



دليل الميئات العمومية المستقلة

في تطبيق الفصل 49 من الدستور

الميئات العمومية المستقلة بين الدفاع عن الحقوق والالتزام بضوابطها







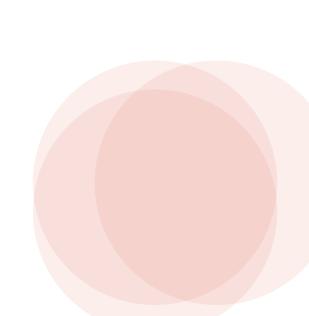


دليل الهيئات العمومية المستقلة

في تطبيق الفصل 49 من الدستور

الميئات العمووية المستقلة بين الدفاع عن الحقوق والالتزام بضوابطما

عبير المكي



التههيد العام والإشراف على الأدلّة العمليّة سلوى الحمروني

فريق المراجعة من بين مجموعة العمل المتابعة للمشروع شفيق صرصار مراد بن موليّ

التدقيق العام: منية بلعربي

© 2021 المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

دليل الهيئات العمومية المستقلة في تطبيق الفصل 49 من الدستور Guide of the Independent Public Bodies in the Application of Article 49 of the Constitution

منشورات المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات (International IDEA) مستقلّة 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 (CCI)، سمة المشاع الإبداعي، رخصة غير تجارية، رخصة المشاركة بالمثل (3.0). يجوز نسخ المنشور وتوزيعه وبثه وكذلك تعديله وتهيته بشرط أن يستخدم لأغراض غير تجارية فقط، وأن يذكر المصدر على النحو الصحيح، ويتم توزيعه برخصة مماثلة. لذ بد من المعلم مات عن رخصة المشاء الإبداعي، أنظ:

لمزيد من المعلومات عن رخصة المشاع الإبداعي، أنظر: <ahttp://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 الغلافي : Fugue, oil- canvas, 129.5 x 129.5 cm, Wassily Kandinsky, 1914, الرقم المعياري الدولي للكتاب (PDF): 978-7671-19-879 (المطبوع): 3-978-1671-19-978 مُعرِّف الوثيقة الرقمي (DOI): https://doi.org/10.31752/idea.2021.34



V

xi	 ■ تمهيد عام حول الفصل 49 من الدستور
xiv	1. ما هي الحقوق المعنية بالفصل 49 ؟
XV	2. متى يمكن الخروج عن مقتضيات الفصل 49 ؟
xviii	3. هل يغنينا الفصل 49 عن التحديدات الخاصة لبعض الحقوق؟
xix	4. ماهي موجبات الحدود على الحقوق والحريات؟
xxii	5. شرط الضرورة في دولة مدنية ديمقراطية
xxiii	6. شرط عدم المساس بجوهر الحق
xxiv	7. شرط التناسب بين الضوابط وموجباتها
XXV	8. لمن يتوجه صراحة الفصل 49؟
2	• مقدمة الدليل
3	1. أهداف الدليل
3	2. دواعي إحداث الهيئات العمومية المستقلة
3	3. تعريف الهيئات العمومية المستقلة
4	4. تصنيف الهيئات العمومية المستقلة
4	أ. الهيئات الدستورية
6 8	ب. الهيئات العمومية المستقلة التي لم يكرسها الدستور
12	• الجزء الأول- لماذا يجب أن تلجأ الهيئات العمومية المستقلة إلى إعمال مبدأ التناسب؟
13	القسم الأول- يجب أن تلجأ الهيئات العمومية المستقلة إلى إعمال مبدأ التناسب بالنظر إلى دواعي إحداثها
14	القسم الثاني- يجب أن تلجأ الهيئات العمومية المستقلة لمبدأ التناسب باعتباره مبدأ دستوريا
14	الفرع الأول- اللجوء إلى مبدأ التناسب من خلال قراءة موسعة للفصل 49
15	الفقرة الأولى- تدخل المشرع لوضع الحدود لا يعفي الهيئات العمومية المستقلة من إعمال مبدأ التناسب
18	الفقرة الثانية- تجاوز القراءة الضيقة للفصل 49
18	الفقرة الثالثة- التناسب كقاعدة منطقية ومنهج تفكير
19	الفرع الثاني- الاستئناس بتطبيقات مبدأ التناسب في مجال الرقابة على الدستورية
22	الفرع الثالث- تكريس التناسب من قبل القاضي الإداري
22	الفقرة الأولى- تكريس التناسب في فقه القضاء الإداري بشكل عام
2 /	الفقرة الثانية- تكريس التناسب عند النظر في الطعون المقدمة ضد قرارات الهيئات
24	712-117

القسم الثالث- يمكن أن تلجأ الهيئات العمومية المستقلة لمبدأ التناسب بوصفه مبدأ عاما في القانون الدولي
الفرع الأول- تكريس المبدأ في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية
الفرع الثاني- إمكانية الاستفادة من تأويل مفهوم الضرورة في مجتمع ديمقراطي في فقه القضاء الدولي
الفقرة الأولى- المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان
الفقرة الثانية- اللجنة الإفريقية والمحكمة الإفريقية لحقوق ا لإنسان والشعوب
الفقرة الثالثة-اللجنة الأممية المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية
الفرع الثالث- تقييم التناسب بين القيد والهدف في القانون الدولي الإنساني
الجزء الثاني-ما هي الآليات العملية لضهان التجانس بين الهيئات العمومية المستقلة في إعهالها لمبدأ التناسب؟
القسم الأوّل-اعتهاد مقاربة متجانسة بين الهيئات العمومية المستقلة لتجاوز التضارب في التأويل
القسم الثاني- اعتماد مقاربة متجانسة من خلال التشاور والتنسيق بين مختلف الهيئات العمومية المستقلة
الجزء الثالث- مبدأ التناسب كآلية عمل للهيئات العمومية المستقلة
القسم الأول- كيف يمكن للهيئات الدستورية إعمال مبدأ التناسب؟
الفرع الأول-كيف يمكن للهيئة العليا المستقلة للانتخابات أن تطبّق مبدأ التناسب؟
الفقرة الأولى- تطبيق التناسب بمناسبة ممارسة الهيئة لصلاحياتها الاستشارية
الفقرة الثانية- تطبيق التناسب بمناسبة ممارسة الهيئة لصلاحياتها الترتيبية
1. الحق في الانتخاب
2. الحق في الترشح
3. مراقبة الالتزام بقواعد الحملات الانتخابية وطرق تمويلها
الفرع الثاني- كيف يمكن للهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي والبصري أن تطبق مبدأ التناسب؟
الفقرة الأولى- تطبيق التناسب من خلال الاختصاصات الاستشارية
الفقرة الثانية-تطبيق التناسب من خلال الاختصاصات الرقابية والتقريرية

	 دور هيئة الاتصال في إعمال التناسب أثناء ممارستها لسلطتها الترتيبية في تنظيم
56	المشهد السمعي البصري بصورة عامة
57	2. تعديل التغطية الإعلامية خلال الحملة الانتخابية
59	3. إعمال التناسب في كراسات الشروط
60	4. تأطير الهيئة للتغطية الإعلامية خلال فترة الأزمات
62	5. مراقبة التناسب بين حرية الإعلام ورفض خطاب العنف والكراهية
64	الفقرة الثالثة- تطبيق التناسب بمناسبة ممارسة الصلاحيات الزجرية
65	الفرع الثالث- كيف يمكن لهيئة حقوق الإنسان إعمال مبدأ التناسب؟
65	- الفقرة الأولى- إعمال التناسب من خلال مهمة تعزيز حقوق الإنسان وتطويرها
	1. تطبيق التناسب عند اقتراح ما تراه لتحقيق ملاءمة النصوص التشريعية مع
66	المعاهدات الدولية والإقليمية المتعلّقة بحقوق الإنسان
66	2. تطبيق التناسب من خلال المهام الاستشارية
68	الفقرة الثانية - تطبيق التناسب من خلال المهام التحقيقية
68	1. عند رصد حالات انتهاكات لحقوق الإنسان
69	2. عند التحقيق في حالات الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان
71	الفرع الرابع-كيف يمكن لهيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة أن تطبق مبدأ التناسب؟
71	الفقرة الأولى- الاختصاص الاستشاري
73	الفقرة الثانية – مبدأ التناسب في التقييم البيئي
76	الفرع الخامس- كيف يمكن لهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد أن تطبق مبدأ التناسب؟
	الفقرة الأولى- إبداء الرأي في مشاريع النصوص القانونية والترتيبية ذات العلاقة
76	بمكافحة الفساد
77	الفقرة الثانية-الوقاية والتقصي
77	1. في علاقة باحترام الحياة الخاصة
78	2. في علاقة بالسر المهني والبنكي
79	3. في علاقة بالحقوق القضائية

0.0	لقسم الثاني- كيف ستتولى الهيئات العمومية المستقلة غير المكرّسة في الدستور النظر في إنهار المجرّ
80 80	ساسب: الفرع الأول- كيف يمكن لهيئة النفاذ إلى المعلومة أن تطبق مبدأ التناسب؟
81	الفقرة الأولى-إعمال التناسب من خلال البت في الدعاوى المرفوعة لديها
82	 المبدأ: لا يمكن للهيكل العمومي رفض طلب النفاذ إلى المعلومة
82	 الاستثناءات: رفض طلب النفاذ حسب الفصل 24 من قانون الهيئة
83	• حدود الاستثناء
84	الفقرة الثانية- إعمال التناسب من خلال إبداء الرأي وجوبا في مشاريع القوانين والنصوص الترتيبية ذات الصلة
86	الفرع الثاني-كيف يمكن للهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية أن تطبّق مبدأ التناسب؟
88	الفقرة الأولى-تطبيق التناسب بين المعالجة والغاية المحددة لها
91	1. المعالجة الضرورية لخدمة الأغراض التاريخية أو العلمية
92	2. مراقبة التناسب فيها يتعلق بمعالجة المعطيات الشخصية المتعلقة بالصحة
94	3. مراقبة التناسب فيها يتعلق بضبط شروط وإجراءات تركيز وسائل المراقبة البصرية
95	الفقرة الثانية-تطبيق التناسب من خلال مدة الاحتفاظ بالمعطيات والإحالة
97	الفرع الثالث- كيف يمكن للهيئة الوطنية للاتصالات أن تطبق مبدأ التناسب؟
97	الفقرة الأولى-إبداء الرأي في المسائل المتعلقة باختصاصها
97	الفقرة الثانية- البت في المخالفات للنصوص القانونية والترتيبية في مجال الاتصالات
98	الفقرة الثالثة – السلطات العقابية
99	الفرع الرابع – كيف يمكن لهيئات التعديل الاقتصادي أن تطبق مبدأ التناسب؟
99	الفقرة الأولى-كيف يمكن لهيئة السوق المالية أن تطبق مبدأ التناسب
101	الفقرة الثانية-كيف يمكن لمجلس المنافسة أن يطبق مبدأ التناسب
101	1. عند ممارسة الاختصاص الاستشاري
102	2. عند النظر في الدعاوي المتعلقة بالمارسات المخلة بالمنافسة
103	3. عند تسليط العقوبات

الفقرة الثالثة –كيف يمكن للهيئة العامة للتأمين أن تطبق مبدأ التناسب	
4	خاتمة سسا
6	الملحقا
يا مختارة	بيبليوغراف
سبة الدولية للديمقر اطبة و الانتخابات	حول المؤس



حول الفصل 49 من الدستور سلوى الحمروني

хi

0000

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

وأوّل منظمة اهتمت بالمسألة هي منظمة الأمم المتحدة من خلال بيان مفوّضة الأمم المتّحدة السامية لحقوق الإنسان أمام مجلس حقوق الإنسان ومن خلال مجموعة توجيهات 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 لحياية الصحة العامة".

كها 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، بها في ذلك مبدأ عدم الإعادة القسرية وحظر الطرد الجهاعي وحظر التعذيب وسوء المعاملة واستخدام الاعتقال التعسفي" 2، هذا على مستوى المنظهات الحكومية.

أما على مستوى المنظمات غير الحكومية، فنذكر الوثيقة التي أصدرتها اللجنة الدولية للحقوقيين يوم 6 أفريل/ نيسان 2020 والتي دعت فيها الدول إلى احترام التزاماتها الدولية حتى أثناء حالات الطوارئ أو في مجال الصحة العامة مثلها 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".

إن تعالت هذه الأصوات المنبّهة لخطورة الحدود الاعتباطية 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 تبنى 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، أقرّت في نهاية الأمر فصلا نعبر عنه بالمادة الجامعة نسوق نصه:

[&]quot;العديد من الحكومات يواجه قرارات صعبة، وقد تبرز ضرورة اعتهاد تدابير طوارئ للتصدّي لحالة الطوارئ الصحية هذه، ولكنّ حالة الطوارئ لا تشكّل عذرًا لتجاهل التزامات حقوق الإنسان، ويجب أن تكون تدابير الطوارئ ضرورية ومتناسبة لتلبية الحاجة الطارئة. ويجب أن يبلّغ الناس بكامل تدابير الطوارئ وبمدّة سريان مفعولها، ويجب تطبيق إجراءات الطوارئ بإنصاف وإنسانية. وفي حال تمّ ارتكاب أيّ فعل جرمي، يجب أن تكون العقوبة متناسبة مع الفعل الجرمي وبحسب ما ينصّ عليه القانون. يساورني قلق بالغ حيال تبني دول معينة صلاحيات طوارئ غير محدودة وغير خاضعة للانتقاد. ففي بعض الحالات القليلة، يُستَخدم الوباء لتبرير تعديل تشريعات عادية فتمسي قمعيّة، وتبقى سارية لفترة طويلة بعد انتهاء حالة الطوارئ". بيان و شعرياً بنيسان 2010. www.ohchr.org/AR/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=25785&LangID=A

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

www.icj.org/wp-content/uploads/2020/05/Universal-ICJ-courts-covid-Advocacy-Analysis-brief-2020-ENG-arabic. 3 pdf?fbclid=IwAR 1i2O mLpHsR-qrizoJswrHamPuvaOXrqEw262EX0GGkbUWs7R_Qgj-dLoU

"يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بها لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف هماية 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 بحاية الحقوق والحريات من أي انتهاك.

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

لفهم مقتضيات الفصل 49، لا بد من الرجوع إلى تطور آليات الحد من الحقوق والحريات في المنظومة الدستورية التونسية.

ففي دستور غرة جوان/ حزيران 1959، كان الاختيار التأسيسي مبنيا على ازدواجية التحديدات، بين التحديدات الخاصة التي تعلقت ببعض الحقوق والحريات والتحديد العام الذي جاء بالفصل السابع من الدستور.

جاءت التحديدات الخاصة متعددة ومبعثرة فتعلقت مثلا بحرية الفكر والتعبير والصحافة والنشر والاجتماع وتأسيس الجمعيات⁴ أو تكوين الأحزاب وتنظيمها أو حرمة المسكن وسرية المراسلة وحماية المعطيات الشخصية 6، 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 يحد من هذه الحقوق إلا بقانون يتخذ لاحترام حقوق الغير ولصالح الأمن العام والدفاع الوطني ولازدهار الاقتصاد وللنهوض الاجتهاعي".

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 لأوّل مرّة قاعدة عامّة أو فصلا جامعا يتعلق بضوابط الحقوق والحريّات، الفصل 48: "يقرّر القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريّات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بها لا ينال من جوهرها.

ولا يتّخذ القانون إلا لحماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحّة العامّة. وتسهر الهيئات القضائيّة على حماية الحقوق والحريّات من أي انتهاك".

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

⁴ الفصل 8 من دستور 1959.

⁵ الفصل 8 فقرة أخيرة من دستور 1959.

الفصل 9 من دستور 1959.

⁷ الفصل 10 من دستور 1959.

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

ولم يتمّ التوصّل إلى صيغة الفصل 49 إلّا 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 اللغماني في ورقة مرفقة (ملحق عدد 1).

1. وا مي الحقوق الوعنية 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 والعامة، 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 بينها أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة منذ 1977 والدستور التونسي لسنة 1959 في فصله الخامس بعد التنقيح الدستوري المؤرخ في غرة جوان/حزيران 2002، حيث التزمت الجمهورية التونسية بضهان "الحريات الأساسية وحقوق الإنسان في كونيّتها وشموليتها وتكاملها وترابطها".

كما يمكن الإشارة إلى وجود حقوق أخرى في الدستور في غير الباب الثاني معنية هي الأخرى بانطباق الفصل 49. فورود 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 المتعلق بالأحكام العامة والذي يكرّس حريات المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية. كما نجد مجموعة أخرى من حقوق الإنسان تُدرج فيا 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 مؤ<mark>رخة في 16 ديسمبر/ كانون الأوّل 1977، أنظر أيضا النقطة الخامسة من إعلان فيينا</mark> 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 بشر وط الفصل 49.

لكن رغم ذلك، لا نرى أي مانع قانوني لتطبيق شروط الفصل 49 المادية وبالأساس اختبار التناسب على بقية الحقوق على قلّتها. 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 أولا أن توطئة الدستور تعبر عن تمسك الشعب بمبادئ حقوق الإنسان الكونية السامية والتزام الدولة بضيان "علوية القانون واحترام الحريات وحقوق الإنسان" و"المساواة في الحقوق" وهو ما يعني أنّ الإرادة كانت متجهة إلى مقاربة 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 يعبّر عن الالتزام العام للسلطة التأسيسية بضهان الحقوق والحريات الفردية والعامة وهو ما يمكن استعهاله 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 الدستور 11.

2. وتى يوكن الخروج عن وقتضيات الفصل 49؟

يطبق الفصل 49 مبدئيا كلما أراد المشرع تحديد ضوابط الحقوق والحريات بالنظر إلى أهداف معينة حددها نفس الفصل وهو ما نعبر 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 الحواية 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 الجمهوريّة في حالة خطر داهم مهدّد لكيان الوطن وأمن البلاد واستقلالها يتعذّر معه السير العادي لدواليب الدولة أن يتّخذ التدابير التي تحتّمها تلك الحالة الاستثنائيّة وذلك بعد استشارة

Voir par exemple Anne-Marie Le Pourhiet, « Les armes du juge constitutionnel dans la protection des droits fondamentaux », 10 www.revuegeneraledudroit.eu. Voir également Véronique Champeil Desplates, « Le Conseil constitutionnel protecteur des droits et libertés », www.unicaen.fr/puc/html/ecrire/revues/crdf/crdf9/crdf9091champeil.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.

رئيس الحكومة ورئيس مجلس نواب الشعب وإعلام رئيس المحكمة الدستوريّة 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 الجمهوريّة حلّ مجلس نوّاب الشعب كها لا يجوز تقديم لائحة لوم ضدّ الحكومة.

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

وينتهي العمل بتلك التدابير بزوال أسبابها. ويوجّه رئيس الجمهوريّة 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 الفرنسي 12 أو الفصل 19 من الدستور البرتغالي 11 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 لُخصت 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 :

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.

دليل الهيئات العمومية المستقلة في تطبيق الفصل 49 من الدستور

13

لكيان الوطن وأمن البلاد واستقلالها يتعذّر معه السير العادى لدواليب الدولة"14. هكذا تُمكن هذه الوضعية رئيس الجمهورية من اتخاذ ما يراه من تدابير ضرورية تهدف إلى تأمين عودة السير العادي لدواليب الدولة.

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

لا نرى ذلك.

من المهم أولا 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 مهددا لكيان الوطن وأمن البلاد، وهو أيضا الذي يقرر إن كان هذا الخطر معطلا لدواليب الدولة. فحالة الاستثناء إذن لا تحظى بتعريف علمي أو حتى فقهي دقيق بل نجد العناصر المكونة لها والتي تسمح بإقرارها 15.

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 أيا منها.

هذا ما وقع في تونس أثناء فترة جائحة "كوفيد -19"، إذ اتخذ رئيس الجمهورية الأمر عدد 24 المؤرخ في 18 مارس/ آذار 62020 والذي منع بمقتضاه الجولان بكامل تراب الجمهورية بمقتضى الفصل 80 ثم الأمر عدد 82 مؤرخ في <u>22</u> مارس/ آذار 72020 والمتعلق بتحديد الجولان والتجمعات خارج أوقات منع الجولان أيضا على أساس الفصل 80 من الدستور. كان بإمكان رئيس الجمهورية أن يتخذ تدابير أكثر تحديدا للحريات بها فيها حرية التنقل التي ضمنها الدستور في فصله 24 لكن في مقابل ذلك نجد أنه تولى أيضا 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 الصحى 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 اهتهام الحكومة باحترام مقتضياته 19.

• حالة الحماية الأرفع

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

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

Voir à ce propos Lauréline Fontaine, « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits », CRDF, n°6, 2007, p. 43. www.unicaen.fr/puc/html/ecrire/revues/crdf/crdf/6/crdf0604fontaine.pdf

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

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

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

¹⁹ أنظر مثلا:

⁻ مرسوم من رئيس الحكومة عدد 9 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أفريل/ نيسان 2020 يتعلق بزجر مخالفة منع الجولان وتحديده والحجر الصحي الشامل والتدابير الخاصة بالأشخاص المصابين أو المشتبه بإصابتهم بفيروس كورونا، "كوفيد - 19". - مرسوم من رئيس الحكومة عدد 10 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أفريل/نيسان 2020 يتعلق بضبط أحكام خاصة لزجر مخالفة قواعد المنافسة

والأسعار. الرائد الرسمي عدد 33 مؤرخ في 18 أفريل/ نيسان 2020.

⁻ مرسوم من رئيس الحكومة عدد 12 لسنة 2020 مؤرخ في 27 أفريل/ نيسان 2020 يتعلق بإتمام مجلة الإجراءات الجزائية الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 36 مؤرخ في 29 أفريل/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 المدنيّة والسياسيّة إلى حالة الطوارئ أو الحالة الاستثنائيّة من خلال مادّته الرابعة التي تنصّ على أنّه: "1. في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تتهدد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسميا، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ، في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى القانون 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 الاجتهاعي." وأضافت الفقرة الثانية من الفصل أنه لا يجيز 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 العبوديّة والرق والاتجار بالرقيق (8 فقرة 1 و2)،
 - عدم سجن إنسان لعدم احترامه لالتزام تعاقدي (11)،
 - مبدأ شرعيّة 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 يغنينا الفصل 49 عن التحديدات الخاصة لبعض الحقوق؟

إلى جانب التحديد العام الموجود بالفصل 49، نجد أن بعض الفصول من الدستور أبقت على بعض التحديدات الخاصة. هذا ما ورد مثلا بالفصل 22 والذي أقر 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 بمدة الإيقاف والاحتفاظ في الفصل 26 أو في حقوق الانتخابات والاقتراع والترشح في الفصل 34 أو الحق في الصحة في الفصل 38 أو الحق في المفصل 41.

²⁰ أنظر القانون عدد 30 لسنة 1968 مؤرخ في 29 نوف<mark>مبر/ تشرين الثاني 1968.</mark>

²¹ يتجه التفريق بين حرية المعتقد وحرية ممارسة الشعائر الدينية ا<mark>ذ أن الفقرة الثالثة من الفصل 18 تحدد شروط تحديد ممارسة الشعائر الدينية: لا يجوز</mark> إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود الت<mark>ي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة</mark> العامة أو الأداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم 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'indérogeabilité en droit international public, une analyse, fonctionnelle, thèse, Genève et ss. https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/383349435.pdf

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

فحول الحق في الحياة، يرى خالد الماجري مثلا 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 استثنائيًا للغاية. 23

لكن بالنظر إلى تحديدات خاصة أخرى نجدها في الفصول 34 أو 41 أو 24 مثلا، يمكن القول بأنها تبقى دون شروط الفصل 94 باعتبارها تكتفي بالإحالة إلى القانون لضبط شروط ممارستها. ففي الحالة الأولى، ينص الفصل 34 على أنّ "حقوق الانتخابات والاقتراع والترشح مضمونة طبق ما يضبطه القانون". وينص الفصل 41 على أنّ "حق الملكية مضمون، ولا يمكن النيل منه إلّا 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 49.

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 الحدّ من حرية الترشح لا يمكن أن يُفهم بمعزل عن الفصل ²⁶34.

كما أعملت الهيئة الفصل 49 في علاقة بحق الملكية كما ورد في الفصل 2741 واكتفت في قرارها حول مشروع قانون المالية لسنة 2015 بالتثبت في احترام الحق في الملكية فقط من منظور الفصل 2849.

4. ما مي موجبات الحدود على الحقوق والحريات ؟

يقتضي الفصل 49 ألّا يتم تحديد الحقوق والحريات إلا لضرورة 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 والإنتخابات، تونس، 2017، ص 30.

²⁴ يمكن القول بأنَّ الإحالة إلى القانون في هذه الحالات لا جدوى لها باعتبار أنَّ 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 الأوّل 2014 بخصوص القضية عدد 2014/ 08 المتعلق بمشروع قانون المالية لسنة 2015. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 104 مؤرخ في 26 ديسمبر/ كانون الأوّل 2014.

²⁹ عمليا لا توجد حالات أقر بموجبها فقه القضاء في ألمانيا أو كندا عدم وجاهة 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 متماشية 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 تؤدي حرية التعبير إلى الاعتداء على الحياة الخاصة للأفراد ويمكن أن يؤدي الحق في النفاذ إلى المعلومة إلى الاعتداء على الحق في الحياة الله المعلومة إلى الاعتداء حتى على الحق في الحياة اق

وأمام صعوبة إيجاد سلّم تفاضلي بين الحقوق والحريات، يبقى للقاضي أو للهيكل 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 مهاكان 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 الوطني 32.

• الأون 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، السكينة 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 ن<mark>واب الشعب في ردّه على الطعون المتعلقة بمشروع قانون المالية لسنة 2015.</mark>

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

^{.3} أنظر مثلا قانون 24 جويلية/ تموز 2015 الخاص بالاستعلاما<mark>ت في فرنسا.</mark>

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

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 العاوة

يمكن أن نعتمد دستور منظمة الصحة العالمية الذي يعرّف الصحة بأنها حالة من اكتهال السلامة بدنيا وعقليا واجتهاعيا لا مجرد انعدام المرض أو العجز.

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

حول هذا الهدف، يمكن أن نلاحظ اليوم أن جلّ دول العالم اتجهت إلى تقييد بعض الحقوق والحريات وأهمها حرية التنقل وحرية الصناعة والتجارة وحرمة الحياة الخاصة والمعطيات الشخصية للأفراد، خاصة منها المعطيات المتعلقة بالصحة، وهي مصنّفة كمعطيات حسّاسة. لذلك نجد في اطّلاعات العديد من النصوص التي حدّت من الحقوق والحريات إشارة إلى الفصل 49 من الدستور55.

• وقتضيات الأداب العاوة

فيها يتعلق بالحد من الحقوق والحريات الدستورية لحماية الآداب العامة، يبدو لنا من الضروري أن يتم تحديد أدنى للمعايير التي تُعتمد لقبول الحدّ من الحقوق والحريات الدستورية على هذا الأساس. طُرح هذا الأشكال أمام فقه القضاء الدولي وخاصة أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي سبق أن اعتبرت أنه لا يوجد مفهوم وحيد للآداب العامة في المجتمعات الديمقراطية، وهو ما مكّنها من مراقبة مدى احترام الدول للحقوق عندما تحدّ منها على أساس الآداب العامة 36.

كها ذهبت لجنة حقوق الإنسان الأممية في نفس التمشي واعتبرت في تعليقها حول الفصل 18 أن الآداب العامة تتأتى 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 العدلي دور محوري في تأويل هذه

Des considérations liées à la santé publique sont parfois invoquées par les États pour justifier une limitationde 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 أفريل/ 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 أفريل/ نيسان 2020 يتعلق بزجر مخالفة منع الجولان وتحديده والحجر 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 استعملها المشرع بشكل عام واضطرّ القاضي إلى تطبيقها في النزاعات المعروضة أمامه، هذا على المستوى الوطني.

أما على المستوى الدولي، فيمكن أن يكون القانون الداخلي خاضعا 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 حدودا لبعض الحريات بالاعتباد 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 والمدنية والسياسية ما يلي: "الفقرة 3 من المادة 12 تشير بوضوح إلى أنه لا يكفي أن تخدم القيود الأغراض المسموح بها؛ فيجب أين تتاشى 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 "قد.

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

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

• الدولة الهدنية الديمقراطية

أمّا فيها 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، إلّا أن تحديد ملامحها لم يتم إلّا بفضل تراكهات فقه قضائية 41.

³⁷ من خلال التقارير أو الشكاوي.

³⁸ من خلال الاستعراض الدوري الشامل.

³⁹ التعليق العام رقم 27 للجنة المعنية بحقوق الإنسان حو<mark>ل المادة 12 من العهد (حرية التنقل)، 1999، الفقرة 14.</mark>

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

Voir, CEDH, Affaire du parti communiste unifié et al c. Turquie, 30 janvier 1998. 4 § 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 تلخّص ماهية المجتمع الديمقراطي وهي: التعددية والتسامح والانفتاح 42. كما تمّ تحديد عناصر التعددية ذاتها بأنها تعددية المهارسات وتعددية الأفكار والآراء وتعددية المؤسسات 43.

أمّا الدولة المدنية، فهي تُقدّم عموما على أساس أنها نقيض الدولة العسكرية من جهة، والدولة الدينية من جهة أخرى. لكن المتأمل في الوضع التونسي، يعلم تماما أن تونس لم تشك أبدا 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 ألّا 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 أحيانا هذا الشرط رغم سكوت دستور غرة جوان/ حزيران 1959 عنه 44.

أمّا القانون المقارن، فقد نصّ على هذا الشرط بعبارات مختلفة، من ذلك عبارة "الانتهاكات الصارخة" التي اعتمدها القانون الأساسي الألماني في المادّة 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 ممارستها ٤٠٠؟

يعني احترام جوهر الحق ألّا 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 مسّا بجوهر الحق في الحياة والتعذيب مسّا من جوهر الحرمة الجسدية.

وانطلاقا من هذه العناصر، يمكن القول أنّ جلّ الإشكاليات المطروحة عمليا 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 42 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 تتوفّر فيه المبادئ التالية، ألا وهي الكرامة البشريّة والعدالة والمساواة الاجتماعية وقبول التنوّع في المعتقدات واحترام كلّ الثقافات وكلّ المجموعات والثقة 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 الصّادر 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.

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

7. شرط التناسب بين الضوابط وموجباتها

يعتمد الفصل 49 على مفهوم ضيّق للتناسب 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 بها يعبّر عنه في الأنظمة المقارنة باختبار التناسب وهو عملية مركّبة تقتضي المرور بثلاث مراحل مختلفة.

وبالرجوع إلى الأنظمة المقارنة، نجد بعض الاختلافات في كيفية القيام بهذا الاختبار وفي تحديد مراحل إعماله وتسمياتها 47.

أمّا على المستوى الدولي، فقد لخّصت اللجنة الأممية لحقوق الإنسان التمشّي 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 تكون أقل تتهاشى 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 والاجتهاعية 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 تماما لتعزيز الرفاه العام في مجتمع ديمقراطي وفقا للهادة 4 من العهد. ومن ثمّة يجب أن تكون أي قيود متناسبة. بمعنى أنه يتعين اتخاذ أقل التدابير تقييدا عندما يجوز فرض عدّة أنواع من القيود".

يمكن أن نعتبر في التناسب، كما هو الشأن في أغلب الأنظمة المقارنة، تمشّيا أو تفكيرا مركّبا يطبّقه كلّ 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 أيضا: 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 48 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 الماد<mark>ة 12 من العهد (حرية التنقل)، 1999، الفقرة 14.</mark>

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

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

مرحلة التثبت 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 للقيد 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 كلّم دعت الحاجة إلى الحدّ من الحقوق والحريات. يمكن إذن لمختلف المتدخلين في مجال حقوق الإنسان الاعتهاد على اختبار التناسب وعلى ما توصّل 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 والهياكل الأممية لحقوق الإنسان، فإن المشترك بينها جميعا هو إعمال الختبار التناسب حتى وإن اختلفت الأهمية المسندة لهذه المرحلة أو تلك من المراحل الثلاث التي سبق أن قدمناها.

8. لون يتوجه صراحة الفصل 49؟

تمكننا 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 يُلزم فقط المؤسسات التي تعرّض لها صراحة بل كذلك هياكل ومؤسسات تجد نفسها حتم معنية بمقتضياته.

⁵⁰ وهو المصطلح المستعمل في المنظومة الكندية مثلا.

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

• المشرع

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

فإلى جانب مانص 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 7017-78 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 اعتهاد قانون أساسي.

في قرارها عدد 4 لسنة 2018 المتعلق بمشروع قانون السجل الوطني للمؤسسات، لم تعتمد الهيئة نفس التمشي واعتبرت أنّ 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 ضمانا 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 كلها اتضح أن المشرع تخلى عن اختصاصه في مجال الحقوق والحريات الدستورية لصالح السلطة الترتيبية.

كما نجد نفس التمشي قد تمّ اعتماده من قبل لجنة لحقوق الإنسان الأممية (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 بها يستدعيه الانتقال الديمقراطي من قوانين وقواعد جديدة تحدد ملامح الجمهورية الثانية. هذا بالإضافة إلى منظومة قانونية موروثة وسارية المفعول وغير متلائمة في معظم الأحيان مع الدستور الجديد ومع ضوابط الفصل 49.

من هنا وجب الرجوع إلى مميزات القاعدة الت<mark>ي تصوغها السلطة التشريعية خاصة في مجال الحدّ من الحقوق والحريات،</mark> إذ بيّنت لجنة حقوق الإنسان أن القاعدة القانونية المتع<mark>لقة بالحقوق والحريات يجب أن تتميز بها يكفي من الوضوح والدّقة</mark> بشكل يسمح للفرد بتعديل سلوكه على ضوئها. كها اتجه فقه القضاء الدستوري المقارن نفس الاتجاه، فإلى جانب المحكمة الدستورية الإسبانية 52، نجد فقه قضاء مستقر للمجلس الدستوري الفرنسي وما أقره في قرار 4 أفريل/ نيسان 2019 يذهب في هذا الاتجاه، إذ اعتبر أن المشرع ملزم بتحديد مجال القوانين الجزائية وبتعريف الجرائم وعقوباتها بصفة دقيقة وواضحة 53.

• السلطة التـأسيسية الفرعية

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

وهنا لا بد من الانتباه إلى دور القاضي الدستوري في هذا المجال، فهو الذي سيبدي رأيا فيها إذا كانت مبادرة التعديل لا تتعلق "بها لا يجوز تعديله" بها فيها تعديل الفصل 49 نفسه 54.

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

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

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

• القاضي

ينص الفصل 49 في نهاية فقرته الأولى على أن "تتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك". ويمكن القول انطلاقا 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 أيضا دستورية القوانين ومشاريع القوانين .

فالقاضي أُعتبر تقليديا بأنه حامي الحقوق والحريات سواء تعلق الأمر بالقاضي الإداري أو بالقاضي العدلي.

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

Voir Malaurie (Ph.), «L'intelligibilité des lois», Pouvoirs, n°114, 2005, pp.131-137. Martens (P.), «Y a-t-il des principes 53 généraux de valeur constitutionnelle ?», in. Mélanges Jacques Van Compernolle, 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: كلّ 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 بحياية الحقوق المكتسبة للمرأة بها 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 جميعا أمام تطبيق فلسفة الفصل 49 ومبدئه الأساسي المتعلق بالتناسب على النزاعات التي تطرح أمامهم والتي تستدعي حتما تأويلهم للقانون.

• المؤسسات الأخرى المعنية بالفصل 49

اذا 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 أيضا من خلال ممارستها للسلطة الترتيبية.
- الهيئات العمومية المستقلة، فقد أنشأ الدستور مجموعة من الهيئات الدستورية أسند لها الفصل 125 منه وظيفة دعم الديمقراطية، كما أسند المشرع صراحة إلى هيئات عمومية أخرى دور حماية حقوق وحريات معينة "منع التعذيب، منع الاتجار بالبشر، حماية المعطيات الشخصية، النّفاذ إلى المعلومة..."، وهي معطيات تجعل من الهيئات العمومية المستقلة تحتاج حتما إلى قراءة عملية للفصل 49 تمكّنها من الاضطلاع بدورها دون التضحية ببعض الحقوق لحماية حقوق أخرى.
- الجهاعات المحلية، فمنذ دستور 2014 أصبحت للسلطة المحلية مكانة هامة في توزيع السلطات داخل الدولة الموحّدة. وإن كانت اللامركزية من أهم مطالب ما بعد 2011، فإن طريقة توزيع الاختصاصات بين المركزي والمحلي يمكن أن تطرح العديد من الإشكاليات. وباعتبار حداثة بلدنا بالحكم المحلي، ونظرا إلى بعض الغموض المتبقي في علاقة بتوزيع الاختصاص وخاصة في علاقة بتأثير بعض القرارات المحلية (أو/ والجهوية مستقبلا) على التمتع بالحقوق والحريات الدستورية، وجب تسليط الضوء على الإشكاليات المطروحة في هذا المجال.
- المجتمع المدني، حيث لعبت الجمعيات والمنظات في تونس دورا حاسها في الدَّفع إلى أكثر ضهانات 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 والحقوقي والمؤسساتي، وسيقع تخصيص كل متدخل بدليل مستقل.

يأتي هذا المشروع في إطار دعم تركيز دولة قا<mark>نون تكون قائمة على احترام الحقوق والحريات لا فقط من قبل السلطة</mark> التشريعية التي تبدو المعنية الأولى بالفصل 49، لكن <mark>من قبل كل الفاعلين في مجال الحقوق والحريات. فلقد أقرت اللجنة</mark> الأممية لحقوق الإنسان بأن مبدأ التناسب يجب أن يق<mark>ع احترامه من قبل القانون الذي يقر بتحديدات للحقوق لكن أيضا</mark> 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 التوقي 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 القاضى 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 الاعتهاد على آلية الفصل 49 لمراقبة احترام الحقوق والحريات ولأعهال المناصرة التي تقوم بها في هذا المجال.

لذلك اختارت المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات بالتعاون مع مجموعة من الخبيرات 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 المدنى.

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

ويتنزل الدليل المتعلق بالهيئات العمومية المستقلة في هذا الإطار.

C'est nous qui traduisons, Observation générale n° 27, 1999 à propos de l'article 12 : « Le principe de la 56 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 ستنحت حتما ملامح الديمقراطية التونسية الناشئة.



1. أهداف الدليل

يهدف هذا الدليل إلى تعزيز إدراك القائمين على الهيئات العمومية المستقلة بأهمية الفصل 49 من الدستور وإلمامهم بمضامينه وإلى تعميق وتيسير تطبيقه في مختلف المجالات، بما يساهم في بلورة قراءة متناغمة ومندمجة لمختلف أحكام الدستور باعتبار أن الفصل 49 يعدّ المادة الجامعة لتدخل السلط العمومية في التعامل مع الضوابط والقيود على الحقوق والحريات الأساسية.

ويرمي الدليل إلى إيجاد مقاربة وقراءة متناسقة لمضمون الفصل من قبل كافة الهيئات العمومية المستقلة، تكفل حماية واسعة وناجعة للحقوق والحريات الأساسية التي تندرج في مجال تدخلها.

2. دواعى إحداث الهيئات العمووية الوستقلة

نشأت فكرة إحداث الهيئات العمومية المستقلة في إطار مقاربة تقوم على إعادة النظر في أسس قيام السلطة التنفيذية والإدارة على وجه الخصوص وكردة فعل تجاه الأساليب التقليدية للسلطة التي أثبتت عدم قدرتها على الاستجابة لخصوصية بعض القطاعات، بالإضافة إلى النزعة السلطوية التي هددت الحقوق والحريات نظرا لتهاهي الإدارة مع السلطة السياسية. فقد تم إنشاء الهيئات العمومية المستقلة كتفريعات للسلطة التنفيذية بهدف إعادة توزيع الصلاحيات أفقيا صلب هذه السلطة وإسناد الإدارة والإشراف على مسائل متصلة بالحقوق والحريات الأساسية إلى هياكل جماعية تتمتع بالحياد والاستقلالية والكفاءة. ويعزى إنشاء الهيئات العمومية المستقلة إلى الرغبة في تأمين حياد عملية تعديل وتأطير بعض الأنشطة الاقتصادية التنافسية منها، نظرا لجمع الدولة بين التدخل لعمومي في إدارة وكمحكم ومؤطّر لعدد من الأنشطة الإقتصادية من جهة، وإلى الرغبة في التدخل العمومي في إدارة بعض المجالات عبر إسناد مهمة الحماية لهيئات متخصصة أو قطاعية تكون أكثر قربا وإلماما بمشاكل ومشاغل كل قطاع، وتكون بالتالي أكثر قدرة على التدخل الناجع، من جهة أخرى.

وهنا تكمن أهمية الفصل 49 لكونه أداة ستسمح للهيئات العمومية المستقلة بتأطير أمثل للحقوق والحريات وضهان حماية هامة وناجعة لها بها يساعد على الحدّ من تدخل السلطات التنفيذية في مجال الحقوق والحريات.

3. تعريف الميئات العمومية المستقلة

الهيئات العمومية المستقلة هي ذوات معنوية تتميز بالصبغة العمومية وبالاستقلالية الهيكلية والوظيفية عن مختلف أجهزة الدولة السياسية والإدارية.

1 الفصل 92 من الدستور.

يهدف إحداث هذه الهيئات للابتعاد قدر الإمكان عن التجاذبات السياسية والولاءات الحزبية عبر إسناد بعض الاختصاصات إلى أهل الميدان.

أحدثت هذه الهيئات لمواكبة التطور التشريعي والمؤسساتي على المستوى الدولي ولإعطاء أفضل الضيانات للمستثمرين (السوق المالية، الاتصالات، التأمين) أو أيضا لسد فراغ مؤسساتي بسبب عدم قدرة المؤسسات الإدارية التقليدية على القيام بوظائف معينة أو لانعدام الثقة فيها بسبب هشاشة بعض المبادئ التي تحكمها مثل مبدأ الحياد ومبدأ عدم الانحياز².

4. تصنيف الميئات العمووية الوستقلة

شهد تصنيف الهيئات العمومية المستقلة تذبذبا، فبالإضافة إلى التصنيف الفقهي للهيئات العمومية المستقلة إلى هيئات دستورية أو عمومية أو إدارية، نلاحظ أن المشرع يستعمل حينا معيار الطبيعة القانونية وأحيانا المعيار الوظيفي وفي بعض الأحيان الأخرى يجمع بين المعيارين معا. هذا التمشي نجده مثلا في الفصل 2 من القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة، إذ يفرّق بين الهيئات الدستورية والهيئات العمومية المستقلة والهيئات التعديلية. أما القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 المؤرخ في 30 أفريل/ نيسان 2019 والمتعلق بمحكمة المحاسبات، فإنّه يميز في فصله 7 بين الهيئات العمومية المستقلة وغيرها من الهيئات العمومية المستقلة من جهة، والهيئات التعديلية من جهة أخرى.

يمكن القول بأنَّ الهيئات العمومية المستقلة تنقسم إلى هيئات دستورية وإلى هيئات غير مكرسة دستوريا.

أ– الميئات الدستورية

هي هيئات عمومية مستقلة تمّ تكريسها صلب الدستور. وهي ذوات معنوية عمومية تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلالية الإدارية والمالية ويتمّ انتخابها من قبل مجلس نواب الشعب بأغلبية معززة، وقد وقع تكريس هذا الصنف من الهيئات للمرة الأولى في دستور جانفي/كانون الثاني 2014. وتعدّ الاستقلالية من أهم الخصائص التي تميز الهيئات الدستورية، إذ أنّها لا تخضع في مهامها لا إلى سلطة إشراف ولا إلى سلطة رئاسية.

وقد خصّص الدستور الباب السادس بأكمله للهيئات الدستورية وأوكل لها مهمة دعم الديمقراطية. وتتوزع مهام الهيئات بين مهام تعديلية ومهام تقريرية رقابية ومهام استشارية لمسائل ومجالات متصلة بالحقوق والحريات. وترفع الهيئات الدستورية وجوبا تقريرا سنويا لمجلس نواب الشعب يناقش في جلسة عامة مخصصة للغرض.

² هادية غريب، الدستور والهيئات المستقلة، المجلة القانونية للدراسات القانونية والسياسية، عدد 3-2014، ص. 383 و384.

وإزاء هذا التنوع والتباين من حيث الوظائف والطبيعة لمختلف الهيئات الدستورية، سعى المشرع إلى توحيد طرق تسيير الهيئات وتصرفها وإدارتها ومساءلتها من خلال سنّ قانون أساسي يتعلق بضبط أحكام مشتركة بين الهيئات الدستورية المستقلة³.

وفيها يلي جدول بياني لمختلف الهيئات الدستورية يبيّن وظائفها والحقوق التي تتدخّل فيها.

الحقوق المعنية	الوظائف	الأساس القانوني	الهيئة
حق الاقتراع حق الترشح حرية التعبير حرية الإعلام	 إدارة الانتخابات والاستفتاءات وتنظيمها والإشراف عليها في جميع مراحلها وضهان سلامة المسار الانتخابي ونزاهته وشفافيته والتصريح بالنتائج لها سلطة ترتيبية في مجال اختصاصها 	قانون أساسي عدد 23 لسنة 2012 مؤرخ في 20 ديسمبر/كانون الأوّل 2012 يتعلق بالهيئة العليا المستقلة للانتخابات كما تمّ تنقيحه وإتمامه بالنصوص اللاحقة → الفصل 126 من دستور 27 جانفي/كانون الثاني 2014	الهيئة العليا المستقلية للانتخابيات
حرية الإعلام	 تعديل قطاع الاتصال السمعي البصري وتطويره السهر على ضهان حرية التعبير والإعلام وعلى ضهان إعلام تعددي نزيه لها سلطة ترتيبية ولها إلى جانب الوظيفة التعديلية وظيفة استشارية 	مرسوم عدد 116 لسنة 2011 مؤرخ في 2 نوفمبر/تشرين الثاني 2011 يتعلق بحرية الاتصال السمعي والبصري وبإحداث هيئة عليا مستقلة للاتصال السمعي والبصري ← الفصل 127 من الدستور	الهيئة العليا للاتقسال السمعي والبصري
جميع الحقوق والحريات	 مراقبة احترام الحريات وحقوق الإنسان والعمل على تعزيزها لها وظيفة رقابية واستشارية 	قانون أساسي عدد 51 لسنة 2018 مؤرخ في 29 أكتوبر/ تشرين الأوّل 2018 يتعلق بهيئة حقوق الإنسان ← الفصل 128 من الدستور	هيئـــة حقـوق الإنسان
الحقــوق الاقتصــادية والاجتماعية الحق في بيئة سليمة الحق في التنمية	• وظيفة استشارية	قانون أساسي عدد 60 لسنة 2019 مؤرخ في 9 جويلية/ تموز 2019 يتعلق بهيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة ← الفصل 129 من الدستور	هيئة التنمية المستدامية وحقوق الأجيال الأجيال
تكون الهيئة مدعوة بمناسبة ممارسة وظائفها إلى مراعاة بعض الحقوق مثل حماية المعطيات الشخصية/ السر المهني والبنكي	 المساهمة في سياسات الحوكمة الرشيدة ومنع الفساد وتعزيز مبادئ الشفافية والنزاهة والمساءلة رصد حالات الفساد في القطاعين العام والخاص وظيفة استشارية صلاحيات تقصي وتحقيق في شبهات الفساد 	القانون الأساسي عدد 59 لسنة 2017 مؤرخ في 24 أوت/آب 2017 يتعلق بهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد ← الفصل 130 من الدستور	هيئة الحوكمة الرشيــــــــــــــــــــــــــــــــــــ

³ قانون أساسي عدد 47 لسنة 2018 مؤرخ في 7 أوت/آب 2018 يتعلق بالأحكام المشتركة بين الهيئات الدستورية المستقلة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 2016 2018- الصادر بتاريخ 17 أوت/آب 2018.

ب– الهيئات العمووية المستقلة الَّتي لم يكرَّسها الدَّستور

هي هيئات تختلف عن الهيئات الدستورية بكونها مكرسة بموجب قانون ولكنها تتمتع بمهام وصلاحيات مشابهة للهيئات الدستورية. تتميز هذه الهيئات أيضا بالاستقلالية بها يعني غياب رقابة إشراف أو سلطة رئاسية على أعهالها من قبل السلطة التنفيذية. وقد عرفت تونس جيلين من هذه الهيئات:4

قبل 2011: خلال العشرية الأخيرة من القرن العشرين ومطلع القرن الحالي، وفي إطار سياسة الانفتاح الاقتصادي، تمّ إحداث عدّة هيئات إدارية مستقلة ذات صبغة تعديلية لتأطير بعض القطاعات التنافسية التي كانت حكرا على الدولة. فبالرغم من عدم التنصيص على هذه الهيئات في الدستور، فقد أدرجها المجلس الدستوري حينها ضمن فئة الهيئات الإدارية المستقلة (هيئة السوق المالية، الهيئة الوطنية للاتصالات، الهيئة الوطنية لحاية المعطيات الشخصية والهيئة العامة للتأمين).

