

دليل القاضي العدلي

في تطبيق الفصل 49 من الدستور

رقابة القاضي العدلي للتناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها

مالك الغزواني



دليل القاضي العدلي

في تطبيق الفصل 49 من الدستور

رقابة القاضي العدلي للتناسب
بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها

مالك الغزواني



التمهيد العام والإشراف على الأدلة العمليّة

سلوى الحمروني

فريق المراجعة من بين مجموعة العمل المتابعة للمشروع

سليم اللّغمانى

أشرف الماجري

خالد الماجري

التدقيق العام: منية بلعربي

تمّ إنجاز هذا الدليل في إطار أنشطة المشروع المتعلق بتطبيق الفصل 49 من الدستور والموسوم:

"معا من أجل حقبة جديدة لحماية الحقوق الأساسية في تونس"

بتمويل من وزارة الخارجية الألمانية

© 2021 المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

دليل القاضي العدلي في تطبيق الفصل 49 من الدستور
Guide of the Judicial Judge in the Application of Article 49 of the Constitution

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



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

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

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

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

التصميم والإخراج الفني: داليا العزب، القاهرة
صورة الغلاف: 1914، Wassily Kandinsky، 129.5 x 129.5 cm، Fugue، oil- canvas، الرقم المعياري الدولي للكتاب (PDF): 978-91-7671-372-3 (المطبوع): 978-91-7671-371-6
مُعَرَّف الوثيقة الرقمي (DOI): <https://doi.org/10.31752/idea.2021.36>

المحتويات

ix	تمهيد عام حول الفصل 49 من الدستور
xii	1. ما هي الحقوق المعنية بالفصل 49 ؟
xiii	2. متى يمكن الخروج عن مقتضيات الفصل 49 ؟
xvi	3. هل يغنينا الفصل 49 عن التحديدات الخاصة لبعض الحقوق؟
xvii	4. ماهي موجبات الحدود على الحقوق والحريات؟
xx	5. شرط الضرورة في دولة مدنية ديمقراطية
xxi	6. شرط عدم المساس بجوهر الحق
xxii	7. شرط التناسب بين الضوابط وموجباتها
	8. لمن يتوجه صراحة الفصل 49؟
2	مقدمة الدليل
14	الجزء الأول- اختصاص القاضي بمراقبة التناسب على أساس الفصل 49 من الدستور
16	الفقرة الأولى- القراءة الضيقة للفصل 49 من الدستور
17	I- شمول مراعاة التناسب بالمسار التشريعي
17	1- اختصاص السلطتين التشريعية والتنفيذية
18	2- الدور العرضي للقاضي العدلي
20	II- خروج مراقبة التناسب عن المسار القضائي
20	1- القاضي غير معني بتطبيق الفصل 49 من الدستور
22	2- القاضي ممنوع من مراقبة احترام الدستور
24	الفقرة الثانية- تجاوز القراءة الضيقة
24	I- قراءة الفصل 49 على ضوء مضمونه
24	1- تنصيب القاضي حاميا للحقوق والحريات
32	2- القاضي حاميا للحقوق والحريات من "كل انتهاك"، كما الإخلال بالتناسب
34	II- قراءة الفصل 49 على ضوء التعهدات الدولية
34	1- رقابة التناسب من التعهدات الدولية
38	2- رقابة القاضي للتناسب تحت الرقابة الدولية
48	الجزء الثاني- شروط إعمال القاضي لرقابة التناسب
51	الفقرة الأولى- لا قيد لإبقانون
51	I- القاضي والقيود التي يفرضها "القانون"

51	1- المصدر التشريعي
53	2- الاستثناءات
57	II- القاضي والقيود المتأتبة من "غير القانون"
57	1- القيود بنصوص غير تشريعية
59	2- القيود العرفية
60	3- القيود الموضوعية من فقه القضاء
63	الفقرة الثانية- لا قيد إلا على الحق القابل للتقييد
64	I- التمييز بين الحقوق المطلقة والحقوق النسبية
64	1- أساس التمييز
65	2- معيار التمييز : الحقوق المحمية بقواعد أمرة للقانون الدولي العام Jus Cogens
68	II- موقف القاضي : الحق المطلق لا يوضع في ميزان التناسب
68	1- القيود التشريعية
69	2- القيود القضائية
70	الفقرة الثالثة- لا قيد دون موجب
70	I- تحديد الموجبات Identification
71	1- حماية المصلحة العامة
73	2- حماية حقوق الغير
74	II- ضرورة التزام القاضي بالتأويل الضيق لموجبات التقييد
74	1- أمثلة لقيود فرضها القاضي دون موجب قانوني
76	2- أمثلة لقيود توسع فيها القاضي في فهم موجباتها
80	● الجزء الثالث- إعمال القاضي لرقابة التناسب
82	الفقرة الأولى- مكوّنات اختبار التناسب
82	I- ضرورة التقييد
82	1- معيار تقدير الضرورة : إما التقييد أو إهدار المصلحة
87	2- الضرورة المقيّدة بمقوّمات الدولة المدنية الديمقراطية
98	II- عدم المساس بجوهر الحق موضوع التقييد
98	1- مثال حكم الحجب الشامل للمواقع الإباحية
101	2- مثال الحكم برفع المضرّة الذي يلحق مضرّة كبرى بالمحكوم ضده

103 المنافسة	3- مثال القيود الاتفاقية على بعض الحريات الفردية : شرط العزوبية و شرط عدم
104	III- عدم تجاوز التقييد ما هو ضروري لتحقيق غايته
105	1- معيار الوسيلة المعقولة
108	2- معيار الوسيلة الأقل تقييدا للحق
114	الفقرة الثانية- النظام الإجرائي لرقابة التناسب
114	I- بالنسبة لقضاة الأصل
114	1- إثارة القاضي لرقابة التناسب
116	2- تعليل القاضي لرقابة التناسب
117	II- بالنسبة لمحكمة التعقيب
117	1- محكمة التعقيب: سلطة مراقبة لقضاة الأصل
119	2- محكمة التعقيب: سلطة مراقبة من القضاء الدولي
122	الملحق
141	حول المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

تهميد عام

حول الفصل 49 من الدستور

سلوى الحمروني

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 www.icj.org/wp-content/uploads/2020/05/Universal-ICJ-courts-covid-Advocacy-Analysis-brief-2020-ENG-arabic.pdf?fbclid=IwAR_1i20_mLpHsR-qrizoJswrHamPuvaOXrQew262EX0GGkbUW57R_Qgj-dLoU

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

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

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

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

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

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

ولا يتخذ القانون إلا لحماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة. وتسهر الهيئات القضائية على حماية الحقوق والحريات من أي انتهاك".

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

4 الفصل 8 من دستور 1959.

5 الفصل 8 فقرة أخيرة من دستور 1959.

6 الفصل 9 من دستور 1959.

7 الفصل 10 من دستور 1959.

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

ولم يتمّ التوصل إلى صيغة الفصل 49 إلا في مرحلة متقدّمة من النقاش حول الدستور، حيث تمّ إدراج مفهوم الضرورة - أي الأهداف المشروعة لتقييد الحقوق والحريات - ودسترة مبدأ التناسب. وهو ما يقتضي بصورة أولية توضيح المفاهيم المستعملة صلب هذا الفصل من خلال طرح مجموعة من الأسئلة نجيب عن البعض منها في هذا التقديم العام ويجيب عنها الأستاذ سليم الغماني في ورقة مرفقة (ملحق عدد 1).

1. ما هي الحقوق المعنية بالفصل 49 ؟

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

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

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

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

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

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

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

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

ماذا عن الحقوق غير المذكورة بالدستور؟

ينص الفصل 49 صراحة على أن نظام التحديد العام ينطبق على "الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور" وهو ما يعني، إذا التزمنا بقراءة حرفية للنص، أن الحقوق التي لم تحظ بتكريس دستوري ليست معنيّة بشروط الفصل 49. لكن رغم ذلك، لا نرى أي مانع قانوني لتطبيق شروط الفصل 49 المادية وبالأساس اختبار التناسب على بقية الحقوق على قلتها. فبالرجوع إلى بقية أحكام الدستور، يمكن أن نجد أسسا ممكنة لتطبيق الفصل 49 على تلك الحقوق والحريات مثل حرية الصناعة والتجارة أو حرية العمل.

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

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

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

2. متى يمكن الخروج عن مقتضيات الفصل 49 ؟

يطبق الفصل 49 مبدئياً كلما أراد المشرع تحديد ضوابط الحقوق والحريات بالنظر إلى أهداف معينة حددها نفس الفصل وهو ما نعتبر منه بالاختصاص الحصري للمشرع في هذا المجال. في حالات معينة، تخضع الحقوق والحريات إمّا لحماية أدنى من تلك التي يوجبها الفصل 49 أو لحماية أرفع منها.

● حالة الحماية الأدنى

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

ينص هذا الفصل على أنّه "لرئيس الجمهورية في حالة خطر داهم مهدّد لكيان الوطن وأمن البلاد واستقلالها يتعدّد معه السير العادي لدواليب الدولة أن يتّخذ التدابير التي تحتمّها تلك الحالة الاستثنائية 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/ecriture/revues/crdf/crdf9/crdf901champeil.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 الدستورية ويعلن عن التدابير في بيان إلى الشعب.

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

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

ويتهيء العمل بتلك التدابير بزوال أسبابها. ويوجه رئيس الجمهورية بيانا في ذلك إلى الشعب".

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

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

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

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

Il en informe la Nation par un message.

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

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

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

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

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

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

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

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

لا نرى ذلك.

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

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

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

● حالة الحماية الذرفع

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

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

15 Voir à ce propos Laureline Fontaine, « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits », CRDF, n°6, 2007, p. 43. www.unicaen.fr/puc/html/ecriture/revues/crdf/crdf6/crdf0604fontaine.pdf

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

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

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

19 أنظر مثلاً:

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

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

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

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

فقد تعرّض العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية إلى حالة الطوارئ أو الحالة الاستثنائية من خلال مادّته الرابعة التي تنصّ على أنّه: "1. في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تتهدد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسمياً، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ، في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد، شريطة عدم منافاة هذه التدابير للالتزامات الأخرى المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي." وأضافت الفقرة الثانية من الفصل أنه لا يميز أي مخالفة لأحكام المواد 6 و7 و8 (الفقرتان 1 و2) و11 و15 و16 و18.

تتلخص هذه المواد في:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. ما هي موجبات الحدود على الحقوق والحريات ؟

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

أما في الفصل 49، فتتعلق هذه الأهداف بما يلي:

● احترام حقوق الغير

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

● الدفاع الوطني

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

● الذهن العام

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

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

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

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

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

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

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

● الصحة العامة

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

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

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

● مقتضيات الآداب العامة

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

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

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

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

35 أنظر في هذا الصدد:

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

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

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

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

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

5. شرط الضرورة في دولة مدنية ديمقراطية

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

● الضرورة

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

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

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

● الدولة المدنية الديمقراطية

أما فيما يتعلق بمفهوم الدولة المدنية والديمقراطية، فقد استنبط الفصل 49 مفهوم الدولة الديمقراطية ممّا توصل إليه القانون الدولي لحقوق الإنسان وفقه القضاء الدولي المتعلق به وذلك باستعمال عبارة المجتمع الديمقراطي. ولئن وردت العبارة في عدة مواضع من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وفي الفصول 1 و3 من الاتفاقية المتعلقة بمجلس أوروبا، إلا أن تحديد ملامحها لم يتم إلا بفضل تراكمات فقه قضائية⁴¹.

37 من خلال التقارير أو الشكاوى.

38 من خلال الاستعراض الدوري الشامل.

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

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

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

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

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

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

6. شرط عدم الهساس بجوهر الحق

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

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

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

كيف يمكن إذن للمشرع أن يحدّد ضوابط الحقوق والحريات دون المسّ من جوهرها خاصة إن كنّا في وضع يتطابق فيه جوهر الحقوق مع مجال ممارستها؟⁴⁵

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

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

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

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

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

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

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

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

7. شرط التناسب بين الضوابط وموجباتها

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

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

وبالرجوع إلى الأنظمة المقارنة، نجد بعض الاختلافات في كيفية القيام بهذا الاختبار وفي تحديد مراحل إعماله وتسمياتها⁴⁷. أما على المستوى الدولي، فقد لخصت اللجنة الأمية لحقوق الإنسان التمشي في تعليقها حول الحدود التي تفرضها الدول على الحقوق والحريات وكذلك في تعليقها حول الفصل 12 المتعلق بحرية التنقل⁴⁸.

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

وفي تعليقها العام رقم 21 المتعلق بحق المشاركة في الحياة الثقافية، اعتبرت لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أنه "يلزم في بعض الظروف فرض قيود على حق كل فرد ... ويجب أن تكون هذه القيود ذات هدف مشروع ومتوافقة مع طبيعة هذا الحق وضرورية تماما لتعزيز الرفاه العام في مجتمع ديمقراطي وفقا للمادة 4 من العهد. ومن ثمة 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، تمشياً أو تفكيراً مركباً يطبقه كل من هو معني بالفصل 49 على الحالة المطروحة أمامه.

ويقتضي هذا التمشي الإجابة على مجموعة من الأسئلة:

47 أنظر مختلف الأمثلة المقارنة في خالد الماجري، مرجع سابق، ص 80 وما بعدها. أنظر 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 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), //tbinetnet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=fr&TreatyID=8&DocTypeID=11.

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

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

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

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

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

8. لمن يتوجه صراحة الفصل 49؟

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

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

50 وهو المصطلح المستعمل في المنظومة الكندية مثلا.

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

• المشرع

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

● السلطة التأسيسية الفرعية

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

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

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

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

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

● القاضي

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

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

فالقاضي اعتبر تقليدياً بأنه حامي الحقوق والحرّيات سواء تعلق الأمر بالقاضي الإداري أو بالقاضي العدلي.

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

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

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

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

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

المؤسسات الأخرى المعنية بالفصل 49

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

- **السلطة التنفيذية**، لما لها من دور جوهري لا فقط في إعداد مشاريع القوانين لكن أيضاً من خلال ممارستها للسلطة الترتيبية.
- **الهيئات العمومية المستقلة**، فقد أنشأ الدستور مجموعة من الهيئات الدستورية أسند لها الفصل 125 منه وظيفة دعم الديمقراطية، كما أسند المشرع صراحة إلى هيئات عمومية أخرى دور حماية حقوق وحريات معيّنة "منع التعذيب، منع الاتجار بالبشر، حماية المعطيات الشخصية، النفاذ إلى المعلومة..."، وهي معطيات تجعل من الهيئات العمومية المستقلة تحتاج حتماً إلى قراءة عملية للفصل 49 تمكّنها من الاضطلاع بدورها دون التضحية ببعض الحقوق لحماية حقوق أخرى.
- **الجماعات المحلية**، فمنذ دستور 2014 أصبحت للسلطة المحلية مكانة هامة في توزيع السلطات داخل الدولة الموحدّة. وإن كانت اللامركزية من أهمّ مطالب ما بعد 2011، فإنّ طريقة توزيع الاختصاصات بين المركزي والمحلي يمكن أن تطرح العديد من الإشكاليات. وباعتبار حداثة بلدنا بالحكم المحلي، ونظراً إلى بعض الغموض المتبقّي في علاقة بتوزيع الاختصاص وخاصة في علاقة بتأثير بعض القرارات المحلية (أو/ والجهوية مستقبلاً) على التمتع بالحقوق والحريات الدستورية، وجب تسليط الضوء على الإشكاليات المطروحة في هذا المجال.
- **المجتمع المدني**، حيث لعبت الجمعيات والمنظمات في تونس دوراً حاسماً في الدّفع إلى أكثر ضمانات في مجال الحقوق والحريات وهي بالتالي معنية بكل الآليات المتعلقة بتقييد هذه الحقوق. لذلك يتجه تمكين المجتمع المدني من فهم آليات الفصل 49 ومن الأدوات الضرورية التي يحتاجها في عملية تقييم وضع الحقوق والحريات وفي القيام بعمليات المناصرة على أساس الفصل 49.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ويتنزل الدليل المتعلق بالقاضي العدلي في هذا الإطار.

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

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



مقدّمة الدليل

لمحة عن مضمون الفصل 49 من الدستور

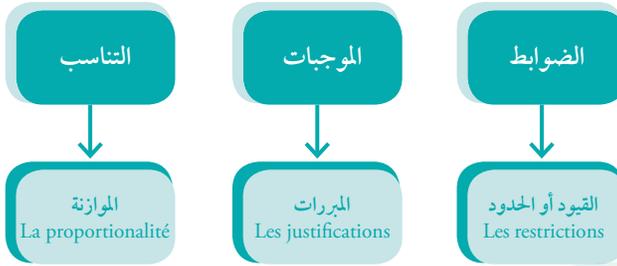
ينص الفصل 49 من الدستور على ما يلي:

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

لهذا الفصل 1 ميزتان عامتان:

أولاً، ميزة منهجية، فقد جاء الفصل 49 ليؤطر كيفية تقييد الحقوق والحريات تأطيراً شاملاً جامعاً، منسجماً على جميعها، وهو ما يُفسّر موقعه الذي ورد تحديداً في آخر الباب الثاني من الدستور المتعلق "بالحقوق والحريات"، فجاء بعد تعداد مختلف هذه الحقوق والحريات ليضع تنظيمها للحدود التي قد ترد عليها².

ثانياً، ميزة شكلية، فهو فصل طويل الصياغة، ثري بالمصطلحات، ثلاثة منها لم يكن استعمالها في النصوص القانونية شائعاً، لذلك ينبغي منذ البداية الوقوف على مدلول كل واحد منها ومعناه لأنها كلمات مفاتيح في النص، وهي مصطلحات: "الضوابط" و"الموجبات" و"التناسب".



1 الملاحظ تشابهه مع الفصل الأول من المرسوم عدد 115 المؤرخ في 2 نوفمبر/ تشرين الثاني 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر الذي ورد به أنه لا يمكن وضع قيود على حرية التعبير إلا إذا كانت "ضرورية ومتناسبة مع ما يلزم اتخاذه من إجراءات في مجتمع ديمقراطي ودون أن تمثل خطراً على جوهر الحق في حرية التعبير والإعلام". فيكون بالتالي هذا المرسوم أول نص داخلي يكرّس تأطير حرية التعبير بهذه الشروط الدقيقة، ثم تلاه الفصل 49 من الدستور الذي جاء سنة 2014 باستعادة الشروط التي وضعها المرسوم مع تعميمها وإثرائها. وربما يفسر التشابه برجوع أيّوة النصين إلى أصل واحد.

2 يُذكر هذا التمشي المنهجي في وضع إطار عام لتحديد الحقوق والحريات بالفصل 7 من دستور 1 جوان/ حزيران 1959 الذي ينص على أنه "ينتمتع المواطن بحقوقه كاملة بالطرق والشروط المبينة بالقانون، ولا يحد من هذه الحقوق إلا بقانون يتخذ لاحترام حقوق الغير ولصالح الأمن العام والدفاع الوطني ولازدهار الاقتصاد وللنهوض الاجتماعي". حول مسار تبني وصياغة الفصل 49 أنظر: التمهيد العام بقلم سلوى الحمروني، ص iii، وأيضاً: سليم اللغاني وسلسيل القليبي وسلوى الحمروني، مقترحات حول الحقوق والحريات على ضوء مسودة الدستور، قراءة في مسودة مشروع الدستور: تقييم واقتراحات، اليوم الدراسي عبد الفتاح عمر، الثلاثاء 15 فيفري/ شباط 2013، الصفحة 31 وما يليها.

تفكيك الفصل 49 من الدستور

للفصل 49 مضمون دسم زاخر بالمبادئ، ولتوضيحها وتبسيطها يمكن تفكيكها إلى العناصر التالية :

لا تقيّد الحقوق والحريات إلا بقانون

لا يمكن أن ينال تقييد الحريات من جوهرها

لا يمكن تقييد الحريات إلا عند الضرورة

الضرورات/ الموجبات التي تبرر تقييد الحريات هي : حقوق الغير، الأمن العام، الدفاع الوطني، الصحة العامة، الآداب العامة

مبررات تقييد الحريات لا يمكن أن تكون إلا لحماية الدولة المدنية الديمقراطية

تقييد الحريات يجب أن يتناسب / لا يتعدى ما هو ضروري لتحقيق غايته (حماية حقوق الغير، الأمن العام، الدفاع الوطني، الصحة العامة، الآداب العامة)

لا يجوز التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان

بذلك تكون الفكرة الأساسية التي يتمحور حولها الفصل 49 هي أن:

تقييد الحقوق والحريات، إن توفرت أحد موجباته (مبرراته وغاياته)، يجب أن يكون تقييدا متناسبا مع هذه الموجبات.

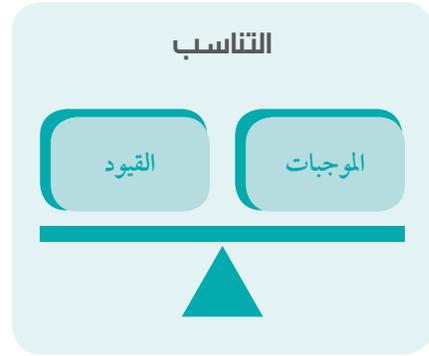
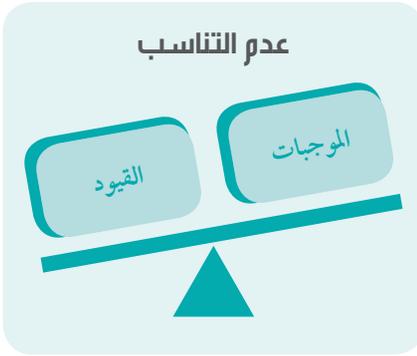


تعريف التناسب

التناسب هو من المصطلحات التي يحسن، لتعريفها³، الانطلاق من أمثلة معبرة على ما تعنيه. فقبل إن التناسب هو أن لا تصطاد عصفوراً بمدفع⁴، وأن لا تستعمل مطرقة لسحق ذبابة⁵، وأن لا تلتجئ عند ذبح دجاجة للسكين الذي يُذبح به الثور⁶.

من هنا تحيل فكرة التناسب إلى المعادلة بين الحاجة وطريقة الوصول إليها، بين الغاية ووسيلة تحقيقها، فهي الموازنة بين الفعل ورد الفعل، وهي الذوق والحس السليم « Le bon sens »، وهي الحكمة في التصرف، وهي سلامة التدبير الخالص من كل مبالغة أو إسراف.

على هذا الأساس فإن تقييد الحقوق والحريات، إذا ما اقتضته أحد الغايات المتمثلة في حماية حقوق الغير، أو الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، يجب ألا يتجاوز ما هو ضروري ولازم لتحقيق تلك الغايات⁷. ذلك هو التناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها.



3 يراجع خاصة :

M. Behar-Touchais, Rapport introductif au colloque « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », Colloque du 20 mars 1998 organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris-V, actes publiés in Les petites affiches, 30 septembre 1998, p. 3.

4 « On ne tire pas sur les moineaux avec un canon » هي صورة استعملها فقيه ألماني Walter Jellinek للتدليل على ضرورة تقييد أعمال السلط الإدارية عند اضطلاعها بمهام الضبط، أنظر :

G. Braibant, « Le principe de proportionnalité », in Le Juge et le droit public. Mélanges offerts à M. Waline, LGDJ, 1974, T. 2, p. 297, spéc. P. 298.

5 « On ne doit pas écraser une mouche avec un marteau-pilon » هو مثل شائع في البلدان الأوروبية، استعمله: G. Braibant, Ibid

6 « Pour tuer une poule use-t-on d'un couteau à dépecer le bœuf ? » هكذا قال الفيلسوف الصيني Confucius، وردت هذه المقولة في :

E. Naim-Gesbert, « Le contrôle de proportionnalité du juge administratif en droit de l'environnement », Les Petites Affiches, 5 mars 2009, n° 46, p. 54.

7 G. Braibant, Ibid.

تجذّر فكرة التناسب في القانون

فكرة التناسب هي من الأفكار المتجذرة المتأصلة في القانون، فهي تؤدي حسب الأستاذ X. PHILIPPE "وظيفة منطقية في القانون" "Une fonction logique du droit"⁸، لذلك فإن مجساتها عديدة في مختلف فروع القانون الخاص⁹ حسب ما تبيّنه الأمثلة الواردة في الجدول التالي:

جدول بياني في بعض التطبيقات القانونية لهبدأ التناسب

التجسير	المبدأ	المادة
<ul style="list-style-type: none"> • تقسيم الجرائم (جنايات جنح، مخالفات) بحسب خطورة الأفعال. • تنوع العقوبات حسب خطورة الجرائم (إعدام سجن، ختية، عمل لفائدة المصلحة العامة، تحجير الإقامة، حرمان من الحقوق). • ضبط حدود قصوى ودنيا للعقوبات. • آليات تفريد العقوبة (ظروف التشديد والتخفيف). 	التناسب بين الجريمة والعقاب	القانون الجزائري
<ul style="list-style-type: none"> • تنوع التدابير الاحترازية (الاحتفاظ، الإيقاف التحفظي، الضمان المالي، تحجير السفر، تجميد الأموال، منع الظهور في أماكن معينة، منع مغادرة حدود ترابية معينة). • تأكيد طابعها الاستثنائي. 	التناسب بين التدابير الاحترازية وموجباتها	الإجراءات الجزائية
<ul style="list-style-type: none"> • في المسؤولية التعاقدية: الفقرة الأولى من الفصل 278 م.1.ع «الخسارة عبارة عمّا نقص من مال الدائن حقيقة وعمّا فاته من الربح من جزاء عدم الوفاء بالعقد واعتبار الأحوال الخاصة بكل قضية موكول لحكمة القاضي وعليه أن يقدر الخسائر ويجعل فيها تفاوتاً بحسب خطأ المدين أو تغريبه». • في المسؤولية التقصيرية: الفصل 107 م.1.ع «الخسارة الناشئة عن جنحة أو شبهها تشمل ما تلف حقيقة لطالها وما صرفه أو لا بد أن يصره لتدارك عواقب الفعل المضّر به والأرباح المعتادة التي حرم منها [...] وتقدير الخسارة من المحكمة يختلف باختلاف سبب الضرر من كونه تغريراً أو خطأ». 	التناسب بين الضرر والتعويض	الالتزامات
<ul style="list-style-type: none"> • «لا تصح الكفالة في أكثر مما على المدين»، (الفصل 1490 م.1.ع). 	التناسب بين الكفالة والمدين	

8 X. Philippe, «Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel», Les Petites Affiches, 5 mars 2009, n° 46, p. 6, spéc. p. 13 s.

9 أنظر بالنسبة للقانون الفرنسي :

Actes du Colloque « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », précités ; J.-B. Seube, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale », Les Petites Affiches, 5 mars 2009, p. 86 ; J.-P. Gridel, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français », Les Petites Affiches, 5 mars 2009, p. 113.

• يؤخذ المر من الجهة التي تكون فيها مسافته أقصر ما يمكن. ويراعى في تعيينه أخف ضرر لمالك العقار المحدث به» (الفصل 178 م.ح.ع).	التناسب في توظيف ارتفاق المرور	الحقوق العينية
• «إذا كان الرهن أشياء مختلفة كان للدائن بيع ما يختاره المدين إن كان كافيا للوفاء بالدين [...] وليس له أن يبيع إلا ما هو ضروري للوفاء بالدين ويكون بيع الزائد باطلا». (الفصل 250 م.ح.ع).	التناسب في بيع الرهن وقيمه	الأحوال الشخصية
• «تقدّر النفقة بقدر وسع المنفق وحال المنفق عليه وحال الوقت والأسعار» (الفصل 52 م.أ.ش).	التناسب في تقدير النفقة	الشغل
• «يعتبر تعسفا، الطرد الواقع بدون وجود سبب حقيقي وجدي ببره» (الفقرة 2 من الفصل 14 ثالثا م.ش). • ضبط سلم متدرج للعقوبات التأديبية بدايته الإنذار ونهايته العزل (الفصل 37 من الاتفاقية الإطارية للشغل).	التناسب بين الخطأ والعقاب التأديبي	الإجراءات المدنية
• لا يمكن إجراء عقلة تنفيذية على أكثر مما يلزم لخلاص الدائن العاقل»، (الفصل 307 م.م.ت).	التناسب بين العقلة وقيمة الدين	الشركات
• «رأس مال الشركة ملك مشترك بين الشركاء بحيث يكون لكل منهم مناب شائع من رأس المال بقدر ما ساهم به»، (الفصل 1259 م.أ.ع). • «إذا اشترط لأحد الشركاء مقدار من الربح أو الخسارة زائد عما يستحقه بالنسبة لمنابه من رأس المال بطل الشرط والعقد وللشريك الرجوع على الشركة بما نقص له من الربح أو بما دفعه زائدا في الخسارة»، (الفصل 1301 م.أ.ع).	التناسب في توزيع الربح/ الخسارة مع المساهمة في رأس المال	

هذه الأمثلة، وغيرها كثيرة، للتطبيقات التشريعية لفكرة التناسب تؤكد أنها فكرة يُجسّمها مبدأ قانوني تقليدي راسخ لأنه يعبر عن قاعدة منطقية يفرضها الذوق السليم. وتواتر العمل بهذا المبدأ واتساع تجلياته يجعله من المبادئ العامة للقانون الموجودة والتي يمكن أن نجد لها أيضا صدق، إلى جانب التطبيقات الخاصة السالف الإشارة إليها، في ما وقعت بلورته من مبادئ عامة بمجلة الالتزامات والعقود منذ صدورهما سنة 1906. ومن ذلك :

المبادئ العامة للقانون بمجلة الالتزامات والعقود المعبّرة عن فكرة التناسب

- الفصل 538 : "الممنوع قانونا لسبب معلوم يصير جائزا بزوال السبب" : القيود والتحاجير التي قد تُضرب على القيود والحريات لا تقوم ولا تستمر إلا باستمرار موجباتها، وبمجرد زوال الموجب ينتهي المنع، فلا منع إلا لضرورة تبرره، وبزوال الضرورة ينتهي المنع.
- الفصل 556 : "الأصل ارتكاب أخف الضررين" : الضرر، إذا كان لا بد منه، فإنه يجب أن يقع حصره في أضيق نطاق ممكن، وتقييد الحقوق والحريات فيه حتا ضرر يلحق بأصحابها، لذلك فإن هذا التقييد يجب أن يبقى في أدنى نطاق.

هل التناسب كهبدأ عام للقانون هو التناسب كما ورد بالفصل 49 من الدستور ؟

إن مردّ إثارة هذا التساؤل هو أن الفصل 49 قد حدّد تحديدا دقيقا صور وشروط إعمال مبدأ التناسب، وهي صور وشروط لا تبدو للناظر من أوّل وهلة متوفرة في حالات التناسب الواردة بمختلف فروع القانون الخاص السابق ذكرها. فلسائل أن يتساءل عن العلاقة بين التناسب عند جبر الضرر في المسؤولية، أو في عقوبات الهفوات التأديبية، أو في توزيع الأرباح في الشركات مع مسألة التناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها.

من الثابت، بعد التمعن، أن الأمر لا يتعلق بمجرد تشابه لفظي وإنما هو التناسب في هيكلته وشروطه كما حدّدها الفصل 49 :

قراءتها على ضوء عناصر الفصل 49			الصورة
الموجب	تقييده(1)/المساس به(1)	الحق/ الحرية	
حماية حقوق الغير، أو الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الأداب العامة	الإعدام	الحق في الحياة	تناسب العقاب مع الجريمة
	السجن	الحرية الذاتية	
	الخطية، المصادرة	حق الملكية	
	المراقبة الإدارية	حرية التنقل	
	العمل لفائدة المصلحة العامة	حرية العمل	
حماية حقوق الغير، أو الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الأداب العامة	الاحتفاظ والإيقاف التحفظي	الحرية الذاتية	تناسب التدابير الاحترازية الجزائية مع موجباتها
	الضمان المالي وتجميد الأموال والحجز	حق الملكية	
	التنصت واعتراض المراسلات	حرمة الحياة الخاصة وسرية المراسلات	
	تجبير السفر، منع الظهور في أماكن معينة، منع مغادرة حدود ترابية معينة	حرية التنقل واختيار المقر	
حماية حقوق الغير	واجب التعويض	حق الملكية	تناسب التعويض مع الضرر
حماية حقوق الغير	الإيقاف عن العمل أو الطرد	الحرية التعاقدية والزامية العقود	تناسب العقاب التأديبي مع الهفوة

مبدأ التناسب هو إذن مبدأ قانوني عام موجود في النظام القانوني التونسي قبل أن يتم تكريسه صراحة في الدستور.

الجديد هو تكريس آلية التناسب تكريسا دستوريا مما يكسبها مهابة علوية مصدرها

وقد وجد هذا المبدأ تكريسا له في فقه القضاء سواء قبل صدور دستور 2014 أو بعده، ومن أمثلة هذه التطبيقات :

من تطبيقات مبدأ التناسب في فقه القضاء (مرتببة زمنيا)

الحق	الحكم/القرار	الوقائع	الحل
الحرية الذاتية	تعقيبي جزائي، 29 مارس/ آذار 1988	محاكمة متهمين من أجل نفس الجريمة (تبادل العنف)، ولم يكن هناك فرق في الأضرار التي ألحقها كلاهما بالآخر، فحُكم على أحدهما بخطة قدرها 30 دينار وعلى الثاني بالسجن 3 أشهر.	"لئن كان لمحكمة الأصل الاجتهاد في تقدير العقاب الذي تراه مناسباً للجرم إلا أن ذلك يجب أن يكون موازياً لدور كل واحد من مرتكبي الجرم".
حرمة الذمة المالية	المحكمة الابتدائية بتونس، استعجالي، 55928 مؤرخ في 13 أكتوبر/ تشرين الأول 2015	قامت زوجة بقضية لمطالبة زوجها بالنفقة، فردّ هو بطلب تكليف خبير ليتولى القيام بعملية استقصاء لممتلكاتها (أموال بحسابات بنكية، عقارات...) حتى يثبت أنها لا تستحق نفقة بالقيمة التي طلبها.	"حيث اقتضى الفصل 24 من الدستور أنه "تحمي الدولة الحياة الخاصة". حيث أن الحياة الخاصة للشخص تشمل ذمته المالية التي تحوي ما له وما عليه من حقوق يجب المحافظة على حرمتها بعدم اطلاع وكشف الغير عليها إلا في الحالات التي ينصّ عليها القانون حسب الضوابط المحددة بالفصل 49 من الدستور، والقضاء هو الحامي لهذا الحق من كل انتهاك. حيث طالما أن حرمة الذمة المالية هي من حرمة الحياة الخاصة فهي تتمتع بالحماية الدستورية والقضاء هو ضامنهما. حيث ترتبنا عليه فإن حرمة الذمة المالية للزوجة تحول دون الإذن للزوج بتقصي أموال زوجته في حالة تنازعهما لما في ذلك من إهدار لحقها في المحافظة على سرّية ما اكتسبته. حيث أن العلاقة الزوجية لا تبرّر اطلاع الزوج على أموال زوجته لأنه "لا ولاية للزوج على أموال زوجته" تطبيقاً للفصل 24 م.أ.ش. حيث أن دعوى النفقة المرفوعة من الزوجة لا تبرّر أيضاً تمكين الزوج من تقصي جميع مكتسبات زوجته وإلّا آل الأمر إلى النيل نيلاً مطلقاً من حرمة ذمتها المالية. حيث أن الحاجة التي يدّعيها الزوج للدفاع عن نفسه في قضية النفقة، باعتبار أن حال المنفق عليه هو من عناصر تقدير قيمة النفقة عملاً بالفصل 52 م.أ.ش، لا تتناسب مع طلبه الرامي للإطلاع على جميع ما بالذمة المالية لزوجته من حقوق. حيث ترتبنا على جملة ما سبق يكون مخالفاً للفصلين 24 و 49 من الدستور لما فيه من خرق لحرمة الذمة المالية الإذن الصادر بتكليف خبير عدلي باستخراج ودراسة جميع الوثائق المتصلة بالوضعية المادية [للزوجة] من عقارات ومنقولات وحسابات بنكية ومساهمات ومرايبح بشركات كالوقوف على تصاريحها الجبائية للسنوات من 2010 إلى 2015 وبيان دخلها السنوي [...]".

<p>"حيث أن سلطة القاضي المختص بالإذن بالعقلة التوقيفية لا تنحصر في مراقبة توفر شرط ثبوت الدين [الذي وضعه الفصل 330 م.م.م.ت] وإنما له أيضا سلطة تقديرية لفحص مدى وجاهة العقلة بالنظر إلى جملة ملائسات النزاع وهو معنى اشتراط الحصول على إذن القاضي حتى يكون هذا الإذن وسيلة للتحقق من أن العقلة هي حقيقة إجراء مناسب وضروري فعلا للحفاظ على الدين.</p> <p>حيث لئن لا جدال في وجود دين ظاهر بذمة الطالب على معنى الفصل 330 المذكور لتأسس ذلك الدين على عقد قرض، إلا أن المحكمة لا ترى في هذا ما يكفي لتبرير الإذن للبنك المقرض بضرب عقلة توقيفية والحال أن دينه مضمون بموجب الرهن الموظف على عقار الطالب مما يجعل العقلة المذكورة إجراء غير مناسب ولا جدوى منه لكونه لا يرمي إلى المحافظة على دين من خطر يتهدهه بالتلاشي.</p> <p>حيث طالما لم يثبت أن الإذن بالعقلة كان إجراء مناسباً وضرورياً للمحافظة على الدين فلا موجب لإبقائه وتعيّن بالتالي الرجوع فيه".</p>	<p>تولّى بنك ضرب عقلة توقيفية على أموال مدينه المودعة بحساب بنكي، فطلب المدين رفع العقلة لأنّ البنك يتمتع بضمان كاف لدينه متمثل في رهن عقاري.</p>	<p>المحكمة الابتدائية بتونس، استعجالي، 59995 مؤرخ في 5 جانفي/كانون الثاني 2016</p>	<p>حق الملكية</p>
<p>"حيث اقتضى الفصل 41 من الدستور أن "حق الملكية مضمون، ولا يمكن النيل منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون"، كما جاء بالفصل 49 منه أنّه "تتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك".</p> <p>حيث اقتضى الفصل 2 من المرسوم عدد 13 لسنة 2011 كما نُقِّح بالمرسوم عدد 47 لسنة 2011 المتعلق بالمصادرة أنه يجب على كل ماسك لأموال تابعة بصورة مباشرة أو غير مباشرة لأشخاص معينين بالمصادرة أن لا يفرّطوا في تلك الأموال وأن يصرّحوا بها للجنة المصادرة.</p> <p>حيث لئن جاز بالتالي تجميد أموال الأشخاص المشتبه في أنهم يمسكونها لفائدة أشخاص وقعت مصادرة أملاكهم إلا أن هذا التجميد كتدبير احترازي وقتي يجب أن لا يتجاوز آجالاً معقولة مع ضرورة إثبات الجهة المكلفة بتنفيذ مرسوم المصادرة أنها ساعية سعياً جدياً للتقصي في سلامة مصدر الأموال المجمّدة وإن كانت ترجع فعلاً لشخص مشمول بالمصادرة، وفي غياب ذلك يصير تجميد أموال الغير لمدة لا متناهية غير معلومة الأمد تعدياً غير مبرّر على حق الملكية وجب على القضاء التدخل لوضع حدّ له تطبيقاً للفصلين 41 و 49 من الدستور.</p> <p>حيث حضر المكلف العام بنزاعات الدولة في حق كلّ من لجنة المصادرة واللجنة الوطنية للتصرف في الأموال المصادرة دون أن يدلّي بما يفيد القيام بأيّ إجراء لغاية التقصي في سلامة أموال الطالبة [...].</p> <p>حيث أن استمرار تجميد أموال الطالبة لمدة أربعة سنوات منذ سنة 2012 دون الإدلاء بما يفيد القيام في آجال معقولة بأيّ مسعى جدّي بغاية التحقق من سلامة تلك الأموال يُشكّل تعدياً غير مبرّر على حقّ الملكية وهو ما يفرض تدخّل قاضي العجلة لوضع حدّ لهذا التعدي بالإذن برفع التجميد".</p>	<p>طلبت امرأة رفع تجميد وقع ضربه على حسابها البنكي سنة 2012 تطبيقاً للمرسوم عدد 13 المؤرخ في 14 مارس/آذار 2011 المتعلق بمصادرة أموال وممتلكات منقولة وعقارية.</p>	<p>المحكمة الابتدائية بتونس، استعجالي، 67577 مؤرخ في 11 أكتوبر/تشرين الأول 2016</p>	<p>حق الملكية</p>

الحق	الوقائع	الحكم/القرار	الدق
<p>"حيث اقتضى الفصل 24 من الدستور أنه "تحمي الدولة الحياة الخاصة". حيث أن الحياة الخاصة للشخص تشمل ذمته المالية التي تحوي ما له وما عليه من حقوق يجب المحافظة على حرمتها بعدم اطلاع وكشف الغير عليها إلا في الحالات التي ينص عليها القانون حسب الضوابط المحددة بالفصل 49 من الدستور، والقضاء هو الحامي لهذا الحق من كل انتهاك. حيث طالما أن حرمة الذمة المالية هي من حرمة الحياة الخاصة فهي تتمتع بالحماية الدستورية والقضاء هو ضامنهما.</p> <p>حيث ترتيبا عليه فإن حرمة الذمة المالية تحول دون الإذن للمطلوب بالأطلاع على الحساب البنكي للطالب لما في ذلك من إهدار لحقه في المحافظة على سرية مكتسباته ومعاملاته المالية.</p> <p>حيث أن الادعاء بكون الطالب يسعى إلى استخلاص كمبيالات تسلمها بعنوان ضمان خلاص معيّنات كراء أصل تجاري بالرغم من سبق الوفاء بها بواسطة شيكات لا يبرّر تمكين المطلوب، بدعوى حاجته لإثبات الخلاص السابق بالشيكات قصد إعداد وسائل دفاعه في القضية الجارية المتعلقة بخلاص الكمبيالات، من الكشف كشفا كاملا على الحساب البنكي لخصمه لكل الفترة من أول سبتمبر/ أيلول 2014 إلى أول أفريل/ نيسان 2016 وإلّا آل الأمر إلى التّيل نيلا مطلقا من حرمة ذمته المالية.</p> <p>حيث أن الحاجة التي يدعيها المطلوب للدفاع عن نفسه في قضية خلاص الكمبيالات لا تتناسب مع طلبه الرّامي للاطلاع على جميع العمليات المالية بحساب خصمه عن كامل الفترة المذكورة.</p> <p>حيث ترتيبا على جملة ما سبق يكون مخالفا للفصلين 24 و 49 من الدستور لما فيه من خرق لحرمة الذمة المالية الإذن الصادر بتمكين المطلوب من كشف في الحساب البنكي لخصمه الطالب عن كامل الفترة من أول سبتمبر/ أيلول 2014 إلى أول أفريل/ نيسان 2016 [...]".</p>	<p>طلب المدين، لإثبات خلاص الدين الذي وقعت مطالبته به، الإذن له بالحصول على كشف الحساب البنكي للدائن عن مدّة سنتين.</p>	<p>المحكمة الابتدائية بتونس، استعجالي، 72041 مؤرخ في 22 نوفمبر/ تشرين الثاني 2016</p>	<p>حرمة الذمة المالية</p>
<p>"المعلوم أن قواعد المسؤولية التقصيرية تقتضي ضرورة الأخذ بجميع الوسائل اللازمة لإزالة الوضعية الضارة ويعتمد في ذلك مبدأ التناسب بين الضرر والجزاء فتتجه المحكمة إلى اعتماد الوسائل الممكنة لإزالة الشغب ورفع المضرة دون أن تتسبب تلك الوسائل في مضرة فادحة للمتسبب في الضرر [...] وهي مسألة خالفتها محكمة الأصل فهي لم تبحث عن المقترح الأنسب لكف الشغب وإزالة الضرر دون ضرر بالطاعن واعتمدت الحل المتمثل في هدم البناء موضوع الشغب حال أن تلك الطريقة ينتج عنها لا محالة ضرر فادح يعقار الطاعن لكون الهدم يؤول حتما إلى هدم كامل البناء، ولم تراعى المحكمة في ذلك مبدأ التناسب بين الضرر والجزاء".</p>	<p>أحدث شخص بناء، لكنه تجاوز حدود عقاره ليضمّ إليه مساحة 60 مترا مربعا من عقار جاره. فرغ الجار قضية في كنف الشغب طلب فيها الحكم بإزالة البناء الواقع في عقاره. وقضت محكمة الأصل بدرجيتها بكف الشغب بإزالة البناء الواقع في المساحة المستولى عليها.</p>	<p>تعقيبي مدني، 67114 مؤرخ في 4 ديسمبر/ كانون الأوّل 2019</p>	<p>دق الملكية</p>

ما درجة وعي القاضي بمبدأ التناسب؟

إن النظر في التطبيقات القضائية للفصل 49 من الدستور يُخلّف شعورا يختلط فيه الارتياح بالحذر وكذلك بنوع من خيبة الأمل: هو ارتياح لكون الفصل 49 قد وجد صدق في فقه القضاء، وهذا الصدى يدل على أنّه يوجد تيار واع بأهمية ما يحمله هذا النص الجديد من أحكام وجب استغلالها لتطوير طريقة معالجة النزاعات. لكن هذا الارتياح تشقه الخيبة من ملاحظة أن تطبيقات الفصل 49 ظلت نادرة وغير مسترسلة: فبعض الأحكام الابتدائية التي لا يتجاوز عددها عدد أصابع اليد والصادرة من ذات المحكمة مع قرار تعقيبي واحد (لم ترد فيه إشارة صريحة للدستور) في مدة زمنية معتبرة فاقت الستة سنوات منذ صدور النص، هي جميعها مؤشرات لا تكفي للجزم بوجود توجه عام وشامل، أفقيا لدى جل القضاة وعموديا في كل درجات المحاكم، يتبنى تطبيق الفصل 49.

فما هو السبب التي يُفسّر غلبة الحذر على الحماس في موقف القاضي من الفصل 49؟

يمكن تفسير هذا الحذر بالرجوع إلى مسألة وعي القاضي بالفصل 49، أي:

- ◀ أولا، الإدراك بوجود النص كجزء من المنظومة القانونية، ذلك أن مجرد تكريس حلّ ما في نصّ قانوني، مهما كانت مرتبته، لا يعني إلاّ دخوله عالم القانون الوضعي دخولا شكليا لا غير، فيصير ملزما من الناحية النظرية، لكنّ هذه الإلزامية تحتاج إلى تفعيل في الواقع والممارسة حتى يحيا النص بتطبيقه على الحالات التي تدخل في نطاقه، وهذه الحياة الفعلية تتوقف على نفاذ الفاعلين في المجال القانوني إلى النص وإثارتهم له وتطبيقه.
- ◀ ثانيا، الإيثار بأهمية مضمون النص في فضّ النزاعات والتحمس لاستغلاله. فلا تكفي مجرد المعرفة وإنما يجب تعزيزها بالشعور بالقيم التي سيضيفها تطبيقها.

ومسألة الوعي هذه ترتبط بمسألة أعمّ ألا وهي وعي القاضي بالحقوق والحريات¹⁰ وبمصادرها العليا وعلى رأسها الدستور. وموضوع الوعي هذا، الذي قد تثير مجرد الإشارة إليه نوعا من الحساسية لأنه قد يُفهم منه قدحا في إلمام القاضي بالقانون، ليس من المسلمات بالنظر إلى التقاليد التي رسخت لعقود طويلة في ذهنية القاضي، وهي تقاليد تحصر أدوات عمله أساسا في المستوى التشريعي، وبالمقابل ظلّ النظر إلى الدستور لزمان طويل نظرا يقصره على كونه أداة تنظيم للحياة السياسية وبالتالي موجه رأسا للفاعلين في هذه الحياة، فالدستور لم يكن من الأدوات التقليدية لعمل المحاكم ولم يكن يُنظر إليه كمصدر تُرجى من أحكامه فائدة صالحة لحلّ المنازعات الخاصة. تلك هي الملاحظة التي توكدها ندرة تطبيقات القاضي للدستور، القديم والجديد.

10 مالك الغزواني، "وعي القاضي الجزائري بالحقوق والحريات"، بصدد النشر في أعمال ملتقى "القاضي الجزائري وحماية الحقوق والحريات"، تنظيم مخبر العلوم الجزائرية والإجرام بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس والجمعية التونسية للقانون الدستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 28 و 29 نوفمبر/ تشرين الثاني 2019.



من المؤكد أن هذه الوضعية التي يسودها نوع من الحذر والاحتراز تبقى قابلة للتدارك لوجود أرضية مناسبة لتقبّل الفصل 49 بالنظر إلى تظافر عاملين أساسيين هما : التكريس التقليدي الرّاسخ في ذهنية القاضي لمبدأ التناسب كمبدأ عام للقانون من جهة، والارتقاء به حديثاً إلى المرتبة الدستورية من جهة أخرى. فالتأليف بين هذين العنصرين من شأنه تعميم الوعي لدى القضاة بأهمية مبدأ التناسب بما يكون حافزاً لاستغلاله الاستغلال الأوسع والأرشد.

في ضرورة تعزيز الوعي بمبدأ التناسب كما ورد بالفصل 49 من الدستور

يحتاج الفصل 49، شأنه شأن كلّ نصّ قانوني جديد، إلى التعريف به وتوضيح مضامينه بما يساهم في إزالة كل لبس قد يطرحه، ذلك هو الشرط لترسيخ مبدأ التناسب كما ورد بهذا الفصل 49 في ذهنية القاضي.

