أثر الترخيص الاداري في حقوق وحريات الافراد (دراسة مقارنة)

الباحثة: سها حسن جمعة

المشرف: أ.د. سامي حسن نجم

كلية القانون والعلوم السياسية / جامعة كركوك

The impact of administrative licensing on the rights and freedoms of individuals (comparative study)

Researcher: Suha Hassan Juma

Supervisor: Prof. Dr. Sami Hassan Najm

College of Law and Political Science / University of Kirkuk

المستخلص: يعد الترخيص الاداري من الوسائل الادارية ذات الطابع الوقائي تستخدمه السلطة الادارية لفرض رقابتها على الانشطة المرخصة ، ذلك من خلال قيامها بوضع شروط وقيود معينة يجب ان تتوفر في النشاط المطلوب الترخيص له بهدف الحفاظ على النظام العام والمصلحة العامة ، حيث تمنح الادارة الترخيص متى ما توافرت الشروط القانونية المحددة لمنحه ، اي ان الترخيص الاداري صورة من صور التنظيم القانوني ، كما يعد قيد يفرض على الافراد لدى ممارستهم لحرياتهم ، اي انه يعد خروج عن القاعدة العامة التي تقضي بأن الاصل في الاعمال الاباحة عليه يتعين على الجهة الادارية الالتزام بأحكام القانون وهي بصدد اصدار قرار الترخيص ، اذ ان عليها الالتزام باعتبارات المصلحة العامة ، وكذلك مبدأ المساواة بين طالبي الترخيص حتى لا يتحول الى وسيلة مجاملة أو تحكم في مصائر الافراد مما يحول دون ممارسة الافراد حرياتهم على اكمل وجه وذلك من منطلق مراعاة حقوق الافراد وحرياتهم ، الامر الذي يستوجب وضع حدود وضوابط لصلاحيات الادارة واختصاصاتها لتوفير الحماية للحريات ضد كل تعسف محتمل من جانب السلطة الادارية . **الكلمات المفتاحية:** حقوق، الترخيص، الافراد.

Abstract: The administrative license is one of the administrative means of a preventive nature used by the administrative authority to impose its

control over licensed activities, by setting certain conditions and restrictions that must be available in the activity for which the license is requested in order to maintain public order and the public interest, as the administration grants the license whenever the legal conditions specified for granting it are available, i.e. the administrative license is a form of legal regulation, and it is also a restriction imposed on individuals when exercising their freedoms, i.e. it is a departure from the general rule that stipulates that the original permissibility of actions is required, and the administrative authority must abide by the provisions of the law when issuing the licensing decision, as it must abide by considerations of the public interest, as well as the principle of equality between license applicants so that it does not turn into a means of courtesy or control over the destinies of individuals, which prevents individuals from exercising their freedoms to the fullest extent, based on taking into account the rights and freedoms of individuals, which necessitates setting limits and controls for the powers and competencies of the administration to provide protection for freedoms against any possible arbitrariness on the part of the administrative authority. **Keywords**: rights, licensing, individuals.

المقدمة

اهمية البحث : تأتي أهمية البحث في كون الترخيص وسيلة للتوفيق بين ممارسة الافراد حرياتهم وبين مقتضيات الحفاظ على النظام العام في المجتمع ، فهو اكثر الوسائل القانونية استعمالا" وفاعلية في توجيه مزاولة النشاط الخاص وممارسة الحريات العامة ومراقبتها.

اشكالية البحث : لما كان الترخيص الاداري يمثل اهم ادوات الضبط الاداري في تنظيم ممارسة الحقوق والحريات العامة ينطلق تساؤل في الكيفية التي يمكن من خلالها ايجاد نقطة توازن بين سلطات الضبط الاداري وهي تمارس وظيفتها في حماية النظام العام بعناصره المعروفة من خلال الترخيص الاداري بين حقوق وحريات الافراد ؟.

منهجية البحث : سيتم تناول موضوع البحث وفقا" لاسلوب الدراسة التحليلية المقارنة ، حيث نعتمد على تحليل النصوص الدستورية والقانونية المتعلقة بالموضوع مع اتباع اسلوب المقارنة كلما امكن ذلك مع كل من فرنسا ومصر والامارات .

هيكلية البحث : للاحاطة بموضوع البحث قسمنا الدراسة وفق الخطة الاتية المبحث الاول : أثر الترخيص الاداري في حقوق وحريات الافراد الذي يتضمن مطلبين ، المطلب الاول :مفهوم الحقوق والحريات العامة والذي قسمناه الى فرعين : الفرع الاول تعريف الحريات العامة ، الفرع الثاني : لعلاقة بين الحق والحرية اما المطلب الثاني فيتضمن : سلطة الادارة في تنظيم الحقوق والحريات والذي يتضمن فرعين : الفرع الاول :تنظيم الحقوق والحريات بأسلوب الترخيص الاداري ، الفرع الثاني : ضمانات الافراد لحرياتهم الشخصية .

المطلب الأول: مفهوم الحقوق والحريات العامة: اصبح مصطلح الحقوق والحريات العامة من اكثر المصطلحات تداولا في مؤلفات الفقهاء وعلى السنة الساسة [١]، فالحريات العامة لا تقتصر كونها مجرد حقوق يواجه فيها الافراد بعضهم البعض وانما تعد امتيازا" للافراد في مواجهة السلطة العامة ، كما ان وصفها بالعامة تعني تمتع جميع من يوجد في المجتمع بها دون استثناء ، كما يتمتع بها المواطنون والاجانب على حد السواء [٢]. وسوف نتناول تعريف الحريات العامة والعلاقة بين الحرية والحق في فرعين:

[١] كاوه ياسين سليم ، دور القضاء الاداري في حماية الحقوق والحريات العامة ،(دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٦ ،ص١٦

[٢] كريمة رجب مفتاح عون ، سلطة الادارة في حماية الاداب العامة واثرها على الحريات العامة ،(دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٧ ، ص ١٣٦

