

ضبط حدود الحقوق والحريات

في القانون الدستوري التونسي

من الفصل 49 من دستور 2014 إلى الفصل 55 من دستور 2022





ضبط حدود الحقوق والحريات

في القانون الدستوري التونسي

من الفصل 49 من دستور 2014 إلى الفصل 55 من دستور 2022



© 2023 المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدستوري التونسي. من الفصل 49 من دستور 2014 إلى الفصل 55 من دستور 2022
The Limitation of Rights and Freedoms in the Tunisian Constitutional Law: From Article 49 of the 2014 Constitution to Article 55 of the 2022 Constitution

منشورات المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات (International IDEA) مستقلة عن أية مصالح وطنية أو سياسية معينة. كما أن الآراء الواردة في هذا المنشور لا تمثل بالضرورة وجهات نظر المؤسسة أو هيئتها العامة أو أعضاء مجلسها أو آراء الجهات المانحة.



النسخة الإلكترونية من هذا المنشور متاحة بموجب رخصة المشاع الإبداعي (CC)، سمة المشاع الإبداعي، رخصة غير تجارية، رخصة المشاركة بالمثل (3.0) يجوز نسخ المنشور وتوزيعه وبثه وكذلك تعديله وتهيبته بشرط أن يستخدم لأغراض غير تجارية فقط، وأن يذكر المصدر على النحو الصحيح، ويتم توزيعه برخصة مماثلة. لمزيد من المعلومات عن رخصة المشاع الإبداعي، انظر:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0>

توجه الطلاب لترخيص إعادة إنتاج أو ترجمة كل هذا المنشور أو أي جزء منه إلى:

International IDEA
Strömsborg
SE 34 103- Stockholm
Sweden
Tel: 00 37 698-8-46+
Email: info@idea.int
Website: www.idea.int

تم إنجاز هذا العمل في إطار أنشطة المشروع المتعلق بمبدأ التناسب والموسوم:
« دعم تطبيق الفصل 49 ومبدأ التناسب في تونس »
بتمويل من وزارة الخارجية الألمانية

التصميم والإخراج الفني: B&B Promotion

معرف الوثيقة الرقمي (DOI) : <https://doi.org/10.31752/idea.2023.31>

الرقم المعياري الدولي للكتاب (PDF) : 978-91-7671-636-6

المطبوع: 978-91-7671-635-9

ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدستوري التونسي من الفصل 49 من دستور 2014 إلى الفصل 55 من دستور 2022

الإشراف

شفيق صرصار

مراجعة

مراد بن مولّي

هناء بن عبدة

عفاف همامي مراكشي

تأليف

سليم اللّعماني

وفاء زعفران الأندلسي

شهر الدين غزالة

سلوى الحمروني

صفي الدين الحاج

مالك الغزواني

عبير المكي

منى التابعي

بسام كراي

المحتويات

9	ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدستوري التونسي . الفصل 55 من دستور 25 جويلية.....
10	مقدمة.....
11	الجزء الأول: طرق ضبط حدود الحقوق والحريات.....
12	القسم الأول: طريقة التحديدات الخاصة.....
13	القسم الثاني: طريقة المادة الجامعة.....
14	القسم الثالث: طريقة التحديد المزدوج.....
16	القسم الرابع: الطريقة التي اعتمدها المؤسس التونسي لضبط حدود الحقوق والحريات.....
16	1. دستور 1 جوان 1959
16	أ. الفصل الجامع.....
16	ب. الحدود الخصوصية.....
17	2. دستور 27 جاني 2014.....
19	3. دستور 25 جويلية 2022.....
19	أ. الحقوق والحريات في دستوري 2014 و2022.....
29	الجزء الثاني : مقتضيات الفصل 55.....
30	القسم الأول: مقتضيات تطبيق الفصل 55.....
30	1. ضوابط الحدّ من الحقوق والحريّات.....

36.....	2. مبدأ عدم التراجع Le principe de non régression.....
36.....	القسم الثاني: تطبيق مقتضيات الفصل 55.....
40.....	الجزء الثالث : مجال تطبيق الفصل 55
41.....	القسم الأول: أحكام الحقوق والحريات التي لا ينطبق عليها الفصل 55.....
46.....	القسم الثاني: أحكام الحقوق والحريات التي ينطبق عليها الفصل 55.....
46.....	1. ينطبق الفصل 55 على أحكام الفصول التي أحالت على القانون دون ضبط طبيعة الحد وشروطه.....
47.....	2. ينطبق الفصل 55 على الأحكام الدستورية التي لم تحل على القانون.....
49.....	دليل السلطة التشريعية في تطبيق مبدأ التناسب قراءة محيّنة في ضوء الفصل 55 من دستور.....
50.....	مقدمة.....
51.....	1. من دستور 2014 إلى دستور 2022: سياق الانتقال وفلسفة المشرّع التأسيسي.....
53.....	2. من الفصل 49 إلى الفصل 55: ما الذي تغير؟.....
57.....	3. السلطة التشريعية والوظيفة التشريعية في دستور 2022.....
61.....	دليل السلطة التنفيذية في تطبيق مبدأ التناسب قراءة محيّنة في ضوء الفصل 55 من دستور.....
62.....	مقدمة.....
63.....	1. محدودية تأثير تغيير الجهة الممارسة لحق المبادرة التشريعية.....
63.....	في مستوى السلطة التنفيذية على الآليات المقترحة لاحترام مقتضيات الفصل 55
63.....	2. أين تبرز محدودية التأثير على المقاربة المقترحة لاحترام مقتضيات الفصل 55.....
64.....	خلال المبادرة بمشاريع قوانين جديدة؟
64.....	أ. حذف بعض الهيئات من الدستور لا يعني حذفها كلياً من المنظومة القانونية.....
65.....	ب. الهيئات المعنية بإمكانية مساندة السلطة التنفيذية في التقيّد بمقتضيات الفصل 55.....
67.....	3. أين تبرز محدودية التأثير على الإجراءات المقترحة في مرحلة إجراء اختبار التناسب؟.....
70.....	4. محدودية تأثير تغيير الجهة التي لها صلاحية إصدار المراسيم وصلاحية ممارسة السلطة الترتيبية العامة على الآليات المقترحة لاحترام مقتضيات الفصل 55.....
72.....	أ. أهمية دور المحكمة الإدارية في الرقابة على اختبار التناسب في خصوص مشاريع المراسيم.....
73.....	ب. المحافظة على دور الهيئات المستقلة في المساهمة في احترام مقتضيات الفصل 55 من الدستور؟.....
77.....	القاضي الدستوري وتحديات الحقوق والحريات بين ضمانات الفصل 55 وتحدياته.....
78.....	مقدمة.....
81.....	1. الفصل 55 وتراجع أهمية القاضي الدستوري في دستور 2022.....
83.....	2. الفصل 55 وتراجع اختصاص المشرّع في دستور 2022: الجديد في الرقابة الدستورية الخارجية.....
85.....	3. الفصل 55 وشرطي الضرورة والتناسب.....
87.....	4. الفصل 55 وتدعيم سلطة القاضي الدستوري لضمان عدم التراجع عن الحقوق والحريات.....

91.....	دليل القاضي الإداري في تطبيق مبدأ التناسب قراءةً محيئةً في ضوء الفصل 55 من دستور 2022
92.....	مقدمة
95.....	1. ما هي أسس إعمال القاضي الإداري لأحكام الفصل 55 من الدستور؟
96.....	2. منهجية القاضي الإداري في تطبيق الفصل 55 من الدستور.....
103.....	لا قيود على الحقوق والحريات لحماية الآداب العامة: معضلة أمام القاضي العدل
104.....	مقدمة
104.....	1. جرد (غير كامل) للأحكام الحامية للآداب العامة.....
115.....	2. موقف القاضي.....
131.....	دليل الهيئات العمومية المستقلة في تطبيق مبدأ التناسب.....
132.....	مقدمة
133.....	1. من الفصل 49 إلى الفصل 55 تغيير في كنف الاستمرارية.....
140.....	2. تراجع الضمانات بالنسبة للهيئات العمومية المستقلة.....
145.....	دور المجتمع المدني في الدفاع عن الحقوق والحريات وفق مقتضيات الفصل 55 من دستور
146.....	مقدمة
149.....	1. كيف يمكن للمجتمع المدني أن يكون مستفيداً من ضوابط القيد على الحقوق والحريات التي أوردها الفصل 55 من الدستور؟
150.....	2. أي دور للمجتمع المدني لضمان تفعيل مقتضيات الفصل 55 من الدستور لحماية للحقوق والحريات؟
155.....	دليل الجماعات المحلية والجهوية في تطبيق مبدأ التناسب.....
156.....	مقدمة
157.....	1. تداعيات المنظومة الدستورية الجديدة على مستوى علاقة الجماعات المحلية بالسلط المؤسّسة
158.....	2. التداعيات في علاقة بالسلطة المركزية وتفرعاتها.....
159.....	3. التداعيات على صلاحيات الجماعات المحلية في مجال الضبط الإداري.....
160.....	حول المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات.....

ضبط حدود الحقوق والحريات

في القانون الدستوري التونسي

الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022

سليم اللّغمانى

مقدّمة

ما الذي يميّز الحقوق عن الحريات في مجال حقوق الإنسان؟

أولاً.

كل الحريات التي يضمنها القانون هي حقوق: تتحوّل الحرية، عندما يضمنها القانون الوضعي، إلى حقّ يمكن مطالبة المحاكم بحمايته. وإن لم يضمنها القانون تختلف النّظريّات، فالمدرسة الحديثة للقانون الطبيعي تعتبرها «حقوقاً طبيعية» بينما تعتبرها المدرسة الوضعية القانونية مجرد تطلّعات فردية أو مطالبات سياسية أو مبادئ أخلاقية أو أحكام دينية لكنّها ليست من باب القانون¹.

ثانياً.

إن كانت كلّ الحريّات المضمونة قانونياً حقوقاً، فالعكس غير صحيح. فالحريات ليست كلّها حقوقاً، إذ أنّ الحرية هي حقّ الإنسان في أن يفعل الشيء أو أن لا يفعله، الحرية هي الحق في الاختيار بينما الحق ليس حرية عندما يفيد معنى الحق «في شيء ما» مادياً كان أو معنوياً. لذلك نميّر بين «حرية التعبير» و«الحق في الحياة» ويجوز أن نقول «لي الحق في التعبير» أو «لي الحق في حرية التعبير» لكن لا يجوز أن نقول «لي حرية الحياة» للدلالة على نفس معنى «الحق في الحياة». فالحق يراد على قيمة معينة تكون محلّاً له بينما الحرية هي قدرة الفرد على اتخاذ قرار أو تحديد خيار من عدة إمكانيات موجودة².

ولا معنى لحقوق وحريات بدون حدّ لها وذلك لسببين اثنين، أولهما أنّ الحرية المطلقة تنقلب إلى ضدّها، فحرية التعبير إن كانت مطلقة تبيح الثّلب أو الشتم أو التحريض على التمييز أو الكراهية أو العنف، كما يمكن أن تتحوّل ممارسة حرية التظاهر إلى عنف أو مساس بحرية التجارة والصناعة. وثانها أنّ الحريات في حد ذاتها حدود لحريات أخرى، فالحق في الحياة الخاصة يحدّ بطبعه من حرية التعبير والحق في النفاذ إلى المعلومة يجد حدّه في الحق في حماية المعطيات الشخصية والحق في الإضراب قد يضرّ بالحق في العمل.

لكن لكي لا تتجاوز السلطة صلاحيتها في الحدّ من الحقوق والحريات وتستغلها لتضييق عليها بل وربما لنفها، لا بد من اتخاذ التدابير الدستورية الضرورية. ويتم ذلك من خلال وضع ضوابط للحدّ من الحقوق والحريات أي الحدّ من الحدود، وهذا هو موضوع الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022 موضوع درسنا. إنّ وجود هذه التدابير من عدمه يعدّ من بين المعايير الحاسمة التي تميّز اليوم الدساتير الديمقراطية الضامنة للديمقراطية ودولة القانون وحقوق الإنسان عن غيرها.

وسوف نتعرض في ما يلي إلى طرق ضبط حدود الحقوق والحريات (الجزء الأول)، ثمّ إلى مقتضيات تطبيق الفصل 55 (الجزء الثاني) وأخيراً إلى مجال تطبيقه (الجزء الثالث).

1 Voir à ce propos : LAGHMANI (Slim), Éléments d'histoire de la philosophie du droit, T. II, La modernité, l'État et le Droit, Tunis, CPU, 1999.

2 « Le droit de... » est une liberté, « le droit à ... » est un droit non réductible à une liberté. C'est ce qui explique que les droits et libertés constituent, ensemble, « les droits de l'Homme » ou, si l'on préfère, « les droits de la personne humaine ».

الجزء الأول:

طرق ضبط حدود الحقوق والحريات

اعتمدت الدساتير ثلاثة طرق لضبط حدود الحقوق والحريات: إما وضع الحدود وضوابطها ضمن الفصل المتعلق بالحق أو بالحرية (القسم الأول) أو تخصيص فصل جامع لضبط شروط وضع الحدود على كل الحقوق والحريات (القسم الثاني) أو المزج بين الطريقتين (القسم الثالث). وقد اعتمد المؤسس التونسي هذه الطريقة الأخيرة في دستور 1 جوان 1959 وفي دستور 27 جانفي 2014 وفي دستور 25 جويلية 2022 (القسم الرابع).

القسم الأول: طريقة التحديات الخاصة

تتمثل هذه الطريقة في وضع القيد المسلط على الحق أو الحرية وشروطه صلب الفصل المخصّص لذلك الحق أو لتلك الحرية، إما بالتنصيص على طبيعة الحد أو بالإحالة على القانون الذي يتولى ذلك. وفي ما يلي بعض الأمثلة على ذلك:

دستور الجزائر 8 ديسمبر 1996³

الفصل 47: تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن.

فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون، وفي نطاق احترامه. ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة.

الفصل 71: الحق في الإضراب معترف به وبممارسة في إطار القانون.

يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق، أو يجعل حدودا لممارسته في ميادين الدفاع الوطني أو الأمن أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع.

دستور المملكة المغربية 29 جويلية 2011

الفصل 27: للمواطنات والمواطنين حق الحصول على المعلومات الموجودة في حوزة الإدارة العمومية والمؤسسات المنتخبة، والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام.

لا يمكن تقييد الحق في المعلومة إلا بمقتضى القانون، بهدف حماية كل ما يتعلق بالدفاع الوطني وحماية أمن الدولة الداخلي والخارجي، والحياة الخاصة للأفراد، وكذا الوقاية من المسّ بالحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور، وحماية مصادر المعلومات والمجالات التي يحددها القانون بدقة.

³ كما وقع تعديله في 06 مارس 2016.

القسم الثاني: طريقة المادة الجاهزة

يتم وفق هذه الطريقة وضع فصل وحيد يضبط شروط الحدّ من كل الحقوق والحريات المنصوص عليها، وتمكّن هذه الطريقة من تفادي الإطالة والتشعب في النصّ الدستوري. ومن أهم الأمثلة على ذلك نذكر الأمثلة التالية:

دستور سويسرا 18 أبريل 1999

الفصل 36: حدود الحقوق الأساسية

1. كلّ حدّ من حقّ أساسي يجب أن يستند إلى أساس تشريعي، والحدود الخطيرة يجب أن ينصّص عليها بقانون، إلا في حالة خطر حقيقي ومباشر وداهم.
2. كلّ حدّ من حقّ أساسي يجب أن يكون مبرّرا بمصلحة عامة أو بحماية حقّ أساسي للغير.
3. كلّ حدّ من حقّ أساسي يجب أن يكون متناسبا مع الهدف المراد تحقيقه.
4. لا يجوز المساس بجوهر الحقوق الأساسية.

دستور كينيا 6 ماي 2010

الفصل 24: الحقوق المنصوص عليها في إعلان الحقوق لا يحدّ منها إلا بقانون، وشريطة أن يكون الحدّ معقولا ومبررا في مجتمع منفتح وديمقراطي قائم على الكرامة الإنسانية والمساواة والحرية، وأخذا بعين الاعتبار العناصر المناسبة، التي من بينها:

- طبيعة الحقّ أو الحرية الأساسية.
- أهمية الهدف من الحد.
- طبيعة الحدّ ومداه.
- الحرص على ألا يضرّ تمتع فرد بحقوقه وحرياته الأساسية بحقوق الغير وحرّياتهم الأساسية.
- العلاقة بين الحدّ والغاية منه. وتبين ما إذا كانت هناك وسائل أقلّ تضييقا لتحقيق نفس الهدف.

الميثاق الكندي للحقوق والحريات 17 أبريل 1982

الفصل الأول: الميثاق الكندي للحقوق والحريات يضمن الحقوق والحريات الواردة في بنوده ولا يمكن ضبطها إلا بقانون بحدود معقولة يمكن إثبات تبريرها في إطار مجتمع حر وديمقراطي.

القسم الثالث: طريقة التحديد المزدوج

اعتمدت بعض الدساتير طريقة ثالثة تتمثل في المزج بين الطريقتين السابقتين، ومن أهم الأمثلة على ذلك نذكر القانون الأساسي الألماني ودستور جنوب أفريقيا⁴.

القانون الأساسي الألماني 23 ماي 1949

يبين القانون الأساسي الألماني المؤرخ في 23 ماي 1949 ضمن الفقرة 2 من فصله العاشر شروط الحدود التي يمكن إدخالها على الحق في سرية المراسلات والاتصالات، ويحدد الفصل 19، بشكل عام، ضوابط الحد من الحقوق الأساسية.

المادة 10 سرية الرسائل والبريد والاتصالات

1. لا يجوز انتهاك سرية الرسائل والمراسلات البريدية والاتصالات.
2. لا يجوز فرض أي تقييدات لهذه السرية إلا بناء على قانون. وإذا كانت هذه التقييدات تفيد في حماية النظام الأساسي الديمقراطي الحر، أو في حماية كيان أو أمن الاتحاد، أو كيان إحدى الولايات أو أمنها، فيجوز أن ينص القانون على عدم إبلاغ المعنيين بهذه التقييدات، والاستعاضة عن المقاضاة بفحص الأشياء المعنية بواسطة هيئات وأجهزة مساعدة يتم تحديدها من قبل المجالس النيابية.

المادة 19 الحد من الحقوق الأساسية – حق التقاضي

1. إذا تم اللجوء وفقاً لهذا القانون الأساسي إلى الحد من أحد الحقوق الأساسية بقانون، أو بناء على قانون، فيجب أن يكون سريان هذا القانون عاماً، وألا يقتصر على حالة منفردة. وعلاوة على ذلك يجب أن يسي هذا القانون الحق الأساسي المعني، والمادة الخاصة به في القانون الأساسي.
2. لا يجوز بأي حال المساس بجوهر مضمون الحق الأساسي ذاته.
3. تسري الحقوق الأساسية أيضاً بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية داخل الدولة، إذا كانت هذه الحقوق في جوهرها صالحة أن تطبق عليها.
4. إذا انتهكت السلطات العامة حقوق أحد، فيمكنه اللجوء إلى التقاضي، ويكون ذلك أمام المحاكم النظامية، إذا لم يكن هناك داع للجوء إلى محكمة مختصة أخرى. ولا يمس ذلك المادة 10 فقرة 2 جملة 2.

4 Voir également la Constitution du Portugal du 2 avril 1976 :

Article 18. Force juridique

1. Les normes constitutionnelles relatives aux droits, aux libertés et aux garanties sont directement applicables et s'imposent aux organismes publics et privés.
2. La loi ne peut restreindre les droits, les libertés et les garanties que dans certains cas expressément prévus par la Constitution. Les restrictions devront se limiter à ce qui est nécessaire à la sauvegarde d'autres droits ou intérêts protégés par la Constitution.
3. Les lois qui restreignent les droits, les libertés et les garanties doivent revêtir un caractère général et abstrait. Elles ne peuvent avoir d'effets rétroactifs, ni restreindre l'étendue et la portée du contenu essentiel des préceptes constitutionnels.

Article 46. Liberté d'association

1. Les citoyens ont le droit de constituer des associations, librement et sans qu'il soit nécessaire de demander une autorisation, dès lors que celles-ci ne se proposent pas d'inciter à la violence et que leurs buts ne sont pas contraires à la loi pénale.
2. Les associations poursuivent librement leurs objectifs sans ingérence des pouvoirs publics. Elles ne peuvent être dissoutes et leurs activités ne peuvent être suspendues par l'État que dans les cas prévus par la loi et en vertu d'une décision judiciaire.
3. Nul ne peut être contraint à faire partie d'une association ni être forcé, par quelque moyen que ce soit, à y rester.
4. Les associations armées ou de type militaire, militarisées ou paramilitaires, ainsi que les organisations racistes ou qui se réclament de l'idéologie fasciste sont interdites.

دستور جنوب إفريقيا 10 ديسمبر 1996

7. الحقوق

الحقوق المنصوص عليها في إعلان الحقوق يمكن أن يقع الحد منها بالحدود الواردة بالفصل 36 أو المنصوص عليها في أي موضع آخر من الإعلان.

36. تقييد الحقوق

1. لا يجوز تقييد الحقوق الواردة في وثيقة الحقوق إلا بمقتضى قانون يطبق على الناس كافة بقدر ما يكون التقييد معقولاً وله ما يبرره في مجتمع مفتوح وديمقراطي يقوم على الكرامة الإنسانية والمساواة والحرية، مع مراعاة كل العوامل ذات الصلة، بما فيها:

أ. طبيعة الحق؛

ب. أهمية الغرض من التقييد؛

ج. طبيعة ونطاق التقييد؛

د. العلاقة بين التقييد وغرضه؛ و

هـ. الوسائل الأقل تقييداً لتحقيق الغرض.

2. باستثناء ما ينص عليه القسم الفرعي (1) أو أي حكم آخر من أحكام الدستور، لا يقيد أي قانون أي حق منصوص عليه في وثيقة الحقوق.

القسم الرابع: الطريقة التي اعتدها المؤسس التونسي لضبط حدود الحقوق والحريات

اعتمد المؤسس التونسي طريقة التحديد المزدوج في دستور 1959 وفي دستوري 2014 و2022 ولا بدّ من التمييز بين دستور 1959، من ناحية، ودستوري 2014 و2022، من ناحية أخرى، لأنّ ضبط دستور 1959 لحدود الحقوق والحريات كان صوريًا.

1. دستور 1 جوان 1959

مزج دستور 1959 بين الطريقتين، إذ احتوى على فصل جامع (الفصل السابع) وأدرج حدودا خصوصية ضمن جل الفصول المتعلقة بالحقوق والحريات. لقد حدّ الدستور من الحقوق والحريات لكنّ ضبطه لهذه الحدود كان صوريًا، إذ اكتفى الفصل الجامع بالتنصيص على التحفظ التشريعي وذكر موجبات الحدّ، أما الحدود الخصوصية فإما أنها أحالت على القانون دون قيد أو شرط أو أنها شرعت للحد بموجب الحفاظ على الأمن العام.

أ. الفصل الجامع

الفصل 7: يتمتع المواطن بحقوقه كاملة بالطرق والشروط المبينة بالقانون، ولا يحد من هذه الحقوق إلا بقانون يتخذ لاحترام حقوق الغير ولصالح الأمن العام والدفاع الوطني ولازدهار الاقتصاد وللنهوض الاجتماعي.

ب. الحدود الخصوصية

الفصل 5: تضمن الجمهورية التونسية الحريات الأساسية وحقوق الإنسان في كونيتها وشموليتها وتكاملها وترابطها.

تقوم الجمهورية التونسية على مبادئ دولة القانون والتعددية وتعمل من أجل كرامة الإنسان وتنمية شخصيته.

تعمل الدولة والمجتمع على ترسيخ قيم التضامن والتآزر والتسامح بين الأفراد والفئات والأجيال.

الجمهورية التونسية تضمن حرمة الفرد وحرية المعتقد وتحمي حرية القيام بالشعائر الدينية ما لم تخل بالأمن العام.

الفصل 8: حرية الفكر والتعبير والصحافة والنشر والاجتماع وتأسيس الجمعيات مضمونة وتمارس حسبما يضبطه القانون.

الفصل 9: حرمة المسكن وسرية المراسلة وحماية المعطيات الشخصية مضمونة إلا في الحالات الاستثنائية التي يضبطها القانون.

الفصل 10: لكل مواطن حرية التنقل داخل البلاد وإلى خارجها واختيار مقر إقامته في حدود القانون.

الفصل 13:... كل فرد فقد حرته يعامل معاملة إنسانية في كنف احترام كرامته طبقا للشروط التي يضبطها القانون.

2. دستور 27 جانفي 2014

لقد تدرّج المجلس الوطني التأسيسي في وضع شروط الحدّ من الحقوق والحريات:

1. اكتفى مشروع مسودة الدستور (14 أوت 2012) بضبط قيود لممارسة بعض الحقوق الخاصة على غرار دستور غرة جوان 1959.
2. اكتفت مسودة مشروع الدستور (14 ديسمبر 2012) بضبط قيود لممارسة بعض الحقوق الخاصة على غرار دستور غرة جوان 1959.
3. اكتفى مشروع الدستور (22 أبريل 2013) بضبط قيود لممارسة بعض الحقوق الخاصة على غرار دستور غرة جوان 1959.
4. أدرج مشروع دستور الجمهورية التونسية (غرة جوان 2013) لأول مرة فصلا جامعا ولم ينص هذا المشروع على مبدأ التناسب وهو الفصل 48 الذي ينص على ما يلي:
«يقرر القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمنة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا يتخذ القانون إلا لحماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة. وتسهر الهيئات القضائية على حماية الحقوق والحريات من أي انتهاك.»
5. على إثر التوافقات، وقع إدراج مبدأ التناسب ومبدأ عدم التراجع (principe de non régression)⁵ ضمن الفصل الجامع لدستور 27 جانفي 2014 وتمّ ذلك أثناء القراءة الأولى فصلا فصلا لمشروع الدستور.⁶

الفصل 49: يحدد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمنة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية ويهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها.

وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من كل انتهاك.

لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمنة في هذا الدستور.

5 انظر الجزء الثالث من هذا الدرس.

6 ملاحظة: لقد اقترحنا إدراج فصل جامع يعنى بهذه المسألة منذ صدور نص «مسودة مشروع الدستور» هذا نصّه: «لا تخضع ممارسة الحقوق المنصوص عليها بهذا الباب إلا للحدود المقررة في القانون، ما لم تمنّ من جوهرها وشريطة أن تشكل هذه الحدود تدابير ضرورية في مجتمع مدني ديمقراطي تتخذ لحماية حقوق الغير وحرياته أو الأمن الوطني أو الأمن العمومي ولا بد من وجود تناسب بين القيود المفروضة والأهداف التي تبررها ومن توفير سبل الطعن فيها.» انظر إلى: سليم اللغماني، سلوى الحمروني ولسسبيل الفليبي، «الحقوق والحريات»، اليوم الدراسي عبد الفتاح عمر، قراءة في مسودة مشروع الدستور: تقييم واقتراحات، 15 جانفي 2013، نشر بمساندة مؤسسة هانس سايدل في مارس 2013 ص 31-58.

وإلى جانب الفصل الجامع، وقع الإبقاء على الإحالة على القانون في ما يخص حقوق وحرّيات خاصة:

الحق في الحياة لا يمكن المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون.	الفصل 22:
حق اللجوء السياسي مضمون طبق ما يضبطه القانون.	الفصل 26:
تحدد مدة الإيقاف والاحتفاظ بقانون.	الفصل 29:
حقوق الانتخابات والاقتراع والترشح مضمونة طبق ما يضبطه القانون. تعمل الدولة على ضمان تمثيلية المرأة في المجالس المنتخبة.	الفصل 34:
تضمن الدولة الحق في التغطية الاجتماعية طبق ما ينظمه القانون.	الفصل 38:
حق الملكية مضمون، ولا يمكن النيل منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون. الملكية الفكرية مضمونة.	الفصل 41:
الترشح لعضوية مجلس نواب الشعب حق لكل ناخب تونسي الجنسية منذ عشر سنوات على الأقل، بلغ من العمر ثلاثا وعشرين سنة كاملة يوم تقديم ترشحه، شرط أن لا يكون مشمولاً بأي صورة من صور الحرمان التي يضبطها القانون.	الفصل 53:
يعدّ ناخبا كل مواطن تونسي الجنسية بلغ من العمر ثماني عشرة سنة كاملة وفق الشروط التي يحددها القانون الانتخابي.	الفصل 54:
الترشح لمنصب رئيس الجمهورية حق لكل ناخبة أو ناخب تونسي الجنسية منذ الولادة، دينه الإسلام. يشترط في المترشح يوم تقديم ترشحه أن يكون بالغا من العمر خمسا وثلاثين سنة على الأقل. وإذا كان حاملا لجنسية غير الجنسية التونسية فإنه يقدم ضمن ملف ترشحه تعهدا بالتخلي عن الجنسية الأخرى عند التصريح بانتخابه رئيسا للجمهورية. تشتري تزكية المترشح من قبل عدد من أعضاء مجلس نواب الشعب أو رؤساء مجالس الجماعات المحلية المنتخبة أو الناخبين المرسمين حسبما يضبطه القانون الانتخابي.	الفصل 74:

3. دستور 25 جويلية 2022

ليس هناك اختلاف نوعي بين دستوري 2014 و2022 في مجال حقوق الإنسان بصفة عامة ومسألة ضبط حدود الحقوق والحريات بصفة خاصة. وسوف نبين ذلك بمقارنة الحقوق والحريات في الدستورين ومقارنة الفصلين 49 و55.

أ. الحقوق والحريات في دستوري 2014 و2022

خصّص دستور 25 جويلية 2022 **واحدا وأربعين** (41) فصلا للحقوق والحريات (**أربعة وثلاثون** -34- في باب الحقوق والحريات، **خمسة** -5- في باب الوظيفة التشريعية والوظيفة التنفيذية و**اثنان** -2- في باب الوظيفة القضائية).

- **ثمان وعشرون** (28) منهم نقلوا من دستور 27 جانفي 2014 بدون تغيير أو مع تغيير في الصياغة لا يمسّ الأصل.
- **أحد عشر فصلا** (11) نقلوا من دستور 27 جانفي 2014 مع تغيير في المضمون.
- **أضاف فصلين جديدين**: الفصل السادس والعشرون (26) والفصل الثالث والخمسون (53).
- وقع تجزئة بعض فصول دستور 27 جانفي 2014 وتحويلها من فصل إلى فصلين:

الفصل 6: الفصلين 27 و28.

الفصل 21: الفصلين 22 و23.

الفصل 74: الفصلين 88 و89.

الفصل 108: الفصلين 123 و124.

وفي ما يلي جدول لمقارنة أحكام الحقوق والحريات في الدستورين: باللون **الأزرق** تغيير في الصياغة وباللون **الأخضر** تغيير في الأصل.

دستور 25 جويلية 2022	دستور 27 جانفي 2014
الباب الثاني – الحقوق والحريات	
الفصل الثاني والعشرون – تضمن الدولة للمواطنين والمواطنات الحقوق والحريات الفردية والعامة وتبرئ لهم أسباب العيش الكريم.	الفصل 21 -.... تضمن الدولة للمواطنين والمواطنات الحقوق والحريات الفردية والعامة، وتبرئ لهم أسباب العيش الكريم.
الفصل الثالث والعشرون – المواطنون والمواطنات متساوون في الحقوق والواجبات وهم سواء أمام القانون دون أي تمييز.	الفصل 21 -المواطنون والمواطنات متساوون في الحقوق والواجبات، وهم سواء أمام القانون من غير تمييز...
الفصل الرابع والعشرون – الحق في الحياة مقدّس. ولا يجوز المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون.	الفصل 22 -الحق في الحياة مقدس، لا يجوز المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون.

<p>الفصل الخامس والعشرون – تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد، وتمنع التعذيب المعنوي والمادي. ولا تسقط جريمة التعذيب بالتقادم.</p>	<p>الفصل 23 - تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد، وتمنع التعذيب المعنوي والمادي. ولا تسقط جريمة التعذيب بالتقادم.</p>
<p>الفصل السادس والعشرون – حرّية الفرد مضمونة .</p>	
<p>الفصل السابع والعشرون – تضمن الدولة حرّية المعتقد وحرّية الضمير.</p>	<p>الفصل 6 - الدولة راعية للدين، كافلة لحرّية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينيّة، ضامنة لحياد المساجد ودور العبادة عن التوظيف الحزبي.</p>
<p>الفصل الثامن والعشرون – تحمي الدولة حرّية القيام بالشعائر الدينيّة ما لم تخل بالأمن العامّ.</p>	<p>تلتزم الدولة بنشر قيم الاعتدال والتسامح وبحماية المقدّسات ومنع التّيل منها، كما تلتزم بمنع دعوات التكفير والتّحريض على الكراهية والعنف وبالتّصدي لها.</p>
<p>الفصل التاسع والعشرون – حقّ الملكية مضمون، ولا يمكن الحدّ منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون.</p> <p>الملكيّة الفكرية مضمونة.</p>	<p>الفصل 41 - حق الملكية مضمون، ولا يمكن النيل منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون.</p> <p>الملكية الفكرية مضمونة.</p>
<p>الفصل الثلاثون – تحمي الدولة الحياة الخاصّة وحرمة المسكن وسريّة المراسلات والاتّصالات والمعطيات الشّخصيّة.</p> <p>لكلّ مواطن حرّية في اختيار مقرّ إقامته وفي التّنقل داخل الوطن وله الحقّ في مغادرته.</p>	<p>الفصل 24 - تحمي الدولة الحياة الخاصّة، وحرمة المسكن، وسريّة المراسلات والاتّصالات والمعطيات الشّخصية. لكل مواطن الحرية في اختيار مقرّ إقامته وفي التنقل داخل الوطن وله الحق في مغادرته.</p>
<p>الفصل الحادي والثلاثون – يحجّر سحب الجنسيّة التّونسيّة من أيّ مواطن أو تغريبه أو تسليمه أو منعه من العودة إلى الوطن.</p>	<p>الفصل 25 - يحجر سحب الجنسية التونسية. من أي مواطن أو تغريبه أو تسليمه أو منعه من العودة إلى الوطن.</p>
<p>الفصل الثّاني والثلاثون – حقّ اللّجوء السّياسيّ مضمون طبق ما يضبطه القانون، ويحجّر تسليم المتمتّعين باللّجوء السّياسيّ.</p>	<p>الفصل 26 - حق اللجوء السياسي مضمون طبق ما يضبطه القانون، ويحجر تسليم المتتمتعين باللجوء السياسي.</p>
<p>الفصل الثّالث والثلاثون – المتّهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تُكفل له فيها جميع ضمانات الدّفاع في أطوار التّتبّع والمحاكمة.</p>	<p>الفصل 27 - المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تُكفل له فيها جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع والمحاكمة.</p>

<p>الفصل الرابع والثلاثون - العقوبة شخصية ولا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق الوضع، باستثناء حالة النص الأرق بالمتهم.</p>	<p>الفصل 28 - العقوبة شخصية، ولا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق الوضع، عدا حالة النص الأرق بالمتهم.</p>
<p>الفصل الخامس والثلاثون - لا يمكن إيقاف شخص أو الاحتفاظ به إلا في حالة التلبس أو بقرار قضائي، ويعلم فوراً بحقوقه وبالتهمة المنسوبة إليه، وله أن ينيب محامياً. وتحدد مدة الإيقاف والاحتفاظ بقانون.</p>	<p>الفصل 29 - لا يمكن إيقاف شخص أو الاحتفاظ به إلا في حالة التلبس أو بقرار قضائي، ويعلم فوراً بحقوقه وبالتهمة المنسوبة إليه، وله أن ينيب محامياً. وتحدد مدة الإيقاف والاحتفاظ بقانون.</p>
<p>الفصل السادس والثلاثون - لكل سجين الحق في معاملة إنسانية تحفظ كرامته. تراعي الدولة في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية مصلحة الأسرة، وتعمل على إعادة تأهيل السجن وإدماجه في المجتمع.</p>	<p>الفصل 30 - لكل سجين الحق في معاملة إنسانية تحفظ كرامته. تراعي الدولة في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية مصلحة الأسرة، وتعمل على إعادة تأهيل السجن وإدماجه في المجتمع.</p>
<p>الفصل السابع والثلاثون - حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر مضمونة. لا يجوز ممارسة رقابة مسبقة على هذه الحريات.</p>	<p>الفصل 31 - حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر مضمونة. لا يجوز ممارسة رقابة مسبقة على هذه الحريات.</p>
<p>الفصل الثامن والثلاثون - تضمن الدولة الحق في الإعلام والحق في النفاذ إلى المعلومة. تسعى الدولة إلى ضمان الحق في النفاذ إلى شبكات الاتصال.</p>	<p>الفصل 32 - تضمن الدولة الحق في الإعلام والحق في النفاذ إلى المعلومة. تسعى الدولة إلى ضمان الحق في النفاذ إلى شبكات الاتصال.</p>
<p>الفصل التاسع والثلاثون - حقوق الانتخاب والاقتراع والترشح مضمونة طبق ما يضبطه القانون. تعمل الدولة على ضمان تمثيلية المرأة في المجالس المنتخبة⁷.</p>	<p>الفصل 34 - حقوق الانتخاب والاقتراع والترشح مضمونة طبق ما يضبطه القانون. تعمل الدولة على ضمان تمثيلية المرأة في المجالس المنتخبة⁷.</p>
<p>الفصل الأربعون - حرية تكوين الأحزاب والنقابات والجمعيات مضمونة. تلتزم الأحزاب والنقابات والجمعيات في أنظمتها الأساسية وفي أنشطتها بأحكام الدستور والقانون وبالشفافية المالية ونبذ العنف.</p>	<p>الفصل 35 - حرية تكوين الأحزاب والنقابات والجمعيات مضمونة. تلتزم الأحزاب والنقابات والجمعيات في أنظمتها الأساسية وفي أنشطتها بأحكام الدستور والقانون وبالشفافية المالية ونبذ العنف.</p>

⁷ لا يعتبر عدم إدراج الفقرة الثانية من الفصل 34 في الفصل 39 من دستور 2022 تراجعاً أو حتى تغييراً في المضمون لأن هذه الفقرة كانت تمثل تكراراً للفقرة 3 من الفصل 46 في دستور 2014 التي تنص على التناصف بين المرأة والرجل في المجالس المنتخبة. ولقد تبني الفصل 51 من دستور 2022 هذه الفقرة (الأكثر ضماناً لحقوق المرأة). ولهذا السبب تعتبر حذف هذه الفقرة تحسناً في الصياغة.

<p>الفصل الحادي والأربعون - الحق النقابي بما في ذلك حق الإضراب مضمون. ولا ينطبق هذا الحق على الجيش الوطني. ولا يشمل حق الإضراب القضاة وقوات الأمن الداخلي والديوانة.</p>	<p>الفصل 36 - الحق النقابي بما في ذلك حق الإضراب مضمون. ولا ينطبق هذا الحق على الجيش الوطني. ولا يشمل حق الإضراب قوات الأمن الداخلي والديوانة.</p>
<p>الفصل الثاني والأربعون - حرية الاجتماع والتظاهر السلميين مضمونة.</p>	<p>الفصل 37 - حرية الاجتماع والتظاهر السلميين مضمونة.</p>
<p>الفصل الثالث والأربعون - الصحة حق لكل إنسان. تضمن الدولة الوقاية والرعاية الصحية لكل مواطن، وتوفّر الإمكانيات الضرورية لضمان السلامة وجودة الخدمات الصحية. تضمن الدولة العلاج المجاني لفاقد السند، ولذوي الدخل المحدود. وتضمن الحق في التغطية الاجتماعية طبق ما ينظمه القانون.</p>	<p>الفصل 38 - الصحة حق لكل إنسان. تضمن الدولة الوقاية والرعاية الصحية لكل مواطن وتوفّر الإمكانيات الضرورية لضمان السلامة وجودة الخدمات الصحية. تضمن الدولة العلاج المجاني لفاقد السند، ولذوي الدخل المحدود. وتضمن الحق في التغطية الاجتماعية طبق ما ينظمه القانون.</p>
<p>الفصل الرابع والأربعون - التعليم إلزامي إلى سن السادسة عشرة. تضمن الدولة الحق في التعليم العمومي المجاني بكامل مراحل، وتسعى إلى توفير الإمكانيات الضرورية لتحقيق جودة التربية والتعليم والتكوين. كما تعمل على تأصيل الناشئة في هويتها العربية الإسلامية وانتمائها الوطني وعلى ترسيخ اللغة العربية ودعمها وتعميم استخدامها والانفتاح على اللغات الأجنبية والحضارات الإنسانية ونشر ثقافة حقوق الإنسان.</p>	<p>الفصل 39 - التعليم إلزامي إلى سن السادسة عشرة. تضمن الدولة الحق في التعليم العمومي المجاني بكامل مراحل، وتسعى إلى توفير الإمكانيات الضرورية لتحقيق جودة التربية والتعليم والتكوين. كما تعمل على تأصيل الناشئة في هويتها العربية الإسلامية وانتمائها الوطني وعلى ترسيخ اللغة العربية ودعمها وتعميم استخدامها والانفتاح على اللغات الأجنبية والحضارات الإنسانية ونشر ثقافة حقوق الإنسان.</p>
<p>الفصل الخامس والأربعون - الحريات الأكاديمية وحرية البحث العلمي مضمونة. توفّر الدولة الإمكانيات اللازمة للابتكار⁸ ولتطوير البحث العلمي.</p>	<p>الفصل 33 - الحريات الأكاديمية وحرية البحث العلمي مضمونة. توفر الدولة الإمكانيات اللازمة لتطوير البحث العلمي والتكنولوجي .</p>

8 يمكن أن نعتبر «الابتكار» نتيجة من نتائج البحث العلمي.

<p>الفصل السّادس والأربعون – العمل حقّ لكلّ مواطن ومواطنة، وتتخذ الدّولة التّدابير الضّروريّة لضمانه على أساس الكفاءة والإنصاف.</p> <p>ولكلّ مواطن ومواطنة الحقّ في العمل في ظروف لائقة وبأجر عادل.</p>	<p>الفصل 40 - العمل حق لكل مواطن ومواطنة، وتتخذ الدولة التدابير الضرورية لضمانه على أساس الكفاءة والإنصاف.</p> <p>ولكل مواطن ومواطنة الحق في العمل في ظروف لائقة وبأجر عادل.</p>
<p>الفصل السّابع والأربعون – تضمن الدّولة الحقّ في بيئة سليمة ومتوازنة والمساهمة في سلامة المناخ. وعلى الدّولة توفير الوسائل الكفيلة بالقضاء على التلوّث البيئيّ.</p>	<p>الفصل 45 - تضمن الدولة الحق في بيئة سليمة ومتوازنة والمساهمة في سلامة المناخ. وعلى الدولة توفير الوسائل الكفيلة بالقضاء على التلوث البيئي.</p>
<p>الفصل الثّامن والأربعون – على الدّولة توفير الماء الصّالح للشّراب للجميع على قدم المساواة، وعلمها المحافظة على الثّروة المائيّة للأجيال القادمة.</p>	<p>الفصل 44 - الحق في الماء مضمون. المحافظة على الماء وترشيد استغلاله واجب على الدولة والمجتمع.</p>
<p>الفصل التّاسع والأربعون – الحقّ في الثّقافة مضمون .</p> <p>حرية الإبداع مضمونة. تشجّع الدّولة الإبداع الثّقافيّ وتدعم الثّقافة الوطنيّة في تأصلها وتنوعها وتجدها، بما يكرّس قيم التّسامح ونبذ العنف والانفتاح على مختلف الثّقافات.</p> <p>تحمي الدّولة الموروث الثّقافيّ وتضمن حقّ الأجيال القادمة فيه.</p>	<p>الفصل 42 - الحق في الثقافة مضمون.</p> <p>حرية الإبداع مضمونة، وتشجع الدولة الإبداع الثقافي، وتدعم الثقافة الوطنية في تأصلها وتنوعها وتجدها، بما يكرس قيم التسامح ونبذ العنف والانفتاح على مختلف الثقافات والحوار بين الحضارات⁹.</p> <p>تحمي الدولة الموروث الثقافي وتضمن حق الأجيال القادمة فيه.</p>
<p>الفصل الخمسون – تدعم الدّولة الرّيافة، وتسعى إلى توفير الإمكانيّات اللازمة لممارسة الأنشطة الرّيافية والترفيهيّة.</p>	<p>الفصل 43 - تدعم الدولة الرياضة، وتسعى إلى توفير الإمكانيات اللازمة لممارسة الأنشطة الرياضية والترفيهية.</p>

⁹ أعتبر شخصياً أنّ «الحوار بين الحضارات» عبارة فاقدة للمعنى. فالحضارات لا تتحاور وإنما الحوار يتم بين أشخاص ينتمون إلى حضارات مختلفة، ولهذا السبب أعتبر حذف هذه العبارة مع الإبقاء على ضرورة «الانفتاح على مختلف الثقافات» تحسين في الصياغة.

<p>الفصل الحادي والخمسون - تلتزم الدولة بحماية الحقوق المكتسبة للمرأة وتعمل على دعمها وتطويرها.</p> <p>تضمن الدولة تكافؤ الفرص بين الرجل والمرأة في تحمل مختلف المسؤوليات وفي جميع المجالات.</p> <p>تسعى الدولة إلى تحقيق التناصف بين المرأة والرجل في المجالس المنتخبة.</p> <p>تتخذ الدولة التدابير الكفيلة بالقضاء على العنف ضد المرأة.</p>	<p>الفصل 46 - تلتزم الدولة بحماية الحقوق المكتسبة للمرأة وتعمل على دعمها وتطويرها.</p> <p>تضمن الدولة تكافؤ الفرص بين الرجل والمرأة في تحمل مختلف المسؤوليات وفي جميع المجالات.</p> <p>تسعى الدولة إلى تحقيق التناصف بين المرأة والرجل في المجالس المنتخبة.</p> <p>تتخذ الدولة التدابير الكفيلة بالقضاء على العنف ضد المرأة.</p>
<p>الفصل الثاني والخمسون - حقوق الطفل مضمونة. وعلى أبويه وعلى الدولة أن يضمنوا له الكرامة والصحة والرعاية والتربية والتعليم. وعلى الدولة أيضا توفير جميع أنواع الحماية لكل الأطفال دون تمييز وفق مصالح الطفل الفضلى. وتتكفل الدولة بالأطفال المتخلى عنهم أو مجهولي النسب.</p>	<p>الفصل 47 - حقوق الطفل على أبويه وعلى الدولة ضمان الكرامة والصحة والرعاية والتربية والتعليم. على الدولة توفير جميع أنواع الحماية لكل الأطفال دون تمييز ووفق المصالح الفضلى للطفل.</p>
<p>الفصل الثالث والخمسون - تضمن الدولة المساعدة للمستين الذين لا سند لهم.</p>	
<p>الفصل الرابع والخمسون - تحمي الدولة الأشخاص ذوي الإعاقة من كل تمييز. تتخذ كل التدابير التي تضمن لهم الاندماج الكامل في المجتمع.</p>	<p>الفصل 48 - تحمي الدولة الأشخاص ذوي الإعاقة من كل تمييز. لكل مواطن ذي إعاقة الحق في الانتفاع، حسب طبيعة إعاقته، بكل التدابير التي تضمن له الاندماج الكامل في المجتمع. وعلى الدولة اتخاذ جميع الإجراءات الضرورية لتحقيق ذلك.</p>
<p>الفصل الخامس والخمسون - لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور إلا بمقتضى قانون ولضرورة يقتضها نظام ديمقراطي ويهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العمومية.</p> <p>ويجب ألا تمس هذه القيود بجوهر الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وأن تكون مبررة بأهدافها، متناسبة مع دواعيها.</p> <p>لا يجوز لأي تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور.</p> <p>على كل الهيئات القضائية أن تحمي هذه الحقوق والحريات من أي انتهاك.</p>	<p>الفصل 49 - يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضها دولة مدنية ديمقراطية ويهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك.</p> <p>لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور.</p>

الحقوق الانتخابية

<p>الفصل الثامن والخمسون – الترشح لعضوية مجلس نواب الشعب حق لكل ناخب أو ناخبة وُلد لأب تونسي أو لأُم تونسية وبلغ من العمر ثلاثا وعشرين سنة كاملة يوم تقديم ترشحه، شرط ألا يكون مشمولاً بأي صورة من صور الحرمان التي يضبطها القانون الانتخابي.</p>	<p>الفصل 53 - الترشح لعضوية مجلس نواب الشعب حق لكل ناخب تونسي الجنسية منذ عشر سنوات على الأقل، بلغ من العمر ثلاثا وعشرين سنة كاملة يوم تقديم ترشحه، شرط أن لا يكون مشمولاً بأي صورة من صور الحرمان التي يضبطها القانون.</p>
<p>الفصل التاسع والخمسون – يُعتبر ناخبا كل مواطن أو مواطنة يتمتع بالجنسية التونسية وبلغ من العمر ثماني عشرة سنة كاملة، وتتوفر فيه الشروط التي يحددها القانون الانتخابي.</p>	<p>الفصل 54 - يعد ناخبا كل مواطن تونسي الجنسية بلغ من العمر ثماني عشرة سنة كاملة وفق الشروط التي يحددها القانون الانتخابي.</p>
<p>الفصل الستون – يتم انتخاب أعضاء مجلس نواب الشعب انتخاباً عاماً حراً مباشراً سرّياً لمدة خمس سنوات خلال الأشهر الثلاثة الأخيرة من المدة النيابية وفق ما يضبطه القانون الانتخابي.</p>	<p>الفصل 55 - يُنتخب أعضاء مجلس نواب الشعب انتخاباً عاماً، حراً، مباشراً، سرّياً، نزهماً، وشفافاً. وفق القانون الانتخابي. يضمن القانون الانتخابي حق الانتخاب والتمثيلية للتونسيين بالخارج في مجلس نواب الشعب.</p>
<p>الفصل الثامن والثمانون – رئيس الجمهورية هو رئيس الدولة ودينه الإسلام.</p>	<p>الفصل 74 - الترشح لمنصب رئيس الجمهورية حق لكل ناخبة أو ناخب تونسي الجنسية منذ الولادة، دينه الإسلام.</p>
<p>الفصل التاسع والثمانون – الترشح لمنصب رئيس الجمهورية حق لكل تونسي أو تونسية غير حامل لجنسية أخرى مولود لأب وأم، وجد لأب، وجد لأُم تونسيين، وكلهم تونسيون دون انقطاع.</p> <p>ويجب أن يكون المترشح أو المترشحة، يوم تقديم ترشحه، بالغاً من العمر أربعين سنة على الأقل ومتمتعاً بجميع حقوقه المدنية والسياسية.</p> <p>يقع تقديم الترشح للهيئة العليا المستقلة للانتخابات حسب الطريقة والشروط المنصوص عليها بالقانون الانتخابي.</p>	<p>يشترط في المترشح يوم تقديم ترشحه أن يكون بالغاً من العمر خمساً وثلاثين سنة على الأقل.</p> <p>وإذا كان حاملاً لجنسية غير الجنسية التونسية فإنه يقدم ضمن ملف ترشحه تعهداً بالتخلي عن الجنسية الأخرى عند التصريح بانتخابه رئيساً للجمهورية.</p> <p>تشرط تركية المترشح من قبل عدد من أعضاء مجلس نواب الشعب أو رؤساء مجالس الجماعات المحلية المنتخبة أو الناخبين المرسمين حسبما يضبطه القانون الانتخابي.</p>

الحقوق القضائية

الفصل المائة وثلاثة وعشرون – تعمل الدولة على ضمان حقّ التّقاضي على درجتين.

الفصل المائة وأربعة وعشرون – لكلّ شخص الحقّ في محاكمة عادلة في أجل معقول. والمتقاضون متساوون أمام القضاء. حقّ التّقاضي وحقّ الدّفاع مضمونان. ويسرّ القانون اللّجوء إلى القضاء ويكفل لغير القادرين ماليًا الإعانة العدليّة. جلسات المحاكم علنيّة إلاّ إذا اقتضى القانون سرّيّتها، ولا يكون التّصريح بالحكم إلاّ في جلسة علنيّة.

الفصل 108- لكل شخص الحق في محاكمة عادلة في أجل معقول، والمتقاضون متساوون أمام القضاء. حق التقاضي وحق الدفاع مضمونان، ويسر القانون اللجوء إلى القضاء ويكفل لغير القادرين ماليًا الإعانة العدليّة. ويضمن القانون التقاضي على درجتين. جلسات المحاكم علنية إلا إذا اقتضى القانون سرّيتها ولا يكون التصريح بالحكم إلا في جلسة علنية.

ب. الفصل الجامع في دستوري 2014 و2022

نصّ الفصل الخامس والخمسون كما صدر في الأمر الرئاسي عدد 578 لسنة 2022 مؤرخ في 30 جوان 2022 المتعلّق بنشر مشروع الدستور الجديد للجمهورية التونسية موضوع الاستفتاء المقرر ليوم الاثنين 25 جويلية 2022 على ما يلي:

«لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور إلاّ بمقتضى قانون ولضرورة يقتضيها الدفاع الوطني أو الأمن العام أو الصحة العمومية أو حماية حقوق الغير أو الآداب العامة.

ويجب ألاّ تمسّ هذه القيود بجوهر الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وأن تكون مبرّرة بأهدافها ومتلائمة مع دواعيها.

لا يجوز لأيّ تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور. وعلى كل الهيئات القضائية أن تحمي هذه الحقوق والحريات من أي انتهاك.»

وأثارت هذه الصياغة ضجّة لدى المهتمّين بمسألة الحقوق والحريات من حقوقيين وجامعيين بسبب حذف عبارة «عند الضرورة التي تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية» والاكتفاء بذكر موجبات الحدّ من الحقوق والحريات، وكذلك بسبب تعويض «التناسب» بالتلاؤم الذي، كما سترى لاحقا، ليس إلّا عنصرا من عناصر التناسب.

وفي 8 جويلية 2022، صدر الأمر الرئاسي عدد 607 لسنة 2022 المتعلّق بإصلاح أخطاء تسربت إلى مشروع الدستور المنشور بمقتضى الأمر الرئاسي عدد 578 لسنة 2022... ونصّ الفصل الخامس والخمسون المعدّل بمقتضى هذا الأمر على ما يلي:

«لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور إلا بمقتضى قانون ولضرورة يقتضها نظام ديمقراطي ويهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العمومية. ويجب ألا تمس هذه القيود بجوهر الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وأن تكون مبررة بأهدافها، متناسبة مع دواعيها.

لا يجوز لأي تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور.

على كل الهيئات القضائية أن تحمي هذه الحقوق والحريات من أي انتهاك».

تمّ إذن التفاعل، جزئياً، مع الانتقادات التي وجّهت إلى الصياغة الأولى وتثبيت اختيار دستور 2014 مع اختلافات في ترتيب الفقرات (اللون الأزرق) والصياغة (اللون الأخضر) والأصل (اللون الأحمر) نبيّها في الجدول التالي ونعود إليها بالتفصيل لاحقاً:

الفصل 49 من دستور 2014	الفصل 55 من دستور 2022
<p>يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية ويهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك.</p>	<p>لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور إلا بمقتضى قانون ولضرورة يقتضيها نظام ديمقراطي ويهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العمومية.</p>
	<p>ويجب ألاّ تمس هذه القيود بجوهر الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وأن تكون مبررة بأهدافها، متناسبة مع دواعيها.</p>
<p>لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور.</p>	<p>لا يجوز لأي تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور.</p>
	<p>على كلّ الهيئات القضائية أن تحمي هذه الحقوق والحريات من أي انتهاك.</p>

وإلى جانب الفصل الجامع، أبقى دستور 25 جويلية 2022 على الإحالة على القانون في ما يخص حقوقاً وحريات خاصة سوف نعود إليها بالتفصيل في الجزء الثالث.

الجزء الثاني:

مقتضيات الفصل 55

سوف نتعرض في هذا الجزء إلى مقتضيات تطبيق الفصل 55 ثم إلى تطبيق مقتضيات الفصل 55 أو الجهات المعنية بتطبيق هذا الفصل.

القسم الأول: مقتضيات تطبيق الفصل 55

لا يقتصر الفصل 55 على دسترة ضوابط الحدّ من الحقوق والحريّات ويتجاوز ذلك إلى التنصيص على مبدأ عدم التراجع وعلى محورية دور الهيئات القضائية في حماية الحقوق والحريّات. وخلافاً للفصل 49، خصّص الفصل 55 فقرة لكل مسألة من هذه المسائل. وسوف نكتفي في هذا القسم الأول بعرض ضوابط الحدّ من الحقوق والحريّات ومبدأ عدم التراجع بحكم أنّ دور الهيئات القضائية يتعلّق بتطبيق مقتضيات الفصل 55، موضوع القسم الثاني.

1. ضوابط الحدّ من الحقوق والحريّات

شروط الحدّ من الحقوق والحريّات خمس: التحفظ التشريعي، أنّ لا ينال الحدّ من جوهر الحق أو الحرية المعنية، الوجود الفعلي لموجب الحدّ من الحق أو الحرية، وجود «ضرورة يقتضيها نظام ديمقراطي» و«التناسب».

أ. احترام التحفظ التشريعي

يطرح التحفظ التشريعي ثلاثة مسائل: طبيعة النصّ الذي يحدّ من الحق أو الحرية ومواصفاته، صنف القوانين التي تحدّ من الحق أو الحرية وهل أنه يمكن الحدّ من الحقوق والحريّات بمقتضى مراسيم.

المسألة الأولى

يعني التحفظ التشريعي أنّ الحدّ من الحقّ أو الحرية يتمّ بمقتضى قانون بالمعنى الضيق للكلمة أي بمقتضى نصّ صادر عن السلطة التشريعية ولا بد من أن يتوفر في نصّ القانون شرط الوضوح والمقرونية والدقة كما يبين ذلك فقه القضاء الدستوري المقارن والدولي¹⁰. ونخصّ بالذكر هنا لجنة حقوق الإنسان وهي الهيئة التي تسهر على احترام مقتضيات العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بحكم أنّ الدولة التونسية صادقت على هذه المعاهدة وقبلت ولاية اللجنة. وفي هذا الصدد أصدرت اللجنة التعليق العام رقم 27 (1999) المتعلّق بحرية التنقل (المادة 12 من العهد) أكّدت فيه أنّه «ينبغي للقوانين التي تجيز تطبيق القيود أن تستخدم معايير دقيقة، ولا يجوز لها أن تمنح المسؤولين عن تنفيذها حرية غير مقيدة للتصرف حسب تقديراتهم»¹¹.

10 راجع في هذا الصدد: كوثر دباش، الفصل 49 والحريّات الفردية: هل من قراءة أخرى؟، نشر المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات 2021، ص 115 إلى ص 126.
NEJI (Lamia), « Le problème de la qualité de la loi », in sous la coordination scientifique de Moutez Gargouri et de Lamia Néji, La loi, Faculté de droit de 186-Sfax, Latrache Edition, 2022, pp. 145

11 الفقرة 13 من التعليق العام رقم 27. <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/hrc-gc27.html>

المسألة الثانية:

أصناف القوانين التي يمكن أن تحد من الحقوق والحريات

- يتمّ الحدّ من الحقّ أو الحرية بمقتضى قانون أساسي بما أنّ الفصل 75 من الدستور ينص على أنّ النصوص المتعلقة بالحريات وحقوق الإنسان تتخذ شكل قوانين أساسية¹². لكن الفصل ذاته أوكل للقوانين التشريع في بعض مجالات الحقوق والحريات:

«- الجنسية،

- ضبط الجنايات والجنح والعقوبات المنطبقة عليها وكذلك المخالفات المستوجبة لعقوبة سالبة للحرية،
- العفو العام،

- الضمانات الأساسية الممنوحة للموظفين المدنيين والعسكريين،

- المبادئ الأساسية لنظام الملكية والحقوق العينية والتعليم والبحث العلمي والثقافة والصحة العمومية والبيئة والتهيئة الترابية والعمرانية والطاقة وقانون الشغل والضمان الاجتماعي».

وهذا يعني أنه يمكن الحدّ من الحقوق المرتبطة بالمجالات السابقة الذكر بقوانين عادية علماً أنّه قد وقع حذف «الإجراءات أمام مختلف أصناف المحاكم» من مجال القوانين العادية كما كان الحال في دستور 2014 دون إدراجها صراحة في مجال القوانين الأساسية. ويمكن اعتبار أنّ هذه الإجراءات مرتبطة ارتباطاً عضوياً بالحريات وحقوق الإنسان وتكون بذلك ضمنياً من مجال القوانين الأساسية.

- يبدو أنه لم يعد من الممكن، في ظلّ دستور 2022، الحدّ من الحريات بقوانين استفتاءية بيد أن ذلك كان ممكناً بمقتضى الفصل 82 من دستور 27 جانفي 2014 الذي كان ينص على أنه «لرئيس الجمهورية، استثنائياً، خلال أجل الرد، أن يقرر العرض على الاستفتاء مشاريع القوانين المتعلقة بالموافقة على المعاهدات، أو بالحريات وحقوق الإنسان، أو بالأحوال الشخصية، والمصادق عليها من قبل مجلس نواب الشعب. ويعتبر العرض على الاستفتاء تخلياً عن حق الرد...» أما الفصل السابع والتسعون من دستور 25 جويلية 2022 فهو ينص على أنّ «لرئيس الجمهورية أن يعرض على الاستفتاء أي مشروع قانون يتعلق بتنظيم السلط العمومية أو يرمي إلى المصادقة على معاهدة يمكن أن يكون لها تأثير على سير المؤسسات دون أن يكون كل ذلك مخالفاً للدستور». لقد وقع إذن حصر موضوع مشاريع القوانين التي يمكن أن يعرضها رئيس الجمهورية على الاستفتاء في تلك التي تعنى بمسائل مؤسساتية على غرار ما كان عليه الحال في دستور 1 جوان 1959.

