مجلة رسالة الحقوق ISSN-2032-2075
الإصدار 15 أغسطس/ سبتمبر 2023
العدد الرابع

الترخيص الاداري كقيد على حريات الافراد.

Administrative Licensing As a restriction on Individuals' Freedoms.

بحث مقدم من قبل
المدرس الدكتورة أسماء عبد الكاظم مهدي العجيلي
Asmaa.mahdi@uokerbala.edu.iq
جامعة كربلاء / كلية القانون

الخلاصة.
ان العلاقة المتلازمة بين الفرد والمجتمع تستوجب تنظيم العلاقة بين سلطة الدولة وحريات الأفراد والمجموعات. وتقع مهمة تنظيم هذه العلاقة على الدساتير التي تعد الضمانة الاهم من ضمانات حماية حريات الافراد.
وفي الواقع، لا تكون حماية ممارسة الحريات العامة دائما وفي كل مكان بنفس المقدار والطريقة، حتى داخل الدولة الواحدة فقد تكون حمايتها وتنظيمها عن طريق الدساتير أو التشريعات كما قد تكون عن طريق القرارات الإدارية التنظيمية. تبحث هذه الدراسة في الاجراءات التي تقوم بها الادارة من اجل تنظيم ممارسة الحريات في المجتمع ومثال على ذلك الموافقة المسبقة التي تمنحها الادارة الى الافراد من اجل ممارسة حرياتهم وانشطتهم على شكل "ترخيص اداري"، ومدى تأثير هذا الاخير على الحريات وتقييدها وهذ ما تضمنته هذه الدراسة.
الكلمات المفتاحية: الترخيص الاداري، السلطة التقديرية، السلطة المقيدة، الحريات العامة.

Abstract.
The interconnected relationship between the individual and society requires regulating the interactions between state authority with the freedoms of individuals and groups. The function of regulating this relationship lies with constitutions, which are considered the most important guarantee for protecting the freedoms of individuals. In fact, exercising and protecting these public freedoms is not the same way and procedure at every time and place, even within a single state. They may be protected and regulated through constitutions or legislation, as well as through organizational administrative decisions. This study examines the procedures undertaken by the administration. An example of the above is the prior approval that the administration grants to individuals in order to exercise their freedoms and activities through an "administrative license," and the extent to which the latter affects freedoms and restricts them, and this is what this study included.
Keywords: Administrative licensing, discretionary authority, restricted authority, public freedoms.

المقدمة.

تعد الحرية أسمى شيء في الوجود، ويسعى كل إنسان للتمتع بكامل هذه الحرية التي وجدت بوجوده. شغل موضوع الحريات العامة اهتمام الفكر القانوني في مختلف النظم الحديثة، وأصبح لازماً على الادارة أن تراعي حقوق وحريات الافراد في كل تصرفاتها، بعد ان ظهرت الاعلانات والمواثيق التي تنادى بحماية حقوق الانسان والحريات العامة وعدم انتهاكها، وتبلور ذلك بأن قامت معظم الدول بتبني النص على حماية الحريات العامة في تشريعاتها سواء في متن الدساتير أو في قوانين خاصة، وهذا يعني إلزاماً على الادارة بأن تتقيد بهذه التشريعات المنظمة للحريات العامة وعدم إساءة استعمال سلطاتها إزاء حقوق وحريات الافراد. من جانب اخر، يقع على عاتق الادارة مهمة المحافظة على النظام العام في الدولة، وذلك بواسطة وسائل واساليب معينة تنظم عملها قوانين أو لوائح وقرارات إدارية. وبما أن الترخيص الاداري ضرورة اجتماعية لا غنى عنها لانه يحافظ على النظام العام ويكفل للافراد تنظيم وممارسة حرياتهم العامة، لذا نجد أن التشريع قد يخفف من شدة التنظيم الوقائي المانع فيسمح بممارسة النشاط أو العمل المحضور الى فرد معين وفق ضوابط وشروط محددة مسبقاً على صورة رخصة ممنوحة له. ويتمثل بالمركز الخاص الممنوح للفرد بموجب الترخيص الاداري والذي بدوره ينقله من حال المنع العام الى حال السماح والاجازة بممارسة هذا التصرف المحظور. وعلى هذا الاساس يكون هذا المركز الممنوح هو عين الترخيص الاداري لان هذا الاخير لا ينشأ حقوق جديدة وانما السماح للافراد بممارسة حقوقهم الموجودة سابقاً. إلا أنه قد يترتب على هذا التنظيم تقييد للحريات العامة وعلى ما تقدم، جاءت هذه الدراسة لتناقش وتحلل الترخيص الاداري وأثره في الحريات العامة.

أهمية البحث.

أن قيام الادارة بوظائفها ومنها الوظيفة الضبطية. وهي ضرورة لازمة للحفاظ على المجتمع واستقرار الاوضاع فيه. فعند غياب تلك الوظيفة تعم الفوضى ويتصدى النظام العام في الدولة. لذا تقوم الادارة بهذه الوظيفة بما تملكه من وسائل وما تصدره من قرارات وأوامر تسري على ذوي الشان ومنها القرارات المتضمنة الموافقات المسبقة المتمثلة بالتراخيص الادارية، وتعد هذا الاخيرة احد الاساليب التي تستعين بها الادارة للموازنة بين الحقوق والحريات وبين تحقيق المصلحة العامة وعلى هذا الاساس تكمن أهمية موضوع الدراسة.

اشكالية البحث .

إن لموضوع الحقوق والحريات العامة أهمية بالغة تمثل ركيزة من الركائز التي يقوم عليها النظام الديمقراطي في العصر الحالي حيث أن هذه الأخيرة تطورت بتطور الأزمان والأذهان بسبب ثورة الشعوب على استبداد الحكام ،لذلك يعد موضوع الحريات من الموضوعات المهمة التي تطرح في مجال البحث في وقتنا الحاضر. فقد كانت ً الحريات ولا تزال سبباً للكثير من المشاكل التي يتعرض لها الإنسان سواء أكان بشكل جماعي أم فردي. من جانب آخر اذا كانت النصوص الدستورية والقانونية قد قررت حفظ النظام العام من خلال سيادة القانون، ومنح الادارة السلطات والاختصاصات اللازمة للقيام بحفظ النظام بما تملكه من وسائل واساليب، والذي يكون الترخيص الاداري واحداً منها، فهل يؤدي طلب موافقة الادارة المسبقة على ممارسة هذه الحريات الى تقييدها؟ وهل يؤدي هذا الاجراء الى المنع المطلق لممارسة الحقوق والحريات؟ وهذا يمكن الاجابة عليه بعد معرفة ما تتضمنه الاسئلة التالية:-

1- ماذا نقصد بالترخيص الاداري وما هي الخصائص التي يتميز بها؟
2- ما المقصود بالحريات التي يتمتع بها الافراد وما هي الحريات التي تخضع لنظام التراخيص الادارية؟
3- ما أثر الترخيص الاداري في ممارسة الافراد لحرياتهم العامة؟

اهداف البحث.

يهدف هذا البحث الى بيان سلطة الادارة في الموازنة بين ما يملكه الافراد من حرية ممارسة النشاط، وبين أهمية مراعاة متطلبات الضبط الاداري والحفاظ على النظام العام بما يضمن تحقيق الرقابة على النشاط

الذي يقوم به الافراد، ويمثل نظام الترخيص الاداري الوسيلة الفعالة في تحقيق هذه الموازنة، وما يترتب على منحه من أثار تمس حريات الافراد وتقييدها.

المبحث الاول/ مفهوم الترخيص الاداري.

يسعى الافراد في كل مكان وزمان الى الحصول على حرياتهم والتمتع بها ويجعلونها غايتهم الاسمى في الحياة. الا أن هذه الغاية الاسمى (الحرية) ينبغي ألا تكون مطلقة من كل قيد، لان الاخذ بإطلاقها يدفع بالمجتمع الى الفوضى. كما أن ممارسة الافراد لحرياتهم دون ان تكون هناك ضوابط معينة تؤدي في نهاية المطاف الى الاضرار بحريات الاخرين، من اجل ذلك نشأت الحاجة الى التنظيم لممارسة هذه الحريات العامة. أن المهام الملقاة على عاتق الادارة وواجب الحفاظ على النظام العام والذي يتطلب تدخل الادارة لتنظيم الحريات التي تمارس من قبل الافراد، مستخدمة وسائل عدة سواء في الظروف العادية أم في الظروف الاستثنائية. ومن بين هذه الوسائل منحها الاذن المسبق للافراد من اجل ممارسة حرياتهم او مزاولة نشاط معين تسمح به القوانين وهذا الاذن المسبق يكون على صورة تراخيص اداري. وتم بيان ذلك في مطلبين يتضمن المطلب الاول تعريف الترخيص الاداري أما في المطلب الثاني فيكون تحت عنوان خصائص الترخيص الاداري.

