

دليل السلطة التنفيذية

في تطبيق الفصل 49 من الدستور

الصلاحيات التشريعية والترتيبية بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها

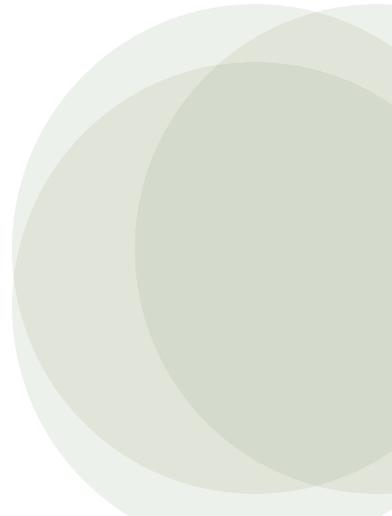


دليل السلطة التنفيذية

في تطبيق الفصل 49 من الدستور

الصلاحيات التشريعية والترتيبية بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها

شهر الدين غزالة



التمهيد العام والإشراف على الأدلة العمليّة

سلوى الحمروني

فريق المراجعة من بين مجموعة العمل المتابعة للمشروع

شفيق صرصار

مراد بن مويّ نجاة الجوادي

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 السلطة التنفيذية في تطبيق الفصل 49 من الدستور
Guide of the Executive Power 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 وتبنيه 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: 1914، Wassily Kandinsky، 129.5 x 129.5 cm، Fugue، oil- canvas،

الرقم المعياري الدولي للكتاب (PDF): 978-91-7671-365-5
(المطبوع): 978-91-7671-364-8

مُعَرَّف الوثيقة الرقمي (DOI): <https://doi.org/10.31752/idea.2021.33>

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- ما هي الآليات التي تضمن احترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور خلال
6	المبادرة التشريعية التي تعدها السلطة التنفيذية؟
	القسم الأول- ما هي الآليات التي تساعد على احترام مقتضيات الفصل 49 في مرحلة
7	المبادرة بمشاريع قوانين جديدة؟
	الفرع 1- أية مقارنة لضمان التقيد بأحكام الفصل 49 من الدستور من قبل الهيكل
8	المكلفة بإعداد مشاريع القوانين الجديدة؟
	الفقرة 1- لماذا يتعين على السلطة التنفيذية الالتزام بالمقاربة التشاركية في إعداد
8	مشاريع القوانين؟ وما مدى مساهمة ذلك في ضمان احترام مقتضيات الفصل 49؟
	الفقرة 2- كيف يتم احترام واجب عدم التراجع عن المكتسبات المتعلقة بالحقوق
10	والحريات الأساسية في إطار المبادرة التشريعية؟
	الفقرة 3- لماذا يتعين الاستئناس بالتشريع والفقهاء وفقه القضاء المقارن لضمان
19	التقيد بأحكام الفصل 49 في إطار المبادرة التشريعية ؟
	الفقرة 4- وجوب إعداد وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور : ما هي الجهة المكلفة
22	بإعداد هذه الوثيقة؟ وما هي عناصرها ومحتواها؟
	الفرع 2- اعتماد مقارنة تضمن الرقابة الاستباقية على حسن تطبيق الفصل 49 من الدستور
44	الفقرة 1- أي دور للجهة المبادرة بإعداد مشروع القانون ولمصالح مستشار القانون
44	والتشريع للحكومة في عملية الرقابة؟

- 47 الفقرة 2- القاضي الإداري رقيب على مشاريع القوانين وعلى اختبار التناسب
- 49 الفقرة 3- ما هي الهيئات التي من شأنها أن تساعد السلطة التنفيذية في الرقابة على حسن تطبيق الفصل 49 من الدستور؟
- 65 القسم الثاني- أي دور للسلطة التنفيذية في إطار ملاءمة النصوص التشريعية النافذة مع أحكام الفصل 49 من الدستور؟
- 65 الفقرة 1- تكريس فكرة تدقيق المنظومة التشريعية
- 71 الفقرة 2- ما هي طريقة وضوابط تحيين المنظومة التشريعية؟
- 75 الفقرة 3- ما هو دور الإطار المؤسساتي المكلف بتحيين المنظومة التشريعية؟
- 78 الجزء الثاني- ماهي آليات احترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور في إطار ممارسة السلطة التنفيذية لحق متابعة المبادرة التشريعية الحكومية وواجب الدفاع عليها بعد المصادقة؟
- 79 الفرع 1- ما هي الآليات التي تمكّن السلطة التنفيذية من متابعة مشاريع القوانين المحالة الى مجلس نواب الشعب لتفادي تعديلها بما يتعارض مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور؟
- 79 الفقرة 1- وجوب متابعة المبادرة التشريعية داخل الهياكل البرلمانية
- 82 الفقرة 2- تفعيل صلاحية الطعن بعدم الدستورية من قبل السلطة التنفيذية
- 84 الفرع 2 - تدّخل السلطة التنفيذية عند الطعن بعدم الدستورية
- 85 الفقرة 1- دور السلطة التنفيذية في إعداد مذكرة للدفاع على دستورية القانون
- 89 الفقرة 2- أي دور لمستشار القانون والتشريع بعد صدور قرار المحكمة بعدم الدستورية؟
- 92 الجزء الثالث- ما هي آليات احترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور في إطار ممارسة السلطة التنفيذية لصلاحياتها في مجال إصدار المراسيم وصلاحياتها الترتيبية؟
- 93 الفرع 1- ماهي آليات تكريس اختبار التناسب في إطار ممارسة السلطة التنفيذية لصلاحياتها في مجال اصدار المراسيم؟

93	الفقرة 1- أي دور للسلطة التنفيذية في احترام مقتضيات اختبار التناسب عند إعداد مشاريع المراسيم؟
95	الفقرة 2- ما هي المقاربة التي تضمن الرقابة الاستباقية على اختبار التناسب من قبل الهيئات والهياكل الاستشارية؟
98	الفرع 2- أي دور للسلطة التنفيذية في احترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور عند إعداد النصوص الترتيبية؟
98	الفقرة 1- مشاريع النصوص الترتيبية المتعلقة بممارسة السلطة الترتيبية العامة
104	الفقرة 2- مشاريع النصوص الترتيبية المتعلقة بممارسة السلطة الترتيبية الخاصة
104	الفقرة 3- واجب تدقيق المنظومة الترتيبية لضمان عدم تعارضها مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور
105	الفرع 3- أي دور للسلطة التنفيذية في احترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور في إطار تنفيذ الأحكام القضائية المرتبطة بممارسة صلاحيات السلطة الترتيبية وصلاحيات إصدار القرارات الفردية؟
105	الفقرة 1- ما هو دور السلطة التنفيذية في إطار تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بإلغاء النصوص الترتيبية؟
107	الفقرة 2- ما هو دور السلطة التنفيذية في إطار تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات الفردية؟
118	الملحق
137	المراجع
139	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 افتقاد 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 نعبر 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-qriozJswrHamPuvaOXrQew262EX0GGkBUW57R_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 مبنياً 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 مثلاً 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 فصلاً جامعاً 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 (ملحق عدد 1).

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 والعامّة، وتهيئ لهم أسباب العيش الكريم". لكن إلى جانب هذا الالتزام العام، نجد العديد من الفصول الدستورية الخاصة بكل حق أو حرية على حدة.

ولعله 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 اقتصار 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 المادة 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 مهدّد 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 يتّخذ التدابير التي تحتمّها 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 ضدّ 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. وتصرّح 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 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 ويحدّ من البعض الآخر، كما له أن يحدّ 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 تغييرات 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 Laureline 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/crdf0604fontaine.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 بإتمام 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 بالرقيق (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 أبتقت 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 تقلص 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 أن "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 أن "حقوق الانتخابات والاقتراع والترشح مضمونة طبق ما يضبطه القانون". وينص الفصل 41 على أن "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 أن 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 انطلاقا 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 جدا أن نذكر هنا أن القائمة المعنية بالفصل 49 لا يمكن أن تتحمل أهدافا أخرى يستنبطها صاحب مشروع القانون نفسه³⁰.

ونجد بعضا من هذه الأهداف مثلا 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 مجالا واسعا لإيجاد توازن بين هذا الحق وذاك بشكل عملي.

● الدفاع الوطني

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

● الذهن العام

هو أيضا 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 مثلا لمعتنقي ديانة شهود يهوه "témoins de Jéhovah" الذين يرفضون نقل الدم حتى وإن كانت حياة الفرد في خطر.

32 أنظر مثلا 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.

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

حول هذا الهدف، يمكن أن نلاحظ اليوم أن جُلّ 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. طُرِح 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 الأُممية 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 بزجر 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 المشرع 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 أنّ 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 ستمحصها"³⁹.

يُقصد بالضرورة هنا، الضرورة الخارجية، أي تلك التي تفترض أن الوصول إلى الأهداف الدستورية أو موجبات الحدود في وضعية ما يستدعي حتماً الحدّ 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 الأممية 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 من جوهر 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, 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 إعمالها وتسمياتها⁴⁷. أما على المستوى الدولي، فقد لخصت 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 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"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 ثمة 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.

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 تتساءل 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.

51 Luc B Tremblay, Le principe de proportionnalité dans une société démocratique, égalitaire, pluraliste et multiculturelle. 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، فيلى جانب المحكمة الدستورية الإسبانية⁵²، نجد فقه قضاء مستقر للمجلس الدستوري الفرنسي وما أقره في قراره 4 أبريل/ 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 والحرّيات من التراجع وهو ما نعبر عنه بمبدأ عدم التراجع.

وهنا لا بد من الانتباه إلى دور القاضي الدستوري في هذا المجال، فهو الذي سيدي 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 والحرّيات الفردية والعامّة، وتبهي لهم أسباب العيش الكريم" كما تنص الفصول الواردة بالباب الثاني من الدستور على ضمان الدولة للحقوق والحرّيات.

ولئن لا نجد في الفصول المذكورة تنصيحا صريحا على مبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان، فإن ذلك لا يمنع من اعتبار أن ضمان الدولة للحقوق والحرّيات لا يسمح بالتراجع عنها. كما أن التنصيب في بعض الفصول على حماية هذه الحقوق والحرّيات 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 والحرّيات 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 اعتبر تقليدياً بأنه حامي الحقوق والحرّيات 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 معيّنة "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 الأُمّية 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 بالسلطة التنفيذية في هذا الإطار.

C'est nous qui traduisons, Observation générale n° 27, 1999 à propos de l'article 12 : « Le principe de la proportionnalité 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 de ces droits ou les restrictions imposées à cet exercice soit rapide et que les raisons justifiant l'application de mesures 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

يعتبر الفصل 49 من الدستور، كما سبق وأن تمت الإشارة إلى ذلك في التمهيد العام¹، حجر الأساس في حماية منظومة الحقوق والحريات، وهو ما يعزّز جدوى وضع دليل لمساعدة السلطة التنفيذية على التقيد بأحكامه باعتباره نصاً دستورياً ملزماً لجميع السلطات العمومية²، خاصة في ظل أهمية دور السلطة التنفيذية سواء في إعداد النصوص التشريعية في إطار المبادرة التشريعية، أو في إصدار المراسيم³ علاوة على دورها في إصدار النصوص الترتيبية المدرجة في إطار ممارسة رئيس الحكومة للسلطة الترتيبية العامة أو المدرجة في إطار ممارسة الوزراء للسلطة الترتيبية الخاصة.

وتؤكد أهمية وضع دليل لمساعدة السلطة التنفيذية على احترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور باعتبار حداثة عهد السلطة التنفيذية في التعامل مع الآليات التي تم إقرارها في هذا الفصل الذي لم يكن موجوداً في ظل دستور 1959⁴، إضافة إلى أن وضع مثل هذا الدليل من شأنه التقليل من النزاعات القضائية المثارة للطعن في دستورية أو شرعية نصّ قانوني من خلال مساعدة السلطة التنفيذية على التقيد بالواجب الدستوري المحمول على الدولة المتمثل في ضمان الحقوق والحريات الفردية والعامة لكافة المواطنين والمواطنات⁵، خاصة إذا تم إصدار منشور إداري يتعلق بكيفية تطبيق مقتضيات الفصل 49 من الدستور يتم فيه الاستئناس بأهم الأفكار الواردة في هذا الدليل⁶.

وفي هذا الإطار يجدر التذكير بأن الدستور التونسي كرّس في فصله 62 حق السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الحكومة ورئيس الجمهورية في المبادرة التشريعية⁷، وذلك في شكل مشاريع قوانين. كما أسند لمشاريع القوانين أولوية النظر في مجلس نواب الشعب مقارنة بمقترحات القوانين الصادرة عن النواب⁸. لذا سيتم التعرض في هذا الدليل إلى ضمانات التقيد بمقتضيات الفصل 49 من الدستور في إطار المبادرات التشريعية الصادرة عن كل من رئيس الحكومة ورئيس الجمهورية.

- 1 أنظر الصفحة xi من التمهيد العام لهذا الدليل.
- 2 السلطة التشريعية والسلطة القضائية والسلطة التنفيذية.
- 3 في إطار حق رئيس الحكومة في إصدار المراسيم طبقاً لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 70 من الدستور. أنظر الفرع الأول من الجزء الثالث من هذا الدليل.
- 4 أنظر الصفحة xi من التمهيد العام.
- 5 أنظر الفصل 21 من الدستور.
- 6 يمكن أن يصدر المنشور المذكور من قبل رئيس الحكومة ويمكن أن يتم التنسيق مع مصالح رئاسة الجمهورية في إعدادها حتى يتم التقيد به من قبل المصالح المكلفة بصياغة النصوص القانونية التابعة لرئيس الحكومة أو المصالح المكلفة بصياغة النصوص القانونية التابعة لرئيس الجمهورية. وإصدار المنشور من قبل رئيس الحكومة لا يحول دون التقيد به من قبل المصالح التابعة لرئاسة الجمهورية باعتبار أنه يتعلق بقواعد وإجراءات عملية يمكن التقيد بها لاحتزام مقتضيات الفصل 49 من الدستور ولا يندرج في إطار ممارسة الصلاحيات أو توزيعها بين رئيس الحكومة ورئيس الجمهورية.
- 7 الفصل 62 من الدستور "تُأزس 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. ومشاريع القوانين أولوية النظر".
- 8 كرّس الدستور حق النواب في التقدم بمبادرة تشريعية في شكل مقترحات قوانين مع اشتراط أن تكون المبادرة من عشرة نواب على الأقل.

تحظى الحقوق والحريات بأهمية بالغة في الدستور التونسي، وقد سعى المشرع الدستوري، استئناسا بالمعايير الدولية الفضلى في هذا المجال، إلى توفير الآليات اللازمة لتجنب إهدارها من خلال وضع ضوابط وآليات لحمايتها تمّ التنصيص عليها بالفصل 49 منه والذي ينص على أنه

"يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا للضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، 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".

وبالتالي سنتعرض في هذا الدليل إلى آليات احترام مقتضيات الفصل 49 في إطار ممارسة السلطة التنفيذية لصلاحيّة المبادرة التشريعية (الجزء الأول) ثم إلى آليات احترام مقتضيات الفصل 49 في إطار ممارسة السلطة التنفيذية لحق متابعة المبادرة التشريعية داخل الهياكل البرلمانية وواجب الدفاع عليها بعد المصادقة عليها من قبل مجلس نواب الشعب (الجزء 2) سواء قبل ختمها من قبل رئيس الجمهورية بالنسبة لمشروع القوانين، أو بعد دخولها حيز النفاذ بالنسبة للقوانين المطعون في دستوريّتها عن طريق الدفع. ثم سيتمّ التعرض في آخر جزء من هذا الدليل إلى آليات احترام مقتضيات الفصل 49 في إطار ممارسة السلطة التنفيذية لصلاحيّاتها في مجال إصدار المراسيم وصلاحيّاتها الترتيبية (الجزء الثالث).

الجزء الأول

ما هي الآليات التي تضمن احترام مقتضيات
الفصل 49 من الدستور خلال المبادرة
التشريعية التي تُعدّها السلطة التنفيذية؟

يتعيّن على السلطة التنفيذية، سواء تعلق الأمر بمشاريع قوانين مندرجة في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الحكومة أو من رئيس الجمهورية، أن تلعب دوراً وقائياً لضمان احترام مقتضيات الفصل 49، وذلك من خلال تقيدها بجملة من الآليات في مرحلة إعداد مشاريع قوانين جديدة من جهة (القسم 1)، والتزامها بتحيين المنظومة القانونية السارية المفعول بما يتلاءم مع أحكام الفصل 49 من الدستور من جهة أخرى (القسم 2).

●●●●● القسم 1- ما هي الآليات التي تساعد على احترام مقتضيات الفصل 49 في مرحلة المبادرة بمشاريع قوانين جديدة؟

تكتسي منظومة الحقوق والحريات أهمية بالغة في الدستور التونسي، وهو ما حدا بالسلطة التنفيذية إلى إيلائها عناية كبيرة تبرز من خلال مقتضيات المنشور عدد 08 المؤرخ في 17 مارس/ آذار 2017 المتعلق بضبط قواعد إعداد مشاريع النصوص القانونية وإجراءات عرضها واستكمال تهيئتها، والذي ألزم الهياكل المكلفة بصياغة النصوص القانونية بالتقيّد بجملة من الضوابط والمبادئ العامة عند صياغة أي نص قانوني، من بينها خاصة التقيّد بالأحكام الدستورية المتعلقة بالمبادئ العامة وبالحقوق والحريات. فقد أكد المنشور المذكور على الأهمية البالغة التي تكتسيها أحكام الفصل 49 من الدستور باعتبارها "تعكس المكانة الرفيعة التي تحظى بها الحقوق والحريات ويتعيّن بالتالي مراعاتها والالتزام بها بكل دقة عند صياغة مشاريع النصوص القانونية لتفادي كل تعارض بين أحكامها وبين المقتضيات الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات وما قد يترتب عن ذلك من التصريح بعدم دستورتها من قبل الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين في هذه المرحلة أو من قبل المحكمة الدستورية عند إرسائها"⁹.

إنّ الغاية من هذا القسم هو وضع القواعد التي تساعد السلطة التنفيذية عند إعداد مشاريع القوانين المتعلقة بمادة الحقوق والحريات، سواء كانت مشاريع قوانين مندرجة في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الحكومة أو من رئيس الجمهورية، على احترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور. ويرتكز ذلك على اعتماد مقارنة تضمن التقيّد بأحكام الفصل 49 من الدستور من قبل الهياكل المكلفة بإعداد مشاريع القوانين الجديدة من جهة (الفرع 1) وتضمن الرقابة الاستباقية من قبل الهيئات والهياكل الاستشارية من جهة أخرى (الفرع 2).

9 المنشور عدد 08 المؤرخ في 17 مارس/ آذار 2017 المتعلق بضبط قواعد إعداد مشاريع النصوص القانونية وإجراءات عرضها واستكمال تهيئتها، ص 4.

الفرع 1 - أياً مقارنة لضمان التقيد بأحكام الفصل 49 من الدستور من قبل الهيكل الهكلية بإعداد مشاريع القوانين الجديدة؟

لضمان احترام أحكام الفصل 49 من الدستور، من الضروري أن تتقيد الهيكل المكلفة بإعداد مشاريع القوانين الجديدة المتعلقة بإادة الحقوق والحريات بمنهجية تقوم أساسا على الالتزام بالمقاربة التشاركية في إعداد مشاريع القوانين من خلال الالتزام بالعرض على استشارة العموم (الفقرة 1) وعلى ضرورة التقيد باحترام واجب عدم التراجع عن المكتسبات المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية (الفقرة 2) وعلى وجوب الاطلاع على التشريع والفقهاء وفقه القضاء المقارن في مجال ضبط الحقوق والحريات من باب الاستثناس بالممارسات الفضلى في هذا المجال (الفقرة 3) وعلى ضرورة اعتبار وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور كوثيقة أساسية يتعين إرفاقها بكل ملف يتعلق بمشروع قانون يدخل في مجال الحقوق والحريات (الفقرة 4).

الفقرة 1 - لماذا يتعين على السلطة التنفيذية الالتزام بالمقاربة التشاركية في إعداد مشاريع القوانين وما مدى مساهمة ذلك في ضمان احترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور؟

كرّس الدستور التونسي مبدأ شفافية عمل السلطة التنفيذية من خلال إقراره، بالفصل 15، جملة من المبادئ التي يقوم عليها عمل الإدارة العمومية من ضمنها مبدأ الشفافية والنزاهة والمساءلة¹⁰، علاوة على تكريسه لمبدأ المقاربة التشاركية من خلال تأكيد السلطة التأسيسية في توطئة الدستور على التوجه نحو تأسيس "نظام جمهوري ديمقراطي تشاركي".

يقوم مبدأ التشاركية على تشريك المواطنين والمواطنات في صياغة السياسات العمومية ومتابعتها وتنفيذها وتقييمها. وقد شهد هذا المبدأ تطورا كبيرا خاصة بعد انضمام تونس رسميا إلى مبادرة "شراكة الحكومة المفتوحة" في 14 جانفي / كانون الثاني 2014¹¹، والتي انبثق عنها إعداد خطط عمل وطنية لشراكة الحكومة المفتوحة¹² كان من بين مخرجاتها إصدار الأمر الحكومي عدد 328 لسنة 2018 المؤرخ في 29 مارس / آذار 2018 المتعلق بتنظيم الاستشارات العمومية والذي

10 ينص الفصل 15 من الدستور على أن "الإدارة العمومية في خدمة المواطن والصالح العام، وتُظَم وتعمل وفق مبادئ الحياد والمساواة واستمرارية المرفق العام ووفق قواعد الشفافية والنزاهة والنجاعة والمساءلة" كما ينص الفصل 139 على "اعتماد الجماعات المحلية على الديمقراطية التشاركية ومبادئ الحكومة المفتوحة، لضمان إسهام أوسع للمواطنين والمجتمع المدني في إعداد برامج التنمية والتهيئة الترابية ومتابعة تنفيذها طبقا لما يقتضيه القانون".

11 مبادرة شراكة الحكومة المفتوحة هي منتدى دولي يهدف إلى تبادل الخبرات والتجارب الناجحة في مجال الحكومة المفتوحة وعرض مدى تقدم البلدان المنضوية في إطارها في مجال دعم الشفافية ومقاومة الفساد وتحسين جودة الخدمات العمومية وتطوير العلاقة بين الإدارة والمواطن وتشريكه في مراحل بلورة السياسات العمومية ودعم استعمال تكنولوجيات المعلومات والاتصال. وقد تم يوم 14 جانفي / كانون الثاني 2014 الإعلان من قبل المكتب التنفيذي لمبادرة شراكة الحكومة المفتوحة عن قبول عضوية تونس تبعا لاستيفائها المعايير المستوجبة للانضمام لهذه المبادرة. وتم تبعا لذلك إعداد خطة عمل وطنية لشراكة الحكومة المفتوحة تم إضائها في 23 سبتمبر / أيلول 2014 من قبل كاتب الدولة للحكومة والوظيفة العمومية تضمنت جملة من التعهدات منها المتعلقة بتعزيز الشفافية.

12 كانت خطة العمل الوطنية الأولى سنة 2014 وتلتها خطة عمل ثانية في 2018.

كّرّس صراحة المقاربة التشاركية في إعداد النصوص القانونية من خلال التنقيص على وجوب عرض مشاريع النصوص القانونية المدرجة في بعض المجالات على استشارة العموم.

واعتباراً لأهمية المقاربة التشاركية في إعداد النصوص القانونية، نص الفصل 4 من الأمر الحكومي عدد 328 لسنة 2018 المذكور على أنه "يتعين على الهياكل المعنية القيام باستشارات عمومية حول السياسات العمومية في مرحلة إعدادها والتي من شأنها أن يكون لها تأثير مباشر على المصالح الحيوية للأطراف المعنية، ما لم تمس الاستشارة من متطلبات الحفاظ على الأمن العام والدفاع الوطني والعلاقات الخارجية للدولة التونسية"، وقد عرّف الأمر الحكومي المذكور السياسات العمومية بكونها "تدخل الهياكل العمومية في جميع المجالات الإدارية والاجتماعية والاقتصادية، بما في ذلك ... مشاريع النصوص التشريعية والترتيبية".

وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أنّ ما تم التنقيص عليه في الأمر الحكومي المذكور يعتبر تأكيداً لما جاء في المنشور عدد 31 المؤرخ في 30 أكتوبر/تشرين الأول 2014 المتعلق باعتماد مسار تشاركي في إعداد النصوص القانونية والمنشور عدد 08 المؤرخ في 17 مارس/آذار 2017 المتعلق بضبط قواعد إعداد مشاريع النصوص القانونية وإجراءات عرضها واستكمال تهيئتها، الذي تم فيه التأكيد صراحة على ضرورة اعتماد "المقاربة التشاركية بما يمكن العموم من المشاركة الفعلية في إعداد وصياغة النصوص القانونية لا سيما في المجالات المتعلقة ... بالحريات وحقوق الإنسان"¹³.

تتمثل الاستشارات العمومية في مشاريع النصوص القانونية، طبقاً لمقتضيات الأمر الحكومي والمنشورين آنفي الذكر، في نشر النصوص القانونية لعرضها على استشارة العموم عبر البوابة الوطنية للإعلام القانوني¹⁴، بما يمكن العموم من إبداء الرأي في مشاريع النصوص القانونية المعروضة، وهي مسألة هامة باعتبارها تتيح الفرصة إلى المختصين والخبراء في مجال الحقوق والحريات والمجتمع المدني والمنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية الناشطة في مجال الحقوق والحريات لإبداء الرأي حول مشروع النص المقترح، بما في ذلك مدى تقيده بضوابط الفصل 49 من الدستور.

ويُعتبر العرض على استشارة العموم مسألة هامة بالنسبة لجهة المبادرة باعتبار دورها في المحافظة على مشروع القانون في الصيغة التي تم عرضها وتفاذي إدخال تغييرات عليه لاحقاً في مستوى اللجان المعنية في مجلس نواب الشعب، خاصة في ظل تنقيص النظام الداخلي للمجلس على ضرورة تفاعل اللجان مع المقترحات التي يبدئها المجتمع المدني بخصوص مشاريع القوانين المعروضة على مجلس نواب الشعب¹⁵.

13 المنشور عدد 08 المؤرخ في 17 مارس/آذار 2017 المتعلق بضبط قواعد إعداد مشاريع النصوص القانونية وإجراءات عرضها واستكمال تهيئتها، ص 9.

14 تُشرف على هذه البوابة مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة ويمكن الولوج إليها عبر الموقع الإلكتروني التالي: www.legislation.tn

15 الفصل 81 من النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب، ويمكن الاطلاع عليه عبر الموقع الإلكتروني: http://www.arp.tn/site/main/AR/docs/reg_int_arp.pdf

وتبرز أهمية عرض مشاريع النصوص التشريعية والتي لها علاقة بمجال الحقوق الحريات على استشارة العموم ودورها في مزيد ضمان احترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور، من خلال تنصيب الأمر الحكومي والمنشورين آنفي الذكر على أن الوزارة أو الهيكل الذي أعد مشروع النص القانوني مطالب بدراسة التعليقات التي وردت في شأنه، بما في ذلك تلك المتعلقة باحترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور، وحوصلتها وإعداد إجابة عنها يتم توجيهها إلى مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة مرفقة عند الاقتضاء بالصيغة المعدلة لمشروع النص في ضوء التعليقات التي تم الأخذ بها.

ويتعيّن تبعاً لذلك على مصالح مستشار القانون والتشريع، وفي إطار ضمان الاستفادة من الملاحظات التي قد تثار في علاقة باحترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور، القيام إثر انتهاء مدة العرض على الاستشارة العمومية بما يلي:

- التّثبت من ردود الوزارة صاحبة المبادرة حول الملاحظات المتعلقة باحترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور والتي يتم تضمينها في الجدول الخاص بالملاحظات المثارة في إطار الاستشارات العمومية الذي تعدّه الوزارة المعنية¹⁶. وفي هذا الإطار يتعيّن على الوزارة المعنية عدم الأخذ بالملاحظات المخالفة لمبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان أو لأحكام الفصل 49 بصفة عامة، وذلك تحت رقابة مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة.
- رفض إحالة أي مشروع قانون إلى مجلس الوزراء وإرجاعه إلى الوزارة صاحبة المبادرة، إذا تبين عدم الأخذ بالملاحظات المثارة في إطار الاستشارة العمومية في علاقة باحترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور.

الفقرة 2- كيف يتمّ احترام واجب عدم التراجع عن المكتسبات المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية في إطار المبادرة التشريعية؟

لضمان احترام أحكام الفصل 49 من الدستور، من الضروري أن تتقيّد الهياكل المكلفة بإعداد مشاريع القوانين الجديدة المتعلقة بمادة الحقوق والحريات باحترام واجب عدم التراجع عن المكتسبات المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية. فلئن كانت السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة تتمتع بصلاحيّة المبادرة بسن التشريعات في مجال حقوق الإنسان، فإنه لا يمكن لها أن تتقدم بمشاريع قوانين تتضمن تراجعاً عن مستوى حماية الحقوق والحريات الأساسية الذي تضمنه التشريعات السابقة من خلال فرض قيود إضافية على هذه الحقوق والحريات أو التشديد في التضييق عليها دون أن يشكل ذلك تراجعاً عن المكاسب التي تحققت في ظل التشريعات السابقة وإخلاقاً بمبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان.

16 أنظر النقطة "ب" من الفقرة 3 من الفرع 2 من القسم الأول من الجزء الأول من هذا الدليل.

ويمكن احترام واجب عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان من الحفاظ على القيود التشريعية التي تستجيب لمقتضيات حماية حقوق الإنسان ومن أهمها مقتضيات الفصل 49 من الدستور وضمان عدم استبدالها بقيود تشريعية جديدة تؤدي إلى التخفيض من مستوى الحماية التي تتمتع بها هذه الحقوق والحريات.

وسيتم فيما يلي تعريف مبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان (1) وضبط العناصر المرجعية لتقدير المكتسب في مجال حقوق الإنسان (2) والعناصر المرجعية لتقدير التراجع عن المكتسب من عدمه (3) قبل التطرق إلى كيفية ضبط مقترحات بديلة بما يكفل احترام واجب عدم التراجع (4).

1- ما المقصود بمبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان؟

لفهم المقصود بالمبدأ المذكور لابد من البحث عن أسسه (أ) قبل التطرق إلى كيفية تكريسه من خلال أحكام القانون الدولي (ب) والدستور التونسي (ج) وفقه القضاء (د).

أ- ماهي أسس مبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان؟

يجد مبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان¹⁷ أساسه الدستوري في الفقرة الأخيرة من الفصل 49 التي تنص على أنه "لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور"، كما يركز هذا المبدأ على الطابع التدريجي للالتزامات الإيجابية المتعلقة بالحقوق الأساسية، أي على التزام الدولة بالتدخل لإعمال هذه الحقوق بصفة تدريجية، بمعنى أن هذا الالتزام يحمل في طياته واجب عدم التراجع عما يتم تحقيقه من مكتسبات في ما يتعلق بضمان تمتع الإنسان بحقوقه الأساسية¹⁸.

ونظرا لارتباط مبدأ عدم التراجع بالالتزامات الإيجابية¹⁹، فإنه يهم جميع الحقوق الأساسية باعتبار إمكانية أن تتعلق التزامات الإيجابية من قبل الدولة بكل جيل من الأجيال الثلاثة لحقوق الإنسان.

وتجدر الإشارة إلى أنه من البديهي التمييز بين الحق في حد ذاته والمكتسبات المرتبطة به والتي يتصل بها مبدأ عدم التراجع. فالحق في حد ذاته تكرسه المواثيق أو المعاهدات الدولية أو الدساتير التي تضمن المتمتع به منذ دخول أحكامها حيز النفاذ. أما المكتسب فينبثق عن إعمال الحق بصفة تدريجية وتراكمية من قبل المشرع.

17 في الفقه وفقه القضاء المقارن، تستعمل عدة مصطلحات للتعبير عن هذا المبدأ على غرار le principe de standstill أو l'effet de cliquet.

18 حول تعريف مبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان، انظر: Isabelle HACHEZ, « L'effet de standstill : le pari des droits économiques, sociaux et culturels ? », in Administration Publique, vol. 24 ème année, no. 1 (2000), p. 30 (disponible sur : <https://dial.uclouvain.be>)

19 حول الصلة بين مبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان والالتزامات الإيجابية، انظر: Isabelle HACHEZ, « Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative », 2008, p.75 (disponible sur : <https://dial.uclouvain.be>).

الإطار عدد 1- مثال عن التمييز بين الحق في حد ذاته والمكتسبات المرتبطة به: الحق في العمل اللائق

الحق في العمل اللائق في حد ذاته يمكن أن يتمتع به كل إنسان بمقتضى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية²⁰ الذي صادقت عليه تونس منذ سنة 1968²¹ وكذلك بمقتضى اتفاقيات منظمة العمل الدولية المصادق عليها على غرار الاتفاقية رقم 100 بشأن مساواة العمال والعاملات في الأجر عن عمل ذي قيمة متساوية التي صادقت عليها تونس سنة 1968²²، وهي معاهدات تحظى بعلوية على القوانين الداخلية طبقا لمقتضيات الفصل 20 من الدستور. فبمجرد نفاذ هذه النصوص، أصبح للحق في العمل اللائق وجودا قانونيا في منظومة الحقوق والحريات وأصبح بإمكان كل شخص من الناحية النظرية التمتع به.

غير أن إعمال الحق في العمل اللائق على أرض الواقع يتطلب دائما تدخل الدولة من أجل تجسيد مختلف مكوناته²³ وذلك بصفة تدريجية وتراكمية، أي أن المشرع يمكن له أن يضيف في كل مرة أحكاما جديدة كما يمكن للسلطة التنفيذية أن تتخذ تدابير جديدة لتوسيع مجال الحماية والتمتع بهذا الحق، لكن دون أن يقع التراجع عما تم تحقيقه سابقا في هذا المجال، من ذلك مثلا عدم جواز التراجع عن المكتسبات المنبثقة عن الأحكام الواردة في مجلة الشغل وفي النصوص التطبيقية لها والمتعلقة بالمساواة بين الرجل والمرأة في العمل أو بالصحة والسلامة المهنية أو بالأجر الأدنى المضمون.

وتجدر الإشارة إلى أن العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وإن كان يمثل أساس التمتع بالحق في العمل اللائق في حد ذاته، فإنه يتيح للدول إعمال هذا الحق بصفة تدريجية من خلال تطبيق أحكام الفقرة الأولى من المادة 2 منه²⁴.

20 تنص المادة 7 من العهد على ما يلي: "تعترف الدول الأطراف في هذا العهد بما لكل شخص من حق في التمتع بشروط عمل عادلة ومرضية تكفل على الخصوص:

(أ) مكافأة توفر لجميع العمال، كحد أدنى:

"1" أجرا منصفاً، ومكافأة متساوية لدى تساوى قيمة العمل دون أي تمييز، على أن يضمن للمرأة خصوصاً تمتعها بشروط عمل لا تكون أدنى من تلك التي يتمتع بها الرجل، وتقاضيها أجراً يساوى أجر الرجل لدى تساوى العمل،

"2" عيشنا كريماً لهم ولأسرهم طبقاً لأحكام هذا العهد،

(ب) ظروف عمل تكفل السلامة والصحة،

(ج) تساوى الجميع في فرص الترقية، داخل عملهم، إلى مرتبة أعلى ملائمة، دون إخضاع ذلك إلا لاعتباري الأقدمية والكفاءة،

(د) الاستراحة وأوقات الفراغ، والتحديد المعقول لساعات العمل، والاجازات الدورية المدفوعة الأجر، وكذلك المكافأة عن أيام العطل الرسمية".

21 تمت المصادقة عليه بمقتضى القانون عدد 30 لسنة 1968 المؤرخ في 29 نوفمبر/ تشرين الثاني 1968.

22 تمت المصادقة عليه بمقتضى القانون عدد 21 لسنة 1968 المؤرخ في 2 جويلية/ تموز 1968.

23 يمكن استخلاص مكونات العمل اللائق من تعريف منظمة العمل الدولية له الموجود على موقعها (www.ilo.org) والذي جاء فيه ما يلي:

« Le travail décent résume les aspirations des êtres humains au travail. Il regroupe l'accès à un travail productif et convenablement rémunéré, la sécurité sur le lieu de travail et la protection sociale pour les familles, de meilleures perspectives de développement personnel et d'insertion sociale, la liberté pour les individus d'exprimer leurs revendications, de s'organiser et de participer aux décisions qui affectent leur vie, et l'égalité des chances et de traitement pour tous, hommes et femmes » .

24 حول هذه الأحكام، أنظر النقطة (ب) اسفله.

ب- هل ينص القانون الدولي على مبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان؟

تنص الفقرة الأولى من المادة 2 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على تعهد "كل دولة طرف في هذا العهد بأن تتخذ (...) ما يلزم من خطوات لضمان التمتع الفعلي التدريجي بالحقوق المعترف بها في هذا العهد، سالكة إلى ذلك جميع السبل المناسبة، وخصوصا سبيل اعتماد تدابير تشريعية".

وقد ورد في التعليق العام رقم 3 للجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1990 حول هذه المادة من العهد أن "أية تدابير تراجعية متعمدة في هذا الشأن سوف تتطلب دراسة متأنية للغاية وسوف يلزم تبريرها تبريرا تاما بالإشارة إلى كامل الحقوق التي ينص عليها العهد وفي سياق الاستخدام الكامل لأقصى ما هو متاح من موارد"²⁵.

الإطار عدد 2- تفادي التدابير التراجعية في الدليل الموجه للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان الصادر عن مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان

حول تفادي التدابير التراجعية، جاء في الدليل الموجه للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان الصادر عن مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان ما يلي:

"حاولت لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ثني الدول الأطراف في العهد عما تسميه "تدابير تراجعية متعمدة" (...). "التدبير التراجعي" هو ذلك الذي يؤدي بشكل مباشر أو غير مباشر إلى اتخاذ خطوات تنطوي على تراجع عما تحقق فيما يتعلق بالحقوق التي يقرها العهد (...). لقد حصرت اللجنة نقدها على التدابير التراجعية المتعمدة. إن هذا الأمر لا يجعل الحظر مقتصر على التدابير التي تهدف إلى الحد من مستوى التمتع بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وإنما ينطبق الحظر على أي إجراء يحد من التمتع بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، أكان التراجع عن المكتسبات من بين النتائج المتوخاة منه أم لا. ويُتوقع من الدول أن تتصرف بحرص وتريث كي لا تتخذ إجراءات من شأنها انتهاك حقوق الإنسان بشكل مباشر أو غير مباشر. لذلك، فإن الحظر يشمل ما يتم اتخاذه عن غير قصد من تدابير تحد من التمتع بحقوق الإنسان"²⁶.

وتبعا لمصادقة تونس على أغلب المواثيق والمعاهدات الدولية المكرّسة لمبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان، فإنه يتعيّن على السلطة التنفيذية التقيّد بهذا المبدأ، خاصة في ظل علوية المعاهدات المصادق عليها على القوانين الداخلية كما ينص على ذلك الفصل 20 من الدستور.

25 الفقرة 9 من التعليق العام رقم 3 للجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (1990).

26 منظمة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان (مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان)، "الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، دليل للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان"، نيويورك وجنيف، 2005، ص32.

ج- كيف تمّ التنحيص على مبدأ عدم التراجع في الفصل 49 من الدستور؟

تنص الفقرة الثانية من الفصل 49 من الدستور على أنه "لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور". وتدل هذه الأحكام على تكريس المشرع الدستوري التونسي لمبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان²⁷.

والمقصود بالتعديل الذي تحظره هذه الأحكام هو ذلك التعديل الذي يمس من الحقوق في اتجاه الإنقاص والتضييق بحيث يكون من الممكن تعديل فصول الدستور ذات العلاقة بحقوق الإنسان في اتجاه إيجابي نحو التوسيع فيها وزيادة الضمانات أو أصناف جديدة من الحقوق والحرريات²⁸، وهو ما يعزز فعالية ممارسة الحقوق من جهة، ويضمن تلاؤم الأحكام الجديدة المزمع سنّها مع بقية المنظومة القانونية والمبادئ الدستورية من جهة أخرى.

ولئن كانت هذه الأحكام موجهة أساساً إلى السلطة التأسيسية الفرعية، فإنه من باب أولى وأحرى أن يلتزم كل من المشرع العادي والإدارة بالمبدأ الذي تكرسه بأن يمتنع عن المساس بمكتسبات حقوق الإنسان عند سن القوانين أو تنقيحها أو إلغائها.

بالتالي واعتباراً لكون مبدأ عدم التراجع عن المكتسبات مكرّساً صراحة في الدستور التونسي فإنه يصبح من المتعين على الجهة المكلفة بصياغة مشاريع القوانين المدرجة في مجال الحقوق والحرريات الالتزام بهذا المبدأ.

د- كيف كرّس فقهاء القضاء مبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان؟

← المبدأ في فقهاء القضاء التونسي

في قضية تمثلت وقائعها في نزاع بين وكالة أسفار حجزت جوازات سفر لبعض المواطنين على إثر إلغاء سفرة لأداء مناسك العمرة، مما دفعهم إلى القيام أمام القاضي الاستعجالي بقصد الإذن بتسليمهم جوازات سفرهم، لم تؤيد محكمة الاستئناف بتونس قاضي البداية الذي رفض مطلب المدعين، وقد جاء في حكمها الاستعجالي الصادر في 5 فيفري/ شباط 2013 أنّ "جواز السفر هو من مستلزمات حرية التنقل المضمونة بموجب الفصل 10 من دستور الأول من جوان/ حزيران 1959 الذي يبقى نافذاً في أحكامه الضامنة للحقوق والحرريات الأساسية لكونها غير قابلة للإلغاء بطبيعتها..."²⁹.

27 حول هذه الأحكام، أنظر التمهيد العام ص 25. أنظر أيضاً خالد الماجري، "ضوابط الحقوق والحرريات تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي"، المرجع السابق، ص 49. وقد جاء في تعليق المقرر العام للدستور على أحكام الفصل 49 أنه "ولأن الدستور قد إختار الحرية، وأراد لاختياره أن يتأبد ويتعزز لا أن ينحسر، فقد قررت الفقرة الأخيرة أنه لا يجوز لأي تعديل دستوري أن ينقص مما تقرّر بالدستور من حقوق حريات"، الحبيب خضر (المقرر العام للدستور) الوجيز في شرح الدستور، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المخصص، 2017، ص 60.

28 نفس المرجع، ص 48.

29 حول هذا الحكم الاستعجالي، أنظر إبراهيم البرتاجي، "حسب محكمة الاستئناف بتونس، أحكام دستور 1 جوان/ حزيران 1959 الضامنة للحقوق والحرريات الأساسية مازالت نافذة"، مقال منشور بجريدة الصباح، بتاريخ 6 مارس/ آذار 2013. وقد رأى بعض الفقهاء في هذا الحكم تأكيداً للتوجه الذي تبنته عدديد الدساتير والذي يقوم على الإعلاء من شأن حقوق الإنسان لجعلها "في مرتبة فوق دستورية" (انظر وحيد الفرشيشي، "دسترة الحريات الفردية. قراءة حقوقية للدستور التونسي الصادر في 27 جانفي/ كانون الثاني 2014"، ضمن مؤلف جماعي تحت إشراف وحيد الفرشيشي، "الحريات الفردية. تقاطع المقاربات"، الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية، ص 70-69).

وباعتبار أن دستور الأول من جوان/ حزيران 1959 قد تمّ إنهاء العمل به بمقتضى القانون التأسيسي عدد 6 لسنة 2011 المؤرخ في 16 ديسمبر/ كانون الأول 2011 المتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية³⁰، فإنه يمكن القول أن الحكم الاستثنائي المذكور والذي صدر قبل المصادقة على دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 قد ذهب في اتجاه تكريس مبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الانسان، وهو ما يدعم ضرورة النظر إلى هذا المبدأ كمبدأ عام في مادة حقوق الانسان.

← المبدأ في فقه القضاء المقارن

ساهم فقه القضاء في بعض التجارب المقارنة مساهمة هامة في بلورة مبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الانسان من خلال استنباط هذا المبدأ من التشريع الدولي ومن الدساتير وإبراز كيفية إعماله وضبط استثناءاته، وذلك في مجالات عدة تتعلق بها حقوق الانسان وخاصة في المجال البيئي.

كمثال، يمكن الإشارة إلى ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية بلجيكا في أحد قراراتها من أن الفصل 23 من الدستور البلجيكي يتضمن مبدأ عدم التراجع، وذلك على النحو التالي:

« ...l'article 23 contient une obligation de standstill qui interdit au législateur compétent de réduire significativement le niveau de protection sans qu'existent pour ce faire des motifs d'intérêt général »³¹.



2- ماهي العناصر المرجعية لتقدير المكتسب في مجال حقوق الإنسان؟

يتعيّن على الجهة المكلفة بصياغة مشروع القانون المدرج في مجال الحقوق والحريات تقدير المكتسب بالرجوع إلى النص الدستوري أو الدولي الذي يكرّس الحق والذي يمثل النص المرجعي، وإلى النص التشريعي الذي يتضمن مستوى الحماية للحق، وهو النص المعتمد لتقدير التراجع عن المكتسب من عدمه.

وبالاستناد إلى النصين المذكورين يتم الإجابة على الأسئلة التالية:

- ماهي الفئة التي يشملها المكتسب؟
- ما هو مجال المكتسب؟
- ما هو مدى المكتسب؟

30 ينص الفصل 27 من هذا القانون التأسيسي على ما يلي: "يقر المجلس التأسيسي ما تم من تعليق العمل بدستور الأول من جوان/ حزيران 1959 ويقرر إنهاء العمل به بصدر هذا القانون التأسيسي".

31 Cour constitutionnelle (Belgique), arrêt n°133|2015, 1 er octobre 2015.

أ- بخصوص الفئة المعنية بالمكتسب

الفئة التي يشملها المكتسب هي تلك التي تتمتع بالحق الذي يضمنه النص المرجعي (الدستور أو المعاهدة الدولية). وعلى هذا الأساس، يمكن القول أنه في مجال حقوق الانسان، كل من يتمتع بالحق يتتبع بالمكتسب.

