التعاون الألماني
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

INTERNATIONAL IDEA
INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE

دليل السّلطة المحلية

في تطبيق الفصل 49 من الدستور

البلديات بين ضوابط الحقوق وموجباتها

التعاون الألماني
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

INTERNATIONAL IDEA
INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE

دليل السّلطة المحلية

في تطبيق الفصل 49 من الدستور

البلديات بين ضوابط الحقوق وموجباتها

بسام الكرّاي

التمهيد العام والإشراف على الأدلّة العمليّة

سلوى الحمروني

فريق المراجعة من بين مجموعة العمل المتابعة للمشروع

سليم اللّغماني

هناء بن عبدة **خالد الماجري**

التدقيق العام: منية بلعربي **التدقيق اللغوي**: تحسين زيونة

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

© 2021 المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

دليل السلطة المحلية في تطبيق الفصل 49 من الدستور
Guide of the Local Power in the Application of Article 49 of the Constitution

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

النسخة الإلكترونية من هذا المنشور متاحة بموجب رخصة المشاع الإبداعي (CCI)، سمة المشاع الإبداعي، رخصة غير تجارية، رخصة المشاركة بالمثل (3.0). يجوز نسخ المنشور وتوزيعه وبثه وكذلك تعديله وتهيئته 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
Strömsborg
SE -103 34 Stockholm
Sweden
Tel: +46-8-698 37 00
Fax: +46-8-20 24 22
Email: info@idea.int
Website: www.idea.int

Federal Foreign Office
Werderscher Markt 1
11013 Berlin
Website: www.auswaertiges-amt.de

التصميم والإخراج الفني: داليا العزب، القاهرة
صورة الغلاف: Fugue, oil- canvas, 129.5 x 129.5 cm, Wassily Kandinsky, 1914,
الرقم المعياري الدولي للكتاب (PDF): 978-91-7671-374-7
(المطبوع): 978-91-7671-373-0
مُعرّف الوثيقة الرقمي (DOI): https://doi.org/10.31752/idea.2021.35

المحتويات

- تمهيد عام حول الفصل 49 من الدستور ix
  - 1. ما هي الحقوق المعنية بالفصل 49 ؟ xii
  - 2. متى يمكن الخروج عن مقتضيات الفصل 49 ؟ xiii
  - 3. هل يغنينا الفصل 49 عن التحديدات الخاصة لبعض الحقوق؟ xvi
  - 4. ماهي موجبات الحدود على الحقوق والحريات؟ xvii
  - 5. شرط الضرورة في دولة مدنية ديمقراطية xx
  - 6. شرط عدم المساس بجوهر الحق xxi
  - 7. شرط التناسب بين الضوابط وموجباتها xxii
  - 8. لمن يتوجه صراحة الفصل 49؟ xxiii
- مقدمة الدليل 2
- الجزء الأول- انطباق الفصل 49 على الجماعات المحلية 10

