

دليل القاضي الدستوري

في تطبيق الفصل 49 من الدستور

مدخل القاضي الدستوري لمراقبة احترام ضوابط الحدّ من الحقوق والحريات

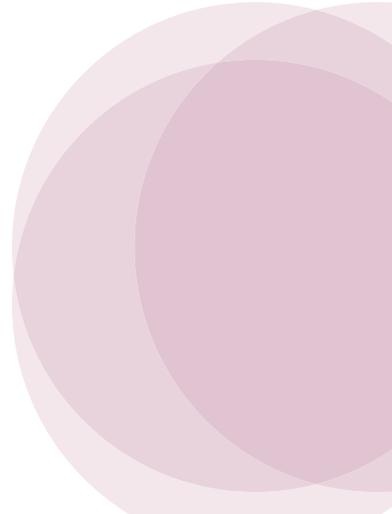


دليل القاضي الدستوري

في تطبيق الفصل 49 من الدستور

مدخل القاضي الدستوري لمراقبة احترام ضوابط الحدّ من الحقوق والحريات

سلوى الحمروني



التمهيد العام والإشراف على الأدلة العمليّة سلوى الحمروني

فريق المراجعة من بين مجموعة العمل المتابعة للمشروع
شفيق صرصار سلسبيل القليبي

التدقيق العام: منية بلعربي

تمّ إنجاز هذا الدليل في إطار أنشطة المشروع المتعلق بتطبيق الفصل 49 من الدّستور والموسوم:
"معاً من أجل حقبة جديدة لحماية الحقوق الأساسية في تونس"
بتمويل من وزارة الخارجية الألمانية

© 2021 المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

دليل القاضي الدستوري في تطبيق الفصل 49 من الدستور
Guide of the Constitutional Judge in the Application of Article 49 of the 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 وبه وكذلك تعديله وبمبته بشرط أن يستخدم لأغراض غير تجارية فقط، وأن يذكر المصدر على النحو الصحيح، ويتم توزيعه برخصة مماثلة.

لمزيد من المعلومات عن رخصة المشاع الإبداعي، أنظر:

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

تُوجّه الطلبات لترخيص إعادة إنتاج أو ترجمة كل هذا المنشور أو أي جزء منه إلى:

International IDEA	Federal Foreign Office
Strömsborg	Werderscher Markt 1
SE -103 34 Stockholm	11013 Berlin
Sweden	Website: www.auswaertiges-amt.de
Tel: +46-8-698 37 00	
Fax: +46-8-20 24 22	
Email: info@idea.int	
Website: www.idea.int	

التصميم والإخراج الفني: داليا العزب، القاهرة
صورة الغلاف: Wassily Kandinsky, 1914
الرقم المعياري الدولي للكتاب (PDF): 978-91-7671-421-8
الرقم المعياري الدولي للكتاب (المطبوع): 978-91-7671-420-1

مُعَرَّف الوثيقة الرقمي (DOI): <https://doi.org/10.31752/idea.2021.46>

المحتويات

ix	تمهيد عام حول الفصل 49 من الدستور
xii	1. ما هي الحقوق المعنية بالفصل 49 ؟
xiii	2. متى يمكن الخروج عن مقتضيات الفصل 49 ؟
xvi	3. هل يغنينا الفصل 49 عن التحديدات الخاصة لبعض الحقوق؟
xvii	4. ماهي موجبات الحدود على الحقوق والحريات؟
xx	5. شرط الضرورة في دولة مدنية ديمقراطية
xxi	6. شرط عدم المساس بجوهر الحق
xxii	7. شرط التناسب بين الضوابط وموجباتها
xxiii	8. لمن يتوجه صراحة الفصل 49؟
2	مقدمة الدليل
	الجزء الأول - دور القاضي الدستوري في حماية الحقوق والحريات من خلال الرقابة
10	الدستورية الخارجية
11	القسم الأول - رقابة الدستورية تقتضي رقابة احترام التحفظ التشريعي
11	الفرع الأول - القاضي الدستوري وضمان احترام الاختصاص التشريعي لتحديد ضوابط الحقوق والحريات وممارستها
16	الفرع الثاني - كيف يمكن للقاضي الدستوري مراقبة الشروط الإجرائية للنص القانوني الذي يحد من الحقوق والحريات؟
16	الفقرة الأولى - رقابة الدستورية من خلال ضمان إجراء الاستشارة الوجدية
19	الفقرة الثانية - الرقابة على الدستورية من خلال حماية المبادرة التشريعية
20	القسم الثاني - كيف يمكن أن تكون جودة التشريع شرطا من شروط احترام مقتضيات الفصل 49؟
21	الفرع الأول - التثبيت من إتاحة القانون
22	الفرع الثاني - التثبيت من وضوح القانون
22	الفقرة الأولى - فقه القضاء الوطني
25	الفقرة الثانية - فقه القضاء الدولي
25	الفقرة الثالثة - القوانين وفقه القضاء المقارن
28	الجزء الثاني - كيف يتثبت القاضي الدستوري من شرط عدم المساس بجوهر الحق؟
30	القسم الأول - ما جوهر الحق؟

31 القسم الثاني - جوهر الحق كما يراه فقه القضاء الوطني
32 القسم الثالث - جوهر الحق كما يراه فقه القضاء المقارن
32 الفرع الأول - المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان
33 الفرع الثاني - محكمة العدل الأوروبية
33 الفرع الثالث - اللجنة الأومية للحقوق المدنية والسياسية

● الجزء الثالث - حماية القاضي الدستوري للحقوق والحريات من خلال رقابته على علاقة

36 مشروع القانون أو القانون بالهدف المراد حمايته: شرط الضرورة الخارجية
38 القسم الأول - مدنية الدولة كضرورة تبرّر الحد من الحقوق والحريات الدستورية
39 القسم الثاني - ديمقراطية الدولة كضرورة تبرّر الحدّ من الحقوق والحريات الدستورية
43 القسم الثالث - الموجبات الدستورية لتحديد الحقوق والحريات في دولة مدنية ديمقراطية
43 الفرع الأول - حماية حقوق الغير أو كيف يجابه القاضي الدستوري تزامم الحقوق والحريات؟
43 الفرع الثاني - كيف يمكن للقاضي الدستوري حماية الأمن العام والدفاع الوطني في
45 كنف احترام الحقوق والحريات الدستورية؟
45 الفرع الثالث - دور القاضي الدستوري في الرقابة على الحد من الحقوق الحريات على أساس
48 الآداب العامة: حتى لا تكون الآداب العامة مدخلا للاعتداء على الحقوق والحريات
48 الفرع الرابع - دور القاضي الدستوري في الرقابة على الحد من الحقوق الحريات على
51 أساس الصحة العامة

● الجزء الرابع - دور القاضي الدستوري في فرض احترام التناسب بين الضوابط وموجباتها:

54 من أجل فقه قضاء دستوري قائم على اختبار التناسب
55 القسم الأول - أي أهمية لاختبار التناسب؟
62 القسم الثاني - في قياس الملاءمة
62 الفرع الأول - قياس الملاءمة من قبل القاضي الدولي
63 الفرع الثاني - قياس الملاءمة من قبل المحاكم الدستورية
68 القسم الثالث - في قياس الضرورة الداخلية
68 الفرع الأول - قياس الضرورة في فقه القضاء الدولي

71 الفرع الثاني - قياس الضرورة في فقه القضاء الدستوري المقارن
74 القسم الرابع - في قياس التناسب في مفهومه الضيق
75 الفرع الأول - قياس التناسب في معناه الضيق في فقه القضاء الدستوري
79 الفرع الثاني - قياس التناسب في معناه الضيق من قبل القاضي الدولي
82 ● الجزء الخامس - كيف يضمن القاضي الدستوري مبدأ عدم التراجع في مجال الحقوق والحريات؟
83 القسم الأول - تكريس مبدأ عدم التراجع عن الحقوق والحريات من خلال مراقبة القاضي الدستوري لما هو قابل للتعديل
86 القسم الثاني - تكريس مبدأ عدم التراجع عن الحقوق والحريات من خلال مراقبة القاضي الدستوري لاحترام إجراءات تعديل الدستور
88 الملحق
107 حول المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

تهديد عام

حول الفصل 49 من الدستور

سلوى الحمروني

لم يقع اللجوء إلى مبدأي الضرورة والتناسب للحد من الحقوق والحريات بقدر ما نلاحظه اليوم أثناء جائحة "كوفيد-19" وذلك لما تمثله الحدود المفروضة هنا وهناك من خطر على الحريات إذا لم يقع تأطيرها وتحديد أثارها في الزمان والمكان وحسب الوضعيات.

وأول منظمة اهتمت بالمسألة هي منظمة الأمم المتحدة من خلال بيان مفوَّضة الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان أمام مجلس حقوق الإنسان¹ ومن خلال مجموعة توجيهاً للدول لعل أهمها "أن تكون التدابير متناسبة مع المخاطر التي تم تقييمها، وهي ضرورية وتطبق بطريقة غير تمييزية. وهذا يعني وجود تحديد للمدة، واتخاذ أقل نهج ممكن للتدخل لحماية الصحة العامة".

كما أضافت التوصيات بأنه "يجب استخدام سلطات الطوارئ لتحقيق أهداف الصحة العامة المشروعة، وليس استخدامها كأساس لقمع المعارضة أو إسكات عمل المدافعين عن حقوق الإنسان أو الصحفيين مع التذكير ببعض الحقوق غير قابلة للانتقاص، بما في ذلك مبدأ عدم الإعادة القسرية وحظر الطرد الجماعي وحظر التعذيب وسوء المعاملة واستخدام الاعتقال التعسفي"²، هذا على مستوى المنظمات الحكومية.

أما على مستوى المنظمات غير الحكومية، فنذكر الوثيقة التي أصدرتها اللجنة الدولية للحقوقيين يوم 6 أبريل/ نيسان 2020 والتي دعت فيها الدول إلى احترام التزاماتها الدولية حتى أثناء حالات الطوارئ أو في مجال الصحة العامة مثلما هو الحال مع جائحة "كوفيد-19". وطالبت اللجنة باستناد القيود المفروضة على ممارسة الحقوق أو حالات عدم التقييد على القانون الدولي لحقوق الإنسان "على أن تستوفي التدابير حماية المعايير القانونية، وعدم التمييز، والضرورة، والتناسب"³.

إن تعالت هذه الأصوات المنبّهة لخطورة الحدود الاعتبارية لحقوق الإنسان، فإن ذلك يرجع إلى افتقار بعض الدول الإطار الدستوري أو القانوني الذي يحدد شروط القيود المفروضة على الحقوق وإلى حداثة عهد البعض الآخر بآليات حماية الحقوق حتى في حالات الطوارئ.

ويمكن أن ندرج تونس ضمن هذا الصنف الأخير باعتبارها ديمقراطية ناشئة لم تستكمل آليات الرقابة الضرورية على القيود المفروضة على حقوق الإنسان رغم تبني دستور جديد سنة 2014.

يمثل الفصل 49 من دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 حجر الأساس في مادة الحقوق والحريات. فبعد أن ترددت السلطة التأسيسية حول كيفية التعرض لحدود ممارسة الحقوق والحريات المضمونة بالدستور، أقرت في نهاية الأمر فصلاً نعبّر عنه بالمادة الجامعة نسوق نصه :

1 "العديد من الحكومات يواجه قرارات صعبة. وقد تبرز ضرورة اعتماد تدابير طوارئ للتصدي لحالة الطوارئ الصحية هذه. ولكن حالة الطوارئ لا تشكل عذراً لتجاهل التزامات حقوق الإنسان. ويجب أن تكون تدابير الطوارئ ضرورية ومتناسبة لتلبية الحاجة الطارئة. ويجب أن يبلغ الناس بكامل تدابير الطوارئ وبمدة سريان مفعولها. ويجب تطبيق إجراءات الطوارئ بإنصاف وإنسانية. وفي حال تم ارتكاب أي فعل جرمي، يجب أن تكون العقوبة متناسبة مع الفعل الجرمي وبحسب ما ينص عليه القانون. يساورني قلق بالغ حيال تبني دول معينة صلاحيات طوارئ غير محدودة وغير خاضعة للانتقاد. ففي بعض الحالات القليلة، يُستخدم الوفاء لتبرير تعديل تشريعات عادية فتسمى قمعية، وتبقى سارية لفترة طويلة بعد انتهاء حالة الطوارئ". بيان 9 أبريل/ نيسان 2020. www.ohchr.org/AR/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=25785&LangID=A

2 www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/COVID-19Guidance.docx&action=default&DefaultItemOpen=1

3 www.icj.org/wp-content/uploads/2020/05/Universal-ICJ-courts-covid-Advocacy-Analysis-brief-2020-ENG-arabic.pdf?fbclid=IwAR_1i20_mLpHsR-qriZjswrHamPuvaOXrQew262EX0GgkbUwS7R_Qgj-dLoU

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

لفهم مقتضيات الفصل 49، لا بد من الرجوع إلى تطور آليات الحد من الحقوق والحريات في المنظومة الدستورية التونسية. ففي دستور غرة جوان/ حزيران 1959، كان الاختيار التأسيسي مبنيا على ازدواجية التحديدات، بين التحديدات الخاصة التي تعلقت ببعض الحقوق والحريات والتحديد العام الذي جاء بالفصل السابع من الدستور.

جاءت التحديدات الخاصة متعددة ومبعثرة فتعلقت مثلا بحرية الفكر والتعبير والصحافة والنشر والاجتماع وتأسيس الجمعيات⁴ أو تكوين الأحزاب وتنظيمها⁵ أو حرمة المسكن وسرية المراسلة وحماية المعطيات الشخصية⁶، كما تعلقت بحرية التنقل داخل البلاد وإلى خارجها وباختيار مقر الإقامة في حدود القانون⁷.

أما الفصل السابع، فقد نصّ على ما يلي: "يتمتع المواطن بحقوقه كاملة بالطرق والشروط المبينة بالقانون، ولا يجد من هذه الحقوق إلا بقانون يتخذ لاحترام حقوق الغير ولصالح الأمن العام والدفاع الوطني ولازدهار الاقتصاد وللنهوض الاجتماعي".

ولقد ساهم الوضع السياسي المنغلق واللاديمقراطي في إطلاق يد المشرع في مجال الحقوق والحريات بدون رقابة موضوعية مستقلة نابعة عن محكمة دستورية تسهر على الرقابة الفعلية لمدى احترام المشرع لمقتضيات حقوق الغير أو الأمن العام أو غيرها من الأهداف التي عددها الفصل السابع.

بعد سنة 2011، طرحت مسألة الحدود على الحقوق والحريات مرة أخرى في إطار المجلس الوطني التأسيسي من خلال مشروع الدستور الصادر في 1 جوان/ حزيران 2013 وهو الذي أدرج لأول مرة قاعدة عامة أو فصلا جامعا يتعلّق بضوابط الحقوق والحريات، الفصل 48: "يقرّر القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة 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".

ولئن استجابت هذه الصياغة إلى فكرة المادة الجامعة للحد من الحقوق والحريات، إلا أنها لم تدرج مفاهيم الضرورة والتناسب كما نادى بذلك المجتمع المدني⁸.

4 الفصل 8 من دستور 1959.

5 الفصل 8 فقرة أخيرة من دستور 1959.

6 الفصل 9 من دستور 1959.

7 الفصل 10 من دستور 1959.

8 أنظر مقترح الجمعية التونسية للقانون الدستوري، سليم اللغاني، سلسبيل القليبي وسلوى الحمروني، مقترحات حول الحقوق والحريات على ضوء مسودة الدستور، قراءة في مسودة مشروع الدستور: تقييم واقتراحات، اليوم الدراسي عبد الفتاح عمر، الثلاثاء 15 فيفري/ شباط 2013، الصفحة 31 وما يليها.

ولم يتمّ التوصل إلى صيغة الفصل 49 إلا في مرحلة متقدّمة من النقاش حول الدستور، حيث تمّ إدراج مفهوم الضرورة - أي الأهداف المشروعة لتقييد الحقوق والحريات - ودسترة مبدأ التناسب. وهو ما يقتضي بصورة أولية توضيح المفاهيم المستعملة صلب هذا الفصل من خلال طرح مجموعة من الأسئلة نجيب عن البعض منها في هذا التقديم العام ويجيب عنها الأستاذ سليم الغماني في ورقة مرفقة (الملحق).

1. ما هي الحقوق المعنية بالفصل 49 ؟

يختتم الفصل 49 الباب الثاني من الدستور المكرس للحقوق والحريات ويقرّ أن القانون هو الذي يحدد "الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها".

من هنا، يمكننا تقسيم الحقوق والحريات إلى صنف وضعته السلطة التأسيسية في باب الحقوق والحريات وصنف نجده في أبواب أخرى من الدستور.

يكفي إذن الرجوع إلى الباب الثاني للاطلاع على قائمة الحقوق والحريات التي أعطتها السلطة التأسيسية قيمة دستورية رغبة منها في حمايتها من تقلبات السلطة التشريعية (les aléas législatifs).

ولعل افتتاح الباب الثاني بالفصل 21 يعبر عن التزام عام للدولة باحترام الحقوق والحريات، فهي تضمن "للمواطنين والمواطنات الحقوق والحريات الفردية والعمامة، وتهيب لهم أسباب العيش الكريم". لكن إلى جانب هذا الالتزام العام، نجد العديد من الفصول الدستورية الخاصة بكل حق أو حرية على حدة.

ولعل من المهم التذكير بأن دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014، وعلى عكس دستور 1959، يضمن إلى جانب الحقوق المدنية والسياسية، حقوق الجيل الثاني وهي الحقوق الاقتصادية والاجتماعية وحقوق الجيل الثالث وهي الحقوق البيئية بالأساس.

لئن أقرّ الفقه وفقه قضاء حقوق الإنسان فوارق عدة تتعلق بطبيعة الالتزام المحمول على الدولة بحسب طبيعة الحقوق، فإن حقوق الإنسان تقوم اليوم على فلسفة تكاملها وترابطها وعدم إمكانية تجزئتها، وهو ما لا نجده في دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 بينما أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة منذ 1977⁹ والدستور التونسي لسنة 1959 في فصله الخامس بعد التنقيح الدستوري المؤرخ في غرة جوان/ حزيران 2002، حيث التزمت الجمهورية التونسية بضمان "الحريات الأساسية وحقوق الإنسان في كونيتها وشموليتها وتكاملها وترابطها".

كما يمكن الإشارة إلى وجود حقوق أخرى في الدستور في غير الباب الثاني معنية هي الأخرى بانطباق الفصل 49. فورد الفصل 49 ضمن الباب الثاني لا يترتب عنه اقتصر تطبيقه على الحقوق الواردة به. ونذكر من بين الحقوق الأخرى تلك الواردة بالفصل 6 من الباب الأول المتعلقة بالأحكام العامة والذي يكرّس حريات المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية. كما نجد مجموعة أخرى من حقوق الإنسان تُدرج فيما يمكن تسميته بالحقوق القضائية وهي الحق في المحاكمة العادلة في أجل معقول، المساواة أمام القضاء، الحق في التقاضي وفي الدفاع، مبدأ التقاضي على درجتين أو علنية جلسات المحاكم والتصريح بالأحكام (الفصل 108 من الدستور).

9 أنظر توصية الجمعية العامة للأمم المتحدة عدد 32/130 مؤرخة في 16 ديسمبر/ كانون الأول 1977، أنظر أيضا النقطة الخامسة من إعلان فيينا المؤرخ في 25 جوان/ حزيران 1993.

ماذا عن الحقوق غير المذكورة بالدستور؟

ينص الفصل 49 صراحة على أن نظام التحديد العام ينطبق على "الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور" وهو ما يعني، إذا التزمنا بقراءة حرفية للنص، أن الحقوق التي لم تحظ بتكريس دستوري ليست معنيّة بشروط الفصل 49.

لكن رغم ذلك، لا نرى أي مانع قانوني لتطبيق شروط الفصل 49 المادية وبالأساس اختبار التناسب على بقية الحقوق على قلتها. فبالرجوع إلى بقية أحكام الدستور، يمكن أن نجد أسسا ممكنة لتطبيق الفصل 49 على تلك الحقوق والحريات مثل حرية الصناعة والتجارة أو حرية العمل.

نجد أولاً أن توطئة الدستور تعبر عن تمسك الشعب بمبادئ حقوق الإنسان الكونية السامية والتزام الدولة بضمان "علوية القانون واحترام الحريات وحقوق الإنسان" و"المساواة في الحقوق" وهو ما يعني أنّ الإرادة كانت متجهة إلى مقارنة عامة للحقوق والحريات.

من جهة أخرى، نصّ الفصل 21 على أن "تضمن الدولة للمواطنين والمواطنات الحقوق والحريات الفردية والعامّة، وتهيئ لهم أسباب العيش الكريم" وهو ما يعبر عن الالتزام العام للسلطة التأسيسية بضمان الحقوق والحريات الفردية والعامّة وهو ما يمكن استعاله من قبل القاضي الدستوري لإثراء الحقوق والحريات الدستورية خاصة إذا تمّ الأخذ بعين الاعتبار ما توصل إليه فقه القضاء المقارن الداخلي والدولي من تعزيز للحقوق والحريات حتى في حالة سكوت النص عن البعض منها¹⁰.

يمكن للقاضي الدستوري إذن، وهو الضامن الأول للحقوق والحريات، أن يعزز قائمة الحقوق والحريات الدستورية من خلال تأويله لمختلف أحكام الدستور¹¹.

2. متى يمكن الخروج عن مقتضيات الفصل 49 ؟

يطبق الفصل 49 مبدئياً كلما أراد المشرع تحديد ضوابط الحقوق والحريات بالنظر إلى أهداف معينة حددها نفس الفصل وهو ما نعتبر منه بالاختصاص الحصري للمشرع في هذا المجال.

في حالات معينة، تخضع الحقوق والحريات إمّا لحماية أدنى من تلك التي يوجبها الفصل 49 أو لحماية أرفع منها.

● حالة الحماية الأدنى

لا يمكن قراءة الفصل 49 بمعزل عن بقية أحكام الدستور، إذ تخضع الحقوق والحريات إلى نظام خاص قد يقع العمل به من خلال لجوء رئيس الجمهورية إلى الفصل 80 من الدستور.

ينص هذا الفصل على أنّه "لرئيس الجمهورية في حالة خطر داهم مهّد لكيان الوطن وأمن البلاد واستقلالها

Voir par exemple Anne-Marie Le Pourhiet, « Les armes du juge constitutionnel dans la protection des droits fondamentaux »,

www.revuegeneraledudroit.eu. Voir également Véronique Champeil Desplates, « Le Conseil constitutionnel protecteur des droits et libertés », www.unicaen.fr/puc/html/ecrre/revues/crdf/crdf9/crdf0901champeil.pdf

Voir par exemple : Duffy (A.), « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », R.D.P, n°6, 2006, pp.1569-1600 . 11 Faure (B.), « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », R.F.D.C., n°21, 1995, pp. 47-77. Favre (J.) et Tardivel (B.), « Recherche sur la catégorie jurisprudentielle de libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle », R.D.P, n°5, 2000, pp. 1411-1440.

يتعدّر معه السير العادي لدواليب الدولة أن يتخذ التدابير التي تحتمها تلك الحالة الاستثنائية وذلك بعد استشارة رئيس الحكومة ورئيس مجلس نواب الشعب وإعلام رئيس المحكمة الدستورية ويعلن عن التدابير في بيان إلى الشعب.

ويجب أن تهدف هذه التدابير إلى تأمين عودة السير العادي لدواليب الدولة في أقرب الآجال ويعتبر مجلس نواب الشعب في حالة انعقاد دائم طيلة هذه الفترة. وفي هذه الحالة لا يجوز لرئيس الجمهورية حلّ مجلس نواب الشعب كما لا يجوز تقديم لائحة لوم ضد الحكومة.

وبعد مضيّ 30 يوما على سريان هذه التدابير وفي كلّ وقت بعد ذلك يعهد إلى المحكمة الدستورية بطلب من رئيس مجلس نواب الشعب أو 30 من أعضائه البت في استمرار الحالة الاستثنائية من عدمه. وتصرح المحكمة بقرارها علانية في أجل أقصاه 15 يوما.

وينتهي العمل بتلك التدابير بزوال أسبابها. ويوجّه رئيس الجمهورية بيانا في ذلك إلى الشعب".

سمحت هذه الأوضاع الاستثنائية أيضا في بعض الأمثلة المقارنة بإعطاء سلطات استثنائية لرئيس الجمهورية خلال الأزمات الكبرى (pouvoirs exceptionnels ou de crise, état d'exception) باعتباره الضامن لاستمرارية الدولة، ونذكر منها الفصل 16 من الدستور الفرنسي¹² أو الفصل 19 من الدستور البرتغالي¹³ أو الفصل 115 من الدستور الألماني رغم حصره للإجراءات الاستثنائية صراحة في ما يسميها الدفاع إثر عدوان أو تهديد وشيك بالعدوان (une agression ou une menace imminente d'agression).

تؤدي الحالة الاستثنائية أو الحالة الدستورية الاستثنائية إلى التخلي عن مبدأ تفريق السلط بتركيز جميع السلطات لدى رئيس الجمهورية ومنها سلطة اتخاذ تدابير تمس من الحقوق والحريات أو حتى تعليقها أو تعليق البعض منها.

جاء إذن الفصل 80 لتأطير الحالة الاستثنائية التي تستدعي وجود عدة شروط جوهرية لحُصت في "خطر داهم مهدّد

Article 16 de la constitution française : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, 12 l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel.

Il en informe la Nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet.

Article 19 de la constitution portugaise : La suspension de l'exercice des droits : 13

1. Les pouvoirs publics constitutionnels ne peuvent, ni conjointement ni séparément, suspendre l'exercice de droits, libertés et garanties fondamentales, hormis les cas où l'état de siège ou l'état d'urgence est déclaré dans les conditions prévues par la Constitution.

2. L'état de siège ou l'état d'urgence ne peut être déclaré, sur la totalité ou une partie du territoire national, qu'en cas d'agression effective ou imminente par des forces étrangères, de grave menace, de trouble de l'ordre constitutionnel démocratique ou de calamité publique.

3. L'état d'urgence est déclaré dès lors que les conditions visées au paragraphe précédent revêtent un degré de moindre gravité et seuls certains droits, libertés et garanties fondamentales sont susceptibles d'être suspendus.

4. Le principe de la proportionnalité détermine le choix entre l'état de siège et l'état d'urgence ainsi que les modalités de leur application. Le territoire, la durée et les moyens utilisés sont limités au strict nécessaire pour rétablir au plus vite la normalité constitutionnelle.

لكيان الوطن وأمن البلاد واستقلالها يتعدّد معه السير العادي لدواليب الدولة¹⁴. هكذا تُمكن هذه الوضعية رئيس الجمهورية من اتخاذ ما يراه من تدابير ضرورية تهدف إلى تأمين عودة السير العادي لدواليب الدولة.

فهل يعني ذلك أن اللجوء إلى الفصل 80 يغنينا تماما عن اللجوء إلى الفصل 49؟

لا نرى ذلك.

من المهم أولاً أن نبين أنّ حالة الاستثناء الدستوري يتم تكييفها فقط من قبل رئيس الجمهورية، فهو الذي يكيّف في نهاية الأمر الوقائع وهو الذي "يقرر" إن كنا في حالة خطر داهم، وهو الذي يقرر إن كان هذا الخطر مهدداً لكيان الوطن وأمن البلاد، وهو أيضاً الذي يقرر إن كان هذا الخطر معطلاً لدواليب الدولة. فحالة الاستثناء إذن لا تحظى بتعريف علمي أو حتى فقهي دقيق بل نجد العناصر المكونة لها فقط والتي تسمح بإقرارها¹⁵.

قد تؤدي حالة الاستثناء الدستوري إلى تعليق تام للحقوق والحريات إذا اقتضت الوضعية ذلك لكن ذلك لا يجبر رئيس الجمهورية على تعليق الحقوق، فله أن يعلق البعض منها ويجدّ من البعض الآخر، كما له أن يجدّ من الحقوق وألا يعلق أيّاً منها.

هذا ما وقع في تونس أثناء فترة جائحة "كوفيد-19"، إذ اتخذ رئيس الجمهورية الأمر عدد 24 المؤرخ في 18 مارس/ آذار 2020¹⁶ والذي منع بمقتضاه الجولان بكامل تراب الجمهورية بمقتضى الفصل 80 ثم الأمر عدد 28 مؤرخ في 22 مارس/ آذار 2020¹⁷ والمتعلق بتحديد الجولان والتجمعات خارج أوقات منع الجولان أيضاً على أساس الفصل 80 من الدستور. كان بإمكان رئيس الجمهورية أن يتخذ تدابير أكثر تحديداً للحريات بما فيها حرية التنقل التي ضمنها الدستور في فصله 24 لكن في مقابل ذلك نجد أنه تولى أيضاً التمديد في حالة الطوارئ لا على أساس الفصل 80 بل على أساس الأمر المتعلق بحالة الطوارئ¹⁸. فبقيت الحقوق والحريات الدستورية في هذا الإطار مقيدة بمقتضى الوضع الصحي وعلى أساس حماية الصحة العامة. لذلك نجد أن بعض المراسيم التي اتخذها رئيس الحكومة بمقتضى تفويض الفصل 70 من الدستور قد ذكرت الفصل 49 في قائمة الاطلاعات وهو ما يعني اهتمام الحكومة باحترام مقتضياته¹⁹.

● حالة الحماية الذرفع

لا ينص الفصل 49 على قائمة الحقوق والحريات التي لا تقبل تحديداً السلطة التشريعية كما لا ينص الفصل 80 على قائمة الحقوق والحريات التي لا تتحمل التعليق أو الانتقاص.

14 أنظر الفصل 80 من دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014.

15 Voir à ce propos Lauréline Fontaine, « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits », CRDF, n°6, 2007, p. 43. www.unicaen.fr/puc/html/ecriture/revues/crdf/crdf6/crdf60604fontaine.pdf

16 أنظر الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 23 الصادر في 20 مارس/ آذار 2020.

17 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 24 مؤرخ في 22 مارس/ آذار 2020.

18 أنظر الأمر الرئاسي عدد 38 لسنة 2020 المؤرخ في 28 أبريل/ نيسان 2020 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 37 مؤرخ في 2 ماي/ أيار 2020.

19 أنظر مثلاً:

- مرسوم من رئيس الحكومة عدد 9 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أبريل/ نيسان 2020 يتعلق بجزر مخالفة منع الجولان وتحديد الحجر الصحي الشامل والتدابير الخاصة بالأشخاص المصابين أو المشتبه بإصابتهم بفيروس كورونا، "كوفيد - 19".

- مرسوم من رئيس الحكومة عدد 10 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أبريل/ نيسان 2020 يتعلق بضبط أحكام خاصة لجزر مخالفة قواعد المنافسة والأسعار. الرائد الرسمي عدد 33 مؤرخ في 18 أبريل/ نيسان 2020.

- مرسوم من رئيس الحكومة عدد 12 لسنة 2020 مؤرخ في 27 أبريل/ نيسان 2020 يتعلق بتأميم مجلة الإجراءات الجزائية الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 36 مؤرخ في 29 أبريل/ نيسان 2020.

وجب إذن الرجوع إلى الالتزامات الدولية للجمهورية التونسية ومنها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي صادقت عليه تونس سنة 1968 والذي عدّد بعض الحقوق والحريات التي لا تقبل الحدود و/أو التعليق²⁰.

فقد تعرّض العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية إلى حالة الطوارئ أو الحالة الاستثنائية من خلال مادّته الرابعة التي تنصّ على أنّه: "1. في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تتهدد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسمياً، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ، في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير لا تتقيد 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." وأضافت الفقرة الثانية من الفصل أنه لا يميز أي مخالفة لأحكام المواد 6 و7 و8 (الفقرتان 1 و2) و11 و15 و16 و18.

تتلخص هذه المواد في:

- الحق في الحياة (6)،
- منع التعذيب والمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة. وعلى وجه الخصوص، منع إجراء أية تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضاه الحر (7)،
- حظر العبودية والرق والاتجار بالرق (8 فقرة 1 و2)،
- عدم سجن إنسان لعدم احترامه لالتزام تعاقدي (11)،
- مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات (15)،
- الحق في الشخصية القانونية (16)،
- حرية الفكر والوجدان والدين (18)²¹.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الدولي يستعمل عبارة عدم التقيد (dérogation) وهي تشمل إمّا عدم إعمال قاعدة ما في وضعيات معينة أو إعمالها بشكل محدد أو جزئي²².

3. هل يفغينا الفصل 49 عن التحديدات الخاصة لبعض الحقوق؟

إلى جانب التحديد العام الموجود بالفصل 49، نجد أن بعض الفصول من الدستور أبتت على بعض التحديدات الخاصة. هذا ما ورد مثلاً بالفصل 22 والذي أقرّ أن "الحق في الحياة مقدس، لا يجوز المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون". كما نلاحظ إحالة إلى القانون فيما يتعلق بحق اللجوء السياسي في الفصل 26 أو فيما يتعلق بمدّة الإيقاف والاحتفاظ في الفصل 29 أو في حقوق الانتخابات والاقتراع والترشح في الفصل 34 أو الحق في الصحة في الفصل 38 أو الحق في الملكية في الفصل 41.

20 أنظر القانون عدد 30 لسنة 1968 مؤرخ في 29 نوفمبر/ تشرين الثاني 1968.

21 يتجه التفريق بين حرية المعتقد وحرية ممارسة الشعائر الدينية إذ أن الفقرة الثالثة من الفصل 18 تحدد شروط تحديد ممارسة الشعائر الدينية: لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرّياتهم الأساسية.

Salmon, Jean, (sous la dir.), Dictionnaire du droit international public, Bruxelles, Bruylant, 2001. Voir également Hayim 22 pp. 24, 2012. (D.), le concept d'indérogabilité en droit international public, une analyse, fonctionnelle, thèse, Genève et ss. <https://www.peacepalibrary.nl/ebooks/files/383349435.pdf>

إن السؤال المطروح هنا هو معرفة إن كانت التحديدات الخاصة تقلّص من الحماية التي يضمنها الفصل 49.

فحول الحق في الحياة، يرى خالد الماجري مثلاً أن الدستور التونسي أخرجه من نطاق الفصل 49 بصفة شبه صريحة عندما نصّ صلب الفصل 22 منه على أنّ "الحق في الحياة مقدّس لا يجوز المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون". فحسب هذا الرأي، تحديد الحق في الحياة لا يمكن أن يتم على أساس شروط الفصل 49 بل على أساس تحديد خاص به يجب أن يكون استثنائياً للغاية.²³

لكن بالنظر إلى تحديدات خاصة أخرى نجدها في الفصول 34 أو 41 أو 24 مثلاً، يمكن القول بأنها تبقى دون شروط الفصل 49 باعتبارها تكتفي بالإحالة إلى القانون لضبط شروط ممارستها. ففي الحالة الأولى، ينص الفصل 34 على أنّ "حقوق الانتخابات والاقتراع والترشح مضمونة طبق ما يضبطه القانون". وينص الفصل 41 على أنّ "حق الملكية مضمون، ولا يمكن النيل منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون". فلا نجد في هذه التحديدات إذن ما هو متعلق بجوهر الحق أو الضرورة أو التناسب. رغم ذلك يمكن القول بأن صياغة الفصل 49 تُلزم المشرع باحترام شروطه وذلك بالنسبة لكل الحقوق المذكورة بالدستور أي حتى تلك التي وردت حولها تحديدات خاصة.²⁴

لقد طرحت مسألة الحدود الخاصة أمام الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية القوانين²⁵ التي التجأت في بعض قراراتها إلى التحديد المزدوج وأعملت في نفس الوقت الفصل 49 والفصل 34 على سبيل المثال عندما اعتبرت أن الحد من حرية الترشح لا يمكن أن يُفهم بمعزل عن الفصل 34.²⁶

كما أعملت الهيئة الفصل 49 في علاقة بحق الملكية كما ورد في الفصل 41²⁷ واكتفت في قرارها حول مشروع قانون المالية لسنة 2015 بالتثبت في احترام الحق في الملكية فقط من منظور الفصل 49.²⁸

4. ما هي موجبات الحدود على الحقوق والحريات ؟

يقتضي الفصل 49 ألا يتم تحديد الحقوق والحريات إلا للضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة.

طرحت هذه المسألة في القانون المقارن وبالأساس أمام القاضي الدستوري في ألمانيا وأمام المحكمة الفيدرالية بكندا وذلك في علاقة بالهدف المراد تحقيقه من خلال القانون، والمقصود هو الهدف المشروع أو على الأقل الهدف الذي لا يناقض بقية الأحكام الدستورية.²⁹

23 أنظر تعليق خالد الماجري حول الفصل 49، "ضوابط الحقوق والحريات: تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي"، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس، 2017، ص 30.

24 يمكن القول بأن الإحالة إلى القانون في هذه الحالات لا جدوى لها باعتبار أنّ الفصل 49 نفسه ينص على التحفظ التشريعي.

25 أنظر سلوى الحمروني، الفصل 49 في فقه قضاء الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين، الأيام الدستورية عبد الفتاح عمر 2018.

26 أنظر قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 4 لسنة 2014، الرائد الرسمي عدد 41 مؤرخ في 23 ماي/ أيار 2014.

27 أنظر قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 5 لسنة 2016 مؤرخ في 2 جويلية/ تموز 2016 المتعلق بمشروع قانون البنوك والمؤسسات المالية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 58 مؤرخ في 15 جويلية/ تموز 2016.

28 أنظر قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 8 بتاريخ 22 ديسمبر/ كانون الأول 2014 بخصوص القضية عدد 08/2014 المتعلق بمشروع قانون المالية لسنة 2015. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 104 مؤرخ في 26 ديسمبر/ كانون الأول 2014.

29 عملياً لا توجد حالات أقر بموجبها فقه القضاء في ألمانيا أو كندا عدم وجهة الهدف المنشود أو عدم شرعيته، أنظر مقال:

Grimm (D), «Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence University of Toronto law journal, (2007) 57.

لكن انطلاقاً من الفصل 49، نظن أن هذا الإشكال لا يمكن أن يطرح في تونس باعتبار أن الدستور نفسه عدّد الأهداف التي يمكن أن يبحث عنها المشرع والتي تمكّنه من الحدّ من الحقوق والحريات.

ومن المهم جداً أن نذكر هنا أن القائمة المعنية بالفصل 49 لا يمكن أن تتحمل أهدافاً أخرى يستنبطها صاحب مشروع القانون نفسه³⁰.

ونجد بعضاً من هذه الأهداف مثلاً في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي ينص في مادته 12 (الفقرة 3) على أنه "لا يجوز تقييد الحقوق (...) بأية قيود غير تلك التي ينص عليها القانون، وتكون ضرورية لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم، وتكون متناسية مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذا العهد".

أما في الفصل 49، فتتعلق هذه الأهداف بما يلي:

● احترام حقوق الغير

تطرح هذه الوضعية حالة تضارب بين مختلف الحقوق والحريات وهي من أكثر الصعوبات النظرية والعملية في مادة حقوق الإنسان، إذ يمكن أن تؤدّي حرية التعبير إلى الاعتداء على الحياة الخاصة للأفراد ويمكن أن يؤدي الحق في النفاذ إلى المعلومة إلى الاعتداء على المعطيات الشخصية أو أن تؤدي حرية المعتقد إلى الاعتداء حتى على الحق في الحياة³¹. وأمام صعوبة إيجاد سلّم تفاضلي بين الحقوق والحريات، يبقى للقاضي أو للمهيكل المعني بالتطبيقات العملية للحقوق والحريات مجالاً واسعاً لإيجاد توازن بين هذا الحق وذاك بشكل عملي.

● الدفاع الوطني

يحيينا مفهوم الدفاع الوطني إلى الدفاع عن تراب الجمهورية واستقلالها وذلك في علاقة خاصة مع الاعتداءات الخارجية مهما كان شكلها. وقد نجد أحياناً تداخلاً بين مقتضيات الدفاع الوطني ومقتضيات الأمن الداخلي خاصة أمام تنامي التهديدات الإرهابية للدول والتي تأخذ بعداً داخلياً وآخر خارجياً في نفس الوقت. لذلك نجد اليوم العديد من القوانين التي تحد من الحقوق والحريات على أساس الدفاع الوطني³².

● الذهن العام

هو أيضاً من المفاهيم المطاطة التي تحتمل العديد من التصورات لعلّ الحد الأدنى منها مرتبط بمفهوم الأمن الداخلي (sécurité domestique selon certaines références) وسلامة الأفراد والمجموعات التي تعيش على التراب الوطني.

ويمكن الإشارة هنا إلى وجود تقارب بين مفهومي الأمن العام والنظام العام. وحول مفهوم النظام العام، نحيل إلى دور القاضي الإداري في تحديد مكوناته على أساس عناصر ثلاثة هي الأمن العام، السكنينة العامة والصحة العامة. ثم تطور هذا المفهوم في فرنسا وتمّ توسيعه ليحتوي عناصر أخرى مثل الكرامة الإنسانية، فكل اعتداء على كرامة الذات البشرية أصبح اعتداء على النظام العام³³.

30 مثل هدف حسن سير المرفق العام الذي قدّمه رئيس مجلس نواب الشعب في ردّه على الطعون المتعلقة بمشروع قانون المالية لسنة 2015.

31 هذا ما يقع مثلاً لمعتنقي ديانة شهود يهوه "témoins de Jéhovah" الذين يرفضون نقل الدم حتى وإن كانت حياة الفرد في خطر.

32 أنظر مثلاً قانون 24 جويلية/ تموز 2015 الخاص بالاستعلامات في فرنسا.

33 CE, ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-surOrge, Rec. 372.

كان بإمكان السلطة التأسيسية اعتماد عبارة النظام العام، لكنّ الفصل 49 فضّل التنصيص صراحة على عنصرين مكوّنين للنظام العام وهما الأمن العام والصحة العامة.

● الصحة العامة

يمكن أن نعتد دستور منظمة الصحة العالمية الذي يعرّف الصحة بأنها حالة من اكتمال السلامة بدنيا وعقليا واجتماعيا لا مجرد انعدام المرض أو العجز.

وتعتبر حماية الصحة العامة من دواعي الحد من العديد من الحقوق والحريات، ولقد تعرضت اللجنة الأهمية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية لهذه المسألة وراقبت كيفية تحديد الدول للحقوق والحريات على أساس مفهوم الصحة العامة³⁴.