مثال: الحق في العمل يضمنه الدستور التونسي في فصله 40 الذي ينص على أن العمل حق لكل مواطن ومواطنة. وهو حق يتعلق به التزام إيجابي³² على غرار سائر الحقوق المتضمنة بالدستور. وبالتالي، فإن الفئات المشمولة بالمكتسب هم المتمتعون بهذا الحق على أساس أحكام الفصل المذكور، أي كل مواطن ومواطنة.

ب- بخصوص مجال المكتسب

يُضبط مجال المكتسب من خلال النص التشريعي المتضمن لمستوى حماية الحق.

ويندرج المكتسب في مجال الحق ولا يتجاوزه إلى مجالات حقوق أخرى، كما أن المكتسب لا يتطابق في معظم الأحيان بصفة كلية مع مجال الحق، باستثناء الحقوق غير القابلة للانتفاص على غرار الحق في الحياة أو الحق في حماية الحرمة الجسدية والتي يتطابق فيها المكتسب مع مجال الحق. حيث ينبثق المكتسب عن التطور في أعمال الحق الذي تتصل به التزامات إيجابية من قبل الدولة، بما يعزز المكتسب بصفة تراكمية ويكفل تدريجيا الانتفاع بكامل الحق المشمول بالحماية. ويكون مجال الحق منبثقا عادة عن النصوص القانونية الأعلى أي الدستور والمعاهدات الدولية، في حين يتولى المشرع عن طريق التشريعات الداخلية تكريس المكتسب بصفة تدريجية إلى حين الوصول إلى التطابق الكلي بين المكتسب ومجال الحق.

مثال: تدرج المكتسبات المنبثقة عن النصوص التشريعية المتعلقة بالضمان الاجتماعي في مجال الحق في الحماية الاجتماعية ولا تتعداه إلى مجالات حقوق أخرى. غير أن المكتسبات المذكورة لا تستوعب الحق في الحماية الاجتماعية الذي يبقى دائما خاضعا للتجسيد التدريجي، وذلك إلى حين الأعمال الكلي لهذا الحق، كما يبين ذلك الرسم البياني التالي:

32 يبرز الالتزام الإيجابي المتعلق بحق العمل من خلال أحكام الفصل 40 من الدستور الذي ينص أن الدولة تتخذ التدابير الضرورية لضمان هذا الحق على أساس الكفاءة والإنصاف.

رسم بياني حول مجال الحق في الحماية الاجتماعية ومجال المكتسبات المرتبطة به

مجال المكتسبات يرتبط بالتطور الإيجابي في أعمال الحق في الحماية الاجتماعية، لذلك فهو قابل للتوسع إلى أن يتطابق مع مجال الحق عند الانتفاع الكامل بهذا الأخير.

مجال الحق في الحماية الاجتماعية تضبطه النصوص المرجعية (الدستور والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمعاهدات الدولية المصادق عليها)

ج- بخصوص مدى المكتسب

لضبط مدى المكتسب، فإنه يتعين على الجهة المكلفة بصياغة مشروع قانون جديد يندرج في مجال الحقوق والحريات الرجوع إلى النصوص القانونية النافذة التي تعلوه درجة واعتماد النص الذي يتضمن مجال حماية أكبر والذي يمثل النص المرجعي والنقطة التي يجب الوقوف عندها للقيام بمقارنة بين مستوى الحماية الذي يوفره ومستوى الحماية التي يتضمنها مشروع النص الجديد³³. وبالتالي، يُقاس مدى المكتسب بالرجوع إلى هذا النص المرجعي.

3- ماهي العناصر المرجعية لتقدير التراجع عن المكتسب من عدمه؟

يتعين على الجهة المكلفة بصياغة مشروع القانون المندرج في مجال الحقوق والحريات تقدير التراجع عن المكتسب بإجراء مقارنة بين هذا المشروع والنص الذي يسبقه والمتضمن لأعلى مستوى من الحماية للحق أو الحرية. فإذا أثبتت المقارنة وجود تراجع فيما يتعلق بمستوى الحماية المذكورة، يعتبر ذلك تراجعاً عن المكتسب. وبالتالي يصبح من الضروري على السلطة التنفيذية في هذه الحالة مراجعة أحكام مشروع القانون بما يضمن مراعاة مستوى الحماية المكفول أو بما يضمن توسيع وتدعيم مجال الحماية.

33 تجدر الإشارة إلى وجود اتجاهات مختلفة في الفقه وفقه القضاء المقارنين لتحديد النص المرجعي الذي يمثل نقطة المقارنة. حول هذه الاتجاهات في بلجيكا، انظر:

France LAMBINET, « Mise en œuvre du principe de standstill dans le droit de l'assurance chômage : quelques observations en marge de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 2018 », pp. 7-8 (disponible sur : www.terralaboris.be).

وقد ذهب بعض الفقهاء في بلجيكا إلى اعتبار أنه يمكن للجهة المكلفة بصياغة مشروع القانون المندرج في مجال الحقوق والحريات استناداً إلى الالتزامات الإيجابية المتصلة بالحقوق والحريات والمتجسدة في الأعمال التدرجي لها من قبل المشرع، اعتماد التوجه الذي يعتبر النص السابق الذي يوفر أعلى مستوى من الحماية للحق، انظر:

Isabelle HACHEZ, « L'effet de standstill : le pari des droits économiques, sociaux et culturels ? », in Administration Publique, vol. 24 ème année, no. 1 (2000), pp. 49-50 (disponible sur : <https://dial.uclouvain.be>).

فما هي درجة التخفيض التشريعي لمستوى الحماية التي يمكن معها الإقرار بوجود تراجع عن المكتسب؟

يوجد اختلاف بين الفقه وفقه القضاء المقارنين حول هذه الإشكالية³⁴. فقد ذهب فقه القضاء إلى اشتراط أن يكون التراجع عن مستوى الحماية مهماً أو ملموساً ("significatif ou sensible") حتى يمكن الإقرار بوجود إخلال بمبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الانسان³⁵.

أما الفقه وفي إطار نقده لهذا التوجه القضائي، فقد ميّز بين الصورتين التاليتين:

- الصورة الأولى: تتمثل في إعمال الحق أو الحرية بطريقة جديدة من قبل المشرع، مع وضع إجراءات مغايرة وتعويضية بهدف الحفاظ على نفس مستوى حماية الحق أو الحرية. وفي هذه الصورة، لا بد من إثبات أن تدخل المشرع نتج عنه تراجع في مستوى الحماية المذكورة للإقرار بوجود إخلال بمبدأ عدم التراجع عن المكتسبات.
- الصورة الثانية: تتمثل في نية المشرع التخفيض من مستوى حماية الحق أو الحرية دون وضع الإجراءات التعويضية المذكورة. وفي هذه الصورة، كل تراجع مقصود، حتى وإن كان غير ملموس أو مهم، يعتبر إخلالاً بمبدأ عدم التراجع عن المكتسب، بما يجعل المشرع مطالباً بتبرير تدخله على أساس مبدأي الشرعية والتناسب.

4- كيف يمكن ضبط مقترحات بديلة بما يكفل احترام واجب عدم التراجع؟

بناء على ما سبق، يمكن للسلطة التنفيذية في إطار المبادرة التشريعية إعمال الحق أو الحرية بطريقة جديدة، من خلال إعداد مشاريع قوانين جديدة تتضمن إجراءات تقييدية مغايرة مع الحفاظ على نفس مستوى حماية الحق أو الحرية أو التوسيع من مجال الحماية، بما يعني إمكانية التراجع عن بعض الضمانات أو الإجراءات ضمن مشروع القانون على أن يتم استبدالها ضرورة بإجراءات أو صيغ أخرى تكفل وجوباً على الأقل نفس الضمانات أو تساعد على تطوير وتفعيل آليات الانتفاع أو ممارسة الحق أو الحرية.

France LAMBINET, « Mise en œuvre du principe de standstill dans le droit de l'assurance chômage : 34 quelques observations en marge de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 2018 », op.cit., pp 4-6.

35 كمثل عن فقه القضاء المقارن، أنظر:

Cour de cassation de Belgique, arrêt du 5 mars 2018, affaire n° S.16.0033.F/1 (disponible sur : www.juridat.be).

الفقرة 3- لماذا يتعيّن الاستئناس بالتشريع والفقهاء وفقه القضاء المقارن لضمان التقيد بأحكام الفصل 49 في إطار المبادرة التشريعية؟

إنّ الهياكل المكلفة بإعداد مشاريع القوانين الجديدة مطالبة باحترام أحكام الفصل 49 من الدستور باعتباره النص الأعلى في هرم النصوص القانونية ولكونه يمثل حجر الأساس في مادة الحقوق والحريات، وهو ما يستدعي تأويل هذه الأحكام تأويلاً سليماً خاصة فيما يتعلق بشرط التناسب بين الضوابط وموجباتها الذي ينص عليه هذا الفصل. لذلك، فإنّه من الضروري أن تتولى الهياكل المذكورة الاطلاع أولاً على فقه القضاء الوطني في هذا المجال وعلى كتابات الدارسين حول الدستور التونسي وخاصة الفصل 49 منه³⁶.

وفي هذا الإطار، يتعيّن الاعتماد على فقه قضاء المجلس الدستوري الذي تعرّض إلى موجبات ضوابط الحقوق والحريات وإلى فكرة التناسب في بعض آرائه³⁷.

الإطار عدد 4- مثال عن فقه المجلس الدستوري بخصوص موجبات ضوابط الحقوق والحريات وهبداً التناسب

مثال

الرأي عدد 48-2008 للمجلس الدستوري المتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 11 مارس/ آذار 2008 (الرائد الرسمي عدد 21 بتاريخ 11 مارس/ آذار 2008)

جاء في هذا الرأي بخصوص ضمان حق الملكية ما يلي:

"... حيث تقر الفقرات 2 و5 و6 المزمع إضافتها بمقتضى الفصل الأول من مشروع القانون المعروض إلى الفصل 56 من مجلة الأحوال الشخصية، حق البقاء للحاضنة في المسكن الذي هو على ملك الأب عند إلزامه بإسكانها به مع المحضون، دون أن يحول ذلك من إمكانية تفويت الأب في هذا المسكن الذي على ملكه بعوض أو بدونه أو رهنه شريطة التنصيص على حق البقاء المذكور في سند التفويت أو الرهن، وحيث تنص الأحكام المعروضة بالتوازي مع ذلك على أن حق البقاء بالمسكن يزول بزوال موجب، وعلى أن للأب المالك إمكانية مراجعة الحكم المتعلق بسكن الحاضنة، وحيث نص الفصل 14 من الدستور على أن حق الملكية مضمون وبإمارة في حدود القانون، وحيث ولئن ضمن الفصل 14 المذكور حق الملكية فإنه أجاز تقييد ممارسته بالقانون،

36 يمكن في هذا الإطار الاطلاع على مقالين للأستاذة سلوى الحمروني:

Salwa HAMROUNI (S), L'article 49 dans la jurisprudence de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des lois, contribution aux VIèmes journées Abdelfatteh Amor, 2018.

Salwa HAMROUNI (S), « La loi et les restrictions aux droits et libertés », actes du colloque, La loi, faculté de droit de Sfax, avril 2019.

37 يرى بعض الدارسين أنّ حضور فكرة التناسب ظل محتشماً ولم تصبح مبدأ ثابتاً في فقه قضاء المجلس الدستوري (انظر خالد الماجري، المرجع السابق، ص 97).



وحيث أن تحديد حق الملكية بقانون يتخذ لاحترام حقوق الغير وللنهوض الاجتماعي كما يستمد ذلك من الفصل 7 من الدستور، يشكل حالة من حالات تقييد ممارسة حق الملكية،
وحيث أن إسناد الحاضنة ومحتونها حق البقاء بالمسكن الذي هو على ملك الأب يمثل قيда لحقه في الملكية يبره حق المحضون في الحفظ والرعاية وإبقائه في فضائه الأسري،
وحيث أن القانون الذي يحد من حق الملكية لا يجب أن يقتصر على وضع القيود على ممارسة هذا الحق بل يتعين أن يضبط إجراءات توفر في حد ذاتها جملة من الضمانات توازن بين مقتضيات احترام هذا الحق والأساس الذي يبرر تحديده بحسب ما يقدره المشرع وبرقابة المجلس الدستوري،
وحيث أن الأحكام المعروضة ولئن تضمنت، من خلال إقرار حق البقاء، تقييدا لممارسة حق الملكية لاعتبارات مستمدة من الفصل 7 من الدستور، فقد أقرت مع ذلك صراحة أن حق البقاء الممنوح للحاضنة والمحضون مرتبط بتلك الاعتبارات إذ يزول بزوال موجهه وأن للأب المالك إمكانية استرجاع المسكن بطلب مراجعة الحكم المتعلق بالسكنى إذا طرأ تغيير في الظروف والأحوال، فضلا عن عدم المساس بممارسة حقه في التفويت وإن كان ذلك بشروط محددة تزول كذلك بانتفاء أسبابها،
وحيث يكون هكذا التقييد المتعلق بحق الملكية مقترنا بضمانات من شأنها أن تجعل الأحكام المعروضة متسمة بالتوازن المستوجب بين مقتضيات احترام هذا الحق من جهة والاعتبارات التي تبرر هذا التقييد من جهة أخرى،
كما يجعل الفقرات 2 و5 و6 متلائمة مع الفصلين 7 و14 من الدستور...".

كما يتعين الرجوع إلى فقه قضاء الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين التي تعرضت إلى مبدأ التناسب في عدد من القضايا³⁸، مع ضرورة الاطلاع على مقالات الخبراء والدارسين حول فقه القضاء المذكور³⁹.

غير أنه بالرجوع إلى قرارات الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين، لا يمكن استخلاص كيفية إعمال مبدأ التناسب ولا معرفة كيفية إجراء اختبار التناسب بصفة دقيقة، إذ اكتفت الهيئة بالإشارة إلى مبدأ التناسب على أساس أحكام الفصل 49 من الدستور. ويُستنتج من ذلك محدودية فقه القضاء الدستوري الوطني في هذا المجال.

38 قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 04/ 2018 المؤرخ في 4 سبتمبر/ أيلول 2018 المتعلق بالطعن في دستورية مشروع القانون عدد 30/ 2018 المتعلق بإحداث السجل الوطني للمؤسسات (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 74 المؤرخ في 14 سبتمبر/ أيلول 2018)، وقرارها عدد 05/ 2016 المؤرخ في 2 جويلية/ تموز 2016 المتعلق بمشروع قانون البنوك والمؤسسات المالية (الرائد الرسمي عدد 58 المؤرخ في 15 جويلية/ تموز 2016)، وقرارها المؤرخ في 22 ديسمبر/ كانون الأول 2014 بخصوص القضية عدد 08/ 2014 المتعلق بمشروع قانون المالية لسنة 2015 (الرائد الرسمي عدد 104 المؤرخ في 26 ديسمبر/ كانون الأول 2014)، وقرارها المؤرخ في 23 ماي/ أيار 2014 بخصوص القضية عدد 04/ 2014 (الرائد الرسمي عدد 41 المؤرخ في 23 ماي/ أيار 2014).

39 أنظر مقال الاستاذة سلوى الحمروني:

Hamrouni (S), L'article 49 dans la jurisprudence de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des lois, contribution aux VIèmes journées Abdelfattah Amor, 2018.

الإطار عدد 5- مثال عن فقه الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين
بخصوص الفصل 49 من الدستور

مثال 1

قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 04/2014 المؤرخ في 23 ماي/ أيار 2014 (الرائد الرسمي عدد 41 بتاريخ 23 ماي/ أيار 2014)

جاء في هذا القرار أن "القيود الواردة على الحق في الانتخاب والاقتراع والترشح وعلى الحقوق الأساسية التي ضببت في باب الحقوق والحريات مقيّدة هي الأخرى بأحكام الفصل 49 من الدستور والذي اشترط في الضوابط ألا تنال من جوهر الحق وأن تتناسب مع ضرورة تحديده، بغاية حماية النظام العام بشتى أوجهه".

مثال 2

قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 04/2018 المؤرخ في 4 سبتمبر/ أيلول 2018 المتعلق بالظعن في دستورية مشروع القانون عدد 30/2018 المتعلق بإحداث السجل الوطني للمؤسسات (الرائد الرسمي عدد 73-74 بتاريخ 11-14 سبتمبر/ أيلول 2018)

ورد في هذا القرار أنّ التنصيص على وجوب تضمين السجل الوطني للمؤسسات كل البيانات المحددة لهوية مختلف الأشخاص الوارد ذكرهم به "ورد على قدر واسع من العموم ويقتضي مزيد التدقيق حتى لا يتعارض مع الحق في حماية المعطيات الشخصية المحمول ضمانه على الدولة طبق الفصل 24 من الدستور وحتى يحقق مبدأ التناسب بين مقتضيات النظام العام ووجوب الاضطلاع بهذه الحماية المنصوص عليه بالفصل 49 من الدستور".

وبالتالي، وأمام محدودية الفقه وفقه القضاء على المستوى الوطني، تبرز أهمية الإستئناس بالفقه وفقه القضاء المقارنين في مادة ضبط الحقوق والحريات، وذلك كلما تولت السلطة التنفيذية المشروع في إعداد مشروع قانون يتعلق بالمادة المذكورة.

لضمان الاستفادة من الفقه وفقه القضاء المقارنين في ضبط الحقوق والحريات، وخاصة في كيفية إجراء اختبار التناسب، يمكن في إطار المنشور الإطار من رئيس الحكومة المشار إليه آنفا⁴⁰ التنصيص على وجوبية إدراج دراسة التشريع والفقه وفقه القضاء المقارن كجزء من وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور التي يجب أن تصاحب كل مشروع قانون. كما يتعين إرفاق كل مشروع قانون "بنسخة من القوانين المقارنة والفقه وفقه القضاء والدراسات والبحوث التي تم الاستئناس بها واعتمادها في إعداد المشروع" ضمن الملف المتعلق به، وذلك عملاً بمقتضيات منشور رئيس الحكومة عدد 32 المؤرخ في 6 نوفمبر/ تشرين الثاني 2017 حول مرفقات مشاريع القوانين وكيفية اعداد وثيقة شرح أسبابها.

ويعهد هذا العمل إلى الإدارات المكلفة بإعداد مشاريع القوانين. وتضطلع مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة بالإشراف على عمل هذه الإدارات من خلال التثبت من كيفية وصحة استئناسها بالفقه وفقه القضاء المقارنين في ضبط الحق أو الحرية موضوع مشروع القانون.

40 أنظر الصفحة 3 من هذا الدليل.

فقرة 4- وجوب إعداد وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور : ما هي الجهة المكلفة بإعداد هذه الوثيقة؟ وما هي عناصرها ومحتواها؟

يمثل اختبار التناسب تمثيلاً⁴¹ من الضروري اتباعه من قبل السلطة التنفيذية عند المبادرة بمشروع قانون يتضمن ضوابط لحق معين، وذلك في إطار إجراء تقييم لمشروع القانون للتأكد من احترامه لمقتضيات الفصل 49 ولمبدأ التناسب وإعداد وثيقة في الغرض تسمى "وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور" تتضمن نتائج عملية التقييم.

وسيتّم في ما يلي تحديد الجهة التي يجب عليها تقييم حسن تطبيق الفصل 49 من الدستور (1) والمسائل الأولية التي يتعين على هذه الجهة التطرق إليها قبل إجراء اختبار التناسب (2) وتحديد مختلف عناصره التي يجب أن تتضمنها وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور مع تقديم أمثلة من التشريع وفقه القضاء يمكن للجهة المبادرة بمشروع النص الاستئناس بها في ضبط هذه العناصر (3) على أن يتم التطرق في الأخير إلى محتوى هذه الوثيقة مع تقديم مثال تطبيقي (4).

1- الجهة المكلفة بإعداد وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور

بالنسبة لمشاريع القوانين المدرجة في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الجمهورية، يتم إعداد وثيقة تطبيق الفصل 49 من قبل مصالح رئاسة الجمهورية، وبمجال ملف مشروع القانون المتضمن لوثيقة تطبيق الفصل 49 مباشرة إلى خلية برمجة ومتابعة العمل الحكومي التابعة لرئاسة الحكومة قصد برمجته بجدول أعمال مجلس الوزراء.

أما بالنسبة لمشاريع القوانين المدرجة في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الحكومة، فيتم إعداد الوثيقة المذكورة من قبل الوزارة صاحبة المبادرة بإعداد مشروع النص، حيث تقوم هذه الوزارة بتضمين نتائج اختبار التناسب الذي قامت به في وثيقة تُدرج وجوباً ضمن ملف مشروع القانون الذي يحال على رئاسة الحكومة، لتتولى مصالح مستشار القانون والتشريع النظر في مشروع القانون والوثائق المصاحبة له وخاصة وثيقتي تطبيق الفصل 49 وشرح الأسباب والتنسيق مع الوزارة صاحبة المبادرة في هذا الشأن.

2- المسائل الأولية التي يتعين على جهة المبادرة التطرق إليها قبل إجراء اختبار التناسب

قبل البدء في إجراء اختبار التناسب وإعداد وثيقة تطبيق الفصل 49 التي تتضمن نتائج هذا الاختبار، يتعين على الجهة المبادرة بمشروع القانون التثبت مما يلي:

41 حول هذا التمثيل، أنظر التمهيد العام لهذا الدليل، ص xxii و xxiii.

● أولاً- التثبيت من شكل النص القانوني المتضمن لضوابط الحق أو الحرية

يقتضي حسن التقيد بأحكام الفصل 49 من الدستور احترام الاختصاص التشريعي الحصري في ضبط حدود الحقوق والحريات⁴². لذلك فإنه لا يمكن وضع ضوابط للحقوق والحريات إلا بقوانين أساسية تطبيقاً لأحكام المطة العاشرة من الفقرة الثانية من الفصل 65 من الدستور الذي ينص على أنه تتخذ شكل قوانين أساسية القوانين المتعلقة بالحريات وحقوق الإنسان. وبالتالي، يتعين على الجهة المكلفة بإعداد مشروع نص قانوني التثبيت من مضمون أحكامه، فإذا ثبت تقييدها لحق معين وجب اتخاذ نص في شكل قانون أساسي، حتى وإن كانت أغلب فصوله إجرائية أو ذات صبغة فنية ولا تتعلق بتقييد هذا الحق.

● ثانياً- التثبيت من مقروئية النص القانوني المقيد للحق أو الحرية

تساهم مقروئية النص التشريعي المقيد للحق أو الحرية بدورها في ضمان احترام أحكام الفصل 49 من الدستور. فمقروئية النص القانوني في مجال ضبط الحقوق والحريات تعني من جهة أن يمارس المشرع اختصاصه الحصري في هذا المجال بصفة كاملة، دون أن يترك للمسؤولين عن تنفيذ القانون إمكانية وضع القيود، وهو ما يتماشى مع حماية الحقوق التي يكرسها الفصل 49. ومن جهة أخرى، تعني المقروئية أن تكون أحكام القانون المقيد للحق أو الحرية بالذقة والوضوح الكافيين بما يحول دون التعسف والاعتباطية في تأويل وتطبيق هذا القانون ويعزز الأمان القانوني. كما يعد وضوح النص ومقروئيته أساساً لأعمال اختبار التناسب خاصة في تقدير مدى ملاءمة القيد مع الهدف التشريعي. إذ أن غياب الدقة والوضوح في صياغة القانون تحول دون إمكانية التثبيت من وجود رابط عقلاي بين القيد والهدف التشريعي أو من التثبيت من عنصر الضرورة.

عبرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان عن المقروئية في تعليقها العام رقم 34 لسنة 2011 حول المادة 19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (حرية الرأي وحرية التعبير) بالقول: "... يجب أن تصاغ القاعدة التي ستعتبر بمثابة " قانون " بدقة كافية لكي يتسنى للفرد ضبط سلوكه وفقاً لها ويجب إتاحتها لعامة الجمهور. ولا يجوز أن يمنح القانون الأشخاص المسؤولين عن تنفيذه سلطة تقديرية مطلقة في تقييد حرية التعبير. ويجب أن ينص القانون على توجيهات كافية للمكلفين بتنفيذه لتمكينهم من التحقق على النحو المناسب من أنواع التعبير التي تخضع للتقييد وتلك التي لا تخضع لهذا التقييد".

وفي فقه القضاء في تونس، أقرت الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين صراحة مبدأً وضوح ودقة النص القانوني في قرارها عدد 2/2017 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 موفي سنة 2017.

42 وهو ما يطلق عليه بالتحفظ التشريعي.

اعتبرت الهيئة أنّه "من شروط صياغة النصوص التشريعية أن تستجيب لمبدأ السلامة المرتقبة منها ومناطق ذلك أن النص يجب أن يكون على قدر من الوضوح والدقة بما يسمح باستيعابه وإدراك مضمونه". وقد أقرت الهيئة في نفس القرار أنه في سبيل تحقيق مبدأ وضوح ومقروئية النص القانوني فإنه يمكن إدراج أحكام ذات صبغة ترتيبية في نص تشريعي معلنة أن "خوض المشرع في تفاصيل راجعة إلى اختصاص السلطة الترتيبية (...) لا يؤول إلى الإقرار بعدم دستورية الفصل الثاني من المشروع طالما استوجه ارتباطه الوثيق بفحوى مشروع القانون واتجه لذلك ردّ هذا المطعن".

وفي فقه القضاء المقارن، اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم 514-2005 بتاريخ 28 أبريل / نيسان 2005 أن هدف تحقيق وضوح ومقروئية النص القانوني يكتسي قيمة دستورية بالقول:

"Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution : " La loi détermine les principes fondamentaux... du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale "; qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement cette compétence ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 6, 5, 4 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ».

وتبعاً لذلك، يمكن القول أن اتخاذ نص تشريعي موحد يضم الأحكام المقيدة للحق أو الحرية إلى جانب الأحكام ذات الصبغة الإجرائية أو الفنية يتماشى مع مبدأ وضوح النص القانوني ومقروئته.

● ثالثاً- التثبيت من أنّ تقييد الحق أو الحرية ليس من شأنه أن يمس بجوهرهما⁴³.

● رابعاً- التثبيت من أنّ هذا التقييد ضروري في دولة مدنية ديمقراطية⁴⁴ وأنّ الغرض منه مشمول بقائمة الأهداف التي ينص عليها الفصل 49 من الدستور⁴⁵، أي التثبيت من شرط "الضرورة الخارجية"⁴⁶.

43 حول شرط عدم المساس بجوهر الحق، أنظر التمهيد العام، ص xxii.

44 حول شرط الضرورة التي يقضيها إرساء دولة مدنية ديمقراطية، أنظر التمهيد العام للدليل، ص xx و xxii.

45 حول الأهداف التي يسمح الفصل 49 بحمايتها، أنظر التمهيد العام للدليل، ص xxiii و xix.

46 تم استعمال هذا المصطلح من قبل الأستاذ سليم اللغاني، أنظر:

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

● خامسا- التثبيت من احترام مبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الانسان مثلما تم بيانه آنفا⁴⁷.

ويجب أن تبرز وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور التمشي المعتمد من قبل الجهة المبادرة بالنص للتثبيت من المسائل سابقة الذكر.

3- عناصر اختبار التناسب

إذا تبين أن تقييد الحق أو الحرية تمّ بواسطة نص تشريعي وأنه لا يمس من جوهرهما وأن الهدف منه مشمول بقائمة الأغراض الشرعية المنصوص عليها بالفصل 49 وأنه قد تم احترام مبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الانسان، تقوم الجهة المكلفة بإعداد مشروع القانون بالمرور إلى اختبار التناسب بمراحله الثلاثة للتثبيت من توفر الملاءمة (adéquation) والضرورة (nécessité interne)⁴⁸ والتناسب في معناه الضيق (Proportionnalité au sens strict)⁴⁹ في الإجراء التقييدي للحق أو الحرية وإعداد وثيقة تطبيق الفصل 49.

وبعد اجراء اختبار التناسب بمراحله الثلاثة من قبل الجهة المبادرة بمشروع النص، لابد أن تبرز من خلال وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور التي تتضمن نتائج هذا الاختبار العناصر الثلاثة التالية:

- عنصر الملاءمة.
- عنصر الضرورة.
- عنصر التناسب في معناه الضيق.

أ- عنصر الملاءمة

يحيل هذا العنصر إلى العلاقة بين الإجراء التقييدي والغرض منه، حيث يتم التثبيت عبر اختبار التناسب من وجود صلة منطقية بينهما، أي التثبيت من أنّ القيد المفروض ملائم لتحقيق الغرض من اتخاذ القانون المعني.

وبالتالي، فإنّ وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور يجب أن تتضمن الاجابة على السؤال التالي: هل أن إجراء تقييد الحق قادر على تحقيق الهدف المنشود من هذا التقييد؟ أي هل هناك رابط منطقي بين التقييد والغرض المراد تحقيقه؟

ويمكن للجهة المبادرة بمشروع القانون الاستنارة بما ورد في التشريع الوطني والقانون الدولي وفقه القضاء المقارن في ضبط عنصر الملاءمة ضمن وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور.

47 أنظر الصفحة 10 من هذا الدليل.

48 يُقصد بذلك الضرورة كعنصر من عناصر اختبار التناسب، أي العنصر الذي يُمكن من معرفة ما إذا كان القيد بذاته ضروريا أي لا مفر منه للوصول إلى تحقيق الهدف المشروع. حول هذا المصطلح أنظر التمهيد العام للدليل ص xxii. وحول هذا المصطلح الأستاذ سليم الغناني، المرجع السابق.

49 حول هذه المراحل الثلاثة، أنظر التمهيد العام للدليل ص xxii و xxiii.

* عنصر الملاءمة في التشريع الوطني

تمّ تكريس هذا العنصر في التشريع الوطني. ويبرز ذلك خاصة من خلال أحكام القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس/ آذار 2016 المتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة، حيث ينص الفصل 24 من هذا القانون على أنه "لا يمكن للهيكल المعني أن يرفض طلب النفاذ إلى المعلومة إلا إذا كان ذلك يؤدي إلى إلحاق ضرر بالأمن العام أو بالدفاع الوطني أو بالعلاقات الدولية فيما يتصل بهما أو بحقوق الغير في حماية حياته الخاصة ومعطياته الشخصية وملكيته الفكرية". وتمثل هذه الاستثناءات قيودا للحق في النفاذ إلى المعلومة. وهي تعتبر ملائمة للأهداف التي وضعت من أجلها⁵⁰ نظرا لأنها تساهم في تحقيقها ويوجد رابط عقلائي بينها.

* عنصر الملاءمة في القانون الدولي

عبرت اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية عن هذا العنصر بالقول: "لا يكفي أن تخدم القيود الأغراض المسموح بها؛ فيجب أيضاً أن تكون ضرورية لحمايتها. ويجب أن تتماشى التدابير التقييدية مع مبدأ التناسب؛ ويجب أن تكون ملائمة لتحقيق وظيفتها الحمائية"⁵¹.

* عنصر الملاءمة في فقه القضاء المقارن

اعتبرت المحكمة الدستورية الألمانية في عدد من القضايا أنّ الإجراء التقييدي يجب أن "يسهم (ولو جزئياً) في الوصول إلى الغرض المنشود وهو ما يؤدي إلى القول بأنّ [قياس الملاءمة] لا يسفر إلا عن استبعاد الإجراءات العامة التي تبيّن عدم عقلانيتها"⁵².

في قضية أو كس **Oakes**⁵³ التي تعلقت بإجراء اعتبر كل شخص حائز مادة مخدرة تاجر إلى أن يثبت ذلك، ذهبت المحكمة العليا بكندا إلى وجوب أن يتم وضع الإجراءات التقييدية بصفة دقيقة للوصول إلى الهدف المنشود وألا تكون هذه الإجراءات اعتباطية ولا غير منصفة ولا مبنية على اعتبارات غير عقلانية⁵⁴. وقد تم اعتماد نفس التمشي في قضية بينر **Benner**⁵⁵ المتعلقة بقانون المواطنة الكندية الذي يفرض على الأشخاص المولودين لأُم كندية وأب غير كندي الخضوع إلى تحقيق أمني وأداء القسم، حيث قضت المحكمة بعدم مراعاة هذه الإجراءات التحديدية لمعيار الرابط العقلاني مع الهدف التشريعي المتمثل في التأكد من ولاء الشخص للدولة الكندية والحفاظ على سلامة مواطنيها⁵⁶.

50 بينت لجنة الحقوق والحريات والعلاقات الخارجية بمجلس نواب الشعب هذه الأهداف في تقريرها النهائي حول مشروع القانون المذكور والذي جاء فيه ما يلي: "إن كانت الاستثناءات تقيد الحق فهي لا تمس من جوهره أي أنها لا تخدّفه ضمناً لأن المبدأ يظل الحق وإنما الاستثناءات التي تم الإبقاء عليها تفرضها حماية الدولة المدنية الديمقراطية وقد ورد تعدادها على سبيل الحصر وكذلك حقوق الغير المتعارضة مع الحق في النفاذ للمعلومات بما يستوجب من حماية للحياة الخاصة والمعطيات الشخصية موضوع الفصل 24 من الدستور وللملكية الفكرية بالفصل 41 منه لأنها حقوق دستورية لا تقل قيمة عن الحق في النفاذ".

51 الفقرة 14 من التعليق العام رقم 27 للجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية (1999).

52 أنظر خالد الماجر، المرجع السابق، ص 101.

53 R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.

54 نفس المرجع، ص 101.

55 Benner c. Canada (Secrétaire d'État), [1997] 1 R.C.S. 358.

56 نفس المرجع، ص 101.

ب- عنصر الضرورة

قد تتوفر لدى السلطة التنفيذية مجموعة واسعة من الوسائل لتحقيق الغرض من تقييد حق معين. لذلك فإنه يجب على الجهة المبادرة بمشروع النص أن تثبت أن الحد الذي ينص عليه هذا المشروع يعد الإجراء الأقل تقييدا.

وبالتالي، فإن وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور يجب أن تبين بدقة أن القيد المفروض على الحق أو الحرية ضروري لتحقيق الغرض المشروع من سن القانون المعني أي أنه الإجراء الأقل تقييدا للحق. وكما هو الشأن بالنسبة لعنصر الملاءمة، يمكن للجهة المبادرة بمشروع النص الاستئناس بالتشريع الوطني والقانون الدولي وبفقه القضاء لضبط عنصر الضرورة.

*** عنصر الضرورة من خلال التشريع الوطني**

في إطار التفويض الذي تمّ منحه لرئيس الحكومة بمقتضى القانون عدد 19 لسنة 2020 المؤرخ في 12 أفريل/ نيسان 2020 المتعلق بالتفويض إلى رئيس الحكومة في إصدار مراسيم لغرض مجابهة تداعيات انتشار فيروس كورونا "كوفيد - 19"، صدر المرسوم عدد 17 لسنة 2020 المؤرخ في 12 ماي/ أيار 2020 المتعلق بالمعرف الوحيد للمواطن.

ويتبين من خلال أحكام هذا المرسوم، سعي الجهة صاحبة المبادرة بإعداد المرسوم إلى التقيّد بمقتضيات الفصل 49 من الدستور، وذلك للاعتبارات التالية:

- رغم أن تقييد الحقوق والحرّيات لا يكون إلا بقانون أساسي، فإنّ صدور النص المذكور في شكل مرسوم، يبقى متوافقا مع أحكام الفصلين 49 و65 من الدستور⁵⁷، باعتبار أنّ المرسوم هو نص يصدر في مجال القانون، واعتبارا أنّ المشرّع الدستوري لم يستثن سوى النظام الانتخابي من مجال المراسيم بما يجعل كل المواد التشريعية الأخرى قابلة للصدور في شكل مرسوم وذلك تماشيا مع أحكام الفصل 146 الذي ينص على أنه "تُفسر أحكام الدستور ويؤوّل بعضها البعض كوحدة منسجمة".
- الإشارة إلى أحكام الفصل 49 من الدستور في قائمة إطلاعات المرسوم المذكور فضلا على الفصل 24 من الدستور المكرّس للحق في حماية المعطيات الشخصية يبيّن نية السلطة التنفيذية في تكريس التناسب بين القيود التي قد تترتب عن تطبيق أحكام هذا المرسوم على الحق في حماية لمعطيات الشخصية والغاية من وضع هذه القيود.
- التأكيد في شرح الأسباب على أنّ "الحاجة أصبحت ملحّة في المرحلة الحالية إلى إنشاء المعرفّ الوحيد للمواطنين خاصة مع الأشكالات العملية المرتبطة بعملية إسناد المساعدات الاجتماعية في إطار مواجهة تداعيات جائحة كورونا"، بما يدل على وجود ضرورة أكيدة من اتخاذ هذا المرسوم، تماشيا مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور.

57 تنص المطة العاشرة من الفقرة الثانية من الفصل 65 من الدستور على أنه تتخذ شكل قانون أساسي النصوص المتعلقة بـ"الحرّيات وحقوق الإنسان".

وفيما يتعلق بعنصر الضرورة، فإنه يُستشف من خلال شرح أسباب المرسوم المذكور أنّ المعرف الوحيد يُمثل الوسيلة التقنية الأقل تقييدا للحق في حماية المعطيات الشخصية باعتبار توفرها على الضمانات المشار إليها آنفا والتي تُمكن في نفس الوقت من تحقيق المصلحة العامة المنشودة بما يمكن معه القول أنّ المرسوم المذكور يستجيب إلى عنصر الضرورة.

* عنصر الضرورة في القانون الدولي

عبرت اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية عن هذا العنصر في تعليقها سابق الذكر كما يلي: "يجب أن تكون [التدابير التقييدية] أقل الوسائل تدخلا مقارنة بغيرها من الوسائل التي يمكن أن تحقق النتيجة المنشودة".

* عنصر الضرورة في فقه القضاء المقارن

عرفت المحكمة الدستورية الألمانية هذا العنصر في إحدى القضايا⁵⁸ بالقول أنّ الإجراء المقيد للحق "يكون ضروريا إذا لم يكن بوسع المشرع أن يختار وسيلة أخرى لها نفس القدر من الفاعلية وتنتهك الحقوق الأساسية بقدر أقل أو لا تنتهكها على الإطلاق"⁵⁹.



إن التثبت من شرطي الملاءمة والضرورة يتعلق بالتأكد من نجاعة الإجراء التقييدي المضروب على الحق في حين أن التثبت من شرط التناسب (اختبار التناسب بمعناه الضيق) فإنه يتعلق بتقدير الآثار المترتبة عن القيد بالنظر إلى الوضعية المعنية بذلك الإجراء وإلى أهمية الهدف المزمع تحقيقه.

ج- التناسب في معناه الضيق

حتى لو كان التدبير ملائما وضرورياً، فإن السؤال الذي يجب أن تتضمنه وثيقة تطبيق الفصل 49 الاجابة عنه هو هل أن المزايا والمنافع المترتبة عن تحقيق الهدف المنشود الذي من أجله تم تقييد الحق أهم من الآثار السلبية المترتبة عن تقييد الحق؟

للإجابة على هذا السؤال، تتولى الجهة المكلفة بصياغة مشروع القانون المدرج في مجال الحقوق والحريات النظر إلى التناسب من زاوية العلاقة بين الإجراء التقييدي المتخذ خدمة للمصلحة العامة ومصصلحة صاحب الحق، للتثبت من وجود توازن بين المزايا والمنافع المترتبة عن الإجراء التشريعي بالنظر إلى الهدف التشريعي، من جهة، والأعباء المترتبة عن ذلك الإجراء مقارنة بالحقوق والحريات الأساسية المكرّسة في دولة مدنية ديمقراطية، من جهة أخرى⁶⁰. ويفتح تقدير هذا الشرط وإعماله نقاشا بخصوص الحقوق والحريات التي يجب أن تسود وأن يتم تكريسها في دولة مدنية ديمقراطية وبالتبعية فتح نقاش بخصوص أي نموذج من المجتمع يرغب المشرع ومختلف الجهات المعنية بتطبيق أحكام الفصل 49 من الدستور (مختلف مكونات السلط العمومية والسلطة القضائية والمجتمع المدني) تكريسه والدفاع عنه.

Cannabis, BVerfGE 90, 145 (Constitutional Court of Germany 1994). 58

خالد الماجري، المرجع السابق، ص 103. 59

Ridha Fraoua, « Le principe de proportionnalité: limite aux restrictions des droits fondamentaux et maxime d'action de l'Etat », Sessions de débat organisées par 'IDEA (Peer to peer sessions) » sur l'article 49 de la Constitution tunisienne et le principe de proportionnalité, Tunis, 27-29 février 2020. 60

ويطلق بعض الدارسين على عملية التثبيت هذه "قياس الموازنة بحسب الحالة"، ويمثل هذا القياس طريقة لتقييم المصالح الشخصية المتضررة في حالة معينة من ناحية، وتقييم المصالح العامة المقابلة لها من ناحية أخرى، "للحكم إن كان الصالح العام في تلك الحالة يعينها له تأثير مقبول أو مفرط على المصالح الشخصية المحمية لصاحب الحق"⁶¹.

وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن أغلب التجارب المقارنة لا تجعل المرور إلى هذه المرحلة آلياً، فإذا فشل الاختبار في المرحلة الأولى وهو أمر نادر أو في المرحلة الثانية وهو أمر ممكن، لا موجب للمرور إلى الاختبار الثالث.

ويمكن للجهة المكلفة بإعداد مشروع النص الاستفادة مما جاء في التشريع الوطني والدولي وفقه القضاء في ضبط عنصر التناسب في معناه الضيق ضمن وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور.

* عنصر التناسب في معناه الضيق من خلال التشريع الوطني

تم تكريس هذا العنصر في التشريع الوطني وهو ما يبرز من خلال المثالين التاليين:

مثال 1- القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس /أذار 2016

المتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة

يتبين من خلال أحكام هذا القانون أنّ المشرّع يعتبر، من حيث المبدأ، أنّ الحق في حماية الحياة الخاصة والمعطيات الشخصية باعتباره حقاً دستورياً⁶² يغلب على أحد الحقوق الدستورية الأخرى وهو الحق في النفاذ إلى المعلومة⁶³، حيث يُجيز للهياكل العمومية رفض مطلب النفاذ إلى المعلومة إذا كان من شأن ذلك إلحاق ضرر "بحقوق الغير في حماية حياته الخاصة ومعطياته الشخصية"، وهو يعتبر بذلك حماية الحياة الخاصة والمعطيات الشخصية أحد استثناءات حق النفاذ إلى المعلومة.

غير أنّ المشرّع أتاح للهياكل العمومية إمكانية الاستجابة لمطالب النفاذ إلى المعلومة التي من شأنها المساس بالحياة الخاصة والمعطيات الشخصية، إذا كانت الغاية من مطلب النفاذ إلى المعلومة هو:

- "الكشف عن الانتهاكات الفادحة لحقوق الإنسان أو جرائم الحرب أو البحث فيها أو تتبّع مرتكبيها"،
- أو "لوجود تهديد خطير للصحة أو السلامة أو المحيط أو جراء حدوث فعل إجرامي".

وبالتالي يُستشفّ من ذلك أنّ المشرّع يعتبر أنّ المنافع التي تترتب عن تحقيق الهدف الذي من أجله وقع تقييد الحق، أي الهدف المتمثل في "الكشف عن الانتهاكات الفادحة لحقوق الإنسان أو جرائم الحرب أو البحث فيها أو تتبّع مرتكبيها" أو في التصدي إلى التهديد الخطير للصحة أو السلامة أو المحيط، أهم من الآثار السلبية المترتبة عن انتهاك الحق في حماية الحياة الخاصة والمعطيات الشخصية.

61 خالد الماجري، المرجع السابق، ص 107.

62 ينص الفصل 24 من الدستور على أنه "تحمي الدولة الحياة الخاصة ... والمعطيات الشخصية".

63 ينص الفصل 32 من الدستور على أنه "تضمن الدولة ... الحق في النفاذ إلى المعلومة".

ما هي الآليات التي تضمن احترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور خلال المبادرة التشريعية التي تُعدّها السلطة التنفيذية؟

إلا أنه تجدر الإشارة أنّ المشرّع، وإن أجاز إمكانية المساس بالحق في حماية الحياة الخاصة والمعطيات الشخصية من أجل الوصول إلى أهداف المصلحة العامة المذكورة، فإنّه سعى إلى الحد من الآثار السلبية المترتبة عن القيد المسلط على الحق في حماية الحياة الخاصة والمعطيات الشخصية من خلال تنصيبه في الفصل 27 من القانون الأساسي المذكور⁶⁴ على أنّ الهياكل العمومية مطالبة عند الاستجابة لطلبات النفاذ إلى المعلومة المتضمنة لمعلومات حول الحياة الخاصة والمعطيات الشخصية بالقيام في مرحلة أولى بحجب الجزء المعني بالمعطيات المذكورة "متى كان ذلك ممكناً". وهو ما يجيلنا إلى تطبيق المشرّع لعنصر التناسب في معناه الضيق.

مثال 2- المرسوم عدد 17 لسنة 2020 المؤرخ في 12 ماي/أيار 2020 المتعلق بالمعرف الوحيد للمواطن

في إطار تأكيد أهمية المزايا المترتبة عن إصدار المعرف الوحيد مقارنة بآثاره السلبية على حماية المعطيات الشخصية، فقد تضمن المرسوم جملة من الأحكام للحد من الآثار السلبية للمعرف الوحيد على حماية المعطيات الشخصية وذلك من خلال:

أولاً: عدم تضمّن المعرف الوحيد للمواطن أية دلالة من شأنها الكشف عن هوية صاحبه، وهي ضمانته لحماية المعطيات الشخصية.

ثانياً: تمكين المواطن من الاطلاع على كل الأعمال التي أنجزت على معرفه الوحيد وعلى الهياكل التي أنجزتها، رغم أنه كان من الأجدر استئناسا بالمعايير الدولية الفضلى المعمول بها في هذا المجال التنصيب على وجوب قيام الهياكل العمومية بمبادرة منها بإعلام المواطن وليس فقط إتاحة الإمكانية للمواطن للاطلاع على المعطيات المذكورة بطلب منه.