الفرع الأول: تعريف الحريات العامة: تعني الحرية في التعريف العام (امكانية عمل كل شيء لا يضر بالغير) ، بالتالي الحرية لا تجد قيدا" الا اذا تجاوزت الحدود المقررة في القانون ، حيث ان الاصول الفقهية تنص على (الاصل في الامور الاباحة ما لم ينص بالتحريم) ، سواء كان النص في التشريع او الفقه او في العرف [١] وتعني الحرية في اللغة الخلاص من العبودية والتقييد والاستبداد والظلم ، وقد جاء في المصباح المنير (..... والحر من الرجال خلاف العبد ، مأخوذ من ذلك لأنه خلص من الرق وجمعه احرار، ورجل حر بين الحرية ، فيقال حررته تحريرا" اذا اعتقه ، والانثى حرة وجمعها حرائر) ، وعليه تعني الحرية لغة" التحرر من العبودية والرق ، اي ان الرقيق يصبح حرا" متحررا" من ارادة مالكه وسيده لكي يعمل باختياره وارادته [٢] اما فقها" فلا يوجد تعريف محدد للحريات حيث اختلفت التعريفات بحسب الزاوية التي ينظر منها للحرية ، فعرفها البعض بأنها مجموعة حقوق معترف بها وتعد اساسية ضمن مستوى حضاري معين ، وعليه يجب ان تكفل الدولة الحماية القانونية اللازمة لضمان عدم التعرض لها وان تبين وسائل حمايتها ،كما بين البعض انه مهما تعددت الاسماء التي سميت بها ، فسواء اطلقت عليها حقوق ام سلطات ام حريات ، فهي تعد احد العناصر الرئيسية الضرورية للافراد بوصفه كائنا" في المجتمع ، كما توصف بأنها جزء من حياة الانسان بها يحيا ومن اجلها [٣] كما اقتبس معظم الفقهاء العرب التعريف الوارد في اعلان حقوق الانسان سنة ١٧٨٩ حيث عرفوا الحرية بأنها ((حق الفرد بأن يفعل كل ما لايضر بالاخرين ، والحدود المفروضة على هذه الحرية لاتفرض الا بموجب قانون)) ،و عرفت ايضا" بأنها ((تأكيد كيان الفرد تجاه سلطة الجماعة)) كما عرفها لوك بأنها ((الحق في فعل اي شيء تسمح به القوانين)) ، كما يقول ايضا" ((ان الناس جميعا قد ولدو احرارا)) ، ويفسر هذه العبارة بالقول ((الانسان يولد حرا" كما يولد مزود بالارادة)) ، وهذا يدل على ان الحرية لدى لوك طبيعية

---

[١] ندى عبد العزيز محمد الشلاكي ، ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الاداري (دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٢٠ ، ص ٢٤

[٢] د. عبد العليم عبد المجيد مشرف ، دور سلطات الضبط الاداري في تحقيق النظام العام واثره على الحريات العامة (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ،١٩٩٨، ص ٢٠٧.

[٣] كاوه ياسين سليم ، مصدر سابق ، ص٣٧ ،٣٨.

للانسان بحيث تميز وجوده بصفته انسان [١]. كما ان بعض الدساتير تناولت الحريات العامة في نصوصها ولكن بمسميات مختلفة في صياغتها، الا انها تتفق في فحواها ، فمثلا نجد الدستور المصري لعام ٢٠١٤ اطلق عليها تسمية ((الحقوق والحريات)) حيث جاء في الباب الثالث بتسمية (الحقوق والحريات والواجبات العامة) ،و في فرنسا استعمل المؤسس الدستوري تسمية (الحريات العامة) ، وكذلك الحال بالنسبة لدستور دولة الامارات لعام ١٩٧١ وتعديلاته نص على الحقوق والحريات حيث اوردها ضمن الباب الثالث تحت عنوان (الحريات والحقوق والواجبات العامة) ، و في العراق فقد نص الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ على عبارة الحقوق والحريات ضمن الباب الثاني ، ونظرا لاهميتها فقد خصص لها بابا خاصا لكي لا تكون عرضة للتعديل او التغيير [٢] ، كما احاطها المشرع العراقي بضمانة اخرى ضمن المادة ١٢٦ [٣] .

وعليه نجد ان اكثر المصطلحات والتعابير استعمالا في اغلب الدساتير الحديثة والمعاصرة تسمية الحقوق والحريات العامة ، ذلك كونها تحمل في طياتها معنيين ، الاول : حق الامتياز في مواجهة السلطات العامة الممنوح للافراد ، اما الثاني : فهي صفة العمومية التي تتصف بها حيث تخاطب بصفة عامة جميع الافراد وتتعامل وفق مبدأ المساواة بين المواطنين والاجانب باستثناء ما يتعلق بالحقوق السياسية كالمشاركة في الانتخابات وحق تأسيس احزاب سياسية [٤] وان تنظيم الحقوق والحريات ضمن الدساتير يتم وفق اسلوبين هما :

١ – ان ينص الدستور على حقوق وحريات عامة غير قابلة للتقييد او التنظيم التشريعي وتشمل الحريات الاساسية او المطلقة والتي لا يجوز تقييدها لغرض الحفاظ على النظام العام ، مثل ما يتعلق بحرية العقيدة او المساواة امام التكاليف العامة ...الخ ، فلو اصدر المشرع قانونا" اجاز فيه التضييق على حرية العقيدة بدافع الحفاظ على النظام العام يعد باطلا" لمخالفته الدستور.

---

[١] اشار اليها كاوه ياسين سليم ، المصدر نفسه ، ص ٣٨.