ولتعميم الوعي بالفصل 49 والمساعدة على حسن وسلامة تطبيقه يمكن الانطلاق من التساؤلات التي يثيرها :

هل القاضي العدلي مختص بمراقبة التناسب بالرجوع إلى الدستور ؟

هل في الدستور ما يوجب على القاضي
اعتماده لمراقبة التناسب ؟

هل في الدستور ما يمنع القاضي
من اعتماده لمراقبة التناسب ؟

ما هي شروط مراقبة القاضي العدلي للتناسب بين القيود وموجباتها ؟

الشرط الخاص
بموجب التقييد

الشرط الخاص
بموضوع التقييد

الشرط الخاص
بمصدر التقييد

كيف يراقب القاضي العدلي التناسب ؟

النظام الإجرائي لاختبار التناسب

مكوّنات اختبار التناسب

الجزء الأول

اختصاص القاضي بمراقبة التناسب
على أساس الفصل 49 من الدستور

ينبغي ألا يبقى شك في أن الأساس القانوني لمراقبة القاضي للتناسب بين قيود الحقوق والحريات وموجباتها يجب أن يكون الفصل 49 من الدستور. فلا مجال لمواصلة الاكتفاء بمبدأ التناسب كمبدأ عام للقانون، وإنما يتعيّن بعد صدور النصّ الدستوري العمل به وتفعيله.

ولا يمكن إنكار أن الشكّ في تأسيس مراقبة التناسب على الفصل 49 هو شكّ موجود في فقه القضاء، ويكفي هنا معاينة الاختلاف في آراء المحاكم التي أقرت مراقبة التناسب بين من يعتمد فيها على النصّ الدستوري وبين من لا يعتمد.



- المحكمة الابتدائية بتونس، استعجالي، 59995 مؤرخ في 5 جانفي/ كانون الثاني 2016
- تعقيبي مدني، 67114 مؤرخ في 4 ديسمبر/ كانون الأول 2019



- المحكمة الابتدائية بتونس، استعجالي، 55928 مؤرخ في 13 أكتوبر/ تشرين الأول 2015
- المحكمة الابتدائية بتونس، استعجالي، 67577 مؤرخ في 11 أكتوبر/ تشرين الأول 2016
- المحكمة الابتدائية بتونس، استعجالي، 72041 مؤرخ في 22 نوفمبر/ تشرين الثاني 2016

و جدير بالتذكير أن قرار محكمة التعقيب الصادر سنة 2019 قد أقرّ مراقبة التناسب عند تقدير القاضي لوسائل رفع الضرر في قضايا كفّ الشغب دون أن يرجع في ذلك إلى الفصل 49، فسكت عنه. وهو سكوت يحمل موقفا من الخطورة بمكان: فهو موقف خطير لأنّه يبتز الفصل 49 من جزء واسع من مجال انطباقه الذي سيتقلص بنفس اتساع رقعة اختصاص القاضي العدلي. وهو موقف خطير أيضا لما في قرارات محكمة التعقيب من سلطة قانونية ومعنوية في رسم توجهات فقه القضاء بما يبنّى بوجود توجه قد يتّسع ويتعمّم مستقبلا لدى عموم القضاة في عدم اعتماد النصّ الدستوري عند إعمال التناسب.

هذا الشك في إعمال الفصل 49 تغذّيه قراءته قراءة ضيقة يجب بسط حججها (فقرة أولى) قبل نقدها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى- القراءة الضيقة للفصل 49 من الدستور

من المفيد التذكير مجدداً بمضمون الفصل 49. فهو يقتضي أنه "يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات [...]". 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 بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك.

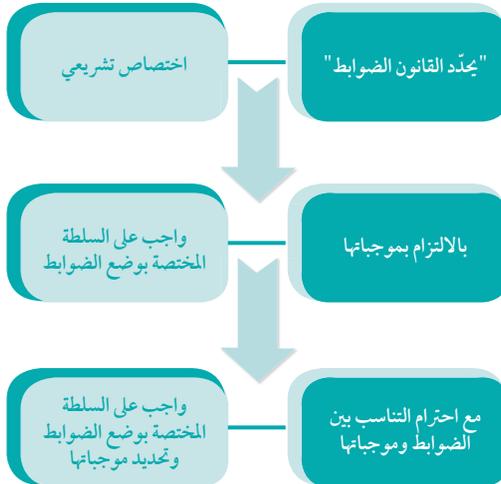
لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته [...]."

لمن يتوجه هذا الفصل بالخطاب عندما أوجب احترام التناسب بين قيود الحقوق والحريات وموجباتها؟

للجواب، يمكن الانطلاق من القواعد الحاكمة لقراءة وتأويل النصوص القانونية وتحديد ما ورد بالفصل 532 م.1.ع من أن "نص القانون لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون".

وبتنزيل هذه القاعدة على الفصل 49 من الدستور الذي وضع شرط التناسب بين قيود الحريات وموجباتها عندما أوكل للمشرع السلطة الحصرية لوضع هذه القيود، يمكن أن نصل إلى نتيجة مفادها أن مسألة التناسب لا تعني إلا صاحب الاختصاص التشريعي بمناسبة ما قد يضعه من قيود.

بذلك فإن ظاهر عبارات النص وسياقه يوحيان بجواب على النحو التالي:



يبدو إذن أن مسألة التناسب هي مسألة تطرح في مرحلة وضع قيود الحقوق والحريات، وهي مرحلة المسار التشريعي (I) ولا تعني المسار القضائي (II).

I - شمول مراعاة التناسب بالمسار التشريعي

المعلوم أن مسار إعداد القوانين هو حكر على السلطة التشريعية، لكن للسلطة التنفيذية دور في هذا المسار، فهما المعنيتان رأساً في هذه المرحلة بالسَّهر على التناسب بين ضوابط الحقوق وموجباتها (1). أما السلطة القضائية في شقها العدلي فليس لها في هذه المرحلة إلا دور غير مباشر ومحتشم (2).

1 - اختصاص السلطتين التشريعية والتنفيذية

عندما اقتضى الفصل 49 أنه "يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات" فإنه يقصد القانون في معناه الضيق، أي النص التشريعي سواء اتخذ شكل:

- قانون مصادق عليه من مجلس نواب الشعب باعتباره يارس السلطة التشريعية بطريقة غير مباشرة بتفويض من الشعب (الفصلان 3 و50 من الدستور).
- قانون صادر بموجب استفتاء من الشعب (الفصلان 3 و5 من الدستور).
- مراسيم صادرة عن رئيس الجمهورية في حالة حلّ مجلس نواب الشعب أو عن رئيس الحكومة بتفويض لغرض معيّن من مجلس نواب الشعب (الفصل 70 من الدستور).

بذلك فإن تقييد الحقوق والحريات يمكن أن يتم إمّا بقانون أو بقانون استثنائي أو بمرسوم. ومن باب أخرى فإنّ هذه القيود يمكن أن تضعها النصوص الأعلى من القوانين، أي الدستور ذاته أو الاتفاقيات الدولية. وبالمقابل لا يجوز تقييد الحريات بنصّ أقلّ مرتبة من القانون، أي الأوامر والقرارات الوزارية والمناشير.

والمعلوم أن المسار التشريعي هو مسار مركّب لأن رجوعه للسلطة التشريعية لا ينفي تداخل السلطة التنفيذية فيه وذلك عبر :

- المبادرة التشريعية التي تتخذ شكل مشاريع قوانين يقدمها رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة (الفصل 62 من الدستور).
- ختم القوانين من رئيس الجمهورية أو رفضه ختمها وعرضها على الاستفتاء أو ردها لمجلس نواب الشعب لقراءة ثانية (الفصلان 81 و82 من الدستور).

ما يجب التأكيد عليه هو أن السلطة التنفيذية هي أيضاً معنية بشكل مباشر بموضوع التناسب بين تقييد الحقوق والحريات وموجباتها وذلك من خلال الآليات التي مكّنها منها الدستور للتدخل في المسار التشريعي:



- فالمبادرات التشريعية الصادرة عن رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة يجب أن تكون محترمة للفصل 49، ولها في ذلك فوائد جمة ليس فقط من الناحية الفنية بتسريع المصادقة على مبادراتهم وتحسينها من النقد والمراجعة وحتى خطر مجابهة الرفض، وإنما أيضا من الناحية السياسية بإظهارهما في مظهر السلط الساهرة على ضمان احترام الحقوق والحريات.
- وكذلك السلطة المخولة لرئيس الجمهورية لرفض الختم وممارسة حق الرد أو العرض على الاستفتاء هي آلية ذات أهمية بالغة يمكن له استعمالها كوسيلة مراقبة عندما يظهر له أن القانون المصادق عليه والمعروض عليه للختم يتضمّن قيودا للحقوق والحريات لا تتماشى مع خصائص الدولة المدنية الديمقراطية أو لا تبررها ضرورة لحماية حقوق الغير أو الأمن أو الدفاع أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو هي لا تتناسب مع هذه الضرورات.

بالمقابل وبخلاف السلطة التنفيذية، فليس للسلطة القضائية بشقها العدلي دور مباشر في المسار التشريعي ولا يمكنها بالتالي التدخل في مسألة التناسب بين الحقوق والحريات في مرحلة إعداد القوانين لأن الهيكل الذي يمثلها لا يتمتع بحق المبادرة التشريعية. لكنه قد يلعب دورا في حالات عرضية.

2- الدور العرضي للقاضي العدلي

ثلاث منافذ يمكن من خلالها للقاضي العدلي الاضطلاع بدور في السهر على احترام التناسب في مرحلة ما قبل إصدار القوانين:

- أ- مهمة المجلس الأعلى للقضاء في اقتراح الإصلاحات وإبداء الرأي وجوبا في مقترحات ومشاريع القوانين المتعلقة بالقضاء (الفصل 114 من الدستور): فإن اقترح إصلاحا تشريعا يتضمن ضوابط للحقوق والحريات فعليه أن يراعي في مقترحه الفصل 49 من الدستور. وإذا أبدى الرأي في مشروع أو مقترح قانون معروض عليه يكون متضمنا لتقييد للحريات فإن عليه أن يتثبت في مدى احترامها للنص الدستوري والتبنيه لكل زيغ عنها.

أمثلة

يمكن تجسيد الدور الذي يمكن للمجلس الأعلى للقضاء القيام به في هذه الصورة في مثالين، أولهما التحجير على القضاة تحجيرا باتا الإضراب وكل عمل جماعي مدبر من شأنه إدخال اضطراب على سير العمل بالمحاكم، والثاني الواجب المضروب على القضاة بالإقامة بمرکز المحكمة التابعين لها (المصوص عليها بالفصلين 18 و 21 من قانون 14 جويلية/ تموز 1967)¹. فلا شك أن هذين التحجيرين سيُطرحان للنقاش في مشروع القانون الأساسي للقضاة الذي هو بطور الإعداد. ففيها تقييد للحق النقابي وحرية الشخص في اختيار مقره. من هنا يمكن التساؤل عن إمكانية تأسيس هذين القيد على أحد الموجبات المصوص عليها بالفصل 49 من الدستور، فهل تبررها حماية حقوق الغير أو الدفاع الوطني أو الأمن العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة؟ وفي صورة توفر أحدها، هل أنه

1 القانون عدد 29 المؤرخ في 14 جويلية/ تموز 1967 المتعلق بنظام القضاء والمجلس الأعلى للقضاء والقانون الأساسي للقضاة.

تقييد يتناسب مع موجهه. هي تساؤلات يرجع للمجلس الأعلى للقضاء طرحها والجواب عليها. فإن تأكد له وجود إخلال بالفصل 49 فهو مدعو لاقتراح إصلاح النص الراهن بما يلزم. وفي كل الحالات فإنه سيجابه هذه المسألة عندما سي طرح عليه مشروع القانون الأساسي الجديد للقضاة ليبيدي الرأي فيه.

ب- التقرير السنوي لمحكمة التعقيب (الفصل 115 من الدستور): هو الوثيقة التأليفية لما حققه فقه قضائها من تطور وما تعرض له من إشكاليات وما يتطلع له من آفاق على المستوى التشريعي، فهو بهذه الصفة آلية هامة يمكن استغلالها لتعزيز مكانة مبدأ التناسب على مستويين: أولهما مستوى رصد صدى مبدأ التناسب في فقه القضاء، وثانيهما مستوى الاستشراف أي استشراف سبل تطوير القوانين التي يظهر أنها تطرح إشكالات في إعمالها لمبدأ التناسب وخاصة العمل على تعميم الوعي لدى القضاة بهذا المبدأ. وحرى هنا الإشارة أن محكمة التعقيب الفرنسية قد خصصت جزءاً من تقريرها السنوي لسنة 2018² لمبدأ التناسب لما يطرحه من تحديات تملّي تطوير العمل القضائي تطويراً جوهرياً.

يمكن لمحكمة التعقيب النسخ على منوال نظيرتها الفرنسية للمساهمة في استشراف آفاق تعامل القضاة مع مبدأ التناسب، وفي هذا الصدد يمكن خاصة التفكير في تخصيص ركن من التقرير السنوي يقع فيه تقديم ما قد يصدر من قرارات تعقيبية وقع فيها تطبيق مبدأ التناسب مع صياغة مقترحات لتطوير التشريعات بخصوص مبدأ التناسب على ضوء ما قد يكشف عليه فقه القضاء من نقائص أو غموض في النصوص.

ج- دور مركز الدراسات القانونية والقضائية: هو مؤسسة ذات استقلالية معظم إطاراتها قضاة، من مهامه³: إنجاز البحوث، وإسناد وزارة العدل في إعداد مشاريع القوانين التي تقدّمها، وإبداء الرأي في مختلف مشاريع النصوص التي تحيلها عليه الجهات الحكومية بشكل اختياري لكنه مكثف واقعيًا، فلا يكاد يمرّ مشروع قانون أو أمر تربيّي إلاّ وقد تمّ عرضه مسبقاً على رأي المركز. عبر هذه المهام يمكن لقضاة مركز الدراسات القانونية والقضائية لعب دور معتبر في ضمان احترام مبدأ التناسب بين ضوابط الحقوق وموجباتها وذلك بتقديم مقترحات لتطوير النصوص التي تطرح مشاكل من هذه الجهة، وأيضاً تنبيه الجهات الحكومية طالبة الاستشارة لتدارك ما يظهر من إخلالات في مشاريع النصوص التي تقترحها.

يمكن لمركز الدراسات القانونية والقضائية المبادرة بتنصيب نفسه مرصداً ونذيراً للإخلالات بمبدأ التناسب، ويمكنه إرساء شراكة وتعاون في هذا العمل مع الجهات المهتمة. كما يمكنه خاصة المساهمة في التعريف بمبدأ التناسب والإرشاد لطريقة إعماله من خلال إعداد جذاذة حول اختبار التناسب يقع تعميم توزيعها على أوسع نطاق.

2 Cour de cassation, Etude annuelle, 2018, Le rôle normatif de la Cour de cassation, p. 303 ss.

3 القانون عدد 43 المؤرخ في 26 أفريل/ نيسان 1993.

II - خروج مراقبة التناسب عن المسار القضائي

مراقبة التناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها بالرجوع إلى الفصل 49 من الدستور هو عمل، إذا أتاه القاضي، فإنه يحمله إلى تطبيق الدستور، وليس هذا من المسلمات (1). بل إن إجراء هذه المراقبة قد يحمل القاضي إلى مراقبة احترام القانون للدستور، وهذا من المنوعات (2).

1 - القاضي غير معني بتطبيق الفصل 49 من الدستور

الفكرة السائدة هي أن مهمة القاضي تتمثل في فض النزاعات المدنية والبت في التبعات الجزائية بتطبيق القانون، والمقصود به القانون في معناه الضيق أي النصوص التشريعية. أما الدستور فليس من أدوات عمل القاضي. وهي فكرة تغذيها أسباب ثلاثة:

أ - عدم قابلية الدستور للتطبيق المباشر

يتمثل موضوع الدستور في ضبط المبادئ العامة لتنظيم الدولة من حيث أسسها والعلاقات بين هياكلها، فهو نص الكليات، يقع فيه مثلاً إعلان ضمان الحقوق الأساسية كحق الملكية، أما تفاصيل ممارسة هذا الحق، كتحديد ما يمكن تملكه، وضبط نظام الملكية، إن كان عقاراً أو منقولاً، وإن كانت الملكية شائعة أو منفردة، مسجلة أو غير مسجلة، فموكول أمر وضعها للسلطتين التشريعية والتنفيذية كل في مجال اختصاصه المحدد بالفصل 65 من الدستور.

وكما ضمن الدستور الحقوق والحريات ضماناً عاماً فإنه أعلن أيضاً في الفصل 49 عن إمكانية وضع قيود لها في حالات معينة وبشروط، وهي أيضاً شروط عامة تحتاج لتدخل تشريعي لتوضيحها وتدقيقها. فمعلوم أن حق الملكية يمكن تقييده حماية لحقوق الغير، لكن السؤال يبقى مطروحاً حول الخيط الرقيق الذي إذا تجاوزه المالك في استعمال ملكه فإنه يصير منتهكاً لحقوق الغير، والأمثلة على هذا عديدة :

- **المثال الأول مستمد من التعسف في استعمال حق الملكية،** فهو من صور تقييد استعمال حق الملكية حماية للغير، لكنها تحتاج إلى تحديد دقيق لشروطها للموازنة بين حقوق الأطراف، ومجرد الرجوع إلى الفصل 49 قد لا يفي بالغرض لشدة عموميته.
- **المثال الثاني يتعلق بالحوز المكسب للملكية،** فحق الملكية يسقط عن المالك الأصلي حماية لحق غيره المتصرف في العقار، لكن بأي شروط سيقع قبول التصحية بحق ملكية فرد لفائدة فرد آخر؟ فهي مسألة بالغة الخطورة ولا يمكن بكل حال أن يوجد لها جواب كاف في الفصل 49.
- **المثال الثالث يخص الشفعة،** فهي تقييد لحق المالك على الشياخ في التصرف في ملكه بإلزامه بإعطاء الأولوية في الشراء لشريكه، وهو أيضاً تقييد يجد في الفصل 49 أساسه النظري فقط، أما سبل تنظيم هذا التقييد فتحتاج إلى تحديد مفصل بقانون.

● **المثال الرابع يتعلق بحقوق الارتفاق،** فإلك أحد عقارين يجد نفسه مرغماً على التفريط في جزء من السلطات التي يمنحها له حق الملكية خدمة لعقار آخر، وهي حالة إلزام المالك بعدم غراسة أشجار أو إقامة مبان بعقاره إلا على مسافة معينة من حدوده، ومنعه من إقامة نوافذ أو مطلات تكشف على الجار، وللجار قطع أغصان أشجار جاره إذا تجاوزت حدود عقارها، كما للمالك العقار المحاط من جميع الجهات الحق في الحصول على ممر يُقتطع من عقار جاره.

كل هذه صور تدلّ أنّ تحديد ضوابط الحقوق والحريات كما وردت بالفصل 49 ليست إلاّ عموميات غير قابلة في الكثير من الحالات للتطبيق المباشر من القاضي.

ب- عدم التنصيص على الدستور في مرجعيات عمل القاضي

من الملفت للانتباه أنه لا توجد أي إشارة صريحة للدستور في أيّ من النصوص المرجعية المسطرة لعمل القاضي :

● فمجلة المرافعات المدنية والتجارية توجب أن تتضمن عريضة الدعوى "أسانيدها القانونية"⁴، وتلزم القاضي بأن يضمن حكمه "المستندات القانونية"⁵، وتفتح باب الطعن بالتعقيب في صورة ما "إذا كان الحكم مبنيًا على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله"⁶، وقد وقع ترجمة "القانون" في النص الفرنسي بكونه "La loi".

● وكذلك حدّدت مجلة الإجراءات الجزائية صور الطعن بالتعقيب ضد الأحكام والقرارات بناء على "خرق القانون أو الخطأ في تطبيقه"⁷، وقد وقع أيضا ترجمة "القانون" في النص الفرنسي بعبارة "La loi".

قد تحمل هذه العبارات إشارات إلى كون أفق القاضي هو القانون وأنه بالمقابل غير معني بالدستور خاصة وأن عموميته لا تستجيب لضرورة ضمان الأمان القانوني.

ج- ما بالدستور لا يكفي لضمان الأمان القانوني

يتحقّق الأمان القانوني بتوفير قواعد قانونية معلومة « Accessibles » ومفهومة « Intelligibles » وكافية تضمن للشخص العلم مسبقاً بحقوقه وواجباته حتى يطمئن لمركزه وعلاقاته القانونية،

4 الفصل 70.

5 الفصل 123.

6 الفصل 175.

7 الفصل 258.

ولئن لم يقع الإعلان بالدستور على الأمان القانوني كأحد الحقوق الأساسية إلا أنه لا شك في أهميته باعتباره من مقومات دولة القانون⁸.

ومن المؤكد أن ما ورد بالدستور من مبادئ عامة، ومنها ضمان التناسب بين قيود الحريات وموجباتها، لا يمكن أن تكون، بطبيعتها، من أدوات العمل المثلّي للقاضي التي يمكنه اعتمادها بشكل مكثّف ومستمر ومعتاد في عمله اليومي. فهي مبادئ موعلة في التجرد ولا تفني بالتالي بالغرض في إيجاد حلّ لمختلف المسائل المطروحة في خصوصياتها وتعددتها.

من هذا المنظار فإن أعمال التناسب المنصوص عليه بالفصل 49 يجب أن يكون على المستوى التشريعي أولاً وعلى أوسع نطاق ممكن، حقاً بحق، لكلّ حقّ قيوده، ولكل قيد موجه مع احترام التناسب بينهما. وبالمقابل لا يُترك لاجتهاد المحاكم إلا تطبيق المقتضيات القانونية على الوقائع أو الحالات المستجدة والتي لم يكن بالإمكان توقعها.

فمثلاً تقييد الحق في الطعن بشتى أشكاله (الاستئناف والتعقيب وإلتماس إعادة النظر في المادة المدنية) هو تقييد لحق التقاضي مبرّره حماية حق الغير (الخصم في القضية) في ألا يبقى النزاع مفتوحاً إلى ما لا نهاية، وتجسيماً للتناسب بين القيد وموجهه فإن المشرّع يحدّد أجلاً معيّناً لممارسة الطعن، ويكون أجلاً معقولاً في تحديده الزمني للموازنة بين حق الطاعن في تمكينه من الوقت الكافي لممارسة طعنه من جهة وحق خصمه في الوقوف على مآل النزاع في أحسن الآجال من جهة أخرى.

هذا المثال هو خير معبر على أن ما ورد بالفصل 49 لا يكفي، فتقييد حقّ الطعن بحقّ الغير ما هو إلا مبدأ عام لا يفيد القاضي بشيء، في غياب تنزيله وتدقيقه في النص التشريعي، لمعالجة سيول الطعون التي ترفع يومياً. هذا ما يفرض تدخّل القانون الذي على القاضي تطبيقه دون أن يكون له الحق في مراقبته.

2- القاضي ممنوع من مراقبة احترام الدستور

ما هو موقف القاضي إذا خامره شك في احترام القانون المنطبق على النزاع للفصل 49 من الدستور؟

والقوانين التي تثير هذا الشك كثيرة جداً، ومن أمثلتها التي قد تعترض القاضي :

8 استخلص المجلس الدستوري الفرنسي وجود :

Un « objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », Cons. const. 16 déc. 1999, n° 99-421 DC.

وجه الإخلال بالتناسب	الحق المعني	المرجع	الحل المشكوك في دستوريته
<ul style="list-style-type: none"> لا يبدو أن حماية الأمن العام وحق الغير (القاضي الضحية) يبرران عقاب الإعدام حتى إن حصل التهديد أو الاعتداء بسلاح لأنها ليسا من الحالات القصوى التي تبرر عقاب الإعدام. الاعتداء بنفس الوسيلة على باقي ممثلي سلطة الدولة وحتى رئيسها لا يستوجب نفس العقاب. 	حق الحياة لا يمكن المساس به إلا في الحالات القصوى	ف 126 م.ج	عقاب الإعدام جريمة التهديد أو الاعتداء بسلاح على قاضي بالجلسة
<ul style="list-style-type: none"> حماية حق الغير المحكوم لفائدته بالتسجيل، ولو كان سيئ النية أو مدلس، تستند فقط لاعتبارات شكلية مردّها قوّة الحكم بالتسجيل. وهذا يدعو إلى التساؤل عن مدى وجهة تغليبها على حقيقة الملكية. 	حق الملكية	ف 337 م.ج.ع	منع المالك المتضرر من حكم تسجيل عقاري من استرجاع ملكه
<ul style="list-style-type: none"> حرمان حائز العقار من حماية حوزة من الشغب وحتى الافتكاك لا يبرره موجب متصل بحماية الغير أو الأمن العام، بل الأمن العام يفرض تدخل القضاء لكفّ الشغب وإلا ساد قانون الغاب. 	حق التقاضي	ف 13 من مرسوم 20 فيفري/ شباط 1964 المتعلق بالتسجيل العقاري الإجباري	منع الدعاوى الحوزية في مناطق المسح العقاري الإجباري
<ul style="list-style-type: none"> تقييد لا يتأسس على أيّ من الموجبات المحدّدة بالفصل 49. لا يستقيم القول ببساطة العقوبات في المخالفات لأنها قد تستوجب السجن. 	حق التقاضي	ف 123 م.ا.ج	منع استئناف الأحكام الصادرة في المخالفات
<ul style="list-style-type: none"> حماية حق المدين بدعوى الصبغة المعاشية للجرايات الاجتماعية لا يبرّر التضحية بحقّ الدائن تضحية تامة خاصة وأن حاجته لاستخلاص دينه قد تكون أيضا ملحة. من الممكن التوفيق بين الحقين بتمكين الدائن من عقلة نسبة معيّنة من الجراية. 	حق التقاضي	الفصل 49 من قانون 5 مارس/ آذار 1985 المتعلق بنظام جرايات التقاعد في القطاع العمومي والفصل 50 من قانون 14 ديسمبر/ كانون الأول 1960 المتعلق بأنظمة الضمان الاجتماعي	منع عقلة المنافع الاجتماعية التقديرة (جرايات التقاعد والباقيين على قيد الحياة...) من أجل ديون عادية

أمام مثل هذه القوانين، لا يمكن للقاضي أن ينتظر شيئا من الفصل 49 من الدستور. فليس له إلا أن ينصاع إلى تطبيقها في انتظار إرساء المحكمة الدستورية. وبعد إرسائها فليس له إلا أن ينتظر موقف الخصوم منها:

فراهننا وفي انتظار إرساء المحكمة الدستورية، تنص الفقرة الثانية من الفصل 3 من القانون الأساسي عدد 14 المؤرخ في 18 أفريل/ نيسان 2014 المتعلق بالهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين على أنّه "تعتبر سائر المحاكم غير مخوّلة لمراقبة دستورية القوانين".

وعندما سترش المحكمة الدستورية في عملها سيجد القاضي نفسه أمام الفصل 120 من الدستور القاضي بأنه "تختص المحكمة الدستورية دون سواها بمراقبة دستورية [القوانين] التي تحيلها عليها المحاكم تبعا للدفع بعدم الدستورية بطلب من أحد الخصوم". ولا يملك القاضي أي دور في الموضوع سوى تلقي الدفع ممن أثاره ثم إحالته، كما هو، على المحكمة الدستورية ثم انتظار قرارها. فليس للقاضي ما للخصوم في المسائل الدستورية.

بذلك ينعلم كل دور للقاضي في موضوع احترام القوانين المقيدة للحقوق والحريات لتناسب هذه القيود مع موجباتها، وهي حجة قوية على أن الفصل 49 لا يعني القاضي. وهو حقيقة لا يعنيه من هذه الناحية، لكن ليس هذا إلا نصف الحقيقة لأن دور القاضي أوسع من أن ينحصر في مراقبة دستورية القوانين.

الفقرة الثانية- تجاوز القراءة الضيقة

تُظهر قراءة الفصل 49 قراءة متأنية أنه يخاطب، من ضمن من يخاطب، القاضي العدلي (I)، وهي القراءة التي تُحقق الانسجام داخل المنظومة القانونية التونسية ذاتها التي فيها من الالتزامات الدولية ما يوجب على القاضي المشاركة في السهر على تناسب قيود الحريات مع موجباتها (II).

I- قراءة الفصل 49 على ضوء مضمونه

بعد أن عيّنت الفقرة الأولى من الفصل 49 السلطة التي يمكنها تقييد الحقوق والحريات وحصرتها في السلطة التشريعية دون سواها، وبعد أن قيّدت صلاحيات هذه السلطة بشروط دقيقة وصارمة منها احترام التناسب بين القيود ومبرراتها، أضافت في آخرها أنه "تتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك".

من الجليّ بالتالي أن سلطة القاضي لمراقبة التناسب تجد أساسها فيما ورد في الدستور ذاته من إعلان مهيب بتنصيبه حاميا للحقوق والحريات (1)، وهي مسؤولية لا يمكنه الاضطلاع بها وتصبح فاقدة لكل معناها إذا لم تتجسم بالتدخل الفعال لمراقبة مدى شرعية حالات تقييد الحريات والتثبت في انسجام الوسائل المستعملة لذلك مع الغايات المبررة للقيود المفروضة (2).

1- تنصيب القاضي حاميا للحقوق والحريات

قد يبدو تكليف القاضي بحماية الحقوق والحريات من البدييات والمسلمات، فهذا من صميم رسالته في تطبيق القانون وإقامة العدل. لكنه في الحقيقة تكليف لم يقع تكريسه صراحة في الدستور إلا حديثا (أ) مما ساهم في تعزيز وتعميق استبطان القاضي لمسؤوليته في الدفاع عن الحقوق والحريات (ب).

أ- في الدستور

تكليف الدستور للقاضي بحماية الحقوق والحريات (i) هو تكليف عام لا يمكن أن يُستثنى منه القاضي العدلي (ii).

i- التكليف

لم ترد في دستور 1959 إشارة صريحة لدور القاضي في حماية الحقوق والحريات، وكل ما فيه إعلان عام بأن القضاة "لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون"⁹، أي أن دورهم هو تطبيق القانون في معنى النص التشريعي «La loi»¹⁰ لا غير، بما يوحي بإبعادهم عن تطبيق ما ورد بالدستور من أحكام متعلقة بالحقوق والحريات.

كما غاب هذا التكليف في دستور 1959 فقد غاب أيضا في جميع القوانين التي صدرت في ظلّه، والمقصود بها خاصة قانون 14 جويلية/ تموز 1967 المتعلق بنظام القضاء والمجلس الأعلى للقضاء والقانون الأساسي للقضاة ومختلف النصوص التشريعية المنظمة لاختصاص وعمل المحاكم مثل مجلة المرافعات المدنية والتجارية ومجلة الإجراءات الجزائية.

لكن هذه الوضعية وقع تداركها بشكل ما بمناسبة المصادقة على بعض المعاهدات الدولية التي أكدت على ضمان حق التقاضي لحماية الحقوق والحريات، ومنها ما ورد بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية¹¹ عندما أكد في فصله الثاني على ضرورة أن تكفل الدولة "توفير سبيل فعال للتظلم لأي شخص أنتهكت حقوقه أو حرياته المعترف بها في هذا العهد" وذلك بأن "تبت في الحقوق التي يدعى انتهاكها سلطة قضائية أو إدارية أو تشريعية مختصة، أو أية سلطة مختصة أخرى ينص عليها نظام الدولة القانوني، وبأن تنمى إمكانيات التظلم القضائي". وإن كان هذا الخطاب موجها للدولة إلا أن فيه تأكيد مهم على دور القضاء في حماية الحقوق والحريات. لكنه يبقى محدود المجال بالحقوق المضمنة بالعهد.

قطع دستور 2014 مع هذا المشهد الباهت بأن نصّب القاضي حاميا للحقوق والحريات تنصيبا قويا صريحا:

9 الفصل 65.

10 وهي الترجمة الواردة في النص الفرنسي.

11 الواقع الانضمام إليه بمقتضى القانون عدد 30 المؤرخ في 29 نوفمبر/ تشرين الثاني 1968، المنشور بموجب الأمر عدد 1098 المؤرخ في 21 نوفمبر/ تشرين الثاني 1983.

تنصيب القاضي حاميا للحقوق والحريات

الفصل 49

"يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات [...] ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمتعضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك".

الفصل 102

"القضاء سلطة مستقلة تضمن إقامة العدل، وعلوية الدستور، وسيادة القانون، وحماية الحقوق والحريات".

هذا النهج الذي نجاه الدستور التونسي يتميّز بوضوحه مقارنة بالحلول المعتمدة في نصوص الدساتير المقارنة، فالدستور الألماني لسنة 1949 ضمن بشكل عام حق الفرد في التقاضي في حالة هتك حقوقه¹². والدستور الفرنسي لسنة 1958 تحدّث بشكل ضيق عن السلطة القضائية "الحامية للحرية الفردية" بمعنى حماية الفرد من الإيقاف التعسفي¹³. أما الدستور الجزائري لسنة 1996 كما وقع تنقيحه سنة 2016 فقد نصّب القاضي حاميا للحرّيات لكن بالتلازم مع حماية المجموعة بقوله أنه "تحمي السّلطة القضائية المجتمع والحرّيات، وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسيّة".

والملاحظ في الحلّ التونسي أن الفصل 49 جاء بتكليف عام وشامل وكامل للقاضي بحماية الحقوق والحريات مع تدقيق حالات الانتهاك التي يتعيّن على القاضي زجرها، ومنها حالة اختلال التناسب بين ضوابط الحقوق وموجباتها، وكان ذلك يكفي. لكن الدستور اختار أن يكرّر هذا التكليف، بنفس العمومية، في الفصل 102، بمناسبة تحديد مهام القضاء. وفي هذا التأكيد استنهاض لوعي جميع القضاة، بشتى اختصاصاتهم، بالمهمة وشحن الحماسهم للاضطلاع بها.

12 الفصل 19 رابعا.

13 الفصل 66.

ii-عموم "الهيئات القضائية" بما فيها العدلية

لقد وردت عبارة "الهيئات القضائية" في الفصل 49 مطلقاً، ويتعيّن بالتالي قراءتها:

- على ضوء الفصل 533 م.1.ع القاضي بأنه "إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها". بالتالي تنسحب العبارة على جميع مكونات السلطة القضائية كما وقع تحديد هيكلتها بالدستور في بابه الخامس. وهي تجمع القضاء العدلي والقضاء الإداري والقضاء المالي والقضاء الدستوري. فكل من هذه الهياكل مشمول بالفصل 49 بما فيها الهيئات القضائية العدلية بوصفها أحد مكونات السلطة القضائية، ولا مجال لإقصاء أي منها.
- على ضوء الفصل 536 م.1.ع القاضي بأن "ما حكم به القانون لسبب معين جرى العمل به كلّما وجد السبب المذكور". وطالما أراد الفصل 49 ضمان الحقوق والحريات وذلك بحصر القيود التي قد توضع عليها في أضيق نطاق ممكن، فإن هذه الغاية تبقى قائمة سواء طرح التقييد في مرحلة صياغة القانون (حينها يكون السهر على احترام التناسب من مهام القاضي الدستوري المختص وحده بمراقبة السلطة التشريعية) أو في مرحلة تطبيقه (حينها تطرح مسألة التناسب على الهيئات القضائية الموكول لها تطبيق القوانين أي القاضيين الإداري والعدلي). بذلك تظهر الحاجة لمبدأ التناسب كحاجة مستمرة ودائمة يجب أن تتقيد بها جميع السلط بما فيها السلطة القضائية ذاتها.

وللمقارنة، تجدر الملاحظة أنه مرّ زمن منذ أن صار القاضي الإداري يعتمد رقابة التناسب، سالكا بذلك المسلك السائد في الأنظمة المقارنة¹⁴. فصارت اليوم هذه الآلية الرقابية من الآليات الراسخة والمألوفة التي تستعملها المحكمة الإدارية خاصة عند مراقبة سلطة الضبط التي تتمتع بها الإدارة للسهر على الأمن العام في أوسع معانيه، أي المحافظة على النظام العام والصحة العامة وغيرهما من متطلبات العيش المشترك:

- اعتبرت المحكمة الإدارية في قرار صادر في 15 فيفري/ شباط 1982، بمناسبة طعن رُفع ضد قرار اتخذته رئيس بلدية تونس بإزالة جميع لافتات الإشهار من المدينة بدعوى تكاثرها وإخلالها بجمال المدينة ونصب العديد منها دون ترخيص أنه "لا يستتج من عريضة الدعوى وملف القضية أن مظهر المدينة وجمالها يستدعيان إزالة كل اللافتات وعدم الترخيص في انتصابها، وحيث أن الصبغة العامة للقرار المنتقد بدون أي سبب شرعي تجعله يمس بمبدأ حرية التجارة والصناعة"¹⁵. بذلك لا يوجد تناسب بين الغاية (حماية الجمالية) والوسيلة المعتمدة لتحقيقها (منع وضع اللافتات الإشهارية منعا شاملا).

14 من المرجح رجوع سبق اعتماد رقابة التناسب إلى المحاكم الألمانية، أنظر: X. Philippe, précité p. 6. وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي هذه الرقابة في قرار صادر سنة 1933 :

CE, 19 mai 1933, Benjamin, in Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 17ème ed., Dalloz, 2009, n° 47.

15 ت.س. قرار عدد 451 بتاريخ 15 فيفري/ شباط 1982، الغرفة النقابية لشركات الإشهار ضد بلدية تونس الحاضرة، مجموعة قرارات المحكمة الإدارية لسنوات 1984/1983/1981، ص. 10.

كما أعلنت المحكمة الإدارية في قرار صادر في 14 مارس/ آذار 1995 أن "الأصل في ممارسة التجارة والصناعة الحرة والتضييق منها هو الاستثناء والإدارة خاضعة في هذا المجال إلى رقابة القاضي التي تصل إلى حد التثبيت من مدى تناسب تدابير الضبط المتخذة في إطارها مع الظروف التي حفّت باتخاذها والظروف التي ترمي إلى تحقيقها"¹⁶.



وبصدور دستور 2014 صارت المحكمة الإدارية تعتمد أساسا عند إجرائها لرقابة التناسب:

أكدت المحكمة الإدارية أن الشرط الوارد بالفصل 49 مكرر من القانون الأساسي المتعلق بالانتخابات والاستفتاء والتمثّل في ضرورة أن يكون المترشّح مسجّلا في نفس الدائرة التي سيرشّح بها "لا يتعارض ومقتضيات الفصل 49 من الدستور [...] ولا يخلّ بمبدأ التناسب مع موجبات ضمان أسس الدولة المدنية الديمقراطية من جهة، ومتطلبات حماية حقوق الغير ومراعاة مقتضيات النظام العام من جهة أخرى"¹⁷.



كما استندت إلى الفصل 49 لتعتبر أنّ إخضاع شخص للإقامة الجبرية، تطبيقا لمقتضيات حالة الطوارئ، هو من التدابير التي "تندرج ضمن السلطة المقيدة لتعلقها بممارسة الحريات الدستورية وتخضع تبعاً لذلك لرقابة القاضي الإداري بغاية التأكد من سلامة مبنائها الواقعي ومدى تناسب التدابير المتخذة مع الظروف التي حفّت بها والأهداف التي ترمي إلى تحقيقها"¹⁸.

ولئن من المحقّق أن لكلّ من القاضيين الإداري والعدلي مجال اختصاصه المستقل، إلا أنّ أهدافهما هي واحدة، فكلاهما يسعى لإقامة العدل وتعزيز دولة القانون وحماية الحقوق والحريّات. وبما أنّ رقابة التناسب صارت من الآليات الأساسية للقاضي ليضطلع بدوره كاملا في ضمان هذه الحماية، فيكون حينئذ من الجدير بالقاضي العدلي ألا ينعزل عن محيطه القضائي، وألا يتخلّف عن مزيد استكشاف مجالات استغلال هذه الآلية، وتطويرها وتكثيف استعمالها بوصفها أحد أهمّ الآليات المتاحة لتحقيق رسالته، فيكون بذلك متناغما مع نظرائه من باقي مكوّنات السلطة القضائية، متكاملا معهم في التصدي لكل انتهاك للحقوق والحريات. وهو ما وُجد له صدى في فقه القضاء.

16 ت.س. قرار عدد 3879 بتاريخ 14 مارس/ آذار 1995، شركة كريشان وأبناؤه ضد بلدية القصرين، مجموعة قرارات المحكمة الإدارية لسنة 1995، ص. 128، الكتابة بخط بارز من اختيارنا.

17 القضية عدد 20181015 بتاريخ 16 مارس/ آذار 2018، منشور بالموقع الإلكتروني "القضاء الإداري التونسي"، الكتابة بخط بارز من اختيارنا.

18 حكم ابتدائي عدد 150168 بتاريخ 2 جويلية/ تموز 2018، منشور بالموقع الإلكتروني "القضاء الإداري التونسي"، الكتابة بخط بارز من اختيارنا. وفي نفس الاتجاه، بخصوص إخضاع شخص للتفتيش ومراقبة الهوية عند تنقله تطبيقا لأحكام حالة الطوارئ، حكم ابتدائي عدد 148981 بتاريخ 2 جويلية/ تموز 2018، غير منشور، الكتابة بخط بارز من اختيارنا.

ب- نحو استبطان القاضي لمسؤولية حماية الحقوق والحريات

ليس المقصود هنا النظر في دور القاضي في حماية الحقوق والحريات بالمعني الواسع من خلال اضطلاعهم بمهامهم التقليدية في تطبيق النصوص التشريعية، إذ لا شك أنه كلما ينظر في نزاع أو مطلب ولائي مدني، وكلما يبت في تتبع جزائي، فإنه يحمي أحد الحقوق ويكرّس أحد الحريات.

المقصود هو تقصي الحالات المتميزة التي يُظهر فيها القاضي وعيا حادا وإيمانا عميقا بدوره في حماية الحقوق والحريات¹⁹، فيُعلن عن ذلك في حكمه، ويحسمه بحلول مُجدّدة ومواقف خلاقية تكون مؤسّسة خاصة على الدستور²⁰.

الملاحظ أنه في ظل دستور 1959، لم يصدر عن القاضي العدلي إعلان مباشر وخاص يتبنى فيه مسؤولية الاضطلاع بحماية الحقوق والحريات، على غرار الإعلان الصادر عن القاضي الإداري، منذ قرار له صادر سنة 1981، بأن "القضاء الإداري هو حامي الحريات العامة"²¹.

لكن الوضعية تغيّرت بعد صدور دستور 2014، مثلما يبيّنه الجدول التالي:

أحكام /قرارات استعاد فيها القاضي إعلان تكليفه الدستوري بحماية الحقوق والحريات		
التجديد	الموقف	الحكم /القرار
تكريس الحق في تغيير الجنس لمتحول الهوية الجنسية « Transsexuel »	"دسترة حماية حقوق الانسان والحريات تفرض على القضاء باعتباره الضامن [...] لحماية الحقوق و الحريات أن يلتزم بتأويل القانون بطريقة تعزز انفاذ الحقوق والحريات الأساسية"	ابتدائية تونس، 9 جويلية/ تموز 2018 ²²
تعليق ديون المدين الذي يفقد عمله بسبب تبليغه عن الفساد	"القضاء يضمن الحقوق والحريات وهو عنصر مهم وأساسي وحاسم في مكافحة الفساد"	استئناف المنستير، 22 أكتوبر/ تشرين الأول 2018 ²³
حق الطعن بالتعقيب في قرار الإيقاف التحفظي الصادر عن دائرة الاتهام	"القضاء كما هو معلوم وكما جاء بالفصل 102 من الدستور سلطة تضمن [...] حماية الحقوق والحريات"	تعقيبي جزائي، 9 أكتوبر/ تشرين الأول 2019 ²⁴

19 مالك الغزواني، تطور وعي القاضي الجزائري بالحقوق والحريات، سبق ذكره.

20 مالك الغزواني، "من فقه القضاء حول الحقوق الأساسية"، المجلة القانونية التونسية، 2002، ص. 1. وكذلك "من فقه القضاء حول الحقوق الأساسية"، مجموعة الأعمال المهداة إلى العميد محمد صالح بن عيسى، مركز النشر الجامعي، 2020، ص. 189.

21 ت.س. قرار عدد 325 مؤرخ في 14 أبريل/ نيسان 1981، بيار فلكون/ وزير الفلاحة، مجموعة قرارات المحكمة الإدارية لسنة 1981، ص. 110. غير منشور.

23 قرار صادر في مادة الأوامر بالدفع، عدد 53131 مؤرخ في 22 أكتوبر/ تشرين الأول 2018، وقع نشره على الصفحة الالكترونية التالية: https://www.legal-agenda.com/article.php?id=5054#_ftnref1

24 قرار تعقيبي جزائي عدد 96778 مؤرخ في 9 أكتوبر/ تشرين الأول 2019، وقع نشره على الصفحة الالكترونية التالية: <https://www.businessnews.com.tn/extraits-spectaculaires-du-jugement-nabil-karoui-a-subi-un-deni-de-justice,520,91809,3>

والملاحظ أن استعادة القاضي لمهمته الدستورية كحامي للحقوق والحريات قد ارتبطت، في جميع الأمثلة المشار إليها، بإقدامه على اجتهادات شجاعة، فيها استنباط خلاّق، في مسائل خلافية. وما هذا الإقدام إلا دليل على أهمية ما جاء بالدستور الجديد في تحفيز القاضي وإذكاء وعيه في مجال حماية الحقوق والحريات، فكان أن تعزز شعوره بالمسؤولية، وكبرت وتطوّرت ثقته بنفسه، مما يفسّر هذه الجرأة في استنباط الحلول الجديدة.

وفي الحقيقة، فإن وعي القاضي بدوره في حماية الحقوق والحريات لا ينحصر في الحالات التي استعاد فيها نص تكليفه دستوريا هذه الحماية، بل إن هذا الوعي قد تجسّد أيضا في تعدّد تطبيقاته للأحكام الدستورية الضامنة للحقوق والحريات، وهي تطبيقات تكثفت وتيرتها تدريجيا، في ظل الدستورين القديم والجديد، وبيانا زمنيا في الجدولين التاليين، بحسب الاختصاصين الجزائريين والمدني :

القاضي الجزائري ضامن للحقوق والحريات			
الحق المحمي	الحكم/القرار	المرجع الدستوري	التجديد/الحل
حرية تأسيس الجمعيات	<ul style="list-style-type: none"> ابتدائي القيرون، 24 ديسمبر/ كانون الأول 1987 استئناف سوسة، 11 أبريل/ نيسان 1988 	الفصل 8	سلطة القاضي لمراقبة دستورية القوانين
حق التقاضي	<ul style="list-style-type: none"> استئناف تونس، 17 مارس/ آذار 2001 تعقيبي (مجموعة)، 25 أكتوبر/ تشرين الأول 2001 	الفصل 7	الاعتراف للقائم بالحق الشخصي بحق الطعن في قرار قاضي التحقيق دون معاضدة النيابة العمومية
شرعية الجرائم	<ul style="list-style-type: none"> تعقيبي، 18 فيفري/ شباط 2009 	الفصل 13	رفض الخضوع للتحليل ليس قرينة على استهلاك المخدرات
رجعية القانون الذرق	<ul style="list-style-type: none"> تعقيبي، 13 جوان/ حزيران 2009 	الفصل 13	تذكير بالمبدأ
حق الدفاع	<ul style="list-style-type: none"> تعقيبي، 21 فيفري/ شباط 2009 	"مبدأ ذو قيمة دستورية"	تذكير بالمبدأ
	<ul style="list-style-type: none"> تعقيبي، 4 جويلية/ تموز 2009 	"الدستور"	النزاهة في الإثبات
	<ul style="list-style-type: none"> ابتدائي عسكري تونس، 13 أكتوبر/ تشرين الأول 2015 	"الدستور"	<ul style="list-style-type: none"> حق المتهم في مواجهته بالتهمة الموجهة إليه / الحق في الصمت / الحق في الكذب / الحق في ألا يشهد ضد نفسه منع تغيير مركز الشاهد ليصبح متهما قبل إعلامه بتوجيه التهمة وتمكينه من الدفاع
الحرية الفردية	<ul style="list-style-type: none"> تعقيبي، 9 أكتوبر/ تشرين الأول 2019 	الفصلان 49 و 102	حق الطعن بالتعقيب في قرارات الإيقاف التحفظي

القاضي المهدي ضامن للحقوق والحريات			
التجديد	المرجع الدستوري	الحكم/القرار	الحق المحمي
إقصاء المانع الديني للزواج	الفصلان 5 و 6	• تعقيبي، 5 فيفري/ شباط 2009	- حرية المعتقد - المساواة (بين الجنسين)
إقصاء المانع الديني للميراث	الفصلان 5 و 6	• تعقيبي، 5 فيفري/ شباط 2009 • تعقيبي، 25 أكتوبر/ تشرين الأول 2014 • ابتدائي تونس، 2 ماي/ أيار 2016 • استئناف تونس، 1 نوفمبر/ تشرين الثاني 2016	
رفض الاعتراف بالخلع والتطليق	الفصول 5 و 6 و 9	• تعقيبي 21 ماي/ أيار 2009 • تعقيبي 15 جويلية/ تموز 2010	- المساواة (بين الزوجين) - حرمة الحياة الخاصة - حرية الزواج - حق الطعن
حق الزوج في التعويض عن الضرر المادي من الطلاق	لم يرد بالقرار	• تعقيبي 2 ديسمبر/ كانون الأول 2010	المساواة
التصدي لمحاولة إحياء حق الزوج في تأديب زوجته	الفصلان 5 و 6	• تعقيبي، 4 جوان/ حزيران 2009	- الكراهة - الحرمة الجسدية - المساواة
تكريس الحق في الصورة	الفصلان 5 و 9	• ابتدائية تونس، 23 جوان/ حزيران 2005 • تعقيبي، 25 جوان/ حزيران 2008 • تعقيبي، 24 أكتوبر/ تشرين الأول 2009	- حرمة الفرد - حماية الهعطيات الشخصية
تكريس حرمة الذمة المالية	الفصلان 24 و 49	• ابتدائية تونس، 13 أكتوبر/ تشرين الأول 2015 • ابتدائية تونس، 22 نوفمبر/ تشرين الثاني 2016	- حماية الحياة الخاصة

حق الأم في السفر مع طفلها	الفصل 47	<ul style="list-style-type: none"> • ابتدائية تونس، 3 مارس / آذار 2016 • ابتدائية تونس، 11 أكتوبر / تشرين الأول 2016 • ابتدائية تونس، 14 مارس / آذار 2017 	- المساواة (بين الوالدين) -الوصلة الفضلى للطفل
حصر مدة تجميد الأموال "بأجل معقول"	الفصلان 41 و 49	<ul style="list-style-type: none"> • ابتدائية تونس، 11 أكتوبر / تشرين الأول 2016 	- حق الملكية
تكريس الحق في المنازعة في الأذون الصادرة عن القاضي المراقب لأعمال الاتيان	الفصل 108	<ul style="list-style-type: none"> • استئناف تونس، 4 أبريل / نيسان 2014 	- حق التقاضي
طلب الرجوع في الإذن على العريضة الذي لا يوجّه ضدّ جميع أطرافه لا يترتب عليه اختلاله وإنما يتعيّن إدخال الباقيين	الفصل 108	<ul style="list-style-type: none"> • استئناف تونس، 9 ماي / أيار 2014 	
جوار التبنّي من غير المتزوج(ة)	لم يرد بالقرار	<ul style="list-style-type: none"> • ناحية تونس، 12 جويلية / تموز 2018 	الوصلة الفضلى للطفل
تعليق ديون المدين الذي يُفصل عن عمله بسبب تبليغه عن الفساد	الفصلان 102 و 130	<ul style="list-style-type: none"> • استئناف المستشير، 22 أكتوبر / تشرين الأول 2018 	الحق في الحماية عند التبليغ عن الفساد
حق تغيير الجنس لمتحول الهوية الجنسية	الفصل 24	<ul style="list-style-type: none"> • ابتدائية تونس، 9 جويلية / تموز 2018 	حماية الحياة الخاصة

جميع هذه الأمثلة تدلّ على:

- تنامي الوعي لدى القاضي بدوره في حماية الحقوق والحريات.
- يوفّر هذا الوعي الأرضية المثل التي يمكن للقاضي الارتكاز عليها والانطلاق منها لتوسيع دائرة حمايته للحقوق والحريات من أحد أشكال انتهاكاتها المتمثلة في اختلال التناسب بين ما قد يُفرض من قيود على هذه الحقوق والحريات وبين مبررات هذه القيود.