العنوان الأول- ما هي مبررات تطبيق موجبات الفصل 49 من قبل الجماعات المحلية؟ 11

الفرع الأول- تقاطع عديد صلاحيات الجماعات المحلية مع الحقوق والحريات 11

الفرع الثاني- تمتع الجماعات بالحقوق والحريات 13

الفرع الثالث- الفصل 49 يحمي السلطة المحلية من السلطة التشريعية 16

العنوان الثاني- كيف تطبق السّلطة المحلّية موجبات الفصل 49 17

الفرع الأول- السند القانوني للإجراء التقييدي 17

الفرع الثاني- عدم مساس الإجراء التقييدي بجوهر الحق 19

الفرع الثالث: مقبولية موجب الضرورة المستند عليه في الدولة المدنية الديمقراطية 19

الفرع الرابع: احترام الإجراء التقييدي لمبدأ التناسب 23

العنوان الثالث- ما هي مجالات احترام موجبات الفصل 49 من قبل السلطة المحلية؟ 31

- الجزء الثاني- ما هي الهياكل المحلية المعنية بتطبيق الفصل 49؟ 42

العنوان الأول- الهياكل التداولية 43

العنوان الثاني- رئيس البلدية 46

الفرع الأول- رئيس البلدية بوصفه رئيس إدارة 47

الفرع الثاني- رئيس البلدية بوصفه سلطة ضبط إداري عام 48

العنوان الثالث- الإدارة البلدية 53

- **الجزء الثالث**– ما هي صور تطبيق الفصل 49 من قبل الجماعات المحلية؟ 56
العنوان الأول– احترام الفصل 49 عند الحد من حرية التعبير 57
الفرع الأول– احترام الفصل 49 عند الحد من حرية تعبير المستشارين المحليين 58
الفرع الثاني– حرية تعبير المتساكنين والمتساكنات 60
العنوان الثاني– احترام الفصل 49 عند الحد من حق النفاذ إلى المعلومة 63
الفرع الأول– احترام الفصل 49 عند الحد من حق المستشارين المحليين في النفاذ إلى المعلومة 63
الفرع الثاني– احترام الفصل 49 عند الحد من حق المتساكنين والمتساكنات في النفاذ إلى المعلومة 64
العنوان الثالث– احترام الفصل 49 عند الحد من حرية التنقل في الفضاء المحلي 66
العنوان الرابع– احترام الفصل 49 عند الحد من الحق في بيئة سليمة ومستدامة 70
العنوان الخامس– احترام الفصل 49 عند الحد من حق الملكية 75
العنوان السادس– احترام الفصل 49 عند الحد من حرية الصناعة والتجارة 78
العنوان السابع– احترام الفصل 49 عند الحد من الحق في الماء 82
العنوان الثامن– احترام الفصل 49 عند الحد من الحق في الصحة 83
العنوان التاسع– احترام مبدأ التناسب عند الحد من حقوق ذوي الإعاقة 84
- **الجزء الرابع**– التبعات النزاعية لعدم احترام الفصل 49 86
العنوان الأول– الطعن بالإلغاء في القرارات البلدية لعدم احترام الفصل 49 87
الفرع الأول– اشكاليات مطالب توقيف تنفيذ القرارات البلدية التي تمس بحرية عامة أو فردية 88
الفرع الثاني– سلطات القاضي الإداري عند النظر في أصل النزاع المتعلق بالحقوق والحريات 91
العنوان الثاني– في قيام مسؤولية السلطة المحلية 92
الخاتمة 95
الملاحق 96

المراجع الببليوغرافية 117
المراجع باللغة العربية 117
مختارات من المراجع الفقهية 119
مختارات مراجع من القانون المقارن 118
حول المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات 121

تمهيد 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 آثارها في الزمان والمكان وحسب الوضعيات.

وأوّل منظمة اهتمت بالمسألة هي منظمة الأمم المتحدة من خلال بيان مفوّضة الأمم المتّحدة السامية لحقوق الإنسان أمام مجلس حقوق الإنسان[1] ومن خلال مجموعة توجيهات للدول لعل أهمها " أن تكون التدابير متناسبة مع المخاطر التي تم تقييمها، وهي ضرورية وتطبق بطريقة غير تمييزية. وهذا يعني وجود تحديد للمدة، واتخاذ أقل نهج ممكن للتدخل 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 أفريل/ نيسان 2020 والتي دعت فيها الدول إلى احترام التزاماتها الدولية حتى أثناء حالات الطوارئ أو في مجال الصحة العامة مثلما هو الحال مع جائحة "كوفيد -19". وطالبت اللجنة باستناد القيود المفروضة على ممارسة الحقوق أو حالات عدم التقييد على القانون الدولي لحقوق الإنسان "على أن تستوفي التدابير حماية المعايير القانونية، وعدم التمييز، والضرورة، والتناسب"[3].