* عنصر التناسب في معناه الضيق في القانون الدولي

يمكن أن يستشف هذا العنصر من التعليق العام رقم 27 للجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية المذكور والذي جاء فيه: "... يجب أن تكون [التدابير التقييدية] متناسبة مع المصلحة التي ستحميها"، أي ألا تتجاوز الأضرار المترتبة عن التدابير التقييدية الفوائد التي سيتم تحقيقها للمصلحة المحمية .

* عنصر التناسب في معناه الضيق في فقه القضاء

- فقه القضاء الوطني

عُرضت على المحكمة الإدارية قضية تمثلت وقائعها في الإبقاء قيد الاحتفاظ على شخص متهم باجتياز الحدود خلسة. وقد بررت الإدارة قرارها بكون المعني بالأمر وهو مغربي الجنسية تونسي النشأة، والالتقاء يشكل خطراً على الأمن العام دون الإدلاء بما يفيد ذلك.

64 ينص الفصل 27 من القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 على أنه "إذا كانت المعلومة المطلوبة مشمولة جزئياً باستثناء منصوص عليه بالفصلين 24 و25 من هذا القانون، فلا يمكن النفاذ إليها إلا بعد حجب الجزء المعني بالاستثناء متى كان ذلك ممكناً".

في هذه القضية، نظرت المحكمة إلى المسألة المطروحة من زاوية تأثير القرار الذي اتخذته الإدارة على حقوق المعني بالأمر فاعتبرت "أنه بالنظر إلى طبيعة الأفعال المنسوبة للعارض من جهة، وإلى كونه لم تبقى له أي رابطة عائلية بالقطر المغربي من جهة أخرى، فإن قرار الترحيل الذي استهدفه سوف ينال في صورة تنفيذه بصفة مشطية وغير متناسبة مع الأهداف التي يرمي إليها من حقه في التمتع بحياة عائلية عادية مما يجعل الأسباب التي استند إليها المطلب تبدو جدية في ظاهرها". واستنتجت المحكمة "أن القرار المذكور من شأنه أن يتسبب للعارض في نتائج يصعب تداركها الأمر الذي يتجه معه الاستجابة للمطلب الراهن"⁶⁵.



إلى جانب ذلك، كرست هيئة النفاذ إلى المعلومة التناسب بمعناه الضيق من خلال الموازنة بين الغاية التي يمكن تحقيقها من مطلب النفاذ والمصلحة التي يمكن أن تتضرر من إتاحة المعلومة وذلك بحسب ملاسبات كل قضية (التناسب بحسب الحالة) مثلما يتضح من المثالين التاليين:

مثال عدد 1

في القرار عدد 33 بتاريخ 19 أبريل / نيسان 2018⁶⁶، اعتبرت الهيئة أن المصلحة العامة التي ستتحقق من تقديم المعلومة والمتمثلة في الكشف عن شبهات فساد وعن تجاوزات مالية بالمؤسسة المعنية أهم من المصلحة التي تمسكت الجهة المدعى عليها بحمايتها وبالتالي قضت بوجوب إتاحة التقرير مع حجب المعطيات الشخصية المتعلقة بأسماء حرفاء المؤسسة المذكورة وألقابهم وحساباتهم البنكية.



مثال عدد 2

في القرار عدد 351/2018 بتاريخ 25 أبريل / نيسان 2018، م.ع / محافظ البنك المركزي التونسي⁶⁷، رفضت الهيئة الاستجابة لمطلب نفاذ يتعلق بطلب حصول الطاعن على وثائق بنكية لمواطنة أجنبية غير مقيمة كان يشترك معها في ملكية عقار. واعتبرت الهيئة بمناسبة تعهدا بالنظر في القضية المذكورة أنّ حماية المعطيات الشخصية المتمثلة في هوية المعنية بالأمر وعنوانها ورقم حسابها البنكي أهم من الغاية المراد تحقيقها من مطلب النفاذ خاصة في ظل ثبوت عدم وجود أية مصلحة عامة من إتاحة المعلومة المطلوبة.



- فقه القضاء المقارن -

كمثال عن تطبيق فقه القضاء المقارن لعنصر التناسب في معناه الضيق، يمكن الإشارة إلى قرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في بعض القضايا المتعلقة بتقييد السلطات الادارية لحق الملكية لأسباب تتعلق بحماية المحيط.

65 المحكمة الإدارية، توقيف تنفيذ القضية عدد 413108 صادر في 22 فيفري / شباط 2010.

66 قرار منشور على موقع واب الهيئة: www.inai.tn

67 قرار منشور على موقع واب الهيئة سابق الذكر.

اعتبرت هذه المحكمة في قضية *Pine Valley Developments et autres c. L'Irlande* (n°12742/87) أنه قد تمت مراعاة التناسب بما أن المتضرر من إلغاء رخصة بناء منحت له لأسباب تتعلق بحماية المحيط دون تعويض قد بقي مالكا لعقاره وبإمكانه استغلاله بشكل آخر⁶⁸.

وفي قضيتين أخريين تمثلت وقائعهما في منع السلطات الادارية المدعين من البناء على أراضيهم لأسباب متعلقة بحماية المحيط⁶⁹، لاحظت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وجود تدخل في حق الملكية نظرا لأن المنع المذكور لم يترافق مع تعويض عادل وهو ما يجعله إجراء غير متناسب مع الهدف المشروع الذي يسعى إلى تحقيقه⁷⁰.

واعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية *Valico SRL c. L'Italie* (n.7007/01) أن إجبار شركة على التراجع بضعة أمتار في تصفيف البناية التي شيدتها داخل منطقة خضراء وعلى دفع خطية، عوضا عن الهدم الذي كان ممكنا، إجراء متناسب مع الهدف المشروع المراد تحقيقه لأنه يعتبر "الوسيلة الأقل حدة"⁷¹ لتحقيق هذا الهدف.

كما يمكن الإشارة إلى ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية السويسرية في قضية تمثلت وقائعها في منع معلمة من ارتداء الحجاب الإسلامي، حيث قامت المحكمة بالموازنة بين حق المعلمة في التعبير عن معتقدها الديني من جهة والحياد الديني للمؤسسة التعليمية وحق التلاميذ في عدم التأثر عليهم من قبل معلمهم من الناحية العقائدية من جهة أخرى، لترجح المحكمة الحياد الديني للمؤسسة على حق المعلمة في التعبير عن معتقدها، وذلك بالنظر لملاسات الحالة المعروضة أمامها وما حف بها من اعتبارات⁷².

4- محتوى وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور

يجدر التأكيد على ضرورة التنصيص في المنشور الإطاري المقترح إعداده والمشار إليه أعلاه⁷³ على وجوب إرفاق كل مشروع قانون يتضمن ضوابط لحق أو حرية معينة، بوثيقة تطبيق الفصل 49 الخاصة به، وذلك إلى جانب التنصيص على المعطيات الواجب توفرها في هذه الوثيقة، على غرار ما تم إدراجه بالنسبة لوثيقة شرح الأسباب ضمن المنشور عدد 32 الصادر بتاريخ 6 نوفمبر/ تشرين الثاني 2017 حول مرفقات مشاريع القوانين وكيفية إعداد وثيقة شرح أسبابها.

يُقترح في هذا الصدد أن تعد رئاسة الحكومة (مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة) وثيقة مرجعية لتطبيق الفصل 49 من الدستور تلحق بالمنشور الإطاري سالف الذكر، لاعتمادها من قبل كل الوزارات بهدف

68 ورد في نفس المرجع، ص 103.

69 CEDH, Z.A.N.T.E-Marathonisi A.E. c.La Grèce (n.14216/03), Papastavrou et autres c. La Grèce (n.46372/99).

70 خالد الماجري، المرجع السابق، ص 109.

71 خالد الماجري، المرجع السابق، ص 109.

72 نفس المرجع، ص 108.

73 المشار إليه بالصفحة 1 من مقدمة هذا الدليل.



توحيد كيفية إجراء اختبار التناسب، وحتى يتسنى لمصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة أن تبدي رأيها على ما أدرجته الوزارة المعنية في وثقتها وإدخال التعديلات اللازمة على المشروع ومراجعة الوثيقة التي سيتم توجيهها مع الملف إلى مجلس نواب الشعب، وذلك في أحسن الآجال.

وستعرض فيما يلي إلى عناصر الوثيقة المرجعية لتطبيق الفصل 49 من الدستور (أ) ثم سيتم تقديم مثال تطبيقي عن وثيقة تطبيق الفصل 49 (ب).

أ- عناصر الوثيقة المرجعية لتطبيق الفصل 49 من الدستور

يقترح أن تتضمن الوثيقة المرجعية لتطبيق الفصل 49 من الدستور العناصر التالية:

- عنوان الوثيقة.
- تقديم عام لمشروع القانون.
- تقديم للأعمال المنجزة في كل مرحلة من مراحل اختبار التناسب.
- الاستنتاجات.

الإطار عدد 3- مقترح وثيقة مرجعية لتطبيق الفصل 49 من الدستور

عنوان الوثيقة: وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور بخصوص مشروع قانون يتعلق بـ :

1- تقديم عام لمشروع القانون:

- تقديم الأحكام المتضمنة لتنظيم الحق أو الحرية وضوابط القيود المتعلقة بها
- بيان العلاقة بين مشروع القانون والفصل 49 بما يبرر القيام باختبار التناسب (إبراز الحقوق أو الحريات المنصوص عليها في الدستور التي ينظمها النص).

2- تقديم الأعمال التي تم القيام بها في كل مرحلة من مراحل اختبار التناسب مع ذكر التشريع وفقه القضاء المقارنين والبحوث والدراسات التي تمت الاستئارة بها وكذلك مختلف الاستشارات التي تم إجراؤها في إطار اختبار التناسب.

- الأعمال المنجزة في مرحلة التثبيت من الملاءمة (ماهي الأعمال المنجزة للتثبيت من أن الحد يمكن من الوصول لتحقيق الهدف المنشود؟)
- الأعمال المنجزة في مرحلة التثبيت من وجود عنصر الضرورة (ماهي الأعمال المنجزة للتثبيت من أن الحد لا مفر منه لتحقيق الهدف المنشود وأنه الحد الأقل تطفلا على الحق؟)
- الأعمال المنجزة في مرحلة التثبيت من التناسب في معناه الضيق (ماهي الأعمال المنجزة للتثبيت من أن المزايا والمنافع المترتبة عن تحقيق الهدف المنشود الذي من أجله تم تقييد الحق أهم من الآثار السلبية المترتبة عن تقييد الحق؟).

3- الاستنتاجات.

ب- مثال تطبيقي حول وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور

سنقدم مثالا يتعلق بمشروع القانون الأساسي عدد 62/2016 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 27 لسنة 1993 المؤرخ في 22 مارس/ آذار 1993 المتعلق ببطاقة التعريف الوطنية والذي أحالته الحكومة إلى مجلس نواب الشعب في 5 سبتمبر/ أيلول 2016 قبل أن تقوم بسحبه لمزيد ملاءمته مع مقتضيات الدستور، وإعادة عرضه في مرحلة ثانية بتاريخ 24 جوان/ حزيران 2020 على مجلس نواب الشعب (مشروع القانون عدد 83/2020) بعد إدخال تعديلات جوهرية عليه.

وقد تضمن مشروع القانون الأساسي عدد 62/2016 (الصيغة الأولى من مشروع القانون الأساسي التي تم سحبها) جملة من الأحكام التي تنطوي على تقييد الحق في حماية المعطيات الشخصية الذي ينص عليه الفصل 24 من الدستور، وهو ما يسمح بتطبيق الفصل 49 من الدستور وإجراء اختبار التناسب بشأن هذه الأحكام وإعداد وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور في الغرض مثلما تبينه الجذاذة التالية.

وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور بخصوص مشروع قانون أساسي عدد 62/2016 يتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 27 لسنة 1993 المؤرخ في 22 مارس/ آذار 1993 المتعلق ببطاقة التعريف الوطنية

1 - تقديم عام لمشروع القانون الأساسي عدد 62/2016 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 27 لسنة 1993 المؤرخ في 22 مارس/ آذار 1993 المتعلق ببطاقة التعريف الوطنية

يندرج مشروع القانون الأساسي المذكور في إطار توجهات مخطط التنمية لسنوات 2016-2020 بخصوص تعزيز الإدارة الإلكترونية وجعلها أكثر انفتاحا على المواطن وتعصير خدماتها. ومن أهم الإصلاحات المبرمجة في هذا الإطار، تطوير منظومة وطنية للتعريف الإلكتروني للمواطن، من خلال إحداث المعرف الوحيد للمواطن⁷⁴ وتطوير منظومة التعريف الوطني.

ويهدف مشروع القانون الأساسي المذكور إلى تنقيح وإتمام القانون عدد 27 لسنة 1993 المؤرخ في 22 مارس/ آذار 1993 المتعلق ببطاقة التعريف الوطنية، وذلك في اتجاه ملاءمة الأحكام المنطبقة على بطاقة التعريف الوطنية باعتبارها الوثيقة الرسمية الأساسية المعتمدة حاليا لإثبات هوية الأشخاص، مع المعايير والمقاييس الدولية الخاصة بوثائق الهوية وضمان مواكبتها للمتطلبات التقنية والأمنية والإدارية في ضوء التطور الهام الذي شهده المجال الإلكتروني والرقمي.

ومن أبرز ما ينص عليه مشروع القانون الأساسي المذكور هو تضمين بطاقة التعريف الوطنية مساحة مقروءة آليا إضافة إلى شريحة إلكترونية تخزن بها جملة من البيانات الخاصة بصاحب بطاقة

74 في هذا الإطار، صدر مرسوم رئيس الحكومة عدد 17 لسنة 2020 المؤرخ في 12 ماي/ أيار 2020 المتعلق بالمعرف الوحيد للمواطن.

التعريف الوطنية يُحوّل النفاذ إليها من قبل المصالح المؤهلة بالإدارة العامة للأمن الوطني وأعوان الأمن الوطني وأعوان الحرس الوطني، وذلك علاوة على الهياكل العمومية والخاصة بعد موافقة صاحب البطاقة. وهو ما يشكل تقييدا للحق في حماية المعطيات الشخصية (أولا)، ويستدعي بالتالي النظر إلى الأحكام المذكورة من زاوية الفصل 49 من الدستور (ثانيا).

● أولا- الأحكام المتضمنة لتقييد الحق في حماية المعطيات الشخصية

يتضمن الجدول التالي أحكام المشروع القانون الأساسي التي تنطوي على تقييد للحق في حماية المعطيات الشخصية ويبين أوجه هذا التقييد.

أوجه تقييد الحق في حماية المعطيات الشخصية	أحكام مشروع القانون الأساسي
<ul style="list-style-type: none"> يعتبر إدراج هذه المعطيات ضمن البيانات الظاهرة للعيان ببطاقة التعريف الوطنية تقييدا للحق في حماية المعطيات الشخصية. 	<p>الفصل 2 (الفقرة الأولى جديدة): تسلم بطاقة التعريف الوطنية من قبل المصالح المؤهلة بوزارة الداخلية بعد أخذ بصمات وصورة طالبيها، وتحتوي وجوبا على التنصيصات التالية:</p> <ul style="list-style-type: none"> رقم التعريف الوطني للهوية. الاسم واسم الأب واسم الجد واللقب. اسم ولقب الأم. تاريخ الولادة ومكانها. العنوان.
<ul style="list-style-type: none"> إمكانية القراءة الآلية للشرحية الالكترونية المتضمنة للمعطيات الشخصية يمثل تقييدا للحق في حماية المعطيات الشخصية. 	<p>الفصل (2 فقرتان خامسة وسادسة): يمكن أن تتضمن بطاقة التعريف الوطنية بيان اسم ولقب الزوج بالنسبة إلى المرأة المتزوجة أو المترملة بناء على طلب كتابي من صاحبة البطاقة. تتضمن بطاقة التعريف الوطنية مساحة مقروءة آليا تضبط مواصفاتها بمقتضى الأمر الحكومي المنصوص عليه بالفصل 6 من هذا القانون.</p>
<ul style="list-style-type: none"> يعتبر إدراج هذه المعطيات ضمن الشرحية الإلكترونية القابلة للقراءة الالكترونية تقييدا للحق في حماية المعطيات الشخصية. عدم تحديد الآلية التقنية التي تمكن من قراءة الشرحية الالكترونية بما يُتيح إمكانية قراءتها عن بعد، يُعتبر قييدا للحق في حماية المعطيات الشخصية. 	<p>الفصل 2 (مكرر): تتضمن بطاقة التعريف الوطنية شرحية إلكترونية ظاهرة ومؤمنة وفقا للشرع النافذ، تخزن بها العناصر والبيانات التالي ذكرها:</p> <p>1. البيانات الوجوبية:</p> <ul style="list-style-type: none"> الاسم واسم الأب واسم الجد واللقب. اسم ولقب الأم. تاريخ الولادة ومكانها. العنوان.

<ul style="list-style-type: none"> • إذا كان المقصود برقم التعريف الوطني للهوية هو المعرف الوحيد للمواطن، فإن إدراجه ضمن البيانات غير المشفرة بالشريحة الإلكترونية سيسمح لكل من يقرأ هذه الشريحة من الاطلاع عليه وتخزينه بسهولة، بما يمس من الحق في حماية المعطيات الشخصية. • تشكّل إتاحة الاستغلال الآلي للعناصر المذكورة حداً من حدود الحق في حماية المعطيات الشخصية. • بخصوص النفاذ إلى الشريحة الإلكترونية من قبل المصالح المؤهلة بالإدارة العامة للأمن الوطني وأعوان الأمن الوطني وأعوان الحرس الوطني، انظر الملاحظة الثارة أعلاه والمتعلقة بالفصل 2 (فقرتين خامسة وسادسة). • يعتبر التنصيص على إمكانية النفاذ إلى البيانات 1 و2 و3 المضمنة بالشريحة الإلكترونية من قبل الهيئات العمومية والخاصة حداً للحق في حماية المعطيات الشخصية، حتى وإن تم ذلك بموافقة صاحب بطاقة التعريف الوطنية. 	<p>2. البيانات الاختيارية التي يتم إدراجها بالبطاقة حسب طلب صاحبها:</p> <ul style="list-style-type: none"> • الفئة الدموية. • صفة "متبرع". • اسم ولقب الزوج بالنسبة إلى المرأة المتزوجة أو المترملة. <p>3. رقم التعريف الوطني للهوية.</p> <p>4. البيانات المشفرة وهي:</p> <ul style="list-style-type: none"> • الصورة. • بصمة الإبهام الأيمن. • البيانات الإدارية المتعلقة بتقييم وتسجيل البطاقة وترميز بياناتها. • يخول الاستغلال الآلي للعناصر والمعطيات المنصوص عليها بالأعداد 1 و2 و3 من الفقرة الأولى من هذا الفصل لغرض التعريف الإلكتروني للمواطن وفق شروط تضبط بمقتضى قانون. • يخول النفاذ إلى الشريحة الإلكترونية من قبل المصالح المؤهلة بالإدارة العامة للأمن الوطني وأعوان الأمن الوطني وأعوان الحرس الوطني المنصوص عليهم بالفصل 7 من هذا القانون، في حدود مجالات اختصاصاتها، وذلك بواسطة قارئات مؤمنة وفقاً للتشريع النافذ. • كما يخول لصاحب البطاقة، وللهيئات العمومية والخاصة، بعد موافقته، النفاذ إلى العناصر والمعطيات المنصوص عليها بالأعداد 1 و2 و3 من الفقرة الأولى من هذا الفصل في حدود الاستعمالات المخولة لهم وفقاً للتشريع النافذ وذلك بواسطة قارئات ملائمة، وتضبط صيغ تطبيق أحكام هذه الفقرة بمقتضى أمر حكومي.
<ul style="list-style-type: none"> • إن التنصيص على المقر الشخصي لصاحب بطاقة التعريف الوطنية في المعطيات الظاهرة للعيان على البطاقة يعدّ قيوداً على الحق في حماية المعطيات الشخصية. 	<p>الفصل 3 (فقرتان ثالثة ورابعة):</p> <p>يتم تقديم مطلب الحصول على بطاقة التعريف الوطنية المشار إليه بالفقرتين الأولى والثانية من هذا الفصل، بالنسبة إلى القصر المنصوص عليهم بالفصل الأول من هذا القانون، من قبل أحد الوالدين أو الولي أو من أسندت له الحضانة أو من قبل المقدم بالنسبة إلى فاقد الأهلية.</p> <p>يتم التنصيص ببطاقة التعريف الوطنيّة على عنوان المقر الشخصي لصاحب البطاقة.</p> <p>وتحدّد صيغ إثبات المقر الشخصي بمقتضى الأمر الحكومي المنصوص عليه بالفصل 6 من هذا القانون.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • تعد إمكانية التثبيت من هوية حامل البطاقة ومن مطابقتها بصمته لبيانات الشريحة الإلكترونية بواسطة القارئات المؤمّنة تقييداً للحق في حماية المعطيات الشخصية. 	<p>الفصل 7 (جديد):</p> <p>على كل الأشخاص المتحصّلين على بطاقة التعريف الوطنية أن يستظهروا بها عند كل طلب من قبل أعوان الأمن الوطني والحرس الوطني.</p> <p>يخوّل لأعوان الأمن الوطني والحرس الوطني التثبيت من هوية حامل البطاقة ومن مطابقتها بصمته لبيانات الشريحة الإلكترونية بواسطة القارئات المؤمّنة المنصوص عليها بالفصل 2 مكرر من هذا القانون.</p> <p>تنطبق العقوبات المقررة بالفصل 315 من المجلة الجزائية على كل من يمتنع عن الخضوع لإجراء المراقبة المنصوص عليها بهذا الفصل.</p>

● ثانيا- ضرورة تطبيق الفصل 49 من الدستور

يتضح من الجدول السابق أن مشروع القانون الأساسي عدد 62/2016 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 27 لسنة 1993 المؤرخ فسي 22 مارس/ آذار 1993 المتعلق ببطاقة التعريف الوطنية يتضمن قيودا على الحق في حماية المعطيات الشخصية المنصوص عليه بالدستور والتشريع الجاري به العمل، وهو ما يستوجب تطبيق الفصل 49 من الدستور.

وفي هذا الإطار، يجب التثبيت من:

- شكل النص المعروف المقيد للحق في حماية المعطيات الشخصية.
- عدم التراجع عن المكتسبات المتعلقة بالحق المذكور.
- عدم مساس الأحكام المذكورة بجوهر الحق في حماية المعطيات الشخصية،
- اندراج الهدف أو الأهداف من وضع القيود المنصوص عليها بمشروع القانون الأساسي المذكور ضمن الأهداف التي ينص عليها الفصل 49 من الدستور.

بالنسبة لشكل النص المعروف المقيد للحق في حماية المعطيات الشخصية:

تم إعداد مشروع النص المذكور في شكل نص تشريعي، وذلك تقيّدا بأحكام الفصولين 49 (من حيث إتخاذ شكل قانون) و65 من الدستور (من حيث إتخاذ شكل قانون أساسي) .

بالنسبة لعدم التراجع عن المكتسبات المتعلقة بالحق في حماية المعطيات الشخصية:

يمكن القول أنّ مشروع النص المعروف لا يشكّل تراجعا عن المكتسبات المتعلقة بالحق المذكور، باعتبار أنّه تم الحفاظ على مستوى الحماية المنبثق عن النصوص السابقة المتعلقة بهذا الحق وخاصة على مستوى المعطيات الشخصية الظاهرة للعيان التي سيتم تضمينها ببطاقة التعريف الوطنية.

بالنسبة لعدم المساس بجوهر الحق في حماية المعطيات الشخصية:

يستشف من أحكام مشروع القانون الأساسي المذكور أنه لم يتم المساس بجوهر الحق في حماية المعطيات الشخصية، وذلك للاعتبارات التالية:

- اقتصار البيانات الوجوبية الظاهرة للعيان ببطاقة التعريف الوطنية على البيانات المعرفية بهوية الأشخاص دون غيرها، وذلك باستثناء العنوان.
- تضمين أغلب البيانات في شريحة إلكترونية، أي أنها معطيات غير ظاهرة للعيان،
- تشفير البيانات الأكثر ارتباطا بالمعطيات الشخصية المضمنة في الشريحة الالكترونية، خاصة الصورة والبصمة.

بالنسبة للأهداف من وضع القيود على الحق في حماية المعطيات الشخصية:

يتضح من خلال أحكام مشروع القانون ووثيقة شرح أسبابه أن الغاية من وضع القيود المذكورة لا يخرج عما ينص عليه الفصل 49 من الدستور من أغراض شرعية (إرساء دولة مدنية ديمقراطية، حماية الأمن العام...)، حيث تهدف القيود المفروضة على الحق في حماية المعطيات الشخصية إلى:

- حماية الأمن العام والدفاع الوطني من خلال تمكين المصالح المؤهلة بالإدارة العامة للأمن الوطني وأعوان الأمن الوطني وأعوان الحرس الوطني من النفاذ إلى الشريحة الالكترونية المتضمنة لمعطيات شخصية.
- تقنين التبادل الإلكتروني والرقمي لعناصر الهوية بهدف حمايتها من التزوير والاستغلال لأغراض غير مشروعة، بما يخدم مقتضيات الحفاظ على الأمن العام والدفاع الوطني وحماية حقوق الغير.
- تيسير الانتفاع بالخدمات الإدارية عن طريق الرقمنة وذلك تماشياً مع مقتضيات الإدارة الإلكترونية، بما يساهم في تحسين جودة المرافق العمومية المسداة للمواطن والتقليص في كلفتها، وهو ما يتماشى مع مقومات الدولة المدنية الديمقراطية.

وعلى هذا الأساس، واعتباراً أن مشروع القانون المذكور لا يمس من جوهر الحق وتتماشى القيود المضمنة به مع الأغراض الشرعية التي ينص عليها الفصل 49 من الدستور، فإنه يمكن المرور إلى تطبيق اختبار التناسب بمراحله الثلاثة (عنصر الملاءمة، الضرورة، التناسب في معناه الضيق)، كما هو مبين أدناه.

وفي إطار تطبيق اختبار التناسب، فقد تم الاطلاع خاصة على الوثائق التالية:

- الاتفاقية رقم 108 لمجلس أوروبا المتعلقة بحماية الأشخاص تجاه المعالجة الآلية للمعطيات ذات الطابع الشخصي، وبروتوكولها الإضافي رقم 181 الخاص بسلطات المراقبة وانسياب وتدفق المعطيات عبر الحدود.
- القانون البريطاني لسنة 2010 المتعلق بوثائق الهوية / The Identity Documents Act 2010
- القانون الإستوني لسنة 2000 المتعلق بوثائق الهوية Identity Documents Act 2000
- القانون الفرنسي المتعلق بطاقة التعريف الوطنية والممثل في: La loi du 27 octobre 1940 instituant la carte d'identité de Français, modifiée par la loi du 28 mars 1942 / Décret n°55-1397 du 22 octobre 1955 instituant la carte nationale d'identité
- تقرير لجنة الحقوق الحريات والعلاقات الخارجية بالبرلمان بتاريخ 18 جويلية/ تموز 2017 حول مشروع القانون الأساسي المذكور.

2- تطبيق اختبار التناسب

سيتم من خلال هذا الاختبار التثبت من توفر عناصر الملاءمة (أ) والضرورة (ب) والتناسب في معناه الضيق (ج) في القيود المفروضة على الحق في حماية المعطيات الشخصية.

● أولاً- التثبت من توفر عنصر الملاءمة

سيتم التثبت من أن القيود المفروضة على الحق في حماية المعطيات الشخصية تمكّن من الوصول لتحقيق الأهداف المنشودة، أي أن هناك رابط منطقي بين القيود والضوابط الموضوع والهدف المراد تحقيقه.

القيد المتمثل في البيانات الظاهرة للعيان ببطاقة التعريف الوطنية:

فيما يتعلق بالتنسيصات المتمثلة في رقم التعريف الوطني للهوية والاسم واسم الأب واسم الجد واللقب واسم ولقب الأم وتاريخ الولادة ومكانها والعنوان، فإنها تتلاءم مع الأغراض المبينة أعلاه بمعنى أنها تمكّن من تحقيق الأغراض المشار إليها أعلاه.

القيد المتمثل في إمكانية النفاذ إلى البيانات المضمنة بالشرحية الالكترونية من قبل المصالح المؤهلة بالإدارة العامة للأمن الوطني وأعاون الأمن الوطني وأعاون الحرس الوطني والهياكل العمومية، والهياكل الخاصة:

أتاح المشروع إمكانية النفاذ إلى الشرحية الالكترونية إلى المصالح المؤهلة بالإدارة العامة للأمن الوطني وأعاون الأمن الوطني وأعاون الحرس الوطني والهياكل العمومية والهياكل الخاصة من النفاذ إلى البيانات المضمنة بالشرحية الالكترونية وهو ما يمكن من تحقيق الأغراض المشار إليها أعلاه (حماية الأمن العام والدفاع الوطني، إسداء خدمات رقمية، تحسين جودة المرافق...) بما يجعله مستجيباً لعنصر الملاءمة.

القيد المتمثل في إمكانية الاستغلال الآلي للبيانات الوجوبية والبيانات الاختيارية ورقم التعريف الوطني للهوية بغاية التعريف الإلكتروني للمواطن:

يمكن الاستغلال الآلي للعناصر المذكورة بغاية التعريف الإلكتروني للمواطن من تحقيق الأغراض المذكورة آنفا خاصة فيما يتعلق بتحسين جودة المرافق العمومية وإرساء منظومة الإدارة الالكترونية، وهو ما يجعله مستجيباً لعنصر الملاءمة.

● ثانياً- التثبت من توفر عنصر الضرورة

سيتم التثبت من أن القيود المذكورة ضرورية لتحقيق الغرض المشروع من سن القانون المعني، أي أن الإجراء المذكور يعد الأقل تقييداً للحق في حماية المعطيات الشخصية، وأنه لا يوجد إجراء آخر أقل تطفلاً على حماية المعطيات الشخصية ويمكنه تحقيق نفس الغرض.

القيّد المتمثّل في البيانات الظاهرة للعيان ببطاقة التعريف الوطنية:

تم إدراج رقم التعريف الوطني للهويّة والاسم واسم الأب واسم الجدّ واللّقب واسم ولقب الأم وتاريخ الولادة ومكانها، والعنوان ضمن البيانات الظاهرة للعيان، وهي لا تعدّ الإجراء الأقلّ تقييدا باعتبار تضمّنها للعنوان الذي لا يعدّ طبقا للمعايير الدولية من ضمن عناصر الهوية، كما أنّه قابل للتغيير من فترة إلى أخرى وهو ما يجعل من إدراجه ضمن البيانات الوجوبية البارزة للعيان فاقدا للجدوى من الناحية العملية. وقد جاء في ملخص الاستماع إلى الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية ضمن تقرير لجنة الحقوق والحريات والعلاقات الخارجية حول مشروع القانون الأساسي أن العنوان يعتبر "معطى شخصيا لا يمكن إدراجه بوثيقة رسمية يتم تداولها بين الأشخاص والهيئات العمومية والخاصة ويمكن نسخها بسهولة".

وبالتالي فإنّه يتعيّن حذف العنوان من البيانات الظاهرة للعيان ليكون هذا القيد مستجيبا لعنصر الضرورة.

القيّد المتمثّل في إمكانية النفاذ إلى البيانات المضمّنة بالشريحة الإلكترونية من قبل المصالح المؤهّلة بالإدارة العامة للأمن الوطني وأعووان الأمن الوطني وأعووان الحرس الوطني والهيئات العمومية، والهيئات الخاصة:

أتاح المشروع إمكانية النفاذ إلى البيانات المضمّنة بالشريحة الإلكترونية إلى المصالح المؤهّلة بالإدارة العامة للأمن الوطني وأعووان الأمن الوطني وأعووان الحرس الوطني والهيئات العمومية، والهيئات الخاصة بموافقة صاحب البطاقة، وهو لا يعدّ الإجراء الأقلّ تقييدا للحق، حيث أنّ التنصيص على إمكانية النفاذ إلى البيانات الوجوبية والبيانات الاختيارية ورقم التعريف الوطني للهوية المضمّنة بالشريحة الإلكترونية من قبل الهيئات الخاصة لا يستدعي النفاذ إلى كل البيانات المضمّنة بالشريحة خاصة وأنّ بطاقة التعريف تتضمن جملة من البيانات الظاهرة للعيان. وبالتالي فإنّ إتاحة النفاذ إلى الهيئات الخاصة لا تعتبر ضرورية لتحقيق الأغراض المشار إليها آنفا، ويمكن كذلك تحديد الهيئات العمومية المخول لها ذلك.

وبالتالي حتى يكون القيد مستجيبا لعنصر الضرورة فإنّه يتعيّن:

- حصر النفاذ إلى الشريحة الإلكترونية إلى المصالح المؤهّلة بالإدارة العامة للأمن الوطني وأعووان الأمن الوطني وأعووان الحرس الوطني باعتبار أنّ ذلك يعدّ ضروريا لتحقيق الأغراض المبيّنة أعلاه (حماية الأمن العام والدفاع الوطني)، وهو يعدّ الإجراء الأقلّ تقييدا للحق طالما أنّ النصوص القانونية النافذة أوكلت إلى الأجهزة المذكورة مهمة حفظ الأمن والنظام العام، بما يجعل تمكين النفاذ إلى الشريحة الإلكترونية من قبل الأجهزة المذكورة مسألة ضرورية.
- حصر الوسيلة التقنية التي تحوّل قراءة الشريحة الإلكترونية في تقنية القراءة عن طريق اللمس، باعتبارها الأقلّ تقييدا للحق، حيث أنّ فتح إمكانية قراءة الشريحة عن بعد يشكل خطرا على حماية المعطيات الشخصية.

القيد المتمثل في إمكانية الاستغلال الآلي للبيانات الوجوبية والبيانات الاختيارية ورقم التعريف الوطني للهوية بغاية التعريف الإلكتروني للمواطن:

لا يعتبر الاستغلال الآلي للعناصر المذكورة بغاية التعريف الإلكتروني للمواطن الإجراء الأقل تقييدا للحق باعتبار أن الاستجابة لمقتضيات الإدارة الإلكترونية وتحسين جودة المرافق العمومية يمكن أن يكون عن طريق آليات أخرى أقل تقييدا للحق على غرار آلية المعرف الوحيد وذلك دون الحاجة إلى الاستغلال الآلي للمعطيات المضمنة بطاقة التعريف الوطنية.

● ثالثا- التثبت من توفر عنصر التناسب في معناه الضيق

هل أن المزايا والمنافع المترتبة عن تحقيق الهدف المنشود الذي من أجله تمّ تقييد الحق أهم من الآثار السلبية المترتبة عن تقييد الحق؟

القيد المتمثل في البيانات الظاهرة للعيان بطاقة التعريف الوطنية:

إنّ المزايا المترتبة عن إدراج رقم التعريف الوطني للهوية والاسم واسم الأب واسم الجدّ واللقب واسم ولقب الأم وتاريخ الولادة ومكانها والعنوان، ضمن البيانات الظاهرة للعيان بطاقة التعريف الوطنية لا تعد أهم من الآثار السلبية المترتبة عن تقييد الحق. وذلك باعتبار إدراج العنوان ضمن البيانات الظاهرة للعيان يمكن استغلاله لارتكاب أعمال إجرامية.

وبالتالي فإنه يتعيّن حتى يكون هذا الفصل مستجيبا لعنصر التناسب في معناه الضيق أن يتم حذف العنوان من ضمن البيانات الظاهرة للعيان والاختصار على إدراجه بالبيانات الواردة بالشرحة الإلكترونية.

القيد المتمثل في إمكانية النفاذ إلى البيانات المضمنة بالشرحة الإلكترونية من قبل المصالح المؤهلة بالإدارة العامة للأمن الوطني وأعاون الأمن الوطني وأعاون الحرس الوطني والهياكل العمومية، والهياكل الخاصة:

إنّ المزايا المترتبة عن إتاحة النفاذ إلى الشرحة الإلكترونية إلى المصالح المؤهلة بالإدارة العامة للأمن الوطني وأعاون الأمن الوطني وأعاون الحرس الوطني والهياكل العمومية، والهياكل الخاصة بموافقة صاحب البطاقة، من النفاذ إلى البيانات المضمنة بالشرحة الإلكترونية، تبقى في مجملها مستجيبة إلى عنصر التناسب في معناه الضيق، طالما أن الآثار الإيجابية المترتبة عن هذا القيد والمتمثلة في ضمان الأمن والحفاظ على النظام العام وتحسين جودة الخدمات الإدارية عن بعد تبقى بصفة عامة أهم من الآثار السلبية للقيد المسلط على الحق في حماية المعطيات الشخصية.

القيد المتمثل في إمكانية الاستغلال الآلي للبيانات الوجوبية والبيانات الاختيارية ورقم التعريف الوطني للهوية بغاية التعريف الإلكتروني للمواطن:

لا توجد منافع كبيرة تترتب عن إتاحة الاستغلال الآلي للعناصر المذكورة بغاية التعريف الإلكتروني للمواطن طالما أنّ الاستجابة لمقتضيات الإدارة الإلكترونية وتحسين جودة المرافق العمومية يمكن أن يكون عن طريق آليات أخرى دون الحاجة إلى الاستغلال الآلي للمعطيات المضمنة بطاقة التعريف الوطنية، وهو ما يجعل من الآثار السلبية المترتبة عن هذا القيد أهم من آثاره الإيجابية. وبالتالي فإنّ هذا القيد لا يستجيب إلى عنصر التناسب في معناه الضيق.

3- الاستنتاجات

الملاحظات	الاستجابة لعنصر التناسب في معناه الضيق	الاستجابة لعنصر الضرورة	الاستجابة لعنصر الهلاوة	القيود المفروضة على الحق
ليكون القيد مستجيبا لعنصري الضرورة والتناسب في معناه الضيق، يتعيّن حذف العنوان من البيانات الظاهرة للعيان.	لا	لا	نعم	محتوى البيانات الظاهرة للعيان ببطاقة التعريف الوطنية
ليكون القيد مستجيبا لعنصر الضرورة فإنه يتعيّن: • حصر النفاذ إلى الشريحة الإلكترونية إلى المصالح المؤهلة لحفظ الأمن والنظام العام وحذف إمكانية النفاذ من قبل الهياكل الخاصة. • حصر الوسيلة التقنية التي تخوّل قراءة الشريحة الإلكترونية في تقنية القراءة عن طريق اللمس.	نعم	لا	نعم	إمكانية النفاذ إلى البيانات المضمنة بالشريحة الإلكترونية من قبل المصالح المؤهلة بالإدارة العامة للأمن الوطني وأعووان الأمن الوطني وأعووان الحرس الوطني والهياكل العمومية، والهياكل الخاصة
ليكون القيد مستجيبا لعنصري الضرورة والتناسب في معناه الضيق، يتعين حذف إمكانية الاستغلال الآلي للبيانات الوجودية والبيانات الاختيارية ورقم التعريف الوطني للهوية بغاية التعريف الإلكتروني للمواطن.	لا	لا	نعم	إمكانية الاستغلال الآلي للبيانات الوجودية والبيانات الاختيارية ورقم التعريف الوطني للهوية بغاية التعريف الإلكتروني للمواطن.

ملاحظة ختامية

تجدر الإشارة أن مشروع القانون الأساسي عدد 2016/62 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 27 لسنة 1993 المؤرخ في 22 مارس/ آذار 1993 المتعلق ببطاقة التعريف الوطنية تم سحبه من قبل الحكومة لملاءمته مع أحكام الدستور بما في ذلك مقتضيات الفصل 49، حيث تم إعادة النظر في العديد من أحكامه وإحالاته إلى مجلس نواب الشعب بتاريخ 24 جوان/ حزيران 2020 (مشروع القانون عدد 83/2020)، حيث تم في الصيغة الجديدة من مشروع القانون الأساسي:

- حصر الوسيلة التقنية التي تحوّل قراءة الشريحة الإلكترونية في تقنية القراءة عن طريق اللمس والتنصيب صراحة على عدم إمكانية قراءتها عن بعد.
- حذف العنوان من البيانات الظاهرة لبطاقة التعريف الوطنية بمجرد تركيز منظومة وطنية للعاوين.
- حذف إمكانية النفاذ إلى الشريحة الإلكترونية من قبل الهياكل الخاصة.
- حذف إمكانية الاستغلال الآلي للبيانات الوجوبية والبيانات الاختيارية ورقم التعريف الوطني للهوية بغاية التعريف الإلكتروني للمواطن.

الفرع 2- اعتماد مقارنة تضمن الرقابة الاستباقية على حسن تطبيق الفصل 49 من الدستور

لضمان حسن تطبيق الفصل 49 من الدستور، لا بدّ من إرساء رقابة استباقية على ذلك. وفي هذا الإطار، تظطلع كل من الجهة المبادرة بمشروع القانون المقيد للحق أو الحرية ومصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة بدور رئيسي في هذه الرقابة (فقرة 1).

واعتبارا لخصوصية أحكام الفصل 49، فإنّ ضمان حسن التقيّد بمقتضياته يقتضي تقيّد السلطة التنفيذية باستشارة الهيئات القضائية والهياكل التي يمكن أن تساعد على ضمان حسن تطبيقه. ويمكن للسلطة التنفيذية في هذا الإطار العمل على عرض مشاريع القوانين، سواء المندرجة في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الحكومة أو من رئيس الجمهورية، والتي لها علاقة بمجال الحقوق والحريات على رأي المحكمة الادارية باعتبار خبرة القاضي الإداري في مجال الدفاع عن الحقوق والحريات (فقرة 2)، فضلا على ضرورة التقيّد بعرض مشاريع القوانين المذكورة على عدد من الهيئات العمومية الأخرى (فقرة 3).

الفقرة 1- أيّ دور للجهة المبادرة بإعداد مشروع القانون ولمصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة في عملية الرقابة؟

أ- دور الجهة المبادرة بمشروع القانون

تظطلع الجهة المبادرة بإعداد مشروع النص بدور مبدئي في القيام برقابة أولية على احترام مقتضيات الفصل 49 سابقة الذكر. ولا يمكن إحالة مشروع قانون جديد يتضمن تحديدا لحق أو حرية معينة إلا بعد التأكد من احترام هذه المقتضيات وخاصة مبدأ التناسب. كما تتولى الجهة المبادرة بالنص الثبت من أن النص يكتسي الشكل الصحيح وينطوي على درجة كافية من المقروئية. ويرتبط ذلك بحسن تطبيق قواعد صياغة النصوص التشريعية التي تنص عليها المناشير الصادرة في هذا المجال، وخاصة المنشور عدد 8 المؤرخ في 17 مارس/ آذار 2017 المتعلق بقواعد إعداد مشاريع النصوص القانونية وإجراءات عرضها واستكمال تهيئتها.

ب- دور مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة

تقوم مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة بدور أساسي في ضمان تقيّد مختلف مشاريع النصوص القانونية التي يتمّ إعدادها من قبل الوزارات المعنية بأحكام الدستور، غير أنه اعتبارا لأهمية مجال الحقوق والحريات وبالنظر لخصوصية مهمة الرقابة على اختبار التناسب فإنه يتعيّن أن تتمّ مأسسة هذا الدور (أ) مع ضرورة تطوير هيكله مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة

وتدعيم قدرات إطاراتها في مجال اختبار التناسب (ب) بما يضمن حسن القيام بهذه المهمة وفقا للمعايير الفضلى المعتمدة في هذا المجال.

1- مأسسة الدور الرقابي لمستشار القانون والتشريع في مجال اختبار التناسب واحترام ضوابط الفصل 49

تعتبر مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة الإدارية المركزية المكلفة بمهمة الرقابة على مختلف مشاريع النصوص القانونية التي يتم إعدادها من قبل مختلف الوزارات، بما في ذلك بداية مشاريع النصوص ذات الصبغة التشريعية المتعلقة بالحقوق والحريات، كما يستشف ذلك من أحكام الفصل 2 من الأمر عدد 118 لسنة 1970 المؤرخ في 11 أفريل / نيسان 1970 المتعلق بتنظيم مصالح الوزارة الأولى الذي ينص على "قيام مستشار القانون والتشريع بجمع كل المشاريع ذات الصبغة التشريعية والترتيبية المعروضة من مختلف الوزارات ويتولى دراستها وتهيتها من الناحية القانونية".

وبالتالي، فإن دراسة مشاريع النصوص القانونية من الناحية القانونية تفترض قيام مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة بالرقابة بصفة مبدئية على مدى تقيّد النصوص التشريعية التي يتم عرضها من قبل مختلف الوزارات والمتعلقة بالحقوق والحريات بالقواعد والضوابط المنصوص عليها بالفصل 49 من الدستور، وذلك في إطار دوره الأساسي في السهر على احترام مبدأ هرمية أو تراتبية النصوص القانونية⁷⁵ القائم على مبدأ عدم وجوب مخالفة أحكام النصوص القانونية الأدنى للنصوص القانونية الأعلى مرتبة.

وتبعا لأهمية اختبار التناسب في تركيز مقومات الدولة الديمقراطية القائمة على احترام الحقوق والحريات واعتبارا لحدائثة هذا المبدأ في المنظومة الدستورية التونسية⁷⁶، فإنه يقترح مأسسة دور مصالح مستشار القانون والتشريع في إجراء رقابة اختبار التناسب وذلك من خلال إعادة النظر في دليل إجراءات مستشار القانون والتشريع المصادق عليه بقرار الوزير الأول في 10 أوت/ آب 1999⁷⁷ والذي يقتضي ملاءمته مع أحكام الدستور الجديد⁷⁸ في اتجاه تحيين المسار الإجرائي لإعداد مشاريع النصوص التشريعية التي لها تأثير على مجال الحقوق والحريات من خلال إدراج الرقابة على اختبار التناسب، ضمن الإجراءات الجوهرية التي يتعين التقيّد بها من قبل مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة عند تعهده بدراسة مشاريع النصوص التشريعية المذكورة.

75 وهو دور بلدي يستمد من دوره في القيام بدراسة مشاريع النصوص القانونية طبقا للأمر عدد 133 لسنة 1971 المؤرخ في 10 أفريل/ نيسان 1971 المتعلق بإعادة تنظيم مصالح الوزارة الأولى.

76 لم ينص دستور 1 جوان/ حزيران 1959 على اختبار التناسب.