وحيث أن اللجنة المذكورة (لجنة التأديب صلب الهيئة العامة للتأمين) لا يمكن أن تنتمي إلى أحد الأجهزة القضائية وهي تمثل هيئة إدارية مستقلة "5.

احيث يخول مشروع مجلة إسداء الخدمات المالية لغير المقيمين، هيئة السوق المالية، كسلطة إدارية مستقلة، وضع ترتيبات تطبيقا لبعض الأحكام الواردة بالمجلة المذكورة"6.

انطلاقا من 2011 وإلى غاية 2014: تمّ إحداث هيئات وُصفت بالهيئات العمومية المستقلة، على غرار الهيئة العليا لتحقيق أهداف الثورة والإصلاح السياسي والانتقال الديمقراطي واللجنة الوطنية لتقصي الحقائق في التجاوزات الوطنية لتقصي الحقائق في التجاوزات المسجلة خلال الفترة الممتدة من 17 ديسمبر/كانون الأوّل 2010 إلى حين زوال موجبها والهيئة الوطنية المستقلة لإصلاح الإعلام والاتصال.

لم تتضمن النصوص المنشئة لهذه الهيئات ما يفيد تمتّع هذه الهياكل بالشخصية القانونية وبالاستقلال المالي، وقد يعزى ذلك إلى الصبغة الظرفية للمهام الموكلة لها والمتعلقة أساسا بصبغتها

EDDHIF (Ahlem), « Les instances constitutionnelles indépendantes : indépendance ou autonomie », in 4 SARSAR (Mohamed Chafik) dir., Les instances constitutionnelles indépendantes. Quelle consécration, Tunis, 2018 ; HAMROUNI (Salwa), "Les instances constitutionnelles indépendantes, quelle autonomie ?", Mélanges offerts au doyen Mohammed Salah Ben Aissa, à paraître.

⁵ الرأي عدد 50 2007- للمجلس الدستوري بخصوص مشروع قانون يتعلق بتنقيح وإتمام مجلة التأمين، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 14 بتاريخ 15 فيفري/شباط 2008، ص 2742.

⁶ الرأي عدد 2009-30 للمجلس الدستوري بخصوص مشروع قانون يتعلق بإصدار مجلة إسداء الخدمات المالية لغير المقيمين، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 65 بتاريخ 14 أوت/ آب 2009، ص 2911.

الاستشارية والاستقصائية قصد تأمين الفترة الأولى من الانتقال السياسي والديمقراطي 7 . وكانت الهيئة العليا المستقلة للانتخابات المحدثة بالمرسوم عدد 27 لسنة 2011 أوّل هيئة عمومية تتمتع بالشخصية القانونية.

ويمكن تقسيم هذه الهيئات إلى هيئات ظرفية وأخرى دائمة كما ستبينه الجداول اللاحقة. جدول 1- الهيئات الظرفية

الوظيفة	تاريخ الإحداث	الهيئة
وظيفة استشارية	18 فيفري/ شباط 2011	الهيئة العليا لتحقيق أهداف الثورة والإصلاح السياسي والانتقال الديمقراطي
وظيفة استقصائية	مرسوم عدد 8 لسنة 2011 مؤرخ في 18 فيفري/ شباط 2011	اللجنة الوطنية لاستقصاء الحقائق في التجاوزات المسجلة خلال الفترة الممتدة من 17 ديسمبر/كانون الأوّل 2010 إلى حين زوال موجبها
وظيفة استقصائية	مرسوم عدد 7 لسنة 2011 مؤرخ في 18 فيفري/ شباط 2011	اللجنة الوطنية لتقصي الحقائق حول الرشوة والفساد

جدول 2 –الميئات الدائمة

الوظيفة	تاريخ الإحداث	الميئة
 وظيفة تعديلية سلطة ترتيبية تلقي الشكايات، التحقيق والزيارات، تسليط عقوبات 	القانون عدد 94-117 لسنة 1994 المؤرخ في 14 نوفمبر/تشرين الثاني 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية	هيئة السوق المالية
 وظيفة تعديلية إبداء الرأي في المسائل المتعلقة باختصاصها والتي يطرحها عليها الوزير المكلف بالاتصالات البت في المخالفات للنصوص القانونية والترتيبية في عال الاتصالات تسليط عقوبات إدارية 	الفصل 63 من القانون عدد 01 لسنة 2001 المؤرخ في 15 جانفي/كانون الثاني 2001	الهيئة الوطنية للاتصالات

⁷ محمد شفيق صرصار، التقرير التمهيدي، الهيئات الدستورية المستقلة أي تكريس؟، ص. 11 و12.

منح التراخيص وتلقي التصاريح للقيام بمعالجة المعطيات الشخصية أو سحبها تلقي الشكايات المعروضة عليها في نطاق اختصاصها تعديد الضهانات الضرورية والتدابير الملائمة لحهاية المعطيات الشخصية إبداء الرأي في جميع المسائل ذات العلاقة بأحكام القانون عدد 63 إعداد قواعد سلوكية في المجال	القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ في 27 جويلية/ تموز 2004 مؤرخ في 27 أمر عدد 3003 لسنة 2007 مؤرخ في 27 نوفمبر/ تشرين الثاني 2007 يتعلق بضبط طرق سير الهيئة الوطنية لحياية المعطيات الشخصية → مشروع قانون عدد 25-2018 يتعلق بحياية المعطيات الشخصية	الهيئـــة الوطنيــة لحمايــة المعطيات الشخصية
 إبداء الرأي وجوبا في مشاريع القوانين والنصوص الترتيبية ذات العلاقة بمجال النفاذ إلى المعلومة البت في الدعاوى المرفوعة لديها في مجال النفاذ إلى المعلومة 	قانون أساسي عدد 22 لسنة 2016 مؤرخ في 24 مارس/آذار 2016 يتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة	هيئة النفاذ إلى المعلومة

5. دور الميئات العمومية المستقلة في حماية الحقوق والحريات

رغم صعوبة إيجاد تعريف موحّد للهيئات العمومية المستقلة بسبب تعددها واختلاف خصوصياتها التنظيمية والوظيفية، إلّا أنّه يمكن التأكيد على أنّها تتميّز جميعها بخاصية الاستقلالية. فهي هيئات تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي والإداري ولا تخضع في ممارسة وظائفها لا إلى رقابة رئاسية ولا إلى رقابة إشراف، وتتولى التدخل في مجالات محددة إمّا لتنظيمها وإدارتها أو الإشراف عليها أو تعديلها.

وانطلاقا من هذا التعريف، فإنّ الدّليل سيقتصر على الهيئات العمومية المستقلة فقط وهو ما يبرّر عدم تعرّضنا للهيئة الوطنية لمكافحة الاتجار بالأشخاص، إذ أن هذه الهيئة محدثة صلب وزارة العدل وتعقد اجتهاعاتها بمقر الوزارة وتخصص لها اعتهادات من ميزانية وزارة العدل وتتركب أساسا من ممثلين عن مختلف الوزارات⁸. بالإضافة إلى هذا الجانب، فإن الدليل لم يتعرض لا للهيئة الوطنية لمكافحة الإتجار بالأشخاص ولا للهيئة الوطنية لمناهضة التعذيب لأن مجال تدخل هاتين الهيئتين يهم حقوقا غير قابلة للإنتقاص أو للتحديد منها، وبالتالي فهي حقوق لا يسوغ تطبيق مبدإ التناسب بشأنها. فمنع التعذيب ومنع الإتجار بالبشر هي حقوق لا تقبل التحديد لا في زمن الحرب ولا يمكن لأي هدف أن يبرر الإنتقاص من هذه الحقوق وهو ما كرسته الإتفاقيات الدولية وفقه القضاء المقارن والأنظمة القانونية الوطنية منذ زمن بعيد.

⁸ الفصلان 4 و44 من القانون الأساسي عدد 61 لسنة 2016 مؤرخ في 3 أوت/ آب 2016 يتعلق بمنع الاتجار بالأشخاص.

يتفاوت دور الهيئات العمومية المستقلة في حماية حقوق الإنسان وضهانها. فلئن خصّ الفصل 125 من الدستور الهيئات الدستورية بالعمل على دعم الديمقراطية، فإنّ مختلف الهيئات العمومية المستقلة تعمل على ضهان احترام الحقوق والحريات الدستورية بأشكال مختلفة. ويتباين مجال تدخل الهيئات العمومية المستقلة وطبيعتها من هيئة تعنى بضهان احترام حقوق الإنسان والحريات في شموليتها وهيئات تعنى بضهان صنف من الحقوق (الهيئة العليا المستقلة للانتخابات، الهيئة العليا المستقلة للانتخابات، الهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي البصري، هيئة التنمية المستدامة وحماية حقوق الأجيال القادمة وهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد).

على مستوى آخر، وبالنظر إلى المعيار المتصل بطبيعة الصلاحيات الموكلة للهيئات العمومية المستقلة، نجد أن هناك هيئات لها دور استشاري وأخرى لها دور تعديلي. كما يتولى صنف من الهيئات صلاحيات تحقيقية على غرار هيئة الحوكمة الرشيدة وهيئة حقوق الإنسان.

هذا الدور المتعلق بحماية الحقوق والحريات، نستنتجه بالرجوع إلى النص الدستوري وغيره من النصوص القانونية المتعلقة بالهيئات العمومية المستقلة، إذ نجد أنه منوط بعهدتها احترام الحقوق والحريات من خلال تأويل القواعد المتصلة بحدود الحقوق والحريات المضمونة في الدستور. والهيئات مدعوة أيضا لضهان احترام الحقوق والحريات ومراقبتها من قبل الغير، الأمر الذي يجعلها معنية بالفصل 49 من جهتين: الأولى كمبدأ لعملها وممارستها لسلطاتها، والثانية كأساس لتدخلها كلم رأت إفراطا من قبل سلطة أخرى في استعمال نفوذها.

لئن خصّص دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 الباب الثاني بأكمله للحقوق والحريات، فإنه كرّس مجموعة من الحقوق والحريات صلب فصول مبثوثة في مختلف أبواب الدستور.

ينص الفصل 21 من الدستور في فقرته الثانية على أن "الدولة تضمن للمواطنين والمواطنات الحقوق والحريات الفردية والعامة وتهيئ لهم أسباب العيش الكريم".

يمكن اعتبار الهيئات العمومية المستقلة وخصوصا الهيئات الدستورية كمكوّن من مكونات الدولة معنية، كلّ في مجالها، بإعمال عناصر الفصل 49 من الدستور للحدّ من بعض الحقوق والحريات وهماية حقوق وحريات أخرى على غرار حرية التعبير من قبل هيئة الاتصال السمعي البصري، أو بعض الحقوق السياسية من قبل هيئة الانتخابات.

أما الهيئات العمومية المستقلة الأخرى، ولئن لم تكن لها مكانة دستورية، فإنّ أغلب مجالات تدخلها ترتبط بشكل وثيق بحقوق الإنسان، بها قد يثير تنازعا بينها بخصوص تنظيم تلك الحقوق والحريات، وتبعا لذلك تباينا في المقاربة المعتمدة في تأطير تلك الحقوق ووضع الحدود المستوجبة لمهارستها. وهذا يستدعي ضرورة اعتهاد تلك الهيئات لمقاربة مشتركة عند تأطيرها للحقوق والحريات التي تدخل في مجال نظرها على غرار الإشكاليات العملية المتعلقة بإيجاد توازن بين الحق في النفاذ إلى المعلومة والحق في حماية المعطيات الشخصية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن إعمال عناصر الفصل 49 سيكون من زاوية مختلفة عن المشرع وال<mark>قاضي.</mark> لذلك وقع التركيز خصوصا على مبدأ التناسب في معناه الواسع⁹. ويستتبع تحقيق التناسب بمعناه العام تحقق شروط ثلاث:

- شرط الملاءمة، أي أن اختيار القيد يجب أن يسمح بتحقيق الهدف المتبع.
- شرط الضرورة، أي أن القيد يجب أن يكون ضروريا لتحقيق الهدف.
- شرط التناسب بمعناه الضيق 10، أي أن الآثار السلبية للقيد على الحق أو الحرية موائمة أو متناسبة مع نتائجه الإيجابية بالنظر إلى الهدف المراد حمايته.

سيتم التعامل مع التناسب في هذا الدليل لا كقاعدة بل كفكرة أو منطق سيحدد المدخل لكيفية تعامل الهيئات مع القيود المسلطة على الحقوق. هذا التفسير يسمح للهيئات بتطبيق عناصر الفصل 49 وتجاوز القراءة الضيقة التي تجعل الفصل موجها حصريا للمشرع والقاضي الدستوري.

العناصر أو الشروط التي يجب التثبت ونما	ونطوق الفصل 49
شرط التحفظ التشريعي	"يحدد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور"
شرط عدم المساس بجوهر الحق	"وممارستها بها لا ينال من جوهرها"
شرط الضرورة (الخارجية المتعلقة بأساب التقييد) التقييد ضروري في دولة مدنية ديمقراطية ولتحقيق أهداف محددة بعينها	"ولا توضع هذه الضوابط إلّا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة"

European Data Protection Supervisor, Guide pour l'évaluation de la nécessité des mesures limitant le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel, EDPS, 11 avril 2017, p. 5. « La proportionnalité est un principe général du droit de l'Union en vertu duquel « le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités ». Au sens large, la proportionnalité englobe à la fois la nécessité et la pertinence d'une mesure, c'est-à-dire la mesure dans laquelle il existe un lien logique entre la mesure et l'objectif (légitime) poursuivi. Par ailleurs, pour qu'une mesure respecte le principe de proportionnalité... les avantages résultant de la mesure ne doivent pas être contrebalancés par les inconvénients causés par la mesure au regard de l'exercice des droits fondamentaux. Ce dernier élément décrit la proportionnalité au sens strict et constitue le critère de la proportionnalité ».

Selon le professeur Slim LAGHMANI, « Si ces trois conditions de la proportionnalité lato sensu sont exigées 10 et sont les conditions de la validité de la mesure, c'est parce qu'autrement la mesure pourrait porter atteinte de manière excessive à une autre valeur juridiquement protégée. Comme on le voit, la proportionnalité n'est pas une norme, mais un raisonnement. Ce que l'on nomme principe de proportionnalité ce sont les trois soucis qui doivent déterminer l'autorité compétente dans le choix de la mesure et que vérifie le juge pour décider de la validité de celle-ci ». LAGHMANI (Slim), « Réflexions sur le principe de proportionnalité. A propos de la Décision 2017/04 de l'Instance provisoire de contrôle de constitutionnalité des projets de lois relative au projet de loi organique relative aux dispositions communes aux Instances constitutionnelles indépendantes », in Journées Abdelfattah Amor, La jurisprudence de l'Instance provisoire de contrôle de constitutionnalité des projets de loi, Tunis, 25 et 26 janvier 2018.

"وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها"	شرط التناسب
	أي: • قياس الملاءمة
	• قياس الضرورة (الداخلية لاختبار التناسب)
	• قياس التناسب في معناه الضيق
"وتتكفّل الهيئات القضائية بحياية الحقوق والحريات من أي انتهاك"	عدم التضييق في الحماية القضائية وفي اللجوء إلى القضاء
"لا يجوز لأيّ تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور"	مبدأ عدم التراجع



لماذا يجب أن تلجأ الهيئات العمومية المستقلة إلى إعمال مبدأ التناسب؟ على الهيئات العمومية المستقلة أن تلجأ إلى إعمال مبدأ التناسب بالنظر أولا إلى دواعي إحداثها والمرتبطة بدعم الديمقراطية وحماية الحريات (القسم الأوّل) ونظرا إلى أن المبدأ المذكور يكتسي صبغة دستورية (القسم الثاني) ويتسم بالصبغة الدولية ضرورة أنه يجد أساسه في القانون الدولي (القسم الثالث).

القسـم الأوّل– يجب أن تلجأ الميئات العمووية المستقلة إلى إعمال مبدأ التناسـب بالنظر إلى دواعى إحداثها

لئن لم يسند المؤسس صلاحية حماية الحقوق والحريات بصورة واضحة وصريحة للهيئات العمومية المستقلة، فإنه يبرز من خلال قراءة متقاطعة لأحكام الدستور والنصوص القانونية المنظمة للهيئات العمومية المستقلة أن مهام حماية حقوق الإنسان أسندت للهيئات العمومية المستقلة بأشكال مختلفة.

فمثلا، يعود إحداث هيئة مكلّفة بتنظيم الانتخابات إلى الرغبة في القطع مع المارسات الاستبدادية للسلطة التنفيذية التي كانت تحتكر تنظيم الانتخابات العامة وتحول دون ضان تعدديتها، وتمنع التداول السلمي على السلطة وتفرغ العملية الانتخابية من جوهرها وهدفها. كها يعود إنشاء هيئة مكلفة بالاتصال السمعي البصري إلى الحاجة الملحّة للقطع مع ممارسات السلطة التنفيذية قبل 2011 والتي كانت تُخضع مجال الاتصال والصحافة بكامله إلى رقابة وزارة الاتصال والوكالة التونسية للاتصال الخارجي الّتي أحكمت سيطرتها على الصحف ووسائل الإعلام الوطنية.

ويمكن القول إن مراقبة التناسب هي آلية ضرورية لضهان ممارسة فعلية لمختلف الحقوق والحريات والحدّ من الانحرافات والتجاوزات التي قد تعرفها في المستوى الواقعي بها يضمن تعايشا أمثل للحقوق المتضاربة والمتباينة في دولة ديمقراطية. والتناسب على هذا المعنى وثيق الصّلة بمفهوم دولة القانون والديمقراطية التي تسعى الهيئات لدعمها حسب صريح النص الدستوري (الفصل 125).

¹¹ معتز القرقوري، الاستقلالية المالية للهيئات الدستورية المستقلة، الهيئات الدستورية المستقلة أي تكريس؟، ص. 30.

وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن مبدأ التناسب يكتسي أهمية بالنسبة لحقوق الإنسان والحريات فلا يمكن للسلطة العامة التقييد منها إلا إذا كان القيد ضروريا لتحقيق مصلحة عامة أو لحماية حقوق الغير سواء تعلق الأمر بحقوق فردية أو جماعية، على غرار القيد الموظف على الحق في النفاذ إلى المعلومة من أجل حماية الحياة الخاصة وبالتحديد حماية المعطيات الشخصية.

وقد ارتبط إنشاء الهيئات العمومية المستقلة خلال الرّبع الأخير من القرن الماضي، بشكل كبير، بوجود نزعة لمراجعة المقاربة المعتمدة في إدارة عديد المرافق العامة وطرق التصرّف العمومي، من خلال اعتهاد تنظيم ديمقراطي للمؤسسات "يجمع بين بعض القواعد الديمقراطية والتصرف الإداري الحديث تقوم على مفاهيم النجاعة والحياد والشفافية في إدارة الشأن العام"¹². ويستدعي هذا التنظيم تخلّي السلطة التنفيذية عن مجموعة من المجالات المرتبطة بالحقوق والحريات لفائدة هيئات مستقلة ومحايدة تخضع إلى رقابة السلطة التشريعية وإلى رقابة الرأي العام وإلى ضوابط الحوكمة الرشيدة والنزاهة والشفافية¹³.

القسم الثاني– يجب أن تلجأ الهيئات العمووية المستقلة لوبدأ التناسب باعتباره وبدأ دستوريا

على الهيئات العمومية المستقلة أن تلجأ إلى مبدأ التناسب من خلال اعتباد قراءة موسّعة للفصل 49 (الفرع الأول) ومن خلال الاستئناس بتطبيقات مبدأ التناسب في مجال الرقابة على الدستورية (الفرع الثاني)، وكذلك لأن التناسب وقع تكريسه في فقه القضاء الإداري بشكل عام (الفرع الثالث).

الفرع الأوَّل– اللَّجوء إلى وبدأ التناسب مِن خلال قراءة موسعة للفصل 49

إنّ إسناد الفصل 49 مهمة وضع الضوابط للحدود على الحقوق والحريات للمشرع لا يعفي الهيئات العمومية المستقلة من إعهال مبدأ التناسب (الفقرة الأولى) ورغم أن اللفظ الصريح للفصل 49 لم يتوجه للهيئات، إلا أنّ القراءة الموسعة للفصل 49 وتجاوز القراءة الضيقة تذهب في ذلك الاتجاه (الفقرة الثانية) بالإضافة إلى كون التناسب قاعدة منطقية ومنهج تفكير يتعين على الهيئات بحكم مجالات تدخلها واتصالها الوثيق بالحقوق والحريات أن تلجأ إليه بمناسبة مباشرة مهامها (الفقرة الثالثة).

¹² محمد شفيق صرصار، التقرير التمهيدي، الهيئات الدستورية المستقلة أي تكريس، مرجع سابق، ص. 15.

¹³ المرجع نفسه، ص. 15 - 16.

الفقرة الأولى– تدخل الوشرع لوضع الحدود لا يعفي الميئات العوووية الوستقلة من إعمال وبدأ التناسب

توحي صياغة الفصل 49 أنه موجه أساسا للسلطة التشريعية، فهو يسند اختصاصا حصريا للمشرع لوضع الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات وممارستها باعتباره السلطة المتمتعة بشرعية انتخابية والمعبر عن الإرادة العامة للشعب. إنّ استيفاء شرط تنظيم الحقوق والحريات بموجب نصّ تشريعي يقتضي من المشرّع ممارسة صلاحياته كاملة من خلال تحديد مجال الحماية للحق المزمع تنظيمه بكل دقة ووضوح مع التقيد بأن لا يفضي تنظيم تلك الحقوق والحريات إلى النيل من جوهر الحق أو بالضوابط المنصوص عليها حصرا بالفصل 49 من الدستور. غير أن تدخّل المشرع لا يفضي بالضرورة إلى استبعاد وإقصاء الهيئات العمومية المستقلة من مجال تطبيق أحكام الفصل 49 والتقيد بها، ذلك أنه إذا كان المشرع مطالبا أثناء تنظيمه لمجال حماية الحقوق والحريات باحترام هذه الحقوق، فمن باب أولى وأحرى أن تحترمها بقية السلطات خاصة منها تلك التي يعهد إليها حماية وضهان تلك الحقوق على غرار السلطة القضائية والهيئات العمومية المستقلة.

وتعد الهيئات العمومية المستقلة، بمقتضى الدستور والقانون، مؤهلة لإبداء الرأي في مشاريع القوانين المتصلة بمجال تدخلها من خلال الوظيفة الاستشارية المخوّلة لمعظم الهيئات العمومية المستقلة، ممّا يجعل جهة المبادرة ملزمة باستشارة الهيئات (دون أن يكون الرأي الاستشاري في حد ذاته ملزما) بخصوص مقترحات ومشاريع القوانين المتعلقة بتنظيم وتأطير الحقوق التي تدخل في مجال اختصاص الهيئة أو الهيئات المعنية. وتكون تلك الهيئات العمومية المستقلة، بمناسبة الاستشارة المعروضة عليها، مدعوة إلى التثبت من مدى تقيّد مشروع القانون المعروض بالضوابط والشروط المنصوص عليها في الفصل 49.

ويتم ذلك بالتأكّد في البداية من استيفاء مشروع القانون للشرط المتصل بضرورة وضع قواعد واضحة وعلى درجة من الدقة لتحديد مجال حماية الحق المزمع تنظيمه من جهة، والتأكّد من عدم تجاوز أو تخلي واضع النصّ عن صلاحياته في تأطير الحق أو الحرية من جهة أخرى. كما يجب التأكد من أن وضع القيود لمهارسة الحق ضروري لتحقيق الأهداف المحددة حصرا ضمن الفصل 49 والتي تقتضيها دولة ديمقراطية، كالتأكّد من أن الضوابط الّتي تمّ وضعها لا يمكن أن تنال من جوهر الحقّ وصولا إلى استيفاء تلك الضوابط إلى الشروط المنصوص عليها صلب الفصل 49 ومنها احترام مبدأ التناسب بين القيود وموجباتها.

ويهدف تدخل الهيئات العمومية المستقلة، عند مستوى مقترحات ومشاريع القوانين قبل عرضها على السلطة التشريعية، أساسا إلى التأكد من مدى تقيّد صاحب المبادرة التشريعية بمبدأ التناسب في وضع حدود للحقوق والحريات. هذا فضلا عن أن دراسة مشاريع القوانين بصورة قبلية وتدقيق مدى ملاءمة الأحكام المضمنة بمشاريع القوانين المعروضة مع أحكام الدستور وضوابط تنظيم مجالات حماية الحقوق والحريات الأساسية من شأنه أن يساعد على تفادي صدور قوانين لا توفّر حماية كافية للحقوق والحريات.

لقد نصّ الدستور على هذا الدور الاستشاري بالنسبة لهيئة الاتصال السمعي البصري في الفصل 127 من الدستور، حيث "تتمتع الهيئة بسلطة ترتيبية في مجال اختصاصها وتستشار وجوبا في مشاريع القوانين المتصلة بهذا المجال". كما نص الفصل 128 من الدستور المتصل بهيئة حقوق الإنسان على أن الهيئة "تستشار وجوبا في مشاريع القوانين المتصلة بمجال اختصاصها". كما أن هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد تستشار وجوبا حسب الفصل 130 من الدستور في مشاريع القوانين المتصلة بمجال اختصاصها. وحسب الفصل 129 من الدستور، فإن هيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة تستشار وجوبا "في مشاريع القوانين المتعلقة بالمسائل الاقتصادية والاجتهاعية والبيئية وفي مخططات التنمية، وللهيئة أن تبدي رأيها في المسائل المتصلة بمجال اختصاصها". وتجدر الإشارة إلى أن الوظيفة الاستشارية تمثل المهمة الأساسية التي يعهدها الدستور لهيئة التنمية المستدامة التي لا تضطلع بمهام أخرى على غرار بعض الهيئات العمومية المستقلة.

ويمكن التساؤل في هذا الصدد عمّا إذا كان الاختصاص الاستشاري يقتصر على النصوص التشريعية أم أنّه يمتدّ أيضا إلى النصوص الترتيبية التي تصدرها السلطة التنفيذية أثناء ممارستها للسلطة الترتيبية العامة؟

نجد في هذا الشأن أن الفصل 127 من الدستور يحدّد مجال الوظيفة الاستشارية لهيئة الاتصال السمعي البصري في دراسة وإبداء الرأي بخصوص مشاريع القوانين المتصلة بمجال اختصاصها وكذلك الشأن بالنسبة لهيئة حقوق الإنسان حسب الفصل 128. في حين أن مجال الوظيفة الاستشارية لهيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة يكون أوسع ليشمل إبداء الرأي بخصوص مشاريع القوانين المتعلقة بالمسائل الاقتصادية والاجتهاعية والبيئية بالإضافة إلى مخططات التنمية وكل المسائل المتصلة بمجال اختصاصها. أما هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد، فإن الفصل 130 من الدستور أسند لها وظيفة استشارية في خصوص مشاريع القوانين المتصلة بمجال اختصاصها ويمكنها أيضا إبداء الرأي في النصوص الترتيبية العامة المتصلة بمجال اختصاصها. كما منح القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس/ آذار 2016 والمتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة لهيئة النفاذ إلى المعلومة صلاحية إبداء الرأي وجوبا في مشاريع القوانين والنصوص الترتيبية ذات العلاقة بمجال النفاذ إلى المعلومة.

أما بالنسبة للهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية، فإن الفصل 76 من القانون الأساسي عدد 63 المؤرخ في 27 جويلية/ تموز 2004 يسند إليها مهمة إبداء الرأي في جميع المسائل ذات العلاقة بأحكام هذا القانون. كما تتمتّع هيئات أخرى بدور استشاري كما هو الشأن بالنسبة لمجلس المنافسة.

تنص الفقرة الرابعة من الفصل 11 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرخ في 15 سبتمبر/ أيلول 2015 والمتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار على أن المجلس يستشار وجوبا "حول مشاريع النصوص التشريعية والترتيبية التي تهدف مباشرة إلى فرض شروط خاصة لمهارسة نشاط اقتصادي أو مهنة أو تضع قيودا من شأنها أن تعرقل الدخول إلى سوق معينة".

وقد ترد على الهيئات العمومية المستقلة حتى خارج هذا الاختصاص الاستشاري وضمن اختصاصاتها الترتيبية أو الزجرية، عدّة حالات تستوجب منها النظر في تناسب حدّ أو قيد مفروض على حقّ يدخل في مجال اختصاصها مع مقتضيات معينة أو تستوجب منها الموازنة بين حقوق متضاربة. لذلك فإن إعهال مبدأ التناسب من قبل الهيئات العمومية المستقلة مسألة في غاية الأهمية في عمل هذه الهيئات. ويمكن القول بأن التناسب جزء لا يتجزأ من عملية متكاملة تقوم بها أي هيئة وتشمل التأويل والتقدير واتخاذ القرار.

ولئن كان التناسب منطق تفكير ومبدأ يتعين على الهيئات العمومية المستقلة تطبيقه في كل الوظائف المسندة إليها، فإنّ إعمال هذا المبدأ يختلف حسب الوظائف وحسب طبيعة الحقوق المحمية.

بمناسبة ممارستها لوظيفة استشارية، يتعين على الهيئات العمومية المستقلة تطبيق منطق الفصل 49 برمته وبصورة متدرّجة وفق الخطوات التالية:

- التنصيص التشريعي على القيد (ضمن قانون أساسي).
- ألّا توضع الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك وبصورة مبدئية، من خلال تقدير الحاجة إلى إقرار القيد في دولة ديمقراطية ومدنية ولتحقيق قيمة أساسية (الهدف على النحو المحدد حصرا صلب الفصل 49) على درجة من الأهمية بها يبرر إقرار قيد على الحقوق والحريات.
 - عدم المساس بجوهر الحق.
- يتعين أن يستجيب القيد للشروط المتعلقة بالتناسب (شروط متصلة بمضمون القاعدة المتضمنة للقيد): شرط الملاءمة: أن يكون القيد (الإجراء) الموظف على الحق قادرا على تحقيق الهدف التشريعي من خلال التثبت من وجود رابط عقلاني بين الإجراء والهدف التشريعي من وضع النص واقتراحه: ضمان التناغم الداخلي للقانون، ضرورة أن انتفاء الرابط العقلاني بين الإجراء والهدف التشريعي يقيم الدليل على انتفاء وجود رابط بين مشروع القانون والقاعدة الدستورية.

شرط الضرورة: عبر التثبت من أن الإجراء المقترح يمثل الحدّ الأدنى من القيد الموظف على الحق ويعدّ الإجراء الأقل تقييدا للحق: ضهان التناغم الخارجي مع القاعدة القانونية من خلال تقدير وتقييم العلاقة بين الوسيلة المعتمدة في التقييد والهدف التشريعي.

شرط التناسب بمعناه الضيق (المواءمة): الآثار المترتبة عن الحد الموظف على الحق يجب أن تكون متناسبة مع النتائج والمزايا المنتظرة من تحقيق الهدف الذي تم من أجله إقرار القيد أو الحد: التأكد من أن الهدف الذي من أجله تم إقرار القيد على درجة من الأهمية.

غير أنه وطالما أنّ وضع الضوابط للحقوق والحريات يُعدّ حصرا من مجال تدخل السلطة التشريعية، بها يصيّره خارجا عن مجال تدخل السلطة الترتيبية، فإنّ إعهال هذه الأخيرة لمبدأ التناسب في وضع الصيغ الإجرائية والعملية للقيود والضوابط يتمّ بالاعتهاد على نفس العناصر المشار إليها أعلاه باستثناء ما تعلق منها بشرط التحفظ التشريعي والمتمثل في ضرورة وضع القيود بموجب نص تشريعي، بينها تقتصر عادة الوظيفة الزجرية على التناسب في معناه الضيق.

الفقرة الثانية– ضرورة تجاوز القراءة الضيقة للفصل 49

يجدر اللَّجوء إلى قراءة موسعة للفصل 49 وبالتالي تجاوز القراءة الضيقة والحرفية للفصل والتي تفضي إلى اعتبار أن مسألة التناسب تتعلق حصرا بصياغة القانون وتطبيقه، لذلك فهي تبقى حكرا على السلطتين التشريعية والتنفيذية. هذه القراءة ضرورية لأن الفصل 49 تضمّن مقاربة جديدة في تأطير حماية الحقوق والحريات الأساسية بتقييد عملية وضع حدود لتلك الحريات وفق ضوابط موضوعية محددة حصرا بها يكفل حماية فعالة وناجعة لها في ظل دولة ديمقراطية.

تبعا لذلك، فإنّ الإدارة تكون مدعوة باستمرار، بالنظر إلى ما تتمتع به من صلاحية الضبط الإداري، إلى وضع الصيغ العملية لمارسة عدد من الحقوق والحريات. كما أن الهيئات العمومية المستقلة معنية، بالنظر إلى مجال تدخلها واتصاله بالحقوق والحريات، بتطبيق الفصل 49، فضلا عن أنّ تطبيق الفصل المذكور وخصوصا مبدأ التناسب ينطلق من فكرة بديهية منطقية مفادها أنه إذا كان لابد من التقييد من الحرية فإنه لا يمكن التعسف في التضييق، بل يجب أن يقتصر التقييد على الحد الأدنى من ممارسة الحرية لكي لا يقع إفراغ تلك الحرية من محتواها أو نفيها بما يسمح لمختلف الحقوق المتنافرة ببلوغ أفضل مستويات التحقق والتفعيل داخل دولة ديمقراطية.

الفقرة الثالثة– التناسب كقاعدة ونطقية وونمج تفكير

تتجاهل القراءة الضيقة والحرفية للفصل 49 بأن التناسب يعدّ مبدأ دستوريا ومبدأ عاما للقانون ولكنه أيضا قاعدة منطقية ومنهج تفكير يتعين أن تعتمده الهيئات العمومية المستقلة بمناسبة تأويلها وتطبيقها لحدود الحقوق والحريات التي تندرج في مجال تدخلها.

التناسب هو الوضعية التي تكون فيها القرارات الصادرة في مسألة معينة مناسبة وقادرة على تحقيق الهدف المرجو منها دون مغالاة أو سوء تقدير بها يفضي إلى عقلنة تدخل السلط العمومية وحثها بصورة مستمرة على تبرير إعهالها لسلطاتها في ضبط وتقييد الحقوق والحريات بها لا ينال من جوهرها وبها يضمن تعايشا أمثل بينها.

وقد ورد مفهوم التناسب بالفقرة الأولى من الفصل 49 ويعني "ضرورة وجود رابط معقول ومنطقي بين مقتضيات المصلحة العامة وضروراتها من جهة، والحدود الموظفة على الحقوق والحريات من جهة أخرى، أي أن يكون التضييق الواقع على عدد من الحقوق والحريات مناسبا وغير مشطّ بالنظر للأهداف المرجو تحقيقها من هذا التضييق وهي حماية الصالح العام في إطار دولة ديمقراطية "¹⁴.

فتطبيق مبدأ التناسب مسألة منطقية وبديهية يجب إعمالها في كلّ مهمة تتعلق بتطبيق أو تأويل النصوص المتعلقة بالحقوق. لذلك فإن الهيئات العمومية المستقلة التي يعهد لها القانون بحماية حقوق معينة تكون مدعوة، أثناء مباشرتها لمهامها، إلى معالجة وضعيات تتضمن قيودا على تلك الحقوق بها يكفل تعايشا أمثل بين الحقوق المتنافرة والمتنافسة.

الفرع الثاني– الاستئناس بتطبيقات وبدأ التناسب في وجال الرقابة على الدستورية

تعرف عملية الحدّ من ممارسة الحقوق في العديد من النصوص الدستورية المقارنة حدودا يكرسها النص الدستوري. وعادة ما يستعمل القاضي الدستوري في بعض الأنظمة المقارنة عددا من العناصر لتقدير مدى التناسب بين التضييق الواقع على الحقوق من جهة، والأهداف المرجوة من هذا التضييق من جهة أخرى.

وتتمثّل هذه العناصر بالخصوص في:

- عنصر الملاءمة،
- عنصم الضم ورة،
- عنصر التناسب في معناه الضيق.

ويبدأ القاضي الدستوري عادة عملية الحكم على شرعية الضوابط بالتّأكد من عدم المساس بجوهر الحق ليتأكّد بعدها من شرط الملاءمة ثمّ الضرورة ثمّ التناسب في معناه الضيق.

وقد وقع استيحاء الرقابة على التناسب وتطبيقاتها القضائية خصوصا من القضاء الدستوري الألماني الذي كرّس هذه الرقابة وحدّد عناصرها خلال الفترة 1985-1990. فإنّ كلّ إجراء يحدّ من حقّ أساسي يتطلّب، حسب فقه قضاء المحكمة الدستورية الألمانية حتى يكون متناسبا، استيفاء الشروط التالية: وهي الملاءمة والضرورة (الداخلية)¹⁶ والتناسب بالمعنى الضيق¹⁶.

¹⁴ معجم ألفاظ وعبارات دستور الجمهورية التونسية، تحت إشراف رافع ابن عاشور، سناء ابن عاشور، سارة معاوية قاسم، مني كريم الدريدي وأميرة الشاوش، تونس 2016، ص. -128 12.

¹⁵ تختلف عن الضرورة الخارجية التي تفترض البحث في ضرورة التقييد أي البحث فيها إن كان تحقيق الأهداف يستدعي حتها الحد من الحقوق والحريات. .Voir LAGHMANI (Slim), article précité

⁵ème Conférence des chefs d'institution de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage 16 l'usage du français, Libreville, 8-13 juillet 2008, Questionnaire, La proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle, « Toute mesure restreignant un droit fondamental doit, pour être proportionnée, satisfaire à une triple exigence d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict ».

قياس التناسب بمعناه الضيق	قياس الضرورة (الداخلية)	قياس الولاءوة
هل أن القيد مناسب؟ تقدير التناسب بالمعنى الضيق يستدعي قياس خطورة الحد مقارنة مع الهدف المراد حمايته والتأكد مما إذا كانت الآثار مشطة وغير متناسبة مع الهدف الذي تم من أجله إقرار ذلك القيد.	هل أن القيد ضروري؟ أي هل أنّه كان الحل الوحيد الممكن لتحقيق الهدف المتبع؟ يجب تقدير إلى أي مدى يبرر تحقيق الهدف التشريعي من سنّ الإجراء التضييقات المسلطة على الحق. في هذا المجال، نجد مثلا أن المحكمة الدستورية الألمانية تحدّد الضرورة من خلال غياب إجراء مماثل يكون أقلّ مساسا بالحقوق وأكثر نجاعة. أما القاضي الدستوري الفرنسي فلا يبحث في إمكانية وجود إجراء مماثل يكون أقل مساسا بالحقوق والحريات، وإنها يتثبت من أن الإجراء لم يكن مبالغا فيه بالنظر إلى الهدف المراد تحقيقه.	هل أنّ القيد ملائم؟ يعني التثبت من ملاءمة التقييد المسلط للهدف الذي من أجله وقع إقرار ذلك التقييد، أي التأكد من وجود رابط منطقي مع الهدف الذي رسمه المشرع بها يضمن التناغم بين مختلف أحكام القانون ألا.

يتم تطبيق التناسب، في فقه القضاء الدستوري الألماني أساسا، في مجال الحقوق والحريات الأساسية. وتُعدّ الرقابة على التناسب أكثر شيوعا فيها يتعلق بسلطات الشرطة والتحقيق سواء تعلق الأمر بالتنصت على المكالمات الهاتفية أو بمراقبة الانترنت أو بصلاحيات البحث والتحقيق.

وقد شمل إعمال المحكمة الدستورية الألمانية مبدأ التناسب المجالات المتصلة بالحالة المدنية، معتبرة أن القواعد المعمول بها في مسك سجلات الأحوال الشخصية والتي تقيّد الجدول المخصص للمعطيات المتعلقة بجنس المدرج بسجلات الأحوال الشخصية بخانتي أنثى أو ذكر لا تسمح بتسجيل جنس آخر أو مختلط، وهو ما يُعدّ خرقا لمبدأ عدم التمييز. وتبعا لذلك، فإن القواعد المتعلقة بمسك سجلات الحالة المدنية لا تتبع هدفا مشروعا بالإضافة إلى كونها غير ضرورية وغير معقولة.

في قرارها المتعلق بالجنس الثالث، أقرت المحكمة الدستورية الألمانية بأن "القاعدة التي تستوجب تسجيل جنس الإناث والذكور في وثائق الحالة المدنية لا تتوافق مع هدف مشروع تكون بمقتضاه القاعدة مناسبة ضرورية ومعقولة"¹⁸.

أمّا القاضي الدستوري الفرنسي، فيتولّى عند إعماله لشرط الضرورة التثبت ممّا إذا كانت الإجراءات المقررة متوازنة ومتناسبة مع أهمية الهدف المتبع. ففي قرار مؤرخ في 15 ديسمبر/كانون الأوّل 2005 يتعلق بقانون تمويل الضمان الاجتماعي لسنة 2006، أقرّ المجلس الدستوري الفرنسي أنّ:

¹⁷ غياب الرابط المنطقي بين الإجراء والهدف التشريعي من شأنه أن يحول دون إمكانية الإقرار بوجود رابطة بين الإجراء والقاعدة الدستورية ويفضي إلى الإقرار بعدم دستورية القانون المؤطر للحق.

Bundesverfassungsgericht, décision du 10 octobre 2017, 1 BvR 2019/16, § 49. 18

"إجراء التجميع العائلي... لا يخرق لا توطئة دستور 1946 في فقرتها العاشرة ولا مبدأ المساواة طالما أنه يحدد في هذا الصدد قواعد ملائمة ومتناسبة "19.

وفي قضية أمام القضاء السويسري، تمّ الطعن في فصول من القانون المتعلّق بهادة الضبط على أساس خرقها لمبدأ التناسب لما تمثّله من نيل من الحق في حماية الحياة الخاصة للأفراد. وقد بيّنت المحكمة المراحل التي ستعتمدها لتطبيق مبدأ التناسب.

أوّلا التأكد من أنّ تقييد الحرية يرتكز على أساس قانوني كاف وهو ما تمّ استيفاؤه في القضية المعروضة أمامها. عند تأكدها من تحقق هذا الشرط الأولى، قرّ المحكمة إلى التثبت من ملاءمة التقييد المسلط على الحياة الخاصة للهدف الذي من أجله تمّ إقرار التقييد. هذه الملاءمة تتطلب أن يكون الإجراء قادرا على تحقيق الأهداف المرجوة منه (règle de l'aptitude) وأنه لا يمكن تحقيق هذه الأهداف من خلال إجراءات أقلّ حدة (قاعدة الضرورة) ضرورة أن التناسب يمنع كل تقييد يتجاوز الهدف المرجو منه ويتطلب رابطا عقلانيا وتوازنا بين المصلحة العامة والخاصة لتتولى المحكمة في الأخير التأكد من شرط التناسب بمعناه الضيق.

مذا وقد أقرت المحكمة، بخصوص تطبيق الأحكام المتعلقة بالبحوث الوقائية السرية، أن هذه البحوث بإمكانها تحقيق الهدف المتبع وهو الحفاظ على النظام العام والتوقي من المخالفات (قاعدة الملاءمة). ثم أضافت أنه لا يمكن اللجوء إلى هذه البحوث إلا إذا اتضح أن بقية الإجراءات لم تفلح أو لم تكن هنالك أية فرصة لأن تنجح أو كانت صعبة بطريقة مبالغ فيها.

وفيها يتعلق بضرورة وجود رابط منطقي بين الهدف المتبع والمصلحة العامة أو الخاصة، فقد ذهبت المحكمة إلى أنه لا يمكن إنكار كون الحفاظ على الأمن أو النظام العام من شأنه أن يبرر التقييد من هاية الحياة الخاصة ولكن حتى يقع تفادي المساس بالحياة الخاصة بطريقة سرية ولمدة طويلة، كان من الضروري التنصيص على ترخيص في إجراء البحوث من النيابة العمومية أو من القضاء عندما تتطلب البحوث الوقائية السرية مدة زمنية تتجاوز الثلاثين يوما. هذا الترخيص المسبق يهدف إلى التحقق من المصلحة العامة المتبعة ومن وجود تناسب في الحالة الخاصة المعروضة بالإضافة إلى عرض لاحق للأهداف والوسائل والمدة المستوجبة للتحقيق. وقد استنتجت المحكمة أن المساس الذي يلحقه الفصل المذكور بالحق في هماية الحياة الخاصة لا يستجيب لشرط التناسب بها يتجه معه إلغاء هذا الفصل. كها اعتمدت المحكمة على نفس التمشي في تكييفها للفصل 22 من نفس القانون المطعون فيه 20.

Décision n°2005 -528, DC du 15 décembre 2005, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006, cons. 15. 19 Arrêt de la 1ère Cour de droit public dans la cause Parti socialiste genevois et consorts contre Conseil d'Etat 20 de la République et canton de Genève (recours en matière de droit public), 1C_518/2013 du 1er octobre 2014, Consid. 4.5.1,4.5.2, (BGE 140 I 381 S. 392). Et ibid., consid. 4.5.3, (BGE 140 I 381 S. 394).

يمكن القول بأن الرقابة على التناسب في القضاء الدستوري التونسي شأنها شأن معظم التجارب الدستورية المقارنة هي رقابة مسلطة أساسا في مجال الحقوق والحريات نظرا الأهمية هذه الحقوق في النص الدستوري ولمحدودية حالات الطعن بعدم التناسب من قبل الجهات المؤهلة للطعن في عدم دستورية مشاريع القوانين. وتمرّ الرقابة عبر التثبت من مدى ملاءمة الإجراءات المتضمنة لقيود للحقوق والحريات مع الهدف الذي من أجله تمّ إقرارها. غير أتّنا نلاحظ، من خلال القرارات التي تعرضت فيها الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين إلى مبدأ التناسب، غياب مقاربة واضحة في إعهالها للمبدأ المذكور.

الفرع الثالث– تكريس التناسب من قبل القاضى الإدارى

نجد هذا التكريس لمبدأ التناسب في فقه القضاء الإداري بشكل عام (الفقرة الأولى) وعند النظر في الطعون ضد القرارات الصادرة عن الهيئات العمومية المستقلة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى– تكريس التناسب في فقه القضاء الإداري بشكل عام

دأب القاضي الإداري على تطبيق فكرة التناسب في ظلّ دستور غرة جوان/حزيران 1959 كمبدأ فقه قضائي مستقر قصد عقلنة تدخل السلطة العمومية معتبرا في مادة الضبط الإداري مثلا أن تدابير الضبط الإداري يجب أن تبقى استثنائية "لاقترانها بمهارسة الحريات العامة" 21 ، وبالتالي فإنّ هذه التدابير تخضع إلى رقابة الملاءمة والتناسب.

قضت المحكمة بعدم شرعية قرار غلق محلّ تجارة بالجملة بتعلّة تعطيله لحركة المرور وسط المدينة معلّلة ذلك بأن الإدارة كان عليها "توخي التّدرج في اتّخاذ التدابير التي تستلزمها ضرورة التوفيق بين المحافظة على النظام العام وممارسة حرية التجارة والصناعة "²².

كما أقرت المحكمة الإدارية أن فقه القضاء الإداري قد حدّد مجموعة من الضوابط التي يجب أن تلتزم بها الإدارة عند ممارستها لنشاط الضبط الإداري والتي تقتضي "ضرورة تقيّد الإدارة بالقواعد التشريعية المنظمة للحقوق والحريات وألّا تحدّ منها إلّا في حدود ضيقة تبررها مقتضيات النظام العام ومستوجبات الضرورة "23.

اوحيث استقر فقه قضاء هذه المحكمة على اعتبار أنه إذا أفصحت الإدارة عن أسباب قرارها، فإنّ القاضي الإداري يكون مدعوا للتحقق من مدى مطابقتها للقانون وأثر ذلك في النتيجة التي انتهت

²¹ المحكمة الإدارية، تجاوز سلطة، قرار عدد 26856 صادر في 23 ماي/ أيار 2009، رئيس بلدية المهدية ضد الظريف.

²² المحكمة الإدارية، تجاوز سلطة، قرار عدد 3879 صادر في 14 مارس/ آذار 1995، كريشان ضد بلدية القصرين.

²³ المحكمة الإدارية ابتدائي القضية عدد 1 10722 - الصادر في 7 جويلية/ تموز 2010.

اليها من خلال إجراء رقابته التي تمتد في ميدان الضبط الإداري إلى حدّ التثبت من مدى تناسب التدابير المتخذة بعنوانها مع الظروف التي حفّت بها والأهداف التي ترمي إلى تحقيقها". "وحيث أن تدابير الضبط الإداري بحكم اكتسائها صبغة استثنائية لاقترانها بمهارسة الحريات العامة تخضع إلى رقابة الملاءمة التي تقوم على التثبت من توفر ركن الضرورة بمناسبة اتخاذها والتصريح بعدم شرعيتها متى تبيّن أنها لم تكن ضرورية لمواجهة مخاطر الإخلال بالنظام العام"²⁴.

