

سلطة الادارة في فرض الترخيص الاداري
كوسيلة للمحافظة على النظام العام
(دراسة تحليلية مقارنة)

The administration's authority to impose administrative licensing as a means of maintaining public order (a comparative analytical study)

الكلمات الافتتاحية :

سلطة الادارة ، فرض الترخيص الاداري ، كوسيلة للمحافظة ، النظام العام
Keywords :
administration's authority , impose administrative licensing ,
maintaining public order , comparative analytical study

Abstract: Administrative licensing represents a restriction on constitutionally guaranteed public freedoms as a means of maintaining public order. Therefore, this restriction must be an exception, meaning that it should be imposed by law in cases where the Constitution refers the regulation of those freedoms to law without detracting from the essence of freedom. Accordingly, licensing is imposed according to the law in principle, but this principle does not always withstand the threats and disturbances that disturb public order. In the absence of a legislative text to confront that disturbance, it exposes society to danger and makes the administrative authority unable to confront those dangers, and thus the need arises to The possibility of imposing a license by the administrative authority as an exception to that principle, and because the administrative authority has the competence to issue regulatory decisions (regulations) that include abstract general rules for the purposes

أ.د. سعيد علي غافل
الشبل



أستاذ القانون العام /
كلية القانون جامعة
الكوفة

حسام محمد مدفون
الجبوري

ماجستير قانون العام

of regulating a specific subject that is not regulated by ordinary legislation or authorized by the legislator, and is called the term (legislation). Sub) because it regulates the details of administrative work that are not covered by regular legislation, and organizational administrative decisions take different names, the most important of which are (regulations) in France and Egypt, and (regulations and instructions) in Iraq.

المقدمة

ان الترخيص الاداري يرد قيذا على الحريات العامة المكفولة دستوريا كوسيلة للمحافظة على النظام العام . بالتالي فأن هذا القيد يجب ان يكون على سبيل الاستثناء أي بمعنى ان يتم فرضه بموجب القانون في الحالات التي يحل فيها الدستور تنظيم تلك الحريات الى قانون دون الانتقاص من جوهر الحرية . ووفقا لذلك فأن فرض الترخيص يتم بموجب القانون من حيث الاصل الا ان هذا المبدأ لا يصمد دائما ازاء التهديدات والاضطرابات التي تخل بالنظام العام . ففي حالة عدم وجود النص التشريعي لمواجهة ذلك الاضطراب يعرض المجتمع للخطر ويجعل السلطة الادارية عاجزه عن مواجهه تلك الاخطار وبالتالي تظهر الحاجة الى امكانيه فرض الترخيص من قبل السلطة الادارية استثناءً على ذلك الاصل . و لما تملكه السلطة الادارية من اختصاص في اصدار القرارات التنظيمية (اللوائح) التي تتضمن قواعد عامة مجردة لأغراض تنظيم موضوع معين لم تنظم التشريعات العادية أو بتفويض من قبل المشرع . ويطلق عليها مصطلح (التشريعات الفرعية) لأنها تنظم تفاصيل العمل الاداري التي لا تخوض فيه التشريعات العادية . وتأخذ القرارات الإدارية التنظيمية تسميات مختلفة أهمها (اللوائح) في فرنسا ومصر. و) الأنظمة والتعليمات) في العراق. وتكمن أهميه هذا الموضوع في ان مفهوم النظام العام مرن ونسبي ويختلف من دولة الى أخرى ومن زمان الى آخر في نفس الدولة بالتالي فان السلطة التنفيذية هي الأقدر من بين السلطات الاخرى على مواجهه تلك التغيرات والحد من المخاطر التي تهدد المجتمع كإجراء وقائي يتخذ لحماية النظام العام بجميع عناصره التقليدية والحديثة داخل

المجتمع والدولة ، وحيث ان ترك الحرية دون تنظيم تعني فوضى ، فضلا عن ان القوانين لا تخوض في تفاصيل العمل الاداري وغالبا ما تحيل مسألة تنظيمه الى السلطة التنفيذية لعدم قدرتها على تصور وتوقع جميع الحالات والظروف والمخاطر التي تطرأ على المجتمع وتهدد وجوده فلا يمكن مواجهتها تشريعيا لذلك تحيل الأمر الى السلطة اللائحية لمواجهة تلك الاخطار التي تهدد النظام العام والمحافظة على المجتمع وتماسكه تحقيقا للغاية من وجود السلطة التنفيذية . و ان مشكله البحث تكمن في ان الإدارة قد تستبد في سلطتها بتقييد الحريات الأساسية للأفراد، وانتهاكها بشكل جسيم بحجة المحافظة على النظام العام ، أو قد تتخذه وسيلة للتمييز بين الأفراد وخرق مبدأ المساواة والميل لطرف على حساب الآخر بدوافع شخصية أو حزبية أو سياسية وغيرها من الغايات التي لا تستهدف النظام العام ، بالتالي فإن الأمر يتطلب وضع محددات ومعايير لسلطة الإدارة في فرض الترخيص من خلال معرفة كيفية تحديد نطاق السلطة اللائحية للإدارة في فرض الترخيص ؟ و من ثم تحديد ماهية معايير فرضه وحدود سلطة الادارة في اصدار قرار الترخيص ؟ ومن أجل الإجابة على التساؤلات اعلاه و تحديد ضوابط السلطة الادارية في فرض الترخيص الاداري كوسيلة للمحافظة على النظام العام جاءت هذه الدراسة. وسنتناول هذا البحث وفق المنهج التحليلي المقارن في كل من فرنسا ومصر والعراق كلما اقتضى الأمر لذلك وبيان الآراء الفقهية بشأنها والترجيح بينها. وسوف نقسم هذا البحث على مبحثين ، نتناول في المبحث الأول نطاق السلطة الادارية في فرض الترخيص الاداري من خلال مطلبين ، نتناول في المطلب الأول اختصاص السلطة اللائحية في فرض الترخيص. و في المطلب الثاني نبين حدود فرض الترخيص بموجب اللوائح ، أما في المبحث الثاني سنتناول فيه معايير فرض الترخيص الاداري وحدود وتدخل السلطة الادارية ازاءها من خلال مطلبين أيضاً. نتناول في المطلب الأول معايير فرض الترخيص الاداري. و في المطلب الثاني حدود السلطة الادارية في اصدار قرار الترخيص ، وأخيرا الخاتمة والتي سنبين فيها أهم الاستنتاجات التي سنتوصل اليها ومن ثم أهم التوصيات المقترحة لمعالجتها.

المبحث الأول : نطاق السلطة الادارية في فرض الترخيص الإداري : ان الأصل في فرض الترخيص الإداري ان يكون من اختصاص المشرع وذلك بإقرار القوانين التي تنظم ممارسة الحريات وتقييدها الا ان هذا الأصل يرد عليه استثناء بمنح السلطة التنفيذية مهمة القيام بالوظيفة التشريعية. وان هذا الاستثناء يمكن ان يطال الحريات التي يختص المشرع من حيث الأصل بتنظيمها وتقييدها ووضع حدودها . فيمنح هذا الاستثناء للسلطة التنفيذية سلطة تقييد ممارسة الحريات عن طريق فرض الترخيص من أجل المحافظة على النظام العام وان هذا الاعتراف للسلطة التنفيذية بقدر معتبر من سلطة التنظيم لها مجال قانوني عملي مهم للحركة في الدولة بمقتضى وظيفتها الدستورية في تنفيذ القوانين^(١) . فضلا عن حالات عدم وجود القانون في تنظيم احدى الحريات ، أو عدم كفايته مع وجود حالات تهدد النظام العام ، أو تكون هناك حاجة ماسة لمستوى أفضل من التنظيم القانوني للحريات العامة^(٢) . وان تلك اللوائح لا يجوز مخالفتها بقرارات اداريه فردية^(٣) . وبناء على ذلك سنتناول اختصاص السلطة اللائحية في فرض الترخيص الإداري ثم نبين حدود تلك السلطة في فرضه من خلال مطلبين وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول : اختصاص السلطة اللائحة في فرض الترخيص الإداري : ان السلطة الادارية تمارس اختصاصها التنظيمي اللائحي على الحريات العامة وفرض الترخيص الإداري عليها وتقييدها عن طريق اصدار اللوائح . ووفقا لذلك سنبين الأساس القانوني للوائح ثم نبين أنواع لوائح فرض الترخيص من خلال فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول : الأساس القانوني للوائح : ان التشريع بالأصل العام هو من اختصاص السلطة التشريعية كما اسلفنا وان اللوائح عمل تشريعي يصدر من السلطة التنفيذية استثناءً وجد أساسها القانوني في الدستور والقوانين . ففي فرنسا نجد ان المادة (٣٤) من دستور ١٩٥٨ حددت المجالات التي يختص بتشريعها البرلمان وما عداها يكون للإدارة بشأنه سلطة لائحية . أي بمعنى سلطة إصدار اللوائح . وكذلك جاء في نص المادة (٣٧) من دستور ١٩٥٨ بأن " المواد التي لا تدخل في نطاق القانون تكون لها صبغة لائحية "

وبذلك نلاحظ ان المشرع قد خول الإدارة بشكل واضح وصريح بصلاحيّة إصدار اللوائح في المجالات التي لا يختص بها البرلمان ويعرف هذا النوع من اللوائح بـ (اللوائح المستقلة)^(٤). هذا وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بسلطة الإدارة في إصدار اللوائح في حكمه الصادر في (٦/ كانون الأول/ ١٩٠٧) الذي اقر بحق الحكومة في إصدار اللوائح العامة من أجل ضمان أمن السكك الحديدية والمحافظة عليها . وكذلك حكمه الصادر في (٨/ آب/ ١٩١٩) في قضية (لابون-Labonne). وأيضاً حكمه في (١٠/ كانون الثاني/ ١٩٣٠) في قضية (ديبوجول-Despujol)^(٥). وفي مصر فنجد ان دستور ٢٠١٤ منح السلطة التنفيذية صلاحية إصدار اللوائح ففي المادة (٧٠) منه التي تنص بأن "يصدر رئيس مجلس الوزراء اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه من تعطيل أو تعديل أو اعفاء من تنفيذها . وله ان يفوض غيره في إصدارها . الا اذا حدد القانون من يصدر اللوائح اللازمة لتنفيذه" وكذلك المادة (١٥٦) من الدستور خولت رئيس الجمهورية بإصدار لوائح الضرورة عند غياب البرلمان وحدث مايجب اتخاذ تدابير لاتتحمل التأخير لأي سبب كان. ولوائح الضبط التي يصدرها رئيس مجلس الوزراء بموافقة مجلس الوزراء للحفاظ على النظام . وكذلك لوائح المرافق العامة المتعلقة بالمصالح العامة وانشاء المرافق العامة. واللوائح التنفيذية وبمقتضاها يتم تنفيذ القوانين التي يصدرها البرلمان. وبناء على ماتقدم نلاحظ ان الدستور المصري تضمن إصدار أربعة انواع من اللوائح وهي لوائح تنفيذية. ولوائح الضبط . واللوائح المتعلقة بالمرافق العامة. وأخيراً لوائح الضرورة^(٦). أما في العراق فقد اشار دستور ٢٠٠٥ الى القرارات الإدارية التنظيمية في المادة (٨٠) منه التي نصت على الآتي " يمارس مجلس الوزراء الصلاحيات الآتية: " ثالثاً- إصدار الأنظمة والتعليمات والقرارات بهدف تنفيذ القوانين " ومن خلال تحليل النص المتقدم نجد ان المشرع يشير الى صلاحية مجلس الوزراء بإصدار الأنظمة التنفيذية التي من خلالها يتولى المجلس تنفيذ القوانين دون تعديلها أو تعطيلها . كما نلاحظ ان الدستور لم يرد فيه صراحةً حق الإدارة في إصدار الأنظمة التفويضية وأنظمة الضرورة . الا إن هناك رأي يؤيده يرى ان الدستور قد أشار إليها