77 قرار الوزير الأول المؤرخ في 10 أوت/ آب 1999 المتعلق بالمصادقة على دليل الإجراءات الخاص بمصالح مستشار القانون والتشريع بالوزارة الأولى، الرائد الرسمي عدد 68 المؤرخ في 24 أوت/ آب 1999.

78 خاصة في ظل تغير النظام السياسي من نظام رئاسي إلى نظام برلماني معدل مكون من سلطة تنفيذية ذات رأسين تتكون من رئيس جمهورية ورئيس حكومة يتمتع بصلاحيات واسعة.

2- تطوير هيكلية مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة وتدعيم قدرات إدارتها في مجال اختبار التناسب

تم تنظيم مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة بمقتضى الأمر عدد 118 لسنة 1970 المؤرخ في 11 أفريل/ نيسان 1970 المتعلق بتنظيم مصالح الوزارة الأولى وهي ملحقة مباشرة بالكاتب العام للحكومة⁷⁹.

وتجدر الإشارة أنّ الهيكلية المعتمدة لم تعد تتلاءم مع تطور حجم ونوعية العمل الذي تضطلع به مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة بعد صدور دستور 2014⁸⁰ والتي أصبحت الهيكل الإداري الذي يتولى الرقابة على مدى تقيّد النصوص القانونية، في صيغتها الأخيرة قبل إحالتها وعرضها على مجلس الوزراء، مع أحكام الدستور⁸¹، بما في ذلك التقيّد بأحكام الفصل 49، خلافا لما كان موجودا في ظل دستور 1959 حيث كانت مصالح رئاسة الجمهورية⁸² تقوم بالرقابة الأخيرة على مشاريع النصوص التشريعية⁸³ والأوامر الترتيبية التي كانت من اختصاص رئيس الجمهورية.

بغاية ضمان نجاعة القيام بمهمة الرقابة على احترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور، فإنه يقترح أن يتمّ بمذكرة داخلية من مستشار القانون والتشريع، تكوين فريق عمل يتكون من عدد من الإطارات العاملة بمصالح مستشار القانون والتشريع ويضم وجوبا ممثل المصالح المذكورة باللجنة الوطنية للملاءمة النصوص القانونية ذات العلاقة بحقوق الإنسان مع أحكام الدستور ومع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الدولة التونسية⁸⁴، إضافة إلى الإطار المكلف بدراسة مشروع القانون المحال لإبداء الرأي. ويتولى فريق العمل دراسة كل مشاريع القوانين التي تدرج في مجال الحقوق والحريات للثبوت من مدى تقيّد مقتضيات الفصل 49 من الدستور، وتأخذ ملاحظاتها بعين الاعتبار في رأي مستشار القانون والتشريع الذي يتم توجيهه إلى الوزارة المعنية.

يتعيّن أن يتلقى أعضاء فريق العمل تكوينا معمّقا حول أحكام الفصل 49 وآليات اختبار التناسب وذلك من قبل خبراء القانون الدستوري والإداري والمختصين في مجال القوانين المتعلقة بالحقوق والحريات، علاوة على ضرورة الاطلاع على المعايير الفضلى المعتمدة في هذا المجال وعلى التجارب المقارنة للدول المتقدمة في مجال

79 بعد أن كانت ملحقة مباشرة بالوزير الأول أصبحت ملحقة بالكاتب العام للحكومة بمقتضى الأمر عدد 133 لسنة 1971 المؤرخ في 10 أفريل/ نيسان 1971 تم إعادة تنظيم مصالح الوزارة الأولى.

80 خاصة مع تركيز النظام البرلماني المعدل والذي أسند صلاحيات كبيرة لرئيس الحكومة مقارنة برئيس الجمهورية. وتتمثل خاصة في رئاسة مجلس الوزراء (الفصل 93) وممارسة السلطة الترتيبية العامة (الفصل 92) وممارسة المبادرة التشريعية (الفصل 62 من الدستور).

81 سواء تعلقت هذه النصوص بمشاريع القوانين قبل عرضها على مداولة مجلس الوزراء أو مشاريع الأوامر الحكومية الترتيبية قبل عرضها على إمضاء الحكومة.

82 عن طريق المستشار المكلف بالشؤون القانونية باعتبار أنّ الأمر عدد 1953 لسنة 1990 المؤرخ في 26 نوفمبر/ تشرين الثاني 1990 المتعلق بتنظيم مصالح رئاسة الجمهورية لا ينص على وجود إدارة شؤون قانونية بالتنظيم الهيكلي لمصالح رئاسة الجمهورية.

83 باعتبار أنّ رئيس الجمهورية في ظل دستور 1959 هو من يترأس مجلس الوزراء (الفصل 52 من دستور 1 جوان/ حزيران 1959).

84 المحدثة بمقتضى الأمر الحكومي عدد 1196 لسنة 2019 المؤرخ في 24 ديسمبر/ كانون الأول 2019 وهي لجنة محدثة لدى الوزارة المكلفة بحقوق الإنسان وتضم ضمن تركيبها ممثلا عن مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة.



الحقوق والحريات على غرار التجربة الألمانية والكندية والسويسرية والفرنسية، خاصة في ظل كونه منظومة حقوق الإنسان.

كما يقترح في إطار تطوير تكوين أعوان مصالح مستشار القانون والتشريع المكلفين بالرقابة على احترام مقتضيات الفصل 49، تدعيم علاقات التعاون مع المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية المتواجدة في تونس من خلال تكثيف تنظيم الندوات حول كيفية تطبيق مقتضيات الفصل المذكور مع ضرورة تشريك ممثلين عن الهياكل الادارية المكلفة بصياغة النصوص القانونية بمختلف الوزارات وممثلين عن السلطة التشريعية والسلطة القضائية بما يساهم في فهم موحّد لمقتضيات هذا الفصل.

الفقرة 2- القاضي الإداري رقيب على مشاريع القوانين وعلى اختبار التناسب

لا يقتصر الدور الهام للقاضي الإداري التونسي في حماية الحقوق والحريات في دوره القضائي وإنما يمتد إلى دوره الاستشاري والذي شهدا تطورا كبيرا. فبعد أن كان مقتصرا على إبداء الرأي في الأوامر الترتيبية⁸⁵، أصبحت المحكمة الإدارية⁸⁶ "تستشار بخصوص مشاريع النصوص الأخرى وبوجه عام حول كافة المواضيع التي تقتضي الأحكام التشريعية أو الترتيبية مشورتها أو التي تعرضها عليها الحكومة لإبداء رأيها فيها وبمجال نص كل استشارة متعلقة بمشروع قانون أو بمشروع مرسوم على مجلس النواب".

واعترافا بأهمية الدور الاستشاري للقاضي الإداري، فقد تمت دسترة هذا الدور في دستور 2014 الذي ينص في فصله 116 على ممارسة القضاء الإداري "وظيفة استشارية طبق القانون".

وتبعا لذلك، وفي إطار ضمان الاستفادة من خبرة القاضي الإداري في مجال حماية الحقوق والحريات خاصة أن البعض من فقهاء القانون الإداري يعتبره "أهم مستشاري الحكومة"⁸⁷ وفي أحيان أخرى "المستشار القانوني الحقيقي والفعلي للحكومة"⁸⁸، فإنه يمكن اعتبارا لأهمية التقيّد بمقتضيات الفصل 49 من الدستور في المحافظة على منظومة الحقوق والحريات أن يتم في إطار مشروع المنشور الإطاري من رئيس الحكومة المشار إليه آنفا⁸⁹ التنصيص على وجوب عرض كل مشاريع النصوص التشريعية التي لها تأثير على مجال الحقوق والحريات على رأي المحكمة الإدارية⁹⁰، وذلك في إطار ما يتيح الفصل 4 من

85 القانون عدد 40 المؤرخ في غرة جوان/ حزيران 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية.

86 بمقتضى القانون الأساسي عدد 67 لسنة 1983 المؤرخ في 21 جويلية/ تموز 1983 المتّح للفصل الرابع من قانون غرة جوان/ حزيران.

87 محمد رضا جنّيح، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، طبعة ثانية محينة ومزيدة، 2008، ص 156.

88 القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية، عياض بن عاشور، الطبعة الثالثة، مركز النشر الجامعي، 2006، ص 91.

89 أنظر الصفحة الأولى من مقدمة هذا الدليل.

90 باعتبار أنّ مجال الحقوق والحريات هي أكثر المجالات التي يكون فيها استشارة المحكمة الإدارية مبررا باعتبار أنّ الحقوق والحريات هي عماد الدولة الديمقراطية ودولة القانون.

القانون عدد 40 المؤرخ في غرة جوان/ حزيران 1972 المذكور آنفاً، رغم أنه يستحسن تضمين ذلك في مشروع مجلة القضاء الإداري⁹¹.

إن إصدار منشور ينص على وجوب استشارة المحكمة الإدارية في مشاريع النصوص التشريعية المتعلقة بمجال الحقوق والحريات يمكن أن يكون له جملة من المزايا من بينها خاصة:

- الاستفادة من خبرة المحكمة الادارية في التعامل مع النصوص القانونية المتعلقة بالحقوق والحريات خاصة في ظل غزارة فقه قضائها في خصوص إقرار اختبار التناسب في مجال القرارات الادارية المتعلقة بالحد من الحقوق والحريات في مادة الضبط الإداري.
- توفير أكثر ضمانات لتطابق مشروع القانون مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور وبالتالي تيسير المصادقة عليه من قبل مجلس نواب الشعب مع تجنب رده أو الطعن فيه بعدم الدستورية.

حتى يتسنى الاستفادة من خبرة المحكمة الإدارية في مجال الرقابة على النصوص ذات العلاقة بالحقوق والحريات، يتعين مدّها بوثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور حتى تتمكّن من إبداء رأي استشاري حول مدى تقيّد وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور بالقواعد والشروط المنصوص عليها الفصل 49 من الدستور، على أنّ رأي المحكمة الإدارية يبقى غير ملزم باعتبار أنّ المحكمة الدستورية تبقى الجهة القضائية الوحيدة المختصة بالبتّ في دستورية القوانين، والتي تكون قراراتها ملزمة لجميع السلط العمومية.

هذا ويتعيّن في إطار ضمان الاستفادة من الرأي الاستشاري للمحكمة الإدارية في مشاريع النصوص التشريعية المتعلقة بالحقوق والحريات، وتطبيقاً لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 4 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المذكور أعلاه، أن ينص مشروع المنشور المذكور على ضرورة إرفاق رأي المحكمة الإدارية بملف مشروع القانون المحال إلى مجلس نواب الشعب.

كما يجب ألا تقتصر استشارة المحكمة الإدارية على مشاريع النصوص التشريعية المتعلقة بصفة مباشرة بمجال الحقوق والحريات وإنما يتعيّن أن تشمل المشاريع التي يمكن أن يكون لبعض أحكامها تأثير على الحقوق والحريات كما سنبينه لاحقاً⁹².

91 مشروع مجلة القضاء الإداري يصدر الإعداد من طرف لجنة متكونة خاصة من قضاة من المحكمة الإدارية وذلك لإعادة النظر في الإطار القانوني المنطبق على القضاء الإداري على ضوء دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014. تجدر الإشارة أنه من الناحية القانونية ليس هناك أي مانع من إصدار منشور لعرض مشاريع القوانين المتعلقة بالحقوق والحريات على رأي المحكمة الإدارية طالما أنّ ذلك يندرج في إطار ما يتيح الفصل 4 من القانون عدد 40 المؤرخ في غرة جوان/ حزيران 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية.

92 أنظر النقطه "أ" من الفقرة 3 من الفرع الثاني من القسم الأول من الجزء الأول من هذا الدليل.

الفقرة 3- ما هي الهيئات التي من شأنها أن تساعد السلطة التنفيذية في الرقابة على حسن تطبيق الفصل 49 من الدستور؟

قبل التعرض إلى الهيئات المعنية بإبداء الرأي حول مشاريع القوانين التي لها علاقة بمجال الحقوق والحريات والتي يمكن الاستفادة من رأيها في الرقابة على اختبار التناسب (ج) ستعرض إلى الجهة المكلفة بإحالة مشاريع القوانين لإبداء الرأي (أ) ثم إلى مرحلة الاستشارة وذلك عند التوصل بآراء الهيئات التي عرض عليها مشروع القانون لإبداء الرأي (ب).

أ. الجهة المتعهدة بالقيام بالاستشارة

تجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أنّ الجهة المتعهدة بالقيام بالاستشارة تختلف حسب الجهة صاحبة المبادرة التشريعية.

بالنسبة لمشاريع القوانين المدرجة في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الجمهورية، فإنّ مصالح رئاسة الجمهورية هي التي تتولى القيام بالاستشارات اللازمة⁹³، أما بالنسبة لمشاريع القوانين المدرجة في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الحكومة، فقد نصّ المنشور عدد 08 المؤرخ في 17 مارس/ آذار 2017 المتعلق بضبط قواعد إعداد مشاريع النصوص القانونية وإجراءات عرضها واستكمال تهيئتها على أنّ مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة هي الجهة المكلفة بإحالة كل مشاريع القوانين، بما في ذلك طبعاً مشاريع القوانين التي لها تأثير على الحقوق والحريات، إلى الوزارات والهيئات المعنية لإبداء الرأي، وهو اختصاص مستمدّ من أحكام الفصل 2 من الأمر عدد 118 لسنة 1970 المؤرخ في 11 أفريل/ نيسان 1970 المتعلق بتنظيم مصالح الوزارة الأولى الذي ينص على "قيام مستشار القانون والتشريع بجمع كل المشاريع ذات الصبغة التشريعية والترتيبية المعروضة من مختلف الوزارات ويتولى دراستها وتهيئتها من الناحية القانونية".

اعتباراً لأهمية مشاريع القوانين المتعلقة بالحقوق والحريات ولتعدد مجالات القوانين التي يمكن أن تحتوي على أحكام تتضمن تقييداً للحقوق والحريات، وحرصاً على ضمان التقييد بمقتضيات الفصل 49 من الدستور، فإنّه يتعيّن على مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة أو مصالح رئاسة الجمهورية إذا كان المشروع مندرجاً في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الجمهورية، التّثبت بصفة دقيقة من الوزارات والهيئات العمومية التي سيتم استشارتها، وذلك على النحو التالي:

مرحلة أولى- الاستشارات الوجوبية

تتمثّل الاستشارات الوجوبية في عرض مشروع القانون الذي يمكن أن يكون له تأثير على الحقوق والحريات على رأي الهيئات التي أوجبت النصوص القانونية استشارتها، وهو ما يجعل من النص الذي لم يتم فيه التقييد بإجراء

93 تجدر الإشارة في هذا الإطار أنّ الأمر عدد 1953 لسنة 1990 المؤرخ في 26 نوفمبر/ تشرين الثاني 1990 المتعلق بتنظيم مصالح رئاسة الجمهورية لا ينص على وجود إدارة شؤون قانونية بالتنظيم الهيكلي لمصالح رئاسة الجمهورية، حيث يتم عادة تعيين مستشار أول مكلف بالشؤون القانونية.

الاستشارة الوجوبية مشوباً بعيب إجرائي ترتقي خطورته تدريجياً حسب الطبيعة القانونية للنص الذي استوجب إجراء الاستشارة⁹⁴ لتصل في بعض الأحيان إلى عدم دستورية النص الذي لم يتم عرضه لإبداء الرأي⁹⁵.

الإطار عدد 6- مثال عن فقه قضاء الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين بخصوص الاستشارة الوجوبية

سبق للهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين أن اعتبرت أنّ عدم احترام إجراء الاستشارة الوجوبية يجعل مشروع القانون معيباً بعدم الدستورية وذلك بمناسبة تعهدها بالنظر في الطعن الموجه ضد مشروع القانون المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء⁹⁶ الذي تمت المصادقة عليه من قبل مجلس نواب الشعب دون عرضه على الهيئة الوقتية للإشراف على القضاء العدلي لإبداء الرأي طبقاً لأحكام الفصل 148 من الدستور والفصل الثاني في فقرته الثانية من القانون الأساسي عدد 13 لسنة 2013 المؤرخ في 02 ماي/ أيار 2013، حيث اعتبرت الهيئة في قرارها المذكور أنّ إبداء الرأي من هيئة القضاء العدلي بشأن مشروع القانون الأساسي المذكور "ولئن كان يحسني صبغة استشارية فإنه إجراء جوهري وأساسي له وثيق الارتباط بقواعد النظام العام الدستوري بحكم تعلقه بصميم العمل القضائي" منتهية إلى قبول المطعن بعدم الدستورية في خصوص عدم احترام إجراء الاستشارة الوجوبية.

هذا وقد عملت اللجان المختصة بمجلس نواب الشعب في بعض الأحيان على تصحيح الوضعية القانونية المترتبة عن مخالفة إجراء الاستشارة الوجوبية على غرار مشروع القانون الأساسي المتعلق بحماية المعطيات الشخصية الذي تمت إحالته إلى مجلس نواب الشعب دون عرضه على رأي هيئة النفاذ إلى المعلومة⁹⁷ في مخالفة لأحكام القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس/ آذار 2016 المتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة الذي ينص على وجوب عرض مشاريع القوانين "ذات العلاقة بمجال النفاذ إلى المعلومة" على رأي هيئة النفاذ إلى المعلومة، وهو ما دفع هيئة النفاذ إلى المعلومة إلى إصدار بيان في الغرض وتقديم طلب للاستماع إليها أمام مجلس نواب الشعب تفاعلت معه إيجابياً لجنة الحقوق والحريات بأن خصّصت جلسة استماع للهيئة حول مشروع القانون الأساسي المذكور.

حرصاً على عدم إغفال إجراء الاستشارة الوجوبية، فإنه يتعيّن على مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة أو مصالح رئاسة الجمهورية إذا تعلق المشروع بمبادرة تشريعية من رئيس الجمهورية القيام بجرد كامل لكافة النصوص القانونية التي أوجبت استشارة بعض الهيئات وذلك بداية من أحكام الدستور مروراً بالقوانين الأساسية والقوانين العادية وصولاً إلى المراسيم والأوامر الحكومية والقرارات الترتيبية الوزارية.

ويتعيّن تقيّداً بإجراء الاستشارة الوجوبية بخصوص مشاريع النصوص القانونية التي لها علاقة بمجال الحقوق والحريات وتفادياً لإغفال عرض مشروع القانون على أحد الهيئات التي أوجبت النصوص القانونية

94 تكون الاستشارة الوجوبية منصوفاً عليها إما في أحكام الدستور أو القوانين الأساسية أو القوانين العادية أو المراسيم أو الأوامر الحكومية أو القرارات الترتيبية الوزارية.

95 إذا تم التغافل عن الاستشارة الوجوبية المنصوص عليها بمقتضى أحكام الدستور أو بمقتضى أحكام القوانين الأساسية. وقد استقر فقه القضاء الدستوري الفرنسي على اعتبار أنّ الإخلال بإجراء الاستشارة الوجوبية يجعل من مشروع القانون معيباً بعدم الدستورية.

96 قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين بتاريخ 8 جوان/ حزيران 2015 يتعلق بمشروع القانون الأساسي المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء.

97 رغم علاقة المباشرة بممارسة حقّ النفاذ إلى المعلومة وتأثيره الكبير على مهام هيئة النفاذ إلى المعلومة.



استشارتها، أن تتولى المصالح المذكورة أنفا إعداد جدول يتم توزيعه على كافة الأعوان المكلفين بدراسة مشاريع النصوص القانونية الواردة عن مختلف الوزارات يتم فيه تحديد كافة الهياكل الاستشارية التي يتعين استشارتها ومجال الاستشارة إضافة إلى النص القانوني الذي أوجب العرض على الاستشارة.

المرحلة الثانية - الاستشارات الاختيارية

في هذه الحالة فإن الاستشارة لا تكون ملزمة ولكنها تركز على مبدأ الفائدة التي يمكن أن تحصل من عرض مشروع قانون معين على رأي أحد الهياكل أو الوزارات خاصة من حيث ضمان تطابقه مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور، وذلك في ظل الضوابط والمبادئ التي وضعها المنشور عدد 08 المؤرخ في 17 مارس/ آذار 2017 المتعلق بضبط قواعد إعداد مشاريع النصوص القانونية وإجراءات عرضها واستكمال تهيئتها إلى المصالح المكلفة بصياغة النصوص القانونية من حيث وجوب التقييد بالأحكام الدستورية المتعلقة بالمبادئ العامة والحقوق والحريات⁹⁸.



يتعين في هذا الإطار على مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة أو مصالح رئاسة الجمهورية إذا كان المشروع مندرجا في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الجمهورية، عدم إحالة أي مشروع قانون إلى مجلس الوزراء في صورة عدم استيفائه للإجراءات القانونية اللازمة في شأنه من بينها خاصة العرض على الاستشارة الوجوبية.

إطار عدد 7- مشاريع القوانين المعنية بالعرض على الاستشارة

تجدر الإشارة إلى أنّ مشاريع النصوص القانونية التي يمكن أن يكون لها تأثير على مجال الحقوق والحريات لا تقتصر على مشاريع النصوص المتعلقة بصفة مباشرة بالحقوق والحريات، على غرار النصوص المنظمة لحرية تكوين الجمعيات أو لحق التظاهر، وإنما يمكن أن تمتد إلى نصوص قانونية تنظم مجالات أخرى غير أنها قد تتضمن من بين أحكامها بعض الفصول التي تحد من ممارسة بعض الحقوق والحريات، وهو ما يستوجب التثبت من قبل مصالح مستشار القانون والتشريع أو مصالح رئاسة الجمهورية إذا كان المشروع مندرجا في إطار مبادرة من رئيس الجمهورية، من محتوى كل مشاريع القوانين المعروضة للتثبيت من مدى تأثيرها على مجال الحقوق والحريات ولتحديد الجهات التي يتعين عرضها عليها لإبداء الرأي، وذلك بناء على مبدأ وجوب عرض مشاريع القوانين على الهياكل المعنية حتى وإن تضمنت فصلا وحيدا يندرج في مجال الحقوق والحريات.

ب- مرحلة الاستشارة

تم الاستشارة بعد استكمال مراجعة مشروع القانون وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور وقبل العرض على مداولة مجلس الوزراء.

98 حيث أكد المنشور المذكور على الأهمية البالغة التي تكسبها أحكام الفصل 49 من الدستور باعتبارها "تعكس المكانة الرفيعة التي تحظى بها الحقوق والحريات ويتعين بالتالي مراعاتها والالتزام بها بكل دقة عند صياغة مشاريع النصوص القانونية لتفادي كل تعارض بين أحكامها وبين مقتضيات الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات وما قد يترتب عن ذلك من التصريح بعدم دستوريتها من قبل الهيئة الوقوتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين في هذه المرحلة أو من قبل المحكمة الدستورية عند إرسائها".

تتولى مصالح مستشار القانون والتشريع أو مصالح رئاسة الجمهورية إذا كان المشروع مندرجا في إطار مبادرة من رئيس الجمهورية، تلقي الملاحظات المثارة من قبل الوزارات والهيئات العمومية التي تمت استشارتها بخصوص مشروع القانون بما في ذلك الملاحظات المثارة في إطار الاستشارة العمومية⁹⁹، كما تتولى إبداء رأيها حول مشروع القانون ومدى تلاؤمه مع أحكام الفصل 49 من الدستور ثم تقوم بإحالة هذه الملاحظات إلى الوزارة صاحبة المبادرة بإعداد مشروع القانون.

تتولى الوزارة صاحبة المبادرة إعادة صياغة مشروع القانون على ضوء الملاحظات المثارة من قبل الوزارات والهيئات التي تمت استشارتها وخاصة الملاحظات المثارة بخصوص مدى احترام أحكام مشروع القانون لمقتضيات الفصل 49 من الدستور باعتبار أن عدم الأخذ بالملاحظات التي تضمن تطابق المشروع مع مقتضيات الفصل 49 تجعل المشروع عرضة للطعن بعدم الدستورية.

حتى يتسنى التثبت من الصيغة المعدلة من مشروع القانون، يتعين على الوزارة صاحبة المبادرة إعداد جدول يتضمن:

- الملاحظات المثارة من قبل الوزارات والهيئات العمومية التي تمت استشارتها سواء في إطار الاستشارة الوجوبية أو الاستشارة الاختيارية والإجابة عن كل ملاحظة على حدة، مع وجوب التعليل في صورة عدم الأخذ بالملاحظة.
- الملاحظات المثارة عند عرض مشروع القانون على الاستشارة العمومية طبقا لمقتضيات الأمر الحكومي عدد 328 لسنة 2018 المؤرخ في 29 مارس/ آذار 2018 المتعلق بتنظيم الاستشارات العمومية والمنشور عدد 31 المؤرخ في 30 أكتوبر/ تشرين الأول 2014 المتعلق باعتماد مسار تشاركي في إعداد النصوص القانونية. تتضمن الخانة المخصصة للاستشارات العمومية الملاحظات والتعليقات المثارة والإجابة على كل ملاحظة على حدة، مع وجوب التعليل في صورة عدم الأخذ بالملاحظة.

تتولى الوزارة المعنية إحالة الجدول المذكور مرفقا بالصيغة المعدلة من مشروع القانون إلى مصالح مستشار القانون والتشريع إذا كان المشروع مندرجا في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الحكومة أو إلى مصالح رئاسة الجمهورية إذا كان المشروع مندرجا في إطار مبادرة من رئيس الجمهورية للتثبت من مدى التقيد بملاحظات الهيئات المعنية بما في ذلك خاصة الملاحظات المثارة بخصوص احترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور.

يتعين على مصالح مستشار القانون والتشريع أو مصالح رئاسة الجمهورية حسب جهة المبادرة رفض إحالة مشروع القانون إلى خلية برمجة ومتابعة العمل الحكومي¹⁰⁰ المكلفة ببرمجة مشاريع القوانين بجدول أعمال مجلس الوزراء في صورة عدم أخذ الوزارة المعنية بالملاحظات المثارة¹⁰¹ بما في ذلك تلك المتعلقة باحترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور.

99 في صورة إجراء استشارة عمومية لمشروع القانون على موقع الواب www.legislation.tn

100 تم إحداثها بمقتضى مقرر داخلي وتنظيم عملها بجملة من المناشير كان أولها المنشور عدد 29 المؤرخ في 1 أفريل/ نيسان 1988.

101 والتي يتبين لمصالح مستشار القانون والتشريع وجاقتها من الناحية القانونية.

ج. ماهي الهيئات المعنية بالاستشارة في مجال الحقوق والحريات ومتى يتم استشارتها؟

تبقى جميع مشاريع القوانين معنية بالعرض على إبداء الرأي على جملة من الهيئات. وباعتبار اتساع مجال الحقوق والحريات وتعدد الهياكل المتدخلة في هذا المجال، فإنه يتعين على مصالح مستشار القانون والتشريع أو مصالح رئاسة الجمهورية بالنسبة لمشاريع القوانين المدرجة في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الجمهورية التثبت من الهيئات التي يتعين استشارتها والتي يمكن أن يكون لها دور في التقييد بمقتضيات الفصل 49 من الدستور. ولذلك ستعرض إلى الهيئات المذكورة (I) قبل تحديد متى يتم استشارتها (II).

I- الهيئات المعنية بالاستشارة

يعتبر المجلس الأعلى للقضاء من ضمن الهياكل التي يتعين استشارتها (1)، علاوة على البعض من الهيئات الدستورية (2) والهيئات العمومية المستقلة (3) إضافة إلى الوزارات وبعض الهياكل العمومية الأخرى (4).

1- المجلس الأعلى للقضاء

يعتبر المجلس الأعلى للقضاء مؤسسة دستورية¹⁰² يعمل على ضمان حسن سير القضاء واستقلالية السلطة القضائية طبق أحكام الدستور والمعاهدات الدولية المصادق عليها. وقد تم تنظيم أحكامه بمقتضى القانون الأساسي عدد 34 لسنة 2016 المؤرخ في 28 أبريل/ نيسان 2016 المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء والذي أسند عديد المهام للهيكल المذكور من بينها جملة من الاختصاصات الاستشارية المتمثلة خاصة في "إبداء الرأي بخصوص مشاريع ومقترحات القوانين المتعلقة خاصة بتنظيم العدالة وإدارة القضاء واختصاصات المحاكم والإجراءات المتبعة لديها والأنظمة الخاصة بالقضاة والقوانين المنظمة للمهنة ذات الصلة بالقضاء التي تعرض عليها وجوبا"¹⁰³. وباعتبار أنّ الأحكام المدرجة في إطار الاستشارة الوجيهة للمجلس الأعلى للقضاء قد تكون في بعض الأحيان مضمنة في مشاريع قوانين تخرج عن المشاريع المتعلقة بصفة مباشرة بتنظيم العدالة وإدارة القضاء واختصاصات المحاكم والإجراءات المتبعة لديها والأنظمة الخاصة بالقضاة والقوانين المنظمة للمهنة ذات الصلة بالقضاء المذكورة أعلاه، ويتم تضمينها في مشاريع قوانين تتعلق بصفة أساسية بمجالات أخرى على غرار القانون المتعلق بمكافحة التمييز العنصري¹⁰⁴، فإنه يتعين على مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة أو مصالح رئاسة الجمهورية حسب جهة المبادرة التثبت من محتوى كل مشاريع القوانين المعروضة عليه قبل المصادقة عليها بمجلس الوزراء وإحالتها إلى مجلس نواب الشعب، وذلك تفاديا لطعن فيها لاحقا بعدم الدستورية لمخالفتها لإجراء الاستشارة الوجيهة.

102 تم تنظيمه بمقتضى الفصول 112 إلى 114 من الدستور.

103 الفصل 42 من القانون الأساسي عدد 34 لسنة 2016 المؤرخ في 28 أبريل/ نيسان 2016 المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء.

104 مثال القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2018 مؤرخ في 23 أكتوبر/ تشرين الأول 2018 المتعلق بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري الذي تضمن أحكاما تستوجب العرض على رأي المجلس الأعلى للقضاء وتمثل هذه الأحكام خاصة في إقرار إجراءات خاصة لكيفية التعهد من قبل القضاء بجريمة التمييز العنصري.

ويمكن إذا تعلق الأمر بمشروع قانون لا يندرج بصفة مباشرة في المجالات المذكورة ولكنه يتضمن البعض من الأحكام التي تدخل في المجالات التي تقتضي العرض على الاستشارة الوجوبية أن تتولى مصالح مستشار القانون والتشريع أو مصالح رئاسة الجمهورية في المراسلة الموجهة إلى الجهة التي سيتم استشارتها التحديد بصفة واضحة للأحكام المعنية بإبداء الرأي خاصة إذا كان مشروع القانون يتضمن العديد من الفصول على غرار مشاريع قوانين المالية.

2- الهيئات الدستورية المستقلة

أحدث الدستور هيئات مستقلة نصّ على وجوب استشارتها في مشاريع النصوص القانونية المدرجة في مجال اختصاصها، وهي هيئات يمكن أن يكون لها دور هام في تقيد السلطة التنفيذية باحترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور. وتتمثل هذه الهيئات الدستورية في هيئة الانتخابات، هيئة الاتصال السمعي البصري، هيئة حقوق الإنسان، هيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة وهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد.

1-2- هيئة الانتخابات

تتولى الهيئة المذكورة خاصة "إدارة الانتخابات والاستفتاءات وتنظيمها، والإشراف عليها في جميع مراحلها، وتضمن سلامة المسار الانتخابي ونزاهته وشفافيته، وتصريح بالنتائج"¹⁰⁵.

ورغم أن الدستور لم ينص على الدور الاستشاري للهيئة في مشاريع القوانين ذات العلاقة بالمجال الانتخابي، فقد سبق أن تمّ التنصيب على ذلك في القانون الأساسي عدد 23 لسنة 2012 المؤرخ في 20 ديسمبر/ كانون الأول 2012 والمتعلق بالهيئة العليا المستقلة للانتخابات، والذي ينص في فصله 3 على تولي الهيئة "إبداء الرأي في جميع مشاريع النصوص ذات العلاقة بالانتخابات والاستفتاءات".

يعتبر عرض مشاريع القوانين ذات العلاقة بالانتخابات والاستفتاءات على رأي الهيئة العليا المستقلة للانتخابات وجوبيا وذلك بصرف النظر عن غياب التنصيب الصريح على عبارة الوجوبية، باعتبار أنه من المتعارف عليه فقها وقضاء أن استعمال صيغة المضارع في النصوص القانونية يفيد صيغة الإلزام وهو ما تمّ تأكيده في عديد القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري الفرنسي¹⁰⁶.

ويتّجه التذكير بأهمية دور الهيئة في مجال الرقابة على اختبار التناسب خاصة أن حق الانتخاب من الحقوق الأساسية المكرسة بالفصل 34 من الدستور الذي ينص على أن "حقوق الانتخاب والاقتراع والترشح مضمونة طبق ما يضبطه القانون". وقد أبدت الهيئة في إطار دورها الاستشاري آراء هامة بخصوص تنقيح القانون الانتخابي سنة 2017¹⁰⁷ وازنت فيه بين ضرورة تنظيم الانتخابات وفق معايير الشفافية والنزاهة والمساواة وبين التقييدات الضرورية على حق الترشح وحق الاقتراع لإحكام تنظيم العملية الانتخابية، لكن دون الإشارة إلى الفصل 49 وضوابطه.

105 الفصل 126 من الدستور.

106 Décision n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008, « Considérant, en quatrième lieu, que, l'emploi du présent de l'indicatif ayant valeur impérative, la substitution du présent de l'indicatif à une rédaction formulée en termes d'obligation ne retire pas aux dispositions du nouveau code du travail leur caractère impératif »

107 القانون الأساسي عدد 7 لسنة 2017 المؤرخ في 14 فيفري/ شباط 2017 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرخ في 26 ماي/ أيار 2014 المتعلق بالانتخابات والاستفتاء.

وبالتالي يتعيّن على مصالح مستشار القانون والتشريع أو مصالح رئاسة الجمهورية إذا كان مشروع القانون مندرجا في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الجمهورية إحالة كل مشروع قانون له علاقة بمجال الانتخابات والاستفتاء على رأي الهيئة لتبدي رأيها في مدى تطابق مشروع القانون مع أحكام الدستور بما في ذلك مقتضيات الفصل 49 من الدستور. ويتعيّن الحرص على احترام إجراء الاستشارة الوجدية تفاديا للتصريح بعدم دستورية المشروع كما سبق أن تمت الإشارة إلى ذلك سابقا¹⁰⁸.

2-2- هيئة الاتصال السمعي البصري

هيئة الاتصال السمعي البصري هي هيئة دستورية تمّ التنصيب عليها في الفصل 127 من الدستور الذي ينص على تولي الهيئة "تعديل قطاع الاتصال السمعي البصري، وتطويره، وتسهر على ضمان حرية التعبير والإعلام، وعلى ضمان إعلام تعددي نزيه".

واعتبارا لأهمية الهيئة المذكورة في المجال المذكور فقد تمّ التنصيب على أنها «تستشار وجوبا في مشاريع القوانين المتصلة بهذا المجال».

2-3- هيئة حقوق الإنسان

يحظى مجال حقوق الإنسان بأهمية كبيرة في المنظومة الدستورية التونسية لذا فقد تم إفرادها في دستور 2014 بهيئة خاصة تسمى "هيئة حقوق الإنسان" تتولى مراقبة "احترام الحريات وحقوق الإنسان، وتعمل على تعزيزها، وتقترح ما تراه لتطوير منظومة حقوق الإنسان"¹⁰⁹.

وعلى غرار أغلب الهيئات الدستورية، فقد تمّ تكليفها علاوة على مهامها المذكورة بدور استشاري، من خلال وجوب استشارتها في "مشاريع القوانين المتصلة بمجال اختصاصها"، وهو دور تمّ تأكيده في القانون المنظم لها أي القانون الأساسي عدد 51 لسنة 2018 مؤرخ في 29 أكتوبر/تشرين الأول 2018 المتعلق بهيئة حقوق الإنسان الذي ينص في فصله 12 على أنه "تستشار الهيئة وجوبا في مشاريع القوانين المتعلقة بحقوق الإنسان والحريات. وتبدي رأيها في أجل أقصاه شهر من تاريخ توصلها بالملف. كما يمكن استشارتها في جميع مشاريع النصوص القانونية الأخرى".

يعتبر مجال الحقوق والحريات مجالا شاسعا، وهو ما يقتضي قيام مصالح مستشار القانون والتشريع أو مصالح رئاسة الجمهورية إذا كان مشروع القانون مندرجا في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الجمهورية بالتبث من محتوى كل مشاريع القوانين المحالة من قبل الوزارات لعرضها وإحالتها إلى الهيئة لإبداء الرأي كل ما كان مشروع القانون يتضمن أحكاما تتعلق "بحقوق الإنسان والحريات".

2-4- هيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة

هيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة هي هيئة دستورية نصّ الفصل 129 من الدستور على استشارتها الوجدية في مشاريع القوانين المتعلقة بالمسائل الاقتصادية والاجتماعية والبيئية وفي مخططات التنمية،

108 أنظر النقطة "أ" من الفقرة الثانية من الفرع الثاني من الجزء الأول.

109 الفصل 128 من الدستور.

وقد تمّ تنظيمها بمقتضى القانون الأساسي عدد 60 لسنة 2019 المؤرخ في 9 جويلية/ تموز 2019 المتعلق بهيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة والذي تمّ فيه التأكيد¹¹⁰ على الدور الاستشاري الوجودي للهيئة في مشاريع القوانين "المتعلقة بالمسائل الاقتصادية والاجتماعية والبيئية وخاصة المناخية".

تعتبر المجالات التي يتعيّن فيها استشارة هذه الهيئة أكثر المجالات شساعة مقارنة بالهيئات الدستورية الأخرى وبالتالي يلاحظ تعدد مجالات القوانين التي يتعيّن فيها أخذ رأي هذه الهيئة، وهو ما يقتضي قيام مصالح مستشار القانون والتشريع أو مصالح رئاسة الجمهورية إذا كان مشروع القانون مندرجا في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الجمهورية بالثبوت من كل مشاريع القوانين المحالة من قبل الوزارات وإحالتها إلى الهيئة لإبداء الرأي في صورة ما إذا كان مشروع القانون "متعلقا بالمسائل الاقتصادية والاجتماعية والبيئية وخاصة المناخية".

5-2- هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد

ينص الفصل 130 من الدستور على أنه "تسهم هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد في سياسات الحوكمة الرشيدة ومنع الفساد ومكافحته ومتابعة تنفيذها ونشر ثقافتها، وتعزّز مبادئ الشفافية والنزاهة والمساءلة." تتولى الهيئة رصد حالات الفساد في القطاعين العام والخاص، والتقصي فيها، والتحقق منها، وإحالتها على الجهات المعنية. "تستشار الهيئة وجوبا في مشاريع القوانين المتصلة بمجال اختصاصها".

وقد تم تنظيمها بمقتضى القانون الأساسي عدد 59 لسنة 2017 المؤرخ في 24 أوت/ آب 2017 المتعلق بهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد الذي أكد على دورها الاستشاري في فصله التاسع الذي ينص على أنه "تستشار الهيئة وجوبا في مشاريع القوانين المتصلة بمجال اختصاصها سيما تلك المتعلقة بالوقاية من الفساد ومكافحته وتكريس مبادئ الحوكمة الرشيدة. وتبدي الهيئة رأيها في أجل أقصاه ثلاثين يوما من تاريخ تسلمها الاستشارة".

على غرار الهيئات الأخرى، يتعيّن على مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة أو مصالح رئاسة الجمهورية إذا كان مشروع القانون مندرجا في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الجمهورية التثبت من مشاريع القوانين التي يتعيّن عرضها على الهيئة المذكورة تقيدا بأحكام الدستور إضافة إلى إمكانية الانتفاع برأي الهيئة في خصوص تقيّد مشاريع القوانين المدرجة في مجال اختصاصها بأحكام الفصل 49 من الدستور.

3- الهيئات العمومية المستقلة

أحدث المشرّع التونسي عددا من الهيئات العمومية المستقلة التي نصّت القوانين المحدثّة لها على وجوب استشارتها في مشاريع النصوص القانونية المدرجة في مجال اختصاصها، وهي هيئات يمكن أن يكون لها على غرار الهيئات الدستورية المذكورة أنفا دور هام في تقيّد السلطة التنفيذية باحترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور. وتتمثل هذه الهيئات في مجلس المنافسة وهيئة النفاذ إلى المعلومة والهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية والهيئة الوطنية للوقاية من التعذيب.

3-1- مجلس المنافسة

تعتبر حرية المنافسة أحد الحريات الاقتصادية التي تقوم أساسا على حق الدخول إلى السوق أو ممارسة حرية

العرض دون أية قيود. فالمنافسة الحرة هي تجسيد لحرية الصناعة والتجارة، والتي يقصد بها حرية كل شخص في مزاوله أي نشاط من اختياره ودون رقابة أو ترخيص مسبق. وهو ما أكدته المحكمة الإدارية في أحد قراراتها التي جاء فيها أن مبدأ حرية التجارة والصناعة يفرض على الإدارة "الحياد وعدم التدخل محافظة على مبدأ حرية المنافسة"¹¹¹ مبيّنة أنّ الأصل في ممارسة التجارة والصناعة هو الحرّية والتصديق منها هو الاستثناء¹¹².

ورغم أنّ حرية المنافسة ليست من الحريات المكرسة في الدستور التونسي، فهي تبقى خاضعة لاختبار التناسب ولتقتضيات الفصل 49 من الدستور باعتبار أن الضوابط المذكورة تبقى سارية على كل الحقوق والحريات المنصوص عليها بالنصوص التشريعية الجاري بها العمل. وقد سبق للمحكمة الإدارية في أحد قراراتها استباق أحكام الفصل 49 من الدستور قبل المصادقة على دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 مؤكدة في أحد الأحكام الصادرة عن أحد دوائرها الابتدائية أنّ "حرية التجارة من المبادئ العامة للقانون ولا يجد منها إلا بقانون صريح يتخذ لأسباب تتعلق بالنظام العام بمختلف مكوناته الأمنية والصحية والاقتصادية"¹¹³.

وتجد حرية المنافسة أساسا لها في القانون التونسي في نصوص قانونية متفرقة تكرس حقوق وحريات متقاربة على غرار القانون عدد 71 لسنة 2016 المؤرخ في 30 سبتمبر/ أيلول 2016 المتعلق بقانون الاستثمار والذي نص على مبدأ حرية الاستثمار¹¹⁴، والفصل الأول من القانون عدد 69 لسنة 2007 المؤرخ في 27 ديسمبر/ كانون الأول 2007 المتعلق بحفز المبادرة الاقتصادية الذي اقتضى أنه «يعد حفز المبادرة الاقتصادية أولوية وطنية تعمل جميع الأطراف الاقتصادية والاجتماعية على تكريسها في إطار ضمان تكافؤ الفرص وعلى أساس أن الحرية هي المبدأ والاستثناء هو الترخيص».

واعتبارا لأهمية هذا الحق، فقد تمّ إفراجه بهيكل قضائي مختص وهو مجلس المنافسة باعتباره هيئة مستقلة لها وظيفة تعديلية تتمتع بصلاحيات قضائية للبت في الدعاوى المتعلقة بالممارسات المخلة بالمنافسة، أحدث منذ سنة 1991¹¹⁵ وتمت إعادة تنظيم الأحكام المنظمة له بمقتضى القانون عدد 36 لسنة 2015 مؤرخ في 15 سبتمبر/ أيلول 2015 المتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار¹¹⁶.

واعتبارا لأهمية حرية المنافسة، فقد تمّ إسناد هذا الهيكل القضائي فضلا على دوره القضائي دورا استشاريا شهد تطورا كبيرا وصل إلى حدود التنصيص على وجوبية إبداء الرأي في مشاريع النصوص التشريعية "التي تهدف مباشرة إلى فرض شروط خاصة لممارسة نشاط اقتصادي أو مهني أو تضع قيودا من شأنها أن تعرقل الدخول إلى سوق معينة"¹¹⁷.

111 قرار في تجاوز السلطة، المحكمة الإدارية، القضية عدد 2666 المانسي ضد بلدية المحمدية 1 مارس/ آذار 1994.

112 الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 128339 بتاريخ 15 جويلية/ تموز 2014.

113 الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 121327 بتاريخ 18 جانفي/ كانون الثاني 2013.

114 تنص الفقرة الأولى من الفصل 4 من القانون عدد 71 لسنة 2016 المؤرخ في 30 سبتمبر/ أيلول 2016 المتعلق بقانون الاستثمار على أن "الاستثمار حر".

115 القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية/ تموز 1991 والمتعلق بالمنافسة والأسعار والذي تم إلغاؤه وتعويضه بالقانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرخ في 15 سبتمبر/ أيلول 2015 المتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

116 ألغى و عوض القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية/ تموز 1991 والمتعلق بالمنافسة والأسعار.

117 الفقرة الثانية من الفصل 11 من القانون عدد 36 لسنة 2015 مؤرخ في 15 سبتمبر/ أيلول 2015 يتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

تم تنظيم كيفية عرض مشاريع القوانين على أي مجلس المنافسة بمقتضى الأمر الحكومي عدد 1148 لسنة 2016 مؤرخ في 19 أوت/ آب 2016 المتعلق بضبط إجراءات وصيغ الاستشارة الوجيهة لمجلس المنافسة حول مشاريع النصوص التشريعية والترتيبية، والذي نص على أنّ الوزارات المعنية تقوم بإحالة مشروع القانون إلى وزير التجارة الذي يتولى إحالته إلى مجلس المنافسة لإبداء الرأي.

وفي إطار الحرص على التثبت من الأخذ بملاحظات مجلس المنافسة، نصّ الفصل 5 من الأمر الحكومي عدد 1148 لسنة 2016 المذكور آنفاً، على إرفاق مشاريع النصوص التشريعية عند إحالتها على مصالح رئاسة الحكومة وعلى مجلس نواب الشعب "بنسخة من رأي مجلس المنافسة ومذكرة تفسيرية تتضمن اقتراحات المجلس وبيان مدى الاستجابة لها أو الردود عليها أو أسباب عدم الاستجابة عند الاقتضاء".