المطلب الاول / تعريف الترخيص الاداري.

يعد الترخيص الاداري وسيلة من وسائل الضبط الاداري المتمثلة بأجراءات معينة تتخذها الادارة بما تملكه من سلطة عامة بنية الحفاظ على النظام العام، وهذا التدبير المتخذ تجاه حريات الافراد يجب أن يتلائم مع درجة الاخلال بالنظام العام. لذا يتناول هذا المطلب تعريف الترخيص الاداري في القانون والفقه والقضاء مقسم على ثلاثة فروع تباعاً كما يلي:-

الفرع الاول/ التعريف التشريعي.

دابت التشريعات سواء في العراق ام في الدول الاخرى على عدم اعطاها تعريفاً مانعاً جامعاً لبعض المصطلحات ومنها مصطلح الترخيص الاداري. لذلك فعند البحث عن معنى الترخيص في القانون يتطلب العودة الى معاجم اللغة لفهم المعاني. حيث نجد أن لفظ التراخيص يتفق مع لفظ الاجازة لغوياً[1] في إعطاء معنى قانوني وأحد لكليهما، لذا نجد ان المشرع العراقي يميل الى استعمال كلمة الاجازة في العديد من القوانين والتعليمات[2] المتعلقة بالحصول على موافقة الادارة المسبقة لممارسة النشاط من قبل الافراد، ومثال على ذلك إجازة البناء واجازة حمل السلاح وكلها تدل على موافقة الادارة المسبقة (الترخيص) للسماح للافراد بالبناء او حمل السلاح. ولم تتضمن تللك التشريعات تعريفاً للترخيص الاداري. أما بالنسبة الى تشريعات الدول الاخرى فأنها تستعمل مفردة الرخصة بدلاً من الاجازة وقد انتهجت هذه الدول فيما سنته من قوانين بهذا الشأن سواء في فرنسا أم مصر اسلوب عدم وضع تعريف مانع جامع لمصطلح الرخصة. حيث جاء في أحكام المادة (107) من قانون 6 كانون الثاني 1978 الفرنسي المتعلق بمعالجة البيانات والملفات والحريات: "1- يجوز أن تخضع حقوق الشخص الطبيعي المعني لقيود وفقًا للإجراءات المنصوص عليها في (2) من هذه المادة في أقرب وقت ممكن. طالما أن هذا التقييد يشكل تدبيرا ضروريا ومتناسبا في مجتمع ديمقراطي يأخذ في الاعتبار الحقوق الأساسية والمصالح المشروعة للفرد".

الفرع الثاني/ التعريف الفقهي.

تنوعت الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية تجاه تحديد معنى الترخيص الاداري, وتعريفه ويعود هذا الاختلاف في اعطاء تعريف للترخيص الى الزاوية التي يُنظر منها اليه. وعرفه البعض بأنه " وجوب الحصول على الاذن السابق من الإدارة لممارسة نشاط معين على وفق القواعد التنظيمية التي تحدد شروط السماح بممارسة ذلك النشاط من النواحي الموضوعية والشخصية"[3]. ونجد أن هذا التعريف يركز على موافقة الادارة المسبقة وفقا الى قواعد تنظيمية ولم يشترط ان تكون هذه القواعد دستورية او تشريعية. وعرفه البعض بأنه " وسيلة من وسائل تدخل الدولة في ممارسة النشاط الفردي للوقاية مما قد ينشأ عنه من ضرر، وذلك بتمكين الهيئات الادارية من فرض ما تراه ملائماً من الاحتياطات التي من شأنها منع هذا الضرر، أو رفض الاذن بممارسة النشاط اذا كان لا يكفي للوقاية منه اتخاذ الاحتياطات

المذكورة أو كان غير مستوفي للشروط التي قررها المشرع وتقييد ممارسة النشاط المفروض عليه بالقدر الضروري الذي يجعله متفقاً مع الصالح العام"[4] ، وعرفه اخرون بأنه " تصرف يمنح حق ممارسة النشاط المرخص به وهو قرار يصدر عن سلطة معينة يحمل في طياته ضماناً للمرخص له وللغير بقانونية العمل المرخص به"[5] يشير هذا التعريف الى ان الترخيص قرار يصدر عن سلطة مختصة قبل البدء بممارسة النشاط الفردي ولكن لم يحدد المقصود بالسلطة هل هي السلطة الادارية أم يشمل معها باقي السلطات التشريعية والقضائية. ويمكن تعريف الترخيص الاداري بأنه (تصرف تقوم به الادارة لتنظيم ومراقبة الانشطة التي يمارسها الافراد وفقاً للقانون وحماية المجتمع وحريات الاخرين من الضرر وضمان المصلحة العامة) ، وتستند الادارة عند تدخلها مسبقاً قبل ممارسة الافراد لنشاطاتهم لتنظيم تلك الممارسات على أسس تبدو منطقية" لتبرير تدخلها إداريا في مجال التراخيص الإدارية، ومضمون هذه الاسس تكمن في مقدار الحرية الواجب منحها للأشخاص بموجب نظام التراخيص التي تحدد ضمنها شروط ممارسة تلك الحريات والانشطة. فإذا كان من الطبيعي، أن يترك لكل شخص ممارسة ما يشاء من الحريات والنشاطات في المجتمع، فمن باب أولى التصدي لكل تعدي أو إساءة لإستعمال تلك الحريات مما يتطلب إقامة توازن بين حدود حرية الافراد في ممارسة الحريات والانشطة التي يرغبون بها، وبين احترام حقوق الاخرين والمجتمع، عن طريق حمايته من الاضرار التي قد تترتب عن ممارسة تلك الحريات. و يعد الترخيص بالنسبة الى الحظر اقل خطورة منه سواء الحظر الكلي او الجزئي على حريات وحقوق الافراد ، لأنه يسمح بممارسة الحرية او النشاط بعد الحصول على موافقة مسبقة من الجهة الادارية المختصة وهو يعد شرطا له، اذ يكون مزاولة النشاط الفردي رهينا بالموافقة الصادرة من جهة ضبط اداري مختصة، الا ان هذا الاسلوب لا يمكن للإدارة ان تشترطه الا بناء على نص الدستور او القانون، مما يترتب عليه لا يمكن تطبيقه بالنسبة للحريات التي يحميها الدستور او القانون، ومعنى ذلك اذا كانت القاعدة الدستورية او التشريعية تكفل احدى الحريات دون اخضاع النشاط الذي يقابلها الى هذا الاجراء "نظام الترخيص"، فليس للإدارة ان تفرض ترخيصا سابق[6]. ويختلط مفهوم "الترخيص الاداري" مع مفهوم "الاخطار" ويقصد بهذا الاخير " بانه مجموعة من البيانات يقدمها الشخص الراغب في ممارسة نشاط معين لجهة الادارة المختصة بهدف تنبيهها عن عزمه على ممارسة هذا النشاط المذكور، وليس طلباً ولا التماساً بممارسة هذا النشاط"[7] ، وهو اخبار او اعلام الادارة بممارسة نشاط معين او حرية من قبل الافراد ابتداءً لتعلقه بالنظام العام. وأمام الاخطار تكون لجهة الادارة المتمثلة بهيئات الضبط الاداري الاعتراض عليه في حالات معينة عندما يكون ممارسة النشاط يهدد ويمس النظام العام، أو تقوم باتخاذ الاحتياطات اللازمة التي تمنع وتحول دون تهديد النظام العام وعناصره[8]. ويلاحظ ان سلطة الادارة في مواجهة الإخطار تكون سلطة مقيدة وليست تقديرية حيث يستطيع الشخص مقدم الإخطار ان يمارس النشاط او الحرية المخطر عنها اذا لم تقدم الادارة بالرد عليه في الموعد المحدد ، فسكوتها هنا بمثابة موافقة على ممارسته للنشاط او الحرية ، وهذه الحالة تختلف بالنسبة الى الترخيص اذ لا بد من صدور قرار إيجابي بالموافقة من قبل الادارة ، ولذلك لا يجوز للشخص طالب الترخيص مباشرة النشاط قبل الترخيص به فعلاً ، حتى وان حدد القانون للادارة أجلاً محدداً للرد وسكتت عن الرد في ذلك الأجل[9].

