبيا يمكن الوصول إليه دون فرض إجراءات إيجابية على الأفراد تحد من حريتهم أو تهدد حرمة الحياة الخاصة.[5]

---

[1] – والذي قضى فيه بإلغاء القرار الصادر من الإدارة بسحب الترخيص الممنوح للسيدة –Veuve Trompier–ببيع الصحف في أحد الأكشاك، حيث تبين لمجلس الدولة أن هذا القرار قد صدر دون دعوة هذه السيدة لتقديم وسائل دفاعها ضد الاتهامات الموجهة إليها، و نظرا لخطورة الجزاء المترتب على هذا الأجراء فانه يتعين على سلطة الضبط دعوة هذه السيدة لمناقشتها و تقديم وسائل دفاعها، احتراما لحق الدفاع الذي تقضي به المبادئ العامة للقانون، وحيث إن سلطة الضبط لم تراع هذه الضمانة و أصدرت القرار دون احترام حق الدفاع، فإنها بذلك تكون قد تجاوزت السلطة المخولة لها، ومن ثم فان قرارها يكون جديرا بالإلغاء ينظر د/ عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ ص 249

[2] – ينظر دة/ سعاد الشرقاوي؛ القانون الإداري، ص 96، ود/ عبد المنعم محفوظ، المرجع السابق، ص 1011

[3] – د/سعد الدين الشريف؛ أساليب الضبط الإداري؛ ص81

[4] – د/ سعاد الشرقاوي؛ القانون الإداري؛ص89 وجورج بيردو؛ الحريات العامة؛ ص48

[5] – دة/سعاد الشرقاوي : القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 94 و ما بعدها

وتطبيقا لذلك فان مجلس الدولة الفرنسي اعترف للإدارة بسلطات واسعة إزاء حرية التظاهر، حيث قدر المجلس أن نية المشرع لا تشجع بل تعارض التظاهر.[1]

وعلى العكس مما تقدم، فان مجلس الدولة الفرنسي لم يعترف للإدارة بسلطات واسعة إزاء حرية ممارسة الشعائر الدينية، بل كان يقف دائما بجانب هذه الحرية، باستثناء قضية الحجاب الإسلامي في مرفق التعليم حيث نجده يقيد حرية التعبير عن العقيدة بمقتضيات النظام العام الفرنسي؛[2] وباستثناء هذه القضية يلاحظ عليه لا يشجع تدخل سلطة الضبط في شانها، ويرجع ذلك إلى أن حرية ممارسة الشعائر الدينية حرية عزيزة على المشرع و أجدر بالرعاية والاحترام، ومن ثم فان سلطة الضبط الإداري تجاهها تكون ضيقة.[3] وعليه فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم جواز الترخيص للإدارة بأن تعمد إلى اتخاذ إجراءات تحدد بموجبها مواعيد لفتح وإغلاق الكنائس[4]أيضا فلقد قضى بأنه ليس لجهة الضبط أن تمارس سلطتها الضبطية داخل دور العبادة إلا استثناء و في أضيق الحدود.[5]

وإذا كان النظام العام، وهو الأساس الشرعي لتدخلات سلطات الضبط الإداري، قد اعتراه نوع من التوسعة فانه رغم ذلك مازال ينظر إليه على أنه استثناء على قاعدة الحرية وسيظل كذلك بوصف كونه القيد العام على تدخل سلطات الضبط الإداري في مواد الحريات العامة، وأن عدم الالتزام بهذا الحد من شأنه أن يؤدي إلى أقامة مسؤولية سلطات الضبط الإداري[6]تستهدف سلطة الضبط في الظروف العادية إلى الحفاظ على النظام العام بصورة مستمرة الوجود ودائمة التجدد وهي في سبيل ذلك تستخدم مجموعة من الأساليب التي تحد بها ممارسة حريات الأفراد؛ ولقد كان للقضاء الإداري الدور الرئيسي وإلهام في إبراز الضوابط التي تحكم سلطة الإدارة إزاء أفراد و هي تستخدم ما تستحوذه من تلك الأساليب والسلطات، ذلك حيث "يتناول القاضي الإداري بحث موضوع الإجراء،

---

[1] – فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1983/10/12 ، بمشروعية القرار الذي أصدره العمدة و منع بمقتضاه المظاهرات ذات الطابع السياسي، و ذلك على أساس أنها تمثل تهديدا للنظام العام ، و تتضمن في نفس الوقت اعتداء غير مشروع على الملكية الخاصة، و من ثم فان العمدة إذا قام بحظر هذه المظاهرات فان تصرفه يكون مشروعا طبقا لنص المادة 2/131 من قانون المحليات " code des communes ". ينظر عبد المنعم محفوظ؛ مرجع سابق؛ ص1011

[2] – د/ رفعت عيد سيد؛ حرية الملبس في مرفق التعليم؛ دراسة مقارنة؛ ص12

[3] –. ينظر د/ عبد المنعم محفوظ مرجع سابق؛ ص1012

[4] - C.E 19 Mai 1933 , D 1933.3.54.
- C.E . 11 Avril 1913 . Rec 393 .
نقلا عن د/ محمد الحساوي القحطاني؛ الضبط الإداري؛ ج2؛ طبعة 2005؛ص446

[5] - C.E .7 Mars 1934 , Rec 309.
- C.E . 8 novembre 1932 , Rec 983 .
- C.E .9 janvier 1931. S .1931.3.41.
نقلا عن د/ عادل أبو الخير؛ رسالته السابقة؛ ص365

[6] - C.E. 29 octobre 1964, A.J.D.A. 1964 . Les grands arrêts 15 ed 2005 ,op .cit P189 .
- C.E. 20 octobre 1972 .VILLE de paris, paul marabocrt, A.J.D.A1972 Les grands arrêts 15 ed 2005 ,op .cit .p.597 .

أي وسيلة الضبط المستخدمة، وهو في تلك الحالة يقصد الوسيلة في ذاتها، أي في شرعيتها الذاتية و مدى توافقها مع الأسباب الواقعية"[1].

2- ضوابط الإجراء الضبطي :

يقوم القضاء الإداري بدور هام في إبراز القيود و الضوابط التي تحكم سلطة الإدارة إزاء الحرية خاصة في حالة عدم وجود نصوص تشريعية تنظم الحرية وتحدد كيفية ممارستها، وذلك عن طريق خلق أو إرساء نوع من المواءمة والتوازن بين متطلبات المحافظة على النظام العام، وضرورات حماية الحريات العامة وكفالة ممارستها. وتأسيسا على ما تقدم، يتعين في وسائل الضبط الإداري لكي تكون في إطار الشرعية القانونية وهي تواجه ممارسة الحرية، أن تلتزم بمجموعة من الضوابط التي مصدرها فكرة التوازن؛ والذي يعرف بمبدأ الوسائل القانونية المناسبة.ويمكن إجمال أهم هذه الضوابط في الآتي:

2-1- فعالية التدبير الضبطي العام: بأن يكون الإجراء الضبطي ضروريا لاستتباب النظام العام وأن يكون فعالا ومؤثرا في القضاء الحاسم للإخلال بأغراض الضبط الإداري متصفا بالعمومية ومحققا للمساواة القانونية؛ كما يجب أن يكون مبنيا على سبب حقيقي يبرر إصداره وهذا ما سيتم بيانه في النقاط الآتية:

2-2 - أن يكون الإجراء الضبطي ضروريا: بأن يستهدف الإجراء لضبطي القضاء على المخاطر الحقيقية الحالة أو الداهمة و الفوضى التي قد تلحق بالنظام العام، و بعبارة أخرى أن يكون هناك تهديد باضطراب جسيم للنظام العام، و تقوم الإدارة باتخاذ الإجراء لتفادي هذا الاضطراب، و على ذلك فان مجرد الخلل البسيط الذي قد يلحق بالنظام العام أو مجرد تعكير صفوه ، لا يرخص للإدارة مشروعية اتخاذ الإجراء، ذلك أن الضرورة تقدر بقدرها، أي أن ضرورة الإجراء الضبطي تقدر بقدر جسامة التهديد الذي يخشى منه على النظام العام، فلا بد أن يكون هو الإجراء اللازم دون غيره من الإجراءات لتوقي الخطر الذي يهدد النظام العام ، فإذا كان هناك إجراء أو تدبير أخر اقل إعاقة للحرية ، ففي هذه الحالة يكون التدبير المتخذ من قبل سلطة الضبط الإداري باطلا . و من ثم فانه لا يجوز لسلطة الضبط الإداري أن تلجا إلى فرض القيود على الحرية، في حين انه كان يكفي لتحقيق متطلبات النظام أن تقوم باتخاذ بعض الاحتياطات **PRECAUTION** اللازمة لحفظ النظام.[2] و إلى المعاني السابقة ذهب البعض إلى أنه " يشترط في إجراء الضبط كي يكون مشروعا أن يكون ضروريا ، بمعنى أن يكون هذا الإجراء لازما لمواجهة خطر حقيقي مؤديا إلى حدوث اضطرابات ، فالخطر البسيط أو الاضطرابات البسيطة ليس من شأنها أن تكون مبررا لاتخاذ تدابير ضبطية، وتعد حالة الاستعجال فكرة أساسية في مواد الضبط فمن شان

[1] " L'investigation du juge porte en fin sur l'objet de la mesure c'est- à- dire le moyen de police employé; elle atteint cette fois le moyen en lui – même dans sa régularité intrinsèque et son adoption aux motifs de fait "
- Voir LAUBADERE (A .de .) et autre : op , cit ; p 654.

[2] – ينظر إلى د/ عبد المنعم محفوظ؛ مرجع سابق؛ ص990ود/ سعاد الشرقاوي؛ القانون الإداري؛ ص85

توافرها أن تجعل إجراء الضبط مشروعا، وكثيرا ما يتم الاحتجاج بها لدى القضاة حين قيامه بممارسة رقابته على إجراءات الضبط الإداري.[1]

ويقوم مجلس الدولة الفرنسي بفحص تدابير الضبط كي يتأكد من أن يدخل الإدارة كان ضروريا و لازما لمنع التهديد الحقيقي ضد النظام العام و الذي لم يكن مجرد مضايقة أو إخلال بسيط به، ولقد أرسى المجلس مبادئ هذه الرقابة في حكمه الشهير في دعوى "BENJAMIN" بتاريخ 1933/5/19 فقد أصدر عمدة "NEVERS" قرارا بمنع عقد أحد اجتماعات خشية من وقوع الاضطراب الذي يزعمه عمدة "NEVERS" لا يمثل درجة من الخطورة بحيث لا يستطيع بدون منع عقد المؤتمرات يحفظ النظام العام وذلك حيث أن العمدة بما لديه من سلطات الضبط التي تدخل في اختصاصه ما يمكنه من المحافظة على النظام العام مع السماح بعقد الاجتماع[2] و لقد اضطر قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الاتجاه[3]

2-3-أن يكون الإجراء الضبطي فعالا ومؤثرا: بأن يكون منتجا و حاسما و كافيا لمنع الخلل أو الاضطراب الذي يهدد النظام العام، وعلى ذلك إذا كان الإجراء الذي اتخذته الإدارة غير فعال و غير مجد ولا حاسم في تفادي وقوع الاضطرابات، فانه يكون إجراء غير لازم، و من ثم غير مشروع.[4]

2-4- أن يكون مبنيا على سبب حقيقي يبرر صدوره :أما إذا كان سبب الإجراء الضبطي وهميا أو صوريا فان الإجراء يعتبر في هذه الحالة باطلا . و فضلا عن ذلك لابد أن يلتزم الإجراء الضبطي بحدود أغراضه و هي المحافظة على النظام العام بمدلولاته الثلاث المتعارف عليها ،و على ذلك إذا استهدف الإجراء تحقيق أغراض أخرى خلاف أغراض الضبط الإداري فانه يكون مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة و يجوز الطعن فيه بالإلغاء.[5]

2-5- تناسب التدبير الضابط مع طبيعة و جسامة الخلل و الاضطراب المراد تفاديه. "فكرة المعقولية"

بأن يكون الإجراء الضبطي معقولا ومتناسبا مع جسامة الاضطراب؛ فلا يكفي أن يكون الإجراء الضبطي ضروريا وفعالا، و إنما يتعين بالإضافة إلى ذلك أن يكون معقولا، ومفاد ذلك أن يكون الإجراء الضبطي متناسبا مع جسامة الخلل أو الاضطراب الذي يهدد النظام العام و تهدف سلطة الضبط الإداري إلى تفاديه و القضاء عليه.

---

[1] - " pour être légitime la mesure de police doit être nécessaire cela veut dire qu'elle doit avoir pour objet de parer à une menace réelle de trouble ou de désordre . une simple gêne ne saurait justifier une réglementation .

[2] - " Cons qu'il résulte de l'instruction que l'éventualité de trouble alléguée par le maire de Nevrs ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu , sans interdire la conférence , maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre "
- C.E 19 Mai 1933 , Rec 541 . Les grands arréts 15 ed 2005 , op .cit , p 214.

[3] - C.E .5 Mars 1948. jeunesse indép chrétiennes , D 1949 J 197 .
- C.E . 4 Mars 1949 , Conc , Fermingeat ? D , 1949. J .294 .
- C.E . 18 novembre 1949 . Carlier , RDP , 181.
- C.E 23 novembre 1951 , Soc nouvelle d'imprimerie , RDP , 1952 . 1099.

[4] -د/ عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ ص234؛ ودة/ الشرقاوي؛ القانون الإداري، ص 92، د/ نعيم عطية؛ المرجع السابق، ص211

[5] - د/ ممدوح عبد الحميد؛ مرجع سابق؛ ص238

وفي هذا يقرر القضاء الإداري الحديث أن شرط التناسب يعتبر عنصرا هاما في تحديد مدى سلطات الضبط الإداري في مواجهة الحريات بأن يكون الإجراء الذي اتخذته سلطة الضبط في مواجهة الحرية ضروريا، ومتناسبا مع مقدار الخلل أو الاضطراب الذي لحق بالنظام العام من جراء ممارسة هذه الحرية.[1] ومن أمثلة ذلك أن الإدارة إذا عطلت سوقا عمومية أسبوعية بدعوى المحافظة على الأمن؛ و كان في مقدور الإدارة اتخاذ إجراءات كفيلة لمنع الحوادث بدلا من التعطيل؛ فانه يتعين إلغاء قرار التعطيل إعمالا لفكرة المعقولية بين الوسيلة والغاية المطلوبة منها[2]

وعلى هذا تعد فكرة التناسب حسب تعبير العميد **بيردو** أمرا ضروريا بوصف كونها تحقق نوعا من التوازن و المصالحة بين متطلبات الحفاظ على النظام العام و فكرة الحريات، وهو ما أكده مجلس الدولة في العديد من أحكامه ، فهو دائما يقوم بتقدير الظروف التي تعد سببا للالتجاء لاستخدام إجراءات الضبط، ومن خلال رقابته على تلك الإجراءات يقوم ببحث ما إذا كانت تلك الإجراءات ملائمة لتلك الظروف من عدمه، وبصفة خاصة عندما تمثل تلك الإجراءات انتهاكا شديدا للحريات."[3]

وفيما يتعلق بالكنيسة ومنع الضجيج، لم يسمح مجلس الدولة الفرنسي للإدارة إلا بتحريم الضجيج والأصوات المزعجة لا كفالة السكون المطبق خاصة في المناطق غير المكتظة بالسكان أو بعيدة عن تأثيرات هذا الضجيج[4]، وفيما يتعلق بقواعد المرور، فقد استلزم المجلس أن يجد التدبير الضابط الوارد على وقوف المركبات في الطريق العام ما يبرره في منع ازدحام الطرق وتعطيل حركة المرور.[5]

والجدير بالإشارة أن مجلس الدولة الفرنسي قد سار في تمسكه بقاعدة تناسب بين ضروريات الحفاظ على النظام العام ومتطلبات وممارسة الحرية على طول الخط في كل اجتهاداته؛ من ذلك ما قضى به من إلغاء قرار وزاري لمجرد

---

[1] – و تطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء إجراء إداري يحتوي على قسوة شديدة في تقييده لممارسة الحرية ، في حين انه كان يكفي لتفادي الاضطراب و تحقيق النظام العام ، أن تقوم الإدارة باتخاذ بعض الاحتياطات التقليدية . ينظرد/ د/ عبد العليم مشرف ؛ مرجع سابق؛ص235 . ينظر مجموعة أحكام مجلس الدولة الفرنسي

Les grands arréts 15 ed 2005 , op .cit

- C.E . 26 octobre 1928 , S , 1929 .361
- C.E . 4Janvier 1935 . L , 1935.16
- C.E . 4 Août 1944 . L . 1944.360.

[2] – د/ فتحي سرور؛ الحماية الدستورية للحقوق والحريات؛ دار الشروق؛ مصر ط2؛ 2000؛ ص92

[3] - " cette proportionnalité nécessaire entre la restriction apportée une liberté et le résultat qu'on peut en attendre est l'un des factures les plus féconds dans la détermination de l'étendue des droits de la police . Le conseil d'Etat y a souvent recours pour concilier les exigence de l'ordre avec celle de la liberté ainsi,le conseil d'état apprécie les circonstances de fait qui motivent l'emploi du pouvoir de police et par ce contrôle du juge , l'autorité de police est tenue de ne prendre que les décision dictées par le souci du du concet et de l'opportunité beaucoup moins dangereuses pour les libertés ".

- BURDEAU (G) : les liberté publique , op . cit ; p 46.

[4] - C.E . 26 juillet 1933. S , 1933.3.94.

[5] - C.E- .11 décembre 1931 . S , 1933.3.57 .

صدوره مؤسسا فقط على تحقيق هدف تقرر دون عناية بفحص الملابسات الفردية للمسألة التي صدر فيهـــا ولا حتى الظروف المحلية التي أحاطت به[1] .

ويلاحظ أن شرط التناسب في الاجتهاد القضائي حسب فلسفة مجلس الدولة الفرنسي يقوم على تقدير ومراعاة أربعة عناصر تشكل دائرة الصراع بين السلطة و الحرية يمكن إجمالها في الآتي:

2-5-1-تقدير جسامة الاضطراب أو الخلل: ينبغي أن تكون إجراءات الضبط متناسبة مع درجة الإخلال بالنظام المتعين تداركها، فإذا كان الإخلال بالنظام قليل الأهمية، ففي هذه الحالة لا يجوز التضحية بالحرية من أجل حفظ النظام، أما إذا كان الإخلال بالنظام يتسم بالخطورة فإن الاعتداء على الحرية يجد سند تبريره حينئذ، وهذه التفرقة تبدو واضحة بصفة خاصة بالنسبة لنظرية سلطات الحرب والظروف الاستثنائية "[2]

فيجب أن يراعي في تقدير الإجراء الضبطي التناسب بين تعكير صفو الأمن المراد تفاديه بهذا الإجراء و الحرية التي يواجهها هذا الإجراء، وعلى ذلك إذا كان الاضطراب أو الخلل ضئيل الأهمية فلا يجب التضحية بالحرية، أما إذا كان خطر الاضطراب جسيما فهو يبرر المساس بالحرية؛ كما أن الخلل الذي يكون تافها في الظروف العاديـــة يضحى أكثر خطورة في ظل الظروف الاستثنائية.[3]

ويقوم القاضي الإداري بمراجعة جهة الإدارة في تقديرها لخطورة الاضطراب أو التهديد الذي تريد تفاديه، فلا يكون التعرض لحريات المواطنين مبررا إلا في حالة وجود اضطرابات خطيرة تهدد النظام العـــام، أمـــا إذا كـــان الاضطراب ضئيل الأهمية فلا يجب التضحية بالحرية من أجل تفاديه " ويمارس القاضي في هذا الشأن رقابة كبيرة، فهو في الواقع لا يتحرى فقط عما إذا كان يوجد في ظروف الدعوى تهديد بالإخلال بالنظام العام يمكن أن يبرر التدخل بإجراء الضبط، بل أيضا يبحث عما إذا كان ذلك الإجراء متناسبا في طبيعته وخطورته مع أهمية التهديد، بذلك فهو يراقب ملائمة الإجراء مع الوقائع التي كانت سببا في اتخاذه "[4]

---

[1] – د/ نعيم عطية؛ مرجع سابق ، ص 211.

[2] - " Les mesures de police doivent être proportionnées au désordre qu"il s'agit d'éviter si le trouble est de peu d'importance les libertés individuelles ne doivent pas être sacrifiées , mais si le danger est grave , l'atteinte se justifie , dans certaines période le trouble est considéré d'ailleurs comme plus grave que d'autre , c'est notamment la théorie des pouvoirs de guerre".

- COLLIARD (C.A) : Libertés publiques , paris , dalloz , 5 ed , 1975 , p 167 .

[3] – د/ محمد عصفور؛ الحرية؛ مرجع سابق؛ ص114

[4] - le juge exerce dans cette matière un contrôle particulièrement poussé , il vérifie en effet non seulement s'il existait dans les circonstances de l'espèce une menace de trouble de l'ordre public susceptible de justifier une mesure de police , mais encore si cette mesure était appropriées par sa nature et sa gravité à l'importance de la menace ; il contrôle ainsi l'adéquation de la mesure aux fait qui l'ont motivée ".

- Les grands arrêts 15 ed , 2005, op cit , p 218.

2-5-2- تقدير النشاط الفردي في حد ذاته – قيمة الحرية -.

تتوقف مشروعية الإجراء الضبطي على مدى تقديره لقيمة الحرية التي يواجهها، وعلى ذلك أن الحريات ليست كلها بنفس الأهمية والدرجة، فبعض الحريات تعتبر جوهرية وذات قيمة أساسية بالنسبة لحريات أخرى[1] وفي ضوء هذا التنوع والتغاير في الحريات من حيث طبيعتها وظروف ممارستها ومدى تأثيره على الممارسة على النظام العام، أمكن لقضاء مجلس الدولة الفرنسي أن يستخرج العديد من المبادئ وهو يتصدى لرقابة مشروعية تدابير الضبط وكان معياره الحاسم و الجوهري في ذلك يقوم على أساس فلسفة التوازن بين تحقيق متطلبات النظام العام و متطلبات ممارسة الحريات .

وعلى هذا تتفاوت السلطة حفظ النظام العام تبعا لأهمية الحرية و خطورتها ، و تبعا لما إذا كانت منظمة تنظيما دقيقا بالقانون أو غير منظمة و اكتفى المشرع بالنسبة لهذه الحرية بالنص عليها في عبارات عامة غير محددة، وعلى ذلك إذا كانت الحرية منظمة تنظيما دقيقا بالقانون، فان سلطة الإدارة إزاء هذه الحرية تكون ضعيفة جدا، ومن أمثلة هذه الحريات حرية العبادات وحرية الاجتماع وحرية الصحافة. أما إذا كانت الحرية – على العكس من ذلك – غير منظمة تشريعا و اكتفى المشرع بالنسبة لها بالنص عليها في عبارات عامة غير محددة ، فان سلطة الإدارة إزاء هذه الحرية تكون أكثر اتساعا منها تجاه الحرية المنظمة تشريعا، ومن أمثلة هذه الحريات حرية التجارة والصناعة.[2]

وإذا كانت سلطة الإدارة تتفاوت على النحو السابق وفقا لقيمة الحرية، إلا أن تقدير قيمة الحرية لا يجوز أن يقتصر على تقديرها من الناحية النظرية فحسب، بل يتعين أن يتم التقدير من الناحية العملية أيضا، و ذلك من واقع الحالة المعروضة فعلا وفقا للظروف والملابسات المحيطة بها، و لذلك يجب أن يوضع في الاعتبار مدي المضايقة الحقيقية التي سببها الإجراء الضبطي للفرد ومبلغ التضحية الذي يلقيه ذلك الإجراء على عاتقه.[3]

وتطبيقا **لقاعدة التناسب** يتعين في تدابير الضبط التي تلجأ إليها الإدارة في كل حالة أن تكون متوافقة مع الظروف الخاصة التي تطبق في ظلها، ومن ثم " فلا يمكن اعتبار تلك التدابير مشروعة إلا إذا كانت ضرورية ومتوافقة مع الظروف المحيطة بها وخاصة ظروف الزمان و المكان، ومتناسبة مع النتيجة التي يتعين على سلطة الضبط السعي إليها من أجل حفظ النظام العام."[4] وتأسيسا على ما تقدم تتغاير تدابير الضبط مع تغاير الظروف الزمانية والمكانية المحيطة بممارسة الحرية على النحو المقرر في فقه الشريعة بالتطبيق المصلحي للنصوص أو تنزيل الأحكام؛ أو تحقيق المناط الخاص كما هو مقرر عند **الشاطبي**؛ فلا شك أن للواقع الزماني والمكاني أثره في تقرير

---

[1] - COLLIARD (C.A) : op . cit p 167.

[2] – د/ عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ص238. نقلا عن بول برنارد ؛فكرة النظام العام؛ ص242

[3] – د/ نعيم عطية؛ مرجع سابق؛ ص199

[4] -"-Les mesure de police ne sont légales que si, eu égard aux circonstances concrètes notamment de lieu et de temps, elle peuvent être considérées comme nécessaire, adaptées et proportionnées au résultat que, du point de vue de l'ordre public, l'autorité de police doit rechercher " . VEDEL (G) et DELVOLVE (P) : 11 ed , 1990 , op , cit , p 684 .

الأحكام **وتنزيلها**؛ مما يستوجب على السلطة النظامية النظر في الحالات الفردية وتقدير خصوصياتها؛ وما يليق بها ويصلح لها في خصوصياتها تلك[1].

2-5-3- تقدير شدة الاعتداء على الحرية:

يشترط في الإجراء الذي تتخذه الإدارة أن يكون ضروريا بمعنى أن تكون غايته تفادي تهديد حقيقي و جسيم للنظام العام، أما الخلل البسيط أو الوهمي فلا يمكن أن يبرر اتخاذ الإجراء و فرض القيد على الحرية، و يجب أيضا أن يكون الإجراء منتجا وحاسما في تفادي الاضطراب الذي يهدف إلى منعه، أما إذا كان غير مجد في تفادي الاضطراب و تضمن في نفس الوقت مساسا بالحرية فانه يعتبر غير مشروع.

ويلاحظ أيضا في هذا الصدد انه يتعين الاعتداد بمقدار المساس الذي يورده الإجراء الإداري على ممارسة الحرية، ومن ثم لا يجوز لسلطة الضبط الإداري أن تلجا إلى فرض القيود على الحرية، طالما انه كان يكفي– لتحقيق النظام العام – أن تتخذ من جانبها بعض الاحتياطات.[2]

ولذلك فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي منع الاجتماعات التي نظمت من جانب الأحزاب الشيوعية ضد الحرب ضد الهند الصينية في أواخر عام 1946 و أوائل عام 1947 منعا غير مشروع " حيث لم يتضح من التحقيق أن الاجتماعات من شانها تهديد النظام العام في أحوال يمكن فيها درء الخطر بإجراءات ضبط كان من الممكن اتخاذها "[3]

2-5-4 مراعاة مبدأ المساواة في الإجراء الضبطي العام:

بأن يكون الإجراء الضبطي متصفا بالعمومية محققا للمساواة؛ إذ تخضع الحريات العامة والحقوق لمبدأ أساسي وجوهري هو مبدأ المساواة ومفاده أن الأفراد متساوين في الحريات والحقوق ولا تفرقة بينهم في ذلك لأي سبب من الأسباب، ومن نقطة الإرتكاز هذه يعتبر مبدأ المساواة حجر الزاوية في كل تنظيم قانوني للحريات العامة والحقوق، فبغيره ينتفي معنى الديمقراطية وينهار كل مدلول للحرية، لذا فلقد قيل " إذا كانت الديمقراطية لا تقوم بدون الحرية فهي لا تقوم بدون المساواة بين الأفراد"[4]، وعليه تقرر الأنظمة الديمقراطية – في جملتها – أن تنظيم

---

[1] – ينظر حول مسالة التطبيق المصلحي للنصوص وضرورة مراعاة تحقيق المناط د/ الريسوني احمد؛ الاجتهاد –النص؛ الواقع؛ المصلحة–؛ ضمن سلسلة حوارات لقرن جديد؛ دار الفكر المعاصر؛ بيروت؛ ط1؛ سنة 2000؛ ص65

[2] – د/ منيب الربيع؛ ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري؛ ص418

[3] - " Car il ne ressort pas de l'instruction qu'elle était de nature à menacer l'ordre publique dans des conditions telles qu'il ne pouvait être paré au danger par les mesures de police qui auraient pu être prise " .

- C.E 29 juillet 1953. Damaziere et autres, Rec 407,les grands arrêt: 15ed, Op, cit, P 218.

[4] - C.E 16 juin 1976 . Ville de menton , Rec 1032 .

-C.E février 1978, coing, et association française de transporteurs routiers internationaux, rec 685

- C.E 14 janvier 1981 , Bougie , Rec 15 .

الحريات العامة و الحقوق وما يتضمنه هذا التنظيم من تحديد أو إطلاق، لا يمكن أن يتحقق إلا بقوانين عامة مجردة تكفل المساواة بين جميع الأفراد[1]

وتأسيسا على ذلك يشترط في الإجراء الضبطي أن يكون متصفا بالعمومية في مواجهة الأفراد، فهذه الصفة تستهدف تحقيق المساواة بين الأفراد الموجه إليهم هذا الإجراء، ومن ثم يمتنع على سلطات الضبط الإداري التمييز في المعاملة بين الأفراد، وذلك متى كانت ظروفهم متساوية ومراكزهم القانونية واحدة. والمقصود بالمساواة[2] في هذا الصدد هي المساواة النسبية وليست المساواة المطلقة بين الأفراد، ولذلك فان سلطات الضبط الإداري تستطيع أن تجري نوعا من التمييز أو التفرقة في المعاملة بين الأفراد، حيث تمنح طائفة من الأفراد امتيازا منيعا ،أو تفرض على هذه الطائفة قيدا خاصا وذلك عن طريق لوائح الضبط الإداري؛ وعلى ذلك فان صفة العمومية تشكل قيدا هاما على سلطات الضبط الإداري عند ممارستها لأساليب الضبط على اختلاف أنواعها.[3] ومن ثم فهي تعتبر ضربا من ضروب تحقيق الضمانات للحرية بوصف كونها تمثل قيدا على سلطة الضبط عند ممارستها نشاطها بتدابير الضبطية على اختلاف أنواعها[4].

ولقد كان مجلس الدولة الفرنسي صارما في تطبيق مبدأ المساواة وخاصة فيما يتعلق بنشاط سلطات الضبط، حيث قضى" بأن الأفراد الذين يتواجدون في ذات الظروف يجب أن يعاملوا على قدم المساواة دون ما تفرقة أو محاباة "[5].

وتجدر الإشارة إلى " أن المساواة بين الأفراد أمام تدابير الضبط يجب ألا تفهم على أنها فرض وضع موحد متماثل في ممارسة نشاط ما، ولكن يقصد بها منع التمييز دون مبرر"[6].

---

[1] – ينظر الدكتور عبد المنعم محفوظ ؛ المرجع السابق ، ص 220 و ما بعدها .

[2] – وعليه يتعين على سلطات الضبط الإداري إذا أقدمت على إجراء هذه التفرقة في المعاملة بين الأفراد، أن تلتزم بمراعاة القيدين الآتيين:**الأول**: أن هذا التمييز في المعاملة بين الأفراد يجب أن يكون مؤسسا على وجود موقف خاص بالنسبة إلى ضرورات حفظ النظام العام. **والثاني**:أن هذه التفرقة في المعاملة يتعين أن تسري على جميع الأفراد الذين يتواجدون في نفس الموقف و نفس الظروف. ينظر إلى د/ منيب الربيع؛ مرجع سابق؛ ص419

[3] – د/ عبد العليم مشرف مرجع سابق؛ ص239

[4] – ينظرد/ منيب محمد الربيع، المرجع السابق ، ص 418 و ما بعدها .

[5] - " Les administrés qui se trouvent dans la même situation doivent être traités également sans préférence ni faveur " .
- C.E . 27 juillet 1928 , Usines Renault , L 1928 , P 989 .

[6] - " L'égalité des citoyens devant les mesures de police doit s'entendre non comme imposant un statut uniforme dans l'exercice d'une activité mais comme interdisant les discriminations non justifiées " .
- VEDEL (G) et DEVVOLVE (P) : 11 ed 1990 , op , cit , 678 .

وترتيبا على ما تقدم، فلقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بمشروعية تخصيص ممرات لسيارات الإسعاف و النقل العام و سيارات الأجرة[1]، و كذلك مشروعية وقوف السيارات أمام دار العمومية أثناء حفلات الزواج[2] ففي جميع تلك الحالات رؤى أن التمييز بين المنتفعين له ما يبرره، وبالتالي فلم يكن مبدأ المساواة محل انتهاك.

وعلى النقيض من ذلك، فلقد أدان مجلس الدولة الفرنسي الامتيازات التي لا مبرر لها والتي لا تستند إلى اختلاف في المواقف أو اعتبارات المصلحة العامة، فمن ذلك ما قضى به المجلس من عدم مشروعية، الأمر الصادر من مدير الشرطة بمنح تراخيص بوقوف سيارات لأشخاص معينين دون غيرهم على الطريق العمومي.[3]

ثالثا: ضرورة تناسب سلطة حفظ النظام العام مع النظام القانوني للحريات العامة:

تملك الإدارة أن تتدخل في مجال الحريات العامة تنظيما وتقييدا على الرغم من وجود النصوص الدستورية والقانونية التي تكفل وتحمي ممارستها دون تدخل من السلطة التنظيمية أو الضبطية ويرجع ذلك إلى أن الإدارة هي المسؤولة عن المحافظة على النظام العام داخل البلاد وعليه فان من واجبات الإدارة إذا تعرض النظام العمومي لخطر الإخلال أثناء ممارسة الحرية أن تتدخل بسرعة وقوة لوقف هذا الإخلال وإعادة استتباب النظام بمختلف الأساليب المناسبة والملائمة واللازمة لذلك[4].

بيد أن سلطة الإدارة إزاء الحريات العامة ليست واحدة ، بل تختلف هذه السلطة تبعا لوجود نصوص قانونية تنظم ممارسة الحرية أو عدم وجود مثل هذه النصوص، ذلك أن تنظيم الحريات أو تقييدها لا ينشأ فقط عن ممارسة سلطات الضبط الإداري، وإنما قد توجد نصوص تشريعية تنظم ممارسة الحرية، أو تبين القيود التي يجوز فرضها على هذه الحرية، وعلى هذا فان التقييم الفعال لمدى سلطة الضبط الإداري في مواجهة الحريات العامة، مرتبط بالتبع لمدى وجود نصوص تشريعية خاصة تنظم ممارسة الحرية أو عدم وجود مثل هذه النصوص، و بناء على ما تقدم فإنه يمكن تقسيم نا نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

1- حدود حفظ النظام في حالة وجود نصوص تشريعية تنظم ممارسة الحرية.

إن تحديد موقف السلطة من الحريات يختلف مداه ضيقا وسعة فيما إذا كانت ممارسة هذه الحريات وتلك الحقوق منظمة بنصوص تكفل أمر ممارستها وتضع حدودا على سلطة الضبط في التنظيم.ذلك أن وجود قانون خاص ينظم ممارسة حرية من الحريات العامة يعد حجر عثرة أمام هفوات السلطة أو تغولها على الحرية بحيث يشكل حدا وقيدا منيعا أمام سلطة الإدارة ويترتب على ذلك نتائج قانونية هامة كضمانات لحماية الحرية[5] منها:

---

[1] - C.E .15 Mai 1968 , syndicat national des automobilistes , A J 1968 .355

[2] - C.E .26 février 1969 , chabrot , AJ , 1969 .318 .

[3] - C.E 18 décembre 1985 , Legendre , Rec 478 , A.J.D.A ; 1986.112.

[4] – د/ نعيم عطية؛ المرجع السابق، ص 202 وما بعدها، د/حسن أحمد علي؛ المرجع السابق، ص 22 وما بعدها .

[5] – ينظر تفصيل ذلك د/ عبد المنعم محفوظ ؛ مرجع سابق ص973؛ نقلا جورج بيردو؛ الحريات العامة؛ ص43 ؛ وكذلك جاك روبير؛ الحريات العامة؛ ص112؛ ونقلا أيضا عن مارسال فالين؛ مبادئ في القانون الإداري؛ ص346

1-1 أن كل إجراء تتخذه السلطة متجاوزة به أحكام تلك النصوص التشريعية الخاصة ينطوي على تجاوز السلطة المخولة لها.

2-1 - وجوب تفسير القيود التشريعية على ممارسة الحرية تفسيرا ضيقا ودقيقا بما لا يوقع الأفراد في مشقة.

3-1- في حالة تفويض المشرع للإدارة سلطات تقديرية واسعة في تنظيم حرية من الحريات فانه غالبا ما ينص في المقابل لذلك على تخويل الأفراد ضمانات غير عادية تكون الإدارة ملزمة بمراعاتها والتقيد بأحكامها.

4-1 منع مجاوزة الغرض ا لمستهدف من النص القانوني المخول للإدارة في تقييد الحريات العامة.

وعليه فأن وجود نصوص تشريعية خاصة تنظم ممارسة الحرية يعتبر بحق حجرة عثرة أمام تعسف سلطة الضبط الإداري وتغولها على من يمارسها، وضمانة فعالة للحرية؛ بحيث يتعين على الإدارة أن تتوقف عند حدود أحكام هذه النصوص و لا يجوز لها أن تتجاوزها ، فان تجاوزت الإدارة هذه الأحكام كانت إجراءاتها غير مشروعة وجديرة بالإلغاء.[1]

ويلاحظ في هذا الصدد أن القيود التي تفرضها النصوص التشريعية على الحرية يجب أن تفسر تفسيرا ضيقا، بمعنى **أن يكون التفسير دائما في صالح الحرية**، وعلى ذلك إذا كان هناك نص تشريعي يبين الإجراءات الواجب اتخاذها، أو يحدد الشروط اللازم توافرها لاتخاذ الإجراء، أو يحدد الإغراض والأهداف التي يجب على سلطات الضبط الإداري أن تستهدفها، ففي كل هذه الحالات يتعين على سلطات الضبط الإداري أن تلتزم باحترام هذا التحديد الذي أتى به النص التشريعي، ومن ثم لا يجوز لسلطات الضبط الإداري أن تفرض على ممارسة الحرية قيودا من تلك التي فرضها النص التشريعي إلا في حالة الظروف الاستثنائية التي تبرر الخروج مؤقتا على قواعد المشروعية العادية.[2]

غير انه قد يحدث أحيانا أن توسع النصوص التشريعية من سلطات الإدارة في مواجهة حرية من الحريات، ولكن في نفس الوقت تميل هذه النصوص إلى تخويل الأفراد ضمانات مقابلة ، بحيث يتعين على الأفراد مراعاة هذه الضمانات إذا أقدمت على استعمال هذه السلطات المنصوص عليها، أما إذا أرادت الإدارة أن تتحلل من هذه الضمانات أو لم ترغب في مراعاتها، فانه في هذه الحالة لا يجوز لها استعمال هذه السلطات الموسعة التي تقررها تلك النصوص.[3]

وتجدر الإشارة إلى انه يتعين البحث في مواجهة الإدارة عن الغرض المستهدف من النص التشريعي الذي تطبقه، فإذا كان هذا النص قد حدد الغرض الذي تستهدفه الإدارة تحديدا صريحا ، ففي هذه الحالة يتعين على الإدارة أن تلتزم بهذا الغرض و لا تتجاوزه، وإلا كان قرارها باطلا لمخالفته مبدأ المشروعية[4].

---

[1] - د/ عبد المنعم محفوظ؛ علاقة الفرد بالسلطة؛ ص972

[2] - د/ عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ ص226

[3] - د/ عاطف البنا؛ حدود سلطة الضبط الإداري؛ص64 ؛ نقلا عن جورج بيردو؛ا لحريات العامة؛ ص43

[4] -د/ عادل أبو الخير؛ رسالته السابقة؛ ص

وفي حالة ما إذا لم يحدد النص التشريعي الغرض الذي يجب على الإدارة أن تستهدفه، فلا يعني ذلك ترك الحبل على الغارب أن تصبح سلطة الإدارة وهي تواجه ممارسة الحرية سلطة مطلقة؟ بل هي دائما سلطة مقيدة بفكرة الصالح العام أو الصالح المشترك، والتي من نتائجها أن تصرفات السلطات العامة منوطة بتحقيق المصلحة أو كما يقول علماء القواعد الفقهية "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة"، والسير بها إلى ما فيه تأكيد الصالح العام أو المشترك، و تفسير ذلك انه إذا ما أعملت الرقابة القضائية وجب ألا يعتد فحسب، بان يأتي نشاط الإدارة في الحدود الدستورية المرسومة، وفي إطار الأوضاع القانونية والمبادئ العامة المستمدة من النظام القانوني الوضعي، بل يجب أن يعتد أيضا خضوع النشاط العام لفكرة الصالح المشترك.[1]

وأخيرا يثور التساؤل عن مدى شرعية الإجراء الذي تتخذه سلطة الضبط الإداري في حالة ما إذا كان الفعل الذي تواجهه بهذا الإجراء يقع تحت طائلة أحكام قانون العقوبات.

ذهب الأستاذ Burdeau في الإجابة عن هذا التساؤل إلى القول بأنه لا يجوز لسلطة الضبط الإداري أن تقوم بدور المحكمة أو حتى مجرد الحلول مكانها، ويترتب على ذلك انه إذا كانت النيابة العامة – أو صاحب الشأن – لو تحرك الدعوى الجنائية، ففي هذه الحالة تكون سلطة الضبط الإداري غير مختصة، ويرجع ذلك إلى أن القاضي الجنائي هو الذي يختص وحده بتوقيع الجزاءات على المخالفين لأحكام القانون الجنائي.[2]

والواقع ليس هناك ما يمنع من تدخل سلطة الضبط الإداري لوقف الإخلال الذي لحق بالنظام العام، حتى ولو كان الفعل الذي نتج عنه هذا الإخلال خاضعا لأحكام القانون الجنائي، ذلك أن مناط مشروعية تدخل سلطة الضبط الإداري هو حدوث أو عدم حدوث إخلال بالنظام العام،ومن يستوي أن يكون الفعل الذي نتج عنه اضطراب النظام العام خاضعا لأحكام القانون الجنائي أم لا ،على أن لا يفهم من ذلك ما اعتبره" **بيردو**" من أن سلطة الضبط الإداري تقوم بدور المحكمة أو حتى مجرد الحلول محلها، و إنما تقوم بوظيفتها الأصلية في المحافظة على النظام العام أو إعادة هذا النظام إلى نصابه في حالة حدوث الإخلال به[3] .

وفي الواقع توجد بالنسبة لمختلف الحريات نظم تشريعية خاصة، و لاشك أن وجود النصوص التشريعية المنظمة لممارسة حرية من الحريات يؤدي إلى الحد من سلطة الإدارة في مواجهة هذه الحرية . بالإضافة إلى ذلك

---

[1] – د/ نعيم عطية؛ في النظرية العامة للحريات الفردية؛ ص193

[2] – جورج بيردو؛ الحريات العامة؛ ص44 ؛ بيد انه يلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي لم يتبن وجهة نظر الأستاذ Burdeau، وذلك عند تعرضه لبحث إلغاء قرار احد المحافظين و المتعلق بغلق بعض بيوت الدعارة ، حيث انتهى مجلس الدولة إلى عدم إلغاء القرار المطعون فيه ، و ذكر المجلس انه إذا كانت النيابة العامة لم تقم بتحريك الدعوى الجنائية فان هذا الأمر لا يمكن أن يقف عقبة أمام سلطة الإدارة في التدخل لمنع أو وقف الإخلال الذي لحق بالنظام العام، و لذلك فان مجلس الدولة الفرنسي اقر الإدارة فيما اتخذته من الإجراءات الضرورية الكفيلة لمواجهة هذا الإخلال أو القضاء عليه .

-C.E.30septembre 1960

[3] – د/ عبد العليم؛ مشرف ؛ مرجع سابق؛ص228

فان نصوص الدستور الكافلة للحريات تحد من سلطة الضبط الإداري في مواجهتها ، فكثير من نصوص الدستور تضع قيودا على تدخل الإدارة في مجال الحريات.

وعلى ذلك فان كل إجراء تتخذه الإدارة متجاوزة به النصوص الدستورية أو تلك النصوص التشريعية الخاصة يعتبر منطويا على تجاوز السلطة؛ ويتعين أن تفسر القيود التي توردها النصوص التشريعية الخاصة على الحرية تفسيرا ضيقا ، بمعنى أن التفسير يجب أن يكون لصالح الحرية .

فما دام هناك نص تشريعي يبين ما يجب اتخاذه من إجراءات أو ما يلزم توافره من شروط لاتخاذ الإجراء، أو ما يجب أن تستهدفه الإدارة من أغراض، فان الإدارة تلتزم بالا تتجاوز هذا الإطار التشريعي؛ ومن ثم لا يجوز لسلطة الضبط الإداري أن تضع على ممارسة الحرية قيودا اشد من تلك الشروط التشريعية التي أحيط بها استعماله ، إلا في الظروف الاستثنائية التي تبرر الخروج على قواعد المشروعية العادية .

ويحدث أحيانا أن توسع النصوص التشريعية من سلطات الإدارة في مواجهة حرية من الحريات، ولكن مع تخويل الأفراد ضمانات مقابلة؛ وحينئذ تكون سلطة الإدارة مقيدة بمراعاة الضمانات المقررة بحيث لا يكون لها حق استعمال سلطاتها الإضافية المنصوص عليها إذا ما أرادت أن تتحلل من الضمانات المقررة.

غير أنه مهما كان التزام الإدارة بحدود النصوص التشريعية المتعلقة بالحريات، فان هذه النصوص لا تهدف عادة إلى تقييد سلطة الإدارة تقييدا كاملا، و إنما يكون لها قدر من التقدير باعتبارها مسئولة عن المحافظة على النظام العام.

2- حدود حفظ النظام العام حماية للحرية في حالة عدم وجود نصوص تشريعية تنظمها.

يلاحظ بداءة أن سلطة الإدارة إزاء الحرية في حالة عدم وجود نصوص تشريعية ليست مطلقة من كل قيد، وإنما هي سلطة مقيدة بحدود وضوابط معينة صاغها الفقه و القضاء الإداري يتعين على سلطات الضبط الإداري الالتزام بها و إلا كانت إجراءاتها في مواجهة الحرية غير مشروعة.[1] و تختلف هذه الحدود وتلك الضوابط تبعا لاختلاف الظروف الزمانية والمكانية المحيطة بممارسة هذه الحرية، ولذلك فان هذه السلطة تتغاير ضيقا وسعة، لينا وشدة تبعا لهذه الظروف؛ ومن ثم يتعين بيان كيفية تأثير كل من الظروف الزمانية والظروف المكانية على سلطة حفظ النظام العام في عنصرين هما:

إن سلطة الضبط الإداري في مواجهة الحرية في حالة عدم وجود نصوص تشريعية ، تختلف.

2-1 أثر الظروف الزمانية على سلطة الضبط الإداري: ويظهر هذا الأثر في ثلاث نواح:

أ- وقت اتخاذ الإجراء الضبطي:

تختلف الإجراءات الضبطية التي تمارسها سلطة الضبط الإداري ليلا عن تلك التي يتم اتخاذها أثناء النهار، وعلة ذلك أن سلطات الضبط الإداري تميل إلى الاتساع أثناء الليل، ولذلك يجوز لسلطة الضبط الإداري؛ فبعض النواهي يجوز أن تكون أشد في الليل منها في النهار، بل قد تكون مشروعة إذا كان تطبيقها أثناء الليل وغير

[1] - د/ عادل أبو الخير؛ رسالته السابقة؛ ص223

مشروعة إذا كان تطبيقها أثناء النهار، مثل حظر أحداث الضوضاء و دق الأجراس[1]. في الأوقات غير المناسبة كساعات الليل والصباح المبكر، وكذلك يجوز لسلطات الضبط الإداري أن تمنع الباعة المتجولين من الإعلان بالمناداة أو بأية وسيلة أخرى وخاصة في أوقات الليل، كما يجوز لسلطات الضبط الإداري أن تحظر استعمال أجهزة التنبيه الصوتية الخاصة بالسيارات في المناطق المأهولة بالسكان من منتصف الليل وحتى الساعة السادسة صباحا، ويجوز لسلطات الضبط الإداري أيضا أن تمنع استخدام مكبرات الصوت إلا بعد الحصول على ترخيص من الجهة المختصة.[2]

ب- المدى الزمني المناسب لإجراءات الضبط الإداري .

يجب أن نميز في هذا الصدد بين القيد المستمر الذي تفرضه سلطة الضبط الإداري على ممارسة الحرية، والقيد الموقوت بفترة زمنية محددة، إذ يتعين أن يكون القيد المستمر أخف وطأة على الحرية وأقل شدة نظرا لما تنطوي عليه من تهديد دائم للحريات[3] مقارنة بالقيد الموقوت بفترة معينة.

ج- ظروف الأزمات:

تختلف سلطات الضبط الإداري في الظروف العادية عنها في ظل الظروف الاستثنائية، حيث تتقيد الإدارة بمبدأ المشروعية في ظل الظروف العادية تقيدا تاما، و من ثم فان القضاء الإداري يتشدد في رقابته لأركان القرار الضبطي في ظل هذه الظروف، أما في الظروف الاستثنائية فان سلطات الضبط الإداري تميل إلى الاتساع حيث تتحرر الإدارة مؤقتا من الخضوع لمبدأ المشروعية، ويجوز لها اتخاذ الإجراءات الاستثنائية اللازمة لمواجهة هذه الظروف حتى ولو خالفت قواعد المشروعية العادية، ويعترف القضاء بمشروعية هذه الإجراءات الاستثنائية إذا كانت قد اتخذت بالقدر الضروري والمناسب لمواجهة هذه الظروف والمحافظة على النظام العام.[4] وفي هذا يقول الأستاذ **دي لوبادير** مفاده أن "حيث أنه في بعض فترات الأزمات تصبح مطالب السلطة **أكثر إلحاحا بالمقارنة** بمطالب الحرية، وتبعا لذلك تنطوي تلك الفترات دائما على **تشديد نظم الضبط**[5].

2-2- أثر الظروف المكانية على سلطة الضبط الإداري.

أما بالنسبة للظروف المكانية ومدى تأثيرها على سلطة الضبط الإداري ، فانه يجب أن نلاحظ أن القيود الواردة على ممارسة الحرية تختلف لينا وشدة، ضيقا و سعة، تبعا لما إذا كانت الحرية تمارس في نطاق الملك الخاص أو في

---

[1] - C.E . 26 dec 1930 , abbe Tisseire , Rec 1114 .

[2] - د/ داود الباز؛ حماية السكينة العامة؛ص226. ود/محمد بدران؛مضمون فكرة النظام العام؛ ص274

[3] - C.E .30 novembre 1928 , S , 1929 .31 .
-et C.E . 8 décembre 1933 . S , 1933 .99 .

[4] - د/ عبد العليم مشرف؛ مرجع سابق؛ ص231 .

[5] -" dans certain période de crise , les exigence de l'autorité deviennent plus impérieuse par rapport à celles de la liberté . de telle périodes comportent toujours une aggravation des système de police " - LAUBADERE (A .de.) et autres : op . cit , P 656.

الطريق العام أو في محل عام، ويرجع ذلك إلى أن مدى سلطة الإدارة إزاء النشاط الفردي لا يختلف باختلاف الظروف المحيطة بهذا النشاط من حيث الزمن فحسب، بل وكذلك باختلاف المكان الذي يمارس فيه هذا النشاط.

بحيث تختلف القيود التي ترد على الحريات منن قبل السلطة تبعا للمكان الذي تمارس فيه، فتتفاوت تلك القيود تبعا لوضع الخاص للإقليم الذي تمارس فيه، ولقد أثيرت الاعتبارات الخاصة بالإقليم أمام مجلس الدولة الفرنسي في دعوى "HOUPHOUET - BOIGNY" بتاريخ 1953/6/19 فقد قضى مجلس في تلك الدعوى بمنع عقد أحد المؤتمرات في الأراضي الإفريقية ذلك.[1]

وعلى ذلك فان سلطات الضبط الإداري إزاء التصرفات التي تمارس في نطاق الملك الخاص تضيق عما هي عليه إزاء التصرفات التي تمارس في الطريق العام أو المحل العام[2]، إذ تميل هذه السلطات إلى التضخم والاتساع إزاء تصرفات الأفراد على الأفراد على الأملاك العامة كالطريق العام و الميادين والمتنزهات الملحقة بها.[3]

وكذلك أيضا مما يفسر لنا تأثير العامل المكاني على سلطة الضبط الإداري، ما نلاحظه من اختلاف في هذه السلطة إزاء الاجتماعات الخاصة وتجاه الاجتماعات العامة بمعناها الضيق و إزاء التجمهر والتظاهر في الطريق العام، حيث نجد أن سلطات الضبط الإداري إزاء الاجتماعات الخاصة تضيق عما هي عليه إزاء الاجتماعات العامة، في حين تبلغ هذه السلطات ذروتها في مواجهة التجمهر والتظاهر في الطريق العام.[4]

فضلا عن ذلك فان عدم تنظيم حرية من الحريات بنصوص تشريعية لا يعني أن تكون سلطة الإدارة إزاءها مطلقة، فقد وضع القضاء الإداري نظرية عامة تحد من سلطات الضبط الإداري بحيث لا تجوز على الحريات؛ والأصل في هذا الخصوص أن سلطة الإدارة تختلف تبعا للظروف الرمانية والمكانية المحيطة بممارسة الحرية، و لنوع النشاط الفردي الذي يرد عليه التنظيم أو التقييد، وعلى نوع الإجراء الضبطي.

وعلى ذلك يجب التفرقة بين ما إذا كان القيد الإداري الوارد على ممارسة الحرية قيدا وقتيا أو قيدا دائما؛ فإذا كان مقصودا به أن يكون دائما وجب أن يكون اخف مما يكون عليه متى كان المقصود به أن يكون وقتيا كما تختلف القيود الإدارية الواردة على ممارسة الحرية شدة تبعا لما إذا كانت الحرية تمارس في الطريق العام أو في محل

---

[1] – ذلك " أن سلطة الضبط مع اتساع الإقليم الذي يجب فيه توفير الأمن ، لم يكن لديها قوات كافية لحفظ النظام، ولأنه في تلك الأحوال، ونظرا لأن الاجتماع المزمع عقده سيتم بالضرورة و لو جزئيا على الأقل على الطريق العمومي بسبب الأحوال التي تم فيها تنظيمه ، لذلك يمكن لحاكم فولتا العليا و المدير وعمدة البلدية في"BOBO - DIOULASSO" أن يمنعوا قانونا اجتماع المؤتمر المذكور سواء على أرض البلدية أم على مجموع أراضي فولتا ؛ و لنفس الاعتبارات السابقة ، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في دعوى "BUCARD" بتاريخ 1936/12/23 برفض الطعن المقدم ضد قرار لحاكم الإقليم بمنع الاجتماعات التي تقام في نقطة متفرقة من مقاطعة على الحدود حيث لم يكن لدى حاكم إقليم قوات الضبط الكافية لضمان حفظ النظام في كل مكان يمكن أن يكون فيه مهددا " ينظر إلى /–د عادل أبو الخير رسالته السابقة

- C.E .23 Dec 1936 .Bucard , Rec 1151 , Les grands arrét 15 ed , 2005 , op , cit , P 217 .

[2] – ينظر الدكتور عبد المنعم محفوظ؛ المرجع السابق، ص 984

[3] – د/ سعد الدين الشريف؛ أساليب الضبط الإداري؛ ص220. ود/ توفيق شحاته، القانون الإداري؛ ص368

[4] – د/ نعيم عطية؛ مرجع سابق؛ ص194

عام أو تمارس في محل خاص، فيختلف مدى سلطة الإدارة إزاء النشاط ليس باختلاف الظروف الزمانية المحيطة بهذا النشاط فحسب، بل كذلك باعتبار المكان الذي يمارس فيه. ويوضح لنا تأثير العامل المكاني الاختلاف الذي تلقاه بين مدى سلطة الإدارة إزاء الاجتماعات الخاصة و إزاء التجمهر و التظاهر في الطريق العام .

وفي الواقع أن سلطة الإدارة إزاء التصرفات التي تمارس في نطاق ملك خاص تضيق عما هي عليه إزاء التصرفات التي تمارس خارج نطاق الملك الخاص؛ ولهذا تميل سلطات الإدارة إلى الاتساع إزاء تصرفات الأفراد على الأملاك العامة كالطريق العام و الميادين و المنتزهات.

وعلى هذا يمارس القضاء الإداري رقابته على ملائمة إجراءات الضبط الإداري، وبصفة خاصة تلك التي تتضمن تقيدا للحريات العامة، بما في ذلك حرية العبادة و حرية النشر والصحافة وحرية الاجتماع وحرية التجارة وغيرها من الحريات، حيث يراقب ملائمة الإجراءات التي تتخذها سلطة الضبط الإداري للمحافظة على النظام العام من حيث كونها لازمة وضرورية لتحقيق هذا الهدف، وما إذا كان من الممكن اللجوء إلى إجراء اخف شدة بدل الإجراء المتخذ لتحقيق هذه الغاية دون أن يؤدي الأمر إلى تعطيل حرية عامة جديرة هي الأخرى بالحماية .

و قد أكد **مجلس الدولة الفرنسي** هذا الاتجاه في العديد من الأحكام، حيث يقوم بمراقبة تقدير الإدارة لأهمية وخطورة الاضطرابات المتوقعة لبيان مدى ملائمة القرار الذي تقيد به الإدارة حريات الأفراد، وذلك في مجال العديد من الحقوق و الحريات العامة مثل حرية العبادة وحرية التجارة والصناعة.

وبالإضافة إلى رقابة ملائمة قرارات الضبط المحلى مد مجلس الدولة الفرنسي رقابة عنصر الملاءمة إلى القرارات المتعلقة بترع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، فلا يجيز نزع الملكية إذا كانت درجة خطورة المساس بالملكية الخاصة وما يترتب على ذلك من تكاليف مادية ومساوئ اجتماعية لا تتناسب مع مقدار المنفعة العامة التي يحققها المشروع، وذلك منذ سنة 1971.

ويلاحظ أن رقابة القضاء الإداري على ملائمة قرارات الضبط الإداري؛ وكذلك القرارات الصادرة بتوقيع جزاءات تأديبية تعتبر خروج على القاعدة المستقرة في الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، حيث يتعين أن تستقل الإدارة بتقدير ملاءمة قراراتها، ويجب على القاضي الامتناع عن مراجعة الإدارة في تقديرها لأهمية وخطورة الأسباب الدافعة إلى تدخلها، ومدى التناسب بين هذه الأسباب والإجراء المتخذ، وإذا تدخل القاضي في هذا التقدير فانه يكون قد خرج عن حدود مهمته كقاضي مشروعية إلى ممارسة احد اختصاصات الإدارة، و يصبح بذلك رئيسا للإدارة. وان كان الرأي الراجح هو اعتبار قضاء الملائمة عنصر من عناصر المشروعية من ناحية مراعاة السبب كعنصر رئيس من عناصر القرار الضبطي.[1]

[1] – ينظر في تطبيقات مبدا التناسب كمعيار لتحقيق التوازن بين الحريات العامة وحفظ متطلبات النظام العام؛ د/ د/ فتحي سرور؛ الحماية الدستورية للحقوق والحريات؛ دار الشروق؛ مصر ط2؛ 2000؛ ص91

الفرع الثاني: ضوابط حفظ النظام العام كضمانة للحرية في الشريعة الإسلامية

من الوظائف الرئيسة للسلطة السياسية في سعيها لحفظ المصلحة العامة مراعاة واقع البيئة المكانية والزمنية والظرفية، كضابط من ضوابط الاجتهاد السياسي لتأصيل عملية صنع القرارات التنظيمية المصلحية؛ ذلك أن من خصائص الشريعة **الواقعية** ومراعاة حال الأشخاص والظروف الحالة؛ وهو عين ما قرره القضاء الاداري على ما مر في الفرع الأول من هذا المطلب؛ رغم تسجيل تأخر القضاء الاداري في الجزائر عن مواكبة القضاء الفرنسي في مجال ابتكار مبادئ عليا تراعي حال الشخص وظروف زمانه ومكانه يحتكم إليها في حماية الحرية وتقييد سلطات حفظ النظام العام؛ بما يحقق التوازن والموائمة .

ورغم كذلك عدم وجود دراسات في مجال تقنيات الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية؛ باستثناء تلك الدراسات الوصفية لقضاء المظالم من حيث بيان اختصاصاته وفقا لظروف نشأته؛ إلا أن الباحث حاول أن **يتصيد** بعض هذه **الضوابط والمعايير** التي يجب على **القاضي** باعتباره حامي الحريات والحقوق أن يجعل منها مبادئ عامة تصلح منهاجا للفصل في القضايا الإدارية وهو عين ما اعتنى به علماء الأصول والمقاصد بصدد بحثهم عن آليات **التغليب والتقريب** بين المصالح والمفاسد.

يتعلق البحث بدراسة ما يجب على سلطة حفظ النظام العام استحضاره من قواعد الترجيح بين البدائل المختلفة أثناء عملية صنع قرارات مواجهة الإخلال بالنظام العام، حيث تهدف هذه القواعد إلى تحصيل المصالح درء المفاسد وفقا لقاعدة "**التصرف على الرعية منوط بالمصلحة**" والتي من بين فروعها أن فكرة النظام العام هي جوهر السياسة الشرعية في اعتقاد الباحث ؛ ومن ثم فان معرفة قواعد الترجيح أو التقريب والتغليب تمثل في حقيقتها منهجا ضابطا لعملية التفكير المصلحي؛ والاجتهاد المقاصدي الأمر الذي يدفع إلى تحديد مراتب المصالح وبيان أولوياتها من المنظور الإسلامي من خلال تحديد معايير الموازنة بين المصالح بعضها وبعض، و الموازنة بين المفاسد و المضار بعضها بعض و معايير الموازنة بين المصالح و المفاسد عند التعارض .وهو ما يعبر عنه بعض الفقهاء المعاصرين بـــ" **بفقه أوليات المصالح**"[1].

إن إغفال فقه الأولويات وترتيب المصالح في الرؤية الإسلامية هو السبب الكامن وراء كثير من مظاهر الخلل والفساد في الجوانب المختلفة لحياة الأمة الإسلامية مادية كانت أو معنوية، اجتماعية كانت أو اقتصادية

[1] – ينظر على سبيل المثال" د/ يوسف القرضاوي الذي يعرفها بأنها:" وضع كل مصلحة، وما يرتبط بها من أحكام ووسائل لتحقيقها في مرتبتها بالعدل ، بحيث يقدم الأولى فالأولى ، بناء على معايير شرعية صحيحة أو قواعد عامة محكمة تم استقراؤها من عدة نصوص و أدلة تضافرت على معناها، فلا يقدم غير المهم على المهم، و لا المهم على الأهم، ولا المرجوح على الراجح، ولا المفضول على الفاضل أو الأفضل، بل يقدم ما حقه التقديم، و يؤخر ما حقه التأخير، و لا يكبر الصغير، ولا يهون الخطير، بل يوضع كل شيء في موضعه بالقسطاس المستقيم بلا طغيان ولا إخسار ينظر د/ القرضاوي، في فقه الأولويات: دراسة جديدة في ضوء القرآن و السنة، مكتبة وهبة القاهرة ، ط1؛ سنة1995؛ ص9 ؛ وينظر قريبا من ذلك د/عبد الله الكمالي؛ من فقه الموازنات بين المصالح الشرعية؛ دار ابن حزم؛ بيروت؛ ط1؛ سنة2000؛ ص48.

أو سياسية[1]، وهنا تبدو أهمية الحاجة إلى وضوح ميزان الأولويات بين المصالح وفهم القواعد المحكمة لجلب المصالح و درء المفاسد لدى السلطة النظامية صانعة القواعد الضبطية الملزمة والقرارات السياسية في الرؤية الإسلامية.

أولا– فقه أولويات المصالح في ضوء منازعات القضاء الاداري في الإسلام.

ثانيا– معايير الموازنة بين المصالح الواجب تطبيقها في قضاء المظالم.

أولا– فقه أولويات المصالح في ضوء منازعات القضاء الاداري في الإسلام

1–أهمية فقه أولويات المصالح :تتفاوت المصالح فيما بينها من حيث الأهمية و مدى حاجة الأمة إليها كما تتفاوت المفاسد في مقاديرها ودرجة خطورتها في الواقع الاجتماعي والسياسي، بل أن المصالح تختلط غالبا بالمفاسد بدرجات متفاوتة، بحيث يمكن القول معه بانعدام وجود مصالح خالصة. مما يستوجب معه البحث عن موازيين ومعايير عادلة وخارجة عن تقدير العقل البشري لتحيزه وعدم موضوعيته في جميع الأحوال؛ للترجيح بين المصالح المعتبرة شرعا ذلك أن العقول لا تستقل بتحديد المصالح لوحدها.

ومن ثم يكون ما أهمله الشارع و ألغاه من المصالح غير معتبر ولا معتد به، كما لا يصح للموازين العقلية والخبرات السياسية أن تستقل بوضع معايير وموازين للترجيح بين البدائل النظامية المتاحة في عملية صنع القرارات الضبطية[2].

فحقيقة فقه أولويات المصالح، مرتبطة بتحديد ما هو منها أحق و أولى بالرعاية و التقديم على غيره بميزان الشريعة ممثلة في الوحي قرآنا وسنة، وفي هذا يقول **د/ القرضاوي** " فما اهتم به الوحي كل الاهتمام وكرره وأكده في أمر ونهيه ووعده ووعيده، يجب أن تكون له الأولوية و التقديم، والعناية في التقويم و التقدير وما اهتم به الوحي اهتماما قليلا نعطيه مثل ذلك القدر من الاهتمام ولا نبالغ فيه، فهذا معيار لا يخطئ، **لأن الوحي عمدة الملة و أصل الدين، وينبوع الإسلام** "[3] وهذا ما يسميه في موضع أخر بضرورة مراعاة **التسعيرة الشرعية** للمصلحة؛ كونها مراتب ودرجات.

ومما ينبغي أن يراعى في فقه أولويات المصالح أن الأفضلية والأولوية في كثير من الأمور لا تكون أولوية مطلقة في الزمان والمكان والأشخاص والأحوال، وإنما تتفاوت بتفاوت المؤثرات الزمانية والبيئية والشخصية بحسب حاجة المجتمع إليها.[4]

---

[1] – ينظر إلى بعض هذه الصور من مظاهر الفساد الناتجة عن إهمال فقه الأولويات عند د/ القرضاوي؛ المرجع السابق، ص 21-24.

[2] – د/ فوزي خليل؛ المصلحة العامة وتطبيقاتها في عصر الخلفاء الراشدين؛ مؤسسة الرسالة؛ بيروت ط1؛ سنة2003؛ ص429.

[3] – د / يوسف القرضاوي ، في فقه الأولويات؛ ص 95-96 .

[4] – ومن ذلك ما نقله **د/ القرضاوي** من اختلاف العلماء، في أي هذه الأعمال أفضل وأكثرها مثوبة عند الله : الزراعة أم الصناعة أم التجارة ؟ و الذي دعاهم إلى هذا الاختلاف ما ورد من أحاديث في فضل كل منها، و المحققون من العلماء قالوا: لا نفضل واحدة منهن

وهكذا فإن حاجة الأمة الواقعية ومتطلباتها المرحلية تمثل مقوما رئيسيا في بناء سلم أولوياتها وترتيب مصالحها في ضوء المعايير و الضوابط التي يؤسسها الفقه الإسلامي.[1]

2-دور القضاء الاداري الإسلامي في وضع قيود على سلطة حفظ النظام حماية للحرية:

نظرا لامتيازات السلطة الإدارية الواسعة التي منحها الشارع الحكيم للخليفة وجهازه الاداري خدمة للصالح العام؛ فانه في حالة ضعف الوازع الديني؛ قد تميل هذه السلطة إلى التعسف والظلم والجور بحقوق الأفراد وحرياتهم؛و عندها يتعذر على الأفراد استرجاع حقوقهم بسبب قوة خصمهم؛ ولهذا كان من مقتضيات مبدأ العدل وجود **جهة رسمية ومؤسسة دستورية** لها من السلطة والهيبة ما ترفع به الظلم والجور؛ تحمى بها الحقوق والحريات دون خشية من أصحاب النفوذ والجاه من قادة الجيوش وأعوان الدولة من وزراء وولاة، بل وحتى من الخليفة نفسه؛ وهو الحل الذي تبنته معظم الدول الديمقراطية المعاصرة من خلال مبدأ ازدواجية القضاء بتخصيص قاض متخصص ومستقل عن القضاء العادي يفصل في المنازعات التي تكون بين أطراف غير متكافئة؛ بما في ذلك الإدارة بمختلف أجهزتها ونشاطاتها وهو ما يعرف في فرنسا بالقضاء الاداري ممثلا في **مجلس الدولة الفرنسي**.

وقد عرف الفقه الإسلامي نظاما قضائيا قريب الشبه بهذا النظام؛ بحيث يمكن بناء على دراسات أكاديمية[2] كثيرة تأكيد فضل السبق في تقرير الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بل وحتى أعمال السيادة المعصومة من الرقابة القضائية في القانون الوضعي؛ مما يمكن القول معه بأن **فكرة مجلس الدولة** ليست إلا نموذجا متطورا لفكرة **ديوان المظالم** في الدولة الإسلامية؛ لأن أصل فكرة وجود قضاء مستقل له صلاحيات إلغاء تصرفات وقرارات أصحاب السلطة والنفوذ كان موجودا في الخبرة الإسلامية؛ مع تسليم الباحث بأن مسألة تنظيم هذا القضاء وتحديد اختصاصاته بدقة في ظل القانون المعاصر تحتاج إلى جهد في تقنين وإعادة التنظيم؛ ويمكن في هذا المقام التذكير بالتجربة السعودية في اعتماد نظام المظالم كجهة قضاء إداري[3].

بإطلاق ، بل التفضيل يكون بحسب حاجة المجتمع إليها؛ فحيث تقل الأقوات، و يكون المجتمع في حاجة إلى غذائه اليومي الذي لا عيش إلا به وجود أزمنة غذائية هنا تكون المشاريع الزراعية ، ومما يتعلق بها من مشاريع تعمل على زيادة الإنتاج الزراعي ، كاستصلاح الأراضي وإقامة صناعات الأسمدة و على رأس أولويات الإهتمام في عملية صناعة القرارات و رسم الخطط و السياسات العامة .وحيث يكثر الإنتاج الزراعي و يحتاج الناس إلى صناعات المختلفة ، للإستغناء عن الإسترداد من ناحية و لتشغيل أيدي العاملة من ناحية أخرى ، وحماية حرمات الأمة و حدودها بالنسبة للصناعات الحربية من ناحية ثالثة، ولتفادي نقص الكفاية الإنتاجية للأمة من ناحية رابعة ، هنالك تكون الصناعة على رأس الأولويات المصالح و الاهتمامات في عملية صنع القرارات السياسية ورسم السياسات العامة. ينظر د/ القرضاوي؛ مرجع سابق؛ ص118 وما بعدها

[1] - فوزي خليل؛ مرجع سابق؛ ص431

[2] - ينظر على سبيل المثال؛ رسالة د/ أحمد عبد الملك قاسم؛ قضاء المظالم في النظام الإسلامي؛ كلية الحقوق جامعة عين شمس؛ سنة 1990؛ ود/ حسن أحمد قطوم؛ ولاية المظالم في الإسلام؛ رسالة دكتوراه؛ كلية الشريعة والقانون؛ القاهرة؛ سنة 1984؛ ود/ حمدي عبد المنعم؛ ديوان المظالم؛ نشأته وتطوره واختصاصاته مقارنا بالنظم القضائية الحديثة؛ الناشر دار الشروق سنة 1989

[3] - ينظر في تفاصيل هذا النظام عند د/ محمد أنس قاسم جعفر؛ ولاية المظالم في الإسلام وتطبيقها في المملكة العربية السعودية؛ دار النهضة العربية؛ القاهرة؛ ص 67

فالظاهر من كلام الفقهاء أنه يجوز في ولاية القضاء التخصيص والتعميم؛ زمانا ومكانا **وحادثة**؛ ومن ذلك ما قرره ابن قدامة[1] في ولاية القاضي عندما ذكر "ويجوز أن يوليه عموم النظر في عموم العمل؛ ويجوز أن يوليه خاصا في أحدهما؛...أو يجعل له الحكم في المدينات ... أو يفوض إليه عقود الأنكحة"؛ وعلى هذا يمكن القياس على هذا القول جواز تخصيصه بالفصل في المنازعات الإدارية بأن يكون اختصاصه النظر على تعدي الولاة على الرعية وأخذهم بالعسف في السيرة على حد تعبير الإمام الماوردي.

وليس المقام مقام تفصيل لتأكيد فكرة القضاء الاداري في النظام الإسلامي[2]؛ فانه أمر مقرر لدى أغلب الباحثين من رجال القانون والشريعة معا، وإنما هدف الباحث تبيين دور هذا القضاء في الموازنة بين مقتضيات حفظ نظام الأمة وتحقيق المصلحة العامة؛ وبين حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة؛ مقارنة بالدور الذي حققه مجلس الدولة الفرنسي في مجال ابتكار نظريات وتقنيات لمعرفة تعسف الإدارة أثناء تنظيم الحريات؛ بالوقوف على ضوابط تحد من تدابير سلطة الضبط الاداري؛ ولعل من بين هذه الضوابط التي يعول عليها قضاء المظالم في النظام القانوني الإسلامي يمكن ذكر النقاط الآتية:

2-1-ضرورة احترام مبدأ المشروعية الإسلامية: كضمانة أساسية لحماية الأفراد من تعسف الإدارة وغلوائها؛ نظرا لما يمثله من سمو على جميع سلطات الدولة كونه محور ارتكازي يجب أن تسعى إلى التزام بقواعده سلطة الضبط الاداري على الدوام؛ والتي من أهمها قواعد الحقوق والحريات مما يجعلها قواعد مقدسة مصدرها الوحي أو القانون الإلهي؛ فهي بهذا الاعتبار **ضرورات** وليست مجرد حقوق لتعلقها بحقوق الله؛ كالحق في الحياة والحرية الشخصية وحرية العقيدة والرأي والتفكير مما هو مقرر في منظومة مقاصد الشريعة؛ وهذا يعطي للدولة الإسلامية ميزة عن غيرها بأنها **وليدة القانون ومن صنعه** بخلاف القانون الوضعي الذي هو من صنع الدولة؛ تخضع له من باب التقييد الذاتي حتى تكون قدوة لغيرها من باب التضامن الاجتماعي..

ويترتب على هذا المبدأ سيادة القانون على الجميع حكاما ومحكومين؛ بحيث يستطيع المواطن في ظله أن يلجأ إلى القضاء الاداري مخاصما لقرار أو تصرف من تصرفات السلطة الإدارية ومطالبا إلغاءه لمخالفته للقانون الإلهي؛ ذلك أن التزام الحكام بمبدأ المشروعية يجب أن يكون أهم أولوياتهم حتى يكونوا القدوة الحسنة في إقامة شرع الله وتبليغ رسالته؛ بدفع الظلم ورفع الضرر؛ ويمكن التمثيل على ذلك بقرار ناظر المظالم في الحكومة النبوية بشأن مقتلة خالد بن الوليد في قبيلة **جذيمة** بعد أن أعلن أهلها الخضوع لسيادة الدولة النبوية؛ حيث أرسل النبي –ص-باعتباره ناظرا للمظالم **عليا–ض–** لرد ورفع هذه المظلمة فدفع دية القتلى على أساس مسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها في

[1] – ابن قدامة؛ المغني؛ ج3؛ ص607؛ الماوردي؛ الأحكام السلطانية؛ ص71

[2] – ينظر في تفصيل ذلك د/ داود الباز؛ أصول القضاء الاداري في النظام الإسلامي؛ رؤية شرعية لفكرة مجلس الدولة وولاياته؛ دار الفكر الجامعي؛ الإسكندرية؛ سنة 2004؛ ص 15 وما بعدها؛ وللمؤلف نفسه؛ أصول القانون الاداري؛ طبعة 1995؛ ص114

الظروف الاستثنائية؛ ثم لم يكتف بذلك وإنما رفع يديه إلى السماء ثم قال:" **اللهم أبرأ إليك مما صنع خالد.**"[1] والملاحظ أن هذه الأعمال مما تدخل في أعمال السيادة التي لا تخضع لرقابة القضاء في النظم المعاصرة؛ ولكنها عدالة الإسلام التي تقرر أن الضرر يجب أن يزول ويرفع ولو كان ناشئا في حالة الضرورة؛ ومن ثم يتقرر سبق الفقه الإسلامي في تقرير حماية حقوق وحريات الأفراد[2].

و لم تتوقف عدالة قضاء المظالم عند هذا الحد بل وصل إلى حد اعتبار أي **اعتداء على الحريات والحقوق هو من النظام العام** الذي يجوز لأي احد أن يبلغ عنه القضاء الاداري في الإسلامي؛[3] ولهذا فلا يحتاج ناظر المظالم إلى شكوى المتظلم وهذا ما يفهم من قوله عليه الصلاة والسلام:" أبلغوني حاجة من لا يستطيع إبلاغها؛ فان من أبلغ ذل سلطان حاجة من لا يستطيع إبلاغها ثبت الله قدميه يوم تذل الأقدام"[4].

وتطبيقا لهذه السنة في تلقي شكاوي المواطنين من ولاتهم ومن عمال الدولة؛ كانت حكومات الدولة الراشدة حافلة بالقضايا والأحكام والقرارات القضائية الصادرة ضد سلطة حفظ النظام حماية للحريات؛ نذكر منها مقولة أبي بكر الصديق" الضعيف فيكم قوي عندي حتى آخذ الحق له؛ والقوي فيكم ضعيف عندي حتى آخذ الحق منه"؛ ومقولة الخليفة عمر" **ما أرسلتكم لتضربوا أبشار الناس.**".

ومن أشهر الأقضية في حماية الحريات بما في ذلك حريات الموظفين ما روي من تعويض الخليفة عمر لذلك الجندي الذي أكرهه قائده العسكري في يوم شديد البرد على عبور نهر ليس به جسر؛ حتى يعرف مدى إمكانية اجتياز الجيش له؛ أم خطورته؛ فدخل الرجل فمات؛ فعوضه الخليفة باعتبار ذلك **خطأ مرفقيا**؛ وعزل القائد وقال:" **لا تعمل لي عملا أبدا** "[5]وهو نوع من قضاء التعويض الذي كان يمارسه ناظر المظالم في الدولة الراشدة.

فقضاء المظالم في النظام الإسلامي يزيد على اختصاصات مجلس الدولة في النظام القضائي المزدوج؛ في حماية الحريات في أنه ليس قاضيا وفقط؛ وإنما قاضيا ومنفذا معا[6] ولهذا يسمى **ناظرا**؛ ينظر في:" الشكوى من الولاة ويتصفح سيرتهم؛ ويستكشف أحوالهم ؛ ليقويهم إن أنصفوا؛ ويكفهم إن عسفوا؛ ويستبدل بهم إن لم ينصفوا".[7]

---

[1] – ينظر الطبري؛ تاريخ الأمم والملوك؛ دار الكتب العلمية؛ ج3؛ ص68؛ ود/ إسماعيل البدوي؛ القضاء الاداري؛؛ ص128 ؛ ود/ داوود الباز؛ أصول القضاء الاداري في الإسلام؛ ص37

[2] –د/ داوود الباز؛ أصول القضاء الاداري في الإسلام؛ ص37 وما بعدها

[3] – د/ منير حميد البياتي؛ النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالدولة القانونية رسالة دكتوراه؛ الناشر دار وائل للنشر الأردن؛ ط1؛ سنة 2003؛ ص287؛ ود/ سليمان الطماوي ؛ عمر و أصول السياسة والإدارة الحديثة؛ ص349

[4] – وتطبيقا لذلك كان الرسول يستمع لكل شكوى تأتيه من أي عامل من عماله ؛ وبهذا الخصوص **عزل** العلاء بن الحضرمي عامله على البحرين نظرا لشكوى قدمها وفد عبد القيس؛ وعين مكانه ابن سعيد واستوصاه خيرا بعبد القيس؛ ينظر تفاصيل القصة كاملة عند د/ حمدي عبد المنعم؛ ديوان المظالم؛ ص53 . والحديث أصله عند: ابن سعد؛ الطبقات الكبرى؛ ج3؛ ص187

[5] – ينظر إلى هذه الأقوال كاملة وبعض القضايا في د/ داوود الباز؛ أصول القضاء الاداري في الإسلام؛ ص42 ورسالة د/ أحمد عبد الملك قاسم ؛ قضاء المظالم في الإسلام؛ رسالة سابقة؛ ص125

[6] – د/ محمد صلاح عبد البديع السيد؛ الأصول الإسلامية للقانون الاداري المعاصر؛ ص98

[7] – الماوردي؛ الأحكام السلطانية؛ ص72

2-2- فكرة رقابة التناسب والملائمة تحقيقا للتوازن بين مصلحة الجماعة ومصلحة الفرد:

يتمتع ناظر المظالم بحرية كبيرة في تصفح المنازعات الإدارية والملابسات المحيطة بها مجتهدا في حلها وفق مبدأ المشروعية؛ وقواعد التوفيق والموائمة؛ مما يؤكد على دوره الاجتهادي والإنشائي للقواعد والضوابط التي تحكم درا تعارض حق السلطة في فرض النظام وبين حق الفرد ممارسة حرياته؛ وهذا ما قرره **الماوردي** بقوله:" إن نظر المظالم يخرج من ضيق الوجوب إلى سعة الجواز؛ فيكون الناظر فيه أفسح مجالا؛ وأوسع مقالا". مما يدل على سعة التقدير الممنوحة له وفق قواعد السياسة الشرعية بخلاف القاضي العادي.[1] وبناء على ذلك فان اختصاصاته غير محصورة عشرة[2] كما هو متبادر من مراجعة كتب الأحكام السلطانية كالماوردي وأبي يعلى الفراء؛ وإنما هي قابلة للزيادة والنقصان ؛ لأنه قد يكون قضاء موضوعي يختص بإلغاء قرار السلطة الضبطية إذا كانت مجانبة لقواعد المشروعية؛ كما أنه قد يكون قضاء شخصي لجبر الضرر اللاحق بشخص المتضرر؛ وهو ما يعرف بقضاء التعويض؛ فضلا عن وظيفته كجهة لقضاء التأديب.[3]

وبهذا يكون قضاء المظالم ما يعرف **بدعوى الإلغاء** التي تنصب على قرار إداري معيب؛ أو ما يعرف **بصك التقليد أو التعيين** سواء أكان قرار ضبطيا تنظيميا أم أي قرار إداري أفصحت عنه الإدارة بإرادتها المنفردة لأحداث مركز قانوني أو تعديله؛ على أن يكون هذا القرار صادرا وفقا لشروط تجعله مشروعا وهي خمسة: الاختصاص والشكل؛ والسبب؛ المحل؛ الغاية؛ بحيث إذا اختلت هذه الشروط كان القرار معيبا ومستوجبا للإلغاء. كعيب عدم الاختصاص وعيب الشكل؛ وعيب مخالفة القانون وعيب السبب؛ وعيب الانحراف بالسلطة.

ويترتب على هذا نتيجة هامة وهي أن ناظر المظالم يمارس رقابة واسعة تبدأ من رقابة المشروعية وتمتد إلى رقابة الملائمة؛ رغم أن القاعدة العامة في القضاء الاداري أن سلطة التقدير هي من اختصاص الإدارة التي تنفرد لوحدها بتقدير ملائمة أو عدم ملائمة القرار الضبطي بحيث يصبع بناء على هذه القاعدة أن قاضي الإلغاء قاضي مشروعية وليس قاضي ملائمة. غير أن هذه القاعدة رغم هجر الفقه الاداري لها مازلت مطبقة في العديد من الدول خلافا للقضاء الاداري في الإسلام الذي من خصائصه أنه قضائي وتنفيذي؛ يقضي ويدير وله أن يصدر أوامر للإدارة بعمل شيء أو الامتناع عن عمل؛ بل وله أن يحل محل الإدارة في إصدار القرارات أو تعديلها؛ متى كانت مجانبة للصالح العام[4].

---

[1] – د/ منير حميد البياتي؛ النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالدولة القانونية؛ رسالة دكتوراه سابقة؛ ص286

[2] –ينظر الماوردي؛ الأحكام السلطانية؛ صص71 والفراء؛ الأحكام السلطانية؛ ص80 ؛ سليمان الطماوي؛ السلطات الثلاث؛ ص503؛ عبد الرؤوف هاشم؛ نظرية الضبط الاداري دراسة مقارنة؛ ص342

[3] –ينظر في إعادة تكييف اختصاصات قضاء المظالم إلى ثلاث: قضاء الإلغاء وقضاء التعويض وقضاء التأديب مقارنة باختصاصات مجلس الدولة عند د/ داود الباز؛ أصول القضاء الاداري؛ ص85 وما بعدها.

[4] – د/ داود الباز؛ أصول القضاء الاداري في الإسلام؛ مرجع نفسه؛ ص111 وما بعدها. وهو الأمر الذي لا زال لم يصل إليه القاضي الاداري في الجزائر ينظر د/بن ناصر يوسف، عدم تنفيد الإدارة العامة لأحكام القضاء الإداري في الجزائر ؛ المجلة الجزائرية للعلوم القانونية؛

وبذلك تكون ولاية المظالم قد حلت إشكالية عدم تنفيذ الإدارة للأحكام القضائية بما لها من هيبة واستقلال يقول إبن خلدون " النظر في المظالم وظيفة ممتزجة من سطوة السلطة ونصفة القضاء وتحتاج إلى علو يد وعظيم هيبة تقمع الظالم من الخصمين وتزجر المعتدي وكأنه **يمضي** ما عجز القضاة أو غيرهم عن إمضاءه"[1].

ويترتب على ذلك أن ناظر المظالم ليس قاضيا خالصا كما انه ليس محتسبا خالصا وإنما كما قال الشيخ أبو زهرة "، ولكن عمله (ناظر المظالم) ليس قضائيا خالصا بل هو قضائي تنفيذي"[2]

وهذا يعني أنه يستخدم مبادئ عامة وأصول ثابتة مستمدة من مبدأ العدل؛ والحرية؛ وسيادة القانون الجميع أثناء تقدير ملائمة القرار للنشاط محل التدبير الضبطي أو المصلحي وهذا ما يمكن تسميته بمعايير تحقيق التوازن بين الحرية والنظام العام.

ثانيا: معايير الموازنة بين المصالح بميزان مقاصد الشريعة:

هناك عددا من المعايير والقواعد التي ينضبط في ضوئها الاجتهاد الضبطي في الاختيار والترجيح بين البدائل و الحلول المختلفة المطروحة أمام أي موقف قراري، خاصة إذا كان لا بد لنيل إحداهما من تفويت الأخرى، وتعتمد هذه المعايير على أن المصالح المعتبرة متفاوتة وفقا لاعتبارات متعددة وهو ما سيحاول الباحث التمثيل له بأمثلة لها علاقة بعلاقة حفظ النظام العام بممارسة الحقوق والحريات؛ مع إدراك الباحث لاستحالة خروج الباحث من هذه المعايير سالما من الأخطاء نظرا لخطورة النتائج المترتبة عليها ؛ بحيث يمكن للبعض التبرير من خلالها للكثير من التصرفات التي في ظاهرها التعسف والجور ولكنها في ميزان الشريعة قسيمة للظلم ومجانبة الصواب ومن ذلك تبرير البعض لتصرفات القمعية التي مارسها الحجاج بن يوسف مع معارضة أل البيت للحكم الأموي؛ وكذلك لمعارضة سعيد بن جبير رحمة الله عليه؛ ولهذا فان الباحث يرى أن تحديد مشروعية عمل السلطة يجب أن يوكل إلى المؤسسة القضائية بما لها من حياد ونزاهة وعلم ودراية؛ بحيث تكون الجهة الوحيدة المكلفة بتحديد الجهة المخطئة أو الضالة وبناء عليه تتخذ السلطة النظامية مجموعة التدابير الضبطية المناسبة لإعادة استتباب النظام العمومي.

المعيار الأول: أولوية المصالح بحسب قوتها ودرجة أثرها في قيام نظام الأمة:

فقد سبقت الإشارة إلى أن المصالح من حيث قوتها ومدى الحاجة إليها في الواقع مراتب ثلاث منها رتبة المصالح الضرورية التي لا قيام للحياة الاجتماعية والسياسية إلا بقيامها وهي عبارة عن أصول المصالح وكلياتها الضرورية والتي إذا اختلت اختل نظام الحياة، ومنها ما يقع في رتبة الحاجات، التي يرتب على الإخلال بها وقوع الأمة في مشقة وضيق وحرج موجب لجلب التيسير والتخفيف بما يتلاءم مع ضعف الإنسان"يُرِيدُ اللّهُ أَن يُخَفِّفَ

بن عكنون؛ العدد16 ؛ ص592 حيث يقترح نجده يقترح ضرورة منح القاضي الإداري سلطتي الأمر والحلول، مادام هذا لا يخالف نصا قانونيا، ثم ترتيب الجزاء على عدم التنفيذ؛ المرجع نفسه ؛ ص592

[1] ابن خلدون ، المقدمة، دار القلم ؛ ط5 سنة1989 ؛ ص222.

[2] –د/ سليمان الطماوي؛ السلطات الثلاث؛ ص498.

عَنكُمْ وَخُلِقَ الإِنسَانُ ضَعِيفًا"[1]،ومنها ما يقع في مرتبة التحسينات والكماليات، وهي رتبة التوسعة والرفاهية والتزيين مما لا تدفع إليه ضرورة و لا تمس إليها حاجة.

ومن ثم فأنه يكون ترتيب أولويات هذه المصالح على أساس مدى أثرها في استمرار الحياة وسيادة النظام فالمصالح الضرورية تقع في أعلى المراتب الثلاث من حيث ترتيب الأولوية و مدى الأهمية و الحاجة إليها؛ ثم المصالح الحاجية في المرتبة الثانية وتليها في المرتبة الأخيرة المصالح التحسينية مما لا يرجع إلى ضرورة و لا إلى حاجة.[2]

فهذا الترتيب الرأسي لأولويات المصالح هو الذي ينبغي أن يراعى في الترجيح والاختيار بين البدائل في عملية صنع قرارات حفظ النظام العام.

فالقاعدة أن الضروريات هي أصل المصالح...وكل ما عداها فهو تكملة وتتمة لها؛ ومن ثم يشترط في مراعاتها ألا تعود على الأصل بالإبطال.[3]

فاعلان حالة الطوارئ تهدف إلى التوسعة على السلطة النظامية لاسترجاع نظام الجماعة عند الضرورة الملحة المؤقتة؛ فإذا انتفت الضرورة كان إعلانها من باب المصالح الحاجية؛ وبالتالي يجب أن لا يعود قرار إعلانها بالإبطال لبعض المصالح الضرورية كالمنع من إقامة الشعائر الدينية بحجة حظر التجول؛ أو بامتهان النفس البشرية بحجة الاشتباه؛ أو انتهاك حرمة المسكن والاطلاع على الأعراض المصانة بدعوى البحث عن عناصر تهديد النظام العام عن طريف التفتيش ليلا ونهارا حسب مرسومي حالة الحصار والطوارئ؛ أو بمصادرة الملكية الخاصة بدعوى التسخير للمنفعة العامة. فجميع هذه المصالح ضرورية؛ على سبيل الدوام.

وعلى هذا ينبغي على سلطة حفظ النظام أن تحترم قاعدة تقديم المصلحة الضرورية على المصلحة التي تقع في مرتبة الحاجيات، وكذا قاعدة تقديم هذه الأخيرة على المصلحة التي تقع في مرتبة التحسينيات.[4]

المعيار الثاني : مراعاة الترتيب فيما بين أصول المصالح الضرورية في ذاتها:

تتفاوت أصول المصالح الضرورية فيما بينها من حيث الأهمية والقوة فقد رتبها الإمام الغزالي[5] والشاطبي[6] على أساس أن مصلحة حفظ الدين تقدم على سائر الأصول الأخرى تليها مصلحة حفظ النفس، فالعقل، فالنسل، وأخيرا مصلحة حفظ المال. وهو الترتيب الذي دافع عنه من المعاصرين **د/ رمضان البوطي**[7] ناقلا الإجماع عليه

---

[1] – سورة النساء؛ آية 28

[2] – الغزالي، شفاء الغليل، مرجع سابق، ص 161.وص169

[3] – الشاطبي؛ الموافقات، ج2، مرجع سابق، ص 11؛ وص13.

[4] – ينظر قريبا من هذا المعنى د/ فوزي خليل؛ المصلحة العامة من منظور إسلامي؛ ص433

[5] – الغزالي، المستصفي، مرجع سابق، ص 174 .

[6] – الشاطبي، الموافقات، ج 2، ص 14.

[7] – د/ سعيد رمضان البوطي؛ ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية؛ ص250

بين العلماء حيث يقول:"والترتيب بهذا الشكل بين الكليات الخمس محل إجماع" وهو ما اعتبره د/ **الريسوني** مجازفة وتكلف على حده[1].

وعند الآمدي[2] وابن الحاجب الأولوية في الترتيب والترجيح فيما بينها يكون على أساس الدين فالنفس فالنسل فالعقل فالمال؛ ذلك لأن مقصود حفظ الدين حق الله تعالى، ومقصود غيره حق للآدمي مرجح على حقوق الله[3]

وعلى مثل هذا الترجيح والترتيب يدرج ما نقله **د/ الريسوني** عن ابن الحاجب في ضرورة ترجيح ضرورة الدين على بقية الضرورات؛ وتقديم حفظ النسل على حفظ العقل [4].

وهكذا كما يقول د/ **الريسوني** يلاحظ " تأرجح الأصوليون في ترتيبهم للضروريات الخمس؛ ما بين ترتيب الغزالي؛ وترتيب الامدي؛ أو عدم التزام ترتيب معين ؛ وترتيب الغزالي والآمدي يتفقان في تقديم الدين؛ فالنفس؛ وفي تأخير المال؛ ويختلفان في النسل والعقل؛ أيهما يقدم وأيهما يؤخر؟ " وفي المفاضلة بينهما يقول" والأقرب إلى المنطق ما ذهب إليه الآمدي؛ علما بأن الغزالي لم يعلل ترتيبه ولو يدافع عنه"[5]

ومن الدارسين المعاصرين لفكرة المقاصد من يعيد الترتيب الداخلي لكليات المصالح الضرورية على أساس " حفظ النفس ثم العقل ، ثم الدين ، ثم النسل ثم المال "[6].

غير أن ما يهم الباحث من خلال هذه الدراسة ليس البحث عن الترتيب الصحيح والسليم لسلم أولويات المصالح والمقاصد الضرورية؛ فأغلبيتها متفقة في تقديم حفظ الدين على سائر المصالح الضرورية؛ ولكن الإشكال في محل ترتيب مقصد حفظ نظام الأمة بعد أن بين الباحث في الفصل الأول من الباب الأول أنه مقصد ضروري على نحو ما قرره الإمام ابن عاشور[7].

---

[1] – د/ الريسوني ؛ نظرية المقاصد؛ ص62

[2] – وقد أفاض في الدفاع عن تقديم الدين على النفس وفي تقديم النسل على العقل ومما قاله في ذلك" ...فما مقصوده حفظ أصل الدين يكون أولى ، نظرا إلى مقصوده وثمرته من نيل السعادة الأبدية في جوار رب العالمين ، و ما سواه من حفظ الأنفس و العقل والمال و غيره ، فإنما كان مقصودا من أجله ، على ما قال تعالى " وما خلقت الجن و الإنس إلا لعبدون" سورة الذريات اية56؛ ينظر الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج 3 ، مرجع سابق ، ص 287-288 .

[3] – ومما يلاحظ على ترجيح الآمدي هو تقديمه في الأولوية لحفظ النسب على حفظ العقل، معتبرا أن حفظ النسب له تعلق بحفظ النفس، وكلاهما أصل و العقل تبع، رغم أنه ذكرها بترتيب الغزالي عند حديثه عن مفردات المقاصد الخمسة في أول مرة حيث قال " ... المقاصد الخمسة التي لم تخل من رعايتها ملة؛ ولا شريعة من الشرائع هي حفظ الدين، و النفس، والعقل، و النسل، و المال " د/ فوزي خليل؛ المصلحة من منظور إسلامي؛ ص435

[4] – د/ الريسوني؛ نظرية المقاصد؛ ص58 ؛ نقلا منتهى الوصول و الأمل في علمي الأصول والجدل؛ ص182.

[5] – د/ الريسوني ؛ نظرية المقاصد؛ مرجع نفسه، ص63

[6] – د/ علي جمعة محمد، المدخل، منشورات المعهد العالي للفكر الإسلامي القاهرة، سنة1996، ص 126

[7] – ابن عاشور؛ مقاصد الشريعة والإسلامية؛ تحقيق الطاهر الميساوي؛ ص292

وترتيبا على ذلك يرى الباحث أن حفظ نظام الأمة يدور ما بين حكم الوسيلة المؤدية لحفظ الدين والـــنفس وباقي المصالح الأخرى؛ ومن ثم فهو شامل لجميع الضروريات الخمس؛ وما بين اعتباره مقصدا إضافيا يحتل المرتبة الأولى في الضروريات على مستوى الأمة؛ بحيث يمثل **جوهرا للسياسة الشرعية** الذي يجب أن تدور معه حفظـــا وإبقاء؛ وهو ما يميل إليه الباحث؛ في ظل تزايد الكثافة السكانية واتساع المدن؛ وتعقيد الحياة السياسية. بما يحفظ الأمن العمومي؛ وبوفر الحياة المنتظمة والمتساوية لجميع الأفراد؛ خاصة أيام الفتن والظروف الاستثنائية.

وعلى هذا فان صانع القرار النظامي يجب أن يراعي في اجتهاده المصلحي تقديم ما يحقق حفظ نظام الجماعة وحفظ إيديولوجيتها الدينية فيما يخص الدولة على سائر الضروريات الأخرى لأن أحكامه تضرب بظلالها وأطنابها على المقاصد كلها بما يجعلها لا تقوم إلا به، فحفظ الدين على مستوى الأمة؛ يقابله في الدولة المعاصرة حفـــظ ثوابتها العقائدية والمذهبية من اشتراكية وليبرالية؛ وعلمانية وغيرها من الفلسفات المنتشرة في العالم المعاصـــر؛ولا شك أن حفظها يمثل أولى الأولويات في دساتير هذه الدول؛ إذ لا يقبل أي تعديل أو مساس يتعلق بإحدى هـــذه الثوابت وهو ما يعرف دستوريا بجمودها جمودا مطلقا.

ولهذا فلا يعقل أن نقرر من جهة ضرورة وجود دولة تطبق الشريعة وتحرس الدين وتسوس الرعية؛ ومن جهة لا تعطى لها الأولوية في حفظ نظامها وسيادة أمنها واستقرارها.

إن الباحث من منطلق أهمية حفظ النظام العام وشموليته لعناصر المنظومة المقاصدية يرى وجوب تقديم حفظ نظام الأمة على باقي المصالح الضرورية على مستوى مقاصد الدولة متى كانت الدولة في إطـــار الشـــريعة ومبادئها السامية؛ فبقاء الدولة واستقرارها أمر لا يجب أن يقارن بمخاطر غير مقصودة قد تلحق بالأفراد؛ نتيجـــة سوء التقدير البشري الذي قد يعترض الشخص الممارس للسلطة؛ ولا يعني هذا تبرير جميع تدابير الضبط في مجـــال حفظ نظام الأمة؛ وإنما افتراض مشروعية هذه التدابير ابتداء إلى أن يقرر القضاء العادل خطأ الســـلطة الضـــبطية وعندها تنعق مسؤوليتها فضلا عن عدم مشروعية تصرفها عملا بالقاعدة **"كل ما ليس عليه أمرنا فهو رد"**.التي تجد أصلها في الحديث المتفق عليه الذي روته السيدة عائشة –رضي الله عنها–" من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد."[1]

وهناك رأي مغاير[2] يعتبر أن هذا المقصد يرد في آخر مرتبة من مراتب المصالح الضرورية وقد عبر أنه بـــ" **أصل الإمامة** " وهو ما يتعلق بالنظام السياسي الذي يعتبر لازما لحراسة الدين و سياسة الدنيا بإجمال؛على أساس أن هذا الأصل يقع في مترلة ما يقصد لغيره بمعنى أنه وسيلة لمقاصد أخرى و الوسيلة أخفض مترلة من المقاصد، ويؤكد **د/ فوزي خليل** صاحب هذا الرأي أن الاقتصاد والسياسة هما من وسائل الحفاظ على كليات وأصول المصالح الـــتي فوقها.

---

[1] ـــ الإمام مسلم ؛ جامع الصحيح؛ ج3 ؛كتاب الأقضية؛ حديث رقم 1718؛ ص 1343

[2] – د/ فوزي خليل؛ المصلحة من منظور إسلامي؛ ص436.

المعيار الثالث: تقديم المصلحة الأكثر شمولا من حيث تعدي نفعها:

تختلف المصالح في مقدار شمولها للناس، وتعدى نفعا إليهم وإن اتفقت جميعا في مدى الحاجة إليها؛ وفي هذا المجال ترتب المصالح الضرورية إلى مصالح عامة ومصالح خاصة.

ففي حالة التعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، فمعيار الترجيح هو تقديم أعم المصلحتين و أشملهما على أخصهما و أضيقهما[1] بناء على قاعدة " **تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة** " وهذا أصل كلي من أصول الشريعة[2]، وعام مأخوذ بطريق الاستقراء من نصوص الشريعة بطريق يفيد القطع[3] .

ومن أمثلة هذه المصلحة ترجيح مصلحة حفظ عقول الناس من الزيغ و تزييف الوعي على مصلحة الفرد أو الحزب في ممارسة حرية الرأي والكتابة المخلة بقيم الجماعة وآدابها العامة عند تعارضهما، وذلك بالحجز والتعليق لها؛ لأن الأولى أعم أثرا وشمولا من الثانية .

المعيار الرابع: تمحيص المصلحة المعتبرة من المصلحة الملغاة بتقديم الأولى وإهمال الثانية.

المصالح من حيث اعتبار الشارع لها قسمين: **أحدهما** يعبر عن مصلحة اعتبرها الشارع؛ و**الآخر** يعبر عن مصلحة غير معتبرة شرعا بمعنى أنها مصلحة غير شرعية؛ يتخلل هذين القسمين قسم ثالث لم يرد بشأنه نص بالاعتبار ولا بالإلغاء؛ يعرف بالمصالح المرسلة؛ والتي يستدل عليها بالمناهج الأصولية عن طريق وضع ضوابط لاعتبارها ومشروعيتها.

ومن ثم يلزم على السلطة النظامية في وضع الاجتهاد الضبطي وصنع القرارات التنظيمية عند تعارض هذه الأنواع الثلاث المعتبرة والملغاة والمرسلة أن ترجح البديل المعتبر شرعا بأي درجة من درجات الاعتبار على البديل غير المعتبر شرعا.

ذلك أن المصلحة المعتبرة وإن خالفت تقدير العقول المحضة و أعراف الناس فهي مصلحة الحقيقية؛ خالصة غير مشوبة بشيء من المفاسد لا قليل و لا كثير، و إن توهم أنها مشوبة فليست في الحقيقة الشرعية كذلك[4].

كما أن المصلحة الملغاة وان بدت في ظاهرها مصلحة فيها منافع؛ إلا أنها منافع متوهمة وغير خاصة؛ ومن ثم يعبر إعمالها في هذه الحالة من باب الهوى والغرض وشهوة النفوس.

ولا يتم معرفة وتمييز هذه المصالح إلا بادراك حقيقتها الحكمية وعلى هذا تكون المصالح المعتبرة متفاوتة في أهميتها و أولوية الأخذ بها بحسب قوة طلبها فان كان طلب اقتضائها طلبا جازما فهي من الواجبات الفرضية على

---

[1] – د/ الدريني؛ المناهج الأصولية؛ ص18؛ وقد أصلها بمبدأ تقديم المصلحة العامة على الخاصة بحيث يتحمل الضرر الخاص في سبيل دفع الضرر العام؛ وهي خطة تشريعية في التنسيق بين المصالح المتضاربة ولا سيما إبان التطبيق ومواجهة الواقع.

[2] – يقول ابن القيم" إن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما؛ فهذا هو الفقه والقياس؛ والمصلحة؛ وان أباه من أباه" ينظر الطرق الحكمية؛ ص310

[3] – ينظر د/ محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ص 352 ود/ حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ، ص 75 . ود/ فوزي خليل؛ مرجع سابق؛ ص437

[4] – الشاطبي، الموافقات، ج 2 ، ص 21.

السلطة النظامية. وان كان طلبها من الشارع طلبا غير جازم فهي من المصالح المندوب إليها. وكذلك بالنسبة للمصالح الملغاة في تدور بين الحرمة والكراهة حسب قوة وجزم طلب تركها من الشارع.

ويترتب على ذلك أن المصالح تتفاوت في الاعتبار والإلغاء حسب الأحكام التكليفية الواردة في نصوص الشريعة كالوجوب والندب والحرمة والكراهة والإباحة.

وهو الأمر الذي يجعل من ارتباط الأحكام التكلفية بالمصلحة جلبا ودفعا ارتباطا وثيقا[1] وهو ما حققه الإمام العز بن عبد السلام وأفاض فيه حيث أقر أن هناك مصالح متفاوتة بناء على درجة الحكم الشرعي الوارد بشأنها. فهناك مصالح الواجبات، و مصالح المندوبات، ومصالح المباحات، ولا تزال رتب المصالح الواجبة التحصيل تتناقص إلى رتبة لو تناقصت لانتهينا إلى رتب المصالح المندوبات، وأعلى رتب مصالح الندب دون أدنى رتب مصالح الواجب و تتفاوت إلى أن تنتهي إلى مصلحة يسيرة لو فاتت لصادفنا مصالح المباح، وكذلك المفاسد تتفاوت بحسب قوة النهي عنها من المحرمة إلى المكروهة، ومن ثم فإن مفاسد المحرمات تقدم في درئها على مفاسد المكروهات [2].

وهكذا ينبغي لسلطات حفظ النظام العام في اتخاذ تدبير إقرار النظام سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية ضرورة مراعاة في الترجيح بين البدائل في ضوء سلطتها التقديرية تقديم البدائل التي اعتبرها الشارع ، مع إهمال ما أهمله الشارع ، وعلى الخليفة ونوابه عند ترجيحه بين البدائل المعتبرة أن ينظر إلى قوة طلبها إيجابا أو ندبا أو إباحة ، وما إذا كانت مصلحة قطعية أو ظنية اجتهادية، وكذلك الأمر بالنسبة إلى نظره في المفاسد المحظورة يكون النظر إلى قوة النهي عنها، تحريما أو كراهة[3].

المعيار الخامس : معيار الموازنة عند الاختلاط بين المصالح و المفاسد

وضابط هذا المعيار تحصيل المصالح المحضة، ودرء المفاسد المحضة،وعند اختلاط المصالح والمفاسد تقدم أرجح المصالح فأرجحها، ودرء أفسد المفاسد فأفسدها، وبعبارة سلطان العلماء " مهما ظهرت المصلحة الخلية عن المفاسد يسعى في تحصيلها، ومهما ظهرت المفاسد الخلية من المصالح يسعى في درئها وإن التبس الحال احتطنا للمصالح بتقدير وجودها وحصلناها، وللمفاسد بتقدير وجودها و تركناها[4] .

---

[1] – حيث أن هذه الدرجات التكليفية تتفاوت تبعا لما فيها من مصالح ومفاسد ، فالأمر مطلوب طلبا حتميا – الفرض أو الواجب – يكون كذلك لتيقن المصلحة فيه أقوى يكون مقدما على ما دونه قوة فيها، وما لا تكون المصلحة فيه مؤكدة يكون الطلب فيها ثابتا من غير لزوم، وما يكون فيه الضرر مؤكدا يكون محرما، و يختلف التحريم قوة وضعفا باختلاف قوة الضرر ، فما يكون أقوى ضررا يكون أشد تحريما و ما لا يكون الضرر فيه مؤكدا يكون مكروها من غير الحكم بالتحريم، وما لا يثبت رجحان الضرر على النفع فيه يكون المكلف مخيرا في فعله ينظر تفصيلا في ذلك عند د/ يوسف القرضاوي، في فقه الأولويات، ص 133-134.

[2] – الإمام العز بن عبد السلام، الفوائد في اختصار المقاصد المسمى بالقواعد الصغرى ، تقديم و تحقيق د /جلال الدين عبد الرحمن، القاهرة، مطبعة السعادة ، سنة1988، ص 42 85 .

[3] – د/ فوزي خليل؛ المصلحة العامة من منظور إسلامي؛ ص438

[4] – الإمام العز عبد السلام؛ الفوائد في اختصار المقاصد، مرجع سابق، ص 51-52.

ويقول في موضع آخر " إذا اجتمعت مصالح و مفاسد فإن أمكن تحصيل المصالح و درء المفاسد فعلنا ذلك، و إن تعذر الدرء والتحصيل فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة و لا نبالي بفوات المصلحة... و إن كانت المصلحة أعظم من المفسدة حصلنا المصلحة مع الالتزام المفسدة.[1]

وفي حالة اجتماع المصلحة والمفسدة معا، فقد قال الإمام الطوفي[2]" فإن أمكن تحصيل المصلحة ودفع المفسدة تعين، وإن تعذر فعل الأهم من تحصيل أو دفع إن تفاوتا في الأهمية وإن تسويا فبالاختيار أو القرعة إن اتجهت التهمة، وإن تعارضت مصلحتان أو مفسدتان، أو مصلحة و مفسدة، و ترجح كل من الطرفين من وجه دون وجه اعتبر أرجح الوجهين تحصيلا أو دفعا، فإن استويا في ذلك عدنا إلى الاختيار أو القرعة ".

غير أن الحقيقة كما قررها **ابن القيم** في مفتاح دار السعادة ود/ **مصطفى زيد** في رسالته المصلحة ونجم الدين الطوفي؛ هي أنه ليس هناك فعل تستوي فيه المصلحة والمفسدة من كل وجه في الواقع؛ لأن كلاهما إذا تقابلا؛ فلا بد أن يغلب أحدهما الأخر؛ فيصير الحكم للغالب. ونتيجة لذلك ليس هناك حكم بالتخيير أو التوقف في انتظار المرجح وليس هناك مجال للقرعة؟"[3]

وحول هذا المعنى يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: " الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها ، وتعطيل المفاسد وتقليلها فإذا تعارضت كان تحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما، ودفع أعظم المفسدتين مع احتمال أدناهما، وهذا هو المشروع. " [4]

يقول ابن تيمية: " إذا تعارضت المصالح والمفاسد، أو تزاحمت فإنه يجب ترجيح الراجح منها فيما إذا ازدحمت المصالح و المفاسد و تعارضت المصالح و المفاسد فإن الأمر والنهي وإن كان متضمنا لتحصيل مصلحة، و دفع مفسدة فينظر في المعارض له، فإن كان الذي يفوت من المصالح أو يحصل من المفاسد أكثر لم يكن مأمورا به، بل يكون محرما إذا كانت مفسدته أكثر من مصلحته، لكن اعتبار المقادير المصالح و المفاسد هو بميزان الشريعة فمتى قدر الإنسان على إتباع النصوص من يكون خبيرا بها وبدلالتها على الأحكام[5].

المعيار السادس: الوعي بمنزلة الوسائل للمقاصد: يمثل هذا المعيار مدخلا لتمييز الأحكام الشرعية المنوطة بتصرفات الأمة ليعرف منها ما هو منها في رتبة المقصد فهو في الرتبة الأولى في محافظة الشرع على إثباته وقوعا

[1] – العز بن عبد السلام؛ المرجع السابق ، ص 74.

[2] – الإمام نجم الدين الطوفي، شرح حديث لا ضرر و لا ضرار ، ملحق بكتاب: د/ مصطفي زيد، المصلحة في التشريع الإسلامي و نجم الدين الطوفي، دار اليسر للطباعة؛ جمهورية مصر؛ طبعة 2004 ؛ ص 138-139 .

[3] –د/ مصطفى زيد؛ المصلحة في التشريع الإسلامي؛ تعليق وعناية د/ محمد يسري إبراهيم؛ ص165. وقد دعم رأيه هذا في الرد على الطوفي برأي ابن القيم الذي كان معاصرا له ؛ من كتابه مفتاح دار السعادة؛ ج2؛ ص17

[4] – شيخ الإسلام ابن تيمية؛ الفتاوى الكبرى؛ مجلد 20، ص 48 وص50 .

[5] – ابن تيمية؛ المرجع السابق ، مجلد 28 ، ص 129

ورفعا وما هو في رتبة الوسيلة؛ فهو في الرتبة الثانية تابع لحالة غيره؛ وهذا التقسيم هو ما بحثه الأصوليون في مسألة سد الذرائع حين قسموا الذريعة وسيلة والمتذرع اليه مقصدا.[1]

وعلى هذا تكون الأحكام التكليفية على ضربين أحدهما **مقاصد** والثاني **وسائل**، فالمقاصد هي التكليفات والتصرفات المقصودة لذاتها سواء كانت مقاصد للشرع – حقوق الله– أو مقاصد للناس– حقوق العباد– والوسائل وهي الأحكام التي شرعت لتحصيل أحكام أخرى غيرها بحيث بدونها لا يحصل المقصد. ولهذا كانت في الترتيب أخفض رتبة من المقاصد في حكمها.

يقول **العز بن عبد السلام**[2]وغيره من علماء المقاصد والفروق" فالمقاصد هي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها؛ والوسائل هي الطرق المفضية إليها؛ و الوسيلة إلى أفضل المقاصد هي أفضل الوسائل؛ والوسيلة إلى أرذل– أقبح– المقاصد هي أرذل وأقبح الوسائل، و إلى ما يتوسط متوسطة، وأنه كلما سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة، فإنها تبع في الحكم ويقول القرافي[3] " إذا سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة"

ومن ثم يجب على السلطة المنوط بها حفظ النظام العام مراعاة فقه أولويات المصالح والمفاسد ووسائلهما،بالتفريق بين المقاصد والوسائل من ناحية الثبات والتغير، ففي الوقت الذي ينبغي فيه الثبات على المقاصد والغايات الشرعية، فإن الوسائل قد تتغير من عصر إلى عصر، و من بيئة إلى أخرى، فهي متطورة بتطور الزمان والمكان فإذا ما نص حكم شرعي على فعل معين بوسيلة معينة فإنما ذلك لبيان الواقع وليس ليقيدنا ويجمدنا عندها[4].

وعلى هذا يرى الباحث أن الحرية مقصد هام من مقاصد الشريعة على ما قرره الإمام ابن عاشور[5]؛ وبالتالي فعلى السلطة الاعتراف بها وتوفير ضمانات ممارستها للجميع؛ وبالمساواة؛ بما يجعلها أصلا يجب أن يقدم على غيرها من وسائل حفظ النظام العام المقيدة للحرية لأن مثل هذه الوسائل أساسها؛ التغير والتبدل؛ وبالتالي يمكن استبدالها بما هو أرفق بالحرية و أضمن للنظام خاصة في أيام الأزمات والفتن.

فإذا أمكن للسلطة النظامية وضع المشتبه فيهم تحت الرقابة القضائية بالحضور الشخصي أمام مصالحها الأمنية للتوقيع في محاضر خاصة في أوقات مخصوصة؛ فلا يجوز اللجوء عندا إلى القبض والإيداع في الحبس الاحتياطي المؤقت.

وكذلك في ممارسة حرية الاجتماع والتظاهر فإنها الأصل فإذا أدت إلى إخلال بالنظام وجب للسلطة فضها بأحسن الوسائل وأرفقها بحرمة الإنسان وكرامته فلا يلجأ للضرب بالعصي أو التفريق بالعنف مادام أن هناك

---

[1] – الإمام الطاهر بن عاشور؛ مقاصد الشريعة؛ ص299

[2] – العز ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج 1، ص43؛ والطاهر بن عاشور؛ مرجع نفسه؛ ص301

[3] – الإمام القرافي، الفروق ، ج1 ، الفرق 58 ، ص33؛ وابن عاشور؛ مرجع نفسه؛ ص303

[4] – د/ القرضاوي؛ المدخل لدراسة السنة النبوية؛ مؤسسة الرسالة؛ط1سنة2001؛ ص176

[5] – ابن عاشور؛ مقاصد الشريعة؛ ص280 حيث يقول:" إن استواء أفراد الأمة في تصرفهم في أنفسهم مقصد أصلي من مقاصد الشريعة وذلك هو المراد بالحرية"

وسائل أخرى كالماء الساخن أو الغازات المسيلة للدموع؛ أو وضع كاميرات خاصة بمراقبة مثيري أعمال الشغب ليتم القبض عليهم فيما بعد وغيرها من الوسائل المتطورة التي تحقق المقصد الشرعي الثابت المتمثل في حفظ كرامة الإنسان. فالسلطة ملزمة باختيار أحسن الوسائل وأفضلها فعالية في تحقيق أهدافها وفرض سيادة نظامها بما لا يعود على الحريات وحق الإنسان في الكرامة بالإبطال لأنه هو الهدف المقصود. فالتمييز بين الوسيلة المتغيرة والمقصد الثابت في النصوص الشرعية يمثل إحدى أهم القواعد الضابطة لفهم قيم العدالة والحرية والمساواة والنظام وهذا ما قرره د/ القرضاوي حيث اعتبره إحدى الضوابط التي كانت سببا في حصول أسباب الخلط والزلل؛ خاصة في فهم السنة.

ومن الأمثلة التي ذكرها لتدليل على أهمية هذا الضابط ما يتعلق **بحفظ الصحة العمومية** من ضرورة عدم التركيز على أنواع الأدوية والأعشاب مما جاء في الطب النبوي؛ وإنما ذلك مجرد وصفات ظرفية ووسائل متغيرة لدفع المرض وليست مقصدا ثابتا بعينها فروح الطب الإسلامي المحافظة على صحة الإنسان كمقصد للشريعة ووسائله متغيرة من عصر إلى عصر.[1]

وكذلك الأمر بالنسبة لحفظ النظام العام من التهديد الخارجي فهو يمثل مقصدا ثابتا غير أن وسائله متغيرة فإذا كانت حسب النص القرآني" **وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدْوَّ اللّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَآخَرِينَ مِن دُونِهِمْ لاَ تَعْلَمُونَهُمُ اللّهُ يَعْلَمُهُمْ وَمَا تُنفِقُواْ مِن شَيْءٍ فِي سَبِيلِ اللّهِ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنتُمْ لاَ تُظْلَمُونَ**"[2] فلا يفهم أن المرابطة في وجه الأعداء لا تكون إلا بالخيل التي نص القرآن عليها ، بل فهم كل من له عقل يعرف اللغة و مقاصد الشرع وروحه أن **خيل العصر** هي الدبابات و المدرعات و سائر أنواع الأسلحة المذكور في الآية و هو تحقيق الردع و الإرهاب لأعداء الله وأعداء المؤمنين [3] .

وهكذا ينبغي في عملية صنع القرارات السياسية والقواعد الملزمة، ضرورة الوعي والتمييز بين المقاصد و الوسائل، وأن المقاصد هي منطقة الثبات والثانية منطقة المرونة والتطور.[4]

وبالإضافة إلى المعايير السابقة في مجال ترتيب المصالح ورعاية أولويتها ؛هناك مجموعة أخرى من الضوابط الخاصة بالاجتهاد الضبطي في تحديد الحلول والوسائل التي تختارها سلطة الضبط الإداري – ممثلة في سلطات الحسبة – لجلب المصالح و درء المفاسد.

هذه الضوابط عبارة عن مجموعة من القواعد الفقهية العامة بعضها يتعلق بجلب النفع و البعض الآخر يتعلق بدفع الضرر وهي تسهم مع المعايير السابقة في تكوين منظومة الضوابط التي يضعها الفقه الإسلامي لعملية حفظ نظام الأمة .

---

[1] – د/ القرضاوي؛ كيف نتعامل مع السنة معالم وضوابط؛ المنصورة ، دار الوفاء / 1992 ؛ ص 137

[2] – سورة الأنفال، آية 60.

[3] – د/ يوسف القرضاوي، كيف نتعامل مع السنة النبوية؛ معالم و ضوابط ، ص 135 وما بعدها

[4] – د/ القرضاوي، في فقه الأولويات، ص 36 . ود/ فوزي خليل؛ مرجع سابق؛ ص440

وهذه القواعد الفقهية بعضها يجد أصله في نصوص الوحي؛ كقاعدة "**لا ضرر ولا ضرار**" التي تعتبر مصدرا لنصف أحكام الفقه ذلك أن الأحكام إما لجلب المنافع أو لدفع المضار؛ فهي ترجع في أصلها إلى تحصيل المقاصد وتقريرها بدفع المفاسد أو تخفيفها[1] .

وإما أن تجد مصدرها في تلك الكليات استقرائية توصل إليها فقهاء الشريعة عن طريق استقراء الأحكام الجزئية لاستخراج أصلها لكلي، مثلها مثل قواعد مقاصد الشريعة[2] ؛و قواعد الاجتهاد الأصولي التي عبر عنها أهله بالمناهج الأصولية كضوابط للاجتهاد بالرأي مثل القياس والمصالح المرسلة و الاستحسان ،و اعتبار المآل[3] . وليس من غرض الدراسة الدخول في تفصيلاته؛ أو الإلمام بكافة القواعد الفقهية الضابطة للاجتهاد السياسي في جلب المصالح ودفع المضار وإنما يكتفي الباحث بأبرز هذه القواعد باعتبارها نوعا من الضوابط المحددة لتدابير حفظ النظام العام والقيام على شؤون الأمة بما يصلحها أو يجعلها أقرب إلى الصلاح و أبعد عن الفساد

قاعدة " **التصرف على الرعية منوط بالمصلحة** " وتعنى هذه القاعدة أن نفاذ التصرفات و السلوكيات السياسية – المتمثلة في القواعد الملزمة والقرارات السياسية التي تصدر من أولى الأمر، و الالتزام بها من قبل الرعية – معلق ومتوقف على وجود المنفعة المقصود للشارع و اشتمالها في هذه القواعد و تلك القرارات و إلا ردت و استجوبت العصيان بدل الطاعة لأنها تكون دائرة حينئذ حول مصلحة متوهمة أو ملغاة، أي خارجة عن دائرة المصلحة الشرعية العامة.[4]

ويترتب على إعمال هذه القاعدة أنه يجوز للسلطة النظامية ترجيح الدليل المرجوح عند التعارض بينهما لمصلحة راجحة؛ كما أن العمل الواحد يكون فعله مستحبا تارة، و تركه مستحبا تارة أخرى باعتبار ما يترجح من مصلحة فعله أو تركه ، بحسب الأدلة الشرعية.[5]

ومن التطبيقات السياسية على هذه القاعدة تنفيذ تصرفات البغاة و أئمة الجور، مع أن الأصل في تصرفاتهم البطلان لعدم الولاية، و ذلك لما في عدم إمضاء هذه التصرفات من المفاسد الراجحة، حيث يرى عز الدين بن عبد السلام تصحيح ولاية الإمام الفاسق والقاضي الفاسق، لما في إبطال ولايتهما من تفويت المصالح العامة ،و لا ينفذ

---

[1] – د/علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، دار القلم دمشق؛ ط5؛ سنة2000، ص287.

[2] – أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، مرجع سابق، ص 342.

[3] –د/ الدريني ؛ المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي؛ مؤسسة الرسالة بيروت ط3؛ 1998؛

[4] – ينظر شرح و تطبيقات هذه القاعدة في: أحمد محمد الزرقاء ، شرح القواعد الفقهية، دمشق دار القلم 1989؛ ص 309-310 .

[5] – و قد وقع التنبيه على هذا المعنى في ترك النبي صلى الله عليه و سلم بناء البيت على قواعد إبراهيم ، وقال لعائشة : " **لولا أن قومك حديثو عهد بالجاهلية لنقضت الكعبة و لألصقتها بالأرض و لجعلت لها بابين، بابا يدخل الناس منه و بابا يخرجون منه** "؛ فإن الرسول امتنع عن هدم البيت وإعادة بنائه على قواعد إبراهيم، و الذي كان عنده أفضل الأمرين، لأن في هدمه ضررا أشد و مفسدة أعظم، ومن ثمة فإن المفسدة ترجح المصلحة، ولهذا وجب إبقاء الحال على ما هو عليه دفعا للمفسدة الأرجح، ينظر ابن تيمية مجموع فتاوي شيخ الإسلام، مجلد 24، ص 195 – 198 .

من تصرفاتهم إلا ما ينفذ من تصرف الأئمة المقسطين و الحكام العادلين، فلا نبطل تصرفه المصالح لأجل تصرفه في المفاسد[1].

مقارنة جزئية حول ضوابط حفظ النظام العام في الشريعة والقانون:

مما سبق يلاحظ انه مع إقرار النظامين الوضعي والإسلامي بأهمية فكرة النظام كأداة للضبط الاجتماعي؛ وفي اعتبارها مصدرا لمجموعة القيود والحدود الواردة على الحرية حفظا للصالح العام المقدم على الصالح الخاص؛ إلا أن مسألة وضع الضوابط على السلطة النظامية فيهما متفاوتة؛ بالرغم من اشتراكهما في بعض الضوابط كفكرة دستورية الحرية التي يقابلها قرآنية الحقوق والحريات؛ ومسألة ضرورة التناسب والتوازن بين متطلبات حفظ النظام وقيمة الحرية المنظمة؛ والتي يقابلها فكرة نظرية الموازنة بين المصالح والمفاسد؛ كما يلاحظ أن ضوابط حفظ النظام في القانون هي في الأخير من صنع السلطة نفسها؛ بخلاف ضوابطه في الشريعة فانها تأتي فوق السلطة بحكم أن السيادة والحاكمية للوحي الذي لا يقبل تبديلا ولا تعديلا.

ومع هذا الفراق الجوهري بين النظامين فان مسألة **ضرورة ضبط فكرة النظام العام** تبقى من أهم المسائل التي يجب السعي الحثيث لحصرها حماية للحرية؛ ولا شك أن هذا المطلب **ملح** في كلا النظامين؛ ولن يتحقق هذا الضبط إلا بتدخل القضاء الاداري المتخصص بما له من سلطة واسعة في الرقابة على أعمال الإدارة إلغاءا وتعويضا وفحصا للمشروعية والملاءمة.

وخلاصة القول حول مادة هذا الباب وصفوته في إجلاء الجانب النظري من إشكالية هذه الرسالة هي أن فكرة النظام العام مثلت **بحق** وظيفة ارتكازية؛ **ومبدأ محوريا** في المنظومة القانونية والشرعية معا؛ فهي غاية تسعى إلى تحقيقها كل الأنظمة السياسية الوضعية والشرعية؛ ونظرا لأهميتها جاءت تلك المحاولات الفقهية والقضائية بهدف ضبط مضمونه؛ وتحديد أبعادها؛ ومحاوله وضع حدود لها؛ بحيث تعتبر قيودا لها؛ ترد على سلطات الضبط وحفظ النظام العمومي؛ في تقييد الحريات؛ كما تبين جليا أن فكرة حفظ النظام تعتبر بحق مصدرا لمجموعة القيود الواردة على ممارسة الحريات. وان كان لفكرة الحرية أيضا دور في تقييد وتحديد مجال سلطات حفظ النظام العام؛ بضرورة مراعاة الحرية عند كل تدبير تنظيمي.

الأمر الذي تطلب من الفقه والقضاء الإداريين وضع ضوابط فكرية وعملية لوقف السلطة عند خيريتها في حفظ النظام دون تعد وتجاوز في استعمال امتيازات وسلطات الضبط الإداري؛ وفي النظام الإسلامي مثلت فكرة حفظ نظام الأمة مقصدا عاما للشريعة على مستوى الأمة و الدولة؛ وغاية كلية من وراء وضع الشريعة بعد كلمة التوحيد؛ يأتي توحيد الكلمة وتحقق الانتظام؛ إذ بدونه يختل نظام حياة الناس؛ وتسود الفوضى والاضطراب؛ وبناء على ذلك وجدت تلك التطبيقات النبوية والراشدية في مجال تقييد ممارسة النشاط الفردي؛ وتقييد الحرية لمصلحة دوام نظام أمور الجماعة.

[1] – ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1، مرجع سابق، ص 80.

ذلك أن قواعد النظام العام في الشريعة هي أكثر تحديدا منها في القانون الوضعي؛ إلى حد وصفها بالنظام العام الأبدي؛ في مجال قواعد فقه الأفراد؛ بخلاف قواعدها في فقه الدولة التي أساسها والعبرة فيها بنتائجها ومآلها؛ وفيها تقوم فكرة حفظ النظام بدور بالغ الأهمية في اتخاذ القرارات النظامية والمصلحية؛ إلى حد يمكن معه تقرير أن فكرة النظام العام **جوهر السياسة الشرعية ولب مقاصد الشريعة ومكارمها**.

ومع إدراك الباحث بأهمية فكرة النظام العام في أي منظومة تشريعية كتعبير عن ثوابتها وقيمها وضروريتها وعناصر بقائها ودوامها؛ إلا أنها مثلت في الجهة المقابلة مساسا خطيرا بالنظام القانوني للحريات؛ ولا زالت مما يستوجب البحث عن آليات لتحقيق التوازن بين الفكرتين في إطار الدولة ؛ بحيث تكون هناك **هدنة مؤبدة** بين حق السلطة في إقرار النظام؛ وبين حق الأفراد في التمتع بكامل حقوقهم وحرياتهم المكفولة دستوريا.

وترتيبا على ذلك يتعين كما يقرر غالبية الفقه المعاصر أن يكون إجراء الضبط الإداري المستهدف لحفظ النظام العمومي ضروريا؛ ولازما لاتقاء الإخلال بالنظام العام، بحيث يكون الإجراء المقيد للحرية متناسبا مع جسامة الاضطراب التي تهدف الإدارة إلى تفاديه؛ ولن يتحقق ذلك إلا من خلال نظرية الموازنة بين المضار والمنافع.

ويعد شرط **التناسب** أو **الموازنة** في مقدمة العناصر المفيدة في تحديد مدى سلطة الإدارة في القانون والشريعة من أجل التوفيق بين مقتضيات **النظام** ورعاية **الحرية** حيث يقوم القاضي الاداري بمراجعة الإدارة في تقديرها لخطورة الاضطراب أو التهديد الذي تريد تفاديه، أي تقدير مدى أهمية وخطورة السبب في إجراءات الضبط الإداري، ولا يكون التعرض لحريات المواطنين مبررا إلا في حالة وجود اضطرابات خطيرة تهدد النظام العام.

إذ أن الهدف **ليس صيانة النظام العام بأي ثمن، وإنما يلزم أن يكون السعي إلى تحقيق هذا الهدف بأقل تضحية ممكنة تتحملها الحريات العامة**؛ ومن هذا القبيل يمكن اعتبار تجاوز السلطة لحدود الحرية **ظلما** يجب رفعه؛ يقول ابن عاشور" إن موقف تحديد الحرية موقف صعب وحرج ودقيق على المشرع غير المعصوم، فواجب ولاة الأمور التريث فيه وعدم التعجل لأن ما زاد على ما يقتضيه درء المفاسد من تحديد الحرية يعد ظلما، كما أشار عمر بن الخطاب لما حمى **حمى** الربذة قرب المدينة؛ وأخرج منها أهلها من الأعراب فقال" **وأيم الله إنهم ليرون أني ظلمتهم؛ إنها لبلادهم قاتلوا عليها في الجاهلية، وأسلموا عليها في الإسلام؛ والذي نفسي بيده لولا المال (الإبل) الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبرا**"؛ قال **ابن عاشور**[1] معلقا على هذه الواقعة " تأكيده- رضي الله عنه- للكلام **بالقسم** مؤذن بأن لهم **شبهة قوية في ظنهم أنه ظلمهم بما حمى عليهم من أرضهم**؛ فكيف بمن قوتلوا دون أرضهم وعرضهم بمجرد جرة قلم مبررها حفظ النظام وإعادة استتبابه دون تثبت وتريث، يؤكد ذلك قوله عليه السلام:" **اللهم إني أبر إليك مما صنع خالد**" كتعبير عن قيام مسؤولية الدولة.

فتجنبا لهذا الظلم أو التعسف في استعمال سلطة تقييد الحرية كان من اللازم أن يكون الإجراء الذي اتخذته الإدارة الضبطية لازما وضروريا؛ لتوقي الحظر دون تعد أو تجاوز؛ ولذلك يجب أن يكون التدبير الضبطي **متناسبا**

[1] – ابن عاشور؛ أصول النظام الاجتماعي في الإسلام؛ ص167؛ وقد نسب تخريج تلك القضية العمرية إلى رواية للإمام مالك في الموطأ.

مع جسامة الاضطراب الذي تهدف الإدارة إلى تفاديه، فالضرورة تقدر بقدرها. وبذلك يتقرر التقريب والتغليب والتوفيق بين المصلحة المشروعة التي تتغياها الإدارة والمتمثلة في حماية النظام العام؛ وبين نوعية الحرية ومدى أهميتها لدى الأفراد.

ويظهر جليا من خلال مباحث هذا الباب أن هناك **قفزة نوعية** وتطور ملحوظ في مجال حماية الحرية في مواجهة تغول سلطات الضبط التشريعي والقضائي والإداري؛ خصوصا سلطات الضبط الإداري منها نظرا لما تتمتع به قانونيا من امتيازات واسعة في وقاية النظام وإعادة فرضه؛ ولو باستعمال الوسائل والأساليب القمعية والقسرية؛ وربما يرجع سبب ذلك إلى الانتشار الواسع لموجة الحرية وحقوق الإنسان في الغرب المسيحي؛ في أعقاب تلك الثورات الشعبية المطالبة بتقديم **حرية الفرد** على سلطة الحاكمة.

فالحقيقة أن سلطة الضبط الإداري –حتى في حالة عدم وجود نصوص تشريعية منظمة لحرية ما– قد أصبحت سلطة مقيدة **إلى حد كبير**، لما يقوم به القضاء من دور ليس في رقابة المشروعية فقط؛ وإنما تعداها إلى رقابة الملائمة والتناسب عند القاضي الدستوري أيضا؛ و قد قيل تبريرا لذلك أن الملائمة في هذه الحالة تصبح عنصرا من عناصر المشروعية بحيث يترتب على تخلفه تعيب القرار.

وعليه يختلف أداء سلطات حفظ النظام تبعا للظروف الزمانية والمكانية إذ نجد أن هذه الصلاحيات المكلفة بها بقصد حفظ النظام العام تتسع في ظل أوقات الأزمات والفتن فيما يعرف بنظرية الظروف الاستثنائية ذلك أن نصوص المشروعية العادية قد لا تسعف لموجهة ما تتعرض له البلاد من اضطرابات وتهديد لأمنها الداخلي والخارجي وهنا تقوم فكرة النظام العام بمضمونها القانوني بتوسيع صلاحيات سلطة الضبط الإداري؛ على أن يتم ذلك تحت رقابة المشروعية ورقابة الملائمة للقاضي الإداري للتأكد من توافر شروط الظروف الاستثنائية والتحقق من ملائمة وتناسب القرار الضبطي لمواجهة تلك الظروف الحالة. والملاحظ أن كل الدراسات القانونية تشيد بدور القضاء الإداري الفرنسي في فرض رقابة الملائمة بالنسبة لقرارات الضبط وحفظ النظام؛ بدأ بحكم Benjamin الشهير والمتعلق بحرية الاجتماع[1].

غير أن الباحث مع إشادته بهذا الدور لمجلس الدولة الفرنسي في حماية الحرية **موقن** بأن هناك تطبيقات عملية أسبق عرفتها الحكومة النبوية وحكومات الخلفاء الراشدين؛ وهو ما سيحاول الباحث تقصيه عند دراسة انعكاسات وآثار حفظ النظام العام على ممارسة الحريات والحقوق في النظام الإسلامي في الباب الثاني من هذه الرسالة.

[1] – فقد أصدر عمدة نفير Nevers قرارا بمنع عقد احد الاجتماعات خشية من وقوع اضطرابات تخل بالنظام العام، وقد ألغى مجلس الدولة هذا القرار بعد فحص الظروف المحلية التي أحاطت بالدعوة إلى الاجتماع، مقررا انه قد اتضح من التحقيق أن الاضطرابات المحتملة التي ادعى بها العمدة لم تبلغ خطورتها إلى الدرجة التي يعجز معها ، بما لديه من سلطات وقوات البوليس عن المحافظة على النظام العام مع السماح بعقد الاجتماع، ينظر نماذج أخرى من هذا القبيل عند د/ قاسم العيد؛ مجلس الدولة الفرنسي وموقفه من حريات التعبير ؛ مجلة الحقوق والعلوم الاجتماعية؛ جامعة الأغواط؛ العدد01؛ ماي 2005؛ ص241

الباب الثاني:

انعكاسات أساليب حفظ النظام العام في مجال تقييد ممارسة الحريات العامة
– دراسة تطبيقية مقارنة في حالة الحركة–
بين الشـــريعة الإسلامية والقـــانون الجـــزائري

الباب الثاني:انعكاسات أساليب حفظ النظام العام في مجال تقييد ممارسة الحريات العامة.

– دراسة تطبيقية مقارنة في حالة الحركة –

بين الحرية والسلطة صراع طويل ومرير، حاول فقه وقضاء القانون العام فضه من خلال خلق وسائل وآليات للموازنة بين متطلبات النظام العام التي تنشدها السلطة الإدارية وبين احترام الحريات العامة الأساسية للمواطنين كحقوق طبيعية، لعل منها وجود دستور جامد يقر بالحرية في إطار نظام الجماعة، ورقابة قضائية ودستورية فعالة في حماية الحرية.

والمتأمل في مادة الحقوق والحريات في الدساتير الجزائرية[1] يستنبط منها القاعدة العامة بأن الأفراد يتمتعون بالحريات العامة التي كلفها لهم الدستور وخاصة في الظروف العادية غير الاستثنائية إلا أنه في مواضيع معينة ترد على هذه الحريات قيودا تفرضها مصلحة المجتمع وذلك للحفاظ على النظام العام، ولما كان الأصل هو التمتع بالحرية والاستثناء هو القيد وجب أن تخضع هذه القيود إلى ضوابط تمنع أو تحد من التعسف في ممارستها أو حتى لا تصل هذه القيود إلى درجة الحد المطلق لها أو الوصول إلى درجة إزالتها نهائيا حيث أنه لا يسمح بذلك إلا في حالة الإخلال الجسيم بالنظام العام فعلا وحتى في هذه الحالة يجب أن ترد عليه استثناءات مشروعة لصالح الحريات الأخرى.

إن كل نظام حريات عامة يرتبط إما بنظام **وقائي** أو بنظام **قمعي**، فالنظام الوقائي هو الذي يخضع ممارسة كل نشاط لإذن وترخيص مسبق وهو يؤدي بطبيعة الحال إلى نتيجة تقييد هام لحريات المواطنين، وفي هذه الحالة يكون الوضع معاكسا للمبدأ السالف الذكر بحيث يصبح التقيد هو القاعدة والحرية هو الاستثناء وفي نظام كهذا لا يمكن عقد اجتماع عام على سبيل المثال إلا بعد الحصول على إذن صريح بذلك.

أما النظام القمعي بالمقابل فهو الذي يترك نشاط المواطنين ينمو بحرية ولا تتدخل إلا لقمع التجاوزات، وهذا ما يؤدي إلى وضع مشجع أكثر في ممارسة الحريات العامة.[2] ولكنه يتطلب تشريع صريما يطب على المخالفين للقانون كحماية جنائية للنظام العام ؛ وبين هذه النظامين تقف معظم الأنظمة موقف الوسط من خلال العمل **بأسلوب الاخطار المسبق** الذي يتطلب ويجمع بين ضرورة **اعلام الادارة** قبل ممارسة الحرية؛ مع **ترتيب العقوبة** في حالى مخالفة الأنظمة والقوانين.

الفصل الأول: أثر أساليب سلطات حفظ النظام العمومي في تقييد ممارسة الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية – دراسة مقارنة–

الفصل الثاني: أثر أساليب حفظ النظام العام في تنظيم ممارسة الحريات العامة في الظروف العادية وضمانات حمايتها – دراسة مقارنة–

---

[1]– ينظر الفصل الرابع من الدستور 1996 ولا سيما المواد من 29 إلى 58 وغيرها من المواد و الفصل الرابع من الدستور1989؛ والفصل الرابع من الدستور 1976م وغيرها من المواد.

[2]– د/ محيو أحمد؛ المؤسسات الإدارية، ص417.

الفصل الأول: أثر أساليب سلطات حفظ النظام العمومي في تقييد ممارسة الحريات العامة في ظل الظـــروف الاستثنائية– دراسة مقارنة–

تملك الإدارة بمقتضى سلطتها التنظيمية والضبطية أن تتدخل في مجال الحريات العامة تنظيما وتقييدا علـــى الرغم من وجود النصوص الدستورية والقانونية التي تكفل حماية ممارستها؛ ويرجع ذلـــك إلى أن الإدارة هـــي المسؤولة عن المحافظة على النظام العام داخل البلاد؛ وعليه فان من واجبات الإدارة إذا تعرض النظام العمـــومي لخطر الإخلال أثناء ممارسة الحرية أن تتدخل بسرعة وقوة لوقف هذا الإخلال وإعادة استتباب النظام بمختلف الأساليب المناسبة والملائمة واللازمة لذلك.

وتختلف درجة هذا التدخل من أجل حفظ النظام تبعا للظـــروف الزمنيـــة والمكانيـــة إذ نجـــد أن هـــذه الصلاحيات المكلفة بها لقصد حفظ النظام العام تتسع في ظل أوقات الأزمات والفتن وهذا ما يطلق عليه في فقه القانون الإداري بفكرة الظروف الاستثنائية وتحكمها الآن نظرية خاصة وهي نظرية الظروف الاستثنائية[1].

والتي رغم اختلاف فقه القانون العام في تحديدها وفي المصلحة المعبر عن حقيقة مضمونها هل هـــو فكـــرة الضرورة أم فكرة نظرية الظروف الاستثنائية[2]؛ إلا أنهم متفقون على أنها الحل الوحيد لتدارك عجـــز نصـــوص المشروعية العادية التي لم تسعف لموجهة ما تتعرض له البلاد من اضطرابات وتهديد لأمنها الداخلي والخارجي.

وهنا تقوم فكرة النظام العام بمضمونها القانوني الذي سبق تحديده بتوسيع صلاحيات سلطة الضبط الإداري. على أن يتم ذلك تحت رقابة المشروعية ورقابة الملاءمة للقاضي الإداري للتأكد من توافر شـــروط الظـــروف الاستثنائية والتحقق من ملائمة وتناسب القرار الضبطي لمواجهة تلك الظروف الحالة[3].

ولما كانت نظرية الظروف الاستثنائية **تحوي في طياتها مخاطر جسيمة** تهدد حقوق الأفراد وحرياتهم العامـــة تهديدا حقيقيا، فان القضاء الإداري عمل وما زال يعمل دائما على إيجاد نوع من المواءمة والتوازن الدقيق بين السلطات الخطيرة التي تتمتع بها الإدارة في ظل هذه الظروف من ناحية، وبين حقوق الأفراد وحرياتهم العامـــة من ناحية أخرى. ويتجلى ذلك واضحا في القضاء الإسلامي في ظل حكومات الخلفاء الراشدين من خـــلال القضاء الالغاء وقضاء التعويض؛ الذي يمكن التأسيس منه لنظرية الضرورة الشرعية العامة.

---

[1] – د/ مسعود شيهوب، الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونيـــة، العـــدد رقـــم1؛ سنة1998، ص24.

[2] – خلافا لمن يسميها بنظرية الضرورة التي هي في الحقيقة أساس لها؛ علما أن الفقه الدستوري والإداري مختلـــف في تفضـــيل المصـــطلح المناسب لتكييف هذه الحالة؛ فمنهم من يرى أن فكرة الضرورة أفضل وأشمل أذ لا تقوم إلا إذا سبقتها ظروف استثنائية وهو الـــرأي الـــذي عليه كل من د/ سامي جمال الدين؛ لوائح الضرورة؛ص13؛ ويحي الجمل؛ نظرية الضرورة في القانون الدستوري؛ ص51؛ ود/ محمد كامل ليلة؛ الرقابة على أعمال الإدارة؛ص71؛ ومنهم من يرى تفضيل مصطلح الظروف الاستثنائية وعلى رأسهم د/ سليمان الطماوي؛ في الوجيز ص585؛ ود/أحمد مدحت علي؛ نظرية الظروف الاستثنائية؛ص120؛ د/ محسن خليل ؛ القضـــاء الإداري؛ ص110؛ د/فـــؤاد العطـــار؛ القضاء الإداري؛ ص85

[3] – د/ رضا عبد الله حجازي؛ الرقابة القضائية على ركن السبب في إجراءات الضبط الإداري؛ رسالة دكتوراه2001؛ جامعة القـــاهرة؛ ص408

فهذا التوازن تمثل في تلك الحلول القضائية للظروف الاستثنائية وإلى جانبها توجد حلول تشريعية لهـــذه الظروف قد تكون في شكل نصوص دستورية أو قوانين استثنائية أو الاثنين معا، وهذه الحلول التشريعية تفرض قيودا شديدة على ممارسة الأفراد لحرياتهم العامة؛ بمباركة من القضاء الإداري الذي يقر بان تخول الإدارة مـــن السلطات الاستثنائية ما تستطيع به أن تعمل على حفظ النظام ومواجهة الأخطار الناجمة عن تلك الظـــروف؛ ومن هنا تظهر قدرة مجلس الدولة الفرنسي في تعديل مضمون المشروعية خارج نطاق النصوص وأحيانا ضدها؛ لتتأكد وظيفته الخلاقة لقواعد القانون والقضاء الإداريين.[1]

المبحث الأول: دور نظرية الظروف الاستثنائية في توسيع سلطات حفظ النظام العمومي.

المبحث الثاني: مظاهر تأثر الحريات العامة من سلطات الضبط في ظل الظروف الاستثنائية.

[1] – د/ سليمان الطماوي؛ النظرية العامة للقرارات الإدارية؛ مطبعة عين شمس؛ ط6؛ سنة1991؛ ص120

المبحث الأول: دور نظرية الظروف الاستثنائية في توسيع سلطات حفظ النظام العمومي.

تطرأ على حياة الدولة ظروف استثنائية مختلفة المصادر متعددة الصور، فقد يكون سبب هذه الظروف الأحوال الدولية مثل نشوب حرب، كما قد يكن سبب هذه الظروف الاستثنائية الأحوال الداخلية مثل وقوع أزمة من الأزمات الاقتصادية أو انتشار وباء أو حدوث اضطرابات في الداخل.

ويلاحظ أن هذه الظروف الاستثنائية مهما اختلفت من حيث صورتها أو مصدرها، فإنها تتحد في الأثر والنتيجة إذ تمثل خطرا على كيان الدولة و بقائها، و لذلك لابد و أن تتقلد الإدارة من السلطات الاستثنائية ما يكفي للمحافظة على كيان الدولة وبقائها لان كما يقول سيشرون في كتابه " **الجمهورية**" إن سلامة الشعب وأمنه تسمو على كل قانون وضعي؛ وانه من الضرورة الالتجاء إلى أنجع علاج لمواجهة الأزمات العصبية[1]؛ مما يعني أن حماية الدولة فوق كل شيء أو فوق القانون.

وعلى ذلك فان سلطات الإدارة في مواجهة الحريات تزداد اتساعا في ظل الظروف الاستثنائية، حيث تتحرر الإدارة مؤقتا من الخضوع لمبدأ المشروعية، و يجوز لها الخروج على أحكام القوانين العادية بصفة استثنائية ومؤقتة، بل تستطيع الإدارة أن تحد من الحريات بقدر اكبر من المعتاد فتفرض عليها قيودا اشد وطأة من القيود المفروضة عليها في الظروف العادية، وأكثر من ذلك فان الإدارة تملك – في ظل الظروف الاستثنائية– أن توقف أو تعطل بعض الضمانات القانونية والدستورية المقررة لحماية تلك الحريات[2].

بيد أنه يجب ألا يفهم من هذا أن الإدارة تتحلل من كل قيد وتصبح سلطتها مطلقة، وبمنئى عن أية رقابة وإلا أدى ذلك إلى اعتداء صارخ على حقوق الأفراد وحرياتهم دون وجود ضمانات لهم في مواجهة هذه السلطات الخطيرة الممنوحة للإدارة في ظل هذه الظروف، ولذلك فان الإدارة تتقيد بعدة ضوابط وشروط؛ لعل من اشهرها رقابة الملائمة التي يمارسها القضاء الاداري للتحقق من ملائمة القرار الذي اتخذته لمواجهة هذه الظروف.[3]

المطلب الأول: أثر حفظ النظام العام في توسيع أحكام المشروعية الاستثنائية في القانون الجزائري.

المطلب الثاني: التأصيل الشرعي لنظرية الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في النظام الإسلامي.

---

[1] –د/ إبراهيم درويش؛ نظرية الظروف الاستثنائية؛ القسم الأول؛ مجلة إدارة قضايا الحكومة؛ دار القاهرة للطباعة؛ السنة 10؛ العدد4؛ لعام 1966؛ ص138

[2] – والأخطر من كل ذلك تستطيع سلطات الضبط الإداري بناء على نظرية الظروف الاستثنائية **تبرير خرق بعض أركان القرار الإداري** عموما والقرار الضبطي خصوصا؛ عن طريق تعديل قواعد الاختصاص العادية أو الخروج عن الإجراءات الشكلية؛ أو مخالفة قواعد المحل؛ أي يمكنها الخروج على قواعد **المشروعية الخارجية** دون إمكانية مخالفة أحكام المشروعية الداخلية المتمثلة في قواعد ركني السبب والغاية ؛ د/ رضا عبد الله حجازي ؛رسالته السابقة؛ ص416.

[3] – د/ أنس جعفر؛ الوسيط في القانون العام؛ ص92.

المطلب الأول: أثر حفظ النظام العام في توسيع أحكام المشروعية الاستثنائية في القانون الجزائري.

غالبا ما تلجأ الحكومات حينما تطرأ ظروف استثنائية تهدد الدولة وكيانها كالحرب أو الفتنة أو انتشار الأوبئة أو حدوث كوارث عامة، إلى إعلان حالة الطوارئ لكي تتمكن من اتخاذ الإجراءات السريعة الحازمة، بما يسمح لها بمواجهة هذه الظروف والتغلب عليها، ويترتب على تطبيق هذا النظام الاستثنائي الذي تقيمه حالة الطوارئ، المساس بحقوق الأفراد وحرياتهم العامة التي كفلها الدستور وأباح للمشرع تنظيمها بموجب قانون[1].

فهناك كثير من القرارات والأعمال الإدارية تعد في الظروف العادية مخالفة للقانون وتعد في الظروف الاستثنائية متفقة معه، لأن مبدأ سيادة القانون يتخذ في هذه الظروف وضعا خاصا حيث نجد قرارات يجب أن تعتبر وتعد باطلة لو اتخذت في الظروف العادية، ويحكم القضاء الإداري بصحتها لأنها في الظروف الاستثنائية، أي تعتبر الإجراءات الإدارية غير المشروعة في الأوقات العادية مشروعة في مثل هذه الظروف الاستثنائية حماية للنظام العام واستمرارا لسير المرافق العامة. ونظرية الظروف الاستثنائية يمكن أن تطبق في مجالات القانون الإداري بغير الاستثناء، ولا يقتصر تطبيقها على المجال دون مجال آخر[2].

والجدير بالذكر هنا هو أن أول مجالاتها هو الضبط الإداري، حيث أن أول ما تحس الإدارة بنقصه في هذه الظروف العصيبة هو حاجتها إلى المزيد من الأمن والنظام العام والاستقرار، ولكن لا يقتصر عليه وحده بل تمتد لتشمل موضوعات القانون الإداري بأسره ، فالشيء الذي يتغير في ظل الظروف الاستثنائية هو توسع محتوى المبدأ الذي يحكم تصرفات الإدارة في جميع المجالات ألا وهو **مبدأ المشروعية**.

وتتمثل هذه الظروف الاستثنائية الموسعة لمبدأ المشروعية في إعلان حالة الحصار، أوحالة الطوارئ، أو الحالة الاستثنائية أو حالة الحرب، وهي الحالات التي نص عليها دستور 1976 في المواد من 119 إلى 123، وأعاد دستور 1989تبنيها في المواد من 86 إلى 91 ، وقد احتفظ دستور 1996 في مواده من 91 إلى 96 بنفس الحالات، وهذا خلافا لدستور 1963 الذي اكتفى بالنص عليها في المادة 59[3]، معبرا عنها بالسلطات المتعلقة بالظروف الاستثنائية"[4].

الفرع الأول: دور حفظ النظام في اعلان حالتي الحصار والطوارئ وتطبيقاتهما في القانون الجزائري.

الفرع الثاني: دور حفظ النظام العام في اعلان الحالات الاستثنائية الأخرى في النظام القانوني الجزائري.

---

[1] – د/ طعيمة الجرف؛ مبد أ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون؛ ص149

[2] – د/ أبو زيد فهمي مصطفى، القانون الإداري– ذاتية القانون الإداري سنة 1998؛ ص186.

[3] – المادة 59 من دستور 1963، في حالة الخطر الوشيك الوقوع يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ تدابير استثنائية لحماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية، ويجتمع المجلس الوطني وجوبا"

[4] – د/ ناصر لباد، القانون الإداري، ج2، ط.1، 2004، ص 51-52.

الفرع الأول: دور حفظ النظام في اعلان حالتي الحصار والطوارئ وتطبيقاتهما في القانون الجزائري.

لم يمر على الحصار المعلن عنه عقب أحداث أكتوبر 1988؛ أقل من ثلاث سنوات؛ لتدخل البلاد بعدها في حالة حصارثانية؛كان هدفها هذه المرة التصدي للإضراب السياسي الذي أعلنه حزب الجبهة الإسلامية للإنقاذ احتجاجا على قانون تقسيم الدوائر الانتخابية والذي تولد عنه اعتصام مناضلي الحزب وسيطرتهم على عدد من الساحات العمومية في العديد من المدن فضلا عن شل العديد من المؤسسات الإدارية والاقتصادية؛[1]الأمر الذي دفع برئيس الجمهورية إلى إعلان حالة الحصار للمرة الثانية في الجزائر ولمدة 04 أشهر بموجب المرسوم الرئاسي 90-196 وقد حددت المادة الثانية منه الغرض منها؛ وهو الحفاظ على استقرار المؤسسات الدولة الديمقراطية **واستعادة النظام العام** وكذالك السير العادي للمرافق العمومية.

أما حالة الطوارئ فقد أعلنها المجلس الأعلى للدولة- وهو مجلس مستحدث من طرف المجلس الأعلى للأمن لسد شغور منصب رئاسة الجمهورية عقب تصريح المجلس الدستوري بهذا الشغور- بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-44؛ عقب الأحداث التي شاهدتها العديد من المدن اثر إلغاء إجراء الدور الثاني من الانتخابات التشريعية التي جرى دورها الأول في 26 ديسمبر1991؛ وأسفر عن فوز حزب الجبهة الإسلامية بأغلبية المقاعد في البرلمان[2]. ويلاحظ الباحث أن مرسوم حالة الطوارئ جاء مصرحا ومتضمنا للأسباب التي استدعت اللجوء إلى هذه الحالة والمتمثلة في "**المساس الخطير والمستمر للنظام العام المسجل في العديد من نقاط التراب الوطني؛ التهديدات** التي تستهدف استقرار المؤسسات والمساس الخطير والمتكرر بأمن المواطنين والسلم المدني"؛ مما يجعل الجزائر في حكم الظروف الاستثنائية.

كما أن المتامل في النصوص المنظمة لكلا الحالتين يلاحظ أن هناك تشابه كبيرا بينهما؛ باستثناء فرق وحيد بين الحالتين يكمن في الجهة المخول لها سلطة الحفاظ على النظام العام أثناء كل حالة؛ والمتمثلة في السلطة المدنية في حالة الطوارئ؛ والسلطة العسكرية في حالة الحصار.[3] أما من حيث أسباب إعلان كل حالة فهي واحدة خلافا للمشرع الفرنسي مما يفسر تلك السلطة التقديرية الواسعة في اختيار أي الحالتين شاء[4]. ومن ثم تكمن المشكلة في آثار ذلك على الحريات؛ بحيث قد يحتاج الامر الى حالى اخف فيتم اللجوء الى حالة أكثر وطأة على الحرية نظرا وفيما يلي تفصيل كل حالة بضوابطها على حدى :

أولا: دور حفظ النظام العام في إعلان حالة الحصار وضوابطها في القانون الجزائري.

ثانيا: دور حفظ النظام العام في إعلان حالة الطوارئ وضوابطها في القانون الجزائري.

---

[1] - د/ بن طيفور نصر الدين؛ السلطات الاستثنائية لريس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة؛ رسالة دكتوراه، جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس 2002-2003؛ ص25

[2] - د/ شطاب كمال؛ حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية و الواقع المفقود1989-2003؛ دار الخلدونية؛ القبة الجزائر؛ط1؛ سنة2005؛ص14 و185. د/ بن طيفور؛ مرجع نفسه؛ ص30

[3] - د/ مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص27.

[4] - د/بن طيفور؛ مرجع نفسه؛ ص32 ؛ د/ مراد بدران؛ الرقابة القضائية؛ رسالته السابقة؛ ص93

أولا: دور فكرة حفظ النظام العام في إعلان حالة الحصار وضوابطها في القانون الجزائري.

تعتبر فكرة حفظ النظام العام المصدر الرئيسي لإعلان إحدى حالات الظروف الاستثنائية في النظام السياسي الجزائري؛ ولو بدون وجود سند قانوني ينظم صلاحيات تنظيم هذه الحالة، ومثالها ما حصل مع إعلان حالة الحصار الأولى عقب أحداث **05 أكتوبر 1988**؛ والتي خرجت فيها جموع غفيرة من الجماهير في عدة مدن جزائرية للتظاهر مما أدى إلى المس برموز الدولة وتخريب المؤسسات الإدارية والاقتصادية سببا دافعا لإعمال رئيس الجمهورية لسلطته التقديرية في إعلان حالة الحصار في اليوم الموالي[1] أي في 6 أكتوبر1988.

وبغض النظر عن الدوافع الكامنة وراء هذه الأحداث ؛ فان تلك الاضطرابات وعمليات التخريب والتكسير التي شهدتها بعض المؤسسات العمومية قد أدت إلى الإخلال بالنظام العام وعدم استقراره.

ولذلك تولى الجيش الشعبي الوطني مهمة **ضمان حفظ النظام العام** بدل قوات الأمن بدون أن تكون ثمة نصوص قانونية تحدد مهامه بدقة.[2] غير أن هذا النقص التشريعي في تنظيم حالة الحصار تم تداركه مع اعلان حالة الحصار الثانية عقب الاضراب السياسي لحزب الجبهة الاسلامية لانقاذ حيث صدر المرسوم الرئاسي 196/91 المنظم لحالة الاحصار. وبناء على هذه المرسوم سيركز الباحث على صلاحيات سلطة ادارة حالة الحصار في تقييد ممارسة الحريات العامة والضوابط التشريعية الواردة عليها.

1- تعريف حالة الحصار:

يعرفها بعض الفقهاء بأنها" سلطة استثنائية تتمتع بها حكومة بلد في حالة خطر وشيك على الأمن الداخلي أو الخارجي بمقتضاها يسمح بنقل سلطات حفظ النظام العمومي من السلطة المدنية إلى السلطة العسكرية مما يسمح لهذه الأخيرة بتقييد الحرية والحد منها."[3] ويضيف البعض "ويقوم القضاء العسكري محل القضاء العادي في كثير من المجالات."[4]فهي حالة استعجاليه ملجئة؛ توضع لمواجهة أشد الظروف التي تعجز فيها السلطات المدنية عند مباشرة مهامها.

---

[1] – وجدير بالذكر أن مرسوم إعلان حالة الحصار لم ينشر في الجريدة الرسمية الأمر الذي دفع بالقائد العسكري خالد نزار **المكلف باستعادة النظام** إلى **الاعتراف** بأنه كان يفتقر إلى الأدوات القانونية الخاصة بإدارة حالة الحصار(فراغ قانوني) مما اضطره حسب ما كتبه في مذكراته إلى الاستعانة بالكتب الأجنبية؛ خالد نزار؛ مذكرات؛ منشورات دحلب؛ 1999؛ ص121

[2] – السعيد كليوات؛ الضبط الإداري في الجزائر مفهوما وممارسة؛ رسالة ماجستير في العلوم السياسية؛ جامعة الجزائر؛ سنة 2003/2002؛ ص 97؛ وقد نقل في رسالته بعض شهادات خبراء في تفسير أسباب أحداث أكتوبر؛ حيث يمكن إرجاعها إلى مشاكل عديدة منها انخفاض أسعار البترول؛ إلى جانب ضعف القدرة الشرائية للمواطن؛ توقف الاستثمارات؛ قلة مردودية المؤسسات الاقتصادية؛ ارتفاع ديون الجزائر الخارجية من واحد مليار دولار سنة 1970 إلى 19 مليار دولار سنة 1988؛ وقد زادت هذه الديون حتى وصلت سنة1991 إلى 24 مليار دولار؛ رسالته السابقة؛ ص96.

[3] – د/ شطاب كمال؛ حقوق الإنسان في الجزائر؛ مرجع سابق؛ ص104

[4] –د/ تفيده عبد الرحمن، الظروف الاستثنائية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، سنة 1990م، ص70. علما أن قانون 1982قد أبقى على المحاكم العسكرية بالنسبة للظروف الاستثنائية وألغاها بالنسبة للظروف العادية طبقا للمادة 700 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي ينظر د/ مراد بدران؛ مرجع سابق ؛ ص96

فمضمونها حسب الفقيه **رولان دراقوا** " أنها حق عام معترف به في أنظمة دستورية أخرى والتي تتميز عن طريق توسيع السلطات الاستثنائية التي يمكن في بعض الحالات أن تقلص من الحريات العامة المضمونة في الدستور والتشريعات الأخرى[1].

وعليه يمكن اعتبار حالة الحصار مجموعة الإجراءات القانونية والتدابير الاستثنائية الموجهة لحماية التراب الوطني تعلن عنها في حالة خطر لاحق نتيجة لحرب خارجية أو تمرد عسكري.

ويعرفها **د/ فوزي أوصديق**[2] "بأنها حالة ذات صلة بالأعمال التخريبية أو الأعمال المسلحة أو حدوث حتى بعض الكوارث الطبيعية، وهذا ما قرر فعلا أثناء زلزال الشلف بينما حالة الطوارئ هي مرحلة تحضيرية وأولية للحالات الاستثنائية " إذ تعلن في ظرف استثنائي نتيجة لحالة خطيرة على النظام العام.كالكوارث الطبيعية أو الفتن المسلحة أو الحرب، تطغى فيها المشروعية الاستثنائية عن المشروعية العادية وتتقلص فيها الحريات العامة بدفع الحفاظ على النظام العام ومرافق الدولة[3]ويرى **د/ مسعود شيهوب**[4] أنها حالة تسمح لرئيس الجمهورية باتخاذ كافة الإجراءات القانونية والتنظيمية بهدف الحفاظ على استقرار مؤسسات الدولة واستعادة النظام والسير العادي للمرافق العمومية؛ وهو على ما يظهر مستمد من نص المادة الثانية من مرسوم الحصار 1991/91 المعلن عنه في صيف 1991 ابتداء من 50جوان1991.

وفي فرنسا فان كل الصلاحيات الأمنية تتحول إلزاميا للسلطة العسكرية بقوة القانون طبقا للمادة 7 من قانون 1849. الأمر الذي يسمح لها بتقليص أكبر قدر من ممارسة الحريات العامة والفردية حماية للأمن والنظام العام في الدولة،[5] أما فيما يخص النتائج المترتبة على هذه الحالة فتتمثل أساسا في القيام بالتفتيش؛ وإبعاد ذوي السوابق العدلية في أماكن معينة؛ ومنع الاجتماعات والمنشورات ووجوب إرجاع الأسلحة والذخيرة، والمساعدة عن البحث عنها ونزعها.[6]وعليه يمكن تقرير في ضوء ما سبق أن حالة الحصار تتميز بخاصيتين أساسيتين هما[1]:

---

[1]-. D. Roland DRAGO, L' état d'urgence. OP-Cit. p : 693.

[2]- د/ فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري، ط1، 1994، ج3، ص 133.

[3] - وبالرجوع إلى تعريف المؤسس الدستوري الفرنسي نجد أنه نص في منطوق المادة:36 من دستور 1958م بأنه لا تعلن حالة الحصار إلا في حالة خطر داهم ناتج عن حرب أجنبية أو ثورة مسلحة، وبناء على هذه المادة أيضا فإن حالة الحصار تتم بواسطة مرسوم يتخذ في اجتماع مجلس الوزراء وتكون مدتها 12 يوما ولا يمكن تمديدها إلا من طرف البرلمان. ينظر تفصيلا عن حالة الحصار في فرنسا د/: شماخي عبد الفتاح؛ آثار حالة الطوارئ ؛ ص16 ود/ مراد بدران؛ رسالته السابقة؛ ص88

Voir -Jaque Robert. Les situations d'urgences en droit administratif in « Revue international de droit compare. N° 02 Avril Juin 1990.P : 756.

[4] - د/مسعود شيهوب؛ الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية؛ المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية؛جامعة الجزائر؛ الجزء36 ؛رقم1؛سنة1998؛ ص35

[5]- ينظر د/ مراد بدران ؛ الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ؛ ص95؛ ود/ شماخي عبد الفتاح، آثار حالة الطوارئ، ص19.

[6]-ينظر المرسوم الصادر في: 1849/08/09م، المادة: 09 منه ود/ مراد بدران؛ مرجع سابق؛ص96 ويلاحظ أن هذا المرسوم هو المعتمد من طرف المشرع الجزائري أصلا في مرسوم حالة الحصار لا سما في مواده: 4، 7،8، 9، حيث نجد التشابه الكبير بينهما رغم اختلافهما في أسباب إعلانهما وظروفهما ومفهومهما جذريا.

الأولى: حلول السلطة العسكرية محل السلطة المدنية ومحاكمة المشتبه فيهم أمام القضاء العسكري بدلا من القضاء الجزائي العادي[2].

الثانية: تقييد الحريات الأساسية لضرورة حفظ النظام العام إيثارا للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة التي يحميها الدستور،مما يعني اتساع الإجراءات التي تتخذها سلطات الضبط. ومع ذلك فإن القاضي الإداري يحتفظ لنفسه بقدر من الرقابة لمنع التسلط المفرط والاستبداد.

ويضيف **د/ ناصر لباد** نتيجة **ثالثة** بمقتضاها تتسع صلاحيات المحاكم العسكرية بحيث يتم نقل محاكمات المساس بالأمن العمومي من القضاء الجزائي العادي إلى القضاء لقضاء العسكري.[3]

أما من حيث السلطة المكلفة بتسيير حالة الحصار فتتولى السلطة العسكرية صلاحية الشرطة أي أن سلطة الضبط الإداري تتحول من السلطة المدنية إلى السلطة العسكرية، ولكن تبقى السلطات الإدارية المدنية تمارس سلطات الضبط التي لم تنتزع منها وكذلك فان سلطة الردع الجزائي يمكن أن تتولاها المحاكم العسكرية وليس محاكم القانون العام (المحاكم الجزائية)[4].

على أن هذا الاختصاص مقيد بشرطين: أن تكون الجرائم المرتكبة تمس بأمن الدولة مهما كان مرتكبها أولا، وأن تقرر السلطة إحالة هذه القضايا على المحاكم العسكرية ثانيا. وجدير بالذكر أن هذا الاختصاص جوازي لأن المادة:(1 من المرسوم رقم: 91-196 السابق الذكر، تستعمل مصطلح **يمكن** للمحاكم العسكرية أن تخطر بوقوع جناية أو جرائم ترتكب ضد أمن الدولة...إلخ[5].

2-ضوابط إعلان حالة الحصار وتطبيقاتها في الجزائر:

عرفت الجزائر أول تطبيق لحالة الحصار بمناسبة **الزلزال الذي ضرب منطقة الأصنام**- ولاية شلف حاليا- بحيث تم الإعلان على المناطق المنكوبة من طرف رئيس الجمهورية وذلك بموجب المرسوم رقم80/251 المؤرخ في 13 اكتوبر1980؛ وكذلك تم تعيين السلطات العسكرية المكلفة بتسيير المنطقة المنكوبة بموجب المرسوم رقم80/253 المؤرخ في 13 أكتوبر1980 والمتضمن تعيين القائد العام للمناطق المعلن عنها منكوبة وما

---

[1] – د/ احمد محيو؛ محاضرات في المؤسسات الإدارية؛ص420 ؛ود/ مسعود شيهوب؛ مقالة سابقة الإشارة إليها؛ ص28

[2] -Vedel et Del vol….Droit administratif, Puf Paris, 1982, P : 421.

– أما في الجزائر فقد صدر المرسوم التشريعي الذي نص على إحداث مجالس قضائية خاصة لمحاكمة مرتكبي الجرائم الإرهابية أو التخريبية وهذا بعد إعلان حالة الحصار قانونا وبعد مدة تم إلغاؤها وأعيد النظر في بعض مواد قانون الإجراءات الجزائية التي تتماشى وحالة الحصار والطوارئ لأنه قضائيا لم يفرق بين: الحالتين الحصار والطوارئ، وجعل من القضاء الفرنسي مصدرا أساسيا له. لمزيد من التفصيل، ينظر د/ شماخي عبد الفتاح، آثار حالة الطوارئ؛ مذكرة ماجستير؛ جامعة الجزائر؛ سنة 1996-1997؛ ص80 وما بعدها.

[3] – د/ ناصر لباد؛ القانون الإداري؛ ج2ط1؛ سنة2004؛ ص49

[4] – د/ ناصر لباد؛ مرجع سابق؛ ص55؛ نقلا عن د/ مسعود شيهوب؛ مقالة سابقة؛ ص36

[5] – د/مسعود شيهوب، الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية، ص36.

يلاحظ على هذين المرسوم هو عدم إشارتهما المباشرة على حالة الحصار وإنما اكتفت بالإشارة إلى نص المادة119من دستور1976 النافذ آنذاك[1].

كما عرف نظام حالة الحصار تطبيقا ثانيا له بمناسب **أحداث أكتوبر 1988**أين أعلن عن حالة الحصار في اليوم الموالي لها بسبب حركة الاحتجاجات الشعبية المنادية بتغيير النظام السياسي جذريا. ثم عرفت تطبيقا ثالثا لها في صيف1991بمناسبة الأحداث الخاصة بالإضراب السياسي الذي نظمته احد أحزاب المعارضة المنحل – جبهة الإنقاذ الإسلامية– وقد أدى إلى مواجهة نتج عنها سقوط الحكومة وإعلان حالة الحصار التي قبل إنتهاء مدتها بستة أيام أعلنت حالة الطوارئ[2].

وعليه فحسب ما ورد في المرسوم الرئاسي رقم196/91 والذي عرفها في المادة الثانية منه بأنها تلك الحالة التي تسمح لرئيس الجمهورية أن يتخذ كافة الإجراءات القانونية والتنظيمية بهدف الحفاظ على استقرار مؤسسات الدولة واستعادة النظام والسير العادي للمرافق العمومية[3].

وتقسم الإجراءات التي وضعها المؤسس الدستوري إلى نوعين: إجراءات شكلية وأخرى موضوعية يجب احترامها عند إعلان حالة الحصار أو تمديد ها حيث نصت المادة91 من دستور1996[4]على الإجراءات التالية:

2-1- الضوابط الموضوعية: وتتمثل في شرطين رئيسيين هما[5] : الضرورة الملحة وتحديد المدة ؛ فبالنسبة لشرط الضرورة الملحة فانه شرط يصعب تحديده بدقة نظرا لورود النص عليها مقتضبا؛ الشيء الذي يفقده الفعالية في تقييد سلطة الرئيس ويجعلها صعبة التحديد تحديدا موضوعيا؛ ولهذا يصفها بعض الفقه بأنها مصطلح فضفاض يغلب عليه الطابع الذاتي أو الشخصي؛ حيث يتمتع رئيس الجمهورية في إعلانها بسلطة تقديرية واسعة خلافا لما هو معمول به في التشريع الفرنسي حيث أسباب ومبررات حالة الحصار محددة بنص قانوني دقيق؛ مما يجعلها ذات طالع موضوعي[6]. ومثال هذه الضرورة الملحة في تقدير الرئيس مثلا أحداث جوان1991 الخاصة بالاحتجاج السياسي لحزب الجبهة الإسلامية وما ترتب عليه من مساس بالنظام العام.غير انه من الملفت للانتباه أنه رغم تأكيد المشرع الدستوري على وجوب وجود ضرورة ملحة كسبب يبرر إعلان حالة الحصار إلا أن مرسوم 196/91 المتعلق بتقرير حالة الحصار جاء خليا من أية إشارة إلى السبب الدافع إلى إقرار هذه الحالة وهو الخطاء كما يقول **د/ بن طيفور** الذي تفاداه مرسوم إعلان حالة الطوارئ حيث تكفلت

---

[1] – د/ ناصر لباد؛ المرجع نفسه؛ ص54

[2] – د/ مسعود شيهوب؛ مقالة سابقة؛ هامش رقم23 ؛ ص47

[3] – المرسوم الرئاسي رقم: 91- 196 المتضمن تقرير حالة الحصار؛ الجريدة الرسمية؛ عدد29 بتاريخ 1991/06/12.

[4] – تقابلها المادة 86 من دستور 1989.

[5] – أ/ عبد العزيز برقوق؛ ضوابط السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية؛ رسالة ماجستير؛ كلية الحقوق جامعة الجزائر؛ سنة2002؛ ص60؛ وخلافا لذلك يرى **د/ بدران** أن شرط المدة هو شرط شكلي وليس موضوعي؛ ينظر المرجع نفسه؛ هامش رقم 1؛ ص93.

[6] – د/ بدران مراد؛ رسالته السابقة؛ ص93 وما بعدها.

المادة 1 منه بالنص على مبررات إصداره[1]. والذي لخصه في المساس الخطير والمستمر بالنظام العام وبأمن المواطنين والسلم المدني.

أما من حيث مدته فيلاحظ أن المؤسس الدستوري قد غفل عن **تحديد مدته** مكتفيا بالنص على أنها تقرر لمدة معينة ولا تجدد إلا بعد موافقة البرلمان المجتمع بغرفتيه معا. وهو الأمر الذي تداركه المشرع حيث نجد مرسوم الحصار 196/91 قد حدد حالة الحصار **بأربعة أشهر** مع نصه على إمكانية رفعها قبل هذا التاريخ بمجرد استتباب الوضع؛ والسلطة التقديرية بطبيعة الحال ترجع لرئيس الجمهورية في تقرير ما إذا كان الوضع قد استتب ويتطلب إنهاء حالة الحصار أم لا. وقد رفعت حالة الحصار هذه بتاريخ 29 سبتمبر 1991 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 336/91 المؤرخ في 27سبتمبر 1991 والمتضمن رفع حالة الحصار[2] بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن دون استشارة بقية الهيئات وهنا يتم تسجيل مخالفة دستورية أساسها انتهاك قاعدة توازي الأشكال وفي هذا يقول **د/ مراد بدران** " عملا **بقاعدة توازي الأشكال** كان يجب على رئيس الجمهورية أن يتبع نفس الإجراءات التي اتبعها عند إعلانه لحالة الحصار خاصة في إذا كانت قبل حلول اجل نهايتها"[3]

ويمثل شرط احترام تحديد المدة أهمية كبرى من حيث تقييده لسلطات رئيس الجمهورية حماية للحقوق وحريات الأفراد، إذ يجب عليه عند إعلان حالة الحصار أن تحدد المدة؛ وبموجب انتهائها ترفع الحالة المقررة بقوة القانون إذا رفض البرلمان طلب تمديدها.[4]

ورغم كل ذلك يؤخذ على المؤسس الدستوري الجزائري انه ترك رئيس الجمهورية حرا في تحديد المدة التي يريدها لحالة الحصار؛ وحينها لا يمكن للبرلمان التدخل إلا عند انقضاءها ؛ ما دام الدستور قد جعل منه الجهة الوحيدة المؤهلة لتقدير وجود الضرورة الملحة؛ فإمكانه أن يختار أطول مدة لتصفية حساباته ويطمئن في الجلوس على عرشه دون أن يعترض عليه أحد مادامت السلطة مخولة إلى الجيش[5].

2-2- الضوابط الشكلية: وهي كما نص عليها الدستور في المادة 91 تتمثل في جملة من الاستشارات لرؤساء أهم المؤسسات الدستورية التي لها علاقة بحفظ النظام العام وبحقوق الإنسان وحرياته العامة وقد حصرهم المادة السابقة في خمسة شخصيات على التوالي:

2-2- 1- **اجتماع المجلس الأعلى للأمن:** وهو مؤسسة دستورية استشارية مهمتها تقديم الآراء لرئيس الجمهورية تحت رئاسته في كل القضايا المتعلقة بالأمن والدفاع طبقا لنص المادة 173 من دستور 1996. ونظرا لثقل الشخصيات السياسية الأعضاء فيه فان استشارتهم تكون صادرة عن ذوي اختصاص ودراية بأمن

---

[1] – د/ بن طيفور؛ السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائرية؛ ص136؛ ويشير أيضا إلى أن إعلان الحصار عقب أحداث أكتوبر 1988 لم ينشر مرسوم الإعلان مما يجعل مسألة التحقق من الضرورة الملحة أمرا عسيرا ومستحيلا. ينظر إلى المرجع نفسه؛ ص136

[2] – ينظر الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية؛ رقم44 الصادرة في 25سبتمبر1991؛ص1684

[3] – د/ بدران مراد؛ رسالته السابقة؛ ص94 وما بعدها.

[4] – د/ بوالشعير؛ النظام السياسي الجزائري؛ ص272 .وأ/ عبد العزيز برقوق؛ ضوابط السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية؛ ص63.

[5] – ينظر حول هذه الفكرة د/ بن طيفور؛ رسالته السابقة الإشارة إليها؛ ص158

الجمهورية؛ الأمر الذي يجعل رئيس الجمهورية ملزم بالاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن بالرغم من انه هو الذي يترأسه[1].

وبهذا يعتبر من الشروط الشكلية الضرورية استشارة هذه المؤسسة الدستورية الأمنية الاستشارية لما تمثله من ثقل سياسي وأهمية دستورية كبرى يمكن التمثيل عليه بالدور الرئيسي الذي قام به المجلس في ملأ الفراغ الدستوري عقب استقالة رئيس الجمهورية حيث تكفل بتعين رئيس الدولة بتاريخ 14جانفي 1992ممثلا في هيئة جماعية خماسية تعرف بالمجلس الأعلى للدولة يرأسها رئيس المجلس الذي يتمتع بنفس الصلاحيات المخولة دستوريا لرئيس الجمهورية.

فهذه الهيئة الاستشارية لها أهمية كبرى إذ تقدم آراء لرئيس الجمهورية في كل القضايا المتعلقة بالأمن والدفاع، رغم أنه غير مجبر دستوريا للأخذ برأيه إلا أن آراءه في غاية من الأهمية.

2-2- 2- **استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة**، نظرا لمكانتها في وتواجدهما في هرم سلطة الدولة؛ فرئيس مجلس الأمة هو الشخصية الثانية في الدولة بعد رئيس الجمهورية ؛ طبقا للمادة 88 من دستور 1966 والتي خولته الحلول محل رئاسة الدولة إذا أثبت المجلس الدستوري استحالة استمرار الرئيس في القيام بمهامه بسبب إصابته بمرض خطير ومزمن أو اثبت حالة شغور منصب الرئاسة لاستقالة الرئيس أو وفاته.

أما رئيس المجلس الشعبي الوطني فهو رئيس المجلس النيابي المنتخب أعضاؤه كلية من طرف الشعب مباشرة؛ والذي يراقب حكومة الرئيس ومن ثم إمكانية تعطيل سياسيتها العامة وإجبارها على الاستقالة الوجوبية إضافة إلى إمكانية تعريض الرئيس لمتاعب سياسية لاسيما إذا كان المجلس من تيار سياسي معارض لسياسة الرئيس.[2]

فلا شك أن كل واحد منهما على وعي سياسي كبير بأبعاد إعلان حالة الحصار ومن ثم تقديم رأيهما بجدية وإلمام بظروف البلاد والعباد.وما يمكن تقديمه من استشارة في هذه الظروف العصيبة، وهي استشارة لها بعدها السياسي والقانوني رغم عدم إلزامية الأخذ بها دستوريا إلا أنها ذات وزن وثقل سياسي في ظل التعددية الحزبية، التي تستوجب إشراك الأغلبية البرلمانية ؛ وممثلي الأقلية في صنع القرار السياسي ؛ ومن غير المقبول إهمال رأي نواب الشعب لما في ذلك من مخافة لمبدأ سيادة الشعب، ويمكن تصور أهمية هذه الاستشارة على تواضعها في الجزائر في حالة عدم تمتع الرئيس بتزكية الأغلبية البرلمانية التي تصنع رئيس غرفتي البرلمان.

2-2- 3- **استشارة رئيس الحكومة:** بصفته مكلف بالسهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات ومطلع على مختلف الأوضاع والتطورات في البلاد وهو جزء من السلطة التنفيذية وعضو بمجلس الأعلى الأمن، فاستشارته لها أهمية بالغة إن لم نقل إنها ضرورية عملية. فلا يمكن أن تهمل استشارته في مثل هذا القرار الخطير على النظام

---

[1] – أ/ سحنين احمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر؛ رسالة سابقة؛ ص38

[2] – د/ بن طيفور؛ السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية؛ ص191

القانوني في الدولة؛ خاصة وأنه المكلف بتنفيذ التدابير الاستثنائية بموجب مرسوم الحصار. الأمر الذي يستوجب عليه أخذ الاحتياطات التنسيقية اللازمة لتسير الأزمة وإعادة استتباب النظام العمومي[1].

ومن ثم فان الرأي الذي يبديه رئيس الحكومة سواء في النظام البرلماني أو الشبه رئاسي كما هو الحال في الجزائر لا يقل أهمية عن رأي رئيسي غرفتي البرلمان؛ كونه في الغالب يعتبر ممثلا للأغلبية البرلمانية خاصة إذا عبر عن رفضه بتقديم الاستقالة وكان مدعوما برلمانيا؛ فان الرئيس يكون مضطرا إلى أحد احتمالين إجراء انتخابات برلمانية مسبقة؛ بعد حله للبرلمان المساند لرأي رئيس الحكومة. أو تقديم استقالته وفي أحسن الأحوال الرضوخ لرأي الأغلبية البرلمانية التي يمثلها رئيس الحكومة[2]؛ ومن ثم تبرز أهمية رأي رئيس الحكومة والذي يعتبر في الدول الأكثر ديمقراطية الرئيس الفعلي للدولة لما تتحمله حكومته من عبء تنفيذ القانون والسهر على حسن تطبيقه خاصة في الظروف الاستثنائية. بل لأنه المسؤول الأول عن أثار هذه الظروف أمام البرلمان . أو ما يعرف بالرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة.

2-2- 4- استشارة رئيس المجلس الدستوري

يعتبر المجلس الدستوري مؤسسة دستورية رقابية على مدى دستورية المعاهدات والتشريعات والتنظيمات بهدف السهر على احترام الدستور وحماية الحريات من إصدار قوانين منتهكة لها. كما يمثل محكمة انتخابية تسهر على صحة عمليات الاستفتاء والانتخابات الرئاسية والتشريعية؛ وفضلا عن مهام أخرى خولتها له أحكام الدستور فانه يكلف برئاسة الدولة في حالة اقتران استقالة رئيس الجمهورية أو وفاته بشغور رئاسة مجلس الأمة.طبقا للمادة 88 من الدستور النافذ .

ومن ثم فان مسألة إبداء رأيه في إعلان حالة الحصار تعتبر على درجة كبيرة من الأهمية خاصة وان أعضاءه من كبار رجال القانون في الدولة وعلى درجة كبيرة من الوعي والعلم. الأمر الذي يجعل من رأيه مرآة لمدى شرعية الإقدام على إعلان حالة الحصار؛ فالرأي المطلوب من رئيس المجلس الدستوري إبداؤه هو رأي قانوني وليس سياسي.

ومن ثم يكون رأيه إذا كان ايجابيا بمثابة سلامة وشرعية رأي الرئيس من الناحية القانونية؛ ومن ثم تشجيعه على الإقدام عليه. أما إذا كان رأيه **سلبيا** فهو ضمنيا تصريح بعدم دستورية إعلان حالة الحصار.

ورغم ذلك يمكن للرئيس إذا أصر على رأيه أن يعلن حالة الحصار غير مكترث بموقف رئيس المجلس الدستوري خاصة في ظل عدم إلزامية نشر آراء المجلس أمام الرأي العام خلافا لما هو معمول به في التشريع الفرنسي حيث تنشر آراء المجلس وقراراته في الجريدة الرسمية؛ ومن ثم إتاحة فرصة الاطلاع عليه للوقوف على

---

[1] – أ / عبد العزيز برقوق؛ ضوابط السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية؛ ص64

[2] – د/ بن طيفور نصر الدين؛ السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية؛ ص192

مدى قانونية تصرف رئيس الجمهورية[1]. مما يجعل من الالتزام برأي المجلس الدستوري أو رئيسه قيدا شكليا على سلطة رئيس الجمهورية ومدعما في نفس الوقت لشرعية قراره[2].

والخلاصة مما سبق أن رئيس الجمهورية بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس الغرفتين ورئيس المجلس الدستوري وتحديد المدة التي تستغرقها إحدى الحالتين، وفي حالة ما إذا رأى رئيس الجمهورية بأنه لا مناص من اللجوء إلى تقرير إحدى الحالتين الحصار أو الطوارئ من أجل استتباب الأمن، فانه يقرر إحداهما.

ثانيا: دور فكرة حفظ النظام العام في إعلان حالة الطوارئ وضوابطها في القانون الجزائري:

يعود أصل ظهور هذه الحالة إلى فرنسا نتيجة للحرب التحريرية الجزائرية وعجز مؤسسات الدولة الفرنسية عن مواجهة هذه الثورة مما أدى إلى تدهور الحالة الأمنية وإعلان[3] هذه الحالة؛ فكان الهدف من حالة الطوارئ توسيع سلطات الضبط الإداري بغرض الحفاظ على النظام العام ومرافق الدولة. وهذا عن طريق توسيع سلطات الشرطة في مجال الأمن، وبالتالي تقييد الحريات العامة في حالة وقوع مساس خطير بالنظام العام، والغرض هو ضمان الأمن العام، وهو ما أقر الدستور الجزائري هذه الحالة إلا لمواجهة أي خطر يهدد النظام العام[4].

1-تعريفها الاصطلاحي: تباينت أراء فقه القانون العام في تحديد مفهوم هذه الحالة ؛ بحسب منظور كل فقيه وزاويته التي يرى فيها الموضوع ؛فالبعض منهم يعرفها بتمييزها عن حالة الحصار مثل الفقيه **جورج فيدل** الذي يعرفها بأنها: " نظام قضائي لحالة الطوارئ يعتبر أكثر من حالة الحصار"[5]. وكذلك الفقيه الأستاذ **كوتانت** حيث يقول "هي حالة شغب مدنية على غرار حالة الانتفاضة أو فوضى عامة، أما حالة الحصار هي خاصة بالهجوم الخارجي أو الحربي[6].

ومن الفقه من يعرفها بأنها رخصة استثنائية في يد سلطة الإدارة للتحلل من القواعد العادية ومن هذا القبيل تعريف الأستاذ "**رولاند دراقو** " هي نظام استثنائي تمنح فيه السلطات المدنية امتيازات وسلطات استثنائية تسمح بتقليص ممارسة الحريات العامة التي لا يسمح بتقليصها في ظل القانون العام في الأحوال العادية، وهي حالة تقترب من حالة الحصار، غير أنهما يختلفان في مسألة جوهرية، وهي أنه في ظل حالة الحصار-حالة الأحكام العرفية- فإن السلطات العسكرية هي المقيدة للسلطات الاستثنائية بينما في حالة الطوارئ فإن

---

[1] - د/ بن طيفور؛ الرسالة السابقة؛ ص193

[2] - ا/ سحنين احمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر؛ رسالة سابقة؛ ص37

[3]- حيث أما بالنسبة لتقنين هذه الحالة فنجد القانون المؤرخ في: 03/04/ 1955م الذي عدل بالقانون المؤرخ في: 7 أوت 1955 وبأمر 15/ 01/ 1960م وهذا التقنين ليس الهدف منه هو إلغاء حالة الحصار وإنما إضافة تطبيق آخر من تطبيقات الحالة الاستثنائية

[4] - د/سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، المرجع السابق، ص 267.

[5]-(فيدل، وديلفولفي)، القانون الإداري، مرجع سابق، ص420 و421

[6]- أ/ شماحي عبد الفتاح، آثار حالة الطوارئ، مرجع سابق، ص09.

السلطات المدنية هي الممارسة لهذه السلطات الاستثنائية. ويتفقان في أن هدفهما هو مواجهة أحداث داخلية خلافا للحالة الاستثنائية التي تتعلق غالبا بمواجهة أحداث خارجية[1].

ومن ثم فإن الخطر الداهم الناتج عن المساس الخطير بالنظام العام أو عن أحداث تشكل بطبيعتها وبخطورتها نكبة عامة هو سبب إعلان حالة الطوارئ وليس بسبب حالة الحرب الأجنبية أو الثورة المسلحة. أما من حيث آثارها فهي تتمثل في توسيع سلطات الضبط الإداري المخولة للسلطات الضبطية، بغرض الحفاظ على النظام العام ومرافق الدولة[2].

وعلى هذا يكون تعريف الفقيه **دارقو** من التعاريف الشاملة والمحددة لكيفية تسيير حالة الطوارئ،تمييزا لها عن حالة الحصار حيث تختلف عنها في بقاء السلطات المدنية مكلفة قانونا بتسيير حالة الطوارئ ولا تحول سلطتها إلى السلطات العسكرية كما في حالة الحصار مما يدفع إلى القول إن **حالة الحصار تعد الأكثر صرامة من حالة الطوارئ** في مجال تقييد الحريات ومصادرتها[3].وهذا ما اعتمده القانون الجزائري طبقا لنص المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم: 92- 44[4]التي تنص:" يؤهل وزير الداخلية والجماعات المحلية في كامل التراب الوطني أو جزء منه والوالي في دائرته الإقليمية لاتخاذ التدابير الكفيلة بحفظ النظام العام أو استتابه عن طريق القرارات وفقا للأحكام الآتية وفي إطار احترام توجيهات الحكومة".

ويترتب على ذلك أن إعلان حالة الطوارئ يكون لتدارك الإخلال الطارئ على النظام العام؛ وفي حالة استحالة استعادته يلجأ لحالة الحصار ؛والتي تأتي كدرجة أخطر من حالة الطوارئ وتبقى مستمرة ؛إلى أن يستتب النظام وتقل الخطورة فتعلم من جديد حالة الطوارئ إلى غاية إزالة كل مظاهر الإخلال بالنظام العمومي إذ يستطيع رئيس الجمهورية أن يقرر الإجراء الأقل خطورة والمتمثل في إعلان الطوارئ بدلا من حالة الحصار[5].. ولعل هذا هو التفسير الواقعي أمام حالة الفراغ التشريعي في هذا الشأن ، وعمومية واقتضاب النصوص الدستورية ذات الصلة؛ وهو الأمر الذي يزيد من صعوبة دراسة نظام حالتي الحصار والطوارئ في النظام الجزائري رغم أن دستور 1996 الصادر في 28 نوفمبر 1996 تدارك هذا الأمر ونص في مادته 92على ضرورة تنظيم حالتي الحصار والطوارئ بموجب قانون عضوي، وهو ما يشكل حماية أكثر لصالح

---

[1]- عبد الفتاح شماخي، آثار حالة الطوارئ؛ مرجع سابق، ص10.

[2] - د/أحمد محيو، محاضرات في المنازعات الإدارية، ص421.

[3] -VEDEL, et DEL VOLVE Droit Administrative. Cit P : 421, 422

عادة ما يميز بين حالة الحصار وحالة الطوارئ حيث تتضمن الأخيرة تقييدا أوسع للحريات العامة بهدف الحفاظ على النظام العام، بينما يتم نقل العديد من الهيئات والأجهزة المدنية إلى الهيئات العسكرية في حالة الحصار نقلا عن .د/ الصغير بعلي، المرجع سابق، ص 79 .

[4]- المرسوم الرئاسي رقم: 92- 44 المؤرخ في: 1992/02/09، يتضمن إعلان حالة الطوارئ، جريدة رسمية عدد:10، السنة 29 الصادر في 1992/02/09.وينظر المرسوم الرئاسي رقم: 29- 320 المؤرخ في: 11/08/ 1992، يتمم المرسوم الرئاسي رقم:44/92 والمرسوم التشريعي رقم 93- 2 مؤرخ في: 1993/02/06، يتضمن تمديد حالة الطوارئ (لأجل غير مسمى) الجريدة الرسمية عدد 08 السنة: 30 الصادرة في 1993/02/07.

[5] -د/ سعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، 1993، ص 270.

الحقوق والحريات ، لان إجراءات وشروط صدور القانون العضوي أكثر تعقيدا من تلك التي يتم بها صدور القانون العادي.[1]

حيث يشترط فيه تصويت الأغلبية المطلقة لنواب المجلس الشعبي الوطني بدل الأغلبية البسيطة في القانون العادي، إضافة إلى خضوعه إلزاميا وأوتوماتيكيا لرقابة المجلس الدستوري قبل إصداره من طرف رئيس الجمهورية طبقا للمادة123 من الدستور النافذ؛ والذي سوف يتأكد من عدم مخالفته لأحكام الدستور وخاصة المتعلقة بحقوق الإنسان؛ وفي هذا يقول **د/ بوزيد لزهاري**[2] في تعليقه على استحداث المؤسس الدستوري الجزائري للمادة 92" أنها مادة جديدة ولها اثر مباشر ومهم على حقوق الإنسان... وبالتالي فهي ضمانة دستورية أساسية ضد أي تعسف في استخدام حالة الطوارئ وحالة الحصار".والغرض من ذلك كما **يقول د/بن طيفور**[3] "هو تقييد سلطة رئيس الجمهورية لأن أكبر خطر يتهدد الحريات يأتي من سلطة رئيس الجمهورية من خلال حقه في تنظيمهما بأوامر تشريعية في غيبة البرلمان"؛ بل وحتى **في غيبوبته** أثناء انعقاده؟ .

2- مقارنة حالة الطوارئ بحالة الحصار من ضوابط إعلانهما ونتائجهما: من خلال مراجعة شريط أحداث[4] الأزمة السياسية في الجزائر خاصة بعد أحداث 4 جوان 1991 الذي يكشف أن هناك تداخل كبير في مميزات كل حالة بحيث لا يمكن التنبؤ بنوع الحالة إلى أن يسميها إعلان تقريرها. وهذا ما هو واضح من منطوق المادة 91 وعبارة نصها :"يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة، حالة الطوارئ أو الحصار لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة ، ورئيس الحكومة ، ورئيس المجلس الدستوري، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع، ولا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو الحصار إلا بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه معا". فيبدو للوهلة الأولى أنه لا فرق بين حالة

---

[1] – عبد العزيز برقوق؛ ضوابط السلطة التنفيذية؛ ص29

[2] – د/ بوزيد لزهاري؛ تعديل 28 نوفمبر 1996وحقوق الإنسان ؛ مجلة الإدارة ؛المجلد 7؛ العدد1؛ سنة1997؛ ص93.

[3] – د/ نصر الدين بن طيفور؛ رسالته السابقة؛ ص109

[4] – عرفت الجزائر أول تطبيق لنظام الظروف الاستثنائية كان في ظل دستور 1963، حيث أعلن الرئيس بن بلة " تطبيق المادة 59 من دستور 1963 وتعليق العمل بالدستور نتيجة لذلك، بعد مرور23يوم من إصداره أي أقل من شهر ، وسادت بعد ذلك فترة فراغ دستوري في ظل مرحلة انتقالية بعد حركة 19 جوان 1965، إلى أن صدر دستور 1976، وكان التطبيق الأول لنظام الظروف الاستثنائية في ظل هذا الدستور بمناسبة اضطرابات 1988/10/05، حيث أعلن الرئيس آنذاك حالة الحصار يوم: 1988/10/06، في مدينة الجزائر العاصمة وبدون إصدار أي نص قانوني بشأنها. ثم كان إعلان حالة الحصار المرة الثانية بموجب المرسوم الرئاسي 91 -196 يوم 04 جوان 1991 بمناسبة أحداث جوان المتعلقة بإضراب حزب ج.إ.إ (FIS) على قانون الانتخابات والتقسيم الانتخابي الذي قدمته حكومة مولود حمروش، ثم إعلان حالة الطوارئ بعد رفع حالة الحصار- بموجب المرسوم الرئاسي 92-44 يوم 04 فيفري 1992 والذي ما زال ساري المفعول حتى الآن. ينظر في هذا الخصوص: د/ بوكرا إدريس؛ تطور المؤسسات الدستورية في الجزائر منذ الاستقلال من خلال الوثائق والنصوص الرسمية، القسم الثاني- ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر 1994- ص 303 وما بعدها. وينظر في تحليل ومناقشة أزمة النظام الانتخابي في الجزائر 1991 إلى د/محمد نسيب أرزقي؛ أصول القانون الدستوري والنظم السياسية، الجزء الثاني: أسلوب ممارسة الحكم في الدولة المعاصرة، مطبعة هومة، طبعة 2000، ص 77 وما بعدها.

الحصار وحالة الطوارئ، مما قد يعني أنهما تعبير عن حالة واحدة **تسمى الطوارئ**؛ خاصة وأن سبب إعلانهما واحدة وهو الضرورة الملحة، وهذا ما جعل البعض يصف هذه المادة بالغموض والعمومية وعدم الدقة، نظرا لانعدام وجود نص تطبيقي يوضح ويحدد طبيعة الإجراءات الاستثنائية التي يتخذها رئيس الجمهورية في ظل هذه الحالات الأمر الذي يجعل من الصعب تصنيفهما وفقا لدرجة خطورتهما وطبيعتهما.

وكان بإمكان المشرع الدستوري أن يكتفي بالنص على اصطلاح واحد وهو حالة الطوارئ ويحيل أمر تفصيل وتنظيم أحكامها للقانون ليتفادى هذا الازدواج الذي لا مبرر له سوى الإصرار على نقل المصطلحات الواردة في القوانين الفرنسية، علما أن كل النظم العربية تستخدم اصطلاح "حالة الطوارئ" كنظام استثنائي عام يشمل كافة أوجه الظروف الاستثنائية، عدا حالة الحرب التي تظل متميزة بخصوصية خطرها[1]،

ومما زاد في صعوبة مهمة تمييز تلك الحالتين في الجزائر اقتران إعلان حالة الظروف الاستثنائية بمرحلة خاصة تميزت كما يقول **د/ بوالشعير**[2] بغياب الشرعية الدستورية بمختلف جوانبها، بدءا بقبول المجلس الدستوري لاستقالة الرئيس الشاذلي بن جديد في 11 جانفي 1992 وما صاحبها من تعطيل عمل مختلف المؤسسات الدستورية؛ و إلى ظهور سلطات انتقالية غير دستورية تحاول أن تمارس السلطة بصفة فعلية في إطار الدستور.

والأخطر من هذا كله هو قيام هذه الهيئات الانتقالية بإصدار أنظمة قانونية استثنائية كحالتي الحصار والطوارئ[3] وقانون مكافحة الإرهاب والتخريب[4]؛ والتي تعد على أهيبتها في مظنة لانتهاك الحريات العامة ؛ وذلك بمنطق ومبرر ضرورة استمرار الدولة واسترجاع هيبتها في أعقاب إلغاء وتوقيف المسار الديمقراطي وهو

---

[1] -عبد العزيز برقوق؛ مرجع سابق؛ ص32

[2] – د/ سعيد بوالشعير؛ النظام السياسي الجزائري؛ ص 274.

[3] -يثير البعض من الباحثين إشكالية مدى مشروعية ودستورية تلك المراسيم الرئاسية التي تضمنت تنظيم المشروعية الاستثنائية، بما تحمله من توقيف وتعطيل للكثير من الأحكام القانونية الدستورية والعادية، فتتحول السلطة التنفيذية إلى مشرع وإدارة وقاضي في نفس الوقت، دون أي إطار قانوني سابق يضبطها ما عدا النصوص الدستورية التي لا تنص إلا مبدئيا وبشكل عام على إمكانية إعلان حالتي الحصار أو الطوارئ كلما دعت لذلك الضرورة الملحة في حين أن المعروف في كل الأنظمة المقارنة سواء منها التي تتبع أسلوب التنظيم السابق أو المعاصر للظروف الاستثنائية، أن يكون هناك قوانين يصدرها البرلمان، تحدد فيها بدقة وبكل التفاصيل أحكام تطبيق هذا النظام الاستثنائي، بدءا من الجهة التي تتولى تسييره والإشراف عليه، إلى الصلاحيات الاستثنائية الموكولة لهذه الجهة، وكذا القيود والضوابط التي يدب أن تلتزم بها، وطرق الرقابة التي تضمن احترام هذه القيود والضوابط، ولا يترك للسلطة التنفيذية إلا إعلان رغبتها في تطبيق هذه القوانين ويكون ذلك عادة عن طريق مرسوم رئاسي؛ ينظر تفصيلا وتحليلا قانونيا قيما ؛**د/مراد بدران**؛ الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية ؛ص196 وكذلك تفصيلا مهما له حول: ما مدى مشروعية الإجراءات الاستثنائية الصادرة بموجب تطبيق مرسومي الحصار والطوارئ والمراسيم التنفيذية لهما؛ ص174

[4] – المرسوم التشريعي رقم 92-3 بتاريخ 1992/09/03 (المتمم والمعدل بالمرسوم 93-05 في 1993/04/19 والخاص بمكافحة الإرهاب والتخريب) والذي تضمن إنشاء **هيئات قضائية موازية** تنظر في الجرائم الموصوفة بأنها إرهابية وفقا لهذا القانون ، وكذا تقرير نظام تقاضي يهدم أهم الضمانات التي يحتويها قانون الإجراءات الجزائية لصالح الأفراد أنظر لمزيد من التعليق على هذه الفترة في هذا الخصوص، المقال الصحفي لـ د/ لحسن بركة المعنون بـ: "...**بعد توقيف المسار الانتخابي، أزمة شرعية** ..." ؛المنشور بجريدة المجاهد اليومية ليوم 14 جانفي 1994، العدد 1745.

الخطاب الذي شاع استعماله على مستوى الخطاب الرسمي إبان المرحلة الانتقالية؛ على حد تعبير **د/ نسيب أرزقي**[1].

فالواقع العملي أثبت أن فكرة الظروف الاستثنائية مهما كان تسميتها حصارا أم طوارئا كانت في أغلب الأحوال **مطية وغطاء لمصادرة الحريات الشخصية والسياسية**؛ والاعتداء على الأنفس والأعراض والأموال لمجرد الشبهة. خاصة في الدول الحديثة العهد بالديمقراطية كالجزائر التي عرفت تجربة فتية منها ؛ أوقعتها في أزمة أمنية عرفت في وسائل الإعلام بـ **العشرية الحمراء** ؛ أساءت الطبقة السياسية فيها حسن إدارة الصراع السلمي على السلطة بين مختلف الطوائف السياسية.

ومن ثم فشلت التعددية الحزبية في تثمين الخيار الديمقراطي وحسن استغلاله لتقويض السلطة المطلقة التي كانت في نظام الجمهورية الأولى ذات التوجه الاشتراكي ونظام الحزب الواحد.

فكانت النتيجة الرجوع إلى نظام السلطة المطلقة المقننة والمبررة باعتبارات استتباب النظام العمومي أثناء المرحلة الانتقالية ؛ حيث أصبح العمل بحالة الطوارئ هو الأصل الدائم أو الشبه دائم؛ بينما العمل بالمشروعية الدستورية العادية هو الاستثناء[2]؛ وهو ما جعل الجزائر تصنف **واحدة** من دول العالم **السبع والثمانين** التي أحصتها لجنة حقوق الإنسان التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي بالأمم المتحدة والتي أعلنت حالة الطوارئ خلال عقد كاملا من الزمن[3].

والجدير بالذكر هو أن حالة الطوارئ تقرر بنفس طريقة حالة الحصار أي بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء، لمدة 12 يوما ولا يمكن تمديدها إلا عن طريق البرلمان ولمدة محددة وبقانون[4] وهذا بعد دراسة الآثار الناجمة عن إعلانها على المؤسسات الدستورية، مع تقرير جميع ضمانات مبدأ سيادة القانون ومبدأ المشروعية وكذلك الرقابة القضائية .

ويترتب على هذا أن نظام حالة الطوارئ هي حالة أخف من حالة الحصار رغم أنها تشترك مع في كثير من الأحكام؛ نظرا لأن المشرع الدستوري لا يميز بينهما.ولا يحدد مبررات وشروط إعلان أي منهما مكتفيا بإشارة

---

[1] -ينظر في التعليق على المصطلح " **هيبة الدولة**" ؛ د/ محمد نسيب أرزقي ؛ مقال بعنوان: "مفهوم الدولة وهيبتها" جريدة الجزائر اليوم 1992/12/12.

[2] - ويكفي تدليلا على ذلك أنه منذ **1962** إلى غاية **1976** كان الأصل هو نظام الظروف الاستثنائية حيث لم يعمل خلالها بأحكام دستور1963 إلا لمدة اقل من شهر 23يوما. ومنذ 1988 والى غاية يومنا هذا ما تزال البلاد تعيش في ظروف غير عادية. وهو ليس حال الجزائر فقط بل نفس الأمر ينطبق على دول كثيرة حديثة العهد بالتجربة الديمقراطية مثل جمهورية مصر التي ظلت حالة الطوارئ سارية فيها منذ 1958 إلى يومنا هذا عدا أربع سنوات رفعت فيهما هذه الحالة. ينظر د/ عبد العزيز برقوق؛ ضوابط السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية في ضوء النظام القانوني الجزائري الحالي؛ رسالة ماجستير كلية الحقوق؛ بن عكنون الجزائر سنة2002؛ص3

[3] - د/ بن طيفور نصر الدين؛ السلطات الاستثنائية لريس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة؛ رسالة دكتوراه، جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس 2002- 2003؛ ص5.

[4] - د/ مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص29.

عامة فضفاضة وجد واسعة إلى اشتراكهما في حالة الضرورة الملحة واستتباب الوضع[1]، وهو ما أكده المرسوم الرئاسي رقم: 92-44 المتضمن إعلان حالة الطوارئ حيث اعتمد على نفس المبررات التي أعلنها مرسوم حالة الحصار وهي المتمثلة في مبررات النظام العام واستقرار مرافق الدولة[2].

أما فيما يخص المدة فتختلف الطوارئ عن حالة الحصار، إذ أعلنت الأولى لمدة **12 شهرا** علما أنها في القانون الفرنسي قد حددها بمدة **12 يوما**؛ كما يمكن رفعها قبل هذا التاريخ؛ فالدستور الجزائري1996 حسب ما جاء في المادة:91منه أوجب أن تكون محددة **"لمدة معينة."**

وكان الأولى أن يحددها بدقة حتى لا يعطي الحرية لصاحب القرار أن يستعملها كما يريد، وهو ما يشكل خطرا على الحريات العامة، وحتى رغم تحديدها عمليا في المرسوم الرئاسي رقم: 92-44 المتعلق بحالة الطوارئ في المادة الأولى منه بمدة 12 شهرا فإنها تبقى مدة طويلة إذا ما قورنت بالقانون الفرنسي.

والغريب بالنسبة للقانون الجزائري ليس في مدة 12 شهر؛ وإنما في إعادة تمديدها لأجل غير محدد مخالف بذلك النص الدستوري القاضي بجوب أن تكون معينة ومحددة.

الأمر الذي يدعو إلى التساؤل ما مدى مشروعية المرسوم التشريعي رقم 23-92 المتعلق بتمديد حالة الطوارئ إلى أجل غير مسمى في غياب المؤسسات الدستورية؛ حيث لم يمر على البرلمان كما ينص الدستور، وبقي ساري المفعول بعد إنشاء المؤسسات الدستورية ، رغم طلب بعض الأحزاب السياسية[3] برفع حالة الطوارئ بسبب عدم مشروعيتها ومساسها بحقوق وحريات الأفراد،، وتناقضها مع المادتين:(91 و92)من دستور 1996. "ولا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو الحصار إلا بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعتين

---

[1] -د/محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 79.

[2] - ا/ سحنين احمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر؛ رسالة سابقة؛ ص30

[3]- لقد نادى نواب حزب الأفافاس في المجلس الشعبي الوطني برفعها بسبب عدم شرعيتها، ووصلوا إلى درجة التهديد باستعمال ضغوطات خارجية ؛ وتحريك منظمات غير حكومية ، ينظر جريدة "الوطن"، العدد: 264 المؤرخة في 1999/01/05م، ص03

كما أن تقدمت مجموعة برلمانية من نفس الحزب باقتراح قانون سنة 1998 لرفع حالة الطوارئ ؛ وهو نفس الاقتراح الذي طالبت به حركة مجتمع السلم سنة2003.ولكن دون جدوى ؛ إذ حسب ردود وزير الداخلية ولجنة الدفاع الوطني بالمجلس الشعبي الوطني فان مسألة تقدير الظروف التي تتطلب إقرار حالة الطوارئ أو رفعها هي من اختصاص رئيس الجمهورية ؛فهو المؤسسة الدستورية الوحيدة –بزعمهم- المؤهلة بإقرار حالة الطوارئ وبرفعها؛ وأنه غير ملزم عند تمديدها بتحديد المدة . ينظر تفصيل مسألة تمديد حالة الطوارئ بين المؤيدين والمعارضين **إلى د/ بن طيفور**؛ رسالته السابقة ؛ص159 وما بعدها؛ حيث خلص بعد استعراض وجهة نظر الطرفين إلى أن الإشكالية لا تكمن في تحديد مدة التمديد بقدر؛ ما تكمن في الجهة المخولة لها رفع حالة الطوارئ حيث قرر سيادته بأنه عملا بقاعدة توازي الأشكال فان إلغاء المرسوم التشريعي وبالتالي رفع حالة الطوارئ ينبغي أن يتم بقانون وليس بمرسوم رئاسي. ينظر تفصيلا علميا وتحليلا قانونيا في هذه المسألة عند ؛ **د/ بن طيفور** في المرجع نفسه؛ ص164 وما بعدها.

وكذا د/ **بدران مراد** رسالته السابقة؛ ص166 وما بعدها. حيث طرح سيادته سؤالا استفهاميا مفاده؛ ما الحل إذا رفض البرلمان تمديد حالة الطوارئ فهل بإمكان رئيس الجمهورية أن يمددها بمرسوم رئاسي؟ الواقع- كما يقول- انه لو قام بذلك لكان **تعد على اختصاص دستوري**. ينظر هامش ص167 من رسالته السابقة الإشارة إليها.

معا." فبمقتضى القانون العضوي 02-99[1] تنص المادة 98 منه:" يجتمع البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعتين معا بناء على استدعاء من رئيس الجمهورية في الحالات المنصوص عليها في المواد 91 الفقرة 02 من دستور 1996".