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

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

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

1 "العديد من الحكومات يواجه قرارات صعبة. وقد تبرز ضرورة اعتماد تدابير طوارئ للتصدّي لحالة الطوارئ الصحية هذه. ولكنّ حالة الطوارئ لا تشكّل عذرًا لتجاهل التزامات حقوق الإنسان. ويجب أن تكون تدابير الطوارئ ضرورية ومتناسبة لتلبية الحاجة الطارئة. ويجب أن يبلّغ الناس بكامل تدابير الطوارئ وبمدّة سريان مفعولها. ويجب تطبيق إجراءات الطوارئ بإنصاف وإنسانية. وفي حال تمّ ارتكاب أيّ فعل جرمي، يجب أن تكون العقوبة متناسبة مع الفعل الجرمي وبحسب ما ينصّ عليه القانون. يساورني قلق بالغ حيال تبني دول معينة صلاحيات طوارئ غير محدودة وغير خاضعة للانتقاد. ففي بعض الحالات القليلة، يُستَخدم الوباء لتبرير تعديل تشريعات عادية فتمسي قمعيّة، وتبقى سارية لفترة طويلة بعد انتهاء حالة الطوارئ". بيان 9 أفريل/ نيسان 2020. www.ohchr.org/AR/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=25785&LangID=A

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

3 www.icj.org/wp-content/uploads/2020/05/Universal-ICJ-courts-covid-Advocacy-Analysis-brief-2020-ENG-arabic.pdf?fbclid=IwAR 1i2O mLpHsR-qrizoJswrHamPuvaOXrqEw262EX0GGkbUWs7R_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 وبهدف 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 الجمعيات[4] أو تكوين الأحزاب وتنظيمها[5] أو حرمة المسكن وسرية المراسلة وحماية المعطيات الشخصية[6]، كما تعلقت بحرية التنقل داخل البلاد وإلى خارجها وباختيار مقر الإقامة في حدود القانون[7].

أما الفصل السابع، فقد نصّ على ما يلي: "يتمتع المواطن بحقوقه كاملة بالطرق والشروط المبينة بالقانون، ولا يحد من هذه الحقوق إلا بقانون يتخذ لاحترام حقوق الغير ولصالح الأمن العام والدفاع الوطني ولازدهار الاقتصاد وللنهوض 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 لأوّل مرّة قاعدة عامّة أو فصلا جامعا يتعلق بضوابط الحقوق والحريات، الفصل 48 : "يقرّر القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريّات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها.

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

ولئن استجابت هذه الصياغة إلى فكرة المادة الجامعة للحد من الحقوق والحريات، إلا أنها لم تدرج مفاهيم الضرورة والتناسب كما نادى بذلك المجتمع المدني[8].

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 اللغماني، سلسبيل القليبي وسلوى الحمروني، مقترحات حول الحقوق والحريات على ضوء مسودة الدستور، قراءة في مسودة مشروع الدستور: تقييم واقتراحات، اليوم الدراسي عبد الفتاح عمر، الثلاثاء 15 فيفري/ شباط 2013، الصفحة 31 وما يليها.

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

1. ما هي الحقوق المعنية بالفصل 49 ؟

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

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

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

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

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

لئن أقرّ الفقه وفقه قضاء حقوق الإنسان فوارق عدة تتعلق بطبيعة الالتزام المحمول على الدولة بحسب طبيعة الحقوق، فإن حقوق الإنسان تقوم اليوم على فلسفة تكاملها وترابطها وعدم إمكانية تجزئتها، وهو ما لا نجده في دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 بينما أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة منذ 1977[9] 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 كونيّتها وشموليتها وتكاملها وترابطها".

كما يمكن الإشارة إلى وجود حقوق أخرى في الدستور في غير الباب الثاني معنية هي الأخرى بانطباق الفصل 49. فورود الفصل 49 ضمن الباب الثاني لا يترتب عنه اقتصار تطبيقه على الحقوق الواردة به. ونذكر من بين الحقوق الأخرى تلك الواردة بالفصل 6 من الباب الأول المتعلق بالأحكام العامة والذي يكرّس حريات المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية. كما نجد مجموعة أخرى من حقوق الإنسان تُدرج 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 130/ 32 مؤرخة في 16 ديسمبر/ كانون الأوّل 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 قلّتها. فبالرجوع إلى بقية أحكام الدستور، يمكن أن نجد أسسا ممكنة لتطبيق الفصل 49 على تلك الحقوق والحريات مثل حرية الصناعة والتجارة أو حرية العمل.