بصورة غير مباشرة عندما نص في المادة (٦١/تاسعاً/ج) على انه "يخول رئيس مجلس الوزراء الصلاحيات اللازمة التي تمكنه من إدارة شؤون البلاد في اثناء مدة اعلان الحرب وحالة الطوارئ .." ^(٩). الا انها تقتصر على الظروف الطارئة الاستثنائية ولم تشمل الظروف الاعتيادية. هذا ولم يشير الدستور مطلقا الى الأنظمة المستقلة التي تصدرها الادارة في المجالات التي لا يشرع فيها البرلمان. لذا ينصرف مفهوم القرار الإداري التنظيمي الى الانظمة والتعليمات والمنشورات والانظمة الداخلية ^(٨). والى جانب صلاحيات مجلس الوزراء بإصدار القرارات الادارية التنظيمية خول قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ المعدل مجلس المحافظة بإصدار الانظمة والتعليمات لتنظيم الشؤون الادارية والمالية للمحافظة ^(٩). وبهذا الصدد يثار تساؤل هو اذا كان مجلس الوزراء هو المخول بإصدار الانظمة والتعليمات بهدف تنفيذ القوانين كما رأينا ، فما الجدوى من منح مجلس المحافظة صلاحية اصدار الانظمة والتعليمات ؟. يرى جانب من الفقه " ان صلاحية مجلس الوزراء تنحصر في اصدار الانظمة والتعليمات المتعلقة بتنفيذ القوانين الاتحادية الصادرة من مجلس النواب وفي المجالات التي حددتها المادة (١١٠) على سبيل الحصر . أما مجلس المحافظة فانه يتولى اصدار الانظمة والتعليمات في مجالين الأول يتعلق بتنفيذ القوانين والتشريعات المحلية بوصفه سلطة تشريعية . اذ خوله قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم لسنة ٢٠٠٨ اصدارها وفي المجالات التي لا تختص بها السلطة المركزية. اما الثاني يتعلق بإصدار انظمة مستقلة بوصفه سلطة تنفيذية لتنظيم المسائل التي لا تدخل ضمن الاختصاصات الحصرية للسلطة المركزية استنادا الى المادة (١١٥) من الدستور التي نصت على أنه " كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية يكون من صلاحية الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم... " ^(١٠). وان الرأي المذكور جديرا بالاحترام الا انه في الواقع نجد ان مجلس الوزراء لا يقتصر دوره على اصدار الأنظمة المتعلقة بالاختصاصات الحصرية وانما لديه سلطة عامة في اصدار الأنظمة والتعليمات خارج نطاق المادة (١١٠) على سبيل المثال اصدر

أنظمة تتعلق بقانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ مثل نظام الاستثمار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩^(١١). تنفيذا للقانون وفي نفس الوقت نجد ان مجالس المحافظات وعلى سبيل المثال مجلس محافظة النجف الاشراف اصدر قرار يتعلق بآلية تشكيل هيئة الاستثمار في محافظة النجف بالاستناد الى قانون هيئة الاستثمار المذكور^(١٢). فكلاهما اشتركا في تنظيم موضوع واحد استنادا الى قانون الاستثمار المذكور . ونلاحظ ان هذا التداخل في الاختصاصات المحلية والمركزية بشكل غير منظم يقودنا الى امكانية التداخل في فرض الترخيص الاداري . بالتالي نرى ضرورة تحديد نطاق كل سلطة في اصدار اللوائح . وخير دليل على ذلك نص المادة (١٥) من الدستور التي تضمن النص على ان "..... والصلاحيات الأخرى المشتركة بين الحكومة الاتحادية والاقاليم تكون الأولوية فيها لقانون الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم في حالة الخلاف بينهما". ونلاحظ من خلال النص المذكور تقوية لسلطات الأقاليم والمحافظات على حساب الحكومة المركزية . الأمر الذي يجعل السلطة اللائحية في الاختصاصات المشتركة لمصلحة الاقاليم والمحافظات وفي ذلك اضعاف للحكومة المركزية التي تمثل الشعب بأكمله وأمر إيقاف قراراتها في اقليم أو محافظة جائز وفقا للنص المذكور بالتالي فان هذا الموضوع يهدد وحدة الدولة القانونية والسياسية فلا بد من تدرك الأمر واجراء تعديل دستوري لمعالجة هذا النص المذكور. ولا بد من الإشارة الى ان المشرع الدستوري العراقي لم يعالج موضوع إصدار الأنظمة في الظروف العادية استقلالا عن القانون عبر جميع الدساتير العراقية بشكل عام . سواء أكانت تتعلق بتنظيم المرافق العامة أم بموضوع الضبط الإداري. ولذلك ذهب الرأي الراجح في الفقه العراقي^(١٣) . "إلى عدم جواز إصدار هذه الأنظمة استقلالا عن القانون. فالنصوص الدستورية لم تمنح الحكومة سوى سلطة إصدار الأنظمة التنفيذية"^(١٤). كما أن من هذه الأنظمة ما ينطوي على مساس بالحقوق والحريات التي كفلها الدستور للأفراد كما هو الحال بالنسبة للوائح الضبط الأمر الذي لا يجوز إلا بقانون أو بناء على قانون" . ومع ذلك وبافتراض أن السلطة التنفيذية تملك سلطة إصدار أنظمة مستقلة في الظروف العادية.

فهناك من يرى أنها مقيدة باحترام المبادئ القانونية العامة، في حين أن هذه المبادئ لا تقيد سلطة المشرع العادي طبقاً للنهج الدستوري الذي يقوم عليه النظام القانوني في العراق^(١٥). وجدير بالذكر نجد مجلس الدولة العراقي قد ضيق الخناق على السلطة الادارية وأفتى مؤخراً بمبدأ (عدم جواز اصدار أنظمة أو تعليمات مالم يوجد نص قانوني يميز ذلك وتكون تلك التعليمات في حدود ذلك النص القانوني) ، مبرراً ذلك بأن البند(ثالثاً) من المادة (٨٠) من الدستور يقتصر اختصاص مجلس الوزراء على اصدار الأنظمة والتعليمات التنفيذية ، وحيث ان اصدار التشريعات هو من اختصاص السلطة التشريعية، ولا يجوز للسلطة التنفيذية ممارسة هذا الاختصاص الا في حالة وجود نص قانوني وفي حدوده وحيث ان النظام القانوني العراقي لم يأخذ بمبدأ التشريعات الفرعية المستقلة^(١٦) . واننا نرى ان هذا التقييد لا يشمل لوائح الضبط الاداري (البوليسية) المتضمنة حفظ النظام العام والذي يجب ان يكون ضمن الأطر والمبادئ العامة للدستور، ونستند في ذلك الى الطبيعة الدستورية للوائح الضبط الاداري حتى وان لم يرد عليها النص في الدستور بشكل صريح ، لأن سكوت الإدارة ازاء الخطر الذي يهدد النظام العام يجعلها عاجزة عن القيام بواجبها وهذا بخلاف الغاية من وجودها في تحقيق الصالح العام والحفاظ على مبدأ انتظام سير المرفق العام ، بالتالي وفقاً لما تقدم نرى امكانية فرض الترخيص الاداري من قبل السلطة الادارية بموجب لوائح الضبط الاداري بشرط ان تتفق مع المبادئ العامة متى اقتضت الضرورة لذلك بموجب لوائح مستقلة للمحافظة على النظام العام دون الاستناد الى قانون من أجل المحافظة على النظام العام .

الفرع الثاني : أنواع لوائح فرض الترخيص : ان السلطة التنفيذية (الادارية) تتشابه مع السلطة التشريعية من جانب العمل التشريعي، فالسلطة التشريعية تصدر قوانين بينما السلطة التنفيذية تصدر لوائح فكلاهما يتضمن قواعد عامة مجردة، فضلاً عن الدور الطبيعي للوائح في مسألة تنفيذ القوانين وذلك من خلال ايرادها تفصيلات وجزئيات لازمة لتنفيذ القوانين، وكذلك الحال بالنسبة للموضوعات التي يقرر المشرع تركها

لتنظيمها بموجب اللوائح . وحيث ان الموضوعات التي تدخل ضمن نطاق السلطة
اللائحية تتطابق مع القانون ذاته وضمن نطاقه^(١٧)، وأن سلطة فرض الترخيص الإداري لا
تقتصر على القانون فحسب بل تتعداه الى اللوائح^(١٨)، والتي سنبين آلية فرضها في كل
نوع وكالاتي:

أولاً- اللوائح التنفيذية : فالمعروف ان اللوائح التنفيذية تكون تابعة للقانون وتلتزم بما ورد
فيه وتكون مهمتها توضيح الاحكام الواردة فيه فضلا عن وضع شروط تنفيذه . دون ان
تضيف للنص القانوني شيء أو تخرج عنه او تتعارض معه او تضيف حكما جديداً لأحكامه
أو تعفي أحداً منها . وتحدد السلطة التشريعية بموجب القانون الجهة التي تصدر اللائحة
التنفيذية وحسب النظام الدستوري لكل دولة فالبعض منها يصدرها رئيس الجمهورية
أو يفوض جهة أخرى . والبعض الآخر تصدر عن طريق مجلس الوزراء أو من الوزارات بمصادقة
مجلس الوزراء فتختلف من دولة الى أخرى^(١٩)، وان مسألة اصدار اللوائح التنفيذية تختلف
باختلاف القوانين ذاتها والمجال الذي يتركه المشرع وفقاً للدستور فقد يجعل المشرع دور
اللائحة يقتصر على وضع تفصيلات لتنفيذ القانون ، أو قد يمنحها حق تحديد شروط
القانون وبذلك تكون سلطتها أوسع وتعد مكمله للقانون بما يجعلها امتداداً طبيعياً له
وتتحقق بمجرد ان يحيل القانون الى اللائحة لتحديد الشروط اللازمة الى تنفيذ القانون او
تحقيق الغرض من القانون الا انها تبقى أقل مرتبة من القانون ضمن قاعدة التدرج القانوني
(٢٠).