حول هذا الهدف، يمكن أن نلاحظ اليوم أن جلّ دول العالم اتجهت إلى تقييد بعض الحقوق والحريات وأهمها حرية التنقل وحرية الصناعة والتجارة وحرمة الحياة الخاصة والمعطيات الشخصية للأفراد، خاصة منها المعطيات المتعلقة بالصحة، وهي مصنّفة كمعطيات حسّاسة. لذلك نجد في إطلاعات العديد من النصوص التي حدّت من الحقوق والحريات إشارة إلى الفصل 49 من الدستور³⁵.

● مقتضيات الآداب العامة

فيما يتعلق بالحد من الحقوق والحريات الدستورية لحماية الآداب العامة، يبدو لنا من الضروري أن يتم تحديد أدنى للمعايير التي تُعتمد لقبول الحدّ من الحقوق والحريات الدستورية على هذا الأساس. طُرح هذا الأشكال أمام فقه القضاء الدولي وخاصة أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي سبق أن اعتبرت أنه لا يوجد مفهوم وحيد للآداب العامة في المجتمعات الديمقراطية، وهو ما مكّنها من مراقبة مدى احترام الدول للحقوق عندما تحدّ منها على أساس الآداب العامة³⁶.

كما ذهبت لجنة حقوق الإنسان الأهمية في نفس التمشي واعتبرت في تعليقها حول الفصل 18 أن الآداب العامة تتأثّر من تعدد العادات الاجتماعية ولا يمكن أن تعكس منظومة أخلاقية وحيدة.

في آخر الأمر يمكن القول، في ما يخص هذه الأهداف المشروعة، أن للمشرع سلطة تقديرية في تحديد مفاهيم مثل الأمن العام والدفاع الوطني أو الآداب العامة، لكنّ هذه السلطة ليست اعتباطية باعتبارها خاضعة لرقابة القاضي الدستوري إذا تعلق الأمر بالقوانين، وللقاضي الإداري إذا تعلق الأمر بالقرارات الإدارية. كما يبقى للقاضي العدلي دور محوري في تأويل هذه

34 Des considérations liées à la santé publique sont parfois invoquées par les États pour justifier une limitation de l'exercice de certains autres droits fondamentaux. Le Comité tient à souligner que la clause de limitation figurant à l'article 4 du Pacte vise essentiellement à protéger les droits des individus plutôt qu'à permettre aux États de les limiter. Par conséquent, un État partie qui, par exemple, restreint les mouvements de personnes souffrant de maladies transmissibles telles que l'infection par le VIH/sida ou les incarcère, refuse d'autoriser des médecins à traiter des personnes considérées comme des opposants au gouvernement, ou s'abstient de vacciner une communauté contre les principales maladies infectieuses pour des motifs tels que la sécurité nationale ou le maintien de l'ordre public se doit de justifier des mesures aussi graves au regard de chacun des éléments énoncés à l'article 4.

35 أنظر في هذا الصدد:

- مرسوم رئيس الحكومة عدد 12 لسنة 2020 مؤرخ في 27 أبريل/نيسان 2020 يتعلق بإتمام مجلة الإجراءات الجزائية: الإطلاعات "بعد الاطلاع على الدستور وخاصة الفصلين 49 و65 والفقرة الثانية من الفصل 70".

- مرسوم رئيس الحكومة عدد 9 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أبريل/نيسان 2020 يتعلق بزرج مخالفة منع الجولان وتحديد الحجر الصحي الشامل والتدابير الخاصة بالأشخاص المصابين أو المشتبه بإصابتهم بفيروس كورونا "كوفيد - 19": "بعد الاطلاع على الدستور وخاصة الفصلين 49 و65 والفقرة الثانية من الفصل 70 منه".

36 رغم الإقرار بعدم وجود مرجعية أخلاقية وحيدة للبلدان الأعضاء إلا أنها أقرت بضرورة تسليط رقابتها على الحدود التي تضعها الدول على بعض الحقوق استنادا لمفهوم الأخلاق (open door et Dublin/Irlande 1992).

المفاهيم إن استعمالها المشعر بشكل عام واضطرّ القاضي إلى تطبيقها في النزاعات المعروضة أمامه، هذا على المستوى الوطني. أما على المستوى الدولي، فيمكن أن يكون القانون الداخلي خاضعاً لرقابة لجنة حقوق الإنسان³⁷ أو لمجلس حقوق الإنسان³⁸، إذ أن الدولة مطالبة بإبراز كيف يمكن أن تكون ممارسة حرية ما متعارضة مع الأمن العام أو مع الدفاع أو غيرها من الأهداف المشروعة من حيث المبدأ.

لقد سبق للمشرع التونسي أن وضع حدوداً لبعض الحريات بالاعتماد على حماية الأمن العام والدفاع الوطني وحماية الحياة الخاصة صلب الفصل 24 من القانون المتعلق بالنفاذ إلى المعلومة، وهو ما أعطى لهيئة النفاذ إلى المعلومة سلطة تقديرية في تحديد طريقة تطبيق هذه الحدود.

5. شرط الضرورة في دولة مدنية ديمقراطية

يتعلق هذا الشرط بالالتجاء للضوابط كلما كانت هناك ضرورة لذلك في دولة مدنية ديمقراطية وذلك لحماية الأهداف التي تحدثنا عنها أعلاه. ويطرح هذا الشرط إشكالية تعريف الضرورة وتعريف الدولة المدنية الديمقراطية.

● الضرورة

لقد جاء في تعليق اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية رقم 27 لسنة 1999 حول المادة 12 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ما يلي: "الفقرة 3 من المادة 12 تشير بوضوح إلى أنه لا يكفي أن تُخدم القيود الأغراض المسموح بها؛ فيجب أيضاً أن تكون ضرورية لحمايتها. ويجب أن تتماشى التدابير التقييدية مع مبدأ التناسب؛ ويجب أن تكون مناسبة لتحقيق وظيفتها الحمائية؛ ويجب أن تكون أقل الوسائل تدخلاً مقارنة بغيرها من الوسائل التي يمكن أن تحقق النتيجة المنشودة؛ ويجب أن تكون متناسبة مع المصلحة التي ستحميها"³⁹.

يُقصد بالضرورة هنا، الضرورة الخارجية، أي تلك التي تفترض أن الوصول إلى الأهداف الدستورية أو موجبات الحدود في وضعية ما يستدعي حتماً الحد من الحقوق والحريات⁴⁰.

فيكون السؤال هنا: هل أن القيد ضروري لتحقيق الغرض من القانون المعني؟

● الدولة المدنية الديمقراطية

أما فيما يتعلق بمفهوم الدولة المدنية والديمقراطية، فقد استنبط الفصل 49 مفهوم الدولة الديمقراطية ممّا توصل إليه 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 قضائية⁴¹.

37 من خلال التقارير أو الشكاوى.

38 من خلال الاستعراض الدوري الشامل.

39 التعليق العام رقم 27 للجنة المعنية بحقوق الإنسان حول المادة 12 من العهد (حرية التنقل)، 1999، الفقرة 14.

40 أنظر سليم اللغاني، خواطر حول مبدأ التناسب (باللغة الفرنسية)، أيام عبد الفتاح عمر، 25 و26 جانفي / كانون الثاني 2018، بصدد النشر.

41 Voir, CEDH, Affaire du parti communiste unifié et al c. Turquie, 30 janvier 1998.

§ 57 « l'une des principales caractéristiques de la démocratie réside dans la possibilité qu'elle offre de résoudre par le dialogue et sans recours à la violence les problèmes que rencontre un pays, et cela même quand ils dérangent. La démocratie se nourrit en effet de la liberté d'expression... ».

لقد توصل فقه القضاء إلى تحديد ثلاث عناصر تلخص ماهية المجتمع الديمقراطي وهي: التعددية والتسامح والانفتاح⁴². كما تمّ تحديد عناصر التعددية ذاتها بأنها تعددية الممارسات وتعددية الأفكار والآراء وتعددية المؤسسات⁴³.

أما الدولة المدنية، فهي تُقدّم عموماً على أساس أنها نقيض الدولة العسكرية من جهة، والدولة الدينية من جهة أخرى. لكن المتأمل في الوضع التونسي، يعلم تماماً أن تونس لم تشك أبداً من إرادة حكم الجيش وأن مدنية الدولة جاءت لإزاحة كل ضبابية تحوم حول الفصل الأول وحول ما يمكن أن يفهمه البعض على أنه تشريع للدولة الإسلامية. ولعلّ الفصل الثاني نفسه حاول تحديد ملامح الدولة المدنية بأن اعتبرها تلك الدولة التي تقوم على المواطنة وإرادة الشعب وعلوية القانون.

6. شرط عدم المساس بجوهر الحق

يشترط الفصل 49 ألا ينال تحديد الحقوق والحريات الدستورية من جوهر الحق، وجوهر الشيء هو حقيقته وذاته، كما يقابل ما هو جوهري ما هو عرضي.

في علاقة باحترام جوهر الحق، يمكننا التذكير بأن المجلس الدستوري أعمل أحياناً هذا الشرط رغم سكوت دستور غرة جوان/ حزيران 1959 عنه⁴⁴.

أما القانون المقارن، فقد نصّ على هذا الشرط بعبارات مختلفة، من ذلك عبارة "الانتهاكات الصارخة" التي اعتمدها القانون الأساسي الألماني في المادة 19 (2) والدستور البرتغالي في المادة 18 (3) والدستور الإسباني في المادة 53 (1).

كيف يمكن إذن للمشرع أن يحدّد ضوابط الحقوق والحريات دون المسّ من جوهرها خاصة إن كنّا في وضع يتطابق فيه جوهر الحقوق مع مجال ممارستها⁴⁵؟

يعني احترام جوهر الحق ألا تصبح الحدود التي من المفروض أن تكون استثنائية هي القاعدة وهو ما نصّت عليه لجنة حقوق الإنسان الأُممية في أحد تعليقاتها العامة⁴⁶.

ويطرح هذا الشرط بعض الإشكالات الدستورية في علاقة بالحقوق التي ورد في شأنها تحديد خاص كالحقّ في الحياة، حيث يكون الإعدام مساً بجوهر الحق في الحياة والتعذيب مساً بجوهر الحرمة الجسدية.

وانطلاقاً من هذه العناصر، يمكن القول أنّ جُلّ الإشكاليات المطروحة عملياً ستكون على خلفية قراءة شرط التناسب بين الحدود وموجباتها.

Javier Tajadura Tejada, La doctrine de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction des partis politiques, 42 Revue française de droit constitutionnel 2012/2 (n° 90), pages 339 à 371.

43 نفس المرجع. كما عرّف فقه القضاء الكندي المجتمع الحرّ والديمقراطي باعتباره "المجتمع الذي تتوفر فيه المبادئ التالية، ألا وهي الكرامة البشرية والعدالة والمساواة الاجتماعية وقبول التنوع في المعتقدات واحترام كل الثقافات وكل المجموعات والفتحة في المؤسسات الاجتماعية والسياسية التي تضمن مشاركة الأفراد والمجموعات المختلفة في المجتمع. أنظر خالد الماجري، "ضوابط الحقوق والحريات: تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي"، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2017، ص. 80.

44 نذكر منها بالخصوص الرأي عدد 43 لسنة لسنة 2004 الصادر بتاريخ 5 نوفمبر/ تشرين الثاني 2004 والرأي عدد 46 لسنة 2004 الصادر بتاريخ 1 نوفمبر/ تشرين الثاني 2004 والرأي عدد 28 لسنة 2006 الصادر بتاريخ 27 ماي/ أيار 2006.

45 أنظر خالد الماجري، "ضوابط الحقوق والحريات: تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي"، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2017، ص. 78.

46 Soixante-septième session (1999), observation générale n° 27 : Article 12 (Liberté de circulation), §13.

7. شرط التناسب بين الضوابط وموجباتها

يعتمد الفصل 49 على مفهوم ضيق التناسب يقتضي التثبت من العلاقة بين الضوابط وموجباتها حيث لا يمكن أن تتجاوز هذه الضوابط ما هو ضروري فعلا لاحترام الأمن العام أو الصحة العامة أو حقوق الغير أو غير ذلك من الموجبات المنصوص عليها بالفصل 49 نفسه.

ويسمح الفصل 49 إذن بالقيام بما يعبر عنه في الأنظمة المقارنة باختبار التناسب وهو عملية مركبة تقتضي المرور بثلاث مراحل مختلفة.

وبالرجوع إلى الأنظمة المقارنة، نجد بعض الاختلافات في كيفية القيام بهذا الاختبار وفي تحديد مراحل إعماله وتسمياتها⁴⁷.

أما على المستوى الدولي، فقد حوّصت اللجنة الأمية لحقوق الإنسان التمشي في تعليقها حول الحدود التي تفرضها الدول على الحقوق والحريات وكذلك في تعليقها حول الفصل 12 المتعلق بحرية التنقل⁴⁸.

فقد جاء في تعليق اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية رقم 27 لسنة 1999 أن الفقرة 3 من المادة 12 "تشير بوضوح إلى أنه لا يكفي أن تخدم القيود الأغراض المسموح بها؛ فيجب أيضاً أن تكون ضرورية لحماية. ويجب أن تتماشى التدابير التقييدية مع مبدأ التناسب؛ ويجب أن تكون مناسبة لتحقيق وظيفتها الحماية؛ ويجب أن تكون أقل الوسائل تدخلاً مقارنة بغيرها من الوسائل التي يمكن أن تحقق النتيجة المنشودة؛ ويجب أن تكون متناسبة مع المصلحة التي ستحميها"⁴⁹.

وفي تعليقها العام رقم 21 المتعلق بحق المشاركة في الحياة الثقافية، اعتبرت لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أنه "يلزم في بعض الظروف فرض قيود على حق كل فرد ... ويجب أن تكون هذه القيود ذات هدف مشروع ومتوافقة مع طبيعة هذا الحق وضرورية تماماً لتعزيز الرفاه العام في مجتمع ديمقراطي وفقاً للمادة 4 من العهد. ومن ثمّة يجب أن تكون أي قيود متناسبة. بمعنى أنه يتعين اتخاذ أقل التدابير تقييداً عندما يجوز فرض عدّة أنواع من القيود".

يمكن أن نعتبر في التناسب، كما هو الشأن في أغلب الأنظمة المقارنة، تمسّياً أو تفكيراً مركباً يطبّقه كل من هو معني بالفصل 49 على الحالة المطروحة أمامه.

ويقتضي هذا التمشي الإجابة على مجموعة من الأسئلة:

47 أنظر مختلف الأمثلة المقارنة في خالد الماجري، مرجع سابق، ص 80 وما بعدها. أنظر أيضاً:

Grimm (D), « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence University of Toronto law journal, (2007) 57.

حول المثال السويسري:

Ridha Fraoua, le principe de proportionnalité, limite aux restrictions des droits fondamentaux et maxime d'action de l'Etat, session de formation pour IDEA, Tunis, février 2020.

48 Comité des DH «Les mesures restrictives doivent être conformes au principe de la proportionnalité ; elles doivent être appropriées pour remplir leurs fonctions de protection, elles doivent constituer le moyen le moins perturbateur parmi ceux qui pourraient permettre d'obtenir le résultat recherché et elles doivent être proportionnées à l'intérêt à protéger». C'est nous qui soulignons. Observation générale n° 27 : Article 12 (Liberté de circulation), https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11

49 التعليق العام رقم 27 للجنة المعنية بحقوق الإنسان حول المادة 12 من العهد (حرية التنقل)، 1999، الفقرة 14.

مرحلة التثبيت من الملاءمة (adéquation): أي ملاءمة الحدود للهدف أو الأهداف المنشودة (المشروعة) بما يعني الإجابة على السؤال التالي: هل أن الحدّ أو الإجراء يُمكن من الوصول إلى الهدف المشروع؟ أي هل هناك رابط منطقي أو "عقلاني" ⁵⁰ بين الإجراء (القيّد) والهدف المشروع؟ كأن نتساءل هل أنّ منع السباحة على المواطنين يمكن أن يؤدي بشكل أو بآخر إلى حماية الصحة العامة؟

مرحلة التثبيت من الضرورة (nécessité interne): نعني بالضرورة هنا الضرورة الداخلية أي الضرورة كعنصر من عناصر اختبار التناسب، وهي التي تؤدي إلى طرح السؤال التالي: هل أن هذا الحدّ بذاته كان ضروريا أي لا مفرّ منه للوصول إلى تحقيق الهدف المشروع؟ الضرورة تقتضي إذن التثبيت من أن الحدود المعتمدة كانت الطريقة الوحيدة والأقلّ سوءا أو الأقلّ تطفلا على الحقّ أو الحرية لتحقيق الأهداف المنشودة. لو طبقنا هذه المرحلة على نفس مثال منع السباحة، يمكن التساؤل هل أنّ منع السباحة هو الطريقة الوحيدة لتجنب المسّ من الصّحة العامة؟ ألا توجد طريقة أخرى أقلّ مسّا من الحرية وتؤدي في نفس الوقت إلى احترام الصحة العامة بنفس النجاعة؟ ⁵¹ (ألم يكن فرض التباعد الجسدي في الشواطئ أكثر احتراما للتناسب حتى وإن كان أكثر تعقيدا بالنسبة للسلطة؟).

مرحلة التثبيت من التناسب في معناه الضيق (adaptation): هي مرحلة تستدعي التساؤل إن كان الحدّ أو الإجراء غير مبالغ فيه مقارنة بالهدف المراد حمايته؟ أي إن كان القيد قادرا على تحقيق الهدف المنشود دون أن يتجاوزه بمعنى البحث عن التناسب أو الموازنة بين الآثار السلبية للقيّد على الحقّ أو الحرية ونتائجه الإيجابية بالنظر إلى الهدف المراد حمايته. لو نواصل تطبيق المعيار على نفس المثال سيكون السؤال: هل أنّ الآثار السلبية للإجراء المتخذ بمنع السباحة على المواطنين والمساس بحقوقهم هو بقدر أهمية الآثار الإيجابية التي يحققها هذا القيد للحفاظ على الصّحة العامة؟

بالرجوع إلى الأمثلة المقارنة وإلى المنظومة الدولية لحقوق الإنسان، يبدو لنا أنّ الفصل 49 من دستور الجمهورية التونسية أسّس لمبدأ عام يسمح لكل المؤسسات القانونية والسياسية بالقيام باختبار التناسب كلّما دعت الحاجة إلى الحدّ من الحقوق والحرّيات. يمكن إذن لمختلف المتدخلين في مجال حقوق الإنسان الاعتماد على اختبار التناسب وعلى ما توصل إليه القانون وفقه القضاء المقارن في هذا المجال. ولئن نجد بعض الاختلافات بين النظام الألماني والكندي أو السويسري أو حتى بين فقه قضاء المحكمة الأوروبية والهيكل الأهمية لحقوق الإنسان، فإن المشترك بينهما جميعا هو إعمال اختبار التناسب حتى وإن اختلفت الأهمية المسندة لهذه المرحلة أو تلك من المراحل الثلاث التي سبق أن قدمناها.

8. لمن يتوجه صراحة الفصل 49؟

تمكنا القراءة الحرفية للفصل 49 من تحديد ثلاث جهات تمّ ذكرها صراحة وأصبحت بالتالي معنية بشكل مباشر بالفصل 49.

لكن قراءة الفصل 49 في علاقة ببقية فصول الدستور تبين لنا أنّه لا يلزم فقط المؤسسات التي تعرّض لها صراحة بل كذلك هيكل ومؤسسات تجد نفسها حتما معنية بمقتضياته.

50 وهو المصطلح المستعمل في المنظومة الكندية مثلا.

Luc B Tremblay, Le principe de proportionnalité dans une société démocratique, égalitaire, pluraliste et multiculturelle. 51 Revue de droit de McGill, n° 57, 2012 : « L'atteinte au droit doit être nécessaire à la réalisation de l'objectif légitime: il ne doit pas exister de moyens moins attentatoires (intrusifs, restrictifs) de réaliser l'objectif déclaré. C'est le critère de « l'atteinte minimale ». www.erudit.org/fr/revues/mlj/2012-v57-n3-mlj086/1009064ar.pdf

• المشرع

من الطبيعي أن تكون السلطة التشريعية هي السلطة المعنية مباشرة بتطبيق الفصل 49 وذلك من باب احترام التسلسل الهرمي للقواعد القانونية.

فإلى جانب مانصّ عليه الفصل 49، جاء الفصل 65 من دستور 2014 بتعداد يقتضي أن تكون الحريات وحقوق الإنسان من مجال القوانين الأساسية. كما تعرض الفصل إلى بعض المجالات الأخرى التي يمكن أن تتعلق بالحقوق والحريات كالمعاهدات أو تنظيم الإعلام أو تنظيم الصحافة أو تنظيم الأحزاب والجمعيات أو القانون الانتخابي.

ولقد تعرضت الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين لضرورة تنظيم كل ما من شأنه المس من الحقوق والحريات الدستورية بقانون أساسي وذلك خاصة في قرارها المتعلق بمشروع القانون عدد 78-2017 المتعلق بإعطاء عطلة استثنائية للأعوان العموميين المترشحين للانتخابات واعتبرت أن المساواة بين المترشحين في علاقة بهذه العطلة يدخل في إطار تنظيم حق من الحقوق السياسية يستوجب اعتماد قانون أساسي.

في قرارها عدد 4 لسنة 2018 المتعلق بمشروع قانون السجل الوطني للمؤسسات، لم تعتمد الهيئة نفس التمشي واعتبرت أن المادة لا تقتضي التدخل عن طريق قانون أساسي ولم تر في المسألة ارتباطا بمجال الجمعيات.

يعتبر إبقاء تحديد الحقوق والحريات الدستورية في مجال السلطة التشريعية ضمنا لهذه الحقوق لأن القوانين أو مشاريع القوانين تدخل تحت رقابة القاضي الدستوري.

ولقد ذهب فقه القضاء الدستوري في الأنظمة المقارنة في نفس التمشي، فنجد مثلا أن المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية الإسبانية تقر بعدم دستورية القوانين كلما اتضح أن المشرع تخلى عن اختصاصه في مجال الحقوق والحريات الدستورية لصالح السلطة الترتيبية.

كما نجد نفس التمشي قد تمّ اعتماده من قبل لجنة حقوق الإنسان الأهمية (في إطار حديثها عن حرية التعبير) إذ اعتبرت أن الحدّ من الحرية يجب أن يكون بمقتضى قانون وليس بمقتضى قواعد تقليدية أو دينية أو غير ذلك.

هذا من حيث مبدأ تدخل المشرع، أمّا من حيث طبيعة التشريع، فلا بدّ من التذكير بأهمية القواعد المتعلقة بصياغة وإعداد القاعدة القانونية.

تتميز المنظومة التشريعية اليوم بالتضخم التشريعي الناتج عن تعدد مجالات التدخل وتعدد وتنوع المتدخلين في المسار التشريعي. في تونس يمكن تفسير التضخم التشريعي بما يستدعيه الانتقال الديمقراطي من قوانين وقواعد جديدة تحدد ملامح الجمهورية الثانية. هذا بالإضافة إلى منظومة قانونية موروثية وسارية المفعول وغير متلائمة في معظم الأحيان مع الدستور الجديد ومع ضوابط الفصل 49.

من هنا وجب الرجوع إلى مميزات القاعدة التي تصوغها السلطة التشريعية خاصة في مجال الحدّ من الحقوق والحريات، إذ بيّنت لجنة حقوق الإنسان أن القاعدة القانونية المتعلقة بالحقوق والحريات يجب أن تتميز بما يكفي من الوضوح والدقة بشكل يسمح للفرد بتعديل سلوكه على ضوءها.

كما اتجه فقه القضاء الدستوري المقارن نفس الاتجاه، فإلى جانب المحكمة الدستورية الإسبانية⁵²، نجد فقه قضاء مستقر للمجلس الدستوري الفرنسي وما أقره في قراره 4 أفريل/ نيسان 2019 يذهب في هذا الاتجاه، إذ اعتبر أن المشرع ملزم بتحديد مجال القوانين الجزائية وتعريف الجرائم وعقوباتها بصفة دقيقة وواضحة⁵³.

● السلطة التأسيسية الفرعية

يمنع الفصل 49 أن ينال أي تعديل دستوري من "مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة" بالدستور ويكون بذلك قد حصّن هذه الحقوق والحريات من التراجع وهو ما نعبر عنه بمبدأ عدم التراجع.

وهنا لا بد من الانتباه إلى دور القاضي الدستوري في هذا المجال، فهو الذي سيؤدي رأياً فيما إذا كانت مبادرة التعديل لا تتعلق "بها لا يجوز تعديله" بها فيها تعديل الفصل 49 نفسه⁵⁴.

كما سيقوم القاضي الدستوري بتأويل ما قصدته السلطة التأسيسية بفعل "ينال" فهل يفهم منه الحد والتقليص أم النيل بمعنى النفي أو الخرق.

في نفس السياق، تنص الفقرة الثانية من الفصل 21 من الدستور على أن الدولة تضمن "للمواطنين والمواطنات الحقوق والحريات الفردية والعامّة، وتحمي لهم أسباب العيش الكريم" كما تنص الفصول الواردة بالباب الثاني من الدستور على ضمان الدولة للحقوق والحريات.

ولئن لا نجد في الفصول المذكورة تنصيحا صريحاً على مبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان، فإن ذلك لا يمنع من اعتبار أن ضمان الدولة للحقوق والحريات لا يسمح بالتراجع عنها. كما أن التنصيص في بعض الفصول على حماية هذه الحقوق والحريات وتطويرها ودعمها يؤسس لمبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان⁵⁵.

● القاضي

ينص الفصل 49 في نهاية فقرته الأولى على أن "تتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك". ويمكن القول انطلاقاً من هذه الصياغة أن الهيئات القضائية بكل أصنافها معنية بالفصل 49 باعتبارها الجهة التي تسلط رقابة على احترام الشروط الأساسية للفصل 49 من عدمها.

سبق وأن تعرضنا لدور القاضي الدستوري في مراقبة ما يمكن تنقيحه وهو هنا يراقب السلطة التأسيسية الفرعية. لكن القاضي الدستوري يراقب أيضاً دستورية القوانين ومشاريع القوانين.

فالقاضي يُعتبر تقليدياً بأنه حامي الحقوق والحريات سواء تعلق الأمر بالقاضي الإداري أو بالقاضي العدلي.

52 اعتبرت المحكمة الدستورية في 30 نوفمبر/ تشرين الثاني 2000 أن القوانين التي يصعب تأويلها لعدم وضوحها تحدّ لا فقط من نجاعة الحقوق الأساسية لكن أيضاً من الأمن القانوني.

53 Voir Malaurie (Ph.), «L'intelligibilité des lois», Pouvoirs, n°114, 2005, pp.131-137. Martens (P.), «Y a-t-il des principes généraux de valeur constitutionnelle ?», in. Mélanges Jacques Van Compernelle, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 387-407. Milano (L.), « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », R.D.P, n°3, 2006, pp.637-671.

54 أنظر الفصل 144 فقرة أولى: كل مبادرة لتعديل الدستور تُعرض من قبل رئيس مجلس نواب الشعب على المحكمة الدستورية لإبداء الرأي في كونها لا تتعلق بها لا يجوز تعديله حسبها هو مقرر بهذا الدستور.

55 الفصول 46 و47 و48 من الدستور، وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن الفصل 46 ينص على التزام الدولة بحماية الحقوق المكتسبة للمرأة بما يقيم الدليل على وجود أحكام تؤسس لمبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان في الدستور.

ينصّ الفصل 102 من الدستور أن "القضاء سلطة مستقلة تضمن إقامة العدل، وعلوية الدستور، وسيادة القانون، وحماية الحقوق والحريات"، وهو ما يفتح الباب للقضاة جميعاً أمام تطبيق فلسفة الفصل 49 ومبادئه الأساسية المتعلقة بالتناسب على النزاعات التي تطرح أمامهم والتي تستدعي حتماً تأويلهم للقانون.

● المؤسسات الأخرى المعنية بالفصل 49

إذا ألزمت السلطة التأسيسية الأصلية السلطة التأسيسية الفرعية والسلطة التشريعية والسلطة القضائية بضرورة احترام مقتضيات الدستور، فإنّ الفصل 49 يعني من باب أولى وأحرى جميع المتدخلين في مجال وضع حدود للحقوق والحريات وبالخصوص:

● **السلطة التنفيذية**، لما لها من دور جوهري لا فقط في إعداد مشاريع القوانين لكن أيضاً من خلال ممارستها للسلطة الترتيبية.

● **الهيئات العمومية المستقلة**، فقد أنشأ الدستور مجموعة من الهيئات الدستورية أسند لها الفصل 125 منه وظيفة دعم الديمقراطية، كما أسند المشرع صراحة إلى هيئات عمومية أخرى دور حماية حقوق وحريات معينة "منع التعذيب، منع الاتجار بالبشر، حماية المعطيات الشخصية، النفاذ إلى المعلومة..."، وهي معطيات تجعل من الهيئات العمومية المستقلة تحتاج حتماً إلى قراءة عملية للفصل 49 تمكّنها من الاضطلاع بدورها دون التضحية ببعض الحقوق لحماية حقوق أخرى.

● **الجماعات المحلية**، فمنذ دستور 2014 أصبحت للسلطة المحلية مكانة هامة في توزيع السلطات داخل الدولة الموحدّة. وإن كانت اللامركزية من أهمّ مطالب ما بعد 2011، فإنّ طريقة توزيع الاختصاصات بين المركزي والمحلي يمكن أن تطرح العديد من الإشكاليات. وباعتبار حداثة بلدنا بالحكم المحلي، ونظراً إلى بعض الغموض المتبقّي في علاقة بتوزيع الاختصاص وخاصة في علاقة بتأثير بعض القرارات المحلية (أو/ والجهوية مستقبلاً) على التمتع بالحقوق والحريات الدستورية، وجب تسليط الضوء على الإشكاليات المطروحة في هذا المجال.

● **المجتمع المدني**، حيث لعبت الجمعيات والمنظمات في تونس دوراً حاسماً في الدّفع إلى أكثر ضمانات في مجال الحقوق والحريات وهي بالتالي معنية بكل الآليات المتعلقة بتقييد هذه الحقوق. لذلك يتجه تمكين المجتمع المدني من فهم آليات الفصل 49 ومن الأدوات الضرورية التي يحتاجها في عملية تقييم وضع الحقوق والحريات وفي القيام بعمليات المناصرة على أساس الفصل 49.

لهذا الغرض، أنجزت المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات مجموعة من الأدلة العملية الموجهة لمختلف الفاعلين في المجال السياسي والقانوني والحقوق والمؤسّساتي، وسيقع تخصيص كل متدخل بدليل مستقل.

يأتي هذا المشروع في إطار دعم تركيز دولة قانون تكون قائمة على احترام الحقوق والحريات لا فقط من قبل السلطة التشريعية التي تبدو المعنية الأولى بالفصل 49. لكن من قبل كل الفاعلين في مجال الحقوق والحريات. فلقد أقرت اللجنة الأيمية لحقوق الإنسان بأن مبدأ التناسب يجب أن يقع احترامه من قبل القانون الذي يقر بتحديدات للحقوق لكن أيضاً

بالنسبة للسلط الإدارية والقضائية المسؤولة عن تطبيق القانون...⁵⁶.

لم تستكمل تونس بناء مؤسساتها الدستورية ولم تتوصّل بعد إلى تركيز محكمة دستورية رغم تبني القانون المنظم لها.

وباستثناء الهيئة العليا المستقلة للانتخابات، لم تتوصّل إلى تركيز الهيئات الأخرى، وهي هيئة الإعلام السمعي البصري، هيئة حقوق الإنسان، هيئة التنمية المستدامة وحماية حقوق الأجيال القادمة، هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد. وقد يكون لهذا البطء في تركيز المؤسسات أثر على حماية الحقوق والحريات الدستورية ووجب التوقّي من الحد من هذه الحقوق بصورة اعتباطية (arbitraire) وتمكين أكثر ما يمكن من الفاعلين من آليات عملية تسمح لهم باحترام مقتضيات الفصل 49 والتالي احترام الحقوق والحريات الدستورية.

ولئن تضمن الدستور التونسي أغلب الحقوق والحريات العامة والفردية، فإن تنزيل هذه الحقوق واحترامها بصورة فعلية يقف على عدة عوامل أهمها :

- تأويل السلطة التشريعية، المسؤولة عن سن القوانين، للفصل 49 ومقتضياته،
- تأويل السلطة التنفيذية، التي تعد مشاريع القوانين وتنفذها، للفصل 49 ومقتضياته،
- تأويل القاضي الدستوري والقاضي الإداري للفصل 49 نفسه ولمشاريع القوانين أو القوانين المطروحة على أنظاره،
- قبول القاضي العدلي بمبدأ إعمال الفصل 49 من عدمه،
- تأويل الفاعلين في مجال السلطة المحلية للفصل 49 ومقتضياته،
- وعي الهيئات العمومية المستقلة المختصة (الدستورية وغير الدستورية) بأهمية الفصل 49 كأداة لمراقبة تدخلات السلطات التقليدية في مجال حقوق الإنسان،
- وعي مختلف مكونات المجتمع المدني بضرورة الاعتماد على آلية الفصل 49 لمراقبة احترام الحقوق والحريات ولأعمال المناصرة التي تقوم بها في هذا المجال.

لذلك اختارت المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات بالتعاون مع مجموعة من الخبراء والخبراء في مجال القانون وفي مجال حقوق الإنسان تقديم عدد من الأدلة العملية لأهم المعنيين بالفصل 49 وهم: السلطة التشريعية، السلطة التنفيذية، القاضي الدستوري، القاضي الإداري، القاضي العدلي، الجماعات المحلية، الهيئات العمومية المستقلة والمجتمع المدني.

تهدف هذه الأدلة إلى إعانة الفاعلين في هذا المجال على فهم مقتضيات الفصل 49 وعلى حسن تطبيقها وذلك انطلاقاً من أمثلة عملية مبسطة لكنها دقيقة من حيث محتواها وثرية من جهة اعتمادها على المنظومات القانونية التي سبقتنا في تحديد ضوابط الحقوق والحريات.

ويتنزل الدليل المتعلق بالقاضي الدستوري في هذا الإطار.

C'est nous qui traduisons, Observation générale n° 27, 1999 à propos de l'article 12 : « Le principe de la proportionnalité 56 doit être respecté non seulement dans la loi qui institue les restrictions, mais également par les autorités administratives et judiciaires chargées de l'application de la loi. Les États devraient veiller à ce que toute procédure concernant l'exercice justifiant l'application de mesures». de ces droits ou les restrictions imposées à cet exercice soit rapide et que les raisons restrictives soient fournies

ونتمنى أن يجد القارئ في هذا الدليل ما يمكنه الاستجابة لتطلعاته المتعلقة بالحرص على احترام الحقوق والحريات الدستورية التي سنتحت حتما ملامح الديمقراطية التونسية الناشئة.



مقدّمة الدليل

سبق أن وضح التقديم العام أنّ الفصل 49 لا يتوجه فقط إلى المشرع كما يبدو ذلك من عباراته الصريحة لكن أيضا إلى القاضي بصورة عامة، فقد نصّ الفصل على أن "تتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك".

وقد تكون الانتهاكات موضوع اهتمام السلطة التأسيسية متأية من الأفراد -وهنا يكون دور القاضي العدلي أساسيا في حماية الحقوق والحريات الدستورية- وهو ما يمثل موضوع دليل مستقل بذاته، أو من الإدارة أو السلطة التنفيذية عموما حيث يتدخل القاضي الإداري من خلال حماية الشرعية، وهو ما يمثل أيضا موضوع دليل خاص. كما يمكن أن يكون الانتهاك بمقتضى عمل تشريعي، وهنا يكون أيضا دور القاضي الدستوري محوريا.

بعد فترات هامة تمّ فيها اعتبار القاضي مجرد ناطق بالقانون عملا بنظرية مونتسكيو للتفريق بين السلط، أصبح للقاضي الدستوري دور جوهري يُعدّ من معايير دولة القانون.

ولم يكن المرور إلى هذا الدور سهلا، إذ لاقت مراقبة دستورية القوانين الكثير من الصّد قبل الحرب العالمية الثانية وذلك تحوّفا من أن تكون المحاكم الدستورية غرfa ثالثة تتغيّر وتراقب إرادة الشعب دون أن يكون هناك رقيب عليها. ولعلّه من الجدير التذكير بأن ضمان علوية الدستور عن طريق رقابة قضائية لم يشهد نفس التطور في أوروبا وفي أمريكا. ففي حين قبلت المحكمة العليا الأمريكية في قرار "ماربوري ضد ماديسون" مبدأ الرقابة، بقيت الدول الأوروبية متشبثة ومكتفية بالرقابة السياسية رغم نداء الفقهاء بضرورة الرقابة القضائية على دستورية القوانين¹.

بعد تركيز المحاكم الدستورية في أوروبا، تمكّن القاضي الدستوري من فرض احترام المقتضيات الدستورية، وهو ما ساعد على بناء دولة القانون في العديد من الأنظمة رغم حداثة عهدها بالتجربة الديمقراطية.

ولعلّه من المهم في هذا الإطار الإشارة إلى تطوّر دور القاضي الدستوري من مراقب للسلطة التشريعية إلى دور المشرع السلبي وذلك عن طريق رفضه للقوانين اللادستورية وإرجاعها للمجلس النيابي.

ومع تطور النظريات المتعلقة بالتأويل وخاصة منها النظرية الواقعية للتأويل، أصبح للقاضي الدستوري اليوم دور خلاق وإنشائي وذلك من خلال قيامه بوظيفته الأساسية وهي ضمان علوية الدستور².

ويمكن التذكير أيضا بأن هذا الدور الإنشائي يختلف بحسب الأنظمة القانونية. فبقدر ما

1 هذا ما كتبه الفقيه النمساوي هانس كلسان منذ سنة 1928 في مؤلفه حول الضمان فقه القضائي للدستور.

2 أنظر TROPER Michel, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in La théorie du droit, le droit, l'Etat, PUF, Léviathan, 2001.

يعتبر القاضي في البلدان الأنقلوساكسونية المنشئ الفعلي للقانون من خلال الالتصاق بالسوابق القضائية، بقدر ما يعدّ القاضي في الأنظمة الرومانية (Romano-germaniques) ملتصقا بنص القانون.

ارتبط إقرار الدور الإنشائي والخلاق للقاضي الدستوري إذن بتطور الأنظمة القانونية وبتشعب المقتضيات الدستورية. فالدستور كوثيقة منظمة للسلط وضامنة للحرية لا يمكن أن تكون بطبيعتها مطوّلة ودقيقة، إذ تكتفي أغلب الدساتير بالخيارات السياسية والاجتماعية الكبرى دون الخوض في الجزئيات.

لذلك وجد القاضي الدستوري نفسه مجبرا على البحث عن المعنى المقصود من هذه العبارة أو تلك ومن ثمّة تحديد خياره أمام تعدد المعنى للنص الواحد بل وللعبارة الواحدة أحيانا. لقد مكّن الدور الإنشائي والخلاق للقاضي الدستوري من توسيع مدى الحقوق والحريات المحمية دستوريا. كمثال لذلك، نذكر ما قام به القاضي الدستوري الفرنسي من خلال خلقه لفكرة الكتلة الدستورية كأحكام مرجعية يعود إليها للتثبت من دستورية القوانين. فبعد أن كان المرجع هو نصّ دستور 1958، أضحت الكتلة الدستورية تحتوي لا فقط على الدستور الفرنسي لسنة 1958 بل أيضا على توطئة دستور 1946 وعلى الإعلان الفرنسي لحقوق الانسان والمواطن وعلى المبادئ الأساسية المعترف بها بمقتضى قوانين الجمهورية. من هنا تمكّن القاضي الدستوري من بناء فلسفة قائمة على المزيد من الحقوق والحريات وهو ما جعل من نص الدستور نصا حيا مواكبا لعصره.

لكن قد يخشى البعض هذه السلطة التي يمكن أن تُرى على أنها "فوق تشريعية" أو بكونها مخالفة لإرادة الشعب كما عبّر عنها المشرع، إلا أن العديد من الخصوصيات التي تميز وظيفة القاضي الدستوري تفنّد هذا التخوف. من هذه الخصوصيات نجد أولا الصبغة الجماعية التي تسمح بالتفكير وبالمداولة بين قضاة لا يحملون بالضرورة نفس الفكر ونفس الموقف من مسألة دستورية ما، وهو ما يمكن من عقلنة النقاش الدستوري واشتراطه بالبرهنة وبالإقناع المتبادل. أما الضمانة الثانية فتتعلق بواجب التعليل المحمول على القاضي الدستوري، حيث يشكل هذا التعليل عملا منهجيا وعلميا يقي من التخوفات المتعلقة بحكومة القضاة³.

يجمع الفقهاء اليوم على أن رقابة دستورية القوانين أصبحت معيارا لدولة القانون وبالتالي معيارا لعلوية الدستور بعد سنوات من رفض تسليط رقابة على القوانين لأنها تعبّر عن الإرادة العامة ولأنها تتأتى من سلطة ذات مشروعية انتخابية. في تونس، كانت المطالبة بإرساء هيئة لمراقبة دستورية القوانين مطروحة منذ مناقشات المجلس القومي التأسيسي لإعداد دستور 1959، لكن هاجس تركيز الدولة وسلطتها إلى جانب مبدأ سيادة الشعب شكلا عائقا أمام الذهاب في هذا الخيار.

3 أنظر سلسليل القليبي، تعليل قرارات الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين، الأيام الدراسية عبد الفتاح عمر، جانفي/ كانون الثاني 2018، بصدد النشر.

غير أنّ دولة الاستقلال لم تحرص إثر ذلك على إرساء هيئة قضائية مستقلة لتراقب المشرع ولتضمن علوية الدستور وذلك لأسباب سياسية، وهو ما أدّى إلى تعدّد خروقات دستور 1959.

في غياب للقضاء الدستوري، وأمام رفض المحاكم اختصاصها بالنظر في دستورية القوانين متعللة بخرق الفصل بين السلط عند تدخل القضاء في السلطة التشريعية وبضمان رئيس الجمهورية لاحترام الدستور، أصبح دستور 1959 مرتبطاً بإرادة شخص رئيس الجمهورية، وهو ما ساهم بشكل كبير في تنحية الرئيس بورقيبة عن الحكم.

