وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

معهد العلمين للدراسات العليا

العراق ـ النجف الاشرف

قسم القانون

التنظيم القانوني لحق السفر والتنقل في التشريعات الوطنية

رسالة تقدمت بها

الطالبة انسام صبيح صادق شبر

الى معهد العلمين للدراسات العليا قسم القانون العام

جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام

باشراف الدكتور

ا.د عصام عبد الرزاق العطية

1434هـ 2013م

بسم الله الرحمن الرحيم

((ولقد كرمنا بني ادم وحملنهم في البر والبحر ورقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا))

صدق الله العلي العظيم

(سورة الاسراء الاية 70)

الاهداء

الى من حصد الاشواق عن دربي ليمهد لي طريق العلم

..... ابي

الى من علمني الصمود مهما قست الظروف

..... امي

الى الشموع التي تحترق لتضى للأخرين مسارهم وتفتقدهم في مواجهة الصعاب الى من سكنوا تحت تراب الوطن

..... شهدائنا العظام

الى من وهبي الحياة والامل

..... اخوتي و اخواتي

الى القلب الرقيق و النفس البريئة الى ريحانتي حياتي

.. ولدي .... منتظر و فاروق

شكر وتقدير

شكر وتقدير

وهكذا تطوى الصفحات الاخيرة من هذا البحث وتقف الكلمات تهيبا لتتكون في عبارات تفيض بالاعتزاز و التقدير الى سماحة العلامة السيد محمد بحر العلوم اطالة الله في عمره لرعايته هذا الصرح الاكاديمي العلمي الذي صب علينا بوافر علومه و انتهلنا من نهر معرفته الذي لا ينضب .. واتقدم بخالص الود والامتنان الى استاذي المشرف على البحث الدكتور عصام العطية الذي اغدق عليه بعلمه وكان ابا حنونا و استاذا موجها واتقدم بخالص الامتنان والتقدير و الاعتزاز لاستاذي الدكتور خليل الاعسم الذي هون عليه صعوبات البحث بكرمه العلمي واغداقه بالمراجع القانونية ويسر لي مسيرة العلم و علمني كيف ارتقي سلم البحث بالجد والثبر و اتقدم بحزيل الشكر والعرفان الى استاذي الكريم الدكتور علي خطيب لمن احاطني به من رعاية ومتابعة لخطوات البحث ولم يبخل عليه بانتخاب و انتقاء الملعومات القانونية وكل الامتنان الى استاذي الدكتور وليد فرج الله الذي كان دليلا نيرا ارشدني الى هذه الموسسة الموقرة من موسسين و تدرسسين و موظفين لما يبذلون من جهد في مجال القانون و العلوم الانسانية وكما اتقدم بالشكر الجزيل الى موظفي المكتبة القانونية في كلية القانون / جامعة الكوفة لتقديمهم يد العون و رفدي بالمراجع القانونية مما يسر لي من مسيرة البحث .