ثانياً- اللوائح المستقلة: ان المقصود باللوائح التنفيذية المستقلة بانها القرارات الادارية
التنظيمية التي تصدر عن السلطة التنفيذية . فتكون مستقلة وقائمة بذاتها، وتتضمن
نوعين من اللوائح الأول يسمى لوائح تنظيم المرافق العامة ويطلق عليها تسمية (اللوائح
التنظيمية) كونها تنظم المصالح العامة، والثاني يسمى لوائح الضبط^(٢١)، ويطلق
عليه ايضا تسمية لوائح الضبط أو البوليس كونها تعمل على المحافظة على الأمن
العام والسكينة والعامة والصحة العامة من دون الاستناد الى قانون نافذ فهي لا تتعارض

مع أحكام القوانين النافذة أو تعديلها أو تعطيل تطبيقها ، إلا أنها قد تضع قيوداً عديدة على حريات الأفراد ويعد فرض الترخيص الإداري من بين وسائلها لتحقيق النظام العام^(٢٢). ولما تقدم نجد أن للسلطة الإدارية الحق في إصدار اللوائح سواء كان وجودها ومرتبطة بقانون معين سابق عليها كاللوائح التنفيذية، أو لوائح مستقلة تأخذ شكل لوائح الضبط الإداري أو اللوائح التنظيمية^(٢٣).

المطلب الثاني : حدود فرض الترخيص الإداري بموجب اللوائح : كما أشرنا إلى تعدد اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية إلا أننا نجد أن دور اللوائح المستقلة يكون أكثر خطورة منه بالنسبة للوائح التنفيذية ولاسيما لوائح الضبط الإداري باعتبار أن الترخيص الإداري أحدى وسائلها ، ولما تشكله من تقييد للحريات ، كونها لا تستند إلى تشريع سابق عليها (قانون) ، وإنما تصدر مباشرة من قبل السلطة التنفيذية وبشكل مستقل وتجد أساسها في ذلك بموجب الدستور ، وعليه فإن تحديد دور لوائح الضبط الإداري في تقييد الحريات بقيد الترخيص الإداري ليس بالأمر اليسير لأنه مبني على الاجتهاد وحده فقط ، وإن الدستور يبين ذلك عندما يقرر أن حرية معينة لا يجوز تقييدها إلا بقانون. بينما ينص على أن حرية أخرى يجوز تقييدها بناءً على القانون. ففي الحالة الأخيرة يجوز لللائحة أن تقوم بهذا التقييد إذ فوضها المشرع بذلك ويوجب أولاً صدور قانون لتعمل اللائحة ضمن نطاقه. وحيث أن ذلك الأمر يحتاج إلى تحديد دقيق^(٢٤) ، وعليه يمكن القول أن تدخل السلطة الإدارية في تقييد الحريات من خلال فرض الترخيص الإداري وتحديد حدود تلك السلطة ينبغي أن يكون مبنياً على أمرين الأول يتعلق بلوائح الضبط الإداري باعتبارها وظيفة دستورية أصيلة. والثاني يتعلق بطبيعة الحرية المراد تقييدها بموجب الترخيص وسنبينها من خلال فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: لوائح الضبط الإداري باعتبارها وظيفة دستورية أصيلة : إذ إن هذه الوظيفة يتم مباشرتها بوسائل أصيلة ماثلة لها. أي بمعنى لا حاجة في اتخاذها إلى "إذن سابق" من المشرع وإصدار قانون لفرضها. بالتالي لا شك أن وسيلة فرض الترخيص الإداري

من بين هذه الوسائل باعتبارها إجراء لازم للقيام بوظيفة الضبط الإداري للمحافظة على النظام العام . وبناء على ذلك أنه يجوز للجهات الإدارية المختصة ضمن الإطار المذكور فرض نظام الترخيص الإداري على ممارسة الحريات والحقوق الفردية بموجب لائحة مستقلة، وعلى سبيل المثال فرض الترخيص على إدارة المحال العمومية المضرة بالصحة والمقلقة للراحة . وعلى قيادة السيارات . كذلك مزاولة بعض المهن التي تتصل مباشرة بالأمن العام أو الصحة العامة، وللإدارة في هذه الأمثلة أن تضمن لوائحها المستقلة أيضاً جزاءً جنائياً في حدود عقوبة المخالفة، ويلحق بسلطة الإدارة في هذا الشأن تنظيم الانتفاع بالمال العام عن طريق لوائح بوليسية مستقلة، إلا أنه لا يجوز تضمينها جزاءً جنائياً إذا كان الغرض منها فقط حفظ المال العام وليس تنظيم الانتفاع به وذلك لأن المحافظة على المال العام ليست من بين غايات الضبط الإداري وإنما هي مستندة إلى حق ملكية الدولة^(٢٥). بالتالي إن فرض نظام الترخيص الإداري يعد إجراءً عادياً بل ولازماً للقيام بمهمة الضبط الإداري والتي تعد وظيفة دستورية . ولاشك في ذلك من جانب الفقه أو القضاء. وإن التسليم بوجود هذه السلطة، يفترض تحديد أنواع الترخيص فضلاً عن تحديد أنواع اللوائح التي تملك فرض هذه القيود وكما يلي:

أولاً- أنواع الترخيص من حيث سلطة الإدارة في طريقة قبوله ورفضه:

وهناك نوعين من التراخيص كما يلي:

١- الترخيص الذي تكون الموافقة عليه أو رفضه يخضع لظروف تستقل الإدارة بوزنها بما لها من سلطة الملائمة البحتة بين منحه أو رفضه ومدى تأثيره على النظام العام . وتملك الإدارة سلطة واسعة في هذا النوع ويعتبر هذا النوع من أخطر أنواع الترخيص وذلك لأنه لا يرتب على رفضه إلا الحق في إقامة دعوى أمام القضاء من قبل المتضرر. وإن مسألة إثباته كما هو معلوم أمر عسير . كما أنه يعتبر قريباً من حظر النشاط لا تقييده فقط.

٢- الترخيص الذي يكون رفضه مقيداً بأسباب معينة منصوص عليها سلفاً بموجب القانون . ويعتبر هذا النوع إلى حد ما مقبول وذلك لأنه بمثابة "الإذن العام" وتكون سلطة الإدارة فيه مقيدة نوعاً ما ، والذي يحق لكل من توافرت فيه الشروط المقررة المطالبة به ^(٢٦).

ثانياً- أنواع اللوائح المستقلة التي تصلح لفرض نظام الترخيص:

فتكون على نوعين:

١- اللوائح الصادرة من الهيئة المركزية: وتتمتع غالباً بصفة العموم والدوام . وحكمها أنها لا تستطيع فرض نظام الترخيص إلا للضرورة وفي نطاق ضيق وفي حدود غايات الضبط الإداري بمعناه العام دون معناه الخاص الذي يجب أن يصدر بشأنه قانون من حيث الأصل . كما في إدارة المحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة ومزاولة المهن الأخرى ويرجع تقرير هذا الحكم إلى صفة هذه اللوائح وهي دوامها وامتداد سريانها إلى كل أنحاء الدولة مما يترتب عليه بالضرورة وجوب الحد منها وتضييق نطاقها خصوصاً وأن موضوعها متروك أصلاً للقانون ^(٢٧).

٢- اللوائح الصادرة من الهيئات المحلية - والإدارة المركزية أحياناً: ويقصد بها معالجة حالات معينة لمدة معينة، أي أنها تتصف بالتوقيت وضيق النطاق . سواء من حيث موضوعها أو الجهة التي تسرى عليها وحكم هذه اللوائح أنها تستطيع فرض نظام الترخيص الإداري في حدود أوسع وعلى نطاق أكبر قد يمتد إلى أنواع البوليس الخاص الذي يجب أصلاً تنظيمه عن طريق القانون. وذلك لأنه لا خوف على الحريات من هذه اللوائح الضيقة النطاق والمؤقتة النفاذ ^(٢٨). ووفقاً لما تقدم نجد أنه للإدارة فرض نظام الترخيص بلائحة مستقلة دائمة أو لائحة مؤقتة صادرة من الهيئة المركزية أو من الهيئات المحلية بشرط أن تكون سلطتها في رفضه مقيدة بأسباب معينة منصوص عليها سلفاً في اللائحة المذكورة.

الفرع الثاني: طبيعة الحرية المطلوب تقييدها ممارستها في فرض نظام الترخيص : يتحدد نطاق كل من القانون واللائحة في فرض نظام الترخيص بطبيعة الحرية المراد تقييدها و

يتلخص هذا الأمر في أن الحرية هي الأصل بطبيعة الحال وتقييد ممارستها بموجب الترخيص الإداري يكون استثناء على ذلك الأصل . فيكون لازماً لحماية الحرية نفسها ويترتب على ذلك أن هذا التقييد يجب أن ينحصر في نطاق معين حتى لا يصبح هو الأصل وبالتالي تشل تلك الحريات وتزول نهائياً. ومن أجل حصر هذا النطاق يجب مراعاة أن الأصل في تحديد الترخيص يكون عن طريق القانون وليس اللائحة^(٢٩) . وذلك ضماناً للحريات الفردية من الخراف الهيئات الإدارية في تنظيم ممارستها . وعملاً بأحكام النظم الديمقراطية التي توجب باعتبار الكلمة العليا للإرادة الشعبية أي للقانون وحده كونه صادر عن البرلمان الذي يمثل تلك الإرادة بالتالي فمجال اللائحة في هذا الشأن يعد استثناء من هذا الأصل^(٣٠). وبناء على هذين الأساسين اللذين يوجبان اعتبار تقييد الحرية استثناء من الأصل. وتقييدها عن طريق اللائحة استثناء من الأصل أيضاً. ينبغي استبعاد اللائحة من فرض نظام الترخيص على ممارسة الحريات التي لا يجوز تقييدها حتى بموجب القانون وتكون محددة بموجب الدستور بسبب طبيعتها وأهميتها الخاصة كالحريات المعنوية والأدبية^(٣١). ومن الجدير أن نذكر هنا ، بأن العميد (هوريو) يرى بأن البحث في هذا الموضوع لم يجد العناية الفقهية الكافية مما يخشى معه استبداد الهيئات الإدارية بالحريات والحقوق الفردية وأنه لا يكفى في هذا الشأن ما يقرره القضاء في الحالات المتفرقة التي تعرض عليه. وبالتالي فإنه ينبغي على الفقه القيام بوضع نظرية عامة تبين نطاق سلطة الإدارة المركزية والمحلية في فرض نظامي الترخيص والإخطار. وذلك لكي يكون الأفراد في مأمن من تقييد حرياتهم بالقيد المذكورين عن طريق اللوائح الإدارية المستقلة وأن يكون في حدود واضحة ومعينة. وقد كان ذلك بمناسبة تعليقه على حكم المجلس الصادر في (١٨٩٧/١٢/٣) بشأن سلطة البوليس المحلي ضد مزاوله بعض أنواع النشاط الفردي أو تقييده بقيد الترخيص^(٣٢).

ولما تقدم فإن هذه السلطة تكون خاضعة لرقابة القضاء. للتأكد من استخدامها على الوجه السابق بيانه وضمن الحدود الواردة به فقط . وللقضاء بعد موافقته على شرعية

لائحة معينة يجب أن يوازن بين مدى القيد الوارد على الحرية وأثره في ممارستها، والغاية منه، وذلك على ضوء الاعتبارات التي أشرنا إليها وأهمها طبيعة الحرية وأهميتها، والظروف الفعلية التي دعت إلى تقييدها، فإذا كانت نتيجة هذه الموازنة مرجوحة بالنسبة للنشاط الفردي الذي قيده الإدارة بقيد الترخيص، وجب على القضاء الحكم ببطلان اللائحة أو التعويض عن تقييدها تبعاً للأحوال^(٣٣).