وما تجدر الإشارة إليه هنا هو يجوز لوزير الداخلية أن يفوض إلى السلطة العسكرية صلاحيات قيادات **عمليات إعادة النظام** على المستوى المحلي، مثل ما هو عليه الحال في حالة الحصار؛ و يجوز أيضا إحالة القضايا الخطيرة الماسة بأمن الدولة إلى المحاكم العسكرية بدلا من المحاكم المدنية[2].

وبناء على ذلك تتمتع سلطات حفظ النظام العمومي ممثلة في هيئات الضبط الإداري بصلاحيات واسعة في حالة الظروف الاستثنائية من أجل الحفاظ على النظام العام واستتبابه بكل الوسائل المشروعة، فرئيس الجمهورية له صلاحيات اتخاذ كل الإجراءات التي يراها ضرورية للحفاظ على الاستقلال الوطني والسلامة الترابية والمؤسسات الدستورية، وهو في هذه الحالة كما يقول د/ **مسعود شيهوب** يمارس عملا من أعمال السيادة لا يخضع للرقابة القضائية .[3] وكذلك الوالي له كل الصلاحيات في اتخاذ القرارات الضرورية لاستتباب الوضع.

وقد عرفت الشريعة الإسلامية عدة تطبيقات لهذه النظرية سواء في عهد النبوة أم في عهد الخلفاء الراشدين حيث ظهرت أزمات سياسية واقتصادية وأمنية أدت بالخلفاء إلى توسيع سلطاتهم بما يقضي على **شر الفتن** ما ظهر منها وما بطن في إطار المشروعية الإسلامية العليا. وهذا ما سيتم التعرض له تفصيلا من خلال دراسة هذه التطبيقات ومحاولة مقابلتها بنظريتها في القانون الجزائري بقصد التقريب بينهما واستخراج كيفية التعامل الصحيح مع تداعيات هذه الظروف غير العادية ؛ بما يبقي على النظام العام دون المساس الخطير بالحريات العامة في المطلب الثاني من هذا المبحث.

---

[1] – القانون العضوي رقم 02/99 المؤرخ في 8 مارس 1999 يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة عملها وكذا العلاقات الوظيفية بينها وبين الحكومة. الجريدة الرسمية العدد15 المؤرخة في 9 مارس 1999، ص 01.

[2] – أما الفرق بين هذه الحالة وحالة الحصار ففي الحالة الأولى يتعلق الأمر بالتفويض، أما الثانية فيتعلق بتحويل اختصاص السلطة المدنية قانونيا وتلقائيا إلى السلطات العسكرية ؛ويكمن الفرق بينهما في كون اللجوء إلى المحاكم العسكرية يقع بشكل أخف حيث أنشأ المشرع ثلاث مجالس خاصة بهذه القضايا وذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم: 92- 03 المؤرخ في 1992/09/30م المتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم: 93-05 المؤرخ في: 1993/04/19. وهي هيئات قضائية تتكون من قضاة مدنيين (05)وإجراءاتها شبيهة بإجراءات محكمة الجنايات العادية هي المختصة بقضايا الإرهاب، الجريدة الرسمية، العدد 70، سنة 1992؛ والجريدة الرسمية 25، سنة 1993.

[3] – د/ مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص27.

الفرع الثاني: دور حفظ النظام العام في اعلان الحالات الاستثنائية الأخرى في النظام القانوني الجزائري.

سبق بيان أنه نظرا لتعدد الأحداث الاستثنائية غير المألوفة فان المؤسس الدستوري الجزائري؛ حاول حصرها في أربع حالات متفاوتة في الخطورة على النظام العام؛ وعلى ممارسة الحريات العامة ؛ بدأ بحالة **الطوارئ** ثم حالة **الحصار** بسبب قيام ثورة أو لوجود وباء شديد الفتك بالعباد ؛ ثم الحالة الاستثنائية وأخيرا حالة الحرب حيث تجميد العمل بالدستورنهائيا[1].

وفي ظل هذه الحالات تقوم مشروعية استثنائية لتنظم ممارسة الحريات الفردية والجماعية بالقدر الذي لا يضر بنظام الدولة واستقرارها؛ حيث يمكن لسلطة حفظ النظام أن توقف أو تعطل من هذه الضمانات الدستورية حفاظا على النظام العام واستتباب الأمن وبسبب هذه الظروف نجد أن سلطات الضبط الإداري تتسع تشريعيا وقضائيا، باقرار من القضاء أو ما يعرف **بالنظرية القضائية** التي بناها مجلس الدولة الفرنسي وأطلق عليها العلامة "**فالين**": نظرية سلطات الحرب[2] ؛ أو كما يسميها **د/ سليمان الطماوي** بنظرية سلطات الحرب والظروف الاستثنائية.[3]

ونظرا لاختلاف هذه الحالات الاستثنائية عن حالتي الحصار والطوارئ فانه سيتم التعرض إلى تعريف وتقنين كل حالة على حدى[4]؛ وذلك من خلال محاولة تحديد كل حالة منها، وتطبيقاتها في النظام السياسي الجزائري مع إبراز أثرها على ممارسة الحريات؛ وهذا من خلال هذه العنصرين الآتيين:

أولا: الحالة الاستثنائية وضوابطها بين مقتضيات النظام العام والحق في الحرية.

ثانيا: حالات استثنائية أخرى في القانون الجزائري ودورها في حماية النظام العمومي.

---

[1] – أ/ سحنين احمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر؛ مذكرة ماجستير؛جامعة الجزائر؛ سنة 2004-2005؛ ص20

[2] – د/ مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، ص 187 .و د/ سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأ المعارف بالإسكندرية، 1983، ص 13 وما بعدها. ود/ مسعود شيهوب، الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية، ص 24 وما بعدها.

[3] – د/ سليمان الطماوي؛ الوجيز في القانون الإداري؛ ص585

[4] –د/ ناصر لباد؛ القانون الإداري؛ ج2ص53

أولا: الحالة الاستثنائية وضوابطها بين مقتضيات النظام العام و الحق في ممارسة الحرية.

إذا ما تزايد الخطر على أمن الدولة وأصبح النظام العام مهددا بالاختلال، يلجأ رئيس الجمهورية إلى إعلان الحالة الاستثنائية التي نصت عليها المادة 93 من دستور 1996[1] عندما يكون هناك خطر داهم يهدد المؤسسات الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها ، وبالتالي تصبح سلطات الضبط أكثر اتساعا، لأنه مخول باتخاذ الإجراءات الاستثنائية التي فرضتها الأحداث .[2]

وما يلاحظ هو أن هذه الأسباب غير واضحة ودقيقة بالشكل الكافي الذي يمكن من التمييز بينها وبين سبب الضرورة الملحة الخاص بحالتي الحصار والطوارئ، وان كان بينهما خلاف ظاهر من حيث المدة؛ إذ الأصل فيهما أنهما محددتي المدة ، خلافا لمدة الحالة الاستثنائية التي الأصل فيها أنها غير محددة بفترة معينة، ومع ذلك يمكن لرئيس الجمهورية إنهاءها ورفعها بموجب مرسوم رئاسي، مع احترام نفس الإجراءات المتبعة عند إعلانها[3]طبقا لمنطوق المادة 93 من دستور 1996.

وتجدر الإشارة إلى أن دستور 1996 قد أعطى لرئيس الجمهورية صراحة وبموجب المادة (124) منه، سلطة التشريع بأوامر أثناء العمل بنظام الحالة الاستثنائية، ودون التقيد بشرط غياب البرلمان كما هو الحال بالنسبة للأوامر التشريعية العادية.

و لم يتضمن نص المادة أي قيود على سلطات رئيس الجمهورية في هذه الحالة بخصوص مدة إعمالها أو الإجراءات التي تتخذ في ظلها ومداها، ما عدا تقييده ببعض الاستشارات لبعض المؤسسات الدستورية عند إعلانها، والنص من جهة أخرى على أن قرار إنهاء هذه الحالة يتم بنفس إجراءات الإعلان، وعلى ضرورة اجتماع البرلمان وجوبا إثر إعلانها دون تحديد لدوره هنا بشكل واضح.

أما بالنسبة لآثار تطبيق هذه الحالة فتتمثل في تخويل رئيس الجمهورية صلاحية اتخاذ كل الإجراءات التي يراها ضرورية للحفاظ على الاستقلال الوطني والسلامة الترابية للبلاد والمؤسسات الدستورية، و لم يميز نص المادة بين إجراء أو آخر، وإنما جاء النص عاما وترك للرئيس السلطة التقديرية في اختيار الشكل المناسب والأداة القانونية المناسبة لقراراته، وبالتالي فإن إعلان هذه الحالة يجمع كل السلطات والوظائف التنفيذية والتشريعية وحتى القضائية في يد رئيس الجمهورية وهو ما يصفه الفقه الفرنسي وفقا لأحكام المادة 16 من الدستور الفرنسي – بقيام **الدكتاتورية الشرعية المؤقتة**[4]. ومن ثم تعتبر هذه الحالة خطرا بالغا على ممارسة الحريات الأمر الذي يستوجب ضرورة توفير ضمانات جدية لحماية الحرية من هذه الديكتاتورية المؤقتة.

---

[1] –وتقابل المادة 87 من دستور 1989 والمادة 120 من دستور 1976؛ وهي مستوحاة من المادة (**16**) من الدستور الفرنسي لعام 1958، ويمكن إعلان العمل بهذه الحالة من طرف رئيس الجمهورية عندما تكون البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية واستقلالها وسلامة ترابها. ينظر د/ وجدي غبريال؛ السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية في مصر وفرنسا؛ ص 22

[2] – ناصر لباد، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 62-63. وأ/ سحنين احمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية؛ ص32.

[3] –محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، المرجع نفسه، ص 80.

[4] – أندري هوريو؛ المرجع السابق، ص 402 وما بعدها.

1- مفهوم الحالة الاستثنائية ومبررات إعلانها :

تعتبر المادة **16** من دستور الجمهورية الخامسة 1958؛ النص التأسيسي لنظام الحالة الاستثنائية والمصدر التاريخي لهذه الحالة في التشريع الجزائري ؛ إذ تخول لرئيس الجمهورية سلطات واسعة وخطيرة على الحقوق والحريات العامة ؛ الأمر الذي جعلها عرضة لانتقادات برلمانية؛ وجدالات فقهية ودراسات أكاديمية[1] جد واسعة ؛ ورغم كل ذلك إلا أنها لم تستطع إلغاءها وان نجحت في وضع ضوابط هامة عليها ؛ كوجوبية اجتماع البرلمان في كل الأحوال وبدون استثناء[2].

فالمادة 93[3] من الدستور الجزائري النافذ تعتبر مستوحاة من نص المادة 16 من دستور فرنسا لسنة 1958، مع وجود بعض الفوارق اللفظية والسياقية كالتبسيط والإيجاز والاقتضاب الواضح وغير الدقيق الملاحظ في صياغة المادة 93 من الدستور الجزائري لسنة 1996؛ إلا أنهما تشتركان في منح وتمكين رئيس الجمهورية من ممارسة سلطات استثنائية خطيرة، خاصة اتجاه الحقوق والحريات العامة؛ فالدساتير الجزائرية نصت كلها على هذه الحالة من باب التقليد للمؤسس الدستور الفرنسي؛ ففي دستور 63 نصت **المادة 59** على:"في حالة الخطر الوشيك الوقوع يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ إجراءات استثنائية بقصد حماية استقلال الأمة ومؤسساتها الجمهورية، و يجتمع المجلس الوطني بكامل أعضائه " أما دستور 1976 فقد نص عليها في المادة **120** منه بقوله: " إذا كانت البلاد مهددة بخطر وشيك الوقوع على مؤسساتها أو على استقلال وسلامة ترابها، يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية، يتخذ مثل هذا الإجراء أثناء اجتماع الهيئات العليا للحزب والحكومة."

تخول الحالة الاستثنائية لرئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الخاصة التي تتطلبها المحافظة على استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية، يجتمع المجلس الشعبي الوطني وجوبا باستدعاء من رئيسه . تنتهي الحالة الاستثنائية حسب نفس الأشكال و بناء على نفس الإجراءات المذكورة التي أدت إلى تقريرها؛ ويرجع أصل تبني هذه الحالة كما يذهب **د/ بن طيفور** إلى حركة التمرد التي يحتمل وقوعها بعد الاستقلال؛ مما يستوجب تخويل رئيسها سلطات استثنائية واسعة لمواجهة مثل هذه الظروف والاحتمالات.

وقد عرفت الجزائر تطبيقا لها بعد أقل شهر واحد من الموافقة على دستور 1963؛ حينما قرر أول رئيس للجزائر المستقلة السيد أحمد بن بلة في 1963/10/3. عقب حركة التمرد العسكري التي قادها حسين آيت

---

[1] – ينظر تفاصيل ذلك في:

- Michèle VOISSET. L'article 16 de la constitution du 4 octobre 1958. thèse, droit, Paris , L.G.D.J.. 1969 ?

[2] – أ/ سحنين احمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية؛ ص31

[3] – وتنص المادة 93 من الدستور الجزائري على ما يلي: " يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهدد بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية، أو استقلالها أو سلامة ترابها. و لا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة و المجلس الدستوري الاقتراع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء.تخول الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة و المؤسسات الدستورية في الجمهورية . يجتمع البرلمان وجوبا. تنتهي الحالة الاستثنائية حسب الإشكال و الإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها وهي نفسها المادة 87 من دستور 1989

أحمد؛ والعقيد محند أوالحاج في منطقة القبائل؛ إضافة إلى معارضة محمد بوضياف في إطار حزب الثورة الاشتراكية ففي خطاب وجهه الرئيس إلى المجلس الوطني –البرلمان– أعلن الرئيس لجوءه إلى مقتضى نص المادة 59" في حالة الخطر الوشيك الوقوع؛ يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ إجراءات استثنائية بغرض حماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية؛ ويجتمع المجلس الوطني وجوبا"[1].

وقد استمر العمل بهذه المادة إلى غاية تاريخ الإطاحة بالرئيس في الانقلاب19 جوان 1965؛ ويرجع سبب الاستمرار في العمل بمقتضاها إلى تلك أحداث العصيبة المتمثلة في النزاع الحدودي الذي قام بين الجزائر والمغرب سنة1963 والذي تلخص أحداثه في تلك المحاولة الفاشلة للملك حسن الثاني ملك المغرب للاستيلاء بالقوة على منطقة تندوف؛ وما جاورها؛ وبالفعل فقد زحفت القوات المغربية على الحدود يوم 1963/10/9؛ حيث احتلت جزءا منها مدة أسبوعين قبل أن يوافق الملك على قرار وقف القتال تحت ضربات الثوار الجزائريين أو الإخوة الأعداء المتحدين أثناء هذه الأزمة الحدودية[2]، فضلا عن حركة التمرد العسكري الثاني بقيادة العقيد شعباني.[3]

2– ضوابط تقرير الحالة الاستثنائية :

نظرا لخطورة المادة 93 من الدستور الجزائري على الحريات العامة لما تمكنه لرئيس الجمهورية من ممارسة سلطات واسعة و خطيرة حيث تصل هذه السلطات إلى اتخاذ كل الإجراءات التي تتطلبها مواجهة الأسباب التي أدت إلى تقرير الحالة الاستثنائية، و ذلك بهدف العودة بالأوضاع الدستورية إلى حالتها العادية. فان المؤسس الدستوري لم يكتفي بمجرد قيام ظروف استثنائية بمفهومها العام، بل حدد الحالات التي تسمح بتقرير الحالة الاستثنائية و ضوابطها .

2-1– الضوابط الموضوعية للحالة الاستثنائية: وتتمثل في تلك الإجراءات أو الشروط الموضوعية المتعلقة في وجوب أن يكون الخطر الداهم وشيك الوقوع على مؤسساتها الدستورية أو يهدد استقلالها الوطني أو سلامة ووحدة ترابها.

أ– وجود خطر جسيم وحال داهم: ينصرف الخطر في معناه القانوني إلى كل حالة واقعية تنذر بضرر يصيب مصلحة حيوية فيهددها بالزوال أو بالانتقاص .[4] ورغم عدم نص المؤسس الدستوري الجزائري على وجوب أن يكون الخطر جسيما؛ على غرار المؤسس الدستوري الفرنسي الذي قد اشترط صراحة في الخطر أن يكون

---

[1] – د/ محفوظ لعشب؛ التجربة الدستورية في الجزائر؛ المطبعة الحديثة للفنون الجزائر؛ ط2001؛ص70 ؛ وينظر تفصيلا سياسيا أكثر في رسالة أة/ اسمهان تامغارت؛ إشكالية بناء دولة الجزائر من 1962-1988؛ مذكرة ماجستير؛معهد العلوم السياسية ؛ جامعة الجزائر؛سنة2002؛ ص59

[2] – د/ إسماعيل قيرة؛ مستقبل الديمقراطية في الجزائر؛ مركز دراسات الوحدة العربية؛ بيروت؛ سنة 2002؛ ط1؛ ص121

[3] – ينظر د/ فوزي أوصديق؛الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري؛ دراسة مقارنة– القسم الأول نظرية الدولة؛ دار الكتاب الحديث الجزائر طبعة2000؛ص316 ؛ د/ شطاب كمال ؛حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود؛ ص38 .

[4] – وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، مصر، 1988، ص 100 وما بعدها.

جسيما (grave) ؛ فإن الخطر الذي يشترط لتقرير الحالة الاستثنائية هو الخطر الجسيم الذي يتجاوز بشدته الحدود العادية، بحيث لا يمكن مواجهته أو دفعه دون اللجوء إلى الإجراءات الاستثنائية مما يعني انه لابد إن يتوفر في الخطر وصفين: أن يكون **جسيما** يتجاوز في شدته المخاطر المعتادة و المألوفة و أن يكون **حالا** قد بدأ و لم ينتهي بعد، أو أن تحققه مؤكد في المستقبل وليس مجرد احتمال .[1] وتجدر الإشارة إلى أن تقدير جسامة الخطر متروك لرئيس الجمهورية يمارسه تحت رقابة البرلمان و القضاء الإداري في فرنسا[2].

ب- أن يكون الخطر واقعا على هيئات دستورية محصورة: فالخطر بشروط المحددة سابقا؛ لابد أن يقع على أحد الموضوعات التي حددها المؤسس الدستوري، وهي بالنسبة للدستور الجزائري، المؤسسات الدستورية، أو استقلال البلاد، أو سلامة ترابها؛[3] وهي على سبيل الحصر.[4]

وما يلاحظ على هذه الموضوعات أن المؤسس الدستوري الفرنسي قد استعمل عبارة " مؤسسات الجمهورية " (les institutions de la république)، كمفهوم واسع، بحيث لو مس الخطر أي مؤسسة من مؤسسات الجمهورية، سواء كان منصوصا عليها في الدستور أم لا، فإنه يمكن إعلان الحالة الاستثنائية ،و هذا على خلاف المؤسس الدستوري الجزائري الذي استعمل عبارة " **المؤسسات الدستورية**"؛ أي أن يمس الخطر المؤسسات المنصوص عليها دستوريا دون أن يتعداها إلى غيرها من المؤسسات الأخرى. علما أن دستور76 قد استعمل عبارة " **مؤسسات الجمهورية**".

ج- أن يترتب على الخطر إعاقة فعلية لوظائف السلطات العامة في الدولة: فلا يكفي لتقرير الحالة الاستثنائية في فرنسا أن تكون مؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة إقليمها أو تنفيذ التزاماتها الدولية المهددة بخطر جسيم، بل لابد أن يترتب على ذلك إعاقة السير العادي المنتظم للمؤسسات العامة الدستورية عن أداء وظائفها، وهو الشرط غير المصرح به في المادة 93 عند المؤسس الدستوري الجزائري، اذ يجوز لرئيس الجمهورية تقرير الحالة الاستثنائية سواء ترتب على الخطر تعطيل السير العادي للسلطات العامة الدستورية أم لم

---

[1] – د/يحي الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري ، ص 86 و 87؛؛ د/ بن طيفور؛ رسالته السابقة؛ص138 ؛ ود/ وجدي ثابت غبريال؛ السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقا للمادة74 المصرية والرقابة القضائية عليها رسالة دكتوراه منشورة ؛ منشأة المعارف الإسكندرية سنة 1988؛ ص101

[2] – محمد شريف إسماعيل ، رسالته السابقة، ص 176 .

[3] – أما بالنسبة للمؤسس الدستوري الفرنسي، فإن تلك المواضيع تتمثل في المؤسسات الجمهورية، أو استقلال الأمة أو سلامة إقليمها، أو تنفيذ التزامات الأمة الدولية؛ و عليه إذا كان الخطر يهدد مؤسسات الجمهورية الفرنسية ، كأن يهدد مرفق الدفاع، أو يهدد بتعطيل السلطة القضائية، أو ما إلى ذلك من مؤسسات الجمهورية، فإنه يمكن تقرير الحالة الاستثنائية، ينظر تفصيلا مهما عند د/ مراد بدران؛ رسالته السابقة؛ ص133

[4] – أما إذا كان الخطر يهدد بعض الشخصيات العامة التي لا يمكن اعتبارها كمؤسسات جمهورية ، كحياة بعض الزعماء الأحزاب السياسية مثلا، فإن ذلك لا يمكن اعتباره من قبيل الأخطار التي أشار إليها المؤسس الدستوري ،و على العكس من ذلك فإن الخطر الذي يتعرض له النظام الجمهوري، هو من قبيل الأخطار التي تسمح بتقرير الحالة الاستثنائية؛ ينظر تفصيلا مهما عند د/ يحي الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، ص89 ، د/سامي جمال الدين لوائح وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف، مصر، 1982، ص 121 وما بعدها .

يترتب ذلك ، وان كان واقعيا أن هذا الشرط متوفر، ذلك أنه إذا كان بإمكان المؤسسات الدستورية أن تسير سيرا عاديا منتظما، فإنه لا مجال للحديث عن وجود الخطر الجسيم الذي يسمح بتقرير الحالة الاستثنائية، مادام أنه بإمكان السلطات الدستورية أن تواجه ذلك الخطر.

ورغم اختلاف الفقه الفرنسي في تفسير لشرط تعطل السير العادي المنتظم إلى أن المعنى المتبادر حسب الفقيه **جورج بيردو** هو توقف السلطات الدستورية عن أداء وظائفها كلية، وعجزها عن القيام بوظيفتها من الناحية المادية (interruption matérielle كعدم تمكن البرلمان من الانعقاد ، أو تشتت أعضاء السلطة التنفيذية، لذلك يجب حسب هؤلاء الفقهاء أن يتحقق عجز السلطات العامة عن أداء وظائفها.[1]

2-2-الضوابط الشكلية: وهي مجموعة من الإجراءات التي تقيد بها رئيس الجمهورية ، وهي إجراءات استشارية تتمثل في: أخذ رأي المجلس الدستوري ورئيسي غرفتي البرلمان، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء، والتي تعتبر بمثابة الرقابة السياسية إذا كان الجو العام السائد في الدولة ديمقراطيا[2].

وقد اختلفت الآراء حول طبيعة هذه الاستشارة؛ فمن حيث مبدأ طلبها فهي إلزامية؛ أما من حيث نتيجتها فهي استشارية وغير ملزمة طبقا للمادة 93من دستور 1996 ومن ثم فهي مجرد إجراء شكلي هدفه إشراك هذه الهيئات في تحمل المسؤولية وإعطاء الصبغة الشرعية لقرار رئيس الجمهورية المتعلق باللجوء إلى الحالة الاستثنائية ؛ خاصة إذا علمنا بأن غالبية هذه الهيئات الاستشارية لها علاقة التبعية لرئيس الجمهورية بحكم سلطة التعيين والعزل التي يحوزها رئيس الجمهورية أي لا يوجد استقلال عضوي بين هذه الهيئات ورئيس الجمهورية. وفي هذا يرى **د/الأمين شريط** في رسالته" بأن هذه الاستشارة ما هي إلا إعلام هذه الهيئات لا أكثر ولا أقل.[3] فرئيس الجمهورية حسب هذا الرأي ملزم بطلب الرأي وليس بالتقيد بمضمونه ولا نتيجته.

ومع ذلك فان معظم الفقهاء يرون وجوب عدم التقليل من دور وأهمية رأي هذه المؤسسات الفنية الاستشارية؛ رغم عدم إلزامية آرائها لرئيس الجمهورية إلا أنه معنويا لا يستطيع تجاهلها بسبب مركزه كرئيس جمهورية وعلاقته بالشعب[4]، كما أنه من الناحية الواقعية لا يمكنه الانفراد بالرأي خوفا من تحمل التبعات السياسية لوحده.

---

[1] - G . VEDEL . droit constitutionnel et institutions politique . 1959 -1960 . p 855,et BURDEAU , Droit constitutionnel et institutions politiques 1976 . p 634

ينظر تفصيلا لهذا الاختلاف في هذا الشرط د/ بدران؛ ص136

[2] – ينظر تفصيلا هاما حول موضوع الاستشارة كشرط شكلي في إعلان الحالة الاستثنائية في فرنسا والجزائر عند د/ سعيد بوشعير؛ النظام السياسي الجزائري؛ ص276 و د/ بن طيفور نصرالدين؛ السلطات الاستثنائية رئيس الجمهورية الجزائري؛ ص177 وما يليها. و ا/ سحنين احمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر؛ رسالة سابقة؛ ص39.

[3]- د/ شريط الأمين، خصائص التطور الدستوري في الجزائر، رسالة دكتوراه،1991؛ قسنطينة؛ ص554 ود/ شيهوب مسعود، مرجع سابق، ص33.

[4]– د/ سعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى، ، بدون سنة نشر. ص275

ولذلك تلجأ الإدارة الراشدة إلى استشارة الكفاءات الفنية؛ ولا شك أن معظم أعضاء المؤسسات الدستورية يفترض فيها الاختصاص الفني والدراية الملمة بواقع الجمهورية؛ إضافة إلى وزن هذه المؤسسات والشخصيات المكونة لها سياسيا؛ إذ غالبا ما تكون صادرة من رجال ذوي خبرة واسعة لهم القدرة في توجيه النصح والرأي نحو الطريق السليم؛ لحل مختلف الأزمات السياسية والأمنية والاقتصادية؛ وهو الدور الذي قام به المجلس الأعلى للأمن في الجزائر في مجال سد الفراغ الدستوري بإنشائه لرئاسة جماعية عرفت بالمجلس الأعلى للدولة بهدف الحفاظ على أركان الدولة وعدم انهيارها ومن ثم ضمان الاستمرارية القانونية للدولة الجزائرية.[1]

وسواء كانت الاستشارة ملزمة في نتيجتها أم لا؛ فان الدستور قد اشترط ضرورة طلب رأي هذه الجهات الاستشارية؛ بحيث يعتبر قرار رئيس الجمهورية غير مشروع دستوريا إذا لم يعرض على هذه المؤسسات المحددة في المادة93؛ وبالتالي يجب على رئيس الجمهورية أن يمارس صلاحيته وفق الإجراءات الدستورية حتى يضمن دستورية قراره .

وبعد ذلك يعلن رئيس الجمهورية عن الحالة الاستثنائية وبعد هذا الإعلان يجتمع البرلمان وجوبا حيث أنه لا يتصور أن تكون البلاد مهددة بخطر وشيك ونواب البرلمان يدخلون في إجازة بل يجب متابعة ومراقبة تطور الأوضاع بصفة مستمرة ، وحتى لا تخرج السلطة التنفيذية عن مبدأ المشروعية.

أما فيما يتعلق بإنهاء الحالة الاستثنائية فانه يتم بنفس الإجراءات التي تم إعلانها من حيث طلب الاستشارة الملزمة عند الإنهاء وعدم التقيد بمضمونها كما سلف توضيحه في إجراءات إعلان الحالة الاستثنائية.

3-دور إعلان الحالة الاستثنائية في صيانة النظام العام وأثره على الحرية:

تتمثل نتائج الحالة الاستثنائية في تحويل رئيس الجمهورية صلاحية اتخاذ قرارا إعلان الحالة الاستثنائية بغرض الحفاظ على الاستقلال الوطني والسلامة الترابية...إلخ ، وهو في هذه يمارس عملا من أعمال السيادة وبالتالي لا يخضع للرقابة لأن مبدأ الإعلان للحالة الاستثنائية يدخل في اختصاص السيادة العائدة لرئيس الجمهورية أما ممارسة هذه الاختصاصات فيجب أن تمارس وفق الإجراءات المنصوص عليها دستوريا . ويمكن حصر هذه الاختصاصات الاستثنائية في معظم الدساتير الحديثة فيما يلي :

- إعطاء الحق لسلطة حفظ النظام العام في إصدار القرارات التي يتم بموجبها التضييق في بعض الحريات الشخصية، والتي لا تصدر في ظل الظروف العادية إلا من الجهات القضائية المختصة[2]، وذلك مثل قرار تفتيش المنازل ليلا ونهارا وبدون التقيد بوقت معين لممارسة هذا الإجراء ، وقرار الاعتقال ووضع الأشخاص في مراكز أمن خاصة...الخ .

---

[1] - د/ فوزي أوصديق؛ النظام الدستوري الجزائري ووسائل التعبير المؤسساتي؛ ديوان المطبوعات؛الجزائر سنة2006؛ ص54

[2] -وتنص الدساتير على أن هذه الإجراءات لا تكون إلا بمقتضى أمر قضائي، مثال هذا في الدستور الجزائري 1996 المادة 40 التي تنص على أن التفتيش لا يكون إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة.

وهذا ما أقره المرسوم الرئاسي المقرر لحالة الحصار 91-196 إذ يخول للسلطة العسكرية صلاحية اتخاذ إجراءات الاعتقال الإداري والإخضاع للإقامة الجبرية ضد كل شخص راشد يمارس نشاط خطير على النظام العام طبقا للمادة 04 من المرسوم. وكذلك سلطة إجراء التفتيش ليلا ونهارا بموجب تعليمات كتابية صادرة عن السلطة العسكرية المختصة طبقا للمادة 07 من المرسوم.

- إصدار قرارات بالحجز أو التعليق أو المصادرة ضد الصحف والنشرات والمطبوعات ، وكافة وسائل الدعاية والتعبير، مما لا يجوز إلا بموجب قرارات قضائية في الظروف العادية[1] وهي نفسها الإجراءات التي نص عليها المرسوم الرئاسي المتعلق بحالة الطوارئ 92-44 ولكن تمارسها في هذه الحالة السلطات المدنية المختص وفقا للمواد (05، 06، 07) من المرسوم نفسه.

- وهناك الصلاحيات التي تدخل في إطار العمل القضائي البحث كقرارات إحالة بعض القضايا إلى جهات قضائية خاصة للفصل فيها كمحاكم الطوارئ التي تسمى **محاكم السلطة التنفيذية**[2] والتي ليست كالمحاكم الجنائية العادية؛ أو المحاكم العسكرية، أو تحويل الاختصاص القضائي في النظر بعض الجرائم من جهة قضائية عادية إلى أخرى على خلاف ما هو في الظروف العادية.

كما أن السلطات الواسعة التي تؤول لرئيس الجمهورية بموجب المادة 93 من دستور 1996، يمكن أن تتضمن حتى الصلاحيات القضائية إذا تطلب الأمر للمحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية، طالما أن نص المادة جاء مطلقا خالية من أي استثناء أو تقييد.[3]

وعليه يمكن اعتبار إعلان الحالة الاستثنائية أحد الأنظمة الدستورية العريقة التي أملتها الضرورات العملية، مما جعلها نظرية مستقلة بذاتها كظاهرة تتميز بها معظم الدساتير الحديثة.

ولكنها عند التطبيق في الواقع العملي تنطوي على مخاطر ومزالق قل ما يخرج منها النظام السياسي سالما من انتهاك الحريات والاعتداء على المشروعية القانونية ؛بجمع واختزال كل السلطات في شخصية رئيس الجمهورية قريبا من حالة الحرب ؛ ومن ثم فليس غريبا أن يصفها الفقه الدستوري بأنها في كل الأحوال شر لابد منه، اللهم إلا إذا تم الخضوع الذاتي أو التقييد الذاتي بالمشروعية الاستثنائية كحد أدنى لما توفره من ضوابط وأصول مقيدة لنفوذ سلطاتها في إدارة هذا الحالة الاستثنائية.

---

[1] - تنص المادة 38من الدستور الجزائري لعام 1996 على أنه لا يجوز أي مطبوع أو تسجيل أو أية وسيلة أخرى من وسائل التبليغ والإعلام إلا بمقتضى أمر قضائي.

[2] - وقد جاء قانون مكافحة الإرهاب والتخريب – المشار إليه سابقا – بفكرة المحاكم الخاصة التي يطبق أمامها نظلم تقاضي خاص يوقف الكثير من الضمانات القانونية التي أقرها قانون الإجراءات الجزائية للأفراد، ويسمح للسلطة التنفيذية من جهة أخرى بالتدخل في العمل القضائي، مما يجعل هذا المحاكم توصف بحق بمحاكم السلطة التنفيذية.ينظر المرسوم التشريعي 92-03 المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي 93-05 الصادر في 1993/04/19.

[3] - عبد الرحمن تقيدة، المرجع السابق، ص 80.

ثانيا: حالات استثنائية أخرى في القانون الجزائري

1- حالة الحرب[1] وأثرها على ممارسة الحريات العامة:

تعتبر حالة الحرب الحالة الحاسمة، والأكثر خطورة من الحالة الاستثنائية في توسيع سلطة رئيس الجمهورية مطلقا بحيث لا يتقيد بعد إعلانها بأية نص قانوني بما في ذلك أحكام الدستور التي تجمد نهائيا إلى أجل غير محدد. لأن سببها هنا ليس مجرد الخطر الداهم على البلاد وإنما حسب المادة 95[2]من الدستور أن يقع العدوان الفعلي على البلاد أو يكون على وشك وقوع ، وذلك حسبما نصت عليه الترتيبات لميثاق الأمم المتحدة . ونصها:"إذا وقع عدوان فعلي على البلاد أو يوشك أن يقع حسبما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة[3].

يعلن رئيس الجمهورية الحرب، بعد اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة، ويجتمع البرلمان وجوبا؛ ويوجه رئيس الجمهورية خطابا للأمة يعلمها بذلك" ونصت المادة 96 من نفس الدستور.[4]

وقد عرفت الجزائر تطبيقا وحيدا لها بمقتضى الأمر رقم 124/67؛ المؤرخ في 8/يوليه/1967؛ ويعود سببه إلى **الانتكاسة العربية** في هزيمتها أمام **العدو الصهيوني** ؛ وقد تضمن إعلان حالة التعبئة ؛ الشروع في استدعاء قدماء المجاهدين والعسكريين ؛ وفرض التدريب الإجباري على الطلبة والتلاميذ في الثانويات ومعاهد التكوين ؛ وذلك من اجل الاستعداد للحرب .[5]

وتتمثل آثار هذه الحالة في أن رئيس الجمهورية يتولى جميع السلطات، ويوقف العمل بالدستور مدة حالة الحرب طبقا للمادة 95: "يوقف العمل بالدستور مدة حالة الحرب ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات". ليحل محله التشريع أثناء الحرب، ويستبعد كل الضمانات العادية ، ويعطي كل السلطات للهيئات العسكرية ، وللمحاكم العسكرية.

كما أن عهدة رئيس الجمهورية تمدد وجوبا إذا انتهت خلال مدة الحرب، وذلك إلى غاية نهاية هذه الأخيرة ، وفي حالة استقالة أو وفاته ، أو حدوث أي مانع له، يخول رئيس مجلس الأمة كافة الصلاحيات الممنوحة لرئيس الجمهورية بموجب هذه الحالة، وذلك باعتباره رئيسا للدولة، وفي حالة اقتران شغور منصبي

---

[1]- ونصت عليها المواد 94 95-96 من دستور 1996 وتقابلها المواد 89-90-91 دستور 1989؛ وكذا المواد: 122- 123- 124 من دستور 1976

[2]-جاء في أحكام المادة 95 من دستور 1996 التي تنص: "إذا وقع عدوان فعلي على البلاد أو يوشك أن يقع حسب ما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة، يعلن رئيس الجمهورية الحرب، بعد اجتماع مجلس الأمة، يجتمع البرلمان وجوبا ويوجه رئيس الجمهورية خطابا للأمة يعلمها بذلك".وتقابلها المادتين 89 من دستور 1989 والمادة 122 من دستور 1976.

[3]- ينظر المادتين:2 فقرة3 ؛والمادة51 من ميثاق الأمم المتحدة، حيث جاء في الأخير أنه: (ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينقص الحق الطبيعي للدول أفراد أو جماعات في الدفاع عن أنفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء الأمم المتحدة) عن د/ سعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، مرجع سابق، ص276.

[4]- تقابلها المادة 123 من دستور 1976 والمادة 90 من دستور 1989.

[5]- د/بن طيفور؛ رسالته السابقة ؛ ص32

رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ، يتولى رئيس المجلس الدستوري وظيفة رئيس الدولة بنفس الوضع السابق ذكره؛ طبقا للمادة 96من الدستور النافذ.

ويوقع رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم ويعرضها فورا- بعد تلقي رأي المجلس الدستوري حولها- على غرفتي البرلمان لتوافق عليها صراحة، وهذا ما يجعل سلطة إنهاء الحرب معقودة لرئيس الجمهورية والبرلمان بغرفتيه معا طبقا للمادة 97 من دستور 1996[1] . إن غياب المشروعية يستمر طوال مدة الحرب، ولا تكون العودة للحياة القانونية العادية إلا بعد التوقيع على اتفاقيات الهدنة، معاهدة السلام[2]. و يترتب عن ذلك تركيز السلطة في أيدي رئيس الجمهورية ويبقى فقط البرلمان الذي يجتمع وجوبا، إلا أنه لا يمارس أي مهام ما عدا الموافقة على معاهدة الهدنة والسلم التي يبرمها رئيس الجمهورية بعد انتهاء الحرب التي لم يتدخل في إعلانها.[3]

فحالة الحرب تخول للرئيس سلطات لا حصر لها بدأ بتجميد الدستور بإرادة المؤسس الدستوري وتخويل الرئيس أمر الوظائف الثلاث ليقرر لوحده ما يشاء من التدابير المناسبة؛ الأمر الذي يغدو معه الحديث عن ضمانات الحريات أثناء حالة الحرب **ضربا من الخيال**. ومن ثم فلا مجال للحديث عن أثرها في ممارسة الحريات طالما لا توجد حدود تقيد سلطات الرئيس بما في ذلك تجميد الضمانات الدستورية[4].

وعليه فنظرا لخطورة السلطات الواسعة التي تتمتع بها الإدارة في الظروف الاستثنائية، لابد من تحديد هذه السلطات وإخضاعها لشروط معينة والتي يمكن تقسيمها إلى نوعين من الإجراءات : إجراءات أو شروط موضوعية وأخرى شكلية يستلزم الأخذ بها وهي:

1-1- الشروط الموضوعية: إعلان حالة الحرب يجب أن تتوفر شروط نص عليها الدستور تتمثل في وقوع عدوان أو كونه يوشك أن يقع أو يجب أن يقع العدوان أو على وشك الوقوع حتميا كالتحضير العسكري وحشد الجيش أو ممارسة الأعمال التخريبية.

1-2-الشروط الشكلية: وهي اجتماع مجلس الوزراء أو الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة ثم اجتماع البرلمان وجوبا ثم أخيرا يوجه رئيس الجمهورية خطابا للأمة يعلمها بذلك.

2- حالة مساهمة الجيش في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالة الاستثنائية:طبقا للقانون رقم 23/91 يمكن لسلطة الضبط العادية اللجوء إلى وحدات الجيش الوطني الشعبي لضمان الأمن العمومي ؛ وهي الحالة التي **يصعب تكييفها** بحيث أنها لا تشكل حالة حصار ولا حالة طوارئ إذ أن عنوان القانون يتعلق **بمهام**

---

[1] - لتفاصيل أكثر حول هذه الحالة ينظر د/ سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص 277 وما بعدها.

[2]- ناصر لباد، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 63.

[3] - سحنين أحمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية؛ ص33

[4]- د/بن طيفور؛ رسالته السابقة؛ ص38

حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية رغم أن أسانيد هذا القانون يشير إلى أن المادتين 86 و87 من دستور: 1989 واللتين تقابلها المادتين 91 و93 من دستور 1996، علما أن الإدارة لا يمكن أن تلجأ إلى الجيش لضمان الأمن العمومي إلا إذا كان الأمر يتعلق بمساس خطير ومستمر بالحريات الجماعية والفردية وباضطراب في الأمن العمومي طبقا للمادة الثالثة منه.

وبالتالي فإن الإدارة لا يمكن لها اللجوء إلى الجيش في حالة الظروف العادية من أجل ضمان الأمن العمومي، وبالرجوع إلى أحكام المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم :91-488[1] الذي يتضمن تطبيق القانون رقم : 91-23 [2]،المتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية أو بين الحالتين العادية وغير العادية

2-1-شروط وكيفيات لجوء الإدارة المدنية إلى الجيش بغرض ضمان الأمن العمومي:

حسب ما جاء في المرسوم الرئاسي رقم:91-488 المذكور أعلاه وطبقا للمادة3 منه ؛ فإن قرار استخدام وحدات الجيش لضمان الأمن العمومي يجب أن يتخذ من قبل رئيس الحكومة بعد الاستشارة المسبقة لكل من وزير الداخلية والجماعات المحلية ثم وزير الدفاع، قائد أركان الجيش.

وتعمل وحدات الجيش تحت مسؤولية السلطة المدنية وهي: الوالي على المستوى الولائي ووزير الداخلية على المستوى الوطني وذلك طبقا للمادة 4 منه. أما بالنسبة لوسائل تنفيذ التدخل فهي من صلاحيات السلطة العسكرية طبقا للمادة7؛ أما أخطاء استخدام الوحدات العسكرية، فإن القرار يرجع إلى السلطة المدنية نفسها. وأما أسباب التدخل فتعود إلى حالة المساس المستمر بالحريات الفردية والجماعية، وفي حالة المساس بالقوانين والتنظيمات.

3- مدى اعتبار اختصاص "التشريع بأوامر" كسلطة استثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري:

قد يمنح المؤسس الدستوري لرئيس الجمهورية صلاحية التشريع بأوامر سواء بالتفويض من البرلمان طبقا للمادة58 من دستور63 ؛ أو ما يعرف بنظام اللوائح التفويضية؛ وهي اللوائح التي تمت الاستعاضة عنها بلوائح الضرورة فيما بين دورتي البرلمان؛ طبقا للمادة153 من دستور76؛ وان كان يمكنه استعمال هذه الصلاحية عقب شغور المجلس الشعبي الوطني بسبب حله أو انتهاء عهدته فالمنطق السليم؛ ومفهوم الموافقة أن من له السلطة في حال قيام البرلمان بالتشريع يكون له تلك السلطة والبرلمان شاغر[3]؛ وفي التعديل الدستوري 1988/11/3 يشترط أن يكون التشريع بناء على اقتراح من رئيس الحكومة.

---

[1]- المرسوم الرئاسي رقم:91-488 المؤرخ في 1991/12/21، المذكور أعلاه، الجريدة الرسمية، عدد 66، الصادر في: 91/12/22، ص2548.

[2]- القانون رقم:21- 23 المتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية، الجريدة الرسمية، عدد:63، الصادر في 1991/09/07.

[3] -د/ بن طيفور؛ رسالته السابقة؛ ص45.

أما في دستور 89 فقد تم استبعاد التشريع بأوامر مطلقا؛ غير أن المؤسس الدستوري سرعان ما لبث عن عاد إلى عادة أسلافه في توسيع سلطات الرئيس وتمديدها إلى سلطة التشريع بأوامر بموجب المادة 124 في أربع حالات سبقت الإشارة إليها في الباب الأول.

لافرق في هذا الاختصاص بين الظروف العادية أو الظروف الاستثنائية بخلاف النظام الفرنسي، حيث نجد أن لرئيس الجمهورية الجزائري سلطة التشريع بأوامر في الظروف العادية والاستثنائية على السواء؛ وهو ما يجعل رئيس الجمهورية **مشرعا أصليا** إلى جانب **البرلمان** في الظروف العادية، وهو أمر غريب نوعا ما لتنافيه مع مبدأ الفصل بين السلطات ولمخالفته للأنظمة الدستورية الأخرى.[1]

ويشترط في الأوامر التشريعية العادية حسب الفقرتين 2، 3 أن تعرض الأوامر المتخذة من طرف رئيس الجمهورية على البرلمان في أول دورة لاحقة له ليقرر ما يراه بشأنها ، حيث له السلطة إبقائها أو إلغائها.[2]

أما الأوامر التشريعية الاستثنائية- حسب الفقرة 4 من المادة 124- فإنها تمارس في إطار المادة 93 من الدستور والمتعلقة بالحالة الاستثنائية، فيكون لرئيس الجمهورية بموجب هاتين المادتين 93، و124 أن ذلك الخطر يتخذ الأوامر التشريعية- بدون أن يتقيد بالشروط الخاصة التي تخضع لها هذه الأوامر في الظروف العادية- متى كانت البلاد مهددة بخطر دائم على استقلالها وسلامة ترابها ومؤسساتها الدستورية.

غير أن الإشكال الذي يطرحه الباحثون يكمن في **هل التشريع بأوامر متعلق بحالة استثنائية** وهي حالة الضرورة **أم هو حق دستوري مطلق للرئيس عند غياب البرلمان**؛ وحول هذه الإشكالية يقول **د/ بن طيفور** يمكن تمييز واستخراج موقفين للفقه الدستوري الجزائري[3] :

الموقف الأول:

ينسب إلى **د/ أحمد محيو ود/ بوالشعير** ويتمثل في أن رئيس الجمهورية حر في استعمال سلطة التشريع بأوامر كلما بدى له ذلك لا يقيده سوى قيد وحيد يتمثل في غياب البرلمان وشغوره؛ رغم اختلافهما في أساس تمتع الرئيس بهذه الوظيفة التشريعية؛ فهي عند **د/ محيو**[4]؛ تفويض دائم يجعله يقتسمها مع البرلمان وهي عند **د/**

---

[1] - ينظر الى المادة 124 من دستور 1996ا.

[2] - وأصل هذه المادة هو المادة (153) من دستور 1976 التي تعطي لرئيس الجمهورية إصدار مثل هذه القرارات فيما بين دورتي البرلمان فقط، ودون النص صراحة على مصير القرارات التي لا يوافق عليها البرلمان عند عرضها عليه في أول دورة له، وقد ألغيت هذه المادة في دستور 1989 وأعادها المشرع الدستوري في دستور 1996 مع بعض التعديلات والإضافات. ينظر تعليقا على هذه المادة في دستور 1976 د/سعيد بوالشعير، التشريع عن طريق الأوامر وأثره على استقلالية المجلس الشعبي الوطني المجلة الجزائرية للدراسات القانونية لسنة 1988 عدد 01، ص 353 وما بعدها.

[3] - بن طيفور؛ رسالته السابقة؛ ص46

[4] - د/أحمد محيو؛ محاضرات في المؤسسات الإدارية؛ ص19

بوالشعير ليست مستمدة من تفويض دستوري وإنما تجد أساسها في نص أصلي يمنحها للرئيس ليمارسها بـــلا قيد.[1]

الموقف الثاني: موقف كل من **د/ محمد براهيمي**؛ و**د/ عبد المجيد زعلاني**؛ و**د/ مراد بدران** ويتمثل موقفهما في اعتبار الأوامر التشريعية إجراء استثنائيا من قبيل لوائح ضرورة التي يشترط في ممارستها سرعة التدخل بأوامر لاتخاذ التدابير الضرورية لمواجهة الأوضاع غير الطبيعية وغير المتوقعة[2]. إضافة إلى أن إقدام الرئيس على هـــذا الاختصاص يكون مفروضا بمبررات مختلفة من أهمها عامل الاستعجال[3].

وعلى هذا يكون لجوء الرئيس لهذه الصلاحية منوط بمجموعة عوامل تدفع إلى تقدير الرئيس لاستخدام هذا الاختصاص التشريعي احتمال وقوع صعوبات غير متوقعة أو أزمة خطـــيرة تهـــدد اســـتقرار نظـــام الأمـــة ووحدتها.إضافة إلى عدم إمكانية تواجد البرلمان في جميع الأوقات فمن المعلوم طبقا للمادة 118 أن " يجتمـــع البرلمان في دورتين عاديتين كل سنة؛ ومدة كل دورة أربعة أشهر على الأقل" وطبقا للمادة 05 من القـــانون العضوي 02/99 المنظم لعمل غرفتي البرلمان وعلاقتهما الوظيفية بالحكومة حيث حددت المدى القصوى لكل دورة بأن لا تزيد على خمسة أشهر ونصها: " تدوم كل دورة عادية خمسة أشهر على الأكثـــر مـــن تـــاريخ افتتاحها". ولذلك يرى **د/ بن طيفور** أن سلطة التشريع بأوامر تعد بحق سلطة استثنائية تضاف إلى ســـلطات رئيس الجمهورية الاستثنائية.[4]

وهو الأمر الذي دفع ابتداء من سنة 2003 ببعض مثقفي نواب البرلمان ثقافة قانونية ديمقراطية وتحررية إلى التنديد **بإفراط** رئيس الجمهورية في استعمال هذه الرخصة الدستورية دون وجود مـــبرر قـــانوني يـــدفع إلى استعجال إستصدار القانون؛ حيث أصدر رئيس الجمهورية في سنة 2005 لوحدها **اثنتا عشر أمرا** تشريعيا في أمهات القوانين التي هي من الاختصاص المحجوز للبرلمان.

وهو ما أدى إلى مطالبة البعض في الجلسات العلانية للبرلمان **بحل البرلمان كإجراء أهون من تمرير مثـــل هذه الأوامر دون وجود ظروف استثنائية**؛ إذ يلاحظ أن معظم تلك الأوامر تم إصدارها قبل افتتاح البرلمـــان في دورته الربيعية لفترة وجيزة عادة ما تكون في بداية شهر فيفري؛ ومن هذا القبيل يمكن تفسير إقدام رئـــيس الجمهورية في سنوات الأخيرة على الإفراط في استعمال هذا الحق الدستوري بين دورتي البرلمان. على انه راجع الى ضعف العمل البرلماني ليس الا.[5]

---

[1] – د/ سعيد بوالشعير؛ التشريع عن طريق الأوامر وأثره على استقلالية المجلس الشعبي الوطني؛ المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصـــادية والسياسية؛العدد1؛ مارس1988؛ ص342

[2] – د/ مراد بدران؛ الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية– النظام القانوني للأوامر– مجلة إدارة– ؛ ص20

[3] – د/ عبد المجيد زعلاني؛ سلطة رئيس الجمهورية في مجالي التشريع والتنظيم؛ مقال بجريدة الخبر ليوم 2001/04/21.

[4] – د/ بن طيفور؛ رسالته السابقة؛ ص54 وما بعدها

[5]– والملاحظ أن هذا الإفراط في التشريع بأوامر صار متعلقا بأكثرالقوانين الحساسة في الدولة؛ والتي يجب أن تكون محل نقاش طويل لتعلقها بقيم المجتمع والقطاعات الكبرى فيه نذكر من أهمها :

3-1- أولوية مبدأ الاختصاص التشريعي للبرلمان في تنظيم الحريات أثناء قيام الظروف الاستثنائية:

يعود أساس هذا الاختصاص المحجوز للبرلمان الصراع الأبدي القائم بين سلطة الضبط والحرية؛ حيث تمثل الحريات قيدا وحدا على سلطة الضبط؛ كما أن ضروريات النظام العام تشكل حدودا للحريات العامة. مما ينتج عنه عدم التسليم بتخويل السلطة الضبطية صلاحية تنظيم الحرية نظرا للصراع المزمن بينهما.

فالحرية كما يراها **مونتسكيو-الملقب ابن خلدون الغرب-** في كتابه روح القوانين" لا توجد إلا عندما لا يساء استعمال السلطة ؛ وقد اثبت التاريخ والتجربة **أن كل إنسان بيده سلطة يترع دائما إلى إساءة استعمالها ما لم توضع له حدودا**"[1]؛ وهو الأمر الذي دفع واضعي الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن إلى تبني هذه الفكرة بمقتضى نص المادة 04" أن حدود ممارسة الحقوق الطبيعية لا يمكن أن ترسم إلا بواسطة القانون" وفي تفسير مجلس الدولة الفرنسي لهذه المادة أن الأمر يتعلق بمسألة تشريعية لا تقبل التفويض إلى الحكومة إلا في حالة غياب المشرع عندما يكون النظام العام وسير المرافق مهددين[2].

ويترتب على ذلك مسارعة البرلمان إلى مباشرة اختصاصه التنظيمي في مجال الحريات من خلال اقتراحات النواب والموافقة عليها؛ دون ترك فرصة للحكومة للتدخل بتنظيم بعض الحريات بدعوى حفظ النظام العام.

ولعل ابرز مثال على تخلي نواب البرلمان عن اختصاصهم مما يشكل خطرا على الحريات هو عدم جرأة النواب على اقتراح قانون عضوي هو من صميم اختصاص البرلمان يتعلق الأمر بالمادة 92 من دستور 96" تنظيم حالتي الطوارئ والحصار محدد بموجب قانون عضوي" وهو الأمر الذي لا زال باقيا إلى اليوم رغم مرور أكثر من عشرة سنوات كاملة من تاريخ النص عليهما؛ مما يعني تخويل الحكومة حق الاستمرار في تطبيق المرسومين الرئاسيين المنظمي لحالتي الحصار والطوارئ رغم اتفاق الفقه الدستوري على عدم دستوريتهما.

مستندين في ذلك على نص المادة 1/115 من دستور 1989 – تقابلها المادة 1/122 من دستور 1996- حيث جعلت مسألة حقوق الأشخاص وواجباتهم، خاصة نظام الحريات العامة و حماية الحريات الفردية وواجبات المواطنين من المسائل المحجوزة للمشرع، والتي لا يمكن للمجال التنظيمي أن يشملها بالتنظيم، إلا أن ما جاء في المرسومان الرئاسيان رقم 91-196 و 92-44 ونصوصهما التطبيقية، تدل على أن هناك خرق لمواد الدستور سالفة الذكر . و لعلى هذا هو السبب الذي أدى بالمؤسس الدستوري إلى تضمين دستور سنة 1996 بالمادة 92، والتي جعلت مسألة تنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار من المسائل المحجوزة للمشرع التي يتخذ بصددها قانونا عضويا.

- الامررقم01/01 المؤرخ في2001/02/27؛ المتعلق بتعديل **قانون النقد والعرض**.

- الأمر رقم 02/05 المؤرخ في2005/02/72المعدل والمتمم **لقانون الأسرة** رقم 11/84.

-الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام **للوظيفة العمومية**.

[1] – د/ سعاد الشرقاوي؛ النظم السياسية في العالم المعاصر؛ ص130

[2] – د/ بن طيفور؛ رسالته السابقة؛ ص69؛ نقلا عن Dominique Turpin؛ في كتابه الحريات العامة في ظل الجمهورية الخامسة طبعة1998؛ ص1891

خاصة وأن المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المؤرخ في 9 فبراير 1992 المتضمن إعلان حالة الطوارئ، قد تم تمديده لأجل غير محدد بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 93-02 المؤرخ في 6 فبراير 1993، إن ما تم هنا يعني أن العمل "**المرسوم الرئاسي**" قد تم تمديده بعمل برلماني "**مرسوم تشريعي**"، الشيء الذي يدفع بناء على **قاعدة توازي الأشكال** إلى إقرار اختصاص البرلمان لوحده خاصة وأن التمديد كان لفترة غير محددة، يقول **د/ بدران مراد**[1]" ومعنى ذلك أن إلغاء المرسوم التشريعي رقم 93-02 هي مسألة من اختصاص البرلمان، ومع ذلك يلاحظ أنه عندما اقترح بعض النواب في المجلس الشعبي الوطني، والمنتمين لحزب جبهة القوى الاشتراكية، إلغاء المرسوم التشريعي رقم 93-02 في الدورة الربيعية للبرلمان من سنة 1998، فإن الغرفة الأولى من البرلمان اعتبرت أن هذه المسألة ليست من اختصاصها؛ أي أنه لا تدخل في مجال التشريع بل هي مسألة من اختصاص رئيس الجمهورية أي أنها تدخل في مجال التنظيم".[2]

و خلاصة القول حول النظام القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية في التشريع الجزائري أن المتتبع لتطبيقاتها سيلمس جليا التأثر الكبير بالتشريع الفرنسي[3] أي اعتماد نظام التشريعات السابقة على حالة الطوارئ.

إذ يلاحظ أن الدستور الجزائري هو الذي يرتب ويصنف الحالات التي يمكن أن تتعرض لها البلاد، وتستوجب بالتالي اللجوء إلى الظروف الاستثنائية حفاظا على أمن الدولة التي هي من أهم صلاحيات رئيس الجمهورية بموجب سلطاته الدستورية في اتخاذ التدابير والإجراءات في مجال الضبط الوطني، فبالرجوع إلى أحكام الدستور نجد أن لرئيس الجمهورية أن يتخذ في حالة تهديد الأمن الوطني التدابير المناسبة والإجراءات الكفيلة بدرء ذلك الخطر وبالتالي الحفاظ على النظام العام.[4]

---

[1] – د/ مراد بدران ؛ الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية– دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا؛ رسالة دكتوراه 2004-2005؛ جامعة الجيلالي اليابس؛جامعة سيدي بلعباس؛ ص169 وما بعدها.

[2] – ففي إجابته على سؤال شفهي في 29مارس 1998 حول حالة الطوارئ ، و الذي كان مفاده أن تمديد حالة الطوارئ تم بأداة تشريعية (المرسوم التشريعي) و ليس بأداة تنظيمية (مرسوم رئاسي) ، مما يتعين معه أن يكون إلغاء المرسوم التشريعي **بقانون** – لأن القانون لا يلغيه إلا قانون مثله طبقا **لقاعدة توازي الأشكال** – فإن وزير الداخلية قد اعتبر أنه لو تم إلغاء حالة الطوارئ بقانون، فإن ذلك سيمس بتوزيع الصلاحيات بين السلطات الدستورية ، و بناء على ذلك، فإن الحكومة ممثلة في وزير الداخلية تعتبر أن أي تدخل للبرلمان أو أية سلطة أخرى ما عدا رئيس الجمهورية في رفع حالة الطوارئ، يعتبر تعد على اختصاص رئيس الجمهورية ، **يراجع تقرير لجنة الدفاع الوطني للمجلس الشعبي الوطني** حول اقتراح القانون المتضمن **رفع حالة الطوارئ** في الدورة الربيعية للبرلمان من سنة 1998، ص4 وما يليها.

وواضح كما **يقول بدران** أن في هذه الإجابة مخالفة لما اشترطه المؤسس الدستوري من ضرورة موافقة البرلمان على تمديد حالة الطوارئ مما يعني أنها من المسائل التي يختص بها البرلمان ، والتي يصدر بصددها قانون ينظر تفصيلا أكثر د/ بدران مراد ؛ رسالته السابقة؛ ص170

[3] – وهو ما يفسره أن معظم الدراسات الأكاديمية الجزائرية حول تأصيل نظرية الظروف الاستثنائية تتجه نحو المقارنة بالتشريع الفرنسي والمصري؛ نذكر على سبيل المثال رسالة د/ بن طيفور؛ حول السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية؛ ود/ مراد بدران الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية.

[4] – محمد الصغير بعلي، القانون الإداري ج1(التنظيم الإداري)، ص 78.

ولما كان الفقه الإداري الفرنسي يميز بين حالتيي الحصار والطوارئ حيث يعتبر حالة الطوارئ أخف تقييدا للحريات العامة من حالة الحصار التي يعتبرها أكثر تقيدا[1]، فان ما يلاحظ على النصوص الدستورية الجزائرية المنظمة لحالتي الطوارئ والحصار أنها لم تميز بين الحالتين؛ مخولة رئيس الجمهورية السلطة التقديرية المطلقة في اختيار أي منهما.

غير أن ما يلاحظ على التعديل الدستوري الذي تم في 28 نوفمبر 1996؛ أنه رغم إغفاله التمييز بين الحالتين مما يخول الرئيس السلطة التقديرية المطلقة في اختيار أحدهما؛ إلا أنه يعتبر أكثر تقييدا لسلطات رئيس الجمهورية في مجال فرض قيود على التنظيم الدستوري للظروف الاستثنائية؛ إذ تضمن قيدا جوهريا على سلطته تمثلت في تجريده من صلاحية تنظيم حالتي الطوارئ والحصار وعهد بهما إلى البرلمان عن طريق قانون عضوي. ولا شك أن هذا القيد يمثل **أم** الضمانات التشريعية ومصدرها على الاطلاق.

حيث نص عليهما في آن واحد وربطهما بحالة الضرورة الملحة دون أن يورد أي تمييز بينهما حسب ما جاء في أحكام المادة 91 منه حيث تنص:" يقرر إذا دعت الضرورة الملحة حالة الطوارئ أو الحصار لمدة معينة... ويتخذ التدابير اللازمة لاستتباب الوضع".

وبالرجوع إلى النصوص التطبيقية لكل حالة يظهر أن هناك فروقا؛ إذ مهما بلغ بهما التطابق إلا أنهما حالتين مختلفتين.[2] وفي انتظار صدور القانون العضوي المنظم للحالتين السابقتين والذي نصت عليه المادة 92 يبقى التطبيق العملي للحالتين هو المصدر الوحيد لتحديد طبيعة كل حالة وفق تصور ووجهة نظر الرئيس.[3]

وما تجدر الإشارة إليه أن الدساتير الثلاث: 76، 89 و96 كلها نصت على حالة الحصار والطوارئ قبل النص على الحالة الاستثنائية؛ مما قد يفهم منه لزوم تقييد السلطة بهذا الترتيب ؛ والواقع أن هذا التقيد ليس له أساس قانوني يبرره بل راجع حسب كل حالة، حيث أن الظروف الطارئة هي التي تفرض اللجوء إلى استعمال سلطات هذه الحالة أو تلك. ففي حالة ما إذا كانت الوضعية تجاوزت منذ البداية مجرد تهديد النظام العام إلى درجة شل مؤسسات الدولة وتهديد الوحدة الوطنية والاستقلال ففي هذه الحالة لا يمنع أن تلجأ السلطات المعنية إلى سلطات الحالة الاستثنائية مباشرة دون التقيد بالترتيب الذي جاء في الدستور، والمثال الواقعي على ذلك ما حدث في أحداث 5 أكتوبر 1988؛[4] حيث أعلن عن حالة حصار ثم عن حالة الطوارئ، وهناك حالة أخرى عملية وهي لجوء الإدارة إلى خدمات الجيش الوطني الشعبي خارج الحالات الاستثنائية؛وتم اللجوء إليها بعد انتهاء حالة الحصار المعلنة في جوان 1991م.

---

[1]- D.Roland DRAGO, L'état d'urgence.(Lois..Avril et 7 Aout 1955) et les libertés publiques R.D.P, 1955-.p : 693.

[2] -د/ مسعود شيهوب؛ المقالة السابقة؛ص34 ود/ شطاب كمال؛ حقوق الإنسان في الجزائر؛ ص105

[3] – د/ بن طيفور؛ السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية والضمانات الدستورية للحقوق والحريات؛ ص27

[4] – وهي تتمثل في الأحداث الخاصة بحركة الاحتجاجات الشعبية في أكتوبر 1988م ونتج عنها تغيير النظام السياسي وانتقاله من نظام الحزب الواحد إلى نظام التعددية السياسية.

وعموما فان جميع الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في الدستور الجزائري وتطبيقاتها التنظيمية؛ تمنح سلطات استثنائية واسعة تجد مبررها في حماية النظام العام؛ بحيث تصل هذه السلطات الى درجة مصادرة بعض الحريات؛ لأن الأولوية في ظل هذه الظروف تكون للنظام على حساب الحرية.

ولذلك فلا عجب أن يسميها الفقه الدستوري بالديكتاتورية المقننة كتعبير عن أثرها الجسيم على تقييد الحريات ومصادرتها؛ خاصة في الحالة الاستثنائية حينما تكون المؤسسات الدستورية والاستقلال الوطني والوحدة الوطنية مهددة طبقا للمادة 93 دستور 1996. وكذا حالة الحصار وحالة الطوارئ المتعلقتين بوجود ضرورة ملحة تتطلب اتخاذ إجراءات من أجل استتباب الوضع طبقا للمادة 91 دستور1996.

وعليه فإن لنظرية الظروف الاستثنائية أثرها في تغيير القواعد القانونية بما يحقق المصلحة العامة والانتظام العام بحيث يباح بموجبها إجراءات غير مشروعة حسب النصوص على أساس حق الدولة في السيادة، فيمكن للدولة الخروج على القانون في أحوال الضرورة ولرئيس الدولة أخذا بحق الضرورة أن يعطل الدستور والقانون كلما وجد ذلك ضروريا لدفاع عن أمن الدولة وصيانة نظامها العام؛ على أنه مقيد في ذلك بالرقابة القضائية لتقدير مدى توفر الظرف الإستثنائي من عدمه .

وترتيبا على ذلك تكون فكرة النظام العام مصدرا لتوسيع المشروعية العادية الى مشروعية استثنائية؛ تخول لسلطة حفظ النظام العام اتخاذ جميع التدابير اللازمة؛ مما يستوجب معه البحث عن آليات لحماية الحرية في مواجهة امتيازات الظروف الاستثنائية على سلطة الضبط الاداري. وهو ما سيتم بحثه في الفصل الثاني.وقبل ذلك يجب معرفة موقف الشريعة الاسلامية من أثر الظروف الاستثنائية في توسيع السلطة النظامية وبيان ضوابطها التشريعية ؛ بحيث يلاحظ أن هناك تطبيقات لهذه النظرية في الفقه الإسلامي أكثر من أن تحصى؛ وهو ما سيتم بحثه في المطلب الموالي .

المطلب الثاني: مظاهر إعمال نظرية الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في النظام الإسلامي.

لا شك أن قدرة المجتمع السياسي الإسلامي على تحقيق نظامه واستقراره منوطة بقدرته على كفالة الأمن الذي يعتبر التفريط فيه عملا مهددا لتطوره وبقائه ؛ ومن هنا كان على علماء الأمة تحديد مصادر هذا الإخلال بتشريح الأسباب وتحصيل الحلول في ضوء مقاصد الشريعة ومبادئها؛ وذلك بعرضها على شريعة الله لا على شريعة الحكام -كما يفعل أهل التبرير للسلطة في كل عصر-؛ فإذا وجودوها تمثل خروجا على هذه الشريعة كيفوا لها الحكم الشرعي المناسب؛ وإلا خرجت عن دائرة تهديد أمن الأمة وان توهمت السلطة ذلك.

وهذا ما سيحاول الباحث تجليته من خلال تحديد أهم المظاهر التي تشكل إخلالا خطيرا بالنظام العمومي؛ وبيان كيفية تعامل الفقه الإسلامي مع عناصرها المهددة لنظام الجماعة؛ على أن تتم هذه الدراسة من خلال بعض التطبيقات التي استطاع الباحث الحصول عليها من مختلف كتب السير والتاريخ الإسلامي خاصة منها تاريخ الخلافة الراشدة لما تمثله من نموذج لما يجب أن تكون عليه السلطة في النظام الإسلامي؛ حيث تمثل نموذجا قابلا للاقتداء به لما وصفها به النبي الكريم **بالرشد** وامتثال **منهاج النبوة** في الحكم والتشريع.

وعلى هذا يجب تحديد مصادر تهديد النظام العام ثم محاولة تكييف القرار الضبطي المناسب لها دون أن التضحية بحريات المواطن وحقوقه الواجبة له بالشرع.

وفي خضم هذه الأزمات العامة؛ كانت السلطة النظامية تتمتع بامتيازات عديدة وسلطة تقديرية واسعة؛ تمكنها من إعادة استتبابه الوضع الأمني واسترجاع هيبة النظام؛ ولاشك أنه قد تخللت ذلك بعض التضييقات والتقييدات الجزئية لحقوق وحريات المواطنين وهو ما سيحاول الباحث تسليط الضوء عليه لتقرير مدى تطابق الشريعة مع القانون في معالجة القضايا النظامية والأمنية على حساب حقوق وحريات المواطنين؛ أم أن هناك اختلاف بين النظامين

ولذلك حاول الباحث تجلية أهم التطبيقات المستفادة من الخبرة السياسية لحكومة الخلفاء الراشدين في مجال وسائل وأساليب دفع الخطر المهدد لنظام الجماعة؛ ومعرفة مدى تأثر الحقوق والحريات من هذه الوسائل؛ وضوابط ذلك من خلال العناصر الآتية :

الفرع الأول: حالات إعلان حالة الضرورة العامة وضوابطها في القانون العام الإسلامي.

الفرع الثاني: تطبيقات الإخلال بالنظام العام في ضوء الضوابط الشرعية لحالة الضرورة.

الفرع الأول: حالات إعلان حالة الضرورة العامة وضوابطها في القانون العام الإسلامي.

يظهر من خلال المتأمل في تطورات الفتنة عند وفاة الرسول عليه الصلاة والسلام، يكتشف أن هناك تحالفا ضمنيا – على أقل تقدير– ، انعقد بين المنافقين والمرتدين. ومن ذلك خطة إياس بن عبد الله [1] كانت تدور بشكل آخر في ذهن بني أمية الذين عرضوا على الإمام علي أن ينصروه بجيش يملأ الأرض على أبي بكر خيلا ورِجْـلاً.[2] أما الصف المسلم الذي لا يشكو نفاقا ولا ردة، فقد كان يعاني آفتين مزمنتين، آفة العصبية العائلية والقبلية، وآفة التشوف إلى السلطة واحتكارها، وكلاهما قاتلتان.[3]

هذه المخاطر المتعلقة بحركات النفاق والردة، والتمزق القبلي والصراع على السلطة ومحاولة احتكارهـا، إذا أضيف إليها مخاطر اليهود الذين كانوا يلعقون جراحهم في أطراف الجزيرة ، ويتحينون فرص الانقضـاض علـى الإسلام وأهله ، وحالة الاستنفار لدى الوثنية الفارسية والمسيحية البيزنطية ، رُعباً من الـدين الجديـد المنتصـر وعنفوانية أهله، وصدق قتاليتهم وصلابة عودهم، تكون صورة المجتمع الإسلامي في الجزيرة، والتهديدات الـتي تحاصره أشد وضوحا وأكثر قتامة بما فيها من مخاطر، ممايستوجب اعمال أحكام المشروعية الاسـتثنائية ممثلـة في قواعد الرخصة والضرورة المبيحة للمحظور.

وهي النتيجة التي استوعبها ثلاثة أقطاب من كبار الصحابة هم أبو بكر وعمر وعلي –رضي الله عنهم–؛ إذ فهموا جوهر نظام الحكم في الإسلام وشكله ، وأنه أمر للمسلمين عامة مبني على الشورى قـرارا وتنفيـذا ومراقبة، واستوعبوا واقع الفتن والمشاكل التي تواجه المسلمين، فتعاونوا على تجاوز المحنة وتثبيت أمر الإسـلام في القلوب والأمن والوحدة في المجتمع ، بما تم إنجازه في سقيفة بني ساعدة، تحت مسوغات شرعية سليمة ومـبررات سياسية كافية ، عزيمة ورخصة، اختيارا واستخلافا وتدبيرا.[4]

غير أن هذه **الرخصة** كتعبير عن **نظرية الضرورة** تبقى دائما استثناء من القاعدة الأصلية وهي قاعدة العزيمة والقواعد العادية؛ وهذا ما يستفاد من خلال تتبع عملية انتقال السلطة بين الخلفاء الراشدين؛ فقد بقي أبو بكـر وعمر برغم ترخصهما في أمر الاستخلاف مخافة الفتنة – وهو الهاجس الذي ظل ينغص حياتهما –، **وَفِيَّيْنِ لمبـدأ العزيمة** الذي هو عدم جواز التوارث واحتكار أمر المسلمين في أسرة أو قبيلة أو فئة.

---

[1] – وتتمثل خطته المكرية في أنه جاء –أي إياس بن عبد الله بن عبد ياليل من بني سليم– إلى الخليفة أبي بكر رضي الله عنـه ، وسـأله أن يجهز له جيشا يقاتل به أهل الردة ؛ ففرح أبو بكر وجهز معه جيشا. فلما سار جعل لا يمر بمسلم و لا مرتد إلا قتله وأخذ ماله. فلما سمع أبو بكر بذلك بعث وراءه جيشا آخر فرده ثم قتله. فكان بذلك من أخطر مؤامرات المنافقين في هذه الفترة. ابن كثير؛ البداية والنهاية؛ جزء 6 ؛ ص 319.

[2] – ابن الأثير؛ الكامل في التاريخ؛ ج2 ؛ص 220 ، الطبري؛ تاريخ الأمم والملوك؛ ج 2 ؛ ص 449 .

[3] – عبد الكريم الحمداوي ؛في النظام السياسي الإسلامي فقه الأحكام السلطانية؛ ص56

[4] – عبد الكريم الحمداوي ؛ المرجع السابق ص85

فعندما رفض عمر ترشيح أبي بكر له وقال:" لا حاجة لي بها "، زجره أبو بكر قائلا:" لكن بها إليك حاجة، والله ما حبوتك بها ، ولكن حبوتها بك . "وعندما احتضر عمر، كان يستطيع الترخص بالاستخلاف، بأن يختار أحد أقاربه، وعلى رأسهم ابنه عبد الله الذي رشحه للخلافة بعض الأنصار والمهاجرين، ولكنه رفض ذلك بشدة ، وحذر ابنه من قبولها. وكذلك عثمان – رضي الله عنه –؛ كان له من الأقارب والأصهار، ومن بني أمية من قادة الجيوش وأمراء الشام ومصر، من هم قادرون على السيطرة والاستئثار بالسلطة والمغالبة عليها، ومع ذلك تمسك بالعزيمة و لم يستخلف.والأمر نفسه لزمه الإمام علي ؛ إذ لم يستخلف برغم إلحاح أصحابه عليه. فكانت بذلك العزيمة هي الأصل، وهي السنة التي ترك النبي عليه الصلاة والسلام المسلمين عليها ، وهي ما التزم به عثمان وعلي، وكانت الرخصة هي التيسير تلافيا لفتنة تعقبها ردة وهي ما فعله أبو بكر وعمر بتجرد دقيق تام، لا شبهة فيه لهوى أو غرض أو آفة محاباة أهل أو أقارب[1].

وترتيبا على ذلك يمكن تحديد مقاييس الاختيار طيلة الحكومة الراشدة أنها مبنية على أسس واضحة بيِّنة ثابتة، من أهمها: مقياس "**الأصلح" للمرحلة والحالة**، وهو ما اعتمده كل من أبو بكر و عمر لمن بعدهما . وفيما يلي سيتم تحديد اهم مظاهر الضرورة العامة وضوابط مواجهتها.

أولا: حالات إعلان نظرية الضرورة الشرعية العامة في الفقه السياسي الإسلامي .

ثانيا: ضوابط مواجهة الأزمات في حالة الضرورة العامة في الفقه السياسي الإسلامي.

[1] – ينظر الى هذه الروايات والنقول عند د/ عبد الكريم الحمداوي؛ المرجع نفسه؛ ص64

أولا: حالات إعلان نظرية الضرورة الشرعية العامة في الفقه السياسي الإسلامي.

تطلق حالة "**الضرورة** "[1] على قيام أوضاع غير مألوفة تهدد حياة الجماعة بالهلاك والاضطراب؛ ولخطورتها في تطبيق الأحكام على المكلفين فقد خصص لها الأصوليون بابا مستقلا يعرف بباب **الرخصة** التي تقتضي أحكاما وتدابير استثنائية في الأحكام الأصلية تمييزا لها عن أحكام العزيمة التي قررتها الشريعة في الأحوال العادية، فما المقصود بهذه الحالة على المستوى القانون العام الإسلامي ؛ وهل تخول هذه الحالة للسلطة الخروج على إحكام المشروعية العادية كما هو الحال في القانون الوضعي ؟ أم أن هناك قواعد أخرى خاصة بمثل هذه الحالة شرعت للحفاظ على نظام الجماعة واستقامة حياتها الاجتماعية والسياسية والأمنية. ثم ما هي الظروف والمسوغات التي جعلت أبا بكر وعمر وعلي باستثناء الخليفة عثمان يلجآن إلى هذه القاعدة الفقهية، قاعدة الرخصة بدل العزيمة ، أو كما يقول الفقهاء : الأمر إذا ضاق اتسع ؟[2]

فقد عرفت الخبرة الإسلامية في ظل حكومات الدولة الإسلامية الراشدة تطبيقات كثيرة لهذه الضرورة العامة أو الرخصة العامة ؛ أو ما يصطلح عليه البعض بالأزمة ومن هذه الأزمات العامة[3] والتي يمكن للباحث تجليتها في:

– **الأزمة السياسية:** والتي بدأت عقب وفاة المصطفى صلوات الله وسلامه عليه دون إن يعين ويستخلف عليهم من يسوسهم ويحفظ دولتهم؛ حيث عاشت الدولة الفتية **فراغا دستوريا** كاد أن يحيي النعرات العصبية بين القبائل المتنافسة خاصة ذلك الصراع الذي دار بين الأنصار والمهاجرين فضلا عن صراعهم مع بني هاشم بقيادة الإمام علي وزوجه فاطمة الزهراء.

–**الأزمة الأمنية:** ومنها اغتيال الخليفة الثاني وإشكالية تعيين الخليفة من بعده والتي آلت بعد ثلاثة أيام من وفاته إلى عثمان؛ والذي بدوره تعرض عهدته الرئاسية إلى أزمات سياسية وأمنية كثيرة منها تلك المعارضة السياسية التي كانت تنادي بتغييره ووجوب تخليه عن منصب الخلافة؛ والتي انتهت باغتياله ؛ وهو الحادث الذي يعتبر

---

[1] – جدير بالإشارة أن هناك فرق بين حالة الضرورة وبين الضروري(الضروريات) كإحدى مراتب المصلحة حالة الضرورة هي حالة من الأذى و الضيق تطرأ أو تعرض أو تنزل بإحدى كليات المصالح بحيث تشكل مشقة و حرجا للإنسان الأمر الذي يقتضي أحكاما استثنائية لحفظ هذه الكليات و هي ما يسميها الفقهاء أحكام الرخصة . أما الضروريات فهي ما تدعو الحاجة إليها لاستئناف الحياة الإنسانية بحيث إذا فقدت أو اختلت اختل نظام الحياة ووقع الناس في أذى لا يمكن معه البقاء، فهي عبارة عن مقومات وأسس ضرورية لإقامة الحياة الفرد والجماعة. وعلى هذا تتميز الضروريات أو كليات المصالح عن حالة الضرورة من ناحية طبيعة الأحكام التي تقتضيها. فحالة الضرورة حالة من الأزمة أو الأذى و المشقة تنزل على ضروري أو أكثر فتدعو إلى إعمال الإحكام الاستثنائية ممثلة في أحكام الرخصة– **المشروعية الاستثنائية**، بينما الضروريات في أي مرتبة من مراتبها تجرى عليها الأحكام الأصلية المقررة ابتداء من باب العزائم– **المشروعية العادية**– . ينظر تفصيلا في ذلك د/ فوزي خليل؛ المصلحة من منظور إسلامي؛ ص446

[2] – عبد الكريم الحمداوي ؛في النظام السياسي الإسلامي فقه الأحكام السلطانية؛ ص46

[3] – ولعل أهم دراسة في تأصيل كيفية تسير حالة الأزمة السياسية وبيان أحكام الضرورات السياسية والأمنية والاجتماعية والاقتصادية في دولة الإسلام؛ هي كتاب إمام الحرمين المسمى " **غياث الأمم في التياث الظلم** " المسمى **بالغياثي** حيث جعل قسمه الثاني في أحكام الضرورات المختلفة؛ حيث يفترض مسائل وحالات للضرورة ثم يشرع في بيان أحكامها كحالة إذا ما وطئ الكفار ديار المسلمين؛ وكحالة خلو الزمان عن الإمام؛ أو شعور الدهر عن وال مستول بنفسه أو بغيره" ينظر تفصيلا لهتين الحالتين على التوالي؛ ص191؛ ص225 .

بذرة الانقسامات التي شهدتها عاصمة الدولة في أعقاب **موقعة الجمل** والمطالبة بدم عثمان قبل المبايعة لعلي؛ **ومعركة الصفين** بين علي ومعاوية رضي الله عنهما.

– **الأزمة النظامية**: والتي تمثلت في **تمرد** بعض القبائل العربية عن الخليفة أبو بكر–ض– وعلى رأسها بني حنيفة؛ مما اضطره إلى مواجهتهم لفرض النظام وإخضاعهم لسلطة الدولة. وكذلك انقسام المسلمين عقب واقعة التحكيم أو الصفين بين الإمام **علي**–كرم الله وجهه– ومعاوية–ض– والي **الشام** ؛ إلى خوارج وشيعة وأهل السنة ممن اعتزلوا الفتنة.

ومنها الأزمة الاقتصادية والتي تمثلت في **عام المجاعة** سنة 18 للهجرة بسبب الجفاف الطويل الذي قضى على الأراضي الزراعية ؛ وما استتبعه من تجميد تطبيق بعض الحدود للضرورة العامة كتوقيف الخليفة لحد السرقة.

ومنها الأزمة الصحية: والتي تمثلت **طاعون عمواس** في عهد الخليفة عمر–ض– ؛ الأمر الذي دفعه إلى تطبيق حالة الحصار والأمر بالحجر الصحي على منطقة الوباء منعا للعدوى وقطعا لانتشار المرض عبر المتنقلين؛ إذ منع الدخول عليهم ورد الخارجين منهم.

1– حالة الردة وأثرها في توسيع سلطة حفظ النظام

1–1–مفهوم الردة ومدى خطورتها على النظام العام الشرعي :

الردة **لغة**: الرجوع؛ و**شرعا** تعني كفر المسلم بقول أو بفعل يخرجه عن الإسلام؛ وهي جريمة مختلف في تكييفها الشرعي[1] ما بين قائل بأنها تمثل جريمة حد معاقب عليها بالإعدام مستندين إلى ما أخرجه البخاري عن ابن عباس لقوله عليه السلام " **من بدل دينه فاقتلوه**"[2]. وفي رواية مالك في الموطأ " **من غير دينه فاضربوا عنقه**" الأمر الذي دفعهم إلى تقرير حدية الردة حقا لله. وهو رأي جمهور الفقهاء على ما نقله ابن حجر في الفتح عند تعليقه على الحديث السابق؛ ؛ وما أخرجه البخاري ومسلم عن عبد الله بن مسعود من حديث حالات استباحة

---

[1] – ينظر في تكييف جريمة الردة وعلاقتها بحرية العقيدة؛ د/محمد السعيد عبد الفتاح؛ الحماية الجنائية لحرية العقيدة والعبادة؛ دار النهضة العربية؛ القاهرة؛ ط1؛ سنة 2005؛ ص151 وما يليها. وينظر أيضا مقال على الانترانت موقع د/ يوسف القرضاوي؛ بعنوان؛ " خطورة الردة ومواجهة الفتنة". وقد نقل فضيلته أن الإسلام لا يعاقب بالقتل على نفس الارتداد إذ لا إكراه في الدين؛ وإنما العقوبة على ما يترتب على الارتداد من إحداث الفتنة بين المسلمين بسبب المجاهرة بالردة؛ فهي عقوبة شرعت لحفظ نظام الأمة من خلال حماية هوية المجتمع؛ وحفظ لأسسه ووحدته؛ ولهذا يرى فضيلته أن المرتد لا يعاقب إذا كان غير مجاهر بردته؛ ولا يقتحم بيته؛ ولا يحاسب على فعله أو قوله أو قلمه إلا إذا كان فعله كفرا بواحا لا شك فيه" وقريب من هذا المعنى يقرر د/ عبد الحميد متولي؛ مستدلا بقول للإمام ابن القيم؛ بأن مسألة عقاب المرتد بالإعدام لا علاقة له بحرية العقيدة؛ بأن وانما هي مسألة سياسية قصدها حياطة المسلمين؛ وحياطة تنظيمات الدولة وأسرارها. ينظر د/ متولي؛ مبادئ نظام الحكم في الاسلام؛ ص300.

[2] - ينظر لمزيد من التفصيل حول هذه المسألة عند د/ محمد سليم العوا؛ في أصول النظام الجنائي الإسلامي؛ ص150 وما بعدها؛ والشيخ محمود شلتوت؛ الإسلام عقيدة وشريعة؛ ص301. والحديث أخرجه البخاري؛ ابن حجر العسقلاني؛ فتح الباري؛ ج12؛ ص 194 ؛ والإمام مالك؛ الموطأ؛ ص458.

دم المسلم التي حصرها في ثلاث وعد منها" التارك لدينه المفارق للجماعة"؛ ومن ثم في حقا لله تحقيقا للمصلحة العامة. وترتب على ذلك غلق باب الحديث في قضية الردة بسيف الإجماع.[1]

وبين قائل بأنها **جريمة تعزير** مفوضة إلى السلطة القضائية المختصة لتقرر بشأنها ما تراه ملائما من أنواع العقاب؛ نظرا لعدم وجود نص قرأني لعقوبة الردة وإنما مجرد وعيد وتهديد بعقاب المرتد في الآخرة؛ وأما ما نقل الفقهاء من أحاديث رغم تسليمهم بصحتها فهي أما مردودة بخروجها عن محل النزاع لتعلقها بعقوبة المحارب المرتد؛ أو إلى أن أنها مصروفة عن العموم والوجوب إلى الإخبار والإباحة؛ بدليل كما يقول د/ طه جابر العلواني[2] " أنه من الثابت المستفيض أنه صلى الله عليه وسلم **لم يقتل مرتدا طيلة حياته الشريفة**؛ حتى قال الشافعي:" وقد آمن بعض الناس ثم ارتد بعد واقعة الإسراء؛ فلم يقتلهم رسول الله ".[3]

ورغم هذا الاختلاف الفقهي في تحديد طبيعة جريمة الردة غير أن الغالب أن المرتدين إذا كانوا بالكثرة التي تهدد أمن الجماعة وهويتها؛ فانه لا خلاف في تسليط أقصى العقوبات عليهم؛ بحيث تكيف جريمتهم على أنها خيانة عظمى؛ حفظ لأمن الدولة الداخلي وضمانا لاستقرار وسيادة عقيدتها كجزء من نظامها الشرعي؛ وعلى هذا تميز الردة أو الكفر الطارئ عن الكفر والشرك الأصلي الذي لم يسبقه إيمان؛ بحيث تمثل الردة طعن في الدين وإيذاء

---

[1] – د/ طه جابر العلواني؛ إشكالية الردة والمرتدين؛ ص40 ؛ ويذكر سيادته أن أبتلي سنة 1963 باستفتاء في قضية الردة حول مجموعة الشيوعيين الذين قاموا بمحاولة انقلاب ضد حكومة حزب البعث في العراق؛ ولكنها فشلت حيث تم اعتقال كل من فيه شبهة الشيوعية؛ وقد بلغ عدد المعتقلين خمسة آلاف وخمسمائة تم تجميعهم؛ ثم نقلهم الى سجون في الصحراء القاحلة؛ وقد اجتمع مجلس قيادة الثورة وقرر إعدام الحزب الشيوعي كله على جناح السرعة؛ بدأ بمن تم اعتقالهم؛ خوفا من الضغوط الروسية؛ وقد أسندت مهمة ذلك إلى القائد عبد المغني الراوي؛ والذي شعر بخطورة الأمر حين رأى ضخامة العدد؛ فطلب من الحكومة فتوى من كبار العلماء في البلد؛ حيث أفتاهم ثلاثة منهم مفتي العراق السني والمرجع الشيعي اندك "بضرورة إعدامهم باعتبارهم مرتدين"؛ غير انه لم يطمئن لتلك الفتاوى ؛ حيث يذكر أنه لجا إليه باعتباره كان مترددا على مسجدي الذي أؤم فيه الناس؛ فسألني عن حكم قتلهم حتى يطمئن قلبه– وكان رجلا مصليا– فقلت له أنها قضية سياسية لا علاقة لها بالدين رغم أنها لها جانبين سياسي وهو مردود لان البعث في أصلها حركة شيوعية لينينية بتطبيق عربي؛ وجانب ديني مختلف فيه ومن حقي أن أرجح أن الإسلام دين تطهير وليس تكفير ؛فاقتنع الرجل وطلب من الحكومة إعفائه من هذه المهمة القذرة التي حسب رأيه كانت بقصد تشويه صورة الإسلام في القضاء على خصومه. ينظر أبعاد هذه القضية ؛ د/ العلواني؛ مرجع نفسه؛ ص 31 .هـ.

[2] – د/ طه جابر العلواني؛ لا إكراه في الدين – إشكالية الردة والمرتدين–؛ مكتبة الشروق الدولية القاهرة؛ ط1؛2003؛ص80 وقد نقل سيادته عن ابن الطلاع في أحكامه نقلا عن العيني في شرح البخاري ج11؛ص235 قوله" لم يقع في شيء من المصنفات المشهورة أنه صلى الله عليه وسلم قتل مرتدا ولا زنديقا" ينظر الرجع نفسه ؛ص235

[3] – وعلى هذا الرأي الخليفة عمر بن عبد العزيز في بعض الاقضية المأثورة عنه؛ والإمام إبراهيم النخعي؛ والإمام الباجي من أعلام المالكية في منتقاه؛ ومن المعاصرين الشيخ محمود شلتوت؛ ود/ محمد سليم العوا؛ حيث انتهى هذا الأخير إلى أن أقوى أدلة الجمهور هو حديث:" **من بدل دينه فاقتلوه**" إلا أنه حديث ليس على عمومه؛ بل انه مخصوص؛ فقد أخرج منه الحنفية على ما ذكره الإمام السرخسي في المبسوط أربعة عشر صنفا عد منها على سبيل المثال **المرأة المرتدة** ؛ لأنها ليست من أهل القتال؛ وقد نهى النبي –ص–عن قتل النساء؛ وعلى هذا يمكن اعتبار الردة جريمة تعزيرية متروكة لتقدير الخليفة ليتصرف فيها في ضوء مقاصد الشريعة وروحها. بحيث يمكن أن يكون عقوبة الإعدام جزاء لها سياسة لا حدا؛ أو ما يعرف **بالقتل سياسة**. ينظرد/ محمد سليم العوا؛ الحق في التعبير؛ دار الشروق؛ ط2؛ سنة2003؛ صص70وما يليها. وينظر في المقابل لهذا الرأي؛ وردوده على الأقوال السابقة؛ الإمام ابن حزم؛ المحلى؛ المجلد الثامن؛ ص201؛ ود/أحمد مفتي؛ وسامي الوكيل؛ النظرية السياسية الإسلامية في حقوق الإنسان الشرعية؛ سلسلة كتاب الأمة؛ قطر؛ ط1؛ سنة1990؛ ص108 .

للجماعة المسلمة بتسفيه أحلامها وتضليل فكرها؛ وهي بذلك – أي الارتداد– ظاهرة تتمثل في نقض مجموعة من الأفراد لالتزامهم العقيدي بمحض إرادتهم واختيارهم عن طريق جحود شي معلوم من الدين بالضرورة.[1]

ومن ثم فهي في أحد أبعادها مرض سياسي يصيب أمن المجتمع فيرديه يتخبط في لباس الجوع والخوف ؛ ومن ثم **فحقيقة الردة** " نقض عهد الله وميثاقه بالتشكيك في مصداقية العقيدة الإيمانية التي أخذها الله من بني ادم عند خلقهم لما شهدوا " **وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِن بَنِي آدَمَ مِن ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَى أَنفُسِهِمْ أَلَسْتَ بِرَبِّكُمْ قَالُواْ بَلَى شَهِدْنَا أَن تَقُولُواْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَذَا غَافِلِينَ**"[2]؛ واستبدالها بعقيدة يفترض بأن الخير فيها بزعم المرتدين.

وخطورة الردة لا تكمن في أنها مجرد نفور الفرد من قيم الإسلام وعقيدته وإنما خطورة نابعة حين تتحول إلى حركة جماعية قد تصبح تيارا جارفا لكل ما من شأنه زعزعة نظام الأمة واستقرارها؛ خاصة إذا اتخذت طابعا سياسيا يعلن من خلاله قادتها العصيان المدني والخروج على نظام الحكم وادعاء قيادة بديلة تستحل دماء المسلمين؛ مما يستوجب التعامل معها بحكمة وحنكة بما لا يكلف المجتمع المسلم الكثير من موارده البشرية والمادية التي يمكن توظيفها فيما بعد لتأكيد دعائم المجتمع وضمان استقراره بالقضاء كل ما يسلب امن الجماعة[3]. وتتم معالجة عملية محاربة الردة بإقامة قنوات للاتصال مع المرتدين بهدف إقناعهم وإزالة شبههم ودعوتهم من جديد للدخول في الإسلام؛ وذلك من خلال تتبع المراحل الثلاث معهم :[4]

– مرحلة إقامة الحجة عليهم عن طريق أجهزة حوارية تدخل معهم في عملية محاولة الإقناع وتبادل وجهات النظر لإنهاء ظاهرة الارتداد.

– مرحلة الاستتابة؛ عن طريق إمهالهم فرصة لمراجعة قرارهم وتدوير حساباتهم بعد إعلامهم بخطأ موقفهم الارتدادي ومن ثم انتفاء تمسكهم بالعذر بالجهل؛ حيث لا يقبل بعدها سوى التوبة أو التعامل القضائي.

– مرحلة العلاج الاستئصالي: بعد استنفاذ المرحلتين السابقتين؛ يتم معاقبة المرتد على خلاف بين الفقهاء حول أساس هذا العقاب هل هو واقعة الردة وتغيير الدين في حد ذاته؛ أم لما يصاحب الردة من آثار بحيث يصير بعد إعلان ردته والدعوة إليها محاربا عقابه متروك لسلطة الخليفة التقديرية. والذي غالبا ما يصدر قراره بالقتل تماشيا مع نظرة الدولة الحديثة إلى من يحاول الخروج على قيمها الإيديولوجية والعقائدية كقلب نظام الحكم بحيث يكون جزاءه الإعدام. والإسلام كدين وعقيدة تعتبر مبادئه هي الحق وما عداه باطل وكفر فمن باب أولى أن يكون جزاء المرتدين عنه أقصى العقوبات لما ترتبه جريمة الردة من إفساد للجماعة وإضرار بها من حيث تشكيك الناس في عقائدهم ومن ثم زعزعة كيان الدولة وإحداث اضطراب في نظامها[5].

---

[1] – د/ حامد عبد المجيد قويسي؛ الوظيفة العقيدية للدولة الإسلامية؛ ص265

[2] – سورة الأعراف آية 172

[3] – د/ مصطفى منجود؛ الأبعاد السياسية لمفهوم الأمن في الإسلام؛ ص 412

[4] – د/ حامد قويسي؛ الوظيفة العقيدية للدولة ؛ ص266

[5] – د/ عبد الكريم زيدان؛ أصول الدعوة؛ ص165

1-2- صلاحيات الحكومة لمواجهة حالة الارتداد الفردي أو الجماعي:

رغم اتفاقهم الفقه الإسلامي على تحريم الردة إجماعا؛ إلا أنهم مختلفون في مدى اعتبار الردة جريمة حدية كحق لله لا تسقط بالعفو؛ إلا أن الجميع متفق على أنها عمل مجرم في الشريعة عقوبته تدور بين الإعدام والتعزيز بما يتفق وفقه الواقع والظرف السياسي والدولي؛ وتزداد جرما إذا كان المرتدون جماعات لهم قدرة ومنعة؛ تحجزهم عن سلطة الخليفة؛ بحيث كانت لهم دولة تحميهم كاحتمائهم بحق اللجوء السياسي المعترف به في معظم الدساتير المعاصرة؛ وهو ما عبر عنه الإمام الماوردي بدار الردة؛[1] وفي هذه الحال يجب على السلطة كشف سبب ردتهم ومحاورتهم بالحجج والبراهين ؛ عن طريق التفاوض بعد إمهالهم؛ مهلة لمراجعة أفكارهم استتابة[2]؛ يمكن أن تمتد إلى أربع مرات على ما أجازه الإمام السرخسي.[3] أما إذا كانوا أهل دار بأكملها كإقليم أو منطقة آهلة بالعمران ؛ فإنه يجوز محاربتهم ولا يقبل منهم موادعة ولا مهادنة ولا صلح؛ بحيث تصبح ديارهم بالردة دار حرب ويسبون ويغنمون وتكون أرضهم فيئا مثلهم مثل عبدة الأوثان من العرب"[4] .

غير أن الباحث يتفق مع بعض الأفكار المعاصرة المطالبة بضرورة إعادة النظر[5] في تقسيم فقهاء الأحكام السلطانية والسياسة الشرعية للعالم إلى دار إسلام ؛ ودار حرب ؛ إضافة إلى ما زده البعض كدار العهد ؛ ودار الردة كما مر سابقا مع الإمام الماوردي؛ إذ لا يخفى أن هذا التقسيم[6] كان وليد ظروف سياسية تغيرت بظهور هيئة الأمم المتحدة؛ ومصادقة الدول على ميثاقها الذي ينظم العلاقات بين الدول في حالتي السلم الفصل السادس وحالة الحرب الفصل السابع من الميثاق.

ومن ثم تكون العلاقات الدولية أساسها المساواة بين جميع الدول من حيث تمتعها بالشخصية القانونية الدولية التي تعطيها الحق في إقامة علاقات حسن الجوار والتمثيل الدبلوماسي ؛ وتبادل حق في الأمان دخولا وخروجا في إطار معاهدات التعاون والصداقة ؛ والشراكة.

وهذا يعني أن التقسيم المتداول فقهيا بين دار الإسلام ودار الحرب فضلا عن دار العهد ودار الردة هو تقسيم فقهي ظرفي لا أساس له في القرآن أو السنة ؛ وإنما هو مجرد فكرة سياسية بحتة واجه به الفقهاء الضرورات

---

[1] – الماوردي؛ الأحكام السلطانية؛ ص55

[2] – ابن قدامة؛ مرجع سابق؛ج10؛ ص77؛

[3] – شمس الأئمة السرخسي؛ المبسوط؛ ج10؛ ص98

[4] – ابن قدامة الماوردي؛ الأحكام السلطانية؛ص57؛ وقد نسب هذا القول إلى الإمام أبي حنيفة.

[5] – ينظر تفصيلا لهذا الرأي د/ محي الدين قاسم؛ التقسيم الإسلامي للمعمورة؛ دراسة في نشأة وتطور الجماعة الدولية؛ سلسلة الرسائل الجامعية للمعهد العالمي للفكر الإسلامي؛ القاهرة 1996؛ص21 حيث يقول " إن التمييز بين دار إسلام ودار عهد ودار حرب أو غيرها إنما هو مجرد عمل فقهي فني؛ وان شئت القول فهو من بدائع صنع الفقهاء لمواجهة الواقع الذي أحاط بهم بالفعل؛... فالأمر لم يكن أمر تقرير مشروعية الحرب أو تحديد حالات السلم بين الدول بقدر ما كان أمر تكييف علاقات الأجانب بدار الإسلام ورعاياها؛ وعلاقات هؤلاء بالوحدات الأجنبية ورعاياها؛ وهو ما يعرف بالقانون الدولي الخاص" ينظر إلى المرجع نفسه؛ ص22

[6] – ويعتبر الحنفية أصحاب السبق في هذا التقسيم الثلاثي للمعمورة بناء على سريان القانون وقواعد النظام العام المطبقة على المسلمين وغير المسلمين.ورائدهم في ذلك صاحب السير الكبير عميد فقهاء القانون الدولي الإنساني؛ محمد بن الحسن الشيباني.

السياسية تمييزا للموضع الذي يكون تحت يد المسلمين حيث يأمن فيه الجميع ؛ وبين الموضع الذي لا تطبق فيه أحكام الشريعة بحيث تكون السيادة للكفار"[1].

ومن ثم فلا مانع من التخلي عن هذا التقسيم الذي صار في ذمة التاريخ خاصة مع ظهور المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية والتي صارت تتدخل في شؤون الدول بدعوى حماية حقوق الإنسان مهما كانت غير مشروعة؛ في إطار واجب أو حق التدخل الإنساني.

2- حالة الفتنة المهددة للنظام العمومي

2-1-مفهوم الفتنة ومظاهرها:

حقيقة الفتنة ترجع إلى الابتلاء والاختبار والمحن كسنة كونية يبتلي بها الله عباده ليعلم الله الذين صدقوا من الذين كذبوا؛ قال تعالى:" كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ **وَنَبْلُوكُم بِالشَّرِّ وَالْخَيْرِ فِتْنَةً** وَإِلَيْنَا تُرْجَعُونَ"[2]؛ وأكبر الفتن وأعظمها شرا على المسلمين تسليط بعضهم على بعض تضليلا وتكفيرا؛ وانقسامهم إلى شيع وفرق متصارعة؛ ومتناحرة على دنيا فانية وسلطة زائلة لو دامت لغيرهم لما وصلت إليهم قال تعالى:" **وَجَعَلْنَا بَعْضَكُمْ لِبَعْضٍ فِتْنَةً أَتَصْبِرُونَ** وَكَانَ رَبُّكَ بَصِيرًا" [3]. فالابتلاء بالاختلاف والتفرق بين أفراد المجتمع الواحد دليل على إساءة إدارة الصراع السياسي بالحوار بحيث تنتصر كل طائفة لمذهبها وهواها الشخصي ولو على حساب المصالح العامة للمسلمين. أي هي تعبير عن الانتصار للعصبية البغيضة الشاملة لكل ما كان لغير وجه الحق. وهي بذلك تأكيد للهزيمة الداخلية للمجتمع واستسلام لواقع التردي والسقوط في مثالب العنف؛ ومن هنا كانت الفتنة **سنة كونية** يتعرض لها كل مجتمع فقد دوره الحضاري وارتضي بالهزيمة التي خطط لها غيره التي تعتبر معيار لدرجة فقدان الرشد والوعي ، ومن ثم السقوط الحتمي للأمة ، ويمكن تحديد أهم مظاهر الفتنة المهددة للنظام العام الشرعي في المظاهر الآتية:

- **الافتراق والانقسام** في الدين المؤدي إلى تحزب وتشيع أفراد الجماعة ثم ادعاء احتكار الحقيقة بالتعصب بالباطل كل حزب بما ليهم فارحون.

- **عبادة الهوى وإعجاب كل ذي رأي برأيه** إيثارا للدنيا على الآخرة ؛ بحيث يكون الهوى الله مطاع ومتبع؛ يعبد من دون الله:" **أفرأيت من اتخذ إلهه هواه"**؛ وقوله: "-" يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ **وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ** إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ"[4].

---

[1] - ينظر هذا الرأي د/ عزالدين قورة في معرض تقديمه لرسالة د/ محي الدين قاسم؛ الرسالة المشار إليها أعلاه ؛ص10؛ حيث يرى سيادته بأن التقسيم السابق لم يكن أساسه قيام الحرب وإنما وضع الثغور والحدود كتحديد لنطاق سريان الأحكام الشرعية ذلك أن أساس السياسية الخارجية الإسلامية هو الجنوح للسلم متى جنح إليه العدو." المرجع نفسه؛ ص12

[2] - سورة الأنبياء آية 35

[3] - سورة الفرقان آية 20

[4] - سورة القصص؛ آية50

وقوله عليه السلام" **لا يؤمن أحدكم حتى يكون هواه تبعا لما جئت به**"[1].

– **القتل واستباحة الدماء** كنتيجة لاستحكام الهوى تتويجا للفتن مرورا بفتنة التكفير والتفسيق بعد فشل لغة العقل والحكمة ليحل محلها السيف؛ كنتيجة لتضييق سبل الحوار والاستهانة بدماء المسلمين.

– **عدم الاستقرار واضطراب** في التعامل السياسي مما يفتح المجال لغير المسلمين سعيا للوقيعة والتفريق.

– **فساد النوايا وادعاء احتكار الحقيقة** ومن ثم سيادة روح التضليل والرمي بالفسق والتكفير.

وأمام هذا الوضع المتردي والذي يشكل **وضعا خطيرا على نظام الأمة** تحدث الفقهاء عن أساليب التعامل معها خصوصا بالنسبة خصوصا موقف أفراد الأمة من الفتنة؛ مادمت السلطة طرفا في النزاع؛ ولهذا يرى جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين وعامة العلماء وجوب نصرة الحق في أيام الفتن والقيام معه بمقاتلة الباغين والمهددين لنظام الجماعة وقد نقل الإمام **النووي** ذلك الاتفاق وأعقبه بقوله" وذلك هو الصحيح؛ وأنه يجب تأويل أحاديث ترك القتال على أنها تخص من لم يظهر له الحق؛ إذ لو كان ترك القتال واجبا كما قال الأولون لظهر الفساد واستطال أهل البغي والمبطلون[2].

غير أنه إذا استبدت بالأمة مواقف سياسية متداعية ومضطربة فان الواجب هو عدم الانسياق في هذا التردي بوجوب الاعتزال بعيدا عن الفتن فرارا بالدين والنفس والأهل حتى تستقر الأمور وتعود الجماعة إلى وحدة الصف. كما قال إبراهيم عليه السلام في قوله تعالى:" **وَأَعْتَزِلُكُمْ وَمَا تَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ** وَأَدْعُو رَبِّي عَسَى أَلَّا أَكُونَ بِدُعَاءِ رَبِّي شَقِيًّا"[3]؛ وكاعتزال أهل الكهف لقومهم المشركين في قوله تعالى"" **وَإِذِ اعْتَزَلْتمـوهُمْ** وَمَا يَعْبُدُونَ مِن دُونِ اللَّهُ"[4] ؛ وقد شرع الرسول الكريم هذا الإجراء الوقائي في فيما أخرجه مسلم في صحيحه من قوله عليه السلام " **ستكون فتن القاعد فيها خير من القائم؛ والقائم فيها خير من الماشي؛ والماشي فيها خير من الساعي ؛من تشرف لها تشرفته ومن وجد ملجأ فليعذ به**"[5]؛ قال شارحه الإمام النووي " هذا الترتيب بيان لعظم خطرها وللحث على تجنبها والهرب منها؛ وأن شرها وفتنتها تكون على حسب التعلق بها .

وبهذا يكون الاعتزال واجب شرعي كما جاء في الحديث الصحيح:" **إياك والفتن**... فإذا رأيتموها فاجتمعوا في بيوتكم واكسروا سيوفكم واقطعوا أوتاركم وغطوا وجوهكم"؛[6] وغيرها من الأحاديث الواردة في باب الفتن والتي تحذر من مغبة مباشرتها والمشاركة فيها؛ لما فيها من مساس خطير بالنظام والاستقرار. وعلى هذا يكون اعتزال مظاهر الفتنة نوع من تغيير المنكر وسعي من المسلمين المحايدين نحو **تضييق فجوات التردي** بين

---

[1] – الإمام النووي؛ الأربعين النووية؛ ص84

[2] – الإمام النووي؛ شرح صحيح مسلم؛ ج18؛ ص11

[3] – سورة مريم ؛ آية46

[4] – سورة الكهف؛ آيةة16

[5] – الإمام مسلم؛ الجامع الصحيح بشرح النووي ؛ ج18؛ ص9

[6] – الحاكم النيسابوري؛ المستدرك على الصحيحين؛ ج3؛ص448

الأمة الواحدة. وبالتالي فهي حالة طارئة واستثنائية لما يجب أن يكون عليه المسلم من إيثار لجانب المسالمة تحرزا وحذرا من المشاركة في الفتنة ولو بإشارة أو كلمة أو حمل سلاح[1] وعين الموقف الذي اتخذه مجوعة من كبار الصحابة في موقعة الجمل ومعركة الصفين. وبذلك يكون الموقف الصحيح هو هجرة المسلم لسياسات وقيادات ومواقف في ظل الفتنة كنوع من الجهاد .

وعلى هذا ليس اعتزال الفتنة عملا هروبيا أو موقفا سلبيا من وجوب إزالة الضرر الواقع بأمن الجماعة ونظامها؛ بقدر ما هو التزام ووقوف عند حدود ما أمر الشارع بإتباعه؛ وما نهي عن إتيانه؛ بعمل مسالم موجه إلى كل من المختلفين المتقاتلين[2] في ظل غياب القيادة الشرعية الواجب نصرتها وهو ما يمكن استنتاجه من خلال ما جاء في الصحيح" قلت يا رسول الله فما ترى إن أدركني ذلك– أي الفتنة– قال: " **تلزم جماعة المسلمين وإمامهم**"؛ فقلت: فان لم تكن لهم جماعة؛ ولا إمام قال:" **فاعتزل تلك الفرق كلها؛ ولو أن تعض على أصل شجرة حتى يدركك الموت ؛ وأنت على ذلك**"[3]

وليس من وجوب الاعتزال الانسحاب من واقع الجماعة مطلقا كحال بعض أهل الصوفية زهدا في الحياة ورهبانية وإنما بعدم الميل عن أحد الفريقين مع ضرورة وجوب التغيير ما أمكن تصحيحا وترشيدا ؛ خاصة بالنسبة للعلماء الأعلام العاملين للحديث السابق الذي أخرجه البيهقي" **العامل فيهن – الفتنة– كأجر خمسين رجلا يعملون مثل عمله**".[4]

ويسمي بعض الفقهاء هذا الاعتزال بالهجرة من أرض الفتن بحثا عن المأمن في الدين وعلى النفس والعرض والمال؛ وإيثار للسلامة وفرارا بالعقيدة؛ وابتعادا عن ارتكاب المحظور، كما في الحديث" **إذا تواجه المسلمان بسيفيهما؛ فالقاتل والمقتول في النار**؛ فقلت يا رسول الله: هذا القاتل فما بال المقتول ؟ **قال :" انه أراد قتل صاحبه**"[5].

وعموما فان للفتنة خطر عظيم الأثر على نظام الأمة وعلى حقوق أفرادها؛ قد يترتب عليه إعلان الحالة الاستثنائية ومن ثم تقييد لممارسة الحريات من خلال اعتزال مظاهر الحياة السياسية مؤقتا ؛ كما يمكن الالتجاء إلى الهجرة والفرار بالعقيدة طوعيا وما يترتب على ذلك من التضحية بالحقوق المدنية والصبر على القلق والاضطراب. ومن ثم يكون للفتنة اثرها بالنسبة للسلطة التي تتسع سلطاتها لاخمادها ؛ واعادة استتباب النظام. الأمر الذي يجعلها منها حالة من حالات الضرورة الشرعية.

---

[1] – د/ مصطفى منجود؛ الأبعاد السياسية لمفهوم الامن؛ ص468وما بعدها. و في الحديث: " ائتمروا بالمعروف وتناهوا عن المنكر؛ حتى إذا رأيت شحا مطاعا وهوى متبعا؛ ودنيا مؤثرة؛ وإعجاب كل ذي رأي برأيه؛ فعليك بنفسك ودعك من أمر العوام؛ فان من ورائك أياما الصبر عليها مثل قبض على جمر " و أصله عند الإمام البيهقي؛ كتاب السنن؛ ج10؛ ص192

[2] – د/ مصطفى منجود؛ الأبعاد السياسية؛ ص468 وما بعدها.

[3] – ابن حجر؛ فتح الباري؛ ج3؛ ص35

[4] – وهو جزء وتتمة لحديث " ائتمروا بالمعروف وتناهوا عن المنكر..."

[5] – الإمام مسلم؛ الجامع الصحيح بشرح النووي ؛ ج18؛ً11

2-2-صلاحيات السلطة النظامية في التعامل مع مريدي الفتنة ومدبريها"

يحق للسلطة النظامية أن تأمر بإبعاد العناصر المشوشة للنظام العام في محاولة لتفادي خطرهم على الأمن العمومي نظرا لعلاقتهم بمصدر الفتنة ؛ وذلك إما **بالنفي وتحديد الإقامة** أو ما يعرف في القانون بالاعتقال الإداري أو الإقامة الجبرية كاجرائين احتياطيين في محاولة لإجهاض مشروع الفتنة النائمة؛ ومن هذا القبيل ما أورده الإمام عبد الحي الكتاني في تراتيبه الإدارية من إقدام النبي عليه السلام على **نفي الحكم بن أبي العاص**- الذي صار فيما بعد **ابنه مروان بن الحكم** خليفة للمسلمين أيام الدولة الأموية- إلى الطائف لكونه حاكاه في مشيته؛ وفي بعض حركاته فسبه وطرده وقال له:" **كذلك فلتكن**" فكان **الحكم** متخلجا يرتعش؛ ونقل عن ابن إبراهيم الوزير في الروض الباسم: " و لم يخبر عليه السلام أهل الطائف أنه يحرم عليهم مجاورة الحكم ويجب عليهم نفيه وهم مسلمون ممتثلون لأوامره" ثم قال وفي زمان سيدنا عثمان رده إلى المدينة قيل : بنص عند في ذلك؛ وقيل : لقرابة وبلوغ العقوبة حدها."[1]ومنه أيضا ما رواه ابن الجوزي عن الخليفة عمر-ض- أنه اتخذ قرارا ضبطيا بإخراج رجل من المدينة إلى البصرة بعد أن جلده تعزيرا؛ وأمر واليها أن يعلن في أهل البصرة أن هذا الرجل ابتغى العلم فأخطأه؛ لأنه كان يسأل **عن تأويل مشكل القرآن** فلم يزل الرجل وضيعا في قومه حتى وفاته؛ وقد كان قبل سيدا لقومه؛ وفي رواية أنه توفي بعد أن أعلن توبته فعفى عنه أبو موسى الأشعري والى البصرة آنذاك[2].

3- حالة البغي وأثره على نظام الأمة

3-1-مفهوم البغي: البغي في حقيقته العدول عن الحق والاستطالة عليه؛ ظلما بمجاوزة الحد؛ والخروج عن طاعة الإمام الحق وما ينجر عنها من ظلم للشريعة بتعدي حدودها والتطاول على مقاصدها وروحها؛ بافساد نظام التعايش ؛ وكاستباحة دماء المسلمين والمستأمنين وسبي نسائهم ؛ وكذلك بظلم المسلمين بتهديد أمنهم وتعريضهم للفتن والاضطرابات السياسية التي تدع الحليم حيران؛ بإتباع غير سبيل المسلمين زرعا للشقاق والنفاق[3].

فهو في حقيقته خروج عن إرادة الله تعالى في إقامة النظام السياسي الذي أساسه السمع والطاعة في غير معصية؛ فيها من الله برهان ظاهر أوهي **كفر بواح** وفي الحديث الصحيح:" **اسمعوا وأطيعوا فإنما عليهم ما حملوا؛ وعليكم ما حملتهم**"[4]. وعلى هذا يكون البغي خروج طائفة أو جماعة مسلحة لهم سلطة بديلة للإمام الشرعي هدفها عزله بتأويل فاسد .[5]

---

[1] - عبد الحي الكتاني ؛ نظام الحكومة النبوية؛ ج1؛ ص250 تحت عنوان **التأديب بالنفي**.

[2] - ابن الجوزي؛ تاريخ عمر بن الخطاب؛ ص 148

[3] - ينظر أهم تعاريف البغي في مختلف المذاهب السنية عند عبد القادر عودة؛ التشريع الجنائي الاسلامي؛ ج2؛ ص598 ود/ مصطفى منجود؛ الأبعاد السياسية لمفهوم الأمن في الإسلام؛ص421.

[4] - الإمام مسلم؛ الجامع الصحيح بشرح النووي؛ ج12؛ ص236

[5] - د/ سليم العوا؛ المرجع السابق؛ص122

3-2- مظاهر البغي:

من مظاهر البغي بهذا المفهوم البغي المبني على **خطأ في التأويل** يدفعهم إلى الخروج على الإمام العادل بغير حق ومقاطعته؛ وعد الانصياع له وشق عصا الطاعة؛ دون أن يلجؤوا إلى محاربته واستباحة دماء من معه من الجنود؛ والأتباع.

وهنا يلزم على سلطة حفظ النظام ممثلة في الخليفة ومستشاريه واجب كشف شبههم قبل قتالهم كفعل الخليفة علي- ض- مع أهل حروراء من الخوارج حيث أرسل إليهم من يناظرهم في حججهم قبل أن يعلن محاربتهم[1] وقولته المشهورة في ذلك" **إخواننا بغوا علينا**". يقول ابن تيمية" والخوارج رغم اتفاق أئمة الدين على وجوب قتالهم تنفيذا لأمر الرسول؛ فان الإمام علي لم يقاتلهم حتى سفكوا الدم الحرام فقاتلهم لدفع ظلمهم؛ لا لأنهم كفار؛ ولذلك لم يسب حريمهم؛ و لم يغنم أموالهم"[2].

وقد يتطور هذا الخطأ في التأويل إلى مباشرة **أعمال الحرابة** بإخافة الطريق وترويع الآمنين وتهديد النظام العام أمنا وسكينة واستقرارا؛ لقوة تمنعهم؛" وشوكة تحجزهم عن جند الإمام الحق.

غير أن أخطر مظاهر البغي هو الخروج المسلح على السلطة الشرعية باستحلال دمائها تكفيرا لهم؛ وتعويلا على ما لديهم من قوة وما لهم من منعة ؛ ومثاله بغي الخوارج في عهد الخليفة الرابع على الأمة بعد حادثة التحكيم مع معاوية في معركة الصفين ؛ إذا استباحوا دماء جميع من لم يخرج معهم بما في ذلك عليا وحزبه ومعاوية وحزبه ؛ وكبار الصحابة بالتأويل الباطل[3].

وإذا حاولنا استجلاء أشهر صورة للبغي في عصرنا الحاضر لكثرة حدوثها ؛ وعظيم أثرها على النظام العمومي لجماعة المسلمين فسنجد ها تتمثل في البغي الحاصل بين طائفتين من المؤمنين في دولة واحدة؛ بسبب الصراع على السلطة؛ وكذا ظاهرة الانقلابات؛ والتمردات العسكرية والسياسية؛ كما يمكن إدراج ما يعرف **بالبغي الجماعي** بين دولتين مسلمتين من أمة واحدة ؛ أو بين حزبين داخل مجتمع مسلم واحد. والواقع أن المذاهب الأربعة متفقة على حرمة الخروج على الحاكم الفاسق والفاجر لما فيه عادة من سفك للدماء وبث للفساد واضطراب للبلاد وإضلال للعباد وتوهين للأمن **وهدم للنظام**؛ فمن المقررات الشرعية أن لا يؤدي الإنكار إلى ما هو أنكر من ذلك[4]

4- حالة الحراية والخروج على السلطة

4-1-مفهوم الحرابة : تمثل الحرابة أكثر صور الفتن تهديدا لنظام الأمة واستقرار أمنها السياسي ؛ حيث تصل درجة خطورتها إلى أنها تجمع معظم مصادر التهديد الأخرى فهي تجمع بين الإخافة والقتل وسلب

---

[1] - الإمام الماوردي؛ الأحكام السلطانية؛ص59

[2] - الامام ابن تيمية؛ الفتاوى الكبرى؛ ج3؛ص282.

[3] - د/ مصطفى منجود؛ الفتنة الكبرى؛ ص385

[4] - عبد القادر عودة؛ التشريع الجنائي الإسلامي؛ ج2؛ ص601

الأموال؛ ومن ثم فلا شك أن هذه الحالة يمكن إسقاطها على حالة الحصار في القانون الوضعي ؛ لاشتراكهما في تهديد سلامة التراب الوطني وتهديد وحدة الدولة.

فحقيقة الحرابة أنها تطاول ومحاربة لشريعة الله بقطع الطريق وسلب الأموال؛ والإيذاء للمارة على سبيل المغالبة والمجاهرة تهديدا لأمن المجتمع ؛ وترويعا للآمنين بسفك دمائهم سعيا في الأرض بالإفساد.[1] فهدف المحاربين ومن أعانهم هو تهديد أمن الجماعة والسعي إلى النهب بالقوة والمنعة المادية والبشرية.

4-2- مظاهر الحرابة في الخبرة الإسلامية وفي العهود المعاصرة:

أ- الإرهاب والتخويف بزرع الرعب وإخافة أفراد الجماعة وترويعهم بما يدفعهم إلى فداء أنفسهم بالمال ولا شك أن في هذا المظهر إخلال بأحد عناصر منظومة المقاصد النظامية في الدولة وهي كفالة الأمن والطمأنينة والسكينة لمن التزم بحاكمية الشريعة" الحاكمية القانونية"؛ مما يعني بأن الإرهاب الذي يتهم به المسلمون ليس بصناعة إسلامية[2].

- قطع الطريق بسلب الأموال والاعتداء على الأنفس والأعراض؛ بما يمثله من إخلال صارخ ؛ بمنظومتي حفظ المال والنفس كمقصدين ضروريين لحياة الجماعة بسلب حياة أفرادها وانتهاك حرمة النفس ؛ ولا شك أن في قطع الطريق قتلا ونهبا تعطيل لحركة الاستخلاف والإصلاح وتعويق لنشر الدعوة؛ ويزداد عبء تبعات إذا كان المحاربون يتمتعون بالعدد والعدة الأمر الذي يصعب عملية تطهير المجتمع من عناصر تهديده في ضرورياته التي لا قيام له إلا بها؛ ولهذا تمثل الحرابة بالإضافة إلى الردة القضاء المبرم لمنظومة النظام الشرعي العام ففي الردة خروج صريح على الدين ؛ وفي الحرابة خروج على بقية المقاصد الضرورية.

غير أن خطورة الحرابة تكمن في أنها فعل ايجابي توفرت عند فاعليها المنعة والقوة مما دفعهم إلى المجاهرة والخروج على الأمة حاكما ومحكومين[3]غير أبهين بانتهاك شريعة الله ورسوله وتقويض نظام الجماعة.

مما سبق يظهر أن لنظرية الضرورة الشرعية العامة أثر في توسيع سلطة حفظ النظام ؛ بحيث يتم الانتقال من أحكام العزيمة الى أحكام الرخصة ؛ ولا شك أن ذلك ينطوي على مساس ببعض الحقوق والحريات مما يستوجب معه البحث عن ضوابط وحدود لاعلان هذه الحالة؛ حتى لا تكون مطية للتعسف والجور.

---

[1] - ينظر تعريف الحرابة في الإمام الكاساني؛ البدائع؛ج7؛ ص91؛ الإمام القرطبي؛ أحكام القرآن؛ ج6؛ ص؛ 149؛ الشوكاني؛ نيل الاوطار؛ ج7؛ ص155 وما بعدها. وعبد القادر عودة؛ التشريع الجنائي؛ ج2؛ ص567

[2] - هذه العبارة " **الإرهاب صناعة غير إسلامية**" هي عنوان كتاب للدكتور نبيل لوقا بباوي؛ حاز على موافقة الأزهر الشريف مع التوصية بترجمته إلى لغات العالم لما امتاز به من موضوعية وحياد بعيدة عن التحيز في إثبات أن الإرهاب **لم يخرج من رحم الإسلام** كما يدعي المستشرقون وبعض وسائل الإعلام الغربية؛ خاصة بعد أحداث 11 سبتمبر؛ ينظر د/ نبيل لوقا؛ الإرهاب صناعة غير إسلامية؛ دار البباوي للنشر؛ ط1؛ سنة 2002؛ ص24

[3] - د/ مصطفى منجود؛ الأبعاد السياسية لمفهوم الأمن؛ ص434

ثانيا: ضوابط مواجهة الأزمات في حالة الضرورة العامة في الفقه السياسي الإسلامي.

1- قواعد وضوابط تسيير وإدارة حالة الضرورة:

تمثل هذه القواعد النص التأسيسي والتأصيلي لعملية تسيير مواجهة ألازمات والفتن بمختلف أشكالها بحيث تشكل في مجموعها مصدرا للإجراءات الضبطية الاستثنائية وبتعبير أكثر دقة تمثل هذه القواعد ضوابط للمشروعية الاستثنائية الإسلامية؛ بحيث تؤدي إلى تقييد بعض الحريات أو تشديد العقوبات المفروضة على بعض المخالفات الشرعية؛ وبالتالي توسيع سلطات حفظ النظام العام رعاية للمصالح الأساسية للجماعة.[1]

1-1- المشقة تجلب التيسير: فالضرورة تكون محلا لحصول مشقة غير معتادة؛ الأمر الذي يجعل من هذه المشقة سببا للتخفيف على السلطة بإعفائها من التقيد بحرفية النص الموضوع للظرف العادي إلى النص الموضوع للظرف الاستثنائي من باب الترخيص ورفع الحرج[2].

ومن فروعها الهامة بالنسبة لموضوع هذا البحث قولهم: "**إذا ضاق الأمر اتسع؛ وإذا اتسع ضاق**"[3]والتي بمقتضاها إذا دعت المشقة إلى اتساع الأمر و تسييره فإنه يتسع إلى غاية اندفاع المشقة ثم يعود الأمر إلى مجراه السابق بعد زوال المشقة "[4]

1- 2- الضرورات تبيح المحظورات[5]: بمقتضاها يجوز للسلطة النظامية التحلل من القيود التشريعية بارتكاب ما كان محظورا وممنوعا عليها في الظروف العادية لتدارك الأزمة وإعادة استتباب النظام العام؛ غير أن هذا التوسع في إباحة المحظورات مقيد بالقدر الذي يدفع حالة الضرورة فتتخذ السلطة من الإجراءات الاستثنائية الماسة بحقوق الغير بمقدار دفع السوء والأذى[6]المخل بنظام الجماعة وهذا ما قرره الفقهاء في قاعدة مكمله لها .

1-3- ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها[7]: ويمكن التعبير عنها بأن "الضرورة تقدر بمقدارها عند التصرف لرفعها"[8] ؛فعلى قدر عظم الخطر المخل بالنظام العام يكون التوسع في التدبير الاستثنائي؛ على أنه مقيد بفترة قيام الخطر فإذا زالت حالة الضرورة زال العمل بهذا الإجراء؛ ومن ثم لا يصح الإبقاء على تدابير الظروف الاستثنائية مع انعدام أسبابها؛ كما لا يجوز إعلان العمل بإجراءات الطوارئ لمدة غير محددة .

---

[1] - د/ أحمد الموافي؛ المشروعية الاستثنائية؛ ص27

[2] - ينظر إلى هذه التخفيفات وأنواع المشقات عند الإمام ابن نجيم؛ الأشباه والنظائر؛ تحقيق عادل سعد؛ ص91

[3] - ابن نجيم؛ الاشباه والنظائر؛ص92 حيث اعتبرها الفائدة الرابعة من فوائد قاعدة المشقة تجلب التيسير.

[4] - الإمام السيوطي، الأشباه و النظائر، ص 83 ، و ما يليها، د/علي احمد الندوي، القواعد الفقهية؛ 394- 394 .

[5] - من أشهر فروع وفوائد قاعدة الضرر يزال لوضوحها وكثرة الحاجة إليها إلى حد أنها أصبحت مبدأ قانونيا يستدل به على الخروج على أحكام المشروعية ينظر مثلا د/ يحي الجمل؛ نظرية الضرورة في القانون الدستوري دار النهضة ؛ ط2؛سنة1994؛ص51؛ ود /يسري محمد العصار؛ نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية؛ دار النهضة العربية؛ طبعة1995؛ ص14

[6] - د/ الزحيلي؛ نظرية الضرورة الشرعية؛ص؛ 225؛ ود/ محمد الزرقا؛ مرجع نفسه؛ص185

[7] - ابن نجيم؛ الأشباه والنظائر؛ ص94 ويعبر عنها غيره " الضرورة تقدر بقدرها" وينظر في شرحها د/ الزحيلي؛ نظرية الضرورة؛ ص68

[8] - جلال الدين السيوطي؛ الاشباه والنظائر؛ ص171

1-4- الضرر لا يزال بضرر مثله[1]: فلا يصح لسلطة حفظ النظام العام **مبادلة** المحاربين والبغاة والمرتدين والمنافقين وجميع عناصر تهديد نظام الأمة **بالعنف المضاد**؛ وإنما تسعى بكل الطرق السلمية إلى التحاور معهم ؛ كمواطنين ومسلمين لهم حقوق الأخوة في الدين ؛ حادوا عن جادة الصواب بسبب تأويل فاسد؛ أو ظنا بأن كل دفاع عن النفس مشروع مهما كان فاعله ولو أعوان السلطان خلافا لمذهب الصبر السياسي فيعرف لهم الحق بالمناظرة والمهادنة وعدم بدئهم بالقتال والعنف؛ فالخطأ لا يصحح بخطأ مثله أو أشنع منه عملا بقاعدة الضرر لا يزال بضرر.

1-5-الحاجة العامة أو الخاصة تنزل منزلة الضرورة[2] : ومعناها قياس الحاجة سواء أكانت عامة أم خاصة على الضرورة في قدرة التأثير على تغيير الأحكام فتبيح المحظور، وتجيز ترك الواجب؛ إلا أن الحاجة أعم في مفهومها من الضرورة لأن الحاجة هي التي يترتب على عدم الاستجابة لها ضيق و حرج ، وعسر؛ وأما الضرورة فهي أشد باعثا على المخالفة من الحاجة، إذ هي ما يترتب على مخالفتها ضرر وخطر يلحق بالأنفس ومعنى كون الحاجة عامة، أن الناس جميعا يحتاجون إليها فيما يمس مصالحهم العامة ومعنى كون الحاجة خاصة أن يحتاج إليها فئة من الناس كأهل مدينة أو أرباب حرفة معينة، أو يحتاج إليها فرد أو أفراد محصورون.[3]

1-6-" درء المفاسد أولى من جلب المصالح " فإذا تعارضت مفسدة و مصلحة قدم دفع المفسدة غالبا، لأن اعتناء الشارع المنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات، قال صلى الله عليه و سلم: "... **فإذا أمرتكم بشيء فاتوا منه ما استطعتم و إذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه** "[4]

1-7- يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام" وهي القاعدة التي يكمن ترجتمتها بالمصلحة العامة المقدمة على المصلحة الخاصة؛ ومفهومها أن أحد الضررين إذا كان لا يماثل الآخر فإن الأعلى يزال بالأدنى، وعدم المماثلة بين الضررين إما لخصوص أحدهما وعموم الآخر، وهو ما تفيده قاعدة أخرى مفادها أن " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف." وبناء عليها **يمكن تقييد حرية بعض المشتبه فيهم لمصلحة سيادة النظام**؛ من باب الاحتراز في حالة ما اذا كان الشخص في حالة تؤذي المصلحة العامة أو النظام العام؛ وهو ما يدخل كما يقول عبد القادر عودة في باب التعزير للمصلحة العامة أو النظام العام مستدلا بما فعل عمر- ض- بنصر بن حجاج ؛ وكمنع المجنون من الاتصال بالناس إذا كان في اتصاله بهم ضرر عليهم؛ وحبس من شهر بإيذاء الناس ولو ما لم يقم عليه دليل أنه أتى فعلا معينا ؛ كل ذلك من باب حماية أمن الجماعة وصيانة نظامها من الأشخاص

---

[1] - ابن نجيم؛ الأشباه والنظائر؛ ص95 وقد عبر عنها " الضرر لا يزال بالضرر".

[2] - السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 88. وابن نجيم؛ الأشباه والنظائر؛ ص100 حيث اعتبرها الفائدة السادسة من فوائد قاعدة الضرر يزال. وعبر عنها بقوله" الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة.

[3] - د/ وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة، ص 262- 271، أحمد محمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، ص 209-212 .

[4] - أحمد محمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، ص 205، و الحديث عند الإمام مسلم، الجامع الصحيح بشرح الإمام النووي، ج9 كتاب الحج، ص 101.

المشبوهين والخطرين؛ ومعتادي الإجرام؛ ودعاة الانقلابات والفتن عملا بقاعدة الضرر الخاص يتحمل لـــدفع الضرر العام.[1]

1-8- " إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما " مراعاة أعظمهما تكون بإزالته لأن المفاسد تراعى نفيا ، كما أن المصالح تراعى إثباتا.[2]

1-9- قاعدة الضر يزال " وهي من أشهر القواعد في هذا الباب؛ يرجع أصلها إلى الحديث الصحيح الـــذي أخرجه أحمد وابن ماجة عن ابـــن عـــباس رضي الله عنه عن النبي- صلى الله عليه وسلم- أنه قال " **لا ضرر ولا ضرار**"[3] أي لا فعل ضرر؛ ولا ضرار بأحد في ديننا، أي لا يجوز شرعا لأحد أن يلحق بآخر ضـــررا ولا إضرارا ؛[4] مما يعني أن شريعة الإسلام تحرص على إزالـــة الضرر عن الكـــافة في كل صورة وعلى أي حـــال، فإزالة الضرر مبدأ هام تدعوا إليه الشريعة في كل الظروف و الأحوال[5]؛ وبذلك تكون قاعدة "**الضرر يـــزال**" الأســـاس العام الذي أثبتوا عليه أحكام حالات الضرورة على اختلاف صورها.

وقد أكد علماء القواعد الفقهية أن **مبدأ الضرر يزال** هو الأصل العام لنظرية الضرورة الذي تتعلق قواعـــد هامة كقاعدة " الضرورات تبيح المحظورات"[6]؛ ومعناها أن حالات الاضطرار أو الحاجة الشديدة تجيز ارتكاب أي محظور عن فعله؛ عدا الكفر والقتل والزنا؛ قال العز بن عبد السلام في قواعده " الضرورة مناسبة لإباحـــة المحظورات جلبا لمصالحها، كما أن الجنايات مناسبة لإيجاب العقوبات درءا لمفاسدها "[7]؛ ودليلها قوله تعالى: " " **وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَّيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِم بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ**"[8] أي دعتكم شدة المجاعة إلى التناول من الحرام ، والاستثناء من التحريم إباحة كما يقرر علماء علماء الأصول؛ فالأخذ بقاعدة الضرورات في الأحوال الاستثنائية لإباحة المحرم دليل على أن الإسلام قدر واقع الناس وضعفهم ومقتضيات الحياة التي يواجهونها.

---

[1] – عبد القادرعودة ؛ التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي؛ ج1؛ دار التراث؛ طبعة2002؛ ص132وما بعدها. ويرى فضيلته أن من الخطأ الجسيم اعتبار مثل هذه الإجراءات مخالفة لمبدأ " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" ذلك أن الشريعة تشترط للعقاب أن يكون الفعل المشبوه ماسا بالنظام العام؛ وفي هذا تحديد للجريمة ونص صريح على أن كل إنسان يأتي فعلا يمس المصلحة العامة أو نظام الجماعة أو وجد في حالة تؤذي المصلحة والنظام العامين يعاقب بالعقوبات التعزيرية المقررة للمعاصي؛ والفعل المحرم إذا لم يعين بذاته فانه يعين بوصفه" انتهى ينظر مرجع نفسه؛ ص134

[2] – أحمد محمد الزرقاء، مرجع نفسه ، ص 197- 199 -201.

[3] – الحديث أخرجه الإمام النووي في الأربعين النووية وقال رواه مالك في الموطأ وابن ماجة والبيمقي، وقال الحاكم صحيح علـــى شـــرط مسلم؛ ينظر إلى الصنعاني؛ سيل السلام؛ ج3 ؛ ص84 ؛ ود/ البغا؛ ود/ احمد مسيو؛ الوافي في الأربعين النووية؛ ص239.

[4] – علي احمد الندوى، القواعد الفقهية، ص 277 – 292، أحمد محمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، ص 165 .

[5] – الإمام السيوطي؛ الأشباه والنظائر؛ ص83 ؛ والإمام ابن نجيم؛ الأشباه والنظائر؛ ص108.

[6] – المادة 21 من مجلة الأحكام العدلية على المذهب الحنفي .

[7] – الإمام العز بن عبد السلام؛ قواعد الأحكام؛ ج2؛ ص03.

[8] – سورة الأنعام آية 119.

2- تطبيقات ضوابط نظرية الضرورة العامة قضية تترس الكفار بأسرى المسلمين نموذجا:

ومن تطبيقاتها في **الحكومة النبوية** النهي عن قطع الأيدي أو إقامة الحدود في زمن الحرب، فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قطع الأيدي في زمن الحرب[1]؛ مع أن هذا مخالف للمشروعية الإسلامية العادية؛ ولكنه مراعاة لحالة الضرورة وابتغاء للمصلحة العامة فيجوز تأخير إقامة الحد سدا لذريعة إلتحاق السارق بالعدو وربما إفشاء أسرار الجيش الإسلامي.[2]

إضافة إلى أن الصحابة لم يقفوا عند حدود عدم إقامة حد السرقة في زمن الحرب فقط؛ بل توسعوا في ذلك، ومن أمثله ذلك أن سعد بن أبي وقاص (ض) قائد معركة القادسية الشهيرة **أخر** إقامة حد الشرب على أبي محجن الثقفي خيفة أن تأخذه العزة بالإثم ؛ فيتمرد على نظام الجيش ويلتحق بالعدو ولما رأى حسن بلائه في المعركة امتنع عن إقامة الحد عليه بتاتا مع أن الشريعة نهت كما جاء في الحديث عن إقامة حد السرقة في زمن الحرب و لم يرد نص شبيه بذلك في حد الشرب.[3]

2-1- قضية تترس الكفار بأسرى المسلمين كنموذج لضوابط نظرية الضرورة الشرعية العامة:

يتفق أهل العلم بأنه ليس لنظرية الضرورة أثر على جرائم النفس لأن الله حرم القتل تحريما أبديا؛ ولو كان في قتل النفس نجاة نفس أخرى ولكن إذا تترس الكفار (العدو) في الحرب بالمسلمين عندهم، بأن اتخذ العدو منهم "**دروعا بشرية**" بوضعهم أمام الجيش بحيث أن أي هجوم من المسلمين يكون موجها أولا إلى أسرى المسلمين أنفسهم ؛ فهل يجوز مهاجمة العدو وضربه بالرماح وغيرها من القنابل والصواريخ كما في عصرنا غير مبالين بالأسرى، أم يترك العدو يزحف على بلاد المسلمين متترسا بهؤلاء الذين وضعهم في مقدمة جيشه ؟[4] ومن هنا يجب التفرقة بين حالتين:

2-1-1- حالة قتل المتترس بهم خوفا من الهزيمة: وفيها يقول الغزالي:"إن الكفار إذا تترسوا بجماعة من أسرى المسلمين، فلو كففنا عنهم لصدمونا وغلبوا على دار الإسلام وقتلوا كافة المسلمين، ولو رمينا التترس لقتلنا مسلما معصوما لم يذنب ذنبا؛ وهذا لا عهد به في الشرع؛ ولو كففنا لسلطنا الكفار على جميع المسلمين فيقتلهم، ثم يقتلون الأسرى أيضا؛ فيجوز أن يقول قائل: هذا الأسير مقتول بكل حال، فحفظ جميع المسلمين أقرب إلى مقصود الشرع لأن **نعلم قطعا أن مقصود الشرع تقليل القتل كما يقصد حسم سبيله عند الإمكان ؛ فإذا لم نقدر على الحسم قدرنا على التقليل**؛ وكان هذا إلتفاتا إلى مصلحة علم بالضرورة كونها

---

[1] - القرافي ؛ الفروق؛ ج3؛ ص184.

[2] - د/وهبة الزحيلي؛ آثار الحرب في الفقه الإسلامي؛ دراسة مقارنة؛ ط2؛ ص175.

[3] - د/الزحيلي؛ آثار الحرب؛ ص175.

[4] - د/القرضاوي؛ السياسة الشرعية؛ ص250.

مقصود الشرع ؛ فإن قيل بأن إستئصال الكفار المسلمين أمر مظنون فكيف نجيز قتل الترس بهـذا المظنـون ؟ نجيب: إنما نجوز ذلك عند القطع أو ظن قريب من القطع..."[1]

وقد نقل **القرطبي** اتفاق الفقهاء على هذا الحكم ثم قال مؤكدا ذلك " يجوز قتل الترس ولا يكون فيه خلاف إن شاء الله وذلك إذا كانت المصلحة ضرورية كلية قطيعة"[2]؛ ومعنى كونها **ضرورية**: أنهـا لا يحصـل الوصول إلى الكفار إلا بقتل الترس ؛ ومعنى أنها **كلية** أنها قاطعة لكل الأمة حتى يحصل من قتل الترس مصلحة كل المسلمين فإن لم يقتل قتل الكفار الترس واستولوا على كل الأمة؛ ومعنى كونها **قطعية** أن تلك المصـلحة حاصلة من قتل الترس قطعا ؛ ثم قال : وهذه المصلحة عند علمائنا بهـذه القيـود لا ينبغـي أن يختلـف في إعتبارها."[3] ومن هنا كان هذا الحكم متفقا عليه بين علماء الأمة"[4] .

2-1-2- حالة عدم خوف الهزيمة: وهي الحالة التي إختلف فيها الفقهاء على مذهبين[5] وهي حالة تترس العدو بأسرى المسلمين ؛ دون خشية من هزيمة على المسلمين **فقال الحنفية والـشافعية** أنه يجوز إقتحام الموقع ما دام ذلك لازما لتقدم المسلمين ونصرتهم ، مع إشتراط ألا يقصدوا برميهم إلا الكفار.[6]

وقال **المالكية** " لا يجوز رمي أسرى المسلمين إذا تترس بهم الكفار إلا في حالة واحدة؛ وهي إذا ما خيف على المسلمين الهزيمة كما هو الحال في الحالة الأولى؛ وحجتهم في ذلك أن الإقدام على **قتل المسلم حرام** ، وتـرك **قتل الكافر جائز**، ولا يقبل شرعا إرتكاب المحرم مـن أجل الجائز، إذ أن مفـسدة قتل المسلم فوق مصـلحة قتل الكافر؛ وبالنظر إلى وقائع السيرة النبوية من خلال صلح الحديبية وما نزل عقبها من سورة الفتح نجد دليلا قاطعا على أن السبب الذي من أجله كف الله عز وجل أيدي المسلمين عن قتال المشركين ؛ هو حتى **لا يكون هذا القتال سببا في قتل المؤمنين والمؤمنات** الذين يكتمون إيمانهم خوفا من بطش الكفـار الـذين يقيمـون معهم[7].وقد فهم هذا السبب من خلال قوله تعالى: **"هُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا وَصَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَالْهَدْيَ وَالْهَدْيَ مَعْكُوفًا أَن يَبْلُغَ مَحِلَّهُ وَلَوْلَا رِجَالٌ مُّؤْمِنُونَ وَنِسَاء مُّؤْمِنَاتٌ لَّمْ تَعْلَمُوهُمْ أَن تَطَؤُوهُمْ فَتُصِيبَكُم مِّنْهُم مَّعَرَّةٌ بِغَيْرِ عِلْمٍ لِيُدْخِلَ اللَّهُ فِي رَحْمَتِهِ مَن يَشَاء لَوْ تَزَيَّلُوا لَعَذَّبْنَا الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا"**[8].

فهذه الآية نزلت كما يقول ابن كثير" لتبين أن الله لم يأذن بقتال مشركي مكة بسبب وجـود رجـال مؤمنين ونساء مؤمنات مقيمين بمكة وغير معلومين ؛ سيصيبهم من القتال ضرر ومكروه ؛ وتعود المعرة علـى

---

[1] – الإمام الغزالي؛ المستصفي؛ج1؛ ص140 و الإمام الشاطبي؛ الإعتصام؛ ج؛ ص119.

[2] – الإمام القرطبي؛ أحكام القرآن؛ ج2؛ ص223.

[3] –الإمام الغزالي؛ المستصفي؛ ج1؛ ص142 و تفسير الإمام القرطبي؛ ج2 ؛ ص223.

[4] – الكمال بن الهمام ؛ فتح التقدير؛ ج4؛ ص287؛ و د/الزحيلي؛ آثار الحرب في الفقه الإسلامي؛ ص507.

[5] – د/يوسف قاسم؛ نظرية الضرورة؛ ص301 و302؛ د/الزحيلي؛ آثار الحرب في الفقه الإسلامي؛ ص507.

[6] –الغزالي؛ المستصفي؛ ج2؛ ص234 .

[7] – ابن هشام؛ السيرة النبوية؛ ج3؛ ص164.

[8] – سورة الفتح آية 35.

المسلمين من ذلك، فلولا وجودهم لعذب الله كفار مكة عذابا أليما على أيدي أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم[1].

قال القرطبي في تفسير هذه الآية "**وَلَوْلَا رِجَالٌ مُّؤْمِنُونَ** " يعني المستضعفين من المؤمنين بمكة وسط الكفار مثل سلمة بن هشام؛ وعباس بن ربيعة؛ وأبي جندل بن سهيل؛ وغيرهم:" **لم تعلموهم**"؛ أي لم تعرفوهم أو لم تعلموا أنهم مؤمنين أن تطؤوهم بالقتل والإيقاع بهم." **فَتُصِيبَكُم مِّنْهُم مَّعَرَّةٌ بِغَيْرِ عِلْمٍ** "؛ والمعرة **العيب**؛ على وزن مفعلة- من العدو في الحرب أي يقول المشركون **قد قتلوا أهل دينهم**".[2]

وإذا كان الأمر كذلك فإنه يتعين عدم رمي الأسرى من المسلمين إذا تترس بهم العدو طالما أن الجيش غير مهدد بالهزيمة ؛[3] والمسألة في الأخير هي من باب السياسية الشرعية[4]؛ والسلطة التقديرية لأولي الأمر من الحكام الحكام والعلماء في مجالس الشورى التي من قواعدها أن الأمور في السياسة بنتائجها كما يقول أهل الذكر منهم .

فهذه القواعد والضوابط وغيرها تمثل دستورا لتسيير حالة الأزمة والفتنة وتساهم في إسعاف سلطة الضبط بمشروعية استثنائية مؤقتة تنتهي برفع حالة الضرورة كما يمكن اعتبارها معالم لتأصيل عملية صنع القواعد التنظيمية الملزمة المستهدفة لحفظ مقومات النظام العام الشرعي ؛ وبناء على هذه الضوابط جاءت تلك الوقائع التاريخية في حكومة الخلفاء الراشدين؛ وهو ما سيحاول الباحث دراسته لمعرفة كيفية تطبيق هذه الحكومات لقواعد المشروعية الاستثنائية عند مواجهة حالات الضرورة التي ابتليت بها خلال ثلاثة عقود من الزمن .

مقارنة جزئية:

يظهر من خلال ماسبق الدور الذي تقوم به فكرة النظام العام في توسيع مبدأ المشروعية العادية؛ ليشمل حالات كانت محظورة لتصبح في دائرة المشروعية الاستثنائية اعمالا لاحكام الرخصة و مقتضيات الضرورة الحالة.

كما يظهر أن صلاحيات السلطة النظامية تتسع بما يناسب ويتلاءم مع درجة الاخلال بالنظام العام.

مما يمكن القول معه أن الشريعة الإسلامية عرفت نظرية الظروف الاستثنائية كنظرية مستقلة قائمة بذاتها عرفت بحالة الضرورة كقسم من أقسام الحكم التكليفي في أحكام الرخصة.

وبالتالي تملك الإدارة الخروج على القواعد الثانية والأحكام الشرعية إلى وضعت لتطبق على الظروف العادية من أجل مواجهة حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية كالحرب والكوارث والأزمات لأن البلاد قد تتعرض لأبلغ الضرر إذا واجهت هذه الظروف وفقا لأحكام التشريع العادي، فسلامة الدولة وأمنها يسموان

---

[1] - ابن كثير؛ تفسير القرآن العظيم؛ ج4؛ ص196.

[2] -القرطبي؛ أحكام القرآن؛ ج2 ؛ ص164.

[3] ـــ د/يوسف قاسم؛ نظرية الضرورة ؛ ص304.

[4] - وقد قاس كثير من علماء هذا العصر هذه حكم هذه المسالة على حكم مسألة العصر في مشروعية العمليات الاستشهادية في فلسطين نكاية بالأعداء بجواز الانغماس في الكفار والتعرض للشهادة عند الضرورة الشرعية؛ ينظر أقوال العلماء في تأصيل حكم هذه المسالة بناء على **مسألة التترس** عند د/نواف هايل تكروري؛ العمليات الاستشهادية في الميزان الفقهي؛ ط4 ؛ سنة 2003؛ ص159

على كل اعتبار والضرورات تبيح المحظورات؛ الأمر الذي يبرر تزويد الإدارة بالسلطات والوسائل اللازمة لمواجهة هذه الظروف بحيث تتحرر من بعض القيود التقليدية حتى تتمكن من مواجهة الأزمة مواجهة فعالة.[1]

ويترتب على أن مبدأ المشروعية يظل قائما وموجودا في حال الضرورة أو الظروف الاستثنائية كل ما في الأمر أن تستبدل المشروعية العادية بمشروعية استثنائية لمواجهة حالة الضرورة على أن تقدر الضرورة بقدرها وأن تزول المشروعية الاستثنائية بزوال حالة الضرورة، للقاعدة الفقهية " ما جاز لعذر زال جوازه بزوال العذر".

[1] -د/سعيد عبد المنعم الحكيم؛ الرقابة القضائية على أعمال الادارة في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي؛ ص98 ؛ ص43.

الفرع الثاني: تطبيقات الإخلال بالنظام العام في ضوء الضوابط الشرعية لحالة الضرورة العامة:

الواقع أن هذه المظاهر متعددة ومتنوعة؛ ومن ثم كان لزاما تحديدها في ظل العهد الراشدي ، وتجربة المسلمين السياسية الأولى، رغم أن دراسة ذلك يعد من المواضع الشديدة الحساسية، فقد زلت فيه أقدام، وضلت فيه أفهام، وتوقفت فيه عقول وأفئدة؛ ذلك لأن رغم دراسة تصرفات الجيل الأول ضرورة يمليها واجب استنباط الأحكام الشرعية والاستفادة من التجربة، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، ولكن مع المحافظة على أعراض هذا الرعيل القرآني وحرمته، التي هي عند الله أعظم من حرمة الكعبة.

وإن كان الصراع السياسي الذي أُقحموا فيه، قد فتح أبوابا للتأويل وتوظيف النصوص ، لنصرة فريق على فريق وطائفة على طائفة ، ثم تطور ذلك إلى الكذب على رسول الله عليه الصلاة والسلام نفسه، وعلى الأئمة الأطهار والصحابة الأبرار أنفسهم.[1] غير أن الباحث و دون الخوض في تفاصيل يحاول ان يعتمد على القدر المتفق عليه من تلك القضايا التي تم اتخاذها نموذجا لأسقاط دور فكرة حفظ نظام الأمة في توسيع صلاحيات السلطة النظامية وأثرها على ممارسة الحريات العامة.

أولا– ظاهرة الارتداد والخروج عن الالتزام الإيديولوجي بعقيدة الأمة:

1 – تطبيقات حفظ النظام في مواجهة الردة – قرار أبي بكر بالمواجهة المسلحة للمرتدين نموذجا –:

لا خلاف أن الردة كفر بالإسلام وانتقاص من مكانته وتلاعب بأحكامه؛ ومن ثم فهي تشكل جريمة في حق شريعة الله؛ وفي حق عقيدة وإيديولوجية الجماعة المسلمة. والمرتدون من الناحية العملية إما أفراد **غير منتظمين ولا ممتنعين** ؛ فيحالون إلى القضاء لتأخذ العدالة مجراها الطبيعي معهم ؛ حسب سلطة لقاضي التقديرية الذي يمكن أو يحكم بالإعدام . وإما **تنظيم حركي مسلح**[2] يستلزم التعامل معه بحزم وحسم ؛ نظرا لخطورته على عقيدة الأمة ونظامها العام ؛ ولذلك يستوجب على السلطة النظامية تقديم لغة الحوار على المواجهة المسلحة بالإنذار والدعوة إلى الإسلام ؛ وبيان شبه المرتدين؛ وغيرها من وسائل جهاد الدعوة فان رفضوا وانحازوا إلى **دار الردة** ممتنعين عن دار المسلمين وجب قتالهم وتصفيتهم كأهل الحرب إعمالا **لجهاد القتال**[3].

1–1– أحداث الردة ودوافعها في ميزان قاعدة المصالح الشرعية المعتبرة:

تمثلت أحداثها في فتنة ارتداد معظم قبائل شبه الجزيرة عن الإسلام وشق عصا طاعة الخليفة بقيادة بعض المتنبئين ؛[4]غير أن طبيعة المرتدين كانت متباينة بين فريقين:

---

[1] – د/عبد الكريم محمد مطيع الحمداوي ؛في النظام السياسي الإسلامي فقه الأحكام السلطانية – محاولة نقدية للتأصيل والتطوير– ؛ ص41

[2] – د/فوزي خليل؛ المصلحة من منظور إسلامي؛ ص463

[3] – ينظر في هذا الحكم الشرعي إلى الماوردي؛ الأحكام السلطانية؛ ص114؛ وابن رشد؛ بداية المجتهد ؛ ج2؛ ص459؛ ابن قدامة؛ المغني؛ ج8؛ ص124

[4] – ينظر تفصيلا أكثر عن هذه القبائل المرتدة وقياداتها الفكرية عند ابن كثير؛ البداية والنهاية؛ ج6؛ ص312؛ والطبري؛ تاريخ الرسل والملوك؛ ج3؛ص243 ؛ بحيث يمكن حصرهم في الحركات المسلحة الآتية: **1**– ارتداد قبيلة أسد وغطفان بقيادة طليحة بن خويلد الاسدي

الفريق الأول: المانعين لدفع الزكاة تحت تأويل فاسد[1] : وهم أقوام من قبائل عبس وذبيان وبني كنانة وغطفان وفرارة ؛ حيث بقوا على الإسلام والإيمان بركنية الزكاة نظريا ؛ إلا أنهم أبوا دفعها إلى القيادة السياسية الجديدة عمليا؛ مشكلين بذلك نوعا من التمرد السياسي لأهداف اقتصادية من باب الشح والبخل؛ محتجين بوفاة الرسول- ص- الأحق بها[2] ؛ وبالتالي فلا تؤدى إلى غيره وإلا كانت نوع من الضريبة والإتاوة على الدين ؛ وهو ما أعفاهم منه الرسول في حياته إذ لم يوجب عليهم الجزية.

وقد ساعدهم على هذا المنطق التفكيري سياسة الرسول في خطة الاستقلال السياسي واللامركزية الإدارية بحيث كان يقر زعماء هذه القبائل على أعمالهم في جباية الزكاة من أغنيائهم وردها على فقرائهم؛ ومن ثم رأوا أن تدخل الخليفة في شؤونهم خروج على سنة النبي المعهودة معهم ومن ثم فلا صلة للخليفة بأمورهم الداخلية وليس له سوى إرسال الدعاة لتفقيههم الدين كما كان يصنع النبي - صلى الله عليه وسلم -.

الفريق الثاني : المرتدون بحماية حركة المتنبئين:

وهم غالبية الأعراب من الأصقاع البعيدة عن عاصمة الدولة؛ من الذين مردوا على النفاق؛ ولما يدخل الإيمان في قلوبهم؛ خاصة مع تأخر إسلامهم وظهور فيهم من يدعي النبوة ويزعم أنه يوحى إليه ؛ بل فيهم من ارتد في حياة النبي – ص- كقبيلة بني حنيفة بقيادة المتنبئ مسيلمة الكذاب والذي وصلت به الجرأة أن أرسل اثنين من رجاله إلى محمد صلى الله عليه وسلم؛ ليبلغانه " **أن مسيلمة نبي مثله وأن له نصف الأرض ولقريش نصف الأرض ؛ ولكن قريشا قوم لا يعدلون**" وهي الحادثة التي قال في أعقابه الرسول – ص- " **لولا أن الرسل لا تقتل لضربت أعناقكما**" [3]؛ ولا شك في أن هذا الحديث يعتبر من أشهر أدلة القائلين بحدية جريمة الردة تأكيدا

الكاهن . **2**- ارتداد كندة ومن يليها بقيادة الأشعث بن قيس الكندي. **3**- ارتداد مذحج ومن يليها بقيادة الأسود بن كعب العنسي الكاهن بمنطقة اليمن. **4**- ارتداد ربيعة بقيادة المعرور بن النعمان بن المنذر. **5**- ارتداد بني حنيفة مع مسيلمة بن حبيب الكذاب. **6**- ارتداد سليم بقيادة الفجأة إياس بن عبد ياليل. **7**- ارتداد بني تميم بقيادة سجاح الكاهنة **8**- محاولة ارتداد بعض سكان مكة لولا حنكة واليها سهيل بن عمرو. **9**- محاولة ارتداد ثقيف بالطائف لولا حنكة واليها عثمان بن أبي العاص.

[1] - ينظر تفصيلا لحجج هذا الفريق من المرتدين عند " د/ محمد حسين هيكل؛ الصديق أبو بكر؛ مكتبة النهضة العربية؛ القاهرة؛ طبعة1964؛ ص75. والعقاد؛ عبقرية الصديق؛ دار الكتاب؛ بيروت؛ ص125. ود/ فوزي خليل؛ مرجع سابق؛ ص464 وما بعدها.

[2] - ومن أشهر تأويلاتهم وتعليلاتهم " أن الله لم يوجب عليهم أداء الزكاة إلا لرسوله –ص- في قوله تعالى:" **خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها؛ وصلي عليهم إن صلاتك سكن لهم**" التوبة 103؛ فقالوا إن المخاطب بهذه الآية هو رسول الله؛ الذي جعل الله صلاته سكن لنا؛ ومن ثم فلن ندفع الزكاة إلا لمن صلاته سكن لنا؛ ولذلك أبوا أن يدفعوها وان علموا وأقروا أن دفعها فريضة دينية؛ وبالتالي فهم لم ينكروا الفريضة ولكنهم أنكروا جبايتها" ينظر حول هذا المعنى؛ د/ محمد محمد المدني؛ اجتهادات الفاروق عمر؛دار النفائس؛ بيروت سنة1990؛ص49 ؛ ود/ فوزي خليل؛ المصلحة من منظور إسلامي؛ ص466

[3] -ابن هشام؛ السيرة النبوية؛ ج2؛ص600؛ وترجع مناسبة هذا الحديث إلى أنه صلى الله عليه وسالم لما انتهى من قراءة كتاب مسيلمة ؛ سألهما عن موقفهما قائلا " **فما تقولان أنتما**" ؛ فقالا: نقول كما قال. أي يقرانه على نبوته. والحديث دليل على **مبدأ أمان الرسل** في الإسلام ومبدأ الحصانة الديبلوماسية والقضائية للرسل في الحرب والسلم. حتى قال ابن مسعود-ض- " فمضت السنة أن الرسل لا تقتل" لأن الردة تماثل الخيانة في العقوبة ومع ذلك عفا عنها الرسول؛ فيكون من باب أولى أن تعفو الدولة عن الجرائم والمخالفات التي يرتكبها السفراء

لحديث " **من بدل دينه فاقتلوه**" الذي سبق تخريجه وليت الأمر توقف عند حركة مسيلمة التمردية ذات الأبعاد والمطامع الاقتصادية في اقتسام خيرات الأرض مع قريش بدعوى النبوة والتفويض الإلهي المباشر؛ وإنما تقوت هذه الحركة بحركات تمردية مماثلة في بقاع أخرى من شبه الجزيرة منها[1]:

– حركة طليحة بن خويلد الذي ادعى النبوة في بني أسد؛ والذي سرعان ما انتشرت حركته فانضمت إليه غطفان ومن حولها من الأعراب.

– حركة الأسود بن كعب العنسي الذي ادعى النبوة في اليمن وطرد منها في السنة التاسعة للهجرة – وهو عام الوفود الذي قدمت فيه الوفود لتعلن إسلامها– عمال النبي — ص– من اليمن.

– حركة سجاح بنت الحارث التي ادعت النبوة في بني تميم؛ وبتحريض من الفرس لغزو المدينة وقتال أبي بكر حسب ما أوره العقاد وغيره.

– حركة ذي التاج لقيط بن مالك الذي ادعى أيضا النبوة في منطقة عمان .[2]

ويرجع المؤرخون تعليل انتشار هذه الحركات والتفاف العرب من حولهم تأييدا ونصرة إلى عدة أسباب يمكن إجمالها في الأسباب والدوافع الآتية[3] :

– تأخر انتشار الإسلام في هذه الأصقاع البعيدة عن مركز القيادة[4] .

– الدعم الأجنبي من طرف أسياد العالم آنذاك الفرس والروم المجاورتين لهذه القبائل[5].

في الدولة الإسلامية. ينظر تفصيلا أكثر عند د/ بوزيد الدين؛ الحصانة الديبلوماسية في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي؛ مجلة الحضارة الإسلامية؛ العدد02؛ أفريل1996؛ ص149وما بعدها.

[1] – ينظر تعدادا مفصلا لهذه الحركات التمردية عند د/ حسن إبراهيم حسن وأبوه؛ تاريخ الإسلام السياسي والديني والثقافي والاجتماعي؛ ج1؛ دار الأندلس؛ بيروت؛ طبعة1964؛ ص348

[2] – العقاد؛ عبقرية الصديق؛ ص136.

[3] – ينظر تفصيلا سياسيا لهذه الأسباب والدوافع السياسية والدينية والمالية عند د/ فوزي خليل ؛ المصلحة من منظور إسلامي؛ص 486؛ حيث كشف سيادته عن مقاصد المرتدين وبين أنها مصالح متوهمة أساسها هوى متبع ولا تنطوي على أية أسباب ومصالح حقيقة مقصودة للشارع؛ فمعظمها حسب رأيه ترجع إلى دوافع مالية من باب الشح؛ أو دوافع سياسية حبا في الزعامة الشخصية؛ أو دوافع تحررية من قيود الدين وتكاليفه التعبدية ينظر في هذه الدوافع الثلاث الرجع نفسه ص468 وما يليها إلى ص475

[4] – إذ لم يصل إليهم دعوة الدين الجديد إلا بعد فتح مكة وغزوة حنين وحصار الطائف؛ ولذلك لم تستقر العقيدة في قلوبهم استقرار طمأنينة وسكينة على حد تعبير العقادفي عبقرية الصديق. ولذالك لما قامت دعوات المتنبئين سرعان ما وجدت لها قبولا وأتباعا كثر؛ تدفعهم عصبيتهم القبلية المعارضة لسلطان قريش؛ خاصة بعد وفاة الرسول الذي خضعوا لهم إكبارا لسلطانه الممتد إلى الفرس والروم. ينظر العقاد؛ عبقرية الصديق؛ ص123

[5] – وذلك بهدف توقيف حركة هذا الدين الجديد بشتى الأساليب المكرية و والدعائية كدعوى حق القبائل في الحكم الذاتي؛ وحرية اختيار العقيدة بين المسيحية واليهودية والوثنية العربية؛ وهو ما ساهم بشكل كبير في إذكاء وإغراء حركة هؤلاء المتنبئين وزيادة أتباعهم تحت الدعم الفرس تارة والروم تارة أخرى. د/ محمد حسين هيكل؛ الصديق أبو بكر؛ ص 75؛ والعقاد؛ مرجع نفسه؛ ص136

- حب العرب للتحرر من قيود السلطة الحاكمة[1].
- حب الأعراب المرتدين للزعامة وكراهيتهم الموروثة لسلطان قريش .[2]
- كراهية الأعراب للقيود النظامية[3].

2- موقف السلطة النظامية من حركة المرتدين :

وأمام هذه الأسباب والدوافع الجامحة والمتأصلة في نفوس الأعراب لم يكن أمامهم سوى تشكيل حركات سياسية مسلحة ومتحالفة للقضاء على الكيان السياسي للأمة؛ والتمرد على سلطتها الشرعية المنتخبة شقا لعصا الطاعة؛ وخروجا على الجماعة وعلى الالتزام العقيدي للشريعة الإسلامية، خاصة خروجهم الصريح عن ربقة الإسلام[4] بمخالفة قوله تعالى: **"ولكن رسول الله وخاتم النبيين"**[5].

الأمر الذي يؤكد **الخطأ العمدي** لمعاشر المرتدين؛ ومن ثم كان من الضروري التدخل باتخاذ السلطة النظامية الضبطية لمختلف الوسائل القسرية لمواجهة هذه الجاهلية الجديدة. **فلا غرابة بعدها** أن يقرر الخليفة مواجهة حركة المرتدين بأشد العقوبات كونها جريمة تقع ضد الدين؛ ونظامه الاجتماعي؛ ومن ثم فان التساهل

---

[1] – ومن ذلك ما قرره د/ **حسن إبراهيم حسن**؛ وغيره في تاريخه" أن أتباع هؤلاء المتنبئين لم يؤمنوا بنبوتهم؛ وإنما فكروا في الارتداد والخروج على السلطة فانحازوا إلى هؤلاء المتنبئين طلبا للنصرة منهم للتخلص من زعامة قريش وسيادته المطلقة"؛ ويتأكد هذا المعنى من خلال أقوالهم حين هزيمتهم فكان مما قالوا :" **والله ما كفرنا بعد إيماننا ولكن شححنا على أموالنا**"[1] أي أن دافعهم ومقصدهم لم يكن التصديق الجازم بنبوتهم وإنما لدافع مالي محض.د/ حسن إبراهيم حسن وأخوه؛ تاريخ الإسلام السياسي؛ ج1؛ ص348

[2] – وهذا نظرا لما جبلت عليه أنفسهم من التعصب لزعاماتهم الشخصية وكراهيتهم للخضوع لسلطة سياسية مركزية خاصة إذا كانت ممثلة في قريش العدو اللدود للأعراب حيث كانت بينهم حروب قديمة خمدت مدة إسلامهم إذعانا لسلطان محمد – ص-؛ ولكنها سرعان ما التهبت شرارتها حقدا على قريش وكراهية لها؛ عقب أحداث سقيفة بني ساعدة حين قالت قريش للأنصار" **منا الأمراء ومنكم الوزراء**" ولم يسموا الأعراب بنصيب في الحكم والسلطنة. ولا عجب بعد ذلك في تصديق بعض الروايات التاريخية مثل ما رواه ابن كثير من أن طليحة النفري وفد على اليمامة فقال: أنت مسيلمة؟ فقال: نعم؛ قال من يأتيك؟ قال: رحمان؛ قال: أفي نور أم في ظلمة؛ فقال: في ظلمة...فقال طليحة النفرى: " أشهد أنك كذاب؛ وأن محمدا صادق؛ **ولكن كذاب ربيعة أحب ألينا من صادق مضر**"؛ وكذلك ما رواه من قول عيينة بن حصن لقومه لما ارتد عن الإسلام؛ مؤازرا طليحة الأسدي المتنبئ" **والله لنبي من بني أسد؛ أحب إلي من بني هاشم؛ وقد مات محمد وهذا طليحة فاتبعوه** ينظر تحليلا سياسيا هاما حول هذا السبب في د/ فوزي خليل؛ المصلحة العامة؛ ص472

[3] – مهما كان مصدرها ولذلك وجدوا في هؤلاء المتنبئين تخلصا وتهربا من التكاليف الدينية التنظيمية الضابط لسلوكهم بعد دعوة بعضهم لمنع الزكاة وإسقاطها عنهم؛ ومناداة بعضهم بإسقاط فريضتين من الصلاة؛ مما صادف قبولا في نفوس الأعراب فسارعوا إلى أتباعهم ليحطوا عن عاتقهم ثقل ما فرضه الإسلام عليهم بزعمهم. ينظر د/ حسين هيكل؛ الصديق أبو بكر؛ ص128

[4] – د/ فوزي خليل؛ المصلحة العامة من منظور إسلامي؛ ص475؛ بحيث يرى سيادته بأن" دوافع المرتدين ومصالحهم الكامنة وراء قيامهم بحركتهم المسلحة مصالح متوهمة وغير شرعية لأنها مصادمة لنصوص الشريعة ومقاصدها؛ وهي في حقيقتها مفاسد عامة تهدد الكيان السياسي والعقيدي للأمة لما تتضمنه من أضرار ومخاطر محدقة بهذا الكيان من خلال تعريض الأنفس للقتل وسفك الدماء بغير حق؛ وتعريض الدولة لمخاطر الفوضى والفساد المهلك للحرث والنسل ولنظام الحاكم؛ الأمر الذي يستأهل قرارا حاسما للتعامل مع هذه الحركات التمردية حتى تعود إلى مظلة الطاعة " ينظر المرجع نفسه؛ ص474 .

[5] – سورة الأحزاب؛ آية40.

في التعامل معها سيؤدي إلى زعزعة هذا النظام ؛ وأكثر الدول اليوم تحمي نظامها الاجتماعي بأشد العقوبات توقع ضد كل من يحاول هدمه أو الإخلال به؛ **فما بال الإسلام لا يعاقب بالقتل لكل من ثبت يقينا إخلاله بالنظام الاجتماعي** للجماعة الإسلامية[1]. وهذا ما سيتم توضيحه بتفصيل أكثر للتدليل على خطورة هذه الحركة على نظام حكومة أبي بكر الفتية عند الحديث عن أساليب مواجهة مصادر الإخلال بالنظام العام.

ثانيا: حالة الفتنة الداخلية وأثرها في النظام العام للجماعة " حالة التمرد السياسي"

1- المرسوم الرئاسي المنظم لكيفية التعامل مع عناصر الفتنة:"فتنة الثورة على عثمان نموذجا"

دامت حكومته الراشدة اثنتي عشرة سنة من 23 إلى 35 من العام الهجري ؛ وحسب رواية **ابن سعد في طبقاته** فانه يمكن تقسيم عهدته الرئاسية إلى عهدين وهو ما يفهم عن الإمام **ابن شهاب الزهري** في قوله: "لما ولي عثمان عاش اثنتي عشرة سنة أميرا؛ **فعمل في ست سنين لا ينقم عليه شيئا**؛ وانه لأحب لقريش من عمر بن الخطاب؛ لأن عمر كان شديدا عليهم؛ فلما وليهم عثمان لان لهم ووصلهم ثم توانى في أمرهم واستعمل أقربائه وأهل بيته في **الست الأواخر**؛ وكتب لمروان بخمس مصر؛ ولأعطى أقرباءه المال ؛ وتأول في ذلك الصلة التي أمر الله بها؛ واستسلف من بيت المال وقال:" **إن أبا بكر وعمر تركا من ذلك ما هو لهما؛ واني أخذته فقسمته في أقربائه ؛ وأنهما ظلما نفسيهما وأقربائهما وذوي أرحامهما؛ واني تأولت فيه صلة رحمي**"[2] وعليه يمكن اعتماد هذا القول كمرجعية في تحليل سياسة عثمان الحكومية وأثرها على الاستقرار ومظاهر الإخلال بالنظام على النحو الأتي:

1-1- عهد الاستقرار السياسي والأمني: "عهد سيادة النظام العام" خلال السنوات الست الأولى؛ حيث لم ينقم الناس عليه شيئا ؛ وهذا ما يتجلى من خطابه بعد توليه للخلافة ؛ حيث قال بعد حمد الله " **أيها الناس فاني قد حملت وقد قبلت ؛ ألا واني متبع ولست بمبتدع ؛ ألا ولكم علي بعد كتاب الله وسنة نبيه ثلاثا: إتباع من كان قبلي...؛ وسن سنة أهل الخير...؛ والكف عنكم إلا فيما استوجبتم ؛ ألا وان الدنيا خضرة؛ قد شهيت إلى الناس ؛ ومال إليها كثير منهم فلا تركنوا إلى الدنيا ؛ ولا تثقوا بها ؛ واعلموا أنها غير تاركة إلا من تركها**"[3] ؛ والمتأمل في هذا الخطاب الرئاسي يلاحظ عليه إرساء الخليفة لثلاثة مبادئ دستورية ؛ تمثل وسائل ثابتة لتحقيق دولة القانون والحق وهي[4]:

---

[1] – عبد القادر عودة؛ التشريع الجنائي الإسلامي؛ج1؛ بيروت؛ دار الكتاب العربي؛ ص662.

[2] – ينظر نص هذا الخطاب والرواية بكاملها في ؛ ابن سعد الطبقات الكبرى؛ ج3؛ص64؛ وقريبا من هذا المعنى؛ الإمام السيوطي؛ تاريخ الخلفاء؛ ص146

[3] – ينظر نص هذا الخطاب كاملا عند ابن سعد؛ الطبقات الكبرى؛ ج3؛ ص62

[4] – ينظر كلاما قريبا مما كتبه الباحث عن تلك المبادئ الدستورية الثابتة التي تعهد الخليفة بالتزامها عند؛ د/ مقبل أحمد العمري؛ مسؤولية الدولة في النظام الإسلامي؛ ص223

– التزام الخليفة بمبدأ المشروعية الإسلامية **العليا**؛ من خلال تعهده بالتمسك بأحكام القران والسنة وإجماع من سبقه في حكومتي أبي بكر وعمر عملا بما يعرف بنظام السوابق السياسية والقضائية ؛ وهذا ما يعرف في القانون بخضوع سلطات الضبط الإداري لأحكام المشروعية وللسوابق القضائية الثابتة كمصدر للمشروعية.

– سن سنة أهل الخير بإرساء أسس حميدة لسير الدولة كالعدالة والمساواة ومسؤولية الدولة عن أعمالها؛ وقد تعهد رضي اله عنه بأن تكون هذه الأسس جديدة ؛ لم يسبق لأحد أن أرساها.

– احترام حقوق أفراد الأمة؛ والكف عن التعدي عليها؛ حيث تعهد بأن لا ينتهك حرياتهم ؛ و أن يحترم دماءهم وأموالهم وأعراضهم إلا فيما وجب عليهم شرعا؛ كإقامة الحدود؛ وهذا ما يعرف في الفقه القانوني باعتبار الحرات العامة قيدا وحدا على السلطة المطلقة؛ بحيث تلتزم بتوفير الضمانات الفعالة لتمتع جميع الأفراد بممارسة حقوقهم.

فضلا على هذه الوسائل القانونية المحضة ؛ توجد بجوانبها القيم الروحية الإسلام كالتقوى ؛ وكراهية الدنيا والتنافس عليها؛ والشعور بالرقابة الإلهية ؛ باستحضار واستشعار معية الله في كل عمل تقوم به السلطة؛ وغيرها من الضوابط الذاتية الروحية التي تعتمد على يقظة الوازع الديني كرقيب فعال على احترام قواعد المشروعية[1]. مما يدل على الوازع الديني الكبير الذي كان في ضمير الخليفة من شدة ورعه وزهده وحياءه الذي حازه بتزكية نبوية" **وأصدقها – أمة محمد– حياء عثمان بن عفان"**؛ لولا تسلق بني أمية على أكتاف الخليفة مما جنح بالدولة ؛ إلى الجنوح نحو الأثرة ؛ والأنانية وحب الدنيا؛ وهو ما أفقد الخليفة القدرة على ضبط تصرفات ولاته وعماله ؛ ليتحمل المسؤولية لوحده عن كل ما أحدثه أولئك المتسلقون من مظالم ؛ دفع عثمان حياته ثمنا لما اقترفه قوم **ضعف** عن محاسبتهم[2].

لتكون بذلك الأمة الإسلامية أول أمة في التاريخ تقوم بعزل رئيس دولتها ؛ رغم ما شاب ذلك من تعدي سافر على حرمة الخليفة ومنزلته عند الله ورسوله؛ حيث تم اغتياله بطريقة بشعة؛ ظالمة ؛ كانت محل تنديد من طرف جميع الصحابة ؛ لأنه كان لا يستحق العزل ولا القتل الأمر الذي جعل العلماء يسمون هذه المأساة **بالفتنة**[3] كتعبير عن عدم مشروعيتها[4] .

1- 2–عهد الاضطراب السياسي والانفلات الأمني "عهد اختلال النظام العام" :

وهي الفترة التي دامت ست سنوات الأخيرة من حياة وعهدة الخليفة عثمان؛ والتي تميزت باضطرابات ومظاهرات وثورات لم تستطع قوات حفظ النظام العام إخمادها نظرا لوجود مكائد ودسائس في صفوفها ؛

---

[1] – وهذا ما يتأكد من خلال ما رواه الحسن بن علي–ض– عن عثمان وهو يخطب على المنبر يقول لولاته وأفراد رعيته": أيها الناس اتقوا الله في هذه السرائر؛ فاني سمعت رسول الله يقول" **والذي نفس محمد بيده ما عمل لأحد عملا قط سرا إلا ألبسه الله رداءه علانية؛ إن خيرا فخير؛ وان شر فشر**"؛ ثم تلا قوله تعالى: "**وريشا ولباس التقوى**" سورة الأعراف؛ أية 36 نقلا عن؛ كنز العمال؛ ج2؛ ص137

[2] – د/ مقبل أحمد العمري؛ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية؛ ص368

[3] – السيوطي؛ تاريخ الخلفاء؛ ص148؛ وابن قتيبة؛ الإمامة والسياسة، ص35؛ ابن سعد الطبقات الكبرى؛ ج3؛ ص67

[4] – د/ محمد عبد الله الغبان؛ فتنة مقتل عثمان؛ مكتبة العبيكان الرياض؛ ط1؛ سنة1999؛ ص13

يكن هدفها إخلاص النصح للخليفة بقدر ما كان هدفها زرع بذور الفتنة وإيقاظ الشعور بالعصبية المقيتة؛ وهي الحركة التي عرفت فيما بعد بالحركة السبئية ذات الجذور اليهودية.[1] وقد شهدت هذه الفترة **انفلاتا أمنيا رهيبا** كانت نتيجته اغتيال الخليفة ظلما وعدوانا؛ خاصة وأنه بادر بإصلاح مؤسسات الدولة ومحاسبة عماله ؛ عقب تلك المأخذ التي كانت سببا في الثورة عليه؛ وبالفعل فقد ندب لجنة تحقيق محايدة للنظر في المظالم المنسوبة لولاته على تلك الأمصار.[2]

ثم انه لم يتوقف عند هذا الحد من تمكينه لأفراد رعيته بحقهم في شكوى ولاتهم ؛ بل نجده يجمع ولاته وعماله في موسم الحج ليسمع ردودهم على أنباء الفتنة التي بلغته عنهم من باب المسائلة والاستجواب الشفهي؛ فسكتوا فقال: **"قد علم الله أني لم آل الناس خيرا؛ وان رحى الفتنة لدائرة ؛ وطوبى لعثمان أن مات ولم يحركها؛ سكنوا الناس؛ وهبوا لهم حقوقهم ؛ فإذا تعوطت حقوق الله فلا تدهنوا فيها"**[3].

وواضح من تأمل هذا الخطاب أن عثمان اقر بوجود مظالم من ولاته ؛ وبالتالي نجده يبرئ نفسه ؛ ويأمرهم بتدارك الأمر **برد الحقوق إلى أصحابها- قضية الحريات العامة والحقوق الفردية** – قبل أن يستفحل الوضع ويصعب التحكم فيه؛ وواضح أيضا أن قضية حماية الحريات كانت مدخلا في سياسة حكومة عثمان لاسترجاع النظام ودرأ الفساد ؛ مما يدل على أن ولاته قد اعتدوا وانتهكوا حريات المواطنين ؛ في غيبة مراقبته ومحاسبته لهم كما كان شأن صاحبيه أبي بكر وعمر.

بيد أن الفتنة ما لبثت أن اشتعلت وزادت حدتها وشدتها على سياسة ولاة عثمان الحكومية ؛ وقد بلغت ذروتها بمحاصرة عثمان في داره ؛ ودام ذلك أربعين يوما ؛ وقيل خمسين ؛ وقد حاول عثمان التهدئة من حماس جمهور الثائرين دون جدوى ؛ إلا أن الثورة كانت قد شرعت في أعمال الشغب[4].

الأمر الذي يدفع إلى القول بأن النية كانت مبيتة في قتل الخليفة ؛ و لم تكن هذه الفتنة وليدة ساعة من زمن؛ كما لم تكن سياسات عثمان الإدارية والمالية هي السبب الحقيقي لها وإنما هناك عوامل عديدة شاركت في ظهور هذه الفتنة؛ ولذلك لم تنفعه تلك التوسلات التي قدمها الخليفة؛ طالبا عفوهم ومعترفا بمسؤوليته عن أعمال موظفيه ؛ ومعلنا توبته ؛ ومذكرا إياهم بفضله عند رسول الله عليه الصلاة والسلام ؛ ومما جاء في خطبته أمام الثوار" **يا قوم لا تقتلوني فاني وال؛ وأخ مسلم؛ فو الله إن أردت إلا الإصلاح ما استطعت أصبت أو**

---

[1] – ينظر في الدور الذي قامت به هذه الحركة بقيادة عبد بن سبأ في زرع نار الفتنة عند د/ عماد الدين خليل؛ مدخل إلى التاريخ الإسلامي؛الدار العربية للعلوم؛ المغرب؛ط1؛ سنة 2005؛ ص72 وما بعدها

[2] – فقد ذكر ابن الأثير أنه لما بدرت بوادر الفتنة كتب عثمان بن عفان إلى أهل الأمصار قائلا ": أما بعد؛ فاني آخذ على عمالي؛ بموافاتي كل موسم؛ وقد رفع أهل المدينة؛ أن أقواما يشتمون ويضربون؛ فمن ادعى شيئا من ذلك؛ فليأتوا في موسم الحج ليأخذوا حقهم؛ حيث كان مني أو من عمالي..." فلما قرئ كتابه على الناس في مختلف الأمصار **بكى الناس** ودعوا لعثمان خيرا؛ ينظر تفاصيل أكثر عند: ابن الأثير؛ الكامل في التاريخ؛ج3؛ ص48 .

[3] – ابن الأثير؛ المصدر نفسه؛ ج3؛ ص48

[4] – د/ عبد المتعال الصعيدي؛ القضايا الكبرى في الإسلام؛ دارشريفة للتوزيع الجزائرطبعة1991؛ص159

أخطات ؛... علام تقتلوني فان سمعت رسول الله يقول" **لا يحل دم امرئ مسلم إلا في إحدى ثلاث؛ رجل كفر بعد إيمانه ؛ أو زنى بعد إحصانه ؛ أو قتل نفسا بغير نفس."**[1] ثم راح يبين لهم فضله وانه لا يستحق القتل بموجب هذه الثلاث لعدم انطباقها عليه.[2] إلى أن أقام عليهم الحجة بقبوله لمحاكمته وعرض أعماله على قواعد المشروعية الإسلامية ممثلة في كتاب الله وسنة نبيه قائلا لهم :" **إن وجدتم في كتاب الله أن تضعوا رجلي في قيود فضعوهما".**[3] وفي رواية" **قال لرعيته : أتفقدون من حقوقكم شيئا ؛ فما لي لا أفعل في الفضل ما أريد ؟ فلما كنت اماما اذن؟**[4] ؛ يقول صاحب رسالة مسؤولية الدولة في النظام الإسلامي د/ **مقبل أحمد العمري**[5]" الواقع أنه ما من أمة حاصرت رئيس دولتها بهذا الجنون إلا أمة الإسلام ؛ وما من رئيس للسلطة التنفيذية يقرر مسؤوليته بهذا الوضوح إلا عثمان"؛ ورغم كل ذلك أبى الثوار كل هذه الحلول التي اقترحها عليهم فلما رفضوا وأصروا على قتله؛ توجه إلى رب السماء" **اللهم أحصهم عددا واقتلهم بددا ؛ ولا تبقي منهم أحدا".**

2- مدى مسؤولية الدولة عن أعمال الفتنة المخلة بالنظام العام:

لا شك أن هذه الفتنة لم تكن مشروعة لعدم توفر تلك الضوابط التي تشترط في الخروج على السلطة عند القائلين بذلك ؛ فلم يتولى عثمان الخلافة بالقوة والقهر؛ ولم يكن من الفسقة ولا الحكام الظلمة ؛ بل تقيا ورعا؛ ولم يكابر فيما أخذ عليه بل رجع وأناب، ووعد بتصحيح الأوضاع ؛ وكان يحذر الثوار من الفتنة التي تهدد الأمة وتعصف بالخلافة، ومن ثم فالجميع متفق على أن قتله كان جريمة لا مثيل لها في التاريخ السياسي للدول ؛ فضلا عن التاريخ الإسلامي؛ ومن ثم فان مسؤولية هذه الفتنة تقع على الدولة حتما.

يقول د/ **فؤاد النادي**" وان كان عثمان قد خالف بعض قواعد المشروعية بتولية أقاربه ؛ وتسليط بني أمية على رقاب المسلمين ومحاباتهم باقطاهم من المال العام؛ إلا أن مسلكه الشخصي وصدقه وأمانته وورعه وتضحياته في سبيل رفعة الإسلام والمسلمين لاشك فيها. مما يعني أنه قتل شهيدا مثابا ؛ لأن تلك الأسباب وان كانت لا تطعن في ورع عثمان وتقواه وأمانته؛ فليس من شأنها أن تقلل من الدور العظيم الذي أداه عثمان إلا أنها بلا شك تؤدي إلى نتيجة هامة مؤداها أن الخليفة مسؤول عن تصرفات ولاته وعماله وممثله في الولايات المختلفة إذا ما جاروا على حقوق الإفراد وداسوا على حرياتهم[6]. وعلى هذا يتقرر أن الدولة مسؤولة عن أعمال

---

[1] – د/ محمد بن عيد الله العنان؛ فتنة مقتل عثمان؛ ص 118؛ نقلا عن ابن ماجة؛ في السنن؛ كتاب الحدود؛ ج2؛ ص847

[2] – وكان من بين حججه عليهم خطابه الشهير " **ففيما تقتلونني إذن**"؛ أم تقولون: **إني أخذت هذا الأمر– أي الخلافة– بالسيف والغلبة؛ ولم آخذه إلا عن مشورة من المسلمين**...يأيها الناس" **لا تقتلوني واستتيبوني**"؛ **اللهم إني أستغفرك وأتوب إليك**"...ينظر ابن سعد؛ الطبقات الكبرى؛ ج3؛ ص67؛ والإمام السيوطي؛ تاريخ الخلفاء؛ ص150

[3] – ينظر ابن سعد الطبقات؛ ج3؛ ص67؛ وابن الأثير؛ الكامل في التاريخ؛ ج3؛ ص49

[4] – ينظر رواية كامل عند د/ عبد الجليل محمد على؛ مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة؛ الناشر عالم الكتب؛ القاهرة؛ ط1؛ سنة 1984؛ ص288

[5] – د/مقبل احمد العمري؛ مسؤولية الدولة؛ ص226

[6] – د/ فؤاد النادي؛ مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون؛ ص322

أعمال الشغب والجور والعنف الجماعي التي تنشأ بسبب تقصير الخليفة في محاسبة ولاته ومراقبة عماله وعزلهم إن جاروا أو فسقوا؛ ومن ثم أثار الفقه السياسي الإسلامي قضية مسؤولية المجتمع الإسلامي ممثلا في الخليفة عثمان أولا ثم الصحابة ثانيا عن هذه الفتنة رغم اتفاق الجميع على أن الدولة هي صاحبة المسؤولية الأكبر[1].

2-1- مسؤولية الدولة الراشدة ممثلة في حكومة عثمان – رضي الله عنه-

ترجع مختلف المصادر والمراجع المعتمدة في التاريخ الإسلامي أن مسؤولية عثمان عن هذه الفتنة محققة بإقرار منه ونظرا للمآخذ العديدة التي لم يتلاف حدوثها؛ و لم يعالج أسبابها[2]؛ نظرا لشدة حيائه ؛ وضعفه أمام بني أمية الذي استغلوا هذا الحياء فضلا عن كبر سنه ؛ وطبعه اللين والمتسامح مع الثائرين إذ كان بإمكانه إخماد نار الفتنة بإعلان حالة الظروف الاستثنائية ؛ والتعبئة العامة؛ ومن ثم توسيع صلاحياته لإعادة النظام وسيادة الأمن و الاستقرار؛ ولكنه لم يفعل؛ نظرا لطبيعته السمحة الرقيقة؛ وكانوا في حاجة إلى عصا غليظة تسوسهم إلى حظيرة حكم القانون والنظام .[3]

فالملاحظ إن جميع الصحابة متفقون على أن تلك الأسباب التي تحججت بها المعارضة الثورية **لا تبرر قتله ولا عزله**[4]؛ وترجع أهم بعض هذه الأسباب عوامل متداخلة **كالعصبية القبلية**[5] التي دفعت الأعراب إلى الثورة الثورة سعيا نحو التحرر من سلطة عثمان المركزية؛ وتلك المؤامرة السبئية[6] التي تمثل اللوبي الصهيوني بقيادة التيار اليهودي[7]؛ وبالإضافة إلى ذلك السبب المباشر والمتمثل في الأحداث التي صاحبت عزل والي مصر

---

[1] – د/ مقبل العمري؛ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية؛ ص227

[2] –د/محمد عمارة؛ الإسلام وحقوق الإنسان؛ ص126؛ حيث ذكر فضيلته أن المهاجرين الأولين كانوا في مقدمة المحرضين على الخروج على عثمان؛ لاسترداد سلطة الدولة التي صارت في يد بني أمية؛ وقد استند في ذلك على الرسالة التي أوردها ابن قتيبة حيث قدمت الدعوة إلى الصحابة للقدوم على المدينة من اجل الخروج على عثمان؛ ينظر إلى هذه الرسالة في:ابن قتيبة؛ الإمامة والسياسة؛ ج1؛ ص23؛ وينظر إلى هذا الرأي ودور المهاجرين الأولين في العملية السياسية؛ د/ محمد عمارة؛ مرجع نفسه؛ ص 126 وما بعدها.

[3] – د/ عبد الجليل محمد علي؛ مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي؛ ص289

[4] – د/ محمد بن عبد الله العنان؛ فتنة مقتل عثمان؛ ص160

[5] – التي جاهدها الإسلام جهادا مريرا و لم يقض عليها كلية؛ لقد اعتاد العرب الحرية وعدم الخضوع لأية سلطة منظمة مركزية موحدة ؛ فقد شارك الكثير من الأعراب في هذه الثورة تعبيرا عن هذه النزعة القبلية؛ للتخلص من قيود السلطة النظامية؛ فكانوا كما وصفهم سيدنا عثمان " **كالنعام** الذين يتبعون أول ناعق" د/عماد خليل؛ مدخل إلى التاريخ الإسلامي؛ ص72

[6] –يثير بعض الباحثين شبهة مدى حقيقة وجود شخصية عبد الله بن سبأ؛ بين مؤيد ومثبت لحقيقة وجودها؛ وبين منكر لها كالروافض؛ غير أن حسب رسالة الدكتوراه للباحث د/ محمد بن عبد الله العنان؛ حول **فتنة مقتل عثمان**؛ أثبت حقيقة هذه الشخصية المحورية في إشعال نار الفتنة؛ وقد صحح رواياتها ونقل عن بعض العلماء صحتها وذكر منهم **د/ سلمان العودة** ورسالته؛ "**عبد الله بن سبأ ودوره في اشعال الفتنة**" **ود/ سعدي الهاشمي**؛ "**عبد الله بن سبا حقيقة لا وهم**" ؛ينظر تفصيلا عن هذه الأقوال وردودها؛ عند د/ محمد بن عبد الله العنان؛ رسالته السابقة؛ ص120 وما يليها.

[7] – بقيادة عبد الله بن سبأ الذي أظهر إسلامه في عهد عثمان؛ وقد اتكأ في معارضته على إعلانه تأييد أولوية الإمام علي –ض- بالخلافة. وقد تطور هذه الأفكار لتشكل تلك الحركة السبئية؛ ومن بين أقوالهم التي تؤكد تورطه في إشعال نار الفتنة عمليات التحريض التي كان يمارسها بحنكة قوله" **عثمان أخذ الخلافة بغير حق وهناك علي وصي رسول الله فانهضوا فحركوه؛ وأظهروا الأمر بالمعروف والنهي عن**

وتعويضه بمحمد بن أبي بكر والتي كان لها أثرها الفوري في إشعال نار الفتنة ويمكن إرجاع الأسباب العامة – بزعم المتحاملين عليه –؛ إلى مولاته لأقربائه من بني أمية؛ وعلى رأسهم وزيره الأول **مروان بن الحكم** – الخليفة الأموي فيما بعد ابتداء من سنة64 هـ ؛ الذي كان سببا فاعلا في إشعال نار الفتنة حسب ما اتفقت عليه مصادر التاريخ الإسلامي[1]. فضلا عن ذلك إقدامه على تعيين ولاة صغار السن من بني عمه[2] الذي أسلموا إسلام الطلقاء على مختلف الأمصار؛[3] تحت معارضة بعض الصحابة لهذه السياسية التوظيفية ؛ وقد زادت حدة هذه المعارضة لسياسة الحكومة خاصة بعد ظهرو معارضة الصحابي **الجليل أبو ذر الغفاري** الذي تم إبعاده إلى **الربذة**[4]؛ خشية أن تستغل إخلاصه في تقديم النصيحة لله طوائف المتمردين لكسب مشروعية لثورتهم المفتنة؛

المنكر تستميلوا الناس" وقد كان يأمر أنصاره بنشر مقوله " **لكل نبي وصي وان عليا وصي محمد**" ؛ وقوله أيضا" **محمد خاتم الأنبياء وعلي خاتم الأوصياء**" ينظر إلى الإمام أبو الحسن الأشعري؛ مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين؛ تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد؛ج1؛ مكتبة النهضة المصرية؛ القاهرة؛ط1؛ 1950؛ص11 ود/ البوطي ؛ فقه السيرة النبوية؛ ص355

[1] – حيث تتهمه مصادر التاريخ بأنه المدبر الحقيقي **للرسالة المزورة**؛ التي أرسلت من المدينة إلى والي مصر **عبد الله بن أبي سرح**– اخو عثمان من الرضاعة– يأمره فيها بقتل الوالي الجديد الذي عينه الخليفة عقب المظاهرات التي قادها سبعمائة مصري تطلب بعزل والي مصر؛ لما قام به من تعد وضرب وقتل لأهل مصر؛ حيث عين **محمد بن أبي بكر مكانه**– أحد المتهمين بالاشتراك في حصار دار عثمان –؛ وهو الأمر الذي لم يعجب وزير الخليفة فدبر هذه المكيدة. وقد تكفل الإمام علي–ض– بكشف هذه المكيدة بعد أن كان يظن الجميع بأن عثمان هو الذي كتبها خاصة وأن الغلام الذي كان يحملها هو غلام الخليفة؛ والخاتم خاتمه؛ وتأكد بعد تحليفه وقسمه بأن لا علم له بالرسالة؛ خاصة وأن الخط ليس بخطه؛ فتوجهت أنظار الصحابة إلى وزيره مروان لمعاقبته؛ غير أن الخليفة أبى تسليمه إليهم خوفا عليه من أن يقتلوه. فخرج الصحابة من عنده غاضبين وناقمين عليه هذا الموقف تجاه وزيره؛ ومما زاد في استنكارهم احتفاظ الخليفة بواله على مصر عبد الله بن أبي سرح رغم ما اقترفه من انتهاك لحريات أهل مصر؛ ومع ذلك لم تكن فكرة اغتيال عثمان مطروحة أو حتى مفترضة بدليل أنه لما بلغ عليا أن عثمان يراد قتله قال " **إنما أردنا منه مروان فأما عثمان فلا**"؛ وسارع إلى إرسال الحسن والحسن ليقوما على باب عثمان ولا يدعا احد يصل إليه؛ بل نجد عقب سماعه بقتل عثمان مذبوحا يلطم الحسن ويضرب صدر الحسين وهو يقول "**كيف قتل وأنتما على الباب**" ينظر مزيدا من التفصيل عن أحداث هذه المكيدة وأبعادها السياسية في د/ مقبل أحمد العمري؛ مسؤولية الدولة؛ ص228 وينظر أيضا ابن سعد ؛ الطبقات الكبرى؛ ج3؛ص67؛ السيوطي؛ تاريخ الخلفاء؛ ص148. وابن كثير؛ البداية والنهاية؛ ج4؛ ص216

[2] – يرى بعض المؤرخين وعلى رأسهم **د/ عماد الدين خليل** أن هذا السبب وان كان صحيحا إلى حد ما؛ فانه مبالغ فيه معتمدا في ذلك على ما نقله الإمام الطبري من أن قائمة عدد الموظفين في ظل أحداث عام 35هـ عام الفتنة ما يقرب عن ثلاثين موظفا –30– كان منهم سته فقط من بني عمومته وأما الباقي فلا تربطهم بعثمان أية روابط نسبية؛ ينظر د/عماد الدين خليل؛ مدخل إلى التاريخ الإسلامي؛ ص72

[3] – فكان منه أن عزل سعد بن أبي وقاص من الكوفة واستعمل عليها الوليد بن أبي عقبة بن أبي معيط– وهو أخوه من الرضاع–؛ وعزل عمرو بن العاص وولى عليها بن أبي سرح– أخوه من الرضاع–؛ وعزل أبي موسى الأشعري عن البصرة وولى عليها عبد الله بن عامر وهو ابن خاله. ينظر تفاصيل أكثر حول هذه التعيينات وآثارها في اعتراض الصحابة على سياسة عثمان الإدارية والاقتصادية د/ عبد الجليل محمد علي؛ مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي؛ ص285 وما بعدها.

[4] – وجدير بإشارة أنه رغم معارضة **أبي ذر** لحكومة الخليفة الصالح والراشد عثمان؛ إلا انه لم يجبره على طاعته؛ إذ واصل معارضته والقيام بواجبه الدعوي إلى أن مات وحيدا في منفاه؛ مما يدل على حسن تعامل الخليفة مع خصومه السياسيين؛ ينظر حول هذا المعنى؛ د/محمد عمارة؛ الإسلام وحقوق الإنسان؛ ص 150؛ ويلاحظ أيضا أن هذه المعارضة الفردية ترجع إلى شخصية أبي ذر نفسها؛ التي لم تستطع التأقلم مع التحول الاجتماعي الحاصل زمن عثمان خلافا لما كان في عهد سابقيه؛ الأمر الذي جعله يعترض بحدة على سياسات الحكومة في الشام ثم في عاصمة الدولة؛ فما كان منه إلا أن يطلب الإذن للخروج من المدينة؛ فخرج إلى الربذة معززا مكرما؛ بعيدا عن تلك مظاهر

فضلا عن قضية عمار بن ياسر عضو لجنة التحقيق البرلمانية الموفد إلى مصر للتحقيق في شكاوى أهلها من بن أبي سرح؛ حيث تأخر في تقديم تقريره؛ وعبد الله بن مسعود؛ وغيرهم من أقوام هؤلاء الولاة المعزولين عن مناصبهم.

وجدير بالإشارة أنه رغم هذه المعارضة إلا أن أنهم متفقون على كراهية الفتنة؛ وأما عن الثوار فقد كانت **حركة متهورة لبعض الغاضبين والطائشين؛ خطط لها غير من حركها وباشرها**؛ فكانت ثورة **حق أريد بها باطل**؛ وفكان الثوار أصناف يجمعهم هدف واحد وان تعددت أسبابه فبعضهم من الذين فقدوا مناصبهم؛ أو وعدوا بمناصب و لم يتحقق الوعد؛ إضافة إلى بعض المتسللين من أنصار عبد الله بن سبأ ؛ ومنهم من شارك بالسكوت خذلانا للخليفة تحت تأويل عدم التزام الخليفة بعهوده؛ في عزل ولاته من بني عمومته اجتنابا للفتنة[1]. ومما يؤكد على أن هذه الثورة كانت **مفتعلة لأغراض كيدية** التقارير اللجنة البرلمانية المكلفة بالتحقيق في شكاوى التي كشفت عن عدم وجود أية مظالم في هذه الأمصار من عمالها.[2] ولكن حقيقة الفتنة كانت أبعد من مظالم من هنا وهناك ؛ إذ تعود إلى **سياسة اللين والسماحة** التي اتبعتها حكومة عثمان في التعامل مع حركة المعارضة ؛ مما فتح الطريق أمام قادة الفتنة لتنفيذ أهدافهم ؛ ولذلك نجد الخليفة يقول لهؤلاء إنهم كانوا على استعداد لإشعال الفتنة زمن عمر نفسه ؛ **ولكنه وطأكم برجله وضربكم بيده وقمعكم بلسانه؛ فدنتم له على ما أحببتم وكرهتم ؛ ولنت لكم ؛ وأوطأتكم كنفي ؛ وكففت عنكم يدي ولساني فاجترأتم علي ؛ والله ما قصرت عن بلوغ ما بلغ من كان قبلي؛ ولم تكونوا تختلفون عليه**"[3]؛ حتى قال عبد الله بن عمر- رضي الله عنهما -" لقد عتبوا على عثمان أشياء لو فعلها عمر ما عتبوا عليه"[4].

والغريب في الأمر أن عثمان رضي الله عنه هو صاحب الحكمة السياسية "**إن الله يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن**"؛ ومع ذلك نجده يستعمل اللين في التعامل مع أفراد الرعية حتى في أحلك الظروف أيام حصار الثائرين عليه؛ "حيث رفض الخليفة **قمع المظاهرات والثورة باستخدام العنف لكسر الثورة وتفريق المتجمهرين** وإخراج من المدينة إلى قبائلهم؛ رغم أن كبار المهاجرين والأنصار عرضوا عليه فكرة إعلان حالة الطوارئ والإسراع في إخماد نار الفتنة برفع السلاح وكان من بينهم المغيرة بن شعبة؛ زيد بن ثابت ؛ أبو هريرة

الرخاء التي تهيج مشاعره وتدفعه االى الإساءة إلى الآخرين بشدة كما فعل مع كعب الأحبار لما وصفه بابن اليهودية؟؛ فموافقة الخليفة كانت خشية استغلال بعض الناقمين والحاقدين لدعوة أبي ذر البريئة من المطامع والأهواء لإثارة الفتنة ومن ثم الإخلال بالنظام العام. ينظر حول هذا التحليل – د/ جابر قميحة؛ المعارضة في الإسلام بين النظرية والتطبيق؛ ص 282 وما يليها.

[1] – د/ جابر قميحة؛ المعارضة في الإسلام بين النظرية والتطبيق؛ ص233 ؛ حيث ذكر أن هذه المعارضة لم تكن بريئة ومشروعة نظرا لأطماع الثوار في المنافع الذاتية بأن يمنحهم مناصب تشبع نهمهم؛ فضلا عن مؤامرة عبد الله بن سبأ ومن مالأه؛ ينظر د/ جابر قميحة؛ مرجع نفسه؛ ص233

[2] – د/مقبل احمد العمري؛ مسؤولية الدولة؛ ص231

[3] – الإمام الطبري؛ تاريخ الرسل والملوك؛ ج4؛ ص338

[4] – د/ عماد الدين خليل؛ مدخل إلى التاريخ الإسلامي؛ص73 نقلا عن العواصم من القواسم لابن العربي؛ ص53.

الحسن والحسن بتكليف من والدهما علي – ض-؛ عبد الله بن عمر؛ عبد الله بن الزبير بتكليف من والده بن العوام؛ وبنو عوف الأنصاريين .. ولكنه رفض وقال" بل نعفو ونقبل؛ ونبصرهم بجهدنا."[1]

مما يعني رفضه لقرار اللجوء إلى **قواعد المشروعية الاستثنائية** حيث كان جوابه" أناشدكم الله وأسألكم به ألا تراق قطرة دم؛ عزمت على أحد كانت لي عليه طاعة ألا يقاتل؛ أيسركم أن تقتلوا الناس جميعا وأنا منهم؟ فإنكم إن قتلتم رجلا واحدا فكأنما قتلتم الناس جميعا."[2] وهو نوع من المواجهة السلمية لأحداث الفتنة حتى لا يزيد من نقمة الثوار على الأوضاع؛ وبالتالي يخاطب ايمانهم ومدى اخلاصهم في الدين وفي النصيحة لأئمة المسلمين؛ دون طلب للسلطة.

وقد حاولت بعض الأطراف الضغط على الخليفة **لاعلان حالة الحصار** ولكنه أصر على الرفض المطلق متمسكا بالعزيمة، ومن هذا القبيل أنه عندما أُحيط بعثمان، رفض أن يوصي لأحد من بعده للخلافة؛ فلم يوص لأحد، برغم **مناورات البيت الأموي طلبا للخلافة**، ومحاولات معاوية – ض- السيطرة عليها، بدعوى الدفاع عن الخليفة. حتى إنه عرض على عثمان رضي الله عنه [3] الاختيار بين أربعة أمور لفك الحصار عليه: أن يضرب رقاب علي وطلحة والزبير، أو أن يستقدم أربعة آلاف فارس من الشام للسيطرة على المدينة والدفاع عن الخليفة، أو أن **ينفي** إلى الآفاق جميع صحابة النبي عليه السلام، أو أن يجعل له عثمان الطلب بدمه.ولكنه تمسك بالعزيمة؛ على رغم أنه كان أولى الناس بالترخص، وقد رأى الفتن التي تأججت نارها بين المسلمين، والمخاطر التي هددت مؤسسة الخلافة نفسها؛ فلم يوص لأحد وخرج من الدنيا متحللا من كل التبعات.[4]

مما يرسخ للقاعدة الأساسية التي لا تسمح لأحد بأن يتطاول على أمر الأمة أو يحتكره في نفسه أو أسرته أو قبيلته أو حزبه. ويبقى ما فعله أبو بكر وعمر من قبل في الاستخلاف، ضمن **قاعدة الضرورة** التي تبيح المحظور، وتفتح باب الترخص والتيسير، ويُرتكب لها الضرر الأخف دفعا للضرر الأكبر، لا سيما إذا خيفت فتنة تعقبها ردّة. إلا أن ما يجب توضيحه في هذا الأمر والتركيز عليه، هو أن ما فعله أبو بكر وعمر يُعد رخصة استخلاف لا

---

[1] – د/ جابر قميحة؛ المعارضة في الإسلام بين النظرية والتطبيق؛ الدار المصرية ؛ القاهرة؛ ط1؛ سنة 1998؛ ص234

[2] – الطبري؛ تاريخ الرسل والملوك؛ ج4؛ ص101 وفي رواية السيوطي" لن أكون أول من خاف رسول الله في أمته بسفك الدماء". ينظر تاريخ الخلفاء ؛ص161

[3] – ابن قتيبة؛ الإمامة والسياسة؛ المرجع السابق ؛ ج 1 ؛ ص 49 . وفي رواية اخرى عنده؛ قال عثمان لمعاوية " ما ترى، فإن هؤلاء المهاجرين قد استعجلوا القدر ، لا بد لهم مما في أنفسهم "، قال له معاوية: " الرأي أن تأذن لي فأضرب أعناق هؤلاء القوم". قال عثمان : " من ؟"، قال معاوية: " علي وطلحة والزبير "، قال عثمان: " سبحان الله ، أقتل أصحاب رسول الله بلا حدث أحدثوه ولا ذنب ركبوه ؟". قال معاوية: " فإن لم تقتلهم فإنهم سيقتلونك"، قال عثمان: " لا أكون أول من خلف رسول الله في أمته بإهراق الدماء "، قال معاوية: " فاختر مني إحدى ثلاث خصال "، قال عثمان: " وما هن ؟"، قال معاوية: " أرتب لك هاهنا أربعة آلاف فارس من خيل أهل الشام، يكونون لك ردءا وبين يديك يدا ... الخ " ينظر تعليقا على هذه الرواية عند د/عبد الكريم الحمداوي ؛في النظام السياسي الإسلامي فقه الأحكام السلطانية؛ ص71.

[4] – عبد الكريم الحمداوي؛ في النظام السياسي الإسلامي فقه الأحكام السلطانية، ص44

رخصة توريث. إذ البون شاسع بين الاستخلاف، الذي قد تدعو إليه الضرورة القصوى، المقدرة بقدرها والمنضبطة بشروطها؛ وبين التوريث الذي ليس لإباحته رخصة أو أصل عزيمة. وأن الصحابة- رضي الله عنهم-، تصرفوا في أمر اختيار الخلفاء بين الرخصة والعزيمة، على أنه أمرهم وشأنهم؛ يقررون فيه ما يرون من مصلحة، ويقدرون ما يحيط به من ضرورة، ضمن سلوكيات فقهية تدَينية. فلم يضيقوا على أنفسهم واسعا، و لم يكفر بعضهم بعضا، و لم تُقطع باختلافهم وشيجة رحم أو رابطة إيمان، و لم يسقطوا فيما انزلق إليه فقهاء الأحكام السلطانية بعدهم في التبرير لامارة التغلب خشية الفتنة وحفظ النظام[1].

فلقد قرر الخليفة عن استعداد التضحية بنفسه على أن لا تسفك دماء المسلمين؛ فتقوم حرب أهلية لانهاية لها؛ أو تزول هيبة الخلافة بتنازله عنها؛[2] وفي رواية أنه أمر المتظاهرين بالرجوع إلى أمصارهم والتفرق عنه.

بعد هذه الأحداث وتحليلاتها الشرعية والقانونية ؛ يمكن للباحث أن يقرر أن سنة الله في الابتلاء والاختبار ماضية؛ ولو بين أفضل أهل الأرض خيرا؛ كما أن حركة الثوار- رغم عدم مشروعيته إلا أنها أبانت أن نظام الخلافة **عقد اجتماعي وسياسي حقيقي** يمكن لأحد الطرفين التحلل منه أما بالاستقالة من الخليفة أو بالعزل من طرف الرعية؛ كما أبانت وقائع هذه الفتنة أنها كانت مصدرا لفتن كثيرة جاءت بعدها ؛ بسبب اختلال النظام العام؛ الذي شهدته عاصمة الدولة؛ نتيجة **الانفلات الأمني** الذي صاحب حركة الثوار؛ خاصة في موقعة الجمل؛ مما أوقع الخليفة الجديد في مأزق أمني وسياسي؛ لم يساعده على استتباب الأمور وإظهار الحقيقة؛[3] بمحاكمة المتجمهرين من قتلة عثمان؛ مغلبا رأي إرجاء عملية مكافحة مريدي الفتنة إلى **غاية استقرار النظام**[4] ؛ إدراكا منه لأهمية حفظ النظام العمومي في إقامة دولة الحق؛ والقود من الظالمين. رغم علمه أن الذين ثاروا عليه لم يكونوا من جمهور الأمة ولا أهل الرأي والمكانة فيها ؛ بل جماعة من الغوغاء كما وصفهم المؤرخون ؛ استغلهم آخرون من ذوي الأهواء؛ ومن الكائدين للإسلام في الخفاء ."[5]

---

[1] – عبد الكريم الحمداوي؛ المرجع نفسه؛ ص45

[2] – د/ عماد الدين خليل؛ مدخل إلى التاريخ الإسلامي؛ ص73؛ ويلاحظ الباحث أن الذين طالبوا الخليفة بالتخلي عن منصبه ليسوا هم **أهل الحل والعقد**؛ من أصحاب الشأن في اختيار الخليفة وعزله ؛ ولذلك كان عثمان يتحدث عن بيعة تامة له؛ وأن الذين بايعوه **لم ينقضوا بيعتهم**؛ وان الذين طالبوا بخلعه كانوا قلة من الغاضبين أو الطائشين؛ وكان يرى بعينيه نذر **فتنة تهدد كيان الأمة**؛ ولذلك قدم نفسه فداء وقربانا؛ وكان بوسعه أن يستنفر مؤيديه ليصدوا الخارجين" وفي رواية الإمام الطبري أنه أبى أن ينزع قميصا قمصه الله إياه؛ **ويترك أمة محمد يعدو بعضها على بعض**؛ ليتولى أمرها السفهاء والغوغاء؛ **فيقع الهرج ويفسد الأمر**" ومن ثم فلا حجة لمن يستدل بمقولة عثمان "**:قميص سربلنيه الله لا أخلعه**" على نظرية التفويض الإلهي؛ لأنها تتنافى وتقديم نفسه للشهادة راضيا مرضيا." ينظر إلى هذه الأقوال عند د/ القرضاوي؛ من فقه الدولة في الإسلام؛ ص66

[3] –د/ جابر قميحة؛ المعارضة في الإسلام بين النظرية والتطبيق؛ مرجع نفسه؛ ص 240.