[٢] م .م محمد نوري علي ، الترخيص الاداري ودوره في الحفاظ على الحريات العامة والانشطة الخاصة في العراق ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد (٨) ، العدد(٣٨) ،٢٠١٩ ، ص ٣٤

[٣] نصت المادة (١٢٦) من الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ على (اولا: لرئيس الجمهورية ومجلس الوزراء مجتمعين او لخمس (٥/١) اعضاء النواب اقتراح تعديل الدستور ، ثانيا": لا يجوز تعديل المبادئ الاساسية الواردة في الباب الاول والحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني من الدستور ، الا بعد دورتين انتخابيتين متعاقبتين ، وبناء على موافقة ثلثي اعضاء مجلس النواب عليه ، وموافقة الشعب بالاستفتاء العام ومصادقة رئيس الجمهورية خلال سبعة ايام).

[٤] م.م محمد نوري علي ، المصدر نفسه ، ص ٣٤.

٢ – ان ينص الدستور على حقوق وحريات ويعطي المشرع العادي سلطة تنظيمها على وفق احكام النصوص الدستورية التي تضمنت هذه الحقوق بحيث تشكل قيدا" عليه [١]

ومن الامثلة على الحقوق والحريات التي لا تقبل التقييد التشريعي ما نصت عليه المادة (١٤) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ حيث نصت على ((العراقيون متساوون دون تمييز بسبب الجنس او العرق او القومية او الاصل او اللون او المذهب او المعتقد او الرأي او الوضع الاقتصادي او الاجتماعي)) ، وكذلك ما نصت عليه المادة (٣٧) من الدستور [٢]

اما الدستور المصري لعام ١٩٧١ فقد نص على هذه الحقوق ضمن المادة (٤٠) منه التي نصت على ((المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس او الاصل او اللغة او الدين او العقيدة)) [٣]

وايضا ما نص عليه الدستور الاماراتي لعام ١٩٧١ حيث نصت المادة (٢٥) منه على ((جميع الافراد لدى القانون سواء ، ولا تمييز بين مواطني الاتحاد بسبب الاصل او الموطن او العقيدة الدينية او المركز الاجتماعي)) [٤] ومن الامثلة على الحقوق والحريات التي اوكل الدستور الى المشرع العادي تنظيمها ما نص عليه الدستور العراقي ضمن المادة (١٥) منه على ((لكل فرد الحق في الحياة والامن والحرية ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق او تقييدها الا وفقا" للقانون وبناء" على قرار صادر من جهة قضائية مختصة)) ، وايضا" مانصت عليه المادة (١٧) منه [٥] وكذلك ما نص عليه الدستور المصري لعام ١٩٧١ ضمن المادة (٤٤) حيث نصت على ((للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها الا بأمر قضائي مسبب وفقا" لاحكام القانون)) [٦] وايضا ما نص عليه دستور الامارات ضمن المادة (٣٦) التي نصت على

---

[١] د. حبيب ابراهيم حمادة الدليمي ،حدود سلطة الضبط الاداري في الظروف العادية (دراسة مقارنة) ،منشورات الحلبي الحقوقية ،ط١ ،٢٠١٥ ، ص ٢٦٣، ٢٦٤.

[٢] نصت المادة (٣٧/اولا) من دستور على (أ حرية الانسان وكرامته مصونة ،ب لا يجوز توقيف احد او التحقيق معه الا بموجب قرار قضائي ، ج يحرم جميع انواع التعذيب النفسي والجسدي والمعاملة غير الانسانية ....).

[٣] اشار اليها د. حبيب ابراهيم الدليمي ،مصدر سابق ،ص ٢٦٤.

[٤] ينظر المادة (٢٥) من دستور الامارات لعام ١٩٧١ وتعديلاته.

[٥] نصت المادة (١٧/ثانيا") من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ على (حرمة المساكن مصونه ولا يجوز دخولها او تفتيشها او التعرض لها الا وفقا للقانون وبناء" على قرار صادر من جهة قضائية مختصة).

[٦] اشار اليها د. حبيب ابراهيم الدليمي ،المصدر نفسه ، ص ٢٦٥.

((للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها بغير اذن اهلها الا وفق احكام القانون وفي الاحوال المحددة فيه)) [١] اما بخصوص السلطة المختصة بتنظيم الحقوق والحريات فهي السلطة التشريعية في كل من فرنسا ومصر والعراق [٢]

الفرع الثاني: العلاقة بين الحق والحرية: لقد استعمل لفظ الحق من قبل الباحثين في معان عديدة مختلفة ، حيث لا يوجد اطار دقيق لتحديد مصطلح الحق ، وذلك راجع الى عدم توافق وجهات نظرهم واختلاف المدى الذي ارادوه من الحق ، وذلك بسبب تعقد وتطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية ، فقد عرف بأنه ((مجموعة من المصالح والمكنات المملوكة لكل شخص مجرد والذي يحميه القانون)) ، كما عرف بأنه ((رابطة قانونية يخول بمقتضاها القانون شخص معين وعلى سبيل الانفراد او التسلط على الشيء او الاستئثار او اقتضاء اداء معين من شخص اخر)) [٣] كما تم تعريفه على انه ((اية مطالبة مشروعة يتقدم بها فرد او مجموعة افراد)) ، وعرف ايضا" بأنه((مكنات تقرر لمصلحة شخصا" معينا" بذاته سلطة او سلطات قانونية معينة يستأثر بها ويوجد واجب عام على الكافة باحترامها)) [٤]

ومنذ ان نشأت فكرة الحقوق والحريات فقد ارتبط كل منهما بالاخر ، والسبب في ذلك يكمن في تزامن ظهور كليهما في الفكر القانوني ، اضافة الى عدم تميز كل منهما بتعريف خاص به بشكل دقيق ، وقديما" كان يدل لفظ الحقوق والحريات على معنى واحد ، حيث كانت الحقوق تعد حريات في حد ذاتها ، حيث ان الحريات وفقا" لطبيعتها لم تكن معروفة السبب يعود الى انتشار الحكم الالهي وتركز كافة الحريات بيد الحاكم استنادا لامتلاكه سلطة الهية في الحكم ، ومن ثم جاء الاسلام بعد ذلك بنظام حكم جديد يقوم على اساس العدل والمساواة ومبدأ الشورى فأختلفت نظرته عن ما سبقه من انظمة الحقوق والحريات ، حيث عدها الاسلام جميعها من الحقوق بغض النظر عن كونها حق او حرية ، و كفلها جميعا وبدون تمييز بين

(١) ينظر المادة (٣٦) من الدستور الاماراتي لعام ١٩٧١ وتعديلاته .
(٢) د. حبيب ابراهيم الدليمي ، المصدر نفسه ،ص ٢٦٢.
(٣) كاوه ياسين سليم ،مصدر سابق ، ص ٢٠..
(٤) اشار اليه كاوه ياسين سليم ، المصدر نفسه ، ص ٢٠.