المبحث الثاني: معايير فرض الترخيص الإداري وحدود تدخل السلطة الإدارية أزمائها : حيث ان حرية الانسان تكون مقيدة بعدم التعارض مع حريات الآخرين بالتالي فإن السلطة الإدارية تتدخل لتقييدها للمحافظة على النظام العام من خلال فرض الترخيص الإداري كقيد يرد استثناء على الحريات العامة فينبغي ان يخضع لمعيار محدد لفرضه فضلاً عن حدود تدخل السلطة أزمائه وهذا ماسنبيه وكالاتي:

المطلب الاول : معايير فرض الترخيص : يقتضي ان تكون ممارسة السلطة الادارية لفرض الترخيص خاضعة لقواعد المشروعية وحيث ان قرار فرض الترخيص هو قرار فردي بالتالي يجب ان يخضع الى قاعدة قانونية يستند عليها وفقاً للتسلسل الهرمي للقواعد القانونية يأتي الدستور في مقدمتها ومن ثم القانون أي (التشريعات التي تصدر عن البرلمان) ، وأخيراً القرارات التنظيمية (اللوائح) التي تصدرها الإدارة بالتالي فإن الغاية النهائية من فرض الترخيص الإداري هو من أجل المحافظة على النظام العام . وحيث ان مصطلح المحافظة على النظام كما أشرنا لذلك بأنه يتميز بالمرونة والنسبية بالتالي فهو غير محدد بشكل دقيق وقد يكون ذريعة ترتكز عليها السلطة الادارية للتضييق على الحريات وتتعسف في ممارسة تلك السلطة وهو أمر غير مقبول وفقاً لمبادئ الديمقراطية . بالتالي لابد من وجود ضوابط ومحددات تمنع تعسف السلطة في فرض الترخيص الإداري. وان القاعدة العامة في فرض الترخيص بشكل عام لا تخرج عن معيارين هما المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي ويضاف لهم معيار آخر يجمع ما بين المعيارين الشخصي الموضوعي يتمثل في (المصلحة العامة) والتي سنبينها كما يلي:

الفرع الاول : المعيار الشخصي : ونكون أمام المعيار الشخصي إذا كانت اسباب فرض الترخيص الاداري هي "شخصية" أي تأثر النشاط المطلوب مزاولته بالشخص أولاً^(٣٤). كما أنه غالباً ما يكون هذا النشاط متصلاً بغايات الضبط الاداري في حماية النظام العام ويمكن ان يكون في حالتين:

أولاً- فرض نظام الترخيص اذا كان أثره متغيراً تبعاً للشخص الذي يزاوله:

وبمقتضى ذلك يفرض المشرع الترخيص ويكون للسلطات الادارية وفقاً لهذا المعيار حق التدخل مقدماً للإذن بمزاولة النشاط أو رفضه تبعاً لتوافر الشروط المطلوبة العامة في القانون والشروط الخاصة والواجب توفرها في الشخص طالب الترخيص ، كشرط النزاهة كأن يشترط ان يكون حسن السرة والسلوك وأن لا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو عقوبة مخلة بالأمانة والشرف ، أو شرط الأهلية كاشتراط عمر معين ، وشرط الكفاءة الفنية ، وغيرها من الشروط تفرضها القوانين لمنح الترخيص الاداري على سبيل المثال نجد ان قانون الاحزاب السياسية في العراق رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥ قد اشترط في من يؤسس حزبا ان يكون عراقي الجنسية واكمل الخامسة والعشرون من عمره ومتمتعاً بالأهلية القانونية ، وغير محكوم عليه بحكم بات من محكمة مختصة عن جريمة القتل العمد او جريمة مخلة بالشرف او جرائم الارهاب او الفساد المالي او الاداري او الجرائم الدولية وغير مشمول بإجراءات المسائلة والعدالة وغير منتمي الى حزب البعث المنحل بدرجة عضو عامل فما فوق ، وان يكون غير منتمي الى حزب آخر وقت التأسيس وغيرها من الشروط الخاصة المحددة بموجب القانون فضلاً عن شروط تتعلق بمن ينتمي للاحزاب السياسية^(٣٥). في المقابل نجد ان قانون نظام الاحزاب السياسية في مصر أيضاً حدد شروط لمن ينتمي في عضوية أي حزب سياسي يشترط ان يكون مصري الجنسية واذا كان مجنساً يجب ان تمضي على الأقل عشر سنوات على جنسيته ، ومع ذلك فان القانون يشترط فيمن يتولى منصباً قيادياً فيه ان يكون من اب مصري وان يكون متمتعاً بالحقوق السياسية ، ولاينتمي الى السلطة القضائية والقوات المسلحة الاجهزة الامنية وجهاز الرقابة الادارية

والمخابرات أو أعضاء السلك الدبلوماسي وغيرها من الشروط الشخصية^(٣٦) في حين نجد الحال مختلف في فرنسا إذ أن الأحزاب تنشأ في فرنسا من دون شروط مسبقة وبنفس طريقة تشكيل الجمعيات وفقاً لقانون (الأول من يوليو) لسنة ١٩٠١، و الشرط الوحيد لتأسيس الحزب هو ايداع نظامه الداخلي وبعدها يستطيع مباشرة نشاطه بمجرد اكمال تكوينه واطار الجهة الادارية المختصة^(٣٧). وأن تدخل السلطة الادارية وفقاً لهذا المعيار يكون بتحديد نطاق النشاط المطلوب مزاولته وتحديد وسائله وكذلك الاحتياطات الواجب اتباعها بشأنه وعلى سبيل المثال الترخيص الإداري المفروض على تأسيس الأحزاب السياسية كما اسلفنا وايضا على حق الملكية وحرية التجارة والصناعة وحرية العمل بمظاهره المختلفة^(٣٨). أما إذا كان أثر النشاط الفردي لا يتغير تبعاً للشخص الذي يمارسه، وكان ذلك الشخص مستوفياً لجميع الشروط التي فرضها المشرع فلا يجوز كقاعدة عامة فرض نظام الترخيص الإداري في الحالة المذكورة وذلك لانعدام ضرورة التدخل من قبل السلطة الادارية مقدماً للاذن بمزاولة النشاط أو رفضه أو تقييده بشروط يتم وضعها بموجب السلطة التقديرية من قبل الجهة الادارية المختصة^(٣٩).

ثانياً- فرض نظام الترخيص إذا كان مستغل النشاط شخص (هام): أن المعيار الشخصي لا يمكن أن ينطبق على كافة الحالات المتشابهة، فهناك أنشطة تختلف أهميتها حسب الشخص الذي يزاول النشاط، فإذا تعلق الأمر بنشاط هام يتصل بالنظام العام بشكل مباشر وبدرجة قوية، فيكون الترخيص ضروري لتمكين السلطة الادارية من التدخل مقدماً للتأكد من توافر الشروط المطلوبة والمحددة بموجب القانون واتباع الاحكام المقررة بشأنها. ومن ثم وزن الخطر الذي قد ينشأ عن ممارستها لما تملكه الجهات الادارية من دراية خاصة وسلطة تقديرية قبل المباشرة في النشاط، فإذا وجدت الإدارة أن الشروط المحددة قانوناً متوافرة وعدم وجود أسباب أخرى من مزاولته النشاط تمنح الترخيص وبخلافه ترفض منحه ومثال ذلك قانون الأسلحة المتضمن الاتجار بالسلاح وصنعه وحراره، فضلاً عن مزاولته بعض المهن كالصيدلة والمحاماة وغيرها لنظام الترخيص. وعلى سبيل المثال نجد

في قانون الأسلحة العراقي اذا حددت شروط منح الاجازات بأنواعها المختلفة سواء كانت اجازة حيازة وحمل السلاح الناري ، واجازة اصلاح السلاح الناري ، واجازة خاصة بحيازة سلاح ناري او اكثر ، او اجازة خاصة لفتح محل لبيع الاسلحة النارية ، وكذلك شروط سحبها^(٤٠)، الا انه منح الوزير وبموافقة مجلس الوزراء ايقاف منح اجازات حيازة وحمل السلاح الناري في جميع احاء العراق او في جزء منه عند حدوث مايرر ذلك^(٤١)، وكذلك منح للمحافظين سلطة منع المجازين من حمل السلاح الناري في جميع احاء المحافظة وان يستثني بعض المجازين لأسباب مقبولة وبموافقة مجلس المحافظة^(٤٢).

اما اذا كان الشخص الذي يستغل النشاط غير هام من حيث تأثيره عليه فلا موجب لتدخل السلطة الادارية مقدما للتأكد من ملائمة النشاط على ضوء الاعتبارات الفنية التي تخضع لتأثيرها ودرايتها لعدم ضرورة ذلك^(٤٣).

الفرع الثاني : المعيار الموضوعي : يرى جانب من الفقه ان المعيار الشخصي وحده ليس كافيا لتحديد سلطة المشرع في فرض نظام الترخيص لأن هناك انواع من النشاط على الرغم من أهمية شخص من يزاولها الا أنها لا تخضع للترخيص مثل الصحافة والتعليم في فرنسا والاجتماعات العامة في مصر وتكتفي بالإخطار، وان السبب في ذلك يعود الى تغليب موضوع النشاط على الشخص الذي يزاوله ، أي بمعنى تغليب الفكرة الموضوعية على الفكرة الشخصية والتي يكون الغاية منها تغليب الحرية على التقييد بالتالي يتم اعفاء النشاط من الترخيص الاداري بالتالي لابد من البحث الى جانب المعيار الشخصي عن معيار موضوعي يتعلق بطبيعة النشاط نفسه بغض النظر عن الشخص الذي يزاوله^(٤٤) وجده في حالتين ايضا نبينها بالآتي:

أولاً- فرض نظام الترخيص اذا كان النشاط محظور بالأصل أو من الجائز حظره: ان الحظر قد يكون لأسباب تتعلق بالنظام العام أو لأسباب تتعلق بالاقتصاد القومي أو يكون النشاط مخالفا للأداب العامة أو بسبب ظروف مزاولته ، الأمر الذي يوجب تقييده بقيود تستدعي تدخل الجهات الادارية المعنية مقدما لتحديد نوعه وطريقة ممارسته ورقابة

استيفائها والتأكد من تطبيق احكام القانون المقررة بشأنها قبل مزاولة النشاط. ويعتبر النشاط الذي يكون متصلاً مباشرةً بنواحي الضبط الإداري من الأنشطة التي يجب تقييدها ، وكذلك الحال اذا كان له تأثيراً خطيراً على الاقتصاد القومي^(٤٥). فعلى سبيل المثال نجد في العراق هناك حظر مفروض على التصرف بالآثار^(٤٦). لا يجوز التصرف فيه إلا بترخيص من السلطة الآثارية المختصة^(٤٧).