[4] – يجب أن يلاحظ أن "ملاحقة قتلة عثمان بالقصاص؛ لم يكن **محل خلاف قط الصحابة كلهم**؛ كل ما في الأمر أن عائشة وطلحة والزبير ومن معهم؛ كانوا حرصين على أن يكون تنفيذ القصاص أول الأعمال التي يفتتح بها الخليفة عهدته الرئاسية؛ أما **علي** فكان يرى ضرورة البدء بتوطيد الأمور **واعادة النظام**؛ ثم السعي الى اقتناص قتلة عثمان بطرق أكثر هدوءا ولباقة؛" ينظر د/ البوطي؛ فقه السيرة؛ ص378

[5] – د/ يوسف القرضاوي؛ من فقه الدولة في الإسلام؛ ص68

ثالثا:حالة البغي والخروج المسلح على السلطة الشرعية: حالة العصيان المدني

1- المرسوم التشريعي[1] المنظم لكيفية التعامل مع حالة البغي المسلح في النظام الإسلامي :

ولخطورة هذه الصورة من البغي على وحدة نظام الأمة ؛ فقد بين الشارع الحكيم كيفية التعامل معها بتفصيل وسائل العلاج الوقائي والاضطراري إشعارا للأمة بأهمية سيادة النظام وتوفير الاستقرار؛ وتعليما لهم بخطورة مسألة الدماء في شريعته" **لزوال الدنيا أهون عند الله من قتل مسلم واحد"** وهم ما حددته أية سورة الحجرات في قوله تعالى: **"وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ.**"[2]

وهي الآية التي تمثل النص التأسيسي لصيانة نظام الأمة من الخصام والتفكك تحت الاندفاعات والنزوات الشخصية؛ التي تأتي بسبب الحمية والتعصب المذهبي أو الحزبي والاستعجال وعدم التروي في الإقدام عليها قبل الاستيقان والتثبت على حد تعبير صاحب ظلال القرآن[3].

حيث تمثل هذه الآية الأصل في قتال البغاة ووجوب وقوف الأمة أمام عناصر تهديد نظامها ؛ حتى يرجعوا عما عزموا عليه ؛ غير أن الفقهاء بينوا أن القصد من القتال ليس بقتلهم ومحاربتهم وتصفيتهم جسديا ؛ بل بكفهم عن ظلمهم لأنفسهم ولأمتهم وللسلطة الشرعية ؛ بمحاولة الإصلاح والإخلاص في نصحهم ؛ ولهذا ذكروا بأنه لا يجوز أن يجهز على جريحهم ؛ ولا يتبع مدبرهم؛ ولا يؤاخذون بما أهلكوا من الأموال أو أتلفوا من الأنفس في أثناء بغيهم[4].

وإنما تقع تبعة كل ذلك على مسؤولية الدولة على أساس الضرر والمخاطر لأنها لم تستطع توفير الأمن للمتضررين من هؤلاء البغاة على النحو الذي قرره قانون وميثاق المصالحة في الجزائر حيث اعتبر كل من تضرر من الأحداث التي عرفتها الجزائر بعد إلغاء المسار الانتخابي ضحايا المأساة الوطنية ؛ ومن ثم معاملة الخارجين والمتأولين على أنهم مؤمنين قد سماهم الله إخوة وأمر بالإصلاح بينهم مع القسط وهو العدل الذي يرضي الله ورسوله . وليس معنى ذلك إباحة فعل البغي وإنما يبقى دائما ظاهرة مرضية وجراثيم فكرية؛ وجريمة منبوذة شرعا مهما كان متأولها لما فيها من استتراف لطاقات الأمة المسلمة وراء جدال لا طائل من ورائه ؛ وتجنيبا لخسائر أعظم يتوجب على السلطة أن تصون دم البغاة ما أمكن ؛ ذلك أن الإسلام يصون دم الكافر قبل

---

[1] - جمع الأستاذ عبد القادر عودة النصوص الواردة في البغي فأوصلها إلى احدي عشر حديثا- ويظهر أنها أكثر من ذلك فضلا عن أية البغي؛ مما يمكن معه اعتبار مجموع هذه النصوص قانون للتعامل مع حالة البغي كصورة من صور الظروف الاستثنائية في النظام الإسلامي. ينظر عبد القادر عودة؛ مرجع سابق؛ ج2؛ ص596

[2] - سورة الحجرات؛ آية09

[3] - سيد قطب؛ في ظلال القرآن؛ ج6؛ص3343

[4] - د/ سليم العوا؛ المرجع السابق؛ ص122

دعوته إلى الإسلام ؛ فمن باب الأولى أن يصون ويحفظ حياة ودماء المسلم وان تأولا باطلا قبل أن يستأصل داء التكفير معه؛[1] وعندها يصبح البغي حرابة وقطعا للطريق .

2- صلاحيات السلطة النظامية في مواجهة حالة البغي:

من المتفق عليه بين الفقه بناء على المرسوم التشريعي السابق أن هناك أسلوبين للتعامل مع البغـــاة[2] أولهمـــا **محاولة الإصلاح السلمي** بين الطائفتين المتخاصمتين السلطة الشرعية والجماعة الباغية ؛ فإذا لم تـــأت هـــذه المحاولة بأثر ايجابي في حقن دماء المسلمين؛ بأن استمرت أعمال الشغب والإفساد والترويع والتخريب يمكـــن للسلطة الحاكمة الانتقال إلى الأسلوب الثاني بإعلان القتال عليهم كخيار استثنائي لا بد منه لوقاية الأمة مـــن المفاسد تطبيقا لقوله تعالى:" **وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنتَصِرُونَ وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ وَلَمَنِ انتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُوْلَئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَـــى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ أُوْلَئِكَ لَهُم عَذَابٌ أَلِيمٌ** "[3].

فقد حدد الشارع الحكيم في هذه الآيات منهج التعامل مع البغاة بعد فشل محاولة الصلح بان جعل تغـــيير المنكر واجبا بضرورة الانتصار للحق وإزالة المنكر المستتر خلف البغي مهما كانت صورته لما يسببه للأمة مـــن سيادة للفوضى والاستقرار ؛ كما فرض وجوب عدم مجاوزة الحد في قتال البغاة وإنما التزام منهج العدل بالحد الذي يوقف المعتدين ولا يتجاوزه إلى ظلمهم .

وليس الباحث في مقام استعراض تفاصيل وفروع قتل البغاة والسبيل التعامل معهم؛ ومدى إمكانية تبـــادل الرهائن معهم ؛ ومسألة مدى مطالبتهم بتعويض الخسائر وغيرها من القضايا الفقهية المحضة التي اختلفت فيهـــا المذاهب؛ ولكن الذي يهم الباحث كيف تؤثر محاربة البغاة على ممارسة الحرية ؛ أليس في قتال البغـــاة انتقـــاص لحرية التعبير والدفاع الفردي والجماعي من خلال الاعتراف للفرد بممارسة الحريات السياسية وعلى رأسها حرية المعارضة بمختلف أشكالها البناءة والسلمية ؛ ألم يقرر بعض الفقهاء أنه لا قتال لمن خرج على طاعة غير الإمـــام الحق ؛ ألم يقرر هؤلاء الفقهاء بأنه لا يعد بغيا من خرج لا لمنع حق بل لمنع ظلم يكفر بمعصيته؛ كما لا يعد من عصى الإمام مغالبا ومعارضا ؛ و لم يكن له مقاتلا كالصحابة الذين لم يبايعوا الخليفة الأول فهل البغي عام لكل من اعترض على السياسة العامة للدولة.

الواقع انه من المؤكد أن البغاة إذا لم يسلوا سيفا ويروعوا مواطنا و لم يخيفوا سبيلا فهم من المسلمين ليســـوا بفسقة ولا كفرة ؛ وما تشريع القتال في حقهم إلا لدفعهم وليس لقتلهم أو عقابهم من باب الدفاع الشـــرعي العام .

---

[1] – د/مصطفى منجود؛ الأبعاد السياسية لمفهوم الأمن في الإسلام؛ ص428

[2] – د/ مصطفى منجود؛ المرجع نفسه؛ ص461

[3] – سورة الشورى؛ آية39

ولذلك يتفق الفقهاء على أنه إذا تمكنت السلطة النظامية – الإمام – من دفع شر البغاة وضررهم بدون القتل لم يجز لها قتلهم[1] بل إنهم اتفقوا على عدم تغريم البغاة ما أتلفوه أثناء خروجهم على الإمام الشرعي سواء من الأموال ؛ أو الأنفس فلا قصاص منهم ولا دية ؛ وعند بعض الفقهاء أن على الحاكم أن ينصف البغاة إذا ظلمهم فتأولوا جواز الخروج عليه. ولا ينبغي للناس أن يعينوا الإمام عليهم في هذه الحال. كما لا ينبغي عليهم إعانة البغاة على السلطة لما في ذلك من شق لعصا الطاعة؛ وإنما الواجب تقديم النصيحة بإخلاص دون ميل أومحاباة ؛ فهدف الشريعة تضيق هوة الخلاف وليس توسيعه.[2]

فإذا استقرائنا أحداث الخلافة الراشدة نجد أن أسلوب التعامل مع البغاة كان **متنوعا** مما يدفع إلى تأكيد عدم اعتبار **البغي جريمة حدية**؛ وإنما مجرد جريمة تعزيرية؛[3] مثلها مثل **جريمة الردة** في كونهما متروكتين لسلطة حفظ النظام التقديرية في اتخاذ ما تراه مناسبا لاستتباب الوضع الأمني وتحقيق الاستقرار لمؤسسات الدولة؛ وذلك هو موقف الخليفة الرابع ومن معه من كبار الصحابة في تعاملهم مع الخوارج حيث صرح الإمام علي– ض– بموقفه الأخوي منهم" **إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ** "حيث خاطبهم:" **لكم علينا ثلاث: ألا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ؛ وألا نمنعكم الفيء مادامت أيديكم مع أيدينا ؛ وألا نبدأكم بقتال ما لم تبدؤونا**"[4]

فيفهم من هذا بأنهم باقون على الإسلام ومتمتعون بحرمة الدماء والأعراض والأموال؛ فلا يكرهوا على الامتثال إلى الحاكم إلا بالإقناع احتراما لحرية الفكر والمعارضة. ماداموا مسالمين غير مهددين لنظام الجماعة فان ترتب على خروجهم ضرر عام أو خطر داهم وشيك الوقوع على احد المؤسسات النظامية كتكفيرهم لأهل الشورى أو أهل الاختيار أو لأهل الحل والعقد أو لرئاسة الدولة وجب التدخل لأراجعهم إلى جادة الصواب ولو باستعمال السلاح. ومثال ذلك التطبيقي **واقعة الفتنة الكبرى** بعد مقتل عثمان حيث انقسم المسلمون إلى فئتين فئة تغلب مصلحة **استتباب الأمن والنظام** على تتبع المجرمين من قتلة عثمان؛ وفئة تطالب بتسريع محاكمة القتلة؛ وأمام فشل لغة الحوار السلمي كانت كل من موقعة **الجمل** ومعركة الصفين تعبيرا عن التمرد السياسي والخروج على السلطة الشرعية؛ الأمر الذي يستوجب **فرض النظام** بمحاربة الخارجين عليه.

---

[1] – ينظر ابن قدامة؛ المغني؛ ج10؛ دارالفكر العربي ؛ دون تاريخ نشر ص54؛ والسرخسي في المبسوط؛ ج9؛ ص128؛ و عبد القادر عودة ؛ مرجع سابق؛ ج2؛ ص612

[2] – د/ محمد سليم العوا؛ في أصول النظام الجنائي الإسلامي؛ ص124 وقد نقل عن الإمام مالك قوله" إن كان الإمام مثل عمر بن عبد العزيز وجب على الناس الذب عنه والقتال معه وأما غيره فلا دعه وما يراد منه؛ ينتقم الله من ظالم لظالم ثم ينتقم من كليهما. نقلا عن شرخ الخرشي ؛ ج5؛ ص302؛ والواقع أن أيام الفتن من أحلك الأيام وأضرها بالمسلمين ومن ثم كان الأولى بالفقهاء وقد عاشوا في مثل هذه الظروف أن يؤسسوا للفكر السياسي الإسلامي تبين من خلاله الموقف الشرعي من التعامل مع الفتنة قبل وبعد حصولها. وهو الأمر الذي بات مستحيلا في تلك العصور نظرا لسطوة السلطة الأموية والعباسية واجتناب العلماء للدخول على السلاطين؛ متخذين أسلوب الصبر السياسي.

[3] – ينظر د/ محمد سليم العوا؛ مرجع سابق؛ ص122 وما بعدها

[4] – الإمام السرخسي؛ المبسوط؛ ج9؛ص125

رابعا– جريمة الحرابة ونشر العنف لتهديد أمن الدولة الداخلي:

1– المرسوم التشريعي المنظم لكيفية التعامل مع حالة الحرابة "الخوارج نموذجا" :

لقد استخدمت السلطة النظامية ؛ محاولات عديدة لمعالجة هذا الانحراف الخطر على كيان الجماعة والمهدد لوحدة الأمة ؛ بحيث حاورهم بالتي هي أحسن ليردهم إلى صفوف الأمة ؛ ولكن ظل خطرهم ماثلا يتهدد الأمة بعد إصرارهم على موقفهم الذي راح الخليفة ضحية له بتدبير منهم رغم التزامه موقف المسالمة والمسامحة منهم ويمكن إبراز أهم الآليات التي استخدمها علي – كرم الله وجهه – في إقناع الخوارج بالعدول عن موقفهم من السلطة وتعديل فكرهم نحو الأمة إلى الوسائل الآتية[1]:

1-1- **استخدام آلية الحوار المباشر معهم مشافهة ومكاتبة**؛ في محاولة لردهم إلى الاحتجاج معهم بالعمل الذي لا يقبل تأويلا ؛ حيث كشف لهم أن كل مسائل التحكيم كان بمشورتهم وأنهم هم أصحاب الفكرة أساسا ؛ فلما عصوا واستكبروا أرسل إليهم عبد الله بن عباس[2] فناظرهم قبل أن يعلن قتالهم.[3]

فما كان منهم إلا أن طلبوا منه التوبة من إثم التحكيم بأن يشهد على نفسه بالكفر؛ ثم يعلن توبته فرفض طلبهم وقال أبعد إيماني وهجرتي؛ وجهادي اشهد على نفسي بالكفر ؟ لقد ضللت إذن ؛ وما أنا من المهتدين. والغريب أن الإمام عليا بعد أن بلغته نتيجة التحكيم اعترض عليها وحكم على الحكمين بأنهما خالفا كتاب الله و لم يعملا بسنة رسول الله ؛ ومن ثم فهو بريء منهما وعندها أرسل رسالة إلى الخوارج يحثهم فيها على قتال معاوية ومن معه؛ فكان مما جاء في الرسالة" فإذا بلغكم كتابي هذا فأقبلوا فانا سائرون إلى عدونا وعدوكم ؛ ونحن على الأمر الأول الذي كنا عليه والسلام"؛ فكتبوا إليه" انك لم تغضب لربك وإنما غضبت لنفسك ؛ فان شهدت على نفسك بالكفر واستقبلت التوبة نظرنا فيما بيننا وبينك ؛ وإلا فقد نابذناك على سواء والله لا يحب الخائنين"[4].

---

[1] – ينظر تفصيلا مستفيضا في هذه الآليات القانونية التي تدرج بها الخليفة في إقناع القوم عند د/ فوزي خليل؛ المصلحة العامة من منظور إسلامي؛ ص541 وما يليها.

[2] – وفي حوار لابن عباس معهم قالوا " ثلاث نقمناهن عليه؛ جعل الحكم للرجال؛ ومحا نفسه أن يكون أميرا المؤمنين فهو إذن أمير للكافرين؛ وقتل و لم يسب و لم يغنم في موقعة الجمل.." فردهم إلى صحيح السنة في تفسير ومشروعية ذلك؛ حتى رجع منهم ألفان وبقي ستة آلاف ابن الأثير؛ الكامل في التاريخ ؛ج3؛ ص167 ؛ وابن القيم إعلام الموقعين؛ ج1؛ص214

[3] – ومن بين محاورات الخليفة لهم والتي أوردها كتب التاريخ الإسلامي قوله:"أيتها العصابة التي أخرجها عداوة المراء واللجاجة؛ وصدها عن الحق الهوى؛ فأصبحت في الخطب العظيم؛ ألم تعلموا أني نهيتكم عن حكومة التحكيم ونبأتكم أنها مكيدة؛ وأني أعلم بالقوم منكم؛ وأنهم ليسوا بأصحاب دين فعصيتموني؟قالوا: تخبرنا أتراه عدلا تحكيم الرجال في الدماء؟؛ فقال: إنا لسنا حكمنا الرجال إنما حكمنا القرآن؛ وهو خط مسطور بين دفتين لا ينطق؛ إنما يتكلم به الرجال؛ فقالوا: ولكن لا حكم إلا لله؛ فقال كلمة حق أريد بها باطل؛ أما إن لكم عندنا ثلاثا ما صحبتمونا؛ لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسمه –إقراره بالحرية الدينية لهم–؛ ولا نمنعكم الفيء ما دامت أيديكم مع أيدينا–الحق في المال–؛ ولا نقاتلكم حتى تبدؤنا– الحق في الحياة–؛ وإنما فيكم أمر الله" ينظر لهذه المناظرات والمحاورات في الطبري؛ ج5؛ ص84؛ وابن الأثير؛ الكامل ج3؛ ص166

[4] –ينظر في نص هذا الكتاب وردهم عليه عند الإمام الطبري؛ تاريخ الرسل والملوك؛ ج5؛ ص78

2- حتمية المواجهة المسلحة حفظا لنظام الجماعة:

أمام فشل هذه الخطوات السلمية في علاج فكرهم السقيم وموقفهم العدائي من الأمة وعدم رضوخهم للسلطة النظامية ؛ اضطر الخليفة إلى إنزال عقوبة الحرابة بهم ؛ خاصة في ظل تماديهم في الإفساد وقطع الطرق على الآمنين ؛ حيث أشار عليه أنصاره بقتالهم؛ فسار إليهم فلما لقيهم بعث إليهم " ادفعوا **لنا قتلة إخواننا منكم نقتلهم بهم قودا ؛ ثم إنا تاركوكم وكاف عنكم حتى ألقى أهل الشام فلعل الله يقلب قلوبكم ويردكم إلى خير مما أنتم عليه من أمركم**"؛ فقالوا : كلنا قتلتهم ؛ وكلنا نستحل دماءهم ودماءكم".

فأعاد عليهم الكرة بواسطة قائده قيس بن سعد بن عبادة؛ الذي حاول بدوره استمالة القوم عن فكرهم الضال ولكنهم قالوا:" إن الحق أضاء لنا؛ فلسنا نتابعكم"؛ ثم كلمهم علي كرم الله وجهه بنفسه للمرة الثانية؛ فوجهوه بالتكفير وطلب التوبة[1].

عندها لم يكن بد من المواجهة العسكرية بحيث نجده يعبأ جيشه ويرفع راية أمانهم؛ وأمر ان ينادي مناد: **"من جاء هذه الراية فهو آمن؛ ومن انصرف منكم إلى الكوفة أو إلى المدائن فهو آمن؛**" فخرج من خرج منهم إلى الكوفة وبقي زعيمهم عبد الله بن وهب ومعه ألف وثمانمائة؛[2] فنهض عليهم جيش علي في جولة خاطفة هزمتهم هزيمة نكراء.[3] وبهذا لم تدخر السلطة جهدا في حقن دماء المسلمين الطائعين والمحاربين ؛ وإنما اضطرت إلى قتالهم لما هددوا نظامها؛ فكان المواجهة شرا لابد منه؛ دفعا للضرر الأكبر؛ وهو الحكم الذي تبنته مصادر الأحكام السلطانية **كالماوردي؛ وأبي يعلى الفراء**؛ وابن تيمية؛ وابن القيم؛ والجويني إمام الحرمين، في بناء نظرية التعامل السياسي مع البغاة الخارجين على أئمة العدل؛ حيث تعتبر سيرة هؤلاء الخلفاء الراشدين مصدرا تشريعيا مكملا لأحكام المشروعية الاستثنائية في النظام الإسلامي؛ فسيرتهم وتصرفاتهم مع الخارجين على السلطة تعتبر اجتهادا مصلحيا؛ يحتكم إليه عند التنازع؛ مما يؤسس لنظرية أولوية قاعدة حفظ النظام العام.

فقد اعتبر الخوارج مذهبهم السياسي في الخروج المسلح على السلطة هو المذهب الحق وأن ما عداه الباطل وقد وصل بهم التطرف والظلم إلى حد أنهم كفروا كل من ذهب غير مذهبهم. فعندهم من لا يثور على الوضع الظالم بحد السيف يعتبر مرتكبا لإحدى الكبائر الموجبة للكفر دون تمييز بين كفر العقيدة وكفر النعمة، ولهذا السبب لم يلق فكرهم إرشادا وقبولا سواء عند الحاكمين أو السواد الأعظم من المحكومين، بل تعرضوا للقتل والتنكيل.[4]

---

[1] - ينظر أحداث مواجهة الخوارج في ابن الأثير؛ الكامل في التاريخ؛ج3؛ ص174

[2] - الإمام أبو الحسن الأشعري؛ مقالات الإسلاميين ؛ص195

[3] - ينظر في خطوات علي السلمية معهم د/ عبد المتعال الصعيدي؛ المرجع السابق؛ص180؛ ود/ فوزي خليل؛ المصلحة العامة من منظور إسلامي؛ص545

[4] - ينظر د/ البوطي؛ فقه السيرة؛ ص379 ؛ ود/صالح حسن سميع؛ أزمة الحرية السياسية؛ ص634 و636.

يقول الدكتور **خالص جبلي**:" فالخوارج آمنوا بالثورة المسلحة لتغيير الحاكم المنحرف ؛ وهو ما تـــفعله جماعة الإسلام السياسي في الوقت الحاضر حيث أحيت مذهب الخوارج من جديد، خلافا لمنهج الأنبياء الذين حرموا صناعة الحكم بالقوة المسلحة وبالعنف، فاللاشرعية لا تزال إلا بالشرعية ، والخطأ لا يزال بالخطأ بـــل يقوم بالعمل الصحيح، وهذا ما فعله الرسول عليه الصلاة والسلام؛ الذي غير المجتمع بالفكر وسلميا فحين فشل في اختراق مجتمع مكة والطائف نجح في نشر دعوته في أهل يثرب فلم يذهب إليهم **بانقلاب عســـكري** بـــل خرجوا لاستقباله في مظاهرة ضخمة معلنين خضوع مجتمع المدينة للفكرة الجديـــدة دون ســـفك قـــدرة دم واحدة."[1]

ولا يريد الباحث مناقشة وتحرير محل النزاع[2] في مسألة عقوبة المحاربين مابين مذهب القائلين بتخيير السلطة النظامية ممثلة في الخليفة أو من ينيبه؛ في أن يقتل ولا يصلب؛ أو أن يقتل ويصلب أو أن يقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف؛ أو ينفيهم من الأرض. وما بين مذهب القائلين بضرورة مراعاة صفات المحاربين في ترتيب نـــوع العقاب كقول المالكية بقتل من كان ذا رأي وتدبير؛ وقطع يد ورجل من خلاف لمن كان منهم ذا بطش وقوة؛ وتعزير وحبس من كان منهم غير ذلك. وما بين مذهب القائلين بمراعاة أفعال المحاربين بحيث يكون الجزاء من جنس العمل بأن يقتلوا إن قتلوا وتقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف إن أخذوا المال, وبأن ينفوا إن هم أخافوا السبيل على تفصيل واختلاف بين المذاهب الفقهية المشتهرة في ذلك.[3]

غير أن ما يستوقف الباحث مع تسليمه بضرورة أن تكون هذه العقوبات قاسية ومتناسبة مع عظم وخطورة الجرم؛ حتى يتحقق الردع العام **هو تقرير الشارع لعقوبة الصلب بعد القتل أو قبلـــه** علـــى خـــلاف بـــين الفقهاء[4] بحيث يبقى مصلوبا ثلاثة أيام ردعا للآخرين؛ وما يمثله ذلك من إشعار لأهمية حفظ نظام الأمة بـــدليل تنويع عقوبة كل من يحارب أمنها واستقرارها بإخافة السبيل وترويع الآمنين ؛ مما يستوجب وضع العقوبـــات المتناسبة مع عظم وتنوع خطر المحاربين على النظام العام.

الأمر الذي يدفع إلى التساؤل عن مدى مشروعية قيام السلطة في الدول التي تواجه إرهابا منظما من نشـــر صور مشوهة لهؤلاء المحاربين بعد تمكنها من قتلهم ردعا وتخويفا للمحاربين والبغاة؛[5] خاصـــة مـــع التطـــور

---

[1] ـــ د/ خالص جبلي؛ سيكولوجية العنف وإستراتيجية الحل السلمي؛ دار الفكر؛ بيروت؛ ط1؛ سنة 1998؛ ص 125

[2] – ينظر تفصيلا لهذه المسالة عند ابن العربي؛ أحكام القران؛ ج2؛ ص569؛ والإمام السرخسي؛ المبسوط؛ ج9؛ ص198

[3] –وهو رأي الذي نسبه د/ محمد سليم العوا إلى الحنفية والشافعية والحنابلة؛ في كتابه "في أصول النظام الجنائي الإسلامي"؛ ص183

[4] – فهو عند الحنفية وبعض المالكية كابن القاسم صلب للمحارب وهو حي ثم يطعن برمح في بطنه ويترك حتى يموت؛ وهو عن الشـــافعية والحنابلة وأشهب من المالكية قتل للمحارب أولا ثم صلبه ثلاثة أيام. ينظر عرضا موجزا لهذه الأقوال وحججها عند ابن رشد؛ بداية المجتهـــد ونهاية المقتصد؛ ج2؛ ص494؛ وعبد القادر عودة؛ التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي؛ ج1؛ ص657.

[5] – يتساءل الباحث عن مدى اعتبار مثل هذه الأفعال نوع من المثلة المنهى عنها شرعا والمتفق عليها بإجماع العلمـــاء احترامـــا للكرامـــة الإنسانية؛ فمن المعتمد في أغلب المذاهب السنية والشيعية أن االقتل يكون بعد الصلب؛ أي انه عقوبة والعقوبة لا تقع على ميت؛ وهـــو مـــا تبنته المواثيق والمعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تشكل مصدرا لأحكام القانون الدولي الإنساني المنظم لحقوق الأسرى وأطراف الحرب في النزعات الدولية؛ والعجيب انتهاك الصريح والناطق الاحتلال الأمريكي للشرعية الدولية كما فعلته قوات الاحتلال الأمريكي بـــابني صـــدام

التكنولوجي في المجال السمعي البصري الأمر الذي يعود بالسلب على أنصارهم للانتقام ومن ثم زيادة إشعال نار الفتنة؛ الذي يمثل نقضا لمقصود الشارع من تقليل القتل وتشريع حد الحرابة بالصلب.

وإنما هدف الباحث معرفة **كيفية تعامل الخبرة الإسلامية الراشدة** مع هؤلاء المحاربين المهددين لنظام الجماعة؛ وذلك من خلال استنطاق أحداث حروب الردة التي خاضها الخليفة أبو بكر الصديق في حروب اليمامة الأمر الذي يستوقف الباحث عند إحدى تطبيقات الظروف الاستثنائية بمفهومها القانوني والمتمثلة في **الحالة الاستثنائية** خلافا لمن يراها مقابلة **لحالة الحرب** ؛ ذلك أن معاشر المرتدين كانوا متمتعين بالجنسية الإسلامية بمقتضى إعلانهم للشهادة في دولة النبوة؛ الأمر الذي يجعلهم مواطنين لا أجانب؛ وبالتالي فالحرب بينهما حرب أهلية وليس دولية.

وترتيبا على ذلك يتحدد نوع أسلوب التعامل معهم من خلال تكييف أساس امتناعهم عن دفع الزكاة هل هو مجرد **تأويل فاسد** حول عدم ركنية الزكاة بعد انقضاء عصر النبوة؛ أم هي **ردة** عن الإسلام؛ وعدم اعتراف بالقيادة الجديدة؛ أم أنهم مرتدون ومحاربون في آن واحد خاصة في ظل انضوائهم تحت لواء مسلمة الكذاب المتنبئ. كل ذلك من أجل التأكد من مدى توسيع صلاحيات سلطة حفظ النظام وإعادة استتبابه في مثل هذه الظروف العصيبة التي تمر بها الأمة وهل تبقى السلطة عند السلطة المدنية ممثلة في الخليفة وأعوانه من الوزراء أو تفوض إلى السلطة العسكرية ممثلة في وزارة الدفاع ممثلة آنذاك في قيادة خالد بن الوليد الذي اشتهر بالسيف المسلول؛ نظرا لقوته ورهبة المحاربين والمرتدين منه[1].

مماسبق ثبت أن حالة الضرورة العامة لها تطبيقات عديدة في النظام الاسلامي يجمعها الخروج عن الحلول العادية وتوسيع صلاحيات سلطة حفظ النظام ؛ غير أن تنظيم هذه الحالة محدد مسبقا من طرف الشارع الحكيم؛ الذي حدد كيفية التعامل مع كل حالة على حدى ؛ ومع ذلك تبقى للسلطة النظامية تقدير اعلان هذه الحالة؛ بعد اجراء عملية الشورى في صنع قرار اعلان حالة الضرورة . نظرا لخطورة اعلانها على الحريات والحقوق.

وهذا ما سيتم تحديده وتوضيحه من خلال دراسة مظاهر تأثر الحريات جراء التدابير الاستثنائية التي فرضتها الظروف الاستثنائية بداية في القانون الجزائري ثم النظام الإسلامي.

حسين رئيس جمهورية العراق سابقا؛ وهما قصي وعدي بعد تفجير منزل كانا يختبئان فيه حسب ما تناقلته وسائل الإعلام؛ والأفضح من ذلك بث صور لحكم تنفيذ الإعدام للرئيس العراقي صدام حسين في يوم عيد الأضحى مما هو منافي لمبدأ الكرامة الإنسانية كشعار تتغنى به الشرعية الدولية؛ ومع ذلك لم تندد به الهيئات الدولية. ينظر في تحرير مسألة كيفية الصلب وهل يكون قبل القتل أو بعده والعلة من وراء ذلك ابن رشد؛ بداية المجتهد؛ ج2؛ ص381؛ وعبد القادر عودة؛ التشريع الجنائي الإسلامي؛ ج2؛ ص580 ومابعدها.

[1] – والأمر الذي كان ينقمه منه عمر بن الخطاب أثناء حملاته على المرتدين وبطشه بالمحاربين ؛ فمن استقر الأمر له حتى عزله من قيادة أركان الدولة ليولها لأبي عبيدة بن الجراح حتى يتحقق التوازن بين السلطتين المدنية والعسكرية خصوصا وأن في على خليفة عمر شدة وغلظة لا تنسجم إلا مع من كان ذا رأفة ورحمة؛ وبالتالي كان من اللزام الخليفة الجديد إجراء هذا التعديل الحكومي بما يحقق التوازن بين السلطة المدنية والسلطة العسكرية ممثلة في قيادة الأركان.

المبحث الثاني: مظاهر تأثر الحريات العامة من سلطات حفظ النظام في الظروف الاستثنائية

– دراسة مقارنة –

إذا كان خضوع الدولة لمبدأ المشروعية هو القاعدة الواجب احترامها في ظل الظروف العادية، فإن الدولة قد تمر بظروف استثنائية من شأنها أن تشكل خطرا على النظام العام أو استمرارية خدمات المرافق العامة. ولمواجهة هذا الخطر، فإنّ سلطات الإدارة قد تتسع. لحماية الدولة والحفاظ على النظام العام فيها ضد ما قد يهددها من أخطار جسيمة، حتى ولو كانت تلك الإجراءات مخالفة للقواعد القانونية القائمة. على أنّ هذه الإجراءات الاستثنائية المعترف بها للإدارة، تتضمن في الغالب الأعم مساسا بالحقوق والحريات العامة، وهنا يقع على الدولة بجميع أجهزتها واجب توفير الضمانات الفعالة بذل مجهود للحد من هذا المساس.

وعلى هذا يتفق الفقه الدستوري في معظمه[1] على عدم دستورية المراسيم المنظمة لحالتي الحصار والطوارئ نظرا لصدورها في مرحلة انتقالية شهدت ظهور مؤسسات سياسية جديدة مشكوك في شرعيتها الدستورية[2]؛ إضافة إلى أن موضوعات الحريات العامة لا تنظم إلا بموجب قانون صادر عن البرلمان طبقا للمادة 122 من دستور 1996؛ وهذا ما أكدته المادة92 من الدستور النافذ التي تقضي بان تنظيم حالتي الحصار والطوارئ يكون بموجب قانون عضوي.

وترتيبا على ذلك فان أمر تنظيم الحريات يعد مجالا محجوزا دستوريا للبرلمان؛ الأمر الذي يشكل مساسا خطيرا بنظام الحريات؛ خاصة وأن هذه المراسيم تضمنت تضييقات في ممارسة الحريات.

والواقع أن ما جاء في هذه المراسيم من إجراءات وتدابير ضبطية مقيدة للحقوق والحريات ليس بجديد في مجمله عن التشريعات المنظمة لهتين حالتين في فرنسا. مما يدفع إلى القول بأنه حتى في حالة صدور قانون عضوي فان أحكامه لن تخرج في اغلبها عن مضمون هذه المراسيم من تقييد للحرية لمصلحة النظام.[3] ونظرا لكثرة هذه الإجراءات والتدابير الاستثنائية المتخذة في ظل حالتي الحصار والطوارئ فان الباحث سيركز في دراسته على مدى تأثير أخطر هذه الإجراءات الاستثنائية على الحريات الشخصية تخصيصا نظرا لأنها حرية أساسية مكفولة دستوريا بنصوص صريحة ومطلقة. وبناء على المرسوم الرئاسي رقم: 91-196 لمتضمن حالة الحصار ومراسيم تنفيذه نستنتج أنه: يجوز للسلطات العسكرية في إطار ممارسة صلاحيات (الشرطة) المخولة لها قانونا أن تقوم

---

[1] – د/ مراد بدران؛ رسالته السابقة؛ ص 243؛ حيث خصص سيادته **مطلبا كاملا** لتبيان عدم دستورية الاجراءات المتخذة بموجب مرسومي حالتي الحصار والطوارئ باعتبارها من الاختصاص الأصيل للسلطة التشريعية ينظر تفصيلا مهما حول مدى دستوري مرسومي حالتي الطوارئ والحصار؛ والإجراءات المتبعة في ظلهما؛ ينظر رسالته السابقة؛ ص 243

[2] – ونظرا لخطورة هذه المؤسسات على الشرعية الدستورية فان بعض الباحثين جعل منها دراسة مستقلة منها رسالة الباحثة: يونسي حفيظة؛ الأزمة السياسية في الجزائر والمؤسسات الجديدة؛ رسالة ماجستير؛ جامعة الجزائر؛ سنة2002.

[3] – أ/د العزيز برقوق؛ ضوابط السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية؛ ص92

بإجراءات ضبطية[1] تتمثل في: "**الاعتقال الإداري**" و" **الإقامة الجبرية**" ضد كل شخص راشد يتبين أن نشاطه خطير على النظام العام والسير العام للمرافق العمومية طبقا للمادة الرابعة منه.

أما في حالة المعارضة الصريحة من طرف المجالس المحلية أو تنفيذية بلدية منتخبة وحصل إفشال عمل السلطات العمومية القانوني في مجال النظام العام أو في سير المرافق العمومية ففي هذه الحالة يمكن أن تتخذ الحكومة بشأنها تدابير لتوقيفها أو حلها، وكما تقوم أيضا السلطة الوصية بتعيين مندوبيات تنفيذية على مستوى الجماعات الإقليمية طبقا للمادة العاشرة منه.

و في المقابل فقد عرفت الخبرة الإسلامية الراشدة عدة تطبيقات لحالة الضرورة العامة حيث تعرض نظام الجماعة للإخلال؛ والاضطراب في الكثير من الأحداث كحروب الردة؛و فتنة مقتل عثمان؛ وفتنة معركتي الصفين والجمل؛ فضلا عن فتنة الخوارج ومحاولة الخروج المسلح على السلطة؛ وبالتالي فانه من الواجب دراسة كيفية تعامل الخبرة الإسلامية مع مظاهر الإخلال بالنظام العمومي هذه ؛ وبالتالي دراسة مدى مشروعية توسيع سلطات حفظ النظام في مواجهة تلك الاخلالات. ونظرا لتباين النظامين الوضعي والإسلامي في مجال التعامل مع حركات المساس بالنظام العمومي؛ واختلاف وسائل مواجهتها فانه من المستحسن منهجيا إفراد كل نظام منهما بدراسة مستقلة ليتم في أخرهما؛ حوصلة مزايا وعيوب طريقة التعامل مع الحريات والنشاطات الفردية خلال إعلان الظروف الاستثنائية

المطلب الأول: مظاهر تقييد الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في القانون الجزائري.

المطلب الثاني: مظاهر تأثر الحريات العامة في ظل حالة الضرورة الشرعية في النظام الإسلامي.

[1] – ونص أيضا على إمكانية السلطات العسكرية المخولة صلاحيات (الشرطة) ضمن الشروط المحددة أن تقوم بما يأتي: تكليف أو تجري تفتيشات ليلية أو نهارية على أعمال عامة أو خاصة وكذلك داخل المساكن، كما تمنع إصدار المنشورات أو الاجتماعات والنداءات العمومية، التي يعتقد أنها كفيلة بإثارة الفوضى وانعدام الأمن واستمرارها كما يمكن لها أن تأمر بتسليم الأسلحة والذخائر قصد إيداعها (المادة:07)منه.

المطلب الأول: مظاهر تقييد الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في القانون الجزائري.

بعد تأصيل فكرة الظروف الاستثنائية وتحديد أهميتها وضرورتها؛ وبيان دورها في توسيع سلطات الضبط الإداري في محاولتها لاسترجاع واستتباب النظام العمومي؛ فان من الواجب معرفة مدى تأثر الحريات العامة بامتيازات السلطة النظامية في أثناء إعلان إحدى حالات الظروف الاستثنائية؛ وذلك بالرجوع إلى مختلف النصوص القانونية التي تنظم كيفية ممارسة مختلف التدابير الاستثنائية المتخذة في ظل حالتي الطوارئ والحصار؛ وذلك من أجل إبراز مظاهر المساس بالحريات تقييدا ومصادرة ؛ مع التركيز على التطبيقات الأكثر شيوعا في مجال تقييد الحرية وضوابطها التشريعية الموضوعية والشكلية.

كالأمر بالاعتقال الإداري؛ وكفرض الإقامة والجبرية وإعلان حظر التجول ومنع حريات الاجتماع؛ والأمر بالتفتيش ليلا ونهارا؛ وبمصادرة بعض الحريات السياسية كحل بعض الأحزاب السياسية والجمعيات وتقييد حرية الصحافة وحرية الرأي والتعبير لاعتبارات النظام العمومي؛ ومن ثم دراسة مدى دستورية مثل هذه الإجراءات وحقوق ضحايا هذه التدابير في حالة ثبوت برائهم.

ولا شك أن السلطة النظامية لها صلاحيات جد واسعة في مجال تقييد النشاط الفردي؛ وهذا ما يستدعي في ظل الديمقراطيات الحديثة البحث عن ضوابط ترد على تلك التدابير الاستثنائية؛ يجب على السلطة احترامها عند الإقدام على أي إجراء ماس بالحرية.

وترتيبا على ذلك يمكن تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يخصص الأول منها لتعداد النتائج والآثار المترتبة جراء إعلان حالتي الحصار والطوارئ؛ ويخصص الفرع الثاني لدراسة مختلف الأساليب العملية المقيدة لممارسة الحريات العامة وتحديد ضوابطها التشريعية على النحو الأتي:

الفرع الأول: آثار إعلان حالتي الحصار والطوارئ على ممارسة الحريات العامة في الجزائر

الفرع الثاني: أساليب سلطة حفظ النظام في تقييد ممارسة الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في النظام القانوني الجزائري:

الفرع الأول:آثار إعلان حالتي الحصار والطوارئ على ممارسة الحريات العامة في الجزائر.

نظرا لبعض الفروق بين حالتي الحصار والطوارئ في مجال تقييد الحريات وإمكانية مصادرتها؛ والهيئات المكلفة بتسيير الحالتين؛ والصلاحيات المتباينة بين الحالتين؛ فانه يستحسن من الناحية المنهجية تخصيص لكل حالة دراسة بمفردها ليتم من خلالها إظهار درجة المساس بالحريات العامة؛ ومن ثم توصيف الضوابط التي من شانها التقليل من خطورة هاتين الحالتين على ممارسة الحريات العامة؛ على يتم ذلك بالمقارنة أحيانا بالتشريع الفرنسي باعتباره المصدر التشريعي للقانون الجزائري في تنظيم الظروف الاستثنائية. وعلى هذا يقسم هذا الفرع إلى عنصرين على النحو الآتي:

أولا: أثر حالة الحصار في تضييق ممارسة الحريات العامة تقييدا ومصادرة:

تطبيقا للمادة 19 من دستور 1996 التي حددت الجهة المختصة بتفرير حالة حصار ممثلة في رئيس الجمهورية؛ وبيان ضوابط إعلان ذلك، أعطت رخصة واسعة لتلك الجهة باتخاذ التدابير اللازمة لاستتباب الوضع وصيانة النظام العمومي، مما يعني أن المؤسس الدستور الجزائري خلافا للمؤسس الدستوري الفرنسي هو الذي تدخل وحدد الاختصاصات التي يمكن اتخاذها في حالة الحصار؛ والسلطة المختصة بذلك أي انه نظم الآثار المترتبة على إعلان حالة الحصار دستوريا ، بحيث انه خول وترك لرئيس الجمهورية سلطة تقديرية واسعة في تحديده للإجراءات التي سيتخذها لاستتباب الوضع، مما قد ينعكس سلبا على الحقوق و الحريات العامة ، نظرا للعبارات الفضفاضة والواسعة التي استعملتها المادة السابقة.مناقضة في ذلك مع ما نصت عليه المادة 92 من نفس الدستور، التي جعلت تنظيم حالة الحصار – وحالة الطوارئ – من اختصاص المشرع وذلك بموجب قانون عضوي.[1]

فإذا كان الغرض من إعلان حالة الحصار هو مواجهة الخطر من أجل استتباب الوضع، فإن الذي يختص بتحقيق هذا الغرض هو السلطة العسكرية، التي تفوض لها الصلاحيات المسندة للسلطة المدنية في مجال النظام العام، ومعنى ذلك أن صلاحيات البوليس الإداري، تختص بها السلطة العسكرية، و لهذا مصالح الشرطة "البوليس "تلحق بالقيادة العليا للسلطة العسكرية؛ ومع ذلك فإن السلطة المدنية تبقى تمارس الصلاحيات التي لم تنتزع

[1] – ووجه التناقض بين المادين هو ما يوضحه د/ بدران مراد بقوله" إن المادة 92 تعد في الحقيقة متناقضة مع المادة 92 بحيث لا يمكن إعمالهما مع بعض، فالمادة 91 لم تترك أي مجال للسلطة التشريعية في تحديد الآثار المترتبة على حالة الحصار – أو حالة الطوارئ – ما دام أن المؤسس الدستوري قام بنفسه بتحديد الإجراءات الإستثنائية التي يمكن لرئيس الجمهورية أن يتخذها عندما سمح لهذا الأخير باتخاذ التدابير اللازمة لاستتباب الوضع " و معنى ذلك أن تحديد تلك التدابير هي مسألة من اختصاص رئيس الجمهورية، أما طبقا للمادة 92 ، فإن مسألة تنظيم حالة الحصار – وحالة الطوارئ- وبالتالي تحديد الآثار المترتبة عليهما، و الإجراءات الاستثنائية واجبة الإتباع لمواجهة الأزمة، هي من اختصاص البرلمان الذي يصدر قانونا عضويا. ومع ذلك فإننا نعتقد أن المادة 92 هي الأولى بالتطبيق فيما يتعلق بتحديد الآثار المترتبة على حالة الحصار–وحالة الطوارئ – وبالتالي فإن مسألة تحديد الآثار المترتبة على إعلان حالة الحصار – وحالة الطوارئ- هي من اختصاص البرلمان الذي سيقوم بذلك بواسطة قانون عضوي.ينظر د/بدران؛ رسالته السابقة؛ ص97

منها[1]؛ مما يعني أن السلطة المدنية تفوض فقط صلاحيات حفظ النظام العمومي وإعادة استتبابه إلى السلطة العسكرية. وبدون هذا التفويض الحكومي لا يمكن للسلطة العسكرية أن تتدخل مباشرة لممارسة الاختصاصات المتعلقة بالبوليس الإداري، بل عليها أن تنتظر صدور قرار بالتفويض من السلطة الأصلية ، وهي السلطة المدنية ممثلة في الحكومة، وفي هذا القرار تحدد السلطة المدنية للسلطة العسكرية الاختصاصات والمسائل التي يجوز لها أن تمارسها في مجال البوليس الإداري من اجل حفظ النظام العام[2]. وهذا ما يفهم من نص المادة 7 من نفس المرسوم والتي نصت على أنه " يمكن للسلطة العسكرية المخولة صلاحيات الشرطة، ضمن الحدود والشروط التي تحددها الحكومة..." تؤكد على أن الأمر يتعلق بالتفويض، وليس بسلطة الحلول ولا الإنابة؛ مادام أن الحكومة هي التي تحدد من خلال قرار التفويض المسائل التي يمكن للسلطة العسكرية القيام بها[3] .

من خلال كل ما سبق يتضح لنا بأن الصلاحيات المتعلقة بحفظ النظام العام في حالة الحصار، طبقا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 91- 196، هي صلاحيات موزعة ما بين السلطة العسكرية المفوضة إليها، وبين السلطة المدنية صاحبة الاختصاص الأصيل؛ بالإضافة إلى وجود اختصاصات مشتركة بينهما .

1- الاختصاصات المفوضة للسلطة العسكرية حماية للنظام العام :

إن الإجراءات الاستثنائية التي يجوز للسلطة العسكرية القيام بها طبقا للمادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 تتمثل في اتخاذ كافة التدابير الكفيلة باستتباب الوضع، وعلى الخصوص يجوز للسلطة العسكرية في

---

[1] – تنص المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 على ما يلي: تفوض إلى السلطة العسكرية الصلاحيات المسندة إلى السلطة المدنية في مجال النظام العام و الشرطة ،و بهذه الصفة تلحق مصالح الشرطة القيادة العليا للسلطات العسكرية و التي تخول قانونا صلاحيات الشرطة . و تمارس السلطة المدنية الصلاحيات التي لم تنتزع منها .

[2] – وجدير بالذكر أن قرار تفويض الصلاحيات مختلف عما هو معمول به في فرنسا ، لأنه بمجرد إعلان حالة الحصار في فرنسا ، فإن السلطة العسكرية **تحل محل السلطة المدنية** في مباشرة الاختصاصات المتعلقة بالبوليس الإداري ، أما في الجزائر فإن النص لم يتكلم عن الحلول – الذي يجب أن يكون بقوة القانون بمجرد إعلان حالة الحصار – بل تكلم عن التفويض حسب ما جاء في النص العربي ؛ أما ما ورد في المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 ، الصادر باللغة الفرنسية قد تكلمت عن تحويل السلطات و لم تتكلم عن "تفويض السلطات " فقد جاء فيها ما يلي:

" les pouvoirs dévolus à l'autorité civile en matière d'ordre public et de police sont **transfères** à l'autorité militaire "

الشيء الذي يفهم منه بان الأمر يتعلق بالحلول و ليس بالتفويض إلا أن قراءة الفقرة الأخيرة من تلك المادة تؤدي بنا إلى القول بان الأمر يتعلق بالتفويض بحيث جاء فيها ما يلي :

" l'autorité civile exerce les pouvoirs dont elle n'aura pas été dessaisie "

ينظر إلى هذه الملاحظة في د/ مراد بدران؛ رسالته السابقة؛ص99

[3] – ومعلوم أن الحلول يتم بقوة القانون عندما يتحقق سببه، أما التفويض فيكون صادرا من صاحب الاختصاص الأصيل إلى الشخص المفوض إليه ، ينظر د/ بدران؛ مرجع سابق؛ ص100.

إطار صلاحيات الضبط، بعد استشارة لجنة رعاية النظام العام التي تترأسها السلطة العسكرية المعنية قانونا؛ أن تتخذ من التدابير التي من شأنها أن تستعيد النظام العام بقيامها بما يلي[1]:

1-1- الاعتقال الإداري: أن تقوم بإجراءات الاعتقال الإداري ضد كل شخص راشد يتبين أن نشاطه خطير على النظام العام بناء على أحكام **المرسوم التنفيذي رقم: 91-201**[2] الذي يضبط حدود الوضع في مركز الأمن وشروطه حيث جاء فيه فيما يخص الطعن، يجوز لكل شخص الطعن، يجوز لكل شخص الطعن في هذه القرارات أمام السلطة الإدارية المختصة وبصفة خاصة المنصوص عليها في المادة الخامسة من المرسوم المتضمن حالة الحصار وهي:(لجنة رعاية النظام العام) وتتكون من: الوالي، محافظ الشرطة، رئيس القطاع العسكري وشخصيتان معروفتان بتمسكهما بالمصلحة الوطنية ويترأس هذه اللجنة:(السلطة العسكرية).

1-2-الإقامة الجبرية وفي هذا الإطار صدر **المرسوم التنفيذي رقم:91-202**[3] الذي يضبط حدود الوضع تحت الإقامة الجبرية وشروطها، حيث نص في مادته3 على نفس مصلحة الطعن المذكورة أعلاه؛ وسيكون هذين الإجراءين الخطيرين على الحرية الشخصية موضع دراسة تطبيقية وتفصيلة في المطلب الموالي؛ باعتبارهما أكثر شيوعا في النظام الجزائري .

1-3- المنع من الإقامة أن تمنع إقامة أي شخص يتبين أن نشاطاته مضرة بالنظام العام. وتطبيقا لهذا الإجراء صدر المرسوم التنفيذي رقم:91-203[4]الذي يضبط كيفيات تطبيق تدابير المنع من الإقامة.وهذا الإجراء بدور سيكون محل تفصيل في المطلب الموالي.

أما فيما يخص مصلحة الطعن في قرارات الوضع في مراكز الأمن أو الإقامة الجبرية أو حالة المنع من الإقامة فهي: عشرة أيام من تاريخ تقريره من طرف المجلس الجهوي المادة السادسة منه. وطبقا للمادة: 8 من المرسوم رقم: 91-196 المتضمن تقرير حالة الحصار، حيث جاء فيه أن تدابير منع الإقامة يمكن أن يكون موضوع

---

[1] - د/ مسعود شيهوب؛ مقالته السابقة؛ ص38

[2]-ينظر المواد من 1 إلى 13 من المرسوم رقم 91-201 المؤرخ في: 25 يونيو 1991م الذي يضبط حدود الوضع في مركز الأمن وشروطه، تطبيقا للمادة: 4 من المرسوم الرئاسي رقم 91- 196 المتضمن تقرير حالة الحصار لا سيما المادة: 7 منه و 8، الجريدة الرسمية عدد 31 الصادر في 26 جوان 1991م.

-وتنص المادة7:" تنشأ ثلاثة مجالس جهوية لحفظ النظام في الجزائر، وهران وقسنطينة التي يمتد اختصاصها الإقليمي إلى الولايات المبينة أدناه...إلخ" أما المادة: 08 فتنص على:" يتشكل المجلس الجهوي بحفظ النظام المنصوص عليه في المادة 7 أعلاه مما يأتي: الوالي، رئيسا- رئيس القطاع العسكري أو قائد مجموعة الدرك الوطني- محافظ الشرطة للولاية- ثلاث شخصيات تختار نظرا لتمسكها بالمصلحة العامة- وتتخذ هذه المجالس الجهوية قرارات الوضع في مراكز الأمن أو المنع من الإقامة الجبرية بناء على اقتراح الشرطة ولجنة رعاية النظام العام، علما بأن تشكيلة المجلس الجهوي ولجنة رعاية النظام العام لا تختلف كثيرا، ومع ذلك تعتبر هذه الأخيرة جهاز طعن ضد قرار أخذ بناء على اقتراحها ومن جهاز بعضوية مباشرة.

[3]- ينظر المواد من 1 إلى 13 من المرسوم رقم 91-202، جريدة رسمية عدد31 لسنة 1991.

[4] - ينظر المواد من1 إلى 17 من المرسوم رقم 91-203، جريدة رسمية عدد31 لسنة 1991.

طعن يرفع خلال: 10 أيام لدى المجلس الجهوي لحفظ النظام العام الذي نشأ بناء على أحكام المادتين: 7 و8 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201 المذكور سابقا.

1-4- إجراء تفتيشات ليلية أو نهارية في المحلات العمومية أو الخاصة، وحتى داخل المساكن؛ وهذا بدوره سيكون أيضا موضع تفصيل في المطلب الموالي نظر لمساسه الخطير بالحق في الخصوصية. وتطبيقا لذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 91-204[1] الذي يحدد كيفيات تطبيق الأحكام المتعلقة بالتفتيشات، ومنع المنشورات والاجتماعات والنداءات العمومية التي يعتقد أنها كفيلة بإثارة الفوضى وانعدام الأمن أو استمرارها.

1-5 منع المنشورات والاجتماعات والنداءات التي تثير الفوضى وانعدام الأمن: فقد أجازت المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 للسلطة العسكرية أن تقوم بمنع إصدار المنشورات، أو الاجتماعات، والنداءات العمومية التي من شأنها إثارة الفوضى وانعدام الأمن واستقرارهما. و بناء المادتين 6 و 7 من المرسوم التنفيذي رقم 91-204، سابق الإشارة إليه فان هذا الإجراء يكون باقتراح من لجنة رعاية النظام العام ...

ويترتب على هذا الإجراء مصادرة حرية الاجتماع وحظر تداول جميع المنشورات؛ والصحف التي من شأنها المساس بالنظام العام بحجزها عن التداول وحجز الوثائق في أي مكان، و في أية حالة من الليل أو النهار، وتطبيقا لذلك صدر بيان[2] للسلطة العسكرية صادر في 05جوان 1991 تضمن منع التجمعات والتجمهر والمسيرات والمظاهرات في الطرق والساحات العمومية في كل التراب الوطني؛ حيث أشار هذا البيان هذا المنع يكون مطلقا ويبدأ من يوم 06جوان1991. وبناء على هذا ابيان قامت السلطة العسكرية باعتقال العديد من الأشخاص بحجة التجمع والتجمهر في الأماكن العمومية؛ خصوصا وان تعريف الاجتماع تعريف فضفاض وغير دقيق؛ فحسب المادة 02 من قانون الاجتماعات" **تجمهر مؤقت**... في كل مكان مفتوح لعموم الناس..:" وهو الأمر الذي يمثل مساس خطير بحرية الاجتماع.[3]كما تصادر وتوضع تحت يد العدالة وسائل الطباعة والاستنساخ و أية وسيلة أخرى تستعمل للتحريض على الفوضى وعلى الولاة تقديم يد المساعدة لنشاطات لجنة رعاية النظام العام خاصة ما تعلق بمسلك الكتابات، وتدوين التوصيات، ومعالجة البريد.

1-6- الأمر بتسليم الأسلحة والذخائر: فطبقا للمادة 7 من المرسوم الرئاسي 91 /196، سمحت كذلك للسلطة العسكرية أن تأمر بتسليم الأسلحة و الذخيرة قصد إيداعها ومصادرتها درا للفتنة؛ وحتى لا تكون عونا للمتمردين.

---

[1] - ينظر إلى المواد من 1 إلى 7 من المرسوم التنفيذي رقم:91- 204 المؤرخ في: 1991/06/04 الجريدة الرسمية،عدد: 13 الصادرة في 12 جوان 1991.

[2] - ينظر نص هذا البيان جريدة المساء اليومية المؤرخة في 07 جوان 1991. ويلاحظ على هذا البيان أنه جاء بصياغة مطلقة في منع أي اجتماع بما في ذلك الطرق والساحات المجاورة للمساجد؛ غير أن هناك بيان ثان للسلطة العسكرية؛ الصادر في 20جوان 1991 يالاذن باستعمال الساحات العمومية للمساجد بغرض الصلاة؛ خاصة صلاة العيدين الأضحى والفطر؛ على أن يكون ذلك بناء على قرار إداري؛ بعد استشارة لجنة حماية النظام العام ؛ مع توضيح التاريخ والمكان. ينظر إلى نص هذا البيان جريدة الوطن اليومية؛ ليوم 1991/06/22.

[3] - أ/سحنين أحمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر؛ مذكرة ماجستيرجامعة الجزائر؛ 2005؛ ص79

1-7- منع الإضرابات التي يمكن أن تعرقل استعادة النظام العام.[1] كما تختص السلطة العسكرية أيضا بحق إصدار قرارات ضبطية طبقا لنص المادة 8 من المرسوم الرئاسي 196/91 موضوعها تقييد النشاط الفردي الحر[2] ومن أمثلة ذلك:

- تضييق أو منع مرور الأشخاص أ وتجمعهم في الطرق والأماكن العمومية.
- إنشاء مناطق ذات إقامة خاضعة للتنظيم لغير المقيمين.
- منع إقامة أي شخص يتبن أن نشاطاته مضرة بالنظام وبالسير العادي للمرافق العمومية.
- التنظيم الإداري لتداول المواد الغذائية أو بعض المواد المعينة وتوزيعها.
- منع الإضرابات التي يمكن أن تعرقل استعادة النظام وبالسير العادي للمرافق العمومية.
- الأمر بتسخير المستخدمين للقيام بنشاطاتهم المهنية المعتادة في منصب عملهم.
- الأمر عن طريق التسخير في حالة الاستعجال أو الضرورة كل مرفق عمومي أو مؤسسة عمومية أو خاصة بأداء خدماتها.
- كما يمكن عن طريق مرسوم تنفيذي توقيف عن كل النشاطات الجمعيات مهما كان قانونها الأساسي أو نشاطها؛ والتي يقوم قادتها أو أعضاءها بأعمال مخالفة للقانون؛ لا سيما القانون رقم 11/89 المؤرخ في 5جويلية1989 المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي- الأحزاب السياسية- أو مخالفة المرسوم الرئاسي المتعلق بحالة الحصار.

2- الإجراءات الاستثنائية التي تبقى من اختصاص السلطة المدنية :

على الرغم من إعلان حالة الحصار التي تخول تفويض معظم صلاحيات الشرطة الى السلطة العسكرية، فإن مع ذلك تبقى السلطة المدنية تتمتع ببعض الإجراءات الاستثنائية في مجال البوليس الإداري نذكر منها:

2-1-رفع الدعاوى من أجل الحصول على حكم بتوقيف أو حل الجمعيات:

وذلك في حالة ما إذا قام قادة هذه الجمعيات أو أعضائها بأعمال مخالفة القوانين الخاصة أحكام القانون رقم 89-11 المؤرخ في 5 جوان 1989 ، المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي[3] أو أحكام المرسوم الرئاسي رقم 91-196. **فتطبيقا لنص** المادة 34 من القانون رقم 89-11 هي التي تطبق، وبالرجوع إلى هذه المادة يتضح لنا بأنه يجوز للوزير المكلف بالداخلية أن يرفع دعوى قضائية ضد الجمعيات ذات الطابع السياسي التي قام قادتها أو أعضائها بأعمال مخالفة للقانون – خاصة أحكام القانون رقم 89-11- وذلك قصد طلب حلها قضائيا، ومعنى ذلك أن حل الجمعية ذات الطابع السياسي، هي مسألة من اختصاص القضاء، يفصل فيها

---

[1] – د. ناصر لباد، القانون الإداري، ج2، ص 55-56. ود/ بدران مراد؛ رسالته السابقة؛ ص104 وما بعدها.

[2] – د/ ناصر لباد؛ القانون الإداري؛ ج2؛ المرجع نفسه؛ ص56 وما بعدها.

[3] – إن القانون رقم 89-11، المؤرخ في 5 جوان 1989 المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 27، الصادرة في 5 جوان 1989؛ قد تم إلغائه بموجب الأمر رقم 97-09 ،المؤرخ في 6 مارس 1997، المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 12 الصادرة في 6 مارس 1997.

بناء على قيام الوزير المكلف بالداخلية برفع دعوى قضائية ضد تلك الجمعية، على أن قرار التوقيف يجب أن يكون معللا.

ومن هنا يظهر بأن مسألة توقيف نشاطات الجمعيات ذات الطابع السياسي، أو حلها، هي مسألة من اختصاص القضاء، والمتمثل في الغرفة الإدارية لدى مجلس قضاء الجزائر، والتي يتعين عليها أن تفصل في النزاع خلال الشهر الموالي لرفع القضية إليها، على أن القرار الصادر في هذا الصدد قابل للطعن فيه – بالاستئناف– أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا – التي هي حاليا مجلس الدولة – والتي يتعين عليها هي الأخرى أن تفصل في الاستئناف خلال الشهر الموالي لرفع القضية إليها؛ وهو ما اعتمده قانون الأحزاب الجديد في المادة 37 من الأمر رقم 97-09 الذي ألغى قانون الجمعيات ذات الطابع السياسي؛ وعليه فإن السلطة العسكرية لا تتمتع بالصفة في مثل هذه الدعاوى، فإذا رفعت فإنها تكون غير مقبولة لانعدام الصفة؛ مما يؤكد صفة التفويض التي تتمتع بها السلطة العسكرية وليست سلطة الحلول.

2-2-توقيف المجالس الشعبية المحلية والمجالس التنفيذية البلدية وتعيين مندوبيات في مكانها:

طبقا لما جاء في المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 فإن مسألة حل المجالس الشعبية المحلية، والمجالس التنفيذية البلدية، وتعويضها بمندوبيات تنفيذية، هي مسألة تخرج من اختصاص السلطة العسكرية، مادام أن هذا الإجراء تتخذه الحكومة بمرسوم تنفيذي[1]، وذلك في حالة ما إذا قامت تلك المجالس بأعمال من شانها إفشال عمل سلطات العمومية القانوني أو عرقلته بنية مبيتة، أو قامت بمعارضة صريحة، وكان من شأن ذلك تعريض النظام العام والسير الحسن للمرافق العامة للخطر.

وفي حالة اتخاذ هذا الإجراء فإن السلطة الوصية الممثلة في وزير الداخلية يقوم بتعيين مندوبيات تنفيذية من بين الموظفين على مستوى الجماعات المحلية المعينة بذلك الإجراء، وذلك لغاية إلغاء التوقيف، أو شغل مناصبها عن طريق الانتخاب في الوقت المناسب[2] .

2-3- الاختصاصات المشتركة بين السلطة المدنية و السلطة العسكرية :

إذا كانت مسألة محاكمة الأشخاص الذين ارتكبوا خلال حالة الحصار جنايات أو جرائم عرضت النظام العام أو سير المرافق العامة المنتظم للخطر، هي مبدئيا من اختصاص المحاكم العادية ، فإن المادة 11 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196، قد سمحت بانعقاد الاختصاص **للمحاكم العسكرية** طوال حالة الحصار، مهما كانت صفة مرتكبيها أو المتواطئين فيها، وذلك بشرط أن تكون تلك الجرائم ماسة بأمن الدولة وأن يتم إخطارها بذلك.

---

[1] –غير انه بالرجوع إلى المادة 35 من قانون رقم 90-08 ، المؤرخ في 7 أفريل 1990، المتعلق بالبلدية، يلاحظ بأن مسألة حل المجالس الشعبية البلدية هي مسالة من اختصاص رئيس الجمهورية ، مادام أن مرسوم الحل يجب أن يتخذ في مجلس الوزراء ،و ليس في مجلس الحكومة، و ذلك بناء على اقتراح من وزير الداخلية، و هنا يتساءل **د/ بدران** عن مدى مشروعية المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196، ذلك أنه عملا بقاعدة توازي الأشكال، فإن المرسوم لا يستطيع أن يعدل أو أن يلغي القانون. د/ بدران؛ رسالته السابقة؛ ص108 .

[2] – أ/سحنين أحمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر؛ رسالة ماجستير؛ سنة 2005؛ ص101

وإذا كانت المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196، قد نصت على إنهاء جميع التدابير التي حددها هذا المرسوم بمجرد انتهاء حالة الحصار، فإنها استثنت من ذلك المتابعات التي يكون قد شرع فيها أمام الجهات القضائية سواء العادية أو العسكرية.

نستخلص مما سلف إيجازه أن المشرع الجزائري قد أعطى كل الوسائل القانونية للسلطات العسكرية في حالة الحصار لاتخاذ تدابير الحفاظ على النظام العام ومرافق الدولة، كما أعطى الضمانات القانونية للطعن في قراراتها بناء على المراسيم التنفيذية المشار إليها سابقا والخاصة بتطبيق المرسوم الرئاسي رقم 91-196 متضمن حالة الحصار إلى أن رفعت هذه الحالة الأخيرة بموجب المرسوم الرئاسي رقم:91-336.[1]

مما سبق يظهر جليا للباحث استقراء تدابير حالة الحصار، هو أنها حالة استثنائية صارمة، لا تفوقها إلا الحالة الاستثنائية التي نصت عليها المادة93من دستور96؛ وتتضح صرامتها من خلال الصلاحيات المخولة للسلطة العسكرية عوض السلطة المدنية؛ وفي إجراءاتها الضبطية الواسعة الماسة بالحريات العامة، سواء حرية النقل أو التعبير أو حرمة السكن وهي مبررة بالضرورة الاستثنائية، والجدير هنا هو أنه ليس معنى هذا أن جميع إجراءات حالة الحصار لا تخضع للرقابة القضائية بل إن الحد الأدنى من الحريات الأساسية يجب أن يبقى محترما، بل إن مفهوم المشروعية العادية هو الذي يتغير إلى مفهوم المشروعية الاستثنائية وبالتالي يتغير مضمون الرقابة حسب الظروف الاستثنائية[2].

ثانيا– أثر حالة الطوارئ في تقييد ممارسة الحرية.

1- صلاحيات السلطة المكلفة بتسيير حالة الطوارئ في مجال حفظ النظام العمومي:

بالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لها نستخلص من أحكامها أن حالة الطوارئ المعلنة بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم:92-44 المذكور سابقا ونصوص تطبيقه أن لكل من وزير الداخلية والجماعات المحلية على المستوى الوطني أو جزء منه، والوالي على مستوى تراب ولايته؛ حق اتخاذ جميع التدابير الكفيلة بحفظ النظام العام واستتبابه بواسطة اتخاذ قرارات ضبطية مقيدة للحرية وفقا لأحكام مواد حالة الطوارئ خصوصا المادة 04منه التي قررت صلاحية إصدار أوامر بوضع أي شخص راشد يتضح أن نشاطه يشكل خطورة على النظام والأمن العمومي، أو على السير الحسن للمصالح العمومية في مراكز الأمن[3] في مكان محدد، وترجع صلاحية إنشاء مراكز الأمن إلى وزير الداخلية والجماعات المحلية طبقا للمادة 05؛ ومن التدابير التي خولتها حالة

---

[1]- المرسوم الرئاسي رقم 91-336 المؤرخ في 1991/09/22م يتضمن رفع حالة الحصار، جريدة رسمية؛ عدد 44، المؤرخة في:1991/09/25، ص1984.

[2] – د/ ناصر لباد؛ القانون الإداري؛ ص57

[3]- ينظر إلى هذه القرارات المتضمنة إنشاء مراكز الأمن في كل مكان من رقان- عين صالح- ورقلة، المؤرخة في1992/02/10م القرار المتضمن تفويض الإمضاء إلى الولاة فيما يخص الوضع في مراكز الأمن، المؤرخ في: 1992/02/11 الجريدة الرسمية عدد11، السنة:29 الصادر في 1992/02/11، ص من 399 إلى .... ثم أغلقت هذه المراكز **بالتدريج** منها على سبيل المثال غلق مركز (تبر غايمن، أدرار) عمر إدريس(إليزي) ينظر على التوالي الجريدة الرسمية، عدد: 82، سنة: 1992م، ثم الجريدة الرسمية العدد: 85 عام 1992.

الطوارئ لوزير الداخلية على المستوى الوطني وللوالي على امتداد تراب ولايته وفي إطار توجيهات الحكومة له صلاحية وسلطة القيام بما يلي:

1- تنظيم ونقل المواد الغذائية والسلع ذات الضرورة الأولى وتوزيعها.

2- وضع مناطق من أجل الإقامة المنظمة لغير المقيمين.

3- تحديد ومنع مرور الأشخاص والسيارات في أماكن وأوقات معينة.

4- وضع تحت الإقامة الجبرية كل شخص راشد من الإقامة.

وفي حالة الإضراب غير المرخص أو غير الشرعي بإمكانها تسخير العمال المضربين للقيام بنشاطهم المهني المعتاد خدمة للمنفعة العامة سواء كانت هذه المؤسسات عامة أو خاصة، وبإمكانها استثنائيا الأمر بالتفتيش ليلا ونهارا أما النصوص المنظمة لتدابير الحفاظ على النظام العام تطبيقا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم: 92-44، المتمم والممدد، فهي عديدة نذكر منها:

1-القرار الوزاري المشترك[1]،المتضمن التنظيم العام لتدابير الحفاظ على النظام العام تطبيقا في إطار حالة الطوارئ، فبعدما نص في مادته الأولى بأن وزير الداخلية والجماعات المحلية هو الذي يتولى تدابير الحفاظ على النظام العام بصفته المسؤول على المستوى الوطني تطبيقا للمادة الرابعة من المرسوم رقم 92-44 ؛ بمساعدة هيئة أركان مختلطة.

2- قرار مؤرخ في 1992/11/30م يتضمن **إعلان حظر التجول** في تراب بعض الولايات من العاشرة والنصف ليلا إلى غاية الخامسة صباحا، في كل من ولايات: الجزائر، البليدة، بومرداس، تيبازة، والبويرة وعين الدفلة[2]. ويقصد بحظر التجول منع وجود الأشخاص في الأماكن العمومية؛ سواء كانت طرقات عامة أو ساحات عمومية؛ وذلك أثناء سريان المهلة اللازمة التي حددتها السلطة المختصة؛ وهو ما يمس بخرق حرية التنقل كإحدى أهم الحريات الشخصية. ولكنه مبرر بوقاية النظام العام خاصة وأن تلك المدن قد شهدت مسرحا لأعمال الشغب والتخريب.[3] وبناء على هذا القرار تم منع تجول الأشخاص بالطرقات والساحات العمومية.[4]

أما في حالة تعطيل العمل الشرعي للسلطات العمومية...أو معارضة تعلنها مجالس محلية أو هيئات تنفيذية بلدية...ففي هذه الحالة يمكن أن تتخذ الحكومة عند الاقتضاء التدابير التي من شأنها تعليق نشاطها وتقوم السلطة

---

[1]- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 1992/02/10م يتضمن التنظيم العام لتدابير الحفاظ على النظام العام في إطار حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية عدد 11 السنة 29، مؤرخة في 1992/02/11.

[2]- ينظر المواد من 1 إلى 03 من القرارات المؤرخ في: 1992/11/30م يتضمن إعلان حظر تجول في تراب بعض الولايات، جريدة رسمية عدد 85، سنة: 29 الصادرة في:1992/12/02.

[3] -أ/ سحنين أحمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر؛ رسالة ماجستير؛ سنة 2005؛ ص57

[4] - ينظر نص هذا البيان في جريدة المساء المؤرخة ليوم 07 و08 جوان 1991؛ وأ/ سحنين أحمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية ؛ الرسالة نفسها؛ ص58

الوصية بتعيين مندوبيات تنفيذية، وهو ما حدث فعلا حين حلت عدة مجالس شعبية ولائية[1] ومجالس شعبية بلدية[2] .

ومن التدابير المتخذة أيضا والتي تمس حرية الرأي والإعلام تعليق صدور عدة يوميات بحجة مساسها بالنظام العام والأمن العموميين والمصالح العليا للبلاد خاصة في ظل التعددية اللاعلامية المفتوحة في الجزائر والتي وصلت إلى ما يزيد على 140عنوان[3] مابين عمومي؛ وخاص؛ وحزبي .ومن هذا القبيل تم تعليق أكثر من عشرة عناوين إعلامية مكتوبة؛ وهي: النور[4] الصح آفة[5]؛ الوجه الأخر؛المنقذ[6]؛ البلاغ؛ الجزائر اليوم؛ بريد الشرق؛ السلام؛ الحقيقة؛ وهي التي اشتهرت إعلاميا **بالمعلقات العشر** وان كانت في الواقع أكثر من عشر عناوين يومية وأسبوعية تم تعليق صدورها بقرارات إدارية ضبطية؛ كما تم الحجز على بعض الأعداد من يوميات عرفت بالمعارضة الساخرة لدواعي سياسية؛ ولا شك أن في ذلك مبالغة في تقييد حرية الإعلام والحق في التعبير والرأي؛ وان كان الواقع يوجب على بعض هذه الصحف الولاء على الأقل لهوية الدولة والحفاظ على هيبتها الدولية تمييزا لها عن السلطة بالتزام الموضوعية في تحليل الخبر ومراعاة ظروف الدولة المحلية الخارجية. وهو الأمر الذي كان غائبا؛ فمعظم هذه الجرائد كان ناطقا باسم جهة معينة تمولها وتنشر أفكارها؛ حيث نصبت من نفسها معارضة للدولة؛ بل أن بعضها تحول من وظيفة **نقل الخبر** وتبصير الرأي العام به الى **صناعة الخبر بعيدا عن الموضوعية**؛ بنقل الاشاعات و السعي بين الطبقة السياسية بالنميمة؛ المحرمة شرعا وفي علم الأخلاق[7].

---

[1] – ينظر جريدة رسمية عدد 85، السنة29 مؤرخة في 1992/12/02، ص2165.

[2] – ينظر القرارات المؤرخة في 1992/08/15م المتضمنة تعليق صدورها يوميات"لوماتان– لاناصيون– الجزائر اليوم– الصحافة– بريد الشرق– ليبرتي" جريدة رسمية عدد:76 السنة 29 الصادر في:1992/10/21،ص 1948 إلى 1950.

– ثم رفع هذا التعليق على بعض الصحف بواسطة القرارات المؤرخة في: 1992/10/06، المتضمنة رفع تعليق صدور اليوميات: لاناصيون– لوماتان– الجزائر اليوم– ليبرتي– ينظر الجريدة الرسمية، عدد77، السنة29 في 1992/10/26.

[3] – ظهرت هذه العناوين في الفترة ما بين فيفري1989 الى غاية نهاية1991حيث شهدت الجزائر تجربة سياسية إعلامية تعددية سمحت بظهور الصحافة المكتوبة الخاصة وسميت بمرحلة **الانفجار الإعلامي الحر**. ينظر إلى د/ فضيل دليو؛ الصحافة المكتوبة في الجزائر بين الأصالة والاغتراب؛ مجلة التبصرة؛ العدد5؛ مارس2000؛ دارالخلدونية؛ ص50 .

[4] – وهي أسبوعية عربية قريبة من التيار السياسي الإسلامي المعارض تصدر بقسنطينة منذ 1991/2/18 وعلقت بقرار إداري في 1992/10/17؛ وهو المصير الذي لحق بتوابعها كالهلال والمستقبل والبيان التي تأسست في فبراير1995. ينظر د/ فضيل دليو؛ مقالته السابقة؛ ص54

[5] – تعتبر هذه الصحيفة انجح صحيفة ساخرة وناقدة في الجزائر العميقة ؛ وقد تعرضت للحجز عدة مرات قبل أن تعلق نهائيا بقرار إداري في 19 أوت 1992؛ قبيل إعلان حالة الطوارئ؛ وقد كان وزير الاتصال آنذاك قد اشترط لعودتها عدم المس بمؤسسة الجيش ؛ والتخلي عن ملحق حقوق الإنسان. وهو ما دفع بصحفييها إلى تغيير الوجه الإعلامي في صحف بديلة **كالوجه الأخر** و"**النح لا**" ومع ذلك لم تسلم من التعليق رغم حصولها على الترخيص بالصدور. ينظر أسبوعية رسالة الأطلس العدد من 23-29 لشهر سبتمبر سنة 1993.

[6] – تعتبر **المنقذ** أهم صحيفة **حزبية** تشرف عليها القاعدة النضالية لحزب الجبهة الإسلامية للإنقاذ؛ وقد علقت بقرار إداري نهائي لم تنجو منه حتى مثيلاتها الأكثر اعتدالا كالبلاغ والفرقان. د/ فضيل دليو؛ مرجع نفسه؛ ص54.

[7] – د/ عبد الملك الشلهوب؛ ضوابط الرأي وخصائصه في الصحافة– رؤية شرعية– دار عالم الكتب؛ الرياض؛ ط1؛ 1998؛ ص63

2- النتائج المترتبة على إعلان حالة الطوارئ في ممارسة الحريات العامة:

يسمح القضاء الإداري للسلطات العامة أن تخرج على ما تفرضه القوانين من قيود حامية للحريات العامة؛ إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية؛ تجعل من تطبيق القاعدة القانونية العادية لا يتفق مع مقتضيات المحافظة على الأمن العام في الظروف الاستثنائية، بحيث يكون تطبيقها مؤديا إلى الإخلال بالنظام العام. عندئذ فإن القضاء يسمح للسلطات العامة بالخروج على القوانين العادية وتطبيق القواعد التي تتفق والظروف الاستثنائية[1].

كما هو الحال بالنسبة لأثر حالة الطوارئ في توسيع سلطة الضبط الإداري على حساب ممارسة الحرية؛ إذ تسمح هذه الحالة بالترخيص للحكومة في اتخاذ تدابير استثنائية، تتعلق بتقيد ممارسة الحريات الشخصية منها والسياسية؛ وهذا ما يمكن تبينه من خلال مراجعة القانون الفرنسي المنظم لحالة الطوارئ باعتباره مصدرا للتشريعات الجزائرية في تسيير حالة الظروف الاستثنائية . والذي يخول لرئيس الجمهورية أن يتخذ التدابير المناسبة للمحافظة على الأمن والنظام العام، وله على وجه الخصوص[2].

- وضع قيود على حرية الأشخاص في الاجتماع والانتقال والإقامة والمرور في أماكن أو أوقات معنية والقبض على المخلين بالنظام العام.

- الأمر بمراقبة الرسائل أيا كان نوعها ومراقبة الصحف والنشرات وكافة وسائل التعبير والدعاية والإعلان قبل النشر، وإغلاق أماكن طبعها، فالرقابة عليها تكون على صلة بالسلامة العامة.

- تحديد مواعيد فتح المحلات العامة وإغلاقها؛ وكذلك الأمر بإغلاق

- تكليف أي شخص بأداء أي عمل من الأعمال، أو الاستيلاء على أي منقول أو عقار

- سحب الترخيص بالأسلحة، أو الذخائر أو المواد القابلة للانفجار أو المفرقعات على اختلاف أنواعها والأمر بتسليمها وضبط وإغلاق مخازن الأسلحة.

- الأمر بإخلاء بعض المناطق أو عزلها وتنظيم وسائل النقل وحصر المواصلات وتحديدها بين المناطق المختلفة.

وهي عينها الصلاحيات التي تمتاز بها السلطة المكلفة بتسيير حالة الطوارئ في الجزائر؛ إذ تمنح المادة 91 من دستور 1996 السلطة المختصة بإعلان حالة الطوارئ وهي رئيس الجمهورية سلطة تقديرية واسعة في تحديد التدابير الاستثنائية اللازمة واجبة الأتباع لمواجهة الأزمة لاستتباب الوضع؛ مما قد ينعكس سلبا على الحقوق والحريات العامة.

---

[1] - عبد العزيز الجوهري، القضاء الإداري، ص 17. د/إبراهيم عبد العزيز شيحا- الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، ص 794-195. د/ محمود عاطف البنا؛ الوسيط في القانون الإداري، ص152

[2] - محمود عاطف البنا، الوسيط في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 453-454.

وهذا خلافا للأصل المعمول به؛ إذ أن تحديد الآثار المترتبة على حالة الطوارئ– و بالتالي الإجراءات الاستثنائية هو من اختصاص ومجال للسلطة التشريعية طبقا للمادة 92من الدستور التي جعلت مسألة تنظيم حالة الطوارئ وبالتالي تحديد الآثار المترتبة عليها، هي من اختصاص البرلمان، الذي يصدر بصددها قانونا عضويا.

فطبقا لما جاء في المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المؤرخ في 9 فبراير 1992، فإن الهدف من حالة الطوارئ هو استتباب النظام العام، وضمان أفضل لأمن الأشخاص والممتلكات، وتأمين السير الحسن للمرافق العامة على أن الذي يختص بتحقيق هذا الهدف هو السلطة المدنية خلافا لحالة الحصار؛ ومع ذلك يمكن لوزير الداخلية تفويض السلطة العسكرية للقيام بقيادة العمليات التي من شأنها استتباب الأمن على المستوى المحلي أو على مستوى دوائر إقليمية محددة [1] على أن التفويض يجب أن يقتصر على قادة النواحي العسكرية ، وقائد القوات البرية بالنسبة لولاية الجزائر تحت مسؤولية وزير الداخلية.[2]

3- صلاحيات وزير الداخلية في ظل حالة الطوارئ: يتمتع وزير الداخلية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 92-44 بصلاحيات واسعة بعضها يشمل كل التراب الوطني؛ والبعض منها يقتصر على جزء منه فقط.

3-1- الوضع في مركز أمن في مكان محدد:[3] طبقا للمادة 5 من المرسوم الرئاسي السابق؛ يعتبر هذا الإجراء من الإجراءات الاستثنائية الوقائية؛ ويتمثل في قرار الاعتقال الإداري حسب المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 92 – 75 المؤرخ في 20 فبراير 1992[4] المتضمن شروط اتخاذ قرار الوضع في مراكز الأمن؛ والتي عرفته بأنه "عبارة عن إجراء إداري ذو طابع وقائي، يتمثل في حرمان أي شخص راشد من حرية الذهاب والإياب، وذلك بوضعه في مركز أمن لمدة غير محدودة، بعد استشارة هيئة الأركان المختلطة.[5]

وطبقا للمادتين الثالثة والرابعة من هذا المرسوم التنفيذي فان القرار يتخذ من وزير الداخلية أو من يفوضه بناء على اقتراح من مصالح الأمن وليس من المجلس الجهوي؛ كما هو الحال في حالة الحصار؛ وإن هذا القرار

---

[1] – ينظر المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 92-44 ، سابق الإشارة إليه، ويفهم من هذه المادة أنه لا يجوز تفويض السلطة العسكرية للقيام بتلك الأعمال على المستوى الوطني .

[2] –ينظر المادتين 1 و 3 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 فبراير 1992 الذي يتضمن التنظيم العام لتدابير الحفاظ على النظام العام في إطار حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية رقم 11 الصادرة في 11 فبراير 1992

[3] – ينظرالمادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 92-44 سابق الإشارة إليه .

[4] – هذا المرسوم التنفيذي جاء ليحدد شروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي رقم 92-44، ينظر الجريدة الرسمية رقم 14 الصادرة في 23 فبراير 1992

[5] – تنص المادة 7 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 فبراير 1992 الذي يتضمن التنظيم العام لتدابير الحفاظ على النظام العام في إطار الطوارئ على إنشاء هيئة تسمى " **أركان مختلطة** " تساعد الوالي في القيام بمهامه في إطار حالة الطوارئ ، و هذه الأركان المختلطة تتكون من : قائد القطاع العسكري، قائد مجموعة الدرك الوطني أو ممثله، أما الأركان المختلطة التي تساعد وزير الداخلية، فإنها تتكون من ممثلي القوات المشاركة في الحفاظ على النظام العام، ينظر المادة 2 من نفس القرار الوزاري المشترك سابق الإشارة إليه.

الإداري قابل للطعن فيه لدى والي الولاية محل إقامة المعني، الذي يقدم الطعن إلى المجلس الجمهوري وفقا للمادة للرابعة.[1]

3-2-إنشاء مراكز للأمن: إن إنشاء مراكز الأمن تعد من الاختصاصات التي عهدها المرسوم الرئاسي رقم 92-44 إلى وزير الداخلية طبقا للمادة الخامسة منه؛ ولقد صدرت في هذا الصدد عدة قرارات بتاريخ 10 فبراير 1992 تتضمن إنشاء مراكز امن في كل من رقان– أدرار- بالناحية العسكرية الثالثة، وعين صالح- ولاية تمنراست-، بالناحية العسكرية السادسة، وورقلة -ولاية ورقلة، بالناحية العسكرية الرابعة.

ويلاحظ أن صلاحية إنشاء المراكز الأمنية المعطاة لوزير الداخلية أنه إذا كان إنشاء هذه المراكز لضرورة أمنية فهي بطبيعة الحال تختلف عن المعتقلات والمحتشدات التي تنظمها السلطات الاستعمارية مما جعل المشرع يعطي حق إنشاء هذه المراكز لوزير الداخلية.

وبالتالي كان من المفروض وضعها تحت إشرافه ومسؤوليته. غير أن ما يلاحظ ويثير التساؤل هو: لماذا وضع تسيير هذه المراكز الأمنية تحت مسؤولية القطاع العسكري، ما دام أننا في حالة الطوارئ؟ فإذا كانت لدوافع أمنية خطيرة؛ فلماذا لا تعلن حالة الحصار؟ بدلا من حالة الطوارئ التي تستوجب بناء على ما ورد في المرسوم المنظم لها إنشاء مراكز أمن تكون تحت وزير الداخلية مباشرة المخول قانونا بإنشائها؛[2] فما معنى هذه المراكز الأمنية تحت السلطة العسكرية؟ فهل نحن في حالة حصار أم طوارئ؟ أم نحن في حالة وسطى بين الحالتين؟ بحيث تمزج السلطتين المدنية والعسكرية؛ لماذا لا يفسح المجال للسلطات العسكرية إذا كان ليس باستطاعة السلطات المدنية القيام بمهامها في الحفاظ على النظام العام والأمن؟[3]

3-3- تعويض المجالس البلدية المجمدة والمحلولة: بتعيين المندوبيات التنفيذية في البلديات التي عطلت أو تم حلها ؛**وهو** الإجراء الذي لا يمكن أن يقوم به وزير الداخلية إلا بعد اتخاذ الحكومة لتدابير تعليق نشاطات المجالس الشعبية المحلية، والمجالس التنفيذية البلدية، أوحلها .

4- الإجراءات المشتركة بين وزير الداخلية والوالي: يمكن لوزير الداخلية عبر كامل التراب الوطني، والوالي عبر حدود ولايته، وفي إطار التوجيهات الحكومية ، سلطة القيام بتقييد ممارسة حرية التنقل بتلقائية من خلال الاعتراف بحق السلطة في تحديد أو منع مرور الأشخاص والسيارات في أماكن و أوقات معينة.- وتنظيم

---

[1]- نصت المادة: 5 من مبدأ المرسوم رقم: 92- 75 المذكورة أعلاه، على إنشاء ستة مجالس جهوية وليس ثلاثة كما هو الحال في: (حالة الحصار)، وهي مجالس الجزائر، البليدة، وهران، بشار، ورقلة، قسنطينة، ويضم كل مجلس الولايات المجاورة له المحددة في المرسوم. وهو يتكون من: رئيس يعينه وزير الداخلية والجماعات المحلية ممثلا له وممثل لوزير الدفاع الوطني وثلاثة شخصيات مستقلة يعينها رئيس المرصد الوطني لحقوق الإنسان معروفة بتمسكها بالمصلحة الوطنية، والجدير بالملاحظة في هذه التشكيلة هو أنها لا تختلف من حيث التمثيل عن مجالس حالة الحصار، فهي تشكيلة عسكرية أمنية ومدنية.

2- ينظر القرارات المتضمنة إنشاء مراكز أمن في: (رقان)، (عين صالح)، (ورقلة)، المؤرخة في: 1992/02/10م بالنواحي العسكرية التالية: الناحية العسكرية الثالثة والسادسة والرابعة، جريدة رسمية، العدد 11 السنة29 المؤرخة في: 1992/02/11.

[3] - ينظر هذه التساؤلات عند: د/ بدران مراد؛ رسالته السابقة؛ ص123؛ وأ/ عبد العزيز برقوق؛ رسالته السابقة؛ ص38

نقل المواد الغذائية و السلع، ذات الضرورة الأولى وتوزيعها. – والمنع من الإقامة أو وضع تحت الإقامة الجبرية كل شخص راشد يتضح أن نشاطه مضر بالنظام العام أو بسير المرافق العامة. – وتسخير العمال للقيام بنشاطهم المهني المعتاد في حالة إضراب غير مرخص به. – والأمر استثنائيا بالتفتيش نهارا و ليلا .– والأمر بالغلق المؤقت لقاعات العروض الترفيهية، وأماكن الاجتماعات مهما كانت طبيعتها، ومنع كل مظاهرة من شانها الإخلال بالنظام العام والطمأنينة العامة.–و إنشاء مناطق الإقامة المنظمة لغير المقيمين[1] .

وإذا كانت هذه الاختصاصات قد تضمنها المرسوم الرئاسي رقم 92-44، فإن المرسوم التنفيذي له رقم 92-75، قد سمح لوزير الداخلية باتخاذ تعليمات يبين من خلالها كيفيات تطبيق مختلف تدابير حالة الطوارئ، لاسيما المتعلقة بالوضع تحت الإقامة الجبرية، والمنع من الإقامة، والتفتيش. ولكن الإشكال الذي يثيره البعض من الباحثين هو هل أن المرسوم التنفيذي رقم 92-75 الذي جاء من المفروض ليبين كيفية تطبيق المرسوم الرئاسي رقم 92-44 يحتاج بدوره إلى تعليمة صادرة من وزير الداخلية تبين كيفية تطبيقه ؟ و لماذا لم يقم المرسوم التنفيذي رقم 92-75 بتبيان كل المسائل المتعلقة بتطبيق المرسوم الرئاسي 92-44 ؟

وإذا اعترضت الوالي مشاكل فيما يخص النظام العام و حفظه و التي تتطلب استخدام قوات تدخل خارجية عن ولايته ، فعليه أن يرجع لقائد الناحية العسكرية، وعليه أن يحرك مصالح الشرطة والدرك الوطني المتحركة على إقليم الولاية التابعة لسلطته[2].

والجدير بالذكر أن الوالي بصفته ممثل السلطة التنفيذية المركزية والمسؤول الأول على إدارته الإقليمية قد أعطى له المشرع كل الوسائل المادية والقانونية من أجل التكفل بالنظام العام واستتبابه ونفس الشيء لمرؤوسيه وهم رؤساء المجالس الشعبية البلدية حيث جاء في أحكام المادة:71/ ف2 التي تنص:"...في حالة الخطر الجسيم أو الداهم، يأمر رئيس المجلس الشعبي البلدي بتنفيذ تدابير الأمن التي تقتضيها الظروف، ويعلم الوالي بها فورا..." وغيرها من المواد في القانون رقم: 90- 8 المتعلق بالبلدية وغيرها.

5-صلاحيات الحكومة في ظل حالة الطوارئ :

إذا قامت المجالس الشعبية البلدية أو الولائية، أو الهيئات التنفيذية البلدية بأعمال من شانها تعطيل أو عرقلة العمل الشرعي للسلطات العمومية، فإن الحكومة بإمكانها أن تتخذ ضدها التدابير التي من شأنها تعليق نشاطها أو حلها (المادة 1/8) ومعنى ذلك أن هذا الإجراء يجب أن يتخذ بمرسوم تنفيذي، وهذا ما قامت به الحكومة بالفعل، وذلك باتخاذها المرسوم التنفيذي رقم 92-142 المؤرخ في 11 أفريل 1992.

وبمقتضى هذا المرسوم قامت بحل العديد من المجالس الشعبية البلدية، واستندت في ذلك على المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 92-44 ، المتضمن إعلان حالة طوارئ، كما سمحت من خلال ذلك المرسوم التنفيذي للوالي بتعيين أعضاء المندوبيات التنفيذية من بين الأشخاص الذين لهم كفاءة في تسيير الشؤون العمومية المحلية.[1]

---

[1] –أ/ سحنين أحمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر؛ رسالة سابقة؛ ص103

[2] – ينظر المادة 6 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 فبراير 1992، سابق الإشارة إليه.

6- اختصاص المحاكم العسكرية بالجرائم الماسة بأمن الدولة :

إذا كانت المحاكم العادية هي التي يجب أن تنظر في الجرائم المرتكبة خلال حالة الطوارئ، فإن المرسوم الرئاسي رقم 92-44 قد أعطى الاختصاص للمحاكم العسكرية وذلك في حالة إخطارها بالجرائم والجنح الجسيمة المرتكبة ضد أمن الدولة مهما كانت صفة مرتكبي الجرائم، أو المحرضين على ارتكابها، أو الشركاء فيها طبقا للمادة 110 من مرسوم حالة الطوارئ.[2]

وعلى خلاف المرسوم الرئاسي رقم 91-196، فإن المرسوم الرئاسي رقم 92-44، لم يتكلم عن مسألة إمكانيات حل الجمعيات، على الرغم من أن إجراءات حل [3]حزب الجبهة الإسلامية للإنقاذ تمت في اليوم الذي اتخذ فيه ذلك المرسوم الرئاسي المتعلق بحالة الطوارئ. أي في 9 فبراير 1992؛ إلا أن هذا لا يعني بأن إجراءات حل ذلك الحزب جاءت استنادا إلى المرسوم الرئاسي المتعلق بحالة الطوارئ.

وإنما بسبب أعمال قام بها أعضاء ذلك الحزب قبل ذلك التاريخ[4]. وإذا كانت وزارة الداخلية قد اتبعت الإجراءات التي نص عليها القانون رقم 89-11 المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي فيما يتعلق بتوقيف نشاطات الحزب وحله، إذ لجأت إلى القضاء للحصول على حكم في هذا الصدد ،طبقا للمواد من 33 إلى 35 من ذلك القانون، إلا أن قوات الأمن قد تجاوزت إختصاصاتها حسب ما أوردته جريدة المجاهد ليوم 10 فبراير1992 عندما قامت بغلق المحل الذي يوجد به مركز الحزب، قبل صدور حكم قضائي في هذا الصدد؛ وفي هذا مخالفة صريحة للمواد سالفة الذكر من قانون الجمعيات ذات الطابع السياسي، التي تشترط صدور حكم قضائي يقضي بغلق محال الحزب.[5]

---

[1] - الجريدة الرسمية رقم 27 الصادرة في 12 أفريل 1992 .

[2] - سحنين أحمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر؛ رسالة سابقة؛ ص102

[3] - بتاريخ 9 فبراير 1992 أصدرت وزارة الداخلية و الجماعات المحلية بيانا هذا نصه :

" Suite aux multiples violation à la loi commises par l'association à caractère politique dénommée Front islamique de salut (FIS), les pouvoir publics ont décidé de mettre en œuvre, à son encontre, la procédure de suspension et de dissolution prévu par les articles 33 .34 et 35 de la loi n° 89-11 du 5 juillet 1989 relative aux association à caractère politique. Cette procédure intervient après qu'il soit devenu patent que cette association à caractère poursuit. au moyen d'action subversives des objectifs mettant gravement en péril l'ordre public et les institutions de l'Etat " El Moudjahid " lundi 10 février 1992 n° 8285 .

[4] - لأن المرسوم الرئاسي لا يدخل حيز التنفيذ في الجزائر العاصمة إلا بعد مرور 24 ساعة على نشره في الجريدة الرسمية فعلى الرغم من أن نشر هذا المرسوم الرئاسي كان في نفس اليوم الذي اتخذ فيه، أي في 9 فبراير 1992، فإن دخوله حيز التنفيذ يجب أن يكون ابتداء من 10 فبراير 1992، و أن إجراءات حل الجبهة الإسلامية للإنقاذ بدأت في 9 فبراير 1992، ينظر د/ بدران مراد؛ رسالته السابقة؛ ص124

[5] - ينظر د/ بدران مراد؛ رسالته السابقة؛ ص125؛ نقلا عن جريدة المجاهد باللغة الفرنسية في 10 فبراير 1992.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المتضمن حالة الطوارئ ، قد تم بمرسوم رئاسي آخر رقم 92-320،[1] وسمح باتخاذ قرار لمدة لا تتجاوز 6 أشهر قصد وقف نشاط أي شركة أو جهاز أو مؤسسة أوهيئة، أو غلقها مهما كانت طبيعتها أو اختصاصها، وذلك في حالة ما إذا عرضت بنشاطها النظام العام أو الأمن العمومي أو السير العادي للمؤسسات أو المصالح العليا للبلاد للخطر.

على أن الشيء الملفت للانتباه في هذا الصدد، يتمثل في صدور المرسوم التشريعي رقم 02/93 المؤرخ في 06 فبراير 1993 والذي مدد حالة الطوارئ لمدة غير محدودة ، مخالفا بذلك صريح المادة 86 من دستور 1989 – التي صدر في ظلها – التي كانت تشترط أن تكون حالة الطوارئ محددة المدة ، ولا يمكن تمديدها إلا بعد موافقة المجلس الشعبي الوطني[2].

وإذا كان المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المتضمن إعلان حالة الطوارئ قد تم تمديد لأجل غير محدد بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 93-02، فإن هذا يعني بأن العمل الإداري الذي يدخل في مجال التنظيم المرسوم الرئاسي قد تحول إلى عمل تشريعي الذي يدخل الذي في مجال التشريع " **المرسوم التشريعي**"، مما يطرح مشكلة كيفية إلغائه, هل يعود للاختصاص التنظيمي " **مرسوم رئاسي**"؛ أم يعود إلى الاختصاص التشريعي " مرسوم تشريعي أو قانون"[3]؟.

وفي خلاصة هذا الفرع يمكن التأكد من الدور المؤثر والهام الذي تقوم بحالتي الحصار والطوارئ في توسيع صلاحيات السلطة الضبطية؛ بحيث تصل الى أبعد الحدود من خلال مصادرة بعض الحقوق والحريات الاساسية وهو ما سيتم تفصيل في الفرع الموالي.

---

[1] – بنظر الجريدة الرسمية رقم 61 الصادرة في 12 أوت 1992

[2] – تجدر الإشارة إلى أن المادة 91 من دستور 1996 اشترطت موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعتين معا لإمكانية تمديد حالة الطوارئ أو حالة الحصار، وهو ما أكدت عليه المادة 98 من القانون العضوي رقم 99-02 المؤرخ في 8 مارس 1999 المنظم للمجلس الشعبي ومجلس الأمة وعملهما، وكذلك العلاقات الوظيفية بينهما و بين الحكومة، الجريدة الرسمية رقم 15 الصادرة في 9 مارس 1999.

[3] – إن الأعمال التي تتخذ بمقتضى مرسوم تشريعي، هي الأعمال المحجوزة للمشرع، ينظر المداولة رقم 92-02 الصادر في 14 فبراير 1992 من المجلس الأعلى للدولة، المتعلقة بالمراسيم ذات الطابع التشريعي الجريدة الرسمية رقم 28 الصادرة في 15 أفريل 1992

الفرع الثاني: أساليب سلطة حفظ النظام في تقييد ممارسة الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في النظام القانوني الجزائري:

بعد تحديد أثر حالتي الطوارئ والحصار على نظام الحريات العامة من حيث إمكانية مصادرتها أو تقييدها؛ بقي على الباحث أن يحدد بدقة أهم الوسائل الإدارية الضبطية التي تلجأ إليها سلطات حفظ النظام العمومي في مجال وقاية النظام العام من كل ما قد يمس به؛ ومن بين أهم هذه الأساليب الأكثر خطورة على ممارسة الحريات يمكن دراسة الأساليب الآتية:

أولا: أسلوب الاعتقال الإداري وأثره على الحريات الشخصية:

يعد إجراء الاعتقال الإداري من بين أهم الإجراءات الاستثنائية التي يجوز للدولة أن تتخذها في ظل هذه الظروف العصيبة؛ حيث تقوم من خلاله بتقييد الحرية الشخصية للشخص المعتقل فهو يتضمن حرمان هذا الشخص من ممارسة أهم الحريات الأساسية.

ومن ثم فهو جزاء إداري لكل من حامت حوله شبهات حددها المشرع في التحريض على الفوضى، وعلى ارتكاب جنايات أو جنح ضد أشخاص وأملاك.والنداء بأية وسيلة للعصيان المدني، وإلى الإضراب.وبالتحريض على التجمعات لغرض واضح يثير الاضطراب في النظام العام وفي طمأنينة المواطنين وبحمل أي سلاح؛ ورفض الإمتثال للتسخير الكتابي الذي تصدره السلطة المخولة صلاحيات الشرطة وحفظ النظام العام، بسبب الإستعجال والضرورة بغية الحصول على خدمات يؤديها مرفق عام أو مؤسسة عامة أو خاصة.

كما يمكن أن يكون موضوع تدبير الوضع في مركز الأمن، الأشخاص الذين يخالفون التنظيم الإداري المتعلق بالمرور وتوزيع المواد الغذائية، وكذلك بقصد إثارة إضطرابات في النظام العام.

ونظرا لخطورة هذا الإجراء الاستثنائي على الحريات خاصة الحريات الشخصية منها؛ وما يترتب على ذلك من آثار على أسرته وعمله الذي قد يسرح منه لمجرد شبهة الاعتقال الأمني الوقائي[1]؛ وتشويه سمعته في محيطه الاجتماعي؛من اجل ذلك خول المشرع للأشخاص الخاضعين للاعتقال حق الطعن في تلك الإجراء؛ دفاعا عن حرمته الشخصية؛ هذا ما سيحاول الباحث تجليته **في عنصرين:**

1- ماهية الاعتقال الإداري: يعتبر الاعتقال من أخطر الإجراءات الاستثنائية على الحرية الشخصية للأفراد؛ وهو مرتبط في أغلب الأحوال بحالات الظروف الاستثنائية ولذلك فهو من أهم التدابير التي جاء بها مرسوم

---

[1] – يمثل الاعتقال احد أهم سلطات الضبط الإداري أثناء حالة الطوارئ في مواجهة الأفراد؛ وهو صور ثلاث إما أن يكون من طرف أجهزة الأمن السرية؛ كالمخابرات بموجب إجراءات سرية كالاختطاف الذي غالبا ما يتخذ ضد الخصوم والمعارضين السياسيين ممن يعتبرون خطرا على الأمن السياسي للحكام كما في الأنظمة الشمولية والديكتاتورية؛ ومنه أيضا الاعتقال الإداري الوقائي بإيداع الشخص لدى جهات الأمن العادية لفترة زمنية غير محددة عادة ما تنتهي بالعفو الرئاسي الخاص؛ لمجرد الاشتباه في خطورتهم على الأمن القومي دون اتهام جنائي وبغير محاكمة. وصورته الثالثة الاعتقال الإداري مع العزل وفق إجراءات علانية لا تسمح لهم بأي اتصال بالعالم الخارجي. ينظر تفصيل هذه الصور عند د/فيصل كامل إسماعيل؛ سلطات الضبط الإداري أثناء حالة الطوارئ في مصر وفرنسا وأمريكا؛ دراسة مقارنة؛ رسالة دكتوراه جامعة طنطا؛ مصر كلية الحقوق سنة 2006؛ ص388 وما بعدها.

حالة الحصار فطبقا للمادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196، يجوز للسلطة العسكرية أن تتخذ هذا الإجراء ضد أي شخص راشد يتبين أن نشاطه يشكل خطورة على النظام العام والأمن العمومي، أو السير الحسن للمرافق العامة. كما أنه أيضا من بين الإجراءات التي تتخذ في إطار ممارسة صلاحيات البوليس الإداري المتعلقة بالمحافظة على النظام العام من طرف وزير الداخلية والولاة المفوض إليهم ذلك في ظل حالة الطوارئ.

وحسب المرسوم التنفيذي رقم 91-201، المؤرخ في 25 جوان 1991، والذي يضبط حدود الاعتقال الإداري وشروطه[1] -أي الوضع في مركز الأمن وشروطه- فهو في حقيقته إجراء وقائي يتم بمقتضى قرارات من السلطة الإدارية المختصة بقصد وقاية الأمن والنظام العام من الخطورة النابعة من الشخص محل الاعتقال؛ وفقا للأحكام التي يحددها القانون.[2]

1-1- تعريف الاعتقال الإداري أو الوضع في مركز للأمن:

تطبيقا للمادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 والتي تجيز للسلطة العسكرية أن تتخذ إجراء الاعتقال الإداري ضد أي شخص راشد يتبين أن نشاطه يشكل خطورة على النظام العام و الأمن العمومي أو السير الحسن للمرافق العامة، فقد صدر المرسوم التنفيذي[3] رقم 91-201، المؤرخ في 25 جوان 1991، والذي يضبط حدود الاعتقال الإداري و شروطه- أي الوضع في مركز الأمن وشروطه – فإن إجراء الاعتقال الإداري هو ذلك الذي يترتب عليه حرمان الشخص الراشد من حرية الذهاب و الإياب، ووضعه بأحد المراكز التي تحدد بمقرر من القيادة العليا للسلطة العسكرية أما عن مدة الوضع في مركز الأمن فهي **45** يوما قابلة للتجديد مرة واحدة طبقا لنص المادة 5من هذا المرسوم التنفيذي

وكذا مرسوم حالة الطوارئ 44/92 في مادته الخامسة" يمكن لوزير الداخلية أن يأمر بوضع أي شخص راشد... في مركز امن في مكان محدد. وقد أما طبقا للمادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 92-75 المؤرخ في 20 فبراير 1992[4] فإن الإعتقال الإداري هو عبارة عن إجراء إداري ذو طابع وقائي، يتمثل في حرمان أي شخص راشد من حرية الذهاب والإياب، وذلك بوضعه في مركز أمن. على أن وزير الداخلية هو الذي له أن يأمر، بناء على اقتراح من مصالح الأمن بوضع أي شخص راشد يكون نشاطه خطيرا على النظام العام أو على السير الحسن للمرافق العامة، في مركز أمن أو في مكان محدد. ومع ذلك بإمكان وزير الداخلية أن يمنح تفويض إمضاء إلى الولاة فيما يخص الوضع في مراكز الأمن[5].

---

[1] – هذا المرسوم التنفيذي جاء تنفيذا للمادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196ينظر الجريدة الرسمية رقم 31 الصادرة في 26 جوان 1991.

[2] – عبد العزيز برقوق؛ مرجع سابق؛ ص93

[3] – الجريدة الرسمية؛ رقم 31 الصادرة في 26 جوان 1991

[4] – هذا المرسوم التنفيذي جاء ليحدد شروط تطبيق المرسوم الرئاسي رقم 92-44 الجريدة الرسمية رقم 14 بتاريخ23/02/ 1992.

[5] – ينظر قرار وزير الداخلية والجماعات المحلية المؤرخ في 11 فبراير 1992 الذي يتضمن تفويض الإمضاء إلى الولاة فيما يخص الوضع في مراكز الأمن. الجريدة الرسمية؛ رقم 11 الصادرة في 11 فبراير 1992.

ومن خلال هذه النصوص يمكن القول بأن الاعتقال الإداري ، هو ذلك الإجراء الذي تتخذه السلطة الإدارية المختصة أو السلطة المخولة قانونا بمقتضى أحكام القانون، والذي تقوم من خلاله بتقييد الحرية الشخصية للشخص الخاضع له، عن طريق وضعه في مركز للأمن، وذلك من أجل الحفاظ على النظام العام من الخطر الذي يتهدده.[1]

إن الإعتقال الإداري بهذا الشكل يعد من أخطر الإجراءات المتعلقة بتقييد الحرية الشخصية. بل إنه الحرمان الكامل من الحرية، ما دام أن الشخص المعتقل سيوضع في إحدى مراكز الأمن، بحيث أنه سيحرم من حرية الذهاب والإياب، وذلك دون تحقيق سابق ودون أن تكون هناك جريمة منسوبة إليه؛ حيث يستند الاعتقال على مجرد توافر الدلائل والقرائن على خطورة الشخص؛ هذه الخطورة ليست سوى مجرد وصف ينبئ عنه وقائع من ماضيه وحاضره أو تحريات تفصح عن ميوله واتجاهاته[2].وبالتالي سيحرم من ممارسة الحريات الأخرى، كالحق في التعبير عن رأيه مثلا.

هذا و تجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن فصل الإعتقال عن جذوره الأصلية، المتمثلة في حالة الحصار وحالة الطوارئ[3]، والنصوص التطبيقية لهما[4]. فالنصوص المنظمة لحالة الحصار وحالة الطوارئ هي الأصل بالنسبة للإجراءات الإستثنائية الصادرة في ظلهما، ومن ثم فهي تشكل مصدرا لقيود الحرية وتعطيلا لضماناتها الواردة في أحكام الدستور؛ ولعل في إقدام وزير الداخلية على إنشاء خمسة مراكز للأمن[5]تحت إشراف السلطات العسكرية في الصحراء يمثل خرقا واضحا للحكمة من إجراء الاعتقال الوقائي،[6] والمتمثلة في الوقاية منالخطورة المشتبه فيها في المعتقل؛ وليس في العقاب القمعي؛ وهذا ماسيتم التأكد منه من خلال تحديد **طبيعته**.

---

[1]- د/ صبري محمد السنوسي، الإعتقال الإداري بين الحرية الشخصية ومتطلبات النظام العام، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1995، ص31.

[2]- د/ أحمد جاد منصور؛ الحماية القضائية لحقوق الإنسان؛ دار أبو المجد للطباعة؛ طبعة1997؛ ص168

[3]-ينظر المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المؤرخ في 4 جوان 1991، المتضمن تقرير حالة الحصار، و كذلك المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المؤرخ في 9 فبراير 1992 المتضمن إعلان حالة الطوارئ.

[4]- ينظر المرسوم التنفيذي رقم 91-201 المؤرخ في 25 جوان 1991، الذي يضبط حدود الوضع في مركز الأمن وشروطه، الجريدة الرسمية رقم 31 الصادرة في 26 جوان 1991، والمرسوم التنفيذي رقم 92-75 المؤرخ في 20 فبراير 1992 المحدد لشروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي رقم 92-44 الجريدة الرسمية رقم 14 بتاريخ 1992/2/23.

[5]- وتمثلت هذه القرارات في:

1-القرار المؤرخ في 10فيفري1992 المتضمن إنشاء مركز أمن في رقان؛ الجريدة الرسميةعدد11ص299

2-القرار المؤرخ في 10فيفري1992 المتضمن إنشاء مركز أمن في عين صالح؛ ج –ر؛ العدد 11؛ص299

3- القرار المؤرخ في 10فيفري1992 المتضمن إنشاء مركز أمن في ورقلة؛ ج –ر؛ العدد 11؛ص300

4- القرار المؤرخ في 15فيفري1992 المتضمن إنشاء مركز أمن في الحمر أدرار؛ ج –ر؛ العدد 11؛ص300

5-القرار المؤرخ في 15فيفري1992 المتضمن إنشاء مركز أمن في برج عمر إدريس اليزي؛ ج –ر؛ العدد 11؛ص300

[6]- ونظرا لخطورة الاعتقال الإداري على الحريات فان قانوني حالتي الحصار والطوارئ في فرنسا لم يتضمنا النص على هذا الإجراء الاستثنائي الخطير؛ وإنما نظمته قوانين خاصة؛ بل أن قانون الطوارئ عندهم لا يجيز صراحة أوامر الاعتقال ؛ ويمنع على وزير الداخلية إنشاء معسكرات وأماكن للاعتقال؛ وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير "كيدار keddar .ينظر د/ محمد حسنين عبد العال؛

1-2- شروط الإعتقال الإداري ومبرراته:

نظرا لجسامة الآثار المترتبة على إجراء الإعتقال الإداري، فلا بد أن تتوفر الشروط وضوابط التي تبرر اتخاذه من طرف الإدارة؛ والتي حددها النظام القانوني الاعتقال المستمد من النصوص التطبيقية لمرسومي الحصار والطوارئ[1]؛ والتي ترتب تدبير الاعتقال على كل شخص راشد يتبين أن نشاطه خطير على النظام العام وعلى الأمن العمومي؛ وهو الأمر الذي يترك المجال واسعا للسلطة التقديرية للإدارة في اعتقال من تشاء؛ ومن ثم التعسف في استعمال السلطة؛ لمجرد تخويف وتهديد الغير وردعهم؛ ومنعا لإمكانية هذا التعسف تضمن المرسومين التنفيذيين المنظمين للاعتقال الإداري رغم الاختلاف الظاهر بينهما؛ بعض الضوابط والقيود على سلطة الإدارة التقديرية يمكن تقسيمها الى نوعين من الضوابط:

1-2-1 – الضوابط او الشروط الشكلية: التي يجب توافرها قبل الإقدام على هذا الإجراء الخطير:

– **خطورة الشخص:** بأن يكون الشخص الخاضع لهذا الإجراء راشدا؛ وأن يكون نشاط هذا الشخص خطرا على النظام العام و الأمن العمومي أو السير الحسن للمرافق العامة.

– **جهة الاختصاص:** بأن يتخذ هذا الإجراء من السلطة المختصة؛ وهي القيادة العليا للسلطة العسكرية إذا كنا بصدد حالة الحصار، ووزير الداخلية إذا كنا بصدد حالة الطوارئ و إن كان بإمكان هذا الأخير أن يفوض لإمضائه إلى الولاة[2].ومع ذلك يجب استشارة الأركان المختلطة.

1- **3- مدة الاعتقال:** تحدد مدة الوضع في مركز الأمن فهي 45 يوما قابلة للتجديد مرة واحدة[3]. بحيث لا يمكن أن تتجاوز مدة الاعتقال القصوى ثلاثة شهور طبقا للمادة 5 من مرسوم 201/19؛ رغم أن هذا القيد الزمني لم ينص عليه في ظل المرسوم التنفيذي المطبق لحالة الطوارئ. إذ على خلاف المرسوم التنفيذي رقم 91-201 الذي حدد مدة الإعتقال الإداري المتخذ في حالة الحصار، فإن المرسوم التنفيذي رقم 92-75 لم يحدد مدة الإعتقال الإداري، وهو ما ترتب عليه من الناحية العملية الإبقاء على الأشخاص معتقلين لسنوات عديدة[4].

الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري؛ دار النهضة العربية القاهرة؛ ط2؛ ص1991؛ص116. وأ/ عبد العزيز برقوق؛ ضوابط السلطة التنفيذية؛ ص94

[1] – والمقصود هنا المرسوم التنفيذي201/91 المنظم للاعتقال في ظل حالة الحصار تطبيقا للمادة 4منه.الجريدة الرسميةعدد31؛ص1121. والمرسوم التنفيذي75/29 المنظم للاعتقال في ظل حالة الطوارئ. الجريدة الرسميةعدد14؛ ص388

[2] – يمكن أي تكون الجهة المصدرة لقرار الاعتقال متمثلة في الوالي بموجب التفويض الذي تم له بالقرار الوزاري المؤرخ في 1992/02/11؛ الصادر في الجريدة الرسمية؛ عدد11؛ ص300

[3] – أنظر المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201، سابق الإشارة إليه.

[4] – د/ بدران مراد ؛ رسالته السابقة؛ ص121

1- 4-جهة الاقتراح: فطبقا للمادة 3 من مرسوم201/91 فان الاعتقال لا يتم ولا يتخذ إلا بناء على الاقتراحات القانونية المقدمة من مصالح الشرطة والمصحوبة برأي لجنة رعاية النظام العام [1]؛ التي تنصح و تستشار في دراسة مدى تطبيق التدابير الاستثنائية المنصوص عليها في مرسوم حالة الحصار.والملاحظ على تشكيلة هذه اللجنة أنها يغلب عليها الطابع العسكري والإداري. مما يجعل من دورها خال من فائدة إضافية لضمانات الحرية. حتى وفي حالة اعتراض الشخصيتين المتمسكتين بالمصلحة العامة فان رأي اللجنة يبقى دائما استشاريا غير ملزم[2]. والغريب أن المرسوم التنفيذي 75/92 المتعلق بتدبير الاعتقال في ظل حالة الطوارئ لا ينص على مثل هذه الاستشارة مكتفيا في مادته الثالثة على أن تدبير الوضع في مركز للأمن يتخذ من طرف وزير الداخلية أو السلطة التي يفوضها ذلك ممثلة في الوالي على مستوى كل ولاية.

غير أن المادة 7 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 فبراير 1992 الذي يتضمن التنظيم العام **لتدابير الحفاظ على النظام العام في إطار حالة الطوارئ** نصت على إنشاء هيئة تسمى "**أركن مختلطة**"[3]تساعد الوالي في القيام بمهامه في إطار حالة الطوارئ.بحيث لا يمكن اتخاذه إجراء الإعتقال الإداري إلا بعد استشارة هذه الهيئة المختلطة.

1-2-2- مبررات وأسباب الاعتقال الإداري: يمكن حصر الأعمال التي تشكل مساسا بالنظام العام؛ بما عددته المادة 4من **المرسوم التنفيذي 201/91** في حالة الحصار؛ وعلى العكس يلاحظ خلو المرسوم التنفيذي 75/92 الصادر في ظل حالة الطوارئ من ماهية هذه الأعمال المستوجبة لتدبير الاعتقال.فإنها تتمثل إجمالا في كل فعل يحتمل أن يترتب عليه الإخلال بالنظام العام؛ بحيث تعتبر الأفعال الآتية مستوجبة لوضع مرتكبيها في مركز الأمن وهي:

1-التحريض على الفوضى وعلى ارتكاب جنايات أو جنح ضد أشخاص و أملاك.

2-النداء بأية وسيلة للعصيان المدني و إلى الإضراب.

3-حمل أي سلاح من أجل ارتكاب المخالفات.

4-التحريض على التجمع لغرض واضح يثير الاضطراب في النظام العام وفي طمأنينة المواطنين.

---

[1]- وتتشكل لجنة رعاية النظام العام حسب ما ورد في المادة 5 من المرسوم الرئاسي لحالة الحصار من" الوالي؛ محافظ الشرطة؛ قائد مجموعة الدرك؛ رئيس القطاع العسكري؛ شخصيتين معروفتين بتمسكهما بالمصلحة العامة."

[2]- وكان الأولى أن تكون هذه اللجنة متوازنة تجمع بين ممثلي السلطة وممثلي الحرية ؛وهذا ما هو معمول به في فرنسا إذ يلزم قانون الاعتقال المعدل والمتمم لعام1944؛عندهم جهة الإدارة في حالة إقدامها على اعتقال أحد الأفراد بإخطار لجنة مؤلفة تحت رئاسة أحد القضاة الذي يختاره رئيس محكمة الاستئناف في الأيام الثمانية الموالية للاعتقال للنظر في البواعث التي دعت إلى إيقاع هذا الإجراء" ينظر مزيدا من التفصيل عند" د/محمود سعد الدين الشريف؛ أساليب الضبط الإداري والقيود الواردة عليه؛ مقالة سابقة؛ ص61

[3]- وهذه الأركان المختلطة تتكون من: قائد القطاع العسكري، قائد مجموعة الدرك الوطني أو ممثله، ورئيس الأمن الولائي أو ممثله. أما الأركان المختلطة التي تساعد وزير الداخلية، فإنها تتكون من ممثلي القوات المشاركة في الحفاظ على النظام العام. ينظر المادة 2 من نفس القرار الوزاري المشترك سابق الإشارة إليه.

5-رفض الامتثال للتسخير الكتابي الذي تصدره السلطة المخولة صلاحيات الشرطة و حفظ النظام العام، إذا كان الرفض يعرقل سير الاقتصاد الوطني عرقلة خطيرة.

6- معارضة تنفيذ التسخير الذي أعد بسبب الاستعجال و الضرورة بغية الحصول على خدمات يؤديها مرفق عام أو مؤسسة عامة أو خاصة.

كما يمكن أن يكون موضوع تدبير الوضع في مركز الأمن، الأشخاص الذين يخالفون التنظيم الإداري المتعلق بالمرور وتوزيع المواد الغذائية، وكذلك بقصد إثارة اضطرابات في النظام العام[1].

2- طبيعة الإعتقال الإداري:

2-1- الطبيعة الوقائية لإجراء الاعتقال الإداري:

إن الاعتقال الإداري هو من الإجراءات الوقائية التي يكون الغرض منها الحفاظ على النظام العام ووقايته مما يتهدده؛ فالمفروض أن الشخص المعتقل لم يرتكب أية مخالفة ؛ولذلك فإن هذا الإجراء يجب أن يتخذ قبل أن ترتكب الجرائم؛ ومن ثم فإن الهدف الأساسي منه هو وقاية النظام العام مما يتهدده من أخطار، و هذا على خلاف العقوبة الجنائية التي يكون الغرض منها هو ردع المجرم؛ كما أن سبب الاعتقال الإداري هو مجرد أوصاف لا ترقى إلى وصف التجريم؛ أما سبب توقيع العقوبة هو ارتكاب جريمة معاقب عليها[2].

ومن هنا، فإن الشخص الذي يخضع لإجراء الإعتقال الإداري هو من المفروض الشخص الذي تثور بصدده شكوك حول تصرفاته المستقبلة أو المحتملة، والتي قد تشكل خطورة على النظام العام. لذلك فإن المسألة تعتمد على الظاهر دون حاجة إلى البحث فيما إذا كان هذا الظاهر يتطابق مع الواقع أم لا[3].

ولكن على الرغم من ذلك، بإمكان الجهة المختصة باتخاذ إجراء الإعتقال الإداري أن تعتمد على بعض القرائن التي تفيد خطورة الشخص على النظام العام، من ذلك مثلا، صدور حكم نهائي أو أكثر ضد الشخص الذي تريد الإدارة اعتقاله، والذي يؤكد على ارتكابه لجريمة تمس النظام العام، أو اعتياده على ارتكاب مثل تلك الجرائم[4].

---

[1] - إن الاعتقاد الإداري هو إجراء وقائي باتفاق الفقه، ولكن بالرجوع إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 91-201 ، يتضح بأن الاعتقال الإداري أصبح في الجزائر إجراء ردعيا ، مادام أن رئيس الحكومة من خلال ذلك المرسوم قام بتجريم أفعال ، و هو بهذا يكون قد خالف المادة 43 من دستور 1989 و التي تقابلها المادة 46 من دستور 1996 ، والتي تنص على أنه " لا إدانة إلا بمقتى قانون (وليس مرسوم تنفيذي) صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم ". ينظر د/ بدران رسالته السابقة؛ص101

[2] - د/ صبري محمد السنوسي، المرجع السابق، ص.18 و19.

[3] - فتحي فكري، الإعتقال الإداري، دار النهضة العربية، 1992، ص53.

[4] - تجدر الإشارة إلى أنه إذا صدر حكم بعدم معاقبة الشخص بسبب عدم كفاية الأدلة، أو بسبب بطلان الإجراءات، أو تم حفظ الدعوى، فإن ذلك لا يحول دون اعتبار الشخص خطرا على النظام العام، و بالتالي إمكانية خضوعه لإجراء الإعتقال الإداري، لأن الحكم الصادر في هذه الفرضيات لم يبرئ الشخص عن الأفعال المنسوبة إليه.

هذا و تجدر الإشارة إلى أن القرائن التي تفيد بأن الشخص يعد خطرا على النظام العام، تتطلب أن تكون تلك الوقائع دالة على خطورته[1]؛ ولكي يتحقق هذا الشرط لا بد من نسبة وقائع محددة للشخص المعني، فالأقوال المرسلة و الشائعات لا يعتد بها في هذا المجال؛ وبالإضافة إلى ذلك يجب أن تصدر تلك الوقائع من الشخص المعني خلال ظروف الأزمة التي تمر بها الدولة، وألا تشكل تلك الوقائع جريمة معاقب عليها في قانون العقوبات وعلى هذا استقر الفقه على انه لا يجوز اعتقال الشخص إداريا إذا ما كان قد ارتكب جريمة معاقب عليها.ويترتب على ذلك أنه لا يشترط تسبيب إجراء الإعتقال الإداري ؛ كما انه لا يخضع لمبدأ المواجهة واحترام حقوق الدفاع، ما دام أن الغاية من ذلك القرار هي وقائية وليست عقابية، وتماشيا مع هذا الإتجاه يرى Drago أن إجراءات الضبط الفردية لها غاية وقائية، وهي عبارة عن أوامر لا تصدر من أجل العقاب على مخالفة وقعت، وإنما الحفاظ على النظام العام[2].

وإذا كانت المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196، المتضمن تقرير حالة الحصار، والمادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 92-44، المتضمن إعلان حالة الطوارئ، و المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 92-75 المحدد لشروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي رقم 92-44 قد اعترفت بالصفة الوقائية لإجراء الإعتقال الإداري، فإن المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201 المؤرخ في 25 جوان 1991 الذي يضبط حدود الوضع في مركز الأمن و شروطه، تطبيقا للمادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المتضمن تقرير حالة الحصار، لم تعتبر بأن الإعتقال الإداري هو بمثابة إجراء وقائي، بل اعتبرته بمثابة إجراء ردعي، ما دام أن الأشخاص الذين خضعوا له، متهمين بارتكاب أفعال معاقب عليها في قانون العقوبات[3]؛ وهو التكييف الذي سار عليه للأسف الشديد القاضي الإداري الجزائري، إذ لم يميز في العديد من القضايا بين الإعتقال الإداري و بين العقوبة الجزائية؛ نذكر من ذلك للتدليل على هذا المسلك الغريب من طرف مجلس الدولة الجزائري:

2-2- قضية والي ولاية تلمسان ضد رئيس بلدية منصورة (ولاية تلمسان)[4]فبعد أن تعرض السيد رئيس المجلس الشعبي لبلدية منصورة إلى الإعتقال الإداري في 1 جويلية 1991، قام والي تلمسان في 7 جويلية 1991، بإصدار القرار رقم 2830 والذي يقضي بتوقيفه عن مهامه كرئيس للمجلس الشعبي البلدي.

---

[1]- فتحي فكري، المرجع السابق، ص.88 و ما بعدها.

[2] - ينظر في تفاصيل ذلك :

La note de **Drago** sous, C.E., 16 Décembre 1956, Bourokba, D, 1956, p. 394.

[3] -إذا كان رئيس الحكومة قد قام بتجريم أفعال من خلال المرسوم التنفيذي رقم 91-201، فإن ما تجدر الإشارة إليه هنا، هو أن رئيس الحكومة قد خالف المادة 43 من دستور 1989 –التي تقابلها المادة 46 من دستور 1996- والتي تنص على أنه" لا إدانة إلا بمقتضى قانون(وليس مرسوم تنفيذي) صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم.

[4]- القرار رقم 108829 (الفهرس 217)، المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، 31 مارس 1996، القرار غير منشور. تجدر الإشارة هنا إلى أن السيد ريس البلدية لم يمثل أمام المحكمة العليا بواسطة محام معتمد أمامها، بل إنه كان وقت الإستئناف في وضعية اعتقال إداري، ومع ذلك لا توجد أية إشارة في قرار المحكمة العليا على أن الحكم صدر غيابيا. ينظر د/ بدران؛ مرجع سابق؛ ص 280

بدعوى خطورته على النظام العام في ظل الظروف الإستثنائية، خاصة وأن هذا الرئيس قد شارك في الإضراب السياسي الذي قامت به الجبهة الإسلامية للإنقاذ.

قام السيد رئيس المجلس بالطعن بدعوى تجاوز السلطة ضد قرار الوالي أمام الغرفة الإدارية الجهوية بمجلس قضاء وهران بتاريخ 9 سبتمبر 1991، مستندا على أساس مخالفة الوالي للمادة 32 من قانون البلدية. وهو ما تبنته الغرفة الإدارية، في28 مارس 1992 بإلغاء قرار الوالي، وذلك على أساس مخالفة أحكام المادة 32 من قانون البلدية التي تتطلب ضرورة أخذ الرأي المسبق من المجلس الشعبي البلدي قبل اتخاذ قرار التوقيف.

وبعد تبليغ الوالي بهذا القرار، قام في 2 أوت 1992 بالطعن فيه بالإستئناف أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا. فقامت هذه الأخيرة في 31 مارس 1996 بإلغاء قرار المجلس القضائي على أساس "**أن قرار الوالي جاء لوضع حد للفوضى حيث شارك المدعي في الإضراب السياسي، وغلق أبواب البلدية**" الشيء الذي ترتب عليه توقف نشاطها. وأن عدم احترام المادة 32 من قانون البلدية سببه "**استحالة اجتماع أعضاء المجلس الشعبي البلدي الذين رفضوا الإجتماع**" ما دام أن كلهم شاركوا في الإضراب وأن القرار جاء "**من أجل الحفاظ على النظام العام واستمرارية خدمات المرافق العامة**" واتخذ في "**ظروف إستثنائية بعد إعلان حالة الحصار**" وأن قرار مجلس قضاء وهران "**أخطأ في تقدير الوقائع**"[1].

وفي تعليقه على هذا القرار يرى **د/ بدران** أن القاضي استند على المادة 32 من قانون البلدية وأسس حكمه عليها، على الرغم من أن هذه المادة لا تنطبق على هذا النزاع، لأنها تتكلم عن حق **الوالي في إيقاف المنتخب البلدي في حالة تعرضه إلى متابعة جزائية تحول دون مواصلة عمله**، وذلك بعد أخذ رأي المجلس الشعبي البلدي. وليس لمجرد تعرضه إلى اعتقال إداري، وشتان ما بين المتابعة القضائية والإعتقال الإداري.وعليه فإن اعتقال شخص إداريا، بسبب أفعال تشكل جريمة بمفهوم قانون العقوبات، يؤدي إلى إمكانية استخدام الإعتقال الإداري للضغط عليه، حتى لا يستفيد من ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحقيق القضائي؛ وبالتالي إساءة موقفه في الدعوى الجنائية. وعلى هذا ألغى مجلس الدولة الفرنسي قرار اعتقال استند على أن الأفعال المنسوبة للمعني بالأمر تشكل جريمة جنائية مما يمكن القول معه بعدم صحته إذا كان المشرع قد جرم أفعالا في قانون العقوبات، فإنه لا يصح قيام السلطة الإدارية بالإعتقال الإداري عن أفعال سبق للمشرع أن جرمها"[2].

وعليه فالعقوبة تقوم على أساس ارتكاب الشخص لمخالفة معينة تستوجب إدانته بسلب حريته أما الإعتقال فإنه يتعلق بأوصاف تقوم في حق صاحب الشأن –كخطورته على النظام– وهذا الوصف معناه أن المسألة احتمالية، لا تشكل أية مخالفة، ومن هنا فإنه لا يستقيم تشبيه الإعتقال بالعقوبات.

---

[1] – إن نفس هذا الحل أكدت عليه الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قرار مشابه تماما لهذا القرار ينظر القرار رقم 108830 (الفهرس 218)، المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، 31 مارس 1996، والي ولاية تلمسان ضد رئيس المجلس الشعبي لبلدية تيرني السيد عيسى ميلود، القرار غير منشور.

[2] – د/ مراد بدران ؛ رسالته السابقة؟؛ ص280.

2-3- الإعتقال الإداري في طبيعته ليس حبسا مؤقتا:

بترتب على الحبس المؤقت سلب حرية المتهم لمدة زمنية محددة، تقتضيها مصلحة التحقيق، وفق ضوابط يحددها قانون الإجراءات الجزائية، تتمثل أساسا في اشتباهه بارتكاب جريمة معاقب عليها في قانون العقوبات[1]. والحبس المؤقت بهذا المعنى لا يعد عقوبة، رغم أن طبيعته مشابهة للعقوبات السالبة للحرية، ما دام أنه لم يصدر بعد حكم بإدانة الشخص الخاضع له. و لكن على الرغم من ذلك، فإن للحبس المؤقت طبيعة مزدوجة، فهو ذو طبيعة وقائية، وأخرى عقابية، ما دام أنه يهدف إلى تهيئة الرأي العام للعقوبة[2].

و الإعتقال يشبه الحبس المؤقت من حيث الآثار المقيدة للحرية الشخصية، وقطع الإتصال بالعالم الخارجي، بالإضافة إلى عدم صدور أية عقوبة جزائية. إلا أن أهم الفروق بينهما تكمن في أن المعتقل إداريا هو شخص يخشى من ارتكابه لأفعال تمس النظام العام، فالإعتقال الإداري يقوم على أسباب ليست واقعية مادية ملموسة، بل إنه يعتمد على الأوصاف.أما المحبوس مؤقتا فإنه متهم بارتكاب جريمة معاقب عليها في قانون العقوبات. و إذا كان المتهم هنا لم يصدر أي حكم بإدانته، إلا أن هناك دلائل قوية تثير نسبة الجريمة المرتكبة إليه.كما أن قرار الإعتقال الإداري يصدر من السلطة الإدارية، دون وجود تحقيق سابق، ما دام أن الشخص الخاضع له ليس متهما بارتكاب جريمة، في حين أن الحبس المؤقت تباشره السلطة القضائية تجاه المتهم بارتكاب جريمة جنائية، مع مراعاة الضوابط التي حددها قانون الإجراءات الجزائية والتي من أهمها ضرورة استجوابه، أو أن الفرصة أتيحت له لإبداء دفاعه، إلا إذا استحال ذلك. على أن الإستجواب يعد هنا إجراء جوهريا.

وفي تقدير الباحث أن الاعتقال يعتبر من اشد التدابير التي تتخذه الإدارة في مواجهة الأفراد؛ ولذا يجب أن تكون الأسباب الداعية إليه قوية؛ تدور حول تهديد وشيك للنظام العام بناء على وقائع محددة منسوبة للشخص المشتبه فيه؛ بعيدا عن التذرع بالمصطلحات المطاطية والمرنة كاصطلاح الخطورة ومجرد الاشتباه. لأن مجرد الاعتقال في حد ذلته له انعكاساته على سيادة النظام في المستقبل نظرا لما يتركه في نفسية المعتقل من تأول الحق في الانتقام من السلطة؛ والد فاع الشرعي عن النفس. ولذلك اتجهت بعض التشريعات المعاصرة في فرنسا إلى جعل الاعتقال عقوبة تبعية يجب أن تسبقها عقوبة أصلية قضائية سالبة للحرية.[3]

ثانيا: أسلوبا الوضع تحت الإقامة الجبرية؛ والمنع من الإقامة.

1- الوضع تحت الإقامة الجبرية وأثره على حرية التنقل:

يمثل هذا الإجراء مساسا خطير بالحرية الشخصية بدرجة اقل من الاعتقال الإداري؛ اذ يشترك معه في تقييد ممارسة حرية التنقل والإقامة؛ فبموجبه يجبر الشخص الموضوع تحت الإقامة الجبرية على الإقامة في مكان محدد

---

[1]-ينظر المادة 123 وما يليها من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل.

[2]-د/ صبري محمد السنوسي، المرجع السابق، ص.43 و ما يليها.

[3] - ينظر تفاصيل أكثر حول بدائل الاعتقال الإداري وضوابطه عند د/ فيصل كامل إسماعيل؛ سلطات الضبط الإداري أثناء حالة الطوارئ؛ رسالة دكتوراه سابقة الاشارة إليها؛ ص595

وهو عادة ما يكون محل إقامته العادي؛ ولا يسمح له بالتنقل خارج حدود معينة إلا للضرورة القصوى وتحت رقابة الجهات الإدارية المعينة.

وتظهر خطورة هذا لإجراء أو التدبير في أن مضمونه يتنافى مطلقا مع نص المادة 44 من الدستور النافذ" يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية أن يختار بحرية موطن إقامته؛ وأن ينتقل عبر التراب الوطني...".

فطبقا للمادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 ، فإن يمكن ويجوز للسلطة العسكرية المخولة صلاحيات الشرطة ؛أن تتخذ تدبير... أو الإخضاع للإقامة الجبرية..." ضد أي شخص راشد يتبين أن نشاطه يشكل خطورة على النظام العام والأمن العمومي، أو السير الحسن للمرافق العامة ، وحسب المرسوم التنفيذي رقم 91-202، المؤرخ في 25 جوان 1991 الذي يضبط حدود الوضع تحت الإقامة الجبرية و شروطها[1]، فإنه بموجب المادة الأولى منه" يكون هذا ضد أي شخص راشد متى كان إبعاده وإجباره على الإقامة من شأنه استعادة النظام العام والأمن العام والحفاظ عليهما". مما يلاحظ أن كل هذه النصوص جاءت مطلقة دون تحديد؛ وهو الأمر الذي كان يجب تفاديه من طرف القرار الوزاري المشترك المنظم لتدابير استرجاع النظام العام.الذي بدوره جاء خاليا من اية تحديدات في مجال ضبط حالة الإقامة الجبرية[2].

كما أن المادة السادسة من المرسوم الرئاسي المنظم لحالة الطوارئ 44/92خولت وزير الداخلية في كامل التراب الوطني والوالي على امتداد تراب ولايته في إطار توجيهات الحكومة سلطة القيام بـ... الوضع تحت الإقامة الجبرية"حيث نصت المادة الخامسة منه على أن" الوضع تحت الاقامة الجبرية يكون ضد كل شخص راشد يتضح أن نشاطه مضر بالنظام العام أو بسير المصالح العمومية."

2-ضوابط وشروط الإقامة الجبرية:

طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 91-202، المؤرخ في 25 جوان 1991 الذي يضبط حدود الوضع تحت الإقامة الجبرية و شروطها؛ وبموجب المادة 5 منه.فان الأعمال التي تسمح بوضع مرتكبيها تحت الإقامة الجبرية ، فتتمثل في فيما يلي:[3]

1- النشاطات التي من شانها تعريض النظام العام و الأمن العمومي للخطر.

2 - مخالفة الترتيبات والتدابير التي تتخذها السلطة العسكرية المخولة صلاحيات الشرطة؛ والمنصوص عليها في المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المتعلق بتقرير حالة الحصار والمتمثلة أساسا في منع التجمع في الطرقات والأماكن العمومية؛ ومنع الإضرابات ورفض سلطة التسخير؛ هذا وتجدر الإشارة إلى أن تدابير اعتقال الإداري – الوضع في مركز الأمن – والإقامة الجبرية، لا يمكن للسلطة العسكرية أن تتخذها إلا بناء على

[1] -هذا المرسوم جاء تنفيذا للمادة4 من المرسوم الرئاسي 91-196؛ الجريدة الرسمية رقم 31 الصادرة 26/06/ 1991

[2] - د/ عبد العزيز برقوق؛ رسالته السابقة؛ ص 100

[3] - ينظر المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم: 91-202، سابق الإشارة إليه.

اقتراحات قانونية آتية من مصالح الشرطة، وبعد استشارة لجنة رعاية النظام العام[1] المنشأة عبر كل ولاية، والتي تترأسها السلطة العسكرية المعينة قانونا [2].

ومن جهة أخرى فإنه بإمكان الشخص الذي اتخذ ضده إجراء الاعتقال الإداري، أو الإقامة الجبرية، أن يطعن في ذلك خلال العشرة أيام من تقرير ذلك الإجراء[3]، وليس من تاريخ تبليغ القرار خلافا للقواعد العامة، الشيء الذي ترتب عليه التعسف في استعمال هذا الإجراء، ذلك أن معظم الأشخاص الذين اتخذ ضدهم هذا الإجراء لم يبلغوا به، و لم يتخذ ضدهم إلا بعد انتهاء مدة الطعن[4] لدى المجلس الجهوي لحفظ النظام العام طبقا للمادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 91-202، التي نصت على إنشاء ثلاثة مجالس جهوية[5] لحفظ النظام العام في كل من الجزائر، وهران، قسنطينة، و يمتد اختصاص كل مجلس إلى مجموعة من الولايات.

وطبقا للمادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201، والمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 91-202، سابق الإشارة إليهما ؛فانه بعد رفع هذا الطعن الإداري إلى المجلس الجهوي لحفظ النظام العام، يلتزم هذا الأخير في أن يبت فيه خلال عشرة أيام من رفع الأمر إليه، ويكون ذلك بأغلبية الأصوات، مع اعتبار صوت الرئيس مرجحا في حالة تساوي الأصوات.

أما عن إمكانية الطعن القضائي في القرارات التي تصدرها المجالس الجهوية لحفظ النظام، فإنها كما يقول **د/ بدران مراد** تكون قابلة للطعن فيها بدعوى تجاوز السلطة بالنظر إلى أن تلك المجالس التي أصدرت تلك القرارات هي مجالس جهوية، وأن رئيسها هو الوالي.[6]

---

[1] – ينظر المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196، و المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201، والمادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 91-202، سابق الإشارة إليها.

[2] – وتتكون هذه اللجنة من طبقا للمادة 5 من المرسوم 196/91: الوالي، ومحافظ الشرطة الولائية، وقائد مجموعة الدرك الوطني، ورئيس القطاع العسكري إن اقتضى الأمر، وشخصيتان معروفتان بتمسكهما بالمصلحة العامة. وبالإضافة إلى هذا الإختصاص، فإن تلك اللجنة تدرس و تنصح بتطبيق التدابير الاستثنائية المنصوص عليها في المرسوم إعلان حالة الحصار، والتي من شانها استعادة النظام والسير الحسن للمرافق العامة، وأمن الأملاك والأشخاص كما تسهر على حسن هذه التدابير، ينظر المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 19-196، سابق الإشارة إليه.

[3] – وذلك طبقا المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201 المنظم للاعتقال الإداري، والمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 91-202 المنظم لتدبير الإقامة الجبرية حيث نصتا على أن الطعن الإداري يكون خلال عشرة أيام من تقريره.

[4] – ينظرفي تفاصيل ذلك: د/ مسعود شيهوب، المقالة سابق الإشارة إليها ، ص 37 ؛ د/ بدران مراد رسالته السابقة؛ ص102

[5] – ويتشكل هذا المجلس من الوالي رئيسا، ورئيس القطاع العسكري، أو قائد مجموعة الدرك الوطني، ومحافظ الشرطة الولائية وثلاثة شخصيات يتم اختيارها بالنظر إلى تمسكها بالمصلحة الوطنية؛ طبقا للمادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201 ، سابق الإشارة إليه.

[6] – علما أن المرسومان التنفيذيان رقم 91-201 و رقم 91-202، لم يتكلما عن ذلك، ووجه دلالته أنها لا تحتاج إلى نص خاص لتقريرها، مادام أنها تنتمي للشريعة العامة ولذلك فهو يرى أن الجهة المختصة بنظر هذه الدعوة هي الغرفة الإدارية الجهوية ،ينظر د/ بدران؛ رسالته السابقة؛ ص103 .

3- المنع من الإقامة وأثره على حرية الغدو والرواح:

يتمثل هذا الإجراء في إقدام كل من السلطة العسكرية أو وزير الداخلية أو الولاة على القيام بمنع إقامة أي شخص راشد يتبين أن نشاطه مضر بالنظام العام وبالسير العادي للمرافق العامة. وذلك طبقا للمادة 8 من مرسوم حالة الحصار؛ والمادة6 من مرسوم حالة الطوارئ فكلا المرسومين ينصان على سلطة **القيام بالمنع من الإقامة** ضد كل شخص راشد يتضح أن نشاطه مضر بالنظام العمومي، ومن أجل بيان أحكام هذا الإجراء جاء المرسوم التنفيذي رقم 203/91 المطبق لنص المادة الثامنة من مرسوم حالة الحصار؛ حيث بين هذا المرسوم التنفيذي مضمون قرار المنع من الإقامة على النحو الأتي:

- **منع الشخص** من الإقامة في أماكن محددة يحددها القرار الفردي.
- **فرض نظام الرقابة** والحراسة عليه طبقا للمادة الرابعة منه.
- **منع الشخص من مصاحبة** بعض الأشخاص.
- **إلزامية التأشير الدوري على بطاقة المعلومات** لدى مصالح الشرطة أو الدرك الوطني طبقا للمادة 6 من المرسم التنفيذي السالف الذكر؛ ونظرا لخطورة هذا الإجراء في تحديد نظام العلاقات الاجتماعية للشخص الممنوع من الإقامة؛ فان المشرع نص على مجموعة من الضوابط والشروط تتعلق بوجوب طلب استشارة لجنة رعاية النظام العام وشروط تتعلق بضرورة تحديد قائمة بالأماكن الممنوعة وبالأشخاص الممنوع الاتصال بهم؛ بحيث تكون نتيجة هذا الإجراء هي تجنب التهديد بالإخلال المحتمل[1]؛ والجدير بالإشارة طبقا للمادة 15 من هذا المرسوم أنه يمكن للمعني طلب الإذن بالإقامة المؤقتة في المكان الذي منع من الإقامة فيه؛ إذا كانت هناك أسباب قاهرة وذلك من طرف السلطة العسكرية التي ترأس لجنة رعاية النظام العام لمدة اقصاها15 يوما وفي حالة الرفض يمكنه الطعن أمام السلطة الرئاسية لها ممثلة قيادة أركان الجيش الشعبي الوطني.

وعموما فان هذا الإجراء لا يختلف كثيرا عن الإجراءين السابقين إلا أنه أقل حدة منهما على الحرية الشخصية حيث يتمتع فيه الشخص موضوع الإجراء بحرية نسبية في علاقته بمحيطه الاجتماعي؛ ضد كل من لم يحتمل أن يشكل خطرا في المستقبل على النظام العمومي بحيث يتم تسليط الرقابة الدورية عليه تجنبا لإمكانية اتصاله بعناصر مهددة للنظام العام؛ هي محل بحث لدى السلطة العسكرية.

ثالثا- أسلوب التفتيش ليلا ونهارا وأثره على الحق في الخصوصية: رغم أن حرمة المسكن وحرمة الحياة المواطن الخاصة من الحقوق الأساسية **المكفولة دستوريا** [2] بحيث يمنع التفتيش إلا بإذن قضائي مكتوب في زمن

---

[1] - عبد العزيز برقوق؛ ضوابط السلطة التنفيذية؛ ص101

[2] - **بموجب** نص **المادة 39**" لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة؛ وحرمة شرفه؛ ويحميها القانون" وكذا **المادة40**" تضمن الدولة حرمة المسكن؛ فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون وفي إطار احترامه؛ ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر من السلطة القضائية المختصة. إلا هذه النصوص مقيدة بالظروف العادية.

مخصوص مابين الساعة الخامسة صباحا والساعة الثامنة مساء أي نهارا فقط طبقا للمادة122من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

ولكن في ظل الظروف الاستثنائية فان سلطة حفظ النظام العمومي تتوسع لتخترق وتعطل هذه الضمانات الدستورية والتشريعية وهذا ما يظهر جليا بمطالعة مرسوم الحصار، بحيث يصبح مسألة التفتيش غير مقيد بأذن ولا بزمن محدد مادام الأمر يتعلق بالمصلحة العامة ممثلة في استعادة النظام.

فطبقا للمادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 ،يمكن للسلطة العسكرية أن تقوم أو أن تكلف من يقوم بالتفتيشات الليلية أو النهارية في الأماكن الخاصة أو العمومية أو داخل المساكن، كما أن المادة السادسة من مرسوم حالة الطوارئ تخول لوزير الداخلية وللوالي في إطار التوجيهات الحكومية **سلطة الأمر بالتفتيش ليلا ونهارا**؛ وتفصيلا لهذه الرخصة بالتفتيش المطلق دون قيد؛ جاء المرسوم التنفيذي رقم 91-204 المؤرخ في 25 جوان 1991[1] ليحدد مضمون هذا التفتيش وحالاته وضوابطه.

1-حالات التفتيش: فبالنسبة لحالات التفتيش التي يمكن أن تجري نهارا أو ليلا فقد حددتها المادتين الثانية والثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 91-204بأنها:

- التفتيشات التي تجري في الحالات الاستعجالية،[2] كما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات الجزائية، داخل المحال العمومية أو الخاصة، أو داخل المساكن.

— التفتيشات التي تتعلق بحالات المساس بأمن الدولة أو بسبب الجنايات و الجنح التي ترتكب ضد الأشخاص والأملاك.

- التفتيشات في بعض المسائل الأخرى غير المحصورة كتلك المتعلقة بالبحث مخابئ الأسلحة والذخائر والمتفجرات، أو ملاجئ المتمردين المسلحين الذين شاركوا في تجمهر تمردي، أو البحث عن الأشخاص الذين حرضوا على التمرد أو التخريب، أو المنشورات المناهضة التي تدعو إلى الفوضى أو تحرض عليها.

ويلاحظ أن هذه التفتيشات غير محصورة فكل تفتيش يتعلق بحالة أمن الدولة الداخلي ونظامها العمومي يعتبر مشروعا في ضوء هذا المرسوم التنفيذي طبقا للمادة الخامسة منه.

2 – هيئات التفتيش: أما عن جهة التفتيش فطبقا لنص المادة الثانية من الرسوم التنفيذي 204/91 فان إجراء التفتيشات يتم بمبادرة من اما:

أ- ضباط الشرطة القضائية في الدرك الوطني.**ب**- ضباط الشرطة القضائية الذين ينتمون للقسم المعين في وزارة الدفاع الوطني.**ج**- ضباط الشرطة القضائية في الأمن الوطني.**د**- أو المستخدمين الذين تؤهلهم قانونا السلطة العسكرية المخولة صلاحيات الشرطة حسب مفهوم المرسوم الرئاسي المنظم لحالة الحصار.

---

[1] – هذا المرسوم جاء تنفيذا للمادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196، الجريدة الرسمية رقم 39؛ بتاريخ 1991/6/26.

[2] – أما التفتيشات التي تتم خلال ظروف الاستعجال، فإنها تتم بناء على تعليمات كتابية صادرة من السلطة العسكرية التي تترأس لجنة رعاية النظام العام .

3- شروط وضوابط عملية إجراء التفتيش:[1]

إضافة موضوع التفتيشات التي سبق تحديدها؛ والأشخاص المكلفون بإجراء التفتيش يشترط في صحة عمالية التفتيش زيادة على ذلك ما يلي:

أ- أن يتم التفتيش بحضور مالك المحل أو الدار، إما بناء على استظهار أوراق الهوية التي تثبت صفة العون في حالة الاستعجال؛ وإما بناء على إظهار الأمر الكتابي الصادر عن السلطة العسكرية التي ترأس لجنة رعاية النظام العام خارج الحالات الاستعجالية وفي حالة غياب صاحب البيت، يتم التفتيش بحضور شاهدين مطلوبين لهذا الغرض طبقا لنص المادة 4 من المرسوم.

ب- وجوب تقديم الأشخاص الموقوفين في إطار عملية التفتيش طبقا للمادة الثالثة في حالة المساس بأمن الدولة، أو الجنايات والجنح الخطيرة المرتكبة ضد الأشخاص والأملاك، أو مخابئ الأسلحة، أو ملاجئ المتمردين؛ إلى وكيل الجمهورية العسكري إلا إذا قررت هذه السلطة غير ذلك؛ ليتم إحالتهم إلى السلطة القضائية المختصة إقليميا طبقا للمادة 5 من نفس المرسوم.

ج- وجوب تحرير محضر عن العمليات التي تتم في كل تفتيش، كما يجب جرد عمليات الحجز على أن تختتم بحضور مالك المحل أو رب الدار، أو شاهدين مطلوبين لهذا الغرض، و يترتب على ذلك إعداد محضر بذلك.

د- وجوب إيداع الأشياء المحجوزة لدى النيابة العسكرية أو لدى كتابة الضبط في المحكمة حسب الحالة مصحوبة بأوراق الملف طبقا للمادة 4و5 من المرسوم التنفيذي19/ 204.

رابعا: واقع حقوق الإنسان وحرياته العامة في ظل تأثيرات الظروف الاستثنائية في الجزائر

إن الظروف الاستثنائية واقعة لا محالة بين الفينة والأخرى؛ غير أن التدابير القانونية الاستثنائية المتخذة لمواجهتها تظل أحد أخطر التحديات التي يجب العناية بها بتقديم الضمانات الكفيلة لعدم انتهاك حقوق الإنسان وحرياته العامة؛ ولذلك تبين معظم تشريعات حالة الطوارئ أسباب ومبررات إعلانها؛ والفترة التي تستغرقها وحدود السلطة المكلفة باستتباب النظام العمومي. وقد تعرضت الحقوق والحريات العامة في الجزائر في ظل هذه الظروف إلى العديد من التقييدات والانتهاكات على مستوى حرية التنقل؛ وعلى مستوى حق الأمن الفردي؛ والحق في الحياة؛ والمساس بحريات التعبير[2].

وقد عرفت الجزائر منذ 9 فيفري 1992 حالة الطوارئ التي مددت إلى غاية انجاز هذا البحث والتي تعد محل انتقاد نظرا لتمديدها إلى أجل غير محدد مخالفة بذلك الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن؛ وعلى هذا الأساس نادت 40 منظمة لحقوق الإنسان في العالم برفع حالة الطوارئ.[3]

---

[1] - ينظر في التعليق على أحكام التفتيش في ظل المرسوم التنفيذي2004/19 د/ بدران مراد؛ رسالته السابقة؛ ص103 وما بعدها؛ ود/ عبد العزيز برقوق؛ ضوابط السلطة التنفيذية؛ ص102 وما بعدها.

[2] - أ/ سحنين احمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر؛ ص61 وما يليها.

[3] - جريدة الفجر؛ "**40** منظمة لحقوق الإنسان في العالم تطالب برفع حالة الطوارئ في الجزائر"؛ مقال منشور في جريدة الفجر الصادرة بتاريخ يوم2004/03/14؛ ص3

1- الحق في الحياة: تعتبر الحياة هبة من الله لا يمكن لأحد مهما كان أن يسلب عن إنسان مثله إلا بالحق؛ "ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق" قصاصا أو زنا بعد إحصان؛ والتارك لدينه المفارق للجماعة كالخيانة العظمى؛ ومن هنا كان حفظ النفس مقصدا ضروريا من وضع الشريعة بحيث لا يمكن الاتفاق على إسقاطه؛ أو هبته لأن ملك لله وكلها للإنسان؛ لأجل محدد إذا جاء. ومن أجل حفظه حرمت الشريعة والقانون كل أشكال العنف التي تهدد حق البشر في الحياة والأمن على أنفسهم.

ومع ذلك فقد شهدت الساحة الجزائرية بعد توقيف المسار الانتخابي حالة من الفوضى الأمنية التي كان لها أثرها على حق الجزائريين في الأمن حيث عاشت الجزائر ما يشبه حربا أهلية بين أبناء الجلدة الواحدة؛ ففي تصريح مسؤول لفخامة رئيس الجمهورية عبد العزيز بوتفليقة أن العدد الإجمالي لضحايا المأساة الوطنية 100 ألف؛ خلافا لما نقلته بعض منظمات حقوق الإنسان كالرابطة الوطنية للدفاع عن حقوق الإنسان التي صرحت بأن عدد القتلى الذين حصدتهم دوامة العنف تعدى ما يزيد على 200 ألف من مختلف شرائح المجتمع؛ بالإضافة إلى الجرحى والمفقودين الذين قدرته هذه الرابطة ب20الف مفقود؛ وهو ما جعل الجزائر في حالة "**من الفقدان والغيبوبة**" على حد تعبير رئيس اللجنة الوطنية الاستشارية لحقوق الإنسان حيث صرح بأن **الدولة أول مفقود والعدالة تعرف تراجعا**[1] وما زاد في انتهاك هذا الحق إقدام الدولة على تسليح كل من يرغب في الدفاع عن نفسه من تطرف الجماعات الإرهابية.

إضافة إلى صدور قانون مكافحة الإرهاب الذي نص على عقوبة الإعدام رغم اتفاق الدول في إطار الدورة 58 للجنة حقوق الإنسان في جنيف **إلغاء الحكم بالإعدام**[2]؛ وهو ما تم الالتزام به منذ 1995 بعد صدور 500 حكم بالإعدام نفذ منه 22 حكما معظمهم من المشتبه فيهم بتفجير مطار هواري بومدين؛ حسب التصريح الرسمي لفاروق قسنطيني رئيس اللجنة الاستشارية الوطنية لترقية وحماية حقوق الإنسان؛ بالإضافة إلى التسرع في إصدار الأحكام بالإعدام وهذا ما أفادته الفدرالية الدولية لحقوق الإنسان أنه في 6/نوفمبر1996 صدر 17 حكم بالإعدام و26 بالسجن المؤبد.[3]

2- الحق في الأمن: من بين واجبات الدولة المعاصرة توفير الأمن للأشخاص والممتلكات في أي وقت وفي أي مكان. ولكن مع دخول الجزائر مرحلتي الحصار والطوارئ أصبح الأمن مهددا خاصة أثناء ممارسة بعض الحريات الجماعية كحرية الاجتماع والتظاهر خاصة أيام البلديات الإسلامية[4] على اثر فوز حزب الجبهة

---

[1] – جريدة الخبر؛ " فاروق قسنطيني في منتدى المجاهد" الدولة أول مفقود..؛ العدد3740؛ الصادرة في 2003/3/30؛ ص7

[2] –أ/ شطاب كمال؛ حقوق الإنسان في الجزائر؛ ص197

[3] – أ/شطاب كمال؛ مرجع نفسه؛ ص197؛ نقلا عن لخضر بوحرود؛ المنظمات الدولية غير الحكومية ؛ مسألة حقوق الإنسان في الجزائر من 92 الى99؛ مذكرة ماجستير في العلوم السياسية جامعة الجزائر؛ سنة2002؛ ص83

[4] – يعتبر هذا الإجراء من أهم النقاط التي عمقت الهوة بين السلطة النظامية وبين الفيس حيث شاهدت الساحة السياسية تبادل اتهامات تنذر بعواقب وخيمة من بين هذه الاتهامات اتهام الفيس للسلطة بعرقلة تسيير البلديات الإسلامية التي فازت بها في ظل الانتخابات المحلية لشهر جوان1990؛ وهو ما صرح به رئيس الحزب في يومية الوطن الصادرة بتاريخ 4فيفري 1991 من أن هناك سياسية منتهجة للتضييق ضد

الإسلامية للإنقاذ بأغلبية المجالس الشعبية البلدية حوالى 800 بلدية الأمر الذي دفعا إلى تغيير عبارة من الشعب والى الشعب[1] كتعبير عن مبدأ سيادة الشعب الديمقراطي الذي اعتمده دستور1989؛ التي كونت شرطة بلدية خاصة بها عرفت بجماعات الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كشرطة موازية للشرطة المدنية الحكومية؛ حيث كانت مهمتها منع مختلف الممارسات غير الأخلاقية ومختلف الحفلات الفنية؛[2] والأفعال الفاضحة في الشارع العمومي[3] أي حفظ الآداب العامة التي سبق بيانها أن من النظام العام المعنوي؛ أو ما يسمى في بعض الدول بشرطة الآداب.

غير أن أكبر تهديد كان يشعر به الجزائريون بعد توقيف المسار الانتخابي هو **عنف الجماعات المسلحة**؛ والتي ستظهر فيما بعد بتطرف لا مثيل له في التاريخ الإنساني والإسلامي. والظاهر أنها كانت لا تفرق بين ما هو ملك الدولة والشعب؛ وبين ما تصرف شخصي للسلطة؛ بل وحتى من يقف على الحياد منهما وهم الأغلبية الحائرة أو الصامتة في ظل غياب وجود مؤسسات دينية محايدة تسعى لإقامة الصلح؛ الأمر الذي دفع ببعض المندفعين إلى اللجوء فتاوى أجنبية عن الواقع الجزائري بل تأويل بعض فتاوى قيلت في زمن غير زماننا؛ وغير معاصرة لظاهرة التعددية الحزبية، ومن المعلوم كما هو مقرر في كتب الأصول تغير الفتاوى والأحكام بتغير الأحوال والأشخاص والعادات والزمان والمكان.. فكانت النتيجة ظهور عنف مضاد من طرف سلطة تسيير حالة الحصار والمتمثل في حملة الاعتقالات والمضايقات والمدهمات التي مست ممارسة أهم الحقوق والحريات؛ والتي حسب تصريح الرئيس **بوضياف** أنها تجاوزت 3000 شخص معتقل؛ و8000 شخص حسب إحصاءات الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان. وهي الحصيلة تضاعفت عقب إعلان حالة الطوارئ حيث تم إنشاء المراكز الأمنية في شكل معتقلات ومحتشدات في الصحراء وقد قدر المرصد الوطني لحقوق الإنسان وهي هيئة حكومية استشارية عدد المعتقلين من نشطاء حزب الفيس بـ9000 تم اعتقالهم ما بين شهري فيفري ومارس 1992؛ لم يتم إطلاق سراحهم إلى غاية 1995حيث قررت السلطة غلق هذه المراكز تحت ضغط المنظمات الدولية ومنها منظمة العفو الدولية – منظمة غير حكومية .

البلديات الإسلامية. أما السلطة فقد فندت هذه الاتهامات بأن الفيس يتستر بهذا الادعاء لإخفاء عدم كفاءته وقصوره في تسيير البلديات." ينظر مسعود بوجنون؛ الحركة الإسلامية الجزائرية؛ ص73

[1] – ينظر حول هذا الإجراء مسعود بوجنون ؛ الحركة الإسلامية الجزائرية؛ ص80

[2] – ومن ذلك إقدام هذه الجماعة على منع الحفل الساهر الذي كان المطرب" آيت منقلات لونيس" ينوي إقامته بقاعة الأطلس في باب الواد بالعاصمة بتاريخ 1991/3/12. ينظر محمد تامالت؛ الجزائر من فوق بركان؛ ص45

[3] – محمد تامالت؛ الجزائر من فوق البركان شهادات لجنرالات؛ رؤساء حكومات؛ زعماء أحزاب وشخصيات من الجبهة الإسلامية للإنقاذ؛ ط1؛ الجزائر؛سنة1996؛ص46 ؛ وقد نقل في مرجعه هذا بعض القضايا التي تشكل مخاطر مقصودة لتشويه الدين في كحادثة إلقاء القبض على المحتال الذي كان يتنقل عبر الولايات لجباية الصدقات ؛حيث كان يزعم أنه أحد تلاميذ أحد زعماء الفيس الهاشمي سحنوني. وهو الأمر الذي كان متوقعا لدى بعض الزعماء المعتدلين كرئيس الرابطة الإسلامية التي حاولت تهدئة الأوضاع ومنع بعض المظاهرات بقيادة شيخها أحد علماء جمعية العلماء المسلمين **الشيخ أحمد سحنون**. ينظر إلى ا/ شطاب كمال؛ حقوق الإنسان في الجزائر؛ ص198

ومما زاد أيضا في تهديد الأمن الشخصي للأفراد هو إنشاء تلك المحاكم الخاصة في إطار قانون مكافحة الإرهاب والذي تم تطبيقه بأثر رجعي على جرائم تخريبية وقعت قبل صدوره.

ومن بين مظاهر تهديد الأمن الشخصي، قضية العمال الذين تم طردهم و فصلهم من مناصبهم، بسبب الانتماء الحزبي؛ والذين قدرتهم النقابة الإسلامية للعمل وهي الفرع العمالي التابع لحزب الجبهة الإسلامية للإنقاذ بـ: 12000 مطرود، وهو ما تداركته السلطة الحكومية فيما بعد حيث أعلن السيد رئيس الحكومة سيد احمد غزالي عن عودة 97بالمائة منهم لمناصب شغلهم من عمال القطاع العام.[1]

وقد تعرض بعض هؤلاء المفصولين إلى المتابعة الجزائية والسلب للحرية كإجراء احتياطي مؤقت؛ بتهمة الانتماء إلى الحزب المحظور قبل حظره؛ وكذا الاشتباه في دعم الجماعات الإرهابية ماليا ومعنويا، مما كان يشكل مساسا بالأمن العمومي من وجهة نظر سلطة رعاية النظام العام. وعلى الرغم من أن الحبس المؤقت يمثل استثناء من قاعدة البراءة الأصلية في القانون الجزائري إلا انه صار في ظل حالة الطوارئ هو القاعدة[2].

وهو الأمر عطل مضمون هذه الضمانة الدستورية؛ حيث عرف قضاء التحقيق تطبيقا مشوها لها، حيث صار القاضي لا يستطيع الإفراج عن المحتجز ومباشرة التحقيق، وإنما يبقي عليه في الحبس المؤقت رغم كونه حق دستوري مكرس في دستور1996 في المادة 45 .

والواقع أن ظاهرة العنف كان لها الأثر الكبير على الحق في الأمن، والذي من مظاهره قضية المفقودين، الذين تضاربت حول عددهم المصادر المختلفة، مفقودين من مختلف الفئات، وانتشار عمليات الاختطاف التي مست مختلف الشرائح بما فيهم النساء اللواتي تعرضن لعمليات الاغتصاب الهمجي، وقد ذكرت المنظمة العربية لحقوق الإنسان أن حوالي 05 آلاف فتاة وسيدة تعرضن للاغتصاب خلال سنوات الأزمة[3]، ويذكر المرصد الوطني لحقوق الإنسان في الجزائر، عدد المغتصبات بـ: 2084 حالة، وحسب المنظمة العربية لحقوق الإنسان فقد كان عام 1997 الأكثر سواء حيث شهد اغتصاب نحو 2100 سيدة؛ ولكن منذ 1998 بدأت الظاهرة في

---

[1] – أ/ شطاب كمال؛ حقوق الإنسان في الجزائر؛ ص0202 ؛ وقد أكد النقيب الوطني للتنظيم المذكور انه بقي من المضربين 2600 عاملا مطرودا ، و أن الذين عادوا تعرضوا لإجراءات تعسفية، كخصم الرواتب والتحويل إلى فروع في أقصى الصحراء، وتخفيض الرتب و إعادة التوظيف من جديد دون مراعاة للأقدمية، وربما إجبار العامل المطرود على الخضوع لفترة تجريبية تصل مدتها إلى 10 أشهر. ينظر تفصيلا في ذلك ؛ محمد تامالت؛ مرجع سابق؛ ص83

[2] –ومن مظاهر الاعتداء على الحق في الأمن، وجود 11بالمائة من المساجين المحبوسين مؤقتا، وعلى الرغم من أن الخلل لا يمكن في نقص النصوص القانونية، وإنما يكمن في تطبيقها؛ ومما زاد في تعقيد وضعية المحبوسين ما كانت تشهده المؤسسات العقابية قبل أن تتحول إلى مؤسسات إعادة الإصلاح ،من تهديد كبير لحقوق الإنسان؛ والدليل على ذلك الحوادث التي عرفتها عدة سجون في عام: 2003 بعد الحرائق التي شهدتها و التي راح ضحيتها أكثر من 50 شخص، و خلفت أكثر من: 100 جريح، و قد عوضت الدولة عائلات الضحايا بمبلغ قدره: 70 مليون سنتيم، مبلغ زهيد يطرح الكثير من التساؤلات، هل كون الضحايا مساجين، يكفي أن يكون مبررا لمثل تلك القيمة ينظر د/ شطاب كمال؛ حقوق الإنسان؛ ص202 وبعدها. نقلا عن جريدة اليوم الصادرة في يوم 2002/12/11؛ ص1و2؛ جريدة الخبر؛ عدد 3835؛ بتاريخ 2003/07/20؛ ص3.

[3] –المنظمة العربية لحقوق الإنسان؛ حقوق الإنسان في الوطن العربي – القاهرة- تقرير 1995؛ ص118.

التقلص[1]؛ وحول **ملف المفقودين** فقد سجل و تلقى المرصد الوطني لحقوق الإنسان العديد من التظلمات في هذا الشأن، كان الغرض منها تحديد مكان وجود مواطنين يدعي أقاربهم بأنه تم اختطافهم. وفي إطار التحريات التي قام بها المرصد الوطني لحقوق الإنسان من خلال اتصاله بمصالح الأمن، اتضح بأن الشخص المختفي المعني ينتمي لإحدى الفئات التالية:إما الشخص اختفى **بمحض إرادته،** وإما أن الشخص **اختطفته جماعات مسلحة** غير معروفة، وهو ما استغلته بعض الأوساط الإعلامية الاجنبية في الترويج لمقولة وعبارة "من يقتل من" في الجزائر، وأخيرا إما أن الشخص المختفي كان محل اعتقال من قبل مصالح الأمن، والتي أبقت عليه في وضعية حجز، أو التوقيف خارج الآجال المنصوص عليها قانونا[2]. ومعنى كل ما سبق أن السلطات الجزائرية تعترف بوجود أخطاء جسيمة مثيرة لمسؤولية الدولة[3].

ومن مظاهر تهديد الأمان والحرية، إعلان السلطة ابتداء من ليلة 04 ديسمبر 1994، على **حظر التجول** وذلك بناءا على المادة السادسة من المرسوم الرئاسي رقم44/92 الذي يتضمن إعلان حالة الطوارئ وهي المادة التي تخول لوزير الداخلية سلطة الحد وحتى منع مرور الأشخاص في أوقات و أماكن تحدد من طرفه، وهذا الذي يتنافى مع الضمان الدستوري المقدم لحرية التنقل؛ وتم تطبيق حظر التجول في العاصمة وستة ولايات مجاورة لها إلى اجل غير مسمى من العاشرة والنصف مساءا إلى الخامسة صباحا؛ حيث كان يمنع التنقل بين

---

[1] – المرصد الوطني لحقوق الإنسان؛ التقرير السنوي 1998؛ ص32 استنادا إلى جريدة الخبر ليوم 05 /08/ 1998.

[2] – وهو ما يستفاد من تصريح وزير الداخلية آنذاك، السيد العربي بلخير، فبعد إلغاء الانتخابات التشريعية وما ترتب عليه من أعمال مهددة بالأمن، تم اعتقال حوالي 7454 شخص، وضعوا في 7 مراكز للأمن بالصحراء في شروط معيشية صعبة، وحسب إحصائيات رئيس الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان وصل عدد المعتقلين إلى حوالي 10 آلاف شخص، أغلبهم احتجزوا في مراكز خاصة في الجنوب الجزائري، ينظر في ذلك د/ مراد بدران؛ رسالته السابقة؛ ص284

[3] – وفي محاولة من السلطات الجزائرية لإرضاء عائلات المفقودين تطبيقا لمبدأ مسؤولية الدولة عن جميع أعمال موظفيها المشروعة وغير المشروعة؛ اعترفت هذه الأخيرة رسميا بملف المفقودين؛ وذلك تحت ضغط الرأي العام الدولي والوطني، حيث أقام رئيس الجمهورية في شهر جوان من سنة 2003 بتنصيب لجنة خاصة لمتابعة هذا الملف وذلك برئاسة السيد **فاروق قسنطيني**، رئيس اللجنة الاستشارية الوطنية لترقية وحماية حقوق الإنسان، على أن تقدم هذه اللجنة تقريرها النهائي في شهر مارس 2005. وقد قدمت هذه اللجنة تقريرا أوليا لرئيس الجمهورية في 28 أبريل 2004 واقترحت حل هذه المشكلة من خلال منح تعويض مادي لعائلات المفقودين، والمقدر عددهم حسب اللجنة بـ 7250 شخص. خلافا لإحصائيات الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان أن التي قدرت عدد المفقودين بـ 18 ألف شخص، وأن أجهزة الأمن مسؤولة عن 5 آلاف حالة اختطاف، وأن مبدأ التعويض وإن كان حقا بالنسبة لعائلات المفقودين، إلا أنه لا يحل المشكلة، ذلك أن التعويض شيء والعدالة شيء آخر. والتي اقترحت الرابطة كحل لمشكلة المفقودين اللجوء إلى العدالة، وذلك من خلال محاكمة كل المتورطين في هذه المشكلة. ينظر جريدة الرأي، العدد 1445 الصادرة في 19 جانفي 2003، وجريدة الخبر العدد 4072 الصادرة في 27 أبريل 2004. وفي حوار أجرته جريدة الخبر مع السيد فاروق قسنطيني، أكد هذا الأخير على أن أكثر من 5000 مفقود اختفوا بعد استدعائهم من قبل مصالح الأمن، أنظر جريدة الخبر، العدد 4204، الصادرة في 29 سبتمبر 2004.وفي تصريح أخر له في يوم 8 ديسمبر 2004، صرح بأن العدد الرسمي والنهائي للمفقودين هو 6421 شخص. ينظر تفصيلا أكثر حول ملف المفقود رسالة د/مراد بدران؛ الرقابة القضائية على أعمال الادارة في الظروف الاستثنائية؛ ص 258

هذين الوقتين إضافة إلى منع كل مظاهرة يحتمل أن يحدث فيها إخلال بالنظام طبقا لنص المادة السابعة من المرسوم السابق[1].

وقد تعددت مواقف الطبقة السياسية **حول حظر التجول**،[2] بين مؤيد ومعارض؛ غير أن منطق حفظ النظام العمومي كان له الدور الحاسم في ترجيح كفة المؤيدين التي اعتبرته خطوة منطقية لضبط الوضع الأمني ووقف الأعمال الإرهابية خاصة في ظل تصاعد موجة العنف، الذي كان يفضل التخفي بظلمات الليل حتى يتمكن من الفرار بأسرع وقت وفي غيبة الرقباء، بالإضافة إلى مسلسل الحواجز الأمنية المزيفة التي أخذ بعين الحسبان أن قوات الأمن تضع من سيناريوهات التدخل الوقوع في كمائن، والتي أودت بحياة المئات منهم كان من الضروري اعتماد هذا الإجراء لحفظ الأمن؛ رغم اتفاق الجميع على انه إجراء استثنائي مقيد من ممارسة الحرية الفردية[3]

3- واقع أسلوب التنظيم على حرية الإعلام بين التكريس الدستوري ومقتضيات الأمن العمومي:

تمثل الحريات الإعلامية نتيجة عملية؛ وترجمة حقيقية لمبدأ التعددية الحزبية التي تضع حدا لنظام الحزب الواحد وادعاء احتكار الحقيقة السياسية؛ ومن هنا جاء قانون الإعلام الجزائري رقم: 90-07 الصادر في ابريل 1990 ليضع حدا لاحتكار الدولة لكافة وسائل الإعلام، من خلال التسريح للأحزاب و الجمعيات والأفراد حق إصدار الصحف، وإنشاء محطات إذاعية وتلفزيونية دون قيود، وأكد القانون على حق المواطن في ممارسة الحريات الأساسية في التفكير والرأي طبقا للدستور.[4]

غير الواقع السياسي لممارسة هذه الحرية يكشف عن مجموعة كبيرة من القيود التشريعية والإدارية أمام حرية الصحافة مراعاة لمقتضيات النظام العام في عنصره حفظ الأمن العمومي؛ خاصة في أعقاب تطبيق حالة الطوارئ[5]، وتعديل قانون العقوبات في سنة 2001 نحو تجريم بعض الأفعال الإخبارية كالتعرض لكبار

---

[1] – د/ كمال شطاب؛ حقوق الإنسان في الجزائر؛ ص205

[2] – وقد بلغ الأمر بالسلطة العسكرية المكلفة بتسيير حالة الحصار إلى ابعد من ذلك في تطبيق اجراء حظر التجول حيث اشترطت على الأشخاص الذين تدفعهم الضرورة إلى التنقل؛ خلال مهلة حظر التجول أن يحوز على رخصة التنقل مسبقا؛ حسب ما نشرته جريدة المساء اليومية بتاريخ 1991/07/03 من خلال بيان للسلطة العسكرية مضمونه تنظيم حركة التنقل خلال فترة حظر التجول؛ وهو الإجراء الذي ينطوي على خطورة بالغة على حرية التنقل؛ خصوصا في حالة رفض تسليم هذه الرخصة؛ وكذلك في حالة تأخر وسائل النقل كالطائرات والسفن بحيث يضطر المسافرون إلى المبيت في محطات النقل أو في المطارات؛ خوفا من تعرض قوات حفظ النظام لهم. ينظر تفصيلا أكثر أ/سحنين أحمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر؛ رسالة ماجستير؛ سنة 2005؛ ص60

[3] – المنظمة العربية لحقوق الإنسان؛ تقرير حالة حقوق الانسان1993؛ ص 86 .

[4] – المنظمة العربية لحقوق الإنسان؛ حقوق الإنسان في الوطن العربي؛ تقرير المنظمة لحالة حقوق الإنسان في الجزائر لسنة 1991؛ ص84

[5] – ومن الأمور التي جاء بها إعلان حالة الطوارئ في مجال تقييد حرية الصحافة وتطبيق الخناق على حريات التعبير ، إلغاء المجلس الأعلى للإعلام، الذي وضعه قانون الإعلام رقم : 90-07 ، قصد تنظيم هذا الحقل و ضمان مجموعة الحقوق وتنظيمها، و عليه ألغيت كل الفروع المكلفة بالبت في قضايا جنح الصحافة ، كما جمد ذلك القانون، و لم يوضع بعد قانون جديد له؛ ينظر تقرير المنظمة العربية لحقوق الإنسان؛ لعام 1994؛ ص99

الشخصيات في الدولة بالتجريح أو النقد اللاذع؛ مما يؤدي إلى تقليص هامش حرية التعبير والصحافة والتظاهر بدرجات متفاوتة؛ فحسب تقرير بعض منظمات حقوق الإنسان فان واقع وسائل الإعلام في الجزائر، لا يزال حكرا على الدولة، والتي منها الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان مما دفع برئيسها إلى وصفها بـــ: " **الدكتاتورية اللطيفة**" لأنها تجرد الجزائريين من عقولهم ما دامت تتلقى أوامرها من الرئيس، والذي يرفض آيـــة معارضة.[1]

وحسب تقرير المرصد الوطني لحقوق الإنسان لسنة 1993 فإن تضييق الخناق على وسائل الإعلام كـــان منذ دخول الجزائر في حالة الطوارئ، حيث عرفت الصحف توقيفات كثيرة منذ ديسمبر 1991، إلى غايـــة نهاية مارس 1996، حيث سجلت 36 حالة بين تعليق في صدورها، وحجز لها في المطابع ، و قد وصلت مدة التوقيف ستة أشهر، في الوقت الذي تقدر فيه مدة توقيف الجريدة قانونا بثمانية أيام في الحالة العادية، كمـــا أن هذه الأحكام كانت تصدر من الحكومة وأجهزتها بدل أن تكون صادرة من العدالة، وهو ما يعتبر إلغاءا لضمانة من الضمانات الديمقراطية لحرية الصحافة.

وإذا كان قرار منع الصدور النهائي، لكل المنشورات القريبة من الحزب المنحل كجريدة " البلاغ"، و" المنقذ" و"الفرقان" مبررا إلى حد ما باعتبارها صحافة حزبية؛ وفقا لقانون حالة الطوارئ؛[2] فان غير المبرر هـــو حملـــة الاعتقالات التي مست **24 صحفيا** في المدة بين 1992 و 1995 حسب ما جاء في نفس التقرير للمرصـــد الوطني؛ وذلك من طرف السلطة التي كانت **خصما و حكما** في ذات الوقت؛ دون اللجوء القضاء الطبيعـــي؛ حيث كانت التهم الموجهة إليهم لها علاقة بالوضع الأمني في الجزائر أو نشر معلومات تتعلق بالحزب المحظور.[3]

بالإضافة إلى ذلك، فقد قامت السلطات بحظر نشر الأنباء ذات الصفة الأمنية لتعلقها بالنظام العام، وبذلك أصبح من غير الممكن نشر الأنباء الأمنية عدى تلك الواردة في مناشير ومراسلات مصالح الأمن، الأمر الـــذي كان بمثابة الحاجز القانوني الذي استخدمته الحكومة لمنع الصحافة من تبيين الواقع الأمني، في الوقت الذي كان الرأي العام – الداخلي والدولي– فيه بحاجة إلى أن يطلع عليه أكثر من أية مسالة أخرى، هذا الضبط الذي جاء

---

[1] – يكشف الواقع الإعلامي أن كل وسائل الإعلام السمعية و السمعية البصرية هي حكر على الدولة، فهي تملك ثلاث قنوات تلفزيونية، إحداها أرضية واثنتان فضائيتان، و أزيد من: 20 قناة إذاعية ، منها واحدة ذات بث دولي، ثلاثة وطنية، عد القنوات المحلية و المتخصصـــة. وقد ظهرت في أعقاب الانتخابات الرئاسية الأخيرة قناة عبد المومن خليفة صاحب بنك الخليفة؛ الذي كانت ناطقة باسم منافس الرئيس في تلك الانتخابات رئيس الحكومة الأسبق على بن فلي ينظر تفصيلا عند؛ شطاب كمال ؛ حقوق الإنسان في الجزائر؛ ص 245

[2] – سحنين أحمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر؛ رسالة ماجستير؛ سنة 2005؛ ص75 ؛ وقد نقل عـــن جريـــدة المساء ليوم 1991/07/10 أن سبب منع هته الجرائد من الصدور يعود إلى نشرها لمقالات تدعو إلى العصيان المدني والعنف وتحرض على اقتراف الجرائم والجنح ضد النظام العام وامن الدولة. ينظر أ/ سحنين أحمد؛ المرجع نفسه؛ ص75

[3] – على سبيل المثال تم حبس ثلاثة صحافيين من جريدة الخبر بتاريخ 1997/7/6 بسجن سركاجي وفق إجراء القبض على المتهم بنـــاء على أمر رئيس المحكمة الجنائية لمدينة الجزائر وحكم عليهما بالبراءة بعد يومين في قضية نشر إعلان إشهاري للجبهة الإســـلامية ســـابقا في 1993؛ المعروفة في الساحة السياسية بقضية رئيس الفيس بالنيابة " عبد القادر حشاني "حيث اتهم بتحريض الجيش علـــى التمـــرد علـــى السلطة" ينظر المرصد الوطني لحقوق الإنسان في الجزائر؛ التقرير السنوي لعام 1997؛ ص69

على أساس تصادم حقين أساسين هما: الحق في الإعلام[1]؛ والحق في الأمن، فعلى الصحافة تلبيـــة الحـــق الأول وعلى الدولة ضمان الثاني، غير أن كون الحق في الأمن الركيزة الأساسية لحق أولي – الحق في الحياة – ، وجب تحديد الحق الإعلامي لضمان الحق في الأمن[2] .

فلقد سجل المرصد الوطني لحقوق الإنسان في تقريره السنوي لسنة 1997 العديد مـــن القضـــايا تتعلـــق بتراعات بين صحافيين ومصالح الأمن، أو العدالة، إثر نشر مقالات صحفية لها صلة مباشرة بالوضع الأمـــني، والتي يخضع نشرها لنص قانوني خاص من ذلك: حبس ثلاثة صحافيين من يومية الخبر، ثم الحكم عليهم بالبراءة بعد يومين من قضية نشر إعلان إشهاري للجبهة الإسلامية للإنقاذ في سنة 1993 المعروفة بقضية حشـــاني[3]. والحكم غيابيا على عبد الحميد بن زين مدير جريدة Alger Républicain بستة أشهر حبســـا نافـــذة وبغرامة 1000 دج خلال جلسة محكمة الجزائر في 12 نوفمبر 1997 المتعلقة بنشر مقالين ســـنة 1991 و1993 في نفس الجريدة، وجريدة Le Matin.

إن هذه القضايا التي تم الفصل فيها سنة 1997 ترجع إلى عدة سنوات،[4] والتهم المنسوبة لأصحاب المقالات أو التعاليق اعتبرتها الأطراف المدعية بمثابة قذف، أو أنها لا تعكس الحقيقة.

والحقيقة أن القذف لم يعرف بوضوح في النصوص القانونية كالقانون رقم 90-07 المؤرخ في 3 أبريـــل 1990 المتعلق بالإعلام، وهذا ما يسمح للسلطات العامة بارتكاب تجاوزات خاصة في مجال معالجة الإعـــلام المعروف باسم **"الإعلام الأمني"** حيث يحتار الصحافيون ما بين الالتزام بواجب الإعلام، وخطر الاتهام بالمساس بأمن الدولة[5].

وفي الحقيقة فقد كان لهذا التعتيم الإعلامي تداعيات سلبية على الأداء الصحفي حيث نصب الصـــحفيين أنفسهم مدافعا عن بعض الأحزاب؛ فلم تكتف وسائل الإعلام في الجزائر بالقيام بدورها؛ في تنوير الرأي العام بما صح من الحقائق، بل تجاوزت ذلك في الكثير من الحالات لتؤدي دور الأحزاب السياسية أو دور المعارضة، وهذا ما يدل على نقص في احترافية الصحافة؛ لان من المفروض ان يكون الحق في الاعلام حرا وصادقا ونزيها وموضوعيا؛ بحيث لايجوز التهويل ولا التهوين في التعامل مع الخبر بهدف التاثير علـــى القـــراء؛ فالموضـــوعية

---

[1] – تنص المادة الثانية من قانون الإعلام الجزائري رقم 07/90 المؤرخ في 1990/04/23؛ على ": الحق في الإعلام يجسده حق المواطن في الاطلاع بكيفية كاملة وموضوعية على الوقائع والآراء التي تهم المجتمع الوطني والدولي؛ وحق مشاركته في الإعلام بممارسة الحريات الأساسية والتفكير والرأي والتعبير طبقا للمواد 35؛ 36؛ 39؛40؛ من الدستور".

[2] – د/ شطاب كمال؛ حقوق الإنسان في الجزائر؛ ص248

[3] – يتعلق الأمر بانتقاد عبد القادر حشاني –المسؤول المؤقت للجبهة الإسلامية للإنقاذ آنذاك– توقيف المسار الانتخابي، ودعوة الجـــيش إلى العصيان، وعدم الدخول في صراع مع الشعب. إن هذا الإعلان اعتبرته السلطات العامة دعوة صريحة إلى الانتفاضة ضد النظـــام، مصـــدرها عبد القادر حشاني الذي اتهم هو الآخر بالتحريض عل المساس بأمن لدولة من خلال وسائل الإعلام. ينظر د/بدران مراد؛ رسالته الســـابقة؛ ص260

[4] – ينظر التقرير السنوي للمرصد الوطني لحقوق الإنسان، سابق الإشارة إليه، ص 55 وما بعدها.

[5] – ينظر د/ بدران مراد؛ الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية؛ ص261

تستوجب على الصحفيين البعد عن الهوى والتزام الصدق والأمانة والوقوف مع الحق **قوامين لله شهداء بالقسط**؛ غير أن الذي حصل هو نقل الخبر من خلال شحنه بايديولوجية الصحافي او بحزبه السياسي بحيث أصبح ينقل مواقفه واقتناعاته الشخصيةسياسية أو أمنية[1].

لكن الواقع هو أن السلطة لم تكن تقدم الحقائق والمعلومات للإعلام، سعيا منها للحفاظ على الهدوء والنظام العام، وعدم نشر الذعر وسط مختلف فئات الشعب، مما دفع بالكثير إلى التوجه إلى الإعلام الدولي والغربي خاصة الفرنسي منه حتى يشبع حاجته الإعلامية،[2] حتى و لو كانت تلك الأخيرة في الكثير من الأحيان تعمل على تضخيم وتهويل الأحداث خدمة لمصالح العديد من القوى؛ فكم ساهمت القنوات الفضائية في تمديد عمر الفتنة الجزائرية بقصد أو بغير قصد من خلال حقن وتغذية الجماعات المسلحة بأفكار مشحونة بمشروعية حقوقها في الدفاع عن مشروعها في إقامة الحكم الراشد بأي وسيلة ولو كانت غير مشروعة وهو ما اصبغ تبريرا لتصرفاتها في رد عنف السلطة[3] بعنف مضاد واعنف؛ مما كان له أثره في تمديد عمر الأزمة وإضلالهم وزيادة طينهم بلة خاصة في استدلالهم بالثورات الغربية- كالثورة الفرنسية 1789- التي تجيز العنف في تغيير الحكام المستبدين[4].

---

[1] - إن هذه الملاحظات تم التأكيد عليها في الندوة الدولية حول "مفهوم القذف في الصحافة" التي احتضنتها الجزائر يومي 7 و8 ديسمبر 2003. ينظر جريدة الخبر، العددين 3953 و 3954 الصادرين على التوالي في 8و 9ديسمبر 2003. وينظر د/ عبد الملك الشلهوب؛ مرجع سابق؛ ص64.

[2] - د/ شطاب كمال؛ حقوق الإنسان في الجزائر؛ ص218؛ والغريب في الأمر أن هذه الوسائل الإعلامية كانت قد منعت من طرف السلطة العسكرية من تغطية الأحداث التي صاحبت إعلان حالة الحصار؛ من خلال منع دخول الصحافة الأجنبية إلى التراب الجزائري؛ وهو الحظر الذي زال بعد ذلك مع اشتراط تاشيرة دخول خاصة تمنع لهم من قبل السفارات الجزائرية الموجودة في بلدانهم؛ ينظر تفصيلا أكثر أ/سحنين أحمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر؛ رسالة ماجستير؛ سنة 2005؛ص76؛ نقلا عن جريدة المساء اليومية؛ المؤرخة في 1991/07/18.

[3] - والواقع أنه" ليس كل دفاع عن النفس مشروعا كما هو شائع عند غالبية الناس بل وحتى بعض مثقفيهم على حد تعبير الشيخ **جودت السعيد**" الذي وصف تلك الحروب الأهلية التي شاهدها العديد من الدول العربية والإسلامية بالظواهر المرضية والقذرات الفكرية؟ وجعل منها دليلا على انتشار الأمراض الفكرية الوبائية في الدولة؛ ففي في معرض رده عن القائلين بحق الدفاع عن النفس من طرف الجماعات المسلحة؛ قال: إن هناك أنواعا من الدفاع عن النفس ممنوعة؛ والغريب أن الناس مجمعون على اعتبار كل دفاع عن النفس مشروعا وهو خطا شائع وغلط مستور؛ فأين قوله تعالى: "**ولنصبرن على ما آذيتمونا** سورة إبراهيم آية 14." ... وأين قوله تعالي " **لئن بسطت إلي يدك لتقتلني ما أنا بباسط يدي إليك لأقتلنك؛ إني أخاف الله رب العالمين؛ إني أريد أن تبوء بإثمي وإثمك فتكون من أصحاب النار**"[3]؛ "**فلماذا لا نكون مثل ابن آدم**"؟ " ينظر د/ البوطي وجودت سعيد؛ التغيير مفهومه وطرائقه؛ ص150 ؛ وقوله الأخير أصله حديث صحيح أخرجه صاحب جامع الأصول؛ عن الترمذي وأبو داود في باب النهي عن السعي في الفتنة؛ عن أبي موسى الأشعري:" **إن بين يدي الساعة فتنا كقطع الليل المظلم؛.. فكسروا قسيكم؛ واقطعوا أوتاركم؛ واضربوا سيوفكم بالحجارة؛ فان دخل عليكم؛ فليكن كخير ابني أدم**". ينظرد/ محمد سعيد رمضان البوطي؛ وجودت سعيد؛ التغيير مفهومه وطرائقه؛ دار الفكر؛ دمشق؛ ط2؛ سنة 1998؛ ص165

[4] - إن الحديث الذي يستدل به الجميع في استحقاق الشهادة لمن قتل دون نفسه أو عرضه أو ماله صحيح لا شك فيه؛ ولكنه خاص **باللص** الذي يكرهك على ذلك أما إذا كان هذا اللص هو ممثل المجتمع أو الحاكم الظالم فليس لك أن ترد عليه؛ لأجل دينك واعتقادك"؛ ولهذا نحن

وهذا فضلا عن سلاح المطابع الخاضع بشكل أو بآخر لإدارة الحكومة[1] الذي كانت تستخدمه السلطات للضغط على الصحافة المكتوبة الحرة؛ حيث سخرت السلطة هذا الاحتكار لوسائل الطباعة للحصول على الحرية المطلقة في تحديد ثمن خدماتها، ومن ثم يكون من حق شركات الطباعة لسبب من هنا وهناك الحق في إيقاف صدور جريدة ما؛ خاصة في ظل قضية المديونية التي كانت تربط الطرفين؛ وهو ما كان سببا في وقوع صراعات بين السلطة والصحف بلغ ذروته بقرار المطابع توقيف النشر لستة يوميات في حالة عدم تسديد مستحقاتها قبل يوم 17 أوت2003. [2]

ولا شك أن هذه الضغوطات أثرت سلبا على فعالية ومردودية هذه الصحف حيث لم تعد مرغوبة لدى اتجاهات الرأي العام الوطني.[3] الذي اتجه شطر وسائل الإعلام الخارجية الأجنبية؛ لإشباع حاجاته الإعلامية لمعرفة أوضاع بلده؛ وحقيقة ما يدور في الساحة السياسية.[4]

مأمورين بطاعة السلطان الظالم وان ضرب ظهرنا وان اخذ مالنا لأنه ليس لصا يتخفى من المجتمع بل هو ممثله ؛ فليس للمظلومين والمخلصين أن يدافعوا عن الأذية التي تصيبهم في دينهم؛ فهناك فرق بين الجهاد الذي هو لرفع الإكراه وبين الحرب الذي تهدف إلى الإكراه؛ وبناء على ذلك فان الحكم الراشد لا يصنع إلا بالمجتمع الراشد عملا بسيرة المصطفى –عليه الصلاة والسلام-. فالتغيير الذي قام به محمد بن عبد الله كما يقول د/ جودت سعيد لم تكن **ثورة حمراء دموية** وإنما أقام الحكم الراشد دون أن يقتل شخصا واحدا من أعداء المسلمين؛ بل استطاع الحفاظ على أصحابه؛ فلم يقتل من المسلمين خلال مرحلة صناعة المجتمع الراشد – الفترة المكية-سوى شخصان امرأة ورجل ينظر د/ البوطي وجودت سعيد؛ مرجع نفسه؛ ص 169 وما بعدها.

[1] – فقد استخدمت السلطة هذا السلاح؛ نظرا لأن مصدر حياة الصحف وتمويلها بشكل أساسي، يتمثل في الإشهار، الذي يمكن اعتباره **مصدر عيش آية جريدة**، فالواقع يكشف أنه لا يمكن لأية جريدة أن تصل إلى تحقيق اكتفاء ذاتي اقتصادي ومالي دون مداخيل اشهارية، إلا إذا استطاعت أن تصل بمبيعاتها حدا كبيرا جدا، الذي من النادر بلوغه؛ الأمر الذي يؤدي بالسلطة إلى التحكم في حرية الصحافة وإحكام قبضتها عليها؛ وتقوية شوكة الحكومة الإعلامية. وقد تمثل ذلك في أن اغلب الإعلانات الاشهارية ذات السعر المرتفع تأتي من القطاع العام الذي هو بيد الحكومة؛ أي احتكار الإشهار من طرف مؤسسات الدولة والصحف التابعة لها؛ وهو ما مكن السلطة حسب تقرير المنظمة العربية لحقوق الإنسان من استغلال قطاع الإشهار لتركيع الجرائد، وإخضاعها لرغبتها المنظمة العربية لحقوق الإنسان؛ مقالة د/ الأزعر نصر الدين ؛ حرية الصحافة في الجزائر بين تقنين قمعي؛ خناق اقتصادي؛ سلطة مسبدة وأمن منعدم؛ تقرير 1997؛ ص109

[2]– وقد كان هذا القرار صادرا بتاريخ 14 أوت ، حينما أبلغت ستة يوميات وهي : " ليبرتي"، "لوسوارد الجيري"؛ "لوماتان"؛ "لكسبرسيون و" الرأي " بضرورة دفع مستحقاتها قبل يوم: 17 أوت 2003، وهو الأمر الذي قابلته الصحافة المكتوبة باحتجاج عنيف تمثل في الإضراب الذي شنته الصحف احتجاجا على مسلسل الملاحقات و الضغوط التي تعرضت لها اليوميات المستقلة إلى يوم : الاثنين 22 سبتمبر،" يوما بلا صحافة". ينظر جريدة الخبر؛ مقالة " غدا يوم بلا صحافة" عدد3889؛ تاريخ 2003/9/21؛ ص3؛ وينظر أيضا تعليقا على ذلك عند شطاب كمال؛ حقوق الإنسان في الجزائر؛ ص249

[3] – ومن جهة أخرى فقد ظهرت أثار هذه الضغوطات التي مارستها السلطة من خلال عدد العناوين الصادرة ، حيث وصل في الفترة الممتدة بين صدور قانون الإعلام و 31 ديسمبر 1991 ، عدد اليوميات: 18 يومية، في الوقت الذي أصبحت توجد: 25 يومية في سنة : 2000 و ما من مبرر لتلك الظاهرة سوى خضوع قطاع الإعلام للرقابة الشديدة التي كانت تكلف نشطائه غاليا؛ كالمتابعة القضائية أو وقف الإصدار. ينظر إلى هذه الإحصائيات: المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة؛ ص6

[4] – وهو الأمر الذي استغلته القوى الأجنبية في توجيه سياسة الدولة لمصلحتها بين التضخيم مرة والتقصير مرة أخرى إلى حد الإخفاء أو التلاعب الإعلامي بمصير أمن الدولة؛ أمام فقدان وسائل الإعلام الوطنية للمصداقية لدى المواطن في ظل عجزها واحتوائها من طرف

وقد زاد من حدة الضغوطات الممارسة على الصحافة والإعلاميين، تضييق حرية العدالة بواسطة المراسيم الصادرة عن السلطة التنفيذية، وكذا التضييق على حقوق الدفاع في ظل التغيرات المسجلة في إطار إصلاح المنظومة القضائية.[1]

إن ذلك الوضع قد أدى إلى الإخلال بالحريات العامة عموما وبحرية الإعلام خصوصا في ظل غياب الضمانات القضائية الجدية وعدم فعالية ضماناتها التشريعية التي أصبحت في يد الحكومة صاحبة الأغلبية البرلمانية؛ مما عطل مبدأ إقامة المسؤولية السياسية والقانونية للسلطة الحاكمة حالة عدم كفالتها للحقوق والحريات؛ أو تكوين لجان تحقيق برلمانية مستقلة للتقصي عن حقيقة الحريات الإعلامية المكفولة دستوريا.

وأمام ذلك فقد اشتدت قبضة السلطة التنفيذية على كل دواليب الحياة السياسية، و تجردت البرلمانات المتعاقبة سواء الانتقالية منها أو المنتخبة من سلطتها، وغدت الحكومة المسيطر الفعلي على شؤون التشريع، وأمسى البرلمان أداة لإقرار سياساتها ومقاومة أي انتقاد يوجه لها من المعارضة، وما هذا إلا نتيجة لعدم نضوج الفكر الديمقراطي واكتمال مراحل نموه وسيره. وبناء على ذلك صارت الحريات الإعلامية مقيدة بموجب قرارات إدارية أو على أحسن الفروض بمراسيم تشريعية مستندة إلى تفويض تشريعي واسع المدى لا يوفر أي ضمان حقيقي يحول دون انحراف الحكومة في فرضه.

وظاهر من خلال تلك التدابير التي خولتها قواعد المشروعية الاستثنائية أنها قابلة للتسييس وحماية السلطة الحاكمة، حيث يمكن لسلطة حفظ النظام استغلال جميع صلاحياتها لمصادرة وتقييد ممارسة الحرية، لأن مسألة تقدير مدى حق السلطة في التدخل أو عدم التدخل لحماية النظام العام مسألة اقتناع شخصي لدى السلطة النظامية؛ وكذا مسألة مدى الاستمرار وتمديد العمل بالتدبير الاستثنائي.

وكذلك مسألة تقدير مدى خطورة الشخص المشتبه فيه على النظام العام؛ مما يعني أن مسألة تنظيم الظروف الاستثنائية وتسييرها مسألة تحكمها نظرية السلطة التقديرية لسلطة حفظ النظام ممثلة في السلطة العسكرية أو في السلطة المدنية. ويقابل هذا الامتياز الممنوح لسلطة تسير الظرف الاستثنائي؛ تخويل المتضرر من هذا التدبير حق الطعن القضائي؛ مع تخويل القاضي الاداري رقابة واسعة تتمتد من رقابة المشروعية الى رقابة الملا ءمة.

السلطة. لقد وجد المواطن نفسه بين صورتين متناقضتين، تلك التي تقدمها له الوسائل التي هي في يد الدولة، وتلك التي تطرحها مصادر المعلومات الخارجية؛ ومعلوم أن كل مصادر المعلومات كانت تنشرها هذه الوسائل الأجنبية هي من طرف مراسلين محليين في ظل إجلاء الصحافيين الأجانب وترحيلهم إلى أوطانهم؛ حتى سنة 1997 حينما قدم إلى الجزائر 561 صحافيا أجنبيا إلى الجزائر.ينظر المرصد الوطني لحقوق الإنسان؛ التقرير السنوي؛ 1997؛ ص71 .

[1] – حيث تؤكد" الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان " خضوع و تبعية السلطة القضائية للتنفيذية، ومن جهته يرى رئيس اللجنة الوطنية الاستشارية لحماية و ترقية حقوق الإنسان، إن العدالة تعرف تراجعا، فعلى الرغم من إدخال تعديلات إلا أن القضاة لا يعملون بها. ينظر شطاب كمال؛ حقوق الإنسان في الجزائر؛ ص249

المطلب الثاني: مظاهر تأثر الحريات العامة في ظل تطبيقات حالة الضرورة الشرعية

لا شك أن إقرار الفقه الدستوري الإسلامي بوجود نظرية الضرورة كوجه ثاني لقواعد المشروعية؛ يترتب عليه الاعتراف لسلطة حفظ نظام الأمة بامتيازات وصلاحيات واسعة كترك بعض الواجبات وارتكاب بعض المحظورات المؤقتة؛ متى كانت الضرورة العامة حالة؛ ولا تقبل التأخير أو التروي؛ ويلاحظ في هذا الصدد أن معظم أساليب حفظ النظام في الظروف الاستثنائية المطبقة في القانون الوضعي؛ لها ما يقابلها في النظام الإسلامي؛ وعلى رأسها أسلوب الحظر؛ و إمكانية المنع الإقامة؛ وكذا التفتيش القسري؛ بل أحيانا التنفيذ الجبري متى دعت الضرورة إلى ذلك؛ وهذا ما سيمكن دراسته من خلال استعراض أهم التطبيقات التي يمكن لسلطة ولي الأمر اللجوء إليها في حالة الضرورة الملحة أو الملجئة؛ والمقدرة بقدرها من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: موقف سلطة حفظ النظام من الحريات في ظل حالة الضرورة في النظام الإسلامي.

الفرع الثاني: التطبيقات العملية لأثار حالة الضرورة على الحريات العامة في حكومات الدولة الراشدة.

الفرع الأول: موقف سلطة حفظ النظام من الحريات في ظل حالة الضرورة في النظام الإسلامي:

من خلال مرجعات الباحث المتواضعة لأحداث الخبرة الإسلامية في ظل حكومات الدولة الراشدة في مجال لجوئها لسلطات الضبط الإداري يمكن ملاحظة أن أغلب الأساليب المستخدمة في القانون الإداري الوضعي موجودة ومطبقة في النظام الإسلامي مع الفارق في مسألة الضوابط ؛ الأمر الذي يؤكد حقيقة نسبية الحريات العامة في الشريعة والقانون؛ و يؤكد أيضا على حق الدولة أو سلطتها في تقييد ممارسة الحقوق والحريات العامة إذا تعارضت مع أحكام المشروعية بنوعيها العادية والاستثنائية؛ غير أن ما تجدر الإشارة إليه أن الحكومة الراشدة رغم إقدامها في كثير من الأحيان على تقييد ممارسة الحريات إلا أنها كانت من باب الاحتياط تعوض ضحايا تغليب النظام العام على الحرية. وهذا ما سيتم توضحيه من خلال عرض الأساليب الآتية:

أولا: أسلوبا الإبعاد الجبري والنفي الاختياري وأثره على التمتع بالحريات الشخصية:

تحتل الحريات الشخصية مكانة الصدارة لعلاقتها بكرامة الإنسان؛ وبوجوده الآمن الحر دون تقييد لحركته؛ وهي غاية في ذاتها لارتباطها بحقوقه الطبيعية التي تشكل قيودا على السلطة؛ ولذلك يسميها الفقه بالحريات الأساسية؛ ويطلق عليها في الشريعة حرية أو حرمة الذات بأن يكون الإنسان قادرا على التصرف في كل شؤونه؛ أمنا من الاعتداء على نفسه وعرضه وما له؛ وجميع حقوقه[1] فهي تشمل على حرية الأمن؛ وحرية المسكن؛ وحرية التنقل؛ وحرية الرأي؛ وحرية التعليم؛ وحرية سرية المراسلات وحرية الدفاع.[2]

وعلى أهميتها الراجعة إلى ارتباطها بمقصود الشارع إلا أنها ليست مطلقة وإنما يجب على المكلف ألا يتعدى على حقوق الآخرين وحرياتهم؛ وألا يتعدى على النظام العام والآداب؛ وعلى هذا يحق لرئيس الدولة أن يمنع ممارسة بعض الحريات أو يقيد منها رعاية للمصلحة العامة وتقديما لها على المصلحة الخاصة المرجوة من الحرية الشخصية[3]؛ ولذلك نفى عمر بن الخطاب "**نصر بن حجاج السلمي**" من المدينة إلى البصرة دون جرم وإنما احتياطا كما نسب ابن سعد واقعة أخرى مشابهة لها تمثلت في إقدام الخليفة عمر بن الخطاب على نفي " "أبا ذئب السلمي" من المدينة إلى البصرة دون ذنب سوى أنه سمع نسوة يتحدثن عن جماله[4] وقد قيل بأنه ابن عم نصر بن الحجاج على ما ذكره د/ **محمد بلتاجي** في رسالته حول منهج عمر في التشريع؛ لأبي ذرالغفاري إلى منطقة الربذة[5] لمعارضته للنظام الاجتماعي في توزيع المال وسياسة الحكم[6]؛ وهو نوع من المنفى الاختياري.

---

[1] – د/ عبد الحميد متولي؛ مبادئ نظام الحكم في الإسلام؛ ص704

[2] – عبد الوهاب خلاف؛ السياسة الشرعية ؛ص30

[3] – إبراهيم البدوي؛ دعائم الحكم في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية المعاصرة– الحقوق والحريات العامة– الناشر دار النهضة العربية القاهرة؛ ط1؛ سنة 1994؛ ص62

[4] – ابن سعد؛ الطبقات الكبرى؛ ج3؛ ص205

[5] – ابن جرير الطبري؛ تاريخ الرسل والملوك؛ دار المعارف؛ 1970؛ ج4؛ ص283؛ وابن الأثير؛ الكامل في التاريخ ؛ج3 ؛دار الكتاب العربي؛ ط2؛ سنة1968؛ ص57

[6] – د/ إبراهيم بدوي؛ مرجع نفسه؛ ص87؛ ود/ طه حسين؛ الفتنة الكبرى؛ دار المعارف؛ طبعة1951؛ ص165

وتشكل هتين الواقعتين نموذجين تطبيقين لحق السلطة النظامية في تقييد الحريات العامة خاصة منها حرية التنقل؛ ويقصد بها حرية الغدو والرواح بما يضمن حق الهجرة للجميع؛ وهي حرية ليست مطلقة وإنما مقيدة للصالح العام؛ والآداب العامة؛ والصحة العامة فقد ألزم عمر كبار الصحابة بالإقامة معه في المدينة حتى يستشيرهم فيما يجد من أمور؛[1] ونفي الخليفة عثمان بن عفان" حفظا لنظام الجماعة من مظاهر تهديد استقرارها؛ وهذا ما سيتم تسليط الضوء عليه لمعرفة أبعاد هذه الأسلوبين؛ منحيث بيان مدى مشروعيتهما؛ وضوابط استعمالهما وحق المتضرر في الحماية القضائية.

أ- أسلوب الإبعاد القسري من خلال قضية نفي نصر بن حجاج نموذجا عام 21هـ.

مثل اجتهاد عمر بن الخطاب التنظيمي في **نفي نصر بن حجاج** من المدينة إلى البصرة، مخافة أن تفتن به النساء، فبينما كان عمر يعس ذات ليلة ، فإذا بامرأة تقول :

هل من سبيل إلى خمر فأشربها أو هل سبيل إلى نصر بن حجاج

فلما أصبح سأل عنه، فإذا هو من بنى سليم، فأرسل إليه، فآتاه، فإذا هو من أحسن الناس شعرا، و أصبحهم وجها، فأمر عمر أن يجز شعره، ففعل ، فخرجت جبهته فزاد حسنا، فأمره عمر أن يعتم ، ففعل فازداد حسنا، فقال عمر:" **لا والذي نفسي بيده لا تجامعني بأرض أنا بها، فأمر له بما يصلحه وسيره إلى البصرة**[2] " أي أنه نفاه.

وواضح من هذا القرار الإداري انه يستهدف درء كل ما يفتن بنساء المسلمين به، ولو بإهدار حرية بريء من تهمة التعمد بافتتان النساء بجمال منظره؛ وفي هذا وجه لتقديم المصلحة العامة في حفظ نسوة المدينة من الافتتان بنصر على مصلحته الخاصة في بقائه في موطنه وبين أهله.[3]

وقد أثارت هذه القضية جدلا كبيرا في الفقه القديم والحديث؛[4] حول مدى مشروعية هذا القرار الإداري بالنفي والإبعاد عن مقر الإقامة الأصلي. وعن مدى مسؤولية الدولة ممثلة في حكومة عمر بن الخطاب عن هذه الأضرار الذي أصابت نصر بن حجاج دون أن تثبت عليه جريمة محددة ومن هنا سيناقش الباحث هذه الآراء التي قيلت بشأن تكييف هذه الواقعة محاولة من لتسليط الضوء على طبيعة هذا القرار ومقاصده وضوابطه؛ لما يمثله من تطبيق مباشر لأولوية حفظ النظام على حق ممارسة الحريات في الفقه الإسلامي باعتباره قيدا عليها.

---

[1] - د/ إبراهيم بدوي؛ مرجع نفسه؛ص87؛ نقلا عن د/ حسين هيكل؛ الفاروق عمر؛ج2؛ ص209

[2] - ينظر في تحليلا لهذا النموذج د/ محمد بلتاجي، منهج عمر بن الخطاب في التشريع، ص 377 – 380

[3] - ومع ذلك فانه يمثل انتهاك خطيرا بحريات المواطنين خاصة بالنسبة لجز شعره واستئصاله حتى قال نصر بن حجاج شاكيا لله: **فصلع رأسا لم يصلعه ربه..... يرف رفيفا بعد أسود حائل.**

[4] - ينظر أبعاد هذه الواقعة على تقرير مسؤولية الدولة عن أعمالها عند ؛د/ مقبل احمد العمري؛ مرجع سابق؛ص355؛ ود/ كامل عبد السميع؛ مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشلروعص95 وما يليها

الرأي الأول : عدم مشروعية هذا القرار ووجوب التعويض عنه :

وهو منسوب لصاحب كتاب العبقريات **للأستاذ العقاد** وهو يرى أن تصرف عمر في هذه القضية "جور وظلم على نصر بن حجاج لا جدال فيه؛ ولكن في سبيل مصلحة عامة أكبر وأبقى؛ يرعاها الحاكم العسكري في أزمنة كأزمنة عمر؛ ويقضي فيها بما هو أعجب من إقصاء نصر بن حجاج[1] "؛ معتبرا هذا القرار نوعا من القسوة الإدارية التي كانت تتميز بها السياسة العمرية[2].

ويلاحظ أن **العقاد** وان كان يرى ذلك جورا في الظروف العادية إلا انه يعتقد أن هذا الإجراء الوقائي يعتبرا مشروعا في الظروف غير العادية كحالة الحرب التي تستدعي حسب رأيه اتخاذ أكثر من هذا الإجراء شدة على الحريات والحقوق؛ وذكر لذلك أمثلة منها جواز منع الإقامة بمكان ؛ ومنع المرور من طريق؛ وتحريم تجارة لا حرام فيها؛ ومراقبة إنسان يخشى أن يقود إلى جريمة؛ وتقييد السهر بعد موعد محدد من الليل ؛ وان كان من باب الأولى عدم اللجوء اليه؛ فهو يرى بأن الخليفة كان بإمكانه أن يعدل عنه إلى غيره؛ أو لا يتخذه أصلا[3].

مما يعني عدم سلامته وتحقق مناطه؛ الأمر الذي يستوجب تعويضه جبرا عما لحقه من فراق موطنه وأهله من ضرر معنوي؛ في سبيل مصلحة عامة ينعم بها المجتمع في صيانة عرضه؛ ويغرم فيها نصر بن حجاج لوحده.