وفي ظل دستور 27 جانفي/كانون الثاني 2014، واصلت المحكمة الإدارية تطبيق فقه قضائها السابق.

"وحيث يتين بالرجوع إلى مختلف النصوص الدستورية المنطبقة...أن حقوق الإنسان والحريات المضمونة بموجب تلك النصوص لا يمكن أن توضع ضوابط لمارستها إلّا بمقتضى قوانين تُتّخذ لاحترام حقوق الغير ولصالح الأمن العام على ألّا تنال الضوابط من جوهر الحقوق والحريات. وحيث أنّ الالتحاء يُعدّ أحد مظاهر ممارسة الحرية الشخصية المتاحة للأفراد ولا يمكن لذلك وضع قيود على تلك الحرية إلّا يعدّ بموجب قانون، شرط أن يكون الهدف منه تحقيق المصلحة العامة وألّا يمسّ من جوهر ذلك الحق"²⁵.

في قرار حديث في مادة توقيف التنفيذ، اعتبرت المحكمة الإدارية أن "وضع القيود على الحقوق والحريات الأساسية لا يكون إلا بموجب قوانين أساسية بهدف حماية أحد الأهداف المحددة حصرا بالفصل 49 في دولة مدنية وديمقراطية تقوم على فكرة التعددية والتسامح واحترام مبادئ دولة القانون ودون أن يفضي القيد الموظف على الحق إلى النيل من جوهره أي أن لا يؤدي إلى إهداره تماما أو يشدد في شروط ممارسته بها يستحيل معه ممارسته. فإن كان لابد من وضع قيود على حقوق وحريات أساسية فيجب أن يكون قادرا على تحقيق الهدف وأن يكون الأقل وطأة على الحق وأن لا تتجاوز آثاره النتائج المرجوة من وراء فرضه".

تبعا لذلك اعتبرت المحكمة أنه "لئن كان المنع النهائي للجو لان بنهج جمال عبد الناصر منذ 28 مارس 2020 من شأنه أن يسمح بتحقيق الأمن وحماية المؤسسات والمنشآت الكائنة بحوزته، فإن الصبغة العامة والمطلقة لذلك المنع ليست ضرورية لتحقيق ذلك الهدف ضرورة أنه كان بإمكان الجهة المطلوبة اتخاذ إجراءات قادرة على تحقيق ذات الهدف بأقل حدة وتقييد لنشاط المعنية بالأمر على غرار فتح الطريق في فترات زمنية من اليوم أو الأسبوع أو حصر استعمال ذلك الطريق لأصحاب العربات الحاملة لاشتراك بالمأوى المذكور بالتنسيق مع المصالح الأمنية أو مطالبة العارضة باتباع إجراءات أمنية واحترازية إضافية لضهان أمن مختلف المؤسسات والمنشآت المجاورة لها بما يكون معه القيد الموظف على حق الجولان بالنهج الذي يوجد به عقار المدعي غير ضروري وبالتبعية غير متناسب مع الموجب من إقراره مخالفا تبعا لذلك لأحكام الفصل 49 من الدستور "26.

²⁴ المحكمة الإدارية، حكم استئنافي قضية عدد 26856 الصادر في 23 ماي/ أيار 2009.

²⁵ المحكمة الإدارية، حكم ابتدائي، قضية عدد 126863 بتاريخ 18 مارس/ آذار 2014 هزة بن الهادي الشيحاوي ضد وزير الداخلية.

²⁶ المحكمة الإدارية، قرار في مادة توقيف التنفيذ، القضيتان عدد 4105408 و4105496 بتاريخ 12 جانفي 2021.

كها نجد في فقه قضاء مجلس الدولة الفرنسي تطبيقات عديدة لمبدأ التناسب، لعلّ أهمها وأحدثها الإذن الإستعجالي الصادر في 22 مارس/ آذار 2020 فيها يتعلق بمسألة الحجر الصحي الشامل الذي أقرته السلطات الفرنسية توقّيا من فيروس كورونا "كوفيد-19".

فقد تقدمت نقابة الأطباء الشبان بطلب إلى القاضي الإداري قصد استصدار إذن قضائي يتم بموجبه إلزام السلط العمومية باتخاذ إجراءات الحجر الشامل وإصدار التراتيب الضرورية لإجراء عمليات التقصي لدى الإطار الصحي وضهان صناعة وتوفير الاختبارات الطبية الضرورية لتقصي وباء "كوفيد-19"، وذلك نظرا لعدم كفاية التدابير المتخذة لحماية الحق في الصحة والحق في الحياة. وقد أقر مجلس الدولة بأن الوزير الأول ووزير الصحة والولاة وممثلي الدولة في الأقاليم مخوّل لهم اتخاذ التدابير الكفيلة بحماية صحة المواطنين وكل القرارات التي من شأنها التوقي والحد من الوباء. بالإضافة إلى ذلك، فقد خلص مجلس الدولة (القاضي الإستعجالي) إلى أن السلط العمومية تولت التخاذ الإجراءات المتناسبة مع إكراهات الحالة الوبائية وبها يضمن سلامة الإطار الطبي وشبه الطبي.

اعتبر مجلس الدولة "أن هذه القرارات التي يمكن أن تحدّ من ممارسة الحقوق والحريات الأساسية كحرية التنقل والتجمع أو أيضا حرية ممارسة المهن يجب أن تكون ضرورية، ملائمة ومتناسبة مع هدف الحفاظ على الصحة العامة التي تعمل على تحقيقه"27.

الفقرة الثانية– تكريس التناسب عند النظر في الطعون المقدمة ضد قرارات الميئات العمومية المستقلة

أكّدت المحكمة الإدارية، بمناسبة بتّها في الطعون المتعلقة بالترشحات للانتخابات الرئاسية، على أنّ البت في شرط التزكية للانتخابات الرئاسية يتمّ بالرجوع إلى الفصل 34 من الدستور والفصل 41 من القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرخ في 26 ماي/ أيار 2014 والمتعلق بالانتخابات والاستفتاء وبالرّجوع إلى أحكام الفصل 49 من الدستور. وأقرّت خلافا لما تمسّك به المدعى بأن:

شرط التزكية "ليس أمرا تعجيزيا ولا يُضيّق من حقّ الترشح المضمون بالدستور ولا ينال من جوهر حق الترشح للانتخابات المنصوص عليه بالفصل 34 منه، بل إنّ الغاية من هذا الشرط هي التأكيد على جدية الترشح وعلى أهمية المنصب المترشح له"²⁸.

CE, Ordonnance du 22 mars 2020, n°439674(Consid. 3). 27

²⁸ قرار عدد 30006 بتاريخ 10 أكتوبر/ تشرين الأوّل 2014، العادل بن الهادي العلمي ضد الهيئة العليا المستقلة للانتخابات.

القسـم الثالث– يمكن أن تلجأ الهيئات العمومية المستقلة لمبدأ التناسـب بوصفه مبدأ عاما في القانون الدولي

يُعدّ مبدأ التناسب مبدأ عاما وثابتا في القانون الدولي ونجده مكرسا في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (الفرع الأوّل) وفي فقه القضاء الدولي (الفرع الثاني) وفي القانون الدولي الإنساني (الفرع الثالث).

الفرع الأوَّل – تكريس المبدأ في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

يكرّس العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية شرط التناسب²⁹. ويمكن للهيئات العمومية المستقلة الاستفادة من تطبيقات التناسب في خصوص الحقوق التي يكفلها العهد الدولي بالإضافة إلى أعمال اللجنة المعنية بحقوق الإنسان والمنبثقة عن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

ينصّ العهد الدّولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادة 18 فقرة 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 وحرياتهم الأساسية".

أما في خصوص الحق في حرية التعبير، فتنصّ المادة 19 فقرة 3 على أنه "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".

وفي خصوص الحق في التجمع السلمي، تنصّ المادة 21 أنه "لا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسة هذا الحق إلّا تلك التي تُفرض 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 وحرياتهم". وحسب المادة 22 المتعلقة بالحق في حرية تكوين الجمعيات مع آخرين "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 وحرياتهم. ولا تحول هذه المادة دون إخضاع أفراد القوات المسلحة ورجال الشرطة لقيود قانونية على ممارسة هذا الحق".

²⁹ صادقت تونس على العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية بمقتضى القانون عدد 30 لسنة 1968 المؤرخ في 29 نوفمبر/ تشرين الثاني 1968، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 51 المؤرخ في 29 نوفمبر/ تشرين الثاني- 3 ديسمبر/كانون الأوّل 1968.

الفرع الثانيً– إمكانية الاستفادة من تأويل مفهوم الضرورة في مجتمع ديمقراطي في فقه القضاء الدولي

هذا التأويل وقع تكريسه في فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (الفقرة الأولى) وأيضا في فقه قضاء اللجنة والمحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب (الفقرة الثانية) بالإضافة إلى عمل اللجنة الأممية المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى– المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

تكرّس معظم التشريعات الأوروبية مبدأ التناسب تحت مسميات وأشكال مختلفة ولكنه يبرز بشكل أوضح في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وفي فقه قضاء المحكمة الأوروبية بالإضافة إلى القانون الأوروبي الذي ينشئه الإتحاد الأوروبي. فقد كرّست الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان صراحة المبدأ في فصولها من 8 إلى 11 (في الفقرات الثانية من هذه الفصول)، إذ تنصّ على إمكانية الحدّ من ممارسة الحقوق التي تحميها هذه الفصول إذا كان الحدّ يشكّل إجراء ضروريا في مجتمع ديمقراطي لحماية جملة من الأهداف ومنها الأمن الوطني والدفاع وحماية حقوق وحريات الغير. هذه الفصول تكرّس مبدأ الموازنة بين الحقوق الأساسية والأهداف المتعلقة بالمصلحة العامة التي تحاول السلطات العمومية المحافظة عليها.

ويمكن القول بأنّ المحكمة الأوروبية تستخدم المبدأ بصفة شبه دائمة حتى خارج حالة هذه النصوص الصريحة باعتباره مبدأ عاما للاتحاد الأوروبي ملزما لمختلف مؤسسات وهياكل الإتحاد 30 وبالتبعية ملزما للدول الأعضاء 31 . وقد وقع تكريس مبدأ التناسب في المادة 5 فقرة 4 من الاتفاقية المنشئة للاتحاد قصد ضهان جوهر الحريات الاقتصادية الأساسية التي تكرّسها المعاهدات الأوروبية.

يمكن للهيئات العمومية المستقلة الاستعانة بفقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي أطنبت في تحديد ما هو ضروري في مجتمع ديمقراطي لحماية الحقوق والحريات واعتمدت على طريقة تأويل تُغلّب روح المعاهدة على نصها وتُغلّب فهم الحقوق حسب ظروف العيش الراهنة لمجتمع معين على فهمها الكلاسيكي زمن إنشاء المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان. ويمكن أن يسهم هذا التفسير إذا ما طبقته الهيئات العمومية المستقلة انطلاقا من قاعدة الفصل 49 في إرساء تأويل يواكب تطور المجتمعات الديمقراطية القائمة على التفتح والتعددية خاصة

CJCE, 17 mai 1984, Denkavit Nederland BV c. Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten, aff. 15/83, pt. 25. 30

Jean-Marc Sauvé, "Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés", Intervention à l'Institut Portalis, 31 Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017; C.J.C.E. 27 octobre 1993, Dr. Pamela Mary Enderby c. Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health, aff. C-127/92. CJCE, 20 février 1979, Rewe-Zentral AG [Cassis de Dijon], aff. 120-78.

فيها يتعلق بتأويل حدّ الآداب العامة. يجدر التذكير بأن المحكمة الأوروبية قد أبرزت منذ قرار "هانديسايد" سنة 1976 العناصر المكونة لمفهوم المجتمع الديمقراطي المتمثلة في التعددية، التسامح وروح الانفتاح.

يمكن للهيئات العمومية المستقلة الاستعانة بمفهوم المجتمع الديمقراطي كها ورد في مبادئ سيراكوزا لتأويل شرط الضرورة التي "تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية" حسب عبارة الفصل 49 من الدستور. إذ جاءت صياغة الفصل 49 ختلفة عن الصياغة المعهودة لشرط الضرورة والتي تتحدث غالبا عن الضرورة التي يقتضيها مجتمع ديمقراطي. ورغم كون مفهوم الدولة الديمقراطية يقصر الديمقراطية مبدئيا في مفهومها المؤسساتي ويغفل المنظور المجتمعي السوسيولوجي والعلائقي، إلا أن مفهوم الدولة الديمقراطية إذا ما قرأناه بالموازاة مع مفهوم مدنية الدولة الذين يكرسها الفصل 49 يؤديان بالمحصلة إلى قاعدة أن المساس بالحقوق يجب أن يبرر بإقامة دولة منفتحة وديمقراطية ومدنية.

وقد أكّدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في عدة مناسبات على فكرتي الضرورة والتناسب معتبرة أن احترام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان يستدعي التوفيق بين متطلبات الدفاع عن المجتمع الديمقراطي من جهة، وبين المحافظة على الحقوق الفردية، من جهة أخرى³².

اعتبرت المحكمة الأوروبية مثلا أن "المراقبة السرية لمراسلات واتصالات المواطنين هي خاصية للدولة البوليسية وأن هذه المراقبة لا تكون مقبولة حسب المعاهدة إلا عندما تكون ضرورية لحماية المؤسسات الديمقراطية وبشرط أن توجد ضهانات ملائمة وكافية ضدّ التعسف ويمكن أن نجد، من بين هذه الضهانات، الرقابة من قبل هيئات مستقلة"33.

وأكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بخصوص حرية النظاهر وحرية الاجتماع في قرار الدجافيت أنك" ضد تركيا على أن حرية الاجتماع: "هي حقّ أساسي في مجتمع ديمقراطي، وعلى غرار حرية التعبير، فهو يمثّل أحد أسس هذا المجتمع، بها يحول دون اعتماد تأويل ضيق لهذا الحق"³⁴.

وكانت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان قد اعتبرت، منذ 1968، بخصوص حرية التظاهر وحرية الاجتهاع، "أن جوهر الديمقراطية يكمن في قدرتها على حلّ الإشكالات عبر النقاش العام"³⁵.

C.E.D.H., arrêt Zdanoka, § 100.C.E.D.H.; Parti communiste unié c./Turquie, § 32. 32

C.E.D.H., Klass, §§ 41-42; Parti communiste unifié, § 46; Parti populaire démocrate (chrétien c./ Moldova, 14 33 février 2006, § 77.

Affaire Djavit An c./ Turquie, Requête n° 20652/92, 20 févr. 2003, Arrêt, 20 février 2003, Définitif, CEDH, (Troisième Section), https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/CHAMBER/2003/CEDH001-65509, § 56.

Commission européenne des droits de l'homme, Affaire grecque, Ann. 1968, vol. XI. 35

في قرار "سركان يبلهاز" ضد تركيا ³⁶ اعتبرت المحكمة أن: "تفريق المظاهرة يمثّل تدخلا في ممارسة المدعين لحقهم في الاجتهاع. هذا التدخل له أساس قانوني ألا وهو القانون عدد 2911 المتعلق بالمظاهرات والاجتهاعات العمومية ويواصل هدفين على الأقل من الأهداف المشروعة حسب الفصل 11 فقرة 2 وهي الدفاع عن الأمن وهماية حقوق الآخرين والمتعلقة في صورة الحال بحرية التنقل في الفضاءات العامة دون قيد. رغم ذلك تبقى مسألة معرفة ما إذا كان ذلك التدخل ضروريا في مجتمع ديمقراطي مسألة جوهرية".

الفقرة الثانية– اللجنة الإفريقية والمحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب

أقرّت اللجنة الإفريقية بخصوص القيود الموظفة على الحقوق مبدأ مفاده بأنّ القيود يجب أن تكون لا فقط ضرورية في مجتمع ديمقراطي ولكن أيضا متناسبة منطقيا مع الهدف المشروع المراد تحقيقه.

في مجموعة من الدعاوى أمام اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، اعتبرت اللجنة أن السبب الشرعي الوحيد لتبرير هذه التضييقات للحقوق والحريات يوجد في الفصل 27 (2) من الميثاق الذي ينصّ على ما يلي "تمارس حقوق وحريات كل شخص في ظل احترام حقوق الآخرين والأمن الجماعي والأخلاق والمصلحة العامة".

بعد التثبت من كون التقييد قد وُضع في إطار قانون عام التطبيق (générale)، تمرّ اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان إلى تطبيق معيار التناسب لتقييم انعكاس طبيعة ومدى التقييد بالنظر إلى المصلحة الشرعية للدولة في المحافظة على أهداف معينة، مع تأكيدها على أنّه يتعين أن تكون المصلحة الشرعية "متناسبة مع الميزات والإيجابيات المرجوة وأن تكون ذات ضورة مطلقة"37.

أما المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، فقد ذهبت منذ أوّل قرار تصدره في الأصل في نفس التوجه الذي اعتمدته اللجنة الإفريقية 38. كما نجد أيضا في قرارات المحكمة الإفريقية عدة إحالات إلى فقه قضاء المحاكم الإقليمية الدولية كالمحكمة الأوروبية والمحكمة الأمريكية بالإضافة إلى كثرة الاستشهاد بالمعاهدات الدولية وهي ميزة للقضاء الإفريقي تجد مصدرها في المادتين 60 و61 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب.

" التحديدات المتعلقة بالحقوق والحريات المنصوص عليها بالميثاق لا يمكن أن تكون إلا تلك المحددة une loi d'application) بالفصل 27 (2) من الميثاق و ... يجب أن تأخذ شكل قانون عام التطبيق

CEDH, Affaire Serkan Yilmaz et autres c. Turquie, requête n°25499 /04, arrêt du 13 octobre 2009, § 31. 36 Communications 105/93, 128/94, 130/94 et 152/96 en jonction-Media Rights Agenda et autres c. Nigeria, 37 Quatrième rapport d'activité (2000-2001), et communication 255/2002-Gareth Anver Prince c. Afrique du Sud, Huitième rapport d'activité (juillet 2004-décembre 2004.

³⁸ أعلنت تونس عن قبولها باختصاص المحكمة منذ 2017.

وénérale). يجب أن تكون هذه التحديدات أيضا متناسبة مع الهدف الشرعي المتبع. وقد اتبعت المحكمة الأوروبية نفس المقاربة التي تستوجب إيجاد توازن حقيقي بين متطلبات المصلحة العامة للمجموعة ومستلزمات حماية الحقوق الفردية الأساسية" (107-1) وتواصل المحكمة "أن التحديدات على ممارسة الحق في المشاركة بحرية في الشؤون العامة للبلاد والتي منعت الترشحات المستقلة ... ليست متناسبة مع الهدف الذي قدمه الدفاع ألا وهو تعزيز الوحدة والتضامن الوطني" (107-2) 96 .

وقد أوضحت، المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، في نفس القرار، أن فقه القضاء المتعلق بالتحديدات المسلطة على التمتع بالحقوق اشترط أن تكون التضييقات لا فقط ضرورية في مجتمع ديمقراطي ولكن أيضا متناسبة عقلانيا مع الهدف الشرعي المرجو تحقيقه"⁴⁰.

الفقرة الثالثة–اللجنة الأممية المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

تنص المادة 4 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتهاعية والثقافية على ما يلي "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بأنه ليس للدولة أن تخضع التمتع بالحقوق التي تضمنها طبقا لهذا العهد إلا للحدود المقررة في القانون، وإلا بمقدار توافق ذلك مع طبيعة هذه الحقوق، وشريطة أن يكون هدفها الوحيد تعزيز الرفاه العام في مجتمع ديمقراطي".

عند نظرها في التقريرين الدوريين الرابع والخامس لكندا بشأن تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتهاعية والثقافية 41 أوصت اللجنة الدولة الطرف (كندا) بشدة بإعادة النظر في القيود المفروضة على الحق في الإضراب على صعيد الإتحاد والمقاطعات والأقاليم لتنهاشي مع أحكام المادتين 4 و 8 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتهاعية والثقافية و اعتبرت أنه "ينبغي إلغاء هذه القيود إذا لم تكن ضرورية بالفعل لتعزيز الرفاه العام في ظل مجتمع ديمقراطي ولحهاية مصالح الأمن الوطني أو السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو لحهاية حقوق الآخرين وحرياتهم، وحيثها تعذر إيجاد بديل آخر" 42 .

Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, jonction d'instance des affaires Tanganyika Law Society; 39 The Legal and Human Rights Center c. République Unie de Tanzanie, requête n°009/2011 et Révérend Christopher R. Mtikila c. République Unie de Tanzanie, requête n°011/2011, §107-1 et 107-2.

⁴⁰ نفس القرار، فقرة 106 (1).

E/C.12/4/Add.15 et E/C.12/CAN/5. 41

⁴² اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والإجتهاعية والثقافية، تقرير عن الدورتين 36 و 37. E/2007/22 et E/C.12/2006/1,

الفرع الثالث– تقييم التناسب بين القيد والهدف في القانون الدولي الإنساني

يمكن الرّجوع إلى التطبيقات فقه القضائية لمبدأي التناسب والضرورة في القانون الدولي الإنساني، حيث تشكل مبادئ عامة للقانون تجد أصولها في الأنظمة القانونية الوطنية، ثمّ وقع تكريسها ضمن اتفاقيات جنيف للقانون الدولي الإنساني وبروتوكولاتها الإضافية، وأصبحت اليوم تشكّل عرفا دوليا راسخا. ويتطلب مبدأ التناسب قصر الهجومات على ما هو ضرورة قصوى أي أن الهجوم يجب أن يقتصر على الأهداف العسكرية وأن يراعي مبدأ الحبطة.

طبقت محكمة العدل الدولية مبدأ التناسب لما أشارت في قضية نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية إلى أن "الدفاع الشرعي عن النفس [....] لا يجيز سوى التدابير التي تتناسب مع الهجوم المسلح وتكون ضرورية لمواجهته، وهي قاعدة أُرسيت في القانون الدولي العرفي "⁴³. وفي الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية عام 1996 بشأن شرعية استخدام الأسلحة النووية ⁴⁴، اعتبر القاضي "هيجنز" أن "مبدأ التناسب، وإن لم يُوجد ذكر مُحدد له، فإنه يبرز في الكثير من أحكام البروتوكول الإضافي الأول لا تفاقيات جنيف لعام 1949. وعليه، فإنه لا يجوز مهاجمة هدف مشروع إذا كانت الخسائر المدنية التبعية لا تتناسب مع المكسب العسكري المحدد الناجم عن الهجوم".

أما المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا سابقا، فقد أكدت في قضية "كوبريسكيتش" أن القانون الدولي يتضمن مبدأ عاما يقضي بأنه يجب بذل العناية المعقولة، عند مهاجمة أهداف عسكرية، حتى لا يصاب مدنيون دون مبرّر بسبب الإهمال. وتكون الهجهات غير قانونية، حتى إذا ما كانت موجهة إلى أهداف عسكرية مشروعة، إذا كان تنفيذها يتم باستخدام وسائل أو أساليب حرب عشوائية أو بطريقة تسبب أضرارا عشوائية بلا تمييز للمدنيين "⁴⁵.

وأقرت المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا سابقا أن توضيح مبدأ التناسب قد يكون أسهل من تطبيقه على وضع معين. وفي حملة حلف شهال الأطلسي للقصف الجوي على صربيا، رأت المحكمة أن مسألة معرفة مدى مراعاة مبدأ التناسب يجب تحليلها على أساس كل حالة على حدة وفقا لمعيار موضوعي: وهو تقييم "القيادة الرشيدة"⁴⁶.

⁴³ الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها، حيثيات القضية، الحكم، تقارير محكمة العدل الدولية 1984، ص. 14، الفقرة . 176

⁴⁴ شرعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية، رأي استشاري، تقارير محكمة العدل الدولية 1996، ص. 226، رأي منفصل للقاضي هيجنز، ص. 587.

⁴⁵ قضية كوبريسكيت، الدائرة الابتدائية للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا سابقًا، 14 كانون الثاني/يناير 2000، الفقرة 524.

⁴⁶ التقرير النهائي للمدعي العام للجنة التي أنشئت لمراجعة حملة القصف الجوي لحلف شيال الأطلسي على جمهورية يوغوسلافيا الاتحادية، المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا سابقًا، 13 حزيران/ يونية 2000، الفقرة 49، متاح في الموقع الإلكتروني http://www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm

ويمكن أن نعتبر، بناء على قاعدة أنه من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل، أنه إذا كان مبدأ التناسب معمولا به في زمن الحروب والنزاعات فإنّه، من باب أولى وأحرى، أن يقع العمل به في زمن السلم لحفظ الحقوق من كافة المتدخلين في هذا الميدان بها في ذلك الهيئات العمومية المستقلة.

في هي الآليات التي تضمن مقاربة متجانسة بين الهيئات العمومية المستقلة عند إعمال مبدأ التناسب؟



وا هي الآليات العولية لضوان التجانس بين الهيئات العوومية الوستقلة في إعوالها لوبدأ التناسب؟

32

لضان فهم متجانس لمبدأ التناسب في عمل الهيئات العمومية المستقلة، يتعين اعتماد هذه الأخيرة على مقاربة متجانسة لحدود الحقوق والحريات المتنافرة موضوع تدخل مختلف الهيئات لتجاوز التضارب في التأويل (القسم الأول) كما يمكنها اعتماد مقاربة متجانسة من خلال التشاور والتنسيق فيما بينها (القسم الثاني).

القسـم الأوّل– اعتماد مقاربة متجانسـة بين الميئات العمومية المسـتقلة لتجاوز التضارب في التأويل

طالما أن مجال تدخل مختلف الهيئات العمومية المستقلة يتعلق بتنظيم وضهان وحماية الحقوق والحريات، فقد يترتّب عنه تداخل بين تلك الهيئات وتباين في كيفية إعمالها لمبدأ التناسب، ممّا قد يؤثر على ضهان التمتع بتلك الحقوق.

مثلا، يعطي مشروع القانون الأساسي عدد 42-2016 المتعلق بهيئة حقوق الإنسان لهذه الهيئة مجالا واسعا للتدخل سواء بخصوص مجال اختصاصها الترابي (الفصل 5 يمكّنها من ممارسة مهامها لمعالجة انتهاك حقوق الإنسان تجاه الأشخاص الطبيعيين والمعنويين داخل التراب التونسي) أو بخصوص الفئات الخاضعة لمجال تدخلها على الصعيد الشخصي (فهي تتدخل لصالح أي شخص في الأراضي التونسية يشكو من انتهاك من قبل السلطات العمومية أو من قبل أفراد أو جماعات).

قد تؤدي هذه الولاية العامة للهيئة إلى تداخل وتقاطع مع بقية الهيئات التي يمنحها القانون اختصاصا لتنظيم وحماية حقوق معينة، ونخص بالذكر الهيئة الوطنية للوقاية من التعذيب والهيئة الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر. حيث تتولى هاتان الهيئتان أيضا الرّصد والتحري في شأن الانتهاكات والانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان سواء داخل مراكز الإيواء أو المؤسسات السجنية أو حتى المؤسسات الخاصة. وينصّ القانون المتعلق بالهيئة على إمكانية إبرام اتفاقيات للتعاون والشراكة بين هيئة حقوق الإنسان وبقية الهيئات العمومية المستقلة وذلك قصد تأمين التنسيق بين عمل مختلف الهيئات. ولا تحول هذه الآلية دون إمكانية الاتفاق بين هذه الهيئات على كيفية إعمال مبدأ التناسب في مختلف اختصاصاتها بطريقة متناغمة بما يساعد على إضفاء مزيد من النجاعة على تدخّل الهيئات العمومية المستقلة لحماية وضهان الحقوق والحريات.

مثال 1

لعلّ من بين أبرز الأمثلة على إمكانية التصادم بين الحقوق، مما يطرح مسألة التداخل ومن ثمة إمكانية التباين في إجراء اختبار التناسب، التباين في المقاربة المعتمدة من قبل كل من هيئة النفاذ إلى المعلومة وهيئة حماية المعطيات الشخصية. إذ أن الموازنة التي قد تجريها هيئة النفاذ إلى المعلومة بين الحد من مجال حماية بعض المعطيات الشخصية

خدمة أهداف تتصل بالأمن العام أو الدفاع الوطني أو تغليبها لمصلحة عامة على مصلحة خاصة مرتبطة بمعطى شخصي قد تكون في نظر هيئة حماية المعطيات الشخصية موازنة غير معقولة بين الحد المسلط على حماية المعطيات الشخصية وموجباتها بالنظر إلى كون الحق الأساسي الذي تعمل على ضهانه وحمايته يكمن في حماية المعطيات الشخصية.

وقد أكدت هيئة النفاذ إلى المعلومة، بمناسبة إبداء رأيها بخصوص مشروع قانون حماية المعطيات الشخصية، أن القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 والمتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة يوفّر الحماية القانونية اللازمة للمعطيات الشخصية في فصوله 24 و27، غير أنّ مشروع القانون عدد 25 لسنة 2018 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية تضمّن في المقابل تعريفا موسعا لمفهوم المعطيات الشخصية، (الفصل 4). كما تضمّن تعريفا موسعا لمفهوم معالجة المعطيات الشخصية ⁴⁷ مع توقيع عقوبات جزائية ضد من يخالف أحكامه. وهي كلها أسباب تؤدي بالضرورة، حسب هيئة النفاذ إلى المعلومة، إلى إفراغ الحق في النفاذ إلى المعلومة من كاً, مضمون.

لتفادي إمكانية وجود تعارض بين موجبات الحقوق المضمونة موضوع تدخل الهيئات العمومية المستقلة، وجب اعتهاد مقاربة متجانسة لحدود الحقوق والحريات. وتجدر الإشارة إلى أن الهيئات مدعوة إلى تطبيق مبدأ التناسب كلّها طرحت مسألة التباين أو الموازنة بين حدود وموجبات مختلفة. فمثلا هنالك صعوبة لإيجاد توازن بين حرية التعبير والحق في حماية مصادر الصحفيين وبين حماية حقوق الآخرين (حماية الحياة الخاصة أو حماية المعطيات الشخصية أو السر المهني أو البنكي)، قد تتعارض مصلحة خاصة محمية قانونا مع مصلحة عامة، قد يتعارض الحق في حماية المعلومة.

وقد حاولت هيئة النفاذ إلى المعلومة، ضمن مجموعة من قراراتها، تطبيق عناصر مبدأ التناسب لمّا وجدت نفسها في موقف يتطلب الموازنة بين موجبين مختلفين أو متعارضين. ويمكن أن نلاحظ أن هيئة النفاذ إلى المعلومة تتبع نفس التمشي في قراراتها، إذ تنطلق دائها بالتذكير بمكانة الحقّ في النفاذ إلى المعلومة بوصفه حقّا أساسيّا لكلّ شخص طبيعي أو معنوي يتم تنظيم ممارسته بموجب القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المتعلق بالحقّ في النفاذ إلى المعلومة مرتبط بتحقيق جملة من الأهداف أبرزها تعزيز مبدأي الشفافية والمساءلة فيها يتعلق بالتصرّف في المرفق العام.

⁴⁷ يجدر التذكير هنا أنَّ التعريف جاء تطبيقا لتوصيات اللجنة التقنية المسؤولة على تطبيق الاتفاقية عدد 108 التي صادقت عليها تونس منذ نوفمبر/ تشرين الثاني2017 كما أمضت على البروتوكول التعديلي لاتفاقية حماية الأفراد فيها يتعلق بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي المعروفة بالاتفاقية +108.

هذا الحق يمكن أن تطرأ عليه تحديدات تجد مبرراتها في الموجبات التي نصّ عليها الفصل 24 من القانون عدد 22 الذي يقتضي "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 فيها يتّصل بها أو بحقوق الغبر في حماية حياته الخاصة ومعطياته الشخصية وملكيته الفكرية".

حاولت الهيئة دائها بيان أن التقييد الذي يوظّف على الحق له أساس قانوني وأنها ستراعي في قرارها التناسب بين المصالح المراد حمايتها والغاية من مطلب النفاذ.

مراحل اختبار التناسب المعتمدة من قبل هيئة النفاذ إلى المعلومة

التذكير بمكانة الحق في النفاذ إلى المعلومة كحقّ أساسي دستوري

ارتباط هذا الحق بجملة من الأهداف أبرزها تعزيز مبدأي الشفافية والمساءلة

وجود قيود لهذا الحق: إلحاق الضرر بالأمن العام، بالدفاع الوطني أو بالعلاقات الدولية فيها يتصل بهما

القيود لها أساس قانوني

خضوع القيود لتقدير الضرر من النفاذ (يجب أن يكون جسيما)

التناسب بين المصالح المراد حمايتها والغاية من مطلب النفاذ

مثال 2

إمكانية التعارض بين الحق في النفاذ إلى المعلومة والحق في حماية المعطيات الشخصية

طالما أن الحق في النفاذ إلى المعلومة والحق في حماية المعطيات الشخصية هما حقّان دستوريان، تكون الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية وهيئة النفاذ إلى المعلومة مدعوّتان إلى الأخذ بعين الاعتبار أنّ أي موازنة يتمّ إجراؤها بين حدود أي حقّ منهما وموجباته لا ينبغي أن تؤدي في النهاية إلى إفراغ الحق من مضمونه.

تضمن القانون الأساسي عدد 22 من بين الاستثناءات التي ترد على الحق في النفاذ إلى المعلومة حقوق ألغير في حماية حياته الخاصة ومعطياته الشخصية فضلا عن إتاحة الفصل 27 للجهة الماسكة للمعطيات إمكانية حجبها متى كان ذلك ممكنا. وقد تضمن الفصل 4 من القانون الأساسي عدد 63 المؤرخ في 27 جويلية/ تموز 2004 موازنة بين الحقين من خلال التمييز بين المعطيات المتصلة بحياة الأفراد الخاصة والتي لا تدخل في مجال حقّ النفاذ والمعطيات المتصلة بالحياة العامة أو المعتبرة كذلك قانونا والتي يسوغ النفاذ إليها.

ويمكن أن نجد في التطبيق تعارضا بين الحق في النفاذ للمعلومة والحق في حفظ السر البنكي بالنسبة للعلاقة التعاقدية بين الحرفاء والبنوك، إذ أنّ البنوك مجبرة على مدّ الهيئات العمومية المستقلة ببعض المعطيات البنكية. وتجدر الإشارة إلى أن البنك المركزي عادة ما يبدي تحفظا، بمناسبة النزاعات التي قد تنشأ عموما بين البنوك والهيئات العمومية المستقلة أو بينه وبين وكل من هيئة النفاذ إلى المعلومة وهيئة مكافحة الفساد، بصورة أخص، في خصوص كشف المعطيات البنكية رغم أن القوانين المتعلقة بمكافحة الفساد تلزمه، على غرار بقية السلط العمومية، بالاستجابة لطلب تلك الهيئات بخصوص مدها بالبيانات والمعطيات البنكية.

اعتبرت هيئة النفاذ إلى المعلومة أن إتاحة البنك المركزي للمعلومات المطلوبة لفائدة الهيئة العليا للاتصال السمعي والبصري في إطار القانون المتعلق بالنفاذ إلى المعلومة " لا يعتبر، خلافا لما دفع به البنك المركزي، من قبيل إفشاء السر المهني، بل ينصهر ضمن تحقيق الأهداف الأساسية التي يسعى القانون المتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة إلى تكريسها فيها يتصل بتعزيز مبدأي الشفافية والمساءلة ودعم الثقة في المفياكل الخاضعة لأحكام القانون. وحيث أنه فضلا عن ذلك، فإن المصلحة العامة من تقديم المعلومات المطلوبة إلى الهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي والبصري المتمثلة في تمكينها من التحري في شفافية تمويل وسائل الإعلام ومدى التزامها بالمبادئ والأحكام الأساسية المنظمة للقطاع، تُعدّ في تقدير الهيئة، وبالنظر إلى السياق الانتقالي الذي تمرّ به البلاد، أهمّ من المصالح الخاصة المراد حمايتها من قبل البنك المدعى عليه "84"

وأجرت هيئة النفاذ في قرار آخر نفس الموازنة معتبرة أن المصلحة العامة من تقديم المعلومة والمتمثلة في الكشف عن شبهات فساد وعن تجاوزات مالية ومحاسبية بالمؤسسة المعنية يعدّ في تقدير الهيئة أهمّ من المصلحة المراد حمايتها من قبل البنك المدعى عليه وأهمّ من الضرر الذي يمكن أن يلحق بالمعطيات الشخصية على فرض ثبوته.

"وحيث لئن تضمّن التقرير المطلوب بعض المعطيات الشخصية المتعلقة بأسهاء بعض الحرفاء وألقابهم وحساباتهم البنكية، فإنّ ذلك لا يحول دون النفاذ إلى هذا التقرير طالما أنه من الممكن حجب هذه المعطيات الشخصية عند تسليم التقرير وفقا لما تخوله أحكام الفصل 27 من القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة ودون المساس ببقية المعلومات المراد النفاذ إليها والمضمنة بالتقرير "90"

ويمكن أن تُطرح في التطبيق مسألة الموازنة بين المصلحة العامة في الحفاظ على مبدأي الشفافية والمساءلة على مستوى التصرف في الأموال العمومية وبين المصلحة الخاصة في حماية المعطيات الشخصية.

وقد استندت هيئة النفاذ إلى المعلومة في تعليل تغليبها للمصلحة العامة في القرار المتعلق برفض الإتحاد العام التونسي للشغل تمكين العارض من الحصول على قائمة النقابيين المتمتعين بالتفرغ

⁴⁸ هيئة النفاذ إلى المعلومة، القرار عدد 2019/ 933 بتاريخ 1 أوت/ آب 2019، الهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي البصري في شخص ممثلها القانوني ضد البنك المركزي التونسي في شخص ممثله القانوني.

⁴⁹ قرار عدد 2018/ 33 بتاريخ 19 أفريل/ نيسان 2018، س.ش ضد محافظ البنك المركزي التونسي.

النقابي أو بالوضع على الذمة إلى كون المعطيات المطلوبة، بها فيها الانتهاءات النقابية، معلومة للعموم. كها أقرت الهيئة أن الكشف عن تلك المعطيات يساهم في تكريس مبدأي الشفافية والمساءلة، بالرغم من أن المعطيات المتعلقة بالانتهاء النقابي تدخل ضمن فئة المعطيات الحساسة حسب الفصل 14 من قانون 2004 المتعلق بحهاية المعطيات الشخصية وكذلك حسب اللائحة الأوروبية لحماية المعطيات الشخصية بها يستدعى إفرادها بنظام حماية مخصوص.

"وحيث على فرض أن الكشف عن المعلومات المطلوبة في هذا الصدد من شأنه المساس بالمعطيات الشخصية للأعوان المعنين والمتصلة بانتهائهم النقابي، فإن المصلحة العامة التي ستحقق من خلال الكشف عن هذه المعلومات والمتصلة بتكريس مبدأي الشفافية والمساءلة على مستوى التصرف في الأموال العمومية تعتبر في تقدير الهيئة أهم بكثير من الضرر الذي يمكن أن يلحق بهؤلاء الأعوان نتيجة الكشف عن انتهاء اتهم النقابية لاسيا وأن انتهاء هم للمنظمة النقابية المعنية ونشاطهم بهيا كلها معلوم للعموم"50.

مثال 3

التعارض بين حق الانتخاب وموجبات الصحة العامة

تولّت الهيئة العليا المستقلة للانتخابات تعليق الانتخابات البلدية الجزئية لبلديتي جبنيانة وحاسي الفريد بهدف حماية الصحة العامة والتوقي من انتشار وباء كورونا. لم تبيّن الهيئة بصدد هذا التعليق ما إذا كان القيد المسلط على حق الانتخاب ضروريا لتحقيق مصلحة عامة متعلقة بحفظ الصحة العامة وأنّه متناسب من حيث خطورته مع التهديد المسلط على الهدف المراد حمايته والمتمثل في حماية الناخبين ومختلف المتدخلين في العملية الانتخابية من أعوان وإطارات الهيئة العليا المستقلة للانتخابات وناشطي المجتمع المدني ممّن يتولون ملاحظة الانتخابات، بالإضافة إلى أفراد الأمن والجيش وغيرهم من الأعوان العموميين بالنظر إلى الوضع الصّحي والبيئي للبلديات المعنية بإجراء الانتخابات الجزئية.

ولم تبيّن الهيئة كذلك عدم نجاعة بقية الوسائل الوقائية المتاحة لحياية الصحة في فترة الانتخابات لإجراء تلك الانتخابات وتمكين متساكني تلك المناطق من ممارسة حقهم في اختيار ممثليهم بالمجالس البلدية مع ضهان سلامة وصحة كل المتدخلين في تلك العملية بالنظر إلى الوضع الصحى بتلك المناطق ونسبة وجود وانتشار الوباء بها.

اكتفت الهيئة بالإشارة إلى أنه: "نظرا لموجبات الصحة العامة، تعلم الهيئة العليا المستقلة للانتخابات عن أتعليق تنفيذ الروزنامة الانتخابية للانتخابات البلدية الجزئية لبلديتي جبنيانة وحاسي الفريد المزمع إجراؤها يومي 28 و29 مارس/ آذار 2020 والمحددة بقراري الهيئة عدد 1 و δ لسنة 2020 وذلك انطلاقا من يوم السبت 14 مارس/ آذار 2020 على الساعة منتصف الليل على أن يستأنف تنفيذها حال انقضاء موجبات التعليق ووفقا لقرار يصدر عن مجلس الهيئة يضبط فترة الحملة الانتخابية وفترة الصمت وأيام الاقتراع..." δ

⁵⁰ هيئة النفاذ إلى المعلومة، القرار عدد 2019/ 1123 بتاريخ 28 نوفمبر/ تشرين الثاني 2019، ع.د ضد الإتحاد العام التونسي للشغل في شخص ممثله القانوني.

⁵¹ قرار الهيئة العليا المستقلة للانتخابات بتعليق الانتخابات الجزئية لبلديتي جبنيانة وحاسي الفريد.



قد يفضي التداخل بين اختصاصات الهيئات وإمكانية حصول تعارض أو تباين في تأويلها للحقوق أو لحدود الحقوق إلى وجود تباين في كيفية تطبيق اختبار التناسب بين مختلف الهيئات. لذلك فإنّه من المستحسن أن تكون هنالك إمكانية للتعاون والتنسيق بين مختلف الهيئات العمومية المستقلة من خلال الحرص على التشاور خصوصا بالنسبة للقرارات ذات البعد المشترك وذلك قصد ضهان تناغم في مقاربات الهيئات لمبدأ التناسب وبغرض تقريب وجهات النظر والمقاربات المعتمدة لفهم المسائل المطروحة في علاقة بحدود الحقوق. في هذا الصدد، ينص مشروع القانون الأساسي عدد 25-2018 المتعلق بحاية المعطيات الشخصية على أن الهيئة تتولى "العمل بالتعاون مع هيئة النفاذ إلى المعلومة وكافة المؤسسات العمومية المعنية بالرقابة والتعديل، من أجل إصدار القرارات وإعداد الأدلة والإطارات المرجعية المشتركة ذات الصلة بالنفاذ إلى المعطيات الشخصية".

قد يكون التقارب بالتنسيق والاتصال بين مختلف الهيئات أو من خلال إحداث وحدة دائمة للمراقبة القانونية تتولى النظر في جميع النصوص القانونية وترسل إشعارات للهيئات حول الانعكاسات المحتملة على الحقوق والحريات.

وتستدعي مباشرة الهيئات العمومية المستقلة لوظيفتها الاستشارية 52 إيجاد وتركيز آلية يقظة قانونية وصيغ للتنسيق بينها ضرورة أن محارسة تلك الصلاحية تستدعي الدراسة والتأكد من مختلف عناصر مبدأ التناسب بها يسمح للهيئة التي تتم استشارتها من التثبت من تناسب القيود التي قد تفضي إلى النيل (في بعض الجوانب والمسائل من مشروع النص المعروض على الاستشارة) من حقوق تدخل في مجال اختصاص بقية الهيئات التي لم تتمّ استشارتها مع الأهداف التي تمّ من أجلها إقرار تلك القيود.

تجدر الإشارة إلى وجود نواة غير رسمية في تونس وهي رابطة الهيئات العمومية المستقلة. تقوم الرابطة بدور تنسيقي وتشاوري مهم لبلورة رؤية وعمل مشترك بين الهيئات. ويمكن للرابطة أيضا أن تكون مجالا للالتقاء مع المجتمع المدني ومجالا لخلق رأى عام مساند لعمل الهيئات.

مثال

في فرنسا، قامت مؤخرا الفروع الجهوية لرابطة حقوق الإنسان (على غرار فرع تولوز و فرع مونتبيليي) بإنشاء وحدة يقظة صارمة لحالة الطوارئ الصحية وذلك قصد مراقبة التزام القرارات التي اتخذتها السلطات العمومية بمبادئ الضرورة والتناسب. وأكّدت أن القيود يجب أن تبقى استثنائية، محدّدة في الزمن وأن تنتهي بانتهاء موجبها. كما يجب أن تكون القيود متناسبة مع موجبات أساسية مثل الحق في الصحة خصوصا بالنسبة للأشخاص الذين هم في وضعيات هشة أو المعتقلين أو الموقوفين مع ضرورة الحرص على سلامة الأشخاص

⁵² بالنظر إلى تداخل الحقوق وإمكانية تعارضها من جهة، وإلى إحجام جهة المبادرة، في بعض الحالات عن عرض مشروع القانون على مختلف الهيئات المستهدفة والمشمولة به من جهة أخرى.

الذين عليهم مواصلة تأمين وظائفهم في هذا الظرف الاستثنائي 53. وقد اعتمدت هذه الخلايا على التجربة والوسائل والإطار القانوني للفريق القانوني (L'équipe légale) الذي أحدث في 2018 في فرنسا قصد مراقبة المارسات الموليسية خلال المظاهرات.

يمكن للهيئات العمومية المستقلة الاستفادة من التجارب المقارنة في مجال إعال مبدأ التناسب. مثلا يمكن للهيئات وخصوصا هيئة حماية المعطيات الشخصية الاستفادة من عمل اللجنة الوطنية الفرنسية للإعلامية والحريات. كا يمكن الاستفادة من عمل مراقب حماية المعطيات الأوروبية (European Data Protection Supervisor) كهيئة مستقلة تشرف على حماية المعطيات الشخصية والحياة الخاصة في الإتحاد الأوروبي وخاصة بالاستئناس بالدليل الذي أصدرته تلك الهيئة لتقييم ضرورة الإجراءات المقيدة للحق الأساسي في حماية المعطيات الشخصية بالإضافة إلى الدليل المتعلق بالتناسب⁵⁴.

https://www.ldh-france.org/wp-content/uploads/2020/04/LDH-Cellule-veille-020420.pdf 53

European DATA Protection Supervisor, Guide pour l'évaluation de la nécessité des mesures limitant le droit 54 fondamental à la protection des données à caractère personnel, 11 avril 2017; EDPS, Lignes directrices du CEPD portant sur l'évaluation du caractère proportionné des mesures limitant les droits fondamentaux à la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, 2019 disponible sur le lien suivant : https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/19-12-19_edps_proportionality_guidelines2_fr.pdf; Observations formelles du CEPD relatives au projet de règlement délégué de la Commission modifiant le règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen en ce qui concerne la définition de catégories de données opérationnelles à caractère personnel et de catégories de personnes concernées aux fins du traitement de ces données dans l'index, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/20-07-31_edps_comments_on_draft_commission_delegated_regulation_amending_council_regulation_eu_2017-1939_of_12_october_2017_fr.pdf



مبدأ التناسب كألية عمل للهيئات العمومية المستقلة

تستند دراسة مسألة تطبيق مبدأ التناسب من قبل الهيئات العمومية المستقلة إلى تبويب يقوم على تصنيف الهيئات حسب طبيعتها القانونية. لذلك سنتعرّض أولا للهيئات الدستورية (القسم الأول) قبل أن نتطرّق للهيئات غير المكرّسة بالدستور (القسم الثاني)، مع العلم أنّ هذا التقسيم تمّ اعتهاده لضرورة منهجية، لكنّ سيتمّ داخله التطرّق إلى الهيئات بصفة فردية، هيئة بهيئة.

القسم الأول– كيف يوكن للميئات الدستورية إعمال وبدأ التناسب؟

سيتم التّعرض إلى الهيئات الدستورية تباعا حسب الترتيب الذي جاءت به في الدستور. لذلك سنتعرض أوّلا إلى هيئة الانتخابات (الفرع الأول)، ثم هيئة الاتصال السمعي البصري (الفرع الثاني)، تليها هيئة حقوق الإنسان (الفرع الثالث)، فهيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة (الفرع الرابع) وأخيرا هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد (الفرع الخامس).

