

الترخيص الإداري ودوره في الحفاظ على الحريات

العامة والأنشطة الخاصة في العراق

م.م. محمد نوري علي *

المقدمة

إن أكثر ما يهدد حرية الفرد في ممارسة لحياته هو ما تفرضه الإدارة العامة من قيود وضوابط، من خلال ما تتمتع به من سلطات في الضبط الإداري، وبذلك نجد بأن الدساتير كافة تكفل الحريات العامة والحقوق الأساسية للأفراد وتقوم بتنظيم ممارستها من خلال توجيه رساله للمشرع ترخص له من خلالها القيام بتنظيم هذه الحريات مع مراعاة ما يقتضيه التنظيم التشريعي عادة من عدم جواز انتقاص اصل الحق أو مصادرته تحت شعار التنظيم.

تقوم السلطة الإدارية بمهمة مزدوجة ذات اتجاهين، الاتجاه الأول: في إدارة وتسيير المرافق العامة على نحو يكفل توفير الخدمات وإشباع الحاجات العامة للأفراد. الاتجاه الثاني: في حماية النظام العام بعناصره التقليدية الثلاثة (الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة) ثم أبعاده ومظاهره الحديثة المتمثلة في النظام العام الاقتصادي والبيئي.

وبالترتيب على ما تقدم فإن إجراء الترخيص الإداري يعد من الأعمال القانونية التي تقوم بها الإدارة والتي ترتب آثار قانونية، تأذن بموجبه لأحد الأشخاص بمزاولة

* العراق / إقليم كردستان / اربيل/جامعة جيهان/كلية القانون والعلاقات الدولية .

E Mail: mohammed_noori082@yahoo.com

نشاط ما، أو ممارسة حرية معينة، ويُعدُّ إجراءً إدارياً رقابياً من بين الإجراءات الإدارية المستعملة في الحياة العملية، استعمال قد يزداد أو يتضاءل ويتناقص من نظام قانوني لآخر، وبحسب ما إذا كانت الرخصة متعلقة بحرية من الحريات التقليدية للصيقة بالشخصية أو بحرية التجارة والصناعة، أو بنشاط يرقى أو قد لا يرقى إلى مستوى الحق أو الحرية المعترف بها دستورياً، والمنظمة قانونياً فمن أجل ذلك خولها المشرع سلطة الأمر والنهي، المنع والمنح تجاه الأفراد باتباع أحد الأسلوبين: الأول: الأسلوب الوقائي: أن تأذن السلطة الإدارية لشخص ما بممارسة النشاط أو الحرية المرغوب فيهما، إذا كان هذا النشاط لا يؤدي بالنتيجة إلى الأضرار بالمصلحة العامة، والنظام العام بسبب ممارسة هذا النشاط. الأسلوب الثاني: الردعي: فهنا الإدارة تستخدم هذا الأسلوب إن كان له مبرر، وذلك عندما لا يكفي الأسلوب الوقائي وأدواته أو كان النشاط المقصود ممارسته يؤدي إلى عكس النتائج المرجوة.

أهمية البحث: تكمن أهمية البحث من جانبيه النظري والعملية، بأن الإدارة باعتبارها سلطة عامة، تستخدم أساليب الضبط الإداري منها (القانونية) والتي يتفرع منها القرارات التنظيمية والفردية و(الوسائل المادية والبشرية) الغرض منها هو تنظيم ممارسة الأفراد لنشاطاتهم وحررياتهم ومراقبتها في آن واحد لتحقيق وإرساء دولة القانون، حتى لا تعم الفوضى، مستخدمة أساليب زجرية (ردعية) ترسم وتضبط بواسطة المشرع لأهميتها وخطورتها، وكذلك أساليب رقابية تحدد من قبل الإدارة، أهمها (الترخيص الإداري) أما عن سبب دراسة هذه الموضوع، هو لتوضيح بأن القرارات الإدارية الآمرة هي ليست النموذج الوحيد الذي ينتج آثار قانونية في الوضع القانوني، إنشاء أو تعديلاً أو إلغاءً، في حين أن هناك من القرارات الإدارية ما لا تتوفر بها الصفة الآمرة ولكنها تحدث آثار قانونية وتؤثر بشكل مباشر على حياة الأفراد والتي هي (التراخيص الإدارية)

أهداف البحث: تهدف الدراسة إلى الحد من تعسف استخدام السلطة الإدارية وفي نفس الوقت وضع ضوابط وقيود لحرية الأفراد عند ممارستهم لأنشطتهم، ومن ثم

تسليط الضوء على مفاهيم معينة منها، ان الترخيص الإداري في ذاته هو ليس منحة أو منة أو تبرع من لدن الإدارة ، التي تتصرف به من حيث سحب أو الغاء أو رفض طلب تجديد، فهذا الفهم الخاطئ يجب أن يصحح والذي يظهر بشكل واضح في مجتمعات حديثة العهد بالديمقراطية، كمجتمعاتنا، كما أن الترخيص الإداري يُعدُّ من بين أكثر الوسائل القانونية استعمالاً وفعالية في توجيه ومراقبة مزاولة النشاط الخاص وممارسة الحريات العامة، الجماعية منها والفردية في المجتمع، إنه إجراء يتنوع مفهومه وهدفه بحسب تنوع المواضيع التي ينظمها.

اشكالية البحث: ان الاشكالية التي تتناولها هذه الدراسة " الترخيص الإداري ودوره في الحفاظ على الحريات العامة والأنشطة الخاصة" تظهر بشكل واضح من خلال آلية تحديد العلاقة بين السلطة الإدارية والأفراد ونوع التوازن الذي يجب ان يتحقق بين هذين الطرفين ويتفرع من هذه الاشكالية مجموعة من التساؤلات التي تبحث عن اجابة مقنعة، وأهم هذه التساؤلات :

١. ما هو المقصود بالترخيص الإداري؟ وما هي الحدود التي يجب أن لا يتم تجاوزها من قبل الإدارة اولا والأفراد اصحاب الشأن ثانياً.
٢. كيف يمكن تحقيق التوازن بين الحريات العامة التي تكفل الدساتير بحفظها ومقتضيات حفظ النظام العام.
٣. ما هي الضمانات التي تحقق التوازن بين المصالح العامة والخاصة في ممارسة النشاطات؟
٤. ما المقصود بالحريات العامة؟ وما هي الحدود التي يجب على الأفراد التمسك بها وعدم تجاوزها؟
٥. ماذا يقصد بالانشطة الخاصة؟ وكيف يمكن للإدارة ان تنظم ممارستها عن طريق الترخيص الإداري؟

فرضية البحث: اذا هناك مشكلة قائمة بين الأفراد والإدارة، عندما تقوم الاخيرة بعرقلة اجراءات منح التراخيص، فتمنع الأفراد في حقهم بممارسة انشطتهم أو ان تمنح

الترخيص ولكن تتجاهل دورها الرقابي، فالشخص يرغب فقط في إزالة العقوبات القانونية والإدارية من أمامه لممارسة الحرية والنشاط الفردي المرغوب فيهما بعد جهد يبذله لدى السلطة الإدارية باستصدار ترخيص إداري بالممارسة، وفي المقابل يتوجب على هذه الأخيرة التزام حكم القانون وهي تصدر قرار الترخيص أو ترفضه.

منهجية البحث: للوصول للغاية المتوخاة من هذه الدراسة، ولاعتبارات تتعلق بالموضوع، انتهجنا المنهج التحليلي، من خلال تحليل النصوص الدستورية والقانونية التي تناولت موضوع الترخيص الإداري والحريات العامة ودور السلطة الإدارية في ضبطها، والوقوف على المخالفات والخروقات القانونية ومناقشتها، ومدى إمكانية إيجاد الحلول المناسبة لها، باقتراح توصيات معينة والاستناد على نتائج تخرج بها هذه الدراسة وبما يحقق المصلحة العامة والخاصة على حد سواء.

هيكلية البحث: للإجابة عن الإشكالية التي يطرحها هذا الموضوع، فقد قسمنا هذه الدراسة وفق الخطة الآتية: المبحث الأول: حقيقة الترخيص الإداري وذلك في مطلبين يتضمن المطلب الأول: التعريف بالترخيص الإداري ونطاق سلطته في الاجراءات الإدارية والمطلب الثاني: خصائص الترخيص الإداري ووظيفته الإدارية، المبحث الثاني: أثر الترخيص الإداري في الحفاظ على الحريات العامة والانشطة الخاصة، ويكون في مطلبين نتناول في المطلب الأول: التعريف بالحريات العامة ومدى قابليتها للتنظيم والتقيد بأداة الترخيص الإداري والمطلب الثاني: مفهوم الانشطة الخاصة ودور السلطة الإدارية في ضبط وتنظيم ممارستها.