2- القاضي دامي الحقوق والحريات من "كل انتهاك"، كما الإخلال بالتناسب

أوكل الفصل 49 للقاضي مهمة التصدي لكل انتهاك للحقوق والحريات، أي:

- كل إخلال بالشروط التي وقع سنّها في بداية الفصل بخصوص تأطير تقييد الحقوق والحريات، أي تقييدها بغير نص تشريعي، أو تقييدها بما يمس من جوهرها، أو بما يخل

لمبادئ الدولة المدنية الديمقراطية، أو عدم احترام أحد موجبات التقييد المحددة، وكذلك الإفراط في التقييد بقدر يتجاوز الغاية المرجوة منه.

- لعل الانتهاك المتمثل في اختلال التناسب بين تقييد الحرية وموجبه هو من أخطر أنواع الانتهاكات وذلك لصعوبة كشفها، فهو من الانتهاكات المستترة *Atteinte sournoise*، فمن السهولة بمكان كشف الانتهاكات المتمثلة في التعدي على الاختصاص التشريعي وذلك بمجرد معاينة طبيعة النص الحامل للتقييد، ومن غير العسير أيضا التثبت فيما إذا كان التقييد يمسّ من جوهر الحق أو تبرّره ضرورة احترام الدولة المدنية الديمقراطية. أما الإخلال بالتناسب فيأتي مغلّفا بدواعي هي في ظاهرها جدية، مستمدة من حماية حقوق الغير أو الأمن العام أو غيرها من المبررات المشروعة نظريا، لكن في الحقيقة يكون الأمر ليس على نحو من البساطة باعتبار أن الظروف والملابسات تكشف إساءة في استعمال مبرر التقييد أو مبالغة في التدخل مقارنة مع ما هو ضروري.

وتتأكد صعوبة الكشف عن انتهاكات الحقوق والحريات المتأتية من الإخلال بشرط التناسب بين قيودها وموجباتها من ملاحظة بسيطة: ففي جميع الأمثلة التي طرحت في فقه القضاء تلازم النظر في مسألة التناسب مع اختلاف في تقدير القضاة له، فالقاضي الذي أذن بتكليف خبير للبحث وتحديد جميع ما تملكه الزوجة طالبة النفقة لم ير في ذلك إخلالا بحرمة ذمتها المالية طالما أن ذلك البحث تبرّره حماية حق زوجها (المطلوب في النفقة) في الدفاع عن نفسه، لكن هذا التقدير لم تقع مجاراته ورأت المحكمة التي راقبت الإذن أن هنالك اختلال في التناسب بين انتهاك سرية الذمة المالية ومبرراته²⁵. وكذلك لم ير قضاة الأصل إشكالا في الحكم بهدم بناء واقع بملك الغير حماية لحق الملكية بخلاف محكمة التعقيب التي اكتشفت انعداما في التناسب مردّه أن هدم جزء البناء الواقع بملك الغير سيؤدي إلى سقوط البناية كلها بما فيها ما أحدثه المالك بملكه²⁶.

بذلك يكون القاضي مسؤولا، في حدود مجالات تدخله، عن السهر على احترام كل الشروط الواردة في الفصل 49. فلا معنى لتنصيبه حاميا للحقوق والحريات إذا ما كانت صلاحياته غير شاملة أو مبتورة أو ناقصة من أحد صور التصدي للانتهاكات ومن أخطرها، تلك المستترة بدواعي مراعاة أحد الضوابط المشروعة. وليس في هذا التكليف الشامل لرقابة التناسب غرابة باعتبار أن هذه المسؤولية هي أيضا من صميم الالتزامات الدولية للدولة التونسية في حماية الحقوق والحريات.

25 المحكمة الابتدائية بتونس، استعجالي، عدد 55928 مؤرخ في 13 أكتوبر/ تشرين الأول 2015، سبق ذكره.

26 تعقيبي مدني، عدد 67114 مؤرخ في 4 ديسمبر/ كانون الأول 2019، سبق ذكره.

II - قراءة الفصل 49 على ضوء التعهدات الدولية

يتقاطع الفصل 49 في مضامينه مع ما ورد في الصكوك الدولية التي وضعت أيضا واجب احترام تناسب ضوابط الحقوق والحريات مع موجباتها (1)، لذلك فإن قراءته يجب ألا تتم بمعزل عن هذه النصوص التي يتحمل القاضي مسؤولية كاملة في تطبيقها تحت رقابة أجهزة دولية محدثة للغرض (2).

1- رقابة التناسب من التعهدات الدولية

ما جاء بالفصل 49 يُذكر بأحكام وردت في:

- النصوص الأهمية، وهي:
 1. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948،
 2. العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 الذي انضمت إليه بلادنا سنة 1968²⁷،
 3. العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966 الذي انضمت إليه بلادنا سنة 1968²⁸،
 4. اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 التي صادقت عليها بلادنا سنة 1991²⁹،
 5. اتفاقية مكافحة الفساد لسنة 2003 التي وقعت الموافقة عليها سنة 2008³⁰،
 - الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لسنة 1981 الذي وقع الانضمام إليه سنة 1982³¹،
 - الاتفاقية رقم 108 لمجلس أوروبا المتعلقة بحماية الأشخاص تجاه المعالجة الآلية للمعطيات ذات الطابع الشخصي³²،
- وذلك حسب ما تبينه الجداول التالية:

27 قانون عدد 30 لسنة 1968 مؤرخ في 29 نوفمبر/ تشرين الثاني 1968.

28 قانون عدد 30 لسنة 1968 مؤرخ في 29 نوفمبر/ تشرين الثاني 1968.

29 قانون عدد 92 لسنة 1991 مؤرخ في 29 نوفمبر/ تشرين الثاني 1991.

30 الموافقة بموجب القانون عدد 16 لسنة 2008 المؤرخ في 25 فيفري/ شباط 2008، والمصادقة بموجب الأمر عدد 763 لسنة 2008 المؤرخ في 24 مارس/ آذار 2008.

31 قانون عدد 64 لسنة 1982 مؤرخ في 6 أوت/ آب 1982.

32 الموافقة بموجب القانون الأساسي عدد 42 لسنة 2017 المؤرخ في 30 ماي/ أيار 2017، والمصادقة بموجب الأمر الرئاسي عدد 75 لسنة 2017 مؤرخ في 30 ماي/ أيار 2017.

جدول مقارنة الفصل 49 من الدستور بالأحكام العامة لتقييد الحقوق والحريات في النصوص الدولية

الفصل 49	الإعلان العالمي	عهد الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية	عهد الحقوق المدنية والسياسية	الويثاق الإفريقي
<p>"يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية ويهدف حماية حقوق الغير، أو مقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك".</p>	<p>المادة 29.2 : "لا يخضع أي فرد، في ممارسة حقوقه وحرياته، إلا للقيود التي يقرها القانون مستهدفا منها، حصرا، ضمان الاعتراف الواجب بحقوق وحريات الآخرين واحترامها، والوفاء بالعدل من مقتضيات الفضيلة والنظام العام ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي".</p>	<p>المادة 4 "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، وشرطة أن يكون هدفها الوحيد تعزيز الرفاه العام في مجتمع ديمقراطي".</p> <p>المادة 15.1 "ليس في هذا العهد أي حكم يجوز تأويله على نحو يفيد انطواءه على حق لأي دولة أو جماعة أو شخص بمباشرة أي نشاط أو القيام بأي عمل يهدف إلى إهدار أي من الحقوق أو الحريات المعترف بها في هذا العهد أو إلى فرض قيود عليها أو أوسع من تلك المنصوص عليها فيه".</p>	<p>المادة 14.1. في حالات الطوارئ الاستثنائية يجوز للدول أن تتخذ، في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير لا تنقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد</p> <p>المادة 15.1. "ليس في هذا العهد أي حكم يجوز تأويله على نحو يفيد انطواءه على حق لأي دولة أو جماعة أو شخص بمباشرة أي نشاط أو القيام بأي عمل يهدف إلى إهدار أي من الحقوق أو الحريات المعترف بها في هذا العهد أو إلى فرض قيود عليها أو أوسع من تلك المنصوص عليها فيه".</p>	<p>المادة 27.2. "تمارس حقوق وحريات كل شخص في ظل احترام حقوق الآخرين والأمن الجماعي والأخلاق والمصلحة العامة".</p>

جدول مقارنة الفصل 49 بالاحكام الخاصة لتقييد الحقوق والحريات في المعاهدات الدولية العامة

الميثاق الإفريقي	عهد الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية	عهد الحقوق المدنية والسياسية	الحق	الفصل 49
المادة 122. " لا يخضع هذا الحق لأية قيود إلا إذا نص عليها القانون وكانت ضرورية لحماية الأمن القومي، النظام العام، الصحة، أو الأخلاق العامة".	—	المادة 12. 3. لا يجوز تقييد حرية التنقل 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".	التنقل، اختيار المقر	"يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لقتضيات 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".
—	—	المادة 14. 1. يجوز تقيدها "لدواعي الآداب العامة أو النظام العام أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي، أو لقتضيات حرمة الحياة الخاصة لأطراف الدعوى، أو في أدنى الحدود التي تراها المحكمة ضرورية حين يكون من شأن العلنية في بعض الظروف الاستثنائية أن تخل بمصلحة العدالة".	علنية الجلسات	المادة 8 " لا يجوز تعريض أحد لإجراءات تقييد ممارسة هذه الحريات، مع مراعاة القانون والنظام العام".
المادة 29. 2. يحق لكل إنسان أن يعبر عن أفكاره وينشرها في إطار القوانين واللوائح.	—	المادة 18. 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".	إظهار الدين أو المعتقد	المادة 11 "لا يحد ممارسة هذا الحق إلا شرط واحد ألا وهو القيود الضرورية التي تحددها القوانين واللوائح خاصة ما تعلق منها بمصلحة الأمن القومي وسلامة وصحة وأخلاق الآخرين أو حقوق الأشخاص وحرياتهم".
المادة 11 "لا يحد ممارسة هذا الحق إلا شرط واحد ألا وهو القيود الضرورية التي تحددها القوانين واللوائح خاصة ما تعلق منها بمصلحة الأمن القومي وسلامة وصحة وأخلاق الآخرين أو حقوق الأشخاص وحرياتهم".	—	المادة 19. 3. يجوز وضع قيود "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".	التعبير	المادة 21 "لا يجوز إلا القيود 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".

<p>المادة 10.1. يحق لكل إنسان أن يُكوّن وبحريّة جمعيات مع آخرين شريطة أن يلتزم بالأحكام التي حددها القانون.</p>	<p>المادة 81. أ) لا يجوز إخضاع حق تكوين النقابات والانضمام إليها "لأية قيود غير تلك التي ينص عليها القانون وتشكّل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو النظام العام أو لحماية حقوق الآخرين وحرياتهم"، (ج) للنقابات حق النشاط بحرية، "دون قيود غير تلك التي ينص عليها القانون وتشكّل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو النظام العام أو لحماية حقوق الآخرين وحرياتهم".</p>	<p>المادة 22. لا تجوز إلا القيود التي ينص عليها القانون وتشكّل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن العام أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم"</p>	<p>تكوين الجمعيات والنقابات</p>
---	---	--	---------------------------------

جدول مقارنة الفصل 49 بالأحكام الخاصة لتقييد الحقوق والحريات في المعاهدات الدولية الخاصة

الاتفاقية رقم 108 لمجلس أوروبا المتعلقة بحماية الأشخاص تجاه المعالجة الالية للمعطيات ذات الطابع الشخصي	اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد	اتفاقية حقوق الطفل	الفصل 49
<p>Article 9- 2 Il est possible de déroger aux dispositions des articles 5, 6 et 8 [garanties des traitements des données] lorsqu'une telle dérogation, prévue par la loi de la Partie, constitue une mesure nécessaire dans une société démocratique:</p> <p>a - à la protection de la sécurité de l'Etat, à la sûreté publique, aux intérêts monétaires de l'Etat ou à la répression des infractions pénales;</p> <p>b- à la protection de la personne concernée et des droits et libertés d'autrui.</p>	<p>المادة 13 يجوز إخضاع حرية التماس المعلومات المتعلقة بالفساد وتلقيها ونشرها وتعميمها "لقيود ومعينة، شريطة أن تقتصر هذه القيود على ما ينص عليه القانون وما هو ضروري:</p> <p>1- لمراعاة حقوق الآخرين أو سمعتهم.</p> <p>2 - لحماية الأمن الوطني أو النظام العام أو لصون صحة الناس أو أخلاقهم".</p>	<p>المادة 10-2 للطفل الذي يقيم والداه في دولتين مختلفتين الحق في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه، إلا في ظروف استثنائية. وتحقيقاً لهذه الغاية ووفقاً لالتزام الدول الأطراف بموجب الفقرة 2 من المادة 9، تحترم الدول الأطراف حق الطفل ووالديه في مغادرة أي بلد، بما في ذلك بلدهم هم، وفي دخول بلدهم. ولا يخضع الحق في مغادرة أي بلد إلا للقيود التي ينص عليها القانون والتي تكون ضرورية لحماية الأمن الوطني، أو النظام العام، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم وتكون متفقة مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذه الاتفاقية.</p> <p>المادة 15 1- تعترف الدول الأطراف بحقوق الطفل في حرية تكوين الجمعيات وفي حرية الاجتماع السلمي.</p> <p>2- لا يجوز تقييد ممارسة هذه الحقوق بأية قيود غير القيود المفروضة طبقاً للقانون والتي تقتضيها الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصيانة الأمن الوطني أو السلامة العامة أو النظام العام، أو لحماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو لحماية حقوق الغير وحرياتهم.</p>	<p>"يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية ويهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك".</p>

الواضح من هذه المقارنات أن:

- ◀ حكم الفصل 49 من الدستور لئن كان الأعلى، إلا أنه في الواقع لم يأت بأمر جديد مطلقا وغريب تماما عن المنظومة القانونية التونسية، فمعانيه هي في الواقع من المعاني الشائعة في أهم الصكوك الدولية لحقوق الإنسان التي صادقت عليها تونس منذ زمان، لكن ربما ضعف الترويج لهذه النصوص الدولية وقلة التعريف بها أبقيا تداولها في نطاق ضيق ولم يساعدا، رغم مكانتها العليا المرموقة³³، على التعريف بها بمثل ما حظي به الدستور من إشهار وانتشار.
- ◀ ما جاء بالفصل 49 هو تأليف عام وجامع للأحكام الدولية، العامة منها والخاصة، المنظمة لتقييد الحقوق والحريات والتي تضمنت مبدأ "التناسب" وأكدت عليه من خلال عبارات تؤدي نفس المعنى، فعهد الحقوق المدنية والسياسية لا يميز القيود إلا "في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع" (المادة 1.4)، ويحجر كل قيود "أوسع من تلك المنصوص عليها" (المادة 1.5)، وعهد الحقوق الاقتصادية يميز القيود "بمقدار توافق ذلك مع طبيعة هذه الحقوق" (المادة 4)، وفي كليهما، كما في باقي الاتفاقيات المشار إليها، تأكيد، في عدة مواضع، على أن تكون التدابير المضيقة للحقوق والحريات "ضرورية" لتحقيق غاياتها. وقد كان مصطلح "الضرورة"، بالأخص وبالذات، بمثابة الإكسير الذي بواسطته تم استخلاص مبدأ التناسب من الهياكل الدولية المشرفة على متابعة ضمان احترام تلك الصكوك، فجاء الفصل 49 وتبنى عصارة ما وقع التوصل إليه، فكان مرآة تعكس موقفا مجمعا عليه ومستقرا عليه على الصعيد الدولي.
- ◀ الانسجام بين الحكم الدستوري الداخلي والأحكام الدولية بخصوص رقابة التناسب يجعل مسؤولية القاضي في السهر على هذه الرقابة مسؤولية متعاضمة لأن موقفه منها سيكون له تبعات، أيضا، على الصعيد الدولي.

2- رقابة القاضي للتناسب تحت الرقابة الدولية

يجب أن يعلم القاضي التونسي أن موقفه من رقابة التناسب سيكون تحت أضواء كاشفة عالمية، ويجب عليه أن يعي كل الوعي أنه مسؤول أمام الهيئات الدولية عن القيام بهذه الرقابة، وأن يتنبه إلى أن الفكرة السائدة التي مفادها أن لا رقابة عليه فيما يقرره في أحكامه الباتة هي اليوم فكرة بائدة، ذلك أن القرارات القضائية الباتة على المستوى الداخلي يمكن في الواقع أن تفتح باب النظم منها على المستوى الدولي إذا كان فيها انتهاك لأحكام المواثيق الدولية، وهو ما يُحمّل القاضي مسؤولية عظمى حتى لا يظهر دوليا في مظهر القاضي الذي لا يبالي بالحقوق والحريات.

والواقع أن ضروب الرقابة الدولية التي يخضع لها القاضي هي متعددة الأشكال والآليات والمداخل، قد تختلف في شدتها وقوتها ودرجة إلزاميتها، بحسب طبيعتها إن كانت قضائية أو غير قضائية، لكنها تشترك في كونها بمثابة القاطرة التي تدفع القاضي لتبني رقابة التناسب:

33 الفصل 20 من الدستور: "المعاهدات الموافق عليها من قبل المجلس النيابي والمصادق عليها، أعلى من القوانين وأدنى من الدستور".

أ. الرقابة الدولية غير القضائية على القاضي

تتجسّم هذه الرقابة في الآليات الموضوعية على مستوى منظمة الأمم المتحدة لمابعة مدى تقيّد الدولة التونسية بالتزاماتها في مجال حقوق الإنسان، وجميعها يوصي بإيلاء رقابة التناسب ما تستحقّه من أهمية ويدفع باتجاه اعتماد القاضي لها :

i. "الاستعراض الدوري الشامل" : يتمثل في تقديم الدولة لتقرير بشكل دوري حول أوضاع حقوق الإنسان، تقّع مناقشته أمام "مجلس حقوق الإنسان" المنبثق عن الأمم المتحدة والذي يضم 47 دولة، وينتهي الاستعراض بتقديم "توصيات" لتحسين ضمانات حقوق الإنسان والنهوض بها.

والملاحظ أنه من بين التوصيات التي تم تقديمها لبلادنا وحظيت بقبولها، بمناسبة تقديم تقريرها الثالث سنة 2017، "السهر بشكل خاص على إخضاع جميع أشكال مراقبة الاتصالات لاختبار الضرورة والتناسب"³⁴، ما يعني أن موقف القاضي من المسألة سيكون محل اهتمام ومتابعة، وهو ما يدعوه إلى الانخراط والمساهمة في إيفاء بلادنا بتعهداتها.

ii. "زيارات المقرر الخاصين" : المقرر الخاص هو خير يفوضه "مجلس حقوق الإنسان" لإجراء بحث حول حالة حقوق الإنسان في موضوع معيّن أو في دولة معيّنة، يقوم عمله على التقصي الميداني، بإذن من الدولة المعنية، ويعدّ في أعماله تقريراً يرفع لمجلس حقوق الإنسان وللجمعية العامة للأمم المتحدة. وقد وجّهت بلادنا "دعوة مفتوحة" قبلت بمقتضاها زيارات جميع المقرر الخاصين.

وفي هذا الإطار لاحظ المقرر الخاص المعني بحرية الدين والمعتقد في تقرير أعدّه إثر زيارته تونس سنة 2018 أن بعض المحاكم لا تولي اهتماماً لمراقبة القيود المفروضة على حرية التعبير على أساس معياري التناسب والضرورة³⁵.

iii. "التقارير الدورية" التي تقدمها بلادنا عن تقدم تنفيذ التزاماتها الناتجة عن أهم المعاهدات الأهمية لحقوق الإنسان، وتتولى لجنة خاصة دراسة كل تقرير وإبداء ملاحظات وتوصيات يقع نشرها، فتتولى "اللجنة المعنية بحقوق الإنسان" متابعة تنفيذ عهد الحقوق المدنية والسياسية، وتقوم "اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية" بالسهر على تنفيذ العهد ذي نفس الموضوع، وكذلك توجد "لجنة مناهضة التعذيب"، و"لجنة حقوق الطفل".

وحرى بالتأكيد أن مواقف اللجان تكتسي قيمة فائقة لأنها، من ناحية، تمثل فقه القضاء المعبر عن التفسير الرسمي لأحكام المعاهدات، وتأخذ هنا شكل "تعاليق عامة"، ومن ناحية أخرى، هي بمثابة التقييم الدولي لمدى جدية الدول في الوفاء بتعهداتها، وتأخذ هنا شكل "تعاليق نهائية" على تقارير الدول.

34 التوصية 95-125.

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/188/13/PDF/G1718813.pdf?OpenElement>

35 الفقرة 59 من التقرير.

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/295/19/PDF/G1929519.pdf?OpenElement>

ويجب هنا الإشارة إلى أن "اللجنة المعنية بحقوق الإنسان" قد توصلت إلى بناء فقه قضاء متميّز بخصوص رقابة التناسب التي ما انفكت تؤكد عليها في تعاليقها العامة، فأكدت مثلاً في التعليق العام رقم 27 الصادر سنة 1999 حول المادة 12 (حرية التنقل)³⁶ ما يلي :

يجب أن تتمشى التدابير التقييدية مع مبدأ التناسب؛ ويجب أن تكون مناسبة لتحقيق وظيفتها الحماة؛ ويجب أن تكون أقل الوسائل تدخلاً مقارنة بغيرها من الوسائل التي يمكن أن تحقق النتيجة المنشودة؛ ويجب أن تكون متناسبة مع المصلحة التي ستحميها. ولا بد من احترام مبدأ التناسب، لا في القانون الذي يحدد إطار القيود وحده، بل أيضاً في تطبيقه من جانب السلطات الإدارية والقضائية".

كما اعتبرت اللجنة في التعليق العام رقم 35 الصادر سنة 2014 حول المادة 9 (حق الفرد في الحرية والأمان على شخصه)³⁷ :

"قد يكون الاعتقال أو الاحتجاز مسموحاً به بموجب القوانين المحلية ويكون تعسفياً على الرغم من ذلك. ولا يجوز اعتبار مفهوم "التعسف" صنواً لمفهوم "مخالفة القانون"، بل يجب تفسيره بشكل أوسع ليشمل [...] عناصر عدم المعقولة وانعدام الضرورة والتناسب. وعلى سبيل المثال، يجب أن يكون الحبس الاحتياطي بتهمة جنائية معقولاً وضرورياً في جميع الظروف".

بذلك يتحمّل القاضي، في نظر اللجنة الأمية لحقوق الإنسان، واجبا أصيلاً بالسهر على ضمان احترام التناسب. وقد كان للجنة الأمية، في تعاليقها النهائية على تقرير تونس السادس³⁸، أن أبدت انشغالها "لغياب الرقابة القضائية الملائمة على التدابير التي يقع اتخاذها في إطار حالة الطوارئ وهو ما يؤدي إلى حرمان الأشخاص الخاضعين لهذه التدابير من حق المنازعة في شرعية هذه التدابير وإن كانت ضرورية ومحترمة لمبدأ التناسب"³⁹.

iv. "الشكايات الفردية"، تتمثل في تظلم يرفعه فرد أمام أحد اللجان المنبثقة عن المعاهدات الأمية لحقوق الإنسان من أجل هتك حقوقه وحرياته بعد أن يكون قد استوفى أوجه التظلم أمام سلطات بلاده دون نتيجة. فتتولى اللجنة المختصة دراسة الشكاية بعد تلقي جواب الدولة ثم تصدر فيها رأياً «Constatation» يقع نشره، وإذا خلصت إلى وجود انتهاك، فيقع متابعة مدى قيام الدولة برفعه، ويتعهد بهذه المتابعة "مقرر خاص"⁴⁰.

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=fr&TreatyID=8&DocTypeID=11 36

الكتابة بخط بارز في الشاهد من اختيارنا، أنظر أيضاً التعاليق العامة 29 و 34 و 35 و 36.

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fG%2f35&Lang=fr 37

الكتابة بخط بارز في الشاهد من اختيارنا.

38 تعاليق مؤرخة في 24 أبريل/ نيسان 2020.

39 الفقرة 29 ج من التعاليق. ترجمة خاصة.

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fTUN%2fCO%2f6&Lang=fr

40 مثلاً المقرر الخاص لمتابعة الآراء المعتمدة من اللجنة المعنية بحقوق الإنسان المنصوص عليه بالفصل 101 من نظامها الداخلي.

وقد قبلت بلادنا توجيه الشكايات الفردية ضدها في إطار عهد حقوق المدنية والسياسية⁴¹، واتفاقية مناهضة التعذيب⁴²، واتفاقية مناهضة التمييز ضد المرأة⁴³، واتفاقية حقوق الطفل⁴⁴.

وقد يأخذ الانتهاك المتظلم منه أمام اللجنة شكل حكم رفض إجراء رقابة التناسب أو أساء استعمالها. لكن لم يحدث ذلك بالنسبة إلى بلادنا إلى تاريخ كتابة هذه الأسطر، ربما لأسباب متعلقة بضعف الوعي بإمكانيات التظلم الأعمى أكثر منها لأسباب متعلقة بأسباب التظلم.

إلا أن المطلع على فقه قضاء اللجان الأعمية يلحظ زخما فيها أصدرته من "آراء" خلصت فيها لتعرض حقوق الأفراد لانتهاكات من أجل عدم استعمال محاكم دولهم لرقابة التناسب، ويمكن هنا الإشارة على سبيل المثال إلى "الآراء" الصادرة عن "اللجنة المعنية بحقوق الإنسان" والتي انتهت فيها إلى أن :

إدانة شخص من أجل إلقائه لخطاب بمكان عام دون ترخيص والحكم عليه بختية ثم سجنه، بإذن قضائي، بعد أن رفض دفعها هو قرار يحمل تقييدا غير متناسب مع حرية التعبير طالما أن مضمون خطابه لم يتضمن أي تهديد للأمن العام:

« De l'avis du Comité, la réaction de l'État partie face au comportement de l'auteur a été disproportionnée et a constitué une restriction à la liberté d'expression de celui-ci qui est incompatible avec le paragraphe 3 de l'article 19 du Pacte. Il s'ensuit que le paragraphe 2 de l'article 19 du Pacte a été violé.

[...] l'État partie est tenu d'assurer à l'auteur un recours utile, consistant en l'annulation de sa déclaration de culpabilité, le remboursement de toute amende acquittée par l'auteur par suite de sa condamnation, ainsi que le remboursement des frais de justice qu'il a acquittés, et en une indemnisation pour la détention dont il a fait l'objet en violation de droits qui lui sont reconnus dans le Pacte »⁴⁵.

41 المرسوم عدد 3 لسنة 2011 المؤرخ في 19 فيفري/ شباط 2011 المتعلق بالموافقة على انضمام الجمهورية التونسية إلى البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والأمر عدد 551 لسنة 2011 مؤرخ في 14 ماي/ أيار 2011 المتعلق بالمصادقة على الانضمام إلى البروتوكول المذكور.

42 إعلان الدولة التونسية بتاريخ 23 سبتمبر/ أيلول 1988 قبولها باختصاص "لجنة مناهضة التعذيب" في تسلم ودراسة بلاغات واردة من أفراد في ادعاء أنهم ضحايا لانتهاك.

43 القانون عدد 35 لسنة 2008 المؤرخ في 9 جوان/ حزيران 2008 المتعلق بالموافقة على انضمام الجمهورية التونسية إلى البروتوكول الاختياري لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والأمر عدد 2502 لسنة 2008 المؤرخ في 7 جويلية/ تموز 2008 المتعلق بالمصادقة على انضمام الجمهورية التونسية إلى البروتوكول المذكور.

44 القانون الأساسي عدد 34 لسنة 2018 المؤرخ في 6 جوان/ حزيران 2018 المتعلق بالموافقة على انضمام الجمهورية التونسية إلى البروتوكول الاختياري الثالث الملحق باتفاقية حقوق الطفل المتعلق بإجراء تقديم البلاغات، والأمر الرئاسي عدد 62 لسنة 2018 مؤرخ في 6 جوان/ حزيران 2018 المتعلق بالمصادقة على الانضمام إلى البروتوكول المذكور.

45 Patrick Coleman c. Australie, 2006, CCPR/C/87/D/1157/2003, parag. 7.3 et 9.

إدانة شخص من أجل عقد اجتماع دون ترخيص والدعوة إليه فيه هتك غير مبرر لحقوقه
يوجب على الدولة مراجعة حكم الإدانة:



« Le Comité note que l'État partie n'a pas [...] montré que les peines prononcées, sept jours et quinze jours de détention administrative, même si elles étaient prévues par la loi, étaient nécessaires et proportionnées et répondaient à l'un des objectifs légitimes énumérés [...]. Par conséquent l'État partie est tenu [...] de faire réviser les condamnations de M. Zhagiparov, d'accorder à celui-ci une indemnisation adéquate et des mesures de satisfaction appropriées »⁴⁶.

الإذن القضائي بإيقاف صحفية من أجل تهمة الثلب هو تدبير يخلّ بمبدأ التناسب:



« La diffamation ne devrait en aucun cas emporter une peine de privation de liberté, a fortiori, toute détention fondée sur des accusations de diffamation ne saurait être considérée comme une mesure nécessaire et proportionnée »⁴⁷.

ملخص القول أن موقف القاضي من رقابة التناسب بين قيود الحريات وموجباتها هو موقف تحت رقابة أممية متعددة الأوجه، وهي رقابة تعززها رقابة أخرى، ذات مصدر إقليمي، على المستوى الإفريقي، لكنها ذات طبيعة قضائية.

ب- الرقابة الدولية القضائية على القاضي

ساهمت تونس سنة 2007 في إنشاء المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب⁴⁸ وقبلت باختصاصها للنظر فيما قد ينسب لسلطات بلادنا من انتهاكات لحقوق الإنسان، لكن هذا الاختصاص كان ضيقا ومحدودا لأن التشكي للمحكمة كان حكرا على "اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان" والدول والمنظمات الحكومية.

Berik Zhagiparov c. Kazakhstan, 2018, CCPR/C/124/D/2441/2014, parag. 13.4 et 15. 46

Lydia Cacho Ribeiro c. Mexique, 2018, CCPR/C/123/D/2767/2016, parag. 10.8. 47

القانون عدد 47 لسنة 2007 المؤرخ في 17 جويلية/ تموز 2007 المتعلق بالموافقة على بروتوكول الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن إنشاء محكمة إفريقية لحقوق الإنسان والشعوب والأمر عدد 2135 لسنة 2007 المؤرخ في 21 أوت/ آب 2007 المتعلق بالمصادقة على البروتوكول المذكور. 48

وفي 13 أفريل/ نيسان 2017 وقع التحول، إذ قبلت تونس بتقديم الشكاوى ضدها أمام "المحكمة الإفريقية" مباشرة من الأفراد أو المنظمات غير الحكومية التي تتمتع بصفة مراقب لدى اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب⁴⁹.

بذلك أصبح لكل فرد الحق في أن يتظلم لدى "المحكمة الإفريقية" إذا اعتبر أن السلطات التونسية، أيا كانت، بما فيها السلطات القضائية، قد انتهكت حقوقه وحرياته المضمونة بأحد الصكوك الدولية المعترف بها من الدولة التونسية. وبعد البحث في الشكاية، تصدر المحكمة حكماً ملزماً للدولة التونسية التي تعهدت سلفاً بالامتثال لهذه الأحكام في الأجل الذي تضبطه المحكمة الإفريقية⁵⁰.

والواضح من نظام هذه المحكمة الفتية أن مؤسسيها، وبالتحديد من قبلوا منهم باختصاصها للنظر في شكايات الأفراد، كتونس⁵¹، أرادوها أن تكون على غرار نظيراتها من المحاكم الدولية لحقوق الإنسان "العريقة" التي علا صوتها وذاع صيتها في إصلاح أوضاع حقوق الإنسان إصلاحاً جدياً بتطوير آليات رقابة فعّالة منها بالخصوص رقابة التناسب، والمؤشرات الأولية تشير إلى سير المحكمة الإفريقية على نفس النهج، بما سيؤثر حتماً على موقف القاضي التونسي من الموضوع.

i. من اللافت للانتباه أن رقابة التناسب بشكلها الحديث، كآلية رقابية لحماية الحقوق والحريات من القيود التي قد تفرض عليها بشكل غير مبرر، قد تطوّرت، في العديد من الأنظمة الداخلية، تطورا مشهودا تحت تأثير المحاكم الدولية لحقوق الإنسان:

فذلك حال جميع الأنظمة القضائية لدول "مجلس أوروبا" البالغة 47 دولة (دول الاتحاد الأوروبي وغيرها مثل تركيا وروسيا...). ويعود ذلك لارتباط هذه الدول بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1959 التي حجّرت تقييد الحقوق والحريات إلا في حالة الضرورة⁵².

49 إضاء وزير الخارجية التصريح بقبول تونس الاختصاص المذكور عملاً بالفصل 6-34 من بروتوكول إنشاء المحكمة.

50 الفصل 30 من بروتوكول الإنشاء.

51 وثاني دول أخرى هي بنين، وبوركينا فاسو، وكوت ديفوار، وغامبيا، وغانا، وملاوي، ومالي، وتنزانيا.

52 والملاحظ أن الاتفاقية الأوروبية قد اعتمدت تمثيلاً في تحديد الضوابط بشكل خاص بكل من الحقوق والحريات التي ضمنتها، مثاله المادة 8 المتعلقة بالحق في حماية الحياة الخاصة والعائلية: "لا يجوز حصول تدخل من السلطة العامة في ممارسة هذا الحق، إلا بالقدر الذي ينص فيه القانون على هذا التدخل، والذي يشكل فيه هذا الأخير تدبيراً ضرورياً في المجتمع الديمقراطي، للأمن الوطني أو السلامة العامة أو رفاهية البلد الاقتصادية أو الدفاع عن النظام أو منع الجرائم الجزائية أو حماية الصحة أو الأخلاق أو حماية حقوق الغير وحرياته".

أنظر أيضاً: المادة 6 بخصوص استثناءات مبدأ علنية الجلسات، والمادة 9 بخصوص قيود حرية الفكر والضمير والدين، والمادة 10 حول قيود حرية الرأي والتعبير، والمادة 11 حول قيود حرية الاجتماع وتكوين الجمعيات، والمادة 2 من البروتوكول عدد 4 المتعلقة بحرية التنقل. بالمقابل فإن الميثاق الأوروبي للحقوق الأساسية المؤرخ في 7 ديسمبر/ كانون الأول 2000 (وهو نص ملزم للمؤسسات الاتحاد الأوروبي ولدوله فقط عند تطبيقها لقوانين الاتحاد) قد اعتمد منهجية الضبط العام للحقوق والحريات، فنص الفصل 51 منه في فقرته الأولى على ما يلي:

« Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

وانطلاقاً من شرط الضرورة استخلصت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، بوصفها الساهرة على احترام الاتفاقية، رقابة التناسب⁵³ وذلك في قرار صادر في 28 جويلية/تموز 1968⁵⁴، ثم ما انفكت تدقق عناصر هذه الرقابة ومنهجيتها في فقه قضاء دسم وغزير⁵⁵.

والمعلوم أن محاكم دول "مجلس أوروبا" تخضع لرقابة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، بحيث يمكن للمتقاضين أن يتظلم أمامها من الحكم الصادر ضده إذا ما اعتبر أنه يقيد من أحد حقوقه أو حرياته بشكل لا يتناسب مع موجبات التقييد المفروض عليه⁵⁶، وفي هذه الحالة تبسط المحكمة الأوروبية رقابتها على الأحكام الصادرة عن الدول الأعضاء⁵⁷.

بذلك صار جميع قضاة دول "مجلس أوروبا" مدعويين لمراعاة التناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها حتى لا تكون أحكامهم عرضة للإدانة أمام المحكمة الأوروبية. وإدراكاً من محكمة التعقيب الفرنسية لخطورة هذا الأمر وفي مسعى استباقي، فقد اعتبرت -بدواثرها المجتمعة- أن مواقف المحكمة الأوروبية تكون واجبة الاتباع بشكل عام ومباشر من سائر القضاة حتى في غير ذات النزاع الذي بتت فيه المحكمة الأوروبية ودون حاجة لانتظار تدخل المشرع ليوائم القانون الداخلي مع فقه القضاء الأوروبي⁵⁸، وأعدت "شرحاً" « Mémento »، موجهاً لسائر القضاة

S. Van Drooghenbroeck, La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme: 53 prendre l'idée simple au sérieux, Bruxelles, Bruylant, 2001 ; P. Muzny, La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique, PUAM, 2005 ; L. Sermet, « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'Homme : présentation générale », Les Petites Affiches, 5 mars 2009, n° 46, p. 26 ; V. Berger, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l'Homme », Les Petites Affiches, 5 mars 2009, n° 46, p. 40 ; A.-F. Zattara-Gros, « « Le contrôle de proportionnalité exercé par la CEDH en matière de droit de propriété », Les Petites Affiches, 5 mars 2009, n° 46, p. 32.

Cour eur. DH, 28 juill. 1968, Affaire linguistique belge, Série A n° 6, § 34 : « L'égalité de traitement est 54 violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 (art. 14) est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ».

كمؤشر أولي على الأهمية التي اكتسبتها رقابة التناسب في عمل المحكمة الأوروبية، يمكن الاطلاع على "فهرس مجموعة قراراتها" للسنوات 55 1999-2015 الذي ورد فيه استعمال مصطلح "التناسب" في عشرات القرارات.
Recueil des décisions et arrêts - index cumulatif 1999-2015, Wolf Legal Publishers, 2019.

وذلك تطبيقاً للفصل 34 من الاتفاقية الذي يميز "الالتزامات الفردية". 56

Cour EDH, Gde ch., 12 sept. 2011, Palomo Sánchez et al. c/ Espagne, n°28955/06, § 57 : « Dans l'exercice 57 de son pouvoir de contrôle, la Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions nationales, mais il lui incombe de vérifier, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation se concilient avec les dispositions invoquées de la Convention ».

Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, 4 arrêts (n° P 10-17.049, F 10-30.313, J 10-30.316 et D 10- 30.242), JCP 58 2011, n° 17, p. 483, S. Détraz.

والمحامين، في بيان طريقة إجراء رقابة التناسب⁵⁹، وجسّمت هذه الرقابة في فقه قضاء جديد أثار جدلا حادا وواسعا بين رافض⁶⁰ ومؤيد⁶¹ وجعل البعض يتحدث عن دخول محكمة التعقيب "عصر الميزان"⁶².

كما وقع تبني مبدأ التناسب في "الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان"⁶³ لسنة 1969 التي تضم 23 دولة من دول أمريكا اللاتينية. وتسهر على ضمان احترام أحكامها "لجنة" يمكن للأفراد اللجوء إليها في حالة هضم حقوقهم، ويمكن لهذه اللجنة أن ترفع الحالات الفردية إلى "المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان" التي وقع قبول اختصاصها من 21 دولة، وبدورها طوّرت "المحكمة الأمريكية" فقه قضاء كثيف حول مراقبة التناسب التي صارت من أهم المقاييس المعتمدة في متابعة مدى احترام محاكم الدول الأعضاء لالتزاماتهم⁶⁴.

ii. على هذا النوال تنسج المحكمة الإفريقية التي بدورها جعلت من رقابة التناسب أحد أعمدة فقه قضائتها الذي بصدد التشكل، مستفيدة في ذلك مما سبق أن سطرته المحكمتان الأوروبية والأمريكية وكذلك اللجان الأئمية بخصوص منهجية إجراء هذه الرقابة.

59 وقع تقديمه في الموقع الإلكتروني كما يلي :

« Un "Memento" propose de façon théorique et pratique, trames de motivation en renfort, un séquençage du contrôle dit de "proportionnalité" à usage tant de la Cour de cassation, des juridictions du fond que des avocats ». https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/reformes_mouvement_8181/reforme_mode_redaction_arrets_9223/

P.- Y. Gautier, « Éloge du syllogisme », JCP 2015. 1494 ; P.- Y. Gautier, Contre la « balance des intérêts » : hiérarchie des droits fondamentaux, Dalloz 2015, p. 2189 ; A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin proportionné », Dalloz 2016, p. 137 ; Ph. Malaurie, « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le judge made law à la manière européenne », JCP 2016. 318 ; F. Chénédy, « Contre- révolution tranquille à la Cour de cassation ? », Dalloz 2016, p. 796.

Ph. Jestaz, J.-P. Marguénaud et Ch. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », Dalloz 2014, p. 2061 ; Ch. Jamin, « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », RTD civ. 2015, p. 263 ; Ch. Jamin, « Cour de cassation : une question de motivation », JCP 2015. Doctr. 878 ; J.-P. Chazal, « Raisonnement juridique : entre évolution pragmatique et (im) posture dogmatique », Dalloz 2016, p. 121 ; J.-P. Chazal, « Raisonnement juridique (suite) : sortir de la liturgie doctrinale », Dalloz 2016, p. 417.

T. Marzal, « La Cour de cassation à l'âge de la balance », RTD civ. 2017, p. 789.

A titre d'exemple : article 12 al. 3 : « La liberté de manifester sa religion ou ses croyances ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, sont nécessaires à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou à la sauvegarde des droits ou libertés d'autrui ».

64 مثلا قرار « Atala Riffo et enfants contre Chili » الصادر في 24 فيفري/ شباط 2012 ضد دولة شيلي من أجل حكم قضت فيه محكمتها العليا بإسقاط الحصانة عن أم بسبب توجهاتها الجنسية، وقد رأت المحكمة الأمريكية أن المحاكم الشيلية لم تراعى التناسب بين الغاية (حماية مصلحة الطفل) والوسيلة (التدخل في أحد جوانب الحياة الخاصة للأب متمثلة في توجهاتها الجنسية) :

« The Court considers that, although [the principle of the best interest of the child] is related in abstracto to a legitimate goal, the measure was unsuitable and disproportionate to achieve that purpose, since the domestic courts should have limited themselves to examining parental behavior— which could be part of their private life — but without exposing and scrutinizing Ms. Atala's sexual orientation ».

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_ing.pdf

وللتدليل على تشديد قضاة "المحكمة الإفريقية" على أهمية أن يولي القاضي الوطني مسألة التناسب ما تستحقه من اهتمام، يمكن ذكر قرار صادر سنة 2014 ضد دولة "بوركينافاسو" لإصدار محاكمها حكماً بسجن صحفي مدة عام من أجل ثلب وكيل للجمهورية، وقد اعتبر قضاة المحكمة الإفريقية أن :

« La peine privative de liberté prévue par les dispositions législatives [du Burkina Faso] constitue une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression des journalistes [...]. En conséquence, l'application de telles lois par les juridictions burkinabées constitue elle aussi une violation des dispositions pertinentes des droits de l'homme en la matière. Dans tous les cas, l'Etat défendeur n'a pas démontré que ces condamnations étaient nécessaires et proportionnelles pour protéger les droits et la réputation [du Procureur de la République du Burkina Faso] »⁶⁵.



ملخص القول إنّ النصوص الدولية المصادق عليها من الدولة التونسية تُلزم القاضي بإجراء رقابة التناسب بين ضوابط الحقوق والحريات من جهة وموجبات هذه الضوابط من جهة أخرى، وأن موقف القاضي من هذه الرقابة سيكون تحت مجهر الهيئات الرقابية الدولية، بالتالي فإن تكريس رقابة التناسب دستوريا قد جاء ليتّوح مسارا سابقا على الصعيد الدولي.

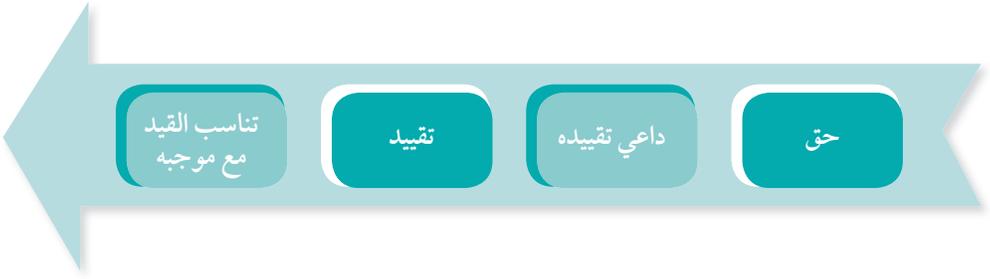
إن كانت رقابة التناسب تتوفر على جميع هذه الأسس العليا في مصادرها، فإن القاضي يكون مدعوا إلى الاضطلاع بدوره في تفعيلها، ويكون من التناقض بمكان ألا يرجع في تأسيس هذه الرقابة إلى الفصل 49 من الدستور حال أن النصوص الدولية ذات نفس المضمون تلزمه بنفس هذه الرقابة.

Lohé Issa Konaté c. Burkina Faso (2014), Recueil de jurisprudence de la Cour africaine, Volume 1 (2006- 65 2016), Pretoria University Law Press, 2019, p. 324, parag. 164 et 167.

الجزء الثاني

شروط أعمال القاضي لرقابة التناسب

عندما يجري القاضي رقابة التناسب فإنه يكون أمام معادلة ذات ثلاث عناصر: أولها حق أو حرية، وثانيها سبب يدعو إلى تقييدهما، وثالثها التقييد. والغاية من هذه المعادلة البحث في تناسب التقييد مع مبرره، أي إن كان التقييد قد انحصر في القدر اللازم لتحقيق أهدافه. بذلك تكون رقابة التناسب هي مرحلة الرقابة الأخيرة التي يصل إليها القاضي بعد الوقوف على تقييد الحق المطروح أمامه وبعد تحديد أسباب هذا التقييد مثلما يبيّنه المحجّم التالي:

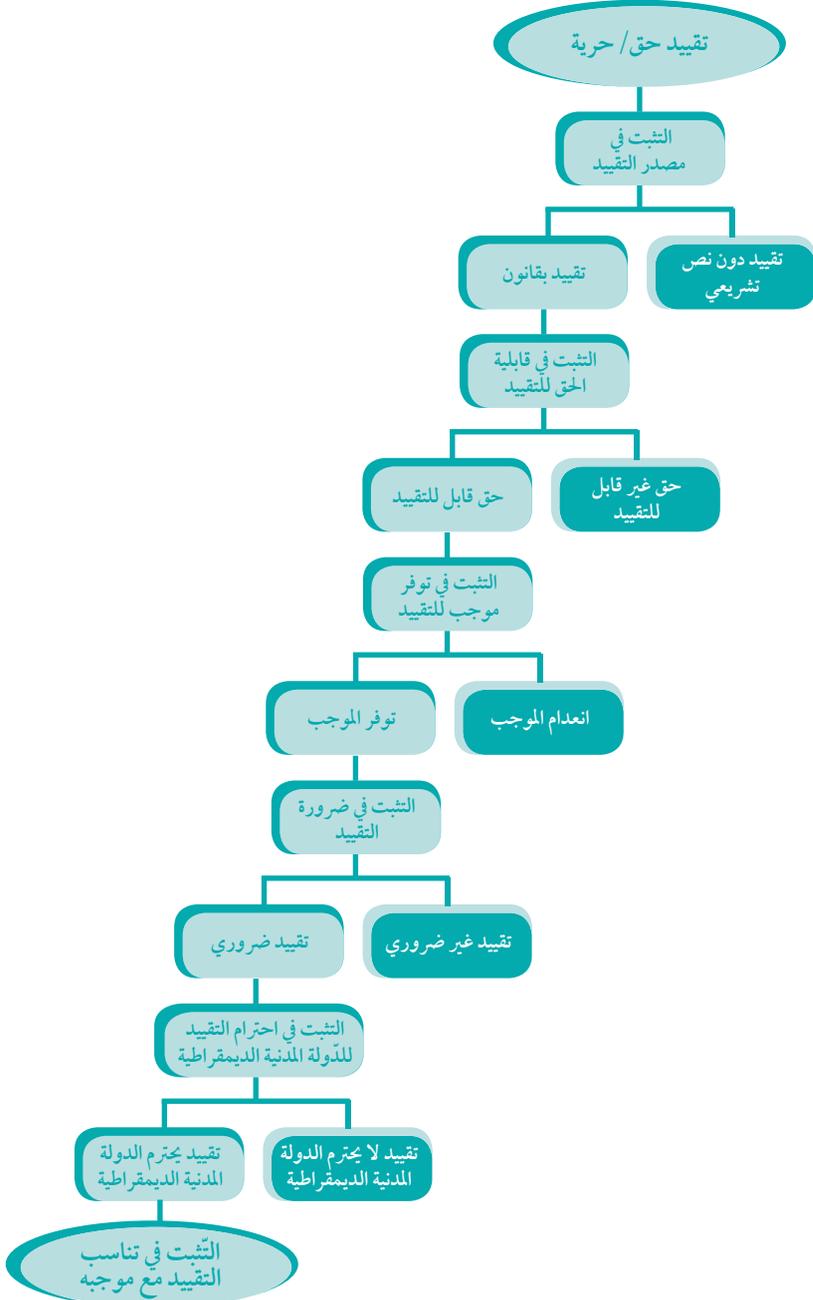


وكل معادلة، فإن المعادلة التي تطرحها رقابة التناسب لا يمكن أن يستقيم البحث فيها إلا إذا طُرحت عناصرها طرحاً صحيحاً، فلا يمكن أن يُرجى من القاضي إجراء رقابة تناسب بشكل سليم إذا لم يسبق ذلك فهم الحق موضوع التقييد فهما سليماً وتحليل هذا التقييد تحليلاً سويًا والبحث في موجهه بحثاً متأنياً.