رغم ذلك، كان لبعض القضاة الشجاعة لقبول فكرة مراقبة دستورية القوانين عن طريق الدفع، أي عندما يثير طرف في قضية ما أمام القاضي العدلي أن القانون الذي يراد أن ينطبق عليه هو غير دستوري. طرحت المسألة حول قانون 7 نوفمبر/ تشرين الثاني 1957 المتعلق بالجمعيات، إذ أقرت محكمة الاستئناف بتونس⁴ جواز نظر القاضي العدلي في الدفع بعدم دستورية القوانين، لكنها أقرت أن قانون 7 نوفمبر/ تشرين الثاني 1957 لا يتعارض مع الدستور.

سنة 1987، صدر حكم ابتدائي أقر اختصاص القاضي العدلي بالنظر في دستورية القوانين جاء فيه أن مراقبة دستورية القوانين عن طريق الدفع هي: «من طبيعة عمل القضاء الذي يقوم على تطبيق القانون على معناه الواسع»، لكنه أقرّ فيما بعد بدستورية القانون المتعلق بالجمعيات.

وفي قرارها الصادر في 11 أبريل/ نيسان 1988، أقرت محكمة الاستئناف بسوسة الحكم الابتدائي في خصوص حقها في البت في الدفع بعدم دستورية القوانين، معتبرة أن ذلك لا يمسّ بقاعدة تفريق السلط، كما اعتبرت أنّ القانون موضوع الدعوى خالف الدستور عندما مكّن وزير الداخلية من الحقّ في رفض تأسيس الجمعيات.

كان هذا الحكم محاولة أولى من بعض القضاة العدليين لتدارك ما سكت عنه الدستور ومحاولة لحماية علويته من خلال الرقابة القائمة عن طريق الدعوى، إلّا أنه تمّ التراجع عن هذا التوجه مع صدور القرار التعقيبي المؤرّخ في 1 جوان/ حزيران 1988 إذ اعتبرت محكمة التعقيب أن الدستور التونسي: «لم ينصّ صراحة على منح أي هيئة قضائية اختصاص النظر في دستورية القوانين، واعتبرت بالتالي أنه لا يحقّ للقاضي العادي مراقبة دستورية القوانين، «ذلك أن القيام بهذه المهمة يؤدي- حسب المحكمة- إلى تجاوز القاضي لسلطاته وإلى الاخلال بمبدأ الفصل بين السلط». رغم ذلك، كانت هذه الحقبة مهمة لدى السلطة الحاكمة لتعني مدى أهمية مراقبة دستورية القوانين وعلاقتها بالحقوق والحريات، فكان أن أقدمت على إنشاء هيئة استشارية سُمّيت المجلس الدستوري.

تمّ إحداث المجلس بموجب الأمر الرئاسي عدد 1414 لسنة 1987 المؤرخ في 16 ديسمبر/ كانون الأوّل 1987، وتمّ التدرج في تكريسه القانوني من خلال القانون عدد 39 لسنة 1990

4 قرار استئنائي مؤرخ في 21 ديسمبر/ كانون الأوّل 1982.

والقانون الدستوري المؤرخ في 06 نوفمبر/ تشرين الثاني 1995 والقانون الدستوري المؤرخ في 27 أكتوبر/ تشرين الأول 1997⁵، ثم القانون الدستوري المؤرخ في 01 جوان/ حزيران 2002⁶.

لكن رغم هذا التدرج وبعض المجهودات لضمان علوية الدستور، بقي المجلس الدستوري دون الشروط الموضوعية التي تمكن من حماية الحقوق والحريات من تهديدات السلطة التشريعية وذلك لغياب استقلالية المجلس ولانتفاء الصفة القضائية عنه رغم إلزامية آرائه.

مع دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 وقيام الجمهورية الثانية، تمّ التخلي عن المجلس الدستوري وإقرار المحكمة الدستورية كهيئة قضائية مستقلة (الفصل 118) تختص دون سواها بمراقبة دستورية:

- مشاريع القوانين،
- مشاريع القوانين الدستورية،
- المعاهدات التي يعرضها عليها رئيس الجمهورية،
- القوانين التي تحيلها عليها المحاكم تبعا للدفع بعدم الدستورية بطلب من أحد الخصوم،
- والنظام الداخلي لمجلس نواب الشعب الذي يعرضه عليها رئيس المجلس.

كما تختص المحكمة الدستورية بإعلان حالة الشغور في رئاسة الجمهورية وبإعفاء هذا الأخير، وبالنظر في النزاعات التي قد تقع بينه وبين رئيس الحكومة، إلى جانب اختصاصها في البت في استمرار الحالة الاستثنائية التي نصّ عليها الفصل 80 من الدستور⁷.

ولقد أكّدت السلطة التأسيسية على الطبيعة القضائية للمحكمة وعلى دور القضاء في حماية الحقوق والحريات من خلال الفصل 102 الذي اعتبر أنّ "القضاء سلطة مستقلة تضمن إقامة العدل، وعلوية الدستور، وسيادة القانون، وحماية الحقوق والحريات" وأنّ "القاضي مستقل لا سلطان عليه في قضائه لغير القانون".

لئن كان الفصل عامّا وبمهمّ كافة السلطة القضائية، فإنّ تخصيص قسم مستقل للمحكمة الدستورية يُلخّص أهمية هذا الهيكل القضائي وخصوصيته مقارنة مع الهياكل القضائية الأخرى التي خصّص لها قسم يجمع بينها⁸.

كما أحال الفصل 124 إلى المشرع مهمّة ضبط "تنظيم المحكمة الدستورية والإجراءات المتبعة لديها والضمانات التي يتمتع بها أعضاؤها"، وهو ما جاء به القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015

5 أنظر رافع بن عاشور، حماية الدستور، الدستور التونسي في الذكرى الأربعين لإصداره، الجمعية التونسية للقانون الدستوري، مركز الدراسات والبحوث الاقتصادية والاجتماعية، تونس 2000، ص، 200 وما بعدها.

6 محمد كمال شرف الدين: "مراقبة دستورية القوانين والحقوق الأساسية"، المجلة القانونية التونسية 2007، ص 229-253.

7 تمكن الحالة الاستثنائية التي نصّ عليها الفصل 80 رئيس الجمهورية من اتخاذ كل ما يراه من تدابير تضمن عودة السير العادي لدواليب الدولة في أقرب الأجل وقد تتضمن هذه التدابير مسّا من الحقوق والحريات أو حتى تعليقها لأجل معيّن، لذلك يصبح للقاضي الدستوري دور محوري من خلال الحكم باستمرار الحالة من عدمه.

8 خصص القسم الأول للقضاء العدلي والإداري والمالي.

المؤرخ في 3 ديسمبر/ كانون الأول 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية. ولئن حدّد القانون تفاصيل التركيبة والتنظيم والاختصاص، إلا أننا نعتبر الفصل الأول من قانون المحكمة الدستورية⁹ تلخيصاً للفلسفة العامة التي تقوم عليها رقابة الدستورية في الأنظمة الديمقراطية:

"المحكمة الدستورية هيئة قضائية مستقلة ضامنة لعلوية الدستور وحامية للنظام الجمهوري الديمقراطي وللحقوق والحريات في نطاق اختصاصاتها وصلاحياتها المقررة بالدستور والمبينة بهذا القانون".

هذا فضلاً عن أنّ لرقابة الدستورية في تونس دور تأسيسي لا بمعنى السلطة التأسيسية الأصلية أو الفرعية، لكن بمعنى ما يتمتع به القاضي الدستوري من صلاحيات وأولية لدستور يتسم بتعدد المعنى أحياناً وبالغموض أحياناً أخرى.

تكسي رقابة القاضي الدستوري في تونس صبغة عامة ومجردة بقدر عمومية القاعدة القانونية وتجريدها عندما يتعلق الأمر بالنظر في دستورية مشاريع القوانين. لكن القاضي الدستوري مطالب أيضاً بالنظر في دستورية القوانين من خلال الدفع بعدم الدستورية، وهو ما سيمكّنه من الوقوف على الوضعيات الخاصة حتى إن كان المطلوب منه إقرار الدستورية من عدمها وليس حل النزاع المعروض على المحاكم الأخرى.

بالرجوع إلى جميع العناصر المذكورة أعلاه، نعتبر أنّ الدليل الموجه للقاضي الدستوري التونسي والمتعلق بالحقوق والحريات الدستورية التي سيضمونها بعد تركيز المحكمة الدستورية سيمكّن هذا الأخير من بعض أدوات التحليل المتعلقة بالحقوق والحريات وتحدد ضوابطها التي وردت في الفصل 49 من الدستور.

يقترح الدليل إذن التعرض إلى آليات تطبيق الفصل 49 من قبل خطّ الدفاع الأول عن الحقوق والحريات الدستورية.

لذلك نقترح فيما يلي التعرض لأهم الإشكاليات المتعلقة برقابة الدستورية من منظور القاعدة المرجعية الأساسية التي تهمّنا هنا وهي الفصل 49 من الدستور، مع العلم أنّ مناقشة هذه المسائل لا تهمّ فقط القاضي الدستوري المسؤول المباشر عن الرقابة، بل تهم أيضاً جميع المتدخلين والمساعدين الذين تعرض لهم القانون المنظم للمحكمة الدستورية في تونس¹⁰.

9 القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر/ كانون الأول 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية.

10 ينص الفصل 39 من القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر/ كانون الأول 2015 والمتعلق بالمحكمة الدستورية على ما يلي "يمكن للمحكمة الدستورية انتداب مساعدين مختصين في القانون، كما يمكنها اللجوء إلى خبراء ومختصين من ذوي الكفاءة للاستعانة بهم في المسائل المعروضة عليها وفق التشريع الجاري به العمل"، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 98 المؤرخ في 8 أوت/ آب 2015.

وبالرجوع إلى الفصل المذكور، يمكننا حصر هذه الإشكاليات في خمسة أجزاء:
الجزء الأول- دور القاضي الدستوري في حماية الحقوق والحريات من خلال الرقابة الدستورية الخارجية.

الجزء الثاني- كيف يتثبت القاضي الدستوري من شرط عدم المساس بجوهر الحق؟
الجزء الثالث - حماية القاضي الدستوري للحقوق والحريات من خلال رقابته على علاقة مشروع القانون أو القانون بالهدف المراد حمايته (أو شرط الضرورة الخارجية).

الجزء الرابع - دور القاضي الدستوري في فرض احترام التناسب بين الضوابط وموجباتها: من أجل فقه قضاء قائم على اختبار التناسب.

الجزء الخامس - دور القاضي الدستوري في ضمان شرط عدم التراجع عن الحقوق والحريات.

الجزء الأول

دور القاضي الدستوري في حماية الحقوق والحريات
من خلال الرقابة الدستورية الخارجية

على عكس الرقابة الداخلية التي تُعنى أساساً بمحتوى النص، نعني بالرقابة الخارجية تلك التي تهتمّ أولاً مسألة الاختصاص، وهو ما نعبر عنه بالتحفظ التشريعي (القسم الأول). لكن القاضي الدستوري لا يكتفي بهذه الرقابة التي أحاله إليها الفصل 49 من الدستور، بل إنه يسلط أيضاً رقابته على مدى احترام المشرع لإجراءات سنّ القوانين (القسم الثاني).

القسم الأول رقابة الدستورية تقتضي رقابة احترام التحفظ التشريعي

يقتضي الفصل 49 ألا يتم تحديد ضوابط الحقوق والحريات وممارستها إلا بقانون. وتحيلنا هذه المقتضيات إلى شرط أساسي وأولي يراقبه القاضي الدستوري يتعلق بما يسميه الفقه بالتحفظ التشريعي.

يمكن تعريف التحفظ التشريعي بحسن تطبيق المشرع للاختصاصات التشريعية التي أسندها له الدستور، وهو ما يعني أولاً ضرورة التشريع في المجالات التي نصّ عليها الدستور ولكن كذلك "حسن التشريع" حتى لا تكون سوء صياغة النص القانوني مدخلا لإفراغ اختصاص المشرع من محتواه.

الفرع الأول – القاضي الدستوري وضمن احترام الاختصاص التشريعي لتحديد ضوابط الحقوق والحريات وممارستها

يمنح الفصل 49 اختصاصا حصريا للمشرع في وضع حدود للحقوق والحريات الدستورية. لذلك يبدو لنا جليا أن للقاضي الدستوري دور جوهري في مراقبة احترام المشرع لاختصاصه، إذ كلما احترم هذا الأخير اختصاصه كلما قلل من فرص تدخلات السلطة التنفيذية في هذا المجال. بمعنى أنه كلما أحسن المشرع استعمال صلاحياته التشريعية وقتن بوضوح المجال الذي أسند له، كلما كان تدخل السلطة التنفيذية قليلا أي مكتفيا بسلطة تنفيذ القوانين.

ولعل قاعدة انفراد المشرع بالاختصاص في مجال الحقوق والحريات تجاوزت ما تقتضيه القوانين الداخلية لتصبح قاعدة مستقرة في القانون الدولي لحقوق الانسان.

على مستوى القوانين الداخلية المقارنة، نذكر مثلا حرص المجلس الدستوري الفرنسي على حماية اختصاص المشرع معتبرا ذلك من متعلقات النظام العام¹.

Voir Akacha (N.), Le pouvoir normatif du juge constitutionnel, thèse de doctorat, Tunis, 2017, non publiée, 1 p. 217.

منذ قراره المؤرخ في 27 جانفي / كانون الثاني 1967، رفض المجلس الدستوري ما يسمى عدم الاختصاص السلبي (incompétence négative) أي أن يتخلى المشرع بصورة أو بأخرى عن اختصاصه لفائدة السلطة الترتيبية. فقد اعتبر في هذا القرار أن المشرع الذي يجيل إلى الإدارة تحديد شروط بعض المستشارين القضائيين دون ضمانات تتعلق بعدم نقلة القضاة يكون قد تخلى عن اختصاصه كما حدده الفصل 34 من الدستور.

ونجد اليوم فقه قضاء مستقر يتولى من خلاله القاضي الدستوري الفرنسي التثبت من استعمال المشرع لكافة اختصاصاته وعدم التخلي عنها ولو جزئياً².

نذكر في هذا المجال ما أقرته اللجنة الأمية لحقوق الإنسان في تعليقها العام حول حرية التعبير بالرجوع إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، حيث أقرت أن:

"باعتبار أن أي تقييد لحرية التعبير يشكل انتهاكاً خطيراً لحقوق الإنسان، فإن إدراج قيد ما في قاعدة تقليدية أو دينية أو أي قاعدة عرفية أخرى يتعارض مع العهد".

أما المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فقد أقرت في العديد من قراراتها ضرورة التزام الدول الأطراف بتحديد الحقوق والحريات بمقتضى قانون كما تقتضي ذلك العديد من فصول الاتفاقية الأوروبية.

في هذا الاتجاه، نذكر ما أقرته المحكمة في قرار "خان" ضد المملكة المتحدة عندما اعتبرت أن التقاط المكالمات الهاتفية من قبل السلط البريطانية لم يكن منظمًا بقانون كما ينص على ذلك الفصل الثامن من الاتفاقية وذلك لغياب تنظيم تشريعي لاستعمال آلات التنصت، إذ أن آليات استعمال هذه الآلات تقف فقط على توجيهات وزارة الداخلية التي لم تكن ملزمة قانوناً ولا متاحة للجميع³.

على المستوى الوطني، نصّ الدستور التونسي وتحديدًا الفصل 65 صراحة على أن الحريات وحقوق الإنسان تتخذ شكل قوانين أساسية. لكن نفس الفصل ذكر ضمن مجالات القانون العادي المبادئ الأساسية لنظام الملكية والحقوق العينية والتعليم والبحث العلمي والثقافة والصحة العمومية والبيئة والتهيئة الترابية والعمرانية والطاقة وقانون الشغل والضمان الاجتماعي، وهو ما يستدعي دوراً هاماً للقاضي الدستوري في الفصل بين ما للقانون الأساسي وما للقانون العادي من مجالات خاصة إذا التجأ المشرع إلى الحد من الحقوق والحريات بصورة مقننة أو غير مباشرة وذلك من خلال قوانين عادية.

2 مزيد من الأمثلة، يراجع المرجع السابق ص 2017 وما بعدها.

3 « Le recours à un appareil d'interception des conversations téléphoniques par les autorités britanniques » n'était pas prévu par la loi au sens de l'article 8. Ceci, en raison de l'absence de système légal régissant l'emploi d'appareils d'écoute : les modalités de l'utilisation de ce matériel dépendaient en effet simplement de directives du ministère de l'Intérieur qui n'étaient ni juridiquement contraignantes, ni accessibles au grand public ». Khan c/ Royaume-Uni, Arrêt du 12 mai 2000.

لقد اعتبر الأستاذ سليم اللغماني في هذا المجال أنّ الحدّ من الحرية لا بدّ أن يكون بمقتضى قانون أساسي بما أنّ الفصل 65 من الدستور ينص على أنّ النصوص المتعلقة بالحرّيات وحقوق الإنسان تتخذ شكل قوانين أساسية⁴. توفر لنا هذه القراءة عدّة مزايا لعل أهمها وحدة النظام القانوني لشكل القانون المتضمن تحديدا للحرّيات أو الحقوق، ويكون بذلك كل تحديد للحرّيات أو الحقوق بمقتضى قانون أساسي، ممّا من شأنه أن يوفر حماية أكثر - بعضها إجرائي - للحقوق والحرّيات ويعطي مشروعية أكبر للحد من الحق أو الحرية باعتبار أنّ المصادقة على القوانين الأساسية تتم بالأغلبية المطلقة لأعضاء مجلس نواب الشعب في حين أنّ المصادقة على القوانين العادية تتم بأغلبية النواب الحاضرين⁵.

أما القاضي الدستوري، فيمكنه مستقبلا تدعيم ما سبق أن توصل إليه فقه القضاء الدستوري الوطني أو المقارن حول عدم تخلي المشرع عن اختصاصه.

بالنسبة لفقه القضاء الدستوري الوطني، يمكننا ذكر ما قرره المجلس الدستوري من خلال الرأي عدد - 71 2005 بخصوص بعض الأحكام من مشروع قانون المالية لسنة 2006:

"وحيث ودون الخوض في احتمال إقصاء الأطراف الآخرين المطالبين بالضرية حسب منطوق الفصل 69 المذكور والمضمن بالفصل 54 من مشروع قانون المالية وما قد يمثله ذلك في تلك الحالة من عدم مراعاة لحق التقاضي، فإنه ولئن يسوغ للمشرع أن يحيل ضمن قانون عادي إلى أحكام واردة بقانون أساسي أو التذكير بهذه الأحكام، فإن ذلك يجب أن يبقى في حدود منطوق الأحكام الواردة بالقانون الأساسي دونها إضافة أو حذف أو تغيير".

أما الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية القوانين، فقد اعتبرت في قرارها عدد 1-2018 بتاريخ 23 جانفي/ كانون الثاني 2018 حول مشروع القانون عدد 78-2017 المتعلق بمنح عطلة استثنائية للأعوان العموميين المترشحين للانتخابات الرئاسية والتشريعية والجهوية والبلدية أنه:

"حيث ينص الفصل 65 من الدستور على أن يتخذ القانون الانتخابي شكل قانون أساسي، وحيث أن إسناد عطلة استثنائية للمترشحين من القطاع العام أو القطاع الخاص يرتبط ارتباطا وثيقا بالترشح وخوض الحملة الانتخابية وهو ما يستوجب تنظيمه بقانون أساسي"⁶.

4 أنظر سليم اللغماني، الفصل 49 من دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 في ثمانية أسئلة، ص 103.

5 ينص الفصل 64 من الدستور على أنه "يصادق مجلس نواب الشعب بالأغلبية المطلقة لأعضائه على مشاريع القوانين الأساسية وبأغلبية أعضائه الحاضرين على مشاريع القوانين العادية على أن لا تقل هذه الأغلبية عن ثلث أعضاء المجلس. لا يعرض مشروع القانون الأساسي على مداولة الجلسة العامة لمجلس نواب الشعب إلا بعد مضي خمسة عشر يوما من إحالته على اللجنة المختصة".

6 أنظر الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 28، 28 جانفي/ كانون الثاني 2018.

أما القرار الثاني الذي راقب فيه القاضي الدستوري احترام المشرع لاختصاصه، فهو القرار عدد 04/2018 المؤرخ في 4 سبتمبر/ أيلول 2018 المتعلق بمشروع قانون السجل الوطني للمؤسسات، أين اعتبرت الهيئة أن إنشاء السجل الوطني للمؤسسات يجب أن يتخذ شكل قانون عادي وليس قانوناً أساسياً. ورفضت بالتالي قبول مطاعن النواب الذين اعتبروا أن المشروع يتناول المواد التي يجب أن تنظمها القوانين الأساسية، وهي تنظيم العدل والقضاء وكذلك الجمعيات.

واعتبرت الهيئة، بتسرع ودون تبرير منطقي وقانوني، أن مشروع القانون الخاص بتعزيز شفافية المعاملات الاقتصادية والمالية لا ينبغي اعتماده في شكل قانون أساسي، "إذ لم يصف هذا القانون قواعد جديدة تؤثر على تكوين الجمعيات أو إجراءات تنظيمها أو إدارتها".⁷

وتجدر الإشارة أن موضوع القرارين السابقين لا يتعلق بتخلي المشرع عن اختصاصه لصالح سلطة أخرى، بل بمدى التزامه بالتصنيف الدستوري للحقوق والحريات ضمن المسائل التي يتم تنظيمها بقانون أساسي.

أما الجانب الآخر المتعلق بالاختصاص، فيهمّ أساساً الحالات التي لا يتدخل فيها المشرع ويتركها بالتالي للسلطة التنفيذية. نذكر في هذا المجال توجه فقه القضاء الدستوري إلى حماية قصوى لاختصاص المشرع حتى إن تدخل هذا الأخير في مجال السلطة الترتيبية⁸.

ويجدر التذكير هنا بما توصل إليه فقه القضاء الدستوري المقارن من خلال توجه القاضي الدستوري نحو توسيع مجال القانون أكثر ما يمكن حتى يتسنى له تسليط رقابته على المشرع. ونذكر في هذا الإطار ما توصل إليه المجلس الدستوري الفرنسي من توسيع لاختصاص المشرع الذي نصّ عليه الفصل 34 من دستور 1958.⁹

لقد وسّع المجلس الدستوري الفرنسي هذا المجال من القانون ليشمل مجالات أخرى غير المذكورة في المادة 34، بما في ذلك قوانين تمديد حالة الحصار على النحو المنصوص عليه في المادة 36 من الدستور.

كما تمّ توسيع نطاق القانون من خلال السوابق القضائية للمجلس الدستوري فيما يتعلق "بالتحفظات القانونية" أو حتى ما يسمى "عدم الاختصاص السلبي". هكذا يوجه المجلس اللوم إلى المشرع لإحالة للسلطات الإدارية مهمة وضع القواعد التي تضمن احترام المتطلبات الدستورية، ولا سيما الحقوق والحريات الأساسية.

7 Cf. Hamrouni (S), La loi et les restrictions aux droits et libertés, actes du colloque, La loi, faculté de droit de Sfax, avril 2019. À paraître.

8 أنظر قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية القوانين عدد 2/2017 بتاريخ 8 ماي/ أيار 2017 المتعلق بمشروع القانون عدد 50 لسنة 2016 المتعلق بالتخفيض في العلوم الموظف على تصدير الفضلات من الحديد وبعملية تصدير ظرفية إلى موفى سنة 2017.

9 Cf. J. Trémeau, La réserve de loi : compétence législative et Constitution, Economica, P.U.A.M., Ed. 1997

لوحظ نفس الموقف لدى القاضي الدستوري الإسباني الذي عاقب المشرع من أجل التخلي على نطاق واسع وغير مدرّوس من اختصاصه لفائدة السلطة القضائية، أو في ظل ظروف كانت غامضة للغاية لصالح السلطة المنظمة للحقوق والحريات¹⁰.

أما في ألمانيا، فقد قام القاضي الدستوري بدور كبير لبناء ملامح نظرية التحفظ التشريعي بعد أن كان الاختصاص الحصري للمشرع يهّم أساساً مبدأَي الحرية والملكية، إذ تمّ توسيع مجال تدخل القانون خارج هذين المجالين من خلال بعض القرارات المبدئية نذكر منها¹¹:

مثال عدد 1- قرار المحكمة الدستورية الألمانية المؤرخ في 14 مارس/ آذار 1972¹²

"القانون الأساسي {الدستور} هو نظام من القيم (eine wertgebundene Ordnung) يعترف بأن الهدف النهائي لجميع القوانين هو حماية الحرية والكرامة الإنسانية (...). تنص المادة 1، الفقرة 3 من القانون الأساسي، على أن الحقوق الأساسية هي قوانين وضعية تلزم السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية. فلا يتم إذن احترام هذه الحقوق الأساسية إذا كان من الممكن، في حالة تطبيق العقوبات، تقييد الحقوق الأساسية بطريقة تعسفية أو تقديرية. (...) لا يمكن بالتالي تقييد الحقوق الأساسية للسجناء إلا بموجب القانون أو على أساس القانون (nur durch oder aufgrund eines Gesetzes)"¹³.

مثال عدد 2- قرار المحكمة الدستورية الألمانية مؤرخ في 24 أكتوبر/ تشرين الأول 1975

"لم تعد الصيغة التقليدية المتأثرة بالمفهوم الديمقراطي والليبرالي للدولة في القرن التاسع عشر، والتي بموجبها يكون تدخل القانون ضرورياً فقط في حالة "التدخل في مجال الحرية أو الملكية" متلائماً مع القانون الدستوري الوضعي في إطار النظام الديمقراطي والبرلماني للقانون الأساسي الألماني... من الواضح أن القرار، الذي يتعلق بالمسائل الأساسية التي تهم المواطنين مباشرة، يجب أن يتخذ شكل قانون، وأن يتجاوز المعيار التقليدي لـ "التدخل" الذي يقع استخدامه عملياً"¹⁴.

إلى جانب ضرورة تدخل المشرع، حرص القاضي الدستوري الألماني على أهمية دقة القانون حتى لا يترك مجالاً واسعاً لتدخل السلطة التنفيذية.

Hamrouni (S), la loi et les restrictions aux droits et libertés, actes du colloque, La loi, faculté de droit de Sfax, 10 avril 2019. À paraître.

<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2020/03/30/section-1-lorigine-conceptuelle-de-la-theorie-de-la-decision-substantielle-la-reserve-de-loi-gesetzesvorbehalt-du-vormarz/>

BVerfGE 33, 1 du 14 mars 1972 « Gefangenenpostentscheidung ». La décision concerne le rapport spécial qui lie l'administration pénitentiaire et les prisonniers.

<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2020/03/30/section-1-lorigine-conceptuelle-de-la-theorie-de-la-decision-substantielle-la-reserve-de-loi-gesetzesvorbehalt-du-vormarz/>. C'est nous qui traduisons.

14 أنظر قرار المحكمة الدستورية الألمانية، المرجع السابق، BVerfGE, 40, 237, du 28 octobre 1975.

الفرع الثاني - كيف يمكن للقاضي الدستوري مراقبة الشروط الإجرائية للنص القانوني الذي يحدّ من الحقوق والحريات؟

لعلّه من المفيد التذكير بأنّ رقابة القاضي الدستوري على القوانين لا تكتفي بالثبوت من أعمال المشرع لاختصاصه، بل تمتد إلى الثبوت من احترامه للشروط الإجرائية التي يقتضيها التشريع. وتكتسي هذه الشروط أهمية بالغة في مجال الحقوق والحريات باعتبارها تتيح فرصة أخرى للقاضي لإلزام المشرع ببعض الضمانات مثل الاستشارة الوجدية أو من خلال حماية المبادرة التشريعية من كل تشويه.

الفقرة الأولى - رقابة الدستورية من خلال ضمان إجراء الاستشارة الوجدية

يجب أن تمتد رقابة القاضي الدستوري الخارجية أيضا إلى كافة إجراءات "صناعة" القانون، من ذلك الثبوت من إحالة مشروع القانون على الجهة التي يقتضي الدستور استشارتها على غرار ما اقتضته الفقرة الأولى من الفصل 114 من الدستور التي أعطت الجلسة العامة للمجالس القضائية صلاحية إبداء "...الرأي في مقترحات ومشاريع القوانين المتعلقة بالقضاء التي تعرض عليها وجوبا".

وهو ما أقرته الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين في رأيها عدد 2 / 2015 المؤرخ في 8 جوان/ حزيران 2015 المتعلق بمشروع القانون الأساسي المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء على النحو التالي:

"وحيث إنّ إبداء الرأي من هيئة القضاء العدلي بشأن مشروع القانون الأساسي للمجلس الأعلى للقضاء ولئن كان يكتسي صبغة استشارية، فإنه إجراء جوهري له وثيق الارتباط بقواعد النظام العام الدستوري بحكم تعلقه بصميم العمل القضائي".

إنّ ما انتهت إليه الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين من إقرار بأنّ الجهة المبادرة بإحالة القانون على الجهة التي أوجب الدستور استشارتها، الهيئة الوقتية للقضاء العدلي في صورة الحال، هي اللجنة المختصة بمجلس نواب الشعب دون سواها، رأي يمكن مناقشته ونقده لأنّ الاستشارة محمولة على صاحب المبادرة التشريعية وتكون سابقة لإحالة القانون على المجلس التشريعي ويجب أن يكون مشروع القانون المحال على مجلس نواب الشعب مرفقا بالاستشارة موضوع الإلزام القانوني. ففي صورة صدور المبادرة التشريعية عن الحكومة، فإنّ الاستشارة الوجدية تتمّ بعد بلورة المشروع وقبل عرضه على مجلس الوزراء ليتداول في شأنه بناء على رأي الجهة أو الجهات التي

تم استشارتها¹⁵. وهو ما انتهى إليه المجلس الدستوري بصفة ضمنية على نحو ما بينه المقتطف من الرأي عدد 18-2005 للمجلس الدستوري المؤرخ في 25 جويلية/ تموز 2005 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية/ تموز 1991 والمتعلق بالمنافسة والأسعار موضوع المؤطر أدناه:

"وحيث لئن أقر المشروع إمكانية استشارة مجلس المنافسة حول مشاريع النصوص التشريعية، فإن ذلك يتم بصفة اختيارية ومن جهة أخرى قبل خضوعه إلى الاجراءات المقررة بالدستور في هذا الخصوص طالما أن العرض موكول إلى الوزير وقبل أن يتخذ النص شكله النهائي وقبل عرضه على مجلس الوزراء..."

نذكر أيضا الفصل 130 من الدستور المتعلق بهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد في فقرته الثالثة التي تنص على أنه "تستشار الهيئة وجوبا في مشاريع القوانين المتعلقة بمجال اختصاصها"¹⁶. وهو أمر بيئته الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين في رأيها عدد 2/2015 المشار إليه أعلاه وذلك على النحو التالي:

"وحيث أن الجهة المعنية بإحالة مشروع قانون الهيئة الوقتية للقضاء العدلي هي اللجنة المختصة بمجلس نواب الشعب دون سواها بحكم أن هذا المشروع يكون لديها حين يبلغ فيه وضعا تتضح فيه ملامحه وتبدو مظاهره فيتيسر عندئذ للهيئة المذكورة الاطلاع عليه وإبداء ملحوظاتها في شأنه"¹⁷.

تتجه الملاحظة في هذا الشأن أيضا أن الجهة المستشارة يجب أن تحيل إلى الجهة المستشارة كافة عناصر مشروع القانون والإشكاليات التي ستداول فيها فيما بعد وهو ما أكده المجلس الدستوري الفرنسي في قراره عدد 203-468 بتاريخ 3 أفريل/ نيسان 2003¹⁸.

Cette solution est confirmée par le guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires qui stipule : 15
"Il revient au secrétariat général du Gouvernement de saisir le Conseil d'Etat des projets de loi. La saisine doit intervenir, sauf exception, au moins quatre semaines avant la date envisagée pour l'inscription du projet de loi au conseil des ministres. "la saisine du conseil d'Etat des projets de lois trouve son fondement dans l'article 39 de la constitution.

16 أوجب الفصل 128 من الدستور أيضا استشارة هيئة حقوق الإنسان في مشاريع القوانين المتصلة بمجال اختصاصها. نفس الشيء بالنسبة إلى الفصل 129 من الدستور الذي أوجب استشارة هيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة في "مشاريع القوانين المتعلقة بالقوانين المتعلقة بالمسائل الاقتصادية والاجتماعية والبيئية وفي مخططات التنمية". وهي عبارات واسعة جدا يمكن أن تأتي على مختلف مجالات العمل التشريعي. فلا يخلو قانون اليوم من بعد اقتصادي أو اجتماعي. لذلك ستكون المحكمة الدستورية بعد تركيزها وتركيز هيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة مدعوة إلى تحديد مشاريع القوانين المتعلقة المسائل الاجتماعية والاقتصادية التي يجب استشارة الهيئة في شأنها وتمييزها عن غيرها من مشاريع القوانين التي لا تستوجب استشارة الهيئة المذكورة المنصوص عليها بالفصل 129 من الدستور. على أنه تجدر الإشارة في هذا الصدد أن الفصل 126 من الدستور لم يوجب استشارة الهيئة العليا المستقلة للانتخابات في مشاريع القوانين ذات الصلة بمجال اختصاصها وذلك خلافا للهيئات الدستورية الأخرى.

17 يبدو أن خطأ ماديا تسرب عند صياغة الخبيثة موضوع المؤطر أعلاه وفي تقديرنا الصواب هو الصياغة التالية: "وحيث أن الجهة المعنية بإحالة مشروع قانون المجلس الأعلى للقضاء للهيئة الوقتية للقضاء العدلي هي اللجنة المختصة بمجلس نواب الشعب دون سواها بحكم أن هذا المشروع يكون لديها حين يبلغ فيه وضعا تتضح فيه ملامحه وتبدو مظاهره فيتيسر عندئذ للهيئة المذكورة الاطلاع عليه وإبداء ملحوظاتها في شأنه".

18 Décision 2003-468 DC - 03 avril 2003 - Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques.

بموجب الفقرة الثانية من المادة 39 من الدستور: "يتمّ تداول مشاريع القوانين في مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة وإيداعها في مكتب أحد المجلسين. وبالتالي، فإن جميع الأسئلة التي يطرحها النص المعتمد من قبل مجلس الوزراء يجب أن تكون قد قدمت إلى مجلس الدولة أثناء استشارته.

ولئن لم ينظم القانون زمن الاستشارة وإجراءاتها، فإن المحكمة الدستورية مدعوة لتوضيح ذلك أكثر والاستئناس بما انتهى إليه المجلس الدستوري في هذا الخصوص ومحكمة العدل الأوروبية¹⁹ خاصة أن الاستشارة الوجوبية تعتبر شكلية جوهرية²⁰ يترتب عن عدم احترامها التصريح بعدم دستورية مشروع القانون أو القانون حسب الحال.

كما تكتسي الاستشارة في مجال حقوق الانسان أهمية كبرى باعتبارها تسمح بتسليط الضوء على الحدود أو الضوابط التي ينوي المشرع وضعها للحقوق والحريات الدستورية. لذلك يُنتظر أن ينتبه القاضي الدستوري إلى هذا الإجراء خاصة إذا كان مشروع القانون لا يوحى للوهلة الأولى بعلاقة بديهية بالحقوق والحريات.

نجد نفس التمشي لدى المحاكم الدستورية الأخرى، ونذكر منها المحكمة الدستورية الرومانية التي اعتبرت في عدة قرارات لها سنة 2019 عدم احترام الإجراءات المتعلقة باتخاذ القوانين سببا لإقرار عدم الدستورية.

المحكمة الدستورية الرومانية

قرار عدد 145 لسنة 2019: عدم دستورية مشروع القانون الذي يتدخل في مجالات النظام والأمن العامين الذي تمّ اتخاذه دون استشارة المجلس الأعلى للدفاع الوطني.

قرار عدد 139 لسنة 2019: عدم دستورية مشروع قانون ذو طابع اقتصادي تمّ اتخاذه دون استشارة المجلس الاقتصادي والاجتماعي²¹.

Affaire 138/79, 29 octobre 1980.

19

Ibidem, dans cette décision la cour a confirmé que : "La consultation prévue par l'article 43, paragraphe 2, alinéa 3, comme par d'autres dispositions parallèles du traité, est le moyen qui permet au Parlement de participer effectivement au processus législatif de la Communauté. Cette compétence représente un élément essentiel de l'équilibre institutionnel voulu par le traité. Elle est le reflet, bien que limité, au niveau de la Communauté, d'un principe démocratique fondamental, selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative. La consultation régulière du Parlement dans les cas prévus par le traité constitue dès lors une formalité substantielle dont le non-respect entraîne la nullité de l'acte concerné".

Chroniques de la jurisprudence constitutionnelle, Roumanie, AIJC, 2019, p.954.

21

الفقرة الثانية - الرقابة على الدستورية من خلال حماية المبادرة التشريعية

نصّ الفصل 62 من الدستور على اختصاص كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية بحق المبادرة التشريعية²².

ونعني بالمبادرة التشريعية أن تبادر مجموعة من النواب بمقترح قانون في مجال ما أو أن تبادر السلطة التنفيذية (الحكومة أو رئيس الجمهورية) بمشروع قانون في مجال ما وهو ما يقتضي أن تتمّ حماية المبادرة وتجنب تداخل من بادر بالمقترح أو المشروع ومن يسعى إلى تغيير محتواه.

تعبّر بعض الدراسات القانونية عن التوجه العام في الدول وهو أن جلّ المبادرات التشريعية متأتية من الحكومة لالتصاق هذه الأخيرة بالاشكاليات المتعلقة بسياسات الدولة وما تقتضيه من آليات عمل لتطويرها ولتغييرها²³.

لقد سبق لفقهاء القضاء الدستوري المقارن أن أكد على بعض العناصر المتعلقة بالمبادرة التشريعية ومنها حق الحكومة في إدخال تعديلات على مبادرتها، وهو ما ذهب إليه القاضي الدستوري الفرنسي مثلاً في قرار مؤرخ في 18 ديسمبر/ كانون الأول 1997.

لقد اختارت بعض الدساتير صراحة تحديد حقّ التعديل بالنسبة للنواب في مجال مشاريع قوانين الميزانية وذلك للحفاظ على تناسق المشروع ولتفادي التمشيات "الدغمائية" للنواب، وهذا ما ذهب إليه دساتير بعض الدول مثل فرنسا وألمانيا وإسبانيا أو البرتغال²⁴.

في نفس التوجه الحريص على محتوى المبادرة وتناسقها (cohérence)، منعت بعض الدساتير صراحة أية تعديلات تدمج عناصر لا علاقة لها بموضوع المبادرة (وهو ما يعبر عنه بالفرسان التشريعية cavaliers législatifs)، وهذا ما ذهب إليه الدستور اليوناني في فصله 74 مثلاً.

لذلك يتجه مراقبة التعديلات المدخلة على المشروع الأصلي للقانون كيفما ورد على المجلس التشريعي، وهو أمر يبيّنه الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين في رأيها عدد 2015/2 حيث أكدت ما يلي:

"وحيث تحصل من مراجعة القانون الأساسي عدد 2015/16 المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء المحال من رئيس الحكومة إلى رئيس مجلس نواب الشعب والمشروع المتعلق بنفس القانون في صيغته المعدلة المحال من لجنة التشريع العام إلى الجلسة العامة بمجلس نواب الشعب ملاحظة الاختلاف البيّن في تصوّر المشروعين في مضمونهما من حيث عدد الفصول المدرجة بهما وفي تركيبة الهياكل القضائية بالمجلس والمهام والصلاحيات الموكولة لها ضرورة أن المشروع المحال على الجلسة العامة لم يقتصر على إدخال



22 الفصل 62: "تُمَارَس المبادرة التشريعية بمقترحات قوانين من عشرة نواب على الأقل، أو بمشاريع قوانين من رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة. ويختص رئيس الحكومة بتقديم مشاريع قوانين الموافقة على المعاهدات ومشاريع قوانين المالية. ولمشاريع القوانين أولوية النظر".

23 يراجع تقرير لجنة البندقية حول المبادرة التشريعية،

2008، CDL-AD(2008)035-F، [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2008\)035-F](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2008)035-F)

24 المرجع السابق.



وإضافة إلى مشروع الحكومة التعديلات والتحويلات التي تقتضيها موجبات الصياغة أو ضرورة الملاءمة الدستورية فقط، بل أدخل تغييرات جوهرية نالت من كيان المقومات الأساسية القائمة عليها خيارات الحكومة وفي تحديد ماهية وكنه توجهاتها في إرساء المجلس الأعلى للقضاء".

"وحيث يبدو والحالة ما ذكر بادي الوضوح أن هذا المنحى الواقع توخيه في تعهيد الجلسة العامة لمجلس نواب الشعب للنظر في مشروع القانون الأساسي المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء لم يراع فيه وجوب المحافظة على غرض مشروع الحكومة بوصفها صاحبة المبادرة التشريعية في هذا الغرض حسب التوجّه والتصوّر المحدّد من قبلها تطبيقاً لمقتضيات الفصل 62 من الدستور ولا جواز لأية جهة كانت مناهضة هذه القاعدة الدستورية التي تحظى بعلوية مطلقة وأضحى من هذا المنطلق الطعن متجه القبول"²⁵.

القسم الثاني

كيف يمكن أن تكون جودة التشريع شرطا من شروط احترام مقتضيات الفصل 49؟

يمكن أن تكون صياغة القاعدة القانونية مدخلا لتخلي المشرع عن اختصاصه بصورة غير مباشرة إذا كانت هذه الصياغة مبهمة أو غير واضحة. لكن المسألة لا تتعلق فقط بوضوح القاعدة القانونية من حيث الصياغة، بل أيضا من حيث إمكانية النفاذ إليها، وهي مسائل أصبحت اليوم أساسية فيما يعرف بعناصر جودة التشريع²⁶.

إن النفاذ إلى القاعدة القانونية يمكن أن يكون ماديا وذهنيا، ونتحدث هنا عن الإتاحة، كما يمكن أن يكون عقليا أو فكريا ونتحدث هنا عن وضوح القاعدة.

يجب أن تتوفر هذه الشروط في كافة القوانين مهما كان شكلها تشريعا أو تراتيب أو غيرها ومهما كان مصدرها أو مجالها أو موضوعها²⁷. غير أنها تكتسي أهمية خاصة عندما يتعلق الأمر بتحديد للحقوق والحريات لما في ذلك من خطر على ممارستها وإمكانية التعسف عند تحديدها خاصة أن مبدأ وضوح القانون في حدّ ذاته غير واضح المعالم²⁸.