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

من جهة أخرى، نصّ الفصل 21 على أن "تضمن الدولة للمواطنين والمواطنات الحقوق والحريات الفردية والعامّة، وتهيئ لهم أسباب العيش الكريم" وهو ما يعبّر عن الالتزام العام للسلطة التأسيسية بضمان الحقوق والحريات الفردية والعامة وهو ما يمكن استعماله 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 منها[10].

يمكن للقاضي الدستوري إذن، وهو الضامن الأول للحقوق والحريات، أن يعزز قائمة الحقوق والحريات الدستورية من خلال تأويله لمختلف أحكام الدستور[11].

2. متى يمكن الخروج عن مقتضيات الفصل 49 ؟

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

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

• حالة 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 الجمهوريّة في حالة خطر داهم مهدّد لكيان الوطن وأمن البلاد واستقلالها يتعذّر معه السير العادي لدواليب الدولة أن يتّخذ التدابير التي تحتّمها تلك الحالة الاستثنائيّة وذلك بعد استشارة

10 Voir par exemple Anne-Marie Le Pourhiet, « Les armes du juge constitutionnel dans la protection des droits fondamentaux », www.revuegeneraledudroit.eu. Voir également Véronique Champeil Desplates, « Le Conseil constitutionnel protecteur des droits et libertés », www.unicaen.fr/puc/html/ecrire/revues/crdf/crdf9/crdf0901champeil.pdf.

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

رئيس الحكومة ورئيس مجلس نواب الشعب وإعلام رئيس المحكمة الدستوريّة ويعلن عن التدابير في بيان إلى الشعب.

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

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

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

سمحت هذه الأوضاع الاستثنائية أيضا في بعض الأمثلة المقارنة بإعطاء سلطات استثنائية لرئيس الجمهورية خلال الأزمات الكبرى (pouvoirs exceptionnels ou de crise, état d'exception) باعتباره الضامن لاستمرارية الدولة، ونذكر منها الفصل 16 من الدستور الفرنسي[12] أو الفصل 19 من الدستور البرتغالي[13] أو الفصل 115 من الدستور الألماني رغم حصره للإجراءات الاستثنائية صراحة في ما يسميها الدفاع إثر عدوان أو تهديد وشيك بالعدوان (une agression ou une menace imminente d'agression).

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

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

12 Article 16 de la constitution française : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, 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.

13 Article 19 de la constitution portugaise : La suspension de l'exercice des droits :
1. Les pouvoirs publics constitutionnels ne peuvent, ni conjointement ni séparément, suspendre l'exercice de droits, libertés et garanties fondamentales, hormis les cas où l'état de siège ou l'état d'urgence est déclaré dans les conditions prévues par la Constitution.
2. L'état de siège ou l'état d'urgence ne peut être déclaré, sur la totalité ou une partie du territoire national, qu'en cas d'agression effective ou imminente par des forces étrangères, de grave menace, de trouble de l'ordre constitutionnel démocratique ou de calamité publique.
3. L'état d'urgence est déclaré dès lors que les conditions visées au paragraphe précédent revêtent un degré de moindre gravité et seuls certains droits, libertés et garanties fondamentales sont susceptibles d'être suspendus.
4. Le principe de la proportionnalité détermine le choix entre l'état de siège et l'état d'urgence ainsi que les modalités de leur application. Le territoire, la durée et les moyens utilisés sont limités au strict nécessaire pour rétablir au plus vite la normalité constitutionnelle.

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

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

لا نرى ذلك.