المبحث الأول

حقيقة الترخيص الإداري

يعد الترخيص الإداري "Administrative Licensing" ظاهرة متميزة وفعالة نشأت لمواجهة التحديات الاجتماعية والاقتصادية، من خلال الاساليب الرقابية التي تستخدمها الإدارة في رقابة نشاط الأفراد والتحكم فيه بأسلوب التراخيص، والذي يعتبر

الاطار الاجتماعي والديمقراطي للسلطة التشريعية من صياغة نصوص قانونية تنظم الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والتي تكون متداخلة وتعزز الصناعات المخطط لها من قبل الدولة بشكل منظم بأسلوب رقابي يكفل الحريات العامة للأفراد في ممارسة انشطتهم الخاصة^١ وهذا محل البحث وعليه سنقسم هذا البحث إلى مطلبين يتضمن **المطلب الأول:** التعريف بالترخيص الإداري ونطاق سلطته في الاجراءات الإدارية و**المطلب الثاني:** خصائص الترخيص الإداري ووظيفته الإدارية.

المطلب الأول: تعريف الترخيص ونطاق سلطته في الاجراءات الإدارية

يقصد بالترخيص الإداري، كونه عمل أو اجراء قانوني صادر عن السلطة الإدارية أو الشبه إدارية وهو وسيلة قانونية تمارس الإدارة بمقتضاها رقابتها على الحريات والنشاطات الفردية وهو بذلك اجراء حكومي الغرض الاساس منه هو تحقيق المنفعة العامة والرفاهية الاجتماعية التي ترغب الدول المتقدمة الوصول اليها وفي ضوء ذلك يتوجب تسليط الضوء على المعنى اللغوي والاصطلاحي لمصطلح الترخيص ويكون ذلك بفرعين ، الأول تعريف الترخيص لغة واصطلاحا وسنتناول في الفرع الثاني نطاق ومجال الترخيص في الاجراءات الإدارية .

الفرع الأول: تعريف الترخيص لغة واصطلاحا

التعريف اللغوي للترخيص : ان كلمة الترخيص مشتقة من الفعل رخص ويرخص، وقد ورد في لسان العرب " رخص له في الأمر: أذن له فيه بعد النهي عنه، والأسم الرخصة: ترخيص الله للعبد في أشياء خففها عنه. والرخصة في الأمر: هو خلاف التشديد ، وتقول: رخصت فلانا في كذا وكذا اي أذنت له بعد نهبي اياه عنه "٢. وفي القاموس المحيط الذي ورد فيه أن " الرخصة بضمه: ترخيص الله للعبد فيما يخففه

(1) Dr.J.J.R. Upadhaya , Administrative law,7th edition, India, 2009, P.337.

(٢) ابن منظور، لسان العرب ، بيروت ، دار احياء التراث العربي،مؤسسة التاريخ العربي، الطبعة

الثانية ، ١٩٩٢ ، المجلد الخامس ص١٧٨ .

عليه، ويرى البعض أن كلمة الترخيص في اللغة العربية بالإضافة إلى المعاني الأخرى التي تدل عليها، تعد استثناء من الحرية لا الحظر، أي لا يراد به في بداية الأمر تقييد المرخص له وإنما يقصد به التخفيف عنه والتيسير عليه في ممارسة حق من الحقوق أو الإذن بمزاولة أمر مباح أصلاً.

أما بالنسبة للتعريف الفقهي: فيرى البعض أن الترخيص الإداري هو عبارة عن " وسيلة من وسائل تدخل الدولة في ممارسة النشاط الفردي للوقاية مما قد ينشأ عنه من ضرر، من خلال إعطاء المؤسسات الإدارية صلاحية فرض ما تراه مناسباً وملائماً من الوسائل لمنع وقوع الضرر، أو رفض الإذن بممارسة نشاط معين إذا كان غير مستوف للشروط التي قررها المشرع التي أعدها مسبقاً وذلك بتقييد النشاط المفروض بما يتلائم مع المصلحة العامة، والذي هو استثناء من الأصل العام وهو الحرية.^١

الفرع الثاني: نطاق ومجال الترخيص في الإجراءات الإدارية

يتضح من خلال تعريف الترخيص اصطلاحاً، بان الترخيص الإداري في ضوء ممارسة الإدارة لنشاطها المتعلق بالضبط الإداري يعتبر صورة من صور القرارات الإدارية، إذ يتخذ الترخيص الإداري مسميات مختلفة كالرخصة الإدارية، والإذن وغيرها، ويكون له استعمالات مختلفة في الحياة العملية الإدارية " Administrative Process" تمكن الإدارة من اتخاذ الوسائل القانونية لتنظيم ومراقبة ممارسة الأشخاص لنشاطاتهم وبعض حرياتهم، والانتفاع بالمال العام وذلك باستعماله استعمالاً خاصاً. لذلك إن استعمال هذه الأداة يعد سلاح ذو حدين، يمكن أن تستخدمه السلطة الإدارية وذلك لأهميته وخطورته على الحقوق والحريات العامة والذي يختلف بمفهومة الدقيق

(١) د. محمد ماهر أبو العينين، التراخيص الإدارية والقرارات المرتبطة والمتعلقة بها في قضاء وإفتاء مجلس الدولة، دراسة تحليلية، القاهرة، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص ٦٦.

عن الحظر الكلي والجزئي والتي تعتبر اقل خطورة^١، ولكن للأسف الشديد لم نجد تعريف شامل وكامل يعطي الفحوى العلمي والإداري والرقابي للترخيص الإداري. وهنا نود ان نستعرض بعض التعريفات والتسميات المستعملة التي ذكرت في مفهوم الترخيص الإداري، نذكر تعريف^٢: Schwartz اذ عرفه بقوله:

The licensing power can be very effective weapon of regulation, especially when it is coupled, as it is almost always is, with the authority to revoke or suspend license which have been granted.

بمعني ان السلطة الإدارية تمتلك سلاح فعال والذي يعد صورة من صور التنظيم والتقييد التي تستخدمها الإدارة في مواجهة الأفراد من خلال سلطة المنح أو الالغاء أو تعليق الرخصة، وهو وسيلة رقابية سابقة على ممارسة النشاط، فهو اسلوب وقائي لتحقيق الغايات الضابطة المتمثلة في حماية النظام العام سواء في مفهومه التقليدي أو مفهومه الحديث.

وعرفه عمر أحمد حسبو بقوله: " يقصد به أن تشترط اللائحة لممارسة نشاط معين ضرورة الحصول على إذن أو ترخيص سابق بذلك من السلطة المختصة^٣.

اذا يفهم من ذلك ان سلطة الترخيص الإداري " Licensing Administrative Power" هو تعبير صريح يعبر عن رضا وقبول الجهة الإدارية لصالح الجهة الممنوح لها الرخصة سواء كان فردا أو منظمة المعني بممارسة النشاط أو الحرية المرغوب في

(١) نواف كنعان، دور الضبط الإداري في حماية البيئة ، دراسة تطبيقية في دولة الامارات العربية المتحدة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والانسانية، المجلد الثالث، العدد الأول، فبراير، ٢٠٠٦، ص٩٥.

(2) Bernard Schwartz ,An Introduction to American Administrative Law, 2nd edition, 1962.P 86.

(٣) عمرو أحمد حسبو، حرية الاجتماع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة الأولى، ١٩٩٩، ص٧٨.

ممارستها وقبولها بمساعدها لديها للإذن له بهذه لممارسة لذلك فهو يعد إجراء إداري له دور وقائي، يعطي الإدارة إمكانية المحافظة على النظام العام لدى ممارسة الأفراد حقوقهم وحررياتهم ووقاية المجتمع من أخطار النشاط الفردي أو تنظيم مزاولته بهدف توقي الاضطرابات في المجتمع ومنع الإضرار به وحماية النظام العام به.^١

ان الدول المتقدمة اخذت ترسم اتجاهات جديدة تحدد الاسلوب والطريقة التي تستطيع من خلالها اخضاع اعمال وفعاليات وحرف معينة لسيطرة الرقابة الحكومية، حيث يكون الغرض من هذه الاساليب الرقابية متفاوت نسبيا، حيث تشكل الرقابة في بعض الحالات مصدر دخل اضافي للدولة وذلك من خلال تقييد اعمال معينة واخضاعها لشروط رقابية معينة، هذا من جانب ومن جانب اخر يجب ان يكون نوع العمل الذي يمارس ويستوجب حصول الترخيص، يحقق منفعة عامة ويكون في مثل هذه الحالة تقييد لعدد الاشخاص في ممارسة عمل معين.^٢

إذاً نستطيع القول بان الاسلوب الرقابي الذي تلعبه الإدارة من خلال منح التراخيص، يضمن سير العمل وتنفيذه باسلوب صحيح يضمن سلامة المجتمع، من خلال الضوابط والقيود المتمثلة بالتراخيص. وعليه، نرى بأن التراخيص الإداري هو مفتاح الذي يفتح الابواب امام الحريات الاقتصادية والتي يجب ان لا تغلق من قبل الجهات التشريعية المختصة، و بما ان التراخيص الإداري وسيلة رقابية وقائية ولا يمكن ممارسة الحريات الا بعد الحصول على الموافقة المسبقة من الجهات المعنية فهو يختلف عن اخطار السلطة الإدارية (الاخطار المسبق) والذي يقصد به إخطار الإدارة مسبقا لكي تكون على علم مسبق بالمخاطر التي يمكن أن تنجم عن ممارسة الأفراد لنشاط معين ، والإخطار لا تشترطه الإدارة إلا إذا نص عليه القانون ، ويختلف هذا

(١) مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري (ذاتية القانون الإداري)، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط ١٩٩٢، ص ٧٨.