25 مقتطف من نفس الرأي عدد 2015/2 المؤرخ في 8 جوان/ حزيران 2015 المتعلق بمشروع القانون الأساسي المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء المشار إليه أعلاه.
Benezech Ludovic, « L'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi : retour sur vingt ans d'existence », Revue française de droit constitutionnel, 2020/3 (N° 123), p. 541-563. DOI : 10.3917/rfdc.123.0541. URL : <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2020-3-page-541.htm>

L'intelligibilité est nécessaire à tout le droit : constitutions, traités internationaux, décisions judiciaires, actes » 27 administratifs, actes publics et privés. Le droit n'a de sens que s'il est compris de tous et qu'il est ainsi populaire ». Pour plus de détails sur ce point, voir Philippe Malaurie, l'intelligibilité de la loi, Pouvoirs, 2005/3 (n°114) P 131-137.

Sur ce point, voir Alexandre Fluckiger, Le principe de clarté de la loi l'ambiguïté d'un idéal ; cahiers du conseil constitutionnel n° 21 ; dossier : la normativité, janvier 2007.

الفرع الأول - التثبت من إتاحة القانون

يعني شرط الإتاحة أن تعمل الدولة على توفير إمكانية اطلاع الأفراد على القانون خاصة عندما يتعلق بحدّ من الحقوق والحريات حتى يتمكّنوا من تعديل سلوكهم وتصرفاتهم على ذلك الأساس. والإتاحة بهذا المعنى تتعلق أساسا بنشر التشريع وإتاحة النفاذ إليه، ذلك أنه لا يكفي إصدار القانون حتى يكون نافذاً، بل يجب نشره ليصل العلم به إلى الكافة أو على الأقل إتاحة الفرصة لهم للعلم به. فتحديد مسؤولية الأفراد من أجل انتهاك ومخالفة القوانين لا يكون مبرراً إلا بإعطائهم فرصة وإمكانية الاطلاع على فحوى ومضمون القاعدة القانونية.

وقد ذهب فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أبعد من ذلك لما اعتبر أن شرط الإتاحة لا يتوفر في التشريع أو الإجراء الحاد من ممارسة الحرية أو الحق إلا متى كان القانون أو التشريع متاحاً بصورة كافية²⁹. إن أهمية هذا الشرط خاصة عندما يتعلق بتحديد للحقوق والحريات تتأتى أساساً من الآثار الخطيرة للقانون بعد نشره والتي تتمثل أساساً في قرينة العلم بالقانون، ذلك أنه بمجرد إتاحة القانون، فإنه يفترض علم الكافة به، ويعتبر قرينة قاطعة على العلم به وما ينتج عنه من أنه "لا يعذر الجاهل بجهله للقانون". وهي القرينة التي تضمنها الفصل 545 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص على أن "جهل القانون لا يكون عذراً في ارتكاب ممنوع أو فيما لا يخفى حتى على العوام وذلك بعد نشره ومضي المدة المعينة لإجراء العمل به".

وبقدر ما لا يمكن الحديث عن إتاحة مشاريع القوانين بقدر ما يمكن أن يقع طرح إتاحة القوانين في إطار اختصاص القاضي الدستوري في الرقابة عن طريق الدفع.

يتّجه أن تتولّى المحكمة التثبت في شرط إتاحة القانون للعموم خاصّة لما يتعلّق بقوانين تحدّد من الحقوق والحريات. وتتولى المحكمة في هذه الحالة التثبت من أن القانون تمّ نشره وحصل للعموم كفاية به حتى يمكن تطبيقه على الأفراد ومحاكمتهم به ضرورة أنّ الغاية من التثبت في شرط إتاحة القانون تكمن في التثبت في مدى ترتيب شرط الإتاحة لآثاره القانونية والمتمثلة أساساً في حصول قرينة العلم كفاية بالقانون وبمحتواه بما يخول للأفراد المخاطبين به من تعديل لتصرفاتهم وأعمالهم طبقاً لمقتضياته، وهو جوهر الأمان القانوني.

وتمكّننا النقطة الأخيرة المتعلقة بالأمان القانوني من المرور إلى العنصر الثاني الذي يجب أن يميّز النص التشريعي وهو الوضوح.

29 Sur ce point, la cour européenne de Droits de l'Homme a précisé dans son arrêt de principe rendu le 25 mars 1983 dans l'affaire Silver et autres c royaume unie que « D'après un deuxième principe, "il faut (...) que la 'loi' soit suffisamment accessible: le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné". En réalité, cette jurisprudence n'est qu'une confirmation des principes consacrés par la cour dans son arrêt de principe rendu dans l'affaire Sunday Times du 26 avril 1979.

الفرع الثاني - التثبت من وضوح القانون

يتضمن شرط وضوح التشريع عدّة أوجه وأبعاد مترابطة ومتكاملة تتلخص أساسا في الوضوح والمقروئية وسهولة الفهم وسهولة التطبيق.

وتتجه الإشارة إلى أهمية النقاش الفقهي وفقه القضائي الذي حصل منذ سنوات عديدة حول جودة التشريع وعلاقة ذلك بمبدأ الأمان القانوني، لعل أهمها التقرير الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي سنة 1991 والذي انتقد فيه بشدة ما أسماه "القانون الثرثار" أو "القانون الناعم" أو "القانون الغامض":

« Un droit mou, un droit flou, un droit à l'état gazeux »

لذلك اعتمدت فرنسا مثلا على دليل إعداد النصوص التشريعية والترتيبية الفرنسي الذي نصّ في بابه المتعلق بصياغة النصوص التشريعية على ما يلي:

"إنّ صياغة مشروع قانون والوثائق الملحقة به على غرار وثيقة شرح الأسباب أو التقارير، يجب أن تكون واضحة ومبسطة وسليمة من ناحية اللغة"³⁰.

يقتضي احترام الفصل 49 أن يتثبت القاضي من وضوح إرادة المشرع والتعبير عنها بشكل لا يترك مجالا للتردد أو لتأويل القانون بالشيء ونقيضه.

ولن يصعب على القاضي الدستوري التعرض إلى هذا الجانب خاصة أن له في فقه القضاء الدستوري الوطني سوابق قضائية يجتذى بها إلى جانب فقه القضاء الدولي والمقارن.

الفقرة الأولى- فقه القضاء الوطني

سبق للقاضي الدستوري أن حرص على دقة النص القانوني ووضوحه. كما ربط بين فكرة وضوح النص وحقوق الأفراد وخاصة حقهم في الأمان القانوني. لذلك نرى أن بعض الأمثلة من فقه قضاء المجلس الدستوري أو فقه قضاء الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين جديرة بالتذكير.

30 La rédaction d'un projet de texte et du document qui l'accompagne (exposé des motifs ou rapport de " présentation) doit être claire, sobre et grammaticalement correcte." Secrétariat général du gouvernement et Conseil d'État, Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires, Paris, juin 2005 (mis à jour au 6 mars 2006), fiche 3.3.1, p. 189.

فقه قضاء المجلس الدستوري

مثال عدد 1- الرأي عدد 22 - 2009 بخصوص مشروع قانون يتعلق بتجارة التوزيع

"وحيث إنّ قاعدة الدقة في ضبط الجرائم والعقوبات المنطبقة عليها هي من القواعد المستمدة من مبدأ شرعية التجريم والعقاب كما نص عليه الفصل 34 من الدستور³¹.



فقه قضاء المجلس الدستوري

مثال عدد 2- الرأي عدد 27-2008 بخصوص مشروع قانون يتعلق بتنقيح وإتهام القانون عدد 72 لسنة 2004 المؤرخ في 2 أوت/أب 2004 المتعلق بالتحكم في الطاقة

"إنّ قاعدة الدقة في ضبط الجرائم والعقوبات المنطبقة عليها هي من القواعد المستمدة من مبدأ شرعية التجريم والعقاب... [وأنّ] الإحالة إلى العقوبات المنصوص عليها بمجلة التهيئة الترابية والتعمير... وردت بصفة عامة مما يجعلها تفتقد إلى الدقة في تحديد العقوبة المقررة للجريمة...".



الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين

مثال عدد 3- قرار عدد 2017/2 بتاريخ 8 ماي/أيار 2017 المتعلق بمشروع القانون عدد 50 لسنة 2016 المتعلق بالتخفيض في المعلوم الموظف على تصدير الفضلات من الحديد وبعملية تصدير ظرفية إلى موفى سنة 2017

"حيث 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. وحيث ترتيباً على ذلك، فإنه ليس للمشروع أن يتخذ تدابير ظرفية واستثنائية تتعلق ببعض الأصناف إلا إذا أملت المصلحة العامة ودون الإخلال بشروط صياغة القاعدة القانونية من دقة ووضوح".



31 وهو موقف ثابت ومستقر في فقه قضاء المجلس الدستوري وأكدّه في عدة آراء منها الرأي عدد 51-2007 بخصوص مشروع قانون يتعلق بتنقيح وإتهام بعض أحكام مجلة الطرقات الذي أكد فيه ما يلي: "وحيث يقتضي مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات كما كرسه الفصل 34 من الدستور توخي الدقة في ضبط الجرح والعقوبات المنطبقة عليها".



الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين
مثال عدد 4- قرار عدد 07_2018 المتعلق بالطعن في دستورية مشروع قانون المالية
عدد 2018/72

"وحيث إنّ الفصل 36 على حالته سيؤدّي إلى صعوبات في التطبيق من شأنها المساس بمبدأ الأمان القانوني ومقروئية النص وبما قد يؤدّي إلى النيل من الحق في المحافظة على السرّ المهني والضمانات المكفولة بالفصلين 24 و49 من الدستور.

وحيث إنّ النصوص الجبائية تؤوّل على نطاق ضيق. وعملا بهذه القاعدة، فإن عبارة المعلومات المتعلقة بالخدمات المسداة من قبل الأشخاص المحمول عليهم قانونا المحافظة على السرّ المهني...تحتاج إلى مزيد من التدقيق حتى تكون مطابقة لأحكام الدستور".

يبدو لنا أن ما انتهت إليه الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين يحتاج بعض التعليق نظرا لعدم دقّة ووضوح تناول الهيئة لمبدأ وضوح التشريع وأساسه القانوني، بل في بعض الأحيان نجد لسا بين أساس المبدأ والآثار التي يمكن أن تترتب عن عدم احترامه والتي منها المساس بمبدأ الأمان القانوني والنيل من حقوق الأفراد. لذلك كان من المتجه توضيح مبدأ وضوح التشريع وبيان أساسه القانوني وإعطائه قيمة دستورية ثم بيان الآثار السلبية التي يمكن أن تترتب عن عدم احترامه. انطلاقا مما لاحظناه في فقه القضاء المقارن، كان من الممكن صياغة الحيثية نفسها بنفس الوضوح والدقة التي نتظرها من المشرع كأن تُصاغ مثلا على النحو التالي:

وحيث إنّ مبدأ وضوح التشريع يعدّ مبدأ دستوريا يجد أساسه في الفصل 65 من الدستور³² (هذا الأساس تبناه المجلس الدستوري الفرنسي في الفصل 34 من الدستور الفرنسي الذي يقابله الفصل 65 من الدستور التونسي) أو الفصل 2 من الدستور "علوية القانون" ومبدأ الشرعية (وهو الموقف الذي تبنته المحكمة الفدرالية السويسرية التي أسست وضوح التشريع على مبدأ الشرعية المضمن بالفصل 5 من الدستور السويسري) أو الاثنين معا.

وحيث إنه محمول على المشرع، في إطار ممارسته لاختصاص سنّ القوانين، احترام كافة القواعد والمبادئ الدستورية التي توجب عليه بالخصوص إصدار نصوص قانونية واضحة مبنية ومعنى من حيث صياغتها وتركيبتها ومضمونها حتى تكون سهلة القراءة يسيرة الفهم والتطبيق من مختلف السلط العمومية وليتمكن المخاطبون بها من معرفة ما لهم وما عليهم من حقوق وواجبات ضمانا لمبدأ الأمان القانوني.

ثم يتولى القاضي تطبيق المبادئ المبينة بالحيثيتين أعلاه.

32 هذا التمشي والتأصيل لإقرار قيمة دستورية لمبدأ وضوح التشريع يختلف عمّا انتهى إليه المجلس الدستوري في فقه فضائه الذي دأب على إقرار قيمته الدستورية ليس كمبدأ عام وإنما على أساس الفصل المضمن بالدستور المتعلق بالحق مثلا في مادة الجرائم والعقوبات كأن يؤسس على مبدأ شرعية التجريم والعقاب المنصوص عليه بالفصل 34 من دستور 1959 وهو أساس لا يمكن الاعتداد به في كافة الحقوق وكافة النصوص التشريعية، وهو أيضا يعطي أسسا مختلفة لمبدأ واحد هو وضوح التشريع في حين أن تأسيس ذلك المبدأ على الفصل 2 أو 65 أو الاثنين معا على غرار فقه القضاء المقارن يجعل المبدأ عامًا وينطبق على مختلف النصوص التشريعية مهما كان موضوعها.

الفقرة الثانية - فقه القضاء الدولي

تواترت الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والتي أقرت بمقتضاها أن مقتضيات الوضوح والدقة هي من شروط مبدأ الأمان القانوني³³ وأن القانون يجب أن يكون مُصاغاً بدقة حتى يتمكن المواطنون من تعديل سلوكهم على ضوءه وأن القاعدة التي لا تستجيب لهذا الشرط لا يمكن تكييفها بالقاعدة القانونية³⁴.

ذكر الفقه أيضاً بتمشي المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وربطها بين جودة النص القانوني ورقابتها على مدى احترام مبدأ التناسب بين حدود الحقوق وموجباتها.

قرار أندارسون ضد السويد المؤرخ في 25 فيفري/شباط 1992

اعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنه: "لتنطبق مع مقتضيات الفصل 8، يجب أن يكون القانون موضوع الفصل متاحاً للأشخاص المعنية، مصاغاً بدقة تمكنهم، حتى إن استعانوا بمستشارين، من تصوّر، بدرجة معقولة في الحالة موضوع الدرس، النتائج المترتبة عن عمل ما"³⁵.

قرار موران ضد ألمانيا المؤرخ في 9 جويلية/تموز 2009

اعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن "جودة التشريع تقتضي أنه كلما كان هناك قانون وطني يسمح بالحرمان من الحرية، وجب أن يكون هذا القانون على قدر كاف من الإتاحة، من الدقة ومن التوقعية عند تطبيقه وذلك لتجنب الاعتباطية"³⁶.

الفقرة الثالثة - القوانين وفقه القضاء المقارن

في القانون السويسري مثلاً، يجد مبدأ وضوح التشريع أساسه في حق الأفراد في معرفة حقوقهم وواجباتهم، وأقر له فقه القضاء قيمة دستورية استخلصها من مبدأ الشرعية المنصوص عليه في الفصل 5 من الدستور السويسري.

Baranowski c. Pologne, 28 mars 2000.

Voir Roseline Mariller, La sécurité juridique, un concept européen multiforme : <https://www.erudit.org/fr/revues/notariat/2008-v1110-n2-notariat03643/1045547ar.pdf>

Pour satisfaire à l'exigence de l'égalité de l'article 8, la loi concernée doit être accessible aux personnes » 35 concernées et formulée de manière assez précise pour leur permettre – en s'entourant, au besoin, de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences » Andersson c/ Suède, arrêt du 25 février 1992, paragraphe 75.

La « qualité de la loi » implique que lorsqu'une loi nationale autorise une privation de liberté, elle doit » 36 être suffisamment accessible, précise et prévisible dans son application, afin d'éviter tout risque d'arbitraire ». CEDH, Mooren c. Allemagne, 9 juillet 2009, §76. C'est nous qui traduisons.

وفي مادة الحقوق والحريات، أوجب فقه القضاء المتواتر للمحكمة الفيدرالية السويسرية صرامة أكثر على رقابة مبدأ وضوح النص التشريعي طبق ما يبينه المقتطف المبين بالمؤطر أدناه.

"كلما كان الانتهاك المسلط على حق أساسي [بمقتضى قانون] أخطر إلاً وكان وضوح ودقة السند القانوني لذلك مستوجبا أكثر"³⁷.

أما المجلس الدستوري الفرنسي، فقد اعتبر في مرحلة أولى أنّ وضوح التشريع واجب محمول على المشرع خاصة في مجال شرعية الجرائم والعقوبات في قراره الصادر بتاريخ 20 جانفي/ كانون الثاني 1981³⁸ على نحو ما هو مبين بالمؤطر أدناه.

"حيث إنه استنادا إلى أحكام الفصل 8 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، لا يمكن معاقبة أي شخص إلاً بمقتضى قانون سابق الوضع، بما يكون معه المشرع ملزما بتحديد المخالفات بعبارات واضحة ودقيقة بصورة كافية تجنباً لأي تعسف".

وفي مرحلة ثانية، تطور فقه قضاء المجلس الدستوري الفرنسي واعتبر أنّ وضوح التشريع هو مبدأ دستوري أساسه الفصل 34 من الدستور على نحو ما هو مبين بالمؤطر أدناه³⁹.

"وحيث لئن كان مخولا للمشرع ممارسة الاختصاصات المسندة له بمقتضى الفصل 34 من الدستور فإنه، في إطار ممارسته لتلك الاختصاصات، ملزم باحترام المبادئ والقواعد الدستورية وبالسهر على ضمان احترام تلك القواعد والمبادئ من قبل السلط الإدارية والقضائية المكلفة بتطبيق القانون. وعليه فإنّ مبدأ وضوح التشريع، الذي يجد أساسه في الفصل 34 من الدستور، وكذلك الهدف الدستوري لمقروئية القانون وأن يكون مفهوماً، والمستمد من الفصول 4 و5 و6 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، يوجبان عليه [المشرع] إصدار أحكام واضحة بصورة كافية وصيغاً لا تثير أي التباس أو غموض"⁴⁰.

37 "Plus l'atteinte à un droit fondamental est grave, plus la base légale doit être rédigée précisément", Tribunal fédéral (ATF), arrêt 129 I 161, 19 mars 2003 cons. 2.2. Dans le même sens, voir l'arrêt 123I 1 du 3 février 1997.

38 Const. DC 19 et 20 janvier 1981, op. cit. « Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ; qu'il en résulte la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ».

39 Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 (Loi de modernisation sociale).

40 "Considérant que, selon les requérants, manqueraient aux exigences de clarté et d'intelligibilité de la loi, du fait de leur imprécision, de leur ambiguïté ou de leur obscurité, les dispositions des articles 96, 97, 98, 101, 106, 108, 112, 119, 128 et 162 ;

Considérant qu'il appartient au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution ; qu'il doit, dans l'exercice de cette compétence, respecter les principes et règles de valeur constitutionnelle et veiller à ce que le respect en soit assuré par les autorités administratives et juridictionnelles

يبدو لنا من خلال متابعة فقه القضاء الدستوري بأن مقروئية النص وإتاحته تتخذ أكثر أهمية في مجال الحقوق والحريات وخاصة في مجال الحدّ منها بمقتضى أحكام جزائية. ففي قرار له حول القانون المتعلق بتمجيد الإرهاب، اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي أن الأحكام المطعون فيها بالفصل 421 من المجلة الجزائية لا لبس فيها وأنها دقيقة بما يكفي لتجنب الاعتباطية من جانب المشرع⁴¹.

ولقد لخص الفقه الفرنسي اليوم معنى الإتاحة والمقروئية بعبارات متعددة مثل وضوح القانون، مقتضيات دقيقة بما فيه الكفاية، صياغة لا لبس فيها، مقتضيات لا تكون غامضة ولا معقدة⁴²... كما ذكّر بتمشي المجلس الدستوري الذي ربط بين مقروئية النص وإتاحته وبين تجنب الاعتباطية في التعامل مع النص القانوني.

واعتبرت المحكمة الدستورية في إسبانيا أن غياب الدقة في القانون كآلية وحيدة للحدّ من الحقوق والحريات تؤدي إلى التردد، وهكذا يصبح المشرع غير قادر لا فقط على ضمان حق ما بل أيضا على ضمان الأمان القانوني⁴³.

أما القاضي الدستوري الإيطالي، فقد اعتبر منذ سنة 1981 أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يقتضي أن يعبر المشرع عن المفاهيم بشكل لغوي واضح وسهل القراءة⁴⁴.

chargées d'appliquer la loi ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent, afin de prémunir les sujets de droits contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il revient au Conseil constitutionnel de procéder à l'interprétation des dispositions d'une loi qui lui est déferée dans la mesure où cette interprétation est nécessaire à l'appréciation de sa constitutionnalité ; qu'il appartient aux autorités administratives et juridictionnelles compétentes d'appliquer la loi, le cas échéant sous les réserves que le Conseil constitutionnel a pu être conduit à formuler pour en admettre la conformité à la Constitution Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 op cit ; cette jurisprudence est confirmé par les décisions ultérieures du .c.c. "

41 أنظر القرار عدد 706 المؤرخ في 18 ماي / أيار 2018، الفقرة 10.

Benezech Ludovic, « L'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi : retour sur vingt ans d'existence », Revue française de droit constitutionnel, 2020/3 (N° 123), p. 541-563. DOI : 10.3917/rfdc.123.0541. URL: <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2020-3-page-541.htm>

Voir le Tribunal constitutionnel espagnol, arrêt n°292-2000, du 30 novembre 2000 cité par Nadia Akacha, Le pouvoir normatif du juge constitutionnel, thèse soutenue en 2017, pp.441 et ss.

44 نفس المرجع.

الجزء الثاني

كيف يتثبت القاضي الدستوري
من شرط عدم المساس بجوهر الحقّ؟

اقتضت أحكام الفقرة الأولى من الفصل 49 من الدستور التونسي أنه "يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها".

وفي القانون المقارن والاتفاقيات الدولية، يتمّ التنصيص على هذا الحدّ بعبارات مختلفة، من ذلك عبارة "الانتهاكات الصارخة" التي اعتمدها القانون الأساسي الألماني في المادّة 19 (2) ودستور البرتغال في المادة 18 (3) والدستور الإسباني في المادة 53 (1).

المادّة 19 (2) من القانون الأساسي الألماني:

L'article 2 § 19 GG énonce qu'il ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental.

الفصل 53 فقرة أولى من الدستور الإسباني:

Le Constituant espagnol a repris l'esprit de cette clause générale dans son article 53.1. Loin d'être une clause générale et absolue, la limitation législative des droits et libertés sera alors appréhendée au regard des couples liberté/restriction et surtout restriction/limites à cette restriction⁴⁵: «Les droits et libertés reconnus au chapitre 2 du présent titre lient tous les pouvoirs publics. Seule la loi, qui dans tous les cas devra respecter son contenu essentiel, pourra réguler l'exercice de tels droits et libertés».

Rhita Boustia, Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions 45 récentes, Revue Française de droit constitutionnel, 2011/4 n° 88, pages 913 à 930.

القسم الأول ما جوهر الحق؟

لا يتعد مفهوم جوهر الحق عن المعنى اللغوي للجوهر. فجوهر الشيء هو ما ليس عرضيا وهو ما يُشكل لبّه وكنهه أو ماهيته.

ويعتبر جوهر الحق أو الحرية الجزء الذي لا يمكن لأي منفعة عامة أن تبرر الحد منه⁴⁶.

ويقصد بجوهر الحق والحرية أيضا أنّ القانون الذي سيضع الضوابط المتصلة بها لا يجب أن يفضي إلى تشويهها لدرجة أنها تختفي وتفقد تكريسها، ذلك أنّ حماية جوهر الحق أو الحرية يحتمل السلطة التشريعية التزاما وواجبا بأن لا تمثل الأعمال التشريعية الصادرة عنها والمنظمة للحقوق والحرريات انتهاكا صارخا وجسيما لتلك الحقوق والحرريات لدرجة إفراغها من محتواها⁴⁷.

ويعتبر الانتهاك المسلط على جوهر الحق أقصى الانتهاكات التي يمكن أن تسلط على حق أو حرية مكفولة بالدستور لأنه ببساطة يلغي الحق برمته. لذلك فإنّه في صورة انتهاء القاضي إلى أنّ إجراء معين نال من جوهر الحق المعني، فإنّ بقية المآخذ الموجهة للإجراء المذكور تصبح عديمة الجدوى ولن يكون في حاجة للتثبت في بقية المطاعن.

ويعتبر تثبت القاضي من شرط جوهر الحق من متعلقات النظام العام بالنظر إلى خطورة الانتهاك المسلط على الحق لذلك يمكنه أن يثيره من تلقاء نفسه وذلك من خلال تأويله للحق نفسه.

ما يمكن ملاحظته أنّ دستور غرة جوان/ حزيران 1959 لم يتعرّض لهذا الحد لممارسة الحقوق والحرريات، ورغم ذلك فإنّ المجلس الدستوري التونسي قد أعمل ذلك الشرط بصورة محتشمة في عدة آراء⁴⁸.

46 يراجع عبد المنعم كيو، القيود الدستورية في تحديد القانون لضوابط الحقوق والحرريات الأساسية في الدساتير الحديثة في البلدان العربية، دراسة مقارنة، المنظمة العربية للقانون الدستوري، الكتاب السنوي 2015/2016 تونس، 2017 ص 142.

47 Intervention du professeur Xavier Philippe dans le colloque tenu à Gammarrh les 27 et 28 novembre 2014, 47 avec la participation d'experts nationaux et internationaux. « Vers une nouvelle ère dans la protection des droits fondamentaux en Tunisie : la mise en œuvre de l'article 49 de la nouvelle Constitution tunisienne ». pp. 23 et ss. Rapport disponible sur le site suivant : http://democracy-reporting.org/files/rapport_article_49_1.pdf.

48 نذكر منها بالخصوص الرأي عدد 43 لسنة 2004 الصادر بتاريخ 5 نوفمبر/ تشرين الثاني 2004 والرأي عدد 46 لسنة 2004 الصادر بتاريخ 1 نوفمبر/ تشرين الثاني 2004 والرأي عدد 28 لسنة 2006 الصادر بتاريخ 27 ماي/ أيار 2006.

القسم الثاني جوهر الحق كما يراه فقه القضاء الوطني

لم تتوسّع الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين في تعاملها مع شرط عدم المساس من جوهر الحق ولم توضّح ما المقصود به ولم تبين المنهجية التي اعتمدها للوصول إلى استنتاجها المتضمن أن الإجراء المتخذ لا ينال من جوهر الحق المحمي، من ذلك ما أقرته في قرارها الصادر في القضية 2014/04 طبق ما هو مبين بالمؤطر أدناه.

مقتطف من قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين بخصوص القضية عدد 2014/04

"حيث إنّ القيود الواردة على هذا الحقّ وعلى الحقوق الأساسية التي ضبّطت في باب الحقوق والحريات مقيدة هي الأخرى بأحكام الفصل 49 والذي اشترط في الضوابط أن لا تنال من جوهر الحق وأن تتناسب مع ضرورة تحديده بغاية حماية النظام العام بشئى أوجهه".

وحيث إنّ شرط تأمين مبلغ 10 آلاف دينار الذي لم يذكر في الفصل 74 من الدستور لاقتصره على التزكية من عدد معين من النواب لا يعطل الحق في الترشح لرئاسة الجمهورية إذ يبقى مبلغا معقولا وضامنا لجديّة الترشح وهو بذلك لا يخرق مبدأ التناسب وليس من شأنه أن ينال من جوهر الحق كما اقتضى الفصل 49⁴⁹.

ويستوجب ما انتهت إليه الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين إبداء بعض الملاحظات:

أولاً: تبنّت الهيئة مفهومًا تضييقياً للحقوق المعنيّة بالفصل 49 من الدستور وقصرتها ضمناً على الحقوق المضمنة بباب الحقوق والحريات وهو موقف يتجافى وعبارات الفصل 49 من الدستور الذي اقتضى أن "يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها...". وهو أيضاً يتجافى مع ما انتهى إليه شراح القانون في هذا المجال⁵⁰. لذا يتّجه من المحكمة الدستورية أن لا تقصر تطبيق الفصل 49 على الحقوق الواردة بباب الحقوق والحريات.

ثانياً: من الناحية المنهجية، علّلت الهيئة قرارها برفض الطعن بأنّ شرط تأمين مبلغ مالي للترشح لمنصب رئاسة الجمهورية لا يعطل الحق في الترشح وهو بذلك لا يخرق مبدأ التناسب ولا ينال من جوهر الحق وهو منطبق يتجافى ومبدأ تدرج تطبيق شروط الفصل 49 من الدستور.

ثالثاً: لم تحدّد الهيئة مفهومًا أو عناصر لتحديد جوهر الحقّ يمكن الاستئناس بها لبيان أن إجراء

49 قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين بخصوص القضية عدد 2014/04 بتاريخ 14 ماي/ أيار 2014.

50 أنظر الأستاذة سلوى الحمروني، التمهيد العام لهذا الدليل أعلاه. تراجع أيضاً خالد الماجري المرجع المذكور أعلاه ص، 24 وما بعدها.

تشريعياً معيناً من شأنه النيل من جوهر الحق. ويتّجه في هذا الصّدّد أن تتلافى المحكمة الدستورية هذا الأمر بتبني فقه قضاء أكثر وضوحاً وتأصيلاً لما تضمنه الفصل 49 من الدستور.

لكن في مناسبة أخرى، كان موقف الهيئة أكثر انسجاماً مع الفصل 49. فعند تسليط رقابتها على مشروع قانون ميزانية سنة 2015، قبلت الهيئة الوقتية المطعن الذي تقدمت به رئاسة الجمهورية حول تعارض بعض أحكام مشروع القانون مع جوهر الحق في الملكية:

"وحيث أن واضع مشروع الفصل 28 لم يأبه ولم يعبأ من ناحية أخرى عند تحديد الضوابط المتعلقة بحق ملكية صاحب البضاعة لواجب تحقيق المعادلة بين مصالح الطرفين واحترام مبدأ التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها مثلما تقتضيه أحكام الفصل 49... فلم يقتصر ويتوقف عند حدّ تحويل إدارة الديوانة اتخاذ الإجراءات الكفيلة بضمان استخلاص مستحقاتها... بل فسح لها المجال للتصرف فيها حسب مطلق مشيئتها مما أدى إلى النيل من جوهر حق الملكية لصاحب البضاعة وإلى زوال واضمحلال هذا الحق في كيانه..."

نجد نفس الحرص على عدم المساس من جوهر حق الملكية لدى المحكمة الدستورية الرومانية في القرار عدد 382 لسنة 2019، إذ اعتبرت المحكمة أن حق الملكية وإن لم يكن مطلقاً، فإن الحدّ منه لا يجب أن يؤدي إلى إلغائه تماماً. واعتبرت أن مشروع القانون المعروض أمامها والذي يسمح بالنقل الآلي لممتلكات شخص معنوي للدولة بعد فسخه من السجل الاقتصادي، هو غير دستوري⁵¹.

القسم الثالث جوهر الحق كما يراه فقه القضاء المقارن

ستعرض تباعاً لموقف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ثمّ محكمة العدل الأوروبية واللجنة الأيمية للحقوق المدنية والسياسية، وهو فقه قضاء يمكن أن يساعد القاضي الدستوري على الاطلاع على ما ذهب إليه القاضي الدولي من تطبيقات مختلفة تتعلق بضرورة ألاّ تمسّ الضوابط التشريعية من جوهر الحق.

الفرع الأول - المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

في علاقة بالحق في التقاضي، أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية ضد روسيا أنّ رفض النظر في شكوى من أحد المواطنين تهّم شركة أجنبية فيها مسّ من جوهر الحق في التقاضي كما نص عليه الفصل 6 من الاتفاقية باعتبار أنّ المواطن المعني هنا لن يجد آلية أخرى للحصول على حقوقه⁵².

Chronique de la jurisprudence constitutionnelle, Roumanie, AIJC, 2019, p.956.

51

CEDH, Oleynikov c. Russie, 14 mars 2013.

52

في قضية أخرى (Streletz) تعلقت بقتل أشخاص حاولوا المرور بين حدود الألمانيتين من قبل رجال شرطة ألمانيا الديمقراطية، أقرت المحكمة ما يلي:

"لا يمكن حماية الممارسة التي تتبعها جمهورية ألمانيا الديمقراطية فيما يتعلق بمراقبة الحدود، لأنها تتجاهل بشكل صارخ الحقوق الأساسية ولا سيما الحق في الحياة، وهي القيمة العليا في نطاق حقوق الإنسان على المستوى الدولي... هذه الممارسة، التي أفرغت من جوهرها التشريع الذي كان من المفترض أن تقوم عليه، والذي تم فرضه على جميع أجهزة الدولة، بما في ذلك أجهزتها القضائية"⁵³.

الفرع الثاني-محكمة العدل الأوروبية

في قضية حول واجب حماية المعطيات الشخصية المحمول على الدول الأعضاء، أقرت محكمة العدل الأوروبية ما يلي:

"كما أن الاحتفاظ بالمعطيات لا يشكل انتهاكا للمحتوى الأساسي للحق الأساسي في حماية المعطيات الشخصية المنصوص عليه في المادة 8 من الميثاق، نظرًا لأن التوجيه 24/2006 ينص في المادة 7 على قاعدة بشأن حماية البيانات والأمن الذي بموجبه (...). يجب احترام مبادئ معينة لحماية المعطيات وأمنها من قبل مقدمي خدمات الاتصالات الالكترونية أو شبكات الاتصالات العامة، والمبادئ وفقًا للدول الأعضاء هي التأكد من اعتماد التدابير أو التقنيات اللازمة ضد التدمير العرضي أو غير القانوني، وضد فقدان البيانات أو تغييرها العرضي"⁵⁴.

الفرع الثالث - اللجنة الأهمية للحقوق المدنية والسياسية

في تعليقها حول طبيعة الالتزام المحمول على الدول بمقتضى العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، اعتبرت اللجنة الأهمية لحقوق الإنسان أنه في حالة وجود تقييدات على الحقوق المنصوص عليها بالعهد، يجب أن تكون هذه التقييدات ضرورية ومتناسبة وفي كل الحالات لا يجب أن تمس من جوهر الحق المنصوص عليه بالعهد⁵⁵.

وفي تعليقها على محتوى الفصل 12 المتعلق بحرية التنقل وضرورة تحديدها في بعض الحالات، أقرت اللجنة أنه:

CEDH, Affaire Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne, 22 mars 2001, § 87; <https://www.doctrine.fr/d/ CEDH/HFJUD/GRANDCHAMBER/2001/CEDH001-63911>

C.J.U.E, les affaires jointes C293/12 et C594/12, Digital Rights Ireland Ltd ,8 avril 2014. 54 (C'est nous qui traduisons)

55 التعليق العام عدد 31 لسنة 2004، فقرة 6، ترجمة المؤلف.

"عند تبني القوانين التي تحدد القيود المصرح بها وفقاً للفقرة 3 من المادة 12، ينبغي للدول أن تسترشد دائماً بالمبدأ القائل بأن القيود يجب ألا تقوّض جوهر الحق. فيجب عدم عكس العلاقة بين الحق والقيود، بين القاعدة والاستثناء"⁵⁶.

Observation générale n° 27 : Article 12 (Liberté de circulation), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), §. 13. C'est nous qui traduisons.

الجزء الثالث

حماية القاضي الدستوري للحقوق والحريات
من خلال رقابته على علاقة مشروع القانون أو القانون
بالهدف المراد حمايته: شرط الضرورة الخارجية

يعتبر تحديد ضوابط الحقوق والحريات لتحقيق أهداف دستورية مسألة بديهية في كل الأنظمة القانونية. وقد نصّ الفصل 49 من الدستور على أنّ ضوابط الحقوق والحريات لا توضع "إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة".

ويمكن اعتبار هذه الفقرة تكريسا لما يسمى بالضرورة الخارجية، أي لا تلك الضرورة التي تهّم الحدّ نفسه، بل ضرورة الحدّ من الحقوق والحريات في دولة مدنية ديمقراطية للوصول إلى الأهداف الدستورية التي عدّها الفصل 49، كأن نقول في المطلق أنّ حماية حقوق الغير ضرورية في دولة مدنية ديمقراطية.

وقد تطرح هذه الفقرة عدّة إشكاليات عند رقابة الدستورية باعتبارها تقتضي أن يلعب القاضي الدستوري دورا انشائيا (un pouvoir normatif) يكاد يكون تشريعياً.

فكيف يمكن أن يكون القاضي الدستوري وفيّاً لنصّ الفصل 49 وروحه في تحديده لملامح الدولة المدنية الديمقراطية وفي حصره للمفاهيم المتعلقة بأهداف مثل الأمن العام أو الآداب العامة أو الصحة العامة؟

لقد سبق التعرض جزئياً إلى هذه العناصر في التمهيد العام، لكن ما يهم القاضي الدستوري هنا هو معرفة التجارب المقارنة حول مثل هذه المواضيع.

يجب التذكير أولاً أن الفصل 49 يتعرض هنا إلى الضرورة في دولة مدنية ديمقراطية لحماية هدف من الأهداف المذكورة، وهو ما يعني أن الدولة المدنية الديمقراطية لا تشكل معياراً كافياً لإضفاء مشروعية على تحديد الحقوق والحريات الدستورية.

هنا قد يجد القاضي الدستوري أولاً بعض عناصر المقارنة انطلاقاً من فقه قضاء حقوق الإنسان سواء كان كونياً أو إقليمياً، وذلك لأن العبارة المكرسة في بعض نصوص حقوق الإنسان تتعلق بالضرورة "في مجتمع ديمقراطي" وليس "في دولة مدنية ديمقراطية" كما هو الحال في الفصل 49.

القسم الأول

مدنية الدولة كضرورة تبرّر الحد من الحقوق والحريات الدستورية

يبدو لنا من خلال متابعة مختلف مشاريع الدستور التونسي والنقاشات التي صاحبتهما أن عبارة الدولة المدنية التي أدرجتها السلطة التأسيسية صلب الفصل 49 جاءت أساسا لعلق كلّ السبل التي تؤدي إلى تشريع ديني وإسلامي بالتحديد، خاصة أن تونس لا تاريخ لها في مجال الانقلابات العسكرية وبالتالي لم يكن رفض النظام العسكري هو مبرر عبارة الدولة المدنية.

كما يمكن للقاضي الدستوري الاستئناس بما جاء بالفصل 2 من دستور الجمهورية التونسية لتحديد مفهوم الدولة المدنية خاصة أن الفصل 146 يقتضي أن:

"تفسّر أحكام الدستور ويؤوّل بعضها البعض كوحدة منسجمة".

ينصّ الفصل الثاني من الدستور على أن:

"تونس دولة مدنية، تقوم على المواطنة، وإرادة الشعب، وعلوية القانون".

كما أضافت الفقرة الأخيرة منه أنه "لا يجوز تعديل هذا الفصل"، وهو ما يمنحه مكانة دستورية معززة *une constitutionnalité renforcée* باعتبار المنع الموجه للسلطة التأسيسية الفرعية. لذلك سيجد القاضي الدستوري في هذا الفصل تحصيلنا للطابع المدني للدولة وسيسمح له باعتماد هذا الطابع المدني لتسليط رقابته على المشرع بصورة عامة وعلى مشاريع القوانين أو القوانين التي تحدّ من الحقوق والحريات بصفة خاصة.

وانطلاقا من الفصل الثاني، يبدو لنا أن القاضي الدستوري سيكون ملزما بتأسيس الدولة المدنية على ثلاث عناصر هي: المواطنة وإرادة الشعب وعلوية القانون. تقتضي المواطنة مبدأ التساوي في الحقوق والواجبات {الفصل 21} وتقتضي إرادة الشعب أن يختار هذا الأخير ممثليه بصورة حرة ونزيهة، فيما تقتضي علوية القانون أن يقع احترام هذا الأخير من قبل الجميع وحسب التسلسل الهرمي له باعتباره تعبيراً عن سيادة الشعب.

ولا بد أن نذكّر هنا بأن علوية القانون تعتبر أيضا من عناصر النظام أو الدولة الديمقراطية. فعلى سبيل المثال، اعتبرت المحكمة الدستورية المجرية أن علوية القانون في مجتمع ديمقراطي تقتضي أن يتم تكوين رأي عام بشكل حرّ وديمقراطي زمن الانتخابات⁵⁷.

Décision no 3096/2014 (IV.11) AB de la Cour constitutionnelle Hongroise, citée dans l'affaire Magyar Kétfarkú 57 Kutya párt c. Hongrie, 20-01-2020, § 35. <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-200658>

القسم الثاني

ديمقراطية الدولة كضرورة تبرّر الحدّ من الحقوق والحريات الدستورية

تمّ استقاء الطبيعة الديمقراطية للدولة مما توصلت إليه بعض نصوص حقوق الإنسان وذلك من خلال عبارة المجتمع الديمقراطي.

نجد هذه العبارة في الفقرة 2 من الفصل 29 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنصّ على ما يلي:

"لا يخضع الفرد في ممارسة حقوقه وحرياته إلا للقيود التي يقرها القانون، لضمان الاعتراف بحقوق الغير وحرياته واحترامها ولتحقيق مقتضيات العدالة للنظام العام والمصلحة العامة والأخلاق في مجتمع ديمقراطي".

كما نجد تكريسا للعبارة في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي يشير في فصليه 21 و22 إلى التدابير الضرورية «في مجتمع ديمقراطي» (الحق في التجمع السلمي وحرية تكوين الجمعيات). وقد نصّت عديد المواد من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على هذا الصنف من الأهداف التي تبرّر حدود الحقوق والحريات، ونذكر منها المادة السادسة من الاتفاقية التي تنصّ على أنه:

"لكل شخص الحق في سماع محكمة مستقلة ونزيهة قضيته، بشكل عادل وعلني وضمن مهلة معقولة... لكن مع جواز منع الصحافة والجمهور من حضور جلسات الدعوى، كلياً أو جزئياً، لمصلحة الأخلاق أو النظام العام أو الأمن الوطني في المجتمع الديمقراطي، عندما تتطلب ذلك مصالح القاصرين في السن أو حماية الحياة الخاصة للأطراف في الدعوى، أو فقط بالقدر الضروري المحدد من المحكمة، إذا ما كان من المحتمل أن تخلّ علنية الجلسات، في ظروف خاصة، بمصلحة العدالة".

كما يسمح الفصل 8 من ذات المعاهدة بالحدّ من حماية الحياة الخاصة إذا كان التدبير "ضرورياً" للمجتمع الديمقراطي، للأمن الوطني أو للسلامة العامة أو رفاهية البلد الاقتصادية أو الدفاع عن النظام أو منع الجرائم الجزائية أو حماية الصحة أو الأخلاق أو حماية حقوق الغير وحرياته".