الفرع الأول– كيف يمكن للميئة العليا المستقلة للانتخابات أن تطبق مبدأ التناسـب؟

تتولى الهيئة إدارة الانتخابات والاستفتاءات وتنظيمها والإشراف عليها في جميع مراحلها وتضمن سلامة المسار الانتخابي ونزاهته وشفافيته وتصرح بالنتائج. وتتمتع الهيئة بصلاحيات استشارية (الفقرة الأولى) وترتيبية (الفقرة الثانية) في مجال اختصاصها. وتكون الهيئة مدعوة لتطبيق مبدأ التناسب بمناسبة ممارستها لمختلف هذه الاختصاصات.

الفقرة الأولى– تطبيق التناسب بهناسبة ووارسة الميئة لصلاحياتها الاستشارية

يجدر أوّلا التذكير بأهمية الدور الاستشاري في إعهال مبدأ التناسب، إذ أن الهيئة مطالبة -عند إبداء الرأي بخصوص مشاريع القوانين المعروضة عليها أو عند مبادرتها بإبداء مقترحات بخصوص عدد من مشاريع القوانين- بالتثبت من كل عناصر مبدأ التناسب ويمكن للهيئة بهذه المناسبة التعرض لكل عناصر الفصل 49. ورغم أن الوظيفة الاستشارية منصوص عليها بوضوح في النصوص القانونية المنظمة للهيئات، إلّا أنّنا نلاحظ أنه لا يتم في الواقع استشارة الهيئات والاستئناس برأيها في مشاريع القوانين المتعلقة بمجال اختصاصها بصفة آلية.

لذلك يجب على الهيئة المستقلة للانتخابات:

• الحرص على فرض واجب احترام صاحب المبادرة التشريعية لصلاحياتها الاستشارية من خلال إثارتها لهذه المسألة كلّم تعلق الأمر بمشروع قانون يندرج ضمن مجال اختصاصها.

المبادرة بإبداء رأيها وتقديم مقترحات تعديل، عند الاقتضاء، بخصوص المشاريع التي قد لا يتعلق موضوعها مباشرة بأحد مجالات تدخلها ولكنها قد تتضمن بعض الأحكام التي من الممكن أن تنعكس على مجال تدخلها وكيفية أدائها لمهامها. وهو ما قامت به مثلا هيئة الانتخابات بخصوص مشروع القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية ومشروع القانون المتعلق بالجاعات المحلية.



← إذا طُلب منها إبداء الرأي،

→ أو عندما تقوم الهيئة تلقائيا بتقديم مقترحات بخصوص مشاريع القوانين.

لمزيد تفعيل دور الهيئة في حماية الحقوق التي تدخل في مجال نشاطها، فإنّه يتّجه الحرص مستقبلا على اعتماد وتطبيق الفصل 49 برمته عند دراسة مشاريع القوانين التي تُعرض عليها والمتعلقة بتنظيم الحقوق الانتخابية وذلك باتباع المنهجية التالية:

شرط التّحفّظ التشريعي التأكد من أن الموانع أو القيود أشترطت بقانون أي التّنبّت من ممارسة المشرع لكامل صلاحيته في تنظيم الحق أو الحرية موضوع التدخل التشريعي والتأكد من استيفاء مشروع القانون المعروض للدقة والوضوح في المفاهيم التي يعتمدها عند وضع الضوابط والقيود

شرط الضرورة في دولة ودنية ديوقراطية (الضرورة الخارجية) التثبُّت من أنَّ القيود ضرورية أي أنَّ القيود تستدعيها إحدى الموجبات المنصوص عليها بالفصل 49 وأنّها ضرورية في دولة مدنية وديمقراطية

> التأكد من عدم مساس تلك القيود من جوهر الحق أي أنَّ القيود الموظَّفة لا تلغي الحقّ تماما أو تفرغه من محتواه

قياس الولاءوة التُّبِّت من ملاءمة تلك القيود للهدف التشريعي الذي من أجله تمّ إعداد مشروع القانون وفرض جملة من القيود على الحقوق والحريات

قباس الضرورة (الداخلية) التّأكّد من عدم توفّر خيارات أخرى أقلّ حدّة لتأطير ذلك الحقّ وتسمح بتحقيق الخيار التشريعي

> قياس التناسب في معناه الضيق تقدير ما إذا كانت الآثار المترتبة عن تلك القيو د تُعدّ متناسبة مع الغاية المزمع تحقيقها من وضع تلك القيود

يبرز من خلال الآراء التي أبدتها الهيئة بخصوص العديد من مشاريع القوانين عدم توقّقها في استبطان وإعمال أحكام وضوابط الفصل 49 فيها يتعلق بحدود الحقوق التي تدخل في مجال اختصاصها كآلية لضمان حماية معمقة وناجعة للحقوق والحريات الأساسية، وهو ما يوحي بأن الهيئة لم تستبطن بعد مبدأ التناسب وفلسفة الفصل 49 رغم آرائها المدافعة على الحقوق الانتخابية.

مثال

في ملاحظاتها حول مشروع القانون الأساسي للانتخابات المحلية (نسخة 20 أكتوبر/ تشرين الأوّل 2015)، أبرزت الهيئة أنّ توسيع الحرمان من حقّ الانتخاب في الفصل 6 ليشمل كلّ المحجور عليهم بحكم قضائي يعني حرمان كلّ من المفلس والسفيه من حقّ الانتخاب، يُعتبر توسّعا غير مبرّر. كها اقترحت حذف الفقرة الثالثة من الفصل 104 التي تنصّ على أن "ينتفع بالتدابير والإجراءات الخاصة بذوي الإعاقة يوم الاقتراع كلّ ناخب يستظهر ببطاقة إعاقة". واعتبرت أن هذه الفقرة تحدّ من حقّ الناخب المعوق في الاقتراع، إذ أنّ عديد المعوقين لا يحملون بطاقات إعاقة كها أنّه هناك إعاقات وقتية لا يحمل أصحابها بطاقات إعاقة كالأشخاص المتعرضين لحوادث مرور نتجت عنها إعاقة.



- -مدى ملاءمة القيود الموظفة على الحقوق مع الخيار التشريعي،
 - -أنّ تلك القيود تُعدّ الأقلّ تقييدا لمارسة الحق،
- -ألّا تتجاوز آثار تطبيق القيود قدرا معقولا بالنظر إلى أهمية الهدف التشريعي.

وهذه المنهجية تسمح بتفادي توظيف قيود مشطة على الحقوق وتساعد على تحققها الأمثل داخل دولة ديمقراطية، بها يضفي على آراء الهيئة قدرا هاما من الوضوح والتناغم ويقنع جهة المبادرة بوجاهة موقفها ويساعد على تركيز منظومة قانونية متلائمة مع أحكام الدستور.

الفقرة الثانية– تطبيق التناسب بمناسبة ممارسة الميئة لصلاحياتها الترتيبية

تتمتّع الهيئة "بسلطة ترتيبية خاصة 55 في المجال الانتخابي. يتولّى مجلس الهيئة وضع التّراتيب اللازمة لتنفيذ التشريع الانتخابي وتنفيذ المهام الموكلة إليه وفرض احترام التشريع الانتخابي من قبل جميع المتدخلين في المسار الانتخابي بها في ذلك تسليط العقوبات غير الجزائية المترتبة على المخالفات الانتخابية 65.

⁵⁵ تستند السلطة الترتيبية للهيئة على الفصل 126 من الدستور، كها تجد أساسها في الفصل 19 من القانون الأساسي عدد 23 لسنة 2012. تتخف التراتيب في المجالات التاليبية: ...قواعد وإجراءات تسجيل الناخبين، قواعد وإجراءات الترشح، قواعد وإجراءات مراقبة الحملة الانتخابية وتحويلها، قواعد وإجراءات الأمين الأرشيف الانتخابي.

⁵⁶ الفصل 15 من قرار الهيئة العليا المستقلة للانتخابات عدد 5 لسنة 2014 المؤرخ في 24 أفريل/نيسان 2014 والمتعلق بضبط النظام الداخلي للهيئة العليا المستقلة للانتخابات كيا تم تنقيحه بالقرار عدد 12 لسنة 2014 المؤرخ في 16 جويلية/ تموز 2014.

يجب على الهيئة أن تحرص في قراراتها الترتيبية على ضهان حقوق الناخب وعدم التضييق فيها دون موجب. فالهيئة تكون مدعوة إلى إعهال التناسب عند ضبط الصيغ والإجراءات العملية المتعلقة بعملية التسجيل والاقتراع وبمهارسة بقية الحقوق الانتخابية.

1. الحق في الانتخاب

في إطار ضبطها للصيغ المتعلقة بعملية تسجيل الناخبين، تمسك الهيئة -حسب الفصل 7 من القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 ⁵⁵ سجل الناخبين وتتولّى ضبطه انطلاقا من آخر تحيين له. ويتعيّن على الهيئة إعمال التناسب بين الحق الذي منحه لها القانون بالحصول على المعطيات المحيّنة الخاصة بالممنوعين من ممارسة حق الانتخاب وبين الالتزام الذي يفرضه عليها نفس الفصل فيما يتعلق بالمحافظة على سرية المعطيات الشخصية. لذا، ينبغي على الهيئة إعمال اختبار التناسب للتثبت من أن نزاهة وصدقية البيانات المضمنة بسجل الناخبين وتحيينها يكون متناسبا مع المحافظة على سرية المعطيات الشخصية من خلال:

ضبط صيغ وإجراءات معالجة المعطيات المعتمدة في ضبط وتحيين السجل وطرق حفظها

تحديد طرق وضوابط التبادل البيني بين مختلف الهياكل العمومية الماسكة لقواعد البيانات المرجعية المكونة للسّجل الانتخابي

الاقتصار عند تبادل المعطيات وحفظها على البيانات الضرورية لتحديد صفة الناخب

ضبط قواعد تمكين الشخص المدرج بالسجل من الاطلاع على البيانات المتعلقة به ومختلف عمليات المعالجة التي خضع إليها ومنحه، عند الاقتضاء، إمكانية تقديم مطلب بخصوص إدخال تعديلات عليها

> ضبط قواعد وإجراءات تتعلق بكيفية استخراج واستعمال مختلف البيانات المضمنة بالسجل أثناء المسار الانتخابي من قبل الإدارة الانتخابية ومختلف المتدخلين في المسار الانتخابي

> تحديد شروط حفظ البيانات المستخرجة من السجل خلال مختلف مراحل المسار الانتخابي والضوابط المتعلقة بإتلافها

إخضاع السجل الانتخابي إلى تدقيقات دورية بخصوص سلامة التطبيقات المعتمدة وطرق مسكها وحفظها والتأكد من صدقية البيانات المضمنة بالسجل أو المستخرجة منه

> التعهد بحماية المعطيات المضمنة بالسجل وعدم إحالتها للغير خارج الصور والغايات التي من أجلها تمّ جمعها ومعالجتها وحفظها

⁵⁷ القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرخ في 26 ماي/ أيار 2014 والمتعلق بالانتخابات والاستفتاء كها تم تنقيحه وإتمامه بمقتضى القانون الأساسي عدد 7 لسنة 2017 المؤرخ في 14 فيفري/ شباط 2017 والقانون الأساسي عدد 76 لسنة 2019 المؤرخ في 30 أوت/آب 2019

–وثال–

يسوغ للهيئة وضع المعطيات الإحصائية المتصلة بسجل الناخبين وعمليات التحيين على ذمّة العموم 58 لضهان أكبر قدر من الشفافية للمسار الانتخابي وتمكين مختلف المشاركين في المسار من الاطلاع على معطيات تسمح لهم بضبط برامج وخطط عملهم سواء في متابعة وملاحظة المسار أو إعداد وتوجيه حملاتهم التوعوية أو حملاتهم الانتخابية. وهذا من شأنه أن يحقّق مشاركة أوسع للناخبين ويوفّر إطارا أمثل لمناقشة واسعة ومعمقة للبرامج بها يضمن التعددية ويعززها ويكفل إطلاع عموم الناخبين على فحوى تلك البرامج وتحديد خياراتهم بكل رويّة وتبصّر.

وطالما أن المعطيات المتاحة للعموم ولمختلف المتدخلين في المسار الانتخابي تتضمن فقط إحصائيات متعلقة بالشريحة العمرية والجنس ولا تشمل معطيات تجعل الناخبين قابلين للتعريف، مثل الاسم أو اللقب أو رقم بطاقة التعريف، فإن ذلك يكفل حماية للمعطيات الشخصية للناخبين المرسمين بالسجل بصرف النظر عن كيفية توزيعهم على مراكز ومكاتب الاقتراع. فلا يمكن اعتبار نشر المعطيات الإحصائية ببعض المكاتب ومراكز الاقتراع التي تضم عددا محدودا من الناخبين تهديدا لحياية المعطيات الشخصية لهذه الفئة من الناخبين بأن يصيرهم قابلين للتعريف انطلاقا من المعطى المتصل بالشريحة العمرية أو النوع الاجتماعي. إذ طالما أن الإحصائيات لا تشمل معطيات الشخصية. أو اللقب أو الوظيفة أو مقر السكني، فهي بذلك متناسبة مع هدف حماية المعطيات الشخصية.

هذا ما ذهبت اليه الهيئة الوطنية لح إية المعطيات الشخصية في الراي عدد 38 المؤرخ في 16 جوان/ حزيران 2015 "وحيث أنّ طلب دائرة المحاسبات الحصول على نسخة من السجلّ الانتخابي يتضارب مع ما تمّ إبرازه في الحيثيات السابقة، طالما أنّ تمكين دائرة المحاسبات من الاطلاع على محتوى السجلّ بمقرّات الهيئة العليا المستقلّة للانتخابات يكون كافيا للوصول إلى الغاية المعلية. وحيث تبعا لما سبق ذكره، ترى الهيئة الوطنية لحاية المعطيات الشخصيّة أنّه لا يمكن للهيئة العليا المستقلّة للانتخابات تمكين أيّ شخص أو سلطة من نسخة من السجلّ الانتخابي باعتبارها الطرف الوحيد المسؤول على مسكه وتحيينه ولكنّها تبقى ملزمة بالاستجابة إلى مطالب السلطة القضائية والساح لها بالإطّلاع على محتوى السجلّ بمقرّات الهيئة العليا المستقلّة للانتخابات وبحضور أحد أعضائها للتثبّت من المعلومات التي تسمح لها باتخاذ قرارها".

وضعت اللجنة الفرنسية للإعلامية والحريات مثلا مجموعة من المبادئ الأساسية التي يتعين احترامها الحاية المعطيات الشخصية خلال الانتخابات:

أوّلا: الملف المنشئ لغايات التواصل السياسي لا يمكن استخدامه لغايات أخرى.

مثلا: المعطيات التي تحصل عليها نائب بالبرلمان لدى ممارسة مهامه لا يمكن له أن يستخدمها في نشر رسائل في نطاق حملة انتخابية.

⁵⁸ الفصل 9 (جديد): "يجب على الهيئة مد العموم ومنظهات المجتمع المدني والأحزاب السياسية بالإحصائيات الدقيقة المتعلقة بتسجيل الناخبين بكل دائرة انتخابية وكل مكتب اقتراع. لا يؤدي تطبيق أحكام الفقرة الثالثة إلى إعفاء الهيئة من التزامها بالمحافظة على سرية المعطيات الشخصية وبمعالجتها وفقا للتشريع الجاري به العمل في مجال حماية المعطيات الشخصية".

ثانيا: المعطيات المسجّلة لدى المعالجة من قبل أحزاب أو مترشحين لا يمكن الاحتفاظ بها إلى ما لا نهاية ويجب أن تكون ضرورية بالنظر إلى الغاية من إنشاء الملف (مبدأ التناسب). ولا يمكن الاطلاع على هذه المعطيات إلّا من قبل الأشخاص المخولين لذلك.

ثالثا: يجب الحرص على سرية المعطيات تجاه الغير (مبدأ أمن المعطيات).

اعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنه لا يمكن اللجوء بطريقة سهلة للتقييد المتمثل في الحرمان من حق الانتخاب إلّا إذا كان يخدم هدفا مشروعا ويستجيب إلى متطلبات التناسب. فلا يجوز مثلا معاملة الأشخاص المصابين بإعاقات عقلية ونفسية على أنهم مجموعة موحّدة ويجب ممارسة رقابة صارمة على القيود المسلطة على حقوقهم. من ذلك أن سحب حقّ الانتخاب دون تقييم قضائي فردي لوضعية الأشخاص المعنيين ليس متناسبا مع الهدف المتبع والمتمثل في ضهان أنّ الأشخاص القادرين على تقييم نتائج قراراتهم واتخاذ قرارات واعية وسليمة هم وحدهم المخوّلون للمشاركة في الشأن العام.

في قرار سكوبولا ضد إيطاليا بتاريخ 18 جانفي/ كانون الثاني 2011، اعتبرت المحكمة أن التشريع الإيطالي المضيّق لحق الانتخاب بالنسبة للمساجين يمسّ بطريقة آلية مجموعة من الأشخاص بالاعتهاد على مقياس وحيد هو السجن ودون اعتبار لمدة العقوبة السجنية ولا لطبيعتها ولا لخطورة المخالفة المرتكبة أو للوضعية الشخصية للمساجين. ولم تناقش المحكمة دفوعات الدول، بل بالعكس اعتبرت أن القيد يتبع الأهداف الشرعية التي أثارتها الدول ألا وهي توطيد روح المواطنة واحترام دولة القانون وحسن سير الديمقراطية والمحافظة عليها. غير أنها انتهت بناء على نفس هذه الأهداف إلى أنه لا يمكن حرمان المحكومين من حقهم في الانتخاب فقط بحكم سجنهم بل يجب قصر خلك على جملة من المخالفات التي يمكن أن تبرر بسبب طبيعتها وخطورتها التقييد من حق الانتخاب لأن "مبدأ التناسب يتطلب وجود صلة ملموسة وكافية بين العقوبة وتصرف الشخص المعنى ووضعية "85.

في قرار هيرست ضد الملكة المتحدة بتاريخ 6 أكتوبر/تشرين الأوّل 2005، أبرزت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنّه بإمكان الدول أن تقيد من حقّ الانتخاب وهي تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال. غير أن هذه السلطة التقديرية لا يمكن أن تكون لا محدودة، لذلك فإنّه يتعين على المحكمة أن تتأكد من أن القيود على حق الانتخاب لا يجب أن تنتقص من على المحورة.

للتأكد من الصبغة المعقولة للقيود الموظفة على حق الانتخاب وضهان عدم تجاوزها للقدر الضروري المطلوب في دولة ديمقراطية، فإنّ لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة تشترط أن تتولى الدول، بشكل مستفيض، تعليل خياراتها التشريعية المتضمنة لهذا الصنف من القيود الموظفة على بعض الفئات من مواطنيها.

اعتبرت لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة والمنبثقة عن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في تعليقها العام عدد 25 فقرة 14 أنّه "ينبغي على الدول الأطراف أن تبيّن وتشرح في تقاريرها الأحكام التشريعية التي تحرم المواطنين من حقهم في الانتخاب. وينبغي أن تكون أسباب هذا الحرمان معقولة وموضوعية. فإن كانت الإدانة لارتكاب جريمة هي سبب الحرمان من هذا الحق، يجب أن تكون فترة الحرمان متناسبة مع خطورة الجريمة وأهمية العقوبة. ويجب ألّا بحرم من ممارسة حق الانتخاب الأشخاص الذين احتجزت حريتهم ولكن لم تتم إدانتهم بعد".

CEDH, arrêt Hirst c. Royaume-Uni (2), 6 octobre 2005, §§ 61-70 et 71; CEDH, 18 janvier 2011, Scoppola 59 c. Italie(n°3), n°126/05.

2. الحق في الترشح

تكون الهيئة العليا المستقلة للانتخابات، في إطار ممارستها لسلطتها الترتيبية، مدعوّة إلى إعمال التناسب في بعض المسائل المتصلة بتفعيل حق الترشح وخاصة فيها يتعلق بالمسائل الإجرائية وصيغ ممارسة هذا الحق، ضرورة أنه لا يمكن ضبط القيود الموظفة على الحقوق الأساسية إلّا بموجب نصّ تشريعي بها يضمن تكريس هذا الحق وتعددية الانتخابات ونزاهتها.

يتّجه تركيز الهيئة مستقبلا على إعمال الفصل 49 عند ضبطها للصيغ المتعلقة بتنظيم وتفعيل حقّ الترشح سواء بمناسبة إصدار النصوص الترتيبية أو بمناسبة معالجة الترشحات والبت فيها.

مثال عدد 1: إرفاق ملف الترشح بقائمة تكميلية

شرط التّحفّظ التشريعي

أي التأكد من أن الموانع أو القيود اشترطت بقانون (إرفاق ملف طلب الترشح للانتخابات التشريعية بقائمة تكميلية يُعدَّ شرطا وجوبيا وجوهريا قائها بذاته)

شرط عدم المساس بجوهر الحقّ

التأكُّد من عدم مساس القيد المتعلَّقُ باشتراط قائمة تكميلية بجوهر الحق في الترشح

(اشتراط قائمة تكميلية لا ينال من ممارسة الحق في الترشح/ نظام الاقتراع بواسطة قائمات مغلقة تضمّ وجوبا عددا من المترشحين يوافق عدد المقاعد المخصصة للدائرة الانتخابية المترشحة بها بها يكون معه إضافة قائمة انتخابية تكميلية تضمّ على الأقل مترشحين دون أن تتجاوز عدد المقاعد بالدائرة لا يحول دون ممارسة حق الترشح)

قياس الولاءوة

التَّأُكَّد مِن وجود رابط عقلاني بين القيد والهدف

الهدف من القائمة التكميلية هو:

* المحافظة على القائمة طيلة الفترة الممتدة من تاريخ غلق باب الترشحات إلى غاية انقضاء آجال تقديم السحب وتداركه، وذلك تحسّبا لحالات سحب الترشحات والوفاة والعجز التام التي قد تطرأ على ترشحات القائمة الأصلية،

* تثبيت الترشحات وضمان جديتها (تفادي المارسات التي كانت معتمدة من قبل السلطة التنفيذية قبل الثورة من خلال الضغط على عدد من المترشحين بالقائمات خاصة المستقلة أو المعارضة ودعوتهم إلى الانسحاب منها حتى يفضي ذلك إلى إسقاط تلك القائمات).

قياس الضرورة (الداخلية)

التأكّد من أنّ القيد هو الإجراء القادر على بلوغ الهدف وأنه لم يكن بالإمكان اتّخاذ إجراء أقلّ تقييدا

(نظام الاقتراع على قائمات مغلقة وتواتر العمليات الانتخابية وترابطها يقتضي تثبيت الترشحات منذ غلق بأب الترشحات ويحول دون جواز القيام بعملية تعويض أو تدارك من خارج القائمة بها يستوجب توفر قائمة تكميلية تودع بالتزامن مع إيداع القائمة الأصلية/ اشتراط حدّ أدنى لتركيبة القائمة التكميلية بمرشحين لا يعدّ مشطا بالنظر إلى عدد المقاعد بمختلف الدوائر الانتخابية)

قياس التناسب في معناه الضيق

التثبت من أنَّ الآثار السلبية للقيد محدودة بالنظر إلى الفوائد المنتظرة منه

الآثار المترتبة عن عدم مراعاة هذا الشّرط بعد غلق باب الترشحات والمتمثلة في رفض الترشح تُعدِّ محدودة بالنظر إلى الفوائد المتظرة من هذا القيد والمتمثلة في:

* تثبيت الترشحات وضمان جديتها بما يساعد على توضيح المشهد الانتخابي للناخب بخصوص القائمات المتنافسة لتحديد خياراته بروية خاصة أثناء الحملة الانتخابية وفترة الصمت الانتخابي،

* فسح المجال لإسعاف بعض القائمات المترشحة من خلال مبادرة الهيئة بتدارك الإخلالات القابلة للتصحيح التي تشوب بعض الترشحات زمن البت في الترشحات انطلاقا من القائمة التكميلية.

مثال عدد 2: شرط التزكية وشرط الضمان المالى

بالنسبة للانتخابات الرئاسية، اعتبرت كلّ من هيئة الانتخابات والمحكمة الإدارية أنّ شرط التزكية بالنسبة للمترشح للانتخابات الرئاسية (الفصل 41) بالإضافة إلى شرط الضّهان المالي (الفصل 42) هي قيود متناسبة ولا تضيّق من حق الترشح المضمون بالدستور ولا تنال من جوهر حقّ الترشح للانتخابات. ولم تعتمد الهيئة على مبدأ التناسب بصفة صريحة في هذا التعليل، ويمكن للهيئة الاستفادة من فقه القضاء المقارن.

ويمكن للهيئة الاستفادة من التعليق العام عدد 25 الصادر عن لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة والمتعلق بالمشاركة في الشأن العام والذي ينص في فقرته 15 على ما يلى:

"ينبغي أن تكون أي تقييدات تفرض على حق ترشيح النفس للانتخاب، مثل تعيين حدّ أدنى للسن، تقييدات مبررة قائمة على معايير موضوعية ومعقولة. كها يجب عدم حرمان الأشخاص المؤهلين بالنظر إلى بقية الشروط والضوابط، من فرصة الترشح بالاستناد إلى أسباب غير مقبولة أو إلى أسباب تمييزية من قبيل مستوى التعليم، أو مكان الإقامة، أو النسب، أو بسبب انتهائه السياسي. ويجب عدم إخضاع أي شخص لأي شكل كان من أشكال التمييز أو التحيز لمجرد قيامه بترشيح نفسه. وينبغي للدول الأعضاء أن تبين وتوضح ما لديها من أحكام تشريعية تتضمن تحجيرا على أفراد أو فئة من الناس من ترشيح أنفسهم لتقلد المناصب".

CEDH, Soukhovetski c/ Ukraine, 28 mars 2006, 13716/02, §§ 61-62-63 et 72-73. 60

3. مراقبة الالتزام بقواعد الحملات الانتخابية وطرق تمويلها

طالما أسند المشرع للهيئة صلاحية ضبط قواعد الحملة ومراقبة احترام جميع المتنافسين لتلك الضوابط، فضلا عن اتصال ممارسة الهيئة لتلك الصلاحية بحرية التعبير وحرية الإعلام، فإنّها تكون مدعوّة لإعمال مبدأ التناسب سواء أثناء مراقبتها للأنشطة الدعائية للمترشحين أو مراقبة مدى تقيّد هؤلاء بقواعد تمويل الحملة.

مراقبة أنشطة الدعاية

يتعين على الهيئة التأكد من أن تنظيم الحملات الانتخابية يتهاشى مع جملة من المبادئ التي حدّدها الفصل 52 من القانون الانتخابي أ⁶¹. وتتولى مراقبة ومعاينة المخالفات أثناء الحملة الانتخابية وفترة الصمت ويمكنها إعمال التناسب في تسليط العقوبات من خلال الموازنة بين درجة خطورة المخالفة وحدّة العقاب.

ولضهان التناسب بين الإجراءات الرّدعية التي تتخذها الهيئة لزجر المخالفات التي تتمّ معاينتها خلال الحملة الانتخابية، فإنّه يتّجه الحرص على توخي المنهجية التالية:

> تحديد طبيعة النشاط يتّسم بدعاية لقائمة أو مترشح/ أم نشاط عادي/ أم يكتسي صبغة الإشهار السياسي

تحديد الجهة القائهة بالنشاط القرشحة أو المرشح أو الحزب أو الائتلاف الذي تنتمي إليه القائمة أو المرشح أم جهة أخرى

تحديد الوستفيد ون هذا النشاط القائمة المترشحة أو المترشح أو الحزب أو الائتلاف الذي تنتمى إليه القائمة أو المترشح أم جهة أخرى

> تحديد ودى تقيّد النشاط بوختلف ضوابط الحولة إعلام الهيئة في الآجال القانونية/ التقيد بالتوزيع الزمني والمكاني للنشاط

وصف دقيق للوقائع والنفعال التي تُعدّ من قبيل الوخالفات تحديد مرتكبيها/ تواترها/ حجمها بالنظر إلى فضاء النشاط والفئة المستهدفة به

تحديد خطورة الوخالفات وودى تأثيرها على سللوة العولية اللانتخابية ونزاهتها المساواة بين المترشحين/ حماية الناخبين من الدعاية المكثفة أو المضللة أو الماسة بحرمة وكرامة الأشخاص بها في ذلك عمليات الارتشاء وشراء الأصوات / استعمال وسائل التهديد لفرض خيارات معينة على الناخبين بدل استمالتهم من خلال البرامج والمرامج الانتخابية

⁶¹ تتمثل في: "حياد الإدارة وأماكن العبادة، حياد وسائل الإعلام الوطنية، شفافية الحملة من حيث مصادر تمويلها وطرق صرف الأموال المرصودة لها، المساواة وضيان تكافؤ الفرص بين جيع المترشحين، احترام الحرمة الجسدية للمترشحين والناخبين وأعراضهم وكرامتهم، عدم المساس بحرمة الحياة الحناصة والمعطيات الشخصية للمترشحين، عدم الدعوة إلى الكراهية والعنف والتعصب والتمييز".

تقدير الإجراء الملائم (قياس الملاءمة)

أي الإجراء القادر على وضع حد فوري لتلك المخالفات وتفادي تواترها وتكرارها لحماية الناخبين

اختيار الإجراء الأقلِّ تقييدا (قياس الضرورة)

أي الإجراء الذي لا يضيّق على حرية تعبير القائرات المترشحة أو المترشحين في عرض أفكارهم وبرامجهم الانتخابية (من جملة الإجراءات المتاحة للهيئة والمنصوص عليها سواء بالقانون الانتخابي أو بالقرارات الترتيبية المنظمة للحملة الانتخابية) لوضع حد فورى للخروقات التي تمت معاينتها

تقدير الأثار الإيجابية والسلبية للإجراء (قياس التناسب في معناه الضيق)

تقدير أثر الإجراء المسلط على القائمة أو المترشح المخالف (حرمان مؤقت وفوري من الدعاية / خلال هامش زمني محدود وغير قابل للتدارك خلال ما تبقى من فترة الحملة) والنتائج المرجوة من تكريس المساواة بين المترشحين أو حماية إرادة الناخب: ضهان صدقية النتائج التي تفضى إليها تلك الانتخابات

إن ضمان نزاهة الانتخابات من خلال الحرص على تكريس المساواة بين المترشحين وحماية إرادة الناخبين لا يقتصر على مراقبة الأنشطة الدعائية للمترشحين وفرض تقيدهم بقواعد الحملة الانتخابية، بل يمتد أيضا إلى مراقبة مدى تقيد هؤلاء بضوابط تمويل الحملات الانتخابية، بها يكفل شفافيتها ويحمي إرادة الناخبين من تأثير مصادر التمويل غير الشرعية ومجهولة المصدر وكذلك من هيمنة مراكز ومصادر تمويل معينة على الحياة السياسية.

وتتمتع الهيئة بصلاحيات هامة في مراقبة تمويل الحملات الانتخابية وفي إمكانية تسليط عقوبات صارمة على المخالفين تصل إلى حدّ التصريح بإلغاء النتائج الأولية. ونظرا لأهمية خطورة العقوبات ودرجتها التي يمكن أن تصدرها الهيئة بمناسبة مراقبتها للحملة الانتخابية وتأثيرها على الحقّ في ممارسة وظائف عمومية انتخابية والمشاركة في الحياة السياسية، فإنها تكون مدعوّة لإعمال مبدأ التناسب عند مباشم تها لتلك الصلاحيات.

وراقبة تمويل الحملات الانتخابية وقواعد تنظيمها

يتعين على الهيئة، بالنظر إلى أهمية الصلاحيات المخوّلة لها قبل الإعلان عن النتائج الأولية للانتخابات ومساسها بنزاهة العملية الانتخابية وبحق ممارسة وظائف عمومية نيابية، إعمال مبدأ التناسب عند ممارستها لصلاحية التثبت من احترام الفائزين والقائمات الفائزة لأحكام الفترة الانتخابية وتمويلها. ويمكنها تسليط عقوبة الإلغاء الكلي أو الجزئي للنتائج الأولية إذا تبيّن لها أن مخالفتهم لهذه الأحكام أثرت على نتائج الانتخابات بصفة جوهرية وحاسمة 62.

⁶² وقد أوصت محكمة المحاسبات في تقاريرها هيئة الانتخابات باتخاذ عقوبات موضوعية، قابلة للتطبيق ومتناسبة مع الهدف الخصوصي المتبع تأخذ بعين الاعتبار درجة خطورة المخالفة المسجلة وانعكاساتها على المسار الانتخابي.

مثال

الميئة العليا الوستقلة للانتخابات قرار في إلغاء كلّي لنتائج قائمة حزب الرحمة في دائرة بن عروس الانتخابية– 9 أكتوبر/تشرين الأوّل –2019

"وبعد ثبوت ارتكاب رئيس القائمة المترشحة (قائمة حزب الرحمة) في الدائرة الانتخابية بن عروس، للإشهار السياسي المكثف ولدعاية انتخابية غير مباشرة مكثفة... وبها أن المخالفة ينطبق عليها تعريف الإشهار السياسي بحسب الفصل 3 من القانون الانتخابي... ونظرا لجسامة المخالفة وكثافتها زمنيا ولامتداد تغطية الإذاعة مكانيا على كامل دائرة بن عروس الانتخابية ما يتحتم معه الإلغاء الكلي لنتائج القائمة المترشحة لتأثير المخالفة الجوهري والحاسم على إرادة الناخبين بها يخالف القواعد الواردة في القانون الانتخابي ومقتضيات نزاهة الانتخابات والإنصاف بين المترشحين "63

لم تقم الهيئة في هذا القرار بإعمال مبدأ التناسب، بل اكتفت بالربط بين عقوبة الإلغاء وجسامة المخالفة دون أي تفصيل. ولضمان معقولية القرارات الزجرية للهيئة والوضوح في طريقة تقديرها للمخالفات وترتيب الجزاء الملائم قبل تصريحها بالنتائج الأولية للانتخابات من خلال الحرص على مراعاة التناسب بين المخالفات المرتكبة وضمان نزاهة الانتخابات وصدقية نتائجها، فإنه يتجه على الميئة مستقبلا إتباع المنهجية والخطوات التالية:

بيان طبيعة الخروقات التي تمت معاينتها والفترة التي جدّت بها وتكييفها كمخالفات لقواعد الفترة الانتخابية وطرق تمويلها

بيان خطورة المخالفة وتواترها وزمن ارتكابها مقارنة بتاريخ ومكان الاقتراع

التثبت من الفارق في الأصوات بين القائمة المخالفة وآخر قائمة أسند إليها المقعد

التثبت من مدى مساهمة المخالفات المرتكبة في حصول القائمة على مقعد أو التصريح بفوز المترشح

قياس الولاءوة

التثبت من كون الإلغاء الجزئي أو الكلي للنتائج من شأنه أن يفضي إلى ضمان نزاهة الانتخابات وصدقيتها بما يمكّن من استعادة الإرادة الحقيقية للجسم الانتخابي على النحو الذي تمّ التعبير عنه ضمن صناديق الاقتراع

قياس الضرورة

إبراز هل أن تسليط جزاء الإلغاء الكلي أو الجزئي يُعدّ الإجراء الأقل حدّا لإرادة الجسم الانتخابي التي أفرزتها صناديق الاقتراع أم يمكن توسّل طرق أخرى لاستعادة الإرادة الحقيقية كإلغاء نتائج بعض المكاتب أو المراكز التي شملتها المخالفات الانتخابية أو تسليط جزاء الإلغاء الجزئي عوضا عن الإلغاء الكلي للنتائج

قياس التناسب في معناه الضيق

التأكد من أنّ الآثار المترتبة عن تسليط جزاء الإلغاء سواء كان كليا أو جزئيا تتناسب وجسامة المخالفة أو المخالفات (من حيث طبيعتها وتاريخ حصولها وتواترها وحجم الفئة المشمولة بآثارها) وأثرها على نزاهة النتائج الأولية

63 أنظر أيضا قرارا في إلغاء جزئي لنتائج قائمة عيش تونسي صوت التونسيين بالخارج في دائرة فرنسا 2 الانتخابية، 9 أكتوبر/ تشرين الأوّل 2019.

الفرع الثاني– كيف يمكن للهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي والبصري أن تطبّق مبدأ التناسب؟

تتولى الهيئة تعديل قطاع الاتصال السمعي والبصري وتطويره وتسهر على ضهان حرية التعبير والإعلام وعلى ضهان إعلام تعددي ونزيه وتتمتع بسلطة رقابية وتقريرية في مجال اختصاصها (الفقرة الثانية). كها تستشار وجوبا في مشاريع القوانين المتصلة بهذا المجال (الفقرة الأولى) بالإضافة إلى اختصاصاتها الزجرية (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى– تطبيق التناسب من خلال الاختصاصات الاستشارية

يجب أو لا التذكير بأهمية الدور الاستشاري في إعمال مبدأ التناسب، حيث أنّ الهيئات العمومية المستقلة مطالبة على هذا المستوى بالتّحقق من كلّ مراحل التناسب عند نظرها في مشاريع النصوص القانونية المعروضة عليها وهو ما يشكّل رقابة قبلية مهمة. غير أننا نلاحظ في الواقع أن الهيئات العمومية المستقلة لا يتمّ استشارتها آليا والاستئناس برأيها بخصوص مشاريع القوانين المتعلقة بالمجالات التي تدخل ضمن مرجع نظرها بها يشكل خرقا للنصوص القانونية التي تنص على استشارة معظم الهيئات العمومية المستقلة.

لذلك يجب على الهيئة المستقلة للاتصال السمعي والبصري أن تحرص على فرض واجب احترام السلطتين التنفيذية والتشريعية لصلاحياتها الاستشارية من خلال إثارتها لهذه المسألة كلما وجد مشروع قانون يدخل في مجال اختصاصها.

هذا ما قامت به الهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي البصري في الرأي الذي أبدته بخصوص مشروع القانون المتعلق بزجر الاعتداء على القوات المسلحة، حيث عبّرت الهيئة عن "تحفظها بشأن عدم طلب رأيها بخصوص مشروع هذا القانون والعديد من المشاريع المتضمنة لأحكام تدخل في مجال اختصاصها خلافا لما يقتضيه القانون فيها يخص طلب رأي الهيئة".

وتعد الصلاحية الاستشارية مناسبة لإعمال التناسب من خلال إبداء الرأي في النصوص القانونية المتعلقة بمجال الاتصال السمعي البصري ولفت نظر صاحب المبادرة التشريعية للإشكاليات القانونية التي تطرحها هذه النصوص لعدم تناسبها مع حماية حرية الرأي والتعبير والإعلام، بالإضافة إلى تقديم مقترحات لمشاريع القوانين المستقبلية.

يجب على الهيئة العليا للاتصال السمعي والبصري المبادرة بإبداء الرأي بخصوص مشاريع القوانين التي لا يتعلق موضوعها مباشرة بمجال الإعلام وحرية التعبير ولكن يمكن أن يكون لها انعكاس على هذا المجال أو على طريقة أداء الهيئة لمهامها. ويجب عليها مستقبلا التثبت من مدى تقيد مشروع القانون المعروض بكافة الضوابط المنصوص عليها بالفصل 49.

وللتأكد من استيفاء مشروع القانون للضوابط المنصوص عليها بالفصل 49، يمكن للهيئة إتباع المراحل التالية:

شرط التّحفّط التشريعي التأكد من أن الموانع أو القيود أُشترطت بقانون ومن مدى استيفاء مشروع القانون للشرط المتصل بضرورة وضع قواعد واضحة ودقيقة

الوصف الدقيق للضوابط وذكر الحقوق والحريات التي وقع تحديدها من خلال الضوابط (حرية التعبير، حرية الإعلام، حرية الرأي ...)

التأكَّد مِن ضرورة وضع القيد قصد تحقيق أحد الأهداف المحدّدة على وجه الحصر بالفصل 49 والتي تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية

تقدير ضرورة إقرار القيد بصورة مبدئية (الضرورة الخارجية)

مثال: هل أنّ التغطية الإعلامية للاحتجاجات والمظاهرات بها في ذلك الاحتجاجات أمام المقرات الأمنية ومقرات السيادة تستدعي إخضاعها إلى رقابة مسبقة من قبل السلط الأمنية أو الإدارية قصد حماية الأمن العام في دولة مدنية ديمقراطية؟

> شرط عدم الوساس بجوهر الحق التأكد من أن الضو ابط لا تنال من جوهر الحق

مثال: الرقابة المسبقة تنال من جوهر الحق في ممارسة حرية الرأي والتعبير والإعلام ووجودها كضابط يحول دون الحاجة إلى التثبت من بقية مراحل مبدأ التناسب.

قياس الولاءوة

التثبت من الملاءمة بين الحدّ المضمن بمشروع القانون مع الهدف التشريعي الذي تمّ على أساسه إقراره السؤال: هل أنّ القيد قادر على تحقيق الهدف التشريعي؟ ويكون ذلك من خلال البحث عن وجود رابط عقلاني بين الإجراء والهدف التشريعي.

قياس الضرورة

إذا ما كان القيد ملائها للهدف التشريعي يتم المرور إلى قياس الضرورة السؤال: هل أنّ القيد كان ضروريا؟ هل كان هو الحلّ الوحيد (الأقلّ تطفّلا أو وطأة) لاحترام الأمن العام أو النظام العام دون أن يفضي إلى تقييد مشطّ للحق؟

> قياس التناسب بالوعنى الضيق (قياس الموازنة) أي قياس خطورة الحدّ من خلال تقدير الآثار المرتبة عنه مقارنة مع بلوغ الهدف المراد حمايته

تقوم الهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي والبصري بإبداء الرأي وجوبا للسلطة التشريعية وللحكومة حول مشاريع القوانين والمراسيم والأوامر الترتيبية المتعلقة بالقطاع. كما يمكن للهيئة طبقا لأحكام الفصل 19 من المرسوم عدد 116 تقديم مقترحات تتعلق بمختلف الإجراءات، خاصة تلك التي من شأنها ضمان التقيّد بالمبادئ المنصوص عليها بالدستور وبالنصوص التشريعية والترتيبية ذات الصلة.

يمثّل هذا الاختصاص فرصة للهيئة لمارسة رقابة سابقة على النصوص التشريعية، ويمكنها بمناسبة هذا الاختصاص لفت النظر إلى ضرورة مراعاة التناسب في الحدود التي يدخلها المشرع على الحقوق التي تعود لها بالنظر.

مثال

تقييم

← لئن أشارت الهيئة في الرأي إلى عدم مراعاة مشروع القانون لمبدأ التناسب، فإنهّا لم تتقيّد بمختلف مراحل المنهجية المتعلقة بالتأكّد من استيفاء مشروع القانون للتّناسب الذي نصّ عليه الفصل 49 من الدستور.

 → قامت الهيئة بالتثبت من الضّابط المتّصل بوضوح النص القانوني ومقروئيته، حيث أكدت على اعتهاد صاحب المبادرة لصياغة قانونية غير واضحة ودقيقة للحدود الموظفة على حرية الرأي والتعبير والإعلام.

 → استنتجت الهيئة وجود نيل من جوهر الحقوق المحمية فضلا عن عدم مراعاة مشروع القانون لشرطي الضرورة والتناسب.

→ اقتصرت الهيئة على الإشارة بصورة مقتضبة إلى الفصل 49 وتولّت التذكير بأحكامه دون بيان مواطن عدم الدقة والعناصر التي يتم اعتهادها في صياغة الأحكام المتصلة بالقيود كتحديد مجال حماية الحقوق بها يكفل عدم النيل من جوهرها، وتحديد الضوابط التي أفضت إلى النيل من مجال حماية حرية التعبير أو الإعلام بها يعد معه نيلا من جوهر الحق.

→ لم تؤكد الهيئة على أن غياب الدقة والوضوح في الصياغة المعتمدة بخصوص عدد من المفاهيم صلب مشروع القانون من شأنه أن يحول دون إجراء اختبار التناسب وخاصة في جانبه المتعلق بمدى ملاءمة أحكام مشروع القانون مع المتددة حصرا صلب الفصل 49 من الدستور، وبالتبعية مدى احترام أحكام ذلك المشروع للقواعد الدستورية المتعلقة بتنظيم حرية التعبير والإعلام. ويعد تبعا لذلك تخليا للمشرع عن ممارسة صلاحياته كاملة في تنظيم الحقوق والحريات بها يغني عن المرور إلى إعهال بقية العناصر الواردة بالفصل 49 سواء المتصلة منها بعدم النيل من جوهر الحق أو بالتناسب بين القيود وموجباتها.

→ قدرت الهيئة أنّ أحكام الفصلين 7و8 من مشروع القانون خالفة للتحجير الوارد بالدستور بخصوص عدم جواز إخضاع حرية التعبير والإعلام إلى الرقابة المسبقة، وهو ما يمثّل نيلا من جوهر الحق، بها يغني بداهة عن الحاجة إلى مواصلة الهيئة إعهالها لبقية العناصر المتعلقة باختبار التناسب.

مثال

رأي الميئة العليا الوستقلة للاتصال السوعي البصري بخصوص مشروع قانون يتعلق بزجر الاعتداء على القوات الوسلحة –عدد 2015/25 –

"تعتبر الهيئة أن ما ورد في الفصلين عدد 7 و8 من مشروع القانون يخالف بصورة صريحة ومباشرة أحكام الفقرة الثانية من الفصل 31 من الدستور التي تنصّ على أنّه لا يجوز ممارسة رقابة مسبقة على حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر، إذ تمّ إخضاع التغطية الإعلامية إلى الترخيص المسبق صلب الفصل 7 في إطار صياغة قانونية غير دقيقة وتمّ ترتيب عقوبات سالبة للحرية عن نخالفتها صلب الفصل 8.

تعتبر الهيئة أن صياغة الفصول عدد 1و4 و5 و6 و1 و12 و12 صياغة غير دقيقة ومن شأنها أن تؤدي إلى نفي الحقوق الدستورية المضمنة بالفصول 21 و35 و37، حيث أنها تخل بالحقوق الفردية والعامة للمواطنين والمواطنات وتحول دون تكريس الحق في الإعلام ومنع الإعلام من مواكبة الاجتهاعات والتظاهرات السلمية.

تعتبر الهيئة أن أحكام مشروع القانون المشار إليها سابقا تمثل انتهاكا غير مسبوق لأحكام الفصل 49 من المستور التي أوضحت أن الضّوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وبمهارستها يحدّها القانون ولكن بها لا ينال من جوهرها مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها".

في فقه قضاء مستقر للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ولمحكمة العدل للاتحاد الأوروبي وفي أعال عدّة لهيئات عمومية في القانون المقارن، يتضح أنّه إذا ما ثبت النيل من جوهر الحق، فلا مجال للنظر في بقية مراحل مبدأ التناسب. فقد استقر فقه قضاء محكمة العدل الأوروبية، على اعتبار أنه إذا كان القيد يفضي إلى إفراغ الحق من عناصره الأساسية وإلى الحيلولة دون إمكانية ممارسته، فإنّ ذلك يعتبر مساسا من جوهر الحق وهو نيل خطير في حدّ ذاته بها يجعل النظر في التناسب غير ذي جدوى.

<u> م</u>ثال: قرار شـرامس

ذهبت المحكمة إلى أن القانون المعني لا يمكن المتقاضي من أي وسائل قانونية للنفاذ إلى معطيات شخصية تهمّه ولا يمكّنه من تصحيح هذه المعطيات أو حذفها، لذلك اعتبرت أن القانون لا يحترم جوهر الحق في محاكمة فعلية كحق أساسي يكرسه الفصل 47 من الميثاق الأوروبي. وتوصلت المحكمة إلى إلغاء قرار اللجنة المتعلق بنجاعة الحاية التي تضمنها المبادئ المتحلة بمجال الحاية (els principes de la «sphère de sécurité») دون التعرض لبقية مراحل التناسب.64

ويتّجه عند تولّي الهيئة دراسة مشاريع القوانين المعروضة عليها التقيّد بالشروط المضمّنة بالفصل 49 من الدستور من خلال إتباع المنهجية والخطوات العملية التالية:

شرط التّحفّظ التشريعي

التأكد من استيفاء مشروع القانون المعروض للدقة والوضّوح في المفاهيم التي يعتمدها في وضع الضوابط والقيود

التأكيد على ممارسة المشرع لكامل صلاحيته في تنظّيم الحق أو الحرية موضوع التدخل التشريعي من خلال مراقبة التأهيلات التشريعية للسلطة الترتيبية في ضبط الصيغ العملية والإجرائية للضوابط والحدود دون أن يشمل ذلك وضع الضوابط والقيو د في حد ذاتها.