من المهم أولا أن نبين أنّ حالة الاستثناء الدستوري يتم تكييفها فقط من قبل رئيس الجمهورية، فهو الذي يكيّف في نهاية الأمر الوقائع وهو الذي "يقرر" إن كنا في حالة خطر داهم، وهو الذي يقرر إن كان هذا الخطر مهددا لكيان الوطن وأمن البلاد، وهو أيضا الذي يقرر إن كان هذا الخطر معطلا لدواليب الدولة. فحالة الاستثناء إذن لا تحظى بتعريف علمي أو حتى فقهي دقيق بل نجد العناصر المكونة لها والتي تسمح بإقرارها[15].

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

هذا ما وقع في تونس أثناء فترة جائحة "كوفيد -19"، إذ اتخذ رئيس الجمهورية الأمر عدد 24 المؤرخ في 18 مارس/ آذار 2020[16] والذي منع بمقتضاه الجولان بكامل تراب الجمهورية بمقتضى الفصل 80 ثم الأمر عدد 28 مؤرخ في 22 مارس/ آذار 2020[17] والمتعلق بتحديد الجولان والتجمعات خارج أوقات منع الجولان أيضا على أساس الفصل 80 من الدستور. كان بإمكان رئيس الجمهورية أن يتخذ تدابير أكثر تحديدا للحريات بما فيها حرية التنقل التي ضمنها الدستور في فصله 24 لكن في مقابل ذلك نجد أنه تولى أيضا التمديد في حالة الطوارئ لا على أساس الفصل 80 بل على أساس الأمر المتعلق بحالة الطوارئ[18]. 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 مقتضياته[19].

● حالة الحماية الأرفع

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

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

15 Voir à ce propos Lauréline Fontaine, « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits », CRDF, n°6, 2007, p. 43. www.unicaen.fr/puc/html/ecrire/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 أفريل/ نيسان 2020 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 37 مؤرخ في 2 ماي/ أيار 2020.

19 أنظر مثلا:
– مرسوم من رئيس الحكومة عدد 9 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أفريل/ نيسان 2020 يتعلق بزجر مخالفة منع الجولان وتحديده والحجر الصحي الشامل والتدابير الخاصة بالأشخاص المصابين أو المشتبه بإصابتهم بفيروس كورونا، "كوفيد - 19".
– مرسوم من رئيس الحكومة عدد 10 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أفريل/ نيسان 2020 يتعلق بضبط أحكام خاصة لزجر مخالفة قواعد المنافسة والأسعار. الرائد الرسمي عدد 33 مؤرخ في 18 أفريل/ نيسان 2020.
– مرسوم من رئيس الحكومة عدد 12 لسنة 2020 مؤرخ في 27 أفريل/ نيسان 2020 يتعلق بإتمام مجلة الإجراءات الجزائية الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 36 مؤرخ في 29 أفريل/ نيسان 2020.

وجب إذن الرجوع إلى الالتزامات الدولية للجمهورية التونسية ومنها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي صادقت عليه تونس سنة 1968 والذي عدّد بعض الحقوق والحريات التي لا تقبل الحدود و/ أو التعليق[20].

فقد تعرّض العهد الدولي للحقوق المدنيّة والسياسيّة إلى حالة الطوارئ أو الحالة الاستثنائيّة من خلال مادّته الرابعة التي تنصّ على أنّه: "1. في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تتهدد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسميا، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ، في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى 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 يجيز أي مخالفة لأحكام المواد 6 و7 و8 (الفقرتان 1 و2) و11 و15 و16 و18.

تتلخص هذه المواد في :

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

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الدولي يستعمل عبارة عدم التقيد (dérogation) وهي تشمل إمّا عدم إعمال قاعدة ما في وضعيات معينة أو إعمالها بشكل محدد أو جزئي[22].

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

إلى جانب التحديد العام الموجود بالفصل 49، نجد أن بعض الفصول من الدستور أبقت على بعض التحديدات الخاصة. هذا ما ورد مثلا بالفصل 22 والذي 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 بمدة الإيقاف والاحتفاظ في الفصل29 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 اذ 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 وحرياتهم الأساسية.