12 وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية في قرار توقيف التنفيذ الصادر في القضيتين عدد 4105408 و4105496 بتاريخ 12 جانفي 2021: «وحيث يخلص من الأحكام سالفة الذكر (الفصل 49) أنّ وضع القيود على الحقوق والحريات الأساسية لا يكون إلا بموجب قوانين أساسية».

المسألة الثالثة: المراسيم

تعرف المراسيم بأنها نصوص يتخذها رئيس الجمهورية في مجال السلطة التشريعية وبما أن المراسيم تتخذ في مجال السلطة التشريعية لا شيء يمنع من أن تحدّد من الحقوق والحريّات كما هو الحال مثلا بالنسبة للفصل السادس من المرسوم عدد 1 لسنة 2021 الذي قضى بما يلي: «يترتّب عن عدم الاستظهار بجواز التلقيح تعليق مباشرة العمل بالنسبة إلى أعوان الدولة والجماعات المحلية والهيئات والمنشآت والمؤسسات العمومية وتعليق عقد الشغل بالنسبة إلى إجراء القطاع الخاص، وذلك إلى حين الإدلاء بالجواز. وتكون فترة تعليق مباشرة العمل أو عقد الشغل غير خالصة الأجر».

ويجب التمييز بين صنفين من المراسيم في ظلّ الدستور 25 جويلية 2022: المراسيم العادية والمراسيم الانتقالية. أما المراسيم العادية فهي تلك التي يتخذها رئيس الجمهورية في حالة تفويض تشريعي (بمقتضى الفصل 70) أو خلال عطلة مجلس نواب الشعب (بمقتضى الفصل 73) أو في حالة حلّ المجلسين أو حلّ أحدهما (بمقتضى الفصلين 80 و116). كما يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ مراسيم على أساس الأحكام الانتقالية التي وردت في الفصل 136: «يستمرّ العمل في المجال التشريعيّ بأحكام الأمر الرئاسيّ عدد 117 لسنة 2021 المؤرخ في 22 سبتمبر 2021 المتعلّق بتدابير استثنائية إلى حين تولّي مجلس نواب الشعب وظائفه بعد تنظيم انتخابات أعضائه». ولقد نصّ الفصل 4 من الأمر الرئاسيّ عدد 117 لسنة 2021 المؤرخ في 22 سبتمبر 2021 على ما يلي: «يتم إصدار النصوص ذات الصبغة التشريعية في شكل مراسيم يختصها رئيس الجمهورية ويأذن بنشرها بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، وذلك بعد مداولة مجلس الوزراء».

ويكمن الفرق بين الصنفين في إمكانية الطعن في دستورية مراسيم الفصول 70، 73، 80 و116 عند مصادقة مجلس نواب الشعب والمجلس الوطني للجهات والأقاليم أو أحدهما فقط (بحسب الاختصاصات المخوّلة لكلّ واحد منهما) عليها، لكن لم ينص الفصل 139 من الدستور على المصادقة على المراسيم «الانتقالية». أضف إلى ذلك أنّ المراسيم الانتقالية محصّنة بمقتضى الفصل 7 من الأمر الرئاسيّ عدد 117 لسنة 2021 الذي ينصّ على أنّ هذه المراسيم «لا تقبل... الطعن بالإلغاء». ولم يكن من الضروري التنصيص على ذلك بما أنّ فقه المحكمة الإدارية استقرّ على رفض الطعن بالإلغاء في المراسيم مهما كان نوعها، لكن هذا لا يحصنها ضدّ كل أشكال الرقابة. ولقد أكّدت ذلك المحكمة الإدارية في قرار في مادّة توقيف التنفيذ صادر في القضية عدد 00461 62 بتاريخ 23 مارس 2022: «وحيث أنّ تحصين هذه المراسيم من الطعن بدعوى تجاوز السلطة بالنظر إلى صبغتها التشريعية وإن كان يشكّل حائلا دون مخصصتها في إطار دعوى أصليّة يهدف إلغائها أمام هذه المحكمة فإنّه لا يحول دون مالها من حقّ في بسط الرقابة الدستورية والمهادتية عليها في نطاق استثناء الأشرعية بمناسبة الطعن في غيرها من المقررات أو طلب التعويض عنها توصلّا لاستبعاد تطبيقها متى عرض الدفع على أنظارها» وقضت على هذا الأساس بلا دستورية الفصل السادس من المرسوم عدد 1 لسنة 2021 السالف الذكر بحكم مخالفته لمقتضيات الفصل 49 من دستور 2014¹³.

13 راجع فيما يخص المراسيم:

.109-pp. 99, 1970-AYADI (Habib), « Les décrets lois dans la Constitution tunisienne du 1er juin 1959 », RTD, 1969

.181-BEN ACHOUR (Yadh), « Contribution à l'étude théorique des décrets-lois », RTD, 1972, pp. 171

أحلام الضيف «المراسيم لمرحلة الانتقالية»، مجموعة أعمال مهداة إلى العميد محمد صالح بن عيسى، تونس، مركز النشر الجامعي، 2020، ص 317 إلى ص 393.

ب. التثبيت من أن الحدّ لا ينال من جوهر الحق أو الحرية المعنية

ينال القانون من جوهر الحق أو الحرية إن كانت نتيجة القضاء على الحرية تماما، كأن ينص قانون الجمعيات مثلا على أن تكوين الجمعيات خاضع لإجراء الترخيص (وهو ما وقع في ظل دستور 1 جوان 1959 بمقتضى قانون 7 نوفمبر 1959 المتعلق بالجمعيات) الذي حوّل المبدأ (الحرية) إلى استثناء والاستثناء (المنع) إلى مبدأ.

كما يمكن أن نعتبر أن القانون ينال من جوهر الحق عندما يكون مآله إمكانية حرمان شخص من حق أو حرية بصفة نهائية. وهذا ما يفسّر عدم انطباق هذا الشرط على الفصل 24 والفصل 41 (الفقرة الثانية والثالثة) لأنّ الدستور نصّ، في هذه الحالات، على إمكانية حرمان شخص بصفة نهائية من حقه في الحياة وعلى حرمان فئات من الحق النقابي والحق في الإضراب.

وتجدر الإشارة إلى أنّ إدراج شرط عدم النيل من جوهر الحق ليس ضروريًا إذا صاحبه إدراج شرط التناسب، إذ أن كل حدّ ينال من جوهر الحق أو الحرية هو، بطبيعته، غير متناسب لكن يتجه، رغم ذلك، الإبقاء عليه لسبب عمليّ إذ أنّ إثبات النيل من جوهر الحقّ يعني عن إجراء اختبار التناسب وهذا الاختبار، كما سترى لاحقا، أكثر تعقيدا.

ت. التثبيت من الوجود الفعلي لموجب الحد من الحق أو الحرية

لقد ذكر الفصل 55 على وجه الحصر مبررات الحد من الحقوق والحريات وهي حماية حقوق الغير أو مقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العمومية. ولا بدّ هنا من التنويه بحذف موجب من موجبات الحدّ من الحقوق والحريات كرسه الفصل 49 من دستور 2014 وهو «الأداب العامة». فهذا المفهوم يصنّف ضمن المفاهيم ذات المحتوى المتغيّر (à contenu variable). فالآداب العامّة تختلف من زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان ومن شريحة اجتماعية إلى أخرى بل ومن فرد إلى فرد والخوف كلّ الخوف أن تطلعي الذاتية ويفرض من يرجع إليه تفعيل الفصل 55 تصوّره الشخصي للآداب العامّة. ولا يعني هذا أنّه لا يولي للآداب العامّة أي اهتمام بل تتحول إلى عنصر من بين عناصر موجبات الحدّ الأخرى وخاصّة حقوق الغير والأمن العامّ.

ولا بدّ، عند تطبيق الفصل 55 من قبل السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية، من التثبيت من أن ممارسة الحق تمثّل فعلا تهديدا «لحقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة» مع تأويل صارم وحالة بحالة لهذه المقتضيات العامّة وبيان في ما يتمثل التهديد.

ث. الثبوت من وجود «ضرورة يقتضيها نظام ديمقراطيّ»

لا بدّ أن نتوقّف عند هذا الشرط الذي اشترط توفّره للحدّ من الحقوق والحريات وأن نقارنه بالفصل 49 من دستور 2014 الذي كان ينصّ على «ضرورة... تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية» إذ أنّه وقع حذف كلمة «مدنية» واستبدال كلمة «دولة» بكلمة «نظام».

يتّجه رأينا، في خصوص استبدال كلمة «دولة» بكلمة «نظام»، إلى استحسان هذا التغيير لأنّ الديمقراطية سمة من سمات النظام السياسي. يمكن بالطبع الحديث عن «دولة ديمقراطية» لكن تخصيص هذا التوصيف للنظام السياسيّ أدقّ إذ أن مفهوم الدولة أوسع فالدولة مفهوم يشمل المجموعة البشرية والإقليم والسلطة أو النظام السياسي والديمقراطية تأسيسا للسلطة وشكل من أشكال ممارستها.

أما في ما يخص حذف كلمة «مدنية» فالمراد من هذا الشرط كان عند كتابة الفصل الثاني (الذي حذف في دستور 2022) والفصل 49 من دستور 2014 استبعاد الدولة الدينية، أي الدولة الخاضعة للدين في تشريعاتها وسياساتها. فهل يؤثر هذا الحذف على فلسفة الفصل 55؟ إن الإجابة على هذا السؤال رهينة تعريفنا للديمقراطية. فإن كان يراد بهذا المصطلح نظاما سياسيا قائما على سيادة الشعب، وعلى التعددية واحترام مقتضيات حقوق الإنسان (الفردية منها والعامّة) ودولة القانون¹⁴ فلا إشكال ينجم عن حذف شرط الدولة المدنية. فالدولة الديمقراطية على هذا المعنى مدنية بالضرورة. أما إذا اقتصر تعريف النظام الديمقراطي على وجود انتخابات، فلا بدّ من إضافة شرط مدنية الدولة، إذ أن هنالك دول دينية بالمعنى الذي أسلفنا تنظّم فيها انتخابات تشريعية ورئاسية ومحلية. والواقع أن الانتخابات شرط ضروري لكن غير كاف لتحقيق الديمقراطية، فكم من دكتاتوريات بنيت على انتخابات.

وتعني الضرورة أنه لا يوجد حلّ آخر لضمان حقوق الغير أو مقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة غير الحد من الحرية، لكن يجب ألا ينال الحد من الطابع الديمقراطي للنظام السياسي. مثال: ينص الفصل 90 من دستور 2022 في فقرته الخامسة على أنه: «إذا تعدّرت إجراء الانتخابات [الرئاسية] في الميعاد المحدّد بسبب حرب أو خطر داهم، فإنّ المدّة الرئاسية تمّدد بقانون إلى حين زوال الأسباب التي أدت إلى تأجيلها». لا يمكن على أساس هذا النص اتخاذ قانون يلغي الانتخابات المنتظرة أو يؤجلها إلى أجل غير مسمّى لأنّ في ذلك نفس لمقتضيات الدولة الديمقراطية. كما ينص الفصل 63 على أنه «إذا تعدّرت إجراء الانتخابات في الميعاد المحدّد بسبب حرب أو خطر داهم، فإنّ مدّة المجلس تمّدد بقانون». ولا يمكن في هذه الحالة اتخاذ قانون لا يحدد مدّة التمديد لأنّ في ذلك كذلك نفس لمقتضيات الدولة الديمقراطية.

ج. التثبيت من «التناسب»

اشترط الفصل 55 أن تكون القيود المسلطة على الحقوق والحريات «مبرّرة بأهدافها، متناسبة مع دواعيها». لقد بيّنا سابقا ضرورة التثبيت من الوجود الفعلي لموجب الحد من الحق أو الحرية وبيان حالة بحالة، بقي النظر في مسألة التناسب.

يعرف التناسب بأنّه علاقة بين أطراف ثلاث:

- موجب الحدّ من الحرية: أي القيمة المحمية قانونيا التي يجب الحفاظ عليها في حدود ما يقتضيه نظام ديمقراطي
- أي حقوق الغير أو الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة.
- الحق أو الحرية التي يتوجب الحدّ منها.
- الإجراء الذي يحدّ من الحقّ أو الحرية لتحقيق الغاية المنشودة.

ويفترض تحقيق التناسب بالمعنى الواسع توفر ثلاثة شروط:

- الشرط الأول: أن يكون الإجراء ملائما أو ناجعا (adéquat, efficace) أي أنه كفيل بتحقيق الهدف المنشود.
- الشرط الثاني: الضرورة: أي ألا يكون هناك إجراء آخر أقل تقييدا للحق يحقق الهدف وبنفس النجاح.
- الشرط الثالث: التناسب بالمعنى الضيق: ويعني أن يكون الإجراء المتخذ موائما (adapté) للهدف المنشود أي ألا يتجاوز الحدّ من الحرية ما يكفي للحفاظ على موجب الحد. ويجب إجراء اختبار التناسب بالمعنى الضيق حتى في صورة عدم وجود إجراء آخر أقل تقييدا للحق يحقق الهدف.

14 وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية في قرار توقيف التنفيذ الصادر في القضيتين عدد 4105408 و4105496 بتاريخ 12 جانفي 2021: «وحيث يخلص من الأحكام سالفة الذكر (الفصل 49) أنّ وضع القيود على الحقوق والحريات الأساسية لا يكون إلا بموجب قوانين أساسية بهدف حماية إحدى الأهداف المحددة حصرا بالفصل 49 سالف الذكر في دولة مدنية وديمقراطية تقوم على فكرة التعددية والتسامح واحترام دولة القانون».

وإذا كانت هذه الشروط الثلاثة للتناسب بالمعنى الواسع مطلوبة وتمثّل شروط صحّة الإجراء، فلأنه بدونها يخشى أن ينال الإجراء بصفة مفرطة من الحق أو الحرية¹⁵.

ويستخلص ممّا سبق خمسة استنتاجات:

- ♦ **أولها** أنّ الفصل 55 يفرض التأكيد من وجود ضرورتين: ضرورة مستقلة عن مبدأ التناسب وهي ضرورة الحدّ من الحرية (nécessité externe) وضرورة الإجراء الذي اتخذ للحدّ من الحرية (nécessité interne).
- ♦ **ثانيها** أنّ للتناسب معنى واسع (proportionnalité lato sensu) ومعنى ضيق (proportionnalité stricto sensu) وهو المواءمة.
- ♦ **ثالثها** أنّ التناسب ليس قاعدة بل هو تمثّل، فهو ليس حكماً بل إجابة عن السؤال التالي: «ما هو المنهج الذي يجب أن أتوخّاه والمراحل التي يجب أن أمرّ بها لكي أصدر حكمي بدستورية أو عدم دستورية إجراء يحد من حق أو حرية ما؟»
- ♦ **رابعها** أنّ التناسب ليس موازنة بين الحق أو الحرية من ناحية وموجب الحد منها من ناحية أخرى تؤوّل إلى التضحية بأحد منهما بل محاولة للتوفيق بينهما بحماية موجب الحد مع تسليط أخف القيود الممكنة على ممارسة الحق أو الحرية¹⁶.
- ♦ **خامسها** أنّ رقابة التناسب ليست برقابة دستورية بالمعنى الضيق أي بمعنى رقابة مطابقة أو ملاءمة قانون ما للدستور، بل هي رقابة جدوى (contrôle d'opportunité). ورقابة الجدوى هي القدرة على التأكيد من أن الاختيارات التشريعية مشروعة وذلك بناء على ثلاثة عناصر: الهدف المنشود، وتوقيت ومدّة القاعدة وأثرها على الحقوق المضمونة. والمبدأ هو أن جدوى عمل قانوني تعود للسلطة التقديرية للجهة المختصة في إصدار القرار. وهذه الرقابة ممنوعة إلا إذا كان خطأ التقدير واضحاً. لئن كانت هذه القاعدة صحيحة في القانون الإداري، فإنها كذلك من باب أولى وأحرى في القانون الدستوري على اعتبار أن الجهة التي تقع عليها الرقابة ليست الإدارة بل مجلس نواب الشعب، أي الهيكل الذي بواسطته يمارس الشعب سلطته التشريعية. أن نفتح الباب على مصراعيه لرقابة التناسب هو فتح المجال لحكومة القضاة وتحديدًا تحويل القضاة إلى مشرعين. ولقد ذكّر المجلس الدستوري الفرنسي في العديد من المناسبات أنه «ليست له سلطة تقديرية وتقريرية عامة من نفس طبيعة سلطة البرلمان، وأنه ليس من صلاحياته البحث في هل أن الهدف المنشود من قبل المشرع يمكن الوصول إليه بوسائل أخرى ما دامت الصيغ التي ارتضاها المشرع في القوانين المحالة عليه ليست منعدمة المواءمة للأهداف المنشودة انعداماً واضحاً»¹⁷.

15 لتدريب على كيفية إعمال عناصر الفصل 55، يمكن الاطلاع على مصفوفات بعض الحقوق التي تم إعدادها صلب دليل المجتمع المدني في تطبيق الفصل 49.

16 Le test de proportionnalité n'est donc pas une mise en œuvre de la théorie du bilan coût avantage développée par le Conseil d'Etat français qui consiste à apprécier si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et, éventuellement, les inconvénients d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts publics qu'une expropriation comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente. L'issue d'un tel contrôle est la suppression de l'un des deux termes non, comme c'est le cas pour la proportionnalité, leur conciliation.

17 « Considérant que la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient donc pas de rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à ces objectifs ». Conseil constitutionnel, décision n° 98407- DC du 14 janvier 1999, Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux, considérant n°4.

نعتبر إذن أنّ رقابة التناسب المعمول بها في مجال حقوق الإنسان استثناء للمبدأ يبرر بالأهمية الخاصة لحقوق الإنسان المكرّسة بالفقرة الثانية من الفصل 55 من الدستور التي تنص على أنّه: «لا يجوز لأيّ تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور». والرأي عندنا هو أنّ رقابة التناسب لا يمكن أن تمارس في القانون الدستوري التونسي خارج مجال الحقوق والحرّيات المضمونة دستورياً.

2. مبدأ عدم التراجع Le principe de non régression

لقد أبقى الفصل 55 من الدستور على مبدأ عدم التراجع الذي أدرج بالفصل 49 من دستور 2014 دون تغيير: «لا يجوز لأيّ تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرّياته المضمونة في هذا الدستور».

تعتبر هذه الفقرة الثالثة من الفصل 55 تكريساً لمبدأ يحكم مادّة حقوق الإنسان بصفة عامّة والقانون الدولي بصفة خاصّة. وينطبق هذا التحجير على تعديل الدستور ومن باب أولى وأحرى على التشريع العادي أو الأساسي. وقد نصّ الفصل 51 صراحة على ذلك في ما يخص حقوق المرأة: «تلتزم الدولة بحماية الحقوق المكتسبة للمرأة وتدعم مكاسمها وتعمل على تطويرها». وهو ما يجعلنا نعتبر أنّ المرسوم عدد 55 لسنة 2022 المؤرخ في 15 سبتمبر 2022 والمتعلّق بتنقيح القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرخ في 26 ماي 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء وإتمامها الذي اعتمد طريقة الاقتراع على الأفراد (نائب وحيد عن كلّ دائرة) يمثل تراجعاً بالنسبة للنظام الانتخابي الذي سبقه الذي كان يضمن التناصف الأفقي بين النساء والرجال في الانتخابات التشريعية ويعدّ بالتالي غير دستوري. هذا علاوة عن أنّه غير دستوري أيضاً لأنه لم يسع البتة «إلى تحقيق التناصف بين المرأة والرجل في المجالس المنتخبة» كما ينصّ على ذلك نفس الفصل 51¹⁸.

القسم الثاني: تطبيق مقتضيات الفصل 55

سوف نعرض في ما يلي الجهات المعنية بتطبيق الفصل 55:

1. كل المواطنين والمواطنات معنيّون بحكم أنهم معرضون للحد من حقوقهم وحرّياتهم ومكتمهم الدستور من الدفع بعدم دستورية القوانين بما في ذلك القوانين التي لم تحترم مقتضيات الفصل 55.
2. الجمعيات التي مكنتها الفصل 14 من المرسوم عدد 88 لسنة 2011 مؤرخ في 24 سبتمبر 2011 المتعلّق بتنظيم الجمعيات مما يلي: «يمكن لكلّ جمعية أن تقوم بالحق الشخصي أو أن تمارس الدعوى المتعلّقة بأفعال تدخل في إطار موضوعها وأهدافها المنصوص عليها في نظامها الأساسي ولا يمكن للجمعية إذا ارتكبت الأفعال ضد أشخاص معيّنين بذواتهم مباشرة هذه الدعوى إلا بتكليف كتابي صريح من الأشخاص المعيّنين بالأمر».
3. السلطة التشريعية التي تضع الضوابط المتعلّقة بالحقوق والحرّيات. ولا بدّ في هذا الصدد من الإشارة إلى ضرورة إحداث آلية صلب مجلس نواب الشعب للتثبت وقائياً من احترام مشاريع القوانين لمقتضيات الفصل 55.
4. السلطة التنفيذية

18 راجع في هذا الصدد كوثر دباش، الفصل 49 والحرّيات الفردية: هل من قراءة أخرى؟، نشر المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات 2021، ص 110 إلى ص 115.

- بصفتها مشاركة في الوظيفة التشريعية فهي التي تعدّ مشاريع القوانين،
- وبصفتها سلطة تنفيذية بإمكانها الحد من ممارسة الحقوق والحريات عبر سلطتها الترتيبية وصلاحياتها في مجال الضبط الإداري.
ولا بدّ من إحداث آلية صلب رئاسة الحكومة للتثبيت وقائياً من احترام مشاريع القوانين والمقررات الإدارية لمقتضيات الفصل 55.

5. الهيئات الدستورية والعمومية المستقلة التي تُستشار في مشاريع القوانين أو التي تتمتع بسلطة ترتيبية أو التي تعنى بحقوق الإنسان كهيئة المعطيات الشخصية أو هيئة النفاذ إلى المعلومة¹⁹.

6. السلط المحلية في إطار ممارستها لاختصاص الضبط الإداري.

7. الموقف الإداري الذي أحدث بمقتضى الأمر عدد 2143 لسنة 1992 المؤرخ في 10 ديسمبر 1992 الذي عهد إليه بالتوسط بين المواطن والإدارة لإيجاد الحلول للمسائل المتشكلة بينهما.

8. الهيئات القضائية بشتى أصنافها التي وضع الفصل 55 على عاتقها حماية الحقوق والحريات في صياغة أكثر صرامة من صياغة الفصل 49 وخصّص لها فقرة مستقلة: «على كلّ الهيئات القضائية أن تحمي هذه الحقوق والحريات من أيّ انتهاك».

وعلى خلاف الفصلين 120 و148 فقرة 7 من دستور 2014 لم يؤكد الفصل 55 على أنّ المحكمة الدستورية تختصّ «دون سواها» بمراقبة دستورية القوانين أي أنه لم ينص على أنّ مراقبة دستورية القوانين هي اختصاص حصري للمحكمة الدستورية. ويفتح هذا باب التأويل وإمكانية نظر كل الهيئات القضائية في دستورية القوانين عن طريق الدفع، بما في ذلك احترامها لمقتضيات الفصل 55. وحتى في حالة تنصيب القانون الأساسي المنظم للمحكمة الدستورية المنتظر على أنّ سائر المحاكم غير مخوّلة لمراقبة دستورية القوانين يبقى لها إمكانية تطبيق الفصل 55 بالصور التي سنبينها فيما يلي:

- يراقب القضاء الإداري دستورية المقررات الإدارية التي تحدّ من الحقوق والحريات إن لم تستند في حدها هذا على قوانين. وإن استندت على قوانين فيجب أن يكون تأويل هذه قوانين قدر المستطاع على ضوء الفصل 55. ومن الهين مثلا القيام بذلك في ما يخص القانون الأساسي عدد 29 لسنة 2018 المؤرخ في 9 ماي 2018 المتعلق بمجلة الجماعات المحلية الذي ينص فصله 25 على ما يلي:

. «تتمتع الجماعة المحلية بسلطة ترتيبية تمارسها في حدود مجالها الترابي واختصاصها مع مراعاة الأحكام التشريعية والترتيبية ذات الصبغة الوطنية. وتصنّف القرارات إلى قرارات بلدية وقرارات جهوية وقرارات إقليمية.

- تحرص الجماعات المحلية عند ممارسة اختصاصاتها على التنسيق مع بقية الجماعات المحلية المختصة ترابياً وعلى أن تكون الأحكام الترتيبية المحلية ضرورية وأن لا تنال بصورة جوهرية من مبدأ المساواة أمام القانون والمرفق العام ومن الحقوق المكفولة. ولها أن تستشير في الغرض المحكمة الإدارية المختصة التي تبدي رأيها في أجل لا يتجاوز الشهرين من تاريخ تقديم الطلب».

- يمكن للقضاء العدلي والإداري مراقبة احترام التناسب من قبل محاكم الأصل، إذ للمحاكم

19 تجدر الإشارة إلى أن دستور 25 جويلية 2022 ألقى الباب المتعلق بالهيئات الدستورية المستقلة التي كان عددها خمسة وخصّص باباً ثامناً للهيئة العليا المستقلة للانتخابات (الفصل 134) دون أن يصفها بأنها هيئة دستورية مستقلة ودون أن ينص، كما كان الحال في الفصل 125 من دستور 27 جانفي 2014، على أنّها تعمل «على دعم الديمقراطية».

الاستئنافية والمحكمة التعقيب وللمحكمة الإدارية عندما تنتصب محكمة تعقيب إمكانية نقض الأحكام التي تخالف مقتضيات الفصل 55 معتبرة أنّ هذه الأحكام أو القرارات أفرطت في السلطة أو خرقت القانون أو أخطأت في تطبيقه²⁰.

- كما أن لا شيء يمنع المحاكم من تأويل القوانين التي تطبقها تأويلاً يجعلها تتلاءم مع مقتضيات الفصل 55.

9. وبطبيعة الحال المحكمة الدستورية مع الإشارة إلى أنّ طريقة تعيين أعضائها واختصاصاتها بمقتضى دستور 25 جويلية 2022 تختلف عن تلك التي أسندتها إيّاها دستور 27 جانفي 2014 كما نبين ذلك في الجدولين التاليين:

تعيين أعضاء المحكمة الدستورية	
دستور 2022	دستور 2014
<p>الفصل 118</p> <p>المحكمة الدستورية هيئة قضائية مستقلة تتركب من اثني عشر عضواً من ذوي الكفاءة، ثلاثة أرباعهم من المختصين في القانون الذين لا تقل خبرتهم عن عشرين سنة. يعين كل من رئيس الجمهورية، ومجلس نواب الشعب، والمجلس الأعلى للقضاء، أربعة أعضاء، على أن يكون ثلاثة أرباعهم من المختصين في القانون. ويكون التعيين لفترة واحدة مدتها تسع سنوات. يجدد ثلث أعضاء المحكمة الدستورية كلّ ثلاث سنوات، ويُسدُّ الشغور الحاصل في تركيبة المحكمة بالطريقة المعتمدة عند تكوينها مع مراعاة جهة التعيين والاختصاص.</p>	<p>الفصل 125</p> <p>المحكمة الدستورية هيئة قضائية مستقلة تتركب من تسعة أعضاء تتم تسميتهم بأمر، ثلثهم الأول أقدم رؤساء الدوائر بمحكمة التعقيب، والثلث الثاني أقدم رؤساء الدوائر التعقيبية أو الاستشارية بالمحكمة الإدارية، والثلث الثالث والأخير أقدم أعضاء محكمة المحاسبات.</p> <p>ينتخب أعضاء المحكمة الدستورية من بينهم رئيساً لها ونائباً له طبقاً لما يضبته القانون.</p> <p>إذا بلغ أحد الأعضاء سن الإحالة على التقاعد، يتمّ تعويضه آلياً بمن يليه في الأقدمية، على ألا تقل مدة العضوية في كلّ الحالات عن سنة واحدة.</p>

20 الفصل 258 من مجلة الإجراءات الجزائية: «يسوغ للأشخاص الآتي ذكرهم القيام بطلب تعقيب الأحكام والقرارات الصادرة في الأصل نهائياً ولو تم تنفيذها وذلك بناء على عدم الاختصاص أو الإفراط في السلطة أو خرق القانون أو الخطأ في تطبيقه».

الفصل 175 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية: يمكن الطعن بالتعقيب في الأحكام النهائية الدرجة وذلك في خصوص الحالات الآتية: أولاً: إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله ثانياً: إذا كان الحكم صادراً فيما يتجاوز اختصاص المحكمة التي أصدرته. ثالثاً: إذا كان هناك إفراط في السلطة...».

اختصاصات المحكمة الدستورية

دستور 2022	دستور 2014
الفصلين 127 و 136	الفصلين 120 و 144
مشاريع تنقيح الدستور للبت في عدم تعارضها مع ما لا يجوز تنقيحه حسب ما هو مقرر بهذا الدستور. دستورية إجراءات تنقيح الدستور.	مشاريع تنقيح الدستور للبت في عدم تعارضها مع ما لا يجوز تنقيحه حسب ما هو مقرر بهذا الدستور. دستورية إجراءات تنقيح الدستور.
الفصل 127. مراقبة دستورية المعاهدات.	الفصل 120. مراقبة دستورية المعاهدات.
الفصل 127. مراقبة دستورية مشاريع القوانين، ومراقبة دستورية القوانين.	الفصل 127. مراقبة دستورية مشاريع القوانين، ومراقبة دستورية القوانين.
الفصل 127. مراقبة دستورية النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب.	الفصل 120. مراقبة دستورية النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب.
الفصل 76. البت في تدخّل مشروع قانون أو مشروع تعديل في مجال السلطة الترتيبية العامة.	
	الفصل 101. البت في النزاعات المتعلقة باختصاص كل من رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة.
	الفصل 80. البت في استمرار الحالة الاستثنائية.
	الفصل 88. إعفاء رئيس الجمهورية.
لم يتعرّض دستور 2022 إلى مسألة إقرار الشغور الوقتي لمنصب رئيس الجمهورية.	الفصل 84. إقرار الشغور الوقتي لمنصب رئيس الجمهورية.
لم يتعرّض دستور 2022 إلى مسألة إقرار الشغور النهائي لمنصب رئيس الجمهورية.	الفصل 84. إقرار الشغور النهائي لمنصب رئيس الجمهورية.
الفصل 92: إذا تعذر أداء هذه اليمين أمام مجلس نواب الشعب والمجلس الوطني للجهات والأقاليم، لأي سبب من الأسباب، فإنّ رئيس الجمهورية يؤدّيها أمام المحكمة الدستورية.	
الفصل 109. عند شغور منصب رئيس الجمهورية لوفاة أو لاستقالة أو لعجز تامّ أو لأي سبب من الأسباب، يتولّى رئيس المحكمة الدستورية فوراً مهامّ رئاسة الدولة بصفة مؤقتة لأجل أدناه خمسة وأربعون يوماً وأقصاه تسعون يوماً.	
الفصل 109. تلقي يمين القائم بمهام رئيس الجمهورية إن تعذر أداء اليمين الدستورية أمام مجلس نواب الشعب والمجلس الوطني للجهات والأقاليم مُجْتَمِعِينَ.	الفصل 85. تلقي يمين القائم بمهام رئيس الجمهورية في حالة الشغور النهائي وفي حالة حل المجلس.

الجزء الثالث :

مجال تطبيق الفصل 55

هل ينطبق الفصل الجامع على كلّ الحقوق والحريات؟

هذا هو السؤال الذي سوف نحاول الإجابة عنه في هذا الجزء الأخير من درسنا.

لقد نصّ الفصل 55 على أنّ الحقوق والحريات التي يتمّ ضبطها بمقتضاه هي تلك «المضمونة بهذا الدستور». وفي ما يخصّ الحقوق والحريات المضمونة بالدستور، تباينت الآراء واختلفت التأويلات. فيرى فريق أول أنّ الفصل 55 ينطبق على كل الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور وليس فقط في الباب المتعلق بالحقوق والحريات ودليله في ذلك منطوق الدستور. بينما يستثنى فريق ثاني من مجال تطبيق الفصل 55 الفصول التي ورد فيها قيد خاص وإحالة خاصة على القانون وفقا لمبدأ القانون: «حكم النص الخاص يُستثنى من حكم النص العام» (Le spécial déroge au général). ونرى هذا الرأي مع تعديله ببعض التمييزيات. لا بدّ من التمييز بين الفصول أو الفقرات أو الأجزاء من الفصول التي لا ينطبق عليها الفصل 55 كلياً أو في بعض عناصره، وكذلك نفس التمييز فيما يخص الفصول التي ينطبق عليها.

القسم الأول: أحكام الحقوق والحريات التي لا ينطبق عليها الفصل 55

لا ينطبق الفصل 55 على الحقوق والحريات التي لم يضمنها الدستور بحكم طالع الفصل ذاته («لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور...») وليس الأمر نظرياً إذ أنّ الدستور لم يضمن مثلاً حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات، بينما ضمنه الفصل 27 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية²¹. الذي صادقت عليه الدولة التونسية²².

كما لا ينطبق الفصل 55 على بعض أحكام الحقوق والحريات لأربعة أسباب: إمّا لأنّ الدستور ذاته مكّن من المساس بجوهرها، أو لأنه نصّ على الحدّ المسلط على الحق أو الحرية، أو لأنه لم يضع على كاهل الدولة التزاماً بتحقيق نتيجة بل التزاماً ببذل عناية فحسب، وهو ما يجعل الحقّ برمّته غير مستوجب (non exigible). وأخيراً، لا ينطبق الفصل 55 على الحقوق التي لا تقبل الاستنفاص بموجب القانون الدولي.

السبب الأول:

في حالة مكّن النص الدستوري من التّبريل من جوهر الحق، لا ينطبق شرط عدم المساس بجوهر الحق المنصوص عليه بالفصل 55 وينطبق باقي الفصل 55 في ما عدا ذلك، وهو حال الأحكام التالية:

الفصل 24:	الحق في الحياة... لا يجوز المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون.
الفصل 41:	الحق النقابي بما في ذلك حق الإضراب مضمون. ولا ينطبق هذا الحق على الجيش الوطني. ولا يشمل حق الإضراب القضاة وقوّات الأمن الداخلي والديوانة.

21 المادة 27: «لا يجوز، في الدول التي توجد فيها أقليات أثنية أو دينية أو لغوية، أن يحرم الأشخاص المنتسبون إلى الأقليات المذكورة من حق التمتع بثقافتهم الخاصة أو المجاهرة بدينهم وإقامة شعائره أو استخدام لغتهم، بالاشتراك مع الأعضاء الآخرين في جماعتهم».

22 قانون عدد 30 لسنة 1968 مؤرخ في 29 نوفمبر 1968 يتعلق بالترخيص في انخراط البلاد التونسية في الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وفي الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية.

السبب الثاني:

لا ينطبق الفصل 55 في بعض الحالات لأن طبيعة الحد المسلط على الحق أو الحرية وشروطه أدرجت صلب النص الدستوري كما هو الحال فيما يخص الأحكام التالية:

الفصل 28:	تحمي الدولة حرية القيام بالشعائر الدينية ما لم تخل بالأمن العام.
الفصل 35:	لا يمكن إيقاف شخص أو الاحتفاظ به إلا في حالة التلبس أو بقرار قضائي، ويعلم فوراً بحقوقه وبالتهمة المنسوبة إليه، وله أن ينيب محامياً...
الفصل 40:	حرية تكوين الأحزاب والنقابات والجمعيات مضمونة. تلتزم الأحزاب والنقابات والجمعيات في أنظمتها الأساسية وفي أنشطتها بأحكام الدستور والقانون وبالشفافية المالية ونبذ العنف.
الفصل 58:	الترشح لعضوية مجلس نواب الشعب حق لكل ناخب أو ناخبة وُلد لأب تونسي أو لأم تونسية وبلغ من العمر ثلاثاً وعشرين سنة كاملة يوم تقديم ترشحه، شرط ألا يكون مشمولاً بأي صورة من صور الحرمان التي يضبطها القانون الانتخابي.
الفصل 59:	يُعتبر ناخباً كل مواطن أو مواطنة يتمتع بالجنسية التونسية وبلغ من العمر ثماني عشرة سنة كاملة، وتتوفر فيه الشروط التي يحددها القانون الانتخابي.
الفصل 88:	رئيس الجمهورية هو رئيس الدولة ودينه الإسلام.
الفصل 89:	الترشح لمنصب رئيس الجمهورية حق لكل تونسي أو تونسية غير حامل لجنسية أخرى مولود لأب وأم، وجد لأب، وجد لأم تونسيين، وكلهم تونسيون دون انقطاع. ويجب أن يكون المترشح أو المترشحة، يوم تقديم ترشحه، بالغاً من العمر أربعين سنة على الأقل وامتتاعاً بجميع حقوقه المدنية والسياسية...
الفصل 124:	جلسات المحاكم علنية إلا إذا اقتضى القانون سريتها...

السبب الثالث:

لا ينطبق الفصل 55 من الدستور بالنسبة إلى بعض الفصول لأنّ الحقوق والحريات التي تنصّ عليها ليست من بين الحقوق والحريات «المضمونة» بالدستور بحكم أنها موضوع التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، وهي بالتالي غير مستوجبة بحكم أن تطبيقها مستقبلاً، جزئياً أو كلياً، رهين إمكانيات الدولة. ويقتصر الالتزام في شأنها على أن تسعى الدولة فعلاً وجدّياً لتحقيقها. لكن تبقى الدولة خاضعة إلى مبدأ عدم التراجع في ما يخص ما تمكّنت من تحقيقه في خصوص هذه الحقوق والحريات. وفي ما يلي قائمة هذه الحقوق والحريات.

الفصل 22:	... وتبرئ لهم [للمواطنين والمواطنات] أسباب العيش الكريم.
الفصل 36:	... تراعي الدولة في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية مصلحة الأسرة، وتعمل على إعادة تأهيل السجين وإدماجه في المجتمع.
الفصل 38:	... تسعى الدولة إلى ضمان الحق في النفاذ إلى شبكات الاتصال.
الفصل 44:	... وتسعى [الدولة] إلى توفير الإمكانيات الضرورية لتحقيق جودة التربية والتعليم والتكوين.
الفصل 46:	العمل حق لكل مواطن ومواطنة، وتتخذ الدولة التدابير الضرورية لضمانه على أساس الكفاءة والإنصاف...
الفصل 47:	تضمن الدولة... المساهمة في سلامة المناخ. وعلى الدولة توفير الوسائل الكفيلة بالقضاء على التلوث البيئي.
الفصل 50:	تدعم الدولة الرياضة، وتسعى إلى توفير الإمكانيات اللازمة لممارسة الأنشطة الرياضية والترفيهية.
الفصل 51:	... وتعمل الدولة على تطويرها [الحقوق المكتسبة للمرأة]... تتخذ الدولة التدابير الكفيلة بالقضاء على العنف ضد المرأة. ... تسعى الدولة إلى تحقيق التناصف بين المرأة والرجل في المجالس المنتخبة...
الفصل 54:	... تتخذ (الدولة) كلّ التدابير التي تضمن لهم (الأشخاص ذوي الإعاقة) الاندماج الكامل في المجتمع.
الفصل 123:	تعمل الدولة على ضمان حقّ التقاضي على درجتين ²³ .
الفصل 124:	... ويسر القانون اللجوء إلى القضاء.

23 تجدر الإشارة إلى أن التقاضي على درجتين كان موضوع التزام بنتيجة في دستور 2014 بمقتضى الفصل 108: «...ويضمن القانون التقاضي على درجتين».

السبب الرابع:

لقد سكت الدستور عن مسألة الحقوق الأساسية غير القابلة للاستنقاص أي تلك التي لا يمكن المساس بها في أي حال من الأحوال وخاصة في صورة تفعيل حالة الاستثناء التي نصّ عليها الفصل 96 من الدستور، والتي تمكّن رئيس الجمهورية «في حالة خطر داهم مهدّد لكيان الجمهورية وأمن البلاد واستقلالها، يتعدّد معه السّير العاديّ لدواليب الدّولة، اتّخاذ ما تحتمّه الظروف من تدابير استثنائية». ويمكن أن تتمثل هذه التدابير، وهي ليست قوانين، في تعليق حقوق وحرّيات. وكان لا بدّ من التنصيص في هذه الصورة على الحقوق والحرّيات التي لا يمكن تعليقها حتى في حالة الاستثناء «droits fondamentaux» التونسي بما أنّه بمقتضى الفقرة الأخيرة من الفصل 74 من الدستور «المعاهدات المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية والموافق عليها من قبل مجلس نواب الشعب أعلى من القوانين ودون الدّستور». ولقد صادقت تونس بدون تحفظ على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي ينصّ في فصله الرابع على ما يلي:

1. في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تهدد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسمياً، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ، في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير لا تنقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد، شريطة عدم منافاة هذه التدابير للالتزامات الأخرى المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي.

2. لا يجيز هذا النص أي مخالفة لأحكام المواد 6 و7 و8 (الفقرتين 1 و2) و11 و15 و16 و18. ملاحظة: تتعلق الأحكام المشار إليها أعلاه بالحقوق والحرّيات المنصوص عليها بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التالي ذكرها:
الفصل 6: الحق في الحياة.
الفصل 7: حظر التعذيب والمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة.
الفصل 8: الفقرة الأولى: لا يجوز استرقاق أحد، ويحظر الرق والاتجار بالرقيق بجميع صورهما.
الفقرة الثانية: لا يجوز إخضاع أحد للعبودية.
الفصل 11: حظر سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدية.
الفصل 15: مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

24 Voir par exemple :

Constitution du Portugal 2 avril 1976. Article 19. Suspension de l'exercice des droits :

«... 6. La déclaration de l'état de siège ou de l'état d'urgence ne peut en aucun cas porter atteinte au droit à la vie, à l'intégrité physique, à l'identité de la personne, à la capacité civile et à la citoyenneté, au principe de non rétroactivité de la loi pénale, au droit des inculpés à la défense et à la liberté de conscience et de religion...»

Constitution du Kenya du 6 mai 2010. Article 25. Fundamental Rights and freedoms that may not be limited:

Despite any other provision in this Constitution, the following rights and fundamental freedoms shall not be limited—

- freedom from torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment;
- freedom from slavery or servitude;
- the right to a fair trial; and
- the right to an order of habeas corpus.»

25 ملاحظة: عند كتابة دستور 2014 اقترحنا إدراج فقرة بالفصل الجامع تعني بهذه المسألة هذا نصها:

«لا يجوز في صورة تفعيل الفصل 73 من هذا الدستور أو إعلان حالة الطوارئ المساس من أحكام الفصول التالية...»

سليم اللغماني، سلوى الحمروني وسلمسبيل القليبي، «الحقوق والحرّيات»، اليوم الدراسي عبد الفتاح عمر، قراءة في مسودة مشروع الدستور: تقييم واقتراحات، 15 جانفي 2013، نشر بمساندة مؤسسة هانس سايدل في مارس 2013 ص 31-58.

الفصل 16: لكل إنسان، في كل مكان، الحق بأن يعترف له بالشخصية القانونية.
 الفصل 18: لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين. ويشمل ذلك حرّيته في أن يدين بدين ما، وحرّيته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحرّيته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبّد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملأ أو على حدة²⁶.

على أساس هذا النص:

أ. يمكن لرئيس الجمهورية بمقتضى تدابير استثنائية تتخذ شكل مراسيم (لأنّ مجالها هو مجال القانون) الحدّ من الحقوق والحريات لكن مع مراعاة التناسب، إذ نصّ الفصل الرابع المذكور أعلاه على أنّ التقييد من الحقوق والحريات يتمّ «في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع».

ب. لا يمكن الحدّ من الحقوق والحريات الأساسية وهي في ما يخصّ الدستور التونسي الحقوق والحريات التالية:

المواطنون والمواطنات متساوون في الحقوق والواجبات، وهم سواء أمام القانون من غير تمييز.	الفصل 23:
تحعي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد، وتمنع التعذيب المعنوي والمادي. ولا تسقط جريمة التعذيب بالتقادم.	الفصل 25:
تضمن الدولة حرّية المعتقد وحرّية الضمير.	الفصل 27:
يحجر سحب الجنسية التونسية. من أي مواطن أو تغريبه أو تسليمه أو منعه من العودة إلى الوطن.	الفصل 31:
المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تُكفل له فيها جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع والمحاكمة.	الفصل 33:
العقوبة شخصية، ولا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق الوضع، باستثناء حالة النص الأرفق بالمتهم.	الفصل 34:
لكل سجين الحق في معاملة إنسانية تحفظ كرامته...	الفصل 36:
حرية الرأي والفكر ... مضمونة...	الفصل 37:
لكل شخص الحق في محاكمة عادلة في أجل معقول، والمتقاضون متساوون أمام القضاء. حق التقاضي وحق الدفاع مضمونان... ولا يكون التصريح بالحكم إلا في جلسة علنية.	الفصل 124:

26 انظر في هذا الصدد الى لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 29 (2001)، الفصل 4.

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G0171/444//PDF/G0144471.pdf?OpenElement>

القسم الثاني: أحكام الحقوق والحريات التي ينطبق عليها الفصل 55

ينطبق الفصل 55 على أحكام الحقوق والحريات الأخرى في حالتين: إما لأنها أحالت على القانون أو لأنها وردت دون أي إحالة.

1. ينطبق الفصل 55 على أحكام الفصول التي أحالت على القانون دون ضبط طبيعة الحد وشروطه

الفصل 24:	الحق في الحياة... لا يجوز المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون.
ملاحظة:	على القاضي الدستوري التثبت من الطبيعة القصوى للحالة ومن التناسب بين الجريمة المقترفة وعقوبة الإعدام التي قررها القانون.
الفصل 29:	حق الملكية مضمون، ولا يمكن الحدّ منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون....
الفصل 32:	حق اللجوء السياسي مضمون طبق ما يضبطه القانون.
الفصل 35:	... تحدد مدة الإيقاف والاحتفاظ بقانون.
الفصل 39:	حقوق الانتخابات والاقتراع والترشح مضمونة طبق ما يضبطه القانون....
الفصل 43:	... تضمن [الدولة] الحق في التغطية الاجتماعية طبق ما ينظمه القانون.
الفصل 58:	الترشّح لعضوية مجلس نواب الشعب حقّ لكلّ ناخب أو ناخبة وُلد لأب تونسيّ أو لأُم تونسيّة وبلغ من العمر ثلاثاً وعشرين سنة كاملة يوم تقديم ترشّحه، شرط ألا يكون مشمولاً بأيّ صورة من صور الحرمان التي يضبطها القانون الانتخابي.
الفصل 59:	يُعتبر ناخباً كلّ مواطن أو مواطنة يتمتّع بالجنسيّة التّونسيّة وبلغ من العمر ثمانين سنة كاملة، وتتوفّر فيه الشّروط التي يحدّدها القانون الانتخابي.
الفصل 89:	... يقع تقديم التّرشّح (لمنصب رئيس الجمهورية) للهيئة العليا المستقلّة للانتخابات حسب الطّريقة والشّروط المنصوص عليها بالقانون الانتخابي.

2. ينطبق الفصل 55 على الأحكام الدستورية التي لم تحل على القانون

الفصل 26:	حرية الفرد مضمونة.
الفصل 29:	... الملكية الفكرية مضمونة.
الفصل 30:	تحمي الدولة الحياة الخاصة، وحرمة المسكن، وسرية المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية. لكل مواطن الحرية في اختيار مقر إقامته وفي التنقل داخل الوطن وله الحق في مغادرته.
الفصل 37:	حرية... التعبير والإعلام والنشر مضمونة. إلا أنه، بمقتضى نفس الفصل، وقع حضر اللجوء إلى حدّ بعينه: لا يجوز ممارسة رقابة مسبقة على هذه الحريات.
الفصل 38:	تضمن الدولة الحق في الإعلام والحق في النفاذ إلى المعلومة...
الفصل 42:	حرية الاجتماع والتظاهر السلميين مضمونة.
الفصل 43:	الصحة حق لكل إنسان. تضمن الدولة الوقاية والرعاية الصحية لكل مواطن وتوفّر الإمكانيات الضرورية لضمان السلامة وجودة الخدمات الصحية. تضمن الدولة العلاج المجاني لفاقد السند، ولذوي الدخل المحدود...
الفصل 44:	التعليم إلزامي إلى سن السادسة عشرة. تضمن الدولة الحق في التعليم العمومي المجاني بكامل مراحلہ...
الفصل 46:	... ولكل مواطن ومواطنة الحق في العمل في ظروف لائقة وبأجر عادل.
الفصل 47:	تضمن الدولة الحق في بيئة سليمة ومتوازنة...
الفصل 48:	على الدولة توفير الماء الصّالح للشّراب للجميع على قدم المساواة...
الفصل 49:	الحق في الثقافة مضمون. حرية الإبداع مضمونة...
الفصل 51:	تلتزم الدولة بحماية الحقوق المكتسبة للمرأة وتدعم مكاسبها... تضمن الدولة تكافؤ الفرص بين الرجل والمرأة في تحمّل مختلف المسؤوليات وفي جميع المجالات...

<p>حقوق الطفل مضمونة. وعلى أبويه وعلى الدولة أن يضمنوا له الكرامة والصحة والرعاية والتربية والتعليم. وعلى الدولة أيضا توفير جميع أنواع الحماية لكل الأطفال دون تمييز وفق مصالح الطفل الفضلى. وتتكفل الدولة بالأطفال المتخلى عنهم أو مجهولي النسب.</p>	<p>الفصل 52:</p>
<p>تضمن الدولة المساعدة للمسنين الذين لا سند لهم.</p>	<p>الفصل 53:</p>
<p>... جلسات المحاكم علنية إلا إذا اقتضى القانون سريتها... إلا أنه، بمقتضى نفس الفصل، وقع حضر اللجوء إلى حد بعينه: ولا يكون التصريح بالحكم إلا في جلسة علنية.</p>	<p>الفصل 124:</p>

دليل السلطة التشريعية

في تطبيق مبدأ التناسب

قراءة محيّنة في ضوء الفصل 55 من دستور 2022

وفاء زعفران الأندلسي

مقدّمة

يعتبر مبدأ التناسب بما هو قاعدة مرجعية في عقلنة الحدود على الحقوق والحريات أحد أهم المكاسب الدستورية بالقانون التونسي، ففضلا عن أنه يمثل عنوان ريادة للتجربة الدستورية التونسية في كامل المنطقة العربية، فتح تكريسه بدستور 2014 حقبة جديدة في التشريع عنوانها تنظيم العلاقة بين السلطة والأفراد بناء على معايير موضوعية تضبط حدود الحدود على الحقوق والحريات.

ويمكن تلمّس أثر تطبيق مبدأ التناسب وجملة معايير الفصل 49 من دستور 2014 في خلق ديناميكية جديدة لدى مختلف الفاعلين المعنيين بمسألة الحقوق والحريات، بما في ذلك فروع السلطة خلال السنوات القليلة من عمر دستور 2014.

فضلا عن فقه القضاء الغزير للمحكمة الإدارية في مادة التناسب، بدأ القاضي الدستوري بتلمّس طريقه في اعتماد جملة الضوابط الواردة بالفصل 49 منذ بدايات عمل الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين. كما تنامت الحركية باتجاه توعية القاضي العدلي بأهمية هذه الضوابط لا فقط في دعم دوره في حماية الحقوق والحريات بل وكذلك في التأسيس لعلاقة أكثر صحة بينه وبين الدستور بوصفه القاعدة العليا والأصلية.

ولقد كان للمؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات دور محوري في التحسيس بأهمية مبادئ الفصل 49 وفي نشره في مختلف الأوساط القانونية، وعلى رأسها مؤسسات الدولة بما في ذلك السلطة المحلية والهيئات المستقلة، مروراً بمكوّنات المجتمع المدني الناشطة في مجال الحقوق والحريات. وتم في هذا الإطار إعداد جملة من الأدلة العملية التي تأخذ بعين الاعتبار خصوصية كل فاعل منها وترمي إلى إنارتها عند أداء دورها في خلق التوازن الضروري بين واجب حماية دائرة الحقوق والحريات من التعسّف من ناحية وواجب مراعاة الحدود المبدئية لها والمبذرة بمقتضيات العيش المشترك من ناحية أخرى، في إطار دولة قانون ديمقراطية.

ويندرج الدليل الموجّه إلى السلطة التشريعية في هذا الإطار. بل إنه يكتسي أهمية خاصة بحكم أن المشرّع يبقى المعني الأول بالفصل 49 تحت رقابة القاضي الدستوري. وكان الدليل قد راعى في منهجيته ومضمونه خصوصية السلطة التشريعية بوصفها الرافد الأساسي للقانون، ومن ثمة خصوصية المسار التشريعي داخل البرلمان منذ مرحلة المبادرة إلى غاية المصادقة، مروراً بعمل اللجان التشريعية وممارسة حق التعديل. وأبرز الدليل بشكل خصوصي العلاقة الجوهرية بين معايير الفصل 49 وقواعد علم التشريع. وخلص بناء على ذلك إلى أن التحفّظ التشريعي لا يقتصر على شرط وجود نص قانوني بل يتجاوزه لاشتراط أن يكون القانون سليماً من الناحية الشكلية والمادية، واضحاً مقروءاً ومتاحاً. وانتهى من ثمة إلى مركزية مبدأ التناسب وكافة ضوابط الفصل 49 في التأسيس لمنهج أكثر عقلانية لتشريع ذي جودة وبالتالي أكثر تماهياً مع المبادئ الدستورية ومع روح الدستور.

على أن التخلي عن دستور 27 جانفي 2014 وتعويضه بدستور جديد خلال سنة 2022، أبرز حاجة إلى تلمّس مدى انسجام البناء المنهجي الذي تم التوصل إليه مع المقتضيات الدستورية الجديدة لا سيما وأن دستور 2022 يعبّر عن منظومة أخرى ترمي إلى القطع مع مفردات المرحلة السياسية والدستورية السابقة، أي المنبثقة عن المسار التأسيسي 2011-2014.

ومن المهم إزاء هذا التساؤل التنبه إلى أن القطيعة مع دستور 2014 لم تشمل الفصل 49 وضوابطه، حيث تمت استعادته صلب دستور 2022 صلب الفصل 55 وإن كان ذلك مع تغييرات عامة في الصياغة وفي بعض الخيارات.

وبناء على ذلك، يمكن التحقق منذ البداية من أن جملة الضوابط على تحرك المشرع في مجال الحقوق والحريات التي أتى بها الفصل 49 من دستور 2014 تبقى عموماً ملزمة له بمقتضى الفصل 55 من دستور 2022. إلا أن ذلك لا يجب أن يحجب النظر عن ضرورة التثبت من آثار التغييرات الواردة به على مجال تدخل القانون وطرقه. ويستدعي ذلك أيضاً التمعن في طريقة ضبط الدستور الجديد للأحكام المتعلقة بالوظيفة التشريعية وبدور البرلمان وموقعه في عملية التشريع بناء على مقتضيات هذا الدستور.

ولفهم هذا الانتقال وأثره على علاقة السلطة التشريعية بالفصل 55، يتجه أولاً العودة إلى سياق الانتقال من دستور إلى آخر لتبلغ صمود الضوابط المتعلقة بتنظيم الحدود على الحقوق والحريات أمام القطع الحاصل مع المنظومة الدستورية 2014 (أولاً)، ومن ثمة تلمس التغييرات الحاصلة في صياغة الفصل 55 مقارنة بالفصل 49 وتحديد نطاقها ومعناها (ثانياً). ولا بدّ في الأخير من قراءة الأحكام المتعلقة بالوظيفة التشريعية صلب دستور 2022 لقياس أثرها على المسار التشريعي وعلى دور السلطة التشريعية في صياغة النص القانوني (ثالثاً).

1. من دستور 2014 إلى دستور 2022: سياق الانتقال وفلسفة المشرع التأسيسي

تعتبر عودة الفصل 49 إلى الأحكام الدستورية الجديدة صلب الفصل 55 من الأهمية بمكان أنها تعكس تمسكاً لدى الأوساط القانونية والحقوقية بمقتضياته باعتباره مكسباً دستورياً لا يمكن إنكاره. وهو ما قد يشكل مؤشراً على بداية تجذّر المعايير الموضوعية في تقدير الحدود على الحقوق والحريات بالثقافة القانونية التونسية. ولا شك أن هذا التجذّر يمثل صمام أمان في مواجهة كل مسعى للارتداد إلى الخلف وحافزاً لمزيد تعميق العلاقة العقلانية التي يقوم عليها مفهوم دولة القانون بوصفه ضماناً للتوازن بين السلطة والحرية.

ومن المهم التذكير في هذا السياق أن الفصل 49 من دستور 2014 كان وليد لجنة التوافقات، ولم يكن من السهل إدراجه لولا التوافق على نصّه. فبتتبع مسار صياغة مشروع دستور 2014، نجد تدرّجاً من اعتماد نفس منهج دستور 1959 في ضبط قيود ممارسة بعض الحقوق الخاصة (مسودة 14 أوت 2012 ومسودة 14 ديسمبر 2012 ومشروع 22 أبريل 2013) إلى التنصيب على مادة جامعة صلب مشروع غرة جوان 2013 دون التنصيب على مبدأ التناسب (الفصل 48)، ومن ثمة إلى إدراج التناسب وعدم التراجع والضرورة التي تقتضها دولة مدنية ديمقراطية صلب الصياغة المنبثقة عن لجنة التوافقات خلال القراءة الأولى فصلاً فصلاً لمشروع الدستور. وكانت الحصيلة نص الفصل 49 مثلما ورد بدستور 27 جانفي 2014¹.

على أن هذه الولادة العسيرة للفصل 49 لم تحل دون أن يصبح أحد أهم المكاسب الدستورية لتجربة ما بعد الثورة، وبدأ أثره على طريقة تعامل مختلف المتعاملين مع مسألة الحقوق والحريات وحدودها يبرز شيئاً فشيئاً على نحو كان يقتضي مزيد التعزيز والتحسيس والإحاطة. ومن المفيد أن نذكر في هذا الإطار بما ذهب إليه رئاسة الحكومة من تنصيب على الفصل 49 كمرجع ضروري يؤخذ بعين الاعتبار عند وضع نصوص قانونية (مشاريع قوانين، تراتيب...) صلب المنشور عدد 8 المؤرخ في 17 مارس 2017 المتعلق بضبط قواعد إعداد مشاريع النصوص القانونية وإجراءات عرضها واستكمال تهيئتها. كما قام المشرع بالتزليل التشريعي للمبادئ الدستورية المنصوص عليها بالفصل 49 ضمن بعض أحكام القانون، مثلما هو الشأن في القانون

1 سليم اللغماني، «تحديد الحقوق والحريات ومبدأ التناسب في تونس: الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، الوحدات التعليمية حول تحديد الحقوق والحريات موجبة إلى طلبية معاهد وكليات الحقوق، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2022.

الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس 2016 المتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة، والذي ينص في فصله 24 على أنه:

«لا يمكن للهيكل المعني أن يرفض طلب النفاذ إلى المعلومة إلا إذا كان ذلك يؤدي إلى إلحاق ضرر بالأمن العام أو بالدفاع الوطني أو بالعلاقات الدولية فيما يتصل بهما أو بحقوق الغير في حماية حياته الخاصة ومعطياته الشخصية وملكيته الفكرية.

ولا تعتبر هذه المجالات استثناءات مطلقة لحق النفاذ إلى المعلومة وتكون خاضعة لتقدير الضرر من النفاذ على أن يكون الضرر جسيما سواء كان أنيا أو لاحقا كما تكون خاضعة لتقدير المصلحة العامة من تقديم المعلومة أو من عدم تقديمها بالنسبة لكل طلب ويراعى التناسب بين المصالح المراد حمايتها والغاية من مطلب النفاذ».

ويعتبر الأثر الأكبر للفصل 49 بارزا في فقه قضاء المحكمة الإدارية التي لعبت في مناسبات عديدة دورا هاما في تعديل نزوع الإدارة إلى التعسف بناء على تفعيل مبدأ التناسب ومختلف الضوابط الدستورية الواردة بالفصل 49.

وإجمالا يمكن الجزم بأن الفصل 49 كان قد بدأ بإحداث تحوّل عميق في طريقة تعامل الدولة مع مسألة الحقوق والحريات باتجاه أكثر عقلانية وموضوعية يقبل زاوية النظر إلى الحدود الموضوعية على الحقوق والحريات من صلاحية مطلقة للسلطة إلى وسيلة لتحقيق هدف مشروع.