وما يؤكد هذا الطرح ما ثبت عن **أم نصر** من مراجعتها لقرار عمر هذا؛ حيث ذكرته بوليدها الطريد؛ وابنيه- أي الخليفة عمر- الذين يجلسان بين يديه؛ قائلة" **يا أمير المؤمنين؛ والله لأقيفن أنا وأنت بين يدي الله؛ وليحاسبنك الله تعالى؛ يبيت عبد الله إلى جنبك وعاصم؛ وبيني وبين ابني الجبال؛ والفيافي والأودية**؛ فقال عمر "**إن ابني لم تهتف بهما العوانق في خدورهن**"؛ مما يعني أن هذا القرار كان له أثره حتى على والدة نصر؛ التي جاءت تحاجج عنه[4].

ومن أنصار هذا الرأي أيضا صاحب القضية **نصر بن الحجاج** فقد ثبت عنه انه كتب كتابا ودسه في الكتب التي ترسل من البصرة إلى المدينة؛ وقد جاء فيه" بسم الله الرحمن الرحيم ؛ لعبد الله عمر أمير المؤمنين؛ سلام الله عليك أما بعد" وساق قضيته شعرا متظلما؛ يشكو فيه ما لحقه من ضرر ؛ ويلوم فيه عمر على أنه نفاه بدون جريرة؛ واضحة؛ وفضحه بين الناس؛ وأن فعله ذلك محرم شرعا؛ ذلك أنه أخذه بتهمة متوقعة غير موجودة؛ وأخذه بالظن؛ وبعضه إثم؛ وأن عمر **قد تناسى ما للمسلم من حقوق محفوظة؛ وحرمة معروفة؛ لا تبيح لأحد طرده ونفيه**؛ لمجرد أن الله قد خلقه جميلا؛ فهتفت به إحدى النساء؛ وهذا كله من موجبات المسؤولية[5].

---

[1] – عباس محمود العقاد؛ عبقرية عمر؛ ص64

[2] – د/ سليمان الطماوي؛ عمر بن الخطاب وأصول الإدارة والسياسة الحديثة؛ص97

[3] – د/ مقبل أحمد العمري؛ مرجع سابق؛ص355

[4] – د/ كامل عبد السميع محمود؛ مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة؛ ص97

[5] – د/ سليمان الطماوي؛ مرجع سابق؛ص96 وما بعدها.

ومؤدى هذا الكتاب عدم رضا **نصر بن الحجاج** عن قرار عمر وان كان مبررا بمصلحة المسلمين؛ فقد ثبت أن نصرا قد التقى بعمر فيما بعد وجادله بقوله تعالى" **وَلَوْ أَنَّا كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ أَنِ اقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ أَوِ اخْرُجُواْ مِن دِيَارِكُم مَّا فَعَلُوهُ إِلاَّ قَلِيلٌ مِّنْهُمْ وَلَوْ أَنَّهُمْ فَعَلُواْ مَا يُوعَظُونَ بِهِ لَكَانَ خَيْرًا لَّهُمْ وَأَشَدَّ تَثْبِيتًا**"[1]؛ فقال: لقد سمتني –كلفتني– قتل نفسي؛ لأن الله قرن هذا بهذا"؛ ولكن عمر احتج بما قاله شعيب عليه السلام" **إِنْ أُرِيدُ إِلاَّ الإِصْلاَحَ مَا اسْتَطَعْتُ وَمَا تَوْفِيقِي إِلاَّ بِاللّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ**"[2]. وهو دليل ضمني بان عمر يقر بأن الإبعاد من الديار قريب في شدة الجزاء من القتل؛ ولكنه يهدف إلى الإصلاح[3]لا غيره من المصالح الشخصية.

وترتيبا على ذلك فليس غريبا أن يحكم له بمضاعفة مرتبه إلى ضعفين مدة إقامته بالبصرة؛ إعمالا لمسؤولية الدولة عن أعمالها المشروعة التي سببت أضرار للغير على أساس نظرية المخاطر وتحمل التبعة ومبدأ الغرم بالغنم؛ ومبدأ المساواة أمام الأعباء العامة. وهي الأسس الذي يمكن التأصيل عليها لإقرار مسؤولية الدولة عن أعمالها الضبطية التي تهدف إلى رعاية نظام الأمة وحماية عرضها من مخاطر الفتنة.

الرأي الثاني: مشروعية القرار مع تقرير مسؤولية الدولة من دون خطأ :

وهو الرأي الذي يمكن نسبته إلى **د/ سليمان الطماوي ود/ مقبل العمري**؛ ومقتضى هذا الرأي أن تبرير هذا القرار أساسه الواقع الذي صدر فيه؛ والظروف التي أحاطت به؛ وحول هذا المعنى يقول الطماوي" كان عهد عمر عهد تعبئة عامة لجميع الرجال القادرين على القتال؛ حتى أن المرأة حنت على زوجها؛ وشكت إلى الخليفة من طول غيابه؛ ولسان حالها" **أهان على عمر بن الخطاب وحشتي وغيبة زوجي عني**"[4] وهي القضية التي ارتبطت زمنيا بقضية **نفي نصر** مما يؤكد على مشروعية قرار النفي والإبعاد... ثم يضيف قائلا: ونصر بن حجاج شاب؛ فيه فتوة وليس ممن عذرهم الله مما يمنعه من الذهاب إلى ميدان القتال؛ ولكنه بدلا من ذلك ؛بقي في المدينة يصفف شعره؛ ويجالس النساء؟"[5] ؛ إضافة إلى ما عرف عنه من جمال؛ يبعث على الفتنة والانحراف في في ظل طول غياب الأزواج؛ كيف لا؛ وقد هتفت به العواتق من خدورهن؛ حتى قالت إحداهن: " أود لو كان معي–نصر– طول ليلة الأمس ليس معنا احد"؛ على هذا تكون الفتنة قد بلغت حدا لا يسكت عنه.[6]

فكان مقتضى سياسة عمر معه " فليذهب نصر إلى مدينة عسكرية كالبصرة تعج بالرجال الأشداء؛ فلعله يراجع نفسه؛ ويجاهد في سبيل الله؛ وهو على جميع الحالات لن تكون ظروف الفتنة مهيأة له كما هي مهيأة في المدينة".ووفقا لهذه التبريرات فلا مسؤولية على عمر؛ بل أنه كان يؤدي واجبا يتمثل في حفظ أعراض المجاهدين

---

[1] – سورة النساء؛ أية 66

[2] – سورة هود؛ أية 88

[3] – د/ مقبل احمد العمري؛ مرجع سابق؛ ص358 وما بعدها

[4] – د/ سليمان الطماوي؛ عمر وأصول الإدارة والسياسة الحديثة؛ ص95

[5] – د/ سليمان الطماوي؛ المرجع نفسه ؛ص78

[6] – د/ مقبل أحمد العمري ؛ مرجع سابق؛ هامش ص357

والأخلاق العامة في المدينة في ظل ظرف استثنائي؛ خاصة إذا صحت تلك الروايات[1] التي تحدثت بان تلك المرأة التي تمنت المبيت مع نصر أرسلت إلى عمر تعتذر إليه ؛ فقال لها: " **إني لم أخرجه من أجلك؛ ولكن بلغني أنه يدخل على النساء فليس آمنهن**"[2]؛ أي وقاية لعرض المسلمين.

ومن ثم فقد برر قراره السابق بإرادته للإصلاح ومنع الفتنة والتوقي من الجريمة؛ ومن ثم فإذا ما تعارضت مفسدتين روعي أعظمهما بارتكاب أخفهما؛ والتي بتطبيقها على هذه الواقعة يتقرر مشروعية هذا القرار لأن مفسدة انتهاك عرض المجاهدين أعظم من مفسدة إبعاد نصر ولذلك كان الترجيح لحق المجتمع على حق الفرد؛ بتقييد حريته وتحديد إقامته.

ومع وجاهة هذا التخريج الأصولي والمقاصدي لأولوية المصلحة العامة على المصلحة الخاصة إلا أنه ليس من العدالة تقييد حرية بريء لم تثبت إدانته بتحديد إقامته وإبعاده عن أهله بين الغرباء لمجرد صفة خلقية لا دخل له فيها؛ وهي خلقته الجميلة؛ ومن ثم كان لزاما جبر ما تعرض له من أضرار تقريرا لمسؤولية الدولة عن مخاطر إعمالها المشروعة من دون خطا.

وفي ضوء هذه التبريرات يلاحظ الباحث إن قرار عمر يشكل قرارا إداريا ضبطيا يتعلق بحفظ احد عناصر النظام العام وينطوي بداهة على تقييد الحرية ومصادرتها؛ غير أنه يبقى مجرد قرار وقائي وليس عقوبة جنائية ؛ مما يجعلنا نشبهه بقراري الاعتقال الإداري والإقامة الجبرية في القانون الوضعي المنظم للظروف الاستثنائية؛ لما بينهما من أوجه التشابه المختلفة من حيث كونهما اجراءاين استثنائيين ووقائيين؛ هدفها تحديد إقامة أي شخص راشد يشتبه في إخلاله بالنظام العمومي في أحد عناصره؛ مع قبولهما للرقابة القضائية عن طريق دعوى المسؤولية والمطالبة بالتعويض عن كل الأضرار المادية والمعنوية.

ب– أسلوب النفي الاختياري قضية نفي أبي ذر الغفاري نموذجا

وتتلخص وقائع هذا القرار الضبطي في فرض ما يشبه الإقامة الجبرية على الصحابي أبي ذر؛ أو المنع من الاتصال بالناس خشية استغلال الثوار لأرائه البريئة في الدفع بمشروعية الإطاحة بحكومة عثمان[3]؛ فقد شكلت آراؤه ما

---

[1] – وهي المرأة صاحبة البيت الشعري المتقدم والتي خافت من عمر بعدما سمعت بقراره بنفي نصر؛ فأنشدت شعرا تدافع فيه عن نفسها وعن تهمته مع نصر؛ كقولها:

قل للإمام الذي تخشى بوادره .....مالي وللخمر أو نصر بن حجاج.

إن الهوى زمه التقوى فقيده .....حتى أقر بإلجام وإسراج.

فلما قرأها عمر؛ سأل عنها فوصفت له بالعفاف؛ فأرسل إليها" قد بلغني عنك خيرا فقري؛ إني لم أخرجه من أجلك؛ ولكن بلغني ..." ينظر بقية القول عند " د/ كامل عبد السميع محمود؛ مرجع سابق؛ ص96

[2] – د/ سليمان الطماوي؛ المرجع السابق؛ ص77

[3] – ينظر حول هذا التكييف د/جابر قميحة؛ المعارضة في الإسلام بين النظرية والتطبيق؛ طبعة1998؛ ص233 ؛ حيث يرى سيادته أن الخليفة عثمان لما رأى شدة أبي ذر في انتقاد سياسة ولاته خاصة والي الشام معاوية –ض–؛ حاوره فكان أن آثر أبو ذر أن يخرج إلى الربذة؛ فكان خروجه هو الحل الناجع الذي لا حل غيره؛ فهو في الربذة بعيد عن المظاهر التي تثيره وتهيج مشاعره؛ والخليفة من ناحية أخرى في

يشبه معارضة سياسية كان لها أثرها الواسع على الرأي العام في أوساط الصحابة في عاصمة الدولة؛ ويمكن تمييز رأيين في تكييف طبيعة علاقة الخليفة بأبي ذر صاحب هذه المعارضة بناء على تضارب الروايات التاريخية في مدى إكراه الخليفة له على الإبعاد من المدينة إلى الربذة تجنبا للاجتماعات العمومية التي كانت تشكل خطرا على نظام الدولة على النحو الأتي:

الرأي الأول: يذهب أنصاره إلى أن اختيار **الربذة** كان برضا من أبي ذر وليس بقرار ضبطي ملزم كجزاء أو عقوبة إدارية؛ وسندهم بعض الروايات التي تبرز العلاقة الحميمة التقديرية لا التقديسية التي كانت بين الخليفة ومواطنه الصحابي الجليل أبو ذر ؛ فمما ذكرته هذه الروايات التاريخية عن طبيعة هذه العلاقة التي كانت تجمعه بعثمان أنه كان من المنادين بتجريد المالكين من أملاكم لتتحقق المساواة بين الجميع نظرا لما شاهده من بروز لتفاوت اجتماعي بسبب نظام العطاء وخيرات الفتوحات الإسلامية؛ إلى حد أن أحد العلماء المعاصرين سمى هذه المعارضة باشتراكية أبي ذر الغفاري وبعضهم اشتراكية الإسلام.

ويرجع عدد من المؤرخين هذه الحركة كسند لمشروعية الطعن في عثمان الذي كان بزعمهم إقطاعيا كما هو الحال مع أمراء الإقطاع في فرنسا قبل ثورتها الشهيرة1789؛ مع أن الواقع أن عثمان كان كما قال الحسن البصري" يطعم الناس طعام الأمارة ويأكل الخل والزيت؛ أما قضية علاقته بأبي ذر وقضية نفيه إلى الربذة في أعماق الصحراء؛ فان هناك روايات تثبت أن ذلك كان عن اختيار من أبي ذر من ذلك رواية الإمام الطبري" كتب عثمان إلى معاوية أن وجه أبا ذر إلى المدينة؛ وأبعث معه دليلا ؛ **وزوده وأرفق به**؛ وقال أيضا :" لما توجه أبو ذر إلى الربذة **أقطعه** عثمان قطيعا من الغنم؛ وصرمة من الإبل وأرسل إليه أن يعاود المدينة حتى لا يرتد أعرابيا" وجاء فيه أيضا " انه لما سمع عثمان خبر وفاة أبي ذر قال الخليفة" **يرحم الله أبا ذر ويغفر له نزوله الربذة** ".[1]

ثم انه توجه إلى طريق الربذة فضم عياله إلى عياله"؛ مما يدل على أن نزوله الربذة لم يكن نفيا كعقوبة وإنما كان اختيارا منه رضي الله عنه" وعن ابن خلدون أن الربذة لم تكن ذلك المكان المنقطع في عرض الصحراء وإنما كان مكانا طيبا يكثر فيه الشجر والماء؛ وبالتالي نجده يكيف قضية نفيه إلى أنها تجميد لنشاطه المعارض لسياسة الحكومة وليس نفيا."[2]

مأمن من الحرج الذي قد يدفعه إلى استغلال الناقمين والحاقدين لهذا الصوت البريء الذي ما قصد به صاحبه إلى مطمع أو دنيا؛ ينظر د/ جابر قميحة؛ مرجع نفسه؛ ص232 وما بعدها.

[1] – د/ جابر قميحة؛ المعارضة في الإسلام بين النظرية والتطبيق؛ ص 229؛ وذكر أن الصرمة من الإبل ما بين العشرة والخمسين؛ ويظهر أن د/ جابر قميحة يميل إلى أن معارضة أبي ذر كانت ذات طابع روحي ومثالي؛ لما كان يتصف به من زهد عن الطمع الدنيوي؛ خلافا لمعاشر الثوار الذي كانوا من ذوي الأطماع في السلطة والسيادة والجاه؛ فكانت موافقة الخليفة على طلب الخروج نوع من قطع الصلة بين الثوار وأبي ذر؛ حتى لا يستغل موقفه في إثارة الفتنة؛ المرجع نفسه ؛ ص229

[2] – وهو الرأي الذي تبناه د/ عبد المتعال الصعيدي؛ في القضايا الكبرى في الإسلام؛ ص175

الرأي الثاني تذهب بعض الروايات الأخرى إلى أن أبا ذر كان قائد المعارضة السياسية زمن حكومة عثمان وأنه كان يحرض الناس عليه؛ حيث تذكر بعض الروايات انه انتقد سياسة عثمان المالية كونه أغدق على أهله؛ وآثر ذريه ببعض أموال الدولة؛ وولى أبناء الطلقاء من الأحداث؛ فنهاه عثمان عن هذا الهجوم العنيف إلا أنه لو يتوقف عن انتقاداته الأمر الذي دفعه إلى مواصلة نقده ومن أقواله" لأن أرضي الله بسخط عثمان أحب إلي من أن أرضي عثمان بسخط الله " وهو السبب الذي دفع الخليفة إلى الأمر بنفيه أولا إلى الشام.

غير أن أبا ذر رغم كل ذلك لم يتوقف عن دعوته إلى القصد في الإنفاق وتبغيض جمع المال؛ رائده في ذلك" أوصاني خليلي صلى الله عليه وسلم بخصال من الخير؛ أوصاني أن لا أخاف في الله لومة لائم؛ وأوصاني أن أقول الحق؛ وان كان مرا"؛ فكان أن اعترض على والى الشام معاوية بن سفيان قوله " **المال مال الله**" وقال "**إنما هو مال المسلمين**". كما أعترض عليه **بناء قصر الخضراء** قائلا إن كانت الأموال التي تشيد بها هذا القصر من أموال المسلمين فهي الخيانة وان كانت من مالك الخاص فهو الإسراف".[1]

وكان من أمره اجتماع الناس إليه للاستماع منه والتأمين على دعواته ؛ فخاف معاوية من دعوته على أهل الشام؛ فكتب يشكو منه إلى عثمان فطلب الخليفة من واليه أن يرسله إليه ليسمع طبيعة دعائه فكان منها " بشر الأغنياء بمكار من نار تكوى بها جباههم وجنوبهم وظهورهم" ثم راح يطعن في سياسة الخليفة ناعيا عليه إطلاق يده في مال الله ولتوظيف أهله من الأحداث من أبناء الطلقاء الذين أسلموا يوم الفتح.

وهو الأمر الذي لم يستطع الخليفة تحمله حيث ضاق به الخليفة ذرعا؛ فما كان منه إلى أن استعمل امتيازاته الإدارية في إبعاده حفظا لنظام الأمة خشية افتتنان مواطني المدينة بأفكاره؛ التي قد تدفع إلى قيام فتنة تخل بنظام الأمة ككل. فنفاه بعيدا عن المدينة حتى لا يساكنه؛ حيث أقام في الربذة بقية حياته"[2].

فحرية الرأي في الإسلام مقيدة بما فيه حماية للنظام العام وبالتالي يجب الرد والردع على كل من يشكل نشاطه خطر على النظام العام أو يؤدي إلى إشعال نار الفتنة في المجتمع ولا يكون هذا حرمانا من الحق في حرية الرأي؛ وإنما هو منع من الاعتداء ذلك أن الحفاظ على كيان الأمة من حيث سلامة الدولة ونظامها العام أو من حيث الحفاظ على وحدة الأمة وتماسكها أمر مقصود لدى الشارع وداخل في مسؤولية الدولة؛ يقول الإمام الغزالي صاحب الإحياء" "وهو ما دفع الخليفة عثمان إلى إخراج أبا ذر إلى الربذة لما خاف من أن تؤدي آراؤه التي يجهر بها إلى التفاف الناس حوله؛ ومن ثم قيام الفتنة ضد نظام الدولة القائم [3]؛ وقد نفذ أبو ذر أمر أمير

---

[1] – د/ عمر الشافعي عبدالرؤوف؛ حرية الرأي والتعبير بين النظرية والتطبيق؛ دراسة امقارنة بين النظامين الإسلامي والوضعي؛ رسالة دكتوراه؛ جامعة طنطا؛ مصر 2000 ؛ ص698

[2] – ينظر ملخص هذه الواقعة في " د/ طه حسين؛ الفتنة الكبرى؛ ص164 وما يليها.

[3] – الإمام أبو حامد الغزالي؛ إحياء علوم الدين؛ ج1؛ص165

المؤمنين؛ و لم ينكر عليه[1]؛ بل انه في بعض الروايات قال لمن طلبوا إليه أن يقودهم إلى المقاومة الايجابية ضد حكومة عثمان:" **لو صلبني عثمان على أطول جذع من جذوع النخل ما عصيت**[2].

وفي رواية الإمام الذهبي" أنه خرج إلى الربذة مبتسما؛ وقال: سامع مطيع ولو أمرني أن أتي عدن"؛ ويلاحظ بعض الباحثين أن **معارضة أبي ذر** لم تكن من قبيل المعارضة السياسية وإنما من قبيل التشهير بمظاهر الترف والغنى الفاحش الذي أحدثته السياسة الاقتصادية في حكومة عثمان؛ فقد كان أبو ذر مثالا للرجل الذي يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر بمفرده ودون أن يكون لديه أهداف سياسية معينة؛ فقد كان يرى أن الطاعة واجبة للحكام وكان كثيرا ما يستدل بحديث يقول فيه " أن رسول الله –ص– قال لي: " اسمع وأطع وان كان عليك عبد حبشي مجذع."[3]

ومثل منع الكفار من الإقامة بأرض الحجاز وحظر الرسول الدخول في أرض بها طاعون؛ كما منع الخروج من أرض وقع بها حتى لا ينتشر الوباء.[4]

ثانيا: أسلوب الحجر الصحي أو المنع من التنقل حفظا الصحة العامة– طاعون عمواس نموذجا–

من بين أهم واجبات الدولة ووظائفها حفظ النفوس ووقايتها من خطر الأمراض والأوبئة العامة رعاية لأحد أهم عناصر النظام العام المادي؛ والمتمثل في حماية الصحة العامة للأفراد، فلم تكد المجاعة تنقضي و يرتفع عن الناس الضر حتى روعهم النبأ بانتشار الوباء في الشام وامتداده إلى العراق ، حيث فشا الطاعون في عمواس في أرض فلسطين ثم انتقلت عدواه إلى الشام ، فجعل يفتك بكل من يصابون به فتكا ذريعا مزعجا، لم يكن الواحد منهم يكاد يطعن حتى يدركه الموت، وما أكثر الذين كانوا يطعنون، وطال هذا الوباء شهرا هلك في أثنائه من المسلمين خمسة وعشرون ألف، فيهم من أكابر الناس و أشرافهم عدد غير قليل[5] وترجع ملخص وقائع هذه الأزمة كما يرويها أصحاب السير[6] إلى أن الخليفة عمر خرج يريد الشام فعلم في الطريق بأن الطاعون قد

---

[1] – د/ عبد الحكيم العيلي؛ الحريات العامة؛ ص457؛ وإبراهيم البدوي؛ مرجع نفسه؛ ص239

[2] – ينظر إلى هذه الرواية عند د/ فتحي عبد الكريم؛ الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي؛ رسالة دكتوراه منشورة؛ الناشر مكتبة وهبة ط2؛ سنة 1984؛ ص337

[3] – د/ الجابري؛ العقل السياسي العربي؛ ص224؛ وعلى العكس من ذلك يرى أيضا أن معارضة **عمار بن ياسر–ض–** لسياسة عثمان كانت معارضة سياسية **راديكالية** ساهمت بشكل واضح في الثورة على عثمان ينظر تفاصيل أكثر؛ د/ الجابري؛ المرجع نفسه؛ ص225ومايليها. نقلا عن الإمام الذهبي؛ في تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام؛ ص411

[4] –د/ إبراهيم بدوي؛ مرجع نفسه؛ ص87

[5] – ينظر د/ فوزي خليل؛ المصلحة العامة من منظور إسلامي؛ ص 562 ؛ ود/محمد حسين هيكل، الفاروق عمر، الجزء الأول، دار المعارف بمصر، 1977، ص 270- 271 .

[6] – فقد أورد المؤرخون عن عبد الله بن عباس أن عمر–ض– خرج إلى الشام حتى إذا كان بسرغ (قرب تبوك) لقيه أمراء الأنجاد فأخبروه أن الوباء قد وقع بأرض الشام، قال ابن عباس؛ فقال عمر: " اجمع إلي المهاجرين الأولين، فجمعتهم له، فاستشارهم (أي في الرجوع إلى المدينة و عدم مواصلة السير إلى الشام) فاختلفوا عليه ، فمنهم القائل: إنه لبلاء وفناء ما نرى أن تقدم عليه ، فلما اختلفوا عليه، قال: قوموا عني، ثم قال اجمع إلي الأنصار، فاستشارهم فسلكوا طريق المهاجرين ن وكأنما سمعوا ما قالوا فقالوا مثله ، فلما اختلفوا عليه قال: قوموا

اشتعل بأرض الشام؛ فاستشار المهاجرين؛ فاختلفوا بين الدخول والامتناع عنه؛ ثم دعا الأنصار فاختلفوا أيضا؛ فاستشار رؤساء كبار الصحابة من قريش فقالوا جميعا: **نرى أن ترجع بالناس**؛ فعزم على الرجوع. فقال له أبو عبيدة بن الجراح- أمير جيش الشام- أفرارا من قدر الله يا عمر؟، فقال عمر: لو غيرك قالها يا عبيدة؟. نعم نفر من قدر الله إلى قدر الله..، أرأيت لو كان لك ابل فهبطت بها واديا له عدوتان إحداهما خصيبة والأخرى جديبة، ألست إن رعيت الخصيبة رعيتها بقدر الله؟ وان رعيت الجديبة رعيتها بقدر الله[1]. وهي حكمة عمرية مفادها أنه على المسلم أن يتدرع بكل وسائل الحذر في مواجهة الأخطار؛ ولا يتهاون فيها محتجا بالقدر.[2]

ثم جاء عبد الرحمن بن عوف؛ وكان متخلفا عن الناس؛ فلما رآهم في حيرة قال عندي في هذا علم" سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " إذا سمعتم بهذا الوباء ببلد **فلا تقدموا عليه**، وإذا وقع و أنتم فيه **فلا تخرجوا فرارا منه**"؛ فاستشارة عمر للمهاجرين والأنصار؛ واختلافهم بين الرجوع والدخول؛ دليل على عدم علمهم بنص حديث النبي-ص- في الطاعون[3].

1-تقدير سلطة حفظ النظام لخطورة الموقف واتخاذ القرار بإعلان حالة الحصار.

بعدما قدم المستشارون تقريريهم الملخص عن حجم الخسائر والأرواح التي راحت ضحايا هذا الوباء ؛وإشارتهم إلى خطورة هذا الطاعون الذي نزل بعمواس على الصحة العامة.

الأمر الذي جعل الخليفة في حيرة من أمره، أيواصل المسير إلى الشام حيث الطاعون ويعرض الدولة برئيسها؛ وقادتها ؛وخيرة صحابة رسول الله فيها إلى خطر الطاعون مع احتمال هلاكهم؛ أم يؤثر السلامة والعافية له ولمن معه، و يعود قافلا إلى المدينة غير معرض لصحة الناس من العدوى؟

وأمام هذا الموقف طرح المسالة على مؤسساته الاستشارية لتتداول في الأمر؛ وصولا إلى أصلح الحلول ؛ وترجيح المصلحة الكبرى على المصلحة الصغرى؛ حيث نجده يعقد أكثر من جلسة مع شرائح مختلفة من الصحابة يناقشهم و يناقشونه كما بينته الروايات السابقة؛ وقد تمخض النقاش في الأخير حول رأيين اثنين :

عني، ثم قال : اجمع لي مهاجرة الفتح من قريش، فاستشارهم فلم يختلف عليه منهم اثنان ،و قالوا "**ارجع بالناس فانه بلاء وفناء**" ، قال ، فقال لي عمر: يا ابن عباس اصرخ في الناس فقل: " إن أمير المؤمنين يقول لكم إني مصبح على ظهر، فأصبحوا عليه، فأصبح عمر على ظهر وأصبح الناس عليه، فلما اجتمعوا عليه قال : أيها الناس: إني راجع فارجعوا، فقال له أبو عبيدة بن الجراح (أمير جيش الشام): أفرارا من قدر الله، قال: نعم فرار من قدر الله، أرأيت لو أن رجلا هبط واديا له عدوتان إحداهما خصبة و الأخرى جدبة، أليس يرعى من يرعى الجدبة بقدر الله ، و يرعى من رعى الخصبة بقدر الله ؟ ثم قال : لو غيرك يقول هذا يا عبيدة ، ثم خلا به يناجيه دون الناس، فبينا الناس على ذلك إذ أتى عبد الرحمن بن عوف، وكان متخلفا عن الناس لم يشهدهم بالأمس، فقال: ما شان الناس ؟ فأخبر الخبر، فقال عندي من هذا علم، فقال عمر: فأنت عندنا الأمين المصدق، فما عندك ؟ قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول "نص الحديث في المتن"، فقال عمر: فالله الحمد، انصرفوا أيها الناس، فانصرف بهم؛ ينظر الطبري، تاريخ الأمم والملوك،ج4، ص57، وابن كثير، البداية والنهاية، ج7، ص78، وابن الجوزي، مناقب عمر بن الخطاب، ص 68؛ والحديث متفق عليه.

[1] - ينظرأصل هذا الحديث في تاريخ الطبري؛ ج4؛ ص199؛ طبقات ابن سعد؛ج3؛ص203؛ الكامل لابن الأثير؛ج2؛ ص275

[2] -د/ جابر قميحة؛ المعارضة في الإسلام بين النظرية والتطبيق؛ ص223

[3] - ينظر د/محمد بلتاجي؛ منهج عمر في التشريع؛ ص73؛ نقلا عن ان حزم في الإحكام؛ ج2؛ص128

أحدهما : مواصلة المسير إلى الشام ورفض القفول إلى المدينة بصرف النظر عن الطاعون، لأنه "**من قدر الله، ولا راد لقدر الله** " كما عبر أبو عبيدة بن الجراح. وفي رواية أن الخليفة عمر قال لأبي عبيدة **لو غيرك قالها؛ لضربت عنقه**" وفي هذا اشارة الى أن هذا التدبير نوع من الاجراءات الاستثنائية الحامية لنظام الأمة؛ التي يجب أن لا تكون محل مخالفة.

ثانيهما: الرجوع إلى المدينة إيثارا لسلامة النفوس من الهلاك بسبب الطاعون، وهو رأي كبار الصحابة من قريش " **ارجع بالناس فإنه بلاء وفناء** " وعمر كان يرى هذا الرأي؛ وقد كان محل التراع بين الفريقين في ظل عدم علمهما بالنص الشرعي في المسألة؛ كيفية الموازنة بين المصالح التي تتحقق وتلك التي تفوت؛ وأيها ترجح على الأخرى في كل من الرأيين السابقين ؟ وبعبارة أخرى ما هو الضرر الذي يترتب على كل بديل وأيهما أشد ضررا فيدرأ بترجيح البديل الثاني الأخف ضررا فيحتمل.

وبنظرة متأنية يظهر بأن **مصالح البديل الأول** مواصلة المسير إلى الشام لتنظيم شؤونها بعد فتحها يمكن استدراكها؛ وبالتالي إمكانية تأخيرها إلى حين؛ أما مفاسد هذا البديل، فهي هلاك أمير المؤمنين ومن معه بالشام وهذه مفسدة تنطوي على أضرار عامة تلحق بمصالح الدولة وبنظامها السياسي؛ يمكن أن تهدد الكيان السياسي للأمة بأكمله.

ولا شك انه عند الموازنة الشرعية بين ما يفوت من مصالح ترتيب وتنظيم أمور الشام بعد فتحه تهون كثيرا أمام المفاسد السياسية التي تترتب على هلاك أمير المؤمنين في أرض الطاعون.[1]

ومن ثمة فإنه يتحمل **الضررالأخف** وهو ترتيب أمور الشام بعدما تم فتحه، **ويدرأ الضرر الأشد** وهو هلاك نفوس أمير المؤمنين ومن معه، ومصلحة حفظ النفوس إذا فاتت فلا يمكن تداركها، وما تفوت مصلحته يقدم على ما لا تفوت مصلحته؛ كما أن **درأ المفاسد أولى من جلب المصالح**. وذلك بناء على قوله تعالى"**وَلاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوَاْ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ.**"[2] و قوله تعالى أيضا:"**وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا.**"[3]

وعلى هذا الأساس فان أمير المؤمنين عمر اتخذ قراره بالقفول راجعا إلى المدينة حفظا للصحة العمومية لعامة المسلمين عملا بأحكام الحديث الصحيح[4] الذي يخول للسلطة النظامية إعلان الحالة الاستثنائية حفظا للمصلحة

---

[1] – ينظر تحليلا سياسيا مفصلا ومهما لقرار الرجوع إلى المدينة فرارا من الطاعون؛ وأبعاده المصلحية والنظامية؛ عند د/ فوزي خليل؛ المصلحة العامة من منظور إسلامي؛ ص563وما بعده

[2] – سورة البقرة، آية 195.

[3] – سورة النساء، آية 29.

[4] – ويسند هذا الحديث أحاديث احرمنها " قوله عليه السلام" **فر من المجزوم كما تفر من الأسد**" فتح الباري ؛ج10؛ص160؛ وحديث " **لا يوردن ممرض على مصح**" متفق عليه؛ وحديث إرساله إلى رجل مجذوم كان في وفد ثقيف يعفيه من القدوم عليه للمبايعة؛ لما يصاحبها من المخالطة والمصافحة قائلا له: "**انا قد بايعناك فارجع**" والحديث في صحيح مسلم. ينظر د/ حمود حنبلي؛حقوق الإنسان بين النظم الوضعية والشريعة الإسلامية؛ ص414 وما بعدها.

العامة التي تتعلق بحفظ حياة الناس وعدم تعريضها لمخاطر الأمراض والأوبئة العامة؛ ومن ثم اتخـــاذ أي إجـــراء استعجالي تراه مناسبا لإعادة استتباب الوضع والقضاء على مصدر الخطر.

2- التدابير النظامية لحفظ الصحة العمومية من الوباء وأثرها على حرية التنقل:

لاشك أن تكييف هذا القرار بمراعاة صحة المواطنين وهم الأغلبية؛ يترتب عنه تقييد ومصادرة حريات وصحة الأقلية المتواجدة داخل الشام؛ ومن ثم فان اتخاذ مثل هذا القرار لن يكون بمنأى عن وقوع مخاطر ومزالق وأخطاء نتيجة تلك التدابير الاستثنائية والاستعجالية التي حتمتها الظروف غير العادية؛ وهذا ما سيظهر جليا من خلال معرفة أهم الإجراءات التي اتخذتها سلطة حفظ النظام العام لمواجهة خطر الطاعون" ومدى تأثيرها على حريـــة التنقل الأشخاص[1] بدون قيد وهي على النحو الأتي:

أولهما: إجراء الحجر الصحي: بمنع الدخول والخروج من منطقة الوباء ؛ وإجراء استثنائي توصـــل إليـــه الخليفة بعد مشاورات عديدة في ظل عدم علم الجميع عمر وأبوعبيدة وجمهور الصحابة بوجود نـــص يـــبين كيفية التعامل مع هذه الأزمة؛ إلى أن خرج عليهم عبد الرحمن بن عوف و قد كان غائبا عن الموقف؛ فقال ما شأن الناس ؟ فأخبر بالأمر، فإذا به يسند الاجتهاد السياسي لأمير المؤمنين بنص حديث الرسول صلى الله عليه وسلم " **إذا سمعتم بهذا الوباء ببلد فلا تقدموا عليه، وإذا وقع و أنتم فيه فلا تخرجوا فرارا منه**".[2]

فكان الحديث شاهدا على سلامة اجتهاده و ذوقه الفقهي في مقاصد الشريعة وروحها العامة .ومن ثم يكون قرراه بمنع الدخول إلى الشام الخروج منها مسنود ومبرر بأحكام المشروعية الاستثنائية المستفادة من نص الحديث؛ رغم ما في ذلك من تقييد لحرية المطعونين في الفرار بأنفسهم من الوباء؛ طلبا للسلامة الصحية.

وهذا ما يعبر عنه اليوم **بالحجر الصحي**[3]، الذي من أهدافه تطويق أسباب الوباء وتقليل مخاطره بتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ؛ ومن ثم يجب على السلطة النظامية حظر ومنع تنقل الناس وخروجهم من بلد أو إقليم وقع فيه وباء يؤدي حملهم للميكروبات إلى تسبب العدوى والمرض بقدر الله، حفظا لحياة عمـــوم الناس؛ وحصرا لأسباب العدوى في مكان الوباء كما تحاصر النار في مكانها حتى يقضى عليها فلا تترك لتنتقل من مكانها إلى أماكن أخرى .

ومن جانب أخر يجب على السلطة منع الناس من الإقدام على أرض فيها الوباء لما في ذلك مـــن تعـــرض لأسباب البلاء، فلا يجوز لمؤمن أن يفعله اتكالا على قدر الله، فإن الله تعالى هو الذي قدر الأسباب كما قـــدر المسببات.[4]

---

[1] - ينظر د/ حمود حنبلي؛ حقوق الإنسان بين النظم الوضعية والشريعة الإسلامية؛ ص414 وأيضا ص113

[2] - ابن حجر، فتح الباري صحيح البخاري، ج 10، كتاب الطب، باب ما يذكر في الطاعون، حديث رقم، 5728، ص 189.

[3] - ينظر تفصيلا عن هذا الإجراء الاستثنائي عند د/ حمود حنبلي؛ مرجع سابق؛ ص413

[4] - ينظر أبعاد مفهوم القدر في ضوء هذا الحديث؛ محمد محمد المدني، نظرات في اجتهادات الفاروق عمر ، ص 105-112

ثانيهما: استنقاذ قائد الجيش أبي عبيدة بن الجراح ومن معه من الجيش بعد أن أصابهم الطاعون فكتب إليه: **أن سلام عليك، أما بعد، فإنه قد عرضت لي إليك حاجة أريد أن أشافهك فيها، فعزمت عليك إذا نظرت في كتابي هذا ألا تضعه من يدك حتى تقبل إلي**"؛ فأبى أبوعبيدة[1] الفرار بنفسه وبقي مع جنده حتى مات رضي الله عنه مطعونا[2].

وكتب إليهم طريقة لاستنقاذهم من الطاعون فأرسل إلى أبي عبيدة : " ... **فإنك أنزلت الناس أرضا عمقه؛ فارفعهم إلى أرض مرتفعة، نزهة**"؛[3] و ينقل د/ **محمد حسين هيكل** عن بعض المؤرخين أن طاعون عمواس نجم عن كثرة القتلى في الميادين؛ كثرة تعذر معها دفن أكثرهم ، فأثار ذلك في الجو من الميكروبات ما كان سبب الوباء. يقول أبو موسى الأشعري : فلما جاء كتابه دعاني أي أبو عبيدة فقال: يا أبا موسى إن كتاب أمير المؤمنين قد جاءني بما ترى، فاخرج فارتد للناس منزلا حتى أتبعك بهم ... ثم سار أبو عبيدة بالناس حتى نزل الجابية؛ ورفع عن الناس الوباء. [4]

إن قرار الحجر الصحي لا يعني ترك المصابين للموت البطيء ؛ أكلة للوباء؛ ليفعل فيهم ما يشاء؛ وان هو مجرد إجراء احتياطي لمحاصرة المرض خشية انتقاله وانتشارهم ومن ثم صعوبة التحكم فيه؛ ولذلك نجد الخليفة يفكر بجدية في الحل المناسب في عصره وزمانه؛ فاهتدى رضي الله عنه؛ إلى فكرة تغيير الهواء الذي يعتبر ناقل للعدوى؛ وهو ما كان له أثره الايجابي على بعض المصابين بعدوى الطاعون على ما ذكره الطبري وابن كثير.

3- أثر الأزمة الاقتصادية عام المجاعة على نظام الجماعة

يسمى هذا العام شديد بعام الرمادة[5]؛ التي تطلق في اللغة ويراد منها الهلكة[6]؛ ولذلك يسميها البعض بعام الهلكة والمجاعة لما أصاب الناس فيه جوع؛ وهو عام ثمانية عشر للهجرة، حيث عمى البلاد قحط و جدب مهلك؛ وصارت الأرض سوداء مثل الرماد الذي تذروه الريح؛ فهلكت فيه الناس و الأموال[7].

---

[1] – فعرف أبو عبيدة ما يرمي إليه أمير المؤمنين ، فرد عليه : إني قد عرفت حاجتك إلي، وإني في جند من المسلمين لا أجد بنفسي رغبة عنهم، فلست أريد فراقهم حتى يقضي الله في وفيهم أمره ينظر الطبري، تاريخ الأمم، ج4، ص 61.

[2] – ويلاحظ أنه كانت بين الصحابيين روابط تقدير متبادل فابوعبيدة هو قائد جيوشه الذي استبدله بخالد بن الوليد ؛ وكم كان الخليفة لما طعن يتمني لو كان أبوعبيدة حيا فيستخلفه على المسلمين ؛فهو أمين الأمة بلا منافس لقوله عليه السلام " ولكل أمة أمين ؛وأمين هذه الأمة أبو عبيدة بن الجراح" ينظر الى هذه الروابط بين عمر و أبي عبيدة عند: محمد حسين هيكل ، الفاروق، مرجع سابق ، ص 272.

[3] – علي الطنطاوي، سيرة عمر بن الخطاب ، ص 141، وجاء في هامشها، عمقة من العمق و هو فساد الريح و خمومها.

[4] – الطبري، تاريخ الأمم والملوك، ج 4، ص 61، ابن كثير؛ البداية والنهاية، ج 7، ص 79.

[5] – روى ابن الجوزي عن ابن سعد أن المجاعة دامت تسعة أشهر. ينظر؛ ابن الجوزي ؛ مناقب عمر؛ ص105

[6] – علي الطنطاوي وآخر؛ سيرة عمر، مرجع سابق، ض 177 ومراجعه، وينظر ابن منظور، لسان العرب، ج3، مادة رمد؛ ص 1727

[7] – ومما يروى في وصف هذا العام ما رواه الطبري في تاريخه "حتى جعل الوحش يأوي إلى الإنس؛ وحتى جعل الرجل يذبح الشاة فيعافها من القيح، و جفل الأحياء إلى المدينة ، إذا لم يبق عند أحد منهم زاد، فكانوا يلجأون إلى المدينة حيث أمير المؤمنين للاستغاثة به" ينظر تفاصيل وأحداث هذا العام عند الإمام الطبري ، تاريخ الأمم و الملوك، ج 4 ، ص 100.

وأمام هذا الوضع الكارثي نجد الخليفة يعلن حالة الحصار؛ ويضع إجراءات استعجاليه وإستراتيجية لمواجهة هذه الأزمة النازلة حيث بذل كل ما يمكن أن يستطيع بذله في سبيل دفعها عن الناس بما في ذلك تطبيق أحكام الرخص كدليل لوجود ضرورة ملحة تستدعي أعمال أحكام المشروعية الاستثنائية؛ والتي بمقتضاها جمد الخليفة حد السرقة.

وهي المسألة التي اشتهرت عند الفقهاء بتوقيف عمر بن الخطاب لحد السرقة في عام المجاعة كإجراء استثنائي لحفظ النفوس البشرية من الهلاك.وغيرها من الإجراءات الطارئة كسياسة التقشف في الإنفاق؛ وتجميد دفع الزكاة؛ ووجوب التكافل الاقتصادي ؛ والاستغاثة من الأمصار المجاورة؛ إعلانا منه لحالة التعبئة العامة؛ ومع كل هذه الأسباب المادية؛ لم يفته اللجوء إلى الله داعيا وراجيا ومستغفرا ومستسقيا، ووجه الناس على مثل ما توجه إليه ليربط بينهم وبين الله و يحي بهذا الرباط قلوبهم وآمالهم[1] على النحو الأتي:

أ- تضامن القيادة الراشدة مع مواطنيها في الأزمة: حيث أنزل الخليفة عمر نفسه منزلة أي فرد من الرعية، فأخذ نفسه بالتقشف وشظف العيش، فأقسم ألا يذوق سمنا ولا لبنا و لحما حتى يحيا الناس، مواساة للجميع ؛ فكان شعاره ما رواه الطبري في تاريخه " **كيف يعنيني شأن الرعية إذا لم يصبني ما أصابهم**"[2]؛ فكان لا يشبع قط ؛ فاسود لونه، وتغير جسمه حتى كاد يخشى عليه من الضعف ؛ روى ابن الجوزي عن ابن سعد قوله " كان الصحابة يقولون لو لم يرفع الله عام الرمادة لظننا أن عمر يموت هما بالمسلمين"[3]

ب- طلب الاستغاثة من الأمصار ووجوب التكافل بين أقاليم الأمة: فمن التدابير الاستثنائية التي قررتها سلطة حفظ نظام الأمة لدفع الخطر المجاعة الداهم، الذي يتهدد نفوس المسلمين وأهليهم؛ مسارعته بالكتابة إلى أمراء الأقاليم يستمدهم عاجل الغوث لأهل المدينة ومن حولها.[4]

ومن ذلك كتابه إلى عمرو بن العاص بمصر[5] وكتابه أيضا إلى معاوية بن أبي سفيان بالشام[1]؛ والى سعد بن أبي أبي وقاص وغيرهم من الولاة؛ فكان أول من أغاث أهل المدينة أبو عبيدة بن الجراح حين قدم على أمير المؤمنين

---

[1] - ابن الأثير، الكامل في التاريخ؛ المجلد الثاني، ص 390. وابن الجوزي؛ مرجع سابق؛ ص106

[2] - الإمام الطبري المرجع السابق، ج4؛ ص100 ؛ وقد أورد الإمام ابن الجوزي في مناقب عمر بن الخطاب سلوكيات عجيبة في تقشفه ومدى شدته على نفسه أثناء أزمة المجاعة في عام الرمادة؛ ينظر تفصيلا لها في المرجع نفسه؛ ص 70 -72؛ وعلي الطنطاوي، سيرة عمر بن الخطاب، ص 183 – 186 .

[3] - ابن الجوزي؛ مناقب عمر؛ ص105

[4] - محمد محمد المدني، نظرات في اجتهادات الفاروق عمر بن الخطاب، ص 196 و 198

[5] - ومن أشهر كتبه التي حفظتها مراجع التاريخ الإسلامي وردودها؛ كتاب **عمر** رضي الله عنه **إلى عمرو بن العاص** : " بسم الله الرحمن الرحيم، من عبد الله عمر أمير المؤمنين إلى العاصي بن العاص، سلام عليك، أما بعد أفتراني هالكا ومن قبلي و تعيش أنت ومن قبلك ؟ **فيا غوثاه، يا غوثاه** " فكتب إليه عمرو بن العاص: " بسم الله الرحمن الرحيم، لعبد الله أمير المؤمنين من عمرو بن العاص، سلام عليك، فإني أحمد الله إليك الذي لا إله إلا هو، أما بعد، أتاك الغوث، فلبث لبث، لأبعثن إليك بعير أولها عندك وآخرها عندي ... مع أني أرجو أن أجد سبيلا أن أحمل في البحر، فبعث في البر بعير تحمل الدقيق، وبعث في البحر بعشرين سفينة تحمل الدقيق؛ والودك؛ وبعث إليه بخمسة آلاف

بأربعة آلاف راحلة من طعام فولاه قسمتها فيمن حول المدينة فقسمها وتتابع الناس واستغنى أهل الحجاز، وعم الرخاء فصار الطعام بالمدينة كسعر مصر.[2]

لقد كان هذا التصرف من الخليفة بمثابة إحياء لسنة التضامن بين أفراد التي أرساها الرسول صلى عليه وسلم في أحاديث كثيرة منها قوله صلى الله عليه وسلم:" **إن الأشعريين إذا أرموا في الغزو** – أي قل زادهم – **أو قل طعام عيالهم بالمدينة، جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم في إناء واحد؛ فهم مني وأنا منهم** "[3]؛ فالمسلمون جميعا متضامنون؛ لا يجوز لأهل قطر منهم أن يتلبثوا عن هذا الواجب أو يتلكئوا في أدائه.[4]

ولقد صدق الرسول عليه السلام لما قال: " **فهم مني وأنا منهم** "كتعبير عن روح التضامن الحقيقية التي يجب أن تكون قانونا ملزما للجماعة؛ مما يعني أن المسلمين امة واحدة يشد بعضها بعضا كالبنيان المرصوص؛ أو الجسد الواحد في تحمل الحمى.[5]

ج– وضع نظام دقيق لتوزيع المعونات وإشرافه بنفسه عليه: حيث أقام على هذا النظام الدقيق العادل لتوزيع المساعدات؛ رجالا أمناء؛ تحت إشرافه المباشر؛ فكان يتلقى تقارير يومية؛ حول نسبة القضاء على المجاعة بل كان يتابع بنفسه الإحصائيات.

وفي هذا المقام تروي كتب السير أنه لما كان عام الرمادة تجلبت العرب من كل ناحية فقدموا المدينة ، فكان عمر بن الخطاب قد أمر رجالا يقومون عليهم و يقسمون عليهم أطعمتهم و إدامهم، وكانوا إذا أمسوا اجتمعوا عند عمر رضي الله عنه فيخبرونه بكل ما كانوا فيه، وكان كل رجل منهم على ناحية من المدينة، فكان عمر رضي الله عنه يقول بعد عشاء كل ليلة: " **أحصوا من تعشى عندنا**"، فاحصوهم من القابلة فوجدوهم سبعة آلاف رجل، وقال **أحصوا العيالات الذين لا يأتون والمرضى والصبيان**، فأحصوهم فوجدوهم أربيعين ألفا ثم

كساء" ويلاحظ أن عمرو لم يكتف بإرسال المعونة برا، بل حاول أن يستغل البحر فأصلح بحر القلزم لهذا الغرض، ينظر تفصيلا في ذلك عند ابن الأثير، الكامل في التاريخ، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص 389 .

[1] – وكتب عمر إلى معاوية بن أبي سفيان بالشام: " إذا جاءك كتابي هذا فابعث إلينا من الطعام بما يصلح من قبلنا ، فإنهم قد أهلكوا إلا أن يرحمهم الله، وكتب مثل ذلك إلى سعد بن أبي وقاص فبعث إليه بثلاثة آلاف بعير تحمل الدقيق؛ و بعث إليه بثلاثة آلاف عباءة، وكتب إلى والي الكوفة فبعث إليه بألفي بعير تحمل الدقيق. علي الطنطاوي وآخر، سيرة عمر، ص 178.

[2] – ابن الأثير، الكامل في التاريخ، المجلد الثاني، ص 389.

[3] – صحيح مسلم بشرح النووي، ج 16، مرجع سابق، باب فضائل الأشعريين، ص 61-62 .

[4] – محمد محمد المدني، نظرات في اجتهادات الفاروق عمر بن الخطاب، ص 198 – 199 .

[5] – ويؤكد هذا المعنى أحاديث كثيرة منها أخرجه مسلم في صحيحه من قوله عليه السلام: " المؤمن للمؤمن كالبنيان المرصوص يشد بعضه بعضا" وقوله أيضا: " المؤمنون كالجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى ". ينظر صحيح مسلم بشرح النووي ، ج 16، كتاب البر والصلة، ص 139ومابعدها .

مكثنا ليالي فزاد الناس، **فأمر بهم** فأحصوا من تعشى عنه عشرة آلاف والآخرين خمسين ألفا، فما برحوا حتى أرسل الله السماء.[1]

د- التدابير التشريعية في إطار أحكام المشروعية الاستثنائية الإسلامية.

من الإجراءات والتدابير الاستعجالية المتخذة لدفع أضرار المجاعة، مراعاة لهذا الظرف الاستثنائي والقاسي" اجتهد عمر في ضوء فقه الواقع السياسي وقواعد قواعد رفع الحرج و دفع الضرر و التيسير على الناس وأصدر قرارين هامين[2]:

الأول: تأخير الصدقة، فقد أخر عمر جباية زكاة الماشية حتى يزول القحط و يترل المطر ويتوفر المرعى، فقد قال أبو عبيدة: " إن عمر أخر الصدقة عام الرمادة، قال فلما أحيا الناس بعثني، فقال أعقل عليهم عقالين، فاقسم فيهم عقالا وائتني بالآخر.[3]

الثاني: منع قطع يد السارق، حيث درأ عمر القطع عن السراق في عام المجاعة ،و قال:" **لا قطع في عام سنة**"[4] أي في عام القحط والجدب. ودليله في ذلك قوله تعالى:" " **فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ** "[5] فالسارق المضطر لم يتيسر له من الرزق الحلال ما يسد رمقه و يحفظ حياته، وحينئذ يتغير الحكم الحكم بتغير مناطه؛ ووفقا للقاعدة العامة بوجوب دفع أشد الضررين، فإن دفع ضرر أو مفسدة هلاك النفس تقدم على دفع ضرر أو مفسدة ضياع جزء من مال الآخرين بقدر ما يسد رمقه فقط لأن الضرورة تقدر بقدرها ، وقدرها هنا هو سد رمقه بما يحفظ عليه حياته.[6]

أضف إلى ذلك أن السارق اضطرارا في حالة المجاعة، يقصد تحصيل مصلحة حفظ نفسه، وهذه المصلحة تقابلها مصلحة حفظ أموال الآخرين من ضياع جزء منها بمقدار سد رمق الجائع ن و بموازنة المصلحتين، فإن مصلحة حفظ النفوس مقدمة على مصلحة حفظ الأموال وفقا فقه الأولويات بين أصول المصالح الضرورية، كما سبق بيانه . وقد ساق ابن القيم اجتهاد عمر في درء حد السرقة أيام المجاعة ضمن الأمثلة التي ضربها على تغيير الفتوى و اختلافها بحسب تغيير الأزمنة و الأمكنة و الأحوال و النبات و العوائد.

وكان **ابن القيم** يريد أن يؤصل لهذا الحكم بأن التغيير الحاصل في هذه الحالة هو في مناط الحكم في الواقع، أما الحكم في ذاته فهو ثابت لم يتغير، فحد القطع ثابت؛ و إنما التغيير الحاصل هو في واقعه ومناطه، حيث إن السارق في حالة المجاعة لا ينطبق عليه وصف السارق الذي يسرق بقصد الاعتداء على أموال

---

[1] – علي الطنطاوي؛ المرجع السابق ،ص 182 .

[2] – د/ فوزي خليل؛ المصلحة العامة من منظور إسلامي؛ ص557 وما بعدها.

[3] – العقال صدقة العام ينظر أبو عبيد، الأموال، تحقيق وتعليق، محمد خليل هراس؛ دار الفكر القاهرة، 1975، ص464.

[4] – أبو عبيد؛ المرجع السابق، ص 670. وابن القيم؛ إعلام الموقعين ؛ج3؛ ص33؛ وروى الإمام السرخسي عن مكحول أن النبي –ص– قال" **لا قطع في مجاعة مضطر**" ينظر السرخسي؛ المبسوط؛ ج10؛ ص140

[5] – سورة المائدة، آية 5 .

[6] – د/ محمد بلتاجي، منهج عمر بن الخطاب في التشريع، ص 246 – 248 .

الآخرين، لأن وصف السارق تغير من سارق اعتداء إلى وصف السارق اضطرارا – وهو نوع من الاجتهادي المقاصدي–، ولذا يدرأ عنه حكم القطع[1].

هذا ما فعله أمير المؤمنين عمر بإسقاط حكم قطع يد السارق عام المجاعة لوجود شبهة اضطرار وانتفاء وصف الاعتداء في السراق عام المجاعة تطبيقا لحالة الضرورة الملجئة وعموم البلوى في عام الرمادة.[2]ومن هذا القبيل ما رواه **ابن الجوزي** أن رجلا أتى أهل ماء فاستسقاهم؛ فلم يسقوه حتى مات عطشا" فألزمهم عمر ديته."[3]

ويؤكد هذا المعني أيضا أن عمر اسقط حد السرقة في حالة المجاعة الخاصة عن غلمان حاطب بن أبي بلتعة؛[4] بلتعة؛[4] حيث كانوا مضطرين لدفع الهلاك ولو بأكل الميتة ،دون تعمد اعتداء في هذه الحالة، ومن ثمة أسقط الحد عنهم، بل إن من حق الإنسان المضطر، بهذا الوصف على مجتمعه الخاص والعام أن يكفل له طعامه ورزقه الذي يسد رمقه و يحفظ حياته.[5]

غير أن أهم دليل يمكن التعويل عليه في حسم موقف عمر من تجميد حد السرقة هو وجوب مواساة المضطر إحياء لنفسه وهذه كما يقول ابن القيم شبهة تدرأ القطع عن المحتاج، وهي أقوى من كثير من الشبه التي يذكرها كثير من الفقهاء ....[6]

ويرى الباحث أنه يمكن يؤصل لهذا القرار بواجب الدولة توفير جميع ضروريات الحياة الكريمة؛ فان هي أخلت؛ فالمسؤولية تقع على خزينتها المالية تحقيقا لمقصد الشارع من حفظ النفوس في حالة الأزمات؛ وهذا ما قررته الدساتير المعاصرة من أن الدولة مسؤولة عن أمن الأشخاص والممتلكات؛ من كل الأخطار المحدقة بهم.ومن ثم يمكن للسلطة الشرعية إسقاط جميع العقوبات عن الجرائم التي تحوم حولها الشبهات حفظا لنفوس أبناء الأمة أثناء الأزمات العاصفة باختلال نظامها ودفعا الخطر الواقع من جرائها؛ ومن هذا القبيل إقرار معظم دساتير العالم بحق رئيس الجمهورية في إصدار العفو الخاص؛ كما يحق للبرلمان سن قانون العفو الشامل اثر أحداث استثنائية؛ وهذا ما تجسد ميدانيا في الجزائر بقانون المصالحة الوطنية. والذي بموجبه تسقط الدعاوى العمومية التي لها علاقة بالمأساة الوطنية.

---

[1] – د/ فوزي خليل؛ مرجع سابق؛ ص559 ؛ ود/ يوسف القرضاوي؛ السياسة الشرعية؛ ص207

[2] – د/ وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، مرجع سابق، ص 167. ود/ البوطي؛ ضوابط المصلحة في الشريعة؛ ص132

[3] – ابن الجوزي؛ مناقب عمر؛ ص86

[4] – فقد ورد عن ابن حاطب أن غلمة لحاطب بن أبي بلتعة سرقوا ناقة لرجل من مزينة ، فأتى بهم عمر، فأقروا ، فأرسل إلى عبد الرحمن بن حاطب فجاء فقال له: أن غلمان حاطب سرقوا ناقة رجل من مزينة و أقروا على أنفسهم ، فقال عمر: يا كثير بن الصلت، اذهب فاقطع أيديهم، فلما ولى بهم ردهم عمر ثم قال: أما و الله لولا أني أعلم أنكم تستعملونهم و تجيعونهم – حتى إن أحدهم لو أكل ما حرم الله عليه حل له– لقطعت أيديهم، وأيم الله إذا لم أفعل لأغرمنك غرامة توجعك، ثم قال: يا مزني بكم أريدت منك ناقتك فقال: بأربعمائة، قال عمر اذهب فأعطه ثمانمائة" ينظر ابن القيم ، إعلام الموقعين، ج3، ص 11

[5] – د/ محمد بلتاجي، منهج عمر بن الخطاب في التشريع، ص 245 – 246 ، ومحمد محمد مدني، نظرات في اجتهادات الفاروق عمر بن الخطاب، ص 81-83 .

[6] – ينظرالامام ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3، ص 11ومابعدها .

ثالثا: أسلوب القتل سياسة أو المواجهة المسلحة ضد المحاربين والمرتدين والبغاة ودعاة الفتنة:

نظرا لخطورة هذه الاجراء التعزيري على أقدس حق من حقوق الانسان وحرياته العامة؛ والمتمثل في الحق في الحياة؛ فان الباحث ملزم من باب المنهجية العلمية التحقيق أولا في مدى مشروعية القتل تعزيرا الواجب حقا لله وليس كحق للفرد[1]؛ لمساسه بالمجتمع وقاية للنظام العام؛ ثم تحديد مسوغات اللجوء اليه عند الفقهاء؛ بالوقوف عند مبرراته؛ ليتم بعدها الانتقال الى أهم التطبيقات الفقهية له في حكومات الخلافة الراشدة؛ بالتحليل والمناقشة.

فالبنسبة لمدى مشروعيته يلاحظ بأن عقوبة الاعدام أو القتل مقررة في الشريعة على سبيل القصاص بالنسبة لجريمة القتل العمد؛ وعلى سبيل الحد في جريمة الحرابة وبالنسبة للزاني المحصن وعلى سبيل الخلاف بالنسبة لجريمة الردة والبغي. أما على سبيل التعزير فالمسالة خلافية بين الفقهاء بالنسبة للتعزير كحق للفرد؛ كقتل السارق في حالة العود؛ وشارب الخمر في الرابعة والساحر واللوطي؛ الجاسوس والداعية الى بدعته؛[2] وهم أشد اختلافا على مشروعيته بالنسبة للتعزير للمصلحة العامة؛ ومع ذلك فان للواقع السياسي الذي عايشه الفقهاء دور في منح الدولة الحق في العقاب وقاية للمجتمع وتامينا للأمة ودفعا للفساد من أن يستشري؛ رغم ما فيه من تعد على حرمة النفس. فصار بحكم الواقع وما توتر من الفتاوى أن القتل سياسةً مشروع عند الحنفية، وعلى ذلك الحنابلة وفي مقدمتهم ابن تيمية[3] وابن القيم، أما المالكية [4]فالمصالح المرسلة والمقاصد تبيحه مطلقا، وقد نُسب لمالك إباحة قتل الداعية إلى البدعة لإفساده في الأرض، وقطع المتهم بالسرقة بدون بينة إن حامت حوله الشبهة بالقرائن والمخايل، **وقتل ثلث الأمة استصلاحا للثلثين**؛ و على ما سار عليه المالكية في هذا الباب سار أيضا الشافعية.[5]

ولئن كان التعزير قد شُرع بدليل الإجماع الفقهي حماية لنظام الامة وحفظ لمقاصد الشريعة من الجرائم التي لا حد فيها، والجرائم التي فيها حد و لم تكتمل أركانها ؛ فقد وُظف هذا التعزير بالقتل سياسة في واقع الأمر وغالبه، لحفظ النظام العام السياسي كما يريده رجال السلطة للانتقام السياسي وتصفية المخالفين والمعارضين والمحتجين، والآمرين بالمعروف والناهين عن المنكر.

وإذا كان القتل سياسة جائز عند الجمهور، فمن باب أولى جواز الجلد والسجن والنفي وبتر الأطراف سياسةً، للعظة والتخويف والإعتبار.وإذا مات من عُزر، **فدمه هدر** عند جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والحنايلة، ويُضمن من بيت المال عند الشافعية. وهذه الأحكام كلها لا ضابط لها من شرع واضح مُوَثَّق، وإنما الهوى

---

[1] – ينظر في الفروق الفقهية بين التعزير الواجب حقا لله أو للمجتمع؛ والتعزير الواجب حقا للفرد عند د/ عبد العزير عامر؛ التعزير في الشريعة الاسلامية دار الفكر العربي؛ القاهرة الطبعة الرابعة؛ ص93.

[2] – ينظر الى هذه الاقوال والفتاوى والأحكام عند د/ عبد العزيز عامر ؛ المرجع نفسه؛ ص306

[3] – ابن تيمية؛ السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية؛ ص40

[4] – ابن فرحون المالكي؛ تبصرة الحكام؛ ج2؛ ص105

[5] – الماوردي؛ الاحكام السلطانية؛ ص212 .

والمزاجية الآنية على حد تعبير د/ الحمداوي؛ وكم من مستحق عقوبة أو حدا عُفي عنه وأُغدق عليه المال لإنشاده بيت شعر أعجب الخليفة، وكم من بريء قُتل لقوله كلمة صدق وحق وعدل.[1]

وأما عن مبررات لجوء السلطة النظامية في بعض العهود الاسلامية للاسلوب القمعي وللقتل سياسة حفظا للنظام؛ فإن استقراء أحداث التاريخ الإسلامي، والفتاوى السياسية للفقهاء، يكشف بوضوح أن أساس الحكم، كان لديهم هو الغلبة والقهر، وهو ما زاد حدة مع اتساع رقعة دار الإسلام، وتحول أمر المسلمين إلى التنافس على الملك والسلطة، وعدم قيام مؤسسات شورية تحمي سلطة الأمة ووحدتها، كل ذلك أدى إلى تمزق البلاد وقيام دويلات في أطرافها. فاستبد في أول الأمر بعض أمراء الأقاليم وانفصلوا عمليا عن الخلافة، **فاخترع** الفقهاء لهذه الحالة الاستثنائية **حلا دستوريا** حفاظا منهم على وحدة الإمامة، ما سموه " **إمارتي الاستكفاء والاستيلاء** ".

والتي تخول السلطة قمع أي معارضة لها تحت ذريعة حماية نظام الأمة. فإمارة الاستكفاء عندهم تكون بعقد الإمام عن اختيار وإرادة، لشخص معين على إقليم خاص. وإمارة الاستيلاء تكون بعقد عن اضطرار، بعد أن يكون الشخص قد استولى فعلا على الإقليم.[2]

وبناء على التصور **غير السليم** صدرت الفتاوى التي تعد بعض **دعاة القسط والعدل**؛ ممن قاموا بواجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في التاريخ الاسلامي في عصورها الأموية والعباسية، خوارج محاربين ودعاة فتنة، يجب أن يُقام عليهم حد الحرابة قتلا ونفيا وبترا للأيدي والأرجل من خلاف؛ وأدى هذا الاتجاه في الفقه السياسي إلى أن صُفيت عناصر القوة والمنعة في المجتمع، والتبس على المسلمين أمر دينهم، فصار المعروف منكرا يُنهى عنه، والمنكر معروفا يُؤمر به، وخضع الحكام للنفوذ الأجنبي التماسا للحماية وتحسبا لغضب الأمة.[3]

والواقع أنها **فتاوى سياسة** محظة لا تمت للشريعة الإسلامية بصلة؛ إلا بما أُضفي عليه من تأويلات مشتطة لبعض النصوص، أو قياس غير منضبط على بعض الأخبار والأحداث. فقد كان اجتهادهم مقتصرا على ضرورة وضع أسس للتحكم والسيطرة، بأي وسيلة ولو **مكيافيلية** للبقاء في السلطة ودرء الفتنة. فأباحوا من أجل ذلك جميع الوسائل الناجعة التي تحقق الهدف، أخلاقية كانت أو غير أخلاقية. وهو ما يمثل له البعض ببعض عهود الخلافة الأموية؛ خصوصا منها؛ ما كان تحت امرة الحاج بن يوسف الثقفي؛ في قمعه لمعارضة آل البيت للحكم الأموي؛ وفي منع الحريات السياسية وفرض توريث الحكم؛ واستحلت السلطة الدماء بدعوى حفظ النظام[4].

وهو ما يُعد خطوة متقدمة وممهدة لما عُرف بعد ذلك بمبدأ " الغاية تبرر الوسيلة "، أو" السياسة النفعية "، أو " المكيافيلية" في الاصطلاح السياسي المعاصر نسبة الى الفقيه مكيافيلي(1469 - 1527). فالفقهاء في عهود الحكم الفردي الوراثي المستبد برروا كل تصرف يقوم به الأمير من أجل الوصول إلى السلطة والاستدامة فيها، رائدهم في

---

[1] – د/ عبد الكريم الحمداوي؛ من فقه الأحكام السلطانية؛ ص201

[2] – الماوردي؛ الأحكام السلطانية؛ ص 35

[3] – د/ عبد الكريم الحمداوي؛ من فقه الأحكام السلطانية؛ ص198

[4] – ينظر تفصيلا أكثر عند د/ عماد الدين خليل؛ مدخل الى التاريخ الاسلامي؛مرجع سابق؛ ص77

ذلك **خشية الفتنة**- حفظ النظام العام-؛ وبناء عليها أباحوا له كل ضروب الخداع والمكر والقتل والاغتيال للحفاظ على سلطته المطلقة.[1]

وهو الأمر الذي سارت عليه معظم الدول الوضعية؛ حيث تم تغليب كفة حماية السلطة على كفة الحقوق والحريات بدعوى حماية النظام؛ غير أن هذا الأمر غير موجود بالنسبة لتطبيقات هذا الاسلوب في الخلافة الراشدة. التي تكشف عن عدم وجودخلط بين حفظ نظام الامة وبين حماية السلطة نفسها. رغم وجود بعض الاستثناءات التي استوجبتها الضرورة الحالة، واعترفت فيها السلطة بمسؤوليتها في التعويض. وهذا ما سيتم بحثه من خلال الاسقاطات الأتية:

1- قرار محاربة المرتدين حفظا لنظام الأمة وأثره في ممارسة حرية الارتداد:

في جو سياسي مضطرب ومشحون بالحركات التمردية تولى أبو بكر الصديق خلافة المسلمين؛ والناس ما بين مرتد مناوئ؛ وكافر متنبئ؛ وحائر متردد[2]؛ خاصة بعدما سماع نبأ اعتداء المرتدين على من بقى على إسلامه بين أظهرهم؛ وازداد الوضع السياسي تأزما ببدأ المرتدين لتحرشاتهم على المدينة العاصمة السياسية للدولة الفتية، حيث اخذوا يعدون أنفسهم للهجوم عليها فافترقوا فرقتين، فأقامت فرقة منهم بالأبرق، وسارت الأخرى إلى ذي القصة، ورابط المرتدون بفرقتيهما بهذين الموقعين – الأبرق وذي القصة – القريبين من المدينة ؛ ومن هذين الموقعين بعث المرتدون وفودهم إلى أهل المدينة، فنزلوا على وجوه الناس؛ وتحملوا بهم على أبي بكر على أن يقيموا الصلاة وعلى ألا يؤتوا الزكاة، وأذاعت الوفود هذه المقالة في المدينة[3].

---

[1] - يقول د/ عبد الكريم الحمدي في مؤلفه السابق:" وهو عين ما ذهب إليه مكيافيلي الذي قال: " فمن القواعد الصحيحة والسليمة أن النتائج قد تبرر الأعمال التي تستحق اللوم في ظاهرها ". وقال: " على الأمير أن يتخذ التدابير اللازمة لارتكاب فظائعه فورا ...ومن الواجب اقتراف الإساءات مرة واحدة وبصورة جماعية ". وبين قول مكيافيلي حول ضرورة السلطة المطلقة: " من النادر إن لم يكن من المستحيل أن تقوم حكومة، سواء كانت جمهورية أو ملكية على شكل منظم منذ مستهل عهدها، أو أن تتحول تحولا جذريا عن تنظيماتها القديمة، إلا إذا كان المشرف على عملية القيام أو التحول شخصا واحدا ليس إلا ... ." ثم يقول على سبيل المقارنة بما سبق "إن الفقهاء جعلوا الإمام هو الدولة وهو الحكومة، وهو الممثل الوحيد للشريعة والقانون والأمة ؛ وهذا بالضبط هو فكر مكيافيلي الذي يعد الأمير هو الدولة ولا دولة في غياب الأمير. لأن من السخف لديه أن يشاركه فيها غيره أو أن يمارسها الشعب.. لأن العامة في نظرهم مجرد غوغاء يحكمهم السيف. والخاصة إما موالون وأدوات فمقربون، وإما معارضون فتحت قائم السيف وفي غياهب السجون ". ينظر المرجع نفسه؛ ص199؛ نقلا عن كتاب الامير لمكيافلي؛ ص101

[2] - وقد وصف ابن كثير هذه الظروف الحرجة التي صاحبت بدأ حكومة أبي بكر فقال بتصرف " حيث تضطرم الأرض نارا، وبناء الإسلام الشامخ يتصدع ويتهاوى، وتهتز جوانبه ويتفاقم في كل يوم صدعه ، و يتسع خرقه مع سريان نبأ وفاة النبي صلى الله عليه و سلم وخبر إنفاذ أبو بكر جيش أسامة وبالتالي خلو المدينة من أية قوة دفاعية، فنجم النفاق بالمدينة، وزادت ثورة اليمن ضراما على الرغم من قتل الأسود العنسي، وانحاز إلى مسيلمة الكذاب بنو حنيفة وخلق كثير باليمامة والتفت على طليحة الأسدي بنو أسد وطيئ و بشر كثيرا أيضا" ينظر ابن كثير، البداية والنهاية، ج6، ص311.

[3] - الطبري، تاريخ الرسل والملوك، ج3، مرجع سابق، ص 244.

وهنا كان لزاما على السلطة التدخل لاتخاذ القرار الضبطي اللازم للتعامل مع هذه النازلة الخطيرة؛ وفتح المجال للاستشارة؛ في برلمان مصغر يضم كبار الصحابة بقيادة الخليفة أبي بكر؛ حيث احتدم النقاش بين المؤتمرين، وانصر في موقفين نقلهما أصحاب السنن والسير لتكون بمثابة نشرة برلمانية ووثيقة رسمية للرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة السيادية لكل ما دار من نقاش في عملية اتخاذ القرار الإداري المناسب لإجهاض عناصر تهديد نظام الجماعة. وقد لخصت كتب السنن هذه العملية البرلمانية الاستشارية في ما رواه روى الجماعة في كتبهم سوى ابن ماجة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: لما توفي رسول الله صلى الله عليه و سلم واستخلف أبو بكر بعده وكفر من كفر من العرب قال عمر بن الخطاب لأبي بكر : كيف نقاتل الناس و قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فمن قال: **لا إله إلا الله فقد عصم مني ماله و نفسه إلا بحقه وحسابه على الله** " فقال أبو بكر: والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة، فإن الزكاة حق المال، والله لو منعوني عقالا كانوا يؤدونه إلى رسول الله لقاتلتهم على منعه؛ فقال: عمر بن الخطاب:" فو الله ما هو إلا أن رأيت الله عز وجل قد شرح صدر أبي بكر للقتال **فعرفت أنه الحق**[1]"؛ مما يعني أن القرار كان يدور بين ترك المرتدين وما هم عليه من منع الزكاة حتى يتمكن الإيمان في قلوبهم؛ وبين الإسراع بمحاربتهم بلا هوادة وهو موقف الخليفة كما يفصح عنه خطابه الرسمي[2] الذي ألقاه أمام البرلمان في جلسته الطارئة بدعوة منه. بهدف **اعلان حالة الحصار** الاستثنائية وما تخوله من الضرب على أيدي المرتدين.

يقول **د/ فوزي خليل** " ينبغي أن نلاحظ أن النقاش والجدل الذي دار بين الصحابة وأبي بكر وعمر في فقه نص الحديث السابق، إنما كان يتعلق بموقف صنف واحد من صنفي المرتدين؛ ألا وهم من رفضوا أداء الزكاة لأبي بكر بتأويل باطل؛ ثم تجامعوا؛ ورابطوا قريبا من المدينة؛ و أرسلوا وفودهم لعرض وجهة نظرهم؛ ومع ذلك فإنهم بقوا على ما كانوا عليه من الإقرار بالشهادتين والتزام الصلاة والصيام والحج، ولهذا لم يؤثر عن الصحابة أنهم سموا هؤلاء كفارا لأنهم لم يرتدوا حقيقة؛ وأما الصنف الثاني من المرتدين وهم المتنبئون فلا خلاف على الحكم بكفرهم لما سبق بيانه من تعليل ذلك ، ومن ثمة فإن هؤلاء هم الذين عناهم أبو هريرة رضي الله عنه في حديث قتال أهل الردة و مانعي الزكاة السابق حين قال:" وكفر من كفر من العرب"؛ ومما سبق يمكن تمييز موقفين برزا بشكل واضح أثناء عملية النقاش البرلماني.

---

[1] – رواه مسلم في كتاب الإيمان، صحيح مسلم، ج1، مرجع سابق، ص 117-118.

[2]– جاء في رواية ابن كثير أن " قام أبو بكر في الناس فحمد الله و أثنى عليه بما هو أهله و قال:(..إن من حولكم من العرب منعوا شاتهم و بعيرهم و لم يكونوا في دينهم – و إن رجعوا إليه – أزهد منهم يومهم هذا، و لم تكونوا في دينكم أقوى منكم يومكم هذا على ما تقدم من بركة نبيكم صلى الله عليه و سلم و قد وكلكم إلى المولى الكافي الذي وجده ضالا فهداه و عائلا فأغناه " **وكنتم على شفا حفرة من النار فأنقذكم منها كذلك يبين الله لكم آياته لعلكم تهتدون** " من سورة آل عمران 103 و الله لا أدع أن أقاتل على أمر الله حتى ينجز الله وعده و يوفي لنا عهده و يقتل من قتل منا شهيدا من أهل الجنة و يبقى من بقي منا خليفته و ذريته في أرضه، قضاء الله الحق، و قوله الذي خلف له "**وعد الله الذين آمنوا منكم و عملوا الصالحات ليستخلفنهم في الأرض**" من سورة النور55 ينظر ابن كثير، البداية والنهاية، ج6، ص311و 312.

أ–مذهب فقه الواقع السياسي: ويتمثل في الفئة المعارضة لخطاب الخليفة؛ بقيادة وزيره الأول عمر بن الخطاب ومن معه؛ حيث كان موقفهم **مسالمة المرتدين وتركهم حتى حين**؛ وهذا ما يفهم من تدخل عمر بعد خطاب الخليفة بقوله: " **يا خليفة رسول الله تألف الناس وأرفق بهم فإنهم بمنزلة الوحش.**"[1] ويمكن إرجاع حجج **المعارضة العمرية** إلى المنطلقات والجوانب الآتية:

1– تكييف عمر –ض– ومن معه؛ للزكاة على أنها عبادة مالية تعبدية موكولة إلى الأفراد كل منهم مسؤول عنها أمام الله وليس أمام الدولة؛ مثلها مثل باقي التكاليف التعبدية الأخرى من صلاة و صيام وحج التي يقصد بها وجه الله ويقترب إليها بأدائها. فمقصودها التطهير والتزكية بالنفس لقوله تعالى:" **صدقة تطهرهم وتزكيهم بها**"؛ ومن ثم فالأصل فيها المسامحة.[2]

2– استدلاله بالحديث المتقدم في عصمة الدماء والأموال لمن ينطق بكلمة التوحيد؛ فغاية قتالهم هي جحود الشهادتين؛ " **فإذا قالوها عصموا مني دمائهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله** "؛ مما يدل على أن من قال كلمة الإسلام فقد عصم بها دمه و ماله، وترك حسابه على الله أي أن حسابه على صدقه في هذه الكلمة؛ أو كذبه إنما يكون على الله لا على الدولة. وبناء على ذلك فإن مانعي الزكاة حسب اجتهاد عمر قوم مسلمون أقروا بالشهادتين و لهذا وجب الكف عن قتالهم[3].

3 – مراعاة فقه الواقع السياسي والظروف الإستراتيجية الخاصة، بالمدينة غداة وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم وتولي أبي بكر للخلافة، وخلاصتها أن أبا بكر كان قد أصر على إنفاذ جيش أسامة إلى مؤتة ومن ثمة قل الجند عن الصديق بالمدينة، والمرتدون متربصون بالمدينة من كل جهة من جهاتها، و يتحينون الفرصة للوثوب عليها، حيث بدأت تحرشاتهم بها، وخطر النفاق في مكة والمدينة ماثل للعيان، ومن ثمة فإن فقه هذا الواقع السياسي والاستراتيجي، يقضى بأن من الحكمة مسالمة المرتدين و تركهم و ما هم عليه من منع الزكاة، وتألفهم حتى يتمكن الإيمان من قلوبهم،فربما تتبدل الأوضاع؛ و يعود جيش أسامة الذي أصر على إنفاذه، لتتقوى به جبهة المدينة الداخلية.

ب–مذهب فقه النصوص: بقيادة الخليفة أبي بكر الصديق ومن معه؛ ويتمثل موقفهم التصدي لقتال المرتدين بكل حزم وحسم؛ وهو ما تمثل في خطابه الشديد اللهجة ردا على موقف عمر السابق حسب رواية الإمام السيوطي حيث يقول مخاطبا عمر–ض– " رجوت نصرتك وجئتني بخذلانك؛ جبار في الجاهلية خوارا في الإسلام؛ بماذا عسيت أن أتألفهم ؟ بشعر مفتعل أو بسحر مفترى ؟ هيهات هيهات، مضى النبي صلى الله عليه و سلم وانقطع الوحي، والله لأجاهدنهم ما استمسك السيف في يدي، وإن منعوني عقالا " [4]؛ وفي رواية مسلم

---

[1] – الإمام السيوطي؛ تاريخ الخلفاء ، تحقيق محي الدين عبد الحميد، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة 1969، ص 73 .

[2] – محمد محمد المدني ، نظرات في اجتهادات الفاروق عمر بن الخطاب ، ص 52 .

[3] –د/ فوزي خليل؛ المرجع السابق، ص479 .

[4] – السيوطي، تاريخ الخلفاء، مرجع سابق، ص 73 .

"والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة، فإن الزكاة حق المال، و الله لو منعوني عقالا كانوا يؤدونه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلهم على منعه"؛ ويمكن إرجاع منطلقات هذا الرأي وأبعاده كالآتي:

1 – اعتبار الزكاة مع كونها عبادة إحدى وظائف الدولة المالية حيث يتقاضاها ولي الأمر من الأغنياء ويردها إلى الفقراء[1]؛ فهي بناء على ذلك شعيرة من الشعائر التعبدية التي يقاتل الناس على تركها كالأذان؛ والصلاة التي قاس عليها الخليفة الزكاة في حكم تركها؛ فقال لعمر: أرأيت إذا لم يصلوا ؟ وكأن قتال تارك الصلاة كان محل إجماع عند الصحابة؛ بمثابة الأصل الذي يرد إليه الفرع المتنازع والمختلف فيه؛ فالزكاة بهذا المعنى تمثل شعارا لدولة الإسلام ورمزا لتمييزها عن غيرها مما هو معروف في العصر الحاضر من شعارات الدول و رموزها كالعلم والنشيد وعملته النقدية بحيث لا تشكل رمزا لسيادتها.

وعلى هذا يكون تكييف قرار الخليفة بقتال المرتدين مبني على **أساس الخروج على طاعة الأمام**؛ فقد أبوا دفع الزكاة لبيت المال المسلمين لتصرف بمعرفة الحاكم وفقا لمصارفها الشرعية، ومن ثم فهم متمردون على السلطة النظامية، مهددون لكيانها السياسي بقوة السلاح[2]، ولذلك يعتبرون بمثابة البغاة؛ إذ " البغي هو الخروج عن الطاعة للإمام مغالبة له والبغاة قسمان: أهل عناد، وأهل تأويل وللإمام قتال الصنفين.

وهذا ما قرره عميدا الأحكام السلطانية والمؤسسات الدستورية الإمامين **الماوردي**؛ و**أبو يعلى الفراء** بقولهما:" إذا امتنع قوم من أداء الزكاة إلى الإمام العادل جحودا لها **كانوا بالجحود مرتدين**، يجري عليهم حكم أهل الردة، ولو امتنعوا من أدائها مع الاعتراف بوجوبها كانوا من **بغاة المسلمين** يقاتلون على المنع منه."[3] ومن ثمة وجب أن ينفر وأن يحزم في استنفار قوى الأمة لدرء الخطر الذي يهدد العقيدة الإسلامية قبل تهديده للنظام السياسي وضرب فاعليته.

ج–دور فكرة حفظ نظام الأمة في ترجيح رأي الخليفة:

أمام منطق الخليفة في ضرورة قتال المرتدين حماية وتنفيذا لوظيفة الدولة العقيدية والمالية والنظامية؛ صدر المرسوم الرئاسي بإعلان حالة الحصار وتعبئة كل القوى المدنية والعسكرية للدفاع عن السلطة الشرعية؛ الذي كان مضمونه المواجهة المسلحة للمرتدين" **والله لو منعوني** عقالا كانوا يؤدونه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم **لقاتلهم عليه** "؛ وهذا ما أدركه الصحابي أبو هريرة لما قال ثلاثا منبها إلى أهمية قرار المواجهة مع المرتدين" والله الذي لا إله إلا هو، لولا أبو بكر استخلف ما عبد الله " .[4]حينها قال عمر:" فوالله ما هو إلا أن رأيت الله عز وجل شرح صدر أبي بكر للقتال فعرفت أنه الحق"؛ وسكت الناس سكوت رضا وإقناع؛ ووافق

---

[1] – وذلك كما بين حديث الرسول لمعاذ حين بعثه إلى اليمن، "**و أعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم** رواه مسلم في كتاب الإيمان، صحيح مسلم بشرح النووي؛ ج1، ص 106.

[2] – محمد محمد المدني، نظرات في اجتهاد عمر بن الخطاب، ص 55.

[3] – الماوردي؛ الأحكام السلطانية، ص 117، وأبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، ص 53 .

[4] – أبو بكر بن عربي، العواصم من القواصم، القاهرة، مكتبة السنة ، 1408هـ، هامش؛ ص 63 .

الجميع على القتال، وشرعوا في تنزيل القرار وتنفيذه بكل قوة وإخلاص؛ عملا بقاعدة أولوية حفظ نظام الأمة الشرعي.

وعندها عزم الله لأبي بكر على الحق، وأعلن لوفود المرتدين قراره[1] " **لو منعوني عقالا لجاهدتهم عليه** " وردهم، فرجعوا إلى معسكريهما فأخبروهم بحصيلة المهمة الأخرى التي كلف بها الوفد، وهي الإطلاع على عورات المدينة حيث نقلوا للمرتدين تقريرا بقلة أهل المدينة، بعد إنفاذ جيش أسامة إلى مؤتة، وطمعوهم في المسلمين بالمدينة، وهذا ما تفطن له الخليفة فتوجه بخطاب للأمة يحثها على الاستنفار باتخاذ استعداداتها اللازمة لدرء هذا الخطر المتوقع على المدينة، المهدد لدينها وكيانها السياسي ومما جاء في هذا البيان أو الخطاب السياسي" إن الأرض كافرة، وقد رأى وفدهم منهم قلة، و أنكم لا تدرون ليلا يأتون أم نهارا، وأدناهم منكم على بريد، و قد كان القوم يؤملون أن نقبل منهم ونواعدهم وقد أبينا عليهم، فاستعدوا وأعدوا.[2]

وفي المرسوم التنفيذي لهذا القرار نجد الخليفة يقوم بمجموعة من التدابير والإجراءات الاستثنائية منها استنجاد **الخليفة بالسلطة العسكرية لحراسة مداخل المدينة**؛ كما أمر أهل المدينة بحضور المسجد، والمرابطة فيه حتى يكونوا مستعدين للدفاع في أي وقت؛ وهونوع من اعلان حالة التعبئة العامة.[3]

ثم حدث إن وقع الخطر وشن المرتدون غارتهم على المدينة،[4] فردهم أهلها على أعقابهم، ثم ركب الصديق في أهل المدينة، وتعقبهم أبو بكر في ثلث الأخير، واشتبك معهم في معركة مفاجئة سحق فيها المسلمون فرق المرتدين وانتصروا عليهم في ذي القصة في حرب خاطفة.

وأمام هذا النصر في تفريق المرتدين المانعين لدفع الزكاة؛ قرر الخليفة التوجه نحو المتنبئين في مواطنهم؛ والقضاء عليهم قضاء مبرما؛ فشكل جيشا جرارا مكون من الشجعان الأبطال من جيش أسامة الذي عاد من غزوته مؤزرا، ومن المجاهدين الذين قضوا على مانعي الزكاة، وعقد الألوية لأحد عشر أميرا، وجههم إلى النواحي مختلفة استمات فيها المتنبئون، ولاسيما جند مسيلمة الكذاب، وطليحة الأسدي.

لكن جند الإسلام أبلوا بلاء حسنا، وأعملوا سيوفهم في جنود أعدائهم من المتنبئين، واستطاعوا بحصافة قادتهم، ومهارتهم القيادية والعسكرية، لاسيما **القائد المظفر خالد بن الوليد** – سيف الله المسلول – أن يتزلوا بالمتنبئين هزيمة نكراء، وقضوا عليهم قضاء مبرما، أعادوا بعدها للأمة استقرارها، وللدين أركانه، وللمرتدين إيمانهم، بحيث تفرغوا بعد ذلك لنشر الدعوة الإسلامية.[5]

---

[1] – الطبري، تاريخ الرسل، ج3، ص 244، ود/ محمد حسين هيكل، الصديق أبو بكر، ص 102.

[2] – ابن كثير، البداية و النهاية، ج6، مرجع سابق، ص 313.

[3] – د/فوزي خليل؛ المصلحة العامة من منظور إسلامي؛ ص483 وما بعدها.

[4] – ينظر وقائع هذا الهجوم على المدينة عند ابن الأثير، الكامل في التاريخ، المجلد الثاني، بيروت، دار صادر، 1965، ص 344، والإمام الطبري تاريخ الرسل و الملوك، ج3 ، ص 244، ابن كثير، البداية والنهاية، ج 6، ص 313 -314 .

[5] – أحداث ووقائع تاريخية ابن كثير، البداية و النهاية، ج 6 ، ص 316-322 ، الطبري؛ تاريخ الرسل و الملوك، ج 3، ص 253 - 300، ابن كثير، الكامل في التاريخ، المجلد الثاني، ص 346-366.

وكان من أهم الإجراءات الاستثنائية التي تضمنها قرار المواجهة المسلحة مع المتنبئين سياسة الحزم في عقاب المرتدين عملا بالقاعدة العامة" جزاء من جنس العمل؛ ولا يظلم ربك أحدا" فقد منعوا الزكاة استهانة بسلطان الدين، وبخلوا بالمال شحا فالجزاء المناسب أن يفقدوا المال الذي من أجله بادروا إلى الفتنة، ولذلك استباح الصديق ديارهم و مراعيهم ومساقيهم؛ ووهبت عطايا للمجاهدين خاصة المتنبئين منهم[1] .

غير أن ذلك لم يمنع الخليفة من احترام قواعد المشروعية الاستثنائية التي تقضي بوجوب دعوة البغاة إلى الرجوع إلى الإسلام وانذراهم بتصحيح الخطأ قبل الإغارة عليهم مع ضرورة إعلامهم المسبق بحقهم في قبول توبتهم؛ وهذا ما طبقه الخليفة احتراما لقواعد الدستور العليا ممثلة في أحكام الوحي بشقيه الوحي المتلو؛ والوحي غير المتلو؛ حيث نجده يرسل رسله لينذروا جميع القبائل المرتدة والمارقة بالقتل والإحراق و السبي إن لم يفيئوا إلى أمر الله، كما أنذرهم بأن أمراءه لن يقبلوا منهم إلا الإسلام، فمن فاء فهو خير له، ومن أبى فلن يعجز الله "[2]. والكتاب في ذاته و محتواه، تعبير عن ضرورة الدعوة والإنذار قبل استعمال آلة الحرب والقتال.

وقد نفذ خالد بن الوليد قائد الأركان في الدولة هذه التعليمات الرئاسية بكل شدة في معاركه المختلفة مع المرتدين؛[3] إلى درجة استنكار عمر-ض- لصنيعه؛ ومطالبة الخليفة بعزله ومحاكمته عن شنيع تصرفاته؛ غير أن الخليفة وقف بجانب قائده فكتب إلى خالد توجيهات يقول: " **ليزدك ما أنعم الله به عليك خيرا، واتق الله فيما أمرك، فإن الله مع الذين اتقوا والذين هم محسنون، جد في أمر الله ولا تنثنين، ولا تظفرن بأحد قتل المسلمين إلا قتلته و نكلت به جهرة، ومن أصبت ممن حاد الله أوصداه ممن ترى في قتله صلاحا فاقتله** " فالقاعدة التي أمر خالدا بأن يعملها في المتنبئين هي " الجزاء من جنس العمل، وما يترتب عنها من جلب مصلحة إرهاب من أضمروا السوء للإسلام و أرادوا النيل من نظامه السياسي؛ ودرء خطرهم الذي كاد يعصف بالدين، فضلا عن جميع أصول المصالح الضرورية العامة[4].

---

[1] – محمود عباس العقاد، عبقرية الصديق، مرجع سابق ، ص 131.

[2] – ينظر نص هذا المرسوم التنفيذي لتسيير حالة الحصار وطرق التعامل مع البغاة في الكتاب الذي وجهه أبو بكر مع الرسل إلى القبائل المارقة ونصه "... قد بلغني رجوع من رجع منكم عن دينه بعد أن أقر بالإسلام وعمل به، اغترارا بالله، وجهالة بأمره، وإجابة للشيطان ... إني بعثت إليكم فلانا- ويسميه- في جيش من المهاجرين و الأنصار والتابعين بإحسان، وأمرته ألا يقاتل أحدا و لا يقتله حتى يدعوه إلى داعية الله فمن استجاب له وأقر وكف وعمل صالحا قبل منه و أعلنه عليه، ومن أبى أمرت أن يقاتله على ذلك ، ثم لا يبقى على أحد منهم قدر عليه، وأن يحرقهم بالنار، ويقتلهم كل قتله وأن يسبي النساء والذراري، ولا يقبل من أحد إلا الإسلام فمن اتبعه فهو خير له ومن تركه فلن يعجز الله، وقد أمرت رسولي أن يقرأ كتابي في كل مجمع لكم" ينظر الإمام الطبري ؛ تاريخ الرسل و الملوك، ج3، ص 250-251 .

[3] – فنجده بعد هزيمته لطليحة الأسدي يقيم شهرا كاملا عند المرتدين طالبا للثأر من الذين قتلوا المسلمين؛ فلم يقبل منهم الموادعة إلا أن يجيئوه بالذين قتلوا المسلمين الذين كانوا بينهم حين ردتهم و حرقهم و مثلوا بهم وعدوا عليهم، فلما جيء بهم صفح عن الأذناب، وأخذ الزعماء منهم فأوثقهم ومثل بالذين عدوا على المسلمين، فأحرقهم بالنيران، ورمى بهم من الجبال، و نكسهم في الآبار، ورضخهم بالحجارة و جعلهم عبرة لمن يعتبر، و لم تأخذ أبا بكر في الذين قتلهم خالد شفقة أو رحمة بل رأى فيهم أعداء الله و أعداء رسوله و أعداء دين الحق، ينظر ابن كثير، البداية والنهاية، ج6، ص 319 -320 ، ود/ محمد حسين هيكل، الصديق أبو بكر، ص 128-129.

[4] – د/ فوزي خليل؛ المصلحة من منظور إسلامي؛ ص486

2- نتائج مواجهة الردة على حفظ نظام الأمة:

مثلت الغلبة على فتنة المرتدين فتحا جديدا لهذا الدين الناشئ، كأنما استأنفت الدعوة إليه من جديد؛ نظرا لخطورة هذه الفتنة على دعوة الإسلام الأولى في مقاومة الشرك؛ ثم من بعدها مقاومة الارتداد.[1] فقد كان لقرار المواجهة المسلحة الحاسمة للمرتدين أثرا ايجابيا أعاد للدين اعتباره، وللعقيدة أركانها ومن ثم تم تأمين الإسلام في عقر داره؛ بالقضاء على المخاطر التي كانت تهدده؛ حيث حلت الطاعة محل التمرد و العصيان، والمتابعة محل المناهضة؛ وأدرك الجميع أهمية وجوب متابعة الإمام؛ وحرمة مخالفة أمره؛ وأن حكمه يرفع الخلاف في المسائل الاجتهادية حتى قال **الجويني** بعد أن استدل على أهمية نصب الإمام بقتال أبي بكر لمانعي الزكاة " ومعظم حكومة العباد في موارد الإجتهاد."[2]

وعلى هذا يكون وجود سلطة شرعية تحفظ للأمة **نظامها أمرا مسلما به لا يحتاج إلى برهان** بعد دراسة أحداث هذه الفتنة؛ وما نتج عن حسن تعامل القيادة الراشدة معها من نتائج عادت على الأمة بالخير والصلاح والدوام.وعلى رأسها عودة الإستقرار السياسي والاجتماعي الذي يمكن لنشر الدعوة في مناخ هادئ يساعد على إدراك وفهم حقيقة الإسلام وأبعاده العالمية. مما يعني أن **حفظ النظام مقصد للشريعة** على مستوى الدولة.

فقد ظهر أن السلطة النظامية قد استخدمت مقتضيات حفظ النظام لمنع حرية الارتداد؛ وحرية الانقسام أوالخروج عن الولاء لعاصمة الدولة؛ وهي الحالة الشبيهة بالحالة الاستثنائية في الفقه الدستوري، الأمر الذي استوجب الحزم ضد مناوئي النظام؛ بالتدخل الحاسم لاخماد شر الفتنة حفظا لنظام الأمة.

غير أن حروب الردة هذه نتج عنها بعض الآثار السلبية بالنسبة لبعض الحالات الفردية التي تعرضت فيها ممارسة الحريات العامة لتقييد التعسفي أحيانا؛ والمصادرة أحيانا أخرى؛ الأمر الذي دفع بعض الفقهاء إلى وجوب إعمال مسؤولية الدولة عن أعمالها المشروعية بتعويض المتضررين من جراء أعمال حفظ النظام العام المشروعة؛ سواء كانت عن خطأ أو دون خطأ، عملا بقاعدة **الاضطرار لايسقط حق الغير**..

3- أثر حفظ نظام الأمة من الردة على الحق في الحرمات الثلاث النفس والعرض والمال:

بناء على الحديث الصحيح في قوله رسول الله صلى الله عليه وسلم:" **كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه**"؛[3] الذي يمثل عمدة الحريات الشخصية كضرورات واجبة على السلطة النظامية صيانتها؛ وتوفير ضمانات ممارستها؛ بحيث لا يصح انتهاكها مهما كانت درجة خطورة الظروف الاستثنائية التي تمر بها الدولة؛ فهي حرمات وقيود دستورية ووحيية؛ لا تقبل تبديلا ولا ارجاءا. يترتب على مصادرتها مسؤولية الدولة كاملة لتقصيرها في واجب توفير الأمن العمومي؛ فضلا عن المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي الممثل لها والمعبر عن إرادتها لمخالفته لأحكام المشروعية الإسلامية الثابتة أو ما يسميه البعض بمخالفة الحاكمية القانونية.

---

[1] - العقاد، عبقرية الصديق، مرجع سابق، ص 122.

[2] - إمام الحرمين الجويني، غياث الأمم في التياث الظلم، ص 160.

[3] - الإمام مسلم؛ صحيح مسلم بشرح النووي، ج16، كتاب البر والصلة، باب تحريم ظلم المسلم و خذله...؛ ص 121.

ولعل أهم قضية أثارتها كتب السير **ويرى الباحث** أن لها علاقة بأثر حفظ نظام الأمة على الحريات هي قضية أو **واقعة مالك بن نويرة** الذي سبق له وأن تحالف مع **سجاح** مدعية النبوة ضد قائد المسلمين في حروب الردة خالد بن الوليد –ض- حيث يلاحظ من حيثيات هذه الواقعة قيام مسؤولية الدولة عن الضرر الناجم عن نشاطها النظامي المشروع؛ والمتمثل في **قتل مالك بن نويرة** بعد رجوعه إلى الإسلام؛ وتزوج خالد بزوجته **أثناء عدتها**؛ أو مسؤوليتها المدنية عن أخطاء أعوانها أثناء القيام بواجباتهم المشروعة؛ وهذا ما سيتم تفصيله باستعراض حيثيات القضية ومناقشة وقائعها لمعرفة أساس مسؤولية الدولة في هذه القضية وبيان موقف الشريعة من مدى التعويض عن المتضررين من جراء أعمال حفظ النظام العام الشرعي.

أ-قضية قتل مالك بن نويرة [1]:

تعود أحداث هذه القضية إلى حروب الردة التي خاضها القائد خالد بن الوليد- ض- على قبائل المرتدين والمتنبئين؛ والذين منهم سجاح التي وادعها مالك بن نويرة سيد بن يربوع؛ ولكنه تمرد عليها؛ وندم وتحير في أمره؛ بعد أن علم بزواجها من مسيلمة الكذاب سيد بني حنيفة؛ فلما توجه إليهم خالد فسار حتى قدم البطاح؛ فلم يجد بها أحدا؛ وكان مالك قد فرقهم ونهاهم عن الاجتماع.

علما أن مالك كان من العمال الذين فرقهم رسول الله –ص- على بني تميم وهم مسلمون؛ فلما توفي؛ وظهر الكذبون وادع مالك سجاح فاغرته بالملك وقالت:" إنما أنا امرأة من بني يربوع فان كان ملك فهو لكم"؛ ثم سجعت لهم فقالت: اعدوا الركاب؛ استعدوا للنهاب ثم أغيروا على الرباب فليس دونهم حجابا"[2].

ولما قدم خالد البطاح بث فيها السرايا وأمرهم بداعية الإسلام؛ وأن يأتوه بكل من لم يوجب؛ وان امتنع فاقتلوه؛ وكانت تلك وصية خليفة المسلمين في أن يؤذنوا إذا نزلوا منزلا؛ فان أذن القوم فكفوا عنهم؛ وان لو يؤذنوا فاقتلوا وانهبوا؛ وان أجابوكم إلى داعية الإسلام فسائلهم عن الزكاة؛ فان أقروا فاقبلوا منهم؛ وان أبوا فقاتلوهم. وما هي إلا ساعات حتى جاءته الخيل **بمالك بن نويرة** في نفر معه من بني ثعلبة بن يربوع؛ فاختلفت السرية فيهم؛ **فشهد أبو قتادة الأنصاري أنهم قد أذنوا وأقاموا وصلوا**؛ ونفي غيره ذلك عنهم؛ وأمام هذا الاختلاف تدخل الأمير خالد وأمر بحبسهم في ليلة باردة لا يقوم لها شيء؛ وفي الليل أمر خالد مناديا فنادى " **دافئوا أسراكم**"؛ وهي عبارة تحمل معنيين مختلفين ففي لغة كنانة تعني القتل وعند غيرهم تعني الدفء ضد البرد أي أدفئوهم من البرد؛ فظن القوم أنه أراد القتل ؛فقتلوهم. فقتل ضرار بن الأزور مالكا؛ وسمع خالد الداعية والصراخ؛ فخرج وقد فرغوا منهم. فقال" **إذا أراد الله أمرا أصابه**"[3].

---

[1] – ينظر في تحليل أبعاد هذه القضية من وجهة نظر قانونية إلى: د/كامل عبد السميع محمود؛مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة- دراسة مقارنة- في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية؛ دار النهضة العربية؛ طبعة 2002 ؛ص83 وما يليها. ود/ مقبل أحمد العمري؛مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية في النظام الإسلامي- دراسة مقارنة مع القانون اليمني؛ دار النهضة العربية طبعة2003؛ ص335 وما يليها.

[2] – الطبري؛ تاريخ الرسل والملوك؛ ج2؛ ص270

[3] – ابن الأثير؛ الكامل في التاريخ؛ ج2؛ ص217

واختلف القوم فيهم فقال أبو قتادة للأمير" **هذا عملك**" فزبره خالد؛ فغضب؛ ومضى حتى أتى أبا بكـــر؛ فغضب عليه أبو بكر؛ حتى كلمه عمر فيه؛ فلم يرض إلا أن يرجع إليه؛ فرجع إليه حتى قدم معه المدينة؛ وكان أبو قتادة حلف ألا يشهد مع خالد حربا أبدا؛ ومع ذلك أمره بالرجوع إلى معسكر الحرب؛ مما يدل على أنـــه يلتمس العذر لخالد كونه في حالة حرب[1].

وتزوج خالد أم تميم امرأة مالك بن نويرة؛ فقال عمر لأبي بكر:" **إن سيف خالد فيه رهقا؛ وحق عليك أن تقيده**"؛ وأكثر عليه في ذلك فقال: "**هيه يا عمر تأول فأخطأ فارفع لسانك عن خالد فاني لا أشيم سيفا سله الله على الكافرين**" ؛ وودي مالك[2].

وكتب إلى خالد أن يقدم عليه ففعل؛ ودخل المسجد وعليه قباء له عليه صدأ الحديد؛ وقد غرز في عمامته أسهما؛ فقام إليه عمر فترعها وحطمها؛ وقال له: "**أرثاء قتلت امرءا مسلما؛ ثم نزوت علـــى امرأتـــه؛ والله لأرجمنك بأحجارك**"[3]؛ وخالد لا يكلمه يظن أن رأي أبي بكر مثله؛ خاصة وأن عمر كان قاضيا لأبي بكر منذ توليه الخلافة[4].

ودخل على أبي بكر فأخبره الخبر؛ واعتذر إليه فعذره وتجاوز عنه؛ وعنفه في التزويج الذي كانـــت عليـــه العرب من كراهيته أيام الحرب؛ فخرج خالد وعمر جالس فقال: هلم إلي يا ابن أم سلمة؛ فعرف عمر أن أبـــا بكر قد رضي عنه فلم يكلمه.

وقيل في رواية أن المسلمين لما غشوا مالكا وأصحابه ليلا أخذوا السلاح؛ فقالوا نحن المســـلمون. فقـــال أصحاب مالك ونحن المسلمون؛ قالوا لهم: ضعوا السلاح فوضعوه ثم صلوا؛ وكان يعتذر في قتله أنه قال" مـــا أخال صاحبكم إلا قال: كذا وكذا. فقال له: أو ما تعده صاحبا لك ؛ ثم ضرب عنقه[5]. ثم قدم **مـــتمم بـــن نويرة** على أبي بكر يطلب بدم أخيه؛ ويسأله أن يرد عليه سبيهم؛ فأمر الخليفة برد السبي؛ وودى مالكا من بيت المال..."[6]

2- موقف الرأي العام في مجتمع الصحابة من هذه القضية:

الفريق الأول: المدافع عن مالك بن نويرة ومن ثم إدانة خالد بجريمة القتل العمدي الموجب للقصاص؛ وعدم التماس العذر له بسبب الظروف الاستثنائية؛ ويتجلى هذا في ذلك الخصام الذي دار بين خالد وأبو قتادة؛ والذي كان مضمونه **اتهام أبو قتادة لخالد بقتل مالك بن نويرة**؛ ووصل أمره إلى الخليفة؛ الذي سرعان مـــا هدئ من الوضع وأمر أبا قتادة بالرجوع إلى معسكر خالد؛ رغم قسمه بألا يشهد حربا مع خالد أبدا؛ خاصة

---

[1] – د/مقبل احمد العمري؛ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية في النظام الإسلامي؛ ص336

[2] – د/كامل عبد السميع محمود؛ مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة؛ ص85 .

[3] – الطبري؛ تاريخ الملوك والرسل؛ ج3؛ ص280

[4] – د/ مقبل أحمد العمري؛ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية في النظام الإسلامي؛ ص337

[5] –الطبري؛ تاريخ الملوك والرسل؛ ج3؛ ص280؛ ابن الأثير؛ الكامل في التاريخ؛ ج2؛ ص218

[6] – ابن كثير؛ البداية والنهاية؛ ج6؛ ص315

بعد شهادته التي قدمها للخليفة حول حقيقة إسلام مالك وأصحابه؛ ومباشرتهم للصلاة ووضع السلاح؛ وإقرارهم بالإسلام.ومقتضى شهادته أن قوم مالك كانوا مسلمين أذنوا وصلوا؛ و لم يكونوا محاربين ولا مرتدين؛ ومع ذلك أمر الأمير بقتلهم ؛ ومن ثم فهو قاتل يستحق القصاص قودا[1].

ومن أشهر الصحابة المجرمين لعمل خالد بعد أبو قتادة **عمر الفاروق**[2] –قاضي الخليفة آنذاك- وممثل الحق العام " النيابة العامة"؛ ويظهر موقفه جليا من خلال إسناده المادي لتهمة قتل مالك إلى القائد جيش المسلمين خالد؛ في قوله" **يا عدو الله؛ أقتلت امرأ مسلما ثم نزوت على امرأته؟ والله لأرجمنك بأحجارك**"؛ أي سأحكم عليك بمقتضى ولاية القضاء حكما بالرجم.

ووفقا لطلبات النيابة العامة ممثلة في شخصية عمر؛ فان خالدا يستحق القتل قودا لقتله لمالك؛ أو حدا رجما بالحجارة لزواجه بامرأة القتيل وهو زواج باطل يعتبر في حكم الزنا في نظره.

ومما يؤكد موقفه شديد اتجاه خالد ما تناقلته بعض الروايات **التاريخية المشكوك في صحتها** والتي أوردها صاحب الأغاني أبو الفرج الأصفهاني؛ والتي مفادها أن خالدا كان يهوى أم تميم زوجة مالك في الجاهلية؛ لما كانت عليه من الحسن والجمال[3].

وعلى هذا الرأي؛ وقبل سماع أوجه الدفاع؛ يكون خالدا مدانا ومتورطا في دم مالك؛ وزواجه من زوجته وهو خطأ شخصي؛ ومن ثم يستحق العقوبة الجنائية ممثلة في الرجم بالحجارة؛ والعقوبة المدنية بدفع ديته بسبب خطأه المرفقي الذي تتحمله عنه خزينة الدولة باعتباره أحد أعوانها بناء على أساس مسؤولية الدولة عن أعمالها المادية المشروعة أثناء الحرب؛ والاضطرابات والتجمعات والمظاهرات. وهي الحجة التي سيستند إليها الفريق المبرئ لخالد في نفي تهمة القتل العمدي وفعل الخطأ الشخصي[4].

الفريق الثاني:

براءة خالد من التهم المنسوبة إليه؛ وكان أول من عذر خالد هو الخليفة أبو بكر؛ رغم أنه عنفه عند قدومه عليه في المدينة؛ بسبب زواجه من امرأة مالك في عدتها – علما أن هناك من الفقه كالإمام السرخسي في المبسوط من يرى أنها كانت من السبي-؛ ولكنه عذره في الحرب؛ وكان رأيه واضحا عندما رد على مقالة عمر وطلبه بعزل خالدا والاقتصاص منه حيث مما جاء فيها" **هبه يا عمر قد تأول؛ فأخطأ؛ فارفع لسانك عن**

---

[1] –د/ مقبل احمد العمري؛ المرجع السابق؛ ص338

[2] – ولقد كانت هذه القضية أحد الاسباب المباشرة في عزل قائد الجيوش خالد من طرف الخليفة عمر بعد وفاة الخليفة أبو بكر حيث ذكرت كتب السير أن هذا أول عمل قام به عمر عقب توليه الخلافة؛ بسبب قتله لمالك بن نويرة-ض-. ينظر د/ داود الباز؛ أصول القضاء الإداري في النظام الإسلامي؛ ص42

[3] –د/ مقبل احمد العمري؛ مسؤولية الدولة؛ ص338؛ نقلا عن أبو الفرج الأصفهاني؛ ج15؛ ص298

[4] – ينظر تحليلا قانونيا لهذه الواقعة قريبا مما كتبه الباحث في المتن د/ كامل عبد السميع محمود؛ مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة- دراسة مقارنة- ص86

خالد"[1]؛ ولما أصر عليه عمر بعزله لما في سيفه من شدة ورهق؛ أعلن الخليفة مصرحا تمسكه بقائده؛ فقال:" **لا يا عمر؛ فاني لم أكن لأشيم سيفا؛ سله الله على الكافرين**"[2].

وجدير بالإشارة أن في دفاع الخليفة عن قائد جيوشه يحتم عليه تحصين أعماله إلى غاية نهاية الظرف الاستثنائي؛ ومن ثم تمتيعه بحصانة قضائية وسياسية؛ بمنع مختلف وسائل الرأي العام من التعرض له بالنقد اللاذع لسياسة الحكومة في بعض المسائل الجزئية المحتملة الوقوع؛ ويتأكد ذلك من خلال مقالة الخليفة لعمر "...**فارفع لسانك عن خالد**"؛ فقد كان عمر يمثل المعارضة كناطق باسم الرأي العام كهيئة ضاغطة على السلطة النظامية؛ ومن ثم يجوز للخليفة في الظروف الاستثنائية تقييد الحريات الإعلامية؛ وحريات المعارضة؛ تغليبا لمصلحة حفظ نظام الأمة على مصلحة فردية؛ بما لا يضر بالحد الادني المضمون من ممارسة الحريات كضرورات دينية واجبة؛ على انه يجب أن لا يفهم من ذلك إحاطة تصرفات قائد الجيوش بالحصانة القضائية؛ كما هو الحال في النظم الوضعية حيث تدرج الأعمال الحربية ضمن قائمة أعمال السيادة المتحصنة عن المتابعة القضائية.

وبالإضافة إلى دفاع الخليفة عنه؛ دافع خالد عن نفسه حيث شهد بأن مالكا كان يراجعه فيقول: ما أحال صاحبكم- يعني الرسول- إلا قد كان يقول كذا وكذا "؛ فقال له خالد " أو ما تراه لك صاحبا؟"[3]؛مما يفهم منه بأن مالك كان له صاحب غير محمد-ص- من الذين ادعوا النبوة في تميم؛ ويربوع وبني حنيفة وربيعة...؛ كما احتج بان مالك كان ممن وادع سجاح بنت الحارث لما تنبأت؛ حيث تحالف معها؛ ومن ثم فهو بذلك مرتد من جملة المرتدين بل انه منافق لأنه اظهر إسلامه لأبي قتادة خوفا من قتله؛ والنفاق -حسب دفاع المتهم - أشد فتنة من الارتداد؛ فيكون خالد قد قتل زنديقا محاربا.

أضف إلى ذلك رواية البعض ممن قال بخطأ في تأول معنى " **دافئوا أسراكم**"[4] حيث قصد القائد حماية الأسرى من البرد الشديد بتدفئتهم؛ غير أن من صدرت إليهم الأوامر حملوا معناها فاقتلوهم؛ فقتلوهم عملا بقاعدة أوامر الرئيس قانون للمرؤوس يلزم بتنفيذه.

وزيادة على ذلك يحتج **محامو** خالد بن الوليد-ض- بما ثبت عن مالك من أشعار قالها بعد وفاة الرسول – ص- مضمونها التنكر لفضل محمد –ص- عليه؛ لما ولاه صدقات قومه بني يربوع؛ حيث كان يدعي بأنه **لولا سيفه لما جمعت الزكاة**؛ ولذلك كان يوزع ابل الصدقات كيف ما شاء ظنا منه بأن أمر محمد قد انتهى؛ غير

---

[1] – الإمام ابن جرير الطبري؛ تاريخ الرسل والملوك؛ ج3؛ ص278

[2] – الطبري؛ المرجع السابق؛ ج3؛ص 279 ؛ وأبو الفرج الأصفهاني؛ الأغاني ؛ ج3؛ص302؛

[3] – ابن الأثير؛ الكامل في التاريخ؛ ج2؛ ص218

[4] – رغم ثبوت هذه الرواية في المصادر التاريخية إلا أن بعض الباحثين يشككون في صحتها لتناقض أولها مع نهايتها؛ فمن جهة تذكر هذه الرواية بان خالدا أمر مناديا فنادى: "دافئوا أسراكم"؛ ومن جهة أخرى يذكر الرواية أن أبا قتادة قال لخالد "**هذا عملك** " فزبره خالد فغضب.. إلى آخر الرواية؛ ومن ثم قلا تستقيم الرواية بين أولها القاضي بأن هناك خطا في تأويل كلمة " **دافئوا** " وبين أخرها حيث **يتهم خالد** بأنه كان متعمدا؛ ينظر الى د/ كامل عبد السميع محمود؛ المرجع السابق؛ ص87

مبال بسلطة أبي بكر الشرعية والنظامية في جباية الصدقات **لأن الدين دين محمد وقد مات**؛ وليس دين أبي بكر الذي يطالبنا بالزكاة ليوزعها في قريش[1].

ولعل أشهر دليل يمكن التماس به العذر لخالد وهو ما يطمئن له الباحث هو اعتراف **متمم بن نويرة** أمام عمر بن الخطاب أثناء خلافته أن أخاه لم يقتل شهيدا؛ الأمر الذي اثر في موقف عمر فيما بعد؛ إذ نجده يعذر خالدا في هذه القضية. ونص شهادته أن متمما رثى أخاه مالك بشعر أعجب عمر؛ فتمنى عمر لو انه كان يحسن الشعر حتى يرثي أخاه زيدا الذي استشهد في حروب اليمامة ضد المرتدين؛ فقال له متمم" لو أن أخي مات على مات عليه أخوك ما رثيته"؛ أي أن مالكا لم يمت على الشهادة؛ كما كان يظن الفريق الأول بقيادة عمر وأبي قتادة الأنصاري؛ فكان ذلك كما ذكر الطبري وابن الأثير دليلا على عذر خالد[2]؛ وتغلب حجة العاذرين على حجج اللائمين[3].

وبهذا يسدل الستار عن أحدى القضايا الكبرى في الإسلام بتقرير مسؤولية الدولة عن أعمال سلطتها التنفيذية ممثلة في وزراة الدفاع بقيادة سيف الله المسلول خالد بن الوليد؛ على أساس مخاطر الناتجة عن مشروعية تدخل السلطة الضبطية المكلفة بمهام حفظ النظام العمومي في محاربة المرتدين والمتنبئين ممن شكلوا حركات سياسية متمردة على سلطة الدولة .

لقد كان **مصرع مالك بن نويرة** نتيجة نشاط الدولة المشروع؛ وبالتالي فلا تسأل الدولة على أساس الخطأ؛ وإنما على أساس الضرر أي دون خطأ وهو ما يعرف في القضاء الإداري المعاصر بالمسؤولية الإدارية على أساس المخاطر؛ بحيث تلتزم الدولة بتعويض جميع المتضررين عن أنشطتها الأمنية والاقتصادية والحربية والسياسية إعمالا لمبدأ الغرم بالغنم؛ ومبدأ المساواة إمام الأعباء العامة؛ فليس من العدل أن ينعم البعض بالأمن العمومي بعد قتال المرتدين؛ ويدفع البعض الثمن لوحدهم بدعوى الخطأ غير المقصود؛ ومن ثم يلزم تعويض المتضررين من بيت مال المسلمين؛ وهذا ما قرره الخليفة أبو بكر لما أمر برد السبي والأموال بإعادة الحال على ما كانت عليها قبل الضرر؛ ودفع دية مالك إلى أهله من بيت مال المسلمين.

غير أن ذلك لا يعني عدم متابعة ممثل السلطة النظامية في حالة ثبوت الخطأ الجسيم لترتيب المسؤولية الجنائية للدولة. كما هو حال النظم الوضعية؛ فقد ثبت عن النبي –ص- قوله في واقعة أخرى أيام الحكومة النبوية جاءت في الصحاح قوله :" **اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد**". وهي القضية المعروفة **بواقعة الغميضاء** سنة 17هـ؛ التي سيأتي تفصيلها في المبحث الثاني من هذا الباب.

---

[1] – ينظر تفصيلا في ذلك د/ مقبل احمد العمري؛ مسؤولية الدولة في النظام الإسلامي؛ ص341 وما بعدها.

[2] – الطبري؛ تاريخ الرسل والملوك؛ ج3؛ ص293؛ وابن الأثير؛ مرجع نفسه؛ ص218

[3] – د/ مقبل احمد العمري؛ مسؤولية الدولة؛ ص341 .

رابعا: أثر حفظ الأمن العام للأمة في ممارسة حرية المعارضة السياسية موقعة الجمل نموذجا":

سنة الله في الابتلاء بالاختلاف والانقسام وإراقة الدماء جارية وأخذة مكانها حال توفر أسبابها حتى ولو كانت بين من هم في مقدمة الورع الإيماني من صحابة رسول الله – عليه الصلاة والسلام- ومن أمثلة ذلك ما حدث من انتكاسة أمنية في عصر الخليفة الرابع على بن أبي طالب -ض-.

فعقب مقتل عثمان بن عفان –ض- لم يكن ثمة بديل يخلفه؛ إلا ما بقي من بين الستة الذين رشحهم عمر بن الخطاب –ض- للخلافة وهم علي وطلحة والزبير-رضي الله عنهم- وعلى أساس ذلك اختار المسلمون عليا كرم الله وجهه وسط جو غير عادي تسوده الاضطرابات والانقسامات بين عاصمة الدولة ومختلف أطراف. في ظروف دامية قاسية؛ لا حيلة لأحد في اتقائها؛ لكثرة مثيريها.[1]

وبعد استيفاء مراسيم مبايعة علي بالخلافة على مضض منه؛ خوفا على وحدة نظام الأمة؛ انضم إلى معسكره جل الذين اشتركوا في الفتنة ضد عثمان وقتله؛ وهو الأمر الذي حرك معارضة جديدة ضد علي كرم الله وجهه؛ ولكنها معارضة واضحة الأهداف يقودها عدد من كبار الصحابة المشهود لهم بالسبق في الإسلام وبلاءهم مع رسول الله تتقدمهم عائشة أم المؤمنين زوج الرسول –ص-؛ وطلحة بن عبيد الله؛ والزبير بن العوام؛ ومن وراءهم حشد كبير من المسلمين يطالبون بمطلب رئيسي لا يقبل التأخير والتروي والمتمثل في فرز سريع لقتلة عثمان من معسكر علي –ض-وقصاص عادل بهم؛ و لم يكن هدفهم محاولة الانقلاب على خلافة علي ونقض بيعته؛ كما نقلته بعض الروايات المغرضة.[2]

وهذا ما تؤكده الروايات التاريخية التي أورها **صاحب فتح الباري** بعضا منها فكان مما ذكره :"أن أحدا لم ينقل أن عائشة ومن معها أنهم نازعوا عليا على الخلافة؛ ولا دعوا أحد منهم ليولوه الخلافة؛ وإنما أنكرت هي ومن معها على علي –ض- منعه من قتل قتلة عثمان وترك الاقتصاص منهم؛ وكان علي ينتظر أولياء عثمان أن يتحاكموا إليه؛ فإذا ثبت مع أحد بعينه من قتل عثمان اقتص منه؛ فاختلفوا بسبب ذلك وخشي من نسب إليهم القتل أن يصطلح الطرفان على قتلهم فأنشبوا الحرب بين علي وعائشة..

والواقع كما يقول **د/ الصعيدي**: أن قاتله كان مجهولا عير معلوم؛ ومن ثم يسقط القصاص في قتله؛ وتحفظ القضية إلى غاية ظهور أدلة جديدة[3]؛ أضف إلى ذلك أن خروج طلحة والزبير وعائشة عليه؛ كان له أثره في

---

[1] -د/ جابر قميحة؛ المعارضة في الإسلام بين النظرية والتطبيق؛ ص239. يقول: لقد تضافرت كل الظروف في وجهه: معوية وأهل الشام؛ طلحة والزبير وأشياعهما؛ الخوارج بعد التحكيم؛ الروح الانهزامية لأصحابه الذي خذلوه بالتقاعد والتثاقل عن القتال؛ التحركات السبئية الخفية؛ وكان أشدها عليه مقتل عثمان فهي **النكبة النكباء التي واجهت علياّ**؛ إذ أصبح دم عثمان مشجبا لكل ذي هوى ومطمع" ينظر؛ المرجع نفسه؛ ص240

[2] – د/عبد المتعال الصعيدي؛ القضايا الكبرى في الإسلام؛ ص161

[3] – ومما يؤكد ذلك أن الخليفة معاوية بن أبي سفيان بعد أن صار أمر المسلمين إليهم؛ لم يحرك الدعوى على قتلة عثمان ؛ ويرجع ذلك في اعتقاد بعض الباحثين إلى انه كان لا يعلم من قتله يقينا؛ ومن ثم سقوط تحريك الدعوى العمومية وحفظ ملف القضية إلى حين.ينظر د/ عبد المتعال الصعيدي؛ المرجع نفسه؛ ص163

تأخير تمييز المسئولين عن قتلة عثمان من رجال الثورة؛ حيث لأنه في اعتقاده مسالة لا يترتب عليها ضـــرر في التريث في أمرهم إلى أن تهدأ الفتنة ويسود النظام والاستقرار؛ وهو الأمر الذي لم يتحقق بسبب خروج هؤلاء الثلاثة ومن معهم من بني أمية على الخليفة علي-ض- الذي صار رئيس السلطة النظامية بعد انعقاد البيعة لـــه بأغلبية المسلمين بما فيهم طلحة والزبير – وان ادعيا أنهما كانا مكرهين؛ فما كان منه إلى أن حاربهم إيثارا منه **لحفظ نظام الأمة** على حق المعارضة في مطلبها في تتبع قتلة عثمان الذي كان يشترك معهم فيه ولكنهم تعجلوه بوسيلة عير مشروعة وهي تهديد النظام العام بالخروج على السلطة الشرعية لعلي كرم الله وجهه.

وهو الأمر الذي فهم على غلط باتهام عليا بأن له يدا في تأليب أولئك الثائرين؛ طمعا في الخلافة؛ خصوصا وان معشر الثوار صاروا فيما بعد في معسكره؛ مع أن الواقع للمضطر أن يركب الصعب؛ وظروف الفتنة ليســـت كظروف السلم؛ وبهذا يكونوا الخارجين عليه معذرين في تنكب الطريق المشروع للمطالبة بدم عثمان.[1]

وفي ظل هذه الأحداث المتسارعة يعقد **عبد الله بن سبأ** – أحد أهم عناصر الفتنة- اجتماعـــا طارئـــا لمناقشة الموقف المستعجل حيث جمع زعماء القبائل التي شاركت في الثورة على عثمان؛ ليخطرهم بإقدام علي- ض- على فرز القتلة تحت طائلة القصاص؛ وبعد نقاش طويل؛ خرج الاجتماع بقرار تضليلي حيث قال أحدهم "يا قوم إن عزكم في خلطة الناس فإذا التقى الناس غدا فأنشبوا القتال بينهم.. حتى يشغل الله عليا ؛ وطلحـــة والزبير ومن رأى رأيهم عما تكرهون"[2].

وهي المكيدة التي أتت أكلها حيث نجحت تلك الخطة في إشعال نار الحرب الأهلية بين الصحابة بعد أن كاد يحصل الصلح بين الفريقين؛ ووقع ما عرف في التاريخ الإسلامي **بمعركة الجمل** التي قتل فيها ثلاثة عشـــر ألفا من الفريقين حسب رواية الإمام السيوطي؛ لتسفر في نهايتها عن انتصار معسكر علي؛ وقتل وجرح عـــدد كبير من الصحابة من الطرفين بما فيهم طلحة والزبير الذي اغتيل بعد مغادرته أرض المعركة؛ وأعيدت عائشة أم المؤمنين إلى دارها لم يمسها سوء.[3]

1- أثر حفظ نظام الأمة على معارضة البغي السياسي معركة الصفين نموذجا:

وفي وسط هذه الأجواء المتوترة يخرج معاوية بن أبي سفيان والي الشام ورجل بني أمية القـــوي وداهيـــة العرب عن صمته ليطالب الخليفة بتسليم القتلة إليه باعتباره احد أولياء عثمان؛ وقد استنفر أهل الشـــام مـــن وراءه؛ خاصة وأنه قائدهم منذ **عقدين من الزمن**؛ الأمر الذي ساعده في كسب قلوبهم وإخلاصهم له؛ وهو ما شجعه على رفض الاستجابة لطلب الخليفة بالطاعة والمبايعة له؛ وبالتالي دخل معه في صراع جديد عـــرف في التاريخ الإسلامي **بمعركة الصفين** قرب نهر الفرات بين معسكر الخليفة؛ ومعسكر معاوية والي الشام سنة 37 هـــ؛ والذي كاد أن يحسم لصالح الخليفة لولا مطالبة معاوية بالتحكيم؛ الذي كانت نتيجته تنحية كل من علي

---

[1] – د/ عبد المتعال الصعيدي؛ القضايا الكبرى في الإسلام؛ ص162 وما بعدها.

[2] – الإمام الطبري؛ تاريخ الرسل والملوك؛ ج4؛ ص194.

[3] – د/ عماد الدين خليل؛ المرجع السابق؛ ص75؛ نقلا عن العواصم لابن العربي؛ ص176؛ والسيوطي؛ مرجع سابق؛ ص174

ومعاوية وإحالة أمر الخلافة إلى المسلمين[1]. و ان كان في الواقع السياسي فوزا سياسيا لمعاوية وأنصاره لما فيه من نجاتهم من هزيمة محققة؛ لولا إكراه الخوارج للخليفة على الرضا بالتحكيم؛ ثم الخروج عليه بعد ذلك بدعوى **إن الحكم إلا لله**.[2]غير أن أثار هذا التحكيم والرضا به كان له تداعياته السلبية في معسكر الخليفة علي حيث انشقت عنه طائفة كبيرة من جيشه عرفت بالخوارج؛ وهي أول حزب سياسي يتكون في تاريخ الإسلام؛ بحيث شكلوا معارضة حزبية قوية استمرت حتى شوكتها حتى مع الدولة الأموية.[3]

ونظرا لتصلب مواقفهم بعد محاولته لإقناعهم بخطأ منهجهم وأنهم بغاة محاربون؛ اضطر الخليفة إلى منازلتهم وقتالهم في النهروان وهزيمتهم؛ إلا أن بقية منهم زادت ضراوتهم نقمة على الخليفة فبيتت أمر اغتياله[4] وذلك ما حدث فعلا على يد **عبد الرحمن بن ملجم الخارجي** في 17 رمضان 40هـ.[5] ليتولى أمر المسلمين بعده ابنه الحسن بمبايعة عامة؛ وقد سعى بكل الطرق إلى وقف نار الفتنة وإعادة نظام الأمة إلى استقراره ووحدته ؛ حيث دخل مع معاوية في مفاوضات كتب لها النجاح؛ حيث قدم الحسن استقالته متنازلا عن الخلافة لمعاوية حقنا لدماء المسلمين وتغليبا لحفظ نظام الأمة على المصالح الدنيوية الخاصة؛ على أن تعود بعد وفاته إلى الحسن؛ وفي بعض الروايات شورى بين المسلمين؛ وهو ما عرف بعام الجماعة[6].

---

[1] – أبو الحسن الأشعري؛ مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين؛ ص61

[2] – د/ عبد المتعال الصعيدي؛ القضايا الكبرى في الإسلام؛ ص173

[3] – د/ ضياء الدين الريس؛ النظريات السياسية الاسلامية؛ ص62

[4] – قتل الإمام علي كرم الله وجهه شهيدا بخنجر الخارجي عبد الرحمن بن ملجم سنة 40 ه /220، وكان هذا الخارجي الحاقد تربص للإمام أثناء خرجه للصلاة فجر ذلك اليوم فطعنه طعنات قاتلة من خنجر مسموم أودت بحياة الخليفة الرابع والإمام العادل التقي ورئيس الدولة الإسلامية .

ويلاحظ أن الإمام علي رضي الله عنه و قبل أن يموت كان حريصا على حقن دماء المسلمين باية وسيلة؛ ولو بعدم الاقتصاص له مما يدل على أهمية حفظ نظام الأمة في فكر هذا الخليفة الراشد؛ فقد جاء في نهج البلاغة المنسوب إليه؛ قوله مخاطبا أبنائه وأهله " **يا بني عبد المطلب لا ألفينكم تخوضون دماء المسلمين تقولون قتل أمير المؤمنين لا تقتلن بي إلا قاتلي؛ إذا أنا مت بضربته هذه فاضربوه ضربة بضربة؛ إن أبقى فأنا ولي دمي و إن أفنى فالفناء ميعادي وإن أعفوا فالعفو لي قربة وهو لكم حسنة فأعفوا** "، و لا تمثلوا بالرجل فاني سمعت الله صلى الله عليه و سلم يقول: "**إياكم و المثلة و لو بالكلب العقور**" أخرجه النسائي في كتاب تحريم الدم حديث رقم؛3039.

فخوفا من المثلة بقاتله من طرف أولياءه نهاهم عن ذلك؛ وربما خاف أن يحدث لقاتله ذلك رغم وصيته؛ فاستغل حياته ليعفوا عنه . وقيل بان الحسن اقتص منه؛ رغم وصية الخليفة بالعفو عنه. والغريب في هذا التصرف من الخليفة هو دفاعه عن عدوه و قاتله بالحق و العدل ويأمر بتطبيق القانون الإسلامي الذي يساوي بين الحاكمين و المحكومين و لا يقبل الانتقام و القسوة؛ مما يؤكد ان السلطة النظامية مسئولة إذا تجاوزت القانون و تعسفت في استعمال السلطة تبعا للهوى ورغبة في الانتقام ، و إن رئيس الدولة هو رجل من المسلمين فان قتل تم القصاص ممن قتله **فلا تزيد عقوبة قاتله عن القصاص، ولا تمتد إلى من سواه** ، كما لا تختلف ديته. ينظر في ذلك د/ مقبل احمد العمري؛ مسؤولية الدولة ؛ ص376

[5] – ابن كثير؛ البداية والنهاية؛ ج5؛ ص250

[6] –د/ عماد الدين خليل؛ المدخل إلى التاريخ الإسلامي؛ ص76

2-تطبيقات جريمة الحرابة وأزمة حفظ نظام الأمة في حكومة الإمام عـــلي فتنة الخوارج نموذجا:

يمثل حفظ العقل عنصرا هاما من عناصر النظام العام الشرعي على مستوى الأمة؛ لما يخول للسلطة النظامية من واجب التدخل لمواجهة الانحرافات الفكرية والعقائدية بسبب الغلو في الفكر والانحراف في الرأي خاصة ما تعلق منها بقضية السلطة والتأثير في الجماهير من اجل إسقاطها والتشكيك في شرعيتها ومـــن أشـــهر هـــذه الانحرافات الفكرية في مجال السلطة فرقة الشيعة ونظريته الخاصة بعصمة الأئمة وتوارث الحكم؛ وكذا فرقـــة الخوارج التي ستكون موضع تفصيل في هذا المجال لتأكيد أهمية القضاء على هذه الانحرافات الفكرية حفظا لعقل الأمة من التغرير به والتعريض على شق عصا الطاعة له وما يترتب على ذلك من مزالق ومخاطر تهدد نظام الأمة ككل.

وقد اقترن ظهور هذه الفرقة الإسلامية المتطرفة كرد فعل على فرقة الشيعة على اثر الصراع العســـكري والسياسي بين الخليفة ووالي الشام معاوية-ض- ؛ في أعقاب موقعة الصفين؛ التي دامت مائة يوم وعشرة أيام؛ في تسعين وقعة قتل خلالها كثير من صحابة رسول الله -ص- منهم خمسة وعشرون يدريا.[1]

فمع ظهور آيات الهزيمة لجيش معاوية؛ لم يجد بد من استشارة القوم وفيهم من الدهاة عمرو بن العاص الذي أسعفه بفكرة التحكيم حيث قال" فأمر بالمصاحف فترفع ؛ ثم يقول آهل الشام لأهل العراق: يأهل العراق كتاب الله بيننا وبينكم؛ من لثغور الشام بعد أهله؛ من لثغور العراق بعد أهله"؛ وكان هدف عمرو بن العاص كما يقول الأشعري في مقالاته" فانه إن أجابك إلى ما تريد خالف أصحابه؛ وان خالفك خالفه أصحابه؛ فكلن عمرو و" كأنه كان ينظر إلى الغيب من وراء حجاب رقيق"؛[2] وهو ما حصل فما لبث معاوية أن أمر أصحابه برفع المصاحف على سيوفهم حتى حدث الاضطراب في أهل العراق في معسكر علي-ض- وأبـــوا عليـــه إلا التحكيم .

ولكن عليا أصر على الاستمرار في القتال لإيقانه بأن في الأمر حيلة ومكيدة مدبرة؛ وهنا خرجت وبرزت فجأة فئة من جيشه تطلب بإلحاح مصحوب بتهديد بتقليب الأمور عليه؛ واغتياله كما فعل بعثمان.[3]

قال الطبري وغيره" فقالت عصابة من القراء الذي صاروا خوارج بعد ذلك" يا علي: أجب إلى كتاب الله إذ دعيت إليه؛ وإلا ندفعك برمتك إلى القوم؛ أو نفعل بك ما فعلنا بابن عفان...".[4] وعلى هذه الرواية تكون فرقة الخوارج هي التي دبرت لقتل عثمان ؛ ثم انضوت تحت لوائه هروبا من القصاص الذي كان يتعقبها مـــن طرف المعارضة التي حمل لوائها طلحة والزبير وعائشة في موقعة الجمل بالبصرة[5].

---

[1] - أبو الحسن الأشعري؛ مقالات الإسلاميين و اختلاف المصلين؛ هامش رقم 8؛ ص62

[2] - أبو الحسن الأشعري؛ المصدر نفسه؛ ص63

[3] - عبد المتعال الصعيدي؛ القضايا الكبرى في الإسلام؛ ص175

[4] - الإمام الطبري؛ تاريخ الرسل والملوك؛ ج5؛ ص50؛ وابن كثير؛ البداية والنهاية؛ ج7؛ ص273

[5] - د/ فوزي خليل؛ المصلحة العامة من منظور إسلامي؛ ص531

والغريب في فكر هؤلاء أنهم اضطروا الخليفة إلى الرضا بالتحكيم وفرضوه عليه إجبارا وتهديدا في أول الأمر؛ ثم إنهم عابوا عليه قبوله التحكيم وحملوه مسؤولية انقسام معسكره بسبب توقيف الحرب على معاوية بعد صدور قرار عقد التحكيم بين أبي موسى الأشعري ممثل حكومة الخليفة وبين عمرو بن العاص ممثل معسكر معاوية[1].

فحسب زعمهم أن عليا أخطأ لما أطاعهم قبل التحكيم ؛ و لم يضربهم بالسيف؛ وكان من الواجب عليه شرعا أن يرفض طلبهم التحكيم لقواه تعالى"فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله " و لم يقل : حاكموهم؛ وهم البغاة ؛ ومن ثم طالبوه بالتوبة ورفض التحكيم من جديد؛ والعودة مرة أخرى لقتال معاوية؛ وإلا فهو كافر رضي بتحكيم الرجال والله يقول" **إن الحكم إلا لله**" فسموا من يومها "**بالمحكمة**"[2]. وكانوا بذلك ضحية التطرف الديني غير المنضبط بضوابط العلم وموازينه؛ يظهر ذلك جليا من خلال انقلابهم من أقصى درجات التأييد لعلي والدفاع عنه، الى أقصى درجات التمرد عليه والتربص به. الى حد تكفيرهم عليا-ض-.[3]

وهذا يدل دلالة واضحة على الفساد الفكري والانحراف السلوكي لديهم؛ إذ كيف بعد إعطاء العهود والمواثيق يغدر الخليفة بالقوم؛ فما كان منهم بعد رجوعهم إلى الكوفة عاصمة حكومة علي-ض- إلا أن فارقوه وخرجوا على طاعته؛ وانزووا بمنطقة **حروراء** وكان عددهم يومئذ ما يزيد على اثنا عشر الفا(12000)؛ ونادي مناديهم" إن أمير القتال شيث بن ربعي التميمي؛ وأمير الصلاة عبد الله بن الكوا اليشكري؛ والأمر شورى بعد الفتح؛ والبيعة لله؛ والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر؛ مما يعني تأسيس جماعة مسلحة معارضة لحكومة الخليفة؛ وتكفر عليا؛ وتنافسه في الحكم؛ أي بلغة الدستوريين سلطة موازية تعبث بهيبة الدولة وسيادة نظامها. وهو الأمر الذي يستدعي الحزم والحسم في التعامل معهم إقرارا لهيبة الدولة وحفظا لدينها من غلو هؤلاء المتطرفين الفكريين.

خاصة بعد تهديدهم للمارة بالقتل لكل من لم يكفر عليا وأصحابه؛ ويؤمن بفكرهم التكفيري؛ مما يعني ادعاءهم احتكار الحقيقة الطلقة لوحدهم؛ ومن ثم فكل من ليس معهم فهو ضدهم بالضرورة؛ كما حدث في قصة عبد الله بن الخباب بن المنذر وزوجه؛ حيث اعترضوا سبيله؛ وسألوه عن موقفه من عثمان وعلي فكان جوابه أنهما أصحاب حق وعلم وبصيرة في الدين منكم؛ فما كان منهم إلا أنهم وصفوه بإتباع الهوى ؛ وموالاة الرجال بأسمائهم لا بأفعالهم؛ وأمروا بقتلهما شر قتلة ذبحا له؛ وبقرا لبطن زوجه؛ وفي أعقاب هذه الحادثة المحزنة مر احدهم بخنزير لأهل الذمة فضربه بسيفه؛ فقالوا له هذا فساد في الأرض؛ فلقي صاحب الخنزير فأرضاه[4].

---

[1] – د/ عبد المتعال الصعيدي؛ المرجع نفسه؛ص175

[2] – ينظر في فساد فكرهم في هذه القضية؛ الطبري؛ تاريخ الأمم والملوك؛ ج5؛ ص55؛ ابن كثير؛ البداية والنهاية؛ ج7؛ ص278؛ أبو الحسن الأشعري؛ مقالات الإسلاميين؛ ص64

[3] – د/ البوطي ؛ فقه السيرة؛ 379

[4] – ينظر تفصيلا أكثر الإمام الطبري؛ تاريخ الرسل والملوك؛ ج5؛ص72؛ وابن الأثير؛ الكامل في التاريخ؛ ج3؛ ص172

وهذا يؤكد افتقادهم للرؤية الموضوعية والفهم الشامل لحقيقة الدين الإسلامي؛ حيث كانوا يحكمون الناس من فكرة واحدة وبنظرة جزئية جعلوا منها عقيدة تبنى عليها جميع الأفكار الأخرى ؛ فمعيار الحق عندهم هو قضية التحكيم والبراءة من عثمان وعلي[1].

ولا شك أن نظرة هؤلاء إلى الدين والحياة نظرة تتسم رغم إخلاصها وصدق نواياها ولكنها كما يقول **د/ القرضاوي**" محدودة الأفق؛ ضيقة النظرة؛ عنيفة في التعامل مع الآخرين؛ عمدتهم الرفض والاتهام وسوء الظن؛ مع إعجاب بالرأي وهو أحد المهلكات" [2].

ولا شك أيضا أن **فقههم سقيم** لاعتماده على ظواهر النصوص كما في قضية تحكيم الرجال التي انتقدوا فيها الخليفة علي-ض- حيث لم يميزوا بين حرفية النص وبين مقاصده روحه ؛ مع أنه ثبت- كما بين لهم ابن عباس- **أن الله أمر بتحكيم الرجال** مرات عديدة كما في علاج الشقاق بين الزوجين وغيرها[3]؛ والغريب في كل ذلك أنهم كفروا عليا على مسألة اجتهادية عملية؛ لا علاقة لها بأمر العقيدة ومسألة التكفير؛ فكان الأصل أن يخطأ لا أن يكفر؛ يقول د/ القرضاوي:" وهو خلط عجيب يدخل مسائل العمل في مسائل العقيدة؛ ذلك أن مسائل العمل تدور بين الصواب والخطأ؛ لا بين الإيمان والكفر؛ فهي من السياسة الشرعية التي تقوم على أساس السعة والمرونة؛ والموازنة والترجيح ومراعاة تغير الزمان والمكان والإنسان؛ فقد كفرو عليا بأمر عملي يتعلق بالسياسة والاجتهاد فيها؛ فجعلوها قضية عقدية؛ وقالوا حكم الرجال في دين الله ولا حكم إلا لله؛ فمال أبلغ رده عليهم بقوله التاريخي: " **كلمة حق أريد بها باطل**"[4] .

بيد أن أخطر مظهر من مظاهر الفساد الفكري المهدد لنظام الأمة عند الخوارج هو اعتبارهم لمخالفيهم كفارا تستباح دمائهم وتستحل أموالهم وتنتهك أعراضهم؛ باسم حكم الله؛ ومحاولتهم حمل الناس على أراهم المنحرفة بالعنف والقسوة من غير رفق[5].

ولا شك أن في ذلك **غلوا وتطرفا** فكريا **مخل بنظام الأمة**؛ وبعقيدتها وبتفكيرها العقلي الذي يجب أن يكون منضبطا بحدود ما أثبته النقل؛ ومما زاد في خطورة هذا المظهر على النظام العام للجماعة تعصبهم الفكري وإصرارهم على أرائهم بما أوتوه من محاجة وجدال ومراء؛ بحيث لا يسلمون بحجج خصومهم مهما كانوا في المنزلة العلمية حتى ولو كان حبر الأمة وترجمان القرآن.

وربما يرجع ذلك كما يعتقد د/ **محمد عمارة** وغيره كثير إلى نشأتهم الاجتماعية القاسية وأصلهم الصحراوي الذي يسيطر عليه فقه الأعراب التحرري الاندفاعي؛ الذي يسعى إلى الانخراط في الثورات؛ وحل

---

[1] – د/ فوزي خليل؛ المرجع السابق؛ ص533

[2] – د/ يوسف القرضاوي؛ من فقه الدولة في الإسلام؛ دار الشروق ط3؛ سنة2001؛ ص81

[3] – د/ ينظر تفصيلا لهذا الحوار بين ابن عباس وقادة الخوارج عند د/ الصعيدي؛ القضايا الكبرى في الإسلام؛ ص176 .

[4] – د/ القرضاوي؛ من فقه الدولة في الإسلام؛ ص82

[5] – د/ فوزي خليل؛ المرجع السابق؛ ص535

الخصومات بالعنف لسذاجة تفكيرهم وضيق في تصورهم للدين والحياة وجهلا منهم بأهمية النظام في الاستقرار والرخاء؛ وكل ذلك أساسه جهل بحقيقة الدين وانه ليس نصوصا حرفية فقط ؛ وإنما مقاصد ومرامي يهدف إلى تحقيقها؛ فقد كانوا عبيدا لله ؛ و لم يكونوا عبادا له ؛ حيث سيطر عليهم الهوى فاتخذوه إلاها في حياتهم السياسية من تعصب لفكرهم وإعداما لفكر غيرهم.خاصة فكر قريش وبني أمية حسدا لها الخلافة ؛ ولذلك قرر منظروهم إن الخلافة شورى بين المسلمين وليست في قريش لوحدها[1].

وعموما فقد كانت الخوارج فئة من الأعراب المغرورين بتقشفهم وزهدهم؛ يأخذون بظواهر النصوص؛ ويجمدون على الألفاظ؛ ولا يرون إعمال مقاصدها؛ مع مغالاة في التعصب للرأي إلى حد تكفير المخالف؛ واستباحة دمه وماله؛ ولو كان هذا المخالف رئيس الدولة؛ بل ولو كان مثل الامام علي الذي تلطف معهم فاعتبروا ذلك اللين منه ضعفا والسماحة كفرا[2]. فاستحقوا بذلك **جزاء المحاربين البغاة حفظا للنظام.**

3-موقف السلطة النظامية منهم وقرار المواجهة الحاسمة:

لاشك أن الخوارج بحسب التخريج السابق بغاة محاربون؛ رغم إخلاصهم وصدق عبادتهم لله حتى قال فيهم الرسول-ص-" تحقر صلاة أحدكم في جنب صلاتهم؛ وصوم أحدكم في جنب صيامهم؛ ولكن لا يجاوز إيمانهم تراقيهم"[3]؛ إن إخلاصهم هذا **لا يبرر جنايتهم على نظام الأمة** وتهديد أمن المجتمع وزعزعة استقراره وتحريض على الخروج على سلطته الشرعية.

ومن ثم فأثر فكرهم الخارجي على سيادة النظام ظاهر لا يخفى على المتأمل في مآل مذهبهم سياسي؛ الداعي إلى تكفير المخالف ومصادرة لحرية الآخرين في الفكر والرأي؛ بل أن خطورتهم كامنة في نظرتهم إلى فلسفة السلطة عندهم التي تقتضي استباحة دماء وأموال المعارضة؛ مما يؤكد انحرافهم العقلي والسلوكي تماشيا مع انحرافهم الفكري في فهم حقائق الدين وعدم إدراك مقاصده العليا.

وخلاصة هذا الفصل أن أساليب حفظ النظام العام جد واسعة في ظل الظروف الاستثنائية في الشريعة الإسلامية؛ والقانون الجزائري؛ بحيث تتمتع السلطة النظامية بصلاحيات واسعة تتناسب مع درجة الإخلال؛ في ظل أحكام المشروعية الاستثنائية؛ التي تؤثر بشكل مباشر وكبير في الانتقاص من حدود ممارسة الحرية؛ بحيث **يتم تغليب مقتضيات النظام على الحق في ممارسة الحرية،** ولكن مع يلاحظ ضرورة احترام قواعد المشروعية الموضوعة لتسيير الظروف الاستثنائية ؛ فضلا عن إقرار مسؤولية الدولة عن جميع أعمال حفظ النظام العام المشروعة وغير المشروعة؛ بخلاف موقف سلطات الضبط من الحرية في ظل الظروف العادية؛ حيث يكون التوازن بين النظام والحرية هو الأصل وهو الأمر الذي سيتم مناقشته في الفصل الثاني.

---

[1] – د/ محمد عمارة؛ الخلافة ونشأة الأحزاب؛ دار الهلال؛ القاهرة؛ طبعة1983؛ ص؛ 186 حيث نجده يؤكد على دور العامل القبلي كثيرا في الصراع على السلطة في عهد الخلفاء الراشدين وذلك ابتداء من ص32

[2] – د/ عبد المتعال الصعيدي؛ المرجع السابق؛ ص181

[3] – ابن حجر العسقلاني؛ فتح الباري شرح صحيح البخاري؛ مجلد 6؛ كتاب المناقب ؛ باب علامات النبوة في الإسلام؛ حديث رقم3610؛ ص714

الفصل الثاني:

أثر أساليب حفظ النظام العام في تقييد ممارسة الحريات العامة وضمانات حمايتها في ظل الظروف العادية

–دراسة مقارنة–

الفصل الثاني: أثر أساليب حفظ النظام العام في تنظيم ممارسة الحريات العامة وآليات حمايتها في ظل الظروف العادية – دراسة مقارنة–

يشهد الواقع العملي في مجال تنظيم الحريات تشريعيا وإداريا أن الحرية رهن بالتنظيم التشريعي؛ والتقييد الاداري لها؛ بحيث تسجل مختلف منظمات المجتمع المدني؛ ومختلف وسائل الإعلام العديد من انتهاكات للحرية من جانب السلطة تحت اسم وذريعة حفظ النظام العام؛ نظرا لما تملكه السلطة النظامية من امتيازات واسعة وسلطات تقديرية هامة تتمثل في مختلف الأساليب والتدابير الضبطية لتقييد ممارسة الحرية؛ ومن ثم فلا سبيل إلى دفع هذا الانتهاك للحريات إلا بتوفير الضمانات الجدية ووضع الضوابط على امتيازات السلطة النظامية العامة.

وهذا ما أدركه الفكر القانوني والسياسي من خلال استقراء تاريخ النظم السياسية الذي أوصل إلى حقيقة أنه ما من ثورة قامت، وما من نظام سياسي انهار؛ إلا **وكان انعدام الحرية** بضماناتها القانونية والواقعية **هو بداية النهاية لها.**[1]

غير أن المشكلة الحقيقية التي تواجه الحرية هي ازدياد تدخل الدولة الحديثة في النشاط الفردي وفي ممارسة الحقوق والحريات بدعوى حفظ النظام العمومي وحماية الأمن القومي وتحقيق المساواة والعدالة؛ وتحقيق الموازنة بين المصالح الخاصة فيما بينها وبين المصلحة العامة؛ تكمن في كيفية تفعيل ضمانات الحرية أمام تزايد سلطات الدولة واتساع مجالاتها من ناحية ؛وأمام تحديات التوسع الهائل في التكنولوجيات الحديثة التي أثرت سلبا في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من ناحية ثانية وانسحاب الدولة تحت ضغط عولمة الاقتصاد عن دورها في مجال سياسات الرعاية الاجتماعية المحلية — دولة الرعاية والرفاه–.

المبحث الأول: أثر سلطات الضبط الإداري في ممارسة الحريات العامة ما بين التنظيم والتقييد.

– دراسة مقارنة –

المبحث الثاني: ضمانات حماية الحريات العامة في مواجهة سلطات حفظ النظام العام

– دراسة مقارنة–

---

[1] – د/صالح حسن سميع، أزمة الحرية السياسية في الوطن العربي؛ الزهراء للإعلام العربي؛ط 1؛ سنة1988؛ ص07 ولذلك حرصت الدساتير المعاصرة على تبني مختلف الحريات وكفالة ضماناتها القانونية وغير القانونية؛ والتي حققت نجاحا لا يمكن إنكاره في حماية الحريات ومن بينها الدساتير الجزائرية خصوصا دستور 1996الذي نص في المادة32على –الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والموطن مضمونة– حيث يلاحظ أنه من بين**31** مادة تتعلق بالحريات نجد 17مادة فقط ضمنها المؤسس الدستوري عبارة "تضمن الدولة..." ؛ وعبارة "الحق في كذا....مضمون".

المبحث الأول: أثر سلطات الضبط الإداري في ممارسة الحريات العامة ما بين التنظيم والتقييد – دراسة مقارنة–

نظرا لخطورة ممارسة بعض الحريات العامة على عناصر النظام العام من امن وصحة وسكينة عمومية؛ فانه يمكن لسلطة حفظ النظام العام في ظل ما تسمح به القوانين أن **تحظر وتمنع** ممارسة بعض الأنشـــطة الخاصـــة؛ خاصة منها ما تعلق منها بالمساس الخطير بالنظام العمومي؛ كالحريات السياسية؛ والمظاهرات؛ والإضـــرابات؛ والاجتماعات؛ وهي الحريات التي سيتم اتخاذها كنماذج عن تطبيق أسلوب الحظر في ممارستها في الجزائر.

وتلجأ سلطة الضبط الإداري إلى عدة أساليب أخرى اقل منها حدة كأسلوب الترخيص الإداري المســـبق؛ وأسلوب الإخطار أو الإذن المسبق؛ مقيدة للنشاط الخاص أو الحريات التي تمارس في الشارع باعتباره؛ أكثـــر عرضة للتهديد؛ وفي المقابل عرفت الخبرة الإسلامية نماذج كثيرة عن إقدام سلطة حفظ النظام بالتدخل لتقييد ممارسة المباحات؛ والحقوق الفردية.

المطلب الأول: صور وتطبيقات تأثر الحريات العامة وقاية للنظام العام في القانون الجزائري.

المطلب الثاني: الأساليب المقيدة لممارسة الحرية حفظا لنظام الأمة في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: صور وتطبيقات تأثر الحريات العامة وقاية للنظام العام في القانون الجزائري

تخضع مظاهر ممارسة الحريات العامة لثلاثة أنظمة مقيدة للنشاط الفردي؛ وهي النظام الزجري أو القمعي؛ بحيث يتمتع الفرد بكامل حقوقه وحرياته دون قيود تنظيمية إدارية؛ غير أنه ملزم بعدم تعدي حدود القانون؛ وإلا تعرض للجزاء الجنائي؛ هذا القانون الذي يجب أن يكون ملما لكل ما يعد إخلال بالنظام العمومي؛ وهو النظام المعمول به في الدول الليبرالية حيث **الحرية المطلقة في إطار القانون.**

والنظام الثاني هو النظام الوقائي الضبطي؛ حيث يكون الفرد مقيدا في ممارسة حرياته بنظام الإذن والترخيص المسبق؛ بحيث تتمتع السلطة النظامية بحرية تقدير السماح أو منع ممارسة الحرية بناء على درجة وخطورة الإخلال بالنظام العام؛ وبذلك يكون الأصل هو **الحرية المقيدة.**

وأما النظام الثالث فيتمثل في النظام الوسطي بين قمع ممارسة الحرية وبين إباحتها على إطلاقها؛ وبالتالي يشترط في ممارسة الحرية مجرد الإخطار المسبق لجهة الإدارة حتى تتخذ الإجراءات المناسبة لممارسة هذه الحرية دون مساس بالنظام العام. ومن ثم فهو نظام يهدف إلى تحقيق التوازن بين المحافظة على النظام العام وممارسة الحرية بشكل منظم؛ وهو الأسلوب الأكثر شيوعا في الفكر الديمقراطي المعاصر. ولهذا تسمى الحرية فيه **بالحرية المنظمة.**

غير أنه نظرا لأهمية بعض الحريات الدستورية لتعلقها بمصالح أساسية للفرد فإنها تتحصن عن التقييد والتنظيم الإداريين نظرا لضرورتها الاجتماعية والسياسية وهي الحريات التي يسميها العميد جورج بيردو بالحريات المحددة أو المعرفة.[1]

وعلى هذ تتخذ لوائح الضبط الإداري في تنظيم النشاط الفردي وممارسة الحريات العامة بهدف حفظ النظام العام صورا متعددة تتفاوت حسب قيمة الحرية من جهة؛ وحسب تفاوت الأوقات والملابسات التي يكون لها أثرها على نوع الأسلوب المستخدم[2].فضلا عن درجة خطورة على تهديد النظام العمومي.

الفرع الأول: صور وتطبيقات مصادرة الحريات العامة

الفرع الثاني: صور وتطبيقات تقييد ممارسة الحريات العامة.

[1] – د/ عمار عوابدي؛ الجوانب القانونية لفكرة البوليس الإداري؛ مطبوعة جامعية منشورة بمجلة العلوم القانونية والادارية؛ جامعة الجزائر العدد04؛ لسنة 1987؛ ص44 ؛ و أة/ مريم عروس؛ النظام القانوني للحريات العامة في الجزائر؛ بحث لنيل شهادة الماجستير؛ جامعة الجزائر؛ سنة 1999؛ ص71

[2] – د/ أحمد أبو زيد فتح الباب؛ حرية الاجتماعات العامة – ضوابطها التنظيمية والرقابة القضائية عليها –؛ مجلة كلية الدراسات العليا؛ ص

الفرع الأول: صور وتطبيقات مصادرة الحريات العامة:

تجيز الدساتير المعاصرة للسلطة التنظيمية إصدار لوائح ضبطية بهدف وقاية النظام العمومي في شكل أوامر فردية؛ أو قرارات عامة وملزمة بالقدر اللازم؛ الذي يمكن أن يصل إلى حد **منع وحظر** ممارسة النشاط؛ أو اشتراط موافقة الإدارة قبل ممارسة الحرية؛ من ذلك أيضا أسلوب **الترخيص المسبق**.

فمن حق سلطة الضبط الإداري أن تأمر وتنهى عن القيام بالنشاط إذا كان في ممارسته إخلال وإقلاق بالنظام العمومي؛ حتى ولو تعلق الأمر بممارسة حرية أساسية كحرية التنقل أو حرية الرأي والفكر والاجتماع؛ وهذا ما سيتم تفصيله في العنصريين الآتيين مع تطبيقهما على كل من حرية المعارضة السياسية وحرية الاجتماع والتظاهر في النظام القانوني الجزائري؛ ولا شك في ان هذين الاسلوبين من أكثر الأساليب مساسا بالحريات؛ بحيث من شأنه أن يصبغ وصف الديكتاتورية على السلطة النظامية متى تعسفت في استعمالهما؛ ومع ذلك يجب التنبيه الى أن هذين الأسلوبين قد يكونان ضروريين لحماية النظام العام.

أولا: أسلوب المنع والحظر وتطبيقاته في الجزائر "الحريات السياسية نموذجا".

ثانيا: أسلوب الترخيص المسبق وتطبيقاته في الجزائر"حرية الاجتماع والتظاهر نموذجا"

أولا: أسلوب المنع والحظر وتطبيقاته في الجزائر "الحريات السياسية نموذجا".

يعتبر **الحظر**:**l'interdiction** أحد الأساليب الوقائية المانعة؛ ويقصد به الأمر أو النهي بعدم اتخاذ إجراء معين أو ممارسة نشاط محدد؛ غير انه يمنع أن يكون هذا المنع والحظر مطلقا؛ لان في ذلك إلغاء ومصادرة للحرية الذي هو من اختصاص المشرع وليس الإدارة.[1] ومن ثم يكون المقصود به **الحظر النسبي** المتناسب مع حال الظروف المكانية والزمانية. فمضمونه أن تتضمن لائحة الضبط أحكاما **تنهي** عن اتخاذ إجراء معين؛ أو **تمنع** ممارسة نشاط معين بصفة متناسبة مع ظروف الحال؛ ومن ثم فانه قد يكون حظرا كليا أو جزئيا.[2]

وبعبارة أكثر وضوحا هو إجراء ضبطي يستهدف حظر ومنع نشاط معين قصد حماية النظام العام،غير أن الأصل ليس الحظر المطلق للنشاط إلا في الأحوال التي يقررها القانون لأن الحظر المطلق يفيد الإلغاء التام للنشاط الإنساني والحرية، وبما أن الإدارة لا يجوز لها هذا الحظر المطلق الذي يعادل اختصاص المشرع في ذلك، لذا يجب أن تتقيد الإدارة بما يقرره المشرع في هذا المجال.

وترتيبا على ذلك فإن سلطة الحظر أو المنع التي تمارسها هيئات الضبط الإداري هي التي تفيد التقييد النسبي للنشاط محل الإجراء الضبطي، كأن يمنع ممارسة هذا النشاط في مكان معين أو فترة زمنية محددة إذا كان لمثل هذا المنع ما يبرره في مجال المحافظة على النظام العام، كما لو أصدرت الإدارة قرارا تنظيميا يمنع المرور للمركبات في شارع معين بسبب ضيقه ولمنع وقوع الحوادث فيه، أو منع المرور في ساعات معينة من الليل.[3]

---

[1] – د/ عمرو حسبو؛ حرية الاجتماع؛ ص76

[2] – عبد المنعم محفوظ؛ مرجع سابق ص279؛ محمد شريف إسماعيل؛ مرجع سابق؛ ص81.

[3] – لطرش حمو؛ مرجع سابق؛ ص85

والجدير بالذكر أن تقدير ملائمة الإجراء الضبطي للمنع يخضع إلى رقابة القضاء حيث يمكن لهذا الأخير أن ينظر في ظروف كل قضية على حدى؛ ولا شك انه إذا كان الحظر كليا أو مطلقا و كان النشاط محل الحظر جائزا قانونيا، فان الحظر يكون غير مشروع لأنه يعادل إلغاء الحرية أو النشاط وهو ما لا تملكه سلطة الضبط الإداري، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فان المحافظة على النظام العام لا تلتزم بالضرورة أن يصل تقييد الحرية أو النشاط إلى درجة الحظر المطلق؛ ومثال الحظر المطلق أن تصدر لائحة تحظر ممارسة مهنة التصوير في الطريق العام.[1]

أما إذا كان الحظر الوارد في لائحة الضبط –على النقيض مما تقدم- جزئيا ولا يصل إلى حد إلغاء ممارسة الحرية أو النشاط، بان يكون محددا من حيث الغرض والزمان و المكان، ففي هذه الحالة يمكن أن يكون الحظر مشروعا لأنه لا يعدو أن يكون تنظيما لممارسة الحرية أو النشاط وهو ما تملكه سلطة الضبط الإداري، ومثال ذلك لائحة تحظر مرور نوع معين من العربات في الطرق العامة أو أجزاء منها في وقت معين من النهار؛ وقد اقر القضاء الإداري الفرنسي الحظر الجزئي أو النسبي الذي يقتصر منع ممارسة النشاط فيه على مكان معين أو وقت محدد، وذلك إذا وجد ما يبرر هذا الحظر من مقتضيات المحافظة على النظام العام.[2]

1- تطبيقات أسلوب الحظر في ممارسة حرية المعارضة السياسية في الجزائر[3]:

تتجلى هذه التطبيقات بشكل جلي خلال الجمهورية الأولى في ظل دستوري 1963 و1976؛ حيث تميزت هذه المرحلة بوحدة السلطة ذات الحزب الواحد؛ و الحق في الإعلام الموجه؛ والحريات المقيدة؛ ومن ثم منع أي معارضة سياسية لخيارات السلطة؛ فضلا عما تميزت به هذه الفترة بالاضطراب السياسي؛ ومحاولات التمرد والمعارضة السرية التي كانت تناضل من أجل إسقاط الشرعية التاريخية ذات التوجه الاشتراكي؛ والعودة الى قيم ثورة أول نوفمبر؛ فضلا عن المعارضة البربرية ذات التوجهات الايديولوجية والعرقية؛ والتي كانت

---

[1] – أما بالنسبة للحظر الكلي أو المطلق فان مجلس الدولة الفرنسي قد تعرض في إحكامه لفكرة عدم مشروعية الحظر الكلي لممارسة النشاط، و ذلك عند التصدي لبحث مشروعية القرار الذي أصدره العمدة و حظر بمقتضاه ممارسة مهنة التصوير الفوتوغرافي في الطريق العام، و قرر مجلس الدولة الفرنسي أن هذه المهنة حرة و يتعين احترامها ، و انه إذا كان من شان ممارستها الإخلال بالنظام العام فيجوز للإدارة اتخاذ الإجراءات اللازمة لتجنب هذا الإخلال دون أن يصل الأمر إلى حد إلغاء ممارسة تلك الحرية، و ذلك بتحديد ساعات معينة و أماكن محددة يجوز فيها ممارسة هذه الحرية ؛ ينظر عبد العليم عبد المجيد مشرف؛ مرجع سابق ص136

[2] – و تطبيقا لذلك يمكن لسلطة حفظ النظام في مجال تحقيق السكينة ان تحظر تشغيل المطاحن ليلا بقرار عام يسري على جميع المطاحن على حد سواء، لا يعدو ان يكون مجرد تنظيم لا يعتبر في حقيقة إلغاء جزئيا للرخص التي منحت لإدارة هذه المطاحن ينظر مجدي أحمد فتح الله مرجع سابق ص 161 .

وكذلك الأمر قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم له بأنه يجوز للإدارة أن تمنع المرور من شارع معين لضيقه حيث يخشى ان يصبح مسرحا للحوادث ؛ د/ عبد العليم عبد المجيد مشرف ؛ مرجع سابق؛ص137

[3] – يركز الباحث على أزمة المعارضة السياسية في الجزائر في ظل الجمهورية الأولى أيام الحزب الواحد من 1962الى 1988؛ حيث كان من خصائص النظام السياسي أنذاك وحدة السلطة؛ ووحدة الحزب ونفي كل من يخالف هذا النظام.

تعارض الممارسة الشخصية للسلطة " **شخصنة السلطة**"[1]؛ والعودة إلى الشرعية القانونية والدولة الدستورية؛ بدل الصراع العسكري وأسلوب القمع[2] للحفاظ على النظام والسلطة.

وترتيبا على ذلك تميزت هذه الفترة بالنظام السياسي الأحادي دستوريا؛ وبالسلطة الفعلية المستندة على الشرعية التاريخية والثورية؛ إذ منعت كل وثائق الرسمية للدولة التعددية السياسية والإعلامية ؛ بدعوى أن التعددية قد تمكن القوى الأجنبية من التدخل في الشؤون الداخلية؛ وتتيح لبعض الأفراد في الداخل لتضخيم المشاكل الموضوعية وممارسة الديماغوجية والتضليل[3] إضافة إلى تلك الصراعات الدموية بين زعماء الثورة في صيف 1962 وانقلاب 1965 الذي رسم للطابع العسكري للسلطة[4]. وتمخض عنه مجموعة من الاغتيالات والتصفيات القيادية والتي عدها المؤرخ الجزائري محمد حربي بثلاثة عشر إطارا ساميا للثورة ذهبوا ضحية التصفيات الجسدية إبان الثورة[5].

لقد أطيح بالحكومة المؤقتة التي قادت مفاوضات **أيفيان** والترتيبات التقنية لخروج الاحتلال الفرنسي من الجزائر؛ بالقوة العسكرية؛ واعتلى بن بلة السلطة كرمز سياسي بفضل دبابات بومدين وذلك على رغم معارضة ومقاومة بعض قيادات جيش الولايات الثالثة التي تضم منطقة القبائل والرابعة وتشمل العاصمة وما جاورها؛ وبعض عناصر الولاية الثانية التي تضم منطقة الشمال القسنطيني وكان النتيجة هي اغتيال الحرية السياسية واعتقال الأحرار سواء من أبناء الثورة أو من المعارضين الجدد [6].

ومن أجل حماية نظام الدولة الفتية من عواصف المعارك الانتخابية بين الأحزاب والسلطة؛ أقدمت السلطة النظامية على **منع** أي نشاط سياسي أو إعلامي معارض بعد الاستقلال بقوة القانون أو الفعل بناء على دستور 1963 في مادته 23 التي منعت تشكيل أحزاب سياسية معارضة؛ وهذا ما أكده المرسوم الصادر في 14 أوت 1963 الذي نص على أنه " **يمنع** على كامل التراب الوطني أي **تشكيلة أو تجمع** ذي طابع **سياسي**".

---

[1] – د/خيس حزام والي؛ إشكالية الشرعية في الأنظمة السياسية العربية؛ –تجربة الجزائر–؛ الناشر؛ مركز دراسات الوحدة العربية– بيروت– ط1؛ سنة 2003؛ ص94

[2] – لقد دشنت الطبقة السياسية أول عهدها بالاستقلال بصراع الإخوة الأعداء الذي حسمته دبابات جيش الحدود بقيادة أحمد بن بلة؛ الذي تميز حكمه بالتفرد بالسلطة وتركيزها في شخصيه؛ والذي سرعان ما تم الإطاحة به في انقلاب 19جوان 1965 ليتم اعتقاله ثم نفيه إلى غاية دخول البلاد في تعددية حزبية. ينظر غازي حيدوسي؛ الجزائر– التحرير الناقص؛ ترجمة خليل أحمد خليل؛ بيروت دار الطليعة؛ طبعة1998؛ ص12

[3] –د/ حسن بورادة؛ الإصلاحات السياسية في الجزائر؛ رسالة ماجستير؛ 1996؛ كلية العلوم السياسية؛ لجزائر؛ ص25

[4] – د/ حسن بورادة؛ الإصلاحات السياسية في الجزائر مرجع نفسه.؛ ص24

[5] – د/خيس حزام والي؛ إشكالية الشرعية في الأنظمة السياسية العربية؛ –تجربة الجزائر–؛ص 132

[6] – لقد كان تاريخ 19 مارس1962 مفجرا للصراع السياسي في الجزائر بين جناحين الجناح العسكري الذي اصطلح على تسميته فيما بعد بجماعة تلمسان في الغرب الجزائري ؛ والجناح السياسي ممثلا بجماعة القبائل؛ وحسم في الأخير للجناح العسكري؛ د/ إسماعيل قيرة وآخرون؛ مستقبل الديمقراطية في الجزائر؛ص93 وما بعدها

ورغم هذا النص الذي **يحظر ويمنع** ممارسة حق المعارضة السياسية فقد ظهرت حركات سياسية مارست عملية المعارضة الفردية والجماعية السلمية والمسلحة.[1]

فالمعارضة السياسية السلمية كانت في أشكال أحزاب بقيادة زعماء تاريخيين وهو ما حدث بالنسبة للحزب الثوري الاشتراكي بقيادة محمد بوضياف في 20سبتمبر1963؛ وحزب القوى الاشتراكية لآيت أحمد في 1964 ؛ وذلك بعد أن أخفقا مسؤولي الحزبين في محاولتهما للعمل معا من خلال واجهة سياسية مشتركة كانت تعرف "بلجنة الدفاع عن الثورة" التي شكلاها في 1962/07/06.

أما المعارضة المسلحة فتمثلت في **مجموعة التمردات** ومحاولات الانقلاب[2] التي لم تكلل بالنجاح بقيادة بعض قيادات الثورة غير المنتظمين في أحزاب وجمعيات معارضة من أمثال:

1- معارضة العقيد محمد شعباني الذي قاد تمردا عسكريا في يونيو 1964 في منطقة الأوراس.

2- معارضة محمد خيضر الأمين العام لجبهة التحرير الوطني قبل أن تحول إلى حزب سياسي. حيث مارس معارضة شديدة البأس للسلطة في الخارج؛ وقد عرفت هذه المعارضة تصعيدا لها بعد اغتياله بمدينة مدريد سنة 1967.[3]

3- تمرد الطاهر الزبيري قائد أركان الجيش في حكومة بومدين التصحيحة سياسيا والانقلابية دستوريا؛ والذي قاد فيما بعد انقلابا داخليا فاشلا على بومدين في 1967/12/11؛ و لم تكن هذه الحركة التمردية الأولى أو الأخيرة من نوعها طيلة حكم بومدين بل لحقتها محاولات عديدة تم إقبارها في مهدها بسبب قوة أجهزة النظام الأمني ووسائله الدعائية[4]

4- معارضة كريم بلقاسم الذي كان يحمل نفس أفكار آيت أحمد السياسية والإيديولوجية؛ لكنه سرعان ما اختلف معه في 1968/10/18 الأمر الذي دفعه إلى تأسيس الحركة الديمقراطية الثورية؛ التي كان من أهم أهدافها **التطهير في جيش التحرير** من ضباط الجيش الفرنسي من الجزائريين الذي التحقوا مع نهاية حرب التحرير بالمجاهدين وهو المطلب الذي طالبت به بعض القيادات في جبهة التحرير.[5]

---

[1] – إسماعيل قيرة وأخرون؛ مستقبل الديمقراطية في الجزائر؛ مركز دراسات الوحدة العربية؛ ط1؛ 2002؛ ص105

[2] –د/ حسن بورادة؛ الإصلاحات السياسية في الجزائر؛ ص 29؛ حيث اعتبر أن فترة حكومة بن بلة مليئة بالاضطرابات بسبب غياب مؤسسات للدولة تعمل على خلق الانسجام والتعاون بين السلطة والحزب؛ ولذلك ساد الصراع بين الشخصيات؛ من خلال محاولات التصفية والإبعاد القسري. ينظر تفاصيل أكثر؛ المرجع نفسه؛ ص 29 و30.

[3] – د/ حسن بورادة؛ الإصلاحات السياسية في الجزائر؛ ص 35.

[4] – بورقعة لخضر؛ شاهد على اغتيال الثورة؛ دار الحكمة؛ الجزائر ؛سنة1990؛ ص151

[5] – لولا معارضة الرئيس بومدين بقولته الشهيرة " **ترى من هو الطاهر بن الطاهر الذي يريد أن يطهر الجيش**.." فحسم هذا المطلب باسم " وحدة الصف وتأمين وحدة الجيش ومنطق عفا الله عما سلف..." وهو الأمر الذي جعل بعض الأوساط السياسية إلى اتهام بومدين بالعمالة الجديدة لفرنسا. ينظر تفاصيل أكثر عند: بورقعة لخضر؛ شاهد على اغتيال الثورة؛ ص126

5- معارضة جمعية العلماء المسلمين: ممثلة في بعض علمائها الذين مارسوا أسلوب المعارضة السلمية؛ والصبر السياسي نظرا لحظر السلطة لجمعيتهم؛ حيث لم يسمح لها بمعاودة نشاطها الإصلاحي بعد الاستقلال؛ على أساس أن مهمتها قد احتوتها وزارة الشؤون الدينية في الدولة؛ ولكن مع ظهور بعض بوادر الانحراف السياسي والثقافي- حسب تصريح قيادات الجمعية- داخل مقاليد السلطة الحاكمة على مستوى المؤتمرات الرسمية والتصريحات ذات التوجهات السلطوية والاشتراكية وبعض الممارسات المخلة بقيم الإسلام الحنيف. لم يجد رئيس الجمعية بد من ضرورة الجهر بمعارضته بعد أن **صبر مدة حفاظا على الوحدة الوطنية وسيادة النظام**؛ حيث خرج عن صمته ليمارس حقه الدستوري في المعارضة السلمية **خطابة وكتابة**. فأصدر تصريحا منبها إلى بوادر أزمة روحية في الهوية العربية والإسلامية؛ ومشاكل اقتصادية عسيرة الحل؛ وسلوكات تسلطية لدى مسؤولين في الدولة داعيا -حسب نفس التصريح- إلى العودة إلى الشورى؛ العدالة والحرية والتقوى[1]. وهو التصريح الذي عرف بالبيان التاريخي الذي أصدره رئيس الجمعية الشيخ الإبراهيمي في 16افريل 1964 حيث ندد بالفلسفة السياسية التي تنتهجها السلطة الجزائرية.

ونظرا لخطورة هذا البيان التاريخي[2] في تقدير السلطة آنذاك خاصة وانه صادر عن شخصية دينية مرموقة لها قبول شعبي يمكن أن يشكل معارضة إسلامية تهدد نظام الحكم القائم؛ لجأت السلطة لتدراك فرصة التفاف المعارضة واتحادها فأقدمت على التدخل لتقييد حرية الرأي من خلال **فرض الإقامة الجبرية** عليه.[3]

6- معارضة جمعية القيم[4] تأسست في 09/فيفري1963؛ وهي محسوبة على التيار الإصلاحي الديني الذي يظهر أنه كان يشتغل في السراديب المظلمة في ظل عدم اعتراف السلطة بالحق في المعارضة؛ حيث كان من أهدافها الدعوة إلى إشاعة قيم الشورى والعدل والحرية؛ وإحياء القيم الإسلامية في فلسفة الحكم؛ وقد تعرضت

---

[1] - د/ فوزي أوصديق؛ محطات في تاريخ الحركة الإسلامية بالجزائر -1962؛1988؛ دار الانتفاضة للنشر؛الجزائر؛ سنة1992؛ ص33.

[2] - ينظر إلى هذا الخطاب البياني عند: مسعود بوجنون؛ الحركة الإسلامية الجزائرية- سنوات المجد والشؤم- ترجمة عزيزي عبد السلام؛ دار مدني سنة2002؛ص16 ؛ ومن بين فقرات هذا البيان " احمد الله انه جعلني أعيش إلى أن أرى الجزائر مستقلة؛ يومها لا أبالي إن جاء أجلي ... وعليه عزمت على أن ألتزم الصمت؛ أما اليوم ..أرى مجبرا كسر هذا الصمت لأن الأمر خطير؛ إن بلادنا تتجه نحو حرب أهلية طاحنة ونحو أزمة أخلاقية واقتصادية لم تعرف لها مثيلا...حان الوقت لإنذار جميع أبناء الجزائر ليتحدوا من أجل بناء دولة القانون والحرية؛ **دولة تكون لكلمة الله فيها مكانتها** ".

[3] - وقد ظل رحمة الله عليه تحت الإقامة الجبرية إلى أن مات في يوم1965/5/20؛حيث شيع جنازته جمع غفير من مختلف الأطياف السياسية والشعبية يتقدمهم وزراء الدولة ومنهم وزير الدفاع ورئيس الحكومة آنذاك السيد هواري بومدين مما يدل على احترام السلطة والشعب له رغم معارضته للنظام ينظر إسماعيل قيرة؛ مرجع سابق؛ ص118؛

[4] - كان من روادها ومؤسيسها بعض تلاميذ جمعية العلماء المحظورة؛ ممن رفضوا التعاون والانضواء تحت لواء وزارة الشؤون الدينية التابعة للدولة آنذاك؛ خلافا لبعض الشخصيات الدينية الأخرى كالشيخ أحمد حماني رحمة الله عليه الذي فضل العمل في إطار مؤسسات الرسمية للدولة ممثلة في وزارة الشؤون الدينية؛ ولكل وجهة هو موليها؛ ولكن نظرة السلطة كانت تعتبر كل من ليس معها في الحزب الواحد فهو في المعارضة؛ وبالتالي فهو ضد النظام. الامر الذي يستوجب حظر النشاط السياسي عليهم.

لمضيقات كثيرة باعتبارها جمعية خارجه عن القانون؛ إلى أن قامت السلطة النظامية بحلها؛[1] حيث تم تعليقها رسميا في 1966/9/22؛ باعتبارها تمثل تهديدا على النظام العام الاشتراكي.[2]

وقد تابع التيار الديني حركته المعارضة لسياسة الدولة الاشتراكية سريا؛ رغم توقيف جمعية القيم تحت لواء جديد عرف **بجماعة الدعوة والتبليغ** التي تأسست سريا في 1966؛ والتي من ابرز قياداتها الشيخ **مصباح حويذق** الذي كان يظهر المعارضة علنا؛ الأمر الذي دفع بالسلطة **إلى نفيه** بمدينة **آفلو** حيث حددت إقامته ومنع من السفر خارجها؛ ثم تم تحويله إلى مدينة مستغانم تحت **الإقامة الجبرية** لمنعه من زيارة المدن الكبرى[3]. وكذلك **المفكر مالك بن نبي**[4] الذي كان يدعو **كتابة** إلى تنشيط النهضة الحضارية؛ وأولوية العمل الفكري لصناعة التحضر؛ وهو ما نظر له في كتبه المختلفة والتي كانت محاصرة في الجزائر بسبب المضايقات الشيوعية والتروتسكية التي كانت تتحرش به داخل دوالب السلطة؛ وقد كان هذا المفكر ينظم حلقات فكرية علنية في بيته؛ في شكل اجتماعات؛ سرعان ما تمخض عنها فيما بعد جماعة سياسية معارضة فيما بعد عرفت **بجماعة الجزأرة**[5]. وهي الحركة التي اتهمت السلطة بعض عناصرها بالقيام **بأعمال تخريبية مخلة بالأمن العمومي**؛ الأمر الذي أدى بسلطات حفظ النظام إلى القبض عليهم .

---

[1] – ويرجع بعض الباحثين سبب تعليق نشاط هذه الجمعية وحلها إلى تلك البرقية التي أرسلها مسؤولي هذه الجمعية إلى الرئيس المصري يلتمسون فيها توقيف تنفيذ حكم الإعدام على **المفكر سيد قطب**. وهو الأمر الذي يؤكد المودة والتناصر الذي كان موجودا بين حركة الإخوان المصرية؛ وبعض القيادات الإسلامية في الجزائر. ينظر الى مسعود بوجنون؛ مرجع سابق؛ ص36

[2] – وفي المقابل اتجهت السلطة إلى تدارك الأمر بترويج الديني لسياستها الاشتراكية وثورتها الزراعية والدعاء للمجاهدين الفتناميين بالنصر على الأمريكان؛ بتسخير وزارة الشؤون الدينية ومساجدها لهذه الأغراض السياسية الحزبية؛ وهو بدورهم ولد معارضة جديدة بقيادة جديدة ممثلا في شخصية عبد اللطيف سلطاني سنة 1971 د/ أوصديق؛ مرجع نفسه؛ ص55

[3] – مسعود بوجنون؛ الحركة الإسلامية الجزائرية؛ ص37

[4] – ينظر في جهود مالك بن نبي في محاربة اليسار الشيوعي والفكر الماركسي الذي بين في كتابه " مشكلة الأفكار في العالم الإسلامي" بسقوط الماركسية نظرا لتجاوز الزمن لها فهو حامل لواء المعارضة العقلية لاديولوجية السلطة الشيوعية.

[5] – والتي من أشهر قياديها المعارضين للسلطة محمد بوجلخة التيجاني؛ ومحمد السعيد؛ وقد ساهمت أفكارهما في ظهور عدة حركات معارضة. فيما بعد لعل من أهمها؛ تأسيس **جمعية التنوير** الحضاري المستوحاة من أفكار بن نبي؛ والتي كانت النواة الأولى لفكر جماعة الجزأرة. ثم تفرع عنها قيادات معارضة جديدة من أشهرها **حركة الإخوان المحليين** سنة1974 في الشرق الجزائري بقيادة عبد الله جاب الله كحركة معارضة للنظام والتي تحولت في عهد التعددية إلى حزب سياسي عرف بحركة النهضة الإسلامية حركة الإصلاح الوطني حاليا.وحركة **جماعة الموحدين** في صيف التي 1976؛ بقيادة بوسليماني؛ وسليم كلالشة وغيرهم من الطلبة المتأثرين بفكر حركة الإخوان المسلمين في مصر. والتي يظهر أنها أصبحت محل اعجاب في ذلك الوقت من طرف قيادات فكرية بمبادئه كالإبراهيمي والفضيل الورتلاني. التي مارست معارضة عملية بتوزيع منشورات منددة؛ بالخيار الاشتراكي وداعية إلى الرجوع إلى الإسلام.ينظر مسعود بوجنون؛ مرجع سابق؛ ص31

7-وثيقة الزعماء الأربع: عقب المصادقة على الميثاق الوطني في سنة1976 حيث مارس هؤلاء معارضة صريحة لنظام الحكم عرف "**نداء الأربعة**[1]" الصادر في 09مارس1976؛ الذي اتهموا فيه الرئيس بومدين بالحكم الفردي وانتقدوه في تبني الخيار الاشتراكي من وجهة نظر إسلامية ؛ وبالتالي المطالبة بانتخابات حرة ونزيهة؛ وأمام هذا التصعيد لم يكن أمام السلطة إلا **القبض** التعسفي على هؤلاء الزعماء التاريخيين الأربع وفرض **الرقابة الجبرية** عليهم لمدة ثلاث سنوات وتأميم بعض ممتلكاتها الخاصة؛ نظر لخطابهم الشديد اللهجة والذي وزعت نسخ منه إلى الصحافة[2]. وقد تدعم نداء الأربعة هذا بدعوة حزبي بوضياف؛ وآيت أحمد إلى مقاطعة التصويت على الميثاق[3].

ومن جهته بقي الحزب الشيوعي الجزائري الحزب السري الوحيد الذي يتمتع بترخيص غير رسمي ويحضى بشبه حماية مضمرة نظرا لتوغل بعض أنصاره في السلطة في عهد بن بلة وبومدين إلى أن هذا الخطر الشيوعي قد تنبه له الرئيس الشاذلي بن جديد بعد وفاة بومدين ولذلك نجده يعفو عن قيادات الحركة الإسلامية ويطلق سراح جماعة الموحدين ويرفع الإقامة الجبرية على القادة الأربع؛ بل أن عفوه شمل حتى الرئيس الأسبق بن بلة الذي يظهر بأنه تراجع عن أفكاره الاشتراكية لصالح الإسلام السياسي؛ فقد كان هدف الرئيس هو خلق معارضة إسلامية للتيار اليساري الذي أصبح متنفذا[4].

8- تجمع الجامعة المركزية: بالعاصمة في 12 نوفمبر 1982 ؛ وهو من أشهر المظاهرات والتجمعات التي أحس النظام بخطورتها على أمنه وسلامة وجوده؛ ومن ثم اتخاذ كل التدابير ضد منظميها[5]؛ وأمام هذا التصعيد في المعارضة اتخذت السلطة **أمرا بتوقيف زعماء** هذا التجمع بتهمة " **التآمر على أمن الدولة**"؛ ومن ثم تم

---

[1] – وهم الرئيسين السابقين للحكومة المؤقتة **فرحات عباس؛ ويوسف بن خدة**؛ وعضو في جمعية العلماء **وهو محمد خير الدين**؛ واحد مناضلي حزب الشعب الجزائري **حسين لحول** ينظر تفصيلا عن هذا النداء المعارض للسلطة وأبعاده؛ واثاره عند مسعود بوجنون؛ الحركة الإسلامية الجزائرية؛ ص38 ؛ ود/ حسين بورادة؛ الإصلاحات السياسية في الجزائر؛ ص41

[2] – د/ إسماعيل قيرة؛ وآخرون؛ مستقبل الديمقراطية في الجزائر؛ ص119

[3] –وهو رأي زعماء الحركة الإسلامية وشيوخها من أمثال الشيخ أحمد سحنون وعبد اللطيف سلطاني؛ وعمر العرباوي؛ وهم ثلة من بقايا جمعية العلماء المسلمين الجزائريين. عند مسعود بوجنون؛ الحركة الإسلامية الجزائرية؛ ص38

[4] – وهذا قياسا على السياسة التي انتهجها الرئيس السادات في مصر إذ قام بإطلاق سراح جميع الإسلاميين الذي اعتقلهم الرئيس عبد الناصر ليضعف من شوكة الشيوعيين والناصريين المعارضين لسياسة الانفتاح. ويؤكد هذا القياس أن سياسة الرئيس بن جديد كانت انفتاحية؛ وتتجه نحو التغيير الجذري في المجال السياسي والاقتصادي خاصة بعد أحداث 1988.

[5] – الذي دعا له عباسي مدني وسلطاني؛ وسحنوني وغيرهم من مؤسسي جمعية القيم المنحلة حيث حضرت كل القيادات الإسلامية وقتئذ باستثناء الشيخ **عمر العرباوي** حيث كان الهدف منه إخطار النظام الحاكم بضرورة إصلاح مؤسسات الدولة من الناحية الأخلاقية والاهتمام بتوجيهات الدعاة. ينظر د/ حسين بورادة؛ الإصلاحات السياسية في الجزائر؛ ص53.

إحالتهم على القضاء.[1] نظرا لزيادة خطورة هذا التيار حسب تقدير السلطة على النظام العام السياسي؛ من خلال ما شهدته بداية الثمانينيات من تبلور لنشاط التيار الديني الداعي إلى إقامة دولة إسلامية؛ مما شكل خطرا على نظام الحكم؛ جعله يشدد رقابته على نشاطهم.[2]

9- معارضة الحركة الأمازيغية: لم تكن معارضة بعض زعماء التيار الوطني **الثوري والتيار الديني** للسلطة لوحدهما؛ بل وجدت معهما معارضة **التيار البربري** ابتداء من10مارس1980؛ والتي كانت أكثر شراسة لخيارات السلطة؛ فبعد الاستقلال كانت معارضة حزب الثورة الاشتراكية بقيادة بوضياف رغم- عدم أمازيغيته- إلا أن مناضليه في الحزب كانوا النسبة الغالبة فيهم؛ ؛ وكذا معارضة حزب القوى الاشتراكية بقيادة آيت احمد التي زادت حدتها منذ سنة 1979؛ خاصة بعد إصرار السلطة من خلال ميثاق 1976 على " **عروبة الجزائر**"؛ وهو ما فجر الأزمة البربرية مع بداية سنة 1980 من قيام مظاهرات للمطالبة بالأمازيغية لغة وطنية ورسمية؛ وضرورة تعليمها في المدارس[3]؛ الأمر الذي جعل السلطة لا تمنح الاعتماد لبعض الجمعيات الثقافية ذات البعد البربري؛ خاصة تلك التي أسسها د/ مولود معمري ؛ و**كاتب ياسين** تحت اسم" Amuger" في سنة 1981.[4] بدعوى الحفاظ على الوحدة الوطنية؛ كعنصر من عناصر النظام العام الدستوري.

إن ما يلاحظ على المعارضة السياسية في الجزائر أنها **قديمة** رغم غياب الرسمية فيها؛ كما أن وسائل السلطة في مواجهتها لم تكن تستند إلى مشروعية قانونية وقضائية محددة؛ وإنما كانت **فكرة النظام العام السياسي هي مصدر تلك القيود والتدابير** السالبة للحرية أحيانا. حيث يلاحظ على السلطة النظامية أنها استخدمت أساليب الضبط الاداري المستخدمة في الظروف الاستثنائية كأسلوب الاعتقال الاداري؛ والإقامة الجبرية؛ وتفريق المتظاهرين بالقوة؛ ومصادرة الحق في المعارضة السياسية، دون اعلان احدى تلك الحالات الاستثنائية.

غير أن ما يلفت انتباه الباحث هو أن هذه المعارضة سرعان ما كللت بالنجاح؛ وتمكنت في تعجيل عملية الانفتاح السياسي والتحول الديمقراطي عقب أحداث أكتوبر 1988 التي كانت نقطة البداية نحو دسترة حق المعارضة من خلال تكريس دستور 1989 للتعددية الحزبية والإعلامية والنقابية؛ رغم تسجيل الباحث لنقص في ضوابط استعمالها.

---

[1] - حيث حكمت محكمة المدية بعقوبة السجن لعامين في حق عباس مدني ومعه 100 شخصية بعقوبات متفاوتة؛ غير أن الشيخين **عبد اللطيف سلطاني؛ وأحمد سحنون** نظرا لشيخوختهما وكبر سنهما؛ فقد تم إيداعهما **تحت الإقامة الجبرية**. خاصة وأنهما شخصيتين معروفتين باعتدالها ووسطيتهما ونبذ العنف في إدارة الصراع. ينظر مسعود بوجنون؛ مرجع سابق؛ ص43.

[2] - ومن أشهر هذه المواجهات بين المعارضة الدينية والسلطة؛ حملة الاعتقالات ضد جماعة الدعوة الإسلامية سنة 1982؛ المعروفة **بجماعة بويا علي**. ينظر؛ د/ حسين بورادة؛ مرجع نفسه؛ ص54

[3] - ينظر تفصيلا أكثر عن الصراع البربري مع السلطة عند د/ حسين بورادة؛ مرجع سابق؛ ص52 وما بعدها.

[4] - شطاب كمال؛ حقوق الإنسان في الجزائر؛ ص310

ونتيجة لذلك فقد عرفت الجزائر تجربة ديمقراطية – من غير ثقافة ديمقراطية ولا دربة على ممارسة الحرية السياسية– أسفرت عن تحولات جذرية في مختلف المجالات السياسية والدستورية والاقتصادية؛ والاجتماعية والثقافية؛ أتاحت للشعب حرية واسعة– وغير منضبطة أحيانا– في ممارسة حقوقه الدستورية، ترتب عنها نتائج أطاحت بالحزب الحاكم لصالح المعارضة التي كانت ممنوعة من النشاط السياسي في عهد الجمهورية الأولى؛ ممثلة في التيار الاسلامي والتيار الأمازيغي؛ فمن مجموع 340 مقعدا متنافس عليه في أول انتخابات تشريعية تعددية ليوم 26ديسمبر1991تحصلت المعارضة على 188 لصالح التيار الديني بنسبة 70 بالمئة؛ و25مقعد لصالح التيار الأمازيغي بنسبة 5.8 بالمئة؛ وتقهقر الحزب الحاكم الى حيازة 16 مقعد بنسبة 3.7 بالمئة.[1]

وبقي 109 من المقاعد شاغرة ليجري التنافس عليها في الدور الثاني الذي كان من المقرر اجراؤه في 15 جانفي199؛ ولكن الظروف التي وصلت اليها البلاد؛ والتقلبات الدستورية والهيكلية التي لحقت بالمؤسسات الدستورية؛ مما ساهم في دخول البلاد في أزمة دستورية؛ كان من أهم نتائجها توقيف المسار الانتخابي؛ وإجهاض التحول الديمقراطي تحت ذرائع مختلفة؛ تصب في أبعادها إلى الخوف من التعددية السياسية المفتوحة؛ وما قد تجر إليه من مفاجئات سياسية قد لا ترضي أصحاب المصالح الأجنبية؛ في ظل ظاهرة العولمة الغربية التي قامت على فكرة نفي الأخر وصراع الحضارات الذي يجب أن ينتهي لصالح الحضارة الغربية بأية وسيلة.[2]

ومما يؤكد ذلك هو اقدام السلطة فيما بعد هذه الأزمة على اجراءات تعديلات دستورية وتشريعية جوهرية بدءا بالتعديل الدستوري لسنة 1996، من خلال تقييد ممارسة الحريات السياسية بما لا يمس **بالامن والنظام العام**[3] طبقا لنص المادة السادسة من القانون العضوي للاحزاب السياسية وهذا ما تمثل من خلال منع المؤسس الدستوري لقيام أحزاب على أساس ديني؛ أو عرقي أو جهوي أو لغوي أو مهني حفظا لعناصر الهوية الوطنية بأبعادها الثلاث الاسلام والعروبة والأمازيغية حتى لا تسخر لأغراض الدعاية الحزبية؛ كون أن الإسلام دين الدولة الذي يجب أن يكون دينا لكل الأحزاب؟[4]

---

[1] – ينظر الى هذه النتائج الرسمية في الجريدة الرسمية العدد01 السنة 29؛ الصادرة بتاريخ 04جانفي1992 ؛ وينظر أيضا اعلان تلك النتائج في الجرائد الوطنية؛ كجريدة الخبر العدد347 الصادرة بتاريخ 1991/12/28 ص12

[2] – ينظر تعليقا وتحليلا لهذه النتائج وتداعياتها عند د/ناجي عبد النور؛ النظام السياسي الجزائري من الأحادية الى التعددية السياسية؛ منشورات جامعة قالمة؛ طبعة 2006؛ ص181 وما بعدها ؛ ود/ شطاب كمال؛ حقوق الانسان في الجزائر؛ ص238 ؛ ود/ العيفا أويحي؛ النظام الدستوري الجزائري؛ ص265.

[3] – وبذلك تم التأسيس **لفكرة النظام العام الجزائري** في ظل تلك الأحداث التي شهدتها الجزائر مع بداية التعددية الحزبية؛ غير أن هذه الفكرة تبقى قابلة للتعسف في تسخيرها لاقصاء المعارضة الفاعلة تحت ذرائع خطورة الشخص أو الحزب أو الجمعية أو المنظمة على النظام العام. تطبيقا للمادة 6من قانون الأحزاب" يمتنع الحزب السياسي عن المساس بالأمن والنظام العام؛ كما يمتنع عن اقامة تنظيم عسكري أو شبه عسكري". ينظر قيود تأسيس احزاب سياسية عند د/ ناجي عبد النور؛ النظام السياسي الجزائري؛ طبعة 2006؛ ص180

[4] – تنص المادة 05 من القانون العضوي المنظم للأحزاب السياسية المؤرخ في مارس 1997 على أنه " لايجوز لاي حزب سياسي أن يبني تأسيسه على: – الممارسات المخالفة للخلق الاسلامي والهوية الوطنية؛ وكذا قيم ثورة نوفمبر 1954" مما يعني أنها من النظام العام الجزائري.

غير أن هذا الضبط التشريعي المقيد لحرية تأسيس الأحزاب السياسية في الجزائر؛ أعطى لوزارة الداخلية سلطات تقديرية واسعة في اجراء **رقابة المطابقة**[1]؛ وفي مجال اعتماد الاحزاب رسميا؛ ومن ثم فقد كان أكثر تقييدا لحريات أحزاب المعارضة الدينية والمذهبية على الخصوص، ومن هذا القبيل اقدام السلطة النظامية على منع ترشح بعض الشخصيات ذات التوجه الإسلامي؛ كرفض السلطة لاعتماد **حركة الوفاء** في ظروف خاصة قدرت فيها سلطات حفظ النظام العام ممثلة في وزارة الداخلية أنها أصبحت وعاء لمناضلين من الحزب المحل قضائيا؛ وكذا قضية رفض ملف ترشح رئيس حزب حركة مجتمع السلم من رئاسيات 1999؛ وهو ما أثار جدلا سياسيا وإعلاميا وقضائيا. كونهما تركتا انطباعا عند الرأي العام بأن النظام العام المقيد للحريات لازال متأثرا بالسياسة؛ وأن القانون لا يزال في الجزائر تعبير؛ عن "**السياسة المطاعة**" على حد تعبير الفقه الألماني اهرنج.[2]

2- تطبيقات أسلوب الحظر في مجال تقييد الحريات الشخصية حرية إظهار المعتقد نموذجا:

تمثل الحريات الشخصية بحق أساسا للحريات العامة فهي تعد شرط وجود لغيرها من الحريات الفردية والسياسية على حد سواء[3]؛ فهي حقوق فردية ومادية؛ جسمانية؛ وبدنية؛ أصلية وتقليدية؛ ترتب التزاما سلبيا على سلطة الدولة بعدم التعرض لها تقييدا ولا تنظيما[4].

والباحث يعتبرها حريات أصولية ومقاصدية تشكل الشرط الأساسي لوجود غيرها فهي مطلوبة لذاتها وليست غائية كالحريات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية. وهي تشمل تطبيقات متعددة منها[5]: - الحريات البدنية أو الجسمانية: حرية السلامة الجسدية؛ والحق في الكرامة الإنسانية ؛و حرية الذهاب والإياب أو التنقل والإقامة. وحرية الحق في الأمن الشخصي ضد القبض التعسفي. وحريات الحق في الحياة الخاصة أو الحق في الخصوصية؛ كحرمة المسكن؛ وسرية المراسلات. وحرية اللباس والظهور بمظهر خصوصي **وتسمى بحرية التزيي والتمظهر بمظهر معين**. و الحرية الجنسية؛ ممثلة في حرية الزواج.وعلى يرى بعض الباحثين أنه من بين مظاهر إظهار المعتقد التي تكون محلا لإجراءات الضبط الإداري؛ بعد الحق في ممارسة حرية إقامة الشعائر التعبدية والتي يعبر عنها بحرية العقيدة ، هي طبيعة اللباس وهيئته أو مظهره الخارجي والذي يمكن التعبير عنه بحرية التزيي

---

[1] - وهذا طبقا للمادة 15" يتولى وزير الداخلية رقابة المطابقة..." والمادة 17:" يجب على وزير الداخلية اذا رأى ان شروط التأسيس لم تستوف أن يبلغ رفض التصريح بالتأسيس بقرار معلل يمكن الطعن فيه امام الجهات القضائية والادارية المختصة".

[2] - ينسب هذا القول إلى الفقيه الألماني **اهرنج**؛ نقلا عن رسالة د/ نعيم عطية في النظرية العامة للحريات الفردية؛ طبعة 1965؛ ص80

[3] - د/ زكي أبوعامر؛ الحماية الجنائية للحريات الشخصية؛ ص5؛ ود/ نعيم عطية؛ النظرية العامة للحقوق الفردية؛ ص232

[4] - د/ عبد الله محمد حسين؛ الإسلام وحقوق الإنسان الفردية؛ رسالة دكتوراه منشورة جامعة الإسكندرية؛ سنة 1995؛ طبعة2؛ سنة1999؛ ص 15

[5] - كلود كوليار؛ الحريات العامة؛ ص250؛ ود/ عبد الحميد متولي؛ القانون الدستوري؛ ط5؛ ص239

والمظهر[1]. والباحث يسعى إلى محاولة دراسة مدى مشروعية قرارات السلطة الإدارية في استخدام أسلوب الحظر والمنع في تقييد هذه الحريات مع التطبيق على حرية إظهار المعتقد من خلال حرية التزيي بالحجاب بالنسبة للنساء؛ وحرية المظهر بإعفاء اللحية بالنسبة للرجال؛ خاصة في ظل إقدام فرنسا على إصدار قانون لمنع التزيي بالحجاب الإسلامي في المدارس الحكومية؛ فضلا عن إقدام بعض الحكومات على اشتراط حلق اللحية في الصور المقدمة لاستخراج وثائق إثبات الهوية.

أ- أثر أسلوب المنع على حرية التزيي بالحجاب والتمظهر باللحية -:

يمثل الحق في الخصوصية أحد أهم الحقوق الأساسية للمواطن بحيث يمثل قيدا على السلطة النظامية خاصة في مجال ضمان حرية إظهار الإنسان لدينه ومعتقده؛ وهذا ما أكده العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والذي يركز إلى حد بعيد على الحفاظ على الجانب الخصوصي لحياة الفرد وجاءت المادة 17 تنص انه : "لا يجوز تعريض أي شخص، على نحو تعسفي أو غير قانوني، لتدخل في خصوصيته أو شؤون أسرته أو بيته أو مراسلاته، ولا بأي حملات غير قانونية تمس شرفه أو سمعته".

في حين نصت المادة 18 من العهد انه:" لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين، ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحريته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم بمفرده أو مع جماعة..."؛ كما" لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه ومعتقده إلا للقيود التي يفرضها القانون، والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين و حرياتهم الأساسية".

ورغم كل هذه النصوص الدولية لم يتناول أي دستور من الدساتير الجزائرية هذه الحرية بالحماية بنصوص خاصة ومباشرة اللهم ما تعلق منها بحماية الحق في الخصوصية؛ ومن ثم لم يقرر قانون العقوبات حماية جزائية لها؛ غير أن الواقع كشف عن انتهاك السلطة لهذه الحرية خاصة في ظل الظروف الاستثنائية وعدم إقرار الأفراد على حق ممارستها بلا قيود.

فحرية المظهر والتزيي مقيدة بأن لا يكون اللباس يصل إلى حد الفعل الفاضح العلني عن قصد حسب ما ورد في القانون الجنائي؛ ومن ثم تكون حرية الملبس مقيدة بفكرة الحياء العام كجزء من فكرة الآداب العامة التي تمثل عنصرا من عناصر النظام العام.[2] وتظهر هذه القيود فيالنظام الاسلامي باعتبار مسألة اللباس فيه جزءا من احكام الشريعة؛ من حيت ضرورة ستر العورة؛ خصوصا لباس المرأة المسلمة.

---

[1] - د/عبد الله حسين؛ الإسلام وحقوق الإنسان الفردية؛ دار النشر غير مذكورة؛ ط2؛سنة 1999؛ ص275؛ أصلها رسالة دكتوراه وقد نسب صاحبها لنفسه بمباركة لجنة المناقشة برئاسة **د/ ماجد راغب الحلو** فضلا لسبق في جعل حرية التزيي والظهور بمظهر معين ضمن الحريات الشخصية؛ ويقصد بهما حرية الملبس بالنسبة لثياب المرأة المسلمة "**الحجاب**"؛ وحرية المظهر بالنسبة لوجه المسلم وحقه في **إطلاق لحيته** ينظر تأصيل هذه الحرية عند هذا الباحث؛ في المرجع نفسه؛ص276 بالنسبة للناحية القانونية؛ وينظر ص423 من نفس المرجع؛ بالنسبة للإسلام وحرية التزيي والظهور بمظهر معين- الحجاب واللحية-

[2] - د/ عبد الله حسين؛ مرجع سابق؛ ص 277.

1- حرية الملبس أو التزيي- منع الحجاب من الادارت الحكومية نموذجا:"

من أهم مميزات المرأة التي تدين بالإسلام عقيدة وشريعة وسلوكا،ارتداؤها حجابا يكون فضفاضا بشكل لا يكشف جسدها ولا يشخصه أو يجسمه بحيث يكون ساترا لمفاتنها لا مضيفا فتنة إضافية إليها كما هو حال معظم الألبسة المرأة المعاصرة، كما توجب عليها الالتزام بدينها تغطية شعرها بما يسمى" **الخمار**" كثمرة للعقيدة الراسخة في الوجدان؛ تنفيذا لأحكام المشروعية الإسلامية التي تجعل من الحجاب ليس مجرد مظهر لتمييز المرأة المسلمة غيرها؛ بقدر ما هو شعيرة تعبدية مطلوبة الفعل على سبيل الحتم والإلزام تؤثم على تركها. غير أن أهم مسألة تتعلق بموضوع البحث تتمثل في مناقشة مدى حق السلطة النظامية في منع لباس معين؛ سواء داخل الهيئات العمومية التابعة للدولة أم في الأماكن العامة.[1] وهي القضية التي أثارتها وزارة التعليم في فرنسا بإقدامها على منع الحجاب الإسلامي على الطالبات المسلمات؛ على أساس فكرة العلمانية أو ما يعرف باللائكية التي تعني منع استحواذ إحدى الديانات على مؤسسات الدولة واستعمالها ضد الآخرين وليس كما يدعيه البعض بأنها تهميش الدين وأبعاده عن الحياة الاجتماعية؛ فالمسيحية عندهم مكرمة معززة؛ وإنما العلمانية عندهم تقتضي فصل الدين عن الدولة بتحييده عن الشؤون السياسية والإدارية والرسمية للدولة أما في باقي المجالات الاخري فالأفراد أحرار في ممارسة شعائرهم التعبدية إعمالا لحرية العقيدة في غير المؤسسات الرسمية الدولة.

2- حرية الملبس بين المفهوم والأساس: قضية الحجاب في فرنسا ومرفق التعليم نموذجا:

رغم ما تثيره هذه الحرية من صعوبات على المستوى القانوني نظرا لعدم إفرادها بنصوص دستورية وتشريعية خاصة؛ إلا أن هناك شبه إجماع على أنها من الحريات الشخصية المكفولة دستوريا؛ ومن ثم فهي ليست في حقيقتها بحاجة إلى تكريس دستوري أو قانوني؛ باعتبار أن الملبس ملاصق لشخص الإنسان؛ بناء على قواعد القانون الطبيعي؛ بحيث لا يستطيع الشخص بدون اللباس ممارسة نشاطه داخل الجماعة؛ ومن ثم فان ممارسة هذه الحرية مرتبط بالعرف الاجتماعي؛ مما يجعلها حرية مقيدة في ممارستها **بقواعد الدين** كما هو الحال بالنسبة للشريعة الإسلامية؛ خصوصا في الطريق العام؛ كما أنها مقيدة حال تردد الشخص على مرافق الدولة؛ كما في الدول العلمانية وفقا للتنظيم الموضوع لها؛ بل أنها تضيق أكثر بالنسبة إلى المرأة المسلمة في حالة ترددها على

---

[1] - ومن هذا القبيل إقدام وزير التعليم في جمهورية مصر على إصدار القرار رقم 113بتاريخ 1994/05/17؛ والذي يقضي بارتداء زي موحد بالطالبات في القسم الثانوي لا يسمح بغطاء الرأس ولا يستر كامل جسد الطالبة بحيث يبقى جزء من الساقين ورقبة وفتحة الصدر سافرين؛ على أن يمنع كل من تلتزم بهذا الزي من دخول المدرسة؛ وهو القرار الذي كان محل فتوى الأزهر الشريف سنة 1994؛ والذي اعتبر هذا القرار معارض لأمر الله شكلا وموضوعا؛ مما يستوجب إعادة النظر فيه بما يتسق وأحكام الدستور التي تجعل من نصوص القرآن والسنة مصدرا لها تحقيقا للأمن والاستقرار والقضاء على أسباب الفتن والاضطراب؛ ينظر مضمون هذا القرار ورد العلماء عليه عند د/ عبد الله حسين؛ الإسلام وحقوق الإنسان الفردية ص435 وما يليها. ومن بين الفتاوى الذي أوردها فتوى **د/ محمد عمارة**:" إن وزير التعليم حينما أصدر هذا القرار **لم يكن عبدا لله؛ وإنما كان عبد المأمور؛ والنظام في بلدنا يسير على خطى** شاه إيران؛ وأتاتورك وبورقيبة؛ وليته يعرف أن التاريخ لفظ هؤلاء..." ؛ ينظر المرجع نفسه؛ ص440

المساجد كمرافق عمومية.[1] فغاية اللباس هي ستر العورة والوقاية من تقلبات المناخ حرا وبردا؛ كما أن مقصودها تحقيق العفة والطهارة؛ وحفظ الآداب العامة كعنصر من عناصر النظام العام؛ وترتيبا على ذلك تكون حرية الملبس من أخص حريات الإنسان بناء على **دستورية الحرية** الشخصية؛ فضلا عن **دستورية حرية العقيدة** التي قد يكون اللباس أحد مستلزماتها؛ وانتهاء **بمبدأ المساواة**؛ الذي يخول للأفراد حرية ممارسة حقوقهم دون قيود أو تمييز على أساس ديني أو عرقي أو جنسي.

2-1- حرية الملبس في فرنسا بين مبدأ العلمانية " النظام العام الفرنسي" وحرية العقيدة:

ترجع علمانية الدولة الفرنسية[2]إلى قانون 1905/12/9 المتعلق بالفصل بين الكنيسة والدولة، حيث أقر مبدأ حياد الشارع، ومرافق الدولة العمومية؛ وترتيبا عليه صدرت تلك القرارات والأنظمة المقيدة للحريات الدينية[3]. والتي منها إقرار كل من المشرع والقضاء الفرنسي **منع** الموظفين والعاملين في القطاعات العامة، من ارتداء الألبسة أو الشعارات الدينية، بل أنه سمح لسلطة التنظيم **منع المظاهر الدينية** في المؤسسات التعليمية، دون أن يتنبه إلى **ضرورة التمييز** بين الشعارات الدينية التي لا تشكِّل بطبيعتها موجباً دينياً يمكن التخلي عنه دون أي حرج، وبين الشعارات التي تعتبر ركناً أساسياً في عقيدة الشخص يترتب على التخلي عنها مساساً بأصلٍ من أصول ديانته وعقيدته؛ غير أن هذا التمييز لم يبال به المشرع الفرنسي عندما أقدم على إدخال تعديل على قانون التعليم **يحظر فيه ارتداء الرموز الدينية داخل المدارس العامة.**[4]

وهو ما يمثل **منعا صريحا** لحرية المعتقد وحرية التعليم معا؛ لأنه عندما يوضع الشخص في موقع المفاضلة بين التخلي عن الالتزام الديني وبين دخول المدرسة للتعليم؛ فإنه **سيفضِّلُ** حتماً التخلي عن الدراسة حفاظاً على التزامه الديني، ولا شك أن في هذا ما يمسُّ بمبدأ حرية التعليم؛ التي تفترض عدم فرض القيود التي تحدُّ من حرية الشخص في اكتساب العلوم براحة وطمأنينة ودون أي قلق أو اضطراب[5].