بذلك فإن القاضي مطالب بتفكيك عناصر المعادلة، ومرجه الدائم والرئيسي في هذا التفكيك ما ورد بالفصل 49 من الدستور القاضي من أنه "يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية 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".

الواضح من هذا الفصل أن كل واحد من عناصر المعادلة التي تطرحها رقابة التناسب يخضع إلى شروط عديدة ودقيقة، فليس كل حق يمكن تقييده، وليس كل تقييد مقبول، وهي شروط مركبة لكنها متسلسلة تسلسلاً منهجياً منطقياً، فيجب على القاضي التثبت فيها، شرطاً شرطاً، ومرحلة مرحلة، ليصل في منتهائها إلى طرح موضوع رقابة التناسب مثلما يمثله المحجّم التالي:

مثال توضيحي للتسلسل المنطقي الذي يسلكه القاضي ليصل إلى إجراء رقابة التناسب بين قيود الحقوق والحريات وموجباتها



ويمكن إرجاع الشروط الأولية لرقابة التناسب إلى ثلاثة:

- أولاً: الشرط المتعلق بمصدر التقييد، فلا قيد على الحقوق إلا بقانون (الفقرة الأولى)،
- ثانياً: الشرط المتعلق بالحق موضوع التقييد، فلا قيد إلا على الحق القابل للتقييد (الفقرة الثانية).
- ثالثاً: الشرط المتعلق بسبب التقييد، فلا قيد إلا لضرورة محدّدة دستورياً (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى- لا قيد إلا بقانون

تقييد الحقوق والحريات يجب أن يكون "بقانون". ذلك هو الشرط الأول، وهو شرط شكلي، يضعه الفصل 49 من الدستور ويجب على القاضي السهر على احترامه بالالتزام بجميع القيود التي يفرضها القانون (i) وبلا شيء غير ما يفرضه القانون (ii).

I- القاضي والقيود التي يفرضها "القانون"

من اليسير أن يتثبت القاضي في احترام قيود الحقوق والحريات لشرطها الشكلي، فيكفيه التأكد من مصدرها الذي يجب أن يكون قانوناً، وهي الصورة الغالبة مطلقاً (1)، إلا في حالات استثنائية (2).

1- المصدر التشريعي

أ- الحل

عندما نصّ الفصل 49 من الدستور على أنه "يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات" فإنه يعني فقط "القانون" في معناه الشكلي أي النص الصادر عن السلطة التشريعية⁶⁶. وهذا الحل يتناغم مع ما ورد في النصوص الدولية، مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي اقتضى في المادة 29. أنه "لا يخضع أي فرد، في ممارسة حقوقه وحرياته، إلا للقيود التي يقرها القانون"، وهو الحل الذي أعادته لاحقاً المواثيق والاتفاقيات الدولية التي أكّدت جميعها ألا يقع تحديد الحقوق والحريات إلا بقانون⁶⁷.

وقد أوضحت "لجنة الأمم المتحدة المعنية بحقوق الإنسان" في "تعليقاتها العامة حول حرية التعبير" أن القانون المقيّد للحقوق والحريات يجب أن يكون على درجة من الوضوح والدقة الكافيين حتى يتمكن الساهرون على تطبيقه، ومنهم القضاة، من التوقي من كل تعسف في أعمال القيود الموضوعية:

66 وهو ما تشير إليه الصياغة الفرنسية التي تنص :

« La loi fixe les restrictions relatives aux droits et libertés ».

67 أنظر الجداول الثلاث بالصفحات 35 و36 و37.

« Pour être considérée comme une « loi », une norme doit être libellée avec suffisamment de précision pour permettre à un individu d'adapter son comportement en fonction de la règle et elle doit être accessible pour le public. La loi ne peut pas conférer aux personnes chargées de son application un pouvoir illimité de décider de la restriction de la liberté d'expression. Les lois doivent énoncer des règles suffisamment précises pour permettre aux personnes chargées de leur application d'établir quelles formes d'expression sont légitimement restreintes et quelles formes d'expression le sont indûment »⁶⁸.

ب- الضمانات

مبرر الاختصاص التشريعي هو توفير أقصى قدر من الضمانات عند وضع القيود على الحقوق والحريات بالنظر إلى:

- ◀ **طبيعة القانون** باعتباره تجسيدا للإرادة الحرة للشعب كما يعبر عنها ممثلوه مثلما نصّ عليه الفصل 50 من الدستور. وطريقة انتخاب ممثلي الشعب، التي أريد لها أن تكون ديمقراطية وتعددية، من شأنها تدعيم هذه الضمانات بالتعويل على قناعات وضمانات النواب في عدم التساهل في تقييد الحقوق والحريات.
- ◀ **المسار الثقيل والمركّب** لإصدار القوانين، انطلاقا من المبادرة التشريعية، مرورا بمناقشتها في اللجان المختصة وفي الجلسة العامة، وصولا إلى المصادقة عليها.
- ◀ **تعزيز الأغلبية اللازمة للمصادقة على القوانين التي تحمل قيودا على الحقوق والحريات**، ذلك أن الفصل 65 من الدستور قد اشترط أن تأخذ القوانين التي تهتم "الحريات وحقوق الإنسان" شكل قوانين أساسية التي، خلافا للقوانين العادية، لا يمكن المصادقة عليها إلا بالأغلبية المطلقة لأعضاء مجلس نواب الشعب مع ضرورة التمهل قبل المصادقة باشتراط ألا يُعرض المشروع على مداولة الجلسة العامة إلا بعد مضي خمسة عشر يوما من إحالته على اللجنة المختصة⁶⁹.
- ◀ **إخضاع القانون لمراقبة مشدّدة مزدوجة**: مراقبة سياسية من طرف رئيس الجمهورية الذي له سلطة ردّ المشاريع المصادق عليها لقراءة ثانية⁷⁰ إذا رأى فيها مثلا تقييدا غير مقبول للحقوق والحريات، وفي هذه الحالة لا يمكن المصادقة عليها إلا بأغلبية ثلاثة أخماس أعضاء المجلس⁷¹، وخاصة مراقبة قضائية تمارسها المحكمة الدستورية من خلال الطعن أمامها في مشاريع القوانين عندما يظهر مثلا أنّ فيها ما يخالف الفصل 49 من الدستور.

Observation générale n° 34 - Article 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression, 12 septembre 2011, Parag. 25. 68

الفصل 64 من الدستور. 69

الفصل 66 فقرة 4 من الدستور. 70

الفصل 81 فقرة الأخيرة من الدستور. 71

ج- واجب القاضي

متى تأكد القاضي من أن تقييد الحق المطروح عليه هو تقييد بنص تشريعي فإنه يصبح مطمئناً لتوفر الشرط الشكلي الذي يفرضه الفصل 49 من الدستور، ويجب عليه حينئذ أن يمر إلى المرحلة الموالية في معالجة النزاع.⁷²

بالمقابل، يُجبر على القاضي إثارة عدم دستورية التضييق في حق ما بقانون لسبب متعلق بشكليات هذا القانون، لكونه مثلاً جاء في شكل قانون عادي والحال أن مسائل الحقوق والحريات يجب أن تكون بقوانين أساسية. فمتى صدر القانون ولم تقع إثارة هذه المسألة فإنه يصبح متمتعاً بقرينة صحة مطلقة بالنسبة لصيغته الشكلية وليس للقاضي تفحصها لأنه ممنوع من مراقبة دستورية القوانين.⁷³

لكن توجد حالات يجوز فيها تقييد الحقوق والحريات بغير القانون.

2- الاستثناءات

أ- الصور

أحياناً يكون القاضي مدعواً لتطبيق وفرض احترام قيود على الحقوق والحريات واردة في شكل نصوص غير تشريعية، تتمثل في :

◀ **تدابير صادرة عن رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية⁷⁴**، ومثلها الحديث التدابير المتخذة لمجابهة انتشار مرض (كوفيد - 19)، والمتمثلة في الأمر الرئاسي عدد 24 المؤرخ في 18 مارس / آذار 2020 الذي منع الجولان بكامل الجمهورية ابتداء من 18 مارس / آذار 2020 من الساعة السادسة مساءً إلى الساعة السادسة صباحاً إلا في حالات استثنائية، ما يعني تقييداً لحقوق عديدة في الأوقات المذكورة، كحرية التنقل وحرية العمل وحرية الصناعة والتجارة وحرية التظاهر وحرية إقامة وممارسة الشعائر الدينية. وقد تبعه وكمله الأمر الرئاسي عدد 28 المؤرخ في 22 مارس / آذار 2020 الذي حجب الجولان خارج أوقات منع الجولان المحددة بالأمر عدد 24 (أي أن التحجير الثاني يسري من الساعة السادسة صباحاً إلى السادسة مساءً) إلا لقضاء حاجيات أساسية أو لأسباب صحية مستعجلة وكذلك منع التجمعات لأكثر من ثلاث أشخاص. ويسهر القضاء على ضمان احترام هذه القيود بتسليط العقوبات على المخالفين.⁷⁵

72 أنظر الصفحة 63 وما يليها.

73 أنظر الصفحتان 23 و 24 أعلاه حول منع القاضي من مراقبة دستورية القوانين.

74 الفصلان 77 و 80 من الدستور.

75 مثلاً الفصل 312 م.ج : " يعاقب بالسجن مدة ستة أشهر وبخطية قدرها مائة وعشرون ديناراً كل من يخالف التحجيرات وتدابير الوقاية والمراقبة المأمور بها حال وجود مرض وبائي".

◀ **مراسيم صادرة عن رئيس الجمهورية في حالة حلّ مجلس نواب الشعب أو عن رئيس الحكومة بتفويض لغرض معيّن من مجلس نواب الشعب** (الفصل 70 من الدستور). وللصورة الثانية مثال حديث يتمثل في القانون عدد 19 المؤرخ في 12 أفريل/ نيسان 2020 المتعلق بالتفويض إلى رئيس الحكومة في إصدار مراسيم لغرض مجابهة تداعيات انتشار فيروس كورونا (كوفيد -19)، وقد جاء في فصله الأول أن من بين مجالات هذا التفويض "تنظيم الحقوق والحريات بما يتلاءم مع التدابير الوقائية المستوجبة لمقاومة تفشي فيروس كورونا وانتقال العدوى به وبما يتماشى مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور". وتجسّم لهذا التفويض صدر عن رئيس الحكومة المرسوم عدد 9 المؤرخ في 17 أفريل/ نيسان 2020 المتعلق بزجر مخالفة منع الجولان وتحديده والحجر الصحي الشامل والتدابير الخاصة بالأشخاص المصابين أو المشتبه بإصابتهم بفيروس كورونا (كوفيد -19)، ومن الأحكام المقيّدة للحقوق والحريات في هذا المرسوم :

- تجريم مخالفة قواعد منع أو تحديد الجولان أو الحجر الصحي الشامل وعقابها بخطة قدرها خمسون ديناراً⁷⁶.
- تمكين وزير الصحة من تحديد ومراقبة إقامة الأشخاص المصابين أو المشتبه بإصابتهم بالفيروس أو الوافدين من مناطق أو بلدان موبوءة، وتشمل هذه التدابير إلزام الأشخاص المذكورين بالإقامة بالمؤسسات الاستشفائية أو غيرها من الفضاءات المعدّة للغرض أو بالانعزال بمنزلتهم. وتتقدّم هذه التدابير بالاستعانة بالقوّة العامة عند الحاجة وتحت إشراف النيابة العمومية⁷⁷. ويعاقب مخالف هذه التدابير بخطة يتراوح مقدارها بين 1000 و5000 دينار.

ب- الضمانات

- مبرّر تصديق الحقوق والحريات بتدابير من رئيس الجمهورية هو الحالة الاستثنائية التي أطرها الفصل 80 من الدستور بشروط دقيقة، فهي حالة الخطر الداهم المهدّد لكيان الوطن أو أمن البلاد أو استقلالها بما يتعدّد معه السير العادي لدواليب الدولة. وقد أحاط الدستور الحالة الاستثنائية بضمانات تتمثل في ضرورة التشاور، قبل الإعلان عنها، مع رئيسي الحكومة والمجلس النيابي، وإعلام رئيس المحكمة الدستورية، ويمكن لهذه الأخيرة التدخل بعد شهر من بداية الحالة الاستثنائية للبت في مدى وجاهة استمرارها. لكن هذه الضمانة غابت بالنسبة للحالة الاستثنائية التي تم إعلانها لمجابهة تفشي مرض (كوفيد -19) نظراً لعدم إرساء المحكمة الدستورية. فظلت التدابير المقيّدة للحقوق والحريات المتخذة في إطار الحجر الصحي دون رقابة دستورية.

76 الفصل 2 من المرسوم.

77 الفصلان 3 و 4 من المرسوم.

- وبالنسبة للمراسيم، فهي تخضع، بمجرد انتهاء موجب إصدارها⁷⁸، لرقابة المجلس النيابي الذي يتولى النظر فيها والمصادقة عليها بحسب نفس الصيغ وضمانات إصدار القوانين⁷⁹.

ج- دور القاضي

← بالنسبة للتدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية والتي تدخل في موضوعها ضمن الاختصاص التشريعي، كما الشأن بالنسبة للحقوق والحريات، فقد نزلها فقه القضاء الفرنسي منزلة القانون لكونها من مجاله الحصري⁸⁰. ومثل هذا الموقف يصلح أيضا في تونس باعتبار أن الحقوق والحريات تدخل في مجال القانون حسب الفصل 65 من الدستور، وتدخل رئيس الجمهورية في هذا المجال إنما يقوم مقام التدخل التشريعي ويعوّضه لفترة معينة ريثما تزول حالة الخطر الداهم.

على هذا الأساس، وكما هو الشأن بالنسبة للقوانين، فإن القاضي لا يملك، أمام التدابير الاستثنائية الرئاسية المقيدة للحقوق والحريات، إلا معاينة احترامها للشرط الشكلي الوارد بالفصل 49 ليمرّ بعدها إلى المرحلة الموالية للرقابة. فالاختصاص الرئاسي ليس تعديبا على الاختصاص التشريعي وإنما استثناء له يجد أساسه في الدستور. لذلك ليس للقاضي سلطة مراقبة احترام هذه النصوص لشرط إصدارها، مثلا التأكد من توفر حالة الخطر الداهم الذي يبررها، والقيام بالمشاورات اللازمة مع رئيسي الحكومة والمجلس النيابي، وإعلام المحكمة الدستورية.

← بالنسبة للمراسيم المتضمنة لقيود للحقوق والحريات فإنها تخضع لتمييز ناتج عن طبيعتها المتحوّلة في الزمن باعتبار طبيعتها الوقتية: فقبل مصادقة السلطة التشريعية، يُكيّف المرسوم كقرار إداري تربيي⁸¹، واستقر الرأي في فرنسا على أن موقف القاضي العدلي من هذه القرارات يختلف:

← فأما القاضي الجزائري فله صلاحية مراقبة شرعية القرارات الإدارية تريبية كانت أو فردية إذا كان البت في التتبع المطروح عليه يتطلب الوقوف على تلك الشرعية⁸²، ومبرر هذا الحل هو الرهان الذي تمثله النزاعات الجزائية التي قد تمس من حرية الفرد وشرفه واعتباره بحيث لا يمكن تأخير البت فيها إلى حين تدخل القاضي الإداري.

78 تكوين المجلس النيابي الجديد بالنسبة لمراسيم رئيس الجمهورية في حالة حل المجلس السابق، وانتهاء مدة التفويض بالنسبة لمراسيم رئيس الحكومة. أنظر الصفحة 52 أعلاه.

80 CE Ass. 2 mars 1962, Rubin de Servens, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit., n° 80 ; R. CHAPUS, Droit administratif général, T. I, 9ème éd. Montchrestien, Delta, 1995, n° 84.

81 R. CHAPUS, Droit administratif général, op. cit., n° 719, p. 589.

82 Article 111-5 du Code pénal : « Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis ».

لكن إذا سبق تعهد القاضي الإداري بموضوع شرعية القرار الإداري فإن القاضي الجزائري يصبح ملزما بإيقاف النظر وانتظار نظيره الإداري : Répertoire Dalloz Pénal et Procédure pénale, V° Question préjudicielle, octobre 2003, L. ERSTEIN, n° 66.

← أما بالنسبة للقاضي المدني فإن المبدأ هو منعه من الخوض في شرعية القرارات الإدارية، فيكون ملزماً بإيقاف النظر في المسائل التي تطرحها شرعيتها ليفسح المجال للبت فيها للقاضي الإداري⁸³، لكن يوجد استثناء لهذا المنع في الحالة التي يكون فيها القرار الإداري حاملاً لاعتداء خطير على الحريات الفردية أو على حق الملكية⁸⁴.

على هذا الأساس يمكن للقاضي الجزائي مثلاً مراقبة استناد المرسوم لتفويض تشريعي، واحترامه لمجال هذا التفويض موضوعاً ومدةً.

ويبدو أن الموقف في تونس لم يتضح بشكل كافٍ للقول بوجود فقه قضاء مستقر عليه⁸⁵. ويمكن الاستلham من الحل الفرنسي لتشابه النظامين. لكن ما يجب التأكيد عليه هو:

أولاً- أن يكون القاضي على وعي بأهمية مسألة شرعية المراسيم الحكومية بالنظر إلى ما قد تحمله من قيود على الحقوق والحريات. فالخطر هو أن لا يولي القاضي هذا الموضوع ما يستحقه من عناية بأن يصرّ على تطبيقها رغم المنازعة في شرعيتها الشكلية، فيرفض الخوض في هذه الشرعية وفي نفس الوقت يرفض انتظار البت فيها من القاضي الإداري، فيكون بموقفه هذا قد أنكر العدالة وسلّم بشرعية ما قد يكون موضوع منازعة جدية شرعته.

ثانياً- سواء أقر القاضي لنفسه صلاحية الخوض في شرعية القرارات الإدارية أو اعتبرها مسألة توقيفية من صلاحيات نظيره الإداري، فإن موقفه، في الحالتين، يضمن مبدئياً الحقوق والحريات ما دام الوعي قائماً بخطورة المسألة وما دام الحكم لن يصدر إلا بعد التأكد من شرعية القرار الإداري الذي وضع قيوداً على تلك الحقوق والحريات، أي كانت الجهة التي ستتولى الرقابة.

لكن بمجرد مصادقة المجلس النيابي على المرسوم، فإنه يرتقي لمرتبة القانون ويكتسب طبيعة تشريعية بشكل رجعي⁸⁶، ويصبح حينئذ خارجاً عن الرقابة الشكلية للقاضي الذي يصير ملزماً بالتصريح بتوفر شرط الاختصاص التشريعي في قيود الحقوق والحريات المطروحة عليه في هذه الحالة.

أما في الحالات التي تكون فيها القيود متأتية من مصادر "غير قانونية" فإن المعطيات تكون مختلفة جذرياً ويصبح من المشروع انتظار موقف قوي من القاضي لحماية الاختصاص التشريعي.

T. confl. 16 juin 1923, Septfonds, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit., n° 39. 83

T. confl. 30 oct. 1947, Barinstein, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit., p. 236. 84

أنظر: إبراهيم البرتاجي، قانون النزاع الإداري العام، الكتاب الأول، مركز النشر الجامعي، 2018، الفقرة 103 وما بعدها. 85

R. CHAPUS, Droit administratif général, op. cit., n° 719, p. 589. 86

II- القاضي والقيود المتأتية من "غير القانون"

قد تتأتى قيود الحقوق والحريات من الإدارة بمختلف تجلياتها (1)، أو من العادة والعرف (2) أو من القاضي ذاته (3). هذه القيود تضع القاضي أمام تحدي حقيقي متعلق باحترام وضمان احترام الاختصاص التشريعي كما ورد بالفصل 49 من الدستور.

1- القيود بنصوص غير تشريعية

أ- الصور

الواقع يُظهر أن تقييد الحقوق والحريات قد يتأتى من:

← **الأوامر الترتيبية:** والمثال على ذلك أمر 26 جانفي/ كانون الثاني 1978 المتعلق بتنظيم حالة الطوارئ الذي أجاز لوزير الداخلية والوالي صلاحيات شاسعة لتقييد الحقوق والحريات. فيمكن لوزير الداخلية وضع أي شخص تحت الإقامة الجبرية، والإذن بالغلاق المؤقت لقاعات العروض ومحلات بيع المشروبات وأماكن الاجتماعات مهما كان نوعها، كما له تحجير الاجتماعات، والإذن بتفتيش المحلات نهارا وليلا، ومراقبة الصحافة وكل أنواع المنشورات وكذلك البث الإذاعي والعروض السينمائية والمسرحية. كما يسمح للوالي في حدود اختصاصه الترابي بمنع الجولان وتنظيم إقامة الأشخاص ومنع الإقامة ومنع الإضراب.

ولا يزال هذا الأمر ساري المفعول في انتظار إلغاءه وتنظيم حالة الطوارئ بقانون.

← **مختلف القرارات الإدارية بشتى مصادرها المتنوعة،** كالوزراء والسلط الجهوية والمحلية يمكن أن تكون أيضا مصدرا للقيود على الحقوق والحريات، ويمكن العثور على مثال لهذه الحالة في قرار وزير النقل المؤرخ في 25 جانفي/ كانون الثاني 2000 المتعلق بتسجيل العربات، فقد نصّ في الفصل 35 أن الاعتراض الذي يجريه الدائن على البطاقة الرمادية لعربة مدينه يسقط آليا بعد ستة أشهر من تاريخ إجرائه. والمعلوم أن الاعتراض على البطاقة الرمادية هو إجراء بمثابة العقلة التحفظية هدفه منع المدين من التفريط في عربته تمهيدا لعقلتها وبيعها جبرا. بهذا المعنى يكون الاعتراض من متعلقات الحقّ الأساسي للدائن في حماية عناصر ذمته المالية، ولا يمكن المساس بهذا الحق، بوضع شروط لسقوط ما يجريه من أعمال تحفظية لحقوقه، إلا بقانون كما شأن جميع العقل.

ولهذا المثال تأثير كبير وواسع على الصعيد العملي لكون الاعتراضات على البطاقات الرمادية هي من الوسائل الشائعة والناجعة التي يلجأ إليها الدائنون لاستخلاص ديونهم، وسقوط ما يجرونه من اعتراضات بسبب قرار وزير النقل المذكور هو من أهم الأسباب التي يلجأ إليها ويستعملها المدينون أمام المحاكم للمنازعة في العقل المجرة ضدهم.

◀ **المناشير والتعليقات الإدارية:** لها تاريخ في تقييد الحقوق والحريات، فاستعملت لتقييد حرية الزواج بمنع زواج المسلم بغير المسلم بموجب منشور وزير الداخلية المؤرخ في 17 مارس/ آذار 1962 الذي عمّر طويلا قبل أن يُلغى أخيرا⁸⁷. كما استعملت لفرض غلق المقاهي في شهر رمضان ومنع بيع المشروبات الكحولية أيام الجمعة وفي شهر رمضان وفي الأعياد الدينية، وهي نصوص ذات فعالية مرعبة لأنها أمر من الرئيس الأول للإدارة مضمون الوصول مباشرة إلى العون المكلف بالتطبيق، ولأنها تكاد تكون سرّية، تُطبّق ولا تُنشر، الكل يعلم بوجودها لأنها تُنفذ لكن من الصعوبة بمكان النفاذ إليها، فمثلا يُقال أن غلق المقاهي في شهر رمضان يستند إلى منشور من الوزير الأول صدر سنة 1981، لكن "البوابة الوطنية للإعلام القانوني" التابعة لرئاسة الحكومة لا تتضمن في بابها المتعلق بالمناشير أي منشور في ذلك الموضوع لا سنة 1981 ولا في أي تاريخ آخر.

ب- دور القاضي

سبقت الإشارة إلى أن الموقف على الصعيد المقارن قد استقر على الاعتراف للقاضي الجزائري فقط بسلطة فحص شرعية القرارات الإدارية⁸⁸، فإن تبيّن له عدم شرعيتها، مثلا لاعتدائها على الاختصاص التشريعي في مجال الحريات فإنه يهملها ويعتبرها كأن لم تكن ولا يطبقها على النزاع. أما القاضي المدني فليس له هذه السلطة إلا استثناء في حالة الاعتداء الخطير على الحريات الفردية أو على حق الملكية⁸⁹، وخارج هذا الاستثناء تعتبر بالنسبة إليه المنازعة في شرعية القرارات الإدارية مسألة توقيفية توجب عليه تعليق النظر إلى حين النظر فيها من القاضي الإداري.

لكن هذا الحل العام يحتمل استثناءين، أولهما يوجب تسامح القاضي في قبول تقييد الحريات بغير القانون فيغض الطرف عن المنازعة في شرعية مصدر التقييد ويقبله كما هو لدواعي خطيرة، أما الاستثناء الثاني فيوجب على القاضي مطلقا توخي الصرامة التامة لرفض تقييد الحريات بمجرد مناشير إدارية:

◀ **أما الاستثناء الأول** فيتعلق بقبول تدخل السلطة الترتيبية العامة في مجال الحريات وذلك لتنظيم مسألة متأكدة تهم النظام العام في انتظار تنظيمها تشريعا. وقد وضع مجلس الدولة

87 وكذلك المنشوران الصادران عن وزير الداخلية في 21 أوت/ آب 1974 و 30 مارس/ آذار 1987، وتعليقات الوزير الأول الصادرة في 19 أكتوبر/ تشرين الأول 1973، والمنشور الصادر عن وزير العدل في 5 نوفمبر/ تشرين الثاني 1973، وتم إلغاؤها جميعا إثر خطاب رئيس الجمهورية المؤرخ في 13 أوت/ آب 2017 والذي على إثره وجّه رئيس الحكومة، بتاريخ 8 سبتمبر/ أيلول 2017، مراسلة إلى الوزراء تضمنت قراره إلغاء تعليقات سنة 1973 "لتعارضها مع الفصلين 21 و 46 من الدستور ومخالفتها للاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الدولة التونسية والتي لها مرتبة أعلى من القوانين طبقا للفصل 20 من الدستور"، وفي ذات المراسلة طلب رئيس الحكومة من الوزراء إلغاء المناشير المشار إليها، فصدر مثلا عن وزير العدل المنشور عدد 164 المؤرخ في 8 سبتمبر/ أيلول 2017 الموجه إلى الرؤساء الأول لمحاكم الاستئناف والوكلاء العامين بها ورؤساء المحاكم الابتدائية ووكلاء الجمهورية بها وقضاة النواحي وضباط الحالة المدنية وقد تضمن ما يلي: "طلما أن المنشور [المؤرخ في 5 نوفمبر/ تشرين الثاني 1973] هو منشور تفسيري وأن المناشير بحكم طبيعتها لا تنشئ بذاتها أي حقوق وليس من شأنها المساس بالوضعية القانونية، فإن إلغاء سنده القانوني [تعليقات الوزير الأول الصادرة في 19 أكتوبر/ تشرين الأول 1973] يجعله غير ذي موضوع وملغى قانونا. لذا فالرغوب منكم إنهاء العمل بالمشور عدد 216 المؤرخ في 5 نوفمبر/ تشرين الثاني 1973".

88 أعلاه، ص. 55.

89 أعلاه، ص. 56.

الفرنسي هذا الاستثناء في قرار شهير يعرف بقرار LABONNE⁹⁰. وبهذا الحل يمكن إنقاذ أمر 26 جانفي/ كانون الثاني 1978 المتعلق بتنظيم حالة الطوارئ لكونه يتعلق بمجابهة ومعالجة حالة الخطر الداهم المهدد لكيان الدولة في غياب نص تشريعي يؤطرها. فلا يسع القاضي إلا التسليم بهذا الأمر وتطبيقه حتى لا ينزع عن الدولة سلاحها في محاربة المخاطر التي تهددها خاصة وأن السلطة التشريعية قد أهملت تنظيم الموضوع إهمالا كليا وأجلته تأجيلا لا تبدو له نهاية قريبة. فهي حالة ضرورة توجب على القاضي العمل بأمر ترتيبه تدخل اضطرارا في غير مجاله لسد فراغ تشريعي في انتظار تداركه. على هذا الأساس دأبت المحاكم الجزائية على تطبيق أمر تنظيم حالة الطوارئ وذلك بتبع المخالفين له على أساس الجرائم التي تضمنها في الفصل العاشر منه⁹¹ دون إثارة لأي إشكال متعلق بشرعيته.

◀ **أما الاستثناء الثاني** فيتعلق بالمناشير والتعليقات الإدارية، فالأصل في المنشور أنه نصّ داخلي لتوضيح وتنظيم طريقة عمل الإدارة ولا يرتقي لمرتبة القرار الإداري، أما إذا انقلب على دوره وتعداه ليصبح ذا صبغة ترشيحية عامة فيها تصبّيق على الحقوق والحريات فإنه يكون خطرا كبيرا على دولة القانون. يجب حينئذ على القاضي عدم إيلاء اعتبار إلى مثل هذه المناشير وعدم ترتيب أي نتيجة قانونية عليها. من هنا يمكن نقد توجه بعض أعضاء النيابة العمومية وبعض القضاة في اعتماد المناشير والتعليقات الخاصة بمنع فتح المقاهي في شهر رمضان لتتبع وعقاب مخالفيها على أساس الفصل 315 م.ج الذي يعاقب بالسجن الذي قد يصل إلى 15 يوما وبالخطية "الأشخاص الذين لا يمثلون لما أمرت به [...] القرارات الصادرة ممن له النظر". فاعتبر أن تلك المناشير هي من قبيل "القرارات الصادرة ممن له النظر" وأن مخالفتها موجبة للتبعات والعقوبات الجزائية المذكورة. وهو موقف غير مقبول إطلاقا لأن تلك المناشير هي في الحقيقة صادرة ممن ليس له النظر أصلا.

2- القيود العرفية

قد يقع الاحتجاج بالعادة والعرف السائدين لتبرير تقييد الحقوق والحريات، خاصة الفردية منها. وليس من النادر أن يحيل القانون في بعض المسائل إلى العادة والعرف، ومثال ذلك الفقرة الثانية من الفصل 23 م.أ.ش التي جاء بها أنه "يقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة". بذلك فإن تحديد هذه الواجبات يتم بالرجوع إلى ما هو سائد ومتعارف عليه. لكن الأعراف السائدة، التي هي طبيعتها قديمة لا تتطور بسهولة ولا توأكب ما حصل من تطورات كبيرة متسارعة في مجال الحقوق والحريات مما قد يؤدي إلى هوة بينهما قد تصل حتى إلى التضارب، ومثاله الأعراف السائدة في بعض الجهات التي تمنع المرأة من مغادرة محلّ الزوجية دون ترخيص من زوجها.

90 CE, 8 août 1919, Labonne, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit., n° 35.

91 ورد به أن "كل مخالفة لأحكام هذا الأمر تعاقب بالسجن لمدة تتراوح بين ستة أشهر وستين وبخطية تتراوح بين ستين (60 د) وألفين وخمسة دینار (2500 د) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط".

سواء وقع الاستناد إلى العرف مباشرة أو وقعت الإحالة إليه من القانون (كما صورة الفصل 23 م.أش) فإنه لا يعتبر مصدرا مقبولا لتقييد الحقوق والحريات لأنّ الفصل 49 من الدستور لا يجيز إلا القيود التي يضعها القانون مباشرة.

وفي نفس الاتجاه أكدت لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان :

« Il est contraire au Pacte qu'une restriction soit inscrite dans une règle traditionnelle, religieuse ou toute autre règle coutumière »⁹²

بذلك فإنّ القاضي مطالب باستبعاد كل القيود على الحقوق والحريات التي مصدرها العادات والأعراف السائدة.

3- القيود الموضوعية من فقه القضاء

أ- أمثلة

عندما يضطلع القاضي بدوره في فضّ النزاعات، فإنّه يقوم بذلك بتطبيق القانون، لكنه قد يضطر أحيانا لتأويل القانون إن كان غامضا، وقد يضطر أيضا لاستنباط الحلول في غياب حلّ واضح في القانون. لكن القاضي قد يستعمل وظيفتي التأويل والاستنباط لوضع قيود لم يضعها المشرّع على الحقوق والحريات، والأمثلة على هذا شهيرة حسبها يبيّنه الجدول الآتي :

جدول بياني لمثلة عن قيود الحقوق والحريات الموضوعية من فقه القضاء

القيد الموضوع	قراءته من فقه القضاء	النص (خالي من كل تقييد)	الحق/ الحرية موضوع التقييد
تقييد ديني لحرية زواج المرأة	<ul style="list-style-type: none"> محكمة التعقيب، قرار "حورية" الصادر في 31 جانفي / كانون الثاني 1966 أنه "لا جدال أن تزوج المسلمة بغير المسلم هي من المعاصي العظمى، كما لا جدال أن الشريعة الإسلامية تعتبر الزواج باطلا من أساسه". 	الفصل 5 م.أ.ش: "يجب أن يكون كلّ من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية"	حرية زواج المرأة
تقييد ديني للحق في الميراث	<ul style="list-style-type: none"> محكمة التعقيب، قرار "حورية المذكور أعلاه": "لا جدال أن تزوج المسلمة بغير المسلم هي من المعاصي العظمى [...] لكن مع ذلك لا تراه ردة إلا إذا ثبت أن الزوجة اعتنقت دين زوجها الغير مسلم". القرار التعقيبي المؤرخ في 28 أفريل/ نيسان 2000: "غير المسلم لا يرث المسلم حتّى إن أسلم قبل قسمة التركة". 	الفصل 88 م.أ.ش: "القتل العمد من موانع الإرث"	الحق في الميراث

<p>تقييد ديني على حق الأم المقيمة بالخارج في حضانتها أبنائها</p>	<p>الفصل 67 م.أ.ش: "على القاضي عند البت في الحضانة أن يراعي مصلحة المحضون"</p>	<p>القرار التعقيبي المؤرخ في 15 ماي/ أيار 1979 : " يتجه التذكير أن الطفلين ينتميان إلى الجنسية التونسية ويدينان بالديانة الإسلامية بحكم انحدرهما من أب تونسي يدين بالإسلام ولا جدال في أن تحولها إلى بيئة مغايرة لبيئتهما دينا ووطنية وحضارة لا يخلو من خطر انتابتهما عن مقوماتها الذاتية السابق الإشارة إليها".</p>
<p>حق التبني</p>	<p>الفصل 9 من قانون 4 مارس/ آذار 1958: "ينبغي أن يكون المتبني شخصا رشيدا ذكرا أو أنثى متزوجا متمتعاً بحقوق المدنية ذا أخلاق حميدة سليم العقل والجسم وقادرا على القيام بشؤون المتبني".</p>	<p>حكم محكمة ناحية المؤرخ في 26 ديسمبر/ كانون الأول 1974: يجوز لزوجين فرنسيين، بعد الإدلاء بشهادة في اعتناقها الدين الإسلامي، أن يتبنا تونسيا.</p>

ب- واجب القاضي الامتناع عن وضع قيود للحقوق والحريات

ليس من المقبول مطلقاً أن يقدم القاضي على وضع قيود للحقوق والحريات لسببين:

- ◀ فذلك يعتبر تعدياً على اختصاص المشرع المخوّل له وحده، دون باقي السلط، تسطير حدود الحقوق والحريات مثلما نصّ عليه الفصل 49 من الدستور. والقاضي ملزم بأحكام الدستور وبما تضمنته من توزيع للاختصاصات بين السلط العمومية.
- ◀ وذلك يتنافى تنافياً جوهرياً مع وظيفة القاضي، فهو حامي الحقوق والحريات مثلما أكّد عليه الفصلان 49 و 102 من الدستور. واختيار النص الدستوري استعمال عبارة "حماية" الحقوق والحريات يحمل في حدّ ذاته كثيراً من المعاني لما يتضمّنه هذا اللفظ من شحنة قويّة تدعو القاضي إلى لعب دور إيجابي في الدّود والدفاع عن الحقوق والحريات. فإذا كان القاضي هو المؤمن عليها فلا يُقبل منه إطلاقاً وضع قيود لها.

والملاحظ أن فقه القضاء سائر بثبات نحو التخلي عن القيود التي وضعها على الحقوق والحريات مثلما يبيّنه الجدول التالي :

جدول في بيان توجه فقه القضاء للتخلي عن القيود التي وضعها على الحقوق والحريات

القيد المتروك	مثال من فقه القضاء
القيد الديني على حرية زواج المرأة	قرار تعقيبي مؤرخ في 5 فيفري/ شباط 2009 : "ضمان حرّية زواج المرأة على قدم المساواة مع الرجل المكرسة بالفقرة 1-ب من الفصل 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المؤرخة في 18 ديسمبر/ كانون الأوّل 1979 المصادق عليها من الجمهورية التونسية بموجب القانون عدد 68 لسنة 1985 المؤرخ في 12 جويلية/ تموز 1985 يمنع من القول بوجود أي تأثير لمعتقد المرأة على حرّيتها في الزواج".
القيد الديني على الميراث	قرار تعقيبي مؤرخ في 5 فيفري/ شباط 2009 : "تعيّن قراءة [الفصل 88 م.أش.] بالرجوع إلى المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني التونسي كما وردت في الدستور وما تمت المصادقة عليه من اتفاقيات دولية". "حرّية المعتقد المكرّسة بالفصل 5 من الدستور والفصل 18 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية تقتضي الفصل بين مسألة التمتع بالحقوق المدنية ومسألة المعتقدات الدينية وذلك بمنع تعليق تمتع الفرد بحقوقه على معتقداته". كما أضافت المحكمة بأن "ضمان مبدأ المساواة المنصوص عليه بالفصل 6 من الدستور والفصل 26 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية يوجب عدم التمييز بين الأفراد لاعتبارات دينية مما يمنع تعليق الحق في الإرث على اعتبارات متعلقة بعقيدة الوارث".
القيد الديني على الحضانة	قرار تعقيبي مؤرخ في 02 مارس/ آذار 2001 : "لا شك أن المشرع التونسي قد راعى في إسناد الحضانة مصلحة المحضون واعتبر أن الحق في الحضانة مرتبط أشد الارتباط بمصلحة المحضون". "إن إسناد حضانة الطفل لوالدته الدانهاركية المقيمة ببلجيكا ليس فيه ما يتأذى به النظام العام أو يخالف السياسة التشريعية للبلاد التونسية سيما وأن الأمر من مشمولات علاقة قانونية ذات طابع دولي تتعلق بحضانة طفل قاصر ومصالحته تكون هي الأولى في الاعتبار دون غيرها من الاعتبارات الأخرى".
القيد الديني على التبني	تخلت محكمة ناحية تونس عن شرط اعتناق الأجانب طالبي التبني للإسلام ⁹³ .

ورغم هذه التطورات المشهودة فإنه يجب الحذر لأن الارتدادات تبقى واردة:

◀ فالقرار التعقيبي الصادر سنة 2009 وقع التمرد عليه من محكمة الاستئناف بسوسة التي تمسكت في قرار صادر في 3 ماي/ أيار 2013⁹⁴ بأن الفصل 5 م.أ.ش. قد وضع "شرط إسلام الزوج واعتبره من الشروط الجوهرية الأساسية"، كما تمردت عليه أيضا محكمة الاستئناف بتونس في قرار صادر في 26 جوان/ حزيران 2014⁹⁵ عندما تمسكت بأن "اعتبار اختلاف الدين مانع من موانع الإرث لا تأثير له على إقرار الحرية الدينية ضمن التشريع التونسي ولا تضارب ولا تقاطع بينهما".

93 M. GHAZOUANI, « 100 jugements d'adoptions internationales, éclairages sur une pratique éclairée du tribunal cantonal de Tunis », in la diversité dans le droit, Mélanges en l'honneur de la Doyenne Kalthoum Meziou Dorai, Centre de publication universitaire, 2013, p. 389.

94 غير منشور.

95 غير منشور.

◀ وما زال من القضية من يرفض أصلا فكرة التبني ويصل به الأمر حتى إلى استعمال الدستور وما جاء بالفصل 47 حول حق الطفل في رعاية والديه ليرفض التبني بدعوى أنه "من الأسلم والأقرب لروح التشريع والدستور محاولة تأطير الأم العزباء عوض انتزاع ابنها منها في ظرفية حساسة تمرّ بها، وتوفير سبل العيش الكريم لها ولابنها والإحاطة بها بما قد يجدي مستقبلا وينعكس على نفسية الطفل الذي سيعلم إن عاجلا أو آجلا بعد تبنيه أنه ابن زنا ومتبنى وهو ما سيؤثر ضرورة على نفسه. [لذلك يكون] مطلب التبني ليس في مصلحة الطفل، وحقه في العيش مع والدته الطبيعية"⁹⁶.

لذلك فإن خير وقاية من مخاطر التراجع هو أن يلتزم القاضي بالتوزيع الدستوري للاختصاص الذي يمنعه من وضع القيود على الحقوق والحريات ويلزمه باحترام تلك التي يضعها المشرع، لكن هذا الأخير غير مطلق اليدين في مهمته.

الفقرة الثانية - لا قيد إلا على الحق القابل للتقييد

السؤال المطروح هو التالي:

هل أن كل حق يمكن تقييده؟ هل أن كل حق يمكن وضعه في ميزان التناسب؟

يبدأ الفصل 49 من الدستور بالقول أنه "يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور [...]"، وهي صياغة توحى بأن القانون يمكن أن يضع ضوابط على الحقوق والحريات جميعها، دون استثناء ولا تمييز، وهذا الانطباع تعزّزه قراءة باقي أحكام الدستور التي لم ترد فيها إشارة إلى شروط متعلقة بالحقوق موضوع التقييد الأمر الذي يوحي بعدم وجود مفاضلة بينها *Hierarchisation*.

في الحقيقة وجب التمييز في الحقوق والحريات بين ما هو مطلق، غير قابل للانتقاص، لا يقبل التقييد، وبين ما هو نسبي، يمكن تقييده (I). وهو تمييز جوهري يجب على القاضي الوقوف عليه لأنه يحكم باقي المسار المنطقي الذي يتعيّن عليه أن يسلكه توصالا لإجراء رقابة التناسب من عدمها، فإن ظهر أن الحق ينتمي لصنف الحقوق المطلقة فإن القاضي يكون ملزما بضمانه وذلك برفض كل القيود التي قد ترد عليه، أما إذا تبين أنه حق نسبي فيمكن له مواصلة التمشي في مراقبة التقييد الموضوع عليه (II).

96 حكم محكمة ناحية مارت عدد 47 بتاريخ 12 فيفري/ شباط 2014 (غير منشور).

I- التمييز بين الحقوق المطلقة والحقوق النسبية

يجب تحديد أساس هذا التمييز (1) قبل البحث عن معيار له (2).

1- أساس التمييز

هل يعرف القانون التونسي التمييز بين الحقوق المطلقة والحقوق والنسبية؟

لئن لم يرد بالدستور تمييز بين الحقوق والحريات من حيث قوّتها، إلا أنه يمكن العثور على أساس لهذا التمييز في القانون التونسي. ولهذا الغرض يتعيّن الرجوع إلى العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 الذي صادقت عليه بلادنا سنة 1968، فقد أجاز في فصله الرابع للدولة عندما تكون في حالة تهديد لكيانها أن تقوم بتقييد الحقوق والحريات التي وقع ضمانها إلا مجموعة منها لا يمكن أن يأتي عليها أي تقييد مهما كانت الظروف وهي:

الحقوق المطلقة المهذّدة

بالفصل 4 من عهد الحقوق المدنية والسياسية

الحق في الحياة إلا صورة عقاب الإعدام

منع التعذيب والمعاملات القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة من الكرامة

منع التجارب الطبية والعلمية على شخص دون رضاه

منع الرّق والعبودية

منع السجن من أجل الالتزامات التعاقدية

شرعية الجرائم والعقوبات وعدم رجعية القانوني الجزائي إلا الأرفق

الحق في الشخصية القانونية

حرية الفكر والوجدان والدين

لكن يبدو هذا الحل قابلا للنقد لأنه يوحي بأن باقي الحقوق التي لم يستثنها الفصل 4 هي حقوق نسبية، وهو ما يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، فمثلا لا يتصور، مهما كانت المبررات والظروف، قبول استثناءات لمبدأ منع التمييز بسبب العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي السياسي أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة، أو النسب.

وقد أقرت "اللجنة الأُممية المعنية بالحقوق المدنية والسياسية"، وهي الجهة المكلفة بالسهر على ضمان احترام العهد وتفسير أحكامه، أن صنف الحقوق المطلقة هو أوسع من أن يقع حصره في تلك التي عدّها الفصل 4، فاعتبرت في تعليقاتها العامة على هذا الفصل أن:

« D'autres dispositions du Pacte ont été incluses dans la liste de celles auxquelles il ne peut être dérogé parce qu'elles portent sur des droits dont la dérogation ne peut jamais être rendue nécessaire par la proclamation d'un état d'exception (par exemple, art. 11 et 18). De plus, la catégorie des normes impératives est plus étendue que la liste des dispositions intangibles figurant au paragraphe 2 de l'article 4. Les États parties ne peuvent en aucune circonstance invoquer l'article 4 du Pacte pour justifier des actes attentatoires au droit humanitaire ou aux normes impératives du droit international, par exemple une prise d'otages, des châtiments collectifs, des privations arbitraires de liberté ou l'inobservation de principes fondamentaux garantissant un procès équitable comme la présomption d'innocence »⁹⁷.

بذلك يمكن القول أن التمشي المعتمد في عهد الحقوق المدنية والسياسية، رغم ما فيه من نقص، فإنه يؤسس لفكرة وجود نواة صلبة من الحقوق والحريات التي لا تقبل أي تضيق عليها، وإن كان ما ورد بالفصل 4 لا يستغرق الفكرة برمتها فإنه يمثل نقطة الانطلاق التي تؤسس للقول بوجود صنف من الحقوق لا تختمل بطبيعتها القيود.

لكن بقي التساؤل عن السبيل الذي يمكن به تحديد هذه الحقوق.

2- معيار التمييز : الحقوق المحمية بقواعد أمرة للقانون الدولي العام Jus Cogens

كيف يمكن للقاضي معرفة إن كان الحق المطروح مطلقاً أو نسبياً؟

بحسب هذا المعيار، يكون مطلقاً كل حق تحميه أحد القواعد الأمرة للقانون الدولي العام. وقد وقع تعريف هذه القواعد في اتفاقية فيينا حول قانون المعاهدات لسنة 1969 التي صادقت عليها بلادنا سنة 1971⁹⁸، فيحسب المادة 53 من هذا الاتفاقية:

"يقصد بالقاعدة الأمرة من القواعد العامة للقانون الدولي القاعدة المقبولة والمعترف بها من قبل المجتمع الدولي ككل على أنها القاعدة التي لا يجوز الإخلال بها والتي لا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من القواعد العامة للقانون الدولي لها ذات الطابع".

Observation générale n° 29, États d'urgence (art. 4), parag., 11. 97

القانون عدد 21 المؤرخ في 25 ماي/ أيار 1971. 98

وليس المقصود بالاعتراف بحق ما من المجتمع الدولي ككل أن يكون محل إجماع، وإنما يجب أن يحظى بقبول أغلبية واسعة.

وقد تبنت هذا المعيار اللجنة الأهمية المعنية بالحقوق المدنية والسياسية في تعليقاتها العامة على المادة 4⁹⁹:

« L'énumération des dispositions non susceptibles de dérogation figurant à l'article 4 est liée – sans se confondre avec elle – à la question de savoir si certaines obligations relatives aux droits de l'homme revêtent le caractère de normes impératives du droit international ».