والإخطار نوعان : فالنوع الاول لا يقترن بحق الادارة في الاعتراض عليه ويحق للافراد ممارسة النشاط او الحرية بمجرد إخبار الادارة بمزاولة هذا النشاط او حرية ودون الحاجة الى انتظار موافقة الادارة ، وهذا النوع من الإخطار يحتل مرتبة وسط بين الإذن والإباحة ، لأنه اقل الاساليب الوقائية إعاقة للحرية او للنشاط مقارنة الى وسيلة الترخيص وإما النوع الاخر من الاخطار فأنه يكون مقترناً بحق الادارة في الاعتراض على ممارسة النشاط او الحرية، حيث يحق للادارة الاعتراض على الإخطار في حالة عدم استفياءه للمعلومات والبيانات التي أرادها المشرع وبذلك يقترب الاخطار هنا من نظام الترخيص[10].

الفرع الثالث/ التعريف القضائي .

عــرف القضــاء الفرنســي التــرخيص الاداري بأنــه "..... اجــراء إداري مــن اجــراءات الضــبط الاداري....."[11] حيث بيّن هذا الحكم طبيعة الترخيص الاداري من حيث كونه اجراء واسلوب يتبع اجراءات الضبط الاداري. وذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكم[12] له الى بيان مقدار ضرورة التدابير التي تتخذ وتقيد الحريات وبين المحافظة على النظام العام وجاء في حيثياته الى "...هذه التدابير، التي قد تقيد ممارسة الحقوق والحريات الأساسية ، يجب أن تكون ، إلى هذا الحد ، ضرورية ومناسبة ومتناسبة مع هدف صون الصحة العامة ، السيدة . أ ... تؤكد أن المرسوم المطعون فيه من شأنه أن ينتهك بشكل مفرط الحرية الفردية وحرية القدوم والذهاب وأن التدابير المعتمدة لن تكون متناسبة ولن تتكيف....."

كذلك عرفته محكمة القضاء الاداري المصري[13] الترخيص الاداري بأنه " عبارة عن تصرف إداري يتم بالقرار الصادر بمنحه، وهذا التصرف مؤقت بطبيعته قابل للسحب أو التعديل غير قابل للالغاء أمام هذه المحكمة متى تم وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، ولم يكن مشوباً بعيب إساءة إستعمال السلطة، سواء كان الترخيص مقيداً بشرط أو محدداً بأجل، أم لا....." ويلاحظ على هذا التعريف أنه ركز أو أبرز امتيازات الادارة التي تمارسها من خلال منح الترخيص أو سحبه أو تعديله في أي وقت كان كلما أقتضت المصلحة العامة ذلك وتجاهل ضمانة حرية الافراد في ممارسة الانشطة المشروعة. اما القضاء العراقي فقد أشار الى الترخيص بأنه قرار ادارياً وهذا ما جاء في حكم [14] له "... إن رفض منح الاجازة يعد قراراً إدارياً يمكن الطعن فيه لدى محكمة القضاء الاداري بموجب أحكام المادة 7/ ثانياً من قانون مجلس شورى الدولة المرقم 65 لسنة1979 المعدل.... "

المطلب الثاني/ خصائص الترخيص الاداري.

أن الترخيص هو عمل من اعمال الادارة القانونية يتسم بعدة خصائص وصفات وتكون هذه الاخيرة بمثابة مميزات معينة يتصف بها من جانب كذلك تمييزه عن الاعمال القانونية الاخرى التي تصدر غن الادارة وتكون مقاربة له، لذا تتطرقنا فيما يلي الى خصائص الترخيص الاداري في الفروع التالية.

الفرع الاول/ الترخيص الإداري تصرف قانوني صادر عن جهة الادارة

أن اتصاف الترخيص الإداري بهذه الصفة نسبة الى الجهة الإدارة المختصة بمنح الترخيص في حدود اختصاصها الذي يخولها القيام بهذا العمل قانوني، ويصدر هذا العمل من جانب واحد المتمثل بالارادة المنفردة للادارة من شأنه إحداث اثار قانونية[15]. وينطوي هذا التصرف على مظهر السلطة العامة للادارة وامتيازاتها. وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكم له [16] جاء فيه:- " يستنتج من كل هذه الأحكام أن المرسوم المتنازع عليه حدد إجراءات تقديم واختيار طلبات الترخيص، والتي تقوم بها لجنة مختصة مسؤولة عن فحص هذه الطلبات فيما يتعلق بأهداف المعايير وتحديدها بوضوح."

ويمثل الترخيص نظام قانوني يخضع لقواعد القانون العام و يدخل في مجال اختصاص القضاء الإداري، فالسماح لطالب الترخيص بممارسة حرية أو نشاط معين هو بلا شك قرار ينطوي على ممارسة السلطة العامة. وعلى هذا الاساس تكون التراخيص وسيلة من وسائل الضبط الاداري والتي تؤدي الى تنظيم وفرض القيود على الحريات والانشطة التي يمارسها الافراد. ويتبين الاثر القانوني المترتب على قرار منح الترخيص الإداري إلى إزالة الحظر الذي كان يحيط بالحرية أو النشاط محل الترخيص. أي إن منح الترخيص الإداري يعد من قبيل القرارات الإدارية المنشئة وليس الكاشفة؛ لأنه يرتب أثراً قانونياً جديداً لم يكن موجوداً قبل صدور القرار مثل منح اجازة البناء المتعلق بحرية الملكية ويعد هذا الحق من الحريات المحمية دستورياً وتتدخل الادارة لتنظيمه وتقييده استناداً الى الصلاحيات الممنوحة لها.

علاوة على ما تقدم يعد الترخيص قرار إداري فردي ومن جهة أخرى الترخيص الإداري قرار سابق، أي أنه يتوقف عليه ممارسة الحرية أو النشاط بعد منعهما ،و لا يجوز قانوناً ممارستهما قبل الحصول على الترخيص لكونه قرار يصدر قبل البدء في تنفيذ النشاط الذي يخضع له، فهو لازم قانوناً[17].

الفرع الثاني/ الطبيعة التنفيذية للترخيص الإداري .

تعود هذه الخاصية الى طبيعة القوة الإلزامية للترخيص الإداري كمستند قانوني يحوزه المرخص له من جانب، وايضا علاقة الترخيص الإداري كتصرف قانوني إداري وتحديدا كقرار إداري في النظام القانوني القائم ومدى قدرته على التأثير فيه وتغييره. ويوجد اتجاهين مختلفين حول طبيعة الترخيص التنفيذية فالاتجاه الاول[18] يقول بأن الترخيص يمنح صاحبه مكنة ممارسة النشاط أو الحرية المرخص بها كما يمتلك حق الامتناع عن القيام بالنشاط، بمعنى آخر يترك تنفيذ القرار الصادر بالترخيص. ويذهب في القول الى أن كل من مفهوم الترخيص والتنفيذ غير متطابقين، لان القرار الصادر بالترخيص لا يمتلك قوة تنفيذية ولا يفرض أي التزام بالتنفيذ، لانه فقط يتيح لصاحبه امكانية ممارسة النشاط، وأن الترخيص الإداري لايمتلك قوة تنفيذية انطلاقاً من كون طبيعة الترخيص الإداري لا تتوفر فيها الصفة الإلزامية، بل القانون المنظم له هو الذي يحدث التغيير، وبالتالي فإن قرار الترخيص ليس له قوة تنفيذية. ومثال على ذلك عندما توافق الادارة على منح ترخيص بعرض فلم سينمائي فمن وجه له الترخيص بامكانه عرض الفيلم وله ايضا الامتناع عن عرضه، أما حالة رفض منح الترخيص بعرض فيلم سينمائي حفاظاً على الاخلاق العامة فأن قرار الرفض يكون له طابع تنفيذي لتعلق الامر بالنظام العام. وذهب فريق اخر[19] الى القول مفاده تمتع الترخيص الاداري بالقوة التنفيذية التي يتمتع بها القرار الاداري، ويميز هذا الاتجاه بين القرارات الآمرة والقرارات غير الآمرة التي تمثل إمتيازات السلطة العامة والتي من خلالها تجبر الافراد على تنفيذ مضمونها ويتعرضون للعقاب في حال مخالفتها سواء كان العقاب اداري ام جنائي، وتكون التراخيص الادارية من تلك القرارات. وبمقتضى هذا الترخيص تتمكن السلطة الادارية احداث التغيير في النظام القانوني السابق على صدورها. فهنا تكون سلطة التقدير تعبيراً عن مقدار السلطة أو القدرة العامة التي تتمتع بها الادارة على التصرف. ويؤيد الباحث الأي الذي يقول بأن قرار الترخيص يتمتع بالقوة التنفيذية واحداثه تغييراً في الاوضاع القانونية.