3-2- هيئة النفاذ إلى المعلومة

إنّ حق النفاذ إلى المعلومة هو الحق الذي بموجبه يُحوّل لكل شخص الحصول على السجلات والمعلومات التي تحتفظ بها الجهات التنفيذية والتشريعية والقضائية للدولة بالإضافة إلى أي مؤسسة تملكها وأي جهة أخرى تضطلع بتنفيذ مهام عمومية¹¹⁸، وهو أحد الحقوق الأساسية الداعمة لعلاقة الثقة بين الدولة والمتعاملين معها والمكرّسة لمبادئ الشفافية والحكومة المفتوحة.

وباعتبار أن العديد من الاتفاقيات الدولية تنص لا فقط على ضرورة ضمان حق النفاذ إلى المعلومة، بل أيضاً على ضرورة تنظيم هذا الحق في إطار قانوني خاص، وتبعاً لمصادفة تونس على أغلب الاتفاقيات الدولية المكرّسة لحق النفاذ إلى المعلومة¹¹⁹، فقد تمّت دسترة هذا الحق بمقتضى دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014، حيث ينصّ الفصل 32 من الدستور على أن "الدولة تضمن الحق في الإعلام والحق في النفاذ إلى المعلومة"، وقد تمّ خصّصه بإطار قانوني وهو القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس/ آذار 2016 المتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة والذي تمّ بمقتضاه إحداث هيئة عمومية مستقلة وهي هيئة النفاذ إلى المعلومة.

وإيماناً من المشرّع التونسي بأهمية تشريك هيئة النفاذ إلى المعلومة في صياغة النصوص القانونية المتعلقة بحق النفاذ إلى المعلومة، فقد تمّ تكليفها بجملة من المهام الاستشارية¹²⁰ المتمثلة خاصة في "إبداء الرأي وجوبا في مشاريع القوانين والنصوص الترتيبية ذات العلاقة بمجال النفاذ إلى المعلومة". وفي هذا الإطار، يتعيّن على السلطة التنفيذية عند إعداد مشاريع القوانين التي لها علاقة بحق النفاذ إلى المعلومة عرضها وجوبا على رأي الهيئة.

فما هو المقصود بالنصوص ذات العلاقة بمجال النفاذ إلى المعلومة؟

تجدر الإشارة في هذا الإطار أنّ النصوص القانونية ذات العلاقة بحق النفاذ إلى المعلومة والتي تقتضي عرضها وجوبا على رأي هيئة النفاذ إلى المعلومة لا تقتصر على مشاريع القوانين التي لها صلة مباشرة بالإطار القانوني

118 وفقا للتعريف الوارد بوثيقة لجنة الخبراء التي شكلتها دول الكومنولث عام 1999.

119 ينص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته 19 على أنه "لكل شخص الحق في حرية الرأي والتعبير. ويشمل هذا الحق حرية اعتناق الآراء دون أي تدخل، واستقاء الأنباء والأفكار وتلقيها...".

120 وذلك فضلا على مهامها القضائية المتمثلة في البت في النزاعات ضد الإدارة في خصوص مطالب النفاذ إلى المعلومة والمهام الرقابية والمهام التحسيسية والتكوينية.

المنظم للنفاد إلى المعلومة على غرار مشاريع القوانين¹²¹ المتعلقة بتنقيح القانون الأساسي المتعلق بالحق في النفاذ، إنما تشمل أيضًا كل النصوص التشريعية التي قد يكون لها أي تأثير مباشر أو غير مباشر على ممارسة الحق في النفاذ إلى المعلومة والتي تتعلق على سبيل الذكر لا الحصر بتنظيم الأرشيف أو الإحصاء أو إعادة استعمال المعلومات أو بتصنيف المعلومات¹²² أو بحماية المعطيات الشخصية والملكية الفكرية.

3-3- الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية

يحظى الحق في حماية المعطيات الشخصية بأهمية كبيرة في القانون التونسي حيث تمت دستره في الفصل 24 من دستور الجمهورية التونسية لسنة 2014¹²³، وهو يخضع حاليًا إلى أحكام القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ في 27 جويلية/ تموز 2004 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية وهو النص الساري المفعول حاليًا. أحدث القانون الأساسي المذكور الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية وهي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي. تتولى إلى جانب مهامها القضائية¹²⁴ مهام استشارية تتمثل خاصة في "إبداء الرأي في جميع المسائل ذات العلاقة بأحكام قانون حماية المعطيات الشخصية¹²⁵".

تعتبر استشارة الهيئة وجوبية في مشاريع القوانين ذات العلاقة بحماية المعطيات الشخصية، وهي تعد ضمانة هامة لتقيّد التشريعات بأحكام الفصل 49 من الدستور باعتبار الخبرة التي تتمتع بها الهيئة المذكورة في مجال حماية المعطيات الشخصية، وهو ما يمكن من الاستفادة من رأي الهيئة في هذا المجال خاصة في ظل وجود مشروع قانون جديد لحماية المعطيات الشخصية¹²⁶ يتماشى في معظمه مع المعايير الفضلى المعتمدة في مجال حماية المعطيات الشخصية وخاصة منها الاتفاقية رقم 108 لمجلس أوروبا المتعلقة بحماية الأشخاص تجاه المعالجة الآلية للمعطيات ذات الطابع الشخصي وبرتوكولها الإضافي رقم 181 الخاص بسلطات المراقبة وانسياب وتدفق المعطيات عبر الحدود والتي صادقت عليها تونس في سنة 2017¹²⁷.

3-4- الهيئة الوطنية للوقاية من التعذيب

هي هيئة عمومية مستقلة تسمى "الهيئة الوطنية للوقاية من التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة"، تمّ إحداثها بمقتضى القانون الأساسي عدد 43 لسنة 2013 مؤرخ في 21 أكتوبر/ تشرين الأول 2013 يتعلق بالهيئة الوطنية للوقاية من التعذيب.

121 ومشاريع النصوص الترتيبية أيضا.

122 تصنيف المعلومات الذي يركز على الوثائق القابلة للنفاذ إليها والوثائق المستثناة من حق النفاذ تطبيقًا للفصل 24 من القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس/ آذار 2016 المتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة.

123 علماً أنّ الدولة التونسية كانت سبّاقة إفريقيا وعربياً في إقرار الحق في حماية المعطيات الشخصية دستورياً حيث تمت دسترة هذا الحق في دستور غرة جوان/ حزيران 1959 وذلك إثر التقيّحات الدستورية لسنة 2002 وذلك في الفصل التاسع منه (القانون الدستوري عدد 51 لسنة 2002 المؤرخ في 1 جوان/ حزيران 2002).

124 المنصوص عليها بالفصل 82 من القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ في 27 جويلية/ تموز 2004 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية.

125 الفصل 76 من القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ في 27 جويلية/ تموز 2004 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية.

126 أحيل إلى مجلس نواب الشعب في 30 مارس/ آذار 2018.

127 بمقتضى القانون الأساسي عدد 42 لسنة 2017 المؤرخ في 30 ماي/ أيار 2017 المتعلق بالموافقة على انضمام الجمهورية التونسية إلى الاتفاقية رقم 108 لمجلس أوروبا المتعلقة بحماية الأشخاص تجاه المعالجة الآلية للمعطيات ذات الطابع الشخصي وبرتوكولها الإضافي رقم 181 الخاص بسلطات المراقبة وانسياب وتدفق المعطيات عبر الحدود.

تتولى الهيئة المذكورة طبقاً لأحكام الفصل 3 من القانون الأساسي عدد 43 لسنة 2013 المذكور "إبداء الرأي في مشاريع النصوص القانونية والترتيبية ذات العلاقة بالوقاية من التعذيب والممارسات المهينة والمحالة إليها من قبل السلطات المختصة".

وتُعدّ الاستشارة في هذه الحالة وجوبية غير أن رأيها غير ملزم.

يمكن الاستفادة من رأي الهيئة خاصة في مجال النصوص القانونية المقررة لعقوبات جزائية من خلال تفادي إقرار عقوبات قاسية أو لاإنسانية أو مهينة في التشريع التونسي وذلك تماشياً مع مقتضيات الفصل 23 من الدستور الذي يلزم الدولة بحماية كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد ويمنع التعذيب المعنوي والمادي ومع مقتضيات الفصل 30 الذي ينص على حق كل سجين في معاملة إنسانية تحفظ كرامته.

إطار عدد 8- الملاحظات التي يتعيّن أخذها بعين الاعتبار

يتعيّن الاقتصار على الأخذ بعين الاعتبار ملاحظات الهيئات الدستورية والهيئات العمومية الأخرى المشار إليها أعلاه التي تتوافق مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور. ويكون تقدير مدى وجاهة هذه الملاحظات في علاقة باحترام مقتضيات الفصل 49 بالرجوع إلى المعايير الدولية الفضلى المكرسة في الفقه وفقه القضاء المقارن التي يتعيّن على الهياكل المكلفة بصياغة النصوص القانونية الاستئناس بها كما سبق أن تمت الإشارة إلى ذلك آنفاً¹²⁸. ويبقى لمصالح مستشار القانون والتشريع في مستوى السلطة التنفيذية¹²⁹ الدور الأساسي في التثبيت من مدى وجاهة هذه الملاحظات وذلك باعتباره الحلقة الأخيرة في عملية الرقابة على مشاريع النصوص القانونية قبل برمجتها بجدول أعمال مجلس الوزراء.

4-الوزارات والهياكل الأخرى

الوزارات

تتولى مصالح مستشار القانون والتشريع أو مصالح رئاسة الجمهورية إذا تعلق مشروع القانون بمبادرة تشريعية من رئيس الجمهورية، عرض مشروع القانون على رأي كل الوزارات المعنية وخاصة الوزارات المكلفة بتنفيذ بعض الإجراءات الواردة في مشروع القانون وذلك علاوة على ضرورة إحالة المشروع إلى المصالح التابعة إلى الوزير لدى رئيس الحكومة المكلف بحقوق الإنسان والعلاقة مع الهيئات الدستورية والمجتمع المدني أو إلى الوزارة المكلفة بملف حقوق الإنسان¹³⁰ التي تمّ إحداثها في العديد من المناسبات¹³¹ قبل أن يتم حذفها حالياً وإلحاق هياكلها

128 أنظر الفقرة 4 من الفرع الأول من القسم الأول من الجزء الأول من هذا الدليل.

129 بالنسبة إلى مشاريع القوانين المدرجة في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الحكومة.

130 وزارة حقوق الإنسان والعلاقة مع الهيئات الدستورية والمجتمع المدني أو مصالح الوزير لدى رئيس الحكومة المكلف بحقوق الإنسان والعلاقة مع الهيئات الدستورية والمجتمع المدني.

131 الأمر حكومي عدد 465 لسنة 2016 مؤرخ في 11 أفريل/ نيسان 2016 المتعلق بإحداث وزارة العلاقة مع الهيئات الدستورية والمجتمع المدني وحقوق الإنسان وضبط اختصاصاتها وصلحاياتها.

برئاسة الحكومة¹³². وكان من أهم اختصاصات الوزارة المذكورة ملاءمة التشريع الوطني لمقتضيات المعاهدات الدولية والإقليمية الثنائية ومتعددة الأطراف ذات الصلة بحقوق الإنسان وإبداء الرأي فيما يعرض عليها من مشاريع نصوص قانونية في المسائل ذات العلاقة¹³³. وبالتالي، يبقى للوزارة المذكورة أو للمصالح التابعة إلى الوزير لدى رئيس الحكومة المذكور أنفا دور هام في التثبّت من تقيّد النصوص التشريعية بمقتضيات الفصل 49 من الدستور، خاصة أنه تمّ إحداث لجنة وطنية لملاءمة النصوص القانونية ذات العلاقة بحقوق الإنسان مع أحكام الدستور ومع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الدولة يترأسها الوزير المكلف بحقوق الإنسان¹³⁴.

ويتعيّن في هذا الإطار تفادي إغفال عرض مشروع القانون المتعلق بالحقوق والحريات على رأي الوزارات المعنية وذلك حتى لا تتولى هذه الوزارات إبداء ملاحظاتها أو تحفظاتها عند عرض مشروع القانون على أنظار مجلس الوزراء مما قد يترتب عنه تأجيل أو رفض المصادقة على مشروع القانون.

يمكن الاستفادة من رأي الوزارات في خصوص احترام اختبار التناسب وأحكام الفصل 49 من الدستور خاصة أنّ أغلب الوزارات تضم إدارة شؤون قانونية في مستوى إدارة عامة.

المجلس الوطني للحوار الاجتماعي

تمّ إحداث المجلس الوطني للحوار الاجتماعي بمقتضى القانون عدد 54 لسنة 2017 مؤرخ في 24 جويلية/ تموز 2017 المتعلق بإحداث المجلس الوطني للحوار الاجتماعي وضبط مشمولاته وكيفية تسييره، وهو مجلس استشاري مكلف بتنظيم وإدارة الحوار الاجتماعي في المسائل الاجتماعية والاقتصادية.

ويقوم المجلس بدور استشاري هام في مشاريع النصوص القانونية حيث يُستشار وجوبا في مشاريع القوانين ومشاريع الأوامر الحكومية ذات العلاقة بالشغل والعلاقات المهنية والتكوين المهني والحماية الاجتماعية. وقد نصّ القانون المذكور على أن المجلس يبدي رأيه ضمن تقرير معلل يجيله إلى رئيس الحكومة في أجل شهر من تاريخ توصله بمشروع النص المعروف عليه.

ويمكن أن يكون للمجلس الوطني للحوار الاجتماعي دور هام في احترام اختبار التناسب خاصة في خصوص التشريعات المتعلقة بممارسة حق الإضراب والحريات النقابية بصفة عامة.

132 الأمر الحكومي عدد 741 لسنة 2018 مؤرخ في 16 أوت/ آب 2018 المتعلق بإحاطة هيكل برئاسة الحكومة والذي تم بمقتضاه حذف الوزارة المذكورة وإحاطة هيكلها برئاسة الحكومة.

133 الفصل 5 من الأمر حكومي عدد 465 لسنة 2016 مؤرخ في 11 أفريل/ نيسان 2016 المتعلق بإحداث وزارة العلاقة مع الهيئات الدستورية والمجتمع المدني وحقوق الإنسان وضبط اختصاصاتها وصلاحياتها قبل أن يتم إلغاؤها.

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

اللجنة الوطنية للملاءمة النصوص القانونية ذات العلاقة بحقوق الإنسان مع أحكام الدستور **ووع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الدولة التونسية**

أحدثت لدى الوزارة المكلفة بحقوق الإنسان لجنة وطنية لملاءمة النصوص القانونية ذات العلاقة بحقوق الإنسان مع أحكام الدستور ومع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الدولة التونسية وذلك بمقتضى الأمر الحكومي عدد 1196 لسنة 2019 المؤرخ في 24 ديسمبر/ كانون الأول 2019.

رغم أنّ الدور الرئيسي للجنة المذكورة يتمثل في ضبط خارطة النصوص القانونية المتعلقة بحقوق الإنسان التي تتطلب الملاءمة مع أحكام الدستور واقتراح مراجعة النصوص القانونية وتنقيحها بما يستشّف منه تركيزها على النصوص القانونية النافذة إلا أنه يبقى لهذه اللجنة دور هام في التثبّت من مدى تقيّد مشاريع النصوص القانونية الجديدة بأحكام الدستور بما في ذلك الفصل 49 منه وبمبدأ عدم التراجع عن المكتسبات المتعلقة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية المقررة بالدستور والمعاهدات الدولية المصادق عليها باعتبار أن اللجنة المذكورة تتولى طبقاً لأحكام الفصل 2 من الأمر الحكومي المحدث لها "إبداء الرأي في مشاريع النصوص التشريعية والترتيبية ذات العلاقة بحقوق الإنسان والتي تحال عليها وجوباً".

يمكن أن يكون لهذه اللجنة دور هام في احترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور خاصة أنّه من ضمن أدوارها الأساسية ضبط خارطة النصوص القانونية المتعلقة بحقوق الإنسان التي تتطلب الملاءمة مع أحكام الدستور واقتراح مراجعة النصوص القانونية وتنقيحها. وعلاوة على ذلك، فإنّ التركيبة الموسّعة للجنة المذكورة التي تضم ممثلين عن كل الوزارات¹³⁵، إضافة إلى ممثل عن هيئة حقوق الانسان وممثلين عن المجتمع المدني، من شأنها ضمان وجود الخبرات اللازمة في مجال حقوق الانسان وفي الرقابة على اختبار التناسب.

وتجدر الإشارة أنّ وجود ممثّل عن مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة من شأنه ضمان التنسيق اللازم بين مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة واللجنة المذكورة خاصة في ظل تقاطع مهام كلا الهيكلين في خصوص الرقابة على مشاريع النصوص القانونية وضمان تطابقها مع أحكام الدستور بما في ذلك التقيّد بمقتضيات الفصل 49. ويبدو من الواضح وجود توجّه نحو ضمان التناسق بين مهام الهيكلين المذكورين خاصة أنّ مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة هي الإدارة الوحيدة التي تمّ اشتراط عضويتها باللجنة خلافاً للوزارات الأخرى التي تمّ الاكتفاء بالتنصيص على عضويتها باللجنة دون تحديد واضح للإدارة التي ينتمي إليها ممثل الوزارة المعنية بالعضوية.

135 ينص الفصل 4 من الأمر الحكومي عدد 1196 لسنة 2019 على أنّ أعضاء اللجنة الوطنية عناصر اتصال هذه اللجنة لدى الوزارات والهيئات التي يمثلونها.

II- في أي مرحلة يتم عرض مشاريع القوانين المندرجة في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الحكومة أو رئيس الجمهورية على رأي الهيئات المعنية لإبداء الرأي؟

اعتباراً أنّ كل مشاريع القوانين يتمّ تداولها بمجلس الوزراء وذلك طبقاً للفقرة الأخيرة من الفصل 93 من الدستور، فإنّه يتعيّن عرض مشاريع القوانين ذات العلاقة بمجال الحقوق والحريات على الهيئات المعنية بإبداء الرأي في كل الحالات قبل إحالتها إلى مجلس نواب الشعب.

تتولى جهة المبادرة، أي رئاسة الجمهورية أو رئاسة الحكومة حسب الحال، عرض مشروع القانون على رأي الهيئات المعنية لإبداء الرأي.

إنّ وجوب عرض مشروع النص القانوني من قبل جهة المبادرة يجد أساسه في أنّ مشروع القانون يجب أن يعبر عن توجهات الجهة صاحبة المبادرة بعد أن تتولى هذه الأخيرة استيفاء الإجراءات القانونية اللازمة بما في ذلك الاستشارات الوجوبية التي استجوبتها النصوص التشريعية النافذة.

وباعتبار السلطة التنفيذية¹³⁶ صاحبة المبادرة التشريعية في الحالة الراهنة، فهي الجهة المطالبة قانوناً بعرض مشروع القانون على رأي الهيئات المذكورة آنفاً، لذلك يتعيّن عدم التعويل على حلول السلطة التشريعية محل السلطة التنفيذية في عرض مشاريع القوانين على الهيئات المعنية¹³⁷ باعتبار أنّ ذلك يعتبر إما تخلياً من قبل السلطة التنفيذية عن القيام بالإجراءات الوجوبية أو تصحيحاً من قبل السلطة التشريعية للإجراءات القانونية لعرض القوانين قبل إحالتها للجلسة العامة للمصادقة عليها¹³⁸.

يتعيّن عرض مشاريع القوانين على رأي الهيئات المذكورة في المرحلة التي تسبق عرضه على أنظار مجلس الوزراء¹³⁹ وذلك للأسباب التالية:

- إنّ العرض على أنظار مجلس الوزراء هو المرحلة الأخيرة في المسار الإجرائي للمصادقة على القوانين في مستوى السلطة التنفيذية. وبالتالي فإنّ الصيغة المعروضة على مجلس الوزراء هي الصيغة النهائية التي ستحال على مجلس نواب الشعب والتي تفترض أنها استوفت إجراءات الاستشارات اللازمة بشأنها.
- إنّ عرض مشروع القانون على أنظار الهيئات المذكورة آنفاً قبل إحالته على مجلس الوزراء يُمكن من تفادي إعادة عرض مشروع القانون مرة أخرى على مجلس الوزراء إذا تمّ تغيير الصيغة التي سبق المصادقة عليها من قبل مجلس الوزراء على ضوء ملاحظات هذه الهيئات.

136 رئيس الحكومة أو رئيس الجمهورية.

137 على غرار ما تم بخصوص مشروع قانون حماية المعطيات الشخصية، حيث تم عرض المشروع من قبل مجلس نواب الشعب على هيئة النفاذ إلى المعلومة باعتبار أنّ الحكومة قامت بإحاله إلى مجلس نواب الشعب دون عرضه على رأي الهيئة المذكورة.

138 مشروع قانون أساسي يتعلّق بحماية المعطيات الشخصية صادق عليه مجلس الوزراء وأحالته الحكومة على مجلس نواب الشعب دون المرور باستشارة الهيئة رغم علاقته المباشرة بمهارة حقّ النفاذ إلى المعلومة وتأثيره الخطير على مهام الهيئة ذاتها. وهو ما دفع بالهيئة إلى إصدار بيان في الغرض وتقديم طلب للاستماع إليها أمام مجلس نواب الشعب تفاعلت معه إيجابياً لجنة الحقوق والحريات بأن خصّصت جلسة استماع للهيئة حول مشروع القانون المذكور بتاريخ 10 ماي/ أيار 2018.

139 تماشياً مع مقتضيات المنشور عدد 08 لسنة 2017 المؤرخ في 17 مارس/ آذار 2017.

ما هي الجهة المكلفة بعرض مشروع القانون على الهيئات المذكورة؟

بالنسبة لمشاريع القوانين المدرجة في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الحكومة، تتولى مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة عرض كل مشروع قانون ذي علاقة بمجال اختصاص الهيئات المذكورة وذلك طبقا لمقتضيات المنشور عدد 08 المؤرخ في 17 مارس/ آذار 2017 المتعلق بضبط قواعد إعداد مشاريع النصوص القانونية وإجراءات عرضها واستكمال تهيئتها.

أما بالنسبة لمشاريع القوانين المدرجة في إطار مبادرة من رئيس الجمهورية، فتتولى رئاسة الجمهورية عرضها على الجهات المعنية لإبداء الرأي.

وحرصا على التقيّد بهذا الإجراء الجوهري، واعتبارا أنّ عدم عرض مشروع القانون من شأنه أن يجعله معيبا بعدم الدستورية وفقا لفقّه قضاء مستقر للهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين والذي سبق أن تمّ التطرق إليه آنفا¹⁴⁰، وكذلك لفقّه القضاء المقارن¹⁴¹، فيتعيّن العمل من قبل مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة، أو مصالح رئاسة الجمهورية بالنسبة لمشاريع القوانين المدرجة في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الجمهورية، على ضمان احترام مقتضيات هذا الإجراء من خلال التثبت من علاقة مشروع القانون بمجالات تدخل هذه الهيئات.

140 أنظر النقطه المتعلقة بالاستشارات الوجودية الواردة بالفقرة 2 من الفرع 2 من القسم الأول من الجزء الأول من هذا الدليل.

141 اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي أنّ عدم احترام إجراء الاستشارة الوجودية يجعل مشروع القانون معيبا بعدم الدستورية حيث جاء في المجلس المذكور عدد 122 بتاريخ في 22 جويلية/ تموز 1980 ما يلي:

«Considérant que cette loi, qui établit pour la justice pénale dans les territoires d'outre-mer une organisation spécifique tenant compte des conditions propres à chacun d'eux, constitue un élément de l'organisation particulière de ces territoires et aurait dû, en application de l'article 74 de la Constitution, être précédée d'une consultation des assemblées territoriales intéressées ; que, dès lors, une telle consultation n'ayant pas eu lieu, ces dispositions n'ont pas été adoptées selon une procédure conforme à la Constitution.»

القسم الثاني- أي دور للسلطة التنفيذية في ملاءمة النصوص التشريعية النافذة مع أحكام الفصل 49 من الدستور؟

يتعين على السلطة التنفيذية أن تتعهد بدور جوهري ومحوري لمراجعة المنظومة التشريعية السارية المفعول ذات العلاقة بحقوق الانسان وتحيينها بما يتلاءم مع أحكام الفصل 49 من الدستور. ولضمان القيام بهذا الدور على أحسن وجه، فإنه من الضروري تكريس فكرة تدقيق المنظومة المذكورة (فقرة 1) وتحديد طرق وألويات وضوابط هذه المراجعة (فقرة 2) بالإضافة إلى تحديد دور الإطار المؤسساتي المكلف بتحيين المنظومة التشريعية (فقرة 3).

الفقرة 1- تكريس فكرة تدقيق المنظومة التشريعية

لتكريس فكرة تدقيق المنظومة التشريعية، فإنه من الضروري أن تعتبر السلطة التنفيذية هذا الواجب أحد أولوياتها الأساسية (1) باعتبار مزايا تدقيق المنظومة التشريعية المتعلقة بحقوق الإنسان (2)، وهو ما يستوجب توضيح المقصود بهذا التدقيق (3) والمقصود بالمنظومة التشريعية موضوع التدقيق (4).

1- لماذا يجب أن تعتبر السلطة التنفيذية واجب تدقيق المنظومة التشريعية أحد أولوياتها الأساسية؟

أ- السلطة التنفيذية مسؤولة أكثر من غيرها من السلط في خصوص واجب تدقيق المنظومة التشريعية

رغم أن حق المبادرة التشريعية أسنده الدستور كذلك للسلطة التشريعية من خلال حق نواب الشعب في تقديم مقترحات القوانين، فإن السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الحكومة ورئيس الجمهورية تعتبر صاحبة الأولوية في المبادرة التشريعية. وقد نص الفصل 62 من الدستور على أولوية النظر في مشاريع القوانين¹⁴² وعلى اختصاص رئيس الحكومة بتقديم مشاريع قوانين الموافقة على المعاهدات ومشاريع قوانين المالية. هذا إلى جانب تقدم، إن لم نقل استئثار، السلطة التنفيذية بمشاريع القوانين في أغلب بلدان العالم.

وبالتالي، فإن السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الحكومة ورئيس الجمهورية تعتبر مسؤولة أكثر من بقية السلط في خصوص واجب ملاءمة المنظومة القانونية المتعلقة بالحقوق والحريات مع أحكام

142 مقارنة بمقترحات القوانين التي يتقدم بها عشرة نواب على الأقل في إطار ممارسة المبادرة التشريعية.

الفصل 49 من الدستور، خاصة فيما يتعلق بالنصوص المنبثقة عن مبادرة تشريعية من رئيس الحكومة باعتبار أنه، من الناحية الإحصائية، تدرج أغلب القوانين المصادق عليها من المجلس النيابي في إطار مبادرة من رئيس الحكومة.

وفي نفس السياق، يمكن تأسيس واجب القيام بتحيين المنظومة التشريعية على أحكام الفصل 61 من القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر/ كانون الأول 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية الذي ينص على إعلام رئيس الحكومة ورئيس الجمهورية بقرار المحكمة الدستورية الصادر عن طريق الدفع، رغم أن الحكومة أو رئاسة الجمهورية ليست طرفا في النزاع. ويفسر هذا الإعلام واجب تدقيق المنظومة التشريعية المحمول على السلطة التنفيذية.

ب- التزام السلطة التنفيذية بتدقيق المنظومة التشريعية

يمكن أن تعبّر السلطة التنفيذية عن التزامها بتدقيق المنظومة التشريعية قصد ملاءمتها مع أحكام الدستور بوسائل عدة.

ومن بين هذه الوسائل التي اعتمدها السلطة التنفيذية في تونس، الوثيقة التوجيهية لمخطط التنمية 2020-2016 التي نصت على "المضي قدما في ملاءمة التشريعات المعمول بها مع المبادئ والأحكام التي جاء بها الدستور..."¹⁴³.

كما يمكن الإشارة إلى وثيقة التعاقد الحكومي "المذكرة التعاقدية من أجل ائتلاف حكومي" التي أمضيت بتاريخ 24 فيفري/ شباط 2020 من قبل رئيس الحكومة المكلف ورؤساء بعض الكتل البرلمانية والأحزاب السياسية المكونة للائتلاف الحكومي في إطار تشكيل الحكومة¹⁴⁴ والتي نصّت على "استكمال مسار ملاءمة القوانين والتشريعات للدستور".

ويبقى البرنامج الحكومي التشريعي من أهم الوسائل التي تبرز الالتزام المذكور. وقد تمّ اعتماد هذا الوسيلة في عدة تجارب مقارنة¹⁴⁵. فعلى سبيل المثال، تضمّن المخطط التشريعي الذي أعدته الحكومة المغربية سنة 2012 في إطار تنفيذ برنامج عملها "مجموع التدابير التشريعية الواجب اتخاذها لتنفيذ بعض أحكام الدستور" ومن بينها ستة عشر "تديرا تشريعيًا لملاءمة بعض التشريعات مع أحكام الدستور"¹⁴⁶.

143 الوثيقة التوجيهية لمخطط التنمية 2020-2016، ص. 26. وثيقة منشورة على موقع اب وزارة التنمية والاستثمار والتعاون الدولي: www.mdici.gov.tn

144 تمت تسمية رئيس هذه الحكومة وأعضائها بمقتضى الأمر الرئاسي عدد 19 لسنة 2020 المؤرخ في 27 فيفري/ شباط 2020.

145 من بين تلك التجارب، يمكن ذكر تجربة المملكة المتحدة أين تتولى الحكومة البريطانية إعداد برنامج تشريعي وعرضه على البرلمان وقد تم تعريف هذا البرنامج على النحو التالي:

«the Programme sets out the UK Government's plans for legislative and key non-legislative action in next year's Parliamentary session "in « Draft Legislative Programme 2008-09". Reports - Government's draft legislative programme».

146 صدر هذا المخطط عن الحكومة المغربية سنة 2013 تحت عنوان "المخطط التشريعي برسم الولاية التشريعية التاسعة كما وافق عليه مجلس الحكومة المنعقد بتاريخ 22 نوفمبر/ تشرين الثاني 2012" (منشور على موقع اب الأمانة العامة للحكومة المغربية: <http://www.sgg.gov.ma>).

ونظرا لأهمية هذه الوسيلة في تكريس التزام السلطة التنفيذية بتحسين المنظومة التشريعية ذات العلاقة بحقوق الإنسان، فإنه من الضروري أن يتم إعداد برنامج تشريعي تتولى عرضه الحكومة على مجلس نواب الشعب سنويا أو خلال المدة النيابية لمجلس نواب الشعب. ويمكن الاستئارة بالتجارب المقارنة في هذا المجال. ويعتبر هذا التمشي ضروريا لإرساء مقومات دولة القانون ومن أبرزها احترام الدستور وخاصة أحكامه المتعلقة بالحقوق والحريات.

2- ماهي أبرز مزايا تكريس فكرة تدقيق المنظومة التشريعية من قبل السلطة التنفيذية؟

تتمثل أبرز مزايا تكريس فكرة تدقيق المنظومة التشريعية من قبل السلطة التنفيذية فيما يلي:

أ- احترام الدستور وهرمية القواعد القانونية

يمكن تحيين المنظومة التشريعية المتعلقة بحقوق الإنسان من تفادي الاختلال المترتب عن تراكم النصوص القانونية المخالفة لمقتضيات الفصل 49 من الدستور، بما يضمن علوية النص الدستوري في جميع أحكامه ومن بينها أحكام الفصل 49.

وفي هذا الصدد، يجدر التذكير بمقتضيات منشور رئيس الحكومة عدد 8 بتاريخ 17 مارس/ آذار 2017 المتعلق بقواعد إعداد مشاريع النصوص القانونية وإجراءات عرضها واستكمال تهيئتها، والذي جاء فيه: "تكتسي أحكام الفصل 49 من الدستور أهمية بالغة باعتبارها تعكس المكانة الرفيعة التي تحظى بها الحقوق والحريات. ويتعين بالتالي مراعاتها والالتزام بها بكل دقة عند صياغة مشاريع النصوص القانونية لتفادي كل تعارض بين أحكامها وبين المقتضيات الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات وما قد يترتب عن ذلك من التصريح بعدم دستورتيتها".

وبالتالي، فإنه يبقى من مسؤولية السلطة التنفيذية المبادرة بمراجعة المنظومة التشريعية المخالفة للفصل 49، خاصة النصوص الصادرة قبل دستور 2014، باعتبار أن مخالفة نص تشريعي نافذ لأحكام الدستور تجعله عرضة للإلغاء لعدم دستوريته عن طريق الدفع وهو ما يمس من الاستقرار التشريعي الذي يعتبر إرساؤه من مقومات جودة التشريع.

ب- تعزيز حماية حقوق الإنسان

ينص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادة 2 (الفقرة 2) منه على ما يلي: "تعهد كل دولة طرف في هذا العهد، إذا كانت تدابيرها التشريعية أو غير التشريعية القائمة لا تكفل فعلا إعمال الحقوق المعترف بها في هذا العهد، بأن تتخذ، طبقا لإجراءاتها الدستورية ولأحكام هذا العهد، ما يكون ضروريا لهذا الإعمال من تدابير تشريعية أو غير تشريعية". وبالتالي فإن تحيين المنظومة التشريعية الوطنية لملاءمتها مع الفصل 49 يعتبر شرطا جوهريا لإعمال الحقوق المنصوص عليها بالعهد، حيث أن تحيين هذه

المنظومة في اتجاه ضمان عدم المساس بجوهر الحق واحترام مبدأ التناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها يعتبر ركيزة أساسية لاحترام حقوق الإنسان.

ج- المساهمة في تحقيق نجاعة وفاعلية التشريع المقيد للحقوق والحريات

ترتبط نجاعة (Efficacité) التشريع بالأهداف المنتظرة من وضعه وتطبيقه. أمّا فاعلية التشريع (Effectivité) فترتبط بالآثار (Effets) التي يحدثها في حياة الأفراد المستهدفين به والتي تقاس من خلال التغيرات التي تطرأ على سلوكهم عند تطبيق التشريع (قبول التشريع والخضوع لمقتضياته، رفضه ومخالفته أو الطعن فيه)¹⁴⁷.

كفيع تمكن عملية تدقيق المنظومة التشريعية ذات الصلة بمجال حقوق الإنسان على ضوء الفصل 49 من الدستور من المساهمة في تحقيق نجاعة وفاعلية التشريع في هذا المجال؟

للإجابة على هذا السؤال، تجدر الإشارة أنّ تطبيق اختبار التناسب من قبل الجهة المكلفة بتدقيق المنظومة التشريعية على معنى الفصل 49 من الدستور¹⁴⁸ يقوم في بعض جوانبه على النظر في شرط الملاءمة لمعرفة ما إذا كان الحد الذي يتضمنه النص التشريعي قد مكن من الوصول إلى الهدف من وضعه. كما أنه يقوم في بعض الجوانب الأخرى على التثبت في شرط التناسب في معناه الضيق حيث يتمّ النظر في آثار التشريع المتضمن للقيود على مصالح صاحب الحق لمعرفة ما إذا أدت القيود المفروضة إلى انتهاك خطير للحق.

فإذا تبين أن القيد المفروض على الحق لم يكن قادراً على الوصول إلى الهدف من إقراره¹⁴⁹، فإنه يتعين على الجهة المكلفة بالتدقيق مراجعة الأحكام المتعلقة بهذا القيد من أجل ملاءمته مع الغرض من وضعه بما يصيره قادراً على الوصول إلى تحقيق الهدف منه. وهو ما يساهم في تحقيق نجاعة التشريع المتضمن للقيد المذكور والذي شمله التدقيق.

وإذا تبين أن الحد كان مبالغاً فيه وانتهك بصفة مفرطة الحق الذي تمّ تقييده، خاصة إذا كان ذلك قد انعكس سلباً على سلوك صاحب الحق تجاه التشريع المتضمن للقيد (عدم قبول القيد، رفضه الخضوع له، الطعن في التشريع...)، بما يمس من فاعلية هذا التشريع، فإنه يتعين على الجهة المكلفة بالتدقيق مراجعة هذا التشريع لإيجاد طريقة أخرى أقلّ انتهاكاً للحق. وهو ما يساهم في تحقيق فاعلية التشريع المتضمن للقيد المذكور.

وبناء على ما سبق، ولضمان نجاعة وفاعلية التشريع المحدد للحقوق والحريات، يهدف تدقيق المنظومة التشريعية إلى ضمان التقيّد بالأهداف التي يحددها الدستور صلب الفصل 49، وضمان أن

Alexandre Flückiger, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », Revue 147 européenne des sciences sociales, Tome XLV, 2007, N° 138, pp. 83-101 (Édition électronique : URL: <http://journals.openedition.org/ress/195>).

148 حول تطبيق اختبار التناسب في إطار تدقيق المنظومة التشريعية، انظر الفقرة 2 من هذا القسم من الدليل.

149 يجدر التذكير أن هذا الهدف يجب أن يكون مشمولاً بقائمة الأهداف التي ينص عليها الفصل 49 من الدستور.

تكون القيود المفروضة ملائمة لتحقيق الغرض من وضع التشريع (قياس الملاءمة)، وألا تؤدي القيود المفروضة إلى انتهاك خطير للحق (شرط التناسب في معناه الضيق) ينعكس على سلوك صاحب الحق بما من شأنه أن يحد من فاعلية التشريع، خاصة عند رفض الخضوع للقانون أو الطعن فيه.

د- تدعيم مشروعية تدخّل السلطة التنفيذية في إطار السياسات العمومية

يندرج تدقيق المنظومة التشريعية من قبل السلطة التنفيذية في إطار السياسات العمومية، إذ أن إعداد النصوص القانونية أو تنقيحها وتنفيذها يندرج ضمن هذه السياسات، كما ينص على ذلك الأمر الحكومي عدد 328 لسنة 2018 المؤرخ في 29 مارس/ آذار 2018 المتعلق بتنظيم الاستشارات العمومية والذي جاء فيه أن السياسات العمومية تعني "تدخّل الهياكل العمومية في جميع المجالات الإدارية والاجتماعية والاقتصادية، بما في ذلك (...) مشاريع النصوص التشريعية والترتيبية".

3- ماذا يعني تدقيق المنظومة التشريعية؟

تدقيق المنظومة التشريعية هو عملية ممنهجة، تتم في إطار مؤسسي ووفق أسس وإجراءات وضوابط محددة، وتمثّل في التثبيت من مدى انسجام أحكام النصوص التشريعية المتضمنة لضوابط حقوق الإنسان مع أحكام الفصل 49 من الدستور، وذلك بهدف تحقيق الملاءمة بين هذه النصوص التشريعية والنص الدستوري. وتجدد الإشارة في هذا الصدد إلى أنه باستثناء الحقوق والحريات التي تتطلب حماية أرفع من الحماية التي يقرها الفصل 49¹⁵⁰، يمكن القول أن احترام مقتضيات هذا الفصل من شأنه أن يوفر الحماية اللازمة لبقية الحقوق والحريات. غير أن هذه الحماية لا يجب أن تقتصر على تطبيق الفصل 49 بل تركز أيضا على حسن تطبيق الأحكام الدستورية الخاصة بكل حق أو حرية، بما يعني أن عملية تدقيق المنظومة التشريعية قد تتجاوز النظر في مدى التلاؤم مع الفصل 49.

* **عملية ممنهجة:** تتم عملية تدقيق المنظومة التشريعية وفق خطة تتضمن رسم أهداف وفق محاور وأولويات محددة وإنجاز أنشطة لتجسيد تلك الأهداف قصد الوصول إلى نتائج.

* **إطار مؤسسي:** تحيين المنظومة التشريعية عمل تقوم به السلطة التنفيذية (أو السلطة التشريعية) في إطار المؤسسات الرسمية. يمكن لجهات غير رسمية أن تشارك في عملية المراجعة وذلك في إطار مقارنة تشاركية.

* **وفق أسس وإجراءات وضوابط محددة:** تتم عملية التدقيق وفق أسس (قانونية، علمية...) تتعلق خاصة بصياغة النصوص القانونية عموما وبتأويل الفصل 49 من الدستور بصفة خاصة. كما تتم وفق إجراءات تنظم عمل مختلف الأطراف المتدخلة في عملية المراجعة. وتخضع هذه العملية إلى ضوابط من أبرزها احترام واجب عدم التراجع عن المكتسبات المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية.

150 أنظر التمهيد العام لهذا الدليل ص xii-xiii.

* **الثبت من مدى انسجام النصوص التشريعية المتضمنة لضوابط حقوق الإنسان مع أحكام الفصل 49:** يقصد بذلك التحقق من استيفاء النص التشريعي الدقة والوضوح، ومن أن الضوابط التي يتضمنها وُضعت لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية ويهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة ومن عدم مساس النص التشريعي بجوهر الحق الذي يضبطه من احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها.

* **الغاية من عملية التدقيق:** في صورة التوصل إلى نتيجة مفادها عدم انسجام أحكام النص التشريعي موضوع التدقيق مع الفصل 49، تبادر السلطة التنفيذية بإعداد مشروع لتفكيح هذا النص قصد ملاءمته مع الفصل المذكور.

4- ما المقصود بالمنظومة التشريعية موضوع التدقيق؟

يقصد بالمنظومة التشريعية المراد تدقيقها مختلف النصوص ذات الصبغة التشريعية الجاري بها العمل، سواء كانت منبثقة عن المبادرة التشريعية النيابية (مقرحات القوانين) أو عن المبادرة التشريعية للسلطة التنفيذية (مشاريع القوانين)، والتي تحدد الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات وممارستها.

ولمعرفة النصوص القانونية التي تندرج ضمن المنظومة التشريعية المذكورة والتي تكون معنية بالمراجعة قصد ملاءمتها مع الفصل 49 من الدستور، يتعين التثبت من مدى خضوع الحريات والحقوق التي تضع هذه النصوص ضوابط لها إلى مادة الفصل المذكور. فإذا كانت هذه الحقوق والحريات خاضعة للفصل 49 من الدستور، فإن أحكام النصوص التشريعية التي تضع ضوابط لها تكون معنية بالتدقيق على معنى هذا الفصل. أما إذا كانت هذه الحقوق والحريات خارجة عن نطاق الفصل 49، فإن عملية المراجعة المذكورة لا تشمل أحكام النصوص التشريعية المتعلقة بها.

ويستدعي ذلك تحديد مجال تطبيق الفصل 49 من الدستور. وباعتبار أن هذا الفصل يمثل مادة جامعة في الدستور التونسي، فإنه ينطبق على الحقوق والحريات الواردة بالدستور ولا شيء يمنع انطباقه على الحقوق والحريات غير المدرجة، حيث يمكن اعتبار أن عبارة "الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور" الواردة بالفصل المذكور تنسحب أيضا على الحقوق غير المضمنة به، وذلك تأسيسا على ما ورد بتوطئة الدستور من تمسك السلطة التأسيسية "بالقيم الإنسانية ومبادئ حقوق الإنسان الكونية السامية"، خاصة في ظل تنصيب الفصل 146 على أنه "تفسر أحكام الدستور ويُؤوّل بعضها البعض كوحدة منسجمة".

غير أن طريقة التحديد المزوج للحقوق والحريات التي اعتمدها المشرع الدستوري تقتضي أن تخرج الحقوق والحريات التي لا تقبل أي تحديد أو تقيد تشريعي أو التي لا يمكن وضع ضوابط لها إلا بسقف أعلى من الفصل 49 عن نطاق هذا الفصل¹⁵¹.

151 حول مجال انطباق الفصل 49، أنظر التمهيد العام للدليل ص vii و xiii. أنظر أيضا خالد الماجري، المرجع السابق، ص 19 - 40.

وعلى هذا الأساس، فإن عملية التدقيق على معنى الفصل 49 من الدستور لا يمكن أن تشمل إلا:

- النصوص التشريعية النافذة التي تضع ضوابط لحقوق وحریات تتعلق بها تحديدات خاصة.
- النصوص التشريعية النافذة التي تضع ضوابط لحقوق وحریات تتعلق بها حماية إضافية.
- الحقوق والحریات التي لا تقبل التحديد إلا من خلال الفصل 49.

وتجدر الإشارة إلى أن عدم اندراج نص تشريعي مقيد لحق معين ضمن الأصناف الثلاثة المذكورة لا يعني عدم إمكانية مراجعة هذا النص، إذ يمكن إجراء هذه المراجعة في إطار آخر غير إطار الملاءمة مع الفصل 49 من الدستور.

مثال: في صورة صدور نص تشريعي يتضمّن أحكاماً تمس بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات المنصوص عليه بالفصل 28 من الدستور، يمكن مراجعة هذا النص لإلغاء الأحكام المذكورة لا على أساس الملاءمة مع الفصل 49 وإنما باعتبار أنّ مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات لا يقبل أي تقييد تشريعي.

الفقرة 2- ما هي طريقة وضوابط تحيين المنظومة التشريعية؟

تتم مراجعة المنظومة التشريعية من قبل السلطة التنفيذية وفق مراحل (1) مع الأخذ بعين الاعتبار للأولويات في هذا المجال (2)، كما تخضع عملية التحيين إلى ضوابط (3).

1- ما هي مراحل مراجعة المنظومة التشريعية؟

يمكن أن تتم عملية تحيين المنظومة التشريعية المراد ملاءمتها مع الفصل 49 من الدستور وفق المراحل التالية:

المرحلة الأولى - تحديد قائمة النصوص المتضمنة لضوابط الحقوق والحریات والمشمولة بالتدقيق قصد ملاءمتها مع الفصل 49

في هذه المرحلة تضطلع اللجنة الوطنية لملاءمة النصوص القانونية ذات العلاقة بحقوق الإنسان مع أحكام الدستور ومع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها¹⁵² بدور محوري باعتبار أن ذلك يندرج في صميم مهامها المنصوص عليها بالأمر الحكومي المحدث لها حيث جاء في فصله 2 (المطلة الأولى) أن اللجنة مكلفة بضبط خارطة النصوص القانونية المتعلقة بحقوق الإنسان التي تتطلب الملاءمة مع أحكام الدستور.

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

وتجدر الإشارة إلى أن تركيبة اللجنة تضم ممثلين عن سائر الوزارات¹⁵³ وهم يمثلون نقاط اتصال لهذه اللجنة لدى وزاراتهم¹⁵⁴ بما يضمن مساهمة كل وزارة في ضبط خارطة النصوص التشريعية المشمولة بالملاءمة من خلال مدّ اللجنة بقائمة النصوص المعنية بالتحيين في المجالات الراجعة لها بالنظر.