(٢) عادل السعيد محمد ابو الخير، الضبط الإداري وحدوده، مطابع الطوبجي التجارية ، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٢٧٣.

الاجراء عن الترخيص في ان الاخطار لا يحتاج إلا إلى اجازة أو الموافقة، ويعد أسلوبا وسطا بين النظم الوقائية والنظم العقابية الرادعة^١.

وهنا نود ان نشير إلى القرار القضائي الصادر من المحكمة العليا في مدراس/الهند، حيث توصلت المحكمة في قرارها Motor Service v. State of Madras, الصادر في عام ١٩٥٣ " (ان نظام الترخيص الإداري الذي ينظم الاعمال التجارية هو لا يعد نظام مكروه أو مثير للاشمئزاز (repugnant) على العكس من ذلك فهو منصوص عليه في المادة ١٩ الفقرة (١) (g) في قانون منح التراخيص الهندي) وفي الولايات المتحدة الامريكية نجدان هذا النظام تبلور بشكل جيد كتطبيق واضح من قبل السلطة التنفيذية وذلك بموجب الدستور الامريكي^٢.

اذا يتضح من خلال ما تم مناقشته بان سلطة الترخيص الإداري " Licensing Administrative Power" هو تعبير صريح صادر عن السلطة الإدارية يفصح عن رضى الإدارة في حالة القبول "Acceptance" أو عدم الرضا فيحالة الرفض "Rejection".

المطلب الثاني: خصائص الترخيص الإداري ووظيفته الإدارية

يتمتع الترخيص الإداري بوصفه عمل أو اجراء قانوني يختلف عما سواه، وتكاد هذه الخصائص "Characteristics" والصفات تتشابه مع غيره من النظم والاجراءات القريبة، وهذا بطبيعة الحال يؤدي إلى الاستعمال الخاطئ للمصطلح أو المفردة في غير محلها، وفي غير موضعها الحقيقي كما هو الحال بالنسبة للتصريح أو الاخطار أو الاذن وغيرها من المصطلحات. لذا يعتبر الترخيص الإداري " قرار إداري " يتميز

(١) د. ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، منشأة المعارف الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٣٠.

(2) Justice C.K. Thakkar (Takwani), Lectures on Administrative law, 4th Edition, India, 2009, P 339.

بجملة من الصفات والخصائص تميزه عن غيره من القرارات الإدارية العادية الاخرى^(١)، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نستعرض من خلالهما هذه الخصائص، الفرع الأول: الترخيص الإداري كمستند قانوني إداري صادر من جهة إدارية رسمية. والفرع الثاني: الترخيص ذو طبيعة تنفيذية تتميز بالديمومة والتأقيت.

الفرع الأول: الترخيص الإداري كمستند قانوني إداري صادر من جهة إدارية رسمية

كما ذكرنا سابقا، بأن الترخيص الإداري هو تصرف إداري قانوني انفرادي صادر عن جهة رسمية إدارية أو شبه إدارية يتخذ شكل مستند قانوني، يترتب عليه اثار قانونية تنعكس بشكل مباشر على علاقة الجهة المانحة " الإدارة" "Administration" مع الجهة الاخرى المرخص لها، هذه الاثار يمكن الاحتجاج بها فيما بعد في حالة حدوث خلاف مع الجهة الإدارية أو الجهات الرسمية المخصصة الاخرى المكلفة بمراقبة الاحوال والمتمثلة على سبيل المثال (شرطة المرور بالنسبة لمراقبة السير والرخص القيادية للسائقي المركبات وامتلاكهم لها أو الجهات الاخرى التابعة للدولة كشرطة حفظ النظام العام، والذي ينعكس ايضا على الجهة الممنوحة في حالة عدم تنفيذ وتطبيق الشروط القانونية لمنح الرخص والذي بطبيعة الحال يؤدي إلى قيام الإدارة بسحب أو الغاء أو توقيف المعني بالامر عن ممارسة النشاط المرخص به سابقا^٢.

وهنا يجب ان ننوه بان ذكر كلمة (مستند) يقصد بها الرخصة الإدارية "Administrative License" التي تكون بصيغة قرار يجب ان تكون صريحة لا ان

(١) رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري (دراسة مقارنة) ،دار النهضة العربية ،طبعة، ١٩٩٩، ص ٩٠.

(٢) محمد جمال عثمان جبريل ، الترخيص الإداري، رسالة دكتوراه دولة ،كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٩٢، ص ٨٩.

تصدر بشكل ضمني، الذي ليس له وجود مادي ملموس وإنما هو عبارة عن سكوت الإدارة وهذا السكوت يفسر فيما بعد بأنه قبول إذا مضت الفترة القانونية المحددة لمنح الرخصة للمستفيد وهذا بطبيعة الحال له جوانب سلبية أكثر منها ايجابية، لأنه يؤدي إلى زعزعة الثقة وانعدام الشفافية لدى الإدارة، في حين يجب ان تكون واضحة وصريحة في موافقتها أو رفضها للترخيص الإداري هذا من جانب، ومن جانب اخر سكوت الإدارة يعطي إشارة للأفراد بان الإدارة لا تتعسف "Arbitrary use" في قرارها.^١ ونرى في هذا الموضوع، يفضل ان تكون الإدارة صريحة وشفافة في تعاملها مع الأفراد في ما يتعلق بمسألة التراخيص، لكي لا يؤدي إلى قلق الأفراد اثناء ممارستهم لمشاريعهم الخاصة.

إذاً يتضح من ذلك بأن الترخيص الإداري هو عمل من اعمال القانون العام وبالتحديد القانون الإداري، الجهة المعنية هنا في اصدار التراخيص قد تكون الوزارة أو البلدية أو ... غيرهما، وفي نفس الوقت يجب ان لا ننسى الجهات الشبه إدارية "Quasi-Administrative" مثل المنظمات والنقابات المهنية وغيرها..

الفرع الثاني: الترخيص ذو طبيعة تنفيذية تتميز بالديمومة والتأقبت

تتبع هذه الخاصية من كونها تصرف إداري قانوني صادر بالارادة المنفردة للإدارة من شأنه التأثير بذاته على الوضع أو النظام القانوني القائم، الذي يتميز بخاصية قوته التنفيذية اللصيقة بمبدأ الالولوية الي يحضى به القرار الإداري التنفيذي، وهو القرار النموذجي أو القاعدة في عمل الإدارة باعتبارها سلطة عمومية تحوز سلطة الامر والنهي تجاه المواطنين، تصدر قرارات من شأنها ان تمنح الأفراد حقوقا وامتيازات، او ان تفرض الإدارة القيود والالتزامات على الأفراد عند ممارستهم لحرياتهم

(١) عزاوي عبد الرحمن، النظام القانوني لممارسة الأنشطة والمهن المنظمة (دراسة مقارنة)، عالم الكتب للنشر والتوزيع، مكتبة العلوم القانونية والإدارية تيزي وزو، الطبعة الأولى ٢٠٠٤، ص ١٠١.