المحتويات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	1 – 5
المبحث التمهيدي :- الاصل التاريخي لحق السفر والتنقل	6 ، 13
المطلب الاول :- حق السفر والتنقل في شرائع القديمة	
الفرع الاول :- حق السفر والتنقل في شرائع الشرقية القديمة	
الفرع الثاني :- حق السفر والتنقل في شرائع الغربية القديمة	
المطلب الثاني :- الحق في السفر و التنقل في الشريعة الاسلامية	
الفرع الاول :- حق السفر والتنقل في القران الكريم	
الفرع الثاني :- حق السفر والتنقل في السنه النبوية	
الفصل الاول :- حق السفر والتنقل في النظم المعاصرة	14 ، 37
المبحث الاول :- مفهوم الحق في السفر و التنقل	
المطلب الاول :- مكانة الحق في السفر والتنقل بين سائر الحقوق	
الفرع الاول :- الحق لغة و اصطلاحا	
الفرع الثاني :- السفر و التنقل في مواثيق الدولية	
الفرع الاول :- الحماية الدولية لحق الانسان في السفر و التنقل	
المبحث الثاني :- السفر والتنقل بين الاطلاق و التقيد	
المطلب الاول :- القيمة القانونية للحق في السفر والتنقل	
الفرع الاول :- الحق في السفر و التنقل حق نسبي	
الفرع الثاني :- الحماية الجنائية للحق في السفر والتنقل	
المطلب الثاني :- حق الدولة في ابعاد الاجانب	
الفرع الاول :- حق اقامة الاجانب ليس مطلقا	
الفرع الثاني :- حق الاقامة للاجنبي يجب ان يكون مشروعا	
الفصل الثاني :- النطاق القانوني لحق السفر و التنقل وفق احكام مبدا المشروعية	38 ، 69
المبحث الاول :- المبادى القانونية المنظمة لحق السفر والتنقل	
المطلب الاول :- مبدا حق المواطن في السفر و التنقل داخل حدود الدولة وخارجها	
الفرع الاول :- حق التنقل داخل الدولة	
الفرع الثاني :- حق السفر من و الى الدولة	
المطلب الثاني :- مبدا تقييد المواطن في السفر و الابعاد القسري	
الفرع الاول :- القيود الدستورية و القانونية على حق السفر و التنقل	
الفرع الثاني :- الابعاد القسري	
المبحث الثاني :- الحماية الدستورية لحق السفر و التنقل	
المطلب الاول :- الحماية الدستورية لحق السفر والتنقل بموجب الدساتير العراقية قبل عام 2003	
الفرع الاول :- النصوص الدستورية لحق السفر والتنقل في الدساتير العراقية قبل عام 2003	
الفرع الثاني :- الضمانات الدستورية الاخرى للفترة من 1925 ولغاية 2003	
المطلب الثاني :- الحماية الدستورية لحق السفر والتنقل في دساتير العراقية بعد عام 2003	

المحتويات

الفرع الاول:- الضمانات الدستورية لحق السفر والتنقل في قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية (2004)	
الفرع الثاني:- الضمانات الدستورية لحق السفر والتنقل في دستور العراق الدائم (2005)	
الفصل الثالث :- الانتهاكات المحتملة لحق السفر و التنقل والحماية القانونية للحقوق المتفرعة عنه	70 ، 106
المبحث الاول : انتهاكات الادارة لحق السفر والتنقل	
المطلب الاول :- مفهوم و انواع انتهاكات (الخروق) المحتملة لحق السفر والتنقل	
الفرع الاول :- الانتهاكات المحتملة لحق التنقل داخل الدولة	
الفرع الثاني :- انتهاكات المحتملة لحق السفر والتنقل من و الى الدولة	
المطلب الثاني :- ممارسات الادارة لمنع المواطنين من حق السفر والتنقل في العراق	
الفرع الاول :- انتهاكات خرق الادارة لحق التنقل و السفر قبل عام 2003	
الفرع الثاني :- الانتهاكات المحتملة لحق السفر و التنقل في ضل النظام الدستوري و القانوني الحالي	
المبحث الثاني :- الحماية القانونية للحقوق المتفرعة عن حق السفر و التنقل	
المطلب الاول :- المفاهيم الاساسية لحق اللجوء وحق الهجرة	
الفرع الاول :- المفاهيم المتعلقة بحق اللجوء	
الفرع الثاني :- مفهوم الهجرة والمهاجرين	
المطلب الثاني :- الحماية القانونية لحق اللجوء وحق الهجرة	
الفرع الاول :- الحماية القانونية الدولية لحق اللجوء وحق الهجرة	
الفرع الثاني :- الحماية القانونية الوطنية لحق اللجوء وحق الهجرة	
الخاتمة .	108 ، 115
المراجع.	116 ، 131

المقدمة :-

ان الاتجاه العام السائد في عالمنا المعاصر على المستويات الوطنية والاقليمية والدولية كافة على حد سواء هو الاهتمام بضرورة واحقيه تمتع الانسان الفرد والجماعات الانسانية بجملة اساسية من الحقوق والحريات الطبيعية والمكتسبة فضلا عن توفير الحمايه لها ومنع انتهاكها من قبل مختلف الجهات والسلطات العامة وعلى وجه الخصوص السلطة التنفيذية وجهازها الاداري ، بمختلف وسائل الحماية الداخلية والدولية على اختلاف درجات الزامها .