الفرع الثالث/ الصفة المؤقتة للترخيص الاداري.

يتصف الترخيص الاداري بحسب الأصل بأنه ذات طبيعة مؤقتة وقابل للإلغاء لأنه استثناء من أصل عام إما من الحرية أو من الحظر، ومن الامور الاخرى التي يجعله مؤقت كونه لا يرتب حقاً مكتسباً نهائياً مثل حق التملك بل مجرد منح المرخص له مركزاً قانونياً مؤقتاً يرتبط حقه بالتمتع به وجوداً وعدماً تبعاً الى الظروف والشروط والقيود التي يترتب على تغييرها أو انتهاءها أو الإخلال بها جواز سحب الترخيص أو إلغاءه ادارياً أو بحكم القضاء. لذا فان الترخيص الممنوح للأفراد يكون مؤقت وللإدارة أن تلغيه في أي وقت إذا تعارض مع الصالح العام، كما تستطيع أن تقيده بشروط يجب الالتزام بها من قبل المنتفعين[20] .

ويصطبغ الترخيص الاداري بصبغة الشخصية اي أنه مرتبط بشخصية طالب الترخيص عند توفر شروط معنية فيه، مثل تراخيص الحصول على هوية مزاولة مهنة المحاماة ومهنة الطب وتراخيص حمل السلاح، فعند وفاة صاحب الترخيص يؤدي الى انتهاء الترخيص.

المبحث الثاني/ العلاقة بين الترخيص الاداري والحريات العامة.

أن الحريات العامة حاجة ضرورية يتمتع بها افراد المجتمع على قدم المساواة، وتكون ممارسة هذه الحريات في مواجهة حماية النظام العام والحافظ عليه داخل المجتمع فلا بد من موازنة بينهما مما كان السبيل الى تقييد هذه الحريات أمر لابد منه، فلا يمكن أن تكون ممارسة هذه الحريات بصورة مطلقة، وانما تم ممارستها بصورة منظمة في اطار قانوني محدد، ومن هنا ترسم العلاقة بين وسائل الضبط الاداري والحريات العامة بأنها علاقة تكاملية، احدهما تكمل الاخرى. فسلطة الضبط الاداري الضبط الاداري لا تعني غاية بحد ذاتها وانما هي وسيلة لتحقيق الصالح العام وحماية الحريات العامة للافراد في المجتمع وبذلك يتضح التوازن بين السلطة والحرية. وفيما يلي توضيح لمفهوم الحريات العامة وبعد ذلك بيان للعلاقة بين الحريات العامة والترخيص الاداري.

المطلب الاول/ التعريف بالحريات العامة.

أن مفهوم الحرية هو مفهوم نسبي يختلف باختلاف الظروف والرؤى من حيث الزمان والمكان عند التمتع بالحرية ، لذا لم يكن لها تعريف ثابت ومحدد ، وانما اختلف الفقهاء في تحديد معناها واعطاها تعريف

محدد إلى عدة اتجاهات مختلفة وفقاً الى رؤيتهم والعوامل السياسية والاجتماعية المؤثرة. حيث نسبت الحرية الى الحاكم الذي يمتلك السلطان المطلق تجاه المحكومين، وايضاً هي حق الافراد المحكومين في اختيار الشخص الذي يتولى الحكم عليهم حسب قوانين تم وضعها من قبلهم بمعنى اخر في ظل نظام الملكية تشير الى حرية المَلك وتنصرف في النظام الجمهوري الى حرية الشعب.[21] وخلال هذا المطلب بحثنا تعريف الحريات العامة في الفرع الاول أما في الفرع الثاني فكان بيان لموقف دستور جمهورية العراق لعام 2005 من الحريات العامة.

الفرع الاول/ تعريف الحريات العامة.

وعرفت الحرية بأنها "مجموعة الحقوق المعترف بها والتي تعتبر أساسية عند مستوى حضاري معين، بما يلقي على الدولة واجب حمايتها حماية قانونية خاصة، وضمان عدم التعرض لها وبيان وسائل حمايتها". وعرفها بعضهم[22] " عبارة عن طاعة الادارة العامة". اما الفقه العربي فقد عرفها البعض[23] على انها " تأكيد كيان الفرد تجاه سلطة الجماعة" نلاحظ على هذا التعريف ابراز ذاتية الفرد وتقوية ارادته بما يحقق للفرد كيانه ووجوده تجاه الاخرين.وعرفت ايضاً[24] " امكانيات يتمتع بها الفرد بسبب طبيعته البشرية، وبسبب عضويته في المجتمع وهذه الحريات كثيراً مايطلق عليها الحقوق الفردية" ونجد أن هذا التعريف لم يفرق بين معنى الحرية والحق بل استخدم كلا المصطلحان لكي يشير الى معنى واحد. وقد عرفت المواثيق الدولية الحرية ومنها الاعلان الفرنسي للحقوق والمواطن الفرنسي الصادر عام 1789 في المادة الرابعة منه " قدرة الانسان على اتيان كل عمل لا يضر بالاخرين" . ونلاحظ من هذا التعريف انه يعكس مقدار التحرر الذي منح الى المواطن الفرنسي بعد المعاناة والاضطهاد التي كان يعانيها، حيث اباح للانسان عمل كل شي بشرط عدم الاضرار بالاخرين. وجاءت المادة الخامسة من الاعلان ذاته مؤكدة بما نصت عليه المادة السابق ذكرها على" كل ما لا يحرمه القانون لا يمكن منعه، ولا يمكن اكراه احد على ما لا يأمر به" ، ويرى بعض الفقهاء أن مصطلح الحرية ينطوي على شقين، يتضمن الشق الاول الاحساس والشعور بأنعدام القسر الخارجي الذي قد يتعرض له الانسان. أما الشق الثاني فيكون في التصرفات والافعال التي يأتيها الفرد والتي ينبغي أن لا تتعارض مع حريات الاخرين.[25]

ويمكننا اعطاء تعريف للحرية بأنها (الملكة الخاصة لدى الانسان والتي تمكنه من اختيار سلوكه الخاص بما لايتعارض مع حريات الاخرين والقانون)، وينظر الى الحرية على انها حق وبالعكس أي أنهما وجهان لعملة واحدةن ويقر أخرون بوجود اختلاف بينهما، وهذا الاختلاف يعود الى النواحي المختلفة التي من خلالها ينظر الى كل منهما. فمنهم ما يميز بين مصطلحّي الحق والحرية، فيرى الحق بأنه استئثار صاحبه على شيء دون الكافة، ويستند في وجوده الى واقعة قانونية و يرد على شيء معين ومحدد ، وبينما لا تتصف الحرية بهذا الوصف، فهي عبارة عن اوضاع عامة غير واضحة الحدود وهي قدرة مباحة للجميع على اتيان اي عمل لا يضر بالأخرين، ويكفي لممارستها وجود مبدأ عام يتضمنها وهذه المبادئ لاتحتاج الى نصوص لانشائها[26]. ويذهب اتجاه آخر في القول الى أن الحق ما هو الا حرية اقرها واعترف بها القانون مما يعني أن الحرية أوسع مدلولاً من الحق[27]. بينما يرى اتجاه اخر الى ان كلمة الحق اوسع مدلولاً من كلمة الحرية ، وهي ليست مرادفاً لها ذلك لأن معنى الحرية تعبر عن سلطة تحديد ذاتي اي هي سلطة يفرضها الشخص على نفسه مثل حرية السكن واختيار المكان المناسب له وتقتضي من الاخرين الوقوف موقفاً سلبياً عن طريق امتناعهم عن التعرض لممارسة هذه الحرية. وحسب مفهوم هذا الاتجاه فان الحقوق تنطوي على سلطتين الاولى داخل الافراد والمقصود بها سلطة تحديد ذاتي؛ عندئذ يكون الحق في هذه الحالة مرادفاً لكلمة الحرية ويترتب عليها أنه لا يوجد فرق بين الحق في السكن او حرية السكن ، وقد يراد بها سلطة يمارسها الشخص ليس على نفسه وإنما تجاه الاخرين،ففي هذه الحالة يكون هناك اختلاف واضح بين مفهوم الحق ومفهوم الحرية، فهو لايتطلب من الاخرين الوقوف موقفاً سلبياً وانما موقفاً ايجابياً[28]. أما الاتجاه الغالب فأنه يستخدم المصطلحين (الحق والحرية) كمترادفين، وحجتهما في ذلك، أن كلاهما يرجع الى طبيعة واحدة، أما بالنسبة الى التفرقة بينها فهي تفرقة شكلية بحتة وأن تمتع الافراد بحريات معينة معناه تلوث الحق لهم في مزاولتها أو عدم مزاولتها[29].