دون ان تكون لديهم ارادة بالموقفة أو القبول، فهذا النوع من من القرارات الذي يحمل هذه الخصائص، يمكن وقف تنفيذه أو الطعن فيه بالالغاء^١. وهنا نود ان نسلط الضوء على قرار قضائي صادر من محكمة القضاء الإداري الجزائري في ١٩٧٦/١١/٢٦ عندما رفعت احدى الشركات التجارية دعوى ضد رئيس مجلس الشعبي لبلدية الجزائر، لقيام الاخير بتاريخ ١٠/٢ / ١٩٧٤ بمنح شخصين ترخيصا إداريا لفتح محل تجاري بجوار الشركة التجارية، فقامت هذه الشركة برفع دعوى مطالبة بألغاء الترخيص الإداري، وكان قرار القاضي في تكليف هذه القضية " حيث أن العمل المطعون فيه هو قرار إداري، فمصدره سلطة إدارية خالصة. حيث أنه ألحق به الأذى مباشرة.^٢

يتضح من خلال هذه القضية أن الرخصة الإدارية يمكن أن تَمَسَّ بطريقة غير مباشرة بحقوق الشركة المذكورة ونستطيع القول نهاية المطاف بأن الرخصة الإدارية بمضمونها ومفعولها يمكن أن تلحق الأذى بالغير وهذه إحدى أهم خصائص القرار الإداري التنفيذي.

اما بالنسبة للديمومة والتأقيت فهناك رأي يكاد يكون اجماع في الفقه الإداري في هذا الخصوص بأن (الترخيص الإداري هو مؤقت بطبيعته وهو استثناء من الاصل، الحرية أو الحظر) وهنا يكون للجهد المانحة الحق في الغائه في اي وقت اذا اقتضت المصلحة في ذلك. ولكن السؤال هو ما هي الحدود التي تتمتع بها الإدارة في ممارسة حق المنع أو المنح في الترخيص الإداري؟ حيث ان الرخصة الإدارية هي وسيلة رقابية تقييد نشاط الأفراد ومن دونها يمارس الأفراد خارج نطاق القانون، للاجابة عن السؤال اعلاه ، لا يوجد هناك اجابة واحدة تطبق على الرخص الإدارية جميعها فهي تختلف من حيث احقية طالبها وسلطة الإدارة المانحة كما تختلف من حيث القوة القانونية

(١) سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث، أموال الإدارة وامتيازاتها، دار الفكر العربي، طبعة 1979، ص ٦٤ وما بعدها.

(٢) يوسف بناصر، رخصة البناء وحماية البيئة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، العدد 4 لسنة ١٩٩٣، ص ١٠٩.

للترخيص ومدى تأثيره على النظام القانوني القائم والاضاع والمراكز القانونية التي يوجد فيها المستفيدون منها، وكذلك من حيث كونه الرخصة دائمة أو مؤقتة بحسب طبيعة الموضوع الذي ينصب عليه فعل الترخيص، وكذلك المعيار الذي يجب اعتماده في ما إذا كان مؤقت أو دائم، فهناك بعض الرخص التي تطلب أو تمنح لغرض أو نشاط معين مؤقت بطبيعته مثل الترخيص بعقد اجتماع عام أو تنظيم مسيرة أو مظاهرة، أو رخصة استعمال أو استغلال جزء من المال العام، أخذ الرمال والأتربة من الشواطئ ومن على حافة الوادي أو استغلال قطعة ارض مملوكة للدولة لإقامة محل تجاري عليها، مما يعني مصادرة هذا الجزء من المال العام على المرخص له بالاستعمال دون غيره، فهذا الوضع لا يمكن إلا أن يكون مؤقتاً لا دائماً وإلى ما لانهاية، بل اضافة إلى ذلك تستطيع السلطة ان تلغي الترخيص في كل حين وكلما تعارض الاستعمال الخاص مع المصلحة العامة أو اقتضت طبيعة تسيير وتخصيص المال العام ذلك، لما في ذلك مساس بالطبيعة القانونية لاستعمال المال العام استعما لا عادياً وهو الاستعمال العام المجاني^١.

المبحث الثاني

أثر الترخيص الإداري على الحريات العامة والانشطة الخاصة

ان الحقوق والحريات العامة والانشطة الخاصة هي دائماً ذات تأثير اجتماعي وهذا ما اكد عليه فقهاء القانون العام بفرعيه الدستوري والإداري، والتي تنعكس بشكل ملحوظ على علاقة الفرد بالجماعة التي تتقاسم معها اسباب وظروف الحياة الاجتماعية، لذلك فان الحريات والانشطة التي تستحق التركيز عليها في العلاقة مع

(١) سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، طبعة ١٩٧٦،

النظام العام هي الحريات ذات البعد والتأثير الاجتماعيين^١، ومن هذا المنطلق سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول: التعريف بالحريات العامة ومدى قابليتها للتنظيم والتقييد بأداة الترخيص الإداري والمطلب الثاني: مفهوم الأنشطة الخاصة ودور السلطة الإدارية في ضبط وتنظيم ممارستها.

المطلب الأول: التعريف بالحريات العامة ومدى قابليتها للتنظيم والتقييد بأداة الترخيص الإداري

ان القانون لا يستوعب كل خصوصيات الفرد في حياته، وانما يقتصر على حياته الاجتماعية، ولذلك يوجد جانب من الحريات لا يتناولها القانون بالتنظيم باعتباره مجالاً مطلقاً ومحجوراً للفرد والسبب في ذلك إلى أن الإنسان اضافة إلى كونه عضواً في جماعة، له شخصية وخصوصية مستقلة في ممارسة حياته الاجتماعية والتي يجب ان لا تمس حرية ومصلحة الآخرين في الوقت ذاته^٢. وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول : التعريف بالحريات العامة والفرع الثاني مدى امكانية تقييد وتنظيم الحريات العامة بأسلوب الترخيص الإداري.

الفرع الأول: التعريف بالحريات العامة

اختلفت التشريعات في تبنيها لعبارة " الحريات العامة" عند النص عليها في متن الدساتير، ففي هذه المناسبة نود ان نشير إلى بعض الدساتير التي تناولتها في نصوصها بمسميات تكاد تكون مختلفة في صياغتها ولكن متفقة في فحواها ومضمونها، فتارة تستعمل تسمية "الحقوق والحريات" كما هو الحال في الدستور الجزائري المعدل لعام ٢٠١٦، وكذلك الدستور المصري لعام ٢٠١٤ فقد جاء الباب

(١) سعاد الشرفاوي، نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية طبعة ١٩٨٧، ص ٣٢.

(٢) عبد العليم عبد المجيد مشرف، دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ١٩٩٨، ص ٢١٦.

الثالث بتسمية "الحقوق والحريات والواجبات العامة"، وفي الولايات المتحدة الأمريكية تسمى الوثيقة التي تنص على الحريات "إعلان الحقوق"، وفي الدستور الفرنسي استعمل المؤسس الدستوري تسمية "الحريات العامة"^١، أما في العراق فقد نص دستور ٢٠٠٥ على عبارة "الحقوق والحريات" في الباب الثاني، ولأهمية هذه الحقوق فقد خصص لها باب خاصا وحتى لا تكون عرضة للتغيرات والتعديلات فقد اعطى لها المشرع حماية اخرى نصت عليها المادة ١٢٦.^٢ ولذلك نجد من بين اكثر التعابير والمصطلحات استخداما في معظم الدساتير الحديثة والمعاصرة وكذلك الكتابات الفقهية هي تسمية " الحقوق والحريات العامة " لان هذه التسمية تحمل في طياتها معنيين ، الأول: حق الامتياز الذي يملكه الأفراد في مواجهة السلطة العامة والثاني: صفة العمومية التي تتصف بها كونها تخاطب جميع الأفراد بصفة عامة وتتعامل معهم على قدم المساواة. ، مواطنين وأجانب كقاعدة، إلا ما تعلق بالحقوق السياسية كتكوين الأحزاب السياسية والمشاركة في الانتخابات.

وعليه فقد ظهرت تعريفات عديدة كان للفقهاء دور اساسي في تبنيها، وضعت لتحديد معنى الحرية ووصافها ومدى اعتبارها حق، فجميع هذه التعاريف والمفاهيم التي ذكرت للحرية تقف جميعها على ان هناك حدود للحرية ينبغي عدم تجاوزها اثناء ممارستها، حتى لا تخرج من دائرة الحق الشرعي وتدخل في دائرة الاعتداء فتقلب المعادلة، كما ان موضوع الحرية لا يزال قائم في اشكاله وصعوباته الجمة تبدأ من وحدة المصطلح واللفظ، في عدم امكانية ايجاد تعريف شامل قاطع يستوعب معنى

(١) عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية (أسس التنظيم السياسي - الدولة - الحكومة -

الحقوق والحريات العامة) الدار الجامعية، طبعة ١٩٨٤، ص ٣٨٣.