22 Salmon, Jean, (sous la dir.), Dictionnaire du droit international public, Bruxelles, Bruylant, 2001. Voir également Hayim (D.), le concept d'indérogeabilité en droit international public, une analyse, fonctionnelle, thèse, Genève, 2012. pp. 24 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 مثلا أن الدستور التونسي أخرجه من نطاق الفصل 49 بصفة شبه صريحة عندما نصّ صلب الفصل 22 منه على أنّ "الحق في الحياة مقدّس لا يجوز المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون". فحسب هذا الرأي، تحديد الحق في الحياة لا يمكن أن يتم على أساس شروط الفصل 49 بل على أساس تحديد خاص به يجب أن يكون استثنائيّا للغاية.[23]

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

لقد طرحت مسألة الحدود الخاصة أمام الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية القوانين[25] التي التجأت في بعض قراراتها إلى التحديد المزدوج وأعملت في نفس الوقت الفصل 49 والفصل 34 على سبيل المثال عندما اعتبرت أن الحدّ من حرية الترشح لا يمكن أن يُفهم بمعزل عن الفصل 34[26].

كما أعملت الهيئة الفصل 49 في علاقة بحق الملكية كما ورد في الفصل 41[27] 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 ألّا يتم تحديد الحقوق والحريات إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة.

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

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

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

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

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

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

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

29 عمليا لا توجد حالات أقر بموجبها فقه القضاء في ألمانيا أو كندا عدم وجاهة الهدف المنشود أو عدم شرعيته، أنظر مقال:
Grimm (D), « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence University of Toronto law journal, (2007) 57.

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

ومن المهم جدا أن نذكر هنا أن القائمة المعنية بالفصل 49 لا يمكن أن تتحمل أهدافا أخرى يستنبطها صاحب مشروع القانون نفسه[30].

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

أما في الفصل 49، فتتعلق هذه الأهداف بما يلي:

• احترام حقوق الغير

تطرح هذه الوضعية حالة تضارب بين مختلف الحقوق والحريات وهي من أكثر الصعوبات النظرية والعملية في مادة حقوق الإنسان، إذ يمكن أن 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 الحياة[31] .

وأمام صعوبة إيجاد سلّم تفاضلي بين الحقوق والحريات، يبقى للقاضي أو للهيكل المعني بالتطبيقات العملية للحقوق والحريات مجالا واسعا لإيجاد توازن بين هذا الحق وذاك بشكل عملي.

• الدفاع الوطني

يحيلنا مفهوم الدفاع الوطني إلى الدفاع عن تراب الجمهورية واستقلالها وذلك في علاقة خاصة مع الاعتداءات الخارجية مهما كان شكلها. وقد نجد أحيانا تداخلا بين مقتضيات الدفاع الوطني ومقتضيات الأمن الداخلي خاصة أمام تنامي التهديدات الإرهابية للدول والتي تأخذ بعدا داخليا وآخر خارجيا في نفس الوقت. لذلك نجد اليوم العديد من القوانين التي تحد من الحقوق والحريات على أساس الدفاع الوطني[32].

• الأمن العام

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

ويمكن الإشارة هنا إلى وجود تقارب بين مفهومي الأمن العام والنظام العام. وحول مفهوم النظام العام، نحيل إلى دور القاضي الإداري في تحديد مكوناته على أساس عناصر ثلاثة هي الأمن العام، السكينة العامة والصحة العامة. ثم تطور هذا المفهوم في فرنسا وتمّ توسيعه ليحتوي عناصر أخرى مثل الكرامة الإنسانية، فكل اعتداء على كرامة الذات البشرية أصبح اعتداء على النظام العام[33].

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

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

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

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

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

• الصحة العامة

يمكن أن نعتمد 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 الأممية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية لهذه المسألة وراقبت كيفية تحديد الدول للحقوق والحريات على أساس مفهوم الصحة العامة[34].