ونجد نفس التمشي بخصوص حرية الفكر والدين والضمير التي يمكن الحدّ من إظهارها بالقانون ووفق "تدابير ضرورية في المجتمع الديمقراطي، للأمن العام أو حماية النظام أو الصحة أو الأخلاق العامة أو حماية حقوق الغير وحرياته" {المادة العاشرة}... كما حرصت الاتفاقية على وضع شرط عام لتحديد الحقوق المضمونة وذلك من خلال ما قرّره الفصل 18 "الحد من استخدام القيود على الحقوق: لا يجوز تطبيق القيود الموضوعة وفقاً لشرط هذه الاتفاقية على الحقوق والحريات المعنية، إلا للغرض الذي وضعت من أجله".

وفي دليل أصدرته المحكمة حول الفصل التاسع من الاتفاقية، نورد المقتطف التالي حول التعددية:

"في مجتمع ديمقراطي، حيث تتعايش العديد من الديانات أو طوائف متعددة من نفس الديانة، قد يكون من الضروري إرفاق هذه الحرية بقيود كفيلة بالتوفيق بين مصالح مختلف الجماعات وضمان احترام معتقدات كل شخص على حدة. ومع ذلك، يجب أن تكون الدولة محايدة وغير متحيزة في ممارستها لسلطتها التنظيمية في هذا الشأن وفي علاقتها مع مختلف الديانات والأديان والمعتقدات، حيث أن المسألة مرتبطة بالحفاظ على التعددية وحسن سير الديمقراطية"⁵⁸.

في قرار ضد بولندا أيضا، أقرت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان بتوسيع أكثر ما يمكن في حرية التعبير خاصة تجاه المسؤولين والسياسيين، لكنها أبرزت شروط تحديد هذه الحرية في حالات بعينها.

فذكرت بداية بفقته قضاء مستقر حول حرية التعبير مفاده أنها ركيزة أساسية لأي مجتمع ديمقراطي ومن الشروط الأساسية لتقدمه، وأنها لا تنطبق فقط على "المعلومات" أو "الأفكار" التي يتم تلقيها بقبول أو اعتبارها غير مسيئة أو غير ذات أهمية، ولكن أيضا على تلك التي تسيء أو تصدم أو تقلق. وهذا ما تتطلبه التعددية والتسامح وروح الانفتاح الذي بدونه لا يوجد "مجتمع ديمقراطي".

كما اعتبرت المحكمة أن عبارة الضرورة تحيل إلى حاجة اجتماعية ملحة يتوجب التثبت منها حالة بحالة.

في هذا الصدد، تلاحظ المحكمة أن "المدعي أدين بتهمة إهانة حراس البلدية من خلال وصفهم بـ" اللصوص" و"الأغبياء" خلال حادثة وقعت في ساحة عامة. وشاهد الحادث من قبل المارة وتعلق بأفعال الحراس الذين أصروا على إقناع البائعين بإنشاء أكشاكهم في مكان آخر (...). وبالتالي، لم تكن ملاحظات المدعي جزءاً من نقاش مفتوح بشأن مسائل تهم الشأن العام ولم تكن أيضا في إطار حرية الصحافة لأن المدعي، وإن كان صحفيا، فقد تصرف هنا كفرد. كما تلاحظ المحكمة أن إدانة السيد جانوفسكي استندت إلى المصطلحين اللذين استخدمهما واعتبرتهما مسيئين من قبل كل من محكمة المقاطعة ومحكمة الاستئناف، وليس على حقيقة أنه أعرب عن آراء انتقادية للحراس أو زعمه أن الإجراءات غير قانونية، لذلك اعتبرت المحكمة أن الإدانة كانت في محلها باعتبار ضرورة أن يتمتع الموظفون العموميون بثقة الجمهور دون إزعاج لا داعمي له، وبالتالي قد يكون من الضروري حمايتهم من الاعتداءات اللفظية الهجومية أثناء أداء الخدمة. في هذه الحالة، لا تجوز الموازنة بين متطلبات هذه الحماية وحرية الصحافة أو المناقشة الحرة للمسائل التي تهم الشأن العام لأن ملاحظات المدعي لم تأت في هذا السياق تماما"⁵⁹.

58 كنيمة بيسارابيا المطرانية وآخرون ضد مولدافيا (Église métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova) الفئران 115-116).

Affaire Janovski c. Pologne 21-01-1999, §32, 33 et 34.

وتبرز هذه القضايا أهمية التثبيت في شرط الضرورة الخارجية حالة بحالة.

فيمكن إذن للقاضي الوطني، حتى إن لم يكن ملزماً بهذه الاتفاقية قانوناً، أن يستشف من فقه قضاء هذه المحكمة ضرورة الانتباه إلى التفريق بين الهدف الظاهر، وهو الهدف الدستوري المشروع، والهدف الخفي الذي يكون عادة مدخلاً للاعتداء على الحقوق والحريات كما حصل في قضية ضد الدولة التركية والتي سمحت للمحكمة بإقرار ما يلي:

قرار صلاح الدين ديويراس ضد تركيا المؤرخ في 22 ديسمبر / كانون الأول 2020

اعتبرت المحكمة الأوروبية أن: "إيقاف نائب من المعارضة التركية خلال فترتي الانتخابات الرئاسية والاستفتاء يفسره هدف خفي هو القضاء على التعددية السياسية والحد من حرية الحوار السياسي الذي يشكل جوهر المجتمع الديمقراطي".⁶⁰

كما سبق للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن حددت عناصر المجتمع الديمقراطي في عدة مناسبات واعتبرت أنه المجتمع القائم على الانفتاح والتعددية والتسامح.

ويبين الفقه أن التعددية التي تقتضيها حقوق الإنسان والتي ضمنتها المحكمة الأوروبية هي تعددية الأفكار والسلوكيات والمؤسسات.⁶¹

على مستوى القانون الدستوري المقارن، نصت المادة الأولى من الميثاق الكندي للحقوق والحريات على أن الحدود على الحريات مقبولة إذا كانت معقولة في مجتمع حر وديمقراطي. وقد عرّف فقه القضاء الكندي من خلال قضية أو كس⁶² المجتمع الديمقراطي بأنه المجتمع القائم على الكرامة والعدالة والمساواة وقبول تنوع المعتقدات واحترام كل الثقافات وكل المجموعات والثقة في المؤسسات الاجتماعية والسياسية التي تضمن مشاركة الأفراد والمجموعات المختلفة في المجتمع.⁶³

ذهبت بعض التجارب الأخرى أكثر من ذلك لحماية "النظام الديمقراطي"، نذكر منها ما ورد في المادة 18 من الدستور الألماني التي نصّت على ما يلي:

⁶⁰ «Eu égard à ce qui précède, la Cour considère qu'il est établi au-delà de tout doute raisonnable que la privation de liberté subie par le requérant, notamment pendant deux campagnes critiques, celles du référendum et de l'élection présidentielle, poursuivait un but inavoué, à savoir celui d'étouffer le pluralisme et de limiter le libre jeu du débat politique, qui se trouve au cœur même de la notion de société démocratique». Affaire Selahattin Demirtaş c. Turquie (n° 2), 22 décembre 2020.

⁶¹ Voir à ce propos : Tadjadura Tejada Javier, « La doctrine de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction des partis politiques [*] », Revue française de droit constitutionnel, 2012/2 (n° 90), p. 339-371. DOI: 10.3917/rfdc.090.0339. URL: <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2012-2-page-339.htm>

⁶² <https://www.canlii.org/fr/ca/csc/doc/1986/1986canlii46/1986canlii46.html>

⁶³ أنظر خالد الماجري، مرجع سابق، ص 81.

" كل من يسيء استعمال حرية التعبير عن الرأي، وخاصةً حرية الصحافة... أو حرية التعليم... أو حرية التجمع... أو حرية تكوين الجمعيات... أو سرية الرسائل والبريد والاتصالات... أو حق الملكية الخاصة... أو حق اللجوء في محاربة النظام الأساسي الديمقراطي الحر، يفقد التمتع بهذه الحقوق الأساسية".

يبدو إذن أنّ عبارة الدولة الديمقراطية لا تختلف في جوهرها عن عبارة المجتمع الديمقراطي حتى إن كانت الأولى تُحيل إلى تمسّ إرادي، وهو ما يؤدي إلى وجود الثاني، أي أنّ الدولة الديمقراطية هي التي تخلق المجتمع الديمقراطي. ومن هنا يبدو لنا دور القاضي الدستوري محددًا، إذ يمكنه تسليط رقابة على المشرع كلما رأى أنه حدّ عما تقتضيه الدولة الديمقراطية من تعددية سياسية وفكرية ودينية وثقافية وعن التسامح الذي يعدّ وجهًا من أوجه التعددية.

انطلاقًا من هذه التعددية، يمكننا فهم موجبات الحدّ من الحقوق والحريات التي نصّ عليها الفصل 49 من خلال تقديم الحدود لحلّ بشأنّ تزامن الحقوق والحريات فيما بينها أو تزامنها مع أهداف دستورية أخرى.

سبق أن تعرضنا في التمهيد العام إلى قائمة موجبات الحدود، وهي تبدو لنا قائمة مغلقة، أي أنّ الفصل 49 لا يسمح مبدئيًا بغيرها إذا قرأناه قراءة حرفية.

ويبدو لنا جليًا أنّ جميع الموجبات المذكورة في الفصل 49 تقتضي بناءً فكريًا ومنطقيًا محدّدًا القاضي الدستوري حتى يتمكن من تسليط رقابته على المشرع.

القسم الثالث الموجبات الدستورية لتحديد الحقوق والحريات في دولة مدنية ديمقراطية

جاء الفصل 49 بتعداد للأهداف التي تُمكن المشرع من تحديد ضوابط للحقوق والحريات على ضوءها وهي أهداف تبدوا لنا حصرية لا يمكن التوسع فيها. تتعلق هذه الأهداف بحماية حقوق الغير، بمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني، بالصحة العامة، أو بالأداب العامة.

سبق أن بيّنا في التمهيد العام تأثر المؤسس بما ورد بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسة الذي صادقت عليه تونس. ونذكر في هذا المجال أيضا وجود تمش مشابه في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان وفي الميثاق الإفريقي لحقوق الانسان والشعوب رغم وجود الأهداف في تحديدات خاصة⁶⁴.

سنحاول في هذا الفرع إذن أن نقدم لمحة عما توصل إليه القانون المقارن من مفاهيم مرادفة أو على الأقل مشابهة لما ورد في الفصل 49.

الفرع الأول - حماية حقوق الغير أو كيف يجابه القاضي الدستوري تزامم الحقوق والحريات؟

تبرز الممارسة اليومية مدى إمكانية تزامم الحقوق فيما بينها، فقد تكون ممارسة حريتي في التعبير مصدرا للاعتداء على الحياة الخاصة للأفراد الآخرين، وقد تكون بعض المعتقدات الدينية مصدرا للتمسّ من الحرمة الجسدية للغير، وقد تكون حرية التنقل مصدرا للتمسّ من الحق في الصحة.

ولعل الأزمة الصحية العالمية قد بيّنت لنا في المدة الأخيرة مدى تمكّن ممارسة بعض الحريات من إجهاض حريات وحقوق أخرى بما فيها الحق في الحياة.

وباعتبار عدم جواز المفاضلة بين الحقوق والحريات، تصبح الرقابة على القانون الذي يحدّ من الحقوق والحريات لحماية حقوق الغير عملا دقيقا يقتضي التدخل حالة بحالة وبحسب المعطيات التي تخصّ كل وضعية.

ولقد سبق أن بيّنا أن المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان قد اعتبرت في قرار لها ضدّ بولندا أن شتم موظف بلدي من قبل مواطن لا يمكن إدراجه ضمن حرية التعبير إذا كان لا يدخل ضمن نقاش مفتوح حول مسائل تهم المصلحة العامة، وبالتالي لا يمكن اعتبار أنّ معاقبة شتم الآخرين في هذه الحالة بالذات اعتداء على حرية التعبير.

64 نجد مثلا أنّ الفصل 11 من الميثاق الإفريقي يتحدث عن الحدّ من حرية الاجتماع على أساس الأمن الوطني، أمن الأفراد وحقوقهم، والصحة العامة وحتى على أساس الأخلاق.

في قضية مشابهة، اعتبرت المحكمة ما يلي:



"انتقاد السياسيين، حتى إن كان مبالغاً فيه، يبقى محموداً إذا تعلق الموضوع بالشأن العام، لكنه يتجاوز المقبول إذا تطور إلى تشبيههم بالقتلة لأن في ذلك اعتداء على حقوق الغير على معنى الفصل 10 من الاتفاقية⁶⁵."

... صحيح أنه إذا طُلب من أي فرد يشارك في نقاش عام ذي مصلحة عامة ألا يتجاوز حدوداً معينة فيما يتعلق - على وجه الخصوص - باحترام سمعة وحقوق الآخرين، وأنه يُسمح له باللجوء إلى قدر معين من المبالغة، وحتى الاستفزاز، أي أن يكون مفرطاً إلى حد ما في ملاحظاته.

من الصحيح أيضاً أن حدود النقد المقبول يجب أن تكون أوسع فيما يتعلق برجل - أو حزب سياسي - مثل السيد لوبان والجهة الوطنية... والأكثر أهمية في هذه الحالة أن السيد لوبان، وهو سياسي بارز، معروف بصرارة خطابه ومواقفه المتطرفة، موضوع إدانات جنائية من أجل التحريض على الكراهية العنصرية، والتقليل من الجرائم ضد الإنسانية، والقبول بالشاعة، وعدم الاعتذار عن جرائم الحرب، والإهانات ضد الشخصيات العامة، والشتائم... فهو نتيجة لذلك، يعرض نفسه لانتقادات شديدة، وبالتالي يجب أن يُظهر تسامحاً خاصاً مع هذا الأمر.

ومع ذلك، ترى المحكمة أن محكمة الاستئناف في هذه القضية قد أجرت تقييماً معقولاً للوقائع عندما رأته أن تشبيه فرد، ولو كان سياسياً، بـ "زعيم عصاة قتلة"... ووصفه بأنه "مصاص دماء يتغذى من ناخبيه ولكن أيضاً من دمائهم أحياناً"، يتجاوز (...). الحدود المسموح بها... وهي ترى، علاوة على ذلك، أنه مهما كانت قوة النضالات السياسية، فمن المشروع الرغبة في الاحتفاظ بحد أدنى من الاعتدال واللياقة، خاصة أن سمعة السياسي، مهما كانت مثيرة للجدل، يجب أن تستفيد من الحماية التي تضمنها الاتفاقية⁶⁶."

في قرار آخر ضد النمسا⁶⁷، اعتبرت المحكمة الأوروبية أنه إذا كان يجب على الصحافة ألا تتجاوز الحدود الموضوعية لـ "حماية سمعة الآخرين" على وجه الخصوص، فإنه يتعين عليها مع ذلك نقل المعلومات والأفكار حول المسائل السياسية، وفي الموضوعات الأخرى ذات المصلحة العامة، إذ توفر حرية الصحافة للجمهور أفضل الوسائل لمعرفة أفكار ومواقف القادة والحكم عليها، وبشكل عام، يعتبر النقاش السياسي الحرّ من صميم فكرة المجتمع الديمقراطي الذي يهيمن على فكرة الاتفاقية⁶⁸.

Affaire Lindon, Otchakovsky-laurens et July c. France, 22-10-2007. C'est nous qui traduisons. 65

66 نفس المرجع.

Affaire Lindon, Otchakovsky-laurens et July c. France, 22-10-2007. <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-82847>. 67 Voir également le paragraphe 62 : la Cour rappelle le rôle fondamental que joue la liberté de la presse dans le bon fonctionnement d'une société démocratique. Si la presse ne doit pas franchir certaines limites, concernant notamment la protection de la réputation et des droits d'autrui,

Oberschlick c. Autriche (n° 1) - 11662/85 Arrêt 23.5.1991. 68

على عكس هذا التوجه الحامي لسمعة الآخرين، اعتبرت مثلا المحكمة الدستورية للبويسنة والمهرسك في قرار بتاريخ 12 ماي/ أيار 2010 أن انتقاد تعيين شخص لإدارة إذاعة متعددة التوجهات العرقية بالتذكير بما قام به من أفعال وأقوال عنصرية لا يعدّ من باب الثلب أو المس من حقوق الغير الذي يستوجب الحد من حرية التعبير⁶⁹.

الفرع الثاني - كيف يمكن للقاضي الدستوري حماية الأمن العام والدفاع الوطني في كنف احترام الحقوق والحريات الدستورية؟

قرّرت المنصة الاجتماعية تويتر يوم 7 جانفي/ كانون الثاني 2021 غلق حساب الرئيس الأمريكي المتخلى دونالد ترامب وبرت ذلك كما يلي:

"بعد المراجعة الدقيقة للتغريدات الحديثة من حساب دونالد ترامب، والسياق المحيط بها، وتحديد كيفية تلقيها وتفسيرها في "تويتر" وخارجه، قمنا بتعليق الحساب نهائيا، بسبب خطر حدوث مزيد من التحريض على العنف".

وأضاف البيان أنه "في سياق الأحداث المروعة هذا الأسبوع، أوضحنا يوم الأربعاء أن الانتهاكات الإضافية لقواعد "تويتر"، من المحتمل أن تؤدي إلى هذا الإجراء بالذات، وأنه "يوجد إطار عمل على المصلحة العامة لدى الشركة، لتمكين الجمهور من الاستماع مباشرة إلى المسؤولين المنتخبين وقادة العالم، الموقع مبني على مبدأ أن للناس الحق في مساءلة السلطة في العلن".

ومع ذلك، أوضحنا منذ سنوات أن هذه الحسابات ليست فوق قواعدنا تماما، ولا يمكنها استخدام "تويتر" للتحريض على العنف، من بين أمور أخرى، وسنواصل التحلي بالشفافية بشأن سياساتنا وتنفيذها".

وحول نفس الأحداث، تم إيقاف مساعد شرطة عن العمل في إحدى الولايات الأمريكية لأنه كتب تهديدات بالقتل تجاه أنصار الرئيس "بايدن" دفاعا منه عن الرئيس المتخلى وذلك يوم هجم هؤلاء على مجلس النواب الأمريكي⁷⁰.

يبدو لنا أنّ هذا البيان وما سبقه من أحداث خارقة للعادة بالنسبة لدولة ديمقراطية يلخص ما يمكن أن يطرح من صعوبات في مجال تحديد الحقوق والحريات الدستورية بهدف احترام الأمن العام أو الدفاع الوطني.

ولئن كانت هذه العبارات تبدو مطاطية وغير ذات معنى، فإنها لا تعني حتما وجود سلطة مطلقة أو اعتبارية للمشرع أو للسلطة التنفيذية أو لأية سلطة أخرى لتحديد محتواها.

Citée par l'arrêt AFFAIRE MEDŽLIS ISLAMSKJE ZAJEDNICE BRČKO ET AUTRES c. BOSNIE- 69
HERZÉGOVINE, § 32 et ss. <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-175219>

<https://urlz.fr/fd7i>

ولعل تشابه عبارات الفصل 49 مع عبارات وجدت في دساتير أخرى أو في نصوص دولية تعبر عن نفس التخوف من أن تصبح الحقوق والحريات مدخلا للمس مما يعتبر أساسيا بالنسبة لكل الدول، أي الأمن أو النظام العام أو الدفاع الوطني.

لقد اختارت السلطة التأسيسية في تونس اعتماد عبارة الأمن العام عوضا عن النظام العام لكنها أضافت في نفس الوقت الصحة العامة التي سبق أن اعتبرها القاضي الإداري في تونس وفي فرنسا من مكونات النظام العام إلى جانب الأمن العام والسكينة العامة.

في كل الحالات، يبدو لنا أن الممارسة فقه القضائية المقارنة اعتمدت تمثيلا يقتضي من المشرع إبراز العلاقة بين الحد المقترح من الحقوق والحريات وما يراه مَسًا بالأمن العام أو الدفاع الوطني أو غيرها من الأهداف الدستورية.

في ألمانيا، واجهت المحكمة الدستورية هذا الإشكال من خلال حماية النظام الدستوري الديمقراطي من كل ما يمكن أن يهدده أو يفرغه من محتواه، واعتبرت أنه لمنع حزب سياسي معين، يجب أن يكون هذا الحزب قد سعى إلى إضعاف أو إلغاء النظام الليبرالي والديمقراطي الذي أسسه الدستور، واشترطت إذن وجود مؤشرات ملموسة وخطيرة تجعل هذا التهديد ممكنا⁷¹.

لكن يبدو أن فقه القضاء الدستوري المقارن لم يتعامل بنفس الشكل مع مفاهيم من نوع النظام العام، إذ بقدر ما تتجنبه المحكمة الدستورية الألمانية والمحكمة الدستورية الإسبانية، بقدر ما يلجأ إليه القاضي الدستوري الفرنسي. وقد برر الفقه هذا الاختلاف بالتجارب الفاشية والنازية التي مرت بها إسبانيا وألمانيا⁷².

حول هذا الجانب تحديدا، تناول المجلس الدستوري الفرنسي تسليط رقابته على القانون المتعلق بضمان النظام العام زمن التظاهر. وقد انطلق القاضي الدستوري من التذكير بأن للمشرع التوفيق بين التوقي من الاعتداء على النظام العام والبحث عن مرتكبي المخالفات - والعنصران ضروريان للمحافظة على الحقوق والمبادئ الدستورية- وبين ممارسة الحقوق والحريات المضمونة بالدستور ومنها حرية التنقل واحترام الحياة الخاصة...⁷³.

أقر القاضي الدستوري دستورية الفصل الثاني الذي يسمح بتفتيش المتظاهرين المشكوك في سلميتهم في الأماكن المجاورة لمكان التظاهر لوقت محدد وتحت رقابة القاضي.

71 Jugement du 17 janvier 2017 – 2 BvB 1/13, Recueil BVerfGE 144, p. 20. Cité par Andreas Voßkuhle, la loi fondamentale à la lumière de la jurisprudence de la cour constitutionnelle fédérale, « Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel » 2018/2 N° 59, p.63.

Alors que la BVerfGE et le Tribunal constitutionnel espagnol « bannissent » presque de leurs vocabulaires des » 72 objectifs trop généraux, la clause générale d'ordre public, et ses « mystères », revient souvent sous la plume du Conseil constitutionnel. ». Rhita Boust, Contrôle constitutionnel de la proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes Revue française de droit constitutionnel, 2011/4 n° 88.

73 أنظر قرار المجلس الدستوري الفرنسي عدد 780 مؤرخ في 4 أبريل / نيسان 2019 حول قانون حماية النظام العام اثناء المظاهرات، فقرة 9.

وأقر أن المشرع قام "بتوفيق متوازن بين المقتضيات الدستورية المذكورة، ولم يخرق حرية التعبير عن الأفكار والآراء بشكل غير ضروري وغير ملائم وغير متناسب"⁷⁴.

في مقابل ذلك، اعتبر القاضي الدستوري أن الفصل الثالث الذي يسمح للسلطة الإدارية بمنع بعض الأشخاص الذين يشكلون خطراً على النظام العام من المشاركة في التظاهر في الطريق العام أو حتى من المشاركة في أي مظاهرة على كامل تراب الجمهورية لمدة شهر، غير دستوري. وللوصول إلى هذه النتيجة، بين القاضي الدستوري أن الفصل الثالث موضوع الطعن سمح للسلطة الإدارية بمنع التظاهر الذي يهدد النظام العام بشكل خطير وذلك جراء الأشخاص العنيفة أو الممارسات التي تمت بمناسبة مظاهرات تم فيها المس من السلامة الجسدية للأفراد أو من الممتلكات. واعتبر المجلس أن المشرع لم يبين ولم يشترط علاقة سببية بين سلوك الأفراد وبين الأضرار الحاصلة جراء المظاهرة⁷⁵.

ونظراً إلى مدى المنع موضوع الطعن وإلى أسبابه وشروطه وشروط الاحتجاج عليه، فإن المشرع مس من الحق في التعبير الجماعي عن الأفكار والآراء بشكل غير ملائم وغير ضروري وغير متناسب، وهو ما سمح بإقرار عدم دستورية الفصل الثالث من مشروع القانون⁷⁶.

يبين هذا المثال أن النظام العام وإن كان هدفاً يجب أن يحرص المشرع على تحقيقه، فإنه لا يمكن أن يتم الرجوع إليه بصورة اعتباطية ودون تحديد للعلاقة بين الحد من الحرية وضمان النظام العام. ويرز لنا هذا القرار أيضاً أن القاضي الدستوري لا يذكر بمفهوم النظام العام الذي يعتمده رغم أنه اتبع تقريباً نفس تمثي القاضي الإداري الذي اعتبر الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة من مكونات النظام العام⁷⁷.

ويمكن اتباع نفس التمثي بالنسبة للدفاع الوطني، إذ نجد ما يشبه العبارة في العهدين الدوليين لحقوق الإنسان وفي بعض الدساتير.

عرّفت مبادئ سيراكوزا الأمن الوطني على أنه المصلحة المشروعة للدفاع عن وجود الأمة، على سلامتها الترابية أو استقلالها السياسي ضد استعمال القوة أو التهديد باستعمالها، واعتبرت أنه لا

74 أنظر قرار المجلس الدستوري الفرنسي عدد 780 مؤرخ في 4 أبريل/ نيسان 2019 حول قانون حماية النظام العام أثناء المظاهرات.

75 de la décision : « la menace d'une particulière gravité pour l'ordre public nécessaire au prononcé de 23§ l'interdiction de manifester doit résulter, selon les dispositions contestées, soit d'un « acte violent » soit d'« agissements » commis à l'occasion de manifestations au cours desquelles ont eu lieu des atteintes graves à l'intégrité physique des personnes ou des dommages importants aux biens. Ainsi, le législateur n'a pas imposé que le comportement en cause présente nécessairement un lien avec les atteintes graves à l'intégrité physique ou les dommages importants aux biens ayant eu lieu à l'occasion de cette manifestation. Il n'a pas davantage imposé que la manifestation visée par l'interdiction soit susceptible de donner lieu à de tels atteintes ou dommages. En outre, l'interdiction peut être prononcée sur le fondement de tout agissement, que celui-ci ait ou non un lien avec la commission de violences ».

76 أنظر قرار المجلس الدستوري الفرنسي عدد 780 المؤرخ في 4 أبريل/ نيسان 2019 حول قانون حماية النظام العام أثناء المظاهرات فقرة 26.

77 الفرق بينها هو أن القاضي الإداري أضاف الكرامة الإنسانية كمكون من مكونات النظام العام، وهو ما لم يفعله القاضي الدستوري باعتبار وجود أساس دستوري مستقل للكرامة في توطئة دستور 1946 التي تشكلت عنصر من عناصر الكتلة الدستورية Le bloc de constitutionnalité.

يجوز التحجج بالأمن الوطني لفرض حدود على الحقوق والحريات لمجرد منع التهديدات البعيدة نسيباً⁷⁸.

كما ذكرت لجنة حقوق الإنسان في العديد من تعليقاتها العامة أن الدول ملزمة بإبراز العلاقة بين الحد من الحقوق والحريات وهدف حماية النظام العام أو الأمن الوطني.

على الدولة الطرف التي تقرر إغلاق جامعة أو مؤسسة تعليمية أخرى لأجل أسباب تتعلق بالأمن العام أو النظام العام أن تبرر مثل هذا الإجراء بالخطر بالرجوع إلى كل شروط الفصل 4⁷⁹.

حول نفس المسألة، نذكر أيضا أن المحكمة الدستورية الألمانية اهتمت منذ السبعينات وبشكل أكثر تواترا منذ أحداث 11 سبتمبر/ أيلول بمسألة الحد من الحقوق والحريات لدواعي تهمة الأمن الوطني. واعتبرت أنه لا يمكن القبول بقاعدة عامة مفادها علوية الأمن بالنسبة للحقوق الأساسية، وهو ما يقتضي من القاضي الدستوري الانتباه إلى كل وضعية بحسب المعطيات والظروف الخاصة بها⁸⁰.

أما القاضي الدستوري السويسري، فقلّة هي الحالات التي يقرّ فيها بدستورية الحد من الحقوق والحريات فقط بهدف حماية النظام العام. ويعتبر القاضي هنا أن النظام العام إلى جانب السياسات الاجتماعية للدولة تشكّل ما يسمى المصلحة العامة⁸¹.

الفرع الثالث - دور القاضي الدستوري في الرقابة على الحد من الحقوق والحريات على أساس الآداب العامة؛ حتى لا تكون الآداب العامة مدخلا للاعتداء على الحقوق والحريات

يسمح الفصل 49 بأن تكون حماية الآداب العامة سببا يبرر الحد من الحقوق والحريات الدستورية.

وعلى عكس النظام العام أو حقوق الغير التي لقيت تكريسا فقه قضائي، فإن عبارة الآداب أو الأخلاق العامة لقيت تحديدا لا في محتواها بل في طبيعتها. لذلك لن يجد القاضي الدستوري قائمة فيها يخالف الآداب العامة، لكنه سيجد قاضيا دوليا أو وطنيا يبيّن في كل مناسبة أن مفهوم الآداب العامة يميل إلى منظومة أخلاقية بطبعها متحركة بحسب المكان والزمان.

Cf. Agnes Callamard, liberté d'expression et sécurité nationale : Equilibrer pour protéger, <https://urlz.fr/fd7u> 78
Les principes de Syracuse précisent aussi que : « la sécurité nationale ne peut servir de prétexte pour imposer des restrictions vagues ou arbitraires et elle ne peut être invoquée que lorsqu'il existe des garanties adéquates et des recours utiles contre les abus ».

Observation générale n° 13: Le droit à l'éducation (art. 13 du Pacte), § 42. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I). 79

Une primauté générale en faveur de la sécurité serait incompatible avec les droits fondamentaux garantis par « 80 la Loi fondamentale ». Voir Andreas Voßkuhle, la loi fondamentale à la lumière de la jurisprudence de la cour constitutionnelle fédérale, « Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel » 2018/2 N° 59, p.61.

Ridha Fraoua, le principe de proportionnalité, limites aux restrictions des droits fondamentaux et maxime de 81 l'action de l'Etat, présentation lors d'un atelier d'IDEA consacré à l'article 49, Tunis, février 2020.

في هذا الإطار، أقرت اللجنة الأمية لحقوق الإنسان مثلاً أن:

"مفهوم الأخلاق مستمد من تقاليد اجتماعية وفلسفية ودينية متعددة وعليه يجب أن تستند القيود المفروضة بغرض حماية الأخلاق إلى مبادئ غير مستمدة حصراً من تقليد واحد ووجب أن تفهم هذه القيود في ضوء كونية حقوق الإنسان ومبدأ عدم التمييز"⁸².

أما المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فقد أقرت تقريباً نفس الشيء منذ قرار "هانديسايد" الشهير الذي منعت المملكة المتحدة من نشر كتابه وتوزيعه لدى الأطفال لأنه خادش للحياء، فاعتبرت المحكمة أن الدول يمكنها اعتماد الأخلاق العامة كجزء من فكرة المصلحة العامة، لكنها أقرت بتعدد المفاهيم المتعلقة بالأخلاق لدى الدول الأعضاء⁸³.

وتعليقاً على موقف المحكمة الأوروبية، اعتبر بعض الفقهاء أنه أمام تعدد مفاهيم الأخلاق لدى الدول الأعضاء، لم يكن أمام المحكمة إلا الاعتماد على الرأي السائد، إذ أنها لو اعتمدت مفهوماً خاصاً بها، لكانت فضّلت أخلاقاً على أخلاق أخرى⁸⁴.

اعتبرت المحكمة العليا الأمريكية سنة 1973 أن المشورات الحادشة للحياء لا تدخل في إطار حرية التعبير⁸⁵. لكنها لم تقر بذلك بصفة اعتباطية، بل اعتمدت اختباراً للتمكن من قياس ذلك من خلال طرح ثلاثة أسئلة يتّجه الإجابة عنها جميعها وبصفة متظافرة بنعم حتى يعتبر العمل غير أخلاقي:

1. هل أن الشخص العادي الذي يعتمد معايير المجموعة -community standards- يجد أن العمل في مجمله غير لائق؟

82 Le Comité fait observer que la conception de la morale découle de nombreuses traditions sociales, philosophiques et religieuses ; en conséquence, les restrictions apportées à la liberté de manifester une religion ou une conviction pour protéger la morale doivent être fondées sur des principes qui ne procèdent pas d'une tradition unique Observation générale no 22: Article 18 (Liberté de pensée, de conscience et de religion), Comité HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), §8.

83 CEDH, affaire Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976, §.48.

84 RIGAUX, François. La fonction de la morale dans le raisonnement judiciaire In : Variations sur l'éthique : 84 Hommage à Jacques Dabin [en ligne]. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 1994 (généré le 12 janvier 2021). Disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/pusl/17814>. ISBN : 9782802804956. DOI : https://doi.org/10.4000/books.pusl.17814. « Le pluralisme des morales dans les Etats européens interdit évidemment aux juges de choisir une morale parmi toutes les autres et face à cette diversité, la Cour européenne des droits de l'homme a été contrainte de donner au concept de morale le sens d'opinion dominante. En effet si elle avait préféré une morale plus libérale, détachée d'une vision naturaliste de la sexualité et transférant à la responsabilité de chaque individu le choix de ses comportements sexuels, elle aurait elle-même choisi une morale à l'exclusion des autres ».

85 Il s'agit des publications obscènes qualifiées parfois également comme pornographiques. Miller v. California, 85 arrêt 413 U.S. 15.

2. هل أن العمل يصف بشكل واضح ومفصوح سلوكا جنسيا؟
 3. هل أن العمل في مجمله ليست له قيمة أدبية أو فنية أو سياسية أو علمية جدية؟⁸⁶
- في سويسرا، أقرت المحكمة الفدرالية أيضا الحد من حرية الصناعة والتجارة من خلال منع الومضات الإشهارية التي تبرز الكيان البشري في وضعيات مهينة وبدائية وتشيء الذات البشرية التي لا تعتبرها غير موضوع جنسي مجرد من جوانبه الإنسانية.⁸⁷

تبقى إذن للقاضي الدستوري في تونس سلطة تقديرية في تحديد الآداب العامة في دولة مدنية ديمقراطية كما سبق وبينها أعلاه، وهو ما سيمكّن من تحديد عناصر تحوي الحد الأدنى من الموضوعية حتى لا يصبح النص القانوني القائم على مفهوم الآداب العامة مدخلا لتهديد الأمان القانوني أو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

ولعلّ ما اقترحه تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة حول بعض الفصول من المجلة الجزائية وضرورة توضيح معانيها يلقي الضوء على بعض الإشكالات التي ستعرض المحكمة الدستورية في علاقة بدستورية بعض القوانين.

بينت اللجنة وجود العديد من المقتضيات التشريعية التي تناقض حماية الحياة الخاصة للأفراد، وبالتالي تناقض الدستور. ولعل أهمها ما وجد في المجلة الجزائية من عقوبات سالبة للحرية دون تحديد واضح لأركان الأفعال المجرّمة. ومن ذلك ما ورد في الفصل 226 حول التجاهر بفحش، وهي جريمة غير محددة الأركان، مما يسمح بعدد التجاوزات والخروقات، ومنها خاصة عدم احترام شرعية الجرائم والعقوبات لعدم وجود تعريف دقيق لما يشكل "فحشا". لذلك اقترحت اللجنة تعويض هذه الجريمة بمعاينة كل من يأتي على مرأى الغير عملا جنسيا أو يعتمد إلى كشف المواطن الحميمة من بدنه بقصد إيذاء الغير.

كما نجد نفس الإشكالات في الفصل 226 مكرر من المجلة الجزائية الذي يقر عقوبة سالبة للحرية لكل "من يعتدي علنا على الأخلاق الحميدة أو الآداب العامة بالإشارة أو القول أو يعتمد علنا إلى مضايقة الغير بوجه يخل بالحياء".

وإذ تذكّر اللجنة بأن مفهوم الأخلاق الحميدة مفهوم متعدد المعاني، وأن المجتمعات الديمقراطية تقوم على التعددية في كل المجالات، بما فيها التعددية الأخلاقية، فإنها انطلقت من نفس التمشي السابق، وهو تجنب كل الجرائم التي لا يمكن تعريفها وتحديد أركانها بدقة، لأنها مخالفة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ذلك أن الفرد يجب أن يعلم مسبقا ما هي الأفعال المجرّمة وأن لا يترك ذلك للسلطة التقديرية لأجهزة الدولة.⁸⁸

<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1585/miller-test>

86

87 أنظر خالد الماجري، المرجع السابق، ص 95.

88 أنظر تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، ص 41.

الفرع الرابع – دور القاضي الدستوري في الرقابة على الحد من الحقوق الحريات على أساس الصحة العامة

سبق أن بينّا أن السلطة التأسيسية فضلت التنصيب صراحة على الأمن العام والصحة العامة والآداب العامة والحال أنه كان بإمكانها التعرض فقط للنظام العام الذي يشملها.

في كل الأحوال، اعتمدت جلّ المنظومات القانونية وطنية كانت أو دولية على حماية الصحة العامة كسبب من أسباب الحد من الحقوق والحريات الدستورية. ولعلّ جائحة "كوفيد 19" التي فاجأت البشرية سنة 2019 تشكل خير مثال عن الإشكاليات التي يمكن أن تطرح أمام المشرع وأمام السلطة التنفيذية أو أمام القاضي.

لكن قبل ذلك، تتطلب حماية الصحة العامة مجهودات خاصة من الدول التي تواجه إشكاليات صحية لا على مستوى الأفراد فقط لكن أيضا على مستوى وطني فيما يتعلق بمكافحة الأوبئة والأمراض المعدية.

ووفقاً لتعريف منظمة الصحة العالمية، تشير الصحة العامة إلى جميع التدابير المنظمة (سواء العامة أو الخاصة) لمنع الأمراض وتعزيز الصحة وإطالة العمر بين السكان ككل. وتهدف أنشطتها إلى توفير بيئة صحيّة والتركيز على "مجموعات سكانية كاملة، وليس على المرضى الفرديين أو الأمراض"، وبالتالي، فإن الصحة العامة تهتم بالنظام الكلي وليس فقط باستئصال مرض معين⁸⁹.

لقد سبق للمجلس الدستوري في تونس أن أبدى رأيه حول القانون عدد 7 المؤرخ في 7 فيفري/ شباط 2007 والمتعلق بالأمراض السارية والذي أقر واجب تصريح الأطباء بالأمراض المعدية التي تهتم مرضاهم وإمكانية إلزام الأشخاص بالتداوي وحتى على الاستشفاء الوجوبي في بعض الحالات الخطيرة، وفي كل ذلك مس من الحياة الخاصة للأفراد ومن كرامتهم ومن حرمتهم الجسدية⁹⁰.

"وحيث أن حق الفرد في صون المعلومات المتعلقة بصحته ليس حقا مطلقا ويمكن اعتباره المتطلبات النظام العام للصحة وفي الحدود التي يفرضها هذا النظام وبها لا يفرغ ضمان حرمة الفرد في هذا الشأن من مضمونه،



89 Définition de la santé publique selon l'OMS (1952) : « La santé publique est la science et l'art de prévenir les maladies, de prolonger la vie et d'améliorer la santé et la vitalité mentale et physique des individus, par le moyen d'une action collective concertée visant à : • assainir le milieu ; • lutter contre les maladies ; • enseigner les règles d'hygiène personnelle ; • organiser des services médicaux et infirmiers en vue d'un diagnostic précoce et du traitement préventif des maladies ; • mettre en œuvre des mesures sociales propres à assurer à chaque membre de la collectivité un niveau de vie compatible avec le maintien de la santé » .

90 أنظر الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 14 مؤرخ في 16 فيفري/ شباط 2007.



وحيث أن الوقاية من الأمراض السارية ومعالجتها ومكافحتها تتطلب أن تكون السلطة الصحية على بيّنة منها ومن مدى انتشارها عند الاقتضاء. وحيث أنه يسوغ للمشروع في هذه الحالة واستنادا إلى ما تقدم أن يلزم بعض المهنيين بالإعلام بهذه الأمراض وعدم التمسك بالسّر المهني". كما أوجب المجلس أن يكون هذا الإعلام منحصرا في السلطة الصحية دون غيرها.

أما حول إجبارية العلاج أو الاستشفاء الوجوبي، فقد أقر المجلس بإمكانية تنظيم المشرع لذلك وأنه باعتبار الاستشفاء الوجوبي مَسًا من حرمة الفرد ومن مبدأ رضائية العلاج، فإن تحديد قائمة الأمراض التي تستوجب هذا العلاج من قبل وزير الصحة مخالف للدستور لأن اللجوء إلى الحد من حرمة الفرد سيرجع في نهاية الأمر لا إلى المشرع وإنما للسلطة التنفيذية ممثلة في وزير الصحة⁹¹.

على مستوى دولي، وضعت اللجنة الأمية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية شروطا لإعمال هدف حماية الصحة العامة حتى لا تتهدى الدول في استعمالها لإفراغ الحقوق من محتواها.



" تثير الدول أحيانا مقتضيات الصحة العامة لتحديد الحقوق الأساسية. وتؤكد اللجنة على أن التحديد المعني بالمادة الرابعة من العهد تهدف أساسا إلى حماية حقوق الأفراد أكثر من الدول. لذلك عندما تمنع بعض الدول الأعضاء بعض الأشخاص المصابين بأمراض معدية مثل الأيدز أو تحسبهم أو ترفض أن يتولى الأطباء معالجتهم بحجة الأمن الوطني أو النظام العام، عليها تبرير ذلك في علاقة بجميع شروط الفصل 4. إذ يجب أن تكون هذه التحديدات مطابقة للقانون بما في ذلك القانون الدولي لحقوق الانسان ومتلائمة مع طبيعة الحقوق المراد حمايتها من قبل العهد ومقررة لمصلحة ولأهداف مشروعة فقط لضمان الرفاه العام في مجتمع ديمقراطي.

يجب أن تكون هذه الحدود حسب الفصل 5 متناسبة مع الهدف، أي يجب أن تكون أقل التحديدات وطأة. وحتى إن كانت التحديدات شرعية، لكونها تهدف إلى حماية الصحة العامة، فإنها يجب أن تكون مؤقتة وقابلة لإعادة النظر⁹².

91 المجلس الدستوري، رأي عدد 27 لسنة 2006 بخصوص مشروع قانون يتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 71 لسنة 92 مؤرخ في 27 جويلية/ تموز 1992 المتعلق بالأمراض السارية.