(٢) المادة (١٢٦) اولا. لرئيس الجمهورية ومجلس الوزراء مجتمعين أو لخمس (٥/١) اعضاء مجلس النواب، اقتراح تعديل الدستور. ثانيا- لا يجوز تعديل المبادئ الاساسية الواردة في الباب الأول والحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني من الدستور، الا بعد دورتين انتخابيتين متعاقبتين، وبناء على موافقة ثلثي اعضاء مجلس النواب عليه، وموافقة الشعب بالاستفتاء العام ومصادقة رئيس الجمهورية خلال سبعة ايام .

الحرية بشكل كامل والسبب في ذلك يعود إلى نسبية المعنى في الزمان والمكان حيث يتسع ويضيق تبعاً لذلك، وتأثره بالظروف السياسية والتاريخية والاقتصادية والاجتماعية المحيطة به، من جهة، ثم ان هذا المفهوم بفحواه وأهميته الكبيرة يكاد يلتصق بالفرد والجماعة للتشبيث به (الحرية) والتمتع به والدفاع عنه في مواجهة السلطة العامة، من جهة ثانية، والموقف الايجابي والسلبي الذي يجب ان تتمتع به السلطة العامة، حيث تكفل للجميع ممارسة الحرية من خلال وضع ضوابط قانونية وتنظيمية متمثلة "بالتراخيص الإدارية" وتحقيق التوازن بين حرية الفرد في ممارسة انشطته الخاصة ومدى امكانية تحقيق النفع والمصلحة العامة في اطار عدم الاضرار بالغير.^١

اما بالنسبة لوصف " العامة" الذي يلحق بالحرية فهناك مفهوم وبعد اخر يرتبط بعلاقة الشخص سواء كان (فرد أو جماعة)، لان العيش في المجتمع منظم تنظيم قانوني، ويرتبط بعلاقته بالسلطة العامة باعتبار ان هذه السلطة هي التي تضع القانون وتتكفل بتنظيم ممارسته سواء مُورست بشكل فردي أو جماعي، لتضع ما تراه مناسباً من ضوابط وقيود وحدود يمارس فيها الفرد نشاطه وحرية، وتتمثل هذه القيود والضوابط بالقوانين والانظمة التي تفرض بأشكال وصيغ والتي منها " التراخيص الإدارية".^٢

لذلك نجد أن من الحريات ما ينأى بطبيعته عن التنظيم والتقييد، لأنها تعبر عن مواقف فردية تعد من خصوصيات الفرد، وليس لها بحسب الأصل تأثير اجتماعي. فالقانون على خلاف قواعد الدين والأخلاق لا يُعنى إلا بالروابط الاجتماعية، بحيث لا يمتد سلطانه إلى الفرد وفي خصوصيته ما دامت هذه الاخيرة لا تؤدي الاضرار بالغير ، إلا أن هذا لا يعني أن يكون الإنسان بصفته الفردية المجردة موضوعاً للتنظيم القانوني. وإنما هو يعني أن يكون الفرد هو الغاية، حيث يعمل القانون على تحقيق

(١) سعاد الشرفاوي، نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٨٧، ص ٥.

(٢) محمد الطيب عبد اللطيف، نظام الترخيص والإخطار في القانون المصري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٥٦، ص ٣٦٦.

مصلحة الفرد واسعاده ليعيش بسلام. أما أفكار الفرد وتصرفاته التي تخصه هو وحده، وما يدور في ذهنه ويطمئن عليها قلبه، فإنها تُعدُّ من خصوصياته التي لا تمتد إليها يد القانون طالما أنها لا تمس المجتمع في شيء. ومثال ذلك حرية العقيدة وحرية المسكن والملبس والمأكل والتعليم، فحرية العقيدة لا تقبل بطبعتها التقييد، فليس للدولة أن تفرض على الأفراد عقيدة معينة أو فكر معين.^١

الفرع الثاني: مدى امكانية تقييد وتنظيم الحريات العامة بأسلوب الترخيص الإداري

عندما تقوم السلطات الإدارية بتقييد الحريات العامة عن طريق اجراء الترخيص الإداري المسبق للحرية والنشاط الفردي فهي تستند في ذلك إلى نص قانوني عام مهما يكم مصدره ونوعه (تشریح اصلي أو فرعي) لاشتراكهما في خاصيتي العمومية والتجريد، ويؤهلها لفرض نظام الترخيص الإداري وما عدا ذلك، سيكون العمل خارج نطاق المشروعية ويمكن الطعن به. عند الرجوع إلى الطبيعة الفنية لصياغة النصوص الدستورية، نجد ان المشرع الدستوري عندما يتعامل مع حرية من الحريات، فينص ويقرر ان هذه الحرية لا يجوز تنظيمها أو تقييدها الا بقانون، بينما في المقابل ينص على ان حرية اخرى يجوز تقييدها بناء على قانون، ففي الحالة الاخيرة تنقيد الحريات العامة بموجب اللوائح التنظيمية عندما يحيل المشرع اليها في ذلك ويكتفي بوضع قواعد عامة، تاركا التفاصيل للسلطة التنفيذية، موسعا دورها في تنفيذ القانون، مستمدة قوتها من الدستور، اما اذا كانت النشاطات المعنية لاترقى إلى مرتبة الحرية المقررة والتي يجوز لسلطة الضبط الإداري حظرها أو تقييدها باجراء فردي استنادا إلى لائحة مستقلة تصدرها، بما لها من سلطة تنظيمية مستقلة تفرض الترخيص الإداري، الأمر الذي حدا ببعض فقهاء القانون الدستوري والإداري إلى القول بأن كل الحريات العامة في القانون

(١) عاطف محمود البنا، حدود سلطة الضبط الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق

القاهرة العددان ٣ و٤، ١٩٨٠، ص ٨٥.

الوضعي من حيث الواقع هي في يد الإدارة وليست في يد المشرع.^١ لذلك نجد ان الحفاظ على النظام لا يستوجب ان تصل درجة فرض القيود إلى مستوى الحظر، لان مهمة الإدارة لا تتمحور في الحفاظ على الحريات العامة فقط والتي تعد من مهامها الاساسية وانما تبين آلية ممارسة هذه الحرية دون الاخلال بها، لذلك فان سلطة الإدارة في مواجهة الحرية هي سلطة تنظيمية لا سلطة منع أو تحريم أو الغاء.

المطلب الثاني: مفهوم الأنشطة الخاصة ودور السلطة الإدارية في ضبط وتنظيم ممارستها

ان ممارسة الأنشطة الاقتصادية والصناعية والتجارية، تطبيقاً لمبدأ حرية التجارة والصناعة والذي اصبح مبدأ دستوريا نصت عليه الكثير من الدساتير. لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول : مفهوم الأنشطة الخاصة وفي الفرع الثاني: دور السلطة الإدارية في ضبط وتنظيم ممارسة الأنشطة الخاصة.

الفرع الأول: مفهوم الأنشطة الخاصة

تتعدد الأنشطة والمهن المعنية بالتنظيم والتقنين، ولا يقتصر تنظيمها على قانون معين ، وانما نجد هذا المصطلح بمفهومه منتشر وموزع ومنظم بقوانين تتناول جوانب مختلفة ، كالبناء، والطب، والمحاماة وغيرها التي تستوجب حصول تراخيص للقيام بها الأنشطة التي أصبحت مفتوحة للمبادرات الفردية أو الحرة، هذا من جهة .ومن جهة أخرى بين أحكام قانون العقوبات، وتحديداً تلك المتعلقة باكتساب الصفة القانونية التي تؤهل صاحبها في ممارسة نشاط أو مهنة معينة منظمة بقالب قانوني مسبق، وبعكس ذلك قد يقع المرخص له تحت طائلة العقوبة الجزائية في حالة مخالفته للقوانين

(١) سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة عليها، منشأة المعارف طبعة ١٩٨٣، ص ١٣٥.