اما اذا كان النشاط حراً من حيث الأصل فلا تسمح طبيعته تقييده بشرط الحصول على الترخيص مثال ذلك الحريات المعنوية والادبية

ثانياً- فرض نظام الترخيص على ممارسة الحريات التي تقابل السلطة : يكون ذلك من خلال التوفيق بين ممارسة الحريات من جهة وممارسة السلطة من جهة أخرى بشكل لا يمس بالحريات الا بالقدر الضروري المتعلق بممارسة السلطة مثل حالات فرضه على الحريات التي تمس النظام العام مباشرة ، وللمشرع ان يفرض ما يراه مناسباً من الاحتياطات والشروط التي يتوقف تطبيقها على موافقة الجهات الادارية المختصة بالترخيص بممارستها أو رفضها . وقد تشكل تلك الشروط اعباء تثقل الحريات بموضوع الترخيص بالتالي لا يمكن مناقشة المشرع بشأنها كونه يمثل ارادة الشعب ويكون الغاية من تلك القيود تحقيق المصلحة العامة فضلاً عن ان نظام الترخيص هو الطريق العادي الذي يجب تطبيقه في هذه الحالات^(٤٨). ولما تقدم فإن المعيارين لجميع حالاته. وعلى الرغم من قصورها في تحديد سلطة المشرع سواء كانت مقيدة ام تقديرية في فرض الترخيص وسلطة الادارة ازلها . فإنه لا يجوز تركها بشكل نهائي لأنها تكون مناسبة في حالات معينة يمكن اللجوء اليها عند تنظيم بعض أنواع تلك النشاطات . كما أنه لا يمكن الاكتفاء ببعضها من جهة أخرى لأن كل منها قد يصلح الى نشاط معين من انواع النشاط الفردي . بالتالي يجب الاحتفاظ بتلك المعايير وتطبيقها على النشاط الذي يصلح ان تنطبق عليه.

الفرع الثالث : المعيار المشترك (الشخصي والموضوعي) : فإذا كان النشاط المراد تنظيمه خليطاً من الطابع الشخصي والموضوعي أو لم يصلح معه أحد المعيارين المذكورين اعلاه

، فإنه يمكن مزجها كلها في معيار "عام" يتلخص في ضرورة اتفاق النشاط الفردي مع "الصالح العام" الذي يشمل على كفاءة النظام العام وهو موضوع الدراسة ، وكذلك تحقق النفع العام تبعاً لدرجة مساس النشاط بعنصريه الشخصي والموضوعي معاً بهذا الصالح العام. فإذا كانت درجة المساس بالصالح العام قريبة ومباشرة جاز للمشرع فرض نظام الترخيص وليس عليه من قيد في هذه الحالة إلا عدم التوسع في فرض النظام المذكور إذا أُريد به تحقيق "النفع العام" ، وذلك لأن فكرة النفع العام واسعة جداً وليس لها ضابط معين وقد يترتب على التوسع فيها المساس بالمصالح الفردية من أجل مصلحة الجماعة ، وذلك يعد مساساً بالنظام القانوني والاجتماعي للدولة^(٤٩) . أما ما يتعلق بفرض الترخيص من أجل كفاءة النظام العام يجب على المشرع عدم التوسع في فرض نظام الترخيص وذلك لأن النظام العام محدود النطاق والغايات ويعتبر تقييد النشاط الفردي من أجله استثناء من الأصل العام وإن كان استثناءً ضرورياً ومشروعاً^(٥٠) . وإن الترخيص كما أسلفنا أما أن يرد على نشاط غير محظور أصلاً لكن يوجب فرضه مقتضيات المحافظة على النظام العام ، كالترخيص الذي يتعلق بفتح المحلات العامة ، ولاسيما المحلات المقلقة للراحة العامة ، فيجب الحصول على رخصه صادرة من الجهة الإدارية المختصة تتيح له استعمال المبنى وفقاً للغرض المطلوب ، أو قد يكون الترخيص يرد على نشاط محظور أصلاً ، كالترخيص الذي يتعلق بحمل الأسلحة أو الاتجار فيها. وكذلك الترخيص بخيازة المواد المخدرة أو المفرقعات .

المطلب الثاني : حدود السلطة الإدارية في إصدار قرار الترخيص : إن قرار منح الترخيص الإداري أو رفضه هو قرار فردي ، وطبقاً لمبدأ المشروعية لا بد أن يصدر من جهة إدارية مختصة استناداً إلى دستور أو تشريع أو لائحة تنظيمية بمنحه أو رفضه أو إنهائه بغية المحافظة على النظام العام كما أسلفنا ، ووفقاً لذلك سنبين حدود الإدارة في إصدار القرار الفردي كوسيلة للمحافظة على النظام العام من خلال تحديد حالتين الأولى إذا كان القرار

موافقا للقانون أو اللائحة . والحالة الثانية اذا كان مخالفا لللائحة الضبطية أو كان لا يستند الى قانون أو لائحة ضبطية وسنبين ذلك من خلال فرعين وعلى النحو الآتي :

الفرع الاول : القرار الذي يستند الى قانون أو لائحة : ان قرارات منح الترخيص أو رفضه لا يجوز ان تصدر من سلطة ادنى تخالف قرارات سلطة اعلى وفقا للتدرج القانوني^(٥١). على الرغم من تمتع المشرع بسلطة تقديرية اتجاه تقييد الحقوق والحريات لتعلقها في المحافظة على النظام العام على الرغم من كونها مكفولة دستوريا . الا ان المشرع غالبا ما يجيل أو يترك تنظيم ذلك التقييد المتعلق بالنظام العام الى الادارة وتكون سلطته مقيدة مقابل تمتع الادارة ازاء القوانين المذكورة اعلاه بسلطة تقديرية واسعة في فرض الترخيص الاداري من أجل المحافظة على النظام العام . لذلك نجد ان السلطة الادارية التنفيذية هي الأجدر من بين السلطات في تقدير الخطر ووزن الأمور التي تهدد النظام العام لذلك تحيل القوانين الى الجهات الادارية المختصة لاصدار لوائح تنفيذية من جهة . فضلا عن ذلك تتمتع الادارة بسلطة اصدار لوائح الضبط الاداري التي تضعها الادارة من خلال سلطتها التنظيمية لمواجهة الأخطار التي تهدد النظام العام بعناصره المختلفة الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة والمحافظة على الآداب والاخلاق العامة وايضا المحافظة على الرونق والراء . و ان الخطر الذي يمس النظام الاقتصادي على الرغم من انه يستهدف المنفعة العامة بمفهومها الواسع الا انه قد ينتج عنه خطر يهدد عناصر النظام العام . استنادا الى مبدأ واجب الدولة في اقامة النظام في المجتمع وسلامة كيانها واستقرار أمنها وتوفير الخدمات اللازمة لمواطنيها وتحقيق المصلحة العامة. بالتالي فإن المعيار الذي ينطبق على سلطة الادارة في المحافظة على النظام هو معيار مشترك قد يكون شخصي أو موضوعي حسب طبيعة النشاط وتنظيمه بموجب القانون او اللائحة . يقوم بالأساس على محل الخطر الذي يهدد النظام العام بجميع عناصره . وكون السلطة الادارية هي الأقدر على تقدير ذلك الخطر ومواجهته استباقيا . حيث تقوم الادارة بالموازنة بين منح الترخيص المتمثل بالحرية بممارسة نشاط معين وبين الخطر الذي ينتج عن ممارسة تلك الحرية وما

يشكله من تهديد على أحد عناصر النظام العام. فإذا مالت كفة منح الترخيص بدون اخلال النظام العام فيتم منح الترخيص بقرار إداري فردي ، اما اذا شكل منح الترخيص خطرا يهدد النظام العام فيتم اصدار قرار إداري بفرض منح الترخيص الإداري او انهاءه في حال منحه في وقت سابق. وحيث ان القرار الخاص برفض الترخيص او انهاءه هو قرار إداري فيستلزم صحة جميع اركانه ، ونرى ضرورة ان يكون قرار منح او رفض منح الترخيص او انهاءه ان يكون مسبباً بشكل واضح. ومبني على أسباب معقولة لأن قرار منح او رفض الترخيص قد لا يخلو من تعسف السلطة الادارية في استخدام سلطاتها برفض الترخيص أو قبوله لغايات أخرى لاتتعلق بالمحافظة على النظام العام^(٥٢). ونستند في ذلك الى قانون (١١/يوليو/١٩٧٩) الفرنسي الذي يقضي بالزام السلطة الادارية بتسبيب قرارات رفض منح الترخيص او انهاءه لتعلقه بالحريات العامة^(٥٣). الذي لم نجد له مثيل في التشريع المصري ولا في التشريع العراقي.

الفرع الثاني : القرار المخالف للائحة الضبطية أو لا يستند الى قاعدة قانونية : تتعامل الإدارة في الحالتين المذكورتين وفقاً لما يقتضيه الواجب الملحق على عائقها بالمحافظة على النظام العام ، لكن يثار تساؤل مهم ما الذي يجب ان يقرره القضاء إذا خالف قرار فردي يتعلق بالترخيص للائحة ضبطية؟. هل يتوجب عليه أن يقرر دائماً عدم مشروعية القرار الفردي؟. أم يجب أن يسلم لسلطة الضبط بمكنة منح استثناءات فردية على لوائحها؟. نلاحظ ان الإدارة في كلا الحالتين للإجابة على ذلك ان قاعدة (تحمل القانون الذي سنيته بنفسك) تتعارض مع منح سلطات الضبط استثناءات على لوائحها. إلا ان التطبيق المطلق للائحة دون تحويل سلطة الضبط أي تقدير يقود إلى نتائج سيئة. ولهذا يسلم القضاء باستثناءات خرج فيها قرارات الضبط الإداري الفردية على لوائح الضبط. ويشترط في ذلك توافر ثلاثة شروط وهي :

١- أن تنص اللائحة بشكل صريح على احتمال الترخيص بهذا الاستثناء.

٢- أن لا يرخص بهذا الاستثناء على نحو تعسفي.

٣- أن يكون التدبير الضبطي متماشياً مع ضرورات حفظ النظام العام^(٥٤).

أما بالنسبة للحالة الثانية يثار تساؤل آخر، وهو هل يجوز لسلطات الضبط أن تصدر قرار فردي برفض منح الترخيص دون أن تستند إلى قاعدة قانونية أو لائحة^(٥٥).

وللإجابة على ذلك، هنالك رأيان، الأول يمثل جانباً من فقه القانون العام الفرنسي ينادي بعدم جواز قيام سلطات الضبط الإداري بإصدار قرارات فردية مستقلة لا تستند إلى قاعدة عامة مجردة سواء نص قانوني أو لائحة وذلك يعد مخالفاً لمبدأ المشروعية^(٥٦). ألا أن هذا الرأي تعرض لعدة انتقادات منها تتمثل في عدم استطاعة كل قانون أو لائحة توقع كل شيء، وإن موضوع النظام العام هو متغير بشكل دائم، بحيث من الممكن أن تظهر وبقوة اضطرابات لم يتوقعها المشرع ولا السلطة اللائحية، وبالتالي فإن القول بأن كل قرار ضبط فردي يتطلب وجود قواعد عامة مجردة مقررة سلفاً، شأنه أن يجرّد السلطات الإدارية الضبطية من أي سلاح تواجه به الأمور المستجدة التي من شأنها الإخلال بالنظام العام^(٥٧). ولهذا أقر القضاء بصحة قرارات الضبط الفردية التي لا تستند إلى قواعد قانونية سابقة عند اقتضاء الظروف، بشرط أن يتحقق شرطان هما:

١- ألا يستبعد المشرع إمكانية اتخاذ قرار فردي مستقل، كأن يكون قد أوجب أن يوجد في المسألة قرار لائحي مسبق يصدر على أساسه القرار الفردي.