حرية او حق [١]. وفي العصر الحديث اصبح مدلول الحق والحرية تعبيرين متلازمين في الوقت الحالي على الرغم من الاستخدام الشائع لمفهوم الحرية والتعبير عنه بلفظ الحق فقد ظهرت اراء لم تقف عند معنى محدد حيث خاض فيها الفقهاء ،وثار تساؤل حول مدى اعتبار هاتان الكلمتان معنى واحدا" . ام انهما يمثلان معان متباينة ؟ وعلى وفق ما يبدو ان لفظي الحرية والحق غير متطابقين لاسيما اذا ما قورن في استعمال كل منهما في اللغة ، ولكن اذا ما نظرنا الى الحرية من زاوية الحق او الى الحق من زاوية الحرية يتبين لنا ان كلا اللفظين مترادفين اذا ما قيدنا احدهم بالاخر كأن نقول " الحريات العامة" او الحقوق الفردية او حقوق الانسان ، حيث ان هناك علاقة بين فكرتي الحق والحرية ذلك ان الحقوق تقرر سلطات للاشخاص ، كما ان الحرية في حال وجودها فانها ترسم للافراد طريق لممارسة هذه الحقوق [٢]

وعليه نستنتج العلاقة بينهما فالحرية تنشئ حقوقا قانونية تنطبق عليها الوصف الدقيق للحرية ولعل هذا المفهوم الذي قصده جون لوك من الفقه الغربي حيث قال ((ان الحق هو الحرية وان اول حق هو الحرية نفسها)) [٣] كما يرى جانب من الفقه ان الحرية والحق تعتبران شيئا" واحدا" ولقد جاء هذا الموقف موافقا" للنهج الذي سار عليه النظام الاسلامي الذي اعتبر الحريات الشخصية حقوقا" ، كما عد الحقوق الفردية حريات، وعلى العكس من ذلك رأى اتجاه اخر مغاير للاتجاه السابق ان الحرية هي اصل جميع الحقوق وعدها سببا" لنشوء الانظمة المتعلقة بها ، كما عد الحرية اسبق الحقوق من حيث نشأتها مما يجعل مضمون الحرية اشمل واوسع ويجعل لها جانبا ايجابي واخر سلبي في الوقت نفسه معنى ذلك امكانية الفرد اتيان الفعل او عدم اتيانه في الوقت ذاته ، مع مراعاة عدم الحاق الضرر بالاخرين ، وعليه يظهر ان كلمة الحرية هي الواعد التي نشأ منها مصطلح الحق فتبدو الحرية لدى بعض الفقهاء اوسع نطاقا من الحق [٤] على الرغم مما سبق وان كل من اللفظين يعد مصطلحاً قائما" بذاته الا اننا اعتدنا على ضرورة الربط بين اللفظين (الحقوق والحريات) حيث اصبحا تعبيرين متلازمين في

(١) ندى عبد العزيز الشلاكي ، مصدر سابق، ص٣٢.
(٢) ندى عبد العزيز الشلاكي ، مصدر سابق ، ص٣٢.
(٣) كاوه ياسين ، مصدر سابق ، ص١٧.
(٤) ندى عبد العزيز الشلاكي، المصدر نفسه ، ص٣١.

الوقت الحاضر عليه فان التفرقة والتمييز بينهم تعد تفرقة صناعية وليست حقيقية فالحرية حقا في الثبوت كما ان الحق حرية في الممارسة.[١]

المطلب الثاني: سلطة الادارة في تنظيم الحقوق والحريات: الاصل انفراد المشرع وحده بأمر تنظيم الحقوق والحريات ، كونه هو المختص بتحديد النطاق الذي تمارس فيه الحقوق والحريات ، وهذا معناه ان الجهات الادارية ليس لها اختصاص بفرض قيود على استعمال الافراد لحرياتهم وحقوقهم ، ولكن استثناء" مما تقدم وبما ان الادارة مكلفة بالحفاظ على النظام العام داخل المجتمع ، عليه يكون من الضرورة ان تمنح سلطات تمكنها من ان تقوم بواجبها في هذا المجال على اكمل وجه [٢] ، مع تقرير ضمانات كافية للافراد تجاه الادارة ، حيث يجب على الجهة الادارية التقييد بالضمانات المقررة قانونا" [٣] ولغرض الاحاطة بالموضوع من جميع جوانبه قسمنا هذا المطلب الى فرعين نبين في الاول تنظيم الحقوق والحريات بأسلوب الترخيص الاداري ، ونبين في الفرع الثاني ضمانات الافراد لحرياتهم الشخصية.