المختصة، ومن جهة اخرى يظهر دور الإدارة العامة التي تكمن مهمتها بالاشراف والرقابة وتوجيه الأفراد اثناء ممارستهم لانشطتهم الخاصة باعتبارها سلطة عمومية، متمثلة بسلطة الضبط الإداري التي تتمتع بها.^١

وعليه نستطيع القول بأنه لا يوجد تعريف قانوني محدد للأنشطة الخاصة، لان المشرع بشكل عام لايهتم بوضع تعريف جامع ومانع ودقيق وكامل لاي موضوع وانما يترك ذلك للفقهاء والقضاء، حتى لا يضع نفسه في زاوية التحديد وانما يركز على الخطوط العريضة تاركا الشرح والتظير والتفسير للفقهاء والقضاء وتفسير ما غمض منه أو استعصى على الفهم، ثم ليعود هذا المشرع ليستفيد من اجتهاداتها لاحقا عند الحاجة لتعديل النص القانوني الموجود وتنقيحه وفق ما يفرضه واقع الحال وما يحتاجه تنظيم مسائل جزئية بعينها من تنظيم جديد، لذا يعد مفهوم الأنشطة الخاصة مفهوم واسع يتناغم مع القانون الذي ينظمه، والقيام باحصاء كامل للأنشطة الخاصة والحريات العامة تعد مسألة صعبة ومعقدة نظرا لتعدد الأنشطة وتنوعها في مجالات الحياة كافة.^٢ وعليه سنعطي نماذج معينة من هذه الأنشطة ومدى اهميتها وخطورتها والآلية التي تستخدمها الإدارة في تنظيم الأنشطة الخاصة سنناقشها في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني: دور السلطة الإدارية في ضبط وتنظيم ممارسة الأنشطة الخاصة

يكفل الدستور بوضع الأسس الدستورية للحق والحرية في نصوصه، ويُكرّس لنظامه القانوني من خلال الممارسة الفعلية نظام قانوني مزدوج، تُوَظَر وتُنظَم شكل المهن والنشاطات، حيث تدار من قبل جهتين أو سلطتين قانونيتين هما المشرع والسلطة التنفيذية (التنظيمية) متبعة طريقتين هما القوانين والانظمة، لذلك يكون للسلطة

(١) د. فهد بن محمد بن عبد العزيز الدغيثر، رقابة القضاء علة قرارات الإدارة، (ولاية القضاء امام

ديوان المظالم)، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص، ١٤٥.

(٢) عبد الله طلبه، القانون الإداري، الجزء الثاني، منشورات جامعة حلب، ٢٠٠٤، ص ٧٧.

الإدارية دور في تنظيم ممارسة المهن قانونيا أو إداريا، فالحق يولد في رحم الدستور أو القوانين التي تضع الاسس اما كيف يعيش وينظم هذا الحق، فهنا يأتي دور السلطة التنفيذية التي تأتي بالتفاصيل والشروط وكيفية احترامها، وهذه المسائل متروكة لها، لان الإدارة تكون اقرب واكثر اتصالا مع الممارسين أو الناس بشكل عام.

وعليه ان سلطة تنظيم الانشطة الخاصة لا تقتصر عمليا على القانون بالمعنى الشكلي والضييق للكلمة، بل تتعداه إلى اللوائح التنظيمية، لان الدستور والتشريعات العادية قد تسكت عمدا أو سهوا عند قيامها بتنظيم مظاهر النشاط الفردي، أو قد تحتوي بعض النصوص الدستورية بشكل صريح على نص دستوري ينص بشكل واضح بواجب المشرع في تنظيم ممارسة أنشطة خاصة أو معينة ، ولكن يرجى القيام بهذا الواجب لمدة طويلة، تضع السلطة التنفيذية في موقف معين تجبر بذلك ان تنظم ممارسة هذه الأنشطة فتستند في هذه الحالة على الدستور اذا لم يرد نص في المنع أو يقيد التدخل، كما لم يحجز تنظيم هذا الموضوع للقانون^١.

ومن جانب آخر، قد تجد السلطة التنفيذية نفسها امام قانون منظم لاحدى الحريات في ممارستها لانشطة معينة، ولكنه لم يوف الغرض من سنه ولم يستطع الاحاطة بالمسألة من جميع جوانبها، وانما كان هناك نقص أو فراغ تشريعي يتوجب ملؤه، لذلك بالنظر إلى هذه الحالة تقوم السلطة التنفيذية بسد النقص أو الفراغ التشريعي بغير تفويض، مستندة في ذلك على ظروف معينة دفعتها إلى القيام بذلك، كما ان هذه النصوص المكملة يجب ان لا تتعارض مع النصوص الاصلية وتحقق الغاية منها، وتسمى هذه التشريعات الفرعية باللوائح التكميلية، اما اذا كان عمل السلطة التنفيذية غير مكمل لقانون معين ولا مستند إليه سُمِّي باللائحة "المستقلة أو البوليسية لائحة ضبط إداري"، فهي بذلك تعتبر مشروعة لانها استندت إلى المبادئ الدستورية^٢.

وعليه من الضروري ان نعطي امثلة على بعض الانشطة الخاصة ونحاول ان

(١) أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، طبعة ٢٠٠٠، ص ٤١٦.

(2) Dr. U.P.D.Kesari, Administrative law, 18th edition, India, 2010, P. 237.

نبين كيف يتعامل المشرع معها وينظمها ويوازن في نفس الوقت في الحفاظ على الحريات العامة التي تكفلها الدساتير كافة، فعلى سبيل المثال نجد بان بعض الانشطة الخاصة رغم استحصالها التراخيص الإدارية لكنها تؤثر سلبا على البيئة،^١ كأثناء معمل أو مصنع بالاضافة إلى كونها مقلقة للراحة^٢ والخطورة التي تتسبب بها على الصحة العامة^٣ والتي تعد احد عناصر النظام العام، الذي يكون من واجب الإدارة الحفاظ عليه، او قد يكون النشاط متعلق بحق الملكية في البناء وهنا الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ نص عليها^٤ ، أو قد يكون النشاط يمارس من قبل جهة معينة وبموجب تراخيص إدارية ولكن بالنتيجة تنعكس آثاره على البيئة وعلى الانسان ذاته، حيث تظهر مسؤولية الجهة الممنوحة من جانب ، وتقصير من جانب الإدارة بعدم قيام الاخيرة بواجبها الرقابي بشكل تام اهمالا أو تعمدا أو عدم دراية بمسؤولياتها، من جانب آخر،

- (١) حيث نصت المادة(١١) من قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩(تمنع الجهات ذات النشاطات المؤثرة على البيئة من ممارسة عملها دون استحصال موافقة الوزارة)
- (٢) المادة (٤) من قانون السيطرة على الضوضاء رقم (٤١) لسنة ٢٠١٥، حيث حظرت القيام بالاعمال الاتية، خامسا : استمرار عمل النشاطات الحرفية التي ينجم عنها ضوضاء في غير المناطق الصناعية بعد الساعة (٩) التاسعة مساء ولغاية الساعة (٧) السابعة صباحا. سادسا : إنشاء الحرف والورش كالحداثة والنجارة داخل المناطق السكنية إلا في أبنية وعمارات خدمية وحرفية خاصة بها . سابعا : إنشاء معامل النجارة والحداثة ومعامل تصليح السيارات وأي نشاط يحدث ضوضاء في غير المناطق الصناعية يؤثر على مستخدمي المكان وفقا للمعايير المعتمدة في وزارة البيئة.
- (٣) المادة (٣٣) من قانون الصحة العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ المعدل، نصت (لا يجوز انشاء أو فتح اي محل عام سواء كان تابع للقطاع الاشتراكي اوالمختلط أو الخاص الا بعد الحصول على اجازة صحية من الجهة الصحية المختصة وتحدد بتعليمات المحلات العامة الخاضعة لاحكام هذا القانون.
- (٤) المادة (٢٣) اولا- الملكية الخاصة مصنونة، ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها، في حدود القانون. ثانيا- لا يجوز نزع الملكية الا لاغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل ، وينظم ذلك بقانون.

وكلها اسباب غير مقبولة وغير منطقية لاتعفي الجهة المانجة والممنوحة من تحمل المسؤولية نتيجة الاضرار التي تتسبب بها للفرد والبيئة، وهذا ما سنتناوله في الفرع الثالث، نموذج لترخيص إداري اذا لم ينظم أو تتخذ اجراءات رقابية منتظمة ستكون النتائج كارثية.

الفرع الثالث: الترخيص باقامة ابراج الهواتف النقالة ومدى خطورتها

نضرا لكثرة الانشطة الخاصة التي تستوجب الحصول على الرخص الإدارية لكي تباشر نشاطها بشكل مستمر، وبعيدا عن الامثلة التقليدية لبعض الانشطة، هنا نود أن نعطي نموذج في ممارسة نشاط معين ومدى الخطورة التي يشكلها على حياة الانسان، رغم تواجد التراخيص الإدارية، وهي ابراج الهواتف النقالة وما تتسبب به من اضرار على حياة الانسان.