---

[1] – د/ رفعت عيد سيد؛ حرية الملبس في مرفق التعليم –دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الاداري في فرنسا ومصر؛ حول قضية الزي الإسلامي؛ دار االنهضة العربية؛ القاهرة؛ دون تاريخ طبع؛ ص11

[2] – وهذا بصريح نص المادة الأولى من دستورها النافذ والتي تنص على أن " فرنسا جمهورية علمانية تحترم كل الأديان"؛ ويلاحظ أن مقتضى هذه المادة أنها دولة محايدة عن الدين؛ فهي لا تؤيده ولا ترفضه؛ لا توالیه ولا تنصب له العداء؛ بل تدع الناس أحرارا فيما يعتقدونه؛ أي أن مبدأ العلمانية في نهايته لا يتعارض مع حرية العقيدة؛ ومن ثم كان على الدولة الفرنسية بموجب هذه المادة التدخل لحماية حرية ممارسة الشعائر الدينية لا بمنع ارتداء الحجاب الإسلامي في مرفق التعليم. ينظر نص الرسالة التي أرسلها د/ القرضاوي الى رئيس جمهورية فرنسا على www.Islam online.net/Arabic/doc/2003/

[3] – د/ رفعت عيد سيد؛ مرجع نفسه؛ ص33

[4] – loi n2004-228 du 15 mars2004.Jo. 17 mars2004. P05190

[5] – د/عصام نعمة إسماعيل؛ يبقى القضاء ملاذاً نهائياً لحماية الحرية الدينية؛ مقالة على الأنترنت مركز بيروت للأبحاث والمعلومات؛ على موقع **.www. google.com**

خصوصا وأن حرية المعتقد هي **من أثمن الحريات** التي يتمتع بها الفرد لذلك تنص جميع الدساتير والمعاهدات الدولية على احترام هذه الحرية وضرورة كفالتها. مما يكفل انضباط جميع السلطات الدستورية وأجهزة الدولة بهذه الحرية؛ واعتبار كل انتقاص من طرف القوانين أو الأنظمة لهذه الحرية أمرا غير دستوري وغير مشروع؛ وهذا ما صرحت به المادة10 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر بتاريخ 1789/8/26 التي تقرُّ مبدأ حرية المعتقد والدين؛ لأنه طالما أن حرية المعتقد واقع لا يمنحه القانون، فلا يمكن لهذا القانون أن يلغيه أو يحد منه.

ولهذا يقر المجلس الدستوري الفرنسي لحرية المعتقد بالقيمة الدستورية، في ضوء قوانين الجمهورية، نظرا لأن حرية المعتقد تنشأ عن الحرية الدينية، كما أنه في المقابل يقر بمبدأ علمانية التعليم، معتبراً أن من واجب المعلمين احترام علمانية المؤسسة التعليمية، ولكن لا يجب أن يفسَّر هذا الواجب بشكلٍ يسمح بالمساس بمعتقدات هؤلاء المعلمين." وبتعبير آخر فإن علمانية المؤسسة التعليمية لا تعني تنازل المعلمين عن آرائهم ومعتقداتهم الدينية.

وبهذا يكون لهذا المجلس الدستوري **موقف واضح من حرية المعتقد** باعتبارها من المبادئ الأساسية التي تقرها قوانين الجمهورية،[1] على أن لايترتب عنها مساس جسيم بحياد مرفق التعليم .

وترتيبا على ذلك يكون مبدأ العلمانية على حد تعبير الفقيه الفرنسي Chapus، هدفه أن يؤدي إلى منع حمل العلامات الدينية في المدارس العامة، تحت طائلة فرض العقوبات التأديبية، رغم ما قد يشكِّله هذا المنع من مساس بمبدأ حرية المعتقد طبقا للمادة العاشرة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام1789، والمادة الأولى من الدستور، ومختلف التعهدات الدولية." ولذلك لم يجد المجلس الدستوري الفرنسي مخرجا **للموازنة** بين علمانية الدولة وحرية المعتقد في بداية الأمر الا بتغليب **الحرية** على **النظام العلماني** في الغالب الأعم؛ ومن ذلك ما يراه المجلس من أن القيود الماسة بحرية العقيدة هي قيود مشوبة بعدم الدستورية؛ ومن ثم يحق للأفراد **رفضها** بما في ذلك تلك الأنظمة الداخلية للمؤسسات التعليمية، وقد رفض المجلس صراحة كل الحجج التي قدَّمتها هذه المؤسسات لتبرير العقوبات التي فرضتها على الطلبة المسلمين المخالفين لأنظمتها[2].

وكان سند المجلس في هذه الآراء **مبدأ المساواة أمام المرافق العامة**؛ وهو المبدأ الذي بدوره سيستند اليه المجلس في تغليب مبدأ العلمانية على الحرية العقائدية؛ نظرا لما يوجبه هذا المبدأ من احترام الحياد السياسي والديني

---

[1] – وفي القضاء المقارن، يمكن الاستدلال بحكم للمحكمة الدستورية العليا في سويسرا في الدعوى المقامة من أحد المسلمين يطالب فيها إعفاء ابنته الطالبة المسلمة من دروس السباحة لأسباب دينية تمثل في أن العقيدة الإسلامية تنهى عن الاستحمام المختلط، وقد أجابته المحكمة إلى طلبه مقدرة أنه من خلال موازنة المصلحة العامة التي تفرض الالتزام بالانتظام في الدراسة مع مصالح الطالب في أن يعيش مع أسرته وفقاً لمعتقداته الدينية التي تكفلها المادة9 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، فإنه لم يثبت أن الإعفاء من درس السباحة سوف يثير مشكلات تنظيمية جسيمة. وكذلك قررت المحكمة الدستورية الأسبانية أنه لا يجوز لأي سلطة عامة أن تنتهك دائرة المعتقد الخاصة أو أن تلزم المواطن بأعمال تخالف معتقداته الشخصية. ينظرد/ **فتحي سرور**؛ الحماية الدستورية للحقوق والحريات؛ دار الشروق؛ مصر ط2؛ 2000؛ ص105.

[2]- Chapus , Réné- Droit administraif général-Tome I –Montchrestien-14é édition 2001 p600 no787.

لتلك المرافق، بل هو النتيجة الطبيعية الملازمة لهذا المبدأ، فمن المتفق عليه أن هناك مبدأً مستخلصاً من النصـــوص الدستورية والتشريعية هو مبدأ علمانية الدولة الفرنسية، ويطبق هذا المبدأ على جميع المرافق العامة.

ويتفرَّع عن هذا المبدأ، مبدأ آخر هو **مبدأ حياد المرفق العام**؛ الذي بمقتضاه يحظر على الهيئات المحلية أن تقدّم المساعدات للجماعات الدينية، كما يترتب عنه أيضا اعتبار مبدأ علمانية التعليم الرسمي كأنه واحداً من عناصـــر علمانية الدولة، ويفرض بأن يكون التعليم متضمناً مراعاة، من جهة حيادية البرامج والعلوم، ومن جهة ثانيـــة احترام حرية التلامذة في المعتقد؛ وهو يمنع أيضاً كل تمييز في الانتساب إلى المؤسسات التعليمية المرتكـــز علـــى العقائد الدينية أو معتقدات التلامذة، باعتبار كل ذلك من متطلبات **النظام العام الفرنسي**.

2-2- موقف القضاء الاداري من قضية الحجاب في فرنسا:

لمجلس الدولة الفرنسي صولات وجولات مع الحريات والمظاهر الدينية وممارسة الشعائر التعبدية؛[1] لعل مـــن أشهرها قضية حجاب المرأة المسلمة، وهي القضية التي اتخذت طابعا دوليا؛ قد يصل بها الى تحريـــك المحكمـــة الأوروبية لحقوق الانسان؛ و تعود أحداث القضية الى سنة 1989، وذلك عندما دخلت الفتيات سميرة وليلـــى وفاطمة إلى مدرستهن collège Gustave havez de Creil Oise وهن مرتديات للحجاب، وهذا ما أدى إلى طردهم من المدرسة، إلا أن وزير التربية Lionel Jospin رفض البت في هذه القضية وطلـــب رأي مجلس الدولة الفرنسي، فأجتمعت الجمعية العامة لمجلس الدولة وأصدرت **فتواها الشهيرة**، التي مضـــمونها: "أن حمل التلاميذ للشعارات التي تظهر انتماءهم لديانةٍ ما، **لا يشكِّل بذاته تعارضاً مع مبدأ العلمانية**؛ ومنذ هذه الفتوى استقر اجتهاد مجلس الدولة على قاعدة أن للتلامذة الحق في إظهار انتماءهم الديني سواء بلبس الحجاب أو حمل الصليب أو رفع القلنسوة"[2].

وجدير بالإشارة أنه في بعض الحالات كان مجلس الدولة **يوافق** المؤسسة التعليمية على قرارها **بحظر** حمـــل الشعارات الدينية أو لبس الحجاب، وذلك في الحالة التي يترافق فيها ارتداء الحجاب **مع إضطراب في النظام العام**

---

[1] – ويعود تاريخه إلى الفترة الأولى لإعلان فرنسا دولة علمانية، فقد بلغ حظر المظاهر الدينية بحجة تأمين حياد الشارع، إلى درجـــة منـــع الجنازة الدينية من المرور في الشارع، حيث كان التقليد السابق أن يرتدي رجال الأكليروس لباسهم الديني ويتقدمون الجنازة ســـيراً علـــى الأقدام من منزل الفقيد إلى المدفن، ومتذرعة بمبدأ حياد الشارع وعلمانيته كانت هذه المسيرات محظورة، إلى أن تقدَّم الأب أوليفيه بطلـــب إبطال هذا القرار أمام مجلس الدولة الفرنسي، الذي لم يتردد من إقرار عدم مشروعية قرار منع الجنازات الدينية من المرور في الشارع معتـــبراً أنه لا يوجد أي مبرر مستخلص من ضرورة الحفاظ على النظام العام... يسمح للمحافظ بأن يمنع رجال الأكليروس من مصاحبة الجنـــازات سيرا على الأقدام بملابسهم الدينية . وكذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم مشروعية قرار مدير شرطة باريس الذي منع المراسم الدينيـــة التي يقيمها اتباع عبادة كريسنا، لأنه يمس بصورة غي مشروعة بحرية العبادة. وفي مجال الوظيفة العامة أبطل مجلس الدولة قرار وزير التعلـــيم العالي الذي رفض بموجبه قبول طلب الأب بوتير للإشتراك في المسابقة التي تستهدف اختيار العاملين في التعليم الثانوي، وكان سبب رفـــض الوزير لقبوله هو أن صفة الأب بوتير الإكليريكية تتعارض مع قبوله بين العاملين في التعليم العام ذو الطبيعة العلمانية. ينظـــر إلى مقالـــة د/ د/عصام نعمة إسماعيل؛ يبقى القضاء ملاذاً نهائياً لحماية الحرية الدينية؛ مقالة على الانترنت مركز بيروت للأبحاث والمعلومات؛ علـــى موقـــع **www. google.com**

[2] - د/عصام نعمة إسماعيل؛ يبقى القضاء ملاذاً نهائياً لحماية الحرية الدينية؛ مقالة سابقة؛ على موقع **www. google.com**؛ص12

والمساس بمعتقدات وحريات الطلاب الأخرين، أو يحدث اضطراباً في القطاع التعليمي؛ أو لا يتوافق مع السير الطبيعي للدروس، فعلى سبيل المثال قضية رفض **الطالبة** المشاركة في درس التربية البدنية بحجة ارتدائها للحجاب، فلما عُرضت القضية على مجلس الدولة الفرنسي، بدأ المجلس بالتذكير بموقفه الراسخ من حرية الأديان والمعتقد المكرسة دستورياً، **وأن لبس الحجاب لا يمس بمبدأ علمانية الدولة**، ولكنه أشار إلى أنه يجب أن لا يترتب على حمل العلامات الدينية الظاهرة أن تشكل أداة ضغط أو استفزاز أو تمرد أو دعاية تمس بمعتقدات أو حرية التلاميذ أو بقية أعضاء الجسم التربوي، أو تعيق السير الطبيعي للنشاط التعليمي، أو الدور التربوي للتعليم، مركزا في آخر حيثياته على أن لا يصاحب ذلك **اضطراب في النظام داخل المؤسسة** التعليمية أو في المساس بالسير الحسن للمرفق العام؛ وبناء على هذه الحجة الأخيرة **رأى** مجلس الدولة في قضية ثانية " أن عقد اجتماع سياسي في ثانوية رسمية من شأنه خرق **حياد الشارع ويمس بعلمانية الدولة كعنصر من عناصر النظام العام الفرنسي**. [1]

والواقع أنه إذا كانت خصوصية بعض الحالات تبرر منع التلاميذ من لبس الحجاب أو حمل شعاراً دينياً، حفظا للنظام العام تطبيقاً للفتوى التي قدَّمها مجلس الدولة سنة1989، إلا أن هذا **الحظر** يكون ممنوعاً وغير مشروع عندما تتخذه مؤسسة تعليمية بصورة عامة ومطلقة. وهو ما صرح به مجلس الدولة في أثناء النظر في الطعنً ضد قرار تنظيمي داخلي اتخذته إدارة المدرسة، وذلك بإضافتها **مادة إلى نظامها الداخلي** تحظِّر بموجبها التزين بأي شعار يدل على الانتماء السياسي أو الديني أو الفلسفي في المؤسسة، واستناداً لهذا القرار فقد منعت ثلاثة فتيات من الدخول إلى قاعات الدراسة بسبب إصرارهم على رفض نزع الحجاب، وبعدها تمَّ **فصلهم من المدرسة**، وهذا ما دفع بأوليائهن إلى الطعن أمام مجلس الدولة ضد تلك القرارات الفردية بالطرد المتخذة تطبيقاً للنظام الداخلي؛ وقد **أبطل** مجلس الدولة هذا القرار التنظيمي في **حكمٍ يحمل أهمية خاصة** لاستناده إلى ذات المبادئ التي أرستها فتوى 1989.

ورغم هذا القرار الجريء الا أن موقفه يبقى متذبذبا، في قضايا أخرى بسبب الدور المؤيد للسياسة العلمانية الفرنسية، ومن هذا القبيل قراره:" يكون **مبرراً ومشروعا فصل** تلميذ يشارك داخل المدرسة في نشاطات تبشيرية أو تبليغية، هادفة إلى حث التلامذة على الدخول في دين جديد، أو إذا كان حمل هذه الشعارات الظاهرة، يهدف بصورة أساسية إلى إظهار الطالب لدينه لأغراض تمييزية. وإذا كان بإمكان التلامذة التعبير وإظهار معتقداتهم الدينية داخل المدارس، ولكن يشترط بهم احترام التعددية وحرية الآخرين، وعدم المساس بالنشاطات التعليمية أو في مضمون هذه البرامج، وأن يراعوا موجب المواظبة على حضور الدروس فمعتقدات التلاميذ لا تكون أبداً غير متلائمة مع حيادية المرفق العام، وكذلك لا يمكن فصل تلميذ بحجة أنه يتلقى دروساً في العقائد الدينية، أو لأنه يشارك في أوقات فراغه بأعمال مع جماعات عقائدية.

---

[1] –ويظهر أن هذا الحق لم يقتصر على الطلاب المسلمين، فكل الطلاب اليهود في المدارس الرسمية، لهم الحق في الحصول على إذن بالغياب لأسباب دينية، على شرط أن يكون التغيب عن الدروس ضرورياً لممارسة العبادة، وأن لا يكون متعارضاً مع السير الطبيعي للدروس ولا مع احترام النظام العام في المؤسسة التعليمية د/ رفعت عيد سيد؛ حرية الملبس؛ ص77

واستناداً إلى هذا العرض الموجز لموقف مجلس الدولة الفرنسي المتذبذب[1] من مسألة حمل الشعارات الدينية في المدارس والمؤسسات التعليمية، تبقى **قضية الحجاب في فرنسا** واحدة من أهم القضايا التي تكشف عن ضبابية فكرة النظام العام؛ وقدرة السلطة على تسخيره لحماية مصالحها؛ وخدمة أغراضها؛ ومن ثم فانها قضية تدخل ضمن خانة **النظام العام السياسي** الغربي وليس في خانة النظام العام القانوني المحدد بعناصره الوضوعية الثلاث.

والواقع أنه إذا كان إقدام السلطات الفرنسية على هذا الإجراء الضبطي الإداري؛ وتوقيع الجزاء عليه بالحرمان من الحق في التعليم مبررسياسيا في دستور فرنسا العلمانية الا أنه غير مبرر القانونية، لأن تحجج فرنسا **بمحاربة ظاهرة التطرف** الديني لا علاقة لها إطلاقا بالحجاب؛ خصوصا وأن الحجاب الشرعي ليس زيا وفقط؛ وإنما هو شعيرة تعبدية **وقاعدة من قواعد النظام العام الثابتة والأبدية في الشريعة**؛ لأنه من صميم الدين خلافا للباس الكنسي حتى لا أقول المسيحي؛ والذي هو مجرد **زي** لا يكون ملزما لصاحبه الا أثناء ممارسة التعبد فان مما يثير العجب هو منع بعض البلاد الإسلامية للحجاب في مقرات العمل ومكاتب الإدارة الحكومية؛ وقد تعدى هذا الأمر إلى درجة وجوب اشتراط نزع خمار المرأة المسلمة في الصورة الشمسية للمطلوبة لاستصدار البطاقات الهوية الشخصية كبطاقة التعريف وجواز السفر ورخصة السياقة؛ ومن ثم فان محل النزاع هو هل يحق للمؤسسات العمومية خصوصا المرافق العامة منها الإدارات المركزية كمقرات الوزارات والجماعات الإقليمية كالولاية ومراكز الأمن والمؤسسات العمومية المصلحية كالجامعة منع دخول المحجبات والمنقبات.

---

[1] – ومع ذلك نجد في بعض الحالات أن حمل الشعائر الدينية يصطدم بمبدأ العلمانية، وذلك ليس بسبب الحجاب، بل بسبب طبيعة الوظيفة التي تمارسها المرأة التي ترتدي الحجاب، فاعتبر مجلس الدولة أن لبس **ناظرة** مدرسة داخلية للحجاب الإسلامي **يبرر إنهاء** وظيفتها، وكذلك فإن حضور السيدة إلى عملها بتاريخ 2001/10/11 وهي ترتدي الحجاب الذي يغطي شعرها كلياً، وهي تعمل كمراقبة عمل، وقد دعاها رئيسها في العمل إلى نزع هذا الحجاب. فرفضت هذه السيدة الاستجابة لأوامر رؤسائها التسلسليين، متذرعة بأن ارتداء هذا الحجاب يشكِّل موجباً دينياً؛ وهذا ما يشكِّل **خطأ جسيماً** في نظر الادارة يبرر التدابير التأديبية التي تعرَّضت لها. ومع ذلك فقد أبطلت محكمة استئناف **ليون** الحكم البدائي الذي رفض إبطال القرار التأديبي. وكذلك فإن الآراء أو المعتقدات الدينية أو الفلسفية للطلاب والتلاميذ لا تبرر مطالبتهم بالتغيب المنتظم، إلا إذا كان هذا التغيب من أجل حضور الأعياد الدينية، وطالما أن هذا التغيب بقي متوافقاً مع الدراسة، واحترام النظام داخل المدرسة. وفي قضية الآنسة حكيمة، صادقت محكمة استئناف Douai على حكم محكمة البداية الإدارية في مدينة ليل التي أدانت جامعة Lille II بدفع تعويض للآنسة حكيمة مقداره 15.000 فرنك فرنسي، تعويضاً عن الأضرار المادية والمعنوية التي أصابتها نتيجة قرار الجامعة بمنعها من دخول حرم الجامعة، وذلك بسبب ارتدائها الحجاب، **وقد رأى مجلس الدولة في فتواه أن النصوص التشريعة والدستورية المتعلقة بمبدأي علمانية الدولة وحرية المعتقد يجب أن تطبقا على السواء**، وبالنسبة للعاملين في مرفق التعليم الرسمي فإنهم يستفيدون مثل كل عمَّال الإدارة الآخرين من حرية المعتقد التي تحظِّر كل تمييز على أساس الدين عند الدخول إلى الوظيفة، ولكن مبدأ علمانية الدولة يشكِّل عائقاً أما إظهار هذه الشعارات الدينية في المرافق العامة. ويستنتج من ذلك أن إقدام عمال المرفق العام التعليمي على إظهار أثناء ممارستهم لوظائفهم للشعارات الدينية، وبشكلٍ خاص حمل شعار يدل على انتمائهم إلى أحد الأديان يشكِّل إخلالاً بمواجباته الوظيفية. حيث يستنتج أن مجلس الدولة الفرنسي يعتبر علانية التعبير عن المعتقدات الدينية داخل المؤسسات التعليمية في ذاته بمثابة اخلال بواجب الحياد؛ وهو ماينطبق على الحجاب الاسلامي. ينظر في تفاصيل هذه القضايا عند د/ رفعت عيد سيد؛ مرجع سابق؛ ص105 وما يليها.

فالأصل في ثوب المرأة هو الحجاب الذي يمثل واجبا شرعيا وأمرا تعبديا، ومن ثم لا يحق للسلطة العامة إلزامها بتركه؛ بل من واجبها التدخل لمنع السفور؛ وليس لمنع الحجاب؛ فكما أن الرسول عيه السلام كسلطة لم ير ذلك الصنف من النساء الكاسيات العاريات؛ فيجب على أي دولة مسلمة أن لا تراه أيضا.[1]

ب- حرية التمظهر بمظهر معين إعفاء اللحية نموذجا: ومن جهة ثانية وإتباعا لأخلاق الرسول الكريم والاقتداء بسنته في اللباس، ورغبة في التشبه به، والسعي وراء الظهور بمظهره، يقوم المسلم الملتزم بإعفاء اللحية وعدم حلقها، حرصا على الاقتداء بمظهر النبي الكريم– ص- فضلا عن مواصفات القمصان "كالنصف الساق" .وأيا كان الحكم الشرعي لهذه السنن الجبلية وهل هي من صفات محمد العربي الذي يعيش في جزيرة العرب كغيره من سكانها في لبس القمصان وإطلاق اللحى؛ أم هي صفات لمحمد النبي المقتدى والرسول المعلم بحاله ومقاله صلى الله عليه وسلم بحيث تكون جزءا من شريعته؛ فان الذي يهم الباحث هو أن هذه السنن المحمدية تمثل حرية مقررة شرعا وتتمتع بالحماية القانونية كونها أفعالا مشروعة غير محظورة؛ ومن ثم فليس لسلطة النظام العام إجبار المواطنين على لباس محدد أو منع لباس معين.

غير أن بعض هذه المظاهر قد تم منعها لفئة معينة من عمال القطاع العسكري، وذلك عندما اصدر في فيفري 1990، قرار منع اللحى والخمارات على الموظفين الذين يشتغلون في المستشفيات العسكرية[2].

وترجع أبعاد هذا القرار حسب رأي الأستاذ " **محمد تامالت**" إلى احتلال منظر مناضلي الحزب المنحل التي كانت تتوفر فيهم الصفات المذكورة آنفا في الشوارع خاصة بعد تشكيلهم " **الشرطة البلدية**" في ظل ما يعرف بالبلديات الإسلامية؛ و التي كانت مهامها غير محدودة بنص قانوني واضح؛ وإنما تخضع لضوابط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر **المزوج بأوامر الحزب** أكثر مما تخضع للضوابط القانونية وأوامر الدولة[3].

ومن جهة أخرى منع كل من كان في السجون، من أفراد الجبهة الإسلامية، من إعفاء اللحى بما فيهم قيادة الحزب بعد محاكمتهم؛ عملا بأحكام قانون السجون[4]؛ وان كان ذلك بالنسبة زعماء الفيس أمر ظرفيا؛ سرعان ما رفع عنهما المنع باعتبارهم من محبوسي الرأي؛ وليس من محبوسي إعادة التربية؛ مما يثير تساؤل

---

[1] – ففي الوقت الذي تغض فيه السلطة في الأنظمة العربية عموما الطرف عن السفور الماجن الذي يلوث الأبصار بدعوى الحرية الشخصية الخاصة أو الإباحية سيرا وراء التقليد الأعمى للغرب. يلاحظ على بعض الأنظمة محاربة الحجاب الإسلامي بدعوى تحرير المرأة وحفظ النظام العلماني رغم ارتباط هذا السفور في احيان كثيرة بجريمة الفعل الفاضح العلني في حالة ارتداء زي لا يكاد يستر عورة الإنسان ذكرا أم أنثى بحيث يخدش حياء العين، مما تفننت فيه بيوت الأزياء العالمية اليهودية من ملابس تكشف عن صدر المرأة وسيقانها وغيرها من مفاتنها بحيث صدق فيها قول المصطفى" صنفان من أهل النار لم أراهما: نساء كاسيات عاريات مائلات مميلات رؤوسهن كأسنمة البخت المائلة.. لا يدخلن الجنة ولا يجدن ريحا.." متفق عليه.

[2] – وهو القرار الذي قوبل باستنكار الجبهة الإسلامية، مما دفعها للقيام بحملة كبيرة ضد ذلك القرار من خلال جريدة "المنفذ " التي كانت تنشر رسائل عمال كانوا يرفضون ذلك القرار جملة و تفصيلا. ينظر إلى شطاب كمال؛ مرجع سابق؛ ص209

[3] – محمد تامالت؛ مرجع سابق؛ص51.

[4] – شطاب كمال؛ مرجع سابق؛ص209

الباحث هل يحق للسلطة تقييد ممارسة هذه الحرية[1]؛ رغم ثبوت صحتها في أصح كتب الحديث كالبخاري ومسلم بعبارات متنوعة[2] نحو "**أعفوا** للحى" و"**أرخوا** اللحى"؛ و"**أوفوا** اللحى"؛ والواقع أنها تمثل حرية وحقا من حقوق الخصوصية مكفولة الحماية الدستورية والقضائية؛ غير أن للضرورة أحكامها التي قد تبرر بها السلطة ضرورة حلق اللحية وكشف شعر المرأة؛ في بطاقة الهوية حتى يسهل عليها تمييز الأشخاص وتتبع الأشخاص المشتبه فيهم؛[3] على أن يكون ذلك إجراءا مؤقتا في ظل قيام حالة الضرورة الملحة على نحو ما قررته القاعدة ما جاز لعذر زال جوازه بزوال العذر"؛ والباحث في حدود علمه وبحثه لم يجد نصوصا قانونية ولا تنظيمية ولا تعليمات داخلية منشورة تمنع أخذ صور شمسية في الوثائق الرسمية باللحية أو بخمار المرأة؛ سوى تعليمات شفهية احتياطية؛ وفي بعض ربوع الجزائر العميقة.

ثانيا: أسلوب الترخيص المسبق وتطبيقاته في الجزائر"حرية الاجتماع والتظاهر نموذجا"

بادئ ذي بدء يعتبر الترخيص السابق اقل خطرا على الحرية من أسلوب الحظر سواء الحظر الكلي أو الجزئي، إذ في هذه الصورة من صور التنظيم اللائحي الضبطي تشترط لائحة الضبط لإمكان ممارسة نشاط معين آو حرية معينة الحصول على **إذن أو ترخيص سابق** من السلطات الإدارية المختصة قبل القيام بممارسة النشاط فعلا. بيد أن الإدارة قد تقوم بوضع شروط معينة يجب توافرها في طالب الترخيص حتى تمنحه الإذن أو الترخيص بممارسة النشاط، وهنا يتعين أن نلاحظ أن سلطة الإدارة في رفض أو منح الترخيص سلطة مقيدة وليست تقديرية، بمعنى انه يجب على الإدارة أن تمنح هذا الإذن أو الترخيص لكل من توافرت فيه الشروط المطلوبة للحصول على هذا الترخيص .

---

[1] – مما هو جدير بالإشارة بهذا الخصوص هو إقدام إدارة القضاء العسكري في مصر سنة 1981 على طلب الفتوى الشرعية من مفتي الجمهورية – وكان آنذاك **الشيخ جاد الحق على جاد الحق**؛ شيخ الأزهر فيما بعد- في شأن إطلاق اللحية وهل يجوز معاقبة مطلقها تطبيقا للقوانين العسكرية التي تعاقب على إعفائها: وقد ردت دار الإفتاء المصرية بالفتوى رقم 1282 بتاريخ 1981/06/16 "على أنه لا يجوز معاقبة أحدا أعفى لحيته بل العكس هو الصحيح حيث يجوز للحاكم المسلم أن يعاقب حالقها بعقوبة تعزيرية لأنها واجب شرعي إتباعا لهدي الرسول صلى الله عليه وسلم؛ ثم ذرت الفتوى أسانيدها الشرعية إضافة إلى فتوى الإمام الشافعي" بجواز التعزير بحلق الرأس لا اللحية؛ وقد حثت الفتوى الإدارة العسكرية على أن إعفاء اللحية لا يمتثل عصيانا للأوامر العسكرية ؛ وإنما تمثل إتباعا لسنة المصطفى؛ وقد أشارت الفتوى إلى أن للحية تكسب خشونة ومهابة للأعداء وهذا ما تتطلبه المهام العسكرية" ؛ ورغ كل ذلك لم تلتزم السلطة بهذه الفتوى؛ ينظر تفصيل هذه الفتوى ومبررات رفضها عند د/ عبد الله حسين؛ الإسلام وحقوق الإنسان الفردية؛ص285 الى ص288

[2] – ينظر هذه الروايات وأحاديثها عند الإمام مسلم؛ الجامع الصحيح بشرح النووي؛ ج3؛ ص146 وما بعدها. وقد قال النووي بعده إيراده لهذه الروايات؛ "وكلها تفيد ترك اللحية على حالها" ينظر المصدر نفسه؛ ص151

[3] – يكاد الفقه والقضاء الغربي يتفق على مشروعية **فرض بعض القيود على حرية التعبير عن العقيدة حفاظا على النظام العام**؛ حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية" صندوق الدفاع عن المسلمين أمام القضاء" الذي رفع دعوى أمام مجلس الدولة للمطالبة بإلغاء المادة الخامسة من مرسوم 1999/11/25؛ والمنشئ لنظام بطاقة الهوية؛ وبموجب هذا القانون يتعين للحصول على بطاقة الهوية أن يرفق مع الطلب صورتين فوتوغرافيتين لصاحبة الشأن وهي عارية الرأس؛ الأمر الذي يشكل بالنسبة للطاعنة اعتداء على حرية التعبير عن العقيدة؛ بيد أن مجلس الدولة رفض هذا التبرير مقرا بمشروعية فرض مثل هذه القيود التي تتفق مع حماية النظام العام؛ والمتمثل في هذه الحال في منع الغش وانتحال شخصية الغير" ينظر د/ رفعت عيد سيد؛ حرية الملبس؛ مرجع سابق؛ ص100

وعلى ذلك إذا قامت الإدارة بمنح الإذن أو الترخيص لبعض من توافرت فيهم الشروط دون البعض الأخر من الإفراد ممن توافرت فيهم هذه الشروط أيضا، فان قرارها برفض الترخيص لمن توافرت فيهم الشروط يعتبر غير مشروع لإخلاله بمبدأ المساواة بين الأفراد عند قيامها برفض آو منح الترخيص، ومن ثم لا يجوز لها أن تمنحه لبعض الأفراد و ترفض منحه للبعض الآخر طالما كانت ظروفهم متشابهة و توافرت فيهم جميعا الشروط المطلوبة لمنح الترخيص[1].

ولكن قد يثور التساؤل عن الحكمة من فرض نظام الترخيص، فنقول إن الحكمة من فرض هذا النظام تكمن في ضرورة إتاحة الفرصة لسلطات الضبط الإداري للتدخل مقدما في الأنشطة الفردية التي ترتبط ممارستها بالنظام العام، وذلك حتى تتمكن هذه السلطات من اتخاذ الاحتياطات اللازمة لوقاية المجتمع من الأخطار التي قد تنجم عن ممارسة هذه الأنشطة في كل حالة على حدة تبعا لظروفها من حيث الزمان و المكان[2].

وعليه فانه يمكن تكييفه على انه مجرد إجراء تنظيمي يستهدف تقييد النشاط من قبل الأفراد بالحصول على إذن أو ترخيص سابق من الجهة الإدارية المختصة، كالإجراءات الضبطية المتعلقة بالحصول على إذن مسبق لعقد الاجتماعات العامة أو القيام بالمظاهرات[3] أو تلك الإجراءات التي تفرض الحصول على رخصة مسبقة لمزاولة بعض المهن.[4]

غير أنه ما يجب ملاحظته أن الإدارة مقيدة في هذا المجال كما سلف الإشارة إلى ذلك بأحكام الدستور والقانون، فلا يجوز لها أن تفرض مثل هذا الترخيص ما لم يقرره الدستور والقانون، إذ قد تنص أحكام هذا القانون على مثل هذا الترخيص وعندئذ يكون الترخيص الذي تفرضه الإدارة تنفيذا لهذه الأحكام، وقد يحيل الدستور ذلك على القانون الذي ينظم النشاط المعين فيضع المشرع نصا بوجوب الترخيص، كما قد يترك الأمر للسلطة التقديرية في هذا المجال، فإذا وجدت الإدارة لا ضرورة للترخيص لصيانة النظام العام، غير أن هذه السلطة المقررة للإدارة تخضع هي الأخرى لرقابة القاضي. فالقاعدة العامة هي أن الإدارة لا تستطيع أن تتدخل في النشاط الفردي أو في الحريات عن طريق فرض نظام الترخيص–و خاصة إذا تعلق الأمر بممارسة الحريات

---

[1] – د/حلمي الدقدوقي؛ مرجع سابق؛ ص84؛ د/محمود عاطف البنا؛ الوسيط في القانون الإداري؛ ص387

[2] – سعد الدين الشريف؛ أساليب الضبط الإداري؛ مقالة سابقة؛ ص29

[3] – منع مسيرات التضامن مع الفلسطينيين من طرف وزارة الداخلية الجزائرية، حيث جاء في بيانها:"أن الاجتماعات في الأماكن المغلفة والممكن الدخول إليها يمكن الدخول إليها يمكن تنظيمها بشرط احترام القانون: 19/ 19 المؤرخ في 1991/12/02 م والمتعلق بالاجتماعات والتظاهرات الشعبية وخاصة فيما يتعلق بآجال الإعلان المسبق" عن جريدة الفجر، العدد: 06 السنة 01، المؤرخة في 2000/10/11.–وكذلك جريدة الخبرالتي أكدت أن تبرير وزارة الداخلية أن منع المسيرة أسبابها تتعلق بالنظام العام، ينظر جريدة **الخبر** العدد 2989، المؤرخة في: 11/ 2000/10، السنة 09 .

[4] – ومن هذا القبيل يمكن التمثيل بنص المادة 10/451 من قانون العقوبات الجزائري التي تضمنت توقيع جزاءا جنائيا على كل من **زاول مهنة التجارة دون إذن** أو ترخيص قانوني" يعاقب بغرامة من 5الى 5000 دج وبالحبس لمدة خمسة أيام على الأكثر " كل من قدم أو باع أو عرض للبيع بضائع في أماكن عمومية مخالفا اللوائح التنظيمية في هذه الأماكن دون الحصول على **إذن وتصريح قانوني**"

العامة التي يكلفها الدستور أو القانون –إلا إذا أجاز لها المشرع ذلك صراحة, ومن ثم إذا تـــدخلت الإدارة في الحريات العامة عن طريق فرض نظام الترخيص دون أن يجيز لها المشرع فرض هذا النظام ,ففي هذه الحالة يكون تدخل الإدارة غير مشروع.

وجدير بالذكر أن هناك رأي في الفقه الفرنسي يذهب إلي القول بأنه إذا كان الترخيص الإداري تقـــديريا, بحيث يكون من سلطة الإدارة أن تمنح أو لا تمنح الترخيص، فان هذا النوع من الترخيص يكون أشد خطـــورة على الحرية من الترخيص المقيد،و هو يقترب إلى حد كبير من نظام الحظر.[1]

والواقع أن نظام الترخيص السابق أقل خطورة على الحرية من نظام الحظر أو المنع إذا كان الترخيص مقيدا، أي إذا كانت سلطة الإدارة في منع الترخيص أو رفضه مقيدة وليست تقديرية، أما إذا كان الترخيص تقـــديريا بحيث تكون الإدارة حرة في منح الترخيص أو عدم منحه، ففي هذه الحالة ينقلب الترخيص خطرا على الحريـــة ويقترب من نظام الحظر أو المنع، ذلك أن الإدارة قد تتعسف في استعمال سلطتها التقديرية وتمنح الترخيص لمن تشاء من الأفراد، وترفض منحه لمن تشاء على الرغم من توافر الشروط لمنح الترخيص. ونظرا لمـــا في نظـــام الترخيص من خطورة على الحريات العامة فان الفقه يتجه إلى التضييق من سلطة الإدارة في فرض هذا النظام و يخضعه للقواعد الآتية[2]:

1– لا يمكن تطبيق نظام الترخيص بالنسبة للحريات التي يكلفها الدستور أو القانون، فإذا كان الدســـتور أو القانون يحمي إحدى الحريات ويجعلها من الحريات الأساسية؛ فإنها لا تخضع لنظام الترخيص، فلا يجوز للإدارة أن تفرض نظام الترخيص إلا في حالة احتمال مساس ممارسة النشاط الفردي بإحدى عناصر النظام العام؛ مثل اشتراط رخصة البناء خشية البناء الفوضوي الذي قضى على أراضي زارعية خصبة[3].

2– في الحالات التي يجوز فيها فرض نظام الترخيص سواء صراحة بالقانون أم لا ؛الأمر لا يتعلق بحرية عامـــة يكلفها القانون، في هذه الحالات يتعين على سلطات الضبط الإداري مراعاة المساواة بين الأفـــراد في مـــنح أو رفض الترخيص.[4]

ويترتب على أسلوب الترخيص عدة آثار على ممارسة الحقوق والحريات منها ضرورة صدور قرار ايجابي أو صريح من السلطة الإدارية المختصة، وبالتالي فلا يجوز للأفراد الاكتفاء بتقديم طلب للحصول على الترخيص واعتباره كافيا لممارسة النشاط، حتى ولو كان القانون قد حدد مدة معينة للرد على طلب الترخيص و لم تـــرد الإدارة على الطلب في الآجل المحدد، وذلك لأن المقصود بتحديد مدة معينة للبت في طلب الترخيص مجرد حث الجهة الإدارية على سرعة التصرف فيه دون أن يترتب على تراخيها في امتناع الإدارة عن الرد علـــى طلـــب

---

[1] – د/ عبد العليم عبد المجيد مشرف؛ مرجع سابق؛ ص138

[2] – د/عزيزة الشريف؛ دراسات في التنظيم القانوني للنشاط الضبطي مرجع سابق ص 95 ؛ د/ سعاد الشرقاوي؛ مرجع سابق128 مجـــدي احمد فتح الله مرجع سابق ص163

[3] – مريم عروس؛ النظام القانوني للحريات العامة في الجزائر؛ بحث لنيل الماجستير؛ جامعة الجزائر؛ سنة 1999؛ ص 74.

[4] – د/ عبد العليم عبد المجيد مشرف؛ مرجع سابق؛ ص139

الترخيص في المدة المحددة و انقضاء هذه المدة دون صدور قرار ايجابي بالترخيص، لا يعتبر موافقة ضمنية على الترخيص بمزاولة النشاط.[1]

أما عن الآثار التي تترتب على الترخيص، فيلاحظ أنه لا يترتب على الترخيص أية آثار قانونية بالنسبة للغير، أما بالنسبة للمرخص له فان الترخيص يضعه في مركز قانوني عام لا فردي، وعلى ذلك لا ينشأ للمرخص له أية حقوق مكتسبة، وكل ما يترتب على الترخيص هو إزالة الموانع القانونية التي تحول دون ممارسة الأنشطة التي يقدر المشرع أن في ممارستها خطرا على المجتمع ومن ثم أخضعها لنظام الترخيص.[2]

ويلاحظ من ناحية أخرى أن الإدارة تستطيع أن تسحب الترخيص أو تعدل فيه في أي وقت متى اقتضت المحافظة على النظام العام ذلك السحب أو التعديل، و يرجع ذلك إلى أن مركز المرخص له بمقتضى قرار إداري مركز عارض أو مؤقت.[3]

ومن أمثلة الترخيص السابق ضرورة الحصول على رخصة قيادة السيارات، أو اشتراط الحصول على إذن من جهة الإدارة لاستخدام مكبرات الصوت في إحدى المناسبات، و أيضا اشتراط الحصول على ترخيص بالبناء من إدارة التنظيم أو الإسكان قبل القيام بالبناء فعلا.

ومن أمثلتها أيضا التراخيص المشتركة في تأسيس الشركات والمؤسسات الاقتصادية الخطرة أو المزعجة أو غير الصحية؛ خاصة في أعقاب الانفتاح الاقتصادي.[4]

1-أثر أسلوب الترخيص المسبق في ممارسة حرية الاجتماع والتظاهر:

تعتبر حرية الاجتماع من أهم الحريات الأساسية وأقواها أثرا في تكوين الرأي العام و تبصير شخصية المواطن باعتبارها من الحريات الفكرية والسياسية التي لها عظيم الأثر على سائر الحقوق والحريات الأخرى؛ فبها يستطيع الأفراد تبادل الفكر وتمحيص الرأي فيما يهم صالح الجماعة.[5] وبهذا تعتبر بحق امتداد لحرية الرأي؛ والتعبير عنه جماعيا[6].

ولما كانت حرية الاجتماع العام من الحريات الأساسية التي يتعدى أثرها الفرد إلى المجتمع والى السلطة؛ فإنها بلا شك من الحريات الأساسية التي تحتاج إلى تنظيم تشريعي يبعدها عن تعسف الإدارة في قيامها بوظيفة الضبط الإداري من اجل حماية النظام العام.[7]

---

[1] – د/ عاطف البنا ؛ الوسيط في القانون الإداري ص404

[2] – د/ عبد العليم عبد المجيد مشرف؛ مرجع سابق؛ ص140 نقلا عن رسالة بابا نيكولا؛ السابقة الإشارة اليها؛ ص60

[3] – عاطف البنا؛ الوسيط في القانون الإداري ص404

[4] – ينظر لتطبيقات أخرى عند" مريم عروس؛ النظام القانوني للحريات في الجزائر؛ بحث لنيل الماجستير؛ جامعة الجزائر؛ 1999؛ ص72

[5] – عمرو أحمد حسبو؛ حرية الاجتماع؛ ص8

[6] – د/ أحمد محمد فتح الباب؛ حرية الاجتماعات العامة – ضوابطها التنظيمية والرقابة القضائية عليها ؛ مجلة كلية الدراسات العليا بأكاديمية مبارك للأمن؛ العدد الرابع؛ جانفي 2001؛ ص19

[7] – د/عمرو حسبوا؛ حرية الاجتماع؛ ص13

ومع ذلك يعترف الفقه والقضاء الإداريين بحق الإدارة في إصدار لوائح ضبطية مستقلة بالقدر الضروري لدفع الإخلال بالنظام العام. بحيث يشترط فضلا عن ضرورة الإجراء الضبطي ولزومه وتناسبه مع جسامة الاضطراب الذي تهدف الإدارة إلى تفاديه؛ أن تقدر الضرورة بقدرها بحيث تكون التضحية بقدر من الحرية بسبب ممارسة سلطة الضبط يجب أن يكون متكافئة مع مقدار المصلحة المشروعة التي تتغياها الإدارة وبذلك يتحقق عمليا التوفيق بين رعاية الحرية؛ وحماية النظام العام[1].

وعليه يحتم القضاء الإداري المعاصر على الإدارة ضرورة العمل على التوفيق بين مقتضيات المحافظة على النظام العام وصيانة الحريات العامة. بإيجاد تناسب بين خطورة المساس بالحرية وخطورة تهديد النظام العام[2].غير أنه نظرا لمساس حرية الاجتماع بالنظام العام فقد اشترط المشرع في ممارسة ضرورة الترخيص المسبق وإلا اعتبرت تجمهرا مجرما

1-تعريف حرية الاجتماع: عرفتها المادة 02من قانون 28/89 المتعلق بحرية الاجتماع العمومي:" هي **تجمهر مؤقت لأشخاص متفق عليه؛ ومنظم في كل مكان مفتوح لعموم الناس قصد تبادل الأفكار؛ والدفاع عن مصالح مشتركة**" ويلاحظ عليه الإلمام بكل عناصر حق الاجتماع المتفق عليها دستوريا؛ غير أن ما يعاب عليه استعمال مصطلح " **التجمهر**" الذي يعتبر فعلا مجرما طبقا لأحكام المادة 97 من قانون العقوبات؛ وكان الأجدر أن تستبدل بمصطلح: "**تجمع**"[3]؛ وهو ما تداركه المشرع الجزائري في التعديل اللاحق لقانون الاجتماعات العمومية بموجب المادة 02 من القانون رقم 19/19[4] ؛ وقد أضافت المادة 08فقرة 02 منها منع ممارسة الاجتماع في الطريق العمومي؛ وهو القيد الجديد لتعريف الاجتماع العمومي الذي صرحت به المادة02 من القانون المعدل 19/91 حيث نصت على: "**وينظم خارج الطريق العمومي**".

2-عناصر الاجتماع العمومي: أمام فشل التعريفات التشريعات[5] في التحديد القانوني لماهية ومفهوم الاجتماع الاجتماع العمومي وعدم تمييزه عما يشابهه من التجمعات الأخرى كالاجتماعات الخاصة؛ والمظاهرات

---

[1] - عمرو حسبوا ؛ حرية الاجتماع؛ص60

[2] - د/ أحمد محمد فتح الباب؛ حرية الاجتماعات العامة – ضوابطها التنظيمية والرقابة القضائية عليها؛ ص68

[3] - حكيمة ناجي؛ التجمعات العمومية والمظاهرات وسلطة الضبط في الجزائر؛ رسالة ماجستير2001 جامعة الجزائر؛ ص18

[4] - وذلك طبقا للمادة 02 من القانون 91/ 19المؤرخ في 02ديسمبر 1991 المعدل والمتمم لقانون28/89؛ جريدة رسمية رقم63؛ الصادرة بتاريخ 04 ديسمبر1991.

[5] - الامر63/75 المؤرخ في 26سبتمبر1975؛ المتعلق بالاجتماعات العمومية؛ جريدة رسمية رقم 80 الصادرة بتاريخ 07أكتوبر1975؛ والذي اعتبر حرية الاجتماع حرية حرة. ثم صدر الامر06/77؛ المؤرخ في 19فبراير1977؛ جريدة رسمية رقم 16 الصادرة بتاريخ 23 فبراير1977؛ وقد جاء هذا الأمر تنظيما تشريعيا لحرية الاجتماع المقررة في دستور1976 طبقا للمادة 55. وكلا هذين الأمرين كانا في عهد الاختيار الاشتراكي للدولة وهي فترة الجمهورية الأولى من 1963-1989 الذي تميز بقييد ممارسة الحريات خاصة الحريات السياسية منها؛ الأمر الذي دفع بالمشرع إلى عدم تنظيم حرية التظاهر كحق دستوري.

وفي عهد الجمهورية الثانية ابتداء من دستور 1989 الذي كرس التعددية الحزبية والإعلامية وحق المعارضة السياسية وحريات الفكر والرأي والتعبير و الاجتماع هي الحرية التي كرستها المادة 39 منه؛ والتي صدر بشأن تنظيم التشريعي القانون رقم 28/89؛ المتعلق

والمسيرات والمواكب والتجمهرات[1] اتجه الفقه الدستوري إلى تحديد العناصر المادية المكونة له وهي العناصر المميزة له عن تلك التجمعات البشرية.

أ–عنصر التنظيم أو التدبير السابق: ولن يتحقق هذا العنصر الا بتوافر شقين[2]:

– **التدبير السابق مع سبق الإصرار عليه:** أي أنها حادث عمدي ليس وليد الصدفة أو العفوية والعشوائية كالتجمهر أو الالتقاء صدفة في الأماكن العمومية كوسائل النقل؛ يتطلب نوعا من التحضير والإعداد المسبق له. ويترتب على ذلك اعتبار غياب عنصر التنظيم هذا تخلف صفة الاجتماع العام. وقد نصت المادة 10 من القانون 28/89 المنظم الاجتماعات والتظاهرات على تشكيلة المكتب المنظم الاجتماع العمومي والمتكون من رئيس معين ومساعدين اثنين على الأقل؛ من أجل السهر الحسن على سير الاجتماع بانتظام. والحيلولة دون وقوع أية مخالفة للقوانين؛

فهدف هذا المكتب المنظم الاجتماع العمومي هو حفظ النظام العام بمنع الخطب الماسة بالأمن العمومي؛ والسهر على احترام الأخلاق الحسنة والآداب العامة واحترام حقوق المواطنة الدستورية. كما يلتزم المكتب بالمنع مشاركة العناصر الخطرة. وزيادة في التنظيم يمكن طلب إحضار موظف معين أو منتدب لحضور الاجتماع العمومي كممثل عن سلطة الضبط الإداري.[3]

– **خضوع الاجتماع لنظام وقواعد محددة تنظم سيره من بدايته إلى نهايته:** بحيث يكون بعيدا عن الغوغائية والفوضى والتلقائية؛ فلا يعد من قبيل الاجتماع الخطابة في الأسواق ولا بغرض الدعاية الحزبية؛ ويهدف هذا العنصر إلى تمييز حق في الاجتماع المنظم لأهداف مخصوصة كحرية دستورية؛ وبين غيره من التجمعات البشرية غير المنظمة والمحددة العلاقة بين المجتمعين.

ب– عنصر التأقيت: بحيث يكون الاجتماع عبارة عن تجمع مؤقت غير مستمر؛ ينعقد خلال فترة محددة قانونا عادة ما تكون في النهار حتى يسهل توفير الأمن لها من جهة؛ وحتى يتم تفادي الإخلال بالسكينة العامة من جهة ثانية. و لم يحدد القانون 28/89 مدة الاجتماع العمومي ولا حده الزمني الأقصى؛ وإنما اشترط ذكر ساعته ومدته ضمن وثيقة التصريح.[4]

ج– تبادل الآراء والأفكار دفاعا عن المصالح المشتركة: والعنصر الجوهري الذي يهدف إليه الاجتماع بحث يتم ممارسة حرية الرأي والفكر والتعبير للخروج بأحسن الأفكار لحماية مصالح المجتمعين. وبهذا العنصر تخرج

بالاجتماعات العمومية والمظاهرات ؛المؤرخ في 1989/12/31؛ جريدة رسمية رقم04؛ الصادرة بتاريخ 1990/1/24؛ وهو القانون الذي اعتبر حرية الاجتماع حقا مباحا طبقا للمادة 03 " **الاجتماعات العمومية مباحة**...".

[1] – ينظر في الفروق الجوهرية بين هذه التجمعات عند د/ عمرو حسبو؛ حرية الاجتماع ؛ ابتداء من ص116 الى ص126

[2] – د/ محمد احمد فتح الباب السيد؛ سلطات الضبط الإداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة؛ دراسة مقارنة؛ رسالة دكتوراه؛ جامعة عين شمس؛ 1993؛ ص134؛ ود/ عمرو حسبو؛ حرية الاجتماع؛ ص109

[3] – حكيمة ناجي؛ التجمعات العمومية والمظاهرات؛ ص33 وما بعدها.

[4] – حكيمة ناجي؛ رسالتها السابقة؛ ص35

المواكب الجنائزية والمظاهرات. والمحاضرات المفتوحة للجمهور لطابعها التقني التعليمي بخلاف خطاب الاجتماع العمومي الذي يكون سياسيا تعبويا[1].

د- عمومية الدعوات: بحيث يكون الاجتماع مفتوحة أمام أي فرد؛ فلا يشترط وجود دعوة شخصية واسمية لكل فرد؛ فإذا كانت الدعوة تتسم بأنها شخصية فإنها تحول الاجتماع العام إلى اجتماع خاص حفلة الأعراس والولائم[2].

هـ- مكان الاجتماع: بحيث يكون في مكان محدد سواء كان عاما أو خاصا؛ فلا ينعقد في الطرق العامة؛ ولا في الساحات العمومية؛ بحيث يكون الاجتماع ثابتا؛ غير متحرك وإلا تحول إلا مسيرة أو مظاهرة؛[3] كما يمكن عقده في الهواء الطلق بشرط الابتعاد عن الطريق العمومي؛ والعبرة بالمكان هو عدم غلق الأبواب ومنع الالتحاق به[4].وقد حدد قانون الاجتماعات العمومية في الجزائر الأماكن الممنوع الاجتماع فيها؛ فمنع ممارستها في الطريق العمومي لمساسها بحرية التنقل لدى الغير طبقا للمادة 08 منه؛ كما يمنع الاجتماع في أماكن العبادة كالمساجد بهدف تحييدها عن العمل السياسي وتجنب تسخير منابرها لتمرير مشاريع الأحزاب بمختلف أطيافها[5].

وبهذا يكون المسجد **مرفق عمومي** تابع للدولة إشباع لحرية التعبد وممارسة الشعائر الإسلامية بعيدا عن التقلبات السياسية. وهو حدده المشرع بدقة في المرسوم التنفيذي81/91 المتعلق ببناء المساجد وتسيرها[6] حيث عرفته المادة 01 منه :" **المسجد بيت الله؛** يجتمع فيه المسلمون لأداء صلاتهم وتلاوة القران الكريم والاستماع إلى ما ينفعهم في أمور دينهم ودنياهم"؛ " ولا يؤول أمر المسجد إلى فرد أو جماعة أو جمعية إنما أمره إلى الدولة المكلفة شرعا المسئولة عن حرمته وقداسته؛ واستقلاله في أداء رسالته الروحية والتعبدية والتربوية والثقافية والاجتماعية"؛ ويظهر من خلال التأمل في هذا المرسوم منع وتقييد الأفراد والأئمة المتطوعين والمعيين رسميا من استخدام المسجد لإلقاء خطب خارجة عن الغايات التعبدية والتعليمية والاجتماعية السابقة"؛ وهذا بعد أن رأت الدولة انتشار ظاهرة تسييس المساجد وجعلها **قواعد خلفية** لمشاريع بعض الأحزاب والجمعيات[7].

---

[1] - ينظر حول هذا المعنى د/ سعد عصفور؛ حرية الاجتماع؛ مقالة سابقة الإشارة إليها؛ ص273

[2] - ينظرهذا الشرط عند د/ أحمد فتح الباب؛ حرية الاجتماعات العامة – ضوابطها التنظيمية والرقابة القضائية عليها؛ ص29.

[3] - د/ عمرو حسبو؛ حرية الاجتماع؛ ص111

[4] - د/ محمد أحمد فتح الباب؛ مقالته السابقة؛ ص43

[5] - حكيمة ناجي؛ التجمعات العمومية والمظاهرات؛ رسالة سابقة؛ ص22 وما بعدها.

[6] - المرسوم التنفيذي 81/91 المؤرخ في 1991/3/23؛ المتعلق ببناء المسجد وتنظيمه وتسييره؛ جريدة رسمية 16؛ ص535

[7] - ينظر تفصيلا لمبررات الدولة في إعادة التنظيم القانون لتسيير المساجد جريدة الخبر العدد 3007؛ الصادرة بتاريخ 01 نوفمبر 2000؛ ص7؛ وفي ضوء ذلك جاء تعديل قانون العقوبات مجسدا لرغبة السلطة في منع استخدام المساجد لإلقاء خطب حماسية سياسية تخدم توجها سياسيا لحزب ما؛ حيث تم تجريم أداء خطبة في المسجد أو مصلى عمومي من طرف أي شخص غير معين ولا معتمد من طرف السلطة المؤهلة للترخيص بذلك. وهذا طبقا للمادة 87 مكرر10 من قانون العقوبات الجزائري.

وعلى هذا يمكن حصر الحرية الاجتماع في نوعين من الاجتماعات العامة[1]:

الاجتماعات الانتخابية: التي يكون الغرض منه؛ اختيار مرشح أو مرشحين للوظيفة الانتخابية أثناء مدة الحملة الانتخابية؛ وبالتالي فهي مقيدة بزمن مخصوص قبيل يوم إجراء الانتخابات الرسمية؛ بشرط أن يكون قاصرا على الهيئة الانتخابية مع أحد المرشحين أو وكلائهم.[2]

الاجتماعات السياسية: التي يكون الغرض منها الإصغاء لعرض أراء سياسية تلقى خطابة بشكل سمعي في أوساط المجتمعين؛ خلافا للمظاهرة التي تمارس آراءها برفع لافتات مكتوبة وهتافات وشعارات جماعية محددة.

ومن هذا القبيل اجتماعات الحزبية لمناقشة مسالة تهم الحزب أو تشغل الرأي العام؛ أو للاحتفال بالذكر السنوية أو المناسبات الوطنية والدينية.[3]

3- القيود الواردة على حرية الاجتماعات العامة:

تخضع حرية الاجتماع لعدة قيود تشريعية وإدارية قبل وبعد ممارستها؛ بحيث يترتب على مخالفتها إعمال حق الدولة في العقاب؛ كما هو حال مع جريمة التجمهر؛ ومن هذه القيود التشريعية اشتراط القانون لضرورة استصدار رخصة إدارية مسبقة قبل إتيان حرية الاجتماع؛ بحيث يصبح المنع هو الأصل وممارستها هي الاستثناء؛ وهذا ما يعرف بأسلوب الترخيص المسبق؛ إلي يمثل أخطر الأساليب الضبط المقيدة للحرية.[4]

ويمكن أن تقيد ممارسة حرية الاجتماع بنظام الإخطار والتصريح المسبق على أساس إعلام الجهة الإدارية المختصة بنية القيام بممارسة هذه الحرية في زمن مخصوص بغية أخذ الاحتياطات الأمنية لاحتمال قيام تهديد النظام العام؛ أثناء ممارستها.

أ- إخطار الإدارة سلفا بعقد الاجتماع:

ضرورة التصريح المسبق أمام الجهة الإدارية المختصة من باب إعلام الإدارة بأهلية المسؤولين عن تنظيمها وموطنهم؛ وهدفهم من الاجتماع والتوقيت والمكان المحدد ؛ بحيث تكون الإدارة على علم بمجريات وظروف ممارسة هذه الحرية ؛ وبعدها تقدم وصل للمنظمين بصحة الإجراءات القانونية اللازمة لممارسة هذه الحرية. وهذا طبق لنص المادة 04 من القانون 28/89.

ب- تشكيل لجنة مسؤولية عن تنظيم الاجتماع: وهم الأشخاص المنظمين الرئيسين للاجتماع العمومي الواجب عليهم القيام بعملية التصريح المسبق الموقع من طرفهم وعددهم طبق للمادة 4 فقرة 2 من قانون

---

[1] - ينظر إلى هذا التقسيم د/ سعد عصفور؛ حرية الاجتماع؛ص272؛ ود د/ أحمد محمد فتح الباب؛ سلطات الضبط الاداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة؛ ص135؛ وفتح الباب؛ حرية الاجتماعات؛ ضوابطها التنظيمية والرقابة القضائية عليها؛ ص30 .

[2] - د/ سعد عصفور؛ حرية الاجتماع؛ ص272

[3] - د/ عمرو حسبو؛ حرية الاجتماع؛ ص115

[4] - د/ بوبكرا إدريس؛ نظام اعتماد الأحزاب السياسية؛ طبقا للأمر 09/97 المتضمن القانون العضوي للأحزاب السياسية بين الحرية والتقييد مجلة الإدارة المجلد 8؛ عدد02؛ سنة1998؛ ص56

الاجتماعات ثلاثة أشخاص موطنهم الولاية مقر ممارسة حرية الاجتماع؛ وهو نفس القيد المشترط في تصـــريح ممارسة حرية التظاهر طبقا للمادة 17 من نفس القانون.

ج- القيود المكانية والزمنية:[1]

طبقا لأحكام قانون الاجتماعات العامة والمظاهرات فانه يشترط تقديم التصريح بممارسة حرية الاجتمـــاع ثلاثة أيام على الأكثر قبل اليوم المحدد لممارستها؛ وخمسة أيام كاملة على الأقل قبل التاريخ المحدد لممارسة حرية التظاهر وهي المدة التي تم تمديدها بموجب التعديل اللاحق إلى ثمانية أيام. مما يستلزم أن الغاية من التصريح هي إعلام الإدارة لأخذ احتياطاتها الأمنية وتقديم احترازها وإعمال سلطتها التقديرية لمخاطر ومزالق ممارسة هـــتين الحريتين.[2].

د- بيانات التصريح المسبق: يشترط القانون المنظم لممارسة حريتي الاجتماع والتظاهر على ضـــرورة ذكـــر مجموعة من البيانات المتعلقة بهوية وهدف وتوقيت ممارسة هذه الحرية؛ حيث يلزم المكتب الثلاثي المنظم لممارسة هذه الحرية بذكر ما يلي:

- الهدف من الاجتماع ومقره و يومه وساعته.
- ذكر أسماء وهوية المصرحين الثلاث أعضاء مكتب التنظيم؛ بحيث يشترط فيهم التمتع بكامل حقوقهم الوطنية السياسية والمدنية
- التصريح بذكر عدد الأشخاص المنتظر حضورهم بالتقريب إضافة إلى أهم الهيئـــات المنتظـــر مشـــاركتها كالنقابات المهنية والأحزاب السياسية والجمعيات المحتمل مشاركتها طبقا للمادة04.
- ويضيف القانون بالنسبة للتصريح بحرية التظاهر ضرورة توقيع رئيس كل جمعية وأمينها أو ممثلها على وثيقة التصريح الخماسية التوقيع. طبق للمادة 02/17.

ويلاحظ كما يقول **د/ بوكرا إدريس**[3] أن عدم دقة ذكر هذه الشروط أو غموضها قد يفسح المجال أمام سلطة الضبط لتبرير رفض تسليم وصل بالتصريح أو رفضه؛ كما أن عدم احترام المواعيد يسمح للإدارة بإعمال سلطتها التقديرية في تحويل هذا التصريح إلى ترخيص خاصة مع تعدد شروط والبيانات الإلزامية لهذا التصريح .

وهذا ما تبناه القانون المعدل والمتمم 19/91 حينما منح الوالي حق منع الاجتماع العمومي في إطار سلطته التقديرية؛ كما ألزمت المادة 20مكرر من هذا التعديل وجوب استصدار ترخيص مسبق من قبل الوالي مـــن اجل استعمال الأجهزة الصوتية المكبرة؛ وهي ضرورية لتبادل الآراء بيت المجتمعيين.مما يؤكد تراجع المشرع من أسلوب التصريح إلى أسلوب الترخيص غير الصريح والمقنع.[4]

---

[1] - د/ محمد احمد فتح الباب؛ سلطات الضبط الإداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة؛ رسالة سابقة؛ ص305

[2] - حكيمة ناجي؛ رسالتها السابقة؛ ص42

[3] - د/ بوكرا ادريس؛ مقالة سابقة؛ ص59

[4] - حكيمة ناجي؛ رسالتها السابقة؛ ص46؛ وينظر أ/سحنين أحمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر؛ ص78

هـ–ضرورة انتظار وصل التصريح الذي تلتزم الإدارة بتسليمه بعد تقدير آثاره على النظام العام: تلتزم السلطة الإدارية بعد إيداع ملف التصريح بتقديم وصل على سبيل الفور يبين أن المنظمين أتموا الالتزام الواقع على عاتقهم و هذا حسب ما حددته النصوص المنظمة لحريتي الاجتماع العمومي و المظاهرات . حيث يشكل الوصل وسيلة إثبات بالنسبة للمنظمين.[1] فطبقا للمادة 05 من قانون 89/ 28 تلتزم الإدارة وجوب تقديم وتسليم الوصل و كذا فورية تقديمه الذي تحدد فيه كافة البيانات الموجودة ضمن وثيقة التصريح.

إذ سيكون فيما بعد وسيلة لمراقبة مدى صحة ما جاء في التصريح من قبل الجهة الإدارية المختصة، طبقا للفقرة الثالثة من المادة الخامسة: –" و يجب أن يقدم المنظمون هذا الوصل عند كل طلب يصدر من السلطة باظهاره."

2– حرية التظاهر بين التنظيم والتقييد في القانون الجزائري:

تمثل هذه الحرية تكملة ضرورية لحرية الاجتماع فهي اجتماع لعدة أشخاص في الطريق العام للعبير الجماعي عن الرأي في شكل مسيرات ومواكب في شكل صفوف منظمة أو أعمدة متوازية؛ مع حمل رايات ولافتات إعلامية؛ تكون وسيلة التعبير عند المتظاهرين الهتافات ورفع الشعارات وهي اخطر أثرا من الاجتماعات العامة؛ رغم عدم تضمنها للخطابات المثيرة؛[2] ولا لتبادل الآراء والأفكار. وبهذا تصبح الحريتين وجهان لعملة واحدة هي التعبير الجماعي عن الرأي[3].

ونظرا لخطورة هذه الحرية على السلطة خوفا مما يصاحبها من مساس بالنظام العام؛ وربما هذا ما يبرر عدم تنظيم هذه الحرية قبل التعددية السياسية في الجزائر؛ حيث يعبر قانون 28/89 أول قانون يعالج تنظيم هذه الحرية؛ رغم قيام الطبقة السياسية قبل هذا التاريخ بعدة مظاهرات خاصة منها المظاهرات المنددة بالانقلاب العسكري للرئيس بومدين على الرئيس بن بلة في 19جوان 1965.

وقد عرفت المادة 15 من هذا القانون الذي خصص الفصل الثاني منه لحرية التظاهر" المظاهرات العمومية هي المواكب والاستعراضات أو تجمهرات الأشخاص وبصورة عامة جميع المظاهرات التي تجري في الطريق العمومي".

---

[1] –و ليس بالضرورة أن يتم ذلك بموجب وصل ، إذ يمكن أن تكون وسيلة أخرى يتمكن المنظمون من خلالها أن يثبتوا إتمامهم لكافة الشروط المتعلقة بالتصريح، حيث يمكن أن تؤشر السلطة الإدارية المختصة على نسخة ثانية للتصريح، توضح ذلك و تبقى بحوزة المنظمين أي توضح إنها تسلمت التصريح؛ وطبقا لنص المادة 2 فقرة 4 منه من الأمر 63/75 الملغى على إلزامية ذلك، إذ أقرت انه في حالة عدم تحصل المصرح على وصل التصريح كنتيجة لرفض السلطة الإدارية ذلك فيمكن أن يثبت ذلك بشهادة خمسة مواطنين مقيمين في البلدية محل الاختصاص أي محل التجمع العمومي؛ مما يؤكد جعل التصريح مجرد وسيلة لإعلام الجهة الإدارية المختصة فقط، وجعل الوصل وسيلة إثبات ذلك حيث أكدت ذلك الفقرة الثانية من المادة. كما نصت نفس المادة على انه يمكن استبدال الوصل بوسيلة أخرى تحل محله ؛ينظر – حكيمة ناجي؛ رسالتها السابقة؛ ص47

[2] – د/ عمرو حسبو؛ حرية الاجتماع؛ ص121

[3] – حكيمة ناجي؛ رسالتها السابقة؛ ص24

ويلاحظ على هذا التعريف أنه جاء بتعداد لأوجه ومظاهر حرية التظاهر دون تمييز بين هذه الحالات؛ غير أن الفقه يعتبر المظاهرة تجمع أشخاص بصفة ثابتة أومتحركة في صفوف منظمة ومتساوية من اجل التعبير جماعيا وعلنيا وحضوريا عن وجهات نظرهم المشتركة في مسالة تهمهم. ومن أشهر صورها الاستعراض المثير الذي يعرض على الجمهور في الطريق العمومي.[1]

وتختلف المظاهرات عن الاجتماعات في عدم تحديد هدفها؛ وكما تختلف عن التجمهرات بأن هذه الأخيرة مجرمة لما فيها من عصيان لأوامر السلطة؛ فطبقا للمادة 19 من قانون الاجتماعات والتظاهرات" **كل مظاهرة تجري بدون تصريح تعتبر تجمهرا**"؛ وهو ما جرمته المادة 97 من قانون العقوبات والتي اعتبرت كل تجمع في مكان عام أو في طريق عام مخصص للاستعمال العمومي؛ لم يستجب لنداء السلطة بالتفرق بعد إنذارهم؛ بحيث يصرون على مخالفة الأوامر الموجهة إليهم.

1- التنظيم التشريعي لحرية التظاهر:

- رغم أنها تشكل مساسا وتهديدا بليغا بالنظام العام أكثر من حرية الاجتماع إلا أن المشرع اغفل التنظيم الدقيق لممارسة هذه الحرية؛ وربما يرجع ذلك إلى أن المظاهرات تكون مراقبة ومؤطرة من طرف أعوان الأمن وقوات مكافحة الشغب.

ومع ذلك فقد نص القانون 28/89 في منه على بعض القيود التشريعية المتعلقة بشروط المنظمين الرئيسيين الموقعين للتصريح بالمظاهرة طبقا للمادة 17 من القانون السابق؛ إضافة إلى تحديد وقت المظاهرة السياسية أو المطلبية ومدتها؛ حيث نصت المادة 15 على أنها لا تتم إلا في النهار؛ ويجوز أن تمتد غيرها من المظاهرات المساندة والمؤيدة لسياسة الدولة؛ إلى غاية الساعة التاسعة ليلا.

2-التقييد الإداري لحرية التظاهر :

فبعد أن نصت المادة 17 من قانون 89/ 28على وجوب تقديم التصريح من قبل المنظمين نصت في الفقرة الثالثة على أن الوالي يسلم فورا وصلا بالتصريح دون أن يتم تحديد بيانات الوصل كما فعل بالنسبة لحرية الاجتماع العمومي؛ والتي يمكن القول أنها سوف تحتوي على نفس بيانات التصريح مادامت ستقدم عند كل مراقبة؛ على أساس ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من هذه المادة وهو وجوب إظهار الوصل للسلطات المختصة كلما طلب منها ذلك[2] .

ويلاحظ على المشرع الجزائري إغفاله تحديد ضمانات حماية الحرية في حالة رفض الإدارة تسليم الوصل؛ سواء بالنسبة لحرية الاجتماع العمومي أو حرية التظاهر؛ غير أن قانون المعدل والمتمم19/91 لقانون الاجتماعات **عدل** عن أسلوب التصريح المسبق إلى أسلوب **ترخيص مسبق**، طبقا للمادة 19" **كل مظاهرة**

[1] - حكيمة ناجي؛ رسالتها السابقة؛ ص27

[2] - سحنين أحمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر؛ ص79

تجري بدون ترخيص أو بعد منعها تعتبر تجمهرا" ومع ذلك نجد نصا يبدو متناقضا مع مقتضى هذه المادة يتعلق الأمر بنص المادة 17 فقرة 2 "على أن يسلم الوالي فورا بعد إيداع الملف **وصلا بطلب التصريح**" [1].

ومن ثم فقد ألغى المشرع فكرة الوصل بالنسبة لحرية التظاهر على أساس أنها تخضع لأسلوب ترخيص مسبق؛ ومنه لا يبقى أمام المنظمين إلا الوثيقة التي تثبت أن الإدارة قد رخصت لهم بالتظاهر و التي يظهرونها للسلطات المعنية إن طلبت منهم ذلك.

3-أسلوب الترخيص المسبق بالنسبة لحرية التظاهر من اجل إحكام الرقابة :

رغم اعتماد قانون الاجتماعات والمظاهرات العمومية قبل تعديله لأسلوب التصريح المسبق، إلا انه قد اتسمت قواعده التشريعية بالتنظيم الأكثر صرامة مقارنة بالنسبة لحرية الاجتماع العمومي؛ فقد جعل مدة تقديم التصريح المسبق بالنسبة لحرية التظاهر كما سبق ذكره هو خمسة أيام كاملة على الأقل قبل التاريخ المحدد للمظاهرة. مما يجعلها الإدارة تعمل سلطتها التقديرية في منع المظاهرة والتحكم فيها و في مسارها؛ والأكثر من ذلك اعتبار كل مظاهرة غير مصرح بها أنها تجمهر[2].

وترجع صرامة هذه التدابير المنظمة لحرية التظاهر إلا أن المظاهرات كانت دوما مصدرا للإخلال بالنظام العام، خاصة بعد أحداث أكتوبر 1988 حيث زادت خطورتها على الأمن العمومي؛ مما يمكن القول معه أن المشرع ينظر إلى هذه الحرية بعين الريب.

وقد تكرس هذا التخوف من هذه الحرية صراحة في إخضاعها لأسلوب ترخيص مسبق قبل ممارستها كما أضيفت عدة تعديلات تخص بنود التصريح المسبق متعلق خاصة بـــ:

1- تمديد ميعاد تقديم طلب التصريح المسبق من خمسة أيام إلى وجوب ثمانية **أيام** قبل موعدها، الأمر الذي يمكن الإدارة خلال خمسة أيام[3]من تقدير وحسم مسالة الترخيص من عدمه.

2- تحديد عدد الأشخاص المتوقع حضورهم و كذا الأماكن القادمين منها و نلاحظ هنا الطابع التعجيزي[4] إذا يجب ذكر حتى الأماكن التي سيقدم منها المشاركين في المظاهرة .

3- تحديد المدة التي تستغرقها المظاهرة .

4- ضرورة ذكر الوسائل المقرر استعمالها لضمان السير الحسن للمظاهرة و تتمثل في:

- الوسائل المادية المسخرة للمظاهرة

- الوسائل المقررة لضمان سير المظاهرة من انطلاقها إلى غاية تفريق المتظاهرين. وعليه اصبحت **حرية التظاهر مؤطرة تأطيرا صارما خاصة** بموجب قانون 91/19 الذي اشترط أيضا نوعا أخر من التراخيص فيما

---

[1] - سحنين أحمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر؛ ص80

[2] -شطاب كمال؛ حقوق الإنسان في الجزائر؛ ص 212

[3] - المادة 17/ 5" يجب على الوالي إبداء قراره بالقبول أو الرفض كتابيا خمسة أيام على الأقل قبل تاريخ إجراء المظاهرة"

[4] - ناجي حكيمة؛ التجمعات العمومية والمظاهرات وسلطة الضبط في الجزائر؛ ص50

يتعلق باستعمال الأجهزة الصوتية إلى ضرورة الخضوع لرخصة مسبقة يمنحها الوالي طبقا للمادة 20 مكرر 2 ،و مكرر 3 من القانون السابق. وهوما يثير شبهة عن علاقة هذا القيد بمقتضيات النظام العام.

4- سلطات الضبط الإداري إزاء حرية الاجتماعات والتظاهرات العمومية:[1]

أ- سلطة منع الاجتماعات وفض المظاهرات: تملك سلطة الضبط الإداري سلطة تقديرية واسعة في منع وحظر ممارسة حرية الاجتماع؛ الأمر الذي يمثل تراجعا عن أسلوب التصريح المسبق إلى الترخيص المسبق الأشد وطأة على الحرية؛ بحيث لا يمكن ممارستها إلا بعد الحصول على رخصة مسبقة كما الحال مع حرية التظاهر.

وبناء على القانون المنظم للاجتماعات العمومية فانه يمنع عقد اجتماعات في مقرات العمل أو أماكن العبادة؛ كما تمنع كل التجمعات التي تمس برموز الثورة التحريرية [2]والنظام والآداب العامة؛وكذا كل تجمع يمس بالثوابت الوطنية[3]. ويتم التأكد من عدم مخالفة تلك الثوابت بن خلال بيانات التصريح المسبق وهوية المنظمين للاجتماع خاصة عنصر الهدف من الاجتماع.

وقد تأكدت سلطة منع الاجتماع العمومي إذا كان ماسا بالأمن العمومي صراحة رغم نظام التصريح المعمول به في حرية الاجتماع حيث نصت المادة 6مكرر من القانون المعدل والمتمم لقانون الاجتماعات والمظاهرات القانون رقم 19/91" يمكن للوالي أو من يفوضه منع الاجتماع إذا تبين انه يشكل خطرا حقيقيا على الأمن العمومي؛ أو إذا تبين جليا أن القصد الحقيقي من الاجتماع يشكل خطرا على حفظ النظام العام؛ مع إشعار المنظمين بذلك" .

وتزداد خطورة هذا المنع وتتأكد في أن المساس بالنظام العام الذي قد يترتب على الاجتماع أنه ذو مفهوم واسع وغامض ومرن ونسبي يتأثر بمتغيرات الزمان والمكان؛ بحيث هناك شبه إجماع على انه مفهوم جد واسع وغير محدد بالنسبة للإدارة والسلطة؛ وان كان كما سبق في الباب الأول محدد قضاء بالنظام العام المادي في الشارع ؛ بحيث تستطع التذرع والتحجج بمخالفة الاجتماع لمقتضيات النظام العام أو الأمن العمومي بان تجعله على مقاسها الأمني الذي تطمئن به على نفسها.

---

[1] - د/ عمرو حسبو؛ حرية الاجتماع؛ ص 135

[2] - وهي محددة بقانون الشهيد والمجاهد القانون رقم 07/99؛ المؤرخ في 1999/4/5؛ والي حدد ماهية هذه الرموز حيث ذكرت المادة 52 منه على سبيل المثال " **بيان أول نوفمبر**؛ العلم الوطني ؛ النشيد الوطني؛ الشهيد ؛ المجاهد؛ أراملهما؛ مقابر الشهداء ؛ المعالم التاريخية والتذكارية؛ وكل ما يرمز إلى ثورة التحرير الوطني". ورغم هذا التحديد إلا انه غير جامع ولا مانع إذ يمكن للسلطة منع أي تجمع بدعوى مس أو أنه سيمس **رموز الثورة**؛ ومعلوم أن ذلك النشاط يمثل جريمة طبقا للمادة 66 من قانون العقوبات؛ وبالتالي فانه كان من المفروض أن لا ينصب الاجتماع العام على جريمة؛ ومن ثم لم يكن هناك مبرر لهذا التنبيه في قانون الاجتماعات التي تكون من أجل مصالح مباحة غير مجرمة.

[3] - وتتمثل هذه الثوابت الوطنية فيما يعرف دستوريا بثوابت الأمة التي لا تقبل التعديل مطلقا مما يجعلها جامدة جمودا مطلقا طبقا للمادة 178 من دستور 1996" الطابع الجمهوري..؛ النظام الديمقراطي التعددي...؛ الإسلام دينا للدولة؛ العربية لغة رسمية..؛ الحريات العامة وحقوق الإنسان؛ سلامة التراب الوطني ووحدته"

فلا يخفى أن فكرة النظام العام كثيرا ما استخدمت لحماية أمن أشخاص السلطة؛ وتفادي قلب نظام الحكم؛ أو ما يعرف بالنظام العام السياسي؛ ومما يؤكد هذا الاستغلال النفعي لمضمون فكرة النظام العام ما قرر الفقه الفرنسي عقب منع رئيس بلدية:"نيفر" الفرنسية للسيد" **بن جامين ران**"؛ من إلقاء محاضرة أدبية في اجتماع خاص بدعوى حفظ النظام العام؛ وهو التأسيس الذي رفضه مجلس الدولة الفرنسي في القرار الشهيرRené Benjamin الصادر في 1933؛ مادام بإمكانه فرض تدابير أمنية لاحتمال حصول بلبلة أو ردود فعل عدائية[1].

حيث أثبت الواقع السياسي أن فترات الضغط السياسي كثيرا ما تكون سببا لمنع حرية الاجتماع؛ خاصة بالنسبة لحرية التظاهر التي تخضع لتطويق وقمع صريح لما تمثله من وسيلة جماعية للضغط على السلطة؛ فرغم مشروعية وجدية هذا الضبط المحكم والصارم لها نظرا لأنها تمارس في الطريق العام الذي قد يشكل إخلالا بالنظام العمومي؛ فإنها يجب أن لاتصل إلى حد الحظر المطلق لمجرد أن يكون هدف المظاهرة مخالفا لسياسة الحكومة.وهو الأمر الذي دفع بالمشرع إلى تبني نظام الترخيص المسبق الذي بمقتضاه يمكن للوالي رفض ومنع قيام المظاهرات دون أن يكون ملزما بتسبيب قراره.

وهو الأمر الذي جعل السلطة ترفض الترخيص غالبا متذرعة بتهديد النظام العام؛ وأمام هذا الشبه الحظر المطلق لم تجد الطبقة السياسية ومنظمات المجتمع المدني إلا القيام بمظاهرات دون طلب ترخيص بل وبعد صدور القرار بمنعها؛ ومن أشهر تلك المظاهرات التي منعتها وزارة الداخلية وأبى منظموها إلا قيامها؛ المسيرة الشعبية لمساندة الانتفاضة الفلسطينية والتي دعت إليها بعض الأحزاب المنسوبة للتيار الإسلامي كحركة حمس ؛ وحركة النهضة وحركة الإصلاح وحزب العمال وحزب الوفاء والعدل غير المعتمد بتاريخ 12 أكتوبر 2000 بساحة أول ماي بالعاصمة.[2]

فيلاحظ أن الضغط يولد الانفجار وهو ما تأكد من خلال انفجار أحداث القبائل التي لم يبال منظموها من ضرورة استصدار رخصة وزارة الداخلية وقاموا بمسيرة بقيادة تنسيقية حركة العروش نحو **قصر المرادية بالعاصمة** حيث مقر رئاسة الجمهورية رغم منعها؛ وأمام هذا الوضع لم تجد السلطة حلا سوى تعليق المسيرات بالعاصمة إلى إشعار أخر ابتداء من 18جوان 2001.[3] والاستعانة بقوات الجيش الشعبي الوطني لاسترجاع النظام العام وهيبة الدولة ولو على حساب انتهاك الحريات بدعوى إعلان حالة الحصار أو الطوارئ.

---

[1] – ينظر شيخي نبية؛ السلطة التقديرية بين الفقه الإسلامي والقانون الاداري الجزائري؛ مذكرة لنيل شهادة الماجستير؛ جامعة وهران سنة 2004-2005؛ ص102

[2] – وجدير بالذكر أنه رغم الطابع السلمي وغير المعارض لسياسة الحكومة والمشاركة الكثيرة لرجالات الدولة في هذه المسيرة من نواب برلمانيين وسياسيين معروفين إلا أن البعض لم يسلم من هروات وعصي الشرطة على حد تعبير جريدة الفجر ليوم السبت 14 اكتوبر2000؛ ص3؛ حيث اعتبرت وزارة حفظ "الداخلية" أن تمثل جريمة تجمهر غرضها العلني مساندة الشعب الفلسطيني وباطنها استرجاع هذه الأحزاب لمواقعها السياسية التي خسرتها في أعقاب الانتخابات الرئاسية لعام 1999.

[3] – ينظر جريدة الخبر ليوم 14 جوان 2001 ؛ص02

فطبقا للمادة 7 من مرسوم حالة الحصار196/91 والمرسوم التنفيذي رقم 204/91 التطبيقي لهذه المادة خصوصا المادة الأولى منه على أنه يكون من بين صلاحيات السلطة العسكرية في مجال استتباب الأمن **منع الاجتماعات والنداءات العمومية** التي يعتقد بأنها كفيلة بإثارة الفوضى وانعدام امن أو استمرارها وهو ما أكدته المادة6من هذا المرسوم التنفيذي.

ثم صدر مرسوم تنفيذي أخر يضبط حدود الوضع في مراكز الأمن وشروطه وهو المرسوم رقم 201/91 الذي نصت مادته الرابعة" بصدد تحديد الأشخاص المتخذ بشأنهم الاعتقال الإداري؛ "-الأشخاص الذين يعرضون النظام العمومي للخطر أو **التحريض على التجمعات** لغرض واضح يثير الاضطراب في النظام العام وفي طمأنينة المواطنين".

و لم تسلم حرية الاجتماع من التنظيم الصارم والتقييد المصادر لحق ممارستها حتى في ظل حالة الطوارئ التي تمثل الحالة الأخف وطأة على الحريات مقارنة بحالة الحصار حيث خولت المادة الرابعة منه لكل من وزير الداخلية والوالي الحق في **غلق أماكن الاجتماعات مهما كانت طبيعتها الخاصة منها والعامة** إلى حد إصدار تعليمات بغلق المساجد ما بين أوقات الصلاة؛ كما يمكن لهما منع كل المظاهرات التي يحتمل فيها الإخلال بالنظام والطمأنينة.

الأمر الذي يمكن القول معه إن حريتي الاجتماع والتظاهر أصبحت في ظل الظروف الاستثنائية تعد عملا إرهابيا وتخريبيا مجرم بناء على أحكام المرسوم التشريعي رقم 03/92 المتعلق بمكافحة الأعمال الإرهابية والتخريبية حيث تضمن فقرته الثالثة من مادته الأولى: " الأفعال التي توصف بعرقلة حركة المرور أو حرية الشغل في الطريق والساحات العمومية.."

ب- سلطة الإدارة في تغيير مكان الاجتماع العمومي"

طبقا لنص المادة السادسة من قانون الاجتماعات والمظاهرات العمومية يمكن للسلطة المختصة أن تطلب من المنظمين خلال 24 ساعة من إيداع التصريح تغيير مكان الاجتماع العمومي مقترحة عليهم مكانا أخر؛ وطبقا لنص المادة 17 من القانون المعدل والمتمم له" يمكن لهذه السلطة تغيير خط سير المظاهرة مقترحة مسلكا آخر للاعتبارات الأمن العمومي وعدم الإخلال بالنظام العام؛ ولاشك أن مقصود هذا التغيير هدفه البعيد التقليل من مشاركة اكبر للمواطنين؛ بتحديد مكان ضيق وخط سير لا يستوعب حشودا كبيرة.[1]

ج- سلطة الإدارة في حضور الاجتماعات العامة وحقها في فض الاجتماع: وهو حق مقرر للسلطة بمقتضى الرقابة اللاحقة التي يقوم بها الموظف المنتدب لحضور أشغال الاجتماع العمومي طبقا لمادة 11 من قانون الاجتماعات؛ والذي يسهر على مدى صحة التصريحات والتي أدلى بها المنظمين ضمن وثيقة التصريح خاصة ما تعلق منها بهدف الاجتماع وموضوعه فإذا ثبت عنده وجود خطر حقيقي على الأمن العمومي كقيام

[1]- ناجي حكيمة؛ التجمعات العمومية والمظاهرات وسلطة الضبط في الجزائر؛ ص78.

أعمال الشغب والعنف أمر بتوقيف الاجتماع وغالبا ما يكون ا الموظف قاضيا؛ حتي نضمن الاستقلالية والنزاهة والحياد.

أما بالنسبة لحرية التظاهر فإنها مؤطرة بصارمة من طرف أعوان الأمن العمومي بتسخير من وزارة الداخلية التي تصدر أوامرها لفض المظاهرات عند مساسها بالثوابت الوطنية وللنظام العام طبقا للمادة 9 من القانون المعدل والمتمتم لحرية الاجتماعات القانون رقم 19/91.

3- واقع حرية الاجتماع والتظاهر في الجزائر:

على الرغم من أهمية حرية الاجتماع العمومي في التعبير الجماعي عن الرأي والدفاع عن المصالح المشتركة وحق ممارسة المعارضة السلمية بواسطة الثورة البيضاء عن طريف اللافتات والشعارات فان ممارسة هذه الحرية لم تعمر طويلا في عهد الجمهورية الثانية .

إذ مثلت الفترة الممتدة بين إقرار دستور فيفري 1989 المكرس للتعددية الحزبية والإعلامية وحريات التعبير والرأي؛ وما بين منتصف 1991 حيث إعلان حالة الحصار ثم إتباعها بحالة الطوارئ لأجل غير مسمى، فترة التمتع الحقيقي والفعلي بهذا الحق الديمقراطي والدستوري، إلا أن هذا الحق سرعان ما قيد[1]، بالقانون رقم 19/91 ، الصادر في 02 ديسمبر 1991، لضبط التجمعات والمظاهرات العمومية والذي صادق عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية الأعضاء 173 صوتا مقابل 14 صوتا ، و امتناع 35 نائبا عن التصويت ؛ حيث مثل هذا القانون تراجعا و إعادة النظر في ضوابط استعمال هذه الحريات دون اهتمام بضمانات التطبيق؛ وهذا ما يظهر جليا بنسبة لمدة الإخطار المسبق وتحويله إلى ترخيص؛ حيث يلاحظ عليه تمديد مهلة الإخطار المسبق إلى ثمانية أيام بالنسبة للمظاهرات؛ كما أعطى للسلطة النظامية حق رفض الإخطار المسبق بتنظيم اجتماعات عمومية، وهي اجتماعات أصبحت خاضعة لترخيص وزير الداخلية إن كانت وطنية و للوالي في نطاق اختصاصه الإقليمي، وعليه فان مظاهرة تجري دون ترخيص أو بعد حضرها، تعد تجمهرا[2] يخول لوزير الداخلية و للوالي المختص إقليميا أن يفرقها [3].

وهكذا أصبح واقع ممارسة هذه الحرية تحت رحمة السلطة العسكرية المكلفة بمهام حفظ النظام العمومي[4]؛ حصلت عدة مواجهات بين المتظاهرين وقوات مكافحة الشغب تنفيذا لقرار منع المسيرات والتجمعات التي

---

[1] – حيث كان القانون الذي يحدد طرق ممارسة هذا الحق وهو القانون رقم 28/89 المؤرخ في 31 ديسمبر 1989 ، و المتعلق بالتجمعات و التظاهرات العمومية – في مواده من 02 إلى 20 ينص على أن ممارسة هذا الحق خاضع لإبلاغ السلطات العمومية مسبقا، إخطار مسبق بمهلة ثلاثة أيام بالنسبة للاجتماعات و خمسة أيام بالنسبة للمظاهرات.

[2] – وهذا طبقا للمادة 19 من قانون الاجتماعات ونصها" كل مظاهرة تجري بدون ترخيص أو بعد منعها تعتبر تجمهرا".

[3] – شطاب كمال؛ حقوق الإنسان في الجزائر؛ ص212

[4] – أ/ سحنين أحمد؛ الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية؛ ص79 حيث نقل قيام السلطة العسكرية باعتقال العديد من الأشخاص بحجة التجمع والتجمهر في الأماكن العمومية؛ باستثناء وحيد يتعلق بصلاة عيد الأضحى بغرض الصلاة ينظر المرجع نفسه؛ ص80

كانت الجزائر رائدة في ممارستها في عهد التجربة الديمقراطية الفتية حيث كانت هذه الحرية هي الطابع الأساسي للحياة اليومية.

خاصة عقب تدخل قوات الجيش، بعد مصادقة المجلس الشعبي الوطني على قانون يهدف إلى تحديد شروط مساهمة الجيش الوطني الشعبي في القيام بالمهام الخاصة بحماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في الدستور ، و يتسنى بموجب التعديلات الجديدة في القانون اللجوء إلى وحدات الجيش وتشكيلاته بناءا على قرار رئيس الحكومة، بعد المشاورة المسبقة للسلطات المدنية و العسكرية المختصة للاستجابة إلى متطلبات حفظ الأمن، في صورة توقع مخاطر جسيمة على امن الأشخاص و الأموال و في حالة المساس المستمر بالحريات العامة و الفردية[1] .

وزاد تأكيد تضييق الخناق في ممارسة هذا الحق بعد أن نص المرسوم الرئاسي المتضمن إعلان حالة الطوارئ على أن وزير الداخلية – على المستوى الوطني – و الوالي – على المستوى الإقليمي – مؤهلين للقيام عن طريق قرار بالإغلاق المؤقت لقاعات العروض الترفيهية، وأماكن الاجتماعات مهما كانت طبيعتها[2] وبمنع كل مظاهرة يحتمل فيها الإخلال بالنظام و الطمأنينة العمومية. غير أن المنظمة العربية[3] تؤكد أن كثيرا من حالات الحظر التي مارستها الحكومة ضد اجتماعات و تجمعات عامة كانت لمجرد كونها تنتقد سياسة الحكومة بدليل ترخيص السلطة لبعض الأحزاب الموالية لها بممارسة هذه الحرية[4]. وهي الصورة التي طبعت الواقع المبرر بإعلان حالة الطوارئ، فكانت السلطات تمنع أي تجمع من شأنه –حسبها – أن يمس النظام العام أو يخل بالأمن أو أن يؤدي إلى تهديد استقرار البلاد، نتيجة عن السلطة التقديرية – وفقط – لوزير الداخلية أو الوالي.[5]

والباحث في حدود ما توفر له من مراجع مقر بأن حرية الاجتماع والتظاهر في النظام الديمقراطي هي من صور حرية التعبير عن الرأي السياسي؛ ولما كانت تمس في ممارستها بالنظام العام مساسا مباشرا؛ كان يستوجب تدخلا من جانب المشرع لتوقي المخاطر المحتملة؛ وتنظيمها بما يضمن ممارستها للجميع؛ على أن لا يتخذ هذا التنظيم التشريعي ذريعة لإهدار ممارستها أو الانتقاص من مضمونها.

---

[1] – شطاب كمال؛ مرجع سابق؛ ص213

[2] – من بين الأحداث التي سجلتها المنظمات الدولية على السلطة حادثة منع السلطات المحلية لولاية قسنطينة للرابطة الجزائرية لحقوق الإنسان من تنظيم اليوم الدراسي الذي كانت تطمع إلى عقده حول: **"الإدارة الراشدة"**، رغم الطابع الأكاديمي الذي كان سيسود أشغال اليوم الدراسي الدولي الأمر الذي يبين انه لا يوجد مقاييس محددة تضبط عملية التجمع أو تمنع على أساسها التجمعات " ينظر تفصيل حول هذه الحادثة وموقف المنظمات الحكومية وغير الحكومية منها " جريدة الخبر مقالة بعنوان الرابطة الجزائرية لحقوق الإنسان تدعو السلطات للتدخل"؛ عدد 3892 بتاريخ 28 سبتمبر 2003؛ ص02

[3] – المنظمة العربية لحقوق الإنسان ؛ تقرير حالة حقوق الإنسان 2000؛ ص118

[4] – ناجي حكيمة؛ التجمعات العمومية والمظاهرات وسلطة الضبط في الجزائر؛ رسالة ماجستير؛ ص77

[5] – وقد نقلت جريدة الخبر التقرير السنوي لعام 2003لمنظمة " **هيومن رايت ووتش** " وهي منظمة غير حكومية لمتابعة حقوق الإنسان، حيث سجلت وعلى مدار سنتي : 2001 و2002 عدة خروق من خلال منع التجمهر والتظاهر ينظر جريدة الخبر مقال بعنوان: "تراجع وتيرة العنف في الجزائر؛ عدد 3680؛ الصادرة بتاريخ 2003/02/16؛ 17/05/2017ص3

والواقع أن القليل جدا من قيود هذا التنظيم لها علاقة بالأمن والنظام العام؛ وكما يقول بعض البـــاحثين أن هناك كثير من القيود التي تفرض على حرية الرأي السياسي في مختلف صورها بحجة وقاية النظام العام؛ مع أنها في الحقيقة لحماية السلطة ليس إلا؛ توصلا إلى اعتبار انتقاد الحكام وسياساتهم هجوما على الأمة وعدم الولاء لهـــا؛ كحيلة لإخراس الألسنة وكسر الأقلام؛ ومنع ممارستها؛ والغريب أنه حتى في أعرق الديمقراطيات تقيد حرية الرأي لاعتبارات سياسية أو اجتماعية محضة منقطعة الصلة بالنظام العام فمن المعلوم أنه لا يمكن لأي حـــاكم احتكـــار الوطنية أو الولاء للأمة؛ من خلال ضرورة الولاء لشخص الحاكم.[1] ان هذا الاستنتاج يؤكد أن فكرة النظام العام فكرة قابلة للتسييس؛ والتسخير لمنع الحرية أو تقييدها لمصلحة النظام الحاكم.

الفرع الثاني: صور وحالات تقييد الحرية – دراسة مقارنة–

تملك سلطات الضبط الاداري فضلا عما تقدم صلاحيات أقل شدة في مجال تقييد ممارسة الحرية مقارنة بأسلوبي الحظر والترخيص؛ حيث يكون تدخل الإدارة ملزما للأفراد في ممارسة نشاطهم؛ من حيث ضرورة الحصول على موافقة الإدارة الصريحة وإلا يقع الفعل تحت طائلة قانون العقوبات؛ غير أنه يمكن أن تقدم سلطة الضبط علـــى اشتراط مجرد **إعلام** الإدارة بوقت ومكان ممارسة الحرية حتى يمكن لها التحضير لاحتمالات الإخـــلال بالنظـــام العام؛ وهذا ما يعرف بأسلوب الإخطار المسبق أو الإذن السابق؛ ومن ثم تتدخل لفرض تنظيم ممارســـة الحريـــة بشكل يضمن تفادي أي اخلالات بعناصر النظام العمومي؛ وهذا ما يعرف بأسلوب التنظيم المســـبق لكيفيـــة ممارسة النشاط أو الحرية العامة:

أولا: أسلوب الإخطار السابق

ثانيا : أسلوب التنظيم

أولا: أسلوب الإخطار السابق:

1- ماهية الإخطار المسبق:

1- مفهومه: يمكن الإدارة أن تشترط لممارسة نشاط معين إعلامها مسبقا أو إخطارها بذلك حتى يمكـــن تجنب المخاطر محتملة الوقوع بسبب ذلك، ولا يعني التقدم إلى الجهة الإدارية المختصة لكي تكون على إطلاع وعلم بالنشاط الذي يراد ممارسته وليس لجهة الإدارة سوى التحقق من تلك البيانات وصحتها دون أن تتمدد سلطاتها إلى رفض ممارسة النشاط وإن كان لها حق الاعتراض فقط، خلال مدة محدد يعنيها القـــانون، وهـــذا الإجراء أقل شدة من الإجراء السابق. إذ يعد من اقل صور التنظيم الضبطي مساسا بالحرية الفردية، لأنه يعـــني فقط **مجرد إعلان الإدارة** برغبة الأفراد في ممارسة النشاط ففي ظل نظام الإخطار السابق لا يكـــون النشـــاط الفردي محظورا، كما انه لا يخضع لضرورة الحصول على إذن أو ترخيص سابق من السلطات الإدارية المختصة، ولكنه بحكم اتصاله المباشر بالنظـــام العـــام يتعين على الأفـــراد القيـــام بإخطار السلطات الإدارية المختصـــة

[1] – د/ أحمد جلال حماد؛ حرية الرأي في الميدان السياسي في ظل مبدا المشروعية؛ دراسة مقارنة دار الوفاء للنشر دون تاريخ ؛ص 297

قبل ممارسة النشاط فعلا، وذلك حتى تتمكن هذه الأخيرة من اتخاذ الاحتياطات اللازمة لحماية النظام العام من الإخطار التي قد ينجم عن ممارسة هذا النشاط في الوقت المناسب[1] .

2-أنواع الإخطار: يمكن تمييز نوعين له من حيث مدى حق الإدارة في الاعتراض عليه من عدمه:[2]

الأول: وهو الإخطار غير المقترن بحق الإدارة في الاعتراض على ممارسة النشاط أو الحرية، وفي هذا النوع يكون للفرد الحق في مباشرة النشاط أو الحرية بمجرد الإخطار و دون انتظار موافقة الإدارة، ومن ثم فالإخطار غير المقترن بحق الإدارة في الاعتراض ، نظام يقع في دائرة وسط بين الإذن والإباحة لأنه اقل الأساليب الوقائية إعاقة للحرية أو للنشاط بالقياس إلى أسلوب الإذن أو الترخيص .

الثاني: وهو الإخطار المقترن بحق الإدارة في الاعتراض على ممارسة النشاط أو الحرية، وفي هذا النوع يكون للإدارة الحق في الاعتراض على الإخطار اذا لم يكن مستوفيا للبيانات والأحكام التي يقررها القانون، ولذلك فان الإخطار في هذا النوع يقترب من نظام الترخيص[3].

بيد انه ينبغي أن نلاحظ في هذا الصدد أن سلطة الإدارة في الاعتراض على الإخطار هي سلطة مقيدة وليست تقديرية، بمعنى أنه يجوز للفرد مزاولة النشاط المخطر عنه بمجرد مضي المدة التي حددها القانون للاعتراض على الإخطار، لأن سكوت الإدارة خلال تلك المدة يعتبر عدم اعتراض على مزاولة النشاط؛ وهذا بعكس نظام الترخيص إذ يجب أن يصدر قرار ايجابي و صريح من الإدارة، ولذلك لا يجوز الأفراد مباشرة النشاط قبل الترخيص ولو بسكوت الإدارة عن الرد في المدة المحددة[4]، ويرجع السبب في ذلك إلى أن الهدف من تحديد مدة معينة للرد على طلب الترخيص هو مجرد حث الجهة الإدارية على سرعة التصرف فيه دون أن يترتب على تراخيها في ذلك جواز ممارسة النشاط المطلوب الترخيص به، هذا فضلا عن أن الغايات والأهداف التي يرى تحقيقها بفرض نظام الترخيص لا يمكن أن تتحقق إذا كان من الجائز ممارسة النشاط بمجرد تقديم طلب الترخيص أو مضي المدة التي حددها القانون الإدارة للرد على طلب الترخيص، ولهذا يجب أن يصدر **قرار ايجابي** و صريح بالترخيص حتى يمكن ممارسة النشاط المطلوب.[5]

وتجدر الإشارة إلى أن نظام الإخطار ينطبق بالنسبة لحريات الأصل فيها هو الأخذ بنظام القانون أي النظام العقابي كالحركات المعنوية، بحيث لا تتوقف ممارستها على الإذن مقدما من جانب الإدارة، إلا أن المشرع قد يفرض –لاعتبارات تتعلق بالنظام العام– نظام الإخطار على عدد من مظاهر تلك الحريات لتمكين سلطات الضبط الإداري من اتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة والاعتراض على النشاط إذا لم يكن مستوفيا الشروط المقررة، أو لم يكن في استطاعة الإدارة حماية النظام العام بالوسائل الموجودة لديها.

---

[1] – د/ عبد العليم عبد المجيد مشرف ؛ مرجع سابق؛ ص 141

[2] – كلود كوليار، الحريات العامة؛ ص123

[3] – د/ عبد العليم عبد المجيد مشرف؛ مرجع سابق؛ ص 141

[4] – د/ مجدي احمد فتح الله حسن ؛ مرجع سابق؛ ص 165؛ سعاد الشرقاوي؛ مرجع سابق؛ ص129

[5] – د/ عاطف البنا؛ الوسيط في القانون الإداري؛ ص389

ويلاحظ انه لا يجوز لجهة الإدارة أن تفرض نظام الإخطار على ممارسة حرية من الحريات عن طريق لائحة ضبطية، لان القانون هو الذي يتكفل عادة بذلك ويحدد الحريات التي يفرض عليها نظام الإخطار، إلا انه يجوز للإدارة أن تفرض نظام الإخطار في حالة الظروف الاستثنائي؛ ومن أمثلة الحريات التي ينطبق عليها نظام الإخطار حرية الاجتماعات العامة، فلا بد من إخطار الإدارة مقدما بعقد الاجتماعات العامة والتي تتم في حدود القانون، وأيضا حرية تكوين الجمعيات و النقابات، وحرية الصحافة والمطبوعات.[1]

ولكن في هذا الصدد هناك تساؤل هام حول **الطبيعة القانونية لنظام الإخطار**،[2]اختلف الفقه في الإجابة على هذا التساؤل، فذهب جانب من الفقه إلى إنكار الصفة الوقائية لنظام الإخطار ويرى انه يدخل في نظام القانون أي النظام العقابي، وذلك على عكس الترخيص الذي يدخل في نظام الضبط أي النظام الوقائي، بينما ذهب جانب آخر من الفقه – على عكس ما تقدم- إلى تقرير الصفة الوقائية لنظام الإخطار، ويستند في ذلك إلى أن الإدارة تملك حق المعارضة فيه إذا لم يكن مستوفيا للشروط المقررة، وعلى ذلك فان المعارضة في الإخطار تعتبر من الناحية القانونية كرفض الترخيص، ومن ثم فان الأخطار يعد نظاما ووقائيا لا عقابيا. وأخيرا ذهب جانب ثالث من الفقه إلى أن نظام الإخطار **نظام مجنس أو مختلط** يحمل الصفتين معا الوقائية والعقابية.[3]

2-أثر أسلوب الإخطار المسبق على ممارسة الحريات النقابية في الجزائر:

1- **مفهوم الحريات النقابية وأهميتهما:** تمثل ممارسة الحق النقابي حق من حقوق الإنسان الأساسية، لما يحضى به من حماية دولية وتكريس دستوري وطني؛ بموجب مختلف الصكوك الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان؛ فضلا عما أولت منظمة العمل الدولية[4]من عناية خاصة بهذا الحق، حيث عملت منذ ظهورها على وضع عدّة اتفاقيات متعلقة بتكريس وحماية ممارسة هذا الحق.

ويقصد بالحريات النقابية تمكين العمال والموظفين من الدفاع عن حقوقهم حماية لمصالحهم المهنية؛ وبالتالي فهي تمثل ضمانة حقيقية من الاستغلال والاضطهاد والتعسف الذي قد يتبادر من السلطة النظامية؛ وتظهر أهميتها في كون أن العامل أو الموظف يستحيل عليه بالمبادرة الفردية أن يحمي حقوقه؛ مما يستوجب تشكيل كتل عمالية متحدة عرفت بالنقابات Les syndicat ؛ كجماعات ضاغطة تشارك في التسيير؛ وتنافس القوة الاقتصادية التي يتمتع بها أصحاب العمل والقطاع العام.

---

[1] – د/سامي جمال الدين؛ اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة القضائية؛ ص354

[2] – عبد العليم عبد المجيد مشرف ؛ مرجع سابق ؛ص143

[3] – عادل سعيد أبو الخير؛ الضبط الإداري وحدوده؛ ص277

4 – وقد اهتمت منظمة العمل الدولية منذ نشأتها سنة 1919 بذل الجهود لتكريس الحريات النقابية لكل عمال العالم ؛ بوضع معايير دولية لتوفير الحماية القانونية لها، وهو ما تكرس من خلال اعتماد مجموعة من الاتفاقيات التي تهتم بترقية ممارسة الحق النقابي في كل الدول التي تنظم إليها؛ منها الاتفاقية رقم (087) الخاصة بالحرية النقابية وحماية الحق النقابي، لعام 1948، صادقت عليها الجزائر بتاريخ 19 أكتوبر 1962؛ الاتفاقية رقم 135 المتعلقة بتوفير الحماية و التسهيلات لممثلي العمال في المؤسسات197 ، صادقت عليها الجزائر في 12 فيفري 2006.

وتأكدت أهمية هذه الحريات النقابية بإقرار المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان لها؛ وعلى رأسها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 الذي كرس الحق لكل شخص بكل حرية الاشتراك في جمعيات طبقا للمادة 20[1]؛ وكذا الحق في أن ينشأ أو في أن ينظم إلى نقابة بكل حرية طبقا للمادة 23[2]؛ أما العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 فقد صادقت عليه الجزائر في سنة1989[3]، حيث نصت المادة 22 منه على حق الشخص في إنشاء النقابات والانضمام إليها من أجل حماية مصالحه؛ بشرط احترام الإجراءات القانونية الداخلية الضرورية واللازمة في أي مجتمع ديمقراطي ومما جاء فيها:" لكل فرد الحق في حرية تكوين الجمعيات مع آخرين، بما في ذلك حق إنشاء النقابات والانضمام إليها من أجل حماية مصالحه. كما لا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسة هذا الحق إلا تلك التي ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم. ولا تحول هذه المادة دون إخضاع أفراد القوات المسلحة ورجال الشرطة لقيود قانونية على ممارسة هذا الحق.

وهو ما كرست المادة 08 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966؛ والتي تقضي بكفالة هذه الحق لكافة الأشخاص دون قيود؛ سوى ما تعلق منها بصيانة الأمن والنظام العام أو لحماية حقوق وحرياتهم الأشخاص الآخرين. كذلك أكد على حق إنشاء تنظيمات نقابية، وحرية العامل في الانضمام إليها.

وقد عرفت الجزائر[4] منذ سنة 1988 تحولات عميقة، في الميدان الاقتصادي خاصة؛ بعد الشروع في مختلف الإصلاحات؛ والتي كان من بينها تكريس ممارسة الحق النقابي بكل حرية، بواسطة الاعتراف بحق تأسيس تنظيمات نقابية معتمدة رسميا كشريك اجتماعي مع الحكومة؛ وأرباب العمل.

إن انضمام الجزائر ومصادقتها على معظم الاتفاقيات الدولية المتعلقة بممارسة الحق النقابي يجعل أحكام هذه الاتفاقيات تسمو على القانون الوطني العادي طبقا لأحكام المادة 132 من دستور 1996[5]؛ غير أن ذلك لا

---

[1]- تنص المادة 20 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على:"لكل شخص الحق في حرية الاشتراك في الجمعيات والجماعات السلمية. لا يجوز إرغام أحد على الانضمام إلى جمعية ما".

[2]- المادة 4/23 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على:"لكل شخص الحق في أن ينشأ وينضم إلى نقابات **حماية لمصلحته**"

[3]- بموجب المرسوم الرئاسي 89-67، المؤرخ في 16 ماي 1989،المتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والملاحظ أن هذه الوثيقة لم تنشر في الجريدة الرسمية كملحق إلا في سنة 1997، للاطلاع على النص الكامل لهذه الوثيقة الدولية، ينظر جريدة رسمية عدد 11، صادرة سنة 1997.

[4]- تعترف وتقر الدساتير الجزائرية بممارسة الحق النقابي فدستور 1963 كان يعترف بالحق النقابي وحق الإضراب طبقا للمادة"20 منه "الحق النقابي، وحق الإضراب، ومشاركة العمال في تدبير المؤسسات معترف بها جميعا، و تمارس هذه الحقوق في نطاق القانون"؛ في حين نجد دستور 1976 ينص على الحق بالانتماء إلى النقابة، لكن منع حق إنشاء نقابات مستقلة طبقا للمادة 60 منه "حق الانخراط في النقابة معترف به لجميع العمال، ويمارس في إطار القانون.

[5]- و التي تنص على:"أن المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشّروط المنصوص عليها في الدّستور، تسمو على القانون".

يكفي لوحده بل لابد في نفاذها والاحتجاج بها من نشرها في الجريدة الرسمية[1] فقبل نشرها تعتبر وكأنها غير موجودة، وبالتالي لا يمكن للأفراد أو السلطات القضائية الاستناد عليها أو إثارتها. وترتيبا على ذلك يجب نشر كل المعاهدات في الجريدة الرسمية، لأنها الوسيلة الوحيدة التي تكفل علم الكافة بها ومن ثم فلا يعذر احد بجهلها.

2-التكريس القانوني للحريات النقابية في الجزائر:

يرجع التكريس الفعلي والحقيقي من طرف المؤسس الدستوري للحريات النقابية كان مع بداية الشروع في الإصلاحات الاقتصادية في ظل دستور 23 فيفري 1989، حيث صار حقا مطلقا طبقا للمادة50 منه التي نصت على أن الحق النقابي معترف به لجميع المواطنين؛" أي دون قيد تعسفي؛ وهي المضمون نفسه الذي أبقى عليه دستور 1996 في مادته 56.

ويترتب على ذلك أن حق إنشاء منظمات نقابية بكل حرية؛ والانخراط و إليها معترف به للجميع دون إكراه على الانضمام إلى هيئة نقابية مخصوصة فالعامل حر في الانخراط مع النقابة التي يراها تحقق طموحه خلافا لما كان في دستور 1976.

لقد كان للتفتح الديمقراطي الذي عرفته الجزائر في بداية 1990 أثره في توفير المناخ السياسي الضامن لممارسة هذه الحريات النقابية دون قيود؛ وهذا ما جسده القانون رقم 90- 14[2] حيث وضع ضوابط استعمال هذا الحق؛ مما يجعله ضمانة تشريعية فعلية له.

3-الحق في اللجوء إلى الإضراب

يمثل حق اللجوء إلى الإضراب من أهم الوسائل التي تملكها النقابات للدفاع عن مصالحها والمطالبة بحقوقها؛ ولكن بالرغم من التكريس الدستوري لهذا الحق طبقا للمادة 57 من دستور 1996[3]، إلا أن المشرع قد قيده ببعض الشروط والقيود التي تجعله في مهب الرياح وفي حكم المنعدم نظرا للجوء السلطة العمومية إلى القضاء ليتدخل بأمر استعجالي لتوقيف الإضراب.

---

[1]- حيث جاء في قراره قرار رقم 1 المؤرخ في 20 أوت سنة 1989 يتعلق بقانون الانتخابات، ما يلي: ونظرا لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها، تندرج في القانون الوطني، وتكتسب بمقتضى المادة 123 من الدستور سلطة السمو على القوانين، وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية". ينظر:

www.conseilconstitutionnel.dz/Arabe/Jurisprudences/Jurisprudence96_1.htm

[2]-- قانون 90-14، المؤرخ في 02 يونيو 1990، يتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، ج ر عدد 23، صادرة في 06 يونيو 1990، ص 764. المعدل والمتمم بقانون رقم 91-30 مؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ج ر عدد 68، صادرة في 25 ديسمبر 1991، وبالأمر رقم 96-12، مؤرخ في 10 يونيو 1996، جريدة رسمية عدد 36، صادرة في 12 يونيو 1996؛ قانون رقم 90-02، مؤرخ في 06 فيفري 1990، متعلق بالوقاية من التراعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، جريدة رسمية عدد 06، صادرة سنة 1990، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 91-27، مؤرخ في 21 ديسمبر 1991، جريدة رسمية عدد 68، صادرة في سنة 1991.

[3]-تنص المادة 57 من دستور 1996 على: "الحقّ في الإضراب معترف به، ويمارس في إطار القانون.

ويمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحقّ، أو يجعل حدودا لممارسته في ميادين الدّفاع الوطني والأمن، أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع".

مما يجعل ممارسة هذا الحق في الإضراب صعب المنال والتحقيق؛ فكل نقابة تعلن لجوؤها إلى الإضراب تقابل بالتهديد والوعيد من السلطة الوصية، فالنقابات الوطنية المستقلة كلها تعرضت لتهديدات بالحل الإداري (وهو أمر مخالف للقانون الذي يجعل مسألة الحل من اختصاص القصاء لوحده، وكلما لجأت إلى الإعلان على إضراب وبالرغم من احترام كل الإجراءات،لجأت السلطات العمومية إلى القضاء الإستعجالي لاستصدار أمر بوقف الإضراب[1].

مما يدفع الباحث إلى التساؤل عن متى يسمح لهذه النقابات بممارسة هذا الحق؛ مادمت السلطة القضائية تتدخل دوما لوقف الإضراب المعلن عنه من قبل النقابات المستقلة، دون تسبيب سوى دواعي سير المرفق العام بانتظام واطراد؛ والغريب في الأمر ليس في السلطة النظامية الوصية فمن المنطقي أن ترفض الإضراب وتسعى إلى تجميده وإنما الغرابة في القضاء الذي يعتبر الملاذ الطبيعي والحقيقي لحماية الحريات وضمان احترام مبدأ المشروعية؛ وهو الأمر الذي يطرحه الكثير من الباحثين عن مدى استقلالية القضاء خاصة الإداري منه حتى في فرنسا؛ حيث توجد كثير من الأحكام المسيسة لمجلس الدولة الفرنسي ومن أشهرها قضية الحجاب في المدارس الفرنسية السابق الإشارة إليها.

الحقيقة أن هذه الوضعية أدت إلى أن بعض هذه النقابات لا تمتثل لأوامر السلطة القضائية[2]، أو التحايل على هذه الأوامر القضائية[3]، وهذا ما يمكن اعتباره أمرا خطيرا في دولة ديمقراطية ؛ والتي يجب أن تكون السيادة فيها للقانون والحق لوحده؛ وليس لأهواء السلطة وإرادات الأفراد الأنانية.

وفي الحقيقة ليست النقابات وممثليها وحدهم الذين يتعرضون لمضايقات وتهديدات، بل العمال نفسهم يتعرضون إلى تهديدات بالعزل والاستخلاف حين ممارسة حقهم المضمون دستوريا.

فنجد الجزائر ورغم مصادقتها على معظم الاتفاقيات الدولية المتعلقة بممارسة الحقوق النقابية، وبحقوق الإنسان عموما؛ وتكفّلها بتكريس الحريات النقابية دستوريا، لكن الواقع والممارسة، تبين أن هذا الحق غير مضمون. هذا يؤكد فكرة الطابع الشكلي للقواعد القانونية الوطنية تحت ضغط **حتمية العولمة**؛ بحيث يجب أن تتطابق مع أحكام المشروعية الدولية تنفيذا لوصفات الهيئات الدولية للرضا عن السياسة الوطنية كشرط للشروع في مساعدة الاقتصاد الوطني؛ وهذا ما يفسر هذا التعارض بين اعتراف الدولة بحق تكريس وممارسة الحريات النقابية؛ وبين التطبيق العملي الذي لا يعكس هذه الحماية القانونية.

---

[1] – مثلا في هذا الشأن أصدرت الغرفة الاستعجالية لمحكمة الجزائر قرار بوقف الإضراب الذي أعلنه المجلس الوطني لأساتذة التعليم العالي، والإضراب الذي عدت إليه تنسيقية نقابات التربية "

[2] – مثل ما فعلت التنسيقية الوطنية لعمال التربية، لما رفضت الامتثال لقرار العدالة القاضي بتوقيف الإضراب.

[3] – كما فعل المجلس الوطني لأساتذة التعليم العالي، لما الحكم الاستعجالي الصادر عن محكمة الجزائر خاص بتوقيف الإضراب الوطني الذي أعلنه هذا الأخير، ولا يمس بالإضرابات المحلية التي نادت بها مختلف فرو المجلس الوطني لأساتذة التعليم العالي.

ثانيا: أسلوب التوجيه والتنظيم:

1- مفهوم أسلوب التنظيم الاداري: وفي هذه الصورة من صور التنظيم اللائحي الضبطي نجد أن اللائحة لا تحظر ممارسة النشاط، ولا تخضعه لإذن أو إخطار سابق، بل تكتفي لائحة الضبط بمجرد تنظيم ممارسة النشاط الفردي من حيث وضع توجيهات عامة معينة للمواطنين بشان ذلك النشاط، وذلك من اجل وقاية النظام العام من الخطر الذي قد يتعرض له من جراء ممارسة هذا النشاط. ومن أمثلة ذلك لوائح تنظيم مرور السيارات بالطرق العامة، ولوائح تنظيم المظاهرات السلمية في حدود القانون. ويذهب الرأي الراجح في الفقه[1] إلى أن التنظيم هو اقل الصور إعاقة للحرية، ولهذا فانه يفضل عادة على أنماط الحظر المطلق.

وخلافا لذلك يذهب **د/ منيب الربيع** في رسالته للدكتوراه إلى أن التنظيم يعتبر قيدا اشد على الحرية من الإخطار السابق، وذلك على أساس انه يمثل شروطا مقيدة لا يمكن ممارسة النشاط قبل توافرها.[2]

والواقع أن التنظيم اخف وطأة على الحرية من الإخطار السابق، ولا سيما إذا كان هذا الإخطار مصحوبا بحق الإدارة في الاعتراض على ممارسة النشاط، وأيضا مما يجعل التنظيم اقل صور التنظيم اللائحي الضبطي إعاقة للحرية انه لا يعطي للإدارة فرصة للتحيز و التحكم في ممارسة النشاط، باعتباره تنظيما سابقا وعاما يسري على كافة الأفراد و بذلك تسود المساواة في المعاملة بين الأفراد.[3]

وبناء على ما سبق لا يجوز أن يصل التنظيم إلى درجة الحظر المطلق متى كان النشاط الفردي مشروعا، ولذلك ينبغي أن يكون التنظيم منطويا على أقل القيود إعاقة للحرية، لأن الحرية هي الأصل والتنظيم هو الاستثناء، ومن ثم يشترط في هذا التنظيم أن يكون مطابقا لغرض النظام العام وضرورات حفظه.

2- أثر أسلوب التنظيم على حدود تشكيل النقابات المهنية: تأسيس النقابات نموذجا:

تعد الحرية النقابية جزءا لا يتجزأ من الحريات الجماعية الفردية، التي تبنتها الجزائر في أعقاب التحول السياسي نحو الفكر الديمقراطي الجديد الذي انتهجته الدولة رسميا بدستور1989.وبناءا على ذلك فقد تضمن الدستور التأسيس للحرية النقابية، فان القانون قد تكفل بتنظيم ممارسة هذا الحق، وذلك ضمن القانون رقم: 90-14، الصادر في 02 جوان 1990 المعدل والمكمل بالقانون رقم 91-30، المؤرخ في21 ديسمبر 1991؛ والمرسوم رقم92-12 المؤرخ في06 جوان1992، حيث يعترف هذا القانون للعمال المأجورين في

---

[1] - ينظر إلى كل من :د/ سعد الدين الشريف ؛أساليب الضبط الإداري؛ص31. ود/ عبد المنعم محفوظ، علاقة الفرد بالسلطة؛ ص937؛ سامي جمال الدين؛ أصول القانون الإداري؛ ص165

[2] - د/ منيب الربيع؛ ضمانات الحريات العامة في مواجهة سلطات الضبط الإداري؛ ص101

[3] - و جدير بالذكر أن القضاء الإداري يشترط في مجال التنظيم أن تكون القيود الواردة على ممارسة الحرية أو النشاط كتابا موقوتا بدلا من أن تكون دائمة، و من ثم يتعين في التنظيم الضابط أن يتضمن كافة الاستثناءات المشروعة التي ترد على القاعدة الضابطة و لو كانت هذه القاعدة موقوتة، وعلى هذا الأساس قضى مجلس الدولة الفرنسي بان حظر المرور أو الوقوف بالسيارات في شارع معين لأسباب تتعلق بالمارة أو إصلاح هذا الشارع، لا يمنع من إباحة مرور المشاة للعودة إلى مساكنهم مثلا.

القطاعين العام والخاص بالحق في تكوين منظمات نقابية مستقلة ومتميزة عن الأحزاب؛ تهدف للدفاع عن مصالحها دون السعي للوصول إلى السلطة[1].

وتشير الإحصائيات التي قدمت الجزائر إلى المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة إلى وجود أزيد من: 58 نقابة على الصعيد الوطني تضم العمال، و 19 منظمة تضم أرباب العمل، اثنان منها تنتمي إلى القطاع العام، و17 منظمة الباقية للقطاع الخاص، وهذا إلى غاية 1999[2].

ويمثل **الاتحاد العام للعمال الجزائريين** التنظيم النقابي الوحيد المعترف به؛ لما كانت علاقة العمل علاقة تنظيمية تابعة للدولة في إطار التسيير الاشتراكي؛ ولكن بعد الشروع في إصلاحات الاقتصاد الحر أصبحت علاقة العمل تعاقدية، إذ انسحبت الدول من ميدان التنظيم، تاركا المجال مفتوحا للشركاء الاجتماعيين المنتظمين في تشكيلات نقابية حتى يتسنى لهم التفاوض وإبرام عقود عمل جماعية[3]. ثم صدر القانون رقم 90-14 في 02 جوان 1990، ليحدّد كيفيات ممارسة الحق النقابي على النحو الاتي:.

2-1- من حيث إجراءات تأسيس النقابات: يكفل القانون الجزائري حق إنشاء النقابات، وحرية الانضمام إليها من قبل العمال أو أصحاب العمل؛ لكن لا يسمح بتأسيس نقابة من مهن أو فروع أو قطاعات نشاط متعدّدة طبقا للمادة 02 من قانون رقم 90-14. كذالك الأمر نفسه بالنسبة لاتحاديات وكنفدراليات النقابات طبقا للمادة 04 من نفس القانون .

2-1-1-إجراءات تأسيس النقابة

تذكر المادة 06 من القانون رقم 90-14، مجموعة من الشروط الخاصة بالممثل النقابي، منها شرط السن، والجنسية، والتمتع بالحقوق الوطنية، ... ثم تضيف المادة 07 من القانون نفسه على ضرورة عقد جمعية عامة تأسيسية، تضم أعضاؤها المؤسسين.

ثم يتم إيداع **تصريح** لدى السلطة العمومية المعنية وهي حسب المادة 10 من القانو 90-14، والي الولاية التي يوجد بها مقر التنظيمات النقابية ذات الطابع البلدي أو المشترك بين البلديات أو الولاية؛ أو الوزير المكلف بالعمل فيما يخص التنظيمات النقابية ذات الطابع المشترك بين الولايات على المستوى الوطني؛ ومن ثم يسلم لهم **وصل تسجيل تصريح التأسيس** لدى السلطة العمومية المعنية خلال **ثلاثين يوما** على الأكثر من إيداع الملف؛ إن هذا يعني أن السلطة العمومية المختصة لها سلطة تقديرية واسعة في تقديم أو رفض تقديم وصل تسجيل التصريح؛ وهو ما اعتبرته منظمة العمل الدولية من خلال أجهزتها الرقابية أمر تعسفيا، وخرقا وانتهاكا

---

[1]- شطاب كمال؛ حقوق الإنسان؛ ص218

[2]- المجلس الاقتصادي والاجتماعي الأمم المتحدة؛ التقارير الدورية الثانية المقدمة من الدول الأطراف عملا بالمادتين 16 و17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية؛ ص25

[3]- **أ/بيرم عبد المجيد صغير**، الحق النقابي في معايير العمل الدولية والقانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004/2003، ص 54.

للحريات النقابية[1]؛ داعية وجوب تقديم وصل تسجيل تصريح التأسيس فورا دون قيد زمني أو شرط تعسفي.

ومن بين هذه القيود في القانون الجزائري رقم 90-14أنه لا يسمح بتأسيس نقابة من مهن أو فروع أو قطاعات نشاط متعدّدة طبقا للمادة 02 منه؛ بل يجب أن ينتمي أعضاء النقابة إلى مهنة أو فرع أو قطاع نشاط واحد، بالتالي لا يمكن تأسيس نقابة جزائرية توازي الاتحاد العام للعمال الجزائريين.

لذلك نجد العديد من التنظيمات النقابية التي قوبلت برفض اعتمادها؛ منها رفض منح الاعتماد للنقابة الوطنية المستقلة للعمال الجزائريين Syndicat National Autonome des Travailleurs Algérienأو (SNATA)، وهي محاولة من النقابة الوطنية المستقلة لعمال الإدارات العمومية (SNAPAP) للتوسع وإنشاء فرع لها لعمال القطاع الاقتصادي العمومي[2].

وتطبق نفس هذه الإجراءات في تأسيس اتحادات التنظيمات النقابية واتحادياتها وكنفدرالياتها. طبقا للمادة 4 من القانون رقم 90-14 . من حيث تقديم وصل تسجيل تصريح التأسيس تحت السلطة التقديرية .كما لا يمكن تأسيس اتحادات أو كنفدراليات للتنظيمات النقابية، إلاّ إذا كانت من مهنة أو فروع أو قطاعات نشاط واحدة،

هناك عدّة محاولات لتأسيس فدراليات كلها قوبلت بالرفض من قبل السلطات العمومية المعنية. ففي سنة 1994 مثلا، حاولت مجموعة من النقابات المستقلة في قطاع التربية لتأسيس كنفدرالية، لكن قوبل طلبهم بالرفض. كذلك في 31 مارس 2001 تقدمت خمس نقابات مستقلة بطلب لتأسيس الكنفدرالية الجزائرية للنقابات المستقلة (CASA) قوبلت بالرفض.

2-1-2 قيود الواردة على الحق في التمثيل والمشاركة

يعتبر أي تنظيم نقابي في منظور القانون الجزائري تمثيلي إذا كان يضم على الأقل 20% من العدد الكلي للعمال الأجراء، الذين تغطيهم القوانين الأساسية لهذه التنظيمات النقابية. أو التي لها تمثيل 20 % على الأقل في لجنة المشاركة، إذا كانت موجودة داخل المؤسسة المستخدمة طبقا للمادة 35 من قانون 14/90 باستثناء التنظيمات النقابية التي تأسست قبل ستة أشهر من صدور قانون 90-14، فإنها تعتبر تمثيلية قانونا دون حاجة

---

[1] - **SWEPSTON Lee**, «Droits de l'homme et libertés syndicale: évolution sous le contrôle de l'OIT», Revue internationale du Travail, vol. 137, 1998, n°02, p. 14.

[2] - الحقيقة في هذا المجال يمكن إضافة أمثلة كثيرة منها: رفض منح الاعتماد لمجلس ثانويات الجزائر العاصمة (CLA)؛ رفض منح الاعتماد للمجلس الوطني المستقل لأساتذة الثانوي والتقني (CNAPEST)، للتفصيل ينظر:

Le rapport préliminaire du CNLS, op.cit, p. 12 & 13; Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH), «Algérie Mission d'enquête sur les libertés syndicales : pluralisme formel et entraves à l'exercice du droit syndical», n° 349, décembre 2002, p. 12.

إلى إبلاغ المستخدم أو السلطة الإدارية المختصة[1]، أما النقابات الأخرى فيجب عليها في الثلاثي الأول من كل سنة أن تقدم ما يثبت أنها تمثيلية، وإلاّ حرمت من الاستفادة من الامتيازات والإعانات ومن الحماية المنصوص عليها في القانون المنصوص عليها في المواد من 46 إلى 57. ومن ثم ، فلا يحق لها أن تشكل هيكلا نقابيا في المؤسسة؛ يخولها الحق في المشاركة في التفاوض الجماعي .

أما في القطاع الخاص فيمكن أن نقول أن عقود العمل الجماعية غائبة تماما، والسبب الأساسي هو غياب شريك اجتماعي "النقابات العمالية" لأن القطاع الخاص لا يعترف بالحريات النقابية[2]، أضف إلى ذلك أن أغلبية عمال القطاع الخاص هم عمال مؤقتين (بعقود عمل محدّدة المدة) بالتالي لا يتسنى لهؤلاء العمال التجمع لهدف تأسيس نقابة، ببساطة لأن أي عامل يريد تأسيس أي تنظيم للدفاع عن حقوقه، أكيد أن صاحب العمل لا يجدّد معه علاقة العمل.

إن إقرار الحق في الحرية النقابية، يترتب عليه وبصفة آلية الحق في الإضراب، الذي أصبح حرية دستورية تتمتع بالحماية القانونية والدستورية في إطار قانون ينظم ضوابط استعماله وضمانات تطبيقه، في حالة فشل التفاوض الجماعي لحل المنازعات الجماعية.

وفي حين ترجع السلطات ذلك الانحصار إلى توسيع الحوار بين الشركاء الاجتماعيين الثلاثة – الحكومة ، أرباب العمل ، العمال – فان العديد – خاصة المنظمات الدولية غير الحكومية – يردون ذلك إلى السياسات التي كانت تواجه بها تلك الاضطرابات، والتي على رأسها كان العمال يطردون أو يعاد إدماجهم مع خفض في الدرجات، أو النقل إلى فروع أخرى تتميز بصعوبة العمل فيها ... أو غير ذلك من الإجراءات العقابية التي ترهب العمال، حيث أن الواقع المعيشي والصعوبات الاقتصادية كان يفترض منها أن ترفع في العدد، غير أن الملاحظ هو العكس تماما، وهو ما يدعم فرضية الضغوط التي تمارسها الدولة وأرباب العمل على العمال[3]

---

[1] – ومعلوم أن النقابة الوحيدة التي تأسست قبل صدور هذا القانون هي الاتحاد العام للعمال الجزائريين (UGTA). فهي نقابة تمثيلية ولو لم تتحصل على النصاب المطلوب من التمثيل وهو ما يمثل اكبر خرق لمبدأ المساواة بين التنظيمات النقابية. وذلك ليس الا لأنها شريك للسلطة التي تفضله على حساب النقابات الأخرى كوسيط حقيقي لها أمام الاحتجاجات العمالية؛ ينظر الى : شطاب كمال؛ حقوق الإنسان؛ ص219

[2] - **بيرم عبد المجيد صغير**، المرجع السابق، ص 98؛ رغم أن ذلك يعاقب عليه جزائيا قانون 90-14 (المواد 58 و59)؛ كذلك ينظر قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا تحت رقم 131406، المؤرخ في 12 أكتوبر 1996.

[3] – د/ شطاب كمال؛ حقوق الإنسان؛ ص 220

3- أسلوب التنظيم وأثره في تشكيل الأحزاب والجمعيات وممارسة الحقوق الدستورية:

تمثل التعددية الحزبية ركنا أساسيا للديمقراطية الغربية[1]، ولهذا يقال: " لاديمقراطية بدون أحزاب سياسية" نظرا لاهمية الحزب في التدريب على الممارسة الديمقراطية؛ باعتبارها معاهد لتخريج الكفاءات السياسية؛ وأمام هذه الأهمية فقد أقر المؤسس الدستوري بهذه الحرية الدستورية من خلال الاعتراف بحق إنشاء الجمعيات ذات الطابع السياسي في دستور 1989 ، أو بحق إنشاء الأحزاب السياسية حسب دستور 1996 ؛ وقد تم وضع قانون لتنظيم كيفية ممارسة هذه الحرية من بيان ضوابط الاستعمال وضمانات التطبيق وهو قانون الجمعيات ذات الطابع السياسي؛المعتمد في عام 1989: الذي ظهر في أعقابه أكثر من ستين تشكيلة سياسية، لينخفض عددها بعد صدور التعديل عام : 1997 في ظل الأمر المذكور إلى 28 حزبا في عام : 2000 [2].

غير أنه رغم وضوح شروط تشكيل الحزب إلا أن السلطة قد تستعمل سلطتها التقديرية في رفض اعتماد تأسيس أحزاب سياسية جديدة؛ بدعوى احتمال الإخلال بالنظام العام؛ من ذلك رفض الحكومة لطلب اعتماد **حزب الوفاء** بزعامة **د/ احمد طالب الإبراهيمي**"؛ وكذا رفض اعتماد حزب الجبهة الديمقراطية برئاسة رئيس الحكومة الأسبق السيد سيد أحمد غزالي.[3]

وبالإضافة إلى محاولة السلطة إضعاف الأحزاب السياسية تعدى الأمر إلى التدخل المباشر في نشاط الحزب؛ وذلك من خلال واقعة حزب جبهة التحرير الوطني أو ما يعرف **بأزمة الآفلان** من خلال تحريك القضاء لتجميد أنشطة الحزب وممتلكاته؛ بعد موافقة الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر على طلبات الحركة التصحيحية المنشقة عن قيادة الحزب؛ في الوقت الذي كان قرار الغرفة الإدارية لمجلس الدولة الجزائري يقضي بعدم الاختصاص النوعي؛ وهو ما قوبل بالتنديد الشديد من طرف الطبقة السياسية ومنظمات المجتمع المدني[4].

فضلا عن عدم الاعتراف **بحق الدفاع عن الحق في الترشح** في حالة رفضه كما هو الحال مع قضية مرشح حزب حركة مجتمع السلم الذي رفض ملف ترشحه للانتخابات الرئاسية وهما القضيتين التيين سيتم تطبيق فكرة النظام العام السياسي كقيد على ممارسة الحرية السياسية.

---

[1] – غير أن تحققها لا يعني بالضرورة وجود أحزاب سياسية كما هو حال ديمقراطية حكومات الدولة الإسلامية الراشدة؛ كما أن وجود الظاهرة الحزبية لا يعني بالضرورة وجود الديمقراطية ، فالواقع السياسي لبعض الدول قد اثبت انه رغم وجود أحزاب سياسية معتمدة، ومع ذلك فهي لا تعتبر دولا ديمقراطية، بل أكثر من ذلك فهي حجرة عثرة أمام التحول الديمقراطي الفعلي بحيث تكون مظهرا لادعاء النظام السياسي الحاكم بتبني الديمقراطية الشكلية تمويها للرأي العام الوطني والعالمي ليبقى في الواقع الحزب الحاكم محتكرا للسلطة لوحده.

[2] – ينظر تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي؛ ص7

[3] – شطاب كمال؛ حقوق الإنسان في الجزائر؛ ص227

[4] – جريدة الخبر؛" القرار يمس بمصداقية الرئاسيات؛ العدد 3973؛ الصادرة بتاريخ 2003/12/31؛ص2؛ وينظر أيضا في نفس العدد " شخصيات وطنية وسياسية تستنكر؛ ص2؛ ذكرت منهم " حركة الإصلاح؛ حزب العمال؛ الجبهة الوطنية الجزائرية؛ رضا مالك ؛ أحمد بن بيتور؛ ...."

1- قضية جبهة التحرير الوطني:

من القضايا التي تؤكد ميل القاضي الدستوري والإداري لمقتضيات النظام العام السياسي ولو على حساب الحقوق والحريات العامة الفردية والجماعية؛ مما يؤكد عدم استقلالية القضاء في الجزائر مقارنة بما يجب أن يكون عليه القضاء كمحور لبناء دولة القانون والحق المنشودة في القانون الدستوري؛ قضية حزب جبهة التحرير الوطني؛ ضد ما يسمى بالحركة الإصلاحية أو التصحيحية والتي تزامنت مع الانتخابات الرئاسية التي جرت سنة 2004. وهي إحدى القضايا التي أثارت الجدل حول قضائيا وسياسيا وصحفيا؛ بحيث يمكن اتخاذها شاهد على مدى استقلالية القضاء الإداري الفتي في الجزائر.

وتعود أحداث هذه القضية إلى الخلاف الذي وقع بشأن ترشيح ممثل عن جبهة التحرير الوطني، أو تزكية الرئيس السابق، ومن اجل ذلك قررت قيادة الحزب إجراء مؤتمر استثنائي قصد ترشيح ممثل عن الحزب وذلك يوم ، فقامت الحركة التصحيحية التي كانت تدعو إلى خيار تزكية الرئيس السابق؛ برفع دعوى استعجالية أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر، طالبة عدم السماح بإجراء ذلك المؤتمر المزمع انعقاده بتاريخ السبت 2004/10/04.

وفي 01 أكتوبر 2003 و بمقتضى القرار رقم 03-511 ، فصلت الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر في تلك الدعوى الاستعجالية، **بمنع انعقاد المؤتمر الاستثنائي لجبهة التحرير الوطني يوم السبت بأي جهة من التراب الوطني**، سواء في المقرات العمومية أو الخاصة أو في مقرات الحزب، وعبر كافة التراب الوطني.

وبتاريخ يوم الخميس 02 أكتوبر 2003 ؛ نشرت وزارة العدل بيانا باسم مجلس قضاء الجزائر، وأوضحت فيه أن المجلس ابلغ وزير الداخلية بالقرار الاستعجالي السابق. وأمام هذا الوضع أصدرت وزارة الداخلية بيانا لتأكيد أمر والي ولاية الجزائر القاضي بعدم منح ترخيص لعقد المؤتمر، وتجميد كل الإجراءات الهادفة إلى عقد المؤتمر الاستثنائي، إلى حين الفصل في موضوع الدعوى من طرف الغرفة الإدارية لدى مجلس قضاء الجزائر.

ورغم رفض الترخيص وهذا الأمر القضائي، قامت قيادة حزب جبهة التحرير الوطني بعقد مؤتمرها الاستثنائي يوم الجمعة 03 أكتوبر 2003 متحايلة على مضمون الأمر، معتبرة أن القرار الاستعجالي منعها من إجراء المؤتمر يوم السبت، و ليس يوم الجمعة؛ كما قامت بالمقابل بالطعن بالاستئناف في القرار الاستعجالي أمام مجلس الدولة. الذي فصل فيه بتاريخ 18 أكتوبر 2003 حيث قرر إلغائه[1]؛ رغم عدم الاختصاص النوعي لديه؛ لعدم وجود شخص اعتباري عام كطرف في النزاع؛ فضلا عن عدم اختصاص الجهات القضائية الإدارية للفصل في المنازعات المتعلقة بالتنظيم والتسيير الداخلي للأحزاب.

---

[1] - وجدير بالإشارة أن القاضي الذي فصل بإلغاء هذا القرار الاستعجالي المانع للمؤتمر الاستثنائي قد أعاد للقضاء شرفه ونزاهته وحياده من الإقحام في النزاعات السياسية؛ وكانت مكافئته ما ذكرته جريدة الخبر توقيف هذا القاضي السيد بليل أحمد؛ كانتقام من موقفه وقرار السابق حسب بعض الأوساط القضائية مثل النقابة الوطنية للقضاة بقيادة رأس العين الذي تعرض بدوره لعقوبة العزل من سلك القضاة فيما بعد. ينظر جريدة الخبر العدد 3954 الصادرة بتاريخ 2003/9/9

وهذا خلافا لمبررات محامي الحركة التصحيحية الذي اعتبر الاختصاص منعقد للقاضي الإداري ما دام أن المسالة تتعلق بالنظام العام، بحيث لوتم عقد المؤتمر لترتب على ذلك مواجهة بين فريقين من حزب جبهة التحرير[1].

غير أن الغريب في هذا القرار الاستعجالي هو تلك التصريحات التي نشرتها جريدة الخبر اليومية الصادرة في 2004/10/04 والتي أعقبت صدوره حيث نفي كل من رئيس مجلس قضاء[2] الجزائر؛ والنائب العام المساعد[3] بنفس المجلس علمهما بالدعوى؛ واستغرابهما من إصدار مثل هذا القرار الاستعجالي باسميهما.

وأمام هذا التطور السريع للأحداث عقب هذين التصريحين المسؤولين لكل من رئيس مجلس قضاء الجزائر، والنائب العام المساعد بنفس المجلس القضائي ، قامت وزارة العدل[4] بإصدار قرار **يقضي بإيقافهما عن مهامهما،** وذلك لمخالفتهما **لواجب التحفظ** بعد اتصالهما بالصحافة.

و لم تتوقف وقائع القضية عند هذا الحد بل انه بعد أن عقدت قيادة جبهة التحرير الوطني لمؤتمرها الاستثنائي، على الرغم من القرار الاستعجالي للمجلس القضائي –الملغى فيما بعد –، قامت الحركة التصحيحية برفع دعوى أمام مجلس قضاء الجزائر، طالبة إلغاء نتائج ذلك المؤتمر.

وبتاريخ 30 ديسمبر 2003 ، أصدرت الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر قرارا يقضي **بمنع و تجميد نشاط حزب جبهة التحرير الوطني،** مغلبا وجهة نظر هيئة دفاع الحركة التصحيحية، حيث تضمن هذا القرار المجترئ ؛ **عدم شرعية** المؤتمر الاستثنائي للحزب؛ **وتجميد كل الحسابات البنكية** والودائع لجبهة التحرير الوطني إلى غاية تكييفه الوضع و تصحيحه طبقا للقانون .

وبعد تبليغ هذا القرار لقيادة جبهة التحرير الوطني، في 13 جانفي 2004 ، قامت بالطعن فيه بالاستئناف أمام مجلس الدولة في 17 جانفي 2004 ؛ وبعد أن أجل مجلس الدولة النظر في القضية خمس مرات لينطق في 03 مارس 2004 بقرار يقضي **بتأييد القرار المستأنف فيه.**

---

[1] – ينظر حول هذا التحليل وحجة أنصاره عند د/ مراد بدران؛ الذي يرى:"إننا نعتقد أن هذه الجهة غير مختصة، لأنه حتى و لو تعلق الأمر بمسالة مرتبطة بالنظام العام، فانه لابد أن يكون احد أطراف النزاع شخصا عاما، آخذا بالمعيار العضوي الذي تأخذ به الجزائر في تحديد الاختصاص القضائي في المجال الإداري . ينظر د/ بدران؛رسالته السابقة؛ ص319

[2] – نشرت جريدة الخبر ليوم السبت 04 أكتوبر 2003 تصريحا للسيد محمد زيتوني، رئيس مجلس قضاء الجزائر قال فيه – إن الفصل في القضية تم ليلا ، و سمعت به في التلفزة – و لم تكن موجودة خلال فترات أوقات العمل، حيث يقول كنت متواجدا طول النهار في مكتبي على الرغم من انه هو الذي يطلع و يؤشر على الدعوى الاستعجالية، ويعين القاضي المختص بالتحقيق و المداولة فيها، وهو ما لم يحدث. ينظر هذا التصريح في جريدة الخبر العدد 3899؛ الصادرة بتاريخ 4أكتوبر2004؛ ص2

[3] – وهو التصريح الثاني الذي نشرته جريدة الخبر ليوم 2004/10/09؛ من طرف السيد مناصرية رفيق ، النائب العام المساعد بمجلس قضاء الجزائر ، يحتج فيه بشدة على إدراج اسمه ضمن القرار الاستعجالي ، الأمر الذي دفعه إلى تقديم شكوى رسمية بالتزوير إلى وزير العدل السيد الطيب بلعيز، عن طريق النائب العام لمجلس قضاء الجزائر، يندد فيها بالأفعال التي استهدفته؛ والتي مفادها اعتباره موجودا بالجلسة المنعقدة ليلا لدراسة الدعوى. ينظر تفاصيل هذا التصريح جريدة الخبر؛ العدد3904؛ الصادرة بتاريخ 2004/10/09؛ ص3

[4] – ينظر في تفاصيل ومصدر هذا التوقيف جريدة الخبر؛ العدد 3933 الصادرة بتاريخ 2004/11/12؛ ص3

وهو القرار الذي أثار جدلية مدى اعتبار سيادة القانون واستقلالية القضاء في الجزائر؛ أو مدى قيام دولة القانون في الجزائر؛ فمما سجلته الصحافة تلك التصريحات التي اعتبرت هذا القرار مرتبطا بأولوية السلطة والنظام على القانون؛ وانه نوع من الانقلاب القضائي المكرس لتبعية القضاء للسلطة التنفيذية؛ ومن ثم عدم جرأة القاضي الجزائري على مقاومة نفوذ سلطة نظام الحكم.

وهذا ما يدل كما يقول **د/ بدران مراد** :"على أن القضاء في الجزائر ... كان بعيدا كل البعد عن الاستقلالية، وانه حتى مع تعديل النصوص القانونية، وتوفيرها الاستقلالية للقضاء، فان القاضي الجزائري مازالت تنقصه الجرأة في مواجهة السلطة.[1].

2- قضية رئيس حركة المجتمع السلم ضد المجلس الدستوري

وتتلخص وقائع القضية في أن السيد نحناح محفوظ قدم إلى المجلس الدستوري[2] ملف ترشحه للانتخابات الرئاسية التي كان من المزمع إجراءها في 1999/04/15؛ إلا أن المجلس بعد المداولة اصدر قرارا بإقصائه من المشاركة وفي حق في الترشح بحجة عدم استفاء ملف المترشح للشروط المنصوص عليها؛ دون أن يسلمه نسخة من قرار الإقصاء. وهو الأمر الذي دفع بالمترشح إلى التظلم أمام رئيس المجلس الدستوري؛ ثم أمام رئيس الجمهورية فما كانا منهما سوى التزام الصمت.

فقام المتظلم برفع دعوى استعجاليه أمام مجلس الدولة مؤسسا دعواه على تناقض قرار المجلس موضوع الطعن؛ مع قرار سابق صادر عن نفس المجلس ومع نفس الشخص؛ وفي نفس الموضوع؛ والمتعلق بتقديم السيد نحناح ملف ترشحه الانتخابات الرئاسية سنة 1995؛ حيث قبل المجلس ترشحه بعد أن قبل المجلس شهادة موثقة تثبت مشاركته في حرب التحرير؛ وهي الشهادة التي لم يتم الاعتراف بها في الترشيح الانتخابات 1999.

وبناء على هذا التأسيس أصدر مجلس الدولة القرار[3] رقم 002871 في 12 /2001/11؛ والمتضمن " قبول الطعن شكلا " لاستقائه للشروط الشكلية المنصوص عليها في المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية وهي الصفة والمصلحة والأهلية؛ فضلا عن شرط ضرورة إن تكون دعوى الإلغاء منصبة على عمل إداري وليس حكومي؛ وهو ما يعني اعتبار قرار المجلس الدستوري قرارا إداريا عاديا وليس من قبيل أعمال السيادة المحصنة عن الرقابة القضائية لباعثها السياسي.

غير أن هذا الشق الأول الشكلي من منطوق الحكم؛ **لم يتمم بما يقتضيه المنطق السليم** من حيث : إما إلغاء قرار المجلس الدستوري؛ ومن ثم قبول ترشيحه؛ لتوافر أحد عيوب القرار الإداري الخمس؛ وإما رفض الدعوى أو الطعن لعدم توفر أي وجه من وجوه الإلغاء الخمس السابقة. ومن ثم صحة قرار المجلس .

---

[1] – مراد بدران؛ الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية؛ ص321

[2] – يمثل المجلس الدستوري محكمة انتخابية كمؤسسة دستورية مكلفة بالإشراف على عملية الانتخابات الرئاسية من حيث دراسة و قبول ملفات الترشيحات و إعلان النتائج النهائية بعد دراسة الطعون؛ والتي صدر بشأنها القرار رقم 002871 في 12 /2001/11؛ القاضي بعدم اختصاص النوعي لمجلس الدولة.

[3] – ينظر منطوق القرار في مجلة مجلس الدولة؛ العدد1؛ سنة 2002؛ قرار رقم2871 المؤرخ في2001/11/12/ص141

ولكن كلا الاحتمالين لم ينطق بهما قرار مجلس الدولة حيث جاء في منطوقه" الحكم بعدم الاختصاص النوعي"؛ وهو نوع من التهرب من الفصل في الطعن لأسباب سياسية محضة ذلك أن مسألة الاختصاص النوعي من المسائل الشكلية التي فصل فيها الشق الأول من القرار ؛ ومن ثم كان لزاما على القاضي أن يفصل في الموضوع مادام الطعن مقبولا شكلا؛ وإلا فسيكون القرار متناقضا بين شقيه الأول والثاني.

وفي هذا يرى **د/ مراد بدران** [1]" لا يمكن للقاضي الذي نطق بقبول الدعوى شكلا أن يحكم في الموضوع بعدم الاختصاص النوعي لأنه إذا قام بذلك يكون قد تناقض مع ما قرره في الشق الأول من منطوق قراره... وعليه كان يتعين على مجلس الدولة أن يلغي قرار مجلس الدولة لان هذا الأخير قد تعسف عندما لم يقبل ترشحه لانتخابات 1999 في حين قبل ترشحه في انتخابات 1995"؛ وهو نوع من التحكم بالهوى دون مبرر قانوني كادعاء تغير قانون الانتخابات ؛ أو تغير الجهة التي تفصل في ملفات الترشح وهو ما لم يحصل مما يؤكد فرضية عدم استقلالية السلطة القضائية أمام نفوذ السلطة التنفيذية وهو ما سيتثبت في ظل القضية الثانية[2].

والباحث بعد اطلاعه على ملف القضيتين حسب ما تناولتها الصحف تبرز بشكل قوي أن فكرة النظام العام في القانون الجزائري لازالت بحاجة إلى تحديد؛ من حيث ضرورة **تحييدها** من استغلال مضمونها لخدمة النظام الحاكم؛ بحيث أن هناك قيودا تفرض على الحريات لا علاقة لها بالنظام العام بمضمونه القانوني أساسها مجرد الوهم.

4- تكوين الجمعيات :

تعد الجمعيات أهم وسيلة من وسائل المجتمع المدني، في إطار التشريع الوطني الذي يمنحها وضعا قانونيا وقاعدة ونشاطا يسمح لها بالاندماج في حركة الجمعيات الدولية، حيث انه وحسب قانون الجمعيات الجديد ، يجوز تأسيس الجمعيات بمجرد بيان يقدمه المؤسسون إلى الولاية – إذا كانت محلية الطابع – أو إلى وزير الداخلية – إذا كانت ذات طابع وطني .

وعليه كان حسب القانون رقم: 31/90، الصادر في: 04 ديسمبر 1990 المتعلق بالجمعيات، لا يجوز تعليق الجمعيات أو حلها إلا بموجب قرار من السلطة القضائية بطلب من السلطة العمومية، أو بناءا على شكوى من طرف ثالث.[3]

إن المشكل إذن ليس في إنشاء الجمعيات أو عددها، و إنما في دورها الفعال على أساس أنها جماعات الضغط، التي بناءا على عملها يتقوى ضغط المجتمع المدني، الذي يجد من خلالها مخرجا للآمال والطموحات الشعبية، كما يكون متنفسا للهموم والمشاكل التي تواجه الشعب.

وخلاصة هذا المطلب أن لسلطات الضبط الاداري صلاحيات متفاوتة بناء على سلطتها التقديرية في تقدير ملائمة الأسلوب الضبطي المناسب لوقاية النظام العام؛ فلهيئات حفظ النظام الاختيار بين عدة أساليب مقيدة

---

[1] – د/ بدران مراد؛ الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية؛ ص316

[2] – ينظر في تفصيل مدى استقلالية السلطة القضائية في الجزائر؛ د/ بشير أمقران؛ السلطة القضائية في الجزائر؛ مرجع سابق؛ ص85

[3] – المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة؛ ص23

للحريات على تفاوت بينهما في شدة الوطأة على الحرية بدءا بأسلوب الحظر ثم أسلوب الترخيص؛ ثم أسلوب الإخطار المسبق؛ وأخير أسلوب التنظيم.

ويلاحظ أن مسألة اختيار الأسلوب الأنسب لتنظيم الحرية يعود إلى النص القانوني المنظم لممارسة الحرية أي الى سلطة الضبط التشريعي؛ ومن هنا يظهر الترابط والتكامل الموجود بين هيئات الضبط بمختلف أنوعها.

غير أن ما يمكن أن يسجل هنا من خلال تحليل جميع القيود التي ترد على ممارسة الحريات مما سبق تفصيله خصوصا منها الحريات السياسية؛ والتي يدعى بأنها مفروضة لوقاية النظام العام أو الأمن الجماعي؛ لوجدنا القليل منها هو الذي ينصرف إلى تحقيق هذا الغرض؛ أما الباقي فهو لحماية السلطة ونظامها السياسي والاجتماعي الذي تستمد منه سلطة الحكم وجودها؛ الأمر الذي يجعل عملية تجريد السلطة من مضمونها السياسي والاجتماعي أمرا مستحيلا؛ ومنافيا لمبادئ الديمقراطية الحقيقية؛ بحيث تمثل هذه القيود شذوذا ديمقراطي قد يردي بها في إلى دركة الديكتاتورية.

وفي خلاصة هذا المطلب يمكن القول أن لسلطة الضبط الاداري وسائلا وأساليبا وامتيازات متنوعة في حفظ النظام تتفاوت حسب درجة الاخلال بالنظام المتوقعة أو المحتملة؛ وحسب تقدير السلطة لذلك؛ ومن ثم لاتكون الأولوية لحفظ النظام في الرعاية والتقديم كما في حالة الظروف الاستثنائية؛ وانما يجب ان يؤخذ بعين الاعتبار الاجراء الأقل مساسا بالحريات؛ كون الحرية هي الأصل من وراء فرض النظام؛ ومن ثم فلا يعقل التضحية بالحرية كهدف وغاية، في مقابل اقرار النظام كمجرد وسيلة لممارسة الحرية؛ وترتيبا على ذلك يكون من واجب السلطة التقديرية للادارة في هذا المجال أن تقوم بعملية **الموازنة** لتوفير المناخ المناسب لممارسة الحرية دون حدوث اضطرابات أو فوضى. يقول د/ سليمان الطماوي في تحديد فكرة السلطة التقديرية" هي تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة كل من الأفراد والقضاء لتختار في **حدود الصالح العام** وقت تدخلها، ووسيلة التدخل، وتقدير خطورة بعض الحالات الواقعية التي تحدث ولتقدير أصلح الوسائل للمواجهة"[1].

مما يعني أن جوهر السلطة التقديرية ينحصر في حق الأدارة في الإختيار بين عدة حلول كلها مشروعة؛ دون ان يعني ذلك أبدا أنها تقترب من السلطة التعسفية وإنما هي مجرد سلطة قانونية لا تخول الإدارة سوى حق الإختيار بين قرارين أو مسلكين أو أكثر بإعتباره الأكثر ملاءمة، وفي كل الأحوال فإن القرار الذي تختاره الإدارة يجب أن يكون متفقا مع المشروعية دون تناقض أو تعارض. غير أنه فيما يخص واجب حفظ النظام العام في اطار مبدأ تخصيص الأهداف سلطة حفظ النظام تكون شبه مقيدة متى فرض عليها المشرع بطريقة آمرة وعلى سبيل الإلزام الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه- وهو حفظ النظام العمومي ووقايته- مع وجوب العمل على نحو معين يتكفل ببيان أوضاعه من أجل الوصول إلى الهدف. وبناء على ذلك لا يجوز للإدارة في هذه الحالة أن تعمل على خلاف ما بينه القانون من أوضاع معينة لمباشرة هذا العمل وإلا عد تصرف الإدارة باطلا لمخالفته للقانون.

---

[1]- د/سليمان الطماوي؛ نظرية التعسف في استعمال السلطة؛ دار الفكر العربي؛ ط2 ؛ سنة 1966؛ ص48

وفي المقابل تتمتع السلطة في النظام الاسلامي في اطار السياسة الشرعية بسلطة تقديرية واسعة تخولها حق التدخل لتنظيم ممارسة الحقوق وتقييدها حماية لمصلحة الغير وحفظا لنظام الجماعة؛ بحيث وعرفها الدكتور مصطفى كمال وصفي بقوله:" حيز يتركه النص (أو الدليل الشرعي) للملائمة بين تطبيق النص (أو الدليل) وبين الواقع"[1] وفي اطار هذا الحيز يمكن للسلطة النظامية اتخاذ مجموعة التدابير التي تقدر فعاليتها لحماية النظام العام؛ وهذا ما سيتم تفصيله في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: الأساليب المقيدة لممارسة الحرية حفظا لنظام الأمة في الشريعة الإسلامية.

من أهداف الشريعة وغاياتها السامية إحاطة المجتمع الإسلامي بسياج من الضمانات التي تحصن أركانه وتبقي على نظامه؛ بما يسمح له من توفير المناخ الملائم لقيامه بوظيفة نشر الدعوة وتبليغها للناس كافة؛ حتى يتوفر هذا المناخ فان الواقع قد يفرض اتخاذ وسائل اجتهادية متنوعة ومتفاوتة في الخطورة للتعامل مع مصادر القلق والتهديد لنظام الأمة؛ فقد تضطر سلطة النظام إلى وسائل النفي والاعتزال؛ والإبعاد والإجلاء؛ كما يمكن اللجوء إلى مصادرة بعض الحريات كتقييد حرية التنقل والتملك واعتقال بعض الشخصيات المثيرة لإعمال الشغب **وأدا** للفتنة.

غير أن أخطر هذه الوسائل هي لجوء سلطة حفظ النظام إلى تصفية المجتمع من عناصر الإخلال بالنظام؛ بإقامة الحدود الشرعية على من ثبت تورطهم في إعمال مخلة بنظام الجماعة؛ وانتهاك حدود الله؛ وليس المشكلة في تطبيق الحدود في حد ذاتها؛ بقدر ما هي في مسالة تنزيل الحكم على الشخص؛ من تقدير الوجود المادي للواقعة المادية على الفعل المجرم شرعا. فمن المعلوم أن الحدود تدرا بالشبهات؛ ومن ثم تصبح مسألة تكييف الفعل على أن جرية حد ينطوي على صعوبة بالغة؛ قد تؤدي الة اهدار دماء وانتهاك أعراض وتفكيك أسر؛ ولهذا كانت مهمة الحكم في هذه المسائل للأعلام الموقعين عن رب العالمين ممن حصلت لهم درجة الاجتهاد التخصصي في القضاء والفهم عن الله مقصود من شرعة الحدود.

و ليس المقام مقام تحديد لضوابط تطبيق الحدود حماية لحقوق الله، وانما هدف البحث مناقشة وتحليل مدى انعكاس الخطأ في تقدير مدى تطبيق هذه الحدود على حقوق الافراد وحرياتهم؛ كمسألة اقامة حد الردة وأثره على حرية العقيدة؛ ومسألة اقامة حد الحرابة أو البغي على ممارسة الحق في المعارضة.

[1] -د/مصطفى كمال وصفي؛ مصنفة النظام الإسلامي؛ ص250. وينظر للباحث؛ مبدأ المشروعية؛ رسالة ماجستير؛ 2002؛ ص152

فمما لا شك فيه أن مثل هذه الوسائل القمعية تنطوي في كثير من الأحيان على انتهاك حقوق الأفراد وحرياتهم الشرعية إما تقييدا وتضييقا وإما بالمصادرة والحظر. وهذا مالم يتثبت في أمرها؛ ويحتاط لها. وهذا ما سيحاول الباحث تسليط بعض الضوء عليه في حدود ما يخدم اشكالية الدراسة.

الفرع الأول": انعكاسات أساليب حفظ النظام العام الشرعي على ممارسة الحقوق والحريات العامة
الفرع الثاني": تطبيقات حفظ نظام الأمة في تقييد ممارسة الحريات السياسية في النظام الإسلامي.

الفرع الأول: انعكاسات أساليب حفظ النظام العام الشرعي على ممارسة الحقوق والحريات العامة

سبق للباحث بيان أن منظومة المقاصد؛ تمثل بحق مضمون فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية؛ وبالتالي فان جميع المصالح الضرورية هي عناصر جوهرية تتعلق بحفظ نظام الأمة ومبادئها الثابتة وقيمها العليا المستفادة من مصادر المشروعية الإسلامية؛ وترتيبا على ذلك كان لزاما على سلطة حفظ النظام العام؛ التدخل بمختلف الوسائل القانونية العادية والقسرية؛ للقضاء على أي مصدر من مصادر الإخلال بالنظام العام؛ تنفيذا لقواعد حفظ النظام العام الشرعي بعناصره .

وهذا ما سيحاول الباحث من خلال هذا العنصر تجليته باستقراء الخبرة السياسية والتشريعية لدى حكومات الدولة الراشدة بنماذجها الأربع؛ من خلال مناقشة بعض القرارات الإدارية التنظيمية من حيث مدى تأثيرها على ممارسة الحريات بمختلف أنواعها كحق من حقوق الله؛ ومن خلال دراسة وبحث كيفية تأثير حماية منظومة مقاصد الشريعة على مستوى الأمة في الحد من ممارسة بعض الحقوق والحريات العامة

أولا– أثر تطبيق الحدود في ظل مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات على الحريات العامة:

لا شك أن الحدود الشرعية تأتي في مقدمة الوسائل الضبطية لحفظ نظام الأمة بعناصره المقاصدية الضرورية؛ غير أن خطورتها ليست في قسوتها أو في مقدارها؛ وإنما في تكييف كل منها وإسقاطها على أفعال المخلين بالنظام الشرعي؛ ووسائل إثباتها على المتهمين والمشتبه فيهم.ذلك أن قسوتها على الحق في الحياة وما فيه من إهدارا للآدمية إنما هو بالنسبة لمن يستحق الحياة؛ وليس لمن سلب هذا الحق من الآخرين[1] بسفك دماءهم وترويع أمنهم؛ وإفساد بلادهم.

[1] – د/ مصطفى منجود؛ المرجع السابق؛ ص456

فأصل الحدود وضع النهاية للشيء[1] بحيث تقل الجريمة وتنعدم بأن يمتنع الناس عن معاودة الجرم خوفا ودرأ للحد ومن ثم كانت مقاصد تشريع الحدود تخويفية وردعية أكثر منها قمعية وزجرية؛ ولذلك فهي تدرأ لمجرد الشبهة؛ أو بعدم التبليغ إلى السلطة القضائية.

غير أن حقيقة الحد تكمن في أنه عقوبة مقدرة لله تعالى غير مطلقة كما هو حال التعزير؛ وتجب حقا لله لاحقا للعباد كما هو حال القصاص. ومن ثم فالحد عقوبة شرعية مقدرة من الشارع نوعا ومقدارا ووصفا لأفعال مخصوصة كالزنا والقذف والسرقة....والعقوبة لا تكون بنص فبات ضروريا كضمانة للأفراد بأنه لا جريمة إلا بنص.[2] والحدود بهذا المعنى تمثل السياج والدرع الواقي لمقاصد الشريعة فكل حد من الحدود المقدرة شرعا إنما يخدم ويحقق مقصدا وعنصرا من عناصر النظام الشرعي العام.فهي تؤسس للأمة قواعد ثابتة لردع وزجر المهددين لنظام الجماعة اعتداء على دينها أو نفس وعرض أفرادها أو عقل الأمة وعصب حياتها؛ ولا يخفى أن تهديد هذه العناصر مصيب للأمة بالعجز والفناء ؛ لا فرق بين ذلك بين حاكم ومحكوم فالجميع مخاطب برعايتها والتزام موقف السمع والطاعة منها.[3]

وتطبيق الحدود نتيجة وتكملة وثمرة لإعمال أحكام الشريعة وتطبيقها؛ فلا تطبق الحدود إلا إذا سارت قواعد العدالة وعمت المساواة؛ ورفع الظلم وتحققت للفرد حاجياته الضرورية؛ بأن صارت السيادة للشريعة عموما وشمولا؛ بأن سرت قواعدها في الواقع بلا تجزئة أو انتفاء.

وهذا بتوفر البيئة الإسلامية التي تحتل فيها الحدود مكان الحراسة والحفاظ على حرماتها وحريات مواطنيها؛ وهذا يعني ضرورة بناء الفرد المسلم؛ والمجتمع المسلم؛ بقيادة سلطة لا تقل عنهما التزاما بالإسلام عقيدة وشريعة وسلوكا؛ ثم تأتي الحدود لتأمين ما تم تشييده وبناؤه؛ وكل محاولة لتطبيق الحدود بلا تطبيق وسيادة للشريعة على الجميع فيه معارضة لمقصود الشارع من وضع الحدود وتشريعها لحكم وعلل معلومة. وتنكبا عن مبدأ العدل في الحكم بين الناس[4].

وجلي من خلال ما سبق أن تشريع الحدود في أحد أبعاده أن لم أقل أهمها على الإطلاق هو حماية أصول الدين بصيانة مقاصد شريعته؛ ورعاية قيمه ومثله العليا؛ بما تحققه من حرية الحركة والعمل لتحقيق الاستخلاف والعمران البشري في جو من الأمن من غير خوف على عقيدة ولا على نفس أو عرض أو مال فلكل اعتداء عليها عقاب مقدر محدد وواجب.

فبمجرد العلم بها يمنع الإقدام عليها؛ وبمجرد إيقاعها تنفيذا مرة واحدة يمنع العود إليها جميعا لما تحققه من ردع مزدوج للجاني ولغيره ردعا خاصا وعاما.

---

[1] – الفخر الرازي ؛ مختار الصحاح؛ ص125

[2] – عبد القادر عودة؛ التشريع الجنائي الإسلامي؛ ج1؛ ص9

[3] – د/ سليم العوا؛ في أصول النظام الجنائي الإسلامي؛ دار المعارف؛ دون تاريخ نشر ولا طبع؛ ص54

[4] – د/ مصطفى منجود؛ مرجع سابق؛ ص455

وما من شك أن في إشهار الحد أمام المعتدين وتخويف الناس به تطهير للفرد والمجتمع من شرور المخلين بنظامه ودفعا لهم نحو الإصلاح والتعمير وتسخير الكون لفائدة الدين؛ ذلك أن الإنسان قد يضعف أحيانا فيستبد به هواه نحو المعصية والإفساد ؛وحينما يجب على السلطة تنبيهه بالجزاء الذي ينتظره إعلاما وتذكيرا.[1]

والواقع أن الباحث حاول من خلال عرض هذه الأفكار إبراز حقيقة أهداف الحدود في تحقيق نظام الجماعة وأمنها رغم ما في ذلك من إهدار لبعض الحقوق الإنسانية ولكنها مهدرة بسلطة الأعلم بمن خلق وهو الله اللطيف الخبير؛ العالم بحالها وبما يصلحها فمن ثم فليس للحاكم أو السلطة النظامية أن تزهق روحا بالإعدام أو تقطع عضوا بالسرقة أو تجلد ظهرا بالزنا والقذف من تلقاء نفسها وإلا كانت باغية وظالمة وإنما تفعل ذلك تطبيقا للنص الإلهي في إطار مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ومبدأ الشرعية الإجرائية؛ وبهذا يتأكد للباحث أن الحريات في النظام الإسلامي ليست مطلقة وإنما تتعرض لكثير من القيود الشرعية حفظا لنظام الأمة وسيادة الأمن العمومي في أرجائها. وعلى رأسها ما يترتب على تطبيق الحدود من أثر على بعض الحقوق الفردية.

1-أثر حفظ دين الأمة في تطهير المجتمع من عناصر الإفساد أسلوب النفي وأثره على حرية العقيدة نموذجا:

أصل النفي استخلاص السيئ من الشيء لرداءته بإخراج ما فيه من نفاية وفي الحديث" المدينة كالكير تنفي خبثها" أي تخرجه منها؛ فالنفي في حقيقته اللغوية الطرد والإخراج والإبعاد عن البلد وعن الناس سلبا لحرية المنفي بمنعه عن الاتصال بالناس و حبسه؛ فقوله تعالى" **أو ينفوا من الأرض**" معناه الحبس في أرجح الأقوال لأن النفي من جميع الأرض قد يكون غير ممكن ولا يؤدي إليه أو إلى معناه إلا بحبس المحكوم عليه نفيا؛[2]ذلك أن تتبع الجاني من بلد إلى بلد غير مناسب في العصر الحديث فمن غير الممكن أن تقبل دولة مجرمي دولة أخرى خاصة في ظل المجتمع المعاصر.[3]

ومن ثم يكون تعريف النفي الصحيح هو الحبس تطهيرا للمجتمع المسلم من بعض العناصر المخلة بنظامه عن طريق تقييد حركته وحريته بعقوبة سالبة للحرية. وبقطع وسائل الاتصال مع الناس؛ وعلى هذا يمكن للسلطة النظامية إخراج هذه العناصر المحاربة أو الباغية أو المرتدة أو المنافقة إلى بعض المقاطعات التابعة لدار الإسلام؛ بحيث يأمن الناس فتنتهم وإفسادهم .

ومعلوم أن هناك خلاف فقهي[4] في تحديد المقصود بالنفي كعقوبة مستقلة وفي تحديد كيفية معاقبة المنفيين كالمحاربين؛ وأرباب الفتن؛ والزناة المحصنين؛ فهو عند الحنفية بمعنى الحبس وأضاف المالكية له الحبس في غير بلد الجناية أي الجمع بين النفي والحبس معا؛ وهذا الأخير هو رأي **الإمام الطبري**؛ في قوله" هو الإخراج من بلد

---

[1] – د/ مصطفى منجود؛ المرجع نفسه؛ ص453

[2] – د/ مصطفى منجود؛ الأبعاد السياسية لمفهوم الآمن؛ ص474

[3] – د/ سليم العوا؛ المرجع السابق؛ ص185 حيث رجح فضيلته تعريف الحنفية بأن النفي هو الحبس.

[4] – ينظر هذه الآراء المذهبية وحججها؛ ابن العربي؛ أحكام القرآن؛ ج2؛ص598؛ الشوكاني؛ نيل الاوطار؛ ج7؛ ص152؛ ابن قدامة؛ المغني؛ ج10؛ ص313 عبد القادر عودة؛ مرجع سابق؛ ج1؛ ص660؛ الماوردي؛ الأحكام السلطانية؛ ص62

إلى بلد غيره وحبسه في البلد الذي نفي إليه حتى تظهر توبته من قسوته؛ ونزوعه عن معصية ربه."[1] وهو عند الشافعية والحنابلة مطاردة المحارب وتتبعه من بلد إلى بلد حتى يتم القبض عليه ومن ثم إبعاده إلى بلد الشرك؛ وهو الرأي الذي صار متعذرا في ظل التقسيم الدولي المعاصر[2]؛ ومن أشهر أمثلته الشرعية تشريع عقوبة النفي بمعنى الحبس كأحد البدائل في التعامل مع المحاربين.

- معاقبة المحارب بالنفي:

وذلك إذا سلك المحارب أسلوب قطع الطريق بالتهديد والتخويف دون أخذ قتل أو مال وذلك بحبسه وتعويق حركته في بقعة بعيدة عن الناس؛ تجنبا لفساده حتى تظهر معالم توبته وتحسم مادة فساده؛ لمدة متروكة لتقدير السلطة النظامية حسب أحوال المحاربين ودرجة خطورتهم فالقائد ليس كأحد المحاربين العاديين.

- عقوبة النفي بالنسبة للمفتي الماجن وصاحب البدعة حفظا للدين من التشويه والتلاعب بأحكامه.[3] ولا شك أن في ذلك مساس بحرية الرأي؛ والتعبير؛ ولكنها مبررة بحفظ دين الأمة كعنصر من عناصر النظام العام الشرعي.

- عقوبة التفريق بين الزوجين في حالة ردة الزوج رغم ما قد يظهر فيه من مساس بحق الزوج في التمسك بالزوجة وتمسكها به؛ تطبيقا لقواعد النظام العام الشرعي.

- منع قيام وتأسيس أحزاب سياسية تنكر المشروعية الإسلامية كنظام صالح للحكم رغم ما في ذلك من تقييد لحرية تأسيس أحزاب سياسة تعددية. إلا أنه مبرر بأولوية حماية النظام العام الإسلامي.

- منع تحويل صلاة الجمعة بالنسبة للأقليات المسلمة في الغرب؛ نظرا لأنه إلى الأحد باعتباره يوم عطلة أسبوعية عندهم؛ نظرا لأنه تعطيل لثوابت العبادة وتغيير لحدود الله؛ وتبديل لشعائره؛ لأن صلاة الجمعة عبادة محددة بزمن معلوم وهو زوال يوم الجمعة وليس يوم الأحد امتثالا للنصوص القطعية"**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِي لِلصَّلَاةِ مِن يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ**"[4]

ثانيا: أثر حفظ النظام العام الشرعي في تفعيل حماية الحريات الضرورية حفظ الأنفس نموذجا.

يمثل حفظ النفس الإنسانية في عناصرها المادية والمعنوية ،إحدى المصالح الضرورية التي يستوجب على السلطة النظامية التدخل لحمايتها؛ ذلك أن المسلم له حرمة عند الله ومن ثم فهو محترم ذاتا –حرية الذات–، ودما– حق في الحياة–، وكرامة – المعاملة الإنسانية والحق في الخصوصية، وأهلا – حق في صيانة العرض–،

---

[1] – الإمام الطبري؛ جامع البيان؛ ج10؛ ص274؛ وما بعدها

[2] – د/ مصطفي منجود؛ المرجع السابق؛ ص475

[3] – ينظر في تأصيل هذه القرارات التنظيمية المقيدة للتصرفات وتخريجاتها الشرعية والأصولية د/ عبد الله الكمالي؛ من فقه الموازنات بين المصالح الشرعية؛ ص53

[4] – د/ نورالدين بن مختار الخادمي؛ الاجتهاد المقاصدي؛ ج2؛ سلسلة كتاب الأمة؛ وزارة الأوقاف قطر؛ العدد66؛ السنة18؛ ص118

ومالا- حرية التملك- ولقوله صلى الله عليه وسلم: " إن دمائكم و أموالكم وأعراضكم و أبشاركم عليكم حرام ..."[1].

ومن أجل ذلك وضعت الشريعة أحكاما كثيرة تستهدف رعاية هذا العنصر والمقصد الضروري من مقاصد النظام الشرعي العام؛ وذلك بحفظها من جانبي الوجود و العدم، ومن هذا المنطلق اهتمت حكومة الخلفاء الراشدين بتحقيق مقصد الشارع على أرض الواقع السياسي حفظا للمصلحة العامة.

والباحث تستوقفه نماذج كثيرة من النماذج العملية التي أظهرتها الخبرة السياسية لرؤساء حكومة الدولة الراشدة في مجال حفظ النفوس، مما يعبر بصدق عن قيمة النفس البشرية في اعتبار الخلفاء الراشدين، خريجي مدرسة "**ولقد كرمنا بني أدم**". وذلك تبعا لتقدير الشارع الحكيم لقيمة المسلم، كخليفة لله في الأرض ومن هذا المنطلق يمكن تفسير مجموعة كبيرة من القرارات الإدارية الضبطية الذي في ظاهرها عدم الملاءمة وفي حقيقتها رعاية حرمة المسلم وحفظ نفسه من الهلاك ومن أمثلتها المشهورة في سيرة الخلفاء الراشدين المهدين ما يلي:

-1- **قرار الخليفة عمر بن الخطاب بعدم الترخيص بركوب البحر**: فقد رفض المطلب الملح لمعاوية بن أبي سفيان والمتضمن الترخيص والإذن له بغزو **مدينة قبرص عبر البحر**؛ حيث جاء في تسببات هذا الرفض الإداري، أن هذا الفتح يوجب على الفاتحين من الجنود ركوب البحر، ولا عهد للعرب بالغزو البحري، إيثارا منه لسلامة جنوده وحفظ أنفس المسلمين من المخاطر البحرية التي تتطلب مختصين وأهل خبرة وتجربة؛ ومن هذا المنطلق صدر قراره " **لا والذي بعث محمدا بالحق لا أحمل فيه مسلما أبدا ... وتالله لمسلم أحب إلى مما حوت الروم**"[2] ثم بدا للخليفة الثالث عثمان بن عفان خلاف ما اجتهد فيه عمر، فأمر عثمان بغزو البحر تحت إلحاح من معاوية أيضا "[3] .

2- قرر الخليفة أبو بكر بفرض نظام العطاء ؛ لكل مسلم بالمساواة؛ وهو النظام الذي اجتهد في تطوير معاييره عمر بن الخطاب على أساس عدم التسوية فيه بين من اسلم قبل الفتح، وبين من اسلم بعده؛ وهو النظام الذي زاد الخليفة عثمان في مقداره عندما زادت الإيرادات العامة للدولة عقب التوسع في الفتوحات الإسلامية، وما ذلك إلا رعاية **حقوق المسلم المالية** التي ترفع من مستوى المعيشة ؛ ومن ثم تحسين الوضع الاجتماعي للأمة ويلحق بذلك إقدام الدولة على توزيع القطائع على فقراء المسلمين ليستكفوا بزراعتها من خلال إحيائها[4].

---

[1] - الإمام مسلم ؛صحيح مسلم بشرح النووي ، ج 11 ، كتاب القسامة ، باب تغليظ الدماء والأعراض والأموال، ص 170. الجمعة09

[2] - ينظر في تفصيل ذلك؛ د/ مصطفى منجود، الأبعاد السياسية لمفهوم الأمن ، ص 749-756 .

[3] - ينظر تفاصيل هذا الغزو البحري عند الإمام الطبري؛ تاريخ الرسل والملوك؛ ج4؛ ص258

[4] - ينظر في تحليل هذا النموذج د/ فوزي خليل المرجع السابق؛ ص551.

3- قرار عمر ببناء مدينتي الكوفة والبصرة: بعد ما بلغه عن ولاته من ضعف ونحافة أجساد المسلمين وتغير ألوانهم بسبب **وخومة البلاد**[1] التي استوطنوها؛ وترجع أسباب ودوافع هذا القرار[2]؛ إلى تحقيق مصلحة عامة قصد الشارع إليها، وتدعوا إليها السياسة الشرعية الحكيمة؛ والتي تتمثل في حفظ نفوس العرب الفاتحين بالقادسية من جانب العدم ، بدرء ما وقع عليهم من أضرار صحية نتيجة تغير البيئة و المناخ في القادسية عما تعودوا عليه في شبه الجزيرة ،فعدم اتخاذ مثل هذا الإجراء المصلحي والضبطي من شأنه أن يفوت مصلحة نفوس الجيش في القادسية ، وما قد يترتب على ذلك من إيقاع الهزيمة بالمسلمين ونقض هذه البلدان المفتوحة حديثا و لم يتمكن الإسلام بعد فيها، وهذه كلها مخاطر وأضرار عامة يدرؤها قرار بناء مدينة الكوفة لاستشفاء الجنود واستنقاذهم مما أصابهم من ضعف و تغير ألوانهم[3].

ثالثا:أثر حفظ النظام العام الشرعي في حماية الحق في الكرامة منع ضرب الولاة لمواطنيهم نموذجا

تمثل كرامة الإنسان مقوما معنويا للنفس الإنسانية، ولذلك أولتها الدساتير المعاصرة أهمية خاصة إلى حد اعتبار الفقه الدستوري والإداري لها بأنها عنصر من عناصر النظام العام[4] الذي يستوجب تدخل سلطة الضبط الإداري لحمايته بمختلف الوسائل والأساليب القسرية.

وهذا ما هو مقرر في مصادر التأصيل الإسلامي بقواعد عامة ومجردة وملزمة للجميع حكاما ومحكومين؛ ولذلك فلا عجب أن تكون مكانة القيمة الإنسانية للفرد المسلم عند الخلفاء الراشدين أفضل من قيمة ولاة الخليفة كما سيتضح من خلال التطبيقات اللاحقة.

---

[1] – وخومة من الوخم وهو تعفن الهواء المورث للأمراض الوبائية؛ ، و الوخم ، و بلد وخيم؛ غير موافق في السكن ، واستوخم المكان اذا استثقله و لم يوافق هوائه بدنه. ينظر ابن منظور، لسان العرب، المجلد السادس ، مادة وخم، ص 4791.

[2] – فقد كتب حذيفة إلى عمر " إن العرب قد رقت بطونها، وجفت أعضائها و تغيرت ألوانها ... فكتب عمر إلى سعد بن أبي وقاص في القادسية :" **أخبرني ما الذي غير ألوان العرب و لحومهم ؟**" فكتب إليه سعد: إن الذي غيرهم وخومة البلاد، و إن العرب لا يوافقهم إلا ما وافق إبلها من البلدان ، فكتب إليه عمر : أن أبعث سلمان و حذيفة رائدين، فليرتدا منزلا بريا بحريا ليس بيني و بينكم فيه بحر ولا جسر، فأرسلهما سعد، فخرج سلمان حتى أتى الأنبار ، فسار في غربي الفرات لا يرضى شيئا حتى أتى الكوفة ، و سار حذيفة في شرقي الفرات لا يرضى شيئا حتى أتى الكوفة " و لما استقروا بها غرفوا أنفسهم و رجع إليهم ما كانوا فقدوا من قوتهم ينظر تفاصيل قرار بناء هاتين المدينتين عند الإمام الطبري ، تاريخ الأمم و الملوك، ج4 ، ص 40-48 ، ابن الأثير، الكامل في التاريخ، المجلد الثاني، ص 367-369

[3] – د/فوزي خليل؛ مرجع سابق؛ ص552

[4] – نظرا لأهمية مبدأ الكرامة الإنسانية صدر عن المجلس الدستوري الفرنسي حكم شهير في 27 يوليو 1994 يعتبر فيه المحافظة على كرامة الإنسان ضد أي نوع من أنواع المهانة والعبودية **مبدأ ذو قيمة دستورية**؛ مشيرا إلى وجوب اعتبار حماية هذا المبدأ بتوفير ضمانات تكرس سمة شخص الإنسان؛ واحترامه منذ ولادته بمنع الإجهاض أو الإنهاء الإرادي للحمل؛ والإقرار بحرمة وسلامة جسم الإنسان؛ وحظر التعامل المالي في جسم الإنسان؛ ونتيجة لهذا المبدأ الدستوري صدرت قرارت عن مجلس الدولة الفرنسي تمنع أي اعتداء على الكرامة الإنسانية؛ حيث انتهى المجلس في حكم شهير له في 27 أكتوبر 1995 بخصوص قضية بمشروعية منع احتفال فيه قذف للأقزام.. حيث انتهى إلى القول بأن احترام الكرامة الإنسانية يعتبر أحد العناصر المكونة للنظام العام؛ مما يعني حصول تطور جديد في قضاء مجلس الدولة لم يسبق له مثيل- إلا في الدولة الإسلامية-. ينظر تفصيلا حول هذا العنصر عند د/شريف يوسف خاطر؛ **الحماية الدستورية لمبدأ الكرامة الإنسانية**- دراسة مقارنة؛ الناشر دار النهضة العربية؛ القاهرة؛ ط1؛ سنة 2006؛ ص45 وما بعدها.

ويرجع هذا التقدير والاهتمام بكرامة الإنسان، لما تمثله من أنها جوهر العناصر المعنوية للنفس الإنسانية، من ثم فهي مقصدا شرعيا وحق دستوريا مطلق لا يقبل الحذف أو التقييد لأنها **منحة إلهية** لا دخل للسلطة في التصرف فيها وهذا ما يتجلى في قوله تعالى:" **ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات و فضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا** "[1]. فإذا كان هذا عن تكريم الإنسان عامة، فما بال الإنسان المسلم المسخلف في الأرض والمكلف بعمارة الكون ونشر دينه ودعوة نبيه حتى تكون كلمة الله هي العليا؛ والمجاهد من أجل إسقاط راية الظلمة والجبابرة من منظري الجرائم ضد الإنسانية.

ولقد صدع بها أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، سياسة عامة ومنهاجا متبعا **وقانونا ملزما**؛ فكتب رضي الله عنه إلى عماله (ولاة الأقاليم) أن يوافوه بالموسم (الحج) في مجلس سنوي لتقييم عمل الولاة؛ ومحاسبتهم ؛ مع إمكانية عزلهم ؛ فوافوه ، فقام خطيبا ومعلما فقال : **"يا أيها الناس إني بعثت عمالي هؤلاء ولاة بالحق عليكم ولم استعملتهم ليصيبوا من أبشاركم ولا من دمائكم ولا من أموالكم ".**

فقد كان حريصا رضي الله عنه على أن يعلم جميع الناس شروطه على الولاة[2] والتي أكدتها خطبه الكثيرة كقوله لعماله" **ألا واني لم أبعثكم أمراء ولا جبارين**؛ ولكن بعثتكم أئمة الهدى يهتدي بكم؛ **فأدروا على المسلمين حقوقهم**؛ ولا تضربوهم فتذلوهم؛ ولا تحمدوهم فتفتنوهم؛ ولا تغلقوا الأبواب دونهم؛ فيأكل قويهم ضعيفهم؛ ولا تستأثروا عليهم فتظلموهم؛ ولا تجهلوا عليهم..." [3]

فكانت بذلك سنة حميدة تمكن المظلومين والمقهورين من جور ولاتهم؛ من رفع أمرهم إلى الخليفة باعتباره القاضي الأول في البلاد؛ بحيث يتوفر لهم الأمان المطلق ليقولوا ما شاءوا بحضرة الخليفة الذي كان يمثل رئيس ديوان المظالم؛ قبل أن يتحول الى هيئة قضائية مستقلة أيام الأمويين والعباسيين.

وهناك نماذج تطبيقة كثيرة في الخبرة السياسية لحكومات دولة الخلافة الراشدة؛ تبين تجسيد الخلفاء لهذا الحق بحيث كانت تقبل دعاوى الموطنين على ولاتهم؛ بل توفر جميع الضمانات الجدية والفعالة لهؤلاء المتظلمين؛ ليس فقط لرد المظالم فقد والتعويض عنها أو ما يعرف بدعوى تجاوز السلطة-الإلغاء- ودعوى المسؤولية والقضاء الكامل –التعويض- ؛ بل تعداه إلى المطالبة بالقصاص منه من خلال دعوى القصاص والتي هي نوع من إقرار المسؤولية الجنائية. كل ذلك صيانة لحرمة بالنفس البشرية من الاهانة والمساس بالكرامة المقدسة من الله[4]. مما يؤكد على **مقاصدية الحرية في النظام الاسلامي** على مستوى الدولة أو الأمة، وأول هذه الحريات مقصدا للشارع **الحق في الكرامة والعزة.**

---

[1] – سورة الإسراء، آية 70.

[2] – ينظر تفصيلا لهذه الشروط؛ د/ محمد بلتاجي؛ منهج عمر في التشريع؛ ص490.

[3] – أبو يوسف ؛ الخراج؛ ص68

[4] – د/ شريف يوسف خاطر؛ الحماية الدستورية لمبدأ الكرامة الإنسانية؛ ص.55

وترتيبا على ما سبق فان الباحث يعتقد أن حماية هذا الحق هو من اختصاص القضاء الإسلامي – رغم وحدة القضاء والقانون المطبق على النزاع–؛ الذي يجب أن يضع تمييزا للمنازعات العادية الشخصية؛ التي هي من التي هي من اختصاص القضاء وبين المنازعات الإدارية التي هي من اختصاص ديوان المظالم كهيئة قضائية تنفيذية تفصل في منازعات الأفراد مع إحدى الجهات التي لها امتيازات السلطة العامة كالولاة والوزراء وأصحاب الجاه من معالي أصحاب الدولة؛ بهدف حفظ كرامة المواطن الضعيف، مع ملاحظة إن هؤلاء الولاة ورجال السلطة إذا كان خطأهم شخصيا فإنهم يحالون على القضاء العادي؛ أي قاضي الحدود والتعازير وهذا ما يظهر جليا في القضايا الآتية:

1– دعوى مواطن للاقتصاص من واليه:

بعدما أعلنها الخليفة عمر–رضي الله عنه– مدوية أمام الملأ "**فمن كانت له مظلمة عند أحد منهم فليقم**" ؛ وذلك عقب خطابه المتقدم؛ قام مواطن فقال: يا أمير المؤمنين، عاملك ضربني مائة سوط، فقال عمر :" **أتضربه مائة سوط ؟ قم فاستقد منه**". فقام إليه عمرو بن العاص فقال له:" يا أمير المؤمنين إنك إن تفتح هذا على عمالك كبر عليهم وكانت سنة أن يأخذ بها من عبدك"، فقال عمر–ض–:" **ألا أقيده منه، وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقيد من نفسه ؟ قم فاستقد،**" فقال عمرو : دعنا إذا فلنرضيه، قال؛ فقال: "**دونكم**"، قال الراوي: فأرضوه بأن اشتريت منه بمائتي دينار، كل سوط بدينارين"[1] أي تم تعويضه عن كل ضربة سوط بدينارين كاملين كدية على ما يسمى في الفقه الجنائي الإسلامي الجناية على مادون النفس التي عقوبتها حكومة الارش.

كانت هذه سياسة عمر ومنطقه الإلهامي؛ في حفظ كرامة الإنسان كمقوم رئيسي من مقومات النظام العام الشرعي في الاقتصاص من ممثلي هيئاته النظامية المحلية أو الإقليمية من التعدي بالضرب والإيذاء لأفراد رعيته، عن طريق أسلوب فعال هو **القود** كعقوبة جنائية ليكون بذلك عمر أول من أرسى مبدأ مسؤولية ممثلي الشخص المعنوي جنائيا. فقد ثبت أنه عزل قائدا عسكريا ومنعه نهائيا من الوظيفة العمومية لأنها كان سببا في قتل أحد جنوده؛ كونه أكرهه على اجتياز نهر ليس له جسر في يوم شديد البرد؛ حتى يرى مدى إمكانية عبوره؛ فضحى بالجندي؛ من باب التجريب؛ مع علمه بخطورة الموقف وما ذلك أكرهه على الدخول في الماء فلم يلبث قليلا حتى هلك فلما علم عمر دفع ديته على أساس مسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها؛ ثم أنه عزله من منصبه نهائيا.[2]

---

[1] – تراجع أبعاد هذا القرار العمري في الاقتصاص من ولاته د/ فوزي خليل؛ المصلحة من منظور إسلامي؛ ص568 ؛ ود/ محمد بلتاجي؛ منهج عمر في التشريع؛ ص489؛ تحت باب:عمر وولاته" حيث أورد أن سياسة عمر وشعاره كان ما أخرجه ابن سعد في طبقاته" إن الناس لم يزالوا مستقيمين؛ ما استقامت لهم أئمتهم وهداتهم؛ فإذا رتع الإمام رتعوا" المصدر نفسه؛ ج3؛ ص201

[2] –د/ داود الباز؛ أصول القضاء الاداري في الإسلام؛ ص43 وما بعدها.

فقد كان الخليفة يمكن المواطن الذي وقع عليه الأذى ليقتص بنفسه بحضرة الخليفة ممن أوقع الأذى به من الولاة تجسيدا للعدل؛ وتحقيقا للمساواة بين الحاكم والمحكوم في تطبيق القانون؛ إعمال لمبدأ سيادة الشريعة على الجميع لا فرق بين صاحب جاه ونفوذ من أصحاب المعالي ورجال الدولة وبين أبسط مواطن؛ لاشتراكهما في النفس الواحدة التي تسري الجسد.

2- مخاصمة جندي لقائده العسكري "دعوى القصاص" :

روى ابن الجوزي عن **جرير بن عبد الله البجلي**،أن رجلا كان مع أبي موسى الأشعري و كان ذا صوت ونكاية في العدو، فغنموا مغنما فأعطاه أبو موسى **بعض سهمه** ، فأبى أن يقبله إلا جميعا فجلده موسى، عشرين سوطا وحلقه ، فجمع الرجل شعره، ثم ترحل إلى عمر بن الخطاب، حتى قدم عليه فدخل على عمر بن الخطاب، قال جرير: وأنا أقرب الناس من عمر، ثم قال: أما و الله لولا النار، فقال عمر: صدق والله لولا النار ، فقال: يا أمير المؤمنين إني كنت ذا صوت و نكاية، فأخبره بأمره ،و قال ضربني أبو موسى عشرين سوطا، وحلق رأسي وهو يرى أن لا يقتص منه، فقال عمر: لأن يكون الناس كلهم على صرامة هذا ، أحب إلي من جميع ما أفاه الله علينا[1] فكتب عمر إلى قائده أبو موسى: سلام عليك أما بعد:" **فإن فلانا أخبرني بكذا وكذا، فإن كنت فعلت ذاك في ملأ من الناس، فعزمت عليك لما قعدت له في ملأ من الناس حتى يقتص منك، وإن كنت فعلت ذلك في خلاء من الناس، فاقعد له في خلاء من الناس حتى يقتص منك**" فقدم الرجل، فقال له الناس: اعف عنه، فقال: لا والله لا أدعه لأحد من الناس، فلما قعد أبو موسى ليقتص منه، رفع الرجل رأسه إلى السماء ثم قال: **اللهم إني قد عفوت عنه.**[2] فالعفو يكون عند المقدرة ؛ وليس له مفعوله قبل ذلك؛ وإنما يجب أن يحس المظلوم ويشعر بأن الحق معه ليس ادعاء فقط، وإنما بإقرار من السلطة وبحكم قضائي حائز على قوة الشيء المقضي به؛ لأن المسألة في الأخير هي شعور بإحقاق الحق و بوجود قانون يسمو على الجميع؛ ولا مبرر لمقتضيات النظام العام متى تعارضت مع مبدأ الكرامة كحق أساسي لا يقبل التنازل عنه.

3- قضية القبطي وابن الأكرمين عمرو بن العاص والي مصر:

عن أنس بن مالك قال: كنا عند عمر بن الخطاب، إذ جاءه رجل من أهل مصر[3]فقال يا أمير المؤمنين هذا مقام العائذ بك قال: ومالك ؟ قال: أجرى عمرو بن العاص بمصر الخيل، فأقبلت فرس، فلما رآها الناس قام محمد بن عمرو فقال: فرسي ورب الكعبة، فلما دنى مني عرفته، فقلت فرسي ورب الكعبة ، **فقام إلي يضربني بالسوط** و يقول: خذها وأنا ابن الأكرمين.

---

[1] – ابن الجوزي ، مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، مرجع سابق ، ص 94-95 .

[2] – د/ فتحي عبد الكريم؛ الدولة والسيادة؛ ص326

[3] – وفي بعض الروايات أن هذا القبطي قد اشتكى إلى والي مصر عمرو بن العاص أولا؛ محترما للسلم الإداري؛ فلم ينصفه؛ بل انه خشي أن يبلغ ذلك إلى عمر فحبسه؛ ولما تمكن من الهرب ارتحل مباشرة إلى الخليفة. ينظر إلى د/ سليمان الطماوي ؛ عمر وأصول الإدارة والسياسة الحديثة؛ ص79

قال انس راوي هذه القضية: " فو الله ما زاده عمر على أن قال له: " **اجلس ثم كتب إلى عمرو يستدعيه وابنه**" أمرا بالتكليف بالحضور، فلما حضر عمر و ابنه، قال عمر للمصري: " **دونك الدرة فاضرب ابن الأكرمين**، قال: فضربه حتى أثخنه، ثم قال: **أجلها – أي أدرها على صلعة عمرو، فوالله ما ضربك إلا بفضل سلطانه**"، فقال يا أمير المؤمنين قد ضربت من ضربني قال :"**أما والله لو ضربته ما حلنا بينك وبينه، حتى تكون أنت الذي تدعه**"[1]. ثم توجه الخليفة الى واليه موبخا ومنذرا ومعلما " **أيا عمرو متى استعبدتم الناس و قد ولدتهم أمهاتهم أحرارا**"، ثم التفت إلى المصري- القبطي- فقال :" **انصرف راشدا فإن رابك ريب فاكتب إلي**"[2].يقول **د/ سليمان الطماوي**" لو لم تكن في عهد عمر سوى هذه القضية لكانت كافية لتجسيد عدله؛ وحسن تطبيقه لمبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية؛ بل إن الشعار الذي رفعه عمر ببساطة ما يزال العالم يعمل على تحقيقه؛ ولما يصل إلي بغيته حتى الآن[3] ؛ فضلا عن مبدأ لا سلطة بدون مسؤولية؛ فكل من ولي من أمر المسلمين شيئا فانه يسأل عن تبعات تصرفاته وهو ما كان الخليفة عمر من خلال مراقبة العمال والولاة على الأمصار بل ثبت عنه مناصفة أموالهم مع بيت مال المسلمين و شعاره في ذلك "**من أين لك هذا**". وترتيبا على ذلك تصبح **الحرية- حقوق الانسان**- ضابطا على حدود السلطة النظامية؛ يجب مراعاتها عند أي اجراء ضبطي أو احتسابي.

4- قضية العطاء لكل مولود:

تمثل رعاية الطفولة وظيفة من وظائف الدولة الاجتماعية؛ وهذا ما تبنته حكومات الخلفاء الراشدين؛ من خلال إصدار قانون العطاء لكل مسلم؛ حفظا للمقومات المادية والمعنوية للنفس الإنسانية ؛ حيث تتكفل الدولة لكل فرد بعطاء دوري ثابت في كل سنة[4]؛ وفي خلافة عمر تطور نظام العطاء هذا؛ حيث وضع معايير للشرائح الاجتماعية المختلفة ومقدار العطاء لكل شريحة[5]؛ وقد أجمعت الروايات التاريخية على أن عمر كان يكفل رزق كل فرد من الناس في الدولة؛ وقد أمر بإنشاء ديوان الأموال والعطاء؛ ومن بين هذه الشرائح التي

---

[1] – د/ داود الباز؛ أصول القضاء الإداري في النظام الإسلامي؛ رؤية شرعية لمجلس الدولة وولاياته؛ دار الفكر الجامعي؛ ط 2004؛ ص42

[2] –د/ سليمان الطماوي؛ المرجع السابق، ص 99 وينظر تطبيقات أخرى لسياسة عمر في حفظ كرامة الإنسان في نفس المرجع، ص98.

[3] – د/ سليمان الطماوي؛ مرجع سابق؛ ص280

[4] – ينظر القاضي أبو يوسف، الخراج، ص 49-50 ؛ والإمام الماروردي، الأحكام السلطانية، ص 338 .

[5] – لقد فرض أبو الصديق نظام العطاء لأفراد المجتمع الإسلامي مما يأتي من الإيرادات المالية العامة على أساس تقسيم هذه الأموال بين الناس بالسوية على الصغير والكبير ، و الحر والمملوك و الذكر و الأنثى، حتى ولى عمر بن الخطاب خلافة المسلمين، وفتح الله عليه ملك فارس و الروم، ووزاد الدخل العام للدولة أثر هذه الفتوح، فقام بتطوير نظام العطاء الذي وضعه أبو بكر الصديق ؛ وقد سار عثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب على هذه السياسة الشرعية بالعناية بالذرية والفرض لهم من الفيء و إجراء الأرزاق عليهم؛" ينظر في ذلك أبو يوسف؛ المرجع السابق ، ص 47 ؛وأبو عبيدة ، الأموال، ص 303

فرض لها عطاء ثابتا كل طفل بعد الفطام؛ فكان رضي الله عنه لا يفرض للمولود حتى يستغني عن حليب أمه أي حتى يفطم[1].

وهو الأمر الذي كان له أثره على ذرية المسلمين وحقوق أولادهم الشرعية في الرضاع حيث كن يفطمن أولادهن قبل نهاية أوانه استعجالا لعطاء الدولة؛ وسدا لهذه الذريعة عدل الخليفة عن هذا القرار درأ للمفسدة التي وقعت على أطفال المسلمين بسب انفطامهم الاستعجالي.

فقد أمر باتخاذ دفاتر يكتب فيها اسم كل مولود؛ ذكر أو أنثى؛ وفرض له مائة درهم؛ وجريبين من الطعام في كل شهر؛ تدفع إلى أهله؛ لا فرق بين أن يكونوا محتاجين إليها؛ أو أغنياء عنها؛ فهو انما كان يفرض للمولود؛ لا لأهله[2].

فقد روى ابن الجوزي عن ابن عمر–ض– قال: " قدمت رفقة من التجار إلى المدينة؛ فنزلوا المصلى،... فسمع عمر بكاء صبي، فتوجه عمر نحوه، فقال لأمه : **"اتق الله و أحسني إلى صبيك"**، ثم عاد إلى مكانه، فلما كان من آخر الليل، سمع بكائه فأتى أمه، فقال : **"ويحك إني لأراك أم سوء، مالي أرى ابنك لا يقر منذ ليلة "**؟ قالت: يا عبد الله قد أبرمتني– أضجرتني– منذ الليلة إني أريغه — أي أخادعه– عن الفطام قال: **ولم** ؟ قالت لأن عمر لا يفرض إلا للفطيم، قال: **وكم له؟** قالت: كذا و كذا شهرا، قال" **ويحك لا تعجليه**".

فصلى الفجر؛ وما يستبين الناس قراءته من غلبة البكاء، فلما سلم قال : **"يا بؤسا لعمر،كم قتل عمر من أولاد المسلمين**" ثم أصدر عمر **قرارا** على إثر تلك الواقعة يعدل فيه سن العطاء للذرية فجعله منذ الولادة و ليس منذ الفطام، ثم أمر مناديا فنادى: **"ألا تعجلوا صبيانكم عن الفطام، فإنا نفرض لكل مولود في الإسلام، وكتب بذلك إلى الآفاق، أن يفرض لكل مولود في الإسلام"**[3].

لقد كان لهذه الواقعة التي عايشها الخليفة بنفسه أثرها المباشر والمبكر في عدول عمر عن اجتهاده الأول والمتضمن عدم إعطاء الوليد حتى يفطم إلى اجتهاد جديد وهو القائل الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل؛ فقرر جعل العطاء لكل وليد يولد، وليس بعد الفطام، وذلك كما يقول **د/ فوزي خليل** "حتى لا تعجل الأمهات و الآباء بفطام الأطفال قبل السن المناسب طلبا للعطاء فيدخل عليهم الضرر الصحي الذي قد يفضي إلى هلاكهم ،و هكذا فإن القرار الجديد لعمر بالفرض لكل مولود يستهدف حفظ الذرية أو النسل بدفع الضرر عنهم ، وهذه المصلحة عامة تتأسس على قاعدة " سد ذرائع الفساد " حيث أغلق قرار عمر ذريعة الضرر والفساد الذي يحدث للذرية بالفطام المبكر طلبا للعطاء، و ذلك بجعله العطاء منذ الولادة[4].

---

[1] – أبو عبيد؛ الأموال، ص 302.

[2] – د/ بلتاجي؛ منهج عمر في التشريع؛ص479؛ نقلا عن طبقات ابن سعد؛ج3؛ص214

[3] – ابن سعد؛ الطبقات الكبرى؛ ج3؛ص217؛ وابوعبيد ؛ الأموال؛ ص237؛ والماوردي؛ الأحكام السلطانية؛ ص؛191 ؛ ابن الجوزي، مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، ص 68 .

[4] – د/ فوزي خليل ؛ المصلحة العامة من منظور إسلامي؛ ص572

وجدير بالإشارة أن حفظ ذرية المسلمين تحصل برعاية الطفولة؛ لا فرق في ذلك بين الأطفال الشرعيين واللقطاء، بل كانت الرعاية باللقطاء أشد.[1] فقد كان يعين لكل لقيط كافلا ثم يقول علينا نفقته و كان يوصى بهم خيرا، و يجعل رضاعتهم و نفقتهم من بيت المال؛[2] سنده في ذلك أن السلطان ولى من لا ولي له من الأطفال و المجانين[3] ومن ثم فقد كان يعتبر نفسه مسؤولا عنهم؛ بمثابة الأب لمن لا أب له؛ واجبه العمل على جلب النفع لهم، ودفع الضرر عنهم؛ وغايته أن ينشئهم تنشئة سليمة صحيا و تربويا ونفسيا حتى يكونوا لبنة صالحة في بناء في المجتمع الإسلامي.وعلى هذا فإن عناية عمر بالأطفال اللقطاء أشد من عنايته بالأطفال الشرعيين الذين يعيشون في كنف آبائهم وأمهاتهم، ففرض لهم عطاء شهريا، لأنه لو فرض لهم عطاء سنويا كما فرض لسائر الناس لما صلح أمرهم، لأنه لا دخل لهم من أي جهة أخرى غير هذا العطاء وهم صغار لا يستطيعون حيلة، ولا يملكون لأنفسهم نفعا ولا ضرا، ووليه المتبرع بكفالته لاشك أنه أقل حنانا ورحمة من أبويه، فهو إذن بحاجة إلى عطاء شهري يأخذه من يكفله، ثم يزيد عطاؤه سنة بعد أخرى تبعا لزيادة حاجاته ومطالبه، وهذا غير ما تعطاه المرضعة من بيت المال.[4] مما يدل على أهمية **حقوق الطفل** في الشريعة الغراء.

ويظهر للباحث من خلال هذه القضايا السابقة أن مبدأي **العدل والحرية** مقصدين رئيسين من بين مقاصد الشريعة على مستوى الدولة المسلمة. وهو ما كشفت عنه تلك الأقضية التي فصلت فيها الخبرة الراشدة.

رابعا: أثر حماية عرض الأمة في تقييد ممارسة الحريات الفردية الحريات الجنسية

1- أثر قواعد النظام العام الشرعي في تقييد الحريات الجنسية:

تتدخل السلطة النظامية لحماية أعراض المسلمين وقاية من الوقوع في ارتكاب الفاحشة؛ وتطبيقا لأحكام منع الاختلاط بين الرجل والمرأة والخلوة بينهما؛ ودرأ جميع الوسائل المؤدية للمساس بسمعة العرض كحق من حقوق الله؛ ومن هذا القبيل قواعد تحريم القذف؛ وتحريم الزنا؛ ومختلف الانكحة الفاسدة؛ وتحريم الدعارة والفجور وكل فعل شاذ أو فاضح أو مخل بالآداب العامة ثبتت حرمته بنص قطعي الدلالة والثبوت؛ مما يجعلها قيودا على الحرية الجنسية حفظا للنظام العام الشرعي؛ فالعلاقة بين الرجل والمرأة في النظام الإسلامي مضبوطة بقواعد ثابتة لا يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفتها بمقتضى مبدأ الحرية الشخصية؛ خلافا للقوانين الوضعية التي

---

[1] – و اللقيط بمعنى الملقوط وهو الطفل المنبوذ، أو الطفل الذي يوجد مرميا على الطرق لا يعرف أبوه و لا أمه، فإذا وجد الطفل سواء كان ذكرا أو أنثى، حرا كان أو عبدا، كافرا أو مسلما – مرميا في مكان عام – سواء كان في طريق أو مسجد، أو في مزرعة فهو لقيط لا يعرف أبوه ولا أمه، و لمن وجده أن يلتقطه لحفظه، بل يجب ذلك عملا بقوله تعالى " **و تعاونوا على البر والتقوى**" من سورة المائدة أية02؛ ولأنه نفس حية لا تجوز إضاعتها. ينظر ابن قدامة ، المغني، ج5، ص 747 .

[2] – روى عن سنين أبي جميلة قال: وجدت ملفوفا فأتيت به عمر رضي الله عنه ، فقال عريفي: يا أمير المؤمنين أنه رجل صالح ، فقال عمر أ كذلك هو ؟ قال نعم قال فاذهب فهو حر ولك ولاؤه و علينا نفقته ينظر ابن قدامة، المغنى، ص 747 .

[3] – إمام الحرمين الجويني، غياث الأمم في التياث الظلم، مرجع سابق، ص 172.

[4] – د/ فوزي خليل؛ مرجع سابق؛ ص573

تجعل من الزواج عقدا مدنيا كباقي العقود المدنية ضمن القانون المدني؛ الأصل فيه مبدأ سلطان الإرادة؛ ومن ثم ليس من الغريب أن توجد جمعيات تطالب بحقوق تضمن الشذوذ الجنسي؛ ومزيدا من الإباحية.

خلافا لقواعد النظام الشرعي التي تشكل ضوابط على الحرية الجنسية؛ بحيث لا يعرف الإسلام علاقة جنسية خارج حدود الزواج الشرعي بأركانه وشروطه الفقهية؛ بل أنه يجعل أي علاقة خارج إطار الزواج جريمة قد تصل إلى عقوبة الرجم حتى الموت؛ وهو ما يعرف بحد الزنا؛ والذي يشكل بدوره قيدا على الحرية الجنسية؛ فضلا عن العقوبات المقررة على جرائم الشذوذ الجنسي كاللواط والسحاق؛ ولا بالزواج المثلي[1] وغيرها من العلاقات المشبوهة للتحايل على الشرع مثل عملية التحويل الجنسي أو ما يعرف بالتقاطع الجنسي؛ فانه لا يغير من المركز القانوني والشرعي للشخص المحول جنسيا لتعلق كل ذلك بالنظام العام الشرعي[2]؛ كما لا تعترف الشريعة بالتناسل عن طريق الإنجاب الطبيعي دون عقد زواج بواسطة التلقيح الاصطناعي من خلال البنوك المنوية بين غير الزوجين أوفي غير حياتهما؛[3] ولتطبيق ومراقبة احترام ضوابط الحرية الجنسية كانت هناك جهات إدارية وقضائية ومختلطة تراقب الانحرافات الخلقية ومعاصي الزنا والشذوذ مثل المحتسب ورجال الشرطة؛ وقاضي الجرائم؛ وفي بعض الدول المعاصرة هناك صنف من الشرطة مكلف بحفظ الآداب العامة كعنصر من عناصر النظام العام ؛ كما هو الحال في مصر مع شرطة الآداب.

---

[1] – ينظر في ضوابط الحرية الجنسية د/ عبد الله محمد حسين؛ الإسلام وحقوق الإنسان الفردية؛ رسالة دكتوراه؛ ص455.

[2] – ويقابله في القانون فكرة النظام العام الأخلاقي أو المعنوي؛ المستمدة من ثوابت وقيم المجتمع ومن ثم يجب على الدولة التدخل بشدة لمنع كل ما ثبتت حرمته بالدليل القطعي كبيع المحرمات و الترخيص ببيع المشروبات الكحولية؛ و إنشاء بيوت الدعارة؛ فكلها مخالفة للنظام العام في أي دولة دينهما الإسلام؛ ينظر حول هذه النقطة د/أحمد غاي؛ الوجيز في تنظيم ومهام الشرطة القضائية؛ دار هومة؛ طبعة 2005؛ ص95 ؛ والغريب بالنسبة للباحث حول هذا الأمر أن هذه المخالفات التشريعية صادرة عن مؤسسات دستورية منتخبة من طرف الشعب؛ مما يعني أنها صادرة باسم أغلبية الشعب؛ وفي هذا يجب أن تكون حكومة الأغلبية أو الديمقراطية مقيدة بقواعد النظام العام الشرعي؛ وهذا ما تتكفل به الرقابة الدستورية؛ ولكن هذه الرقابة هي حكرا على ثلاث شخصيات في القانون الدستوري الجزائري بموجب أحكام الدستور وبالتالي لا تستطيع الأقلية كأحزاب المعارضة المعترف بها إخطار المجلس الدستوري بعدم دستورية القوانين والتنظيمات المخالفة لقيم المجتمع وثوابته القطعية؛ وفي بعض الدول تتجه فكرة الرقابة الدستورية إلى معالجة إشكالية الرقابة على إسلامية الدساتير والقوانين والتنظيمات؛ أو **مبدأ قرآنية الدساتير**؛ ينظر حول هذه النقطة د/ علي جريشة؛ المشروعية الإسلامية العليا؛ دار المنصورة؛ مرجع سابق ص82؛ ومما قرره أن القرآن فوق الدستور قياسا على أن بعض الفقه الفرنسي يعتبر الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن بالإضافة إلى ديباجة دستور 1946 أسمى من الدستور؛ وبالتالي تكون القواعد الدستورية مراتب أعلاها المثل والقيم الثابتة للأمة .