Observation générale n° 14 : Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12 du Pacte), HRI/ 92 GEN/1/Rev.9 (Vol. I), p. 100, §28 et 29. c'est nous qui traduisons.

الجزء الرابع

دور القاضي الدستوري في فرض احترام التناسب
بين الضوابط وموجباتها؛ من أجل فقه قضاء دستوري
قائم على اختبار التناسب

سبق أن بيّنا أن الفصل 49 يحتوي العديد من الشروط المتعلقة بضوابط الحقوق والحريات الدستورية. ولعل شرط التناسب سيشكل في المستقبل منهجا يمكن القاضي الدستوري من الوقوف على مدى احترام المشرع للدستور ولما أتى به من حقوق وحريات. لذلك سنتناول في هذا الجزء أهمية اختبار التناسب قبل أن نتعرض إلى مراحلها ومنهجيته.

القسم الأول أي أهمية لاختبار التناسب؟

يعكس مدى تفعيل مبدأ التناسب المكانة والقيمة الحقيقية للحقوق والحريات في مجتمع ما باعتبار أن المبدأ يؤطر الانتهاكات التي يمكن أن تسلط على تلك الحقوق والحريات⁹³.

ويعدّ التناسب اليوم مبدأ وأداة وتقنية يعتمدها القضاء لحماية أرفع للحقوق والحريات من تعسف مختلف السلط العمومية وخاصة منها التشريعية والتنفيذية. كما يمكن أن تكون له وظيفة ودورا توجيهيا لمختلف الأعمال الصادرة عن السلط العمومية⁹⁴، وهو ما يعكس الاهتمام المتزايد للمبدأ من مختلف الأنظمة القانونية سواء من حيث تكريسه في الدساتير المعاصرة أو تطويره في فقه القضاء أو اهتمام الفقهاء به.

أما في المنظومة القانونية التونسية، وخلافا لدستور 2014، فإنّ دستور غرة جوان/ حزيران 1959 لم يتضمن تنصيحا على مبدأ التناسب فيما يتعلق بالضوابط الواردة على ممارسة الحقوق والحريات، ورغم ذلك، فإنّ المجلس الدستوري قد أعمل مبدأ التناسب في عدة آراء⁹⁵ رغم أنّ ذلك الإعمال بقي منقوصا من حيث البناء القانوني وخاصة من حيث التعليل.

93 "La mise en œuvre du principe de proportionnalité renseigne sur la place qu'une société reconnaît réellement" 93 aux droits et libertés, dès lors que ce principe encadre les atteintes qui peuvent y être portées", Sauvé(J.M) Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés, Intervention à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017.

.Ibidem. Sauvé (J.M) Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés. Op. Cit.Ibidem 94

95 لم يكن القاضي الدستوري التونسي هو الوحيد الذي لجأ إلى إعمال مبدأ التناسب في غياب نص دستوري يجيزه، فالمبدأ له أصول فقه قضائية ثم تمّ تكريسه في الدساتير في مرحلة لاحقة، ويعدّ النموذج الألماني أفضل مثال على ذلك. فقد تمّ إعمال اختبار التناسب لأول مرة من المحكمة الإدارية العليا بروسيا في قرارها Kreuzberg بتاريخ 14 جوان/ حزيران 1882، (يراجع الهامش أعلاه)، كذلك أعملت المحكمة الدستورية البلجيكية المبدأ دون أي تنصيص عليه بالدستور. حول فقه قضاء المحكمة الدستورية البلجيكية يراجع خاصة:

Bernadette Renauld, La proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Belgique, ACCPUF – Bulletin n°9 – mai 2010 pp. 53 et s.



مثال- مقتطف من الرأي عدد 34 - 2005 الصادر بتاريخ 23 جوان/حزيران 2005 بخصوص مشروع قانون توجيهي يتعلق بالنهوض بالأشخاص الحاملين للإعاقة وحميتهم

حيث أقر المشروع المعروض امتيازات ومنافع وتسهيلات وإعفاءات لفائدة الأشخاص الحاملين لإعاقة وذلك خاصة في مجال التشغيل والضمان الاجتماعي والأداءات...

وحيث وإن اقتضت أحكام الفصل 6 من الدستور المساواة في الحقوق والواجبات أمام القانون، فإنّ في تضمين الفقرة الأولى من الفصل 5 من الدستور من شمولية لحقوق الانسان ما لا يمنع التمييز الايجابي لفائدة بعض الفئات قصد تأمين المساواة الفعلية كالأشخاص الحاملين لإعاقة في صورة الحال، طالما أن هذا التمييز الإيجابي لا ينال من الحقوق الأساسية التي يضمنها الدستور وكان خاضعا لهدف وحيد وهو تحقيق تكافؤ الفرص ومتسا بالناسب⁹⁶ بين الامتيازات والمنافع والتسهيلات والإعفاءات من جهة والهدف المنشود من جهة أخرى".

ويستنتج إذن أنّه رغم سكوت دستور 1959 عن التنصيص عن مبدأ التناسب، فإنه قد تمت الإشارة إلى فكرة التناسب بين المس من المساواة في الحقوق والواجبات على المستوى القانوني وهدف الوصول إلى مساواة فعلية رغم أن المجلس اكتفى بالتنصيص على ذلك ولم يبرهن على الرابط بين الأحكام الخاصة بحاملي الإعاقة وانتفاعهم الفعلي بالحقوق.

وقد ذهب دستور 2014 أكثر من ذلك ووضع معايير يمكن للقاضي الدستوري اتباعها في تطبيقه للفصل 49.

فبعد التثبت فيما سميناه ضرورة خارجية، أي الضرورة التي تقتضيها الدولة المدنية الديمقراطية للحفاظ على جملة الأهداف المذكورة في الفصل، على القاضي الدستوري أن يتولى القيام باختبار التناسب، وهو في نظرنا جزء من واجب التعليل المحمول عليه حتى لا تكون أحكامه سطحية وسريعة.

ولا بدّ من توضيح بعض العناصر في هذا الشأن.

صحيح أن اختبار التناسب ظهر في ألمانيا وفي كندا بالتحديد في قضية أو كس الشهيرة، وصحيح أن كلا التجريبتين تختلفان فيما بينهما وأن المرجعيات والنصوص الدستورية تختلف مع نصّ الفصل 49، لكن جوهر المبدأ يبقى هو نفسه لأن المسألة تتعلق بتمشي وبمنهجية تجنب القاضي الدستوري السقوط في العموميات وفي ضعف التعليل.

لذلك نعتبر أن القيام باختبار التناسب على أساس الفصل 49 لن يزيد من المحكمة الدستورية إلا حرصا على حسن تطبيق هذا الفصل بصورة متناسقة على الوضعيات المتشابهة، وهو ما سيساهم

96 في هذه الحالة، يمكن أن نستنتج أيضا أن المجلس لم يتوخ الدقة الكافية في الصياغة، فأصبحت عبارة المعقولة و"غائية القانون" كنتيجة لها والتناسب كأنها مترادفة.

في نحت سياسة فقه قضائية politique jurisprudentielle ستكون حتماً تأسيسية لقانون دستوري متجدد تجدد الدستور ذاته.

صحيح أيضاً أن مراقبة دستورية مشاريع القوانين في تونس هي رقابة موضوعية ومجردة وحصرية، وهي وتختلف في آلياتها عن الأنظمة ذات الرقابة غير الحصرية التي تقتضي أن يستعمل القاضي اختبار التناسب في وضعيات ملموسة خاصة، لكن رغم ذلك يمكن أن يكون فقه قضاء المحكمة الدستورية نبراساً للمحاكم الأخرى وحتى للسلطة التنفيذية عندما تواجهها عملياً وضعيات تطرح إشكاليات بخصوص تحديد الحقوق والحريات.

لذلك نرى أنه من المجدي التذكير بأهم عناصر اختبار التناسب الذي حددت ملاحظته المحكمة العليا بكندا والذي يستجيب بدوره إلى حد كبير للعناصر التي حددها فقه القضاء الدستوري الألماني، والذي يلخصه الرسم البياني التالي:



Volet #1



Par une « règle de droit »

Cette règle doit être :

- **Exprime ou implique dans une loi ou un règlement** [R. c. *Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613]
- **Énoncée dans une politique gouvernementale, aux conditions suivantes :**
 1. L'organisme gouvernemental est autorisé à formuler la politique.
 2. La politique renferme des règles contraignantes d'application générale et de nature législative.
 3. La politique est suffisamment précise pour permettre aux citoyens de se comporter en conséquence.
 4. La politique est suffisamment accessible pour que les membres du public soient informés des règles auxquelles ils sont assujettis.

[*Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique*, [2009] 2 R.C.S. 295, par. 50 et 65].

Volet #2

Il est important de définir l'objectif, puisque l'analyse de la proportionnalité y est intimement liée.

L'objectif de la loi est-il réel et urgent?

Autrement dit, l'objectif doit être suffisamment important pour justifier que l'on restreigne un droit protégé par la Charte. Il doit notamment :

- Avoir une grande importance et être conforme aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique. [*Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Figueroa c. Canada* [P.G.], [2003] 1 R.C.S. 912;]
- Correspondre à l'objectif de la mesure attentatoire ou de l'omission spécifique. [Canada c. *JTI-Macdonald Corp.*, précité]
- Être spécifique et non pas général; les objectifs trop abstraits ou idéalisés sont suspects. Toutefois, il peut être utile d'énoncer un objectif général suprême en plus de sous-objectifs précis. [*Sauvé c. Canada* [Directeur général des élections], [2002] 3 R.C.S. 519; *JTI-Macdonald* précité, par. 38]
- Être l'objectif réel ou véritable. [*Tétreault-Gadoury c. Canada* [Commission de l'emploi et de l'immigration], [1991] 2 R.C.S. 22;]
- Être l'objectif de la mesure attentatoire au moment où celle-ci a été adoptée. [R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295]



Volet #3

Existe-t-il un degré suffisant de proportionnalité entre l'objectif et le moyen utilisé pour l'atteindre?

Le troisième volet de cette analyse comporte trois éléments :

i. Le « lien rationnel »

La restriction doit avoir un lien rationnel avec l'objectif. Elle ne doit être ni arbitraire, ni inéquitable, ni fondée sur des considérations irrationnelles.

- Le gouvernement doit établir, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un lien de causalité entre le moyen contesté et l'objectif réel et urgent. [R. c. *Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Thomson Newspapers Co. c. Canada* [P.G.], [1998] 1 R.C.S. 877; R. c. *Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45]
- Le gouvernement n'a qu'à démontrer qu'il est « raisonnable de supposer » que la restriction ou l'interdiction « peut contribuer à la réalisation de l'objectif, et non qu'elle y contribuera effectivement ». [*Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567 par. 48]

97

ii. L'« atteinte minimale »

La restriction ne doit pas porter atteinte au droit ou à la liberté plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre l'objectif. Le gouvernement est tenu de prouver l'absence de moyens moins attentatoires d'atteindre l'objectif « de façon réelle et substantielle ». [Carter c. Canada (Procureur général), [2015] 1 R.C.S. 331, par. 102]

- La restriction doit porter atteinte « le moins possible » au droit ou à la liberté en cause (Oakes, précité). Cependant, il suffit que ce moyen fasse partie d'une série de solutions raisonnables.

[Sharpe, précité ; RIR-MacDonald, précité, par. 160]

- Quand vient le moment de déterminer si la solution de rechange est moins efficace, le gouvernement peut démontrer qu'il n'existe aucun autre moyen moins attentatoire d'atteindre l'objectif de façon réelle et substantielle.

[Hutterian Brethren, précité, par. 55; Carter(2015) 1 R.C.S. 331, par. 102 et 118; R. c. K.R.J. 2016 CSC 31, par. 70.]

- La disposition doit être raisonnablement adaptée à ses objectifs.

[Sharpe, précité, par. 95 et 96]



iii. La « pondération finale »

Il doit y avoir une « proportionnalité entre les effets de la mesure qui restreint le droit en question et l'objectif de la loi » au plan de l'intérêt supérieur du public.

[Carter, précité, paragraphe 122; JTI-MacDonald, précité, par. 45; voir aussi Lavoie c. Canada, [2002] 1 R.C.S. 769, par. 53.]

- Le dernier volet du critère de l'arrêt Oakes permet au tribunal d'élargir l'évaluation pour déterminer si les avantages de la disposition contestée, au plan de l'intérêt supérieur du public, valent le coût de l'atteinte aux droits.

[R. c. K.R.J., précité, par. 77]

- L'étape de la pondération tient compte de la gravité des effets préjudiciables de la mesure législative sur les particuliers ou sur des groupes.

[Hutterian Brethren, précité, par. 76]

- La pondération est axée sur l'effet pratique de la loi. L'évaluateur pourra se poser les questions suivantes : « Quels effets bénéfiques la mesure aura-t-elle sur le plan du bien collectif recherché? Quelle est l'importance de la restriction du droit? La restriction est-elle justifiée lorsque les avantages qu'elle procure sont mis en balance avec la mesure dans laquelle elle limite le droit en question? »

[JTI-MacDonald, précité, paragraphe 45; voir aussi Lavoie, précité; Dagenais, précité.]



La Cour suprême a souligné à maintes reprises que le contexte factuel et social précis d'une affaire joue un rôle fondamental quand vient le temps de justifier une restriction à un droit garanti par la Charte en vertu de l'article premier. Pour cette raison, le test de Oakes se doit d'être appliqué avec souplesse.

Par exemple, la retenue est inappropriée en droit pénal, où le gouvernement est « l'adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé » et non pas l'arbitre entre les revendications de groupes opposés.

[Irwin Toy, [1989] 1 R.C.S. 927, page 994]

تم التذكير بالمبدأ في العديد من المناسبات على مستوى دولي، إذ استقر فقه قضاء محكمة العدل الأوروبية مثلاً على اعتبار أن مبدأ التناسب الذي يمثل مبدأ عاماً للقانون يوجب أن لا تتجاوز الأعمال الصادرة عن مؤسسات الاتحاد [الأوروبي] ما هو ملائم وضروري لتحقيق الأهداف المشروعة... وأن لا تكون الأضرار غير متناسبة مع الأهداف المراد تحقيقها⁹⁸.

وقد تمّ تعريف التناسب من قبل المدعية العامة "جوليان كوكوت" في تقريرها العام أمام محكمة العدل الأوروبية في قضية تمّ فيها منع امرأة مسلمة من العمل لدى شركة خاصة لأنها تلبس الحجاب باعتباره مخالفاً للسياسة المحايدة التي تنتهجها الشركة تجاه الديانات:

"حسب فقه قضاء مستقر، فإن مبدأ التناسب هو مبدأ عام في قانون الاتحاد الأوروبي، ويقتضي أن تكون الإجراءات قادرة على تحقيق الأهداف المراد تحقيقها من القانون وألا تتجاوز حدود الضرورة التي يقتضيها تحقيق هذه الأهداف، مع العلم أنه كلما كان هناك خيار بين عدة إجراءات متلائمة مع الهدف، يتجه اختيار الإجراء الأقل حدًا وإلا تكون الحدود المفروضة غير معقولة بالنسبة للأهداف المرجوة"⁹⁹.



Selon une jurisprudence constante, le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du⁹⁸ droit de l'Union, exige que les actes des institutions de l'Union ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés"*C.J.U.E. l'affaire T-138/07, Schindler 13 juillet 2011.*

Cette constante jurisprudence est confirmée par plusieurs décisions dont notamment les affaires jointes C 293/12 et C 594/12, « À cet égard, il convient de rappeler que le principe de proportionnalité exige, selon une jurisprudence constante de la Cour, que les actes des institutions de l'Union soient aptes à réaliser les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause et ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation de ces objectifs ».

Concl. de l'avocat général Kokott du 31 mai 2016 dans l'affaire CJUE, C-157/15, Achbita, pt. 97. C'est nous 99 qui traduisons.

القسم الثاني في قياس الملاءمة

يتولى القاضي الدستوري المرحلة الأولى من اختبار التناسب التثبيت من أن القيد الذي فرضه المشرع على الحق أو الحرية ملائم للهدف الذي يرمي إلى تحقيقه منه. وهذا الهدف لا يجب أن يخرج عن إطار الأهداف المحددة بالفصل 49 من الدستور¹⁰⁰، وهي حماية حقوق الغير أو الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة كما سبق بيانها.

يتجه في هذا الصدد قراءة الأهداف الواردة بالفصل 49 قراءة ضيقة حالة بحالة ولا يجوز التوسع في تلك الأهداف، كما يتجه أيضا أن يتولى القاضي الدستوري لفت نظر المشرع إلى ضرورة استعمال عبارات دقيقة لا تخرج عما اقتضاه الفصل 49 في خصوص الأهداف.

إثر ذلك، يتولى القاضي الدستوري التثبيت من وجود رابطة وصلة منطقية بين إجراء التقييد والهدف الذي يرمي إليه الإجراء. في هذه الحالة ستكون رقابة القاضي الدستوري موجهة بالخصوص إلى السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع وهي مرحلة مهمة في الرقابة، إذ تنصب على الخيارات والوسائل التي يتوسلها المشرع لتحقيق سياساته، وهو ما بينه فقه القضاء المقارن سواء دوليا أو وطنيا.

الفرع الأول- قياس الملاءمة من قبل القاضي الدولي

طُرحت مسألة العلاقة بين الحدود على الحقوق والأهداف المشروعة التي تقدمها الدول أمام محكمة العدل للاتحاد الأوروبي، إذ اعتبرت أنه:

في خصوص التثبيت من أن الإجراء المتمثل في حفظ المعطيات الشخصية قادر على تحقيق الهدف المضمن بالمذكرة التوجيهية عدد 24/2006، أنه بالنظر للأهمية المتزايدة لوسائل الاتصال الالكتروني، فإن المعطيات الشخصية التي يجب أن تحفظ تطبيقا للمذكرة التوجيهية المذكورة تتيح للسلطات الوطنية المختصة في التتبع الجزائية إمكانيات إضافية لتتبع الجرائم الخطيرة وهي بذلك تشكل أداة مجدية للأبحاث الجزائية. وبالتالي فإن حفظ تلك المعطيات يعتبر قادرا على تحقيق الهدف المضمن بالمذكرة التوجيهية¹⁰¹.

100 توجد أنظمة قانونية لا ينص فيها الدستور على الأغراض أو الأهداف من التثبيت، ويتولى القاضي في هذه المرحلة التثبيت من مدى شرعية أو مشروعية الهدف. حول هذه المسألة يراجع خالد الماجري، مرجع مذكور أعلاه ص 100 وما بعدها. في كل الأحوال سواء تمّ التنصيص أو لم يتم التنصيص على ذلك الهدف في النص الدستوري، فإن القاضي يثبت في كل الأحوال من شرعية الهدف. ولا يجب أيضا أن ننسى أننا في إطار التضييق من ممارسة حق أو حرية وبالتالي يجب ألا يخرج الإجراء المتخذ عن دائرة الأهداف المحددة بالدستور والتي تشكل بذاتها حداً للحد من ممارسة الحقوق والحريات.

En ce qui concerne la question de savoir si la conservation des données est apte à réaliser l'objectif poursuivi" 101 par la directive 2006/24, il convient de constater que, eu égard à l'importance croissante des moyens de communication électronique, les données qui doivent être conservées en application de cette directive permettent aux autorités nationales compétentes en matière de poursuites pénales de disposer de possibilités

في صورة الحال، اعتبرت المحكمة أنّ الإجراء المتمثل في حفظ وتخزين المعطيات الشخصية يتلاءم مع الهدف الذي يرمي إليه القانون والمتمثل في مقاومة الجريمة وتبعتها وخاصة منها الجريمة المنظمة والإرهابية وانتهت إلى ثبوت صلة منطقية بين الإجراء المتخذ والهدف المرجو منه.

أما المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فقد تعرضت لواجب إثبات تلاؤم الحدّ مع الهدف المشروع كالآتي:

مثلا في قضية ضد اليونان التي تبنت قانونا يهّم العائلة والأطفال والمجتمع ويسمح بالتخلي عن الزواج والاكْتفاء بالحياة المشتركة للأزواج، مع إقصاء القانون لزواج المثليين والاكْتفاء بمفهوم الحياة المشتركة بين ذكر وأنثى، مما أدى إلى التقاضي، اعتمدت الحكومة اليونانية على فكرة الهدف المشروع وهو حماية الأطفال المولودين خارج الزواج والحفاظ على مفهوم العائلة حتى خارج الزواج التقليدي، وأجابت المحكمة أنّ هدف حماية العائلة مجرد جدا وأن هناك العديد من الآليات العملية الأخرى التي تسمح بتحقيقه. واعتبرت أنّ السلطة التقديرية التي تتمتع بها الدول لاختيار التحديد الذي يتلاءم مع الهدف المراد حمايته بقبالها واجب إثبات هذه العلاقة بين الهدف المشروع والإجراءات أو القوانين التي تحدّد من الحقوق والحريات¹⁰². وأقرت المحكمة في نهاية الأمر أنها غير مقتنعة بأن الهدف المشروع الذي قدّمته الدولة يفترض إقصاء المثليين من التمتع بهذا القانون¹⁰³.

الفرع الثاني - قياس الملاءمة من قبل المحاكم الدستورية

يعتبر شرط الملاءمة شرطا أوليا في اختبار التناسب بمعنى عدم ضرورة الذهاب إلى الشروط الأخرى في حالة ثبت للقاضي الدستوري أن الحد من حق أو حرية ما لا يؤدي بطبعه إلى المحافظة على الهدف الدستوري.

supplémentaires d'élucidation des infractions graves et, à cet égard, elles constituent donc un instrument utile pour les enquêtes pénales. Ainsi, la conservation de telles données peut être considérée comme apte à réaliser l'objectif poursuivi par ladite directive". C.J. U.E, les affaires jointes C 293/12 et C 594/12, op, cit.

lorsque la marge d'appréciation laissée aux États est étroite, dans le cas par exemple d'une différence de » 102 traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, non seulement le principe de proportionnalité exige que la mesure retenue soit normalement de nature à permettre la réalisation du but recherché, mais il oblige aussi à démontrer qu'il était nécessaire, pour atteindre ce but, d'exclure certaines personnes – en l'espèce les individus vivant une relation homosexuelle – du champ d'application de la mesure dont il s'agit [...]. En vertu de la jurisprudence précitée, la charge de cette preuve incombe au gouvernement défendeur, c'est donc au gouvernement grec qu'il revient en l'espèce de démontrer que la poursuite des buts légitimes invoqués commande d'interdire aux couples homosexuels la possibilité de conclure le « pacte de vie commune » prévue par la loi no 3719/2008 ». CEDH, 7 nov. 2013, Vallianatos et a. c. Grèce, § 85.

La Cour n'est pas convaincue par l'argument avancé par le Gouvernement, à savoir que la réalisation des » 103 objectifs invoqués par lui à travers la loi no 3719/2008 présuppose l'exclusion des couples de même sexe de son champ d'application. ». CEDH, 7 nov. 2013, Vallianatos et a. c. Grèce, § 85 et 91.

ومنذ قرار أو كس، تعرضت المحكمة العليا بكندا لهذا الشرط وواصل القاضي مراقبة دستورية القوانين أولاً من منظور ملاءمة الحد التشريعي للهدف الدستوري.

منهجياً، وبمناسبة قياس الملاءمة، يتولّى القاضي التثبيت من طبيعة الهدف وتقييمه أولاً ثمّ من القيد المسلط على الحق، ثمّ في مرحلة أخيرة من مدى وجود رابطة معقولة بين الهدف والوسيلة المتوخاة لتحقيق الهدف. وهو التمشي الذي بينته بوضوح المحكمة العليا الكندية خاصة في قرارها المبدئي أو كس المشار إليه أعلاه على النحو التالي:

"...بإدنى ذي بدء، يجب تحديد طبيعة المنفعة والهدف الذي يرمي المشرع إلى تحقيقه من الفصل 8 من القانون المتعلق بالمخدرات. وفي هذا الصدد فقد أكد المدعي العام أنّ الفصل 8 المذكور يرمي إلى التصدي ووقف تجارة المخدرات...¹⁰⁴."

ثمّ يتولى القاضي تقييم وتقدير وجهته على نحو ما يبينه المثال المقتطف من نفس القرار.

إنّ حماية المجتمع من المخاطر والآفات المرتبطة بتجارة المخدرات يعتبر هدفاً مهماً ويبرر في حالات انتهاك حق أو حرية مضمونة بالدستور. بالإضافة إلى ذلك، فإنّ المخاطر المتزايدة لتجارة المخدرات تجعل من التصدي لها هدفاً كافياً على معنى الفصل الأول من الدستور¹⁰⁵.

وقد انتهت المحكمة في المثال أعلاه إلى وجهة الهدف المتبع من القيد المسلط على الحرية والمضمن بالفصل 8 من القانون الكندي المتعلق بالمخدرات. هذا ويتجه التأكيد أنّ تقييم الأهداف في هذه المرحلة يتم بالرجوع إلى الممارسات الفضلى المتعلقة بالحق المعني وبالرجوع أيضاً إلى فقه القضاء المقارن.

أمّا المرحلة اللاحقة من قياس الملاءمة، فيتولّى فيها القاضي التثبيت من الوسيلة المتوخاة لتحقيق الهدف على النحو المبين بالمؤطر أدناه:

Il faut commencer par préciser la nature de l'intérêt ou de l'objectif poursuivi par le législateur en adoptant "104 l'art. 8 de la Loi sur les stupéfiants. Selon le ministère public, l'art. 8 de la Loi sur les stupéfiants vise à refréner le trafic des stupéfiants en facilitant l'obtention d'un verdict de culpabilité contre les trafiquants. À mon avis, le souci du législateur de réduire le trafic des stupéfiants peut être qualifié de réel et urgent. Le problème du trafic des stupéfiants n'a cessé de s'aggraver depuis les années cinquante, et déjà à cette époque ce phénomène suscitait beaucoup d'inquiétude." Cour suprême canadienne affaire David Edwin Oakes, op. cit

L'objectif de protection de notre société contre les fléaux liés au trafic des stupéfiants est, selon moi, suffisamment "105 important pour justifier dans certains cas l'atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la Constitution. De plus, la gravité du trafic des stupéfiants fait qu'il va presque sans dire que sa répression constitue un objectif suffisamment important aux fins de l'article premier. Le ministère public a donc satisfait au premier critère applicable à une analyse en vertu de l'article premier." affaire David Edwin Oakes, op. cit



"تمثل المرحلة اللاحقة من التحليل في التثبت من الوسيلة المعتمدة من المشرع لتحقيق الهدف الذي يجب أن يكون معقولا ويمكن تبريره في مجتمع حر وديمقراطي. ويتجه التأكيد أنه عند تطبيق هذا العنصر من اختبار التناسب يجب التثبت في معقولية القاعدة. بمعنى هل توجد رابطة معقولة بين مقتضيات الفصل 8 [من القانون المتعلق بالمخدرات] المتضمنة قلبا لعبء الإثبات [في حالة حيازة المخدرات واعتبار المعني بالأمر تاجرا] والهدف المتمثل في التصدي لتجارة المخدرات؟ إن ذلك [وجود رابطة معقولة بين الهدف والوسيلة] يستوجب على الأقل أن يكون الفصل 8 في حد ذاته معقولا. لذلك، يجب أن توجد رابطة معقولة بين واقعة حيازة المخدرات الثابتة والواقعة المفترضة من أن تلك الحيازة كانت بغاية الاتجار بالمخدرات وإلا فإن أثر القاعدة المتضمنة لقلب عبء الإثبات سيؤدّي إلى اعتبار أن الأشخاص المتهمين بمجرد حيازة المخدرات سيعتبرون خطأ وبدون أي سند متهمين بالاتجار بالمخدرات"¹⁰⁶.

وفي قضية "فيقاروا" ضد كندا، اعتبر القاضي أن القانون الذي يشترط أن تقدم الأحزاب خمسين مترشحا في الدوائر حتى يقع تسجيل الحزب وتمكينه من التمتع ببعض الحقوق الجبائية غير دستوري، واعتبرت المحكمة العليا أنه لا يوجد أي رابط بين اشتراط تقديم الخمسين مترشحا والهدف المتعلق بنجاحة الإجراء الجبائي¹⁰⁷.

من القرارات المبدئية أيضا في هذا المجال ما انتهت إليه المحكمة الأمريكية العليا في قرار "لوكنر" ضد بلدية نيويورك بتاريخ 17 أبريل/ نيسان 1905 حول الحرية التعاقدية وحرية الصناعة والتجارة والذي أكد فيه المحكمة العليا عدم دستورية قانون صادر بولاية نيويورك سنة 1895 تضمن تحديدا لساعات العمل لأعوان المخابز يوميا بعشر (10) ساعات وأسبوعيا بستين (60) ساعة. واعتبرت المحكمة أن تحديد ساعات العمل على النحو المذكور خرق مبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ حرية الصناعة التجارة. وانتهت إلى أن القانون المذكور لم يكن معقولا ولم يكن له أي رابط وثيق وحقيقي بهدف حماية صحة العاملين بالمخابز¹⁰⁸.

L'étape suivante de l'analyse consiste à examiner le moyen choisi par le législateur pour atteindre son objectif. "106 Ce moyen doit être raisonnable et sa justification doit pouvoir se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Soulignons encore une fois que l'application de ce critère de proportionnalité doit commencer par un examen de la rationalité de la disposition : existe-t-il un lien rationnel entre la disposition de l'art. 8 portant inversions de la charge de la preuve et l'objectif consistant à refréner le trafic des stupéfiants? Cela nécessite tout au moins que l'art. 8 soit lui-même rationnel. Il doit exister un lien rationnel entre le fait établi de la possession et le fait présumé de la possession à des fins de trafic, sinon la disposition portant inversion de la charge de la preuve pourrait avoir pour conséquence que des personnes coupables de simple possession de stupéfiants soient erronément et sans justification déclarées coupables de trafic." affaire David Edwin Oakes, op.cit. Dans le même sens, voir la décision de la Cour Suprême canadienne Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567.

107 قرار المحكمة العليا بكندا بتاريخ 27 جوان/ حزيران 2003. CSC37.

Aff 198 U.S.45, 17 avril 1905, Joseph Lochner v Etat de New York.

طبقا لفقهاء القضاء المقارن، تُعدّ هذه المرحلة هي الأبسط أو الأسهل في اختبار التناسب. ومن خلالها يكون المشرع ملزما بإثبات أنّ الإجراءات التشريعية الذي اتخذها تقييدا للحقّ أو الحرية له علاقة منطقية بالهدف التشريعي¹⁰⁹.

ما يلاحظ في فقه القضاء المقارن بمناسبة تعرضه لشرط الملاءمة أنه يختلف من نظام قانوني إلى آخر. فيلاحظ أن فقه القضاء الألماني، خلافا لمحكمة العدل الأوروبية، لم يكن متشددا عند تثبته في هذا الشرط، وأقر سلطة تقديرية واسعة للمشرع في اختيار الوسائل الملائمة لتحقيق الأهداف الدستورية، ذلك أنه يكفي أن يساهم الإجراء ولو جزئيا في تحقيق الهدف المنشود¹¹⁰.

أمّا القاضي الدستوري الفرنسي، فقد انتقد الفقه بعض قراراته التي لم تثبت فيها من ملاءمة الإجراء القانوني الذي يحد من الحقوق والحريات مع الهدف الدستوري.

كان هذا واضحا مثلا في قراره المتعلق بالإجراء الخاص بطرد المجموعات الرّحل، أين اكتفى القاضي بالتثبت من وجود الضمانات القانونية والإجرائية للطرد دون أن يبحث عن علاقة طرد هؤلاء وهدف المحافظة على النظام العام¹¹¹.

نفس الانتقاد وُجّه لقرار القاضي الدستوري الفرنسي حول قاعدة البصمات الجينية، أين اكتفى باعتبار قاعدة البصمات الجينية تتلاءم مع الأهداف التي يرمي المشرع إلى حمايتها دون أن يبرز كيف مكنت هذه القاعدة من تلافي الاعتداءات.

"بالنظر إلى أنه وفقا للمادة 706-55، فإن السجل الوطني الآلي للبصمات الجينية يركز على الآثار والبصمات الجينية المتعلقة بالجرائم ذات الطابع الجنسي والجرائم ضد الإنسانية وجرائم التعدي المتعمد على حياة الأشخاص والتعذيب والأفعال الممجية والعنف المتعمد والتهديد بالاعتداء على الناس والتجار بالمخدرات والاعتداء على الحريات الشخصية والتجارة بالبشر واستغلال التسول وتعرض القصر للخطر وجرائم السرقة والابتزاز والاحتيال والتدمير والإهانة والتهديد بإلحاق الضرر بالمتلكات، والاعتداء على المصالح الأساسية للأمة، وأعمال الإرهاب، وتزوير الأموال والتآمر الإجرامي، وبعض الجرائم ضد قانون الأسلحة، وجرائم تلقي أو غسل عائدات إحدى الجرائم؛ أن هذه الجرائم المذكورة بشكل دقيق وشامل؛ أنه بالإضافة إلى الهجمات على المصالح الأساسية للأمة، فإن جميع هذه الجرائم تعرض أمن الأشخاص أو ممتلكاتهم للخطر... أنه بالنسبة لجميع هذه الجرائم، فإن المقارنة التي تمت مع البصمات

À l'étape de l'analyse de la proportionnalité qui porte sur l'existence d'un « lien rationnel » — le critère en "109 apparence le plus simple du test établi dans Oakes —, le gouvernement doit démontrer que la mesure attentatoire a un lien rationnel avec l'objectif législatif. Ce lien doit être établi selon la prépondérance des probabilités", Cour Suprême canadienne Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567.

Erdolbevorragung [1971] BVerfGE 30, 292,316.

110

Décision n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010 M. Orient O. et autre [Gens du voyage]. Cf. Rhita Bousta, 111 Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes, Revue Française de droit constitutionnel, 2011/4 n° 88 | pages 913 à 930.

الوراثية المؤكدة للآثار والعينات المسجلة في الملف قادرة على المساهمة في تحديد المجرمين والبحث عنهم وأن القائمة المنصوص عليها في المادة 706-55 تتماشى مع الهدف الذي سعى إليه المشرع وأن هذه المادة لا تخضع الأطراف المعنية لصرامة غير ضرورية ولا تمس الحقوق والحريات"¹¹²...

كمثال آخر، نذكر قرار المجلس الدستوري الفرنسي المتعلق بقانون التحكم في الهجرة وإقامة الأجانب في فرنسا والجنسية المؤرخ في 20 نوفمبر/ تشرين الثاني 2003.

اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي أن "الغرض من المعالجة الآلية للمعطيات الشخصية التي قد يضعها رؤساء البلديات بصفتهم ممثلين للدولة، بموجب الحكم الذي تمّ انتقاده، هو مكافحة الهجرة غير النظامية؛ وأن هذا يساهم في حماية النظام العام وهو مطلب ذو قيمة دستورية؛ أن القانون يشير إلى مرسوم يتخذ في مجلس الدولة بعد استشارة اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات، يهتم بوضع ضمانات للأشخاص الذين قد يخضعون للمعالجة الآلية... ويحدد أسباب الاطلاع على المعطيات الشخصية، فضلاً عن القيود والاحتياطات التي يرافقها معالجتها، ولا سيما من خلال النص على تحديد فترة تخزينها". لذلك أقر المجلس الدستوري أن القانون موضوع الطعن لم يأت بتسوية غير متوازنة بين المحافظة على النظام العام وحماية الحياة الخاصة"¹¹³.

يتجه التأكيد في هذا الصدد أنّ فقه القضاء عادة ما يقر بوجاهة الهدف التشريعي والغاية المبررة للإجراء إلا أنّ الرقابة تكون أكثر صرامة على المرحلة الثانية من قياس الملاءمة والمتمثلة في وجود الرابط المعقول بين الهدف والوسيلة المتخذة لتحقيق الهدف"¹¹⁴.

إذا توصل القاضي إلى إثبات ملاءمة ضوابط أو حدود الحقوق مع الهدف المشروع، يمرّ إلى مرحلة أخرى وهي التثبت من ضرورة هذا الحدّ في هذه الوضعية بالذات.

[Décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010. M. Jean-Victor C. [Fichier empreintes génétiques] 112

113 قرار المجلس الدستوري الفرنسي المتعلق بقانون التحكم في الهجرة وإقامة الأجانب في فرنسا والجنسية المؤرخ في 20 نوفمبر/ تشرين الثاني 2003.

114 يراجع في هذا الشأن خالد الماجري، المرجع المذكور أعلاه ص 101 وما بعدها.

القسم الثالث في قياس الضرورة الداخلية

يعتبر قياس الضرورة المرحلة الثانية من اختبار التناسب، وهي تقوم على التثبت من أن القيد المسلط على الحق أو الحرية ضروري لتحقيق الهدف المشروع وأن يلحق أقل ضرر ممكن بالحق المعني¹¹⁵.

وتختلف الضرورة، وهي ضرورة داخلية هنا، عن الضرورة الخارجية التي يكتفي من خلالها القاضي بالتثبت إن كان مشروع القانون أو القانون ضروري في دولة مدنية ديمقراطية وللأهداف التي سبق أن ذكرها الفصل 49.

يمكن القول هنا أن الضرورة الداخلية تعني أنه لم يكن بإمكان المشرع الوصول إلى الهدف الدستوري عبر اتخاذ إجراءات أقل حدة على الحريات.

ويمكن استعراض بعض الأمثلة من فقه القضاء الدولي أو الدستوري التي توضح الإشكاليات العملية التي قد تطرح أمام المحكمة الدستورية.

الفرع الأول - قياس الضرورة في فقه القضاء الدولي

يمكننا اعتبار تمشي القاضي الأوروبي للتثبت من شرط الضرورة من الممارسات القضائية الجيدة التي يمكن الاحتذاء بها. لذلك سنتولى التعرض إلى مثال محكمة العدل الأوروبية قبل التعرض إلى مثال المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

الفقرة الأولى- مثال محكمة العدل الأوروبية

يتجه التذكير بالتمشي القانوني الذي اتبعه الادعاء العام أمام محكمة العدل الأوروبية في قضية "سميرة اشبيتا" ضد بلجيكا، خاصة أنه قد بين كيف يمكن أن يصبح الإجراء غير ملائم للهدف إذا كان أقل تدخلا في حرية الأفراد.

تتعلق المسألة في هذه القضية بمنع إحدى عاملات شركة تجارية من وضع الحجاب الإسلامي زمن العمل وذلك لضرورة مهنية مرتبطة بطبيعة مجال تدخل الشركة.

تقول المحكمة:



"يجب أن نتساءل عما إذا كان الحظر مثل الحظر المعني في هذه الحالة ضرورياً لتحقيق الهدف المنشود. وتحقيقاً لهذه الغاية، يجب التحقق مما إذا كان لا يمكن تحقيق نفس الهدف بوسائل أقل تقييداً من الحظر".

De plus, le moyen choisi doit être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question" affaire "115 David Edwin Oakes, op.cit.

حول هذه المسألة، أشارت المدعية العامة السيدة كوكوت إلى ضرورة التثبيت على وجه الخصوص من أنّ المنع من اللباس الديني كان ضروريا للوصول إلى الهدف المشروع، مشيرة إلى أن القاعدة التي تمّ سنّها من قبل الشركة يمكن اعتبارها "مطلقة للغاية وعمومية للغاية" وتتجاوز بالتالي ما هو ضروري لتحقيق سياسة الشركة وأهدافها¹¹⁶.

من ناحية أخرى، أضافت المدعية العامة أنه سيكون من الممكن لشركة G4S أن توفر للعاملات زياً موحداً يشتمل، كعنصر اختياري، على غطاء للرأس أو حجاب له لون وشكل يطابق الزي الذي يمكن للعاملات المسلمات ارتدائه طواعية.

وستكون طريقة العمل هذه بلا شك أقلّ تقييداً، بالنسبة لعاملات مثل السيدة أشبيطة، من حظر ارتداء الحجاب في الشركة لأنه سيسمح للمعنيين بالاستمرار في ارتداء الحجاب في العمل، سواء كان وشاحاً متاحاً من قبل صاحب العمل أو مطابقا على الأقل لانتظاراته .

ورغم كل هذه الاعتبارات، أضافت المحكمة أنّ:

"مثل هذه الطريقة في الإجراءات ستكون أقلّ ملاءمة، إن لم تكن غير مناسبة تماماً، لتحقيق هدف الحياض في مسائل الدين والمعتقد الذي حدّته شركة G4S كشرط مهني. وبالفعل، فإن العاملة التي ترتدي حجاباً إسلامياً تظهر عليها علامة دينية مرئية، سواء كان هذا الحجاب متطابقاً بلونه وشكله مع لباس عملها أم لا. بالإضافة إلى ذلك، إذا أصبح الرمز الديني جزءاً من الزي الرسمي، يتخلى صاحب العمل عن هدف الحياض الذي وضعه لنفسه"¹¹⁷.

نستخلص من هذه المقتطفات أن دور القاضي سواء كان دستورياً أو دولياً يعتمد تمشياً عملياً (وليس مجرّداً) يفرض على الدول -على مستوى دولي- وعلى المشرع -على مستوى وطني- أن يثبت أنه في نهاية الأمر لم يكن من الممكن ضمان تحقيق الهدف الدستوري إلا من خلال هذه الحدود أو الضوابط.

نجد أيضاً في فقه قضاء محكمة العدل الأوروبية تمشياً دقيقاً تثبت من خلاله إذا كان إجبار شركة تسجيل المكالمات الهاتفية والأنشطة الرقمية لجميع المواطنين في إطار مكافحة الجريمة والإرهاب بالشكل الذي حدّته المذكرة التوجيهية الأوروبية ضرورياً.

Concl. de l'avocat général Kokott du 31 mai 2016 dans l'affaire CJUE, C-157/15, Achbita §104. C'est nous qui 116 traduisons. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=179082&doclang=FR>.

Concl. de l'avocat général Kokott du 31 mai 2016 dans l'affaire CJUE, C-157/15, Achbita. C'est nous qui 117 traduisons.

من جملة الأسباب التي سمحت للمحكمة بإقرار غياب شرط التناسب بين الحد من الحياة الخاصة - خاصة الاعتداء على المعطيات الشخصية للأفراد- من جهة، وهدف مكافحة الجريمة والإرهاب من جهة أخرى، خلصت المحكمة إلى أن الإجراء تجاوز ما هو ضروريّ باعتباره يمسّ لا فقط الأشخاص المشكوك فيهم بل مجمل الأفراد بشكل عام حتى أولئك الذين لا يوجد تجاههم أي شيء يثبت صلتهم القريبة أو البعيدة، المباشرة أو حتى غير المباشرة، بالإجرام¹¹⁸.