انتشرت في الأونة الاخيرة ابراج الهواتف النقالة (الموبايلات) وتم تتصيب العديد منها على سطوح المنازل، أو بعض البنايات وحتى في حدائق البيوت!! ولكن قبل ان نتكلم عن الجوانب القانونية والإدارية في منح التراخيص لاقامة مثل هذا النوع من الابراج، هناك التفاتة مهمة جدا يجب أن ننوه عليها، ألا وهي التلوث والخطورة التي تسببها هذه الابراج ومدى جدية الإدارة مانحة الترخيص في تتصيب هذه الابراج والرقابة عليها، لذلك فقد ذكر فرع (طب المجتمع) الذي يعد واحد من اهم فروع الطب في تعريفه ل " التلوث" هو كل شئ يزيد عن الحدود التي تتعامل معه الانسجة الحية، على أن لا تؤثر على حيويتها ونشاطها وبقائها حية،بمعنى أن هناك حدود سمية تتعامل معها هذه الانسجة، ومن هذه الملوثات، التلوث بالاشعاع، ولما كانت أبراج الاتصالات تعمل وفق تصاميم هندسية وفيزيائية، فأنها تتعمل وفق مفهوم الاشعاع،^١

(١) مقال منشور في الموقع الرسمي (الخط الاخضر green line) بعنوان (ابراج الاتصالات اضرار مستقبلية تهدد صحة المواطنين):

<http://www.greenline.com.kw/ArticleDetails.aspx?tp=5725> بتاريخ ٢٠١٤/٤/٧.

لذلك نجد بعد عام ٢٠٠٣ لم تكن هناك قوانين تحدد الشركات الأستثمارية وحتى ابراج تقوية الموجات، حيث كان العمل عشوائيا بلا حدود وضوابط ، حتى عام ٢٠٠٩ عندما صدر قانون حماية وتحسين البيئة رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٩ ثم بعد ذلك صدرت تعليمات من وزارة البيئة على ضوء القانون السابق ذكره، بعنوان (الوقاية من الأشعة غير المؤينة الصادرة من منظومات الهاتف المحمول سنة ٢٠١٠، وجاء بضوابط ومعايير يمكن تلخيصها كما يلي:

١. يجب أن تكون أسطح البنايات من الخرسانة الحديدية.
٢. أن لا يقل ارتفاع تلك البنايات عن ١٥ متر ولا يزيد عن ٥٠ متر عن مستوى سطح الأرض داخل المناطق السكنية.
٣. لا يجوز استخدام أسطح (العمارات السكنية، المستشفيات، المراكز الصحية ، الجامعات والكليات والمعاهد والمدارس والمؤسسات البحثية والحضانات ورياض الأطفال)
٤. أغلاق جميع الأسطح بباب محكم الغلق أو وضع حواجز مسافة ٦ أمتار عن مركز قاعدة البرج يحدد من جميع الجوانب.
٥. توفير جهاز قياس الأشعة الكهرومغناطيسية المنبعثة.

وغيرها من الضوابط، ولكن السؤال المطروح هو هل هذه التعليمات متوافقة مع المعايير الدولية (العلمية والصحية والفنية)؟ ثم ان كانت كذلك ،هل تم تطبيق هذه المعايير بشكل دقيق؟ هل الترخيص في تنصيب هذه الابراج سبقه قيام السلطة الإدارية بواجبها في ممارسة الرقابة المسبقة على البناء قبل إنشائه، وحاولت أن تبحث في مشروعيتها بعد الإنشاء؟ كل هذه الاسئلة تبحث عن اجابات مقنعة لكي نبين مدى امكانية السلطة الإدارية في ضبط الانشطة الخاصة والرقابة عليها وبشكل خاص هذا النوع من الانشطة الذي يتسبب بمضار صحية حاضرا أو مستقبلا، ولا يفوتنا

- ان نذكر بعض الاضرار التي تتسبب بها هذه الابراج اذا كانت بعيدة عن اجراءات وتعليمات السلامة التي حددتها الدولة، وأن هذه التأثيرات يمكن ان نلخصها^١ ب:
١. الموجات الكهرومغناطيسية تؤثر على الشرايين فتسبب الجلطات الدماغية والقلبية، كما أنها تؤثر على عمل أجهزة تنظيم القلب.
 ٢. الأمواج المنبعثة سواء من الهواتف النقالة أو من الأبراج تؤدي خلايا الغشاء الذي يحمي الدماغ، فينتج عن ذلك، صداع وضعف بالذاكرة والرعدة غير الإرادية، طنين بالأذن، مع الإعياء والحمول، كآبة، قلق وعدم ارتياح بالنوم.
 ٣. تأثر الجهاز المناعة، وأحدى الدراسات البريطانية تشير إلى حصول سرطان الدم عند الأطفال.

وعليه من خلال الواقع الذي نعيشه، لم نلمس تطبيقاً ملموساً للقوانين والتعليمات فيما يتعلق بتصويب أبراج الاتصالات، التي انتشرت على المباني السكنية، لذلك فإن التراخيص الإدارية الممنوحة لهذه الشركات بإقامة أبراج على سطوح المباني والمنازل، تعد مخالفة واضحة للقوانين والتعليمات التي صدرت مؤخراً، وهنا يتوجب على الإدارة قبل إصدارها للتراخيص بإقامة مثل هذه الابراج ان تأكد على هذه الاعتبارات الآتية:

١. مدى ملائمة ومطابقة تصويب هذه الابراج للقوانين والانظمة والتعليمات.
٢. الرقابة السابقة واللاحقة من قبل الإدارة عند اصدار التراخيص الإداري باقامة الابراج.
٣. متابعة آثار ابراج الاتصالات على صحة المواطن للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة، يتم على اساسها بقاء أو الغاء التراخيص الإداري.
٤. يجب ان يكون هناك تفعيل في دور المجالس المحلية والبلدية، عن طريق تشكيل لجان في كل محافظة تتألف من الدوائر الخدمية، لمراقبة تنفيذ شروط منح التراخيص.
٥. تفعيل نظام المراقب البيئي المنصوص عليه في قانون حماية وتحسين البيئة العراقي لمراقبة عمل الابراج.

(١) مقال منشور في الموقع الرسمي (موضوع) بعنوان (أضرار ابراج الاتصالات)

<http://mawdoo3.com/> بتاريخ ٢٣/٢/٢٠١٦.

الخاتمة

وفي ختام هذه الدراسة التي كرسناها لبحث موضوع (الترخيص الإداري ودوره في الحفاظ على الحريات العامة والأنشطة الخاصة) فقد قسمنا هذا البحث إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول: حقيقة الترخيص الإداري باعتباره ظاهرة نشأت لمواجهة التحديات الاجتماعية والاقتصادية، وبعد أحد الأساليب الرقابية التي تستخدمها الإدارة على نشاطات الأفراد، وكذلك وضحا المعنوي اللغوي والاصطلاحي للترخيص بالإضافة إلى خصائصه ، اما المبحث الثاني: فقد سلطنا الضوء على أثر الترخيص الإداري ودوره في الحفاظ الحريات العامة والأنشطة الخاصة، من حيث مدى امكانية تقييد حرية الاشخاص وضبط ممارستهم لأنشطتهم الخاصة من قبل الإدارة، وخرجنا بجملته من الاستنتاجات نذكرها بشكل موجز ، منها:

١. تأتي أهمية التراخيص الإدارية من خلال دورها في الحفاظ على النظام العام بعناصره التقليدية والحديثة.
٢. تمتلك الإدارة وحدها مقومات اصدار قرارات التراخيص منحًا أو منعًا، ولا فضل لإرادة الطالب في صدوره سوى كون طلبه بالتراخيص يشكل عنصر السبب في تدخل السلطة الإدارية المختصة بإصدار قرار الترخيص.
٣. إن إجراء الترخيص الإداري يعد من الأعمال القانونية التي تقوم بها الإدارة والتي ترتب آثار قانونية ، تأذن بموجبه لأحد الأشخاص بمزاولة نشاط ما، أو ممارسة حرية معينة.
٤. يُعدُّ الترخيص الإداري إجراءً إدارياً رقابياً من بين الإجراءات الإدارية المستعملة في الحياة العملية، استعمال قد يزداد أو يتضاءل ويتناقص من نظام قانوني لآخر .
٥. يعتبر الترخيص الإداري صورة من صور القرارات الإدارية، إذ يتخذ الترخيص الإداري مسميات مختلفة كالرخصة الإدارية، والاذن وغيرها.
٦. عدم امكانية ايجاد تعريف شامل قاطع يستوعب معنى الحرية بشكل كامل والسبب في ذلك يعود إلى نسبية المعنى في الزمان والمكان.

٧. لا يوجد تعريف قانوني محدد للأنشطة الخاصة، لان المشرع بشكل عام لا يهتم بوضع تعريف جامع ومانع ودقيق وكامل لاي موضوع وانما يترك ذلك للفقهاء والقضاء.
٨. ان سلطة تنظيم الأنشطة الخاصة لا تقتصر عمليا على القانون بالمعنى الشكلي والضيق للكلمة، بل تتعداه إلى اللوائح التنظيمية، وأي نقص أو فراغ تشريعي يتوجب ملؤه، من قبل السلطة التنفيذية.
٩. ، لم نجد تطبيقا واضحا للقوانين والتعليمات فيما يتعلق بتنصيب ابراج الاتصالات، التي انتشرت على المباني السكنية، لذلك فان التراخيص الإدارية الممنوحة لهذه الشركات باقامة ابراج على سطوح المباني والمنازل، تعد مخالفة واضحة للقوانين والتعليمات التي صدرت مؤخرا.