ان هذا الاتجاة لم يكن وليد الفكر الانساني المعاصر وانما يرجع بجذوره على الحضارات الانسانية الموغلة بالقدم كالحضارات العراقية والمصرية و اليونانية والرمانية و مختلف الحضارات الانسانية القديمة ومن ثم الرسالات السماوية والتي تتصدرها الرسالة الاسلامية و ما جائت به الشريعة السمحاء من مبادى وتقديس الحق والحرية و المسواة لتكريم بنى الانسان .

ان حق الانسان في حرية السفر والتنقل ياتي في مقدمة الحقوق والحريات التي تحضى باهتمام متزايد من مختلف دول العالم بعد ان افرد العهود و المواثيق الدولية و النصوص العديدة التي تحث الدول على الضمان هذا الحق لمواطنيها دستورية وقانونية وقضائيا وغيرها من الضمانات علما ان الحق في حرية التنقل يعتبر من الحقوق الشخصية الاساسية وان وجوده يعد شرطا لازما لقيام الحقوق والحريات الاخرى اذ يرى بعض الفقهاء ان لا قيمة للنص على العديد من الحقوق ما لم يتقرر الى جانبه حق المواطن في التنقل بمعناها الواسع بمعنى عدم فرض قيود على تنقله او منعه من ذلك كعدم جواز القبض عليه او حبسه او ابعاده بغير مسوق قانوني فاذا تم تخويل جهة ادارية معينه سلطة مطلقة في منع الافراد من التنقل لاي مكان اخر كان تصدر الامر بالقبض عليهم او حبسهم فانها تستطيع ان تحرم خصومها من ممارسة حقوقهم الاخرى كحقهم في الانتخاب و حقهم في ممارسة حرية التجارة و الصناعة وكذلك حق التملك بمعنى ان لا قيمة للكثير من النصوص المتعلقة بالحقوق و الحريات العامة اذا لم يتمكن الفرد من التنقل لممارسة تلك الحقوق و الحريات .

على الرغم من الاهتمام الدولي و الوطني الظاهر بمجمل الحقوق و الحريات العامة و منها حق الحرية في السفر و التنقل و النصوص الصريحة في العهود و المواثيق الدولية و الدساتير و القوانين الوطنية المتعلقة بها و وجوب الحفاظ عليها من قبل الجميع لكن احيانا تتعرض هذه الحقوق و الحريات للانتهاك بشكل او اخر في هذا البلد او ذاك مع عدم قدرة الانسان على تحصيل حقة المنتهك من قبل السلطة العامة بنفسه و بشكل غير مباشر كما انه لا يستطيع الامتناع عن تنفيذ اوامر السلطات العامة بحجة عدم مشروعيتها او مخالفتها للقوانين والانظمة من هنا كان لا بد من تدخل القانون لتنظيم هذه المسالة ومنح الانسان بموجب ذلك جملة من الوسائل القانونية تمكنه من الحصول على حقوقة .