الفرع الأول: تنظيم الحقوق والحريات بأسلوب الترخيص الإداري: ان ممارسة الحريات العامة يكون وفقا" لاطار تنظيمي يبين حدود ممارستها ، حيث تتطلب الحرية في ممارستها عقلا واعيا يحترم حقوق ومصالح الغير ومتطلبات المجتمع والسلطات في ضوء المصلحة العامة ، ولقد اوجدت فكرة العلاقة بين الفرد والدولة امتيازات السلطة العامة للدولة لغرض تسهيل ممارسة الافراد لحقوقهم السياسية والثقافية والاجتماعية ، بالمقابل تفرض على الدولة ان تضع قواعد تنظيمية لغرض ممارسة هذه الحريات ،ومن المظاهر التي تستخدمها السلطة الادارية نظام الترخيص الاداري ، الذي يعد من صور التنظيم اللائحي الضبطي حيث تشترط الادارة ضرورة الحصول على اذن مسبق من الجهة المختصة قبل البدء بممارسة نشاط معين [٤]

---

(١) كاوه ياسين سليم ، مصدر سابق ،ص١٧.
(٢) د. عادل السعيد محمد ابو الخير ، البوليس الاداري ، دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية ،ط١ ،٢٠٠٨ ، ص ٣٤٢.
(٣) د. حبيب ابراهيم الدليمي ، مصدر سابق ، ص٢٨٧.
(٤) محمد احمد عباس ،الترخيص الاداري ودوره في رقابة النشاط الفردي ،مجلة كلية الحقوق ،العدد الثاني والخمسون ،يونيو ،٢٠٢١، ص ٢٠٣.

وتعد التراخيص الادارية في الاصل قيدا على الحرية ،وعليه ينبغي الاشارة الى الحقوق والحريات التي ترد عليها التراخيص الادارية والحقوق والحريات التي لا ترد عليها ، حيث ان الحقوق والحريات التي ترد عليها التراخيص الادارية تختلف وفقا لطبيعة الحرية او الحق او الاثر المترتب عليها فتتدرج القيود التي تضعها الجهة الادارية من اللين الى الشدة استنادا الى طبيعتها واهميتها ، واستثناء" من الاصل المذكور هناك حقوق وحريات لا تستوجب ترخيصا اداريا ،مثالها الحقوق والحريات اللصيقة بصفة الانسان كحرية العقيدة وحرية التخاطب باللغة التي تروق له ، حيث ان الاصل في مثل هذه الحقوق الاباحة ولا مجال لتدخل الدولة لما لها من طبيعة خاصة اي ان تلك الحقوق تقترب في جوهرها من نظام الاسرة حيث يقتصر تدخل الدولة على تنظيمها دون تقييدها بقيد الترخيص الاداري ، كونها تؤثر على المجتمع بصورة غير مباشرة وعليه تعد حقوقا" مقيدة نوعا ما وليست بصفة مطلقة ، اي ان القيود الشكلية التي تفرض عليها لاتعد قيودا" بالمعنى الصحيح لان غايتها حماية هذه الحقوق وتنظيم استعمالها لا تقييدها بالمعنى الذي يقصده لفظ التقييد [1].

كما ان هناك حقوقا وحريات اخرى لها اهمية لا تقل عن ما سبق ذكره من الحريات لاتصالها بالمصالح الادبية للانسان وحياته المعنوية كحرية الصحافة والمطبوعات وحرية التعبير اضافة الى حرية التعليم والبحث العلمي.. الخ ، والتي لا يجوز اخضاعها لنظام الترخيص الاداري حيث اكتفت الدول الديمقراطية باشتراط اخطار الادارة عند ممارستها ليس بقصد التقييد وانما بقصد تأكد الجهات الادارية المختصة وبطريق غير مباشر من اتباع احكام القانون الموضوعة بصورة عامه سلفا لممارسة هذه الحريات ووقاية المجتمع ، لما لها من اثر مباشر على المجتمع واتصالها الوثيق بالنظام العام ، ومن الجدير بالذكر ان الدوله تكتفي بأباحة النشاط اباحة تامة في مثل هذه الحريات حيث لا تتدخل ابتداء" في ممارسته عندما تعتقد ان هذا النشاط غير ضار بالمجتمع ولا يترتب عليه اي اثر سيء حيث تتخذ الدولة موقفا" سلبيا" تجاه ممارسة هذه الحقوق الا اذا اسيئ استعمالها و ترتب على ممارستها الحاق اضرار بالمجتمع او احد افراده

[1] د.عمرو ياسر حسام الدين ،النظام القانوني لتراخيص الاسلحة والذخائر ورقابة ركن السبب فيها (دراسة مقارنة)،دار النهضة ،دون سنة نشر ، ص٢٧.

عندئذ تتدخل بطريق العقاب حيث يخضع الفرد للعقاب في مثل هذه الحالة [١] اما فيما يتعلق بالحقوق والحريات التي تتطلب ترخيصا" اداريا" لغرض ممارستها وذلك بقصد وقاية المجتمع من مخاطر عدم تنظيمها وتقييدها بشروط سابقة ، وتشمل على سبيل المثال :

١ – النشاطات الفردية التي تتعلق بالملكية ، كحرية الانسان في ان يمتلك او الانتفاع بما يملك مثل البناء.

٢ – النشاطات الفردية التي تتعلق بحرية العمل ، كحرية ممارسة بعض المهن كالصيدلة والطب او حرية العمل بأية مهنة.

٣ – الانشطة الفردية التي تتعلق بحرية الصناعة والتجارة حيث قيد المشرع ممارستها بعدة قيود من بينها قيد الترخيص الاداري حيث يعد هذا القيد استثناءا على حرية التجارة والصناعة ، مثالها تراخيص المحال المضرة بالصحة والمقلقة للراحة اضافة الى تراخيص المحال العامة.

٤ – الانشطة الفردية التي تتعلق بالانتفاع بالثروات الطبيعية والمال العام ، حيث ان الانتفاع بالمال العام اما يكون عاديا" (عام) او يكون غير عادي (خاص) ، فالانتفاع بالمال العام يكون عاديا اذا تم استخدامه للغرض الذي من اجله اعد المال ، اما اذا كان غير عادي لايتفق مع الغرض الاصلي المعد له ، كالترخيص بشغل الطريق العام بالادوات والاكشاك فتستطيع الادارة ان تفرض نظام الترخيص في مثل هذه الحاله [٢] .