٢- أن يصدر قرار الضبط الفردي بشأن حالة فعلية خاصة تقتضي اتخاذها، وأن تدرج هذه الحالة في نطاق الضبط الإداري^(٥٨).

وترتيباً على ذلك، فإن أحكام مجلس الدولة في فرنسا لا تتمسك بمبدأ ضرورة وجود تنظيم سابق في موضوع الضبط، لكونها تسلم بإمكانية اتخاذ سلطة الضبط الإداري قرارات ضبطية فردية من بينها قرارات منح أو رفض منح الترخيص في ظل غياب القاعدة التنظيمية العامة، بشرط أن تتطلب ضرورات حفظ النظام العام ذلك، وأن لا يكون هناك نص قانوني أو لائحي يقرر عكس ذلك، وأمام هذا الموقف الذي يخالف مقتضيات مبدأ المشروعية الموضوعية، بالتالي نلاحظ مدى حجم السلطة التقديرية التي تتمتع بها

السلطة الادارية في مجال الضبط الاداري من ضمنها القرارات المتعلقة بالترخيص الاداري كوسيلة للمحافظة على النظام العام والتي تتجسد في رفض الترخيص الأمر الذي يخشى معه تعسف الادارة باستخدام سلطاتها وانتهاكها للحريات العامة الا انها تخضع في ذلك للرقابة القضائية . إذ دأبت الدساتير على منح السلطة القضائية حق الرقابة على ممارسة الحقوق والحريات ومنعت تحصيل أي قرار اداري من الطعن^(٩٩). بغية تحقيق التوازن مابين ممارسة السلطة من قبل الادارة للمحافظة على النظام العام من جهة ومابين كفالة الحقوق والحريات من جهة أخرى بوجود قضاء اداري متخصص يراقب عمل الادارة لضمان تحقيق ذلك التوازن وان الرقابة القضائية في هذا الاطار تكون من اختصاص القضاء الاداري والذي نجده فعالا في كل من فرنسا ومصر إذ يمارس مجلي الدولة في كلا الدولتين وظائف القضاء الاداري على اكمل وجه ويمارس ولاية عامة على جميع المنازعات الادارية لحماية حريات الافراد من تعسف الادارة . على العكس ما نجده في العراق فعلى الرغم من تأسيس القضاء الاداري منذ عام ١٩٨٩ ألا انه لازال مقيدا ولا يتمتع بولاية عامة على كافة المنازعات الادارية بل ان اختصاصه محدود جدا يقتصر على الغاء القرارات الادارية فقط التي ليس لها مرجع للطعن فضلا عن تداخل اختصاصاته مع اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا إذ ورد ضمن اختصاصاتها النص على " الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية. والقرارات والانظمة والتعليمات . والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية" ^(١٠٠) . ونجد ان هذا النص فد منح المحكمة الاتحادية الفصل في النزاعات التي تنشأ عن القرارات والانظمة والتعليمات . وفي نفس الوقت نجد ان قانون مجلس الدولة نص على اختصاص القضاء الاداري في قانون مجلس الدولة العراقي والتي حددت حالات الطعن في القرارات الادارية بالنص على ان " يعد من اسباب الطعن بوجه خاص ما يأتي: ١- ان يتضمن الامر او القرار خرقا او مخالفة للقانون او الأنظمة او التعليمات او الانظمة الداخلية . ٢- ان يكون الامر او القرار قد صدر خلافا لقواعد الاختصاص او معيبا في شكله او في الاجراءات او في محله او في سببه . ٣- ان

يتضمن الأمر أو القرار خطأ في تطبيق القوانين أو الأنظمة أو التعليمات أو الأنظمة الداخلية أو في تفسيرها أو فيه إساءة أو تعسف في استعمال السلطة أو الإخلاف فيها^{١١}. فأن هذا التداخل في الاختصاصات يقودنا إلى إنكار تحقيق العدالة ، فضلا عن أن المحكمة الاتحادية العليا هي محكمة دستورية فيجب أن يقتصر دورها على النظر في دستورية اللوائح فقط دون الخوض والفصل في مشروعية القرارات والأنظمة والتعليمات كونها قرارات إدارية فيجب أن يكون النظر فيها من اختصاص القضاء الإداري ، فلا بد من المشرع الدستوري أن يحدد اختصاصات المحكمة الاتحادية وفقا لطبيعة اختصاصها الدستوري ، وأن يتولى المشرع العادي تحديد اختصاصات القضاء الإداري على نحو دقيق ينسجم ودوره الكبير في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم من تعسف السلطة الإدارية وفقا لما مجده في الدول المقارنة. مما يجعل القضاء الإداري قادرا على القيام بمهامه على أكمل وجه في مراقبة عمل الإدارة فوجوده باختصاصات متكاملة يجعله قادرا على حماية تحقيق التوازن ما بين المحافظة على النظام العام من جهة وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية من جهة أخرى.

الخاتمة

وفي نهاية هذه الدراسة سنبين أهم النتائج التي توصلنا إليها وبناء عليه سنبين أهم التوصيات وكالاتي :

أولا - النتائج :

١- أن الترخيص الإداري هو استثناء يرد كقيد على الحريات العامة التي تمثل الأصل العام والمكفولة بموجب الدستور ، بالتالي أن فرضه يكون من قبل السلطة التشريعية يكون بالإحالة بموجب النصوص الدستورية .

٢- أن مبدأ فرض الترخيص بموجب القانون يرد عليه استثناء لاعتبارات عملية يتم بموجبه منح السلطة الإدارية سلطة إصدار اللوائح التنفيذية بموجب القانون نفسه ، وكذلك في حالة انعدام النص التشريعي لأن من واجب الإدارة المحافظة على النظام العام بجميع عناصره التقليدية والحديثة والذي يختلف مفهومه من دولة إلى أخرى ومن زمان إلى

اخر في نفس الدولة. بالتالي فهي السلطة الأجد من بين السلطات على مواجهة التغيرات التي تطرأ على النظام العام لأن المشرع لا يستطيع توقع جميع الظروف والمتغيرات عن تشريع القانون لذلك تتمتع الادارة بسلطة اصدار اللوائح المستقلة والتي تستطيع من خلالها مواجهة تلك التهديدات من خلال قدرتها على تقدير الخطر ووزن الأمور التي تهدد النظام العام. بعناصره المختلفة الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة والمحافظة على الآداب والاخلاق العامة وايضا المحافظة على الرونق والراء.

٣- ان اللوائح الضبطية (المستقلة) محكومة بمبدأ دستورية اللوائح بالتالي فيجوز اصدارها حتى في حالة عدم النص عليها في الدستور . الا انها لاترد على جميع انواع الحريات كالحريات المعنوية والادبية كحرية المعتقدات وحرية الاجتماع الخاص لعدم تأثيرها على المجتمع.

٤- تجسد السلطة الادارية في المحافظة على النظام العام من خلال رفض منح الترخيص او انهاء وجوده فيترتب على ذلك تقييد الحرية ويكون قريبا من حظرها الأمر الذي يشكل خطورة على حريات الأفراد الأساسية من خلال استبداد الادارة في ممارسة سلطاتها.

٥- ان الدستور العراقي لم ينص على سلطة الادارة في اختصاص اصدار اللوائح المستقلة ومن ضمنها اللوائح الضبطية على العكس بالنسبة للتشريعات المقارنة في فرنسا ومصر. الأمر الذي يقودنا الى التداخل في الاختصاصات المركزية والمحلية .

٦- تجسد السلطة الادارية في اعلى درجاتها عندما ترفض منح الترخيص دون الاستناد الى نص قانوني أو لائحى عندما يكون رفض منح الترخيص الوسيلة الوحيدة لمواجهة الاضطراب والاخلال بالنظام العام.

ثانيا- التوصيات :

١- على المشرع الدستوري تدارك عدم وجود نص صريح بمنح مجلس الوزراء اختصاص اصدار لوائح مستقلة (لوائح ضبط) ونقترح تعديل المادة (٨٠) من دستور جمهورية

العراق لسنة ٢٠٠٥ بإضافة بند يكون (رابعا) بعد البند (ثالثا) وتغيير تسلسلات البنود اللاحقة . ليصبح النص بالشكل الآتي: ((ثالثا- اصدار الانظمة والتعليمات والقرارات..... رابعا- اصدار أنظمة مستقلة تتعلق بالضبط الإداري للمحافظة على النظام العام وله في ذلك تحويل الوزراء المعنيين أو المحافظين بالتنسيق مع مجالس محافظاتهم.....)).

٢- تعديل المادة (١١٥) من الدستور وجعل الأولوية لقانون الحكومة الاتحادية على قوانين الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم ومنع التداخل في الاختصاصات لتصبح بالشكل الآتي: ((كل مالم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية يكون من صلاحية الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم، والصلاحيات الأخرى المشتركة تكون بين الحكومة الاتحادية والأقاليم، على ان تكون الأولوية فيها لقانون الحكومة الاتحادية في حالة الخلاف بينهما)).

٣- تعديل المادة (٩٣/ ثالثا) من الدستور في اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا واقتصارها على القوانين فقط لتصبح بالشكل الآتي: ((الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية)). وان يترك موضوع القرارات والانظمة والتعليمات والاجراءات الادارية ليكون من اختصاص القضاء الاداري.

٤- تعديل قانون مجلس الدولة العراقي بمنح القضاء الاداري اختصاصات متكاملة تعمل على مراقبة الادارة في تحقيق التوازن مابين السلطة الادارية الواسعة في ممارسة دورها في المحافظة على النظام العام من جهة وضمانة الحريات العامة المكفولة دستوريا من جهة أخرى.

الهوامش:

(١) د. عزاوي عبد الرحمن ، الرخص الادارية في التشريع الجزائري ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، ٢٠٠٧ ، ص ٩٨.

(٢). د. سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة عليها ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ١٣١ وما بعدها.

(٣). د. وسام صبار العاني ، القضاء الإداري ، ط١ ، مكتبة السهنوري ، بغداد ، ٢٠١٣ ، ص ٢٠-٢١.