> شرط عدو الهساس بجوهر الحق التأكد من عدم نيل القيو د الموظفة من جوهر الحق أى عدم إلخاء الحقّ تماما أو إفراغه من محتواه

شرط الضرورة في دولة مدنية ديمقراطية التثبّت من أنّ القيود ضرورية في دولة مدنية ديمقراطية وتقتضيها إحدى الموجبات المنصوص عليها حصرا بالفصل 49 من الدستور

قياس الولاءوة

البحث عن وجود رابط عقلاني بين الإجراء والهدف التشريعي أي التثبت من تلاؤم الإجراء مع الهدف التشريعي الذي من أجله تمّ إعداد مشروع القانون وفرض جملة من القيود على الحقوق والحريات

قياس الضرورة (الداخلية)

التأكد من عدم توفر خيارات أخرى أقلّ حدّة لتأطير ذلك الحقّ تسمح بتحقيق الخيار التشريعي دراسة العلاقة بين الوسيلة المعتمدة في تقييد الحق والهدف التشريعي المزمع تحقيقه عبر التأكد من أن الإجراء المقرّر يمثل الإجراء الأقلّ تقييدا للحق المستهدف به

قياس التناسب في معناه الضيق

تقدير ما إذا كانت الآثار المترتبة عن تلك القيود تعدّ متناسبة مع الغاية المزمع تحقيقها من وضع تلك القيود، أي لم تتجاوز الغرض المنشود

64 في قوارDigital Right Ireland، اعتبرت محكمة العدل الأوروبية أنّه لم يقع المساس بجوهر الحق في حماية المعطيات الشخصية، لذلك مرت للتثبت من شرط الضرورة.

CJUE, Maximillian Schrems, 6 octobre 2015, AFFAIRE C-362/14 « Par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les principes de la sphère de sécurité quant à leur contenu, il convient de conclure que l'article 1er de cette décision méconnaît les exigences fixées à l'article 25, paragraphe 6, de la directive 95/46, lu à la lumière de la Charte, et qu'il est de ce fait invalide ».

اعتبرت الهيئة في بيان بتاريخ 1 أفريل/ نيسان 2020 أن مقترح القانون عدد 29 لسنة 2020، الرامي إلى تحوير الفصلين 245 و247 من المجلة الجزائية فيها يتعلق بالأخبار الزائفة، يتعارض مع المبادئ الأساسية لحرية التعبير الواردة في المعاهدات والاتفاقيات الدولية ذات الصلة ومع الفصل 15 من دستور الجمهورية التونسية دون بيان مواطن الخرق لأحكام الفصل المذكور.

كها دعت إلى سحب المقترح بالنظر لعدم استيفائه لشرط المقروئية لما تضمنه من عبارات غامضة وفضفاضة لا تتهاشى مع طبيعة النص الجزائي التي تقتضي الدقة والوضوح والتي قد تفتح الباب أمام التأويل الواسع للتضييق على حرية التعبير. غير أن الهيئة لم تبيّن ما إذا كانت تلك الصياغة يمكن أن تفضي إلى النيل من جوهر الحق أو أن تحول دون إمكانية تحديد مجال حماية حرية التعبير وحرية الإعلام وتحول تبعا لذلك دون إعهال اختبار التناسب والتأكد من مدى ملاءمة الإجراء المعتمد لتقييد حرية الإعلام والتعبير مع الهدف التشريعي.

أكدت الهيئة على ضرورة التعاطي مع موضوع الأخبار الزائفة وإيجاد الحلول الكفيلة بالتصدي لهذه الظاهرة "دون المساس من جوهر الحق في حرية التعبير في تناسق تام مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور التونسي الذي حدد الضوابط المتعلقة بمهارسة الحقوق والحريات وشروط تقييدها بها لا ينال من جوهرها وأن يكون الهدف من وضعها لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقر اطية وبهدف حماية حقوق الغير في إطار التناسب بين الحق المراد ضبطه والغاية من ذلك".

ويمكن أن نعتبر هذه الإشارات إلى الفصل 49 من قبل الهيئة العليا للاتصال السمعي والبصري بداية في الاتجاه الصحيح. غير أنه يجب على الهيئة استبطان مختلف عناصر مبدأ التناسب بصورة واضحة ومتدرجة يتم اعتهادها لتأسيس مواقفها بخصوص مشاريع النصوص التي تعرض عليها.

الفقرة الثانية– تطبيق التناسب من خلال الاختصاصات الرقابية والتقريرية

تتمتع الهيئة بسلطة ترتيبية متخصصة لتعديل المشهد السمعي البصري سواء في الأوقات العادية أو أثناء الفترات والحملات الانتخابية أو خلال فترات الأزمات من خلال وضع جملة من القواعد تتخذ أشكالا وصيغا مختلفة لتأطير تدخل مختلف المتدخلين في المشهد السمعي والبصري، بها يكفل حماية ناجعة وفعالة لحرية التعبير والإعلام بالتوازي مع حقوق الغير وبها لا ينال من بقية الأهداف العامة الواردة بالفصل 49 من الدستور.

 دور هيئة الاتصال السوعي والبصري في إعوال التناسب أثناء ووارستها لسلطتها الترتيبية في تنظيم الوشهد السوعي البصري بصورة عاوة

تخضع ممارسة حرية التعبير والإعلام والتعددية، حسب المرسوم عدد 116 لسنة 2011 لضوابط تتعلق باحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم ومنها بالخصوص احترام كرامة الإنسان والحياة الخاصة، احترام حرية المعتقد، حماية الطفولة، حماية الأمن الوطنى والنظام العام، حماية

الصحة العامة وتشجيع الثقافة والإنتاج الإعلامي. وقد تتعارض حرية الرأي والتعبير والإعلام مع ضوابط تحمي مصالح الآخرين الخاصة أو تحمي مصلحة عامة، لذلك يجب على الهيئة عند تعديلها للقطاع السمعي البصري الحرص على الموازنة بين هذه المصالح.

تُعد فكرة التناسب حاضرة بقوة في المرسوم وعلى الهيئة إبرازها بوضوح أكبر في قراراتها من خلال فهم جيد وتطبيق سليم لمختلف العناصر المتعلقة بتطبيق مبدأ التناسب على النحو الذي تم ضبطه صلب الفصل 49.

وسيساهم إعمال الهيئة لهذا المبدأ في إضفاء مزيد من الدقة والوضوح على توجهاتها ومقاربتها في تعديل المشهد السمعي والبصري، بالإضافة إلى المساعدة على فهم الفئات المستهدفة بتلك القرارات لمختلف الضوابط والصيغ العملية لمهارسة حرية التعبير والإعلام وإلى تعزيز الأمان القانوني.

فكيف يجب على الهيئة أن تجرى اختبار التناسب انطلاقا من المهام الموكلة لها؟

2. تعديل التغطية الإعلامية خلال الحملة الانتخابية

هنالك مجموعة من الضوابط يجب أن تحرص عليها الهيئة المكلفة بالاتصال السمعي والبصري عند تعديلها للتغطية الإعلامية خلال الحملة الانتخابية. من ضمن تلك الضوابط ضرورة التثبت من التناسب بين حرية الإعلام من جهة، وحق نفاذ مختلف المترشحين إلى وسائل الإعلام واستعمالهم لمختلف الوسائط قصد تقديم برامجهم والتواصل مع جمهور الناخبين، من جهة أخرى 65.

مثلاً في قرارها بتاريخ 7 أكتوبر/ تشرين الأوّل 2019 بخصوص تسليط عقوبة مالية على القناة الإذاعية للقرآن الكريم، كان على الهيئة أن تتبع المنهجية التالية:

وصف الإخلال

إعادة بث حلقة برنامج "من المؤمنين رجال" التي يتولى تقديمها مترشح للانتخابات التشريعية في فترة الحملة الانتخابية

تكييف الإخلال

دعاية انتخابية غير مباشرة للخيار السياسي للمترشح قصد التأثير على إرادة الناخبين وتوجيهها * تمثل الدعاية إخلالا بقواعد الإنصاف بين القائهات المترشحة في التغطية الإعلامية والدعاية الانتخابية أثناء فترة الحملة بها يحول دون ضهان التعددية وتأمين نقاش معمق وموسع بين مختلف التيارات الفكرية والعائلات السياسية حول عدد من المسائل المتصلة بإدارة الشأن العام.

* هذا الأمر سيحول دول إمكانية تكوين الناخب موقفه من مختلف القائبات المترشحة وتحديد خياره يوم الاقتراع

إبراز أن القيد (تسليط عقوبة مالية على القناة الإذاعية الخاصة) ضروري للحفاظ على ضوابط ممارسة حرية الإعلام ويعدّ الأقلّ تقييدا لحرية الإعلام

بها أن القيد لا يفضي إلى منع المؤسسة الإعلامية من مواصلة بث برائجها وتغطيتها للحملة الانتخابية

إبراز أن جساوة العقوبة وتناسبة وع جساوة الإخلال

جسامة العقوبة المالية التي قدرها 000, 20 ألف دينار متناسبة مع جسامة الإخلال المتمثل في البث المخالف لأحكام الحملة الانتخابية خاصة بالنظر إلى استمرار القناة في ارتكاب نفس المخالفة

65 الفصل 65.

تمارس الهيئة بمناسبة مباشرتها لجملة هذه الاختصاصات، أثناء الحملة الانتخابية، رقابة على التناسب بين القيود وموجباتها على النحو الذي اقتضاه الفصل 43 من المرسوم عدد 116 لسنة 2011، إذ أن الهيئة تتولى السهر "على ضهان تعددية الإعلام وتنوعه خلال الحملة الانتخابية وعلى إزالة كل العراقيل القانونية والإدارية التي تتعارض مع مبدأ النفاذ إلى وسائل الإعلام على أساس الإنصاف بين جميع المترشحين أو القائهات المترشحة. ولا يمكن الحد من حرية التعبير إلّا في حالات استثنائية قصوى وعلى أساس معايير دقيقة تتعلق باحترام حقوق الغير وكرامته أو بالأمن الوطني أو بالنظام العام أو بالصحة".

وفيها يتعلق بضبط القواعد الخاصة بفترة الصمت الانتخابي، أصدرت الهيئة القرار عدد 03 لسنة 2019 المؤرخ في 04 أكتوبر/تشرين الأوّل 2019 القاضي بتحجير "جميع أشكال الدعاية وكلّ شكل من أشكال التغطية للقائهات المترشحة للانتخابات التشريعية والأحزاب والفاعلين السياسيين الداعمين لهم".

في ظل وجود تحجير مطلق للتغطية الإعلامية خلال فترة الصمت الانتخابي، فإنه لا يسوغ إخضاع القواعد المنظمة لتلك الفترة من المسار الانتخابي إلى مبدأ التناسب من قبل الهيئة.

وتطبيقا لأحكام هذا القرار وللفصل 45 والفصل 46، اتخذ مجلس الهيئة جملة من القرارات ضد مجموعة من القنوات التلفزية التي خرقت قواعد الصمت الانتخابي والتحجير المتعلق بالدعاية في نفس الفترة.

وقد تولت الهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي والبصري تسليط خطية مالية ضد قناة الزيتونة من أجل خرق الصمت الانتخابي لتضمُّن البرامج المعنية دعاية انتخابية لبعض المترشحين للانتخابات التشريعية ودعاية مضادة ضد البعض الآخر خلال فترة الصمت الانتخابي.

وحيث تحجر جميع أشكال الدعاية وكل شكل من أشكال التغطية للمترشحين للانتخابات التشريعية وحيث تحجر جميع أشكال الدعمين لهم وفق مقتضيات الفصل 2 من قرار الهيئة عدد 03 لسنة 03 المؤرخ في 04 أكتوبر/ تشرين الأوّل 03

وحيث أنّ ما تمّ بنّه على القناة التلفزية "الزيتونة" بتاريخ 05 أكتوبر/تشرين الأوّل 2019 يشكّل خرقا للصمت الانتخابي وعليه واستنادا إلى أحكام الفصلين 69 و15 ... قرّر مجلس الهيئة "تسليط خطية مالية على القناة التلفزية غير الحاصلة على إجازة "الزيتونة" من أجل خرق التحجير المتعلق بالدعاية خلال فترة الصمت الانتخابي.

قرر مجلس الهيئة في نفس التاريخ تسليط خطية مالية ضد قناة الجنوبية من أجل خرق التحجير المتعلق بالدعاية خلال فترة الصمت الانتخابي. وتمثّل الحرق في بثّ خبر على القناة يوم الصمت الانتخابي الموافق لتاريخ 5 أكتوبر/تشرين الأوّل 2019 على شريط الأخبار أسفل الشاشة، يتعلق بانسحاب حزب لفائدة قائمة مترشحة للانتخابات التشريعية وهو ما يعتبر خرقا للصمت

الانتخابي حسب مجلس الهيئة. وقرر مجلس الهيئة بتاريخ 09 أكتوبر/ تشرين الأوّل 2019 تسليط خطية مالية قدرها عشرة آلاف دينار ضد قناة الحوار التونسي من أجل خرق التحجير المتعلق بالدعاية خلال فترة الصمت الانتخابي.

كان على الهيئة الوقوف على تكييف المعلومات التي تمّ بثّها من قبل وسيلة الإعلام المستهدفة بالإجراء العقابي من خلال التأكّد من مدى جواز اعتبار بثّ هذا الخبر شكلا من أشكال الدعاية الانتخابية أو تغطية لنشاط انتخابي لقائمة مترشحة أو مترشح سواء خلال فترة الحملة أو خلال فترة الصمت الانتخابي، وترتيبا على ذلك تحديد ما إذا كانت تلك الأخبار تمثل خرقا للقواعد المتصلة بالفترة الانتخابية بخصوص تحجير الدعاية والتغطية بخصوصها خلال فترة الصمت الانتخابي. إذ يتجه التمييز بين بث خبر على سبيل الإعلام وبين الرسائل التي بخصوصها خلال فترة الصمت الانتخابي. إذ يتجه التمييز بين بث خبر على سبيل الإعلام وبين الرسائل التي تهدف للدعاية.

لم توفق الهيئة في إعمال اختبار التناسب في كل هذه الحالات ضرورة أنها لم تتول بكل دقة تحديد الهدف من وراء إقرار هذا الحد من حرية التعبير والإعلام والمتمثل في تحجير الدعاية خلال فترة الصمت الانتخابي 66. إذ أن ذلك القيد إنها يهدف إلى حماية حق الناخب، باعتباره مركز العملية الانتخابية وغايتها، في تحديد خياراته بروية ودون ضغط أو أي وجه من وجوه التأثير على إرادته قبل وأثناء ممارسته لحقه في الاقتراع واختيار ممثليه لاتسام تلك الفترة من المسار الانتخابي بتذبذب خيارات الناخبين بصورة عامة وبعض الفئات منهم على غرار الأمين وذوي المستوى التعليمي والثقافي المحدود وكبار السن بصورة أخص، بها يكون معه هذا الحد ضروريا ومتناسبا في دولة ديمقراطية مع جملة من الأهداف من بينها حماية حقوق الآخرين وتكريس نزاهة وتعددية الإعلام.

وقد سارعت الهيئة إلى تقدير درجة خطورة المخالفة وضبط مقدار الخطية دون القيام بموازنة بين الحدود المفروضة وموجباتها.

3. إعمال التناسب في كراسات الشروط

يتعيّن على الهيئة إعمال اختبار التناسب أيضا من خلال التأكيد على ضرورة التزام العمل الصحفي والإعلامي بضوابط لاحترام حقوق الأفراد. هذه الضوابط توجد في كراسات الشروط للحصول على إجازات بإحداث قنوات تلفزية خاصة أو إذاعات خاصة.

⁶⁶ الفترة التي تنتفي فيها كل إمكانية للدعاية الانتخابية أو التغطية لأي نشاط انتخابي حتى في شكل إعادة بث.

مثال

قرار الميئة العليا الوستقلة للاتصال السوعي والبصري عدد 02 لسنة 2014 الوؤرخ في 5 مارس/أذار 2014 والوتعلق بإصدار كراس الشروط للحصول على إجازة إحداث واستغلال قناة تلفزية خاصة بالجهمورية التونسية

الفصل 14 "يلتزم الحاصل على الإجازة...باحترام المبادئ الأساسية التالية حرية التعبير والصحافة، المساواة وعدم التمييز، تعددية الأفكار والآراء، النزاهة والشفافية والحياد.

وتمارس هذه المبادئ في إطار الالتزام بالقواعد التالية: احترام كرامة الإنسان والحياة الخاصة، حرية المعتقد، عدم التحريض على العنف والكراهية، حماية الطفولة وضيان حق الطفل في المشاركة في المشهد الإعلامي، حماية حقوق المرأة والقطع مع الصورة النمطية لها في الإعلام، حماية حقوق المسنين والمعوقين والفئات الهشة، المحافظة على الصحة العامة والبيئة، تشجيع الثقافة والإنتاج السمعي والبصري الوطنين".

ويكرس القسم الثالث من نفس كراس الشروط جملة من الالتزامات المتعلقة بالمضامين الإعلامية على الحاصل على الإجازة تتجسد أساسا في مراعاة التناسب بين حرية الإعلام وحرية الصحفيين وحرية التعبير والاتصال من جهة، وبين مراعاة جملة من الضوابط المتعلقة بضهان نزاهة المعلومة وتعددية الأفكار وبحهاية حقوق الغير وحماية الطفولة والمرأة والفئات الهشة، من جهة أخرى. ولضهان الموازنة والتعايش بين تلك الحقوق المتباينة والمتنافرة، فإن فكرة تطبيق التناسب تدخل في صميم الوظيفة التعديلية التي تضطلع بها الهيئة والتي تكون محمولة على مراعاتها في ضبط الصيغ العملية لتأطير حرية التعبير والإعلام عند إصدار قراراتها بها لا ينال من جوهر هذا الحق وبالقدر الضروري والمستوجب في دولة مدنية ديمقراطية.

4. تأطير الميئة للتغطية الإعلامية خلال فترة الأزمات

حاولت الهيئة تكريس مجموعة من المعايير العامة للموازنة والضرورة تنطبق على التعاطي الإعلامي في زمن الأزمات (الحوادث الأليمة، الحوادث الإرهابية، الكوارث الطبيعية، الأزمات الصحية...). فإذا كانت حرية الصحافة والتعبير تعرف حدودا لمراعاة حقوق الغير في الحالات العادية، فمن المنطقي أن تكون ضوابطها أكثر وضوحا ودقة في زمن الأزمات بالنظر إلى خصوصية هذه الفترات وما تستدعيه من اتخاذ تدابير استثنائية وخاصة من جهة، والخطر الذي يمكن أن يلحق الحقوق والحريات من جراء الوضعيات الاستثنائية أو من جراء الأزمات من خلال وضع ضوابط وقيود قد تفضي إلى التقليص من مجال حماية تلك الحقوق أو الحيلولة دون ممارستها، من جهة أخرى.

مثال

التقييم

- → يعد الحد المسلط على حرية الإعلام، في صورة الحال، مبالغا فيه بالنظر إلى
 الهدف المتبع والمتمثل في حماية الحياة الخاصة والمعطيات الشخصية للمقيمين بمركز
 الإيواء الصحي موضوع التغطية الصحفية.
- → كان على الهيئة التأكيد صلب قرارها على أنه بإمكان المؤسسة الإعلامية القيام بالتغطية الإعلامية ونقل المعلومة دون الكشف عن هويات الأشخاص وذلك من خلال حجب الوجه مثلا بعد الحصول على إذن من المقيم بمركز الإيواء بالتصوير ودون ذكر للمعطيات الشخصية المتصلة بالمقيم بتلك المؤسسات بها يجعله معرفا لدى العموم.
- → خلافا لما ذهبت إليه الهيئة من أنّ تصرف الفريق الإعلامي المتمثل في الدخول إلى مركز الإيواء ومحاولته نقل صور مباشرة لا يعدّ في حدّ ذاته نيلا من حق المقيمين في ذلك المركز في حماية حياتهم الخاصة ومعطيتاهم الشخصية (إذ يبقى هذا التصرف خاضعا للقواعد المتعلقة بتنظيم وتسيير مراكز الإيواء أو المؤسسات الاستشفائية حسب الحال)، فإنّ الإخلال المرتكب من وسيلة الإعلام موضوع القرار إنّا يكمن في توليها تغطية ظروف إقامة نزلاء مركز الإيواء دون موافقة المستجوبين منهم ودون حجب صورهم ومختلف المعطيات الشخصية المتصلة بهم.

القرار

قرار الهيئة العليا الوستقلة للاتصال السوعي البصري عدد 2020/05 بتاريخ 30 مارس/آذار 2020 بتسليط خطية ب 50 ألف دينار ضد قناة التاسعة وإيقاف نمائي لبرناوج "لكلنا تونس" وإحالة الولف على هيئة وكافحة الفساد:

"وحيث أن احترام الخصوصية والحياة الخاصة من الحقوق الأساسية للإنسان والتي لا يمكن بأي حال النيل منها أو انتهاكها تحت أي غطاء وهو الخرق الجسيم الذي ارتكبته القناة من خلال البرنامج المذكور وذلك بتعمّد الفريق الصحفي الدخول إلى مركز الإيواء ومحاولة نقل صور مباشرة للمقيمين فيه وذلك بالكشف عن الوضع الصحي لأي كان على اعتبار أنّه من المعطيات الشخصية المحمية قانونا".

من المنطقي أن يتم التأكيد على التناسب في مثل هذه الوضعيات حتى لا تكون الأزمة سببا للتضييق من حرية التعبير والإعلام من جهة، وحتى لا تكون حرية التعبير والإعلام تعلّة للتضحية باحترام كرامة الذات البشرية وسرية المعطيات الخاصة بالفئات المستهدفة بالتغطية خلال فترة الأزمات.

قرار الهيئة العليا الوستقلة للاتصال السوعي البصري عدد 3 لسنة 2020 وؤرخ في 6 أفريل/نيسان 2020

أكدت الهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي البصري على تنظيم وضبط دور وسائل الإعلام في معاضدة المجهود الوطني للتوقي من فيروس كورونا من خلال ضهان الالتزام بالقواعد المهنية والأخلاقية في التواصل مع الجمهور أثناء الأزمات (فصل 1). ولذلك أقرّت الهيئة حدّا لحرية التعبير والإعلام من خلال الإوام وسائل الإعلام السمعي والبصري بعدم التصوير المباشر من المستشفيات وأماكن الحجر الصحي الإجباري إلا بعد التنسيق مع المصالح الصحية. كما ألزمت الهيئة وسائل الإعلام بعدم الكشف عن هويات المرضى أو الموضوعين تحت الحجر الصحي الذاتي إلا بإذن منهم (فصل 6) لأن القيد والتدخل في الحق في مائة الحياة الحاصة وحماية المعطيات الشخصية في هذه الصورة (بالكشف عن هويات ومعطيات أشخاص مرضى) غير متناسب مع حق الأفراد في الحصول على المعلومة ومع حق وسيلة الإعلام في التغطية الإعلامية.

5. وراقبة التناسب بين حرية الإعلام ورفض خطاب العنف والكراهية

إنّ إعمال هيئة الاتصال السمعي والبصري بمناسبة مباشرتها لوظيفتها التعديلية لمبدأ التناسب قصد ضمان التعايش بين الحقوق في إطار دولة مدنية ديمقراطية، يستدعي منها التأكيد بوضوح على أن حرية الإعلام يمكن أن تعرف حدودا كلما تعلق الأمر ببث خطاب أو تصريحات من شأنها الحث على الكراهية والانتقام أو تروج للعنف أو الكراهية أو التفرقة. يُعدّ هذا الحد ضروريا لضهان العيش المشترك والتعددية والتسامح بين مختلف مكونات المجتمع في دولة مدنية ديمقراطية لحماية الأمن العام والنظام العام ومتناسب مع هذه الموجبات. كما أنّ وجود هذا الصنف من الخطاب يقوّض أسس فكرة الدولة الديمقراطية ويحول دون وجود نقاش جدي وهادئ وبنّاء بين مختلف التيارات الفكرية والديانات والمعتقدات والأعراق داخل المجتمع والتعايش بينها حول الأفكار والمضامين ومختلف الخيارات المجتمعية والاقتصادية والسياسية في ظلّ احترام تام لكرامة الذات البشرية ولحرمة الحياة الخاصة لكافة أفراد المجتمع.

فقد اعتبرت الهيئة أنّه في حال النّقل المباشر يجب اتّخاذ الاحتياطات الكافية لضهان عدم بثّ خطابات من شأنها المسّ بأمن المواطنين أو التحريض على العنف والكراهية، ومن ضمن تلك الاحتياطات قطع الحوار في حال خروج المتحدثين عن السياق المقبول.

ويمكن للهيئة الإشارة مستقبلا إلى أنّ الحدّ من حرية التعبير عبر قطع الحوار الذي يحتوي على خطاب عنف وكراهية هو حدّ متناسب بالنظر إلى الهدف الذي يتبعه وهو عدم المس بالأمن العام أو بالنظام العام. يتمّ ذلك طبعا بعد تقدير إن كان الخطاب فعلا خطاب عنف أو كراهية ولا ينال من حق وسيلة الإعلام في التغطية الإعلامية الحرة.

على سبيل المثال، قررت الهيئة إيقاف بث الومضة الإعلانية لحلقة برنامج "وجها لوجه" وعدم إعادة بث ما تضمنته من خطاب تحريض على الكراهية وتكفير ودعوات صريحة للقتل بها يشكل مخالفة جسيمة ويمثل حالة شديدة التأكد مما يستوجب التدخل العاجل على معنى أحكام الفقرة الثانية من الفصل 30 من المرسوم عدد 116 لسنة 2011.

قرار بإيقاف برناوج من الدُستوديو على قناة الجنوبية في 16 أفريل/نيسان 2018

"ما تضمّنه في سياق الحديث عن وفاة النقابي صالح الزغيدي من مضامين وخطابات تدعو للعنف والتكفير ورسائل تدعو للكراهية ضد اليسار التونسي وخطاب سب وشتم دون تدخل مقدم البرنامج".

القرار المتعلّق بقناة نسمة

"وحيث يعد بث جزء من الفيديو وما ورد على لسان ضيف البرنامج ...خرقا لمقتضيات الفصل 5 من المرسوم عدد 116 الصادر في 20 نوفمبر/ تشرين الثاني 2011، الذي يقتضي أن حرية الاتصال السمعي والبصري تمارس على أساس عدد من المبادئ من بينها...عدم التحريض على العنف والكراهية، واحترام قرينة البراءة، كما يمثل خرقا لأحد ضوابط عمارسة حرية الاتصال السمعي والبصري التي عدّدها الفصل 5 من المرسوم عدد 116 لسنة 2011 وهو احترام كرامة الإنسان، وذلك بالاستناد إلى أنه تم عرض صور للمتهمين في القضية المذكورة ولما قدم أنه "اعترافاتهم" وهو ما يمثل خرقا لمبدأ قرينة البراءة. كما تم استعمال عبارات تمسّ من كرامتهم بالإضافة إلى الدعوة إلى نبذهم وإقصائهم وهو ما يمثل دعوة إلى الكراهية وتحريضا على العداوة والعنف والحال أن إدانتهم لم تثبت قضائيا. وحيث وفي ضوء ما تقدم، يمثل بث جزء من ذلك الفيديو وما ورد على لسان ضيف البرنامج دون أن تتولى مقدمة البرنامج التدخل وإعلام الضيف بمبادئ حرية التعبير وضوابطها، مخالفة جسيمة على معنى أحكام الفصل 30 من المرسوم عدد 116 لسنة 2011 السنة 2011.

عند التأمل في القرارات والبيانات التي تصدرها الهيئة، نلاحظ أن فكرة التناسب حاضرة ولكن يستحسن أن تعمل الهيئة على إظهارها بشكل أوضح مستقبلا وذلك من خلال اعتماد عناصر تقدير التناسب وفق المنهجية والتدرج المعتمد صلب الفصل 49 على النحو التالى:

بيان القيد الموظف على حقّ التعبير بكلّ دقة

بيان المدف المبرّر للقرار ذلك القيد

قياس الهلاءهة التثبت من وجود رابط عقلاني بين الإجراء والهدف أي بيان أن القيد قادر على تحقيق الهدف

قياس الضرورة (الداخلية) أي إقامة الدليل على نجاعة الإجراء وبيان أن القيد الموظف على حرية الإعلام يعدّ الإجراء الأقلّ تقييدا والقادر على تحقيق الهدف

> قياس التناسب في وعناه الضيق (الموازنة) من خلال قياس مدى خطورة الحدّ مقارنة مع الهدف المراد حمايته

عمليا، يجب على الهيئة القيام بموازنة بين الآثار المترتبة عن تطبيق الحدود المسلطة على حرية التعبير والإعلام مثلا وبين الهدف المراد حمايته والمتمثل في حماية الأمن العام أو النظام العام من خلال رفض خطاب العنف والكراهية. (الهيئة مطالبة بإقامة الدليل على انتفاء وجود قيد مشط على حرية الإعلام وأن حجم الآثار المترتبة عن الإجراء التقييدي مبرر بأهمية الهدف الذي تمّ من أجله توظيف القيد)

طالما أن كرامة الذات البشرية تعدّ من قبيل الحقوق الأساسية التي لا يسوغ الحد منها، فإنّ ممارسة وسائل الإعلام لحقها في التغطية لفئات هشة يجب أن يراعي طبيعة هذا الحق بصورة كلية.

وعلى الهيئة التأكيد على أن حماية كرامة الإنسان لا تحتمل اختبار التناسب لكونها غير قابلة للانتقاص. ويمكن للهيئة أن تذكّر وسائل الإعلام بضرورة التقيد والاكتفاء بالعناصر والبيانات التي تكتسي قيمة إخبارية دون سواها من المعلومات والتي لا تفضى إلى النيل من حرمة الأشخاص وبياناتهم ومعطياتهم الشخصية.

قرار الميئة العليا الوستقلة للاتصال السوعي البصري بتاريخ 21 نوفوبر/ تشرين الثانى 2019

اعتبرت الهيئة أنّ ما تمّ بثه على قناة إذاعية خاصة يعتبر خطابا يمسّ من كرامة الآخرين "وهو استغلال للقناة وتوظيف لها للمسّ من سمعة الأشخاص الذين تمّ ذكرهم بها ينال من كرامتهم وحياتهم الخاصة ويتعارض مع مبدأ قرينة البراءة والمبادئ العامة لحرية التعبير وأخلاقيات المهنة الصحفية، إضافة لما يمكن أن ينتج عنه من أعهال عنف تخل بالأمن الوطنى والنظام العام".

الفقرة الثالثة – تطبيق التناسب بهناسبة ههارسة الصلاحيات الزجرية

يخضع منح السلطة العقابية للهيئات العمومية المستقلة لاحترام جملة من الشروط:

أولا: يجب أن تمنح هذه السلطة في حدود ما هو ضروري لإتمام المهمة التي أسندت إليها 67.

ثانيا: يجب ضهان الحقوق والحريات الدستورية خصوصا المتصلة منها بواجب ضهان حقوق الدفاع من جهة، وشرعية العقوبة وضرورتها وتناسبها، من جهة أخرى. ويستتبع مبدأ الضرورة هنا رقابة على التناسب تؤدي إلى تأويل ضيق لإمكانية الجمع بين العقوبات الإدارية والجزائية 68. وقد اعتبرت الهيئة أن اتخاذ عقوبات إدارية تجاه أي منشأة إعلامية يجب أن يتم بالرجوع إلى مقتضيات المرسوم عدد 116 وإلى الإجراءات التي يضبطها في هذا الشأن.

تمثّل الوظيفة الزجرية الوظيفة الأهم التي يتم خلالها إعمال الهيئة لاختبار التناسب، إذ يجب على الهيئة قبل اتخاذ العقوبة إجراء اختبار التناسب. ويتم اختيار العقوبة بناء على طبيعة المخالفة وخطورتها ودرجة التدخل أو المساس بالحق المترتبة عن التجاوزات المنسوبة إلى وسيلة الإعلام، وتضاعف عادة العقوبة في حالة العود.

Conseil constitutionnel, n°88-248 DC, 17 janvier 1989, consid14. 67

Cons.Const, n°89-260 DC, consid. 22 ; Cons.Const, n°87-237 DC, 30 décembre 1987 ; Cons.Const, 68 n°2012-289 QPC, 17 janvier 2013, consid. 3.

مثال

التقييم

كان على الهيئة إعمال اختبار التناسب بطريقة أوضح من خلال:

→ إبراز أن حدّة القيد وجسامة آثاره (إيقاف البرنامج نهائيا مع تسليط خطية مالية) كانتا متناسبتين مع خطورة الإخلال المتمثل في المسّ بضابط أساسي من ضوابط ممارسة حرية الاتصال السمعي البصري وبحق أساسي غير قابل للحد والانتقاص ألا وهو كرامة الذات البشرية. وتمثل الإخلال في عبارات ثلب وشتم صادرة عن مقدم البرنامج نالت من كرامة مساعد مدرّب المنتخب الوطني للتايكوندو.

→ إبراز أن العود أو عدم الامتثال لقرار سابق للهيئة يقضي بإيقاف بث البرنامج يمثل تماديا في مخالفة القواعد المنظمة لمارسة حرية الإعلام بها يستدعي مضاعفة العقوبة.

القرار

قرار الميئة العليا الوستقلة للاتصال السوعي والبصري بتاريخ 6 أفريل/نيسان 2020

أصدر مجلس الهيئة قرارا يقضي بإيقاف برنامج سبور تونسنا الذي يتم بنه على القناة التلفزية الخاصة "تونسنا" بصفة نهائية وتسليط خطية مالية على القناة قدرها عشرون ألف دينار، على اعتبار أنها في حالة "عدم امتثال" نظرا لعدم التزامها بتنفيذ قرار سابق للهيئة يقضي بإيقاف البرنامج لمدة شهر وسحب الحلقة موضوع المخالفة المنسوبة للقناة من موقعها الإلكتروني الرسمي ومن جميع صفحات التواصل الاجتماعي التابعة لها وعدم إعادة نشرها أو استغلال جزء منها. ويأتي قرار الإيقاف النهائي متناسبا مع المخالفة المرتكبة نظرا لعدم التزام القناة بالقرار السابق والالتفاف عليه من خلال مواصلة بث نفس المضمون مع تغيير اسم البرنامج من "سبور تونسنا" إلى "فوت شو".

وكان المجلس قد اتخذ قراره عدد 3 لسنة 2020 المؤرخ في 28 فيفري/ شباط 2020، نظرا لما تضمنته هذه الحلقة من ثلب وشتم ونيل من كرامة الإنسان ضد مساعد مدرب المنتخب الوطني لرياضة التايكوندو من قبل مقدم البرنامج بها يشكل إخلالا بأحد ضوابط ممارسة حرية الاتصال السمعي والبصري المتعلق بضرورة احترام كرامة الإنسان المنصوص عليها بالفصل 05 من المرسوم عدد 116 لسنة 2011 المؤرخ في 02 نوفمبر/ تشرين الثاني 2011 والفصلين 55 والفصلين 14 فقرة 03 و24 من كراس الشروط المتعلق بالحصول على إجازة إحداث واستغلال قناة تلفزية خاصة".

الفرع الثالث– كيف يمكن لهيئة حقوق الإنسان إعمال مبدأ التناسب؟

تقوم هيئة حقوق الإنسان بإعمال التناسب من خلال مهمة تعزيز حقوق الإنسان وتطويرها (الفقرة الأولى) ومن خلال مهامها التحقيقية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى– اعمال التناسب من خلال مهمة تعزيز حقوق الانسان وتطويرها

تكون هيئة حقوق الإنسان مدعوة إلى إعمال مبدأ التناسب سواء بمناسبة تقديمها لمقترحات تهدف إلى ملاءمة النصوص التشريعية مع المواثيق الدولية المصادق عليها أو عند إبدائها لآرائها بخصوص مشاريع القوانين التي تعرض عليها من قبل جهة المبادرة.

1. تطبيق التناسـب عند اقتراح ما تراه لتحقيق وللـءَوة النصوص التشريعية وع المعا<mark>مدات</mark> الدولية والل_يقليمية المتعلقة بحقوق الإنسـان

يعهد مشروع القانون الأساسي المتعلق بهيئة حقوق الإنسان للهيئة مهمة تقديم الاقتراحات الكفيلة بدعم حقوق الإنسان والحريات الأساسية على الصعيدين الوطني والدولي "بها في ذلك تلك التي تتعلق بضهان مطابقة التشريع والمهارسات لمقتضيات الصكوك الدولية والإقليمية المتعلقة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو ملاءمتها له".

ويمكن لهيئة حقوق الإنسان في هذا الصدد أن تقترح، بالتنسيق مع اللجنة الوطنية لملاءمة النصوص القانونية ذات العلاقة بحقوق الإنسان المحدثة بموجب الأمر عدد 1196 لسنة 2019 المؤرخ في 24 ديسمبر/كانون الأوّل 2019 مع الدستور والاتفاقيات الدولية المصادقة عليها، ملاءمة النصوص التشريعية سارية المفعول أو الصادرة قبل دستور 2014.

2. تطبيق التناسب من خلال المهام الاستشارية

يعتبر الدور الاستشاري من أهم الوظائف الموكولة لهيئة حقوق الإنسان إذ أنها:

- تستشار الهيئة وجوبا في نطاق إعداد مشاريع القوانين المتعلقة بحقوق الإنسان والحريات: وتكون الهيئة، في هذه الصورة، محمولة على النظر في التناسب بين الحدود المضمنة في النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات والموجبات التي يريد المشرع المحافظة عليها وذلك بإعمال أحكام الفصل 49 برمته من خلال التثبت من العناصر التالية:
 - 1. أن القيد تمّ التنصيص عليه صراحة بنص قانوني،
 - 2. أنّه لم يتمّ المساس بجوهر الحق،
 - 3. أنَّ القيد ضروري (الضرورة الخارجية)،
 - 4. أنَّه تمّ احترام التناسب بين الضوابط وموجباتها (إعمال اختبار التناسب).
 - 5. أنّ القيد لا يخرق مبدأ عدم التراجع.

يمكن للهيئة مثلا تقديم رأيها بشأن مشروع القانون حول حالة الطوارئ أو القانون الذي سينظم الاجتهاعات والتظاهر أو القانون المتعلق بالإعلام أو القانون المتعلق بزجر الاعتداء على القوات الأمنية باعتهاد المنهجية التالية:

وصف واقعى للقيد

تحديد الحقوق الأساسية والحريات التي يحد منها القيد

تحديد الهدف المتبع من وراء القيد (الضرورة الخارجية)

التأكد من أن القيد لا ينال من جو هر الحق

قياس الوللاءوة التثبت من أن القيد يلائم الهدف

قياس الضرورة الداخلية اختيار القيد الذي يكون أقلّ مساسا وأقلّ تدخلا في الحق أو الحرية

قياس التناسب في هعناه الضيق الموازنة بين آثار الحدود المفروضة على الحقوق وموجباتها تقييم نطاق ومدى وحدّة التدخل في الحق من جرّاء القيد في مستوى الضرورة

- تُستشار الهيئة في جميع مشاريع النصوص القانونية الأخرى والتدابير ذات العلاقة بحقوق الإنسان والحريات: يتجه على الهيئة، بالنظر إلى اختصاصها العام في مجال الحقوق والحريات، التأكد من توفر الضوابط المنصوص عليها بالفصل 49 عند صياغة النصوص المتصلة بالحقوق والحريات. كما أن الهيئة مطالبة بإعمال التناسب بين الحدود وموجباتها من خلال لفت انتباه المشرع إلى الإشكاليات العملية التي قد تنتج عن تطبيق بعض القوانين في علاقة بحقوق الإنسان.
- تساهم الهيئة في إعداد مشاريع التقارير التي تقدمها تونس لهيئات ولجان الأمم المتحدة وكذلك إلى الهيئات والمؤسسات الإقليمية وإبداء الرأى في هذا الشأن.

يتعين على الهيئة هنا إبراز مدى تطبيق معاير التناسب والضرورة المنصوص عليها في المعاهدات الدولية التي صادقت عليها تونس مثلها هو الشأن بالنسبة للعهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية. ويمكنها لفت النظر إلى التطبيقات العملية للتناسب من قبل الهيئات العمومية المستقلة بها يتناسب مع مضامين المعاهدات التي تكرس مبدأ التناسب ومن قبل كافة المسؤولين عن تطبيق القوانين الوطنية بها في ذلك السلطة التنفيذية والقضائية.

مثال

أشار التقرير السادس الذي قدمته تونس حول مدى الالتزام بأحكام العهد الدولي الخاص بالحقوق المنية والدي ساهمت في إنجازه الهيئات العمومية المستقلة وعلى رأسها هيئة حقوق الإنسان بالإضافة إلى منظات المجتمع المدني، إلى جملة من المقترحات التي وقع تقديمها بشأن عدد من القوانين ومشاريع القوانين، من ضمنها اقتراح تعديل المجلة الجنائية بغرض اعتبار التمييز العنصري ظرفا مشددا للعقاب. كها أشار التقرير إلى ضرورة ملاءمة مشروع القانون المتعلق بحالة الطوارئ مع الدستور من

خلال "البحث عن توازن بين متطلبات الأمن العام من جهة والحفاظ على حقوق الإنسان من جهة أخرى بطريقة لا تكون معها القيود المسلطة على الحقوق والحريات ممكنة إلا لتحقيق مستلزمات الأمن العام أو الدفاع الوطني وأن تكون القيود متناسبة مع مبدأي التناسب والضرورة. كما يجب ضمان رقابة السلطة القضائية على احترام الحقوق والحريات من قبل السلط العمومية "69.

الفقرة الثانية– تطبيق التناسب مِن خلال المِمام التحقيقية

تكتسب الهيئة في مواجهة حالات الانتهاك سلطات قد تؤدي إلى النيل من بعض الحقوق الفردية مثل الحق في حماية الحياة الخاصة والمعطيات الصحية. غير أنه بالنظر إلى خطورة الانتهاك وإلى أهمية الحق في حماية كرامة الذات فإن أي إجراء احترازي أو قيد من شأنه النيل من جوهر هذا الحق يُعدّ إخلالا جسيها يستهدف فئة في حالة استضعاف بطريقة لا يسوغ معها الحد من صلاحيات التحقيق والتقصى للوقوف على حقيقة الانتهاكات التى تتم معاينتها وتقدير درجة جسامتها.

وترتيبا على ما تقدم بيانه، فإن الصلاحيات المخولة للهيئة لمعاينة الانتهاكات الجسيمة لا تخضع لأي حد مما يخرجها من مجال تطبيق مبدأالتناسب.

تتولى هيئة حقوق الإنسان الدستورية إعمال مبدأ التناسب عند رصد حالات انتهاكات لحقوق الإنسان وكذلك بمناسبة تحقيقها في حالات الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان.

1. عند رصد حالات انتماكات لحقوق الإنسان

تقوم الهيئة بإجراء التحقيقات والتحريات الضرورية بشأنها واتخاذ التدابير والإجراءات القانونية لمعالجتها. وعند التعهد بالتحقيق 70 تكون الهيئة مدعوة إلى إعمال اختبار التناسب للتأكد مما إذا كان الإجراء المتخذ يشكل أم لا انتهاكا والتثبت مما إذا كان هو الإجراء الوحيد الممكن وأنه لم يكن هنالك مجال لاتخاذ إجراءات أخرى أقل مساسا بالحقوق كتقدير حدة الآثار المترتبة عنه والتأكد من كون الآثار المترتبة عن ذلك الإجراء لم تتسم بالشطط بالنظر إلى الهدف الذي تم من أجله إقرار الإجراء المذكور. على سبيل المثال، عند رصد انتهاك متعلق بالحد من حرية التظاهر وهي حرية يكفلها الفصل 37 من الدستور، يمكن لهيئة حقوق الإنسان تقييم التناسب باعتهاد المنهجة التالبة:

⁶⁹ التقرير السادس الذي قدمته تونس حول مدى الالتزام بأحكام العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، فقرة 131.

⁷⁰ إمّا بمبادرة منها أو بناء على شكوى ترفع لها.

هل هنالك سند تشريعي للإجراء

الفصل 7 من القانون عدد 4 لسنة 1969 المتعلق بالاجتهاعات العامة والمواكب والاستعراضات والتجمهر «يمكن للسلط المسؤولة اتخاذ قرار في منع كل اجتماع يتوقع منه إخلال بالأمن أو بالنظام العام ويقع إعلام المنظمين للاجتماع بهذا القرار بواسطة أعوان الأمن»

> **مل أن اللِجراء يوس ون جوهر الحق في التظاهر** الإجراء يمس من جوهر الحق لأنه منع وليس مجرد تحديد في الزمان أو في المكان

> الإجراء ضروري ومقبول في دولة ودنية لخدوة أحد الأهداف الدستورية حماية النظام العام

> > مل أن الحد وللأو للووجب (النظام العام) لا توجد علاقة سببية بين منع المظاهرة وحماية النظام العام

هل هو إجراء ضروري؟ ألا يوجد إجراء أقل تطفلا على الحقوق الإجراء غير ضروري إذ أنه كان بالإمكان تأطير المظاهرة أمنيا

هل أن الونع وبالغ فيه وقارنة وع الحفاظ على النظام العام؟ المنع إجراء مبالغ فيه

2. عند التحقيق في حالات الانتماكات الجسيمة لحقوق الإنسان

طالما أن حماية كرامة الذات البشرية تُعدّ من بين الحقوق الأساسية غير القابلة للحدّ والانتقاص، فإن الإجراءات التي تتعلق بالكشف وتتبع الأعمال والمخالفات التي تمثل انتهاكا لحرمة الذات البشرية لا يمكن أن تخضع إلى مبدأ التناسب. فقد خوّل الفصل 18 من القانون الأساسي عدد 51 لسنة 2018 للهيئة إمكانية الحصول على المعطيات والمعلومات المحمية بالسرّ الطبّي أو بالسرّ المهني الخاص بعلاقة المحامي بحريفه والطبيب بمريضه إذا تعلّق موضوع الانتهاك بالتعذيب وغيره من ضروب العقوبة أو المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهيئة أو عنف مادي أو جسدي أو جنسي أو معنوي أو سياسي أو اقتصادي مسلّط على شخص في حالة استضعاف. ويعاقب من يمتنع عن مدّ الميئة بتلك المعلومات بالعقوبات المنصوص عليها بالفصل 143 من المجلة الجزائية.

• كيفية إعوال الميئة لوبدأ التناسب عند اتخاذها للإجراءات الحوائية لوضع حد للانتماكات

عندما يكون مصدر الانتهاك أحد أجهزة الدولة، فإنّ الهيئة تتّخذ كلّ التّدابير والإجراءات اللازمة لوضع حدّ له حسب الفصل 22 من القانون الأساسي عدد 51 لسنة 2018. حيث تتولى الهيئة تقدير هفصل هذه الوضعية والإجراء الذي يتعين إتباعه من خلال إثارة التّتبع القضائي عبر إعداد تقرير مفصّل بخصوص ظروف وملابسات الانتهاكات المرتكبة من قبل أجهزة الدولة. كها تتولّى تحديد طبيعة الإجراء الذي يتعين على السلط العمومية الانتهاكات ودرجة خطورتها وذلك بغرض تحديد طبيعة الإجراء الذي يتعين على السلط العمومية الخاذه من جملة الإجراءات المكنة على أن يتم اختيار الإجراء المتلائم مع درجة وخطورة الانتهاك.

كما يسوغ للهيئة إشعار بقية السلط العمومية لاتخاذ التدابير السريعة الهادفة لوضع حدّ للانتهاك الجسيم. ويجب أن تحرص السلطات العمومية على ألّا يكون وضع حدّ للانتهاك سببا في المسّ بجوهر حقوق أخرى مع التثبت من أنّ التدابير المتخذة ضرورية ومتناسبة مع هدف وضع حدّ للانتهاك الجسيم، كأن تكون الوسيلة الوحيدة لوضع حدّ للانتهاك وألّا تتجاوز آثارها ما يقتضيه إيقاف الانتهاك و قفادي إمكانية تواتر أو تكرار مثل تلك الانتهاكات.

• القيامِ بإجراءات البحث في كنف السرية لحماية الشهود والضحايا

قد تقوم الهيئة في نطاق ممارستها لإجراءات البحث بالحدّ من الحقّ في حماية المعطيات الشخصية ومن الحقّ في احترام الحياة الخاصة وفي سرية بعض المعطيات المهنية أو البنكية كلما كانت المعلومات ضرورية بغاية الكشف عن الانتهاكات الفادحة لحقوق الإنسان أو جرائم الحرب أو البحث فيها أو تتبع مرتكبيها ما لم يكن في ذلك مساس بالمصلحة العليا للدولة. ويمكن تغليب المصلحة العامة على الضرر الذي يمكن أن يلحق بالمصلحة المزمع حمايتها إذا كان هناك تهديد خطير للصحة أو السلامة أو المحيط أو جراء حدوث فعل إجرامي.

عند القيام بمهارسة صلاحياتها في إجراء البحوث والتحقيقات المتعلقة بحالات الانتهاكات الجسيمة، يجب على الهيئة مراعاة التوازن بين المصلحة العامة التي تتطلب الكشف عن الانتهاكات الفادحة لحقوق الإنسان وبين حماية المصلحة الخاصة للشهود والضحايا في احترام معطياتهم الشخصية. لذلك لابد لها من ضهان إجراء جلسات الاستهاع في كنف السرية مع ضهان حماية الحرمة الجسدية وضهان حماية المسار المهنى للشهود بالإضافة إلى ضهان حماية الطفولة.