على هذا الأساس أقرت "اللجنة" الصبغة المطلقة للحقوق التالية¹⁰⁰:

أمثلة لحقوق مطلقة حسب اللجنة الأهمية المعنية بالحقوق المدنية والسياسية

الحق في الكرامة (الديباجة)

منع الحرمان من الحرية بشكل تعسفي (ف 9)

حق المحروم من حريته في معاملة إنسانية تحفظ كرامته (ف 10)

مقومات المحاكمة العادلة: المساواة أمام القضاء، استقلالية وحيادية المحكمة (ف 14)

قرينة البراءة، حق الدفاع، منع المحاكمة من أجل نفس الفعل مرتين (ف 15)

حظر الدعاية للحرب وللكرهية القومية أو العنصرية أو الدينية (ف 20)

حق الانتصاف الفعال لحماية الحقوق الأساسية (ف 2)

وإعمالاً لنفس المعيار، يمكن الاعتراف بالصبغة المطلقة لحقوق أخرى وردت بالعهد وصارت تحظى بقبول واسع على المستوى الدولي، على غرار:

99 الفقرة 11 من التعليقات، سلف ذكرها.

100 الفقرة 13 من التعليقات، سلف ذكرها.

أمثلة لحقوق مطلقة أخرى

منع التمييز بسبب العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي السياسي أو غير السياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة، أو النسب (ف 2)

حرمة شرف الإنسان وسمعته (ف 17)

حظر الإكراه في الزواج (ف 23)

حماية المصلحة الفضلى للطفل (ف 24)

على هذا الأساس، يكون صنف الحقوق المطلقة صنفا مفتوحا متطورا، يمكن أن تنضاف إليه حقوق جديدة بحسب تطور موقف المجتمع الدولي منها. وقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على هذه الفكرة بمناسبة نظرها في حق التقاضي بمعنى الحق في النفاذ إلى القضاء « Le droit d'accès à un tribunal » ، فاعتبرته من المبادئ الأساسية للقانون المجمع عليها دوليا :

« Le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus; il en va de même du principe de droit international qui prohibe le déni de justice »¹⁰¹.

لكن صفة "المبدأ الأساسي للقانون" لا تجعل من حق التقاضي حقا مطلقا لأنه يمتثل التنظيم والاستثناءات، مثل حصانة التقاضي على الصعيدين الداخلي والدولي:

« La Cour a toujours jugé que le droit d'accès à un tribunal, reconnu par l'article 6 § 1 de la Convention, n'est pas absolu : il se prête à des limitations implicitement admises, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'État »¹⁰².

وبالتالي تنتفي عن حق التقاضي الصفة الآمرة على الصعيد الدولي:

« La Cour observe que les garanties d'un procès équitable, et en particulier le droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6 § 1, occupent une position centrale dans la Convention [européenne des droits de l'Homme]. Comme la Cour l'a dit dans l'arrêt

GOLDER c. Royaume-Uni, 21 février 1975, parag., 35. 101

AL-DULIMI et MONTANA MANAGEMENT INC. c. Suisse, 21 juin 2016, parag., 129. 102

Golder, [...] « le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus ». Toutefois, malgré leur importance, la Cour ne considère pas ces garanties comme figurant parmi les normes du jus cogens en l'état actuel du droit international ».¹⁰³

ومتى وقف القاضي على الطبيعة المطلقة أو النسبية للحق المطروح عليه، فإن ذلك يستتبع نتائج جوهرية بالنسبة لباقي مراحل النزاع.

II – موقف القاضي: الحق المطلق لا يوضع في ميزان التناسب

طالما أن الحق المطلق لا يقبل بطبيعته التقييد، فإن دور القاضي يتوقف عند توفير الحماية اللازمة له، فلا يمكن بوجه الخصوص لمثل هذه الحقوق أن توضع في ميزان التناسب. لكن طبيعة هذه الحقوق قد لا تحصنها أحيانا من محاولات تقييدها، ونظريا قد تتأتى هذه القيود من المشرع (1) أو من القاضي (2).

أ- القيود التشريعية

هي صورة تكاد تكون نظرية إذ يصعب تصوّر أن يُقدّم المشرع مباشرة وبشكل صريح على التضييق في أحد الحقوق المطلقة.

لكن يمكن العثور على صورة تحمل تقييدا غير مباشر لحق مطلق، وهي صورة إثبات الجرائم إذا ما استوجب هذا الإثبات تدخلا على بدن المظنون فيه. فمثل هذا التدخل يستوجب الحصول على رضى الشخص المعني رضاه حرا وإلا اعتبر مساسا بحرمته الجسدية بمثابة التعذيب والمعاملة المهينة. وفي هذا الصدد تعرضت "اللجنة الأمية لمناهضة التعذيب" إلى طريقة إثبات جريمة اللواط المنصوص عليها بالفصل 230 م.ج، فكان موقفها التالي:

« Le Comité relève avec préoccupation que les relations consenties entre personnes du même sexe sont pénalisées dans l'État partie [la Tunisie], et les personnes soupçonnées d'être homosexuelles sont contraintes de subir un examen anal, ordonné par un juge et réalisé par un médecin légiste, destiné à prouver leur homosexualité. Malgré le droit de refuser cet examen, le Comité est préoccupé par des informations affirmant que plusieurs personnes acceptent cet examen sous la menace de la police arguant, entre autres, que le refus de donner

leur consentement serait interprété comme une incrimination. Le Comité relève aussi avec préoccupation des informations dénonçant des examens vaginaux, parfois non consentis, pour prouver des actes sexuels, comme les rapports en dehors du mariage et des actes de prostitution (art. 2 et 6).

L'État partie devrait abroger l'article 230 du Code pénal, qui pénalise les relations consenties entre adultes du même sexe. Il devrait aussi interdire les examens médicaux intrusifs qui n'ont aucune justification médicale et ne peuvent être consentis de manière libre et éclairée par les personnes qui les subissent et qui seront, de ce fait, poursuivies en justice »¹⁰⁴.

القاضي مدعو إلى الالتزام بتوصيات لجنة الأمم المتحدة المعنية بمناهضة التعذيب وذلك بالامتناع عن الإذنب بالفحوص الشرجية وكل فحوص بدنية أخرى لا تكون مؤسسة على رضی حرّ من المظنون فيهم.

ويمكن أيضا تصوّر حالات يكون فيها القاضي مدعوًا إلى الحكم على قيود على حقوق مطلقة ذات مصدر أجنبي:
 ← فهي حالة القاضي المدني في النزاعات الدولية الخاصة التي قد تطرح عليه إما تطبيق قانون أجنبي عيّنته قاعدة تنازع قوانين طبق الفصل 28 من مجلة القانون الدولي الخاص، أو طلب الاعتراف بحكم أجنبي. وفي الحالتين فإن آلية "استثناء النظام العام"، المكرّسة بالفصلين 11 و 36 من المجلة المذكورة تلزم القاضي بأن لا يقبل القانون أو الحكم الأجنبيين الذين يتضمنان مساسا بالمبادئ الأساسية للنظام العام الدولي التونسي.
 ← وهي حالة القاضي الجزائري، تحديدا دائرة الاتهام، عندما تبدي الرأي في طلب تسليم مجرم¹⁰⁵ لدولة أجنبية طبق الفصل 321 م.1.ج، فهي مطالبة بالتحري في توفر شروط التسليم ومنها ألا يكون المطلوب تسليمه عرضة للتعذيب في الدولة طالبة التسليم¹⁰⁶.

2- القيود القضائية

ظهرت للأسف محاولات من بعض المحاكم لفرض قيود على حقوق مطلقة:
 ← يتعلق المثال الأول بكرامة المرأة وحرمتها الجسدية، فقد حاول قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالكاف في 22 ديسمبر/ كانون الأول 2008 وضع استثناء لهذه الحقوق المطلقة وذلك بإحياء حق الزوج في تأديب زوجته، فأعلن هذا القرار حرفيا أن "الاعتداء بالعنف الخفيف لا يمكن أن يكون سندا مبررا للطلاق للضرر ضرورة أنه يدخل في باب تأديب الزوجة على فعل قد تكون

Comité contre la torture, Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Tunisie, parag. 41 et 42. 104

105 الفصل 321 م.1.ج.

106 الفصل 3 من اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب والفصل 313 ثالثا م.1.ج.

اقترفته في حق زوجها"¹⁰⁷. وقد كان تصدي محكمة التعقيب لهذا الموقف تصدياً حازماً على أساس "الفصل الخامس من الدستور [1959] [الذي كرس] ضمان كرامة الإنسان وحرمة"¹⁰⁸، وهو ما يحيل مباشرة إلى فكرة الطابع المطلق لهذه الحقوق التي لا تحتل أي استثناء.

← أما المثال الثاني فيتعلق بحرية الضمير التي يبدو أن بعض القضاة لا يعتبرونها من الحقوق المطلقة التي تمنع على القاضي التدخل في الشأن الإيجابي للأفراد وتجرّ عليه خاصة إطلاق نعت دينية على مواقفهم ومعتقداتهم. فبمناسبة النظر في تتع متهم من أجل مقال اعتبرته النيابة العمومية مسيئاً للإسلام، لم تر محكمة الاستئناف بالمنستير، في قرار لها 18 جوان/حزيران 2012¹⁰⁹، حرجاً من نعت رأي المتهم بكونه "خروج عن كتاب الله تعالى وكفر بالله ورسوله"، وأكثر من ذلك اعتبرته أنه "بإجماع علماء المسلمين فإن تكذيب الرسول والاستهزاء منه والاستخفاف بالقرآن الكريم إذا أتاها المسلم وهو عالم بها يكون مرتداً خارجاً عن دين الإسلام فإذا كان واعياً لها يصبح زنديقاً فيكون أشد سوءاً في المقام من المرتد".

ربما يدل هذان المثالان، أكثر من أي أمثلة أخرى، على مدى عمق الحاجة إلى ترسيخ الوعي بمفهوم الحقوق المطلقة وضرورة تمييزها عن الحقوق النسبية التي يمكن فقط تحديدها بقيود، لكنها بدورها قيود تخضع لشروط دقيقة.

الفقرة الثالثة - لا قيد دون موجب

بعد التأكد من أن الحق المطروح هو حق قابل للتقييد، تأتي المرحلة الموالية التي يقع فيها التساؤل عن سبب التقييد، أي موجهه. وقد أوجب الفصل 49 من الدستور ألا يقع تقييد الحقوق والحريات إلا لأحد الأسباب التي عددها وهي: حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة (I). والقاضي مدعو، مثله مثل باقي السلط العمومية، إلى السهر على احترام هذه الشروط في مجال تدخله وإلى عدم الخروج عنها أو التوسع فيها نظراً لطابعها الحصري (II).

I - تحديد الموجبات (Identification)

إنّ تقييد الحقوق والحريات يجب أن تمليه أحد الدواعي التي ضبطها وعددها الفصل 49¹¹⁰، وهي دواعي ترجع لسببين: إما حماية مصلحة عامة تتمثل في الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة (1)، وإما حماية مصلحة خاصة وهي حقوق الغير (2).

107 قرار عدد 5547 مؤرخ في 22 ديسمبر/كانون الأول 2008، غير منشور.

108 قرار عدد 34141 مؤرخ في 4 جوان/حزيران 2009 (غير منشور).

109 قرار عدد 1056 مؤرخ في 18 جوان/حزيران 2012 (غير منشور).

110 خالد الماجري، "ضوابط الحقوق والحريات: تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي"، نشر المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس، 2017، ص. 45 وما بعدها.

موجبات تقييد الحقوق

حماية مصلحة خاصة:
حماية حقوق الغير

حماية مصلحة عامة:
الأمن العام
الدفاع الوطني
الصحة العامة
الآداب العامة

1- حماية المصلحة العامة

ضبط الفصل 49 مكوّناتها بدقة، وهي تتمثل حصراً في الأمن العام والدفاع الوطني والصحة العامة والآداب العامة. وتعبّر المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان عن هذه العناصر بمصطلح "الحاجة الاجتماعية القاهرة"¹¹¹ "Besoin social impérieux"، والملاحظ في العبارات التي استعملها الفصل 49 دقّتها من خلال:

- ◀ استبعاد مصطلح "النظام العام": فالأمن والدفاع الوطني والصحة العامة والآداب العامة هي من مكوّنات "النظام العام" في مفهومه الإطاري التقليدي العام. لكن المشرّع الدستوري اختار عدم استعمال هذا المصطلح لما فيه من عمومية كبيرة تفتح الباب للتأويل الرحب، فالنظام العام قد يأخذ مظاهر متعدّدة ومتحوّلة بحسب الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فوقع الحديث مثلاً عن النظام العام الاقتصادي والنظام العام الاجتماعي والنظام العام العائلي والنظام العام الأخلاقي والنظام العام الديني وغيرها. وهي كلها مفاهيم مطاوعة يصعب تحديد مكوّناتها بدقة. لذلك اختار الدستور بدقة أربعة عناصر تشكّل النواة الصلبة للمصلحة العامة التي تبرر تقييد الحقوق والحريات.
- ◀ استبعاد مصطلح "الأخلاق الحميدة" الشائع الاستعمال تشريعاً¹¹² وقضاءً¹¹³ وتعيّضه بمصطلح جديد هو "الآداب العامة"، وهو اختيار جوهري لا يعبر فقط عن تغيير في

111 CEDH, Handyside c/ Royaume-Uni, 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 23 ; parag.48.

112 مثلاً الفصل 121 ثالثاً من المجلة الجزائية الذي "يحجّر توزيع المنشائر والنشرات والكتابات الأجنبية المصدر أو غيرها التي من شأنها تعكير صفو النظام العام أو النيل من الأخلاق الحميدة وكذلك بيعها وعرضها على العموم ومسكها بنية ترويجها أو بيعها أو عرضها لغرض دعائي"، والفصل 226 مكرر من نفس المجلة الذي "يعاقب بالسجن مدة ستة أشهر وبخطية قدرها ألف دينار كل من يعتدي علناً على الأخلاق الحميدة أو الآداب العامة بالإشارة أو القول أو يعمد علناً إلى مضايقة الغير بوجه يخل بالحياء". والفصول 67 و77 و117 و439 و500 من الكتاب الأول حول الأحكام العامة في مجلة الالتزامات والعقود.

113 حاولت المحكمة الابتدائية بتونس في الحكم الجناحي عدد 15885 المؤرخ 3 ماي/ أيار 2012 (قضية فيلم Persépolis)، غير منشور، تعريف الأخلاق الحميدة بأنها "مشاعر الشرف ومبادئ الاحتشام والذوق الداخل بوجدان المجتمع، أي مجموعة القواعد والأحكام المتعلقة بالأخلاق". وقد اعتبرت محكمة الاستئناف بالمنستير في قرارها عدد 1056 المؤرخ 18 جوان/ حزيران 2012 (قضية جابر الماجري وغازي الباجي)، غير منشور، أن الأخلاق الحميدة هي "مجموعة من القواعد الأخلاقية والأعراف والتقاليد والتعاليم الدينية السائدة في المجتمع والتي لا يجوز مخالفتها".

العبارات المستعملة وإنما يحمل أيضا أبعادا عميقة لأن "الآداب العامة" هي مفهوم نسبيا أكثر دقة وموضوعية وقابل للتحديد بأكثر صرامة من "الأخلاق الحميدة" التي تحمل حكما قيما يتأثر بسهولة بالقناعات الشخصية لمن يتولى تقديرها.

بذلك يمكن القول أن مصطلح "الأخلاق الحميدة" صار مُلغى بحكم الدستور الذي عوّضه بمصطلح الآداب العامة¹¹⁴.

- يتعيّن ملاءمة النصوص التشريعية مع هذا الاختيار الدستوري الجوهري وذلك بحذف عبارة "الأخلاق الحميدة" في جميع المواضع التي استعملت فيها وتغييرها بعبارة "الآداب العامة".
- يتعيّن أيضا على القاضي الكفّ عن استعمال المصطلح القديم وتغييره بالجديد.

وقد كان للجنة الأمم المتحدة المعنية بحقوق الإنسان فقه قضاء غزير في تحديد مفاهيم ومعاني هذه الموجبات، فاعتبرت بالنسبة لتقييد الحقوق والحريات حماية للآداب العامة أن تحديد هذه الآداب العامة يجب أن يراعي تعددية الاختيارات وألا تحكّمه نظرة واحدة وضيقة للأمر:

« Le Comité fait observer que la conception de la morale découle de nombreuses traditions sociales, philosophiques et religieuses ; en conséquence, les restrictions apportées [...] pour protéger la morale doivent être fondées sur des principes qui ne procèdent pas d'une tradition unique »¹¹⁵.

« Toute restriction de cette nature doit être interprétée à la lumière de l'universalité des droits de l'homme et du principe de non-discrimination »¹¹⁶.

أما بالنسبة لحماية الأمن العام، فيجب أن ينحصر في معناه الضيق:

« Il n'est pas généralement approprié de faire entrer dans le champ d'application [des lois de protection de la sécurité nationale] des informations qui concernent le secteur commercial, le secteur bancaire et le progrès scientifique »¹¹⁷.

114 الملاحظ أيضا أن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي صادقت عليه بلادنا منذ سنة 1968 وصار أعلى مرتبة من القوانين الداخلية يستعمل أيضا مصطلح "الآداب العامة"، لكن لم يقع مواءمة التشريعات معه وظلت تشير إلى "الأخلاق الحميدة".

115 Observation générale n°. 22 : Le droit à la liberté de pensées, de conscience et de religion (art. 18), 30 juillet 1993, parag. 8.

116 Observation générale n° 34 - Article 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression, 12 septembre 2011, parag. 32.

117 Ibid, parag. 30.

2- حماية حقوق الغير

تعني حقوق الغير، بحسب اللجنة الأمية لحقوق الإنسان، فقط حقوق الإنسان التي يحميها العهد أو القانون الدولي لحقوق الإنسان:

« Le terme « droits » vise les droits fondamentaux tels qu'ils sont reconnus dans le Pacte et plus généralement dans le droit international des droits de l'homme », [...] Le terme « autrui » vise d'autres personnes individuellement ou en tant que membres d'une communauté »¹¹⁸.

مثال من اللجنة الأمية لحقوق الإنسان

يُجسّد فهم اللجنة الأمية لحقوق الغير التي يمكن الدفع بها كموجب لتقييد الحريات يمكن ذكر "الرأي" الذي أصدرته في التظلم الذي رفعته أمامها امرأة منقبة ضد الدولة الفرنسية عندما أصدرت قانوناً يمنع إخفاء الوجه في الفضاءات العامة¹¹⁹. وقد دفعت السلطات الفرنسية أمام اللجنة بأن هذا المنع يحد موجه في ضرورة حماية حقوق الغير المتمثلة في العيش المشترك وفي التواصل بشكل عادي وعلى أساس الثقة المتبادلة مع باقي أفراد المجتمع، وهذا التواصل وهذه الثقة يقع التشويش عليها بارتداء النقاب. وقد ردت اللجنة المبررات التي قدّمها السلطات الفرنسية كما يلي :

« Le Comité fait observer que la protection des droits fondamentaux et des libertés d'autrui suppose que soient identifiés les droits fondamentaux concrets qui sont affectés ainsi que les personnes ainsi concernées. Les exceptions prévues au paragraphe 3 de l'article 18 [protection des droits d'autrui] doivent être interprétées strictement et ne pas être appliquées abstraitement. En l'espèce, le Comité fait observer que le concept du « vivre ensemble » est très vague et abstrait. L'État partie n'a défini aucun droit fondamental ou liberté concrète d'autrui qui seraient affectés par le fait que certaines personnes évoluent dans l'espace public avec le visage couvert, notamment des femmes portant le voile intégral. Il n'a pas non plus expliqué pourquoi ces droits seraient affectés « de manière déloyale » par le port du voile intégral et non par la dissimulation du visage dans l'espace public par de nombreux autres moyens non visés par la loi. Le droit d'interagir avec n'importe quel individu dans l'espace public et le droit de ne pas être troublé par le port du voile intégral par d'autres personnes ne sont pas protégés par le Pacte, et ne pourraient donc constituer des restrictions permises au sens du paragraphe 3 de l'article 18 du Pacte¹²⁰ ».

Ibid, parag. 28. 118

Sonia Yaker c. France, 17 juillet 2018, parag. 8.10. 119

C'est nous qui soulignons. 120

مثال من القضاء التونسي لحماية حقوق الغير كموجب لتقييد حرية التعبير

نشر أحد المغنين المسمى ("ولد XV") أغنية عنوانها "البوليسية كلاب". ومن بين ما جاء في كلماتها "البوليس اللي طيحنني أمونوكلها الحشيش [...] البوليسية كلاب وأنا نقول النبيح منين [...] في العيد نحب نذبح بوليس في بلاصة العلوش [...]". فوق تبعه وأدين جزائيا من أجل جرائم القذف العلني والتجاهر بما ينافي الحياة والتعدي على الأخلاق الحميدة. وقد ردت محكمة التعقيب على تمسك المتهم بأن عمله يندرج في إطار ممارسته حرية التعبير بالقول أن هذه الحرّية لا تبرر "انتهاك حقوق الآخرين والمس من كرامة أو اعتبار الآخرين"¹²¹.



ومهما كان المبرر فينبغي على القاضي ألا يتوسّع في فهمه وتأويله.

II - ضرورة التزام القاضي بالتأويل الضيق لموجبات التقييد

ليس المشرّع وحده معني بالالتزام بموجبات تقييد الحقوق والحريات وعدم التوسع فيها، وإنما القاضي أيضا معني بشكل مباشر وأساسي بهذا الالتزام بمناسبة تطبيقه وتفسيره للقوانين التي تحمل قيودا للحقوق والحريات.

ويجد مبدأ التأويل الضيق للقيود أساسه في :

- الفصل 540 م.1.ع القاضي بأن "ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحصور مدة وصورة".
- الفصل 541 من نفس المحلة القاضي بأنه "إذا أحوجت الضرورة لتأويل القانون جاز التيسير في شدته ولا يكون التأويل داعيا لزيادة التضييق أبدا".



على هذا الأساس يُججّر على القاضي :

- وضع وإضافة موجبات تقييد غير التي عدّها النص الدستوري.
- التوسّع في فهم الموجبات المحدّدة نصا.

وفي نفس الإطار رأت لجنة الأمم المتحدة المعنية بحقوق الإنسان ما يلي :

« Des restrictions au droit sont permises dans deux domaines limitatifs seulement, qui peuvent avoir trait soit au respect des droits ou de la réputation d'autrui soit à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques »¹²².

« Le Comité fait observer que le paragraphe 3 de l'article 18 [du Pacte relatif aux motifs des restrictions aux manifestations de la religion] doit être interprété au sens strict : les motifs de restriction qui n'y sont pas spécifiés ne sont pas recevables »¹²³.

121 قرار تعقيبي جزائي مؤرخ في 15 ديسمبر/ كانون الأول 2014، غير منشور.

Ibid. parag. 21. 122

Observation générale no. 22, précitée, parag. 8. 123

غير أن العمل القضائي يُظهر أمثلة توسع فيها القاضي في فهم موجبات تقييد الحقوق والحريات (2) وحتى خرج فيها عن الموجبات المحددة (1).

1- أمثلة لقيود فرضها القاضي دون موجب قانوني

المثال 1 - منع الاقتباس من القرآن



الاقتباس من القرآن هو استعارة شيء منه وتوظيفه في خطاب أدبي أو لغوي أو غيرهما. وقد استجابت المحكمة الابتدائية بتونس، في حكم استعجالي صادر في 5 أبريل/ نيسان 2017¹²⁴، لطلب أحد نقابات الأئمة بإلزام وزارة التربية بحذف تمارين نحو من أحد الكتب التربوية وعدم اعتمادها في البرامج التعليمية بتعلة أن هذه التمارين تتضمن أمثلة مقتبسة من القرآن. وقد اعتبرت المحكمة أن "الدولة راعية للدين" [...] وتلتزم [...] بحماية المقدسات ومنع النيل منها" لتستخلص من ذلك أنه "لن لم تكن الغاية من اقتباس كتاب اللغة بعض الآيات القرآنية السخرية أو الامتهان أو تحريف معناها إلا أن من شأن إنجاز التمارين المدرجة به وما يقتضيه ذلك من تغيير للألفاظ استعمال للقرآن لغير ما أنزله الله وبالتالي المس به كمتقدّس وتحريفه".

والملاحظ أن المحكمة لم تر في الدستور إلا فصله السادس المتعلق برعاية الدين في حين كان الفصل 49 غائبا عن المشهد. ومنع اقتباس تمارين لغوية من القرآن يمس حتما من عدّة حقوق أساسية مثل الحرية الأكاديمية وحرية التعبير. وهو تقييد لا يتأسس لا على حماية الأمن الوطني ولا الدفاع الوطني ولا الآداب العامة ولا موجب له لحماية حقوق الغير طالما أن الاقتباس اللغوي كان لغايات تعليمية ولم يقصد منه الإساءة أو تحقير ديانة الغير بغاية التحريض على العنف أو الكراهية أو التمييز. هو فقط تقييد فرضه القاضي دون موجب.

المثال 2 - منع محاكاة القرآن



محاكاة القرآن هو تقليده. وقد قضت المحكمة الابتدائية بتونس، في حكم جناحي صادر في 14 جويلية/ تموز 2020¹²⁵، بإدانة مدوّنة جزائيا والحكم عليها بالسجن والخطية من أجل نشرها نصا عنوانه "سورة كورونا" يحاكي آيات قرآنية، وقد اعتبرت المحكمة أن هذه المحاكاة تكوّن جريمة الدعوة والتحريض على التباغض بين الأديان والسكان¹²⁶ وكذلك جريمة النيل من الشعائر الدينية¹²⁷.

124 غير منشور.

125 غير منشور.

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

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

محاكاة النص القرآني ليس بدعة، فهو أسلوب لغوي قديم وشائع لدى الأدباء والفقهاء¹²⁸ مثل الإمام جلال الدين السيوطي، المفسر المشهور، الذي قال محاكياً سورة الفجر :

قد بُلينا في عصرنا بقضاة * يظلمون الأنام ظلماً عمّا
يأكلون التراث أكلاً لما * ويجنون المال حباً جماً

المحاكاة هي إذن شكل من أشكال حرية التعبير، ولا شيء يبرر تقييدها بالرجوع إلى الفصل 49 من الدستور الذي غاب هنا عن المحكمة، فكان حكمها دون ضوابط.



المثال 3 - منع السفر إلى القدس

في حكم صادر في 13 مارس / آذار 2015، قضت المحكمة الابتدائية بسوسة بمنع وكالة أسفار من تنظيم رحلة سياحية إلى مدينة القدس¹²⁹. فتكون بذلك قد قيدت حرية التنقل للمشاركين في الرحلة وحرية التجارة لمنظمتها في غياب أي دواعي تبرر ذلك مستمدة من حماية الأمن أو الدفاع أو الآداب العامة أو حقوق الغير.



2- أمثلة لقيود توسّع فيها القاضي في فهم موجباتها

المثال 1 - منع تجسيد الذات الإلهية

في حكم جناحي صادر بتاريخ 3 ماي / أيار 2012¹³⁰، اعتبرت المحكمة الابتدائية بتونس أن عرض شريط سينمائي تضمن تجسيدا للذات الإلهية تخاطبها طفلة هو فعل ممنوع يقع تحت طائلة جرمي عرض ما من شأنه تعكير صفو النظام العام¹³¹ والاعتداء على الأخلاق الحميدة¹³².

وفي هذا الموقف تقييد لحرية التعبير وحرية الإبداع الفني حاولت المحكمة تغليفه بحماية النظام العام والأخلاق الحميدة الذين توسعت في فهمهما معتبرة أن النظام العام يقوم على "قواعد أساسية ومخزون ثقافي واجتماعي أو عقائدي أصبغت عليه صفة الإلزام". بهذا المعنى أصبحت جميع مكونات المخزون الذي تشير إليه المحكمة، بمختلف عناصره المتعددة، ملزماً للكافة. وهو موقف قابل للنقد لأن تجسيد الذات الإلهية قد اندرج في عمل فني ولم يُقصد منه الإساءة أو تحقير ديانة الغير بغاية التحريض على العنف أو الكراهية أو التمييز. بذلك تكون المحكمة قد استعملت النظام العام والأخلاق الحميدة لغير الغايات التي يهدفان لحمايتها، وانحرفت بها لفرض قيود غير مبررة على الحريات.



128 أنظر مقال المنصف الوهابي، "في محاكاة النصّ القرآني: "سورتان" من "قرآن" بـرم التونسي"، منشور في الموقع الإلكتروني "الأوان": <https://www.alawan.org>

129 غير منشور.

130 غير منشور.

131 الفصل 121 ثالثاً من المجلة الجزائية.

132 الفصل 226 ثالثاً من المجلة الجزائية.

المثال 2 - منع التشكيك في الدين



في 18 جوان/ حزيران 2012، قضت محكمة الاستئناف بالمنستير بسجن شاين لمدة سبع سنوات نافذة لنشرهما على صفحات التواصل الاجتماعي مؤلفا عنوانه "وهن الإسلام". فأدانتهما من أجل جرائم الاعتداء على الأخلاق الحميدة ونشر كتابات من شأنها تعكير النظام العام والإساءة إلى الغير عبر شبكات الاتصال. وقد رأت المحكمة أن "حرية الرأي محددة بحق الغير في احترام معتقداته ودينه". فتكون بذلك قد توسعت في مفهوم حماية حقوق الغير لتكسيه بعدا دينيا، وحرى هنا التذكير بفقهاء قضاء اللجنة الأومية المعنية بحقوق الإنسان التي اعتبرت أن :

- حق الغير الذي يبرر تقييد الحقوق والحريات يجب أن يكون حقا معينا من حقوق الإنسان المعترف بها¹³³، ولا وجود لآي دستور ولا في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لحق اسمه "حق الإنسان في احترام دينه". ما هو مكرّس هو الحق في منع نشر الكراهية الدينية، والأمران مختلفان.
- كما جازمت اللجنة في الإشكال القانوني ذاته الذي تعرضت له محكمة الاستئناف بالمنستير، فقررت ما يلي :

« Les interdictions des manifestations de manque de respect à l'égard d'une religion ou d'un autre système de croyances, y compris les lois sur le blasphème, sont incompatibles avec le Pacte, sauf dans les circonstances spécifiques envisagées au paragraphe 2 de l'article 20 du Pacte [appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence]. Ces interdictions doivent en outre respecter les conditions strictes énoncées au paragraphe 3 de l'article 19, et les articles 2, 5, 17, 18 et 26. Ainsi, par exemple, il ne serait pas acceptable que ces lois établissent une discrimination en faveur ou à l'encontre d'une ou de certaines religions ou d'un ou de certains systèmes de croyance ou de leurs adeptes, ou des croyants par rapport aux non-croyants. Il ne serait pas non plus acceptable que ces interdictions servent à empêcher ou à réprimer la critique des dirigeants religieux ou le commentaire de la doctrine religieuse et des dogmes d'une foi »¹³⁴.

لم يُرفع قرار محكمة الاستئناف بالمنستير أمام اللجنة الأومية، ولو رُفِع لاعتبر انتهاكا لحقوق الإنسان.

فهذا المثال يدلّ على أن البون شاسع بين فهم القاضي "لحقوق الغير" كموجب لتقييد الحقوق والحريات وبين مفهومها كما ضبطته اللجنة الأومية. والرهان في هذه الحالة خطير ومتعدّد الأبعاد:

Sonia Yaker c. France, précité. 133

Observation générale n° 34, précitée, parag. 48. 134

رهان الضمان الفعلي لحماية حقوق وحرّيات الأفراد، ورهان دور القاضي في ضمان وفاء بلادنا بالتزاماتها الدولية في مجال حماية حقوق الإنسان، ورهان دور القاضي في احترام علوية العهود الدولية المكرّسة بالفصل 20 من الدستور، ورهان تحقيق انسجام المنظومة القانونية التونسية ككل حتى لا يعترّيبها انفصام بين الضمانات النصّية والممارسات القضائية الفعلية.



لذلك فإن من أوكّد الحاجات العمل على تحقيق انسجام فقه القضاء التونسي مع الفقه الأمّي في مجال الحقوق الإنسان، ولهذا الغرض يتعيّن القيام بعملية واسعة ومكثّفة لنشر الوعي لدى عموم القضاة بفقه قضاء اللجان الأمّية لحقوق الإنسان بصفته هو أيضا فقه قضاء "ملزم" كإلزام فقه محكمة التعقيب لهم.

لكن حتى إن تأكّد توفر موجب شرعي للتقييد ووقع فهمه فهما صحيحا، فإن ذلك لا يعني أن التقييد هو شرعي، فيجب إخضاعه لمراقبة أخيرة تتمثل في التثبت في مدى تناسبه مع موجهه.

الجزء الثالث

إعمال القاضي لرقابة التناسب

بعدهما يتأكد القاضي من توفر موجب لتقييد الحقوق والحريات المطروحة عليه (لداعي حماية الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو لحماية حقوق الغير) فإن الفصل 49 من الدستور يدعوه إلى إخضاع ذلك التقييد إلى رقابة أخيرة ودقيقة للتأكد من تناسب التقييد مع موجهه.

فرقابة التناسب هي عبارة عن ميزان يضع القاضي في أحد كفتيه الحق أو الحرية موضوع النزاع ويضع في الكفة الأخرى التقييد المضروب عليهما، ثم يتأمل القاضي في الميزان:

- ◀ فإن ظهر أن التقييد لم يكن ضروريا أصلا، أو أنه مبالغ فيه لكونه ينسف الحق من أساسه، أو لكونه يتجاوز ما هو لازم لتحقيق المصلحة المرجوة، حينها تثقل كفة الميزان التي تحمل التقييد، فيختل الميزان، وينعدم التعادل، فيرجح التقييد، ويصبح الحق مغلوبا، وهي صورة عدم التناسب المثبتة لوجود انتهاك للحقوق والحريات،
- ◀ أما إذا ظهر أن التقييد كان فعلا ضروريا، لا ينال من جوهر الحق وإنما يحفظه بقدر حفظه للمصلحة المحمية بالتقييد، وفي حدود ما تستدعيه تلك الحماية، فإن كفتي الميزان تتوازنان وتتعادلان، وهي صورة التناسب المثبتة لضمان الحقوق والحريات.

وفي صورة علمية، درج الحديث عن "اختبار التناسب" « Test de proportionnalité »، فهو عملية يجب على القاضي أن يخضع لها قيود الحقوق والحريات للتأكد من شرعيتها ولتمييز السليم عن المعيب منها.

وهذا الاختبار هو من العمليات الشائعة والمألوفة في فقه قضاء المحاكم الدولية واللجان الأعمية لحقوق الإنسان¹³⁵، فتمّ تفصيل وتوضيح مراحل ومكوناته بدقّة. ولئن كانت فكرة التناسب من الأفكار المتجذّرة قانونا وقضاء في تونس، وغيرها من الأنظمة المقارنة المشتركة التقاليد، إلا أن العمل فيها باختبار التناسب، على النحو الوارد بالدستور وبالصيغ التي هيكلتها ونظّرت لها المحاكم واللجان الدولية، ما زال في بداياته بصدد التشكّل.

لذلك يكون من الحري أن يطوّر القاضي منهجية عمله حتى يكون اختبار التناسب :

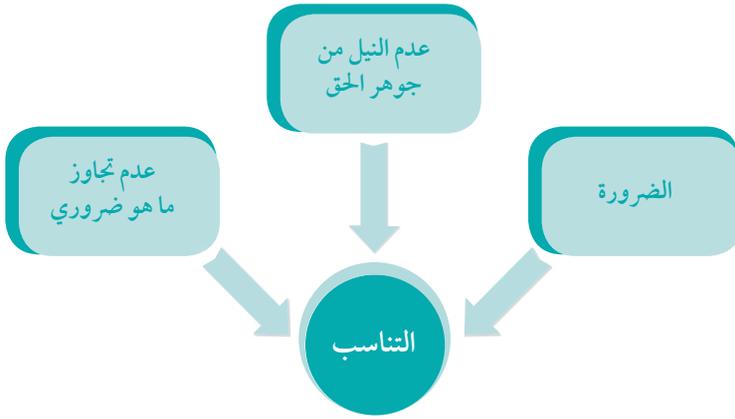
- أكثر وضوحا وتركيزا،
- متماشيا ومنسجا مع منهجية إجراء الاختبار مثلما سطرّتها المحاكم واللجان الدولية.

ولهذه الغاية يتعيّن تحليل مكونات اختبار التناسب (الفقرة الأولى) ونظامه الإجرائي (الفقرة الثانية).

135 أعلاه، ص. 40 وما بعدها.

●●●●●●●● الفقرة الأولى - مكونات اختبار التناسب ●●●●●●●●

- رجوعاً إلى الفصل 49، فإن تقييد حق أو حرية لا ينجح في اختبار التناسب إلا إذا كان :
- ضرورياً (I)،
 - لا ينال من جوهر الحق (II)،
 - لا يتجاوز القدر اللازم لتحقيق غايته (III).



I- ضرورة التقييد

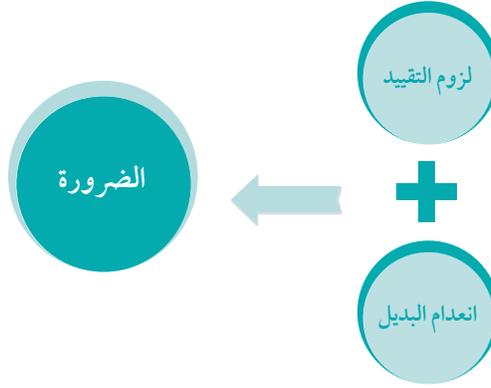
يتمثل هذا الشرط في أن يتأكد القاضي من أن تقييد الحق هو فعلاً أمر لازم، لا بد منه، لا يمكن الاستغناء عنه لتحقيق المصلحة المراد حمايتها (1). وإلى جانب ذلك، اشترط الفصل 49 ألا تحيد الضرورة عن مقومات الدولة المدنية الديمقراطية (2).

1- معيار تقدير الضرورة : إما التقييد أو إهدار المصلحة

كيف يمكن للقاضي تقدير إن كان تقييد الحرية المطلوب منه اتخاذ ضرورياً من عدمه ؟

من خلال استقراء فقه القضاء الدولي لحقوق الإنسان، يمكن ملاحظة أن تقدير شرط الضرورة يتم من خلال بحث على مستويين متكاملين هما :

- أن يكون تقييد الحرية لازماً وإلا وقع إهدار المصلحة القاهرة المطلوب حمايتها،
- انعدام كل بديل آخر عن الإجراء التقييدي المطروح.



ويمكن تجسيد طريقة مراقبة مدى توفر ضرورة التقييد من خلال أمثلة مستمدة من القيود التي قد تفرض على الحرية الفردية في صورتها القسوى بحرمان الشخص منها (أ) ومن خلال بعض القيود التي تجسدها التدابير التحفظية في المادة المدنية (ب).

أ- أمثلة لضرورة الحرمان من الحرية الفردية

أحيانا يكون الحرمان من الحرية أمرا ضروريا تحتمه حاجة قاهرة تكون عرضة للإهدار إذا لم يقع حرمان الشخص من حرّيته، وقد يكون هذا في إطار:

i. إجراءات جزائية تفرض حرمان المظنون فيه من حرّيته كإجراء احترازي، سواء من طرف أعوان الضابطة العدلية في صورة الاحتفاظ¹³⁶ أو من هيئات التحقيق¹³⁷ أو من الهيئات الحكمية قبل إصدار الحكم¹³⁸. وقد أكد الفصل 13 مكرر م.أ.ج أن الاحتفاظ لا يكون إلا "في الحالات التي تقتضيها ضرورة البحث"، ونص الفصل 84 من نفس المجلة أن "الإيقاف التحفظي وسيلة استثنائية". وفي هذا الصدد لاحظت اللجنة الأومية المعنية بحقوق الإنسان ما يلي:

« La détention avant jugement ne doit pas être ordonnée en fonction de la durée de la peine encourue mais doit être déterminée en fonction du critère de nécessité. Les tribunaux doivent étudier la possibilité d'appliquer des mesures de substitution à la détention avant jugement, comme la libération sous caution, le bracelet électronique ou d'autres conditions, qui rendraient la privation de liberté inutile »¹³⁹.

136 الفصل 34 م.أ.ج بالنسبة لوكيل الجمهورية، الفصل 13 مكرر م.أ.ج بالنسبة لأعوان الشرطة والحرس، الفصل 12 م.أ.ج بالنسبة لحاكم الناحية، الفصل 15 بالنسبة للعمدة.

137 الفصول 78 و 80 و 84 م.أ.ج بالنسبة لحاكم التحقيق، والفصل 117 م.أ.ج بالنسبة لدائرة الانعام.

138 الفصل 206 م.أ.ج بالنسبة للإيقاف في مادة الجرح، الفصل 202 م.أ.ج بالنسبة للإيقاف في مادة المخالفات من طرف حاكم الناحية.

139 Observation générale no 35- Article 9 (Liberté et sécurité de la personne), 23 octobre 2014, parag. 12.

لكن ما يلفت الانتباه أن حرص المشرع على تأكيد الطابع الضروري والاستثنائي للاحتفاظ من أعوان الضابطة العدلية والإيقاف التحفظي من حكام التحقيق يقابله غياب تام لمثل هذا التأكيد بالنسبة للإيقاف الذي تقرره دائرة الاتهام أو المحكمة، ففي هذا الصدد ينص الفصل 117 م.أ.ج، في صياغة صادمة بمرونتها وعموميتها، أنه "يجوز دائما لدائرة الاتهام أن تصدر بطاقة إيداع"، والمعلوم أن دائرة الاتهام عندما تتعهد بأصل القضية تكون أعمال البحث فيها قد استُكملت من طرف قاضي التحقيق، وهو ما يعني انتفاء ركن التلبس لمرور زمن عن ارتكاب الجريمة وكذلك عدم وجود خشية على سلامة البحث الذي انتهى مبدئيا، ففي كثير من الأحيان يكون قرار الإيقاف من طرف دائرة الاتهام قرارا مبنيا فقط على عدم مشاطرة موقف حاكم التحقيق بإبقاء المظنون فيه بحالة سراح رغم توفر أدلة جديّة على ارتكابه جريمة خطيرة. وأكثر من هذا، فقد فهم الفصل 117 المذكور على أنه يميز لدائرة الاتهام إيقاف المظنون قبل تعهدا بالأصل وحتى بمناسبة طعن صادر عن المظنون فيه ذاته في قرار احترازي اتخذه ضده قاضي التحقيق مثل تجميد أمواله وتجمير السفر عنه¹⁴⁰. فيقصد المظنون فيه دائرة الاتهام حرا ويخرج منها مغلول الأيدي.

في الحقيقة يتعيّن على دوائر الاتهام ألا تكتفي بالفصل 117 في حدّ ذاته لأنه غير منجز عن سياقه العام، فيجب قراءته بالرجوع إلى الفصل 49 من الدستور الذي يوجب على القاضي عدم تقييد الحقوق والحريات إلا عند الضرورة.

ii. إجراءات صحية تفرض وضع مريض في الإيواء الوجوبي نظرا لصحته العقلية أو في الحجر الصحي توكيا من عدوى محتملة.

فقد نصّ الفصل 11 من القانون عدد 83 المؤرخ في 3 أوت/ آب 1992 المتعلّق بالصحة العقلية أنه لا يمكن إيواء شخص مصاب باضطرابات عقلية في المستشفى دون رضاه إلا بشروط منها ثبوت أن حالته الصحية تمثل تهديدا لسلامته أو لسلامة غيره. وأضاف الفصل 12 أنه "عندما يقع إيواء شخص بالمستشفى دون رضاه يجب أن تبقى القيود المسلطة على حريته في حدود ما تستلزمه حالته الصحية ومتطلبات علاجه". كما جاء بالفصل 11 من القانون عدد 71 المؤرخ في 27 جويلية/ تموز 1992 المتعلّق بالأمراض السارية أنه يمكن إصدار قرار بالاستشفاء الوجوبي لغرض العزل الانتقائي ضد المصاب بأحد الأمراض السارية وذلك إذا رفض العلاج المحدد له أو إذا سعى عمدا من خلال سلوكه إلى انتقال المرض المصاب به إلى أشخاص آخرين.

وجاء بالفصل 3 من المرسوم عدد 9 المؤرخ في 17 أفريل/ نيسان 2020 المتعلّق بزجر مخالفة منع الجولان وتحديدده والحجر الصحي الشامل والتدابير الخاصة بالأشخاص المصابين أو المشتبه بإصابتهم بفيروس كورونا "كوفيد - 19" أنه يمكن لوزارة الصحة "تحميد ومراقبة إقامة الأشخاص المصابين أو المشتبه بإصابتهم بالفيروس طيلة المدّة التي تستوجبها متابعة حالتهم الصحيّة وذلك سواء بالمؤسسات الاستشفائية أو غيرها من الفضاءات التي تعدها السلط العموميّة المختصة للغرض".

140 وهي صورة قرار دائرة الاتهام بمحكمة الاستئناف بتونس الذي كان موضوع طعن بالتعقيب ونقض بالقرار عدد 96778 المؤرخ في 9 أكتوبر/ تشرين الأول 2019، غير منشور.

- iii. إجراءات أمنية في حالة طوارئ تفرض وضع شخص يهدد الأمن العام تحت الإقامة الجبرية، فجاء بالفصل 5 من أمر 26 جانفي/ كانون الثاني 1978 أنه يمكن لوزير الداخلية أن يضع تحت الإقامة الجبرية أي شخص يعتبر نشاطه خطيرا على الأمن والنظام العامين.
- iv. إجراءات إدارية بالنسبة للأجنبي تمهيدا لتسليمه لدولة أجنبية¹⁴¹ أو إذا دخل التراب التونسي بصفة غير قانونية أو في انتظار تنفيذ قرار بطرده¹⁴².

في جميع هذه الحالات يكون الحرمان من الحرية الخيار الوحيد الموجود لمواجهة الحاجة القاهرة المطروحة، وإما الاحتفاظ بالمظنون فيه أو أنه يفرّ أو يتلف وسائل الإثبات أو يرتكب جريمة جديدة، وإما الإيواء الوجوبي للمصاب بمرض عقلي أو أنه سيضرّ بنفسه أو بمن يعترض سبيله أو بها يحيط به، وإما الحجر الصحي على المصاب بمرض معدي أو أنه سينشر المرض المصاب به.

ولا يوجد خيار آخر ولا بديل عن الحرمان من الحرية. فمثلا في التدابير الاحترازية الجزائية يكون الضمان المالي أو إلزام المظنون فيه بعدم مغادرة منطقة معينة غير كفيلين بضمان سلامة البحث، وفي حالة المصاب بعاهة عقلية يثبت أن اضطرابه بلغ درجة من الشدة صار فيها محيطه العائلي عاجزا عن السهر على سلامته بحيث يصبح إيواؤه إيواؤه وجوبيا أمرا لا بديل له. بذلك تتوفر الضرورة التي تبرر تقييد الحرية.

لكن في جميع الحالات يجب أن يكون الحرمان من الحرية بقرار من القاضي أو تحت مراقبته لكونه الجهة المحايدة التي يمكنها تقدير مدى توفر شرط الضرورة من عدمه.

لذلك يتعين:

- ◀ مباركة موقف محكمة التعقيب فتح باب الطعن أمامها في قرارات الإيقاف التحفظي لأن ذلك يفتح باب النقاش أمامها في مدى احترام تلك القرارات لشروطها¹⁴³ ومنها توفر الضرورة،
- ◀ المناذاة بتدخل المشرّع في أقرب الآجال لتلافي الحالات التي لا يخضع فيها الحرمان من الحرية لقرار القاضي ومراقبته، وهي صور الاحتفاظ من أجل الجرائم المرتكبة على ظهر السفن¹⁴⁴، والوضع تحت الإقامة الجبرية، والوضع تحت الحجر الصحي الإجباري في إطار مرسوم 17 أفريل/ نيسان 2020.

141 الفصل 318 م.أ.ج.

142 الفصل 19 من القانون عدد 7 المؤرخ في 8 مارس/ آذار 1968 المتعلق بحالة الأجانب بالبلاد التونسية.

143 قرار تعقيبي جزائي عدد 96778 مؤرخ في 9 أكتوبر/ تشرين الأول 2019، سبق ذكره.

144 الفصل 19 من المجلة التأديبية والجزائية البحرية "عند الحاجة يمكن للربان اعتقال المظنون فيه بصفة وقائية". الفصل 20: إذا كان أول ميناء ترسي به السفينة تونسيا فيجب رفع الأمر للسلطة العدلية، إذا لم يكن أول ميناء ترسي به السفينة تونسيا فإن السلطة البحرية (مدير البحرية التجارية) أو الربان يبت في مصير المظنون فيه مع مراعاة الظروف وخاصة رحلة السفينة ويمكن له بالخصوص إيداعه السجن بصفة تحفظية. الفصل 22: إذا ارتكبت جريمة من طرف الربان خارج البلاد التونسية فإنه يمكن للسلطة البحرية (مدير البحرية التجارية) أن تقرر سجنه بصفة مؤقتة أو إرجاعه إلى ميناء تونس إذا اقتضت ذلك خطورة الأفعال أو سلامة السفينة أو الركاب. أنظر مقترحات "لجنة الحقوق والحريات الفردية" حول هذه النقطة في تقريرها المؤرخ في جوان/ حزيران 2018.

ب- مثال عن شرط الضرورة في التدابير التحفظية المدنية : الدور الخلاق لفقه القضاء

للدائن، ضمانا لاستخلاص دينه، الحق في التحفظ على أموال مدينه، وقد يأخذ هذا الإجراء شكل عقلة توقيفية على أموال المدين التي بين يدي الغير¹⁴⁵. فهذه صورة لتقييد حق الملكية (منع المدين من التصرف في ماله) حماية لحقوق الغير (الدائن).

لكن المشرع لم يشترط صراحة، في تنظيمه لهذه العقلة، أن تكون فعلا ضرورية، وافترض أن كل دائن بدين ثابت يحتاج أليا لحماية دينه. لكن حاجة الدائن إلى العقلة التوقيفية لا تعني وجود ضرورة لإجرائها، وهو ما أظهره الواقع.