ان في مقابل الاهتمام الدولي و الاقليمي و الوطني في تاصيل حق السفر والتنقل هناك المحددات الدستورية و القانونية والتنظيمية التي يجب مراعاتها لتنظيم هذا الحق وجعل التمتع به لا يتعارض مع حقوق الاخرين او مع متطلبات المصلحة العامة ، لذا كان هنالك المحددات الدستورية و المحددات التي

يفرضها القانون الجنائي و القانون الاداري وتفرضها متطلبات استعمال الادارة لما خولها به القانون من اجل تحقيق حالة النظام العام في هاذ المجال ، سواء ما يتعلق بحق المواطن بالتنقل والسكن و الاقامة داخل اقليم الدولة او حقه في السفر من دولة الى دولة ، وكذلك ما يتعلق بحق الاجانب في دخول الدولة و الخروج منها والتنقل داخل اقليمها مع ملاحظة ان الحق هو الاصل و القيد ه الاستثناء الذي يرد عليه لمصالح عامة او خاصة مبررة ولا يجوز التوسع في الاستثناء على حساب الاصل او القاعدة .

ولمصلحة التوازن بين حق السفر و التنقل بوصفه احد الحقوق الشخصية الاساسية لكل انسان ، وبين ضرورة تقنين و تنظيم ذلك الحق بما يضمن الحقوق والمصالح الخاصة للافراد وحقوق ومصالح المجتمع وعدم التسبب بالضرر للنظام العام ، كان لا بد من توفر الضمانات الدستورية و القانونية و القضائية التي بوجودها و تفعيلها يتم ضمان التوازن المشار الية .

ان هذا البحث هو دراسة توثيقية تحليلية لكل ما اشير اليه من الامور المتعلقة بالجذور التاريخية لحق النقل والسفر و بالنصوص الدولية و الوطنية الخاصة بتاصيل هذا الحق ، و عرض للمحددات الدستورية و القانونية و التنظيمية ، فضلا عن بيان ما يتعلق بالضمانات الدستورية و القانونية والقضائية في مواجهة انتهاكات الفعلية محتمله لهذا الحق من قبل السلطات العامة ولا سيما الانتهاكات التي تعرض لها حق السفر والتنقل في العراق قبل عام 2004 ومدى امكانية حصول الانتهاكات (الخروق) في العراق بنظامه السياسي والدستوري الحالي .

و لغرض عرض وتحليل المحاور ولتسليط الضوء على حزمة الاشكالات التي يسعى البحث لتبين و لغرض اختبار الفرضية التي قام عليها البحث فقد تم تنظيم البحث من مبحث تمهيدي و ثلاث فصول ، وكان المبحث التمهيدي بعنوان (الاصل التاريخي لحق السفر والتنقل) ، ويتكون من مطلبين ، الاول بعنوان (الحق في السفر والتنقل في الشرائع القديمة) ويبحث في هذا الحق في كل من الشرائع الشرقية والشرائع الغربية القديمة ، اما المطلب الثاني فكان بعنوان (الحق في السفر و التنقل في الشريعة الاسلامية) حيث يتم بيان موارد هذا الحق في كل من القران الكريم و السنه النبوية الشريفة .

الفصل الاول من فصول البحث بعنوان (الحق في السفر والتنقل في النظم المعاصرة) ، ويتكون من مبحثين ، الاول منهما بعنوان (مفهوم الحق في السفر والتنقل) و يضمن مطلبين كان المطلب الاول مخصصا لبيان المفهوم اللغوي و الاصطلاحي لحق السفر من خلال بيان المفهوم اللغوي و الاصطلاحي لكل من الحق والسفر ، اما المطلب الثاني فكان بعنوان (حق السفر و التنقل في المواثيق الدولية) و هو مخصص لبيان الحماية الدولية الاممية و الاقليمية لحق السفر والتنقل . المبحث الثاني من هذا الفصل فكان بعنوان (السفر والتنقل بين الاطلاق والتقيد) ، وهو مكون من مطلبين ، المطلب الاول بعنوان (القيمية القانونية للحق بالسفر والتنقل) وفية نبين نسبية حق السفر والتنقل ، وكذلك الحماية الجنائية لهذا الحق ، اما المطلب الثاني فهو بعنوان (حق الدولة في ابعاد الاجانب) وفيه ايضا تبيان لامرين ،الاول هو حق اقامة الاجانب ليس مطلقا ، والثاني لبيان حق الاقامة للاجنبي يجب ان يكون مشروطا .