٥– النشاطات الفردية المتعلقة بحيازة وحمل السلاح والاتجار به لما يشكله هذا النوع من الانشطة من خطورة على الافراد والمجتمع حيث تتخذ الدوله كافة الاجراءات والتدابير اللازمة حيث اخضعها المشرع لنظام التراخيص الادارية لوقاية المجتمع ومنع وقوع الجرائم وضبط مرتكبيها حال ارتكابها حيث اعطى المشرع للادارة سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال [٣].

---

(١) محمد احمد عباس، مصدر سابق ، ص٢٠٣.

(٢) د. عمرو ياسر حسام الدين ، النظام القانوني لتراخيص الاسلحة والذخائر ورقابة ركن السبب فيها ،مصدر سابق، ص ٢٨.

(٣) د. عمرو ياسر حسام الدين ،المصدر نفسه، ص٣٠.

عليه يعتبر الترخيص الاداري من بين الوسائل الادارية الفعالة في التحكم بالنشاط الفردي ورقابته ، لغرض منع الخطر قبل حدوثه عن طريق فرض الاحتياطات الوقائية فهو وسيلة من وسائل تدخل الادارة بقصد حماية النظام العام ، حيث تستقل الادارة وحدها في البت في طلب الترخيص ولا تملك القيام بتفويضه لغير جهات ، على اعتبار انها صاحبة الاختصاص العام في منح التراخيص كما يعد الترخيص الاداري اقل اعاقة للحريات من غيره من مظاهر التقييد الاخرى لذلك فضله اغلبية الفقهاء على غيره من المظاهر الاخرى لاسيما الحظر ، حيث انه يسمح بممارسة الحرية الا انه يربطها بالحصول على تصريح من الجهات المختصة بأعتبار انه من الاساليب الوقائية المانعه لضرورات متعلقة بحفظ النظام العام ، خصوصا بعد انتشار تدخل الدولة بصورة واسعة وفي شتى المجالات [1].

وفي الواقع ان الادارة لا تستطيع فرض نظام الترخيص الاداري على حرية قد كفلها الدستور او القانون ، اما الحريات غير الاساسية والتي لا يتضمنها الدستور او القانون فتستطيع الادارة فرض اذن مسبق لغرض ممارسة النشاط المتصل بالنظام العام بصورة مباشرة ، مع الاشارة الى خضوعها لرقابة القضاء ، واذا كان منح الترخيص بموجب الشروط والقيود المحددة بموجب القوانين فان كل اجراء تتخذه الادارة اذا ما تجاوز تلك النصوص عد تجاوزا للسلطة، وعليه يتعين على الجهة الادارية الموازنة بين النظام العام الذي تقوم عليه الادارة بوسائلها القانونية ام الردعية ام الوقائية وبين الحرية العامة التي يجب ان تمارس في ضوء النظام والقانون، كما يشترط عليها على اعتبار انها صاحبة الاختصاص في منح الترخيص الموازنة والملائمة بين متطلبات الحرية وتسهيل النشاط وبين ما يقتضيه النظام العام بعناصره عن طريق وضعها للقواعد والشروط والاجراءات التي تستوجب ممارسة النشاط ، ويجد الترخيص الاداري ما يبرره في تمكين الجهة المختصة من التدخل ابتداء" بأتخاذ كافة الاحتياطات التي من شأنها وقاية المجتمع من اخطار ممارسة النشاط بصورة غير امنه اما لسوء تقدير من الافراد او لسوء فهم منهم ، كذلك يجعل الافراد في مركز قانوني يمكنهم من مواجهة الادارة حال توافرت فيهم

[1] محمد احمد عباس ،المصدر نفسه ٢٠١ .

شروط الترخيص ([1]). وعليه يعد الترخيص الاداري اجراء" وقائيا" اداريا" يعطي للادارة امكانية المحافظة على النظام العام ، ووقاية المجتمع من الاخطار التي تنجم عن النشاط الفردي ، لدى ممارسة الافراد حقوقهم وحرياتهم عند ممارسة الافراد لحرياتهم وحقوقهم ، لغرض حماية النظام العام وتوقيف الاضطرابات ومنع الاضرار بالمجتمع [2] والاصل ان تنظيم الحرية يكون من قبل المشرع وحده من خلال القواعد القانونية التي تصدر من قبل السلطة التشريعية في الدولة ، الا ان المشرع قد لايتمكن من الالمام بكافة تفاصيل ذلك ، مما يتطلب وجود وسيلة قانونية من خلالها يمكن استكمال النقص التشريعي عند تنظيم الحرية ، بحسب الملابسات والظروف ومقتضيات المحافظة على النظام العام ،فالمشرع دائما" يعترف للادارة بدور الوسيط بين القانون والافراد عند ممارستهم لحقوقهم وحرياتهم وكافة نشاطاتهم المربحة او غير المربحة ، كل ذلك الغرض منه صيانة المجتمع من اي خرق او اضرار بالامن والسلم الاجتماعيين في كافة مجالات الحياة . [3] وعليه فان السلطات الادارية عندما تقوم بتقييد الحريات العامة بأسلوب الترخيص الاداري المسبق للحرية فهي بذلك تستند الى نص قانوني ايا" كان نوعه او مصدره ((تشريع اصلي او فرعي)) ، والا عد عملها خارج نطاق المشروعية مما يجعله عرضة للطعن ، ونلاحظ ان المشرع الدستوري عند تعامله مع حرية من الحريات ، فانه يقرر وينص انها لا يجوز تقييدها او تنظيمها الا بقانون ، او ينص على امكانية تقييدها بناء" على قانون ، حيث في هذه الحالة تقييد الحريات العامة بموجب لوائح تنظيمية عندما يكتفي المشرع بوضع القواعد العامة ويترك التفصيلات للسلطة التنفيذية حيث يتوسع دورها في تنفيذ القانون بالاستناد الى الدستور ، الا ان هناك نشاطات معينة والتي لا ترقى الى مرتبة الحرية المقررة بحيث يجوز للجهات الادارية تقييدها او حظرها مستندة الى لائحة مستقلة بموجب اجراء فردي بما لها من سلطة تنظيمية مستقلة بفرض الترخيص الاداري ، مما دعا البعض من فقهاء القانون الاداري والدستوري الى القول انه من حيث الواقع فان جميع الحريات العامة في القانون الوضعي هي

([1]) - المصدر نفسه ،ص٢٠٢ .