ويقترح أن يتمّ إدراج النصوص المشمولة بالمراجعة ضمن القائمة المذكورة وفق محاور تتعلق بطبيعة الحقوق والحريات التي تقيدها هذه النصوص، مع الحرص على عدم اعتماد أية مفاضلة بين الحقوق والحريات المذكورة، بما يضمن تحقيق الهدف الأساسي من ضبط قائمة النصوص التشريعية، المتمثل في ملاءمة كافة النصوص التشريعية مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور.

وتحال قائمة النصوص المشمولة بالمراجعة بعد الاتفاق عليها صلب اللجنة الوطنية المذكورة إلى كل وزارة وإلى مختلف الهيئات الأخرى الممثلة باللجنة.

المرحلة الثانية- التثبيت من مدى التلاؤم بين النص التشريعي والفصل 49 من الدستور وتطبيق اختبار التناسب

تتولى المصالح المكلفة بالقانون والتشريع التابعة لكل وزارة التثبيت من مدى التلاؤم بين النصوص التشريعية المقيدة للحقوق والحريات والراجعة لها بالنظر والتي تشملها القائمة المذكورة مع أحكام الفصل 49 من الدستور.

وفي هذا الإطار، تقوم هذه المصالح بالتثبيت من أن هذه النصوص:

- لا تضع ضوابط للحقوق والحريات لدواعي تتعدى ضرورة إرساء دولة مدنية ديمقراطية ولأهداف لا تتعلق بحماية حقوق الغير وبمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة.
- لا تنال من جوهر الحقوق والحريات التي تحدها.
- لا تتخالف مبدأ التناسب بين الضوابط وموجباتها.

وتتولى المصالح المذكورة تطبيق اختبار التناسب بعناصره الثلاثة (الملاءمة والضرورة والتناسب بمعناه الضيق)، كما سبق تفصيل ذلك في هذا الدليل¹⁵⁵.

ويتجه في هذا الإطار التأكيد على ضرورة أن يتم تحديد الأحكام غير المتلائمة مع الفصل 49 من الدستور وأوجه عدم التلاؤم بكل دقة بالنسبة لكل نص تشريعي موضوع التدقيق. ويمكن استنتاج أوجه مخالفة مقتضيات هذا الفصل من خلال الإجابة على الأسئلة التالية:

153 أنظر الفصل 3 من الأمر الحكومي المذكور.

154 أنظر الفصل 4 من الأمر الحكومي المذكور.

155 أنظر الفرع الأول من القسم الأول من الجزء الأول من هذا الدليل.

- هل وقع المساس بجوهر الحق؟
- هل تمّ سن التشريع لغرض لا تشمله قائمة الأهداف المنصوص عليها بالفصل 49؟
- هل تمّ التقيد بمبدأ التناسب؟

بعد الانتهاء من التثبت من مدى التلاؤم بين النص التشريعي والفصل 49 وتطبيق اختبار التناسب وإعداد وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور الخاصة بكل نص تشريعي شمله التدقيق، تتولى الوزارة المعنية تضمين نتائج ذلك التمشي بجدول ينص على المحاور التي تندرج ضمنها هذه النصوص التشريعية (الخانة الأولى) وعنوان كل نص تشريعي (الخانة الثانية) والأحكام المخالفة للفصل 49 من الدستور (الخانة الثالثة) وأوجه عدم التلاؤم أو المخالفة بين هذه الأحكام والفصل المذكور (الخانة الرابعة) وتصورات ومقترحات التعديل (الخانة الرابعة)، وذلك كما يبيّنه الجدول التالي:

المحور	عنوان النص التشريعي	الأحكام المخالفة للفصل 49 من الدستور	أوجه عدم التلاؤم مع الفصل 49 من الدستور	مقترحات و تصورات لتعديل النص التشريعي

ويرفق هذا الجدول بوثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور وبجميع الوثائق المتعلقة بالتشريع وفقه القضاء والدراسات والاستشارات التي تمّ اعتمادها في عملية التدقيق، ويضمّن كل ذلك بملف يتمّ عرضه ومناقشته صلب اللجنة الوطنية للملاءمة النصوص القانونية ذات العلاقة بحقوق الإنسان مع أحكام الدستور ومع الانفاقيات الدولية المصادق عليها.

وتحال نتائج أشغال اللجنة إلى الوزارة المعنية للشروع في إعداد مشاريع لمراجعة النصوص التشريعية المخالفة للفصل 49.

المرحلة الثالثة- إعداد مشاريع نصوص تشريعية لتنقيح النصوص المخالفة للفصل 49

تتولى الوزارة المعنية إعداد مشاريع نصوص تشريعية لتنقيح النصوص المذكورة. ويتم في هذا الإطار الأخذ بعين الاعتبار للأولويات التي تضبط صلب اللجنة الوطنية سالفه الذكر¹⁵⁶. وفي هذا الإطار، يجدر التأكيد على ضرورة اعتماد مقاربة تشاركية تضمن مشاركة مختلف الأطراف المعنية (الوزارات، الهيئات المستقلة، مكونات المجتمع المدني...)، كما تمّ بيانه سابقا في هذا الدليل.

المرحلة الرابعة- عرض مشاريع النصوص القانونية المتعلقة بمراجعة المنظومة التشريعية على اللجنة الوطنية للملاءمة وإحالة الملفات المتعلقة بها إلى مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة

تعرض الوزارة المعنية مشاريع النصوص القانونية المتعلقة بمراجعة المنظومة التشريعية قصد ملاءمتها مع الفصل 49 من الدستور على اللجنة الوطنية المذكورة لإبداء النظر، تطبيقا لأحكام

156 حول ضبط الأولويات، أنظر النقطة 2 من هذه الفقرة.

الفصل 2 (المطلة السادسة) من الأمر عدد 1196 لسنة 2019 سابق الذكر. وتحيل الوزارة المعنية ملفات مشاريع القوانين مرفقة برأي اللجنة إلى مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة، وذلك لاستكمال إجراءات عرضها على مجلس الوزراء وإحالتها إلى مجلس نواب الشعب.

2- كيف تُضبط الأولويات في عملية الملاءمة؟

تتولى الجهة المكلفة بالتحيين إعداد مشاريع تحيين المنظومة التشريعية ذات العلاقة بحقوق الإنسان قصد ملاءمتها مع الفصل 49 من الدستور وفق أولويات معينة.

وتضبط هذه الأولويات صلب اللجنة الوطنية لملاءمة النصوص القانونية ذات العلاقة بحقوق الإنسان مع أحكام الدستور ومع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها التي تضمن التنسيق في هذا الشأن بين مختلف المتدخلين. ويتجه التأكيد في هذا الصدد على ضرورة الاستئارة برأي الهياكل العمومية المعنية والهيئات المستقلة الدستورية وغير الدستورية واللجان الوطنية وغيرها من الأطراف الفاعلة إضافة إلى الخبراء في مجال حقوق الإنسان.

ويتمّ الاعتماد في ضبط هذه المسائل ذات الأولوية عدة معطيات تستخلص خاصة من:

- التقارير التي تقدمها الدولة التونسية للهيئات واللجان والمؤسسات الأهمية والإقليمية في مجال حقوق الإنسان.
- الملاحظات والتوصيات الصادرة عن الهيئات واللجان والمؤسسات المذكورة.
- نتائج أعمال اللجنة الوطنية للتنسيق وإعداد وتقديم التقارير ومتابعة التوصيات في مجال حقوق الإنسان¹⁵⁷.
- المقترحات المضمنة بالتقارير السنوية للهيئات الدستورية والهيئات العمومية بصورة عامة.
- فقه قضاء المحكمة الدستورية وخاصة منها الأحكام الصادرة بخصوص الطعون المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية.
- التقارير والبحوث الصادرة عن المنظمات والمؤسسات الناشطة في مجال حقوق الإنسان سواء كانت وطنية أو إقليمية أو دولية.
- الدراسات في مجال حقوق الإنسان.

وعلى أساس هذه المواضيع ذات الأولوية¹⁵⁸، يتمّ إعداد مشاريع تحيين المنظومة التشريعية.

157 تمّ إحداث هذه اللجنة بمقتضى الأمر الحكومي عدد 1593 لسنة 2015 المؤرخ في 30 أكتوبر/ تشرين الأول 2015.

158 كمثل عن المسائل ذات الأولوية التي يمكن استخلاصها من المصادر سابقة الذكر يمكن ذكر المساواة بين الجنسين.

3- ما هي ضوابط تحيين المنظومة التشريعية؟

تخضع عملية تحيين المنظومة التشريعية بهدف ملاءمتها مع الفصل 49 من الدستور إلى ضوابط تتمثل في احترام واجب عدم التراجع عن المكتسبات المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية. فلئن كانت السلطة التنفيذية تتمتع بصلاحيه المبادرة بمراجعة التشريعات في مجال حقوق الإنسان، فإنه لا يمكن لها مبدئياً أن تتقدم بمشاريع قوانين تتضمن تراجعاً عن مستوى حماية حقوق الإنسان الأساسية التي تتضمنها التشريعات المراد تنقيحها بما يشكل تراجعاً عن المكاسب التي تحققت في ظل هذه التشريعات واخلالاً بمبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان.

وتجدر الإشارة إلى أن واجب عدم التراجع عن المكتسبات في إطار تدقيق المنظومة التشريعية لا يختلف كثيراً في ما يتعلق بمفهومه وأساسه وبتقييم المكتسب وتقدير التراجع من عدمه عما هو الأمر بالنسبة للمبادرة التشريعية بما يعني عن إعادة إثارة المسائل المذكورة التي سبق التطرق إليها في هذا الدليل¹⁵⁹.

غير أنه لا بد من الإشارة إلى وجود تباين على مستوى النص المرجعي لتقدير التراجع، فإن كان نصاً جديداً يكون النص المرجعي النصوص القانونية التي تعلوه درجة ويتم اعتماد النص الذي يتضمن مجال حماية أكبر. أما إذا كان مشروع القانون الذي بصدد الصياغة يتعلق بتنقيح ومراجعة قانون ساري المفعول، فإن تقدير مسألة عدم التراجع يتم انطلاقاً من مجال الحماية التي تكفلها القوانين سارية المفعول المتعلقة بالحق موضوع مشروع التنقيح والمراجعة وذلك من خلال التقيد بالأحكام التي تكفل أكثر حماية وفاعلية لممارسة هذا الحق.

الفقرة 3- ما هو دور الإطار المؤسساتي المكلف بتحيين المنظومة التشريعية؟

يتكون الإطار المؤسساتي المكلف بتحيين المنظومة التشريعية من:

- اللجنة الوطنية لملاءمة النصوص القانونية ذات العلاقة بحقوق الإنسان مع أحكام الدستور ومع الاتفاقيات الدولية.
 - الوزارات وخاصة الوزارة المكلفة بحقوق الإنسان أو الهيكل المكلف بمتابعة ملف حقوق الإنسان لدى رئاسة الحكومة عند عدم أفراد ملف حقوق الإنسان بوزارة خاصة¹⁶⁰.
 - رئاسة الحكومة: مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة.
- وقد سبق التطرق إلى دور كل من مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة والوزارات

159 انظر الفقرة الثانية من الفرع الأول من القسم الأول من الجزء الأول من هذا الدليل.

160 على غرار ما تم في الأمر الرئاسي عدد 84 لسنة 2020 المؤرخ في 2 سبتمبر/ أيلول 2020 المتعلق بتسمية رئيس الحكومة وأعضائها، حيث تم الاكتفاء بوزارة لدى رئيس الحكومة مكلفة بالعلاقة مع الهيئات الدستورية والمجتمع المدني، بما يعني أن ملف حقوق الإنسان سيكون من مشمولات الهيكل المكلف بملف حقوق الإنسان برئاسة الحكومة.

سواء في إطار المبادرة التشريعية الحكومية¹⁶¹ أو في إطار تحيين المنظومة التشريعية ذات العلاقة بحقوق الإنسان¹⁶².

وسيتّم فيما يلي مزيد توضيح دور اللجنة الوطنية لملاءمة النصوص القانونية ذات العلاقة بحقوق الإنسان مع أحكام الدستور ومع الاتفاقيات الدولية في تحيين المنظومة التشريعية ذات العلاقة بحقوق الإنسان.

في هذا الصدد، يمكن الرجوع إلى أحكام الفصل 2 من الأمر الحكومي عدد 1196 لسنة 2019 المؤرخ في 24 ديسمبر/ كانون الأوّل 2019 المتعلق بإحداث اللجنة المذكورة وضبط مشمولاتها وتركيبتها وطرق سير عملها لاستخلاص دورها في عملية التحيين، حيث ينص هذا الفصل على أنه من مهام هذه اللجنة ما يلي:

- ضبط خارطة النصوص القانونية المتعلقة بحقوق الإنسان التي تتطلب الملاءمة مع أحكام الدستور ومع الالتزامات المنبثقة عن الاتفاقيات الدولية المصادق عليها،
- اقتراح مراجعة النصوص القانونية وتنقيحها،
- إبداء الرأي بخصوص مشاريع النصوص التشريعية والترتيبية ذات العلاقة بحقوق الإنسان والتي تحال عليها وجوبا،
- إعداد التقارير الدورية حول تقدم أعمال اللجنة الوطنية واقتراحاتها.

ولضمان دور فعال لهذه اللجنة التي يمثل إحداثها أحد مميزات التجربة التونسية في حماية حقوق الإنسان، يتجه أن تولي اللجنة في عملها أهمية بالغة لملاءمة النصوص القانونية مع الفصل 49.

ويقترح في هذا الإطار، اعتبارا لأهمية تحيين المنظومة التشريعية لضمان تلاؤمها مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور أن يتم إحداث لجنة فرعية صلب اللجنة الوطنية المذكورة تعنى بهذه المسألة خاصة وأن الفصل 8 من الأمر الحكومي سابق الذكر ينص على أنه "يمكن أن يتفرع عن اللجنة الوطنية عدد من اللجان الفرعية تحدث بمقرر من الوزير المكلف بحقوق الإنسان تتخصص في المواضيع والمحاور القطاعية والمشاركة ذات العلاقة بحقوق الإنسان".

كما يقترح مزيد التعريف بدور اللجنة الوطنية المذكورة وتطوير قدرات أعضائها وتنمية معارفهم في مجال الحقوق والحريات وخاصة فيما يتعلق بإعمال مبدأ التناسب ومبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان.

161 القسم الأول من الجزء الأول من هذا الدليل.

162 القسم الثاني من الجزء الأول من هذا الدليل.

الجزء الثاني

ماهي آليات احترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور في إطار ممارسة السلطة التنفيذية لحق متابعة المبادرة التشريعية الحكومية وواجب الدفاع عليها بعد المصادقة؟

سيتم التطرق في فرع أول إلى حق السلطة التنفيذية¹⁶³ في الدفاع عن مبادرتها التشريعية داخل الهياكل البرلمانية بمجلس نواب الشعب (فرع أول)، ثم في فرع ثاني إلى واجب السلطة التنفيذية في الدفاع عن مشاريع القوانين وكذلك القوانين النافذة، وذلك عند الطعن فيها بعدم الدستورية (فرع 2).

الفرع 1- ما هي الآليات التي توكل السلطة التنفيذية من متابعة مشاريع القوانين الهادفة إلى مجلس نواب الشعب لتفادي تعديلها بما يتعارض مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور؟

حرصا على ضمان تقيّد مشاريع القوانين بالفصل 49 من الدستور، فإنه يتعيّن على السلطة التنفيذية سواء تعلق مشروع القانون بمبادرة تشريعية من رئيس الحكومة أو بمشروع قانون مندرج في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الجمهورية متابعة المبادرة التشريعية داخل الهياكل البرلمانية لتفادي تعديلها بما يتعارض مع مقتضيات الفصل المذكور (فقرة أولى) كما يمكن لها في صورة إدخال تغييرات على مشروع القانون بشكل يجعله متعارضاً مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور تفعيل صلاحية الطعن بعدم الدستورية بعد المصادقة عليه من قبل الجلسة العامة لمجلس نواب الشعب (فقرة 2).

الفقرة 1- وجوب متابعة المبادرة التشريعية داخل الهياكل البرلمانية

أ- متابعة المشروع في إطار اللجان البرلمانية

عند إعداد مشروع قانون يتعلق بمجال الحقوق والحريات في إطار ما تتمتع به الحكومة من حق المبادرة التشريعية المنصوص عليه في الدستور¹⁶⁴، وبعد استكمال الإجراءات القانونية والدستورية اللازمة في شأنه بما في ذلك العرض على الاستشارات اللازمة، يحال مشروع القانون المذكور إلى مجلس نواب الشعب بعد التداول في شأنه بمجلس الوزراء¹⁶⁵.

بعد تسجيل مشروع القانون بمكتب مجلس نواب الشعب، يتم إحالته¹⁶⁶ إلى أحد اللجان القارة

163 رئيس الحكومة أو رئيس الجمهورية.

164 ينص الفصل 62 من الدستور على أنه "تمارس المبادرة التشريعية بمقتراحات قوانين من عشرة نواب على الأقل، أو بمشاريع قوانين من رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة".

165 تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 93 من الدستور على أنه "يتم التداول في كل مشاريع القوانين بمجلس الوزراء".

166 تنص الفقرة الثالثة من الفصل 135 من النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب على أن مكتب المجلس "يحيل مقترحات ومشاريع القوانين إلى اللجنة المختصة لدراستها في أجل خمسة عشرة يوماً من تاريخ إيداعها".

التشريعية بمجلس نواب الشعب¹⁶⁷، وهي لجان مكلفة طبقا لمقتضيات الفصل 87 من النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب بدراسة مشاريع القوانين المعروضة على المجلس قبل إحالتها على الجلسة العامة. وفي معظم الأحيان، يتم إحالة مشروع القانون المتعلق بمجال الحقوق والحريات إلى لجنة الحقوق والحريات والعلاقات الخارجية باعتبارها الجهة المختصة مبدئياً بالتعهد بالقوانين المذكورة وذلك تبعاً لاختصاصها المستمد من النظام الداخلي في خصوص تعهدها بمشاريع القوانين المتعلقة بـ "الحريات العامة وحقوق الإنسان، العفو التشريعي العام والعدالة الانتقالية، المجتمع المدني والاعلام".

وتجدر الإشارة إلى أنه اعتباراً لتعدد مجالات القوانين التي يمكن أن يكون لها تأثير على مجال الحقوق والحريات، فإن مشروع القانون المتعلق بالحقوق والحريات لا يمكن أن يكون حصرياً من اختصاص لجنة الحقوق والحريات والعلاقات الخارجية بل يمكن أن يكون من اختصاص لجان أخرى خاصة منها:

- لجنة التشريع العام،
- لجنة تنظيم الإدارة وشؤون القوات الحاملة للسلاح: على غرار مشاريع القوانين المتعلقة بزجر الاعتداء على الأمنيين،
- لجنة الصحة والشؤون الاجتماعية،
- لجنة النظام الداخلي والحصانة والقوانين البرلمانية والقوانين الانتخابية.

هذا فضلاً على إمكانية عرض مشروع القانون بطلب من اللجنة المتعهددة على رأي أي من اللجان الأخرى للاستئناس برأيها وذلك تطبيقاً لمقتضيات الفصل 90 من النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب.

طالما أنّ مشروع القانون يندرج في إطار مبادرة من رئيس الحكومة أو رئيس الجمهورية، فإنّ من حق جهة المبادرة متابعة المشروع داخل اللجان وإبداء الرأي حول التعديلات التي يمكن أن تدخلها اللجنة المعنية على مشروع القانون المعروض وذلك في إطار ما يتيحها الفصل 81 من النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب الذي ينص على "يمكن للجان طلب الاستماع إلى ممثل عن رئاسة الجمهورية أو ممثل عن الحكومة أو أحد مسيري المؤسسات والهيئات العمومية. كما يمكن لممثل عن رئاسة الجمهورية أو عن الحكومة طلب حضور جلسات اللجان لتوضيح مسألة ما".

وتبعاً لذلك يجب على الجهة الحكومية صاحبة المبادرة أو رئاسة الجمهورية إذا تعلق المشروع بمبادرة تشريعية من رئيس الجمهورية إعلام اللجنة بمعارضتها للتعديلات المدخلة إذا كان من

167 حسب الفصل 87 من النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب يحتوي المجلس على 9 لجان قارة تشريعية وهي لجنة التشريع العام، لجنة الحقوق والحريات والعلاقات الخارجية، لجنة المالية والتخطيط والتنمية، لجنة الفلاحة والأمن الغذائي والتجارة والخدمات ذات الصلة، لجنة الصناعة والطاقة والثروات الطبيعية والبنية الأساسية والبيئية، لجنة الصحة والشؤون الاجتماعية، لجنة الشباب والشؤون الثقافية والترية والبحث العلمي، لجنة تنظيم الإدارة وشؤون القوات الحاملة للسلاح، لجنة النظام الداخلي والحصانة والقوانين البرلمانية والقوانين الانتخابية.

شأنها جعل مشروع القانون متعارضاً مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور، ويتم ذلك قبل المصادقة على مشروع القانون من قبل اللجنة.

يتم إعلام اللجنة بموقف الجهة صاحبة المبادرة حضورياً أثناء النقاش كما يمكن أن يتم ذلك بالنسبة لمشاريع القوانين المدرجة في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الحكومة عن طريق الوزير لدى رئيس الحكومة المكلف بالعلاقة بين الحكومة ومجلس نواب الشعب.

سحب المشروع

يمكن للحكومة، أو رئاسة الجمهورية إذا كان المشروع في إطار مبادرة من رئيس الجمهورية، في صورة قيام اللجنة المعنية بإدخال تعديلات على مشروع القانون ورفضها الاستجابة لحذف التغييرات المذكورة أن تطلب سحب مشروع القانون وذلك قبل إحالة المشروع على الجلسة العامة وذلك تطبيقاً لمقتضيات الفصل 137 من النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب الذي ينص على أنه "يحق لجهة المبادرة التشريعية سحب مبادرتها ما لم تعرض على الجلسة العامة على أن يكون السحب معللاً".

يتعين أن يكون التعليل مرتكزاً أساساً على تعارض التعديلات المدخلة على مشروع القانون مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور.

ويمكن لجهة المبادرة، في صورة التوجه نحو رفض سحب مشروع القانون تفادياً لإطالة آجال المصادقة عليه، المطالبة بحذف التعديلات المدخلة في إطار الجلسة العامة.

ب- متابعة المشروع في إطار الجلسة العامة

يمكن لجهة المبادرة¹⁶⁸ أن تتولى تقديم ملاحظاتها حول التعديلات المدخلة من قبل اللجنة المختصة وذلك بمناسبة افتتاح النقاش في الجلسة العامة، حيث تنص الفقرة الأولى من الفصل 139 من النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب على أنه "يفتح النقاش في مشاريع القوانين المعروضة على الجلسة العامة بالاستماع إلى مقرر اللجنة ثم إلى ممثل جهة المبادرة إن طلب ذلك".

وبالتالي يمكن لجهة المبادرة وبطلب منها، عن طريق الوزير الممثل لجهة المبادرة بإعداد مشروع القانون بالنسبة لمشاريع القوانين المدرجة في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الحكومة وعن طريق ممثل رئاسة الجمهورية بالنسبة للمشاريع المدرجة في إطار مبادرة من رئيس الجمهورية، ابداء ملاحظات مبدئية مع تقديم التعليل المذكور وطلب حذف التعديلات المدخلة من قبل اللجنة المعنية.

وفي هذا الإطار، يمكن للوزير المكلف بالعلاقة مع مجلس نواب الشعب، بالنسبة لمشاريع القوانين المدرجة في إطار مبادرة من رئيس الحكومة متابعة المبادرة التشريعية الحكومية بمجلس

168 رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة.

نواب الشعب وطلب حذف التعديلات المدخلة من قبل اللجنة المختصة بمجلس نواب الشعب وذلك بناء على تقرير تعدده مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة بالتنسيق مع الوزارة صاحبة المبادرة.

في بعض الحالات، قد يتم في الجلسة العامة إدخال تعديلات على المشروع بما يتعارض مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور في هذه الحالة، يمكن لجهة المبادرة طلب حذف التعديلات المذكورة خاصة وأنه من الناحية النظرية يبقى ذلك ممكنا خاصة بالنسبة لمشاريع القوانين المدرجة في إطار مبادرة من رئيس الحكومة طالما أن الحكومة منبثقة عن أغلبية برلمانية. وهو ما يفترض متابعة حينية من الحكومة لمشروع القانون أثناء المصادقة عليه في الجلسة العامة ومتابعة مقترحات التعديلات المقترحة من قبل النواب وذلك للتثبت من مدى تلاؤمها مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور.

يمكن أن يتم التعديل من قبل الجلسة العامة عند ممارسة رئيس الجمهورية حق الرد، وبالتالي يتعين على الحكومة أيضا مواصلة متابعة مبادرتها التشريعية والاعتراض على أية تعديلات محتملة على مشروع القانون تجعله متعارضاً مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور.

فقرة 2- تفعيل صلاحية الطعن بعدم الدستورية من قبل السلطة التنفيذية

أ – دور مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة في رصد الإخلالات التي تشوب الصيغة التي تهت المصادقة عليها من قبل الجلسة العامة وتحديد مواطن مخالفة الأحكام المصادق عليها للفصل 49 من الدستور

يعتبر مبدئياً الحفاظ على المنظومة القانونية وضمان انسجامها مع مقتضيات الدستور من أوكد صلاحيات السلطة التنفيذية. واعترافاً بأهمية هذا الالتزام، فقد كرس الدستور في فصله 120 حق رئيس الحكومة ورئيس الجمهورية في الطعن بعدم دستورية مشاريع القوانين أمام المحكمة الدستورية، كما حوّل لها هذا الحق بمقتضى الفصل 18 من القانون الأساسي عدد 14 لسنة 2014 المؤرخ في 18 أبريل/ نيسان 2014 المتعلق بالهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين¹⁶⁹.

وبالتالي، في صورة إدخال السلطة التشريعية تعديلات على المبادرات التشريعية للحكومة تتعارض مع أحكام الفصل 49 من الدستور، يتعين على رئيس الحكومة أو رئيس الجمهورية إذا كان المشروع مندرجاً في إطار مبادرة من رئيس الجمهورية تفعيل أحكام الفصل 120 من الدستور والطعن بعدم دستورية تلك التعديلات.

169 ينص الفصل 18 من القانون الأساسي عدد 14 لسنة 2014 المؤرخ في 18 أبريل/ نيسان 2014 المتعلق بالهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين "تنظر الهيئة في دستورية مشاريع القوانين بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة أو ثلاثين نائبا على الأقل يرفع إليها في أجل أقصاه سبعة أيام من تاريخ مصادقة المجلس على مشروع القانون المطعون فيه أو المطعون في أحد أحكامه".

بالنسبة لمشاريع القوانين المدرجة في إطار مبادرة من رئيس الحكومة، تعتبر مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة الجهة المعنية برصد الإخلالات وإعداد مذكرات الطعن بعدم دستورية مشاريع القوانين على إثر تقديم من قبل رئيس الحكومة. وتستمد هذا الاختصاص من أحكام الأمر عدد 118 لسنة 1970 المؤرخ في 11 أبريل/ نيسان 1970 المتعلق بتنظيم مصالح الوزارة الأولى الذي ينص على أن مستشار القانون والتشريع هو "المستشار القانوني لجميع مصالح الدولة"، إضافة إلى كون مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة هي إدارة تتبع هيكلية رئاسة الحكومة. وباعتبار أن رئيس الحكومة هو الجهة صاحبة المبادرة التشريعية، فإنه جرت العادة على قيام مصالح مستشار القانون والتشريع بإعداد مذكرات الطعن بعدم الدستورية وغيرها سواء كانت الحكومة مدعية في النزاع أو مدعى عليها.

وعلاوة على ذلك، فإن هذا الاختصاص يعتبر امتدادا طبيعيا لما تم التنصيص عليه بالمنشور عدد 34 المؤرخ في 23 نوفمبر/ تشرين الثاني 2004 المتعلق بمتابعة النزاعات التي تكون الإدارة طرفا فيها في مرحلتها التفاضلية وتنفيذ القرارات والأحكام الصادرة في شأنها، والذي أكد على أنه تبعا لخصوصية بعض النزاعات، فإنه يتعين على مصالح الشؤون القانونية بمختلف الوزارات التنسيق مع مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة للرد على الطعون الموجهة ضد الأوامر الترتيبية وأوامر الانتزاع من أجل المصلحة العمومية¹⁷⁰، وبالتالي يكون من الطبيعي أن تتولى مصالح مستشار القانون والتشريع التعهد بالنزاعات التي تتعلق بالطعن في عدم دستورية القوانين تبعا لخصوصيات هذه النزاعات¹⁷¹، رغم أنه يستحسن التنصيص على هذا الاختصاص صراحة في النصوص المنظمة لمهام مصالح مستشار القانون والتشريع¹⁷².

وفي هذا السياق، يتعين على مستشار القانون والتشريع التنسيق مع الوزارة صاحبة المبادرة بإعداد مشروع القانون¹⁷³، لإعداد مذكرة الطعن حول الإخلالات التي تشوب مشروع القانون المصادق عليه من قبل الجلسة العامة¹⁷⁴، ويمكن لها في هذه الحالة الاستعانة بوزارة العدل باعتبار توفرها على خبرات قانونية خاصة لدى مركز الدراسات القانونية والقضائية بتونس¹⁷⁵.

أما بالنسبة لمشاريع القوانين المدرجة في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الجمهورية، فإن المصالح المعنية برئاسة الجمهورية هي المكلفة بالقيام بالعمل القانوني المذكور.

170 في حين تبقى إدارات الشؤون القانونية بمختلف الوزارات هي الجهة المكلفة بمتابعة النزاعات في المجالات الأخرى غير مجال الأوامر ذات الصبغة الترتيبية وأوامر الانتزاع من أجل المصلحة العمومية.

171 رغم عدم وجود أي نص قانوني في هذا الإطار.

172 يمكن التنصيص على هذا الاختصاص في إطار برنامج إعادة هيكلة رئاسة الحكومة وهو برنامج محول من قبل الاتحاد الأوروبي.

173 مع إمكانية الاستعانة بممثلين عن وزارة العدل.

174 على إثر التعديلات التي تم إدخالها عليه سواء من قبل اللجنة المعنية في مجلس النواب أو من قبل الجلسة العامة.

175 مركز الدراسات القانونية والقضائية هو مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية تحت إشراف وزارة العدل أحدث بموجب القانون عدد 43 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أبريل/ نيسان 1993.

ب - إعداد مذكرات الطعن

تجدر الإشارة في هذا الإطار أنه في صورة توجّه جهة المبادرة¹⁷⁶ لممارسة حقها في الطعن بعدم الدستورية، فإنه يتعيّن التقيّد بأجال رفع الطعن المنصوص عليها بالفصل 45 من القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر/ كانون الأول 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية والمحددة بسبعة أيام من تاريخ مصادقة مجلس نواب الشعب على مشروع القانون وثلاثة أيام عند الطعن بعدم دستورية مشروع قانون المالية.

يتم في مذكرة الطعن التحديد بدقة لأوجه مخالفة المشروع المصادق عليه لمقتضيات الفصل 49 من الدستور، وذلك على النحو التالي:

- تحديد التعديلات المدخلة على مشروع القانون سواء من قبل اللجنة المعنية بمجلس نواب الشعب أو التعديلات المدخلة من قبل الجلسة العامة.
- التحديد بدقة لوجه التعارض بين مشروع القانون المطعون فيه وأحكام الفصل 49 من الدستور.
- البحث في فقه القضاء الدستوري التونسي حول حالات مشابهة تمّ فيها القضاء بعدم الدستورية، وفي صورة غياب ذلك يمكن الاستشهاد بفقه القضاء الدستوري المقارن مع إيلاء أهمية أكبر للأنظمة القانونية التي تحتوي على أحكام مشابهة لمقتضيات الفصل 49 من الدستور التونسي وذلك وفقاً لما تمت الإشارة إليه في الجزء الأول من هذا الدليل.
- يمكن إعطاء أمثلة من الفقه الدستوري سواء التونسي أو المقارن الذي تناول دراسة اختبار التناسب وكيفية تطبيقه وذلك في علاقة بالنقاط التي تمّ الطعن بعدم دستورتها.
- صياغة المطاعن بصورة دقيقة وواضحة.

وتعرض هذه المذكرة في مرحلة أخيرة على رئيس الحكومة، أو رئيس الجمهورية بالنسبة لمشاريع القوانين المدرجة في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الجمهورية، الذي يتولى إمضاءها ثم تتم إحالتها إلى الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية القوانين أو المحكمة الدستورية لاحقاً في الأجال المحددة.

الفرع الثاني- تدخل السلطة التنفيذية عند الطعن بعدم الدستورية

لا يقتصر دور السلطة التنفيذية في الدفاع على دستورية القوانين في علاقتها باحترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور من خلال ممارسة حقها في الطعن بعدم الدستورية المشار إليها آنفاً، بل تمتدّ إلى ضرورة قيامها بالدفاع عن مشاريع القوانين التي يتمّ الطعن بعدم دستورتها من قبل النواب أو القوانين النافذة التي يتمّ الطعن فيها عن طريق الدفع من قبل الأفراد. وبالتالي ستعرض إلى دور السلطة التنفيذية في إعداد مذكرة للدفاع عن مشاريع القوانين أو القوانين المطعون فيها بعدم الدستورية (فقرة

176 رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة.

أولى) قبل التعرض إلى دور مستشار القانون والتشريع بعد صدور قرار المحكمة بعدم الدستورية (فقرة 2) بالنسبة لمشاريع القوانين المدرجة في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الحكومة.

الفقرة 1- دور السلطة التنفيذية في إعداد مذكرة للدفاع على دستورية القانون

عندما يتعلق الأمر بمشاريع قوانين مدرجة في إطار مبادرة تشريعية سواء من قبل رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة، فإنه يتعين على السلطة التنفيذية إعداد مذكرة للدفاع عن مشاريع القوانين المذكورة عند الطعن فيها بعدم الدستورية من قبل النواب (أ) كما يمكن للسلطة التنفيذية إعداد مذكرات الدفاع عن القوانين النافذة التي يتم الطعن بعدم دستورتها عن طريق الدفع (ب).

أ- في حالة الطعن بعدم دستورية مشاريع القوانين من قبل النواب

أتاح الفصل 120 من الدستور والفصل 45 من القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر/ كانون الأوّل 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية الطعن بعدم دستورية مشاريع القوانين أمام المحكمة الدستورية وذلك بناء على طلب يُرفع إليها لكل من رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة أو من قبل ثلاثين عضواً من أعضاء مجلس نواب الشعب. وإلى حين تركيز المحكمة الدستورية، فقد أُسند الاختصاص إلى الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين وذلك وفقاً لنفس شروط الطعن بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية المشار إليها آنفاً¹⁷⁷.

واعتباراً أنّ الطعن يمكن أن يكون على أساس مخالفة مقتضيات الفصل 49 من الدستور، فإنه يتعين على السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الحكومة أو رئيس الجمهورية إذا كان مشروع القانون المطعون فيه مندرجاً في إطار مبادرة من رئيس الجمهورية إعداد مذكرات الدفاع اللازمة على دستورية مشروع القانون المطعون فيه¹⁷⁸.

ويتبين من خلال فقه قضاء الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين أنّ السلطة التنفيذية مطالبة بالحرص أكثر على ضمان احترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور عند إعداد مشاريع القوانين حيث لم تفلح في العديد من المناسبات في الدفاع عن مشاريع القوانين التي تمّ الطعن في عدم دستورتها على أساس عدم احترام مقتضيات الفصل المذكور. وفي هذا الإطار نورد المثالين التاليين:

177 ينص الفصل 18 من القانون الأساسي عدد 14 لسنة 2014 المؤرخ في 18 أفريل/ نيسان 2014 المتعلق بالهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين "تنظر الهيئة في دستورية مشاريع القوانين بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة أو ثلاثين نائبا على الأقل يرفع إليها في أجل أقصاه سبعة أيام من تاريخ مصادقة المجلس على مشروع القانون المطعون فيه أو المطعون في أحد أحكامه".

178 إعداد مذكرات الدفاع بالنسبة للسلطة التنفيذية يختلف حسب جهة المبادرة والجهة التي رفعت الدعوى إذ تتولى رئاسة الحكومة (مصالح مستشار القانون والتشريع) إعداد المذكرة المذكورة إذا كان المشروع المطعون فيه مندرجاً في إطار مبادرة من رئيس الحكومة تم الطعن فيها من قبل 30 نائبا على الأقل أو من قبل رئيس الجمهورية. في حين تتولى مصالح رئاسة الجمهورية إعداد مذكرة الدفاع على دستورية المشروع إذا كان رئيس الجمهورية هو صاحب المبادرة التشريعية المطعون فيها سواء من قبل من رئيس الحكومة أو من قبل 30 نائبا على الأقل.

مثال 1

قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 04/ 2018 المؤرخ في 4 سبتمبر/ أيلول 2018 المتعلق بالطعن في دستورية مشروع القانون عدد 30/ 2018 المتعلق بإحداث السّجل الوطني للمؤسسات والمصادق عليه من قبل مجلس نواب الشعب بتاريخ 27 جويلية/ تموز 2018

تم الطعن في مشروع القانون المذكور مع إثارة مخالفته لمقتضيات الفصل 49 من الدستور، حيث اعتبر الطاعنون أنّ ما تضمنه مشروع القانون المطعون فيه من وجوب رفض تسجيل الجمعية بالسجل الوطني للمؤسسات بسبب عدم إمكانية الإدلاء ببطاقة الإعلام بالبلوغ ومنعها من مباشرة نشاطها وجعلها عرضة لعقوبات جزائية يجعل من هذا الشرط تضييقاً جدياً على مبدأ تكوين الجمعيات القائم على مبدأ التصريح وهو ما ينال من جوهره في غياب مبررات تتعلق بالدفاع الوطني أو الأمن العام أو الصحة العامة.

وقد ردت الحكومة على هذا الطعن من خلال اعتبار أنّ الضوابط التي يتضمنها المشروع المعروف المتعلقة حصرياً بإشهار الجمعيات ودون أي مساس بتنظيمها تجد أساسها في مقتضيات الأمن العام باعتبارها تهدف إلى التصدي لتبييض الأموال وتمويل الإرهاب والتهرب الجبائي وتكريس الشفافية في المعاملات وهو ما اعتمدته عديد القوانين المقارنة.

ولم تقتنع الهيئة برد الحكومة على هذا الطعن واعتبرت أنّ ما نص عليه الفصل 10 من مشروع القانون من وجوب تضمين السجل الوطني للمؤسسات كل البيانات المحددة لهوية مختلف الأشخاص الوارد ذكرهم به ورد على قدر واسع من العموم يقتضي مزيد التدقيق حتى لا يتعارض مع الحق في حماية المعطيات الشخصية المحمول ضمانه على الدولة طبق الفصل 24 من الدستور وحتى يحقق مبدأ التناسب بين مقتضيات النظام العام ووجوب الاضطلاع بهذه الحماية المنصوص عليه بالفصل 49 من الدستور وهو ما يفيد وجاهة الطعن بهذا الخصوص الأمر الذي يتعين معه قبوله من هذه الناحية ورفضه في ما عداه".

مثال 2

قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 07/ 2018 مؤرخ في 26 ديسمبر/ كانون الأول 2018 يتعلق بالطعن في دستورية مشروع قانون المالية عدد 72/ 2018

تمّ الطعن في مشروع قانون المالية المذكور لمخالفة الفصل 36 لمقتضيات الفصل 49 من الدستور. وينص الفصل 36 المطعون فيه على أنه "يمكن لمصالح الجباية طلب المعلومات المتعلقة بالخدمات المسداة من قبل الأشخاص المحمول عليهم قانوناً الاعتصام بواجب المحافظة على السر المهني باستثناء الوثائق والمعلومات المتبادلة بين المعنيين بالأمر وحر فائهم في إطار تقديم استشارة قانونية أو قضية منشورة أو



مزعم نشرها أمام القضاء وكذلك طبيعة الخدمة بالنسبة للمهن الطبية والصيدلانية". وقد اعتبر الطاعنون أنّ تنظيم المشرّع لممارسة الحقوق والحريات يمنع النّيل من جوهر الحقّ عكس ما تضمّنه الفصل 36 من المشروع المائل الذي ضيّق هذا الحقّ مقارنة بالصيغة النافذة للفصل 16 من مجلّة الحقوق والإجراءات الجبائية.

وقد جاء في ردّ الحكومة على المطعن المتعلّق بخرق الفصل 36 من مشروع القانون لمقتضيات الفصلين 24 و49 من الدّستور أنّه ليس من الوجهة تفسير مقتضيات الفصل 24 من الدّستور تفسيراً مطلقاً يكون بموجبه حقّ حماية السّر المهني وحقّ حماية المعطيات الشخصية مطلقاً ودون قيد، ذلك أنّ الفصل 49 من الدّستور أقرّ بإمكانية وضع ضوابط لهذا الحقّ دون أن يمسّ ذلك بجوهره، وهي ضوابط تجبّد أساسها أيضاً في التشريع العادي من خلال بعض النصوص كالقانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 المتعلّق بحماية المعطيات الشخصية والقانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المتعلّق بحقّ النفاذ إلى المعلومة والقانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المتعلّق بمكافحة الإرهاب وتبييض الأموال، واعتباراً لهذه التوضيحات التي احتجّت بها الحكومة في مواجهة العارضين، فإنها ترى عدم وجاهة المطعن المشار إليه وتعتبره حريّاً بالرّد.

غير أنّ الهيئة لم تقتنع بردّ الحكومة على هذا المطعن واعتبرت أنّ ما ورد بالفصل 36 على حاله "سيؤدّي إلى صعوبات في التطبيق من شأنها المساس بمبدأ الأمان القانوني ومقروئية النص وبما قد يؤدّي إلى النيل من الحق في المحافظة على السّر المهني والضمانات المكفولة بالفصلين 24 و49 من الدّستور".

ب- في حالة الطعن بعدم الدستورية عن طريق الدفع

أتاح الدّستور حقّ الخصوم في الدفع بعدم دستورية القوانين المنطبقة على النزاعات التي يكونون أطرافاً فيها¹⁷⁹، وقد تمّ التأكيد على ذلك في الفصل 54 من القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر/ كانون الأوّل 2015 المتعلّق بالمحكمة الدستورية الذي ينص على أنه "للخصوم في القضايا المنشورة في الأصل أمام المحاكم أن يدفعوا بعدم دستورية القانون المنطبق على النزاع".

يتمثل الدفع بعدم دستورية قانون في إثارة طرف في نزاع قضائي دفعا بعدم دستورية قانون منطبق على النزاع، فتتولى المحكمة المنشور أمامها النزاع الأصلي إيقاف النظر في القضية¹⁸⁰ إلى حين بت المحكمة الدستورية في دستورية القانون المطعون فيه.

179 تنص المطة الرابعة من الفصل 120 من الدّستور على اختصاص المحكمة الدستورية دون سواها بمراقبة دستورية "القوانين التي تحيلها عليها المحاكم تبعاً للدفع بعدم الدستورية بطلب من أحد الخصوم في الحالات وطبق الإجراءات التي يقرها القانون".

180 وإحالتها إلى المحكمة الدستورية.

واعتباراً أنه في صورة إذا ما قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية القانون المطعون في دستوريته عن طريق الدفع يتم إيقاف العمل به "في حدود ما قضت به تجاه الكافة"¹⁸¹، فإنه قد يكون على الحكومة أو رئاسة الجمهورية إذا كان القانون المطعون فيه مندرجاً في إطار مبادرة من رئيس الجمهورية¹⁸² طلب إبداء ملاحظاتها حول دستورية القانون المطعون فيه خاصة إذا كان لها مصلحة في عدم إلغاء القانون باعتبارها إما صاحبة المبادرة بإعداد النص التشريعي أو إذا كان إلغاء القانون من شأنه التأثير على نجاعة عمل السلطة التنفيذية في مقاومة ظواهر معينة على غرار مكافحة الإرهاب والتخريب أو مقاومة التخريب الجبائي.

ويتأكد دور جهة المبادرة¹⁸³ في إبداء ملاحظاتها حول دستورية القانون في ظل أحكام الفصل 61 من القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر/ كانون الأول 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية الذي نص على وجوب قيام المحكمة الدستورية بإعلام رئيس الحكومة ورئيس الجمهورية بالقرار الصادر عنها¹⁸⁴ رغم أنها ليسا طرفاً في النزاع، وهو راجع أساساً إلى أن رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة يُعتبران معنيين مباشرة باستخلاص النتائج المترتبة عن صدور حكم الإلغاء، أو لا لما لهذا القرار من انعكاسات على إنفاذ القوانين، إذ لا يمكن بعد صدور الحكم بعدم دستورية نص معين مواصلة تطبيقه من السلطة التنفيذية، وثانياً طالما وأنها مؤهلين لممارسة المبادرة التشريعية¹⁸⁵.

يكون تدخل رئاسة الحكومة أو رئاسة الجمهورية للدفاع عن القوانين النافذة المطعون في دستوريته في هذه الحالة يطلب من المحكمة الدستورية، باعتبار أنه في حالة الطعن بعدم دستورية قانون عن طريق الدفع، فإن الجهة المدعى عليها في الأصل ليست هي الجهة صاحبة المبادرة التشريعية.

مثال 1

في صورة الطعن في قرار أحد مؤسسات الضمان الاجتماعي التي تتولى معالجة المعطيات الشخصية للمواطنين وفقاً للضوابط المنصوص عليها في التشريع المتعلق بحماية المعطيات الشخصية، وفي صورة الدفع بعدم دستورية التشريع المذكور لمخالفته لمقتضيات الفصل 49 من الدستور، فإن المحكمة الدستورية تطلب من السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الحكومة أو رئيس الجمهورية¹⁸⁶ تقديم ملاحظاتهم في النزاع للدفاع على دستورية القانون المطعون فيه باعتبار أن إلغاء القانون المذكور قد يترتب عنه إشكاليات عملية كبيرة في تنظيم مجال المعطيات الشخصية.