الفصل الثاني كان بعنوان (النطاق القانوني لحق السفر والتنقل وفق احكام مبدا المشروعية) وهو ايضا يظم مبحثين الاول بعنوان (المبادى القانونية المتعلقة بحق السفر و التنقل) يتكون من مطلبين ، عرضنا بالاول مبدا حرية حق الموطن في السفر من و الى الدولة وخارجها ، وفي المطلب الثاني عرضنا لمبدا تقيد حق المواطن بالسفر او الابعاد القسري . اما المبحث الثاني فكان بعنوان (الحماية الدستورية لحق السفر و التنقل) وهو ايضا بمطلبين الاول (الحماية الدستورية لحق السفر بموجب الدساتير العراقية قبل عام 2003) ويتضمن استعراض للدساتير العراقية من عام 1925 ولغاية دستور تموز 1970 الذي كان نافذا لغاية 2003/4/9 اما المطلب الثاني كان بعنوان (الحماية الدستورية لحق السفر و التنقل في الدساتير العراقية بعد عام 2003) و يتضمن عرضا بموضوع الضمانات الدستورية لحق الحرية في السفر والتنقل في كل من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنه 2004 ، ودستور العراقي الدائم لسنه 2005 .

الفصل الثالث من البحث كان بعنوان (الانتهاكات المحتملة لحق السفر والتنقل و الحماية القانونية للحقوق المتفرعة عنه) وهو كسابقاته يتكون من المبحثين ، كان المبحث الاول بعنوان (انتهاكات (خرق) الادارة لحق السفر والتنقل) ويتضمن مطلبين ، عرضنا في لمطلب الاول موضوع (مفهوم وانواع انتهاكات (الخروق) المحتمل لحق السفر والتنقل) وفي المطلب الثاني تم عرض موضوع (ممارسات الادارة لمنع المواطنين حق السفر و التنقل في العراق) من خلال استعراض الانتهاكات التي تعرض لها هذا الحق في الفترة التي سبق نيسان 2003 ، ومن ثم تحليل امكانية حصول انتهاكات مماثلة في ظل الوضع الدستوري و السياسي القائم حاليا . المبحث الثاني من هذا الفصل كان بعنوان (القانونية للحقوق المتفرعة عن حق السفر والتنقل) وهو بمطلبين عرضنا في المطلب الاول موضوع (المفاهيم الاساسية لحق اللجوء والهجرة) وكان مدعما قوانين الدولية والوطنية و في المطلب الثاني موضوع (الحماية القانونية لحق اللجوء وحق الهجرة) مع نماذج عربية و عراقية من الاحكام الدستورية .

مشكلة البحث :-

يحاول البحث تسليط الضوء على حزمة من الاشكالات المتعلقة بحق التنقل و السفر ولعل من اهمها الاتي :-

1. مدى كفاية النصوص الواردة في المواثيق الدولية و الدساتير الوطنية في تأصيل حق التنقل والسفر ومكانته وتأثيره على الحقوق الشخصية الاساسية و المدنية و السياسية و الاقتصادية للإنسان .
2. مدى اخضاء هذه الحق للتقيد ومدى تدخل الدولة لتنظيمه عبر وضع القيود الدستورية و القانونية والتنظيمية اللازمة لضمان ممارسته في اطار صحيح ، وهل ان تنظيم هذا الحق (واي حق اخر) بوضع القيود يعني ان يودي ذلك الى التحريم المطلق لممارسته او الغائه او الحد منه او انتهاكه ، وما هي انواع و خطورة تلك الانتهاكات المحتملة من قبل الحكومة و جهازها الاداري .