الفقرة الثانية- مثال المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

يتمثّل المثال في موقف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حول الممارسات الأمنية التي قامت بها ألمانيا الديمقراطية إلى حدود سنة 1989 والتي كانت تمنع الشباب من اختراق الحدود هرباً إلى ألمانيا الفدرالية مما أدى بالعديد منهم إلى الموت.

"إن وفاة الهاربين لم تكن بأي حال من الأحوال ناتجة عن استخدام للقوة "أصبح ضرورياً للغاية"، فممارسة الدولة في جمهورية ألمانيا الديمقراطية لم تحم أحداً ضد العنف غير الشرعي، ولم تستخدم جراً أي اعتقال يمكن وصفه بأنه "قانوني" بموجب قانون جمهورية ألمانيا الديمقراطية ولم تكن لها أية صلة بقمع أعمال شغب أو تمرد، لأن الهدف الوحيد الذي أراده الفارون كان مغادرة البلاد"¹¹⁹.

في قرار جانوفيكش ضد بولندا، ذكرت المحكمة أن "صفة" ضروري" بالمعنى المقصود في المادة 10 الفقرة 2 يحيل إلى "حاجة اجتماعية ملحة". تتمتع الدول المتعاقدة بهامش تقدير معين في الحكم على وجود مثل هذه الحاجة، ولكنها تسير جنباً إلى جنب مع الرقابة الأوروبية التي تغطي القانون والقرارات المطبقة عليه، حتى عندما تكون صادرة عن محكمة مستقلة"¹²⁰.

قبل ذلك وفي سنة 2009 بمناسبة قرار قلور ضد سويسرا، كان موقف المحكمة أكثر وضوحاً وتجريداً عندما اعتبرت أنه:

CJUE, Arrêt de la Cour (grande chambre) du 8 avril 2014. Digital Rights Ireland Ltd contre Minister for 118 Communications, Marine and Natural Resources e.a. et Kärntner Landesregierung e.a. §58. Faits : Digital Rights met en cause la légalité de mesures législatives et administratives nationales concernant la conservation de données relatives à des communications électroniques et demande, notamment, à la juridiction de renvoi de constater la nullité de la directive 2006/24 et de la septième partie de la loi de 2005 sur la justice pénale (infractions terroristes) [Criminal Justice (Terrorist Offences) Act 2005] prévoyant que les fournisseurs de services de communications téléphoniques doivent conserver les données afférentes à ces dernières relatives au trafic et à la localisation pour une période déterminée par la loi, afin de prévenir et de détecter les infractions, d'enquêter sur celles-ci et de les poursuivre ainsi que de garantir la sécurité de l'État.

CEDH, Affaire Streltetz, Kessler et Krenz c. Allemagne, 22 mars 2001, § 96, op.cit.

119

120 قرار مؤرخ في 21 جانفي/ كانون الثاني 1999 فقرة 30.

"حتى يُعتبر الإجراء متناسبا وضروريا في مجتمع ديمقراطي، يجب أن يكون كل إجراء أقل مسا من الحق للوصول إلى نفس الهدف، غير ممكن" ¹²¹.

وفي قرار ضد اليونان، عبّرت المحكمة أيضا عن عدم اقتناعها بأن إقصاء الأزواج المثلية من قانون العائلة كان الطريقة الأقل سوء لضمان حقوق الأطفال المولودين خارج الزواج:

"المحكمة غير مقتنعة بالحجة التي قدمتها الحكومة، وهي أن تحقيق الأهداف التي تذرعت بها من خلال القانون عدد 2008/3719 يفترض مسبقاً استبعاد الأزواج من نفس الجنس من نطاقه. في الواقع، لم يكن من المستحيل على المشرع أن ينصّ على بعض الأحكام المحددة المتعلقة بالأطفال المولودين خارج إطار الزواج، مع توسيع إمكانية إبرام "ميثاق الحياة المشتركة" للأزواج من نفس الجنس" ¹²².

في قرار حديث ضد تركيا، أوضحت المحكمة الأوروبية مرة أخرى المقصود بالضرورة واعتبرت في قضية إيقاف نائب من المعارضة التركية أن الحرمان من الحرية يعتبر تدخلا سافرا في ممارسة الحقوق الأساسية لا يمكن تبريره إلا في حالة عدم وجود إجراءات أخرى أقل شدة لحماية المصلحة العامة... ¹²³.

الفرع الثاني - قياس الضرورة في فقه القضاء الدستوري المقارن

في هذه الفقرة، سنحاول أن نقدم بعض الأمثلة المقارنة من تمثي القاضي الدستوري لتسليط رقابته على عنصر الضرورة في اختبار التناسب.

في قرار حول القانون الذي يسمح "بالإيقاف الأمني" الذي يسلط على أشخاص يُشكلون خطرا كبيرا على الأمن وذلك بوضعهم في مركز أمني يقدم لهم إحاطة طبية واجتماعية ونفسية، وذلك إثر انتهاء عقوبتهم وخوفا من العود، ذكر المجلس الدستوري الفرنسي صراحة أنه "بالنظر إلى خطورة المس من الحرية الفردية، فإن السجن لأسباب أمنية لا يمكن أن يكون ضروريا إلا متى لم يجد المشرع أي إجراء آخر أقل مسا من الحرية للتوقي من الأعمال التي تمس من سلامة الأفراد بشكل خطير" ¹²⁴.

pour qu'une mesure puisse être considérée comme proportionnée et nécessaire dans une société...» 121 démocratique, l'existence d'une mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d'arriver au même but doit être exclue ». Cf. Sébastien Van Drooghenbroeck et Xavier Delagrangé, Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus, <https://doi.org/10.4000/rdr.290>.

CEDH, Affaire Vallianatos et autres c. Grèce, 7 nov. 2013, n° 29381/09;32684/09, op.cit. §89. C'est nous qui 122 traduisons.

Affaire Selahattin Demirtas c. Turquie (No 2), 22 décembre 2020, §393. C'est nous qui traduisons. 123

CC, Décision n° 2008-582 du 21 février 2008, §17. « Eu égard à la gravité de l'atteinte qu'elle porte à la liberté 124 individuelle, la rétention de sûreté ne saurait constituer une mesure nécessaire que si aucune mesure moins attentatoire à cette liberté ne peut suffisamment prévenir la commission d'actes portant gravement atteinte à l'intégrité des personnes. C'est nous qui traduisons.

كما تولى القاضي إثبات ذلك إثبات هذه الضرورة على مدى أربع فقرات يبين فيها أنه لم يكن للمشرع خياراً أقل مساً من الحرية لضمان سلامة الأشخاص.

في كندا، أكدت المحكمة العليا في عدة قرارات على الضرورة الداخلية كعنصر من عناصر اختبارها للتناسب، فاعتبرت في قرار "Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony" أنه :

"يسوغ للمشرع تبرير الإجراء التشريعي ليس فقط ببيان أنّ الإجراء ملائم لحقوق المدّعين، لكن بضرورة إثبات رابطة العقلولة بين الإجراء المتخذ والهدف الحقيقي والملخ منه وأنه الأقل انتهاكا للحق¹²⁵."



يتّجه التأكيد في هذا الصّدد أنّ القاضي الدستوري وبمناسبة تثبته في وجود وسائل أقل تضييقاً على الحق لتحقيق الهدف الدستوري المرجو، يتولى تصور مثل تلك الوسائل حتى ولو لم يثرها أطراف النزاع، وهو دور استنباطي يقوم به القاضي الدستوري غايته أولاً رقابية على أعمال المشرع الماسة بالحقوق والحريات، وثانياً توجيهية يتولى بمقتضاها توجيه المشرع نحو الوسائل التي تكون أقل شططاً وأقلّ حدة على الحقوق والحريات، وهو أمر من شأنه أن يدعم دور القاضي الدستوري كحام للحقوق والحريات.



يتّجه التأكيد أيضاً أنّ القاضي مطالب عند تثبته من هذا الشرط بالقيام بموازنات ومقارنات بين الوسيلة التي قدّمها المشرع لتحقيق الهدف ومختلف الوسائل الممكنة الأخرى سواء التي دفع بها الأطراف أو التي يستنبطها القاضي الدستوري بمناسبة رقابته على اختبار الضرورة. وهي تقنية من شأنها أن ترسي فناعة القاضي الدستوري بأنّ الوسيلة التي اختارها المشرع كانت ضرورية لتحقيق الهدف أم لا.



ومن الأمثلة التي نعتبرها جيدة في إعمال هذه المرحلة، ما انتهى إليه القاضي الدستوري الكندي بمناسبة بتّه في قضية Thomson Newspapers Co. c. Canada التي أثار فيها الطاعنون عدم دستورية الفصل 322 من القانون الانتخابي بدعوى انتهاكه لحرية التعبير والحق في الانتخاب المضمونين بالفقرة 2ب من الميثاق الكندي للحقوق والحريات، بالاستناد إلى أنّ الفصل المذكور تضمّن منع نشر وإعلان نتائج استطلاعات الرأي حول نوايا التصويت خلال الثلاثة أيام الأخيرة من الحملات الانتخابية¹²⁶، معتبرين أنّ ذلك الإجراء غير ضروري لتحقيق الهدف التشريعي المتمثل

Le gouvernement peut justifier la mesure législative, non pas en démontrant qu'il l'a adaptée aux besoins du "125 plaignant, mais en établissant qu'elle a un lien rationnel avec un objectif urgent et réel, qu'elle porte le moins possible atteinte au droit et que son effet est proportionné" Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony, op.cit.

Les appelantes ont présenté une requête sollicitant une déclaration portant que l'art. 322.1 de la Loi électorale "126 du Canada viole la liberté d'expression et le droit de vote garantis respectivement par l'al. 2b) et l'art. 3 de la Charte canadienne des droits et libertés. L'article contesté interdit d'annoncer, de publier ou de diffuser les résultats de sondages sur les intentions de vote durant les trois derniers jours des campagnes électorales" Cour Suprême, aff Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général), [1998] 1 R.C.S. 877.

في ضمان سلامة ونزاهة المسار الانتخابي وحماية إرادة الناخبين من الآثار السلبية المحتملة لنشر سبر الآراء في اليومين السابقين ليوم الاقتراع.

وقد ذكر أحد قضاة المحكمة بمناسبة هذه القضية المبدأ العام الذي اتبعته المحكمة العليا في رقابتها على عنصر الضرورة.

حسب القاضي "باستاراشي"، فيما يتعلق بمسألة ما إذا كان التقييد مبرراً بموجب المادة الأولى لأنه يشكل حدًا أدنى من التدخل في حرية التعبير، قالت المحكمة:

"في الخطوة الثانية من تحليل التناسب، يجب على الحكومة أن تثبت أن التدابير المعنية تقيّد الحق في حرية التعبير بأقل قدر ممكن بشكل معقول لأغراض تحقيق الهدف التشريعي. يجب أن يكون القيد "ضئيلاً"، أي أن القانون يجب أن يتم تفصيله بعناية حتى لا يتجاوز الانتهاك ما هو ضروري. نادراً ما تكون عملية التكييف محكمة ويجب على المحاكم أن تمنح السلطة التشريعية بعض الحرية. إذا كان القانون يقع في نطاق مجموعة من التدابير المعقولة، فلن تجده المحاكم واسع النطاق للغاية لمجرد أنها قد تجد بديلاً قد يكون أكثر ملاءمة للهدف [. . .]. من ناحية أخرى، إذا فشلت الحكومة في توضيح سبب عدم اختيار إجراء أقل تدخلاً ولكن بنفس الفعالية، فإن القانون يعتبر باطلاً¹²⁷.

لذلك تولى القاضي بمناسبة القضية المذكورة تفحص الوسائل البديلة التي دفع بها القائمون بالدعوى ومقارنتها بالوسيلة التي لجأ إليها المشرع. ومن بين الوسائل البديلة التي تفحصها القاضي الدستوري، هي إمكانية نشر نتائج سبر الآراء إلى آخر يوم في الحملة الانتخابية مع اشتراط أن يخضع نشر تلك النتائج إلى شروط ومنهجية محددة مسبقاً.

وقد انتهى القاضي الدستوري إلى أنّ تلك الوسيلة والإجراء لا تمكّن من تحقيق الهدف التشريعي المنشود باعتبار أنّ الناخب سيكون مضطراً لتقدير نزاهة ومصداقية تلك النتائج بنفسه وتحديد ما إذا كانت تلك النتائج ذات مصداقية ومحترمة للمعايير والمنهجية المضبوطة من المشرع مسبقاً. لذلك، وفي غياب فترة زمنية طويلة نسبياً [بين تاريخ منع نتائج سبر الآراء ويوم الاقتراع] تمكّن من مناقشة عامة لنتائج سبر الآراء، فإنّه من غير المتوقع أن تحقق هذه الوسيلة الهدف التشريعي المنشود باعتبار أنّ الناخبين ليست لهم المعارف الضرورية لتقييم تلك النتائج. لذلك فإنّ نشر نتائج سبر الآراء وفقاً لمعايير ومنهجية محددة كحلّ بديل للقانون المتقد لا يكون مجدياً ومفيداً إلاّ متى وفّر للمحللين والمختصين والأحزاب السياسية وقتاً كافياً لمناقشة وتقدير مصداقية وصحة تلك النتائج. وانتهت إلى أنّ الحلّ البديل المقترح من الطاعنين قاصر عن تحقيق الهدف التشريعي على نحو ما يبيّنه المؤطر أدناه:

Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général), 29 avril 1998, [https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/ 127-scc-csc/fr/item/1621/index.do](https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/127-scc-csc/fr/item/1621/index.do)



"أحد البدائل المقترحة عن المنهجية المستخدمة هو النشر الإلزامي للمعلومات، نظرًا لأنه سيسمح بنشر نتائج الاقتراع حتى نهاية الحملة الانتخابية، فسيكون بمقدور الناخبين، على أساس هذه المعلومات، أن يقرروا بأنفسهم ما إذا كان الاقتراع قد تمّ إجراؤه بشكل مقبول وتحديد ما إذا كانت نتائجه موثوقة. في حالة عدم وجود فترة طويلة بما يكفي للسماح بالمناقشة العامة لنتائج الاستطلاع، فمن غير المرجح أن يكون هذا الحلّ ذا فائدة حقيقية، حيث قد لا يكون لدى الناخبين المعرفة المطلوبة لتقييم هذه النتائج بشكل صحيح لأن نشر المعلومات يفيد عندما يكون لدى المحللين والأحزاب السياسية الوقت الكافي لتقييم صحتها".

وبعد أن بيّنت المحكمة قصور الحلّ الأوّل الذي دفع به الطاعنون، انصرفت إلى تقييم الحلّ البديل الثاني للثبوت من أنه أقلّ تقييدًا للحقّ والحرية المعنية (حرية التعبير والحقّ في المعلومة والحقّ في الانتخاب في صورة الحال) وأنه قادر في نفس الوقت على تحقيق الهدف التشريعي المتمثل في ضمان سلامة ونزاهة المسار الانتخابي وحماية إرادة الناخبين من الآثار السلبية المحتملة لنشر سبر الآراء في اليومين السابقين ليوم الاقتراع مثلما بيّناه أعلاه.



وتمثل الحلّ الثاني الذي اقترحه الطاعنون في تسليط عقوبات جزائية على من يتولى نشر نتائج سبر آراء مضللة أو خاطئة. وقد اعتبرت المحكمة أنّ هذا المقترح أيضا له هنأت كثيرة: أولا لأنه لا يحول دون تضليل الناخبين، وحتى في صورة إثبات التبعات الجزائية المثارة عدم صدقية وزيف نتائج سبر الآراء، فإنّ ذلك يكون بعد فوات الأوان ويكون الضرر قد حصل. ثانيا، حتى في صورة إقرار عقوبات صارمة وراذعة، فإنها في الحقيقة لن تشمل إلا أعمال التضليل والتزييف القصدية. لذلك فإنّ سبر الآراء المتضمن لنتائج خاطئة والتي لم تتم مناقشة نتائجها والثبوت فيها بسبب غياب وقت كاف لذلك ستؤدّي إلى تضليل الناخبين، كما أنّ نشرها سيقى دون عقاب¹²⁸.

وترتبا على ذلك، وبعد تفحصّ الحلول البديلة المقترحة من الطاعنين، انتهت المحكمة إلى أنّ الحلول البديلة المبيّنة أعلاه غير قادرة على تحقيق الهدف التشريعي بنفس النجاعة التي تحققها وسيلة منع نشر وإعلان نتائج استطلاعات الرأي حول نوايا التصويت خلال الثلاثة الأيام الأخيرة من الحملات الانتخابية المضمنة بالقانون الانتخابي¹²⁹.

La deuxième solution proposée est de pénaliser la publication de faux résultats de sondages. Cette proposition¹²⁸ présente elle aussi de sérieuses lacunes. Premièrement, l'interdiction n'empêcherait vraisemblablement pas les électeurs d'être induits en erreur. Même si des poursuites étaient intentées avec succès, le tort aurait déjà été causé. Deuxièmement, même dans l'hypothèse qu'une telle interdiction, assortie de peines sévères, aurait un effet dissuasif, elle ne viserait que les cas de tromperie intentionnelle. En conséquence, des sondages erronés, dont les résultats n'auraient pas été examinés faute de temps, continueraient d'induire en erreur les électeurs, et leur publication resterait impunie." aff Thomson Newspapers Co. c. Canada, op.cit.

En résumé, il n'existe tout simplement pas de solution de rechange aussi efficace que le court embargo en" 129 vigueur actuellement pour réaliser l'objectif visé par la loi." affaire Thomson Newspapers Co. C. Canada, op.cit.



يبين هذا المثال التمثي المنطقي الذي يتبعه القاضي الدستوري الكندي للثبوت من أن المشرع لم يجد حلاً أقل مساً من الحقوق والحريات سوى ذلك الذي تبناه، وهو تمثّل يتقاسمه مع العديد من القضاة مثل القاضي الألماني، حيث "تحدد الضرورة في القانون الدستوري الألماني وبالمعنى التقني للكلمة بغياب كل بديل له نفس النجاعة لكنه أقل خطأ من الحقوق"¹³⁰.

القسم الرابع في قياس التناسب في مفهومه الضيق

يعتبر العديد من الفقهاء بأن قياس التناسب في مفهومه الضيق هو في نهاية الأمر موازنة بين الإيجابيات التي سيحققها الحدّ من الحقوق والحريات وبين سلبياتها، إلا أن هذه المرحلة بالذات ليست مجرد عملية حسابية بل هي تمثي فكري منهجي للوصول إلى حل معقول¹³¹.

الفرع الأول - قياس التناسب في معناه الضيق في فقه القضاء الدستوري

تعتبر هذه المرحلة هي الأخيرة في قياس اختبار التناسب، وهي طبقاً لفقه قضاء المحكمة الدستورية الكندية العليا تمكّن من تقدير أكبر وأشمل لاختبار التناسب لأنها تبين بصورة أوضح هل أن الآثار الإيجابية للإجراء التشريعي المتقد تبرر المساوئ الناجمة عن انتهاك الحق¹³².

تعتبر هذه المرحلة مهمة جداً في قياس اختبار التناسب وهي مختلفة جوهرياً عن المرحلتين السابقتين. فلئن كانت المرحلة الأولى والثانية من قياس اختبار التناسب تنصبان على العلاقة والرابطة بين الأهداف التي يرمي إليها المشرع والوسائل المستعملة لتحقيق تلك الأهداف، فإنّ الرقابة في المرحلة الثالثة من اختبار التناسب تمارس من خلال الثبوت من الموازنة بين إيجابيات القانون المنتهك للحق المحمي والآثار السلبية المسلطة على الحق المنتهك وذلك على نحو يوجب إيجاد رابطة تناسب بين المنافع المرجوة من الإجراء والآثار السلبية والوخيمة المسلطة على الحق أو الحرية المضمونة بالدستور¹³³.

Robert Uerpmann-Witzack « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour constitutionnelle fédérale, Le 130 principe de proportionnalité, conférence débat du CDPC. 8 février 2018. Centre Panthéon, Salle des conseils ' : Revue générale du droit en ligne, 2018, numéro 29689 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=29689)

Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994, pp. 143 ss cité par Robert 131 Uerpmann-Witzack op.cit.

La dernière étape de la méthode d'analyse établie dans Oakes permet une appréciation plus large de la question "132 de savoir si les effets bénéfiques de la mesure législative contestée en justifient le coût que représente la restriction au droit." Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony, op.cit.

La troisième étape de l'analyse de la proportionnalité joue un rôle fondamentalement distinct. [...] Les "133 première et deuxième étapes de l'analyse de la proportionnalité ne portent pas sur le rapport entre les mesures et le droit en question garanti par la Charte, mais plutôt sur le rapport entre les objectifs de la loi et les moyens employés. Même si l'étape de l'atteinte minimale du critère de la proportionnalité tient nécessairement compte de la

بمناسبة رقابة القاضي على هذا الشرط يتولى التثبت في الآثار الإيجابية للإجراء التشريعي ثم في مرحلة ثانية يتولى بيان الآثار السلبية للإجراء على الحق المنتهك ليصل في الأخير إلى استخلاص النتيجة.

بمناسبة قضية Thomson Newspapers Co. c. Canada سالفة الذكر، تولى القاضي الدستوري إقامة موازنة بين مزايا الهدف التشريعي المتمثل في ضمان سلامة ونزاهة المسار الانتخابي وحماية إرادة الناخبين من الآثار السلبية المحتملة لنشر سبر الآراء في اليومين السابقين ليوم الاقتراع وآثاره السلبية على الحق المنتهك المتمثل في حرية التعبير والحق في الانتخاب.

بالنسبة إلى المزايا التي يمكن أن يحققها مثل ذلك الهدف التشريعي، فهي تكمن أساساً في إمكانية الحد من الآثار السلبية لنشر نتائج سبر الآراء الخاطئة على إرادة الناخبين ومنعها من تزيف إرادتهم.

أما بالنسبة إلى الآثار السلبية لذلك الإجراء التشريعي، فهي من ناحية أولى تنتهك حق الناخبين في الوصول إلى المعلومة، ومن ناحية أخرى تنتهك حق الإعلاميين وسابري الآراء من توفير المعلومة. وهو يعدّ انتهاكاً لتداول نشر المعلومة المرتبط بالوظيفة الديمقراطية الأهم المتمثلة في حق الناخب في اختيار حاكميه على نحو ما يبينه المؤطر أدناه المقتطف من فقه قضاء المحكمة الكندية العليا الميين أعلاه.

في هذه الحالة، يكون التأثير على حرية التعبير عميقاً. إنه حظر كامل للمعطيات السياسية في وقت حرج من العملية الانتخابية. ينتهك هذا الحظر، من ناحية، حقوق الناخبين الذين يرغبون في الوصول إلى المعلومات حول مسائل الاقتراع في الوقت المناسب، ومن ناحية أخرى، حقوق وسائل الإعلام ومنظمي استطلاعات الرأي الذين يرغبون في تقديم هذه المعلومات. هذا انتهاك لنقل المعلومات المتعلقة بأهم وظيفة ديمقراطية يؤديها معظم الكنديين في حياتهم: اختيار من سيحكمهم. علاوة على ذلك، فإن الرسالة التي ينقلها مثل هذا الحظر على نشر الدراسة الاستقصائية هي أن الحكومة يمكنها تكميم وسائل الإعلام، ليس مستشهريين، ولكن كناقلي معلومات. بدلاً من النظر إلى مشكلة الاستطلاعات غير الدقيقة على أنها مشكلة عدم كفاية المعلومات أو الحاجة إلى حوافز إضافية لمنع نشر استطلاعات الرأي غير الدقيقة، تعمل الحكومة على الحد من نطاق التقييبات التي يُسمح للناخبين إجراؤها في الوفاء بواجبهم الديمقراطي المقدس كمواطنين. يبرر مثل هذه الخطوة بالقول إنّ عدداً غير معروف من الناخبين قد يكون غير قادر على اكتشاف أن نتائج استطلاع غير دقيقة ويمكنهم، إلى حد كبير، الاعتماد على الخطأ، وبالتالي تشويه اختيارهم الانتخابي¹³⁴.

mesure dans laquelle il est porté atteinte à une valeur prévue par la Charte, la norme qui doit être appliquée en bout de ligne consiste à se demander s'il est porté atteinte le moins possible au droit garanti par la Charte compte tenu de la validité de l'objectif législatif. La troisième étape de l'analyse de la proportionnalité donne l'occasion d'apprécier, à la lumière des détails d'ordre pratique et contextuel qui ont été dégagés aux première et deuxième étapes, si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la Charte "Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général), [1998] 1 R.C.S. 877, op.cit.

Thomson Newspapers Co. c. Canada, op.cit

134

وانتهت المحكمة بعد ذلك إلى نتيجة مفادها أنّ إيجابيات الإجراء أقل بكثير من مساوئها على ممارسة الأفراد لحقهم في الانتخاب وأيضا على ممارسة حق التعبير طبق ما هو مبين بالمؤطر أدناه:

إنّ الضرر الذي تمّ افتراضه نادراً ما يحدث، وبالتالي فإنّ فوائد الحظر ضئيلة، والآثار الضارة كبيرة... والآثار الضارة الكبيرة والملموسة للحظر تفوق فوائده المشكوك فيها، وبالتالي فهي غير مبررة في إطار الجانب الثالث من اختبار التناسب. إن التدخل الخطير للغاية في حرية التعبير لجميع الكنديين لا يمكن استبعاده من خلال الحد الأدنى من المزايا الافتراضية التي تقدمها الحكومة. لكن هذا لا يعني أيضاً أنه من المستحيل على المشرع أن يشرع ضد المخاطر التي تسببها استطلاعات الرأي السيئة¹³⁵.

في ألمانيا، تلجأ المحكمة الفدرالية الألمانية للموازنة بين الحقوق المتزاحمة. ففي قرار لها سنة 2008، اعتبرت أن معاقبة الصحافة الألمانية التي تحدثت عن خفايا الحياة الخاصة للأميرة هانوفر فيه مبالغة في احترام الحياة الخاصة للأفراد مقارنة بأهمية النقاش في الشأن العام¹³⁶. ولإقرار ذلك، قامت المحكمة بالتفريق بين ثلاثة صور للأميرة كارولين لتعتبر أنه توجد واحدة من تلك الصور يمكن نشرها حتى إن كانت تبرز الأميرة في عطلتها وذلك لارتباط الصورة بمقال حول صحة والدها وهو موضوع نقاش حول مصلحة عامة يجب ضمانه¹³⁷.

كما طرحت نفس القضية أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي اعتبرت أنه يجب تحقيق موازنة بين مصالح مختلفة منها المساهمة في نقاش يهتم المصلحة العامة، أهمية الشخصية العامة وطبيعة تصرفاتها {هل تتعلق بشأن عام حتى لو كانت خاصة مثلاً}، شكل تناول الصحفي للحياة الخاصة ونتائجه، الظروف الخاصة بأخذ الصور... كل هذه العناصر سمحت للمحكمة بالقيام بالثبوت من التناسب بين الحد من حرية الصحافة والإعلام وهدف حماية الحياة الخاصة¹³⁸.

رفضت المحكمة أيضاً سنة 2017 الحدّ من حرية التعبير على أساس حماية الحياة الخاصة لشخصية مشهورة إثر تغطية صحفية كبرى لمحاكمته في قضية اغتصاب¹³⁹.

Thomson Newspapers Co. c. Canada, op.cit

135

136 قرار المحكمة الدستورية الفدرالية، 26 فيفري/ شباط 2008.

137 Une chambre de la Cour constitutionnelle avait à trancher l'un des multiples litiges qui opposent la princesse Caroline von Hannover à la presse populaire allemande. L'article incriminé faisait état d'une région de ski autrichienne tout en signalant quelques détails sur les visites de la princesse von Hannover dans cette région. La Cour constitutionnelle cassa les décisions des juridictions judiciaires parce qu'elle estimait que le juge de fond avait surévalué le poids du droit à la protection de la vie privée ». Cf. Robert Uerpmann-Witzack « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour constitutionnelle fédérale, op.cit. p.11.

CEDH, affaire Von Hannover c. ALLEMAGNE (No 2), 7 février 2012.

138

Bundesverfassungsgericht (chambre), décision du 9 février 2017 – 1 BvR 967/15, § 19 ; un autre exemple récent se trouve dans la décision d'une chambre de la Cour constitutionnelle du 24 janvier 2018 – 1 BvR 2465/13, §§ 22-26. Cités par Robert Uerpmann-Witzack, op.cit. p. 12.

139

أما المجلس الدستوري الفرنسي، فقد ذكر في قرار حول الإجراءات الخاصة للمهاجرين سنة 2003 أن القانون الذي وضع حدوداً على حماية المعطيات الشخصية والحياة الخاصة للمهاجرين لا يقوم بتوفيق غير متوازن بين حماية الحياة الخاصة وحماية النظام العام¹⁴⁰.

وفي قراره المؤرخ في 4 أفريل/ نيسان 2019 والمتعلق بمشروع قانون تدعيم حفظ النظام العام أثناء المظاهرات والذي جاء بعدة تضييقات للحريات، منها تفتيش المواطنين في الأماكن المجاورة لمكان التظاهر أو منع من يعتقد أنهم عناصر عنيفة، لئن أقر المجلس بإمكانية التفتيش، إلا أنه اعتبر المنع المتعلق ببعض المظاهرات غير متناسب مع الهدف المراد حمايته وذُكرَ عموماً بالمبدأ المعمول به للحدّ من الحقوق والحريات.

"تزداد قيمة حرية التعبير والاتصال، التي ينبثق منها الحق في التعبير الجماعي عن الأفكار والآراء، لأن ممارستها هي شرط من شروط الديمقراطية وإحدى ضمانات احترام الحقوق والحريات الأخرى. ويرتب على ذلك أن أي تدخل في ممارسة تلك الحرية وهذا الحق يجب أن يكون ضرورياً ومتناسباً مع الهدف المنشود"¹⁴¹.

في نهاية الأمر، لا بد من التذكير بأن المرحلة الأخيرة من اختبار التناسب تعطي الكلمة الأخيرة للقاضي الدستوري باعتباره القائم فعلاً بالبحث عن التناسب بين الهدف المراد حمايته والحد المسلط على الحقوق والحريات. ولقد أدت هذه السلطة التقديرية إلى تخوف بعض القضاة من هكذا سلطة.

نذكر على سبيل المثال ما ذكره القاضي بالمحكمة العليا الأمريكية "سكاليا" عندما أقرّ: "اعتبار الموازنة بين المصالح هو كما اعتبار أن هذا الخط هو أطول من تلك الحجرة الثقيلة"، وذلك للتدليل على فكرة غياب المعايير الموحدة للقيام بهذا الاختبار وبالتالي وجود الحد الأدنى من قناعات القاضي التي قد تكون حاسمة¹⁴².

قد يكون هذا صحيحاً، لكن الطابع الجماعي للمحاكم الدستورية، إلى جانب إلزامية تعليل الأحكام تفرض عادة على القضاة البحث عن أكثر ما يمكن من وسائل وبراهين دستورية.

Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers 140 en France et à la nationalité, §23. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003484DC.htm>

Décision n° 2019-780 DC du 4 avril 2019. C'est nous qui traduisons.

141

Voir Sébastien Van Drooghenbroeck and Xavier Delgrange Le principe de proportionnalité : retour sur 142 quelques espoirs déçus. Revue du droit des religions, n°7, 2019 : « Scalia, juge à la Cour suprême américaine, résumait excellentement la situation : procéder à une balance des intérêts, c'est comme juger que « telle ligne est plus longue que telle pierre est lourde ». L'incommensurabilité des intérêts en présence n'évite donc pas à la balance des intérêts d'être le lieu d'une irréductible projection des hiérarchies de valeurs personnelles du juge. « pour qu'une mesure puisse être considérée comme proportionnée et nécessaire dans une société démocratique, l'existence d'une mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d'arriver au même but doit être exclue ».

الفرع الثاني - قياس التناسب في معناه الضيق من قبل القاضي الدولي

يُطبق التمشي المتعلق بالموازنة بين مزايا الحدود ومساوئها من قبل أغلب المحاكم الدولية من ذلك ما قدّمه لسان الدفاع أمام المحكمة العدلية للاتحاد الأوروبي في قضية تتعلق بحماية المعطيات الشخصية:

"على عكس المتطلبات المتعلقة بملاءمة التدبير، ضرورته وفعاليته فيما يتعلق بالهدف المنشود، فإن شرط التناسب بالمعنى الضيق يتمثل في الموازنة، من ناحية، بين المزايا الناتجة عن هذا الإجراء بالنظر للهدف المنشود مع المساوئ الناتجة عنه فيما يتعلق بالحقوق الأساسية المكرسة في المجتمع الديمقراطي [...] وهكذا يفتح هذا المطلب نقاشاً حول القيم التي ينبغي أن تسود في مجتمع ديمقراطي، وفي النهاية، حول نوع المجتمع الذي نريد أن نعيش فيه"¹⁴³.

في قضية سجن النائب التركي سالفة الذكر، أقرت المحكمة الأوروبية مرة أخرى ضرورة الموازنة بين مزايا الحد من الحرية ومساوئها والهدف المشروع ومحاسنه. واعتبرت أنه "يجب على المحاكم الوطنية أن تثبت، في إطار ممارسة سلطتها التقديرية، أنها قامت بموازنة بين المصالح المعنية عندما قررت إيداع النائب بالسجن وعلى وجه الخصوص بين مصالح الشخص المعني المحمي بموجب المادة 3 من البروتوكول رقم 1، ومن ناحية أخرى، المصلحة العامة في حرمان ذلك الشخص من الحرية عندما يكون ذلك ضرورياً في سياق الإجراءات الجنائية. إن أحد العناصر المهمة في عملية التوازن هذه هو الأساس السياسي للتهمة"¹⁴⁴.

لقد طرحت مسألة التناسب في معناه الضيق في العديد من المناسبات أمام القاضي الدولي الذي لم يتوان عن مراقبة الدول رغم إقرارها لها بنوع من السلطة التقديرية.

لذلك نجد مثلاً أن المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان اعتبرت أن السجن مدى الحياة كعقوبة مسلطة على قُصّر هي عقوبة غير متناسبة بصورة جذرية وهي نفسها عقوبة فظيعة في حد ذاتها¹⁴⁵. كما ذكرت نفس المحكمة بأن عنصر التناسب في استعمال الأسلحة تجاه المتظاهرين يتطلب التثبت من عدة عناصر منها خطورة الوضع، شدة وخطورة التهديد، الطريقة التي يتعامل بها الفرد، الظروف المحيطة، الوسائل المتاحة لموظف الدولة... وأقرت أنه في كل الحالات، يجب على الأخير

Concl. de l'avocat général Saugmandsgaardøe du 19 juillet 2016 dans l'affaire CJUE, C-203/15 et 143 C-698/15, Tele2 Sverige AB, §. 174.

AFFAIRE SELAHATTİN DEMİRTAŞ c. TURQUIE (No 2), 22 décembre 2020, §389. C'est nous qui 144 traduisons.

La Cour constate qu'en l'espèce les peines de prison et de réclusion à perpétuité infligées à des mineurs sont « 145 « radicalement disproportionnées » et sont qualifiées « d'atroces en elles-mêmes ». Voir Marie Rota, Chronique de jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme 2013-2014. Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux 14 | 2016. <https://journals.openedition.org/crdff/604>

محاولة المسّ أقلّ قدر ممكن من سلامة الشخص المعني¹⁴⁶.

وإجمالاً، تعتبر المحكمة الأمريكية في فقه قضاء مستقر أن الحدود تتلاءم مع الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان كلما كانت التضحية معقولة وغير مبالغ فيها مقارنة مع مزايا الأهداف التي تبررها¹⁴⁷.

146 نفس المرجع في قضية ضد فنزويلا *Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela Hermanos*

Marie Rota, "Chronique de jurisprudence de la Cour interaméricaine des Droits de l'homme", Cahiers de la 147 recherche sur les droits fondamentaux [Online], 8 | 2010, Online since 08 October 2020, connection on 22 February 2021. URL: <http://journals.openedition.org/crdf/6197>; DOI: <https://doi.org/10.4000/crdf.6197>



الجزء الخامس

كيف يضمن القاضي الدستوري
مبدأ عدم التراجع في مجال الحقوق والحريات؟

ينص الفصل 144 من الدستور 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 حسبها هو مقرر بهذا الدستور.

كما ينص الفصل 49 في فقرته الثانية على أنه "لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور".

أما الفصل الأول من القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر/ كانون الأول 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية، فإنه يعطيها اختصاصا مبدئيا واسعا باعتبارها "هيئة قضائية مستقلة ضامنة لعلوية الدستور وحامية للنظام الجمهوري الديمقراطي وللحقوق والحريات في نطاق اختصاصاتها وصلحياتها المقررة بالدستور والمبينة بهذا القانون".

فيما يتعلق بتنقيح الدستور، تختص المحكمة الدستورية لا فقط بمراقبة مدى تعلق المبادرة بالأحكام التي حُجّر الدستور تعديلها، ولكن أيضا بمراقبة دستورية إجراءات التعديل.

القسم الأول

تكريس مبدأ عدم التراجع عن الحقوق والحريات من خلال مراقبة القاضي الدستوري لها هو قابل للتعديل

انطلاقا من جملة النصوص المذكورة أعلاه، يبدو لنا جليا أن للقاضي الدستوري دور حاسم في توجيه السلطة التأسيسية الفرعية لما هو قابل للتعديل حتى ولو كان ذلك عن طريق الرأي وبدون صبغة تقريرية.

قد تلجأ السلطة التأسيسية الفرعية لتعديل الدستور أو حتى لتعديل بعض الفصول المتعلقة بالحقوق والحريات، وهذا ممكن إذا كان التعديل يهدف لتدعيمها، كما نصت على ذلك بعض الفصول.

لكن قد يكون للسلطة التأسيسية الفرعية توجهها لتعديل الدستور بشكل يقلص من مجال الحقوق والحريات أو من طبيعتها، سواء كان ذلك بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

في الحالة الأولى، يبدو من السهل على القاضي الدستوري الإقرار بعدم إمكانية التعديل إذا كان مشروع النص يمس بصورة مباشرة ببعض الحقوق، كأن ينص على التخلي عن حق اللجوء السياسي أو أن يتم سحب الجنسية عن بعض التونسيين أو غير ذلك من المقتضيات الواضحة.

أما الحالة الثانية، فهي التي يكون فيها التراجع مقنعا، أي أن يتخذ شكل تنقيح غير ذي علاقة بالحقوق والحريات، لكنه يؤدي إلى الحد منها بصورة غير مباشرة.

ومن الممكن أن تنال بعض التعديلات من حقوق الإنسان دون المساس من الفصول المتعلقة مباشرة بها، كأن تتولى السلطة التأسيسية الفرعية التخلي عن بعض الهيئات الدستورية المستقلة أو أن تقلص في اختصاصاتها أو تراجع عن استقلاليتها، أو أن يهدف التعديل إلى المسّ من شرط الانتخاب العام والحر والمباشر والسري والنزيه أو الشفاف.

يمكن أن يهدف التعديل إلى تمكين المشرع من اتخاذ قوانين عادية في مجال حقوق الإنسان أو إلى جعل حقوق الانسان موضوع استفتاء، فكل هذه الحالات تقتضي يقظة تامة من القاضي الدستوري حتى لا يتمّ التراجع عن الحقوق والحريات بصورة مقنّعة وهي الأخطر نظرا لعدم بداعتها أحيانا.

ماذا لو طال التعديل الفصل 49 نفسه، وهو الفصل الذي لم يحظ بحماية كتلك التي نجدتها في الفصلين الأول والثاني والذين نصت فيهما السلطة التأسيسية صراحة على عدم إمكانية تنقيح الفصلين؟

تجبر هذه الفرضية القاضي الدستوري على قراءة الفصل 49 لا بصورة حرفية لكن بحسب الهدف من وضعه. هذا يؤول طبعاً إلى القول بأن هدف الفصل 49 هو بالتحديد ألا يقع ضبط الحقوق والحريات إلا بشروط حددها الفصل 49 نفسه. فلو انتفت تلك الشروط لانتفت أغلب الضمانات الدستورية للحقوق والحريات.

ولعل حماية المبادئ الدستورية الأساسية حتى تجاه السلطة التأسيسية الفرعية قد أصبحت تقريباً من ثوابت المحكمة الفيدرالية الألمانية التي اعتمدت على فكرة حماية النظام الدستوري الديمقراطي الليبرالي أو المبادئ فوق الوضعية¹⁴⁸ überpositive Rechtsgrundsätze.

وبقطع النظر عن النقاش الفقهي الذي يُطرح في علاقة بالقانون الوضعي وبإمكانية الرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي من عدمها، فإن القاضي الدستوري، باعتباره حامياً للدستور وللحقوق والحريات التي وردت به، يمكنه أن يبرز أن مبدأ عدم التراجع يقتضي حماية الفصل 49 نفسه من كل تعديل يحطّ من الحقوق والحريات.

كما يمكن أن تعترض القاضي الدستوري إمكانية تنقيح الفصول المتعلقة بالمحكمة الدستورية نفسها وذلك إما من خلال إعادة النظر في تركيبها أو من خلال الرجوع في بعض اختصاصاتها.

قد يبدو هذا الأمر غير ذي علاقة بالحقوق والحريات، إلا أن ضمان هذه الحقوق الدستورية يقف على مدى استقلالية القاضي الدستوري وعلى مدى الاختصاصات التي تُسند له من خلال الدستور ومن خلال القانون المنظم للمحكمة.

ولعل تجربة المجلس الدستوري السابق قد بيّنت مدى أهمية الضمانات الدستورية للحقوق والحريات ومن أهمها الرقابة الدستورية من خلال محكمة مستقلة ومكونة فقط على أساس كفاءة أعضائها.

إلى جانب ذلك، يمكن للقاضي الدستوري أن يحدّد مبدأ عدم التراجع عن الحقوق والحريات من خلال الفصلين الأول والثاني من الدستور اللذين نصّا صراحة على عدم إمكانية تعديلها.

ينص الفصل الأول من الدستور على ما يلي:

"تونس دولة حرّة، مستقلة، ذات سيادة، الإسلام دينها، والعربية لغتها، والجمهورية نظامها. لا يجوز تعديل هذا الفصل."