وأمام بوادر هذا التطور الجوهري الذي بدأ يبرز تدريجيا في الوعي القانوني التونسي، أثارت المبادرة بوضع دستور جديد على أنقاض دستور 2014 الذي تم تحميله كل خطايا وذنوب المرحلة السابقة المخاوف بخصوص مآل الفصل 49 ومن ثمة حول مخاطر ضياع فرصة التأسيس لعقلية دستورية جديدة في التعامل مع الحقوق والحريات. فلا يجب أن ننسى أن ضوابط الفصل 49 كادت تختفي تماما من مشروع الدستور الجديد قبل أن تعود في نسخته الأخيرة المعروضة على الاستفتاء إثر الانتقادات الواسعة صلب الأوساط الحقوقية والأكاديمية. فقد كان الفصل 55 من مشروع الدستور الصادر في 30 جوان 2022² ينص على ما يلي:

«لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور إلا بمقتضى قانون ولضرورة يقتضها الدفاع الوطني أو الأمن العام أو الصحة العمومية أو حماية حقوق الغير أو الآداب العامة.

ويجب ألاّ تمسّ هذه القيود بجوهر الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وأن تكون مبرّرة بأهدافها ومتلائمة مع دواعيها.

لا يجوز لأيّ تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور. وعلى كل الهيئات القضائية أن تحمي هذه الحقوق والحريات من أي انتهاك».

2 الأمر الرئاسي عدد 578 لسنة 2022 مؤرخ في 30 جوان 2022 المتعلق بنشر مشروع الدستور الجديد للجمهورية التونسية موضوع الاستفتاء المقرر ليوم الاثنين 25 جويلية 2022.

ويستخلص من هذه الصياغة:

- اختفاء شرط الضرورة في دولة مدنية ديمقراطية، والاكتفاء بذكر موجبات الحدّ من الحقوق والحريات،
 - حذف مبدأ التناسب واختزاله في «التلاؤم» الذي لا يمثل إلا مرحلة من مراحل اختبار التناسب.
- وهو ما كان قد شكّل ارتدادا إلى الخلف يندسف كل ما تم بناؤه وتحقيقه من معايير وتقنيات تشريعية وقضائية منبثقة عن الفصل 49، ومن ثمة انحسارا لمستوى الحماية مقارنة بدستور 2014.
- وأمام ردة فعل الأوساط الحقوقية والقانونية، تم تعديل صياغة الفصل 55 بمقتضى الأمر الرئاسي عدد 607 لسنة 2022 المؤرخ في 8 جويلية 2022 المتعلق بإصلاح أخطاء تسربت إلى مشروع الدستور المنشور بمقتضى الأمر الرئاسي عدد 578 لسنة 2022، ليصبح نصه على النحو الوارد حاليا بالدستور والذي أدرج شرطي الضرورة والتناسب، مع بعض الاختلافات التي سنأتي عليها فيما يلي.

2. من الفصل 49 إلى الفصل 55: ما الذي تغيّر؟

ينص الفصل 55 من دستور 2022 على أنه:

«لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور إلا بمقتضى قانون ولضرورة يقتضها نظام ديمقراطي ويهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العامّ أو الدفاع الوطني أو الصّحة العمومية. ويجب ألاّ تمسّ هذه القيود بجوهر الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وأن تكون مبرّرة بأهدافها، متناسبة مع دواعيها.

لا يجوز لأيّ تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور.

على كلّ الهيئات القضائية أن تحمي هذه الحقوق والحريات من أيّ انتهاك».

من حيث الشكل، تغيّرت الصياغة بشكل كبير، وهو ما يستدعي تتبّعها لتقصي مواطن الاختلاف مقارنة بالفصل 49 وأثرها على المعايير والمبادئ التي كرّسها هذا الأخير. ويتربّط عن ذلك إجمالا أن التغييرات الكبرى شملت تغييرا في ترتيب الفقرات ومن ثمة طريقة التنصيص على الضوابط، في حين اقتصر المساس بالأصل على معطين اثنين:

- تعويض «الدولة المدنية الديمقراطية» بالنظام الديمقراطي،
- حذف الآداب العامة من موجبات التقييد.

وفيما يلي جدول مقارنة تألفي بين الفصلين 49 و55 يوضّح بالنهاية أن:

- الأركان الأساسية للضوابط التي تحكم حركة المشرّع عند تدخّله للحدّ من حق أو حرية تظل هي نفسها،
- التغييرات من حيث الأصل تبقى محدودة لا سيما من حيث أثرها على نطاق الحماية ومعاييرها.

وبالتالي فإن المعايير والمنهجية التي تم توضيحها صلب الدليل الموجه إلى السلطة التشريعية حول تطبيق الفصل 49 تبقى سارية على تطبيق الفصل 55 من الدستور الجديد.

الملاحظات	الصياغة في الفصل 55	الصياغة في الفصل 49	الضوابط
<p>اعتماد الجملة الشرطية في صيغة الفصل 55 (وهي صيغة تذكر بتلك التي اعتمدها الفصل 7 من دستور 1959) فيها تأكيد على أن المبدأ هو الحرية وأن القيود هي استثناء وينبغي بالتالي التعامل معها على هذا الأساس، خاصة عند اعتماد شرط عدم المساس من جوهر الحق. كما تزيد هذه الصيغة من التأكيد على الاختصاص الحصري والمطلق للقانون في وضع حدود على الحقوق والحريات:</p> <p>- الفصل 75 من دستور 2022 أدرج كما الفصل 65 من دستور 2014 الحقوق والحريات ضمن مجال القانون الأساسي. لكنه لم يحسم الإشكال الذي كان مطروحا منذ دستور 2014 بخصوص دخول بعض المواد المنظمة بالقوانين العادية في دائرة الحقوق والحريات (كالجنسية ونظام الملكية والصحة العمومية وقانون الشغل وضبط الجنايات والجنح والعقوبات السالبة للحرية). كما أنه أخرج من قائمة المواد المنظمة بالقانون العادي «الإجراءات أمام مختلف أصناف المحاكم» دون إدراجها صراحة ضمن مجال القانون الأساسي. وتعتبر هذه المادة حسب الأستاذ سليم اللغماني مرتبطة ارتباطا عضويا بالحقوق والحريات مما يقتضي إدراجها ضمن مجال القوانين الأساسية.</p> <p>- تنظيم الحدود على الحقوق والحريات بمقتضى القانون ترتب على المشرع -إضافة إلى التوقي من اللادستورية- الالتزام بمقومات التشريع الجيد وبمعايير جودة التشريع كالوضوح والمقرئية والتناسق، طبقا لما تم بيانه في الدليل الموجه إلى السلطة التشريعية حول تطبيق الفصل 49.</p>	<p>لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور إلا بمقتضى قانون.</p>	<p>يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها</p>	<p>التحفظ التشريعي</p>

الملاحظات	الصياغة في الفصل 55	الصياغة في الفصل 49	الضوابط
<p>عاد شرط الضرورة إلى النسخة النهائية من الفصل 55 بعد أن كان اختفى منه في مشروع 30 جوان 2022. بل إنه عاد مقرونا بفكرة أساسية لم يعبر عنها الفصل 49 صراحة إلا أنها عبرت كل مقتضياته، ألا وهي فكرة تبرير التدخل المقيّد للحرية التي تبقى المحرك الأساسي لفلسفة حدود الحدود. وكان دليل السلطة التشريعية قد أطنب في بيان محورية هذا المنطق، من منطلق أن الحرية هي المبدأ وأن القيد هو الاستثناء. وهو ما ينتج عنه منظومة حمائية للفصل 49 (ومن ثمة للفصل 55) ثلاثية الأبعاد ترتكز على الشرعية والمشروعية والضمانات³ تفضي بدورها على ارتكاز شرط الضرورة على واجب تبرير القيد قصد إثبات مشروعيته⁴.</p> <p>إلا أن شرط الضرورة عاد في إطار صيغة تمسّ بالأصل مقارنة بالفصل 49. بل إن الشرط الوحيد الذي عرف مساسا بالجوهر في طريقة صياغته هو شرط الضرورة. ويبرز ذلك من ناحيتين:</p> <p>- تعويض الدولة المدنية الديمقراطية بالنظام الديمقراطي: قد يبدو لوهلة أن في هذا التغيير إنكار لمفهوم الدولة المدنية من ناحية ونزول بسقف الأهداف من دولة إلى مجرد نظام. إلا أن هذا الانطباع لا يعدو أن يكون مجرد قراءة سطحية لا يلبث تهافتها أن يبرز بمجرد التمعّن في المفاهيم. ففيما يتعلّق بمفهوم الدولة المدنية، تمّت البرهنة في دليل السلطة التشريعية في تطبيق الفصل 49 على أنها رديف دولة القانون الديمقراطية، فضلا عن أنها في مناقضتها لمفهوم الدولة المدنية تقوم على «المبادئ نفسها التي تتصدّى لكل أشكال الدول القائمة على شحنات استقطابية أو غير موضوعية من قبيل الدولة العسكرية أو الطائفية بكل ما يترتب عنها من نفي لحقوق</p>	<p>لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور إلا بمقتضى قانون ولضرورة يقتضها نظام ديمقراطي ويهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العمومية.</p> <p>-...وأن تكون مبررة بأهدافها</p>	<p>ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضها دولة مدنية ديمقراطية ويهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة أو الآداب العامة...</p>	<p>شرط الضرورة</p>

3 انظر الدليل صفحة 21.

4 انظر الدليل صفحة 30-31.

<p>الأفراد أو تضييق عليها، أي تلك المبادئ التي تتناول إشكالية مشروعية الحكم ومسألة الحرية والتي تحيل رأساً إلى النظام الديمقراطي ودولة القانون»⁵.</p> <p>وبناء على ذلك، لا يكون لاستبدال عبارة دولة ديمقراطية بعبارة نظام ديمقراطي أي تأثير مادي على طريقة فهم نطاق مقتضيات الضرورة مقارنة بصيغة الفصل 49، ما دامت الديمقراطية بما هي جملة من القيم التي تذهب أبعد من مجرد تعريفها الإجرائي سمة من سمات النظام السياسي وتأسيساً للسلطة وشكلاً من أشكال ممارستها، لا سيما وأن مفهوم الدولة من هذا الجانب يحيل مباشرة إلى فكرة السلطة وطرق ممارستها.</p> <p>حذف الآداب العامة من قائمة موجبات التقييد:</p> <p>مع أن الآداب العامة مفهوم مكرس في القانون الدولي وفقه القضاء المقارن كأحد موجبات التقييد من الحريات، إلا أنه يظل مفهوماً نسبياً يمكن أن يخضع إلى الكثير من الذاتية في تقديره. لذلك لا يبدو أن في حذفه أي انتقاص أو توسيع من مجال الحماية الذي يبسطه الفصل 55، لا سيما وأن متعلقاته يمكن ردها إلى بقية الموجبات كالصحة العامة والأمن العام.</p>			
<p>تغيير في الصياغة دون أثر على تكريس المبدأ مقارنة بدستور 2014.</p>	<p>ويجب ألا تمس هذه القيود بجوهر الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور.</p>	<p>يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها.</p>	<p>شروط عدم المساس بجوهر الحق</p>
<p>تغيير في الصياغة دون أثر على تكريس المبدأ مقارنة بدستور 2014.</p>	<p>وأن تكون مبررة بأهدافها، متناسبة مع دواعيها.</p>	<p>وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها.</p>	<p>شروط التناسب</p>

5 انظر الدليل صفحة 35 وما بعدها.

6 سليم اللغماني، "تحديد الحقوق والحريات ومبدأ التناسب في تونس: الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022"، الوحدات التعليمية حول تحديد الحقوق والحريات موجبة إلى طلبية معاهد وكليات الحقوق، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2022.

مبدأ عدم التراجع	لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور.	لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور.	تم الإبقاء على نفس الصياغة الواردة بالفصل 49 مع استبدال عبارة «تعديل» بـ«تنقيح».
الدور الحمائي للقاضي	وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحرريات من أي انتهاك.	على كل الهيئات القضائية أن تحمي هذه الحقوق والحرريات من أي انتهاك.	تغيير في الصياغة دون أثر على تكريس المبدأ مقارنة بدستور 2014. إلا أنه ذو أثر إيجابي إيجابي بالنظر إلى استعمال الصيغة التوكيدية (عبارة «على») التي تجعل الحماية بوضوح واجبا محمولا على القضاء. كما أن استعمال عبارة «كل الهيئات القضائية» تضمن تأكيداً على أن السلطة القضائية بجميع مكوناتها مسؤولة على هذه الحماية.

3. السلطة التشريعية والوظيفة التشريعية في دستور 2022

يعتبر تغير النظام السياسي أبرز سمات دستور 2022. ويتميز هذا النظام خاصة بمركزه السلطة حول رئيس الجمهورية كما كان الشأن في دستور غرة جوان 1959، وبالتالي التراجع عن المكانة التي حازها البرلمان في دستور 27 جانفي 2014. وبقطع النظر عن إشكالية العلاقة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية ومسألة التوازن بين السلطات التي تحيل إليها، يبقى الجانب الأهم الذي يجدر التركيز عليه في إطار هذه الورقة هو ذلك المتعلق بالاختصاص التشريعي للبرلمان وبالتالي الأحكام المتعلقة بتنظيم الوظيفة التشريعية صلب دستور 2022.

من هذا الجانب، تحيل عملية جرد الأحكام الدستورية المنظمة للوظيفة التشريعية إجمالاً إلى أن الخط العام للاختصاص التشريعي وللإجراءات المتعلقة به يبقى هو نفسه، وهو ما يعني أن المسار التشريعي يظل على حاله كما استقرت عليه الممارسة بشكل عام منذ تجربة المجلس الوطني التأسيسي.

الملاحظات	دستور 2014	دستور 2022	الاختصاص التشريعي
<ul style="list-style-type: none"> - اختصاص محدد في دستور 2022 يقرأ في علاقة بالصلاحيات الممتدة لرئيس الجمهورية (لا سيما المراسيم) وطبيعة النظام السياسي. - مجلس الأقاليم والجهات: يقتصر دوره التشريعي على ميزانية الدولة ومخططات التنمية (فصل 84) 	<p>فصل 50: يمارس الشعب السلطة التشريعية عبر ممثليه بمجلس نواب الشعب أو عن طريق الاستفتاء</p>	<p>فصل 67: يمارس مجلس نواب الشعب الوظيفة التشريعية في حدود الاختصاصات المخولة له في هذا الدستور.</p>	<p>التصوّر الجديد للوظيفة التشريعية في دستور 2022 لا أثر له على طريقة ممارسة المجلس لاختصاصه التشريعي ولا على علاقته بالفصل 55 بما هو قاعدة مرجع في التشريع.</p>

الملاحظات	دستور 2014	دستور 2022	
<p>- اعتماد نفس المقاربة الواردة بدستور 2014 بخصوص التمييز بين مجال القانون الأساسي ومجال القانون العادي مع الإبقاء على مادة الحقوق والحريات ضمن مجال القانون الأساسي.</p> <p>- مجال التراتيب هو الذي أصبح محميا من تدخل المشرع (الدفن بعدم قبول مشروع قانون يدخل في مجال التراتيب، إمكانية تنقيح القوانين السابقة المتعلقة بالمواد الداخلة في مجال التراتيب بمقتضى أمر).</p> <p>☞ تمدد مجال التراتيب وتعزيز حمايته على حساب مجال القانون يبقى دون أثر على التحفظ التشريعي ما دامت الحقوق والحريات ضمن مجال القانون.</p>	فصل 65	فصل 75 و76	مجال القانون ومجال التراتيب
<p>لا تغيير مقارنة بدستور 2014 فيما يتعلق بحق المبادرة التشريعية للنواب، وعودة إلى خيار دستور 1959 في ما يتعلق بالمبادرة التشريعية الصادرة عن السلطة التنفيذية، وذلك بحصرها في رئيس الجمهورية دون رئيس الحكومة.</p>	فصل 62: مقترحات قوانين من عشرة نواب على الأقل، مشاريع قوانين من رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة لمشاريع القوانين أولوية النظر.	فصل 68: حق رئيس الجمهورية عرض مشاريع قوانين + أولوية النظر حق النواب عرض مقترحات قوانين (عشرة نواب على الأقل).	حق المبادرة التشريعية
<p>☞ لا أثر لذلك في علاقة بإجراءات النظر في مشاريع القوانين</p>	تكوين لجان...	فصل 72: انتخاب لجان قارة	اللجان

الملاحظات	دستور 2014	دستور 2022	المصادقة
<p>- لا تغيير مقارنة بدستور 2014 فيما يتعلق بأغلبية التصويت.</p> <p>- حذف التنصيص على مدة النظر الدنيا في مشاريع القوانين الأساسية يفقدها المرتبة الدستورية لكن لا شيء يدل على إلغائها، ومن المرجح أن تجد مكانها صلب النظام الداخلي للمجلس كما كان الشأن في ظل دستور 1959.</p>	<p>فصل 64: المصادقة على القوانين الأساسية بالأغلبية المطلقة للأعضاء والمصادقة على القوانين العادية بأغلبية الحاضرين على ألا تقل عن الثلث.</p> <p>+ لا يعرض مشروع القانون الأساسي على مداولة الجلسة العامة إلا بعد مضي خمسة عشر يوماً من إحالته على اللجنة المختصة.</p>	<p>فصل 79: المصادقة على القوانين الأساسية بالأغلبية المطلقة للأعضاء والمصادقة على القوانين العادية بأغلبية الحاضرين على ألا تقل عن الثلث.</p>	

على أن تنظيم المسار التشريعي داخل مجلس نواب الشعب، بما في ذلك تحديد اللجان وعددها واختصاصاتها وطرق عملها، وسير الجلسة العامة وممارسة حق التعديل يبقى من مشمولات النظام الداخلي للمجلس. ومع إرساء المجلس الجديد، يبقى من المستبعد أن يزرع نظامه الداخلي إلى القطع مع الممارسة والتقاليد البرلمانية التي استقرت عليها السلطة التشريعية منذ انبعاثها في ظل دستور غرة جوان 1959 في علاقة بإجراءات النظر في مشاريع القوانين والمصادقة عليها. فالميزة الأساسية للقانون البرلماني التي تصنع فرادته مقارنة بباقي فروع القانون هو انبثاق قواعده من الممارسة وانبثاؤها على مراكمة التجربة وعبورها من مرحلة إلى مرحلة بقطع النظر عن اختلاف السياق السياسي.

وليس أدلّ على ذلك من استنارة المجلس الوطني التأسيسي بقواعد النظام الداخلي لبرلمان ما قبل الثورة واستلهامه من التقاليد البرلمانية التي تجذّرت عبر الممارسة عند وضعه لنظامه الداخلي. ولا يتعارض ذلك مع ما أفرزته تراكمات التجربة تدريجياً على مدى أكثر من عشر سنوات من عمر المؤسسة البرلمانية بعد الثورة، لا سيما في علاقة بالعناصر الأساسية المميزة لتلك التجربة (ديناميكية المعارضة، تعدّد القوى السياسية، التوافق...)، بقطع النظر عن اختلاف السياق من برلمان إلى آخر (المجلس الوطني التأسيسي 2011-2014، مجلس نواب الشعب 2014-2019 و2019-2021).

• وبناء عليه، تبقى المبادئ الأساسية والقواعد العامة التي تم بيانها في الدليل الموجه إلى السلطة التشريعية حول تطبيق الفصل 49 على نفس وجاهتها في إنارة سبيل المؤسسة البرلمانية في أدائها لوظيفتها التشريعية، سواء فيما يتعلّق بالمسار التشريعي أو بتقنيات التشريع ومقتضيات جودة القوانين.

• كما يعتبر المجلس الوطني للجهات والأقاليم معنيا بهذه المبادئ الأساسية والقواعد العامة في حدود ما أوكله إليه الدستور. فرغم أن دوره رقابي وليس تشريعياً، إلا أنه يبقى مقيّداً بمقتضيات الفصل 55 في ممارسته لاختصاصه، والذي ينحصر بمقتضى الفصلين 84 و85 من الدستور في المشاريع المتعلقة بميزانية الدولة ومخططات التنمية الجهوية والإقليمية والوطنية وفي صلاحيات الرقابة والمساءلة في مختلف المسائل المتعلقة بتنفيذ الميزانية ومخططات التنمية. وهي مجالات ذات طابع اقتصادي ومالي بالأساس.

دليل السلطة التنفيذية

في تطبيق مبدأ التناسب

قراءة وحيدة في ضوء الفصل 55 من دستور 2022

شهر الدين غزالة

مقدّمة

رغم صدور دستور جديد للجمهورية التونسية في 25 جويلية 2022¹ تمت المحافظة على نفس الحقوق والحريات التي كانت مكرسة في ظل دستور 2014، وتم تقريبا التنصيب على نفس الأحكام التي تضمنها الفصل 49 وذلك من خلال أحكام الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022 والذي ينص على أنه:

« لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور إلا بمقتضى قانون ولضرورة يقتضها نظام ديمقراطي وبهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العمومية.

ويجب ألا تمسّ هذه القيود بجوهر الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وأن تكون مبرّرة بأهدافها، متناسبة مع دواعيها.

لا يجوز لأيّ تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور.

على كلّ الهيئات القضائية أن تحمي هذه الحقوق والحريات من أيّ انتهاك».

إنّ المحافظة على نفس هذه الأحكام تجعل من دليل السلطة التنفيذية في تطبيق الفصل 49 من الدستور والذي تم إعداده في ظل دستور 2014 وثيقة صالحة لعمل السلطة التنفيذية في ظل مقتضيات دستور 25 جويلية 2022، غير أنّ ذلك لا ينفي ضرورة إعداد تحيين للدليل المذكور، وذلك بهدف تدقيق بعض المسائل التي تفرضها بعض التغييرات في محتوى الفصل 55 مقارنة بالفصل 49 علاوة على التغيير الكبير في صلاحيات كل من رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة وحذف بعض الهيئات الدستورية.

إنّ الغاية من إعداد هذا الملحق هو مساعدة السلطة التنفيذية على تطبيق مقتضيات الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022 والاستفادة من الإجراءات التي تم اقتراحها في الدليل، خاصة في ظل عدم وجود تجربة كبيرة في التعامل مع الآليات التي تم إقرارها في هذا الفصل الذي لم يكن موجودا في ظل دستور 1959، وقصر مدة العمل بالفصل 49 من الدستور، إضافة إلى أنّ مواصلة العمل بما تم اقتراحه في الدليل من شأنه التقليل من النزاعات القضائية المرتبطة بالطعن في شرعية النصوص القانونية التي تعدها السلطة التنفيذية ومساعدتها على التقيد بالواجب الدستوري المحمول على الدولة الممثل في ضمان الحقوق والحريات الفردية والعامّة لكافة المواطنين والمواطنات كما ينص على ذلك الفصل 22 من دستور 25 جويلية 2022².

وحرصا على تبسيط فهم النقاط التي سيتم التعرض إليها في هذا الملحق فقد تم التقيد بنفس منهجية المخطط التي تم اعتمادها في الدليل، بما يضمن من جهة، سهولة استيعاب الأفكار التي سيتم التعرض إليها من قبل جميع الهياكل في مستوى السلطة التنفيذية المتدخلة في مسار إعداد النصوص القانونية المندرجة في مجال الحقوق والحريات، ومن جهة أخرى، لضمان وحدة وانسجام الأفكار التي سيتم التعرض إليها في هذه الوثيقة باعتبارها جزء من الدليل الذي تم إعداده.

ومن خلال دراسة الأحكام الجديدة الواردة في دستور 25 جويلية 2022 خاصة المتعلقة منها بالفصل 55 أو الأحكام الأخرى المتعلقة بنقل اختصاصات حق المبادرة التشريعية أو ممارسة السلطة الترتيبية العامة إلى رئيس الجمهورية عوضا عن رئيس الحكومة يتبيّن أنّ هذا التغيير لم يكن له تأثير كبير على الإجراءات التي تم اقتراحها في الدليل لضمان تقيد السلطة التنفيذية بأحكام الفصل 49 سابقا، وهي إجراءات تبقى تبعا لذلك صالحة لضمان تقيد السلطة التنفيذية باحترام مقتضيات الفصل 55 من الدستور الحالي.

1 يطلق على الدستور الجديد تسمية دستور 25 جويلية 2022 وذلك تطبيقا لأحكام الفصل 141 منه والذي ينص على أنه «يحمل هذا الدستور التاريخ الرّسمي، وهو يوم الاستفتاء، 25 جويلية 2022، تجسيدا لإرادة الشعب في التمسك بالنظام الجمهوري».

2 ينص الفصل 22 من دستور 25 جويلية 2022 على أنه «تضمن الدولة للمواطنين والمواطنات الحقوق والحريات الفردية والعامّة وتبنيّ لهم أسباب العيش الكريم».



لذلك سيتم التركيز على محدودية تأثير أحكام دستور 25 جويلية 2022 على الآليات التي تم إقرارها في الدليل لضمان احترام مقتضيات الفصل 55 تبعا لحصر حق المبادرة التشريعية في مستوى السلطة التنفيذية لدى رئيس الجمهورية (القسم الأول)، أو تبعا لإفراجه بصلاحيته إصدار المراسيم وصلاحيته ممارسة السلطة التنفيذية العامة³ (قسم 2).

1. محدودية تأثير تغيير الجهة الممارسة لحق المبادرة التشريعية في مستوى السلطة التنفيذية على الآليات المقترحة لاحترام مقتضيات الفصل 55

تبرز محدودية تأثير تغيير الجهة الممارسة لحق المبادرة التشريعية في مستوى السلطة التنفيذية على الآليات المقترحة لاحترام مقتضيات الفصل 55 على المقاربة التي تم اقتراحها في الدليل خلال مبادرة السلطة التنفيذية بمشاريع قوانين جديدة (1)، وكذلك على الإجراءات التي تم اقتراحها في مرحلة إجراء اختبار التناسب (2).

2. أين تبرز محدودية التأثير على المقاربة المقترحة لاحترام مقتضيات الفصل 55 خلال المبادرة بمشاريع قوانين جديدة؟

تم التطرق في الدليل الذي تم إعداده إلى الدور الذي تقوم به الهيئات الدستورية في مساعدة السلطة التنفيذية على التقيد بأحكام الفصل 49 من دستور 2014 أي الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022، وهي هيئات مستقلة نص الدستور على وجوب استشارتها في مشاريع النصوص القانونية المدرجة في مجال اختصاصها، غير أنّ حذف أغلب هذه الهيئات من الدستور الجديد لا يعني حذفها كليا من المنظومة القانونية وبالتالي محافظتها على الدور الذي تقوم به في مساعدة السلطة التنفيذية في التقيد بمقتضيات الفصل 55 (فقرة 1)، وكذلك محافظة مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة على دوره المحوري في مراقبة تقيّد مشاريع النصوص القانونية التي يتم إعادها في إطار مبادرة تشريعية من قبل رئيس الجمهورية بمقتضيات الفصل 55 (الفقرة 2).

1.2. محدودية تأثير حذف بعض الهيئات الدستورية على أهمية دورها في مساعدة السلطة التنفيذية في التقيد بمقتضيات الفصل 55

تم التأكيد في الدليل على أهمية الدور الذي يمكن أن تلعبه الهيئات الدستورية في مساعدة السلطة التنفيذية في التقيد بمقتضيات الفصل 49، وبالرجوع إلى دستور 25 جويلية 2022 يتبين أنه تم الإبقاء فقط على الهيئة العليا المستقلة للانتخابات كهيئة دستورية في الباطن الثامن من دستور 25 جويلية 2022⁴، غير أنّ حذف باقي الهيئات (ب) والمتمثلة في كل من هيئة الاتصال السمعي البصري (i) وهيئة حقوق الإنسان (ii) وهيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة (iii) وهيئة الحكومة الرشيدة ومكافحة الفساد (iv) لا يحول قانونيا دون إمكانية مواصلة قيامها بدورها في مساعدة السلطة التنفيذية في التقيد بمقتضيات الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022 (أ).

3 عوضا عن رئيس الحكومة في دستور 2014.

4 الفصل 134 من دستور 25 جويلية 2022.

أ. حذف بعض الهيئات من الدستور لا يعني حذفها كلياً من المنظومة القانونية

لقد تم بمقتضى دستور 25 جويلية 2022 حذف عدد من الهيئات الدستورية التي كنا أشرنا في الدليل إلى إمكانية اضطلاعها بدور هام في مساعدة السلطة التنفيذية على التقيّد بمقتضيات الفصل 49 من الدستور، فهل أنّ عدم التنصيص على هذه الهيئات في دستور 25 جويلية 2022 يعني ألياً حذفها من المنظومة القانونية، وبالتالي حذف أي دور لها في الرقابة على حسن التقيّد بمقتضيات الفصل 55 من الدستور؟

رغم إمكانية وجود اختلاف في تأويل الآثار القانونية لحذف هذه الهيئات من الدستور بين الموقف القائل بأنّ حذف هذه الهيئات من الدستور يترتب عليه حذفها من كامل المنظومة القانونية وبين الموقف القائل بأنّ حذف هذه الهيئات لا يترتب عليه ألياً إلغاؤها من المنظومة القانونية في ظل غياب الشروط القانونية لإلغاء النصوص القانونية المحدثة لها، فإنّ الموقف الثاني قد يكون الأرجح من الناحية القانونية في ظل الاعتبارات القانونية التالية المبينة أساساً على غياب شروط النسخ الصريح والنسخ الضمني:

- إنّ المبدأ العام المكرس في قواعد نفاذ النصوص القانونية أنّ النص القانوني يبقى نافذاً ما لم يلغى صراحة بنص لاحق، وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى عدم وجود أي نص قانوني إلى حد الآن ألغى صراحة القوانين المتعلقة بإحداث الهيئات المذكورة.

- لا يمكن اعتبار شروط النسخ الضمني للنصوص القانونية متوفرة وذلك للاعتبارات التالية:

- غياب شروط النسخ الضمني حيث لم يصدر أي نص قانوني يستوعب كافة أو أحد النصوص القانونية المحدثة للهيئات المذكورة.
- رغم أنّ النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم الهيئات المذكورة صدرت في إطار تطبيق أحكام الباب السادس من دستور 2014، وبالتالي فهي تعتبر بمثابة النصوص التطبيقية لدستور 2014، فإنّ القاعدة القانونية المعمول بها في تأويل النصوص القانونية وفقاً لما استقر عليه فقه القضاء أنّ إلغاء نص قانوني لا يترتب عليه ألياً الغاء نصوصه التطبيقية إلا إذا كانت هذه النصوص متعارضة معه بصفة صريحة⁵. وبالرجوع إلى النصوص القانونية المحدثة لهذه الهيئات يتبين أنّها لا تعتبر مخالفة لمقتضيات دستور 25 جويلية 2022، حيث باستثناء الفصول الواردة في القوانين المذكورة والتي تنصّ على الطبيعة الدستورية لهذه الهيئات والتي تعتبر قد ألغيت ضمناً تبعاً لحذفها من دستور 2022، فإنّ جميع الأحكام الأخرى الواردة في هذه القوانين لا تعتبر متعارضة مع دستور 25 جويلية 2022، ولا تتوفر فيها تبعاً لذلك قواعد الإلغاء الضمني.

هذا وتجدر الإشارة في كل الحالات أنه وفي غياب محكمة دستورية فإنّ التأويل الذي سيعتمد حالياً لترجيح هذا الموقف أو ذاك هو التأويل الرسمي الذي ستعتمده السلطة القائمة من خلال جهازها التنفيذي والتشريعي⁶، وذلك إما من خلال مواصلة السلطة التنفيذية في التعامل مع الهيئات التي سبق تنصيبها وشرع مجلس نواب الشعب في إجراءات انتخاب أعضاء الهيئات التي لم يتم تركيزها بعد، بما يفهم منه وجود تبية مواصلة العمل بالقوانين المحدثة للهيئات المذكورة، أو على العكس من ذلك غلق هذه الهيئات وعدم الشروع في انتخاب أعضاء الهيئات التي لم يتم تركيزها بعد، بما يعد من قبيل الإقرار الضمني بإنهاء العمل بالنصوص القانونية المحدثة للهيئات المذكورة.

5 L'abrogation d'une loi n'entraîne pas automatiquement celle des règlements qui ont été pris pour son application et qui restent conciliables avec la nouvelle législation (CE, Ass., 16 avril 1943, Lanquetot, Rec. p. 100).

6 خاصة بعد انتخاب مجلس نواب جديد وشروعه في مباشرة أعماله رسمياً في 13 مارس 2023.

ب. الهيئات المعنية بإمكانية مساندة السلطة التنفيذية في التقيّد بمقتضيات الفصل 55

• هيئة الاتصال السمعي البصري

إنّ حذف هيئة الاتصال السمعي البصري من دستور 25 جويلية 2022 لا يعني حذفها نهائيا كهيكل مكلف بتعديل قطاع الاتصال السمعي البصري، وتطويره، والسهر على ضمان حرية التعبير والإعلام، وعلى ضمان إعلام تعددي نزيه، خاصة وأنّ هذا الدور الاستشاري تم إقراره في النص القانوني الذي لا يزال نافذ حاليًا والمنظم لعمل الهيئة وهو المرسوم عدد 116 لسنة 2011 المؤرخ في 2 نوفمبر 2011 المتعلق بحرية الاتصال السمعي والبصري وإحداث هيئة عليا مستقلة للاتصال السمعي والبصري والذي ينص في فصله على 19 على أنّ الهيئة تتولى «إبداء الرأي وجوبا للسلطة التشريعية وللحكومة حول مشاريع القوانين أو مشاريع المراسيم أو مشاريع الأوامر ذات الصبغة الترتيبية المتعلقة بقطاع الاتصال السمعي والبصري».

وتبعًا لذلك يمكن القول بأنه لا شيء يمنع من الناحية القانونية وطالما أنّ المرسوم المتعلق بإحداث الهيئة لا يزال نافذا، طالما لم يتم إلغاؤه، من أن تتولى هيئة الاتصال السمعي البصري القيام مستقبلا بدور في معاضدة مجهودات السلطة التنفيذية في التقيّد بمقتضيات الفصل 55 وفي احترام مقتضيات التناسب، كما تم التأكيد على ذلك في الدليل.

• هيئة حقوق الإنسان

تم التنصيب على «هيئة حقوق الإنسان» في الفصل 128 من دستور 2014، وهي هيئة تتولى مراقبة «احترام الحريات وحقوق الإنسان، وتعمل على تعزيزها، وتقترح ما تراه لتطوير منظومة حقوق الإنسان»، غير أنه تم حذف هذه الهيئة من دستور 25 جويلية 2022.

إنّ حذف هذه الهيئة لا يعني حذفها من المنظومة القانونية خاصة وأنّ وجود هيئة مستقلة يندرج في إطار تنفيذ التعهدات والتوصيات الدولية التي تقتضي إحداث هيئة مستقلة تُعنى بمراقبة مجال حقوق الإنسان، وتعتبر الهيئة الحالية بديلا للهيئة العليا لحقوق الإنسان والحريات الأساسية التي تم إحداثها منذ سنة 2008⁷. وبالتالي، وفي ظل وجود إطار تشريعي لهيئة حقوق الإنسان وهو القانون الأساسي عدد 51 لسنة 2018 مؤرخ في 29 أكتوبر 2018 المتعلق بهيئة حقوق الإنسان الذي ينص في فصله 12 على أنه «تستشار الهيئة وجوبا في مشاريع القوانين المتعلقة بحقوق الإنسان والحريات. وتبدي رأيها في أجل أقصاه شهر من تاريخ توصلها بالملف. كما يمكن استشارتها في جميع مشاريع النصوص القانونية الأخرى»، وبالتالي فإن الهيئة يمكن أن تضطلع في صورة تركيزها بدورها الاستشاري من خلال إبداء الرأي وجوبا في مشاريع القوانين المتعلقة بحقوق الإنسان والحريات، وبالتالي معاضدة السلطة التنفيذية، كما تمت الإشارة إلى ذلك في الدليل، في التقيّد بمقتضيات الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022.

• هيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة

تم التنصيب على إحداث هيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة في الفصل 129 من الدستور 2014، غير أن دستور 25 جويلية 2022 لم يتطرق إلى هذه الهيئة، وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أنّ عدم التنصيب على هذه الهيئة في دستور 25 جويلية 2022 لا يعني حذفها أليا من المنظومة القانونية خاصة في ظل وجود إطار تشريعي للهيئة المذكورة وهو القانون الأساسي عدد 60 لسنة 2019 المؤرخ في 9 جويلية 2019 المتعلق بهيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة والذي يعتبر

7 معايير الاستقلالية وفقا لمبادئ باريس، وهي مبادئ تمت صياغتها في حلقة عمل دولية بشأن المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، عُقدت في باريس سنة 1991، وتم اعتمادها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1993.

8 الهيئة العليا لحقوق الإنسان والحريات الأساسية المحدثة بمقتضى القانون عدد 37 لسنة 2008 المؤرخ في 16 جوان 2008.

من الناحية القانونية نافذا طالما لم يتم إلغاؤه، وقد تم التأكيد في القانون الأساسي المذكور⁹ على الدور الاستشاري الوجوبي للهيئة في مشاريع القوانين «المتعلقة بالمسائل الاقتصادية والاجتماعية والبيئية وخاصة المناخية».

وبالتالي يمكن للهيئة المذكورة في صورة تركيزها، كما تم توضيح ذلك في الدليل، القيام بدورها في خصوص التثبيت من مدى تقيّد مشاريع القوانين التي تعدها السلطة التنفيذية بمقتضيات الفصل 55 من الدستور، وذلك فيما يخص مشاريع القوانين المتعلقة «بالمسائل الاقتصادية والاجتماعية والبيئية وخاصة المناخية».

• هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد

تم التنصيص على إحداث هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد في الفصل 130 من دستور 2014، إلا أنه تم حذف هذه الهيئة من قائمة الهيئات الدستورية في دستور 25 جويلية 2022، غير أنّ حذف هذه الهيئة لا يعني حذفها من المنظومة القانونية خاصة في ظل وجود إطار تشريعي للهيئة المذكورة وهو القانون الأساسي عدد 59 لسنة 2017 المؤرخ في 24 أوت 2017 المتعلق بهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد الذي أكد على دورها الاستشاري في فصله التاسع الذي ينص على أنه «تستشار الهيئة وجوبا في مشاريع القوانين المتصلة بمجال اختصاصها سيما تلك المتعلقة بالوقاية من الفساد ومكافحته وتكريس مبادئ الحوكمة الرشيدة. وتبدي الهيئة رأيها في أجل أقصاه ثلاثين يوما من تاريخ تسلمها الاستشارة».

وبالتالي على غرار الهيئات الدستورية الأخرى التي تم حذفها من دستور 25 جويلية 2022 يمكن لهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد القيام بدور مهم في خصوص التثبيت من مدى تقيّد مشاريع القوانين التي تعدها السلطة التنفيذية بمقتضيات الفصل 55 من الدستور، وذلك فيما يخص مشاريع القوانين المتعلقة بالوقاية من الفساد ومكافحته وتكريس مبادئ الحوكمة الرشيدة.

2.2. المحافظة على الدور المحوري لمصالح مستشار القانون والتشريع في التقيد بمقتضيات الفصل 55

تم التأكيد في الدليل الذي تم إعداده على أهمية دور مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة في ضمان تقيّد مختلف مشاريع النصوص القانونية التي يتم إعدادها من قبل الوزارات المعنية بأحكام الدستور، حيث يعتبر مستشار القانون والتشريع للحكومة الإدارة المركزية المكلفة بمهمة الرقابة على مختلف مشاريع النصوص القانونية التي يتم إعدادها من قبل مختلف الوزارات، بما في ذلك بدهاء مشاريع النصوص ذات الصبغة التشريعية المتعلقة بالحقوق والحريات، كما يستشف ذلك من أحكام الفصل 2 من الأمر عدد 118 لسنة 1970 المؤرخ في 11 أبريل 1970 المتعلق بتنظيم مصالح الوزارة الأولى الذي ينص على «قيام مستشار القانون والتشريع بجمع كل المشاريع ذات الصبغة التشريعية والترتيبية المعروضة من مختلف الوزارات ويتولى دراستها وتهيتها من الناحية القانونية».

وبالتالي، فإنّ دراسة مشاريع النصوص القانونية من الناحية القانونية تقتضي قيام مستشار القانون والتشريع للحكومة بالرقابة بصفة ميدانية على مدى تقيّد النصوص التشريعية التي يتم عرضها من قبل مختلف الوزارات والمتعلقة بالحقوق والحريات بالقواعد والضوابط المنصوص عليها بالفصل 55 من الدستور، وذلك في إطار دوره الأساسي في السهر على احترام مبدأ هرمية أو تراتبية النصوص القانونية¹⁰ القائم على مبدأ عدم وجوب مخالفة أحكام النصوص القانونية الأدنى للنصوص القانونية الأعلى مرتبة، أي على عدم مخالفة مشاريع النصوص القانونية التي يتم إعدادها من قبل مختلف الوزارات لمقتضيات الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022.

9 الفصل 6.

10 وهو دور يبدئي يستمد من دوره في القيام بدراسة مشاريع النصوص القانونية طبقا للأمر عدد 133 لسنة 1971 المؤرخ في 10 أبريل 1971 المتعلق بإعادة تنظيم مصالح الوزارة الأولى.

وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أنّ هذا الدور لن يتغير بحصر جهة المبادرة في مستوى السلطة التنفيذية في رئيس الجمهورية، باعتبار أنّ هذا الدور تقوم به مصالح مستشار القانون والتشريع منذ إلحاقها رسمياً بالوزارة الأولى سنة 1969 وتنظيمها بمقتضى الأمر عدد 118 لسنة 1970 المؤرخ في 11 أبريل 1970 المتعلق بتنظيم مصالح الوزارة الأولى، وذلك في ظل النظام الرئاسي الذي كان قائماً في ظل دستور 1 جوان 1959، وهو نظام يتشابه في خصوص الصلاحيات المسندة لرئيس الجمهورية في ما يتعلق خاصة بإفراجه بحق المبادرة التشريعية في مستوى السلطة التنفيذية مع ما تم إقراره في دستور 25 جويلية 2022. وما يؤكد أن مصالح مستشار القانون والتشريع ستواصل القيام بدور محوري في الرقابة على النصوص القانونية التي تعدها السلطة التنفيذية في ظل الدستور الجديد هو مواصلة قيامها بالرقابة على المراسيم التي تعدها مختلف الوزارات في ظل النظام الرئاسي الذي تم تكديسه في ظل الأمر الرئاسي عدد 117 لسنة 2021 المؤرخ في 22 سبتمبر 2021 المتعلق بتدابير استثنائية، وهو نظام يتشابه بصفة كبيرة مع النظام الذي تم إرساؤه في دستور 25 جويلية 2022.

3. أين تبرز محدودية التأثير على الإجراءات المقترحة في مرحلة إجراء اختبار التناسب؟

تبرز محدودية التأثير في مستوى التغيير البسيط في خصوص الجهة المكلفة بإعداد وثيقة تطبيق الفصل 55 من الدستور (الفقرة 1) ومن خلال المسائل الأولية التي يتعين على جهة المبادرة التطرق إليها قبل إجراء اختبار التناسب (الفقرة 2).

1.3. تغيير محدود في مستوى الجهة المكلفة بإعداد وثيقة تطبيق الفصل 55 من الدستور

تم في الدليل التفريق بخصوص الجهة المكلفة بإعداد وثيقة تطبيق الفصل 49 حسب الجهة المبادرة بمشروع القانون. فبالنسبة لمشاريع القوانين المندرجة في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الجمهورية، تم التنصيص على أنه يتم إعداد وثيقة تطبيق الفصل 49 من قبل مصالح رئاسة الجمهورية، ويحال الملف المتضمن لمشروع القانون ووثيقة تطبيق الفصل 49 مباشرة إلى خلية برمجة ومتابعة العمل الحكومي التابعة لرئاسة الحكومة قصد برمجته بجدول أعمال مجلس الوزراء. أما بالنسبة لمشاريع القوانين المندرجة في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الحكومة، فيتم إعداد الوثيقة المذكورة من قبل الوزارة صاحبة المبادرة بإعداد مشروع النص، حيث تقوم هذه الوزارة بتضمين نتائج اختبار التناسب التي قامت به في وثيقة تُدرج وجوباً ضمن ملف مشروع القانون الذي يحال على رئاسة الحكومة، لتتولى مصالح مستشار القانون والتشريع النظر في مشروع القانون والوثائق المصاحبة له وخاصة وثيقة تطبيق الفصل 49 والتنسيق مع الوزارة صاحبة المبادرة في هذا الشأن.

وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أنه اعتباراً وأنّ الحق في المبادرة التشريعية في مستوى السلطة التنفيذية أصبح يمارس فقط من قبل رئيس الجمهورية كما جاء ذلك في الفصل 68 من الذي ينص على أنه «لرئيس الجمهورية حقّ عرض مشاريع القوانين»، وبالتالي لم يعد من حق رئيس الحكومة الحق في المبادرة التشريعية، فإنّ ذلك يقتضي إدخال بعض التغييرات على ما تم إقراره في الدليل في مستوى الجهة المكلفة بإعداد وثيقة تطبيق الفصل 55، وذلك علاوة على تغيير تسمية الوثيقة التي تقتضي بداهة تعويض الفصل 49 بالفصل 55 لتصبح «وثيقة تطبيق مقتضيات الفصل 55 من الدستور».

بالرجوع إلى أحكام دستور 25 جويلية 2022 يتبين أنّ رئيس الجمهورية يمارس السلطة التنفيذية أو «الوظيفة التنفيذية» وفقا للعبارة المستعملة في الدستور، كما أنه يعين رئيس الحكومة وبقية أعضاء الحكومة باقتراح من رئيسها¹¹ كما له أن ينيي مهام الحكومة أو عضو منها تلقائيا أو باقتراح من رئيس الحكومة¹²، كما يتولى رئيس الجمهورية ترؤس مجلس الوزراء¹³، علما وأنّ كل مشاريع القوانين¹⁴ تتداول وجوبا في مجلس الوزراء¹⁵.

وبالتالي واعتبارا، كما سبق بيانه، وأنّ رئيس الجمهورية هو من يتمتع بحق المبادرة التشريعية وأنّ «الحكومة مسؤولة عن تصرفها أمام رئيس الجمهورية» كما ينص على ذلك الفصل 112 من الدستور، فإنّ كل الأعمال المتعلقة بإعداد مشاريع القوانين والتي تقوم بها السلطة التنفيذية ممثلة في مختلف الوزارات، تتنزل في إطار حق المبادرة التشريعية لرئيس الجمهورية، وتبعاً لذلك فإنّ الوزارة المعنية التي تولت إعداد مشروع قانون أساسي يندرج في مجال الحقوق والحريات هي الجهة المعنية بإعداد وثيقة تطبيق الفصل 55 من الدستور، ولم تعد بالتالي مصالح رئاسة الجمهورية المعنية بإعداد الوثيقة المذكورة.

هذا وتتولى مصالح مستشار القانون والتشريع مهمة التثبت من توفر الوثيقة المذكورة في الملف المتعلق بمشروع القانون قبل برمجته بجدول أعمال مجلس الوزراء وإحالته لاحقا لمجلس نواب الشعب.

2.3. تأثير محدود على المسائل الأولية التي يتعين على جهة المبادرة التطرق إليها قبل إجراء اختبار التناسب

تم في الدليل الذي تم إعداده إبراز التمثي الذي يتم اعتماده بخصوص مشاريع النصوص القانونية التي تصدر بمبادرة من السلطة التنفيذية وذلك قبل البدء في إجراء اختبار التناسب وإعداد وثيقة تطبيق الفصل 49 أي (الفصل 55 في الدستور الحالي) والتي تتضمن نتائج هذا الاختبار.

وعلى ضوء الصياغة التي تم اعتمادها في الفصل 55 فإنّه يتعين إعادة التذكير بالمرحلة الأولية التي يتعين القيام بها بصفة مسبقة من قبل الجهة المبادرة بمشروع القانون المندرج في مجال الحقوق والحريات وذلك قبل إجراء اختبار التناسب، مع الأخذ بعين الاعتبار التغيير البسيط الذي فرضته الصياغة الحالية للفصل 55.

وتتمثل هذه المراحل في وجوب قيام الجهة المبادرة بمشروع القانون بصفة مسبقة بالتثبت مما يلي:

• أولا: التثبت من شكل النص القانوني المتضمن لضوابط الحق أو الحرية:

تمت المحافظة في دستور 25 جويلية 2022 على نفس الضمانات المتعلقة بشكل النص القانوني المتضمن للحد من الحقوق والحريات، حيث أسند الاختصاص الحصري في ضبط حدود الحقوق والحريات للمشرع، كما أنه على غرار دستور 2014 فإنه لا يمكن وضع ضوابط للحقوق والحريات إلا بقوانين أساسية تطبيقا لأحكام المطلة الثانية عشرة من الفقرة الأولى من الفصل 75 من الدستور التي تنص على أنه تتخذ شكل قوانين أساسية القوانين المتعلقة بالحريات وحقوق الإنسان.

وبالتالي، يتعين على الجهة المكلفة بإعداد مشروع نص قانوني، كما سبق وأن تم التأكيد على ذلك في الدليل، التثبت من مضمون أحكامه، فإذا ثبت تقييدها لأحد الحقوق والحريات المضمونة بالدستور فإنه يتعين أن يتخذ النص القانوني شكل

11 الفصل 101 من دستور 25 جويلية 2022.

12 الفصل 102 من دستور 25 جويلية 2022.

13 وهو ما يستشف من أحكام الفصل 113 من الدستور الذي أجاز لرئيس الحكومة أن ينوب رئيس الجمهورية في رئاسة مجلس الوزراء، وهو ما يفهم منه أنّ الاختصاص الأصلي في رئاسة مجلس الوزراء يعود لرئيس الجمهورية.

14 بما في ذلك بداية القوانين المندرجة في مجال الحقوق والحريات.

15 تنص الفقرة الأولى من الفصل 105 على أن « مشاريع القوانين ومشاريع الأوامر الترتيبية يتم التداول فيها في مجلس الوزراء ».

قانون أساسي، حتى وإن كانت أغلب فصوله إجرائية أو ذات صبغة فنية ولا تتعلق بتقييد هذا الحق.

• ثانيا: التثبت من مقروئية النص القانوني المقيد للحق أو الحرية:

تعني المقروئية أن تكون أحكام القانون المقيد للحق أو الحرية بالدقة والوضوح الكافين بما يحول دون التعسف والاعتباطية في تأويل وتطبيق هذا القانون ويعزز الأمان القانوني. كما يعد وضوح النص ومقروئته أساسا لإعمال اختبار التناسب خاصة في تقدير مدى ملاءمة القيد مع الهدف التشريعي. إذ أن غياب الدقة والوضوح في صياغة القانون تحول دون إمكانية التثبت من وجود رابط عقلائي بين القيد والهدف التشريعي أو من التثبت من عنصر الضرورة.

• ثالثا: التثبت من أنّ تقييد الحق أو الحرية ليس من شأنه أن يمس بجوهرهما، وهو شرط مبدئي تمت المحافظة عليه في الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022.

ويقصد بجوهر الحق والحرية أيضا أن مشروع القانون الذي سيضع ضوابط هذه الحقوق والحريات لا يجب أن يفضي إلى تشويهها أو انتهاكها انتهاكا صارخا وجسيما لدرجة إفراغها من محتواها.

• رابعا: التثبت من أن هذا التقييد ضروري في نظام ديمقراطي وأن الغرض منه مشمول بقائمة الأهداف التي ينص عليها الفصل 49 من الدستور، أي التثبت من شرط «الضرورة الخارجية»¹⁶.

وهنا تجدر الإشارة إلى أنّ الفصل 55 نص على وجوب التثبت من أن هذا التقييد ضروري في «نظام ديمقراطي» عوضا عن «دولة مدنية ديمقراطية» وهي العبارة التي كانت واردة في الفصل 49 من دستور 2014.

وبالتالي فقد تم:

- من جهة التخلي عن وجوب أن يكون التقييد ضروريا في دولة مدنية، وهنا تجدر الإشارة إلى محدودية تأثير حذف هذه العبارة باعتبار أن استعمال هذا المصطلح في دستور 2014 كان فقط بغاية التصدي لكل إمكانية لإرساء دولة دينية إسلامية، واعتبارا وأنّ ضمانات مدنية الدولة وفقا للتعريف المذكور تبقى متوفرة في ثلاث عناصر رئيسية وهي المواطنة وإرادة الشعب وعلوية القانون¹⁷ وهي عناصر تم تضمينها في دستور 25 جويلية 2022.

- من جهة أخرى تعويض شرط أن يكون التقييد ضروريا في «دولة ديمقراطية» بشرط أن يكون التقييد ضروريا في «نظام ديمقراطي». ويتجه التأكيد في هذا الإطار على أنه ليس هناك اختلاف بين ضروريات «النظام الديمقراطي» و«ضروريات الدولة الديمقراطية» والتي تقوم على التعددية السياسية والفكرية والدينية والثقافية. وهما مصطلحان تم تحديد مفهومهما استئناسا بمفهوم «المجتمع الديمقراطي» المكرس في عديد المعاهدات الدولية وفقه قضاء المحاكم الدولية في مجال حقوق الإنسان¹⁸.

16 تم استعمال هذا المصطلح من قبل الأستاذ سليم اللغماني، انظر:

Slim Laghmani, Salsabil Klibi et Salwa Hamrouni, Le droits et libertés, in., Lecture du brouillon de la constitution : évaluation et propositions. Premières journées A. Amor, ATDC et ARTD 15 janvier 2013.

17 انظر، سلوى الحمروني، دليل القاضي الدستوري في تطبيق الفصل 49 من الدستور، منشورات المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2021، ص 38.

18 انظر، سلوى الحمروني، دليل القاضي الدستوري في تطبيق الفصل 49 من الدستور، منشورات المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2021، ص 39-40.

كما تجدر الإشارة إلى أنّ الفصل 55 حذف أحد الأهداف التي يرمي إليها التشريع المتضمن للتضييق من الحريات وهو هدف حماية الآداب العامة، ويعتبر ذلك توجهها محمودا في ظل صعوبة تحديد مفهوم الآداب العامة الذي يعد مصطلحا غير دقيق ومتغير بتغير المكان والزمان وبتطور المجتمع، بما يجعل وجود هذه الغاية مدخلا يخول في عديد الأحيان للسلطة التنفيذية، في إطار دورها في المبادرة التشريعية، إصدار قوانين تتضمن تضييقا على منظومة الحقوق والحريات بذريعة حماية الآداب العامة. وبالتالي يمكن اعتبار أن حذف هذه الغاية يجعل من الفصل 55 من الدستور أكثر تلاؤما مع المعايير الدولية.

• خامسا: التثبّت من احترام مبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الانسان، وقد تمت المحافظة على هذا الشرط في الفصل 55 من الدستور.

ويجب أن تبرز وثيقة تطبيق الفصل 55 من الدستور التمشي المعتمد من قبل الجهة المبادرة بالنص للتثبّت من المسائل سابقة الذكر.

4. محدودية تأثير تغيير الجهة التي لها صلاحية إصدار المراسيم وصلاحية ممارسة السلطة الترتيبية العامة على الآليات المقترحة لاحترام مقتضيات الفصل 55

تم التأكيد في الدليل الذي تم إعداده على الدور المحوري للسلطة التنفيذية في احترام مقتضيات الفصل 49 ومبدأ التناسب عند ممارسة صلاحياتها في مجال إصدار المراسيم وفي إطار ممارسة السلطة الترتيبية العامة، وسنبيّن فيما يلي محدودية تأثير التغيير الدستوري على ما تم اقتراحه في الدليل من آليات لضمان التقيد بمقتضيات الفصل 55 سواء فيما يتعلق تبعا لإفراء رئيس الجمهورية بصلاحية إصدار المراسيم (الفرع الأول) أو تبعا لإفراءه بحق ممارسة السلطة الترتيبية العامة (الفرع 2).

1.4. المحافظة على نفس آليات تكريس اختبار التناسب في إطار ممارسة السلطة التنفيذية لصلاحياتها في مجال إصدار المراسيم؟

سنعرض في مرحلة أولى إلى محافظة السلطة التنفيذية على دورها المحوري في احترام مقتضيات اختبار التناسب عند إعداد مشاريع مراسيم (الفقرة الأولى)، قبل التطرق إلى إمكانية المحافظة على نفس المقاربة التي تضمن الرقابة الاستباقية على اختبار التناسب من قبل الهيئات والهيكل الاستشارية (الفقرة 2).

1.1.4. دور محوري للسلطة التنفيذية في احترام مقتضيات اختبار التناسب عند إعداد مشاريع المراسيم

أدخل دستور 25 جويلية 2022 تغييرا على الجهة التي لها صلاحية إصدار المراسيم بوصفها نصوصا قانونية تدخل في المجال المخصص للتشريع¹⁹، حيث كانت المراسيم في دستور 2014 تصدر بحسب الحالة إما عن رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة، وقد تم التركيز في الدليل على المراسيم الصادرة عن رئيس الحكومة باعتبار أن المراسيم الصادرة عن رئيس الجمهورية هي مراسيم تصدر في حالات استثنائية تتعلق بحل مجلس نواب الشعب، غير أنّ ما ورد في الدليل يقتضي التحيين كما سنبينه أدناه، باعتبار أنّ إصدار المراسيم أصبح اختصاصا حصريا لرئيس الجمهورية ولم يعد بإمكان رئيس الحكومة إصدار مراسيم²⁰.

وإذا استثنينا الحالة المتعلقة بالفصل 80 من دستور 25 جويلية 2022 والمتعلقة بإمكانية إصدار مراسيم في حالة حل مجلس نواب الشعب، والتي لم يتم التطرق إليها في الدليل وبالتالي لن يتم التعرض إليها في هذا الملحق باعتبارها تتعلق

19 مجال التشريع المحدد بالفصل 75 من دستور 25 جويلية 2022.

20 وهو تغيير مبرر تفرضه طبيعة النظام السياسي الذي تم إرسائه في دستور 25 جويلية 2022 وهو نظام رئاسي خلافا للنظام البرلماني أو المجلسي الذي كان مكرسا في دستور 2014 والذي يسند صلاحيات كبيرة لرئيس الحكومة.

بوضعيات استثنائية²¹ يصعب معها من الناحية العملية الحديث على وجوب تقييد السلطة التنفيذية بمقتضيات الفصل 55 من الدستور عند إعدادها لمراسيم تتضمن تضييقا من مجال الحقوق والحريات، فإنه سيتم التركيز على الحالتين التاليتين التي يمكن فهمها الحديث عن ضرورة التقييد بمقتضيات الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022:

- الحالة الأولى: تتعلق بالفصل 70 من دستور 25 جويلية 2022 الذي ينص على أنه «لمجلس نواب الشعب أن يفوض، لمدة محدودة ولغرض معين، إلى رئيس الجمهورية اتخاذ مراسيم يعرضها على مصادقة المجلس إثر انقضاء المدة المذكورة»، وهي حالة تتشابه مع ما تم إقراره في الفقرة الثانية من الفصل 70 من دستور 2014²².

- وتجدر الإشارة أنّ التفويض لرئيس الجمهورية لإصدار مراسيم طبقا لأحكام الفصل 70 من دستور 25 جويلية 2022 يكون لمدة محددة، غير أنّ دستور 25 جويلية 2022 لم يضبط المدة الدنيا أو القصوى للتفويض أو الغرض المحدد الذي بمقتضاه يتولى مجلس نواب الشعب التفويض في إصدار المراسيم²³.

- الحالة الثانية: إصدار المراسيم خلال العطلة البرلمانية وهي فرضية لم تكن متاحة في ظل دستور 2014، حيث ينص الفصل 73 من دستور 25 جويلية 2022 على أنه «لرئيس الجمهورية أن يتخذ خلال عطلة المجلس، بعد إعلام اللجنة القارة المختصة، مراسيم يقع عرضها على مصادقة مجلس نواب الشعب وذلك في الدّورة العادية الموالية للعطلة».

وفي هذا الإطار يتعيّن التأكيد على أنه بالرغم من الصبغة الزرفية للمدة التي يجوز فيها إصدار هذه المراسيم فإنّ ذلك لا يعني خضوع المراسيم الصادرة في مجال الحقوق والحريات إلى الإجراءات الأساسية التي تضمن تقيدها بمقتضيات الفصل 55 من الدستور، خاصة وأنّ إصدار المراسيم في الحالتين التي سبق وأن تم التطرق إليهما، أي في الحالة المنصوص عليها بالفصل 70 والفصل 73 يقتضي وجوبا عرضها لاحقا على مصادقة مجلس نواب الشعب، أي المصادقة عليها بقانون، وبالتالي خضوع قوانين المصادقة عليها لنفس إجراءات النظر في المبادرات التشريعية.

وتبعاً لذلك فإنّ المراسيم الصادرة في إطار الفصلين المذكورين من الدستور تخضع في خصوص ضمانات تقيدها بأحكام الفصل 55 واختبار التناسب إلى نفس المقاربة المنطبقة على مشاريع القوانين والتي سبق وأن تم التطرق إليها في الجزء الأول من الدليل مع مراعاة قصر المدة التي يجوز فيها إصدار هذه المراسيم سواء الصادرة منها في إطار تطبيق الفصل 70 والتي تبقى في كل الحالات مدة محددة في الزمن، أو الصادرة منها في إطار تطبيق الفصل 73 والتي تبقى مرتبطة بمدة العطلة البرلمانية والتي حدد دستور 25 جويلية 2022 مدتها بشهرين تمتد على شهري أوت وسبتمبر²⁴.