3. مدى توفر الضمانات الدستورية والقانونية و القضائية في الدولة (وخاصة العراق) الكافية لحماية حق التنقل والسفر ، والحد من قدرة السلطة التنفيذية وجهازها الادارية على انتهاكات (خرق) هذا الحق وغيره من الحقوق والحريات العامة .

اهمية البحث :-

يمكن استجلاء اهمية البحث من خلال بيان اهمية حق التنقل والسفر و تاثيره الايجابي على باقي الحقوق والحريات الشخصية و المدنية والسياسية والاقتصادية (عندما يكون موضع الاحترام والحماية من قبل السلطات العامة في الدولة) ، او تاثيره السلبي على كل ما سبق اذا كان منتهكا و لا تتوفر له الحماية الكافية في مواجهه السلطات العامة و خاصة السلطة التنفيذية وجهازها الاداري ، ونورد في ادناه بعض من تاثيرات حق التنقل والسفر على الحقوق و الحريات الاخرى بمختلف تسمياتها :-

1. تاثيره على الحقوق السياسية ، حيث ان لا قيمة للنص دستوريا وقانونيا على حق الانتخاب اذ لم يتقرر الى جانبه حق الفرد في التنقل ، عدم فرض القيود على تنقله او منعه من ذلك ، كعدم جواز القبض عليه او حبسه او ابعاده بغير مسوق قانوني ، فلو تم تخويل جهة ادارية معينة سلطة مطلقة في منع الافراد من التنقل (داخل اقليم الدولة او خارجها) فتقوم بصدار اوامر القبض عليهم او حبسهم ، فانها بذلك تتمكن من حرمان خصومها من ممارسة حقوقهم السياسية بممارسة الانتخاب (مرشحين او ناخبين) وذلك بمنعهم من الذهاب الى المراكز الانتخابية سواء بالاعتقال او المنع بالتنقل .
2. تاثيره على الحقوق الاقتصادية وحرية التجارة و الصناعة و انتقال العمالة و روس الاموال داخل اقليم الدولة وبين الدول المختلفة و كذلك حق التملك اذا ان كل من ذلك لا يكون له قيمة اذا لم يتمكن الفرد من التنقل لممارسة تلك الحقوق و الحريات
3. تاثيره على الحقوق الشخصية وخاصة حق الحرية و الشعور بالامان اذ ان من مرتكزات الحق بالحرية التنقل ان عدم جواز القبض على الافراد او اعتقالهم او حبسهم او حجزهم و غير ذلك من العناصر التي يرتكز عليها حق الامن الشخصي .

فرضية البحث :-

يقوم البحث على فرضية موداها : ان التزام الدول باحترام الحقوق والحريات العامة ولا سيما حق السفر والتنقل لا يقاس بمجرد احتواء دساتير تلك الدول وقوانينها على النصوص الصريحة التي تدل على التوافق مع ما جائب به العهود و المواثيق الدولية فيما يخص هذا الحق ، وانما يتاثر ذلك الالتزام (ايجابيا او سلبيا) بالامور الاتي :-

1. مدى احتمال ان تقوم السلطات المختصة (الحكومة وجهازها الاداري) باساءة استعمال الصلاحيات المخولة لهذا بموجب القانون لاغراض تنظيم ممارسة هذا الحق و التمتع به او لاغراض حفظ النظام العام في النواحي الامنية والصحية والاخلاقية

2. مدى توفر و فاعلية الرقابة القضائية على الدستورية والقوانين و الانظمة والتعليمات المعمول بموجبها في ادارة شؤون الحقوق و الحريات ولا سيما حق الحرية في السفر و التنقل ، وكذلك الرقابة القضائية على اعمال الادارة وخاصة ما تصدره من قرارات بالادارة المنفردة بشان من شؤون الحقوق و الحريات العامة (ومنها حق الحرية في السفر والتنقل) سواء كانت تلك القرارات فردية ام تنظيمية