181 ينص الفصل 60 من القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر/ كانون الأول 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية على أنه "تتعهد المحكمة الدستورية بالنظر في الإحالات المقبولة في حدود ما تمت إثارته من مطاعن فإذا قضت المحكمة بعدم دستورية قانون أو أحكام من قانون توقف العمل به في حدود ما قضت به تجاه الكافة دون أن يكون له مفعول رجعي على الحقوق المكتسبة أو على القضايا السابقة الحكم فيها بصفة باتة".

182 بالنسبة إلى القوانين الصادرة في إطار مبادرة من رئيس الجمهورية بعد صدور دستور 2014.

183 رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة.

184 وذلك علاوة على المحكمة التي أثير أمامها الدفع ورئيس الجمهورية ورئيس مجلس نواب الشعب.

185 أنظر الفقرة المتعلقة بواجب تحيين المنظومة التشريعية.

186 بالنسبة إلى القوانين الصادرة على إثر مبادرة من رئيس الجمهورية.

مثال 2

في صورة الطعن ضد قرار بلدي يتعلق بعدم إتاحة معلومة معينة باعتبار أن المعلومة المذكورة تدخل في إطار الاستثناءات المنصوص عليها في القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس/ آذار 2016 المتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة، وفي صورة الدفع بعدم دستورية القانون المذكور في خصوص عدم تلاؤم الاستثناء المذكور مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور، فإن المحكمة الدستورية تطلب من الحكومة¹⁸⁷ تقديم ملاحظاتها في النزاع المذكور باعتبار أنّ إلغاء هذا الاستثناء من شأنه التأثير على نجاعة عمل الهيكل العمومية علاوة على أنّ الجهة المدعى عليها في الأصل ليست هي صاحبة المبادرة التشريعية.

يسعى القاضي الدستوري في هذه الحالة من خلال تمكين الحكومة من تقديم ملاحظاتها إلى أن يكون أكثر إماما بالقضية قبل إصدار حكمه في النزاع.

تتولى مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة إعداد عناصر الإجابة على مذكرات الطعن، بالتنسيق مع الوزارة صاحبة المبادرة بإعداد القانون المطعون فيه مع إمكانية الاستعانة بوزارة العدل، وذلك بإتباع الطريقة التي تمت الإشارة إليها سابقا في خصوص كيفية إعداد مذكرات الطعن عند الطعن بعدم الدستورية في مشاريع القوانين. أما بالنسبة للقوانين المطعون في عدم دستورتها عن طريق الدفع والصادرة على إثر مبادرة من رئيس الجمهورية، فتتولى مصالح رئاسة الجمهورية إعداد الإجابة على مذكرات الطعن.

وتعرض هذه المذكرة في مرحلة أخيرة على رئيس الحكومة أو رئيس الجمهورية¹⁸⁸ الذي يتولى إمضاءها وإحالتها إلى المحكمة الدستورية.

الفقرة 2- أي دور لمستشار القانون والتشريع بعد صدور قرار المحكمة بعدم الدستورية؟

أقر المشرع الدستوري بأن قرارات المحكمة الدستورية ملزمة لجميع السلطات العمومية¹⁸⁹، كما تمّ التأكيد على أنه يترتب عن الحكم بعدم دستورية قانون تبعا للدفع بعدم دستوريته إيقاف العمل به في حدود ما قضت به المحكمة¹⁹⁰.

وتأكيدا لما تمّ إقراره في أحكام الدستور في خصوص إلزامية القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية بالنسبة إلى الأحكام الصادرة في إطار الدفع بعدم الدستورية فقد تمّ التأكيد على ذلك في

187 إذا كان القانون المطعون فيه صدر في إطار مبادرة تشريعية من رئيس الحكومة.

188 بالنسبة للقوانين المطعون في عدم دستورتها عن طريق الدفع والصادرة على إثر مبادرة من رئيس الجمهورية، تتولى مصالح رئاسة الجمهورية عرض الإجابة على مذكرة الطعن على رئيس الجمهورية ليتولى إمضاءها.

189 تنص الفقرة الثانية من الفصل 121 من الدستور على أنه "ينص قرار المحكمة على أن الأحكام موضوع الطعن دستورية أو غير دستورية. ويكون قرارها معللا وملزما لجميع السلطات، وينشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية".

190 تنص الفقرة الثانية من الفصل 123 من الدستور على أنه "إذا قضت المحكمة الدستورية بعدم الدستورية، فإنه يتوقف العمل بالقانون في حدود ما قضت به".

التشريع المنظم لعمل المحكمة الدستورية حيث تمّ التنصيب في الفصل 60 من القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر/ كانون الأول 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية على أنه "تتعهد المحكمة الدستورية بالنظر في الإحالات المقبولة في حدود ما تمت إثارته من مطاعن، فإذا قضت المحكمة بعدم دستورية قانون أو أحكام من قانون توقف العمل به في حدود ما قضت به تجاه الكافة دون أن يكون له مفعول رجعي على الحقوق المكتسبة أو على القضايا السابق الحكم فيها بصفة باتة".

واعتباراً أن المحكمة الدستورية تقوم بإعلام رئيس الحكومة بالأحكام الصادرة عنها والقاضية بعدم دستورية قانون تمّ التعهد به في إطار الدفع¹⁹¹، فإنّ الحكومة تكون مطالبة، كما سبق وأن تمت الإشارة إلى ذلك آنفاً، باستخلاص النتائج المترتبة عن صدور قرار المحكمة الدستورية القاضي بعدم دستورية قانون. ويكون ذلك خاصة من خلال مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة باعتبارها الجهة المكلفة مبدئياً طبقاً لمقتضيات الفصل 2 من الأمر عدد 118 لسنة 1970 المؤرخ في 11 أبريل/ نيسان 1970 المتعلق بتنظيم مصالح الوزارة الأولى بـ "اقترح التدابير التي ينبغي اتخاذها لإتمام ومراجعة التشريع الجاري به العمل وجعله مستجيباً لما يقتضيه الطرف".

وفي هذا الإطار، اعتباراً أنّ قرارات المحكمة الدستورية تنشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية في أجل خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها¹⁹²، كما تنشر بالموقع الإلكتروني للمحكمة، فإنّ الوزارة صاحبة المبادرة التشريعية مطالبة باتخاذ ما يتعيّن على ضوء قرار المحكمة الدستورية وذلك بالتنسيق مع مصالح مستشار القانون والتشريع الذي يتولى بعد صدور قرار المحكمة الدستورية والقاضي بعدم دستورية قانون تمّ التعهد به في إطار الدفع القيام بما يلي:

مراسلة الوزارة المعنية لإعداد مشروع قانون يكون متوافقاً مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور ويستوعب حكم الإلغاء الصادر عن المحكمة الدستورية ويعوّض، حسب الحالة وتبعاً لحكم المحكمة الدستورية، إما كامل أحكام القانون الذي تمّ التصريح بعدم دستوريته أو البعض من أحكامه¹⁹³.

● مراسلة الوزارة صاحبة المبادرة التشريعية لإلغاء كل النصوص التطبيقية الصادرة بناء على القانون أو أحكام من القانون الذي تمّ الحكم بعدم دستوريته لمخالفتها لمقتضيات الفصل 49 من الدستور.

● العدول عن كل مشاريع النصوص التطبيقية للقانون أو أحكام من القانون الذي تمّ الحكم بعدم دستوريته والتي لا تزال في مرحلة الاستشارة، وذلك سواء كانت النصوص المذكورة

191 ينص الفصل 61 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية "تعلم المحكمة الدستورية المحكمة التي أثير أمامها الدفع بقرارها في أجل أقصاه سبعة أيام من تاريخ صدوره وتعلم رئيس الجمهورية ورئيس مجلس نواب الشعب ورئيس الحكومة بقرارها".

192 الفصل 5 من القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر/ كانون الأول 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية.

193 ينص الفصل 60 من القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر/ كانون الأول 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية على أنه "تتعهد المحكمة الدستورية بالنظر في الإحالات المقبولة في حدود ما تمت إثارته من مطاعن، فإذا قضت المحكمة بعدم دستورية قانون أو أحكام من قانون توقف العمل به في حدود ما قضت به تجاه الكافة دون أن يكون له مفعول رجعي على الحقوق المكتسبة أو على القضايا السابق الحكم فيها بصفة باتة".

- في شكل أوامر حكومية أو قرارات وزارية أو مناشير.
- اتخاذ الإجراءات اللازمة لإلغاء المناشير التطبيقية الصادرة بناء على القانون أو أحكام من القانون الذي تمّ الحكم بعدم دستوريته.
 - مراسلة الوزارة المعنية لتعديل مشاريع النصوص التشريعية المتضمنة لأحكام قانونية متشابهة مع القانون أو أحكام من القانون الذي تمّ الحكم بعدم دستوريته.
 - إعداد مذكرة إلى رئيس الحكومة لإعلامه بضرورة العدول عن كل مشاريع القوانين المتضمنة لأحكام مشابهة والتي استكملت كافة الإجراءات بشأنها بما في ذلك مصادقة مجلس الوزراء قبل أن يتمّ إحالتها إلى مجلس نواب الشعب.
 - طلب سحب مشاريع القوانين المتضمنة لأحكام مشابهة والتي هي بصدد الدرس على مستوى اللجان بمجلس نواب الشعب أو تقديم مقترحات لتعديلها صلب اللجنة المعنية.
- هذا وتتأكد أهمية هذا الدور الوقائي بخصوص ضمان عدم تعارض النصوص اللاحقة مع أحكام المحكمة الدستورية من خلال مهمة اليقظة التشريعية *La veille juridique* خاصة في ظل وجود مشروع لتركيز وحدة يقظة تشريعية بمصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة والتي تقتضي العمل على تحقيق انسجام النصوص القانونية¹⁹⁴ وتفادي وجود تشريعات قانونية لاحقة تتضمن أحكاماً مشابهة للأحكام التي سبق أن قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورتها.

194 هناك مشروع لتركيز وحدة يقظة تشريعية مركزية بمصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة في إطار برنامج مول من قبل الاتحاد الأوروبي في إطار التفاوض حول مشروع اتفاقية التبادل الحر العميق والشامل ALECA.

الجزء الثالث

ما هي آليات احترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور في إطار ممارسة السلطة التنفيذية لصلاحياتها في مجال إصدار المراسيم وصلاحياتها الترتيبية؟

للسلطة التنفيذية دور محوري في احترام مقتضيات الفصل 49 ومبدأ التناسب سواء بمناسبة ممارسة صلاحياتها في مجال إصدار المراسيم (الفرع الأول) أو عند إعداد النصوص الترتيبية (الفرع 2) علاوة أهمية هذا الدور في إطار تنفيذ الأحكام القضائية المرتبطة بممارسة صلاحيات السلطة الترتيبية وإصدار القرارات الإدارية الفردية (الفرع 3).

الفرع 1- ماهي آليات تكريس اختبار التناسب في إطار ممارسة السلطة التنفيذية لصلاحياتها في مجال إصدار المراسيم؟

ستعرض في مرحلة أولى إلى دور السلطة التنفيذية في احترام مقتضيات اختبار التناسب عند إعداد مشاريع مراسيم (الفقرة الأولى) قبل التطرق إلى كيفية اعتماد مقاربة تضمن الرقابة الاستباقية على اختبار التناسب من قبل الهيئات والهيكل الاستشارية (الفقرة 2).

الفقرة 1- أي دور للسلطة التنفيذية في احترام مقتضيات اختبار التناسب عند إعداد مشاريع المراسيم؟

تتمثل المراسيم في الدستور التونسي في نصوص قانونية تدخل في المجال المخصص للتشريع¹⁹⁵ ولكنها تصدر عن رئيس الحكومة أو رئيس الجمهورية. والفرق بين القانون والمرسوم يكمن في طبيعة السلطة المصدرة لكل من النصين، فلئن كانت المراسيم تتعلق بنفس مجال السلطة التشريعية، فإنها تصدر بحسب الحالة إما عن رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة.

تجد صلاحية إصدار المراسيم أساساً لها في الدستور التونسي في الفصل 70 الذي ينص على أنه "في حالة حلّ مجلس نواب الشعب، يمكن لرئيس الجمهورية إصدار مراسيم بالتوافق مع رئيس الحكومة تُعرض على مصادقة المجلس في الدورة العادية التالية.

يمكن لمجلس نواب الشعب بثلاثة أخماس أعضائه أن يفوض بقانون لمدة محدودة لا تتجاوز الشهرين ولغرض معين إلى رئيس الحكومة إصدار مراسيم تدخل في مجال القانون تُعرض حال انقضاء المدة المذكورة على مصادقة المجلس.

يستثنى النظام الانتخابي من مجال المراسيم".

سيتم التركيز في هذا الدليل على المراسيم الصادرة عن رئيس الحكومة باعتبار أن المراسيم الصادرة عن رئيس الجمهورية هي مراسيم تصدر في حالات استثنائية تتعلق بحل مجلس نواب.

195 المنصوص عليه بالفصل 65 من الدستور.

وفي هذا الإطار، تمّ لأول مرة التفويض لرئيس الحكومة في إصدار المراسيم طبقاً لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 70 وذلك بمقتضى القانون عدد 19 لسنة 2020 المؤرخ في 12 أفريل/ نيسان 2020 المتعلق بالتفويض إلى رئيس الحكومة في إصدار مراسيم لغرض مجابهة تداعيات انتشار فيروس كورونا "كوفيد - 19"، والذي نصّ على مجال الحقوق والحريات ضمن المجالات المعنية بالتفويض. وقد اشترط المشرع في قانون التفويض المذكور على أن تتضمن المراسيم التدابير الهادفة إلى "تنظيم الحقوق والحريات بما يتلاءم مع التدابير الوقائية المستوجبة لمقاومة تفشي فيروس كورونا وانتقال العدوى به وبما يتماشى مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور"¹⁹⁶.

مبدئياً، فإن آليات تكريس اختبار التناسب في خصوص مشاريع المراسيم تبقى في مجملها متشابهة مع الآليات التي تتعلق بمشاريع القوانين والتي سبق التعرض إليها في الجزء الأول من هذا الدليل خاصة وأنه قد تم التنصيص على ذلك في أول قانون تمّ بمقتضاه تفعيل الفقرة الثانية من الفصل 70، وهو القانون عدد 19 لسنة 2020 المشار إليه آنفاً، والذي نصّ صراحة في فصله الثالث على خضوع المراسيم الصادرة بموجب قانون التفويض والمعروضة على مجلس نواب الشعب لنفس الإجراءات النظر في المبادرات التشريعية. وبالتالي سنتعرض إلى هذه الآليات بصفة موجزة.

رغم أن مدة التفويض لرئيس الحكومة لإصدار مراسيم طبقاً لأحكام الفصل 70 من الدستور لا تتجاوز الشهرين، فإن ذلك لا يعني المراسيم خاصة الصادرة منها في مجال الحقوق والحريات من الخضوع إلى الإجراءات الأساسية التي تضمن تقيدها بأحكام الدستور بما في ذلك مقتضيات الفصل 49 من الدستور.

واعتباراً أنّ المراسيم كما سبقت الإشارة إلى ذلك نصوص قانونية تتضمن مواد تدخل في مجال التشريع، فهي تبقى خاضعة في خصوص ضمان تقيدها بأحكام الفصل 49 واختبار التناسب إلى نفس المقاربة المنطبقة على مشاريع القوانين والتي سبق وأن تم التطرق إليها في الجزء الأول من هذا الدليل مع مراعاة قصر المدة المعينة لإصدارها.

نذكر بصفة موجزة بأهم عناصر المقاربة المذكورة:

1. يتعيّن على الهيكل المعنية بإصدار مراسيم لها تأثير على مجال الحقوق والحريات الاطلاع على التشريع والفقهاء وفقه القضاء المقارن في هذه المادة من باب الاستئناس بالممارسات الفضلى في هذا المجال.
2. وجوب إعداد وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور كوثيقة جديدة ضمن ملف كل مشروع مرسوم جديد يتعلق بالحقوق والحريات يحال على رئاسة الحكومة.
3. احترام واجب عدم التراجع عن المكتسبات المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية.
4. مراعاة المقاربة التشاركية لإعداد مشاريع المراسيم ودورها في ضمان احترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور.

196 الفصل الأول من القانون عدد 19 لسنة 2020 المؤرخ في 12 أفريل/ نيسان 2020 المتعلق بالتفويض إلى رئيس الحكومة في إصدار مراسيم لغرض مجابهة تداعيات انتشار فيروس كورونا "كوفيد - 19".

وتجدر الإشارة في هذا الإطار أنه بالرغم من خصوصية المراسيم من حيث قصر مدة إصدارها، فإن ذلك لا ينفي مراعاة المقاربة التشاركية عند إعدادها وخاصة في خصوص المراسيم التي يمكن أن يكون لها تأثير على مجال الحقوق والحريات.

وفي هذا الإطار، يتعين على الهياكل المكلفة بصياغة النصوص القانونية عند إعدادها لمراسيم لها تأثير على مجال الحقوق والحريات عرضها على استشارة العموم وذلك طبقا لمقتضيات المنشور عدد 31 المؤرخ في 30 أكتوبر/ تشرين الأول 2014 المتعلق باعتماد مسار تشاركي في إعداد النصوص القانونية والأمر الحكومي عدد 328 لسنة 2018 المؤرخ في 29 مارس/ آذار 2018 المتعلق بتنظيم الاستشارات العمومية.

واعتبارا لقصر مدة إصدار المراسيم، فإنه يمكن تقليص مدة الاستشارة إلى المدة الدنيا التي يمكن أن تصل إلى يوم واحد وفقا لمقتضيات الأمر الحكومي عدد 328 لسنة 2018 المؤرخ في 29 مارس/ آذار 2018 المتعلق بتنظيم الاستشارات العمومية¹⁹⁷ الذي أتاح في فصله 12 إمكانية التقليل من مدة العرض على الاستشارة العمومية المحددة بعشرين يوما "في صورة اتخاذ إجراءات مستعجلة أو عند ضرورة احترام آجال قانونية معينة".

واعتبارا أن الفصل المذكور لم يحدد المدة الدنيا للعرض على الاستشارة العمومية، فإن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية لضبط هذه المدة الدنيا (والتي يمكن أن تصل إلى يوم واحد) في صورة تعلق مشروع المرسوم بإجراءات مستعجلة على غرار المراسيم التي صدرت في إطار مكافحة جائحة كورونا كوفيد 19.

الفقرة 2- ما هي المقاربة التي تضمن الرقابة الاستباقية على اختبار التناسب من قبل الهيئات والهياكل الاستشارية؟

1- أهمية دور القاضي الإداري في الرقابة على اختبار التناسب في خصوص مشاريع المراسيم

اعتبارا لأهمية دور القاضي الإداري التونسي في حماية الحقوق والحريات، فإنه يمكن عرض مشاريع المراسيم التي لها تأثير على مادة الحقوق والحريات على رأي المحكمة الإدارية وذلك في إطار ما يتيحها الفصل الرابع من القانون عدد 40 المؤرخ في غرة جوان/ حزيران 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية¹⁹⁸ والذي ينص على أنه "تُستشار بخصوص مشاريع النصوص الأخرى وبوجه عام حول كافة المواضيع

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

يمكن التقليل في فترة العرض على الاستشارة العمومية في صورة اتخاذ إجراءات مستعجلة أو عند ضرورة احترام آجال قانونية معينة".
198 بمقتضى القانون الأساسي عدد 67 لسنة 1983 المؤرخ في 21 جويلية/ تموز 1983 المنقح للفصل الرابع من قانون غرة جوان/ حزيران 1972.

التي تقتضي الأحكام التشريعية أو الترتيبية مشورتها أو التي تعرضها عليها الحكومة لإبداء رأيها فيها ويحال نص كل استشارة متعلقة بمشروع قانون أو بمشروع مرسوم على مجلس النواب".

في إطار ضمان الاستفادة من خبرة القاضي الإداري¹⁹⁹، فإنه يمكن في إطار مشروع المنشور الإداري من رئيس الحكومة المشار إليه آنفا²⁰⁰، التنصيص على وجوب عرض مشروع نصوص المراسيم المتعلقة بالحقوق والحريات على رأي المحكمة الإدارية في إطار واجب التقيد باحترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور لأنّ مجال الحقوق والحريات هو أكثر المجالات التي يكون فيها استشارة المحكمة الإدارية مبررا باعتبار أنّ الحقوق والحريات هي عماد الدولة الديمقراطية.

ويتعيّن على غرار ما تم إقراره في خصوص مشاريع النصوص القانونية، وفي إطار ضمان الاستفادة من الرأي الاستشاري للمحكمة الإدارية في مشاريع النصوص التشريعية المتعلقة بالحقوق والحريات، أن ينص المنشور المذكور على ضرورة إرفاق رأي المحكمة الإدارية بملف مشروع قانون المصادقة على المرسوم المحال إلى مجلس نواب الشعب، وذلك تطبيقا لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 4 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المذكور أعلاه.

2 - ما هي الهيئات التي من شأنها أن تساعد السلطة التنفيذية على احترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور؟

على غرار مشاريع القوانين، تتولى مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة عرض مشاريع المراسيم المتعلقة بالحقوق والحريات على الهيئات المستقلة المعنية بالمشروع وذلك طبقا لمقتضيات المنشور عدد 08 المؤرخ في 17 مارس/ آذار 2017 المتعلق بضبط قواعد إعداد مشاريع النصوص القانونية وإجراءات عرضها واستكمال تهيئتها.

اعتبارا لأهمية مشاريع المراسيم المتعلقة بالحقوق والحريات، فإنّ مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة تتحرى بصفة دقيقة في الوزارات والهيئات العمومية التي يتعيّن استشارتها وذلك من خلال التثبت في مرحلة أولى في الاستشارات الوجوبية ثم الاستشارات الاختيارية.

بالنسبة للاستشارات الوجوبية، فإنّ المسألة تقتضي قيام مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة بالتثبت أولا من أحكام الدستور الذي أحدث هيكل عمومية دستورية مستقلة أو جب

199 باعتبارها حامى الحقوق والحريات وباعتبار أن بعض الفقهاء يعتبرونه "المستشار القانوني الحقيقي والفعلي للحكومة"، القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية، عياض بن عاشور، الطبعة الثالثة، مركز النشر الجامعي، 2006، ص 91.

200 أنظر الصفحة الأولى من مقدمة هذا الدليل.

استشارتها²⁰¹، ثمّ النصوص التشريعية والترتيبية التي أوجبت استشارة بعض الهياكل، ثمّ في مرحلة أخيرة التثبيت من الهياكل والوزارات التي تكون استشارتها مفيدة في خصوص مشروع القانون المتعلق بالحقوق والحريات.

تخضع مشاريع المراسيم لنفس الهيئات الدستورية التي سبق أن تمّ التطرق إليها في خصوص مشاريع القوانين والمتمثلة في الهيئات الدستورية المستقلة وهي:

- هيئة الانتخابات،
- هيئة الاتصال السمعي البصري،
- هيئة حقوق الإنسان،
- هيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة،
- هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد.

أما بخصوص الهيئات العمومية المستقلة التي يتعين استشارتها في خصوص مشاريع المراسيم التي يمكن أن يكون لها تأثير على مجال الحقوق والحريات، فتمثل في:

- مجلس المنافسة،
- هيئة النفاذ إلى المعلومة،
- الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية،
- الهيئة الوطنية للوقاية من التعذيب.

وذلك علاوة على:

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

3- آليات تكريس اختبار التناسب في إطار ممارسة السلطة التنفيذية لحق متابعة المراسيم بمجلس نواب الشعب وواجب الدفاع عليها بعد المصادقة

باعتبار أنّ المراسيم تحال إلى مجلس نواب الشعب للمصادقة عليها حتى تصبح قوانين وترتقي إلى مرتبة التشريع، وأنها تشكل بذلك مبادرة تشريعية حكومية، فإنها تبقى خاضعة في خصوص آليات تكريس اختبار التناسب في إطار متابعة المراسيم المحالة إلى مجلس نواب الشعب للمصادقة والدفاع عنها بعد المصادقة إلى نفس الآليات التي تنطبق على مشاريع القوانين، والتي تمّ التطرق

201 أكدت الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد في بلاغ صادر عنها للرأي العام في 16 أبريل/ نيسان 2020 أنه لم تتم استشارتها في بعض المراسيم المدرجة في إطار مهامها وأنه تعتبر ذلك مخالفاً لمقتضيات الدستور.

إليها في الجزء الثاني من هذا الدليل. ويستشف ذلك من القانون عدد 19 لسنة 2020 المشار إليه آنفاً، والذي نص صراحة في فصله الثالث على خضوع المراسيم الصادرة بموجب قانون التفويض والمعروضة على مجلس نواب الشعب لنفس إجراءات النظر في المبادرات التشريعية.

وبالتالي، ووفقاً لنفس الآليات التي تمّ التّعريض إليها بالنسبة لمشاريع القوانين، يبقى من حق السلطة التنفيذية الدفاع عن المراسيم داخل الهياكل البرلمانية بمجلس نواب الشعب إذا تمّ تعديلها بما يتعارض مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور، علاوة على واجب السلطة التنفيذية في الدفاع عن المراسيم المصادق عليها من قبل مجلس نواب الشعب وذلك عند الطعن فيها بعدم الدستورية.

الفرع 2- أي دور للسلطة التنفيذية في احترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور عند إعداد النصوص الترتيبية؟

يتعيّن على السلطة التنفيذية العمل على التقيّد بمقتضيات الفصل 49 من الدستور عند إعداد النصوص الترتيبية سواء أثناء ممارسة السلطة الترتيبية العامة (الفقرة 1) أو أثناء ممارسة السلطة الترتيبية الخاصة (الفقرة 2). هذا وتبقى السلطة الترتيبية مطالبة بواجب تدقيق المنظومة الترتيبية لضمان عدم تعارضها مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور (الفقرة 3).

الفقرة 1- مشاريع النصوص الترتيبية المتعلقة بممارسة السلطة الترتيبية العامة

تشمل السلطة الترتيبية العامة جميع المواد الخارجة عن مجال القانون المحددة بالفصل 65 من الدستور²⁰². وهي تتمثل في قرارات ذات صبغة عامة ومجردة²⁰³ تصدر عن السلطة التي تمارس السلطة الترتيبية العامة وتنطبق على كامل التراب الوطني.

يبارس رئيس الحكومة السلطة الترتيبية العامة كما تنص على ذلك الفقرة الأولى من الفصل 94 من الدستور. وتصدر النصوص القانونية المدرجة في إطار ممارسة رئيس الحكومة للسلطة الترتيبية العامة أساساً في شكل أوامر حكومية، ولكن يمكن أن تتخذ في بعض الأحيان شكل قرار (قرار ترتيبية) إذا تمّ التنصيص على ذلك في نصّ الإحالة²⁰⁴ سواء كانت الإحالة بمقتضى نصّ تشريعي (قانون) أو نصّ ترتيبية (أمر حكومي أو قرار ترتيبية).

ويتعيّن عند إعداد مشاريع النصوص الترتيبية المدرجة في إطار ممارسة رئيس الحكومة للسلطة

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

203 René Chapus: «le pouvoir d'édicter (par décret) des normes de portée générale, susceptibles d'être applicables, tout à la fois, dans l'ensemble du territoire national et dans l'ensemble des matières autres que celles réservées à la loi»

204 لا تتم الإحالة إلى القرارات الترتيبية المدرجة في إطار ممارسة رئيس الحكومة للسلطة الترتيبية العامة إلا بمقتضى نص أعلى مرتبة قانونية (قانون، مرسوم، أو أمر حكومي) أو من نفس المرتبة على الأقل (بمقتضى قرار ترتيبية صادر عن رئيس الحكومة).

الترتيبية العامة التقيّد بجملة من القواعد لضمان عدم تعارض مشروع النصّ الترتيبي مع أحكام الفصل 49 من الدستور. تتمثل أول هذه الضمانات في ضرورة التقيّد بمجال السلطة الترتيبية العامة (أ) وفي ضرورة عرض مشروع النصّ الترتيبي على جملة من الهيئات القضائية والهيكل العمومية (ب) إضافة إلى ضرورة تقيّد السلطة التنفيذية بمبدأ عدم التراجع عن المكتسبات (ج).

أ- التقيّد بالوجال المخصّص للسلطة الترتيبية العامة

يتعيّن لضمان احترام مشاريع النصوص الترتيبية للضوابط المنصوص عليها بالفصل 49 من الدستور تقيّد الجهة صاحبة المبادرة بإعداد مشروع النصّ الترتيبي بجملة القواعد والإجراءات التالية:

- احترام شرط التّحفظ التشريعي المضمّن بالفصل 49 من خلال التّقيّد بالمجال المخصّص للسلطة الترتيبية العامة وعدم التدخل في مجال التشريع باعتبار أنّ الحقوق والحريات تندرج في مجال القانون طبقاً لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 65 من الدستور وتخرج عن مجال الأوامر الترتيبية.
- الالتزام بعدم إضافة أية ضوابط أو قيود أخرى على الحقوق والحريات في مشروع النصّ الترتيبي وذلك تقيّداً بأحكام الفصل 49 من الدستور الذي ينص على أنّه لا يمكن وضع ضوابط للحقوق والحريات إلا بمقتضى قانون.
- احترام مبدأ هرمية النصوص القانونية والتي تفترض عدم مخالفة النصّ الأدنى للنصّ الأعلى خاصة وأنّ النصّ الترتيبي المتعلق بمجال الحقوق والحريات سيكون مبدئياً نصّاً تطبيقياً لنصّ ذو مرتبة تشريعية.

يتعيّن على مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة الرقابة على مدى تقيّد مشروع النصّ الترتيبي بالقواعد المشار إليها أعلاه.

وفي هذا الإطار، يمكن الإشارة إلى أحكام الأمر الحكومي عدد 375 لسنة 2020 المؤرخ في 29 جوان/ حزيران 2020 المتعلق بتنظيم عملية نشر تقارير هيئات الرقابة وتقارير المتابعة الصادرة عنها، وهو نصّ تطبيقي لأحكام الفصل 6 من القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 الذي ينص على وجوب قيام الهيكل العمومية بأن "نشر وتحيّن وتضع على ذمة العموم بصفة دورية وفي شكل قابل للاستعمال: تقارير هيئات الرقابة طبقاً للمعايير المهنية الدولية".

وتطبيقاً لأحكام القانون الأساسي المذكور، فقد أوجب الأمر الحكومي عدد 375 لسنة 2020 على عدد من الهيكل الرقابية²⁰⁵ نشر تقاريرها الرقابية على المواقع الإلكترونية الرسمية للوزارات التي ترجع لها الهيئات المذكورة بالنظر، وذلك مع مراعاة استثناءات حق النفاذ إلى المعلومة الواردة

205 هيئة الرقابة العامة للمصالح العمومية وهيئة الرقابة العامة للمالية وهيئة الرقابة العامة لأملاك الدولة والشؤون العقارية وهيئة العامة لرقابة المصاريف العمومية وهيئة مراقبي الدولة وهيئة العليا للطلب العمومي.

بالقانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016، حيث تمّ التنقيص في الفصل 3 من هذا الأمر الحكومي على أنه "تُرعى عند نشر التقارير المذكورة ... المبادئ والمقتضيات التالية:

- مقتضيات الأمن العام والدفاع الوطني والعلاقات الدولية،
- وضوح المعطيات المضمنة بالتقارير وقابليتها للفهم،
- حماية المعطيات الشخصية،
- حماية المعطيات الاستراتيجية الخاصة بالهيكل والمنشآت التي شملتها أعمال الرقابة والمتابعة".

ويمكن القول أنّ الضوابط التي تمّ وضعها في الأمر الحكومي المشار إليه أنفا تتوافق مع الأحكام المقررة بالقانون الأساسي المذكور ولا تضيف أية قيود أو استثناءات إضافية على حق النفاذ إلى المعلومة.

ب- ما هي الهيئات التي من شأنها أن تساعد السلطة التنفيذية في الرقابة على اختيار التناسب؟

1- المحكمة الإدارية

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

يُقترح تبعا لأهمية النصوص الترتيبية المندرجة في إطار مجال الحقوق والحريات أن يتم التقيّد بالرأي الاستشاري للمحكمة الإدارية في مجال الرقابة على اختبار التناسب وأن تكون آراء المحكمة الإدارية في هذا المجال بمثابة الرأي المطابق.

رغم أنّ الرأي الاستشاري لا يقيّد القضائي، فإنه من شأن الرأي الاستشاري توفير أكبر الحظوظ لتحسين الأمر الترتيبي من الإلغاء باعتبار القيمة القانونية "المعنوية" للرأي الاستشاري للمحكمة الإدارية.

2- الوزارات

تقتضي مشاريع الأوامر الحكومية الترتيبية المتعلقة بمجال الحقوق والحريات إجراءين أساسيين:

- **أوّلا:** عرض مشروع الأمر الحكومي على الوزارات المكلفة بالتنفيذ لوضع إمضاءها المجاور وهو إجراء دستوري نصّت عليه الفقرة الثالثة من الفصل 94 من الدستور التي تنصّ على أنه "يتمّ الإمضاء المجاور للأوامر ذات الصبغة الترتيبية من قبل كل وزير معني". ويمثّل الإمضاء المجاور شكلية جوهرية، قد يؤدي غيابها إلى الطعن بالإلغاء في الأمر الترتيبي.
- **ثانيا:** عرض مشروع الأمر الحكومي الترتيبي على الوزارات التي يمكن الاستئناس برأيها أو التي اقتضت النصوص القانونية استشارتها دون أن تكون معنية باتخاذ إجراءات تنفيذية

أي غير معنية بوضع إمضائها المجاور وخاصة منها مصالح الوزارة المكلفة بملف حقوق الإنسان .

خلافًا لمشاريع القوانين التي تتولى مصالح مستشار القانون والتشريع إحالتها إلى الوزارات المعنية لإبداء الرأي، فإن الوزارة صاحبة المبادرة بإعداد مشروع الأمر الحكومي هي من تتولى إحالته إلى الوزارات المكلفة بوضع إمضائها المجاور أو الوزارات المكلفة فقط بإبداء الرأي وذلك تطبيقًا لمقتضيات المنشور عدد 33 لسنة 2018 المؤرخ في 19 ديسمبر/ كانون الأول 2018 المتعلق بتعهد الوزارات بتجميع الإمضاءات المجاورة لمشاريع الأوامر الحكومية ذات الصبغة الترتيبية وإجراء الاستشارات في شأنها قبل إحالتها إلى رئاسة الحكومة.

3- الهيئات الدستورية والهيئات العمومية المستقلة

على غرار مشاريع القوانين، تتولى مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة عرض مشاريع الأوامر الحكومية المتعلقة بالحقوق والحريات على الهيئات الدستورية المعنية بالمشروع وذلك طبقًا لمقتضيات المنشور عدد 08 المؤرخ في 17 مارس/ آذار 2017 المتعلق بضبط قواعد إعداد مشاريع النصوص القانونية وإجراءات عرضها واستكمال تهيئتها.

اعتبارًا لأهمية مشاريع الأوامر الحكومية المتعلقة بالحقوق والحريات، فإن مصالح مستشار القانون والتشريع يجب أن تتحرى بصفة دقيقة في الهيئات الدستورية التي يتعين استشارتها.

بالنسبة للاستشارات الوجوبية، فإن المسألة تقتضي قيام مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة بالثبوت أولاً من أحكام الدستور الذي أحدث هياكل عمومية دستورية مستقلة أو جب استشارتها، ثم النصوص التشريعية والترتيبية التي أوجبت استشارة بعض الهياكل، ثم في مرحلة أخيرة الثبوت من الهياكل الوزارات التي تكون استشارتها مفيدة في خصوص مشروع القانون المتعلق بالحقوق والحريات.

تخضع مشاريع الأوامر الحكومية لوجوبية العرض لإبداء الرأي لنفس الهيئات الدستورية المستقلة التي سبق أن تمّ التطرق إليها في خصوص مشاريع القوانين، والمتمثلة في:

- هيئة الانتخابات،
- هيئة الاتصال السمعي البصري،
- هيئة حقوق الإنسان،
- هيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة،
- هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد.

أما بخصوص الهيئات العمومية المستقلة التي يتعين استشارتها في خصوص مشاريع الأوامر الحكومية التي يمكن أن يكون لها تأثير على مجال الحقوق والحريات فتمثل في:

- مجلس المنافسة،
- هيئة النفاذ إلى المعلومة،
- الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية،
- الهيئة الوطنية للوقاية من التعذيب.

4 - الهيئات واللجان الاستشارية الأخرى

وهي نفس الهيئات التي سبق أن تم التطرق إليها في خصوص مشاريع القوانين وتمثل في:

المجلس الوطني للحوار الاجتماعي

وهي استشارة وجوبية على معنى الفصل 3 من القانون عدد 54 لسنة 2017 المؤرخ في 24 جويلية/ تموز 2017 المتعلق بإحداث المجلس الوطني للحوار الاجتماعي وضبط مشمولاته وكيفية تسييره والذي نصّ على وجوب استشارة المجلس الوطني للحوار الاجتماعي في خصوص الأوامر الحكومية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية وفي مخططات التنمية الاقتصادية والاجتماعية وفي الميزانيات الاقتصادية.

كما يمكن للمجلس التعهد تلقائيا بإبداء الرأي في المسائل ذات العلاقة بالشغل والعلاقات المهنية التي يرى فائدة في إثارتها وتقديم مقترحات بشأنها إلى الجهات المختصة.

اللجنة الوطنية للملاءمة للنصوص القانونية ذات العلاقة بحقوق الإنسان مع أحكام الدستور

ومع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها

وهي اللجنة المحدثه بمقتضى الأمر الحكومي عدد 1196 لسنة 2019 المؤرخ في 24 ديسمبر/ كانون الأول 2019²⁰⁶، وتتولى إبداء الرأي وجوبا بخصوص مشاريع النصوص الترتيبية ذات العلاقة بحقوق الإنسان.

على غرار ما تمت الإشارة إليه آنفا بخصوص مشاريع القوانين، يمكن أن يكون لهذه اللجنة دور هام في احترام مقتضيات اختبار التناسب المنصوص عليها بالفصل 49 من الدستور.

ج - عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان

رغم أنّ وضع القيود على الحقوق والحريات يبقى من مجال التشريع وفقا لمقتضيات الفصل 49 من الدستور، فإن ذلك لا يعفي من الحديث عن واجب عدم التراجع عن المكتسبات في إطار ممارسة صلاحيات السلطة الترتيبية العامة.

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

تتمثل صلاحيات السلطة الترتيبية العامة مبدئياً في مجال الحقوق والحريات في إقرار الإجراءات العملية لممارسة الحقوق والحريات على غرار:

- تحديد الوثائق المستوجبة التي يتعيّن تقديمها للهيكل العمومية المعنية للتصريح بممارسة أحد الحقوق.
- تحديد كيفية إعلام الهياكل العمومية المعنية بممارسة أحد الحقوق أو الحريات.

يتمثل واجب عدم التراجع عن المكتسبات في هذه الحالة في عدم إصدار نصوص ترتيبية لتغيير الإجراءات المعمول بها المرتبطة بممارسة الحقوق والحريات بطريقة من شأنها التقليل من المستوى الفعلي للحماية كوضع إجراءات جديدة تفضي إلى التضييق من مجال ممارسة هذه الحقوق والحريات على غرار:

- اشتراط وثائق جديدة للتقدم بها إلى الإدارة المعنية بممارسة الحق والحرية لم تكن مشترطة في النص الأصلي ويصعب استخراجها.
- تغيير صور إيداع المطالب الموجهة للإدارة في إطار ممارسة أحد الحقوق أو الحريات من خلال حذف أحد هذه الصور أو التقليل منها، كأن يتم حذف إمكانية تقديم المطلب أو الإعلام عن طريق البريد أو عن طريق البريد الإلكتروني والاقْتِصَار على أن يتم الإيداع مباشرة بمكتب الضبط.
- التمديد في آجال ردّ الإدارة على مطالب الترخيص في ممارسة أحد الحقوق والحريات، بما في ذلك الاجراءات التي يتمّ تكريسها في الواقع في مخالفة لما تمّ ضبطه في النصوص القانونية، على غرار الممارسة المتعلقة بإجراءات تكوين الجمعيات.

حيث في هذه الحالة يتمّ رفض مطلب نشر إعلان بتكوين جمعية بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية في غياب بطاقة الاعلام بالبلوغ التي يتمّ تسليمها من قبل الكتابة العامة للحكومة، وذلك في مخالفة صريحة لأحكام المرسوم عدد 88 لسنة 2011 المؤرخ في 24 سبتمبر/ أيلول 2011 المتعلق بتنظيم الجمعيات²⁰⁷.

هذا وتجدر الإشارة أنّ إمكانية إدخال التغييرات تبقى واردة، فقط إذا كانت الإجراءات الجديدة أخف من الاجراءات السابقة، كأن يتمّ التقليل من الوثائق المستوجبة أو يتم إضافة صور أخرى لإيداع المطالب للإدارة لم تكن واردة في النص الأصلي.

207 ينص الفصل 11 من المرسوم عدد 88 لسنة 2011 على أنه يعتبر عدم رجوع بطاقة الاعلام بالبلوغ في أجل ثلاثين (30) يوماً من إرسال المكتوب المتعلق بتكوين الجمعية الموجه الى الكاتب العام للحكومة إليه أعلاه بلوغاً.

الفقرة 2- مشاريع النصوص الترتيبية المتعلقة بممارسة السلطة الترتيبية الخاصة

تتمثل السلطة الترتيبية الخاصة في السلطة التي يمارسها الوزراء في القطاعات التي يشرفون عليها والتي تخرج عن مجال السلطة الترتيبية العامة لرئيس الحكومة. ويستمد الوزراء هذا الاختصاص من الفصل 94 من الدستور الذي ينص على أن الوزراء يتخذون قرارات ترتيبية. ويتم ضبط مجال السلطة المذكورة عادة في الأوامر التي تضبط مهام ومشمولات الوزارات التي يشرفون عليها.

يمارس الوزراء السلطة الترتيبية الخاصة في شكل قرارات ترتيبية يمكن تسميتها بالقرارات الترتيبية الوزارية، وهي قرارات يتم تأشيرها من قبل رئيس الحكومة.

يتعين على الوزراء التقيد عند ممارستهم للسلطة الترتيبية الخاصة بضوابط الفصل 49 من الدستور وذلك خاصة من خلال:

- احترام المجال المخصص للسلطة الترتيبية الخاصة وعدم إضافة أية ضوابط أخرى للحقوق والحريات.
- عدم إضافة أية أحكام متعارضة مع النصوص القانونية التي صدرت لتطبيقها، باعتبار أن القرارات الترتيبية المذكورة هي في غالب الأحيان نصوص تطبيقية إما لنصوص تشريعية أو لأوامر حكومية. يتعين على مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة الرقابة على مدى تقيد مشروع النص الترتيبى بالقواعد المشار إليها أعلاه وعدم إحالته إلى رئيس الحكومة للتأشير في صورة مخالفته للقواعد المذكورة.

الفقرة 3- واجب تدقيق المنظومة الترتيبية لضمان عدم تعارضها مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور

إعتباراً أن وضع قيود تتعلق بالحقوق والحريات هي من مجال التشريع كما نص على ذلك الفصلان 49 و65 من الدستور، فإن السلطة التنفيذية تبقى مطالبة بتدقيق منظومة النصوص الترتيبية النافذة، سواء الصادرة منها في إطار السلطة الترتيبية العامة أو السلطة الترتيبية الخاصة²⁰⁸ وذلك من خلال:

- تحديد قائمة النصوص الترتيبية التي تتضمن أحكاماً تمس من مجال الحقوق والحريات من قبل كل وزارة معنية.
- عرض القائمة المذكورة على أنظار اللجنة الوطنية للملاءمة النصوص القانونية ذات العلاقة بحقوق الإنسان مع أحكام الدستور ومع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها لبدء الرأي بخصوص مدى ملاءمتها للفصل 49 من الدستور.

208 إن الحفاظ على إنسجام النصوص القانونية يقتضي إلغاء النصوص المتعارضة مع أحكام الدستور وعدم الاكتفاء بالإبقاء عليها واعتبارها لاغية من الناحية القانونية تبعاً لصدور دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014.

- قيام الوزارة المعنية بالنص الترتيبي بإعداد مشروع لتنقيح أو إلغاء النص المخالف لمقتضيات الفصل 49 من الدستور.
- قيام الوزارة المعنية بعرض مشروع التنقيح أو الإلغاء على أنظار اللجنة المذكورة لإبداء الرأي.
- إحالة الملف إلى مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة التي تتولى دراسته من الناحية القانونية ومدى ملاءمته لأحكام الفصل 49 من الدستور وإستكمال الإجراءات القانونية بشأنه.

الفرع 3- أي دور للسلطة التنفيذية في احترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور في إطار تنفيذ الأحكام القضائية المرتبطة بممارسة صلاحيات السلطة الترتيبية وصلاحيات إصدار القرارات الفردية؟

ستعرض إلى دور السلطة التنفيذية في إطار تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بإلغاء النصوص الترتيبية (الفقرة 1) قبل التطرق إلى دورها في إطار تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات الفردية (الفقرة 2).

الفقرة 1- ما هو دور السلطة التنفيذية في إطار تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بإلغاء النصوص الترتيبية؟

أولاً من فقه القضاء

رغم عدم وجود أحكام صادرة عن المحكمة الإدارية تتعلق بإلغاء نصوص ترتيبية لمخالفتها الفصل 49 من الدستور باعتبار أن أغلب النصوص الترتيبية المخالفة للفصل 49 صدرت في فترات سابقة لصدور دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 وقد تحصنت تبعاً لذلك ضد إمكانية الطعن فيها مباشرة بالإلغاء عن طريق دعوى تجاوز السلطة²⁰⁹، فإن المحكمة أقرت في العديد من أحكامها عدم دستورية بعض النصوص الترتيبية لمخالفتها قواعد الفصل 49 من الدستور واستبعدت تطبيقها في النزاع المعروض أمامها.