حول هذا الهدف، يمكن أن نلاحظ اليوم أن جلّ دول العالم اتجهت إلى تقييد بعض الحقوق والحريات وأهمها حرية التنقل وحرية الصناعة والتجارة وحرمة الحياة الخاصة والمعطيات الشخصية للأفراد، خاصة منها المعطيات المتعلقة بالصحة، وهي مصنّفة كمعطيات حسّاسة. لذلك نجد في اطّلاعات العديد من النصوص التي حدّت من الحقوق والحريات إشارة إلى الفصل 49 من الدستور[35].

• مقتضيات الآداب العامة

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

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

في آخر الأمر يمكن القول، في ما يخص هذه الأهداف المشروعة، أن للمشرع سلطة تقديرية في تحديد مفاهيم مثل الأمن العام والدفاع الوطني أو الآداب العامة، لكنّ هذه السلطة ليست اعتباطية باعتبارها خاضعة لرقابة القاضي الدستوري إذا تعلق الأمر بالقوانين، وللقاضي 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 limitationde l'exercice de certains autres droits fondamentaux. Le Comité tient à souligner que la clause de limitation figurant à l'article 4 du Pacte vise essentiellement à protéger les droits des individus plutôt qu'à permettre aux États de les limiter. Par conséquent, un État partie qui, par exemple, restreint les mouvements de personnes souffrant de maladies transmissibles telles que l'infection par le VIH/sida ou les incarcère, refuse d'autoriser des médecins à traiter des personnes considérées comme des opposants au gouvernement, ou s'abstient de vacciner une communauté contre les principales maladies infectieuses pour des motifs tels que la sécurité nationale ou le maintien de l'ordre public se doit de justifier des mesures aussi graves au regard de chacun des éléments énoncés à l'article 4.

35 أنظر في هذا الصّدد:
– مرسوم رئيس الحكومة عدد 12 لسنة 2020 مؤرخ في 27 أفريل/ نيسان 2020 يتعلق بإتمام مجلة الإجراءات الجزائية: الإطلاعات "بعد الاطلاع على الدستور وخاصة الفصلين 49 و65 والفقرة الثانية من الفصل 70 ".
– مرسوم رئيس الحكومة عدد 9 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أفريل/ نيسان 2020 يتعلق بزجر مخالفة منع الجولان وتحديده والحجر الصحي الشامل والتدابير الخاصة بالأشخاص المصابين أو المشتبه بإصابتهم بفيروس كورونا "كوفيد – 19:"بعد الاطلاع على الدستور وخاصّة الفصلين 49 و65 والفقرة الثانية من الفصل 70 منه".

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

المفاهيم إن استعملها المشرع بشكل عام واضطرّ القاضي إلى تطبيقها في النزاعات المعروضة أمامه، هذا على المستوى الوطني.

أما على المستوى الدولي، فيمكن أن يكون القانون الداخلي خاضعا لرقابة لجنة حقوق الإنسان[37] أو لمجلس حقوق الإنسان[38]، إذ أنّ الدولة مطالبة بإبراز كيف يمكن أن تكون ممارسة حرية ما متعارضة مع الأمن العام أو مع الدفاع أو غيرها من الأهداف المشروعة من حيث المبدأ.

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

5. شرط الضرورة في دولة مدنية ديمقراطية

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

• الضرورة

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

يُقصد بالضرورة هنا، الضرورة الخارجية، أي تلك التي تفترض أن الوصول إلى الأهداف الدستورية أو موجبات الحدود في وضعية ما يستدعي حتما الحدّ من الحقوق والحريات[40].

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

• الدولة المدنية الديمقراطية

أمّا 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، إلّا أن تحديد ملامحها لم يتم إلّا بفضل تراكمات فقه قضائية[41].

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 اللغماني، 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 تلخّص ماهية المجتمع الديمقراطي وهي: التعددية والتسامح والانفتاح[42]. كما تمّ تحديد عناصر التعددية ذاتها بأنها تعددية الممارسات وتعددية الأفكار والآراء وتعددية المؤسسات[43].