إلى جانب كل الضمانات التي يمكن أن يقدمها القاضي الدستوري من خلال تأويله لعلاقة الإسلام أو اللغة العربية بالدولة، فإنّ ما يهمننا في إطار مبدأ عدم التراجع، هو أهمية السلطة التي يتمتع بها القاضي الدستوري من خلال ضمانه للنظام الجمهوري. تسمح قراءة الفصل الأول برفض المحكمة الدستورية كل تنقيح يمسّ من النظام الجمهوري لا فقط انطلاقاً من تحصيل الفصل الأول، ولكن كذلك من خلال مبدأ عدم التراجع لارتباط النظام الجمهوري بشكل الحكم وكذلك بالضمانات التي تقدمها الجمهورية في مجال الحقوق والحريات¹⁴⁹. ولقد اعتبرت الأستاذة سلسبيل القليبي أنّ حقوق الإنسان تشكل جزءاً من المبادئ الجمهورية باعتبار أنّ الجمهورية تقتض تشريك المواطنين في الفضاء العام وهو ما يؤسس لكل الحقوق المدنية والسياسية، بل كذلك لحقوق الفرد. فلا وجود لجمهورية دون مواطنين ولا وجود لمواطن دون الفرد¹⁵⁰.

لقد سبق للمجلس الدستوري الفرنسي أن أعطى مفهوماً ليس فقط تقنياً للنظام الجمهوري بل كذلك قيمة من خلال رجوعه للمبادئ العامة المعترف بها بمقتضى قوانين الجمهورية¹⁵¹.

ورغم خصوصية المرجعية الفرنسية في هذا المجال، فإنّ القاضي الدستوري في تونس يمكنه بناء مفهوم للجمهورية يقوم على كلّ ما توصل إليه الفكر السياسي في هذا المجال، وهو مفهوم يقتضي بالضرورة ضمان الحقوق والحريات حتى إن وجدت هذه الضمانات أيضاً اليوم في الأنظمة الملكية الديمقراطية. أما الفصل الثاني من دستور 2014، فإنه ينص على أن تونس دولة مدنية، تقوم على المواطنة، وإرادة الشعب، وعلوية القانون. لذلك يمكن للقاضي الدستوري أن يقر بعدم دستورية أي تنقيح يهدف للحد من الحقوق والحريات المتساوية بين المواطنين أو بعدم دستورية التنقيحات التي تحط من الحقوق والحريات على أسس دينية تتنافى مع طبيعة الدولة المدنية.

كل هذه العناصر الموجودة في الدستور تجعل من دور القاضي الدستوري في ضمان مبدأ عدم التراجع عن الحقوق والحريات لا يقف فقط على الفصول التي تنص صراحة على هذه الحقوق، لكن أيضاً على مجموعة كبرى

149 أنظر سلسبيل القليبي، مبادئ الجمهورية، مؤلف جماعي صادر عن الجمعية التونسية للقانون الدستوري، مركز النشر الجامعي 1997، ص 54.

150 أنظر سلسبيل القليبي، نفس المرجع أعلاه، ص 54 و 55.

151 أنظر مقال سليم اللغاني، مفهوم الجمهورية في الفكر الغربي، مؤلف جماعي صادر عن الجمعية التونسية للقانون الدستوري، مركز النشر الجامعي 1997، ص 35 وما بعدها.

من المقتضيات الدستورية. ولعل هذه النقطة بالذات من الفصل 49 ستسمح للقاضي الدستوري في تونس أن يشكل ملامح الجمهورية المدنية والديمقراطية التي طمحت إليها السلطة التأسيسية الأصلية.

هذه العناصر قد تعني أيضاً أنه إذا كان مبدأ عدم التراجع ملزماً للسلطة التأسيسية الفرعية، فإنه من باب أولى وأحرى أن يكون كذلك بالنسبة للسلطة التشريعية، وهو ما يمكن أن يُطرح مستقبلاً أمام المشرع الذي قد يذهب أكثر في تحديد الحقوق والحريات. في هذه الحالة، وجب التذكير بأنه في كل الحالات تبقى السلطة التشريعية مقيدة بالضمانات الدستورية.

القسم الثاني - تكريس مبدأ عدم التراجع عن الحقوق والحريات من خلال مراقبة القاضي الدستوري لاحترام إجراءات تعديل الدستور

يبدو لنا دور القاضي الدستوري هنا أقل أهمية من دوره المسلط على مراقبة ما يمكن تعديله. لكن هذا لا يعني أن القاضي الدستوري لا يمكن له إلا أن يتثبت من توفر الشروط الإجرائية للتعديل. ينص الدستور في الفصل 143 على أنه:

لرئيس الجمهورية أو لثلث أعضاء مجلس نواب الشعب حقّ المبادرة باقتراح تعديل الدستور، ولمبادرة رئيس الجمهورية أولوية النظر.

يبدو لنا أنّ القاضي الدستوري لن يجد صعوبة في التثبت من هذا الإجراء وذلك بقطع النظر عن الشرط المتعلق بما يمكن تعديله.

أما الفصل 144، فيذكر بأن مجلس نواب الشعب ينظر في مبادرة التعديل للموافقة بالأغلبية المطلقة على مبدأ التعديل قبل أن يتم تعديل الدستور بموافقة ثلثي أعضاء مجلس نواب الشعب.

أما الفقرة الأخيرة من الفصل 144، فهي تمكن رئيس الجمهورية بعد موافقة ثلثي أعضاء المجلس من أن يعرض التعديل على الاستفتاء، ويتم قبوله في هذه الحالة بأغلبية المقترعين.

كل هذه الإجراءات لا تهم تحديداً التنقيحات المتعلقة بالحقوق والحريات لكن بكل مقتضيات الدستور.

ولعل الإشكال الذي يمكن أن يطرح أمام القاضي الدستوري من الناحية الإجرائية، يتمثل في أن الفقرة الأولى من الفصل 144 تتعلق برأي المحكمة الدستورية وليس بقرارها، وهو ما من شأنه أن يطرح عدة إشكاليات عملية إذا اعتبرت الجهة المبادرة بالتعديل أنها غير ملزمة باحترام ما ورد في رأي المحكمة الدستورية.



لذلك لا بد من أن يكون القاضي الدستوري واعيا بالدور المسند له بمقتضى الدستور وألا يترك مجالاً للسلطة التأسيسية الفرعية في خرق الدستور من خلال إدراج تنقيحات تؤدي في نهاية الأمر إلى التراجع عن الحقوق والحريات الدستورية.

ولعلّ كلّ العناصر السابقة وكلّ التجارب المقارنة التي ذكرت في هذا الدليل تُمكن القاضي الدستوري من تدعيم قراءته المنتصرة للحرية وذلك قدوة بمجمل الأمم المتقدمة في هذا المجال.

الملاحق

الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة

سليم اللّغمانى

أستاذ بكلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس

السؤال الأول: لماذا يجب الحد من الحريات؟

أولاً- لأن الحرية المطلقة تنقلب إلى ضدّها: يمكن أن تستغلّ حرية التعبير للثلب أو للشتم كما يمكن أن تتحوّل ممارسة حرية التظاهر إلى عنف.

ثانياً- لأن الحريات في حدّ ذاتها حدود لحريات أخرى، مثال: حرية التعبير والحق في الحياة الخاصة أو حق النفاذ للمعلومة من ناحية، والحق في حماية المعطيات الخاصة من ناحية أخرى.

لكن هناك حقوق لا يمكن المساس بها:

- الحق في حرمة الجسد ومنع التعذيب المعنوي والمادي.

- الحق في محاكمة عادلة، قرينة البراءة، شخصية العقوبة، شرعية الجرائم والعقوبات.

هذه الحقوق هي تلك التي يصفها القانون الدولي بأنها الحقوق الأساسية والتي يتوجّب احترامها في كل الحالات ومهما كانت الظروف ولم يتعرّض لها الدستور التونسي (سوف يتمّ الرجوع إلى هذه المسألة في آخر الوثيقة).

هذا الشرط هو الأول الذي أدرج في «مشروع الدستور الجمهورية التونسية» بتاريخ 1 جوان/ حزيران 2013 قبل إدراج شرط التناسب في الصيغة النهائية للدستور وإدراج شرط التناسب جعله غير ذي جدوى إذ أن كل حدّ ينال من جوهر الحق أو الحرية هو، بطبعه، غير متناسب.

السؤال الثاني: ما هي طرق ضبط حدود الحقوق والحريات؟

اعتمدت الدساتير ثلاثة طرق لضبط حدود الحقوق والحريات:

أولاً- وضع الحدود ضمن الفصل المتعلق بالحق أو الحرية

تتمثل هذه الطريقة في وضع شروط الحدود بالنسبة لكل حق أو حرية على حدة. وفيما يلي بعض الأمثلة على ذلك:

الدستور التونسي لغرة جوان/حزيران 1959

الفصل 5:

- تضمن الجمهورية التونسية الحريات الاساسية وحقوق الانسان 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 والفتات والأجيال.
- الجمهورية التونسية تضمن حرمة الفرد وحرية المعتقد وتحمي حرية القيام بالشعائر الدينية ما لم تخل بالأمن العام.

الفصل 7

يتمتع المواطن بحقوقه كاملة بالطرق والشرط المبيّنة بالقانون، ولا يحدّ من هذه الحقوق إلا بقانون يُتخذ لاحترام حقوق الغير ولصالح الأمن العام والدفاع الوطني ولازدهار الاقتصاد وللنهوض الاجتماعي.

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 والى خارجها واختيار مقر إقامته في حدود القانون.

الفصل 13

كل فرد فقد حرّيته يعامل معاملة إنسانية في كنف احترام كرامته طبقا للشرط يضبطها القانون.

كما تمكن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية على أساس الفصل 46 المتعلق بالحالة الاستثنائية من تعليق الحقوق والحريات.

الفصل 46

لرئيس الجمهورية في حالة خطر داهم مهدد لكيان الجمهورية وأمن البلاد واستقلالها بحيث يتعذر السير العادي لدواليب الدولة اتخاذ ما تحتمه الظروف من تدابير استثنائية بعد استشاره الوزير الاول ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس المستشارين.

ويوجه في ذلك بيانا إلى الشعب.

وفي هذه الحالة لا يجوز لرئيس الجمهورية حلّ مجلس النواب كما لا يجوز تقديم لائحة لوم ضد الحكومة.

وتزول هذه التدابير بزوال أسبابها ويوجه رئيس الجمهورية بيانا في ذلك إلى مجلس النواب ومجلس المستشارين.

دستور الجزائر 8 ديسمبر/كانون الأول 1996 وقع تعديله في 6 مارس/آذار 2016

الفصل 40:

تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون وفي نطاق احترامه. ولا تفتيش إلا بأمر صادر عن السلطة القضائية المختصة.

الفصل 57:

الحق في الإضراب معترف به ويبارس 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 الحيوية للمجتمع.

دستور المملكة المغربية 29 جويلية/تموز 2011

الفصل 27:

للمواطنين 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 بالحرّيات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور، وحماية مصادر المعلومات والمجالات التي يحددها القانوني بدقة.

ثانيا- تخصيص فصل جامع لضبط شروط وضع الحدود على كلّ الحقوق والحرّيات

يتمّ وفق هذه الطريقة وضع فصل واحد، يتمّ من خلاله ضبط شروط الحدود لكلّ الحقوق والحرّيات، وتمكن هذه الطريقة من تفيدي الإطالة والتشعب في النصّ الدستوري. ومن أهم الأمثلة على ذلك نذكر التالية:

دستور سويسرا 18 أفريل/نيسان 1999

الفصل 36:

حدود الحقوق الأساسية

1. كلّ حدّ من حدّ أساسي يجب أن يستند إلى أساس تشريعي، والحدود الخطيرة يجب أن ينصّ عليها بقانون، إلا في حالة خطر حقيقي ومباشر ودهام.
2. كلّ حدّ من حدّ أساسي يجب أن يكون مبرّرا بمصلحة عامة أو بحماية حدّ أساسي للغير.

3. كل حد من حق أساسي يجب أن يكون متناسبا مع الهدف المراد تحقيقه.
4. لا يجوز المساس بجوهر الحقوق الأساسية.

دستور كينيا 6 ماي/أيار 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 الحق أو الحرية الأساسية.
- أهمية الهدف من الحد.
- طبيعة الحد ومداه.
- الحرص على ألا يضرّ تمتع فرد بحقوقه وحياته الأساسية بحقوق الغير وحياتهم الأساسية.
- العلاقة بين الحد والغاية منه. وتبين ما إذا كانت هناك وسائل أقل تضييقا لتحقيق نفس الهدف.

الميثاق الكندي للحقوق والحريات 17 أبريل/نيسان 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 حرّ وديمقراطي».

ثالثا- المزج بين الطريقتين

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

القانون الأساسي الألماني 23 ماي/أيار 1949

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

المادة 10:

سرية الرسائل والبريد والاتصالات الهاتفية

1. لا يجوز انتهاك سرية الرسائل والمراسلات البريدية والاتصالات.
2. لا يجوز فرض أيّ تقييدات لهذه السرية إلاّ 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 ينصّ 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 تمّ اللجوء وفقاً لهذا القانون الأساسي إلى الحد من أحد الحقوق الأساسية بقانون، أو بناء على قانون، فيجب أن يكون سريان هذا القانون عاماً، وألاّ يقتصر على حالة منفردة. وعلاوة على ذلك يجب أن يسمى هذا القانون الحق الأساسي المعني، والمادة الخاصة به في القانون الأساسي.
2. لا يجوز بأيّ حال المساس بجوهر مضمون الحق الأساسي ذاته.
3. تسري الحقوق الأساسية أيضاً بالنسبة للأشخاص الاعتبارية داخل الدولة، إذا كانت هذه الحقوق في جوهرها صالحة لأن 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.

دستور جنوب إفريقيا 10 ديسمبر/كانون الأوّل 1996

المادة 7

الحقوق

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

المادة 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 يقيّد أي قانون أي حق منصوص عليه في وثيقة الحقوق.

القانون الدولي العام

لم يخصص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية فصلاً جامعاً لضبط شروط وضع الحدود على الحقوق والحريات بل تعرّض إلى هذه الشروط في بعض الفصول:

المادة 12

1. لكل فرد يوجد على نحو قانوني داخل إقليم دولة ما حق حرية التنقل فيه وحرية اختيار مكان إقامته.
2. لكل فرد حرية مغادرة أي بلد، بما في ذلك بلده.
3. لا يجوز تقييد الحقوق المذكورة أعلاه بأية قيود غير تلك التي ينص عليها القانون، وتكون ضرورية لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرّياتهم، وتكون متماشية مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذا العهد.
4. لا يجوز حرمان أحد، تعسفاً، من حق الدخول إلى بلده.

المادة 18

1. لكل إنسان الحق 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 حدة.
2. لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأنه أن يخل بحرّيته في أن يدين بدين ما، أو بحرّيته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره.

3. لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحررياتهم الأساسية.
4. تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء، أو الأوصياء عند وجودهم، في تأمين تربية أولادهم دينيا وخلقيا وفقا لقناعاتهم الخاصة.

المادة 19

1. لكل إنسان الحق في اعتناق آراء دون مضايقة.
2. لكل إنسان الحق في حرية التعبير. ويشمل هذا الحق حرية في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى آخرين دونها اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها.
3. تستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة 2 من هذه المادة واجبات ومسؤوليات خاصة. وعلى ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية:
(أ) لاحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم،
(ب) لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة.

المادة 21

يكون الحق في التجمع السلمي معترفا به. ولا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسة هذا الحق إلا تلك التي تفرض طبقا للقانون وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحررياتهم.

المادة 22

1. لكل فرد حق في حرية تكوين الجمعيات مع آخرين، بما في ذلك حق إنشاء النقابات والانضمام إليها من أجل حماية مصالحه.
2. لا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسة هذا الحق إلا تلك التي ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحررياتهم. ولا تحول هذه المادة دون إخضاع أفراد القوات المسلحة ورجال الشرطة لقيود قانونية على ممارسة هذا الحق.
3. ليس في هذه المادة أي حكم يميز للدول الأطراف في اتفاقية منظمة العمل الدولية المعقودة عام 1948 بشأن الحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي اتخاذ تدابير تشريعية من شأنها، أو تطبيق القانون بطريقة من شأنها أن تخل بالضمانات المنصوص عليها في تلك الاتفاقية.

السؤال الثالث: ما هي الطريقة التي اعتمدها المؤسس التونسي لضبط حدود الحقوق والحريات؟

لقد تدرّج المجلس الوطني التأسيسي في وضع شروط الحدّ من الحريات:

1. اكتفى مشروع مسودة الدستور (14 أوت/ آب 2012) بضبط قيود لممارسة بعض الحقوق الخاصة على غرار دستور غرة جوان/ حزيران 1959.
2. اكتفت مسودة مشروع الدستور (14 ديسمبر/ كانون الأول 2012) بضبط قيود لممارسة بعض الحقوق الخاصة على غرار دستور غرة جوان/ حزيران 1959.
3. اكتفى مشروع الدستور (22 أفريل/ نيسان 2013) بضبط قيود لممارسة بعض الحقوق الخاصة على غرار دستور غرة جوان/ حزيران 1959.
4. أدرج مشروع دستور الجمهورية التونسية (غرة جوان/ حزيران 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 لمتعضيات 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) ضمن الفصل الجامع لدستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 وتمّ ذلك أثناء القراءة الأولى فصلا فصلا لمشروع الدستور¹.

الفصل 49:

يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمنة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا تقرّر هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمتعضيات 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 المضمنة في هذا الدستور.

1 ملاحظة: لقد اقترحتنا إدراج فصل جامع يعني بهذه المسألة هذا نصّه منذ صدور نص «مسودة مشروع الدستور»:

«لا تخضع ممارسة الحقوق المنصوص عليها بهذا الباب إلا للحدود المقررة في القانون، ما لم تمسّ 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».

أنظر: سليم اللغواني، سلوى الحمروني وسليبي القليبي، «الحقوق والحريات»، اليوم الدراسي عبد الفتاح عمر، قراءة في مسودة مشروع الدستور: تقييم واقتراحات، 15 جانفي/ كانون الثاني 2013، النشر بمساندة مؤسسة هانس سايدل في مارس/ آذار 2013 ص 31-58.

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

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

السؤال الرابع: هل ينطبق الفصل الجامع على كلّ الحقوق والحرّيات المنصوص عليها في الدستور؟

التأويل الأول: ينطبق الفصل 49 على كلّ الحقوق والحرّيات المنصوص عليها في دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 (وليس فقط في الباب المتعلق بالحقوق والحرّيات).

التأويل الثاني: يُستثنى من مجال تطبيق الفصل 49 الفصول التي ورد فيها قيد خاص وإحالة خاصة على القانون وفقاً لمبدأ القانون: "حكم النص الخاص يُستثنى من حكم النص العام" (Le spécial déroge au général).

لابد في رأيي من التمييز:

1. هنالك فصول أو فقرات أو أجزاء من فصول تتعلق بالحقوق والحريات لا ينطبق عليها الفصل 49 لأسباب مختلفة:

أ. لأنّ الحقوق والحريات المعنيّة حقوق وحريات أساسيّة لا يمكن الحدّ منها التّبة وهي التالية:

الفصل 6	حرية المعتقد والضمير.
الفصل 21	المواطنون والمواطنات متساوون في الحقوق والواجبات، وهم سواء أمام القانون من غير تمييز.
الفصل 23	تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد، وتمنع التعذيب المعنوي والمادي. ولا تسقط جريمة التعذيب بالتقادم.
الفصل 25	يُحجر سحب الجنسية التونسية. من أي مواطن أو تغريبه أو تسليمه أو منعه من العودة إلى الوطن.
الفصل 27	المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تُكفل له فيها جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع والمحاكمة.
الفصل 28	العقوبة شخصية، ولا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق الوضع، عدا حالة النص الأرفق بالمتهم.
الفصل 30	لكل سجين الحق في معاملة إنسانية تحفظ كرامته.
الفصل 31	حرية الرأي والفكر... مضمونة.
الفصل 108	لكل شخص الحق في محاكمة عادلة في أجل معقول، والمتقاضون متساوون أمام القضاء. حق التقاضي وحق الدفاع مضمونان.

ب. لأنّ النص الدستوري مكنّ من التّيل من جوهر الحق:

الفصل 22	الحق في الحياة لا يمكن المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون.
الفصل 36	الحق النقابي بما في ذلك حق الإضراب مضمون. ولا ينطبق هذا الحق على الجيش الوطني. ولا يشمل حق الإضراب قوّات الأمن الداخلي والدّيوانة.
الفصل 41	حق الملكية مضمون، ولا يمكن التّيل منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون.

ج. لأنّ طبيعة الحد المسلط على الحق أو الحرية وشروطها أدرجت صلب النص الدستوري:

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.
الفصل 35	حرية تكوين الأحزاب والنقابات والجمعيات مضمونة. تلتزم الأحزاب والنقابات والجمعيات في أنظمتها الأساسية وفي أنشطتها بأحكام الدستور والقانون وبالشفافية المالية وببذ العنف.
الفصل 41	الحق الملكية مضمون ولا يمكن النيل منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون.
الفصل 74	الترشح لمنصب رئيس الجمهورية حق لكل ناضجة أو ناضج تونسي الجنسية منذ الولادة، دينه الإسلام. يشترط في المترشح يوم تقديم ترشحه أن يكون بالغاً من العمر خمساً وثلاثين سنة على الأقل. وإذا كان حاملاً لجنسية غير الجنسية التونسية فإنه يقدم ضمن ملف ترشحه تعهداً بالتخلي عن الجنسية الأخرى عند التصريح بانتخابه رئيساً للجمهورية. تشترط تركية المترشح من قبل عدد من أعضاء مجلس نواب الشعب أو رؤساء مجالس الجماعات المحلية المنتخبة أو الناخبين الرسميين حسبها يضبطه القانون الانتخابي.

د. لأنّ الحقوق التي تضمنتها لا تلزم الدولة التونسية على تحقيق نتيجة بل على بذل عناية فحسب:

الفصل 21	... وتحميهم لهم [للمواطنين والمواطنات] أسباب العيش الكريم.
الفصل 30	... تراعي الدولة في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية مصلحة الأمر، وتعمل على إعادة تأهيل السجين وإدماجه في المجتمع.
الفصل 32	... تسعى الدولة إلى ضمان الحق في النفاذ إلى شبكات الاتصال.
الفصل 39	... وتسعى [الدولة] إلى توفير الإمكانيات الضرورية لتحقيق جودة التربية والتعليم والتكوين.
الفصل 40	العامل حق لكل مواطن ومواطنة، وتتخذ الدولة التدابير الضرورية لضمانه على أساس الكفاءة والإنصاف.
الفصل 43	تدعم الدولة الرياضة، وتسعى إلى توفير الإمكانيات اللازمة لممارسة الأنشطة الرياضية والترفيهية.
الفصل 45	تضمن الدولة... المساهمة في سلامة المناخ. وعلى الدولة توفير الوسائل الكفيلة بالقضاء على التلوث البيئي.
الفصل 46	... 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 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.

2. ينطبق الفصل 49 على الفصول التي أحالت على القانون دون ضبط طبيعة الحد وشرطه:

الفصل 22	الحق في الحياة لا يمكن المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون. (ملاحظة: على القاضي الدستوري التثبت من الطبيعة "القصوى" للحالة ومن التناسب بين الجريمة المقترفة وعقوبة الاعدام التي قررها القانون).
الفصل 26	حق اللجوء السياسي مضمون طبق ما يضبطه القانون.
الفصل 29	... تحدد مدة الإيقاف والاحتفاظ بقانون.
الفصل 34	حقوق الانتخابات والافتراع والترشح مضمونة طبق ما يضبطه القانون. تعمل الدولة على ضمان تمثيلية المرأة في المجالس المنتخبة.
الفصل 38	... تضمن الدولة الحق في التغطية الاجتماعية طبق ما ينظمه القانون.
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.
الفصل 54	يعدّ ناخبا كل مواطن تونسي الجنسية بلغ من العمر ثمان عشرة سنة كاملة وفق الشروط التي يحددها القانون الانتخابي.
الفصل 74	الترشح لمنصب رئيس الجمهورية حق لكل ناخبة أو ناخب تونسي الجنسية منذ الولادة، دينه الإسلام. يشترط في المترشح يوم تقديم ترشحه أن يكون بالغاً من العمر خمساً وثلاثين سنة على الأقل. وإذا كان حاملاً لجنسية غير الجنسية التونسية فإنه يقدم ضمن ملف ترشحه تعهداً بالتخلي عن الجنسية الأخرى عند التصريح بانتخابه رئيساً للجمهورية. تشترط تركية المترشح من قبل عدد من أعضاء مجلس نواب الشعب أو رؤساء مجالس الجماعات المحلية المنتخبة أو الناخبين المرسمين حسبها يضبطه القانون الانتخابي. ملاحظة: لا ينطبق الفصل 49 إلا على شرط التركيبة الوارد بالفصل 74.
الفصل 108	... يضمن القانون التقاضي على درجتين. جلسات المحاكم علنية إلا إذا اقتضى القانون سريتها.

3. ينطبق الفصل 49 على الأحكام الدستورية التي لم تحل على القانون ويمكن الحدّ منها بمقتضى الفصل 49 ذاته:

6 الفصل	... ممارسة الشّعائر الدّينيّة.
24 الفصل	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.
31 الفصل	"حرية ... التعبير والإعلام والنشر مضمونة..." إلا أنه، بمقتضى نفس الفصل، وقع حضر اللجوء إلى حدّ بعينه: "لا يمكن ممارسة رقابة مسبقة على هذه الحريات".
32 الفصل	تضمن الدولة الحق في الإعلام والحق في النفاذ إلى المعلومة.
37 الفصل	حرية الاجتماع والتظاهر السلميين مضمونة.
38 الفصل	الصحة حق لكل إنسان. تضمن الدولة الوقاية والرعاية الصحية لكل مواطن وتوفّر الإمكانيات الضرورية لضمان السلامة وجودة الخدمات الصحية. تضمن الدولة العلاج المجاني لفاقدي السند، ولذوي الدخل المحدود.
39 لفصل	التعليم إلزامي إلى سن السادسة عشرة. تضمن الدولة الحق في التعليم العمومي المجاني بكامل مراحلته.
40 الفصل	... ولكل مواطن ومواطنة الحق في العمل في ظروف لائقة وبأجر عادل.
41 الفصل	... الملكية الفكرية مضمونة.
42 الفصل	الحق في الثقافة مضمون. حرية الإبداع مضمونة.
44 الفصل	الحق في الماء مضمون.
45 الفصل	تضمن الدولة الحق في بيئة سليمة ومتوازنة.
46 الفصل	تلتزم الدولة بحماية الحقوق المكتسبة للمرأة وتدعم مكاسبها ... تضمن الدولة تكافؤ الفرص بين الرّجل والمرأة في تحمّل مختلف المسؤوليات وفي جميع المجالات.
47 الفصل	حقوق الطفل على أبويه وعلى الدولة ضمان الكرامة والصحة والرعاية والتربية والتعليم. على الدولة توفير جميع أنواع الحماية لكل الأطفال دون تمييز ووفق المصالح الفضل للطفل.
108 الفصل	... ولا يكون التصريح بالحكم إلا في جلسة علنية.

السؤال الخامس: من المعني بالفصل 49؟

أ- كل المواطنين والمواطنات بحكم أنهم معرّضون للحد من حقوقهم وحرّياتهم ومكنهم الدستور من الدفع بعدم دستورية القوانين بها في ذلك القوانين التي لم تحترم مقتضيات الفصل 49.

ب- الجمعيات التي مكناها الفصل 14 من المرسوم عدد 88 لسنة 2011 مؤرخ في 24 سبتمبر/ أيلول 2011 المتعلقة بتنظيم الجمعيات مما يلي: " يمكن لكل جمعية أن تقوم بالحق الشخصي أو أن تمارس الدعوى المتعلقة بأفعال تدخل في إطار موضوعها وأهدافها المنصوص عليها في نظامها الأساسي ولا يمكن للجمعية إذا ارتكبت الأفعال ضد أشخاص معينين بذواتهم مباشرة هذه الدعوى إلا بتكليف كتابي صريح من الأشخاص المعنيين بالأمر".

ج- السلطة التشريعية التي تضع الضوابط المتعلقة بالحقوق والحرّيات. ولا بدّ في هذا الصدد من الإشارة إلى ضرورة إحداث آلية صلب مجلس نواب الشعب للتثبيت وقائما من احترام مشاريع القوانين لمقتضيات الفصل 49.

د- السلطة التنفيذية

- بصفتها مشاركة في الوظيفة التشريعية فهي التي تعدّ مشاريع القوانين،

- وبصفتها سلطة تنفيذية بإمكانها الحد من ممارسة الحقوق والحرّيات عبر سلطتها الترتيبية وصلاحياتها في مجال الضبط الإداري.

- ولا بدّ من إحداث آلية صلب رئاسة الحكومة للتثبيت وقائما من احترام مشاريع القوانين والمقررات الإدارية لمقتضيات الفصل 49.

هـ- الهيئات المستقلة: الهيئات الدستورية المستقلة وبصفة خاصة هيئة حقوق الإنسان التي "تستشار وجوبا في مشاريع القوانين المتصلة بمجال اختصاصها" (الفصل 128 من الدستور) والهيئات العمومية المستقلة.

و- السلط المحلية في إطار ممارستها لاختصاص الضبط الإداري.

ز- الهيئات القضائية بشتى أصنافها التي كلفها المؤسس "بحماية الحقوق والحرّيات من أي انتهاك" (الفصل 49) وبضمان علوية الدستور، وسيادة القانون، وبحمية الحقوق والحرّيات (الفصل 102).

ح- الموفق الإداري الذي أحدث بمقتضى الأمر عدد 2143 لسنة 1992 المؤرخ في 10 ديسمبر/ كانون الأوّل 1992 والذي عهد إليه بالتوسط بين المواطن والإدارة لإيجاد الحلول للمسائل المشكّلة بينها.

ط- وبطبيعة الحال المحكمة الدستورية.

السؤال السادس: ما هي مقتضيات تطبيق الفصل 49؟

1. التثبت من أنه وقع الحدّ من الحرية بمقتضى قانون. ولا بدّ أن يكون قانوناً أساسياً بما أنّ الفصل 65 من الدستور ينص على أنّ النصوص المتعلقة بالحرّيات وحقوق الإنسان تتخذ شكل قوانين أساسية. ولا بدّ أن يتوفر في القانون شرط الوضوح والمقروئية والدقّة.
 2. التثبت بأنّه لا ينال من جوهر الحق والحرية المعنية:
 - وينال القانون من جوهر الحق أو الحرية إن كانت نتيجة القضاء على الحرية تماماً كأن ينص قانون الجمعيات مثلاً على أنّ تكوين الجمعيات خاضع لإجراء الترخيص (وهو ما وقع في ظلّ دستور غرة جوان/ حزيران 1959).
 - 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 22 و الفصل 36 و الفصل 41 (فقرة 2 و 3) لأنّ الدستور نصّ، في هذه الحالات، على إمكانية حرمان شخص بصفة نهائية من حقه في الحياة أو الملكية وعلى حرمان فئات من الحق النقابي وحق الإضراب.
- هذا الشرط هو الأول الذي أدرج في "مشروع الدستور الجمهورية التونسية" بتاريخ 1 جوان/ حزيران 2013 قبل إدراج شرط التناسب في الصيغة النهائية للدستور وإدراج شرط التناسب جعله غير ذي جدوى إذ أن حدّ ينال من جوهر الحق أو الحرية هو، بطبعه، غير متناسب.
3. التثبت من الوجود الفعلي لموجب الحدّ أي التثبت من أنّ ممارسة الحق تهدد فعلاً "حقوق الغير أو الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة" مع تأويل صارم و حالة بحالة لهذه المقتضيات العامة.
 4. التثبت من وجود "ضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية"

وتعني الضرورة أنّه ليس هناك حلّ آخر وأنّه لضمان القيمة لأبد من الحد من الحرية. ويجب أن لا ينال الحد من مدنية الدولة وديمقراطية النظام السياسي.

مثال 1: لا يمكن حماية الصحة العمومية من انتشار وباء إلا بالحدّ من حرية التنقل أو بعزل أشخاص طاهم ذلك الوباء.

مثال 2: يمكن بسبب خطر داهم تهدّد الأمن العام تأجيل انتخابات لكن لا يمكن إلغائها لأنّ إلغاء الانتخابات نفس لمقتضيات الدولة الديمقراطية.

مثال 3: لا يمكن إغلاق المقاهي نهراً طيلة شهر رمضان لأنّ الغلق ليس ضرورة تقتضيها دولة مدنية بل دولة دينية.
 5. التثبت من "التناسب" بين الحد من الحرية وموجبه.
- يُعرف التناسب بأنّه علاقة بين هدف (موجب الحدّ من الحرية) تتمثل في قيمة محمية قانونياً (حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة) وإجراء (الحدّ من الحرية) من

المفروض أن يحقق الغاية المنشودة. إن تحقيق التناسب بالمعنى الواسع يفترض توفر ثلاثة شروط، تتمثل فيما يلي:

- الشرط الأول- الملاءمة (adéquat): يجب أن يمكن الإجراء المتخذ من تحقيق الهدف المنشود.

- الشرط الثاني- الضرورة: يجب أن يكون الإجراء المتخذ ضروريا لتحقيق الهدف المنشود.

- الشرط الثالث- فكرة التناسب بالمعنى الضيق: يجب أن يكون الإجراء المتخذ موائما (adapté) للهدف المنشود. يجب أن لا يتجاوز الحدّ من الحرية ما هو ضروري لضمان موجب الحق. مثال: لا يجب الحد من حرية التنقل في كامل البلاد إن كان الوباء محددا جغرافيا.

وإذا كانت هذه الشروط الثلاث للتناسب بالمعنى الواسع مطلوبة وتمثل شروط صحة الإجراء فلأنه بدونها يخشى أن ينال الإجراء بصفة مفرطة من قيمة أخرى يحميها القانون وهي الحق أو الحرية المعنية. وكما يتضح، ليس التناسب بقاعدة بقدر ما هو تمسّ. فما نعتبره مبدأ التناسب إنما هو المقتضيات الثلاثة التي يجب أن تحدد الجهة المختصة في اختيار الإجراء والتي يراقبها القاضي للحكم بصحته.

ويستتج مما سبق استنتاجان أولهما أن الفصل 49 يفرض التأكد من وجود ضرورتين، ضرورة مستقلة عن مبدأ التناسب، ضرورة الحدّ من الحرية (nécessité externe) وضرورة الإجراء الذي أُنْخِذ للحدّ من الحرية (nécessité interne) وثانيهما أنّ للتناسب معنى واسع (proportionnalité lato sensu) ومعنى ضيق (proportionnalité stricto sensu) وهو المواءمة.

السؤال السابع: هل يمكن التراجع في الحقوق والحريات التي ضمنها الدستور؟

"لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور". تعتبر هذه الفقرة الأخيرة من الفصل 49 تكريسا لمبدأ عدم التراجع (principe de non régression) الذي يحكم مادة حقوق الإنسان بصفة عامة. وينطبق هذا التحجير على تعديل الدستور ومن باب أولى وأحرى على التشريع العادي أو الأساسي. وقد نصّ الفصل 46 صراحة على ذلك في ما يخص حقوق المرأة: "تلتزم الدولة بحماية الحقوق المكتسبة للمرأة وتدعم مكاسبها وتعمل على تطويرها".

مثال: لا يمكن التراجع في مكتسبات حرية تكوين الأحزاب والجمعيات التي تحققت بمقتضى المرسوم عدد 87 لسنة 2011 المؤرخ في 24 سبتمبر/ أيلول 2011 المتعلق بتنظيم الأحزاب السياسية والرسوم عدد 88 لسنة 2011 المؤرخ في 24 سبتمبر/ أيلول 2011 المتعلق بتنظيم الجمعيات.

السؤال الثامن: ما هي الوسألة المنسيّة في دستور 27 جانفي/كانون الثاني 2014؟

يمكّن الفصل 80 من دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 رئيس الجمهورية "في حالة خطر داهم مهدد لكيان الوطن أو أمن البلاد أو استقلالها، يتعذر معه السير العادي لدواليب الدولة أن يتخذ التدابير التي تحتمها تلك الحالة الاستثنائية".

ويمكن أن تتمثل هذه التدابير، وهي ليست قوانين، في تعليق حقوق وحرّيات وعدم اعتماد الفصل 49. كان لا بد من التنصيص في هذه الصورة على الحقوق والحرّيات التي لا يمكن تعليقها حتى في الحالة الاستثنائية "droits fondamentaux indérogables" على غرار بعض الدساتير².

ولا يمثّل هذا النسيان ثغرة في النظام القانوني التونسي بما أنّه بمقتضى الفصل 20 من الدستور "المعاهدات الموافقة عليها من قبل المجلس النيابي والمصادق عليها، أعلى من القوانين وأدنى من الدستور". ولقد صادقت تونس بدون تحفظ على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية³ الذي ينصّ في فصله الرابع على ما يلي:

في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تتهدد 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.

لا يبيح هذا النص أي مخالفة لأحكام المواد 6 و7 و8 (الفقرتين 1 و2) و11 و15 و16 و18⁴.

- 2 ملاحظة: لقد اقترحنا إدراج فقرة بالفصل الجامع تعنى بهذه المسألة هذا نصّها:
«لا يجوز في صورة تفعيل الفصل 73 من هذا الدستور أو إعلان حالة الطوارئ المساس من أحكام الفصول التالية...»
سليم اللغمان، سلوى الحمروني وسليبي القليبي، «الحقوق والحرّيات»، اليوم الدراسي عبد الفتاح عمر، قراءة في مسودة مشروع الدستور: تقييم واقتراحات، 15 جانفي/ كانون الثاني 2013، النشر بمساندة مؤسسة هانس سايدل في مارس/ آذار 2013 ص 31-58.
- 3 قانون عدد 30 لسنة 1968 مؤرخ في 29 نوفمبر/ تشرين الثاني 1968 يتعلق بالترخيص في انخراط البلاد التونسية في الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وفي الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية.
- 4 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 بالرق بجمع 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.
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.



حول المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات منظمة حكومية دولية مهمتها تعزيز الديمقراطية في جميع أنحاء العالم، باعتبارها طموحاً إنسانياً عالمياً وتمكيناً للتنمية المستدامة. نقوم بذلك عن طريق دعم بناء وتعزيز وحماية المؤسسات والعمليات السياسية الديمقراطية على جميع المستويات. تتمثل رؤيتنا في عالم تكون فيه العمليات والجهات الفاعلة والمؤسسات الديمقراطية تشاركية وخاضعة للمساءلة وتوفر التنمية المستدامة للجميع.

عملنا

نركز في عملنا على ثلاثة مجالات تأثير رئيسية: العمليات الانتخابية، وعمليات بناء الدستور، والمشاركة والتمثيل السياسيين. وتبنى مبادئ النوع الاجتماعي والتشاركية وحساسية النزاع والتنمية المستدامة في جميع مجالات عملنا.

توفر المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات تحليلات للاتجاهات الديمقراطية العالمية والإقليمية، وتنتج معرفة مقارنة بشأن الممارسات الديمقراطية، وتقدم المساعدة الفنية وبناء القدرات في مجال الإصلاح للجهات المشاركة في العمليات الديمقراطية، وتجري حواراً بشأن قضايا مهمة للنقاش العام بشأن الديمقراطية وبناء الأنظمة الديمقراطية.

أين نعمل؟

يقع مقرنا الرئيسي في ستوكهولم، ولدينا مكاتب إقليمية وقطرية في أفريقيا وآسيا والمحيط الهادئ وأوروبا وأمريكا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي. والمؤسسة عضو مراقب دائم في الأمم المتحدة وهي معتمدة لدى مؤسسات الاتحاد الأوروبي.

<<https://www.idea.int>>

أحدث الفصل 49 من الدستور تغييراً جذرياً في منظومة حماية حقوق الإنسان في تونس، إذ يكاد يكون المادة الجامعة الوحيدة في الدساتير العربية التي تضع الشروط والمعايير المتعلقة بتنظيم الحقوق والحريات وضبط إطار لتدخل المشرع ومختلف السلطات العمومية بالاستناد إلى مبدأ التناسب بين ضوابط تقييد الحقوق وموجباتها. فقد تمّ بمقتضى الفصل 49 دسترة مبدأ قانوني هام وهو مبدأ التناسب باعتباره منهجاً واختباراً من الضروري إعماله من قبل كافة المتدخلين في هذا المجال حتى تتمّ عقلنة هذا التدخل وضمان حماية أنجع وأدق للحقوق والحريات. ويعتبر المشرع والقاضي الدستوري المخاطبان الأساسيان بأحكام الفصل 49.

في هذا الإطار، تقدم المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات دليل القاضي الدستوري في تطبيق الفصل 49 من الدستور كمدخل لعمله في مراقبة احترام ضوابط الحد من الحقوق والحريات. يعرض الدليل جملة من الآليات لمراقبة تطبيق الفصل 49 وإعمال اختبار التناسب استناداً بالأساس إلى التطبيقات فقه القضائية المقارنة في المجال، حتى يكون أداة عملية لفائدة قضاة المحكمة الدستورية عند تركيزها.

ويطرح الدليل خمس إشكاليات قد تعترض القاضي في رقابته على الحدود الموضوعية على الحقوق والحريات على ضوء مقتضيات الفصل 49 وهي: الرقابة الدستورية الخارجية أي الرقابة على مسألة الاختصاص أو ما يعبر عنه بالتحفظ التشريعي في تنظيم الحقوق والحريات وما يقتضيه من رقابة على مدى احترام المشرع إجراءات سنّ القوانين؛ التثبت من عدم المساس بجوهر الحق؛ التثبت من شرط الضرورة الخارجية أي الرقابة على علاقة مشروع القانون أو القانون بالأهداف المشروعة المراد حمايتها؛ الرقابة على مدى احترام النص القانوني للتناسب بين الضوابط وموجباتها؛ وأخيراً دور القاضي الدستوري في ضمان عدم التراجع عن الحقوق والحريات المكتسبة.

Federal Foreign Office

Werderscher Markt 1
Berlin 11013

موقع الإنترنت: www.auswaertiges-amt.de

International IDEA

Strömsborg

SE-103 34 Stockholm

Sweden

الهاتف: +٤٦٨ ٦٩٨٣٧٠٠

الفاكس: +٤٦٨ ٢٠٢٤٢٢

البريد الإلكتروني: info@idea.int

موقع الإنترنت: www.idea.int