وهذا الاتجاه الاخير هو ما سارت عليه المواثيق الدولية والدساتير، فهذه الاخيرة تارة تستخدم مفردة الحق وتارة تستخدم مفردة الحرية وتارة أخرى الحقوق والحريات العامة وكلها تدل على الغاية المشتركة المرجوة منها. حيث لا تعد مجرد حقوق يتمتع بها الافراد في مواجهة يعضهم البعض بل هي امتيازات لهم في مواجهة السلطة العامة، لذا نجد اعلان الحقوق والمواطن الفرنسي لعام 1789 إستخدم المفردتين معاً فتنص المادة الاولى منه على " الافراد يولدون ويعيشون احراراً" وتنص المادة الثانية منه على " هدف كل جماعة سياسية المحافظة على حقوق الانسان الطبيعية التي لا يمكن أن تسقط عنه".

الفرع الثاني/ الحريات العامة في دستور جمهورية العراق لعام 2005 .

أن دستور جمهورية العراق لعام 2005 قد أخذ بمصطلح الحقوق والحريات وخصص الباب الثاني منه الى الحقوق والحريات ففي الفصل الاول نص على "الحقوق" وقسمها الى قسمين ضم الاول منها الحقوق المدنية والسياسية[30] أما القسم الثاني تضمن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية[31]. أما الفصل الثاني من هذا الباب فقد أدرج تحت مسمى " الحريات" وشمل صوراً متعددة للحريات[32] التي أراد أن يقررها للفرد ويحميها ومنها حرية الكرامة وحرية التعبير عن الرآي وحرية الاتصالات والمراسلات وحرية الفكر والعقيدة وحرية تأسيس وتكوين الجمعيات والاحزاب السياسية وحرية التنقل والسفر والسكن. وبذلك نجده يستعمل في مواضع كلمة الحرية مثل حرية الرأي وحرية الأجتماع وحرية الصحافة وفي مواضع اخرى يعبر بالحق مثل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، ومع ذلك يجب أن لايفهم أن ما اراده المشرع الدستوري اعطاء مدلولا لكل من الحرية والحق مختلفاً عن الأخر، بل انهما مترادفان ويعودان الى طبيعة واحدة، حيث أن تمتع الشخص بحقوق معينه مفاده امتلاكه الحرية في ممارستها او عدم ممارستها .لذا فان الحريات تُعدّ حقوقاً ، وتنطوي تحت مفهوم الحقوق وتُعدّ جزءاً منه.

المطلب الثاني/ حدود سلطة الادارة تجاه منح الترخيص وأثره على حريات الافراد.

ان الادارة العامة بصدد ممارسة سلطتها لها دور فعال تجاه اي عمل من الاعمال مع مبدأ المشروعية سواء كانت هذه الاعمال مادية أم قانونية ومنها القرارات الادارية ، والتي تمارسها من خلال بسط رقابتها لبيان مدى موافقة القرار الاداري الخاص بالتراخيص الادارية للضوابط القانونية، كما انها تملك ابتداءً سلطة قبول طلب منح الترخيص أو رفضه. ويثار التساؤل حول مقدار السلطة التي تملكها الادارة تجاه طلب الترخيص هل هي سلطة مقيدة ام سلطة تقديرية؟ وما هو الاثر المترتب للترخيص الاداري على حريات الافراد؟ ولبيان ذلك قسم هذا المطلب الى فرعين يبحث الفرع الاول حدود سلطة الادارة عند تلقي طلبات الترخيص وفي الفرع الثاني بحثنا أثر هذه التراخيص الادارية على حريات الافراد.

الفرع الاول/ حدود سلطة الادارة تجاه منح الترخيص الاداري

أن مبدأ المساواة بين الافراد والمجموعات المعنية يتعين على الادارة مراعاته في اصدارها للتراخيص وحتى فيما تتخذه من قرارات الرفض، حيث أن الترخيص قد يرد على ممارسة نشاط غير محظور اصلاً ولكن لمقتضيات للمصلحة العامة والحفاظ على النظام العام يشترط القانون وجوب الحصول على الاذن او الموافقة المسبقة من الجهة الادارية المختصة ، مثال على ذلك التراخيص الخاصة بفتح المحلات التجارية وتراخيص البناء، وقد يرد الترخيص على نشاط يكون في الاصل محظور ويتطلب القانون مجموعة من الشروط التي ينبغي تطبيقها والتقيد بها للحصول على الترخيص، كالتراخيص حيازة الاسلحة وحملها وتراخيص حيازة المواد المخدرة او المفرقعات[33]. وبناء على ذلك تعد سلطة الادارة في منح الترخيص او منعه مزيج من التقييد والتقدير ،فاذا حدد المشرع مسبقاً الشروط اللازمة لمنح الترخيص، ففي هذه الحالة الادارة لا تستطيع رفض إعطاء الترخيص عند توفر الشروط المطلوبة ، فسلطتها تكون مقيدة ، اما الحالة الاخرى والتي لا يحدد المشرع مسبقاً شروط الترخيص ، هنا تكون سلطة الادارة تقديرية ، حيث تزن الادارة الامور فلها الحق بمنحه أو رفضه او تسحبه ، ولن يكون الامر خطيراً على الافراد في حالة السلطة المقيدة للإدارة تجاه منح الترخيص ، اذ يجب عليها الموافقة عليه اذا توافرت شروطه المطلوبة ، وبالعكس عندما تكون سلطة الادارة في منح الترخيص تقديرية، فيصبح الامر خطيراً على حريات الافراد خشية ترك نشاطاتهم في يد الادارة تتحكم بها، فيبرز دور القضاء في حماية هذه الحريات، حيث يقع على عاتق القضاء الاداري بحث الاسباب التي تبرر عدم موافقة الادارة على الترخيص او

سحبه ، فيخضع هذه الاسباب لرقابته وذلك من حيث التأكد من وجودها المادي للوقائع ومن حيث تكييفها القانوني[34] ، وفقاً الى مبدأ " الضرورة تقدر بقدرها" فلا يكون هذا الاجراء أو التدبير " الترخيص" مانعاً كلياً لممارسة الحرية بل يفترض أن يؤدي الى صون النظام العام مع قيام الحرية[35]. حيث لابد أن تكون اسباب هذا الاجراء صحيحة ومشروعة مما يسوغ للجهة الادارية المختصة اتخاذه، ومعناه استناد الاسباب الى وقائع قانونية أو اوضاع مادية لكي يستلزم اصدار القرار والا عد هذا الاخير معيباً[36].

لذا فأن صدور قرار الادارة على طلب الترخيص بالموافقة أو الرفض ومستنداً الى وقائع أو اوضاع معينةلا ينصب التحقق من صحة وجودها عند فرض القضاء الاداري سلطته بالرقابة عليها بل تمتد هذه الرقابة لتشمل تقدير وموازنة هذه الاوضاع من حيث اتصالها بالوقائع والشروط القانونية التي تتعلق بها. وعلى القاضي الاداري أن يكيف هذه الوقائع التكييف المناسب الذي ينسجم مع حكم القانون وملائمة صدور الترخيص من حيث اسباب القرار والاثر القانوني المترتب عليه، بمعنى آخر ينظر القاضي الى مدى التناسب الحاصل بين جسامة القرار وخطورة الوقائع والاحداث التي استلزمت اصداره[37].