(٤). أن المجالات التي يشرع فيها البرلمان هي : الحقوق الوطنية والضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين لممارسة الحريات العامة والواجبات المفروضة على المواطنين في أشخاصهم وأموالهم للدفاع الوطني ، الجنسية وحالة الأشخاص وأهليتهم والنظم المالية للزواج والتركات والتبرعات ، وتحديد الجنايات والجناح والعقوبات المقررة لها والإجراءات الجنائية والعفو وانشاء قواعد جديدة للمقاضي ونظام القضاء ، الأمور المتعلقة بالضرائب ونظام اصدار النقد ، نظام الانتخابات للمجالس البرلمانية والمجالس المحلية ، انشاء المؤسسات الهامة ، الضمانات الاساسية للموظفين المدنيين والعسكريين ، تأميم المشروعات ونقلها من القطاع العام الى الخاص ، تنظيم الدفاع الوطني ، الاستقلال الإداري للهيئات المحلية واختصاصها ومواردها ، التعليم ، نظام الملكية والحقوق العينية والالتزامات المدنية والتجارية ، حق العمل والتجاري للدولة ، ويجوز إضافة مجالات بقانون اساسي والحق القايي والضمان الاجتماعي ، الموارد المالية للدولة واعباؤها ، النشاط الاقتصادي والتجاري للدولة ، فضلا عن جواز اضافة مجالات اخرى بقانون اساسي ، المادة ٣٤ من دستور فرنسا لسنة ١٩٥٨.

(٥). مارسولون وآخرون ، أحكام المبادئ في القانون الإداري ، ترجمة د. أحمد يسري ، الطبعة العاشرة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ١٩٩٥ ، ص ١٤٥ و ص ٢٧٧ و ص ٣٣٢ .

(٦). تختلف هذه اللوائح في المسائل التي تتناول تنظيمها وسنبيتها كالاتي : ١- اللوائح التنفيذية : يصدرها رئيس مجلس الوزراء وله ان يفوض غيره اذا لم يحدد القانون الجهة المختصة بتنفيذها ، وبمقتضاها يتم تنفيذ القوانين الصادرة من البرلمان دون تعديلها او تعطيلها أو الاعفاء منها ، ينظر المادة (١٧٠) من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤ ؛ ٢- لوائح الضبط : يصدرها رئيس مجلس الوزراء بعد موافقة مجلس الوزراء والتي يتولى من خلالها الحفاظ على النظام العام ، ينظر المادة (١٧٢) من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤ ؛ ٣- اللوائح المتعلقة بالمرافق العامة : وهي القرارات المتعلقة بالمصالح العامة وانشاء المرفق العام وتنظيمها ويتولى اصدارها رئيس مجلس الوزراء بعد موافقة مجلس الوزراء ، ينظر المادة (١٧١) ؛ ٤- لوائح الضرورة : يصدرها رئيس الجمهورية عند حدوث ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تتحمل التأخير في حال غياب البرلمان ، ينظر المادة (١٥٦) من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤ .

(٧). د. غازي فيصل مهدي ود. عدنان عاجل عبيد ، القضاء الإداري ، ط٤ ، مكتبة دار السلام القانونية الجامعة ، النجف الاشرف ، ٢٠٢٠ .

ص ٤٦ ، وينظر في ذلك أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة ٢٠٠٤ ، منشور في جريدة الوقائع العراقية ، بالعدد (٣٩٨٧) في ١٩/٩/٢٠٠٤ .

- (٨) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، القضاء الإداري ، دون ذكر المطبعة ، بغداد، ١٩٩٠ ، ص ١٧.
- (٩) ينظر المادة البند (ثالثاً) من المادة (٧) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ المعدل.
- (١٠) هذا الرأي يتبناه: د. غازي فيصل مهدي ود. عدنان عاجل عبيد ، القضاء الإداري، المصدر السابق ، ص ٤٧.
- (١١) ينظر قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ ، المنشور في جريدة الوقائع العراقية ، بالعدد (٤٠٣١) في ١/١٧/ ٢٠٠٦ ؛ وينظر ايضا نظام الاستثمار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩ ، المنشور في جريدة الوقائع العراقية ، بالعدد (٤١١١) في ٢٠٠٩/٣/٢.
- (١٢) قرار مجلس محافظة النجف الاشرف رقم (١٥) لسنة ٢٠١٤ الخاص آلية تشكيل هيئة الاستثمار في محافظة النجف الاشرف .
- (١٣) من انصار هذا الرأي: د. حسن أبو السعود سيف ، القانون الإداري ، مطبعة الجزيرة ، بغداد، ١٩٣٥ ، ص ١٠٥ ، وكذلك: د. محمود سعد الدين شريف ، أصول القانون الإداري في العراق ، ج ١ ، مطبعة المعارف ، بغداد، ١٩٥٦ ، ص ٩٨ ؛ و أيضاً د. مصطفى كامل ، شرح القانون الإداري العراقي ، مطبعة الأهالي ، بغداد ، ص ١٥٨-١٥٩.
- (١٤) ينظر نص المادة (٨٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
- (١٥) د. وسام صبار العاني ، الاختصاص التشريعي للإدارة في الظروف العادية ، ط ١ ، مطبعة الميناء ، بغداد، ٢٠٠٤ ، ص ١٩١.
- (١٦) افق مجلس الدولة بذلك بمناسبة النظر في موضوع اختصاص وزير التعليم العالي في اصدار تعليمات لتسهيل تنفيذ قانون اسس معادلة الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٢٠ ، ينظر في ذلك: قرار مجلس الدولة العراقي رقم (٧٨) المنشور في كتاب قرارات مجلس الدولة وفتاواه العراقي لعام ٢٠٢١ ، يصدر عن مجلس الدولة ، جمهورية العراق ، ٢٠٢١ ، ص ٢٣٢.
- (١٧) د. سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص ١١٦.
- (١٨) ونلاحظ ان اللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية تتفق مع القوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية في كثير من الأمور، فان القانون كما هو معروف يسمو على اللوائح ، و حيث ان اللوائح تخضع لأحكام القانون الذي يضع القواعد العامة والتي تسري على السلطات الحكومية وتحدد حقها في اصدار اللوائح ، و حيث ان القانون يستطيع الغاء اللائحة من دون قيد او شرط بينما لا يجوز لللائحة ان تلغي قانون او تعدله ، فضلا عن ان اللائحة لا يجوز ان تتدخل في اصدار تشريع ينظم المجالات المحتجزة للقانون على سبيل المثال الحريات العامة ، هذا بالإضافة الى ان مجال الرقابة القضائية تكون أوسع على اللوائح من مجال الرقابة القضائية على

- القوانين ينظر في ذلك : المصدر نفسه ، ص ١١٦ ؛ وكذلك : د. غير حسين السيد حسين ، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص ٩٨ ومابعدا.
- (١٩) د. مريد أحمد عبد الرحمن حسن ، التوازن بين السلطين التشريعية والتنفيذية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٧٠٧ ومابعدا.
- (٢٠) د. عزاي عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص ٥٥ .
- (٢١) د. ثامر محمد رخيص ، السلطة التنظيمية للإدارة في مجال تنفيذ القوانين ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠١٨ ، ص ٣٦ .
- (٢٢) د. مريد أحمد عبد الرحمن حسن ، مصدر سابق ، ص ٧٠٧ ومابعدا.
- (٢٣) د. سامح سعد محمد حسن علي ، النظام السياسي المختلط دور السلطة التنفيذية وعادتها بالسلطة التشريعية ، دار الفكر والقانون ، القاهرة ، ٢٠١٦ ، ص ٤١٧ .
- (٢٤) د. محمد ماهر ابو العيين و د. عاطف محمد عبد اللطيف ، تطور التراخيص الادارية في قضاء وافتاء مجلس الدولة ، المجلد الاول ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٨ ، ص ١٠٢-١٠٣ .
- (٢٥) المصدر نفسه ، ص ١٠٤ .
- (٢٦) المصدر نفسه ، ص ١٠٥ .
- (٢٧) المصدر نفسه ، ص ١٠٥-١٠٦ .
- (٢٨) المصدر نفسه ، ص ١٠٦ .
- (٢٩) د. نعيم عطية ، النظرية العامة للحريات الفردية ، الدار القومية للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٦٥ ، ص ١٩٢ .
- (٣٠) د. محمد الطيب عبد اللطيف ، د. محمد الطيب عبد اللطيف ، نظام الترخيص والإخطار في القانون المصري ، مطبعة دار التأليف ، الاسكندرية ، ١٩٥٧ ، ص ٤٠١ .
- (٣١) ان نطاق تدخل الدولة في تنظيم النشاط الفردي وفي ممارسة الحقوق والحريات الفردية يختلف نطاق التدخل في هذا الميدان تبعاً لطبيعة الحق أو الحرية والأثر الذي يترتب على مزاوتها فهناك مجالات لا تتدخل الدولة في الحقوق والحريات التي تتعلق بالإنسان بصفته بسبب طبيعتها الخاصة وعدم تأثير ممارستها على المجتمع كحرية العقيدة وحق الاجتماع الخاص وغيرها ، لأن الأصل هو "الإباحة" ولا شيء يدعو في هذه الحالة إلى الاستثناء من الأصل المذكور . بينما هناك مجالات تتدخل الدولة فيها تشمل الحقوق والحريات ما يتصف منها بصفة اجتماعية كحرية العمل وحرية التجارة والصناعة وهي الحريات التي عبر عنها البعض بأنها تتصل بالمصالح المادية للإنسان ، لا يجوز إلغاؤها وإنما يجب الاكتفاء بتقييدها بموجب الترخيص تبعاً لما يترتب عليها من آثار مباشرة قد تضر

بالمجتمع ، للمزيد ينظر في ذلك: د. محمد ماهر ابو العينين و د. عاطف محمد عبد اللطيف ، تطور التراخيص
الادارية ، المجلد الأول ، المصدر السابق، ص ٢٢ ومابعدھا.

(٣٢) نقلا عن : هو د. محمد ماهر ابو العينين و د. عاطف محمد عبد اللطيف ، المصدر السابق ، ص ١٠٨.

(٣٣) د. محمد الطيب عبد اللطيف ، مصدر سابق ، ص ٣٧٤.

(٣٤) عبد الأمير علي موسى ، النظام القانوني للترخيص أو الاجازة في التشريع العراقي ، رسالة ماجستير ، كلية
القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٨١ ، ص ١٣٥.

(٣٥) حيث نجد العديد من التشريعات حددت الشروط الشخصية كشرط لمنح الترخيص سلفا بموجب القانون منها
قانون الاحزاب العراقي رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥ المنشور في جريدة الوقائع العراقية ، بالعدد (٤٣٨٣) في
٢٠١٥/١٠/١٢ : حيث نصت المادة (٩) منه على ان " أولا:عراقي الجنسية . ثانيا: أكمل الخامسة والعشرين من
العمر ، ومتمعا بالأهلية القانونية . ثالثا:غير محكوم عليه بحكم بات من محكمة مختصة عن جريمة القتل العمد أو
جريمة مخلة بالشرف أو جرائم الارهاب أو الفساد المالي أو الاداري أو الجرائم الدولية وغير مشمول بإجراءات
المسائلة والعدالة وغير منتمي الى حزب البعث المنحل بدرجة عضو عامل فما فوق . رابعا:غير منتمي لعضوية
حزب آخر وقت التأسيس . خامسا: ان لا يكون من اعضاء السلطة القضائية وهيئة النزاهة والمفوضية العليا
المستقلة للانتخابات والمفوضية العليا لحقوق الانسان ومنتسبي الجيش وقوى الأمن الداخلي وجهاز المخابرات
والاجهزة الامنية وعلى من كان منتميا الى حزب ان يختار بين الاستقالة من الحزب او الوظيفة في الجهات
المذكورة آنفا . سادسا : حاصل على شهادة جامعية أو مايعادلها ؛ اما المادة (١٠) من نفس القانون فحددت شروط
من ينتمي الى عضوية اي حزب ، حيث نصت على ان " يشترط فيمن ينتمي الى عضوية اي حزب ان يكون :
أولا عراقي الجنسية . ثانيا : أكمل (١٨) الثامنة عشر سنة من العمر ومتمعا بالأهلية القانونية . ثالثا: ان
لا يكون من اعضاء السلطة القضائية وهيئة النزاهة والمفوضية العليا المستقلة للانتخابات والمفوضية العليا
لحقوق الانسان ومنتسبي الجيش وقوى الأمن الداخلي وجهاز المخابرات والاجهزة الامنية وعلى ان لا يكون
مشمولا بإجراءات المسائلة والعدالة وعلى من كان منتميا الى حزب ان يختار بين الاستقالة من الحزب او الوظيفة
في الجهات المذكورة آنفا".