مثال

ıäï

- ☆ شهر
 ☆ شهر
 خصوص تكريس فكرة التناسب في تقييم القيد المفروض من قبل السلط العمومية على حرية المعتقد ودون تنزيل أحكام الفصل المذكور على صورة الحال لتحديد طبيعة الإخلالات المرتكبة من قبل السلط العمومية.
 → كان بإمكان الهيئة أن تبيّن أنّ المهارسات والتصريحات المعتدية على الحريات الفردية والتي تمارسها مؤسسات الدولة من خلال اقتحام المقاهي المفتوحة نهارا أو تتبع المجاهرين بالإفطار هي قيود للحريات
- → طالما ثبت انتفاء الضرورة من إقرار هذا القيد في مجتمع مدني ديمقراطي، فإنّه لا حاجة للبحث في مختلف العناصر المتعلقة بإعمال مبدأ التناسب لأن عدم مراعاة الحريات الفردية يتعارض مع فكرة الدولة الديمقراطية.

الفردية غير ضرورية في دولة مدنية ديمقراطية بالنظر إلى موجباتها المتمثلة في مراعاة مشاعر الصائمين.

بيان أصدرته الميئة بمناسبة شهر رمضان بتاريخ 24 ماي/أيار 2019 أقتصرت الهيئة على مجرد التذكير، بمناسبة احترام دستور الجمهورية التونسية في فصوله عدد 6 و 49.

الفرع الرابع–كيف يمكن لهيئة التنوية الوسـتداوة وحقوق الأجيال القادوة أن تطبق وبدأ التناسـب؟

أحدثت الهيئة بمقتضى القانون الأساسي عدد 60 لسنة 2019 المؤرخ في 9 جويلية/ تموز 2019، وهي على خلاف معظم الهيئات المستقلة الأخرى، لم تنشأ على أنقاض هيئة سابقة تنشط في نفس المجال، لذلك فإن الحقوق والمجالات التي تدخل في مجال اختصاصها لم توجد من قبل بل كان أول تكريس دستوري لها خلال سنة 2014، وتتمثل هذه المجالات في التنمية المستدامة وفي حقوق الأجيال القادمة. فقد اقتضى الفصل 12 من الدستور أنه "تسعى الدولة إلى تحقيق العدالة الاجتماعية، والتنمية المستدامة، والتوازن بين الجهات". هذا المفهوم موجود منذ تقرير (Brundtland) وتحت بلورته ضمن أهداف التنمية المستدامة كما بينتها الأمم المتحدة في أجندة بين التنمية الأقتصادية والاستدامة البيئية والعدالة الاجتماعية.

يجب على الهيئة التأكد عند استشارتها من ملاءمة النصوص القانونية لأهداف التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة ترتكز القادمة من خلال اعتباد منطق الفصل 49 بشكل كامل. ونظرا لكون التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة على حقوق تضامنية عديدة، فإنّ الهيئة مطالبة بالعمل على ضهان أهداف التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة على المستوى الوطني والمحلي من خلال "ضهان احترام التوازن بين المقتضيات الاقتصادية والاجتباعية والثقافية والمقتضيات البيئية لإرساء العدالة والتضامن بين الأجيال وحقهم في بيئة سليمة تضمن استمرارية الحياة ونوعيتها وحقهم في جماية موروثهم الثقافي وهويتهم الوطنية وفي مناخ اقتصادي واجتهاعي مستقر وعادل" (الفصل 4).

الفقرة الأولى– مِن خلال الاختصاص الاستشارى

يسند الفصل 6 من القانون الأساسي عدد 60 لسنة 2019 المؤرخ في 9 جويلية/ تموز 2019 للهيئة وظيفة استشارية واسعة إذ تستشار الهيئة وجوبا في:

- مشاريع القوانين المتعلقة بالمسائل الاقتصادية والاجتماعية والبيئية وخاصة المناخية،
 - مشاريع مخططات التنمية،
 - مشروع الوثيقة التوجيهية للمخطط والميزان الاقتصادي،
- تقارير متابعة المخطط التنموي ووثائق التهيئة العمرانية كها هو منصوص عليها بالتشريع الجارى به العمل.

يمكن طلب توضيح رأي الهيئة من طرف مجلس نواب الشعب. كما يمكن للهيئة أن تبادر بإبداء رأيها في المسائل الاقتصادية والاجتهاعية والبيئية وفي كل الوثائق التوجيهية أو الإستراتيجية

https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/objectifs-de-developpement-durable/71

التي تخصّ السياسات العمومية أو البرامج أو المشاريع الوطنية الكبرى أو الاتفاقيات والبرامج الإقليمية والدولية (الفصلان 7 و8).

يجب على الهيئة أن تسهر على فرض واجب احترام السلطة التنفيذية لصلاحياتها الاستشارية من خلال إثارتها لهذه المسألة كلها وجد مشروع قانون يدخل في اختصاصها أو يتقاطع مع أحد مجالات تدخلها.

قد يتداخل هذا المجال الاستشاري الواسع للهيئة جزئيا مع مجال اختصاص هيئة شبيهة على غرار مجلس الحوار الوطني المحدث خلال سنة 2018، والذي يضمّ ممثلين عن الحكومة وعن نقابات عال وعن المشغلين، وتتم استشارته وجوبا بخصوص القوانين والأوامر المتعلقة بالشغل ومخططات التنمية الاقتصادية والاجتهاعية والميزانيات الاقتصادية. فاهتهام المجلس ينصبّ أساسا على المسائل المتعلقة بالتشغيل، وهي مسائل تمثّل جانبا هما من مفهوم التنمية المستدامة بها يطرح إمكانية تداخل صلاحية مجلس الحوار الوطني مع هيئة التنمية المستدامة بخصوص بعض المشاريع ذات الصبغة الاجتهاعية والاقتصادية التي تعرض على الهيكلين المذكورين وبها قد يترب عنه من تباين في وجهات النظر.

مثال

يمكن للهيئة أن تكون مدعوة لإجراء موازنة بين القيود المسلطة على الحريات الاقتصادية، كحرية التجارة والصناعة وحرية المبادرة، والهدف المراد حمايته كالحق في التنمية ببعديها الفردي والجماعي. هذه القيود يمكن أن تتمثل في فرض التراخيص الإدارية أو في تحويل نشاط اقتصادي معين إلى مرفق عام أو في خلق احتكار لصالح الدولة وذلك بغرض تحقيق هدف التنمية عبر المحافظة على الثروات الطبيعية أو خلق مواطن شغل أو التحكم في الأسعار 72.

اعتبر القاضي الدستوري الفرنسي "أن هاجس ضهان المحافظة على التنوع التجاري للأحياء يستجيب إلى هدف المصلحة العامة. ولكن المشرع بفرضه ترخيصا إداريا على كل تغيير لصبغة محل سواء كان تجاريا أو حرفيا والذي من شأنه أن يترتب عنه تغيير لطبيعة النشاط، يكون قد سلّط على حق الملكية وحرية المبادرة قيدا غير متناسب مع الهدف المتبع "73.

عند تولي الهيئة دراسة مشاريع القوانين التي ستعرض عليها لإبداء الرأي بشأنها، يتجه اعتهاد المراحل والمنهجية التالية:

⁷² مثال ذلك التراجع عن الأكياس البلاستيكية في مجال الإسمنت فيه موازنة بين الحريات الاقتصادية وهدف حماية البيئة.

Dans la Décision n°2000-436 DC du 7 décembre 2000, le Conseil constitutionnel français a considéré 73 que « le souci d'assurer la sauvegarde de la diversité commerciale des quartiers répond à un objectif d'intérêt général ; que toutefois, en soumettant à une autorisation administrative tout changement de destination d'un local commercial ou artisanal entraînant une modification de la nature de l'activité, le législateur a apporté, en l'espèce , tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre...une atteinte disproportionnée à l'objectif poursuivi ».

شرط التحفظ التشريعي التأكد من أن التحديد المسلط على حقوق التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة وقع صياغته في نص قانوني واضح ودقيق ومقروء

شرط الضرورة الخارجية

التأكد من أن التحديد كان ضروريا لحياية جملة من الأهداف (المحدّدة حصرا ضمن الفصل 49 من الدستور) في دولة مدنية ديمقراطية مع وصف دقيق لهذه الأهداف

> شرط عدم الهساس بجوهر الحق التَّأكَّد من أن تطبيق القيد ليس من شأنه المساس بجوهر الحق كإلغاء الحق أو إفراغه من محتواه

قياس الهلاءهة البحث عن الرابط العقلاني بين الإجراء والهدف التشريعي التثبّ من أنَّ التحديد كان الحل الكفيل بتحقيق الهدف المتبع

قياس الضرورة (الداخلية) أي تقدير نجاعة الإجراء التثبّت من أنّ القيد الموظف على الحق يُعدّ الأقلّ تقييدا ووطأة على ممارسة الحق

> قياس التناسب في وعناه الضيق أى قياس خطورة الحدوآثاره بالمقارنة مع الهدف المراد حمايته

طالما أنّ الشروط الواردة بالفصل 49 من الدستور متدرّجة (يتمّ إعمالها تباعا) ومتظافرة (يستدعي توفرها بشكل متزامن)، فإن عدم استيفاء مشروع القانون المعروض لشرط من الشروط يغني عن المرور للتثبت من بقية الشروط التي تليه.

- عدم استيفاء مشروع القانون لشرط الوضوح والمقروئية يغني عن المرور إلى التثبت من بقية الضوابط بها في ذلك توفر شرط الضرورة أو عدم المساس بجوهر الحق.
- إذا ما كان القيد الموظف على الحق يفضي إلى النيل من جوهره، فإنّ ذلك يغني عن المرور إلى مرحلة تطبيق اختبار التناسب.

الفقرة الثانية– مبدأ التناسب في التقييم البيئي

ينطبق مبدأ التناسب على كامل مراحل التقييم البيئي، انطلاقا من انجاز الدراسات وصولا إلى تنفيذ الآليات البيئية ومتابعتها.

يتعين على الهيئة، عند مباشرتها لوظيفتها الاستشارية، وبالنظر إلى طبيعة المجالات التي تدخل ضمن اختصاصها، إعهال مبدأ التناسب خلال كامل مسار التقييم البيئي للمشاريع وذلك من خلال:

- ضبط الرهانات التي تطرحها المشاريع بصدد الدراسة،
- تحديد الحساسية البيئية للمنطقة التي من المحتمل أن تتأثر بالمشروع (وسط حضري أو ريفي، كيفية ونسبة إشغال الفضاء، وجود أصناف من الكائنات أو البناءات المحمية...):

كلها كانت الخصائص الطبيعية والمناخية للمنطقة التي ستحتضن المشروع تتميز بالهشاشة وسريعة التأثر بتركيز نشاط جديد أو بتركيز إحداثات جديدة بها (السباخ أو الجزر أو الشريط الساحلي المهدد بالانجراف البحري) كلها استدعى تقييم تلك المشاريع دراسات معمقة ومفصلة في كيفية تركيز مكونات المشروع وتحديد وضبط الإجراءات المرافقة للحد من تدهور المحيط والعكس بالعكس.

• أهمية وطبيعة الأشغال والمشاريع والمخططات المزمع إنجازها:

تتباين أهمية الدراسات وعمقها بحسب أهمية وطبيعة المشاريع والأشغال المزمع القيام بها (من حيث حجم الأشغال/ المساحات المشمولة بتركيز المشروع/ الخصائص الفنية للمشروع...).

فكلها اكتسى المشروع أهمية من حيث حجم الأشغال والاستثهارات وأثره على المحيط كلها كان صاحب المشروع مدعوا إلى إعداد وتقديم دراسات معمقة ومفصلة.

• الانعكاسات المحتملة للمشروع بالنظر للرهانات البيئية وآثاره المحتملة على صحة الإنسان:

دراسة التأثيرات البيئية على المنطقة المزمع اعتهادها لتركيز المشروع وضبط الإجراءات البيئية المرافقة للحد من الآثار السلبية المرتبع عن تركيز المشروع والحفاظ على التوازنات البيئية للمحيط.

اعتبرت التفقدية العامة للتنمية المستدامة في فرنسا أنّ مبدأ التناسب هو مبدأ أساسي في التقييم البيئي. ويتمثل في ملاءمة مضمون دراسة التأثيرات البيئية أو التقرير البيئي مع حجم ورهانات المشاريع المزمع إنجازها. إذ أن التقييم البيئي يتباين بحسب أهمية المخططات ومختلف وثائق التخطيط المكونة للملف موضوع الدراسة والتأثيرات المحتملة للمشروع المزمع إقامته عبر ضبط أولويات الأهداف والرهانات التي تطرحها المشاريع والبرامج موضوع الدراسة. فكليا كان مدى وحجم المشروع أو البرنامج هاما، كليا استدعى ذلك دراسة شاملة ومعمقة على مستويات مختلفة. وإذا كان إنجاز المشروع المزمع القيام به ستترتب عنه تأثيرات وانعكاسات هامة على المحيط، فإن ذلك يستدعي القيام بدراسة مفصلة تسمح بتحديد حجم وطبيعة الآثار التي قد تترتب عن إنجاز المشروع المذكور بها يسمح بتحديد وضبط الإجراءات البيئية المرافقة والضم ورية للحد من تلك الانعكاسات.

عند تولي الهيئة دراسة مشاريع القوانين التي ستعرض عليها لإبداء الرأي بشأنها يتجه اعتهاد المنهجية التالية:

الإجابة التي يجب الإدلاء بما	الاختبار	الشروط
الحد المسلط على الحقوق المتعلقة بالتنمية تمت صياغته في القانون بشكل واضح (الفصل 296 من مجلة الشغل والأمر عدد 1991 لسنة 2005 المؤرخ في 11 جويلية 2005 المتعلق بدراسة التأثير البيئي وبضبط أصناف الوحدات الخاضعة لكراسات الشروط).	التأكد من أن التحديد المسلط على حقوق التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة قد وقع صياغته في نص قانوني واضح ودقيق. الوحدات الصناعية المصنفة مها كان نوعها تخضع للترخيص المسبق.	شرط التحفظ التشريعي
الحدود التي تستهدف ممارسة بعض الحريات الاقتصادية (التراخيص المسبقة/ دراسة التأثير البيئي) تهدف إلى تحقيق التنمية والنظام العام في بعده الاجتهاعي والبيئي والصحي. إخضاع بعض الأنشطة الاقتصادية للترخيص الإداري المسبق قصد المحافظة على الثروات الطبيعية والحفاظ على البيئة والصحة العامة.	التأكد من أن التحديد كان ضروريا لحماية جملة من الأهداف (المحددة حصرا ضمن الفصل 49) في دولة مدنية ديمقراطية مع وصف دقيق لهذه الأهداف.	شرط الضرورة الخارجية
ليس هنالك مساس بجوهر الحق في ممارسة حق المبادرة الاقتصادية لأن الترخيص المسبق أو دراسة التأثير البيئي شكلية لا يمكن أن تؤدي إلى استبعاد الحق إلا بالنسبة للمناطق التي يمكن أن يؤدي إحداث الوحدة الصناعية فيها إلى إشكاليات بالنسبة للمتساكنين أو للوسط البيئي.	التأكد من أن تطبيق القيد ليس من شأنه المساس بجو هر الحق كإلغاء الحق أو إفراغه من محتواه	شرط عدم الوساس بجوهر الحق
دراسة التأثير البيئي أو التقييم البيئي هي الحل الكفيل بتحقيق هدف حماية البيئة والصحة العامة لأنها تمكن من عدم السقوط في وضعيات لا يمكن تداركها.	التثبت من أن التحديد كان الحل الكفيل بتحقيق الهدف المتبع/ البحث عن الرابط العقلاني بين القيد والهدف التشريعي.	قياس الولاءوة
دراسة التأثير البيئي هي الحد الأقل تقييدا بها أنها لا تؤدي في كل الحالات إلى منع انتصاب الوحدة الصناعية كما يمكن للوحدة الصناعية المصنفة شديدة الخطورة الانتصاب في منطقة تبعد عن السكان وليست لها نفس الحساسية البيئية والاجتماعية. فالمنع يتسلط على عمارسة الحق في منطقة مخصوصة وليس في المطلق.	التثبت من أن القيد الموظف على الحق يعد الأقل تقييدا ووطأة على ممارسة الحق.	قياس الضرورة الخارجية
هذا القيد هو حد مهم للحقوق الاقتصادية ولكنه متناسب مع الهدف المتبع وهو حماية المتساكنين والوسط البيئي لمنطقة ذات حساسية بيئية أو لحماية الثروات الطبيعية.	قياس خطورة الحد وآثاره بالمقارنة مع الهدف المراد حمايته.	قياس التناسب في معناه الضيق

يمكن للهيئة الاستفادة من المارسات الجيدة للهيئات والهياكل واللجان المقارنة في إعمالها لمبدأ التناسب والتوازن بين متطلبات التنمية المستدامة.

أنشئت في الدانمرك وألمانيا أجهزة داخل البرلمان وهي بمثابة الوحدات التي تعمل على تقديم نصائح واستشارات فيها يتعلق بالتنمية المستدامة لصالح البرلمانيين، كها تقوم بتقييم مشاريع القوانين المتعلقة بهذه المسألة. ويشتمل البرلمان الفنلندي على لجنة للمستقبل منذ 1993. وينصّ الدستور المغربي الصادر في 27 جويلية/ تموز 2011 في مادته 35 على حقوق الأجيال القادمة والتنمية المستدامة.

الفرع الخاوس– كيف يوكن لهيئة الحوكوة الرشيدة ووكافحة الفساد أن تطبق مبدأ التناسب؟

هي هيئة دستورية مستقلة نصّ عليها الفصل 130 من الدستور وينظمها القانون الأساسي عدد 59 لسنة 2017 المؤرخ في 24 أوت/آب 2017. يمكن لهيئة مكافحة الفساد أن تطبق مبدأ التناسب من خلال صلاحية إبداء الرأي (الفقرة الأولى) أو عند ممارسة مهام الرقابة والتقصي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى–إبداء الرأي في مشاريع النصوص القانونية والترتيبية ذات العلاقة بمكافحة الفساد

يمكن للهيئة أثناء ممارسة صلاحياتها الاستشارية، من خلال الآراء التي تبديها بخصوص مشاريع القوانين المعروضة عليها، لفت نظر المشرع إلى الإجراءات التي يمكن اتخاذها في مجال مكافحة الفساد والتي يتم فيها مراعاة التناسب بين القيود التي يمكن أن تفرضها الدولة للتوقي من الفساد وبين احترام حقوق الغير في حماية معطياتهم الشخصية والمهنية والبنكية. كها يجب ألا يكون حق الدولة وحق الأفراد في الكشف عن مرتكبي الفساد وفي ردعهم سببا في تقليص حقّ الأشخاص الموجهة إليهم هذه التهم في الدفاع عن أنفسهم.

وقد أبدت هيئة مكافحة الفساد رأيها في القانون عدد 46 لسنة 2018 المؤرخ في 1 أوت/ آب 2018 والمتعلق بالتصريح بالمكاسب والمصالح وبمكافحة الإثراء غير المشروع وتضارب المصالح بالإضافة إلى القانون الأساسي عدد 10 لسنة 2017 المتعلق بالإبلاغ عن الفساد وحماية المبلغين، ولم تقع الإشارة إلى مبدأ التناسب.

ويجب على الهيئة مستقبلا عند ممارستها للاختصاص الاستشاري أن تتثبت من مدى احترام مشاريع القوانين المقترحة لمضمون الفصل 49 بجميع عناصره من خلال:

شرط التحفظ التشريعي لفت نظر المشرع إلى ضرورة أن يكون القيد بنص تشريعي واضح الصياغة ودقيق العبارة

شرط عدم الهساس بجوهر الحق ألا ينال القيد من جوهر الحقوق التي يتسلط عليها كأن يتمّ إلغاءها أو إفراغها من محتواها

شرط الضرورة (الخارجية) أن يكون القيد ضروريا في مجتمع ديمقراطي لخدمة جملة من الأهداف (المحددة حصرا بالفصل 49 من الدستور)

> **قياس الوللءوة** أن يكون القيد قادرا على *تحق*يق الهدف التشريعي

قياس الضرورة (الداخلية) أن يمثل القيد الموظف على الحق والملائم لتحقيق الهدف التشريعي الإجراء الأقلّ تقييدا للحق

قياس التناسب في معناه الضيق ضرورة مراعاة التناسب بين الآثار المترتبة عن توظيف القيود والآثار المنتظر تحقيقها من وضع تلك القيود (يجب أن تبرّر أهمية الهدف المزمع تحقيقه الآثار السلبية والأعباء الموظفة على الحق المستهدف بإجراء القيد)

الفقرة الثانية– الوقاية والتقصى

1. في علاقة باحترام الحياة الخاصة

في محاولة لإيجاد موازنة بين ضهان الشفافية والمساءلة والنزاهة من جهة، وبين احترام الحياة الخاصة والمعطيات الشخصية وأمن الأشخاص من جهة أخرى، قامت الهيئة بتطبيق خاص للتنصيص الوارد في الفصل 5 من القانون المتعلق بالتصريح بالمكاسب والذي يوجب على الأشخاص الوارد ذكرهم بالمطات الخمسة الأولى من الفصل التصريح بمكاسبهم ومصالحهم في أجل أقصاه ستون يوما من تاريخ الإعلان عن النتائج النهائية للانتخابات أو من تاريخ التعيين أو من تاريخ تسلمهم لمهامهم بحسب الحال بالإضافة إلى نشر هذه المعطيات لمزيد من الشفافية 47.

⁷⁴ رئيس الجمهورية ومدير ديوانه ومستشاروه، رئيس الحكومة وأعضاؤها ورؤساء دواوينهم ومستشاريهم، رئيس مجلس نواب الشعب وأعضاؤه ورئيس ديوانه ومستشاريه، رؤساء الهيئات الدستورية المستقلة وأعضاؤها، رئيس المجلس الأعلى للقضاء وأعضاؤه.

لحماية هؤلاء الأشخاص، يمكن لهيئة مكافحة الفساد، على الصعيد التطبيقي عند صدور الأمر المتعلق بنشر التصاريح، القيام بنشر قائمة المكتسبات مع حذف المعطيات المتعلقة بعناوين الأشخاص بغرض ضمان أمنهم (مثلا حمايتهم من عمليات إرهابية). وفي ذلك إعمال للتناسب بين إجراء النشر وما يمثله من قيد على الحق في حماية المعطيات الشخصية المتعلقة بأمن الأشخاص وبين الهدف المتبع والمتمثل في إضفاء الشفافية على إدارة المصالح العمومية وتفادي تضارب المصالح. ويمكن للهيئة تطبيق نفس الاختبار فيها يتعلق بالمعطيات المتعلقة بالقرين.

تضمن القانون الأساسي عدد 10 لسنة 2017 والمتعلق بالإبلاغ عن الفساد وحماية المبلغين استثناء يتمثل في عدم انطباق حقّ النفاذ إلى المعلومة على البيانات المتعلقة بهوية الأشخاص الذين قدّموا معلومات بهدف الإبلاغ عن تجاوزات أو حالات فساد بغرض حماية الحياة الخاصة للمبلغين وأمنهم. بذلك يكون أي إجراء يسمح بالنفاذ إلى المعطيات المتعلقة بالمبلغين نيلا من جوهر حقّ هؤلاء في الحياية بمعناها الشامل سواء المتصلة بمعطياتهم الشخصية أو حماية حرمتهم الجسدية أو حياتهم الخاصة، وبالتّالي فإنّ هذه المسألة لا تدخل في مجال إعمال التناسب.

2. في علاقة بالسر الهمني والبنكي

ينصّ المرسوم الإطاري عدد 120 لسنة 2011 المؤرخ في 14 نوفمبر/ تشرين الثاني 2011 والمتعلق بمكافحة الفساد في فصله 37 أنه "... لا يجوز مواجهة طلبات رئيس الهيئة للحصول على معلومات أو وثائق بواجب الحفاظ على السر المهني وذلك مهم كانت طبيعة أو صفة الشخص المادي أو المعنوي الذي توجد لديه المعلومات أو الوثائق التي يطلبها رئيس الهيئة".

طالما أن هذه الصلاحية المخولة لرئيس الهيئة بمناسبة القيام بالتقصي لا يمكن الحدّ منها أو تقييدها بالنظر إلى حقّ الغير في حماية المعطيات الشخصية، فإنّ هذه الصورة تخرج عن مجال إعبال التناسب.

وفي إطار تعهد جهاز الوقاية والتقصي بالبحث في جرائم الفساد، وعند جمع المعطيات والبيانات والإحصائيات المتعلقة بالفساد، يجب على أعضاء الهيئة الالتزام بالمحافظة على السر المهني بخصوص كل ما بلغ إلى علمهم من معطيات ومعلومات. كما أنه في إطار إعداد قاعدة البيانات المنصوص عليها بالقانون، يتعين على الهيئة أن تحافظ على سرية المعطيات حفاظا على أمن الأشخاص. وقد راعت الهيئة التناسب من خلال الاعتهاد على أرقام بدل الأسهاء في تثبيت قاعدة البيانات.

مثلا عند اتخاذ هيئة مكافحة الفساد لقرار تطالب فيه السلطات القضائية بإصدار قرار في تحجير السفر على شخص تتعلق به شبهة فساد جدية، يتعين على الهيئة التثبت من العناصر التالية:

السند القانوني للإجراء

هل هنالك سند تشريعي يسمح بهذا الإجراء؟

الفصل 25 من القانون المتعلق بهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد يمنح الهيئة صلاحية مطالبة السلطة القضائية المختصة باتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة

جوهر الحق

هل أن الإجراء يلغي تماما الحق في التنقل أو يجعله حقا استثنائيا؟ الإجراءات القضائية التحفظية لا تنال من جوهر حق المواطن في حرية التنقل

موجب ضروري ومقبول في دولة مدنية ديمقراطية هل توجد ضرورة مقبولة في دولة مدنية ديمقراطية لمنع السفر؟ منع السفر يهدف إلى حماية الأمن العام بتفادي إفلات المسوب إليهم المخالفات من المحاسبة

هل هو إجراء ملائم للموجب طلب إصدار قرار يتعلق بتحجير السفر يسمح بمواصلة الأبحاث واستكهالها

مل مو إجراء ضرورى؟ ألا يوجد إجراء أقل تطفلا على الحقوق؟

تحجير السفر يعد ضروريا ولا يمثل قيدا مشطا في ظل وجود شبهة فساد جدية وبالنظر إلى صبغته الظرفية مع إمكانية طلب الرجوع فيه من قبل صاحب المصلحة أو استبداله بإجراء آخر يكفل جدية الأبحاث وتواصلها

هل هو إجراء متوازن مع دواعي النبحاث والتحقيق في الجرائم وحرية تنقل الشخص الذي تحوم حوله شبهة فساد؟ طالما ثبت لدى الهيئة وجود عناصر تفيد بوجود شبهة فساد وأن الإجراء يكتسي صبغة ظرفية في حدود ما تستدعيه الأبحاث القضائية وقابل للرجوع فيه متى انتفى الموجب من إقراره، فإن آثاره السلبية تكون محدودة ومتناسبة والموجب من إقراره

3. في علاقة بالحقوق القضائية

ينبغي على الهيئة تمكين الشخص المبلّغ عنه من حقوق الدفاع مع احترام سرية معطيات الشخص المبلغ وضرورة حمايته. لذلك يتعين أن يكون الإشعار الموجه للشخص المبلّغ عنه كافلا لحق هذا الأخير في الدفاع عن نفسه مع مراعاة التناسب مع مبدأ حماية المبلغين. مثلا، لا يمكن أن يتضمن الإشعار اسم المسخص المبلّغ أو صفته أو أي بيانات من شأنها أن تصيّره معرّفا سواء لدى المبلّغ عنه أو لدى العموم.

يمكن للهيئة مستقبلا أن تشير إلى أهمية طرق الطعن المتاحة للمبلّغ وتقديم عرض واضح ومبسط، موجه للمبلّغ، بخصوص الإجراءات والآجال المتعلقة برفع الدعاوى كتحديد وبيان الجهات القضائية المختصة للبت في ذلك الصنف من الدعاوى بها يكفل للمعنى بالأمر هماية قضائية ناجعة.

إنّ عدم تمكين المبلّغ من وسائل تقاضي حقيقية وفعلية (des recours effectifs) يعود في النهاية إلى إنكار مبدأ حماية المبلّغين الذي يضمنه القانون لأن غياب هذه الوسائل يُعدّ مساسا من جوهر الحق في الحماية.

اعتبرت التوصية الأوروبية لسنة 2014 ⁷⁵ أن "القيود أو الاستثناءات لحقوق وواجبات كل شخص فيها يتعلق بالإشعار أو بإفشاء معلومات تهمّ المصلحة العامة لا يجب أن تتجاوز ما هو ضروري وعلى كل حال لا يجب أن تكون مناقضة لأهداف المبادئ التي تكرسها التوصية". كها أن الإبلاغ من مكان العمل هو عمل مواطني جيد يجب هايته والحهاية تنبع من المبادئ الديمقراطية لحرية التعبير وحرية المعلومة. هذا يعني أنه في حال الإفشاء العمومي للمعلومات يجب التثبت من أن المساس بالحق في إفشاء المعلومات لا يتجاوز ما هو ضروري في مجتمع ديمقراطي.

△ قامت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في عدة قرارات كان أولها قرار "قيجا ضد مولدافيا" بموازنة بين المصلحة العامة من التبليغ أو الإفشاء ومصلحة المشغلين في فرض احترام واجب السرية. واعتمدت في هذه الموازنة على جملة من المقاييس للنظر في تناسب القيد المسلط على حرية التعبير وهي:

- وجود أو عدم وجود وسائل أخرى لإفشاء المعلومة،
- تحديد المصلحة العامة من المعلومات المكشوفة والتي يمكن أن تُغلّب إذا كانت في غاية الأهمية على واجب السرية الذي يفرضه القانون،
 - أنّ المعلومات المكشوفة فريدة من نوعها،
 - الضرر الذي يمكن أن يلحق المشغل من خلال الإبلاغ،
 - حسن نية المبلغ أي غياب مصلحة خاصة أو امتياز خصوصا مالي أو تصفية حسابات شخصية،
 - وأخيرا شدة العقوبة المسلطة 76.



طالما أن هذه الهيئات منشأة بقانون، فإنّه ستتم دراسة كيفية فهمها وإعمالها لمبدأ التناسب بناء على ترتيب يعتمد تاريخ الإحداث وذلك انطلاقا من الأحدث إلى الأقدم. بناء على هذا التبويب، سيتم التعرض بداية إلى هيئة النفاذ إلى المعلومة (الفرع الأول)، تليها الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية (الفرع الثاني) ثم هيئة الاتصالات (الفرع الثالث) فهيئات التعديل الاقتصادي (الفرع الرابع).

الفرع الأول–كيف يمكن لهيئة النفاذ إلى المعلومة أن تطبّق وبدأ التناسب؟

يجب التذكير بأن كلّ الهيئات مطالبة بإعمال مبدأ التناسب عندما تكون إزاء وضعية تتضمن حدّا من بعض الحقوق والحريات. ويتطلب إعمال هذا المبدأ التركيز على ثلاث مراحل كما تمّ بيانه سابقا:

⁽Annexe à la Recommandation CM/Rec/2014, 7, Cadre normatif, point 8) في ملحقها 75

CEDH., GC., 12 février 2008, Guja c. Moldavie, Reg. N°14277/04. 76



قياس الضرورة: أي هل كان القيد ضروريا لتحقيق الهدف المزمع تحقيقه وهل كان الحلّ الوحيد والأقلّ تقييدا أو نيلا من الحق.

قياس التناسب في معناه الضيق (الموازنة): أي قياس خطورة الحدّ مقارنة بالهدف المراد حمايته.

تُعدّ هيئة النفاذ إلى المعلومة من أكثر الهيئات العمومية المستقلة التي استندت في عملها إلى مبدأ التناسب. وهي تخضع لأحكام الفصل 49 لا فقط لتمتّعها بصلاحيات قضائية بل أيضا وأولا وقبل كل شيء بحكم طبيعة الحق الذي يدخل في مجال تدخلها وهو النفاذ إلى المعلومة باعتباره حقا أساسيا يخضع في تنظيمه إلى أحكام الفصل 49. وقد تضمن فقه قضاء الهيئة إعهالا للموازنة بين الحق في النفاذ إلى المعلومة والقيود التي ترد عليه من خلال إعهالها لمجمل عناصر مبدأ التناسب رغم عدم استنادها دائها بصفة مباشرة إلى الفصل 49 أو التنصيص صراحة ضمن قراراتها على مبدأ التناسب.

الفقرة الأولى– إعمال التناسب من خلال البتّ في الدعاوي المرفوعة لديما

يعطي القانون للهيئة سلطة تقديرية في قياس ما إذا كان النفاذ إلى المعلومة يمس أو لا من الحقوق. وتقوم الهيئة بالتثبت من هذا الأمر في كل مراحل الدعوى ومن خلال القيام بالتحريات ومباشرة إجراءات التحقيق وسياع الأشخاص.

وراحل اختبار التناسب المعتودة من قبل هيئة النفاذ إلى المعلومة

التذكير بمكانة الحقّ في النفاذ إلى المعلومة كحقّ أساسي دستوري

ارتباط هذا الحق بجملة من الأهداف أبرزها تعزيز مبدأي الشفافية والمساءلة

وجود قيود لهذا الحق:

إلحاق الضرر بالأمن العام، بالدفاع الوطني أو بالعلاقات الدولية فيها يتصل بهما وبحقوق الغير في حماية حياته الخاصة ومعطياته الشخصية وملكيته الفكرية

القيود لها أساس قانونى

خضوع القيود لتقدير الضرر من النفاذ (يجب أن يكون جسيما)

← هنا يجب على الهيئة التثبت من غياب إجراءات بديلة أقلّ وطأة على الحق المستهدف بإجراء النفاذ بدل الاعتماد على جسامة الضرر

التناسب بين المصالح المراد حمايتما

(الآثار المترتبة عن إعمال حقّ النفاذ إلى معلومة معينة أو مجموعة من البيانات وما يترتب عنها من أعباء أو تقييد للحق المستهدف إجراء النفاذ)

والغاية من مطلب النفاذ

(النتائج المزمع تحقيقها من توظيف ذلك القيد)

تجري الهيئة في إطار هذه الدعاوى موازنة بين الحق في النفاذ إلى المعلومة وحماية حقوق الغير، فتذكّر بداية بالمبدأ الذي كرّسه القانون عدد 22 لسنة 2016 وهو أنّه لا يمكن للهيكل العمومي رفض طلب النفاذ إلى المعلومة. ثم تمر إلى التّأكد من مدى وجود استثناء لمهارسة الحق في النفاذ إلى المعلومة. وإعهالا لأحكام الفصل 49 من الدستور، فلا يسوغ إقرار استثناء لمهارسة حق النفاذ للمعلومة إلّا بموجب نصّ قانوني وذلك لتحقيق أحد الأهداف المشروعة المنصوص عليها بالفصل 49 سالف الذكر كحهاية الأمن العام أو الدفاع الوطني أو حقوق الغير، لتتولى الهيئة في النهاية التأكد من أنّه قد وقع احترام التناسب بين الضوابط وموجباتها.

1. الوبدأ: لا يمكن للهيكل العمومي رفض طلب النفاذ إلى المعلومة

"وحيث أن الحق في النفاذ إلى المعلومة يعد حقا أساسيا لكل شخص طبيعي أو معنوي تم تنظيم ممارسته بموجب القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس/ آذار 2016 والمتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة وذلك بغرض تحقيق جملة من الأهداف نصّ عليها القانون لعلّ أبرزها تعزيز مبدأي الشفافية والمساءلة فيها يتعلق بالتصرف في المرفق العام".

"وحيث اقتضى الفصل 24 من القانون الآنف الذكر أنّه "لا يمكن للهيكل المعني أن يرفض طلب النفاذ إلى المعلومة..."77.

2. الاستثناءات: رفض طلب النفاذ حسب الفصل 24 مِن قانون الميئة

لا يتسم حقّ النفاذ إلى المعلومة بالإطلاقية بل ترد عليه بعض الاستثناءات التي يمكن على أساسها للهيكل العمومي رفض الاستجابة لمطلب النفاذ. وتقتصر هذه الاستثناءات التي حددها القانون الأساسي بصفة واضحة وضيقة على الأمن العام أو الدفاع الوطني أو العلاقات الدولية فيما يتصل بهما أو بحقوق الغير في حماية حياته الخاصة ومعطياته الشخصية وملكيته الفكرية (الفصل 24).

ومن بين أهم أوجه الموازنة بين حق النفاذ إلى المعلومة وحماية حقوق الغير، الموازنة بين حق النفاذ إلى المعلومة والحق في حماية المعطيات الشخصية. فقد استندت الهيئة في هذه الموازنة إلى الفصل 27 من نفس القانون الذي نصّ على أنّه "إذا كانت المعلومة المطلوبة مشمولة جزئيا باستثناء منصوص عليه بالفصلين 24 و25 من هذا القانون، فلا يمكن النفاذ إليها إلّا بعد حجب الجزء المعنى بالاستثناء متى كان ذلك ممكنا".

"وحيث لئن تضمّن التقرير المطلوب بعض المعطيات الشخصية المتعلقة بأسماء بعض الحرفاء وألقابهم وحساباتهم البنكية، فإنّ ذلك لا يحول دون النفاذ إلى هذا التقرير طالما أنّه من الممكن حجب هذه

^{.2018} مثال القرارات عدد 23 و 25 و 26 الصادرة بتاريخ 23 مارس/ آذار 2018.

المعطيات الشخصية عند تسليم التقرير وفقا لما تخوّله أحكام الفصل 27 من القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس/ آذار 2016 المتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة ودون المساس ببقية المعلومات المراد النفاذ إليها والمضمنة بالتقرير 78.

3. حدود الاستثناء

لا تُعدّ الاستثناءات المنصوص عليها في الفصول 24 و26 مطلقة بل تخضع لجملة من الضوابط التي تتولى الهيئة تقديرها من خلال إخضاع القيود الموظفة على الحق في النفاذ إلى المعلومة إلى اختبار التناسب والتأكد من مدى تناسبها مع الموجب الذي تمّ من أجله إقرارها. فلقد اعتبرت الهيئة في العديد من قراراتها، بعد التذكير بالاستثناءات التي تخوّل للهيكل العمومي رفض طلب النفاذ للمعلومة، أنّ هذه المجالات لا تعتبر استثناءات مطلقة لحقّ النفاذ إلى المعلومة

"وتكون خاضعة لتقدير الضرر من النفاذ على أن يكون الضرر جسيها سواء كان آنيا أو لاحقا كها تكون خاضعة لتقدير المصلحة العامة من تقديم المعلومة أو عدم تقديمها بالنسبة لكل طلب، ويراعى التناسب بين المصالح المراد حمايتها والغاية من مطلب النفاذ"79.

يجب على الهيئة مستقبلا التثبت من غياب إجراءات بديلة أقلّ وطأة على الحق المستهدف بإجراء النفاذ بدل الاعتهاد على جسامة الضرر بها يسمح لها بالوقوف على مدى نجاعة القيد الموظف على حقّ النفاذ إلى المعلومة في تحقيق الهدف الذي من أجله تمّ إقرار القيد.

"وحيث وبناء على ما سبق بيانه، فإنّ حصول العارض على المراسلة الموجهة من وزارة الدفاع الوطني إلى مصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة لطلب رأيها حول كيفية احتساب جراية السقوط البدني للعسكريين، ليس من شأنه أن يؤدي إلى إلحاق أي ضرر بالأمن العام أو الدفاع الوطني، كها أنّه لا يندرج ضمن أي حالة من حالات الاستثناء الواردة بالفصل 24 من القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 والمتعلق بالحقّ في النفاذ إلى المعلومة"80.

في هذه الحالة، يُعدّر فض طلب المعلومة المتمثلة في رأي مصالح مستشار القانون والتشريع حول كيفية احتساب جراية السقوط البدني للعسكريين من قبيل القيد الموظف على الحقّ في النفاذ إلى المعلومة دون أن

⁷⁸ قرار عدد 33 2018- بتاريخ 19 أفريل/ نيسان 2018، س.ش ضد محافظ البنك المركزي التونسي. مثال القرارات عدد 23 و25 و26 الصادرة بتاريخ 23 مارس/ آذار 2018.

⁷⁹ القضية عدد 211-18 / 2018 بتاريخ 28 مارس/ آذار 2018، هيئة النفاذ إلى المعلومة، على الشارني ضد وزير الدفاع الوطني. أيضا قرار عدد 2018 2018- بتاريخ 19 أفريل/ نيسان 2018، س.ش ضد محافظ البنك المركزي التونسي.

⁸⁰ القضية عدد 21-18 / 2018 بتاريخ 28 مارس/ آذار 2018، هيئة النفاذ إلى المعلومة، على الشارني ضد وزير الدفاع الوطني.

يكون ضروريا لتحقيق هدف الحفاظ على الأمن العام أو الدفاع الوطني. كها أنّ القيد المذكور لا يتناسب مع الهدف المتبع بالإضافة إلى كونه لا يندرج ضمن أي حالة من حالات الاستثناء الواردة بالقانون عدد 22 بها يعتبر خرقا لضوابط الفصل 49 من الدستور الذي يقتضي أن الضوابط لا توضع إلّا "لضرورة 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".

مثال

التقييم

تقع هذه الحالة ضمن باب قيود الاستثناء لحقّ النّفاذ إلى المعلومة. وعلى الهيئة هنا إجراء اختبار التناسب من خلال الموازنة بين "اختبار الضرر" أي الآثار المترتبة عن منح الإجراء الرّامي إلى النّفاذ إلى معلومة محمية بموجب الإجراءات المتعلقة بحاية المعطيات الشخصية و"اختبار المصلحة العامة"، أي الآثار المنتظرة من إقرار حماية تلك المعلومة بها يسمح بتقدير أهمية الهدف المزمع تحقيقه من إقرار وتنفيذ ذلك الضابط على المعطيات والبيانات المزمع حمايتها. فإذا كانت منافع إتاحة المعلومة أكبر من الضرر المتوقع، فإنّه يتم إتاحة المعلومة أو على سبيل المثال، يمكن أن تشمل المصلحة العامة من تقديم المعلومة أو من عدم تقديمها الكشف عن حالات الفساد وتحسين توظيف الأموال من عدم تقديمها الكشف عن حالات الفساد وتحسين توظيف الأموال تعمومية وتعزيز المساءلة. فالهيئة هنا مطالبة بالموازنة بين الآثار المترتبة عن تطبيق القيد المسلح على حقّ النفاذ والمصالح المراد حمايتها. وقد اعتبرت تطبيق الكشف عن شبهات

فساد أهم من المصلحة التي يريد البنك المدعى عليه حمايتها. أي أنَّ القيد

المفروض في هذه الحالة لم يكن متناسبا مع الهدف المتبع.

القرار

قرار عدد 33 - 2018 بتاريخ 19 أفريل/نيسان 2018 س.ش ضد وحافظ البنك الوركزي التونسي "وحيث لم تفلح الجهة المدّعى عليها في إثبات جسامة الضرر الذي يمكن أن يلحق بمصالح مؤسسة "اتحاد الفكتورينغ" أو بحقوق ومصالح حرفائها من تقديم المقلوبة على معنى أحكام الفصل 24 من القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 ... سبّها وأنّ المعطيات الواردة بالتقرير موضوع طلب النفاذ ترجع إلى سنة 2007. وحيث أنّه على فرض ثبوت مثل هذا الضرر، فإنّ المصلحة العامة من تقديم المعلومة في صورة الحال، والمتمثلة في الكشف عن شبهات فساد وعن تجاوزات مالية ومحاسبية بالمؤسسة المعنية، يُعدّ في تقدير الهيئة، أهمّ من المصلحة المراد همايتها من قبل البنك المدعى عليه".

وتجدر الإشارة إلى كون الاستثناءات المقررة بموجب القانون بخصوص حقّ النفاذ إلى المعلومة لا تشتمل بالنظر إلى أهمية الحق المتصل بها على المعلومات الضرورية بغاية الكشف عن الانتهاكات الفادحة لحقوق الإنسان أو جرائم الحرب ضرورة أن الكشف عن تلك الانتهاكات يقتضي وجوبا تغليب الحق في حماية كرامة الذات البشرية على الضرر الذي يمكن أن يلحق المصلحة المزمع حمايتها. في هذا الصدد، يجب على الهيئة إبراز اتصال تلك المسائل بمفهوم جوهر الحق وعدم قابلية ذلك الصنف من الحقوق (كرامة الذات البشرية) إلى أي تقييد، وبالتالي، فإنّ أي انتقاص من هذه الحقوق يفرغها من جوهرها.

الفقرة الثانية– إعمال التناسـب من خلال إبداء الرأي وجوبا في مشاريع القوانين والنصوص الترتـسة ذات الصلة

تضطلع الهيئة بدور استشاري هام بمناسبة دراستها وإبداء رأيها بخصوص مشاريع القوانين التي يتمّ عرضها عليها من قبل جهة المبادرة. لذا، فإنّ الهيئة تتولّى أثناء مباشرتها لوظيفتها الاستشارية

إعمال مبدأ التناسب ويمكنها التطرق في إطار الاختصاص الاستشاري إلى مختلف عناصر الفصل 49 من الدستور للتأكد من مدى احترام المشروع المعروض عليها لأحكام الفصل المذكور.

قد سبق للهيئة أن أبدت رأيها في مشاريع قوانين مثل المجلة الرقمية، حيث بيّنت أنه "يتجه التنصيص صلب الفصول 9 و19 و225 و238 على وجوب مراعاة التشريع الجاري به العمل في مجال النفاذ إلى المعلومة وذلك حتى لا يتم التضييق على هذا الحق باستعمال "متطلبات الدفاع الوطني والأمن العام"و"هماية المعطيات الشخصية" و"هماية الملكية الفكرية" في الفصول المشار إليها، علما وأن هذه الاستثناءات لا تعتبر استثناءات مطلقة لحق النفاذ إلى المعلومة على معنى القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المتعلق بحق النفاذ إلى المعلومة"81.

وقد أبدت هيئة النفاذ إلى المعلومة، بمناسبة إبدائها لملاحظاتها حول مشروع القانون الأساسي المتعلق بحياية المعطيات الشخصية، استنكارها بخصوص تغييبها عن مسار إعداد القانون رغم علاقته المباشرة بمهارسة حقّ النفاذ إلى المعلومة وذلك بالرغم من تضمّن القانون عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس/ آذار 2016 تنصيصا صريحا بخصوص وجوبية إبداء الهيئة لرأيها في مشاريع القوانين والنصوص الترتيبية ذات العلاقة بمجال النفاذ إلى المعلومة.

بينت هيئة النفاذ إلى المعلومة أن مشروع القانون المتعلق بحياية المعطيات الشخصية يفتقر إلى بعض العناصر التي ينص عليها الفصل 49 دون أن تذكر تلك العناصر صراحة مكتفية بالإشارة إلى أن التوازن والتوفيق بين حماية المعطيات الشخصية وبين ضهان الحق في النفاذ إلى المعلومة أمر مفقود تماما في مشروع القانون. كما أنّ صياغة القانون لم تكن واضحة ودقيقة وهو ما سيؤدي في نهاية الأمر إلى إفراغ الحقّ في النفاذ إلى المعلومة من مضمونه. وخلصت الهيئة إلى أنّ مشروع القانون المعروض في صيغته الحالية "ينال النفاذ إلى المعلومة ويمثل تراجعا خطيرا عن المكاسب التي تحققت في مجال الشفافية والمساءلة والحقّ في النفاذ إلى المعلومة والتي تمّ تكريسها صراحة بالدستور التونسي تحت غطاء حماية المعطيات الشخصية".

ملاحظات هيئة النفاذ إلى المعلومة

بخصوص مشروع القانون الأساسي المتعلق بحماية المعطيات الشخصية (02 ماي/أيار 2018)

"إن النص المعروض في صياغته الحالية، بها تضمنه من تعريف موسع للمعطيات الشخصية لا يميز بين المعطيات المتصلة بحياة الأفراد الخاصة وبين المعطيات المتصلة بالحياة العامة (الفصل 4)، وكذلك من تعريف موسع لمفهوم معالجة المعطيات الشخصية الذي يشمل عديد العمليات بها في ذلك إحالة هذه المعطيات للغير أو تمكينه من الاطلاع عليها، وكذلك بها تضمنه من تحجير على جميع الهياكل الخاضعة لأحكامه (بها في ذلك الهياكل العمومية) من إحالة للمعطيات الشخصية إلى الغير (الفصول 6 و10

⁸¹ بيان من رئيس هيئة النفاذ إلى المعلومة إلى السيد وزير تكنولوجيا الاتصال والاقتصاد الرقمي حول إبداء الرأي بخصوص المجلة الرقمية، 29 أكتوبر/ تشريع: الأول 2018.