الفرع الثاني/ أثر الترخيص الاداري على حريات الافراد.

يُثار في الذهن سؤالاً عن الأثر الذي يترتب على وسيلة الادارة الضبطية(الترخيص الاداري) على ممارسة الافراد لحرياتهم؟ قبل الاجابة على هذا التساؤل لابد من معرفة طبيعة طلب الترخيص هل هو استثناء من الحرية ام هو استثناء من حظر عام. أن الرأي السائد[38] يميل الى اعتبار الترخيص الاداري يشكل حالة وسطى بين التحريم والاباحة، لكن الجدال يثور عندما يكون الترخيص استثناء من اصل عام هو الحرية أم أن الاستثناء (الترخيص) يرد على حظر عام. فبالنسبة الى الحالة الاولى عندما يكون الترخيص استثناءاً من الاصل العام وهو الحرية تكون سلطة الادارة مقيدة تجاه طلب الترخيص، فاذا رفضت الادارة طلب الترخيص تكون بذلك خالفت الاصل العام المتمثل بأطلاق الحرية لذلك يجب ان يكون حكم القانون اساساً لرفضها ومبيناً على عناصر موضوعية ثابتة. أما الحالة الاخرى عندما يكون الترخيص استثناءاً من حظر عام، فتصبح هنا سلطة الادارة تجاه طلب الترخيص سلطة تقديرية على اساس أن من يملك سلطة الحظر المطلق يملك من باب اولى تقييده أو توسيعه. ويرى بعض الفقهاء[39] أن نظام التراخيص يتضمن الحالتين أو المعنيين، حيث يمكن أن يكون استثناءاً من أصل عام هو(الحرية) ومن الممكن ايضاً أن يكون استثناءاً من حظر عام. والذي يحدد طبيعة هذا الاستثناء هو النشاط المراد ممارسته من قبل الافراد. فاذا كان هذا النشاط مباحاً كحرية الافراد في البناء وفتح المحال التجارية هنا تكون سلطة الادارة مقيدة لان طلب الترخيص يرد استثناء على الاصل العام وكل ما عليها هو التحقق من الشروط التي تقدم بها طالب الترخيص مع ما حدده القانون مسبقاً فيترتب على هذا التحقق منح الترخيص أو رفضه في حالة عدم توفر الشروط. اذن لا يعدو دور الادارة في هذه الحالة عن تدقيق الشروط والتحقق من توفرها. أما اذا كان نوع النشاط الفردي محضوراً اصلاً كبيع السموم والمخدرات وحيازة المفرقات والترخيص المراد الحصول عليه يقع ضمن دائرة المحظور كفتح مذخر للادوية أو حيازة الاسلحة فيكون الترخيص في هذه الحالة استثناء من حظر عام مما يجعل سلطة الادارة تقديرية فلها منح الترخيص أو رفضه وفقاً الى تحقق الشروط في طالب الترخيص مع مراعاة المصلحة العامة والحفاظ على النظام العام وعناصره. مما يدل على أن سلطة الادارة تجاه طلب الترخيص في هذه الحالة تكون ذات طبيعة "مقيدة تقديرية" وفقاً الى المحددات التي يضعها القانون فهي تكون مقيدة اذا رسم القانون بدقة الشروط اللازمة لمنح الترخيص أما اذا لم يحدد المشرع هذه الشروط فالادارة تكون متمتعة بسلطة تقديرية لتزن بها بين مقتضيات الصالح العام وطلب الترخيص وتلائم بينها وفق هذا التوازن للوصول الى نتيجة اما منح الترخيص أو رفضه. وقد بيّن بعض الفقهاء[40] طبيعة الترخيص على انه حرية مقيدة واصفاً اياه بالقيد على الحرية . بينما يعلق بعض الفقه[41] على الترخيص بأنه ليس من شأنه انشاء حقوق جديدة لكن دوره يقتصر على حقوق موجودة في الاصل، وقد علقت ممارسة هذه الحقوق والحريات بحظر في طبيعتها العامة،ومن ثم يأتي دور الترخيص في الغاء هذا الحظر العام والذي يمّكن الافراد من مزاولة نشاطاتهم وحرياتهم.

أن الدور العملي الذي يلعبه الترخيص الاداري من شأنه أن يعيد للافراد حرية التصرف والقيام بالنشاط مجدداً بما يمنحه الترخيص للفرد ما هو ثابت له أصلاً في الدستور والامر ذاته ينطبق في حالة رفض الترخيص حيث يمثل تقييد لحرية التصرف مما يتوجب خضوعه الى أقصى الشروط القانونية التي تخضع لها القرارات الادارية واتباع مبدأ المشروعية. ويعد الترخيص الاداري من اهم الوسائل التي تعتمدها الادارة في محاولة لتحقيق التوافق بين السلطة والحرية بوضع حاجز قانوني امام الافراد مبني على ضرورة استحصال قرار اداري من السلطة المكلفة بمراقبة وتنظيم النشاط الذي يمكن أن يترتب على ممارسته اخلال بالنظام العام، وذلك قبل الشروع بمزاولته، لذا فالترخيص الاداري اسلوب من اساليب الرقابة الادارية السابقة على نشاط الافراد، ويمثل قيداً على الافراد يجب الحصول عليه قبل ممارسة حرياتهم العامة وما يؤكد ذلك المفهوم اللغوي لفظة الترخيص في اللغة الفرنسية بأنها قيد على الحرية أو الحق[42]. ويرى الباحث أن ممارسة الادارة لعملها أو سلطتها بصورة مقيدة في منحها الترخيص أو رفضه أو سحبه أو الغاءه وفقاً للقانون عندما يقوم المشرع مسبقاً بتحديد الشروط الواجب توافرها في طلب الترخيص، أما اذا لم يحدد المشرع هذه الشروط ابتداءً وترك للادارة مقدار من الاختيار أو السلطة تستطيع من خلالها التقدير والموازنة بين المصلحة العامة للمجتمع والمصلحة الخاصة للافراد فتكون سلطتها تقديرية تجاه طلب الترخيص.كذلك أن منح الترخيص في الحالتين يمثل قيداً على حريات الافراد عند ممارسة نشاطاتهم سواء كانت هذه الحريات هي الاصل ويكون طلب الترخيص استثناءاً منها أم حتى في حالات الحريات المحظورة فيكون الاستثناء من الحظر العام. وفي كلا الحالتين يمثل مانعاً يمنع الافراد من مزاولة نشاطاتهم وحرياتهم مالم يحصلوا على الاذن المسبق من الادارة بالسماح لهم بمزاولتها والتي تتوقف على الحصول على الترخيص الممنوح لهم من الادارة. وعليه فأن اسلوب التراخيص كنوع من اساليب الضبط الاداري له تأثير شديد على ممارسة الافراد لحرياتهم حيث يترتب عليه تقييداً للحرية مما يتوجب توفير الحماية لهذه الحريات من الاساءة أو الانحراف أو مخالفة القانون من قبل الادارة.

لذلك دأبت الدساتير على تضمين متونها قواعد قانونية تتضمن الحقوق والحريات من اجل كفالتها وتوفير الضمانات اللازمة لممارستها ووضع القيود التي تحد من تقييد السلطات العامة لها مانعة بذلك تجاوز الاخيرة على هذه الحقوق والحريات بشرط ان تبقى هذه الحرية في الحدود التي رسمها القانون لها وعدم تعرضها لحقوق وحريات الاخرين من جانب ولاتؤدي الى الاضرار بالمصالح الاخرى للمجتمع من جانب اخر. ونص دستور جمهورية العراق لعام 2005 في المادة (46) منه على :- "لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناء عليه ، على أن لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية" يفهم من ذلك أن تقييد الحريات الواردة في هذ ا الدستور تكون بقانون يصدر من السلطة التشريعية مع منح السلطة التنفيذية الحق في تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة فيه استنادا الى عبارة بناءا على قانون.ومثال ذلك ما جاءت به المادة (٣٨/ أولا) من دستور جمهورية العراق على كفالة حرية التعبير عن الرأي بما لا يخل بالنظام العام والآداب، حيث يمثل عدم الاخلال بالنظام العام هنا قيداً على ممارسة هذه الحريات ، ومفاد ذلك أن على السلطة التشريعية عندما تقوم بتنظيم احدى صور حرية التعبير مثل حرية الصحافة فهي ملزمة بالنص على ذلك القيد في متن التشريع ، اي بمعنى يمثل النص الدستوري المذكور واجباً على السلطة التشريعية بعدم سن قانون يجيز ممارسة حرية التعبير عن الرأي إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب، وفي الوقت ذاته يلزم الإدارة بالتدخل لمنع الأفراد من ممارسة أية صورة من صور التعبير عن الرأي إذا انطوت هذه ممارسة هذه الحرية على الاخلال بالنظام والآداب العامة.