وفي هذا الإطار يمكن الإشارة إلى أحكام الأمر عدد 50 لسنة 1978 المؤرخ في 26 جانفي/ كانون الثاني 1978 والمتعلق بتنظيم حالة الطوارئ والذي حوّل لوزير الداخلية أن يضع تحت الإقامة الجبرية في منطقة ترابية أو بلدة معينة أي شخص يعتبر نشاطه خطراً على الأمن والنظام العامين. وترتكز وزارة الداخلية على أحكام هذا الأمر للحد من حرية تنقل الأفراد الذين يشكلون في نظرها خطراً على الأمن العام أو لوضعهم تحت الإقامة الجبرية.

209 بعد مرور أجل الشهرين من نشرها بالرائد الرسمي (حصول العلم بها) تتحصن القرارات الإدارية عن إمكانية الطعن فيها بالإلغاء ويمكن فقط الطعن فيها عن طريق الدفع أي استبعاد تطبيقها في النزاع المعروض.



بيّنت المحكمة الإدارية بمناسبة نظرها في طعون موجهة ضد قرارات إدارية صادرة عن وزارة الداخلية على أساس أحكام الأمر عدد 50 لسنة 1978 المذكور تتعلق بالوضع في الإقامة الجبرية²¹⁰ أو بمنع السفر، أن الحد من الحقوق والحريات يخضع إلى الضوابط المنصوص عليها بالفصل 49 من الدستور. وأكدت على "أنّ الحقوق والحريات الفردية والجماعية المضمونة به لا يمكن أن توضع ضوابط ممارستها إلاّ بمقتضى قوانين تتخذ لاحترام حقوق الغير أو لصالح الأمن العام أو المصلحة العامة على أن لا تنال تلك الضوابط من جوهر الحقوق والحريات". وقد استخلصت المحكمة الإدارية عدم دستورية الأمر عدد 50 لسنة 1978 المؤرخ في 26 جانفي / كانون الثاني 1978 والمتعلق بتنظيم حالة الطوارئ الذي تضمّن قيودا وضوابط تحدّ من ممارسة حق التنقل والحق في اختيار مقر الإقامة، لم يسبق ضبطها بنص تشريعي يحترم المقتضيات الدستورية الواردة بالفصل 49 من دستور 27 جانفي / كانون الثاني 2014.

دور السلطة التنفيذية بعد صدور قرار الإلغاء

عند صدور أحكام قضائية نهائية وباتة من المحكمة الإدارية بإلغاء نصوص ذات صبغة ترتيبية صادرة عن السلطة التنفيذية (سواء أوامر حكومية أو قرارات ترتيبية وزارية) لمخالفتها لمقتضيات الفصل 49 من الدستور، فإنه يتعيّن اتخاذ جملة من الإجراءات تتمثل أساسا في تعهد مصالح مستشار القانون والتشريع بما يلي:

- مراسلة الوزارة المعنية لإعداد مشروع نصّ ترتيبية يستوعب حكم الإلغاء الصادر عن المحكمة الإدارية ويعوض الأحكام القانونية التي تمّ الحكم بعدم دستورتها.
- مراسلة الوزارة المعنية لإلغاء كل النصوص التطبيقية (المناشير مثلا ...) الصادرة بناء على الفصول القانونية التي تمّ الحكم بإلغائها من قبل المحكمة الإدارية لمخالفتها لمقتضيات الفصل 49 من الدستور.
- مراسلة الوزارة المعنية لتعديل مشاريع النصوص الترتيبية التي لا تزال بصدد الإعداد المتضمنة لأحكام قانونية متشابهة مع النص الذي تمّ إلغاءه.

فضلا على ذلك، فإنّ القرار القضائي المتعلق بإلغاء نصّ ترتيبية يقتضي قيام السلطة التنفيذية بتدقيق المنظومة الترتيبية سارية المفعول لضمان انسجامها مع أحكام الفصل 49 من الدستور وذلك إما:

- بمبادرة من الوزارة التي صدر النصّ الترتيبية باقتراح منها.
- بطلب من مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة باعتبار دوره في السهر على ضمان انسجام المنظومة القانونية وتلاؤمها مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور.
- بطلب من اللجنة الوطنية لملاءمة النصوص القانونية ذات العلاقة بحقوق الإنسان مع أحكام الدستور ومع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها وذلك باعتبار أنّ أحد المهام

الأساسية لهذه اللجنة تتمثل، كما ينص على ذلك نصّ إحداثها، في "اقتراح مراجعة النصوص القانونية وتنقيحها" بما يضمن تلاؤمها مع أحكام الدستور ومع الاتفاقيات الدولية²¹¹.

الفقرة 2- ما هو دور السلطة التنفيذية في إطار تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات الفردية؟

إن إخضاع السلطات الإدارية إلى رقابة القضاء يُعدّ أحد الضمانات التي قررها المؤسس الدستوري بهدف تعزيز حماية حقوق الأفراد وحرّياتهم، باعتبار أن القضاء حامّي الحقوق والحرّيات والمجتمع بأسره، وهو ما تمّ تكريسه في دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 الذي نصّ في فصله 49 على تكفل "الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحرّيات من أي انتهاك".

علاوة على أهمية وجود هيئات قضائية للرقابة على قرارات وأعمال السلطة التنفيذية في مجال الحقوق والحرّيات، فإنّ دولة القانون وتكريس منظومة الحقوق والحرّيات لا تفترض فقط التزام السلطة التنفيذية بتطبيق الأحكام الصادرة عن الهيئات القضائية في نزاع معيّن، وإنّما تتعدّاه إلى التزام السلطة التنفيذية لاحقا بتطبيق ما استقر عليه فقه القضاء في مجال القرارات الإدارية المتعلقة بمجال الحقوق والحرّيات، وذلك سعيا للتقليص من النزاعات القضائية ضدّ قراراتها وفي إطار تدعيم علاقة الثقة بينها وبين المواطن. وبالتالي ستعرض في مرحلة أولى إلى فقه القضاء في مجال إقرار اختبار التناسب في القرارات الإدارية الفردية (أ) قبل التعرّض إلى آليات ضمان تقيّد السلطة التنفيذية بفقه القضاء المكرّس لآليات اختبار التناسب في مجال القرارات الفردية المتعلقة بالحقوق والحرّيات (ب).

أ- فقه القضاء في مجال إقرار اختبار التناسب في القرارات الإدارية الفردية

باعتبار تعدد مجال الأحكام الصادرة عن الهيئات القضائية الإدارية عند تعهدها بالنظر في شرعية القرارات الإدارية الفردية في علاقة باحترام اختبار التناسب، سواء الصادرة منها عن المحكمة الإدارية أو الهيئات القضائية المتخصصة، فسنتصر على التعرّض إلى بعض الأمثلة المتعلقة أولاً بتكريس حرية التنقل الصادرة عن القاضي الإداري (1) أو الأحكام القضائية في مادة حرية النفاذ إلى المعلومة الصادرة عن هيئة النفاذ إلى المعلومة (2).

211 تمّ في الفصل 2 من الأمر الحكومي عدد 1196 لسنة 2019 المؤرخ في 24 ديسمبر/ كانون الأول 2019 المحدث للجنة استعمال عبارة "النصوص القانونية" وهي عبارة عامة تشمل جميع النصوص بها في ذلك القوانين والمراسيم والأوامر والقرارات والمناشير.

1- فقه قضاء المحكمة الإدارية في مجال تكريس حرية التنقل

يعتبر القاضي الإداري في القانون التونسي "القاضي الطبيعي للإدارة" إذ يستمد اختصاصاته كما تمت الإشارة إلى ذلك آنفاً من الدستور ومن القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان/ حزيران 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية. وبالتالي سيكون للقاضي الإداري دور كبير في حماية الحريات العامة رغم أنه لا يتدخل من تلقاء نفسه لحماية تلك الحريات حتى ولو وقع اعتداء عليها وذلك تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، فالأمر متوقف على تحريك دعوى قضائية من طرف المتضرر.

وبالرجوع إلى القانون التونسي، نجد أن المشرع أقر للأفراد حق اللجوء إلى القضاء الإداري للطعن في القرارات الإدارية غير المشروعة وذلك عن طريق رفع دعوى الإلغاء أو ما يسمى بدعوى تجاوز السلطة. ومن جهة أخرى، منح للأفراد المتضررين من جراء أعمال الإدارة القانونية أو المادية حق المطالبة بالتعويض أمام القاضي الإداري.

ويتبين من خلال فقه قضاء المحكمة الإدارية أنّ القاضي الإداري لعب دوراً هاماً في حماية منظومة الحقوق والحريات وأسس في العديد من قراراته إلى كيفية وضع حدود للحقوق والحريات، حيث خلصت المحكمة في هذه المادة إلى إقرار المبدأ التالي "إنّ حقوق الإنسان والحريات المضمونة بموجب نصوص قانونية لا يمكن أن توضع ضوابط لممارستها إلا بمقتضى قوانين تُتخذ لاحترام حقوق الغير ولصالح الأمن العام على أن لا تنال تلك الضوابط من جوهر الحقوق والحريات... ولا يمكن لذلك وضع قيود على تلك الحرية إلا بموجب قانون شرط أن يكون الهدف منه تحقيق المصلحة العامة وأن لا يمسّ من جوهر ذلك الحق"²¹².

وفي هذا الإطار، حظي حق التنقل بحماية خاصة من القاضي الإداري وأكدت المحكمة في فقه قضائها المستقر في هذه المادة على أنه "لا يسوغ إهدار مبدأ حرية التنقل إلا في حدود ما يجيزه القانون صراحة على أن تؤوّل الاستثناءات التي تحول دون تمكين المواطن من هذا الحقّ تأويلاً ضيقاً"²¹³.

وستعرض على سبيل المثال إلى ثلاثة أصناف من القرارات الإدارية التي تعهدت بها المحكمة الإدارية في علاقة مباشرة باحترام حرية التنقل والتي تمّ فيها إعمال اختبار التناسب.

المثال 1- فقه قضاء المحكمة بخصوص القرارات المتعلقة بالإقامة الجبرية

في هذا الإطار، كرّست المحكمة الإدارية في فقه قضائها المستقر الضوابط المتعلقة بحدود حرية التنقل التي يمكن أن تضعها الإدارة، حيث تعهدت المحكمة الإدارية بالنظر في طعن موجه ضد قرار صادر عن وزير الداخلية²¹⁴ يقضي بإخضاع الطاعن للإقامة الجبرية. وقد عللت جهة الإدارة بأنها اتخذت هذا القرار على أساس أحكام الفصل 5 من الأمر عدد 50 لسنة 1978 المؤرخ في 26 جانفي/ كانون الثاني



212 الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 126863 بتاريخ 18 مارس/ آذار 2014.

213 القرار الصادر في القضية عدد 4100173 بتاريخ 20 ديسمبر/ كانون الأول 2016.

214 القضية عدد: 150168، 2 جويلية/ تموز 2018.



1978 والمتعلق بتنظيم حالة الطوارئ والذي حوّل لوزير الداخلية أن يضع تحت الإقامة الجبرية في منطقة ترابية أو ببلدة معينة أي شخص يعتبر نشاطه خطيرا على الأمن والنظام العامين، كما تمّ اتخاذه أيضا في نطاق حماية الأمن العام للبلاد التونسية عملا بأحكام الفصل 4 من الأمر عدد 342 لسنة 1975 المتعلق بضبط مشمولات وزارة الداخلية والذي ينصّ على أنّ "وزارة الداخلية بوصفها مسؤولة على المحافظة على النظام العام في كامل تراب الجمهورية مكلفة خاصة: ... بمراقبة جولان الأشخاص بكامل تراب الجمهورية وخاصة بالحدود الترابية والبحرية ومباشرة الشرطة الجوية".

وقد بينت المحكمة الإدارية في هذا القرار أن الحد من الحقوق والحريات يخضع إلى الضوابط المنصوص عليها بالفصل 49 من الدستور وأكدت في قرارها المذكور "أنّ الحقوق والحريات الفردية والجماعية المضمونة به لا يمكن أن توضع ضوابط لممارستها إلاّ بمقتضى قوانين تتخذ لاحترام حقوق الغير أو لصالح الأمن العام أو المصلحة العامة على أن لا تنال تلك الضوابط من جوهر الحقوق والحريات"، مؤكدة على أنّ "الحق في التنقل ومغادرة تراب الوطن يعدّ من الحقوق الأساسية المكفولة لكل مواطن بموجب الفصل 24 من الدستور، والتي لا يسوغ تقييدها إلاّ بموجب قانون صريح يكون الهدف منه تحقيق المصلحة العامة وأن لا يمسّ من جوهر الحق، على أن تؤوّل الضوابط والحدود التي تنال من هذا الحق تأويلا ضيقا".

وقد اعتبرت المحكمة الإدارية أنه لئن كان من الجائز للسلطة التنفيذية وللهيئات العمومية ممارسة ما لها من سلطة ترتيبية أو سلطة إصدار تراخيص داخلية أو قرارات فردية خدمة للمصلحة العامة أو حماية للنظام العام، غير أنه لا يمكن أن تحمل تلك القرارات أو التدابير قيودا أو تضيقات إلاّ في حدود ما تضمنته القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية.

وقد ذهبت المحكمة الإدارية أكثر من ذلك لتستخلص عدم دستورية الأمر عدد 50 لسنة 1978 المؤرخ في 26 جانفي/ كانون الثاني 1978 والمتعلق بتنظيم حالة الطوارئ الذي تضمن قيودا وضوابط تحدّ من ممارسة حق التنقل والحق في اختيار مقر الإقامة، لم يسبق ضبطها بنص تشريعي يحترم المقتضيات الدستورية الواردة بالفصل 49 من دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014.

وانتهت المحكمة في الأخير إلى إلغاء القرار الصادر عن وزير الداخلية معتبرة أنّ "استناد جهة الإدارة على نصوص ترتيبية لتأسيس صلاحياتها في ضبط حرية التنقل واختيار المقر والحدّ منها دون وجود نصوص تشريعية تحدّد تلك الضوابط وشروط إعماها، مخالفا للدستور".

المثال 2- فقه قضاء المحكمة بخصوص القرارات المتعلقة بالإجراء الحدودي SIV



يتمثّل الإجراء الحدودي المعروف بالـ S17 في العرض على الاستشارة قبل السفر، وهو إجراء تلجأ إليه وزارة الداخلية مرتكزة على صلاحياتها المنصوص عليها بالأمر عدد 342 لسنة 1975 المؤرخ في 30 ماي/ أيار 1975 المتعلق بضبط مشمولات وزارة الداخلية وخاصة الفصل 4 منه والذي ينصّ على أنّ "وزارة الداخلية بوصفها مسؤولة على المحافظة على النظام العام في كامل تراب الجمهورية مكلفة خاصة: بمراقبة



جولان الأشخاص بكامل تراب الجمهورية وخاصة بالحدود الترابية والبحرية ومباشرة الشرطة الجوية".

ويعتبر الإجراء تقييدا من حرية التنقل باعتباره يخول للمصالح المختصة بوزارة الداخلية في بعض الأحيان منع سفر أي شخص يترأى لها أنه يشكل خطرا أو تعلقت به شبهات إرهاب. وهو إجراء لا يجد له أي أساس تشريعي كما أنه غير منظم بأي نص قانوني، وقد أكدت المحكمة الإدارية في العديد من أحكامها الصادرة عن دوائرها الابتدائية وقراراتها في مادة توقيف التنفيذ على عدم شرعية هذا الإجراء لمخالفته لمقتضيات الفصل 49 من الدستور.

تعهدت إحدى الدوائر الابتدائية للمحكمة الادارية²¹⁵ في طعن موجه ضد قرار وزير الداخلية يقضي بوضع العارض تحت الإجراء الحدودي S17، وارتكزت وزارة الداخلية بوصفها الجهة المدعى عليها أن القرار اتخذ في إطار ممارستها لسلطتها التقديرية التي تخول لها مراقبة الجولان بكامل تراب الجمهورية وخاصة بالحدود الترابية باعتبارها مسؤولة على المحافظة على النظام العام عملا بمقتضيات الفصل 4 من الأمر عدد 342 لسنة 1975 المؤرخ في 30 ماي/ أيار 1975 المتعلق بضبط مشمولات وزارة الداخلية، ودفعت بأن المدعي عنصر سلفي تكفيري مصنف خطير جدا تابع لتنظيم إرهابي محظور.

واستخلصت المحكمة بعد تذكيرها بمقتضيات الفصل 49 من الدستور أن "السلطة التأسيسية كانت واضحة في الدلالة على أن سائر الحقوق والحريات التي كفلها الدستور مضمونة وأن ضوابط ممارستها لا تحدّد إلا بقانون يكون في خدمة أغراض مدنية الدولة وديمقراطيتها وبهدف حماية حقوق الغير، أو تأمين مقتضيات الحفاظ على النظام العام مع مراعاة التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها". وبالتالي اعتبرت أن ارتكاز الجهة المدعى عليها على نصّ ترميمي²¹⁶ "لا يرقى إلى مرتبة التشريع الذي يرتضيه الفصل 49 من الدستور" في غير طريقه من الناحية القانونية باعتباره يتعارض مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور، وخلصت تبعا لذلك إلى إلغاء القرار المطعون فيه.

المثال 3- فقه قضاء المحكمة بخصوص الحق في السفر



أكدت المحكمة بمناسبة نظرها في طعون موجهة ضد قرارات صادرة عن وزير الداخلية بمنع السفر²¹⁷، على أساس أحكام القانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي/ أيار 1975 المتعلق بجوازات السفر ووثائق السفر على أن الحق في السفر من الحقوق الأساسية لكل مواطن تونسي لارتباطه بحرية التنقل إلى خارج البلاد التونسية التي ضمنها الفصل 24 من الدستور، وخلصت إلى اعتبار أنه لا يسوغ إهدار هذا الحق إلا في حدود ما يجيزه القانون صراحة، على أن تؤوّل الاستثناءات التي تنال من هذا الحق تأويلا ضيقا.

215 الحكم الابتدائي عدد 149486 بتاريخ 30 نوفمبر/ تشرين الثاني 2018، سامي الرصاصي ضد وزير الداخلية.
216 الفصل 4 من الأمر عدد 342 لسنة 1975 المؤرخ في 30 ماي/ أيار 1975 المتعلق بضبط مشمولات وزارة الداخلية.
217 الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 138735 بتاريخ 27 جوان/ حزيران 2016.



وبيّنت في هذا الإطار أنّ ما تستأثر به المصالح الأمنية من سلطة في تقدير ما إذا كان السماح بالسفر من شأنه النيل من الأمن القومي التونسي أو من النظام العام أو من سمعة البلاد لا يحول دون إقرار حقّ القاضي الإداري في بسط رقابته حتى لا يؤول الأمر إلى إطلاق يدها وإعفاء أعمالها من الخضوع إلى مبدأ الشرعية منتهية إلى اعتبار أن ما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية في هذا المجال بناء على وجود استثناءات أتاحتها القانون لتقييد حرية السفر يبقى متوقفا على صدور حكم قضائي سواء من رئيس المحكمة الابتدائية أو من النيابة العمومية أو من حاكم التحقيق ضدّ حامل الجواز لتجبر السّفْر عليه.

2- فقه قضاء هيئة النفاذ الى المعلومة

تولت الهيئة في العديد من قراراتها تفسير وتأويل أحكام القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس / آذار 2016 المتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة، وخاصة في ما يتعلق باستثناءات حق النفاذ إلى المعلومة المنصوص عليها بالفصل 24 من القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المذكور والذي ينص على أنه "لا يمكن للهيكل المعني أن يرفض طلب النفاذ إلى المعلومة إلا إذا كان ذلك يؤدي إلى إلحاق ضرر بالأمن العام أو بالدفاع الوطني أو بالعلاقات الدولية فيما يتصل بهما أو بحقوق الغير في حماية حياته الخاصة ومعطياته الشخصية وملكيته الفكرية.

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

وباعتبار أنّ الاستثناءات الواردة بالفصل 24 لا تعد استثناءات مطلقة وأن الهيكل المعني مطالب بإخضاع ذلك المطلب إلى عملية من خلال مراعاة التناسب بين المصالح المراد حمايتها والغاية أو المصلحة التي ستتحقق من مطلب النفاذ في صورة الموافقة عليه، فقد قدمت الهيئة من خلال فقه قضائها عديد الأمثلة لكيفية إعمال هذا الاختبار.

يُستشف من خلال فقه قضاء هيئة النفاذ إلى المعلومة أنّه يتعيّن على الهياكل الخاضعة لأحكام القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 ألا تحسم في أيّ مطلب نفاذ إلى المعلومة يتعلّق بإحدى الاستثناءات المنصوص عليها بالفصل 24 إلا بعد إعمال اختبار التناسب الذي يقتضي إجراء عملية موازنة وترجيح بين المصالح المراد حمايتها بموجب تلك الاستثناءات وبين الغاية من مطلب النفاذ. كما تفترض هذه النظرية عدم البتّ في مطالب النفاذ بنفس الطريقة حتى وإن تعلّقت بنفس المعلومة وأن يتمّ إخضاعها في كلّ مرة لعملية تقييم موضوعية زمن تلقي مطلب النفاذ.

وفيما يلي بعض الأمثلة عن فقه قضاء هيئة النفاذ إلى المعلومة التي تم فيها إعمال اختبار التناسب:

إتاحة تقارير الرقابة

أكدت هيئة النفاذ إلى المعلومة في العديد من قراراتها أنه لا يمكن للإدارة التعلل بوجود معطيات شخصية لرفض إتاحة تقارير الرقابة التي يتم إعدادها من طرف التفقيديات الوزارية.

اعتبرت الهيئة أن الحصول على "نسخة ورقية من التقارير السنوية للتفقيدية العامة ليس من شأنه أن يؤدي إلى إلحاق أي ضرر بالأمن العام أو الدفاع الوطني، بل على خلاف ذلك، فإن حصولها على هذه الوثائق إنما ينصهر ضمن تحقيق أهداف القانون الرامية إلى تكريس مبدأي الشفافية والمساءلة فيما يتعلق بالتصرف في المرافق العمومية ودعم مشاركة العموم في متابعة تنفيذ السياسات العمومية وحسن التصرف في المال العام. وحيث لئن تضمنت التقارير المطلوبة بيانا لهويات بعض الأشخاص ووظائفهم، فإنه يمكن للجهة المدعى عليها حجب هذه المعطيات عند تسليمها للتقارير موضوع طلب النفاذ، ... وحيث يتجه تأسيسا على ما سبق بيانه قبول الدعوى مع إقرار حق الجهة المدعى عليها في حجب المعطيات الشخصية الواردة بالوثائق المطلوبة"²¹⁸.



يتبين من هذا القرار أن الهيئة من خلال إعمال اختبار التناسب قد سمحت بنشر تقارير الرقابة باعتبار أهمية نشر التقارير في تدعيم مبدأي الشفافية والمساءلة فيما يتعلق بالتصرف في المرافق العمومية وهي أحد أهم الأهداف التي يرمي إلى تحقيقها القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة، وبالتالي لا يمكن إهدار الحق في النفاذ إلى المعلومة في هذه الحالة حتى على فرض وجود معطيات شخصية حيث أقرت الهيئة في قرارها المذكور إمكانية قيام الهيكل العمومي الذي تم توجيه مطلب النفاذ إليه بحجب هذه المعطيات عند تسليمها للتقارير موضوع طلب النفاذ.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه انسجاما مع فقه قضاء هيئة النفاذ إلى المعلومة في مجال نشر تقارير الرقابة وتنفيذا لأحكام القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016، فقد صدر، كما سبق أن تمت الإشارة إلى ذلك أنفا²¹⁹، الأمر الحكومي عدد 375 لسنة 2020 المؤرخ في 29 جوان/ حيزان 2020 المتعلق بتنظيم عملية نشر تقارير هيئات الرقابة وتقارير المتابعة الصادرة عنها والذي ألزم عددا من الهيئات الرقابية²²⁰ بنشر تقاريرها الرقابية على المواقع الإلكترونية الرسمية للوزارات التي ترجع لها الهيئات المذكورة بالنظر.

الوثائق المتعلقة بالصفقات العمومية

عملت الهيئة في بعض الأحيان على إعمال اختبار التناسب للتوسع في مجال استثناءات حق النفاذ إلى المعلومة والتي لم يتم التنصيص عليها صراحة في الفصل 42 من القانون الأساسي عدد 22

218 هيئة النفاذ إلى المعلومة، القرار عدد 96/2018 بتاريخ 06 سبتمبر/ أيلول 2018، منظمة أنا يقظ/ وزير التكوين المهني والتشغيل.

219 أنظر النقطة "أ" من الفقرة الأولى من الفرع 2 من الجزء الثالث من هذا الدليل.

220 هيئة الرقابة العامة للمصالح العمومية وهيئة الرقابة العامة للمالية وهيئة الرقابة العامة لأموال الدولة والشؤون العقارية وهيئة العامة لمراقبة المصاريف العمومية وهيئة مراقبي الدولة وهيئة العليا للطلب العمومي.

لسنة 2016 وذلك باعتبار الضرر الذي يمكن أن يترتب عن إتاحة البعض من هذه المعلومات، وقد كان ذلك بمناسبة النظر في قرار رفض مطلب نفاذ²²¹ يتعلق بطلب الحصول على جميع الوثائق المتعلقة بالصفقة.



أكدت الهيئة في هذا القرار أنّ مراعاة حقوق الغير في حماية ملكيتهم الفكرية لا يقتصر فقط على حماية حقوقهم الأدبية والفنية أو حقوقهم المتصلة بالملكية الصناعية، وإنما يشمل أيضا حماية أسرارهم التجارية والمعلومات التي تساهم في منحهم امتيازات تنافسية وقدرة على الاستباق مقارنة بغيرهم من العاملين في ذات النشاط الصناعي أو التجاري.

وحيث لئن كان حق النفاذ إلى الوثائق المكونة للصفقات العمومية يعدّ من الضمانات الهامة لتكريس مبدأي الشفافية والمساءلة فيما يتعلق بإجراءات إسناد هذه الصفقات ومتابعة تنفيذها، إلا أن استعمال هذا الحق لا يمكن أن يؤدي طبقا لما استقر عليه الفقه والقضاء المقارن، إلى الولوج إلى الوثائق الخاصة بالشركات المشاركة في طلبات العروض والتي تتضمن أسرارها الصناعية واستراتيجياتها التجارية. وحيث أن القول بخلاف ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إفشاء أسرار هذه الشركات والإخلال بقواعد المنافسة الشريفة بين المؤسسات الاقتصادية المتنافسة، سيّما بالنسبة للصفقات القابلة للتجدد مثلما هو الشأن في قضية الحال. وحيث أن ما سبق بيانه، يقتضي التمييز فيما يتعلق بالوثائق المكونة للصفقة موضوع طلب النفاذ، بين الوثائق المتصلة بإجراءات إبرام الصفقة والتي تسمح بمتابعة مدى احترام المشتري العمومي لشفافية الإجراءات وللمبادئ الأساسية المتصلة بالمنافسة والمساواة أمام الطلب العمومي، مثل الالتزام أو كراسات الشروط الإدارية والفنية للصفقة أو الثمن الجملي للعرض أو كذلك تقارير فرز العروض، وهي وثائق قابلة للنفاذ إليها من قبل الشركات المشاركة في طلبات العروض الخاصة بهذه الصفقات وكذلك من قبل العموم تكريسا لمبدأي الشفافية والمساءلة، وبين الوثائق الخاصة بالمؤسسات الاقتصادية المشاركة في هذه الصفقات مثل جداول أسعارها التفصيلية وملفاتنا الفنية وغيرها من الوثائق التي تحتوي على أسرارها الصناعية وتعكس استراتيجيتها التجارية، والتي لا يمكن اعتبارها من قبيل الوثائق العمومية المتصلة بتسيير المرافق العامة والخاضعة بصفقتها تلك إلى مبدأ النفاذ إليها...".

وبالتالي قامت الهيئة عن طريق أعمال اختبار التناسب بتصنيف الوثائق المتعلقة بالصفقة إلى صنفين: صنف من الوثائق مشمول بحق النفاذ باعتبار أن إتاحتها يتماشى مع تكريس مبدأي الشفافية والمساءلة، وصنف من الوثائق مستثنى من حق النفاذ باعتبار أن إتاحتها يؤدي إلى الإخلال بقواعد المنافسة الشريفة بين المؤسسات الاقتصادية المتنافسة.

221 القرار عدد 40 بتاريخ 5 جويلية/ تموز 2018 شركة ويتكو سبور في شخص ممثلها القانوني ضد بلدية الكريب.

إتاحة محاضر الجلسات مع حجب الهعطيات

بداية من أول قرار صادر عنها، عملت هيئة النفاذ إلى المعلومة إلى إعمال اختبار التناسب لتكريس الحق في النفاذ إلى محاضر الجلسات المتضمنة للمعايير الموضوعية التي تمّ ضبطها لإسناد رخص في إطار صلاحياتها في تسيير المرفق العام.

تتعلق القضية بمطلب توجهت به أحد الجمعيات الناشطة في مجال حماية قطاع النقل بواسطة التاكسي إلى والي المهديّة وذلك قصد الحصول على نسخة ورقية من محضر جلسة اللجنة الجهوية للنقل بولاية المهديّة التي تم على أساسها ضبط المقاييس الموضوعية لإسناد رخص النقل بواسطة التاكسي.

وقد أكدت الهيئة بمناسبة نظرها في القضية المذكورة أن "حصول الجمعية على محاضر جلسات اللجنة الجهوية للنقل ... والمتعلقة بضبط المقاييس الموضوعية لإسناد رخص التاكسي الفردي بالولاية... ليس من شأنه أن يؤدي إلى أي ضرر بالأمن العام أو بالدفاع الوطني، كما لا يندرج ضمن أي حالة من حالات الاستثناء الواردة بالفصل 24 من القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016"، معتبرة أنه على خلاف ذلك فإن الحصول على الوثائق المطلوبة أو الاطلاع على العناصر الموضوعية التي تمّ اعتمادها من قبل الهيكل الجهوي المعني لإسناد رخص التاكسي، "إنما ينصهر ضمن تحقيق أهداف القانون في تكريس مبدأ الشفافية والمساءلة فيما يتعلق بالتصرف في مرفق النقل بواسطة سيارات الأجرة وتنظيمه كما يسمح بدعم مشاركة العموم في متابعة تنفيذ السياسات العمومية وتقييمها"²²².

الوثائق المتضمنة لهعطيات شخصية

قامت الهيئة بإعمال اختبار التناسب للموازنة بين الغاية التي يمكن تحقيقها من مطلب النفاذ والمصلحة التي يمكن أن تتضرر من إتاحة المعلومة، مؤكدة في العديد من قراراتها أنّ الغاية التي ستتحقق من مطلب النفاذ أهم من المصلحة التي يمكن أن تتضرر من إتاحة المعلومة وفي حالات أخرى غلبت حماية المعطيات الشخصية في ظل عدم وجود أية مصلحة عامة من مطلب النفاذ.

الهتال 1

في القرار عدد 92 بتاريخ 26 جويلية/ تموز 2018 ح.ح / المندوب الجهوي للتربية بجنودية، المتعلق بالطعن في قرار رفض المندوب الجهوي للتربية الاستجابة لمطلب نفاذ يتعلق بالحصول على نسخة من القائمة المتضمنة لأسماء المرشحين المقبولين لنيابات التعليم الابتدائي بعنوان السنة الدراسية المعنية مع جملة البيانات المتصلة بتاريخ ميلادهم وأصناف الشهادات العلمية التي تحصلوا عليها وسنوات تخرجهم، اعتبرت الهيئة أنّ البيانات المذكورة تمثل العناصر الموضوعية المنصوص عليها قانونا لترتيب المرشحين حسب المعتمديات معتبرة أنّ "تكريس مبدأ الشفافية والمساءلة فيما يتعلق بالتصرف في المرفق التربوي ودعم الثقة في عمل المندوبيات الجهوية للتربية، يستوجب تمكين المدعي من الحصول على نسخة من القائمة المطلوبة..."، واعتبرت الهيئة أنّ هذه القائمة وإن

222 هيئة النفاذ إلى المعلومة، القرار عدد 01/2018 بتاريخ 01 فيفري/ شباط 2018، الجمعية الوطنية لحماية قطاع النقل "تاكسي" / والي المهديّة.

كانت "تحتوي على بعض البيانات الشخصية، إلا أن الضرر المترتب عن الكشف عن هذه البيانات لا يعد في تقدير الهيئة ضررا جسيما مقارنة بالمصلحة العامة المترتبة عن تقديم المعلومة والمتمثلة في التأكد من شفافية إجراءات إسناد الإنابات من قبل المتدوية الجهوية للتربية".



المثال 2

في إطار إعمال اختبار التناسب، قامت الهيئة في قرارات أخرى برفض قبول طعن موجه ضد قرارات إدارية تتعلق برفض إتاحة معلومة وذلك بمناسبة تعهداتها بالنظر في طعن موجه ضد قرار محافظ البنك المركزي التونسي القاضي برفض الاستجابة لمطلب نفاذ يتعلق بطلب حصول الطاعن على وثائق بنكية لمواطنة أجنبية غير مقيمة كان يشترك معها في ملكية عقار. حيث اعتبرت الهيئة بمناسبة تعهداتها بالنظر في القضية المذكورة أنّ حماية المعطيات الشخصية المتمثلة في هوية المعنية بالأمر وعنوانها ورقم حسابها البنكي أهم من الغاية المراد تحقيقها من مطلب النفاذ خاصة في ظل ثبوت عدم وجود أية مصلحة عامة من إتاحة المعلومة المطلوبة²²³.



ب. آليات ضمان تقيّد السلطة التنفيذية بفقهاء القضاء المكّرس للاختبار التناسب في مجال القرارات الفردية المتعلقة بالحقوق والحريات

يعتبر الالتزام بتطبيق الأحكام القضائية واجبا دستوريا على جميع مكونات السلطة التنفيذية، حيث ينصّ الفصل 111 من الدستور على تحجير الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية أو تعطيل تنفيذها دون موجب قانوني.

رغم أنّ الأحكام القضائية المسلّطة على القرارات الإدارية الفردية الصادرة في مادة الحقوق والحريات في علاقة باحترام اختبار التناسب هي أحكام تُسلّط على الإدارة العمومية بمختلف أصنافها²²⁴ والتي لا يمكن إخضاعها لطرق التنفيذ العادية المنصوص عليها بمجلة المرافعات المدنية والتجارية، فإنّ الإدارة تبقى في كل الحالات محمولة على واجب تنفيذ الأحكام القضائية وإلا اعتبر ذلك من قبيل الخرق لأحكام الدستور وخاصة الفصل 111 منه، كما أنّ القرارات الإدارية المتعلقة برفض تنفيذ الأحكام القضائية تعدّ من قبيل القرارات المدعومة طبقا لفقهاء قضاء المحكمة الإدارية.

وفي هذا الإطار، يجدر التذكير بأنّ دولة القانون وتكريس منظومة الحقوق والحريات تفترض لا فقط التزام السلطة التنفيذية بتطبيق الأحكام الصادرة عن الهيئات القضائية في نزاع معيّن وإنما يتعداه إلى التزامها لاحقا بتطبيق ما استقر عليه فقهاء القضاء من أحكام في علاقة بالقرارات الإدارية

223 هيئة النفاذ إلى المعلومة، القرار عدد 351/2018 بتاريخ 25 أفريل/ نيسان 2018، م.ع / محافظ البنك المركزي التونسي.
224 الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية، المؤسسات العمومية ذات الصبغة غير الادارية، المنشآت العمومية.

المتعلقة بمجال الحقوق والحريات، وذلك سعياً للتقليص من النزاعات القضائية ضد قراراتها وفي إطار تدعيم علاقة الثقة بينها وبين المواطن.

ضماناً لالتزام السلطة التنفيذية باحترام الأحكام القضائية الصادرة في مجال الحقوق والحريات في علاقة باحترام اختبار التناسب، يمكن للسلطة التنفيذية في إطار مشروع المشور الإطاري من رئيس الحكومة المشار إليه آنفاً²²⁵ والمتعلق بمقتضيات الفصل 49 من الدستور:

- حث جميع الهياكل العمومية على التقيّد بالأحكام القضائية في مادة اختبار التناسب المتعلقة بالقرارات الفردية الصادرة عن مختلف الهيئات القضائية، وذلك في إطار احترام مقتضيات الفصل 111 من الدستور الذي ينص على أنه يحجر الامتناع عن تنفيذ أو تعطيل تنفيذ الأحكام القضائية دون موجب قانوني.
- الإشارة إلى تخصيص ركن على موقع الواب الذي تشرف عليه مصالح مستشار القانون والتشريع²²⁶ لنشر أهم الأحكام القضائية الصادرة في مجال اختبار التناسب.
- حثّ المصالح المعنية بجميع الهياكل العمومية على الاطلاع على فقه القضاء المذكور والتقيّد بأهم المبادئ فقه القضائية المكرسة في هذا المجال.
- التأكيد على ضرورة قيام مختلف الوزارات باستشارة مصالح مستشار القانون والتشريع في صورة وجود إشكاليات في تفسير فقه القضاء في مجال الرقابة على اختبار التناسب، وذلك قبل اتخاذ القرارات المدرجة في إطار تطبيق التشريعات المتعلقة بالحقوق والحريات وبنطاق الفصل 49 من الدستور.
- حث المؤسسات والمنشآت العمومية على أخذ رأي سلطة الإشراف قبل اتخاذ أي قرار إداري فردي يندرج في إطار تطبيق التشريعات المتعلقة بالحد من الحقوق والحريات.
- حث رؤساء الجماعات المحلية والمؤسسات والمنشآت العمومية على إصدار مذكرات داخلية لأعضائها للتقيّد بالأحكام القضائية الصادرة في مجال الحقوق والحريات (المحكمة الإدارية، هيئة النفاذ إلى المعلومة، هيئة حماية المعطيات الشخصية...).
- دعوة هيئة الرقابة العامة للمصالح العمومية التابعة لرئاسة الحكومة²²⁷ والتي تقوم بمهمة إجراء الرقابة العليا على مصالح الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والمنشآت العمومية أن تُضمّن في إطار تقاريرها الرقابية السنوية التي ترفعها إلى رئيس الحكومة معطيات حول مدى التزام الهياكل العمومية بتطبيق الأحكام القضائية المتعلقة بتطبيق مقتضيات الفصل 49 من الدستور²²⁸، خاصة أنّ التقارير المذكورة

225 أنظر الصفحة الأولى من مقدمة هذا الدليل.

226 www.legislation.tn

227 المحدثه بمقتضى الأمر عدد 3232 لسنة 2013 المؤرخ في 12 أوت/ آب 2013 المتعلق بتنظيم ومشمولات هيئة الرقابة العامة للمصالح العمومية وبضبط النظام الأساسي الخاص بأعضائها.

228 خاصة وأنّ الفصل 9 من الأمر عدد 3232 لسنة 2013 المذكور آنفاً ينص على أنّ الهيئة تعدّ تقريراً سنوياً يرفع إلى رئيس الحكومة ويتضمّن أهمّ النقائص والإخلالات التي توصلت إليها أعمال الرقابة والأبحاث وأبرز النتائج التي تمّ استخلاصها من تقارير التقييم. كما يحتوي على حوصلة للتوصيات وتدابير الإصلاح الصادرة عن الهيئة للهياكل موضوع تدخّلها.



يتم نشرها أو نشر ملخص منها²²⁹ مما يساعد على حث الهياكل العمومية المذكورة على احترام الأحكام القضائية الصادرة في هذا المجال.

229 كما ينص على ذلك الأمر عدد 3232 لسنة 2013 والأمر الحكومي عدد 375 لسنة 2020 المشار إليهما آنفا.

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 الظاهر 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 يتوجب 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 حسبها 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/أذار 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 ينصّص 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 يسمي 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 حريته 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 بحريته في أن يدين بدين ما، أو بحريته 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 وحريةهم 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 وحريةهم.

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 وحريةهم. 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 اقترحنا إدراج فصل جامع يعنى بهذه المسألة هذا نصه 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 تركية المترشح من قبل عدد من أعضاء مجلس نواب الشعب أو رؤساء مجالس الجماعات المحلية المنتخبة أو الناخبين المرسمين 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:

I. 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 أساسية لا يمكن الحدّ منها البتّة 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	يجبر 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 النيل 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 النيل 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 خمسا 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.

د. لأنّ الحقوق التي تضمنتها لا تلزم الدولة التونسية على تحقيق نتيجة بل على بذل عناية فحسب:

الفصل 21	... وتهمي هم [للمواطنين والمواطنات] أسباب العيش الكريم.
الفصل 30	... تراعي الدولة في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية مصلحة الأمرة، 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	الععمل 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 مكّنها 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 للتثبت 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 للتثبت 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 كل 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 نهاراً 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 الھنسیة فی دستور 27 جانفي/كانون الثاني 2014؟

یمکن الفصل 80 من دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 رئیس 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 وحریات وعدم اعتماد الفصل 49. كان لا بد من التنصيص في هذه الصورة على الحقوق والحریات 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 أنه 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 اقترحتنا إدراج فقرة بالفصل الجامع تعني بهذه المسألة هذا نصها:
«لا يجوز في صورة تفعيل الفصل 73 من هذا الدستور أو إعلان حالة الطوارئ المساس من أحكام الفصول التالية...»
سليم اللغمان، سلوى الحمروني وسليبي القليبي، «الحقوق والحریات»، 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 حريته في أن يدين بدين ما، وحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحريته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبير وإقامة الشعائر.



قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية:

- خالد الماجري، "ضوابط الحقوق والحريات تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي"، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس 2017
- عياض بن عاشور، "القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية"، الطبعة الثالثة، مركز النشر الجامعي، 2006
- محمد رضا جنح، "القانون الإداري"، الطبعة الثانية، مركز النشر الجامعي، 2008
- وحيد الفرشيشي، "دسترة الحريات الفردية. قراءة حقوقية للدستور التونسي الصادر في 27 جانفي/ كانون الثاني 2014"، ضمن مؤلف جماعي تحت إشراف وحيد الفرشيشي، "الحريات الفردية. تقاطع المقاربات"، الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية، تونس، 2014
- الحبيب خضر، "الوجيز في شرح الدستور"، تونس، 2017
- منظمة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان (مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان)، "الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، دليل للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان"، نيويورك وجنيف، 2005

المراجع باللغة الفرنسية:

DRI-IDEA-PNUD, « 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 », http://democracy-reporting.org/newdri/wp-content/uploads/2016/03/rapport_article_49_1.pdf

Hafidha CHEKIR et Wahid FERCHICHI, «Le travail législatif à l'épreuve de la Constitution tunisienne et des Conventions internationales, évaluations des lois et des projets de lois à la lumière de la Constitution tunisienne et des Conventions internationales, octobre 2014-octobre 2015 », FIDH-Friedrich Ebert Stiftung , Tunis, 2015

Ridha FRAOUA, « Le principe de proportionnalité : limite aux restrictions des droits fondamentaux et maxime d'action de l'Etat », Sessions de débat organisées par l'IDEA sur l'article 49 de la Constitution tunisienne et le principe de proportionnalité , Tunis, 27-29 février 2020

Alexandre FLUCKIGER, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », Revue européenne des sciences sociales, Tome XLV, 2007, N° 138, (Édition électronique : URL: <http://journals.openedition.org/ress/195>)

Salwa HAMROUNI, « L'article 49 dans la jurisprudence de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des lois », contribution aux VIèmes journées Abdelfattah AMOR, 2018

Salwa HAMROUNI, « La loi et les restrictions aux droits et libertés », actes du colloque, La loi, faculté de droit de Sfax, avril 2019

Isabelle HACHEZ, « L'effet de standstill : le pari des droits économiques, sociaux et culturels ? », in Administration Publique, vol. 24 ème année, no. 1 (2000), (disponible sur : <https://dial.uclouvain.be>)

Isabelle HACHEZ, « Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative, 2008, (disponible sur: <https://dial.uclouvain.be>).

Slim LAGHMANI, Salsabil KLIBI et Salwa HAMROUNI, « Les droits et libertés », in « Lecture du brouillon de la constitution : évaluation et propositions », Premières journées A. Amor, ATDC et ARTD 15 janvier 2013

France LAMBINET, « Mise en œuvre du principe de standstill dans le droit de l'assurance chômage : quelques observations en marge de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 2018 », (disponible sur : www.terralaboris.be)

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 السلط 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. ولئن كان المشرع والقاضي الدستوري المخاطبان الأساسيان بالفصل 49، فإن ضمان احترام الحقوق والحريات يستوجب استبطان جميع المتدخلين لهذا المنهج ولتختلف ضوابط الفصل 49، ومن بينهم ممثلو السلطة التنفيذية.

وفي هذا الإطار، تقدم المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات هذا الدليل لممثلي السلطة التنفيذية وخاصة منهم العاملين في المجال التشريعي لمساعدتهم على إيجاد الآليات الكفيلة بالتقيّد بأحكامه باعتباره نصاً دستورياً ملزماً لجميع السلط العمومية، خاصة في ظل أهمية دور السلطة التنفيذية في إعداد النصوص التشريعية في إطار المبادرة التشريعية أو في إصدار المراسيم. كما يعرّج الدليل على دور الفصل 49 في تأطير عمل السلطة التنفيذية عند إصدار النصوص الترتيبية المندرجة في إطار ممارسة رئيس الحكومة للسلطة الترتيبية العامة أو المندرجة في إطار ممارسة الوزراء للسلطة الترتيبية الخاصة. ويقدم الدليل أمثلة تطبيقية حول كيفية إعمال الفصل 49 ومبدأ التناسب خلال مسار إعداد النصوص القانونية ومقترحات عملية لضمان تحقيق انسجام هذه النصوص مع الدستور خلال كامل المسار التشريعي.

Federal Foreign Office

Werderscher Markt 1
Berlin 11013
موقع الإنترنت: www.auswaertiges-amt.de

International IDEA

Strömsborg
SE-103 34 Stockholm
Sweden
الهاتف: +٤٦٨ ٦٩٨٣٧ ٠٠
الفاكس: +٤٦٨ ٢٠ ٢٤ ٢٢
البريد الإلكتروني: info@idea.int
موقع الإنترنت: www.idea.int