[2] زيداني شريفة ، دور الترخيص الاداري في المحافظة على النظام العام ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير (تخصص قانون اداري)،مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة احمد دراية ،ادرار،الجزائر ،٢٠١٦، ص ١٢.

[3] محمد احمد عباس ، مصدر سابق ، ص ٢١٢

ليست في يد المشرع وانما في يد الادارة [١] . لذلك يتضح لنا ان سلطة الادارة تجاه الحرية هي سلطة تنظيمية وليست سلطة حظر او الغاء حيث ان سلطة الادارة لا تقتصر على المحافظة على الحريات العامة وانما تبين كيفيه ممارستها دون الاخلال بها .

الفرع الثاني: ضمانات حماية الافراد لحرياتهم الأساسية: يفترض مبدأ المشروعية انصياع الناس كافة لحكم الدستور والقانون ، اي بمعنى احترام الحكام والمحكومين للقوانين النافذة وعدم تجاوزها او انتهاكها ، حيث يعد مبدأ المشروعية احد الضمانات اللازمة لكفالة واحترام الحريات ، اذ يضع التزاما" على عاتق الادارة بضرورة توخي المصلحة العامة في كافة تصرفاتها ، وتوخي الحرص عند تنظيمها للحريات عن طريق التطبيق الصحيح لقواعد واحكام القانون [٢]، فاذا ما تجاوزت الادارة ذلك وسلبت الافراد حقوقهم وحرياتهم الاساسية و كانوا عرضة للتعسف فان القانون يوفر لهم الحماية بحكم الدستور وهي

١ – الضمانات السياسية القانونية : وتتمثل في الحق في مقاومة الطغيان الذي ينتهك حقوق وحريات الشعوب الاساسية ، حيث تتخذ المقاومة صورا" عديدة منها رفض الامتثال للقوانين التي تمس بالحقوق والحريات الاساسية مما يدفع بالسلطة ان تغير من اجراءاتها، كما قد يلجأ الشعب الى العصيان المدني السلمي في حال استمرارها بخرق القانون وحقوق الانسان لغرض اقناع السلطة بالتوقف عن انتهاك الحقوق الاساسية والحريات ، وفي حالة استنفاذ كافة الوسائل السلمية ولم تمثل السلطة لاحكام الدستور فيما يتعلق بالحريات والحقوق جاز للشعب على اعتبار انه مصدر السلطات وصاحب السيادة الفعلية مقاومة السلطة الطاغية ، حيث ان هذا الحق منصوص عليه ضمن القوانين التي تنظم العلاقة بين الحاكم والمحكوم ، وهذا ماكده الاعلان الفرنسي لعام ١٧٨٩ ((ان مقاومة الطغيان من الحقوق الطبيعية للمواطنين)) [٣]

---

[١] م.م محمد نوري علي ، مصدر سابق ، ص ٣٦ ،٣٧

[٢] د. عادل السعيد محمد ابو الخير ،البوليس الاداري ، مصدر سابق ، ص ٢٧٧.

[٣] - د. حاتم فارس الطعان ،مشروعية سلطة الادارة على تقييد الحريات العامة (دراسة مقارنة) ،بحث منشور في مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة ،العدد الثاني والعشرون ،٢٠٠٩ ،ص ١٦.

٢ – الضمانات القضائية : وتعد من الحقوق الاساسية للافراد والتي تعني اللجوء للقضاء في حالة الاعتداء على الحقوق او انتهاكها بغض النظر عن صفة المعتدي فردا" كان ام سلطة ادارية ، وهذا يسترعي وجود قانون يخضع كافة الناس لاحكامه (حكاما ومحكومين) فضلا" عن تمتع القضاء بالنزاهة ،فاذا حدث الاعتداء على الحق او الحرية من قبل الافراد او اذا تعسفت السلطة الادارية بأعتداءها على حريات الافراد ، فيتكفل القضاء بحمايتها بحكم القانون، وبهذا تتمثل الضمانات القانونية لممارسة الحقوق والحريات الاساسية في الرقابة على دستورية القوانين، وقد منح المجلس الدستوري الفرنسي بموجب دستور عام ١٩٥٨ حق النظر في مدى دستورية القوانين التي تعارضت مع ما منصوص عليه من حريات في ديباجة الدستور وتعد قرارات المجلس الدستوري ملزمة للحكومة وكافة السلطات القضائية والادارية ، كما انها غير قابلة للاستئناف [١] اما في العراق اعتبر الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة هو من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بموجب المادة (٩٠) من الدستور [٢]

٣ – الضمانات الدولية لحماية حقوق وحريات الافراد : تتمثل الضمانات الدولية في التزام الدول بالاعلانات والمواثيق الدولية لحقوق وحريات الانسان التي تم التوقيع عليها ، ويعد عملا غير مشروع اي انتهاك من جانب احدى الدول لهذه المواثيق ، حيث تحمي قواعد حقوق الانسان الدولية الافراد اذا ما تجاوزت بعض الدول هذه الحقوق والحريات ، و تتمثل الضمانات الدولية للحماية المباشرة للفرد الطبيعي بما يلي [٣]:

أ – اذا انتهكت دولة اجنبية غير دولته لحقوقه وحرياته ، فيقع على عاتق دولته ووفق الطرق الدبلوماسية والمواثيق الدولية ان تتولى الحماية والمطالبة بتلك الحقوق .

ب – انتهاك حقوقه وحرياته من قبل دولته ، فيتوجب عليه التوجه للقضاء لغرض تطبيق المواثيق الدولية لحقوق الانسان على اعتبار انها ملزمة .