الخاتمة.

اولاً/ الاستنتاجات.

1- الترخيص الاداري هو عمل من الاعمال القانونية الذي يصدر عن الادارة بإرادتها المنفردة على صيغة قرار اداري وهو ذات طبيعة مؤقتة قابل للسحب أو التعديل حسب مقتضيات المصلحة العامة، ويترتب عليه وضع مركز المرخص له في مركز عارض يعتمد على مضمون القرار الاداري للترخيص.

2- تنص الدساتير في طياتها ونصوصها على مجموعة من الحقوق والحريات التي تمنح للافراد للتمتع بها في المجتمع داخل الدولة، من اجل كفالة احترامها وتحقيق ضمانات ممارستها. وعلى هذا الاساس اسباغ القوة على الحقوق والحريات العامة عند النص عليها في صلب الوثيقة الدستورية ويجعلها في مستوى متساوى مع باقي النصوص الدستورية الأخرى، الأمر الذي يحول دون تجاوز السلطتين التشريعية والتنفيذية عليها.

3- ان الحريات التي يمارسها الافراد في المجتمع لا يمكن ان تكون مطلقة، يقابلها في ذلك ان سلطة الادارة في تنظيم هذه الحريات وتقييدها لا يمكن ان تكون هي الاخرى مطلقة.

4- تمتلك الادارة سلطة الضبط الاداري، وتستخدم عند ممارستها لوظيفتها الضابطة مجموعة من الاساليب القانونية والمادية ومن بين هذه الاساليب نظام التراخيص الادارية المسبق لمزاولة الحرية.

5- وجد أن سلطة الادارة في مواجهة طلب الترخيص تتأرجح بين التقييد والتقدير، أستناداً الى الحرية، فاذا كانت الحرية هي الاصل (مباحة) والاستثناء هو الترخيص فنكون امام سلطة ادارة مقيدة مهمتها التأكد من توفر الشروط في طالب الترخيص، اما اذا كان العكس ففي هذه الحالة تكون سلطة الادارة مقيدة

6- أن التراخيص الادارية وسيلة قانونية تستطيع بواسطتها الجهة الادارية من بسط رقابتها السابقة وكذلك اللاحقة على النشاط الفردي، حيث يمثل اجراء اداري وقائي غايته أعطاء امكانية للادارة للمحافظة على النظام العام عند ممارسة الحقوق والحريات من قبل الافراد.

7- استنتجت الدراسة الى أن هذا الاسلوب(الترخيص الاداري)المتبع من قبل الادارة تجاه الافراد لممارسة حرياتهم من شأنه أن يشكل مساساً وقيداً على الحريات العامة للافراد التي ضمنتها الدساتير والتشريعات.

ثانياً/ التوصيات .

1- ندعو المشرع عند قيامه بتقييد الحريات العامة أن يكون تقييدها بالقدر اللازم والمناسب اعتماد على اسباب قانونية تراعى فيها اصل الحرية والحفاظ على المصلحة العامة، بشرط أن لايؤدي هذا التقييد الى الانتقاص من الحرية أو اهدارها.

2- الاخذ بنظر الاعتبار عند فرض الترخيص الاداري على ممارسة بعض الحريات أن تكون اجراءاته بسيطة ويسيرة والابتعاد عن التعقيدات والاجراءات الادارية التي تولد لدى الافراد النفور والابتعاد عن الخوض في السير في الاجراءات المتبعة للحصول على الترخيص مما يدفعهم للتنازل عن حريتهم.

3- من اجل عدم تعسف الادارة في استعمال سلطتها واخضاعها الى اوسع قدر من الرقابة، نوصي بإعداد نموذج طلب الحصول على الترخيص الاداري يتضمن الشروط الشكلية والموضوعية ويكون هذا النموذج متاح للافراد الكترونياً وتكون الاجابة عليه الكترونيا ايضاً.

4- نوصي المشرع بتحديد جزاءات تفرض على الجهات الادارية المعنية عند مخالفتها للاجراءات المنصوص عليها في التشريعات عند منحها أو رفض منحها للترخيص الاداري.

5- أن السلطة الادارية بغية الحفاظ على التوازن الذي تصبوا اليه من استعمال اسلوب الترخيص الاداري، أن تطبق القوانين المنظمة للحريات العامة تطبيق سليم، والابتعاد عن التعسف في استعمال السلطة، لان تحقيق التوازن والحفاظ على المصلحة العامة لايقتصر على وجود القانون وحده بل يمتد الى وسائل تطبيقه ومدى سريان مبدأ "سيادة القانون" على الجميع بما ضمنهم الدولة. لذلك ينبغي على الجهة الادارية المسؤولة الالتزام بحدود القانون عند ممارستها وظيفتها الرقابية على حريات الافراد.

6- ضرورة تفعيل دور الرقابة القضائية على سلطات الادارة عند ممارستها مهامها في مجال الضبط الاداري في الظروف العادية والاستثنائية، والعمل بالقيود والضوابط الدستورية والقانونية التي ترسم حدود سلطة الضبط الاداري.

الهوامش .

[1]- تدل لفظة الرخصة على "التسهيل في أمر معين، اي التخفيف والتسيير على الانسان، فيقال أرخص له في الامر سهله ويسره". أما الاجازة فتدل على التسويغ، كما في القول "جوز له ما صنع واجاز له" للمزيد ينظر محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح،ط1، دار الرسالة، الكويت،1952،ص179. وينظر ايضاً ابن منظور جمال الدين الانصاري: لسان العرب، الدار المصرية للتاليف والترجمة،القاهرة،1956، مادة رخص 945/11

[2]- منها قانون إدارة قانون البلديات رقم 165 لسنة 1964 المعدل المنشور بالوقائع العراقية بالعدد(1033) بتاريخ 1964/11/22.وكذلك نظام إجازة البناء رقم (2) لسنة 2016 منشور في الوقائع العراقية بالعدد (4405) بتاريخ 2016/5/16.

[3]- د. ابراهيم طه الفياض، القانون الإداري، (نشاط وأعمال السلطة الإدارية بين القانون الكويتي والقانون المقارن)، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع ، بلا سنة نشر، ص239-240.

[4]- د. محمد ماهر ابو العينين: التراخيص الادارية – والقرارات المرتبطة والمتعلقة بها في قضاء وافتاء مجلس الدولة(دراسة تحليلية)، ط1، الكتاب الاول، دار ابو المجد للطباعة بالهرم، القاهرة،2006، ص 67.

[5]- د. محمد جمال عثمان جبريل' الترخيص الاداري، دار النهضة العربية، 1998، ص65.

[6]- د. نواف كنعان، القانون الاداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ، 2008 ، ص 293.

[7]- د. محمد ماهر أبو العينين: مصدر سابق،ص57.

[8]- هاني علي الطهراوي - القانون الاداري –الكتاب الاول-مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع-عمان-الطبعة الأولى-1998- ص244.

[9]- د. محمد جمال عقمان: التراخيص الادارية" دراسة مقارنة"، مصدر سابق، ص 147.

[10]- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف : دور سلطات الضبط الاداري في تحقيق النظام العام واثره على الحريات العامة " دراسة مقارنة" ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص141.

[11]- حكم محكمة جنايات تولوز في 1974/2/8 ،أشار له ديب فاطنة، النظام القانوني لرخصة البناء في ضوء المرسوم التنفيذي رقم(19/15)، بحث منشور في مجلة تشريعات التعمير والبناء ، العدد الثالث،سبتمبر،2017 ، جامعة ابن خلدون ، الجزائر،ص250.

[12] Conseil d'État, 10ème chambre, 22/12/2022, 452122, Inédit au recueil Lebon. https://www.legifrance.gouv.fr/search/cetat

[13]- حكم محكمة القضاء الاداري المرقم (104) السنة السادسة في 1955/2/27 – 282/255/9، حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرار الاداري في مجلس الدولة، الجزء الثاني، 2020،ص342.