[3] – غير أن عند الضرورة يجوز الترخص باجراء عملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين في حالة العقم؛ وهو ماتبناه المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون الاسرة بموجب الأمرالرئاسي 02/05 المؤرخ في 02/25 /2005 طبقا لنص المادة 45 مكرر ونصها": يجوز للزوجين اللجوء الى التلقيح الاصطناعي؛ ويخضع هذا التلقيح للشروط التالي: -أن يكون الزواج شرعيا؛ – أن يكون التلقيح برضا الزوجين وفي حياتهما؛ – أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما؛ – لا يجوز اللجوؤ الى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة."

كما تقيد قواعد حفظ العرض العام مسألة حرية الرجل والمرأة في أن يكون أبا أو أن تكون أما من غير عقد زواج شرعي صحيح؛ بدعوى الحق في الطفل من خلال نظام التبني؛ أو الاستلحاق من غير زواج؛ من خلال التلقيح الاصطناعي من خلال شراء النطف والبيضاوات المنوية المجمدة[1].

وفي هذا الصدد يوجد عدد كبير من الوقائع الفردية أو الجزائية التي حملتها كتب السير والتاريخ؛[2] والتي تمثل بحق تدخل ضبطي رعاية لمصلحة حفظ العرض كعنصر من عناصر النظام العام الشرعي؛ رغم ما في ذلك من إهدار لحريات بعض الأفراد في ممارسة حقوقهم بدون قيود خاصة حرية التنقل؛ وحرية التعبد؛ وحرية التزوج؛ حقهم يكتفي منها الباحث بواقعتين:

2- أثر حفظ العرض العام على حرية قرض الشعر- الصحافة- قضية الزبرقان والحطيئة نموذجا:

كان الزبرقان بن بدر بن امرئ القيس عاملا أي موظفا عاما للنبي-ص- ؛ وأقره أبو بكر-ض بعد النبي عليه الصلاة والسلام على عمله ووظيفته؛ ثم قدم على عمر في خلافته في سنة مجدبة ليؤدي صدقات قومه فلقيه الحطيئة بمنطقة بأرض اليمامة تسمى بقرقرى وهي أرض خصبة فيها قرى وزرع ونخيل كثير.

وكان الحطيئة قد قصد العراق لعله يصادف رجلا يكفيه مؤنته وعياله على أن يمدحه الحطيئة أبدا؛ فلقيه **الزبرقان** وتعاقدا على هذه الصفقة الصحفية؛ فنزل الحطيئة في منزل الزبرقان مكرما ؛ مقابل أن يغرقه مدحا في أشعاره؛ وذبا عن هجاء خصومه المنافسين له في الشرف والجاه. إلا أن **الحطيئة** فارق صاحبه واتجه إلى احد خصومه وهو **بغيض بن عامر بن شماس**؛ بحيث كان من الذين ينازعون الزبرقان في الشرف والجاه؛ وكان بينهما تلاح وتشاح؛ فكان الحطيئة يمدحهم بذلك من غير أن يهجو صاحبه الأول؛ رغم تحريضه على ذلك مرارا. بيد أن الزبرقان **تعاقد** مع شاعر آخر في صفقة صحفية جديدة؟ مع **دثار بن شيبان** لهجاء خصومه؛ فحينئذ قام الحطيئة يهجوا الزبرقان ويدافع عن **بغيض** في هجاء شديد أثار ثائرة الزبرقان فقام يشتكيه عند الخليفة عمر خاصة وانه عامله وموظفه؛ والجريمة عليه أشنع؛ باعتبارها اهانة لموظف الدولة.[3]

وبعد التحقيق القضائي الذي قام به الخليفة بناء على تقرير **الخبرة الفنية** من طرف حسان بن ثابت الذي أشار بأن في شعر الحطيئة هجاء وقذف للزبرقان ومساس بعرضه وسمعته كرجل دولة. أمر الخليفة بحبسه في بئر مظلمة ردعا وترهيبا له؛ فترجاه الحطيئة طالبا العفو عنه؛ وأنشده بان له عيالا سيموتون جوعا بسبب حبسه لكاسبهم وتقييد حريته لطلب الكسب؛ فكان مما قال في **عتابه للخليفة**؛ وفي دفاعه طالبا استئناف الحكم.

ماذا تقول لأفراخ بذي مرخ.....زغب الحواصل لا ماء ولا شجر.

---

[1] - بن داود عبد القادر؛ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد؛ موسوعة الفكر القانوني؛ دار الهلال للخدمات الاعلامية؛2005؛ص113

[2] - يراجع هذا النموذج ووقائع مماثلة في: ابن الجوزي ، مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، ص 85-88 ، كما أن عمر بن الخطاب أهدر دم من قتل و هو يعتدي على الأعراض ، ينظر فوزي خليل؛ مرجع سابق؛ هامش ص574

[3] - ينظر تفصيل هذه القضية عند د/ كامل عبد السميع محمود؛ مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة؛ ص99.

ألقيت كاسبهم في قعر مظلمـــة..... فاغفر عليك ســـلام الله يا عمـــــر.[1]

فأخرجه من الحبس وقال له:" **إياك وهجاء الناس**"؛ فقال الحطيئة:" **إذا يموت عيالي جوعا؛ هذا مكســـبي ومنه معاشي**"[2]؛ أي أنه حرا في اختيار نوع عمله؛ وهي هنا حرية الشعر التي يمكن تقريبها في الواقع المعاصـــر بحرية الصحافة لاشتراكهما في نقل الخبر وتداوله بأسلوب مؤثر؛ وبليغ والتعليق عليه مدحا وذما؛ وقـــد رأى الخليفة أن في ممارسة الحطيئة لحرية نظم أشعاره مساسا بأعراض الناس فقيد حريته بعدم مخالفة النظام العـــام في عنصر حفظ عرض المسلمين؛ حيث نجده يحظر ويمنع عليه هجاء الناس؛ وهو نوع من الجزاءات الإدارية الـــتي تستخدمها سلطة الضبط الإداري من تعليق لتداول الصحف المخلة بإحدى عناصر النظام العمومي.

وتقديرا من الخليفة لأهمية صيانة عرض المسلمين فقد هم الفاروق بقطع لسانه بالسكين ؛ فقال مستشاروه لا يعود يا أمير المؤمنين؛ وقالوا للحطيئة تعهد أمام الخليفة بأن لا تعود؛ فقال" **"لا أعود يا أمير المؤمنين"**[3].

وفي رواية عبد الله بن المبارك-ض- أن عمر لما أطلق الحطيئة؛ وخاف أن يعود إلى الهجاء عند الاضطرار دفعا لشر الجوع عن عياله؛ اشترى منه أعراض المسلمين جميعا بثلاثة آلاف درهم فقال الحطيئة يومها:

وأخذت أطـــراف الكـــلام فلم تـــدع..... شتما يضـــر ولا مديحـــا ينفـــع.

وحميتني عـــرض اللئيـــم فلم يخـــف..... ذمـــي وأصبـــح آمنـــا لا يفـــزع.[4]

فأساس هذا التعويض الذي حكم به الخليفة للخطيئة رغم عدم وجود خطأ من الدولة هو **نظرية المخـــاطر** حيث ترتب عن نشاط الإدارة المشروع والمتمثل في منع الشاعر من ممارسة حرية نظم الشعر دون قيد؛- قرض شعر الهجاء المتخصص فيه-؛ ضرر بالغ بمكسب ووظيفة ومورد رزقه الأساسي والوحيد خاصة وانـــه كـــان بارعا ومعروفا بهذا النوع من الفن يسرع إليه الناس مستعينين به للدفاع عن حقوقهم شعرا ورد التـــهم عـــن أنفسهم ؛ فكان الشعر وسيلة الإعلام وحيدة عنده وكان شعر الحطيئة أشهره؛ وقد تعود على هذه المهنة حتى صارت رزقه ومعاشه؛[5]

ولا شك أن في منعه من هذا النشاط بقرار ضبط إداري مشروع وان كان مبررا لمقتضيات حفظ النظام العام إلا أنه نشاط ضار له ولعياله.لما كان يجنيه من وراءه من مكاسب يتعيش بها. فكان ذلك التعويض جـــبرا لمـــا أصابه من ضرر؛ يتحمل بيت مال المسلمين مقابل ما ينعمون به من أمن على عرضهم. أو كما قال الحطيئة "

- وحميتني عرض اللئيم فلم يخف..... ذمي وأصبح آمنا لا يفزع.-

---

[1] - أبو الفرج الأصفهاني؛ الأغاني؛ج1؛ص597

[2] - الطنطاوي؛ أخبار عمر؛ ص250

[3] - أبو الفرج الأصفهاني؛ الأغاني ج1؛ص607

[4] - ينظر د/ كامل عبد السميع؛ مسؤولية الادارة- دراسة مقارنة؛ ص101

[5] - د/ محمد بلتاجي؛ منهج عمر في التشريع؛ ص557

أما عن تكييف الشرعي لهذه الواقعة فإنها نوع من تقديم المصلحة العامة على المصلحة الفردية؛ حيث ألغى عمر مصلحة الحطيئة الفردية في التكسب من هذا الهجاء؛ لئلا يؤدي إلى العداوات والمشاحنات بين المسلمين وما قد يتبع ذلك من فساد مخل بنظام الجماعة.[1]

3- قرار أمير المؤمنين بتحديد مدة غياب المجاهدين مراعاة لحقوق زوجاتهم

تعود مناسبة هذا الإجراء التنظيمي إلى ما روى عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أنه خرج ذات ليلة يطوف بالمدينة، وكان يفعل ذلك كثيرا ، إذ مر بامرأة من نساء العرب مغلقة عليها بابها وهي تقول :

تطاول هذا الليل تسرى كواكبه و أرقني أن لا ضجيع ألاعبه

ثم تنفست الصعداء، وقالت :" **لهان على عمر بن الخطاب وحشتي وغيبة زوجي عني**" .

وعمر واقف يسمع قولها، فقال عمر: يرحمك الله، ثم وجه إليها بكسوة و نفقة، وكتب لها أن يقدم عليها زوجها [2] .

ثم دخل على ابنته حفصة (زوج رسول الله) فقال[3]: إني سائلك عن أمر قد أهمني ، فأفرجيه عني؟ كم تشتاق المرأة إلى زوجها ؟ فخفضت رأسها و استحيت ، قال فإن الله لا يستحي من الحق ، فأشارت بيدها ثلاثة أشهر و إلا فأربعة أشهر ، فكتب عمر ألا تحبس الجيوش فوق أربعة أشهر ،وفي رواية ابن الجوزي أن أمير المؤمنين عمر قال لحفصة: أي بنية، كم تحتاج المرأة إلى زوجها ؟ فقالت: في ستة أشهر.

فكان لا يغزى جيشا له أكثر من **ستة أشهر**. فلقد أدرك **عمر** بفطنته و بصيرته أنه بإزاء مشكلة اجتماعية خطيرة، و فساد داهم متوقع ينبغي درؤه على عجل، إنها مشكلة تهدد النساء اللائي غاب عنهن أزواجهن في ميادين الجهاد بالفتنة و الفساد؛ ولا يستبعد الخليفة أن يكون الجند في الميدان يعانون مما يعاني منه الزوجات، ومن ثم فهم مهددون بالوقوع في الإثم و مقارفة الفاحشة.

ودرء لهذه الفتنة تدخل الخليفة بعد مشاورة أهل الذكر و الخبرة ابنته حفصة ممثلة للنساء إحدى سيدات العالمين و أمهات المؤمنين فأصدقته النصيحة و الرأي أن لا طاقة للمرأة بالبعد عن زوجها أكثر من ثلاثة إلى أربعة أشهر ،وهنا اتخذ أمير المؤمنين قراره المصلحي بألا تحبس الجيوش فوق أربعة أشهر ،و في الرواية الثانية ألا يغزى جيشا له أكثر من ستة أشهر .

---

[1] – ينظر في التكييف الشرعي والقانوني لهذه القضية في د/ كامل عبد السميع محمود ؛ رسالته السابقة؛ص102؛ ود/ محمد بلتاجي؛ منهج عمر في التشريع؛ص555 وما يليها.

[2] – وقيل في رواية أخرى وبينما عمر يعس ذات ليلة، إذ مر بامرأة جالسة على سرير و قد أجافت الباب (أغلقته) و هي تقول:

تطاول هذا الليل و اسود جوانبه و أرقني أن لا خليل ألاعبه

فوالله لولا حذار الله لا شيء مثله لحرك من هذا السرير جوانبه

فقال عمر : مالك ؟ قالت : أغزيت زوجي منذ أشهر، وقد اشتقت إليه ، فقال : أردت سوءا ؟ قالت : معاذ الله ، فقال : فاملكي عليك نفسك ؟ فإنما هو البريد إليه، فبعث إليه؛ ينظر ابن الجوزي، مناقب عمر بن الخطاب، مرجع سابق ، ص 83 .

[3] – السيوطي، تاريخ الخلفاء، مرجع سابق، ص 141-142، ابن الجوزي، مناقب أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب؛ ص 84.

إن هذا القرار يستهدف المصلحة العامة المتعلقة بحفظ الأعراض من الانتهاك و حفظ الأنساب من الاختلاط، بسد ذريعة الفساد الذي يمكن أن يترتب على غياب الجند عن نسائهم في ميادين القتال مدة طويلة، الأمر الذي يتوقع معه وقوع الفتنة، ولا يؤمن معه مغالبة الغريزة[1].

ولما كانت القواعد العامة تقضى بأن دفع المفاسد مقدم على جلب المنافع، فكان عليه أن يقدم درء ضرر الفتنة المتوقع و سد منافذه عاجلا على جلب منافع و مصالح الجهاد.

4- منع وحظر اختلاط النساء بالرجال في الطواف:

نهى عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – ومنعه للرجال من الطواف جنبا لجنب مع النساء بالكعبة درءا للفتنة؛ وصيانة لعرض نساء المسلمين من الاطلاع عليها.

ولأهمية هذا القرار الضبطي بالمنع والحظر حماية لنظام الأمة من جانب حفظ عرضها؛ نجده يقدم على تنفيذ هذا القرار بوسائل التنفيذي الفوري والجبري؛ رغم وجوبيه البدء بالإنكار اللفظي بالتعليم والإنذار قبل الإنكار بالتأديب.

ومن هذا القبيل ما أورده الإمام الماوردي عن الخليفة عمر –ض – من أنه رأى الرجل يصلي مع النساء فضربه بالدرة، فقال الرجل: والله إني كنت أحسنت، لقد ظلمتني، وإن كنت أسأت، فما علمتني، فقال عمر : "**أما شهدت عزمتي**"؛ فقال: ما شهدت لك عزمة[2]، فألقى إليه الدرة، وقال له: **أقتص**، قال: لا أقتص اليوم، قال **فاعف عني**، قال: لا أعفو، فافترقا على ذلك، ثم لقيه من الغد، فتغير لون عمر، فقال له الرجل: يا أمير المؤمنين، كأني أرى ما كان مني قد أسرع فيك ؟ قال أجل، قال: فاشهد الله إني قد عفوت عنك. [3]

هذه الواقعة تكشف على ما ذكرناه سابقا عن حق الأفراد في محاكمة ولاتهم وعمالهم في حالة التعدي ومخالفة قواعد الشريعة؛ غير أنها تمثل في نفس الوقت دليلا عمليا على مشروعية وحق أحد أفراد الرعية في الاقتصاص ليس من الولاة فقط؛ بل من الخليفة نفسه؛ وما ينطوي عليه ذلك من مساواة بين الحكام والولاة والمحكومين في الخضوع لسيادة الشريعة، بحيث ترتفع مكانة المحكوم في الدولة إلى أعلى مستوياتها من خلال الاعتراف له بحق تحريك دعوى القصاص من شخص الحاكم، وتلك **قمة العدل** ومنتهاه.

وفي تحليل طبيعة هذا **العزمة**" **كقرار ضبط إداري ملزم**" لعمر يلاحظ بأن هذا الرجل قد خالف قرار الخليفة بمنع الطواف مع النساء؛ كإجراء إداري وقائي لسد منافذ الفتنة والفساد، بمنع الاختلاط بين النساء والرجال في الطواف، وما يمكن أن يؤول عنه من أضرار الافتتنان بين الجنسين ، سنده في ذلك قاعدة سد ذرائع الفتنة والفساد، وحفظا لأعراض نساء الأمة من الانتهاك[4].

---

[1] – د/فوزي خليل؛ المصلحة العامة من منظور إسلامي؛ ص578 وما بعدها

[2] – والعزمة هي الفرض أو الأمر ، وعزمت عليك أي أمرتك أمرا جادا؛ ابن منظور، لسان العرب، ج 4، مادة عزم، ص 2932.

[3] – الماروردي؛ الأحكام السلطانية ، مرجع سابق ، ص 402 .

[4] – د/ فوزي خليل؛ المصلحة من منظور إسلامي؛ ص575

ولذلك سارع عمر بمعاقبة الرجل بأن علاه بالدرة عندما رآه يصلي مع النساء، فهذا موضع ريب وشبهة من الرجل، والناس ممنوعون شرعا من مواقف الريب ومظان التهمة، فقد قال صلى الله عليه وسلم " **دع ما يريبك إلى ما لا يريبك.**"[1]ولقد ظن عمر أن الرجل علم بقراره بمنع الاختلاط و مع ذلك يصلي مع النساء تحديا ومخالفة لهذا القرار[2].

والواقع أن الرجل لم يكن يعلم بقرار عمر و نهيه عن الاختلاط بين النساء و الرجال في الكعبة المشرفة، و لذلك اعتذر له عمر و طلب منه أن يقتص لنفسه منه أو أن يعفو عنه إلى آخر الموقف.[3]

وكان بإمكان الخليفة أن يتمسك بمخالفة الرجل للائحة التنظيمية بمنع الطواف معهن؛ ولا يعذر احد بجهل القانون؛ كما أن الرجل وان كان مخلصا في عبادته؛ إلا أن الإدارة ملزمة بتوقي أسباب الحذر والحيطة؛ ولن يحصل ذلك إلا بالقضاء على كل موطن الشبه وقاية للنظام العام من كل احتمالات الإخلال به. ولكنه مع كل ذلك أحس بمسؤوليته في مساسه وإهداره لكرامة هذا الرجل في بيت الله أثناء ممارسته حريته التعبدية وشعائر عقيدته الدينية.

غير أن قوة الوازع الديني عند الخليفة جعلته يطلب التحلل من الرجل؛ لما رآه من جهله بعزمته غير عالم بها؛ إضافة إلى شعور الخليفة بتسرعه في ردع هذا المخالف وكان عليه من باب فقه الأولويات التدرج معه في التعليم فالتوبيخ؛ فالتهديد؛ فالإيذاء بالضرب؛ مخالفا بذلك لمقتضى ما قرره الفقهاء فيما بعد من وجوب تقديم الإنكار في النهي عن المنكر و لا يعجل بالتأديب قبل الإنكار.

5-قرار الخليفة بمنع الترخيص لرجال الدولة بالتزوج من الكتابيات:

رغم أن مشروعية التزوج بالكتابيات[4] ثابت في القرآن الكريم لقوله تعالى:" اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من

---

[1] – الترمذي، في كتاب صفة القيام؛ ينظر تحفة الأحوزي بشرح الترمذي للمباركفوري ،ج7؛ حديث رقم2518، ص 230.

[2] – ينظر حول هذا المعنى الإمام الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص 402.

[3] – د/ فوزي خليل؛ المصلحة من منظور إسلامي؛ ص575

[4] – وقد نقل الإمام ابن قدامة أنه "ليس بين أهل العلم اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب ؛و لكن روى أن عبد الله بن عمر كان لا يرى التزويج بالنصرانية و يقول لا أعلم شركا أعظم من أن أقول إن ربها عيسى و قد قال تعالى :" و لا تنكحوا المشركات حتى يؤمن" سورة البقرة، آية: 221. ويخالف عبد الله بن عباس هذا الرأي حيث يرى أن قوله تعالى:"ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن" قال : فحجز الناس عنهن حتى نزلت الآية التي بعدها "والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم" المائدة05 ؛ فنكح نساء أهل الكتاب ،و قد تزوج جماعة من الصحابة من نساء النصارى ،و لم يروا بذلك بأسا أخذا بهذه الآية الكريمة"والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم " فجعلوا هذه مخصصة للتي في سورة البقرة "ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن " إن قيل بدخول الكتابيات في عمومها و إلا فلا معارضة بينها وبينها،

قبلكم"[1]؛ وعلى هذا يرى جمهور الفقهاء حل التزوج من الكتابيات بناء على ما ورد في القرآن، وقد أقدم على الزواج من نساء أهل الكتاب عدد من الصحابة، وخاصة من كان منهم في ميادين الجهاد بالأمصار مثل حذيفة بن اليمان، و طلحة بن عبيد الله ...[2] فلما كثر عدد المتزوجين من الصحابة بالكتابيات، بحيث صارت ظاهرة اجتماعية تستدعي دراسة أبعادها ومدى أثرها على نظام الأمة خاصة حفظ عرض نساء الأمة؛ وهو ما دفع الخليفة عمر إلى تناولها بالتفكير المصلحي.[3]

وقد زاد قلق الخليفة عمر لما أقدم على هذا الزواج المختلط عدد من أمراء و الولاة من رجال الدولة كحذيفة الذي كان يتولى المدائن، خاصة وإنهم بمنزلة القدوة لغيره فخاف من انتشاره بشكل أسرع و أوسع ، ولذلك سارع بالإرسال إلى حذيفة :" **بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب ، فطلقها** " فكتب إليه حذيفة : لا أفعل حتى تخبرني أحلال أم حرام ؟ و ما أردت بذلك ؟ فكتب إليه ،" **لا، بل حلال، ولكن في نساء الأعاجم خلابة فإن أقبلتم علهن غلبنكم على نسائكم**"، فقال حذيفة: الآن فطلقها.[4]

أ–وجوه المصلحة النظامية في قرار عمر بمنع التزوج من الكتابيات: مع إقرار غالبية الفقه الإسلامي بمشروعية الزواج بالكتابيات[5]؛ فان قرار عمر السابق؛ يستوقف الباحث عن مقاصده وعلاقته بنظام الأمة؛ وهل هو تجميد للنص الشرعي أم هو إجراء إداري مقيد لحرية التزوج بالنسبة لموظفي الدولة؛ خصوصا وان عمر نفسه أقر بأنه حلال فلماذا منع عمر هذا الزواج [6]؟

1– انصراف الرجال عن تزوج المسلمات، وفي هذا إيقاع للضرر على المسلمات، بتعريضهن للبوار والفتنة، وهذا يناقض مقصد الشارع إلى حفظ أعراض نساء الأمة، أما و قد كثر عدد المسلمات بعد انتشار الإسلام في البلاد المفتوحة من ناحية؛ وتحديد مدة إقامة الجند بميادين القتال بالمدة المناسبة التي يطيقها كل من الرجال والنساء صبرا على قضاء الوطر على نحو ما سبق، فإنه لا يبقى مع هذا مبرر من مصلحة تدعو إلى مثل هذا الزواج الذي يؤول إلى مفسدة عامة تنزل بالنساء المسلمات .

لأن أهل الكتاب قد انفصلوا في ذكرهم عن المشركين في غير موضع مثل قوله تعالى: " لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب و المشركين منفكين حتى تأتيهم البينة "ينظر ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 590.

[1] – سورة المائدة، آية 5 .

[2] – د/ يوسف القرضاوي؛ السياسة الشرعية في ضوء نصوص القرآن والسنة؛ ص209

[3] – وقد كان سبب انتشار هذه الظاهرة الاجتماعية قلة عدد المسلمات في المدن و الأمصار الجديدة ، كما روى عن جابر قال: شهدت القادسية مع سعد فتزوجنا نساء أهل الكتاب، و نحن لا نجد كبير مسلمات فلما قفلنا فمنا من طلق ، ومنا من أمسك " أي أن المجاهدين كانوا يلجئون إلى التزوج من الكتابيات لطول بقائهم في ميادين القتال، ولا يجدون المسلمات د/محمد بلتاجي، منهج عمر بن الخطاب في التشريع، ص 305 ،الطبري، تاريخ الأمم و الملوك، ج4، ص 147 .

[4] – علي الطنطاوي وآخر، سيرة عمر بن الخطاب، مرجع سابق، ص 485 .

[5] – د/ يوسف القرضاوي؛ في فقه الأقليات المسلمة؛ دار الشروق؛ ط2؛ سنة 2005؛ ص95

[6] – ينظر في ضوابط وقيود إباحة الزواج بالكتابة د/ يوسف القرضاوي؛ في فقه الأقليات المسلمة؛ ص97

2- إن نساء أهل الكتاب اللائي تزوجن منهن الصحابة في الأمصار من أقوام غلبوا على أنفسهم، والعهد قريب بهزيمة أقوامهن، ولا يطمأن إلى إخلاصهن للإسلام و المسلمين، الأمر الذي يمكن أن يترتب عليه أخطار الدسائس والتجسس والوقيعة بالمسلمين، وفي هذا تهديد للأمن العام للكيان السياسي والعسكري للأمة .

وهكذا فإنه دفعا للضرر العام الذي يترل بالنساء المسلمات وبنسل الأمة، ودين أبنائها، وتهديد أمن الكيان السياسي وزعزعة الجيش، ومن ثم فإنه بناء على قاعدة: غلبة الضرر على النفع في الفعل المباح يمنع من وقوعه، وكذلك قاعدة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وقاعدة اعتبار المآل، هذه القواعد جميعا تقضى بأن يصدر عمر بن الخطاب قراره المصلحي بمنع تزوج الصحابة في الأمصار بنساء أهل الكتاب لما في ذلك من درء لفساد عام و تحقيقا لمصلحة عامة تتعلق بحفظ أعراض النساء المسلمات وعدم تعريضهن للفتنة، ثم حفظ النسل والدين والأمن العام[1].

ومن هذا الباب يقرر الفقهاء للسلطة النظامية امتيازا بمنع المباح إذا توقعت أن يفضي إلى مفسدة عامة في بعض الظروف رعاية للمصلحة العامة، و تكون قراراته في هذا الشأن واجبة الطاعة و النفاذ بحيث يعاقب من يخالفها بحجة أنها تنهي عن تصرف أو أمر هو في الأصل حلال ، لأن العبرة بما يراه ولي الأمر من مصلحة عامة بناء على اجتهاده وفق مقتضى النظر الشرعي[2].

و ترتيبا على ذلك فان قرار عمر المانع للزواج من الكتابيات ليس من نوع الأحكام الثابتة أو الدائمة، وإنما هو قرار تنظيمي مصلحي من باب حفظ نظام الأمة بحفظ عرض نساء المسلمين؛ فلا يخرج بحكم الزواج من الكتابيات من الحل إلى الحرمة ، فالحكم باق على أصل الحل، و قرار عمر يستند إلى أن الأحكام ترتبط وجودا وعدما بمناطاتها في الواقع مصلحة و مفسدة [3].وأن الفتوى تتغير وتختلف بحسب تغير الأزمنة و الأمكنة والأحوال والنيات والعوائد على ما سبق بحثه، وظاهر من استعراض هذه القضايا أهمية حفظ عرض الأمة.

خامسا: أثر حفظ نظام الأمة السياسي على ممارسة الحريات السياسية أسلوب التنظيم نموذجا:

رغم عدم وجود نصوص شافية وكافية في مجال تنظيم ممارسة الحرية السياسة في الفقه الاسلامي سواء منها ما تعلق بالحق في الانتخاب أو الحق في للترشح وكذا الحق في ممارسة المعارضة السياسية؛ الا ان الاصل فيها الاباحة في اطار ضوابط الشريعة ومقاصدها العليا؛ بل احيانا تكون واجبا من باب التناصح وتغيير المنكر؛ بشرط ان ان لايصطدم حق أو واجب ممارسة هذه الحقوق؛ بما يعكر صفو النظام العام ويهدد استقرار ووحدة الامة؛ وضرب مقوماتها؛ ومن هذا المنطلق يمكن التأسيس لحق الدولة في التدخل التنظيمي لبيان كيفية ممارسة الحقوق السياسية؛ حتى لاتؤثر سلبا على نظام الامة؛ ومن تطبيقات هذا الأسلوب قضية الاستخلاف لشخص او جماعة دون سواها؛ واثره على حرية الاخرين في الحق في الترشح.

---

[1] - د / محمد بلتاجي، منهج عمر بن الخطاب في التشريع، ص 304 .

[2] - د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييد، ص 111-112.

[3] - د/ فوزي خليل؛ المصلحة من منظور إسلامي؛ص584 ود/ القرضاوي؛ من فقه الأقليات؛ ص95

– قرار الاستخلاف حفظا لنظام الأمة وأثره على حرية الترشح والتداول على السلطة:

من أهم المشاكل السياسية التي واجهتها دولة الخلافة الراشدة مشكلة الاستخلاف السياسي التي يؤدي التفريط فيها إلى قيام حالة من الفراغ القيادي لجماعة المسلمين ؛ وهو الأمر الذي بات يحير الخليفة عمر بعد تعرضه لمحاولة الاغتيال وقد نقل ابن كثير معالم هذه الحيرة في قول الخليفة" **إن أستخلف فقد استخلف من هو خير مني؛ وان أترك فقد ترك من هو خير مني؛ ولن يضيع الله دينه**"[1] مما يعني أن هناك صعوبة في اتخاذ قرار خوفا من تحمل تبعات أعماله وأعمال من استخلفه على المسلمين من بعده[2]ويلخص ذلك ما نقله العقاد[3] في عبقرياته" **وددت أن أنجو منها لا لي؛ ولا علي**".

وأمام هذه الحيرة كان لزاما عليه وقد رأى بنفسه ما حصل في سقيفة بني ساعده من تنازع وتنافس على السلطة؛ أن ينصح للمسلمين بإخلاص النصيحة لهم كما فعلها من كان من قبله.[4]

ويبدو أن الخليفة بحث عن من تتوفر فيه شروط الخلافة فلم يجد الأجدر بها؛ بل تعدد من تتوفر فيهم تلك الشروط؛ ولذلك نجده يستبعد أقاربه منها رغم فضلهم وأجدريتهم بها؛ كسعيد بن زيد ابن عمه؛ وكابنه عبد الله؛ الذي أوصاه بأن يشرف على عملية الاختيار من بين الستة الذين رشحهم عمر لاستخلافه نظرا لتساويهم في الفضل والاستقامة ورضا رسول الله عنهم قبل موته؛ فضلا على سبقهم في الإسلام؛ وهم:[5] على بن أبي طالب ؛ وعثمان بن عفان؛ وعبد الرحمن بن عوف؛ وسعد بن أبي وقاص والزبير بن العوام وطلحة بن عبيد الله؛ وقد في خطابه الدستوري بعد مرحلة الترشيح هذه:" إني نظرت فوجدتكم رؤساء الناس وقادتهم؛ ولا يكون الأمر إلا فيكم؛ وقد قبض رسول الله عيه السلام وهو عنكم راض؛ إني لا أخاف الناس عليكم إذا استقمتم؛ ولكني أخاف عليكم اختلافكم فيما بينكم فيختلف الناس".[6]

وقد وضع الخليفة إجراءات دستورية صارمة[7] يجب أن تتبع في اختيارالخليفة منهم؛ حيث يكون **رأي الأغلبية** هو القول الفصل اذا تراضوا فيما بينهم؛ فان تساووا يلجأ للتحكيم عند عبد الله بن عمر؛ فان لم يرضوا به فالمرجح من بعده عبد الرحمن بن عوف نظرا براءتهما من تهمة الانحياز إلا لصالح المسلمين كونهما

---

[1] – ينظر ابن كثير؛ البداية والنهاية؛ ج5؛ ص250

[2] – الطبري؛ تاريخ الرسل؛ ج4؛ ص228 وقد نقل عنه أيضا أنه كان يتمنى لو يجد رجلا أمينا وناصحا فيعهد لهم بالخلافة من بعده كعبد الرحمن بن عوف الذي امتنع بعد أن نصحه عمر بأولوية تركها على أن لا يخبر أحد بهذه المشورة؛ وكأبي عبيدة بن الجراح أمين هذه الأمة الذي تمنى عمر لو أنه كان حيا فيعهد بها له وكذلك الصحابي أبو سلمة الذي كان يوصف بأنه شديد الحب لله... ينظر الطبري ؛ مرجع نفسه؛ ص226

[3] – العقاد؛ عبقرية عمر؛ ص151

[4] – ابن الجوزي عمر بن الخطاب؛ ص95

[5] – الطبري ؛ تاريخ الرسل ؛ج4؛ص218؛ ابن الأثير؛ الكامل ؛ج3 ؛ص66 ؛ابن سعد؛ الطبقات الكبرى؛ ج3؛ص42.

[6] – الطبري؛ تاريخ الرسل؛ ج4؛ ص228

[7] – ينظر في تحليل هذه الإجراءات الدستورية في تولية الخليفة من بعده عند:د/ فوزي خليل؛ المصلحة العامة؛ ص640 وما بعدها

أبعد الصحابة حبا للسلطة[1].وقد أمر بضرب عنق كل من يخالف رأي الأغلبية أو قرار التحكيم خوفا من تمزيق صفوف الأمة؛ وتصدع وحدتها؛ ودليله في ذلك ما شهده من حب للسلطة يوم السقيفة إضافة إلى قوله عليه السلام فيما أخرجه مسلم" **انه ستكون هنات وهنات؛ فمن أراد أن يفرق أمر الأمة وهي جميع فاضربوه بالسيف كائنا من كان**"[2]؛ على أن تتم كل هذه الانتخابات الرئاسية في ظرف ثلاثة أيام تسفر عن اختيار خليفة واحد تجتمع عليه الأمة بالبيعة العامة.كل ذلك في اجتماع شوري مغلق تحت حراسة خمسين رجلا من الأنصار بقيادة الصحابيان أبو طلحة الأنصاري؛ والمقداد بن الأسود بحيث لا يسمح بالدخول إليهم ؛ تأمينا لسلامة المجتمعين وحماية لمن وقع عليه الاختيار.

وحتى لا تبقى الأمة هملا لا قائد لها تعيش حالة فراغ قيادي قد يعرضها للفوضى والاضطراب أو يدفع إلى أن يستجرأ عليها دعاة الفتنة والإفساد أثناء انعقاد مجلس الشورى؛ أمر الخليفة كالصحابي صهيب الرومي بإمامة الناس في الصلاة وجعله الآمر بالصرف من بيت المال لكفالة طعام وشرب المسلمين طوال الأيام الثلاث[3] .

وما يلاحظ هو أن الخليفة كان يدرك أهمية وجود قيادة سياسية تحفظ للأمة نظامها ولذلك كان هدفه من وراء هذه الإجراءات التفصيلية هو الإسراع في تحديد الخليفة دون تعد على اختيار الأمة. فكانت فترة ثلاثة أيام مناسبة لتحقيق الهدف.بأقل الخسائر وباردة إفراد الأمة؛ وهذا ما تجسد في التزام الخليفة عثمان أمام الناس بالاقتداء بسنة أبي بكر وعمر في الحكم.

رغم التقييد والتضييق الذي فرضه عليه أثناء عملية انعقاد مجلس الشورى وبالأحرى جماعة أهل الحل والعقد.

سادسا: انعكاسات حفظ المال العام في مجال تقييد الحقوق المادية وحرية التجارة:

لا شك أن هناك نماذج مختلفة في مصادر التأصيل الإسلامي لكيفية تأثير قواعد النظام العام الشرعي في مجال تقييد حرية التجارة لعل منها تحريم المعاملات الربوية؛ وحرمة الاحتكار وتلقي الركبان وبيع حاضر لباد؛ وغيرها من المعاملات المالية المحرمة والمعروفة في كتب الفقه بالبيوع الفاسدة؛ غير أن معظم تلك البيوع متعلقة بالمال الخاص؛ ومن ثم كان على الباحث استقراء نماذج عن كيفية تأثير حفظ المال العام كمقوم من مقومات فكر النظام العام الشرعي في اجتهاد الخلفاء الراشدين على الحقوق المالية للفرد؛ ويتمثل هذا في كثير من القرارات التي تتعلق بالتدبير المالي والاجتهاد الاقتصادي الذي يتغيا حفظ المال العام للأمة، وتحقيق المقاصد الضرورية والمصالح الشرعية .

---

[1] – د/ مصطفى منجود؛ الأبعاد السياسية لمفهوم الأمن في الإسلام؛ ص328.

[2] – الإمام مسلم؛ الجامع الصحيح؛ ج12؛ ص231

[3] – د/ مصطفى منجود؛ المرجع نفسه؛ ص329

يتمثل ذلك فيما اتخذ من قرارات وسياسات كانت موضع اجتهاد مصلحي من الخلفاء الراشدين، وذلك مثل محاربة الاحتكار، خاصة احتكار الأقوات وسياسات التسعير للسلع، وتضمين الصناع و المؤتمنين[1]، ثم التنظيمات والقواعد المالية التي تتعلق بتوزيع الإيرادات المالية (الأعطيات) وتسوية أبي بكر بين الناس في العطاء ثم اجتهاد عمر بعد ذلك في وضع معايير للتفاضل في توزيع العطاء مثل السبق في الإسلام، ومراعاة القرابة لرسول الله[2] و زيادة عثمان في أعطيات الناس عند زيادة الإيرادات المالية عما كان عليه الحال في عهدي أبي بكر وعمر[3]. ومن بين هذه النماذج التطبيقية لحفظ ورعاية المقومات الاقتصادية للنظام العام؛ سياسة الأرض المحمية، و تخصيصها مرعى لأنعام الصدقة التي تعد ملكية عامة لصالح فقراء المسلمين، وترعى معها أنعام فقراء المسلمين دون أغنيائهم.[4]

1-أثر حفظ المال العام على الحقوق المالية: قضية إيقاف الإنفاق على المؤلفة قلوبهم نموذجا

تعود أسباب هذا الإيقاف تطبيقا لمبدأ المساواة ورعاية للمال العام؛ إذ كانت الغاية من تشريع سهم المؤلفة قلوبهم هي إعزاز المسلمين؛ ولذلك كان النبي صلى الله عليه وسلم يعطيهم وسيلة لهذه الغاية؛ وبعد وفاته وكثرة المسلمين أصبح عدم إعطائهم هو الذي يؤدي إلى إعزاز المسلمين؛[5] وكما يقول د/ **محمد بلتاجي** "لأن إعطاءهم في حالة الكثرة والمنعة إذلال للمسلمين وإظهار لهم بمظهر الضعف والقلة؛ فهو يؤدي إلى عكس ما كان يؤدي إليه في عهد الرسول لاختلاف ظروف المسلمين"[6].ويظهر هذا التكيف عند تحليل أول قضية تم تطبيق عليها هذا القرار التنظيمي؛ يتعلق الأمر بالصحابيين **عيينة بن حصن والأقرع بن حابس**؛ الذين تقدما بطلب إلى رئيس الدولة مضمونه أن يتألفهما بقطعة من الأرض؛ فما كان من الخليفة إلا أن وافق؛ بل أنه كتب لهما بذلك عقدا رسميا؛ فانطلقا به إلى عمر باعتباره وزيرا للخليفة ليشهد لهما على ذلك بحيث تكون شهادته بمثابة الشهر العقاري الذي يعتبر إلزاميا في التصرفات العقارية قانونا.

غير أن عمر-ض- أبطل ذلك عقد بمحييه وعدم المصادقة عليه؛ فتذمرا منه وأساءا إليه القول؛ وهو غير مكترث بهما؛ وفي تسبيبه لقراره بالرافض بأنه لا حاجة إلى تأليف قلبيهما؛ وليس لهما حقا موروثا وإنما هو حكم ظرفي يدور مع علته وجودا وعدما؛ بما يحفظ الدين عند تهديده.

وهو الأمر الذي سلم به الخليفة مقنعا بضرورة تحقيق مناط الحكم. ولذلك يرى جمهور الفقهاء بأن حكم إعطاء المؤلفة قلوبهم هو حكم غير منسوخ لأن عمر لم يلغ الحكم وإنما أوقف العمل به لتغير الظرف من باب لا

---

[1] - د/سليمان الطماوي، عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة، دار الفكر العربي القاهرة،1979 ص 402-413

[2] - أبو يوسف ، الخراج ، مرجع سابق ، ص 45-51، ابن الجوزي، مناقب عمر بن الخطاب، ص 99-100 .

[3] - الطبري، تاريخ الأمم و الملوك، ج4، مرجع سابق، ص 245 – 246.

[4] - محمد محمد المدني، نظرات في اجتهادات الفاروق عمر بن الخطاب، ص 179 .

[5] - د/مصطفى محمود منجود؛ الأبعاد السياسية لمفهوم الأمن في الإسلام؛ رسالة دكتوراه منشورة ضمن سلسلة الرسائل الجامعية؛ المعهد العالمي للفكر الإسلامي؛ القاهرة ط1؛ سنة1996؛ ص307

[6] - د/ محمد بلتاجي؛ منهج عمر في التشريع؛ ص172.

ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان والحال[1]. ومن ثم يمكن إعادة تطبيق الحكم إذا تغير الظرف وكان الدين بحاجة إلى زيادة إعزاز وتمكين وهذا ما نقله الإمام الشوكاني عن الإمام الشافعي وأبي حنيفة النعمان بأن حق المؤلفة باق إلى اليوم؛ خلافا للإمام مالك الذي نقل عنه قوله لا حاجة للمؤلفة الآن لقوة الإسلام[2].

والواقع أنه لو وجدت ظروف معاصرة يحتاج فيها المسلمون إلى تأليف القلوب فانه لا يتصور أن يوجد خلاف بين الفقهاء في ضرورة إعطائهم من الصدقات ولو كانوا أغنياء لأن من أهداف الصدقة **معونة الإسلام وتقوية أسبابه**؛ بل يمكن إعطاء غير المسلمين كبعض الشخصيات التي يرجى نفعها للإسلام بالدعوة له والذب عنه هنا وهناك؛[3] كسرا لشوكة الحاقدين عليه ودفاعا عن أهله المستضعفين في بقاع العالم خاصة في ظل الظروف العالمية المعاصرة؛ حيث تحتاج الأقليات المسلمة في العالم إلى من ينصرها باللسان والقلم خطابة وكتابة في مختلف المحافل الدولية؛ ولا شك أن من وسائل الترغيب في الدفاع عنهم تأليف قلوبهم بشيء من الدنيا لتسخيرهم لخدمة الدين ونصرة أهله.

وعلى هذا يمكن لولاة الأمور إعطاء نصيب المؤلفة قلوبهم ليس فقد للأفراد بل وللهيئات والمنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية متى التزمت بالدفاع عن حقوق المظلومين والمستضعفين والدفاع عن قيم الدين ومبادئه بما يعز الدين ويرغب الغير فيه؛ كالدفاع عن شريعته من التحريف والذب عن نبيه من شبهات المضللين وانتحال المبطلين.

ووجه الاستدلال بهذه القضية أن حفظ نظام الأمة قد يستوجب ليس فقد حرمان أصحاب الحقوق من نصيبهم في الصدقات وإنما يمكن تحويل نصيبهم إلى هيئات ومؤسسات عالمية عرفت بالتزامها بالدفاع عن الإسلام كعقيدة وشريعة وسلوك؛ بتأليف قلوب ممثيليها كسبا لنصرتهم وضمانا لموقفهم خاصة في ظل دخول معظم دول العالم في معاهدات السلم وحسن الجوار؛ مما يعني عدم اللجوء إلى الحرب. الأمر الذي لا يمكن من حماية المستضعفين من الأقليات المسلمة بالجهاد بالتقليدي؛ وإنما بالجهاد الإعلامي والدعم المالي بالتواجد الفعال في مؤسسات تقرير القرارات الدولية. ولعل تأصيل هذا التخريج السياسي يجد سنده فيما نقل ابن هشام في سيرته عن الرسول –ص– أنه أمر أصحابه بقطع لسان ذلك الشاعر الذي كان يلقي باللائمة والعتاب على القيادة النبوية ظلما وعدوانا بملأ فيه مالا؛ **فأعطوه حتى رضي وكف** عن التعرض للانتقاص من هيبة قيادة الدولة، فكان ذلك قطعا للسانه.[4]

فيلاحظ أن الإعطاء كان على أساس حفظ مصلحة الدولة بقطع وكف لسان بعض من يستخدمون الكلمة والصورة في غير موضعها تشويها للدين؛ ومما يؤكد هذا المعنى ما أخرجه الإمام مسلم في صحيحه أن بعض

---

[1] – د/يوسف القرضاوي؛ السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها؛ ط1؛ سنة1998؛ مكتبة وهبة القاهرة؛ ص176.

[2] – الإمام الشوكاني؛ نيل الاوطار؛ ج4؛ص177؛ وتحقيق المسألة عند عمر بلتاجي ؛مرجع نفسه؛ ص185

[3] – د/ مصطفى منجود؛ رسالته السابقة؛ص310 نقلا عن سيد قطب ؛ في ظلال القران؛ج3؛ ص1669

[4] – ينظر ابن هشام؛ السيرة النبوية؛ ج4؛ ص90

أهل الجهل من قريش" أتوا الرسول –ص– وخيروه بين أن يعطيهم أو يرموه بالفحش؛ أو يبخلون؛ **فأعطاهم**"؛ وفي ذلك ما يؤكد **جواز مداراة أهل الجهالة والقسوة وتألفهم**؛ إذا كان فيهم مصلحة؛ وجواز دفع المال إليهم لهذه المصلحة"[1].أي يجوز الإعطاء لدرأ الفواحش والأباطيل المشوهة للدين؛ ولذلك فليس غريبا أن تنص كتب الأحكام السلطانية والسياسة الشرعية على تصنيف المؤلفة قلوبهم إلى عدة أصناف حصرها الإمام الماوردي[2] في أربعة وهم: صنف يتألفهم المسلمون لمعونتهم؛ وصنف يتألفونهم للكف عنهم؛ وصنف يتألفونهم لترغيبهم في الإسلام؛ وصنف يتألفونهم لترغيب أقوامهم وعشائرهم في الإسلام.

يقول ابن حجر العسقلاني[3] في تعداد هذه الأقوال " وقد **اختلف في المراد بالمؤلفة قلوبهم** الذين هم أحد المستحقين للزكاة ؛ فقيل هم كفار يعطون ترغيبا في الإسلام؛ وقيل هم مسلمون لهم أتباع كفار ليتألفونهم وقيل مسلمون أول ما دخلوا في الإسلام ليتمكن من قلوبهم".

ورغم هذا الاختلاف الفقهي في تحديد أصناف المؤلفة قلوبهم إلا أن هناك اتفاق بين الجميع على ضرورة أن يكون التأليف لمصلحة الدعوة الإسلامية من خلال تقدير ملائمة الحكم مع الواقع[4]؛ وهذا ما يمكن أن يستشف من التطبيقات النبوية كتأليفه –صلى الله عليه وسلم– لمثل صفوان بن أمية؛ وأبو سفيان بن حرب؛ والأقرع بن حابس؛ وعيينة بن حصن حيث وهبهم الرسول لكل واحد مائة ناقة من الإبل[5].

وخلاصة القول أن هناك مصالح نظامية تخص الأمة هي التي تكون هدفا ومقصدا من وراء الإنفاق والتأليف لقلوب الغير بما فيهم غير المسلمين أفراد ومنظمات دولية حماية للدعوة ولا يضر بعد ذلك تضرر بعض الأفراد من حقهم في تأليف قلوبهم على الإسلام إذا صار المسلمون في عزة ومنعة؛ فما يفعل الإسلام بتكثير القوم وهم مليار ونصف في تعداد ولا أثر[6]. فالإسلام بحاجة إلى من يدافع عنه في حواره مع الحضارات الغربية ؛ حتى تكون كلمة الله هي العليا وشريعة نبيه هي الأسمى بحيث تكون مصدرا تشريعيا عالميا.

2– أثر حفظ المال العام على حرية التملك من خلال قضية الأراضي المفتوحة عنوة: أحد المسائل التي أثارت اختلافا في الرأي حول كيفية التصرف في الأراضي التي فتحها المسلمون بالقتال والقوة فكان محل

---

[1] – الإمام مسلم؛ الصحيح الجامع؛ ج7؛ ص365

[2] – ينظر الماوردي؛ الأحكام السلطانية؛ ص123؛ ابن كثير؛ تفسير القران العظيم؛ ج2؛ ص365

[3] – ابن حجر؛ فتح الباري شرح صحيح البخاري؛ ج16؛ ص163

[4] – د/ رمضان البوطي؛ ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية؛ ص159

[5] – ينظر تفصيلا د/ مصطفي محمود منجود؛ الأبعاد السياسية لمفهوم الأمن في الإسلام؛ ص302 وما بعدها

[6] –يرى الباحث أن عصر العولمة الذي نعيشه بحاجة إلى صحوة نوعية لتدافع عن الإسلام كقضية عادلة فشل محاموها في كشف مظاهر عدالتها وسموها الروحي والإنساني والتشريعي وبعدها العالمي؛ وأمتها أمة الدعوة عالمية وهذا ما عبر عنه ابن عاشور وغيره عند تقسيمهم لمقاصد الشريعة من حيث عموم المخاطبين بها فذكروا منها مقاصد للشريعة فيما يخص الإنسانية أو المصلحة الإنسانية العليا باعتبار الإسلام شريعة غير محدودة بعصر ولا جيل؛ وغير محدودة بإقليم معين ولا بأمة أو شعب بذاته؛ وإنما هو رسالة عالمية موجهة للناس جميعا وليس للعرب أو المسلمين وحدهم مصداقا لقوله تعالى:" **قل يأيها الناس إني رسول الله إلى الناس جميعا**" سورة الأعراف أية158 ؛ ينظر ابن عاشور؛ مقاصد الشريعة ؛ص64 وينظر أيضا د/ جمال الدين عطية؛ نحو تفعيل مقاصد الشريعة؛ص164 وما بعدها

النزاع؛ هل يبقون عليها في أيدي أهلها ويجرون عليها الخراج؟؛ أم يقسمونها باعتبارها غنيمة تقسم على الفاتحين؟.

وبعد نقاشات طويلة تبادل فيا الفريقين حججهما المستندة في جميعها إلى كتاب الله وسنته اظهر فيها الخليفة عمر حنكته السياسية في صبره أمام عناد بعض كبار الصحابة حيث استطاع أن يضيق هوة الخلاف بتحكيم السابقين الأولين من الأنصار والمهاجرة ممن لهم الورع والدراية.

ثم قرر الخليفة عمر الفاروق بعدها حسم مادة الخلاف بإصداره قرارا تنظيما يصب في مضمون رعاية النظام العام المتمثل في المصلحة المعتبرة، والتي تتحقق في هذه القضية بمنع تقسيم هذه الأراضي تحقيقا للمصلحة العامة ممثلة في مراعاة حقوق الأجيال اللاحقة[1] والدفاع عن حدود الدولة المتسعة بحماية بيضة المسلمين من تطلع المترصدين والمناوئين مما يلزم التجنيد له بتخصيص مرتبات لكل عين باتت تحرس في سبيل الله من الجنود؛ وبغض عن حجج الفريقين،[2] فان الباحث يهمه من حيثيات هذه القضية كيف أن قرار المنع هذا مثل في أحد أهم أبعاده حفظا لأمة الإسلام بحفظ مالها العام من التخصيص؛ بما يوفر للأمة مصدرا دائما للإنفاق على الثغور وتقوية للحصون دفاعا عن أطراف الخلافة؛ إضافة إلى تحقيق المساواة فيما بين المسلمين أولهم وأخرهم مما يوحي بنظرة عمر المستقبلية مراعاة لمصالح الأمة.[3]

---

[1] – وهذا ما يظهر من خلال رواية أبي عبيد حيث جاء فيها بعض حجج عمر لإقناع خصومه بقيادة بلال بن رباح–ض– الذين أبوا إلا التقسيم خاصة تقسيم أراضي سواد العراق المملوءة زرعا وأشجارا؛ لأنها من حقوقهم المقررة بكتاب الله وسنة رسول الله وهو ما أقر به عمر وهم به لولا نصيحة معاذ بن جبل الذي أمر بالتريث والتفكير في حل يسع أولهم وأخرهم" إلا انه احتج بقوله " أتريدون أن يأتي آخر الناس ليس لهم شيئ" ؛ وقوله " لولا أني أترك المسلمين يبابا لاشيء لهم ما فتحت قرية إلا قسمتها كما قسم رسول الله –ص– خيبر". القاسم أبي عبيد في الأموال؛ص59 وما بعدها؛ ود/ مصطفى منجود؛مرجع سابق؛ ص315 ؛ وهناك رواية لابن الجوزي جمعت ما سبق معا " لولا أخر المسلمين ما فتحت قرية إلا قسمتها سهمان كما قسم رسول الله خيبر سهمان ولكني أردت أن يكون جزية تجري على المسلمين؛ وكرهت أن يترك المسلمون لاشيء لهم" ينظر ابن الجوزي؛ تاريخ عمر بن الخطاب؛ص112. ود/ محمد بلتاجي؛ منهج عمر في التشريع؛ ص132.وفي رواية القاضي أبو يوسف" وقد رأيت أن أحبس الارضين بعلوجها؛ وأضع عليها فيها الخراج؛ وفي رقابهم الجزية يؤدونها فتكون فيئا على المسلمين المقاتلة والذرية؛ ولمن يأتي بعدهم؛ أرأيتم هذه الثغور لا بد لها من رجال يلزمونها؛ أرأيتم هذه المدن العظام كالشام والجزيرة والبصرة ومصر؛ لا بد لها من أن تشحن بالجيوش؛ وإدرار العطاء عليهم؛ فمن أين يعطى هؤلاء إذا قسمت الأرضون والعلوج؛ وفي رواية أخرى عنه " فكيف بمن يأتي من المسلمين فيجدون الأرض بعلوجها قد اقتسمت؛ وورثت عن الآباء وحيزت" ينظر إلى هذين الروايتين القاضي أبو يوسف؛ الخراج ؛ص14؛15. ود/ مصطفى شلبي؛ تعليل الأحكام؛ ص53.

[2] – وقد استمر هذا الخلاف بينهم رغم حصول اتفاقا بين أغلبية كبار الصحابة من المهاجرين والأنصار؛ حتى قيل أن ما أصاب المسلمين من الطاعون في خلافة عمر كان بسبب هذا الاختلاف؛ بل يذهب البعض إلا أن تداعيات هذه القضية قد توسعت بعد انتشار كبار الصحابة في أطراف الدولة إبان خلافة عثمان الأمر الذي مثل أحد العوامل التي عجلت بتردي الأوضاع السياسية والأمنية في خلافته. ينظر إلى هذا القول " ينظر د/ مصطفى منجود؛ الفتنة الكبرى والعلاقة بين القوى السياسية في صدر الإسلام؛ رسالة ماجستير؛ كلية الاقتصاد ؛ جامعة القاهرة؛ سنة1984؛ ص238

[3] – عباس محمود العقاد؛ عبقرية عمر؛ ص123

وهو ما يظهر من تقليب الروايات التي نقلت عنه في تسبيبه قراره بالمنع بعد اضطراره لمشاورة أهل السابقة من كبار الصحابة الذين بعد تقليبهم لوجوه المصلحة المستهدفة كان قراره بتأييد الخليفة في منهجه الاجتهادي المصلحي حفظا لنظام الأمة من الزوال من جانبي[1] ولو على حساب مصلحة الفاتحين المالية.

1- حفظ المصالح الداخلية بضمان توافر مصادر ثابتة لمعايش العباد والبلاد خاصة الأجيال اللاحقة من الذرية والأرامل.

2- حفظ المصالح الخارجية ممثلة في توفير مصادر مالية لسد الثغور وحاجات الجنود وتجيز الجيوش وما يستلزمه ذلك من كفالة الرواتب وإدرار العطاء .

ومن هذا المنطلق يمكن للخليفة تأميم بعض الأراضي قبل أن تصبح حقا مكتسبا لأصحابها. خلافا لما أقدمت عليه الدولة في إطار قانون الثورة الزراعية في عهد الرئيس بومدين حيث أممت أراضي الخواص للمنفعة العامة بموجب القانون73/71 المؤرخ في 1971/11/08 لتوزعها فيما بعد على المستثمرات الفلاحية[2]؛ وهو الأمر الذي تراجعت عنه السلطة فيما بعد مقررة تعويض المتضررين إما باسترجاع أراضيهم الباقية أو بتعويضهم.

وجدير بالاشارة أن التأمل فيما سبق من القضايا والوقائع يوصل الى نتيجة مفادها أن مضمون فكرة حفظ النظام في الشريعة يتسع ليشمل حماية الحرية في اللأصل؛ مما يعني عدم وجود تعارض بين فكرة النظام وفكرة الحرية في النظام الاسلامي، وهو الأمر الذي يخول للباحث اعتبار الفكرتين مقصودتين لدى الشارع من وراء الأمر بايجاد الدولة المسلمة؛ وهذا ماسيتم التأكد منه أكثر من خلال استعراض نماذج أخرى تتعلق بمدى مقاصدية حفظ النظام السياسي للأمة؛ بحيث يمكن بناء على هذا المنهج الاستقرائي لقضايا الحكم الراشد التأسيس لاعتبار هذا المنهج مسلكا كاشفا عن مقاصد الشرع في مجال اقامة الدولة المسلمة.

الفرع الثاني": تطبيقات حفظ نظام الأمة في تقييد ممارسة الحريات السياسية في النظام الإسلامي.

بعد أن بينا الباحث أثر حفظ منظومة مقاصد الشريعة الضرورية كإطار لفكرة النظام العام الشرعي على ممارسة الحقوق والحريات العامة؛ بحيث يمكن اعتبار فكرة نظام الأمة مصدرا لمجموعة الحدود والضوابط الواردة على ممارسة مختلف الحقوق والحريات الفردية والشخصية وحريات الرأي.

---

[1]- ينظر د/ مصطفى منجود؛ الأبعاد السياسية لمفهوم الأمن في الإسلام؛ ص317

[2]- طبقا للمادة01من هذا القانون " الأرض لمن يخدمها ويفلحها ويستثمرها؛ وأن كل شخص قد أهمل أرضه تؤمم؛ وبالتالي يسقط حقه في الاستغلال فيها"

وبقي للباحث أن يبرهن على ذلك الاستقراء والاستنتاج بتطبيقات عملية من حكومات الخلافة الراشدة؛ خصوصا في مجال ممارسة الحريات السياسية باعتبارها مجالا لفكرة التقييد التنظيمي؛ فضلا عن مساسها بحق السلطة في التدخل للموازنة بين مقتضيات النظام العام وبين حق الأفراد في ممارسة حرياتهم.

أولا: أثر حفظ نظام الأمة على مبدأ التداول على السلطة حرية الانتخاب والترشح نموذجا.

من الحقائق التاريخية الثابتة أن رسول الله انتقل إلى الرفيق الأعلى و لم يبين لمن يؤول أمر المسلمين من بعده، اللهم إلا ما كان منه من الإشارة إلى أبي بكر الصديق بالصلاة بالناس حين ثقل عليه المرض،[1] الأمر الذي قاس المسلمين عليه من بعد أحقيته بإمامة المسلمين الإمامة السياسية؛ وقالوا رضيه رسول الله لديننا أفلا نرضاه لدنيانا. وقد أحدث خبر وفاة الرسول شعورا عميقا بالفراغ الشامل في حياة المجتمع السياسي لصحابة الرسول عبرت عنه ردود فعل كثير من الصحابة[2]عند سماعهم نبأ وفاة الرسول.

ولا شك أن قضية استخلاف رسول الله في مجتمع الصحابة كانت هي القضية الأولى التي شغلت القوى السياسية ممثلة في المهاجرون والأنصار وقرابة الرسول النسبية بني هاشم ؛ الذين كانوا بمثابة[3] أحزاب سياسية متنافسة في انتخابات رئاسية مفتوحة على مصرعيها.

فقد أدركت الطبقة السياسية على الفور خطورة الموقف السياسي الذي صاروا إليه عقب وفاة الرسول وما يتهددهم من فتنة سياسية محتملة تهدد الكيان السياسي الوليد باقتلاعه من جذوره، ومما يؤكد وعيهم سياسي هذا تقديمهم البث في من يخلف الرسول في ولاية أمر المسلمين على انشغالهم بتجهيز الرسول ودفنه مما يدل دلالة قوية على أهمية حفظ النظام السياسي للأمة[4] وأولويته الدينية والدنيوية على المصالح الضرورية الأخرى .

وترتيبا على ذلك يعتبر تداول على السلطة أو نقل السلطة بين الخلفاء الراشدين نوع من التأسيس للنظام بإقامة أهم ركن من أركانه وهو رأس النظام، وهذا يعتبر **نوعا من الحفاظ على النظام من جانب الوجود**

---

[1] – ابن هشام، السيرة النبوية، المجلد الثاني، ص 652 – 654 ، و ما عدا هذا لم يحدد الرسول صلى الله عليه وسلم شخص من يخلفه الخلافة السياسية و تولي أمر الأمة من بعده و لم يبين بشكل صريح آلية ولاية الأمر أو طريقة الاستخلاف و نقل السلطة ،تاركا ذلك لاجتهاد المسلمين ؛ولحكمة تشريعية مقصودة تتمثل في عدم تقييد الجماعة بقوانين جامدة قد تثبت الأيام أنها لا تتفق مع التطورات التي تحدث أو لا تلاءم الظروف و الأحوال، وتلك مقتضيات المرونة في التشريع الإسلامي.ينظر تفصيلا في هذه المسألة د/محمد ضياء الدين الريس ، النظريات السياسية الإسلامية، ص 24 – 25 .

[2] – ينظر رد فعل كل من عمر و أبي بكر عند سماع كل منهما نبأ وفاة الرسول في : ابن هشام ، المرجع السابق ، ص 655 – 656، ابن الأثير، الكامل، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص 219 .

[3] – يرى كثير من الباحثين أن هذه القوى السياسية ليست أحزابا سياسية بالمعنى العلمي الدقيق للحزب السياسي ، لكن تميز هذه القوى و خصوصية موقف كل منها من ولاية الأمر بعد وفاة الرسول يجعل البحث يعتبرها قوى متباينة و إن لم تكن أحزابا سياسية، ينظر في ذلك د/ محمد سليم العوا ، في النظام السياسي للدولة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 76-77 ؛ود/ محمد عمارة؛ الإسلام وحقوق الإنسان؛ ص116 ؛ود/ فوزي خليل؛ مرجع سابق؛ ص612

[4] – فقد نقل الطبري أن سعيد بن زيد سئل: أشهدت وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال: نعم، قيل: فمتى بويع أبو بكر ؟ قال: يوم مات رسول الله صلى الله عليه وسلم **كرهوا أن يبقوا بعض يوم و ليسوا في جماعة**" ينظر الطبري، تاريخ الرسل والملوك، ج3، ص 207.

بتثبيت دعائمه واستبقاء نفعه و مصلحته، وهو نموذج يقدم لنا أربعة طرق في تداول السلطة بين الخلفاء الراشدين مما يعطي ثراء فقهيا لنظرية استخلاف الرخصة في القانون العام الإسلامي؛ تجعله غني عن الاقتباس من غيره، وتدفع عنه تهمة الفقر والضعف في مضاهاة الأنظمة السياسية المعاصرة؛ ويتابع الباحث فيما يلي هذه النماذج الأربع مبرزا علاقتها بحفظ نظام الأمة وأثرها في ممارسة الحريات السياسية على النحو الآتي:

1- مدى دستورية انتخاب أبي بكر الصديق خليفة "طريقة الترشيح البرلماني في سقيفة بني ساعدة":

بعد وفاته صلى الله عليه وسلم عرفت القوى السياسية أن الأمر جد والوضع مقلق والموقف خطير على المجتمع السياسي بوفاة الرسول؛ ومن ثم رأوا ضرورة المسارعة إلى التخلص من حالة هذا الفراغ الدستوري بإقامة عقد سياسي بين الأمة من جانب؛ وحاكم تتوفر فيه شروط الخلافة من جانب ثان؛ بهدف تنصيب خليفة يخلف الرسول، وهو الأمر الذي لم يستغرق طويلا في عملية نقل السلطة؛ مما يدل إدراك الجميع للمخاطر التي كانت تحيط بالقوى السياسية الفاعلة بالمدينة المنورة غداة وفاة الرسول؛ والتي يجمعها د/ فوزي خليل في ثلاثة أنواع: **أولها** مخاطر خارج المدينة، **وأخرى** داخل المدينة **وثالثها**: ما كان بين القوى السياسية من تنافس على ولاية الأمر.

أ- مخاطر القبائل العربية البعيدة عن مكة والمدينة في مختلف الأرجاء من شبه الجزيرة:

والتي لم يدخل الإيمان قلوبهم؛ وإنما أعلنوا إسلامهم؛ خوفا من سلطان محمد -ص- الذي راح يتوسع نحو الفرس والروم؛ لاسيما بعد ظهور المتنبئين فيهم كالأسود العنسي في اليمن ،وكمسيلمة بن حبيب في بني حنيفة من أهل اليمامة، وكطليحة بن خويلد في بني أسد؛ الأمر الذي كان يستوجب السرعة في الانتهاء من إجراءات نقل السلطة.

ب- تعدد القوى السياسية الفاعلة في مجتمع المدينة وتطلعها لولاية الأمر بعد الرسول:

ولقد كان هذا الخطر الاخير السبب الفاعل في انقداح شرارة السقيفة من منطلق غير سليم، إذ تنادت كل من الأوس والخزرج من وراء ظهر المهاجرين، على أساس قبلي عرقي إقليمي محض، باعتبارهما أصحاب المدينة، وأبناء عمومة، ومن العرب القحطانية، وأغلبية الساكنة؛ وأن المهاجرين قلة من العرب العدنانية، طردهم أهلهم أصحاب السيادة والقوة والنفوذ من موطنهم الأصلي مكة.وعلى رغم ما تشربته نفوس المسلمين الأوائل، من تعاليم إسلامية قيمة صهرتهم جميعا في أمة واحدة ، فإن رواسب من الماضي وعاداته وأعرافه وتقاليده وحساسياته كان يذر قرنها بين الفينة والفينة؛ في عهد رسول الله -ص- ، فيعالجها عليه السلام بالحكمة والموعظة الحسنة والوحي. أما بعد وفاته عليه السلام فقد انفسح المجال لانفلاق نواة هذه الرواسب في سقيفة بني ساعدة ، باتفاق بين الأوس والخزرج على احتكار السلطة ، تداولا بينهما في إطار" **منا أمير ومنكم أمير**"[1].

وبناء على هذا المنطق فقد رشح **الأنصار** شيخهم سعد بن عبادة في سقيفة بني ساعدة، واعتزل **بني هاشم** القوم برئاسة علي بن أبي طالب والزبير بن العوام وطلحة بن عبيد الله في بيت فاطمة تعبيرا عن موقف بني

[1] - د/ عبد الكريم الحمداوي؛ المرجع السابق؛ ص 60

هاشم – القرابة القريبة من رسول الله – ومعهم العباس بن عبد المطلب عم النبي، وانحـــاز **المهـــاجرين** إلى أبي بكر. وقد كان لكل من الفرق رأيها وموقفها في تحديد الأحق بخلافة رسول الله وولاية أمر المسلمين من بعده؛ في ضوء خلفيات معينة من الوقائع والمشاعر[1] التي زكت مظاهر الخلاف و النزاع على نحو ما سيظهر في تحليل مواقف الأطراف الرئيسية في سقيفة بني ساعدة.

غير أن الخطر الأكبر الذي كان محتملا هو جيش أسامة الذي أنفذه الرسول في مرضه إلى فلسطين ،والذي كان ما يزال معسكرا بالجرف على مقربة من المدينة و كان يضم المهاجرين و الأنصار، وكلـــهم مـــدججون بالسلاح، ولبسوا دروعهم واتخذوا للقتال عدته ، فكان الاحتمال القائم في امتداد الاخـــتلاف بـــين القـــوى السياسية في الأحق بولاية الأمر إلى داخل جيش أسامة، فيتحول الأمر إلى نزاع مسلح بين الإخوة في الدين.

2–العمليات الانتخابية بين القوى السياسية في سقيفة بني ساعدة: مع إدراك كافة القوى السياسية بالمدينـــة لخطورة الموقف السياسي غداة وفاة الرسول، إلا أنها انفردت باتخاذ التدابير اللازمة حيث رشح كل الأنصـــار والمهاجرون من يخلف الرسول صلى الله عليه وسلم في ولاية الأمر، ثم التقى الفريقان في مرحلة تالية بسقيفة بني ساعدة .

لقد كان الأنصار أسبق من المهاجرين في التفكير في اتخاذ التدابير اللازمة لتحديد وتولية خليفة رسول الله – ص–؛ حيث كان الأنصار قد تداعوا فيما بينهم إلى سقيفة بن ساعدة تحت قيادة سعد بن عبادة زعيم الخزرج رغم مرضه؛ ولاعتبارات معينة رأى الأنصار أحقيتهم الأمر وخلافـــة رســـول الله في إمـــارة المســـلمين دون المهاجرين؛ في حين كان المهاجرون مشغولون بتجهيز الرسول لدفنه[2].

أ– الدعاية الانتخابية للأنصار ومؤهلاتهم للخلافة وتولي أمر المسلمين :

تبدأ هذه الحملة الانتخابية بخطاب شهير أجمعت عليه مختلف المصادر التاريخية [3]على لسان سعد بن عبـــادة زعيم الخزرج حيث قال: " يا معشر الأنصار، لكم سابقة في الدين، وفضيلة في الإسلام ليست لقبيلـــة مـــن

---

[1] – من بين هذه المشاعر التي تثير الحزازة في نفوس الأنصار شعورهم بتحييدهم من طرف المهاجرين، رغم بلائهم في نصرة ديـــن محمـــد، حيث اتجهوا إلى الاستئثار بالأمر دونهم، وهو شعور قديم يمتد إلى حياة النبي صلى الله عليه وسلم حين أجزل العطاء للمؤلفة قلوبهم من أهـــل مكة في غزوة حنين، والطائف ابن هشام، السيرة النبوية ، المجلد الثاني، ص 498، كما ساورهم الشك والخوف عند فتح مكة وخيل إليهم أن الرسول سيترك المدينة ويعود إلى وطنه الأول مكة، فلما وصلت هذه المخاوف إلى الرسول طمأنهم بأن المحيا محياهم و الممات مماتهم، ينظر ابن هشام، المجلد الثالث، ص 416، ابن الأثير، الكامل في التاريخ، المجلد الثاني، ص 161 وما بعدها.

كما كان المهاجرون يشعرون بأن الأنصار نجحوا في احتواء مكانة قريش قبل الإسلام، و مدينتهم يثرب، قد انتزعت أهمية العاصمة من مكة، الأمر الذي ادخل مسلمة الفتح القريشيين في الدين الجديد رهبة من سيف الإسلام الذي كان أغلب حملته يومئذ من الأنصار؛ فهـــذه العوامل والوقائع التي تعد خلفيات التنافس و النزاع بين المهاجرين والأنصار على ولاية الأمر بعد رسول الله، يراجع د /محمد عمارة، الخلافة ونشأة الأحزاب الإسلامية، دار الهلال؛ القاهرة؛ 1983 ص 89 -94 .

[2] – د/ فوزي خليل؛ المصلحة العامة؛ ص615.

[3] – الطبري، تاريخ الرسل و الملوك، ج3، ص 218، ابن الأثير، الكامل في التاريخ، المجلد الثاني، ص 222، ابن قتيبة، الإمامة والسياســـة، ج1، الناشر مكتبة البابي الحلبي، مصر، سنة 1969؛ ص5.

العرب، إن محمدا عليه السلام لبث بضع عشرة سنة في قومه يدعوهم إلى عبادة الرحمن وخلع الأنداد والأوثان، فما آمن به من قومه إلا رجال قليل، ما كانوا يقدرون على أن يمنعوا رسول الله ولا أن يعـــزوا دينـــه، ولا أن يدفعوا عن أنفسهم ضيما عموا به، حتى إذا أراد بكم الفضيلة ساق إليكم الكرامة وخصكم النعمة، فرزقكم الله الإيمان به وبرسوله، والمنع له ولأصحابه، والإعزاز له ولدينه، والجهاد لأعدائه ، فكنتم أشد الناس على عـــدوه منكم، وأثقله على عدوه من غيركم، حتى استقامت العرب لأمر الله طوعا وكرها، وأعطى البعيد المقادة صاغرا داخرا، حتى أثخن الله عز وجل لرسوله بكم الأرض، ودانت بأسيافكم له العرب، وتوفاه الله وهو عنكم راض، وبكم قرير العين، **استبدوا بهذا الأمر فإنه لكم دون الناس**". فأجابوه بأجمعهم: أن قد وفقت في الرأي وأصبت في القول، ولن نعدو ما رأيت **ونوليك هذا الأمر**، فإنك فينا مقنع و لصالح المؤمنين رضا".

ويلاحظ على خطبة سعد بن عبادة أن هناك مؤهلات موضوعية تتيح للأنصار أحقيتهم بخلافة رسول الله دون غيرهم من القوى السياسية؛ يمكن إرجاعها حسب القراءة السياسية لهـــذا الخطـــاب إلى ســـابقتهم إلى الإسلام، وأنهم آووا ونصروا الرسول والمهاجرين الأولين وأخلصوا في الجهاد لإعلاء الدين، ثم رضاء الرســـول عنهم.

والخطاب في أبعاده الدستورية يوحي بأن مسألة الخلافة شورى بين المسلمين بناء علـــى تـــوافر شـــروط ومؤهلات موضوعية، لا علاقة لها بوصية من الرسول؛ ولا قرابة وراثية منه، وفي هذا نوع من الهجوم والـــرد الدستوري على كل من يدعي وصاية نبوية أو تفويضا إلهيا في مسالة الخلافة والحكم في الإسلام؛ وبذلك يعتبر هذا الخطاب نصا ناطقا بوجهة نظر الأنصار حول شروط الخليفة في ضوء فهمهم للدستور الإســـلامي وأنـــه منصب سياسي أكثر منه؛ منصب ديني أو وراثي.

وخلاصة هذا الخطاب تحسيس وتعبئة الأنصار بأنهم طرف فاعل وأساسي في العملية السياسية؛ بحيـــث لا يقطع أمر دونهم. ويتأكد هذا البعد السياسي من خلال مقولتهم في سقيفة بني ساعدة: " **منا أمير ومنكم أمير**"؛ والتي تشير في احد أبعادها إلى حقيقة اشتراكهم في السلطة مع المهاجرين وحقهم في اقتسامها معهم بالســـوية كحد ادني لا يقبل المساومة.

فقد نقل ابن الأثير والطبري[1] أن الأنصار لما أقدموا وأخذوا في ترشيح سعد بن عبادة من بينهم لخلافـــة الرسول قام منهم من قال: فإن أبت مهاجرة قريش، فقالوا: نحن المهاجرون وصحابة رسول الله الأولون، ونحن عشيرته وأولياؤه، فعلام تنازعوننا هذا الأمر بعده ؟ قلنا إذن:" **منا أمير ومنكم أمير**"، ولن نرضى بدون هـــذا الأمر أبدا: فقال سعد بن عبادة حين سمعها: **هذا أول الوهن**؛ مما يدل على ثباته في أحقية الأنصـــار بخلافـــة الرسول صلى الله عليه وسلم.

[1]- ابن الأثير، الكامل في التاريخ، ج2، ص 222، والطبري، تاريخ الرسل والملوك، ج3، ص 219.

وقد نقل الإمام السيوطي[1]أن أساس هذا التخريج السياسي لمقولة الأنصار يعود إلى ما أعلنه صراحة أحد خطباء الأنصار في مواجهة وفد المهاجرين بعد قدومه للسقيفة فيما بعد فقال: يا معشر المهاجرين: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا استعمل رجلا منكم قرن معه رجلا منا، فنرى أن يلي هذا الأمر رجلان منا ومنكم؛ وهذا الخطاب في حقيقته كما يقول **د/فوزي خليل**[2]" تعبير مبكر عن **مبدأ جماعية القيادة**، حيث تعرف النظم السياسية والدستورية المعاصرة اللجان الرئاسية التي تتولى السلطة السياسية العليا في أيام الأزمات السياسية".[3]

ولا شك أن هدف الأنصار من وراء هذه المقولة هو ضمان **الاستمرارية القانونية للدولة** الفتية بقيادة جماعية لها الشرعية النبوية خوفا من أن تؤول إلى العصبية القبلية؛ وهذا ما يتأكد من تدخل أحد ممثل **كتلة الأنصار** في اجتماع السقيفة الذي نقله ابن قتيبة[4] " إنا نحذر أن يغلب على هذا الأمر من ليس منا ولا منكم، فلو جعلتم اليوم رجلا منا ورجلا منكم بايعنا ورضينا...أبدا ما بقيت هذه الأمة، وكان ذلك أجدر أن **يعدل** في أمة محمد صلى الله عليه وسلم وأن يكون بعضنا يتبع بعضا...". إن فكرة التداول على السلطة التي أبدعها الأنصار .بمقولتهم الأخيرة " منا أمير ومنكم أمير"في **غاية النضج السياسي** بالنسبة لعصرها؛ بل أنها متقدمة على عصرها كثيرا إذْ هي أساس النظم الديموقراطية المعاصرة. ولكن هذا التداول يحتاج إلى مؤسسات سياسية متينة تحميه من الاحتكار والاستئثار، والتدلي نحو الاستبداد؛ وهذا لم يكن متوفرا آنئذ. لذلك كان مآل ما اتفق عليه الأوس والخزرج أن يُنقض، مهما حسنت النيات ورسخ الوفاء في النفوس[5].

ورغم هذا الرشد الدستوري الذي كان سائدا في فكر الأنصار السياسي من خلال ابتكارهم لمبدأ القيادة الجماعية؛ على النحو الذي سبق تفصيله؛ إلا أنه في النظر الشرعي لا يتفق مع أحكام المشروعية الدستورية الثابتة والمتمثلة في السنة الفعلية لرسول الله حيث كان لا يولي الإمارة إلا لفرد واحد، كما كان يحدث في غزواته، أو في توليه عماله على الأقاليم ، كما أنه لا يوافق الأحاديث القولية[6] المشتهرة التي تدلنا بالتواتر المعنوي على أن الإمارة يتولاها واحد وليس جماعة مما يؤكد مبدأ وحدة القيادة والإمارة في الفقه الدستوري الإسلامي؛ وهو ما

---

[1] – الإمام السيوطي ، تاريخ الخلفاء ، ص 68 .

[2] –د/فوزي خليل؛ المصلحة العامة من منظور إسلامي؛ ص617

[3] – ةمن هذا القبيل حال الجزائر عقب استقالة الرئيس وحل البرلمان في جانفي 1991 حيث عاشت الدولة فراغا دستوريا تم ملؤه في 14 جانفي1992 بتشكيل هيئة عليا سميت بالمجلس الأعلى للدولة؛ مكونة من خمسة أعضاء لسد فراغ منصب الرئاسة الذي لم يكن متوقعا. ينظر في ظروف تأسيس هذا المجلس الانتقالي د/ فوزي أوصديق؛ النظام الدستوري الجزائري؛ ديوان المطبوعات الجزائر 2006؛ ص55

[4] – ابن قتيبة، الإمامة والسياسة، ج1، ص 6 .

[5] – د/ عبد الكريم الحمداوي؛ من فقه الأحكاك السلطانية؛ ص 61

[6] – ينظر هذه الأحاديث في صحيح مسلم بشرح النووي، ج12، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، ص 223.

أكده عمر بن الخطاب ممثل كتلة المهاجرين في اجتماع السقيفة عندما قال ردا على مقالة الأنصار السابقة" هيهات **لا يجتمع اثنان في قرن...**"[1].

ب-الدعاية الانتخابية لدى المهاجرون ومؤهلاتهم للخلافة النبوية من خلال "نحن الأمراء و أنتم الوزراء".

في ظل هذا الاجتماع الطارئ الذي عقدته الأنصار لإعلام افراد الشعب **السياسي** بأحقيتهم بتولية أمر المسلمين؛ تطايرت أنباء ذلك الخبر إلى المهاجرين المنشغلين بتجهيز ودفن الرسول صلى الله عليه وسلم؛ حينها قال عمر بن الخطاب حسب ما أورده بنفسه في **حديث السقيفة المشهور**[2]؛ فقلت لأبي بكر : انطلق بنا إلى إخواننا هؤلاء من الأنصار، فانطلقنا نؤمهم – وكان معهما أبو عبيدة بن الجراح – حتى أتيناهم في سقيفة بني ساعدة ... فتشهد خطيبهم، فأثنى على الله بما هو له أهل، ثم قال: أما بعد، فنحن أنصار الله، وكتيبة الإسلام، وأنتم يا معشر المهاجرين رهط منا و قد أردتم أن تغصبونا الأمر."

فلما سكت خطيبهم أراد عمر أن يتكلم وقد أعد خطابا ومقالة فيها بعض الحدة، فقال أبو بكر: على رسلك يا عمر،فقال عمر:" فكرهت أن أغضبه، فتكلم، وكان أعلم مني و أوقر."

فكان مما قاله أبو بكر موضحا لمؤهلات المهاجرين في خلافة الأمة: "... فهم أول من عبد الله في الأرض وآمن بالله والرسول وهم أوليائه وعشيرته، وأحق الناس بهذا الأمر من بعده ، ولا ينازعهم ذلك إلا ظالم، وأنتم يا معشر الأنصار من **لا ينكر فضلهم في الدين**، ولا سابقتهم العظيمة في الإسلام، رضيكم الله **أنصارا** لدينه ورسوله، وجعل إليكم هجرته، وفيكم جلة أزواجه وأصحابه، فليس بعد المهاجرين الأولين عندنا أحد بمنزلتكم، **فنحن الأمراء و أنتم الوزراء** لا تفتاتون بمشورة، ولا نقضي دونكم الأمور."

والمتأمل في هذا الخطاب يجد دليلا على حسن التدبير النظمي وبعد النظر لدى **الصديق**؛ فهو لم يدع احتكارا للفضل والسابقة في الدين ومن ثم فليس للمهاجرين أن يستبدوا بالأمر دون الناس مثلما أعلن سعد بن عبادة في تحسيس الأنصار، بل جعل الأنصار وزراء فأشركهم في الأمر و لم يشرك غيرهم، لأن مقامهم في السبق **محمود غير مجحود** في نصرة رسول الله و تأييده.[3]

كما أنه **وفق** بين منطق الأنصار ومؤهلاتهم الاستخلافية مع مصادر المشروعية الدستورية في جعل الخلافة والأئمة من قريش. فكان خطابه ينبئ عن فكر دستوري معتدل يميل إلى إشراكهم في الأمر بعيدا عن الاستئثار بالسلطة؛ ومن ثم فقد كان خطابه متميزا بمشروعية دستورية أكثر من خطاب الأنصار؛ ذلك أن مقولة أبي بكر " **منا الأمراء ومنكم الوزراء**" قد استراحت إليها حتى نفوس الأوس من الأنصار، وكثير من الخزرج أنصار سعد بن عبادة الذي كان ينازع المهاجرين الخلافة؛ ورغم اقتناع أغلب من بالسقيفة من الأنصار بمنطق أبو بكر

---

[1] – السيوطي، تاريخ الخلفاء، ص 68

[2] – وهو حديث يروي فيه عمر قصة ما وقع في سقيفة بني ساعدة؛ ولشهرته نقلته مختلف مصادر التاريخ الإسلامي منها: الطبري، تاريخ الرسل والملوك،ج3، ص 220، وابن الأثير، الكامل في التاريخ، المجلد الثاني، ص 223 ، وابن قتيبة، الإمامة و السياسة، ج 1؛ ص 6-7 .

[3] – ينظر تحليلا في مضمون هذا الخطاب حسين هيكل، الصديق أبو بكر، ص 57. ود/ فوزي خليل؛ مرجع سابق؛ ص619

المتوازن والحكيم و استراحتهم إليه؛ الا ان ذلك لم يمنع حق الأقلية من المعارضة السياسية المضمونة؛ وهو ما تمسك به بعض الأنصار **مصرين** على مقولة منا أمير ومنكم أمير.

فكغيرها من العمليات السياسية حيث يحصل نوع من التعصب للرأي وإعجاب بالنفس قامت فئة متعصبة لرأيها في أحقية الأنصار بالخلافة داعية إلى استخدام السيف والعنف ضد من يعارض ذلك ومن ذلك ما نقلته كتب السير عن **الحباب بن المنذر بن الجموح**، أنه قام خطيبا فقال:" يا معشر الأنصار املكوا عليكم أمركم فإن الناس في فيئكم وفي ظلمكم، و لن يجترئ مجترئ على خلافكم، ولن يصدر الناس إلا عن رأيكم، أنتم أهل العز والثروة، وأولوا العدد والمنعة والتجربة، ذوو البأس والنجدة، وإنما ينظر الناس إلى ما تصنعون، ولا تختلفوا فيفسد عليكم رأيكم، وينتفض عليكم أمركم، فإن أبى هؤلاء إلا ما سمعتم، فمنا أمير ومنهم أمير."

فقال **عمر بن الخطاب**: " هيهات لا يجتمع إثنان في قرن و الله لا ترضى العرب أن يؤمروكم؛ ونبيها من غيركم، ولكن العرب لا تمتنع أن تولى أمرها من كانت النبوة فيهم، وولى أمورهم منهم، ولنا بذلك على من أبى من العرب الحجة الظاهرة والسلطان المبين، من ذا ينازعنا سلطان محمد وإمارته، ونحن أولياؤه وعشيرته إلا مدل بباطل، أو متجانف لإثم، ومتورط في هلكه. "

فقام **الحباب** مرة أخرى يستحث الأنصار أن يملكوا أيديهم على الأمر، ولا يسمعوا لكلام المهاجرين، فيذهبوا بنصيبهم من هذا الأمر، وهدد و توعد المهاجرين بإجلائهم عن المدينة وبقتالهم إن اقتضى الأمر[1].

غير أن حكمة غالبية الأنصار رجحت على منطق هؤلاء المعارضين؛ حيث قام منهم **بشير بن سعد** أحد سادات الخزرج لتهدئة الموقف وحسم النزاع، فتوجه إلى قومه الأنصار، وقال: " يا معشر الأنصار إنا والله لئن كنا أولى فضيلة في جهاد المشركين، وسابقة في هذا الدين، ما أردنا به إلا **رضا ربنا وطاعة نبينا**، و الكدح لأنفسنا، فما ينبغي لنا أن نستطيل على الناس بذلك ولا نبتغي به من الدنيا عرضا، فإن الله ولو المنة علينا بذلك إلا أن محمدا من قريش وقومه أحق به وأولى، وأيم الله لا يراني الله أنازعهم هذا الأمر أبدا، فاتقوا الله ولا تخالفوه ولا تنازعوه.[2] مما يدل على **حس دستوري** في ضرورة إقرار وتغليب فكرة حفظ النظام العمومي بلا منازعة.

وأمام هذا الموقف من الأنصار المتفهم لأبعاد خطاب **أبي بكر** سارع الصديق لحسم النزاع بترشيحه لكل من عمر وأبو عبيدة، فقام قائلا: هذا عمر، وهذا أبو عبيدة بن الجراح فأيهما شئتم فبايعوا، فقالا: لا؛ والله لا نتولى هذا الأمر عليك، فإنك أفضل المهاجرين، وثاني إثنين إذ هما في الغار وخليفة رسول الله على الصلاة، والصلاة أفضل دين المسلمين، فمن ذا ينبغي له أن يتقدمك أو يتولى هذا الأمر عليك أبسط يدك نبايعك" .

عندها قام بشير بن سعد فبايعه تحت اعتراض **الحباب بن المنذر**، ولما رأت الأوس ما صنع بشير بن سعد، وما تدعوا إليه قريش من نوايا سياسية حسنة وفكر سياسي معتدل يميل إلى ما يشبه مبدأ ازدواجية السلطة التنفيذية

---

[1] – الطبري، تاريخ الرسل والملوك، ج3 ، ص 220 ؛ وابن الأثير، الكامل في التاريخ ،ج2، ص 223 .

[2] – الطبري، تاريخ الرسل؛ ج3، ص 221، وابن الأثير، الكامل في التاريخ ،ج2؛ ص 223، وابن قتيبة، الإمامة و السياسة، ج1، ص 8

في النظام البرلماني الديمقراطي المعاصر، قال بعضهم لبعض قوموا فبايعوا أبا بكر، فقاموا فبايعوه؛ خوفا من نفوذ الخزرج عليهم، فانكسر على سعد بن عبادة وعلى الخزرج ما كانوا اجمعوا له من أمرهم .[1]

وبذلك وضع حد لذلك النقاش الحاد الذي دار بينهم يوم السقيفة، وإن تخللته حدة معهودة في المجتمعات البدوية الفطرية، قد أسفر عن نضج سياسي متقدم جدا على عصرهم؛ إذ الخلاف بينهم كان بين نظريتين كلاهما في عمق السياسة والحكمة على حد تعبير د/ عبد الكريم الحمداوي.

– **أولاهما**: تراعي المصلحة العاجلة، وتحاول تلافي المخاطر الماحقة التي تهدد المجتمع المسلم والدين الإسلامي نفسه. وهي التي رفع لواءها أبو بكر وعمر وأبو عبيدة بن الجراح.

– **وثانيتهما** تراعي المصلحة الآجلة، وأمن الأمة ومساواتها وعدم احتكار السلطة والمسؤولية فيها، وجانب الأغلبية والأقلية في الساكنة؛ وهو ما كان يراه الأنصار.[2] و بهذا تمت البيعة الخاصة لأبي بكر في سقيفة بني ساعدة، حيث مثلت هذه الدار **برلمانا** يجمع أهل الحل والعقد للتداول في شؤون الأمة حيث تناقش علماء الأمة وممثلوها وقادة الرأي العام بكل حرية عن اخطر مسألة في التاريخ الإسلامي **ورسول الله لا يزال لم يوار التراب**؛ حيث استعرضت مختلف القوى السياسية حججها وأدلتها؛ لينتهي الحضور **بأغلبية مطلقة** من الاتفاق على اختيار وترشيح أفضل من بقي بعد الرسول؛ حفظا لنظام الأمة وحقنا لدمائهم؛ وهو مجرد إجراء ترشيحي غير ملزم إلا بعد إتمام البيعة العامة؛ وحول هذا المعنى يقول **د/ عابد الجابري** أن معالجة الصحابة في جلسة سقيفة بني ساعدة لمسألة الخلافة كانت معالجة سياسية اجتهادية محضة؛ لم يكن **لا للعقيدة ولا للغنيمة** دور في ترجيح وجهات النظر؛ وإنما ساد في حلها بمنطق ميزان القوى والمقدرة والكفاءة أي **منطق القبيلة**[3]ولما كان اليوم التالي من البيعة الخاصة لأبي بكر في السقيفة جلس أبو بكر في المسجد على المنبر، وبايعه الناس بيعة عامة، صار بها رئيسا للدولة وخليفة لرسول الله[4].

ثانيا: أثر حفظ النظام السياسي على المعارضة السياسية لآل البيت: نظرية النسب وقرابة النبوة:

---

[1] – ينظر في مبايعة الأوس ومبرراتهم السياسية خشية انفراد الخوارج بالأمر دونهم في ابن الأثير، الكامل، ج2، ص 224 .

[2] – د/ عبد الكريم الحمداوي؛ المرجع السابق؛ ص62 . وقد نقل ما يدل على هذه النظرة من خلال مما عبَّر عنه قيس بن شماس الأنصاري؛ إذ قال: " ... وأخرى فإنكم قد علمتم ما ذكره النبي –ص– فينا من الفضائل الشريفة، وقد خرج من الدنيا و لم يستخلف رجلا بعينه ، وإنما وكل الناس، وإنما وكل الله عز وجل عن الكتاب والسنة الجامعة. والله تبارك وتعالى لا يجمع هذه الأمة على الضلال، فنحن أنصار الله ولنا الإمامة في الناس . فهاتوا ما عندكم يا معشر المهاجرين. والسلام ".

[3] – د/ محمد عابد الجابري؛ العقل الإسلامي العربي؛ المركز الثقافي العربي؛ بيروت؛ ط2؛ سنة 1991؛ ص136

[4] – ويعتبر هذا الإجراء سنة راشدة وحلا تشريعيا لمسالة التنظير لآليات التداول السلمي على السلطة، وأن ذلك يعتمد أساسا على اختيار الأمة لمن يحكمها، ويتم هذا على مرحلتين: **أولاهما** الترشيح من قبل أهل الاختيار لمن هو أصلح للإمامة ، و هذه هي ما تسمى البيعة الخاصة و تمثلها بيعة من بالسقيفة لأبي بكر .**وثانيتهما** البيعة العامة وهي التي يصير بموجبها المرشح خليفة للمسلمين وولي أمرهم، و هذا ما حدث من بيعة عامة لأبي بكر في المسجد في اليوم التالي، ومن ثم كانت الخلافة عقدا عن رضا و اختيار و قبول و إيجاب طرفاه الخليفة من جانب و الأمة من جانب آخر.ينظر ابن كثير، البداية والنهاية ، ج6، ص 301. ود/ فوزي خليل؛ المصلحة العامة من منظور إسلامي؛ ص6.

1- مدى معارضة بني هاشم لبيعة الخليفة أبي بكر الصديق:

تتمثل هذه المعارضة في موفق كل من علي وبني هاشم كالزبير؛وطلحة؛ والعباس؛ وفاطمة ممن تخلفوا عن حضور سقيفة بني ساعدة و لم يبايعوا البيعة الخاصة، وكان ذلك لانشغالهم بتجهيز النبي عليه الصلاة والسلام[1] .

ويذكر ابن قتيبة أن عليا وفاطمة قد هدداه بالدعاء عليه، حتى انتحب يبكي و قال للناس : لا حاجة لي في بيعتكم، أقيلوني بيعتي، قالوا يا خليفة رسول الله، إن كان هذا لم يقم لله دين، أي إن عدلت عن الخلافة لموقف علي وفاطمة فستكون فتنة وفساد كبير في الدين وتلك مفسدة عامة تغلب أي مصلحة أخرى، وحفظ الدين مصلحة عامة تقدم على أي مصلحة، فقال أبو بكر: والله لولا ذلك و ما أخافه من رخاوة هذه العروة ما بت ليلة ولي في عنق مسلم بيعة، بعدما سمعت و رأيت من فاطمة "[2]

ويتعلق الأمر بمسألة موقف علي بن أبي طالب من بيعة أبي بكر وأسباب تأخرها[3]؛ وفي هذا المقام نسجت كثير من الافتراءات والأكاذيب في كثير من الروايات في هذا الشأن بقصد زعزعة الثقة بالإسلام بصورة عامة وبالصحابة بصورة خاصة.[4]

فهناك من يرى أن أغلب هذه الروايات القاضية بتخلف الامام علي عن بيعة أبي بكر وضعت في عهد العباسيين لأغراض سياسية، وهناك من يرى أن هذه الافتراءات وضعت قبل ذلك؛ منذ اختلاف بنو هاشم وبنو أمية على الأمر إبان حروب علي و معاوية- رضي الله عنهما-[5] .

وعموما يمكن إبراز موقفين لبني هاشم من تنصيب الخليفة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم" يتم بعده تحديد موقف الامام علي من خلافة أبي بكرعند جمهور المؤرخين والباحثين حسب ما صح من الروايات:

الموقف الأول: عدم تخلف علي كرم الله وجهه و بني هاشم عن مبايعة أبي بكر:

---

[1] – ابن هشام، السيرة النبوية ، ج2؛ ص 658 .

[2] – ابن قتيبة ؛ المصدر السابق؛ ج1، ص 14 .

[3] – وتتعارض الروايات التاريخية في توقيت بيعة علي بن أبي طالب ، فتذهب بعضها إلى تأخر علي أو تخلفه عن بيعة أبي بكر حتى ما بعد وفاة فاطمة بنت رسول الله و بعضها الآخر يذهب إلى مبايعة علي لأبي بكر أول الأمر ينظر لهذه الروايات عند د/ محمد حسين هيكل ، الصديق أبو بكر، ص 63 – 71 . وينظر تعليقا وترجيحا بين هذه الروايات عند د/ محمد عابد الجابري؛ العقل السياسي العربي؛ ص 138وما بعدها؛ حيث يقول أنه لا مصلحة تخدم قضية الشيعة في ادعاء " فكرة الوصية" في رواية تأخر مبايعة الإمام علي للخليفة ؛ ولا مصلحة تخدم قضية السنة " الإجماع" في ادعاء مسارعة الإمام علي في المبايعة ومن ثم نقل الإجماع على الخليفة دون معارض. ومن ثم يرى أنها روايات محايدة تنقل وقائع جرت بالفعل؛ ينظر المرجع نفسه؛ ص140

[4] – د/ فوزي خليل؛مرجع سابق؛ص622؛ نقلا عن العواصم من القواصم لابن العربي، هامش ص 55 .

[5] – محمد حسين هيكل، الصديق أبو بكر، مرجع سابق، ص 68 .

حيث تنكر بعض الروايات التاريخية إنكارا صريحا لكل ما اشتهر من تخلف بني هاشم أو غيرهم من المهاجرين، حيث يستفاد منها أن أبا بكر بويع بعد السقيفة بإجماع لم يتوقعه أحد نظرا لأنهم كرهوا أن يبقوا بعض يوم و ليسوا في جماعة على رواية الإمام الطبري[1].

وروايته هذه تعبر بقوة عما كان من شدة حرص أصحاب رسول الله من مهاجرين و أنصار على سرعة البت في أمر الرئاسة حتى تجتمع كلمتهم ، و تفيد أن الهاشميين – باعتبارهم من القوى السياسية بالمدينة قد تتابعوا على بيعة أبي بكر و لم يقعد منهم احد[2].

وفي رواية ابن كثير أن أبا بكر يوم المبايعة العامة في المسجد نظر في وجوه القوم فلم ير الزبير، وعلي بن أبي طالب فدعاهما إلى البيعة ونهاهما عن شق عصا المسلمين ؛ فقالا لا تثريب يا خليفة رسول الله؛ ثم بايعاه؛ ثم قام الخليفة فخطب واعتذر إلى الناس ، و قال": و الله ما كنت حريصا على الإمارة يوما و لا ليلة، ولا سألتها الله في سر و لا علانية فقبل المهاجرون مقالته، و قال علي والزبير: ما تأخرنا إلا لأننا أخرنا عن المشورة، و إنا نرى أبا بكر أحق الناس بها ، إنه لصاحب الغار وإنا لنعرف شرفه وخيره، ولقد أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالصلاة بالناس وهو حي[3].

الموقف الثاني: تخلف بني هاشم عن مبايعة أبي بكر ودعوى نظرية القرابة و النسب:

تبرز هذه الرواية تأخر الإمام علي ومن معه من بني هاشم عن بيعة أبي بكر الصديق، لما رآه من أحقيته بهذا الأمر لعلاقته النسبية بالنبي عليه الصلاة والسلام وقرابته له[4]، فقد نقل ابن قتيبة عن الإمام علي أنه لما قيل له: بايع أبا بكر، فقال :" أنا أحق بهذا الأمر منكم، لا أبايعكم و أنتم أولى بالبيع لي، أخذتم هذا الأمر من الأنصار، و احتججتم عليهم بالقرابة من النبي صلى الله عليه وسلم، وتأخذونه منا أهل البيت غصبا ؟ ألستم زعمتم للأنصار أنكم أولى بهذا الأمر منهم لما كان محمد منكم، فأعطوكم المقادة ، وسلموا إليكم الإمارة ؟ وأنا احتج عليكم بمثل ما احتججتم به على الأنصار، نحن أولى برسول الله حيا و ميتا ... الله الله يا معشر المهاجرين لا تخرجوا سلطان محمد في العرب عن داره و قعر بيته، إلى دوركم و قعور بيوتكم، ولا تدفعوا أهله عن مقامه في الناس وحقه، فو الله يا معشر المهاجرين ، لنحن أحق الناس به لأنا أهل البيت[5] .

ويعلق **د/ محمد عمارة** على هذه الرواية بأن مقصودها وغرضها الخفي الاشارة إلى أن عليا هو الأحق بالخلافة من أبي بكر الصديق لصلة النسب والقرابة من النبي، فهو زوج فاطمة بنت الرسول، ووالد النسل الباقي للنبي: الحسن والحسين، ومن ثم فهو الوحيد من بين المهاجرين الأولين الذي ينطبق عليه أنه من " بيت الرسول " وهي صفة أخص من القرشية، بل اخص من الهاشمية، ومن ثم فنحن بإزاء نظرية استمرار ذلك في

---

[1] – الطبري، تاريخ الرسل و الملوك، ج3، مرجع سابق، ص 207 .

[2] – د/ فوزي خليل؛ مرجع سابق؛ ص623؛ نقلا عن العواصم من القواصم لابن العربي، هامش ص 56.

[3] – ابن كثير، البداية والنهاية، ج 6، ص 301.

[4] –د/ محمد عمارة ، الخلافة و نشأة الأحزاب، ص 99-100.

[5] – ابن قتيبة، الإمامة و السياسة ، ج1 ، ص 11-12 .

ذات بيت النبي، أي أن يجمع آل بيت النبي بين ميزة النبوة و ميزة الخلافة السياسية فيهم؛ وواضح أن دعوى الإمام علي بأحقيته بالخلافة بناء على نسبه و قرابته؛ وإن أقروا له بالفضل بهذه العلاقة إلا أنهم لم يروا أن هذا يرتب حقوقا سياسية على غيره من المهاجرين الأولين.[1] وعلى هذا تذكر هذه الروايات التاريخية أن عليا لم يبايع أبا بكر ولا أحد من بني هاشم إلا بعد ستة أشهر، وبعد وفاة فاطمة.[2]

وأمام هذه الموقفين وقف بعض المؤرخين **موقفا معتدلا** من خلال الجمع بين تلك الروايات، ومن ذلك ما قرره ابن كثير رحمة الله عليه محسنا الظن بالامام علي حيث يقول:[3] "وهذا اللائق بعلي- كرم الله وجهه- والذي تدل عليه الآثار من شهوده معه الصلوات، وخروجه معه في مواجهة المرتدين وبذله النصيحة والمشورة بين يديه، وأما مبايعته إياه بعد موت فاطمة، وقد ماتت بعد أبيها عليه السلام بستة أشهر، **فذلك محمول على أنها بيعة ثانية** أزالت ما كان قد وقع من وحشة بسبب الكلام في الميراث الذي منعه إياهم؛ للحديث الصحيح في قوله صلى الله عليه وسلم:" **لا نورث ما تركناه صدقة** "[4] .

2-موقف السلطة النظامية الشرعية من المعارضة الخزرجية و الهاشمية:

من المؤكد أن الصحابة كانوا على إدراك ووعي سياسي كبير بأهمية النظام السياسي لحراسة الدين وسياسة الرعية بالعدل؛ فالجميع أنصار ومهاجرين متفقين على ذلك وإنما كان الاختلاف حول شخصية الخليفة لا حول مبدأ إمارة المؤمنين.[5] ولهذا يمكن اعتبار علاقة فرض النظام بحفظ الدين؛ علاقة تكامل تجعله بمنزلة الوسائل المفضية إلى المقاصد والتي تأخذ حكمها؛ الأمر الذي يجعل حفظ نظام الأمة مقصدا ضروريا لدوام الأمة واستقرارها يترتب على الإخلال به سيادة الفوضى واختلال نظام الحياة.

وهذا ما يفسر اهتمام الصحابة بموقف علي وبني هاشم من تولية أبي بكر حيث ادعى الأحقية بها لمؤهلات نسبية؛ وهو الأمر الذي اعترض عليه الخليفة بشدة نافيا أن يكون أساس الاختيار نظرية الوراثة؛ وإنما للمسلمين حق في اختيار ولي أمرهم؛ وفقا لما يرونه من مصلحة لهم دون اعتبار قرابة أو نسب ، فكان مما قال: " إن الله بعث محمدا صلى الله عليه وسلم نبيا، وللمؤمنين وليا ، فمن الله بمقامه بين أظهرنا، حتى اختار له الله ما عنده، فخلى على الناس أمرهم ، ليختاروا لأنفسهم في مصلحتهم ، متفقين غير مختلفين، فاختاروني عليهم واليا، ولأمورهم راعيا، وما أخاف بعون الله وهنا ولا حيرة وجبنا، وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب "[6].

وهكذا يظهر خطاب أبي بكر أن اختيار المسلمين لولي أمرهم وفقا لما يرونه مصلحة لهم هو وحده آلية نقل

---

[1] - د/ محمد عمارة، الخلافة و نشأة الأحزاب، ص 99 -100 .

[2] - ابن الأثير، الكامل في التاريخ، المجلد الثاني، ص 210.

[3] - ابن كثير؛ المصدر نفسه؛ ج6؛ ص 302.

[4] - ابن حجر العسقلاني؛ فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 6 ، كتاب فرض الخمس،، حديث رقم 3093؛ ص 227 .

[5] - د/ جابر قميحة؛ المعارضة في الإسلام بين النظرية والتطبيق؛ الدارالمصرية اللبنانية؛ القاهرة؛ ط1؛ سنة 1998؛ ص186

[6] - ابن قتيبة، الإمامة و السياسة ج1 ، ص 15

السلطة، ومصدر استحقاقها دون ما عداه من نسب أو قرابة، و أن هذا لا ينفي ما لآل بيت النبـــوة و ذوي قرباه من فضل بين المسلمين[1].

مما سبق يمكن يكون **الجمع أولى من الترجيح** بين الروايات؛ في بيان موقف المعارضة الهاشمية من بيعة ابي بكر وهو عين ما ذهب إليه ابن كثير وابن العربي وآخرون معهما من أن البيعة الأخيرة بعد وفاة فاطمة كانت بيعة ثانية بعدما بايع علي البيعة العامة، ثم انقطع عن أبي بكر لما وقع الخليفة و بين فاطمة في موضوع مطالبتها بالميراث مما تركه الرسول–ص– فيما يعرف بالصفايا النبوية[2]، ثم بعد موتها بايعه مبايعة أخرى ، فتوهم من ذلك أن تخلفه إنما هو لعدم رضاه ببيعته، و دليل ذلك ما رأيناه من عدم تخلف علي عن الصلوات خلف أبي بكر ودوره في حرب الردة. يقول د/ البوطي" من المعروف أن تأخر مبايعة علي لابي بكر رضي الله عنهما؛– ومهما ماورد من خلاف في مدة تأخرة– انما كانت مسايرة أو مجاملة لمشاعر فاطمة –ض– التي كانت مقتنعة من خلال اجتـــهادها بانهـــا ترث من أبيها رسول الله –ص– كما ترث كل أنثى من أبيها"[3] وبهذا يكون ما قيل عن إبائه– كرم الله وجهه– عن مبايعة أبي بكر ـــ رضي الله عنه ـــ **مضطرب وغير صحيح، ولا يثبت عند الفحص الدقيق.**[4]

يشهد لذلك أنه كان أحرص الناس على سلامة أبي بكر ونجاحه في القيام بما نيط به. فعندما عزم أبو بكر على قيادة **حرب المرتدين بنفسه**، وخرج شاهرا سيفه، اعترض الإمام علي–ض– سبيله وثناه عن عزمه قائلا له:[5]" **شِمْ سيفك ولا تفجعنا بنفسك**، فوالله لئن أُصبنا بك لا يكون للإسلام **نظام**." وفضلا عن ذلك أنه عندما بويـــع للخليفة عمر كان الإمام علي وزيره وعونه وبطانته الصادقة المخلصة الأمينة حتى إن عمر كان يقول:" والله؛ لولا علي لهلك عمر." وعندما بايع الناس عثمان –رضي الله عنه–، قيل للامام علي:" قد خدعوك حتى رضيت بخلافة عثمان"، فقال الإمام علي:" إنهم لم يخدعوني، بل إني رأيت الجميع راضون به فلم أحب مخالفة المسلمين، **حتى لا تكون فتنة بين الأمة**."وعندما عُرضت عليه الخلافة بعد مقتل عثمان وألحوا عليه في الأمـــر، قال[6]: " لا حاجة لي لي في البيعة، دعوني والتمسوا غيري ".

بهذه الروح العالية والنفس الأبية، والحكمة الراجحة والتقوى العميقة، والنظرة السياسية البعيـــدة والفهـــم الدقيق لجوهر الحكم في الإسلام وأهمية توقي مظاهر الفتنة **حفظا لنظام الأمة**، نظر الإمام علي إلى أمـــر الخلافـــة فجنب المسلمين كوارث وفتنا كانت ستهدد المجتمع المسلم والإسلام نفسه بالفناء والاضمحلال.ولعل في تخلفه

---

[1] – د/فوزي خليل؛ المرجع السابق؛ ص626

[2] – وهي عبارة عن ثلاث صفايا؛ بنو النضير؛ وخيبر وفدك؛ وقد رأى الخليفة بناء على أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم عدم توريثهـــا وجعلها صدقة بين المسلمين؛ غير أن فاطمة والعباس وعلي– رضي الله عنهم– اعترضوا عليه؛ خلافا لأمهات المؤمنين اللواتي سلمن بالحديث المتقدم؛ ينظر تفصيل الحكم الشرعي في تقسيم هذه الصفايا عند د/ عبد المتعال الصعيدي؛ القضايا الكبرى في الإسلام؛ ص84 وما يليها.

[3] – د/ البوطي؛ فقه السيرة؛ ص355

[4] – د/ عبد الكريم الحمداوي؛ من فقه الأحكام السلطانية؛ ص 60

[5] – ابن كثير؛ البداية والنهاية؛ ج 6؛ ص312.

[6] – ابن الأثير؛ الكامل في التاريخ؛ ج 3؛ ص98.

عن ندوة سقيفة بني ساعدة من أهم **ما يسر أمر الوفاق فيها** على بيعة أبي بكر، وجنب الأمة بداية وراثية للحكم.

وقد كشفت أحداث ساقفة بني ساعدة عن مشروعية المعارضة السلمية الفردية كحالة سعد بن عبادة والخباب بن المنذر أو المعارضة الجماعية السلمية المنظمة **كمعارضة بني هاشم**.[1] فقد مثل سعد بن عبادة زعيم الخزرج؛ والمتحدث باسم الأنصار؛ وأحد النقباء الاثني عشر الذين بايعوا الرسول على تأسيس الدولة الإسلامية الأولى في بيعة العقبة قبل هجرة الرسول إلى المدينة؛ معارضا أبيا لسلطة الخليفة؛ إذ رغم إسلام قومهم عن آخرهم إلا أنه بقي في المعارضة مدة خلافة أبي بكر؛ فلما ولي عمر الخلافة ظل سعد على رفضه لخلافة عمر؛ فلم يغضب منه الخليفة؛ و لم يكرهه على البيعة له؛ وتركه حرا حتى انتقل الى جوار ربه[2].

مما سبق يمكن أن نخلص إلى الدلالات النظامية الآتية:

1- أثبتت أحداث السقيفة أن رسول الله صلى الله عليه و سلم لم يستخلف أحدا وذلك لمقصد شرعي ونظامي مهم، ذلك أن الرسول لو استخلف أحدا معينا لاعتبر المسلمون ذلك تشريعا سماويا لا يملكون الخروج عليه، ولأضفى ذلك على المستخلف صفة القداسة التي تخرج بشاغل المنصب عن واجباته وطبيعته باعتباره مجرد ولي أمر للمسلمين. وفي هذا ما يؤصل لأهمية حرية الترشح والانتخاب التي تعتبر من قواعد النظام العام الدستوري.

ومن الملاحظ في هذا الصدد أن ما تحدث عنه الفقهاء من اشتراط القرشية في الخليفة، لم يأت على لسان المهاجرين في مواجهة الأنصار وإنما صار شرطا لدى فقهاء الأحكام السلطانية فيما بعد، ومن ثم حق لابن خلدون أن يخالفهم **بنظرية العصبية** بحيث يشترط في الخليفة أن يكون من قوم ذوي نفوذ سياسي على العرب، وهذا يشكل مصدر قوة سياسية للخليفة ليكون من قوم أولي عصبية؛[3] أو بعبارة أخرى من أهل الشوكة، وهو ما يعبر عنه في الوقت المعاصر بأن يكون موافقا للإرادة العامة. وهو ما عبر عنه الجابري بأنها مسألة اجتهادية أملتها قواعد السياسة؛ والوضعية الاجتماعية القائمة يومئذ وفق منطق الأغلبية أو منطق القبيلة الأقوى وزنا[4].

2 -أثبتت أحداث السقيفة قناعة الصحابة **بضرورة النظام السياسي** باعتباره مصلحة عامة لازمة لحياة الجماعة السياسية، ومن ثم قدموا مصلحة اختيار وإقامة من يخلف الرسول صلى الله عليه وسلم على مصلحة تجهيزه ودفنه، رغم فداحة مصابهم بموت النبي، لأنهم كرهوا أن يقيموا جزءا من يوم وهم في غير جماعة سياسية أو كيان سياسي؛ وهذا ما يعطي مشروعية لأهمية حفظ نظام الأمة؛ وضرورة الاهتمام بهذا المقصد الضروري النابع من حجية أقوال الصحابة وأعمالهم باعتبارها مصدرا مرجعيا من مصادر الاجتهاد في المسائل التي لم تأت بخصوصها نصوص معينة .

---

[1] - د/ جابر قميحة؛ المعارضة في الإسلام بين النظرية والتطبيق؛ الدارالمصرية اللبنانية؛ القاهرة؛ ط1؛ سنة 1998؛ ص190

[2] - د/محمد عمارة؛ الإسلام وحقوق الإنسان؛ ضرورات لا حقوق؛ دار السلام؛ القاهرة؛ط1؛ سنة 2005؛ ص202.

[3] - ابن خلدون المقدمة ، ص 153 – 154 .

[4] - د/ عابد الجابري؛ العقل السياسي العربي؛ ص142

ثالثا: أثر حفظ النظام على ظاهرة النفاق السياسي أسلوب الجزاء الإداري نموذجا:

ترجع صعوبة النفاق كظاهرة مرضية إلى أنها مرتبطة بالنوايا والضمير الذاتي مما لا يعلمه إلا الله وحده بحيث تكون غيبا عن المسلمين؛ وبالتالي فهي قريبة الشبه بالردة ؛ من حيث الكفر القلبي الباطني؛ وان اختلفا في الفعل العملي؛ وعلى هذا يقال في تعريفها" إخفاء الكفر وإظهار الإيمان".

ولذلك فهو اخطر من الردة لصعوبة معرفته دون سلوكيات تدل عليه؛ وهو معيار كاشف لضعف أهله ودورانهم بين الحق والباطل مذبذبين بين ذلك لا إلى هؤلاء ولا إلى هؤلاء.ومن ثم يظهر أثره الواضح في إفساد الأمن الجماعي بمختلف وسائل الحقد والغل والضغينة والغي؛ والصد عن سبيل ليا لرؤوسهم استكبارا وعلوا وفسادا.

ومن أشهر مظاهره المهددة لنظام الجماعة؛ النفاق في الدين والعقيدة بحيث يتم التلفظ بعقيدة التوحيد دون أن تتمكن من القلب لتضبط الفكر والحركة والسلوك الفردي والجماعي؛ وما ينجر عنه من خذلان دين الله وتمكين لأعدائهم وتمني زواله بالسعي لإثارة الفتن بين المسلمين؛ وتثبيط لعزائمهم بإثارة الشائعات الخبيثة؛ والنعرات العصبية المقيتة؛ وزرع الأحقاد وإحياء دعوات الجاهلية[1].

1- تطبيقات أسلوب الهجر والمقاطعة في الحكومة النبوية:

عرفت الخبرة الإسلامية نماذج عن تلك التهديدات التي كان المنافقون بقيادة عبد الله بن أبي بن سلول يزرعونها تثبيطا للمسلمين وتحريضا لأعدائهم. كقضية حادثة الافك تعريضا لبيت النبوة بالفحش والرمي بالرزيلة. وزرع الفتن بين أفراد المجتمع المسلم بإثارة النعرات المقيتة كتحريض الأنصار على معاداة وطرد المهاجرين بقولهم:" **لَئِن رَّجَعْنَا إِلَى الْمَدِينَةِ لَيُخْرِجَنَّ الْأَعَزُّ مِنْهَا الْأَذَلَّ** "؛ وغيرها من المظاهر التي هدفها الإخلال بالنظام الشرعي لولا فطنة القيادة النبوة وحسن إدارتها لأساليب التعامل معهم؛ بأخذ الحيطة والحذر؛ دون اللجوء إلى الوسائل العنفية؛ رغم مواقف التخذيل عن الجهاد والعمل على إضعاف الروح المعنوية للمسلمين التي قاموا بها في مختلف المناسبات كغزوة أحد لما رجعوا بثلث الجيش؛ وفي غزوة الأحزاب ؛ وغزوة تبوك من خلال تثبيط العزائم ؛ بل أنهم تآمروا مع اليهود ضد أمن الحكومة النبوية[2] .

ومن هذا القبيل قصة من تخلف عن رسول الله –ص-في غزوة تبوك[3] عن غير شك ولا ارتياب؛ وهم كعب بن مالك؛ ومرارة بن الربيع؛ وهلال بن أمية؛ وهم غير متهمين في إسلامهم؛ فصفح عنهم النبي-ص- و لم يعذرهم بل قال للصحابة" **لا تكلمن أحد من هؤلاء الثلاثة** "؛ فبقوا خمسين ليلة على ما هو مبسوط في

---

[1] – د/ مصطفى منجود؛ الأبعاد السياسية لمفهوم الأمن في الإسلام؛ ص437

[2] – د/ ابراهيم على محمد؛ فقه الأمن والمخابرات؛ مرجع سابق؛ ص23

[3] – الإمام عبد الحي الكتاني؛ التراتيب الإدارية؛ ج1؛ ص250.

الصحيحين من حديث كعب بنفسه يروي حكايته حتى تاب الله عليهم.[1] وفي هذا نوع من تقييد لحرية الاجتماع؛ بحيث يشبه الاقامة الجبرية من خلال منعه من الاتصال بغيره بمنع الاتصال بالناس من باب المقاطعة.

– كيفية التعامل مع حركة المنافقين المناوئين:

الأصل في التعامل معهم أن سلطة الدولة مأمورة بجهادهم" **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ جَاهِدِ الْكُفَّارَ وَالْمُنَافِقِينَ وَاغْلُظْ عَلَيْهِمْ وَمَأْوَاهُمْ جَهَنَّمُ وَبِئْسَ الْمَصِيرُ**" [2]غير أن مدلول الجهاد المأمور به في هذه الآية مختلف فيه ؛ بين قائل بأنه يدور بين جهادهم باليد واللسان وبين إقامة الحدود عليهم [3]غير أن الإمام الطبري وقف موقفا وسطا فإذا أظهروا العداء ونصبوا الحرب على الأمة بفعل ظاهر فهم والكفار سواء في المعاملة ؛ وان هم اظهروا الإسلام بلسانهم فقد حقنوا دمهم ومالهم وان كان معتقدا غير ذلك؛ وتوكل سرائرهم إلى الله تعالى ولذلك كان النبي –ص– رغم علمه بهم واطلاع الله إياه على ضمائرهم واعتقاد صدورهم كان يقرهم بين أصحابه؛ ولا يسلك بجهادهم مسلك جهاد من قد ناصبه الحرب على الشرك بالله"[4]

ويترتب على هذا الرأي الراجح أن الأمر بالجهاد مصروف إلى الجهاد باللسان والاكفهرار في ووجههم وعدم مداهنتهم؛ بدليل قصة الصحابي الذي استأذن النبي في قتل أحد المنافقين فقال " **أولئك الذين نهاني الله عن قتلهم**". وكذلك في نهيه صلى الله عليه وسلم لعمر لما هم بضرب عنق ابن سلول قائلا له" **أتريد أن يقول الناس أن محمد ا يقتل أصحابه**"[5]

لما ثبت عن النبي–ص– في صحيح مسلم أنه **رفض** قتل ابن سلول رأس النفاق في دولة المدينة رغم إظهاره للعداء اللفظي غير المقرون بالفعل العلني لما قال:" **لَئِن رَّجَعْنَا إِلَى الْمَدِينَةِ لَيُخْرِجَنَّ الْأَعَزُّ مِنْهَا الْأَذَلَّ** " ومعلوم أن ابن سلول كان على وشك أن يكون رئيسا للمدينة وحاكمها العام لولا **بيعة العقبة** التي أسفرت عن استقدام **محمد بن عبد الله** –ص– رئيسا للمدينة بعقد اجتماعي وسياسي حقيقي بين سكان المدينة بأوسها وخزرجها.

الأمر الذي دفع **بابن سلول** إلى إظهار إسلامه نفاقا مع مناصبة العداء له بالسعي لإحداث نوع من الفتن الداخلية التي تقود إلى تفتيت الجسد السياسي للدولة الإسلامية؛ ومن ثم طرد محمد وصحبه من المدينة ليستتب

---

[1] – وفي سنن البيهقي أنهم كانوا عشرة من الصحابة تخلفوا عن الغزو فلما رجع أوثق سبعة منهم أنفسهم بسواري المسجد ؛ فكان إذا مر بهم سأل عنهم فقالوا " هذا أبو لبابة وأصحابه تخلفوا عنك؛ يا رسول الله حتى تطلقهم وتعذرهم فقال " أقسم بالله لا أطلقهم ولا أعذرهم حتى يكون الله هو الذي يطلقهم؛ رغبوا عني وتخلفوا عن الغزو؛ فأنزل الله " وآخرون اعترفوا بذنوبهم" التوبة 102؛ حينها أطلقهم وعذرهم إلا أبا لبابة لم يرض أن يطلقه إلا النبي صلى الله عليه وسلم بيده الشريفة ففعل. الكتاني؛ المصدر السابق؛ ج1؛ ص251

[2] – سورة التوبة أية73؛ وقد نقل القاضي عياض اختلاف الفقهاء والمفسرين حكم قتال المنافقين بموجب هذه الآية ليخرج فيها أنها ناسخة لما قبلها أي أن العفو عن المنافقين مشروط بعدم إظهار نفاقهم فإذا أظهروا قتلوا .

[3] – د/ مصطفى منجود؛ المرجع السابق؛ ص464

[4] – الإمام الطبري؛ جامع البيان؛ ج14؛ص375

[5] – رمضان البوطي؛ فقه السيرة؛ ص54

له الحكم دون إظهار للحرب والمواجهة؛ ولعل هذه قريب الشبه من الناحية العملية بأحزاب المعارضة- وهي في حقيقتها أحزاب أشخاص التي تناضل بمختلف الوسائل السلمية لإسقاط الحكومة والحلول محلها في المواعيد الانتخابية السابقة في إطار ما يعرف دستوريا بمبدأ التداول السلمي على السلطة.

وعليه فانه في إطار الوظيفية العقيدية للدولة يستوجب على سلطتها العامة رفض جميع العقائد الأخرى المنافسة لها؛ سواء ما كان منها كفرا ظاهرا؛ أو ردة طارئة؛ أو نفاقا خفيا بمختلف إسقاطاته السياسية المعاصرة؛ لما تمثل ظاهرة النفاق من أداة تغلل خطيرة للعدو في الجسد السياسي؛ ومن ثم تكون قاعدة التعامل معهم مزدوجة إذ يتركون على نفاقهم كمسلمين لهم جميع الحقوق رغم إظهارهم لغير ما يبطون تحكيما للظاهر مع توكيل ضمائرهم إلى الله؛ ومن جانب أخر يجب صدهم وتوقيفهم عن كل المؤامرات والمساع التي من شأنها أن تهدد نظام الأمة وتعكر نقاء عقيدتها[1]؛ اقتداء بسنة المصطفى –ص- إذ كان يعاملهم بالظاهر ويجري عليه أحكام الإسلام بلا تمييز.[2]

2- تطبيقات أسلوب التنفيذ الجبري قضية مسجد الضرار نموذجا:

وفي نفس الوقت نجده **يأمر بهدم مسجد الضرار**[3] الذي أقامه المنافقون تفريقا للمسلمين وارصادا لمن كفر وهذا ما يعتبر بمثابة **التنفيذ الجبري** في القانون الإداري في إطار امتيازات الضبط الإداري كأسلوب وتدبير من تدابير إعادة استتباب النظام العمومي في أحد عناصره المقاصدية؛ في ضوء مبدأ المشروعية الإسلامية متمثله في النص القرآني " **وَالَّذِينَ اتَّخَذُواْ مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ وَإِرْصَادًا لِّمَنْ حَارَبَ اللّهَ وَرَسُولَهُ مِن قَبْلُ وَلَيَحْلِفَنَّ إِنْ أَرَدْنَا إِلاَّ الْحُسْنَى وَاللّهُ يَشْهَدُ إِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ؛ لاَ تَقُمْ فِيهِ أَبَدًا لَّمَسْجِدٌ أُسِّسَ عَلَى التَّقْوَى مِنْ أَوَّلِ يَوْمٍ أَحَقُّ أَن تَقُومَ فِيهِ فِيهِ رِجَالٌ يُحِبُّونَ أَن يَتَطَهَّرُواْ وَاللّهُ يُحِبُّ الْمُطَّهِّرِينَ** ".[4]

قال الكتاني "وهو عبارة عن مسجد بناه اثنا عشر رجلا من المنافقين –وهي رواية أهل التفسير كابن عباس ومجاهد وقتادة –؛ وكان النبي قد وعدهم أن يصلي فيه فنزل الوحي ليخبره بما أضمروه من التفريق بين المؤمنين؛ فأمر الرسول عليه السلام بتحريقه وأن يجعل محله كناسة – مزبلة- تلقى فيها الجيف والأزبال" وقد نفذ العملية الضبطية مالك بن الدخشم؛ ومعن بن عدي العجلاني" ونص قراره النبوي" انطلقا إلى هذا المسجد الظالم أهله فاهدماه واحرقاه"؛ وزاد الإمام البغوي عامرا بن السكن؛ ووحشيا قاتل حمزة فاحرق حتى وضع إلى الأرض"[5].

لقد مثل بناء مسجد الضرار **قمة الكيد** الذي وصل إليه المنافقون بالنسبة للرسول –ص- وهو ليس مجرد عمل نفاقي فحسب؛ بل هو مؤامرة وكيد يدبر ضد نظام المسلمين؛ وهو الأمر الذي استدعى تدخل الوحي

---

[1] – د/ حامد عبد الماجد قويسي؛ الوظيفة العقيدية للدولة الإسلامية؛ ص270

[2] – د/ البوطي؛ فقه السيرة؛ ص43

[3] – عبد الحي الكتاني؛ نظام الحكومة النبوية المسمى التراتيب الإدارية؛ تحقيق؛ د/ عبدالله الخالدي ؛ج2؛ دار الأرقم؛ بيروت ؛ط2 ؛ ص55

[4] – سورة التوبة؛ آية 107 و108

[5] – عبد الحي الكتاني؛ نظام الحكومة النبوية؛ مرجع سابق؛ ص55 وما بعده

مباشرة لكشف حقيقة المنافقين وتعرية أهدافهم بأمر الرسول أن يهدم مسجدهم الذي كان سيتخذ مرصدا لنفاق المنافقين وموئلا لتنظيم المكائد ضد المسلمين؛ وذريعة للتفريق. وفيه دليل على مشروعية التخريب المادي[1]

فقد دل **عمل رسول الله – عليه الصلاة والسلام**– كما يقول **د/ البوطي** على ضرورة تعطيل أو هدم أو تحريق أماكن المعصية التي يعصى الله ورسوله فيها؛ وان اختبأت حقيقة هذه الأماكن عن أنظار الناس وراء مظاهر الخير والبر؛ وهذا ما فعله عمر بن الخطاب عندما احرق **قرية بكاملها** كان يباع فيها الخمر؛ وحرق حانوت رويشد الثقفي وسماه فويسقا.[2] وليس ذلك الا أنوعا من **التنفيذ الجبري** حفظا للنظام العام.

وعليه يمثل التعامل الصحيح معهم **في البحث والتحري** أولا عن العناصر المنافقة وتلك وظيفة موكولة إلى السلطة الأمنية في محاولة حصرهم ومن ثم التعامل معهم بحذر حتى يمكن استبعادهم وإقصائهم من ممارسة بعض الحريات السياسة؛ خاصة منها تقلد المناصب الإدارية والسياسية العليا في الدولة؛ إضافة إلى تدمير **مخططاتهم الكيدية على نظام الأمة**؛ وهو الأسلوب عينه المتبع مع البغاة؛ فإذا استطعت السلطة الأمنية التثبت من قيامهم بأعمال مخلة بالنظام العام الشرعي كانحيازهم والى الكفار و قيامهم بعمليات التجسس لصالح العدو فإنهم يعاملون معاملة المحاربين[3]بوجوب قتالهم وهذا ما يعرف في القانون الوضعي بجرائم أمن الدولة كالتجسس والخيانة العظمى. ومن ذلك ما نقله العلامة ابن هشام في سيرته والإمام الكتاني في تراتيبه أن رسول الله بلغه ؛أن ناسا من المنافقين يجتمعون في بيت سويلم اليهودي؛ يثبطون الناس عن تبوك؛ فبعث صلى الله عليه وسلم طلحة بن عبيد الله؛ في نفر وأمره أن يحرق عليهم بيت سويلم؛ ففعل؛ واقتحم الضحاك بن خليفة من ظهر البيت؛ فانكسرت رجله؛ واقتحم أصحابه فأفلتوا "[4] .

وعليه يمكن من خلال ما سبق تقريره التأكيد على استعمال السلطة لمضمون فكرة النظام العام المرن لتقييد ممارسة الحرية؛ باعتبارها مقصدا للشريعة؛ وقد ظهر ذلك جليا في تقييد ممارسة الحريات السياسية خصوصا؛ مما يعني صحة الادعاء بأن فكرة النظام العام هي المصدر لمجموعة القيود الواردة على الحرية ؛ غير أن ما يجب التنبيه عليه هو أن الشريعة الإسلامية رغم تقريرها لمبدأ حق السلطة في التدخل الحكومي حماية لنظام الأمة إلا انه تدخل مضبوط بضوابط خارجة عن النظام القانوني للدولة؛ مما يجعل رائدها هو **العدل** دائما؛ خاصة إذا كان الأشخاص الممارسين للسلطة ممن توفرت فيه شرط الصلاحية من قوة وعلم وأمانة؛ وهذا بخلاف ضوابط حفظ النظام العام في القانون والتي هي في النهاية من صنع السلطة نفسها؛ وهو الفارق الذي سينطلق منه الباحث في التمييز بين ضمانات حماية الحرية من تعسف سلطة حفظ النظام في القانون مقارنة بضمانات حمايتها في الشريعة الإسلامية.

---

[1] – د/ إبراهيم علي أحمد محمد؛ فقه الأمن والمخابرات؛ جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية؛ الرياض؛ طبعة 2006؛ ص174

[2] – ينظر د/ رمضان البوطي؛ فقه السيرة؛ ص212 وما بعدها وقد أشار فضيلته في رواية إحراق عمر للقرية ولحانوت رويشد إلى ابن القيم في زاد المعاد؛ ج3؛ص17؛ ثم قال" وهذا ما لم يقع فيه أي خلاف بين علماء المسلمين."

[3] – د/ حامد عبد الماجد قويسي؛ الوظيفة العقيدية للدولة الإسلامية؛ ص271

[4] – ابن هشام؛ السيرة النبوية؛ ج2؛ ص517؛ و الإمام الكتاني؛ نظام الحكومة النبوية؛ ج1؛ ص255

المبحث الثاني: ضمانات حماية الحريات العامة في مواجهة سلطات حفظ النظام العمومي – دراسة مقارنة–

يكتسي موضوع ضمانات الحريات أهمية خاصة؛ ذلك أن الإقرار والاعتراف بها دستوريا وتنظيمها تشريعيا لن يحقق لها بالضرورة الاحترام والفعالية؛ ما لم تكن هناك وسائل فعالة تعمل على حمايتها من العبث والانتقاص؛ مادامت الدولة تملك سلطة إلغاء التشريع أو تعديله؛ الأمر الذي يعني عدم جواز الربط بشكل مطلق بين وجود نصوص مقررة للحريات وبين ممارستها واقعيا.

وكما يقال من الأفضل للفرد أن تقرر له عدد قليل من الحريات مع توفير ضمانات أكيدة لها على أن تتقرر له مجموعة كبيرة من الحريات بدون ضمانات.[1] وبناء على ذالك تركز معظم الدراسات الأكاديمية الحديثة على مشكلة الضمانات كمحور أساسي لحل **أزمة الحرية** في مواجهة سلطة حفظ النظام العمومي إذ يلاحظ أن حمايتها ليس وقفا على الأدوات القانونية وحدها، كما أنه لا يوجد ضمان معين يكفي بذاته لتحقيق الحرية وضمان ممارستها، بل إن كفالة الظروف الملائمة لممارستها؛ ولهذا يعتبر كثير من الفقه أنها نتاج مجموعة من العوامل والإجراءات تتضافر فيما بينها لتهيئة المناخ المناسب لها وتحول دون الاعتداء عليها ؛ أو رد هذا الاعتداء إن وقع بالفعل[2].

فضمانات الحرية مجموعة من الآليات والإجراءات المستندة إلى قواعد قانونية ملزمة والتي تهدف إلى حماية وتعزيز وتأكيد التمتع بحق ما من حقوق الإنسان أو حرياته الأساسية أو تدعيم ممارسته[3]

هذه الضمانات متعددة الصور ومتنوعة الأشكال ما بين ضمانات قانونية وأخرى غير قانونية تسمى بالضمانات الشعبية[4] أو الواقعية[5]؛ وما بين ضمانات وقائية وأخرى علاجية[6]وما بين ضمانات منظمة وأخرى غير منظمة؛ إضافة إلى تقسيمها إلى ضمانات داخلية وأخرى خارجية.[7]

ويلاحظ على هذه التصنيفات أن حماية الحرية ليست وقفا على الحماية القانونية لوحدها؛ كما أنها لا تمثل في مجموعها مفهوما عاما ومطلقا ؛وإنما تختلف باختلاف ظروف الزمان والمكان ،مما يعني أنها ذات طابع نسبي شانها في ذلك شأن الحرية في خاصية النسبية. الأمر الذي يعني أنه لا يوجد ضمان معين من هذه الضمانات

---

[1] د/ نعيم عطية، في النظرية العامة للحريات الفردية؛ دار القومية، القاهرة ط1965؛ ص248

[2] د/سعاد الشرقاوي ؛النظم السياسية في العالم المعاصر– تحديات وتحولات– دار النهضة؛ القاهرة ؛ سنة2002؛ ص348

[3] –د/ مصطفى عبد الغفار؛ ضمانات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي مركز القاهرة لحقوق الإنسان ط2003 ص30

[4] –د/رمزي طه الشاعر؛النظرية العامة للقانون الدستوري،دار النهضة العربية 1983؛ط3؛ص351 وتجدر الإشارة أن تقسيم ضمانات الحرية إلى قانونية وأخرى شعبية يرجع فضل السبق في هدا الإبداع المنهجي إلى الدكتور طه الشاعر بصدد حديثه عن ضمانات نفاذ قواعد القانون الدستوري. المرجع نفسه؛ ابتداء من ص350

[5] –د/صالح حسن سميع؛ المرجع السابق؛ ص515، والذي يرى بأن مصطلح الواقعية يتسع ليشمل العدل الاجتماعي، بعكس مصطلح الشعبية الذي ينصرف مدلوله إلى الرأي العام دون أن يشمل العدل الاجتماعي كضمانة هامة من ضمانات الحرية.

[6] –د/سعاد الشرقاوي؛ النظم السياسية في العالم المعاصر؛ ص348

[7] –د/ثروت عبد العال ؛المرجع السابق ؛ص31

يكفي بذاته لتحقيق الحرية[1]؛بل لابد من تكامل وتضافر كل هذه الضمانات؛ ومع ذلك تبقى الضمانات القانونية من أهمها نظرا لتعدد أنواعها مابين ضمانات فكرية؛ و دستورية، وتشريعية، وقضائية، وهذا ما سيتم بيانه مع التركيز على مدى فاعلية هذه الضمانات أمام ظاهرة العولمة الجارفة وذلك من خلال مطلبين:

المطلب الأول: الضمانات الفكرية والقانونية لحماية الحريات العامة ومدى فاعليتها في مواجهة سلطة حفظ النظام العام– دراسة مقارنة–

المطلب الثاني: الضمانات القضائية والواقعية ودورهما في حماية الحرية في مواجهة أعمال حفظ النظام العمومي – دراسة مقارنة–

[1] –د/ سعاد الشرقاوي؛ المرجع السابق ؛ ص348

المطلب الأول: الضمانات الفكرية والقانونية لحماية الحريات العامة ومدى فاعليتهـــا في مواجهة سلطة حفظ النظام العام – دراسة مقارنة–

تعتبر هذه الضمانات في مقدمة ضمانات الحرية المقيدة لسلطات حفظ النظام العمومي كالتزام أدبي عليها؛ ولذلك فلا غرو أن يوليها الفقه القانوني جل عنايته؛ وينصب عليها كل تركيزه عند حديثه عـــن الضـــمانات القانونية، ويعتبرها أساسا لها كميراث حضاري لما أبدعته الجهود الفكرية لفلاسفة الحرية من أمثال مونتسكيو؛ وروسو من مبادئ عامـــة في مجال تكريس الحريات كقيد على السلطة الحاكمة.

فقد اهتدى فقهاء عصر النهضة الأوروبية في مجال البحث عن وسائل تقيد سلطة الحكام وتضـــمن تمتـــع الأفراد بحقوقهم وحرياتهـــم إلى مجموعة من المبادئ العامة للقانون جاءت ثمرة للجهود الـــتي بـــذلها الفقهـــاء والمفكرين من قبيل نظرية القانون الطبيعي والحقوق الفردية، وضرورة وجود دستور مكتوب كقيد على السلطة وكذا ضرورة فصل شخصية الحاكم عن سلطة الدولة، ووجوب خضوعه للقانون. وغيرها من المبادئ الـــتي كانت محل شبه إجماع لدى الفقهاء الدستوريين في مجال حماية الحرية؛ وتقييد السلطة.

وترتيبا على ذلك فانه إذا كان الأصل هو أن تجد الحريات مكانها الطبيعي في صلب الدساتير، وهـــو مـــا درجت عليه مختلف النظم السياسية المعاصرة، فإن الاعتبارات القانونية والعملية قد تحول دون أن يتسع الدستور لهذه المهمة، هو أن تنظيم الحريات من اختصاص المشرع ، فالتشريع بما يحوط صدوره من شكلية وما يصاحبه من علانية ومناقشة، فضلا عن عمومية قواعده وتجردها يشكل أوفى ضمان للحرية لأنه يتناول بالتفصيل التنظيم المباح واللازم للممارسة الصحيحة من جانب الأفراد لهذه الحريات دون أن يصل الأمر إلى حد الانتقاص منها أو وضع قيود تعسفية تؤدي إلى هذا الانتقاص[1].

الفرع الأول: الضمانات الفكرية في الشريعة و الفكر القانوني الوضعي.

الفرع الثاني: الضمانات القانونية في الشريعة والقانون الوضعي

[1] – د/ نعيم عطية ؛ المرجع السابق ، ص 184 وما بعدها ، ود/سعاد الشرقاوي؛ نسبية الحريات العامة و انعكاساتها على التنظيم القانوني، القاهرة ، دار النهضة العربية ، سنة1979، ص 147 .

الفرع الأول: الضمانات الفكرية في الشريعة الاسلامية و الفكر القانوني الوضعي

وتتمثل عموما في مجموعة المبادئ الدستورية التي وضعها الفكر الدستوري في مواجهة السلطة المطلقة للحكام؛ حماية للحرية وتقييدا للسلطة؛ وإقرارا بحق الفرد في ممارسة السلطة مشاركة ومعارضة؛ ولعلى من أشهر هذه المبادئ الدستورية الكبرى مبدأ الديمقراطية؛ ومبدأ المشروعية؛ ومبدأ الفصل بين السلطات؛ ومبدأ إيثار الحرية وتغليبها على السلطة عند التعارض.

أولا: مبدأ الديمقراطية و دوره في حماية الحرية:

1- موقف المؤسس الدستوري من مبدأ الديمقراطية: للجزائر تاريخها النضالي الطويل في سبيل الحرية والديمقراطية فهو سلسلة من الثورات والمقاومات والانتفاضات التي كانت تقوم لحاجة وراثية في أهلها؛ وهذا ما جسدته ديباجة الدستور في قولها " لقد عرفت الجزائر في اللحظات الحاسمة التي عاشها البحر الأبيض المتوسط كيف تجد في أبنائها منذ العهد النوميدي؛ والفتح الإسلامي حتى الحروب التحريرية من الاستعمار **روادا للحرية** والوحدة والرقي **وبناء دولة ديمقراطية** مزدهرة".ومن ثم فقد تبنى المؤسس الدستوري الجزائري قيم الحرية والديمقراطية وبناء دولة القانون والمؤسسات "إن الشعب الجزائري **ناضل ويناضل دوما في سبيل الحرية والديمقراطية**، ويعتزم أن يبني بهذا الدستور مؤسسات دستورية أساسها مشاركة كل جزائري وجزائرية في تسيير الشؤون العمومية، والقدرة علي تحقيق العدالة الاجتماعية، والمساواة وضمان الحرية لكل فرد".

ويمكن تأكيد المشروعية الدستورية التي اعتمدتها الجزائر ابتداء من دستور1989 من خلال إشادة المؤسس الجزائري بأهمية احترام الدستور و القانون، وخضوع جميع السلطات في الدولة لأحكامه تماشيا مع مبدأ سيادة القانون وسمو الدستور وسيطرة أحكامهما، فمما ورد في الديباجة "فالدستور يجسم عبقرية الشعب الخاصة، ومرآته الصافية التي تعكس تطلعاته وثمرة إصراره ونتاج التحولات الاجتماعية العميقة التي أحدثها وبموافقته عليه يؤكد بكل عزم وتقدير أكثر من أي وقت مضى **سمو القانون"** كما جاء فيه أيضا "إن الدستور **فوق الجميع**، وهو **القانون الأساسي** الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية ...ويضفي الشرعية على ممارسة السلطات، ويكفل الحماية القانونية، ورقابة عمل السلطات العمومية في **مجتمع تسوده الشرعية**..."[1]

وللديمقراطية تاريخ طويل ومتجدد ففي ظل ظروف محلية وإقليمية ودولية مغايرة جذريا مع الأصل التاريخي لنشأتها،يعود الحديث والاهتمام بالديمقراطية بمعناها الواسع و المتمثل في مشاركة الشعب في اتخاذ القرار ومراقبة تنفيذه و المحاسبة على نتائجه، مما يعني أنها مجرد **صيغة ومنهج** لإدارة الصراع في المجتمع بالوسائل السلمية من خلال الاحتكام إلى قواعد وأسس متفق عليها سلفا بين جميع الأطراف تضمن تداول السلطة بين الجميع على أساس انتخابات دورية حرة ونزيهة.[2]

---

[1] -د/ خميس حزام والي؛ إشكالية الشرعية في الأنظمة السياسية العربية؛ ص144

[2] - د/ عبد الغفار شكر، المجتمع المدني ودوره في بناء الديمقراطية، دار الفكر- لبنان ،ط1،2003م، ص 20-21 .

وقد مرت الديمقراطية بمراحل متباينة بدءا من ديمقراطية أثينا إلى الديمقراطية البرجوازية لتستقر تحت اسم الديمقراطية السياسية فالاجتماعية[1]؛ التي تستدعي القيام بالتنشئة الديمقراطية ودعم المبادرة الشعبية وتحقيق قدر مناسب من العدالة الاجتماعية تمكن الجماهير من ممارسة دورها في دعم التطور الديمقراطي للمجتمع، مما يساهم في تجسيد مبدأ حكم الشعب نفسه بنفسه لنفسه، مما يؤكد أنها ليست نظام شامل ولا عقيدة إيديولوجية ثابتة وإنما مجرد منهج وآلية ارتضتها الشعوب و المجتمعات بعد تجارب مريرة مع الاستبداد والطغيان تمكنهم من ضبط السلطة القائمة وكبح جماحها[2]. ومع أهمية النظام الديمقراطي تكون الحاجة ماسة إلى تعميق الممارسة الديمقراطية، تسهل من التقريب بين عملية صنع القرار السياسي والاهتمامات الحياتية للمواطنين؛ وللديمقراطية مقومات أساسية لن تتحقق بدونها من أبرزها.[3]

-إقرار مبدأ سيادة القانون وقيام دولة المؤسسات واعتماد مبدأ استقلالية القضاء.

-الاعتراف بالحريات العامة كأساس لمجتمع مدني.

-الاعتماد على مبدأ الانتخاب كأساس لتداول السلطة.

لابد في أي إصلاح نحو الديمقراطية من وجود آليات ومؤسسات فعلية تضمن تمثيل الإرادة العامة للشعب وتضمن للحقوق والحريات العامة فعاليتها.[4]

وبناء على ذلك جاء دستور 1996 بمجموعة من المؤسسات الدستورية أساسها توجهات العالمية الحديثة في مجال **الإصلاح البرلماني وإصلاح قطاع العدالة وتفعيل المؤسسات الرقابية وحماية حقوق الإنسان** في مواجهة امتيازات الإدارة، والقضاء على التعسف في استعمال السلطة.

وفي الفقه السياسي الإسلامي يلاحظ سبق النظام الإسلامي في تقرير مبدأ اختيار الحاكم ومراقبته وعزله؛ لان الأمة هي صاحبة السلطة الأصلية في الدولة باعتبارها مصدر السلطات تفوض الخليفة في ممارستها نيابة عنها؛

---

[1] – تمثل الديمقراطية السياسية على حد تعبير عالم السياسة الأمريكي صمويل هنتجتون الموجة الثالثة للديمقراطية إذ يمكن تقسيم مراحل تبني الدول للديمقراطية إلى ثلاث مراحل على تعبير د/ سعد الدين إبراهيم :

المرحلة الأولى:كانت في أعقاب الثورتين الفرنسية و الأمريكية ابتداء من أواخر القرن الثامن عشر إلى ما قبل الحرب العالمية الأولى وشملت حوالي عشرين دولة معظمها في أوربا و الأمريكيتين.

المرحلة الثانية:فقد امتدت طوال العقود الأربعة التالية للحرب العالمية الأولى 1920إلى 1960وشملت حوالي ثلاثين دولة رغم أن بعض هذه الدول ارتد عن الديمقراطية ليعود إليها من جديد كألمانيا وإيطاليا.

المرحلة الثالثة :وهي التي تمتد من عام 1974م إلى 1994 حيث تحولت ستون دولة من أنظمة ديكتاتورية إلى أنظمة ديمقراطية مما دفع علماء السياسة و الاجتماع إلى وصف هذه الظاهرة بأنها الموجة الديمقراطية الثالثة ليصل عدد الدول المتبنية للديمقراطية في العالم المعاصر إلى ما يزيد على مائة دولة د/ سعد الدين إبراهيم ، المجتمع المدني و التحول الديمقراطي ،دار قباء القاهرة ،سنة2000 ص 15. و د/خميس حزام والي؛ إشكالية الشرعية في الأنظمة العربية، ص145

[2] – د/ محمد مسلم، الهوية والعولمة ،دار الغرب للنشر، وهران 2002م ، ص74.

[3] – د/ عبد الغفار شكر، المرجع السابق، ص 23.

[4] – مركز البصيرة، ملف الإصلاح البرلماني، العدد التاسع، دار الخلدونية الجزائر-2004- ص 73.

وهو مسؤول أمامها؛ فليس للحاكم في الإسلام سلطة معصومة بل هو بشر يعدل ويجور ؛ ومن حق الأمة أن يسددوه إذا اخطأ ويقوموه إذا اعوج؛ وعلى هذا يعتبر نظام الشورى وسيلة لتداول السلطة وممارستها؛ ومراقبتها في إطار مبادئ المشروعية الإسلامية ومقاصدها.[1]

ولا يخفى أن هناك فارق بين الديمقراطية بالمنظور الغربي **كعقيدة فلسفية** تخول عقل الأمة صلاحية التشريع المطلق؛ وبين الديمقراطية **كمنهج في ممارسة السلطة** سلميا ؛ فالشورى كنظام للحكم الإسلامي في مختلف المجالات الاجتهادية في حدود دائرة الفراغ التشريعي فيما لا نص فيه؛ هي من قبيل الديمقراطية كمنهج للحكم؛ فبين المصطلحين توافق[2] في **جوهر المبدأين** من حيث الاشتراك في محاربة الحكام المتألهين والملوك المستبدين؛ والظلمة الجبارين؛ بمختلف الآليات والأساليب المقيدة لسلطة الحكام واحترام الحقوق والحريات؛ كالإقرار بمبدأ سيادة القانون والشريعة؛ وخضوع أعمال السلطة النظامية للمساءلة والمحاسبة والرقابة القضائية؛ فكلها ضمانات لابد منها لتحقيق العدل واحترام حقوق الإنسان والوقوف في وجه طغيان السلاطين العالين في الأرض.[3]

2- مدى فاعلية النظام الديمقراطي في حماية الحرية:

رغم ما حققته الديمقراطية السياسية من نتائج هامة على مستوى إلزام القائمين على السلطة بدستور مسبق تقترحه السلطة ويصادق عليه الشعب؛ وضرورة الاحتكام إليه في مختلف المناسبات السياسية ذات الأهمية الوطنية؛ إلا أنها تبقى تفتقر إلى مظاهر أخرى على مستوى الديمقراطية الاجتماعية؛ من عدل اجتماعي و تقدم اقتصادي وعي سياسي؛ ومناخ مناسب لممارسة حرية الرأي والتعبير السياسي؛ بل حتى الديمقراطية سياسية صارت منتقدة في عدم نجاعتها للقضاء على الاستبداد والتعسف في استعمال السلطة واستغلال النفوذ؛ ومن ثم **شخصنة السلطة**؛ بحيث صارت الديمقراطية النيابية تعني احتكار نفر للسلطة طيلة فترة النيابة أو كما قال روسو:" أن المواطنين ليسوا أحرارا إلا عند مزاولتهم لعملية انتخاب أعضاء البرلمان وبعدها ينقلبون عبيدا للبرلمان." [4]

---

[1] – ينظر في تفصيل هذه الضمانة الفكرية في النظام الإسلامي د/ منير حميد البياتي؛ النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالدولة القانونية؛؛ دراسة دستورية شرعية وقانونية مقارنة }؛ د/ر وائل؛ الأردن؛ ط1؛ سنة2003؛ ص317

[2] – د/ داود الباز؛ الشورى والديمقراطية النيابية دراسة تحليلية لجوهر النظام النيابي مقارنة بالشريعة الإسلامية؛ دار الفكر الجامعي الإسكندرية؛طبعة 2004؛ ص103

[3] – د/ يوسف القرضاوي؛ من فقه الدولة في الإسلام؛ ص 132 حيث يقول" **إن جوهر الديمقراطية يتفق مع الإسلام**" ؛ والمسالة في تفاصيلها خلاف فقهي معاصر إلى حد اعتبار جماعات الإسلام السياسي لها بالكفر؛ لأن فيها تحكيم لرأي الشعب مضاهاة لحكم الله. **ولكن الباحث** يميز بين الديمقراطية **كعقيدة غربية** تقوم على فكرة فصل الدين عن الدولة والاعتراف المطلق للعقل البشري في التشريع لأهل الأرض وفق نظام الأغلبية؛ وبين الديمقراطية كمنهج في ممارسة السلطة بإشراك الشعب في تداول السلطة وإشراكه في تسيير دفة الحكم؛ وفي الإقرار بحق الشعب في محاسبة الحكام وإمكانية عزلهم؛ فكلها آليات ووسائل تساعد في إقامة دولة القانون والحق ؛ ولا مانع شرعا من الاستفادة منها في بناء حكم إسلامي شرعي. ينظر تفصيلا أكثر حول الديمقراطية بهذا المفهوم الثاني كمنهج **د/ القرضاوي**؛ مرجع نفسه؛ ص138. وينظر ابيضا د/ داود الباز؛ الشورى والديمقراطية النيابية؛ ص177

[4] – د/ عادل فتحي عبد الحافظ؛ شرعية السلطة في الإسلام؛ دراسة مقارنة؛ دار الجامعة الإسكندرية؛ طبعة 199661

ثانيا: مبـــدأ المشروعيـــة[1]

1- مبدأ المشروعية في الفقه الدستوري الوضعي: بين الحرية والسلطة في عمق الزمن صراع طويل، تمخض عن ميلاد مبدأ المشروعية ليوازن بين حقوق الأفراد في أن يعيشوا الحـــرية ويتنفسونها... وبين حـــقوق السلطة في العمل والتنظيم، وصارت الدولة في ظله دولة قانونية يحكمها القانون فيخضع له الحاكم والمحكوم على سواء وصارت وظيفة القانون الدستوري ما ذكره العميد **أنـــدريـــه هوريو** بأنها تنظيم التعايش السلمي بين السلطة والحرية في إطار الدولة والأمة، مما يعني أن أي نظام دستوري هو في الحقيقة محاولة لحل تلك المشكلة الخالـــدة مشكلة الموازنة بين السلطة الحاكمة و الحقوق الشعبية وعلى رأسها الحرية[2] .

وترتيبا على ذلك يهدف مبدأ المشروعية إلى ضرورة احترام القواعد القانونية القائمة؛ والخضوع لأحكامها ؛بان تكون جميع تصرفات السلطات العامة في الدولة متفقة وأحكام القانون بمدلوله العام[3] وهو بذلك يشـــكل ضمانة هامة للحريات في مواجهة الحاكمين ،بحيث يكون الشعب في مأمن من الاستبداد السياسي؛ وباعتباره حدا وحاجزا منيعا أمام سلطات الحكام فانه يقوم على ثلاثة عناصر:

-الالتزام بالقانون الطبيعي وما يحتويه من مبادئ قانونية عامة مستقرة في ضمير الجماعـــة كقـــيم العـــدل والمساواة والصالح العام

-الالتزام بالمشروعية الوضعية التي أساسها مبدأ سيادة الدستور و التشريع وما يفرضه ذلك مـــن ضـــرورة الالتزام بقاعدة القانون الأعلى؛ وفقا لمبدأ تدرج القواعد القانونية.

-إن الخضوع للقانون لا يعني دائما تكبيل تصرفات السلطة وشل حركتها (السلطة المقيدة) ذلك أن السلطة تملك في كثير من المجالات سلطة تقديرية حيث يترك لها المشرع قسطا من الحرية في مباشرة نشاطها من حيث اتخاذ قرار ما؛ أو الامتناع عن اتخاذه ؛أوفي اختيار الوقت الذي تراه مناسبا للتدخل بما يســـتجيب لمقتضـــيات العمل الإداري.[4]

وبذلك أصبح مبدأ المشروعية من المبادئ المستقرة والتي تقوم على أساس أن السلطة والقـــانون ظاهرتـــان متلازمتان ومتكاملتان لابد منهما لأي مجتمع منظم.

على أن تلتزم السلطة بالقانون فيما تأمر به أو تنهى عنه إذا أرادت أن تحضي باحترام و رضاء الأفراد طواعية فخضوعها للقانون هو مناط شرعيتها ومبعث احترام الأفراد لجميع ما يصدر عنها.[5]

---

[1] ينظر تفصيلا ملما لمضمون هذا المبدأ ومصادره والقيود الواردة عليه مرجع الدكتور طعيمة الجرف؛ مبدأ المشروعية وضـــوابط خضـــوع الإدارة العامة للقانون؛ دار النهضة العربية؛ القاهرة 1976

[2] – العميد أندري هوريو؛ القانون الدستوري والنظم السياسية؛ ترجمة علي مقلد وشفيق حداد؛ ص22

[3] – د/طه الشاعر؛ المرجع السابق؛ ص11

[4] – د/ صالح حسن سميع ؛ المرجع السابق؛ ص335.

[5] – د/ طعيمة الجرف ؛المرجع السابق ص13

وأيا كانت تلك المحاولات بشأن تحديد علاقة القانون بالسلطة فإنه لم يعد هناك مكان في ضمير العالم لذلك النوع من الحكومات الاستبدادية، والتي لا تخضع فيها السلطة للقانون، فالاستبداد يعدم الحرية ولا يتقيد بنظام، وهذا يتنافى والاعتراف بالحرية واحترام الحقوق الفردية، والتي يتوقف ضمانها على ضرورة تقييد سلطات الحاكم وخضوعه لمبدأ المشروعية والتي بمقتضاها أن القانون وإن كان عملا إراديا من صنع السلطات العامة الحاكمة في الدولة فإنه بمجرد صدوره ينفصل عن إرادة من وضعه؛ ويصبح قاعدة عامة مجردة تحكم سلوك كل من في الدولة من أفراد وسلطات عامة بما في ذلك من وضعه.

وعلى هذا يكون من ثمار تطبيق هذا المبدأ **إقامة دولة القانون** الذي يقصد به ضرورة أن تخضع الدولة للقانون الذي يعد مظهرا من مظاهر المدنية الحديثة إذ لم يعد في ضمير العالم المتحضر مكان للدولة البوليسية.

والدولة لا تكون قانونية إلا إذا خضعت جميع الهيئات الحاكمة فيها إلى قواعد تقيدها وتسمو عليها وهذا ما يسمى بمبدأ خضوع الدولة للقانون أو مبدأ المشروعية[1]، الذي يقصد به على حد تعبير الدكتور ثروت بدوي "هي خضوع الدولة للقانون في جميع مظاهر نشاطها سواء من حيث الإدارة أو القضاء أو التشريع بعكس الدولة البوليسية حيث السلطة المطلقة[2] .

ولدولة القانون مقومات وأركان أساسية لابد من توفرها لكي يرقى أي مجتمع إلى مصاف الدولة القانونية الفعلية منها وهذا ما تؤكده المادة 16 من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 " كل مجتمع لا تتوفر فيه ضمانات كافية لحماية الحقوق، ولا وجود لفصل واضح بين السلطات، ليس له دستور"[3]

– **الحكم الراشد** الذي يتمثل في سيادة حكم القانون الذي يحقق العدل ويضمن الأمن ويستهدف الرخاء وهو إحدى المصطلحات التي روجتها العولمة؛ لعلاج اقتصاديات الدول النامية؛ وان كانت في الواقع من باب كلمة حق أريد باطل؛ لان عملية التدخل الدولي لترشيد الحكم؛ تنطوي على ضرب لسيادة الدول.

– **المشروعية الدستورية** باعتبارها خير ضمان لحماية الحريات العامة وضمانها؛ وتقييد السلطة الحاكمة من خلال إعمال مبدأ خضوع الإدارة للقانون وتحقيق التعايش السلمي بين السلطة والحرية في إطار الدولة، ونبذ المشروعية الثورية، بالاحتكام الى الشعب في تقرير مصيره السياسي.

– **التعددية الحزبية والسياسية** من خلال الاعتراف بحرية الاجتماع والتعبير، والحق في المعارضة السياسية السلمية من خلال إقرار حق الأفراد في تكوين الأحزاب السياسية المتنافسة من أجل الوصول إلى السلطة استنادا إلى انتخابات حرة ونزيهة

ولأهمية هذا المبدأ تبناه المؤسس الدستوري الجزائري في ديباجة الدستور "إن الدستور فوق الجميع، وهو **القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية**، ويحمي مبدأ حرية اختيار الشعب،

---

[1] – / منير البياتي، النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالدولة القانونية ،دار وائل للنشر ،الأردن ،ط1، 2003 ،ص21.

[2] – د/ ثروت بدوي ،النظم السياسية ،دار النهضة العربية القاهرة ،1972م،ص169.

[3] – د/ أحمد خروع؛ دولة القانون المرجع السابق، ص80 وما بعدها .

ويضفي الشرعية على ممارسة السلطات، ويكفل الحماية القانونية، ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية ويتحقق فيه تفتح الإنسان بكل أبعاده.

2-مبدأ المشروعية- مبدأ سيادة الشريعة- في النظام الإسلامي[1]:

إن الطابع المميز لفكرة السلطة النظامية في النظام الإسلامي يتجلى في النظرة إلى القانون ومكانته بالنسبة للسلطة فهو أمر جوهري لها لا يمكن أن تستقيم بدونه، مما يعني أن السلطة مقيدة به لا تخرج عن أحكامه.

فمما لا خلاف فيه أن السلطة في النظام الإسلامي تخضع لقانون هو شريعة عامة لا يملك الحكام مخالفتها؛ ولا تملك الأمة ذاتها تعديلها أو تبديلها مما يعني أنها سلطة مقيدة بأحكام القرآن والسنة والتي تشكل نوعا ساميا من القانون الدستوري يعلو حتى على وثيقة الدستور نفسها؛ لأن الأمة كلها ولو اجتمعت لا تستطيع أن تغير أو تبدل فيه. لكونه قانونا موحي به من عند الله عز وجل؛ وبناء على التقيد به تحصل الطاعة للحكام وفي هذا يقول الإمام الماوردي " إذا قام الإمام بحقوق الأمة فقد أدى حق الله فيما لهم وعليهم ووجب له عليهم حقان : الطاعة والنصرة ما لم يتغير حاله"[2].

وعلى هذا يثبت حق السلطة العامة على الأمة في طاعتها والانقياد لها في كل ما تأمر به وتنهى عنه مادامت هذه الأوامر النواهي لم تتعارض مع الأحكام التي بينتها شريعة الإسلام ومن هنا يتقرر مبدأ سيادة الشريعة والقاضي بخضوع الجميع حكاما والمحكومين للقانون ومن أجل كفالة هذا الخضوع وضعت الشريعة الإسلامية قيودا لحماية هذا المبدأ، وعلى رأس هذه القيود عدم مخالفة قواعد القانون الإسلامي وما أوجبه الشارع بمقتضى قواعده الكلية[3]؛ وبهذا فالدولة في النظام الإسلامي وليدة القانون الإلهي وهي بذلك قانونية منذ وجودها وما السلطة إلى وسيلة تحمي الشريعة وتقيمها .

وجدير بالذكر أن الطابع الإلهي للشريعة الإسلامية أفاد القانون المستمد منها في تحقيق الثبات له وللمبادئ العامة المستفادة منها، فلا تستطيع السلطة بجميع أجهزتها أن تعطلها بتغيير الدستور والقوانين ويترتب على هذا نتيجة هامة وهي أن الصفة الإلهية هي للشريعة فقط وليس للسلطة "حكومة وإدارة" مما يعني أن القداسة والخلود والثبات تكون صفة للمبادئ التي قررتها الشريعة؛ ولا يجوز إعطاء هذه الصفة للهيئات والسلطات التي تنفذ هذه المبادئ بل أنها جميعا هيئات وسلطات مدنية تنوب عن الجماعة وتعمل باسمها وتلتزم هي أيضا بالخضوع لمبادئ الشريعة بما يعنيه ذلك من عدم إمكان قيامهم بتغيرها أو تبديلها.[4]

---

[1] - ينظر إلى د/ عبد الغني بسيوني عبد الله؛ نظرية الدولة في الإسلام؛ ص 177؛ د/ فتحي عبد الكريم؛ الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي ص313 وما بعدها. د/ حازم عبد المتعال الصعيدي؛ النظرية الإسلامية في الدولة؛ دراسة مقارنة؛ ص 413 .

[2] - الماوردي؛ الأحكام السلطانية؛ ص 05

[3] د/ عبد الله محمد القاضي؛ السياسة الشرعية مصدر للتقنيين؛ دار الكتب الجامعية؛ ط1 1989 ص 534 و 535.وقد ذكر أن هناك ثلاثة قيود: 1- احترام قواعد القانون الإسلامي. 2- عدم الإنحراف في إستعمال السلطة. 3- الملائمة بين الأسلوب المتبع والهدف منه. مرجع نفسه ؛ ص535

[4] - د/ هشام احمد جعفر؛ الأبعاد السياسية لمفهوم الحاكمية؛ ص 204

فالحاكمية التشريعية لله تعني تقييد سلطة المشرع الوضعي وحماية الأفراد والمجتمعات من طغيان الحكام الذين يتخذون القوانين وسيلة لفرض سلطانهم وإستبدادهم.

ولهذا كان من بين أسس نظام الحكم في الإسلام مسؤولية الحاكم[1] عن تصرفاته المخالفة للشريعة فإذا زاغ الحاكم أو خالف نصا قطعيا فان عمله هذا يعد باطلا أو منعدما لا يترتب عليه أي أثر قانوني وهذا البطلان لا يحتاج إلى نص ولا إلى تقرير من القضاء. وقريب منه ما يسميه فقهاء القانون العام **بالإنعدام**[2] بل يترتب عليه جزاء أخر وهو الدفاع الشرعي العام عند أمن الفتنة؛ وينبني على إعتبار نصوص الوحي قرآنا وسنة لها المرجعية الأولى أن تنشأ محكمة دستورية عليا تختص بالفصل في مدى مطابقة القوانين و اللوائح لأحكام الشريعة [3].

فالنتيجة العملية لوجود شريعة إلهية لها الحاكمية أن تخضع جميع السلطات التنفيدية منها والتشريعية لهذه الشريعة بما في ذلك رأي الأغلبية البرلمانية. فلا سلطان لهم في إلغاء المبادئ الشرعية أما ما كان من التشريعات الإجتهادية المبنية على الأعراف والمصالح المغيرة بتغير الزمان والمكان فمرجعه إلى نظام الشورى في الإسلام كقاعدة عامة من قواعد الحكم الإسلامي.

ثالثا: مبدأ الفصل بين السلطات:

1- مفهوم المبدأ وأهميته في الفقه الوضعي: وقد تولد هذا المبدأ من رحم الصراع الطويل والمرير بين الحاكم والمحكوم في أوروبا ويمكن تلخيص جوهره في دعامتين رئيسيتين:

الأولى تقسيم وظائف الدولة إلى ثلاث وظائف وهي الوظيفة التشريعية والتنفيذية والقضائية؛ والثانية عدم تجميع هذه الوظائف الثلاث في هيئة واحدة.[4]

ويرجع الفضل في تحديد معالم وضوابط هذا المبدأ إلى الفقيه مونتسكيو من خلال مؤلفه "روح القوانين" سنة 1748 والذي استند إلى أن كل إنسان بيده سلطة يترع بطبيعته إلى إساءة استعمالها ولذلك لابد من تقسيم أو توزيع تلك السلطة حتى لا تصبح أداة للطغيان والاستبداد؛ ومن ثم يكون هناك نوع من الرقابة المتبادلة من خلال فكرة سلطة ضد سلطة.[5]

وهذا ما أثبته التاريخ إذ كان أصحاب السلطان المطلق يميلون إلى الطغيان في شكل تصرفات جنونية بسبب السلطة المطلقة التي تعبث بالرؤوس وتعمل فيها ما يشبه الدوار.[6]

---

[1] ــ د/ عبد الله محمد القاضي؛ المرجع السابق؛ ص 598 د/ محمد المبارك؛ الحكم والدولة ؛ ص 36 .

[2] د/ علي جريشة؛ المشروعية الإسلامية العليا؛ رسالة دكتوراه؛ ص 233

[3] د/ علي جريشة؛ إعلان دستور إسلامي؛ ص 58 .

[4] -د/ سليمان الطماوي؛ السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي دار الفكر ؛ ط5؛ 1986؛ ص518

[5] -د/فوزي أوصد يق؛ دراسات دستورية والعولمة ؛ دار الفرقان الجزائر ؛ ط2؛ 2001؛ ص34

[6] -د/ عبد الحميد متولي؛ الحريات العامة ،مرجع سابق ؛ص84 وقد نقل أمثلة عن جنون العظمة الذي أصاب كل من الاسكندر الأكبر ونابليون وضع كتابا أسماه (أصول الإيمان) ومما تضمنه – يجب علينا أن نصلي لأجل الإمبراطور لأنه خليفة الله نصبه على العرش وخلقه على أمثاله. ومما يروى عن **فرديريك الأكبر** أنه أراد أن يستولي على بعض الأراضي الأجنبية ليضمها إلى مملكته بروسيا فأعترض عليه بأن

ولهذا يعتبر هذا المبدأ من الضمانات الأساسية للحرية حتى قيل لا حرية سياسية بدون مبدأ الفصل بين السلطات لما يساهم فيه من الوقاية من السلطة المطلقة ذات المفسدة المطلقة.[1]وقد تبنى المؤسس الجزائري هذا المبدأ في **دستوري 1989؛ و1996** لذي قسم تنظيم السلطة إلى ثلاث هيئات:

– السلطة التشريعية: لها السيادة في إعداد القوانين والتصويت عليها طبقا للمادة 98

– السلطة التنفيذية: التي تسهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات و حسن سير الإدارة العامة المادة 85-- السلطة القضائية:التي تحمي المجتمع والحريات وتضمن للجميع حفظ حقوقهم الأساسية المادة 139

2 ــ مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الإسلامي :

إن المتأمل في مقومات نظام الخلافة لأول وهلة يجده لا يأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات؛ فالخليفة هو صاحب السلطات الثلاث: التشريعية والتنفيذية و القضائية أي أنه يجمع بينها جميعا[2]؛ مما يعني أنه لم يعرف توزيع السلطة بالصورة التي عرفها النظام الدستوري الوضعي[3]

ومرد ذلك إلى أن الرسول عليه السلام فيما يتعلق بمهامه السياسية كان يجمع بين السلطات الثلاث؛ ونظرا لما للخليفة من الرئاسة العامة في الدولة الإسلامية نيابة عن الرسول الكريم فإنه كان له حق في أن يتولى كل أعمال الدولة؛ وينفذ من الأنظمة ما يراه كفيلا بتنفيد ما عهدت به الأمة إليه لدى بيعته[4] ذلك أن رئاسة هذه السلطات كانت في عهد النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين من بعده لرئيس الدولة نفسه[5]؛ فمن المسلم به أنه في حياة الرسول – صلى الله عليه وسلم – لا يمكن التحدث عن سلطات ثلاث منفصلة ومستقلة فالرسول كان المشرع والمنفذ والقاضي[6].

وفي ذلك أحد المآخذ، بل لعله أكبر المآخذ والإنتقادات التي يوجهها البعض إلى نظام الخلافة لأنه لا يأخذ بذلك المبدأ الذي قيل به في الفقه الدستوري الغربي كأهم ضمانة للحرية ولشرعية الدولة.[7]

ومع ذلك فان المتعمق في فلسفة الحكم الإسلامي يكاد ينتهي إلى أنه إذا كان الإسلام لم يقرر فرض مبدأ الفصل بين السلطات؛ فإنه لم يقرر رفضه كذلك فإذا اقتضت المصلحة الأخذ بهذا المبدأ وجب الأخذ به[8].

هذا التصرف يخالف مبادئ القانون الدولي العام فقال :" سأستولي على تلك الأراضي ثم آتي بأحد أساتذة القانون الدولي ليضع نظرية أبرر بها مشروعية هذا التصرف"؛ ينظر د/ عبد الحميد متولي؛ القانون الدستوري؛ ص124

[1] –د/ صالح حسن سميع؛ مرجع سابق؛ ص545

[2] ــ د/ عبد الحميد متولي؛ مباديء نظام الحكم في الإسلام؛ ص 237 .

[3] ــ د/ هشام أحمد عوض جعفر؛ الأبعاد السياسية لمفهوم الحاكمية ؛ ص 210.

[4] ــ د/ حازم عبد المتعال الصعيدي؛ النظرية الإسلامية للدولة ص 431 نقلا عن السلطات الثلاث في الإسلام؛ للأستاذ عبد الوهاب خلاف؛ بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد؛ مارس1936؛ ص 459.

[5] د/ عبد الغني بسيوني؛ المرجع نفسه؛ ص 183؛ د/ سمير عالية؛ نظرية الدولة وآدابها في الإسلام، ص 102

[6] ــ د/ حازم الصعيدي؛ النظرية الإسلامية في الدولة؛ ص 432؛ على الهامش رقم 541

[7] – د/ حازم الصعيدي؛ المرجع السابق؛ ص 431 ود/ متولي؛ القانون الدستوري والنظم السياسية؛ ص182

[8] ــ د/ عبد الغني بسيوني؛ نظرية الدولة في الإسلام؛ ص 182

فإذا كان الوازع الديني في صدر الإسلام يمثل خير ضمانة من ضمانات الحريات ضد نزعات إساءة إستعمال السلطة والإستبداد بها؛[1] فان مع ضعف هذا الوازع يتعين البحث عن الضمان الكفيل بوقف السلطة عند حيرتها.

ولا شك أن المفهوم الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات لا يتنافى مع الفكر السياسي الإسلامي فالأهداف التي يتوخاها المبدأ وهي ضمانه الحرية؛ والشرعية؛ وتقسيم العمل؛ لا يمكن أن تكون غريبة على نظام الدين لحمته وسداه؛ وإذا كان الوازع الدين وخشية الله قد أغنت المسلمين في فجر الإسلام عن تلمس ضمانات تنظيمية ضد التعسف والانحراف؛ فإن ضعف الوازع الديني بعد ذلك قد وصل بالمسلمين عمليا إلى نوع من الحكم المطلق؛ لا يكاد المواطن يجد فيه ضمانا لنفسه أو ماله؛ ولذا فإن توزيع وظائف الدولة على هيئات مستقلة ومتخصصة تراقب بعضها البعض لا ينافي مبادئ الفكر الإسلامي في السياسة.[2]

على أن كلا من القرآن والسنة لم يتضمنا أحكاما تفصيلية لما يجب أن يكون عليه تنظيم السلطات الحاكمة؛ وإنما جاءا بالمبادئ العامة الأساسية؛ وذلك حتى تجد كل أمة في ضوء هذه المبادئ ما يلائم حالها وتقتضيه مصالحها؛ فتنظيم السلطات كما يقول **د/ منيرالبياتي** يدخل في **باب المباح** بمعنى التركيز جائز والجمع جائز؛ مع الإقرار بانفصال السلطة التشريعية عن السلطتين التنفيذية والقضائية انفصالا مرنا في إطار حق المجتهدين في تفسير أحكام القرآن والسنة[3].

فقد كان أهل الحل والعقد في ذلك الزمان رجالا تدار بمشورتهم الوظائف الإدارية ويحكمون في المسائل التشريعية؛ وكان القائمون بالحكم و الإدارة أمراء آخرين لم يكونوا منهم وما كان لهم من تدخل في التشريع؛ وكان القضاة رجالا آخرين غير هؤلاء وأولئك و لم يكن عليهم شيء من المسؤولية عن شؤون البلاد الإدارية"[4]

وهذا يعني أن الإسلام قد عرف مبدأ الفصل كأساس عام؛ و لم يتعرض للتفصيلات فجوهر هذا المبدأ لا يخالف مبادئ الشريعة بل يخدمها كضمانة من ضمانات تحقيق الدولة القانونية؛ فإذا ثبت ذلك من حماية للحريات ومنع للاستبداد السياسي كان من الحكمة التي هي ضالة المؤمن أين وجدها فهو أحق بها.[5]

وبناء على هذه المقدمات يكون ثمة انفصال تام بين التشريع من ناحية؛ وبين التنفيذ والقضاء من ناحية أخرى؛ لأنه فصل عضوي بدرجة حالت دون اغتصاب الحكام حق الاجتهاد أو سلطة التشريع بالرغم من اغتصابهم لسلطة التنفيذ[6].

---

[1] د/ عبد الغني بسيوني؛ المرجع نفسه؛ ص 432 و د/ متولي؛ مباديء نظام الحكم في الإسلام؛ ص 181 ــ 182.

[2] د/ سليمان الطماوي؛ السلطات الثلاث؛ ص 622 ؛ ود/ عبد الغني بسيوني؛ المرجع نفسه؛ ص 182

[3] – د/ منير حميد البياتي؛ النظام السياسي الإسلامي والدولة القانونية؛ ص164

[4] – أبو الأعلى المودودي؛ نظرية الإسلام وهديه في السياسة والقانون والدستور ؛ ص 269 ــ 270

[5] د/ حازم الصعيدي؛ المرجع السابق، ص 441؛ د/ صالح حسن سميع؛ المرجع السابق؛ ص 544.

[6] د/ هشام جعفر؛ المرجع السابق؛ ص 213

وهذا ما قرره كثير من الباحثين المعاصرين[1] منهم الدكتور ثروت بدوي إذ يقول أن :"الإسلام فصل بين السلطات إذ كان التشريع مصدره القرآن والسنة وإجماع الصحابة المجتهدين؛ دون أن يكون للخليفة اختصاص في التشريع وإنما تنحصر وظيفته في الإدارة تنفيذا لأحكام القرآن؛ أما القضاء فقد كان سلطة مستقلة يخضع لها الولاة والخليفة شأنهم شأن الأفراد ... ولئن كان الخليفة هو الذي يولى القضاة فإن هؤلاء لم يكونوا نوابا من الخليفة بل كانوا نوابا عن جمهور الناس يوزعون العدل بينهم ...وليست تولية الخليفة القضاء إلا تمكينا لمن عنده أهلية القضاء العدل العفيف من سلطان القضاء دون أن يكون هؤلاء خاضعين للخلافة[2].

ومنهم كذلك **د/سليمان الطماوي ود/ منير حميد البياتي**[3] في رسالته للدكتوراه والذي يقرر أن النظام الإسلامي قد تضمن **فصلا مرنا** بين السلطة التشريعية وبين السلطة التنفيذية "ومعها السلطة القضائية "؛ وأن هذا الانفصال قد جاء نتيجة لطبيعة التشريع في الإسلام؛ حيث أن النظام الإسلامي يبدأ من مقولة أساسية هي **مصدرية السماء في التشريع للأرض** وبهذه المقولة الأساسية إستقامت في الإسلام خريطة متميزة في توزيع السلطات. ثم يقول:" فالتشريع بمعناه الدقيق في الإسلام إنما هو لله تعالى وعلى هذا الأساس لا تملك أية سلطة في الدولة الإسلامية سلطة التشريع أي ابتداع أحكام مبتدأة في الدولة؛ أما مواجهة الضرورات فإنما يكون عن طريق استمداد ما يناسبها من أحكام من التشريع الإلهي بواسطة مجتهدي الأمة بما لهم من العلم والفضل والقدرة على الاجتهاد فليس ثمة سلطة شرعية في الدولة تقضي بمنح صفة لاجتهاد لفرد معين أو بحرمان أخر وإنما لاجتهاد صفة مكتسبة وفضل من الله يؤتيه من يشاء"[4].

مما تقدم يتبين أن عدم معالجة الفقهاء القدامى لهذا المبدأ؛ لا يعني عدم وجوده؛ وإنما لم تتوفر دواعيه خاصة ما كان موجودا من قوة للوازع الديني كضمانة لمنع الاستبداد.

فمن المؤكد والمتفق عليه أن الخليفة لم يكن حاكما مطلقا؛ و لم يكن يجمع بين يديه سلطات التشريع والإدارة والقضاء، مما يعني الأخذ بوجه عام بمبدأ فصل السلطات؛ فليس في الإسلام ما يحول دون الأخذ بهذا

---

[1] – وكذلك **د/محمد ضياء الريس** إذا يقول أن:" مبدأ الفصل بين السلطات ظاهر في النظام الإسلامي فالسلطة التشريعية؛ وهي أهم السلطات في أي نظام ديمقراطي مودعة في الأمة كوحدة ومنفصلة عن سلطة الإمام "رئيس الدولة ". فالتشريع يصدر عن الكتاب والسنة أو إجماع الأمة أو الإجتهاد وهو بهذا مستقل عن الإمام بل هو فوقه والإمام ملزم ومقيد به وما الإمامة في الحقيقة إلا رئاسة السلطة التنفيذية؛ والقضاء مستقل أيضا لأنه لا يحكم وفقا لرأي الحاكم أو الرئيس وإنما يحكم وفقا لأحكام الشريعة أي أمر الله ولا يمكن أن يحكم أن أراد أن يبقى قضاء إسلاميا إلا هكذا ويقول **د/ متولي**:" إن الخليفة في الإسلام يستطيع أن يجمع في قبضة يده بين السلطات الثلاث على أنه ليس في الإسلام ما يحول دون توزيع هده السلطات بين هيئات مختلفة أي دون الأخذ بمبدأ فصل السلطات" د/ عبد الحميد متولي؛ القانون الدستوري والأنظمة السياسية؛ ص 365.

[2] ــ د/ ثروت بدوي؛ النظم السياسية؛ ص 161.

[3] – د/ منير البياتي؛ النظام السياسي الإسلامي والدولة القانونية؛ ص164 وما بعدها.

[4] – د/ سليمان الطماوي؛ المرجع السابق؛ ص 603؛ وما بعدها.

المبدأ؛ ذلك أن الإسلام إنما جاء في ميدان أنظمة الحكم الدستورية؛ بمبادئ عامة تسمح عموميتها ومرونتها بالتطبيق في صور وأساليب مختلفة بما تقتضيه مختلف ظروف الزمان والمكان.

كما أنه ليس في هذا المبادئ العامة ما يحول دون توزيع السلطات الثلاث " التشريعية والتنفيذية والقضائية" بين هيئات مختلفة؛ بل الأمر بالعكس فإن روح الإسلام وطبيعته ومبادئه العامة إنما تدعوا إلى الأخذ بهذا المبدأ ومثله من المبادئ التي تهدف التي كفالة الحرية؛ومنع استبداد الحكام؛ فشريعة الإسلام قد اعترفت منذ ظهورها بحرية الأفراد في زمان لم يكن للفرد فيه ـــ خارج دار الإسلام ـــ حق أو حرية تجاه السلطة[1].

والواقع أن هناك مبررات كثيرة تجعل من الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات ضرورة لابد منها في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم من استبداد الحكام وتعسفهم في استعمال السلطة؛ وعلى هذا فإن إعمال مبدأ الفصل بين السلطات بما يعنيه من تخصيص منع تركيز السلطة خوفا من الاستبداد ولضمان شرعية الحكام لاينافي الأسس التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية .

فالحقيقة أن هذا المبدأ الذي تمليه قواعد السياسة الحكمية في الحكم هو اجتهاد سليم للحيلولة دون الاستبداد ولعل عمر-ض- حيث أستحدث مبدأ تفرغ القضاة وتخصيصهم كان في ذهنه الاعتبارات التي يقوم عليها مبدأ الفصل؛ ولهذا اضطر الخلفاء عند ضعف الوازع الدين إلى انشاء قضاء المظالم لقمع يد الظالمين من ذوي السلطة؛ وقضاء المظالم في جوهره.. ليس إلا تنظيما وقائيا ضد التعسف والانحراف[2].

رابعا- مدى فاعلية الضمانات الفكرية في حماية الحرية: رغم الدور الذي تقوم به هذه المبادئ في بناء الدولة القانونية وحماية الحريات من تعسف السلطة إلا أنها تعرضت لقيود واستثناءات بدعوى الموازنة بين حرية الأفراد وفاعلية الإدارة في فرض النظام؛ومن أهم هذه القيود نظرية الظروف الاستثنائية التي تخول الإدارة تقييد بعض الحريات ومصادرة البعض الأخر رغم مناداة الفقه إلى تأسيس مبدأ ثان لتقييد السلطة العامة في ظل هذه الظروف يعرف **بمبدأ المشروعية الاستثنائية** [3]كقيد على سلطة الإدارة في الظروف غير العادية أساسه قانون الطوارئ وإعلان حالة الحصار والحالة الاستثنائية وحالة الحرب وهو في الجزائر القانون العضوي المنظم لحالتي الطوارئ والحصار والذي لم ير النور إلى يومنا هذا ابتداء من سنة 1996 .

وكذا نظرية أعمال السيادة والتي بموجبها تستثني طائفة من التصرفات من الخضوع للرقابة القضائية والتي تعتبر بحق وصمة عار في جبين المشروعية[4] وأحد بقايا الدولة البوليسية رغم الجهود القضائية في التقليل من قائمة هذه الأعمال ؛ والتي أسفرت عن إقرار مسؤولية الدولة عن جميع أعمالها غير التعاقدية بما في ذلك أعمال الضبط الإداري المقيدة للحريات العامة .

---

[1] -د/ جازم الصعيدي؛ النظرية الإسلامية في الدولة؛ ص435 ومابعدها.

[2] - د/ سليمان الطماوي؛ المرجع نفسه؛ ص 605.

[3] - د/ أحمد الموافي؛ المشروعية الاستثنائية دون تاريخ الطبع وسنة النشر جامعة الأزهر؛ ص5

[4] - ينظر تفصيلا للاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية والتي يسميها الباحثون **بمرونة وتوازن المشروعية** عند الباحث في رسالته للماجستير؛ مبدأ المشروعية-نطاقه وضماناته- رسالة ماجستير؛جامعة وهران ؛2002 ص98

وبالرغم مما وصل إليه تطور مبدأ المشروعية بحيث لم يعد من المتصور إهداره في أي مجتمع حضاري فإنه لا يزال موضع اهتزاز؛ وغير ذي أثر على أصحاب النفوذ ما دام القانون الذي تخضع له السلطة أيا كان وأيا كانت بيدها تشكله كيف شاءت ومتى شاءت.

فما دام بوسع الفئة الحاكمة أو المتحكمة أن تصوغ الظلم قواعد وتنسج الباطل قوانين وتضل الناس بشرعية زائفة تنتهك تحتها الحريات والحرمات بل ترتكب بإسمها الجرائم والآثام، ومهما قيل عن دور القانون في حماية الحريات فإنه في نظر صانعيه ليس أحسن حال من آلهة العجوة التي كان يصنعها العرب قبل الإسلام يسجدون لها فإذا جاعوا أكلوها؛ إن السلطة لا تلبث أن تأكل بأفواهها ما صنعته أيديها وبهذا يكون القانون الوضعي عاجزا عن أن يقيم شرعية تحمي الناس، ولن يتحقق ذلك إلا إذا كان الحكم لله والشرع من صنعه والكل من بعده حاكما ومحكوما عابد له ومطيع، تلك شرعية الإسلام التي تقيد السلطة بالوحي فتجد الشرعية قيمتها واحترامها بحيث تخضع السلطة بمجموع درجاتها إلى سلطان أعلى منها وأقوى واكبر.

ففي الوقت الذي كانت أوروبا تعيش في ظلمات القرون الوسطى لا تدري ما المشروعية ولا الحرية كانت شرعية الإسلام قائمة على أصولها من سيادة القانون وإعتراف بالحقوق والحريات.

أما عن مدى فعالية الفصل بين السلطات في حماية الحريات العامة من سلطات حفظ النظام العام فان الواقع السياسي لابد وأن يؤدي إلى سيطرة وهيمنة سلطة واحدة على باقي السلطات مما دفع بالبعض إلى اعتباره **مبدأ وهميا**[1] يستحيل تكريسه عمليا لتناقضه مع وحدة مبدأ السيادة، وخطورة إعماله في مجال تحديد مسؤولية الدولة؛ إذ قد يؤدي إلى التهرب من تلك المسؤولية [2]؛ كما أن انه في ظل الظروف الاستثنائية يذوب هذا المبدأ في مبدأ وحدة السلطة فإذا تقررت حالة الحصار تم تفويض جميع السلطات للسلطة العسكرية؛ بل وحتى خارج الحالة الاستثنائية يمكن للحكومة للجوء إلى السلطة العسكرية لإعادة استتباب النظام العام وهذا بخلاف ذلك الفصل الحقيقي بين سلطة التشريع الإلهي وبين سلطة التنفيذ والقضاء في النظام الإسلامي؛ بما يحقق ضمانة فعالة في حماية الحرية من تعسف السلطة الضبطية.

الفرع الثاني: الضمانات القانونية ومدى فاعليتها في حماية الحرية في الشريعة والقانون:

تتنوع الضمانات القانونية ما بين ضمانات دستورية؛ وضمانات تشريعية؛ بحيث تساهم كل واحدة منها بتوفير قدر من الحماية للحريات فالدستور باعتباره القانون الاسمي في الدولة يشكل حدا منيعا على السلطة النظامية من حيث ضرورة الاعتراف بحقوق الإنسان وحرياته الدستورية أثناء اتخاذ أية تدابير ضبطية؛ والتي يجب أن تكون متطابقة مع الدستور؛ وإلا يكون مصيرها هو الإلغاء عملية بمبدأ دستورية القوانين والتنظيمات؛ كما أن القانون باعتباره معبرا عن الإرادة العامة؛ فانه يمثل ضمانة تحمي الحرية من تعسف السلطة الضبطية نظرا لما تحتله القواعد البرلمانية من سمو على لوائح الضبط الاداري في مجال حماية النظام العام؛ وهذا ما سيتم بحثه من خلال

---

[1] – د/بوبشير أمقران؛ السلطة القضائية في الجزائر؛ دار الأمل 2002؛ ص15 ود/ صالح سميع؛ مرجع سابق؛ ص543

[2] – د/ سليمان الطماوي؛ السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر الإسلامي؛ دار الفكر ؛ط5 ؛1986؛ص519 .ا

التعرض لدور الضمانات الدستورية والتشريعية في مجال حماية الحرية؛ ومن ثم تقييم مدى فاعليتهما؛ مقارنة بدور هاتين الضمانتين في النظام الإسلامي؛ وذلك على الشكل والتقسيم الأتي:

أولا: الضمانات الدستورية :[1]

1-"مبدأ الاعتراف الدستوري بالحريات العامة"

يكاد الفقه يجمع على أن وجود دستور في قمة الهرم القانوني للدولة يتضمن النص على الحريات العامة يعد أولى الضمانات القانونية ؛ لما تمثله الدساتير من علو منزلتها وقدسية نصوصها ولكونها أرقى ما وصل إليه الفكر الإنساني في تنظيم العلاقة بين السلطة والحرية بما يحقق التعايش السلمي بينهما في إطار الدولة [2]. ولهذا تحرص كل الشعوب المتحضرة على أن تسجل فيها مكاسبها وحقوقها وحرياتها ؛ التي حصلت عليها كثمرة من ثمرات كفاحها الطويل ضد السلطة ،فحقيقة الحرية أنها ثمرة النضال بين الفرد والدولة ولهذا استقر الرأي على أن النص على الحريات في الدساتير من شأنه أن يجعل منها مادة دستورية لها نفس قيمة القواعد الدستورية ولذا يقال قواعد الحريات العامة قواعد دستورية سامية .

وتتنوع الأساليب التي تتبعها الدول في تقرير الحريات العامة وإضفاء الحماية الدستورية عليها؛تبعا لتباين الأصول الفلسفية والسياسية التي تقوم عليها أنظمة الحكم ، بالإضافة إلى اختلاف الظروف التاريخية من دولة لأخرى؛ فثمة دول تأخذ بأسلوب تسجيل حرياتها العامة في وثائق دستورية مستقلة وقائمة بذاتها؛ يطلق عليها **إعلانات الحقوق** كما هو الشأن بالنسبة لانجلترا وفرنسا[3]، على حين تتجه دول أخرى إلى أسلوب النص على الحريات في **صلب الدستور** أو في مقدمته ؛ كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية والجزائر من خلال دساتيرها الأربع 1963 ؛ 1976؛ 1989؛ 1996 مع وجود رقابة على دستورية القوانين سواء كانت سياسية أو قضائية.

وعلى هذا استقر الفقه الدستوري على أن الدساتير تمثل الموضع الطبيعي للحريات العامة مما يجعلها تحتل منزلة القواعد الدستورية ذاتها؛ الأمر الذي يخولها أن تصبح سياجا منيعا وقيدا حاجزا ضد افتئات السلطة.[4]

ومن أجل حماية مبدأ دستورية الحريات العامة ظهر **مبدأ الرقابة على دستورية القوانين** كوسيلة فعالة مفادها أن الدستور وما يتضمنه من نصوص لا يكفي وحده لتحقيق أية حماية للحريات العامة بل لابد من

---

[1] – ينظر في تفصيل هذه الضمانات الدستورية د/ أحمد فتحي سرور؛ الحماية الدستورية للحقوق والحريات؛ دار الشروق؛ ط2؛ سنة 2000؛ ص362؛ ود/ شعبان احمد رمضان؛ الحماية الدستورية لحقوق الانسان؛ مرجع سابق طبعة 2006؛ ص74

[2] –د/ثروت عبد العال احمد ؛المرجع السابق ص46

[3] –د/ عاطف البنا حدود سلطة الضبط الإداري مطبعة جامعة القاهرة1980 ص46

[4] –د/ يحي الجمل؛ الأنظمة السياسية المعاصرة؛ دار الشروق؛ ص108ونص عبارته "إن وجود الدستور ونصه على حقوق معينة يعطي هذه الحقوق صفة دستورية؛ ومن ثم فانه يجعلها بعيدة عن يد الممارسين للسلطة ويقيم من هذه الحقوق قيدا على السلطات العامة في الدولة لا يجوز لها أن تتخطاه"

وجود هيئة[1] تسهر على حماية الدستور من الانحراف التشريعي؛ إعمالا لمبدأ تدرج القواعد القانونية ،وظيفتها الرقابة على مدى الانسجام التشريعي مع قواعد القانون الدستوري. وهذا ما اعتمده المؤسس الدستوري الجزائري من خلال نصه على **تأسيس مجلس دستوري** يسهر على حماية الدستور من انتهاك السلطتين التشريعية والتنفيذية له فيما يعرف بمبدأ دستورية القوانين وهو عبارة عن هيئة سياسية مختلطة تمارس صلاحيات رقابية واسعة في مجال إلغاء القوانين والتنظيمات المخالفة للدستور خاصة منها القوانين العضوية التي يمارس عليها رقابة قبلية وجوبيه طبقا للمادة 163من الدستور النافذ.

2- مدى فاعلية الضمانات الدستورية في حماية الحرية

ورغم اعتبار الفقه وتركيزه على مثل هذه الضمانات إلى أن واقع الحريات يكشف أنها مجرد وعد دستوري يقتضي تدخل المشرع العادي لوضع هذا الوعد موضع التنفيذ، فإعلانات الحقوق ليست إلا مجرد توجيهات أدبية وإرشادية **مغرقة في العمومية** فضلا عما تتصف به من غموض أفقدها ما ينبغي أن تكون عليه القواعد القانونية من تحديد ووضوح مما يجعلها غير قابلة للتطبيق الفوري.[2]

وبالتالي لا يمكن للأفراد الاحتجاج بها ولا للقضاء الاستناد إليها في الفصل في النزاعات ،مما يعني أنها مجردة من أية قيمة عملية يمكن أن تغل يد المشرع ،وعليه فان الوضع القانوني الفعلي للحريات العامة يضل رهنا بالتشريعات التي تضعها السلطة التشريعية، لا بما ورد النص عليه في هذه الإعلانات.

أما الدساتير فرغم ما تتمتع به من قيمة قانونية لا خلاف عليها إلا أن طبيعة صياغة الدساتير التي يجب أن تبتعد عن التفصيلات- المتطورة بطبيعتها – يجعلها تقف عند حد العموميات والكليات الأمر الذي يجعل مهمة تنظيم الحرية من اختصاص المشرع العادي[3]

وبذلك أفرغت الحماية الدستورية من مضمونها لعمومية نصوصها ومحدودية أثرها في تقييد السلطات العامة في الدولة، لينحصر دورها في رسم الخطوط الرئيسية بصورة عامة للفلسفة السياسية والاجتماعية التي يجب أن تتبعها السلطة التشريعية في الدولة[4]

وفي هذا يقول **د/ سعد عصفور** "لا يكفي للتعرف على الحريات العامة في دولة ما الاطلاع على دستورها وإنما ينبغي في المقام الأول الرجوع إلى القوانين الصادرة لتنظيم هذه الحريات وبيان كيفية ممارستها[5]

---

[1] – هذه الهيئة قد تكون هيئة سياسية في شكل مجلس دستوري كما هو الحال في فرنسا والجزائر يوكل إليها مهمة ملاحظة مدى دستورية قانون ما بعد إخطارها من أطراف مخصوصين و محددين في النص الدستوري (م 166) وهم رئيس الجمهورية، ورئيسي غرفتي البرلمان.وبإضافة الوزير الأول ،و60نائبا من الجمعية الوطنية، أو 60عضوا من مجلس الشيوخ بالنسبة لفرنسا وفقا للتعديل الدستوري 1974ينظر تفصيلا أكثر د/ بوكرا إدريس؛ الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ؛ ص100

[2] – د/ ثروت عبد العال، مرجع سابق؛ ص52

[3] – د/ محمود عاطف البنا، حدود سلطة الضبط الإداري ؛ ص46

[4] – د/ محمد عصفور؛ الحرية في الفكرين الديمقراطي والماركسي؛ ص53

[5] –د/ سعد عصفور؛ مشكلة الضمانات والحريات العامة فغي مصر؛ مجلة المحاماة العدد 3 و4 السنة 56 ؛ ص101

" ونظرا لأهمية هذه القوانين يشترط الدستور إجراءات خاصة في المصادقة عليها -وهذا ما يسمى في فرنسا بالقوانين الأساسية وفي الجزائر بالقوانين العضوية- والتي يشترط فيها مصادقة الأغلبية المطلقة للنواب وأغلبية ثلاثة أرباع3/4 أعضاء مجلس الأمة طبقا للمادة 123 من دستور1996[1] .

ثانيا-الضمانات التشريعية ومدى فاعليتها في حماية الحرية :

1- "مبدأ التنظيم التشريعي للحريات العامة"

يعتبر أحد ضمانات الحرية بل هو خير ضماناتها لما يقدمه للحرية من إمكانية التكريس العملي فالفرد مدين للقانون في مجال الحرية ،فالتشريع البرلماني باعتباره صادرا عن الإرادة العامة ؛ غير خاص بحالة فردية قائمة و لا أفرادا معينين بذواتهم، بل في قاعدة عامة ومجردة تطبق على كل الحالات و على كل الأشخاص الذين يتوافر فيهم ما اشترطه المشرع[2]؛ وتحت رقابة الرأي العام لا يميل إلى الطغيان وقهر الحريات وإنما يكفل لها الوجود الواقعي ويعضد من ممارستها .كونه الأقدر على تحقيق متطلبات الحريات في إطار من النظام.[3] فالأصل أن يقف دور المشرع عند حد تنظيم الحرية **على** النحو الذي يسمح لكل فرد باستعمال حريته بما لا يتعارض مع استخدام الآخرين لحرياتهم؛ ومن ثم لا يجوز له الانتقاص من الحريات أو التضييق منها. وهذا ما أدى إلى اعتبار التنظيم التشريعي للحريات **مجالا محجوزا للمشرع** يمارس اختصاصه فيه على سبيل الانفراد والاستقلال، بحيث لا يجوز له التنازل عنه أو التفويض فيه[4] وهذا ما أقره دستور1996في المادة 1/122"يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور والتي منها: **نظام الحريات العمومية** وحماية الحريات الفردية..."

ومن أجل تفعيل الضمانات البرلمانية يرى كثير من الفقهاء الدستوريين ضرورة تقرير **مبدأ ازدواجية السلطة التشريعية** فإعمالا لمبدأ الفصل بين السلطات يجب إعادة تنظيم العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية بما يضمن إقامة نظام سياسي ديمقراطي يؤمن بالحريات العامة في إطار حفظ النظام العمومي. سواء كان هذا النظام نظاما برلمانيا على النموذج الإنجليزي حيث يتمتع البرلمان بمشروعية ديمقراطية أقوى من الحكومة؛ الأمر الذي

---

[1] -تنص المادة على 123 (إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور،يشرع البرلمان في المجالات الآتية:-تنظيم السلطات العمومية؛ -نظام الانتخابات؛-القانون المتعلق بالأحزاب السياسية ؛-القانون المتعلق بالإعلام؛- القانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي؛-القانون المتعلق بقوانين المالية ؛- القانون المتعلق بالأمن الوطني..."

[2] - د/ نعيم عطية؛ المرجع السابق، ص 198 وما بعدها .

[3] - و تزيد أهمية الضمانات التشريعية إذا كان البرلمان مكون من مجلسين فيما يسمى بمبدأ ازدواجية البرلمان حيث يكون التمثيل النيابي عادلا بين الدوائر الانتخابية إضافة إلى ما يحققه هذا المبدأ من الجمع بين حكمة الشيوخ وحماس الشباب في المجالس التشريعية وهذا ما تبناه دستور1996 طبقا للمادة 98 "يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة ..." ينظر د/عبد الحميد متولي ؛مرجع سابق؛ ص70 خلافا؛ د/ الشرقاوي التي لم تعتبر ازدواج مجلسي البرلمان ضمانة مستقلة بذاتها .ينظر إلى مؤلفها السابق؛ نسبية الحريات؛ مرجع سابق؛ ص 103

[4] - فالمشرع وحده هو المختص بتحديد المجال الذي تتم فيه ممارسة الحريات، ذلك أن التشريع باعتباره صادرا عن الإرادة العامة و تحت رقابة من الرأي العام يكون اقدر على تحقيق التوافق بين الحريات في إطار من النظام العام.د/ عاطف البنا ؛ المرجع السابق؛ ص52

يجعلها موضع مساءلة أمام نواب البرلمان. أو كان نظاما رئاسيا على النموذج الأمريكي حيث الفصل المطلق بين السلطتين التشريعية والتنفيذية مع الأولوية للسلطة التنفيذية.[1]

وأيا كان نوع النظام الديمقراطي الذي تتبعه الدولة فإن المهم أن يكون هناك فصل بين السلطات لما يحققه من استقلال إداري عصوي ووظيفي للمجالس البرلمانية في ظل تعددية سياسية، غير أن التجربة البرلمانية العالمية أثبتت أن نظام البرلمان ذي المجلسين هو الأكثر ديمقراطية لما يسمح به من الجمع بين إرادة الشعوب وبين الكفاءات العلمية للأمة ولذلك نهج المشرع الجزائري هذا الأسلوب ابتداء من دستور 1996 طبقا للمادة 98 "يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه"[2]

ولهذا يشترط في فعالية الرقابة البرلمانية أن تقوم البرلمانات على أساس انتخابات حرة ونزيهة تعكس التركيبة الفعلية للمجتمع مما يجعلها تعددية بطبيعتها تسمح للمعارضة بالتعبير عن نفسها خلال عملية صنع القرار داخل البرلمان وكذا تفتح البرلمانات على منظمات المجتمع المدني ومختلف وسائل الإعلام الحر من أجل فرض احترام القانون واحتكام السلطات إليه؛ وبهذا الصدد أصدر المشرع الجزائري مجموعة من القوانين العضوية التي تنظم العلاقة بين الحكومة والبرلمان وكيفية قيام الانتخابات التشريعية وكذا قانون تنظيم التعددية الحزبية. ففي مجال ضرورة إجراء انتخابات تشريعية حرة ونزيهة مفتوحة أمام كل الفئات جاء القانون العضوي الصادر بموجب الأمر 07/97 [3].وفي مجال فتح الانتخابات التشريعية أمام مختلف الأحزاب السياسية وتنظيم شروط قيامها وسير اجتماعاتها جاء القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية الصادر بموجب الأمر 09/97[4].

ومن أجل فرض استقلالية البرلمان وتفعيل دوره في الرقابة على أعمال الحكومة صدر القانون المنظم لعلاقة البرلمان بالحكومة بموجب القانون العضوي رقم 02/99[5].وبخصوص توفير الحصانة لعضو البرلمان وتحديد حقوقه وواجباته جاء القانون رقم 01/01 المتعلق بعضو البرلمان[6].

---

[1] – د/ خميس حزام والي؛ إشكالية الشرعية في الأنظمة السياسية العربية – إشارة إلى تجربة الجزائر– مركز دراسات الوحدة العربية؛ لبنان، ط1، سنة 2003، ص142

[2] –د/ محفوظ لعشب، التجربة الدستورية في الجزائر؛ المطبعة الحديثة الجزائر 2000؛ ص82

[3] – الصادر بموجب الأمر رقم 07/97 المؤرخ في 07 مارس 1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، الجريدة الرسمية رقم12 الصادر في 06 مارس 1997، ص 03والمعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 01/04 المؤرخ في 07 فبراير 2004، جريدة رسمية 09، المؤرخة في 11 فيفري 2004 ص21.

[4] – الأمر 09/97 المؤرخ في 06مارس 1997 والمتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، جريدة رسمية رقم 12 المؤرخة في 06 مارس 1997، ص30.

[5] – القانون العضوي رقم 02/99 المؤرخ في 08 مارس 1999 المنظم لعمل المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة والعلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، جريدة رسمية رقم 15، الصادرة في 09 مارس 1999، ص 12.

[6] – القانون رقم 01/01 المؤرخ في 01/31/ 2001 والمتعلق بعضو البرلمان، الجريدة الرسمية رقم بتاريخ 2001/02/04، ص13.

2-مدى فاعلية الضمانات التشريعية في حماية الحرية: إذا كان القانون يمثل خير ضمانات الحرية فالأصل أن يقف دور المشرع عند حد تنظيم الحرية على النحو الذي يسمح لكل فرد باستعمال حريته بما لا يتعارض مع استخدام الآخرين لحرياتهم؛ ومن ثم لا يجوز له الانتقاص من الحريات أو التضييق منها .

غير أن ضعف البرلمانات وموالاتها للسلطة التنفيذية وما ترتب على ذلك من تخليها عن وظيفتها التشريعية في إطار تحديد مجالات التشريع المقررة للبرلمان[1] ؛ أدى إلى إفراغ هذه المبدأ من فعاليته،[2]

ومما ساهم في انهيار الحماية التشريعية تدهور دور البرلمان وتخليه عن سلطته الدستورية بسبب نظام الثنائية الحزبية الذي يخول للأغلبية البرلمانية تشكيل الحكومة ومن ثم تكون صاحبة الاقتراح التشريعي بمباركة من الأغلبية الحزبية ؛خاصة في ظل عدم الاعتراف بحق الأقلية في الطعن بعدم دستورية القوانين.[3]

فالفكرة الأساسية التي تصدر عنها الفلسفة الديمقراطية هي أن الأصل في أية جماعة إنسانية هو الحرية، وأن القيد أمر عارض لا يجوز أن يفرض إلا لضرورة أو لتحقيق مصلحة حيوية .وإذا كانت الفلسفة الديمقراطية قد رجحت اعتبارات الحرية فإن كثير من الفقهاء لم تفتهم اعتبارات تحقيق النظام في المجتمع ، فهم قد أدركوا أن قيام المجتمع نفسه يتعارض مع التسليم بصفة مطلقة للحريات المعترف بها للأفراد، و لذلك كان تنظيم الحرية أمرا أساسيا[4] .

ففي واقع الأمر أنه إذا ما فرض الدستور على المشرع قيودا معينة في تنظيمه للحرية فإنه يجب مراعاتها واحترامها، وإلا عد القانون معيبا لمخالفته الدستور، وإذا لم يفرض الدستور على المشرع قيودا معينة فإن المشرع لا يكون عليه من الناحية القانونية سوى قيد قانوني هو عدم إلغاء أو سلب الحرية؛وعلى ذلك فعندما يخول الدستور للمشرع حق تنظيم حرية من الحريات، دون أن يفرض عليه التزام قيود معينة ، فإن المشرع يملك

---

[1] – تنص المادة 22 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على أنه " لا يجوز القبض على أي فرد تعسفيا و السلطة القضائية هي الحارسة على الحرية الفردية و تؤمن احترام هذا المبدأ وفقا للشروط المنصوص عليها في القانون ". فلقد وزع دستور 1958 سلطة التشريع بين البرلمان والحكومة و أصبحت الحكومة أي السلطة التنفيذية صاحبة الاختصاص العام بالتشريع في جميع المسائل التي لم ترد على سبيل الحصر في المادة 34 و التي جعلها الدستور من اختصاص البرلمان ، و معنى ذلك أن اختصاص البرلمان في التشريع اختصاص محدد على سبيل الحصر و هو يضم الحقوق المدنية و الضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين لممارسة الحريات العامة .ينظر د/ عادل أبو الخير؛ مرجع سابق؛ ص93

[2] –حيث صار القانون تحت تصرف الحكومة التي أصبحت تبادر بمعظم مشاريع القوانين؛ لتنحصر وظيفة البرلمان في المصادقة على مشاريع الحكومة؛ وفي هذا تزييف لإرادة الشعب وانتهاكا لسيادته وهذا ما هو واقع في معظم دول العالم الثالث إذ يعد البرلمان فيها مجرد شكل صوري لتحسين صورة النظام الحاكم؛ والتستر على القوى الخفية المسيطرة في الدولة . وبذلك لا يكون القانون الصادر عن هذا البرلمان معبرا بصدق عن الإرادة الشعبية وإنما معبرا عن إرادة الأقلية النافذة والمتسترة لإبقاء وقضاء مصالحها ينظر الى د/ عاطف البنا ؛مرجع سابق ص51 .و د/ ثروت عبد العال ؛مرجع سابق ص119

[3] – ويلاحظ في هذا الشأن أن المؤسس الدستوري الفرنسي تدارك الأمر ووسع من جهات إخطار المجلس الدستوري إلى 60 نائبا في الجمعية الوطنية ؛أو 60 عضوا بمجلس الشيوخ بموجب التعديل الدستوري في 1974/10/24ينظر إلى –د/ بوكرا إدريس الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية دار الكتاب الحديث ؛2003؛ص101

[4] –د/ محمد عصفور؛ وقاية النظام الاجتماعي باعتبارها قيدا على الحريات العامة، ص 58.59

سلطة واسعة في تنظيم الحرية وفي تقييدها طالما أنه لا يهدم الحرية ، فإن من له حق التنظيم حرية من الحريات كان له وضع القيود على تلك الحرية ، و ليس هناك حد للمدى الذي يبلغه المشرع في تقييده للحرية. وذلك نظرا لعدم وجود معيار موضوعي لرقابة الملائمة والتناسب على أعمال السلطة التقديرية للمشرع التي لا تخضع لرقابة القضاء الدستوري وإنما لرقابة الرأي العام وحده.[1]

ثالثا– الضمانات الدستورية والتشريعية في النظام الإسلامي–دراسة مقارنة بالقانون الوضعي–

من الحسانات السياسية لتاريخ الفكر الدستوري الوضعي أنه حاول إيجاد تنظير فقهي يخضع السلطة لقيم وأهداف سابقة على وجودها؛ ومن ثم فإن ما تصدره من تشريعات أيا كان موقعها في السلم التشريعي يجب أن تتطابق مع تلك القيم و الأهداف المتعلقة بحقوق الإنسان وحرياته العامة، ومن هنا ظهر مصطلح الشرعية ليعبر عن تلك القيم والأهداف كما ظهر مصطلح المشروعية ليعبر عن مدى تطابق البنية القانونية التي تضعها السلطة مع تلك القيم و الأهداف السابقة على وجودها.

غير أن محاولة الفقه القانوني الغربي المعاصر للتمييز بين الشرعية والمشروعية[2] على أساس أن الشرعية تقع في جملتها في مجال الفلسفة السياسية، وخارج إطار النظام القانوني للدولة ومن ثم فهي سابقة في الوجود على المشروعية التي تعني إلتزام السلطة بكل هيئاتها بالنظام القانوني للدولة، إن هذه المحاولة تعد غير ذات أثر حقيقي لأن الشرعية والمشروعية في نهاية الأمر **من صنع البشر**.[3]

ومن ثم فإنه في ظل الدولة المعاصرة تغدو إرادة الأغلبية أو إرادة الفئة المتنفذة؛ هي المعبرة عن شرعية الأداة الحاكمة؛ وعن النظام القانوني للدولة؛ فشرعية السلطة ومشروعية تصرفاتها تجتمعان عند مجرد ممارسة السلطة لأعمالها طبقا للقانون الوضعي الذي هو في النهاية من عمل وصنع أجهزتها ومؤسساتها الدستورية، ومن ثم فإن مواطن الدولة الغربية مكلف بطاعة قوانينها طالما أنها قد صدرت صحيحة من حيث الشكل دون أن يكون من شأنه تمحيص سند السلطة في إصدارها، ولا يخفي أن هذا الخلط بين الشرعية والمشروعية له أثره في فعالية ضمانات الحريات العامة، وإذا كان الوضع على ذلك الحال في ظل النظام الوضعي فإنه جد مختلف في ظل تعاليم النظام الإسلامي إذ أنه مصطلحي الشرعية والمشروعية بتحديدهما السابق يدخلان في البنية القانونية للدولة وتحفهما الضمانات الفعلية[4].