---

[١] د. حاتم فارس الطعان ، المصدر نفسه ، ص١٥.

[٢] نصت المادة (٩٠ / اولا) من الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ على (تختص المحمة الاتحادية بما يلي : اولا" : الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة).

[٣] – د. حاتم فارس الطعان ، المصدر نفسه .

ج- يمكن للافراد الالتجاء الى المنظمات الدولية حيث تتمتع بالاهلية القانونية للمطالبة بحقوقه وحرياته. [1] ومما تقدم نلاحظ ان الادارة ومن خلال الترخيص الاداري تفرض قيودا" على نشاط الافراد وحرياتهم غايتها في ذلك حفظ النظام العام بكافة عناصره ، على انه يجب ان يكون وفق الشروط والضوابط القانونية الموضوعة سلفا" للحيلولة دون تعسف الادارة بحجة المحافظه على النظام العام.

الخاتمة: توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات بعد اكمال البحث في موضوع اثر الترخيص الاداري في حقوق وحريات الافراد وكما يلي :

الاستنتاجات:

١- ان السلطة المختصة بتنظيم الحقوق والحريات هي السلطة التشريعية في العراق والدول المقارنة

٢- يعد لفظ كلا من (الحقوق والحريات) تعبيرين متلازمين في الوقت الحاضر، عليه فان التفرقة والتمييز بينهم تعد تفرقة صناعية وغير حقيقية فالحرية حقا" في الثبوت كما ان الحق حرية في الممارسة

٣- يعد الترخيص الاداري اقل اعاقة للحقوق والحريات من غيره من مظاهر التقييد الاخرى ،لذلك فضله اغلب الفقهاء عن غيره من المظاهر الاخرى كالحظر.

٤- ان الادارة لاتستطيع فرض نظام الترخيص الاداري على حرية كفلها الدستور او القانون .

٥- تستند الادارة عند قيامها بتقييد الحقوق والحريات بأسلوب الترخيص الاداري الى تالى نص قانوني ايا" كان نوعه (تشريع اصلي او فرعي) ، والا عد عملها خارج نطاق المشروعية مما يجعله عرضة للطعن.

[1] د. حاتم فارس الطعان، المصدر نفسه، ص١٥.

٦- هناك حقوق وحريات لاتستوجب ترخيصا" اداريا"كالحقوق اللصيقة بصفة الانسان مثل حرية العقيدة وحرية التخاطب اللغة التي تروق له ..الخ.

٧- ان سلطة الادارة تجاه الحرية تعد سلطة تنظيم لا سلطة حظر او الغاء .

٨- ان الادارة ومن خلال الترخيص الاداري تفرض قيودا" على نشاط الافراد وحرياتهم تكون غايتها الاساسية حفظ النظام العام ،ذلك وفقا" للضوابط القانونية الموضوعة سلفا" للحيلولة دون تعسف الادارة بحجة حفظ النظام العام.

التوصيات:

١- ضرورة سن قانون يقضي بتعويض الاشخاص المتضررين من تعسف الادارة عند ممارسة اختصاصاتها مما يؤثر على الحقوق الاساسية المعترف بها دستورا" وقانونا".

٢- ينبغي ان يكون تنظيم سلطات الضبط الاداري منطوي على اقل القيود التي تعيق ممارسة الافراد لحرياتهم وان يكون ذلك في اضيق الحدود.

٣- تشديد الرقابة الادارية للحيلولة دون تعسف الادارة الذي ينتج عنه سلب حقوق وحريات الافراد.

٤- نوصي ان يكون هناك دور حقيقي للقضاء (الرقابة القضائية) على اعمال الادارة في حالة اهمالها او تعسفها.

المصادر

اولا": الكتب

١- د. حبيب ابراهيم حمادة الدليمي ،حدود سلطة الضبط الاداري في الظروف العادية ،دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١ ،٢٠١٥ .

٢- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، دور سلطات الضبط الاداري في تحقيق النظام العام واثره على الحريات العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ،١٩٩٨.

٣- د. عادل السعيد محمد ابو الخي ، البوليس الاداري ،دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية ،ط١ ،٢٠٠٨.

٤- د. عمرو ياسر حسام الدين ، النظام القانوني لتراخيص الاسلحة والذخائر ورقابة ركن السبب فيها ،دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، دون ذكر سنة النشر.

٥- كاوه ياسين سليم ، دور القضاء الاداري في حماية الحقوق والحريات العامة ،دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ،٢٠١٦.

٦- د. كريمة رجب مفتاح عون ، سلطة الادارة في حماية الاداب العامة واثرها على الحريات العامة ،دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٧.

٧- ندى عبد العزيز محمد الشلاكي ، ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الاداري ،دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ،٢٠٢٠.

ثانيا": الرسائل والاطاريح الجامعية

١- زيداني شريفة ، دور الترخيص الاداري في المحافظة على النظام العام ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير (تخصص قانون اداري)، مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة احمد دراية ، ادرار ، الجزائر، ٢٠١٦.

ثالثا": البحوث والمقالات

١- د. حاتم فارس الطعان ،مشروعية سلطة الادارة على تقييد الحريات العامة (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة ،العدد الثاني والعشرون ، ٢٠٠٩ .

٢- م.م محمد نوري علي ،الترخيص الاداري ودوره في الحفاظ على الحريات العامة والانشطة الخاصة في العراق ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد (٨)، العدد(٣٨) ،٢٠١٩ .

٣- محمد احمد عباس ، الترخيص الاداري ودوره في رقابة النشاط الفردي ،مجلة كلية الحقوق، العدد الثاني والخمسون ، يونيو ،٢٠٢١ .

رابعا": الدساتير

١- الدستور المصري لعام ١٩٧١.

٢- الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

٣- دستور دولة الامارات لعام ١٩٧١.

٤- دستور العراق لعام ٢٠٠٥.