[14]- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (1578/الهيئة الاستئنافية في 2016/9/28)، ينظر سعد جريان التميمي:المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية - القسم المدني –للأعوام 2016-2017، دار السنهوري، بغداد ،2018،ص33.

[15]- - د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، وآخرون: مبادى وأحكام القانون الاداري، مكتبة السنهوري، بغداد، 2015، ص415.

[16]- CAA de MARSEILLE, 5ème chambre, 13/06/2022, 20MA02268. https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000045910807

[17]- د. محمد أنور حمادة: القرارات الإدارية ورقابة القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004 ،ص38.

[18]- د. محمد جمال عثمان جبريل: الترخيص الاداري، مصدر سابق، ص79.

[19] - Mireille Monnier: "*les décisions implicites d'acceptation de l'administration*" ; librairie générale de droit et de jurisprudence . PARIS 1992, p25.

[20]- د.سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري "أموال الإدارة العامة وامتيازاتها" ، الكتاب الثالث ، دار الفكر العربي، مصر، ص 63.

[21]- د.طعيمه الجرف : نظرية الدولة والاسس العامة للتنظيم السياسي، طبعة القاهرة، 1964، ص ٤٧٠ .

[22]- ROUSSEAU, Jean-Jacques. "*Du contrat social et autres oeuvres politiques*". Garnier, paris, 1975 , pp.244.

[23]- د. طعيمه الجرف - نظرية الدولة والاسس العامة للتنظيم السياسي ،مصدر سابق، ص471.

[24]- د. ماجد راغب الحلو - القانون الدستوري - دار المطبوعات الجامعية - 1986 - ص 292.

[25]- د.محمد علي حسونة: مفهوم الحريات العامة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 9، العدد 1، مارس 2023، الصفحة 1083-1153.

[26]- - د.رمضان ابو السعود ، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديد ، بلا ناشر، 2005 ، ص32.

[27]- د.ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، 2005، ص816
[28]- د.محمد صلاح عبد البديع ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات العامة ، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2009 ، ص42.
[29]- د. عبد الحكيم حسن العلي : الحريات العامة في الفكر والنظام السياسيفي الاسلام"دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي،بيروت،1974،ص177.
[30]- ينظر المواد (من 14 الى 21) من دستور جمهورية العراق 2005.
[31]- ينظر المواد (من 22 الى 36) من الدستور اعلاه.
[32]- ينظر المواد (من 37 الى 45) من الدستور اعلاه.
[33]- لقاء صفاء الدين محمود الزبيدي، ضمانات الافراد في مواجهة سلطة الادارة في التنفيذ المباشر للقرار الاداري - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، 2010، ص 25.
[34]-د.محمد جمال عثمان: التراخيص الادارية، مصدر سابق، ص97
[35]- د.عمرو ياسر حسام الدين: الترخيص الاداري كأحد التدابير الضبطية لتنظيم ممارسة الحرية الفردية في الدولة، العدد(28) أبريل، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،2022: ص 42.
[36]- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، وآخرون: مصدر سابق، ص432 وما بعدها.
[37]- د.وسام صبار العاني: القضاء الاداري، ط1، دار السنهوري، بغداد،2015،ص282.
[38]- د.عبد اللطيف محمد الطيب: نظام الترخيص والاخطار في القانون المصري، القاهرة،1956،ص401.
[39]- د.عمرو ياسر حسام الدين: مصدر سابق، ص199
[40]- Roubier, Paul. "Droits subjectifs et situations juridiques." (1963).
[41] 2- Michel .D.Stassinopoulos : traitè des actes administratifs, 1954, Athènes, P89.
[42]- - د. محمد ماهر أبو العينين: التراخيص الادارية والقرارات المرتبطة والمتعلقة بها في قضاء وافتاء مجلس الدولة – دراسة تحليلية، مصدر سابق،ص66.

المصادر.

المعاجم .

- محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح،ط1، دار الرسالة، الكويت،1952.
- ابن منظور جمال الدين الانصاري: لسان العرب، الدار المصرية للتاليف والترجمة،القاهرة،1956.

اولاً/ المصادر العربية .

1- د. ابراهيم طه الفياض، القانون الإداري، (نشاط وأعمال السلطة الإدارية بين القانون الكويتي والقانون المقارن)، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع ، بلا سنة نشر.
2- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرار الاداري في مجلس الدولة، الجزء الثاني، 2020.
3- د.سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري "أموال الإدارة العامة وامتيازاتها" ، الكتاب الثالث ، دار الفكر العربي، مصر.
4- د.رمضان ابو السعود ، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديد ، بلا ناشر، 2005
5- د. عبد الحكيم حسن العلي : الحريات العامة في الفكر والنظام السياسيفي الاسلام"دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي،بيروت،1974.
6- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف : دور سلطات الضبط الاداري في تحقيق النظام العام واثره على الحريات العامة " دراسة مقارنة" ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
7- د.عبد اللطيف محمد الطيب: نظام الترخيص والاخطار في القانون المصري، القاهرة،1956.
8- د.عمرو ياسر حسام الدين: الترخيص الاداري كأحد التدابير الضبطية لتنظيم ممارسة الحرية الفردية في الدولة، العدد(28) أبريل، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،2022.
9- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، وآخرون: مبادى وأحكام القانون الاداري، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.
10- د.طعيمه الجرف : نظرية الدولة والاسس العامة للتنظيم السياسي، طبعة القاهرة، 1964.
11- د. محمد أنور حمادة: القرارات الإدارية ورقابة القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
12- د. ماجد راغب الحلو - القانون الدستوري - دار المطبوعات الجامعية – 1986.
13- د.ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، 2005.
14- د. محمد ماهر ابو العينين: التراخيص الادارية – والقرارات المرتبطة والمتعلقة بها في قضاء وافتاء مجلس الدولة(دراسة تحليلية)، ط1، الكتاب الاول، دار ابو المجد للطباعة بالهرم، القاهرة،2006.
15- د. محمد جمال عثمان جبريل' الترخيص الاداري، دار النهضة العربية، 1998.

15- د.محمد صلاح عبد البديع ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات العامة ، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2009
16- د. نواف كنعان، القانون الاداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ، 2008
17- هاني علي الطهراوي - القانون الاداري –الكتاب الاول-مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع-عمان-الطبعة الأولى-1998.
18-- د. وسام صبار العاني: القضاء الاداري، ط1، دار السنهوري، بغداد،2015.

ثانياً/ المصادر الاجنبية .

[42] ROUSSEAU, Jean-Jacques. "*Du contrat social et autres oeuvres politiques*". Garnier, - paris, 1975.
- Mireille Monnier: "*les décisions implicites d'acceptation de l'administration*" ; librairie 2 générale de droit et de jurisprudence . PARIS 1992,
3-Michel .D.Stassinopoulos : traitè des actes administratifs, , Athènes, 1954
4- Roubier, Paul. "Droits subjectifs et situations juridiques." (1963).

ثالثاً/ الاطاريح والرسائل.

- لقاء صفاء الدين محمود الزبيدي، ضمانات الافراد في مواجهة سلطة الادارة في التنفيذ المباشر للقرار الاداري - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، 2010.

رابعاً / البحوث:-

- ديب فاطنة، النظام القانوني لرخصة البناء في ضوء المرسوم التنفيذي رقم(19/15)، بحث منشور في مجلة تشريعات التعمير والبناء ، (العدد الثالث،سبتمبر)، جامعة ابن خلدون، الجزائر،2017.
- د.محمد علي حسونة: مفهوم الحريات العامة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 9، العدد 1، مارس 2023، الصفحة 1083-1153.

خامساً/ الدساتير والقوانين والمواثيق الدولية.

- دستور جمهورية العراق لعام 2005
- قانون إدارة قانون البلديات رقم 165 لسنة 1964 المعدل المنشور بالوقائع العراقية بالعدد(1033) بتاريخ 1964/11/22.
- نظام إجازة البناء رقم (2) لسنة 2016 منشور في الوقائع العراقية بالعدد (4405) بتاريخ 2016/5/16.
- قانون 6 كانون الثاني 1978 الفرنسي الم تعلق بمعالجة البيانات والملفات والحريات.
- الاعلان الفرنسي للحقوق والمواطن الفرنسي الصادر عام 1789.