ففي القضية التي كانت موضوع الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس في 5 جانفي/ كانون الثاني 2016¹⁴⁶، تولى بنك ضرب عقلة توقيفية على أموال مدينه المودعة بحساب بنكي، وهو إجراء يستجيب لكل شروط الفصل 330 م.م.م.ت نظرا لوجود دين ثابت بذمة المدين مما يجعل الدائن في حاجة لحفظ دينه، لكن المحكمة لم تكتف بها ورد بالفصل المذكور وأضافت شرطا آخر هو ضرورة العقلة:

شرط ضرورة العقلة التوقيفية كقيد على حق الملكية (حكم المحكمة الابتدائية بتونس المؤرخ في 5 جانفي/ كانون الثاني 2016)



"حيث أن سلطة القاضي المختص بالإذن بالعقلة التوقيفية لا تنحصر في مراقبة توفر شرط ثبوت الدين [الذي وضعه الفصل 330 م.م.م.ت] وإنما له أيضا سلطة تقديرية لفحص مدى وجاهة العقلة بالنظر إلى جملة ملائسات النزاع وهو معنى اشتراط الحصول على إذن القاضي حتى يكون هذا الإذن وسيلة للتحقق من أن العقلة هي حقيقة إجراء مناسب وضروري فعلا للحفاظ على الدين.

حيث لئن لا جدال في وجود دين ظاهر بذمة الطالب على معنى الفصل 330 المذكور لتأسس ذلك الدين على عقد قرض، إلا أن المحكمة لا ترى في هذا ما يكفي لتبرير الإذن للبنك المقرض بضرع عقلة توقيفية والحال أن دينه مضمون بموجب الرهن الموظف على عقار الطالب مما يجعل العقلة المذكورة إجراء غير مناسب ولا جدوى منه لكونه لا يرمي إلى المحافظة على دين من خطر يتهدده بالتلاشي. حيث طالما لم يثبت أن الإذن بالعقلة كان إجراء مناسباً وضرورياً للمحافظة على الدين فلا موجب لإبقائه وتعيين بالتالي الرجوع فيه".

145 الفصل 330 م.م.م.ت : " لكل دائن بدين ثابت أن يجري عن إذن [القاضي ...] عقلة توقيفية تحت يد الغير بقدر ما يعني بخلاص الدين المطلوب من المبالغ المالية والمنقولات التي يملكها هذا المدين أو يستحقها ولو كان استحقاقها لها مقترنا بأجل أو معلقا على شرط".

146 حكم استعجالي عدد 59995 مؤرخ في 5 جانفي/ كانون الثاني 2016، غير منشور.

الملاحظ في هذا الحكم أن :

◀ المحكمة لم تؤسس موقفها على الفصل 49، لكن تمشيها يمثل إعمالا لرقابة التناسب بجميع عناصرها، أي وجود حق أساسي هو حق الملكية ممثلا في حق المدين في التصرف بحرية في أمواله، لكن هذا الحق وقع تقييده بموجب عقلة وجدت تبريرها الظاهر في حماية حق الغير وهو الدائن لضمان استخلاص دينه، لكن المحكمة رأت أن مجرد ادعاء الغير بهذا الحق لا يكفي لإضفاء الشرعية على التقييد المفروض على حق المدين وإنما يجب أيضا التثبت أن حماية الغير هي فعلا ضرورية.

وكان من المستحسن أن ترجع المحكمة للفصل 49 وتذكره أساسها لحكمها خاصة وأن الحلّ الذي انتهت إليه هو حلّ خلاق أضاف للنص التشريعي شرطا لم يرد به.

◀ تولت المحكمة، للتأكد من مدى توفر ضرورة تقييد حق الملكية، إعمال معيار البحث عن مدى توفر بدائل بيد الدائن، فلاحظت أنه يتمتع برهن على عقار مدينه، لذلك انتهت إلى أنه لا ضرورة تبرّر تمكينه من ضمان جديد في ظل قيام الضمان الأول. وهو حل يحقق التوازن بين حقوق الطرفين إذ يحمي المدين من تعسف الدائن بمراكمة العقول على مدينه دون ضرورة تبرّرها.

لكن توفر الضرورة وحدها لا تكفي وإنما يجب ألا تتصادم مع المقيّمات المدنية الديمقراطية للدولة التونسية.

2- الضرورة المقيّدة بمقوّمات الدولة الهدنية الديمقراطية

عندما أوجب الفصل 49 من الدستور أن يستجيب تقييد الحقوق والحريات لمقتضيات الدولة المدنية الديمقراطية فإنه يكون قد أتبع ما هو موجود في جانب وجدّد وابتكر في جانب آخر :

- أمّا شرط عدم مخالفة تقييد الحريات لمبادئ الدولة الديمقراطية فهو شرط مألوف، سبق تكريسه في المادة 2.29 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عندما نصّت أنه "لا يخضع أي فرد، في ممارسة حقوقه وحرياته، إلا للقيود التي يقررها القانون مستهدفا منها، حصرا، [...] رفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي"، كما ورد نفس الشرط في عدّة مواد من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية¹⁴⁷ (ب).
- وأمّا شرط عدم مخالفة تقييد الحريات لمبادئ الدولة المدنية فهو شرط غير مألوف، لا نجد له نظيرا في النصوص الدولية لحقوق الإنسان، فهو ميزة تونسية أتى بها دستور 2014، وما هذا الشرط الوارد بالفصل 49 إلا صدى لما سبق الإعلان عنه بالفصل 2 من أن "تونس دولة مدنية"، فيكون حينئذ من الطبيعي ألا يقع تقييد الحريات في الدولة المدنية إلا للضرورات التي تقتضيها الدولة المدنية (أ).

147 مثلا 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 [...]".

أ- الضرورة التي تقتضيها الدولة المدنية

من مميزات الدولة المدنية أنها لا تُعلّق الاعتراف بالحقوق ولا تفرض الواجبات على أساس اعتبارات دينية، ولا تميّز بين مواطنيها على أساس معتقداتهم. بذلك فإن ما جاء في هذا الصّدد بالفصل 49 هو دعوة للقاضي بأن يمتنع عن فرض قيود دينية على الحقوق والحريات، لكن السؤال يطرح أيضاً عن الموقف الذي يجب أن يتخذه تجاه القيود الدينية التي بقيت موجودة في النصوص التشريعية.

i- واجب القاضي الامتناع عن فرض قيود دينية على الحقوق والحريات

يتعيّن بدءاً التذكير بأن الحالات التي وضع فيها القاضي قيوداً دينية على حقوق وحريات الأفراد هي حالات شهيرة وكثيرة، وهي تتعلق بحرية الزواج بمنع زواج المرأة المسلمة من غير المسلم، والحق في الميراث بوضع مانع ديني يحرم غير المسلم من ميراث المسلم، والحق في الحضانة التي لم يُقبل الاعتراف بها للأمّ غير المسلمة المقيمة بالخارج، وحقّ التبني الذي وقع رفضه لغير المسلمين¹⁴⁸.

لكن وجب التوضيح أنّ هذه الصور تندرج في الحقيقة في إطار الشرط المتعلق بمصادر قيود الحقوق والحريات، فالقاضي الذي يفرض قيوداً دينية لم يرد صراحة بالقانون على أحد الحقوق والحريات إنما هو يعتدي على الاختصاص التشريعي الذي يجعل القانون وحده المؤهل دستورياً لوضع الضوابط. بالتالي فإنّ الأمثلة المذكورة لا تدلّ على قيود فاقدة للصفة "المدنية" بقدر ما تدلّ على قيود غير مقبولة من أساسها لكونها صادرة عن سلطة غير مختصة.

لكنّ الأمثلة المذكورة تبقى ذات فائدة من حيث مزيد توجيه القاضي إلى الابتعاد عن كلّ تأويل للنصوص التشريعية من شأنه التمييز بين المتقاضين على أساس اختياراتهم الدينية.

ii- القاضي والقيود التشريعية ذات الصبغة الدينية على الحقوق والحريات

تضمّن تقرير "لجنة الحقوق الفردية والمساواة"¹⁴⁹ قائمة في القواعد التشريعية التي تتضمن قيوداً دينية على الحقوق والحريات، وليس المقصود هنا القواعد التي تجد مصدرها المادّي في الحلّول الدينية لكنّها تنطبق على جميع الأشخاص المشمولين في نطاقها بغضّ النّظر عن ديانتهم، مثل قواعد الميراث، وإثبات المقصودة هي القواعد التي تستهدف رأساً المتّمين لدين معيّن، ومثال ذلك ما ورد بالفصل 575 م.أ.ع من أنّه "لا يصحّ بين المسلمين ما حجّر الشرع ببيع"، والفصل 1107 من نفس المجلة القاضي بأنّه "لا يصحّ التوكيل [...] إذا كان على أمر مخالف للقانون أو للأصول الشرعية [...]، وكذلك فصلها 1253 الذي ورد به أنّه "تبطل الشركة بين المسلمين إن كان متعلّقها ممنوعاً شرعاً [...]".

148 أنظر الجدول بالصفحة 60.

149 الواقع إحداثها بموجب الأمر الرئاسي عدد 111 المؤرخ في 13 أوت/ آب 2017 والتي قدمت تقريرها إلى رئيس الجمهورية في 8 جوان حزيران 2018.

ومن هذه القواعد أيضا الفصل 317 من المجلة الجزائية الذي يعاقب بالسجن 15 يوما وبخطية كل من يُتناول مشروبات كحولية للمسلمين".

لا شك أن جميع هذه القواعد هي مخالفة للفصل 49 من الدستور لأنها تحمل حلولاً تمييزية بين المواطنين على أساس اعتبارات دينية ولكونها تضرب قيوداً على الحقوق والحريات لا مكان لها في الدولة المدنية التي لا تشترع بحسب معتقدات الأفراد.

لكن الملفت للانتباه أنه لا يمكن العثور في فقه القضاء، منذ بداية الاستقلال، على تطبيقات للفصول المذكورة حتى أنه يمكن القول بأنها من الأحكام المهجورة التي بقيت موجودة نصّاً دون أن يكون لها أثر فعلاً. فلا أحد من المتقاضين تمسك بتلك القواعد ذات الصبغة المدنية، كما لم تثرها أي من المحاكم من تلقاء نفسها بما يدلّ على نفي فقه القضاء صبغة النظام العام عنها، كما لا علم لأحد بأن النيابة العمومية في جهة ما بادرت يوماً ما بإثارة تتبع جزائي من أجل "جريمة" مناولة مشروبات كحولية للمسلمين.

وعليه يمكن القول إنّ القاضي، بإهماله لهذه النصوص، كان له دور فعّال في إدخالها طي النسيان. لكن يبقى الانتباه واجبا لأن تلك القواعد مازالت موجودة في المنظومة القانونية التونسية، وقد تظهر محاولات لتفعيلها، ومحاولات يمكن التصدي لها بالفصل 49 من الدستور الذي كأنها صيغ لمنع الارتدادات إلى الوراء حتى لا يوضع مستقبلاً تقييد إلا إذا كان منسجماً مع مبادئ الدولة المدنية الديمقراطية.

ب- الضرورة التي تقتضيها الدولة الديمقراطية

ضرورة تقييد الحقوق والحريات يجب تقديرها بالرجوع إلى مبادئ "الدولة الديمقراطية". والملاحظ أن الفصل 49 من الدستور قد ألحق صفة الديمقراطية "بالدولة"، في حين يتحدث الإعلان العالمي لحقوق الإنسان¹⁵⁰ والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية¹⁵¹ عن "المجتمع الديمقراطي".

ويبدو أنه يوجد اختلاف بين المفهومين لكون تأصيل الديمقراطية في المجتمع يستوجب أكثر جهد ووقت من إعلان تبنّيها كأحد المبادئ التي تقوم عليها الدولة. إلا أنه لا ينبغي الوقوف على هذا الاختلاف طالما أن النصوص الدولية المذكورة قد وقع الاعتراف بها، والقاضي ملزم بمراعاتها.

وليس المقصود هنا فقط الديمقراطية في معناها الشكلي الضيق الذي يجبل إلى الحق في المشاركة في إدارة الشأن العام والتنافس النزيه للوصول إليه على أساس التعددية السياسية، وإنما هي الديمقراطية في معناها المادّي الواسع بكل ما تحمله من قيم القبول بالآخر واحترامه مهما بلغ الاختلاف معه، والتعددية في كل تجلياتها، تعددية الآراء والأفكار، والتسامح، ونبد المغالاة والتطرف، وكل مبادئ العيش السلمي المشترك.

150 الفصل 29.

151 الفصول 14 و 21 و 22.

ويمكن تمسيد الدور الذي يلعبه مفهوم "الديمقراطية" في تأطير ما قد يُفرض من قيود على الحقوق والحريات من خلال مثالين أسالا حبرا كثيرا، يتعلقان بمفهومَي الآداب العامة (i) وحرية التعبير (ii) في المجتمع الديمقراطي.

i- ضرورة حماية الآداب العامة على محكّ مفهوم المجتمع الديمقراطي

عديدة هي الحالات التي يكون فيها القاضي أمام تقييد للحريات تفرضه الأخلاق والآداب العامة، مثل الفصل 121 ثالثا م.ج الذي يجرم توزيع كل ما من شأنه "النيل من الأخلاق الحميدة"¹⁵²، والفصل 226 مكرر الذي يعاقب كل من يعتدي علنا على "الأخلاق الحميدة أو الآداب العامة"، وهو ما يستدعي منه أو لا الوقوف على مفهومها.

ولا شك أن ما ورد بالفصل 49 من الدستور حول مراعاة مبادئ الديمقراطية عند تقدير ضرورة تقييد الحريات لحماية الآداب العامة فيه دعوة لأن يطوّر القاضي فهمه لها، فتقدير حماية الآداب العامة لا يمكن أن يكون نفسه في المجتمع الديمقراطي وفي المجتمع الفاقد لهذه الصفة.

ولتجسيم هذا الاختلاف، يمكن الرجوع إلى قرار صادر عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان سنة 1976 (HANDYSIDE) الذي يمكن الاستلham منه لتعلّقه بتفسير حلّ مطابق في مضمونه مع ما ورد بالدستور التونسي. فأوضحت المحكمة الأوروبية أنّ مبادئ المجتمع الديمقراطي تعني الاستعداد لقبول حتى الآراء التي تبدو صادمة:

« Son rôle de surveillance commande à la Cour de prêter une extrême attention aux principes propres à une "société démocratique". La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 [protection de la sécurité nationale, de l'ordre et à la prévention du crime, de la santé ou de la morale ...], elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique" »¹⁵³.



152 مع الملاحظ أن المرسوم عدد 115 المؤرخ في 2 نوفمبر/تشرين الثاني 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر والرسوم عدد 116 المؤرخ في 2 نوفمبر/تشرين الثاني 2011 المتعلق بحرية الاتصال السمعي والبصري وبإحداث هيئة عليا مستقلة للاتصال السمعي والبصري لا يسمحان بتقييد الحريات التي ينظماها لسبب متعلق بالآداب العامة.

Affaire HANDYSIDE c. Royaume-Uni, précité, parag. 49, c'est nous qui soulignons. 153

انطلاقاً من هذا المفهوم اعتبرت المحكمة الأوروبية أن:

● حفظ الآداب العامة يبرّر قراراً اتخذته النيابة العمومية البريطانية بحجز نسخ كتاب «Schoolbook» موجه للأطفال والمراهقين لما فيه من مقاطع ذات مضمون فاحش:

« Il incombe à la Cour de rechercher si la protection de la morale dans une société démocratique rendait nécessaires les diverses mesures prises contre le requérant et le Schoolbook »¹⁵⁴

« L'ouvrage contenait pour l'essentiel des informations de pur fait, en général exactes et souvent utiles [...]. Cependant, il renfermait également, [...] des phrases ou paragraphes que des jeunes traversant une phase critique de leur développement pouvaient interpréter comme un encouragement à se livrer à des expériences précoces et nuisibles pour eux, voire à commettre certaines infractions pénales. Dans ces conditions, malgré la diversité et l'évolution constante des conceptions éthiques et éducatives au Royaume-Uni les magistrats anglais compétents étaient en droit de croire à l'époque, dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation, que le Schoolbook aurait des répercussions néfastes sur la moralité de beaucoup des enfants et adolescents qui le liraient »¹⁵⁵.

● تجريم العلاقات المثلية بين الرشد برضاهم الذي كان منصوصاً عليه بقانون إيرلندا الشمالية لا تتوفر فيه ضرورة حفظ الآداب العامة:

« Sans contredit, une certaine réglementation pénale du comportement homosexuel masculin, comme du reste d'autres formes de comportement sexuel, peut se justifier comme "nécessaire dans une société démocratique". En la matière, le droit pénal a pour fonction globale [...] de préserver l'ordre et la décence publics [comme] de protéger le citoyen contre ce qui choque ou blesse". Cette nécessité d'un contrôle peut s'étendre même à des actes accomplis d'un commun accord et en privé, notamment quand il s'impose [...] de fournir des garanties suffisantes contre l'exploitation et la corruption d'autrui, en particulier des personnes spécialement vulnérables à cause de leur jeunesse, de leur faiblesse de corps ou d'esprit, de leur inexpérience ou d'une situation de dépendance naturelle, juridique ou économique spéciale". De fait, tous les États membres du Conseil de l'Europe possèdent une législation en ce domaine, mais le droit nord-irlandais

Ibid., parag. 47. 154

Ibid., parag. 52. 155



se distingue de celui de la grande majorité d'entre eux en prohibant indécence grave entre hommes [...] de manière générale et en toute circonstance. Une fois reconnue la "nécessité" de légiférer pour prémunir des fractions données de la société, de même que l'éthique de celle-ci dans son ensemble, il s'agit en l'occurrence de rechercher si les dispositions incriminées du droit nord-irlandais [qui incriminent l'homosexualité] et leur application restent dans le cadre de ce que, dans une société démocratique, on peut estimer nécessaire pour atteindre ces objectifs »¹⁵⁶.

[...] Du point de vue de la proportionnalité, les conséquences dommageables que l'existence même des dispositions législatives [qui incriminent l'homosexualité] peut entraîner sur la vie d'une personne aux penchants homosexuels, prédominant aux yeux de la Cour sur les arguments plaidant contre tout amendement au droit en vigueur. L'accomplissement d'actes homosexuels par autrui et en privé peut lui aussi heurter, choquer ou inquiéter des personnes qui trouvent l'homosexualité immorale, mais cela seul ne saurait autoriser le recours à des sanctions pénales quand les partenaires sont des adultes consentants »¹⁵⁷.

Partant, les motifs avancés [...] ne suffisent pas, malgré leur pertinence, à justifier le maintien des règles juridiques litigieuses dans la mesure où elles ont pour résultat général la prohibition pénale de rapports homosexuels auxquels se livreraient en privé des hommes adultes capables d'y consentir. En particulier, ni les attitudes morales envers l'homosexualité masculine en Irlande du Nord ni la crainte qu'une atténuation de ces règles n'aboutisse à miner les valeurs morales existantes ne permettent en soi une ingérence si étendue dans la vie privée du requérant. "Dépénaliser" ne veut pas dire approuver, et la peur de voir certains milieux tirer à cet égard des conclusions erronées d'une réforme de la législation ne constitue pas une bonne raison de conserver celle-ci jusque dans ses aspects injustifiables »¹⁵⁸.

Affaire DUDGEON c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, parag. 49. 156

Ibid. parag. 59. 157

Ibid. parag. 61. 158

ويتعيّن التأكيد أن المصدر الأوروبي لهذه الأحكام لا يعني أنها غير ذات فائدة للقاضي التونسي، وإنّما هو مطالب بالاطّلاع عليها لا فقط لمعرفة ما يجري على الصعيد المقارن، وإنّما لكونه صار، هو أيضا، على غرار نظرائه قضاة الدول الأوروبية، خاضعا لرقابة قضائية دولية من المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان¹⁵⁹. والمعالم المحاكم الدولية لحقوق الإنسان تطبّق مبادئ مختلفة المصدر أحيانا لكنها ذات نفس المضمون، فما ورد في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لا يختلف جوهريا عمّا ورد في الاتفاقية الإفريقية. كما أنّ هذه المحاكم تطبّق عهودا واتفاقيات أممية مشتركة. وكثيرا ما ترجع الواحدة من هذه المحاكم لفقهاء قضاء الأخرى¹⁶⁰.

ولئن سلّم القاضي الدولي بأولوية القاضي الوطني في تقدير مفهوم الآداب العامة بالنظر لاختلافه من دولة لأخرى، إلاّ أنّه يفرض رقابة شديدة للتأكد من احترام هذا التقدير لشرط الضرورة، وفي هذا الصدد قرّرت المحكمة الأوروبية ما يلي:

« On ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la "morale". L'idée que leurs lois respectives se font des exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre »¹⁶¹.

« [La convention européenne] n'attribue pas pour autant aux États contractants un pouvoir d'appréciation illimité. [...] la Cour a compétence pour statuer par un arrêt définitif sur le point de savoir si une "restriction" ou "sanction" se concilie avec la liberté d'expression [...]. La marge nationale d'appréciation va donc de pair avec un contrôle européen. Celui-ci concerne à la fois la finalité de la mesure litigieuse et sa "nécessité". Il porte tant sur la loi de base que sur la décision l'applicant, même quand elle émane d'une juridiction indépendante »¹⁶².

ومثل هذه الرقابة سلّطها القاضي الدولي وبأكثر شدّة على شرط الضرورة بالنسبة للقيود التي تفرض على حرّية التعبير.

159 أنظر أعلاه، ص. 42.

160 أنظرا مثلا حول رجوع المحكمة الإفريقية لفقهاء قضاء نظيرتها الأوروبية :

Affaire Tanganyika Law Society, the Legal and Human Rights Centre et Reverend Christopher R. Mtikila c. Tanzanie, Recueil de jurisprudence de la cour africaine, vol. 1 (2006-2016), p., 34, spéc. parag. 106.2 ss.

HANDYSIDE, précitée, parag. 48. 161

Ibid. parag. 49. 162

ii- ضرورة تقييد حرية التعبير على محكّ مفهوم المجتمع الديمقراطي

قد يكون القاضي مدعوا لتطبيق نصوص قانونية تضع قيودا على حرية التعبير تستجيب في ظاهرها لأسباب مشروعة، كحماية حقوق الغير وسمعته واعتباره، لكنها في الحقيقة لا تكون ضرورية إذا ما وقع النظر إلى المسألة من منظار مستلزمات المجتمع الديمقراطي الذي يوجب قبول الاختلاف والنقد والانتقاد في أبعد درجاته ومختلف تجلياته كالهجاء والسخرية والتهكم، حتى وإن لم تكن مبنية على معطيات صحيحة. ومن أمثلة النصوص القانونية التي يمكن أن تثير في تطبيقها القضائي إشكالا بخصوص القيود التي تضعها على حرّية التعبير بالنظر إلى ما توصلت إليه لجنة الأمم المتحدة المعنية بحقوق الإنسان من فقه قضاء حول هذه المسألة، يمكن ذكر ما يلي:

جدول في الجرائم التي يمكن أن يثير تطبيقها القضائي إشكالا بخصوص ضرورة تقييد حرية التعبير

المرجع	الفاعل	العقاب	موقف اللجنة الأهمية لحقوق الإنسان
ف. 67 م.ج	إتيان أمر موحش ضد رئيس الدولة	سجن 3 أعوام وخطية 240 د	« Dans le cadre du débat public concernant des personnalités publiques du domaine politique et des institutions publiques, le Pacte accorde une importance particulière à l'expression sans entraves. Par conséquent, le simple fait que des formes d'expression soient considérées comme insultantes pour une personnalité publique n'est pas suffisant pour justifier une condamnation pénale, même si les personnalités publiques peuvent également bénéficier des dispositions du Pacte. De plus, toutes les personnalités publiques, y compris celles qui exercent des fonctions au plus haut niveau du pouvoir politique, comme les chefs d'État ou de gouvernement, sont légitimement exposées à la critique et à l'opposition politique. Par conséquent, le Comité s'inquiète de lois régissant des questions telles que le crime de lèse-majesté, le desacato (outrage à une personne investie d'une autorité), l'outrage à l'autorité publique, l'offense au drapeau et aux symboles, la diffamation du chef de l'État,
ف. 125 م.ج	هضم جانب موظف عمومي أو شبهه بالقول أو الإشارة حال مباشرته لوظيفته أو بمناسبة مباشرتها	سجن عام وخطية 120 د	
ف. 126 م.ج	هضم جانب موظف من النظام العدلي بالجلسة	سجن عامين	
ف. 128 م.ج	نسبة أمر غير قانوني لموظف عمومي أو شبهه يكون متعلقا بوظيفته دون الادلاء بما يثبت صحة ذلك	سجن عامين وخطية 120 د	
ف. 129 م.ج	هتك العلم التونسي أو الأجنبي	سجن عامين	
ف. 245 م.ج	نسبة أمر لدى العموم فيه هتك اعتبار هيئة رسمية	سجن ستة أشهر وخطية 240 د	
ف 53 مرسوم الصحافة	النيل من الشعائر الدينية المرخص فيها	خطية تصل إلى 2000 د	

et la protection de l'honneur des fonctionnaires et personnalités publiques, et la loi ne doit pas prévoir des peines plus sévères uniquement en raison de l'identité de la personne qui peut avoir été visée. Les États parties ne doivent pas interdire la critique à l'égard d'institutions telles que l'armée ou l'administration », (Observation générale n° 34, parag. 38).	خطبة تصل إلى 2000 د	الثلث (ادعاء أو نسبة شيء غير صحيح بصورة علنية من شأنه أن ينال من شرف أو اعتبار شخص معين)	ف 55 مرسوم الصحافة
	سجن إلى 3 سنوات	التحريض على النفرة من الخدمة العسكرية	ف 87 م. المرافعات والعقوبات العسكرية
	سجن إلى 3 سنوات	تحقير العلم أو الجيش والمس من كرامته أو سمعته أو معنويته	ف. 91 م. المرافعات والعقوبات العسكرية

وإن لم يكن المطلوب من القاضي، عند عرض النصوص المذكورة عليه، أن يُقدم على مراقبة مدى دستوريته أو مدى ملاءمتها لأحكام العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية، إلا أن من أؤكد واجباته، عند البحث في أركان الجريمة، مراقبتها على ضوء شرط الضرورة ومستلزمات النظام الديمقراطي، فمثلا نسبة أمور غير صحيحة إلى رئيس الجمهورية قد يبدو من قبيل إتيان أمر موحش تجاهه، لكن هذا لا يكفي وحده للتصريح بثبوت الإدانة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار مقتضيات الدولة الديمقراطية التي تستدعي أن يكون المسؤولون فيها على قدر عال من التسامح ورحابة الصبر لتقبل كل المواقف حتى وإن ظهرت أنها عدوانية طالما أنها لم تصل إلى حدود الشتم.

ويمكن للقاضي هنا أيضا الاستئناس برأي اللجنة الأومية لحقوق الإنسان عندما اعتبرت ما يلي:

« À tout le moins dans le cas des commentaires au sujet de figures publiques, il faudrait veiller à éviter de considérer comme une infraction pénale ou de rendre d'une autre manière contraire à la loi les déclarations fausses qui ont été publiées à tort, mais sans malveillance. Dans tous les cas, un intérêt public dans la question objet de la critique devrait être reconnu comme un argument en défense [...]. L'emprisonnement ne constitue jamais une peine appropriée »¹⁶³.



ولتجسيم طريقة تقدير شرط ضرورة تقييد حرية التعبير، يمكن الاستشهاد بقرار بليغ صادر عن "المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان" سنة 2014¹⁶⁴، وقد تمثلت وقائعه في تظلم صحفي من دولة بوركينافاسو من حكم بسجنه من أجل ثلث وكيل الجمهورية، وقد اعتُبر ثلثا ما ورد بثلاث مقالات صحفية عناوينها:

Observation générale n° 34, parag. 47. 163

LOHE ISSA KONATE C. BURKINA FASO (2014), Recueil de jurisprudence de la Cour africaine, 164 Volume 1 (2006-2016), Pretoria University Law Press, 2019, p. 324.

- « Contrefaçon et trafic de faux billets de banque - Le Procureur du Faso, 3 policiers et un cadre de banque, parrains des bandits »,
- « Le Procureur du Faso : un torpilleur de la justice ».
- « Déni de justice - Procureur du Faso : un justicier voyou ? »

ورغم ما يبدو في ظاهر ما وقعت نسبته لوكيل الجمهورية من عبارات صادمة إلا أن المحكمة الإفريقية خلصت إلى أن إدانة وعقاب الصحفي قد مثلاً تقييدا غير ضروري لحرية التعبير:

« Dans son appréciation de la nécessité des limitations apportées à la liberté d'expression par l'État défendeur aux fins de protéger l'honneur et la réputation d'autrui, la présente Cour estime [...] nécessaire de tenir compte de la fonction de la personne dont les droits sont à protéger ; en d'autres termes, la Cour considère que son appréciation de la nécessité de la limitation doit nécessairement varier selon que cette personne est une personnalité publique ou non. La Cour estime que la liberté d'expression dans une société démocratique doit faire l'objet d'un degré moindre d'interférence lorsqu'elle s'exerce dans le cadre de débats publics concernant des personnalités du domaine public. Par conséquent, comme la Commission [africaine des droits de l'Homme et des peuples], « ceux qui assument des rôles publics de premier plan doivent nécessairement être prêts à faire face à des critiques plus importantes que celles que peuvent subir de simples citoyens, autrement tout débat public ne serait plus possible »¹⁶⁵.

« La Cour considère qu'il ne fait aucun doute qu'un Procureur de la République est une « personnalité publique » ; à ce titre, un procureur de la République est plus exposé qu'un individu ordinaire et est susceptible de faire l'objet de critiques plus nombreuses et plus sévères. Un degré plus élevé de tolérance étant attendu de sa part, la législation des États parties à la Charte et au Pacte en matière d'atteinte à l'honneur ou à la réputation de personnalités publiques, telles que les membres du corps judiciaire, ne devrait donc pas prévoir de sanctions plus sévères que celle relative aux atteintes à l'honneur ou à la réputation d'un individu ordinaire »¹⁶⁶.



Ibid. parag. 155. 165

Ibid. parag. 156. 166

وفي نفس الصدد يمكن الاستشهاد بقرارين صادرين عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان:



● قرار صادر سنة 2003¹⁶⁷ تعلق فيه الأمر بإدانة القضاء التركي لشخص من أجل نقده اللاذع للطابع المدني للدولة التركية ودعوته لتطبيق الشريعة وتصريحه بأن كل طفل يولد من زواج مدني ميرم لدى ضابط الحالة المدنية يعتبر ابن زنا. وقد اعتبرت المحكمة الأوروبية أن هذه الأقوال ومجرد المناادة بإقامة نظام يعتمد الشريعة الإسلامية، دون الدعوة لاستعمال العنف للوصول إلى هذه الغاية، لا يعتبر "خطاب كراهية" يوجب تقييد حرية التعبير، وإنما يتنزل ذلك في إطار الحوار التعددي. بذلك انتهت المحكمة الأوروبية إلى تأكيد انتهاك الحكم التركي لحرية التعبير.

● قرار صادر سنة 2013¹⁶⁸ أدانت فيه المحكمة الأوروبية موقف القضاء الفرنسي لحكم صدر ضد شخص من أجل جريمة إتيان أمر موحش ضد رئيس الجمهورية متمثل في رفع لافتة عند مرور الموكب الرئاسي كُتبت عليها. « Casse toi pov'con » وقد اعتبرت المحكمة الأوروبية أن الإدانة لم تكن ضرورية في المجتمع الديمقراطي لأن:

« Le requérant a choisi d'exprimer sa critique sur le mode de l'impertinence satirique. Or, la Cour a souligné à plusieurs reprises que la satire est une forme d'expression artistique et de commentaire social qui, de par l'exagération et la déformation de la réalité qui la caractérisent, vise naturellement à provoquer et à agiter. C'est pourquoi il faut examiner avec une attention particulière toute ingérence dans le droit d'un artiste – ou de toute autre personne – à s'exprimer par ce biais »¹⁶⁹.

« Sanctionner pénalement des comportements comme celui qu'a eu le requérant en l'espèce est susceptible d'avoir un effet dissuasif sur les interventions satiriques concernant des sujets de société qui peuvent elles aussi jouer un rôle très important dans le libre débat des questions d'intérêt général sans lequel il n'est pas de société démocratique »¹⁷⁰.

GÜNDÜZ c. TURQUIE, 13 novembre 2003, parag. 48 ss. 167

EON c. France, (Requête no 26118/10), 14 mars 2013. 168

Ibid., parag. 60. 169

Ibid., parag. 61. 170

وفي تونس، أصدرت المحكمة الابتدائية ببين عروس في 23 جويلية/تموز 2020 (قضية جلال بن بريك)¹⁷¹ حكما قضى بسجن كاتب لتصريحات أطل بها في قناة تلفزيونية¹⁷² اعتبرت ثلثا¹⁷³ ونسبة أمور غير حقيقية¹⁷⁴ للقضاة بمناسبة قضية شدت انتباه الرأي العام لتعلقها بإيقاف أحد المترشحين للانتخابات الرئاسية. واللآفت في تعليل المحكمة لحكمها أنها لم تتناول الموضوع لا من زاوية حرية التعبير ولا من زاوية ضوابط هذه الحرية وكيفية تقديرها، وصبت كل اهتمامها على تحليل أركان الجريمتين موضوع التتبع تحليلا فنيا ضيقا دون أن تتساءل عن حدود حرية التعبير بخصوص المواقف من القضاء والقضاة في الدول الديمقراطية، فهل أن القضاء هو شأن خاص بالقضاة ينبغي التشدد في حمايته أم هل هو شأن مجتمعي عام وجب توسيع حدود نقده؟ وما يمكن أن تكون عليه حدود هذا النقد؟ وهل أن سير الدولة الديمقراطية يتأذى حقا من انتقاد القضاء ويجعل من الضروري تحجير كل قول يمس به؟

لكن حتى بعد أن يتأكد القاضي من أن تقييد الحرية هو أمر ضروري، فذلك لا يكفي، وإنما يتعين عليه المرور إلى مرحلة أخرى يقوم فيها بالتثبت في ألا يكون التقييد على درجة من المبالغة إلى درجة إفراغ الحق من معناه.

II - عدم المساس بجوهر الحق موضوع التقييد

اقتضى الفصل 49 من الدستور أن تقييد الحقوق والحريات يجب أن لا ينال من جوهرها، ومعنى هذا أن القيود، بصفتها استثناءات، يجب ألا تطغى على مبدأ الحق أو الحرية، ويجب أن تبقى في الحدود التي بررت وضعها، فإن طغت الاستثناءات تلاشى المبدأ وصار فاقدا لمعناه. ويمكن تجسيد هذه الفكرة من خلال أمثلة منها ما طرح ومنها ما قد يطرح على القاضي.

1 - مثال حكم الحجب الشامل للمواقع الإباحية

بتاريخ 26 ماي/أيار 2011، قضت المحكمة الابتدائية بتونس¹⁷⁵ بإلزام الوكالة التونسية للإنترنت "بحجب جميع المواقع الإباحية بشبكة الإنترنت" للأسباب التالية:

"حيث إن القانون كما يمنع الاتفاقات المخلة بالآداب ويُبطّل التصرفات المبنية على سبب غير جائز لمخالفته للأخلاق الحميدة، فأحرى به أن يمنع إسداء الخدمات التي تنطوي على مضامين مخالفة للأخلاق الحميدة ومُسدي الخدمة في صورة الحال هي [الوكالة التونسية للإنترنت] التي كان عليها أن تراعي في



171 الحكم عدد 2263، غير منشور.

172 "أنا في وقت بن علي قلت كان ثمة حاجة إذا عندي الثقة فيها في الدنيا عمياء، إلا القضاء التونسي، أنا نعرف قضاة كالكلاب يهربوا بالمفلات ... هذايا اسمو [ذكر أساء]، كالكلاب يفرن، يهربوا... واحد يجي يقلي أنو القضاء مستقل في تونس، وين؟ كيفاش؟ ما عمرو ما كان مستقل ويستحيل إذا فمة مهنة غير موجودة في هذا البلد هو القضاء هو القاضي هو الحاكم والناس هذي الكلها كانت متربية عند بن علي [...] عيب ناس ماتت وعملنا ثورة وثورة صفق لها العالم ووقفق لها الرجال باش يبقى القضاء مدجن وتابع ويجرّك فيه معنتها سسمو أكأ [...]".

173 الفصل 55 من المرسوم عدد 115 المؤرخ في 2 نوفمبر/ تشرين الثاني 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر.

174 الفصل 128 من المجلة الجزائية.

175 حكم استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت عدد 99325 بتاريخ 26 ماي/أيار 2011، غير منشور.



إسدائها لتلك الخدمة ضوابط القانون والتي هي في الوقت نفسه ضوابط أخلاقية تواضع عليها الناس وتقارروا جيلا بعد جيل إلى أن استقرت مكوّنا من مكوّنات الشخصية التونسية وقيمة من قيم هذا المجتمع يتحد عموم الناس حولها وتُشكّل قاسما مشتركا بينهم.

وحيث من جهة القول بأنّ في الأمر تدخلا في الحرية الشخصية فالأمر إنما يتعلّق بتعديل إحدى صور المعاملات القائمة بين المطلوبة وجمهور الناس حتى تتوافق مع الضوابط العليا القانونية وأيضا الأخلاقية ليس لفترة معيّنة من الناس بل لعموم المجتمع وقواعد القانون تقتضي أنه إذا تعارض المانع والمقتضي فيقدم المانع ودرء المفسد أولى من جلب المنافع هذا على فرض وجود منفعة في ترك السبيل متاحا مباحا لتلك المواقع الإباحية لتغري الأطفال بأساليبها الإشهارية وتقتحم طفولتهم فتلوّث براءتهم وهم عديمو التجربة لم تكتمل لديهم بعد ملكة التمييز بين الغث والسمين.

وحيث إن القاضي العدلي لازال وسيبقى هو حامي الحريات ولكنه يبسط حمايته ويذود عن الحريات التي تمارس في نطاق الضوابط التي قرّرها المجتمع وفي حدود ما تعارف عليه الناس من مثل وقيم ومثل اتفقوا على مراعاتها واحترامها.

وحيث إن المطلوبة وهي مؤسسة عمومية إذا ما كان لها أن تسدي خدمة للمواطن فعليها أن تحرص أن تكون خدمة تراعي الآداب العامة والشعور العام.

وحيث إن القضاء الاستعجالي يتدخل يوميا لحماية الحقوق المالية فأولى به وأحرى أن يتدخل لبعض قيم ومثل هذا المجتمع والتي تربط بين أفرادها ويصونها من التعدي بعد أن تبين [...] أن هذا التعدي يحصل آلاف المرات كل يوم مع ما عسى أن يترتب عنه من أضرار بدنية وأخلاقية وسلوكية وحتى قانونية وإن لم تبرز بعد فإن آثارها ستراخي حتما إلى المستقبل إن تُرك الأمر على حاله [...].

وحيث إن المحكمة في نطاق تقييمها إلى الوسيلة التي تحمي وتقي من هذا الضرر تقرّر أنه يتجه حجب تلك المواقع وليس يقال هنا أنه ما على مستعمل الإنترنت إلا الإمساك عن زيارة تلك المواقع أو تجهيز حاسوبه برنامج للمراقبة إذ الأمر يتعدى الراشد إلى الصغير وحتى غير المميّز كما تبين من ظاهر المؤيدات أن تلك المواقع تقتحم حتى عمليات الإبحار العادية وذلك عبر ما تنفثه من إشهاراتها بصيغها وأشكالها المختلفة التي تُشكّل في حدّ ذاتها تجاوزا للأخلاق الحميدة".

يطرح هذا الحكم طرحا بليغا مسألة تقدير القاضي للتناسب في تقييد الحقوق والحريات وتحديد اختيار الوسيلة المناسبة للتقييد، إذا ما ثبتت ضرورته، حتى لا يقع التيّل من الحقوق والحريات في جوهرها.

ولئن صدر الحكم قبل دستور 2014 وما أتى به من توجيهات في هذا الخصوص بالفصل 49، إلا أن موقف المحكمة كان يكتسب أكثر تركيزا ومتانة لو أنّها تناولت الموضوع بالرجوع إلى أحكام العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وهو ملزم لها بحكم المصادقة عليه منذ سنة 1968.

فالمادة 19 من العهد المذكور تميز تقييد حرّية التعبير، التي تشمل أيضا تلقي المعلومات، لداعي حماية الآداب العامة، لكن بشرط توفر الضرورة، وقد أكدت اللجنة الأُمّية المكلفة بتأويل العهد على ما يلي:

« Les restrictions qu'un État partie impose à l'exercice de la liberté d'expression ne peuvent pas compromettre le droit lui-même. Le Comité rappelle que le rapport entre le droit et la restriction et entre la règle et l'exception ne doit pas être inversé. Le Comité rappelle aussi le paragraphe 1 de l'article 5 du Pacte, aux termes duquel « aucune disposition du présent Pacte ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et des libertés reconnus dans le (...) Pacte ou à des limitations plus amples que celles prévues » dans le Pacte »¹⁷⁶.



هذه التوجيهات الصادرة عن اللجنة الأُمّية تشكّل مأخذ تنطبق تمام الانطباق على موقف المحكمة:

- ◀ فمنهجيا، يتعيّن تنزيل المسألة في إطارها بتكييفها إن كانت تتعلق بأحد الحقوق والحريّات، ثم يقع البحث في وجود موجب لتقييدها، وصولا لتحديد وسيلة التقييد. لكن الملاحظ أن المحكمة انطلقت مباشرة من ضرورة وضع القيود حماية للآداب العامة، ثم وفي مرحلة موالية أشارت إشارة سريعة لموضوع الحرّية لتنفي وجودها أصلا، ثم رجعت إلى موضوع الآداب العامة، وهو تمثي منهجي يكشف انقلاب المعادلة بين الحق وقيوده.
- ◀ من المسلّم به، كما أكّدت عليه المحكمة، أن حرّية التعبير وتلقي المعلومات تحد حدودها في حماية الآداب العامة، وأن النفاذ إلى المواقع المخلّة بهذه الآداب لا يمكن أن يترك دون ضوابط. وقد لامست المحكمة إشكال موضوع التناسب في تقدير هذه الضوابط بقولها "المحكمة في نطاق تقييمها إلى الوسيلة التي تحمي وتقي من هذا الضرر [...]". بما يعني بوضوح أنها تعتبر من الضروري اختيار الوسيلة الأنسب من بين الوسائل المطروحة لحماية المصلحة موضوع التهديد. لكنها ذهبت إلى اختيار الوسيلة القصوى وهي الحجب الكامل الشامل لأنها اعتبرت أن الرهان المطروح يتمثل في حماية القصّر خاصة بالنظر على ما صوّرتة المحكمة من طابع اجتياحي Intrusif et invasif لمثل هذه المواقع، فهي لا تنتظر النفاذ إليها من طالبها وإنما تهجم بإشهاراتها حتى على من لم يقصدها.

Observation générale no 34, Article 19: Liberté d'opinion et liberté d'expression, parag. 21. 176

هذا الحلّ هو تماما التقييد الذي ينال من جوهر الحق، فمنع هذه المواقع منعاً شاملاً يعني أنه لا يوجد حق في النفاذ إليها من الجميع بمن فيهم الرّشد المميزين¹⁷⁷.

2- مثال الحكم برفع المضرّة الذي يلحق مضرّة كبرى بالمحكوم ضده

تُمثّل القضية التي كانت موضوع قرار محكمة التعقيب الصادر في 4 ديسمبر/ كانون الأوّل 2019¹⁷⁸ صورة أخرى لضرورة مراعاة القاضي لجوهر الحق إذا ما اقتضى الأمر تقييده. فالوقائع تفيد أن شخصا أحدث بناء تجاوز فيه حدود عقاره ليضم إليه مساحة 60 متراً مربعاً من عقاره. فرفع الجار قضية في كف الشغب طلب فيها الحكم بإزالة البناء الواقع في عقاره. وقضت محكمة الأصل بدرجتها بكف الشغب بإزالة البناء الواقع في المساحة المستولى عليها. لكن محكمة التعقيب لم تجار قضية الأصل في تقديرهم للوسيلة المختارة لرفع الضرر، فاعتبرت الهدم وسيلة غير مناسبة للأسباب التالية:

"المعلوم أن قواعد المسؤولية التقصيرية تقتضي ضرورة اتخاذ جميع الوسائل اللازمة لإزالة الوضعية الضارة ويُعتمد في ذلك مبدأ التناسب بين الضرر والجزاء فتتجه المحكمة إلى اعتماد الوسائل الممكنة لإزالة الشغب ورفع المضرّة دون أن تتسبب تلك الوسائل في مضرّة فادحة للمتسبب في الضرر [...] وهي مسألة خالفتها محكمة الأصل فهي لم تبحث عن المقترح الأنسب لكف الشغب وإزالة الضرر دون ضرر بالطاعن واعتمدت الحل المتمثل في هدم البناء موضوع الشغب حال أن تلك الطريقة ينتج عنها لا محالة ضرر فادح بعقار الطاعن لكون الهدم يؤوّل حتماً إلى هدم كامل البناء، ولم تراعى المحكمة في ذلك مبدأ التناسب بين الضرر والجزاء".



177 للمقارنة يمكن الرجوع إلى قضية نظرت فيها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تمثلت وقائعها في تظلم ضد قرار من المحاكم التركية بحجز جميع نسخ نشرية موضوعها الجنس في العلاقات المثلية، وقد اعتبرت المحكمة الأوروبية:

KAOS GL c. TURQUIE, 22 novembre 2016, : « La Cour constate qu'eu égard au contenu des articles portant sur la sexualité de la communauté LGBT et sur la pornographie, et à la nature explicite de certaines images utilisées, le numéro du magazine peut être considéré comme une publication spécifique visant une certaine catégorie de la société. Dès lors, la Cour est prête à admettre que les mesures prises pour empêcher l'accès de certains groupes de personnes, notamment des mineurs, à cette publication pouvaient répondre à un besoin social impérieux, à savoir la nécessité de préserver la sensibilité d'une partie de public. Cependant, la Cour relève qu'il n'était pas justifié d'empêcher tout le public d'avoir accès au numéro litigieux du magazine. Elle souligne à cet égard que les autorités internes n'ont pas cherché, afin d'éviter l'accès d'un public non averti au magazine en question, à appliquer une mesure de prévention moins lourde que la saisie de tous les exemplaires du numéro. Une telle mesure aurait pu prendre la forme d'une interdiction de vente aux moins de 18 ans ou d'une obligation de vendre le magazine sous emballage spécial comportant une mise en garde destinée au public âgé de moins de 18 ans, voire, à la limite, d'un retrait de cette publication des kiosques, mais non pas celle de la saisie des exemplaires destinés aux abonnés », parag. 61.

La Cour estime donc que la saisie de tous les exemplaires du magazine s'analyse en une ingérence » disproportionnée dans l'exercice du droit de la requérante à la liberté d'expression et non « nécessaire dans une société démocratique », parag. 63.

178 قرار تعقيبي مدني عدد 67114 مؤرخ في 4 ديسمبر/ كانون الأوّل 2019، منشور بالموقع الإلكتروني لمحكمة التعقيب: http://www.cassation.tn/fileadmin/user_upload/67114.pdf

قد يقال أن صورة النزاع لا يمكن أن تنضوي ضمن الفصل 49 من الدستور الذي يوجب توفر حق ثم ضرورة لتقييده، وهو ما لا يبدو متوفرا في القضية لأن من يستولى على جزء من عقار جاره لا يبارس حقا وإنما هو يعتدي على حق الغير، وربما هذه الاعتبارات هي التي تفسر عدم تأسيس محكمة التعقيب قرارها على الفصل 49 من الدستور.

لكن التأمل جيداً يؤكد انضواء النزاع في إطار الفصل 49، فإن كان صحيحاً أن الجار الذي استولى لم يبارس في منطلق النزاع حقا، وأن ليس له أي حق على ما استولى عليه، إلا أن ذلك لا ينفي أنه يبقى متمتعا بحقه في الملكية كاملا على عقاره الذي تولى البناء عليه بشكل شرعي، بذلك فإن الوسيلة المعتمدة لحماية حقوق الجار ضحية الاستيلاء ينبغي أن تبقى في حدود ما هو لازم وضروري لضمان حقوقه، وينبغي خاصة ألا تؤدي الوسيلة المعتمدة في رفع المضرة بدورها إلى ضرر وإجحاف بحقوق الجار (المستولي)، وإن كان لا بد من أن يقع المساس بحقوقه فيجب أن يكون ذلك في أضيق نطاق ممكن وألا يقع المساس بجوهر حقه.

هذا المنظار يتضح معنى قرار محكمة التعقيب وأهميته في تكريس رقابة التناسب كما أتى بها الفصل 49 من الدستور، ولو أنها لم تذكره ولم تعتمد مرجعا في حيثياتها.

رأت محكمة التعقيب أن هدم جزء البناء الواقع في الأرض المستولى عليها (60 مترا مربعا) سيؤدي حتما إلى سقوط كامل منزل الجار المستولي بالنظر إلى ترابط البناء. بالتالي فإن الوسيلة المعتمدة لحماية حق الغير (الجار ضحية الاستيلاء) ستؤدي إلى النيل من جوهر حق الجار المستولي، حقه في حماية ملكه الذي بناه بعقاره والذي سينهار حتما انهيارا كاملا نتيجة هدم الجزء موضوع الاستيلاء.

هذا الموقف لمحكمة التعقيب هو من الأهمية بمكان لأنه يدل على دور رقابة التناسب في التوفيق بين الحقوق والحريات المتضادة، فالحق في هدم جزء صغير من بناء مستولى عليه لا يمكن أن يؤدي إلى إهدار حق آخر في حماية بناية كاملة أقيمت بشكل شرعي¹⁷⁹.