فالشرعية وما تخزنه من قيم وأهداف عليا للمجتمع تتسم بالانضباط والتحديد لأنها تعاليم أقرها الله لضبط حركة المجتمع، فقواعد الشريعة الإسلامية هي قواعد الشرعية التي يجب أن يرعاها المشرع الوضعي في مشروعية قوانينه.

---

[1] – د/ محمود عاطف البنا؛ حدود سلطة الضبط الإداري، ص57 وما بعدها .

[2] – ينظر في الفرق بين المشروعية والشرعية؛ لدى فقه القانون العام للباحث مبدأ المشروعية– نطاقه وضماناته– رسالة ماجستير، ص24

[3] – –د/علي جريسة ؛ المشروعية الإسلامية العليا ؛ دار الوفاء ؛ المنصورة؛ ط4 ؛ سنة 1991؛ ص 28

[4] ــ د/ صالح حسن سميع؛ أزمة الحرية السياسية ص531. د/ مصطفى كمال وصفي؛ النظام الدستوري في الإسلام ص14. د/ هشام جعفر؛ المرجع السابق؛ ص99.

أما مصطلح المشروعية فيفيد محاولة أن يكون النظام القانوني موافقا لقواعد الشرعية التي انتظمها الكتاب والسنة، فإذا تدلت السلطة عنها فإن هناك ضمانات شعبية فعالة تعتبر من التكاليف الوجوبية لا مانع شرعا من تقنينها، وإدخالها في إطار البنية القانونية للدولة وإن كانت هذه الفكرة غير عملية من حيث الواقع[1].

فلا مجال في الشريعة الإسلامية لوجود حقوق طبيعية للإنسان سابقة في وجودها على القانون ويترتب على هذا **أن الشريعة هي أساس الحق وليس الحق هو أساس الشريعة**، ومن ثم صح أن يوصف الحق بأنه منحة إلهية؛ وليس صفة طبيعية للإنسان؛ أو أن مصدرها ذات الإنسان ولا هو حق يخوله المجتمع. فمصدر الحقوق والحريات هو الله بإعتباره خالق الكون والإنسان والمالك الأصلي لكل حق، فكل حق في الإسلام إنما ينشيء بإثبات الشارع له فلا حكم قبل ورود الشرع.

ذلك أن الإسلام في تقريره للحريات العامة في الواقع الاجتماعي والسياسي ينتهج خطة تعتمد على تحرير ضمائر الناس ووجدانهم أولا بأن يغرس فيهم الشعور بالكرامة[2] حتى إذا ما استقر ذلك في نفوسهم كانت الاستجابة إلى التشريع؛ والمسارعة إلى التطبيق، وليس من سبيل إلى هذا التحرير غير ربط الإنسان بخالقه وتقدير عبوديته وحده بكل معاني العبودية والتي من مكملاتها أن يتحرر الإنسان من كل سلطان آخر، وأن يطرد من نفسه كل خوف، وأن يفرد الله بالحاكمية العليا، وهذا من شأنه أن يربي النفوس على قداسة ما منحهم الله من حقوق، في الوقت ذاته الذي يملؤها عزة وجرأة على ممارستها والمطالبة بها من غير خوف على الأرزاق أو المصائر.

ومن أجل ذلك حرص الإسلام على وجوب تحرير المرء من شهواته؛ وأهواءه وشرع لذلك وسائل عملية من شأنها أن تربي الإنسان على هذه المعاني وعلى رأسها العبادات والآداب التي تتحقق بها عبودية الإنسان لربه، فالعبودية لله وما تقضيه من تحرر من كل ما عداه يجعل قواعد الشرعية الإسلامية يقوم ببنيانها على عقيدة التوحيد كأساس للحرية في التصور الإسلامي، وبعبارة أخرى فإن الحرية إنما هي ثمرة للتوحيد الذي يقي المحكوم من الوقوع في هاوية العبودية كما يقي الحاكم من التدلي إلى هاوية الاستعباد[3].

وترتيبا على ذلك فان التقاء الحاكم والمحكومين وتوافقهما في مفهومي الشرعية والمشروعية له أهمية كبرى كضمانة هامة من ضمانات الحرية السياسية فالمشروعية لا تكون قائمة إلا في الحالة التي يشعر فيها المحكومون بأن النظام العام الذي يرعاه الحاكمون مستمد من قواعد الشرعية التي تتخذ منها الجماعة معيارا للخطأ والصواب، فإذا قام النظام السياسي على أساس تلك الشرعية فإنه يولد شعورا في نفوس المحكومين بأن ذلك النظام يعبر عن مخزون ضمائرهم، و بالتالي فإنه نظام مشروع ويستحق منهم التأييد والطاعة، فالمواطنون لا

---

[1] د/ فتحي الدريني؛ خصائص التشريع الإسلامي في السياسة و الحكم؛ مؤسسة الرسالة؛ بيروت ط1؛ سنة 1982؛ ص 415 ؛ ود/ علي محمد حسين؛ رقابة الأمة على الحكام؛ ص 138

[2] – د/ أحمد محمد؛ الضمانات الفردية في الشريعة الإسلامية؛ دار القلم الكويت؛ ط1 سنة 1981 ص 93 و44

[3] – د/ صالح حسين سميع؛ المرجع نفسه؛ ص 190 وما بعدها.

يعترفون بشرعية السلطة إلا إذا كانت مستمدة من المعتقدات الفكرية الكامنة في نفوسهم[1]، فهذا الالتقاء يعد أول خطوة جوهرية وأصيلة للخروج من دائرة التخلف والتبعية وما خلفته من تداعيات سلبية على ممارسة الحرية السياسية، فمن خصائص المشروعية الإسلامية ارتكازها على التضامن بين الحاكم و المحكوم في تنفيذ مضمون قواعدها.

وعلى ذلك فإن ضمانات تقييد السلطة النظامية حماية للحرية في الإسلام هي ضمانات شرعية مستمدة من الشريعة لا من قرارات الأغلبية، وبالتالي لا تكون تحت رحمة هذه الأغلبية أومن هو قادر على إعادة تشكيلها وصنعها؛ فهي مبادئ ثابتة تفرضها الشريعة وتتأسس على العقيدة وتلتزم بالأخلاق.

وأهمية هذه الطبيعة المميزة للضمانات في النظام الإسلامي أن الدولة بجميع هيئاتها وسلطاتها ونظمها وأجهزتها تخضع لهذه المبادئ وتلك الضمانات، فمادام الجميع عبيد الله خاضعون لسلطاته فالدولة كذلك تدخل ضمن هذا الإطار، ولا يجوز أو يمكن أن ينسب إليها سيادة مطلقة فما ينتج عنها ما هو إلا قرارات نسبية قابلة للمراجعة والنقد والتعديل على ضوء مبادئ الشريعة ومقاصدها وأحكامها على عكس النظريات الأوروبية التي تجعل من السيادة ــ سيادة الدولة ــ سلطة مطلقة نهائية لا معقب عليها.

أن الضمانات التي يقدمها النموذج الغربي هي من صنع الجماعة وتقع جميعا في داخل النظام القانوني للدولة، ولذلك لم تنفع تلك الضمانات القانونية العديدة التي قيلت حماية للحرية وتحقيق مبدأ المشروعية على أرض الواقع منها: جمود الدساتير وعدم قابليتها للتعديل لكن هذه الضمانة تناقضت في عالم النصوص إلى الإكتفاء بأغلبية خاصة لتعديل الدستور؛ وليس صعبا إن تتوافر هذه الأغلبية؛ وفي بلاد الدساتير المرنة كإنجلترا ومن نهج نهجها تلاشت هذه الضمانة إذ تستطيع الأغلبية العادية أن تعدل الدستور كما تعدل القانون.

وفي عالم الواقع لم تعد أشد الدساتير جمودا تقف أمام ثورة شعبية أو انقلاب عسكري ولقد جرى بعض الفقه؛ الواقع السياسي فقال البعض سقوط الدستور بمجرد نجاح الثورة، دون ما حاجة إلى إجراء شعبي أو دستوري أي أن الدستور يسقط في هذه الحالة بقوة القانون. وقيل بنظام الرقابة على دستورية القوانين غير أنها غير كافية لضمان خضوع الدولة للقانون والدستور لأن الرقابة على دستورية القوانين إما أن تمثلها هيئة سياسية تقوم على التحقيق مسبقا من دستورية القوانين وليس بخاف أن انحراف هذه الهيئة أمر متصور تبعا لكونها هيئة سياسية وأما أن تسند هذه الرقابة إلى هيئة قضائية تمارسها وليس بخاف أن الهيئات القضائية القائمة على تلك الرقابة هي في النهاية من أجهزة الدولة[2].

فمهما قيل عن أهمية مبدأ الفصل بين السلطات كما سبق بيانه بحيث تقف كل سلطة في مواجهة الأخرى لتحد من افتئاتها على القانون والسيادة أو كما عبر" **مونتسكيو**" أن السلطة توقف أو تحد السلطة. ولكن مع ذلك قد يؤدي إلى الصراع على السلطة بحيث تصبح السلطات على حد تعبير د/ علي جريشة "**سمكا** يأكل

---

[1] – د/ لؤي صافي؛ العقيدة والسياسة؛ معالم نظرية عامة في الدولة الإسلامية؛ ط1؛ سنة 1996 ؛ ص 119

[2] – د/ علي جريشة؛ المشروعية الإسلامية العليا؛ ص96

منه الكبير الصغير ليكون البقاء للأقوى أو للأكبر"؛ كما أنه مبدأ -الفصل بين السلطات- صار موضع نقد شديد في عالم النظريات- خاصة نقد المذهب الماركسي له- وكان في عالم الواقع أشد نقدا إذا لا يمكن عمليا إيجاد فصل تام بين اختصاصات كل سلطة[1]. وهو مايكشف الواقع السياسي للأنظمة السياسية المعاصرة.

وقيل بالرقابة القضائية- كما سيوضح لاحقا- ولكنها مع أهميتها ودورها الفعال في حماية المشروعية تحتاج إلى مستوى قضائي رفيع كما تحتاج إلى ضمان آخر لأولئك الذين سيجهضون تلك القوانين قبل أن تصدر من القاضي.

والخلاصة أن ضمانات الدولة القانونية أو مبدأ المشروعية في النظام الغربي هي ضمانات واهية لا تستطيع حماية نفسها حتى تحمي حقوق الأفراد، بما في ذلك ضمانة الرقابة على دستورية القوانين والتي تعد ضمانة هزيلة مؤداها التزام الدولة بنظامها القانوني الذي هو من وضع أجهزتها ثم الاحتكام إلى هيئات تنتمي إليها أيضا في شأن مدى التزامها بذلك النظام. فهي عادلة طالما التزمت بنظامها القانوني الذي هو من وضعها والذي تستطيع التبديل والتعديل فيه كلما شاءت[2].

أما الضمانات في النموذج الإسلامي فهي "ضمانات شرعية" مستمدة من الشريعة لا من قرارات الأغلبية، وبذلك لا تكون تحت رحمة سلطة الأغلبية أومن هو قادر على تشكيل وصنع هذه الأغلبية بالأساليب والوسائل المختلفة، فهي مبادئ ثابتة تفرضها الشريعة وتتأسس على العقيدة وتلتزم بالأخلاق الثابتة وهذا يحميها من الانحراف والتحويل.

وهذه الطبيعة الإلهية للضمانات أو المبادئ التي تحكم حل المشكلة السياسية تحول الضمانات إلى التزامات قبل الله ورسوله أو بتغيير آخر يجعل منها ضرورات وحرمات لا مجرد حقوق، ضرورات تدخل في إطار الواجبات الدينية التي لا سبيل لحياة الإنسان بدونها.

وأهمية الطابع الإلهي للضمانات التي تحقق خضوع سلطة حفظ النظام للقانون يجعل من الدولة بجميع سلطاتها خاضعة للشريعة فلا تستطيع أن تعطلها بتغيير الدستور و القوانين، إلا أن هذه الصفة الإلهية هي للشريعة فقط؛ وليس للحكومة أو الدولة وينتج عن ذلك أن القداسة والخلود والثبات صفات للمبادئ والضمانات وأما الهيئات والسلطات فهي مدنية تنوب عن الجماعة وتعمل بإسمها وتلتزم بالخضوع للشريعة؛ دون أن يكون لها حق التغيير أو التعديل؛ وعلى هذا فإن الحاكمية (مبدأ المشروعية) ليست مقيدة لسلطة الدولة فقط، بل ولسلطة الأغلبية ومن ثم فلا تستطيع الأغلبية بما أوتيت من سلطات تنفيذية وتشريعية أن تبدل في هذه الضمانات[3]. فالسلطة في الإسلام مقيدة بأحكام القرآن والسنة التي تشكل نوعا ساميا من القانون الدستوري؛ كما أن إختصاصاتها محدودة ومقيدة بما للأفراد من حقوق وحريات نص عليها الإسلام ونظمها،

---

[1] - د/ القرضاوي؛ من فقه الدولة في الإسلام؛ ص39 نقلا عن مقالة د/ توفيق الشاوي؛ جريدة الوفد "دفاعا فكرة الدولة الاسلامية".

[2] - د/ صالح حسن سميع؛ أزمة الحرية السياسية؛ ص 524.

[3] د/ هشام جعفر؛ المرجع السابق؛ ص 207

وقرر الضمانات التي تكفل حمايتها ضد إعتداء الحكام و المحكومين على السواء. فالإسلام عرف فكرة الحقوق و الحريات التي تكون حواجز منيعة أمام سلطات الحاكم قرون عديدة قبل ان تظهر على ألسنة فلاسفة الفقه الإجتماعي في القرن السادس عشر، و لم يقف الإسلام عند حد تقرير الحقوق الفردية وجعلها سدا حصينا، بل نظم أمور الحكم في القرآن والسنة، و لم يجعل للحاكم سلطة مطلقة بل قيدها وحددها وفصل بين السلطات، إذ أن التشريع مصدره القرآن والسنة والإجماع دون أن يكون للخليفة إختصاص في التشريع وإنما تنحصر وظيفته في الإدارة وتنفيذ أحكام الشريعة، أما القضاء فهو سلطة مستقلة يخضع لها الولاة والخليفة شأنها شأن سائر الأفراد، أما الخليفة فهو مسؤول أمام الأمة كما هو مسؤول أمام الله وإذا ثبت أن الخليفة قد خان الأمانة أو خرج عن أحكام القرآن والسنة حق عزله بل مقاومته والثورة عليه عند أمن الفتنة بأمر من أهل الحل والعقد[1] عند توفر شروط وضوابط إنتفاء الفتنة[2].

وبذلك يكون الإسلام قد عرف تلك العناصر والمبادئ التي تهدف إلى ضمان الحرية و الشرعية قرون عديدة قبل أن تظهر على السنة أقطاب الديمقراطية الغربية بفارق واحد وهو فعالية هذه العناصر في الفقه السياسي الإسلامي وضعف في تنظيمها في الفقه الغربي؛ فالسلطة في النظام السياسي تخضع لقانون هو شريعة عامة لا يملك الحكام مخالفتها؛ ولا تملك الأمة ذاتها تعديلها أو تبديلها، خضوع حقيقي وجدي، وهو ليس ذلك الخضوع الخيالي غير المحدد القائم على فكرة القانون الطبيعي.

فليست الدولة الإسلامية أو الأغلبية فيها أو مجتهديها أحرارا في تقييد أو إلغاء المبادئ الشرعية، فإذا ما فعلت إحدى الدول أو الحكومات أو السلطات ذلك فإنها تخرج في نظر جمهور المسلمين عن حدود المشروعية[3]. ويلتزمون جميعا أو من يملك القدرة على ذلك بالسعي لتصحيح الوضع المخالف للأصول والمبادئ الشرعية، وعليه فإن أعمال مبدأ المشروعية بضماناته الإلهية يرفع من قيمة الأحكام المستمدة منه ويجعل تنفيذ تلك الأحكام والالتزام بطاعتها من طرف السلطة وممثليها طاعة للخالق المعبود، وبذلك تصبح للمبادئ الشرعية والضمانات التي تتأسس عليها قداسة وحرمة تضمن الالتزام بها وتعصم المؤمنين من الخروج عليها أو مخالفتها لأن الوازع الديني والعقيدي هو الذي يقوم بالدور الأول والأساسي لالتزام الناس باحترام

---

[1] – د/ يوسف القرضاوي؛ من فقه الدولة في الإسلام؛ ص 67

[2] – د/ منير حميد البياتي؛ النظام السياسي الإسلامي والدولة القانونية؛ ص339؛ حيث قرر أن الإسلام انفرد **بثلاث ضمانات إضافية** كان لها الأثر الكبير في حماية مبدأ المشروعية وإرساء دولة القانون؛ وهي مبدأ ثنائية المسؤولية في المجتمع؛؛ والصفة الدينية للقانون الإسلامي التي تكسبه بعدا عن الهوى والضلال وتجعله متمتعا بقدر من الهيبة والقدسية؛ ما يجعلها مطاعة طاعة اختيارية؛ فضلا عن الآثار العظمى التي تترتب عن الإيمان بوجود نظام عقيدي؛ وأخر تعبدي وثالث أخلاقي يعتبر بمثابة القيد على السلطة النظامية ينظر د/ البياتي؛ مرجع نفسه؛ ص345 وما يليها.

[3] – د/ يوسف القرضاوي؛ من فقه الدولة في الإسلام؛ ص 38؛ نقلا عن د/ توفيق الشاوي؛ مقالة منشورة في جريدة الوفد المصرية بتاريخ11 سبتمبر 1986؛ ردا على التيار العلماني؛ ودفاعا عن التيار الإسلامي في توفير ضمانات فعالة وجدية لمبدأ سيادة القانون الإسلامي.

الشريعة والتزام أوامرها ونواهيها التزاما طوعيا، وبعبارة أخرى فإن الضمانات في النظام الإسلامي لابد أن تتأسس على الوازع الديني العقيدي؛ وهذا يفرض منهجا مختلفا في التعامل مع حل إشكالية التوافق بين نزعة السلطة وحرية الأفراد (المشكلة الدستورية السياسية).

فلابد من البدء أولا بإصلاح خلق الأفراد وسلوكهم وعقيدتهم ثم بعد ذلك تعدل النظم والدساتير والقوانين لتضيف إلى الضمانات الدينية والأخلاقية ضمانات دستورية؛ فصلاح المجتمع وإستقامة أفراده وإلتزامهم المنهج الخلقي الكامل هو الذي يكفل أن تحقق الضمانات فعاليتها، وأن تكون القرارات أو الإجراءات المستمدة منها عادلة وصالحة وراشدة[1].

ولا يمكن ضمان ذلك إلا إذا توفر لدى الأفراد قدر كاف من الصلاح والإستقامة يزود غالبيتهم بالحد الأدنى من القيم الخلقية و الكفاءات والقرارات اللازمة لإقامة العدل والإحسان أما إذا لم يتوفر لدى أغلبية الأمة هذا القدر من الخلق الصالح فإنها سوف تضع في المسؤولية من هو على شاكلتها من حيث القصور والنقص والانحراف أو العجز أو الفساد.

ومن هنا يستخلص: أن فقه الشريعة لا يفصل القانون العام عن المبادئ المتعلقة بنظام المجتمع وعقيدته وقيمة الخلقية والدينية التي تحكم علاقات الأفراد، ويتأسس منهجها على **شحذ فعالية** المبادئ الخلقية والروحية في نفوس الناس مع إقامة الرادع الذي يوفره القانون وقواعده الملزمة، ولا يكتفي بأحدهما عن الآخر، ففي التصور الإسلامي لا تكون **"المثالية"** بديلا عن وجود الضوابط التي تحكم الفعل البشري في سكناته وحركاته حالات الضعف البشري التي تعتريهم بسبب ما ركب في جبلتهم من حب التسلط على الآخرين إلا انه في نفس الوقت لا يمكن أن تكون الأشكال التنظيمية والقواعد الإجرائية بديلا عن القيم فلا يعني وجودها تحقق القيم في أرض الواقع بل لابد من الإطمئنان إلى تحقيقها لهذه القيم في الواقع السياسي[2].

مما يعني وجوب التأسيس لضرورة قيام سلطة **تحفظ النظام** وتقيم **العدل** وتؤدي **الأمانات** والحقوق **والحريات الى أهلها**؛ ذلك ما يستفاد من **آية الأمراء** التي تعتبر دستورا لمقاصد الشريعة بالنسبة للدولة المسلمة فأمر الله لولاة الأمور خطاب منه للأمة بضرورة ايجاد سلطة نظامية مكلفة ومسؤولة.وأمره اياهم باقامة العدل تصريح بقيمة العدل في استقرار الحكم وسيادة الأمن؛ وأما أمره عز وجل **بأداء الأمانات** فهو أمر بضرورة ارجاع الحقوق الى أصحابها؛ والاعتراف بحق التمتع بها بل وجوب تدخل السلطة بتوفير ضمانات ممارستها؛ وتحمل أدائها الى أهلها. قال الله تعالى" **إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ إِنَّ اللّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا** "[3] .

---

[1] -د/ مصطفى كمال وصفي؛ مصنفة النظم الإسلامية؛ ص 153

[2] - تمثل هذه الضمانات دراسة مستقلة للباحث قام بها تحت إشراف أستاذنا الفاضل **د/ لشهب أبوبكر** تحت عنوان **"مبدأ المشروعية – نطاقه وضماناته–"** دراسة مقارنة بين الفقه الدستوري الوضعي والنظام الإسلامي؛ جامعة وهران سنة 2002؛ ص 81 وما يليها.

[3] - سورة النساء؛ آية 58.

المطلب الثاني: الضمانات القضائية والواقعية ودورهما في حماية الحرية في مواجهة أعمال حفظ النظام العمومي:- دراسة مقارنة-

أمام النقائص التي شابت مجموعة الضمانات الدستورية والتشريعية على مستوى واقع ممارسة الحريات العامة؛ لم يبق أمام الأفراد إلا ملاذ وحيد؛ وهو القضاء لما يتصف به من نزاهة وحياد؛ واستقلالية في الفصل بين الخصومات؛ فالقاضي هو حامي الحريات خاصة القضاء الاداري منه نظرا لما يملكه من سلطة إلغاء قرارات الضبط المخالفة لقواعد المشروعية خاصة منها عيب السبب والغاية؛ فضلا عن إمكانية الحكم ضد الإدارة من خلال تقرير مسؤوليتها عن تعويض المتضررين عن نشاط وأعمال حفظ النظام العمومي؛ وهذا ما سيحاول الباحث التركيز عليه في فرع أول؛ ثم يتم الانتقال إلى الضمانات الشعبية من خلال رقابة وسائل الرأي العام في التعبير والدفاع عن حقوق المظلومين والمتضررين من تعسف سلطة حفظ النظام العمومي في فرع ثان:

الفرع الأول" الضمانات القضائية ومدى فاعليتها في حماية الحرية:

الفرع الثاني: الضمانات الواقعية في ظل حكومة الحرية لمواجهة سلطة حفظ النظام العام

الفرع الأول" الضمانات القضائية ومدى فاعليتها في حماية الحرية:

مع التسليم بالأهمية البالغة لوظيفة الضبط الإداري، فإنه يبقى واضحا أن نشاطه في هذا الخصوص، وما يتضمنه من تنظيم وتقييد لحريات الأفراد، ينبغي أن يخضع للرقابة القضائية باعتبارها الحارس الطبيعي والحقيقي لحماية الحريات من تعسف السلطة الضبطية؛ ولهذا يجمع الفقه الإداري على اعتبار الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري ضمانة هامة وأساسية لحماية الحريات العامة للمواطنين وإلزام الإدارة بالخضوع لحكم القانون؛ حفاظا على النظام العام بمعنى أن هذه الرقابة لا تكفل فقط حماية حريات الأفراد وحقوقهم إنما أيضا تضمن ألا تنحرف سلطة الضبط الإداري عن غاياتها وأهدافها المحددة والمتمثلة أساسا في المحافظة على النظام العام ذلك أن هذا الأخير ليس مجرد حالة نفسية أو تصور ذهني لدى رجل الإدارة وإنما هو حالة واقعية تتمثل في القضاء على كل ما يهدد أمن وسلامة المجتمع فإذا صدر قرار ضبطي دون أن يقوم ما يبرر هذا القرار من تهديد للنظام العام فليس يجدي بعد ذلك أن يكون هذا القرار مصبوغا بحسن النية عن طريق توهم قيام تهديد النظام العام، لأن غرض النظام العام ليس مجرد حالة نفسية ينظر في تحققها على ما يهدد أمن وسلامة المجتمع مع المحافظة على الحريات العامة وصونها.

وبهذا تمثل الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري ضمانة هامة وأساسية لحماية الحريات العامة للمواطنين فالإدارة تمارس نشاطها في مجال الضبط الإداري بغرض حماية النظام العام في هذا المجال تقوم بتنظيم ممارسة الأفراد لحرياتهم وأوجه نشاطهم فتحدد مجالات هذا النشاط وتورد عليها من القيود ما تتطلبه المحافظة على النظام العام..

أولا: رقابة المشروعية:

1- دور القضاء الاداري في حماية الحرية: ويتمثل أساسا في رقابة الإلغاء وفحص المشروعية في ظل مبدأ استقلالية القضاء وازدواجيته؛ ذلك أن خضوع الإدارة للقانون في ظل مبدأ المشروعية لن يكون خضوعا حقيقيا ما لم يقترن بوجود رقابة قضائية تتوفر للقائمين عليها كل ضمانات الاستقلال والموضوعية؛و تكون مهمتها إلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون فهذه الرقابة تعد أقوى الضمانات التي تكفل قيام دولة القانون الحامية للحريات ذلك أن القضاء هو الحارس الطبيعي للقواعد القانونية كإحدى المظاهر الأساسية للمدنيات الحديثة؛ ومن ثم فلا يمكن أن نتصور الفاعلية للقانون لم يقم على تطبيقه ويسهر على حمايته قضاء محايد ومستقل تتأكد به السيادة للقانون ويعلو به صرح المشروعية.[1]

ولن تكون هذه الضمانة ناجعة ما لم تتوافر لها مقتضيات الحياد والنزاهة والاستقلالية عن كل الضغوط السياسية والعسكرية؛[2] وأن لا يخضع ويحاكم الفرد المتقاضي إلا أمام قاضيه الطبيعي وأمام المحاكم العامة وليس أمام جهات استثنائية كمحاكم أمن الدولة.

كما يجب إقرار كافة حقوق الدفاع وضماناته للمتهمين[3] وتبسيط إجراءات التقاضي أمام الجهات القضائية؛ ولا يخفى أن من أهم وسائل فعالية هذه الضمانة مبدأ تخصيص جهة قضائية للمنازعات الإدارية وهذا ما يعرف بالقضاء الإداري وفقا لمبدأ ازدواجية القضاء الفرنسي المصدر.[4]

وجدير بالإشارة أن المؤسس الدستوري الجزائري قد تبنى نظام ازدواجية القضاء طبقا للمادة 2/152 "يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية..."؛ وهي خطوة عملية في إحكام الرقابة على الإدارة العامة وحماية المشروعية والحرية ؛ إذ يمثل تخصيص قاضي إداري للفصل في المنازعات الإدارية ضمانة فعالة في الرقابة على مشروعية أعمال حفظ النظام العمومي خاصة في ظل الظروف الاستثنائية؛ وهذا ما بدأ مجلس الدولة الجزائري الشروع فيه خاصة في ظل التعددية الحزبية والإعلامية وحريات المعارضة؛ حيث نجده يقرر نظرية المخاطر نتيجة لإقرار مسؤولية الدولة ممثلة في مختلف أجهزتها الأمنية والعسكرية عن إعمال حفظ النظام العمومي.

إن تقرير **مبدأ ازدواجية القضاء** السابق من خلال إرساء قواعد للنظام القضائي الإداري إلى جانب القضاء العادي وهو امتياز أتى به الدستور الجديد في إطار السلطة القضائية المستقلة بحيث تشكل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم،في حين يتولى مجلس الدولة تقويم أعمال المحاكم الإدارية[5].

---

[1] – د/ ثروت عبد العال؛ مرجع سابق؛ ص116

[2] – ينظر إلى المادة 148 من دستور 1996 "القاضي محمي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته أو تمس نزاهة حكمه"

[3] – طبقا للمادة 151 من دستور 1996" الحق في الدفاع معترف به. والحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية "

[4] – د/ سليمان الطماوي؛ القضاء الاداري؛ ص61 و د/ عند العليم عبد المجيد مشرف؛ مرجع سابق، ص318

[5] – طبقا للقانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيم عمله.

مما يساهم في تحقيق قفزة نوعية في تحسين الاجتهاد القضائي بنوعيه من خلال إعداد قضاة متخصصين في النزاعات الإدارية ولا يخفى الدور الهام الذي يقوم به القاضي الإداري في حماية الحريات العامة من التعسفات الإدارية [1]على أن تؤسس محكمة للفصل في حالات تنازع الاختصاص الايجابي والسلبي

2-الضمانات القضائية في النظام الإسلامي

وضعت الشريعة الإسلامية لسلطة الإدارة حدودا ليس لها أن تتعداها فإن خرجت عليها كان عملها باطل، وكان من حق الأمة مساءلتها ونقدها وحتى عزل القائمين عليها[2]

فسلطة الإدارة في الإسلام ليس مطلقة بغير حدود، فليس لها أن تفعل ما تشاء وتدع ما تشاء؛ بل هي مقيدة بأحكام الشريعة أو المصلحة العامة للمواطنين وفي هذا المعنى يقول العلامة ابن خلدون في المقدمة :"إن سلطان الدولة يجب أن يستند إلى شرع منزل من عند الله؛ أو إلى سياسة عقلية تراعي فيها المصالح العامة[3]ولهذا استخلص الفقهاء قاعدة :"التصرف على الرعية منوط بالمصلحة" .

فالإدارة الإسلامية باعتبارها جزء من الأمة مطالبة بالتزام الإطار العام الذي حددته الشريعة الإسلامية؛ فإذا وجد نص يحدد طريقة استخدام السلطة وكان هذا النص قطعيا في دلالته وثبوته فإن مثل هذا النص لا يجوز تغييره أو العمل بما يخالفه؛ وكل خروج عليه من جانب الحكام بعد خروجا عن الإسلام بقوله تعالى"-" ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاء الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ" الجاثية 18.

والبطلان للقرارات المخالفة للقانون يترتب بقوة الشريعة الإسلامية دون حاجة إلى نص يقرره إعمالا لقوله عليه السلام" **كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد**"[4] ولعل خير مثال على هذا الإنفصال قصة فتح مدينة سمرقند المشهورة[5].

فقد نقل الإمام الطبري وغيره من المؤرخين والباحثين أن أهل سمرقند قد شكوا ظلم الفاتح المسلم " قتيبة بن مسلم" إلى الخليفة عمر بن العزيز ـــ ض ـــ بأنه غدر بهم وأخذ بلادهم ، فأمر الخليفة واليه على المدينة أن يختار لهم قاضيا ينظر في أمرهم فكان حكمه أن يخرج جيش قتيبة من سمرقند .ذلك أن هذا الفتح كان قبل انقضاء ثلاثة أيام على إنذار الأهالي كما توجب الشريعة؛ فقضى القاضي الإداري المسلم الذي نظر في القضية بإلغاء قرار الفتح المخالف للشريعة؛ وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل الفتح [6].

---

29 –د/ لعشب محفوظ، التجربة الدستورية في الجزائر؛ ص109.

[2] د/ سمير عالية؛ المرجع السابق؛ ص105.

[3] – إبن خلدون؛ المقدمة؛ ص303.

[4] – حديث متفق عليه؛ سبق تخريجه.

[5] ـــ د/ ظاهر القاسمي؛ نظام الحكم في الإسلام ج1؛ الحياة الدستورية؛ ص 403 و 404

وقد دعى إلى وجوب أعطاء هذه القضية حقها الدستوري والقانوني لما لها من دلالات ص 403 ـــ 407

[6] – ينظر تعليقا على دعوى أهل سمرقند كإحدى تطبيقات ولاية الإلغاء في قضاء المظالم الإسلامي عند؛ د/ داود الباز؛ أصول القضاء الإداري في النظام الإسلام؛ ص100 وما بعدها.

فهذه القصة تحمل دلالات بعيدة المدى كنظرية بطلان القرارات الإدارية المخالفة للقانون وقواعد بـــــدء الحرب ومبدأ الفصل بين السلطات إذ أن الخليفة بعد إدراكه مظلمة أهل سمرقند لم بيت هو فيها؛ و لم يعهد بها إلى واليه، و لم يتركها لقائده قتيبة؛ بل أمر أن يجلس لهم قاضي محايد لكونه مستقل عن الخليفة وعن الوالـــي، فلا يتأثر بأي اعتبار عسكري أو سياسي[1]

وذلك بإصدار الحكم بخروج جيش المسلمين إلى مواقعه خارج المدينة على أن يتقيـــد بمهلة الإنذار إذا ما قرر الفتح مجددا[2].

فهذه الأمثلة وغيرها كثير توضح بجلاء أن التصرفات الإدارية المخالفة للقانون يحقق لأصـــحابها الالتجـــاء للقضاء لإنصافهم؛ حتى ولو تمسكت الإدارة بروح القانون وقاعدة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة.

2-1- خضوع سلطات حفظ النظام لرقابة قضاء المظالم – القضاء الإداري في الإسلام:

إذا كانت نظم الحكم الوضعية تولى الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري أهمية بالغة باعتبارهـــا أهم الضمانات التي تكلف حماية مبدأ المشروعية الذي تقوم عليه الدولة القانونيـــة. فـــإن الإســـلام لـــذات الاعتبارات فضلا عن اعتبارات أخرى يجعل وظيفة القضاء من المناصب ذات الحساسية البالغة؛ فاشترط لمـــن يجلس لهذا المنصب شروط درجة الاجتهاد، وأحاطه بضمانات متعددة حتى تكفل له القيام بواجبه خير قيـــام؛ لعل من أهمها تخصيص جهة قضائية عليا للنظر مظالم الرعية من تعسف الولاة وذوي السلطان؛ وهو ما يعرف **بديوان المظالم** الذي يجمع الفقه الإداري المعاصر على أنه يشكل بحق قضاء إداريا في الإسلام[3]

فعلى الرغم من أن **مبدأ عدم القابلية للعزل** لم يكن مـــن المبادئ المعروفة في مجال القضاء في العصور الأولى للدولة الإسلامية؛ حيث كان الخليفة هو الذي يولي القضاة ويعزلهم فإن هؤلاء كانوا يتمتعون بكامـــل استقلالهم في قيامهم بتطبيق أحكام القرآن والسنة على ما يعرض عليهم من منازعات و لم يمكن للخليفة أيـــة سلطة في التدخل في شؤون القضاء.[4]

فقد خضع الخلفاء والوزراء والولاة وعمال الدولة لسلطات القضاء خضوعا تامـــا و لم يفـــرق القضـــاء الإسلامي بين أمير أو وزير؛ وبين أفراد عامة المسلمين فيما يثور بينهم من خصومات[5].

والوقائع الدالة على قوة القضاء وعزيمتهم في تطبيق شرع الله على كافة الناس على قدم المساواة وبدون أدني تفرقة بينهم، وعلى التزامهم بالحياد التام بين الخصوم فـــي أتنـــاء نظر المنازعات كثيرة وأكثر من أن تحصى .

---

[1] د/ سمير عالية؛ نظرية الدولة وأدابها في الإسلام؛ ص 104

[2] د/ سمير عالية؛ المرجع نفسه؛ ص106 .

[3] – ينظر على سبيل المثال دراسة قيمة للدكتور داود الباز؛ أصول القضاء الإداري في النظام الإسلامي؛ ص 13؛ ود/سعيد الحكيم؛ الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية؛ ص129؛ د/حمدي عبد المنعم؛ ديوان المظالم؛ دار الشروق؛ ط1؛1983؛ص104؛ ود/أنس جعفر قاسم؛ ولاية المظالم في الإسلام؛ دار النهضة العربية؛ ص17

[4] –د/ عبد الغني بسيوني؛ نظرية الدولة في الإسلام ؛ ص185.

[5] – د/ سمير عالية؛ نظرية الدولة وآدابها في الإسلام ؛ ص107 وكذا ؛ص62.

بيد أنه إذا كان نظام الحكم في عهد الخلفاء الراشدين لا يأخذ بمبدأ عدم قابلية القاضى للعزل فإن هذا لا يعني أن الإسلام يرفض الأخذ بهذا المبدأ؛ فالإسلام لم يأت بنظام معين من أنظمة الحكم يخضع له المسلمون في جميع العصور وإنما أتي في الميدان الدستوري بقواعد وأصول عامة كأصول الشورى والحرية والعدالة والمساواة ومسؤولية الحاكم .

وليس في هذه الأصول العامة ما يمنع وضع تشريع أو نظام للسلطة القضائية بمقتضاه يكون رجالها غير قابلين للعزل[1]. ويشار هنا أيضا إلى أن التنظيم القضائي الإسلامي قد أضاف للرقابة القضائية على أعمال السلطات الحاكمة بجهة قضائية مستقلة تعرف بـ**" ولاية المظالم"** لها أهميتها في هذا مجال باعتبارها تجمع بين خصائص القضاء والتنفيذ في وقت واحد على ما سبق تقريره في الباب الاول.

فهي "ولاية المظالم" نوع من القضاء العالي المتخصص ابتكره الإسلام وكان الغرض الأساسي من إنشائه هو أن يقوم بالنظر في الدعاوي التي يرفعها الأفراد ضد رجال الحكم أو الإدارة كالولاة وغيرهم وكان الخليفة هو الذي يتولى النظر في المظالم أحيانا، كما كان يعهد بهذه المهمة إلى كبار القضاء[2] .

وقد أوجزها ابن خلدون بقوله" وظيفة ممتزجة من سطوة السلطة ونصفة القضاء، تحتاج إلى علو يد وعظيم رهبة تقمع الظالم من الخصمين وتزجر المعتدي وكأنه يمضى ما عجز القضاء أو غيرهم عن إمضائه ويكون نظره في البينات؛ والتعزير واعتماد الإمارات والقرائن وتأخير الحكم إلى استجلاء الحق وحمل الخصمين على الصلح واستحلاف الشهود وذلك أوسع من نظر القاضي[3].

وإذا كان ابن خلدون قد أجمل الشروط الواجبة في من يتولى هذه الولاية واختصاصاته والسلطات المخولة له فإن الإمام الماوردي قد فصل فأوفي يقول معرفا إياها ومفصلا شروط ناظر المظالم" هو قود المتظالمين إلى التناصف بالرهبة وزجر المتنازعين عن التجاحد بالهيبة؛ **فكان من شروط الناظر** فيها أن يكون جليل القدر نافذ الأمر، عظيم الهيبة، ظاهر العفة، قليل الطمع، كثير الورع، لأنه يحتاج في نظره إلي سطوة الحماة وتثبيت القضاة، فيحتاج إلى صفات الفريقين، وأن يكون بجلاله القدر نافذ الأمر في الجهتين.[4]

وقد كان ناظر المظالم يختص بعدة اختصاصات فصلها الإمام الماوردي[5] يمكن تلخيصها في النظر في تعدي الولاة على الرعية وما يقع من جور من جانب العمال في جباية الأموال ومراجعة أحوال الدواوين والنظر في تظلمات المسترزقة "الموظفين" سواء كانت غصوب سلطانية مما يأخذها الولاة بدون

---

[1] – د/ سلام مذكور ؛ المدخل للفقه الإسلامي ص400 ؛ ود/ لعشب محفوظ؛ المسؤولية في القانون الإداري ؛ ص36.

[2] – د/ حازم عبد المتعال الصعيدي ؛ النظرية الإسلامية في الدولة ؛ 454.

[3] – ابن خلدون ؛ المقدمة؛ ص198.

[4] الإمام الماوردي ؛ الأحكام السلطانية والولايات الدنية ص77.

[5] الإمام الماوردي ؛ المرجع نفسه؛ ص78.

وجه حق أو الغصوب التي تقع على الأفراد من غيرهم؛ كما يختص بالمنازعات المتعلقة بالأوقاف سواء كانت عامة أو خاصة وأخيرا القيام بتنفيذ الأحكام التي عجز القضاة عن تنفيذها[1].

وتجدر الإشارة هنا أنه كان مما يختص به ناظر المظالم مما لا يحتاج إلى ظلامة متظلم وإنما ينظره من تلقاء نفسه كتعدي الولاة على الأفراد والجماعات وتعسف الجباة فيها يحصلونه من ضرائب ورد ما اغتصبه ولاة الجور وأصحاب النفوذ والجاه.

وكان البعض الآخر موقوف نظره على طلب شخصي من المتظلم كتظلم عمال الدولة من نقص رواتبهم أو تأخرها عنهم . أو عدم تنفيذ الأحكام القضائية لعلو قدر المحكوم عليه وقوة نفوذه[2].

ويلاحظ أن أغلب هذه الاختصاصات تتعلق بمقاضاة رجال الدولة كما تتعلق بتظلم موظفي الدولة من تعسف رؤساهم ولهذا فإن قضاء المظالم أشبه ما يكون من الناحية الغالبة على اختصاصاته بالقضاء الإداري في المفهوم المعاصر.

يقول **د/ الطماوي**: إن نظام المظالم في الدولة الإسلامية **قريب الشبه** إلى حد كبير من نظام القضاء الإداري بمدلوله الحديث ويكفي استعراض تشكل ديوان المظالم واختصاصاته لتتأكد من هذه الحقيقة[3].

ويقول **د/ سلام مذكور** بمناسبة الكلام عن اختصاصات ناظر المظالم أن الماوردي أرجع هذه الاختصاصات إلى عشرة أمور أغلبها تتعلق بمقاضاة رجال السلطات ونوابهم، كما تتعلق بتظلم موظفي الدولة من تعسف رؤسائهم، ولذا فقضاء المظالم بمعناه الإسلامي أشبه ما يكون من الناحية الغالبة على اختصاصاته بالقضاء الإداري[4]، وعليه فإن فكرة تخصيص قضاء مستقل للنظر في أقضية ومنازعات السلطة العامة هي فكرة عرفها النظام القضائي الإسلامي في حقبة مبكرة من تاريخ الدولة الإسلامية[5].

ومع تخصيص هذه الهيئة للنظر في المنازعات السلطانية إلا أن ذلك لا يعني إقصاء القضاء العادي من دور القيام بالرقابة القضائية في الإسلام، لأن القضاء العادي هو الأصل في الرقابة القضائية[6]؛ فلا شك أن الضمانات التي كانت تحوط القاضي العادي دون والي المظالم، مثل إعتبار القاضي نائبا عن الأمة كولي الأمر تماما ، إضافة إلى ما يتمتع به من الاستقلال واستقرار في عمله، وكذا أثر من تأمين كفاية القاضي بصفة خاصة وسد حاجته للتفرغ لعمله.

بيد أن هذا لا ينقص ولا يقلل من أهمية الدور الذي يؤديه والي المظالم في حراسته حقوق الرعية قبل السلطة السياسية من تعدي الولاة على الرعية وأخذهم بالعنف أجور العمال .

---

[1] – ينظر تعليقا قانونيا على هذه الصلاحيات **د/ داود الباز**؛ أصول القضاء الإداري في النظام الإسلامي؛ ص 69وما يليها.

[2] د/ لعشب محفوظ؛ المسؤولية في القانون الإداري؛ ديوان المطبوعات الجامعية؛ الجزائر؛ ص42.

[3] ـــ د/ سليمان الطماوي؛ السلطان الثلاث؛ ص428.

[4] د/ سلام مذكور؛ المدخل للفقة الإسلامي؛ ص401.

[5] د/ حازم الصعيدي؛ النظرية الإسلامية في الدولة؛ ص451.

[6] – د/ علي محمد حسنين؛ رقابة الأمة على الحكام؛ ص 65.

3- تطبيقات الرقابة القضائية على أعمال حفظ النظام العمومي في القضاء الجزائري

3-1-أعمال الضبط الإداري والرقابة على السبب:

تمثل الرقابة القضائية على ركن السبب في القرار الضبطي الإداري ضمانة هامة وأساسية لتحقيق مشروعية تصرفات هيئات الضبط وخضوعها للقانون؛ بان تسند هيئات حفظ النظام في قراراتها إلى دوافع موضوعية مستمدة من الحالات الواقعية أو القانونية السابقة على قراراتها والتي تمثل سبب إصدارها ولذا فإن عدم قيام هذه الحالات في الواقع أو القانون يكون كافيا لإلغاء تلك القرارات[1].

وترتيبا على ذلك فينبغي أن تكون الوقائع التي تقوم عليها تلك القرارات صحيحة أولا، وأن يكون تكييفها القانوني سليما، كما ينبغي أن تكون صحيحة من حيث تقدير قيمتها وخطورتها وتناسبها مع الإجراء المتخذ على أساسها.[2]

3-1-1 أعمال الضبط والرقابة على الوجود المادي للوقائع:

يملك القضاء الإداري المعاصر سلطة الرقابة على صحة الوجود المادي للوقائع فهو يعمل رقابته على هذا الجانب ليتأكد من مدى صحة الوقائع المبررة للقرار الضبطي المتخذ؛ فإذا ثبت أن سلطة حفظ النظام العمومي قد استندت في قرارها الضبطي إلى وقائع غير صحيحة من الناحية المادية فإن مصير هذا القرار هو الإلغاء[3]؛ وللإشارة فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي لم يكن يأخذ بالوجود المادي للوقائع بالنسبة للقضايا التي تتعلق بأمن الدولة غير أن الأمر قد تغير[4] في أقضية لاحقة؛ بعد ان استطاع المجلس ان يخرج اعمال حفظ النظام العام من قائمة اعمال السيادة المحصنة عن الرقابة القضائية؛ وهو قد انتهجه مجلس الدولة الجزائري أيضا وذلك في العديد من القضايا رغم ما شابها قراراته في ذلك من نقص في التثبت من الوجود المادي للوقائع؛ وفي تكييفها. ومن بين هذه القضايا نذكر منها:

أ- قضية والي ولاية مستغانم ضد الجمعية الإسلامية للحماية الاجتماعية[5]:

حيث قام والي ولاية مستغانم برفع دعوى أمام الغرفة الإدارية لدى مجلس قضاء مستغانم ضد الجمعية الإسلامية للحماية الاجتماعية لسيدي علي بمستغانم، طالبا حلها قضائيا بسبب قيامها بنشاطات غير مشروعة، ودون أن يقدم أي دليل على صحة ما يدعيه، بل استند فقط إلى المادتين 8 و 35 من القانون رقم 90-12 المؤرخ في 4 ديسمبر 1990، المتعلق بالجمعيات، والتي تسمح له برفع مثل هذه الدعوى في حالة قيام الجمعيات بنشاطات غير مشروعة. إلا أن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء مستغانم صراحة في 26 أبريل 1994 بعدم قبول عريضة الوالي، وذلك لمخالفتها مقتضيات المادتين 12 و13 من قانون الإجراءات المدنية. فقام الوالي

---

[1]- د/محمد حسنين عبد العال، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري. دار النهضة، ط2، القاهرة، 1991، ص. 9.

[2]- د/عادل السعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، ص555.

[3]- د/عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري؛ ص 201.

[4]- محمد حسنين عبد العال، مرجع سابق، ص 11.

[5]- القرار رقم 137166 ؛ الغرفة الإدارية، المحكمة العليا، 24 ديسمبر .1995، القرار غير منشور.

في 20 نوفمبر 1994 بالطعن في هذا القرار بالاستئناف أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، طالبا إلغاء قرار المجلس على أساس أن العريضة استوفت الشروط المنصوص عليها قانونا. فقامت هذه الأخيرة بالتأكيد على أن العريضة التي رفع بها المدعي دعواه أمام المجلس القضائي قد استوفت شروطها الشكلية. وفي الموضوع، وبعد التصدي، الحكم بحل الجمعية على أساس قيامه بتصرفات ونشاطات مخالفة لقانونها الأساسي.

إن هذه القضية تؤكد بأن القاضي بالمحكمة العليا هنا لم يتأكد من الصحة المادية للوقائع التي ادعتها الإدارة. فلقد اعتبر أن ما نسبه الوالي للجمعية ثابت وصحيح، ولكن دون أن يتحقق من ذلك. والحقيقة أن الوقائع التي ادعاها الوالي لم يقدم أي دليل على صحتها. وإذا كان قاضي الدرجة الأولى قد حكم بعدم قبول الدعوى، فإن قاضي الدرجة الثانية اعتبر أن الوقائع المنسوبة للجمعية تعد صحيحة ما دام أن الأمر يتعلق بتطبيق إجراءات استثنائية في ظل ظروف استثنائية.

أي أنه سلم بالوقائع التي ادعتها الإدارة دون أن يتحقق من صحتها المادية؛ فإن القاضي الإداري لم يبذل أي مجهود للتأكد من الصحة المادية للوقائع التي ادعتها الإدارة عندما قام الوالي بإصدار قرارات بتوقيف الممثلين المنتخبين عن مهامهم. فإذا كان ظاهر القرارات التي أصدرها الوالي تبين بأن سبب تلك القرارات هو المساس بمبدأ استمرارية خدمات البلدية، والأعمال المنسوبة للمثلين البلديين، التي عرضت هذا المبدأ للخطر، فإن القاضي الإداري سلم بهذه الأسباب، ولم يتأكد مما إذا كان هو السبب الحقيقي لتلك القرارات، أم هناك أسباب أخرى –خاصة سياسية– لا علاقة لها بالقانون؛ وكان من الواجب على القاضي أن يتأكد على الأقل من أن الوقائع التي تبرر اتخاذ إجراءات استثنائية تعد صحيحة؛ فموقف القاضي الإداري الجزائري في هذه القضية يعد تقصيرا مؤثرا بشكل مباشر على ممارسة الحقوق والحريات العامة[1]. وهو ما حاول القضاء الجزائري تداركه في قضايا أخرى مشابهة؛ حيث نجده يراقب مدى صحة الواقع المادية الموجبة للقرار الضبطي الهادف للحفاظ على النظام العام؛ ومن هذا القبيل أيضا":

ب–قضية والي ولاية مستغانم ضد الجمعية الإسلامية الشيخ سي أمحمد بن يحي[2]

والتي تتلخص وقائعها في أن والي ولاية مستغانم قام برفع دعوى أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء مستغانم ضد الجمعية الثقافية الشيخ سي أمحمد بن يحي، طالبا **حلها** قضائيا، وذلك بسبب قيامها بنشاطات غير مشروعة، ودون أن يقدم أي دليل على صحة ما يدعيه، بل أشار فقط إلى المادتين 8 و 35 من القانون رقم 90-12 المؤرخ في 4 ديسمبر 1990 المتعلق بالجمعيات، والتي تسمح له برفع مثل هذه الدعاوى في حالة قيام الجمعيات بنشاطات غير مشروعة؛ إلا أن المجلس القضائي ممثلا في الغرفة الادارية رفضت على الحال تلك الدعوى، ما دام أن الوالي لم يقدم أي دليل على صحة ما يدعيه، وهو نوع من رقابة الوجود المادي للواقعة؛ وهذا ما أدى بالوالي في 1994/12/25 إلى الطعن في القرار أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، طالبا إلغاء

[1] – ينظر في التعليق على هذه القضية د/ بدران مراد؛ رسالته السابقة؛ ص230 وما بعدها.

[2] – القرار رقم 138642 (الفهرس 810) المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، 24 ديسمبر 1995، القرار غير منشور.

القرار المستأنف فيه وحل الجمعية، إلا أن المحكمة العليا لم تستجب لطلب الوالي، طالبا إلغاء القرار المستأنف فيه وحل الجمعية. إلا أن المحكمة العليا لم تستجب لطلب الوالي، وقامت بتأييد القرار المستأنف فيه، وذلك على أساس أن الوالي لم يقدم الدليل على صحة ما يدعيه.

ولقد جاء في إحدى حيثيات هذا القرار ما يلي:"غير أن السلطات لم تقدم و لم تعرض تقديم دليل إدعاءاتها على مادية الوقائع، وبالتالي فإن قاضي الدرجة الأولى طبق القانون التطبيق السليم لما لم يعتمد على مجرد إدعاءات السلطة الإدارية"؛ وهو الحل الذي ينبغي على القاضي الجزائري أن يسير عليه، على الرغم من أنه يشكل الحد الأدنى من الرقابة، مادام أن الأمر يتعلق بإجراءات استثنائية متخذة في ظل ظروف استثنائية[1].

3-1-2: أعمال الضبط و الرقابة على التكييف القانوني للوقائع.

والمقصود هنا على إمكانية خطأ السلطات الإدارية في إسناد الوقائع الثابتة والموجودة إسنادا سليما وصحيحا إلى مجموعة القواعد القانونية التي تحكمها وتنظمها.[2]

لقد كان دور مجلس الدولة الفرنسي يقتصر على مجرد التحقق من الوجود المادي للوقائع دون أن يتطرق إلى صحة التكييف القانوني للوقائع. ومن هذا القبيل في القضاء الجزائري رغم تذبذبه فيما يخص هذه المسألة مسألة رقابة سبب القرار الإداري القاضي بمنع الدخول إلى الأراضي الجزائرية تحت تبرير دواعي حفظ الأمن أو النظام العام، حيث تدخل القاضي للتحقق من صحة هذا التسبيب وذلك من خلال القضايا الآتية :

أ- قضية ز.ب ضد المديرية العامة للأمن ووزير الداخلية[3].

تتلخص وقائعها في أن السيد ز.ب بعد وصوله إلى الجزائر قادما إليها من فرنسا، أصدرت مصالح شرطة الحدود أمرا شفهيا في 20 أكتوبر 1978، يقضي بإعادته إلى التراب الفرنسي، وذلك نظرا للموقف الذي اتخذه اتجاه حرب التحرير الوطني، وقد برر هذا القرار بأن وجوده بالتراب الوطني فيه مساس بالنظام العام. فقام السيد ز.ب بالطعن في هذا القرار بدعوى تجاوز السلطة أمام الغرفة الإدارية لدى مجلس قضاء الجزائر. إلا أن هذه الأخيرة قضت في 9 أكتوبر 1985 بعدم الاختصاص، فقام السيد ز.ب بالطعن في هذا القرار بالاستئناف أمام الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى إلا أن هذه الأخيرة أيدت القرار المستأنف فيه، ومع ذلك قررت في إحدى

---

[1]- ينظر د/ بدران مراد؛ رسالته السابقة؛ ص 233؛ حيث سجل من خلال تتبعه للقضايا التي كان يجب على القاضي الإداري رقابة الصحة المادية للوقائع؛ أن هناك تذبذبا في موقف القاضي فمرة يراقب ومرة أخرى يمتنع كما هو الحال في قضية ب.ط ضد مديرية التربية لولاية مستغانم؛ حيث أكد القاضي الإداري الجزائري على موقفه من عدم رقابة الصحة المادية للوقائع عندما اتخذت مديرية التربية لولاية مستغانم قرارا بتعليق علاقة العمل سنة 1995، **ضد ب.ط**، ثم قرارا بتسريحه سنة 1997، فإن القاضي لم يتأكد من الصحة المادية للوقائع التي تبرر اتخاذ تلك العقوبات التأديبية، بل اعتبر أن تلك العقوبة لا تخرج عن مجال تطبيق المرسوم التشريعي رقم 93-02 المتضمن تمديد حالة الطوارئ، والمرسوم التنفيذي رقم 93-54 المحدد لبعض الالتزامات المفروضة على الموظفين العموميين. ينظر المرجع نفسه؛ص233

[2]- د/عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ص 209.

[3]- القرار رقم 49330، المجلس الأعلى، 11 أكتوبر 1986، ز.ب ضد المديرية العامة للأمن ووزير الداخلية، القرار غير منشور. مشار إليه في رسالة د/ بدران مراد؛ ص221

حيثياتها أنه إذا كان يحق للسلطة الإدارية رفض دخول مسافر ترى في دخوله إلى التراب الوطني مساس بالأمن العام، إلا أن التقدير الذي تتمتع به هذه السلطة قابل للمناقشة أمام قاضي تجاوز السلطة.

ب- قضية (أ.ر) ضد والي ولاية الجزائر و رئيس دائرة بئر مراد رايس:

وتعود أحداث هذه القضية الى تاريخ 11 جويلية 1981، عندما أقدم قضاة الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا(المجلس الأعلى سابقا) على إلغاء رئيس دائرة بئر مراد رايس الصادر في 29 ماي 1979 والذي منع بموجبه السيد(أ.ر) من إتمام سور حول منزله بحجة أن بناء هذا السور يخل بالنظام العام عن طريق الإخلال بالأمن العام، بالرغم من أن السيد (أ.ر) كان قد تحصل على رخصة بناء السور من رئيس بلدية بئر مراد رايس بتاريخ 28 أكتوبر 1978 بموجب قرار صادر عن نفس البلدية يتضمن رخصة البناء المؤرخ في 16 جانفي 1979، طعن السيد (أ.ر) في قرار رئيس الدائرة بالإلغاء أمام الغرفة الإدارية بتاريخ 29 نوفمبر 1979 و بعد التحقيق أصدرت الغرفة الإدارية المذكورة حكما قضائيا بتاريخ 11 جويلية 1981 يقضي بإلغاء القرار المذكور لأن هذا القرار غير مؤسس و مستند إلى وقائع غير ثابتة و صحيحة تبرر اتخاذه، حيث لا توجد وقائع الإخلال بالنظام العام والأمن العام من جراء عملية بناء هذا السور[1]. وعلى العكس من ذلك فإن المجلس الأعلى في قضية أخرى رفض الدعوى لأنه لا يظهر من أوراق الملف أن تقدير السلوك العام للطاعن يرتكز على وقائع غير صحيحة ماديا[2].

3-1-3: أعمال الضبط والرقابة على أهمية وخطورة السبب "قضاء الملائمة".

وهذه تعني تمتع السلطات الإدارية المختصة بالسلطة التقديرية لمراقبة مدى أهمية أو خطورة الوقائع والأسباب[3]؛ ويقوم القضاء الإداري بمراقبة تقدير الإدارة لصحة الأسباب وتناسبها مع الإجراء المتخذ فهو يبحث عما إذا كان يوجد تناسب بين الأسباب والمحل في عمل الضبط وبعبارة أخرى مراقبة ملائمة القرار الذي اتخذته سلطات الضبط. بحيث يشترط كما سبق بيانه في ضوابط حفظ النظام أن يكون الإجراء الضبطي ضروريا ولازما ومتناسبا مع أهمية الوقائع التي تدعو الإدارة لاتخاذه؛ وهذا ما اصطلح عليه **بقضاء الملائمة** بحيث تصبح الملائمة شرطا لمشروعية القرار الضبطي؛ ويغدو معه قضاء الملائمة مكملا لقضاء المشروعية؛ وليس متنافرا معه؛ بل وليس في ذلك خروجا على مبدأ الفصل بين السلطات.[4] يقول د/ **الطماوي** نقلا عن الفقيه **فالين**:" كلما قيد إجراء من إجراءات الضبط حرية عامة؛ فهو لا يكون قانونيا؛ إلا إذا كان لازما وملائما؛ ولو بإلغاء

---

[1]- المجلس الأعلى– الغرفة الإدارية ، قضية (أ.ر) ضد رئيس دائرة بئر مراد رايس، وزارة العدل، نشرة القضاة، العدد الثالث، 1986، ص73 و ما يليها.

[2]- د/ أحمد محيو، المرجع السابق، ص 188

[3]- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ص 214.

[4] - د/أحمد فتح الباب السيد؛ سلطات الضبط الاداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة؛ دراسة مقارنة؛ رسالة دكتوراه؛ جامعة عين شمس القاهرة؛ سنة 1993؛ ص360

سلطة الإدارة التقديرية."[1] وفي هذا الصدد جاءت أحكام مجلس الدولة الفرنس، مؤكدة على ضرورة التزام سلطات الضبط في المحافظة على الأمن والنظام العام بضرورة احترام حرية الأفراد والتوفيق بينها وبين ضرورة الحفاظ على النظام العام؛ خصوصا منها الحريات الجماعية كحرية الاجتماع؛ والتظاهر؛ والرأي.و يلاحظ أن تطبيقاته في القضاء الجزائري تكاد تنعدم في حدود ما توفر للباحث من مراجع. وحسب ما أكدته دراسات سابقة؛ في مجال ارقابة القضائية.

3-2- أعمال الضبط الإداري والرقابة على الغاية:

الغاية هي الهدف النهائي الذي يستهدفه مصدر القرار الإداري، فإذا كان السبب يمثل الجانب المادي في القرار الإداري، فهو إذا كما بينا حالة واقعية أو قانونية خارجة عن القرار الإداري ذاته وسابقة لصدوره، فإن الغاية تمثل الجانب الشخصي في القرار لما يتميز به من خفية واستتار تجعله ينطوي على دقة وصعوبة في اثباته[2]؛ فهي الهدف النهائي الذي يسعى رجل الإدارة إلى الوصول إليه عقب إصداره لقراره؛ فعيب الانحراف بسلطة الضبط الاداري يظهر إذا خرج القرار عن أهداف النظام العام عملا بقاعدة تخصيص الأهداف حتى ولو كان هدفه المصلحة العامة.[3]

وتعتبر الغاية الحد الفاصل بين ما يعتبر سلطة تقديرية مشروعة وبين ما يعتبر سلطة استبدادية غير مشروعة، أي تعسفا في استخدام السلطة، فهي المقياس الحقيقي والدقيق لوجود ذلك العيب في القرار الإداري، فيعتبر القرار الإداري معيبا بعيب إساءة استعمال السلطة إذا كان يستهدف غرضا غير الغرض الذي من أجله منحت الإدارة سلطة إصدارها وبالتالي فإن حالات الانحراف بالسلطة تكمن في: [4]

- حالة استهداف القرارات الإدارية لأهداف بعيدة وغريبة عن أهداف المصلحة العامة.

- عيب الانحراف في استعمال السلطة في حالة صدور قرارات تستهدف أهداف المصلحة العامة ولكنها تخالف قاعدة تخصيص الأهداف.

- عيب الانحراف في استعمال السلطة في صورة الانحراف في استعمال الإجراءات كأن تستعمل الإدارة إجراءات مصادرة السلع بدل إجراءات توقيع المخالفات المقررة قانونا[5].

و مجلس الدولة الفرنسي زاخر بالأمثلة العديدة التي قضى فيها بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري للانحراف بالسلطة؛ وقد جاءت أحكام مجلس الدولة الجزائري حيث يقضي بإلغاء القرارات الإدارية لعيب

---

[1] - د/ سليمان الطماوي؛ نظرية التعسف في استعمال السلطة؛ ص59.

[2] - د/ أنس قاسم جعفر؛ الوسيط في القانون العام؛ ص401

[3] - د/ سليمان الطماوي؛ نظرية التعسف في استعمال السلطة؛ ص82؛ ود/ سعد الدين الشريف؛ النظرية العامة للضبط الاداري؛ مقالته السابقة؛ ص171

[4] - د/ أحمد فتح الباب السيد؛ سلطات الضبط الاداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة؛ ص387؛ ود/ عاطف البنا؛ حدود سلطة الضبط الاداري؛ مرجع سابق؛ ص135 ؛ دة/ سعاد الشرقاوي؛ القانون الاداري؛ ص55.

[5] - عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ص. 218.

الانحراف بالسلطة ومثاله حكمه الصادر بتاريخ 19- 4- 1999 في قضية ط.م ضد بلدية أولاد فايت[1]؛ كما يمكن استجلاء بعض الاقضية في مجال الرقابة القضائية على الانحراف في استعمال السلطة برقابة القاضي الاداري على تدابير الاعتقال الاداري؛ من حيث استقراء مدى فعالية القضاء الاداري في حماية حرية المعتقلين ومن ثم تعويضهم خصوصا بعد ثبوت براءتهم.

4- تطبيقات الرقابة القضائية على إجراء الاعتقال الإداري التعسفي في ظل الظروف الاستثنائية

ويتعلق الأمر بالقضايا المتعلقة بتسريح موظفين تعرضوا لمتابعات جزائية، بسبب أعمال تمس النظام العام انتهت بصدور أحكام البراءة،[2] مما يجعل من قرارات الاعتقال الإداري ضارة بهم يستوجب التعويض عنها.

4-1-قضية ب .ط ضد مديرية التربية لولاية قالمة:[3]

والتي تتخلص وقائعها في أن السيد ب ، ط كان يمارس مهام معلم في الطور الأساسي منذ سنة 1981، وفي سنة 1995 تم اعتقاله، وذلك بتهمة الانتماء إلى شبكة إرهابية، فقامت مديرية التربية لولاية قالمة نتيجة لذلك بإصدار قرار في 1 أكتوبر 1995 يقضي بتعليق علاقة عمله، و بتاريخ 22 أبريل 1996 أصدرت محكمة قالمة حكما يقضي بحبسه نتيجة انتمائه لشبكة إرهابية ، و بعد خروجه من السجن سنة 1997، تقدم بطلب إلى مديرية التربية قصد إعادة إدماجه في منصب عمله ، إلا أن والي قالمة رفض هذا الطلب، كما قامت مديرية التربية[4] بإصدار قرار بتسريحه في 21 ماي 1997 دون أن تمكنه من الدفاع عن نفسه، فقام السيد ب ، ط بالطعن في هذا القرار بدعوى تجاوز السلطة أمام الغرفة الإدارية لدى مجلس قضاء قالمة، إلا أن هذه الأخيرة أصدرت قرارا في 9 جوان 1997 يقضي برفض طعنه، وبالتالي رفض إعادة إدماجه، فقام السيد ب، ط في

---

[1]- د/الحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص. 109، ص. 265.

[2]- فعلى سبيل المثال القضية التي فصل فيها مجلس الدولة الجزائري في 1 فبراير 1999 والتي تتلخص وقائعها في أن الموظف س كان متابعا قضائيا، ومحجوزا بسبب الوقائع المتعلقة بالإرهاب. وعلى أساس ذلك قامت السلطة المستخدمة بعزله، بسبب إهمال المنصب. وبعد محاكمته جزائيا، وصدور حكم بالبراءة في حقه، طلب إعادة إدماجه في وظيفته مع دفع مرتبه من تاريخ تسريحه. إلا أن الجهة المستخدمة رفضت ذلك، فلجأ إلى الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي التي قضت بإرجاعه إلى منصب عمله، مع استحقاقه للمرتب من يوم تسريحه. فقامت الجهة المستخدمة باستئناف هذا القرار أمام مجلس الدولة، الذي أيد جزء من قرار المجلس، وهو المتعلق بإرجاع الموظف إلى منصب عمله، وألغى الجزء الثاني منه، والمتعلق باستحقاق الموظف أجره من يوم تسريحه. وأسس قراره على المادة 16 من المرسوم رقم 85-59 المؤرخ في 23 مارس 1985 والتي تنص على أن الراتب يكون بعد أداء الخدمة، حيث جاء في إحدى حيثيات القرار: "حيث...لا يمكن دفع أي راتب شهري إذا لم يقابله أداء خدمة". ينظر الى القرار رقم 144707، مجلس الدولة، 1 فبراير 1999، منشور في مجلة مجلس الدولة، سابق الإشارة إليه، العدد1، ص 85.

[3]- مجلس الدولة، الغرفة 02، 9 أبريل 2001 ، ب، ط ضد مديرية التربية لولاية قالمة، مجلة مجلس الدولة، العدد1، 2002 ؛ ص 66

[4]- ويلاحظ أنه رغم صدور المرسوم رقم 90- 99 بتاريخ 29 مارس 1990 الذي **فوض** لمديريات التربية بالولايات سلطة تعيين و تسيير موظفي التربية، و لكنه لم يفوضها أهلية التقاضي ؟ لأنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية ، ذلك لأن التفويض الذي تحصلت عليه مديرية التربية هو تفويض الاختصاص، و ليس تفويض أهلية التقاضي، ومن ثم فالمسؤولية طبقا للقواعد العامة في القانون الإداري يتحملها الأصيل، وبناء على ذلك كان على مجلس الدولة أن يلغي قرار المجلس، لعدم توفر شرط الأهلية. ينظر إلى د/ مراد بدران؛ رسالته السابقة؛ ص 206

24 جانفي 1999 بالطعن بالاستئناف في ذلك القرار أمام مجلس الدولة طالبا إلغاءه على أساس أن مديرية التربية أخطأت في تقدير الوقائع ، كما قامت بخطأ واضح في تقدير الغلط، وبالتالي فإن قرارها منعدم الأساس، إلا أن مجلس الدولة أيد القرار المستأنف فيه، واعتبر قرار التسريح مشروعا على الرغم من عدم احترامه لحقوق الدفاع، على المرسوم التشريعي رقم 93-02 المؤرخ في 6 /3/ 1993 المتضمن تمديد حالة الطوارئ.

4-2-قضية السيد رئيس بلدية تيرني ضد والي تلمسان[1] :

تتلخص وقائع القضية في تعرض السيد عيسى ميلود رئيس المجلس الشعبي لبلدية تيرني (ولاية تلمسان) إلى اعتقال إداري في 1جويلية 1991؛ وفي 9 جويلية 1991 قام والي تلمسان بإصدار القرار رقم 2914 ، والقاضي بتوقيفه عن مهامه كرئيس للمجلس الشعبي البلدي، بسبب مشاركة السيد عيسى في الإضراب السياسي الذي قامت به الجبهة الإسلامية للإنقاذ ، وعدم احترام رموز الدولة ، وحجز أختامها؛ ودون الاستماع إلى أعضاء المجلس الشعبي طبقا للمادة 32 من قانون البلدية بحجة استحالة الاجتماع معهم ما دام أنهم كانوا في إضراب سياسي، و قد برر الوالي قراره بالظروف الاستثنائية التي كانت سائدة آنذاك .

وبعد أن طعن السيد عيسى بدعوة تجاوز السلطة ضد قرار الوالي أما الغرفة الإدارية بمجلس قضاء وهران ، قامت هذه الأخيرة في 25 أبريل 1992 **بإلغاء قرار الوالي** على أساس مخالفته لأحكام المادة 32 من قانون البلدية ، و هذا ما أدى بالوالي في 2 أوت 1992 إلى الطعن في هذا القرار بالاستئناف أمام الغرفة الإدارية للمحكمة العليا على أساس خطأ الدرجة الأولى في تقدير الوقائع؛ فقامت هذه الأخيرة بـ "إلغاء القرار المستأنف فيه، و بالتصدي و الفصل من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس " و لقد أسست المحكمة العليا قرارها على أن قرار الوالي كان الغرض منه وضع حد للفوضى التي ترتبت عن الإضراب السياسي، و حماية النظام العام " ما دام أن القرار اتخذ في ظل "الظروف الاستثنائية " بعد الإعلان عن حالة الحصار، واستحالة احترام المادة 32 من قانون البلدية ،ما دام أن أعضاء المجلس الشعبي البلدي كانوا مضربين ورفضوا الاجتماع.

4-3-قضية نظارة الشؤون الدينية لولاية تلمسان ضد السيد خلوط عبد القادر.

وتتلخص وقائع هذه القضية[2] في أن السيد خلوط كان يعمل إماما بإحدى مساجد تلمسان، وبعد أحداث جوان 1991، صدر قرار باعتقاله إداريا، وذلك في 10 جوان 1991. وبتاريخ 20 جويلية 1991، أصدر والي تلمسان القرار رقم 873 ؛ والذي قرر بموجبه تعليق علاقة عمل السيد خلوط ، وذلك ابتداء من 10 جوان 1991، بالإضافة إلى تعليق مرتبه إلى غاية إشعار جديد، وذلك باستثناء المنح العائلية.

---

[1] – القرار رقم 108830 (الفهرس 218) ، المحكمة العليا ، الغرفة الإدارية ، 31 مارس 1996، والي ولاية تلمسان ضد رئيس المجلس الشعبي لبلدية تيرني السيد عيسى ميلود ، القرار غير منشور. مشار اليه في رسالة د/ بدران ؛ص210

[2] – القرار رقم 199753 (الفهرس 1170)، المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، 16 ماي 2000، القرار غير منشور.مشار اليه في رسالة د/ بدران مراد؛ص201 ومابعدها

وبعد الإفراج على السيد **خلوط** من حالة الاعتقال الإداري، توجه بطلب إلى نظارة الشؤون الدينية لولاية تلمسان طالبا منها إعادة إدماجه في منصب عمله، ودفع أجوره التي لم يتحصل عليها عندما كان معتقلا؛ إلا أن النظارة رفضت طلبه، وبررت رفضها بالتعليمة رقم 751 الموجهة إلى نظارات الشؤون الدينية، والصادرة عن وزير الشؤون الدينية في 12 أوت 1992، والتي نصت على أنه "لا يمكن إعادة إدماج أي موظف لدى وزارة الشؤون الدينية في منصب عمله خاصة الائمة الذين تم الإفراج عنهم من مراكز الاعتقال الإداري، إلا بعد الموافقة الصريحة لوزارة الشؤون الدينية".

فقام السيد خلوط برفع دعوى أمام القسم الاجتماعي بمحكمة تلمسان ضد نظارة الشؤون الدينية لولاية تلمسان، يطلب من خلالها إعادة إدماجه في منصب عمله الأصلي، بالإضافة إلى دفع أجوره الشهرية التي لم يتحصل عليها عندما كان معتقلا. فاستجابت المحكمة لطلبه بحكم نهائي في 3 مارس 1997، وهذا ما أدى بالنظارة إلى الطعن بالنقض في هذا الحكم أمام الغرفة الاجتماعية لدى المحكمة العليا في 14 فبراير 1998، وذلك على أساس أربعة أوجه وهي: عدم الاختصاص النوعي، إغفال أو مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات، انعدام الأساس القانوني، وتناقض الأحكام النهائية الصادرة عن مختلف المحاكم. فقامت الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا بنقض وإبطال الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة تلمسان في 1997/3/3 وبدون احالة؛ مستندة على التعليمة رقم 751 الموجهة إلى نظارات الشؤون الدينية، والصادرة عن وزارة الشؤون الدينية في 12 أوت 1992.

4-4 – قضية بن المندي جمال ضد رئيس جامعة الأمير عبد القادر[1]:

ومن القضايا التي رفض فيها القاضي منح التعويض، والتي تتلخص وقائعها في أن السيد بن المندي كان يعمل كحارس ليلي بجامعة الأمير عبد القادر. وبعد أن اتهم بالمشاركة في نشاط جماعة إرهابية، تم وضعه في الحبس الإحتياطي –المؤقت حاليا– وهذا ما أدى به إلى التغيب عن عمله. فقام رئيس جامعة الأمير عبد القادر بإصدار قرار بتسريحه في 27 ماي 1997، وذلك بعد تنبيهه بضرورة العودة إلى منصب عمله بواسطة رسالتين بقيتا بدون إجابة؛ وبعد محاكمته جزائيا، صدر قرار لصالحه في 9 جون 1998 يقضي ببراءته.

فتقدم بطلب إلى رئيس الجامعة يطلب منع إعادة إدماجه في منصب عمله، إلا أن رئيس الجامعة لم يستجب لذلك، الشيء الذي أدى به إلى الطعن في ذلك القرار أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة، طالبا إلغاء قرار التسريح، وبالتالي إعادة إدماجه في منصب عمله، بالإضافة إلى تسديد مرتباته الشهرية مع منحه المنح والعلاوات ابتداء من تاريخ توقيفه إلى غاية رجوعه الفعلي، ودفع مبلغ تعويض قدره 100 ألف دج عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحقه إثر تسريحه التعسفي، إلا أن الغرفة الإدارية أصدرت قرارا في 10 جويلية 1999 يقضي برفض الدعوى لعدم التأسيس.

---

[1] --القرار رقم 003379 (الفهرس 500)، مجلس الدولة، 30 جويلية 2001، بن المندي جمال ضد رئيس جامعة الأمير عبد القادر، القرار غير منشور.

فقام بن المندي باستئناف هذا القرار في 2 أكتوبر 1999 أمام مجلس الدولة، طالبا إلغاء القرار المستأنف فيه، ومتمسكا بنفس الطلبات التي أبداها أمام الدرجة الأولى. إلا أن مجلس الدولة استجاب له فقط فيما يتعلق بإعادة إدماجه إلى منصب عمله، حيث قضى بإلغاء القرار المستأنف فيه، وفصلا من جديد، إلغاء قرار التسريح الضمني، وبالتالي إدراج المستأنف في منصب عمله. أما الطلبات الأخرى، فقد رفضها المجلس وذلك على **أساس أن المرتب يقابله عمل**، في حين أن المستأنف لم يعمل خلال فترة التسريح؛ أما فيما يتعلق بالتعويض فقد جاء في إحدى حيثيات القرار[1]: "وأن في قضية الحال كان المستأنف معتقل بأنه لم يطرد من طرف الإدارة إلا بعد حبسه، وعليه فإن ذلك لا يفتح له مجال التعويض".[2]

4-5- قضية م.م ضد مديرية التربية لولاية مستغانم:[3]

وتتعلق هذه القضية في تسريح لموظف بسبب تعرضه للاعتقال الإداري التعسفي، والتي تتلخص وقائعها في أن السيد م.م كان يعمل أستاذا بالتعليم المتوسط في مدينة مستغانم منذ 10 أكتوبر 1982 وبتاريخ 9 فبراير 1992 صدر قرار باعتقاله إداريا، بحيث وضع في معتقلات الصحراء الجزائرية. وفي آواخر ديسمبر من سنة 1995، أصدر رئيس الجمهورية قرارا يقضي بالإفراج عليه.

فتوجه إلى مديرية التربية لولاية مستغانم طالبا إعادة إدماجه في منصب عمله الأصلي، ودفع أجره ابتداء من تاريخ اعتقاله. فقامت هذه الأخيرة في 14 أوت 1996 بإصدار قرار يقضي بإعادة إدماجه في منصب عمله الأصلي، ولكن رفضت الحكم له بالمرتب والتعويض، وفي 30 أكتوبر 1996، استأنف هذا القرار أمام مجلس

---

[1]- إن هذه الحيثية تعد متناقضة مع ما قرره مجلس الدولة عندما ألغى قرار التسريح الذي اعتبره تعسفيا. والغريب في الأمر أن المنطق القانوني السليم يقول بأن " ما دام أن مجلس الدولة اعتبر بأن التسريح كان تعسفيا، كان من الأولى أن لا يرفض إعطاء التعويض للمضرور. ينظر د/ بدران ؛رسالته السابقة؛ ص203

[2]- هناك قضايا كثير رفض فيها مجلس الدولة التعويض عن فترة الاعتقال التعسفي معتمدا على أن قواعد الوظيف العمومي تشترط في الأجر أن يقابله عمل فعلي منجز.ومن بين هذه القضايا ما يعرف **قضية معنان الطاهر ضد رئيس بلدية منعة بباتنة** والتي تتلخص وقائعها في أن السيد معنان كان يعمل بصفته موظف ببلدية منعة بباتنة منذ سنة 1986، وبعد متابعته جزائيا، بسبب اتهامه بارتكاب أفعال إرهابية في 28 مارس 1993، قام رئيس بلدية منعة في 10 ماي 1993 بإصدار قرار بطرده من الوظيفة. على أنه بتاريخ 3 جانفي 1994 أصدر المجلس الخاص بقسنطينة حكما ببراءته، وهذا ما أدى به إلى أن يلتمس من البلدية إرجاعه إلى منصب عمله. إلا أن هذه الأخيرة رفضت، وهذا ما أدى به إلى رفع دعوى تجاوز السلطة ضد قرار رئيس البلدية، وطلب كذلك بالتعويض عن الأضرار التي لحقته من جراء ذلك، وهذا أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء باتنة. فقامت هذه الأخيرة بإلغاء قرار الطرد، كما ألزمت البلدية بإعادة إدراجه في منصب عمله، ومنحه تعويضا قدره 10 آلاف دج. ولكن بعد أن تم تنصيبه، أمرت الوصاية بوقفه عن العمل من جديد، فقام السيد معنان برفع دعوى أخرى أمام نفس الغرفة الإدارية، وطلب من خلالها بتسديد أجوره من يوم صدور قرار الوقف لغاية رجوعه الفعلي. إلا أن الغرفة الإدارية أصدرت في 31 مارس 1997 يقضي برفع الدعوى لعدم التأسيس. فقام السيد معنان باستئناف هذا القرار أمام مجلس الدولة، إلا أن هذا الأخير أيد القرار المستأنف فيه، وأسس قراره على المادة 16 من المرسوم رقم 85-59. ينظر؛ مجلس الدولة، 22 ماي 2000، القرار منشور في: لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق،ج1، ص 347.

[3]- مجلس الدولة، 26 جويلية 1999، منشور عند أ/ لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق،ج2، ص 105.

الدولة، وطلب تأييده جزئيا، والحكم له بمرتبه الشهري منذ تاريخ اعتقاله، بالإضافة إلى المنح والعلاوات والتعويضات، تحت غرامة تهديدية قدرها 3000دج عن كل يوم تأخير ابتداء من يوم النطق بالحكم.

وقد دفعت مديرية التربية برفض هذا الاستئناف على أساس أنها ليست مسؤولة عن اعتقاله، بالإضافة إلى أن المنشور الوزاري رقم 1 المؤرخ في 5 أبريل 1993 المعلق للمنشور رقم 462 المؤرخ في 22 جوان 1992، الصادر عن رئيس الحكومة، يعفيها من مثل هذه المسؤولية. على أن مجلس الدولة أيد في 26 جويلية 1999 قرار المجلس القضائي؛ دون أن يستجيب لطلبات دفع الأجر والتعويض والغرامة التهديدية، مؤسسا حكمه على منشور رئيس الحكومة رقم 1 المؤرخ في 5 أبريل 1993، والذي اعتبر أن فترة الاعتقال تعتبر بمثابة **عطلة غير مدفوعة الأجر**، كما أسس حكمه من جهة أخرى على أن مديرية التربية ليست مسؤولة عن تصرفات الإدارات الأخرى.

هذا و تجدر الإشارة إلى أن رئيس **الجمهورية السيد عبد العزيز بوتفليقة أصدر مرسوما**[1]، سمح من خلاله للأشخاص الذين تم تسريحهم بسبب تعرضهم لإجراء الإعتقال الإداري، أن يطالبوا إما بإعادة إدماجهم في وظائفهم، أو أن يطالبوا بالتعويض عما أصابهم من أضرار نتيجة تعرضهم للتسريح أو العزل، و ذلك من خلال تقديمهم لطلب إلى اللجنة المنشأة خصيصا لهذا الغرض. ومعنى ذلك أنه لا يجوز لهؤلاء الأشخاص الجمع بين طلب إعادة الإدماج و طلب التعويض.

إلا أن ما تجدر الإشارة إليه،كما **يقول د/ مراد بدران** هو أن هذا المرسوم الرئاسي لم يميز بين من ارتكب أفعالا كانت سببا في المأساة الوطنية، و تعرض لأحكام بالإدانة من طرف الجهات القضائية، و قامت الجهات المستخدمة بتسريحه على أساس ارتكابه لتلك الأفعال، وبين الذي لم يرتكب أي فعل يتعلق بالمأساة الوطنية، و كان ضحية لتلك المأساة كالمعتقل إداريا؛ فهل يستويان مثلا؛ وهل يعقل أن تتم معاملتهم بنفس الطريقة التي يعامل بها من تسبب في تلك المأساة ؟

إن هذا المرسوم ألحق في الحقيقة أضرارا بالأشخاص الذين تم تسريحهم نظرا لتعرضهم لإجراء الإعتقال الإداري، ما دام أن المادة 12 منه نصت على أنه لا يترتب على إعادة الإدماج أثر مالي بالنسبة للفترة التي لم يعمل فيها المعني. وعلى هذا الأساس، فإن الأشخاص المعتقلين ليس لهم الحق في المطالبة بالمرتب و الأقدمية والعلاوات... عن الفترة التي كانوا فيها رهن الإعتقال الإداري.

والواقع أن لهؤلاء الأشخاص المعتقلين أسر كانوا يعولونها؛ فإذا كان القاضي الإداري الجزائري قد رفض الحكم لهم بالمرتب، عن المدة التي قضوها في مراكز الأمن، نظرا لتعرضهم لإجراء لم يكن لهم أي دخل فيه.[2] و إذا كان رئيس الحكومة قد اعتبر أن فترة الإعتقال الإداري هي بمثابة عطلة غير مدفوعة الأجر، فمن الذي

---

[1]-المرسوم الرئاسي رقم 06-124 المؤرخ في 27 مارس 2006 المحدد لكيفيات إعادة إدماج أو تعويض الأشخاص الذين كانوا موضوع إجراءات إدارية للتسريح بسبب الأفعال المتصلة بالمأساة الوطنية. الجريدة الرسمية رقم 19 الصادرة في 29 مارس 2006.

[2]- مجلس الدولة، 26 جويلية 1999،قضية م.م. ضد مديرية التربية لولاية قالمة، سابق الإشارة إليها.

يعوضهم عن الأضرار المادية والمعنوية المترتبة على قيام الإدارة بتسريحهم عن وظائفهم، ما دام أن المرسوم الرئاسي رقم 06-124 قد حرمهم من الآثار المالية المترتبة على إعادة الإدماج[1].

ثانيا: مسؤولية الدولة عن أعمال حفظ النظام العمومي "رقابة التعويض"

رغم إقرار جميع الفقه الإداري على أهمية حفظ النظام العام في المجتمع وأولويتها على تمتع الأفراد بكامل حقوقهم وحرياتهم إلى أن ذلك لا يعفي الدولة من تعويض الأفراد عن الأضرار التي أصابت طائفة منهم على أساس مبادئ العدالة والإنصاف والمساواة أمام التكاليف العامة كمبادئ دستورية سامية على كل السلطات في الدولة. ومن هذا القبيل يأتي دور المشرع والقضاء الجزائري في الإقرار بمسؤولية الدولة عن أعمالها المادية المشروعة وغير المشروعة في حفظ النظام العمومي على أساس نظرية المخاطر في الظروف العادية والظروف الاستثنائية ومن ذلك قانون المصالحة الوطنية والمراسيم المنفذة لها.

تمثل العدالة الغاية المنشودة بالنسبة لأي نظام قانوني؛ ولذلك فان تحقيقها مرهون بالنظام القضائي المعتمد في الدولة ولقد أثبت مجلس الدولة الفرنسي فعاليته في الموازنة بين المصالح العامة وامتيازات الإدارة وبين مصلحة الأفراد من خلال إقراره لمسؤولية الدولة عن أعمالها المادية المشروعة مما يكشف عن جدارة نظام ازدواجية القضاء التي تبناه المؤسس الجزائري من خلال دستور 1996.وقد مرت مسؤولية الدولة بمراحل متباينة إذ ظلت القاعدة الراسخة لفترات طويلة هي عدم مسؤولية الدولة مطلقا وفقا **لقاعدة التاج لا يخطأ**. ومع ظهور بعض العوامل المختلفة في عصر النهضة الأوربية بدأت فكرة المسؤولية في الظهور تدريجيا إلى أن أصبحت هي القاعدة؛ وعدم المسؤولية هو الاستثناء بالنسبة لطائفة من الأعمال، عرفت قضائيا **بأعمال السيادة**، والتي أضحت موضع انتقاص. والتي منها أعمال الضبط الإداري التي تهدف إلى وقاية النظام العام بعناصره التقليدية الثلاثة "حفظ الأمن العام، حفظ الصحة العامة، حفظ السكينة العامة"،حيث أصبح القضاء يعتبرها أعمالا إدارية وليست حكومية تخضع لرقابة القاضي إلغاءا وتعويضا؛ على أن يشترط في تقرير مسؤولية الدولة الخطأ الجسيم في الظروف العادية، والخطأ الاستثنائي الجسيم في الظروف الاستثنائية.

مما يعني إقرار مسؤولية الدولة على أساس المخاطر الاجتماعية. فالدولة الحديثة أصبحت مسئولة بحكم المواثيق والقوانين **عن وقاية المجتمع من المخاطر الإنسانية وتأمينه من كافة الأضرار**، ذلك أن حدوثها ناتج عن تقصير وإهمال من جانبها في اتخاذ الاحتياطات لتأمين الجماعة من المخاطر غير العادية.

وفي هذا الإطار **يعترف المشرع والقضاء الجزائري بمسؤولية الدولة على أساس المخاطر حتى ولو كان نشاطها مشروعا** ومن هذا القبيل يأتي قانون المصالحة الوطنية الصادر بالأمر 01/06 والمراسيم الرئاسية المنظمة

---

[1]- هذا و تجدر الإشارة إلى أنه إذا استحال على الإدارة إعادة إدماج الموظف الذي كان موضوع التسريح بسبب تعرضه لإجراء الإعتقال الإداري، بسبب مثلا حل الشخص المعنوي الذي كان يعمل لديه، أو أن الموظف فضل المطالبة بالتعويض بدلا من إعادة الإدماج، فإن مبلغ التعويض الذي قرره هذا المرسوم لا يساوي الأضرار التي تعرض لها الشخص المعني .أنظر المادة 14 من المرسوم الرئاسي رقم 06-124 سابق الإشارة إليه. ينظر تفصيلا أكثر د/ بدران مراد؛ المسؤولية عن الاعتقال الإداري؛ مقالة ملقاة في أشغال الملتقى الوطني حول مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية؛ المركز الجامعي سعيدة؛ ص13

له؛ مقررا لمسؤولية الدولة عن مخاطر حفظ النظام العمومي إذ تتكفل الدولة بتعويض ضحايا المأساة الوطنية سواء كانوا من المستخدمين العسكريين أو من الموظفين والأعوان العموميين أو من عائلات المفقودين أو العائلات التي ابتليت بتضلع أحد أطرافها في عمل إرهابي.

1- تحديد مفهوم المسؤولية الإدارية :

ينطلق أساس فكرة المسؤولية من خلال فكرة الالتزام بالإصلاح والتعويض.[1] وحول هذا المعنى يمكن تصنيف تعريف **كابتان** بأنها"الالتزام بإصلاح ضرر أحدثناه لشخص عن طريق خطا[2] أو في بعض حالات حددها القانون عن المخاطر التي تنتج عن نشاط معين"؛ على اعتبار تأكيده لعنصر الالتزام النهائي بتعويض الضرر ؛وإبرازه لأركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية دون إغفال لحالات المسؤولية دون خطأ. مما سبق يمكن تعريف المسؤولية" **بأنها الالتزام بتعويض الضرر المتسبب عن إخلال بالتزام سابق أو عن تصرف مشروع"**[3].

أما بخصوص المسؤولية الإدارية فهي لا تختلف عن المسؤولية المدنية من حيث المضمون بل التمايز بينهما يرجع إلى طبيعة الشخص المسؤول بأن يكون أحد أشخاص القانون العام من زاوية؛ ومدى ارتباط النشاط الذي يمارسه هذا الأخير بتسيير وإدارة أحد المرافق العامة من زاوية أخرى.

وعلى هذا يمكن تعريفها " **بأنها الالتزام النهائي من جانب الدولة بتعويض الضرر المتسبب عن خطأ أحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو عن نشاطها الإداري المشروع** مما يعني أن المسؤولية الإدارية قسمين[4]:

أ-المسؤولية على أساس الخطأ المرفقي أو المصلحي: وهو الخطأ الذي ينسب إلى المرفق بذاته، وليس إلى العون العمومي الذي يهدف إلى تحقيق أغراض شخصية غير وظيفية بناء على عواطفه أو تهوراته، كالخطأ العمدي الذي يرمي به الإيذاء وإلحاق الضرر بالآخرين. بأن يستعمل القاضي معيار الغرض المستهدف؛ هل تصرف العون بهدف تحقيق مصلحة المرفق أو بهدف آخر ذو طبيعة شخصية؟وتتمثل صور الخطأ المرفقي حسب ما توصل إليه القضاء الإداري الفرنسي في ثلاث حالات[5]:

1- عدم تأدية المرفق للخدمة؛ كتقصير مرفق الأمن العمومي في توفير الأمن للأشخاص والممتلكات أثناء قيام المظاهرات المصرح بها.

2- سوء تأدية الخدمة من طرف المرفق العام؛ كتعسف مرفق الأمن في استعمال سلطة الاعتقال الإداري؛ أو المنع من الإقامة في إطار تدابير حالة الطوارئ.

---

[1] - د(ة)/ سعاد الشرقاوي، المسؤولية الإدارية ؛مطبعة دار المعارف –مصر- ط3 ؛سنة 1973؛ ص70

[2] - وتجدر الاشارة أن المراد بالخطأ ما نصت عليه المادة 124 من القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 05/ 10 " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ،ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

[3] - د / كامل عبد السميع محمود؛ مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة؛ ص11

[4] - د / لعشب محفوظ ؛ المسؤولية في القانون الإداري؛ ديوان المطبوعات الجامعية؛ طبعة 1994؛ ص46

[5] - د / لحسين بن الشيخ أث ملويا؛ المنتقى في قضاء مجلس الدولة؛ الجزء الأول؛ دار هومة؛ طبعة 2002 ؛ ص293

3- تماطل المرفق العام في أداء الخدمة أو تأخره؛ كتأخر مرفق الأمن العمومي في تقديم المساعدات اللازمة حالة الاستنجاد بالقوة العمومية.

فالخطأ المرفقي– رغم صعوبة تمييزه عن الخطأ الشخصي– إلى أنه يمكن **تحديد مظاهره بأنه كل خطأ سببه التنظيم السيئ أو التسيير السيئ للمرفق العام**[1]؛ هذا الخطأ قد يشترط القضاء في وجوب التعويض عنه أن يكون على قدر من الجسامة (**الخطأ الجسيم**) إذا تعلق الأمر ببعض المرافق كمرفق الضبط او البوليس ؛و مرفق المستشفى[2]

ب– المسؤولية على أساس المخاطر (دون خطأ): تنعقد المسؤولية الإدارية كقاعدة عامة بتوافر ثلاثة أركان رئيسية هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية وهو ما أطلق عليه اصطلاح المسؤولية على أساس الخطأ ؛غير أن مجلس الدولة الفرنسي نجح في إرساء أساس جديد للمسؤولية وهو ما يعرف **بمسؤولية المخاطر أو المسؤولية عن العمل الإداري المشروع** كأساس تكميلي بجانب المسؤولية الخطأية[3]. فقد تطورت المسؤولية حيث أصبح القاضي الإداري يقبل المسؤولية على أساس آخر هو **الخطر الناشئ عن نشاط الإدارة** دون الحاجة إلى تقدير المتضرر فيما إذا كان خاطئا أم لا ؛ ففي ظل زيادة تدخل الدولة في مختلف النشاطات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بهدف تحقيق المصلحة العامة قد تلحق أضرار بالأفراد مما يستوجب مساءلة الدولة عن تأمين مواطنيها ضد مخاطر أعمالها ؛بتعويض من يصيبه ضرر من ممارسة نشاطها حتى في الحالات التي لا يمكن نسبة وصف الخطأ أثناء ممارسة هذا النشاط.[4]

فالإدارة يجب أن تتحمل **تبعة مخاطر نشاطها المرفقي الضار بالأفراد؛**[5]وعلى هذا الأساس يمكن تعريف مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة **بأنها الالتزام النهائي من جانب الدولة بتعويض الضرر المتسبب عن واقعة مادية مشروعة لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة**[6]

وقد تعرضت فكرة المخاطر كأساس قانوني لمسؤولية الإدارة بدون خطأ أو عن عملها المشروع لانتقادات من جانب بعض الفقهاء ممن اتجهوا للاستعاضة عنها **بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة**[7] ذلك انه من الإجحاف أن يتحمل بعض المواطنين أعباء تفوق تلك التي يتحملها البعض الآخر لمصلحة المجموع[1].

---

[1] – د / أحمد محيو؛ المنازعات الإدارية؛ ديوان المطبوعات الجامعية ؛ طبعة 1982 ؛ص20

[2] – د / جورج قوديل ،بيار دلقولقيه؛ القانون الإداري ؛ج 1 ؛ترجمة منصور القاضي ؛المؤسسة الجامعية للدراسات لبنان ؛ط1،سنة 2001 ؛ ص494

[3]– د / سليمان الطماوي ؛ القضاء الإداري – قضاء التعويض – دار الفكر العربي ؛طبعة 1977؛ص118

[4] – ينظر تفصيلا أكثر د/ عبد الحميد أبو زيد؛ القضاء الإداري؛ دار النهضة العربية؛ ط سنة1994؛ ص239

[5] – ويعد الفقيه الفرنسي ليون ديجي من أبرز الفقهاء القائلين بفكرة المخاطر كأساس للمسؤولية دون خطأ

[6] – د / كامل عبد السميع محمود؛ المرجع السابق؛ ص16

[7] – د /دي لوبادير؛ المطول في القانون الإداري الجزء الثاني ؛طبعة 4 سنة 1976 ص629 والذي يعد من أبرز الفقهاء القائلين بفكرة المساواة أمام الأعباء كأساس للمسؤولية دون خطأ ؛وكذا الفقيه مارسال فالين .

فليس من العدالة أن يتحمل فرد بذاته العبء العام وحده دون سائر أفراد المجتمع كما ليس من العدل أن تخص الدولة فرد بذاته بتحمل تبعات العبء العام دون سائر الأفراد خصوص إذا كان هذا العبء مفروضا لتحقيق نفع عام أو مصلحة عامة[2]

على أن بعض الفقه الإداري يعتمد في تأسيسه للمسؤولية الإدارية عن أعمالها المشروعة على الجمع بين فكرة المخاطر[3] وبين مبدأ المساواة بين الانفراد أمام الأعباء العامة؛ وينسب هذا الرأي الى كل من الفقيهين جورج فيدل؛ وريفيرو.[4]

1- وهناك من الفقه من يعتمد على أساس آخر للمسؤولية غير الخطئية يتمثل في مبدأ الغنم بالغرم والتضامن الاجتماعي؛ والذي بمقتضاه وجوب تحمل الإدارة لمخاطر ومغارم نشاطها حتى وان كان مشروعا.[5]

وعلى هذا تتدخل السلطة العامة لتوقي مختلف أوجه العنف والقوة والعدوان المادي من أجل حفظ الأوضاع الرتيبة لحياة المجتمع ،بالإضافة إلى استعمال فكرة النظام العام لحماية السلطة نفسها كونها ليست مجرد قوة مادية صماء محايدة؛ بل هي تعبير عن فلسفة النظام كله والحامية لقيم النظام الأساسي والأوضاع السياسية والاجتماعية[6]

وعلى هذا تسأل الدولة عن أعمالها في مجال حفظ السلم والأمن العموميين باعتباره واجبا دستوريا كما هو الحال في دستور 1996 طبقا للمادة **24** " **الدولة مسؤولة عن أمن الأشخاص والممتلكات** ؛وتتكفل بحماية كل مواطن في الخارج" ويترتب على ذلك مسؤولية مرفق الأمن بمختلف أقسامه عن توفير الأمان لجميع المواطنين وفي حالة التقصير يحق للمتضرر أن يقاضي الدولة من أجل المطالبة بالتعويض بناء على نظرية تحمل التبعة أو المخاطر .

---

[1] – د / لعشب محفوظ؛ المرجع السابق ص50

[2] – د/وجدي ثابت غبريال؛ مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة كأساس للمسؤولية الإدارية؛ منشأة المعارف ص22 ؛ ود / ماجد راغب الحلو؛ القضاء الإداري؛ ص518

[3] – ومن أهم صور تطبيق فكرة المخاطر في ظل الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي: " أضرارا سببتها قرارات إدارية مشروعة؛ وأضرارا سببتها نشاطات قانونية للإدارة ؛ وأضرارا أصابت معاوني المرافق العامة؛ أضرار ناتجة عن ممارسات عسكرية ؛ وأضرارا ناجمة عن استعمال أشياء معينة من قبل الإدارة (سيارات، أسلحة نارية، طائرات...) ينظر تفصيلا في ذلك عند د / جورج قوديل، بيار دلقولقيه؛ القانون الإداري ؛ج 1؛ ترجمة منصور القاضي؛ المؤسسة الجامعية للدراسات لبنان ؛ط1،سنة 2001 ؛ ص494

[4] – د / كامل عبد السميع؛ مرجع سابق ص307 وما بعدها

[5] –د / سعاد الشرقاوي المرجع السابق ؛ص 193؛وكذا د / جابر جاد نصار؛ مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية –قضاء التعويض– دار النهضة؛ طبعة 1995؛ ص265

[6] – د / محمد عصفور ؛ البوليس والدولة القاهرة طبعة 1973 ص258

وتتأكد هذه المسؤولية في ظل الظروف الاستثنائية التي قد تمر بها الدولة ؛الأمر الذي قد يدفع السلطة الإدارية إلى تفويض السلطة العسكرية بعض هذه الصلاحيات[1] كتدابير الاعتقال الإداري أو الإخضاع للإقامة الجبرية والقيام بالتفتيشات الليلية والنهارية ومنع التجمعات والاجتماعات وحظر التجول والتنقل ؛بل يمكن للإدارة ممثلة في رئيس الحكومة اللجوء إلى وحدات الجيش الشعبي .بمختلف تشكيلاته للإسهام في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية طبقا للمادة 3من القانون 23/91 المنظم والمحدد لشروط مساهمة قوات الجيش الوطني الشعبي في صيانة الأمن العمومي[2].

2-أساس مسؤولية الدولة عن أعمال حفظ النظام العام وتطبيقاته على قانون المصالحة الوطنية.

سبق بيان أن سلطة الضبط الإداري تتمثل في حق الإدارة في فرض قيود على الأفراد تحد من حرياتهم ومن نشاطهم الفردي بقصد المحافظة على النظام العام بطريقة وقائية من خلال مختلف الوسائل والإجراءات التنظيمية واللائحية والأوامر والقرارات الفردية ؛ والتي تتمثل أساسا في **لوائح الضبط**[3]في شكل قواعد عامة مجردة وموضوعية.أو في شكل في **تدابير الضبط الفردية** في شكل قرارات إدارية فردية تستهدف صيانة النظام العام بعناصره الثلاثة، كالأمر بهدم منزل آيل للسقوط، أو لاحتوائه على متفجرات،والأمر بمصادرة جريدة أو الاستيلاء على عقار أو منقول ... فضلا عن حق سلطة حفظ النظام العمومي في **التنفيذ الفوري والمباشر**[4] حيث تملك سلطة الضبط إجبار الأفراد على الخضوع لأحكامها وقراراتها؛ وتتوسع هذه التدابير الضبطية في ظل الظروف الاستثنائية[5] إلى تدابير سالبة للحرية من خلال أسلوب **الجزاء الإداري**[1] إذا لم تسعف الإجراءات

---

[1] - مثل ما نص عليه المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المتضمن تقرير حالة الحصار في المادة 03(تفوض الى السلطة العسكرية ،الصلاحيات المسندة إلى السلطة المدنية في مجال النظام العام والشرطة...)

[2] -/ القانون 23/91 المؤرخ في 06 ديسمبر 1991 والمتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية الجريد الرسمية رقم 62 ص2396 ونصها كالتالي (يمكن تجنيد وحدات الجيش الوطني الشعبي وتشكيلاته في الحالات التالية: أ- النكبات العمومية والكوارث الطبيعية ذات الخطورة الاستثنائية .ب- عندما يكون حفظ الأمن العمومي وصيانته وإعادته خارجا عن نطاق السلطات والمصالح المختصة.ج- بسبب المخاطر الجسيمة أو توقعها التي قد يتعرض لها أمن الأشخاص والممتلكات. د- في حالة المساس المستمر بالحريات الجماعية والفردية.

[3] - مثل لوائح الحظر والمنع بخصوص عقد اجتماع أو مظاهرة في الطرق العامة.ولوائح الترخيص المسبق والإخطار السابق لممارسة النشاط الفردي كوسيلة لأخذ الاحتياطات وتقدير احتمالات الإخلال بالنظام العام. ولوائح التنظيم بهدف التوفيق بين ممارسة الجميع لحرياتهم دون تعارض في المصالح . ينظر تفصيلا لها عند د/ مجدي فتح الله حسن ،مرجع سابق ؛ص152 إلى ص198.ود/ عاطف البنا الوسيط في القانون الإداري من ص387الى406

[4] - ويتم هذا التنفيذ الجبري في حالتين:أ- **وجود إجازة صريحة** من المشرع في اللجوء إلى التنفيذ المباشر مثل الحجز الإداري على ممتلكات الغير المدين للإدارة وحقها في مصادرة الأسلحة النارية في الظروف الاستثنائية.ب- **حالة الضرورة التي** تبرر حق الإدارة في القبض على الأفراد وتفريق المتظاهرين بالقوة وحظر التواجد في بعض المناطق د/ الطماوي، القانون الإداري ص378، ود/ بسيوني عبد الغني؛ القانون الإداري؛ ص312

[5] - يرجع تفصيل النظام القانوني لحالات هذه الظروف وشروطها إلى د/ مسعود شيهوب الحماية القضائية للحريات العامة في الظروف الاستثنائية ؛المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية رقم 01 سنة 1998 ص24وما بعدها.

العادية في استتباب النظام العام ومواجهة الاضطرابات ولذلك يتدخل المشرع [2]لتوسيع السلطات الممنوحة لهيئات الضبط لمواجهة تلك الظروف الاستثنائية بما يمكنها من اتخاذ الإجراءات العاجلة واللازمة فارضا نوعا من المشروعية الاستثنائية كقيود وضوابط على السلطة الضبطية لحماية الحريات العامة من التعسف اللامشروع .

أ- تأصيل أساس مسؤولية الدولة عن أعمال حفظ النظام العمومي :

الأصل في مسؤولية الدولة عن أعمالها الإدارية أنها تقوم على أساس **نظرية الخطأ** التي أرسى مجلس الدولة الفرنسي أركانها وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، إلا انه أمام صعوبة إثبات هذا الخطأ عمليا؛ ابتدع مجلس الدولة قيام مسؤولية الدولة على أساس المخاطر وتحمل التبعة وعلى أساس المساواة أمام التكاليف والأعباء العامة بصفة استثنائية ؛والتي بمقتضاها تسأل الدولة عن الأضرار التي تصيب الأفراد من جراء تصرفات رجال الضبط ،دون حاجة إلى تكليف طالب التعويض أن يثبت خطأ هيئة حفظ النظام العام .

وعلى هذا يعتبر مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال الضبط الإداري من المبادئ المقررة في القضاء والتشريع الفرنسي وهو الأمر الذي سيتبناه المشرع الجزائري والقضاء الإداري الحديث النشأة بها من خلال اجتهادات مجلس الدولة الجزائري بموجب تبني المؤسس الدستوري لمبدأ ازدواجية القضاء؛ فنظرا لطبيعة مرفق الأمن العمومي؛ وما يستخدمه من وسائل في سبيل تحقيق الأمن؛ ونظرا لصعوبة إقامة مسؤولية الدولة على أساس الخطأ لما يشترط فيه من جسامة ووجود ضرر غير عادي فان مجلس الدولة وكعادته في خلق قواعد القانون الإداري أجاز إمكانية مساءلة الدولة عن أعمالها الضبطية من دون خطأ من جانبها؛ وقد تدعمت هذه الإمكانية بصدور تشريعات تقرر صراحة مسؤولية الدولة عن نشاطها الضبطي المشروع ولقد حاول الفقه الإداري تأصيل أسباب تقرير هذه المسؤولية ،فوجدت اجتهادات كثير نجملها كالتالي:[3]

1-**مبدأ الغنم بالغرم** الذي يقوم على أساس أن تتحمل الجماعة التي اغتنمت وانتفعت من نشاط الضبطي تعويض الأضرار والمغارم التي سببها النشاط الإداري الذي انتفعت به ،مما يعني أن تتحمل الجماعة العامة عبء دفع التعويض للمضرور من الخزينة العامة باعتبارها ذمة الجماعة المالية.

---

[1] – وذلك إما في شكل الاعتقالات الإدارية الوقائية السالبة للحرية دون حكم قضائي أو في شكل المصادرة الإدارية للأسلحة غير المرخصة، وللصحف والمنشورات المكدرة للأمن العام والمحرضة على الفتن، أو سحب التراخيص لمخالفتها للشروط القانونية. ينظر تفصيلا قيما لهذه الأساليب إلى د/ محمود سعد الدين الشريف أساليب الضبط الإداري والقيود الواردة عليها، مجلة مجلس الدولة السنة الثانية عشر 1964 ص9ومابعدها

[2] – يمكن التمثيل على هذه الصلاحيات الواسعة بحق رئيس الجمهورية في تقرير حالتي الحصار والطوارئ بمقتضى المادة 91 من دستور 1996وكذا حقه في تقرير الحالة الاستثنائية بمقتضى المادة93 كما أن المشرع نظم أحكام الظروف الاستثنائية منها المرسوم الرئاسي رقم 92 / 44 المؤرخ في 09 فيفري 1992 المتضمن إعلان حالة الطوارئ لمدة 12 شهرا والتي مددت بموجب المرسوم التشريعي 02/93المؤرخ في 6فيفري 1993الى أجل غير محدد مازالت السارية إلى اليوم.د/ تاصر لباد مرجع سابق ص52

[3] – يرجع تفصيل هذه الأسس غالى د/ عمار عوابدي؛ المسؤولية الإدارية ص154 والأساس القانوني لمسؤولية الادارة عن أعمال موظفيها ص182.ورشيد خلوفي؛ قانون المسؤولية الإدارية ديوان المطبوعات طبعة 2001 ص50 وما بعدها و د/ كامل عبد السميع ؛مرجع سابق ص275

2- **مبدأ التضامن الاجتماعي**: بمقتضى الصالح العام الذي يستوجب رفع الضرر الاستثنائي الذي يلحق أحد الأفراد من خلال تعويضهم من مال الجماعة ممثلا في خزينة الدولة.

3- **مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة** فأساس التعويض مبدأ العدالة التي تقتضي أن يتساوي الجميع في المغانم والمغارم فليس من المنطق أن يتحمل الضرر من نشاط ضبطي جماعة وتتضرر جماعة أخرى علما أن الدستور يقر بالمساواة في مختلف المجالات.

4- ويرى البعض **الجمع بين نظرية المخاطر وبين مبدأ المساواة** أمام التكاليف العامة.

وأيا كان الأساس الفقهي المؤصل لتبرير حق المتضرر في التعويض فان الأهم هو الاعتراف بنظرية المخاطر كأساس مكمل للمسؤولية على أساس الخطأ[1] خصوصا في ظل الظروف الاستثنائية والذي تدعم بالاعتراف التشريعي بنظرية التعويض؛ مثل ما هو الحال مع قانون المصالحة الوطنية في الجزائر الذي أسس لنظرية المسؤولية دون خطأ بمختلف صورها وأسسها الفقهية .

ب- تكريس المشرع الجزائري لمسؤولية الدولة عن أعمال حفظ النظام العمومي من خلال قانون 01/06 المتضمن قانون المصالحة الوطنية :

يتضمن قانون المصالحة الذي دخل حيز التنفيذ في أول مارس 2006 كترجمة ميدانية لميثاق السلم والمصالحة المصادق عليه بأغلبية **97,36%** في استفتاء 29 سبتمبر 2005 ، التعويضَ ماليا لضحايا الأزمة ومنهم عائلات المفقودين ما لا يقل عن التعويض الممنوح لعائلات ضحايا الإرهاب والذي يشمل دية بقيمة 1,2 مليون دينار جزائري(ما يعادل 15 ألف دولار أمريكي) ومعاشات شهرية بقيمة 16 ألف دينار(ما يعادل 200 دولار) وهي مبالغ معتبرة بالنسبة للدخل الجزائري·ويشترط القانون على عائلة المفقود التي تتقاضى التعويضات المالية ألا تطالب بـ" تعويض آخر" مستقبلا، وهي إشارة إلى **ضرورة غلق الملف والكف عن حمل شعار "الحقيقة والعدالة"**لاسيما وأن القانون ينص على منح شهادة وفاة لكل عائلة مفقود.

كما يمنع القانون قطعا اللجوء إلى العدالة لمقاضاة أعوان الأمن الذين تتهمهم العائلات بالمسؤولية عن الاختفاء القسري لأبنائها؛ ويمنع العدالة من قبول دعاوى من هذا النوع أو أية دعاوى قضائية تتحدث عن "تجاوزات" يُتهم أعوان الدولة بارتكابها أثناء مكافحة الإرهاب· وأكثر من ذلك يجرم القانون الجديد كل من يصر على إثارة مثل هذه القضايا بالسجن بين 3 إلى 5 سنوات وغرامة مالية باهظة تصل إلى خمسين مليون سنتيم(500,000دج) مع مضاعفة العقوبة في حال تكرار المخالفة طبقا للمادة 46 من قانون المصالحة.

---

[1] - ينظر على سبيل المثال قرار مجلس الدولة في الجزائر الذي حكم بمسؤولية وزارة الدفاع على أساس نظرية المخاطر في **قضية ورثة بن عمارة بلخميسي**؛ ينظر د/ آث ملويا ؛ المنتقى ؛ج1؛ص91

مما يعني انتفاء قيام مسؤولية الدولة على أساس الخطأ وإنما على أساس المخاطر بمختلف صورها خاصة منها مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة ومبدأ التضامن [1] وانتفاء وجود المسؤولية الجنائية للدولة.وهو ما يفهم من نص المادة 45 من قانون المصالحة "لا يجوز الشروع في أي متابعة بصورة فردية أو جماعية، في حق أفراد قوى الدفاع والأمن للجمهورية ،بجميع أسلاكها، بسبب أعمال نفذت من أجل حماية الأشخاص والممتلكات ونجدة الأمة والحفاظ على مؤسسات الجمهورية.ويجب على الجهة المختصة التصريح بعدم قبول كل إبلاغ أو شكوى)

ويعِد ميثاق السلم والمصالحة الوطنية المسلحين بإلغاء المتابعات القضائية في حال تسليمهم أنفسهم[2]، كما أن إحدى فقراته تحذر من "التذرع بما خلّفته المأساة الوطنية من جراح بقصد زعزعة أركان الدولة أو وصم شرف جميع أعوانها الذين أخلصوا في خدمتها ، أو تشويه صورة الجزائر على الصعيد الدولي". ويحظر الميثاق العفو على المسلحين الذين ألقوا السلاح، أو المتورطين في تمويل الإرهاب وأعلنوا توبتهم، والمحكومين غيابياً، وغيرهم ممّن تعرضوا لإجراءات إدارية وفصل عن العمل.

و لم يُستثن من هذا العفو سوى الضالعين في المجازر الجماعية، وانتهاك الحرمات واستعمال المتفجرات في الاعتداءات على الأماكن العمومية؛ كما يحظر الميثاق كل نشاط سياسي على القياديين الإسلاميين السابقين "الرافضين للاعتراف بمسؤوليتهم ".

---

[1] – وجدير بالذكر أن تعويض مثل هذه الأضرار أساسه الأصلي هم المسؤولية عن أعمال الشغب الجماعي فالدولة تعتبر مؤمن للأضرار التي تصيب الأفراد من جراء نشاطها. وهذا ما يعرف بنظام التأمين الاجتماعي حسب رأي **موريس هوريو**. أو نظرية الدولة المؤمنة حسب رأي **ليون ديجي** فالدولة تعتبر مؤمن للمخاطر الاجتماعية فإذا كان نشاط ماديا فالأساس نظرية المخاطر وإذا كان النشاط عبارة عن تصرف قانوني فالأساس الإخلال بمبدأ المساواة. د/ مسعود شيهوب، نظرية المخاطر في القانون الإداري ؛ج1 ص56.

[2] – وجدير بالإشارة أن قانون المصالحة والعفو في الجزائر ليس الأول من نوعه فقد سبقه كل من قانون الرحمة وقانون الوئام المدني رقم 08/99 إضافة إلى أن هنا ك تجارب دولية في هذا المجال كالتجربة الشيلية وفي جنوب إفريقيا وهي التجارب التي تطالب الهيئات الدولية والمنظمات غير الحكومية المساندة لقضية المفقودين في الجزائر والمناهضة لميثاق السلم والمصالحة الذي صادق عليه الشعب صاحب السيادة الوحيد في مجال إجراءات العفو والمصالحة . وفي هذا المجال تطالب هذه المنظمات بالكشف عن الحقيقة وتحديد المسئولين المباشرين عن الأحداث الدموية في العشرية الحمراء ثم إحالة القضية على الشعب للعفو عنهم أو محاكمتهم كما تطالت هذه المنظمات غير الحكومية التي توكلت كناطق رسمي عن مجموعة أهالي المفقودين: السلطات استخلاص العبر والدروس من المثال الشيلي الذي تبين من خلاله "أن الحقيقة وحدها وكل الحقيقة كفيلة بانتقال الجزائر إلى الديمقراطية الحقيقية"

وعلى حد تعبير تعبير هذه المنظمات الناشطة دوليا في مجال حقوق الإنسان أن "الشجاعة السياسية لكشف الحقيقة مثلما حدث في جنوب إفريقيا (بعد انتهاء سياسة الفصل العنصري) لازمة لنجاح المصالحة في الجزائر" ؛ كما أن العفو شيء جميل ولكن الحقيقة أجمل, وتطالب هذه المنظمات بدراسة وتقييم تجارب الدول في هذا المجال، فالامثلة كثيرة على عدم جدوى العفو إذا لم يقم على أساس الحقيقة والعدالة, لاسيما أن الجرائم المعنية غير قابلة للتقادم. ففي إفريقيا الجنوبية تمت مقايضة العفو بالحقيقة بعد أن حوكم وأدين الكثير من المجرمين. ففي إطار ما يسمى **بخطة كوندور** التي وضعت سنة 1975 لتصفية المعارضين في الارجنتين والشيلي وبوليفيا والاورقواي والبراقواي لم يكن أي مفعول لقوانين العفو و لم تجد المصالحة نفعا ولا التعويض المالي, بعد مرور أكثر من عشرين سنة على ارتكاب الجرائم من طرف جنرالات الاستبداد وامراءالارهاب أدركتهم العدالة من جديد و لم يشفع فيهم لا عفو ولا تقادم ورغم شيخوختهم وتدهور صحتهم وجدوا أنفسهم متورطين في قضايا طالما راهنوا على دفنها ونسيانها. ينظر **تقرير منظمة العفو** الدولية لسنة **2004**. على الأنترنت.

ويتراجع الميثاق عن الاعترافات الرسمية السابقة بمسؤولية الدولة في قضية الآلاف من المفقودين، ويرفض أي ادّعاء يهدف إلى تحميل الدولة مسؤولية عملية اختفاء متعمدة. ويفوض الميثاقُ رئيسَ الجمهورية ليطلب باسم الأمة الصفح من كافة ضحايا المأساة الوطنية وإرساء السلم والمصالحة الوطنية.كما سمح هذا القانون ضمنيا بمسؤولية الدولة عن تعويض ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية على الشكل الأتي[1]:

1- تعويض الأشخاص الذين كانوا محل تسريح إداري من العمل بسبب الأفعال المتصلة بالمأساة الوطنية:طبقا للمادة 25 من الأمر 06 /01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية بحيث يحق لكل من كان موضوع إجراءات إدارية للتسريح من العمل قررتها الدولة الحق في إعادة إدماجه في عالم الشغل أو عند الاقتضاء في تعويض تدفعه الدولة في إطار التشريع المعمول به .

ولعل أساس هذا التعويض ليس **خطأ مرفقيا** مباشرا؛ وإنما مبدأ التضامن الوطني مع هذه الشريحة من أبناء المجتمع بناءا على نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية الدولة عن أعمالها المشروعة في تسريح أي موظف كان يمكن أن يشكل نشاطه خطرا على النظام العام وعلى الأمن العمومي أو السير العادي للمرافق العمومية طبقا لأحكام المادة04 من المرسوم الرئاسي 196/91 المتضمن تقرير حالة الحصار واتخاذ الإجراءات المناسبة لمنع أي تحرك لهذا الموظف من خلال إصدار لوائح الاعتقال أو الوضع في مراكز الأمن المعدة خصيصا وفقا لأحكام المشروعية الاستثنائية المتمثلة في المرسوم التنفيذي رقم 201/91المحدد لشروط الوضع في مركز الأمن تطبيقا للمادة 04 من المرسوم السابق .

2- تعويض ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية الذين يحوزون حكما نهائيا بوفاة المفقود طبقا للإجراءات المذكورة في المواد 30-13-32-33حيث تنص المادة 37من قانون المصالحة على حقهم في تعويض تدفعه الدولة على أن يحول ذلك دون المطالبة بأي تعويض آخر بسبب المسؤولية المدنية للدولة.ويرجع أساس هذا التعويض إلى أحكام نظرية المخاطر في صورة مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة إذ العدالة تقتضي أنة يعوض ضحايا المفقود نتيجة إما مداهمات مصالح حفظ النظام العام تحت شبهة الاشتباه في شخص المفقود وإما تقصير مصالح الأمن في توفير الأمن للأشخاص الذين تعرضوا للاختفاء القسري من طرف الجماعات الإرهابية المسلحة وكذا تقصيرها في واجب البحث والتحري عنهم.

كما يمكن إرجاع أساس التعويض إلى نظرية المخاطر الاجتماعية التي يمكن قياسها على حالات التعويض الناشئة عن المظاهرات والتجمعات بمقتضى القانون 04/16 /1914في فرنسا. وهو ما يقابله في الجزائر

---

[1] - جدير بالذكر إن أن تقرير مسؤولية الدولة المدنية عن النظام العام مقرر في قانون البلدية بشكل مباشر طبقا للمادة 139 من القانون 08/ 90 المؤرخ في 1990/4/7 التي أسست لمسؤولية البلدية مدنيا عن الخسائر والأضرار الناجمة عن الجنايات والجنح المرتكبة بالقوة العلنية أو بالعنف الضارة بالأشخاص والأموال بشرط ألا تكون الضحية سببا في أعمال العنف علما ان القانون القديم24 /67 أن يجعل مسؤولية التعويض بالمناصفة بين ميزانية البلدية والدولة الأمر الذي يجب إعادة النظر فيه . ينظر تفصيلا وتحليلا لاساس مسؤولية الدولة من خلال قانون المصالحة مقالة للباحث موسومة بـ مسؤولية الدولة عن أعمال حفظ النظام العمومي- قراءة في قانون المصالحة الوطنية؛ ملقاة بالملتقى الوطني لمسؤولية الدولة عناعمالها غير التعاقدية المركز الجامعي سعيدة.

القانون 19/90 المؤرخ في 15/أوت/1990 المتضمن العفو الشامل عن أحداث العنف الجماعي الذي شاهدته البلاد ابتداء من سنة 1980 إلى غاية أحداث أكتوبر 1988[1].

وتدعيما لهذا القانون سارعت الدولة في إصدار **القانون رقم 20/90** المؤرخ في 15أوت 1990 المتعلق بالتعويض عن الأضرار الجسمانية (دون المالية) الناتجة عن هذه الأحداث.

3-تعويض الأسر المحرومة التي ابتليت بضلوع أحد أقاربها في الإرهاب على أساس مبدأ التضامن الوطني بحيث يمنع قانون المصالحة طبقا للمادة 40 منه اعتبار أفراد هذه الأسر فاعلين أصليين أو مساهمين أو محرضين أو شركاء كما يمنع معاقبتهم بأي شكل من الأشكال إعمالا لمبدأ شخصية العقوبة وعلى هذا يعاقب القانون كل تمييز مهما تكن طبيعته في حق أفراد هذه الأسر بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سوات وبغرامة من 10000دج إلى100000دج طبقا للمادة 41 ويرجع أساس هذا التعويض طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 94/06 المتعلق بإعانة الدولة للأسر المحرومة التي ابتليت بضلوع أحد أقاربها في الإرهاب إلى فكرة التضامن الاجتماعي كصورة من صور المخاطر الاجتماعية.

4- تعويض ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية المنتمين إلى المستخدمين العسكريين والمدنيين التابعين إلى وزارة الدفاع الوطني من تعويض ذوي الحقوق كمعاش خدمة يدفع من ميزانية الدولة إلى غاية وصول التاريخ الذي كان سيبلغه الهالك سن ستين عام ليتحول بعدها إلى معاش التقاعد ولعل أساس التعويض هو نظرية المخاطر إذا تم قياس ذلك على حالات التعويض الناشئة عن المظاهرات والتجمعات بمقتضى القانون 16/04 /1914في فرنسا حيث تعتبر الدولة مسؤولة ومدينة بأمن الأفراد الذي يعتبره البعض التزاما بتحقيق نتيجة كحق مطلق خلافا للحقوق النسبية التي تلتزم الدولة فيها ببذل عناية.

5- تعويض ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية من موظفين وأعوان عموميين من دفع معاش خدمة حتى بلوغ السن القانونية للتقاعد كما يستفيد ذوي حقوق الهالك من معاش التقاعد المحول تدفعه الخزينة العمومية من ميزانية الدولة الذي أساسه مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تصيب موظفيها وعمالها أثناء تأديتهم لوظائفهم

---

[1] - في تيزي وزو وبجاية مرورا بأحداث مهدية(تيارت) في سبتمبر 1980 ثم أحداث سيدي أمحمد وباب الواد في العاصمة سنة 1985، ثم أحداث سطيف و القل (سكيكدة) وقسنطينة سنة ،1986وأحداث بيرين (الجلفة)في سنة 1988، وأخيرا أحداث 5/أكتوبر 1988 في مختلف ولايات الوطن . والتي ألحقت أضرارا في الأرواح والممتلكات وكانت سببا جوهريا في التحول السياسي الكبير في الجزائر نحو التغيير الجذري في مجالات النظام السياسي والتوجه الاقتصادي الحر. وتدعيما لهذا التحول الديمقراطي سارعت الدولة في إصدار القانون رقم 20/90 المؤرخ في 15/أوت / 1990 المتعلق بالتعويض عن الأضرار الجسمانية (دون المالية) الناتجة عن هذه الأحداث. الجريدة الرسمية العدد 35سنة1990ص1128. ينظر تفصيلا قيما لهذا القانون في ،د/ مسعود شيهوب، نظرية المخاطر في القانون الإداري، ج1، ص84.

وأعمالهم بحيث تلتزم بالتعويض عن المخاطر التي سببتها مشركة الموظف في تسيير المرفق العام المتمثل في مرفق الأمن العام بمختلف تشكيلاته[1]

وجدير بالذكر تقرير مسؤولية الدولة عن حالات أخرى –على أهميتها- لم ينص قانون المصالحة على التعويض عنها مثل قضية أمن الممتلكات التي دمرت كإجراء فرضته مقتضيات النظام العام. اذ أن جميع الحالات المذكورة تتعلق بمسؤولية الدولة عن أمن الأشخاص. وكذا تقرير تعويض عادل مع النساء المغتصبات وقضية إثبات نسب أطفالهن وإعادة الاعتبار لكرامتهن كضحايا المأساة الوطنية،عملا بالمبادئ الدولية في هذا المجال إذ يشكل اغتصاب النساء تعذيباً تتحمل الدولة مسؤوليتها عنه، في رأي منظمة العفو الدولية، إذا لم تتوخَ الدولة الحيطة اللازمة لمنع حدوث الجرم أو المعاقبة عليه. وتُحمِّل منظمة العفو الدولية الدولة المسؤولية عندما تتقاعس عن اتخاذ تدابير لحماية الحقوق الأساسية للمرأة. بل إنها أيضاً تقتضي من الدول اتخاذ إجراءات لمنع وقوع انتهاكات حقوق الإنسان. ويترتب على الدول واجب بموجب القانون الدولي في اتخاذ تدابير إيجابية لحظر الاغتصاب ومنعه ومواجهة حالات الاغتصاب وتعويضهن.

ثالثا: تطبيقات مسؤولية الدولة عن أعمال حفظ النظام العمومي على أساس نظرية المخاطر:

1-قضية وزارة الدفاع الوطني ضد ورثة بن عمارة لخميستي[2]

وتتلخص وقائعها في أنه بتاريخ 26 أوت 1994، أقام رجال الدرك الوطني على الساعة الثامنة ليلا **كمينا** بإحدى الطرقات، وذلك ضد الجماعات المسلحة. إلا أنهم لم يضعوا أية إشارة تدل على الحاجز، بل إنهم لم يكونوا متواجدين بجانب السيارة التي استعملوها، والتي كانت متوقفة بحافة الطريق، ودون أي رمز يدل على الحاجز. ولما وصلت السيارة التي كان على متنها كل من السائق؛ والسيد بن عمارة لخميستي وزوجته وابنتيه، إلى مكان الحاجز، توقف السائق لبعض الثواني ثم بدأ الشك يراوده حول حقيقة الحاجز؛ إذ اعتقد بأن الحاجز يعد مزيفا أقامته الجماعات المسلحة، وهو ما أدى به إلى الانطلاق من جديد وبسرعة؛ فقام رجال الدرك الوطني بإطلاق النار على السيارة ودون إعطاء أمر بالتوقف، بل دون القيام بإنذار شفهي أو إطلاق النار في الهواء.

ولقد ترتب على تلك الطلقات النارية وفاة السيد بن عمارة، وإصابة زوجته وابنتيه بجروح خطيرة؛ ولما لجأ ورثة بن عمارة أمام الغرفة الإدارية **بمجلس قضاء أم البواقي** للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقتهم من جراء وفاة الهالك، وذلك ضد وزارة الدفاع الوطني، دفعت هذه الأخيرة بأن الحادث وقع نتيجة خطأ السائق الذي لم يحترم الحاجز المقام من طرف رجال الدرك الوطني.

---

[1] -ينظر د/عمار عوابدي, الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها ,طبعة82 ص 213 بصدد حديثه عن التصنيفات الفقهية لحالات تطبيق نظرية المخاطر حيث أورد حالات المخاطر المهنية التي تصيب معاني المرافق العامة حسب ما أورده الأستاذين فالين وفيدال ينظر المرجع نفسه، ص216.

[2] – مجلس الدولة، 8 مارس 1999، منشور في لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، الجزء الأول.....

إلا أن المجلس القضائي أصدر بتاريخ 14 نوفمبر 1995 قرارا يقضي بإلزام وزارة الدفاع الوطني وممثل الوكالة الوطنية بالخزينة العامة بوزارة الاقتصاد، بدفع بالتضامن لورثة الهالك مبلغ 200 ألف دينار جزائري لكل واحد منهم. وهذا ما أدى بوزارة الدفاع الوطني إلى استئناف هذا القرار أمام مجلس الدولة في 4 فبراير 1996 حيث طلبت بإعفائها من المسؤولية على أساس أن الضرر كان سببه خطأ الضحية. إلا أن مجلس الدولة أيد القرار المطعون فيه.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة قد أسس حكمه هنا على نظرية المخاطر.[1] رغم ارتكاب رجال الدرك الوطني لعدة أخطاء جسيمة، والمتمثلة في عدم وجود الإشارة المعلومة قانونا والمبينة للحاجز، وتوقف السيارة المستعملة في الحاجز بحافة الطريق، وعدم وجود أي رمز يدل على السلطة[2]، بالإضافة إلى أنه قبل إطلاق النار لم يقم رجال الدرك الوطني بإعطاء إشارات بالتوقف، أو إعطاء إنذار شفهي، أو إطلاق الرصاص في الهواء أو في عجلات السيارة. والغريب من الأمر أن مجلس الدولة نفسه أكد على هذه الأخطاء في حيثيات القرار؛ فمما جاء في إحدى حيثيات هذا القرار ما يلي: "حيث أنه بغض النظر عن **الخطأ المرتكب من طرف أعوان الدولة** في أداء مهامهم في دعوى الحال، والذين لم يقوموا **بالتحذيرات الواجبة**".[3] وهذا ما يمكن تأكيده من خلال قضية أخرى.

2-قضية دالي محمد الطاهر ضد وزارتي الداخلية والدفاع الوطني ومن معهما[4]

وهي قضية تثبت كما يقول **د/ بدران مراد**[5] قيام الخطأ الجسيم الموجب لمسؤولية الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية، والتي تتلخص وقائعها في أنه بتاريخ 9 جويلية 1995 تعرض السيد دالي محمد طاهر للضرب والجرح العمدي بسلاح ناري والمفضي إلى عاهة مستديمة من طرف السيد مخزم عزالدين، **عضو في الدفاع الذاتي** ببلدية بوثلجة تحت قيادة الدرك الوطني التابعة لوزارة الدفاع الوطني، ولقد سلمت له شهادة طبية تثبت عجزه عن العمل بصفة دائمة وبنسبة 100%. وبعد متابعة المتسبب في الحادث أمام محكمة الجنايات، أصدرت هذه الأخيرة في 10 أبريل 1996 حكما يقضي بإدانته، والحكم عله بسنتين حبس نافذة وغرامة قدرها 3000دج، وحفظ حقوق الطرف المدني، فقام الضحية بعد ذلك برفع دعوى أمام الغرفة الإدارية

---

[1]- لقد جاء في إحدى حيثيات هذا القرار ما يلي: "**حيث أن** ثابت أن رجال الدرك الوطني كانوا مسلحين بأسلحة ثقيلة وخطيرة، تشكل خطرا بالنسبة للغير.**حيث أنه** ...من الثابت قضائيا بأن نظرية الخطر بالنسبة لأعوان الدولة عند استعمالهم للأسلحة النارية قد تتحمل الدولة في حالة إلحاق ضر للغير".

[2]- إن هذه الأخطاء قد يعتبرها البعض أعمالا **غير خطئية**، وذلك بالنظر إلى الظروف الاستثنائية بحيث أن رجال الدرك الوطني، وحتى يقوموا بأعمالهم بصفة فعالية، بإمكانهم في ظل الظروف الاستثنائية ألا يظهروا الإشارات والعلامات التي تدل على قيامهم بوضع حاجز، ومع ذلك فإن إطلاق النار دون إنذار يعد خطأ جسيما. ينظر د/ مراد بدران ؛ رسالته السابقة؛ ص262

[3]- وهذا يدل على وجود خط جسيم؛ وليس على أساس المخاطر كما يقول د/ بدران؛ مرجع نفسه؛ هامش1؛ ص262.

[4]- مجلس الدولة 31 جانفي 2000 القرار منشور في لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ج1، ص: 273.

[5] - ينظر د/ بدران مراد ؛ رسالته السابقة؛ ص 263

بمجلس قضاء عناية ضد محزم عز الدين عضو الدفاع الذاتي، ووزارتي الداخلية والدفاع الوطني، والمندوبية التنفيذية طالبا إلزامهم بالتضامن بدفع تعويض عن الأضرار التي أصابته. إلا أن الغرفة الإدارية حكمت بعدم الاختصاص، وذلك على أساس أن مسؤولية الإدارة غير قائمة لأن المدعى عليه الأول كان في حالة سكر، وبتاريخ 4 ماي 1997 استأنف السيد دالي هذا القرار أمام مجلس الدولة، فقام هذا الأخير بقبول الاستئناف كما ألغى قرار مجلس قضاء عنابة، وبعد التصدي ألزم الدولة ممثلة في وزارة الداخلية بأدائها للضحية مبلغ 500 ألف دج كتعويض عن الضرر الذي لحق به.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة قد أسس قراره هذا على المادتين 136 و137 من القانون المدني؛ أي مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، وهذا أمر غير مقبول في مجال القانون الإداري، الأصيل والمتميز باستقلاليته عن القانون المدني، ذلك أن أساس المسؤولية هنا هو الخطأ الجسيم، وهو ما أشار إليه القرار صراحة في إحدى حيثياته[1].

3-قضية بلدية حاسي بحبح ضد "ج.ع" ومن معه[2]:

وتتلخص وقائعها في أنه بمناسبة فوز السيد **اليامين زروال** في الانتخابات الرئاسية التي جرت سنة 1995، شهدت العديد من المدن مظاهر فرح بهذا الفوز؛ ومن ذلك بعض الأشخاص في بلدية حاسي بحبح الذين كانوا يطلقون الرصاص في السماء للتعبير عن فرحتهم بفوز الرئيس. فانطلقت رصاصة وأصابت الطفل (ش) الذي كان متواجدا بعين المكان، ملحقة به جروحا متفاوتة الخطورة. فرفع والدي الطفل دعوى المسؤولية أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجلفة مطالبين البلدية بالتعويض عما حدث لابنهم. فأصدرت هذه الأخيرة في 10 جوان 1996 قرارا ضد البلدية، وقبل الفصل في الموضوع تعيين الطبيب المختص لمستشفى حاسي بحبح بعد أدائه اليمين، القيام بفحص الضحية مع تحديد نسبة العجز. وبتاريخ 17 جوان 1996 استأنفت المندوبية التنفيذية لبلدية **حاسي بحبح** قرار المجلس القضائي أمام مجلس الدولة على أساس أن الضحية قاصر، تركه والداه دون رقابة ورعاية، وأنه شارك في مظاهرة غير مرخص بها، لذلك فإن المسؤولية تقع على وزارة الدفاع الوطني، وأن البلدية لم تتخل عن أخذ الاحتياطات المفروضة عليها طبقا للمادة 140 من قانون البلدية[3].

إلا أن مجلس الدولة أيد قرار المجلس القضائي وأسسه على المادة 139 من قانون البلدية التي تنص على أن "تكون البلدية مسؤولة مدنيا عن الخسائر والأضرار الناجمة عن الجنايات والجنح المرتكبة بالقوة العلنية أو بالعنف في ترابها فتصيب الأشخاص والأموال، أو خلال التجمهرات والتجمعات". وسواء كان التجمهر أو التجمع مصرحا به، أو غير مصرح به، فإن البلدية تكون مسؤولة في كلتا الحالتين، وأساس المسؤولية هنا هو فكرة

---

[1] – لقد جاء في تلك الحيثية ما يلي: "حيث يتجلى من دراسة الملف أنه بتاريخ 9 جويلية 1995 تعرض المدعو دالي محمد الطاهر للضرب والجرح العمدي بسلاح ناري والمفضي إلى عاهة مستديمة تسبب فيها محزم عز الدين عضو في الدفاع الذاتي.

[2] – مجلس الدولة، 26 جويلية 1999، منشور في لحسين بن الشيخ آث ملويا، الجزء الثاني، ص95.

[3] – ينظر في التعليق على هذه القضية؛ د/ بدران مراد؛ الرقابة القضائية على الإدارة في الظروف الاستثنائية؛ ص283

المخاطر.هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري تدخل في العديد من الحالات وسمح بمنح التعويض لضحايا مخاطر العنف الاجتماعي من قبيل قانون العفو رقم 90-20 المؤرخ في 15 أوت 1990[1] عقب أحداث أكتوبر 1988؛ وقانون المصالحة بموجب الأمر 01/06 السابق الإشارة إليه. ومن القضايا أيضا التي أسس فيها القاضي الجزائري حكمه بالتعويض على فكرة المخاطر، قضية ب.م.م ضد رئيس بلدية قسنطينة، وذلك بمناسبة أحداث قسنطينة سنة 1986، حيث قضت الغرفة الإدارية لدى مجلس قضاء قسنطينة،[2] على بلدية قسنطينة بتعويضها قيمة سيارة أحد المواطنين التي تم حرقها أثناء الهيجان الشعبي الذي عرفته قسنطينة خلال أيام 7و8و9 نوفمبر 1986.

وقريبا من هذه القضايا يمكن للباحث أن يستدل على تقرير مسؤولية الدولة في النظام الإسلامي عن أعمال موظفيها التي سببت ضررا بسبب تجاوز السلطة؛ بقضية مشهورة في الحكومة النبوية أوردها كتب الصحاح؛ وهي قضية الغميضاء؛ التي تعتبر بحق تطبيقا مباشرا مسؤولية الدولة كاملة عن جميع الأضرار المادية والبشرية والمعنوية التي تكبدها ضحايا أعمال الإدارة ولو كانت مشروعة وبنية خالصة؛ وهذا ما سيظهر من خلال تتبع أحداث هذه القضية كما هي في الصحيحين.

4-قضية الغمضياء سنة 8هـ:

تعود أحداثها إلى أعقاب فتح مكة حينما أرسل رسول الله خالدا بن الوليد لهدم صنم العزى لبني شيبان؛ وعند عودته من مهمته الضبطية التي تنطوي على أسلوب التنفيذ الجبري حماية لدين الأمة باعتبارها أساس المصالح الضرورية وأمها بإطلاق.

ثم أرسله إلى بني جذيمة داعيا إلى الإسلام وهاديا؛ وليس فاتحا ومقاتلا؛ فلما لقيهم بمنطقة **الغميضاء**[3] أسفل مكة بمسافة ليلة؛ وعليهم السلاح أمرهم بوضعه؛ وكتفوا؛ ثم عرضهم على السيف؛ فكان منه أن قتل منهم ما قتل؛ متجاوزا بذلك حدود مهمته الدعوية؛ ووظيفته الضبطية الإدارية؛ وبلغة القضاء الإداري تجاوز وتعسف في استعمال السلطة ومخالفة القانون الإسلامي؛ فلما بلغ الأمر إلى النبي عليه الصلاة والسلام هاله الأمر؛ فقال

---

[1]- ينظر على سبيل المثال القانون رقم 90-20 المؤرخ في 15 أوت 1990 المتعلق بالتعويضات الناجمة عن قانون العفو نتيجة الأحداث التي وقعت في 5 أكتوبر 1988، وجميع الأحداث التي وقعت ابتداء من سنة 1980، والمادة 159 من الأمر رقم 95-27 المؤرخ في 30 ديسمبر 1995 المتضمن قانون المالية لسنة 1996، هذه النصوص الأخيرة تتعلق بمنح تعويضات لضحايا الأضرار الجسدية أو المادية التي لحقت بهم نتيجة أعمال إرهابية. ينظر تفصيلا أكثر د/ بدران مراد ؛ رسالته السابقة؛ص 283 ومابعدها.

[2]- القرار رقم 8757 الصادر في 29 جويلية 1987، القرار غير منشور، ينظر تعليقا عليه مشار إليه عند ؛د/ مسعود شيهوب في رسالته سابق الإشارة إليها، ص229.

[3] - ينظر في تفصيل أحداث هذه القضية ابن الأثير؛ الكامل في التاريخ؛ ج2؛ ص128؛ الطبري؛ تاريخ الرسل والملوك؛ ج3؛ ص66؛ ابن سعد ؛ الطبقات الكبرى؛ ج2؛ ص147

حديثه الصحيح الشهير" **اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد"**[1]. يقصد الخوف من **المسؤولية الدينية في الـــدار الآخرة**؛ أما في الدنيا فيجب التعويض عنها على أساس إعمال مسؤولية الدولة عن أعمال موظيفيها.

وتأكيدا لذلك أرسل الرسول-ص- **الإمام علي**-ض- ليدفع ديات القتلى وأثمان ما أتلفه لهم مـــن أمـــوال ومتاع أثناء أداء مهمته؛ من جراء تجاوز خالد وإسرافه في وظيفته الدعوية؛ مقرا بمسؤولية الدولة عن أعمـــال موظيفها عند تجاوز حدود سلطتهم وإلحاق الضرر بالغير.

وقد أجمعت مصادر رواية هذه القضية على أن هذا **التعويض كان شاملا** وجابرا لكل الأضرار البشرية والمادية التي تكبدها قوم **بني جذيمة**[2]؛ فضلا عن إقرار النبي **– ص–** بالمسؤولية دون مماطلة في التنفيذ؛ وهذا ما يستشف من خلال القرار العاجل الممهور بالصيغة التنفيذية الذي أصدره النبي عليه السلام في قوله **للإمام علي** الـــذي أرسله خبيرا ومحضرا قضائيا معا:" **أخرج إلى هؤلاء القوم فانظر في أمرهم؛ واجعل أمر الجاهلية تحت قدميك"** ؛ فخرج إليهم: فودى الدماء؛ وما أصيب من أموال؛ حتى أنه عوض عن ميلغة- إناء – الكلب؛ "وفي روايـــة **الطبري**[3]" أنه أفاض إليهم ما بقي معه من المال **احتياطا لرسول الله مما لا يعلم ولا تعلمون**" أي عوضهم عن الضرر الأدبي أو المعنوي. ولما سمع الرسول بالخبر قال لعلي-ض-:" **أصبت وأحســـنت"**؛ ثم رفـــع يديـــه إلى السماء؛ وقال مقولته السابقة ثلاث مرات- أي **"استبرأ من الله مما فعل خالد"** في الدار الأخرى.

وبغض النظر عن مختلف الروايات[4] التي قيلت في حيثيات هذه القضية؛ ما بين **مجحف** في حق خالد وكونـــه فعلها ثأرا لأبيه الذي قتل في الجاهلية؛ وما بين **منصف** له وعاذر؛ كونه التبس عليه إسلامهم؛ وما بين **معتدل** في موقفه من خالد كونه قتلهم وهم مسلمون متوهما حملهم السلاح؛ مستفزين له؛ ولكن جميع هذه الروايات مقرة بأن خالدا قد أخطأ في التقدير؛ وتجاوز في استعمال السلطة؛ نظرا لحداثة عهده بالإسلام؛ الأمر الـــذي يستوجب تقرير مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية؛ نظرا لأن الضرر في الإسلام موجب للتعـــويض حرمة للدماء والأموال؛ وجبرا للضرر الذي لحق بهم؛ رغم أن أساسه في هذه القضية مجرد الظـــن والخطـــأ في التقدير[5].

وقريبا من هذه القضية واقعة الصحابي **أسامة بن زيد** –ض- في الصحيحين[6] الذي كـــان يطـــارد أحـــد المشركين؛ فلما رأى الموت على يد أسامة؛ قال: **أشهد أن لا اله إلا الله**؛ ومع ذلك قتله أسامة ظنا منه أنه قالها

---

[1] – أخرجه البخاري؛ الجامع الصحيح؛ كتاب الأحكام؛ ص18

[2] – وهذا ما يستفاد من رواية الإمام ابن الأثير؛ الكامل في التاريخ؛ج2؛ص 68.

[3] – الإمام الطبري؛ تاريخ الأمم والملوك؛ ج2؛ ص67.

[4] – ينظر إلى هذه الروايات عند الإمام ابن سعد؛ الطبقات الكبرى؛ج2؛ ص147. وينظر في الترجيح بين هذه الروايات د/ مقبـــل أحمـــد العمري؛ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية؛ ص308 وما بعدها.

[5] – د/ مقبل أحمد العمري؛ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية؛ ص 312

[6] – البخاري؛ الجامع الصحيح؛ كتاب الديات؛ ص36.

تخلصا ونفاقا؛ فقال له الرسول – ص- :" **أقتلته**"؛ فقال أسامة "**يا رسول الله–ص– استغفر لي**"؛ فقال الرسول: " **فكيف بلا اله إلا الله**"؛ فما زال يكررها حتى تمنى أسامة أنه لم يسلم قبل ذلك اليوم.

رابعا–مسؤولية الدولة عن عدم تنفيذ الإدارة للأحكام القضائية الصادرة ضدها حفاظا للنظام العام

1– إشكالية عدم تنفيذ الإدارة للأحكام القضائية الصادرة ضدها:

تنص المادة 145 من الدستور على كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم في كل وقت و في كل مكان، وفي جميع الظروف بتنفيذ أحكام القضاء. ويترتب على ذلك أن القرارات القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي فيه واجبة التنفيذ، غير أن القوة الملزمة للحكم أو القرار القضائي لا يمكن أن تؤتي ثمارها إلا بوجود قوة تنفيذية فعالة تؤدي بالفعل إلى تنفيذ الالتزام رغم إرادة المحكوم ضده[1].

ورغم إلزام الدستور الجزائري بموجب المادة 145 جميع أجهزة الدولة بتنفيذ أحكام القضاء، ورغم ما يفرضه الصيغة التنفيذية للأحكام الإدارية المبينة في المادة 320 من قانون الإجراءات المدنية: الجمهورية تدعو وتأمر وزير ...فإن تنكر الإدارة لحكم القضاء الإداري وخروجها عن مبدأ المشروعية من الظواهر التي تطبع الحياة الإدارية في الجزائر. و الخطاب السياسي في الجزائر أكد حقيقة هذه الظاهرة في أكثر من مناسبة[2] .

ويقع الالتزام بالتنفيذ على عاتق الإدارة سواء بتقديم يد المساعدة للمتقاضي أو التنفيذ طواعية إدا تعلق الأمر بالقرارات الصادرة ضدها، وامتناعها عن التنفيذ أو تقديم المساعدة يشكل خطأ يكيف على أنه مخالفة للقانون إلا إذا كان امتناعها مبرر بظروف خاصة، مما يعطي صاحب العلاقة الحق في رفع دعوى المسؤولية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي سببها له الامتناع[3].

والمتأمل في أحكام القضاء الإداري يلاحظ أن نقطة ضعف قانون المنازعات الإدارية تكمن أساسا في عدم تنفيذ القرارات القضائية الصادرة عنه ضد الإدارة نفسها، لأن التنفيذ في حد ذاته يرجع إلى إرادة الإدارة؛ حسب ما نصت عليه المادة 320 /3 من قانون الإجراءات المدنية من خلال الصيغة التنفيذية التي تمهر بها القرارات الصادرة عن الأجهزة القضائية الإدارية، إذ تنتهي الصيغة التنفيذية في هذه القضايا بدعوة وأمر الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي كل فيما يخصه، ودعوة وأمر كل أعوان التنفيذ المطلوب إليهم ذلك للقيام بتنفيذ القرار في مواجهة الأطراف الخصوصيين[4]؛ وبالتالي عدم إمكانية إجبار السلطة التنفيذية على

---

[1] – أة/ بدارنية رقية؛ مسؤولية الإدارة عن عدم تنفيذ قرارات القضاء؛ مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول :مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية.المنعقد بالمركز الجامعي –د.مولاي الطاهر –سعيدة يومي 13-14-ماي 2006 ؛ص2؛ وأ/عدو عبد القادر؛ مسؤولية الدولة عن الامتناع عن تنفيذ أحكام قضاء الإلغاء؛ مقالة ملقاة بنفس الملتقى؛ص 01

[2] – ينظر خطاب رئيس الجمهورية بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2001-2002، مجلة مجلس الدولة، العدد ، 2002،ص 7.

[3] –أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 1992، ص 200 .

[4] – ينظرالمادة 320 فقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري. تكون الصيغة التنفيذية في الأحكام القضائية كما يلي: "وبناءا على ما تقدم فأن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية تدعو وتأمر جميع أعوان التنفيذ إذا طلب إليهم ذلك تنفيذ هذا (القرار، الحكم...) وعلى

استعمال تلك الوسائل ضد أجهزتها، وهذا ما يسمح للإدارة بالتغول عن طريق الامتناع عن تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة ضدها[1]

وترتيبا على ذلك فان مسألة تنفيذ القرارات القضائية الصادرة ضد الإدارة متوقف ومرهون في نهاية الأمر على معاونة الإدارة وحسن نيتها؛ خاصة وأن القاضي الإداري لا يجوز له توجيه أوامر للإدارة أو الحلول محلها، بل تقتصر سلطته على إلغاء القرارات المعيبة أو الحكم بالتعويضات[2]

وأمام هذا الوضع الصعب والمعقد فأنه ليس أمام المتضرر في هذه الحالة سوى أحد الحلين:[3]إما رفع دعوى تجاوز السلطة ضد جميع القرارات المخالفة للحكم المنطوق به، وهو أمر غير مجد ؛ وإما أن يلجأ المتقاضي إلى

النواب العامين و وكلاء الجمهورية لدى المحاكم مد يد المساعدة اللازمة لتنفيذه، و على جميع قادة و ضباط القوة العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الاقتضاء، إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية " الفقرة الأولى من المادة 320 من قانون الإجراءات المدنية.

[1]-د/ بشير محند مقران، السلطة القضائية في الجزائر، دار الأمل للطباعة؛ طبعة 2002، ص 75.

[2]- جورج قوديل، و بيار دلفولفيه، القانون الإداري، الجزء الثاني، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع،ط1؛سنة 2001 ص 285 . ويلاحظ أنه فيما يخص أحكام التعويض فقد حدد المشرع طريقة فعالة تؤدي إلى حتمية تنفيذ الأحكام ذات المضمون المالي الصادرة ضد الإدارة و يتعلق الأمر بالقانون رقم 02/91 المؤرخ في 1991/01/08 و الذي يجعل مهمة تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة من **اختصاصات أمين الخزينة على مستوى الولاية**، بحيث يتعين أولا تبليغ الإدارة المحكوم ضدها بالحكم الممهور بالصيغة التنفيذية وذلك عن طريق المحضر القضائي، فإذا رفضت التنفيذ سلم هذا الأخير للمدعي محضرا بالامتناع عن التنفيذ؛ يلجأ بموجبه إلى أمين الخزينة وعلى هذا الأخير أن يسدد للمحكوم له مبلغ الدين (المادة 08) ،الجريدة الرسمية رقم 02 لسنة 1991 .

بل أن المشرع الجزائري اعتبر امتناع الإدارة عن التنفيذ موجبا للمسؤولية الجنائية؛ وهذا ما ذهب قانون العقوبات في التعديل رقم 09/01 الصادر في 26جوان 2001 حيث رتب **المسؤولية الجنائية** لممثلي الإدارة في حال الامتناع عن التنفيذ إذ تنص المادة 138مكررعلى ما يلي:"كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي أو اعترض أو عرقل عمدا تنفيذه يعاقب بالحبس من6أشهر إلى 3سنوات وبغرامة من5000إلى50000د ج"وبهذا الحل لا يفضل الموظف أن يتحمل مسؤولية عدم تنفيذ حكم قضائي تحت طائلة العقوبات الجزائية. وجدير بالإشارة أنه رغم هذا التطور في تجريم فعل امتناع الموظف عن تنفيذ الأحكام عمدا من خلال نص المادة 138" مكرر من قانون العقوبات"، الا انه يبقى أن تفعل هذه المادة أكثر عمليا؛ وذلك بإعطاء صلاحيات أكثر للقاضي الإداري الجزائري في مواجهة الإدارة ؛خاصة فيما يتعلق بالحكم **بالغرامة التهديدية** ضد الإدارة عن مخالفتها تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها؛ على غرار المشرع الفرنسي الذي أرسى هذا النظام بمقتضى قانون 125/95 المؤرخ في 1995/02/08 المتضمن قانون الأحكام الإدارية و محاكم الاستئناف الإدارية. ينظر أة/ بدارنية رقية؛ مسؤولية الإدارة عن عدم تنفيذ قرارات القضاء؛ مقالة سابقة؛ ص12 ؛ - وفي مقابل هذا **ما زال القضاء الإداري في الجزائر مستقرا على أن القاضي الإداري ليس بإمكانه إصدار أوامر للإدارة**، كما لا يستطيع إلزامها القيام بعمل، إذ تقتصر سلطته على إلغاء القرارات غير المشروعة أو الحكم بالتعويض.و حتى بالنسبة للغرامة التهديدية فقد استقر مجلس الدولة على عدم جواز النطق بها في المسائل الإدارية؛ و برر موقفه على عدم وجود قانون يرخص بها، و من ثم فإن ما يميز الوضع في تنفيذ الأحكام الإدارية هو غياب فعلي لقضاء تنفيذ بإمكانه فرض حجية الحكم القضائي من يوم صدوره، ومن المؤكد أن القضاء الجزائري ما زال متقلا بالمفاهيم التقليدية لمبدأ الفصل بين السلطة الإدارية و السلطة القضائية.ينظر أ أ/عدو عبد القادر؛ مسؤولية الدولة عن الامتناع عن تنفيذ أحكام قضاء الإلغاء؛ مقالة سابقة؛ ص03

[3]- أة/ بدارنية رقية؛ مسؤولية الإدارة عن عدم تنفيذ قرارات القضاء؛ مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية؛ المركز الجامعي سعيدة ؛ص3؛ ود/ بدران مراد؛ رسالته السابقة؛ ص276

دعوى المسؤولية، بحيث يطلب التعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء امتناع الإدارة عن التنفيذ أو مماطلتها على أساس الخطأ المرفقي[1]

وعلى هذا فإن الإدارة التي ترفض تقديم يد المساعدة لتنفيذ حكم قضائي تكون قد أخلت بالتزام قانوني يقع على عاتقها والمتمثل في واجبها في السهر على مساعدة المحكوم لتنفيذ الحكم لصالحه بالقوة العمومية، وهذا الإخلال يشكل خطأ جسيم يستوجب قيام مسؤوليتها[2]، إلا إذا كان ذلك الإخلال مبررا بضرورات الحفاظ على النظام العام؛[3] قد ترتب القضاء الإداري الجزائري مسؤولية الإدارة عن عدم تنفيذ قرارات القضاء في عدة مواقع على أساس أنها خطأ جسيم، منها :

– قضية مسنوة محمد ضد والي العاصمة : قرار مجلس قضاء الجزائر في 27 /01/ 1982

وتتلخص وقائع القضية في أنه بتاريخ 1962/10/1 استفاد المدعو "مسنوة محمد " من محل تجاري يقع بالطابق الأرضي في بناية تابعة للدولة و باشر في إنجاز مشروع له، وفي 1962/04/06 منحت الولاية الطابق الأول للمدعو "برور محمد" الذي اعتقد أن الطابق الأرضي ما هو إلا مرآب تابع للسكن، فطلب من القضاء طرد"مسنوة محمد " ؛ فأصدر القاضي أمرا استعجاليا في 21 جويلية 1973 من محكمة الحراش يقضي بطرده، و بعد استئنافه أمام مجلس قضاء الجزائر قضى هذا الأخير بإلغاء الأمر الاستعجالي في كل ما قضى به.

ولكن دون أن يأمر بتمكين المعني من محله و طرد المدعو "برور محمد" منه، لأن الأمر الاستعجالي كان قد نفذ بينما كانت القضية أمام الاستئناف؛ فتقدم المدعي ثانية أمام القضاء وقد توجت مساعيه بقرار مجلس قضاء الجزائر الذي أمر بتمكينه من محله، لقد بلغ هذا القرار في 16 أفريل 1979 و شرع في تنفيذه حيث تمت محاولة طرد المدعي في 27 أفريل 1980 .

ولكن والي ولاية الجزائر تقدم في 06 نوفمبر1980 بطلب تأجيل التنفيذ مؤسسا طلبه على المادة 324 من قانون الإجراءات المدنية، و فعلا توقفت إجراءات التنفيذ، الأمر الذي جعل المعني يلجأ إلى الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر ملتمسا تعويضه مقابل الخسائر اللاحقة به من جراء حرمانه من مجلة بفعل عدم التنفيذ .

وقد أقر مجلس قضاء الجزائر مسؤولية وزارة العدل وولاية الجزائر على أساس الخطأ الجسيم، معتبرا أنه لا وجود – في القضية – لأي سبب من أسباب النظام العام التي تسمح بوقف تنفيذ القرار القضائي[4].

---

[1] – تنص المادة 324 من قانون رقم 05/01 المؤرخ في 22 ماي 2001 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات المدنية على ما يلي: "جميع الأحكام و القرارات القضائية قابلة للتنفيذ في كل أنحاء الأراضي الجزائرية. و لأجل التنفيذ الجبري للأحكام و القرارات يطلب قضاة النيابة العامة مباشرة استعمال القوة العمومية، و يشعر الوالي بذلك. وعندما يكون التنفيذ من شأنه الإخلال بالنظام العام إلى درجة الخطورة، يمكن الوالي وبطلب مسبب يقدمه في أجل 30 يوما من تاريخ إشعاره أن يلتمس التوقيف المؤقت لمدة أقصاها ثلاثة أشهر ".

[2] – ينظر د/ بدران مراد؛ رسالته السابقة؛ ص277

[3] –أحمد محيو ، المرجع السابق ، ص 218 .

[4] – قرار مجلس قضاء الجزائر ، المؤرخ في 27 جانفي 1982 ، قضية "مسنوة محمد" ، مشار إليه عند د/مسعود شيهوب ،المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة و تطبيقاتها في القانون الإداري (دراسة مقارنة) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2000 ،ص 68

فرغم استناد الوالي على نص المادة 324 السابقة في تبرير اعتراضه على التنفيذ وعدم إعطاء الإذن باستعمال القوة ؛وطلب تأجيله بحجة ضرورات الحفاظ على النظام العام، إلا أن القاضى الإداري لم يصدق الوالي في التكييف المادي للواقع؛ ومن ثم الحكم بالتعويض؛ على أساس أن وقف التنفيذ كان مصدر ضرر للمتقاضي[1] . و لقد كانت نقطة انطلاق القضاء الإداري الفرنسي في هذا الموضوع مع قضية كويتياس[2]Couiteas الصادرفي23/11/ 1923[3]. التي تمثل أشهر القضايا التي اقر فيها مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية الإدارة في الظروف الاستثنائية على أساس فكرة الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة؛ رغم عدم ارتكابها لأية خطأ.

2- شروط قيام المسؤولية المتعلقة بمبررات وقف التنفيذ لدواعي النظام العام :

من المستقر عليه فقها وقضاء أنه يجوز للإدارة الامتناع عن تنفيذ أي حكم قضائي إذا قدرت أن تنفيذ الحكم سيترتب عنه إخلال بالنظام العام و يفهم هذا النظام بأنه النظام في الشارع و قانون الإجراءات المدنية واضح إذ تجيز **المادة324** وقف تنفيذ الأحكام القضائية إذا كان من شأن تنفيذها أن يرتب إخلالا بالنظام العام لا يمكن تداركه. و في هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر بأنه :"إذا كان القرار الإداري لا يجوز في الأصل أن يعطل حكم قضائي نهائي و إلا كان مخالفا للقانون، إلا أنه إذا ترتب عن تنفيذه فورا إخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه كحدوث فتنة أو تعطل سير المرافق العامة فيرجح عندئذ الصالح العام على الصالح الفردي الخاص و لكن بمراعاة أن تقدر الضرورة بقدرها و أن يعوض صاحب الشأن إن كان لذلك وجه. "[4]

إن مجموع النصوص القانونية، ومجموع القرارات القضائية تبين أن هناك شروطا لقيام مسؤولية الإدارة دون خطأ، منها ما هو متعلق بالضرر المستوجب للتعويض ومنها ما يتعلق بمبررات وقف التنفيذ. ومن بين هذه الشروط لها علاقة بوقف التنفيذ لدواعي حفظ النظام العام.

---

[1] -) مسعود شيهوب، المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة، المرجع السابق ص 52.

[2] - رشيد خلوفي، قانون المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2001، ص 58.

[3] -وتتلخص وقائع القضية في أنه بتاريخ 1908/02/13 أقرت محكمة "سوسة" التونسية حق السيد Couiteas في ملكية قطعة أرضية اكتسبها من الدولة تبلغ مساحتها 38000 هكتار، إلا أن الحكومة الفرنسية رفضت منح القوة المسلحة لتنفيذ الحكم و طرد القبيلة التونسية التي تحوز هذه الأرض منذ القديم و ترفض الخروج منها و كانت حجة الحكومة في امتناعها هي حماية النظام العام، إذ اعتبرت أن تنفيذ الحكم بواسطة الجيش سيؤدي بدون شك إلى تمرد وعصيان و قيام حرب في الجنوب التونسي، وبعد لجوء السيد كويتياس إلى مجلس الدولة للمطالبة بالتعويض أقر المجلس بمشروعية رفض التنفيذ لأن الحكومة لم تستعمل في رأيه سوى الصلاحيات المخولة لها قانونا لحماية النظام العام ولكنه في نفس الوقت أقر حق المدعي في التعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء عدم تنفيذ الحكم الصادر لفائدته لأن الأضرار في رأي مجلس الدولة لا يمكن إعتبارها من تلك الأعباء العامة التي يتحملها المدعي بصفة عادية. ينظر تعليقا علة هذه الواقعة عند د/ بدران مراد؛ رسالته السابقة؛ ص 270

[4] - أ/عدو عبد القادر؛ مسؤولية الدولة عن الامتناع عن تنفيذ أحكام قضاء الالغاء؛ مقالة سابقة؛ ص06

أ- أن يكون الامتناع عن التنفيذ بسبب الحفاظ على النظام العام :

ويستفاد هذا الشرط من منطوق المادة 03/324من قانون الإجراءات المدنية التي أوجبت أن يؤدي تنفيذ القرار القضائي إلى **إخلال خطير بالنظام العام**، دون تحديد للمقصود بالنظام العام ؛ وحدود سلطة الوالي التقديرية في تقدير خطورة الإخلال به ؛ وهذا ما جعل القضاء الجزائري يتبنى المفهوم الواسع لفكرة النظام العام، والمتمثل في:" مجموع القواعد الضرورية لحفظ "السلم الاجتماعي "الذي ينبغي الحفاظ عليه ليتمكن كل ساكن في مجموع التراب الوطني من ممارسة سلطاته المشروعة في مكان إقامته" وهو التعريف المستفاد من حيثيات قرار مجلس قضاء الجزائر السابق في قضية "مسنوة محمد ".ومن ثم يمكن للوالي التذرع بالحفاظ على النظام العام على إطلاقه؛ ولو على وجه متعسف لإعاقة التنفيذ.

لقد سبق للباحث في الفصل الأول من الباب الأول أن بين بأن فكرة النظام العام تعرضت لتوسع في عناصرها على نحو ما عبر عنه **د/ مسعود شيهوب** بأن النظام العام لم يعد ذو مفهوم سلبي فقط؛ بل أيضا أصبح له مفهوم إيجابي مما يعني انعقاد مسؤولية الإدارة ليس فقط عن عدم تنفيذ الحكم منعا لأية إضطرابات منبثقة عن الدور السلبي للنظام العام؛ بل تنعقد مسؤولية الإدارة أيضا عن عدم التدخل الإيجابي لحماية النظام العام الاجتماعي وتأكيده، إن عدم التدخل هنا يشكل مساسا بالنظام العام.[1]يجب أن تسأل الدولة عن التقصير فيه. ويترتب على ذلك توسيع مفهوم النظام العام وبالتالي توسيع سلطة الإدارة في تقدير المساس به؛ ومن ثم إعطاء مبرر شرعي للامتناع عن تنفيذ قرارات القضاء حسب مزاج الإدارة ممثلة في الوالي ؛ وأمام هذا الوضع الخطير على حق المتقاضي في تنفيذ الحكم؛ نادى القضاء الإداري الحديث إلى تبني المفهوم المادي المحدد للنظام العام بعناصره المادية الثلاثة أي حصره في فكرة " النظام العام في الشارع" " Ordre dans la rue" واستبعد كل مفاهيم النظام الاجتماعي والاعتبارات الإنسانية[2].

ب- الطابع المؤقت لتأجيل التنفيذ:

يجب أن يكون تأخر الإدارة العامة عن تنفيذ الأحكام القضائية غير عادي و يتجاوز المألوف فإذا ما كانت المدة التي تأخرت فيها الإدارة معقولة لا يمكن القول معها بقيام المسؤولية[3]، و القضاة هم الذين يحددون الحد الذي تصبح معه هذه الأضرار غير عادية و تستوجب تحملها من طرف الجماعة، إن هذا الشرط متغير يتحدد مداه حسب ظروف كل قضية؛ وأمام تماطل الإدارة في بعض الأحيان لمنح المساعدة لتنفيذ الأحكام القضائية تدخل المشرع الجزائري بمقتضى القانون رقم 01-05 المؤرخ في 22 ماي 2001 بتعديل قانون الإجراءات

---

[1] -د/ مسعود شيهوب ،المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة ،المرجع السابق ،ص71.

[2] - أة/ بدارنية رقية؛ مسؤولية الإدارة عن عدم تنفيذ قرارات القضاء؛ مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية؛ المركز الجامعي سعيدة ؛ ص09.

[3] -د/عمار عوابدي، الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها ، الشركة ، طبعة 1982، ص 236

المدنية[1]، ومنها ما ورد في المادة 324 منه أن الوالي إذا رأى أن لتنفيذ من شأنه الإخلال بالنظام العام إلى درجة الخطورة يمكن له أن يتقدم بطلب مسبب خلال أجل ثلاثين يوما من تاريخ إشعاره يلتمس التوقيف المؤقت لمدة أقصاها ثلاثة أشهر، و الجديد في هذا القانون يظهر من خلال نقطتين:

أولا: أنه ألزم الوالي أن يكون طلب وقف تنفيذ القرار الفضائي مسبب أي يذكر فيه الأسباب التي دفعته إلى الحكم أن تنفيذ القرار قد يؤدي إلى إخلال خطير بالنظام العام و بالتالي يصبح القاضي على بينة و يستطيع التقدير إن كان هناك فعلا إخلال بالنظام أم لا.

ثانيا: حدد مدة وقف التنفيذ بثلاثة أشهر و هذا أمر إيجابي حتى لا تتماطل الإدارة في التنفيذ و تتعطل مدة التنفيذ أكثر من اللازم، و بالتالي لا مجال لقيام مسؤولية الإدارة على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة إلا إذا تجاوزت المدة المحددة و هي ثلاثة أشهر[2].

وعليه يكون الاجتهاد القضائي قد أقر بمسؤولية الإدارة ممثلة في الوالي في مجال الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائي، رغم استناده إلى مبررات ضرورات الحفاظ على النظام العام مما يعني التسليم بحصول الضحية على تعويض عادل ؛ فالضحية التي بحوزتها حكم أو قرار قضائي من حقها التمكن من تنفيذه بغض النظر عن مخاطر هذا التنفيذ على النظام العام .

خامسا: موقف قضاء المظالم الإسلامي من إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية ضد أصحاب النفوذ :

جدير بالإشارة أن النظام الإسلامي لا يفرق بين حاكم ومحكوم في الخضوع لأحكام القضاء؛ ومن أجل ذلك وجد ما يعرف **بديوان المظالم** الذي كان من أهم اختصاصاته تنفيذ ما عجز عنه القضاء مما يجعله بحق ذو وظيفة قضائية وتنفيذية معا؛ ويمكن الاستشهاد على ذلك بما يلي:

3-1- قضية الهرمزان ومسؤولية الدولة عن عدم تنفيذ حكم قضائي لاعتبارات حفظ نظام الأمة:

تتلخص وقائعها وبتصرف من الباحث[3] في أن عبيد الله بن الخطاب؛ لما قتل أبوه الخليفة عمر –ض- بخنجر أبي لؤلؤة الملقب **بفيروز** غلام المغيرة بن شعبة –ض- ؛ أقسم على الثأر له وهو لا يزال فتى يستخفه الشباب؛ خاصة مع هذه الصدمة التي أذهلته.

وبعد التحقيق القضائي في ملابسات الجريمة – الجرم المشهود- والتي يقابلها في الفقه الإجرائي الجنائي حالة التلبس؛ تم القبض على مرتكب الجريمة الأصلي؛ وتم سماع شهادة الشهود خاصة شهادة **عبد الرحمن بن أبي**

---

[1] – القانون رقم 01-05 المؤرخ في 2001/05/28 المعدل و المتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، الجريدة الرسمية الصادرة في 2001/05/23 ،رقم 29 ،ص05 .

[2] – هذا وتجدر الإشارة إلى أنه قبل صدور القانون رقم 01-05 المؤرخ في 22 ماي 2001، المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية، كان بإمكان الوالي أن يطلب التوقيف المؤقت للتنفيذ دون تحديد لهذه المدة.

[3] – ينظر في أحداث ووقائع وملابسات وحيثيات هذه القضية القضائية عند ابن الأثير ؛ الكامل في التاريخ؛ ج4؛ ص239؛ و ابن كثير ؛ البداية والنهاية؛ ج7؛ ص154؛ ابن سعد الطبقات الكبرى؛ ج3؛ ص355

بكر وغيره؛ بأنه رأى **أبا لؤلؤة المجوسي**؛ ومعه **جفينة النصراني**؛ و**الهرمزان قائد جيش الفرس الأسير**؛ يتحدثون وهم نجي؛ فلما رأوه- أي عبد الرحمن- سقط منهم خنجر له رأسان نصابه في وسطه.

وبعد التأكد من مطابقة تلك الأوصاف للخنجر الذي قتل به عمر؛ فإذا هو نفسه؛ مما يعتبر قرينة وشبهة قوية في اشتراك جفينة والهرمزان في قتل عمر؛ عندها خرج عبيد الله مشتملا سيفه فقتل الثلاثة ومعهما ابنة أبي لؤلؤة المجوسي؛ وهو يقول:" **والله لا أترك في المدينة سبيا إلا قتلته**". وهذا رغم إقرار الهرمزان بشهادة التوحيد؛ وتم القبض على عبيد الله وإيداعه الحبس المؤقت في دار سعد بن أبي وقاص؛ للنظر في أمره؛ بعد أن تتم مراسيم مبايعة الخليفة الجديد. رغم أن أبوه عمر لا يزال جرحه يشخب دما؛ ولكنه عدل الإسلام الذي لا يميز بين ابن أمير وابن حقير.

الأمر الذي أثار مشاعر أهل المدينة؛ وأوقعهم في حيرة من الأمر حتى قيل بان المدينة أظلمت على أهلها ثلاث ليال حزنا؛ فمن جهة تسآلوا كيف تنتهك حرمات الدين؛ ويستخف عبيد الله بدم الناس لمجرد شبهة لا تكفي في إثبات جناية القتل فكم من خنجر له رأسان[1]؟ ثم كيف يستهان بقتل من نطق بالشهادة؛ والتوعد بقتل الناس – السبي- بعد أن اكتسبوا حقوق المواطنة.

ومن جهة ثانية؛ حزن أهل المدينة لما أصاب آل عمر بن الخطاب؛ فعمر في طريقه إلى الموت؛ يتململ من طعنة ذلك **العلج الفارسي**؛ وابنه **عبيد الله** في طريقه إلى السجن؛ وإمكانية إعدامه قوية نظرا لتلبسه بقتل الثلاثة وفيهم من هو معصوم الدم؛ فضلا عن استخفافه بحق الدولة في القصاص له.

كانت هذه القضية أول امتحان الخليفة عثمان بعد مبايعته؛ ولذلك نجده يجمع المهاجرين والأنصار طالبا منهم المشورة والرأي معلنا تحريك الدعوى العمومية باسم الحق العام فقال :" **أشيروا علي في هذا الذي فتق في الإسلام ما فتق**" فكان الناس[2] على موقفين:

أ- **موقف الإمام علي- كرم الله وجهه-**: الذي قام مدافعا ومحاميا عن **الهرمزان**؛ مطالبا تطبيق القانون بموجب شرعة " **كتب عليكم القصاص في القتلى**"؛ فقال للخليفة" **أرى أن تقتله**"؛ عملا بمقتضى النصوص الصريحة في وجوب القصاص من القاتل؛ دون الأخذ بعين الاعتبار ظروف ارتكاب الجريمة وكون الضحية هو

---

[1] - وهو ما قرره الخليفة على فراش موته عندما قال لابن عباس : لقد كنت أنت وأبوك تحبان أن تكثر العلوج في المدينة؛ فقال ابن عباس؛ إن شئت قتلناهم؛ فقال عمر الحق-ض- معلما ومقررا:" كذبت؛ أبعد ما تكلموا بلسانكم؛ وصلوا إلى قبلتكم؛ وحجوا حجكم"؛ أي بعدما تحصنوا بجنسية المواطنة الإسلامية؛ فلا فرق بين مسلم عربي ومواطن فارسي أو أعجمي في عصمة الدم ؛ والإسلام يأبى أن يهدر دم قوم خضعوا له؛ وانقادوا لسلطانه ودفع جزيته؛ فليس دم أهون من دم في الإسلام ولو غضبا لعزة ابن السلطان ينظر قريبا من هذا المعنى؛ د/ عبد المتعال الصعيدي؛ القضايا الكبرى في الإسلام؛ ص141

[2] - ينظر في تحليل أبعاد هذين الموقفين؛ وحججهما عند كل من ؛ د/ مقبل أحمد العمري؛ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة في النظام الإسلامي؛ ص362.

الخليفة؛ واحتمال أن اغتياله كان بمؤامرة فارسية[1]؛ ولا حال القاتل الذي كان مصدوما بقتل أبيه وهو شاب ثائر؛ فتى متحمس للثأر لأبيه؛ لا تزال نخوة العرب في الثأر لآبائها كامنة في النفوس. وقد بقي الإمام علي- ض- على موقفه هذا حتى أيام خلافته؛ فقد ظل يلاحقه ويطارده وعبيد الله فار في الشام فانضم إلى معسكر معاوية حتى قتل معه في صفين؛ رضي الله تعالى عنه[2].

ب- **موقف المهاجرين ومن معهم بقيادة عمرو بن العاص:** وهم السواد الأعظم داخل المحكمة وكان موقفهم:" **قتل عمر بالأمس؛ وتريدون أن نقتل ابنه اليوم؟**". ثم قام عمرو بن العاص محاميا عن عبيد الله بحيلة قانونية عجيبة تخلص عبيد الله من سيف القصاص :فقال" يا أمير المؤمنين إن الله قد أعفاك أن يكون هذا الأمر؛ ولك على الناس سلطان؛ إنما كان هذا الأمر؛ ولا سلطان لك؛ فاصفح عنه يا أمير المؤمنين" أي أن هذه القضية كانت قبل أن يكون لك على الناس حكم وسلطة؛ ومنطق هذه المرافعة هو إهدار حكم القصاص في حالة الفراغ الدستوري بين موت خليفة؛ وولاية أخر؛ وهو منطق غريب لا يصح الأخذ به على حد تعبير د/ عبد المتعال الصعيدي[3].

ج- قرار الخليفة بتوقيف حكم القصاص تغليبا لمقتضيات حفظ النظام العام:

بعد سماع الخليفة – القاضي الأول في الدولة- إلى دفاع الطرفين جاءت مرحلة المداولة؛ والنطق بالحكم بعد أن كثر اللفظ والاختلاف بين الصحابة نظر إلى تعدد وجهات نظرهم؛ حيث يظهر جليا دور فكرة **حفظ نظام الأمة** في الفصل في القضية؛ مما يدل على إدراك الخليفة لأهمية استقرار أمن الأمة؛ فاعتبر الخليفة نفسه وليا للمقتول؛ لان سلطان ولي من لا ولي له؛ فنصب نفسه وليا؛ وعفا عن القاتل[4]؛ فقال " **أنا ولي الهرمزان ومن معه؛ وقد جعلتها دية واحتملها في مالي**"؛ مرجحا لرغبة أغلب الناس في عدم تنفيذ حكم القصاص خشية قيام معارضة داخلية وفتنة طائفية؛ قد تشتعل نحو كل فارسي بالمدينة ليقتلوه قصاصا لدم الخليفة وابنه. عندها أدرك الخليفة بثاقب نظره ان الأصلح في هذه القضية الشائكة هو تخلية عبيد الله؛ وعدم تنفيذ الحكم القضائي فيه؛ حتى لا تحدث فتنة بسببه مما يعكر صفو النظام العام[5].

---

[1] – يقول د/ رمضان البوطي حول هذا المعنى" ولعل وراء –مقتل عمر رضي الله عنه؛ مؤامرة ذات أطراف واسعة؛ تلاقت على حوكها أصابع يهودية؛ ومجوسية؛ وزنادقة؛ من فئات شتى؛... والله اعلم" ينظر فقه السيرة النبوية ؛ ص359

[2] – ينظر حول ذلك؛ ابن سعد ؛ الطبقات الكبرى؛ ج3؛ص355؛ ود/ عبد المتعال الصعيدي؛ المرجع السابق؛ ص 146 ؛ ود/ مقبل احمد العمري؛ مرجع نفيه ؛ هامش رقم4؛ ص 364

[3] – د/ عبد المتعال الصعيدي؛ المرجع السابق؛ ص144

[4] – وقيل بأن عثمان لم يحكم بالعفو إلا بعد أن أرسل إلى ابن المقتول **القماذبان بن الهرمزان**؛ فأمكنه من عبيد الله ؛ وقال له " يا بني هذا قاتل أبيك وأنت أولى به منا؛ فاذهب فاقتله؛ فخرج به والناس معه يطلبون منه العفو عنه؛ فلما عفا عنه؛ احتملوه حتى بلغوا به المنزل على رؤوسهم وأكفهم؛ تكريما له؛ وتقديرا لعفوه"

[5] – ينظر حول هذا التأصيل للقضية من زاوية تغليب فكرة النظام على فكرة القصاص؛ د/كامل عبد السميع محمود؛ مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة –دراسة مقارنة؛ ص 109 وما بعدها.

غير أن ذلك يوجب على الدولة أن تعويض المتضررين من أولياء المقتول؛ وهو ما قام به الخليفة حيث ودى الرجلين والجارية. رغم تشكيك البعض في حقيقة إسلام الهرمزان؛ وأيا كان أمر إسلامه من عدمه فان التعويض عن دمه أساسه بلغة القانون والقضاء الإداريين قيام مسؤولية الدولة عن عدم تنفيذ حكم قضائي **خشية الإخلال الخطير بالنظام العام**؛ على ما هو مقرر في قضية كويتياس السابق الإشارة إليها في مجلس الدولة الفرنسي.. غير أن القارق بين القضيتين يكمن في أن الظروف الاستثنائية لم تحل في النظام الإسلامي كمبرر لخنق الحريات؛ بل مارس كثير من الصحابة معارضة على هذا الحكم.[1] يقول الإمام القرطبي في أعقاب تفسيره لقوله تعالى:" **وان طائفتان من المؤمنين اقتلوا فأصلحوا بينهما..**" لا خلاف بين الأمة أنه يجوز للإمام- الخليفة- تأخير القصاص إذا أدى ذلك إلى إثارة الفتنة أو تشتيت الكلمة[2].

و لم تمر هذه القضية بهذه البساطة فقد بقي **الإمام عليا**-ض- مصرا على الاقتصاص للهرمزان رغم صدور حكم نهائي بات في القضية؛ وظل يطارد عبيد الله حتى مات في جيش معاوية في موقعة الصفين.

كما أن وسائل الإعلام والصحافة في ذلك العصر؛ والمتمثلة الشعر والشعراء؛ كانت ناطقة بالمعارضة لهذا الحكم ومنددة بسلوك السلطة النظامية؛ خاصة قصائد الشاعر **زياد بن لبيد البياضي**؛ الذي انبرى للتشهير بعبيد الله وبالخليفة عثمان؛ كونه ليس له الحق في العفو عن عبيد الله الذي أسرف في القتل؛ حتى أن الخليفة استدعى هذا الشاعر ونهاه عن التشهير بعبيد الله؛ مرة أولى وثانية؛ معلما إياه بأنه مجتهد وأنه مصيب في حكمه الذي صار حائزا لقوة الشيئ المقضي فيه؛ محذرا إياه من عواقب شعره هذا في التفريق بين الناس[3].

---

[1] -د/ عبد الرؤوف هاشم بسيوني؛ الضبط الإداري في النظم الوضعية وفي الشريعة الإسلامية؛ ص309 وما بعدها.

[2] - الإمام القرطبي؛ الجامع لأحكام القرآن؛ ج16؛ص318

[3] - ينظر تفاصيل عن شعره هذا المعارض عند ابن الأثير؛ الكامل؛ ج3؛ص468؛ والطبري؛ تاريخ الأمم والرسل؛ ج4؛ص239؛ وينظر تعليقا على ذلك عند د/ مقبل العمري ؛ مرجع سابق ؛ ص363؛ ود/ الصعيدي؛ مرجع سابق؛ ص147

الفرع الثاني: الضمانات الواقعية في ظل حكومة الحرية لمواجهة تعسف سلطة حفظ النظام العام

مما سبق يظهر أن كل الضمانات الفكرية والقانونية إنما هي ضمانات نسبية؛ لا يمكن أن توصل بذاتها إلى حماية ناجعة للحرية؛[1] فهي محدودة الأثر تجاه الحاكمين، لأنها ترتكز على فرضية مسبقة وهي رضاء القائمين بأمر السلطة بمضمونها ؛وقد لا يتحقق ذلك الرضاء لان الغاية التشريعية من تلك الوسائل والضمانات هي الرقابة على تصرفاتهم الأمر الذي يستحيل معه فعالية هذه الضمانات إذ تغدو معدومة القيمة؛ ومشلولة الفعالية[2] ما لم تقترن بها ضمانات أخرى تهيئ المناخ الملائم والتربة الصالحة لممارسة الحرية ونعني بذلك تهيئة الظروف الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تعطي للحريات العامة مضمونها.[3]

وإزاء نسبية الضمانات الوضعية حاول الفقه الدستوري إيجاد حلول لمشكلة الضمانات وهذا ما تم بالفعل من خلال الدراسات العليا في مجال الضمانات وأزمة الحريات فمثلا يرى د/ نعيم عطية[4] أن الحربة الفردية تلقى الضمانة الأخيرة في الرأي العام ويرى د/عبد الحميد متولي[5] وجوب تدخل سلطات الدولة في بعض نواحي النشاط الاقتصادي والاجتماعي في حين يرى د/ طه الشاعر[6] أنه يجب البحث عن ضمانة واقعية تحد من تعسف الحاكمين ولعلها رقابة الرأي العام فان لم تجد كان على الإفراد تمسك بحقهم في مقاومة الطغيان سلميا.

وترى د/سعاد الشرقاوي[7]أن الرأي العام كضمانة شعبية غير كاف لحماية الحرية بل لابد من شروط اقتصادية واجتماعية وثقافية مدعمة بذلك ما قاله د/ سعد عصفور[8] "إن الرأي العام لا يمكن أن يتكون في دول دول يعاني الأفراد فيها من الفقر والجهل، إذ الفقير منشغل تماما بلقمة العيش ليس له الوقت للاهتمام بالمسائل العامة، والجاهل مغلوب على أمره بجهله عاجز عن متابعة ما يجري في شؤون الحكم؛ بل إضافة إلى كون الفرد قادرا ماليا ومتعلما؛ يجب أن يحس بالرغبة في المشاركة السياسية".

وعليه يمكن أن نقول أن أهم الضمانات الواقعية تنحصر في العدل الاجتماعي؛ والتقدم الاقتصادي ؛والمستوى الثقافي ورقابة منظمات الرأي العام من معارضة حزبية قوية ونقابات مهنية نشيطة

أولا:العدل الاجتماعي والتقدم الاقتصادي ودوره في تفعيل الضمانات الواقعية

لا شك أن التخلف الاقتصادي والاجتماعي يعد سببا قويا من أسباب أزمة الحرية في مواجهة سلطات حفظ النظام العمومي نظرا لما له من أثر فعال في شل قدرة الضمانات القانونية؛ فقد دل استقراء علماء علم

---

[1] –د/ نعيم عطية ؛المرجع السابق ؛ص285

[2] –د/ثروت عبد العال؛المرجع السابق ؛ص33

[3] –د/ سعاد الشرقاوي النظم السياسية في العالم المعاصر؛ ص350

[4] –د/ نعيم عطية؛ المرجع نفسه ص286

[5] –د/ عبد الحميد متولي؛ الحريات العامة؛ ص75

[6] –د/ طه الشاعر؛ المرجع السابق؛ ص668

[7] –د/ سعاد الشرقاوي ؛المرجع نفسه؛ ص351

[8] –د/ سعد عصفور؛ مرجع سابق؛ ص102

الاجتماع السياسي أن ازدهار الحريات العامة والحقوق الفردية لا يوجد إلا في ظل دول متقدمة صناعيا واقتصاديا.

مما يعني أن هناك ارتباطا تلازميا بين درجة النمو الاقتصادي والاجتماعي وبين النمو السياسي والدستوري؛ ومن ثم فان الحرية تنتعش في ظل تحسين المستوى المعيشي واختفاء التفاوت العميق بين الأفراد الذي يمنع من التوترات الاجتماعية ، ويحقق السلام الاجتماعي والسياسي.[1] وعليه فان التقدم الاقتصادي يجعل الأفراد متقاربين نسبيا في ظروف المعيشة فيقل الثراء الفاحش و يندر الفقر المدقع وتزدهر معه الحرية.

هذا الإنعاش الاقتصادي سيلقي بظلاله على تمسك الأفراد بحرياتهم وشعورهم بحضور فعال في الجماعة السياسية إذا صاحبه وعي سياسي لدى الأفراد. ذلك أن الثقافة والوعي السياسي [2] يرتقي بمستوى تفكير الفرد بحيث يشعر بأنه قادر على فهم مواطن الخلل والاعوجاج ومن ثم السعي إلى كشفها والمساهمة –من خلال ما يتمتع به من حريات – في توجيه النقد البناء.

ومما زاد في أهمية هذه الضمانة الواقعية في هذا العصر الحديث؛ تجليات ظاهرة العولمة بمختلف أبعادها السياسية؛ والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية والتي يراد منها تحرر حركة رؤوس الأموال والسلع والخدمات والمعلومات والأشخاص[3].

والتي كان من ابرز **ايجابياتها** التقدم الاقتصادي، **وعولمة حقوق الإنسان**، وتفعيل ضماناتها بالآليات الدولية والإسراع في الإصلاح الديمقراطي ،وبناء دولة القانون والمؤسسات ،إضافة إلى الثورة المعلوماتية في مجال الإعلام والاتصال والانتشار المتسرع والشامل للتقنيات التكنولوجية ؛مما يجعل العالم قرية كونية تذوب فيها القيود السياسية والجغرافية والجمركية ؛لصالح ما يعرف بالمواطنة العالمية في ظل حكومة الكترونية عالمية،مما قد يساهم في نشر الثقافات وحوار الحضارات وتلاقح الأفكار إذ لم يبق في ضمير العالم المتحضر بقاء للدول البوليسية ولا للأنظمة الشمولية.[4]

---

[1] – د/صالح حسن سميع؛ مرجع سابق ؛ص464 وما بعدها

[2] – د/سعاد الشرقاوي؛ النظم السياسية ص 355 حيث ترى أن توفير التقدم الاقتصادي ليس ضمانة كافية للحريات العامة .دلك أن هناك ظروفا أخرى يمكن أن تحول بين المجتمع المتقدم وبين تمتع أفراده بحقوقهم؛ وينظر تفصيلا لأهمية الوعي السياسي في حماية الحرية والدفاع عنها د/ د/ صالح سميع ؛ أزمة الحرية السياسية في الوطن العربي؛ ص475

[3] – ولاشك أن لهذه العولمة تداعيات مختلفة ايجابية وسلبية على الدول والأفراد معا؛ **فمن سلبياتها** التبعية الاقتصادية نتيجة للهيمنة التي تمارسها الشركات المتعددة الجنسيات وما يستتبع ذلك من خطورة على سيادة الدول الوطنية وضعفها أمام التحولات السياسية والاقتصادية الهائلة، ليتقهقر معها مفهوم (الدولة السيدة) مما سيضعف الشعور بالمواطنة ويؤدي إلى ظهور ولاءات أخرى أوسع من نطاق الدولة. بالإضافة إلى أثر العولمة على الهوية الثقافية إذ تشكل العولمة وسيلة لاختراق الثقافات القومية وإعدام الهويات الوطنية ونفي الأخر ؛ والاهم من كل ذلك اعتبار العولمة **وصفة طبية** لبيان مزايا كيفية الاندماج في الاقتصاد العالمي باعتباره طريق المستقبل الذي ينبغي لجميع دول العالم السير فيه إذا ما أرادت التقدم ؛وذلك من خلال أربعة مجالات متوازية وهي :الاستثمار؛والصناعة ؛والمعلومات؛والأفراد . ينظر في تفصيل سلبيات ظاهرة العولة د/عبد القادر الفارس ؛ المرجع نفسه؛ ص 63 وما بعدها

[4] –د/عبد الغفار شكر؛ ود/ محمد مورو؛ المجتمع الأهلي ودوره في بناء الديمقراطية ؛دار الفكر ؛ ط1؛سنة 2003؛ ص232

وفي مجال الحريات العامة وضماناتها تعتبر العولمة **ثورة فقهية** في اعتبار بعض الحريات حقوقا أساسية لا يجوز بأي حال من الأحوال الاعتداء عليها من طرف الدول، خاصة الحريات السياسية منها أي الجيل الأول من(الحقوق المدنية والسياسية)، أما الجيلين الثاني (الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية)؛ والثالث (حق حماية البيئة والحق في التنمية) ،فليست من اهتمام العولمة الغربية كونها لا تخدم مصالحها[1].

والواقع أن وصفة العولمة هذه لها آثار سلبية على الدولة إذ تفرض عليها إجراء إصلاحات اقتصادية ومالية من أهمها خفض مخصصات الإنفاق العام الموجهة للأغراض الاجتماعية، والتخلي عن التشريعات التي توفر الحماية للعمال وعائلاتهم؛ مما يعني تخلي الدولة عن سياسة الرعايا الاجتماعية تحت وطأة حتمية العولمة ليتقهقر مفهوم دولة الرعايا فاتحا الطريق أمام الطبقية المتوحشة.[2]

فمعلوم أن دولة الرعايا والرفاه تقوم على مساعدة وتدعيم الأفراد في احتياجاتهم الضرورية ، بهدف تحقيق الاستقرار الاجتماعي، والعدالة في توزيع الدخل ؛وخلق فرص للعمل والتوظيف[3] كل ذلك سيعود بالإيجاب على الضمانات الواقعية لحماية الحريات[4]؛ إذ أن القاسم المشترك بين جميع دول الرعايا يتمثل في الدور الذي قامت به سياسات الرفاه في خلق طبقة وسطى في المجتمع لامتصاص الغضب الشعبي وتطاير حممه. [5]

ثانيا : رقابة الرأي العام ودورها في حماية الحرية

1-مفهوم الرأي العام أهميته:

يمثل الرأي العام بحق الضمان الفعال في توقيف السلطة النظامية عند حدود المشروعية؛ دفاعا عن الحريات والحقوق؛ فقد شهد القرن الثامن عشر والمسمى بعصر التنوير بالنسبة للرأي العام المستنير ظهور مفكرين أحرار مثل مونتسكيو، فولتير، روسو، ديدور، صمويل، آدمز،..كان لهم التأثير البالغ في إيقاظ الشعوب من غفلتها نحو المطالبة بحقوقها المهضومة؛ ومن هذا القبيل يعتبر كتاب العقد الاجتماعي لروسو رغم اعتبار الدستوريين لها " بأنه أكبر أكذوبة سياسية ناجحة" نظرا لخيالها؛ وعدم مطابقتها للواقع السياسي للمجتمعات الناشئة؛ مصدر

---

[1] -د/ فوزي أوصديق؛ دراسات دستورية والعولمة؛ص20؛ود/ يحي الجمل؛ حصاد القرن العشرين في علم القانون؛ ص 105

[2] -د/ عبد القادر الفارس؛العولمة ودولة الرعاية؛ مقالة منشورة بمجلة المستقبل العربي العدد 4 ؛ سنة2004 ؛ ص56

[3] - د/عبد القادر الفارس ؛ المرجع نفسه؛ ص 63

[4] - د/ صالح سميع ؛ أزمة الحرية السياسية؛ ص475

[5] - وجدير بالإشارة أن هناك نموذجين رئيسين للدول المتبنية للعولمة :

1-نموذج الولايات المتحدة الأمريكية حيث يتميز الاقتصاد بالحرية المطلقة ، وضعف دور الدولة الرعوي الأمر الذي يزيد من معدلات الفقر، والتباين الكبير في توزيع الدخل(الرأسمالية المتوحشة)

2- نموذج الدول الأوروبية حيث تتواجد التنظيمات العمالية الذي يفرض على الدولة ايلاء أهمية أكبر لسياسات الرعاية الاجتماعية وما يصاحبه من تحقيق عدالة أكبر في المجتمع ؛ودرجات فقر أقل (الرأسمالية المعتدلة) ينظر قريبا من هذا عند د/ عبد القادر الفارس؛ المرجع نفسه ،ص62

إشعاع للفرنسيين في ثورتهم المقدسة التي كان شعارها الإخاء والمساواة والحرية إلى حد اعتبار الثوار لهذا الكتاب **بإنجيل الثورة الفرنسية 1789**.

وفي القرن العشرين أصبح الرأي العام السمة الغالبة بل أن الحربين العالميتين لعبتا دورا هاما في تدعيم الرأي العام وذلك نتيجة لوسائل الإعلام المتطورة والدعاية المبتكرة التي لجأت إليها الدول.

يعتبر الرأي العام أو ما يسمى بالرقابة الشعبية من أهم وسائل التأثير على سلطات الضبط الإداري، لما لهذا الأخير من قدرة كبيرة على قلب موازين القوى؛ بحيث يعتبر الوعاء الذي تتشكل فيه كل الضمانات السابقة قبل أن تتحول إلى نصوص؛ إذ بدون وجود رأي عام قوي ومستنير وفاعل؛ فان فاعلية النصوص تظل محل شك كبير. ولذلك يعتبر وجود من أبرز معالم دولة المؤسسات والقانون والحق في العصر الحديث[1].

ورغم اتفاق الفقه على أهمية الرأي العام كضمانة أخيرة من ضمانات الحرية إلا أنه ليس هناك تعريف متفق عليه؛ ولعل أقرب ما يمكن أن يقال عنه أنه وجهة نظر أغلبية الناس تجاه قضية عامة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية في زمن معين؛ بحثا عن حل يحقق الصالح العام بعد إجراء مناقشات وحوارات واعية.[2]

كما يمكن القول بأن الرأي العام هو التعبير عن موقف في قضية متنازع عليها قابلة للجدل ومن ثمة فإن الرأي العام هو ذلك الرأي الذي ينتج عن المؤشرات وردود الأفعال المتبادلة بين أفراد جماعة كبيرة من الناس.[3]

وعن أهمية الرأي العام في حماية الحرية يمكن القول بأنه أصبح يمثل الضمان الأساسي للقيم الدستورية يقول **د/ طه الشاعر**" أيا كانت النصوص التي يتضمنها الدستور،ومهما كان فيها من ضمان كبير للحريات وتحقيق الديمقراطية فان وجودها مرتبط بوجود رأي عام ناضج يعمل على حسن تطبيقها".[4]

ومن منطلق تلك الأهمية **يهرع** رجال السلطة إلى **الرأي العام بقصد التأثير فيه** وكسبه لصالحهم باعتباره هو الحاكم الفعلي ممثلا في الأحزاب السياسية[5]خاصة الأحزاب التي تشكل معارضة قوية وجماعات الضغط

---

[1] – د/ يحي الجمل؛ حصاد القرن العشرين في علم القانون؛ دار الشروق؛ القاهرة؛ ط1؛ سنة 2006؛ ص107

[2] –د/طه الشاعر؛ المرجع السابق ؛ ص671

[3] – محمد عبد القادر حاتم، مرجع سابق، ص. 60.

[4] –د/ الشاعر؛ المرجع نفسه ؛ص10

[5] –تقوم الأحزاب السياسية بالإضافة إلى مختلف وسائل الإعلام الوطنية والأجنبية؛ والمنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية بالتأثير المباشر في الرأي العام وتوجيهه؛ من حيث أنها تشكل مدارس للشعوب في تبصيره وتوعيته بحقوقه في مراقبة السلطة وتوقيفها عند حدود القانون؛ ويظهر هذا التوجيه والتأثير من خلال التصنيفات الفقهية المختلفة لصور الرأي العام المتعددة وفق اعتبارات مختلفة يمكن إيجازها كالأتي:

–**باعتبار زمن دوامه**:رأي عام دائم أبدي، ورأي عام مؤقت لأمر عارض؛ ورأي عام يومي متقلب.

–**باعتبار مصدر نشأته ونطاق تداوله**: رأي عام دولي؛ ورأي عام إقليمي ؛ورأي عام محلي.

–**باعتبار قوة تأثيره في الجمهور**:الرأي العام المسيطر؛ الرأي العام المثقف؛ الرأي العام التابع(المنقاد).

–**باعتبار عدد أنصاره** : رأي عام الأغلبية ؛ رأي عام الأقلية ؛الرأي الائتلافي؛ الرأي العام الساحق .

–**باعتبار إظهاره أو إضماره**:الرأي العام الظاهر؛ الرأي العام الخفي (المضمر).

"المصالح"التي تهدف إلى الحفاظ على مصالح الفئة التي تمثلها كالنقابات المهنية على اختلافها.[1]وفي وسائل الإعلام والصحافة وإقامة الندوات واللجوء إلى المظاهرات السلمية والإضرابات. ولا شك أن هناك عوامل ضرورية تساهم في تفعيل رقابة الرأي العام منها التربية على الحرية والديمقراطية وحرية الإعلام ؛والشعور بالاقتدار السياسي والمستوى المعيشي الكريم والنظام السياسي المتفتح والوعي السياسي بقضايا المجتمع وهذا ما يسميه د/نعيم عطية بعوامل التنوير والتقارب الاجتماعي.[2]

غيران ذلك مرهون بقيام **حكومة الحرية** التي يؤمن رجال السلطة فيها بقيمة الحرية كأساس لدوام النظام العام وتحقيق السلام الاجتماعي وسعيهم إلى توفير وتنمية **التربية الديمقراطية** للناشئة وإقرار نظام التعددية الحزبية والنقابية والإعلامية؛ وهذا ما تقوم منظمات **المجتمع المدني**؛ والمنظمات الدولية **غير الحكومية** والتي تقوم بدور فعال في حماية الحرية وكشف انتهاكات الدول لها خاصة ظل ما يعرف بظاهرة العولمة والتدخل الإنساني؛ **التي أصبحت** عاملا مؤثرا وموجها للرأي العام نحو الدفاع عن حقوقه وحرياته؛ من خلال تقديم الشكاوى لمثل هذه المنظمات والهيئات الدولية.

2- منظمات المجتمع المدني ودورها في حماية الحريات العامة

يعرف المجتمع المدني بأنه مجموعة التنظيمات التطوعية الحرة التي تملأ المجال العام بين الأسرة والدولة لتحقيق مصالح أفرادها ملتزمة في ذلك بقيم ومعايير الاحترام و التراضي، و التسامح و الإدارة السلمية للتنوع و الخلاف[3]. ومن ثم يقوم المجتمع المدني على أربعة مقومات أساسية :

1-الفعل الإرادي الحر أو التطوعي فهو غير مؤسسات القرابة كالأسرة والقبيلة وغير مؤسسة الدولة.

2-التنظيم الجماعي في شكل منظمات أساسها بطاقة العضوية بمحض الإرادة الحرة.

3-قبول التنوع والاختلاف بين الذات والآخرين مما يعني الاعتراف بحق الآخرين في تكوين منظمات مجتمع مدني أخرى للدفاع عن مصالحهم الخاصة.

عدم السعي للوصول إلى السلطة خلافا للأحزاب السياسية فهي جماعات مصالح تهدف إلى ممارسة الضغط السلمي على السلطة للدفاع عن مصالح أفرادها.[4]

-**باعتبار مشاركته في السياسة العامة** : الرأي العام السلبي ؛ الرأي العام الايجابي.

-**باعتبار مدى توقع وجوده** :الرأي العام الواقع ؛والرأي العام المتوقع . ينظر تفصيل هذه التقسيمات د/عبد العليم عبد المجيد مشرف؛ المرجع السابق ؛ ص339 وما بعدها

[1] -د/ صالح سميع؛ المرجع السابق، ص599 وما بعدها

[2] - د/ نعيم عطية؛ مرجع سابق؛ ص285 وما بعدها

[3] - د/ عبد الغفار شكر، المرجع السابق؛ ص 43.

[4] - د/ سعد الدين إبراهيم، المرجع السابق، ص13.

وعلى هذا يدخل في ضمن هذه المنظمات:النقابات المهنية، والعمالية، الحركات الاجتماعية، الجمعيات التعاونية والثقافية، النوادي الرياضية والاجتماعية، المنظمات غير الحكومية الدفاعية كمراكز حقوق الإنسان والمرأة والتنمية والبيئة ،وسائل الصحافة الحرة، مراكز البحوث والدراسات.

فكل هذه المنظمات تساهم في نشر القيم الديمقراطية والحريات السياسية مما يجعلها مدارس لتمكين الأفراد وتدريبهم على إدارة الصراع بالوسائل السلمية في ظل التسامح و الاحترام و التراضي؛ بما يعود إيجابا على حفظ النظام العام.

وبهذا تعتبر منظمات المجتمع المدني **بمثابة البنية التحتية لحفظ النظام العمومي وللديمقراطية**؛ كنظام للحياة وأسلوب لتسيير المجتمع لما تساهم به في تعميق الممارسة الديمقراطية وال وتأكيد قيمها الأساسية مما يعني أن المجتمع المدني يقوم بدورين:

أولاهما دور ثقافي وتعبوي يتمثل في زرع قيم الديمقراطية ونشر مبادئ التسامح والحوار والتعددية.

وثانيهما دور تربوي نظامي يتمثل في التدريب العملي على الأسس الديمقراطية في الحياة الداخلية لمؤسسات المجتمع المدني بما يسمح للمواطنين من إمكانية المشاركة الفعالة داخل هذه المنظمات فيما توفره من حياة ديمقراطية لأعضائها

وبذلك تصبح **الديمقراطية وحماية النظام العام بناء من أسفل يشمل الشعب كله تربية وتدريبا وممارسة** في مختلف ميادين الحياة اليومية مما يعني تأكيد أن الديمقراطية ليست منحة من الحكام ولكن ينتزعها الشعب عندما يكون قادرا على ممارستها من خلال عمل جماعي منظم.[1] ويمكن حصر أدوار المجتمع المدني ووظائفه في عملية التحول الديمقراطي وحماية الحريات فيما يأتي[2]:

1 – وظيفة تجميع المصالح من خلال بحث مشاكلهم وتحديد كيفية الحفاظ على مصالحهم في ضوء التحرك الجماعي مما يكسبهم قدرة متزايدة على التفاوض من أجل الوصول إلى حلول وسطية.

2- وظيفة حسم وحل الصراعات بوسائل ودية دون اللجوء إلى الدولة وأجهزتها البيروقراطية مما يساهم في التدرب على إدارة الصراع في المجتمع بالطرق السلمية.

3- إشاعة ثقافة مدنية ديمقراطية تقبل الاختلاف و التنوع و التنافس السلمي طبقا لقواعد متفق عليها مسبقا.

وبهذا تعتبر مؤسسات المجتمع المدني الإطار الأمثل لتربية المواطنين وتدريبهم عمليا على الممارسة الديمقراطية وحماية حرياتهم دون الإخلال بالنظام العمومي وكيفية إدارة الصراع سلميا، **مما يدفع إلى القول بأنه كلما أصبحت مؤسسات المجتمع المدني أكثر ديمقراطية في حياتها الداخلية فإنها تكون أقدر على المساهمة في حماية**

---

[1] – د/عبد الغفار شكر، المرجع السابق، ص61.

[2] – د/الحبيب الجنحاني؛ المجتمع المدني بين النظرية والممارسة؛ – سلسلة حوارات لقرن جديد– بعنوان المجتمع المدني وأبعاده الفكرية؛ دار الفكر دمشق،ط1،سنة2003، ص29وما بعدها

الحريات العامة والتطور الديمقراطي للمجتمع كله، وأكثر قدرة على إكساب أعضائها الثقافة الديمقراطية وتدريبهم عمليا من خلال نشاطهم اليومي داخل هذه المنظمات.[1]

إلا أن هذه الأهمية مرتبطة فاعليتها في بناء الديمقراطية على وجود نظام سياسي منفتح يؤمن بالتعددية، ويساهم في تقوية المجتمع المدني بوضع القوانين المنظمة لسيرها الداخلي دون الحد والتقييد من نشاطها.

وجدير بالإشارة أن أهمية المجتمع المدني زادت مع اكتسابها **للطابع العولمي** حيث نشأت مؤسسات جديدة للمجتمع المدني تتجاوز الحدود القومية بهدف زيادة تأثيرها فيما يعرف **بالمجتمع المدني العالمي أو المعولم**[2] في ظل مفهوم المواطنة العالمية من خلال المنظمات غير الحكومية ؛والتي تهدف إلى تمثيل القيم والطموحات المرتبطة بالشعوب أكثر من ارتباطها بالحكومات الرسمية ؛ومن أهمها : الارتقاء بحقوق الإنسان والمساواة، والحماية البيئية، والتنمية، والحل السلمي للصراعات، والديمقراطية في إطار المشاركة ، والعدالة الاقتصادية والاجتماعية

3-أنواع منظمات المجتمع المدني في مجال حماية الحقوق و الحريات العامة

تتمثل هذه المنظمات في تلك الهيئات غير القضائية[3] والتي منها ما هو حكومي؛ ومنها ما هو مستقل عن النظام؛ أو ما يعرف بالمنظمات غير الحكومية؛ حيث تقوم بدور هام في حماية الحقوق والحريات؛ بحيث تناضل من أجل تعزيزها بكشف انتهاكاتها وتحسيس السلطة بها؛ فضلا عما تقوم به من توعية للمواطنين بحقوقهم؛ وكيفية الدفاع عنها؛ في إطار المشروعية الدستورية طبقا للمادة 33:" الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية مضمون" مما يعني أنها منظمات دستورية مشروعة؛ ونظرا لما شهده التاريخ السياسي للمواطنين أثناء مرحلة الجمهورية الأولى المكرسة بدستوري 1963 و1976؛ حيث تقييد ممارسة بعض الحريات ومصادرة البعض الأخر في ظل وحدة السلطة؛و نظام الحزب الواحد؛ وملكية وسائل التعبير والإعلام؛ فان هذا الكبت السياسي سرعان ما تم انفجاره في عهد الجمهورية الثانية بعد المصادقة على دستور **1989** الذي يمثل تأسيسا للتحول الديمقراطي نحو بناء دولة القانون والحق؛ الحامية للحقوق والحريات؛ خاصة بعد تعديل 1996؛ حيث ظهرت بوادر تعددية سياسية؛ وإعلامية ومنظمات دفاعية عن حقوق الإنسان وحرياته الدستورية. تناضل من اجل الوصول إلى إشباع التمتع بحقوق الإنسان في موجة عولمة حقوق الإنسان على المستوى الدولي.

أ-جمعيات ومنظمات المجتمع المدني المستقلة عن الدولة:

---

[1] - د/سيف الدين عبد الفتاح إسماعيل، مقابلة المجتمع المدني والأهلي بين الفكر والممارسة-سلسلة حوارات لقرن جديد- ، ص141

[2] - د/الحبيب الجنحاني؛ المجتمع المدني وأبعاده الفكرية؛ ص 168

[3] - أ/ قاشي علال؛ الآليات القانونية الداخلية لكفالة الحقوق والحريات الأساسية للإنسان والمواطن؛مداخلة منشورة ضمن أشغال الملتقى الوطني " الحقوق والحريات الفردية وآليات حمايتها في التشريع الجزائري في ظل العولمة"، المنعقد أيام 10/09/08 ماي 2006 بجامعة عمار ثليجي –الأغواط- كلية الحقوق والعلوم الاجتماعية؛ العدد الاول؛ ماي 2006؛ ص60

لقد كلل نضال بعض فئات الشعب في الوصول إلى مستوى يناسب تطلعاته في ممارسة حقه في الحرية وذلك بتمكنه من تأسيس عدة منظمات تدافع عن حقوقه؛ وفي هذا المجال يمكن التنويه بالمنظمات والجمعيات الآتية:

1- الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان" :

التي أنشأت بتاريخ 1985/06/30، بالجزائر العاصمة؛ من طرف أربعين عضوا من الأعضاء الناشطين والنقابين بالحركة الثقافية البربرية من حزب جبهة القوى الاشتراكية غير الرسمي؛ بقيادة الزعيم التاريخي **آيت أحمد** الذي حاول من خلال حزبه خلق معارضة قوية داخل المجلس الوطني:" أول برلمان جزائري" باسم الاشتراكية العلمية؛وضد الحكم الشخصي؛ ولكنه فشل؛ مما يجعله يقيم معارضة عسكرية في منطقة القبائل؛ التي باءت بالفشل ايضا؛ حيث تدخل الجيش للقضاء على معارضته تماما في سنة 1964؛ حيث تم نفيه من الجزائر[1]؛ إلى غاية دخولها إلى عهد الديمقراطية.