و34 و43 و44) مع توقيع عقوبات جزائية ضد كل من يخالف أحكامه، سيؤدي بالضرورة إلى إفراغ الحق في النفاذ إلى المعلومة، كحق دستوري، من كل مضمون وإلى نسف مبدأي الشفافية والمساءلة على مستوى التصرف في المرافق العامة، ضرورة أن أغلب الوثائق العمومية المتصلة بتسيير المرافق العمومية أو بإدارة الشأن العام والتي تنشئها أو تتحصل عليها الهياكل العمومية (...) هي وثائق تتضمن بالضرورة صلبها بعض البيانات التي من شأنها أن تجعل أشخاصا طبيعيين معرفين أو قابلين للتعريف بطريقة مباشرة أو غير مباشرة (مثال ألقاب أشخاص، أرقام بطاقات تعريف، عناوين، تواريخ ميلاد...)".

الفرع الثاني–كيف يمكن للهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية أن تطبّق مبدأ التناسب؟

تُعدَّ حماية المعطيات الشخصية من الحقوق الأساسية المضمونة بالدستور. ويوجب القانون أن تتم معالجة المعطيات الشخصية في إطار احترام الذات البشرية والحياة الخاصة. ويؤكد الفصل 10 على عدم جواز جمع المعطيات الشخصية "إلا لأغراض مشروعة ومحددة وواضحة". ويجب "أن تتم معالجتها" بكامل الأمانة وفي حدود ما كان منها ضروريا للغرض الذي جمعت من أجله. كها يجب على المسؤول عن المعالجة الحرص على أن تكون المعطيات صحيحة ودقيقة ومحيّنة"⁸².

يتعين على هيئة حماية المعطيات الشخصية تطبيق عناصر مبدأ التناسب وعلى ضوئها الضوابط التي ينص عليها الفصل 49 من الدستور على حماية المعطيات الشخصية، بمعنى التثبت من أنّ القيود التي ستُسلّط على حماية هذه المعطيات يجب أن يتمّ التنصيص عليها بقانون وألّا تنال من جوهر الحق في حماية المعطيات الشخصية، وأن تكون ضرورية لحماية جملة من الأهداف، وأن يُراعى فيها احترام التناسب بين القيود وموجباتها.

يمكن للهيئة الإشارة إلى أهمية الشرطين الأولين وطبيعتها الأولية. عند إبداء رأيها في مشاريع القوانين، يمكن للهيئة أن تشير إلى أن التنصيص القانوني على القيد يجب أن يكون واضحا ودقيقا وألا يمس من جوهر الحق. فإذا وقع المس بجوهر الحق، يكون الحد نحالفا للقانون بها يغني الهيئة من التثبت في مدى توفّر بقية العناصر التي ينصّ عليها الفصل 49. أمّا إذا لم يتم المسّ من جوهر الحق، تمّر الهيئة للتثبت من أنّ القيد يستجيب لشرط الملاءمة، أي أنّه يهدف فعلا لحهاية جملة من الأهداف الواردة حصرا بالفصل 49 من الدستور، وهي حماية حقوق الغير أو مقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة. ويتطلب تقدير شرط الضرورة التثبت من أنّ القيد المفروض يُعدّ الإجراء الأقلّ تقييدا للحق. وإذا كان القيد ضروريا، وجب في النّهاية التثبت من كونه متناسبا مع الموجب من وراء اتّخاذه. أما إذا اتضح أنّه غير ضروري، فلا موجب للتّثبت من التناسب.

⁸² الفصل 11من قانون 2004.

يتّجه على الهيئة المساهمة في لفت نظر المشرع إلى الشوائب التي تحتويها القوانين المراد اتّخاذها بالنّظر إلى عناصر الفصل 49. يجب على الهيئة مثلا تنبيه المشرع إلى أنّ كلّ اقتراح لقيد يجب أن يكون مفصّلا بشكل يبيّن المشكل الواجب حله والطريقة التي ستتم بها معالجته من خلال القيد المقترح وتوضيح الأسباب التي تجعل القيود التي تمّ إقرارها إن وجدت أو قيودا أخرى أقلّ تدخلا في الحق غير كافية أو غير ممكنة بها يجعل القيد المقترح ضروريا وأساسيا.

ويمكن للهيئة اتباع المراحل التالية:

وصف واقعي للقيد

بيان الحقوق والحريات النساسية التي وقع الحد ونها من خلال وعالجة الوعطيات مثلا هل تمّ المسّ من الحقّ في حماية الحياة الخاصة أو من الحقّ في حماية المعطيات الشخصية أو بحقوق أخرى؟

شرط الضرورة الخارجية

بيان الأهداف التي يسعى القيد إلى تحقيقها بوجه عام أي الأهداف المنصوص عليها بالفصل 49/ الفصل 2 من مشروع القانون الأساسي عدد 2018 - 2018 والتي تتبع إمّا مصلحة عامة (مقتضيات الأمن العام والدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة) أو تهدف لحماية حقوق الغير

> شرط عدم الوساس بجوهر الحق أى التأكد من عدم إلغاء الحق تماما أو إفراغه من محتواه

قياس الولاءوة تقييم أهمية الهدف كيف أنّ القيد يتلاءم مع الهدف المتبع وأنّ الإجراء قادر عل*ى تحق*يق الهدف

> قياس الضرورة وجوب اختيار القيد الأقلّ تدخلا ومساسا بالحق

تقييم نطاق ومدى وحدّة التدخل في حواية المعطيات الشخصية

تحديد النطاق: من خلال تحديد الأشخاص أو الفئات التي يمكن أن يستهدفها القيد تحديد الإجراء: من خلال بيان ما هي المعطيات التي ستتم معالجتها والفترة التي تستغرقها عملية المعالجة تقدير حدّة الإجراء: من خلال التأكّد من مدى قدرته في استخلاص استنتاجات دقيقة حول الحياة الخاصة للأفراد

قياس التناسب في وعناه الضيق المضى في تقييم الموازنة للإجراء التقييدي

إذا كان الإجراء التقييدي غير متناسب، فإنه يمكن تحديد وإضافة ضهانات كفيلة بتعزيز حماية المعطيات الشخصية مثل التقليل من نطاق أو مدى معالجة المعطيات الشخصية أو إضافة تنصيصات تتعلق بآجال انتهاء القيد يمكن للهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية الاستفادة في هذا الصدد من التجارب المقارنة وأهمها تجربة مراقب حماية المعطيات داخل الإتحاد الأوروي، مراقب حماية المعطيات داخل الإتحاد الأوروي، وذلك لتقدير مدى التناسب بين المعالجة والغاية المحددة لها أو من خلال تقدير تناسب فترة الاحتفاظ بالمعطيات التي تمت معالجتها وشروط إحالتها بالنظر إلى طبيعة تلك البيانات والغاية من معالجتها.

الفقرة الأولى–وراقية التناسب بين المعالجة والغاية المحددة لما

يُعدّ مفهوم المعالجة مفهوما مركزيا في حماية المعطيات الشخصية باعتباره معيارا لتقدير التناسب الموظف على الحق في حماية المعطيات الشخصية. فالغاية تمثل الموضوع أو الهدف المحدد لإحداث قاعدة معطيات والتي بموجبها يتمّ تحديد تلك القواعد من المعطيات ومختلف أوجه الاستعمال الممكنة للمعطيات المضمنة بها وفئة الأشخاص المخول لهم الولوج إليها (كتحديد مستويات الاطلاع أو التصرف في المعطيات بالنسبة إلى كل فئة أو كتحديد الفترة الضرورية للإبقاء على المعطيات وطرق حفظها أو إتلافها). لذا، فإنّ احترام الغاية من المعالجة من شأنه أن يوفّر ضهانات بخصوص عدم إجراء أي تحوير أو توسّع في أوجه استعمال المعطيات لغير الغاية الأولى الذي تمّ من أجلها التصريح أو الترخيص بمعالجتها.

هذا ما خلصت إليه الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية في قرارها بخصوص مراجعة ترخيص في معالجة المعطيات الشخصية البيومترية تحت عدد 5112-20/02 بتاريخ 18 جوان/ حزيران 2020، لما أقرّت بأنه: "وحيث يتعيّن كذلك على طالب الترخيص أن يعالج المعطيات الشخصيّة موضوع المطلب بكامل الأمانة، وفي حدود الأغراض التي جمّعت من أجلها، وطبقا لأحكام الفصول 10و 101 من القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004.

وحيث أن المسؤولين عن المعالجة حسب ما تضمّنه مطلب التحيين، هم المدير العام ... والمسؤول عن السلامة ... ورئيس دائرة الموارد البشرية ... ورئيس مصلحة الإعلامية ...

وحيث يتبيّن من التنصيصات المضمّنة بمطلب التحيين، أن المعطيات الشخصية التي سيتم تجميعها والمتمثلة أساسا في صور الأعوان، لن يتمّ ربطها بمنظومة معلوماتية منفصلة، يترتب عنها إنشاء قاعدة بيانات، بل إنّ تلك المعطيات المجمّعة ستظلّ بالآلات المركّزة للتعرّف على الصور ".

ويكتسي البحث في قياس الضرورة والتناسب فيها يتعلق بالمعالجة أهمية بالغة، ضرورة أنَّ كلَّ عملية معالجة للمعطيات الشخصية (جمع، احتفاظ، استعمال، إحالة...) تشكّل قيدا للحق في حماية المعطيات الشخصية سواء كان هذا القيد مبرّرا أو غير مبرّد.

ذهبت محكمة العدل الأوروبية في فقه قضائها إلى تطبيق قياس الضرورة القصوى على كل قيد مسلط
 على ممارسة الحقق في حماية المعطيات الشخصية والحياة الخاصة من خلال معالجة المعطيات.

واعتبرت المحكمة أن كلّ تقييد للحق في حماية المعطيات الشخصية يجب أن يكون ضيّقا وأن يتأسس على ضهانات كافية بها أنّ "حدود واستثناءات حماية المعطيات الشخصية يجب أن تتمّ في حدود الضرورة القصوى"83

ون تكريس مفهوم الضرورة القصوى في مستوى وضع القيود على الحقّ في حماية المعطيات الشخصية يقتضي أن يتولّى المشرع الالتزام، عند سنّ قواعد تتضمّن استثناءات للحق في حماية المعطيات الشخصية، بسنّ قواعد واضحة ودقيقة يتمّ بموجبها الاقتصار على وضع القيود في الحدود الدنيا الضرورية لمعالجة البيانات ولحماية أحد الأهداف المحدّدة صلب الفصل 49 من الدستور، مع التنصيص على جملة الضمانات اللازمة التي تحول دون تجاوز بجال المعالجة الغاية التي أُقرّت من أجلها.

ويجب أن تفصّل القواعد القيود المفروضة على الحقّ في حماية المعطيات الشخصية بها يكفل بصورة فعلية أن القيد المضروب على ذلك الحقّ يكون ضمن الحدّ المطلوب والضروري. يتم ذلك من خلال تحديد القانون بكلّ دقة للحالات التي يخضع فيها الأشخاص لتجميع معطياتهم الشخصية والفئة المستهدفة بذلك الإجراء والبيانات التي يسوغ تجميعها ومعالجتها والضوابط التي يتعين أن تتقيد بها الهياكل القائمة بتجميع ومعالجة تلك البيانات، بالإضافة إلى شروط وحدود حفظ المعطيات (طريقة الحفظ ومدته...).

اعتبرت محكمة العدل الأوروبية أنّه بالنظر إلى أهمية الحق في حماية المعطيات الشخصية في ضان وحماية حرمة الحياة الخاصة، فإنّ الاستثناءات التي ترد على الحقّ في حماية المعطيات الشخصية يجب أن تتمّ في حدود الضرورة بالمعنى الضيق، بها يستدعي إخضاع القيود الموظّفة على حماية المعطيات الشخصية إلى رقابة قضائية مشدّدة. فبالنظر إلى الصبغة الاستثنائية جدّا للقيود الموظّفة على الحقّ في حماية المعطيات الشخصية، والتي يجب أن تكون محاطة بضهانات كافية، فإنّ رقابة القاضي على تطبيق الحدود الموظّفة على اختيار ذلك الحقّ ليست برقابة دنيا وإنّها هي رقابة مشدّدة، وذلك بالنّظر إلى السلطة المقيدة للمشرّع في اختيار ووضع القيد الموظّف على الحقّ في حماية المعطيات الشخصية 84.

اعتبر مراقب البيانات الشخصية للاتحاد الأوروبي في خصوص مسألة الاتفاق بين الإتحاد الأوروبي و كندا حول إحالة ومعالجة المعطيات المضمّنة بملفات العابرين بين الوجهتين، أنّه بحكم المعالجة المنهجية

European Data Protection Supervisor, Guide pour l'évaluation de la nécessité des mesures limitant le droit 83 fondamental à la protection des données à caractère personnel, EDPS, 11 avril 2017, p. 7.

Arrêt Digital Rights Ireland, l'importance de prévoir des « règles claires et précises régissant la portée de l'ingérence 84 dans les droits fondamentaux consacrés aux articles 7 et 8 de la Charte ». Une telle ingérence doit, selon la Cour, être « précisément encadrée par des dispositions permettant de garantir qu'elle est effectivement limitée au strict nécessaire », CJUE, Grande Chambre, 8 avril 2014, Digital Rights Ireland Ltd & Michael Seitlinger.

التي ينصّ عليها الاتفاق والتي تشكّل تدخّلا ملحوظا في المعطيات الشخصية، وجب أن تكون الرقابة القضائية عليها مشدّدة 85.

في قرار شرامس، ألغت محكمة العدل الأوروبية نظام تبادل المعطيات نحو الولايات المتّحدة الأمريكية مذكّرة أنّ الفصول 7 و8 من ميثاق الحقوق الأساسية يستوجب إعطاء الأشخاص ضهانات كافية تسمح بحهاية ناجعة لمعطياتهم ضدّ أيّ تجاوز أو استعمال غير شرعي، والحال أنّ القانون الأمريكي لا يستجيب لهذا الشّرط إذ أنّه لا ينصّ على طرق قانونية وقضائية تسمح بوصول الأشخاص للمعطيات التي تهمّهم فضلا عن حقّهم في تصحيحها أو حذفها عمّ يعتبر مساسا بجوهر الحقّ في حماية قضائية فعلية 86.

نجد في مشروع القانون الأساسي عدد 25/ 2018، عدّة تطبيقات لمبدأ التناسب، خصوصا فيها يتعلّق بمعالجة المعطيات الشخصية، نظرا للتقييد الّذي تسلّطه المعالجة على حماية المعطيات الشخصية والتدخل في الحياة الخاصة.

يجب على الهيئة عند إعلامها وعند اتّخاذها للقرار المتعلق بالمعالجة (بعد أخذ رأي الهياكل المكلفة بالرقابة والتعديل في مجال الاتصال الإلكتروني طبقا للفصل 69) أن تجري اختبار التناسب لتحديد ما إذا كان الإجراء التقييدي المتمثل في المعالجة متناسبا مع الهدف المتبع (حماية الصحة العامة، حماية الفضاءات، حماية الأمن العام، غايات البحث العلمي...).

وقد انتهجت الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية بمناسبة إبداء رأيها بخصوص طلب إحالة معطيات إلى فرقة الأبحاث ومكافحة التهرب الجبائي بتاريخ 18 جوان/حزيران 2020 نفس المنهجية، وذلك بأن أكّدت على الصبغة الاستثنائية للقيود الموظّفة على الحقّ في حماية المعطيات الشخصية وعلى ضرورة تقيّد المعالجة بالغاية الّتي أُقرّت من أجلها لتخلص بناء على ذلك وبالاستناد إلى أحكام الفصل 49 من الدستور إلى رفض الترخيص في استعمال عام وشامل وإحالة المعطيات المتعلقة بمستعملي الهاتف الجوال ممّن يفوق استهلاكهم السّنوي ثلاثة آلاف دينار من قبل المشغلين إلى فرقة الأبحاث، بغية مكافحة التهرب الضريبي.

"حيث تأسيسا على ما سبق بيانه، فإن طلب الحصول على قائمة إسمية ورقم بطاقة تعريف في شكل رقمي لكل حرفاء المشغّل الذين يتجاوز استهلاكهم السنوي ثلاثة ألاف دينار، لا يتنزّل في إطار البحث في شبهة تهرّب جبائي يخص شخصا أو أشخاصا بعينهم. وعليه فإن الطلب مثلها تم تقديمه، لا يندرج صلب التعهد التلقائي لفرقة الأبحاث الجبائية، ولا ينضوي بالتالي صلب الاستثناء المتعلق بالقوانين والتراتيب الجاري بها العمل الوارد بالفصل 47 المشار إليه أعلاه.

European Data Protection Supervisor, Guide pour l'évaluation de la nécessité des mesures limitant le droit 85 fondamental à la protection des données à caractère personnel, EDPS, 11 avril 2017.

CJUE, Affaire Schrems v. Data Protection Commissioner, Grande chambre, 6 octobre 2015, Affaire 86 C-362/14, point 95.

وحيث بالإضافة الى ذلك، فقد نص الفصل 49 من الدستور على أنه "يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بها لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة 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 بحاية الحقوق والحريات من أي انتهاك.

وحيث وبناء على ما سبق بيانه، فإن الغاية من البحث عن شبهات التهرب الضريبي فيها يتعلق بشخص أو مجموعة أشخاص، لا تستوجب الحصول على قائمة كلّ مستعملي الهاتف الجوال ممّن يفوق استهلاكهم السنوي ثلاثة ألاف دينار.

وعليه، فإن كان الطلب المقدّم من قبل فرقة الأبحاث متعلّقا بشخص أو أشخاص بعينهم، فإنّه يكون من المتجّه الاستجابة له لاحترامه قاعدة التناسب، مثلها كرّسها الفصل 49 من الدستور. ويتجّه كذلك أخذ كل التّدابير لضهان أن تتم إحالة المعطيات المطلوبة بطريقة مؤمّنة. وعلى المشغّل المحيل مسك سجلّ تُضمّن به كل الإحالات بالتنصيص على تاريخها وموضوعها والجهة الطالبة ووضعه على ذمّة الهيئة عند الاقتضاء".

1. المعالجة الضرورية لخدمة الأغراض التاريخية أو العلمية

يتعين على الهيئة، عند مراقبتها للعمليات المتعلقة بمعالجة المعطيات الصحية لأغراض البحث (مثلا)، التثبت من توفّر الشّروط التّالية:

- أنّ معالجة المعطيات الشخصية التي تمّ جمعها أو تسجيلها لغايات البحث العلمي الصّحي لن تستخدم إلا لهذه الغابة.
- تجريد المعطيات ممّا من شأنه الدّلالة على هوية المعني بالأمر كلّم سمحت مقتضيات البحث العلمي بذلك.
- تسجيل المعطيات التي تدلّ على وضعية شخص طبيعي معرف أو قابل للتعريف بصفة منفصلة و لا يقع تجميعها مع المعطيات الخاصة بالشخص إلّا إذا كانت ضرورية للبحث. وبمجرد انتهاء الأجل المحدد للمعالجة وتحقّق الغرض منها يتمّ إعدام المعطيات الشخصية ويحرّر في ذلك محضر رسمي بواسطة عدل منفذ وبحضور مختص تعينه الهيئة.
- مراعاة موافقة المعني بالمعالجة أو من يقوم مقامه على نشر المعطيات الواقع معالجتها إلّا إذا كان النشر ضروريا لتقديم نتائج البحث المتعلقة بأحداث أو ظواهر قائمة زمن تقديم النتائج.

وقد أكدت الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية في قراراها عدد 20-520/ 20 المتعلق بالترخيص في معالجة معطيات صحّية على أنّه لا يمكن معالجة المعطيات الشخصية إلّا بموافقة الشخص المعنى بالأمر ⁸⁷.

⁸⁷ القرار عدد 520-02/ 20 المتعلق بالترخيص في معالجة معطيات صحية.

"حيث لا يمكن معالجة المعطيات الشخصية إلّا بموافقة الشخص المعني بالأمر، تطبيقا للفصل 27 من القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 الذي ينصّ على أنّه " لا يمكن معالجة المعطيات الشخصية إلّا بالموافقة الصريحة والكتابية للمعني بالأمر..." وعليه فإنّه يتجه اعتبار أنّ الأشخاص الذين قاموا بالإجابة على الاستهارة على هواتفهم الجوّالة أو حواسيبهم، قد قبلوا شروط معالجة معطياتهم الشخصية المبينة بالتطبيقة عند تركيزها.

وحيث يتضح أن تطبيقة "إهي" المتاحة على منصة Google Play لا تقوم عند تشغيلها بطلب الموافقة مباشرة، بل ممكن المستعمل أوّلا من الاطّلاع على سياسة حماية المعطيات الشخصية المعتمدة من قبلها، إذ تقوم بإعلام المستعمل بهوية المسؤول عن المعالجة ونوعية المعطيات التي يتم معالجتها وكيفية استغلالها ومدّة الاحتفاظ بها . وتقوم بإعلامه بحقوقه التي يخوهًا له قانون حماية المعطيات الشخصية وكيفية ممارستها والتدابير التي تم إرساؤها لسلامة تلك المعطيات، وتكون بذلك سياسة الحماية المعتمدة كافية لإعلام المستعمل والحصول على موافقته المستنبرة".

وقد تعرضت اللجنة الوطنية الفرنسية للإعلامية والحريات (CNIL) إلى الإشكاليات المتعلقة بالمعلومات المجمعة في إطار البحوث العلمية، وأبرزت أن إنجاز أعال البحث يتطلب تجميع عدد كبير من المعطيات التي يصعب بصفة قبلية تحديد مدّة الاحتفاظ بها بها يمكن أن يشكل حدّا للحقّ في هماية المعطيات الشخصية. ولكن يجب إيجاد التوازن الأفضل بين ضرورة إعطاء المعلومات الكافية (كحدّ للحق في هماية المعطيات الشخصية) وبين تشجيع المساهمة في البحوث⁸⁸. كها اعتبرت اللجنة الوطنية الفرنسية للإعلامية والحريات أن العقوبات المالية للمخالفين طبقا للائحة العامة الأوروبية حول المعطيات الشخصية (RGPD) أن الخطية يجب أن تكون فعلية ومتناسبة وردعية.

2. وراقبة التناسب فيما يتعلق بمعالجة المعطيات الشخصية المتعلقة بالصحة

شدّدت هيئة حماية المعطيات الشخصية، في توصياتها حول "كوفيد-19" واستعمال المعطيات الطبية للحفاظ على الصحة العامة، على أهمية احترام مبدأ التناسب المنصوص عليه بالفصل 49 من الدستور والذي يقرّ بوجوب احترام الموازنة بين ممارسة الدولة لصلاحيات السلطة العمومية وبين احترام حقوق الأفراد بها فيها حماية معطياتهم الصحية 89. لذلك، فإنه يجب على الدولة أن تواجه التهديد الصحي للوباء مع السهر على ضهان احترام مبادئ الديمقراطية وسيادة القانون وحقوق الإنسان، بها في ذلك الحق في ضهان الحياة الخاصة وحماية المعطيات الشخصية. وترتيبا على ذلك، فإنّه لا يمكن تعليق ممارسة حقوق الإنسان، كها لا يجوز التنازل عنها أو الحدّ منها إلا بالقانون، وفي فانّه لا يمكن تعليق ممارسة حقوق الإنسان، كها لا يجوز التنازل عنها أو الحدّ منها إلا بالقانون، وفي

Commission nationale de l'Informatique et des libertés, Rapport d'activité 2018, p. 93. 88

⁸⁹ توصيات الهيئة الوطنية لحاية المعطيات الشخصية بشأن حماية المعطيات الشخصية خلال فترة وباء "الكوفيد-19" مأخوذ من صفحة الهيئة على الفايسبوك بتاريخ 27 مارس/ آذار 2020. /https://www.facebook.com/INPDP.TN

الحدود التي تقتضيها الوضعية، مع الحرص دوما على احترام جوهر الحقوق والحريات الأساسية وفقا للفصل 49 من الدستور.

يقتضي مبدأ التناسب ألّا تكون حماية المعطيات الشخصية عقبة أمام إنقاذ أرواح الأشخاص وأن يقع تحقيق التوازن الصائب بين مختلف هذه التحدّيات، وفي هذا الإطار، يجيز القانون بعض الاستثناءات.

يسمح الفصل 62 من القانون الأساسي المتعلق بحياية المعطيات الشخصية بمعالجة المعطيات المتعلّقة بالصّحة "... إذا كانت المعالجة ضرورية لتطوير الصحة العمومية وحمايتها بها في ذلك البحث عن الأمراض أو إذا كانت المعالجة ستعود على المعني بالأمر بالفائدة على المستوى الصحي أو اقتضتها متابعة حالته الصحية لأغراض وقائية أو علاجية أو كانت في نطاق البحث العلمي في مجال الصحة".

على أنه في جميع الحالات، يجب أن يقع استيفاء متطلبات واضحة، حتى أثناء حالة الطوارئ، لضهان استمرار احترام الموازنة بين صلاحيات الدولة في هذه الظروف طبقا لما يقتضيه القانون وضرورة احترام الحقوق الأساسية للأشخاص عبر الحرص على تجنب نشر البيانات الصحية الحساسة المتعلقة بهؤلاء الأشخاص بها يجعلهم معرفين أو قابلين للتعريف⁹⁰.

مثال 1

لا تتم معالجة المعطيات الشخصية المتعلقة بالصحة إلّا من قبل أطباء أو أشخاص خاضعين بحكم مهامهم إلى واجب المحافظة على السر المهني. ويجوز للأطباء إحالة المعطيات الشخصية التي بحوزتهم إلى أشخاص أو مؤسسات تقوم بالبحث العلمي في مجال الصّحة بناء على طلب صادر عنها وبمقتضى ترخيص من الهيئة الوطنية لحاية المعطيات الشخصية على ألّا تتجاوز المعالجة المدّة الضرورية لتحقيق الغرض الذي أجريت من أجله 91.

مثال 2

تطرح مسألة معالجة المعطيات المتصلة بالمصابين بالأمراض، خاصة تلك التي تكتسي صبغة وبائية من قبل السلط العمومية غير الطبية على غرار السلط المحلية، مسألة مراعاة مبدأ التناسب بين المعالجة وهدف حفظ الصحة العامة. مثلا يمكن أن تتقدم السلط المحلية بمطالب قصد موافاتها بالبيانات المتعلقة بالمقيمين داخل مرجع نظرها الترابي والمصابين بمرض وبائي أو الذين يخضعون إلى إجراءات احترازية للعزل الإجباري أو الذاتي حتى يتسنى لها ممارسة صلاحيات الضبط الإداري العام واتخاذ الإجراءات الضرورية لضهان الصحة العامة من تعقيم مناطق الإيواء أو الموبوءة وتقديم الخدمات الضرورية وضهان المعالجة المخصوصة للنفايات التي تفرزها مراكز إيواء المحجورين صحيا.

⁹⁰ نفس المرجع السابق.

⁹¹ الفصل 63 من القانون عدد 63 لسنة 2004 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية.

غير أنه بالنظر إلى طبيعة البيانات المتعلقة بالوضعية الصحية لهذه الفئة من الأشخاص، فإنّ الجهاعات المعنية تكون مدعوّة إلى ضرورة التقيد بعملية معالجة تلك البيانات بأن لا يتمّ استخدامها للقيام بصلاحيات الضبط مع الحرص على أن تمثّل تلك الإجراءات الوسائل الأقلّ تدخّلا في الحق في حماية المعطيات الشخصية.

وقد أحسنت هيئة حماية المعطيات الشخصية إعمال التناسب في توصياتها بشأن "كوفيد-19" حيث أكدت أنه:

"لا يمكن معالجة المعطيات الشخصية على نطاق واسع إلا إذا ثبت بدقة تحقيق فوائد للصحة العامة بالمراقبة الرقمية للأوبئة، لا تحققها حلول بديلة أخرى وذلك دائما في إطار مبادئ التوقي والتناسب. وينبغي أيضًا في هذا الصدد، التوصية بإجراء اختبار سلامة مسبق للتطبيقات التي سيقع استغلالها، كها هو الحال حاليًا للبروتوكولات المعتمدة في التجارب السريرية للأدوية التي يتم اختبارها قبل تعميمها. ذلك أنه ولئن كانت المعطيات الحينية عن انتشار الفيروس يمكن أن تساعد في عزله والتوقي منه، إلا أنه كيب التأكيد على ضر ورة اعتهاد الحلول الأقل تطفلاً على المعطيات الشخصية للأفراد".

3. وراقبة التناسب فيها يتعلق بضبط شروط وإجراءات تركيز وسائل الوراقبة البصرية

لا يمكن استعال وسائل المراقبة البصرية إلّا إذا كانت ضرورية لضان سلامة الأشخاص والوقاية من الحوادث وحماية الممتلكات أو تنظيم حركة الدخول من وإلى الفضاءات العامة وذلك بعد إعلام الهيئة 92. ويُحجّر في جميع الحالات أن تكون التسجيلات البصرية مرفقة بتسجيلات صوتية. يجب على الهيئة تطبيقا للقانون الأساسي العمل على إيجاد توازن بين تأمين الفضاءات وحمايتها من جهة، واحترام حقوق الأشخاص من جهة أخرى، عبر التأكّد من أنّ استعال وسائل المراقبة ضروري لضان سلامة الأشخاص أو للوقاية من الحوادث أو لحاية الممتلكات أو لتنظيم حركة الدخول إلى الفضاءات والخروج منها وضرورة تقيّد استعال تلك الوسائل للرقابة بالغاية التي أُقرّت من أجلها.

مثال

إنّ تركيز وسائل المراقبة للحدّ والتّصدي لأعال السرقة والنهب بالفضاءات التجارية يستدعي الاقتصار على تركيز تلك الوسائل بالفضاءات المفتوحة للعموم والتي يمكن أن تكون مستهدفة بأعال السرقة (مستودعات/ منافذ الفضاءات التجارية أو المصانع: أبواب، نوافذ، مرابض السيارات...) دون سواها من الفضاءات على غرار الفضاءات المخصصة لتناول غرار الفضاءات المخصصة لتناول وجبات الأكل أو بالفضاءات المخصصة للعال بحسب التوزيع الزمني للعمل المعتمد بالمؤسسة أو بالفضاءات التي يتمّ ضمنها تركيز آلات لتسجيل دخول العملة ومغادرتهم لمراكز عملهم).

⁹² الفصل 54 من القانون عدد 63 لسنة 2004 المتعلق بحياية المعطيات الشخصية.

لذا، فإن توسيع مجال تركيز وسائل المراقبة البصرية يُصيّرها غير متلائمة مع الهدف الّذي من أجله تمّ تركيزها (حماية الملكية الخاصة للفضاءات التجارية أو المصانع) ضرورة أنّ توسيع مجال تركيز تلك الوسائل للمراقبة أضحى يتبع هدفا آخر غير الهدف المعلن يتمثل في الرغبة في إخضاع العمال إلى مراقبة مستمرة بها يغني عن إعمال بقية عناصر وشروط اختبار التناسب (الضرورة والتناسب في معناه الضيق)93.

visionnage à) اعتبرت لجنة الإعلامية والحريات في فرنسا أن استعهال وسائل المراقبة البصرية distance des images issues des caméras de surveillance et développement de أماكن (l'enregistrement de son associé aux images)، إذا وقع استعهالها استعهالا تعسفيا في أماكن العمل، يمكن أن يؤدي إلى وضع الأشخاص تحت مراقبة دائمة غير متناسبة بالنظر إلى قواعد حماية المعطيات الشخصية وقد تُصنّف على أنها تحرش معنوى محتمل 94.

الفقرة الثانية–تطبيق التناسب مِن خلال مِدة الاحتفاظ بالمعطيات والاحالة

أكّدت الهيئة في قرارها المتعلق بالترخيص في معالجة معطيات صحية على ضرورة ألّا تتجاوز المعالجة المدة الضرورية لتحقيق الهدف منها مع اتخاذ التدابير الملائمة لحفظ المعطيات الشخصية وحمايتها أو إعدامها، حيث جاء في قرار الهيئة فيها يخص الاحتفاظ بالمعطيات الشخصية للمصابين "بكو فيد-19" مثلا:

"يتضح من مطلب الترخيص وما تضمنته السياسة الحمائية المعتمدة أنّ مدّة حفظ المعطيات الشخصية لا يتجاوز أربعة عشر يوما. وهي مدة كافية لبلوغ الهدف المرجو من تجميع تلك المعطيات، إذ تتطابق هذه المدة مع آجال ظهور عوارض "الكوفيد-19" على الشخص المصاب به، وأنّه يتمّ إثر انقضاء هذه المدة إعدام تلك المعطيات بصفة آلية. وقد أكّد المرصد أنّه سيقوم بالاحتفاظ بمعطيات الأشخاص المصابين إلى حين الإعلان الرسمي عن نهاية الجائحة، وتكون بذلك التطبيقة مكرّسة لحقّ النسيان على معنى الفصل 45 من القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004"95.

ويحدّد الفصل 57 مدّة الاحتفاظ بالتسجيلات بثلاثين يوما يمكن أن ترفع إلى ستين يوما بالنسبة لمنظومات المراقبة الخاصة بالأمن العام ويمكن التمديد في هذه المدة بثلاثة أشهر بإذن من النيابة العمومية مع إمكانية تجديد الطلب كلما اقتضت الضرورة ذلك. ويحجر مشروع القانون الأساسي إحالة التسجيلات البصرية إلّا إذا أعطى الشخص المعني بالمعالجة موافقته أو بطلب منه أو إذا كانت الإحالة ضرورية لتنفيذ مهام موكلة للسلطات العمومية وتتعلق

Commission nationale de l'Informatique et des libertés, Rapport d'activité 2018. 93

Ibid. 94

⁹⁵ قرار عدد 20/ 520-02 المتعلق بالترخيص في معالجة معطيات صحية.

بالأمن العام أو بالدفاع الوطني أو إذا كانت ضرورية لغاية معاينة الجرائم أو الكشف <mark>عنها أو</mark> تتبع مرتكبيها ⁹⁶.

كما تخضع الإحالة ونقل المعطيات ضرورة إلى اختبار التناسب من خلال تقييد الإحالة ونقل المعطيات بتوفير مستوى ملائم من الحماية.

يجب على الهيئة عموما التأكد من احترام جملة من القواعد لحماية المعطيات الشخصية:

- يجب أن تكون المعطيات ضرورية للغاية المحددة أي أن المسؤول عن المعطيات لا يمكنه تسجيل أو استعمال المعلومات إلا لخدمة هدف واضح ودقيق وشرعي.
 - يجب أن تكون مدة الاحتفاظ محدودة.
- يجب ضهان مبدأ أمن المعطيات، بحيث لا يمكن الاطلاع عليها إلّا من قبل الأشخاص الذين لهم ترخيص في ذلك.
 - يجب حذف وإتلاف المعطيات بمجرد انتهاء الموجب من تجميعها ومعالجتها.

إذا كانت المعالجة في نطاق البحث العلمي في مجال الصحة، يمكن للهيئة أن تحدّد عند إسناد الترخيص الاحتياطات والإجراءات الواجب اتّخاذها لضهان حماية المعطيات الشخصية المتعلقة بالصحة.

أما بخصوص المعطيات التي حصلت عليها السلط العمومية خلال تصديها لوباء "كوفيد-19"، فقد أكّدت الهيئة على ضرورة إعدام تلك المعطيات أو جعلها غير معرّفة، بإخفاء هوية أصحابها حين الإعلان الرسمي من قبل الحكومة عن نهاية الجائحة طالما أن الهدف المتبع من الحصول عن المعلومة قد زال.

يجدر التذكير في هذا الصدد بمقتضيات الفصل 26 من القانون الأساسي لسنة 2004 الذي يلزم المسؤول عن المعالجة بإبلاغ الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية بنهاية المعالجة، ويسند لهذه الأخيرة صلاحية اتخاذ القرار بشأن مآل تلك المعطيات. وتحدد الهيئة بمقتضى قرار الآجال القصوى للاحتفاظ بالمعطيات الشخصية المعالجة في كل مجال. ولا يمكن الاحتفاظ بتلك المعطيات بعد انقضاء مدة المعالجة إلا إذا تم إخفاء هوية أصحابها.

تثير اختصاصات هيئة حماية المعطيات الشخصية خصوصا في ظلّ القانون الأساسي إمكانية للتنازع بين الحفاظ على المعطيات الشخصية وحقّ النفاذ إلى المعلومة والتي يمكن أن تحتوي على معطيات شخصية.

يمكن للهيئة مستقبلا تطبيق عناصر التناسب في هذه المسألة من خلال طرح سؤال جوهري وحاسم يتعلق بالضرورة وهو التالي: هل كان بالإمكان النّفاذ إلى المعلومة دون المسّ من المعطيات الشخصية؟ هل توجد طريقة أقلّ مسّا من المعطيات ممكّن من الاطلاع على المعلومة؟

⁹⁶ الفصل 58.

الفرع الثالث– كيف يمكن للهيئة الوطنية للاتصالات أن تطبّق وبدأ التناسب؟

يمكن لهيئة الاتصالات أن تطبّق مبدأ التناسب بمناسبة إبداء رأيها (الفقرة الأولى) وعند البت في المخالفات (الفقرة الثانية) وعند تسليط العقاب (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى– إبداء الرأي في المسائل المتعلقة باختصاصها

تتمتع الهيئة الوطنية للاتصالات بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي⁹⁷. تبدي الهيئة الرأي في المسائل المتعلقة باختصاصها والتي يطرحها عليها الوزير المكلف بالاتصالات. ويتوجب عليها إعمال مبدأ التناسب بمناسبة إبداء رأيها خاصّة أنّ مشروع المجلة الرقمية أصبح يتضمن إحالة إلى مفهوم التناسب.

وثلا

كان بإمكان هيئة الاتصالات إبداء رأيها فيها يتعلق بالمشروع النموذجي لرقمنة العقود المبرمة بين مشغلي الاتصالات وحرفائهم من خلال إبراز خطورة المعالجة المسلطة على المعطيات الشخصية عبر اعتهاد طريقة وضع البصمة بالنظر إلى كونها من المعطيات الشخصية الحساسة الواجب همايتها هماية خاصة. كان بإمكان الهيئة إبداء رأيها عبر التأكيد على أنّه إذا ما اقتضت الضرورة اعتهاد طريقة وضع البصمة، فإنّه لا يجب إحداث قاعدة بيانات لبصهات الحرفاء. وهكذا تكون الغاية من المعالجة مقتصرة على تلقّي البصمة وإدراجها بالصيغة الرسمية للعقد ثم إتلافها فورا، وفي ذلك إعهال للتناسب بين الغاية المحددة من المعالجة والوسيلة المستعملة لتحقيقها.

الفقرة الثانية– البت في مخالفة النصوص القانونية والترتيبية في مجال الاتصالات

ينصّ الفصل 72 (فقرة ثانية جديدة) من القانون عدد 1 المؤرخ في 15 جانفي/كانون الثاني 2001 المتعلق بمجلة الاتصالات على أنّ أعضاء الهيئة وأعوانها ملزمون باحترام السرّ المهني بخصوص الأعمال والمعطيات التي يحصل لهم علم بها بمناسبة ممارسة مهامهم. ويمكن لرئيس الهيئة أن يرفض إعطاء الوثائق التي تمسّ من سرّية الأعمال والتي يعتبرها غير ضرورية للإجراء أو لمارسة الأطراف لحقوقهم، وفي هذا تكريس لمبدأ التناسب من خلال إبراز أنّ القيد الذي يمكن أن يمسّ الحق في الحفاظ على السرّ المهني أو سرّ الأعمال يجب أن يكون ضروريا للإجراءات وللتقاضي حتى يتسنى للهيئة السماح بالتقييد منه من خلال إعطائه للجهة التي تطلبه.

غير أن الحماية المنصوص عليها بالفصل 72 سالف الذكر والمحمولة على مشغلي الشبكات لا تشمل سوى البيانات المتبادلة بين المشغلين ولا تشمل بقية المعطيات الشخصية التي يتولى المشغل معالجتها.

⁹⁷ أنظر الفصل 63 مكرر من القانون عدد1 مؤرخ في 15 جانفي/ كانون الثاني 2001 كها تمت اضافته بمقتضى القانون عدد 46 لسنة 2002 المؤرخ في 7 ماي/ أيار 2002.

يتعيّن على الهيئة الحرص على ضهان وحماية المعطيات والبيانات الشخصية التي يتمّ معالجتها وحفظها من قبل مشغلي الشبكات من خلال التقيّد بالضوابط التالية:

- تحديد الفئات المخوّل لها الاطلاع على البيانات الشخصية بالنسبة إلى كلّ صنف من أصناف المعالجة،
 - تحديد السّلط العمومية المخول لها الاطلاع على البيانات التي تمّ حفظها ومعالجتها،
 - الحصول على ترخيص من المستعمل قبل أي عملية نقل لمعطياته الشخصية إلى الغير،
- تمكين المستعمل من الحقّ في طلب الاطّلاع على البيانات المتّصلة به وطلب مراجعتها وتحيينها أو إتلافها،
 - تحديد مدد الاحتفاظ بالمعطيات والبيانات الشخصية للمستعملين،
 - تحديد إجراءات وصيغ إتلاف البيانات الشخصية للمستعملين.

عمليّا، تحرص الهيئة على المحافظة على سرّية المعلومات المتبادلة بين مستعملي شبكات الاتصال من قبل مشغلي تلك الشبكات.

لضهان سرية المعطيات المتبادلة بين مشغلي شبكات الاتصال، فإنّه يتعين على الهيئة إلزام مشغلي الشبكات بضهان مستوى عال من الحهاية وسلامة البيانات المتبادلة وذلك من خلال:

- ضبط معايير موضوعية لتحديد الفئات المخول لها الولوج والحصول على البيانات المتبادلة بين مشغلي الشبكات،
- تحديد الضوابط الإجرائية والعملية التي يتعين على مشغلي الشبكات مراعاتها عند الترخيص للسلط العمومية بالحصول على البيانات المتبادلة بين المشغلين،
 - تحديد مدد الحفظ بحسب طبيعة البيانات والغايات التي تهدف إليها عمليات الحفظ،
 - إخضاع البيانات إلى وجوب الإتلاف بانتهاء مدة الحفظ،
- تسليط العقاب على مشغلي شبكات الاتصال وعلى الأطراف في أيّ نزاع إذا لم يقع احترام سرية المعلومات المتبادلة بينها أو قامت الأطراف باستغلال المعطيات لأهداف غير التي تتعلق بالنزاع بينها أو قامت بإعطائها للغر.

وقد اتخذت الهيئة في هذا الصدد قرارا في 17 ماي/ أيار 2018 بتحجير تسويق خدمة الأرقام خارج مسالك التوزيع الرسمية للمشغلين أو ما يسمى بمهارسات "حمل الأرقام، والمتمثلة خاصة في دفع مستعمل خدمات الاتصالات إلى تغيير المشغل وجعله يتعاقد مع مشغّل آخر مع المحافظة على رقمه دون إعلامه بها سينجرّ عن هذه العملية من آثار وانعكاسات تتمثل في فقدان الامتيازات والحوافز التي كان يتمتع بها مع مشغله الأصلي على غرار الرصيد والتحفيزات ونقاط الوفاء".

الفقرة الثالثة– السلطات العقابية

تتمتع الهيئة في مجال اختصاصها بسلطات عقابية، إذ تسلّط عقوبات إدارية تتمثل في التقييد المؤقت أو النهائي للتراخيص ولشروط استغلالها، كما يمكن أن تتمثل العقوبات الإدارية في

التعليق المؤقت للتراخيص أو في سحبها نهائيا. ويقتصر دور الهيئة في صورة معاينة وجود جنحة أو مخالفة تستدعى عقوبة جزائية على الإحالة على وكيل الجمهورية 98.

تعتبر السلطات العقابية بصفة عامة فرصة للهيئة لتقدير التناسب بين العقاب والمخالفة من خلال تقدير خطورة المخالفة وتأثيرها على الحقوق التي يحميها القانون.

ويتعين على هيئة الاتصالات إعمال مبدأ التناسب عند ممارستها لهذه الوظيفة الزجرية باعتبارها من أكثر الوظائف التي تطرح مسألة التناسب بالنظر إلى طبيعة القرارات وأهميتها ودرجة تأثيرها على الحقوق والحريات.

الفرع الرابع–كيف يمكن لميئات التعديل الاقتصادى أن تطبق مبدأ التناسب

في ظل دستور غرة جوان/حزيران 1959، كانت هيئات التعديل الاقتصادي تمثل الصنف الوحيد من الهيئات العمومية المستقلة. وقد اعتبرها المجلس الدستوري آنذاك هيئات إدارية مستقلة بالنظر إلى السلطات الترتيبية والتأديبية التي أعطاها لها المشرع. وتكتسي هذه الهيئات صبغة تعديلية للحد من هيمنة الدولة بصفتها المؤطرة لبعض القطاعات التنافسية واحتكارها للجانب الأكبر لتلك الأنشطة من خلال مؤسسات ومنشآت عمومية. نجد من بين هذه الهيئات التعديلية هيئة السوق المالية (الفقرة الأولى) ومجلس المنافسة (الفقرة الثانية) والهيئة العامة للتأمين (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى–كيف يمكن لميئة السوق المالية أن تطبق مبدأ التناسب؟

تقوم هيئة السوق المالية بوصفها سلطة تعديل للسوق المالية التونسية بالسهر على حماية الادخار المستثمر في الأوراق المالية والأدوات المالية القابلة للتداول بالبورصة وفي كل توظيف للأموال يتم عن طريق المساهمة العامة.

كما تتولى تنظيم أسواق الأوراق المالية والأدوات المالية القابلة للتداول بالبورصة والسهر على حسن سيرها.

تمارس الهيئة في نطاق اختصاصها سلطة ترتيبية ويمكنها اتّخاذ قرارات فردية، وتلتزم في نطاق اتّخاذ قراراتها باحترام الإجراءات الضامنة لحقوق الدفاع 99. ويمكن للهيئة التثبت من ملاءمة المعلومات المقدمة أو المنشورة للضرورات القانونية والترتيبية وعمّا إذا كان تبادل المعلومات مع الهيئات الماثلة ضروريا لمارسة مهام هذه الهيئات والتأكد من رفض مطلب التبادل في صورة التعارض مع النظام العام أو المصالح الحيوية الوطنية أو صورة التعارض مع التشريع والتراتيب الداخلية. وأخيرا تقوم الهيئة بنشر الملاحظات التي وجهتها للأشخاص المعنيين والتي يكون نشرها الداخلية. وأخيرا تقوم الهيئة بنشر الملاحظات التي وجهتها للأشخاص المعنيين والتي يكون نشرها

⁹⁸ الفصل 75 (جديد) من القانون عدد 1 لسنة 2001

⁹⁹ هيئة السوق المالية، التقرير السنوي 2011، ص. 15.

ضروريا. وتمثّل هذه الصلاحيات كلها مناسبات للهيئة لإعمال شرط التناسب ولتقدير الضرورة.

يمكن لهيئة السوق المالية لم إرسة مهامها القيام بتحقيقات لدى كل شخص طبيعي أو معنوي، ولا يمكن الاعتصام بالسر المهني في إطار التحقيقات. وفي إطار التدقيق في المخالفات المنصوص عليها بالفصل 81 من هذا القانون، يمكن للأعوان المكلفين بالتحقيقات وبعد القيام بالتحريات، استدعاء وسياع الأشخاص المعنيين بالأمر أو أي شخص آخر بإمكانه مدهم بمعلومات لها علاقة بالمسائل الّتي هم متعهدون بالتحقيق فيها وذلك برسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ.

عند تسليط العقاب، يتعين على الهيئة احترام التناسب بين حجم المخالفات وخطورة العقوبة 100. ولا يجوز تسليط أية عقوبة دون سماع أو استدعاء الشخص المعني بالأمر أو ممثله القانوني بصفة قانونية، وله أن يستعين بمستشار يختاره.

فيها يلى جدول يبيّن المنهجية التي يتعين على هيئة السوق المالية اعتمادها عند إعمال مبدإ التناسب.