21 تتمثل الحالات التي يجوز فيها للرئيس الجمهورية حل مجلس نواب الشعب في دستور 25 جويلية 2022 في حالة انتخاب رئيس جديد بعد حالة شغور نهائي لمنصب رئيس الجمهورية يمكن للرئيس الجديد حل مجلس نواب الشعب والدعوة لانتخابات تشريعية جديدة (الفصل 109)، وحالة توجيه لائحة لوم ثانية للحكومة أثناء نفس المدة النيابية (الفصل 116).

22 تنص الفقرة الثانية من الفصل 70 من دستور 2014 على أنه «يمكن لمجلس نواب الشعب بثلاثة أخماس أعضائه أن يفوض بقانون لمدة محدودة لا تتجاوز الشهرين ولغرض معين إلى رئيس الحكومة إصدار مراسيم تدخل في مجال القانون تُعرض حال انقضاء المدة المذكورة على مصادقة المجلس».

23 وذلك على عكس دستور 2014 الذي حدد بشهرين المدة القصوى لإصدار المراسيم واشترط أن يكون التفويض في إصدار المراسيم لغرض محدد.

24 تنص الفقرة الأولى من الفصل 71 على أنه «يعقد مجلس نواب الشعب دورة عادية تبدأ خلال شهر أكتوبر وتنتهي خلال شهر جويلية...».

وبالتالي فيما يلي تذكير بصفة موجزة بأهم عناصر المقاربة المذكورة التي تم التطرق إليها في الدليل:

1. يتعين على الهياكل المعنية بإصدار مراسيم لها تأثير على مجال الحقوق والحريات الاطلاع على التشريع والفقهاء وفقه القضاء المقارن في هذه المادة من باب الاستئناس بالممارسات الفضلى في هذا المجال.
2. وجوب إعداد وثيقة تطبيق الفصل 55 من الدستور كوثيقة جديدة ضمن ملف كل مشروع مرسوم جديد يتعلق بالحقوق والحريات يحال على رئاسة الحكومة.
3. احترام واجب عدم التراجع عن المكتسبات المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية، وهو إلزام تم إقراره صراحة في الفصل 55 الذي ينص على أنه «لا يجوز لأي تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمنة في هذا الدستور».
4. مراعاة المقاربة التشاركية لإعداد مشاريع المراسيم ودورها في ضمان احترام مقتضيات الفصل 55 من الدستور.

وتجدر الإشارة في هذا الإطار أنه بالرغم من خصوصية المراسيم من حيث قصر مدة إصدارها، فإن ذلك لا ينفي مراعاة المقاربة التشاركية عند إعدادها وخاصة منها المراسيم التي يمكن أن يكون لها تأثير على مجال الحقوق والحريات، خاصة في ظل مقتضيات الأمر الحكومي عدد 328 لسنة 2018 المؤرخ في 29 مارس 2018 المتعلق بتنظيم الاستشارات العمومية²⁵ الذي أتاح في فصله 12 إمكانية التقليل من مدة العرض على الاستشارة العمومية المحددة بعشرين يوما «في صورة اتخاذ إجراءات مستعجلة أو عند ضرورة احترام آجال قانونية معينة».

2.1.4. المحافظة على نفس المقاربة التي تضمن الرقابة الاستباقية على اختبار التناسب من قبل الهيئات والهياكل الاستشارية

تقوم هذه المقاربة التي تم التعرض إليها في الدليل على إمكانية عرض مشاريع المراسيم المتعلقة بالحقوق والحريات الصادرة في إطار الفصلين 70 والفصل 73 من دستور 25 جويلية 2022 على رأي المحكمة الإدارية (أ) وعلى التقيد بعرضها على بعض الهياكل الأخرى (ب) بما في ذلك بعض الهيئات الدستورية التي تم حذفها من دستور 25 جويلية 2022.

أ. أهمية دور المحكمة الإدارية في الرقابة على اختبار التناسب في خصوص مشاريع المراسيم

اعتبارا للدور الكبير الذي تقوم به المحكمة الإدارية في حماية الحقوق والحريات، فإنه يمكن استشارتها في مشاريع المراسيم التي لها تأثير على مادة الحقوق والحريات، خاصة وأن استشارة المحكمة الإدارية في مشاريع المراسيم تبقى جائزة في إطار مقتضيات الفصل الرابع من القانون عدد 40 المؤرخ في غرة جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية²⁶ والذي ينص على أنه «تستشار بخصوص مشاريع النصوص الأخرى وبوجه عام حول كافة المواضيع التي تقتضي الأحكام التشريعية أو الترتيبية مشورتها أو التي تعرضها عليها الحكومة لإبداء رأيها فيها وبحال نص كل استشارة متعلقة بمشروع قانون أو بمشروع مرسوم على مجلس النواب».

25 ينص الفصل 12 على أنه «يكون العرض على الاستشارة العمومية لمدة لا تقل عن ثلاثين (30) يوما، أما بخصوص مشاريع النصوص التشريعية والنصوص الترتيبية التي تتخذ شكل أوامر حكومية أو قرارات وزارية، فلا تقل مدة عرضها على استشارة العموم على عشرين (20) يوما. يمكن التمديد في فترة العرض على الاستشارة العمومية في صورة ما إذا كان موضوع الاستشارة معقدا أو لتوسيع قاعدة الأطراف المعنية أو عند تزامن تنظيم الاستشارة مع العطل الرسمية.

يمكن التقليل في فترة العرض على الاستشارة العمومية في صورة اتخاذ إجراءات مستعجلة أو عند ضرورة احترام آجال قانونية معينة».

26 بمقتضى القانون الأساسي عدد 67 لسنة 1983 المؤرخ في 21 جويلية 1983 المنقح للفصل الرابع من قانون غرة جوان 1972.

وتعد استشارة المحكمة الإدارية في مشاريع المراسيم المتعلقة بمجال الحقوق والحريات مسألة مبررة، أولاً من الناحية المنطقية، نظراً لل دور التاريخي الذي لعبه القاضي الإداري كحامي للحقوق والحريات، وثانياً من الناحية الدستورية، في ظل التنصيص الوارد بالفقرة الأخيرة من الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022 الذي أوجب على كل الهيئات القضائية حماية هذه الحقوق والحريات من أي انتهاك، وهو التزام يمكن أن يمتد إلى حدود الدور الاستشاري للمحكمة الإدارية.

ب. المحافظة على دور الهيئات المستقلة في المساهمة في احترام مقتضيات الفصل 55 من الدستور؟

يعتبر عرض مشاريع المراسيم المندرجة في مجال الحقوق والحريات على رأي بعض الهيئات أحد الضمانات التي من شأنها مساعدة السلطة التنفيذية على التقيد بمقتضيات الفصل 55 من الدستور، سواء كان ذلك في إطار الاستشارة الوجودية أو الاستشارة الاختيارية.

تتولى مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة التثبيت في مرحلة أولى من النصوص القانونية التي تقتضي الاستشارات الوجودية وذلك سواء كانت الاستشارة الوجودية اقتضتها أحكام الدستور أو نصوص تشريعية أو نصوص ترتيبية، ثم في مرحلة ثانية تحديد الهياكل والوزارات التي تكون استشارتها مفيدة في خصوص مشروع القانون المتعلق بالحقوق والحريات وذلك بالرجوع إلى مشمولات ومهام الهياكل المذكورة.

وفي إطار الاستشارة الوجودية يتم عرض مشروع المرسوم المندرج في مجال الحقوق والحريات على بعض الهيئات العمومية المستقلة. وتجدر الإشارة، كما تم بيانه آنفاً، أن حذف بعض الهيئات من دستور 25 جويلية 2022 لا يعني حذفها كلياً من المنظومة القانونية، وبالتالي محافظتها على الدور الذي تقوم به في مساعدة السلطة التنفيذية في التقيد بمقتضيات الفصل 55. وتتمثل هذه الهيئات في:

- الهيئة العليا المستقلة للانتخابات، وهي هيئة دستورية تم التنصيص عليها في الفصل 134 من دستور 25 جويلية 2022.
 - هيئة الاتصال السمعي البصري، والتي يتم استشارتها وجوباً طبقاً لأحكام المرسوم عدد 116 لسنة 2011 المؤرخ في 2 نوفمبر 2011 المتعلق بحرية الاتصال السمعي والبصري وإحداث هيئة عليا مستقلة للاتصال السمعي والبصري.
 - هيئة حقوق الإنسان، والتي يتم استشارتها وجوباً طبقاً لأحكام الفصل 12 القانون الأساسي عدد 51 لسنة 2018 مؤرخ في 29 أكتوبر 2018 المتعلق بهيئة حقوق الإنسان.
 - هيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة، والتي يتم استشارتها طبقاً لأحكام القانون الأساسي عدد 60 لسنة 2019 المؤرخ في 9 جويلية 2019 المتعلق بهيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة.
 - هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد، والتي يتم استشارتها طبقاً لأحكام القانون الأساسي عدد 59 لسنة 2017 المؤرخ في 24 أوت 2017 المتعلق بهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد.
- أما بخصوص الهيئات العمومية المستقلة التي يتعين استشارتها في خصوص مشاريع المراسيم التي يمكن أن يكون لها تأثير على مجال الحقوق والحريات فتتمثل في:
- مجلس المنافسة،
 - هيئة النفاذ إلى المعلومة،
 - الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية،
 - الهيئة الوطنية للوقاية من التعذيب.

وذلك علاوة على:

- المجلس الوطني للحوار الاجتماعي،
- الوزارات المعنية،
- اللجنة الوطنية للملاءمة النصوص القانونية ذات العلاقة بحقوق الإنسان مع أحكام الدستور ومع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها.

2.4. المحافظة على الواجبات المحمولة على السلطة التنفيذية عند إعداد مشاريع النصوص الترتيبية المتعلقة بممارسة السلطة الترتيبية العامة؟

تشمل السلطة الترتيبية العامة جميع المواد الخارجة عن مجال القانون وهي تتمثل في قرارات ذات صبغة عامة ومجردة تصدر عن السلطة التي تمارس السلطة الترتيبية العامة وتنطبق على كامل التراب الوطني. وقد تمت المحافظة في دستور 25 جويلية 2022 تقريبا على نفس التعريف الذي تم اعتماده في دستور 2014²⁷، حيث ينص الفصل 76 على أنه «ترجع إلى السّطة التّرتيبية العامة المواد التي لا تدخل في مجال القانون...».

وخلافا لدستور 2014 والذي كان ينص على أنّ رئيس الحكومة يمارس السلطة الترتيبية العامة²⁸، فإنّ دستور 25 جويلية 2022 ينص على أن رئيس الجمهورية هو من يمارس السلطة الترتيبية العامة، حيث ينص الفصل 103 على أنه «يسهر رئيس الجمهورية على تنفيذ القوانين ويمارس السّطة التّرتيبية العامة، وله أن يفوض كامل هذه السّطة أو جزءا منها لرئيس الحكومة». وتجدر الإشارة إلى أنّ النصوص التي يصدرها رئيس الجمهورية في إطار ممارسته للسلطة الترتيبية العامة تتخذ شكل أوامر.

وعلى غرار ما تمت الإشارة إليه في الدليل فإنه يتعيّن عند إعداد مشاريع النصوص الترتيبية المندرجة في إطار ممارسة رئيس الجمهورية للسلطة الترتيبية العامة التقيّد بجملة من القواعد لضمان عدم تعارض مشروع النصّ الترتيبي مع أحكام الفصل 55 من الدستور. وهنا نؤكد على انطباق نفس الضمانات التي تم ذكرها في الدليل.

وتتمثّل هذه الضمانات، من باب التذكير في:

• أولا: ضرورة التقيّد بمجال السلطة الترتيبية العامة، وذلك من خلال:

- احترام شرط التَحَقُّق التشريعي المضمّن بالفصل 55 من خلال عدم التدخل في مجال التشريع باعتبار أنّ الحقوق والحريات تندرج في مجال القانون طبقا لأحكام المطة 12 من الفقرة الأولى من الفصل 75 من دستور 25 جويلية 2022.
- الالتزام بعدم إضافة أي ضوابط أو قيود أخرى على الحقوق والحريات في مشروع الأمر الترتيبي وذلك تقيداً بأحكام الفصل 55 من الدستور الذي ينص على أنّه لا يمكن وضع ضوابط للحقوق والحريات إلا بمقتضى قانون.
- احترام مبدأ هرمية النصوص القانونية خاصة وأنّ الأمر الترتيبي المتعلق بمجال الحقوق والحريات سيكون مبدئيا نصّا تطبيقيا لنصّ ذو مرتبة تشريعية.

27 تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 65 من الدستور على أنه «يدخل في مجال السلطة الترتيبية العامة المواد التي لا تدخل في مجال القانون».

28 - كما تنص على ذلك الفقرة الأولى من الفصل 94 من الدستور.

وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أنه بالرغم من التغيير الحاصل في مستوى دستور 25 جويلية 2022 مقارنة بدستور 2014 والمتمثل في تغير مجال القوانين من المجال المحجوز إلى المجال المسند لـ Du domaine réservé au domaine assigné de la loi فإن ذلك لا يعني أنّ السلطة الترتيبية يمكن أن تقوم في إطار تنظيمها لأحد المجالات المدرجة في مجال السلطة الترتيبية العامة بإصدار نصوص ترتيبية تتضمن تضييقا في مجال الحقوق والحريات، باعتبار أنّ مجال الحقوق والحريات يندرج حصريا في مجال القوانين. وبالتالي يتعيّن على السلطة التنفيذية في هذه الحالة إما حذف الأحكام المذكورة من مشروع النص الترتيبي، وهو الحل الأسلم من الناحية القانونية باعتبارها تحافظ على مجال اختصاص كل من المشرع من جهة ورئيس الجمهورية من جهة أخرى بوصفه الجهة التي لها صلاحية ممارسة السلطة الترتيبية العامة. أما إذا كان فصل تلك الأحكام سيؤثر سلبا على مقرونية النص فإنّ الحل الأسلم يكون في إعداد النص المتضمن لبعض الأحكام المدرجة في مجال الحقوق والحريات في شكل قانون وذلك للاعتبارات القانونية التالية:

- خلافا للسلطة التنفيذية التي لا يمكن لها أن تصدر نصوصا ترتيبية تتضمن أحكاما تدخل في مجال القوانين، فإنّ اختصاص المشرع هو اختصاص مُسند، وبالتالي فإنّ ذلك لا يحول دستوريا دون إمكانية إصدار قوانين تتضمن أحكاما من مجال السلطة الترتيبية العامة وذلك في صورة استحالة فصل هذه الأحكام الترتيبية عن النص التشريعي لتعارضها مع مبدأ وضوح ومقرونية النص.
- سبق للهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين أن اعترفت بمبدأ وضوح ودقة النص القانوني في قرارها عدد 2017/2 بتاريخ 8 ماي 2017 المتعلق بمشروع القانون عدد 50 لسنة 2016 المتعلق بالتخفيض في المعلوم الموظف على تصدير الفضلات من الحديد وبعملية تصدير ظرفية إلى موفي سنة 2017 حيث أكدت الهيئة «أنّه من شروط صياغة النصوص التشريعية أن تستجيب لمبدأ السلامة المرتقبة منها ومناطق ذلك أن النص يجب أن يكون على قدر من الوضوح والدقة بما يسمح باستيعابه وإدراك مضمونه». وقد أقرت الهيئة أنه في سبيل تحقيق مبدأ وضوح ومقرونية النص القانوني فإنه يمكن إدراج أحكام ذات صبغة ترتيبية في نص تشريعي معتبرة أنّ «خوض المشرع في تفاصيل راجعة إلى اختصاص السلطة الترتيبية... لا يؤول إلى الإقرار بعدم دستورية الفصل الثاني من المشروع طالما استوجبه ارتباطه الوثيق بفحوى مشروع القانون واتجه لذلك ردّ هذا المطعن».

● ثانيا: الهيئات التي من شأنها أن تساعد السلطة التنفيذية في الرقابة على اختبار التناسب؟

● المحكمة الإدارية

وذلك تطبيقا لأحكام الفصل 4 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية على استشارة المحكمة الإدارية وجوبا بشأن مشاريع الأوامر ذات الصبغة الترتيبية.

● الوزارات

تقتضي مشاريع الأوامر الترتيبية المتعلقة بمجال الحقوق والحريات إجراءين أساسيين:

- أولا: عرض مشروع الأمر على الوزارات المكلفة بالتنفيذ للتأشير عليها وذلك عوضا عن الإمضاء المجاور. وهو إجراء دستوري نصّت عليه الفقرة الأخيرة من الفصل 105 من دستور 25 جويلية 2022²⁹ والذي عوّض إجراء الإمضاء المجاور الذي كان موجودا في ظل دستور 2014. ويتجه التأكيد على عدم اختلاف هذين الإجراءين باعتبار أنّ كلاهما يعتبر شكلية دستورية جوهرية قد يؤدي غيابها إلى الطعن بالإلغاء في الأمر الترتيبي.

- ثانيا: عرض مشروع الأمر الترتيبي على الوزارات التي يمكن الاستئناس برأيها.

29 تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 105 على أنه «يتمّ تأشير الأوامر الترتيبية من قبل رئيس الحكومة وعضو الحكومة المعني بالأمر».

- الهيئة الدستورية والهيئات العمومية المستقلة
تخضع مشاريع الأوامر المندرجة في مجال الحقوق والحريات حسب موضوعها لإمكانية العرض لإبداء الرأي على كل من:
 - الهيئة العليا المستقلة للانتخابات،
 - وإلى الهيئات الأخرى التي تم حذفها من قائمة الهيئات الدستورية في دستور 25 جويلية 2022، وهي:
 - هيئة الاتصال السمعي البصري،
 - هيئة حقوق الإنسان،
 - هيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة،
 - هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد.أما بخصوص الهيئات العمومية المستقلة التي يتعين استشارتها في خصوص مشاريع الأوامر التي يمكن أن يكون لها تأثير على مجال الحقوق والحريات فتتمثل في:
 - مجلس المنافسة،
 - هيئة النفاذ إلى المعلومة،
 - الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية،
 - الهيئة الوطنية للوقاية من التعذيب.
- الهيئات واللجان الاستشارية الأخرى
وهي نفس الهيئات التي سبق أن تم التطرق إليها في خصوص مشاريع القوانين وتتمثل في:
 - المجلس الوطني للحوار الاجتماعي،
 - اللجنة الوطنية لملاءمة النصوص القانونية ذات العلاقة بحقوق الإنسان مع أحكام الدستور ومع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها وهي اللجنة المحدثة بمقتضى الأمر الحكومي عدد 1196 لسنة 2019 المؤرخ في 24 ديسمبر 2019³⁰، وهي تتولى إبداء الرأي وجوبا بخصوص مشاريع النصوص الترتيبية ذات العلاقة بحقوق الإنسان.

30 - الأمر الحكومي عدد 1196 لسنة 2019 المؤرخ في 24 ديسمبر 2019 المتعلق بإحداث لجنة وطنية لملاءمة النصوص القانونية ذات العلاقة بحقوق الإنسان مع أحكام الدستور ومع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها، وضبط مشمولاتها وتركيبها وطرق سير عملها.

القاضي الدستوري

وتحديدات الحقوق والحريات

بين ضمانات الفصل 55 وتحدياته

سلوى الحمروني

مقدّمة

أصدرت المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات سنة 2021 مجموعة من الأدلة العملية المتعلقة بالفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 وهو الفصل الذي وضع الشروط الدستورية للحد من الحقوق والحريات وهذا نصه:

«يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية ويهدف حماية حقوق الغير، أو مقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك.

لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور».

ولقد توجهت الأدلة العملية إلى: السلطة التشريعية، السلطة التنفيذية، المجتمع المدني، الهيئات المستقلة، الجماعات المحلية، القاضي العدلي، القاضي الإداري والقاضي الدستوري. سبقت جميع هذه الأدلة بتقديم عام موحد تعرض إلى الإشكاليات العامة التي يطرحها الفصل 49.

وإثر صدور الأدلة قامت المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات بمجموعة كبيرة من الأنشطة في إطار تمكين المعنيين بالفصل 49 من دورات تكوينية تساهم في استبطان مبدأ التناسب ومن حسن تطبيقه في مرحلة قادمة. انطلاقا من هذا المجهود، ساهمت النقاشات الكبرى والمتواصلة حول مبدأ التناسب في بداية تشكل وعي المؤسسات والهيئات العمومية بأهميته. كما ساهمت هذه الأدلة في مساعدة الهيئات العمومية والفاعلين والفاعلات في مجال حقوق الإنسان من تدعيم التوجه نحو اهتمام أكبر بالفصل 49 وتحديدًا بتطبيق مبدأ التناسب فلاحظنا مثلا العديد من الآراء والقرارات التي اعتمدت المبدأ لحل بعض الإشكالات مثل العديد من الآراء القانونية والقرارات الصادرة عن الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية¹ أو الهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي البصري².

كما لوحظ تطور فقه القضاء في اتجاه العمل بالفصل 49 بما في ذلك بعض الأحكام الصادرة عن محكمة التعقيب وهو ما يشكل تطورا مهما خاصة مقارنة بالموقف السابق للقاضي العدلي وتردده في الاستناد إلى الأحكام الدستورية.

ويأتي هذا المقال لتحيين دليل القاضي الدستوري في تطبيق الفصل 49 الذي تمّ نشره سابقا والذي تستدعي قراءته اليوم إتمامه وتحيينه على ضوء الدستور التونسي الجديد، دستور 25 جويلية 2022.

لذلك ندعو القراء إلى الاطلاع على العملين معا لتكاملهما ولفهم المنظومة الدستورية الحالية في علاقة بالقاضي الدستوري ومبدأ التناسب.

لقد أحدث إعلان حالة الاستثناء في 25 جويلية 2021 وما عقبه من انخراط رئاسي في مسار تأسيسي جديد ترتّب عنه إلغاء دستور 27 جانفي 2014 ووضع دستور 25 جويلية 2022، أحدث نوعا من الازتيك على هذا التمشي المتعلق بمبدأ التناسب وأحدث خاصة تخوفا من التراجع عن ضمانات الفصل 49 خاصة وأن المسار أدى إلى التكرار لدستور 2014، للعديد من

1 أو الرأي عدد 268 مؤخ في 16 اوت 2021... انظر مثلا الآراء: عدد 166 مؤرخ في 6 ماي 2020، الرأي عدد 167 مؤرخ في 13 ماي 2020.
2 انظر مثلا رأي الهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي البصري بخصوص مشروع قانون يتعلق بزجر الاعتداء على القوات المسلحة، عدد 2015/25.

المؤسسات الديمقراطية التي جاء بها ومنها الهيئات الدستورية. كما كشف المسار عن نية السيطرة على السلطة القضائية أو على الأقل على التخوف منها كسلطة أولاً باعتماد عبارة الوظيفة القضائية وكسلطة مستقلة قائمة الذات ثانياً من خلال إعادة النظر في الضمانات القضائية التي جاء بها دستور 2014 في بابه الخامس.

ولا بد من التذكير أيضاً بان دستور 25 جويلية 2022 دخل اليوم حيز النفاذ وذلك إثر تبنيه من قبل الشعب عن طريق استفتاء 25 جويلية 2022 وقد لا يتحمل إطار هذا التحيين الرجوع إلى ظروف هذا الاستفتاء وشوائبه وهي عديدة.

لئن أبقى دستور 2022 على أغلب الحقوق والحريات الدستورية، إلا أنه أعاد النظر جذريا في طبيعة النظام السياسي وفي الضمانات القضائية والمؤسساتية للحقوق والحريات.

فيما يتعلق بالنظام السياسي يمكن القول أن المرور من نظام شبه برلماني تقتسم فيه السلطة بين البرلمان وسلطة تنفيذية ذات رأسين إلى نظام يحتكر فيه رئيس الجمهورية أغلب السلطات، لا يمكن إلا أن يكون له تأثير على الحقوق والحريات وعلى ممارستها بشكل عام. ولقد أثبتت التجربة الدستورية التونسية ذلك منذ دستور 1959 من خلال حكم الحبيب بورقيبة وزين العابدين بن علي. لقد أثبتت هذه التجربة الطويلة أن النظم القائمة حول شخصنة الحكم لا تصلح للديمقراطية ولا للحقوق والحريات ولا حتى الاستقرار الذي تدعيه. ولعل طريقة إزاحة الحبيب بورقيبة وزين العابدين بن علي عن الحكم خير دليل على ذلك.

لا يمكن إذن لهذا الوضع العام إلا أن يدفعنا لمزيد الانتباه للتفاصيل القانونية والفعلية التي يمكن أن تهدد الحقوق والحريات رغم أن دستور 25 جويلية أبقى على معظمها رغم بعض التغييرات السلبية أحيانا واليجابية أحيانا أخرى.

أبقى دستور 25 جويلية إذن على فكرة المادة الجامعة وإدراجها في الفصل 55 الذي أخذ مكان الفصل 49 في دستور 2014 كما أبقى على مبدأ التناسب مع بعض التغييرات التي ستعرض لها لاحقا خاصة في علاقة بالقاضي الدستوري وهو السلطة الأولى المعنية بضمان علوية الدستور وبالحقوق والحريات التي نص عليها.

الفصل 55

لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور إلا بمقتضى قانون ولضرورة يقتضها نظام ديمقراطي ويهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العمومية.

ويجب ألا تمس هذه القيود بجوهر الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وأن تكون مبررة بأهدافها، متناسبة مع دواعيها.

لقد سبق وأن بينا في «دليل القاضي الدستوري في تطبيق الفصل 49» أن القاضي الدستوري معني مباشرة بحماية الحقوق والحريات الدستورية من انتهاكات السلطة التشريعية وتقليباتها. فبعد أن أقر الفصل 49 بأن: «تتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك»، جاءت صياغة الفصل 55 أكثر وضوحا وصرامة في هذا الشأن إذ وضعت واجبا «على كل الهيئات القضائية أن تحمي الحقوق والحريات من أي انتهاك». يمكن القول إذن أن الفصل 55 يكرس حماية الحقوق والحريات من كل انتهاكات ومن قبل كل الهيئات القضائية: الدستورية، الإدارية، العدلية، المالية. يمكن القول إذن أن العبارة تغطي الهيئات العمومية التي تكون لها صبغة الهيئة القضائية عند اتخاذ قراراتها مثلما هو الشأن لهيئة النفاذ إلى المعلومة أو الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية التي يقع استئناف أحكامها أمام محكمة الاستئناف.

ويعتبر هذا الواجب المحمول على كل الهيئات القضائية مرحلة مهمة للدفع في اتجاه تطبيق مبدأ التناسب.

رغم هذا الالتزام العام يبقى القاضي الدستوري أول المعنيين بالفصل 55 لا فقط لأنه معني بحماية الحقوق والحريات بل لأنه الضامن لعلوية الدستور وهو بالتالي عنصر فاعل في بناء دولة القانون.

تعتبر الرقابة القضائية على دستورية القوانين من أهم مكتسبات دولة القانون، بل لعله الشرط الأساسي لدولة القانون.

ولعله من المهم التذكير بدور رقابة دستورية القوانين في حماية الحقوق والحريات من الانتكاسات المتعلقة بالظروف السياسية.

فبعد نقاش فقهي طويل عاشته الولايات المتحدة أحاط بوضع دستور 1787 أصبح ضمان علوية الدستور استنادا إلى بناء فقه قضائي بعدم تطبيق القوانين اللادستورية من قبل المحاكم. أما أوروبا فقد شهدت في البداية رفضا للرقابة القضائية على دستورية القوانين وذلك بحجة مساس تلك الرقابة بمبدأ تفريق السلط إذ كيف يمكن لقاضي لا مشروعية له أن يتدخل في مجال السلطة التشريعية وهي سلطة تمثل إرادة الشعب أو الإرادة العامة. وشهدت أوروبا انطلاقا من بداية القرن العشرين للبنات الأولى للرقابة القضائية على دستورية القوانين حتى أصبحت هي القاعدة في أغلب دساتير ما بعد الحرب العالمية الثانية.

ولقد ساهمت رقابة القاضي الدستوري في نحت التوجهات الكبرى للديمقراطيات في مجال حقوق الإنسان. كيف لا ونحن نعلم أن العديد من الحقوق والحريات اعتبرت دستورية حتى وإن لم تنص عليها صراحة بعض الدساتير وذلك من خلال المجهود الذي قام به القاضي في تأويل الدستور. إذ يكفي أن نرجع لتمشي القاضي الألماني أو لما قام به القاضي الدستوري في فرنسا من خلال تأصيله لفكرة الكتلة الدستورية التي سمحت له بإضفاء الدستورية على حقوق لم يذكرها تماما دستور 1958.

أما في تونس فقد ظل الضمان القضائي للحقوق والحريات مرتبطا بوجود قاض دستوري من عدمه.

لئن حاول المجلس الدستوري الذي كان معنيا بدستور 1959 ضمان بعض الحقوق والحريات إلا أن انعدام صفته القضائية وانعدام استقلاليتها منعه من القيام بدوره كاملا في هذا المجال.

جاء دستور 2014 كدستور حاول الاستجابة لمقتضيات الدولة الديمقراطية فأقر وجود محكمة دستورية تنظر من دستورية القوانين بصفة قبلية وبصفة بعدية. لكن عدم التركيز الفعلي لهذه المحكمة حال دون وجود بداية الرقابة القضائية في تونس ولعل الأزمة السياسية والحقوقية التي تعيشها تونس اليوم مرتبطة بذلك ارتباطا شديدا.

ولا يفوتنا هنا التذكير ببعض المحاولات التي جاءت في فقه قضاء الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين في تطبيق الفصل 49 وهو ما تناولناه بالدرس في الدليل الموجه للقاضي الدستوري على أساس الفصل 49.

تقتضي المنظومة الدستورية الجديدة إذن أن نسلط الضوء على بعض العناصر المتعلقة برقابة القاضي الدستوري وبالتحديد بتطبيقه للفصل 55 المذكور وهو ما يتطلب منا لا فقط الاهتمام بما ورد في الفصل نفسه من تعبيرات تعلق بالقاضي الدستوري نفسه وبالمشرع الذي سيكون موضوع المراقبة.

1. الفصل 55 وتراجع أهمية القاضي الدستوري في دستور 2022

جاء دستور 25 جويلية 2022 بتغييرات جوهرية متعلقة بالمحكمة الدستورية سواء كان ذلك في علاقة بتركيبها، بتعيين أعضائها أو باختصاصاتها.

1.1. التراجع عن التنوع في تركيبة المحكمة الدستورية:

بعد أن حرص دستور 2014 على تكريس تركيبة متنوعة جاء الفصل 125 من دستور 2022 وحصر تركيبة المحكمة الدستورية في مجموعة من القضاة من ذوي الخبرة الكبرى في مجالاتهم. لكن تجدر الملاحظة هنا أن هذه الخبرة تبدو مبنية فقط على الأقدمية باعتبارها المعيار الوحيد الذي اعتمد لتحديد الخبرة من عدمها.

لو نقارن مقتضيات دستور 2022 مع ما ورد في دستور سنة 2014 نلاحظ فرقا جوهريا في تصور تركيبة المحكمة فقد نص الفصل 118 من دستور 2014 على ما يلي: المحكمة الدستورية هيئة قضائية مستقلة تتركب من اثني عشر عضوا من ذوي الكفاءة، ثلاثة أرباعهم من المختصين في القانون الذين لا تقل خبرتهم عن عشرين سنة.

وأضاف الفصل أنه: « يعين كل من رئيس الجمهورية، ومجلس نواب الشعب، والمجلس الأعلى للقضاء، أربعة أعضاء، على أن يكون ثلاثة أرباعهم من المختصين في القانون. ويكون التعيين لفترة واحدة مدتها تسع سنوات.»

وتكريسا للتنوع في تركيبة المحكمة جاء الفصل التاسع من القانون عدد 50 مؤرخ في 3 ديسمبر 2015 واشترط في العضو المختص في القانون أن يكون:

«من المدرسين الباحثين التابعين للجامعات منذ عشرين سنة على الأقل برتبة أستاذ تعليم عالي،

أو قاضيا مباشرا للقضاء منذ عشرين سنة على الأقل ومنتشيا إلى أعلى رتبة،

أو محاميا مباشرا للمحاماة منذ عشرين سنة على الأقل مرسما بجدول المحامين لدى التعقيب،

أو من ذوي التجربة في الميدان القانوني منذ عشرين سنة على الأقل بشرط أن يكون حاملا لشهادة الدكتوراه في القانون أو ما يعادلها.»

كما اشترط في العضو من غير المختصين في القانون أن يكون حاملا لشهادة الدكتوراه أو ما يعادلها.

جاءت هذه الشروط لضمان تنوع المحكمة الدستورية من حيث اختصاص أعضائها بما يسمح بإنتاج فقه قضاء يقوم على الكفاءة والخبرة بالمجال الدستوري، السياسي والاجتماعي على الأقل.

أما الفصل 125 من دستور 25 جويلية 2022، فقد قضى تماما على تنوع هذه التركيبة متغلبا عن عبارة المختصين في القانون ونص على أن «المحكمة الدستورية هيئة قضائية مستقلة تتركب من تسعة أعضاء تتم تسميتهم بأمر، ثلثهم الأول أقدم رؤساء الدوائر بمحكمة التعقيب، والثلث الثاني أقدم رؤساء الدوائر التعقيبية أو الاستشارية بالمحكمة الإدارية، والثلث الثالث والأخير أقدم أعضاء محكمة المحاسبات.»

ستكون المحكمة الدستورية المنتظرة إذن متكونة من قضاة الأفضية الثلاث بما لهم من تجربة في مجال القضاء كل حسب اختصاصه، وهي أصناف سبق وأن خصصت لها أدلة عملية حول تطبيق الفصل 49.

لكن لئن كان القاضي الإداري متعودا على الإشكاليات المتعلقة بالحقوق والحريات من خلال رقابته على أعمال الإدارة، فإن القاضي العدلي والقاضي المالي قد يجد أن بعض الصعوبات المتعلقة بالمسائل الدستورية وخصوصياتها.

ما يجب الانتباه إليه إذن هو أن كل قضاة المحكمة الدستورية سينزعون عنهم صفاتها القضائية السابقة ويتحولون إلى قضاة يحسمون أمر الدستورية حسب منهجية، آليات وأهداف مختلفة وهو ما يجعل الدليل الموجه لهم ذا أهمية كبرى خاصة في غياب العنصر الأكاديمي وعنصر التخصص في المجال الدستوري رغم خبرتهم في المجال القضائي.

2.1. تقليص اختصاص المحكمة الدستورية إلى الأدنى:

حسب الفصل 127 من دستور 2022 تختص المحكمة الدستورية بالنظر في مراقبة دستورية:

1. القوانين، بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو ثلاثين عضوا من أعضاء مجلس نواب الشعب أو نصف أعضاء المجلس الوطني للجهات والأقاليم...
2. المعاهدات التي يعرضها رئيس الجمهورية قبل ختم قانون الموافقة عليها.
3. القوانين التي تحيلها عليها المحاكم إذا تمّ الدّفع بعدم دستوريّتها في الحالات وطبق الإجراءات التي يقرّها القانون.
4. النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب والنظام الداخلي للمجلس الوطني للجهات والأقاليم اللذين يعرضانها عليها كلّ رئيس لهذين المجلسين.
5. إجراءات تنقيح الدستور.
6. مشاريع تنقيح الدستور للبتّ في عدم تعارضها مع ما لا يجوز تنقيحه حسب ما هو مقرّر بهذا الدستور.

بالرجوع إلى دستور 2014 نلاحظ أن الدستور الجديد سحب العديد من الاختصاصات التي أسندت للمحكمة في دستور 2014. وردت هذه القائمة إذن بصفة حصرية على عكس ما جاء بالفصل 120 من دستور 2014 الذي أشار إلى « المهام الأخرى المسندة إليها بمقتضى الدستور ». وهي تتعلق أساسا ب:

- إعفاء رئيس الجمهورية
- إقرار شغور منصب رئيس الجمهورية
- استمرار الحالة الاستثنائية
- النزاعات المتعلقة باختصاص كل من رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة

أما الاختصاصات المحددة للمحكمة بمقتضى القانون عدد 50 مؤرخ في 3 ديسمبر 2015 فهي تؤكد على ما ورد بدستور 2014 مع توضيح بعض الصلاحيات. إذا رجعنا لقانون 2015 نلاحظ أن المشرع نص صراحة على دور القاضي الدستوري في حماية الحقوق وذلك بأن نص في الفصل الأول منه على أن « المحكمة الدستورية هيئة قضائية مستقلة ضامنة لعلوية الدستور وحامية للنظام الجمهوري الديمقراطي وللحقوق والحريات في نطاق اختصاصاتها وصلاحياتها المقررة بالدستور والمبينة بهذا القانون ».

لذلك نعتقد أن المشرع الحالي يمكنه اعتماد نفس التمشي والتذكير بدور المحكمة في حماية الحقوق والحريات وهو ما غفل عنه دستور 2022.

كما أن الفصل 96 من دستور 2022 أقصى المحكمة الدستورية من إجراءات اللجوء إلى حالة الاستثناء ومن البت فيها وذلك على عكس الفصل 80 من دستور 2014 الذي اقتضى إعلانها قبل إعلان الحالة ومكّنها من البت في استمرار الحالة الاستثنائية. ويمكن أن يكون لهذا الإقصاء أثر هام باعتبار طبيعة حالة الاستثناء وما تحمله من حد وأحيانا من تعليق لحقوق الإنسان خاصة وأن دستور 2022 سكت هو أيضا عن الحقوق غير القابلة للانتقاص والتي كان من المفروض أن يُمنع تحديدها حتى في حالة الاستثناء.

تفترض كل هذه المعطيات إذن أن يتم تنقيح القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية بشكل يتلاءم مع الدستور الجديد ومع تقليص اختصاص المحكمة. وهو ما يفترض أن يقوم به مجلس نواب الشعب على أساس الفصل 132 من دستور 2022 الذي أحال للمشرع «تنظيم المحكمة الدستورية والإجراءات المتبعة أمامها والضمانات التي يتمتع بها أعضاؤها».

سيكون هذا القانون محددًا لمدى تدخل المحكمة الدستورية القادمة في مجال الحقوق والحريات وذلك خاصة فيما يتعلق بالإحالة التي تقوم بها المحاكم إذا تم الدفع أمامها بعدم الدستورية. نغني هنا مسألة وجود الإحالة الوجوبية من عدمها. فإذا كانت الإحالة آلية كما اقتضى ذلك الفصل 56 من القانون عدد 50 مؤرخ في 3 ديسمبر 2015 الذي نص على أنه «على المحاكم عند الدفع أمامها بعدم دستورية القوانين إحالة المسألة فورًا على المحكمة الدستورية، ولا يجوز الطعن في قرار الإحالة بأي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب» سيكون للمحكمة الدستورية مجالًا كبيرًا للتدخل ولتنقية المنظومة القانونية من النصوص غير الدستورية. أما إذا مكّن القانون الجديد المحاكم من سلطة تقديرية ما لإحالة أشكال الدستورية على المحكمة فإن ذلك سيقلص حتماً من مجال تدخلها بما في ذلك تدخل القاضي الدستوري في مجال الحقوق والحريات الدستورية.

2. الفصل 55 وتراجع اختصاص المشرع في دستور 2022: الجديد في الرقابة الدستورية الخارجية

يرتبط مجال تدخل القاضي الدستوري بمجال اختصاص المشرع. وقد لا يخفى على أحد أن السلطة التشريعية تحولت إلى وظيفة بمقتضى دستور 2022 وهوما يعكس إلى حد ما فلسفة الدستور الجديد. كما لا يخفى على أحد توجه دستور 2022 نحو تقليص دور المشرع إلى أدناه وتوسيع دور السلطة التنفيذية وتحديدًا سلطة رئيس الجمهورية إلى أقصاها.

1.2. الفصل 55 والإبقاء على التحفظ التشريعي

لكن الفصل 55 أبقى على مبدأ التحفظ التشريعي بالإبقاء على شرط أن «لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور إلا بمقتضى قانون».

نلاحظ أولاً أن الفصل استبدل كلمة ضوابط بقيود وهي عبارة توجي بتوجه نحو القيد المفروض على الحرية عوضاً عن الضوابط وما تعبر عنه بالإبقاء على الحد مع تنظيمه بشكل مختلف. ومع ذلك هنالك تغيير في الصيغة المعتمدة لإقرار جواز وضع ضوابط تتمثل بافتتاح الفصل 55 بالنفي «لا توضع قيود» وهي نفس الصيغة التي وردت في الفصل 7 من دستور 1959 الأمر الذي يؤكد على أن الأصل في الأشياء هو الحرية وأن الضوابط المفروضة عليها استثناء ويجب أن تؤوّل على هذا الأساس الأمر الذي يمهد لفكرة عدم المساس بجوهر الحقّ.

تقتضي الإحالة إلى المشرع التفكير في بعض العناصر التي قد تؤثر على التوجه التشريعي القادم في علاقة بالقوانين التي سيتم اتخاذها على ضوء دستور 2022.

وبالرجوع إلى المقتضيات الدستورية الجديدة نلاحظ تشعب قراءة الاختصاص التشريعي في دستور 2022.

يحدد الفصل 75 مجال القوانين الأساسية ويضع ضمنها مادة الحقوق والحريات وهو ما يحيلنا الى نفس النقاش الذي طرحناه في دليل القاضي الدستوري والمتعلق بصعوبة الفصل أحيانا بين ما يرجع للقانون الأساسي وما يرجع للقانون العادي خاصة إذا كانت بعض المشاريع لا تتعلق بحقوق الإنسان في جوهرها لكنها تتعرض للحقوق والحريات في بعض من مقتضياتها أو فصولها.

كما نلاحظ أن تراجع مجال تدخل القاضي الدستوري سيكون مرتبطا بتقلص مجال اختصاص السلطة التشريعية نفسها إذ كلما كان اختصاص هذه الأخيرة موسعا كلما سمح ذلك بتدخل رقابة القاضي الدستوري.

وكمثال على تقلص اختصاص السلطة التشريعية نلاحظ مثلا تقليص أصناف المعاهدات التي يوجب الدستور عرضها على مجلس نواب الشعب وموافقته مثل المعاهدات المتعلقة بحالة الأشخاص التي نص عليها الفصل 67 من دستور 2014 والتي اختفت من الفصل 74 من دستور 2022³.

2.2. الفصل 55 وتنامي اختصاصات رئيس الجمهورية

كما تجدر الملاحظة أن إعادة النظر في مجالات القانون والسلطة الترتيبية قد تقتضي تدخل المحكمة الدستورية، إذ نص الفصل 76 من دستور 2022 على أن المواد التي لا تدخل في مجال القانون ترجع إلى السلطة الترتيبية العامة. ويمكن نفس الفصل رئيس الجمهورية من تنقيح النصوص السابقة المتعلقة بهذه المواد بأمر يعرض وجوبا على المحكمة الإدارية ويصدر بناء على رأيها المطابق. كما مكن الفصل 76 رئيس الجمهورية من الدفع بعدم قبول أي مشروع قانون أو أي مشروع تعديل يتضمّن تدخلًا في مجال السلطة الترتيبية العامة وذلك بعرض المسألة على المحكمة الدستورية للبتّ فيها في أجل أقصاه عشرة أيام ابتداء من تاريخ بلوغها إليها.

فالسؤال المطروح يتعلق أساسا بتدخل السلطة الترتيبية في مجال ما، قد يظهر في غير ذي علاقة بمجال القانون لكنه يؤدي إلى المساس من الحقوق والحريات الدستورية.

كما يمكن أن يعترض القاضي الدستوري القادم إشكال آخر يتعلق بالمراسيم التي تم اتخاذها في فترة ما بين 25 جويلية 2021 وبداية عمل المجلس التشريعي في مارس 2023. فالعديد من تلك المراسيم تدخلت في مجال الحقوق والحريات وكان لها أثر كبير على الوضع العام المتعلق بحقوق الأفراد خاصة المدنية والسياسية منها، مع العلم أن الأمر عدد 117 لسنة 2021 مؤرخ في 22 سبتمبر 2021 المتعلق بالتدابير الاستثنائية قد سبق وأن حصّتها من الطعن بالإلغاء في فصله السابع.

3 نص الفصل 67 على أنه تعرض المعاهدات التجارية والمعاهدات المتعلقة بالتنظيم الدولي أو بحدود الدولة أو بالتعهدات المالية للدولة أو بحالة الأشخاص أو بأحكام ذات صبغة تشريعية على مجلس نواب الشعب للموافقة. أما الفصل 74 فقد اقتضى ما يلي: صادق رئيس الجمهورية على المعاهدات ويأذن بنشرها. ولا تجوز المصادقة على المعاهدات المتعلقة بحدود الدولة والمعاهدات التجارية والمعاهدات الخاصة بالتنظيم الدولي وتلك المتعلقة بالتعهدات المالية للدولة والمعاهدات المتضمنة أحكاما ذات صبغة تشريعية إلا بعد الموافقة عليها من قبل مجلس نواب الشعب. لا تعدّ المعاهدات نافذة المفعول إلا بعد المصادقة عليها وشريطة تطبيقها من الطرف الآخر. والمعاهدات المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية والموافق عليها من قبل مجلس نواب الشعب أعلى من القوانين ودون الدستور.

ويبدو لنا أن الإشكال بقي مطروحا حتى بعد الخروج من مقتضيات حالة الاستثناء بعد دخول دستور 2022 حيز النفاذ إذ ينص الفصل 80 من دستور 2022 على أنه «في حالة حلّ مجلس نواب الشعب، لرئيس الجمهورية إصدار مراسيم تعرض على مصادقة المجلس في دورته العادية الأولى». واستثنى نفس الفصل القانون الانتخابي من مجال المراسيم. فما هو مآل المراسيم المخالفة لا فقط لهذا الفصل بل لأحكام دستورية أخرى تتعلق بالحقوق والحريات؟

يمكن أن نذكر في هذا الإطار المراسيم عدد 8 و10 المؤرخة في 8 مارس 2022 والتي تعلقت بالانتخابات البلدية و بانتخاب مجالس الأقاليم والجهات وهي مراسيم تطرح عدة إشكاليات من حيث احترامها للدستور سواء كان ذلك من حيث شكلها إذ أن الدستور يمنع تنظيم المسألة الانتخابية بمراسيم أو من حيث محتواها وما جاءت به من تقييدات لحق الترشح لهذه المجالس⁴. من جهة أخرى مكن الفصل 70 من دستور 2022 مجلس نواب الشعب من «أن يفوض، لمدة محدودة ولغرض معيّن، إلى رئيس الجمهورية اتخاذ مراسيم يعرضها على مصادقة المجلس إثر انقضاء المدة المذكورة». ولم يستثن الفصل مجال الحقوق والحريات من هكذا تفويض.

في الأنظمة المقارنة لا يوجد اتفاق عام على الرقابة القضائية على الأعمال القانونية الصادرة في إطار حالة الاستثناء لكن يوجد تفريق أساسي بين النص الذي يعلن حالة الاستثناء الذي تعتبره بعض الأنظمة غير قابل للرقابة القضائية وبين النصوص القانونية التي تتخذها السلطات في إطار حالة الاستثناء والتي يمكن أن نسلط عليها رقابة قضائية بما فيها الرقابة الدستورية اللاحقة⁵.

كما تجدر الإشارة إلى تغيير جوهري آخر طرأ على تصوّر السلطة التشريعية في دستور 2022 وهو تبني سلطة تشريعية ذات مجلسين. وقد أحال دستور 25 جويلية 2022 إلى القانون الأساسي لتحديد علاقة مجلس نواب الشعب بمجلس الجهات والأقاليم. لكن السؤال يبقى مطروحا في علاقة بممارسة السلطة التشريعية عموما.

3. الفصل 55 وشرطي الضرورة والتناسب

1.3. الضرورة: من الدولة المدنية الديمقراطية إلى النظام الديمقراطي

من أهم العناصر التي تغيرت في شروط تحديد الحقوق والحريات كما جاءت في الفصل 55 نذكر التخلي عن عبارة «الضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية» واستبدالها بعبارة ضرورة يفرضها نظام ديمقراطي.

ويرتبط هذا التغيير بالتخلي عن الفصل الثاني من دستور 2014 الذي كان ينص على مدنية الدولة. كما فضّل واضع الدستور الجديدة استبدال عبارة دولة ديمقراطية بنظام ديمقراطي.

نعتبر هذه التغييرات مهمة جدا بالنسبة للقاضي الدستوري الذي ستكون له سلطة تأسيس فقه قضاء جديد محدد لمعنى النظام الديمقراطي. فإذا اكتفي القاضي بتأويل العبارة على أساس شكلي أو إجرائي فلن تكون حقوق الانسان من أولوياته. أما إذا وضع صوب عينيه وظيفة الحماية القضائية للحقوق والحريات فهو سيكون منطقيا متوجها نحو تأويل مادي لمفهوم النظام الديمقراطي لا فقط بمعنى النظام الذي يختار فيه الشعب من سيحكمه بعد الانتخابات والذي يمارس فيه السلطة إما عبر نواب ينتخبهم أو عبر الاستفتاء، بل النظام الذي يتميز بالتعددية والحرية، والتسامح واحترام الحقوق والحريات.

4 انظر الرائد الرسمي عدد 24 مؤرخ في 9 مارس 2023.

5 انظر مثلا تقرير لجنة البندقية حول سلطات الاستثناء 1995،

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1995\)012-f](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1995)012-f)

2.3. تقلص الأهداف الدستورية المبررة لتقييد الحقوق والحريات الدستورية

مكّن الفصل 55 المشرع من تقييد الحقوق والحريات الدستورية بهدف حماية أربع أهداف هي: حقوق الغير، الأمن العام، الدفاع الوطني أو الصحة العمومية.

ونلاحظ هنا تغييرا مهما في صياغة الفصل 55 سيخلص القاضي الدستوري من مفهوم غير صديق للحقوق والحريات وهو مفهوم الآداب العامة. طالما تخوفنا ثم انتقدنا الهدف الدستوري الذي نص عليه الفصل 49 المتعلق بالإحالة إلى الآداب العامة مع كل ما يترتب عن هكذا عبارات من إمكانيات لنسف الحقوق والحريات ومن تبني سياسة نظام أخلاقي تفرضه الدولة.

فمفاهيم مثل الآداب العامة أو الأخلاق الحميدة يمكن أن تهدد مبدأ الأمان القانوني ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات لأن المشرع لا يحدد ما هو مخل بها وهو ما أطلق دائما أيدي القضاة في تأويلها وفي التضييق القانوني لممارسة العديد من الحريات الفردية.

ولعل في التخلي عن هذه العبارة تحرير للقاضي الدستوري من عبء تكبيل الحقوق والحريات بشكل محافظ وكابح للمجتمع المتنوع الذي نريد.

قد يرى البعض أن كل الدول تحتاج تحديدا للحقوق والحريات على أساس أخلاقي ما وهو ما نؤكد. لكن يبدو لنا أن القاضي الدستوري لن يحتاج لهكذا عبارة، طالما أبقى الفصل 55 على الهدف الدستوري المتعلق بحقوق الغير وكذلك الأمن العام وهي من العناصر التي تبدو لنا كافية لضمان العيش المشترك المفترض في كل نظام ديمقراطي.

3.3. تحسين صياغة الشرط المتعلق بجوهر الحق

مكّن الفصل 55 أيضا القاضي الدستوري من مراقبة احترام المشرع لجوهر الحق عند تقييده. ونلاحظ هنا تغييرا في صياغة الفكرة وفي ترتيبها.

لقد اقتضى الفصل 49 أن «يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها». أما الفصل 55 فقد حدّد أولا الأهداف الدستورية التي تمكن من القيد قبل أن يضيف شرط احترام جوهر الحق. ولعل ذلك يحسّن من مقروئية النص باعتبار تسبيق الهدف عن شروط التحديد. وهو ما يمكن القاضي الدستوري من التثبت أولا من وجود مبررات التقييد ودواعيه قبل أن يتثبت من محتوى القيد وتأثيره على جوهر الحق من عدمه.

4.3. الإبقاء على سلطة القاضي الدستوري في مراقبة التناسب بين القيود ودواعيها

تعرض الفصل 49 إلى احترام التناسب بين الضوابط وموجباتها. أما الفصل 55 فقد استعمل عبارة «قيود مبرّرة بأهدافها، متناسبة مع دواعيها».

في رقابته على دستورية القوانين بصفة قبلية أو بعديّة، سيضطر القاضي الدستوري إذن إلى التثبت أولا من علاقة القيد «بدواعيه» أي علاقته إما بالنظام العام، أو الدفاع الوطني أو حقوق الغير أو الصحة العامة. ولقد سبق وبيننا في الدليل الموجه للقاضي الدستوري دسامة كل هذه المصطلحات وما تقتضيه من جهد في التأويل من قبل القاضي.

أما عن تناسب القيود مع دواعيها وهي عبارة تبدو مختلفة لكنها تحيل أيضا للأهداف الدستورية المذكورة أعلاه. فيبقى من المهم جدا أن يرى القاضي الدستوري التناسب لا فقط في معناه الضيق المتعلق بعدم الإجحاف في التقييد مقارنة مع الدواعي الدستورية بل كمبدأ يؤدي حتما إلى اختبار التناسب كما سبق وحددناه في الدليل المتعلق بالفصل 49 والذي يمر حتما بثلاث أسئلة أساسية:

- هل أن تقييد الحق او الحرية كان ملائما للوصول إلى الهدف الدستوري؟ (adéquation)
- هل أن التقييد كان ضروريا أي هل كان بالإمكان الوصول إلى نفس النتيجة بإجراء أقل تطفل على الحرية؟ (nécessité interne)
- هل أن التقييد كان متناسبا أي هل هناك توازن بين الإيجابيات المتعلقة بالهدف والسلبيات المتعلقة بالقيود أي هل يوجد شطط في التقييد مقارنة مع الهدف؟ (adaptation)

4. الفصل 55 وتدعيم سلطة القاضي الدستوري لضمان عدم التراجع عن الحقوق والحريات

ينص الفصل 55 على ما يلي: «لا يجوز لأي تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمنة في هذا الدستور». تعتبر هذه الفقرة الأخيرة المتعلقة بمبدأ عدم التراجع من أهم التحديات المطروحة على القاضي الدستوري وذلك عند مراقبته لا فقط لدستورية القوانين بل كذلك عند مراقبته المسألة على عملية تعديل الدستور. يعني مبدأ عدم التراجع أن الحقوق والحريات التي سبق وتم ضمانها في نص ما لا يمكن لنص آخر أن يتراجع عنها حتى ولو كان النص هو الدستور نفسه. وهو ما يعني مباشرة أن كل تعديل للدستور يمكنه دعم الحقوق والحريات أو ضماناتها لكن لا يمكنه الانتقاص منها أو التراجع عنها.

1.4. إمكانية التراجع عن الحقوق والحريات بتمكين رئيس الجمهورية من استفتاء الشعب حول تنقيح الدستور

قبل الخوض في هذا المبدأ كما ورد في دستور 2022 لا بد لنا من التذكير بأن دستور 2022 نفسه شكّل في العديد من جوانبه تراجعا عن الحقوق والحريات مقارنة بدستور 2014. ولا نعي هنا تراجعا في قائمة الحقوق والحريات المنصوص عليها صراحة في الباب المخصّص لذلك بل من خلال كل التراجعات المتعلقة بالتوازن بين السلط، بإضعاف السلطة القضائية وبالتهنيء عن الهيئات الدستورية.

وحول إمكانية التراجع عن الحقوق بتعديلات دستورية ممكنة، لا بد لنا من التذكير بما أتى به دستور 2022 من آليات لجوء إلى الاستفتاء. فإلى جانب إمكانية المبادرة بتنقيح الدستور المسندة للمجلس التشريعي، مكن الفصل 136 رئيس الجمهورية من اللجوء المباشر للاستفتاء أي بدون المرور بموافقة مجلس نواب الشعب. فقد اقتضى الفصل 136 أن «لرئيس الجمهورية أو لثلث أعضاء مجلس نواب الشعب على الأقل الحق في المطالبة بتنقيح الدستور ما لم يمسه ذلك بالنظام الجمهوري للدولة أو بعدد الدورات الرئاسية ومددها بالزيادة». ويضيف الفصل أن «لرئيس الجمهورية أن يعرض مشاريع تنقيح الدستور على الاستفتاء».

ويؤكد الفصل 136 ما ورد في الفقرتين الأخيرتين من الفصل 127 الذي يقر باختصاص المحكمة الدستورية في إجراءات تنقيح الدستور (فقرة خامسة) وفي مشاريع تنقيح الدستور للبت في عدم تعارضها مع ما لا يجوز تنقيحه حسب ما هو مقرر بالدستور (فقرة سادسة).

ولئن كان التنقيح الذي يقره مجلس نواب الشعب كسلطة تأسيسية فرعية تنقيحا متطلباً لأغلبية معززة وإجراءات معقدة، فإنه يسمح بالتداول حول موضوع التنقيح وهو ما يمكن أن يعقلن اللجوء إلى التعديلات الدستورية. أما التنقيح الذي يمر مباشرة للاستفتاء فقد يشكل شكلاً من أشكال استفتاء الشعب حول شخص الرئيس خاصة إذا كان السؤال المطروح معقداً أو يقتضي الإلمام بموضوعه.

2.4. تمكين القاضي الدستوري من ضمان عدم التراجع عن الحقوق والحريات من خلال البت في ما لا يجوز تنقيحه

في كل الحالات أضاف الفصل 136 في فقرته الأخيرة أن «كل مبادرة بتنقيح الدستور تُعرض وجوباً من قبل الجهة التي بادرت بتقديم مشروع التنقيح على المحكمة الدستورية للبت في ما لا يجوز تنقيحه كما هو مقرر بهذا الدستور».

ويمكن القول هنا أن دستور 2022 مكن المحكمة الدستورية من سلطة تقريرية وذلك بالبت فيما يمكن تنقيحه وذلك على عكس ما ورد في دستور 2014 وتحديدًا الفصل 144 منه عندما نص على أن «كل مبادرة لتعديل الدستور تُعرض من قبل رئيس مجلس نواب الشعب على المحكمة الدستورية لإبداء الرأي في كونها لا تتعلق بما لا يجوز تعديله حسبما هو مقرر بهذا الدستور».

على القاضي الدستوري إذن أن يتثبت إذا كانت المبادرة، وهي متأتية حسب الحالات من رئيس الجمهورية أو مجلس نواب الشعب، محترمة أولاً لشروط الفصل 136 وهي احترام عدد الدورات الرئاسية ومددها من جهة واحترام النظام الجمهوري من جهة أخرى. لكن القاضي الدستوري مطالب أيضاً بالتثبت في شرط عدم التراجع وذلك لا على أساس الفصل 136 لكن على أساس الفصل 55.

ولعله من المفيد، قبل الخوض فيما سيسلط عليه القاضي الدستوري رقابته، أن ننتبه إلى أن الفصل 136 نفسه غير محصن من أي تنقيح إذ يكفي تنقيح الفصل نفسه للتخلي عن الشروط التي وضعها لتنقيح الدستور وهنا يكون دور القاضي الدستوري حاسماً في تحديد هامش الحرية للسلطة التأسيسية الفرعية وذلك بحماية الفصل 136 نفسه من تنقيح يفتح الباب لتنقيحات أخرى قد تفرغ النظام الجمهوري من محتواه خاصة وأن التجربة الدستورية التونسية أثبتت هذه النزعة من خلال التنقيح الدستوري الذي أدرج الرئاسة مدى الحياة لصالح الرئيس بورقيبة.

هنا يظهر دور القاضي الدستوري من خلال تأويله لعبارة النظام الجمهوري. فإذا اعتمد على مفهوم شكلي لهذا الأخير على أساس شكل الحكم فإنه قد لا يلتفت إلى إمكانية التراجع عن الحقوق والحريات. أما إذا اعتمد على مفهوم مادي للجمهورية لا فقط على أساس شكل الحكم وإنما على أساس الضمانات التي جاءت بها الأنظمة الجمهورية، فإن القاضي الدستوري سينتبه إلى التعديلات التي تقوّض أسس احترام الجمهورية التي تقوم على احترام الفرد وتنظيم اشتراك المواطنين والمواطنات في الفضاء العام.

إنّ القراءة الحرفيّة والمعزولة للفصل 136 توحى بأن الحدّ الوحيد لتعديل الدّستور هو عدم المساس بالنّظام الجمهوري وبعده ومدة الدورات الرئاسيّة. إذ نلاحظ من خلال هذا النص أن الفصل لم ينص صراحة على رفض التنقيح الذي يؤدي إلى تراجع عن الحقوق والحريات رغم وجوده بالفصل 55.

لكن الفصل 136 أحال إلى «مالا يجوز تنقيحه كما هو مقرر بهذا الدستور». فيكفي إذن أن نرجع للفصل 55 لنجد تنصيحا صريحا على أنه «لا يجوز لأيّ تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرّياته المضمونة في هذا الدّستور».

تفترض إذن قراءة الفصول 55، 127 و136 أن يكون القاضي الدستوري هو الضامن الفعلي والنهائي للحقوق والحريات لا فقط تجاه تقلّبات السلطة التشريعية لكن أيضا تجاه محاولة السّلطة التأسيسيّة الفرعية الرجوع عما ضمنه دستور 2022 من حقوق وحريات.