التوصيات:

١. نوصي بتشريع قانون خاص للتراخيص الإدارية، توضح الجهات المعنية بالتراخيص وتحدد الآليات والعقوبات التي يمكن فرضها على المخالفين.
٢. ان تكون هناك رقابة على الإدارة في حالة تعسفها في منح الرخص الإدارية، والازدواجية في المعاملة مع الأفراد، حيث تمنع البعض وتمنح البعض الآخر، لاعتبارات اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية.
٣. كما نوصي ان يكون للإدارة دور فاعل وحقيقي بمراقبة الأنشطة الخاصة في حالة منحها الرخص الإدارية.
٤. نوصي ان تفعل المواد (٣٥، ٣٤، ٣٣) المتعلقة بالاحكام العقابية من قانون حماية وتحسين البيئة رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩، التي خولت الوزير أو من يخوله باصدار العقوبات بحق الجهات المخالفة لهذه التعليمات مستغلة عدم وعي وفهم وادراك المواطن البسيط لحجم الضرر، وخاصة في ضل هذه الظروف الاقتصادية الصعبة التي يعيشها البلد.

٥. نوصي أن يكون هناك دور حقيقي للقضاء (الرقابة القضائية) على أعمال الإدارة في حالة الإهمال أو التواطئ أو التجاهل في الرقابة على تنصيب هذه الابراج ومنحها التراخيص مع علمها المسبق بمواقع الانشاء التي تخالف القوانين والتعليمات.
٦. أن يكون للاعلام دور حقيقي في توعية المواطنين بأضرار انشاء الابراج على اسطح المنازل لقاء مبالغ نقدية(بخسة) لا تساوي ولا تقارن بحجم الضرر المستقبلي الذي يمكن ان يصيب الفرد.
٧. تخصص شعبة في دوائر حماية وتحسين البيئة الموجودة في كل محافظة بمنح التراخيص الإدارية ، وتفعيل هذه الشعبة من خلال تزويدها باجهزة وكوادر إدارية مختصة وتخضع لرقابة إدارية مختصة.

المراجع والمصادر العربية

أولاً: الكتب

١. ابن منظور، لسان العرب ، بيروت ، دار احياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، الطبعة الثانية ، ١٩٩٢، المجلد الخامس.
٢. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، طبعة ٢٠٠٠.
٣. د. محمد ماهر ابو العينين ، التراخيص الإدارية والقرارات المرتبطة والمتعلقة بها في قضاء واقضاء مجلس الدولة ، دراسة تحليلية ، القاهرة، دار ابو المجد للطباعة بالهرم، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦.
٤. د. فهد بن محمد بن عبد العزيز الدغيثر، رقابة القضاء على قرارات الإدارة ، (ولاية القضاء امام ديوان المظالم) ، القاهرة ، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.
٥. رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، طبعة، ١٩٩٩ .
٦. سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة عليها ، منشأة المعارف طبعة ١٩٨٣.
٧. سعاد الشراوي، نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٨٧.
٨. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، طبعة ١٩٧٦.
٩. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث، أموال الإدارة العامة وامتيازاتها، دار الفكر العربي، طبعة 1979 .
١٠. عبد العليم عبد المجيد مشرف، دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 1998 .

١١. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية (أسس التنظيم السياسي - الدولة - الحكومة - الحقوق والحريات العامة)الدار الجامعية ،طبعة ١٩٨٤ .
١٢. عبد الله طلبه، القانون الإداري، الجزء الثاني ،منشورات جامعة حلب، ٢٠٠٤ .
١٣. عادل السعيد محمد ابو الخير ، الضبط الإداري وحدوده، مطابع الطوبجي التجارية ، القاهرة، ١٩٩٣ .
١٤. عاطف محمود البنا ، حدود سلطة الضبط الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة العددان 3 و 4سنة ، ١٩٨٠ .
١٥. عزاوي عبد الرحمن، النظام القانوني لممارسة الأنشطة والمهن المنظمة(دراسة مقارنة) ،عالم الكتب للنشر والتوزيع، مكتبة العلوم القانونية والإدارية تيزي وزو، الطبعة الأولى ٢٠٠٤ ،
١٦. عمرو أحمد حسبو، حرية الاجتماع ،دراسة مقارنة ،دار النهضة العربية، طبعة الأولى، ١٩٩٩ .
١٧. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري (ذاتية القانون الإداري)، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع،بيروت، لبنان، ١٩٩٢ .
١٨. نواف كنعان، دور الضبط الإداري في حماية البيئة ، دراسة تطبيقية في دولة الامارت العربية المتحدة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والانسانية، المجلد الثالث، العدد الأول، فبراير، ٢٠٠٦ .
١٩. يوسف بناصر، رخصة البناء وحماية البيئة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصاديةوالسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، العدد 4 لسنة ١٩٩٣ .

ثانياً: أطاريح الدكتوراه

١. محمد الطيب عبد اللطيف، نظام الترخيص والإخطار في القانون المصري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٥٦ .
٢. محمد جمال عثمان جبريل ، الترخيص الإداري ، رسالة دكتوراه دولة ،كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٩٢ .

ثالثاً: التشريعات

١. الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥.
٢. قانون حماية وتحسين البيئة رقم 27 لسنة 2009
٣. قانون الصحة العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ المعدل
٤. قانون السيطرة على الضوضاء رقم (٤١) لسنة ٢٠١٥
٥. تعليمات الوقاية من الاشعة غير المؤينة الصادرة من منظومات الهاتف المحمول لسنة ٢٠١٠.

رابعاً: المصادر الأجنبية

1. Bernard Schwartz, An Introduction to American Administrative Law, 2nd edition, 1962.
2. Dr.J.J.R. Upadhaya , Administrative law,7th edition, India, 2009.
3. Dr. U.P.D.Kesari, Administrative law, 18th edition, India, 2010.
4. Justice C.K. Thakkar (Takwani),Lectures on Administrative law, 4th Edition,India,2009.

خامساً: المواقع الالكترونية

١. مقال منشور في الموقع الرسمي (الخط الاخضر green line) بعنوان (ابراج الاتصالات اضرار مستقبلية تهدد صحة المواطنين) بتاريخ <http://www.greenline.com.kw/ArticleDetails.aspx?tp=5725> .٢٠١٤/٤/٧
٢. مقال منشور في الموقع الرسمي (موضوع) بعنوان (أضرار ابراج الاتصالات) بتاريخ <http://mawdoo3.com/> .٢٠١٦/٢/٢٣

المخلص:

إن إجراء الترخيص الإداري يعد من الأعمال القانونية التي تقوم بها الإدارة والتي ترتب آثار قانونية ، تأذن بموجبه لأحد الأشخاص بمزاولة نشاط ما، أو ممارسة حرية معينة، ويُعدُّ إجراءً إدارياً رقابياً من بين الإجراءات الإدارية المستعملة في الحياة العملية، في تنظيم ممارسة الأفراد لنشاطاتهم وحياتهم ومراقبتها في آن واحد لتحقيق وارساء دولة القانون، حتى لا تعم الفوضى، لذلك نجد بأن الترخيص الإداري ودوره في الحفاظ على الحريات العامة والأنشطة الخاصة" يظهر بشكل واضح من خلال آلية تحديد العلاقة بين السلطة الإدارية والأفراد ونوع التوازن الذي يجب ان يتحقق بين هذين الطرفين وكذلك الضمانات التي تحقق التوازن بين المصالح العامة والخاصة في ممارسة النشاطات.

الكلمات المفتاحية:

(الترخيص الإداري، السلطة الإدارية، الحريات العامة، الأنشطة الخاصة، الرقابة)



ABSTRACT :

Licensing is an action which is taken by the State to regulate trade and business for the protection of the public against anti-social activities involved in industrial life. This means that licensing power has a direct bearing on social inter-action and values. The modern administration under the impact of economic philosophy of welfare state has developed various techniques which imping upon the economic rights of private individuals and regulates the manner in which such right may be exercised. The regulatory techniques that are most commonly used in modern economic legislation are licensing, permit, registration and certification. Licensing power is usually exercised through these techniques in the regulation of various aspect of economic life. Licensing is a government action for social welfare. The use of licensing is for accomplishment of purpose.