ولكن أفكاره كانت ما زالت باقية عند مناضلي حزبه؛ والتي كللت بظهور هذه الرابطة تحقيقا وتنفيذا لدعوة السيد " **علي مسيلي**" أحد مسؤولي هذا الحزب في سنة 1981 حيث دعا إلى ضرورة تأسيس **رابطة جزائرية لحقوق الإنسان**؛ لكنها لم تتحقق بسبب القبض على عناصر هذه الرابطة؛ ومحاكمتهم في 15 ديسمبر1985 ليطلق سراحهم في سنة 1987.[2] ليباشروا مشروعهم من جديد حيث تمكنوا من تأسيس رابطتهم رسميا في سنة 1989. بقيادة المحامي" علي يحي عبد النور" النشط في أحزاب المعارضة غير المعترف بها؛ وكان من أهدافها رصد الانتهاكات لحقوق الإنسان ونشرها؛ وإعلام الرأي العام الدولي والمحلي بها. وهي حاليا عضوا في الفيدرالية الدولية لرابطات حقوق الإنسان [3].

2- الرابطة الجزائرية لحقوق الإنسان.

تعود فكرة إنشاء هذه الرابطة إلى رغبة مجموعة من مناضلي الثورة التحريرية القدامى الى إنشاء مثل هذه الرابطة؛ وهو ما حصل فعلا بعد ترخيص النظام لهم بذلك في مارس 1987 ؛ برئاسة " **ميلود براهمي**"؛ ويلاحظ الباحث أن تشكيل هذه الرابطة جاء بالموازاة مع إطلاق سراح الأعضاء المؤسسين للرابطة الأولى؛ مما يعني أنها تأسست لمنافستها؛ وبالتالي التساءل حول أبعادها وأهدافها؛ ومن ثم مدى مصداقيتها في الدفاع عن حقوق الإنسان؛ وهذا ما صرح به المكتب التنفيذي لها حيث كشف رئيسها ميلود براهمي لأحدى الجرائم بأن الرابطة **تحظى بالدعم من طرف الدولة**؛ وأن التحضير لها كان بمكتب أمانة رئاسة الجمهورية؛ وهذا ما يؤكد حصولها على صفة المراقب لدى اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب؛ وعضو في المنظمة العربية لحقوق

---

[1]- ينظر حول هذه المعارضة السياسية والعسكرية عند د/ فوزي أوصديق؛ الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري؛ دراسة مقارنة؛ القسم الأول – النظرية العامة للدولة-؛ ص316

[2]- ينظر أ/ شطاب كمال؛ حقوق الإنسان في الجزائر؛ ص70؛ نقلا عن أ/ الطاهر بن خرف الله؛ محاضرات في الحريات العامة؛ مرجع سابق؛ ص136

[3] - ينظر شطاب كمال؛ مرجع نفسه؛ص135 نقلا عن رسالة أ/ لخضر بوحرود؛ المنظمات غير الحكومية ومسألة حقوق الإنسان في الجزائر" 1992-1999" ؛مذكرة ماجستير؛ كلية العلوم السياسية؛ سنة 2002؛ جامعة الجزائر؛ص68

الإنسان؛ وصفة مراسل لدى الفيدرالية الدولية لحقوق الإنسان؛ بعد تزكية الدولة لها. من اهدافها القيام ببحوث ومراقبة المحاكمات والانتخابات وتتبع الانتهاكات؛ والدفاع عن قضايا الرأي والتدخل لدى السلطات[1].

3- مرصد للإقصاء والتفاوت:

وهو هيئة غير حكومية تأسست في 24 ديسمبر2003 من طرف الجمعية الجزائرية لتطوير البحث في العلوم الاجتماعية المتواجد مقرها في المدرسة الوطنية للإدارة؛ من أهدافها تقديم بحوث والقيام بدراسات حول موضوع التفاوت والإقصاء الاجتماعيين؛ بإقامة مركز توثيق متخصص يجمع في شكل شبكة تجمع بين الجامعات ومراكز البحث والهيئات الاقتصادية والاجتماعية والحركة الجمعوية. بهدف رصد أسباب الإقصاء ومظاهر التفاوت ومن ثم مكافحتها بالبحوث العلمية الرصينة[2].

وبغض النظر عن الأبعاد الفكرية والسياسية لهذه الرابطات والمراصد المدافعة عن حقوق الإنسان فان الذي يهم الباحث هو تقييم مدى فعاليتها ومصداقيتها في القيام بدورها الدستوري ؛ والمتمثل في الدفاع والتدخل لدى السلطات المسؤولة مواجهة وكتابة بمسك سجلات منظمة وكاملة، تثبت الانتهاكات المسجلة من طرف أصحابها؛ من أجل وقف المساس بحقوق الإنسان.

ومن ثم فان مسألة نجاحها مرتبط بالتعاون مع نقابة المحامين والصحافيين والأحزاب السياسية المعارضة ومختلف الجمعيات التي تهدف إلى نشر السلم وحماية الحقوق والحريات والاتصالات الدائمة والمباشرة مع المنظمات الدولية غير الحكومية المكلفة بترقية حقوق الإنسان.

كما أن نجاحها مرتبط ومرهون بمدى تعامل السلطة القائمة معها؛ إذ أن هذه المنظمات هي همزة وصل بين الشعب والمؤسسات الدستورية؛ ومدى قدرتها على التأثير على مؤسسات الدولة؛ كما أن فاعليتها له ارتباط وثيق بمستوى الوعي الجماهيري للدفاع عن مكتسباته؛ بحيث أن ذلك مرهون بدرجة التحصيل الفكري.[3]

وعلى المستوى العملي فقد كان للرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان غير الحكومية دور في تعزيز الحقوق والحريات بحمل النظام السياسي على الأخذ بالتعددية الحزبية؛ وكفالة الحريات الأساسية؛ وتحسيس السلطة ببعض الملفات الكبرى التي لها علاقة بحقوق الإنسان كملف المفقودين؛ وملف المعتقلين إداريا بموجب تدابير حالة الطوارئ؛ فضلا عن الدفاع عن حرية الصحافة كسلطة رابعة.

ب- منظمات المجتمع المدني التابعة للدولة :

فضلا عن الدور الذي تقوم به مختلف مراكز ومدارس التعليم الرسمية في تعليم حقوق الإنسان كمادة رسمية في البرامج الوزارية؛ إضافة إلى بعض الهيئات والمؤسسات الرسمية كالبرلمان والمجلس الدستوري والمؤسسات الاستشارية ودورها الهام في الرقابة على أعمال السلطة في مجال حماية حقوق الإنسان؛ هناك زيادة على ذلك

---

[1]- ينظر إلى أ/ شطاب كمال؛ المرجع نفسه؛ ص 70؛ ولخضر بوحرود؛ المنظمات غير الحكومية؛ مرجع نفسه؛ ص68

[2]- ينظر جريدة الخبر؛ " لأول مرة في الجزائر مرصد للتفاوت والإقصاء الاجتماعيين"؛ العدد3869؛ الصادرة بتاريخ 25 نوفمبر؛ ص2

[3]- أ/ قاشي علال؛ الآليات القانونية الداخلية لكفالة الحقوق والحريات الأساسية للإنسان والمواطن؛ مقالة سابقة؛ ص62

بعض الهيئات والمنظمات الرسمية التي تعمل على حماية وترقية حقوق الإنسان وتقديم التقارير عن وضعيتها واقتراحات لحلولها؛ نذكر منها:

1-الوزارة المنتدبة المكلفة بحقوق الإنسان:

وهي أول سابقة حكومية على مستوى حكومات الوطن العربي؛ رغم أنها مكرسة في فرنسا منذ عهود؛ ويعود ظهورها إلى حكومة السيد " أحمد غزالي" من جوان 1991 إلى غاية فيفري 1992؛ حيث تم إحداث منصب وزير منتدب مكلف بحقوق الإنسان بموجب المرسوم التنفيذي رقم 99/91 المؤرخ في 18جوان1991؛ والتي أسندت للسيد "على هارون"؛ ومعلوم أن مهام هذه الوزارة كانت جزءا من مهام وزارة الداخلية.

ويعد من أهم مهامها وأهدافها حسب ما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 300/91 المحدد لصلاحيات الوزير المكلف بحقوق الإنسان؛ وضع سياسة عامة لتطبيق حقوق الإنسان المعترف بها؛ واقتراح كيفية ضمان ممارستها؛ بالتشاور مع المؤسسات والهيئات المعنية بالدفاع عن حقوق الإنسان وترقيتها.

فضلا عن السهر على احترام حقوق الإنسان الأساسية كالحق في الحياة؛ وحرية الرأي والاجتماع والأمن الفردي؛ كما يتولى اقتراح انضمام الجزائر إلى الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان؛ وتشجيع التعاون مع المنظمات الدولية في مجال ترقية حقوق الإنسان.[1]

2- المرصد الوطني لحقوق الإنسان:

تم إحداثه بمرسوم رئاسي رقم 77/92 المؤرخ في 1992/02/22 ليحل محل الوزارة السابقة؛ على نحو النموذج التونسي حيث يوجد منصب" مستشار لحقوق الإنسان ".

والمرصد عبارة عن مؤسسة عمومية مستقلة معينة موضوعة لدى رئاسة الجمهورية؛ بمثابة جهاز رقابة وبحث و تقويم في مجال احترام حقوق الإنسان؛ خاصة في ظل إعلان حالة الطوارئ.

وبالرغم من الأهداف التي جاء من أجلها المرصد في إقامة دولة القانون والحق فقد واجهته صعوبات في تكريس أهدافه تعود لصعوبة مرحلة وجوده؛ وأسباب تقنية ترجع إلى غياب التأسيس الدستوري للمرصد في نصوص دستور 1989، وعدم تمكن المرصد الرد على تقارير منظمة العفو الدولية، وعدم استطاعة المرصد تحقيق الاستقلالية في الدفاع عن الحقوق والحريات خارج الأطر التي تسطرها السلطة السياسية إذ كان المرصد مرآة عاكسة للقرارات المتخذة من طرف السلطة التنفيذية بحكم أنه موضوع بمرسوم رئاسي[2].

---

[1]- ينظر في تفصيل مهام هذه الوزارة كل من د/ الطاهر بن خرف الله؛ محاضرات في الحريات العامة؛ص142؛ وأ/ شطاب كمال ؛ حقوق الإنسان في الجزائر؛ص 119 وما بعدها.

[2]- أ/ قاشي علال؛ الآليات القانونية الداخلية لكفالة الحقوق والحريات الأساسية للإنسان والمواطن؛ ص63.

وقد قام المرصد بمجموعة من الملتقيات في مختلف المجالات ذات الصلة بحقوق الإنسان؛ واصدر مجلة حقوق الإنسان التي كانت تصدر كل ثلاثة أشهر؛ فضلا عن تلك التقارير السنوية عن وضعية حقوق الإنسان في الجزائر؛ كما قام المرصد بدور كبير وهام في شد انتباه رئاسة الجمهورية إلى بعض القضايا المستعجلة من خلال إرسال مذكرات حول حالات الفقدان؛ والاعتقالات التعسفية والأحكام بالإعدام؛ والتعسف في استعمال السلطة؛ بحيث شكلت هذه التقارير والمذكرات والبيانات التي كانت ترسل إلى مختلف وسائل الإعلام مصدرا لواقع حقوق الإنسان بين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود.[1]

3- اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها

تعتبر هذه اللجنة بمثابة الخليفة الشرعي للمرصد الوطني بعد حله ؛ نتيجة تلك للانتقادات الموجهة إليه؛ خاصة عجزه في التواصل والتعاون مع المنظمات الحكومية وغير الحكومية؛ حيث تم إحداث في مكانه هذه اللجنة الاستشارية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 71/01 المؤرخ في 2001/02/25 المتضمن إحداث هذه اللجنة إذ تعدّ مؤسسة عمومية وسيطية.[2]وتتكون هذه اللجنة من خمس مندوبيات جهوية وظيفتها تقريب الإدارة من المواطن للتكفل بكل انشغالاته ومشاكله في مجال حقوقه وحرياته.

أ-طبيعة تشكيلة اللجنة الاستشارية:

راعى المشرع في هيكلتها البشرية تحقيق التمثيل الوطني من الناحية الاجتماعية من مؤسسات عمومية وممثلي المجتمع؛ أي بجعل أعضائها من مؤسسات عمومية وجمعيات ذات صلة بحقوق الإنسان؛ ويتراوح عدد أعضاء هذه اللجنة مابين 41 عضو كحد أدنى و45 عضو كحد أقصى تتكون من المواطنين ذوي الكفاءات الأكيدة؛ وذوي الخلق الرفيع والمعروفين بالاهتمام والانشغال الذي يولونه للدفاع عن حقوق الإنسان؛ وهو معايير فضفاض يفتح الباب على مصراعيه للسلطة التنفيذية في اختيار من يخدم أهدافها وأبعادها على حساب الهدف من تأسيس اللجنة التي تقوم بحماية الحقوق والحريات وترقيها.

ويلاحظ بأن المشرع قد منح سلطة تقديرية للجنة بإقرارها على تعيين مراسلين لها؛ والاستعانة بأي شخص أو خبير لأداء أشغال خاصة؛ كما لها أيضا حق الاستفادة من كفاءات بعض المؤسسات وذلك بالتنسيق والتعاون في عملها مع المصالح التابعة لوزارة العدل "إدارة السجون" السلطات المركزية المكلفة بالشرطة والبرلمان، والسلطة الإدارية إلى جانب كفالة أعضائها للحصول على إعانات مالية.[3]

ب- مهام اللجنة: لها جملة من المهام يمكن تصنيفها إلى ما يأتي[4]:

---

[1]- ينظر على سبيل المثال؛ التقرير السنوي 1995/1994 ؛ص20 ؛ وينظر التقرير السنوي لسنة 1997؛ حول التجاوزات والتعسف في تطبيق الإجراءات الأمنية؛ ص35؛ وواقع حرية الإعلام بين الضغوط والمسؤوليات؛ ص68.

[2]- أ/ شطاب كمال ؛ حقوق الإنسان؛ ص132

[3]- ينظر إلى ما قررته المادتين 10، 11 من المرسوم الرئاسي 71/01 المتضمن تأسيس اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان .

[4]- ينظر تعليق على مهام هذه اللجنة عند أ/ قاشي علال؛ الآليات القانونية الداخلية لكفالة الحقوق والحريات الأساسية للإنسان والمواطن؛ ص 62 وما بعدها.

ج- مهام موجهة للمجتمع المدني: و تظهر ملامح ذلك من خلال قيامها بالتوعية والإعلام والاتصال من أجل ترقية حقوق الإنسان وترقية البحث والتعليم و التكوين وأيضا تظهر في دراسة التشريع الوطني بخصوص حقوق الإنسان و إبداء الرأي فيه عند الضرورة.

و لم يحدد المرسوم الرئاسي طبيعة هذه الآراء التي تبديها اللجنة حول القوانين التي لها علاقة بحقوق الإنسان وحرياته؛ كما أنه لم يحدد وقت الاستشارة هل يأتي قبل المصادقة أم بعدها.

د- مهام موجهة للمؤسسات الإدارية: طبقا المادة 5 من المرسوم الرئاسي تعد اللجنة جهاز استشاري للرقابة المسبقة؛ و ذلك عن طريق جمع الوضعيات المتعلقة بالحقوق والحريات التي تطلع عليها دون أن تمتد مهام اللجنة إلى السلطة الإدارية والقضائية.

وبذلك فإن مجال الرقابة الذي تمارسه اللجنة لا يتعلق إلا بالملائمة دون أن يشمل رقابة المشروعية مما يجعل الإدارة تتمادى في التعسف و انتهاك الحقوق و الحريات عند تعسف الإدارة في تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها.

ه- **المهام والأعمال التي توجه نحو الخارج:** وذلك من خلال تطوير التعاون في مجال حقوق الإنسان مع أجهزة الأمم المتحدة والمؤسسات الجهوية وكذا المنظمات غير الحكومية الوطنية والدولية، والمشاركة في إعداد تقارير ترفع من الدولة إلى أجهزة الأمم المتحدة تطبيقا لإلتزامتها المتفق عليها؛ وليس بإمكان هذه اللجنة إرسال هذه التقارير مباشرة إلى هذه الأجهزة.

فاللجنة وهي تمارس مهامها القانونية تعد تقريرا سنويا يرفع إلى رئيس الجمهورية يتعلق بوضعية حقوق الإنسان مع نشره بعد شهرين من تاريخ.

ثالثا- مدى فعالية الرأي العام في حماية الحريات العامة:

يلعب الرأي العام دورا هاما وكبيرا في العصر الحالي خاصة مع تنامي فكرة الديمقراطية وحماية الحريات العامة للأفراد والواقع العملي يثبت كيف ساهم الرأي العام في تغيير العديد من الأنظمة في العصر الحديث مثل ما حدث بالنسبة لإيران في ثورة الشاه وما حدث في اندونيسيا وأخيرا ما حدث في جورجيا عندما أدى إلى خلع الرئيس الجورجي" **شيفرنادزي**" من الحكم من خلال الثورة البيضاء.

وعليه يجب على سلطات الضبط الإداري التعامل مع الحريات العامة للأفراد بحذر شديد حتى لا تؤدي تصرفاتها الصارمة إلى تأليب الرأي العام ضدها؛ وبالتالي الوصول إلى درجات خطيرة من التدهور؛ فقد يكون من أسباب الإخلال بالنظام العام سلطة الضبط نفسها عندما تميل بامتيازاتها الضبطية عن حدود المشروعية القانونية إلى المشروعية السياسية أو التاريخية.

وما يمكن قوله أن الرأي العام يعد من أحدث الوسائل والأساليب الرقابية على سلطات الضبط الإداري بهدف المحافظة على الحريات العامة وعلى النظام العام.

وترتيبا على ذلك فان أفضل ضمانة يجب التعويل عليها في تكريس الحريات يتمثل في ضرورة تفعيل منظمات المجتمع المدني بما يحقق التعددية السياسية والثقافية والاجتماعية كمدارس للتربية الديمقراطية بهدف الوصول إلى حكومة الحرية.

فدولة القانون مسألة نضال لا تتحقق بمجرد بناء مؤسسات ديمقراطية بل لا بد من توفير المناخ المناسب للممارسة الديمقراطية مثل توفير الوعي السياسي؛ واعتماد الصحافة الحرة والرعاية الاجتماعية للفئات المحرومة والمحدودة الدخل. والشعور بالاقتدار السياسي لدى جميع أفراد الشعب السياسي.

ذلك أن أحدث النظريات وأعدل المبادئ مهما أحسنت صياغتها، وروعي الإحتياط والتبصر في وضعها، **تبقى عاجزة بمفردها** عن أن تحقق سيادة العدل وحكم القانون وحماية الحقوق والحريات الفردية، فهي هياكل جامدة، إذا لم تبث فيها الروح الجماعية التي وضعت هذه المبادئ لتحكمها وتنظم شؤونها[1].

وقد لمس العلامة **ليون دوجي** الذي أفنى عمره في غمار القانون العام، هذه الحقيقة إذ يقول " لم يوجد بعد ذلك المبدأ الذي يستطيع بمفرده أن ينشر العدل والوفاق، وأن يحقق السلام والسعادة للبشرية، وأن أعدل القواعد التي لا يمكن أن **تعفي الأفراد** من بذل الجهود اللازمة لاستمرارها وبث الحياة فيها، وجعلها تؤتي الثمرات المرجوة منها؛ وليس من الغريب أن تتعسف الإدارة أحيانا وهي تستعمل سلطاتها المتروكة لتقديرها، وليس بعجب أن تنحرف باختصاصاتها عن الأهداف التي حددها القانون لها، **ولكن الغريب والعجيب أن يتقبل الأفراد تعسف الإدارة وتعنتها بخضوع وخنوع !!** ومن المؤكد أن تهاون الأفراد في محاسبة الإدارة عن تعسفها وتعنتها فوق ما فيه من ضياع لحقوقهم وإهدار لحرياتهم؛ يسمح الإدارة في التمادي في غيها والاستمرار في اعوجاجها؛ كما انه يبث روح التخاذل بين أفراد المحكومين أنفسهم، فمجلس الدولة الفرنسي لم يصل إلى ما وصل إليه من نجاح إلا لما رأى حرص الفرنسيين على حقوقهم وحرياتهم وكما يقال **ليس هناك حكاما مستبدين ولكن أذلاء مستكنين**" [2].

والرأي العام من أهم الوسائل والضمانات الشعبية لحماية الحقوق والحريات العامة فهو سيد المشرعين كما يقال[3]. فالنصوص الدستورية التي تتناول حماية المشروعية لا تكفي ولا تغني من جوع، ما لم يحميها رأي عام قوي وناضج، وعلى سبيل المثال يقف الرأي العام في الولايات المتحدة الأمريكية فوق هامات رؤساء الجمهورية وحكام الولايات؛ شامخا متعاليا **بإعتباره المصدر الأعظم للسلطة**، على نحو ما أكده أحد قادة الثورة الفرنسية Mérabvée بقوله" إن الرأي العام هو **سيد المشرعين** والمبدأ الذي لا يدانيه في السلطة مبدأ آخر"[4]

---

[1] – د/سليمان الطماوي؛ نظرية التعسف في أعمال السلطة؛ ص20.

[2] – د/سليمان الطماوي؛ المرجع السابق؛ ص21.

[3] ــ د/يحي الجمل؛ الأنظمة السياسية المعاصرة؛ ص123.

[4] – د/صالح حسن سميع؛ أزمة الحرية السياسية؛ ص585.

تعد رقابة الرأي العام المتمثلة في مختلف منظمات المجتمع المدني ومختلف الأحزاب السياسية ووسائل الصحافة ضمانة كبرى للحقوق والحريات، فهي تعكس مباشرة إرادة الشعب، فالأحزاب السياسية أمر لا غنى عنه لتحقيق النظام الديمقراطي لأن هذا الأخير لا يستقيم بغير حرية التفكير، وحرية الرأي، وحرية المعارضة، ولا ريب أن التعددية الحزبية من شأنها أن تساعد كثيرا على توفير هذه الحريات إذ أن الأفراد المبعثرين لا يستطيعون مقاومة الانحراف والتعسف في استعمال السلطة في حين تستطيع على ذلك التكتلات الحزبية السياسية وهو ما يمثل في الواقع دورا هاما في الرقابة على أعمال الإدارة من حيث مشروعيتها وملائمتها.

غير انه بالرغم ما للرأي العام من قوة وتأثير شديد على الحكومة لحملها على الالتزام المشروعية إلا أن هذه القوة وذلك التأثير لا يتوافر ولا يتحقق إلا في الدول التي توافر فيها للرأي العام أسباب الوعي والنضج والاكتمال؛ فهو أي الرأي العام أعز الضمانات تحقيقا لأنه مرهون بما تحظى به الشعوب من فرص وافية للارتقاء بأفرادها وبتجارب عديدة من الكفاح الدستوري، ومرهون بتمتع الأفراد بحرياتهم الأساسية من حرية شخصية وحرية الرأي وحرية الاجتماعات وحرية الصحافة ووسائل الإعلام.

ولذلك يذهب اغلب الباحثين المعاصرين إلى إباحة التعددية الحزبية في إطار الأصول الشرعية إستنادا إلى أن هذا الأمر من مسائل السياسة الشرعية التي تعتمد الموازنة بين المصالح والمفاسد، ولا يشترط لمشروعيتها أن تكون على مثال سابق، وأن الأصل في العادات الحل حتى يأتي ما يدل على التحريم؛ وقاعدة الذرائع وقاعدة ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، تكون التعددية أمثل وأسلم طريق إلى تحقيق الشورى والرقابة على سلطة حفظ النظام؛ وصيانة الحقوق والحريات العامة، كما أنها الطريق إلى الاستقرار السياسي ومنع حركات التمرد والخروج المسلح.

وخلاصة هذا الباب بفصليه ومباحثه أن لسلطات حفظ النظام العام أثر هام ومباشر على ممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم لا فرق بين ظروف عادية أو ظروف استثنائية؛ كل ما في الأمر أن مساحة ممارسة الحرية في ظل هذه الأخيرة تقيد وتنتقص تغليبا لمقتضيات النظام العام على حماية الحريات؛ بخلاف الظروف العادية حيث تملك السلطة النظامية بموجب اختصاصاتها الدستورية والقرآنية حفظ النظام العمومي؛ وتوفير الأمان والاستقرار ومن ثم يكون من حق السلطة تنظيم ممارسة الحرية بما لا يؤدي إلى التهارج والتفاسد؛ ولو بوضع حدود للحق في الحرية غرضها ضمان ممارسة الجميع لحرياتهم في إطار من سيادة للنظام.

بيد أنه من خلال استقراء نماذج مختلفة في القانون الجزائري لوحظ أن القيود التي ترد على ممارسة الحريات العامة خاصة منها الحريات السياسية؛ والتي يدعى بأنها مفروضة لوقاية النظام العام أو أمن الجماعة أو حفظ نظام الأمة؛ القليل منها فقط هو الذي ينصرف إلى تحقيق هذا الغرض؛ بحيث ظهر في كثير من النماذج أن تدخل جهة سلطة الضبط كان تعسفيا في الغالب؛ وأحيانا كان لاعتبارات سياسية واجتماعية منقطعة الصلة بالنظام العام تهدف إلى الحيلولة دون تحقيق الثمرة المرجوة من ممارسة الحرية بإرهاب العقول؛ وتكميم الأفواه للجهر بالرأي؛ وبالتالي التمكين لسيطرة الحكام؛ وحجتهم في ذلك تفادي خطر الإخلال بالنظام العام. وهو ما يعتبر شذوذا في

النظام الديمقراطي الذي يعتبر الحرية **أصلا** فيه؛ وأما النظام فمجرد وسيلة لحمايتها وتوفير ضمانات ممارستها؛ وكما يقال أن فرض النظام هدفه تذليل الصعاب التي تعترض ممارسة الحرية؛ وليس لإذلال الرقاب.

و الواقع أن هذا العيب لم يسلم منه حتى المشرع الديمقراطي والقاضي الاداري؛ حتى صار من المألوف في الديمقراطيات المعاصرة – فما بالك بالفتية منها– أن تسخو على السلطة التشريعية الناطقة والمعبرة عن الإرادة العامة؛ وعلى القضاء على جلالة قدره ودوره في حماية الحرية؛ **بسلطات تقديرية واسعة؛ وتدابير وقائية متنوعة** في مجال إقرار تقييد ممارسة الحرية؛ وهو ما استغلته سلطة حفظ النظام في منع ممارسة بعض الحريات و تقييد ممارسة البعض الأخر؛ حتى صارت في الغالب معطلة أو شبه مشلولة؛ بحجة توقي اختلال محتمل بالأمن أو النظام.

وأمام هذا التدخل الخطير على الحريات كان على القضاء الدستوري و الاداري المتخصص التصدي بالمرصاد لفرض رقابته على تلك السلطة التقديرية الواسعة إعمالا لقاعدة تخصيص الأهداف؛ من خلال رقابة التناسب الدستورية ورقابة الملائمة القضائية. والدور الذي يجب تفعيله لدى مجلس الدولة الجزائري؛ لان المسالة في الأخير مسألة نضال وكفاح للوصول إلى دولة القانون والحق.

وبالنسبة تلك القيود التي تحد من ممارسة الحقوق والحريات في النظام الإسلامي فان منها ما هو من القيود الشرعية الثابتة بنصوص قطعية الدلالة والثبوت؛ كحرمة الزنا كقيد على الحرية الجنسية؛ ومنها ما هو من القيود التنظيمية التي يقررها أهل الاجتهاد في مجالس الشورى في مجال تقنين ممارسة بعض الحريات كقانون منع الزواج بالأجنبيات بالنسبة لموظفي الدولة؛ وكتوقيف العمل ببعض الحدود زمن حالة الضرورة؛ ومنها ما هو من القيود التقييدية الضبطية كتسليط بعض العقوبات الإدارية كالاعتقال والنفي وكاشتراط الترخيص المسبق قبل ممارس الحرية أو النشاط الفردي. ورغم ما قد يترتب على هذه القيود من مضار تصيب الأفراد؛ فإنها مغتفرة ومتحملة في سبيل تحقيق الصالح العام؛ مع ضرورة تقرير مسؤولية الدولة عن أخطاء موظفيها ومخاطر إعمالها في مجال حفظ نظام الأمة ؛ حيث وجد في النظام الإسلامي جهات قضائية وتنفيذية كانت تسهر على إنصاف المظلومين من جور ذوي السلطة والنفوذ. وهو ما عرف **بناظر المظالم**؛ الذي يعتبر نوعا من القضاء الاداري الذي يفصل في منازعات بين طرفين غير متكافئين؛ وقريب منه أيضا ما يعرف بنظام **وسيط الجمهورية** كهيئة إدارية مركزية استشارية لدى رئاسة الجمهورية؛ غرضها تقريب الإدارة من مشاكل المواطن؛ ورفع مظالم العباد إلى ولي الأمر.

وواضح من خلال هذه المقارنة بين أثر حفظ نظام الأمة على ممارسة الحرية في النظامين الوضعي والإسلامي أن هناك اتفاقا بينهما في مجال مشروعية تناول بعض الحريات الفردية والجماعية بالتقييد والتحديد؛ وفي ضرورة تقييد الحرية للصالح العام؛ مع اختلاف بينهما في مفهوم هذا الصالح؛ وفي السلطة التي لها صلاحية تحديد مضمون هذا الصالح المشترك؛ وأيضا اختلاف في مصدر هذا المضمون؛ ففي النظام الديمقراطي يملك الشعب أو نوابه في ظل الديمقراطية النيابة حق تحديد معالم هذا الصالح العام؛ ومن ثم تحديد مضمون فكرة النظام العام في زمن مخصوص ومكان مخصوص؛ بخلاف النظام الإسلامي الذي ينطلق في تحديد مضمون فكرة النظام العام المقيدة للحرية من قاعدة مصدرية السماء في التشريع والتنظيم لأهل الأرض.

كما يلاحظ الباحث أن الإشكالية ليست في تلك القيود أو الحدود التي يجب على الأفراد الالتزام بها أثناء ممارستهم للحرية؛ بقدر ما هي في شخصية الأفراد القائمين على فرضها؛ ومراقبة الناس على احترامها؛ ولذلك كان من شرط الوظيفة العامة في الفقه الإسلامي زيادة على القوة و العلم الأمانة والاستقامة في الدين بحيث يكون الشخص المسئول على فرض النظام العام؛ مستشعرا لمعية الله ومستحضرا لرقابته؛ كأنه يراه ؛فان لم يكن يراه فان الله يراه؛ وبذلك تحصل الرقابة الذاتية بحسب درجة الإيمان وقوة الوازع الديني؛ الحامل على الامتثال الطوعي؛ ولن يغفي ذلك لوحده في حماية الحرية من تعسف أشخاص السلطة النظامية؛ بل لا بد من تقوية أفراد المجتمع بتقوية إيمانهم الدافع إلى حسن تحملهم لمسؤولية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر؛ ومن ثم العمل على تغييره كل في حدود وظيفته؛ وحسب مقدرته؛ بالتضامن فيما بينهم لتنفيذ ما أمر به الله وترك ما نهى عنه؛ خاصة في ظل هذا الزمان الذي صار فيه كما أخبر الصادق الأمين "**الحليم حيران**" من كثرة الفتن وتنوعها؛ صار معها **المنكر يرانا** صباحا ومساء؛ يدعونا لتغييره؛ ولا مجيب؛ ولا حول ولا قوة إلا بالله.

وفي الأخير ليس هناك حل- في اعتقاد الباحث – سوى العمل على إيجاد تلك الوسائل التي تؤدي في نهاية المطاف إلى ازدهار الحريات فان لها الأولوية في التطبيق على تطبيق الحدود بأن تضطلع المؤسسات التربوية والتعليمية وقادة الفكر والرأي بمهمة تربية الأمة على الشورى؛ والتربية الديمقراطية كأداة لإدارة الحكم وتداوله بصورة سلمية، لأن الله رهن تغيير الأوضاع والأحوال بتغيير ما بالأنفس وإذا كانت القاعدة عند الماركسين "**غير الإقتصاد بتغير التاريخ**" فإن القاعدة القرآنية " **غير ما بنفسك يتغير التاريخ**" .

وهذا ما إعتنى به المصلحون والمجددون في كل عصر فقد كان شعار جمعية العلماء المسلمين الجزائريين:"**إِنَّ اللّهَ لاَ يُغَيِّرُ مَا بِقَوْمٍ حَتَّى يُغَيِّرُواْ مَا بِأَنْفُسِهِمْ وَإِذَا أَرَادَ اللّهُ بِقَوْمٍ سُوءًا فَلاَ مَرَدَّ لَهُ وَمَا لَهُم مِّن دُونِهِ مِن وَالٍ**"[1] وأن الشعب إذا ما أراد يوما **الحرية** فلابد **للقدر** أن يستجيب.

فصلاح المحكومين أو فسادهم يفضي إلى صلاح الحاكمين أو فسادهم؛ والأمم الحية لا تفرز إلا نظاما صالحا، أما الأمم التي تذهب ريحها تكون مرتعا خصبا لفرز المستبدين، وفي الأثر"**عمالكم أعمالكم؛ كما تكونوا يولي عليكم**"؛ وهكذا فإن الحل الإسلامي لمشكلة الصراع بين السلطة والحرية يتجه إلى تقوية المجتمع من خلال تقوية أفراده ومؤسساته وجمعياته عقيدة وسلوكا وفكرا ووعيا.

[1] – سورة الرعد؛ آية 11.

- **الخاتمة**
- **فهرس الآيات والأحاديث**
- **فهارس القضايا والقرارات القضائية**
- **فهرس المصادر والمراجع والقوانين.**
- **فهرس الموضوعات**

الخاتمة:

أبرزت هذه الدراسة بالتحليل والمناقشة؛ وبالمقارنة أحيانا وبالمقاربة في أحيان أخرى؛ تسليط البحث على أحد أهم مظاهر **أزمة الحرية** في الديمقراطيات المعاصرة؛ يتعلق الأمر بتزايد تدخل الدولة في مجال **فرض النظام** في مختلف ميادين النشاط الفردي.

فموضوع هذه الدراسة متعلق بتحديد مدى صحة الادعاء بأن قيود ممارسة الحريات العامـــة في الغالـــب تستهدف وقاية النظام العام؛ من خلال دراسة أثر حفظ هذا النظام على ممارسة الأفراد لحرياتهم، ومن ثم كان لزاما التعرض في البداية لتحديد العلاقة بين حق الأفراد في ممارسة حقوقهم وحرياتهم العامة وبين حق السلطة في مراعاة مقتضيات النظام العام.

وقد بينت الدراسة أن أهم هذه المظاهر شأنا وأكثرها أثرا على الحرية **تقييد ممارسة الحريات تحت ذريعة وقاية النظام العام**؛ حيث ظهر جليا أن المشكلة المحورية التي تعاني منها الحرية في مختلف النظم القانونية؛ هـــي مشكلة التدخل الحكومي المتزايد لوقاية النظام العام أو إعادة استتبابه؛ الأمر الذي يجعل من الحرية مجرد وظيفة لخدمة النظام؛ وليس قيدا على النظام.

وفي محاولة للغوص بحثا عن جذور هذه المشكلة أو الأزمة كان من الضروري توضيح علاقة الحرية بالسلطة ومن ثم بيان مظاهر انعكاساتها على علاقة حفظ النظام العام كمقصد للسلطة بالحريات العامة كمقصد للفرد يجب أن يتمتع بها دون قيود تعسفية؛ ومن ثم كان منهج البحث الابتداء **أولا** بالتساؤل عـــن **قيمـــة** الحريـــة ومكانتها في النظام القانوني للدولة؛ ثم التساؤل **ثانيا** عن قيمة **سيادة النظام العام** المبرر لسلطة التدخل بالتقييد للنشاط الفردي؛ ليتم في الأخير التساؤل للمرة **الثالثة** عن أبعاد كل واحد منهما من حيث تحديـــد هـــدفهما وأيهما يحضى **بأولوية المراعاة والتقديم**.

فإذا كانا يهدفان لغايات مختلفة ومتنافرة فان الصدام يكون بينهما محتوما ومستحيل حله على التأبيد. وإذا كان مقصدهما واحدا فان التعارض بينهما يغدو تعارضا ظاهريا فقط؛ ويضحى معه تحقيق التعايش بينهما أمرا ممكنا وغير مستحيل؛ لا يستوجب معه سوى **تأسيس** مؤسسات دستورية مستقلة ومحايدة قائمة بذاتها، تعالج بحياد ونزاهة الحد الفاصل بين **التنظيم المباح** للحرية بما يحقق الصالح العام ولا يضر بمثل الجماعة العليا؛ وبـــين **التقييد التعسفي** للحرية الذي يستهدف حماية السلطة في ذاتها إلى حد بلوغ درجة الديكتاتورية؛ ولن يتحقق هذا الحياد- في اعتقاد الباحث- إلا إذا تم تفعيل الرقابة القضائية من خلال رقابة المشروعية الداخليـــة علـــى التدابير الضبطية والنظامية؛ عن طريق تفعيل رقابة القاضي الاداري على ركن **السبب** "قضاء الملاءمة" وركن **الغاية** "الانحراف في استعمال السلطة".

والذي يظهر للباحث من خلال مباحث الباب الأول؛ أن هناك تأثيرا متبادلا بين النظام العام والحرية العامة ؛ بحيث لا يمكن معه التضحية بأحدهما؛ على حساب الأخرى كون أن كلا منهما شرط كـــامن في وجـــود الآخر؛ وأمام ذلك يكون تحقيق الموازنة بينهما أمرا ممكنا وليس مستحيلا؛ من خلال **ضـــرورة التعويـــل** في

تحقيق ذلك على **القضاء الإداري** المتخصص الذي سيقرر ترجيح أحد الكفتين إذا تعذر الجمع بينهما؛ بحيث يكون في نهاية أي نزاع بينهما؛ مغلبا لأحدهما على مصلحة الأخرى؛ حسب ظروف الحال والمكان والزمان؛ وباستخدام ضوابط حفظ النظام العام والحدود المقيدة لأساليبه لصالح الحرية؛ فضلا عن آليات الموازنة بينهما؛ في الظروف العادية والاستثنائية. وانطلاقا من هذا التأثير المتبادل بينهما تم استنتاج وبناء النتائج الآتية:

أهم نتائج الدراسة:

أولا: بان للباحث في مجال تأصيل فكرة النظام العام أنها فكرة لصيقة بالمجتمع، ظهرت بنشأته وتطورت بتطوره؛ واتسع معناها ومداها مع الوقت لتغزو مجالات قانونية واسعة. فهي بذلك فكرة متصلة اتصالا مباشرا بالمجتمع كونها مستمدة من مجموع القواعد المعبرة عن القيم والأسس العليا الكامنة في ضمير الجماعة مما يجعلها مرآة عاكسة لهوية المجتمع ووسيلة هامة لحفظ ثوابته؛ لما تقوم به من ترجمة لتلك القيم والأصول الدينية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية في صورة قواعد قانونية تسمو وتعلو على القواعد العادية بهدف توفير حماية فعالة تضمن عدم اختراقها من كل تهديد أيا كان مصدره؛ ومن هذا المنطلق تسمو قواعد النظام العام الشرعي على القوانين الوضعية بحكم **مصدرية الوحي في التشريع لأهل الأرض**؛ ولهذا صار من المقررات الشرعية **أبدية** قواعد النظام العام الشرعي؛ خلافا للفكر الغربي حيث يرتبط النظام العام بظروف المجتمع المتغيرة والمتكيفة؛ بل وحسب طبيعة نظام الحكم السائد.

ثانيا: إقرار الباحث بصعوبة تحديد ماهية فكرة النظام العام؛ نظرا لمرونتها ونسبيتها النابعة من صلتها الوثيقة بالمجتمع؛ الأمر الذي يجعلها ترجمة للتنظيم القانوني للجماعة؛ ومرد هذا الارتباط بين القانون والتنظيم الاجتماعي- في اعتقاد الباحث- يرجع إلى أن مكونات النظام العام هي بالفعل مكونات الحياة الاجتماعية نفسها، ولما كان القانون هو الذي ينظم سلوك الأفراد في المجتمع، وكان المجتمع بذاته متطورا، كان طبيعيا أن يكون مدلول النظام العام مدلولا مرنا تبعا لتطور فكرة القانون نفسها. ولهذا فان خاصية تطور النظام العام وقابليتها للتكيف مع المجتمع والقانون؛ تضفي عليها صعوبة، يستعصي معها وضع تعريف محدد وجامع أو حتى مستقر وثابت.

ولهذا السبب لم يأت الفقه ولا القضاء ولا المشرع بتعريف يروي غليلا ويشفي عليلا؛ لماهية هذه الفكرة؛ وإنما اكتفوا بتوصيف مضمونه؛ على أنه مجموعة القواعد القانونية السامية؛ والتي تنتظم أسس الجماعة الجوهرية ومصالح المجتمع العليا؛ وتحديد لوظيفتها ومقاصدها في كونها أداة للدولة لحفظ قيمها الإيديولوجية والفلسفية؛ ومن ثم أداتها الارتكازية لتقييد ومنع الإرادة والحرية من مخالفة فلسفة الدولة ونظامها السياسي والاقتصادي والاجتماعي والخلقي، وهو المعنى المقابل **لأحكام الواجب والحرام** في الشريعة الإسلامية.

ثالثا: في تقييم الباحث لمحاولات الفقه في تحديد مضمون فكرة النظام العام يلاحظ أن هناك بعض المحاولات الفقهية الجادة التي يجب الإشادة بها والتي ساهمت في تشكيل جوهرها؛ وبيان أدوارها، وتجلية مظاهرها وعناصرها، لعل من أحسنها اعتباره " **حالة واقعية مناهضة للفوضى**"؛ تستخدم لوصف وضع سلمي هادئ في سير الأوضاع العامة؛ ومن ثم يكون واجب سلطة الضبط التدخل من أجل تدارك أي إخلال محدق

بالنظام العام أو بوقفه إن كان قد وقع؛ مما يعني قصر مفهومه على النظام العام المادي الملموس فقط" أي حفظ الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة"؛ وحفظ الآداب العامة المطابقة لفلسفة النظام الاجتماعي، إذا اتخذ الإخلال بها مظهرا خارجيا خطيرا من شأنه تهديد النظام العام المادي بصورة مباشرة.

مما يمكن القول معه أن هناك ارتباطا وثيقا بين القانون والنظام العام يدفع المشرع إلى تحديد الملامح الرئيسية لمضمون النظام العام من خلال الإشارة إلى بعض صور المحافظة عليه والمحققة لوجوده، وهو الارتبـــاط الـــذي أصلت له الشريعة لما جعلت قواعد النظام العام من الثوابت كونها مستمدة من ربانية الشريعة وعصمتها.

وخلافا لذلك يرى أغلبية الفقه الوضعي أنها فكرة غامضة غير محددة المعالم بسبب مرونتها ونسبيتها إلى حد وصفها بأنها فكرة **متغيرة وعائمة ومطاطية**؛ وأيا كان مفهومها فانه مما **يحمد للفقه الإداري** المعاصر أنه استطاع إخراج هذه الفكرة من مفهومها السياسي إذ أصبحت ذات طبيعة قانونية محايدة؛ وان لم نعترف لهـــا بمفهوم قانوني موحد؛ مما يجعل سلطة الضبط الإداري بدورها سلطة قانونية وليست سياسية كما كان عليـــه الحال أيام الأباطرة والقياصرة والملوك بحيث تصبح فكرة النظام العام من المفاهيم القانونية المحددة والواضـــحة بالوجود المادي والملموس لعناصر الأمن والصحة والسكينة والآداب العامة؛ بحيث لا يمكن مخالفتها وإلا ســـاد الاضطراب وحلت الفوضى واختل نظام الحياة كما هو مقرر عند علماء مقاصد الشريعة في معرض حديثهم عن المصالح الضرورية الخمس؛ فهو **مجموعة القواعد اللازمة لحماية السلم الاجتماعي**، والواجب توافرهـــا لكي يستطيع كل إنسان ممارسة جميع حقوقه الأساسية في إطار حقوقه المشروعة.

رابعا: رغم اختلاف الفقه في تحديد ماهيتها إلا أنه يجب الاعتراف بأن جميع الفقهاء **مقرون** بأهمية هـــذه الفكرة وبدورها المحوري والجوهري في أي مجتمع؛ فباعتبارها صمام الأمان الذي يحفظ كيان الدولة؛ مما قـــد يتهدد أسسها وقيمها ومصالحها الضرورية، تظهر فكرة النظام العام كفكرة مؤطرة لتدخل السلطة العامـــة في النشاط الفردي بقصد التنظيم وتحقيق التوازن بين السلطة والحرية؛ كما تعد أيضا مصدرا لكثير مـــن القيـــود الواردة على الحريات في التنظير الديمقراطي؛ مما يجعلها بحق فكرة وثيقة الصلة بفكرة الحرية.

ومع هذه الوظيفة السامية في حفظ قيم المجتمع ودفع حركة أفراده نحو تحقيق أهدافه تكون فكرة النظـــام العام من أدق الأفكار القانونية من حيث نطاقها وطبيعتها التي لا يساهم فيها رجل القانون وحده في تحديـــد كنهها وتأطير مضمونها؛ بل يشاركه فيها صائغو ضمير الأمة ومفكروها كل في مجال تخصصه؛ كونهـــا ذات مفهوم قانوني متغير؛ إذ أن المشرع عندما يستعملها ليس للدلالة على مقصد واحد، بل إن معناها يختلف مـــن قانون لآخر، وهي توجد في القانون الخاص كما توجد في القانون العام بل يمكن أن توجد لها تطبيقات حتى في الشريعة الإسلامية الغراء رغم ما أورده بعض الفقه من أن دور فكرة النظام العام الإسلامي في مجـــال تحديـــد الإرادة والحرية أمر مقرر في الشريعة ابتداء وانتهاء؛ فما من حرية إلا وكان أساسها مقيدا مما يجعلها في غنى عن الالتجاء إلى أداة خارجة عن أصول المشروعية الإسلامية.

غير أن هذه الحقيقة ليست على إطلاقها لأن مسألة **سيادة النظام** في المجتمع أمر ضروري لتحقيق العبوديـــة لله. ولهذا تعتبر هذه الفكرة **جوهرا للسياسة الشرعية**؛ ومقصدا للشريعة من وراء ايجاد الدولة؛ ومن هـــذا المنطلـــق لاحظ الباحث أن هذه المسألة من أهم المسائل التي يجب أن يعنى بها **تنظيرا وتطبيقا** في مقررات مقاصد الشريعة؛ نظرا للدور المحوري والهام؛ الوثيق الصلة بالصالح العام للجماعة، ولاستقرار نظام الجماعة ودوامه، إلا أنه رغم هذه الأهمية يلاحظ أن المشرع الجزائري- ورغم كثرة النصوص القانونية التي تتحدث عن حفظ النظام العمـــومي- على غرار غيره من المشرعين لم يحدد مدلولها، وترك ذلك للفقه والقضاء. وذلك لأنه في نظره- فكرة في نظره تأبى أن يكون التعريف والتحديد أحد خصائصها لمرونتها ونسبيتها، وهو ما يستوجب على الباحثين والفقهاء تحديـــد ماهيتها إذ بقدر ما يتم تحديد هذه الفكرة بقدر ما نساهم في حماية الحرية وتقييد السلطة.

خامسا: يعتقد الباحث أنه لا يمكن استجلاء حقيقة فكرة النظام العام بمعزل عن ربطها بفكرة الحرية إذ التلازم بينهما أصلي إلى حد أنه وسيلة لحماية الحرية لا لتعطيلها؛ كونها أصلا وغاية في ذاتها؛ خلافا للنظام العام الذي هو وسيلة واستثناء؛ فالفرد لم يتنازل عن قسط من حريته في إطار ما يسمى بالعقد الاجتماعي إلا لضـــمان نصـــيبه الباقي من هذه الحرية؛ ففكرة النظام العام في منطق الفكر الديمقراطي ليست أصلا من أصوله مثل الحرية بل هـــي مجرد وسيلة وفكرة قانونية كافلة للحرية ولسلطة المجتمع على حد سواء، ولذلك لا يرى الفقـــه الـــديمقراطي أي تعارض بين النظام العام وبين الحرية العامة، لأن المعنى المحدد للنظام العام- في الديمقراطية- هو أنه يعرفها ويحـــدد ملامحها دون أن يحوز عليها؛ فتنظيم الحرية على وجه لا يمسها أو ينتقض من مبناها أساسه أنه لا توجد حريـــات مطلقة؛ وإنما الحريات دائما محددة، ومعلقة في ممارستها على استعمالها الاجتماعي واستخدامها في نطاق النظام.

ولهذا فالحرية مرتبطة دائما بالنظام الاجتماعي المتضامن، والذي يساهم الجميع فيه سلطة وأفرادا في تحقيـــق أغراض المجتمع الاجتماعية، بحيث يعتبر هذا التضامن مبررا لمشروعية تنظيم الحرية بالشكل الذي يصبح معه الإقرار باعتبار مراعاة مصلحة الغير – فردا وجماعة – مصدرا لحدود ممارسة الحرية، وبالتالي يكون من حـــق الســـلطة النظامية في الشريعة والقانون فرض شروط حماية لحق الغير؛ ومن ثم تصبح مسألة تحديد شروط لممارسة الحريـــة أمرا مبررا ومشروعا؛ ولذا يقال الحرية رهينة النظام والنظام تقديره التشريع ووسيلته السلطة.

وهو ما يدعو الباحث إلى اعتبار كل من حفظ **النظام العام**؛ وحماية **الحرية العامة**؛ مقصدين للشـــريعة الـــتي تخص الدولة؛ فضلا عن **مبدأ العدل** السياسي والاقتصادي والاجتماعي.

وتلك حسب ما توفر للباحث من مراجع ومن أقضية مستقرأة- ولو استقراء نسبيا- محاور لمنظومة مقاصـــد الشريعة بالنسبة لوجود الدولة المسلمة." **النظام**"؛ و"**الحرية**"؛ و"**العدل**"؛ وجدير بالإشارة أن يطـــرح الباحـــث تساءلا على الباحثين والمتخصصين في علم المقاصد عن مدى إمكانية اعتبار **استقراء الأقضية** النبوية – باعتبارها سنة غير تشريعية- وأقضية الخلافة الراشدة كطريق من طرق الكشف عن مقاصد الشريعة، فإذا صح هذا **المسلك** فانه يجب أن لا يتـــردد في **جعـــل النظام العـــام مقصدا للشريعة** تلزم الدولة بالتـــدخل لحمايتـــه وإعـــادة

استتبابه؛ ولو بتقييد الحرية من باب تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، على أن يتقرر معه إعمـــال قاعـــدة **الاضطرار لا يسقط حق الغير**؛ كقاعدة لتحقيق مبدأ الموازنة بين المضار والمنافع.

سادسا: بناء على ما تم تقريره أعلاه من كون **نسبية الحرية** في الشريعة والقانون وحاجتـــها إلى التنظـــيم؛ بحيث صارت ملامح الحرية تتحدد في إطار من النظام العام-**الحرية المنظمة**-، فإن النتيجة الأهم في تحديد قيمة النظام قبل إجراء الموازنة بينهما؛ هي أن فكرة النظام العام نفسها يتحدد نطاقها بالحريات العامة، مما يجعـــل مضمونها نسبيا لا يتقيد إلا بحدود النظام القانوني للحرية؛ ولذلك يجب أن لا يفهم النظام العـــام كمنـــاهض للحرية بل ضامنا لممارستها. ولذلك قيل إن الإخلاص للنظام الديمقراطي يضع على عاتق الإدارة التزاما إيجابيا هو حماية الحرية، فالنظام يفترض الحرية وهو لا يتصور إقامته خارجها أو بدونها، لأن الحرص علـــى الحريـــة عنصر من عناصر النظام؛ كما أن الحرية لا يعرف لها قوام في غير دائرته.

ونتيجة لذلك لا يكون تقدير إجراء ضبطي ما مؤسسا على جدواه للنظام فحسب، وإنما يجب أن يكـــون موضع الاعتبار أيضا مدى الأذى الذي يحدثه هذا الإجراء في الحرية، إذ لا يجوز للإدارة أن تغفل أبدا أن النظام لا يتحقق إلا بالحريات، **وانه إذا اتسم في الظاهر بالسلم والهدوء، فإنه في جوهره التعـــبير القـــانوني عـــن التوازن بين الحريات**. غير أن تحقيق هذا التوازن ليس على إطلاقه؛ لكونه مرتبط كثيرا بـــالظروف الزمنيـــة والمكانية؛ ومن ثم تكون **الأولوية للنظام العام** على حساب الحريات العام **في ظل الظروف الاستثنائية**؛ بحيث يمكن تقييد ممارسة الحرية بل مصادرتها إذا اقتضى الأمر؛ وذلك بخلاف الظروف العادية؛ حيـــث **الأولويـــة للحرية** باعتبارها أصلا وغاية في ذاتها؛ يسهر النظام على توفير البيئة المناسبة للتمتع بها.

سابعا: مما يمكن تسجيله بخصوص العلاقة بين النظام العام والحرية كنتيجة لما تقرر أعلاه هو تأكيد **اعتبار غالبية** الفكر الديمقراطي أن فكرة النظام العام هي المصدر للقيود الواردة على الحريات العامة من طرف السلطة الضبطية؛ كشروط واقعية لممارسة الحرية وليست قيود تعسفية أو قمعية أو اقصائية؛ وان كان الباحث يميل إلى مصطلح **حدود الحرية**.

ومن هنا يجب على السلطة في أي دولة أن تحافظ على هذه العلاقة بينهما من حيث كونهما وجهين لعملة واحدة يستحيل الفصل بينهما؛ فالنظام العام **شرط كامن** في الحرية، **متعين الوجود** لأجل ممارستها كونه ليس سوى تنظيما لحركة ونشاط الإرادات الفردية داخل الجماعة دون تعارض بينها، فهي ليست إلا أداة لتنظـــيم الممارسة الحقوقية بما يحقق التوازن في التمتع بكامل الحريات بالمساواة في إطار كليـــات الجماعـــة وأصـــولها الفلسفية.

وهذا ما دعا إلى تقرير أن تحديد نطاق النظام العام- في مفهوم الديمقراطية- يعتمد على معنى الحرية أكثر مما يعتمد على النتيجة التي يسعى إلى تحقيقها، حتى اعتبر "**بيردو**" أنه من الخيانة لنظام ديمقراطي تصوير النظام العام على أنه **مقبرة الحريات**؛ وإن كان الغالب في الواقع أن **الموازنة بين الحرية والنظام مطلب عزيز** إذ يمكـــن أن

تعتصم الإدارة بسلطتها التقديرية؛ أو بأعمال السيادة لتغليب مقتضيات النظام العام على حريـــات الأفـــراد وحقوقهم حيث ينتهي الصراع أمام القضاء الإداري لصالح السلطة.

والواقع أن أساس المشكلة ليس تفسير ظاهرة التنافر بين السلطة والحرية بقدر ما هو هل هناك أصلا جدوى حقيقية من وراء هذا الصدام في أثره على العلاقة بين حق السلطة في التدخل بالتنظيم لمقتضيات الصالح المشترك وحدود ذلك التدخل، وبين الحرية التي لا يمكن إغفال أثرها على الصالح المشترك؛ لدرجة أنه عند المفاضلة بين الحرية والنظام يبدأ بالتمسك بالحرية مادام لم يقم الدليل العملي على أن ممارسة الحرية تنقلب ضـــد الصـــالح المشترك؛ بحيث يغدو كل ما ليس ممنوعا فهو مباح دون حاجة إلى نص بالترخيص في الفعل.

ثامنا: رغم كل ما بذل من جهود مضنية في ضبط فكرة النظام العام تبقى **ظاهرة قانونية قابلة للتسييس؛** إذ قد يتم تسخيرها واتخاذها **ذريعة** لانتهاك **الحريات** والمساس بحق ممارستها؛ من طرف معارضـــي الســـلطة الحاكمة؛ فحماية النظام العام الذي يبدو في ظاهره الأمن العام في الشوارع، قد يكون في حقيقة الأمـــر هـــو الأمن الذي تشعر به سلطات الحكم؛ بل وحتى الأمن في الشوارع نفسه ليس سوى وجه من وجوه الأمـــن السياسي الذي ينشده الحكام؛ ومن ثم فقد يستخدم من طرف السلطة كوسيلة لمنع ممارسة بعـــض الحريـــات السياسية بدعوى أنها تهدد استقرار النظام العام نظرا للاشتباه في خطورة الممارسين لها، مع أن الأمـــر يتعلـــق بخوف أشخاص السلطة من وصول المعارضة إلى الحكم؛ ومن ثم تهديد مصالحها أو عرقلة نشاطها؛ الأمر الذي كان يستلزم من الباحثين التدخل لوضع آليات لحماية الحرية. ويؤكد هذا المعنى إحجام المشرع عـــن تحديـــد مضمون هذه الفكرة؛ إلى حد أن بعض الفقه يذهب إلى أن غموض هذه الفكرة **متعمد؛** وغير مبرر في الغالب.

وعلى هذا تتدخل السلطة العامة لمنع مختلف أوجه العنف المادي أو احتمالات الفوضى من أجل حفـــظ الأوضاع الرتيبة لحياة المجتمع، بالإضافة إلى استعمال فكرة النظام العام لحماية السلطة نفسها كونها ليست مجرد قوة مادية صماء محايدة؛ بل هي تعبير عن فلسفة النظام كله؛ والحامية لقيم النظـــام الأساســـي والأوضـــاع السياسية والاجتماعية؛ ويتأكد هذا الاستنتاج من خلال استقرار تطبيقات كثيرة لممارسة تلك الحريات التي لها صلة بالنظام العام المادي؛ حيث ظهر جليا أن هناك الكثير من القيود التي تفرض على الحرية بحجة وقاية الأمن والنظام العام؛ إلا أنها ليست إلا لحماية أشخاص السلطة؟ بل تبين بشكل واضح أن الصلة تكاد تكون معدومة بين هذه القيود وبين دفع خطر يتهدد النظام العام.كما في قضية **منع "الحجاب"حرية الملبس في مرفق التعليم.**

تاسعا: رغم حتمية **التحول الديمقراطي** الحاصل في النظام القانوني الجزائري في مجال حقوق الإنسان؛ نحو التمتع بكامل حقوقه وحرياته؛ فان المشكلة تبقى دائمة في تفعيل ضمانات ممارستها؛ فضلا عن القيود التشريعية والتنظيمية؛ والتي قد يتعسف في استعمالها؛ الأمر الذي يتطلب وجود **قضاء إداري** يوقف سلطة الضبط عنـــد حدود القانون؛ من خلال رقابتها على أعمال الضبط الاداري؛ خاصة منها تلك التي وقعت خـــلال مرحلـــة تطبيق الظروف الاستثنائية؛ حيث تم تسجيل ضعف الرقابة القضائية؛ في مجال الرقابة علـــى ركـــني الســـبب والغاية؛ بحيث يلاحظ انعدام تام لرقابة الملاءمة؛ مما كان له أثره في إهدار حريات المواطنين؛ لولا تدارك المشرع وإقدامه على تطبيق قانون المصالحة الوطنية الذي قرر بمسؤولية الدولة عن أمن الأشـــخاص والممتلكـــات في

الظروف العادية والاستثنائية؛ إلا انه يبقى ناقصا؛ لعدم شموله لبعض الحالات العالقة كالنساء المغتصبات...على خلاف ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية التي تقر بمسؤولية الدولة عن أعمالها المادية المشروعة على أساس الضرر دون حاجة إلى إثبات الخطأ؛ وهذا هو سر شهرة ناظر المظالم في **الخبرة الإسلامية**.

عاشرا: إن الدراسة المتأنية لمجموعة تطبيقات ووقائع **تقييد الحرية** في الحكومة النبوية والحكومة الراشدة بنماذجها الأربع كشف عن أن لفكرة النظام العام بمضمونها المقاصدي أثرها الجوهري في تبرير معظم القرارات الضبطية التي اتخذتها القيادة النبوية والراشدة؛ بدءا بقرار **النبي** عليه السلام **بهدم مسجد الضرار**؛ مرورا بقرار **منع مجالسة المنافقين** كنوع من الهجر لهم؛ وكقرار الخليفة أبي بكر **بمحاربة المرتدين**؛ وقراري الخليفة عمر **بنفي** نصر بن حجاج إلى البصرة؛ وإجراء **الحجر الصحي** في طاعون عمواس؛ وقرار **المنع من الإقامة** الذي اتخذه الخليفة عثمان ضد الصحابي أبي ذر الغفاري؛ وكقرار المواجهة المسلحة ضد الخوارج المحاربين؛ رغم ما صاحبها من معارضة لبعض هيئات الدولة؛ الأمر الذي يمكن معه التأصيل لفكرة النظام العام الشرعي كمصدر **لحدود** ممارسة الحرية بما يحقق مقصود الشارع؛ لا مقصود السلطة النظامية؛ في إطار ضوابط الشرع ومقاصده الكلية.وتلك نماذج من الأقضية والوقائع التي كانت محل استقراء من طرف الباحث ليتحدد بعدها **مقاصدية النظام العام** في الشريعة الإسلامية كأهم المصالح الضرورية **العامة** التي يجب على الدولة مراعاتها من جانب **الوجود** ومن جانب **العدم**.

توصيات الدراسة:

1- لعل أهم توصية يمكن للباحث أن يدلي بها فيما تخص مجال الدراسات المقارنة؛ هي الغياب الشبه التام للبحوث والدراسات في القانون الاداري الإسلامي؛ بموضوعاته الثلاث: التنظيم الاداري؛ النشاط الاداري؛ القضاء الاداري؛ بحيث يظهر أن هناك **ثروة هائلة من المؤسسات الإدارية؛ والقضايا القضائية** التي كانت الإدارة في ظل الحكم الإسلامي طرفا فيها؛ والتي وقعت في زمن الحكومة النبوية وحكومات الخلافة الراشدة؛ بحيث يمكن التأصيل من خلالها لنظريات كبرى تضاهي نظريات مجلس الدولة الفرنسي كنظرية الظروف الاستثنائية ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار؛ ونظرية مسؤولية الدولة عن أعمالها المشروعة وغير المشروعة بما فيها مسؤوليتها عن أعمال حفظ النظام العام **محل الدراسة**.

2- **توصي** الدراسة بضرورة الاهتمام بالمقارنة والتأصيل الفقهي والشرعي للأفكار القانونية الكبرى بين مثيلاتها في الشريعة الإسلامية حتى يتمكن المشرع من الموازنة والمقاربة؛ مادامت الغاية واحدة منهما من حيث جلب المصالح ودرأ المفاسد؛ وحصول الانتظام العمومي؛ وغياب مظاهر الاختلال والاضطراب؛ فمما لاشك فيه أن تطور الفكر القانوني في مجال التنظير للسلطة والحرية والتنظيم يتجه نحو تحقيق التوازن وسيادة النظام؛ وهي غاية الشريعة ومقصدها العام على مستوى الدولة والأمة؛ وهذا بدوره يدفع إلى التوصية بالاهتمام **بمقاصد الشريعة على مستوى الأمة** من أجل التنظير **لفقه الدولة السياسي والإداري**؛ وذلك من خلال تطوير الاجتهادي المقاصدي النظامي.

3- ضرورة الاستفادة من الخبرة الإسلامية في فن الحكم وسياسة الرعية تحقيقا لمبدأ العدل في مجال رد المظـــالم وإنصاف المتضررين؛ بالاعتماد على فكرة **قضاء المظالم** من حيث عدم حاجته إلى شكوى المتظلم؛ وهيبة سلطانه في تنفيذ الحكم على الظالم ولو كان إدارة مركزية؛ والحلول محلها؛ متى اقتضى ذلك التدخل.وذلك من خـــلال إعادة إحياء مؤسسة **وساطة الجمهورية**؛ كهيئة رقابية تابعة لرئاسة الجمهورية؛ بحيث تكون بمثابة **مجلس أعلى لرد المظالم**؛ فليس كل مظلوم له أدلة تثبت حقه المهضوم؛ الأمر الذي يدفعه إلى اليأس والكبت؛ خاصة في ظل تعقيـــد إجراءات التقاضي في المنازعات الإدارية؛ وأمام هذا الوضع يمكنه الاستنجاد بوساطة الجمهورية بحيث تكون مهمة هذه الهيئة التوسط لدى الإدارة الوصية للتدخل في رد الحقوق وتعويضها للمتضررين من نشاط مرفق عمـــومي؛ خاصة مرفق الضبط الاداري عند صعوبة إثبات الخطأ المرفقي.

4- مما يوصي الباحث به في مجال التنظيم التشريعي للحريات العامة هو ضرورة تفعيل الرقابة علـــى دســـتورية القوانين في الجزائر؛ من خلال توسيع جهات إخطار المجلس الدستوري للتحرك من أجل حماية الحريات في مواجهة التشريعات المنظمة للحريات؛ خاصة تخويل أحزاب المعارضة؛ أو الكتل الانتخابية التي تشكل أقليـــة برلمانيـــة أن تمارس حقها في الرقابة على دستورية القوانين.

5- توصي الدراسة عملا بما هو جاري به العمل في الديمقراطيات المعاصرة أن يعاد النظـــر في تنظـــيم مهـــام وصلاحيات وزارة الداخلية والجماعات المحلية والإصلاح الاداري بتقسيمها إلى قسمين: مهام خاصـــة **بـــوزارة الداخلية** كإدارة مركزية مكلفة بحفظ النظام العمومي؛ ومهام خاصة **بوزارة حقوق الإنســـان**؛ مـــن خـــلال استحداث وزارة منتدبة مكلفة باحترام حريات المواطن وترقيتها.

6- توصي الدراسة بضرورة التمييز بين نوعين من الخطابات الشرعية التكلفية من أجل بناء **فقـــه دســـتوري وإداري إسلامي أحدهما**: الخطابات الموجهة إلى **الأمة باعتبارها مكلفا** كجماعة منظمة؛ يمكن تسميتها **بفقه الدولة**؛ **والثـــاني**: الخطابات التكلفية الموجهة للأفراد؛ والتي يمكن تسميتها **بفقه الأفراد**؛ **وهذا** خلافا للنظرة السائدة غالبا؛ والـــتي تعتـــبر خطابات الشارع الحكيم كلها موجهة للأفراد مما ترتب عنه اعتبار الشريعة؛ **شريعة أفراد والفقه فقه أفراد**.

ومع إشادة الباحث بجهود الشيخ الطاهر ابن عاشور في مجال تفعيل مقاصد الشريعة على مستوى الدولة من خـــلال تقريره أن الكليات الخمس مراعى فيها مصلحة الأمة إلى جانب مصلحة آحاد الناس؛ وأن أحكام الشريعة منوطة بحكم وعلل راجعة للصلاح العام للمجتمع والأفراد معا؛ وذلك **بحفظ نظام الأمة** وحفظ نظام العالم واستدامة صلاحه بصلاح المهيمن عليه. فان هذه الالتفافة لم تحض بمتابعات فقهية؛ بحيث لم تتجه نظرة الفقهاء المعاصرين إلى قضايا فقه الأمـــة إلا نادرا وعلى سبيل المقارنة بالفكر القانوني الغربي؛ دون أن يكون هناك تجلية لخصوصية النظام الإســـلامي في نظرتـــه إلى الدولة؛ وفقه النشاط الاداري؛ ومن ثم تعطل التنظير والتقعيد في مجال البناء التنظيمي الخصوصي للمجتمع الإسلامي؛ وهذا ما يظهر جليا في عدم ملاحظة مقاصد الشريعة في كثير من مجالات الفقه خاصة منه الفقه السياسي أو ما يعرف بأحكام القانون العام في الشريعة الإسلامية.

وفي نهاية هذه الدراسة لا يسع الباحث إلا أن يحمد **الله** عز وجل على ما أنعم به وتفضل؛ ثم الشكر من بعده موفور إلى فضيلة أستاذنـــا الدكتور **لشهب أبو بكـــر** الـــذي تابـــع هـــذا العمل؛ فكان بحق نعـــم المرشـــد

والموجه؛ فنسأل الله العظيم له ولجميع من علمنا أن يبارك لهم في أعمالهم؛ و يجعلها خالصة لوجهه الكـــريم. وأن يجعل جهدنا هذا خالصا له عز وجل. آمين.

أولا: فهرس الآيات برواية حفص

- "وَإِذَا تُتْلَى عَلَيْهِمْ آيَاتُنَا بَيِّنَاتٍ قَالَ الَّذِينَ لاَ يَرْجُونَ لِقَاءنَا ائْتِ بِقُرْآنٍ غَيْرِ هَذَا أَوْ بَدِّلْهُ قُلْ مَا يَكُونُ لِي أَنْ أُبَدِّلَهُ مِن تِلْقَاء نَفْسِي إِنْ أَتَّبِعُ إِلاَّ مَا يُوحَى إِلَيَّ إِنِّي أَخَافُ إِنْ عَصَيْتُ رَبِّي عَذَابَ يَوْمٍ عَظِيمٍ" يونس15.....151
- " مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ" المائدة 06.....36
- يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ" سورة البقرة 135.....36
-" وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ " سورة الإسراء 70 .....37 و566
- "قَالَ يَا هَارُونُ مَا مَنَعَكَ إِذْ رَأَيْتَهُمْ ضَلُّوا أَلَّا تَتَّبِعَنِ أَفَعَصَيْتَ أَمْرِي قَالَ يَا ابْنَ أُمَّ لَا تَأْخُذْ بِلِحْيَتِي وَلَا بِرَأْسِي إِنِّي خَشِيتُ أَن تَقُولَ فَرَّقْتَ بَيْنَ بَنِي إِسْرَائِيلَ وَلَمْ تَرْقُبْ قَوْلِي"؛ طه 90 و91.....59
- "وثيابك فطهر" سورة المدثر4.....107
-"هوَ الَّذِي أَنزَلَ السَّكِينَةَ فِي قُلُوبِ الْمُؤْمِنِينَ لِيَزْدَادُوا إِيمَانًا مَّعَ إِيمَانِهِمْ" الفتح04 109
-"لَقَدْ رَضِيَ اللَّهُ عَنِ الْمُؤْمِنِينَ إِذْ يُبَايِعُونَكَ تَحْتَ الشَّجَرَةِ فَعَلِمَ مَا فِي قُلُوبِهِمْ فَأَنزَلَ السَّكِينَةَ عَلَيْهِمْ وَأَثَابَهُمْ فَتْحًا قَرِيبًا" سورة الفتح 08.....109
- "هوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ اللَّيْلَ لِتَسْكُنُواْ فِيهِ وَالنَّهَارَ مُبْصِرًا إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَسْمَعُونَ" يونس67.....110
- " يَقُولُونَ لَئِن رَّجَعْنَا إِلَى الْمَدِينَةِ لَيُخْرِجَنَّ الْأَعَزُّ مِنْهَا الْأَذَلَّ وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ وَلَكِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَا يَعْلَمُونَ" سورة المنافقون 08.....111و600 و601
-" وَأَنفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ فَالَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَأَنفَقُوا لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ "سورة الحديد 07.....147
- " وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاء إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا" النور 33.....147
-"لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ". سورة البقرة 283.....146
-"وَإِذَا جَاءهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الأَمْنِ أَوِ الْخَوْفِ أَذَاعُواْ بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُوْلِي الأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْلاَ فَضْلُ اللّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لاَتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلاَّ قَلِيلاً " النساء 83.....179
-" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ " سورة الحجرات 06.....283
- "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَتَّخِذُواْ بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لاَ يَأْلُونَكُمْ خَبَالاً وَدُّواْ مَا عَنِتُّمْ قَدْ بَدَتِ الْبَغْضَاء مِنْ أَفْوَاهِهِمْ وَمَا تُخْفِي صُدُورُهُمْ أَكْبَرُ قَدْ بَيَّنَّا لَكُمُ الآيَاتِ إِن كُنتُمْ تَعْقِلُونَ " سورة آل عمران 118.....283
- "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ" سورة الحجرات12.....283
-" اذْهَبَا إِلَى فِرْعَوْنَ إِنَّهُ طَغَى فَقُولَا لَهُ قَوْلًا لَّيِّنًا لَّعَلَّهُ يَتَذَكَّرُ أَوْ يَخْشَى"طه 43.....285
-"أُفٍّ لَّكُمْ وَلِمَا تَعْبُدُونَ مِن دُونِ اللَّهِ أَفَلَا تَعْقِلُونَ " الانبياء67.....286

-" كَلَّا لَئِن لَّمْ يَنتَهِ لَنَسْفَعًا بِالنَّاصِيَةِ نَاصِيَةٍ كَاذِبَةٍ خَاطِئَةٍ " العلق 15 و16..... 286
-"فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ" سورة البقرة 117.....293
- "من كَفَرَ بِاللّهِ مِن بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ وَلَكِن مَّن شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ اللّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ."..... 294
- "يُرِيدُ اللّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ وَخُلِقَ الإِنسَانُ ضَعِيفًا" النساء 28.....333
-" وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدْوَّ اللّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَآخَرِينَ مِن دُونِهِمْ لاَ تَعْلَمُونَهُمُ اللّهُ يَعْلَمُهُمْ وَمَا تُنفِقُواْ مِن شَيْءٍ فِي سَبِيلِ اللّهِ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنتُمْ لاَ تُظْلَمُونَ" الأنفال 60.....343
-" وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِن بَنِي آدَمَ مِن ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَى أَنفُسِهِمْ أَلَسْتَ بِرَبِّكُمْ قَالُواْ بَلَى شَهِدْنَا أَن تَقُولُواْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَذَا غَافِلِينَ"الأعراف 172.....390
-" كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ وَنَبْلُوكُم بِالشَّرِّ وَالْخَيْرِ فِتْنَةً وَإِلَيْنَا تُرْجَعُون" سورةَ الأنبياء 35.....392
-"وَجَعَلْنَا بَعْضَكُمْ لِبَعْضٍ فِتْنَةً أَتَصْبِرُونَ وَكَانَ رَبُّكَ بَصِيرًا" سورة الفرقان 20 392
-" فَاعْلَمْ أَنَّمَا يَتَّبِعُونَ أَهْوَاءهُمْ وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنِ اتَّبَعَ هَوَاهُ بِغَيْرِ هُدًى مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ" سورة القصص آية50.....392
-" يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ" سورة ص آية26.....392
-" وَأَعْتَزِلُكُمْ وَمَا تَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ وَأَدْعُو رَبِّي عَسَى أَلَّا أَكُونَ بِدُعَاء رَبِّي شَقِيًّا "مريم18.....393
-"وإذ اعْتَزَلتموهُمْ وَمَا يَعْبُدُونَ مِن دُونِ اللَّهِ" الكهف 06 393
- " وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَّيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِم بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ " الأنعام 119.....400
-"هُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا وَصَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَالْهَدْيَ مَعْكُوفًا أَن يَبْلُغَ مَحِلَّهُ وَلَوْلَا رِجَالٌ مُّؤْمِنُونَ وَنِسَاء مُّؤْمِنَاتٌ لَّمْ تَعْلَمُوهُمْ أَن تَطَؤُوهُمْ فَتُصِيبَكُم مِّنْهُم مَّعَرَّةٌ بِغَيْرِ عِلْمٍ لِيُدْخِلَ اللَّهُ فِي رَحْمَتِهِ مَن يَشَاء لَوْ تَزَيَّلُوا لَعَذَّبْنَا الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا" سورة الفتح 35.....402
-"خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلاَتَكَ سَكَنٌ لَّهُمْ وَاللّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ " سورة التوبة 103.....406
-" مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَكِن رَّسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا " سورة الأحزاب 40.....408
-" وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ" سورة الحجرات 09.....418 و669

-" وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنتَصِرُونَ وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ وَلَمَنِ انتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُوْلَئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ أُوْلَئِكَ لَهُم عَذَابٌ أَلِيمٌ " سورة الشورى 39.....419

-" إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ" الحجرات 10.....420

-" وَلَوْ أَنَّا كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ أَنِ اقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ أَوِ اخْرُجُواْ مِن دِيَارِكُم مَّا فَعَلُوهُ إِلاَّ قَلِيلٌ مِّنْهُمْ وَلَوْ أَنَّهُمْ فَعَلُواْ مَا يُوعَظُونَ بِهِ لَكَانَ خَيْرًا لَّهُمْ وَأَشَدَّ تَثْبِيتًا" سورة النساء أية66 471

-"وَلاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوَاْ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ " سورة البقرة 195.....477

-"وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا " سورة النساء29.....477

- " فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ " المائدة 05.....482

- "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِي لِلصَّلَاةِ مِن يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ" سورة الجمعة09.....564

-" يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ جَاهِدِ الْكُفَّارَ وَالْمُنَافِقِينَ وَاغْلُظْ عَلَيْهِمْ وَمَأْوَاهُمْ جَهَنَّمُ وَبِئْسَ الْمَصِيرُ" التوبة73.....600

- " وَالَّذِينَ اتَّخَذُواْ مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ وَإِرْصَادًا لِّمَنْ حَارَبَ اللّهَ وَرَسُولَهُ مِن قَبْلُ وَلَيَحْلِفَنَّ إِنْ أَرَدْنَا إِلاَّ الْحُسْنَى وَاللّهُ يَشْهَدُ إِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ؛ لاَ تَقُمْ فِيهِ أَبَدًا لَّمَسْجِدٌ أُسِّسَ عَلَى التَّقْوَى مِنْ أَوَّلِ يَوْمٍ أَحَقُّ أَن تَقُومَ فِيهِ فِيهِ رِجَالٌ يُحِبُّونَ أَن يَتَطَهَّرُواْ وَاللّهُ يُحِبُّ الْمُطَّهِّرِينَ "التوبة 107.....602

-" ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاء الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ" الجاثية 18.....632

- "إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ إِنَّ اللّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا" النساء آية 58.....629

-"إِنَّ اللّهَ لاَ يُغَيِّرُ مَا بِقَوْمٍ حَتَّى يُغَيِّرُواْ مَا بِأَنْفُسِهِمْ وَإِذَا أَرَادَ اللّهُ بِقَوْمٍ سُوءًا فَلاَ مَرَدَّ لَهُ وَمَا لَهُم مِّن دُونِهِ مِن وَالٍ" سورة الرعد آية 11.....685

ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية

-"مثل القائم على حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة." **متفق عليه**.....38
-"كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"**متفق عليه** مع الاختلاف في الروايتين.....38
-"لا ضرر ولا ضرار" أخرجه **الحاكم ومالك وابن ماجة والبيهقي**.....39 و107 و242 و400
-"فقال لي يا أسامة: أقال لا اله إلا الله وقتلته؟ قلت: يا رسول الله إنما قالها متعوذا؛ قال: أفلا شققت عن قلبه حتى تعلم أقالها أم لا ؟ فما زال يكررها.. حتى تمنيت أني أسلمت يومئذ"**متفق عليه**.....79 و666
-" قل لي في الإسلام قولا لا أسأل عنه أحد غيرك؛ فقال عليه السلام:" قل آمنت ثم استقم"أخرجه **مسلم**....79
-"اتقوا الملاعن الثلاث: البراز في الموارد وقارعة الطريق والظل"**أبو داوود وابن ماجة**.....106
-"الطهور شطر الإيمان" أخرجه **مسلم وأحمد والترمذي**.....107
-"فر من الجذام كما تفر من الأسد". أخرجه **البخاري**.....107 و477
-"لا يوردن ممرض على مصح" **متفق عليه**.....107 و477
-"بقية رجز أو عذاب أرسل على طائفة من بني إسرائيل، فإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا منها، وإذا وقع بأرض ولستم بها فلا تهبطوا عليها".**متفق عليه**.....107
-" إذا أقيمت الصلاة ولا تأتوها تسمعون، وأتوها تمشون، وعليكم السكينة، فما أدركتم فصلوا، وما فاتكم فأتموا".....110
-" إياكم والجلوس في الطرقات؛ فقالوا يا رسول الله ما لنا بد من مجالسنا نتحدث فيها.قال:"فأما إذا أبيتم إلا المجلس فأعطوا الطريق حقه؛ قالوا وما حق الطريق يا رسول الله قال: "غض البصر ورد السلام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر" **متفق عليه واللفظ لمسلم**.....110
- "ما أحل الله في كتابه فهو حلال وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته، فإن الله لم يكن لينسى شيء ثم تلا" **وما كان ربك نسيا**"؛ أخرجه **الحاكم والذهبي و البزار و البيهقي** ... .155
-" انك ضعيف وإنها أمانة... إلا من أخذها بحقها وأدى ما عليه فيها".....198
- "أن النبي –صلى الله عليه وسلم– **ندب** كل من **عليا**؛ **والزبير**؛ فخرج علي والزبير في أعقابها حتى أدركاها؛ فقال لها علي" احلف بالله ما كذب رسول الله؛ ولا كذبنا؛ ولتخرجي هذا الكتاب أو لنكشفنك؛ فلما رأت الجد منه؛ استخرجت الكتاب من قرون شعرها من رأسها؛ فأعطته له" **متفق عليه**.....239
- قصة العرنيين قوم عكل وعرينة الذي قدموا المدينة على النبي – ص- وتكلموا بالإسلام؛ ثم حدث منهم بعد ذلك ما حدث من ارتداد عن الإسلام؛ وقتلهم لراعي بيت المال؛ وسرقتهم للذود" **متفق عليه**.....240

-"حديث استعانة الرسول صلى الله عليه وسلم بأحد الخبراء في القيافة والأنساب لإثبات نسب أسامة الذي كان يلقب بأسامة بن محمد؛ من زيد بن حارثة رضي الله عنهما" أخرجه **البخاري**.....242

-" لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمت فلانة؛ فقد ظهر منها الريبة في منطقها؛ وهيئتها ومن يدخل عليها" **ابن ماجة** 243

- "ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم؛ فان وجدتم للمسلم مخرجا فخلوا سبيله؛ فان الإمام- القاضي- أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة" أخرجه **الترمذي**.....243

-"لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى ناس دماء رجال وأموالهم؛ ولكن اليمين على المدعى عليه" متفق عليه واللفظ لهما.....244

- واقعة الغفاريين فقال الغفاريان:" والله يا رسول الله إن كنا لبراء؛ فقال لهما الرسول" استغفرا لي".....245

-" من أحيا أرضا ميتا فهي له؛ وليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين" أبو عبيد في الأموال.....288

- حديث الصبرة الذي رواه أبوهريرة –ض-"من غش فليس منا" أخرجه **الترمذي** وقال حسن صحيح....291

- حديث مقتلة كعب:"من لكعب بن الأشرف فانه أذى الله ورسوله؛ فقام محمد بن مسلمة فقال: يا رسول الله أتحب أن اقتله؟ قال نعم " أخرجه **البخاري**.....292

- " اللهم أبرأ إليك مما صنع خالد" أخرجه **البخاري**.....331؛ و497؛ 660

-" من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد" صحيح **مسلم**..... .....220و336 و632

- " لولا أن قومك حديثو عهد بالجاهلية لنقضت الكعبة ولألصقتها بالأرض ولجعلت لها بابين، بابا يدخل الناس منه وبابا يخرجون منه " حديث صحيح.....342

-" من بدل دينه فاقتلوه" أخرجه **البخاري**.....388 و407

-" من غير دينه فاضربوا عنقه" **مالك** في الموطأ.....388

-" لا يؤمن أحدكم حتى يكون هواه تبعا لما جئت به." أخرجه **مسلم** 392

-" ستكون فتن القاعد فيها خير من القائم؛ والقائم فيها خير من الماشي؛ والماشي فيها خير من الساعي ؛من تشرف لها تشرفته ومن وجد ملجأ فليعذ به" أخرجه **مسلم** 393

-" إياك والفتن... فإذا رأيتموها فاجتمعوا في بيوتكم واكسروا سيوفكم واقطعوا أوتاركم وغطوا وجوهكم"أخرجه **الحاكم** في المستدرك على الصحيحين 393

-" قلت يا رسول الله فما ترى إن أدركني ذلك– أي الفتنة- قال:" تلزم جماعة المسلمين وإمامهم"؛ فقلت: فان لم تكن لهم جماعة؛ ولا إمام قال:" فاعتزل تلك الفرق كلها؛ ولو أن تعض على أصل شجرة حتى يدركك الموت؛ وأنت على ذلك" **البخاري** ص394

-" إذا تواجه المسلمان بسيفيهما؛ فالقاتل والمقتول في النار"؛ فقلت يا رسول الله: هذا القاتل فما بال المقتول؟ قال:" أنه أراد قتل صاحبه" **مسلم** بشرح النووي 394

-" ائتمروا بالمعروف وتناهوا عن المنكر؛ حتى إذا رأيت شحا مطاعا وهوى متبعا؛ ودنيا مؤثرة؛ وإعجاب كل ذي رأي برأيه؛ فعليك بنفسك ودعك من أمر العوام؛ فان من ورائكم أياما الصبر عليها مثل القابض على الجمر" **أخرجه الترمذي وأبو داوود وابن ماجة؛ والبيهقي**.....394

-"اسمعوا وأطيعوا فإنما عليهم ما حملوا؛ وعليكم ما حملتهم" **مسلم** بشرح النووي.....395

-" لولا أن الرسل لا تقتل لضربت أعناقكما" **ابن هشام** في السيرة النبوية.....406

-" والذي نفس محمد بيده ما عمل لأحد عملا قط سرا إلا ألبسه الله رداءه علانية؛ إن خيرا فخير؛ وان شر فشر"؛ ثم تلا قوله تعالى: "وريشا ولباس التقوى" سورة الأعراف؛ أية 36 نقلا عن؛ كتر العمال.....410

- " إن دمائكم و أموالكم وأعراضكم و أبشاركم عليكم حرام."**مسلم** بشرح النووي..... 564

-" اسمع وأطع وان كان عليك عبد حبشي مجذع."اخرجه مسلم.....475

-" إذا سمعتم بهذا الوباء ببلد فلا تقدموا عليه، وإذا وقع و أنتم فيه فلا تخرجوا فرارا منه "البخاري في الفتح..478

-" إن الأشعريين إذا أرموا في الغزو، أو قل طعام عيالهم بالمدينة، جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم في إناء واحد؛ فهم مني وأنا منهم " **مسلم** بشرح النووي 481

-" انه ستكون هنات وهنات؛ فمن أراد أن يفرق أمر الأمة وهي جميع فاضربوه بالسيف كائنا من كان" أخرجه **مسلم**.....581

-" المؤمنون كالجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى" صحيح **مسلم** ..481

-" أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فمن قال: لا إله إلا الله فقد عصم مني ماله و نفسه إلا بحقه وحسابه على الله " فقال أبو بكر:" والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة..." أخرجه **مسلم**.....486

-"و أعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم " أخرجه **مسلم** 488

-" كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه" **مسلم** بشرح النووي.....492

-" لا نورث ما تركناه صدقة " **البخاري** – فتح الباري 596

-"لا تكلمن أحد من هؤلاء الثلاثة" في أعقاب غزوة تبوك. **متفق عليه**.....600

فهارس القضايا المطبق عليها في النظام الإسلامي والقضاء الاداري الوضعي

– **قرار** مجلس الدولة الفرنسي بتأييد العمدة في **حظر عرض** أفلام " **Lutetia**" سنة 1909..ص12و98

– **قرار** الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر **في تعريف النظام العام** بتاريخ 28جانفي 1982 .....ص28

– واقعة **رجوع المنافقين بثلث الجيش** في غزوة أحد وكيفية تعامل الحكومة النبوية معها من خلال **أسلوب الهجر والمقاطعة** 112 و598

– قضية إقدام الخليفة عمر بن الخطاب– ض– على **إبعاد نصر بن حجاج** إلى البصرة خشية الفتنة وطبيعته هل هو نفي اختياري أم إجباري أو اعتقال إداري أو منع من الإقامة.....113 و**466**

– تقييد الخليفة عمر لحرية **المرأة المسلمة المجذومة** التي كانت تطوف بالبيت الحرام خشية العدوى.....154

– قضية **نفي** الخليفة عثمان –ض–" **لأبي ذر الغفاري**" إلى منطقة **الربذة** خشية **تهييج الفتنة** بسبب معارضته لسياسة الحكومة الإدارية والاقتصادية والاجتماعية.....163 و**470**

– قضية **حاطب بن أبي بلتعة** مع المرأة الجاسوسة قبيل الخروج لفتح مكة وظروف التحقيق.....239

– قضية **الفتى** الذي شكا للخليفة علي–ض– **فقد والده** الذي سافر مع نفر؛ فرجعوا دونه.....240

– قضية **اتهام المغيرة بن شعبة والي البصرة بالزنا** في حكومة عمر–**ض**– سنة 17هـ.....241

– **واقعة الكلاعيين** لذين سرق لهم متاع فاتهموا ناسا أمام القاضي النعمان بن بشير **فحبسهم** أياما.....245

– **واقعة الغفاريين** المتهمين بسرقة الإبل والأمر **بحبسهم مؤقتا** رغم ثبوت براءتهم فيما بعد 245

– قضية "**حسين غنوشي**" أحد الرعايا الجزائريين بفرنسا الذي رفضت وزارة الخارجية الفرنسية تحت ذريعة حالة الطوارئ طلبه المتضمن مد **فترة إقامته وزوجته وأبناءه المتمدرسين بفرنسا** بمدينة "نانت"؛ سنة 1995....**273**

– قضية الأمر **بقتل كعب بن الأشرف** في الحكومة النبوية حفظا لدين الأمة و لأمن الدولة **292**

– **قضية**"BENJAMIN" بتاريخ 1933/5/19 ضد عمدة "NEVERS" بخصوص منعه عقد أحد اجتماعات **خشية من وقوع الاضطراب**.....**313و344 و538**

– **قضية الغمضياء سنة 8هـ** قضية **مقتلة** خالد بن الوليد في قبيلة **جذيمة** بعد أن أعلن أهلها الخضوع لسيادة الدولة النبوية؛ وإرسال النبي –ص– **عليا–ض–** باعتباره ناظرا للمظالم لرد هذه المظلمة على أساس مسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها.....**330و657**

– قرار أبي بكر **بالمواجهة المسلحة للمرتدين** تطبيقا **لحفظ النظام** في مواجهة حركة التمرد المسلح.....**398**

– قضية **فتنة مقتل عثمان** –ض– في أعقاب الثورة عليه **405 و484**

– **قضية التمرد العسكري** على حكومة الإمام علي–ض– في حالة الحرابة من طرف **الخوارج** **419 و499**

– **قضية والي ولاية تلمسان ضد رئيس بلدية منصورة** على اثر تعرض السيد رئيس المجلس الشعبي لبلدية

منصورة إلى الاعتقال الإداري في 01 جويلية 1991.....**447**
– قضية **المفقودين** و ميثاق السلم **و المصالحة الوطنية**.....**455 و458 و651**
– **قضية تعليق** إصدار بعض **الصحف** الوطنية لمساسها **بالنظام العام– الإعلام الأمني–... 459 و461 و463**
– **قرار** سلطة حفظ النظام بإعلان **حظر التجول**.....**ص458**
– قضية **الحجر الصحي** و المنع من التنقل حفظا الصحة العامة في واقعة **طاعون عمواس**.....**473**
– قضية **الأزمة الاقتصادية في عام المجاعة** – الرمادة – على نظام الجماعة –.....**477**
– قضية **قتل مالك بن نويرة** من طرف قائد جيوش الدولة في حروب الردة **وموقف الدولة** منه.....**491**
– قضية **موقعة الجمل** بين الحق في **المعارضة** ومقتضيات حفظ **نظام الأمة** **496**
– قضية **معركة الصفين** بين حرية المعارضة ومقتضيات **حفظ النظام**.....**497**
– قضية **المعارضة المسلحة** في عهد الجمهورية الأولى– **التمردات والانقلابات**– وأثرها على **النظام**.....**510**
– قضية **منع المعارضة** السلمية **لجمعية العلماء و وجمعية القيم** وعلاقة حلهما وفرض **الإقامة الجبرية** على البشير الإبراهيمي **بحفظ النظام العام**.....**511**
– قضية **معارضة الزعماء الأربع** لخيارات السلطة السياسية والاقتصادية في ظل الجمهورية الأولى، **وعلاقة فرض الإقامة الجبرية** عليهم بحفظ **النظام العام**.....**513**
– قضية معارضة الحركة **الأمازيغية** وعلاقة **منع نشطائها** من العمل السياسي **بالنظام العام** **514**
– قضية **الحجاب في فرنسا ومرفق التعليم**. وعلاقتها بحفظ النظام العام.....**518**
– قضية **منع مظاهرات المساندة** للانتفاضة الفلسطينية سنة2000 **من طرف بعض الأحزاب؛ ومنع مسيرات تنسيقية حركة العروش** بالعاصمة ابتداء من سنة 2001 وعلاقته **بحفظ النظام** العام **538**
– قضية **حزب جبهة التحرير** الوطني والحركة **التصحيحية** وعلا قتها **بالنظام** العام.....**552**
– قضية **رئيس حركة المجتمع السلم ضد المجلس الدستوري** وعلاقة منعه من الترشح بالنظام العام.....**555**
– دعوى **مواطن للاقتصاص من واليه حفظا للكرامة الإنسانية**.....**565**
– مخاصمة **جندي لقائده العسكري "دعوى القصاص"** **566**
– قضية **القبطي وابن الأكرمين عمرو بن العاص والي مصر**.....**567**
– قضية **العطاء لكل مولود**.....**568**
– قضية **الزبرقان والحطيئة** وحرية قرض الشعر– **الصحافة**– وعلاقتها **بالنظام العام**.....**571**
– **قرار** الخليفة عمر **بتحديد مدة غياب المجاهدين مراعاة لحقوق زوجاتهم** حفظا للعرض.....**573**
– **منع** الخليفة عمر **وحظر اختلاط النساء بالرجال في الطواف**؛ وفرض **الجزاء** على كل مخالف.....**574**
– قرار الخليفة **بمنع الترخيص لرجال الدولة بالتزوج من الكتابيات**.....**576**
– قضية **إيقاف الإنفاق على المؤلفة قلوبهم** حفظا للمال **العام** **580**

– قضية **حبس الأراضي المفتوحة عنوة حفظا المال** العام وأثره على **حرية التملك** **583**
– قضية مدى **دستورية انتخاب أبي بكر الصديق** خليفة" **الترشيح البرلماني** في سقيفة بني ساعدة".....**586**
– قضية **على المعارضة السياسية لآل البيت** وأثرها على **حفظ النظام السياسي**.....**593**
– قضية **هدم مسجد الضرار** بالتنفيذ الجبري وعلاقته **بالنظام العام** **600**
– قضية والي ولاية مستغانم **ضد الجمعية الإسلامية** للحماية الاجتماعية.....**634**
– قضية والي ولاية مستغانم ضد **الجمعية الإسلامية** الشيخ سي أمحمد بن يحي.....**635**
– قضية ز.ب ضد **المديرية العامة للأمن** ووزير الداخلية.....**636**
–قضية (أ.ر) ضد والي **ولاية الجزائر و رئيس دائرة** بئر مراد رايس.....**637**
– قضية ب .ط ضد **مديرية التربية** لولاية قالمة.....**639**
– قضية السيد رئيس بلدية تيرني ضد **والي تلمسان**.....**640**
– قضية بن المندي جمال ضد **رئيس جامعة الأمير عبد القادر**.....**641**
– قضية م.م ضد **مديرية التربية** لولاية مستغانم.....**642**
–قضية أحداث **العنف الجماعي** ابتداء من سنة 1980 إلى أكتوبر 1988 وقانون العفو.....**653 و667**
– قضية **وزارة الدفاع الوطني** ضد ورثة بن عمارة لخميستي.....**654**
– قضية دالي محمد الطاهر ضد **وزارتي الداخلية والدفاع الوطني** ومن معهما.....**655**
– قضية بلدية **حاسي بحبح** ضد "ج.ع" ومن معه.....**656**
– قضية **مسنوة محمد** ضد **والي العاصمة** : قرار مجلس قضاء الجزائر في 27 /01/ 1982.....**661**
– قضية **كويتياس** Couiteas الصادرفي23/11/ 1923 في **ملكية قطعة أرضية** اكتسبها من الدولة....**662**
– قضية **الهرمزان ومسؤولية الدولة** عن **عدم تنفيذ حكم** قضائي لاعتبارات حفظ نظام الأمة:.....**664**

أولا: المصادر والمراجع في فقه الشريعة وأصولها وتاريخها:

– القرآن الكريم

1–كتب التفسير والحديث والتاريخ

أبو بكر بن عربي:

– العواصم من القواصم، القاهرة، مكتبة السنة، 1408هـ.

أبو داوود: سليمان بن أشعث السجستاني:

–كتاب السنن؛ دار الحديث؛ حمص ط1 سنة 1409 هـ 1969

أبو الحسن الأشعري

– مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين؛ تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد؛ج1؛ مكتبة النهضة المصرية؛ القاهرة؛ ط1؛1950

ابن الأنير: علي بن محمد .

– الكامل في التاريخ؛ دار الكتاب العربي؛ ط2؛ سنة1979م.

ابن حجر العسقلاني: أحمد علي بن حجر

– فتح الباري شرح صحيح البخاري؛ مكتبة البابي الحلبي؛ القاهرة سنة1378هـ / 1959م

ابن كثير: أبو الفداء إسماعيل القرشي الدمشقي

– البداية و النهاية ؛ مكتبة المعارف؛ بيروت ؛ ط01 سنة 1966م.

– تفسير القرآن الكريم ؛ مكتبة التراث الإسلامي؛ منشورات دحلب البليدة؛ ط1400/ 1970.

ابن ماجه: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني

– سنن ابن ماجه؛ طبعة دار إحياء الكتب ؛ القاهرة؛ سنة 1952م.

ابن سعد: محمد ابن سعد

– الطبقات الكبرى؛ دار الفكر للطباعة والنشر؛ ط01 ؛ سنة 1414هـ / 1994م.

ابن العربي: أبو بكر محمد بن عبد الله

– أحكام القرآن الكريم؛ مكتبة البابي الحلبي؛ القاهرة؛ ط02؛ سنة 1968م.

البيهقي: أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي

– كتاب السنن الكبرى؛ تحقيق عبد القادر عطا؛ دار الكتب العلمية بيروت؛ ط1 سنة 1414 هـ1994م

ابن الجوزي: جمال الدين أبو الفرج

– تاريخ عمر بن الخطاب؛ دار الزهراء للنشر والتوزيع؛ الجزائر؛ ط1؛ سنة1990.

ابن هشام:عبد الملك

– السيرة النبوية؛ دار الكتب العلمية؛ بيروت؛ دون تاريخ نشر.

إبن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي

– لسان العرب؛ القاهر دار المعارف؛ دون تاريخ نشر.

إبن قتيبة: أبو محمد عبد الله بن مسلم الدينوري

– الإمامة والسياسة؛ الناشر مكتبة البابي الحلبي، مصر، سنة 1969. دون تاريخ طبع

إبن خلدون: عبد الرحمن بن محمد الحضرمي

– المقدمة؛ دار القلم؛ ط07 ؛ سنة 1989م

البخاري: أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري:

– الجامع الصحيح؛ دار المعرفة؛ بيروت؛ دون تاريخ نشر.

الجصاص: أبو بكر بن أحمد بن علي الرازي

– أحكام القرآن؛ المطبعة البهية المصرية؛ دون تاريخ نشر.

الحاكم : أبي عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري

– المستدرك على الصحيحين؛ تحقيق عبد القادر عطا؛ دار الكتب العلمية؛ بيروت؛ دون تاريخ نشر.

الطبري: بن جعفر محمد بن جرير الطبري

– تاريخ الرسل و الملوك؛ دار الكتب العلمية؛ بيروت ط2 سنة 1988م.

الكتاني: العلامة عبد الحي

– نظام الحكومة النبوية المسمى التراتيب الإدارية؛ تحقيق د/ عبدالله الخالدي؛ دار الأرقم للطباعة؛ بيروت؛ ط2.

النووي:

– رياض الصالحين؛ باب الأمر بالمعروف؛ المكتب الإسلامي–بيروت ط1؛ سنة 1992.

سيد قطب:

–في ظلال القرآن؛ دار الشروق؛ ط13؛ سنة 1987.

السيوطي جلال الدين :

– تاريخ الخلفاء، تحقيق محي الدين عبد الحميد، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة 1969.

القرطبي: أبي بكر عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي

– الجامع لأحكام القرآن؛ دار الكتاب العربي؛ بيروت؛ دون تاريخ نشر.

الإمام مسلم:

– صحيح مسلم بشرح النووي، المطبعة المصرية ومكتبتها؛ دون تاريخ نشر ولا طبع

د/ حسن إبراهيم حسن وأبوه

– تاريخ الإسلام السياسي والديني والثقافي والاجتماعي؛ ج1؛ دار الأندلس؛ بيروت؛ طبعة1964

د/ طه حسين:

– الفتنة الكبرى؛ دار المعارف؛ طبعة1951

موسى لقبال:

– الحسبة المذهبية في بلاد المغرب العربي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر –1971

د/ محمد عبد الله الغبان

– فتنة مقتل عثمان؛ مكتبة العبيكان الرياض؛ ط1؛ سنة1999.

د/ عبد المتعال الصعيدي

– القضايا الكبرى في الإسلام؛ دار شريفة للتوزيع الجزائر؛ طبعة1991

د/ عماد الدين خليل

– مدخل إلى التاريخ الإسلامي؛ الدار العربية للعلوم؛ المغرب؛ ط1؛ سنة 2005

د/عمار طالبي:

– ابن باديس حياته وآثاره، دار المغرب الإسلامي، لبنان ، ط2 ، 1983

الرازي: محمد بن أبي بكر الرازي

– مختار الصحاح؛ تحقيق مصطفى البغا ؛ دار الهدي؛ عين مليلة؛ ط4 ؛سنة 1994

الشوكاني:

– نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، دار التراث، القاهرة.

الترمذي: أبي عبد الله محمد بن عيسى بن سورة الترمذي

– الجامع الصحيح؛ مطبعة البابي الحلبي؛ مصر؛ ط1 ؛ سنة 1382هـ

د/ ظافر القاسمي

– نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي (الحياة الدستورية) ؛ دار النفائس ط1 سنة 1978

د/ هيكل: محمد حسين

– الصديق أبو بكر؛ مكتبة النهضة العربية؛ القاهرة؛ القاهرة؛ طبعة 1964

2–كتب الفقه الإسلامي وأصوله:

أ–كتب المصادر :

أبو إسحاق الشاطبي

– الموافقات في أصول الشريعة الجزء الأول والثاني؛ طبعة دار الفكر 1351هـ.

أبو حامد الغزالي

–إحياء علوم الدين؛ دار القلم؛ بيروت؛ دون تاريخ نشر ولا طبع.

– المستصفى في علم الأصول ؛ دار الكتب العلمية ؛ بيروت ؛ دون تاريخ نشر.

أبو يوسف: يعقوب بن إبراهيم

– الخراج ؛ دار المعرفة ؛ بيروت 1979م

–أبو عبيد: القاسم

–الأموال؛ تحقيق؛ د/محمد خليل هراس؛ دار الفكر؛ بيروت؛ طبعة1988.

ابن الإخوة:

– معالم القربة في أحكام الحسبة، تحقيق محمد شعبان، وصديق أحمد المطيعي، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1976.

إبن نجيم: زين العابدين إبن إبراهيم .

– الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة؛ مطبعة الحلبي؛ سنة 1387هـ 1968م

إبن القيم: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الجوزية:

– إعلام الموقعين عن رب العالمين؛ دار الجيل؛ بيروت؛ طبعة 1973.

– الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ؛ مطبعة المدني القاهرة ؛سنة 1985م

ابن رشد القرطبي: أبي الوليد محمد بن أحمد:

– بداية المجتهد ونهاية المقتصد؛ ج2؛ دار الكتب؛ دون تاريخ نشر

الآمدي سيف الدين

– الأحكام في أصول الأحكام؛ دار المعارف مصر؛ سنة 1914م

الجويني: إمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك

– غياث الأمم في إلتياث الظلم ؛ دار الكتب العلمية ؛ دون تاريخ نشر.

السيوطي جلال الدين:

– الأشباه والنظائر؛ دار الكتب العلمية؛ بيروت؛ سنة 1979.

العز بن عبد السلام

– قواعد الأحكام في مصالح الأنام ؛ مؤسسة الريان؛ بيروت ؛ سنة 1990م

– مختصر الفوائد في أحكام المقاصد؛ دار الفرقان للنشر ؛ السعودية ؛ ط1 ؛ سنة 1997م

الطوفي نجم الدين

– شرح حديث لا ضرر ولا ضرار، ملحق بكتاب د/ مصطفي زيد، المصلحة في التشريع الإسلامي و نجم الدين الطوفي، تعليق وعناية د/ محمد يسري إبراهيم دار اليسر للطباعة؛ مصر؛ طبعة 2004

الطرابلسي علاء الدين: أبي الحسن علي بن خليل الحنفي

– معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام – مطبعة الحلبي ط 2 ؛ سنة 1973

كمال الدين بن الهمام

– شرح فتح القدير؛ المطبعة التجارية مصر؛ دون تاريخ نشر ولا طبع.

الماوردي : أبو الحسن علي بن حبيب البصري

– الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق عماد زكي البارودي ، المكتبة التوفيقية، القاهرة. دون طبع

– الرتبة في طلب الحسبة، تحقيق د/ أحمد جابر بدران؛ دار الرسالة، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة2002

– قوانين الوزارة؛ تحقيق فؤاد عبد المنعم؛ مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية؛ ط3؛ سنة1991م

– أدب الدنيا والدين؛ تعليق د/ محمد كريم راجح؛ طبعة 1971 دون دار نشر.

السرخسي: شمس الدين

– المبسوط؛ دارالمعرفة؛ بيروت 1978م.

القرافي: شهاب الدين

-الإحكام في الفرق بين الفتوى والأحكام وتصرفات القاضي والإمام.دار الفكر العربي دون تاريخ نشر

-الفروق؛ دار المعرفة؛ بيروت؛ دون تاريخ نشر ولا طبع .

الغزالي أبو حامد :

- المستصفى من علم الأصول، ج1، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1937.
- الاقتصاد في الاعتقاد؛ تحقيق مصطفى أبو العلا؛ القاهرة؛ طبعة1972
- شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل؛ بغداد مطبعة الإرشاد؛ طبعة1971

ابن تيمية: أحمد عبد الحليم

- مجموع الفتاوى؛ دار عالم الكتب الرياض؛ طبعة 1991.
- الحسبة ومسؤولية الحكومة الإسلامية؛ دار المعرفة؛ دون تاريخ نشر ولا طبع.

عبد الرحمن الشيرازي:

- نهاية الرتبة في طلب الحسبة، تحقيق السيد الباز العريني؛ دار التراث العربي ؛ دون تاريخ نشر.

ب- المراجع الفقهية المعاصرة:

-أبو زهرة محمد

- علم أصول الفقه؛ دار الفكر العربي؛ بيروت؛ دون تاريخ نشر ولا طبع.
- تاريخ المذاهب الفقهية؛ دار الفكر؛ القاهرة؛ دون تاريخ نشر ولا طبع.
- موسوعة الفقه الإسلامي، الجزء الأول، طبعة سنة 1967
- المجتمع الإنساني في ظل الإسلام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، سنة 1982

د/ أبو طالب صوفي:

- تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية؛ دار النهضة العربية؛ ط4؛ سنة2005.

د/ أبو زيد مصطفى فهمي

- فن الحكم في الإسلام؛ دار المطبوعات الجامعية؛ الإسكندرية؛ 2003؛

ابن عاشور الطاهر:

- مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، البصائر للإنتاج الإعلامي، ط1، 1998
- أصول النظام الاجتماعي في الإسلام؛ دار السلام؛ القاهرة؛ ط2؛ سنة 2006.

الشيخ إبراهيم بك:

- الالتزامات في الشرع الإسلامي؛ الناشر دار البصائر؛ دون تاريخ نشر.

د/ إبراهيم علي أحمد محمد

- فقه الأمن والمخابرات في الإسلام؛ جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية؛ الرياض؛ طبعة 2006

د/أحمد حمد

- الضمانات الفردية في الشريعة الإسلامية؛ دار القلم الكويت، سنة 1401هـ ـ 1981م

د/ إمام :محمد كمال الدين

– أصول الحسبة في الإسلام؛ دراسة تأصيلية – دراسة مقارنة- ، طبعة 1986.

د/أنس جعفر قاسم

– ولاية المظالم في الإسلام؛ دار النهضة العربية؛ القاهرة؛ دون تاريخ نشر

د/ بابكر عبد الرحمن صالح:

– فلسفة المقاصد في الشريعة الإسلامية؛ سنة 2002. الجزائر.

د/البوطي: محمد سعيد رمضان

– ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية؛ مكتبة الرحاب؛ الجزائر ط2 سنة 1973م

– فقه السيرة النبوية؛ دار الفكر؛ الجزائر؛ سنة 1993م

د/ بلتاجي محمد:

– منهج عمر بن الخطاب في التشريع؛ الناشر مكتبة الشباب؛ ط2؛ سنة 1998؛

د/ البري زكريا:

– أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1977

د/ الجابري: محمد عابد

– العقل الإسلامي العربي؛ المركز الثقافي العربي؛ بيروت؛ ط2؛ سنة 1991.

– حقوق الإنسان في الفكر العربي، مركز دراسات الوحدة العربية؛ بيروت؛ ط1، سنة 2002.

– العصبية والدولة؛ معالم نظرية خلدونية في التاريخ الإسلامي؛ دار الثقافة؛ المغرب، طبعة 1971.

–د/ جبلي خالص:

– سيكولوجية العنف وإستراتيجية الحل السلمي؛ دار الفكر؛ بيروت؛ ط1؛ سنة 1998.

د /جودت سعيد ود/ البوطي محمد سعيد رمضان

– التغيير مفهومه وطرائقه؛ دار الفكر المعاصر؛ دمشق؛ ط2؛ سنة 1998.

د/ جمعة: علي محمد

– المدخل، منشورات المعهد العالي للفكر الإسلامي؛ القاهرة، سنة1996

د/ جغيم نعمان:

– طرق الكشف عن مقاصد الشارع؛ دار النفائس الأردن؛ ط1؛ سنة 2002.

د/ الدريني: محمد فتحي

– المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي؛ الرسالة؛ بيروت؛ ط03؛سنة1997.

– الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، الناشر دار البشير؛ مؤسسة الرسالة، بيروت ط1؛ 1998

– خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم؛ مؤسسة الرسالة- بيروت؛ ط1؛1982

د/ وهبة الزحيلي

– حق الحرية في العالم؛ دار الفكر؛ دمشق؛ ثط1؛ سنة 2000

– آثار الحرب في الفقه الإسلامي؛ دراسة مقارنة؛ المكتبة الحديثة دمشق ط2 دون تاريخ نشر

د/ وصفي: مصطفى كمال

- النظام الدستوري في الإسلام مقارنا بالنظم المعاصرة الناشر مكتبة وهبة ؛ القاهرة ؛ ط2 دون سنة نشر
- النظام الإداري الإسلامي؛ القسم الأول؛ طبعة1974.
- مصنفة النظم الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة؛ ط1؛ سنة 1977

د/زكي الدين شعبان:

- أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، 1967-1968.

الزرقاء: أحمد محمد

- شرح القواعد الفقهية، دمشق؛ دار القلم؛ سنة 1989

الزرقا: مصطفى احمد

- المدخل الفقهي العام؛ ط9 ؛ دمشق؛ سنة 1968م

د/ الزلمي: ابرهيم مصطفى.

- فلسفة التشريع؛ دار الرسالة، بغداد 1979.

د/ زيدان عبد الكريم

- نظرات في الشريعة الإسلامية؛ مؤسسة الرسالة؛ ط1؛ سنة 2000
- نظام القضاء في الشريعة الإسلامية؛ مؤسسة الرسالة بيروت؛ ط3؛ سنة2000.

د/ حامد يوسف العالم :

- المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، العهد العالمي للفكر الإسلامي، دارالأمان، الرباط، ط2، 1993

د/ حمادي العبيدي

- الشاطبي ومقاصد الشريعة؛ دار قتيبة؛ بيروت 1992.

د/حمدي عبد المنعم

- ديوان المظالم؛ دار الشروق؛ ط1؛1983

د/ طه جابر العلواني:

- لا إكراه في الدين إشكالية الردة والمرتدين من صدر الإسلام إلى اليوم؛ مكتبة الشروق الدولية القاهرة؛ ط1؛ سنة 2003

د/ لؤي صافي

- العقيدة والسياسة؛ - معالم نظرية عامة في الدولة الإسلامية- ط1؛ سنة 1996

د/ لوقا نبيل

- الإرهاب صناعة غير إسلامية؛ دار البباوي للنشر؛ ط1؛ سنة 2002

د/ محمد أحمد مفتي؛ د/ سامي صالح الوكيل

- السيادة وثبات الأحكام في النظرية السياسية الإسلامية؛ الناشر مركز بحوث الدراسات الإسلامية؛ مكة المكرمة؛ طبعة1991
- النظرية السياسية الإسلامية في حقوق الإنسان الشرعية؛ سلسلة كتاب الأمة؛ قطر؛ ط1؛ سنة1990

د/محمد حسين هيكل،

– الفاروق عمر، الجزء الأول، دار المعارف بمصر، 1977

محمد المبارك :

– الدولة ونظام الحسبة عند ابن تيمية؛ دار الفكر دون تاريخ نشر ولا طبع.

د/ محمد محمد المدني:

–اجتهادات الفاروق عمر؛ دار النفائس؛ بيروت؛ سنة1990

د/ محمد سليم العوا:

– في أصول النظام الجنائي الإسلامي؛ دار المعارف؛ القاهرة؛ دون تاريخ نشر ولا طبع.

– الحق في التعبير؛ دار الشروق؛ ط2؛ سنة 2003

د/ محمد عبد الجواد :

– بحوث في الشريعة والقانون أصول القانون مقارنة بأصول الفقه؛ منشأة المعارف، الإسكندرية؛

د/ محمد عمارة:

– الخلافة ونشأة الأحزاب؛ دار الهلال؛ القاهرة؛ طبعة1983

– الإسلام وحقوق الإنسان– ضرورات لا حقوق– دار السلام القاهرة ط؛ 1سنة 2005.

د/محمد صلاح عبد البديع السيد؛

– الأصول الإسلامية للقانون الاداري المعاصر؛ الناشر دار النهضة العربية؛ طبعة 1999

–د/ منيب: محمد ربيع:

– ضمانات الحرية في النظام الإسلامي وتطبيقاتها؛ المكتبة العصرية للطباعة؛ القاهرة1983

–د/ مذكور: محمد سلام

– القضاء في الإسلام؛ دار النهضة؛ طبعة سنة 1964.

– نظرية الإباحة عند الأصوليين؛ بحوث منشورة في مجلة الاقتصاد والقانون؛ القاهرة؛ 1964

د/ النبهان : محمد فاروق .

– أبحاث إسلامية في التشريع والفكر والحضارة؛ مؤسسة الرسالة؛ سوريا ؛ ط1؛ سنة1986

د/ الندوي: علي أحمد

– القواعد الفقهية، دار القلم دمشق؛ ط5؛ سنة2000

د/نواف هايل تكروري

– العمليات الاستشهادية في الميزان الفقهي؛ ط4 ؛ سنة 2003

د/ نورالدين بن مختار الخادمي

– الاجتهاد المقاصدي؛ ج2؛ سلسلة كتاب الأمة؛ وزارة الأوقاف قطر؛ العدد66؛ السنة18

–د/ عوض: محمد عوض:

– طبيعة الحسبة وشروط المحتسب؛ منشورات المعهد العالي للفكر الإسلامي؛ القاهرة 1990

-د/ عالية سمير:

- علم القانون والفقه الإسلامي؛ المؤسسة الجامعية للدراسات؛ لبنان ط1؛ سنة 1991.
- نظرية الدولة وآدابها في الإسلام؛ المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر؛بيروت؛ ط1؛ سنة 1988

عبد الوهاب خلاف

- علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، القاهرة، 1952
- مصادر التشريع فيما لا نص فيه؛ دار القلم؛ الكويت؛ ط4 سنة 1978م

د/ عبد الكريم محمد مطيع الحمداوي:

- في النظام السياسي الإسلامي فقه الأحكام السلطانية، محاولة نقدية للتأصيل والتطوير- دون تاريخ نشر ولا طبع.

د/ عبد الله محمد القاضي

- السياسة الشرعية مصدر للتقنين بين النظرية والتطبيق؛ ط1 سنة 1410هـ ؛ 1989م

د/ عبد الله الكمالي

- من فقه الموازنات بين المصالح الشرعية؛ دار ابن حزم؛ بيروت؛ ط1؛ سنة2000.

د/ عبد المجيد النجار:

- خلافة الإنسان بين الوحي والعقل؛ - بحث في جدلية النص والعقل والواقع؛ إصدارات المعهد العالمي للفكر الإسلامي؛ فرجينيا؛- أمريكا- ؛ ط3؛ سنة 2000؛ ص118 وما بعدها.

د/ عبد العزيز عامر:

- التعزير في الشريعة الإسلامية؛ دار الفكر العربي؛ ط5 ؛ دون تاريخ نشر ولا طبع

د/ عطية جمال الدين:

- نحو تفعيل مقاصد الشريعة؛ منشورات المعهد العالمي للفكر الإسلامي؛ دار الفكر دمشق ط1؛ سنة 2001

عيسوي احمد عيسوي:

- أصول الفقه الإسلامي؛ مطبعة دار التأليف القاهرة دون تاريخ نشر.

علال الفاسي:

- مقاصد الشريعة ومكارمها؛ دار البيضاء؛ مكتبة الوحدة العربية؛ دون تاريخ نشر .

-علي حيدر:

- درر الحكام في شرح مجلة الأحكام؛ تعريب فهمي الحسيني؛ج3؛ منشورات النهضة بغداد.

د/ علي الخفيف:

- أحكام المعاملات الشرعية؛ الناشر مطبعة السنة المحمدية؛ ط3.دون سنة نشر.

-د/ عمر بن صالح بن عمر

- مقاصد الشريعة عند الإمام العز بن عبد السلام؛ دار النفائس الأردن؛ ط1؛ 2003.

د/ صلاح الصاوي

- التعددية السياسية في الدولة الإسلامية؛ دراسة مقارنة؛ دار الإعلام الدولي؛ القاهرة ط2 سنة 1993م

ـــ د/ قاسم يوسف

- نظرية الضرورة؛ دار وهبة القاهرة؛ دون تاريخ نشر ولا طبع.

د/ قميحة جابر:

- المعارضة في الإسلام بين النظرية والتطبيق؛ الدار المصرية؛ القاهرة؛ ط1؛ سنة 1998

د/ القرضاوي يوسف:

- الخصائص العامة للإسلام؛ مؤسسة الرسالة؛ بيروت؛ ط3؛ سنة 1985م
- السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها ؛ مؤسسة الرسالة ، سنة 1421هـ
- من فقه الدولة في الإسلام؛ دار الشروق؛ ط3؛ سنة 2001
- الخصائص العامة للإسلام؛ مؤسسة الرسالة؛ بيروت؛ سنة 1980
- في فقه الأولويات دراسة جديدة في ضوء القرآن والسنة، مكتبة وهبة القاهرة ، ط1؛ سنة1995
- المدخل لدراسة السنة النبوية؛ مؤسسة الرسالة؛ ط1؛ سنة2001.
- كيف نتعامل مع السنة معالم وضوابط؛ المنصورة، دار الوفاء 1992

د/ الريسوني أحمد:

- نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي؛ الناشر المعهد العالمي للفكر الإسلامي؛ ط4؛ سنة 1995
- الفكر المقاصدي قواعده وفوائده؛ الناشر دار الهادي بيروت؛ ط1؛ سنة2003
- الاجتهاد- النص؛ الواقع ؛ المصلحة ؛ دار الفكر المعاصر ؛ دمشق؛ ط1؛ سنة 2000

د/ الرفعي عبد السلام:

- فقه المقاصد في الفكر النوازلي؛ الناشر دار إفريقيا الشرق– المغرب-2004

د/ شلبي مصطفى

- تعليل الأحكام؛ دار النهضة العربية؛ بيروت؛ ط2؛ سنة 1971.

شلتوت محمود

- الإسلام عقيدة و شريعة؛ دار الشروق؛ ط14؛ سنة 1987

2- المراجع المتخصصة في الشريعة والقانون

–د/ إبراهيم البدوي:

- دعائم الحكم في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية المعاصرة- الحقوق والحريات العامة- الناشر: دار النهضة العربية القاهرة؛ ط1؛ سنة 1994

د/ أحمد غاي

- ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية –دراسة مقارنة- للضمانات النظرية والتطبيقية في التشريع الجزائري والتشريعات الأجنبية والشريعة الإسلامية. دار هومة2003.

د/ البياتي : منير حميد

- النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالدولة القانونية- دراسة دستورية شرعية وقانونية مقارنة- رسالة دكتوراه

جامعة بغداد؛ الناشر دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، سنة 2003.

د/ داود الباز

- أصول القانون الإداري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، 1996.
- أصول القضاء الإداري في النظام الإسلامي؛ دار الفكر الجامعي؛ الإسكندرية؛ طبعة 2004
- الشورى والديمقراطية النيابية دراسة تحليلية لجوهر النظام النيابي مقارنة بالشريعة الإسلامية؛ دار الفكر الجامعي الإسكندرية؛ طبعة 2004
- حماية السكينة العامة معالجة لمشكلة العصر في فرنسا ومصر الضوضاء- دراسة تأصيلية مقارنة في القانون الإداري البيئي والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة سنة 2004.

د/ وهبة الزحيلي

- نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، الناشر مؤسسة الرسالة بيروت؛ ط4، سنة 1985 .

د/ حمود حنبلي:

- حقوق الإنسان؛ بين النظم الوضعية والشريعة الإسلامية؛ ديوان المطبوعات الجامعية –الجزائر-؛ 1995

د/ حازم عبد المتعال الصعيدي

- النظرية الإسلامية في الدولة؛ مع المقارنة بنظرية الدولة في الفقه الدستوري الحديث؛ دار النهضة العربية؛ سنة 1977

د/ حامد عبد الماجد قويسي

- الوظيفة العقيدية للدولة الإسلامية –دراسة منهجية في النظرية السياسية الإسلامية، الناشر دار التوزيع والنشر الإسلامية؛ 1992

د/ حلمي الدقدوقي

-رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري- دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية- دار المطبوعات الجامعية؛ الإسكندرية؛ سنة 1989

المستشار طارق البشري

- المسألة القانونية بين الشريعة والقانون؛ دار الشروق2005
- منهج النظر في النظم السياسية المعاصرة لبلدان العالم الإسلامي؛ دار الشروق؛ ط1سنة2005

د/ الطماوي: محمد سليمان

- عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة، القاهرة، دار الفكر العربي، دون تاريخ نشر.
- السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة والفكر السياسي الإسلامي؛ دار الفكر العربي؛ القاهرة ط6؛ سنة 1996

د /ماجد راغب الحلو:

- قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة الإسلامية؛ منشاة المعارف؛ الإسكندرية؛ طبعة2002.

د/ محمد عبد الحميد أبو زيد

- سلطة الحاكم في تغيير التشريع شرعا وقانونا؛ الناشر دار النهضة العربية؛ سنة 1984

د/ منذر عبد الحسين الفضل:

– الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي؛ ديوان المطبوعات الجامعية؛ الجزائر؛ طبعة 1988.

د/ مصطفى محمد الجمال:

– تجديد النظرية العامة القانون، نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون، الجزء الأول، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، طبعة 2002،

د/ مصطفى محمود منجود

– الأبعاد السياسية لمفهوم الأمن في الإسلام ، الناشر المعهد العالمي للفكر الإسلامي–القاهرة– الطبعة الأولى، سنة 1996.

د/ سوار وحيد الدين:

– التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي؛ – الناشر دار النهضة العربية القاهرة ط1؛ سنة 1960.

–د/سعد محمد خليل:

– نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون؛ دار السلام للطباعة والنشر؛ القاهرة؛ سنة1993

د/سعيد عيد المنعم الحكيم

– الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية؛ دار الفكر العربي؛ القاهرة؛ دون تاريخ نشر.

–د/ عادل فتحي ثابت عبد الحفيظ

– شرعية السلطة في الإسلام – دراسة مقارنة– دار الجامعية الجديدة للنشر الاسكندرية1996

د / عبد الحكيم حسن العيلي

–الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام –دراسة مقارنة– رسالة دكتوراه 1974، جامعة عين شمس؛ القاهرة الناشر: دار الفكر العربي؛ طبعة سنة 1983

د/ عبد الحميد أبو زيد

– سلطة الحاكم في تغيير التشريع شرعا وقانونا؛ دار النهضة العربية؛ سنة1984

د/ عبد الحميد متولي

– مبادئ نظام الحكم في الإسلامي مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الحديثة، دار المعارف ؛ القاهرة ط1 سنة 1966م

–الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور؛ الناشر منشأة المعارف؛ الإسكندرية؛ ط3 سنة 1975

د/ عبد الله مبروك النجار.

– الحسبة ودور الفرد فيها في ظل التطبيقات القانونية لها؛ بحث منشور بمجلة الأزهر؛ شهر ذي الحجة عام 1415هـ.

د/عبد الفتاح مصطفى الصيفي.

– الحسبة في الإسلام – نظاما وفقها وتطبيقا؛ دراسة عصرية مقارنة؛ ج1 الضبطية الإدارية والقضائية؛ دار النهضة

العربية طبعة 2004.

عبد القادر عودة:

– التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي؛ج1؛ دار التراث؛ طبعة2002

د/ عبد الرؤوف هاشم بسيوني

– نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية، الناشر دار النهضة العربية القاهرة، طبعة سنة 1995

د/ عبد الرزاق السنهوري:

– فقه الخلافة وكيف يمكن أن تصبح عصبة أمم شرقية؛ تحقيق د/ توفيق الشاوي؛ ود/نادية السنهوري؛ واصلها رسالة دكتوراه سنة 1926 جامعة ليون فرنسا؛ الناشر مؤسسة الرسالة؛ بيروت طبعة 1؛ سنة 2001

د/ عبد الغني بسيوني عبد الله

– نظرية الدولة في الإسلام؛ دارسة مقارنة؛ الدار الجامعية؛ بيروت؛ طبعة سنة 1986م

د/علي محمد حسنين:

– رقابة الأمة على الحكام دراسة مقارنة بين الشريعة ونظم الحكم الوضعية؛ الناشر المكتب الإسلامي بيروت؛ ط1؛ سنة 1988

د/ فؤاد النادي

– نظرية الضرورة في القانون العام الإسلامي؛ دراسة مقارنة؛ دار الزهراء للإعلام العربي؛ ط1 دون تاريخ نشر.

د/ فوزي خليل

– دور أهل الحل والعقد في النموذج الإسلامي لنظام الحكم؛ أصلها رسالة ماجستير كلية الاقتصاد والعلوم السياسية؛ جامعة القاهرة؛ الناشر المعهد العالمي للفكر الإسلامي؛ القاهرة؛ ط1؛ سنة 1996

د/ فتحي الدريني

– بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله؛ ج1؛ مؤسسة الرسالة؛ بيروت ط1؛ سنة1994

د/صالح حسن سميع

– أزمة الحرية السياسية في الوطن العربي؛ رسالة دكتوراه منشورة؛ الزهراء للإعلام العربي؛ ط 1؛ سنة1988.

د/ صبحي عبده سعيد:

السلطة والحرية في النظام الاسلامي؛ – دراسة مقارنة؛ دار الفكر العربي؛ دون تاريخ طبع ولا نشر.

د/ توفيق الشاوي:

– فقه الشورى والاستشارة؛ أصلها رسالة دكتوراه منشورة؛ مطابع دار الوفاء؛ المنصورة؛ ط2؛ سنة 1992

ثانيا: المراجع القانونية:

1 – المراجع العامة:

د/ أبو زيد فهمي مصطفى

– النظرية العامة للدولة؛ ط 5؛ دار المطبوعات الجامعية؛ سنة 1998

- مبادئ الأنظمة السياسية؛ الناشر دار الجامعة الجديدة؛ الإسكندرية؛ طبعة2003.
- القانون الإداري- ذاتية القانون الإداري سنة 1998

د/ أبو السعود رمضان، ود/همام محمد محمود زهران:

- المدخل إلى القانون (النظرية العامة للقاعدة القانونية)، ديوان المطبوعات الجماعية، 1997.

د/إبراهيم عبد العزيز شيحا:

-الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، أحكام القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت 1997.

د/ أوصديق فوزي

- محطات في تاريخ الحركة الإسلامية بالجزائر -1962؛1988؛ دار الانتفاضة؛ الجزائر؛1992.
- الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري؛ دراسة مقارنة- القسم الأول نظرية الدولة؛ دار الكتاب الحديث الجزائر طبعة2000؛
- دراسات دستورية والعولمة؛ دار الفرقان الجزائر ؛ط2؛2001
- النظام الدستوري الجزائري ووسائل التعبير المؤسساتي؛ ديوان المطبوعات؛ الجزائر سنة2006

د/ أحمد محيو:

-"محاضرات في المؤسسات الإدارية"، ترجمة محمد عرب صاصيلا ديوان المطبوعات ،الجزائر،طبعة 1996م.

د/أحمد شوقي الشلقاني:

- مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 1، ص169

د/إسماعيل قيرة وآخرون (مجموعة بحث)

- مستقبل الديمقراطية في الجزائر؛ مركز دراسات الوحدة العربية؛ بيروت ط1؛ سنة2002

د/اسعاند موحند:

- القانون الدولي الخاص ؛ترجمة فائز أنجق، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989

د/ أعراب بلقاسم:

- القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومه، الجزائر، دون تاريخ نشر 2002

د/ أنس قاسم جعفر:

- الوسيط في القانون العام ج1؛ دار النهضة القاهرة؛ سنة 1995م

د/ بـــدوي ثـــروت

- القانون الإداري، الناشر دار النهضة العربية؛ القاهرة، طبعة سنة 2002
- النظم السياسية، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1972م

د/ بوبشير أمقران

- السلطة القضائية ديرية في الجزائر؛ دار الأمل؛ تيزي وزو؛ طبعة 2002

-د/ بوكرا إدريس

- تطور المؤسسات الدستورية في الجزائر منذ الاستقلال من خلال الوثائق والنصوص الرسمية، القسم الثاني-ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر 1994

- الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية دار الكتاب الحديث ؛2003

- بورقعة لخضر

- شاهد على اغتيال الثورة؛ دار الحكمة؛ الجزائر؛ سنة1990

د/ بوالشعير سعيد

- النظام السياسي الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر دون تاريخ طبع، 1993

د/ بوضياف عمار

- الوجيز في القانون الاداري الناشر ،دار ريحانة ؛الجزائر دون تاريخ للنشر والطبع.

د/بلحاج العربي:

- النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1984.

بن داود عبد القادر

- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد؛ موسوعة الفكر القانوني؛ دار الهلال؛ وهران

د/ بغدادي جيلالي :

- الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج01 المؤسسة الوطنية للاتصال الإشهار، 1996

د / جابر جاد نصار

- مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية –قضاء التعويض- دار النهضة العربية دون تاريخ نشر.

جورج قوديل، و بيار دلفولفيه،

- القانون الإداري، الجزء الثاني، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1؛ سنة 2001

- درياد مليكة

- ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي في ظل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري؛ منشورات عشاش الجزائر؛ ط1؛ سنة 2003

د/وجدي ثابت غبريال

- مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة كأساس للمسؤولية الإدارية؛ منشأة المعارف الإسكندرية؛ دون تاريخ

د/ زكي أبو عامر:

- قانون الإجراءات الجنائية؛ طبعة سنة 1984.

د/الحبيب الجنحاني

- المجتمع المدني بين النظرية والممارسة - ؛ سلسلة حوارات لقرن جديد - بعنوان المجتمع المدني وأبعاده الفكرية؛ دار الفكر دمشق،ط1، سنة2003

د/ حسن كيرة؛عبد المنعم فرج الصدة:

- أصول القانون؛ منشاة المعارف؛ الإسكندرية؛ دون تاريخ نشر.

د/ طعمية الجرف

- القانون الإداري - دراسة مقارنة- الناشر: مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة طبعة 1983

- مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون الناشر مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة.

د/ يحي الجمل:

- نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة دار النهضة ؛ ط2؛ سنة1994
- الأنظمة السياسية المعاصرة؛ دار النهضة العربية؛ سنة1975
- حصاد القرن العشرين في علم القانون؛ ؛ دار الشروق؛ القاهرة؛ ط1؛ سنة 2006 .

-د/ ماجد راغب الحلـــو

- القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية دون تاريخ الطبع سنة 1996

د/ مولود ديدان:

- مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية؛دار النجاح للكتاب الجزائر؛ طبعة 2005.
- نصوص القانون الدستوري الجزائري؛ دار النجاح للكتاب؛ الجزائر؛ طبعة 1؛سنة 2005.

د/ محمد الطالب يعقوبي

- النصوص الخاصة التنظيمية والتشريعية، الناشر قصر الكتاب؛ الجزائر؛ ط3؛ سنة 2000 .

-د/محمد محدة

- ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، الجزء الثاني، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، الطبعة الأولى، 1992/1991.

د/ محمد مسلم

- الهوية والعولمة، دار الغرب للنشر ،وهران 2002م

د/محمد نسيب أرزقي

- أصول القانون الدستوري والنظم السياسية، الجزء الثاني: أسلوب ممارسة الحكم في الدولة المعاصرة، مطبعة هومة، طبعة 2000

د/محمد سعيد جعفور:

- مدخل العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة للطباعة والنشر الطبعة الثالثة، دون تاريخ نشر.

د/ محمد عوض محمد؛

- قانون الإجراءات الجزائية؛ طبعة 1989.

د / محمد فؤاد مهنا

- مبادئ وأحكام القانون الإداري؛ مؤسسة شباب الجامعة؛ طبعة 1973،

د/محمد الصغير بعلي

- القانون الإداري، التنظيم الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، دون تاريخ نشر.

محمد تامالت

- الجزائر من فوق البركان - شهادات لجنرالات؛ رؤساء حكومات؛ زعماء أحزاب وشخصيات من الجبهة الإسلامية للإنقاذ؛ ط1؛ الجزائر؛ سنة1996.

د/محمود نجيب حسني

- الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة.

د/محمود عاطف البنا

- الوسيط في القانون الإداري؛ دار الفكر العربي دون تاريخ نشر.

-د/ محفوظ لعشب:

- المسؤولية في القانون الإداري ؛ ديوان المطبوعات الجامعية؛طبعة 1994 الجزائر
- التجربة الدستورية في الجزائر؛ المطبعة الحديثة للفنون الجزائر؛ ط1؛ 2000

أ/ مسعود بوجنون

- الحركة الإسلامية الجزائرية- سنوات المجد والشؤم- ترجمة عزيزي عبد السلام؛ دار مدني سنة2002

د/مسعود شيهوب

- المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة و تطبيقاتها في القانون الإداري (دراسة مقارنة) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر سنة 2000
- المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ج.3، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، 1999.

-د/ مصطفى محمد عفيفي

- الوسيط في مبادئ القانون الإداري-الكتاب الثاني – كلية الشرطة دبي، طبعة 2، سنة 1989-1990

د/ناجي عبد النور

- النظام السياسي الجزائري من الأحادية إلى التعددية السياسية؛ منشورات جامعة قالمة؛ طبعة 2006.

د/ناصـــر لبـــاد

- القانون الإداري – الجزء الأول- التنظيم الإداري، مطبعة لباد، ط2، سنة2001منقحة ومزيدة.
- القانون الإداري- الجزء الثاني- النشاط الإداري، مطبعة لباد، الطبعة الأولى، سنة2004

اللواء نزار خالد:

- مذكرات؛ منشورات دحلب البليدة 1999

د/ سامي جمال الدين

- أصول القانون الإداري، الناشر منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة سنة2004

د/سيف الدين عبد الفتاح إسماعيل

- مقابلة المجتمع المدني والأهلي بين الفكر والممارسة- سلسلة حوارات لقرن جديد

د/ سليمان الطماوي

- القضاء الإداري؛ قضاء الإلغاء؛ دار الفكر العربي؛ القاهرة؛ سنة 1976م
- النظرية العامة للقرارات الإدارية؛ مطبعة عين شمس؛ ط6؛ سنة1991

-د /سليمان مرقص

- مدخل العلوم القانونية؛ دار النشر للجامعات المصرية ط 2 سنة 1652

د/ سعد الدين إبراهيم

– المجتمع المدني والتحول الديمقراطي، دار قباء القاهرة، سنة2000

د/ عادل قورة

– محاضرات في قانون العقوبات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1988

د/ عبد الحميد أبو زيد

– القضاء الإداري؛ دار النهضة العربية؛ دون تاريخ نشر.

ـــ د/ عبد الحميد متولي

– القانون الدستوري والأنظمة السياسية؛ منشأة المعارف الإسكندرية؛ ط3 سنة 1964م

د/عبد الحق عبد الباقي.

– نظرية القانون؛ دون دار نشر؛ طبعة سنة 1960.

د/عبد الله أوهايبية:

– شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري, التحري والتحقيق, دار هومة، الجزائر, 2003.

د/ عبد الله طلبة

– القانون الإداري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة، دمشق، سنة 1979

د/عبد العزيز الجوهري

– القضاء الإداري –دراسة مقارنة– دعوى الإلغاء والتعويض، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983

د/ عبد الرزاق السنهوري:

– الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي، المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي، الحقوقية لبنان، ط.3 ، سنة 2002.

– نظرية العقد؛ ج1؛ منشورات الحلبي بيروت؛ ط02؛ سنة 1998

د/ عبد الغني بسيوني عبد الله

– القانون الإداري؛ – دراسة مقارنة– الناشر منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة سنة2001.

[1] –د/ عبد الغفار مصطفى

– ضمانات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان ط2003

د/ عبد الغفار شكر ود/ محمد مورو

– المجتمع الأهلي ودوره في بناء الديمقراطية؛ دار الفكر لبنان؛ ط1؛سنة 2003

د/ عوابدي عمار

– النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري.ديوان المطبوعات الجامعية

– الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، طبعة1982

– القانون الإداري الجزء الأول التنظيم الإداري –الناشر ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر

– القانون الإداري الجزء الثاني النشاط الإداري –الناشر ديوان المطبوعات الجامعية ط 2005

أ/ العيفا أويحي

– النظام الدستوري الجزائري؛ الدار العثمانية؛ سنة 2004.

علي بولحية بن بوخميس:

– القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، دون تاريخ نشر ولا طبع.

د/عصام سليم أنور:

– المدخل للعلوم القانونية في القانونين اللبناني والمصري، ج 01 الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1997.

–د/ فاروق أحمد خماس:

– الرقابة على أعمال الإدارة، دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل، دون تاريخ نشر ولا طبع.

–د/ فوزية عبد الستار:

– شرح قانون الإجراءات الجنائية؛ طبعة1986.

د/ فتحي سرور:

– الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ؛ طبعة ؛1985

– نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية؛ كلية الحقوق جامعة القاهرة؛1959؛ص170؛.

– الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجزائية؛ دار النهضة؛ القاهرة ؛ طبعة 1995

– الحماية الدستورية للحقوق والحريات؛ دار الشروق؛ مصر؛ط2؛ سنة 2000

د/ صلاح الدين فوزي:

– القانون الإداري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993.

د/ رؤوف عبيد:

– المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية؛ مطبعة مصر ؛ سنة 1963.

–د/رمزي طه الشاعر

– النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية؛ ط3؛ 1983.

– الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، لسنة 1992.

د/ رشيد خلوفي

– قانون المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2001

د/ شعبان احمد رمضان:

– الحماية الدستورية لحقوق الإنسان؛ دار النهضة العربية؛ طبعة 2006.

د/ الشهاوي قدري عبد الفتاح

– ضوابط التفتيش في التشريع المصري المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005

– مناط التحريات (الاستدلالات والاستخبارات)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998

د/ الشرقاوي سعاد

– المسؤولية الإدارية؛ مطبعة دار المعارف –مصر– ط3 ؛سنة 1973 .

- القانون الإداري، الناشر دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1991.
- النظم السياسية في العالم المعاصر؛ تحديات وتحولات ،الناشر دار النهضة؛ القاهرة، طبعة2002.

أ/غازي حيدوسي:

- الجزائر- التحرير الناقص؛ ترجمة خليل أحمد خليل؛ بيروت دار الطليعة؛ طبعة.1998

2- المراجع الخاصة

د/ أحمد جاد منصور:

- الحماية القضائية لحقوق الإنسان؛ دار أبو المجد للطباعة؛ طبعة1997

د/أحمد عبد الظاهر:

- استيقاف الأشخاص في قانون الإجراءات الجنائية؛ ط1؛ سنة2006؛ دار النهضة العربية القاهرة .

د/ أحمد مدحت علي:

- نظرية الظروف الاستثنائية؛ الهيئة المصرية للكتاب؛ طبعة 1978.

د/أحمد الموافي:

- المشروعية الاستثنائية دون تاريخ الطبع وسنة النشر جامعة الأزهر.

د/ أنور أرسلان:

- الحقوق والحريات العامة في عالم متغير؛ دار النهضة؛ طبعة 1993.

د(ة)/افكار عبد الرزاق عبد السميع:

- حرية الاجتماع؛ دراسة مقارنة - الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 2002.

د/ جورجي شفيق ساري:

- رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري؛ دراسة تحليلية مقارنة؛ دار النهضة؛ طبعة 2000.

د/ محمد حسنين عبد العال:

- الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري - الناشر دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1991.
- الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد؛ الناشر؛ دار النهضة العربية؛ القاهرة؛ سنة 1998

د /يسري محمد العصار:

- نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية؛ دار النهضة العربية؛ طبعة1995

د/ طعيمة الجرف:

- مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون؛ دار النهضة القاهرة 1976

د/ محمد محمد بدران:

- مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الإداري –دراسة مقارنة في القانونين المصري

والفرنسي، الناشر دار النهضة العربية القاهرة، طبعة سنة 1992.

– الطبيعة الخاصة للضبط الإداري والآثار القانونية المترتبة عليها، الناشر دار النهضة القاهرة، سنة 1989.

د/ محمد سليمان الطماوي:

– نظرية التعسف في إستعمال السلطة؛ دراسة مقارنة ؛ دار الفكر؛ القاهرة؛ ط2؛ سنة 1966م

د/محمد السعيد عبد الفتاح

– الحماية الجنائية لحرية العقيدة والعبادة؛ دار النهضة العربية؛ القاهرة؛ ط1؛ سنة 2005؛

د/ محمد عصفور:

– البوليس والدولة؛ طبعة 1972.

– الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، طبعة الأولى، سنة1961،

– أزمة الحريات في المعسكرين الشرقي والغربي؛ الطبعة الأولى، سنة1961.

– سيادة القانون – الصراع بين القانون والسلطة في الشرق والغرب– عالم الكتب، القاهرة.

د/ محمد عبيد الحساوي القحطاني

– الضبط الإداري وسلطاته عبر العصور التاريخية وفي دولة الإمارات– النشأة والتطور– الناشر دار النهضة العربية القاهرة، طبعة سنة 2003.

– الضبط الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة – التزام الحدود وحيادية التنفيذ الناشر دار النهضة العربية القاهرة، طبعة سنة 2005

د/محمد العيد الغريب

– النظام العام الإجرائي ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي؛ دراسة مقارنة؛ سنة 2000

– النظام العام في قانون الإجراءات الجنائية– دراسة مقارنة– الناشر دار النهضة؛ القاهرة، سنة2006

–د/ محمود عاطف البنا

– حدود سلطة الضبط الإداري؛ مطبعة جامعة القاهرة؛ سنة1980

د/ نعيم عطية:

– الفلسفة الدستورية للحريات الفردية؛ الناشر دار النهضة العربية؛ القاهرة، طبعة سنة 1989.

د/ سامي جمال الدين

– اللوائح الادارية وضمانة الرقابة القضائية، منشأ المعارف بالإسكندرية، طبعة 2003

– لوائح الضرورة وضمانات الرقابة القضائية؛ منشاة دار المعارف؛ الإسكندرية؛ طبعة سنة 1981

د/ سعاد الشرقاوي

– نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني. دار النهضة؛ ط1989.

د/ عادل الطبطبائي

– الحدود الدستورية بين السلطة التشريعية و القضائية؛ طبعة 2000؛ مجلس النشر العلمي الكويت.

ـــ د/ عبد الحميد متولي

– الحريات العامة؛ نظرات في تطورها وضماناتها و مستقبلها؛ منشأة المعارف الإسكندرية 1985 .

د/ عبد الحفيظ الشمبي

– القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، الناشر دار النهضة العربية القاهرة، طبعة سنة 2001

د/ عبد المنعم محفوظ:

– علاقة الفرد بالسلطة –الحريات العامة وضمانات ممارستها–دراسة مقارنة؛ طبعة01 دون تاريخ نشر.

د/ عبد العليم عبد المجيد مشرف

– دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات العامة–دراسة مقارنة– الناشر دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1998.

د(ة)/ عزيزة الشريف

– دراسات في التنظيم القانوني للنشاط الضبطي، الناشر دار النهضة العربية القاهرة، طبعة سنة

د/ عمرو أحمد حسبو:

– حرية الاجتماع – دراسة مقارنة – الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 1999

د/ عيد أحمد الغفلول:

– فكرة النظام العام الدستوري– دراسة مقارنة–؛ دار النهضة العربية ؛ دون تاريخ التشر ولا طبع.

د/ فؤاد النادي:

– ضوابط خضوع الدولة للقانون في الفقه الإسلامي؛ دار الكتاب الجامعي؛ مصر ط 2؛ 1980

د/– فتحي فكري

– الإعتقال الإداري، دار النهضة العربية، 1992

د/ شطاب كمال

– حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية و الواقع المفقود1989–2003؛ دار الخلدونية؛ القبة الجزائر؛ ط1؛ سنة2005

د/ شريف يوسف خاطر:

– الحماية الدستورية لمبدأ الكرامة الإنسانية؛ دار النهضة العربية؛ القاهرة؛ طبعة2006

د/ ثروت عبد العال أحمد

– الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق، الناشر دار النهضة العربية القاهرة، طبعة سنة 2004

غاي أحمد:

– الوجيز في تنظيم ومهام الشرطة القضائية؛ دار هومة؛ ط1؛ سنة 2005

– التوقيف للنظر؛ سلسلة الشرطة القضائية1؛ دارهومة؛ الجزائر؛ط1؛ سنة 2005.

د/ رفعت عيد سيد:

– حرية الملبس في مرفق التعليم –دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الاداري في فرنسا ومصر؛ حول قضية الزي الإسلامي؛ دار االنهضة العربية؛ القاهرة؛ دون تاريخ طبع

ثالثا: الرسائل الجامعية

1-رسائل الدكتوراه:

د/ أحمد جلال حماد

- حرية الرأي في الميدان السياسي في ظل مبدأ المشروعية- بحث مقارن في الديمقراطية الغربية والإسلام، رسالة دكتوراه الناشر دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع بدون تاريخ الطبع والنشر.

د/إيهاب طارق عبد العظيم:

- علاقة الفرد بالسلطة في ظل الظروف الاستثنائية- دراسة مقارنة-رسالة دكتوراه؛ جامعة الزقازيق مصر سنة2003

د/الأخضر بوكحيل :

- الحبس الاحتياطي في التشريع الجزائري المقارن ,رسالة دكتوراه , جامعة القاهرة

د/ بدران مراد :

- الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية- دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا؛ رسالة دكتوراه 2004-2005؛ جامعة الجيلالي اليابس؛جامعة سيدي بلعباس

د/ بن طيفور نصر الدين

- السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه 2002-2003 ، جامعة سيدي بلعباس الجزائر .

د/ وجدي ثابت غبريال

- السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقا للمادة74 المصرية والرقابة القضائية عليها رسالة دكتوراه منشورة ؛ منشأة المعارف الإسكندرية سنة 1988

د/ حقي إسماعيل بربوتي

- الرقابة على أعمال السلطة القائمة على حالة الطوارئ؛ - دراسة مقارنة؛ رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس؛ سنة1981سنة 1981

د/حلمي خير الحريري؛

- وظيفة البوليس في النظم الديمقراطية؛ رسالة دكتوراه؛ أكاديمية الشرطة؛ اللقاهرة 1989؛

د/ طايل: فوزي محمد

- أهداف و مجالات السلطة في الدولة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه؛ دار النهضة، القاهرة 1986

د/كامل عبد السميع عبد الفتاح؛

-حرية الرأي في الإسلام والمذاهب السياسية المعاصرة؛ دكتوراه في الحقوق؛ جامعة عين شمس؛ سنة 1995

د/كامل عبد السميع محمود

- مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة- دراسة مقارنة- في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية؛ رسالة

دكتوراه القاهرة؛ دار النهضة العربية؛ طبعة 2002 .

د/ مجدي أحمد فتح الله حسن

– فاعلية الأداء الضبطي لرجال الشرطة – دراسة مقارنة– الناشر النسر الذهبي للطباعة طبعة 2002

د/ محي الدين قاسم:

– التقسيم الإسلامي للمعمورة؛ دراسة في نشأة وتطور الجماعة الدولية؛ سلسلة الرسائل الجامعية للمعهد العالمي للفكر الإسلامي؛ القاهرة 1996.

د/ محمد احمد فتح الباب السيد

– سلطات الضبط الإداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة؛ دراسة مقارنة؛ رسالة دكتوراه؛ جامعة عين شمس؛ 1993

د/ محمد الوكيل

– حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري– دراسة مقارنة؛ رسالة دكتوراه الناشر دار النهضة العربية القاهرة؛ ط1؛ مارس 2003

د/ محمد كامل ليلة

– نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري– دراسة مقارنة رسالة دكتوراه كلية الحقوق؛ جامعة عين شمس سنة 1962.

د/ محمد سعد عصفور:

– وقاية النظام الاجتماعي كقيد على الحريات العامة – رسالة دكتوراه– جامعة القاهرة؛ سنة 1961

د/ محمد راجح حمود:

– حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية؛ رسالة دكتوراه جامعة القاهرة؛ كلية الحقوق؛ سنة 1992؛ ص193

د/ محمد شريف إسماعيل عبد المجيد

– سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية–دراسة مقارنة– رسالة دكتوراه 1979، جامعة عين شمس القاهرة

د/ ممدوح عبد الحميد

– سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية –سلطات البوليس في قوانين الطوارئ– رسالة دكتوراه 1992، أكاديمية الشرطة القاهرة.

د/ منيب محمد ربيع

– ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري؛ رسالة دكتوراه 1981؛ جامعة عين شمس؛ القاهرة.

د/مصطفى محمود منجود

– الأبعاد السياسية لمفهوم الأمن في الإسلام؛ رسالة دكتوراه منشورة ضمن سلسلة الرسائل الجامعية؛ المعهد العالمي للفكر الإسلامي؛القاهرة ط1؛سنة1996

–د/ مقبل أحمد بن أحمد العمري

- مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية في النظام الإسلامي – مع التطبيق على النظام القانوني في اليمن- الناشر دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 2003

د/ نعيم عطية

-في النظرية العامة للحريات العامة؛ رسالة دكتوراه منشورة؛ الدار القومية للطباعة والنشر؛ القاهرة؛ سنة 1965.

د/ السيد عبد العليم أبو زيد

- الضبط الإداري في النظم القانونية المعاصرة وفي الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر؛ سنة 1976.

د/ سليمان عاشور شوايل

- "مسؤولية الدولة عن أعمال الضبط الإداري في القانون الليبي والمقارن، جنائيا وإداريا"، دار النهضة العربية، مصر، ط1، 2001 – 2002م.

د/ سعد ماضي علي،

- الضبط الإداري وهيئاته، دراسة مقارنة نظم الشرطة: إنجلترا، فرنسا، مصر، رسالة دكتوراه – كلية الحقوق الإسكندرية، 1992م.

د/عادل إبراهيم إسماعيل صفا

- سلطات مأموري الضبط القضائي بين الفعالية وضمان الحريات والحقوق الفردية-دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه أكاديمية الشرطة؛ القاهرة 2001.

د/عادل السعيد محمد أبو الخير

- الضبط الإداري وحدوده - رسالة دكتوراه؛ منشورة- جامعة بني سويف؛ القاهرة ؛ الناشر الهيئة العامة المصرية للكتاب؛ طبعة، سنة 1993.

د/ عادل عبد العال خراشي

- ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم؛- دراسة مقارنة بين القانون والشريعة؛ رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الزقازيق مصر؛ سنة 2002.

عاشور سليمان شوايل

- مسؤولية الدولة عن أعمال الضبط الإداري في القانون الليبي والمقارن – جنائيا وإداريا- رسالة دكتوراه؛ الناشر دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى 2001-2002.

د/ عبد الجليل محمد علي:

- مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة؛ رسالة دكتوراه الناشر عالم الكتب؛ القاهرة؛ ط1؛ سنة 1984.

عبد الوهاب محمد عبده خليل

- الصراع بين السلطة والحرية – محور المشكلة الدستورية - رسالة دكتوراه 2004، جامعة القاهرة ؛

د/ عبد الله محمد حسين

- الإسلام وحقوق الإنسان الفردية؛ رسالة دكتوراه منشورة جامعة الإسكندرية؛ سنة 1995؛ سنة1999

د/ عبد الفتاح ساير داير

– نظرية أعمال السيادة ؛ دراسة مقارنة؛ أصلها رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة سنة 1954 ؛ مطبعة جامعة القاهرة؛1955

–د/ عدنان محمود محمد البرماوي

– الوضع تحت مراقبة الشرطة؛ رسالة دكتوراه 2004 اكاديمية الشرطة؛ القاهرة.

–د/علي جريسة

– المشروعية الإسلامية العليا؛ رسالة دكتوراه منشورة دار الوفاء ــ المنصورة–؛ ط4 ؛ سنة 1991

–د/ علي علي صالح المصري

– وظيفة الشرطة في الجمهورية اليمنية دراسة مقارنة بالقانون المصري رسالة دكتوراه 1998،أكاديمية الشرطة القاهرة.

د/ عماد طارق البشري

– فكرة النظام العام بين النظرية والتطبيق، – رسالة دكتوراه 2002، جامعة الإسكندرية، وقد نشرت من طرف المكتب الإسلامي ط1؛ سنة 2005.

د/ عمر الشافعي عبدالرؤوف

– حرية الرأي والتعبير بين النظرية والتطبيق؛ دراسة مقارنة بين النظامين الإسلامي والوضعي – رسالة دكتوراه؛ جامعة طنطا؛ مصر 2000

د/عصام زكريا عبد العزيز

– حقوق الإنسان في الضبط القضائي، رسالة دكتوراه؛ دار النهضة العربية، جمهورية مصر، 2001،

د/ فوزي خليل

– المصلحة من منظور إسلامي ويليه– تطبيقات المصلحة العامة في عصر الخلفاء الراشدين– رسالة دكتوراه كلية الاقتصاد والعلوم السياسية جامعة القاهرة الناشر— مؤسسة الرسالة بيروت ط 1، سنة 2003.

د/فيصل كامل إسماعيل

– سلطات الضبط الإداري أثناء حالة الطوارئ في مصر وفرنسا وأمريكا؛ دراسة مقارنة؛ رسالة دكتوراه جامعة طنطا؛ مصر كلية الحقوق سنة 2006؛

د/ فرحات محمد فهمي السبكي

– الضبط الإداري والحياد الوظيفي —دراسة مقارنة– رسالة دكتوراه في علوم الشرطة، أكاديمية الشرطة؛ القاهرة سنة 2002

د/ فتحي عبد الكريم:

– الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي؛ رسالة دكتوراه منشورة؛ الناشر مكتبة وهبة ط2؛ سنة 1984

د/صباح مصطفى حسن المصري

–النظام الحزبي–دراسة مقارنة –بالنظم الوضعية والشريعة الإسلامية؛ رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة

الإسكندرية؛ سنة2002.

د/ صبري محمد السنوسي

– الإعتقال الإداري بين الحرية الشخصية ومتطلبات النظام العام، رسالة دكتوراه دولة، جامعة القاهرة، 1995

د/ رضا عبد الله حجازي

– الرقابة القضائية على ركن السبب في إجراءات الضبط الإداري؛ رسالة دكتوراه2001؛ جامعة القاهرة

[1]– د/ شريط الأمين

– خصائص التطور الدستوري في الجزائر، رسالة دكتوراه دولة؛ سنة 1991؛ جامعة قسنطينة؛ الجزائر.

2– رسائل الماجستير:

أحمد حداد علي عافية

–نظرية الظروف الاستثنائية —دراسة مقارنة– بين الشريعة الإسلامية والنظم الإدارية، رسالة ماجستير2001، جامعة طنطا مصر.

بوحرود لخضر

– المنظمات الدولية غير الحكومية ؛ مسألة حقوق الإنسان في الجزائر من 92 الى99؛ مذكرة ماجستير في العلوم السياسية جامعة الجزائر؛ سنة2002

بورادة حسين:

– الإصلاحات السياسية في الجزائر؛ رسالة ماجستير؛ سنة 1993؛ كلية العلوم السياسية؛ الجزائر1999

بيرم عبد المجيد صغير

– الحق النقابي في معايير العمل الدولية والقانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004/2003

بن لغويني عبد الحميد

– دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية– رسالة ماجستير 2003–2004 ،جامعة الجزائر .

برقوق عبد العزيز

– ضوابط السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية في ضوء النظام القانوني الجزائري الحالي؛ رسالة ماجستير كلية الحقوق؛ بن عكنون الجزائر سنة2002

هشام أحمد عوض جعفر

– الأبعاد السياسية لمفهوم الحاكمية؛ رسالة ماجستير ؛ المعهد العالمي للفكر الإسلامي ط1 1995م

يونسي حفيظة

– الأزمة السياسية في الجزائر والمؤسسات الجديدة؛ رسالة ماجستير؛ كلية الحقوق جامعة الجزائر؛ سنة2002.

أ/ كليوات السعيد

– الضبط الإداري في الجزائر– مفهوما وممارسة– مذكرة ماجستير في العلوم السياسية؛ جامعة الجزائر؛ عام 2003/2002.

لطرش حمو:

– سلطات الضبط الإداري الولائي في الجزائر؛ رسالة ماجستير 2002 كلية الحقوق جامعة الجزائر غير منشورة.

ناجي حكيمة

– التجمعات العمومية والمظاهرات وسلطة الضبط في الجزائر؛ رسالة ماجستير2000-2001 كلية الحقوق جامعة الجزائر

سحنين أحمد

– الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر؛ رسالة ماجستير؛ سنة 2005؛

سميح عبد الوهاب الجندي.

– أهمية المقاصد في الشريعة الإسلامية وآثارها في فهم النص واستنباط الحكم؛ رسالة ماجستير؛ دار الإيمان؛ الاسكندرية2003.

عزوز سكينة

– عملية الموازنة بين أعمال الضبط الإداري والحريات العامة؛ رسالة ماجستير1992جامعة الجزائر

عليان بوزيان

– مبدأ المشروعية –نطاقه وضماناته– دراسة مقارنة بين الفقه الدستوري الوضعي والنظام الإسلامي؛ كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية؛ جامعة وهران؛ سنة 2002.

أة/ عروس مريم :

– النظام القانوني للحريات العامة في القانون الجزائري؛ رسالة ماجستير جامعة الجزائر؛ 1999؛

تامغارت اسمهان

– إشكالية بناء دولة الجزائر من 1962-1988؛ مذكرة ماجستير؛ معهد العلوم السياسية؛ جامعة الجزائر؛ سنة2002.

تفيده عبد الرحمن

– الظروف الاستثنائية في النظام القانوني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، سنة 1990م

شماخي عبد القادر:

–آثار حالة الطوارئ؛ رسالة ماجستير؛ كلية الحقوق جامعة الجزائر؛ سنة 1997

رابعا: المقالات والدوريات والجرائد:

د/ إبراهيم درويش

– نظرية الظروف الاستثنائية؛ القسم الأول؛ مجلة إدارة قضايا الحكومة؛ دار القاهرة للطباعة؛ السنة 10؛ العدد4؛ لعام 1966

د/ أحمد أبو زيد الباب

– حرية الاجتماعات العامة – ضوابطها التنظيمية والرقابة القضائية عليها ؛ مجلة كلية الدراسات العليا بأكاديمية

مبارك للأمن ؛ العدد الرابع؛ جانفي 2001

د/ الأزعر نصر الدين

– حرية الصحافة في الجزائر بين تقنين قمعي؛ خناق اقتصادي؛ سلطة مسبدة وأمن منعدم؛ المجلة العربية لحقوق الإنسان في الجزائر؛ العدد04؛ تونس؛ وحدة الطباعة للمعهد العربي؛ ضمن التقرير السنوي لسنة 1997

د/إسماعيل محمد سلامة :

–التوقيف.. مصطلح أدق للتعبير عن الحبس الاحتياطي, المجلة العربية لعلوم الشرطة, القاهرة العدد 103 أكتوبر سنة 1983.

أة/ بدارنية رقية

– مسؤولية الإدارة عن عدم تنفيذ قرارات القضاء؛ مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني:"مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية"؛ المركز الجامعي –د.مولاي الطاهر –سعيدة يومي 13-14- ماي 2006

د/ بدران مراد:

– الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة 124" **النظام القانوني للأوامر**" مجلة إدارة؛ المجلد10؛ العدد2؛ سنة2000.

– المسؤولية عن الاعتقال الإداري؛ مقالة ملقاة في أشغال الملتقى الوطني حول مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية؛ المركز الجامعي د/ مولاي الطاهر؛ سعيدة ؛ يومي 13-14- ماي 2006

–بدر الدين يونس:

– حماية الحرية الفردية في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري(الحبس المؤقت نموذجا)؛ مدخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول الحريات والحقوق في ظل العولمة – غير منشورة–

د/ بوبكرا إدريس

– نظام اعتماد الأحزاب السياسية؛ طبقا للأمر 09/97 المتضمن القانون العضوي للأحزاب السياسية بين الحرية والتقييد مجلة الإدارة المجلد 8؛ عدد02؛ سنة1998

د/ بوزيد الدين:

– إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة؛ مقال غير منشور مقدم إلى ملتقى القضاء الإداري وحقوق الإنسان؛ وجدة المغرب؛ أفريل 1995م1414هـ / 1994م .

– الحصانة الديبلوماسية في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي؛ مجلة الحضارة الإسلامية؛ العدد02؛ لشهر أفريل1996.

د/ بوزيد لزهاري

– تعديل 28 نوفمبر 1996وحقوق الإنسان؛ مجلة الإدارة؛ المجلد 7؛ العدد1؛ سنة1997

د/ بوالشعير سعيد

– التشريع عن طريق الأوامر وأثره على استقلالية المجلس الشعبي الوطني المجلة الجزائرية للدراسات القانونية لسنة 1988 عدد 01

– وجهة نظر قانونية حول استقالة رئيس الجمهورية في 11يناير1992؛ مجلة إدارة؛ المجلد3؛ العدد1؛ 1993

د/داود عبد الرزاق الباز:

– تدابير حماية الأمن العام في إطار الطبيعة الوقائية للضبط الإداري بين الشريعة والقانون؛ المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب؛ أكاديمية نايف للعلوم الأمنية؛ العدد35؛ مارس2003

– دايم بلقاسم

– الحماية القانونية للسكينة العامة بحث في مجلة العلوم القانونية والإدارية؛ جامعة تلمسان العد02 ؛ سنة 2004

د/ دليو فضيل :

– الصحافة المكتوبة في الجزائر بين الأصالة والاغتراب؛ بحث منشور في مجلة التبصرة العدد5؛ مارس2000؛ دار الخلدونية الجزائر .

د/ وجدي ثابت غبريال:

– حماية الحرية في مواجهة التشريع ,مجلة المحاماة العددين 3و4؛ مارس و أفريل 1990

د/ وحيد رأفت:

– مسؤولية الإدارة عن أعمالها، مقالة منشورة بمجلة القانون والاقتصاد، السنة التاسعة، العدد03 .

د/ حسن حنفي:

– مقاصد الشريعة وأهداف الأمة قراءة في الموافقات للشاطبي بحث منشور في مجلة المسلم المعاصر العدد 103 السنة26.

د/ حسني درويش:

– الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية؛ مجلة قضايا الحكومة؛ القاهرة.

د/ حسن صادق المرصفاوي

– حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية, مرحلة ما قبل المحاكمة، في النظام القانوني المصري؛ محاضرة ضمن المؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي الإسكندرية من 9- 12 أبريل 1988

د/ يحي محمد:

– نظرية المقاصد والواقع؛ مجلة قضايا إسلامية معاصرة؛ العدد08؛ عدد خاص بمقاصد الشريعة.

لحسين بن الشيخ آث ملويا

– المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول والثاني؛ دار هومة؛ الجزائر؛ سنة 2002

د/ لحسن بركة:

– "بعد توقيف المسار الانتخابي، أزمة شرعية ..."؛ المنشور بجريدة المجاهد اليومية ليوم 14 جانفي 1994.

د/ موسى مصطفى شحادة

– المبادئ العامة للقانون المتصلة بفكرة الحرية العامة في أحكام القضاء الاداري؛ ؛ مجلة الشريعة والقانون؛ العدد18 يناير 2003

د/ محمد أنور البصول

– وظائف الشرطة؛ مجلة الشرطة الدورية، المديرية العامة للأمن الوطني، العدد 62 مارس 2001

محمد مهدي شمس الدين

– مقاصد الشريعة حوار مع عبد الجبار رفاعي مجلة آفاق التجديد؛ دار الفكر؛ بيروت 2001

د/ محمد نسيب أرزقي

– مفهوم الدولة وهيبتها؛ جريدة "الجزائر اليوم" بتاريخ 1992/12/12.

د/ محمد فاروق النبهان

– أبحاث إسلامية في التشريع والفكر والحضارة؛ مؤسسة الرسالة سوريا ؛ط1؛ سنة1986

محمد الصالح خراز:

– المفهوم القانوني لفكرة النظام العام؛ مجلة الدراسات القانونية؛ دار القبة للنشر والتوزيع الجزائر؛ ط6؛ سنة 2003.

د/محمود عاطف البنا:

– الضبط الإداري بين الحرية والنظام العام؛ مجلة الأمن والقانون؛ كلية الشرطة دبي؛ السنة الثانية؛ العدد1؛ يناير1994.

د/ محمود سعد الدين الشريف:

– أساليب الضبط الإداري والقيود الواردة عليها ،مجلة مجلس الدولة السنة الثانية عشر 1964 .

– فلسفة العلاقة بين الضبط الاداري وبين الحريات العامة؛ مجلة مجلس الدولة؛ السنة الثانية عشر؛ سنة 1964

د/ منيب محمد الربيع:

– النظام العام؛ مقال بمجلة الأمن العام المصرية؛ القاهرة؛ العدد 98.

د/ مسعود شيهوب:

– الحماية القضائية للحريات العامة في الظروف الاستثنائية؛ المجلة الجزائرية للعلوم القانونية رقم 01، سنة 1998

د/ نعيم عطية

– الإدارة والحرية في الأوقات غير العادية؛ مجلة العلوم الإدارية؛ الناشر الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية؛ القاهرة؛ السنة 21؛ العدد 02؛ ديسمبر1979

د/ سليمان الطماوي

– "الضبط الإداري، دراسة مقارنة"، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي عدد1، جانفي 1993

د/سعد عصفور

– حرية الاجتماع في انجلترا وفرنسا ومصر– بحث مقارن– منشور بمجلة مجلس الدولة؛ دار النشر للجامعات المصرية القاهرة؛ السنة الثالثة؛ يناير1952؛ ص229

– مشكلة الضمانات والحريات العامة في مصر؛ مجلة المحاماة العدد 3 و4 السنة 56؛ القاهرة.

د/ توفيق الشاوي

– مبدأ سيادة القانون الإسلامي مقالة منشورة في جريدة الوفد المصرية بتاريخ11 سبتمبر 1986.

عبد الوهاب خلاف:

- السلطات الثلاث في الإسلام؛ بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد؛ مارس1936

- تفسير النصوص القانونية وتأويلها؛ مجلة القانون والاقتصاد العدد02؛ السنة الثامنة عشر1948

د/ عبد الحليم عويس:

- الحسبة وظيفة إسلامية في حاجة إلى رؤية جديدة؛ مجلة المسلم المعاصر؛ عدد29؛ يناير1982.

د/عبد الله بن بيـــــّه:

- معالم وضوابط التواصل مع الآخر ووسائله وآلياته" مقالة منشورة على الانترنت مقدمة إلى مـــؤتمر " نحـــن... والآخر".

وزارة الأوقاف بدولة الكويت 6-8 مارس 2006 على الإنترنت ؛ موقع قوقل

د/ عبد المجيد زعلاني

- سلطة رئيس الجمهورية في مجالي التشريع والتنظيم؛ مقال من جريدة الخبر ليوم 2001/04/21.

د/ عبد القادر الفارس

- العولمة ودولة الرعاية ؛ مقالة منشورة بمجلة المستقبل العربي العدد 4؛ سنةً2004 .

د/ عبد الرزاق السنهوري:

- مخالفة التشريع والدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة. جانفي، 1952

د/ عوابدي عمار

- الجوانب القانونية لفكرة البوليس الإداري؛ المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية؛ العدد04؛ سنة 1987؛ جامعة الجزائر.

عليان بوزيان:

- السلطة السياسية من العصبية القبلية إلى التعددية الحزبية؛ - رؤية خلدونية معاصرة- مجلة الخلدونية في العلوم الإنسانية والاجتماعية؛ تصدر عن جامعة ابن خلدون تيارت؛ العدد التجريبي؛ السنة الأولى؛ جانفي 2005.

- مسؤولية الدولة عن أعمال حفظ النظام العام مقالة ملقاة- غير منشورة- في أشغال الملتقى الوطني حول: مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية؛ المنعقد بالمركز الجامعي– د.مولاي الطاهر – سعيدة يـــومي 13-14- مـــاي 2006

- الحرية ومشكلة الضمانات في ظل العولمة في ظل دستور 1996؛ مقال منشور بمجلة الحقوق والعلوم الاجتماعية؛ جامعة عمار ثليجي الأغواط؛ العدد الأول؛ ماي 2006

د/علي خطار

- مشروعية إجراءات اضبط الإداري المتعلقة بالأمن العام"، مجلة العلوم الإدارية، العدد الثاني، ديسمبر 1994.

د/ عمرو مصطفي الوردانى:

- المقاصد الشرعية عند الإمام شريح القاضي؛ بحث منشور في مجلة المسلم المعاصر – عدد خاص بمقاصد الشريعة- العدد 103؛ فبراير؛ مارس 2002.

د/عصام نعمة إسماعيل

– يبقى القضاء ملاذاً نهائياً لحماية الحرية الدينية؛ مقالة على الانترنت مركز بيروت للأبحاث والمعلومات؛ على موقع www. google.com.

أ/ قاشي علال

– الآليات القانونية الداخلية لكفالة الحقوق والحريات الأساسية للإنسان والمواطن؛ – مجلة الحقوق والعلوم الاجتماعية؛ جامعة عمار ثليجي الأغواط العدد الأول؛ ماي 2006

مجلة البصيرة

– ملف الإصلاح البرلماني، العدد التاسع، دار الخلدونية الجزائر؛–2004–

مجلة الدرك الوطني:

– تصدر عن خلية الاتصال بقيادة الدرك الوطني، قيادة الدرك، الشراقة، العدد13، مارس2005 .

جريدة رسالة الأطلس

– أسبوعية؛ العدد من 23–29 لشهر سبتمبر سنة 1993.

جريدة "الوطن"

– العدد: 264 المؤرخة في 1999/01/05

جريدة اليوم

– الصادرة في يوم 2002/12/11.

مجلة مجلس الدولة الجزائري

– أشغال افتتاح السنة القضائية 2001–2002؛ العدد 1، 2002

جريدة الفجر

– " 40 منظمة لحقوق الإنسان في العالم تطالب برفع حالة الطوارئ في الجزائر "؛ ليوم2004/03/14.

– العدد: 06 السنة 01 ، المؤرخة في 2000/10/11م

جريدة الخبر

–" فاروق قسنطيني في منتدى المجاهد الدولة أول مفقود..؛ العدد3740؛بتاريخ 2003/3/30.

– العدد 3835؛ بتاريخ 2003/07/20

– " غدا يوم بلا صحافة" العدد3889؛ بتاريخ 2003/9/21.

– منع وزارة الداخلية للمسيرة لتعلقها بالنظام العام العدد 2989، المؤرخة في: 11/ 2000/10م،

– العدد 3007؛ الصادرة بتاريخ 01 نوفمبر 2000.

–"الرابطة الجزائرية لحقوق الإنسان تدعو السلطات للتدخل"؛ عدد 3892 بتاريخ 28 سبتمبر 2003؛

– "تراجع وتيرة العنف في الجزائر؛ تعليق على التقرير السنوي لعام 2003لمنظمة " **هيومن رايت ووتش** عدد 3680؛ الصادرة بتاريخ 2003/02/16

– العدد 4204، الصادرة في 29 سبتمبر 2004.

-"مفهوم القذف في الصحافة" في أشغال الندوة الدولية المنعقدة في الجزائر يومي 7 و8 ديسمبر 2003 العددين 3953 و 3954 الصادرين على التوالي في 8و 9ديسمبر 2003.

[1] – المنظمة العربية لحقوق الإنسان:

- تقرير المنظمة لحالة حقوق الإنسان في الجزائر لسنة 1991 .
- تقرير المنظمة لحالة حقوق الإنسان في الجزائر لعام 1993.
- تقرير المنظمة لحالة حقوق الإنسان في الجزائر لعام 1994 .
- تقرير المنظمة لحالة حقوق الإنسان في الجزائر تقرير 1995.
- تقرير المنظمة لحالة حقوق الإنسان في الجزائر؛ لسنة 2000.

المرصد الوطني لحقوق الإنسان

- التقرير السنوي لعام 1997 .
- التقرير السنوي لعام 1998.

خامسا: القوانين والمراسيم والقرارت:

1– الدساتير والقوانين العضوية

- دستور الجزائر الصادر في 23 فبراير1989.
- دستور الجزائر الصادر بتاريخ 28 نوفمبر1996 .
- القانون العضوي رقم 99-02 المؤرخ في 8 مارس 1999 المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة وعملهما، وكذلك العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 15 الصادرة في 9 مارس 1999.
- القانون رقم 89-11، المؤرخ في 5 جوان 1989 المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 27 ، الصادرة في 5 جوان 1989؛ قد تم إلغائه بموجب الأمر رقم 97-09، المؤرخ في 6 مارس 1997، المتضمن **القانون العضوي** المتعلق بالأحزاب السياسية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 12 الصادرة في 6 مارس 1997 .
- الأمر رقم 07/97 المؤرخ في 07 مارس 1997 المتضمن **القانون العضوي** المتعلق بنظام الانتخابات، الجريدة الرسمية رقم12 الصادر في 06 مارس 1997، ص 03والمعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 01/04 المؤرخ في 07 فبراير 2004، جريدة رسمية09، المؤرخة في 11 فيفري 2004.
- القانون رقم 01/01 المؤرخ في 31 جانفي 2001 والمتعلق بعضو البرلمان ، الجريدة الرسمية رقم 09 المؤرخة في 04 فبراير 2001
- الأمر رقم 07/97 المؤرخ في 07 مارس 1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، الجريدة الرسمية رقم12 الصادر في 06 مارس 1997، ص 03. و المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 01/04 المؤرخ في 07 فبراير 2004، الجريدة الرسمية09، المؤرخة في 11 فيفري 2004.
- القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيم عمله

2-القوانين العادية والأوامر التشريعية

- القانون رقم، 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985م،، المتعلق بالصحة العمومية ؛المعدل والمتمم بالقانون رقم: 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990م، وبموجب القانون رقم 09/98 مؤرخ في 19 أوت 1998، الجريدة الرسمية، العدد 61.

- القانون رقم 09/87 مؤرخ في 1987/02/10، يتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها، الجريدة الرسمية العدد 7.

- القانون رقم 28/89؛ المتعلق بالاجتماعات العمومية والمظاهرات؛ المؤرخ في 1989/12/31؛ جريدة رسمية رقم04؛ الصادرة بتاريخ 24 جانفي 1990 المعدل والمتمم بالقانون رقم 91/ 19المؤرخ في 02ديسمبر 1991 المعدل والمتمم لقانون28/89 المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية؛ جريدة رسمية رقم63؛ الصادرة بتاريخ 04 ديسمبر1991.

- القانون رقم 90-02، مؤرخ في 06 فيفري 1990، متعلق بالوقاية من التراعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، جريدة رسمية عدد 06، صادرة سنة 1990، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 91-27، مؤرخ في 21 ديسمبر 1991، جريدة رسمية العدد 68، صادرة في سنة 1991.

- القانون 08/90 المؤرخ في 07 أفريل 1990، المتضمن قانون البلدية، الجريدة الرسمية، رقم 15،

- القانون 09/90 مؤرخ في 07 أفريل 1990 المتضمن قانون الولاية، الجريد الرسمية، رقم 15.

- القانون رقم 90-14، المؤرخ في 02 يونيو 1990، يتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، جريدة رسمية العدد 23، الصادرة في 06 يونيو 1990، المعدل والمتمم بقانون رقم 91-30 مؤرخ في 21 ديسمبر 1991، جريدة رسمية العدد 68، الصادرة في 25 ديسمبر 1991، وبالأمر رقم 96-12، مؤرخ في 10 يونيو 1996، جريدة رسمية؛ العدد 36، صادرة في 12 يونيو 1996.

- القانون رقم 20/90 المؤرخ في 15/أوت / 1990 المتعلق بالتعويض عن الأضرار الجسمانية (دون المالية) على اثر قانون العفو عن الأحداث التي وقعت في 5 أكتوبر 1988،. الجريدة الرسمية العدد 35سنة1990.

- القانون 90- 35 مؤرخ في 1990/12/25م يتعلق بالأمن والسلامة واستعمال والحفاظ في استغلال النقل بالسكك الحديدة، الجريدة الرسمية، العدد 56، الصادرة في 26 ديسمبر1990.

- القانون رقم 02/91 المؤرخ في 1991/01/08، الجريدة الرسمية رقم 02 لسنة 1991.

- القانون 05/91 المؤرخ في 16 جانفي1991؛ يتضمن تعميم استعمال اللغة العربية جريدة رسمية عدد3 الصادرة بتاريخ 16 يناير 1991. المجمد بموجب المرسوم التشريعي رقم 02/92 المؤرخ في 04 يوليو1992؛ جريدة رسمية عدد54؛ الصادرة بتاريخ 15 جانفي 1992؛ ليعاد تطبيقه ورفع التجميد بموجب الأمر رقم 30/96 المؤرخ في 12ديسمبر 1996 جريدة رسمية عدد81؛ الصادرة بتاريخ22ديسمبر1996

- القانون 23/91 المؤرخ في 06 ديسمبر 1991 والمتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية؛ الجريد الرسمية؛ رقم 62

- القانون رقم: 98- 04 المؤرخ في 15 يونيو سنة: 1998م يتعلق **بحماية التراث الثقافي** من الجريدة الرسمية، العدد: 44، المؤرخة في 17يونيو سنة1998

- القانون رقم 01-05 المؤرخ في 2001/05/28 المعدل و المتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966، **المتضمن قانون الإجراءات المدنية**، الجريدة الرسمية رقم 29 الصادرة في 2001/05/23.

- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن **قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم**.بالقانون رقم 04-14 المؤرخ في 2004/11/10؛ جريدة رسمية العدد71 الصادرة بتاريخ 2004/11/10؛ والقانون **22/06** المؤرخ في 2006/12/20؛ جريدة رسمية 84 الصادرة بتاريخ 2006/12/24.

- الأمر رقم 67- 190 المؤرخ في 27 سبتمبر 1967م، **المتعلق بوضعية الأجانب**.

- الأمر رقم: 75 – 41 مؤرخ في 17 يونيو 1975م، يتعلق **باستغلال محلات بيع المشروبات**، الجريدة الرسمية، عدد55، الصادر في 17 يونيو 1975م.

- الأمر رقم 76-04 مؤرخ في 1976/02/20، يتعلق **بتنظيم قواعد الأمن من مخاطر الحرائق والفزع**، الجريدة الرسمية، العدد21.

- الأمر الرئاسي رقم 02/05المؤرخ في 27 فبراير2005المعدل والمتمم **لقانون الأسرة** رقم 11/84؛ الجريدة الرسمية؛ العدد15 سنة 2005.

3-المراسيم التشريعية:

- المرسوم التشريعي رقم 02/92 المؤرخ في 04 يوليو1992؛ جريدة رسمية عدد54؛ الصادرة بتاريخ 15 جانفي 1992.

- المرسوم التشريعي 92-03 المؤرخ في 1992/10/30المتعلق **بمكافحة التخريب والإرهاب**؛ جريدة رسمية 70 بتاريخ 1992/10/1؛ المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي 93-05 المؤرخ في 1993/10/19؛ جريدة رسمية؛ رقم 25؛ بتاريخ 25/ 1993/04.

- المرسوم التشريعي رقم 94- 13 المؤرخ في: 1994/05/28 الذي يحدد القواعد العامة المتعلق **بالصيد البحري**.

- المرسوم التشريعي رقم 93- 02 مؤرخ في: 1993/02/06م، يتضمن **تمديد حالة الطوارئ** (لأجل غير مسمى) جريدة رسمية العدد: 08 ؛الصادرة في 1993/02/07م.

4-المراسيم الرئاسية:

- المرسوم الرئاسي 89-67، المؤرخ في 16 ماي 1989،المتضمن **الانضمام إلى العهد الدولي** الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

- المرسوم الرئاسي رقم: 91- 196 المؤرخ في 1991/06/04المتضمن **تقرير حالة الحصار**؛ الجريدة الرسمية عدد29: الصادر في 12 جوان 1991م. .

- المرسوم الرئاسي؛ رقم:336/91؛ المؤرخ في 1991/09/29؛ المتضمن **رفع حالة الحصار**؛ جريدة رسمية رقم44 الصادرة بتاريخ 1991/09/25

- المرسوم الرئاسي رقم 91-488 المؤرخ في 1991/09/21 المتعلق بتطبيق القانون رقم 91-23 **المتعلق بتطبيق القانون 91-336 المتعلق بمساهمة الجيش الوطني في مهام حماية الأمن العمومي** خارج الحالات الاستثنائية؛ جريدة رسمية رقم 66 الصادرة في 1991/12/22.

- المرسوم الرئاسي رقم: 92- 44 المؤرخ في: 1992/02/09، يتضمن **إعلان حالة الطوارئ**، جريدة رسمية العدد:10، السنة: 29 الصادر في: 1992/02/09.

- المرسوم الرئاسي رقم: 92- 320 المؤرخ في: 11/08/ 1992، **المتمم** للمرسوم الرئاسي رقم:44/92 المتعلق **بتمديد إعلان حالة الطوارئ**؛ جريدة رسمية رقم61؛ الصادرة1992/08/12

- المرسوم الرئاسي رقم 06-124 المؤرخ في 27 مارس 2006 المحدد لكيفيات **إعادة إدماج أو تعويض الأشخاص** الذين كانوا موضوع إجراءات إدارية للتسريح بسبب الأفعال المتصلة **بالمأساة الوطنية**. الجريدة الرسمية رقم 19 الصادرة في 29 مارس 2006.

5-المراسيم التنفيذية:

- المرسوم التنفيذي رقم:89- 165 المؤرخ في: 29 غشت 1989م، يحدد **صلاحيات وزير النقل**، الجريدة الرسمية، العدد: 36، السنة :26، مؤرخة في: 30 غشت سنة: 1989م،.

- المرسوم التنفيذي رقم 266/90؛ المؤرخ في 11ديسمبر1990 المتعلق **بضمان المنتوجات والخدمات**.

- المرسوم التنفيذي رقم: 90- 12 المؤرخ في 1990/01/01 م يحدد **صلاحيات وزير الفلاحة**، الجريدة الرسمية، العدد: 2، السنة 27، مؤرخة في: 90/10/10م.

- المرسوم التنفيذي 81/91 المؤرخ في 23مارس1991؛ المتعلق **ببناء المسجد وتنظيمه وتسييره**؛ جريدة رسمية رقم 16؛

- المرسوم التنفيذي رقم91-201 المؤرخ في 25جوان1991؛ الذي يضبط **حدود الوضع في مركز الأمن** وشروطه؛ تطبيقا للمادة 04 من المرسم الرئاسي المقرر لحالة الحصار؛ جريدة رسمية عدد31؛ الصادرة بتاريخ29جوان1991.

- المرسوم التنفيذي رقم 91-202، المؤرخ في 25جوان1991؛ الذي يضبط حدود **الوضع تحت الإقامة الجبرية** وشروطها تطبيقا للمادة 04من المرسم الرئاسي المقرر لحالة الحصار؛ جريدة رسمية العدد:31 الصادرة في 26 جوان1991 م.

- المرسوم التنفيذي رقم: 91-203، المؤرخ في25جوان1991 الذي يضبط حدود تطبيق **تدابير المنع من الإقامة** تطبيقا للمادة 08 من المرسوم الرئاسي المقرر لحالة الحصار؛ جريدة رسمية عدد:31 الصادرة في 26جوان1991.

- المرسوم التنفيذي رقم:91- 204 المؤرخ في: 25جوان 1991م، المحدد **لشروط تطبيق المادة 07** من المرسوم الرئاسي المقرر لحالة الحصار جريدة رسمية؛ العدد: 31 الصادرة في 26جوان1991م.

- المداولة رقم 92-02 الصادر في 14 فبراير 1992 من المجلس الأعلى للدولة ، المتعلقة **بالمراسيم ذات الطابع التشريعي** الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 28 الصادرة في 15 أفريل 1992

- المرسوم التنفيذي رقم 91- 524 المؤرخ في 25ديسمبر1991 المتضمن القانون الأساسي الخاص **بموظفي الأمن الوطني** .

- المرسوم التنفيذي رقم 92-75 المؤرخ في 20 فبراير 1992 المحدد **لشروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي** رقم 92-44 المتضمن لتقرير حالة الطوارئ؛ الجريدة الرسمية رقم 14 الصادرة في 23 فبراير 1992.

- المرسوم التنفيذي رقم 92-143؛ المؤرخ في 1992/04/11؛المتعلق **بتوقيف عضوية منتخبي المجالس الشعبية الولائية والمجالس الشعبية البلدية**؛ جريدة رسمية رقم27

- المرسوم التنفيذي رقم 184/93، المؤرخ في 27 يوليو 1993، يتعلق **بحماية البيئة والمنظم لإثارة الضجيج** ، الجريدة الرسمية العدد50،

- المرسوم التنفيذي رقم 94-247، مؤرخ في: 10 أوت 94، **يحدد صلاحيات وزير الداخلية** والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري...، الجريدة الرسمية، العدد: 53، مؤرخة في: 21 غشت 94.

- المرسوم التنفيذي رقم 96- 121 الذي يحدد **شروط ممارسة الصيد البحري**، ويضبط الجريدة الرسمية، العدد: 22، السنة: 33، مؤرخة: 96/04/10.

- المرسوم التنفيذي رقم: 97- 493 الذي يعرف مختلف أنواع مؤسسات الصيد البحري ويحدد شروط إنشائها وقواعد استغلالها؛ الجريدة الرسمية، العدد: 85، السنة: 34، مؤرخة في:1997/12/24م.

- المرسوم التنفيذي رقم 98/ 339 المتعلق بضبط التنظيم الذي **يطبق على المنشآت** ويحدد قائمتها الجريدة الرسمية العدد 82 الصادرة في 4 نوفمبر 1998.

- المرسوم التنفيذي رقم: 99- 158 الجريدة الرسمية: العدد: 49، السنة: 36، المؤرخة في 25/يوليو سنة 1999

6- المراسيم

- المرسوم رقم:76- 34 المتعلق **بالعمارات المخطرة وغير الصحية والمزعجة**، الجريدة الرسمية، العدد 21، السنة: 13، المؤرخة في: 1976/03/12

- المرسوم رقم: 76- 35 والمتعلق **بنظام الأمن من أخطار الحريق والفزع** في العمارات المرتفعة، المذكور أعلاه، الجريدة الرسمية، العدد:21، السنة: 13، المؤرخة في: 1976/03/12.

- مرسوم رقم 76-36، المتعلق **بالحماية من أخطار الحرائق** في المؤسسات الخاصة باستقبال الجمهور، الجريدة الرسمية، ع21، السنة 13، مؤرخة في 1976/03/12م.

- المرسوم 104/80؛ المؤرخ في 5 فبراير1980 والمتضمن **خدمة الدرك** والمتمم بالمرسوم 19/88 المؤرخ في 2مارس1988 والمحدد لمهام الدرك وتنظيمه

- المرسوم رقم: 83- 373 المحدد سلطات الوالي في ميدان **الأمن والمحافظة على النظام العام**.الجريدة الرسمية رقم 22

- المرسوم رقم 481/83 المؤرخ في 13 أوت 1983 والذي يحدد الأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على **موظفي الأمن العمومي**.

- المرسوم رقم: 83- 699 المؤرخ في 1983/11/20م، المتعلق **برخصة الطرق والشبكات**، الجريدة الرسمية، العدد: 49، السنة: 20، المؤرخة في 83/11/29م.

- المرسوم رقم:87- 44 المؤرخ في: 1987/02/10م المتعلق **بوقاية الأملاك الغابية الوطنية**، جريدة رسمية العدد: 07، السنة: 24، المؤرخة في: 1987/02/11م.

7 – القرارات الإدارية

- القرار المتعلق **بالأسعار القصوى** في مختلف مراحل توزيع **السميد والدقيق والخبز**، الجريدة الرسمية، العدد: 86، سنة 29 مؤرخة في: 6 ديسمبر سنة 1992م

- القرار المتعلق **بالأسعار القصوى للحليب المسحوق** في مختلف مراحل التوزيع، الجريدة الرسمية، العدد: 86، سنة: 29 والمؤرخة في: 1992/12/06

- القرارات المؤرخة في 1992/02/10؛ المتضمنة **إنشاء مراكز الأمن** في كل مكان من رقان؛ عين صالح؛ ورقلة، جريدة رسمية؛ رقم 11 ؛ المؤرخة في1992/02/11م

- القرار المؤرخ في المؤرخ في: 1992/02/11م؛ والمتضمن **تفويض الإمضاء إلى الولاة** فيما يخص الوضع في مراكز الأمن، جريدة رسمية عدد:11، السنة:29 الصادر في 1992/02/11

- قرارات **غلق مراكز الأمن** في الصحراء: الجريدة الرسمية، عدد: 82، سنة: 1992م، ثم الجريدة:الرسمية؛ العدد:85 عام 1992م.

- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 1992/02/10م يتضمن التنظيم العام **لتدابير الحفاظ على النظام العام في إطار حالة الطوارئ**، الجريدة الرسمية عدد: 11 لسنة: 29، المؤرخة في 1992/02/11م.

- القرارات المؤرخة في: 1992/11/30 والمتضمنة **إعلان حظر تجول** في تراب بعض الولايات، جريدة رسمية عدد: 85، سنة: 29 الصادرة في:1992/12/02م.

- مجموعة المراسيم التنفيذية التدريجية من92-142؛ و92-436 والمتضمنة **حل المجالس الشعبية البلدية**، تطبيقا للمادة 08 من المرسوم الرئاسي المقرر لحالة الطوارئ. جريدة رسمية على التوالي عدد:27: مؤرخة في 1992/04/11م، و 85 ؛ المؤرخة في 1992/11/30

- القرارات المؤرخة في: 1992/08/15م المتضمنة **تعليق صدورها يوميات**"لوماتان- لاناصيون- الجزائر اليوم- الصحافة- بريد الشرق- ليبرتي" جريدة رسمية عدد:76 السنة: 29 الصادرة في:1992/10/21 .3

- القرارات المؤرخة في: 1992/10/06م، المتضمنة **رفع تعليق صدور** اليوميات: لاناصيون- لوماتان- الجزائر اليوم- ليبرتي- الجريدة الرسمية، عدد:77، السنة:29، المؤرخة في: 1992/10/26م

سادسا:المراجع باللغة الفرنسية

1- Les OUVRAGES

-(A) De LAUBADERE:
- Traite elementaire de droit administratif. 7 ed , Paris 1976 .

- De Laubadere (A. de) et Venezia (j.c) et Gaudemet (y)
- Traité de Droit administratif, Paris, L. G. D. J, T1, 10e Ed, 1988.

-C. Colliard
- Libertés publiques. 5 et. Paris Dalloz .1975.

- Georges Burdeau :
- traité de science politique ; 1948

-Charles debbashe :
- droit administratif, 3éme éd. Cujas, paris, 1971.

- VEDEL (G) Et DELVOLVE (P)
- Droit administratif .11 et .paris, 1990

- D.Roland DRAGO
- L'état d'urgence.(Lois du …..Avril et 7 Aout 1955) et les libertés publiques R.D.P, 1955.

- (J) Rivero:
- Droit administratif, Paris Dalloz, 8e Ed, 1977, p: 401.
- les libertés publiques

- G . VEDEL .
- droit constitutionnel et institutions politique . 1959 -1960

- J.BURDEAU
- Droit constitutionnel et institutions politiques 1976 .

-Jaque Robert
-. Les situations d'urgences en droit administratif in « Revue international de droit compare. N° 02 Avril Juin 1990.

-M.long. P.Weil. P.Delvolve G . Braibant. B. Genevois
- les Grand arrêts: 15é édition Dalloz:,2005.

2- LES THESES

Blavoet :
- des recoures juridictionnelles contre les mesures de police, thèse ; Paris, 1908.

(J).CASTAGNE:–
- Le contrôle juridictionnel et la légalité des actes de police administratif. Droit paris 1964.

- Michèle VOISSET .

- L'article 16 de la constitution du 4 octobre 1958 . thèse , droit , Paris L.G.D.J.. 1969 -

-Paul Bernard −

-. la Notion d ordre publique en droit administratif.. these. 1962

3 −LES REVUES

SWEPSTON Lee,

- «Droits de l'homme et libertés syndicale: évolution sous le contrôle de l'OIT», Revue internationale du Travail, vol. 137 , 1998,.

-Chaouche Ben-YELLES

- Liberté de communication et ordre public . Revue Algerienne Des Sciences Juridiques….Sommaire n°01.1998

-
www.conseilconstitutionnel.dz/Arabe/Jurisprudences/Jurisprudence96_1.htm

المقدمة.....ص "أ" إلى ص "ف"

الباب الأول: علاقة حفظ النظام العام بممارسة الحريات العامة – عملية التأثير و التأثر المتبادل–

– دراسة تأصيلية مقارنة في حالة السكون –.....**02**

الفصل الأول: تأصيل فكرة النظـــام العـــام في الشريعة والقانون الجزائري..... .....**04**

المبحث الأول: ماهية النظام العام في الشريعة والقانون.....**05**

المطلب الأول: مفهوم فكرة النظام العام في الشريعة والقانون **06**

الفرع الأول: التعريف بفكرة النظام العام في الفقه القانوني الوضعي.....**07**

أولا: التعريف بفكرة النظام العام في الفكر القانوني:.....**08**

ثانيا: تأصيل مضمون النظام العام في الفقه الوضعي. **17**

الفرع الثاني: تحديد مدلول النظام العام الشرعي في الفقه الإسلامي.....**30**

أولا: محاولات تأصيل فكرة النظام العام وتحديد مفهومها في الشريعة الإسلامية:.....**31**

ثانيا: مقصد حفظ نظام الأمة كمقصد مستقل في إطار منظومة مقاصد الشريعة. **45**

المطلب الثاني: طبيعة فكرة النظام العام وخصائصه في الشريعة والقانون.....**59**

الفرع الأول: طبيعة فكرة النظام العام في الشريعة والقانون **62**

أولا: طبيعة فكرة النظام العام في القانون الاداري **62**

ثانيا: طبيعة فكرة النظام العام في الفقه الإسلامي:..... **65**

الفرع الثاني: خصائص النظام العام في الشريعة والقانون.....**70**

أولا: خصائص فكرة النظام العام في الفقه الوضعي.....**70**

ثانيا: خصائص النظام العام الشرعي.....**75**

المبحث الثاني: عناصر فكرة النظام العام وعلاقتها بفكرة الحرية في الشريعة والفانون.....**84**

المطلب الأول:عناصر حفظ النظام العام ونطاق إعمالها– دراسة مقارنة–.....**85**

الفرع الأول: عناصر النظام العام – دراسة مقارنة–.....**86**

أولا: عناصر النظام العام في الفقه الوضعي وتطبيقاتها في القانون الجزائري.....**87**

ثانيا: عناصر النظام العام الشرعي وتطبيقاتها في النظام الإسلامي.....**104**

الفرع الثاني: نطاق إعمال فكرة النظام العام في الفقه القانوني الوضعي والفقه الإسلامي.....**114**

أولا: تطبيقات فكرة النظام العام في نطاق القانون الخاص في الجزائر.....**115**

ثانيا: إعمال فكرة النظام العام في مجال القانون العام في الجزائر.....**119**

ثالثا: نطاق تطبيق فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية.....**132**

المطلب الثاني: دور فكرة النظام العام في تحديد نطاق ممارسة الحريات العامة.....138
الفرع الأول: مفهوم الحريات العامة في الشريعة والقانون.....139
أولا: مفهوم الحرية في الشريعة والقانون.....139
ثانيا: نسبية الحريات العامة في الشريعة والقانون 148
الفرع الثاني: تصنيفات الحريات العامة في ضوء فكرة النظام العام.....156
أولا: تصنيف الحريات في الفقه الدستوري الوضعي:.....157
ثانيا: تصنيفات الحرية في الفقه الإسلامي: 161
الفصل الثاني: فكرة النظـــام العام كمصدر للقيود الواردة على الحريات العامـــة– دراسة مقارنة-...167
المبحث الأول: دور فكرة النظام العام في تقييد ممارسة الحريات العامة. دراسة مقارنة-.....168
المطلب الأول:هيئات وسلطات حفظ النظام العام في الشريعة والقانون.....170
الفرع الأول: دور هيئات الضبط التشريعي في صيانة النظام العام في الشريعة والقانون.....171
أولا: الضبط التشريعي ودوره في حفظ النظام العام في الفقه الوضعي:.....172
ثانيا: الضبط التشريعي للخليفة في فقه الشريعة الإسلامية 177
الفرع الثاني: دور هيئات الضبط الإداري في حفظ النظام العام.....183
أولا: سلطات الضبط الاداري في الفقه القانوني الجزائري 183
ثانيا: هيئات ومؤسسات حفظ نظام الأمة في النظام الإسلامي.....197
المطلب الثاني: وسائل حفظ النظام العام ودورها في تقييد الحرية في الشريعة والقانون.....211
الفرع الأول: أسلوب الضبط التشريعي ودوره في حماية النظام العام.....212
أولا: أسلوب الضبط التشريعي في الفقه القانوني 212
ثانيا: سلطة الضبط التشريعي ودورها في حماية النظام العام الشرعي.....218
الفرع الثاني: دور فكرة النظام العام في توسيع سلطات الضبط القضائي – دراسة مقارنة - 223
أولا: دور فكرة النظام العام في توسيع سلطات الضبط الفضائي أثناء التحريات الأولية....224
ثانيا: دور حفظ النظام العام في تقييد الحرية أثناء التحقيق الابتدائي وتطبيقاته في الجزائر...234
ثالثا: دور الضبط القضائي في حماية النظام وأثره في ممارسة الحريات في النظام الإسلامي..238
المبحث الثاني: أساليب الضبط الإداري في حفظ النظام العام وضوابطها في الشريعة والقانون 247
المطلب الأول: دور فكرة النظام العام في توسيع أساليب سلطة الإدارة في مجال الحريات.....249
الفرع الأول: دور أساليب الضبط الإداري في تحقيق النظام العام في الفقه الوضعي.....250
أولا: دور أساليب الضبط الإداري في تحقيق النظام العام في الظروف العادية.....250
1- التنظيم اللائحي الضبطي..... 250

2- تدابير الضبط الفردية ودورها في حفظ النظام العام.....253
3- التنفيذ الجبري لإجراءات الضبط الإداري.....257
4 -دور الجزاءات الإدارية الوقائية في حفظ النظام العام.....262
ثانيا: دور النظام العام في توسيع سلطة الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية.....266
1- ماهية نظرية الظروف الاستثنائية وعلاقتها بفكرة النظام العام.....267
2 - أثر فكرة النظام العام في توسيع السلطة الضبطية في الظروف الاستث.نائية.....276
الفرع الثاني: أساليب الضبط الإداري الإسلامي" الحسبة" في تحقيق النظام العام في فقه الشريعة...281
أولا: الأساليب الدينية الوعظية ودورها في التنظيم اللائحي للنشاط الفردي.....283
ثانيا: الأساليب القانونية والمادية ودورها في حفظ النظام العام الإسلامي.....288
ثالثا: أثر حالة الضرورة العامة في توسيع سلطة المحتسب في القانون العام الإسلامي.....293
المطلب الثاني: ضوابط حفظ النظام العمومي كقيد على وسائل سلطة الضبط الإداري.....299
الفرع الأول: ضوابط حفظ النظام العمومي في الفقه والقضاء الإداريين.....300
أولا: ضوابط مصدرها فكرة الحرية 301
ثانيا: ضوابط مصدرها مبدأ الموازنة بين وسيلة حفظ النظام وبين قيمة الحرية 311
ثالثا: ضوابط تناسب الإجراء الضبطي مع تغاير الظروف 320
الفرع الثاني: ضوابط حفظ النظام العام كضمانة للحرية في الرؤية الإسلامية.....327
أولا: فقه أولويات المصالح في ضوء منازعات القضاء الاداري في الإسلام.....328
ثانيا: معايير الموازنة بين المصالح الواجب تطبيقها في قضاء المظالم.....333
الباب الثاني:انعكاسات أساليب حفظ النظام العام في مجال تقييد ممارسة الحريات العامة
دراسة تطبيقية مقارنة في حالة الحركة- دراسة مقارنة.....347
الفصل الأول: أثر أساليب سلطات حفظ النظام العمومي في تقييد ممارسة الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية- دراسة مقارنة-.....348
المبحث الأول: دور نظرية الظروف الاستثنائية في توسيع سلطات حفظ النظام العمومي.....350
المطلب الأول: أثر حفظ النظام في توسيع أحكام المشروعية الاستثنائية في القانون الجزائري.....351
الفرع الأول: دور حفظ النظام في إعلان حالتي الحصار والطوارئ وتطبيقاتهما في الجزائر.....352
أولا: دور النظام العام في إعلان حالة الحصار وضوابطها في القانون الجزائري.....353
ثانيا: دور النظام العام في إعلان حالة الطوارئ وضوابطها في القانون الجزائري:.....360
الفرع الثاني: دور النظام العام في إعلان الحالات الاستثنائية الأخرى في النظام الجزائري.....367
أولا: الحالة الاستثنائية وضوابطها بين مقتضيات النظام العام والحق في الحرية.....368

ثانيا: حالات استثنائية أخرى في القانون ودورها في حماية النظام العمومي.....375
المطلب الثاني: مظاهر نظرية الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في النظام الإسلامي.....384
الفرع الأول: حالات إعلان حالة الضرورة العامة وضوابطها في القانون العام الإسلامي.....385
أولا: حالات إعلان نظرية الضرورة الشرعية العامة 386
ثانيا: ضوابط مواجهة الأزمات في حالة الضرورة العامة في الفقه السياسي الإسلامي.....390
الفرع الثاني: تطبيقات الإخلال بالنظام العام في ضوء الضوابط الشرعية لحالة الضرورة.....405
أولا: ظاهرة الارتداد والخروج عن الالتزام الإيديولوجي بعقيدة الأمة:.....405
ثانيا: حالة الفتنة الداخلية وأثرها في النظام العام للجماعة " حالة التمرد السياسي".....409
ثالثا: حالة البغي والخروج المسلح على السلطة الشرعية: حالة العصيان المدني.....418
رابعا: جريمة الحرابة ونشر العنف لتهديد أمن الدولة الداخلي:.....420
المبحث الثاني: مظاهر تأثر الحريات العامة من سلطات حفظ النظام في الظروف الاستثنائية... 425
المطلب الأول: مظاهر تقييد الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في القانون الجزائري.....427
الفرع الأول:آثار إعلان حالتي الحصار والطوارئ على ممارسة الحريات العامة في الجزائر.....428
أولا: اثر حالة الحصار في تضييق ممارسة الحريات العامة تقييدا ومصادرة. 428
ثانيا: أثر حالة الطوارئ في تقييد ممارسة الحرية.....434
الفرع الثاني: أساليب سلطة حفظ النظام في تقييد ممارسة الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في النظام القانوني الجزائري:.....443
أولا: أسلوب الاعتقال الإداري وأثره على الحريات الشخصية 443
ثانيا: أسلوبا الوضع تحت الإقامة الجبرية؛ والمنع من الإقامة 451
ثالثا: أسلوب التفتيش ليلا ونهارا وأثره على الحق في الخصوصية.....454
رابعا: واقع حقوق الإنسان وحرياته في ظل تأثيرات الظروف الاستثنائية في الجزائر.....456
المطلب الثاني: مظاهر تأثر الحريات العامة في ظل تطبيقات حالة الضرورة الشرعية العامة.....467
الفرع الأول: موقف سلطة حفظ النظام من الحريات في ظل حالة الضرورة في النظام الإسلامي..468
أولا:أسلوبا الإبعاد الجبري والنفي الاختياري وأثره على التمتع بالحريات الشخصية قضية نفي نصر بن حجاج ونفي أبي ذر الغفاري نموذجا.....468
ثانيا: أسلوب الحجر الصحي أو المنع من التنقل حفظا الصحة العامة طاعون عمواس 475
ثالثا: أسلوب القتل سياسة أو المواجهة المسلحة ضد المحاربين والمرتدين والبغاة.....483
رابعا: أثر حفظ الأمن العام للأمة في ممارسة حرية المعارضة السياسية موقعة الجمل نموذجا ..498

الفصل الثاني:أثر أساليب حفظ النظام العام في تقييد ممارسة الحريات العامة وضمانات حمايتها في ظل الظروف العادية –دراسة مقارنة–.....506
المبحث الأول: أثر سلطات الضبط الإداري في ممارسة الحريات العامة ما بين التنظيم والتقييد....507
المطلب الأول: صور وتطبيقات تأثر الحريات العامة وقاية للنظام العام في القانون الجزائري.....**508**
الفرع الأول: صور وتطبيقات مصادرة الحريات العامة:.....**509**
أولا: أسلوب المنع والحظر وتطبيقاته في الجزائر "الحريات السياسية نموذجا".....**509**
ثانيا: أسلوب الترخيص المسبق وتطبيقاته في الجزائر"حرية الاجتماع والتظاهر نموذجا"....**527**
الفرع الثاني: صور وحالات تقييد الحرية – دراسة مقارنة –.....**544**
أولا: أسلوب الإخطار السابق الحريات النقابية نموذجا.....**544**
ثانيا: أسلوب التوجيه والتنظيم.....**550**
المطلب الثاني: الأساليب المقيدة لممارسة الحرية حفظا لنظام الأمة في الشريعة الإسلامية.....**560**
الفرع الأول: انعكاسات أساليب حفظ النظام العام الشرعي على ممارسة الحريات العامة.....**561**
أولا: أثر تطبيق الحدود على حرية العقيدة نموذجا:.....**561**
ثانيا: أثر حفظ نظام الأمة في تفعيل حماية الحريات الضرورية حفظ الأنفس نموذجا.....**564**
ثالثا: أثر حفظ نظام الأمة في حماية الحق في الكرامة منع ضرب الولاة لمواطنيهم نموذجا.....**566**
رابعا: أثر حماية عرض الأمة في تقييد ممارسة الحريات الفردية.....**572**
خامسا: أثر حفظ نظام الأمة السياسي على ممارسة الحريات السياسية نموذجا.....**579**
سادسا: انعكاسات حفظ المال العام في مجال تقييد الحقوق المادية وحرية التجارة:.....**581**
الفرع الثاني": تطبيقات حفظ نظام الأمة في تقييد ممارسة الحريات السياسية في النظام الإسلامي...**587**
أولا: أثر حفظ نظام الأمة على مبدأ التداول على السلطة حرية الانتخاب والترشح نموذجا..**587**
ثانيا: أثر حفظ النظام السياسي على المعارضة السياسية لآل البيت.....**595**
ثالثا: أثر حفظ النظام على ظاهرة النفاق السياسي أسلوب الجزاء الإداري نموذجا:.....**599**
المبحث الثاني: ضمانات حماية الحريات العامة في مواجهة سلطات حفظ النظام العمومي.....604
المطلب الأول: الضمانات الفكرية والقانونية لحماية الحريات العامة ومدى فاعليتهـــا في مواجهة سلطة حفظ النظام العام – دراسة مقارنة–.....**606**
الفرع الأول: الضمانات الفكرية في الشريعة والقانون.....**607**
أولا: مبدأ الديمقراطية ومبدأ إيثار الحرية..... **607**
ثانيا: مبـــدأ المشروعيـــة – دراسة مقارنة –.....**610**
ثالثا: مبدأ الفصل بين السلطات –دراسة مقارنة –..... **613**

رابعا: مدى فاعلية الضمانات الفكرية في حماية الحرية.....**617**
الفرع الثاني: الضمانات القانونية ومدى فاعليتها في حماية الحرية في الشريعة والقانون.....**618**
أولا: الضمانات الدستورية.....**619**
ثانيا: الضمانات التشريعية ومدى فاعليتها في حماية الحرية.....**621**
ثالثا: الضمانات الدستورية والتشريعية في النظام الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي..**624**
المطلب الثاني: الضمانات القضائية والواقعية ودورهما في حماية الحرية في مواجهة أعمال حفظ النظام العمومي
– دراسة مقارنة –.....**630**
الفرع الأول: الضمانات القضائية ومدى فاعليتها في حماية الحرية.....**630**
أولا: رقابة المشروعية.....**631**
ثانيا: مسؤولية الدولة عن أعمال حفظ النظام العمومي "رقابة التعويض".....**646**
ثالثا: تطبيقات مسؤولية الدولة عن أعمال حفظ النظام على أساس نظرية المخاطر.....**656**
رابعا: مسؤولية الدولة عن عدم تنفيذ الإدارة للأحكام القضائية الصادرة ضدها للنظام العام .**661**
خامسا: موقف قضاء المظالم من إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية ضد أصحاب النفوذ.....**666**
الفرع الثاني: الضمانات الواقعية في ظل حكومة الحرية لمواجهة سلطة حفظ النظام العام.....**670**
أولا: العدل الاجتماعي والتقدم الاقتصادي ودوره في تفعيل الضمانات الواقعية **670**
ثانيا: رقابة الرأي العام ودورها في حماية الحرية.....**672**
ثالثا: مدى فعالية الرأي العام في حماية الحريات العامة.....**681**
الخاتمة **687**
فهرس **الآيات**.....**696**
فهرس **الأحاديث**.....**699**
فهرس **القضايا القضائية** المطبق عليها.....**702**
فهرس **المصادر المراجع والقوانين**.....**705**
فهرس **الموضوعات**.....**746**