لقد أبقى الفصل 55 على فلسفة الفصل 49 وأدخل عليه بعض التعديلات. كما غير دستور 2022 الخيارات المتعلقة بالنظام السياسي وبالمؤسسات السياسية وعلاقتها ببعضها البعض بشكل جوهري كما غير في العديد من المقتضيات المتعلقة بالمحكمة الدستورية. لكن رغم ذلك يبقى القاضي الدستوري في نهاية الأمر قارب النجاة الأهم عند محاولة التنكر للحقوق والحريات الدستورية.

دليل القاضي الإداري

في تطبيق مبدأ التناسب

قراءة محيّنة في ضوء الفصل 55 من دستور 2022

صفي الدين الحاج

مقدّمة

إنّ إصدار دستور 25 جويلية 2022 غيب الفصل 49 من المنظومة القانونية جسداً، إلا أنّ روحه لا تزال ترفرف بيننا ولا يزال حياً في وجدان كل من اشتغل أو اهتم أو قرأ كتابات تتعلق به. فقد كان أكثر الفصول التي لاقت اهتماماً وأثارت جدلاً سواء أثناء صياغة دستور 2014¹ أو بعد إصداره²، وسواء من السياسيين أو من فقهاء القانون أو المجتمع المدني أو مختلف مكونات السلطة القضائية التي لم يتسنّ لها تطبيقه على النحو الأمثل وبلورة فقه قضاء مستقر المعالم بشأنه قبل أن يغيب عن المنظومة القانونية بعد إصدار دستور 25 جويلية 2022 الذي أصبح نافذاً³.

وتجدر الإشارة إلى أنّ دستور 25 جويلية 2022 تضمّن فصلاً يعتبر خلفاً للفصل 49 وهو أمر جيد ذلك أن فلسفة الفصل 49 بقيت راسخة وإن اختلفت الصياغة وبعض المصطلحات بين الفصل 49 والفصل 55 من الدستور الجديد.

لذلك فإنّه للتعرف على ماذا بقي لنا من الفصل 49 لا بدّ أولاً من استعراض الفصل 49 والفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022، وبيان الفكرة الأساسية التي يقوم عليها مع استعراض مضمونها.

ينص الفصل 49 على ما يلي:

«يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية ويهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباته. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور».

أما الفصل 55 من دستور 52 جويلية 2022 فقد نص على ما يلي:

«لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور إلا بمقتضى قانون ولضرورة يقتضيها نظام ديمقراطي ويهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العمومية.
ويجب أن لا تمسّ هذه القيود بجوهر الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وأن تكون مبررة بأهدافها متناسبة مع دواعيها.
لا يجوز لأي تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور.
على كل الهيئات القضائية أن تحمي هذه الحقوق والحريات من أي انتهاك».

1 هذه المسألة أتينا عليها أثناء صياغة الدليل المخصص للقاضي الإداري وبخصوصها تراجع صفي الدين الحاج دليل القاضي الإداري في تطبيق الفصل 49 من الدستور ص.

3، منشورات المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2021.

2 لاقى هذا الفصل اهتماماً ونجاحاً منقطع النظير لم يعرفه، حسب علمنا، غيره من الفصول القانونية الأخرى فقد كان موضوع العديد من مذكرات وأطروحات البحث في مختلف فروع القانون واختصاصاته كما كان موضوع العديد من الملتقيات العلمية...

3 ينص الفصل 142 من دستور 25 جويلية 2022 الصادر بتاريخ 17 أوت 2022 على أنه «يدخل هذا الدستور جيز النفاذ ابتداء من تاريخ إعلان الهيئة العليا المستقلة للانتخابات على نتيجة الاستفتاء النهائية وبعد أن يتولى رئيس الجمهورية ختمه وإصداره والإذن بنشره بعدد خاص بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وينفذ كدستور للجمهورية التونسية».

من خلال قراءة هذين الفصلين سلاحظ العديد من نقاط الالتقاء بينهما وأيضا أوجها للاختلاف وهي شكلية أحيانا وأصلية عميقة في أحيان أخرى.

ما يمكنه أيضا من خلال القراءة السريعة للفصلين فإنه سيتضح أنهما لئن تبنيا نفس الفلسفة في تحديد الحقوق والحريات ألا وهي المادة الجامعة فإنهما اختلفا من عدة نواح شكلية وأصلية.

• أولا: من حيث الصياغة

تضمن الفصل 49 فقرتين فحسب، في حين تضمن الفصل 55 أربع فقرات أي ضعف الفقرات المضمنة بالفصل 49.

فما هي دلالات ذلك؟

في الصياغة القانونية يعكس ذلك تعدد المضامين من ناحية واستقلاليتها وترابطها من ناحية أخرى. كذلك يعكس إفراد كل فكرة أو كل شرط بفقرة مستقلة أهمية الشرط أو الفكرة، ويعكس أيضا إرادة على التركيز على أهمية كل شرط واستقلاله عن بقية الشروط رغم الترابط والتسلسل بينها. إضافة إلى ذلك ومن وجهة نظر الصياغة القانونية فإن تقسيم الفصل إلى عدة فقرات يعني بحثا عن وضوح الشروط وتيسيرا لحسن تطبيقها.

• ثانيا: من حيث ترتيب شروط ومكونات الفصل 49

شرط عدم المساس من جوهر الحق في الفصل 49 ورد بعد شرط التحفظ التشريعي أي ثانيا في الترتيب في حين ورد في الفصل 55 في المرتبة الثالثة في فقرة مستقلة بعد شرط التحفظ التشريعي وشرط الضرورة. وهو أمر حسب رأينا أرجع الأمور إلى نصابها ووضع هذا الشرط في مكانه وسياقه الأصلي والمنطقي. كذلك لإفراد شرط عدم المساس بجوهر الحق مع شرط التناسب أمر معقول ومنطقي لأنهما شرطان يتعلقان بأصل القيد أي مضمونه وإن اختلفا في المدى.

من ناحية أخرى فإن إفراد شرط جوهر الحق والتناسب بفقرة مستقلة ولاحقة لشرط التحفظ التشريعي ولشرط الضرورة أيضا أمر يتوافق والمنطق القانوني البسيط الذي ميز دائما بين ما هو شكلي وما هو أصلي فالشرطان الأول والثاني أي التحفظ التشريعي والضرورة يغلب عليهما الطابع الشكلي وهو ما يتلاءم مع منهجية القاضي في الرقابة.

لتوضيح الفكرة أكثر نستعرض مضمون ومكونات الفصل 49 والفصل 55.

مضمون الفصل 49

أولاً: لا يمكن تقييد أي حق أو حرية إلا بمقتضى قانون (شرط التحفظ التشريعي)

ثانياً: لا يجب أن ينال التقييد من الحقوق أو الحريات من جوهرها (شرط عدم المساس بجوهر الحق)

ثالثاً: أي تقييد للحق أو حرية يجب أن يكون ضروريا في دولة مدنية ديمقراطية وهدفه حماية الأمن العام

أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة (الضرورة)

رابعا: أي تقييد للحق يجب أن يكون متناسبا مع الهدف منه (شرط التناسب)

خامسا: تكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك (الرقابة)

سادسا: لا يجوز التراجع عن الحقوق والحريات المضمونة بالدستور (شرط عدم التراجع)

مضمون الفصل 55

أولاً: لا يمكن تقييد أي حق أو حرية إلا بمقتضى قانون (شرط التحفظ التشريعي)
ثانياً: أي تقييد للحق أو حرية يجب أن يكون ضرورياً ويهدف إلى حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العمومية في نظام ديمقراطي (شرط الضرورة)
ثالثاً: يجب ألا ينال التقييد من الحقوق أو الحريات من جوهرها (شرط عدم المساس بجوهر الحق)
رابعاً: أي تقييد للحق يجب أن يكون متناسباً مع الهدف منه (شرط التناسب)
خامساً: لا يجوز التراجع عن الحقوق والحريات المضمونة بالدستور (شرط عدم التراجع)
سادساً: تتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك (الرقابة)

لو قارننا ترتيب المضمونين لوجدنا أنّ التمشي المعتمد بالفصل 55 أكثر وجاهة ومنطقية وأقرب إلى المنطق القانوني وإلى منهجية القاضي في الرقابة للأسباب التي بيّناها أعلاه وأيضاً يتّجه التأكيد في هذا الصدد أنّ إفراد رقابة الهيئات القضائية بفقرة مستقلة تكون الأخيرة في ترتيبها يحمل العديد من الدلالات منها بالخصوص التأكيد على أهمية دور القضاء في حماية الحقوق والحريات في مفهومها الشامل.

كذلك من حيث الصياغة ورد دور القضاء في الرقابة في صيغة الوجوب إذ نص الفصل 55 في فقرته الأخيرة على أنه: «على كلّ الهيئات القضائية أن تحمي هذه الحقوق والحريات من أي انتهاك» وهي صيغة مختلفة عن الصيغة التي وردت بالفصل 49 التي نصت على أن تتكفل...

يتجه كذلك التأكيد على أنّ إفراد رقابة الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات بفقرة تكون هي الأخيرة في الفصل مباشرة بعد الفقرة المتعلقة بشرط عدم التراجع يعتبر أمراً مهماً لأنه يحسم الجدل الذي يمكن أن يقوم حول مدى أهلية الهياكل القضائية، غير المحكمة الدستورية، في الرقابة على شرط عدم التراجع، وهو ما يجعل كافة الهياكل القضائية معنية بشرط عدم التراجع.

من خلال تحديد مضمون الفصلين 49 و55 يمكن أن نستنتج أنّهما لا يختلفان أيضاً في الغايات ويمكن أن نستخلص منهما على الأقل غايتين أساسيتين ومتداخلتين: غاية حمائية وغاية تقييدية.

الغاية الحمائية تتمثل في حماية حقوق وحريات الأفراد من أي إهدار محتمل لها من قبل مختلف السلطات العمومية وهي غاية تدعمت أكثر بإفراد الرقابة القضائية بفقرة أخيرة من الفصل 55.

الغاية التقييدية تتمثل في تقييد سلطات مختلف السلطات العمومية في تقييد الحقوق والحريات وهي غاية أيضاً تدعمت أكثر بشكل صياغة الفصل 55 التي تعتبر أوضح وأسهل في التطبيق.

• ثالثاً: من حيث المنهجية

على غرار الفصل 49 فإنّ شروط الفصل 55 متلازمة ومتظافرة وتتسم بالتدرج.

التلازم والتظافر يعني أنه يجب أن تتوفر جميعها في أي قيد يمكن أن يطرأ على ممارسة حق أو حرية. ويترب عن غياب أحد الشروط المذكورة حسب الحال عدم دستورية أو عدم شرعية القيد أو الحدّ المسلط على الحق أو الحرية. أي إنّ توفر أحد الشروط لا يغنينا عن بقية الشروط.

أمّا شرط التدرج فيعني أنّ الشروط الواردة بالفصل 55 والمبينة أعلاه وردت مرتبة بصورة مرتبة ومتتابعة على نحو متدرج، هذه الخاصية لها أثر مباشر على رقابة تطبيق القاضي لأحكام الفصل 55 يتمثل أساساً في احترام الترتيب بالفصل 55 عند إعمال رقابته على شروطه.

وكنتيجة لخاصيتي التظافر والتدرج فإنّ انتهاء القاضي بمناسبة تطبيقه للفصل 55 إلى عدم توفر أحد شروطه يغنيه عن التثبّت من مدى توقّف بقية الشّروط.

إنّ الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022 على أهمية مضامينه وقيمتهم في المنظومة القانونية التونسية اليوم، على غرار الفصل 49 من دستور 2014، فإنه قد يطرح عدة إشكالات في تطبيقه من طرف القاضي الإداري ولعل السؤال الأول الذي يمكن أن يطرحه هو التالي:

هل القاضي الإداري معني وملزم بأحكام الفصل 55 من الدستور أم أنّ الفصل المذكور يتوجّه حصراً إلى المشرّع والقاضي الدستوري؟

إنّ الإجابة حسب رأينا تكون بالإيجاب وهو ما يوجب علينا البحث في أسس إعمال القاضي الإداري لأحكام الفصل 55.

1. ما هي أسس إعمال القاضي الإداري لأحكام الفصل 55 من الدستور؟

هذه الأسس متعددة ويمكن أن تكون أسساً دستورية. بالنسبة إلى الأسس الدستورية، فإنّ اختلاف صياغة ومضامين دستور 2014 عن دستور 2022 بصورة عامة واختلاف الفصلين 49 و55 صياغة ومضمونا يبرر التعرض لهذه الأسس. أمّا بالنسبة إلى الأسس الفقه قضائية، فإنها بطبيعتها سابقة زمنية للفصلين المذكورين ولدستوري 2014 و2022 أي أنها ثابتة ولا نرى فائدة في إعادة التعرض لها طالما أنّ التغييرات الدستورية لا تنال منها ولا تؤثر فيها فهي الثابت في أسس إعمال القاضي الإداري لمبدأ التناسب لذلك لا نرى فائدة في إعادة النظر فيها طالما أنها لم تتغير، وما تضمنه الدليل في شأنها يبقى قائماً بما يعني أننا لن نتناول في هذا الشأن إلاّ الأسس الدستورية لإعمال مبدأ التناسب.

الأسس الدستورية

هذه الأسس متعددة ونجدها في الدستور خاصة بالفصل 55 ذاته:

فقد نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 55 على أنه «على كلّ الهيئات القضائية أن تحمي هذه الحقوق والحريات من أي انتهاك». وبالتالي فإنّ دستور 2022 جويلية 2022 أوجب على السلطة القضائية (الدستور يستعمل عبارة الوظيفة القضائية) بصورة صريحة لا لبس فيها حماية الحقوق والحريات من أي انتهاك.

وقد وردت عبارات الفقرة الأخيرة من الفصل 55 المذكور عامّة ومطلقة، لذلك فإنّ مختلف مكونات السلطة (الوظيفة) القضائية كما وردت بالباب الخامس من الدستور معنية به إذ أنه عملاً بأحكام الفصل 533 من مجلة الالتزامات والعقود إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها.

بالإضافة إلى ذلك، فإنّ القضاء يبقى الجهاز الطبيعي لتطبيق القواعد القانونية أيًا كان مصدرها بما في ذلك القاعدة الدستورية واحترام مبدأ هرمية القواعد القانونية. كما أنّ القضاء يبقى أيضا الجهاز المخوّل أكثر من غيره لتفسير وتأويل القاعدة القانونية والبحث في مراد المشرع من سنها. لذلك فإنّ القاضي ملزم بأحكام الدستور خاصة المتعلقة منها بحماية الحقوق والحريات. كما أنّه غني عن البيان أنّ القاضي بصورة عامة والقاضي الإداري بصورة خاصة مؤتمن على حماية الحقوق والحريات. إضافة إلى ذلك، فإنه من بين الأسس الدستورية أيضا التي تبين أنّ القاضي الإداري معني بأحكام الفصل 55 من الدستور ما تضمنته توطئة الدستور من تنصيص على أنّ: «إقامة نظام سياسي يقوم على الفصل بين الوظائف والتوازن بينها». وهو ما يعني أنّ الدستور الجديد أكد نظرية الفصل بين السلط (ولو أنّ الدستور يستعمل عبارة وظيفة عن سلطة) فمبدأ الفصل بين السلط ليس غاية في ذاته. فحسب مونتسكيو مبدأ الفصل بين السلط وسيلة لضمان الحرية ولحمايتها من الإفراط في ممارسة السلطة.

عملا بالمبدأ يكون للسلطة القضائية ملكة البت في النزاعات والتثبت من مدى التزام السلطتين التشريعية والتنفيذية بمناسبة ممارستهما لوظائفهما بمقتضيات الشرعية (بما فيها الشرعية الدستورية) من أجل إقامة العدل وضمان علوية الدستور.

2. منهجية القاضي الإداري في تطبيق الفصل 55 من الدستور

إنّ المنهجية التي يعتمدها القاضي لإعمال اختبار مبدأ التناسب مرتبطة بشديد الارتباط بتركيبية وهيكلية الفصل 55 من الدستور الذي يبدو في الآن ذاته واضحا في مراحل ومركبا في شروطه.

منهجية القاضي الإداري في تطبيق الفصل 55 أيضا مرتبطة بفكرة التدرج الواردة به.

لذلك ينطلق القاضي من التثبت في توفر الشروط وذلك بالإجابة عن الأسئلة التالية:

أولاً: هل يوجد سند تشريعي للقيد؟

ثانياً: هل أنّ تقييد الحق أو الحرية كان ضروريا لحماية الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة في نظام ديمقراطي؟

ثالثاً: هل نال القيد من جوهر الحق أو الحرية؟

رابعاً: هل كان القيد متناسبا مع الهدف منه؟

خامساً: هل تمّ التراجع عن مكتسبات الحقوق والحريات المضمونة بالدستور (بهم فقه القضاء أيضا)؟

1.2. كيف يمارس القاضي رقابته على شرط التحفظ التشريعي؟

هذه المسألة ثابتة ولم تتغير ولا نرى فائدة في إعادة الخوض فيها ويبقى تناولها من القاضي الإداري طبقا لما هو مبين بالدليل.

2.2. كيف يتثبت القاضي من مدى توفر شرط الضرورة التي يقتضيها نظام ديمقراطي ومن الهدف المشروع؟

نصت الفقرة الأولى من الفصل 55 من دستور سنة 2022 على أنه « لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور إلا بمقتضى قانون ولضرورة يقتضيها نظام ديمقراطي وبهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العمومية».

تختلف صياغة الفصل 55 عما تضمنه الفصل 49، فقد نصت الفقرة الثانية من الفصل 49 من الدستور على أنه: «ولا توضع هذه الضوابط إلا للضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة».

يعني هذا الشرط أنه يمكن الالتجاء للضوابط كلما كانت هناك ضرورة لذلك في نظام ديمقراطي وذلك تحقيقا لأهداف محددة حصرا وهي حماية حقوق الغير أو مقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العمومية. ويطرح هذا الشرط إشكالية تعريف الضرورة وتعريف النظام الديمقراطي.

ويقصد بالضرورة في هذا الإطار، الضرورة الخارجية، أي تلك التي تفترض أن الوصول إلى الأهداف الدستورية أو موجبات الحدود في وضعية ما يستدعي حتما الحد من الحقوق والحريات. في خصوص مفهوم الدولة المدنية والديمقراطية، يبدو أنّ الفصل 49 استنبط مفهوم الدولة الديمقراطية من القانون الدولي لحقوق الإنسان وفقه القضاء الدولي المتعلق به وذلك باستعمال عبارة «المجتمع الديمقراطي». ولئن وردت العبارة في عدة مواضع من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وفي الفصول 1 و3 من الاتفاقية المتعلقة بمجلس أوروبا، إلا أن تحديد ملامحها لم يتم إلا بفضل تراكمات فقه قضائية.

ويعكس مفهوم المجتمع الديمقراطي مقاربة معينة لحماية الحقوق الحريات وتطوير مستويات حمايتها كما يعد إطارا لتحديد مجال توظيف القيود على الحقوق والحريات والتثبت من الصبغة الضرورية للتقييد. فمفهوم الديمقراطية المعتمد من قبل المحكمة الأوروبية خال من شحنته السياسية إذ يتأسس بصورة محدودة على حقوق الجسم الانتخابي وترتكز بالأساس على فكرة مجتمع منفتح يتيح التعبير لمختلف الأفكار والرؤى والمصالح والتوجهات وذلك دون تمييز، وهو يعكس توجهها نحو التخلي عن المقاربة الشكلانية أو الإجرائية للديمقراطية (كيفية اختيار المسؤولين وممثلي الشعب والإجراءات المتعلقة بممارسة السلطة وإصدار القوانين) والتي تقوم على تعزيز وضمان المساواة في المشاركة السياسية مقابل اعتماد مقاربة مادية، قيمية للديمقراطية تتمحور حول جملة من القيم وكإطار يسمح لمختلف الأفكار والحساسيات التعبير عن آرائها ومواقفها بحرية ودون تمييز في مجتمع منفتح يكفل تعايش وتنافس مختلف الحقوق والحريات.

وإزاء إحجام القاضي الدستوري (الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين)، قبل 25 جويلية 2021، عن تحديد مفهوم الدولة المدنية الديمقراطية المكرسة من قبل المؤسس صلب الفصل 49 ومنحها مفهوما واضحا ومحددا فقد تولى، القاضي الإداري، تقديم تعريف لذلك المفهوم بالاستئناس بفقهاء القضاء الأوروبي معتبرا أن الدولة المدنية الديمقراطية تقوم على فكرة التعددية والتسامح واحترام مبادئ دولة القانون (الحكم الصادر في القضيتين عدد 4105408 و4105496 بتاريخ 21 جانفي 2021).

• أما في خصوص مفهوم النظام الديمقراطي الواردة بالفصل 55 من الدستور وهي العبارة الجديدة بالتطبيق اليوم فإنّ هذا الشرط جديد ومستحدث وهو غير مألوف في الدساتير المقارنة ولم يتسن للمحكمة الإدارية تحديده وبيان معاملة كما أنه لا يوجد اليوم قاض دستوري من شأنه أن يعرف النظام الديمقراطي.

• أما في الفقه فإنّ أغلب التعريفات الفقهية اليوم تعرف النظام الديمقراطي بأنه النظام الذي يقوم على مبدأ الفصل بين السلط وعلى مبدأ التداول السلي على السلطة والاقتراع العام وحماية الحقوق والحريات الفردية والجماعية والتعددية وسيادة القانون وكمكمل لهذه الشروط وجود قضاء دستوري وهو مفهوم يجمع بين المقاربة الإجرائية والمقاربة المادية أو القيمية لمفهوم الديمقراطية بما قد يوحي إلى الإقرار بوجود استقرار نسبي، صلب الدستور، بخصوص الإطار الذي يتم ضمنه تقدير الأهداف التي تبرر فرض قيود على الحقوق والحريات من خلال اعتماد المؤسس سواء صلب الفصل 49 لدستور 2014 أو الفصل 55 لدستور 2022، إلى حد ما، للمقاربة المادية لمفهوم الديمقراطية لضمان الحقوق والحريات والحرص على تعزيز مستويات حمايتها عبر تأطير كيفية تقدير الأهداف المشروعة لوضع القيود على الحقوق والحريات في ظل دولة تقوم على تكريس وضمان المساواة والتعددية والتسامح.

• أما بخصوص الأهداف الواردة بالفصل 55 فإنه لا يجوز التوسع فيها بإحداث واستنباط أهداف أخرى تبرر الحد من ممارسة الحقوق والحريات عملاً بالقاعدة الأصولية القائلة أنه لا يجوز التوسع في الاستثناءات التي يجب أن تؤول تأويلاً ضيقاً. وما يمكن ملاحظته في هذا الخصوص مقارنة بالفصل 49 من دستور 2014 فإنّ الفصل 55 لم يتضمن عبارة الآداب العامة كهدف من الأهداف المبررة للحد من ممارسة الحقوق والحريات وهو أمر جيد نظر لما تمثله هذه العبارة الفضفاضة والمطاطة من خطر على الحريات هذا إضافة إلى أنها قد تؤدي إلى تأويلات ذاتية واختلاف في فقه القضاء. إذ يطرح هذا المفهوم إشكالات من حيث تحديد مضمونه وحدوده بما يفضي إلى تباين في المقاربات بين مختلف أفراد وفئات المجتمع وإلى تباين في المقاربات المعتمدة من قبل القاضي المتعهد نتيجة صعوبة تكييف الأفعال والقيود بعنوان حماية الأخلاق العامة وهو ما جعل القاضي الأوروبي يعترف لمختلف الدول المنضوية ضمن المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان بهامش في تقدير للدول الأعضاء وضبط ما يعد موافقاً أو مخالفاً للآداب العامة حسب كل بلد خاصة في غياب مفهوم موحد على مستوى أوروبا.

كما أن تقدير وتكييف الأفعال والقيود بعنوان حماية الأخلاق العامة تتأثر بقناعات القاضي المتعهد أثناء بسط رقابته على القيود الموظفة على الحقوق والحريات بموجب حماية الآداب العامة بما قد يفضي إلى التباين في المواقف الفقه قضائية وبما من شأنه أن ينال من مقروئية الأحكام والأمان القانوني.

فالآداب العامة لا تتعلق بنظام أخلاقي يتم تحديده وفرضه بصورة فوقية من قبل الدولة أو السلطة القائمة بل يتعلق بممارسات وقيم جماعية سائدة داخل مجتمع ونابعة عنه في إطار العقد الاجتماعي من أجل ضمان السلم الاجتماعي، وليس إلى فرض قيم وأخلاق معينة على الفرد أو التأثير على آرائه وقناعاته الشخصية⁴، غير أن تخلي المؤسس عن إدراج الآداب العامة ضمن قائمة موجبات فرض القيود على الحقوق والحريات، صلب الفصل 55 من الدستور، لا يعني بدهاء الاستغناء، عند تقدير مشروعية القيد، عن الاستناد إلى موجب الآداب العامة ضرورة أن إعمال شرط عدم نيل ممارسة حق محمي دستورياً من الآداب العامة يرمي، في الأخير، إلى حماية الأمن الاجتماعي وتفاذي الإخلالات التي قد تفضي إلى نشأة وحداث اضطرابات مادية من شأنها النيل من الأمن العام أو من الذات البشرية (على غرار الأعمال الفرجية المتضمنة مشاهد لقتل الأقران

4 Nirmal NIVERT ; Intérêt général et droits fondamentaux ; thèse ; Université de La Réunion ; 2012 ; p 332.

والتي خلص مجلس الدولة الفرنسي إلى تأييد القرارات الضبطية الصادرة عن بعض رؤساء البلديات لمنع مثل هذه الأنشطة ومخالفتها النظام معتمدا في ذلك مفهوما موسعا للنظام العام⁵ متجاوزا بذلك مكوناته التقليدية معتبرا مثل تلك الأنشطة مخالفة لحرمة كرامة الذات البشرية⁶ باعتبارها مكونا أساسيا لمفهوم المجتمع الديمقراطي الذي يتم في إطاره تقدير وتحديد مجال إعمال الضرورة لفرض القيود على الحقوق والحريات. لذا، فإنه ولئن لا يسوغ إثارة واستناد السلط العمومية بصورة مباشرة ومستقلة لموجب الآداب العامة عند فرضها قيودا على الحقوق والحريات فإنه، يتم، في العديد من الحالات، الاستناد إلى هذا الموجب ولو بصورة غير صريحة ومعلنة وبالتوازي مع إحدى الموجبات الدستورية التي حددها المؤسس لفرض تلك القيود باعتبار أن حماية الآداب العامة تعد محفزا لاتخاذ الإجراءات التقييدية⁷.

ما تجدر ملاحظته في هذا المجال أيضا أن المحكمة، تحمّل الإدارة عبء إثبات أنّ الإجراء الصادر عنها والمقيد للحق أو الحرية حماية النظام أو أحد الأهداف المنصوص عليها بالفصل 49. وهو ما أكدته المحكمة في فقه فضائها المتواتر الذي أكد أنّ عبء إثبات أن سفر العارض من شأنه النيل من النظام والأمن العامين ومن سمعة البلاد التونسية محمول على الإدارة.

إن الزام السلط العمومية بإقامة الدليل على أن القيد يرمي إلى تحقيق أحد الأهداف المنصوص عليها بالفصل 49 من الدستور يتنزل في إطار الرقابة المعمقة التي يفرضها مبدأ التناسب على أعمال السلط التنفيذية، ضرورة أن رقابة القاضي لا تقتصر على التثبت من مضمون القرار بل تمتد إلى التثبت من حقيقة الأهداف التي تروم الإدارة حمايتها بموجب القيد. وهو أمر نأمل أن تعمل المحكمة على مواصلة تأكيده وتكريسه عند تطبيقها لأحكام الفصل 55 من الدستور.

3.2. كيف يمارس القاضي رقابته على شرط عدم المساس من جوهر الحق؟

هذه الرقابة لم تتغير في مضمونها وفي منهجيتها على ما تضمنه الدليل في صيغته الأولى على أنّ الاختلاف سيكون في ترتيب هذا الشرط الذي أصبح ثالثا في ترتيب الشروط الواردة بالفصل 55 بعد أن كان ثانيا في صياغة الفصل 49 وهو أمر تناولناه أعلاه ويتجه أن يأخذه القاضي بعين الاعتبار.

يعرّف جوهر الحق بأنه الجزء الموازن من الحق أو الحرية الذي لا يمكن لأي منفعة عامة أن تبرر الحد منه.

في فقه القضاء نجد عدة تعريفات لجوهر الحق منها إفراغ الحق من محتواه وهي عبارة متواترة في فقه قضاء المحكمة إلا أنها عبارة غير دقيقة.

تطوّر فقه القضاء وحدّد تعريفا دقيقا يتمثل في أن لا يؤدي القيد الموظف على الحق إلى نفيه تماما أو يشدّد في شروط ممارسته بما يستحيل معه ممارسته. (الحكم الصادر في القضيتين عدد 4105408 و4105496 بتاريخ 21 جانفي 2021)

هذا التعريف واضح وسهل التطبيق ويسير للقاضي بسط رقابته بصورة أفضل وأنجع على شرط عدم النيل من جوهر الحق لذا يتجه اعتماده. فيما عدا هذه الملاحظات فإنّ بقية مراحل الرقابة لم تتغير على نحو ما تضمنه الدليل في صيغته الأصلية.

5 CE, assemblée ; 271995/10 ; aff n 136727 ; commune de Morsang-sur-Orge.

6 « Considérant que l'attraction de «lancer de nain» consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle ; que, par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine » ; op. cit.

7 Sylvain Hull ; Quand l'absence d'illégalité manifeste vient au secours de la moralité publique ; A-J-D-A ; 3 octobre 2005

4.2. كيف يتثبت القاضي من مدى توفر شرط التناسب؟

يقوم اختبار التناسب اليوم على ثلاث مراحل أو خطوات هي الآتية:

أولاً: الملاءمة: تتمثل هذه المرحلة في قياس الملاءمة، وتجب هذه الخطوة عن السؤال التالي:

هل يوجد رابط عقلائي بين الإجراء والهدف، أي هل أن الإجراء التقييدي ملائم لتحقيق الهدف من القانون أو الإجراء المعني؟ وليكون الإجراء ملائماً للهدف من اتخاذه، يجب أن يكون قادراً على تحقيق الهدف المشروع منه.

ثانياً: الضرورة: تتمثل هذه المرحلة في قياس الضرورة، وهي تجيب عن السؤال التالي:

هل أن القيد المتخذ ضروري لتحقيق الهدف أو الغرض من القانون أو الإجراء المعني؟

وهذا يعني أنه لم يكن بوسع السلطة المتخذة للإجراء اتخاذ إجراء آخر لتحقيق الهدف ويكون أقل تقييداً للحق أو الحرية، أو بمعنى آخر هل هو الإجراء الأقل تقييداً؟

ثالثاً: التناسب في مفهومه الضيق: يتمثل في قياس الموازنة بحسب الحالة أو التناسب في معناه الضيق، وتجب هذه المرحلة عن السؤال التالي: هل أن للإجراء المتخذ تأثيراً مفرطاً على المصالح المحمية لصاحب الحق؟

تتميز رقابة القاضي على شرط التناسب أيضاً بتدرجها ليأتي القاضي على مختلف مكونات التناسب انطلاقاً من التلاؤم مروراً بالضرورة وصولاً إلى التناسب في مفهومه الضيق. وهي منهجية لم تتغير بصدور دستور سنة 2022 وخاصة الفصل 55 منه لذلك فإن ما تضمنه الدليل في صيغته الأولى في هذا الشأن يبقى سارياً ولا نرى فائدة في إضافة تغيير في هذا الشأن.

5.2. كيف يتثبت القاضي من مدى احترام شرط عدم التراجع؟

نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 55 من دستور 2022 على أنه « لا يجوز لأي تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور».

كما نصت الفقرة الثانية والأخيرة من الفصل 49 من دستور جانفي 2014 على أنه «لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور».

لعل أول سؤال قد يطرح في هذا المجال هو هل أن القاضي الإداري معني بمراقبة مبدأ عدم التراجع خاصة وأن هذه الرقابة عادة تسند إلى القاضي الدستوري للتثبت من أن السلطة التأسيسية الفرعية لم تتول تعديل الدستور بشكل ينال بأي شكل من الأشكال من الحقوق والحرريات؟

إنّ الإجابة عن هذا السؤال حسب رأينا تكون بالإيجاب وهو ما بيّناه أعلاه⁸ باعتبار أنّ أفراد رقابة الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات بفقرة تكون هي الأخيرة في الفصل مباشرة بعد الفقرة المتعلقة بشرط عدم التراجع يعتبر أمراً مهماً لأنه يحسم الجدل الذي يمكن أن يقوم حول مدى أهلية الهيئات القضائية، غير المحكمة الدستورية، في الرقابة على شرط عدم التراجع، وهو ما يجعل كافة الهيئات القضائية معنية بشرط عدم التراجع. لذلك فإنّ القاضي الإداري على هذا الشرط مؤسسة قانوناً.

وبصورة مبسطة يعني مبدأ عدم التراجع عدم المساس بالحقوق والحريات المكتسبة يعني أنّ الحقوق والحريات المكتسبة بموجب القانون أو نصّ آخر غير قابلة للتراجع عنها.

يعتبر شرط عدم التراجع شرطاً مهماً جداً وشرطاً «إطار» ينطبق على كافة الحقوق والحريات. وهو ينطبق أيضاً على الشروط المضمنة بالفصل 55 وهنا تكمن أهمية هذا الشرط.

لئن لا نجد فقه قضاء يتعرض بصورة صريحة إلى شرط عدم التراجع، فإننا نجد مكرساً في عدّة مبادئ قانونية تكرسها المحكمة الإدارية في فقه قضائها المتواتر من ذلك مثلاً المبدأ المتعلق بسحب القرارات الإدارية المكسبة للحقوق والتي تغلب فيها المحكمة اكتساب الحق على مدى احترام لقواعد الشرعية بطبيعة الحال مع مراعاة الشرط المتعلق بأجل السحب. وهو ما أكدته المحكمة في فقه قضائها المتواتر من ذلك الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 1/19006 الذي تضمن أنّ «القرارات الفردية المكسبة للحقوق لا يجوز للإدارة إلغاؤها وذلك دون حاجة للنظر في مدى شرعية القرار بعد انقضاء أجل الطعن القضائي وذلك حفاظاً على استقرار الوضعيات القانونية»⁹.

في كل الأحوال رقابة القاضي الإداري على هذا الشرط ستكون: مزدوجة خارجية وداخلية.

رقابة خارجية لأنها ستنصب على مدى احترام الإجراء أو القرار الإداري التطبيقي لشرط عدم التراجع بالنظر للمدونة الإدارية وسوابق الإدارة في المجال وهي عملية مركبة تستدعي الإلمام بالسوابق الإدارية.

وهي أيضاً رقابة داخلية ذاتية لأن القاضي سيراقب فيها مدى احترامه لمبدأ عدم التراجع بالنظر إلى فقه قضائه في مادة حماية الحقوق والحريات أي بمعنى هي رقابة يجريها القاضي على فقه قضائه اللاحق مقارنة بما كرسه من مبادئ حمائية في فقه قضائه السابق.

8 تراجع المؤطر الأخير الوارد بالصفحة 4 من هذا المقال.

9 الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 1/19006 بتاريخ 30 أبريل 2015.

لا قيود على الحقوق والحريّات لحماية الآداب العامة

معضلة أمام القاضي العدلي

مالك الغزواني

مقدّمة

كان الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 ينص على خمسة أسباب يمكن أن تبرّر تقييد الحقوق والحريات وهي: حماية حقوق الغير، أو الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة.

وجاء الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022 بالتقليص من هذه القائمة من خمسة إلى أربعة أسباب وذلك بأن حذف منها الآداب العامة.

بالتالي لم تعد الآداب العامة مدرجة ضمن قائمة الموجبات التي ينص عليها الدستور لتقييد الحقوق والحريات. لم يعد لها، بعد أن كان، وجود دستوري. وهو ما يثير سؤالين:

أي تأثير لما فعله الدستور بالآداب العامة على المنظومة القانونية ككل؟ والمقصود مكوناتها الرئيسية المتمثلة في القوانين والجهة المدعوة لتطبيق القوانين أي القضاة. وما العمل، من القاضي، أمام ما فعله الدستور بالآداب العامة؟ هذا ما سيقع تناوله.

بقي سؤال، وكان أحرى طرحه في المقام الأول: لماذا فعل الدستور ما فعل بالآداب العامة؟ وهل حسنا فعل؟ وهو سؤال يستوجب تقييما ثم حكما على موقف الدستور، ولن نخوض فيه في هذا المقام.

إسقاط الآداب العامة من الدستور هو أمر هائل. هائل بالنظر للمكانة الهامة لهذا الصنف القانوني في النظام القانوني، مكانة تجسّمها العديد من القواعد التشريعية التي يكون القاضي العدلي مدعوا لتطبيقها (1).

باستخراج هذه القواعد واستعراض مضامينها نجد أن القاضي قد أصبح أمام مشهد مثير: فمن ناحية، الدستور، وهو النص الأعلى، يصرّف النظر عن الآداب العامة، ومن ناحية أخرى زخم من القواعد التشريعية الهادفة لحماية هذه الآداب العامة ما زالت معروضة على التطبيق القضائي! يا للعجب! إنها لوضعية في منتبى الغرابة، تطرح حتما على القاضي استفهامات كبيرة ومقلقة ومحيرة. ففي معضلة، بمعنى الوضعية التي تطرح إشكالا يصعب إيجاد حل له (2).

1. جرد (غير كامل) للأحكام الحامية للآداب العامة

نجد في الاستعمال التشريعي مصطلح الآداب العامة ومصطلح الأخلاق الحميدة. القوانين الجزائية تستعملهما معا، وفي القوانين المدنية الثاني هو الأكثر تواترا. هما صنفان لصيقان ببعضهما لكونهما يرجعان إلى نفس الحقل القيمي وهو الحقل الأخلاقي، بمعنى التصرف المنبوذ من المجتمع، ما هو «مستنكر» على عبارة محكمة التعقيب¹. لكنهما ليسا بمترادفين: فالآداب العامة تحيل إلى التصرف والسلوك في الفضاء العام، الذي يظهر للغير، أما الأخلاق الحميدة فلها مجال أوسع لأنها لا تقتيد بالفضاء العام وتشمل أيضا سلوك الفرد حتى في الفضاءات غير العمومية وفي علاقاته الخاصة.

ودون توقف على هذه الاختلافات ولا تعمق في دلالاتها، يمكن استخراج العديد من القواعد التشريعية التي ترمي إلى حماية الآداب العامة والأخلاق الحميدة وتبويبها حسب منهجية تعتمد على المقاييس التالية:

- **أولا**، فرع القانون الذي تنتهي إليه القاعدة أي القانون الجزائي والقانون المدني في أوسع معانيهما،
- **ثانيا**، الأسلوب المعتمد في صياغة النص، فأحيانا يرد القانون ناصا تنصيحا صريحا على مراده في حماية الأخلاق الحميدة والآداب العامة، وهو ما يبسر المهمة، إذ تكون القاعدة من هذا القبيل بحكم القانون. لكن

1 تعقيبي جزائي عدد 15382 مؤرخ في 8 جانفي 1986، نشرة محكمة التعقيب، القسم الجزائي، 1986، ص. 230.

في حالات أخرى، لا يكشف القانون على غايته الرامية إلى حماية الآداب العامة، لكن نيته تكون واضحة في هذا الاتجاه.

♦ **ثالثا**، أن يكون هدف القاعدة الوحيد والخالص هو حماية الأخلاق الحميدة والآداب العامة. فلا مبرر لاستعراض القواعد التي، إلى جانب هذا الهدف، ترمي أيضا إلى تحقيق أهداف أخرى مثل حماية حقوق الغير أو الأمن العام. فهذه القواعد لها أكثر من غاية واحدة، تمتزج فيها المرامي وتختلط، مثل تجريم الاعتداءات الجنسية كالاعتصاب، فلا شك أن لها غايات أخلاقية للإجماع على نبذ هذه التصرفات²، لكنها ترمي أساسا إلى حماية حق الغير في الحفاظ على حرمة الجسدية، بل يمكن القول أنه في المجتمعات الحديثة أصبح المبرر الأساسي لهذه الجرائم هو حماية حقوق الغير مقابل الأضمحلال التدريجي للمبررات الأخلاقية. كما يمكن الاستدلال أيضا بقاعدة تجريم الزنا التي يبررها في ذات الآن استنكار الموقف الغالب من هذا التصرف وحماية واجب الوفاء نحو القرين في العلاقة الزوجية. وأيضا جريمة السكر الواضح بمكان عام (في حالة العود السجن ضرورة لمدة 51 يوما!)، فلئن صَنَّفها المشرّع صراحة في صنف جرائم الاعتداء على الأخلاق الحميدة³ لخلفية مؤكدة في نبذ الخمر، إلا أنها تهدف أيضا وخاصة إلى حماية الأمن العام من التصرفات المترنحة والأقوال الهاذية والهيئات المزرية.

وفيما يلي قائمة في أبرز القواعد ذات الخلفية الأخلاقية الصرفة:

القانون الجزائي : جدول في أهم الأحكام التشريعية الحامية للأخلاق الحميدة والآداب العامة

الأسلوب	الجريمة	تطبيقات	الحق/الحرية موضوع التقييد
الأحكام التي تهدف صراحة إلى حماية الأخلاق الحميدة والآداب العامة	- توزيع منشور وكتابات من شأنها النيل من الأخلاق الحميدة. - الفصلان 121 مكرر و 121 ثالثا م.ج. - السجن من ستة عشر يوما إلى عام وخطية من ستين إلى ستمائة دينار.	المرسوم عدد 115 لسنة 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر «لم يبلغ صراحة الفصل 121 ثالثا م.ج هذا زيادة عن كون النص القانوني المذكور ليس في تضارب أو تناقض مع أي فصل من صول المرسوم كما أنه ليس في وضعية استيعاب بمعنى أن أحكام المرسوم لم تستوعب النص المذكور وهو ما يعني أن تقنية الإلغاء الضمني للفصل 121 ثالثا بالتعارض أو بالاستيعاب غير متوفر»، تعقيبي جزائي عدد 84564 مؤرخ في 6 أكتوبر 2020، على موقع cassation.tn	- الحرية الفردية (ف. 26). - حق الملكية (ف. 29) - حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر (ف. 37). - الحق والحرية في التناقل إلى شبكات الاتصال (ف. 38)

2 وهو ما يفسر اختيار بعض المراجع الفقهية تبويب هذه الجرائم ضمن صنف «الجرائم الأخلاقية»، مثلا: عبد الله الأحمدى، القانون الجنائي الخاص، الجرائم الأخلاقية، تونس، 1998.

3 الفصل 15 مكرر والفصل 317 م.ج الوارد في قسم عنوانه «في المخالفات المتعلقة بالآداب العامة».

<p>- الحرية الفردية (ف). - حماية الحياة الخاصة (ف. 30). (26).</p>	<p>- وردت الجريمة في فرع من المجلة الجزائرية عنوانه «في الاعتداءات على الأخلاق الحميدة». - «جريمة التجاهر عمدا بفحش تقتضي توفر ثلاثة أركان : أولا، فعل مادي مخل بالحياة مفاير للآداب العامة أو تقتضي الأخلاق والآداب العامة التستر عند ارتكابه سواء كان الفعل في ذاته مشروعاً أو غير مشروع معاقب عنه أو غير معاقب عليه وبذلك فهو أمر اعتباري موكل تقديره لاجتهاد قاضي الموضوع مما يستمده من حالة الواقعة وظروفها بالنظر للوسط الذي وقعت فيه ودرجة الحضارة التي كان عليها ذلك الوسط وغاية المشرع من هذا هو حماية الآداب ومحاربة الرذيلة وصيانة الجمهور من أن يقع نظره على مشهد مفاير للآداب، وبذلك فلا لزوم للبحث هل أن الجاني قد ارتكب فعلته عن شهوة أو على سبيل الانتقام أو بسبب الانحطاط الخلقى بل يكفي أن يكون على بينة من أن فعله هو مما تأباه الأخلاق الفاضلة.</p>	<p>- التجاهر عمدا بفحش - الفصل 226 م.ج - السجن مدة ستة أشهر - وخطية قدرها ثمانية وأربعون دينارا</p>	
	<p>ثانيا، وقوع ذلك الفعل علانية ويتوفر هذا الركن متى ارتكب الفعل المخل بالحياة في ظروف يستفاد منها أنه يمكن أن يخذش حياء الغير وإحساسه ولو أن ذلك الفعل قد ارتكب بمكان خاص بمحضر شخص واحد مميز دون رضاه إذ انه في الواقع قد نال بفعله ذاك من حياء المجني عليه. ثالثا، أن يكون ذلك الفعل قد وقع من الجاني عمدا ويبرز هذا الركن وتستنتج المحكمة من الظروف التي تمت بالفعل المنافي للحياة». تعقيبي جزائي عدد 288 مؤرخ في 18 أوت 1976، نشرية محكمة التعقيب، القسم الجزائري، الجزء الثالث، ص. 90.</p>		

<p>- الحرية الفردية (ف). (26). - حماية الحياة الخاصة (ف.30). - الحرية الفردية (ف). (26). - حماية الحياة الخاصة (ف.30). - حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر (ف.37).</p>	<p>- «الركن المادي الذي تتكوّن منه الجريمة هو أن تكون الأغاني أو الخطب أو الصراخ المكوّنة للجريمة ماسة بالأخلاق وبالتالي تخدش عاطفة الحياء في الناس أو فيها إهانة أو دوس لمعتقداتهم الدينية». تعقيبي جزائي، عدد 5534 مؤرخ في 28 أكتوبر 1981، نشرية محكمة التعقيب، القسم الجزائي، ص.183. - قيام صاحب محل لكراء أشرطة الفيديو بعرض «كاسات» للكراء لفيلم يتضمن مشاهد جنسية فاضحة تتكوّن به جريمة الاعتداء على الأخلاق الحميدة، تعقيبي جزائي، عدد 73405 مؤرخ في 19 فيفري 1979، نشرية محكمة التعقيب، القسم الجزائي، ص.166.</p>	<p>- الاعتداء علنا على الأخلاق الحميدة - الفصل 226 مكرر م.ج - السجن مدة ستة أشهر وخطية قدرها ألف دينار</p>
<p>- الحرية الفردية (ف). (26). - حماية الحياة الخاصة (ف.30). - الحق والحرية في التّفاذ إلى شبكات الاتصال (ف.38)</p>	<p>- وردت الجريمة في فرع من المجلة الجزائرية عنوانه «في الاعتداءات على الأخلاق الحميدة».</p>	<p>- لفت النظر علنا إلى وجود فرصة لارتكاب فجور بكتابات أو تسجيلات أو إرساليات سمعية أو بصرية أو الكترونية أو ضوئية. - الفصل 226 مكرر م.ج - السجن ستة أشهر وخطية قدرها ألف دينار</p>
<p>- الحرية الفردية (ف). (26). - حرية المعتقد والضمير (ف.27) - حق الملكية (ف.29) - حماية الحياة الخاصة (ف.30).</p>	<p>- وردت الجريمة في قسم من المجلة الجزائرية عنوانه «في المخالفات المتعلقة بالأداب العامة».</p>	<p>- مناولة مشروبات كحولية لمسلمين أو لمن هو بحالة سكر. - الفصل 317 م.ج - السجن مدة خمسة عشر يوما وخطية قدرها أربعة دنائير وثمانمائة مليم</p>
<p>- حق الملكية (ف.29)</p>	<p>- وردت الجريمة في قسم من المجلة الجزائرية عنوانه «في المخالفات المتعلقة بالأداب العامة».</p>	<p>- سوء المعاملة العلنية لحيوان أهلي. - الفصل 317 م.ج - السجن مدة خمسة عشر يوما وخطية قدرها أربعة دنائير وثمانمائة مليم.</p>

<p>- الحرية الفردية (ف). (26). - حق الملكية (ف. 29) - الحق والحرية في العمل (ف. 46).</p>	<p>- فضاءات الأنشطة اللوجستية هي مناطق مغلقة تحت الرقابة الديوانية مخصصة لقبول كل البضائع التي ترد من الخارج أو التي ستوجه إليه قصد إعدادها لعملية نقل دولي (الفصل 87 من مجلة الديوانة). - المستودعات الديوانية هي فضاءات خاضعة للرقابة الديوانية معدة لقبول أنواع معينة من البضائع الموردة في انتظار تسوية وضعيتها أو معدة للتصدير في انتظار إعادة تصديرها.</p>	<p>- إدخال بضائع تمس بالأخلاق الحميدة إلى فضاءات الأنشطة اللوجستية أو إلى المستودعات الديوانية. - الفصل 90 فقرة ثانية والفصل 172 من مجلة الديوانة. - خطية قدرها مائة دينار (الفصل 381 من مجلة الديوانة) مع وجود عقوبات أشد تصل السجن في حالة التهريب (الفصل 386 من مجلة الديوانة).</p>
<p>- الحرية الفردية (ف). (26). - حق الملكية (ف. 29) - حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر (ف. 37). - الحق والحرية في العمل (ف. 46).</p>		<p>- مسك بضائع موردة، ولو كانت معدة للاستعمال الشخصي، مغلقة بالأخلاق الحميدة (كتب وصور وأفلام وكل أنواع الحوامل للتسجيلات الصوتية والمرئية) دون الاستظهار عند أول طلب من أعوان الديوانة أو الشرطة أو الحرس بما يثبت أنه قد وقع توريدها بصفة قانونية. - عدم إثبات شرعية توريد هذه البضائع يعتبر تهريباً. - السجن من ستة عشر يوماً إلى شهر مع المصادرة. - الفصول 290 و 386 و 392 من مجلة الديوانة، وقرار وزير المالية المؤرخ في 19 فيفري 2009 المتعلق بضبط قائمة البضائع الخاضعة إلى قاعدة إثبات المصدر.</p>

<p>- حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام (ف.37).</p> <p>- حرية الإبداع والحق في الثقافة (ف.49).</p>	<p>- الأمر عدد 1388 لسنة 1982 المؤرخ في 26 أكتوبر 1982 المتعلق بتنظيم وسير لجنة مراقبة الأفلام السينمائية، الفصل الأول فقرة 2: «على هذه اللجنة السهر على المحافظة على القيم الأخلاقية والاجتماعية والسياسية وغيرها مما هو معترف ومعمول به [...]».</p>	<p>- عرض شريط سينمائي دون تأشيرة</p> <p>- الفصل 13 من مجلة الصناعة السينمائية</p> <p>- خطية من 100 إلى 2000 دينار مع حجز الشريط والحرمان من ممارسة الأنشطة المتصلة بالصناعة السينمائية</p>
<p>- حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام (ف.37).</p> <p>- حرية الإبداع والحق في الثقافة (ف.49).</p>	<p>- الأمر عدد 461 لسنة 1989 المؤرخ في 22 أبريل 1989 المتعلق بإعادة تنظيم اللجنة القومية للتوجيه المسرحي.</p> <p>- من بين أعضاء اللجنة عضو ممثل لوزارة الداخلية. يقع العرض الأول للمسرحية أمام اللجنة دون حضور جمهور. وينطبق هذا الواجب على كل الفرق المسرحية سواء كانت محترفة أو شبيهة بالمحترفة أو هاوية أو جامعية أو مدرسية. وتبدي رأيا معللا يُرفع للوزير المكلف بالثقافة حول التأشير للمسرحية.</p> <p>- عند عرض المسرحيات الحاصلة على تأشيرة، يتولى وزير الثقافة إيفاد عضوين لحضور العروض للتحقق من أنه وقعت مراعاة شروط تسليم التأشيرة.</p>	<p>- عرض مسرحية دون تأشيرة.</p> <p>- الفصل 5 من القانون عدد 62 لسنة 1966 المؤرخ في 5 جويلية 1966 المتعلق بالتأشيرة على المسرحيات.</p> <p>- خطية من 50 إلى 500 دينار، مع الإيقاف عن كل عمل مسرحي إذا ارتكبت الجريمة من ممثل.</p>
<p>- حرية الاجتماع والتظاهر (ف.42).</p> <p>- حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام (ف.37).</p>		<p>- عدم تعيين مسؤول عن اجتماع عام يسهر على الأخلاق الحميدة.</p> <p>- الفصلان 5 و 23 من القانون عدد 4 لسنة 1969 المؤرخ في 24 جانفي 1969 المتعلق بالاجتماعات العامة والمواكب والاستعراضات والمظاهرات والتجمهر.</p> <p>- السجن من ستة عشر يوما إلى ثلاثة أشهر.</p>

<p>- الحرية الفردية (ف). (26). - حرية التعبير (ف). (37).</p>		<p>- ترديد الشعارات المنافية للأخلاق بالملاعب والمنشآت الرياضية أثناء المقابلات - الفصل 52 من القانون عدد 104 لسنة 1994 مؤرخ في 3 اوت 1994 يتعلق بتنظيم وتطوير التربية البدنية والانشطة الرياضية - السجن من 16 يوما إلى ثلاثة اشهر وخطية من 120 إلى 1200 دينار</p>	
<p>- الحرمة الجسدية (ف.25). - الحرية الفردية (ف). (26). - حماية الحياة الخاصة (ف.30).</p>		<p>- اللواط والمساحقة - الفصل 230 م.ج - السجن مدة ثلاثة أعوام</p>	<p>الأحكام التي أساسها حماية الأخلاق الحميدة</p>
<p>- الحرمة الجسدية (ف.25). - الحرية الفردية (ف). (26). - حماية الحياة الخاصة (ف.30). - الحق والحرية في الشبكات الاتصال (ف.38). - الحق والحرية في العمل (ف.46).</p>	<p>تأرجح بين التوسيع والتضييق في تحديد أركان الجريمة : 1- اتجاه التوسيع - « لا شيء في هذا النص يفيد وجوب المقابل المادي أو الهدايا لتتوفر الجريمة» (السجن لمدة عام للمرأة التي مكّنت موظفا من نفسها بعد أن ساعدها على استخراج وثيقة). تعقيبي جزائي، عدد 1975 مؤرخ في 1 ديسمبر 1977، نشرية محكمة التعقيب، القسم الجزائري، ص. 142. « الفصل 231 لا يشير إطلاقا إلى المقابل المادي المقبوض أو المدفوع، كما انه صريح في اعتبار تهمة الخناء ثابتة حتى في حق النساء اللاتي يتعاطين الخناء ولو صدفية، ولذلك فإن شرط تعدد بيع العرض وقبض المال كمقابل لا يجد ما يبرره بالفصل المذكور» (السجن مدة ستة أشهر لمرأة مكّنت دائتها من مواقعها مقابل إسقاط دين له عليها)، تعقيبي جزائي عدد 30735 مؤرخ في 27 مارس 1991، نشرية محكمة التعقيب، القسم الجزائري، ص. 95.</p>	<p>1- عرض المرأة نفسها وتعاطيها الخناء في غير الصور المنصوص عليها بالتراتبين الجاري بها العمل (المقصود قرار الكتابة العامة المؤرخ في 30 أبريل 1942 حول تنظيم تعاطي الخناء). - الاتصال الجنسي بمرأة تتعاطى الخناء في غير الصور المنصوص عليها بالتراتبين الجاري بها العمل. - الفصل 231 م.ج - السجن من ستة أشهر إلى عامين وخطية من 20 إلى 200 دينار 2- التوسط في الخناء والتمتعش منه. - الفصل 232 م.ج. - السجن من عام إلى ثلاثة أعوام والخطية من 100 دينار إلى 500 دينار</p>	

- «الفصل 231 لا يشير إطلاقاً للمقابل المالي في جريمة تعاطي الخناء، كما انه صريح في اعتبار تهمة الخناء ثابتة حتى في حق النساء اللاتي يتعاطين الخناء ولو صدفة، ولذلك فإن شرط تعدد بيع العرض وقبض المال كمقابل لا يجد له أساساً في مقتضيات الفصل المذكور»، وعليه فإن مجرد الاتصال الجنسي تقوم به الجريمة (أكدت المهتمة أنها تمكّن صديقها من نفسها دون مقابل مالي وإنما يقوم بإطعامها)، تعقيبي جزائي، عدد 12526 مؤرخ في 1 مارس 2006، نشرية محكمة التعقيب، القسم الجزائري، ص. 239.

2- اتجاه التضييق

- لا جريمة «إذا لم تكشف الأبحاث عن تعود المرأة على عرض نفسها على العموم بمقابل كلما سنحت الفرصة»، تعقيبي جزائي عدد 8912 مؤرخ في 28 ديسمبر 1983، نشرية محكمة التعقيب، القسم الجزائري، ص. 196.

- لا جريمة إذا لم يتوفر «عنصر المقابل الذي يستلزم بطبيعته أن يكون مبلغاً معيناً من النقود عادة ما يقع الاتفاق على مقداره مسبقاً بين طالب اللذة والمنحرفة التي اعتادت الاتجار في عرضها لقاء ذلك المقابل الذي لا يتصور أن يقوم مقامه ما يقدم لها أثناء ذلك اللقاء من مأكول ومشروب تُحتم وجوده طبيعة تلك المناسبة سيما إذا ما امتدت لفترة زمنية طويلة [...] باعتبار أن الهدف الذي توجي إليه كل منحرفة من وراء تمتيع الغير هو الحصول على المال والاتجار بجسدها»، تعقيبي جزائي عدد 15255 مؤرخ في 5 جانفي 1988، نشرية محكمة التعقيب، القسم الجزائري، ص. 145.

القانون المدني : جدول في أهم الأحكام التشريعية الحامية للأخلاق الحميدة والآداب العامة

النص	المادة	الأسلوب
الفصل 67 م.أ.ع : «الالتزام المبني على [...] سبب غير جائز لا عمل عليه. والسبب غير الجائز عبارة عما يخالف القانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العام».	في الالتزامات عامة	الأحكام التي تهدف صراحة إلى حماية الأخلاق الحميدة
الفصل 77 م.أ.ع : «يجوز استرداد ما دفع لسبب يخل [...] بالأخلاق الحميدة».		
الفصل 117 م.أ.ع «كل شرط تعلق [...] بما يخالف الأخلاق الحميدة أو القانون فإنه باطل وبه يبطل العقد ولا ينقلب إلى الصحة لو صار ذلك الشرط ممكنا فيما بعد».		
الفصل 439 م.أ.ع : «لا يعتمد الإقرار [...] إذا كان مآله تعميم ذمة أو إثبات أمر مما هو مخالف للقوانين أو الأخلاق الحميدة [...]».		
الفصل 500 م.أ.ع : «لا يجوز توجيه اليمين [...] لإثبات دعوى يمنع القانون القيام بها نظرا [...] للأخلاق الحميدة».		
الفصل 544 م.أ.ع : «من استند إلى عرف كان عليه إثباته ولا يحتج به إلا إذا كان عاما أو غالبا غير مناف للنظام العام والأخلاق الحميدة».		
الفصل 834 م.أ.ع : «يبطل كل عقد موضوعه ما يأتي «تعليم السحر وما شاكله أو مباشرته ومباشرة عمل مخالف للقوانين أو للأخلاق الحميدة».		
الفصل 1107 م.أ.ع : «لا يصح التوكيل [...] إذا كان على أمر مخالف [...] للأخلاق الحميدة».		
الفصل 1252 م.أ.ع : «يجب أن يكون الغرض من كل شركة أمرا مباحا وما خالف القانون أو النظام العام أو الأخلاق الحميدة تبطل الشركة فيه قانونا».		
الفصل 7 من القانون عدد 103 لسنة 1994 المؤرخ في غرة أوت 1994 المتعلق بتنظيم التعريف بالإمضاء والإشهاد بمطابقة النسخ للأصل «يحجر التعريف بالإمضاء والإشهاد بالمطابقة للأصل بالنسبة للوثائق المنافية للأخلاق [...]».		
الفصل 76 من مجلة الشغل : على رؤساء المؤسسات ان يحافظوا على الاخلاق الحميدة ومراعاة الآداب العامة خاصة بالمحلات التي يعمل بها النساء والاطفال البالغون من العمر دون الثمانية عشر عاما.	في العلاقات الشغلية	

<p>الفصل 373 من مجلة الشغل : يتحتم على رؤساء المؤسسات العاملة في القطاع الفلاحي السهر على حفظ الاخلاق الحميدة والحياء بجميع الاماكن ولو كانت غير مسيجة والتي يعمل بها خاصة النسوة أو الاطفال الذين سنهم دون السادسة عشرة.</p>		
<p>الفصل 50 من القانون عدد 36 لسنة 1994 المؤرخ في 24 فيفري 1994 المتعلق بالملكية الأدبية والفنية المنقح بالقانون عدد 33 لسنة 2009 المؤرخ في 23 جوان 2009 «يحجّر توريد نسخ بأية طريقة كانت من أي مصنّف كان، للبلاد التونسية أو إنتاجها أو استنساخها أو توزيعها أو تصديرها أو الاتجار فيها إذا لم تراع [...] الأخلاق الحميدة [...]».</p>	<p>في الملكية الفكرية</p>	
<p>الفصل 3 من القانون عدد 84 لسنة 2000 المؤرخ في 24 أوت 2000 المتعلق ببراءات الاختراع «لا تمنح براءة الاختراع بالنسبة - [...] - للاختراعات التي قد ينشأ عن نشرها أو استغلالها مخالفة للأخلاق الحميدة [...]».</p> <p>الفصل 13 من القانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فيفري 2001 المتعلق بحماية الرسوم والنماذج الصناعية «يقدم مطلب ايداع كل رسم او نموذج صناعي وفق اجراءات تضبط بأمر. ويتثبت الهيكل المكلف بالملكية الصناعية عند كل إيداع [...] ان نشره لا يخل حسب رأي السلط المعنية بالأخلاق الحميدة [...]».</p> <p>الفصل 4 من القانون عدد 36 لسنة 2001 مؤرخ في 17 أبريل 2001 المتعلق بحماية علامات الصنع والتجارة والخدمات «لا يمكن اعتماد شارة كعلامة أو كعنصر من علامة إذا كانت: [...] ج -) مخالفة للنظام العام والأخلاق الحميدة [...]».</p>		
<p>الفصل 1452 م.ا.ع : «كل من التزم بدين من جهة مقامرة أو مراهنة كان التزامه باطلا قانونا ولا عمل عليه».</p>	<p>في الالتزامات</p>	<p>الأحكام التي أساسها حماية الأخلاق الحميدة</p>
<p>الفصل 5 : «يحجّر مطلقا أخذ أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية من الأحياء والأموات قصد زرعها».</p>	<p>في علاقة الإنسان ببيدته</p>	

<p>الفصل 14 م.أ.ش - موانع الزواج قسما : مؤبدة و مؤقتة. فالمؤبدة : القرابة أو المصاهرة أو الرضاع أو التطلق ثلاثا [...]] الفصل 15 م.أ.ش - المحرّمات بالقرابة أصول الرجل وفصوله وفصول أول أصوله وأول فصل من كلّ أصل وإن علا. الفصل 16 م.أ.ش - المحرّمات بالمصاهرة أصول الزوجات بمجرد العقد وفصولهن بشرط الدخول بالأّم، زوجات الأباء وإن علوا وزوجات الأولاد وإن سفلوا بمجرد العقد. الفصل 17 م.أ.ش - يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب والمصاهرة. ويقدر الطفل الرضيع خاصة -دون أخوته وأخواته- ولدا للرضعة وزوجها. ولا يمنع الرضاع من النكاح إلا إذا حصل في الحولين الأولين.</p>	<p>في الأحوال الشخصية</p>	
<p>الفصل 58 م.أ.ش - إذا كان مستحق الحضنة ذكرا يجب أن يكون عنده من يحضن من النساء وأن يكون محرّما بالنسبة للأنثى. وإذا كان مستحق الحضنة أنثى فيشترط أن تكون خالية من زوج دخل بها ما لم ير الحاكم خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون وإذا كان الزوج محرّما للمحضون أو وليّا له أو يسكت من له الحضنة مدّة عام بعد علمه بالدخول ولم يطلب حقه فيها أو أنّها كانت مرضعا للمحضون أو كانت أمّا ووليّة عليه في أن واحد</p>		
<p>الفصل 76 م.أ.ش - إذا أثبت الحاكم نفي الأبوة [...] فإنه يحكم [...]] بالفراق الأبدي بين الزوجين.</p>		
<p>الفصل 347 من مجلة الشغل : لا يمكن لأي عرف اذا كان أعزبا أو أرملًا أو مطلقا أو مفارقا أن يُسكن معه البنات القصر بصفة متدرّبات.</p>	<p>في العلاقات الشغلية</p>	

ليس من شك أن تطبيق القاضي لهذه النصوص تختلف وتيرة بحسب ما تطرحه الممارسة الاجتماعية من وضعيات. فالمعلوم لمن مارس القضاء الجزائي أنه تثار يوميا تتبعات جزائية عديدة من أجل جريمة الاعتداء على الأخلاق الحميدة موضوع الفصل 226 مكر م.ج. وبالمقابل نسمع بين الفينة وبالأخرى بتطبيقات لتجريم المثلية الجنسية. أما جريمة مناوله مشروبات كحولية لمن هو بحالة سكر فلا نعلم لها تطبيقا.