الإجابة التي يجب الإدلاء بها	الاختبار	الشروط
التحديد وقع التنصيص عليه في القانون المتعلق بهيئة السوق المالية بصفة واضحة ودقيقة.	التأكد من أن التحديد المسلط على حقوق المستثمرين أو المساهمين وقع صياغته في نص قانوني واضح ودقيق.	شرط التحفظ التشريعي
القيام بالتحقيقات لدى كل شخص طبيعي أو معنوي دون إمكانية الاعتصام بالسر المهني/ تسليط العقاب ضروري لحماية الادخار المستثمر في الأوراق المالية والأدوات المالية ولحماية الأموال الموظفة عن طريق المساهمة العامة (مصلحة عامة، نظام عام اقتصادي، مصالح حيوية وطنية).	التأكد من أن التحديد كان ضروريا لحماية جملة من الأهداف.	شرط الضرورة الخارجية
القيام بالتحقيقات ليس من شأنه إلغاء حقوق المساهمين أو إفراغها من محتواها.	التأكد من أن تطبيق القيد ليس من شأنه المساس بجوهر الحق كإلغاء الحق أو إفراغه من محتواه.	شرط عدم الوساس بجومر الحق
التحقيقات هي الحل الكفيل بتتبع المخالفين قصد حماية الأموال العمومية.	التثبت من أن التحديد كان الحل الكفيل بتحقيق الهدف المتبع.	قياس الولاءوة
التحقيقات تسمح فعلا بحاية حقوق المدخرين الخواص ومن حماية المساهمات العمومية.	قياس النجاعة أي التثبت من أن القيد الموظف على الحق يعد الأقل تقييدا ووطأة على ممارسة الحق.	قياس الضرورة الخارجية
الحد مهم ولكنه يبقى متناسبا مع هدف حماية الأموال العمومية والادخار العمومي.	قياس خطورة الحد وآثاره بالمقارنة مع الهدف المتبع.	قياس التناسب في معناه الضيق

¹⁰⁰ يصدر مجلس هيئة السوق المالية المنعقد في جلسة تأديبية عقوبة عن كل مخالفة للقوانين والتراتيب وعن كل إخلال بالقواعد والأعراف المهنية التي تحكم الأشخاص المشار إليهم بالفصل 41 من هذا القانون. وتكون العقوبات إما الإنذار أو التوييخ أو التوقيف الوقتي أو النهائي، كليا أو جزئيا عن ممارسة النشاط وعند الاقتصاء تسحب المصادقة عدا عقوبة التوقيف وسحب المصادقة بالنسبة لبورصة الأوراق المالية بتونس وشركة الإيداع والمقاصة والتسوية. يستدعى الشخص المحال على مجلس التأديب برسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ ثمانية أيام على الأقل قبل التاريخ المعين لائعقد المجلس ويمكن للمعنى بالأمر بطلب منه الحصول على نسخة من الوثائق المكونة للملف.

الفقرة الثانية – كيف يمكن لوجلس الونافسة أن يطبق وبدأ التناسب؟

مجلس المنافسة هو هيئة تتمتع بالشخصية المعنوية وبالاستقلال المالي وتلحق ميزانيتها ترتيبيا بميزانية الوزارة المكلفة بالتجارة (الفصل 11 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرخ في 15 سبتمبر/ أيلول 2015 والمتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار). ويجب على المجلس تطبيق عناصر مبدأ التناسب وضوابط الفصل 49 عند ممارسة الاختصاص الاستشاري (1) وعند النظر في الدعاوى المتعلقة بالمارسات المخلة بالمنافسة (2) وعند تسليط العقوبات (3).

1. عند مهارسة الاختصاص الاستشارى

يستشار المجلس وجوبا حول مشاريع النصوص التشريعية والترتيبية التي تهدف مباشرة إلى فرض شروط خاصة لم ارسة نشاط اقتصادي أو مهنة أو تضع قيودا من شأنها أن تعرقل الدخول إلى سوق معينة. ويمكن للجان البرلمانية وللوزير المكلف بالتجارة وللهيئات التعديلية القطاعية استشارة مجلس المنافسة حول كل المسائل التي لها علاقة بالمنافسة. كما يمكن للمنظات المهنية والنقابية وهيئات المستهلكين القائمة بصفة قانونية وغرف التجارة والصناعة استشارة المجلس في المسائل التي لها علاقة بالمنافسة في القطاعات الراجعة إليها بالنظر وتبلغ وجوبا الى الوزير المكلف بالتجارة نسخة من طلب الاستشارة والرأي الصادر عن مجلس المنافسة. كما يختص مجلس المنافسة بإبداء الرأي في المطالب الاستشارية المتعلقة بمشاريع أو عمليات التركيز التي يحيلها له الوزير المكلف بالتجارة.

ويمكن لمجلس المنافسة عند ممارسته لهذا الاختصاص الاستشاري المهم والموسع التثبت من احترام مشاريع النصوص التشريعية والترتيبية للضوابط المنصوص عليها بالفصل 49 من الدستور. وقد تولى المجلس بالفعل عند ممارسة الاختصاص الاستشاري التثبت من شروط الإعفاء من قواعد المنافسة بالنسبة للفاعلين العموميين الذين يحاولون التهرب من تطبيق القواعد المتعلقة بالمنافسة من خلال التمسك بوجود استثناء تبرره خصوصية بعض المهام. أكد المجلس في هذه الحالة أن الاستثناءات يجب أن تقتص على ما هو ضرورى فقط.

أوضح المجلس أن "تمكين المؤسسات والمنشآت العمومية من إبرام صفقات بالتفاوض المباشر للتزود بمواد أو خدمات مع المؤسسات التي بعثتها بصيغة الإفراق وذلك لمدة سنتين من تاريخ بعثها وفي حدود قيمة مالية قصوى معينة هو استثناء لمبدأ الدعوة إلى المنافسة. وباعتبار أن المنافسة وفق ما درج عليه فقه قضاء المجلس ليست غاية في حد ذاتها بل وسيلة لتحقيق النمو الاقتصادي والرفاه الاجتهاعي، وبالنظر إلى أن خلق مواطن الشغل ودعم النسيج الاقتصادي ولاسيها المؤسسات الصغرى يعتبر أولوية اقتصادية

لا جدال فيها، ونظرا إلى أن هذا الاستثناء محدود في الزمن ويخضع لسقف في ما يخص قيمة الصفقة فإن الحياد عن مبدأ المنافسة له ما يبرره"101.

يمكن أن تعرف حرية المنافسة قيودا تبررها مختلف أشكال التدخل من أجل المحافظة على النظام العام الاقتصادي والإجتهاعي. في هذا السياق يجب أن يؤكد مجلس المنافسة على كون القيود ضرورية لتحقيق الهدف وأنه لم يكن بالإمكان الوصول إلى الهدف عبر استعهال وسائل أو قيود أقل تدخلا في حرية المنافسة. مثلا منح أو مساعدات الدولة للمؤسسات العمومية لا يمكن القبول بها من منظور حرية المنافسة إلا إذا كانت تستجيب إلى متطلبات المصلحة العامة. كذلك تدخل الدولة لتحديد الأسعار أو تحديد حصص الإنتاج أو لتوجيه المساعدات أو تطبيق التمييز الإيجابي كلها قيود يجب أن تستجيب لشروط الفصل 49 من الدستور ويجب على المجلس التحقق من الرابط بينها وبين تحقيق النمو الاقتصادي أو المصلحة العامة.

2. عند النظر في الدعاوي المتعلقة بالممارسات المخلة بالمنافسة

نظرا لارتباط حرية المنافسة بشفافية العرض وغياب التمييز المفرط وحرية وتساوي الفرص في الدخول للسوق، فإن النظام القانوني للمنافسة يتطلب موازنة بين المصلحة العمومية ومتطلبات المنافسة. ولما كانت المنافسة عبر الأسعار المظهر الأهم لحرية المنافسة، فقد اعتبر المجلس أن الإتفاقات التي تهدف للهيمنة على السوق تعد مضرة بالاقتصاد الوطني 102.

ينص الفصل 6 من القانون المتعلق بالمنافسة والأسعار على استثناءات لتطبيق مبدأ حرية المنافسة إذ تعفى منه الاتفاقات أو المهارسات أو أصناف العقود "التي يثبت أصحابها أنها ضرورية لضهان تقدم تقني أو اقتصادي وأنها تدر على المستعملين قسطا عادلا من فوائدها، شريطة ألا تؤدي إلى : _ فرض تضييقات تتجاوز ما هو ضروري لتحقيق ما ترمي إليه من أهداف، _ الإقصاء التام للمنافسة في السوق المعنية أو في جزء هام منها". كما تستثنى من نظام الحرية المشار إليها بالفصل 2 أعلاه حسب الفصل 3 "المواد والمتوجات والخدمات الأساسية أو المتعلقة بقطاعات أو مناطق تكون فيها المنافسة بواسطة الأسعار محدودة إما بسبب حالة احتكار للسوق أو صعوبات متواصلة في التموين أو بفعل أحكام تشريعية أو ترتيبية".

¹⁰¹ الرأي عدد 92279 الصادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 23 جويلية/تموز 2009، التقرير السنوي لسنة 2009، ص. 175. تعلق الرأي بطلب وزير التجارة والصناعات التقليدية من المجلس إبداء الرأي في مشروع أمر يتعلق بتنقيح وإتمام الأمر عدد 3158 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر/ كانون الأوّل 2002 والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

http://www.cct.gov.tn/wp-content/uploads/2018/11/rapportannuel2009.pdf

¹⁰² القرار عدد 121302 الصادر بتاريخ 25 ديسمبر/ كانون الأول 2015، "استغلال المدعى عليها لوضعية الهيمنة التي تتمتع بها في سوق توزيع خدمات الأديسال بالجملة من خلال تمكين الشركة التابعة لها من ميزة تنافسية غير مشروعة أضر بالتوازن العام لسوق توزيع خدمات الأديسال بالتفصيل".

3. عند تسليط العقوبات

يمكن للمجلس أن يأمر بإنهاء المهارسات المخلة بالمنافسة أو بتعديل سلوكيات الناشطين بالسوق كها يمكنه تسليط عقوبة مالية هدفها معاقبة المخالفين لقانون المنافسة وردع بقية الناشطين عن ارتكاب ممارسات مماثلة. وقد ذكّر المجلس بخصوص تقدير العقوبة المالية بجملة المعايير الموضوعية المعتمدة ومن أهمها خطورة الأفعال المقترفة ومدتها والوضعية المالية للشركة المعنية وطبيعة السوق موضوع المهارسات المخلة بالمنافسة ومدى توفر عنصر العود وأهمية الضرر الحاصل للسوق 103. وهي كلها مناسبات يمكن للمجلس بصددها تطبيق التناسب من خلال إبراز أن درجة العقوبة المسلطة تكون متناسبة مع درجة خطورة الإخلالات ومدى تأثيرها على حرية المنافسة أو التوازن الاقتصادى.

الفقرة الثالثة–كيف يمكن للميئة العاوة للتأوين أن تطبق وبدأ التناسب

ينص الفصل 177 من القانون عدد 8 لسنة 2008 على إحداث هيئة تسمّى "الهيئة العامة للتأمين" تتمتّع بالشخصية المعنوية وبالاستقلال المالي، مقرّها تونس العاصمة وترجع بالنظر إلى وزارة المالية ويشار إليها "بالهيئة" في سائر فصول المجلّة 104.

تقوم الهيئة بإبداء الرأي في المسائل المعروضة عليها وقد تعترضها مواضع تستوجب تطبيق عناصر الفصل 49 من الدستور. كما يمكن للجنة التأديب المنصوص عليها بالفصول 192، 193 و194 تطبيق التناسب عند ممارسة سلطاتها التأديبية فتتثبت من كون العقوبة متناسبة مع المخالفة.

¹⁰³ التقرير السنوى لسنة 2015، ص. 62.

¹⁰⁴ قانون عدد 8 لسنة 2008 مؤرخ في 13 فيفري/ شباط 2008 يتعلق بتنقيح وإتمام مجلة التأمين.

خاتمة

لا شك اليوم بأن الفصل 49 من الدستور يشكل مادة مفصلية في المنظومة الدستورية للحقوق والحريات لكونه صهام أمان ضد التعسف في التضييق على الحقوق والحريات. لذلك يعتبر هذا الدليل أن الهيئات العمومية المستقلة معنية بتطبيق ومراقبة احترام عناصر الفصل 49 وخصوصا مبدأ التناسب.

ويُعد مبدأ التناسب اليوم مبدأ عاما يجب تطبيقه من قبل الهيئات العمومية المستقلة في معظم الصلاحيات الموكلة إليها نظرا لأهميته في عقلنة وتنظيم الحدود المسلطة على الحقوق والحريات. ويبرز من خلال ملاحظة عمل الهيئات أنّ المبدأ، لئن كان يُذكر بشكل مطّرد في قرارات وآراء الهيئات، إلّا أنّ إعماله لم يقم في أغلب الأحيان على استبطان منهجي ودقيق لكيفية تطبيقه وفق تمشّ واضح يدعم الجانب الموضوعي في تقييم قيود الحقوق والحريات، وهي مسألة مفهومة لحداثة عهدنا بالهيئات العمومية المستقلة وبمبدأ التناسب.

لذلك فإنّ الهيئات مدعوة إلى مزيد التعمّق في هذا المبدأ واعتهاده في مسألة تحديد الحدود على الحقوق في كلّ مجالات اختصاصها، ويمكنها الاستعانة بالتجارب المقارنة خصوصا منها فقه القضائية.

ويمكن القول أنّه، رغم حداثة عهد الفصل 49، إلّا أنّ فكرة التناسب بدأت تأخذ مكانها في التمشى الفكري والتحليلي للهيئات وأنّ الديناميكية الملائمة للأخذ بالمبدأ بدأت تعطى نتائجها.



الفصل 49 هن دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة

سليم اللّغماني أستاذ بكلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس

السَّوْال الأول: لهاذا يجب الحدِّ مِن الحريات؟

أولا- لأنّ الحرية المطلقة تنقلب إلى ضدّها: يمكن أن تستغلّ حرية التعبير للثلب أو للشتم كما يمكن أن تتحوّل ممارسة حرية التظاهر إلى عنف.

ثانيا- 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 اخرى.

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 بـأنها الحقوق الأساسية والتي يتوجّب احترامها في كل الحالات ومهم كانت الظروف ولم يتعرّض لها الدستور التونسي (سوف يتمّ الرّجوع 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.

السَّوْال الثَّاني: مِا مَى طرق ضبط حدود الحقوق والحريات؟

اعتمدت الدساتير ثلاثة طرق لضبط حدود الحقوق والحريات:

أولاً– وضع الحدود ضون الفصل الوتعلق بالحق أو الحرية

تتمثل هذه الطريقة في وضع شروط الحدود بالنسبة لكل حق أو حرية على حدة. وفيها 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 والفئات والأجيال.
- الجمهورية التونسية تضمن حرمة الفرد وحرية المعتقد وتحمى حرية القيام بالشعائر الدينية ما لم تخل بالأمن العام.

الفصل 7

يتمتع المواطن بحقوقه كاملة بالطرق والشروط المبيّنة بالقانون، ولا يحدّ من هذه الحقوق إلّا بقانون يُتّخذ 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**.

الفصار9

حرمة المسكن وسرية المراسلة وحماية المعطيات الشخصية مضمونة إلّا 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 حريته يعامل معاملة إنسانية في كنف احترام كرامته طبقا للشروط 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 ديسـمبر/كانون الأوّل 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 إلّا بأمر صادر عن السلطة القضائية المختصة.

الفصل 57:

الحق في الإضراب معترف به ويهارس في إطار القانون.

يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق أو يجعل حدودا لمارسته، 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:

للمواطنات والمواطنين حق الحصول على المعلومات الموجودة في حوزة الإدارة العمومية والمؤسسات المنتخبة، والميئات المكلفة بمهام المرفق العام.

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

ثانيا– تخصيص فصل جاوع لضبط شروط وضع الحدود على كلّ الحقوق والحريات

يتمّ وفق هذه الطريقة وضع فصل واحد، يتمّ من خلاله ضبط شروط الحدود لكلّ الحقوق والحريات، وتمكن هذه الطريقة من تفادي 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 حقّ أساسي يجب أن يستند إلى أساس تشريعي، والحدود الخطيرة يجب أن ينصّص عليها بقانون، إلا في حالة خطر حقيقي ومباشر وداهم.
 - 2. كلّ حدّ من حقّ أساسي يجب أن يكون مبرّر ا بمصلحة عامة أو بحاية حقّ أساسي للغير.

- 3. كلّ حدّ من حقّ أساسي يجب أن يكون متناسبا مع الهدف المراد تحقيقه.
 - 4. لا يجوز المساس بجوهر الحقوق الأساسية.

دستور كينيا 6 ماي/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، وآخذا بعين الاعتبار العناصر المناسبة، التي من بينها:

- طبيعة الحق أو الحرية الأساسية.
 - أهمية الهدف من الحد.
 - طبيعية الحدّ ومداه.
- الحرص على ألّا يضرّ تمتع فرد بحقوقه وحرياته الأساسية بحقوق الغير وحرياتهم الأساسية.
- العلاقة بين الحدّ والغاية منه. وتبين ما إذا كانت هناك وسائل أقل تضييقا لتحقيق نفس الهدف.

الهيثاق الكندى للحقوق والحريات 17 أفريل/نيسان 1982

الفصل الأول:

«الميثاق الكندي للحقوق والحريات يضمن الحقوق والحريات الواردة في بنوده ولا يمكن ضبطها إلّا بقانون بحدود معقولة يمكن إثبات تبريرها في إطار مجتمع حرّ وديمقراطي».

ثالثًا– الهزج 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 والريد والاتصالات الهاتفية

- 1. لا يجوز انتهاك سرية الرسائل والمراسلات البريدية والاتصالات.
- 2. لا يجوز فرض أيّ تقييدات لهذه السرية إلّا 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 وفقا لهذا القانون الأساسي إلى الحد من أحد الحقوق الأساسية بقانون، أو بناء على قانون، فيجب أن يكون سريان هذا القانون عاماً، وألّا يقتصر على حالة منفردة. وعلاوة على ذلك يجب أن يسمي هذا القانون الحق الأساسي المعنى، والمادة الخاصة به في القانون الأساسي.
 - 2. لا يجوز بأي حال المساس بجوهر مضمون الحق الأساسي ذاته.
- 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 ديسـمبر/كانون الأوّل 1996

المادّة 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.

المادّة 36

تقييد الحقوق

- 1. لا يجوز تقييد الحقوق الواردة في وثيقة الحقوق إلّا 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
 - ه. 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 الدّولي العام

لم يخصص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية فصلا جامعا 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. لكلّ فرد حرية مغادرة أي بلد، بها 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 وحرياتهم، وتكون متماشية مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذا العهد.
 - 4. لا يجوز حرمان أحد، تعسفا، من حق الدخول إلى بلده.

المادة 18

- 1. لكل إنسان الحق 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 بالتعبد وإقامة الشعائر والمارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملا 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 لحاية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية.
- 4. تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء، أو الأوصياء عند وجودهم، في تأمين تربية أو لادهم 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 حريته في التهاس 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) لحاية 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 وحرياتهم.

ال<mark>مادة 2</mark>2

- 1. لكل فرد حق في حرية تكوين الجمعيات مع آخرين، بها في ذلك حق إنشاء النقابات والانضهام 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 وحرياتهم. ولا تحول هذه المادة دون إخضاع أفراد القوات المسلحة ورجال الشرطة لقيود قانونية على ممارسة هذا الحق.
- 3. ليس في هذه المادة أي حكم يجيز 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 بالضهانات المنصوص عليها في تلك الاتفاقية.

السّـؤال الثَّالث: ما هي الطريقة التي اعتمدها المؤسس التونسي لضبط حدود الحقوق والحريات؟

لقد تدرّج المجلس الوطني التأسيسي في وضع شروط الحدّ من الحريات:

- اكتفى مشروع مسودة الدستور (14 أوت/ آب 2012) بضبط قيود لمهارسة بعض الحقوق الخاصة على غرار دستور غرة جوان/ حزيران 1959.
- 2. اكتفت مسودة مشروع الدستور (14 ديسمبر/كانون الأوّل 2012) بضبط قيود لمارسة بعض الحقوق الخاصّة على غرار دستور غرّة جوان/حزيران 1959.
- 3. اكتفى مشروع الدستور (22 أفريل/ نيسان 2013) بضبط قيود لم ارسة بعض الحقوق الخاصة على غرار دستور غرة جوان/ حزيران 1959.
- 4. أدرج مشروع دستور الجمهورية التونسية (غرة جوان/ حزيران 2013) لأول مرّة فصلا جامعا ولم ينص هذا المشروع على مبدأ التناسب وهو الفصل 48 الذي ينص على ما يلى:

"يقرر القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمنة بهذا الدستور وممارستها بها لا ينال من جوهرها. ولا يتخذ القانون إلا لحهاية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة. وتسهر الهيئات القضائية على حماية الحقوق والحريات من أى 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 وتم ذلك أثناء القراءة الأولى فصلا فصلا لمشروع الدستور¹.

الفصل 49:

يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بها لا ينال من جوهرها. ولا تقرّر هذه الضوابط إلّا لضرورة 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.

ا ملاحظة: لقد اقترحنا إدراج فصل جامع يعنى بهذه المسألة هذا نصّه منذ صدور نص "مسودة مشروع الدستور":

«لا تخضع ممارسة الحقوق المنصوص عليها بهذا الباب إلا للحدود المقررة في القانون، ما لم تمسّ من جوهرها وشريطة أن تشكل هذه الحدود تدابير ضرورية في
مجتمع مدني ديمقراطي تتخذ لحماية حقوق الغير وحرياته أو الأمن الوطني أو الأمن العمومي ولا بد من وجود تناسب بين القيود المفروضة والأهداف التي
تبررها ومن توفير سبل الطعن فيها».
أنذا إلى الذات المسالم المسالم المناقل المن الوطني أو الأمن العمومي والأعداف التي المسالم المناقب من المناقب عند المسالم التقلم المناقبة المناقب

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

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

السّـؤال الرّابع؛ هل ينطبق الفصل الجاوع على كلّ الحقوق والحريات الونصوص عليها في الدسـتور؟

التأويل الأول: ينطبق الفصل 49 على كل الحقوق والحريات المنصوص عليها في دستور 27 جانفي/كانون الثاني 2014 (وليس فقط في الباب المتعلق بالحقوق والحريات).

التأويل الثاني: يُستثنى من مجال تطبيق الفصل 49 الفصول التي ورد فيها قيد خاص وإحالة خاصة على القانون وفقا لمبدأ القانون: "حكم النص الخاص يُستثنى من حكم النص العام" (Le spécial déroge au général).

لابد في رأيي من التمييز:

1. هنالك فصول أو فقرات أو أجزاء من فصول تتعلّق بالحقوق والحريات لا ينطبق عليها الفصل 49 لأسباب مختلفة:

أ. لأنَّ الحقوق والحريات المعنيَّة حقوق وحريات أساسيَّة لا يمكن الحدِّ منها البتَّة وهي التالية:

حريّة المعتقد والضّمير.	الفصل 6
المواطنون والمواطنات متساوون في الحقوق والواجبات، وهم سواء أمام القانون من غير تمييز.	الفصل 21
تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد، وتمنع التعذيب المعنوي والمادي. ولا تسقط جريمة التعذيب بالتقادم.	الفصل 23
يحجر سحب الجنسية التونسية. من أي مواطن أو تغريبه أو تسليمه أو منعه من العودة إلى الوطن.	الفصل 25
المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تُكفل له فيها جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع والمحاكمة.	الفصل 27
العقوبة شخصية، ولا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق الوضع، عدا حالة النص الأرفق بالمتهم.	الفصل 28
لكل سجين الحق في معاملة إنسانية تحفظ كرامته.	الفصل 30
حرية الرأي والفكر مضمونة.	الفصل 31
لكل شخص الحق في محاكمة عادلة في أجل معقول، والمتقاضون متساوون أمام القضاء. حق التقاضي وحق الدفاع مضمونان.	الفصل 108

ب. لأنّ النص الدستوري مكّن من النّيل من جوهر الحق:

الحق في الحياة لا يمكن المساس به إلّا في حالات قصوى يضبطها القانون.	الفصل 22
الحق النقابي بها في ذلك حق الإضراب مضمون.	الفصل 36
ولا ينطبق هذا الحق على الجيش الوطني.	
ولا يشمل حق الإضراب قوّات الأمن الدّاخلي والدّيوانة.	
حق الملكية مضمون، ولا يمكن النيل منه إلّا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون.	الفصل 41

ج. لأنّ طبيعة الحد المسلط على الحق أو الحرية وشروطهما أدرجت صلب النص الدستوري:

لا يمكن إيقاف شخص أو الاحتفاظ به إلّا في حالة التلبس أو بقرار قضائي، ويعلم فورا بحقوقه وبالتهمة المنسوبة إليه، وله أن ينيب محاميا.	الفصل 29
حرية تكوين الأحزاب والنقابات والجمعيات مضمونة. تلتزم الأحزاب والنقابات والجمعيات في أنظمتها الأساسية وفي أنشطتها بأحكام الدستور والقانون وبالشفافية المالية ونبذ العنف.	الفصل 35
الحق الملكية مضمون ولا يمكن النيل منه إلّا في الحالات وبالضهانات التي يضبطها القانون.	الفصل 41
الترشح لمنصب رئيس الجمهورية حق لكل ناخبة أو ناخب تونسي الجنسية منذ الولادة، دينه الإسلام. يشترط في المترشح يوم تقديم ترشحه أن يكون بالغا من العمر خمسا وثلاثين سنة على الأقل. وإذا كان حاملا لجنسية غير الجنسية التونسية فإنه يقدم ضمن ملف ترشحه تعهدا بالتخلي عن الجنسية الأخرى عند التصريح بانتخابه رئيسا للجمهورية. تشترط تزكية المترشح من قبل عدد من أعضاء مجلس نواب الشعب أو رؤساء مجالس الجهاعات المحلية المنتخبة أو الناخبين المرسمين حسبها يضبطه القانون الانتخابي.	الفصل 74

د. لأنَّ الحقوق التي تضمنتها لا تلزم الدولة التونسية على تحقيق نتيجة بل على بذل عناية فحسب:

وتهيئ لهم [للمواطنين والمواطنات] أسباب العيش الكريم.	الفصل 21
تراعي الدولة في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية مصلحة الأسرة، وتعمل على إعادة تأهيل السجين وإدماجه في المجتمع.	الفصل 30
تسعى الدولة إلى ضيان الحق في النفاذ إلى شبكات الاتصال.	الفصل 32
وتسعى [الدولة] إلى توفير الإمكانيات الضرورية لتحقيق جودة التربية والتعليم والتكوين.	الفصل 39
العمل حق لكل مواطن ومواطنة، وتتخذ الدولة التدابير الضرورية لضانه على أساس الكفاءة والإنصاف.	الفصل 40
تدعم الدولة الرياضة، وتسعى إلى توفير الإمكانيات اللازمة لمارسة الأنشطة الرياضية والترفيهية.	الفصل 43
تضمن الدولة المساهمة في سلامة المناخ. وعلى الدولة توفير الوسائل الكفيلة بالقضاء على التلوث البيئي.	الفصل 45
وتعمل الدولة على تطويرها [الحقوق المكتسبة للمرأة] تتّخذ الدّولة التّدابير الكفيلة بالقضاء على العنف ضدّ المرأة.	الفصل 46
تسعى الدُّولة إلى تحقيق التّناصف بين المرأة والرّجل في المجالس المنتخبة.	
تحمي الدّولة الأشخاص ذوي الإعاقة من كلّ تمييز. لكلّ مواطن ذي إعاقة الحق في الانتفاع، حسب طبيعة إعاقته، بكلّ التّدابير التّي تضمن له الاندماج الكامل في المجتمع. وعلى الدّولة اتّخاذ جميع الإجراءات الضّروريّة لتحقيق ذلك.	الفصل 48

2. ينطبق الفصل 49 على الفصول التي أحالت على القانون دون ضبط طبيعة الحد وشروطه:

الحق في الحياة لا يمكن المساس به إلّا في حالات قصوى يضبطها القانون. (ملاحظة: على القاضي الدستوري التثبت من الطبيعة "القصوى" للحالة ومن التناسب بين الجريمة المقترفة وعقوبة الاعدام التي قرّرها القانون).	الفصل 22
حق اللجوء السياسي مضمون طبق ما يضبطه القانون.	الفصل 26
تحدد مدّة الإيقاف والاحتفاظ بقانون.	الفصل 29
حقوق الانتخابات والاقتراع والترشح مضمونة طبق ما يضبطه القانون. تعمل الدولة على ضهان تمثيلية المرأة في المجالس المنتخبة.	الفصل 34
تضمن الدولة الحق في التغطية الاجتماعية طبق ما ينظمه القانون.	الفصل 38
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 مشمو لا بأي صورة من صور الحرمان التي يضبطها القانون.	الفصل 53
يعدّ ناخبا كل مواطن تونسي الجنسية بلغ من العمر ثهاني عشرة سنة كاملة وفق الشروط التي يحددها القانون الانتخابي.	الفصل 54
الترشح لمنصب رئيس الجمهورية حق لكل ناخبة أو ناخب تونسي الجنسية منذ الولادة، دينه الإسلام. يشترط في المترشح يوم تقديم ترشحه أن يكون بالغا من العمر خمسا وثلاثين سنة على الأقل. وإذا كان حاملا لجنسية غير الجنسية التونسية فإنه يقدم ضمن ملف ترشحه تعهدا بالتخلي عن الجنسية الأخرى عند التصريح بانتخابه رئيسا للجمهورية. تشترط تزكية المترشح من قبل عدد من أعضاء مجلس نواب الشعب أو رؤساء مجالس الجهاعات المحلية المنتخبة أو الناخبين المرسمين حسبها يضبطه القانون الانتخابي.	الفصل 74
يضمن القانون التقاضي على درجتين. جلسات المحاكم علنية إلا إذا اقتضى القانون سريتها.	الفصل 108

3. ينطبق الفصل 49 على الأحكام الدستورية التي لم تحل على القانون ويمكن الحدّ منها بمقتضى الفصل 49 ذاته:

ممارسة الشَّعائر الدَّينيَّة.	الفصل 6
تحمي الدولة الحياة الخاصة، وحرمة المسكن، وسرية المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية. لكل مواطن الحرية في اختيار مقر إقامته وفي التنقل داخل الوطن وله الحق في مغادرته.	الفصل 24
"حرية التعبير والإعلام والنشر مضمونة " إلا أنه، بمقتضى نفس الفصل، وقع حضر اللجوء إلى حدّ بعينه: "لا يمكن ممارسة رقابة مسبقة على هذه الحريات".	الفصل 31
تضمن الدولة الحق في الإعلام والحق في النفاذ إلى المعلومة.	الفصل 32
حرية الاجتماع والتظاهر السلميين مضمونة.	الفصل 37
الصحة حق لكل إنسان. تضمن الدولة الوقاية والرعاية الصحية لكل مواطن وتوّفر الإمكانيات الضرورية لضهان السلامة وجودة الخدمات الصحية. تضمن الدولة العلاج المجاني لفاقدي السند، ولذوي الدخل المحدود.	الفصل 38
التعليم إلزامي إلى سن السادسة عشرة. تضمن الدولة الحق في التعليم العمومي المجاني بكامل مراحله.	لفصل 39
ولكل مواطن ومواطنة الحق في العمل في ظروف لائقة وبأجر عادل.	الفصل 40
الملكية الفكرية مضمونة.	الفصل 41
الحق في الثقافة مضمون. حرية الإبداع مضمونة.	الفصل 42
الحق في الماء مضمون.	الفصل 44
تضمن الدولة الحق في بيئة سليمة ومتوازنة.	الفصل 45
تلتزم الدولة بحياية الحقوق المكتسبة للمرأة وتدعم مكاسبها تضمن الدّولة تكافؤ الفرص بين الرّجل والمرأة في تحمّل مختلف المسؤوليّات وفي جميع المجالات.	الفصل 46
حقوق الطفل على أبويه وعلى الدولة ضهان الكرامة والصحة والرعاية والتربية والتعليم. على الدولة توفير جميع أنواع الحماية لكل الأطفال دون تمييز ووفق المصالح الفضلي للطفل.	الفصل 47
ولا يكون التصريح بالحكم إلا في جلسة علنية.	الفصل 108

السَّـوْال الخَّامِس: مِنَ المِعني بالفصل 49؟

- أ- كل المواطنين والمواطنات بحكم أنهم معرّضون للحد من حقوقهم وحرياتهم ومكنهم الدستور من الدفع بعدم دستورية القوانين بها في ذلك القوانين التي لم تحترم مقتضيات الفصل 49.
- ب- الجمعيات التي مكنها الفصل 14 من المرسوم عدد 88 لسنة 2011 مؤرخ في 24 سبتمبر/ أيلول 2011 المتعلق 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 والحريات. ولا بدّ في هذا الصدد من الإشارة إلى ضرورة إحداث آلية صلب مجلس نوّاب الشعب للتثبت وقائيا 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 والحريات عبر سلطتها الترتيبية وصلاحياتها في مجال الضبط الإداري.
- ولا بدّ من إحداث آلية صلب رئاسة الحكومة للتثبت وقائيا من احترام مشاريع القوانين والمقررات الإدارية لمقتضيات الفصل 49.
- هـ الهيئات المستقلة: الهيئات الدستورية المستقلة وبصفة خاصة هيئة حقوق الإنسان التي "تُستشار 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 والحريات من أي انتهاك" (الفصل 49) وبضمان.علوية الدستور، وسيادة القانون، وبحماية الحقوق والحريات (الفصل 102).
- ح- الموفق الاداري 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 المتشكلة بينها.
 - ط- وبطبيعة الحال المحكمة الدستورية.

السَّوَّال السادس: ما مَى مقتضيات تطبيق الفصل 49؟

- 1. التثبت من أنه وقع الحدّ من الحرية بمقتضى قانون. ولا بدّ أن يكون قانونا أساسيا بها أنّ الفصل 65 من الدستور ينص على أنّ النصوص المتعلقة بالحريات وحقوق الإنسان تتخذ شكل قوانين أساسية. ولا بد أن يتوفر في القانون شرط الوضوح والمقروئيّة والدقّة.
 - 2. التثبت بأنه لا ينال من جوهر الحق والحرية المعنية:
- وينال القانون من جوهر الحق أو الحرية إن كانت نتيجته القضاء على الحرية تماما كأن ينص قانون الجمعيات مثلا 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 والفصل 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 جعله غير ذي جدوى إذ أن كل حدّ ينال من جوهر الحق أو الحرية هو، بطبعه، غير متناسب.

- التثبت من الوجود الفعلي لموجب الحدّ أي التثبت من أنّ ممارسة الحق تهدد فعلا "حقوق الغير أو الأمن العام أو الدفاع الوطنى أو الصحة العامة أو الآداب العامة" مع تأويل صارم و حالة بحالة لهذه المقتضيات العامة.
 - 4. الثبت من وجود "ضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية"

وتعني الضرورة أنّه ليس هناك حلّ آخر وأنّه لضهان القيمة لابد 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 طالهم ذلك الوباء.

مثال 2: يمكن بسبب خطر داهم يهدد الأمن العام تأجيل انتخابات لكن لا يمكن إلغاءها لأنّ إلغاء الانتخابات نسف لمقتضيات الدولة الديمقراطية.

مثال 3: لا يمكن إغلاق المقاهي نهارا 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 قانونيا (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. إنّ تحقيق التناسب بالمعنى الواسع يفترض توفّر ثلاثة شروط، تتمثل فيها يلي:

- الشرط الأول- الملاءمة (adéquat): يجب أن يمكّن 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 موائها (adapté) للهدف المنشود. يجب أن لا يتجاوز الحدّ من الحرية ما هو ضروري لضهان موجب الحق. مثال: لا يجب الحد من حرية التنقل في كامل البلاد إن كان الوباء محدّدا جغرافيا.

وإذا كانت هذه الشروط الثلاث للتناسب بالمعنى الواسع مطلوبة وتمثّل شروط صحة الإجراء فلأنه بدونها يخشى أن ينال الإجراء بصفة مفرطة من قيمة أخرى يحميها القانون وهي الحق أو الحرية المعنيّة. وكما يتضح، ليس التناسب بقاعدة بقدر ما هو تمثّل. فما نعتبره مبدأ التناسب إنها هو المقتضيات الثلاثة التي يجب أن تحدد الجهة المختصة في اختيار الإجراء والتي يراقبها القاضي للحكم بصحته.

ويستنتج ممّا سبق استنتاجان أولهما أن الفصل 49 يفرض التأكد من وجود ضرورتين، ضرورة مستقلة عن مبدأ التناسب، ضرورة الخدّ من الحرية (nécessité externe) وضرورة الإجراء الذي أُتّخذ للحدّ من الحرية (proportionnalité lato sensu) ومعنى ضيق (proportionnalité stricto sensu) وهو المواءمة.

السَّوْال 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 مادّة حقوق الإنسان بصفة عامّة. 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 بحياية 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 والمرسوم عدد 88 لسنة 2011 المؤرخ في 24 سبتمبر/ أيلول 2011 المتعلق بتنظيم الجمعيات.

السَّؤال الثَّاون: ما هي الوسألة الونسيَّة في دستور 27 جانفي/كانون الثَّاني 2014؟

يمكّن الفصل 80 من دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 رئيس الجمهورية "في حالة خطر داهم مهدد لكيان الوطن أو أمن البلاد أو استقلالها، يتعذر معه السير العادي لدواليب الدولة أن يتّخذ التدابير التي تحتمها تلك الحالة الاستثنائية".

ويمكن أن تتمثل هذه التدابير، وهي ليست قوانين، في تعليق حقوق وحريات وعدم اعتهاد الفصل 49. كان لا بد من التنصيص في هذه الصورة على الحقوق والحريات التي لا يمكن تعليقها حتى في الحالة الاستثنائية "-damentaux indérogeables على غرار بعض الدساتير2.

ولا يمثّل هذا النسيان ثغرة في النظام القانوني التونسي بها أنّه بمقتضى الفصل 20 من الدستور "المعاهدات الموافق عليها من قبل المجلس النيابي والمصادق عليها، أعلى من القوانين وأدنى من الدستور". ولقد صادقت تونس بدون تحفظ على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 3 الذي ينصّ في فصله الرّابع على ما يلي:

في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تتهدد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسميا، يجوز للدول الأطراف في هذا المعهد 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 الاجتهاعي.

لا يجيز هذا النص أي مخالفة لأحكام المواد 6 و7 و8 (الفقرتين 1 و2) و11 و15 و16 و14.

² ملاحظة: لقد اقترحنا إدراج فقرة بالفصل الجامع تعنى بهذه المسألة هذا نصّها:

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

سليم اللُّغاني، سلوى الحمروني وسلسبيل القليبي، «الحقوق والحريات»، اليوم الدراسي عبد الفتاح عمر، قراءة في مسودة مشروع الدستور: تقييم واقتراحات، 15 جانفي/ كانون الثاني 2013، النشر بمسانلة 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 بالرقيق بجميع صورهما". الفقرة الثانية: "لا يجوز إخضاع أحد للعبودية.

الفصل 11: حظر سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي.

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 بالتعبد وإقامة الشعائر.

بيبليوغرافيا مختارة

- خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات. تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس 2017.
- معجم ألفاظ وعبارات دستور الجمهورية التونسية، تحت إشراف رافع ابن عاشور، سناء ابن عاشور، سارة معاوية قاسم مني كريم الدريدي وأمرة الشاوش، تونس 2016
- الهيئات الدستورية المستقلة أي تكريس؟ أعمال الملتقى العلمي حول الهيئات الدستورية الذي نظمته جمعية البحوث في الانتقال الديمقراطي والجمعية التونسية للعلوم الإدارية وكلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، تحت إشراف الأستاذ محمد شفيق صرصار.
- المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، "الحدود الشرعية للحقوق المدنية والسياسية"، نوفمبر/ تشرين الثاني 2012.
 - قراءة في مسودة مشروع الدستور تقييم واقتراحات، اليوم الدراسي عبد الفتاح عمر، تونس 2013.
- قراءات في دستور الجمهورية الثانية (دستور 27 جانفي/كانون الثاني 2014)، منشورات مدرسة الدكتوراه بكلية الحقوق بصفاقس أعدد 4 مجمع الأطرش 2017 .
- المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، ورقة نقاش، الحقوق والحريات في الدساتير، تجارب مقارنة ودروس مستفادة، بناء 2013.

Ouvrages:

- BIOY (Xavier), Droits fondamentaux et libertés publiques, Paris, LGDJ, 6ème édition, 2020.
- HENNETTE VAUCHEZ (Stéphanie) et ROUMANE (Diane), Droits de l'homme et libertés fondamentales, Paris, Dalloz, 2020.
- ERGEC (R.), Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, édit. De l'Université de Bruxelles, collection de droit international, n°19, 1987.
- LEBRETON (Gilles), Libertés publiques et droits de l'Homme, Armand Colin, 6ème édit., 2003.
- SERRAND (Pierre), Manuel d'institutions administratives françaises, Paris, PUF, 4 ème édition, 2012.
- SUDRE (Frédéric), Droit européen et international des droits de l'homme, Paris, PUF, 10ème édition, 2011.

Articles, contributions, études et rapports :

- BIOY (Xavier) et autres, « Autorités administratives indépendantes et libertés fondamentales (second semestre 2016 et un peu plus... », Actualité juridique, 2019, https://www.actu-juridique.fr/administratif/autorités
- BLIBECH (Fadhel), « Les instances constitutionnelles indépendantes : une implémentation retardée et une indépendance menacée », Bulletin CEMI, n°6, 2018.
- Chawki (GADDES), « Radioscopie des instances publiques indépendantes en Tunisie », Conférence présentée à la FSJPST, novembre 2019.

- CHEVALLIER (Jacques), « Autorités administratives indépendantes et Etat de droit », Civitas Europa, 2016/2, n°37, pp. 143-154.
- Commission européenne pour la démocratie par le droit (commission de Venise),
 Tunisie, Avis sur le projet de Loi organique relative à l'Instance du développement durable et des droits des générations futures, Avis n°948/2019, CDL-AD (2019) 013.
- European DATA Protection Supervisor, Guide pour l'évaluation de la nécessité des mesures limitant le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel, 11 avril 2017.
- GUELLALI (Amna), « La clause générale de limitations dans la nouvelle Constitution : Genèse, portée et défis », in La Constitution de la Tunisie, processus, principes et perspectives, pp. 411-418.
- HAFIDHI (Khitem), « L'article 49 de la Constitution : « le cheval de Troie »,...ou « les habits neufs du roi » ? », Revue de la jurisprudence et de la législation, n°10, décembre 2017, pp. 5-17.
- HAMROUNI (Salwa), "Les instances constitutionnelles indépendantes, quelle autonomie?", Mélanges offerts au doyen Mohammed Salah Ben Aissa. A paraître
- HAMROUNI (Salwa), « L'article 49 dans la jurisprudence de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des lois », contribution aux VIèmes journées Abdelfatteh Amor, 2018. A paraître
- HAMROUNI (Salwa), « La loi et les restrictions aux droits et libertés », in La loi, actes du colloque organisé à la faculté de droit de Sfax, avril 2019, A paraitre.
- LAGHMANI (Slim), « Réflexions à propos du principe de la proportionnalité », in Journées Abdelfatteh Amor, La jurisprudence de l'Instance provisoire de contrôle de constitutionnalité des projets de loi, Tunis, 25 et 26 janvier 2018. A paraître.
- Le rôle et la place des instances indépendantes dans un Etat démocratique, 6ème Atelier interculturel sur la démocratie, Tunis, novembre 2018.
- Projet de loi organique portant organisation de l'état d'urgence: un instrument qui déroge aux droits et libertés et qui rase les garanties constitutionnelles et conventionnelles, FTDES, SOLIDAR, JAMAITY, et autres
- SUDRE (Frédéric), « Cour européenne des droits de l'homme Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ?», La semaine juridique édition générale, n°11, 13 mars 2017, doctri, 289.
- TOUIR (Jamel), « Les organes constitutionnels indépendants dans la Constitution : Bien-fondés politiques, processus de création et horizons », in La Constitution de la Tunisie, Processus, principes et perspectives, pp. 577-587.
- Vers une nouvelle ère de protection des droits fondamentaux en Tunisie, la mise en œuvre de l'article 49 de la nouvelle constitution tunisienne, publication commune DRI, IDEA et PNUD, 2014.
- WARSMANN (Jean-Luc), Rapport, Assemblée nationale, n°3689 et 3693, avril 2016.

هيئة النفاذ إلى المعلومة

- القضية عدد 1182 / 2019 بتاريخ 3 أكتوبر/تشرين الأوّل 2019، ك. ب في حق ابنته القاصر ل.ب ضد وزير التربية.
 - قرار عدد 1123 / 2019 بتاريخ 28 نوفمبر/ تشرين الثاني 2019، ع.د ضد الإتحاد العام التونسي للشغل.
- قرار عدد 01/ 2018 بتاريخ 01 فيفري/ شباط 2018، الجمعية الوطنية لحماية قطاع النقل "تاكسي" بجميع أنواعه ضد والي المهدية.
 - قرار عدد 2018/ 02 بتاريخ 07 مارس/ آذار 2018، شركة "ويتكو سبور" ضد والي باجة.
- قرار عدد 2018/ 09 بتاريخ 28 مارس/ آذار 2018، المنظمة الوطنية لمكافحة الفساد والإتحاد التونسي للطلبة ضد عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس (جامعة المنار).
 - قرار عدد 2018/ 10 بتاريخ 02 أفريل/ نيسان 2018، على بوعزيز ضد وزير التربية.
- القضايا عدد 17-16-15 / 2018 بتاريخ 02 أفريل/نيسان 2018، م.أ.ط و م.ص.ع و أ.ب.ص ضد رئيس النيابة الخصوصية لبلدية طبربة.
 - القرار عدد 2018/ 27 بتاريخ 03 ماي/ أيار 2018، منظمة أنا يقظ ضد رئيس الحكومة.
 - القرار عدد 874/ 2019 بتاريخ 23 ماي/ أيار 2019، منظمة أنا يقظ ضد البنك المركزي التونسي.
 - قرار عدد 907 / 2019 بتاريخ 11 أوت/ آب 2019، منظمة أنا يقظ ضد رئيس الهيئة العليا المستقلة للانتخابات.
- القرار عدد 933 / 2019 بتاريخ 01 أوت/ آب 2019، الهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي البصري ضد البنك المركزي التونسي.
 - القرار عدد 948 / 2019 بتاريخ 30 ماي/ أيار 2019، أ.ب.ح ضد وزارة العدل.
 - قرار عدد 949 / 2019 بتاريخ 18 جويلية / تموز 2019، س.ع ضد بلدية قليبية.
 - قرار عدد 2010 / 2019 بتاريخ 11 جويلية/ تموز 2019، ح.ج ضد ولاية سليانة.
 - قرار عدد 1123 / 2019 بتاريخ 28 نوفمبر/ تشرين الثاني 2019، ع.د ضد الإتحاد العام التونسي للشغل.

هيئة الاتصال السوعى البصرى

- بيان حول إيقاف جزء من برنامج "الحقائق الأربع" مس من حرية الإعلام، 23 نوفمبر/ تشرين الثاني 2019.
 - قرار قاضي بإيقاف برنامج "مع علاء" على قناة الحوار التونسي لمدة شهرين، 24 أفريل/نيسان 2019.
 - قرار مجلس الهيئة بخصوص حلقة 28 جانفي/كانون الثاني la classe 2019 على قناة تونسنا.
- قرار مجلس الهيئة بإيقاف برنامج نهج التريبونال على إذاعة ابتسامة أف أم لمدة شهر، 28 جانفي/كانون الثاني 2019.
- قرار بإيقاف برنامج "حديث رجال" على القناة الإذاعية الخاصة نجمة أف أم لمدة أسبوعين، 29 نوفمبر/تشرين الثاني 2018.
 - الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية
- قرار عدد 2 بتاريخ 6 أكتوبر/ تشرين الأوّل 2017 يتعلق بالقواعد السلوكية الخاصة بمعالجة المعطيات الشخصية في نطاق العمل السياسي.
 - قرار عدد 3 بتاريخ 5 سبتمبر/ أيلول 2018 يتعلق بتحديد الدول التي توفر حماية كافية وملائمة للمعطيات.

- قرار عدد 4 بتاريخ 5 سبتمبر/أيلول 2018 يتعلق بمعالجة المعطيات الشخصية المتعلقة بالصحة.
- قرار عدد 5 بتاريخ 5 سبتمبر/ أيلول 2018 يتعلق بضبط شروط وإجراءات تركيز وسائل المراقبة البصرية.

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. ونتبنى مبادئ النوع الاجتهاعي والتشاركية وحساسية النزاع والتنمية المستدامة في جميع مجالات عملنا.

توفر المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات تحليلات للاتجاهات الديمقراطية العالمية والإقليمية، وتنتج معرفة مقارنة بشأن المارسات 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



واختيارا من الضروري إعماله من قبل كافة المتدخلين في هذا المجال حتى تتمّ عقلنة

وتيسير تطبيقه وإعمال مبدأ التناسب الذي أصبح يكتسي صبغة دستورية، وذلك بلورة قراءة متناغمة ومندمجة لهذا المبدأ ولأحكام الفصل 49 من الدستور في ضوء

International IDEA



Federal Foreign Office