(٣٦) ينظر المادة (٦) من القانون رقم (٤٠) لسنة ١٩٧٧ الخاص بنظام الاحزاب السياسية و البند (ثانيا) منها بموجب
القانون المعدل له رقم (١٧٧) لسنة ٢٠٠٥.

(٣٧) ينظر في ذلك :

- (٣٨) د. محمد ماهر ابو العينين ود. عاطف محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص ٧٩-٨٠.
- (٣٩) يجب على المشرع في هذه الحالة الاكتفاء بتقرير نظام الاخطار ولادارة سلطة الاعتراض على ممارسة شخص معين بالذات للنشاط موضوع التقييد بسبب عدم توافر الشروط المطلوبة قانونا ومن امثلتها حريات الرأي، ينظر المصدر نفسه، ص ٨٠.
- (٤٠) ينظر المادة (٥)، و(٦)، و(١٢) من قانون الاسلحة العراقي رقم (٥١) لسنة ٢٠١٧ المنشور في جريدة الوقائع العراقية، بالعدد (٤٤٣٩) في ٢٠/٣/٢٠١٧.
- (٤١) ينظر المادة (١٧) من نفس القانون
- (٤٢) ينظر المادة (١٨) من نفس القانون.
- (٤٣) ويكتفي المشرع باخضاعها للإخطار للمزيد ينظر: د. محمد ماهر ابو العينين ود. عاطف محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص ٨٢.
- (٤٤) عبد الامير علي موسى، مصدر سابق، ص ١٣٨ ومابعداها.
- (٤٥) د. محمد ماهر ابو العينين ود. عاطف محمد عبد اللطيف، مصدر السابق، ص ٨٣.
- (٤٦) ينظر المادة (٣) من قانون الآثار والتراث العراقي رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٢.
- (٤٧) ينظر المادة (٢٩) من نفس القانون.
- (٤٨) د. نعيم عطية، مصدر سابق، ص ١٧ ومابعداها؛ وكذلك: د. محمد عصفور، الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، ط ١، دون ذكر دار ومكان النشر، ص ٩٣؛ اما اذا لم يكون هناك تعارض بين السلطة والحرية فإن هذا الأمر لا يترك فيه الفصل للمشرع ويتم الاكتفاء بتطبيق نظام الاخطار، للمزيد ينظر: د. محمد ماهر ابو العينين ود. عاطف محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص ٨٣-٨٤.
- (٤٩) د. محمد ماهر ابو العينين ود. عاطف محمد عبد اللطيف، المصدر السابق، ص ٨٣.
- (٥٠) د. محمد عصفور، مصدر سابق، ص ٩٤ ومابعداها؛ أما في غير هذه الحالات فإن المشرع من واجبه الاكتفاء بفرض نظام ان الإخطار وعدم إحاطته بشروط شديدة إلا بالقدر الضروري لوقاية النظام العام أو تحقيق النفع العام حتى لا يكون هذا القيد في مرتبة الخطر من الناحية العملية.
- (٥١) د. حلمي القدوقي، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٩، ص ٢٩٤ ومابعداها.

- (٥٢) د. محمد عبد الحميد مسعود ، اشكاليات رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري، ط١ ، من دون ذكر دار ومكان النشر ، ٢٠٠٧ ، ص ٥٨٩ ومابعدا.
- (٥٣) نقلا عن : د. محمد عثمان جمال جبريل ، الترخيص الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص ٢٢٠.
- (٥٤) نقلا عن : د. عبد العليم عبد المجيد مشرف ، ٦٦ - د. عبد العليم عبد المجيد مشرف ، دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام واثره على الحريات العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ١٤٩.
- (٥٥) د. عادل السعيد أبو الخير ، الضبط الإداري وحدوده ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٩٩ ، ص ٢٤٠.
- (٥٦) ينظر في ذلك :

Rolland : Précis de Droit administratif, 9e édition, Dalloz, Paris, 1974, p.472

- (٥٧) د. توفيق شحاتة ، مبادئ القانون الإداري ، دار النشر للجامعات العربية ، القاهرة ، ١٩٥٥ ، ص ٣٤٤.
- (٥٨) نقلا عن : د. عبد الرؤوف هاشم محمد بسيوني ، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص ١٣٩ ومابعدا؛ وكذلك : د. بسام حميد محمود حسين ، تقييم النظام العام للحريات العامة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٢٢ ، ص ٤٤٥-٤٤٦.
- (٥٩) نصت المادة (١٠٠) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ على ان "يحظر النص في القوانين على تحصيل أي عمل او قرار اداري من الطعن".
- (٦٠) ينظر البند (ثالث) من المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
- (٦١) ينظر البند (خامس) من المادة (٧) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

المصادر

أولاً- الكتب القانونية:

- ١- د.غازي فيصل مهدي ود. عدنان عاجل ، القضاء الإداري ، ط٤ ، مكتبة دار السلام القانونية الجامعة ، النجف الاشرف ، ٢٠٢٠.
- ٢- د. وسام صبار العاني ، القضاء الإداري ، ط١ ، مكتبة السهوري ، بغداد ، ٢٠١٣ .
- ٣- د. سامي جمال الدين ، اللوائح الادارية وضمانة الرقابة عليها ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣.

- ٤- مارسولون وآخرون ، أحكام المبادئ في القانون الإداري ، ترجمة د. أحمد يسري ، الطبعة العاشرة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ١٩٩٥ .
- ٥- د. عيبر حسين السيد حسين ، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .
- ٦- د. حسن أبو السعود سيف ، القانون الإداري ، مطبعة الجزيرة ، بغداد ، ١٩٣٥ .
- ٧- د. محمود سعد الدين شريف ، أصول القانون الإداري في العراق ، ج١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٦ .
- ٨- د. مصطفى كامل ، شرح القانون الإداري العراقي ، مطبعة الأهالي ، بغداد ، دون ذكر السنة .
- ٩- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، القضاء الإداري ، دون ذكر المطبعة ، بغداد ، ١٩٩٠ .
- ١٠- د. وسام صبار العاني ، الاختصاص التشريعي للإدارة في الظروف العادية ، ط١ ، مطبعة الميناء ، بغداد ، ٢٠٠٤ .
- ١١- د. سامح سعد محمد حسن علي ، النظام السياسي المختلط دور السلطة التنفيذية وعلاقتها بالسلطة التشريعية ، دار الفكر والقانون ، القاهرة ، ٢٠١٦ .
- ١٢- د. محمد ماهر أبو العينين ود. عاطف محمد عبد اللطيف ، تطور التراخيص الإدارية في قضاء وافتاء مجلس الدولة ، المجلد الاول ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٨ .
- ١٣- د. نعيم عطية ، النظرية العامة للحريات الفردية ، الدار القومية للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٦٥ .
- ١٤- د. محمد الطيب عبد اللطيف ، د. محمد الطيب عبد اللطيف ، نظام الترخيص والإخطار في القانون المصري ، مطبعة دار التأليف ، الاسكندرية ، ١٩٥٧ .
- ١٥- د. محمد عصفور ، الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي ، ط١ ، دون ذكر دار ومكان وسنة النشر .
- ١٦- د. حلمي الدقوقي ، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٩ .
- ١٧- د. محمد عبد الحميد مسعود ، اشكاليات رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري ، ط١ ، من دون ذكر دار ومكان النشر ، ٢٠٠٧ .
- ١٨- د. محمد عثمان جمال جبريل ، الترخيص الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ .
- ١٩- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف ، دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام واثره على الحريات العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ .
- ٢٠- د. عادل السعيد أبو الخير ، الضبط الإداري وحدوده ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٩٩ .

- ٢١- د. توفيق شحاتة ، مبادئ القانون الإداري ، دار النشر للجامعات العربية ، القاهرة ، ١٩٥٥.
 - ٢٢- د. عبد الرؤوف هاشم محمد بسيوني ، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية ، ط١، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨.
 - ٢٣- د. بسام حميد محمود حسين ، تقييد النظام العام للحريات العامة، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٢٢.
- ثانيا- الاطاريح والرسائل:
- ١- د. عزاوي عبد الرحمن ، الرخص الادارية في التشريع الجزائري ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، ٢٠٠٧ .
 - ٢- د. مريد أحمد عبد الرحمن حسن ، التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، اطروحة دكتوراه. كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٦.
 - ٣- د. ثامر محمد رخيص ، السلطة التنظيمية للإدارة في مجال تنفيذ القوانين ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠١٨.
 - ٤- عبد الأمير علي موسى ، النظام القانوني للترخيص أو الاجازة في التشريع العراقي ، رسالة ماجستير. كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٨١.

ثالثا- الدساتير والتشريعات :

أ- الدساتير:

- ١- دستور فرنسا لسنة ١٩٥٨.
 - ٢- دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤.
 - ٣- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
- ب- التشريعات (قوانين وانظمة وقرارات)
- ١- أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة ٢٠٠٤ .
 - ٢- قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ المعدل.
 - ٣- قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦.
 - ٤- قانون الاحزاب العراقي رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥.
 - ٥- قانون الاسلحة العراقي رقم (٥١) لسنة ٢٠١٧ .
 - ٦- قانون الآثار والتراث العراقي رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٢.

٧- القانون رقم (٤٠) لسنة ١٩٧٧ الخاص بنظام الأحزاب السياسية المعدل.

٨- نظام الاستثمار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩

٩- قرار مجلس محافظة النجف الاشرف رقم (١٥) لسنة ٢٠١٤.

خامسا-قرارات وفتاوى مجلس الدولة :

١- قرار مجلس الدولة العراقي رقم (٧٨) المنشور في كتاب قرارات مجلس الدولة وفتاواه العراقي لعام ٢٠٢١ ،

يصدر عن مجلس الدولة ، جمهورية العراق ، ٢٠٢١.

سادسا- المصادر الاجنبية :

1-Kheimi(M.R), les paris politiques et le droit positi francais, paris , LGDJ, tomeix,1964.

2-Rolland : Précis de Droit administratif, 9e édition, Dalloz, Paris, 1974.