أما القواعد المدنية المتعلقة بحماية الأخلاق الحميدة فمن النادر جدا العثور لها على تطبيقات في عمل المحاكم. فهل هي سيادة الفضيلة في المعاملات المدنية ؟ أم هل أن النزاعات التي تثيرها المعاملات الخارقة للنصوص الحامية للأخلاق تجد طريقا لها للحل خارج الأطر القضائية ؟

في الحالتين، كثافة تطبيقات النص وانعدامه، يتجه التساؤل عن موقف القاضي من التحول الدستوري في الموقف من الآداب العامة والأخلاق الحميدة.

2. موقف القاضي

يمكن أن يتخذ القاضي من الوضعية الجديدة، المتمثلة في عدم التنصيص بالدستور على الآداب العامة كقيد على الحقوق والحريات، أحد موقفين: فإما أن لا يعبر اهتماما لما حصل، فيستمر على تطبيق النصوص التشريعية ذات العلاقة كأن شيئا لم يحصل، وهي حالة إنكار للتغيير (1). وإما أن يكون واعيا بما حصل، فيواجه الإشكال، حينها تطرح المشاكل (2). ولكل الموقفين حججه ودلالاته.

1.2. الموقف الأول: إنكار التغيير

قد يعتبر القاضي أنه غير معني بما جاء بالفصل 55 من الدستور، أو بالأحرى أنه غير معني بما لم يجرى بهذا الفصل، أي عدم التنصيص على الأخلاق الحميدة ضمن القيود التي يمكن أن ترد على الحقوق والحريات. وليس المقصود هنا حالة الجهل بالنص وعدم الوعي بالإشكال، فهو أمر مستبعد لافتراض علم القاضي بالقانون بمختلف مصادره بداية من أعلاها وهو المصدر الدستوري. وإنما المقصود الحالة التي يتخذ فيها القاضي موقفا رافضا للخوض في الموضوع. وهو موقف له حججه التي ينبغي استعراضها (1) قبل بيان وهنأ (2).

1.1.2. الحجج

هي ثلاثة: أولها مستمد من قراءة لوظيفة القاضي قولاً بأن دوره يتوقف عند تطبيق القانون مع فهم القانون فهما ضيقا يقصره على النصوص ذات المصدر التشريعي، وثانها مأخوذ من حدود وظيفة القاضي التي تحجّر عليه مراقبة دستورية القوانين، وثالثها مستمد من قراءة الفصل 55 من الدستور قراءة تُفرغه من كل معنى جديد.

أ. الحجة الأولى: القاضي لا يطبق الدستور

هذه حجة تقليدية ترى أن الدستور هو نص منظم للدولة في عمل مؤسساتها، وللحياة السياسية في نشاط فاعلها، فهو لذلك ليس من أدوات عمل القاضي الذي لا شأن له بعمل مؤسسات الدولة، ويجب أن ينأى بنفسه عن الحياة السياسية، وفوق كل هذا فدوره ينحصر في فض النزاعات التي تطرحها العلاقات الاجتماعية والمعاملات الاقتصادية، والتدخل عند الاقتضاء لجزر ما يدخل منها تحت طائلة القانون الجزائري. فهو، بحكم هذه الوظائف، بعيد عما جاء بالدستور من أحكام تهم الدولة في هياكلها وفي سيرها.

وصحيح أنه وردت بالدستور ضمانات للأفراد في شؤونهم الخاصة كما في علاقاتهم، كضمان الحرمة الجسدية وحق الملكية وحماية الحياة الخاصة وغيرها من المبادئ المكرّسة للحقوق والحريات⁴، لكنها مبادئ عامة وإعلانات تبقى مفتقرة للدقة اللازمة لتنزيلها على أرض الواقع لتكون صالحة كأدوات يمكن استعمالها مباشرة لفض النزاعات. فمن البديهي أن الإعلان بالدستور على ضمان كرامة الذات البشرية لا ينفع لضمان كرامة فرد يدعي تعرضه لاعتداء مادي أو معنوي، ف ضمان حق الضحية يفترض قواعد دقيقة للمسؤولية، في فرعها الجزائري والمدني، تمكّنه من تتبع المعتدي ومطالبته بالتعويض.

من هنا نشأ الاعتقاد بأن الدستور ليس من أدوات عمل القاضي، فحلول النزاعات التي تطرح عليه توجد في النصوص التشريعية التي تأتي بالأحكام الدقيقة الواضحة التي يمكن استقاء الحلول مباشرة منها، وليس هذا في الدستور.

4 الباب الثاني من الدستور.

ولهذا الموقف أساسه في القانون، فوظيفة محكمة التعقيب كما حدّتها مجلة المرافعات المدنية والتجارية هي السهر على عدم «مخالفة القانون»⁵ بمعنى النصوص التشريعية. والواقع صدّى لهذا الموقف: تطبيقات المحاكم للدستور قليلة.

فإذا لم يكن تطبيق الدستور من وظائف القاضي، فإن ما حصل بالفصل 55 من الدستور لا يعني للقاضي شيئا، فهو يطبّق القوانين الوضعية وما ورد بها من أحكام تحمي الأخلاق الحميدة، وعليه أن يستمر في تطبيقها طالما أنها ما زالت نافذة وسارية المفعول ولم يقع نسخها. وللنسخ أصوله التي ضبطها الفصل 542 م.1. ع بقوله إنه «لا تنسخ القوانين إلا بقوانين بعدها إذا نصت المتأخرة على ذلك نصا صريحا أو كانت منافية لها أو استوعبت جميع فصولها». وعليه فإن موقف الدستور من الأخلاق الحميدة ما هو إلا مبدأ عام، وحقيقة مدلوله ليست من المسلمّات. والقول بأن الدستور جاء لينسخ كل القوانين التي تقيد الحقوق والحريات حماية للأخلاق والآداب هو قول ثقيل المعنى خطير النتائج، لذلك يحسن بالقاضي صرف النظر عنه وعدم الخوض فيه مطلقا، لأن الخوض فيه يؤدي به حتما إلى ارتكاب ممنوع، هو مراقبة دستورية القوانين.

ب. الحجة الثانية: القاضي لا يراقب دستورية القوانين

فرضا أن الفصل 55 جاء بمنع تقييد الحقوق والحريات لحماية الأخلاق الحميدة، وهو قول يحتاج لتأكيد⁶، فإن هذا الموقف الجديد على مستوى الدستور لا يحمل بصفة مباشرة جديدا بالنسبة للقاضي لسبب بسيط. فمفعول القوانين لا يبطل بمخالفتها للدستور، وإنما يجب أن يقع أولا التحقق من هذه المخالفة، وهي مسألة شائكة تستدعي بحثا وتحريا للتأكد من أن النص القانوني يخرق فعلا الدستور، ليقع الانتهاء إلى التصريح بهذه المخالفة. والحل في تونس هو تحجير هذا العمل على القاضي، فممنوع عليه مراقبة دستورية القوانين⁷.

لا فائدة إذن من أن ينظر القاضي للفصل 55 من الدستور طالما أنه لا يمكن له أن يستخلص منه أي أثر على مستوى القوانين التي تتعارض معه. فجريمة المثلية الجنسية هي تقييد حرية الإنسان في التصرف في بدنه، وهي حدّ لحرمة حياته الخاصة التي من تجلياتها اختيار الفرد لتوجهاته الجنسية، وهي حدّ تبرّره حماية ما يعتبر ضوابط أخلاقية تنبذ هذه التصرفات، لكن ما هي السلطة التي أعلنت هذا القول؟ فقط المشرّع أو القاضي يمكنهما الخروج وإعلان تعارض الفصل 230 م.ج مع الدستور: الأول بإلغاء القانون والثاني بعدم تطبيقه وبالتالي إبطال مفعوله. لكن المشرّع لم يتدخّل ولا يبدو أنه سيتدخّل. أما القاضي فلا يمكن له أن يتدخّل لأن القانون يمنعه من التدخل. بذلك فإن الجريمة لم تختف من المنظومة القانونية عند دخول دستور 25 جويلية 2022 حيز التنفيذ ولن تختفي إلى أن يرى من له النظر ذلك. وفي الأثناء لا يسع القاضي إلا معاينة استمرار نفاذ النص ثم تطبيقه.

5 الفصل 175 م.م.ت.

6 راجع الحجة الثالثة أسفله.

7 خص الدستور المحكمة الدستورية بمراقبة دستورية القوانين (الفصل 127). وأيضا الفصل 3 من القانون الأساسي عدد 14 المؤرخ في 18 أبريل 2014 المتعلق بالهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين الذي ينص على أنه «تعتبر سائر المحاكم غير مخولة لمراقبة دستورية القوانين»، وهو نص ما زال ساري المفعول لعدم صدور نص يلغيه صراحة أو ضمنا.

ت. الحجة الثالثة : الفصل 55 لم يلغ واجب مراعاة الآداب العامة والأخلاق الحميدة

سكت الدستور الجديد على الآداب العامة. فلا هو ذكرها من موجبات تقييد الحقوق والحريات ولا هو منع العمل بها. وهذا السكوت لا يعني، في وجه النظر هذه، تخليها عنها ومنعاً للعمل بها، وذلك لثلاثة أسباب :

- ♦ **أولاً،** دستور 2022 رجع، في مسألة الآداب العامة، إلى الحالة التي كان عليها النظام القانوني التونسي في ظل دستور 1959. فأول دستاير تونس الحديثة كان أيضا يتضمن فصلا ينظم القيود التي ترد على الحقوق والحريات ويحدد موجباتها. هو الفصل 7 الذي كان ينص على أنه «يتمتع المواطن بحقوقه كاملة بالطرق والشروط المبينة بالقانون، ولا يحد من هذه الحقوق إلا بقانون يتخذ لاحترام حقوق الغير ولصالح الأمن العام والدفاع الوطني ولازدهار الاقتصاد وللنهوض الاجتماعي». لم تكن بالتالي الآداب العامة من بين الموجبات المذكورة لتقييد الحقوق، لكنها كانت مقبولة، ولم يشكك أحد في مقبوليتها.

في ظل ذلك الدستور تواصل العمل بكل النصوص السابقة لصدوره والتي تركز هذه القيود كتلك الواردة في مجلة الالتزامات والعقود الصادرة سنة 1906 وفي المجلة الجنائية الصادرة سنة 1913، فوقع تثبيت ما ورد بها ولم يشكك أحد في عدم تطابقها مع الدستور من حيث تقييدها للحقوق لسبب غير منصوص عليه به. فلا المشرع أعاد النظر في هذه المسألة ولا المحاكم تصدّت لها، ولا المحامون أثاروها في حماسة واندفاع إعداد دفاعهم في صور تطبيق تلك النصوص، ولا حتى الحقوقيون تعرضوا للمسألة، ولو على سبيل الدراسة والنقد النظري.

وفي ظل ذلك الدستور صدرت قوانين جديدة أقرت قيودا على الحقوق والحريات لموجب حماية الآداب العامة دون أن يقدم أحد فيها بالرجوع إلى ما كان ينص عليه الفصل 7. قد يقال إن المشرع كان يفعل ما يريد دون رقيب دستوري. لكن من هذه القوانين ما صدر بعد إقرار العمل بمراقبة دستورية مشاريع القوانين وتعزيز فعاليتها. مثلا قانون 2 أوت 2004 الذي أعاد صياغة جرائم الاعتداء على الأخلاق الحميدة التي كانت منظمّة بأمر 25 أفريل 1940، فقد طرح على المجلس الدستوري الذي كان في أوج اختصاصاته، متمتعاً بسلطة رقابة ملزمة لكل السلط⁸. فلم يثر شكاً في مشروع هذا القانون من جهة إقرار تقييد لسبب لم يرد بالدستور⁹. ولم يكن في هذا على موقف غريب لأنه لا أحد أثار هذه المسألة بما فيها المنظمات غير الحكومية ذات الصوت العالي في الدفاع على حقوق الإنسان.

قراءة هذا الموقف تؤدي إلى النتيجة التالية : حصل إجماع بين مختلف أطراف المجتمع الحقوقي بأنه لا حاجة لإجازة دستورية صريحة لقبول تقييد الحقوق والحريات لحماية للآداب العامة. هو إجماع : مشرعا ومحاكما وفقها، حكومة ومنظمات غير حكومية.

إن كان دستور 2022 يتماثل مع سلفه القديم في خصوص الموقف من الآداب العامة، فإن الحل يجب أن يكون أيضا مماثلا: وهو أن السكوت لا يعني منعاً. على الأقل فإن السكوت لا يعني أليا ومباشرة منعاً.

- ♦ **ثانياً،** لقد ضبط الفصل 55 قائمة في موجبات تقييد الحقوق والحريات تضم الدفاع الوطني والأمن العام وحقوق الغير والصحة العامة. لكن هل هي قائمة حصرية مغلقة، أم هي قائمة وردت على سبيل الذكر وتبقى مفتوحة على أسباب أخرى يمكن إضافتها ؟ هو سؤال عويص، لا ينتفع فيه الاستنجد بقواعد التأويل التقليدية، كتلك الواردة بالفصل 540 م.1.ع القاضي بأن «ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو

8 القانون الدستوري عدد 76 المؤرخ في 2 نوفمبر 1998، الرائد الرسمي عدد 89 المؤرخ في 6 نوفمبر 1998، ص 2240.
9 لم يقع نشر رأي المجلس الدستوري بخصوص هذا المشروع، لكن صدور القانون يعني ضرورة أنه لم يثر بشأنه احترازا.

غيرها لا يتجاوز القدر المحصور مدة وصوره». ومكمن الصعوبة هو أن النظام القانوني التونسي يعج بالقيود على الحقوق التي لا يمكن أن تُسند إلى أحد الأسباب المذكورة بالدستور والتي لا أحد يشكك فيها: مثلا القيود التي تفرضها التشريعات العمرانية على حق الملكية، لا يمكن تبريرها في جميع الصور بحماية الدفاع الوطني أو الأمن العام أو حقوق الغير أو الصحة العامة، مثل الواجب العام الذي يفرض الحصول على رخصة قبل البناء في جميع الأماكن¹⁰، حتى في المناطق غير ذات الطابق العمراني والتي لا تكتسي اعتبارات أمنية أو دفاعية خاصة. وعلى ذلك فإن هذه القيود مقبولة ولا يمكن رفض قبولها.

قائمة موجبات تقييد الحقوق والحريات هي إذن قائمة مفتوحة، أو قابلة للانفتاح، وبالتالي قابلة لاستيعاب الآداب العامة.

♦ **ثالثا،** صحيح أن الدستور لم يذكر الآداب العامة صراحة، لكنه تحدّث عن «الأمن العام» كأحد موجبات تقييد الحريات، وهذا المصطلح يحمل من بين معانيه المحافظة على الآداب العامة، لأن الإخلال بها يؤدي إلى المس بالأمن العام على النحو التالي: طالما أن الآداب العامة ترمي إلى المحافظة على السلوك الذي تقبله عموم مكونات المجتمع أفرادا وجماعات منظمّة في مختلف أوجه التنظيم كالجمعيات والأحزاب، فإن التعدي على ما هو سائد يُعتبر استفزازا لمُشاعر الأغلبية التي سترد الفعل بالرفض والاحتجاج الذي قد يتطوّر إلى الرغبة في تأديب الجانح عن الآداب العامة والزامه بالعودة إلى الفضيلة، وهو ما يؤدي إلى العنف والإخلال بالأمن العام. بذلك تكون مراعاة الآداب العامة أحد مقومات المحافظة على الامن العام. ويمكن هنا استدراك بعض الأحداث كالاحتجاجات العنيفة التي اثارها عرض الشريط التلفزي Persépolis جراء ما اعتبر أن فيه تعديا على الأخلاق في معناها الديني.

♦ **رابعا،** في غياب أعمال تحضيرية لدستور 2022 لا يمكن لأحد، غير محرّره، الكشف عن مراده من السكوت على الآداب العامة :

هل أراد بها منعا؟ في موقف تحرري تائق للانعتاق منها، رافض لها؟

هل هو مجرد سكوت مناورة إذا علمنا أن الصيغة الأولى للمشروع قد تضمنت التنصيص عليها، وأمام ارتفاع الاصوات الناقدة تم حذف التنصيص عليها للتخفيف من وتيرة النقد والرفض ليس إلا مع استحضار ما كان عليه الأمر في ظل دستور 1959: فلماذا التنصيص حيث يمكن الاستغناء عنه، ولماذا النص حيث لا حاجة له ولا ضرورة تدعو إليه؟

هذه الحجج تكبح جماح من يريد إعلان نهاية دور الآداب العامة في المنظومة القانونية التونسية. فالأمر ليس مفروغا منه كما قد يتبادر إلى ذهن القارئ المتسرع للفصل 55. وفي كل الحالات فإن الأمر هو على نحو من التعقيد الذي لا يمكن تجاوزه إلا من سلطة مؤهلة لإعطاء تفسير رسمي للدستور: هي المحكمة الدستورية. في هذه الحالة يكون القاضي مدعوا إلى التريث، وعدم إعطاء موقف من المسألة، أي ترك الأمور على حالها، وإبقاء ما كان على ما كان، كما يقول الفصل 562 م.ا.ع، في انتظار تدخل المحكمة الدستورية.

هي حجج يمكن الرد عليها.

2.1.2. دحض الحجج

لقد طوّر القاضي موقفه من الدستور فصار يطبّق الأحكام الدستورية، بل إنه وجد أيضا الحل الذي به يُعَلَى من شأن الدستور على القوانين متجاوزا بذلك منعه من مراقبة احترام القوانين للدستور. أما القول بأن الفصل 55 لم يأت حقيقة برفض للأداب العامة فهو قول فيه نظر ونقاش.

أ. القاضي يطبّق الدستور

إن الدستور أوسع من أن يكون وثيقة سياسية تنحصر أحكامها في ضبط مميزات الدولة وتنظيم ممارسة السلطة فيها وطريقة انتقالها. فهو أيضا وثيقة أساسية بمعنى أنها تؤسس للحقوق والحريات وأوجه ضمائها وطريقة تقييدها. إنهما المكوّنان لكل الدساتير التي عرفتها تونس من دستور 1861 إلى دستور 2022. لكن ولفترة طويلة يمكن رسم حدودها إلى تسعينيات القرن الماضي طغت نظرة جزئية للدستور بأن طغى جزئه «السياسي» المتعلق بممارسة الحكم على جزئه «الأساسي» المتعلق بالحقوق الأساسية. وقد يكون لهذا تفسير. ففي الفترة الأولى، فترة بناء الدولة وتركيز دعائمها، كان الاهتمام متجها بشكل رئيسي إلى المسائل المؤسساتية، أما الفرد وحقوقه وحرياته فلم يكن في مقام أول. وقد تغيّرت الأمور مع نهاية القرن العشرين بتعالى صوت الفرد في المطالبة بحقوقه، وكان إذن من الطبيعي أن يقع الرجوع إلى مصادرها وأولها الدستور، فوقع إعادة اكتشاف فرعه المتعلق بهذه الحقوق.

مرآة هذا التطور توجد في فقه القضاء، فهو خير مجسّم للتحوّل في الاهتمام بالدستور: فالمرحلة الأولى كانت مرحلة لاوعي القاضي بالدستور، لقد غاب في المحاكم، ولم يحضر ولم يقع استحضاره لأنه وثيقة حكام السياسة. وإن حضر فقد كان ذلك في أجواء سياسية متشنجة بل وصدامية بمناسبة محاكمات في فترات اشتدّ فيها الصراع بين الحاكم ومعارضيه، كما في نهاية الستينيات عند تتبع مجموعة «أفاق» أو في نهاية السبعينيات عند المواجهة مع النقابيين... بذلك ساد الاعتقاد بأن تطبيق الدستور ليس من شأن القاضي، فغابت تطبيقاته القضائية، ويكفي لهذا النظر في ما نشر من قرارات وأحكام في تلك الفترة.

أما المرحلة الثانية، مرحلة بروز الفرد وفرض احترام حرياته والدفاع عنها بالرجوع إلى مختلف مصادرها وأهمها الدستور فقد انعكست مباشرة في فقه القضاء: فاكتشفت المحاكم الدستور، وصار القضاء يرجعون إليه، ويؤسسون عليه أحكامه، وتعدّدت تطبيقاته التي بدأت من قضاة المحاكم الابتدائية لتصل إلى محكمة التعقيب. ودون خوض في مضمون هذه التطبيقات فإن ما يجب التأكيد عليه أن لا أحد مطلقا نازع في اختصاص القاضي بتطبيق الدستور، من حيث المبدأ، فكان هذا التطبيق أمرا طبيعيا للغاية، دون اعتراض من أي كان، موضوع إجماع، كأن القاضي كان دائما يطبّق الدستور، والحال أن الأمر في الحقيقة يتعلق بانتقال عظيم وقفزة كبيرة من مرحلة الإنكار والتجاهل إلى مرحلة الوعي والتبني. بذلك اتسع دور القاضي اتساعا: فمن دور ينحصر في تطبيق القانون (بمعنى النص التشريعي) انتقل إلى دور تطبيق كل نصوص المنظومة القانونية وعلى رأسها الدستور.

لكن في هذا البسط تبسيط كبير : فإن لا إشكال يطرح إن كان لجوء القاضي للدستور لتدعيم حلول المشرع، فإن الأمر يصبح أكثر تعقيدا إذا كان القانون مخالفا للدستور. وهنا فإن المبدأ الراسخ هو منع القاضي من مراقبة احترام القوانين للدستور.

ب. القاضي يَحلي الدستور دون أن يراقب الدستورية

أغلق الدستور باب مراقبة دستورية القوانين من القاضي. هذا أمر مفروغ منه.

بقي أن نتساءل، انطلاقا من الأحكام التي طبقت الدستور، وهي الآن عديدة، هل أدى به ذلك إلى إجراء هذا الامتحان الممنوع المتمثل في مراقبة دستورية القوانين؟ هل كانت النتيجة إعلان القاضي أن القانون المطروح عليه في النزاع يخرق الدستور؟ هل رفض القاضي يوما ما تطبيق قانون ما لمخالفته الدستور؟

بالتمعن فيما توفر من تطبيقات يمكن استخراج الموقف التالي في فقه القضاء :

♦ **أولا،** التطبيقات العديدة من المحاكم للدستور لم تتزامن مطلقا مع إعلان عن سلطتها بمراقبة دستورية القوانين ولا خوضا فيها من أساسه. فعلى 32 حالة أمكن جردها إلى موفى سنة 2019¹¹، لم يرد إطلاقا في أي منها تناول لهذه المسألة. وهذا معطى في منتهى الأهمية يبيّن أنه من الناحية المنهجية، المسألتين قابلتين للفصل. فططبيق الدستور لا يؤدي حتما وفي جميع الحالات إلى خوض في مراقبة دستورية القانون.

♦ **ثانيا،** يتولى القاضي إكساء الحكم التشريعي المطروح عليه معنى منسجما مع الدستور. مثلا عند تصديها للفصل 5 م.أ.ش الذي ينص على أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية، اعتبرت المحاكم أن هذا الفصل لا يتضمن مانعا دينيا للزواج يمنع على المرأة المسلمة التزوج بغير المسلم، وتم استخلاص هذا الحل على أساس المبادئ الدستورية حول حرية المعتقد وعدم التمييز. فكانت النتيجة هي إعطاء معنى للفصل 5 لا يخالف الدستور. وهو أمر ليس بالبديهي أو السهل إذ ولعقود ساد في فقه القضاء تأويل يعتبر أن الفصل 5 م.أ.ش يضع مانعا دينيا للزواج. فهو بهذا المعنى نص مخالف للدستور. لكن المحاكم غيرت موقفها وأكست النص معنى مطابقا للدستور.

الأمثلة على هذا التمشي عديدة : الفصل 88 م.أ.ش حول موانع الإرث الذي وقع في مرحلة أولى تأويله بشكل يتضمن منع ميراث غير المسلم للمسلم. منع التبني من غير المتزوج أو من غير المسلم، منع تغيير الجنس لمتحول الهوية الجنسية، منع الطعن بالتعقيب في قرارات الإيقاف التحفظي.

في كل هذه الحالات وجد القاضي نفسه أمام أحكام تشريعية، فتولى قراءتها على ضوء الدستور، وقارع تأويلاتها الممكنة مع الدستور، وانتهى إلى تطبيقها تطبيقا يجعلها محترمة للدستور، وهو بالتالي يكون قد استبعد معناها الذي لا يلائم الدستور. وفي كل هذا لم يتخطى الحاجز الذي وقع وضعه أمامه بمنعه من إجراء مراقبة دستورية القوانين.

وينبغي التأكيد أن المسافة التي تفصل بين تفسير القاضي للقوانين تفسيراً منسجماً مع الدستور والخوض في مراقبة دستورية القوانين تتقلص كلما ازداد النص وضوحاً. فكلما كان النص قابلاً للتأويل، حمالاً للمعاني، كان هامش قراءته قراءة دستورية هامشاً واسعاً، دون خشية من القول بتبسيط رقابة دستورية عليه. فالأمر يقتصر على إعطاء النص معنى متطابق مع الدستور لا غير. وبالمقابل كلما ازداد وضوح النص كلما اقتربنا من مراقبة الدستورية بالمعنى الدقيق لأنه في هذه الحالة يصبح مما لا مناص منه معاينة وجود مخالفة من القانون للدستور. فمثلا يمنع قانون التبني أن يكون المتبني أعزباً¹². هو حل صريح. بذلك

11 مالك الغزواني، دليل القاضي العدلي في تطبيق الفصل 49 من الدستور - رقابة القاضي العدلي للتناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها، منشورات المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، ص. 30 وما بعدها.

12 الفصل 9 من من القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

فإن إعلان جواز التبنى من غير المتزوج يلامس مراقبة الدستورية الصرفة ما دام يؤدي إلى إزاحة الحل التشريعي أو على الأقل وضع استثناء له. وقد لا يكون هذا الإعلان صريحا من قبيل القضاء بعدم دستورية قانون، وإنما قد يكون ضمنيا، يأخذ شكل معاينة التعارض أو الوقوف عليه. وعلى العموم فإن تجاهل النص، وعدم تطبيقه، أو وضع استثناء له، فيه ضرورة إعلاء للدستور على القانون.

ليس المطلوب إذن من القاضي أن يخوض رأسا في مراقبة دستورية القوانين في مخالفة للدستور الذي يمنعها عليه. وليس منتظرا منه مقارنة الأحكام التشريعية الراجعة للأداب العامة مع ما استجدّ دستورا حولها. فالقاضي ومنذ واقعة محكمة الاستئناف بسوسة سنة 1983 قد ترك أسلوب المواجهة المباشرة، ولم يعد يرغب في «مسك الدابة من قرنها». وإنما انتهج نهجا جديدا عنوانه السلسلة والسعي إلى إعلاء شأن الدستور كلما أمكن له ذلك. لا خوف بالتالي من مسألة تحجير مراقبة الدستورية، فالقاضي يمكنه تطبيق الدستور والسهر على علويته بإكساء الأحكام التشريعية كساء دستوريا، أو على الأقل السهر على ألا يؤولها تأويلا يجعلها مخالفة للدستور، دون أن يقع في مطبات مراقبة الدستورية. والمراد هو أن يواصل القاضي في النهج الذي بدأه ويوسع نطاقه على ما جدّ بالدستور من موقف بخصوص الآداب العامة.

ت. الفصل 55 ألغى واجب مراعاة الآداب العامة والأخلاق الحميدة

توجد ثلاث اعتبارات تجعل الكفة تميل نحو القول بأن دستور 2022 إنما جاء بمنع إخضاع الحقوق والحريات للآداب العامة : أولا مستمد من قراءة الفصل 55 على ضوء المبادئ العامة للتأويل، وثانها من قراءته على ضوء مسار صياغته ونهج تبنيه ومراد واضعه منه، وثالثها مستمد من قراءته على ضوء الممارسة التشريعية وموقفها منه.

- ♦ **أولا،** على فرض أن صمت الفصل 55 عن الآداب العامة لا يعني حتما موقفا رافضا لها، وأنه صمت يحتمل معنيين، معنى المنع ومعنى عدم المنع، فإنه يكون في هذه الصورة محتاجا للتأويل. وكل قواعد تأويل القانون تؤدي إلى تغليب الرأي الأول. ويمكن هنا استعراض ما وقع تكريسه منها في مجلة الالتزامات والعقود استعراضا سريعا.

فيحسب الفصل 532 «نص القانون لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال [...]»، وطالما لم ترد عبارة «الآداب العامة» في فصل الدستور فذلك يعني أنه لا يتحملها ولو من باب دمجها في مفهوم «الأمن العام». فلكل عبارة مدلولها لغة واستعمالا بدليل أن دستور 2014 كان يميّز الآداب العامة بالاستعمال الصريح ولم يعتبر أنها قابلة للاستيعاب في صنف الأمن العام، وكل النصوص التشريعية كذلك أفردتها بالإشارة الصريحة المتلازمة لصنف «النظام العام» مما يؤكد اختلافهما.

ودعم لهذا القول في الفصل 534 م.1.ع الذي اقتضى بأنه «إذا خص القانون صورة معينة بقي إطلاقه في جميع الصور الأخرى». فتخصيص تقييد الحقوق والحريات في حالات حماية الأمن والدفاع الوطنيين وحقوق الغير والصحة العامة يعني أن ممارستها يجب أن تبقى مطلقة في باقي الحالات.

والفصل 538 م.1.ع يؤكد هذا، إذ «الممنوع قانونا لسبب معلوم يصير جائزا بزوال السبب»، فالمنع يجب ألا يتعدى نطاق الأسباب المحددة صراحة، وبزوالها تستعيد الحرية مكانتها.

والفصل 540 م.1.ع يوجب تأويل الاستثناءات ضيقا : «ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحصور مدة وصورة». والموجبات الأربعة لتقييد الحرية هي استثناءات يجب عدم التوسع فيها والإبقاء عليها في الصور المعيّنة.

وختاما يقول الفصل 541 م.1.ع أنه «إذا أوجت الضرورة لتأويل القانون جاز التيسير في شدته ولا يكون التأويل داعيا لزيادة التضييق أبدا». وفي هذا النص توجيه رائع ينبغي استحضاره دائما، فبين التيسير والتضييق يجب دائما اختيار نهج اليسر. وهو

رفض واضح لكل تشديد في القيود على الحريات لغير الأسباب التي حددها الدستور.

- ♦ **ثانياً،** موقف الدستور من تقييد الحريات بموجب الآداب العامة هو موقف اتخذ شكل تمثلي مستمر في الزمن، وهو مسار متقلب، لكنه مُمَيَّن بمراد واضح النص، وهذا المراد أساسي في فهم القانون عملاً بالفصل 532 م.ا.ع الذي أكد أن «نص القانون لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب [...] مراد واضح القانون».

هو مسار بدأ بدستور 2014 الذي كرس الآداب العامة ضمن قائمة موجبات تقييد الحريات في الفصل 49. ولم يقع التخلي عنه في مشروع دستور 2022 كما وقع الإعلان عنه رسمياً في 30 جوان 2022¹³، رغم تبني اللجنة الاستشارية التي أعدت المسودة لرأي مخالف ذهبت فيه إلى اقتراح التخلي عن الآداب العامة¹⁴.

تعالت الأصوات ناقدة لتوجه مشروع الدستور الجديد للسير على خطى سلفه في موضوع الآداب العامة، ووجد النقد صدى لدى المستمع، وتم التدخل على المشروع لإصلاح ما تم اعتباره مجرد «أخطاء»¹⁵! وكان الأمر في حقيقته تحويراً حقيقياً عكس تحولاً جذرياً جوهرياً في الموقف من عدة مسائل، ومن أهم ما جاء به إسقاط الآداب العامة من قائمة القيود المقبولة على الحريات، لا أكثر ولا أقل، فكان إسقاطاً مبيناً، مفصلاً عن إرادة جلية لواضع الدستور، فالأمر لا يتعلق بمجرد سكوت ولكنه سكوت ناطق نطقاً جلياً: الاستجابة للموقف الناقد لتكريس الآداب العامة، والتخلي عنها من نص الدستور لا يعني إلا رفضاً لها.

- ♦ **ثالثاً،** تطبيق القاعدة القانونية هو عنصر حاسم في تحديد مضمونها، فيكون الفهم الذي يعطيه لها المتدخلون والفاعلون في التطبيق مصدر إنارة لمعناها. ولم يتأخر تطبيق الفصل 55 من الدستور، فيعد مدة جدّ وجيزة من دخوله حيز التنفيذ توفرت مناسبة ذهبية لتحديد القراءة الرسمية له. وكان ذلك بمناسبة التدخل لمكافحة الجرائم المتصلة بأنظمة المعلومات والاتصال بموجب المرسوم عدد 54 الصادر في 13 سبتمبر 2022. كانت المناسبة على غاية الأهمية لأنه ليس أبلغ من موضوع التجريم، الذي يأتي بالنهي عن تصرفات معيّنة، أي تقييد للحرية، للوقوف على أسبابه وموجباته. ولا يوجد موضوع أنسب في هذا الصدد من مجال الأفعال المرتكبة عبر أنظمة المعلومات والاتصال لأنها ودون نقاش، بالنظر إلى وسائل التعبير التي يوفرها، الفضاء الأيسر نفاذاً والأوسع وقعا.

كان واضح النص أمام فرضيتين: إما تجريم أفعال متصلة بأنظمة المعلومات والاتصال لموجب حماية الآداب العامة، أم عدم تجريمها، وكل فرضية تحمل قراءة للفصل 55 من الدستور: فالتجريم بعيد إلى الحالة التي كان عليها الأمر في ظل دستور 1959 أي أن سكوت الدستور لا يعني إزاحة للآداب العامة من موجبات تقييد الحريات. وعدم التجريم يدل على تبني الموقف المخالف. جاء المرسوم عدد 54 رفضاً لكل تجريم لسبب متصل بحماية الآداب العامة، وبالتالي مكرساً للقول بأن الفصل 55 من الدستور قد منع فعلاً استعمالها مبرراً لتقييد الحريات، ويُؤخذ هذا من:

هيكله النص: جاءت بتبويب الجرائم المرتكبة عبر أنظمة المعلومات والاتصال، وتم تصنيفها أصنافاً لم يرد منها صنف هادف إلى

13 الأمر الرئاسي عدد 578 لسنة 2022 المؤرخ في 30 جوان 2022 المتعلق بنشر مشروع الدستور الجديد للجمهورية التونسية موضوع الاستفتاء المقرر ليوم الاثنين 25 جويلية 2022.

14 الفصل 26 من المسودة التي قدّمتها اللجنة المحدثه بالمرسوم عدد 30 لسنة 2022 المؤرخ في 19 ماي 2022 المتعلق بإحداث «الهيئة الوطنية الاستشارية من أجل جمهورية جديدة». أنظر النص في جريدة الصباح ليوم 3 جويلية 2022.

15 الأمر الرئاسي عدد 607 لسنة 2022 المؤرخ في 8 جويلية 2022 المتعلق بإصلاح أخطاء تسرّبت إلى مشروع الدستور المنشور بمقتضى الأمر الرئاسي عدد 578 لسنة 2022 المؤرخ في 30 جوان 2022 المتعلق بنشر مشروع الدستور الجديد للجمهورية التونسية موضوع الاستفتاء المقرر ليوم الاثنين 25 جويلية 2022.

حماية الآداب العامة على شاكلة التوبيخ المعتمد في المجلة الجزائرية التي خصّصت أحد فروعها لجزر «الاعتداءات على الأخلاق الحميدة»¹⁶. وكان من الممكن اعتماد نفس التمشي المنهجي بتخصيص قسم من المرسوم أو بعض فصوله لجزر «الاعتداءات على الأخلاق الحميدة المرتكبة بواسطة أنظمة المعلومات والاتصال». فتبويب الجرائم ينشئ بالسياسة الجزائرية المتبعة. ومن اللافت أن هيكله تقسيم الجرائم كما تبناها المرسوم عدد 54 هي في تطابق كلي مع الهيكله المعتمدة في اتفاقية مجلس أوروبا لمكافحة الجريمة الالكترونية المعتمدة في 8 نوفمبر 2001. وهذا دليل على إرادة واضحة في الانخراط في هذا المنوال الدولي الرامي إلى توحيد السياسات الجزائرية في مكافحة هذه الجرائم، وهو ما سينعكس حتما على محتوى الجرائم.

موضوع الجرائم : ليس أبلغ هنا من التذكير حرفيا بالفصل 24 من المرسوم الذي يُعاقب «كل من يتعمد استعمال شبكات وأنظمة معلومات واتصال لإنتاج، أو ترويج، أو نشر أو إرسال أو إعداد أخبار أو بيانات أو إشاعات كاذبة أو وثائق مصطنعة أو مزوّرة أو منسوبة كذبا للغير بهدف الاعتداء على حقوق الغير أو الإضرار بالأمن العام أو الدفاع الوطني أو بث الرعب بين السكان». فهذا النص يستعيد حرفيا الفصل 55 من الدستور من جهة تحديد المصالح التي بززت التجريم، ويعدّها كما عدّها الدستور، مع إضافة عنصر «بث الرعب بين السكان» وهو في الحقيقة ليس بإضافة لأنه ينصهر في الأمن العام، كل هذا دون أي إشارة للآداب العامة. بالتالي لا ينضوي تحت هذا الفصل ولا يقع تحت طائلة تجريمه الأفعال المتمثلة في إنتاج أو ترويج أو نشر أخبار أو بيانات باستعمال شبكات وأنظمة المعلومات والاتصال بهدف الاعتداء على الآداب العامة.

وباعتبار أن مجال الجنس هو النواة الصلبة للأخلاق الحميدة والهدف الأقرب لمرمى تداخلها فإن تعامل المرسوم مع هذا المجال سيكون مرآة للقراءة الرسمية للموضوع. ومن الجلي أن المرسوم، وفي تماثل كلي مع النموذج الذي تقدّمه اتفاقية بودابست، لم يأت بأي جريمة لحماية الآداب العامة على الفضاء الافتراضي. فلم يجرم أي فعل، والأفعال عديدة، يمس بالأخلاق الحميدة ويقع ارتكابه عبر منظومات الاتصال الحديثة. لم يقع مثلا، تجريم إنتاج ونشر المحتويات الإباحية كما فعل القانون الكويتي لسنة 2015 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات¹⁷، والقانون الإماراتي لسنة 2021 في شأن مكافحة الشائعات والجرائم الالكترونية¹⁸. ولم يقع توخي أسلوب التورية الذي تبناه القانون المصري لسنة 2018 تجريمه التعدي على «المبادئ أو القيم الأسرية»¹⁹، والقانون القطري لسنة 2014 الذي يجرع الاعتداء على «المبادئ أو القيم الاجتماعية [...] عن طريق الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات»²⁰. أما القانون الليبي رقم 5 لسنة 2022 بشأن مكافحة الجرائم الإلكترونية فقد أعلن عن حماية الآداب العامة من بين أهدافه وأوجب على «الهيئة الوطنية لأمن وسلامة المعلومات حجب المواقع أو الصفحات الإلكترونية التي تعرض مواد إباحية أو مخلة بالآداب العامة، أو التي تدعو للدعارة أو الفجور أو تروج لها، ومنع الدخول أو الوصول إليها»²¹.

16 الفرع الأول (في الاعتداءات على الأخلاق الحميدة والتحرش الجنسي) من القسم الثالث (في الاعتداء بالفواحش).

17 تنص المادة 4 أنه يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة أو بأحد العقوبتين «4- كل من أنشأ موقعا أو نشر أو أنتج أو أعد أو هيا أو أرسل أو خزّن معلومات أو بيانات بقصد الاستغلال أو التوزيع أو العرض على الغير عن طريق الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات وكان ذلك من شأنه المساس بالآداب العامة أو أدار مكانا لهذا الغرض - 5 كل من حرص أو أغوى ذكرا أو أنثى لارتكاب أعمال الدعارة والفجور أو ساعده على ذلك باستخدام الشبكة المعلوماتية أو بإحدى وسائل تقنية المعلومات»، النص على موقع وزارة الداخلية الكويتية mo.gov.kw

18 المادة 33: «يعاقب بالسجن المؤقت والغرامة التي لا تقل عن (250,000) مائتين وخمسين ألف درهم ولا تزيد على (1,000,000) مليون درهم، كل من حرص أو أغوى آخر على ارتكاب الدعارة أو الفجور أو ساعده على ذلك، باستخدام شبكة معلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات». والمادة 34: «يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن (250,000) مائتين وخمسين ألف درهم ولا تزيد على (500,000) خمسمائة ألف درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أنشأ أو أدار موقعا إلكترونيا أو أشرف عليه أو بث أو أرسل أو نشر أو أعاد نشر أو عرض عن طريق الشبكة المعلوماتية مواد إباحية وكل ما من شأنه المساس بالآداب العامة. ويعاقب بالعقوبة ذاتها، كل من أنتج أو أعد أو هيا أو أرسل أو خزّن بقصد الاستغلال أو التوزيع أو العرض على الغير، عن طريق شبكة معلوماتية، مواد إباحية، وكل ما من شأنه المساس بالآداب العامة». النص على موقع الأمانة العامة لمجلس الوزراء لدولة الإمارات العربية المتحدة laws.uaecabinet.ae

19 القانون رقم 175 لسنة 2018 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، المادة 25، النص على موقع محكمة النقض المصرية cc.gov.eg

20 القانون رقم (14) لسنة 2014 المتعلق بإصدار قانون مكافحة الجرائم الإلكترونية، المادة 8، على موقع وزارة العدل القطرية almezan.qa

21 المادة 8، على موقع المجمع القانوني الليبي lawsociety.ly

في تونس اقتصر التجريم فقط، فيما له علاقة بمجال الجنس، على جريمتين وردتا بالفصل 26: أولهما استغلال الأطفال في الأغراض الإباحية، وثانيهما نشر أو بث صور أو مقاطع تصويرية لاعتداء جنسي على الغير. وكلى الجريمتين تفرضهما حماية حق الغير، حقه في السلامة الجسدية والمعنوية.

المرسوم عدد 54 هو أول تطبيق للفصل 55 من الدستور. لكنه أكثر من تطبيق، إنه إضاعة للدستور لأنه يقطع كل شك في إسقاط الآداب العامة من قائمة أسباب تقييد الحقوق والحريات. وهو من هذه الناحية، ناحية الالتزام بقائمة ضوابط الحقوق والحريات، نص ممتاز.

وكما تأتي إضاعة الدستور من تطبيقه التشريعي فإنها تأتي أيضا من تطبيقه القضائي، وهو أشد وقعا على الحقوق والحريات لأنه التطبيق الحي على الفرد في بدنه وفي شرفه وفي ماله.

2.2. الموقف الثاني : نهج التغيير

أمام القاضي وضعية إشكالية: فالدستور ينصّبه حاميا للحقوق والحريات ويمنع كل تقييد لها لأجل حماية الآداب العامة، لكن القوانين التي تتضمن هذه القيود والمطروحة عليه للتطبيق عديدة ومتعدّدة. فما العمل؟ كيف السبيل للقاضي للاضطلاع بوظيفته الدستورية في حماية الحريات دون هتك الحظر الدستوري المضروب عليه في مراقبة دستورية القوانين. هما وظيفتان تبدوان متعارضتين، وهي المعضلة. فهل من إمكانية للتوفيق بينهما؟

يمكن التفكير في حل من ناحيتين يمكن العمل عليهما: أولا نشر الوعي لدى القضاة بالتغيير الحاصل حتى تتغير نظرتهم للقوانين التي أفقدها الفصل 55 أساسها ومبررها. وثانيا، وفي انتظار تدخل من المشرع لتنقية المنظومة القانونية من هذه النصوص ومن المحكمة الدستورية لتعلن عدم دستورتها وبالتالي إيقاف العمل بها، فإنه يتعيّن التفكير في آليات لتطويع هذه النصوص بما يخفّف وقعها على الحريات قدر الإمكان، وهي آليات موجودة وذات فعالية.

1.2.2. التوعية بالتغيير

المرحلة الأولى للتغيير هي مرحلة التمهيد وإعداد الأرضية المناسبة. فسّن نص ما، ودخوله حيّز التنفيذ، وصبورته ملزما للمعنيين به لا يعني الإلزام به والالتزام به إلا بالانتقال إلى تطبيقه تطبيقا فعليا على الوضعيات القانونية. وهي مرحلة ليست بديهية ولا هي سهلة بالمرة، وتتوقف أساسا على وعي جميع المعنيين بالقاعدة الجديدة، ووجود الإرادة لديهم لتنفيذها وزجر كل من لا يحترمها.

ومثال هذا قانون 23 نوفمبر 2015 الذي اعترف للأُم، حال قيام العلاقة الزوجية، بالحق بالسفر بأبنائها القصر دون ترخيص من الأب، فرغم دخوله حيّز التنفيذ إلا أنه ظل مدة طويلة غير مطبق، وكم من طفل عاد خائبا حزينا مصدوما من المطار لعدم السماح له بالسفر مع أمه لأن شرطي الحدود لم يصل له العلم بالقاعدة الجديدة ولم يتلق تعليمات من رؤسائه بتطبيقها.

وكمثال آخر أكثر قربا يمكن الرجوع إلى ضوابط تقييد الحقوق والحريات كما وقع إقرارها في الفصل 49 من دستور سنة 2014. فهذا النص لم يلمس الواقع مباشرة وحينا بمجرد دخوله في المنظومة القانونية، ولم يبدأ تأثيره في الواقع إلا تدريجيا. وأظهر عمل المحاكم العديد والعديد من الحالات التي كان من المتعّين فيها تطبيق النص ولم يقع تطبيقه، وتم تجاهله لغياب الوعي به، فلم يكن نصا معروفا، ولم يكن أصلا من المعلوم لدى عموم القضاة أنه نص واجب التطبيق عليهم. فهُضمت في العديد من الحالات حقوق وحريات ما كانت لتهمض لو وقع أعمال النص الجديد. وأدين أفراد جزائيا وحُكم عليهم بالسجن وما كانوا ليدانوا، أو على الأقل ما كانوا يسجنون لو التزم القاضي بما جاء به الدستور. وهو حال الفتاة التي نشرت نصا يحاكي آيات قرآنية عنوانه «سورة كورونا» فتم تتبعها جزائيا ووجدت نفسها تحت طائلة حكم بالإدانة بل والسجن من أجل جريمة الدعوة

والتحريض على التباغض بين الأديان والسكان²² وكذلك جريمة النيل من الشعائر الدينية²³. والحقيقة أن الجريمتين لا علاقة لهما بأسلوب التعبير المتمثل في محاكاة القرآن الذي هو أسلوب أدبي مارسه فقهاء الدين أنفسهم. وما كانت المحكمة لتصل لهذه الإدانة وتطبق هذا العقاب لو كان في ذهنها الفصل 49 من الدستور الذي يمنع كل تقييد للحريات لا يتأسس مباشرة على حماية الأمن أو الدفاع أو الصحة أو حقوق الغير أو الآداب العامة.

إن لم يكن من السهل تطبيق نص تشريعي (قانون سفر اللأم بأبنائها)، ولم يكن من البديهي إعمال نص دستوري (الفصل 49)، فإن الأمر يزداد تعقيدا في الموضوع الشائك والحساس الذي يطرحه موقف الفصل 55 من الآداب العامة. فكما سلفت الإشارة إليه النص قابل لأكثر من قراءة، ولكل قراءة حججها. وفي كل الحالات فإنه يطرح العقبة العويصة المتعلقة باحترام القوانين للدستور. لذلك فإن هذه المسألة تحتاج، كغيرها، وأكثر من غيرها، إلى وضعها على طاولة الدراسة والنقاش والحوار العميق في الوسط القانوني والقضائي بكل مكوثاته.

نشر الوعي بالنص الجديد له فوائد ثلاثة :

- ♦ **أولاً،** ضمان حصول العلم لكل متدخل أن أمرا قد استجد في علاقة بموقف القانون التونسي من الآداب العامة، وأن الوضعية لم تعد كما كانت عليه، وأنها تغيرت، وأن هذا التغيير قد جاء من الدستور. فيترسخ مضمون الفصل 55 في الأذهان. والغاية هي أنها كلما طُرح على القاضي تطبيق نص متعلق بحماية الآداب العامة إلا واستحضر معه الفصل 55 من الدستور. فعندما ينظر مثلا في تتبع شخص من أجل جريمة الاعتداء على الأخلاق الحميدة موضوع الفصل 226 مكرر م.ج يحضر لديه أيضا مضمون الفصل 55. فيجب أن يحضر الدستور مع النص التشريعي، مترامين، وأن يكونا متلازمين تلازما مطلقا. حينها فقط يكون منطلق التغيير.
- ♦ **ثانياً،** لا يكفي مجرد العلم بالوضعية الجديدة وإنما يجب أيضا الوعي بالإشكاليات التي تطرحها. والفائدة من هذا هو ضمان التشبع بالموضوع في تشعبه وصعوبته، وبالتالي الابتعاد عن الحلول البسيطة وتجنب المواقف المتسرفة. فالخطر في تجاهل القاضي للفصل 55 بما يؤدي إلى الوقوف منه موقف المتفرج المنتظر لتدخل تشريعي. والخطر أيضا في الاندفاع إلى إعلان نهاية النصوص الحامية للآداب العامة في هتك وتجاوز لكل الضوابط المتعلقة بمراقبة دستورية القوانين. فيقدر ما ترؤى القاضي في عناصر الإشكال بقدر ما يكون موقفه رصينا متزنا.
- ♦ **ثالثاً،** النقاش المستفيضة يؤدي إلى طرح تصورات حول الطريقة التي يجب أن يتعاطى بها القاضي مع موقف الدستور الجديد من الآداب العامة. وهذا من شأنه تقريب وجهات النظر بما يقلص من الاختلافات. فالاختلاف محمود في الجدل النظري والنقاش الفقهي، لكنه مذموم في عمل المحاكم وفقه القضاء، فهو سبب حيرة للمتقاضى الذي يجد نفسه أمام مواقف مختلفة لا يستطيع معرفة ما سيسري منها عليه، وهو ما يعبر عنه بانعدام الأمن القانوني، أي عدم معرفة مضمون القاعدة التي ستطبق. فغاية القاضي من تناول الموضوع بالدراسة والنقاش هي الوصول إلى الحلول، والمتقاضى لا ينتظر من القاضي إلا الحلول.

22 وقع تأسيس هذه الإدانة على الفصل 52 من المرسوم عدد 115 المؤرخ في 2 نوفمبر 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر الذي ينص على أنه «يعاقب بالسجن من عام إلى ثلاثة أعوام وبخطية من ألف إلى ألفي دينار كل من يدعو [...] إلى الكراهية بين الأجناس أو الأديان أو السكان وذلك بالتحريض على التمييز واستعمال الوسائل العدائية أو العنف أو نشر أفكار قائمة على التمييز العنصري».

23 وقع تأسيس هذه الإدانة على الفصل 161 من المجلة الجزائية الذي ينص على أنه «يعاقب بالسجن مدة عام وبخطية قدرها مائة وعشرون دينارا كل من يتلف أو يهدم أو يفسد أو يعيب أو يشوه المباني أو الهياكل أو الرموز أو غير ذلك من الأشياء المعدّة لممارسة الشعائر الدينية».

2.2.2. آليات التغيير

حتى لا يبقى القول نظريا فإنه يتعين اقتراح حلول في شكل آليات يمكن للقاضي استعمالها لتجاوز معضلة الموقف من الآداب العامة : دستور يمنع مراعاتها وقوانين سارية تفرض حمايتها.

وهذه الآليات يجب أن تكون متاحة للقاضي، أي أنها تدخل في نطاق وظيفته، بذلك يتعين منذ البدء استبعاد آلية مراقبة دستورية القوانين التي يمنعها الدستور على القاضي، فهي آلية غير متاحة.

توجد ثلاثة آليات يمكن للقاضي العمل بها : تأويل النصوص تأويلا ضيقا، وإعمال قواعد النسخ، وتطبيق القوانين بما لا يخالف الدستور.

أ. التأويل الضيق للقوانين الحامية للآداب العامة

الأخلاق الحميدة والآداب العامة هما من الأصناف القانونية التي تم وصفها بأنها مرنة ومطاطة. فهي لا تحمل معنى دقيقا متفقا عليه ثابتا زمانا ومكانا، بل يتم تحميلها المعنى السائد بحسب الرأي الغالب في المجتمع في لحظة معينة. لذا فإن سلطة القاضي في فهم هذه النصوص هي سلطة كبيرة، فهو الذي يحدّد التصرف الذي يخالف الأخلاق الحميدة والآداب العامة. وهو بهذا المعنى المتحكّم الحقيقي في المعنى وصاحب القول الأخير فيه.

إن كان للقاضي كل هذه القوة في تقييم التصرفات وقياس مدى احترامها للآداب العامة فإنه يتعين عليه استعمال قوته على ضوء تحوّل موقف الدستور من الآداب العامة. وليس المقصود هنا رفض تطبيق القوانين التي تحمي الآداب العامة وإنما فهمها بما يراعي أحكام الدستور. وفي هذا الصدد فإن القاضي لا يقوم إلا بالالتزام بضوابط التأويل : فإن كان قاضيا جزائيا فعليه تأويل النصوص الجزائية تأويلا ضيقا، وهذا من التبعات المباشرة لمبدأ شرعية الجرائم حتى لا يقع التوسيع في نطاق التجريم. وإن كان قاضيا مدنيا فمن الواجب عليه اعتماد التأويل الضيق مثلما يفرضه عليه الفصل 540 م.1.ع.

لتجسيم هذا القول يتعين الرجوع إلى القواعد التشريعية التي سبق استعراضها والتي تهدف إلى حماية الآداب العامة.

بالنسبة للقوانين الجزائية : يمكن الانطلاق من مجموعة أولى من النصوص التي تستعمل مصطلح الأخلاق الحميدة أو ما شابهه، وهي تضم خاصة جريمة توزيع منشور وكتابات من شأنها النيل من الأخلاق الحميدة (الفصل 121 ثالثا م.ج)، وجريمة التجاهر بفحش (الفصل 226 م.)، وجريمة الاعتداء على الأخلاق الحميدة (الفصل 226 مكرر فقرة أولى م.ج)، وجريمة لفت النظر إلى وجود فرصة لارتكاب فجور (الفصل 226 مكرر فقرة ثانية م.ج). فالفاسم المشترك بين هذه الجرائم هو غموض ركنها المادي الذي يتوقف على مفاهيم «الأخلاق الحميدة» و«الفحش» و«الفجور». وهنا يكمن دور القاضي، سواء كان وكيلًا للجمهورية صاحب سلطة التتبع، أو قاضي تحقيق صاحب سلطة البحث، أو محكمة صاحبة سلطة الحكم. فتوخي تأويل هذه النصوص تأويلا ضيقا هو وسيلة في منتهى النجاعة لتحقيق احترام الفصل 55 من الدستور. فالفعل أو القول أو التصرف الذي لا يقع وصفه اعتداء على الأخلاق الحميدة سيخرج أليا من دائرة التجريم، فلا ينطبق القانون. وفي ذلك احترام للدستور.

ولمزيد التجسيم يتعين الرجوع إلى أمثلة طرحت على المحاكم :

فمثلا في قضية Persépolis أضيفت النيابة العمومية وصف الاعتداء على الأخلاق الحميدة طبق الفصل 226 مكرر م.ج على أفعال متمثلة في عرض فيلم فيه تجسيد للذات الإلهية ووردت به ألفاظ «صحتك يا خامجة» و«سكر فمك يا بهيم». وجارتها المحكمة الابتدائية في هذا الوصف. بهذا الموقف فإن القاضي قام بوصف قانوني بأن أدرج الأفعال والأقوال المذكورة في خانة الاعتداء على الأخلاق الحميدة، وهو بهذا يكون قد حدّد معنى هذا الصنف، فالأخلاق تُحجّر تجسيم الذات الإلهية. والأخلاق تنبذ التفوه بعبارات من قبيل ما ذكر.

لكنه وصف قابل للنقاش. فلو طرحت هذه الأفعال في ظل الفصل 55 من الدستور الجديد الذي تخلى عن واجب مراعاة الآداب العامة فإنه من الممكن القول بأن الفعل والعبارات المذكورة لا تعتبر اعتداء على الأخلاق الحميدة وإنما تندرج في إطار ممارسة حرية التعبير. فتجسيد صورة الله قد يكون خروجاً عن أقوال الفقهاء، لكن إدراج هذا الفعل في خانة الأخلاق الحميدة لا يمكن أن يكون إلا بالتوسيع في هذا الصنف بدمج الأحكام الفقهية بالمعنى الديني في صنف الأخلاق الحميدة. وعبارات «صحتك يا خامجة» و«سكر فمك يا بهيم» في عبارات لم يتلفظ بها فرد في اعتداء على آخر لإيذاء مشاعره والحط من كرامته وهتك اعتباره، بل هي عبارات سيناريو فيلم بين ممثلين، فليس فيها اعتداء على أي كان. أما إذا فهمت الأخلاق على أنها مراقبة لأساليب التعبير الأدبي والفني ففي ذلك أيضاً توسيع كبير للنص الذي جاء لتجريم الاعتداء على الأشخاص وهتك اعتبارهم ولم يأت لرقابة الفنانين في أعمالهم.

فيهذا الأسلوب لا يقوم القاضي بمراقبة دستورية الفصل 226 مكرر ويكتفي بتفسير النص الجزائي بشكل ضيق، فتكون النتيجة إخراج الأفعال المطروحة من نطاق التجريم دون خروج عن النص. هو فقط فهم للنص.

نفس هذا التمشي ينطبق تماماً على باقي الجرائم: جريمة التجاهر بفحش وجريمة لفت النظر إلى وجود فرصة لارتكاب فجور يمكن أن يتسع أو يتقلص مجالهما بحسب تعريف «الفحش» و«الفجور».