179 جدير بالملاحظة، على سبيل المقارنة، أن محكمة التعقيب الفرنسية ترفض رفضا مبدئيا مطلقا إعمال مبدأ التناسب في قضايا كف الشغب الناجم عن التجاوز في البناء على ملك الغير وتعتبر أنه لا يمكن للمستولي أن يتمسك بحق الملكية في معارضة حق ملكية جاره ضحية الاستيلاء، مثلا:

Cass. civ. 3ème, 21 décembre 2017 : « Tout propriétaire est en droit d'obtenir la démolition d'un ouvrage empiétant sur son fonds, sans que son action puisse donner lieu à faute ou à abus ; que l'auteur de l'empiètement n'est pas fondé à invoquer les dispositions de l'article 1er du Protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que l'ouvrage qu'il a construit méconnaît le droit au respect des biens de la victime de l'empiètement », Dalloz 2018, p. 7, p. 1328, obs. A.-L. Méano ; Cass. civ. 3ème, 10 novembre 2016, Dalloz, 2017, p. 1789, obs. L. NEYRET H. Fulchiron, « Cadrer le contrôle de proportionnalité : des règles hors contrôle ? », Dalloz 2018, p. 467 ; J.-L. Bergel, « La sanction de l'empiètement des constructions sur le terrain d'autrui », RDI 2017, p. 124 ; W. Dross, « Empiètements : la Cour de cassation maintient le cap », RTD civ. 2017, p. 191 ; J. Dubarry, « Empiètement et proportionnalité : point d'équilibre ou de rupture ? », JCP 2016, 1271.

3- مثال القيود الاتفاقية على بعض الحريات الفردية : شرط العزوبية وشرط عدم المنافسة

يتعلق الأمر بالحقوق والحريات غير المطلقة، التي يمكن للأطراف التصرف فيها. فمصلحة أحد أطراف العقد قد تدفعه إلى محاولة فرض قيود على حقوق وحريات معاقده، وأحيانا أخرى يكون الداعي إلى وضع هذه القيود هو طبيعة العقد ذاته. لكن في جميع الحالات يتوجب ألا ينال التقييد من جوهر الحق، ومثاله :

- الشروط المتعلقة بزواج الأجير في عقود الشغل¹⁸⁰، مثل شرط العزوبية Clause de célibat ou clause de non-convol الذي يفرض على الأجير أن يكون أعزبا وأن يبقى كذلك ما بقيت العلاقة الشغلية، وشرط عدم تأجير عاملين متزوجين في نفس المؤسسة، فقد اعتبره فقه القضاء الفرنسي شرطا باطلا لأنه ينال من حرية الزواج¹⁸¹. لكن لا يمكن تفسير هذا البطلان بالطبيعة المطلقة لحق الزواج لأنه في الحقيقة حق نسبي تنظمه الدولة بعدة ضوابط، وإنما هو بطلان بسبب التقييد المطلق وغير المبرر الذي يفرضه شرط العزوبية على حرية الزواج بحيث ينال من جوهر الحق ذاته. لذلك درجت محكمة التعقيب الفرنسية على استثناء الحالات التي يكون فيها الشرط المذكور مبررا "بضرورة ملحة" « Nécessité impérieuse » تفرضها طبيعة العمل وظروف ممارسته¹⁸²، وهو الحل الذي كرسه تنقيح مجلة الشغل الفرنسية سنة 1992 الذي حجّر كل تقييد لحقوق العامل لا يكون مناسبا لغاياته¹⁸³.

- شرط عدم المنافسة Clause de non-concurrence، أشكاله عديدة، كالذي يقع التنصيب عليه في عقد الشغل لغاية منع العامل، بعد نهاية العلاقة الشغلية، من استغلال ما اكتسبه من مهارات من هذه العلاقة لمنافسة مؤجره السابق. والشرط الذي يقع التنصيب عليه بعقد إحالة أصل تجاري أو كرائه أو بعقد إحالة عيادة طبية لغاية منع المحيل من الانتصاب مجددا Clause de non- rétablissement حتى لا يجلب له حرقاءه وبالتالي يُفقد الإحالة من كل مضمونها، وأيضا الشرط الذي يقع التنصيب عليه في عقود التوزيع لمنع الوكيل من منافسة المؤسسة التي يمثلها. مثل هذه الشروط تكون باطلة إذا جاءت مطلقة، فتصبح في هذه الحالة شروطا تنال من جوهر حريات الطرف المتحمل بواجب عدم المنافسة. ولتكون صحيحة، صار فقه القضاء الفرنسي لا

Encyclopédie Dalloz, Droit civil, V° Mariage (2° Conditions de formation), 2002, par M. LAMARCHE et 180 J.-J. LEMOULAND, parag. 100 ss.

Paris, 30 avr. 1963, Épx Barbier c/ Air France, D. 1963. 428, note Rouast : « le droit au mariage est un 181 droit individuel d'ordre public qui ne peut se limiter ni s'aliéner ».

Cass. soc. 7 février 1968, Dalloz. 1968, p. 429 ; Ass. plén., 19 mai 1978, cité in H. Capitant, F. Terré, 182 Y. Lequette, Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile, tome 1, Dalloz, 12ème éd., 2007, n° 30, a rappelé qu'il ne peut être porté atteinte sans abus à la liberté du mariage par un employeur que dans des cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement ».

Article L1121-1 : « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de 183 restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.

يكتفي بأن تكون هذه الشروط محدّدة زمانا ومكانا، وإنما أصبح أيضا يُخضعها لرقابة التناسب بين المصلحة التي يدعيها المستفيد من الشرط وبين القيود التي يفرضها على الحريات الاقتصادية لمعاقدته¹⁸⁴. وفي هذا الصدد نقضت محكمة التعقب الفرنسية قرارا أقرّ شرعية شرط عدم منافسة لكونه محدّد بمدة زمنية معينة وفي نطاق جغرافي مضبوط، وقد عابت محكمة التعقيب على قضاة الأصل عدم التحري في مدى التناسب بين الشرط الذي يفرض على الوكيل التجاري عدم بيع جميع المنتجات البترولية ومشتقاتها وبين موضوع عقد الوكالة المتعلق فقط ببيع البترول المنزلي¹⁸⁵. والخوض في هذه المسألة يحيل إلى تناسب التقييد مع الغايات المقصودة منه.

III – عدم تجاوز التقييد ما هو ضروري لتحقيق غايته

حتى إن ثبت أن تقييد الحق هو ضروري لحماية مصلحة متأكدة وأنه لا ينال من جوهر ذلك الحق، فإن ذلك لا يكفي للقول بأنه تقييد شرعي، وإنما يجب إخضاعه إلى اختبار أخير للتثبت من كونه تقييد ينحصر فقط فيما هو ضروري لتحقيق غايته، لا أكثر. وبعبارة أخرى، يجب التأكد من عدم وجود مبالغة وإفراط باستعمال أكثر مما يلزم وما هو ضروري لضمان الحماية اللازمة للمصلحة موضوع التهديد.

فمثلا إن رأى حاكم التحقيق أن إيقاف المظنون فيه إيقافا تحفظيا هو ضروري لضمان سلامة البحث على معنى الفصل 85 م.أ.ج، حتى لا يعتمد المظنون فيه لإتلاف الأدلة أو التأثير على الشهود، فإن هذا الإيقاف يجب ألا يتجاوز المدة اللازمة لإتمام الأبحاث، فإذا ما استوفيت زال موجب الإيقاف باعتبار أن الأدلة والإثباتات قد جُمعت وحُفظت ولم يعد يُحشى عليها، وبالتالي لا يمكن أن يتواصل حرمان المظنون فيه من حرّيته أكثر من المدة التي كانت ضرورية لإتمام البحث إذا كان ذلك هو المبرر الوحيد لإيقافه، فإذا تواصل الإيقاف اختلّ التوازن بين تقييد الحرية وموجبه.

هذه هي فكرة التناسب بالمعنى الضيق التي وقع التعبير عليها بصور معبّرة قائلة بأن التناسب هو أنك لا تحتاج (ي) المدفع لاصطياد عصفور، ولا تستعمل (ي) سكين ذبح الثيران عند ذبح دجاجة، ولا تلتجئ (ي) لمطرقة لقتل ذبابة¹⁸⁶.

بهذا المعنى يكون ضمان احترام التناسب، بمعنى الحرص ألا يتجاوز تقييد الحقوق والحريات القدر اللازم لتحقيق غايته، من الأمور اليومية الدّاخلة في عمل القاضي.

Encyclopédie Dalloz, Droit commercial, V° Concurrence (obligation de non-concurrence), par Y. 184 SERRA, parag. 98 ss.

Cass. com. 9 juill. 2002 [n° 00-18.311], 185
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007442020>

186 أنظر ص. 5 أعلاه.

لكن السؤال الذي يطرح هو :

هل يوجد معيار يمكن للقاضي أن يختبر به قيود الحقوق والحريات التي تُعرض عليه توصلًا لمعرفة إن كانت تنحصر أو تتجاوز ما هو ضروري لتحقيق غاياتها ؟

صحيح أن الأمر موكل أساسا لحكمة القاضي وحسن تديره، لكن هذا لا يكفي وحده لأنه قد يفسح المجال لطغيان الجوانب الذاتية في التقدير، لذلك يجب البحث عن توجيهات ومعايير يمكن للقاضي الرجوع إليها لمساعدته في اختيار الوسيلة المناسبة التي تحفظ التوازن بين قيود الحقوق والحريات وبين موجباتها وذلك بغاية حصر هذه القيود فيما هو ضروري فقط لتحقيق غاياتها.

وباستقراء الحالات التي وقع فيها إعمال اختبار التناسب سواء في فقه القضاء التونسي أو المقارن وخاصة فيما استقرت عليه الهيئات والمحاكم الدولية لحقوق الإنسان، يمكن القول أنه يوجد توجه نحو اعتبار قياس عدم تجاوز الوسيلة المعتمدة في تقييد الحقوق والحريات لما هو ضروري لتحقيق غايتها يخضع لمعيارين: فيجب أن تكون الوسيلة المعتمدة وسيلة معقولة (1) ويجب أن تكون الوسيلة الأقل تقييدا للحق أو الحرّية (2).

1- معيار الوسيلة المعقولة

كثيرا ما يقع ربط ما هو مناسب بما هو معقول. وقد ظهر هذا المعيار في فقه القضاء الانكليزي كوسيلة لرقابة القرارات الإدارية¹⁸⁷ The principle of reasonableness ووقع تعريفه بكونه ما لا يتحدى المنطق. وقد توسع استعمال هذا المعيار وصار شائعا حتى أنه صار مرادفا للتناسب في فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي تشترط "علاقة تناسب معقولة بين الوسائل المستعملة والغاية المنشودة"¹⁸⁸.

وقد وقع أيضا اعتماد هذا المعيار من لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان التي ترى أن تقدير شرعية الحرمان من الحرّية لا يجب أن يتم فقط بالرجوع إلى الشروط القانونية للإيقاف وإنما يلزم أيضا أن يكون الإيقاف معقولا¹⁸⁹.

ورجوعا إلى عمل القضاء التونسي، يمكن العثور على مثالين متضادين أولهما يدلّ على خطر تجاهل "المعقول" في حين يدلّ الثاني على الفائدة من استعماله.

Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation, King's Bench 1947, vol. 1, p. 223 187 (Court of Appeal), cité in CEDH, AFFAIRE FAYED c. Royaume-Uni, 21-9- 1994, parag. 44.

Un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé», Affaire « 188 ASHINGDANE c. Royaume-Uni, 28/05/1985, parag. 57.

L'adjectif « arbitraire » n'est pas synonyme de « contraire à la loi » mais doit recevoir une interprétation plus large, intégrant le caractère inapproprié, l'injustice, le manque de prévisibilité et le non-respect des garanties judiciaires, ainsi que les principes du caractère raisonnable, de la nécessité et de la proportionnalité. Par exemple, le placement en détention provisoire dans une affaire pénale doit être une mesure raisonnable et nécessaire en toutes circonstances », Observation générale n° 35, Article 9 (Liberté et sécurité de la personne), parag. 12.

أ- المثال 1 : خطر تجاهل "المعقول" في تقدير العقاب

إذا رأى القاضي أن الجريمة موضوع التتبع هي ثابتة فإنه يسلط "العقاب المناسب"، وهذه العبارة لا يكاد يخلو منها حكم بالإدانة. والعقاب المناسب هو العقاب المعقول، الذي يأخذ بعين الاعتبار جميع ملاسبات الجريمة، بدءاً من شخصية الجاني مروراً بدوافع ارتكابه الجريمة وصولاً إلى آثارها على الضحية وعلى المجتمع، والغاية من كل ذلك هي ألا يكون العقاب عقاباً صامداً لا لشدته ولا للينه.

ولئن ما انفكت محكمة التعقيب تذكر بأن تقدير العقاب المناسب هو مسألة يختص بها قاضي الأصل إلا أنها تبسط رقابتها استثنائياً على هذا التقدير إذا ما ثبت إخلاله بمبدأ التناسب¹⁹⁰، فقد تعهدت في أحد القضايا¹⁹¹ بالنظر في طعن رفعه متهم حكم عليه بالسجن لمدة ثلاثة أشهر من أجل تبادل العنف مع متهم آخر تمتع هو بعقاب مخفف تمثل في خطية قدرها 30 دينار والحال أن الأضرار التي ألحقها كل منهما بالآخر هي متشابهة. فقررت محكمة التعقيب أنه "لئن كان لمحكمة الأصل الاجتهاد في تقدير العقاب الذي تراه مناسباً للجرم إلا أن ذلك يجب أن يكون موازياً لدور كل واحد من مرتكبي الجرم"، وعليه رأت نقض قرار قضاة الأصل. فليس من المعقول أن يُحكم على واحد بالسجن والثاني بالخطية حال أن ملاسبات الجريمة وآثارها لا تختلف بينهما¹⁹².

بذلك لعب الحرص على تسليط العقاب المعقول دور الضابط لسلطة القاضي في تقدير العقاب، فإن غاب هذا الضابط تكون النتيجة صادمة كما كان الأمر في:

قرار محكمة الاستئناف بالمنستير المؤرخ في 18 جوان/ حزيران 2012¹⁹³ (قضية جابر الماجري وغازي الباجي): قضى بسجن كل منهما لمدة سبع سنوات وستة أشهر لنشرهما مؤلفاً اعتبرته المحكمة مسيئاً للإسلام بوصفها له أنه دين مُدمر للإنسان ومستعبد للناس ودين عنف مع تضمينه صوراً مسيئة للرسول. فاعتبرت المحكمة أنّ ما أتاه المتهم يجعله "مستوجبا لأشد العقاب زجراً له وردعا لغيره مما تسوّل له نفسه الاعتداء على مقدسات هذه الأمة الإسلامية".

حكم المحكمة الابتدائية بتونس المؤرخ في 14 جويلية/ تموز 2020 (قضية أمانة الشرقي): قضى بسجنها لمدة ستة أشهر مع خطية من أجل نشرها نصّاً (ليس من تأليفها) يحاكي سورة قرآنية لأن

190 تبنت محكمة التعقيب الفرنسية نفس الموقف :

Cass. Crim. 1er février 2017 (3 arrêts), Dalloz 2017, p. 961, note C. Saas

191 تعقيبي جزائي، عدد 25634 مؤرخ في 29 مارس/ آذار 1988، نشرية محكمة التعقيب، القسم الجزائي، ص. 95.

192 حول مبدأ تناسب العقاب مع الجريمة وعدم المبالغة والشطط فيه أنظر قرار المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب : Lohé Issa Konaté c. Burkina Faso (2014)، « [Les] sanctions pénales, civiles ou administratives, [...] demeurent soumises aux critères de nécessité et de proportionnalité ; ce qui signifie que si elles s'avèrent disproportionnées ou excessives, elles seront incompatibles avec la Charte et les autres instruments pertinents des droits de l'Homme », Recueil de jurisprudence de la Cour africaine, Volume 1 (2006-2016), Pretoria University Law Press, 2019, p. 324, parag. 166.

193 قرار جنائي عدد 1056، غير منشور.



نشر مثل هذه الكتابات فيه، حسب المحكمة، تحريض على التباغض بين الأديان والسكان¹⁹⁴ وأيضاً نيل من الشعائر الدينية¹⁹⁵.

- حكم المحكمة الابتدائية بين عروس عدد 2263 المؤرخ في 23 جويلية/ تموز 2020 (قضية جلال بن بريك): قضى بسجنه لمدة عام مع إيداعه السجن فور صدور الحكم بقطع النظر عن الطعن فيه بالاستئناف، لتصرّحه بما اعتبر ثلماً ونسبة أمور غير حقيقية للقضاة¹⁹⁶.

وبغض النظر عن موضوع مبدأ الإدانة في الثلاث حالات المذكورة التي يمكن مناقشتها على ضوء حرية التعبير وضوابطها في مجتمع مدني ديمقراطي تتسع فيه الصدور للنقد والانتقاد والسخرية والتهكم والهجاء، فإنّه يمكن التساؤل إن كان من المعقول تسليط أشدّ العقوبات السّجنية على أفعال لا يظهر البتة أن الغاية منها كانت التحريض على العنف أو إثارة التباغض أو الكراهية وإنما هي تعبير عن مواقف وآراء، وإن كان من المناسب في هذه الحالات اختيار العقاب السّالب للحرية من جملة العقوبات التي يزخر بها القانون الجزائي سواء كانت عقوبات تقليدية أو بديلة.

ب- المثال 2: "المعقول" للتصدي للتعسف في تجريد الأموال

في القضية التي صدر فيها حكم المحكمة الابتدائية بتونس المؤرخ في 11 أكتوبر/ تشرين الأول 2016¹⁹⁷ طلبت امرأة رفع تجريد وقع ضربه على حسابها البنكي سنة 2012¹⁹⁸. بدأت المحكمة بالتذكير بما جاء بالفصل 41 من الدستور حول ضمان حق الملكية وبالفصل 49 من أنه "تتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك"، ثم اعتبرت أنه:



"لئن جاز تجريد أموال الأشخاص المشتبه في أنهم يمسكونها لفائدة أشخاص وقعت مصادرة أملاكهم إلا أن هذا التجريد كتدبير احترازي وقتي يجب أن لا يتجاوز آجالاً معقولة مع ضرورة إثبات الجهة المكلفة بتنفيذ مرسوم المصادرة أنها ساعية سعياً جدياً للتقصي في سلامة مصدر الأموال المجرّمة وإن كانت ترجع فعلاً لشخص مشمول بالمصادرة، وفي غياب ذلك يصير تجريد أموال الغير لمدة لا متناهية غير معلومة الأمد تعدياً غير مبرر على حق الملكية وجب على القضاء التدخل لوضع حدّ له تطبيقاً للفصلين 41 و 49 من الدستور".

ثم لاحظت المحكمة أنه "حضر المكلف العام بنزاعات الدولة في حق كل من لجنة المصادرة واللجنة

194 على معنى الفصل 52 من المرسوم عدد 115 المؤرخ في 2 نوفمبر/ تشرين الثاني 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر.

195 على معنى الفصل 161 من المجلة الجزائية.

196 "أعلاه ص. 98.

197 حكم استعجالي عدد 67577، غير منشور.

198 تطبيقاً للمرسوم عدد 13 المؤرخ في 14 مارس/ آذار 2011 المتعلق بمصادرة أموال وممتلكات منقولة وعقارية.

الوطنية للتصرف في الأموال المصادرة دون أن يبدى بها يفيد القيام بأي إجراء لغاية التقضي في سلامة أموال الطالبة المودعة باسمها بالحساب البنكي".



لهذا انتهت المحكمة إلى الحكم بأن "استمرار تجميد أموال طالبة لمدة أربعة سنوات منذ سنة 2012 دون الإدلاء بما يفيد القيام في آجال معقولة بأي مسعى جدي بغاية التحقق من سلامة تلك الأموال يُشكّل تعديا غير مبرر على حق الملكية وهو ما يفرض تدخّل قاضي العجلة لوضع حد لهذا التعدي بالإذن برفع التجميد".

يُجسّم هذا الحكم دور مبدأ التناسب في حماية الحقوق. فالأمر تعلّق بقيد على حق الملكية، وتمثّل هذا القيد في تجميد أموال. وهو تقييد ذو أساس في القانون، تبرره حماية حقوق الغير ممثلة في المجموعة الوطنية. لكن هذا التقييد طال في الزمن سنوات دون أن تقوم الدولة بأي إجراء للخروج من الحالة الوقتية بإثبات فساد مصدر الأموال وإحالتها للملكيتها. لذلك اعتبرت المحكمة أن تقييد الحرية، بتجاوزه كل الآجال المعقولة، قد فقد شرعيته.

2- معيار الوسيلة الأقل تقييدا للحق

إذا كان من ضرورة لتقييد الحقوق والحرّيات حماية لمصلحة متأكّدة فإنّ هذا التقييد لا يجب أن يكون بأيّ أوّل وسيلة تُعرض على القاضي، وإنّما يجب عليه تحديد الوسائل الممكنة لبلوغ الغاية المرجوة، ثم المقارنة بينها على أساس مدى تأثيرها على الحق أو الحرية موضوع التقييد، وعلى ضوء ما سنتتجه هذه المقارنة، يختار الوسيلة الأقلّ وقعا على تلك الحقوق والحرّيات، وبعبارة أخرى يختار الوسيلة التي تمكّن من تحقيق المصلحة المرجوة بأقلّ تكلفة على الحقوق والحرّيات.

وقد عبّرت اللجنة الأمية لحقوق الإنسان على هذه الفكرة بقولها:

« Il ne suffit pas que les restrictions servent les buts autorisés ; celles-ci doivent [...] constituer le moyen le moins perturbateur parmi ceux qui pourraient permettre d'obtenir le résultat recherché »¹⁹⁹.

وفي نفس السياق استعملت اللجنة المذكورة، بمناسبة مراقبتها للقانون الفرنسي الذي منع تغطية الوجه بالكامل في الأماكن العامة (والمقصود به النقاب)، العبارات التالية :

« [L'Etat français] n'a pas [...] cherché à montrer que l'interdiction était la mesure la moins restrictive nécessaire »²⁰⁰.

Observations générales n° 27 (article 12), Liberté circulation, parag. 14. V. aussi l'Observation générale n° 199 34 Article 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression, parag. 34.

Sonia Yaker c. France, 17 juillet 2018, parag. 8.8. 200

وليتهدي القاضي لاختيار الوسيلة الأقل تقييدا على الحق فإنه يمرّ بمرحلتين : مرحلة يتولّى فيها استخراج الوسائل المتاحة لحماية المصلحة، تليها مرحلة المقارنة للبت في مدى تحقيق الوسائل المقترحة للمصلحة المرجوة بأقلّ وقع ممكن على الحقوق والحريات.

أ- مرحلة استخراج الوسائل المتاحة لحماية المصلحة

لا يمكن الاهتداء إلى اختيار الوسيلة الأنسب لحماية مصلحة ما قبل القيام مسبقا بدراسة الوسائل الممكنة لتحقيق تلك الحماية، فعادة ما يوفر القانون إمكانيات متعددة ويترك للقاضي هامشا للاختيار، ومثاله :

- في الأبحاث الجزائية، ولغاية منع المظنون فيه من محاولة طمس وسائل الإثبات، فإنّ الوسيلة المتاحة لتحقيق هذه المصلحة لا تنحصر في الإيقاف (تقييد مطلق للحرية)²⁰¹ وإنما توجد أيضا إمكانية منعه من التنقل إلى المكان الذي حصلت فيه الجريمة أو منعه من مغادرة مكان معين²⁰² (تقييد نسبي للحرية في نطاق حرّية التنقل).
- عند تسليط العقوبات الجزائية، ولغاية حماية الحق العام، فإنّ العقاب الذي يضعه المشرّع يكون عادة أقصى العقاب بما يُمكن القاضي من التخفيف فيه : فإذا كان العقاب هو الإعدام (حرمان من حق الحياة) يمكن إبداله بالسجن مؤبدا أو لمدة معيّنة (حرمان من الحرية)، وإن كان السجن يمكن التخفيف فيه وأحيانا تأجيل تنفيذه وأحيانا إبداله بخطية (تقييد حق الملكية) أو بعقاب بديل كالعمل لفائدة المصلحة العامة (تقييد حرّية العمل) والتعويض الجزائي²⁰³.
- عند الحكم بالإدانة من أجل عملية نشر ممنوعة على معنى الفصل 60 وما بعده من المرسوم المنظم لحرّية الصحافة²⁰⁴ (مثل نشر المواد الإباحية للأطفال)، فإن المحكمة تقضي إمّا بحجز وإتلاف النسخ الممنوعة أو بالإذن بحذف أجزائها موضوع المنع.
- عند تسليط عقاب تأديبي، تتراوح العقوبات بين الإنذار الشفاهي والإيقاف عن العمل والعزل²⁰⁵.

ويخضع استخراج الوسائل المتاحة لتحقيق المصلحة إلى شرطين:

- **أوّلا**، يجب أن تكون الوسيلة في حدّ ذاتها شرعية أي مسموح بها قانونا، فمثلا عندما وقعت مؤاخذة السلط البريطانية على قرارها بالقيام مباشرة بحجز نسخ كتاب به مقاطع إباحية موجه للأطفال والمراهقين على أساس أنّه كان بإمكانها تفادي هذا الحل الأقصى بدعوة الناشر لحذف

201 الفصلان 13 مكرر و 85 م.أ.ج.

202 الفصل 86 م.أ.ج.

203 الفصول 5 و 15 مكرر و 15 و رابعا و 53 م.ج.

J. Pradel, « Du principe de proportionnalité en droit pénal », Dalloz 2019, p. 490, spéc. p. 493 ss.

204 المرسوم عدد 115 المؤرخ في 2 نوفمبر/ تشرين الثاني 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر.

205 الفصل 37 من الاتفاقية المشتركة الإطارية للشغل المصادق عليها بقرار وزير الشؤون الاجتماعية المؤرخ في 29 ماي/ أيار 1973.

مثل تلك المقاطع قبل نشره الكتاب، ردّت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن هذه الإمكانية (إلزام الناشر بحذف المقاطع) تتعارض مع حرية التعبير التي لا تسمح بالرقابة المسبقة²⁰⁶.

● **ثانياً،** يجب أن تكون الوسيلة في حدّ ذاتها معقولة وذات فائدة ومناسبة Appropriée، ففي المثال السابق ذكره المتعلق بالكتاب ذي المقاطع الإباحية اعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنّه لا معنى للقول بأنه كان من الممكن للسلط البريطانية دعوة الناشر لحصر بيع الكتاب للبالغين باعتبار أن الكتاب من أصله قد صيغ وألّف للقصر²⁰⁷.

ب- مرحلة المقارنة والبتّ في تناسب الوسائل مع غاياتها

تمكّن هذه المرحلة القاضي من استبعاد الوسيلة أو الوسائل التي يثبت له أنّ وقعها هو أشدّ مما هو مرجوّ منها، وأنها تؤدّي إلى اختلال الموازين بين ضرورة حماية الحقوق والحريات من جهة، والحاجة إلى حفظ المصالح المتأكّدة من جهة أخرى، وأنّه يمكن ضمان هذه المصالح بوسائل أنسب وأقلّ تضييقاً على الحقوق والحريات.

ويمكن تجسيد هذه الصورة بمثالين أحدهما مستمد من القانون والثاني من فقه القضاء.

١- مثال انعدام التناسب في عقاب الإعدام لجريمة الاعتداء بسلاح على قاضي بالجلسة

ورد بالفصل 126 م.ج أنه "يكون العقاب بالإعدام إذا وقع الاعتداء بالعنف باستعمال السلاح أو التهديد به ضدّ قاض بالجلسة". ولا يتعلق هذا النصّ بجريمة القتل التي لها نصوصها الخاصة وإنّما الاعتداء بالعنف أو التهديد به.

من الواضح أنه يوجد انعدام في التناسب بين الغاية (حماية الأمن العام وحقوق الغير) والوسيلة (الإعدام). فحفظ سلطة القضاء والذود عن هيئته وحرمة القاضي بدنياً ومعنوياً هي اعتبارات من الأهمية بمكان لكنها لا تحتاج لتحقيقها لإعدام المعتدي. وحرّي هنا التذكير بأنّ الدسّور لا يبيح عقاب الإعدام إلّا في الحالات القصوى²⁰⁸، وسبقه العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي لا يسمح بهذا العقاب إلّا من أجل "أشدّ الجرائم خطورة"²⁰⁹، وقد استقرّ فقه "لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان" على اعتبار أنّ أكثر الجرائم خطورة هي حصراً جرائم القتل العمد²¹⁰.

AFFAIRE HANDYSIDE c. Royaume-Uni, 07/12/1976, parag. 58. 206

Ibid. 207

208 الفصل 22.

209 المادة 6 ثانياً.

210 « L'expression « les crimes les plus graves » doit être comprise de manière restrictive et s'entendre uniquement » des crimes d'une extrême gravité, impliquant un homicide intentionnel. Les crimes qui n'ont pas la mort pour résultat direct et intentionnel tels que la tentative de meurtre, la corruption et autres infractions économiques et politiques, le vol à main armée, les actes de piraterie, les enlèvements, les infractions liées à la drogue et les infractions sexuelles, bien qu'ils soient de nature grave, ne peuvent jamais servir de fondement, au regard de l'article 6, pour imposer la peine de mort », Observation générale n° 36, article 6 : droit à la vie, parag. 35.



لئن كان اختلال التناسب بالفصل 126 م.ج قد اعترى القانون ذاته ما دام العقاب قد وُضع نصّاً، إلا أنّ القاضي مطالب بتدارك هذا الخلل. وللتدارك لا يحتاج القاضي إلى الخوض في دستورية القانون أو حتى التثبت في احترامه للمواثيق الدولية، وإنما يمكنه تناول المسألة من منظار التناسب في تقدير العقاب بالبحث في وجود وسائل بديلة لحماية الغاية المرجوة، فيجد أن عقاب الإعدام هو العقاب الأقصى، لكن لا مانع من إيداله بعقاب سجن مناسب يحفظ سلطة القضاء دون أن يهدر الحق في الحياة.

ii-مثال تقدير التناسب بين حرمة الحياة الخاصة وبين الحق في الإثبات

قد يكون أحد أطراف النزاع محتاجاً، لغاية إثبات حقه، لمعرفة أمور متعلقة بخصمه الذي لن يهديها طبعاً "لعدوه". لذلك قد يلجأ صاحب الحاجة إلى وسائل شتى للحصول على الأمور الخاصة بخصمه، مثل الوثائق المثبتة لمداخيله أو لحالته الصحية... وقد يكون ذلك باللجوء إلى القاضي ليطلب منه أن يأمر من بيده تلك الإثباتات بأن يبدلي بها، وقد يكون ذلك أيضاً خارج الإطار القضائي مثلاً بتكليف "محقق خاص" يتولى ترصد الخصم وتتبعه Un détective privé لتكوين حجج ضده. فيطرح حينئذ تعارض بين حقين أساسيين هما حماية الحياة الخاصة من جهة والحق في الإثبات من جهة أخرى.

وقد توصلت محكمة التعقيب الفرنسية إلى التوفيق بين الحقين المذكورين بأن اعتبرت أنه لئن كان المبدأ هو حماية الحياة الخاصة وعدم قبول وسائل الإثبات التي يقع الحصول عليها بطرق غير شرعية، إلا أنه يجوز استثناء قبول الإثباتات التي تنال من حرمة الحياة الخاصة بشرطين أولهما الضرورة، بأن يكون ثبوت حق الغير متوقفاً على الإثبات المدلل به، وثانيهما التناسب، بأن يكون التعدي على حرمة الحياة الخاصة في أضيق نطاق ممكن.²¹¹

على هذا الأساس، رفض القضاء الفرنسي قبول نتائج أبحاث خاصة Enquête privée قامت بها شركة تأمين لدحض ادّعاءات متضرّر حول حادث لأن هذه الأبحاث من حيث طول مدّتها (ثلاثي سنوات) واتساع نطاقها (تتبع وترصد Filature أمام منزل المتضرر وفي تنقلاته، وجمع معلومات حوله لدى الإدارات والغير) تكون غير متناسبة مع الحق في احترام الحياة الخاصة²¹².

بالمقابل، وقع قبول تقرير أقامه "محقق خاص" Un détective privé اقتصر فيه على معاينة أنّ شخصاً زعم ضرراً في بصره هو في الحقيقة لا يستعمل نظارات لسياقة سيارته ولترتيب شرفة شقته، فمجرد هذه المعائنات التي وقع إجراؤها انطلاقاً من الطريق العمومي لا تعتبر هتكا مبالغاً فيه Une atteinte disproportionnée لحرمة الحياة الخاصة مقارنة بحق الطرف المطلوب في دعوى المسؤولية لدحض مزاعم خصمه²¹³.

Cass. Civ. 1ère, 31 oct. 2012, D. 2013, p. 227, note N. Dupont ; Cass. Civ. 1ère, 25 février 2016 : « Le 211 droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi », Dalloz, 2016, p. 884, note J.-C. SAINT-PAU.

Ibid. 212

Cass. Civ. 1ère, 10 septembre 2014, publié au Bulletin. V. également Cass. Soc. 9 novembre 2016, Dalloz, 213 2016, p. 2347 ; Cass. Civ. 1ère, 22 septembre 2016, D. 2017, p. 490, note B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia.

وقد طُرِح نفس الإشكال لكن بوقائع مختلفة على القاضي التونسي وذلك بمناسبة نظره في الأذون التي يطلبها منه طرف بغاية الحصول على أدلة متعلّقة بخصمه، ومثاله:

المثال 1 - تقدير القاضي للتناسب في الأذون القضائية المتعلقة بالإثبات

الحكم	الوقائع	الحق الواقع تكريسه	التقييد الوارد على الحق	موجبه	تقدير التناسب
المحكمة الابتدائية بتونس، استعجالي، 5 5 9 2 8 مؤرخ في 13 أكتوبر/ تشرين الأول 2015	قامت زوجة بفضية في مطالبة زوجها بالنفقة، فردّ هو باستصدار إذن على العريضة تمّ بموجبه تكليف خبير ليتولى تقدير ثروتها حتى يثبت أنها لا تستحق نفقة بالقيمة التي تطلبها.	"حيث اقتضى الفصل 24 من الدستور أنه "تحمي الدولة الحياة الخاصة حيث أنّ الحياة الخاصة للشخص تشمل ذمته المالية التي تحوي ما له وما عليه من حقوق يجب المحافظة على حرمتها بعدم اطلاع وكشف الغير عليها إلا في الحالات التي ينصّ عليها القانون حسب الضوابط المحددة بالفصل 49 من الدستور، والقضاء هو الحامي لهذا الحق من كل انتهاك.	تكليف خبير يتولى تقدير قيمة ثروة الزوجية بالقيام بعملية استقصاء لممتلكاتها (أموال بحسابات بنكية، عقارات، مساهمات ومرايبيح بشركات، الاطلاع على تصاريحها الجبائية وبيان دخلها السنوي...).	حماية حق الغير (الزوج): حقه في أن يكون تقدير النفقة التي سيحكم بها عليه تقديرا مناسبا باعتبار أن حال المنفق عليه ووسعه هي من عناصر تقدير النفقة حسب الفصل 52 م.أ.ش.	"حيث أن دعوى النفقة المرفوعة من الزوجة لا تبرّر تمكين الزوج من تقضي جميع مكسبات زوجته وإلا آل الأمر إلى النيل نيلا مطلقا من حرمة ذمتها المالية.
		حيث طالما أن حرمة الذمة المالية هي من حرمة الحياة الخاصة فهي تتمتع بالحماية الدستورية والقضاء هو ضامنهما".		عناصر تقدير النفقة حسب الفصل 52 م.أ.ش.	حيث أن الحاجة التي يدعيها الزوج للدفاع عن نفسه في قضية النفقة، باعتبار أن حال المنفق عليه هو من عناصر تقدير قيمة النفقة عملا بالفصل 52 م.أ.ش، لا تتناسب مع طلبه الزامي للاطلاع على جميع ما بالذمة المالية لزوجته من حقوق.
					حيث ترتيبا على جملة ما سبق يكون [الإذن المشار إليه] مخالفا للفصلين 24 و49 من الدستور لما فيه من خرق لحرمة الذمة المالية".

المثال 2 - تقدير القاضي للتناسب في الأذون القضائية المتعلقة بالإثبات

الحكم	الوقائع	الحق الواقع تكريسه	التقييد الوارد على الحق	موجبه	تقدير التناسب
المحكمة الابتدائية بتونس، استعجالي، 7 2 0 4 1 مؤرخ في 22 نوفمبر/ تشرين الثاني 2016	استصدر مدين، يبحث عن إثبات خلاص الدين الذي وقعت مطالبته به، إذنا على العرضة تمّ بموجبه تمكينه من الحصول على كشف الحساب البنكي لمدينه عن مدة سنتين.	"حيث اقتضى الفصل 24 من الدستور أنه "تحمي الدولة الحياة الخاصة". حيث أن الحياة الخاصة للشخص تشمل ذمته المالية التي تحوي ما له وما عليه من حقوق يجب المحافظة على حرمتها بعدم اطلاع وكشف الغير عليها إلا في الحالات التي ينصّ عليها القانون حسب الضوابط المحددة بالفصل 49 من الدستور، والقضاء هو الحامي لهذا الحق من كل انتهاك.	تمكين المدين من كشف كامل في الحساب البنكي للدائن عن مدة سنة ونصف ليتمكّن بواسطته من إثبات أنه توفّى خلاص الدين بشيكات أودعها في حساب الدائن.	حماية حقّ الغير (المدين): حقّه في إثبات خلاص الدين.	" حيث أن الادعاء بكون الطالب يسعى إلى استخلاص كمبيالات تسلّمها بعنوان ضمان خلاص معينات كراء أصل تجاري بالرغم من سبق الوفاء بها بواسطة شيكات لا يبرّر تمكين المطلوب، بدعوى حاجته لإثبات الخلاص السابق بالشيكات قصد إعداد وسائل دفاعه في القضية الجارية المتعلقة بخلاص الكمبيالات، من الكشف كشفاً كاملاً على الحساب البنكي لخصمه لكل الفترة من أول سبتمبر/ أيلول 2014 إلى أول أبريل/ نيسان 2016 وإلاّ آل الأمر إلى النيل نيلاً مطلقاً من حرمة ذمته المالية.
		حيث طالما أن حرمة الذمة المالية هي من حرمة الحياة الخاصة فهي تتمتع بالحماية الدستورية والقضاء هو ضامنهما".			حيث أنّ الحاجة التي يدّعيها المطلوب للدفاع عن نفسه في قضية خلاص الكمبيالات لا تتناسب مع طلبه الزامي للاطلاع على جميع العمليات المالية بحساب خصمه عن كامل الفترة المذكورة.
					حيث ترتيباً على جملة ما سبق يكون [الإذن المشار إليه] مخالفاً للفصلين 24 و 49 من الدستور لما فيه من خرق لحرمة الذمة المالية".

الفقرة الثانية- النظام الإجرائي لرقابة التناسب

تطرح رقابة التناسب، على معنى الفصل 49 من الدستور، تحديات جمة على القاضي بالنظر إلى حداثة منهجيتها²¹⁴، مما يتعين معه النظر في دور قضاة الأصل (I) وقضاة القانون (II) في إجراء هذه الرقابة.

I- بالنسبة لقضاة الأصل

هل إن القاضي ملزم بإثارة رقابة التناسب من تلقاء نفسه أم هل يجب عليه انتظار أن يتمسك بها الأطراف؟ (1) وعندما يواجهها القاضي ويتخذ موقفا منها، هل أن تعليه لحكمه يكون كما عليه الشأن في سائر الأحكام أم هل المطلوب أن يكون تعليلا متميزا (2).

1- إثارة القاضي لرقابة التناسب

هل أن رقابة التناسب هي رقابة قانون أم هي رقابة وقائع؟

هذا السؤال يحدّد بشكل كبير دور القاضي في الرقابة.

لا شك أن رقابة التناسب هي رقابة قانونية، رهانها ضمان احترام الفصل 49 من الدستور من خلال الضوابط التي وضعها لتقييد الحقوق والحريات.

وبما أن الأمر يتعلّق بالقانون، فإنّ إثارته تكون من القاضي ولو لم يتمسك بذلك الأطراف. ويجد هذا الموقف أساسه الإجرائي في الفصلين 70 و 71 م.م.م.ت اللذان يوجبان على المدعي بيان السند القانوني لدعواه دون ترتيب جزاء على الإخلال، بما يعني أن القاضي يبقى في كل الحالات مطالبا بإكساء النزاع كسائه القانوني الصحيح²¹⁵.

V. not : H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », Dalloz, 2017, p. 656. 214

215 مثلا : تعقيبي مدني عدد 54190 مؤرخ في 5 سبتمبر/ أيلول 1996 : « إن القواعد القانونية قائمة في الدعوى تطبقها المحكمة من تلقاء نفسها وبغير حاجة إلى التمسك بها من صاحب المصلحة وأن تكييف الواقعة التكييف القانوني الصحيح يتعين على القاضي القيام به من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه أحد الخصوم ذلك ولذلك جاز الطعن في الحكم بالتعقيب لمخالفته القانون ولو لم يكن الطاعن قد نبّه محكمة الموضوع لتطبيق القواعد القانونية المطبقة»، النشربة، ص. 126. تعقيبي مدني عدد 52972 مؤرخ في 19 فيفري/ شباط 1998 : « إن من اختصاص محكمة الموضوع أن تقوم بفحص الوقائع من الناحية المادية ثم تجري بعد ذلك التكييف القانوني لهذه الوقائع أي أن ترد هذه الوقائع لحكم القانون وهي بذلك غير مقيدة بتكليف الطلبات المعروضة عليها بوصف الخصوم لها وإنما تلتزم بإعطاء هذه الطلبات وصفها الحقيقي وتكييفها التكييف القانوني الصحيح [...] وإن للمحكمة أن تطبق القواعد القانونية من تلقاء نفسها وبغير حاجة إلى التمسك بها من جانب صاحب المصلحة إذ أن ذلك من صميم عملها»، النشربة، ص. 164. تعقيبي مدني عدد 15121 مؤرخ في 28 فيفري/ شباط 2008 : « لئن أوجب الفصل 70 من م.م.م.ت بيان وقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيدها القانونية فإن الفصل 71 من نفس المجلة الذي حدد صور بطلان الدعوى لم يرتب البطلان عن عدم ذكر الأسانيد القانونية أو ذكر سند قانوني غير منطبق على وقائع الدعوى ولا يتولّد ذلك للمحكمة الامتناع عن النظر في النزاع طالما كانت هي المختصة بتطبيق القانون ولها أن تكيّف التكييف القانوني السليم الوقائع المعروضة عليها دون تقيّد في ذلك بما يورده الخصوم»، النشربة، ص. 128.

وفي القانون الفرنسي نصت الفقرة الأولى من الفصل 12 من مجلة الإجراءات المدنية على ما يلي :

« Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

ولكن كجميع المسائل القانونية، فإنَّ إجراء رقابة التناسب يتطلب، فضلا عن التكييف القانوني، الخوض في الوقائع والمسائل الفعلية التي يمكن للقاضي على ضوءها الموازنة بين الحق والقيود المفروض عليه. فمثلا في النزاع الذي كان موضوع حكم المحكمة الابتدائية بتونس المؤرخ في 5 جانفي/ كانون الثاني 2016²¹⁶ ووجب على المحكمة، قبل النظر في وقع العقلة التوقيفية على حقَّ المدين في التصرف في أمواله بحريَّة، معرفة إن كان الدائن يتمتع بضمانات أخرى وإن كانت هذه الضمانات في حال وجودها تُغني عن العقلة. بذلك فإنَّ رقابة القاضي لا تنحصر على مستوى القانون وإنما هي تتوقف على العناصر الواقعية للنزاع.

فما هي سلطة القاضي على الوقائع في إطار رقابة التناسب؟

تختلف الإجابة بحسب طبيعة المسألة موضوع النزاع:

- فأما في المسائل التي تهم النظام العام، وهي جميع المادة الجزائية وغيرها من المواد التي لا يكون فيها للأطراف حريَّة التصرف في حقوقهم مثل المادة الشغلية والمادة الشخصية، فإنَّ القاضي يكون ملزما بالبحث وجمع عناصر الإثبات التي يراها ضرورية للقيام برقابة التناسب، كل ذلك من تلقاء نفسه ولو دون طلب من الأطراف. فالأمر حينها يتعلَّق بحقوق وحرّيات أساسية تخرج عن إرادة الأطراف يصبح تحت سلطة القاضي الكاملة ليس فقط لحماية الطرف الذي انتهكت حقوقه وإنما حماية لمقومات دولة القانون ذاتها.
- وأما في المسائل التي للأطراف فيها حريَّة التصرف في حقوقهم، فإنَّ من يدعي ضررا من تقييد حقوقه يكون مبدئيا مطالبا بأن يقدم للقاضي، تطبيقا للفصل 70 م.م.م.ت، وقائع النزاع وعناصر الإثبات التي يتمسك بها. ورجوعا للمثال المستمد من حكم المحكمة الابتدائية بتونس المؤرخ في 5 جانفي/ كانون الثاني 2016²¹⁷، فإنَّ المدين قدّم للمحكمة ما يفيد أنه سبق أن وفر للبنك رهنا عقاريا يكفي لخلاص الدين وتمسك بأن لا ضرورة لزيادة تكييف حقوقه بعقلة توقيفية.

وبمجرد ما أن يثير المدعي المنازعة المتعلقة بالتناسب ويقدم أدلتها، ينتقل عبء الإثبات إلى خصمه المنتفع بالتقييد الذي يصبح مطالبا بإثبات شرعيته وتناسبه مع غاياته. وعلى هذا الأساس قضى الحكم المؤرخ في 5 جانفي/ كانون الثاني 2016²¹⁸ بأنه لا يُقبل من بنك طلب عقلة توقيفية على حساب مدينه لأنه لم يثبت أن هذه العقلة، التي هي تقييد لحق ملكية المدين، هي إجراء ضروري في ظلّ تمتعه برهن على عقار المدين يكفي لتغطية الدين.

216 سبق ذكره، ص 86.

217 نفس المرجع السابق.

218 نفس المرجع السابق.



لكن يتعيّن التأكيد أنّه حتّى إن لم يقدّم الأطراف ما يكفي من الأدلّة الواقعية لتقدير مسألة التناسب، فإنّه يمكن للقاضي المبادرة بمطالبتهم باستكمال ما يرى وجوب استكماله، وهي إمكانية إجرائية يتيحها الفصل 12 م.م.ت.م.م. الذي لا يمنع القاضي من " تكوين أو إتمام أو إحضار حجج الخصوم"²¹⁹. وهي إمكانية محبذ استعمالها في رقابة التناسب لكونها من آليات حماية الحقوق والحريات حتى وإن كانت تحت مطلق تصرف الأطراف.

والملاحظ من خلال ما صدر من أحكام وقرارات في الموضوع أن القاضي لا يشترط أن يثير المدعي مسألة التناسب إثارة مباشرة وحرفية يتولى فيها تسمية رقابة التناسب بتسميتها، وإنما يكفي القاضي بمجرد إثارة منازعة في القيود المتظلم منها أمامه، ثم يتولى القاضي بنفسه تكييف النزاع التكيف الصحيح على أنه يطرح مسألة رقابة التناسب.

فبالرجوع إلى جميع الأمثلة التي سبق تقديمها²²⁰، لا أحد من المتقاضين أثار رقابة التناسب ولا استند إلى الفصل 49 من الدستور، بل لا أحد استعمل أصلاً مصطلح "التناسب"، وإنما وقع الاكتفاء في كلّ مرّة بالمنازعة في الوسيلة التي وقع اعتمادها، لكن المحكمة هي التي تولّت في جميع الحالات تكييف الموضوع وتنزيله في إطار رقابة التناسب.

وبعد تحقيق المواجهة بين الأطراف وتقديم كل منها حججه، يتدخّل القاضي للبتّ في مدى تناسب التقييد مع غاياته ويصدر حكمه المعلن في الموضوع.

2- تعليل القاضي لرقابة التناسب

بما أنّ رقابة التناسب هي واجب قانوني يقوم به القاضي عبر تمسّ ذهني يوصله إلى نتيجة معيّنة، فإنّ الضمانة الأساسية التي تُمكن من التثبت من إجراء القاضي لهذه الرقابة وخاصة من حسن إجرائه لها هي تعليله لموقفه.

والمبدأ هو أنّ القاضي، عندما يجري رقابة التناسب، فإنه يُضمّن موقفه في قرار يتضمّن أيضاً أسبابه أي تعليله، فمثلاً أوجب الفصل 123 م.م.ت.م.م. تعليل الأحكام المدنية بأنواعها، وكذلك الشّأن بالنسبة للفصل 165 م.أ.ج. في خصوص الأحكام الجزائية. كما توسّع واجب التعليل بأن أصبح يشمل قرارات التمديد في الاحتفاظ (الفصل 13 مكرر فقرة 4 م.أ.ج) وقرارات الإيقاف التحفظي (الفصل 85 فقرة 2 م.أ.ج). وكلّما توسّع نطاق القرارات الخاضعة للتعليل كلّما قويت ضمانات مراقبة قيام القاضي بواجبه في خصوص التناسب.

219 للمقارنة بنص الفصل 8 من مجلة الإجراءات المدنية الفرنسية :

« Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige ».

220 أنظر الجدول بالصفحة 9.

لكن توجد قرارات قضائية تمسّ بالحقوق والحريات لكنّها لا تخضع لواجب التعليل، مثل الأذون على العرائض في المادة المدنية، فهي لا تُعلّل عند صدورها²²¹، لكن يمكن مناقشتها برفع مطلب في الرجوع فيها، والقرار الصادر في مطلب الرجوع يجب تعليله²²². وفي المادة الجزائية لا تُعلّل قرارات الاحتفاظ²²³ وقرارات الإيقاف التي تصدرها دوائر الاتهام²²⁴ والدوائر الحكمية. وفي غياب التعليل تبقى رقابة التناسب في حكم المجهول إذ لا يمكن حتى معرفة إن كان القاضي قد تولى القيام بها من عدمه.