وجريمة البغاء السري لا تقوم إلا إذا كانت بمقابل. وبحسب المعنى الذي يقع إعطاؤه لهذا المقابل يقع أيضاً التوسيع أو التضييق في التجريم. وقد لوحظ في فقه القضاء توجه نحو التوسيع بأن اعتبر أنه لا يشترط في المقابل أن يأخذ شكل المبلغ المالي، وإنما هو كل منفعة، يمكن حتى أن تأخذ شكل غداء أو عشاء أو نقل... وجلي أن هذا التوسيع تحركه دواعي أخلاقية رافضة. وفي الموقف شطط لأن غاية النص هي منع اتخاذ البغاء مهنة دون نظر للاعتبار الأخلاقية. والرجوع إلى الفصل 55 من شأنه أن يكبح التأويل الواسع للنص ويرجع تطبيقه إلى مراد المشرع منه.

ب. إعمال قواعد النسخ

ليس المقصود الخوض في موضوع نسخ الفصل 55 من الدستور للنصوص التشريعية التي تخالفه في الموقف من الآداب العامة. فهذا أمر متصل بمراقبة الدستورية التي تخرج عن اختصاص القاضي.

المقصود هو البحث في نسخ قوانين قديمة بأخرى لاحقة لها في الزمن. والإشكال يتعلق تحديداً بجريمة توزيع منشآت وكتابات من شأنها النيل من الأخلاق الحميدة كما وردت بالفصل 121 ثالثاً م.ج. فهي جريمة لا يمكن ارتكابها إلا بوسائل الطبع والنشر. وقد صدر في 2 نوفمبر 2011 المرسوم عدد 115 المتعلق بحرية الطباعة والصحافة والنشر الذي لم يتضمن أحكاماً مجرمة لمثل تلك الأفعال. وظهر رأي قائل بأن المرسوم قد نسخ الفصل 121 ثالثاً المجلة الجزائرية. وكان هذا منطلقاً لجدل حاد، وانقسم فقه القضاء بين رأيين.

لحسم الجدل، أو المساعدة في حسمه، يمكن الاستناد بالفصل 55 من الدستور، فهو يبرِّج حتماً الكفة للقول بوقوع النسخ، فطالما أن الجريمة المذكورة قد فقدت أساسها الدستوري فلا مبرر لمواصلة التشبث بها، ويمكن إزاحتها دون خوض في موضوع دستورتها، وإنما يكفي تغليب الرأي القائل بنسخها بالمرسوم 115 بالاعتماد على القواعد التقليدية للنسخ: نص جديد استوعب نصاً قديماً في مجاله المتعلق بتنظيم الطباعة والصحافة والنشر، بذلك فالنص الجديد قد تخلى عن التجريم. ويكون هنا تدخل الفصل 55 من باب المساعدة في إعمال قواعد النسخ المتاحة للقاضي.

ت. مراقبة شرعية وسائل الإثبات

تتعلق هذه الحالة بالنصوص ذات المعنى الدقيق والتي لا تطرح صعوبات في التأويل ولا توجد مؤاخذات من هذا القبيل على القاضي. المثال الأبرز هو جريمة اللواط والمساخنة موضوع الفصل 230 م.ج. فركمها المادي على غاية من الوضوح ولا يحتمل التأويل. فهل من إمكانية لتطويع النص على ضوء الموقف الجديد الذي يحضر تقييد حريات الأفراد على أساس اعتبارات أخلاقية.

يمكن معالجة هذه القضية من باب الإثبات. فلا جريمة دون إثبات. وطالما أن الفعل المجرّم هو بطبيعته رضائي فإن اثباته يكون من الصعوبة بمكان لعدم وجود ضحية تبادر بالتشكي بما تعرضت له من أفعال وتحرص على تقديم الأدلة لإثبات حقوقها. من هنا فإن هذه الجريمة لا تثبت في الواقع إلا بالإقرار، ولا يتصور أن يقرّ شخص على نفسه بجريمة ليعاقب من أجلها إلا إذا كان إقراره منتزعا منه انتزاعا. أما الوسيلة الثانية للإثبات فهي إخضاع المتهم إلى الفحص الطبي، وهو فحص لا يمكن أن يتم إلا رغما عنه.

في الحالتين: الإقرار المنتزع والفحص الطبي الإجباري يكون إثبات جريمة الفصل 230 م.ج على حساب الحق في الحرمة الجسدية. بذلك فإن إعمال القانون لا يكون، في هذه الحالة، إلا بهتك القانون. والقاضي ملزم قبل البت في قيام الجريمة بالنظر في ثبوتها وخاصة في شرعية الوسائل التي اعتمدت في إثباتها. بذلك فإن القاضي الذي يستحضر الفصل 55 من الدستور عند تطبيق الفصل 230 م.ج ليس بحاجة للحكم على هذا الفصل بإجراء رقابة دستورية عليه، وإنما يكفي الوقوف منه موقف ريبية والنظر في كيفية إثبات الجريمة والتأكد من مطابقة وسائل الإثبات المعتمدة للقانون. والنتيجة الحتمية لهذه الرقابة هي إعلان عدم شرعية وسائل الإثبات المعتمدة وبالتالي عدم تطبيق النص، فقط لأن الجريمة غير ثابتة، فتصبح جريمة مستحيل الإثبات. موجودة نصا لكن غير قابلة للإثبات واقعا.

3.2.2. حدود التغيير

التغيير الذي مصدره فقه القضاء هو بطبيعته تغيير بطيء وغير مضمون النتائج. هو بطيء لأنه يتوقف على تدخل القضاء بحسب الوضعيات التي تطرح عليه. وهو خاصة تغيير غير مضمون النتائج لأنه ومهما بلغت درجة التفاؤل فلا يمكن تصور أن يندفع القضاء في نفس الاتجاه، كالجسد الواحد، دفاعا عن قراءة واحدة للفصل 55 من الدستور. فالمواقف ستتعّد، والجدل سيحتد بين رافض ومدافع ومستريب. وستختلف المواقف وتقلّب وتضطرب.

لكن الأخطر من هذا هو التصدي لموضوع وجهة إلغاء ضابط الأخلاق والآداب من الحقل القانوني. فتوسيع وتعميق النظر في المجالات التي تتدخل فيها هذه الضوابط يدخل الشك في النفس. إن الحماس للتحرر من ضابط الآداب العامة إنما يتعلق بمسائل غلبت فيها الحريات بحيث صار تدخّل الآداب العامة يظهر بمظهر التسلط المجتمعي غير المبرر. لكن الأمر ليس بالسهولة التي تتبادر إلى الذهن لأن مجال تدخل الأخلاق هو أوسع من أن يقع حصره في الصور الإشكالية التي تم التعرض إليها. ففي المبرر الوحيد لحلّول راسخة لا يمكن الحياد عنها، والحل الراديكالي الذي جاء به الفصل 55 يثير مازقا حقيقيا لأنه يُفقد هذه القواعد الراسخة أساسها الدستوري، فتظهر هشّة والحال أن الحاجة إليها ملحّة. وعلى هذا أمثلة:

- ♦ **أولا،** يعاقب القانون من يسئ علنا معاملة حيوان أهلي تابع له. هي قاعدة تحمي الآداب العامة بصريح نص المجلة الجزائية الذي أوردها في باب المخالفات المتعلقة بالآداب العامة. وهل أكثر استهتارا بالأخلاق من أن يتولى شخص تعذيب كلبه أو قطته... هذه صورة ناطقة لتقييد حق بالآداب العامة. فالحيوان في القانون التونسي وبالمعنى القانوني مال يتصرف فيه مالكه كما يشاء، هو موضوع لحق الملكية ليس إلا. فإن تم تطبيق الفصل 55 صارت القاعدة التي تحمي الحيوانات الأهلية من تصرف مالكها قاعدة غير دستورية. فلا تبرير لها متصل بحماية حقوق الغير (يعامل حيوانه، ملكه). بهذا المنطق صارت القاعدة غير دستورية. لا يمكن

تصور أحد يقبل بهذا الحل.

♦ **ثانياً،** يمنع القانون الشخص من التبرع بأعضاء الإنجاب أو منتوجات البدن الناقلة للصفات الوراثية. وهي قيود على حرية الشخص في التصرف في بدنه، لا يمكن تبريرها بشيء غير الاعتبارات الأخلاقية: فالخصائص الجينية للشخص ليست مالا يمكن التبرع به للغير وإنما هي مجموع مميزات وخصائصه وموروثه Patrimoine الذي يجب أن ينتقل في أطر مقبولة من المجتمع. هذه الحلول أصبحت مع الفصل 55 فاقدة لكل غطاء دستوري. ومن ناحية التقنية القانونية هي خرق للدستور. خرق مقلق.

♦ **ثالثاً،** تعج مجلة الالتزامات والعقود بالفصول التي تقيّد الحرية التعاقدية باحترام الأخلاق الحميدة. فالالتزام المبني على مخالفتها باطل، والشرط المخالف لها باطل، ومحاولة إثبات ما يخالفها، بالإقرار أو اليمين، غير جائز. والتعريف بالإمضاء على الكتائب المتضمنة لهذه الالتزامات ممنوع. هي ترسانة من القواعد التي تُقيّد الحقوق حماية للأخلاق. فإذا نظرنا لها من زاوية الحالات التي غلبت فيها الحريات الفردية (الالتزام تجاه الخلية) صارت مخالفة للفصل 55 فيكون هناك ميل للمناداة بإلغائها، أما إذا نظرنا إليها بمنظار القواعد التي لا يمكن الاستغناء عنها (التبرع بالأعضاء أو بمنتجات البدن الناقلة للصفات الجينية) ظهرت فائدتها لأنها تحقق نجاعة المنع (الالتزام بالتبرع باطل لمخالفة سببه للأخلاق).

هي فعلا حالات حرجة، تبقى لتقدير القاضي، حالة بحالة.

دليل الهيئات العمومية

المستقلة

في تطبيق مبدأ التناسب

عبر المهكي

مقدمة

تميزت الفترة الاستثنائية المقررة منذ 25 جويلية 2021 على أساس الفصل 80 من الدستور التونسي لسنة 2014 بغموض دستوري وقانوني خطير على المسار الديمقراطي وعلى الحقوق والحريات. وكسرت الإجراءات المعتمدة تنظيما مؤقتا للسلط العمومية تجمعت فيه السلط بيد رئيس الجمهورية وخرجت تماما عن الإطار الدستوري لدستور 2014. هدد هذا الوضع الاستثنائي آليات الديمقراطية التي كرسها الدستور السابق مثل الهيئات الدستورية المستقلة خاصة وأن جميع السلط تركزت في يد شخص واحد¹. ثم جاء الدستور الجديد بتاريخ 25 جويلية 2022 ليضعف أكثر هذه الضمانات من خلال الحط من المكانة الدستورية لبعض الهيئات والإبقاء فقط على الهيئة العليا المستقلة للانتخابات ضمن الدستور الجديد. ويمكن القول إن حذف التكرس الدستوري لمختلف الهيئات المستقلة (باستثناء هيئة الانتخابات) هو حذف للحماية الدستورية لهذه الهيئات ودليل على موقف رافض لوجودها في المشهد المؤسسي التونسي.

ولا يفوتنا التذكير بأن الهيئات العمومية المستقلة شكلت جزءا من المشهد المؤسسي في تونس منذ سنوات وساهمت بطريقة متفاوتة -ولكن مهمة- في حماية الحقوق والحريات ودعم الديمقراطية. غير أن وجود الهيئات المستقلة بقي متذبذبا ورهين الإرادة السياسية في كل مرحلة. كما جعل عدم تركيز أغلب الهيئات الدستورية المستقلة المنظومة الحمايية للحقوق والحريات منقوصة رغم أهمية العمل الذي قامت به مختلف الهيئات العمومية الموجودة فعليا سواء في مجال خصه الدستور السابق بهيئة دستورية أو في مجالات أخرى. هذه الهيئات هي في معظمها هيئات وقع انشاؤها بمقتضى قانون وتتمتع في معظمها بالشخصية القانونية. ورغم اعتماد قانون متعلق بالأحكام المشتركة للهيئات المستقلة إلا أنه لم يشمل سوى الهيئات التي خصها دستور 2014 بالصيغة الدستورية ولم يبلور المشرع نظرية متكاملة لهذا الصنف من أشخاص القانون العام مما ساهم في عدم أخذها الحجم الذي تستحقه بل وبقيت رهينة تدخل السلطة السياسية.

وقد أبرز الدليل «الهيئات العمومية المستقلة في تطبيق مبدأ التناسب» أهمية تدخل الهيئات العمومية في مراقبة القيود المسلطة على الحقوق والحريات الدستورية انطلاقا من الدور المنوط بعهدها في العمل على دعم الديمقراطية، ومن حيث خضوعها لمبادئ دولة القانون. هذا الدور لم يعد موجودا صلب دستور 2022 الذي حذف باب الهيئات الدستورية وأبقى فقط في بابه الثامن على الهيئة العليا المستقلة للانتخابات مما يعني اتجاه نية المشرع نحو حذف الهيئات الدستورية المستقلة.

كما يمكن الإشارة أيضا إلى غياب هذا الدور الذي كان مكرسا صلب الفصل الثاني من القانون عدد 47 لسنة 2018 المؤرخ في 7 أوت 2018 والمتعلق بالأحكام المشتركة بين الهيئات الدستورية المستقلة حيث أضحى هذا القانون من خلال النص الدستوري الجديد غير ذي موضوع. وهنا يمكن التساؤل عن إمكانية اعتبار القانون المتعلق بالأحكام المشتركة بين الهيئات الدستورية منسوخا نظرا لحذف باب الهيئات الدستورية في دستور 25 جويلية 2022. غير أن نص الدستور لم يورد ما يفيد نسخا صريحا لمختلف القوانين المتعلقة بالهيئات الدستورية وهو ما يستتبع استبعاد فرضية النسخ الصريح. أما عن النسخ الضمني فهو يتحقق على معنى الفصل 542 من مجلة الالتزامات والعقود إما في صورة تعارض الأحكام² أو عندما يستوعب القانون الجديد

1 قرر الرئيس قيس سعيد يوم 25 جويلية 2021 اعتمادا على الفصل 80 من الدستور السابق المتعلق بالحالة الاستثنائية تعليق عمل مجلس نواب الشعب (بمقتضى الأمر الرئاسي عدد 80 لسنة 2021 المؤرخ في 29 جويلية 2021) ورفع الحصانة عن أعضائه، إقالة رئيس الحكومة (من خلال الأمر الرئاسي عدد 69 لسنة 2021 المؤرخ في 26 جويلية 2021)، ممارسة السلطة التشريعية عن طريق المراسيم وترأسه للسلطة التنفيذية والنيابة العمومية.

2 يشمل النسخ بتعارض الأحكام أولا صورة اتحاد موضوع القانون الجديد مع موضوع القانون القديم مما يدل على تغير إرادة المشرع في شأن ذلك الموضوع وهنا يعتبر الفقه عادة أن النسخ الضمني يقتصر على الأحكام التي فيها اختلاف وتعارض أما الأحكام الأخرى فتبقى على حالها. ويشمل النسخ الضمني بتعارض الأحكام ثانيا صورة اتحاد طبيعة القانونين ففي هذه الحالة عندما يلحق القانون العام بالقانون الخاص ويتناقض معه لا ينسخه بل يبقى النص الخاص نافذا.

جميع فصول القانون القديم. وهو ما يجعلنا نعتبر أن قانون الأحكام المشتركة نسخ ضمناً باعتبار نية المشرع تجاه تكريس المكانة الدستورية للهيئات القائمة.

هذا الحذف يجعلنا نتوقع تعديل مختلف النصوص القانونية المنظمة والمؤطرة للهيئات المستقلة ولقانون الأحكام المشتركة الخاص بها. وحيث لم يرد في الدستور الجديد مصطلح الهيئات الدستورية المستقلة فذلك يعني غياب الضمانات المتعلقة بطريقة انتخاب الهيئات والمبادئ التي تحكمها مما سيؤثر مستقبلاً، بخصوص ما بقي منها من هيئات مصنفة كهيئات دستورية، على صلاحياتها في مجال حماية الحقوق والحريات. في هذا الإطار يبقى الدور الذي يمكن أن تلعبه الهيئات العمومية المستقلة ثابتاً فيما يتعلق بإعمال مبدأ التناسب وتبقى المنهجية المعتمدة هي ذاتها في إطار الفصل 49 من الدستور السابق ذلك أن الانتقال من الفصل 49 إلى الفصل 55 لم يكن إلا تغييراً في كنف الاستمرارية (المبحث الأول) غير أن الإشكال الأساسي يتمثل في تراجع الضمانات بالنسبة للهيئات العمومية المستقلة (المبحث الثاني).

1. من الفصل 49 إلى الفصل 55 تغيير في كنف الاستمرارية

مثل الانتقال من الفصل 49 إلى الفصل 55 تغييراً في كنف الاستمرارية، إذ أنه وقع الاحتفاظ في الدستور الجديد بنفس الحقوق والحريات المكرسة في دستور 2014 كما اختتم الباب الثاني من الدستور الجديد بفصل مماثل للفصل 49 فيما يتعلق بمبدأ التناسب.

عند إصدار الأمر الرئاسي عدد 117 لسنة 2021 بتاريخ 22 سبتمبر 2021 المتعلق بتدابير استثنائية تم التنصيص في الفصل 20 من الباب المتعلق بالأحكام الختامية على أنه «يتواصل العمل بتوطئة الدستور وبالبابين الأول والثاني منه، وبجميع الأحكام الدستورية التي لا تتعارض مع أحكام هذا الأمر الرئاسي». كما أشار في فصله 4 إلى عدم المساس من مكتسبات حقوق الإنسان والحريات. ثم قام دستور 25 جويلية 2022 بتكريس جميع الحقوق والحريات الواردة في دستور 2014. فضلاً عن ذلك نلاحظ بأن الفصول الواردة في الدستور الجديد وردت مماثلة في صياغتها لفصول دستور 2014 مع بعض الفوارق الطفيفة وهو ما يجعلنا في هذا الإطار إزاء تغيير في كنف الاستمرارية (un changement dans la continuité). يمكن القول إذن أنه فيما يخص الحقوق والحريات ليس هنالك اختلاف جوهري بين دستوري 2014 و2022. بل يكمن الاختلاف الجوهر في النظام السياسي، وفي المنظومة المؤسساتية. ويحتوي دستور 2022 على 41 فصلاً متعلقاً بالحقوق والحريات من بينها 34 فصلاً في باب الحقوق والحريات إضافة إلى الحقوق الانتخابية الواردة في باب الوظيفة التشريعية والتنفيذية والحقوق القضائية الواردة في باب الوظيفة القضائية.

ضمن هذه القائمة المتكونة من 41 فصلاً هنالك 25 فصلاً لم يرد عليه أي تغيير مقارنة بالدستور السابق وإن تم تغيير فهو على مستوى الصياغة ولا يمس بالأصل. كما تمت إضافة 3 فصول جديدة بالكامل³.

أما فيما يتعلق بتقييد الحقوق والحريات، فقد احتوى الدستور التونسي لسنة 2022 أحكاماً تتعلق بضوابط التقييد من الحقوق والحريات للحد من سلطة الدولة في هذا المجال. واعتمد شأنه شأن الدستور السابق طريقة التحديد المزدوج التي تقوم على المزج بين المادة الجامعة والتحديدات الخاصة⁴. وبالتمعن في شروط تقييد ممارسة الحقوق والحريات الواردة بالفصل 55 من الدستور نجد تشابهاً كبيراً مع مقتضيات الفصل 49 من دستور 2014.

3 الفصل 27 «ضمن الدولة حرية المعتقد وحرية الضمير»، الفصل 28 «تحمي الدولة حرية القيام بالشعائر الدينية ما لم تخل بالأمن العام»، الفصل 53 الذي ينص «ضمن الدولة المساعدة للمستين الذين لا سند لهم».

4 الفصل الرابع والعشرون «الحق في الحياة مقدس. ولا يجوز المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون». الفصل التاسع والعشرون «حق الملكية مضمون، ولا يمكن الحد منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون. الفصل التاسع والثلاثون «حقوق الانتخاب والاقتراع والترشح مضمونة طبق ما يضبطه القانون. الفصل الثالث والأربعون وتضمن الحق في التغطية الاجتماعية طبق ما ينظمه القانون».

ينص الفصل 55 على ما يلي «لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور إلا بمقتضى قانون ولضرورة يقتضيها نظام ديمقراطي وبهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العمومية.

ويجب ألاّ تمسّ هذه القيود بجوهر الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وأن تكون مبرّرة بأهدافها، متناسبة مع دواعيها. لا يجوز لأيّ تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور.

على كلّ الهيئات القضائية أن تحمي هذه الحقوق والحريات من أيّ انتهاك».

أغفل الدستور الجديد التنصيص على الحقوق غير القابلة للانتقاص مخالفا في ذلك القوانين الدستورية المقارنة والنصوص الدولية المرجعية التي تنص على إمكانية تعليق بعض الحقوق في حالات الطوارئ أو الاستثناء مع التنصيص على حقوق غير قابلة للانتقاص مهما كان الطرف. ويتجه هنا الاستعانة بقائمة الحقوق غير القابلة للانتقاص التي وردت في الفصل الرابع من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي صادقت عليه تونس وهو بالتالي ملزم لها. هذه الحقوق لا تقبل الانتقاص مهما كان الطرف بما تكون معه غير مشمولة بالفصل 55. بهذا المعنى لا ينطبق الفصل 55 على منع التعذيب والمعاملة المهينة والقاسية والإتجار بالبشر. فلا يمكن للهيئات المكلفة بحماية هذه الحقوق إعمال التناسب بشأنها.

وقد أدرج الفصل 55 كما فعل الفصل 49 السابق الحقوق والحريات الأساسية ضمن مجال القانون مما يعني أن تأطير ممارسة الحقوق والحريات يدخل ضمن الاختصاص الحصري للمشرع⁵. كما تضمّن الفصل 55 نفس الموجبات المبررة لتقييد الحقوق والحريات وهي الدفاع الوطني والأمن العام والصحة العامة وحماية حقوق الغير. أما بالنسبة للأداب العامة التي وردت في الفصل 49 من دستور 2014 فقد وردت في مشروع الدستور الذي نشر في 30 جوان 2022 لكنها حذفت في المشروع المنشور في 8 جويلية 2022 والذي تمت المصادقة عليه في 25 جويلية 2022 بمقتضى الاستفتاء المنظم بنفس التاريخ. وقد كان الفصل الخامس والخمسون من مشروع الدستور الصادر في 30 جوان 2022 ينص على أنه «لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور إلا بمقتضى قانون ولضرورة يقتضيها الدفاع الوطني، أو الأمن العام، أو الصحة العمومية، أو حماية حقوق الغير، أو الآداب العامة.

ويجب ألاّ تمسّ هذه القيود بجوهر الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وأن تكون مبرّرة بأهدافها ومتلائمة مع دواعيها. لا يجوز لأيّ تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور. وعلى كل الهيئات القضائية أن تحمي هذه الحقوق والحريات من أيّ انتهاك».

لم يكن الفصل 55 في هذه الصيغة ينص على شرط التناسب بين القيود وموجباتها كما أنه بالحديث عن التلاؤم بين القيود ودواعيها قد يحدث لبسا يمكن أن يؤدي إلى التوسع في تقدير القيود التشريعية المتعلقة بالحقوق والحريات الدستورية. هذه الصيغة وقع تعديلها في النسخة النهائية المعروضة على الاستفتاء وتم إدراج شرط التناسب ضمن الفصل 55.

كما تم في الفصل 55 من الدستور الحالي حذف التنصيص على أن الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات توضع «لضرورة تقتضيها دولة مدنية» الذي كان موجودا في دستور 2014. ووقع استبدالها بالضرورة في نظام ديمقراطي وهي صياغة أفضل ومتماشية مع ما كرسته النصوص الدولية التي تتحدث عن الضرورة في مجتمع ديمقراطي وأبرز مثال على ذلك الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي نصت مثلا في الفقرات الثانية من الفصول 8، 9، 10، 11 على إمكانية الحد من ممارسة الحقوق التي تحمها هذه الفصول إذا كان الحد يشكل إجراء ضروريا في مجتمع ديمقراطي لحماية جملة من الأهداف ومنها الأمن الوطني والدفاع وحماية حقوق وحريات الغير.

5 المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، دستور 25 جويلية 2022، تعليق أولي، ملخص تنفيذي، نوفمبر 2022، ص. 20-21.

هذه الصياغة للفصل 55 هي صياغة جيدة تسمح بتطبيق فكرة التناسب بكافة مراحلها. وينقسم هذا الفصل إلى قسمين:

1.1. ضوابط الحد من الحقوق والحريات

هنالك خمس ضوابط:

♦ احترام التحفظ التشريعي

ويعبر عنه الفصل بعبارة «لا توضع قيود...إلا بمقتضى قانون». يفترض هذا الشرط أن يكون هنالك قانون بالمعنى الشكلي أي نص صادر عن السلطة التشريعية. إضافة إلى شروط متعلقة بالقانون نفسه استقر عليها القانون الدستوري والمقارن والقانون الدولي العام وهي المقرئية، الدقة والوضوح، عدم استعمال مفاهيم فضفاضة أو ذات محتوى متحول أو حمالة أوجه. إضافة إلى ذلك يجب ألا توضع القيود إلا بمقتضى قانون أساسي إذ أن كل ما يتعلق بالحقوق والحريات يجب التشريع فيه بمقتضى قوانين أساسية وهو ما نص عليه الفصل 75 من دستور 2022. غير أننا نجد ضمن الدستور التونسي لسنة 2022 عدة مجالات متعلقة بالحقوق والحريات لكن تم التنصيص على أنها تندرج ضمن مجال القوانين العادية ضمن الفصل 75 وهي الجنسية، ضبط الجنايات والجرح والعقوبات المنطبقة عليها، العفو العام، الضمانات الأساسية الممنوحة للموظفين المدنيين والعسكريين. يستتبع هذا الفصل فكرة أن الدستور التونسي يقر أن الحدود المسلطة على الحقوق والحريات يجب أن ترد أو تتم بمقتضى قانون أساسي لكنه يستثني المجالات المنظمة بقانون عادي من هذه القاعدة العامة ليخضع الحدود المتعلقة بها إلى القوانين العادية. يعني ذلك أن كل حد للحقوق والحريات يجب أن يتم بقانون أساسي إلا ما ورد منها في قانون عادي.

ويطرح احترام هذا الشرط المتعلق بالتحفظ التشريعي إشكالا في خصوص المراسيم وهي قواعد تتخذها السلطة التنفيذية في مجال السلطة التشريعية. يتضمن دستور 2022 صنفين من المراسيم:

المراسيم العادية (مراسيم العطل البرلمانية، مراسيم الحل والتي يتخذها رئيس الجمهورية بعد حل البرلمان وقيل تركيز البرلمان الجديد، مراسيم التفويض التي تتخذ على أساس تفويض من السلطة التشريعية عندما يكون هنالك تأكيد وسرعة لاتخاذ القرارات وقد وقع اللجوء إلى هذا الشكل من المراسيم في ظل الدستور السابق لمجابهة الأزمة الصحية الناتجة عن فيروس كوفيد 19 حيث تم تفويض من البرلمان لفائدة رئيس الحكومة الياس الفخفاخ⁶. أما في الدستور الحالي، فإن مراسيم التفويض تعود لرئيس الجمهورية لا لرئيس الحكومة. ويجب أن تبقى هذه المراسيم محدودة من حيث المدة والهدف ويجب ان تخضع للمصادقة بانتهاء سببها (نهاية عطلة، تركيز برلمان جديد، انتهاء التفويض) وإذا ما تمت المصادقة عليها فإنها تصبح قوانين ويمكن بالتالي عرضها على المحكمة الدستورية لمراقبة دستورتها⁷.

المراسيم الانتقالية: ينظمها الفصل 139 الذي يعنى بالأحكام الانتقالية والذي ينص على أنه «يستمر العمل في المجال التشريعي بأحكام الأمر الرئاسي عدد 117 لسنة 2021 المؤرخ في 22 سبتمبر 2021 المتعلق بتدابير استثنائية إلى حين تولي مجلس نواب الشعب وظائفه بعد تنظيم انتخابات أعضائه». وقد حصن الأمر عدد 117 في فصله 7 المراسيم من الطعن بالإلغاء فضلا عن كونه لم يحدد مآلها أي هل سوف تقع المصادقة عليها أم أنها ستبقى في شكل مراسيم. علما وأنه تم في ظل هذا الأمر إحالة العديد من المسائل الأساسية إلى التشريع عن طريق المراسيم ومن بينها تنظيم الإعلام والصحافة والنشر، القانون الانتخابي، الحريات وحقوق الإنسان، تنظيم الهيئات الدستورية، التصريح بالمكاسب. الأمر الذي وضع العديد من المسائل المتعلقة بالحقوق والحريات موضوع تدخل الهيئات العمومية في دائرة المراسيم المحصنة وهو ما يشكل تهديدا لهذه المجالات رغم أن

6 انظر أحلام بالضيف، «النظام القانوني للمراسيم» في انتظار المصادقة على مراسيم مجابهة فيروس كورونا، الأخبار القانونية، عدد 317/316، أبريل 2021، ص. 12.
7 سليم اللغماني، «مقارنة بين الفصلين 49 من دستور 2014 والفصل 55 من دستور 2022»، دورة تكوينية لفائدة معاهد وكليات الحقوق حول تحديد الحقوق والحريات ومبدأ التناسب في تونس، 12 و 13 نوفمبر 2022.

الأمر نص في فصله الرابع على أنه لا يجوز عند سن المراسيم النيل من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة بالمنظومة القانونية الوطنية والدولية.

غير أن المحكمة الإدارية التونسية تبنت موقفا متميزا لبسط رقابتها على هذه المراسيم حيث اعتبر رئيس الدائرة الابتدائية للمحكمة الإدارية بالمنستير في قرار في مادة توقيف التنفيذ صادر في 23 مارس 2022 أنه حتى وإن كان هنالك تحصيل من دعوى تجاوز السلطة فإن المحكمة تعتبر أنه من اختصاصها قبول الدفع بعدم دستورية وعدم معاهداتية هذه المراسيم. وقد جاء في القرار ما يلي: «وحيث إن تحصيل هذه المراسيم من الطعن بدعوى تجاوز السلطة، بالنظر إلى صبغتها التشريعية، وإن كان يشكل حائلا دون مخاصمتها في إطار دعاوى أصلية بهدف إلغائها أمام هذه المحكمة فإنه لا يحول دون ما لها من حق في بسط رقابة الدستورية والمعاهداتية عليها في نطاق استثناء اللاشريعة بمناسبة الطعن في غيرها من المقررات أو طلب التعويض عنها توصلا لاستبعاد تطبيقها متى عرض الدفع بذلك على أنظارها». وبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 49 أبرزت المحكمة الإدارية أنه يؤخذ من هذه الأحكام «أن إرادة السلطة التأسيسية كانت واضحة في الدلالة على أن سائر الحقوق والحريات التي كفلها الدستور مضمونة وأن ضوابط ممارستها لا تحدد إلا بقانون لضرورة تقتضيها أغراض مدنية الدولة وديمقراطيتها ويهدف حماية حقوق الغير، أو تأمين مقتضيات الحفاظ على النظام العام مع الالتزام بمحاذير التناسب بين هذه الضوابط وموجبها. وحيث أن المرسوم المدفوع بعدم شرعيته لا يعكس مراعاة التناسب بين عدم استظهار العون العمومي بجواز التلقيح والجزاء الذي يقع تحت طائلته ضرورة أنه يفضي إلى تعليق مباشرة العون المعني لعمله دون توخي سبيل التدرج بانتهاج غير ذلك من التدابير مما دونه وطأة بما في ذلك التشديد في واجب التباعد الاجتماعي وضرورة التقيد بتدابير التوقي من الفيروس واقتضاء تواتر إجراء تحاليل التقصي فضلا عن تمكين العون المعني من استنفاد رصيد العطل المخول له الحصول عليها طبقا للتشريع الجاري به العمل أو إعادة النظر في طبيعة المهام الموكولة إليه أو مركز العمل المعين به عند الاقتضاء»⁸.

♦ جوهر الحق أو الحرية

يعني هذا الضابط أنه يجوز الحد أو التقييد دون المساس من جوهر الحق. ويعني المساس من جوهر الحق أو الحرية في معنى أول الانتفاء التام للحق أو الحرية مثال إخضاع تكوين جمعيات للترخيص يفرغ الحق من محتواه وجوهره (مثال ذلك قانون 7 نوفمبر 1959 الذي بقي ساري المفعول إلى سنة 2011). وقد يفيد المساس من جوهر الحق في معنى ثان المساس من جوهر الحق بالنسبة لشخص أو لفئة. مثال ذلك الإعدام الذي يمثل مساسا من جوهر حق الشخص في الحياة. كما يمثل منع الإضراب مساسا من جوهر حق القضاة في الإضراب ويمثل منع تكوين النقابات بالنسبة للجيش مساسا من جوهر الحق النقابي للجيش.

♦ التثبت من الوجود الفعلي لموجب الحد من الحق أو الحرية

هنا يجب إثبات أن الحق يهدد بصفة فعلية أحد الموجبات الأربعة التي نص عليها الفصل 55 مع التزام تأويل صارم وحالة بحالة وتوضيح فيما يتمثل تحديدا التهديد لهذه الموجبات. أبقى الفصل 55 في هذا الصدد على الموجبات المتعلقة بحقوق الغير، الأمن العام، الدفاع الوطني والصحة العامة. لكنه حذف الموجب المتعلق بالأداب العامة وهو بذلك يكون قد تجاوز مسألة كانت خلافية في الفصل 49 من الدستور السابق حيث أن هذا الهدف يعد من أكثر الأهداف صعوبة من حيث التحديد لارتباطه بالخصوصيات الثقافية والدينية للمجتمعات⁹. إذ يطرح هذا المفهوم إشكالا من حيث تحديد مضمونه وحدوده بما يفضي

8 المحكمة الإدارية، الدائرة الابتدائية بالمنستير، قرار في مادة توقيف التنفيذ، القضية عدد 6200461 بتاريخ 23 مارس 2022.
9 وحدات تعليمية حول تحديد الحقوق والحريات ومبدأ التناسب في تونس موجبة إلى طلبة القانون، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس، 2022، ص. 97.
أقرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن مفهوم الأخلاق مستمد من تقاليد اجتماعية وفلسفية ودينية عديدة، وعليه، يجب أن تستند القيود المفروضة بغرض حماية الأخلاق إلى مبادئ غير مستمدة حصرا من تقليد واحد. ويجب أن تفهم هذه القيود في ضوء عالمية حقوق الإنسان ومبدأ عدم التمييز. وعليه، فإنه من المنهج فهم الأخلاق العامة في علاقة بقيم المجتمع الديمقراطي القائم على التعددية والمساواة واحترام كرامة الذات البشرية لا باعتبارها أخلاق مجتمع بذاته، وهي بهذا المعنى الأخلاق المؤسسة على المساواة والحرية والكرامة البشرية.

إلى تباين في المقاربات بين مختلف أفراد الهيئات والجهات المعنية بفرض وتقدير القيود على الحقوق والحريات وإلى تباين في المقاربات المعتمدة من قبل القاضي المتعهد نتيجة صعوبة تكييف الأفعال والقيود بعنوان حماية الأخلاق العامة ضرورة أنه مفهوم متطور ويتباين من إطار مكاني إلى إطار آخر¹⁰ تقدير وتكييف الأفعال والقيود بعنوان حماية الأخلاق العامة تتأثر بقناعات القاضي المتعهد أثناء بسط رقابته على القيود الموظفة على الحقوق والحريات بموجب حماية الآداب العامة بما قد يفرضي إلى التباين في المواقف الفقه قضائية وبما من شأنه أن ينال من مقروئية الأحكام والأمان القانوني. هذا التباين في المرجعيات وكيفية تقدير الضوابط المؤسسية على المعطى المتصل بالآداب العامة دفع بالقاضي الأوروبي إلى الاعتراف، لمختلف الدولة المنضوية ضمن المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان، بهامش تقدير¹¹ للدول الأعضاء وضبط ما يعد موافقا أو مخالفا للآداب العامة حسب كل بلد خاصة في غياب مفهوم موحد على مستوى أوروبا ضرورة أن هامش التقدير ضروري لتقدير والبحث عن التوازن بين الحقوق المتنافسة، من جهة، وتوسيع مجال انطباق المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان والإبقاء على حيويتها¹².

غير أن تخلي المؤسس عن إدراج الآداب العامة ضمن قائمة موجبات فرض القيود على الحقوق والحريات، صلب الفصل 55 من الدستور، لا يعني بدهاء الاستغناء، عند تقدير مشروعية القيد، عن الاستناد إلى موجب الآداب العامة ضرورة أن أعمال شرط عدم نيل ممارسة حق محمي دستوريا من الآداب العامة يرمي، في الأخير، إلى حماية السلم الاجتماعي وتفادي الإخلالات التي قد تفضي إلى نشأة وحدوث اضطرابات مادية التي من شأنها النيل من الأمن العام¹³، على النحو الذي خلص إليه مندوب الحكومة لدى مجلس الدولة الفرنسي Mayras، باعتبار أن الأمن العام يعد موجبا مبررا لوضع قيود على الحقوق والحريات. لذا، فإنه ولئن لا يسوغ إثارة واستناد السلط العمومية بصورة مباشرة ومستقلة لموجب الآداب العامة عند فرضها قيودا على الحقوق والحريات فإنه، يتم، في العديد من الحالات، الاستناد إلى هذا الموجب ولو بصورة غير صريحة ومعلنة وبالتوازي مع إحدى الموجبات الدستورية التي حددها المؤسس لفرض تلك القيود باعتبار أن حماية الآداب العامة تعد محفزا لاتخاذ الإجراءات التقييدية¹⁴.

10 «la «protection de la morale». L'idée que les États contractants «se font des exigences de cette dernière», a constaté la Cour, «varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque» ; Sunday Times c Royaume-Uni (n° 1) (1979), 30 CEDH (Sér A) 1 au para 59. Voir en ce sens Dudgeon c Royaume-Uni (1981), 45 CEDH (Sér A) 2 ; et Müller et autres c Suisse (1988), 133 CEDH (Sér A) 1 au para 36.

11 « Certes, elle reconnaît que les autorités nationales jouissent en la matière d'une large marge d'appréciation, en particulier dans une sphère comme celle-ci qui touche à des questions de croyance sur la nature de la vie humaine. Comme elle l'a déjà relevé, on chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des États contractants une notion européenne uniforme de la morale et les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis des exigences de cette dernière comme sur la «nécessité» d'une «restriction» ou «sanction» destinée à y répondre (voir, entre autres, les arrêts Handyside c. Royaume-Uni du 7 décembre 1976, série A no 24, p. 22, par. 48, et Müller et autres c. Suisse du 24 mai 1988, série A no 133, p. 22, par. 35). » ; Open Door et Dublin Well Woman c Irlande (1992), 296A CEDH (Sér A) 1 au para 68

12 « La marge nationale d'appréciation revêt une importance telle qu'elle permet à la Cour européenne d'élargir la portée des droits de la Convention, tel un « instrument vivant », et développe ainsi le champ d'application de la procédure comme des obligations positives. À propos de ces dernières, les États bénéficient d'une large marge nationale d'appréciation pour déterminer les mesures à prendre pour assurer le respect de la Convention, en tenant dûment compte des besoins et des ressources de la communauté et des individus qu'ils représentent » ; Kristine Plouffe-Malette ; moralité publique: pour une interprétation renouvelée de l'exception commerciale à l'Organisation mondiale du commerce par la jurisprudence des droits de la personne ; thèse doctorat en droit de l'Université Laval ; p 74.

13 «...le commissaire du gouvernement Mayras s'était attaché à préciser dans ses conclusions, que si l'atteinte à la moralité publique pouvait être retenue comme un motif légal d'intervention d'une mesure de police, c'était exclusivement à raison des troubles matériels qu'elle était susceptible de produire. Autrement dit, la moralité publique se trouvait intégrée à la notion de «bon ordre» ainsi que le Conseil d'État l'admettait en précisant que le maire pouvait user de son pouvoir de police en matière de spectacles forains «dans l'intérêt du bon ordre, de la moralité et de la sûreté publiques » ; Jean-Paul Pastorel ; autour d'un récent arrêt du Conseil d'Etat sur le respect de la dignité humaine ; p4 disponible sur : <https://www.wgtn.ac.nz/law/research/publications/about-nzaci/publications/cljpdcp-journals/volume-20,-2014/Pastorel.pdf>

14 Sylvain Hull ; Quand l'absence d'illégalité manifeste vient au secours de la moralité publique; A-J-D-A ; 3 octobre 2005

♦ التثبت من وجود ضرورة يقتضيها نظام ديمقراطي

يتعلق هذا الشرط بضرورة الحدّ (الضرورة الخارجية) ويتطلب إبراز أن الحد من الحرية ضروري وحتى لضمان حقوق الغير أو الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة. في المقابل، تقدر الضرورة من خلال علاقتها بالنظام الديمقراطي فالضرورة لا تقبل كفكرة إلا إذا كانت لا تهدد النظام الديمقراطي¹⁵ لاعتبار الإطار الذي يتم فيه تقدير شرط الضرورة. مثلا إلغاء الأحزاب ليس ضروريا في نظام ديمقراطي لأن هذا النظام يقوم على التعددية والتنافس والاختلاف.

ويعكس مفهوم المجتمع الديمقراطي مقارنة معينة لحماية الحقوق الحريات وتطوير مستويات حمايتها فضلا عن أنه يمثل إطارا لتحديد مجال توظيف القيود على الحقوق والحريات والتثبت من الصبغة الضرورية للتقييد. فمفهوم الديمقراطية المعتمد من قبل المحكمة الأوروبية خال من شحنته السياسية إذ يتأسس بصورة محدودة على حقوق الجسم الانتخابي وترتكز بالأساس على فكرة مجتمع منفتح يتيح التعبير لمختلف الأفكار والرؤى والمصالح والتوجهات وذلك دون تمييز، وهو يعكس توجهها نحو التخلي عن المقاربة الشكلانية أو الإجرائية للديمقراطية (كيفية اختيار المسؤولين وممثلي الشعب والإجراءات المتعلقة بممارسة السلطة وإصدار القوانين) والتي تقوم على تعزيز وضمان المساواة في المشاركة السياسية مقابل اعتماد مقاربة مادية، قيمية للديمقراطية تتمحور حول جملة من القيم وكإطار يسمح لمختلف الأفكار والحساسيات التعبير عن آرائها ومواقفها بحرية ودون تمييز في مجتمع منفتح يكفل تعايش وتنافس مختلف الحقوق والحريات¹⁶. في حين يجمع مفهوم النظام الديمقراطي بين المقاربة الإجرائية والمقاربة المادية أو القيمية لمفهوم الديمقراطية بما قد يوجي إلى الإقرار بوجود استقرار نسبي، صلب الدستور، بخصوص الإطار الذي يتم ضمنه تقدير الأهداف التي تبرر فرض قيود على الحقوق والحريات من خلال اعتماد المؤسس سواء صلب الفصل 49 لدستور 2014 أو الفصل 55 لدستور 2022، إلى حد ما، للمقاربة المادية لمفهوم الديمقراطية لضمان الحقوق والحريات والحرص على تعزيز مستويات حمايتها عبر تأطير كيفية تقدير الأهداف المشروعة لوضع القيود على الحقوق والحريات في ظل دولة تقوم على تكريس وضمان المساواة والتعددية والتسامح.

وقد دأبت المحكمة الإدارية التونسية على ربط الديمقراطية بالتعددية ودولة القانون.

♦ التناسب قلب الفصل 55

تتمثل خصوصية علاقة التناسب في كونها تربط بين ثلاث أطراف¹⁷

- موجب الحد من الحق أو الحرية أو مبرر الحد: دفاع، أمن وطني، حقوق الغير، صحة عامة. مثال إذا أخذنا مثال الوباء أي موجب الصحة العمومية
- الحق أو الحرية التي سيقع الحد منها ستكون مثلا حق التنقل

15 Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, LGDJ, 29ème édition, 2015, p. 236 et suivantes. Un Etat « est en démocratie, lorsque le peuple dispose de la souveraineté, que les gouvernés sont leurs propres gouvernants, en un mot, que le pouvoir est attribué à l'universalité des citoyens, conformément aux principes de l'égalité juridique et des droits fondamentaux ». La Cour constitutionnelle allemande, dans sa décision du 23 octobre 1952 affirme que « l'ordre démocratique est celui du pouvoir d'un Etat de droit, fondé sur l'autodétermination du peuple selon la volonté de la majorité, sur la liberté et l'égalité, à l'exclusion de tout pouvoir violent et arbitraire », PH. Lauvaux, Les grandes démocraties contemporaines, 3ème édition, 2004.

16 « La démocratie de la Cour européenne, dépourvue de « sa charge politique » se fonde moins sur les droit du corps électoral mais sur l'idée d'une « société ouverte » au sein de laquelle doivent pouvoir s'exprimer toutes les opinions, les préférences et les intérêts, sans discriminations. La Cour a défini sa profession de foi démocratique, à l'occasion du célèbre arrêt Hanyside, dans le fameux triptyque que « pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture » ; Xavier SOUVIGNET ; le modèle politique de la Cour européenne des droits de l'homme : du pouvoir du peuple à la souveraineté du sujet ; Jurisdoctrina n 5, 2010, p44.

17 مما يميزها عن علاقة الموازنة التي تربط بين طرفين فقط. مثلا في فقه القضاء الإداري الفرنسي تقع الموازنة بين الإيجابيات والسلبيات في مادة الانتزاع فإذا كانت إيجابيات أهم من سلبياتها فهو مقبول وإن كانت سلبياتها أهم من إيجابيات فهو مرفوض.

- الإجراء الذي سوف يعد من الحق أو الحرية سيكون مثلا حظر التجول أو الحجر الصحي اختبار التناسب: التناسب موضوعه هو الإجراء الذي سوف يتخذ: هنالك مرحلة لأن التناسب هو منهج وتمشي. هذه المرحلة تتطلب الإجابة على الأسئلة التالية:
 - **أولا** هل أن الإجراء الذي وقع اتخاذه كفيل بتحقيق الهدف المنشود أو الغاية. بعبارة أخرى هل أن الإجراء ملائم؟ La mesure est-elle adéquate?
 - **ثانيا** هل أن هذا الإجراء ضروري؟ ضرورة الإجراء هنا هي ضرورة داخلية تتطلب معرفة إن كان هنالك إجراء آخر أقل وطأة على الحق أو الحرية وأقل مساسا بها.
 - **ثالثا** هل أن الإجراء الذي اتضح أنه أقل الإجراءات وطأة على الحرية أو الحق موثم (adapté) وهو ما يعبر عنه بالتناسب بالمعنى الضيق.

2.1. مبدأ عدم التراجع

يعني أن كل حق له رصيد لا يمكن التراجع عنه تتمثل في مكتسبات تم تحقيقها وتطويرها بموجب التراكم سواء بموجب القوانين أو بواسطة فقه القضاء طالما وأنه يتم إقرار الحقوق بموجب الدستور والمعاهدات الدولية وأن تكريسها يكون بموجب القوانين وفقه القضاء. في تطبيقه على الهيئات الدستورية في حد ذاتها هل يمكن القول أن نزع الصبغة الدستورية عن هيئة دستورية يشكل تراجعا؟ عادة التراجع يقع تقييمه في إطار نفس المنظومة الدستورية لا في علاقة بين دستورين مختلفين. دستور 2022 أبقى فقط على الهيئة العليا المستقلة للانتخابات. يمكن القول إن حذف الهيئات الدستورية المستقلة في دستور 2022 يعد خطأ من مكانتها ومن الضمانات التي كانت تحيط بها لكن ذلك لا يعني حذفها أو التخلي عنها كليا إذ جعل دستور 2014 نظامها القانوني من مجال القوانين. هذا يعني أن الهيئات ستبقى تعمل ضمن الإطار القانوني التشريعي للهيئات السابقة التي أنشئت في 2011 وقبلها. لكن ذلك سيشمل فقط الهيئات العمومية الموجودة فعليا كالهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية وهيئة النفاذ إلى المعلومة وهيئة حقوق الإنسان وهيئة الاتصالات. هذا يجعلنا نتساءل عن مصير هيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة خاصة وأنها الوحيدة التي لم يتم إرساؤها بالرغم من صدور القانون المنظم لها سنة 2019. هذا التساؤل تبرره أهمية الدور الذي يمكن أن تلعبه الهيئة في حماية الحقوق البيئية التي ظلت مكرسة في نص الدستور الجديد.

أخيرا نص الفصل 55 على أن كل الهيئات القضائية عليها أن تحمي الحقوق والحريات من أي انتهاك بينما كانت صياغة الفصل 49 في دستور 2014 تنص على دور القاضي كحام للحقوق والحريات.

2. تراجع الضمانات بالنسبة للهيئات العمومية المستقلة

1.1. تراجع المكانة من دستورية إلى تشريعية

خصص دستور 2014 بابا كاملا للهيئات الدستورية المستقلة وأوكل لها مهمة دعم الديمقراطية وحقوق الإنسان مما جعلنا نستنتج الدور الذي يمكن أن تلعبه في مجال الرقابة على تقييد الحقوق والحريات. هذه الهيئات هي هيئة الانتخابات، هيئة الاتصال السمعي البصري، هيئة حقوق الإنسان، هيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة وهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد. لكن دستور 25 جويلية 2022 قام بتكريس هيئة مستقلة واحدة من بين الخمس هيئات السابقة وهي هيئة الانتخابات. وخصص لها الباب الثامن وهو يتضمن فصلا وحيدا، الفصل 134 ونجد به نفس المقترضات التي كانت واردة بالفصل 126 من دستور 2014. ينص هذا الفصل على ما يلي «تتولى الهيئة العليا المستقلة للانتخابات إدارة الانتخابات والاستفتاءات وتنظيمها والإشراف عليها في جميع مراحلها، وتضمن سلامة المسار الانتخابي ونزاهته وشفافيته وتصرح بالنتائج. تتمتع الهيئة بالسلطة الترتيبية في مجال اختصاصها. تتركب الهيئة من تسعة أعضاء مستقلين محايدين من ذوي الكفاءة والنزاهة، يباشرون مهامهم لمدة ست سنوات غير قابلة للتجديد، ويجدد ثلث أعضائها كل سنتين».

لم يحدد دستور 2022 طريقة تعيين أعضاء الهيئة العليا المستقلة للانتخابات خلافا لدستور 2014 الذي نص على أن الانتخاب يتم من قبل مجلس نواب الشعب وهو ما يعني غياب جميع الضمانات الدستورية لاستقلالية أعضاء هيئة الانتخابات. لكن تبقى الضمانات التشريعية قائمة حيث نص القانون الأساسي عدد 47 لسنة 2018 المؤرخ في 7 أوت 2018 المتعلق بالأحكام المشتركة للهيئات الدستورية المستقلة على نفس الضمانات الدستورية السابقة. حيث نص الفصل السادس من القانون عدد 47 على أن مجلس كل هيئة يتكون من أعضاء متفرغين يتم انتخابهم لفترة واحدة مدتها ست سنوات، بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس نواب الشعب. ويلتزم بمبدأ التناسف بين المرأة والرجل في تركيبة مجالس الهيئات. مبدئيا لم يتم تنقيح هذا القانون ولكنه ليس بمعزل عن خطر المراجعة نظرا لغياب التنصيص على أربع هيئات دستورية في دستور 2022.

وقد تم بالنسبة لاختيار أعضاء الهيئة الحالية تطبيق المرسوم عدد 22 لسنة 2022 مؤرخ في 21 أبريل 2022 المتعلق بتنقيح بعض أحكام القانون الأساسي عدد 23 لسنة 2012 المؤرخ في 20 ديسمبر 2012 المتعلق بالهيئة العليا المستقلة للانتخابات وإتمامها. وقد أورد في الفصل 5 (جديد) أن مجلس الهيئة العليا المستقلة للانتخابات يتركب من سبعة أعضاء يتم تعيينهم بأمر رئاسي ويقع اختيارهم على النحو التالي:

- ثلاثة أعضاء يختارهم رئيس الجمهورية من بين أعضاء الهيئات العليا المستقلة للانتخابات السابقة.
- قاض عدلي له أقدمية عمل فعلي بعشر سنوات على الأقل من بين ثلاثة قضاة يتم اقتراحهم من قبل مجلس القضاء العدلي.
- قاض إداري له أقدمية عمل فعلي بعشر سنوات على الأقل من بين ثلاثة قضاة يتم اقتراحهم من قبل مجلس القضاء الإداري.
- قاض مالي له أقدمية عمل فعلي بعشر سنوات على الأقل من بين ثلاثة قضاة يتم اقتراحهم من قبل مجلس القضاء المالي.
- مهندس مختص في مجال المنظومات والسلامة المعلوماتية، له أقدمية فعلية بعشر سنوات على الأقل، من بين ثلاثة مهندسين مختصين يتم اقتراحهم من قبل المركز الوطني للإعلامية.

كما نص الفصل 6 (جديد) على أن رئيس الجمهورية يعين رئيس الهيئة من بين الأعضاء الثلاث للهيئات العليا المستقلة

للانتخابات السابقة لولاية مدتها أربع سنوات غير قابلة للتجديد حسب الفصل 9 (جديد).¹⁸

أما بالنسبة للتصويت على الميزانية السنوية للهيئة فإن المرسوم عدد 22 لسنة 2022 نص في الفصل 3 فقرة فرعية 18 على أن «إعداد تقرير سنوي حول نشاط الهيئة للسنة المنقضية وبرنامج عملها للسنة التي تليها يعرض على رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة إلى حين تولي المجلس التشريعي لمهامه».

كما تجدر الإشارة إلى أنه لم يتم تكريس أي هيئة من الهيئات الدستورية السابقة والتي تلعب دورا مهما بوصفها سلطات مضادة على غرار الهيئة التعديلية لقطاع الاتصال السمعي البصري. وباعتبار أن حرية الصحافة والإعلام هي عنصر أساسي من عناصر الديمقراطية، «فإن عدم تكريس هيئة مستقلة لتعديل هذا القطاع يعد تراجعا هاما مقارنة بدستور 2014 ومن شأنه أن يشكل على المدى المتوسط خطرا على ممارسة هذه الحريات في تونس في حال وضع قوانين مقيدة تؤسس لسيطرة السلط السياسية، ولا سيما السلطة التنفيذية على قطاع الصحافة والإعلام».¹⁹

يعد حذف التنصيب على الهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي البصري في الدستور الجديد تراجعا لمكانتها الدستورية بل ويعكس أيضا موقفا رافضا للهيئات الدستورية ككل. هذا الحذف يمكن أن ينعكس سلبا واقعا من خلال محاولة السلطة التنفيذية الاستحواذ على بعض المهام الأساسية للهيئة تحت غطاء تطبيق الأمر عدد 117.

2.2. الاستقلالية المهددة

وقد تم بالفعل خلال الفترة الاستثنائية اعتماد نصوص تهدد مجالات تدخل الهيئات العمومية مثل المرسوم عدد 54 لسنة 2022 المؤرخ في 13 سبتمبر 2022 والمتعلق بمكافحة الجرائم المتصلة بأنظمة المعلومات والاتصال. هذا المرسوم يهدد عمل الإعلاميين وحق المواطن عموما في المعلومة وهو يسمح بملاحقة الإعلاميين قضائيا وبمحاكمتهم وفق المجلة الجزائية ومجلة الاتصال والمرافعات العسكرية في قضايا مهنية في حين يجب أن تبقى محاكمة الصحفيين خاضعة للمرسوم عدد 115 لسنة 2011 المؤرخ في 2 نوفمبر 2011 والذي يتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر.

كما أن المرسوم عدد 54 فيه خرق واضح لعدد من أحكام الدستور حيث تضمن تنصيحا على عدد كبير من الجرائم واحتوى على الكثير من التعريفات الغير دقيقة مما يجعلها تقبل العديد من التأويلات وهو ما يتعارض مع وجوب أن يكون النص المتضمن لقيود على الحقوق والحريات متمسا بالدقة والمقروئية ضرورة أن اعتماد مصطلحات فضفاضة يسمح بسلطة تقديرية هامة للسلطة المؤهلة بتطبيق تلك الأحكام في تقدير تلك القيود وبما ينال من الأمان القانوني. وعموما نص المرسوم على عقوبات قاسية في مجملها تخرق مبدأ التناسب والتدرج في العقوبة الذي نصت عليه المراسيم 115 و116 المنظمة لقطاع الصحافة والإعلام خصوصا وأنه لم يستثن العمل الصحفي من العقوبات السالبة للحرية وهو ما يشكل تراجعا في مكاسب الحقوق والحريات. كما أن المرسوم مخالف للمعايير الدولية حيث ضاعف العقوبة في حال المساس بالشخصيات العامة في حين أن القوانين الدولية تعتمد عقوبات مخففة في هذه الحالات. كما يمكن المرسوم في فصله التاسع مأموري الضابطة العدلية من الحصول على أي معطى من مزودي الاتصالات وهو ما يشكل خطرا على حق الصحفيين في حماية مصادرهم الذي نص عليه المرسوم عدد 115.²⁰

وقد تم في إطار الحالة الاستثنائية اتخاذ جملة من الإجراءات المتعلقة بتقييد حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر تتنافى مع جوهر هذه الحقوق ولا تحترم الضرورة والتناسب المنصوص عليهما في دستور 2014 وفي دستور 2022 وأيضا في

18 الفصل 17 (جديد) «يتقاضى رئيس الهيئة العليا المستقلة للانتخابات وأعضاء مجلسها أجورا ومنعا تصرف لهم من ميزانية الهيئة.

ينتفع رئيس الهيئة بأجر وامتيازات وزير، وتُضبط أجور الأعضاء وامتيازاتهم بأمر رئاسي، وينص الفصل 21 فقرة 3 جديد على انه «ينتفع أعضاء الهيئات الفرعية بمنحة تحدد بأمر رئاسي».

19 المؤسسة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، دستور 25 جويلية 2022. تعليق أولي، ملخص تنفيذي، نوفمبر 2022، ص. 53.

20 Tunisia: The president should rescind a decree that undermines the right to freedom of expression and the press, <https://urlz.fr/kfTR>

النصوص الدولية. كما لم يتم استشارة الهيئات المعنية بحقوق الإنسان وبالالاتصال السمعي البصري وهو ما يدل على موقف سلبي تجاه الهيئات. كما نلاحظ نوعا من المقاومة من قبل السلطة السياسية تجاه هذه الهيئات مما يؤثر على استقلاليتها فهي ترى فيها سلطة منافسة للسلطة التنفيذية وسببا لضعف الدولة وتجزئتها. هذا التهميش للهيئات العمومي المستقلة القائمة يتجلى من خلال إبقاء هيئة حقوق الإنسان دون رئيس لأشهر وعدم وجود أي معطيات عما تفعل وكيف تعمل. كما أن الهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي البصري أيضا تواجه صعوبات في تجديد أعضائها إضافة إلى الوضعية الخاصة لهيئة مكافحة الفساد التي وقع تجميدها في أوت 2021²¹. هذا يعني أن الهيئات المستقلة اليوم مهددة في وجودها. ورغم أن الأمر مختلف قليلا بالنسبة للهيئات العمومية مثل الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية وهيئة مقاومة التعذيب وهيئة مكافحة الإتجار بالبشر فإن ذلك لا ينبع من موقف إيجابي عموما تجاه الهيئات العمومية. ولعل النجاح النسبي لهذه الهيئات يعزى إلى تبعيتها عضويا للسلطة التنفيذية والتي لا ترى فيها من هذا المنطلق تهديدا خلافا للهيئات الدستورية المستقلة التي تشكل سلطا مضادة.

يمكن الذهاب إلى حد القول بأن الدور المضاد للسلطة المناط بعهدة هذه الهيئات هو اليوم محل تهديد لا فقط على الصعيد القانوني بل أيضا على الصعيد العملي المتعلق بطريقة ووسائل عمل الهيئات. هذه التحديات تطرح أولا على صعيد الصيغة المستقلة للهيئات وهي مسألة كانت مطروحة أيضا في ظل دستور 2014 حيث اعتبرت الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين أن بعض فصول مشروع القانون الأساسي المتعلق بالأحكام المشتركة بين الهيئات الدستورية المستقلة غير دستوري في جانب منه نظرا لعدم أخذه بعين الاعتبار لاستقلالية هذه الهيئات. كما أن اختيار أعضاء بعض الهيئات خصوصا الدستورية منها من طرف السلطة التشريعية عد امتحانا لاستقلاليتها وسببا لتعطيل إحداثها، رغم أن العديد من الضمانات أعطيت لأعضاء هذه الهيئات كالحصانة والفترة الواحدة الطويلة نسبي (6 سنوات). ويظل عدم خضوع أنشطة هذه الهيئات وأعمالها لسلطة إشراف أو رقابة قبلية ضمانا لاستقلاليتها. كما أن تمويلها من قبل ميزانية الدولة هو ضمان إضافي لاستقلاليتها في علاقة بمجالات تدخلها لكنه قد يكون أيضا وسيلة للرقابة عليها من قبل السلطة²².