في صورة وجوب التعليل، يكون القاضي مطالبا بيسط وتحليل مراحل رقابة التناسب التي أجراها بسطا واضحا ودقيقا، بداية ببيان وقائع النزاع، ثم تحديد القيد المفروض على الحق، ثم البحث في موجباته ومدى شرعيتها، وصولا إلى التأكّد من ضرورة التقييد وتناسبه مع موجهه. وبما أنّ الرّهان يتعلق بضمان حماية حقّ أساسي في نزاع معيّن حماية فعلية وفعّالة، فإنّ دراسة القاضي للنزاع يجب ألا تقتصر على جوانبه القانونية وإنّما يجب أن تكون دراسة شاملة ومعقّمة تأخذ بعين الاعتبار جميع الأبعاد بما فيها الاجتماعية والثقافية وغيرها ممّاله علاقة بالحق المطلوب حمايته²²⁵، هذا التحليل يُقاس مدى حرص القاضي على القيام بدوره كحامي للحقوق والحريات، وهذا التعليل هو الذي ستقع مراقبته للتأكّد من سلامة إجراء رقابة التناسب.

II- بالنسبة لمحكمة التعقيب

تكسّي رقابة التناسب أمام محكمة التعقيب أهمية خاصة لأنها في ذات الحين تُراقب وتُراقب: تُراقب قضاة الأصل إن أجروا أو لم يجروا أو لم يحسنوا إجراء رقابة التناسب (1). لكن محكمة التعقيب أصبحت اليوم، في أحكامها الباتة، تُراقب من طرف القضاء الدولي لحقوق الإنسان (2).

1- محكمة التعقيب : سلطة مراقبة لقضاة الأصل

يُطرح الإشكال على مستوى إثارة محكمة التعقيب لرقابة التناسب وعلى مستوى الشكل الذي يمكن أن تتخذه هذه المراقبة.

باعتبار أن رقابة التناسب هي رقابة قانون، فإنّ محكمة التعقيب مطالبة بإثارتها من تلقاء نفسها، ولو لم يتمسك بها الأطراف. المهم أن يتوفر بالملف ما يكفي من العناصر الواقعية التي يمكن على ضوءها لقضاة القانون معرفة إن كان النزاع يطرح إشكال رقابة التناسب.

221 الفصل 216 م.م.م.ت.

222 الفصل 219 فقرة 3 م.م.م.ت.

223 الفصل 13 فقرة أولى م.ا.ج.

224 الفصل 117 م.ا.ج.

B. Louvel, « Réflexions à la cour de cassation », Dalloz 2015, p. 1326. 225



وقد كرّست محكمة التعقيب هذا الحلّ في قرارها الصادر في 4 ديسمبر/ كانون الأوّل 2019²²⁶ الذي لم يشر فيه الطاعن صراحة مسألة التناسب ضمن مطاعنه، واكتفى بالتمسك بما سيلحقه من مضرة إذا ما وقع تنفيذ قرار الهدم ضده في المساحة التي استولى عليها. لكن المحكمة، وعلى ضوء ما توفر بالملف من معطيات، هي التي اهتدت إلى كون هذا الطعن يثير في حقيقته موضوع التناسب الذي على أساسه قررت النقض.

نفس هذا التمشي اعتمدهت محكمة التعقيب الفرنسية في قرار لها صادر في 4 ديسمبر/ كانون الأوّل 2013²²⁷، فقد تمثلت الوقائع في أن رجلاً تزوج طليقة ابنه، فصدر حكم ببطان هذا الزواج لمخالفته موانع الزواج. تمّ الطعن بالتعقيب في حكم البطان وانحصر الطعن في مناقشته من زاوية حرية الزواج كما يكرّسها الفصل 12 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. لكن محكمة التعقيب الفرنسية تركت هذا الطعن جانبا ولم تتناول النزاع من منظار حرّية الزواج، بل أثارته من تلقاء نفسها موضوع مدى تناسب جزاء بطان الزواج في هذه الحالة مع الحقّ في الحياة الخاصة، فلاحظت أن الزواج قد حصل دون اعتراض من الابن واستمرّ في الزمن لأكثر من عشرين سنة. على أساس هذه الملاحظات الخاصة بالنزاع، انتهت محكمة التعقيب إلى القول بأنّ جزاء البطان يؤدي إلى نتيجة مشطّة وغير متناسبة مع الحقّ في حماية الحياة الخاصة.

أمّا بالنسبة لشكل الرقابة التي تجرّيها محكمة التعقيب، فهو يختلف بحسب موقف قاضي الأصل :

- في صورة عدم إجراء رقابة التناسب من قضاة الأصل، فإنّ حكمهم يكون خارقاً للقانون من جهة مخالفة الفصل 49 من الدستور ومختلف النصوص التي تضمن الحقّ موضوع التقييد.
- في صورة إجراء قضاة الأصل لرقابة التناسب، فإنّ سلطة محكمة التعقيب عليهم تصبح سلطة مراقبة حسن تطبيق القانون، أي احترام مختلف شروط ومراحل ومكوّنات رقابة التناسب، وكذلك سلطة رقابة التعليل.

لكن بما أن تقدير التناسب، الذي هو مسألة قانونية، يخضع في جانب هام للملاسات ووقائع النزاع، فإنّ رقابة محكمة التعقيب يختلط فيها الجانب القانوني بالجانب الواقعي، وهو ما قد يحملها على الخوض في حسن تقدير قاضي الأصل للوقائع. من هذا المنطلق يمكن فهم التمشي الذي اعتمدهت محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 4 ديسمبر/ كانون الأوّل 2019²²⁸ الذي خاضت فيه في مسائل واقعية (المساحة المستولى عليها من عقار الجار والتي وقع البناء عليها، تأثير قرار هدم البناء في المساحة المستولى عليها على البناء المقام بوجه شرعي) لتنتهي إلى تأكيد وجود اختلال، لم يره قضاة الأصل، في التناسب عند تقدير الوسيلة الملائمة لرفع المضرة.

226 سبق ذكره. ص 11.

Dalloz, 2014, p. 179, note F. Chénéde ; H. Fulchiron, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », 227 Dalloz 2014, p. 153.

228 سبق ذكره، ص 11.

2- محكمة التعقيب : سلطة مراقبة من القضاء الدولي

سبقت الإشارة إلى أن تونس قد قبلت، في 13 أفريل/ نيسان 2017، بتقديم الشكاوى ضدّها أمام "المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان" مباشرة من الأفراد أو المنظمات غير الحكومية²²⁹.

بذلك صار من الممكن التوجه إلى "المحكمة الإفريقية" للتظلم لديها بعد استيفاء أوجه التظلم الداخلي، كما في صورة الأحكام الباتة التي تصدرها المحاكم التونسية. فصارت بالتالي محكمة التعقيب تراقب قضاة الأصل لكنّها بدورها خاضعة لرقابة المحكمة الإفريقية، وأصبح ينطبق تمام الانطباق على محكمة التعقيب التونسية ما قاله Jean-François Burgelin عن محكمة التعقيب الفرنسية، التي تخضع بدورها لرقابة المحكمة الأوروبية، بقوله أنها:

« Coincée entre deux juridictions qui examinent les affaires en fait et en droit : la cour d'appel et la Cour européenne des droits de l'homme »²³⁰.

والمبدأ الأساسي الذي وضعه فقه قضاء المحاكم الدولية لحقوق الإنسان عند تقديره لرقابة التناسب هو أنه بقدر حرصه على ألاّ يخلّ محلّ القاضي الوطني في التقدير بقدر حرصه أيضا على مراقبة قيام المحاكم الوطنية بدورها في إجراء رقابة التناسب حسب المعايير الدولية. وقد عبّرت المحكمة الأوروبية عن هذه الفكرة بمناسبة مراقبتها لتناسب تقييد حرية التعبير مع موجب حماية الآداب العامة بقولها:

« On ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la "morale". L'idée que leurs lois respectives se font des exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis [de] la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre [...].

Dès lors, l'article 10 par. 2 [permettant la restriction de la liberté d'expression] réserve aux États contractants une marge d'appréciation. Il l'accorde à la fois au législateur national [...] et aux organes, notamment judiciaires, appelés à interpréter et appliquer les lois en vigueur [...].

229 أعلاه، ص 43.

Cité par J.-J. Urvoas, « L'aggiornamento nécessaire de la Cour de cassation », Dalloz 2018, p. 1087, 1093. 230



L'article 10 par. 2 (art. 102-) n'attribue pas pour autant aux États contractants un pouvoir d'appréciation illimité. Chargée, [...] d'assurer le respect de leurs engagements [...], la Cour a compétence pour statuer par un arrêt définitif sur le point de savoir si une "restriction" ou "sanction" se concilie avec la liberté d'expression [...]. La marge nationale d'appréciation va donc de pair avec un contrôle européen. Celui-ci concerne à la fois la finalité de la mesure litigieuse et sa "nécessité". Il porte tant sur la loi de base que sur la décision l'appliquant, même quand elle émane d'une juridiction indépendante. [...]

Dès lors, la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais d'apprécier sous l'angle [des dispositions pertinentes de la Convention] les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation. »²³¹.

مثل هذا المبدأ سيكون صالحا تماما في الرقابة التي ستجريها المحكمة الإفريقية على الأحكام الصادرة عن القضاء التونسي، ويجب على محكمة التعقيب الاستعداد لهذه الثورة القادمة.

يكون هذا الاستعداد من خلال :

- تقبل الجميع، وأولهم محكمة التعقيب، لفكرة إخضاع الأحكام الباتة لرقابة قضائية جديدة. وهذا في حد ذاته زلزال في نظامنا الحالي. فقرار رفض الطعن لعدم وجود إخلال بمبدأ التناسب مثلا صار من الممكن مناقشته ومراقبته ودحضه أمام القضاء الدولي.
- الحرص كل الحرص لدى جميع الهيئات القضائية على إيلاء رقابة التناسب، وكل مسائل الحقوق والحريات، ما تستحق من أهمية وذلك باحترام المبادئ التي تنظمها بمختلف مصادرها والاطلاع المكثف على ما توصل إليه فقه القضاء الدولي في هذا الخصوص حتى تكون الأحكام التونسية في مستوى الرقابة التي ستفرض عليها.
- التفكير دون تأخير في طريقة معالجة الحالات التي سينتهي فيها القضاء الإفريقي إلى إدانة موقف القضاء التونسي، فكيف سيقع إنصاف من سيعتبر القضاء الدولي أن حقوقه قد انتهكت في ظل وجود حكم هو في القانون الداخلي حكم بات في غياب كل وسيلة إجرائية لإعادة النظر فيه.

الملاحق

الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة

سليم اللّغمانى

أستاذ بكلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس

السؤال الأول: لماذا يجب الحد من الحريات؟

أولاً- لأن الحرية المطلقة تنقلب إلى ضدّها: يمكن أن تستغلّ حرية التعبير للثلب أو للشتم كما يمكن أن تتحوّل ممارسة حرية التظاهر إلى عنف.

ثانياً- لأن الحريات في حدّ ذاتها حدود لحريات أخرى، مثال: حرية التعبير والحق في الحياة الخاصة أو حق النفاذ للمعلومة من ناحية، والحق في حماية المعطيات الخاصة من ناحية أخرى.

لكن هناك حقوق لا يمكن المساس بها:

- الحق في حرمة الجسد ومنع التعذيب المعنوي والمادي.

- الحق في محاكمة عادلة، قرينة البراءة، شخصية العقوبة، شرعية الجرائم والعقوبات.

هذه الحقوق هي تلك التي يصفها القانون الدولي بأنها الحقوق الأساسية والتي يتوجّب احترامها في كل الحالات ومهما كانت الظروف ولم يتعرّض لها الدستور التونسي (سوف يتمّ الرجوع إلى هذه المسألة في آخر الوثيقة).

هذا الشرط هو الأول الذي أدرج في «مشروع الدستور الجمهورية التونسية» بتاريخ 1 جوان/ حزيران 2013 قبل إدراج شرط التناسب في الصيغة النهائية للدستور وإدراج شرط التناسب جعله غير ذي جدوى إذ أن كل حدّ ينال من جوهر الحق أو الحرية هو، بطبعه، غير متناسب.

السؤال الثاني: ما هي طرق ضبط حدود الحقوق والحريات؟

اعتمدت الدساتير ثلاثة طرق لضبط حدود الحقوق والحريات:

أولاً- وضع الحدود ضمن الفصل المتعلق بالحق أو الحرية

تتمثل هذه الطريقة في وضع شروط الحدود بالنسبة لكل حق أو حرية على حدة. وفيما يلي بعض الأمثلة على ذلك:

الدستور التونسي لغرة جوان/حزيران 1959

الفصل 5:

- تضمن الجمهورية التونسية الحريات الاساسية وحقوق الانسان في كونيتها وشموليتها وتكاملها وترابطها.
- تقوم الجمهورية التونسية على مبادئ دولة القانون والتعددية وتعمل من أجل كرامة الإنسان وتنمية شخصيته.
- تعمل الدولة والمجتمع على ترسيخ قيم التضامن والتآزر والتسامح بين الأفراد والفتات والأجيال.
- الجمهورية التونسية تضمن حرمة الفرد وحرية المعتقد وتحمي حرية القيام بالشعائر الدينية ما لم تخل بالأمن العام.

الفصل 7

يتمتع المواطن بحقوقه كاملة بالطرق والشرط المبيّنة بالقانون، ولا يحدّ من هذه الحقوق إلا بقانون يُتخذ لاحترام حقوق الغير ولصالح الأمن العام والدفاع الوطني ولازدهار الاقتصاد وللنهوض الاجتماعي.

الفصل 8

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

الفصل 9

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

الفصل 10

لكل مواطن حرية التنقل داخل البلاد والى خارجها واختيار مقر إقامته في حدود القانون.

الفصل 13

كل فرد فقد حرّيته يعامل معاملة إنسانية في كنف احترام كرامته طبقاً للشرط يضبطها القانون.

كما تمكن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية على أساس الفصل 46 المتعلق بالحالة الاستثنائية من تعليق الحقوق والحريات.

الفصل 46

لرئيس الجمهورية في حالة خطر داهم مهدد لكيان الجمهورية وأمن البلاد واستقلالها بحيث يتعذر السير العادي لدواليب الدولة اتخاذ ما تحتمه الظروف من تدابير استثنائية بعد استشاره الوزير الاول ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس المستشارين.

ويوجه في ذلك بيانا إلى الشعب.

وفي هذه الحالة لا يجوز لرئيس الجمهورية حلّ مجلس النواب كما لا يجوز تقديم لائحة لوم ضد الحكومة.

وتزول هذه التدابير بزوال أسبابها ويوجه رئيس الجمهورية بيانا في ذلك إلى مجلس النواب ومجلس المستشارين.

دستور الجزائر 8 ديسمبر/كانون الأول 1996 وقع تعديله في 6 مارس/أذار 2016

الفصل 40:

تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون وفي نطاق احترامه. ولا تفتيش إلا بأمر صادر عن السلطة القضائية المختصة.

الفصل 57:

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

دستور المملكة المغربية 29 جويلية/تموز 2011

الفصل 27:

للمواطنين والمواطنين حق الحصول على المعلومات الموجودة في حوزة الإدارة العمومية والمؤسسات المنتخبة، والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام. لا يمكن تقييد الحق في المعلومة إلا بمقتضى القانون، بهدف حماية كل ما يتعلق بالدفاع الوطني وحماية أمن الدولة الداخلي والخارجي، والحياة الخاصة للأفراد، وكذا الوقاية من المسّ بالحرّيات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور، وحماية مصادر المعلومات والمجالات التي يحددها القانوني بدقة.

ثانيا- تخصيص فصل جامع لضبط شروط وضع الحدود على كلّ الحقوق والحرّيات

يتمّ وفق هذه الطريقة وضع فصل واحد، يتمّ من خلاله ضبط شروط الحدود لكلّ الحقوق والحرّيات، وتمكن هذه الطريقة من تفيدي الإطالة والتشعب في النصّ الدستوري. ومن أهم الأمثلة على ذلك نذكر التالية:

دستور سويسرا 18 أفريل/نيسان 1999

الفصل 36:

حدود الحقوق الأساسية

1. كلّ حدّ من حدّ أساسي يجب أن يستند إلى أساس تشريعي، والحدود الخطيرة يجب أن ينصّ عليها بقانون، إلا في حالة خطر حقيقي ومباشر ودهام.
2. كلّ حدّ من حدّ أساسي يجب أن يكون مبرّرا بمصلحة عامة أو بحماية حدّ أساسي للغير.

3. كل حد من حق أساسي يجب أن يكون متناسبا مع الهدف المراد تحقيقه.
4. لا يجوز المساس بجوهر الحقوق الأساسية.

دستور كينيا 6 ماي/أيار 2010

الفصل 24:

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

- طبيعة الحق أو الحرية الأساسية.
- أهمية الهدف من الحد.
- طبيعة الحد ومداه.
- الحرص على ألا يضرّ تمتع فرد بحقوقه وحياته الأساسية بحقوق الغير وحياتهم الأساسية.
- العلاقة بين الحد والغاية منه. وتبين ما إذا كانت هناك وسائل أقل تضييقا لتحقيق نفس الهدف.

الميثاق الكندي للحقوق والحريات 17 أبريل/نيسان 1982

الفصل الأول:

«الميثاق الكندي للحقوق والحريات يضمن الحقوق والحريات الواردة في بنوده ولا يمكن ضبطها إلا بقانون بحدود معقولة يمكن إثبات تبريرها في إطار مجتمع حرّ وديمقراطي».

ثالثا- المزج بين الطريقتين

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

القانون الأساسي الألماني 23 ماي/أيار 1949

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

المادة 10:

سرية الرسائل والبريد والاتصالات الهاتفية

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

المادة 19:

الحد من الحقوق الأساسية – حق التقاضي

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

دستور جنوب إفريقيا 10 ديسمبر/كانون الأوّل 1996

المادة 7

الحقوق

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

المادة 36

تقييد الحقوق

1. لا يجوز تقييد الحقوق الواردة في وثيقة الحقوق إلا بمقتضى قانون يطبق على الناس كافة بقدر ما يكون التقييد معقولاً وله ما يبرره في مجتمع مفتوح وديمقراطي يقوم على الكرامة الإنسانية والمساواة والحرية، مع مراعاة كل العوامل ذات الصلة، بما فيها:
 - أ. طبيعة الحق؛
 - ب. أهمية الغرض من التقييد؛
 - ج. طبيعة ونطاق التقييد؛
 - د. العلاقة بين التقييد وغرضه؛ و
 - هـ. الوسائل الأقل تقييداً لتحقيق الغرض.
2. باستثناء ما ينص عليه القسم الفرعي (1) أو أي حكم آخر من أحكام الدستور، لا يقيّد أي قانون أي حق منصوص عليه في وثيقة الحقوق.

القانون الدولي العام

لم يخصص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية فصلاً جامعاً لضبط شروط وضع الحدود على الحقوق والحرريات بل تعرّض إلى هذه الشروط في بعض الفصول:

المادة 12

1. لكل فرد يوجد على نحو قانوني داخل إقليم دولة ما حق حرية التنقل فيه وحرية اختيار مكان إقامته.
2. لكل فرد حرية مغادرة أي بلد، بما في ذلك بلده.
3. لا يجوز تقييد الحقوق المذكورة أعلاه بأية قيود غير تلك التي ينص عليها القانون، وتكون ضرورية لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرّياتهم، وتكون متماشية مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذا العهد.
4. لا يجوز حرمان أحد، تعسفاً، من حق الدخول إلى بلده.

المادة 18

1. لكل إنسان الحق في حرية الفكر والوجدان والدين. ويشمل ذلك حرّيته في أن يدين بدين ما، وحرّيته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحرّيته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبّد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملأ أو على حدة.
2. لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأنه أن يخل بحرّيته في أن يدين بدين ما، أو بحرّيته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره.

3. لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحررياتهم الأساسية.
4. تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء، أو الأوصياء عند وجودهم، في تأمين تربية أولادهم دينيا وخلقيا وفقا لقناعاتهم الخاصة.

المادة 19

1. لكل إنسان الحق في اعتناق آراء دون مضايقة.
2. لكل إنسان الحق في حرية التعبير. ويشمل هذا الحق حرية في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى آخرين دونها اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها.
3. تستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة 2 من هذه المادة واجبات ومسؤوليات خاصة. وعلى ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية:
(أ) لاحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم،
(ب) لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة.

المادة 21

يكون الحق في التجمع السلمي معترفا به. ولا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسة هذا الحق إلا تلك التي تفرض طبقا للقانون وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحررياتهم.

المادة 22

1. لكل فرد حق في حرية تكوين الجمعيات مع آخرين، بما في ذلك حق إنشاء النقابات والانضمام إليها من أجل حماية مصالحه.
2. لا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسة هذا الحق إلا تلك التي ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحررياتهم. ولا تحول هذه المادة دون إخضاع أفراد القوات المسلحة ورجال الشرطة لقيود قانونية على ممارسة هذا الحق.
3. ليس في هذه المادة أي حكم يميز للدول الأطراف في اتفاقية منظمة العمل الدولية المعقودة عام 1948 بشأن الحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي اتخاذ تدابير تشريعية من شأنها، أو تطبيق القانون بطريقة من شأنها أن تخل بالضمانات المنصوص عليها في تلك الاتفاقية.

السؤال الثالث: ما هي الطريقة التي اعتمدها المؤسس التونسي لضبط حدود الحقوق والحريات؟

لقد تدرّج المجلس الوطني التأسيسي في وضع شروط الحدّ من الحريات:

1. اكتفى مشروع مسودة الدستور (14 أوت/ آب 2012) بضبط قيود لممارسة بعض الحقوق الخاصة على غرار دستور غرة جوان/ حزيران 1959.
2. اكتفت مسودة مشروع الدستور (14 ديسمبر/ كانون الأول 2012) بضبط قيود لممارسة بعض الحقوق الخاصة على غرار دستور غرة جوان/ حزيران 1959.
3. اكتفى مشروع الدستور (22 أفريل/ نيسان 2013) بضبط قيود لممارسة بعض الحقوق الخاصة على غرار دستور غرة جوان/ حزيران 1959.
4. أدرج مشروع دستور الجمهورية التونسية (غرة جوان/ حزيران 2013) لأول مرة فصلا جامعا ولم ينص هذا المشروع على مبدأ التناسب وهو الفصل 48 الذي ينص على ما يلي:

" يقرر القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمنة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا يتخذ القانون إلا لحماية حقوق الغير أو لمتعضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة. وتسهر الهيئات القضائية على حماية الحقوق والحريات من أي انتهاك".

5. على إثر التوافقات، وقع إدراج مبدأ التناسب ومبدأ عدم التراجع (principe de non régression) ضمن الفصل الجامع لدستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 وتمّ ذلك أثناء القراءة الأولى فصلا فصلا لمشروع الدستور¹.

الفصل 49:

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

1 ملاحظة: لقد اقترحنا إدراج فصل جامع يعني بهذه المسألة هذا نصّه منذ صدور نص «مسودة مشروع الدستور»:

«لا تخضع ممارسة الحقوق المنصوص عليها بهذا الباب إلا للحدود المقررة في القانون، ما لم تمسّ من جوهرها وشرطه أن تشكل هذه الحدود تدابير ضرورية في مجتمع مدني ديمقراطي تتخذ لحماية حقوق الغير وحرياته أو الأمن الوطني أو الأمن العمومي ولا بد من وجود تناسب بين القيود المفروضة والأهداف التي تبررها ومن توفير سبل الطعن فيها».

أنظر: سليم اللغواني، سلوى الحمروني وسليبي القليبي، «الحقوق والحريات»، اليوم الدراسي عبد الفتاح عمر، قراءة في مسودة مشروع الدستور: تقييم واقتراحات، 15 جانفي/ كانون الثاني 2013، النشر بمساندة مؤسسة هانس سايدل في مارس/ آذار 2013 ص 58-31.

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

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

السؤال الرابع: هل ينطبق الفصل الجامع على كلّ الحقوق والحرّيات المنصوص عليها في الدستور؟

التأويل الأول: ينطبق الفصل 49 على كلّ الحقوق والحرّيات المنصوص عليها في دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 (وليس فقط في الباب المتعلق بالحقوق والحرّيات).

التأويل الثاني: يُستثنى من مجال تطبيق الفصل 49 الفصول التي ورد فيها قيد خاص وإحالة خاصة على القانون وفقاً لمبدأ القانون: "حكم النص الخاص يُستثنى من حكم النص العام" (Le spécial déroge au général).

لابد في رأيي من التمييز:

1. هنالك فصول أو فقرات أو أجزاء من فصول تتعلق بالحقوق والحريات لا ينطبق عليها الفصل 49 لأسباب مختلفة:

أ. لأنّ الحقوق والحريات المعنيّة حقوق وحريات أساسيّة لا يمكن الحدّ منها البتّة وهي التالية:

6 الفصل	حرية المعتقد والضمير.
21 الفصل	المواطنون والمواطنات متساوون في الحقوق والواجبات، وهم سواء أمام القانون من غير تمييز.
23 الفصل	تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد، وتمنع التعذيب المعنوي والمادي. ولا تسقط جريمة التعذيب بالتقادم.
25 الفصل	يجبر سحب الجنسية التونسية. من أي مواطن أو تغريبه أو تسليمه أو منعه من العودة إلى الوطن.
27 الفصل	المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تُكفل له فيها جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع والمحاكمة.
28 الفصل	العقوبة شخصية، ولا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق الوضع، عدا حالة النص الأرفق بالمتهم.
30 الفصل	لكل سجين الحق في معاملة إنسانية تحفظ كرامته.
31 الفصل	حرية الرأي والفكر... مضمونة.
108 الفصل	لكل شخص الحق في محاكمة عادلة في أجل معقول، والمتقاضون متساوون أمام القضاء. حق التقاضي وحق الدفاع مضمونان.

ب. لأنّ النص الدستوري مكنّ من النيل من جوهر الحق:

22 الفصل	الحق في الحياة لا يمكن المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون.
36 الفصل	الحق النقابي بما في ذلك حق الإضراب مضمون. ولا ينطبق هذا الحق على الجيش الوطني. ولا يشمل حق الإضراب قوّات الأمن الداخلي والدّيوانة.
41 الفصل	حق الملكية مضمون، ولا يمكن النيل منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون.

ج. لأنّ طبيعة الحد المسلط على الحق أو الحرية وشروطها أدرجت صلب النص الدستوري:

الفصل 29	لا يمكن إيقاف شخص أو الاحتفاظ به إلا في حالة التلبس أو بقرار قضائي، ويعلم فوراً بحقوقه وبالتهمة المنسوبة إليه، وله أن ينيب محامياً.
الفصل 35	حرية تكوين الأحزاب والنقابات والجمعيات مضمونة. تلتزم الأحزاب والنقابات والجمعيات في أنظمتها الأساسية وفي أنشطتها بأحكام الدستور والقانون وبالشفافية المالية وببذ العنف.
الفصل 41	الحق الملكية مضمون ولا يمكن النيل منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون.
الفصل 74	الترشح لمنصب رئيس الجمهورية حق لكل ناضجة أو ناضج تونسي الجنسية منذ الولادة، دينه الإسلام. يشترط في المترشح يوم تقديم ترشحه أن يكون بالغاً من العمر خمسا وثلاثين سنة على الأقل. وإذا كان حاملاً لجنسية غير الجنسية التونسية فإنه يقدم ضمن ملف ترشحه تعهداً بالتخلي عن الجنسية الأخرى عند التصريح بانتخابه رئيساً للجمهورية. تشترط تركية المترشح من قبل عدد من أعضاء مجلس نواب الشعب أو رؤساء مجالس الجماعات المحلية المنتخبة أو الناخبين المرسمين حسبها يضبطه القانون الانتخابي.

د. لأنّ الحقوق التي تضمنتها لا تلزم الدولة التونسية على تحقيق نتيجة بل على بذل عناية فحسب:

الفصل 21	... وتهمي لهم [للمواطنين والمواطنات] أسباب العيش الكريم.
الفصل 30	... تراعي الدولة في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية مصلحة الأمر، وتعمل على إعادة تأهيل السجين وإدماجه في المجتمع.
الفصل 32	... تسعى الدولة إلى ضمان الحق في النفاذ إلى شبكات الاتصال.
الفصل 39	... وتسعى [الدولة] إلى توفير الإمكانيات الضرورية لتحقيق جودة التربية والتعليم والتكوين.
الفصل 40	العمل حق لكل مواطن ومواطنة، وتتخذ الدولة التدابير الضرورية لضمانه على أساس الكفاءة والإنصاف.
الفصل 43	تدعم الدولة الرياضة، وتسعى إلى توفير الإمكانيات اللازمة لممارسة الأنشطة الرياضية والترفيهية.
الفصل 45	تضمن الدولة... المساهمة في سلامة المناخ. وعلى الدولة توفير الوسائل الكفيلة بالقضاء على التلوث البيئي.
الفصل 46	... وتعمل الدولة على تطويرها [الحقوق المكتسبة للمرأة]... تتخذ الدولة التدابير الكفيلة بالقضاء على العنف ضد المرأة. ... تسعى الدولة إلى تحقيق التناصف بين المرأة والرجل في المجالس المنتخبة.
الفصل 48	تحمي الدولة الأشخاص ذوي الإعاقة من كل تمييز. لكل مواطن ذي إعاقة الحق في الانتفاع، حسب طبيعة إعاقته، بكل التدابير التي تضمن له الاندماج الكامل في المجتمع. وعلى الدولة اتخاذ جميع الإجراءات الضرورية لتحقيق ذلك.

2. ينطبق الفصل 49 على الفصول التي أحالت على القانون دون ضبط طبيعة الحد وشروطه:

الفصل 22	الحق في الحياة لا يمكن المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون. (ملاحظة: على القاضي الدستوري التثبت من الطبيعة "القصوى" للحالة ومن التناسب بين الجريمة المقترفة وعقوبة الاعدام التي قررها القانون).
الفصل 26	حق اللجوء السياسي مضمون طبق ما يضبطه القانون.
الفصل 29	... تحدد مدة الإيقاف والاحتفاظ بقانون.
الفصل 34	حقوق الانتخابات والاقتراع والترشح مضمونة طبق ما يضبطه القانون. تعمل الدولة على ضمان تمثيلية المرأة في المجالس المنتخبة.
الفصل 38	... تضمن الدولة الحق في التغطية الاجتماعية طبق ما ينظمه القانون.
الفصل 53	الترشح لعضوية مجلس نواب الشعب حق لكل ناخب تونسي الجنسية منذ عشر سنوات على الأقل، بلغ من العمر ثلاثا وعشرين سنة كاملة يوم تقديم ترشحه، شرط أن لا يكون مشمولاً بأي صورة من صور الحرمان التي يضبطها القانون.
الفصل 54	يعدّ ناخبا كل مواطن تونسي الجنسية بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة كاملة وفق الشروط التي يحددها القانون الانتخابي.
الفصل 74	الترشح لمنصب رئيس الجمهورية حق لكل ناخبة أو ناخب تونسي الجنسية منذ الولادة، دينه الإسلام. يشترط في المترشح يوم تقديم ترشحه أن يكون 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 تركية المترشح من قبل عدد من أعضاء مجلس نواب الشعب أو رؤساء مجالس الجماعات المحلية المنتخبة أو الناخبين المرسمين حسبها يضبطه القانون الانتخابي. ملاحظة: لا ينطبق الفصل 49 إلا على شرط التزكية الوارد بالفصل 74.
الفصل 108	... يضمن القانون التقاضي على درجتين. جلسات المحاكم علنية إلا إذا اقتضى القانون سريتها.

3. ينطبق الفصل 49 على الأحكام الدستورية التي لم تحل على القانون ويمكن الحدّ منها بمقتضى الفصل 49 ذاته:

6 الفصل	... ممارسة الشّعائر الدّينيّة.
24 الفصل	تحمي الدولة الحياة الخاصة، وحرمة المسكن، وسرية المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية. لكل مواطن الحرية في اختيار مقر إقامته وفي التنقل داخل الوطن وله الحق في مغادرته.
31 الفصل	"حرية ... التعبير والإعلام والنشر مضمونة..." إلا أنه، بمقتضى نفس الفصل، وقع حضر اللجوء إلى حدّ بعينه: "لا يمكن ممارسة رقابة مسبقة على هذه الحريات".
32 الفصل	تضمن الدولة الحق في الإعلام والحق في النفاذ إلى المعلومة.
37 الفصل	حرية الاجتماع والتظاهر السلميين مضمونة.
38 الفصل	الصحة حق لكل إنسان. تضمن الدولة الوقاية والرعاية الصحية لكل مواطن وتوفّر الإمكانيات الضرورية لضمان السلامة وجودة الخدمات الصحية. تضمن الدولة العلاج المجاني لفاقدي السند، ولذوي الدخل المحدود.
39 لفصل	التعليم إلزامي إلى سن السادسة عشرة. تضمن الدولة الحق في التعليم العمومي المجاني بكامل مراحلته.
40 الفصل	... ولكل مواطن ومواطنة الحق في العمل في ظروف لائقة وبأجر عادل.
41 الفصل	... الملكية الفكرية مضمونة.
42 الفصل	الحق في الثقافة مضمون. حرية الإبداع مضمونة.
44 الفصل	الحق في الماء مضمون.
45 الفصل	تضمن الدولة الحق في بيئة سليمة ومتوازنة.
46 الفصل	تلتزم الدولة بحماية الحقوق المكتسبة للمرأة وتدعم مكاسبها ... تضمن الدّولة تكافؤ الفرص بين الرّجل والمرأة في تحمّل مختلف المسؤوليات وفي جميع المجالات.
47 الفصل	حقوق الطفل على أبويه وعلى الدولة ضمان الكرامة والصحة والرعاية والتربية والتعليم. على الدولة توفير جميع أنواع الحماية لكل الأطفال دون تمييز ووفق المصالح الفضل للطفل.
108 الفصل	... ولا يكون التصريح بالحكم إلا في جلسة علنية.

السؤال الخامس: من الوعني بالفصل 49؟

أ- كل المواطنين والمواطنات بحكم أنهم معرّضون للحد من حقوقهم وحرّياتهم ومكنهم الدستور من الدفع بعدم دستورية القوانين بها في ذلك القوانين التي لم تحترم مقتضيات الفصل 49.

ب- الجمعيات التي مكّنها الفصل 14 من المرسوم عدد 88 لسنة 2011 مؤرخ في 24 سبتمبر/ أيلول 2011 المتعلقة بتنظيم الجمعيات مما يلي: " يمكن لكل جمعية أن تقوم بالحق الشخصي أو أن تمارس الدعوى المتعلقة بأفعال تدخل في إطار موضوعها وأهدافها المنصوص عليها في نظامها الأساسي ولا يمكن للجمعية إذا ارتكبت الأفعال ضد أشخاص معينين بذواتهم مباشرة هذه الدعوى إلا بتكليف كتابي صريح من الأشخاص المعنيين بالأمر".

ج- السلطة التشريعية التي تضع الضوابط المتعلقة بالحقوق والحرّيات. ولا بدّ في هذا الصدد من الإشارة إلى ضرورة إحداث آلية صلب مجلس نواب الشعب للتثبيت وقائما من احترام مشاريع القوانين لمقتضيات الفصل 49.

د- السلطة التنفيذية

- بصفتها مشاركة في الوظيفة التشريعية فهي التي تعدّ مشاريع القوانين،

- وبصفتها سلطة تنفيذية بإمكانها الحد من ممارسة الحقوق والحرّيات عبر سلطتها الترتيبية وصلاحياتها في مجال الضبط الإداري.

- ولا بدّ من إحداث آلية صلب رئاسة الحكومة للتثبيت وقائما من احترام مشاريع القوانين والمقررات الإدارية لمقتضيات الفصل 49.

هـ- الهيئات المستقلة: الهيئات الدستورية المستقلة وبصفة خاصة هيئة حقوق الإنسان التي "تستشار وجوبا في مشاريع القوانين المتصلة بمجال اختصاصها" (الفصل 128 من الدستور) والهيئات العمومية المستقلة.

و- السلط المحلية في إطار ممارستها لاختصاص الضبط الإداري.

ز- الهيئات القضائية بشتى أصنافها التي كلفها المؤسس "بحماية الحقوق والحرّيات من أي انتهاك" (الفصل 49) وبضمان علوية الدستور، وسيادة القانون، وبحماية الحقوق والحرّيات (الفصل 102).

ح- الموفق الإداري الذي أحدث بمقتضى الأمر عدد 2143 لسنة 1992 المؤرخ في 10 ديسمبر/ كانون الأول 1992 والذي عهد إليه بالتوسط بين المواطن والإدارة لإيجاد الحلول للمسائل المشكّلة بينها.

ط- وبطبيعة الحال المحكمة الدستورية.

السؤال السادس: ما هي مقتضيات تطبيق الفصل 49؟

1. التثبت من أنه وقع الحدّ من الحرية بمقتضى قانون. ولا بدّ أن يكون قانوناً أساسياً بما أنّ الفصل 65 من الدستور ينص على أنّ النصوص المتعلقة بالحرّيات وحقوق الإنسان تتخذ شكل قوانين أساسية. ولا بدّ أن يتوفر في القانون شرط الوضوح والمقروئية والدقّة.
 2. التثبت بأنّه لا ينال من جوهر الحق والحرية المعنية:
 - وينال القانون من جوهر الحق أو الحرية إن كانت نتيجة القضاء على الحرية تماماً كأن ينص قانون الجمعيات مثلاً على أنّ تكوين الجمعيات خاضع لإجراء الترخيص (وهو ما وقع في ظلّ دستور غرة جوان/ حزيران 1959).
 - كما يمكن أن نعتبر أن القانون ينال من جوهر الحق عندما يكون مآله إمكانية حرمان شخص من حق أو حرية بصفة نهائية.
- وهذا ما يفسّر عدم انطباق هذا الشرط على الفصل 22 و الفصل 36 و الفصل 41 (فقرة 2 و 3) لأنّ الدستور نصّ، في هذه الحالات، على إمكانية حرمان شخص بصفة نهائية من حقه في الحياة أو الملكية وعلى حرمان فئات من الحق النقابي وحق الإضراب.
- هذا الشرط هو الأول الذي أدرج في "مشروع الدستور الجمهورية التونسية" بتاريخ 1 جوان/ حزيران 2013 قبل إدراج شرط التناسب في الصيغة النهائية للدستور وإدراج شرط التناسب جعله غير ذي جدوى إذ أن كل حدّ ينال من جوهر الحق أو الحرية هو، بطبعه، غير متناسب.
3. التثبت من الوجود الفعلي لموجب الحدّ أي التثبت من أنّ ممارسة الحق تهدد فعلاً "حقوق الغير أو الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة" مع تأويل صارم و حالة بحالة لهذه المقتضيات العامة.
 4. التثبت من وجود "ضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية"

وتعني الضرورة أنّه ليس هناك حلّ آخر وأنّه لضمان القيمة لأبد من الحد من الحرية. ويجب أن لا ينال الحد من مدنية الدولة وديمقراطية النظام السياسي.

مثال 1: لا يمكن حماية الصحة العمومية من انتشار وباء إلا بالحدّ من حرية التنقل أو بعزل أشخاص طاهم ذلك الوباء.

مثال 2: يمكن بسبب خطر داهم تهدّد الأمن العام تأجيل انتخابات لكن لا يمكن إلغائها لأنّ إلغاء الانتخابات نفس لمقتضيات الدولة الديمقراطية.

مثال 3: لا يمكن إغلاق المقاهي نهاراً طيلة شهر رمضان لأنّ الغلق ليس ضرورة تقتضيها دولة مدنية بل دولة دينية.
 5. التثبت من "التناسب" بين الحد من الحرية وموجبه.
- يُعرف التناسب بأنّه علاقة بين هدف (موجب الحدّ من الحرية) تتمثل في قيمة محمية قانونياً (حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة) وإجراء (الحدّ من الحرية) من

المفروض أن يحقق الغاية المنشودة. إن تحقيق التناسب بالمعنى الواسع يفترض توفر ثلاثة شروط، تتمثل فيما يلي:

- الشرط الأول- الملاءمة (adéquat): يجب أن يمكن الإجراء المتخذ من تحقيق الهدف المنشود.

- الشرط الثاني- الضرورة: يجب أن يكون الإجراء المتخذ ضروريا لتحقيق الهدف المنشود.

- الشرط الثالث- فكرة التناسب بالمعنى الضيق: يجب أن يكون الإجراء المتخذ موائما (adapté) للهدف المنشود. يجب أن لا يتجاوز الحدّ من الحرية ما هو ضروري لضمان موجب الحق. مثال: لا يجب الحد من حرية التنقل في كامل البلاد إن كان الوباء محددا جغرافيا.

وإذا كانت هذه الشروط الثلاث للتناسب بالمعنى الواسع مطلوبة وتمثل شروط صحة الإجراء فلأنه بدونها يخشى أن ينال الإجراء بصفة مفرطة من قيمة أخرى يحميها القانون وهي الحق أو الحرية المعنية. وكما يتضح، ليس التناسب بقاعدة بقدر ما هو تمسّ. فما نعتبره مبدأ التناسب إنما هو المقتضيات الثلاثة التي يجب أن تحدد الجهة المختصة في اختيار الإجراء والتي يراقبها القاضي للحكم بصحته.

ويستتج مما سبق استنتاجان أولهما أن الفصل 49 يفرض التأكد من وجود ضرورتين، ضرورة مستقلة عن مبدأ التناسب، ضرورة الحدّ من الحرية (nécessité externe) وضرورة الإجراء الذي أُنْخِذ للحدّ من الحرية (nécessité interne) وثانيهما أنّ للتناسب معنى واسع (proportionnalité lato sensu) ومعنى ضيق (proportionnalité stricto sensu) وهو المواءمة.

السؤال السابع: هل يمكن التراجع في الحقوق والحريات التي ضمنها الدستور؟

"لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور". تعتبر هذه الفقرة الأخيرة من الفصل 49 تكريسا لمبدأ عدم التراجع (principe de non régression) الذي يحكم مادة حقوق الإنسان بصفة عامة. وينطبق هذا التحجير على تعديل الدستور ومن باب أولى وأحرى على التشريع العادي أو الأساسي. وقد نصّ الفصل 46 صراحة على ذلك في ما يخص حقوق المرأة: "تلتزم الدولة بحماية الحقوق المكتسبة للمرأة وتدعم مكاسبها وتعمل على تطويرها".

مثال: لا يمكن التراجع في مكتسبات حرية تكوين الأحزاب والجمعيات التي تحققت بمقتضى المرسوم عدد 87 لسنة 2011 المؤرخ في 24 سبتمبر/ أيلول 2011 المتعلق بتنظيم الأحزاب السياسية والرسوم عدد 88 لسنة 2011 المؤرخ في 24 سبتمبر/ أيلول 2011 المتعلق بتنظيم الجمعيات.

السؤال الثامن: ما هي المسألة الوسيّة في دستور 27 جانفي/كانون الثاني 2014؟

يمكّن الفصل 80 من دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 رئيس الجمهورية "في حالة خطر داهم مهدد لكيان الوطن أو أمن البلاد أو استقلالها، يتعذر معه السير العادي لدواليب الدولة أن يتخذ التدابير التي تحتمها تلك الحالة الاستثنائية".

ويمكن أن تتمثل هذه التدابير، وهي ليست قوانين، في تعليق حقوق وحرّيات وعدم اعتماد الفصل 49. كان لا بد من التنصيص في هذه الصورة على الحقوق والحرّيات التي لا يمكن تعليقها حتى في الحالة الاستثنائية "droits fondamentaux indérogables" على غرار بعض الدساتير².

ولا يمثّل هذا النسيان ثغرة في النظام القانوني التونسي بما أنّه بمقتضى الفصل 20 من الدستور "المعاهدات الموافقة عليها من قبل المجلس النيابي والمصادق عليها، أعلى من القوانين وأدنى من الدستور". ولقد صادقت تونس بدون تحفظ على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية³ الذي ينصّ في فصله الرابع على ما يلي:

في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تتهدّد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسمياً، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ، في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير لا تنقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد، شريطة عدم منافاة هذه التدابير للالتزامات الأخرى المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي. لا يبيح هذا النص أي مخالفة لأحكام المواد 6 و7 و8 (الفقرتين 1 و2) و11 و15 و16 و18⁴.

- 2 ملاحظة: لقد اقترحتنا إدراج فقرة بالفصل الجامع تعنى بهذه المسألة هذا نصّها:
«لا يجوز في صورة تفعيل الفصل 73 من هذا الدستور أو إعلان حالة الطوارئ المساس من أحكام الفصول التالية...».
- 3 سليم المغناني، سلوى الحمروني وسليبي القليبي، «الحقوق والحرّيات»، اليوم الدراسي عبد الفتاح عمر، قراءة في مسودة مشروع الدستور: تقييم واقتراحات، 15 جانفي/ كانون الثاني 2013، النشر بمساندة مؤسسة هانس سايدل في مارس/ آذار 2013 ص 31-58.
- 4 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.
- 6: الحق في الحياة.
- 7: حظر التعذيب والمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة.
- 8: الفقرة الأولى: "لا يجوز استرقاق أحد، ويحظر الرق والاتجار بالرق بجمع صورهما". الفقرة الثانية: "لا يجوز إخضاع أحد للعبودية.
- 11: حظر سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدية.
- 15: مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.
- 16: لكل إنسان، في كل مكان، الحق بأن يعترف له بالشخصية القانونية.
- 18: لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين. ويشمل ذلك حرّيته في أن يدين بدين ما، وحرّيته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحرّيته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبّد وإقامة الشعائر.



حول المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات منظمة حكومية دولية مهمتها تعزيز الديمقراطية في جميع أنحاء العالم، باعتبارها طموحاً إنسانياً عالمياً وتمكيناً للتنمية المستدامة. نقوم بذلك عن طريق دعم بناء وتعزيز وحماية المؤسسات والعمليات السياسية الديمقراطية على جميع المستويات. تتمثل رؤيتنا في عالم تكون فيه العمليات والجهات الفاعلة والمؤسسات الديمقراطية تشاركية وخاضعة للمساءلة وتوفر التنمية المستدامة للجميع.

عملنا

نركز في عملنا على ثلاثة مجالات تأثير رئيسية: العمليات الانتخابية، وعمليات بناء الدستور، والمشاركة والتمثيل السياسيين. وتبنى مبادئ النوع الاجتماعي والتشاركية وحساسية النزاع والتنمية المستدامة في جميع مجالات عملنا.

توفر المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات تحليلات للاتجاهات الديمقراطية العالمية والإقليمية، وتنتج معرفة مقارنة بشأن الممارسات الديمقراطية، وتقدم المساعدة الفنية وبناء القدرات في مجال الإصلاح للجهات المشاركة في العمليات الديمقراطية، وتجري حواراً بشأن قضايا مهمة للنقاش العام بشأن الديمقراطية وبناء الأنظمة الديمقراطية.

أين نعمل؟

يقع مقرنا الرئيسي في ستوكهولم، ولدينا مكاتب إقليمية وقطرية في أفريقيا وآسيا والمحيط الهادئ وأوروبا وأمريكا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي. والمؤسسة عضو مراقب دائم في الأمم المتحدة وهي معتمدة لدى مؤسسات الاتحاد الأوروبي.

<<https://www.idea.int>>

أحدث الفصل 49 من الدستور تغييراً جذرياً في منظومة حماية حقوق الإنسان في تونس، إذ يكاد يكون المادة الجامعة الوحيدة في الدساتير العربية التي تضع الشروط والمعايير المتعلقة بتنظيم الحقوق والحريات وضبط إطار لتدخل المشرع ومختلف السلط العمومية بالاستناد إلى مبدأ التناسب بين ضوابط تقييد الحقوق وموجباتها. فقد تم بمقتضى الفصل 49 دسترة مبدأ قانوني هام وهو مبدأ التناسب باعتباره منهجاً واختباراً من الضروري إعماله من قبل كافة المتدخلين في هذا المجال حتى تتم عقلنة هذا التدخل وضمان حماية أنجع وأدق للحقوق والحريات. ولئن كان المشرع والقاضي الدستوري المخاطبان الأساسيان بالفصل 49، فإن ضمان احترام الحقوق والحريات يستوجب استبطان مختلف الهيئات القضائية لهذا المنهج ولضوابط الفصل 49، ومن بينهم القاضي العدلي.

وفي هذا الإطار، تقدم المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات هذا الدليل للقاضي العدلي باعتباره معنياً بتطبيق أحكام الفصل 49 الذي كلف جميع «الهيئات القضائية» بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك. وتختلف الزاوية التي يتولى من خلالها القاضي العدلي تطبيق مقتضيات الفصل 49 وخاصة مبدأ التناسب عن رقابة الدستورية التي يعملها القاضي الدستوري. ويبرز الدليل تجذراً مبدأ التناسب في مختلف فروع القانون الخاص وأوجه إعماله من قبل القاضي العدلي واختلاف النظام الإجرائي لرقابة التناسب حسب درجات التقاضي. كما يقوم الدليل بمجرد تقييم لإعمال رقابة التناسب من قبل القاضي العدلي مبرزاً أهمية هذه الرقابة في جعل الأحكام القضائية الصادرة في مجال الحقوق والحريات متوافقة مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور.

Federal Foreign Office

Werderscher Markt 1
Berlin 11013
موقع الإنترنت: www.auswaertiges-amt.de

International IDEA

Strömsborg
SE-103 34 Stockholm
Sweden
الهاتف: +٤٦٨ ٦٩٨ ٣٧ ٠٠
الفاكس: +٤٦٨ ٢٠ ٢٤ ٢٢
البريد الإلكتروني: info@idea.int
موقع الإنترنت: www.idea.int