تطرح في الفترة الانتقالية أيضا مشكلة العلاقة بين الهيئات العمومية المستقلة والسلطات الثلاث. بالنسبة للسلطة التشريعية فهي ترتبط بصلبة وثيقة نوعا ما بالهيئات المستقلة فهي السلطة التي ستتولى اختيار أعضاء بعض الهيئات ويعرض أمامها تقرير نشاط بعضها وتتولى تحديد ميزانياتها مما يسمح لها بمراقبة الهيئات. رغم أن السلطة التنفيذية مبدئيا لا تمتلك سلطة إشراف على الهيئات مما يضمن استقلاليتها عن هذه السلطة إلا أن أعضاء بعض الهيئات يقع تعيينهم من قبل السلطة التنفيذية التي تحدد أيضا ميزانيات بعض الهيئات وتعين أعضائها الإداريين. كما أن الإدارة بوصفها خاضعة لإشراف السلطة التنفيذية تتحوز على المعلومات الضرورية لممارسة الهيئات لمهامها ويمكن أن تشكل على هذا المعنى عنصرا لتعطيل عمل الهيئات. كل هذه الاختصاصات للسلطة التنفيذية قد تكون وسيلة إما لتشجيع دور الهيئات أو تعطيله حسب السياسة التي ستقرر السلطة التنفيذية اتباعها.

كما يمكن أخيرا للسلطة القضائية بوصفها حامية للحقوق والحريات، رغم غياب التنصيب على هذا في دستور 2022، أن تساهم في التأكيد على استقلالية الهيئات العمومية ويمكن للقضاء الإداري المكلف بالسهر على شرعية أعمال الهيئات ولمحكمة المحاسبات المكلفة بمراقبة حسن التصرف من قبل الهيئات التي تمول من ميزانية الدولة المساهمة في استقلالية الهيئات.

كما انعكس الموقف السلبي تجاه الهيئات العمومية على صعيد العلاقات بين الهيئات. ففي حين عمدت الهيئات العمومية في ظل الدستور السابق إلى تكتيف التشاور والتنسيق بينها نجد اليوم بعض الشرخ في جسم الهيئات المستقلة وهو ما يبرزه خصوصا مثال العلاقة بين الهيئة العليا المستقلة للانتخابات والهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي البصري. في هذا الإطار

21 أمر رئاسي عدد 108 لسنة 2021 مؤرخ في 20 أوت 2021 يتعلق بإهراء مهام الكاتب العام للهيئة الوطنية لمكافحة الفساد. الرائد الرئاسي عدد 75 بتاريخ 20 أوت 2021. 22 لكن تبقى بعض هذه الهيئات بحكم بعض مصادر التمويل الذاتية لديها مستقلة مثلما هو الأمر بالنسبة لهيئة التأمين أو هيئة الاتصالات.

لم يتم بخصوص النصوص المتعلقة بالحملة الانتخابية التشريعية لسنة 2022 وللمرة الأولى منذ نشأة الهيئات التنسيق بين الهيئة العليا المستقلة للانتخابات والهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي البصري في إطار قرار مشترك. بل اتخذت كل هيئة قراراً منفرداً. اتخذت هيئة الاتصال السمعي البصري قراراً توجيهياً يتعلق بضبط قواعد النفاذ وتغطية الحملة الانتخابية التشريعية بوسائل الإعلام والاتصال السمعي والبصري.²³ أما الهيئة العليا المستقلة للانتخابات فاتخذت قراراً ترتيبياً يتعلق بضبط القواعد والشروط التي يتعين على وسائل الإعلام التقيد بها خلال الحملة الانتخابية وحملة الاستفتاء.²⁴

ورغم التقاطعات على مستوى المحتوى بين القرارين ورغم وجود الأحكام المتعلقة بالتغطية الإعلامية المتوازنة في القانون الانتخابي وفي المرسوم عدد 116 إلا أن هيئة الانتخابات أصرت على التذكير بولايتها العامة على المسار الانتخابي بمقتضى الفصل 134 من الدستور رغم أن نفس الفصل كان موجوداً في الدستور القديم ولم يحل دون التشاور واتخاذ القرارات المشتركة بين الهيئتين²⁵ فضلاً عن أن الإقرار بتمتع هيكل عمومي بالولاية العامة في مجال معين يفضي إلى إقرار باختصاصه للتعبه بذلك المحال في غياب نص خاص يسند ذلك الاختصاص إلى جهة أخرى ولا تفضي الولاية العامة المسندة إلى هيكل عمومي معين إلى مخالفة نص صريح يتعلق بتوزيع وإسناد الاختصاصات بين عدد من الهياكل العمومية. وطالما أسند الفصل 67 من القانون الانتخابي إلى كلا الهيئتين صلاحية تحديد قواعد الحملة الخاصة بوسائل الاتصال السمعي والبصري وإجراءها وذلك بموجب قرار مشترك فإنه لا يمكن الاستناد إلى المعطى المتعلق بتمتع هيئة الانتخابات بالولاية العامة في مجال تنظيم وإدارة الانتخابات للإقرار باختصاصها لتأطير عمل وسائل الاتصال السمعي والبصري خلال الحملة الانتخابية بصورة منفردة. ويعد هذا التوجه من قبل هيئة الانتخابات السابقة قد تخلق نوعاً من الانفصام في جسم الهيئات العمومية وتؤدي إلى تشنج العلاقات مستقبلاً بين الهيئتين وإلى ضعف التنسيق بينهما وإلى اختلاف وجهات النظر بين الهيئتين بخصوص مهمة الهيئة التعديلية للإعلام.

كما يعكس النزاع من خلال إعلان هيئة الانتخابات عن تكوين لجنة رصد ومتابعة تغطية وسائل الإعلام للحملة الانتخابية وذلك رغم عدم القيام بتكوين مسبق للأعوان المعنيين ورغم وجود وحدات رصد ممترسمة في المجال في إطار الهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي البصري.

وقد تقدمت الهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي البصري للمحكمة الإدارية بطلب لتوقيف تنفيذ قرار الهيئة العليا المستقلة للانتخابات عدد 31 لسنة 2022 المؤرخ في 18 نوفمبر 2022 قوبل بالرفض من المحكمة الإدارية في حكمها عدد 224100000784 الصادر في 12 ديسمبر 2022. وعلى إثره أصدرت هيئة الانتخابات بلاغاً تذكر فيه «جميع وسائل الإعلام خاصة السمعية البصرية منها بضرورة التقيد بمقتضيات القرار المذكور. دون سواء، واحترام ما جاء به من قواعد ومبادئ منظمة لتغطية الحملات الانتخابية وعدم اعتبار ما يصدر عن غير الهيئة العليا المستقلة للانتخابات في هذا الإطار».

23 قرار توجيهي للهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي والبصري عدد 01 لسنة 2022 مؤرخ في 16 نوفمبر 2022 يتعلق بضبط قواعد النفاذ وتغطية الحملة الانتخابية التشريعية بوسائل الإعلام والاتصال السمعي والبصري.

24 قرار الهيئة العليا المستقلة للانتخابات عدد 31 لسنة 2022 مؤرخ في 18 نوفمبر 2022 يتعلق بتنقيح وإتمام القرار عدد 8 لسنة 2018 المؤرخ في 20 فيفري 2018 المتعلق بضبط القواعد والشروط التي يتعين على وسائل الإعلام التقيد بها خلال الحملة الانتخابية وحملة الاستفتاء.

25 ينص الفصل الأول (جديد) من قرار الهيئة العليا المستقلة للانتخابات عدد 31 لسنة 2022 مؤرخ في 18 نوفمبر 2022 يتعلق بتنقيح وإتمام القرار عدد 8 لسنة 2018 المؤرخ في 20 فيفري 2018 المتعلق بضبط القواعد والشروط التي يتعين على وسائل الإعلام التقيد بها خلال الحملة الانتخابية وحملة الاستفتاء «عملاً بمقتضيات الفصل 134 من الدستور، تتولى الهيئة العليا المستقلة للانتخابات إدارة الانتخابات والاستفتاءات وتنظيمها والإشراف عليها في جميع مراحلها وتضمن سلامة المسار الانتخابي ونزاهته وشفافيته وتُصرح بالنتائج وتتمتع الهيئة بالسلطة الترتيبية في مجال اختصاصها. للهيئة العليا المستقلة للانتخابات الولاية الكاملة على الشأن الانتخابي دون سواها.

يضبط هذا القرار القواعد والشروط العامة التي يتعين على وسائل الإعلام السمعية والبصرية والمكتوبة والإلكترونية التقيد بها خلال الحملة الانتخابية وحملة الاستفتاء وقواعد الحملة الخاصة بوسائل الإعلام المكتوبة والإلكترونية».

دور المجتمع المدني في الدفاع

عن الحقوق والحريات

وفق مقتضيات الفصل 55 من دستور 2022

منى التابعي

مقدمة

في يوم 25 جويلية 2021 أعلن رئيس الجمهورية تطبيق حالة الاستثناء وفقا لأحكام الفصل 80 من دستور 2014 وقررتجميد أعمال مجلس نواب الشعب وإقالة رئيس الحكومة وأعضائها. ورغم ما أثاره تطبيق الفصل 80 من الدستور من جدل واسع حول مشروعية وشرعية تطبيقه إلا أن الرئيس قرّر لاحقا وبناء على تأويله للفصل 80 إصدار الأمر عدد 117 المؤرخ في 22 سبتمبر 2022 المتعلق بتدابير استثنائية والذي أرسى من خلاله تنظيما مؤقتا للسلط وأعلن تعليق العمل بجزء من أحكام دستور 2014 والإبقاء على التوطنة والباين الأول والثاني منه¹. ثم تمّ لاحقا التوجه نحو مسار تأسيسي جديد أنهى العمل بدستور 2014 وتولّد عنه دستور الجمهورية الجديدة، دستور 25 جويلية 2022.

كانت مسألة الحقوق والحريات وآليات حمايتها من بين أهم المسائل التي أثارت تخوف المواطنين والمواطنات ومنظمات المجتمع المدني والأحزاب أثناء مرحلة الأعداد للدستور الجديد خاصة وأن المسار التأسيسي قد سلك منحى أحاديا خلا من سبل التشاركية والشفافية التي كان من المفترض اعتمادها لتحديد محتوى ومضامين النص الدستوري المزمع استفتاء الشعب حوله.

شكّل التخوف من إمكانية التراجع عن الحقوق المكتسبة في دستور 2014 والرجوع عن الضمانات المتعلقة بحمايتها وخاصة عن تضمين مقتضيات الفصل 49 من دستور 2014 هاجسا كبيرا أثناء فترة صياغة مشروع الدستور ، خاصة وأنّ مشاركة المجتمع المدني قد كانت ضعيفة وشبه معدومة مقارنة بالدور الذي لعبته الجمعيات والمنظمات والهيئات الوطنية في المسار التأسيسي لدستور سنة 2014 ، والتي دفعت المجلس الوطني التأسيسي إلى تضمين جملة من الحقوق والحريات الدستورية وفقا للشرعية الدولية وتكريس المادة التحديدية الجامعة في نص الدستور. خلافا لذلك، ورغم الإعلان عن مشاركة ممثلين عن المنظمات الحقوقية والنقابية وهيئة المحامين وخبراء قانونيين في «الهيئة الوطنية الاستشارية من أجل جمهورية جديدة»² التي كُلفت بإعداد مشروع الدستور الجديد، إلا أنّ هذه المشاركة كانت جدّ محدودة ومحفوظة بالانقسامات والمقاطعة.

وإلى حدود نشر مشروع الدستور الجديد في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر ليلة 30 جوان 2022، لم يتمكن المواطنون والمواطنات من الاطلاع على مشروع الدستور وأسس الجمهورية الجديدة التي اكتفى المرسوم عدد 30 لسنة 2022 بالإعلان عن ملامحها بصفة فضفاضة والإحالة على نتائج الاستشارة الوطنية للتقيد بها.

وقد غيّر الدستور الجديد الذي تمّ إقراره بالاستفتاء الشعبي المعتمد في 25 جويلية 2022 من شكل النظام السياسي كما غيّر كذلك من البناء المؤسساتي والهيكلية للسلط وأبقى على الباب المتعلق بالحقوق والحريات.

1 نصّ الفصل 20 من الأمر الرئاسي عدد 117 المؤرخ في 22 سبتمبر 2021: «يتواصل العمل بتوطنة الدستور والباين الأول والثاني منه، وبجميع الأحكام الدستورية التي لا تتعارض مع أحكام هذا الأمر الرئاسي».

2 أحدثت بالمرسوم عدد 30 لسنة 2022 مؤرخ في 19 ماي 2022 بتعلق بإحداث «الهيئة الوطنية الاستشارية من أجل جمهورية جديدة» الذي ينص في فصله 7: «تتكون اللجنة الاستشارية للشؤون الاقتصادية والاجتماعية من ممثلين تقترحهم المنظمات الوطنية المعنية التالية:

ممثل عن الاتحاد العام التونسي للشغل.

ممثل عن الاتحاد التونسي للصناعة والتجارة والصناعات التقليدية.

ممثل عن الاتحاد العام التونسي للفلاحة والصيد البحري.

ممثل عن الاتحاد الوطني للمرأة التونسية.

ممثل عن الرابطة التونسية للدفاع عن حقوق الإنسان.

ويرأس هذه اللجنة عميد الهيئة الوطنية للمحامين، ويُعين بأمر رئاسي مع بقية أعضاء هذه اللجنة.»

فيما يتعلق بضمان الحقوق والحريات أعاد الدستور الجديد لسنة 2022 تكريس جملة الحقوق الواردة في أحكام الباب الثاني من دستور سنة 2014 وأردفه بالفصل 55 الذي عوّض أحكام الفصل 49 من دستور سنة 2014. وقد شهدت صياغة الفصل 55 من الدستور الجديد والمتعلق بالمادة الجامعة لتقييد الحقوق والحريات بعض التغييرات قبل عرض المشروع على الاستفتاء وكذلك مقارنة بصياغة الفصل 49 من دستور 2014.

♦ صياغة الفصل 55 في مشروع الدستور الصادر في 30 جوان 2022

تمت صياغة الفصل 55 في النسخة الأولى لمشروع الدستور كما يلي: « لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور إلا بمقتضى قانون ولضرورة يقتضيها الدفاع الوطني أو الأمن العام أو الصحة العمومية أو حماية حقوق الغير أو الآداب العامة.

ويجب ألاّ تمسّ هذه القيود بجوهر الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وأن تكون مبرّرة بأهدافها ومتلائمة مع دواعيها. لا يجوز لأيّ تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور. وعلى كل الهيئات القضائية أن تحمي هذه الحقوق والحريات من أيّ انتهاك».

تبيّن صياغة الفصل في النسخة الأولى لمشروع الدستور أنه تمّ التراجع عن تحديد الضرورة التي تقتضيها «دولة مدنية ديمقراطية» لتقييد الحقوق والحريات مما أثار حفيظة العديد، خاصة وأن النص الدستوري قد تخلى عن التنصيص على مبدأ «مدنية الدولة» في باب المبادئ العامة مقابل إقرار واجب «الدولة وحدها في تحقيق مقاصد الإسلام في الحفاظ على النفس والعرض والمال والدين والحرية» صلب الفصل الخامس منه، مما يفسح المجال أمام إمكانية تأويل عقائدي لمفهوم الحقوق والحريات الدستورية. كما تبيّن أنه قد تمّ التراجع عن «دسترة مبدأ «التناسب» مما يجعل عملية تقييد الحقوق والحريات تخضع لحماية أدنى من تلك التي كانت ممنوحة وفق مقتضيات الفصل 49 من دستور 2014. وقد دفع هذا التوجّه المفروض من سلطة المبادرة إلى إعلان مقاطعة أغلب المنظمات والجمعيات الحقوقية للاستفتاء على نص مشروع الدستور.

♦ التغييرات الواردة على الفصل 55 في مشروع الدستور الصادر في 8 جويلية 2022

في مرحلة لاحقة، تمت مراجعة صياغة مشروع الدستور وفقا للأمر الرئاسي عدد 607 الصادر في 08 جويلية 2022 المتعلق بتصحيح أخطاء وردت على المشروع المعروض، وتمّ من خلالها تصحيح صياغة محتوى الفصل 55 لينص في صيغته النهائية والمعتمدة في الدستور الجديد على ما يلي: «لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور إلا بمقتضى قانون ولضرورة يقتضيها نظام ديمقراطي ويهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العمومية. ويجب ألاّ تمسّ هذه القيود بجوهر الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وأن تكون مبرّرة بأهدافها، متناسبة مع دواعيها. لا يجوز لأيّ تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور. وعلى كل الهيئات القضائية أن تحمي هذه الحقوق والحريات من أيّ انتهاك».

فهل أحدث الفصل 55 من الدستور الجديد اختلافا مع مقتضيات الفصل 49 من دستور 2014؟

إن المتأمل في أحكام الفصل 55 من دستور 2022 يخلص إلى أن هذا الفصل قد حافظ إجمالا على نفس ضوابط تقييد الحقوق والحريات من حيث الشروط والضمانات التي وجب أن تخضع لها عملية التقييد والتي كرّسها الفصل 49 من دستور 2014.

وتتمثل الشروط الواجب احترامها في:

- الشرط الشكلي المتعلق بالطبيعة القانونية للقيود أو التحفظ التشريعي: أي وجوب أن يكون القيد بنص

تشريعي وألا يتخذ شكلا ترتيبيا. وقد حافظ بذلك على اختصاص السلطة التشريعية وحدها في وضع القيود على الحقوق والحريات كما كان معتمدا في الفصل 49 من دستور 2014.

• الشروط المادية لعملية التقييد:

- **أولا،** القيد يجب أن يوضع لضرورة يستوجها النظام الديمقراطي. ونلاحظ في هذا الإطار أنه قد تمّ تعويض مصطلح «دولة مدنية ديمقراطية» كمعيار لتحديد الضرورة الخارجية لوضع القيد بمصطلح «نظام ديمقراطي». ويمكن أن نعرّف «النظام الديمقراطي» بأنه النظام الذي يقوم على مبادئ دولة القانون وضمن حقوق الأفراد في كونيتها وشموليتها وفقا للتعددية والاختلاف. ويجب أن نذهب في تعريف هذا النظام إلى ما ذهبت اليه النظم القضائية المقارنة والإقليمية في تعريفها لمصطلح «المجتمع الديمقراطي» بكونه المجتمع الذي يقوم على الانفتاح والتسامح والتعدّد.
- **ثانيا،** القيد يجب أن يهدف حصرا إلى حماية حقوق الغير أو مقتضيات الأمن العامّ أو الدفاع الوطني أو الصّحة العموميّة. وقد تمّ التخلي عن هدف «حماية الآداب العامة» الذي كان يكرّسه الفصل 49 من دستور 2014 رغم أنه لا يتعارض مع المعايير الدولية.
- **ثالثا،** القيد لا يجب أن يمسّ من جوهر الحقّ أي لا يجب أن يعدم ممارسته أو يجعلها استثنائية. وقد تمّت إعادة تكريس هذا الشرط بصفة أوضح مقارنة بصياغة الفصل 49 من دستور 2014.
- **رابعا،** القيد يجب أن يكون مبررا بالهدف الذي وضع من أجله ومتناسبا مع دواعيه، وهو ما يحيل إلى ضرورة اعتماد قياس الملاءمة وقياس الضرورة وقياس المواءمة أو التناسب بالمعنى الضيق لإقرار احترام عملية التقييد لشرط التناسب من عدمه.

أما الضمانات التي أوردتها الفصل 55 من دستور 2022 فهي نفس الضمانات التي سبق تكريسها في الفصل 49 من دستور 2014 وتتلخص في:

- منع أي تعديل من شأنه أن يكرّس تراجعاً عن الحقوق والحريات المكتسبة بمقتضى الدستور.
- تكليف الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من كلّ انتهاك.

صدر دليل المجتمع المدني في تطبيق الفصل 49 من دستور 2014: الدفاع عن الحقوق والحريات بين الضوابط والموجبات³، وكنا قد أوردنا فيه جملة من التحليل والأدوات العملية التي تبين كيف يمكن للمجتمع المدني أن يكون مستفيدا من تطبيق شروط وضمانات المادة التقييدية الجامعة في جزء أول وتلك التي تجعل من المجتمع المدني فاعلا استراتيجيا لضمان حسن تطبيق مقتضيات الفصل في جزء ثان. اليوم وأمام اعتماد النص الدستوري الجديد والتغييرات التي أوردتها يمكن أن نتساءل عن مدى إمكانية اعتماد المجتمع المدني للطرح المعتمد سابقا في الدليل.

ويمكن التطرق للمسألة المطروحة من خلال جملة من التساؤلات أهمها:

- كيف يمكن للمجتمع المدني أن يكون مستفيدا من ضوابط القيد على الحقوق والحريات التي أوردتها الفصل 55 من الدستور؟
- أي دور للمجتمع المدني لضمان تفعيل مقتضيات الفصل 55 من الدستور حماية للحقوق والحريات؟

³ الدليل منشور على الرابط التالي:

<https://www.idea.int/sites/default/files/publications/guide-of-the%20-civil-society-in-the-application-of-article-49-of-the-constitution-ar.pdf>

1. كيف يمكن للمجتمع المدني أن يكون مستفيدا من ضوابط القيد على الحقوق والحريات التي أوردتها الفصل 55 من الدستور؟

لم يتوجه الفصل 55 من دستور 2022 إلى منظمات المجتمع المدني بصفة صريحة على غرار الفصل 49 من دستور 2014، إلا أنه يعتبر من أهم المعنيين مباشرة بمقتضيات هذا الفصل الذي يقدّم لكل الناشطين والفاعلين في مجال الحقوق والحريات آليات يمكن أن يستندوا إليها للدفاع عن الحقوق والحريات التي تكفل لهم الحق في التنظيم وممارسة نشاطهم بحرية وضمن الحقوق التي تدخل في مختلف مجالات نشاطهم وتدخلهم.

ومن الضروري الإشارة في هذا الإطار إلى أن دستور 2022 قد أبقى على جملة الحقوق والحريات المكرسة في دستور 2014 والمشمولة بضوابط التقييد التي كرسها الفصل 55 من الدستور والتي تنمى أجمالا مع ضوابط التقييد المكرسة في الفصل 49 من دستور 2014 كما بيناه أعلاه. كما أضاف نص الدستور حقوقا جديدة لبعض الفئات المهمشة كالأطفال المتخلى عنهم ومجهولي النسب وكذلك المسنين فاقدى السن.

ورغم عدم تنصيب دستور 2022 على «الحق في التنظيم» بصفة صريحة في توطئته، كما كرسه سابقا توطئة دستور 2014، فإن هذا الحق الدستوري يبقى مضمونا ومكرّسا بمقتضى أحكام الفصل 40 من الدستور الجديد التي أعادت تكريس نفس أحكام الفصل 35 من الدستور السابق. وينص الفصل على أنّ: «حرية تكوين الأحزاب والتّقايات والجمعيات مضمونة. تلتزم الأحزاب والتّقايات والجمعيات في أنظمتها الأساسية وفي أنشطتها بأحكام الدستور والقانون وبالشّفاية الماليّة ونبد العنف».

ولعلّ احتكام المجتمع المدني إلى ضوابط تقييد الحقوق والحريات المكرسة في الفصل 55 أصبح اليوم ضرورة ملحة أكثر من ذي قبل، فرغم عدم تغيير التكريس الدستوري للحقوق والحريات فإنه من الملاحظ اليوم، ومع تواصل العمل بالأحكام المنظمة لحالة الاستثناء، ظهور بوادر تقييدات تعسفية لجملة من الحقوق التي تتعلق بحرية التنظيم وخاصة بالحق في ممارسة النشاط المدني. ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى مسألتين حديثتين على سبيل الذكر لا الحصر:

- تتعلق المسألة الأولى بإمكانية إصدار مرسوم جديد لتنقيح أحكام المرسوم عدد 88 لسنة 2011 المتعلق بالجمعيات، وتشكل بعض أحكام مشروع المرسوم الجديد خرقا لمقتضيات الفصل 55 من الدستور وتراجعا عن بعض المكتسبات المتعلقة بضمان حرية التنظيم، كما يُستشف من خطابات السلطة الحاكمة ومن خلال مسودة مشروع التنقيح التي تمّ تداولها.

وتكمن خروقات مقتضيات الفصل 55 من الدستور فيما يلي:

من حيث الشكل القانوني للقيد، وجب أن تتم اليوم مراجعة المرسوم بقانون أساسي وليس بمرسوم.

أما فيما يتعلق بالضرورة لوضع القيد فوجب أن تكون ضرورة يستوجبها نظام ديمقراطي من ناحية وتتعلق بضمان أحد الأهداف المكرسة بالفصل 55 والمتعلقة بحماية حقوق الغير أو مقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصّحة العمومية، ومن الملاحظ في هذا الإطار أن ضرورة اتخاذ إجراءات تقييدية جديدة على الجمعيات تهدف أساسا إلى تضيق مجال نشاطها والتقليص من حرية عملها وتسهيل مزيد من الرقابة على عملها وهو ما يتنافى مع مقتضيات النظام الديمقراطي.

- المساس من جوهر الحق: يقرّ مشروع المرسوم بإمكانية الحلّ الآلي للجمعيات من قبل الإدارة العامة للجمعيات في رئاسة الحكومة وهو ما يعتبر نسفا لحق ممارسة النشاط دون تدخل.

- خرق مبدأ التناسب: يعتبر منع الجمعيات من الحصول على المساعدات والتبرعات والهيئات الأجنبية دون ترخيص مسبق من اللجنة التونسية للتحاليل المالية، إجراء تقييدا مجحفا ومتعسفا من شأنه تعطيل

نشاطهم و إعداده في حالة رفض الترخيص وهو إجراء لا يتلاءم مع الأهداف العامة المكرسة في الفصل 50 ولا مع الأهداف الخاصة المكرسة في الفصل 40 فيما يتعلق بالالتزام بالشفافية المالية المفروضة أثناء ممارسة النشاط وليس قبله كما أنه إجراء غير ضروري و غير موثم باعتبار أن الإلزام بنشر التقارير المالية وأحكام الرقابة المالية للدولة وتبسيط جزاء قانوني في حالة المخالفة تعتبر من الإجراءات الأكثر تناسبا.

• أما المسألة الثانية فتتعلق بالمرسوم عدد 54 المتعلق بمكافحة الجرائم المتصلة بأنظمة المعلومات والاتصال والذي يكرس أحكاما فيها مساس من جملة الحقوق والحريات الدستورية والضرورية لنشاط الجمعيات في مخالفة لمقتضيات الفصل 55 من الدستور. حيث تكرر أحكام هذا المرسوم تدايبرا من شأنها المساس من جوهر الحق في حرية التعبير والإعلام كما أنها لا تحترم مقتضيات التحفظ التشريعي لعدم وضوح النص فيما يتعلق بالأفعال التي تم تجريمها واعتماده لعبارة فضفاضة وغير دقيقة و كذلك من خلال إرساله لإجراءات تقييدية وعقوبات سالبة للحرية لا تستجيب لشرط الضرورة في نظام ديمقراطي، خاصة وأن صدور النص قد تزامن مع فترة انتخابية من المفترض أن لا يتم فيها التضييق على حرية التعبير والنشر والاعلام. كما أن التدابير التقييدية والعقوبات السالبة للحرية التي يعتمدها المرسوم لا تحترم مبدأ التناسب لكونها مجحفة ويمكن استبدالها بتدابير أخرى أقل ضررا على حقوق الأفراد.

إن اعتماد مثل هذه التشريعات المقيدة للحقوق والحريات يجعل من المجتمع المدني أمام حتمية وضرورة الاضطلاع بجملة الأدوار المناطة بعهدته للدفاع عن الحقوق والحريات وفق الضوابط المكرسة في الفصل 55 من دستور 2022.

2. أي دور للمجتمع المدني لضمان تفعيل مقتضيات الفصل 55 من الدستور حماية للحقوق والحريات؟

سبق وبيّنا في دليل المجتمع المدني جملة من السبل التي يمكن أن يعتمدها المجتمع المدني وأن تجعل منه بمختلف مكوناته ومنظّماته فاعلا استراتيجيا في ضمان تطبيق ضوابط الحد من الحقوق والحريات.

وسواء تعلق الأمر بالتشاركية والتعاون مع مؤسسات الدولة من حكومة وبرلمان في إعداد ومناقشة المبادرات التشريعية أو الرقابة على أعمالها أو التقاضي عند حدوث انتهاك للحقوق والحريات في خرق لمقتضيات الفصل 55 من الدستور أو المناصرة الحقوقية، فإنّ المنهجية المعتمدة والأليات المقترحة في الدليل تظلّ قائمة وفق نفس المبادئ والشروط.

ومن المهم في هذا الإطار الإشارة لبعض الإشكاليات المطروحة حديثا لدعم حسن تطبيق ضمانات الفصل 55 من الدستور وفقا للتغيرات المحدثة بمقتضى دستور 2022، فلئن حافظ الفصل 55 من الدستور على نفس الشروط والضمانات التي أوردها الفصل 49 من دستور 2014، إلا أنه يتنزل في إطار منظومة دستورية مختلفة عن المنظومة الدستورية الواردة في دستور 2014 وفي سياق سياسي متغير ويمكن الإقرار في هذا الإطار أنه وبالرغم من تنوع واتساع منظومة الحقوق والحريات من حيث التكريس في دستور 2022 إلا أن الضمانات المؤسساتية للحقوق والحريات قد شهدت تراجعاً و السياق السياسي يتسم بعزل منظمات المجتمع المدني من المشاركة في الشأن العام ومن الضروري في هذا الصدد العمل على:

1.2. تكريس التشاركية ودعم سبل التعاون في اعداد ومناقشة المبادرات التشريعية

أوكل الدستور الجديد الوظيفة التشريعية للبرلمان لكنه أحدث عليه تغييرات هيكلية ليصبح ذا مجلسين، ولم يتم بعد بعث النصوص القانونية والأنظمة الداخلية التي تنظم اختصاص وهيكل كل مجلس وتضبط العلاقة بينهما، وهو ما يجعل آليات التشارك والتعاون المأسسة بينها وبين منظمات المجتمع المدني والمعتمدة في السابق محل تساؤل في الوقت الراهن وإلى حين صدور النصوص القانونية المنظمة لعملها.

ومن الملاحظ في هذا الإطار توجه نحو التراجع عن المنهج التشاركي الذي كان معتمدا، فدستور 2022 لم يضمن مبدأ التشاركية الذي كان مكرّسا في توطئة وأحكام دستور 2014⁴، كما أن التوجه الحالي للسلطة قد أبدى تحفظا في تشريك منظمات المجتمع المدني في الواقع في سن الأحكام القانونية المعتمدة في المراسيم واتسم كذلك بتغييب في الوظائف العليا في الحكومة الحالية وفي رئاسة الجمهورية لوزير أو مستشار يعنى بالتواصل مع المجتمع المدني كما كان معهودا في السابق وأبقى فقط على إدارة عامة للمجتمع المدني على مستوى رئاسة الحكومة.

من المهم في هذا السياق أن تتم الدعوة إلى تشريك منظمات المجتمع المدني أثناء إعداد المبادرات التشريعية وكذلك أثناء مناقشة مشاريع القوانين ومن الضروري أن تقدّم الجمعيات والنقابات والمنظمات الوطنية رؤاها وتصوراتها في القوانين المحددة للحقوق والحريات بالاستناد الى مقتضيات الفصل 55 من الدستور.

2.2. التركيز على المراقبة ورصد الانتهاكات

تمّ التخلي في الدستور الجديد عن أغلب الهيئات الدستورية المستقلة والتي كانت وفق دستور 2014 تعمل على دعم الديمقراطية وتتمتع بالاستقلالية مما يُمكنها من القيام بدورها التقريري والتعديلي في عدة مجالات تتعلق بضمان الحقوق والحريات الدستورية، ولم يُبق دستور 2022 في هذا المجال إلا على الهيئة العليا المستقلة للانتخابات⁵ وتراجع عن دسرة هيئة الإعلام السمعي البصري وهيئة حقوق الإنسان وهيئة التنمية المستدامة وحماية حقوق الأجيال القادمة وهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد. وقد كان من المنتظر أن تلعب هذه الهيئات دورا حمايتيا فعالا في حال إرسائها وفقا لأحكام دستور 2014.

يعتبر هذا التوجه تراجعا فيما يتعلق بالآليات الدستورية لضمان الحكم الديمقراطي والحقوق والحريات باعتبار أن تغييب الهيئات الدستورية من البناء المؤسساتي الدستوري يجعل السلطة الحاكمة في حلّ من واجب استشارتها في التشريعات ذات العلاقة بالحقوق التي تكفلها كما كان ذلك مفروض بمقتضى دستور 2014. و يجعل من إمكانية احتكار السلطة التنفيذية للاختصاصات التي كانت منطاة بعهدتها وعدم بعث هيئات مستقلة بديلة للتعهد بذلك واردة.

تتضاعف من هذا المنطلق فرضية خضوع عملية تقييد الحقوق والحريات من قبل السلطة بصفة تعسفية واقعا وقانونا. وتتداعم طبيعيا نظام الحكم الذي تمّ إرساؤه والمتمثل في نظام رئاسوي تتمركز فيه كل السلط في يد رئيس الجمهورية، وتعتبر الحكومة في دستور 2022 مسؤولة عن تنفيذ السياسة العامة التي يحددها رئيس الجمهورية، مما يفتح المجال أمام إمكانية اعتماد التراتيب كوسيلة للتضييق على الحقوق والحريات.

4 تمّ تكريس المبدأ في الفقرة الثالثة من دستور 2014 «وتأسيسا لنظام ديمقراطي جمهوري تشاركي...»، وكذلك في الفصل 139: «تعتمد الجماعات المحلية آليات الديمقراطية التشاركية، ومبادئ الحوكمة المفتوحة، لضمان إسهام أوسع للمواطنين والمجتمع المدني في إعداد برامج التنمية والهيئة الترابية ومتابعة تنفيذها طبقا لما يرضيه القانون». 5 الباب الثامن من دستور 2022 يتعلق بالهيئة العليا المستقلة للانتخابات.

من المهم في هذا السياق أن يواصل المجتمع المدني دوره الرقابي على السلط وأن يعمل على رصد الانتهاكات ونشر التقارير وأن يعتمد سبل المناصرة الحقوقية بالاستناد إلى مقتضيات الفصل 55 من الدستور حتى لا تتم عملية تقييد الحقوق والحريات في خرق لضوابط التقييد الدستورية.

3.2. اللجوء إلى التقاضي الاستراتيجي

شمل التغيير الدستوري المدفوع في دستور 2022 باب السلطة القضائية، لكنه حافظ على ضمان حق التقاضي للجميع أمام مختلف المحاكم وحافظ على الاختصاصات القضائية للمحكمة الدستورية في مجال مراقبة دستورية القوانين⁶. يفتح تكريس الدفع بعدم دستورية القوانين النافذة⁷ المجال أمام مختلف منظمات ومكونات المجتمع المدني إمكانية الدفع بعدم دستورية القوانين التي تمّ اتخاذها سابقاً في مخالفة لشروط الفصل 55 من الدستور من بينها على سبيل الذكر الطعن في القانون عدد 4 لسنة 1969 المتعلق بتنظيم حق التظاهر والتجمع الذي لا يستجيب لشروط الفصل 55 من الدستور⁸. وكذلك الطعن لاحقاً في المراسيم المتخذة أثناء فترة الاستثناء وحال المصادقة عليها من المجلس التشريعي لتصبح قوانين⁹.

ويمكن اعتماد آلية التقاضي الاستراتيجي اليوم للطعن في المراسيم التي تمّ اتخاذها في فترة الاستثناء¹⁰ والتي قيّدت من الحقوق والحريات الدستورية دون مراعاة لمقتضيات الفصل 55 من الدستور من ذلك مثلاً المرسوم عدد 55 لسنة 2022¹¹ والمرسوم عدد 8 لسنة 2023¹² اللذان عدّلا القانون الانتخابي.

ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى بعض الخروقات التي تضمنها هذين المرسومين والتي يمكن أن تثار في إطار التقاضي الاستراتيجي أمام القاضي الإداري أو أمام القاضي الدستوري لاحقاً:

- مخالفة الشكل القانوني للقيّد: وجب أن يتم تنظيم المادة الانتخابية بمقتضى قانون أسامي وليس بمراسيم.
- مخالفة شرط الضرورة في مجتمع ديمقراطي: تستوجب الضرورة في مجتمع ديمقراطي الالتزام بالضوابط الدستورية والقانونية المفروضة وكذلك اعتماد انتخابات تعددية لا تعتمد على الإقصاء وقد اعتمد المرسومان على جملة من الأحكام الاقصائية.

6 ينص الفصل 127 من دستور 2022: «تختص المحكمة الدستورية بالنظر في مراقبة دستورية:

1. القوانين، بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو ثلاثين عضواً من أعضاء مجلس نواب الشعب أو نصف أعضاء المجلس الوطني للجهات والأقاليم، يُرفع إليها في أجل أقصاه سبعة أيام من تاريخ المصادقة على مشروع القانون أو من تاريخ المصادقة على مشروع قانون في صيغة معدّلة بعد أن تمّ ردّه من قبل رئيس الجمهورية.
2. المعاهدات التي يعرضها رئيس الجمهورية قبل ختم قانون الموافقة عليها.
3. القوانين التي تحلها عليها المحاكم إذا تمّ الدّفع بعدم دستورتها في الحالات وطبق الإجراءات التي يقرها القانون.
4. النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب والنظام الداخلي للمجلس الوطني للجهات والأقاليم اللذين يعرضهما عليها كل رئيس لهذين المجلسين.
5. إجراءات تنقيح الدستور.
6. مشاريع تنقيح الدستور للبتّ في عدم تعارضها مع ما لا يجوز تنقيحه حسب ما هو مقرر بهذا الدستور.
7. كريس الدستور مبدأ الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم وأحال تنظيم المسألة وضبط الإجراءات إلى قانون المحكمة الدستورية الذي لم يتم اعتماده بعد.
8. حول مخالفة هذا القانون لشروط تقييد الحقوق والحريات أنظر دليل المجتمع المدني ص 23 و 24.
9. لا يمكن الدفع بعدم دستورية المراسيم أمام المحكمة الدستورية، فحسب أحكام الفصل 127 من دستور 2022 الدفع بعدم الدستورية لا يشمل إلا القوانين النافذة.
10. رغم تحصين هذه المراسيم من الطعن بمقتضى الفصل 7 من الأمر الرئاسي عدد 117 لسنة 2021 إلا أن ذلك لا يمكن أن يقيد الحق في التقاضي والطعن في شرعيتها أمام القاضي الإداري استناداً لآليات التقاضي الاستراتيجي.
11. مرسوم عدد 55 لسنة 2022 مؤرّخ في 15 سبتمبر 2022 يتعلّق بتنقيح القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرّخ في 26 ماي 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء وإتمامه.
12. مرسوم عدد 8 لسنة 2023 مؤرّخ في 8 مارس 2023 يتعلّق بتنقيح القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرّخ في 26 ماي 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء وإتمامه.

- المساس من جوهر الحقوق: كرسّ المرسومون أحكاماً تحدّ من الحق في الترشح وتمس من مبدأ المساواة بين المواطنين والمواطنات دون تمييز ويعتبر منع التونسيين والتونسيات الحاملين للجنسيات الأخرى إعدام لجوهر الحقوق المشار إليها.
- عدم احترام مبدأ التناسب: إن التدابير التقييدية على الحق في الترشح تعتبر تدابير مجحفة وغير ملائمة وغير متوائمة مع الأهداف المكرسة في الفصل 55 من الدستور.
- المساس بمبدأ عدم التراجع: يمثل المنع المكرس في المرسومون تراجعاً عن الحقوق السياسية المضمونة بمقتضى نص الدستور الجديد.

دليل الجماعات المحلية والجهوية

في تطبيق مبدأ التناسب

بسام كراي

مقدّمة

الفصل 133: «تمارس المجالس البلدية والمجالس الجهوية ومجالس الإقليم والهيئات التي يمنحها القانون صفة الجماعة المحلية المصالح المحلية والجهوية حسبما يضبطها القانون». هكذا اختزل الباب السابع من دستور 25 جويلية 2022 الجماعات المحلية والجهوية في فصل وحيد، على خلاف دستور 26 جانفي 2014 الذي اعتمد تسمية الباب بالسلطة المحلية، مخصصا لها 12 فصلا وعدة مبادئ مادية وتنظيمية، إضافة للفصل 14 الذي نص على أن الدولة تعتمد النظام اللامركزي في إطار وحدة الدولة.

خيّر واضع دستور 2022 الرجوع إلى الصياغة القديمة للفصل 71 من دستور 1 جوان 1959، وهو ما يعكس الرغبة في القطع مع منظومة 2014 والعودة إلى الرؤية التي قام عليها «التنظيم اللامركزي» منذ أكثر من ستين سنة.

إن العدول عن تسمية الباب بالسلطة المحلية وتفضيل تسميته بباب الجماعات المحلية والجهوية يعكس التراجع عن المكتسبات التي جاء بها الدستور الملغى. كما أن الصياغة المعتمدة تحصر نطاق الدسترة في «ممارسة المجالس والهيئات على اختلاف مستوياتها للمصالح المحلية والجهوية»، دون دسترة للأشخاص المعنوية التي تنضوي في إطارها، وذلك على عكس دستور 2014 الذي دسّر البلديات والجهات والأقاليم كسلط محلية.

كما يُعدُّ التخلي عن مقتضيات الفصل 14 من باب المبادئ العامة في دستور 2014، والذي كان يكرس خيار التزام الدولة باللامركزية واعتمادها في كل التراب الوطني في إطار وحدة الدولة، دلالة واضحة عن عدم فناعة مؤسس دستور 2022 بفلسفة الدولة اللامركزية كشكل تنظيمي يقر للوحدات المحلية بذاتها وبقدرتها على تسيير شؤونها دون تدخل مباشر من السلطة المركزية التي تبقى لها آليات رقابة بعدية تضمن لها حماية وحدة الدولة. بذلك، يضبط المشرع وحده في إطار المنظومة الجديدة القواعد التنظيمية التي تتأسس عليها الجماعات المحلية، ودون أن يكون للمحكمة الدستورية أي مرجعية داخل النص الدستوري لمراقبة مدى احترامها لمقومات اللامركزية، ومنها بالأساس حرية التدبير المحلي.

بالتوازي مع التمييز بين المستويات الثلاث للهيئات (مجالس بلدية/ مجالس جهوية/ مجالس الأقاليم)، يقيم الفصل 133 تمييزا ثنائيا فحسب للمصالح التي تمارسها هذه المجالس (مصالح محلية/ مصالح جهوية) متجاهلا ضبط المصالح التي تعمل في إطارها مجالس الإقليم، في حين اعتمد مؤسس دستور 2014 على مفهوم المصالح المحلية، تاركا للمشرع تخصيص مفاهيم المصالح المحلية والمصالح الجهوية ومصالح الإقليم.

إضافة إلى عدم دقة الفصل 133 من ناحية استعمال المفاهيم، فإن الفصل 75 من دستور 2022 المتعلق بمجال القوانين الأساسية، يقر بأن المجالس المحلية (لم يستعمل هنا المؤسس نعت البلدي ما هو الحال في الفصل 133) والمجالس الجهوية ومجالس الإقليم والهيئات التي يمنحها القانون صفة الجماعة المحلية تدخل في مجالات القانون الأساسي، في حين استعمل دستور 2014 عبارة السلطة المحلية على إطلاقها، بمعنى أنها تشمل كل ما يتعلق بها دون تخصيص أو تحديد. إلا أن الفصل 75 قد يوحي بأن مجالات تدخل القانون الأساسي في ظل دستور 2022 تقف عند حدّ تنظيم المجالس البلدية والجهوية ومجالس الأقاليم من ناحية هيكلتها واختصاصاتها، بمعنى أن القراءة الضيقة لأحكامه قد تخرج المجالات التي لا تتعهد بها المجالس من نطاق القانون الأساسي، وكذلك الشأن ببقية الهيئات المحلية.

هذا التعاطي الدستوري للمسألة المحلية له تداعيات على مستوى علاقة الجماعات المحلية بالسلط المُؤبَّسة (السلطة التشريعية والتنفيذية بتفرعاتها) أولا، وعلى اختصاصاتها في مجال وضع الضوابط على الحقوق والحريات، ثانيا.

1. تداعيات المنظومة الدستورية الجديدة على مستوى علاقة الجماعات المحلية بالسلط المؤسّسة

لئن كان الفصل 49 من دستور 2014 يحيي الجماعات المحلية من تدخلات السلطة التشريعية من خلال تمتع الجماعات المحلية نفسها بمجموعة من الحقوق والحريات¹، فإن الفصل 55 من دستور 2022 يقصر عن تحقيق هذه الحماية بالنظر إلى أنه لم تنص على حرية التدبير المحلي ضمن الحريات المقررة به على خلاف دستور 2014 في فصله 131.

إن حرية التدبير المحلي تعد العصب الأساسي الذي تقوم عليه اللامركزية ومحرار تمتع الجماعات المحلية بصلاحيات توجيه المصلحة المحلية، لوضع ضوابط على ممارسة الحقوق والحريات وفق الضوابط التي أقرها الدستور.

إن حرية التدبير المحلي لا تعد مجرد مبدأ تنظيمي للدولة بل هي حرية أساسية، باعتبار أن الشخصيات المعنوية تتمتع بحريات تتناسب مع طبيعتها شأنها في ذلك شأن الأشخاص الطبيعية. وتأسيسا على اعتبار حرية التدبير المحلي حرية أساسية، فإن المشرع ضمن المنظومة الدستورية السابقة كان مقيدا عند وضع الضوابط عليها بمقتضيات الفصل 49، بمعنى أنه لا يمكن أن يأتي بقيود من شأنها إفراغ حرية التدبير من محتواها، وإن فعل ذلك فإن يخرق الدستور. وكان يمكن للجماعات المحلية، على المستوى المبدئي والنظري، أن تدفع بعدم دستورية القانون بمناسبة قضية في الأصل ضد أي تدبير اتخذ تطبيقا لهذا النص التشريعي يفرغ حرية التدبير المحلي من محتواها. بذلك، يعد اعتبار حرية التدبير المحلي من قبيل الحريات الأساسية المضمونة دستورية ضمانتها ضد كل تجاوز تشريعي بمقتضى القوانين.

على خلاف دستور 2014، لم تتم دسترة حرية التدبير المحلي في الدستور الجديد، وهو ما يجعل المشرع في حل من كل ضابط دستوري، بل إنه يستطيع أصلا إفراغ السلطة المحلية من جوهرها وهو التدبير الحر لمصالح متساكنها، من خلال إقرار المصادقة المسبقة للسلطة اللامحورية على أعمالها وإقرار اجراء الترخيص، وهو ما يعيد النظام المركزي إلى مجرد تنظيم شكلي فارغ المحتوى وخاضع للسلطة المركزية.

لقد كانت السلطة التشريعية سنة 2018 عند إقرارها مجلة الجماعات المحلية مقيدة بالحماية الدستورية لحرية التدبير المحلي، إذ احترمت الضوابط التي تقتضها ضمن الأحكام التي تضمنتها مجلة الجماعات المحلية، سعيا منها إلى احترام الدستور حتى في غياب مراقبة لدستورية القوانين. أما مشروع منظومة 2022 فليس له أي سقف دستوري عليه التقيد به عند إقرار نص قانوني جديد ينظم الجماعات المحلي أو عند تعديله للمجلة الحالية بالنظر إلى عدم إقرار حرية التدبير المحلي.

هذا ويمكن أن يضيق مجال تدخل السلط الضبطية بعنوان المصلحة المحلية، إذ يمكن للمشرع أن يسحب من السلط المحلية اختصاص الضبط في بعض المجالات بعنوان ضمان وحدة الإجراءات على الصعيد الوطني وذلك بإحالتها للسلط اللامحورية، من ذلك قد يتراجع المشرع عن بعض المجالات التي يعدها الفصلين 266 و267 وهما عنواني اختصاص الجماعات المحلية.

إن السند التشريعي للإجراء الضبطي يوجد بالأساس في مجلة الجماعات المحلية وكذلك في بقية القوانين الخاصة. ويجب على الجماعات المحلية التحري جيدا في نطاق اختصاصها خاصة في صورة تواتر القوانين المعدلة والتي يمكن أن تضيق من مجال التدخل الضبطي للجماعات المحلية، أو لأن يتم تنزيل بعض المجالات من رتبة القوانين الأساسية إلى رتبة الأوامر تأسيسا لما ذكرناه سابقا في خصوص التداعيات القانونية لدسترة مفاهيم المجالس البلدية والجهوية ومجالس الإقليم عوض الجماعات المحلية نفسها.

فلئن أطلقت مجلة الجماعات المحلية اختصاصات البلديات بالخصوص في مجالات التهيئة الترابية والتعمير والمخططات

1 راجع الدليل، الصفحات من 13 إلى 17.

والبرامج وتسيير المرافق العامة المحلية والعقود الادارية، فإن الرؤية المحترزة التي يحملها دستور 2022 بخصوص اللامركزية ستعكس بالضرورة على الخيارات التشريعية بتضييق نطاق التدخل، وبالتبعية بالنسبة للسلطات الضبطية. لذا وجب التحري في السند التشريعي عند تقييد الحقوق والحريات من قبل مختلف الجماعات المحلية.

تجدر الإشارة إلى أن السلطة التشريعية تبقى مقيدة عند تنظيمها بضوابط الفصل 55 عند تقييدها لبعض الحقوق التي تتمتع بها الجماعات المحلية بوصفها شخص معنوي، منها حق النفاذ إلى المعلومة وحق الملكية وحق التقاضي.

كما تمتد التداعيات السلبية للصياغات الدستورية الحالية إلى إمكانية عدم تمكن السلطة القضائية من إجراء رقابة التناسب ومدى احترام مقتضيات الفصل 55 بموجب تدخل المشرع في إفرار حرية التدبير المحلي من محتواها بالنظر إلى أنها ليست من الحريات المضمونة دستوريا، كما سبق ذكره، بذلك تضرب السلطة المحلية في صميمها وجوهرها.

أما من حيث تنظيم السلطة التشريعية، فإن دستور 2022 أقر بوجود مجلس نيابي أول يسمى مجلس نواب الشعب ومجلس نيابي ثان يسمى مجلس الجهات والأقاليم والذي حددت الفصول 84 و85 و16 اختصاصاته المتمثلة في المصادقة على المشاريع المتعلقة بميزانية الدولة ومخططات التنمية الجهوية والإقليمية والوطنية لضمان التوازن بين الجهات والأقاليم وعلى الاتفاقيات وعقود الاستثمار المتعلقة بالثروات الوطنية. قد تتضمن مخططات التنمية والاتفاقيات والعقود مساسا ببعض الحريات والحقوق (حرية التنقل/ حق الملكية/ حق الشغل...)، بذلك فإن الالتزام بمقتضيات الفصل 55 ينسحب على كلا المجلسين، الذي لكل منهما حق الطعن في دستورية مشاريع القوانين. وتبقى ممارسة حق الطعن بعنوان خرق الفصل 55 مرتبطة بتوفر نصاب ثلث أعضاء مجلس نواب الشعب ونصف أعضاء مجلس الجهات والأقاليم وبطبيعة التوازنات السياسية في المجلسين.

كما أن عدم وجود إرث دستوري في مجال مراقبة دستورية القوانين المتعلقة بالسلطة المحلية يجعل من فرضية لعب القاضي الدستوري لدور هام في بلورة مبدأ التدبير الحر ضعيفة التحقق، على خلاف القاضي الإداري الذي بلور منذ عقود في إطار نظام الدولة المركزية لعديد القواعد والمبادئ عند نظره في شرعية قرارات إدارية صادرة في المجال المحلي. فقد بلور القاضي الإداري حولاً فقه قضائية ارتقت إلى مستوى المبادئ العامة، من ذلك اعتماده لمبدأ التناسب في مجال الضبط الإداري المحلي في غياب لأي تنصيص لذا المبدأ في النصوص النافذة.

2. التداعيات في علاقة بالسلطة المركزية وتفرعاتها

تعكس الصياغة الجديدة -القديمة للفصل 133 لتصور سياسي للعلاقة بين السلطة المركزية والمحلية والتي لها تداعيات على منظومة ممارسة الحقوق والحريات على الصعيد المحلي، من خلال التراجع عن التكريس الدستوري لمجموعة المبادئ التنظيمية والأصولية التي تحكم اللامركزية، منها بالخصوص الرقابة البعيدة على أعمال الجماعات المحلية. إن الرجوع للرقابة القبلية من خلال إجراء المصادقة على أعمال الهيئات المحلية قد يفرغ هامش التقدير الذي تتمتع به سلط الضبط الإداري العام، المتمثلة في رؤساء البلديات.

كما يترجم تراجع الدستور عن عنوانه الباب من السلطة المحلية إلى الجماعات المحلية تحولا جذريا للمعادلة التي أراد دستور 2014 إيجادها بين السلطة المركزية والسلطة المحلية من خلال الإقرار الدستوري للاستقلالية المالية والإدارية للجماعات المحلي. كما إن العدول عن دسترة مبدأ التفريع الذي يتجاوز من كونه مبدأ تنظيمي للاختصاصات العمودية بين ما هو مركزي ومحلي، ليعكس جوهر النظام الديمقراطي المقام على إرجاع الاختصاص الأصلي والمبدئي للمحلي فيما يخص ترتيب الشأن المحلي، وترك تدخل المركزي استثنائياً ومرتباً بمبدأ الضرورة والتناسب. نذكر في هذا الإطار، أن اكتساح مبدأ التفريع، والذي تعود أصوله إلى المجال الحربي والتنظيم الكنسي، للأنظمة السياسية كان في سياق الديمقراطية بتحديد اختصاصات السلطة المركزية التي أدى تعاضلها إلى تقييد مفرط للحقوق والحريات. لذا، تأسست النظم الديمقراطية الحديثة على هذا

المبدأ لتحويل مركز القرار إلى المستوى محلي وتجريد المستوى المركزي من كل اختصاص قبلي في مجال السلط المحلية وجعل القضاء بمثابة الحكم بينهما.

في هذا الإطار، أقر دستور 2014 حماية قصوى لاختصاصات الجماعات المحلية، منها في مجال ضبط الحقوق والحريات، من خلال تقييد صلاحيات المشرع بمبدأ التفرع، ذلك أنه لم يكن بإمكانه سحب اختصاص ضبطي من الجماعات وإحاله إلى السلطة المركزية أو إلى ممثلها دون تبرير ذلك من جهة احترامه لضرورة تحويل الاختصاص وتناسبه مع مبدأ التفرع. لذا، كان للجماعات المحلية اختصاص عام ومبدئي في المجال الضبطي، عبر عنه الفصل 18 من مجلة الجماعات المحلية.

إن عدم دسترة هذا المبدأ يجعل المشرع في حل من أي ضابط عند التقليل من التضييق من هامش الاختصاصات التي تعود للمجالس المحلية ولرؤساء البلديات في علاقة بتقييد الحقوق والحريات. هذا، وسيكون للقاضي الدستوري دور مفصلي في إعادة الحياة لمبدأ التفرع من خلال اعتباره مبدأ أصوليا يحكم النظام الديمقراطي الذي نص عليه الفصل 55.

3. التدايعات على صلاحيات الجماعات المحلية في مجال الضبط الإداري

إن التعديل الهام الذي جاء به دستور 2022 يتمثل في مراجعة الأهداف المشروعة التي يجب على كل سلطة احترامها عند اتخاذ أي تدبير ضبطي. فلئن تمت المحافظة على الأهداف المرتبطة بالأمن الدفاع العام والصحة العمومية وحقوق الغير، فإنه تم حذف هدف الآداب العامة، بمعنى أن الإجراء الضبطي لا يمكن أن يتأسس عليه، وإلا فإنه يعتبر قرارا غير دستوري بالنظر لمخالفته للفصل 55 الذي تضمن قائمة حصرية للأهداف والتي لا يمكن للجماعات المحلية التوسع فيها بإضافة أهداف أخرى كالآداب العامة أو الأخلاق الحميدة.

تجدر الملاحظة أن الهدف الدستوري المتمثل في حماية حقوق الغير يُعد من الأهداف القابلة للتمدد باستيعاب أغراض أخرى، لذا على الجماعات المحلية أن تعقلن تعاملها مع هذا الهدف لكيلا تعيد ادخال الآداب العامة من خلال تأويل حقوق الغير على أساس استيعابها له.

طالما انصرفت إرادة واضع الدستور إلى حذف هذا الهدف فيجب مراعاة هذا الخيار بمراعاة موجبات التأويل العقلاني لهدف حقوق الغير لا فحسب من قبل الجماعات المحلية بل كذلك من قبل القاضي الإداري. تجدر الملاحظة أن القاضي الفرنسي أضاف أهداف الأخلاق الحميدة في قراره الشهير Societe film Lutitia في غياب أي ضبط دستوري للأهداف المشروعة.

كما أن عدم دسترة البعد المدني للدولة لا ينفي أنه يبقى من متعلقاتها، ذلك أن الدولة الديمقراطية تكون بالضرورة مدنية وغير دينية ولا عسكرية، ذلك أن الدولة الديمقراطية الحديثة قامت على أنقاض الدولة الدينية. لذا لا يجب أن يفهم عدم التنصيص عليها تراجعاً عنه بل يجب قراءة النظام الديمقراطي على أساس أنه بالضرورة نظام مدني.

حول المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات (International IDEA) هي منظمة حكومية دولية تضم دولاً أعضاء وعددها 34، تأسست في عام 1995 وتمثل ولايتها في دعم الديمقراطية المستدامة في جميع أنحاء العالم.

ماهو عملنا

نقوم بتطوير أبحاث صديقة للسياسات تتعلق بالانتخابات، البرلمانات، الدساتير، التحول الرقمي، تغير المناخ، والمشاركة والتمثيل السياسي، كل ذلك تحت مظلة أهداف التنمية المستدامة للأمم المتحدة. ونقوم بتقييم أداء الديمقراطيات في جميع أنحاء العالم من خلال مؤشراتنا العالمية الفريدة لحالة الديمقراطية ومتبوع الديمقراطية (Democracy Tracker).

كما نقدم تنمية القدرات ومشورة الخبراء للجهات الفاعلة الديمقراطية بما في ذلك الحكومات، البرلمانات، مسؤولي الانتخابات والمجتمع المدني. كما نقوم بتطوير الأدوات ونشر قواعد البيانات والتقارير والكتب الأساسية بعدة لغات حول مواضيع تتراوح من إقبال الناخبين إلى حصص النوع الاجتماعي.

ونقوم بالجمع بين الدول والجهات الفاعلة من غير الدول من أجل الحوار وتبادل الدروس. نحن نقف وننادي لتعزيز وحماية الديمقراطية في جميع أنحاء العالم.

أين نعمل

يقع مقرنا الرئيسي في ستوكهولم، ولدينا مكاتب إقليمية وقطرية في إفريقيا، آسيا والمحيط الهادئ، أوروبا، وأمريكا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي. المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات مراقب دائم لدى الأمم المتحدة ومعتمدة لدى مؤسسات الاتحاد الأوروبي.

منشوراتنا وقواعد بياناتنا

لدينا دليل منشورات يضم أكثر من 1.000 منشور وهناك أكثر من 25 قاعدة بيانات متيسرة على موقعنا. يمكن تنزيل معظم منشوراتنا مجاناً.

<https://www.idea.int>



أصدرت المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات سنة 2021 مجموعة من الأدلة العملية حول الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 لفائدة مختلف الأطراف المعنية بتطبيق هذه المادة الجامعة التي وضعت الشروط والمعايير المتعلقة بالحد من الحقوق والحريات في الدستور التونسي. وتهدف هذه الأدلة إلى وضع منهجية واضحة وبمبسطة لتطبيق مبدأ التناسب المكرس صلب هذا الفصل، كما تقترح آليات عملية لتفعيله تستجيب لخصوصيات مختلف الجهات المستهدفة : السلطة التشريعية، السلطة التنفيذية، المجتمع المدني، الهيئات المستقلة، الجماعات المحلية، القاضي العدلي، القاضي الإداري والقاضي الدستوري.

وقد حافظ مبدأ التناسب على مكانته الدستورية إثر صدور دستور 25 جويلية 2022. إذ حافظ الفصل 55 من الدستور الجديد على نفس عبارات الفصل 49 من دستور 2014 تقريبا مع إدخال بعض التعديلات التي لاتنال من الفلسفة العامة للفصل. وفي هذا الإطار، تقدم المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات قراءة محينة للأدلة الموجهة إلى مختلف الجهات المذكورة سابقا في ضوء الفصل 55 من دستور 2022. تسعى هذه القراءة المحينة إلى بيان التغييرات الواردة على المادة الجامعة المكرسة لمبدأ التناسب في الدستور التونسي، خاصة في ظل تبني الدستور الجديد لنظام سياسي مختلف عن سابقه، إلى جانب تخليه عن عدد هام من الهيئات الدستورية. وهو ما يستوجب إعادة النظر في الآليات العملية المتاحة لمختلف السلطات والجهات المعنية بتطبيق الفصل 55 بشكل عام. كما تقدم هذه القراءة المحينة إجابات لجملة من الإشكاليات القانونية التي يمكن أن تعترض مختلف الفئات المعنية بتطبيق المادة الجامعة، كل حسب اختصاصه.

Federal Foreign Office
1 Werderscher Markt
Berlin 11013
موقع الإنترنت: www.auswaertiges-amt.de

International IDEA
Strömsborg
Stockholm 34 103-SE
Sweden
الهاتف : +46-8-698 37 00
البريد الإلكتروني: info@idea.int
موقع الإنترنت: www.idea.int