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

6. شرط عدم المساس بجوهر الحق

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

في علاقة باحترام جوهر الحق، يمكننا التذكير بأن المجلس الدستوري أعمل أحيانا هذا الشرط رغم سكوت دستور غرة جوان/ حزيران 1959 عنه[44].

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

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

يعني احترام جوهر الحق ألّا تصبح الحدود التي من المفروض أن تكون استثنائية هي القاعدة وهو ما نصّت عليه لجنة حقوق الإنسان الأممية في أحد تعليقاتها العامة[46] .

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

وانطلاقا من هذه العناصر، يمكن القول أنّ جلّ الإشكاليات المطروحة عمليا ستكون على خلفية قراءة شرط التناسب بين الحدود وموجباتها.

42 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 تتوفّر فيه المبادئ التالية، ألا وهي الكرامة البشريّة والعدالة والمساواة الاجتماعيّة وقبول التنوّع في المعتقدات واحترام كلّ الثقافات وكلّ المجموعات والثقة في المؤسسات الاجتماعية والسياسية التي تضمن مشاركة الأفراد والمجموعات المختلفة في المجتمع. أنظر خالد الماجري، "ضوابط الحقوق والحريات: تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي"، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2017 ص. 80 .

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

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

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

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

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

أمّا على المستوى الدولي، فقد خصّت اللجنة الأممية لحقوق الإنسان التمشّي في تعليقها حول الحدود التي تفرضها الدول على الحقوق والحريات وكذلك في تعليقها حول الفصل 12 المتعلق بحرية التنقل[48].

فقد جاء في تعليق اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية رقم 27 لسنة 1999 أن الفقرة 3 من المادة 12 "تشير بوضوح إلى أنه لا يكفي أن تخدم القيود الأغراض المسموح بها؛ فيجب أيضاً أن تكون ضرورية لحمايتها. ويجب أن تتماشى التدابير التقييدية مع مبدأ التناسب؛ ويجب أن تكون مناسبة لتحقيق وظيفتها الحمائية؛ ويجب أن تكون أقلّ 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 للمادّة 4 من العهد. ومن ثمّة يجب أن تكون أي قيود متناسبة. بمعنى أنه يتعين اتخاذ أقل التدابير تقييدا عندما يجوز فرض عدّة أنواع من القيود".

يمكن أن نعتبر في التناسب، كما هو الشأن في أغلب الأنظمة المقارنة، تمشّيا أو تفكيرا مركّبا يطبّقه كلّ من هو معني بالفصل 49 على الحالة المطروحة أمامه.

ويقتضي هذا التمشي الإجابة على مجموعة من الأسئلة:

47 أنظر مختلف الأمثلة المقارنة في خالد الماجري، مرجع سابق، ص 80 وما بعدها. أنظر أيضا:
Grimm (D), « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence University of Toronto law journal, (2007) 57.

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

48 Comité des DH « Les mesures restrictives doivent être conformes au principe de la proportionnalité ; elles doivent être appropriées pour remplir leurs fonctions de protection, elles doivent constituer le moyen le moins perturbateur parmi ceux qui pourraient permettre d'obtenir le résultat recherché et elles doivent être proportionnées à l'intérêt à protéger ». C'est nous qui soulignons. Observation générale n° 27 : Article 12 (Liberté de circulation), //tbinternet.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 التثبت من الملاءمة (adéquation): أي ملاءمة الحدود للهدف أو الأهداف المنشودة (المشروعة) بما يعني الإجابة على السؤال التالي : هل أنّ الحدّ أو الإجراء يُمكّن من الوصول إلى الهدف المشروع؟ أي هل هناك رابط منطقي أو "عقلاني" [50] بين الإجراء (القيد) والهدف المشروع؟ كأن نتساءل هل أنّ منع السباحة على المواطنين يمكن أن يؤدّي بشكل أو بآخر إلى حماية الصحة العامة؟

مرحلة التثبت من الضرورة (nécessité interne): نعني بالضرورة هنا الضرورة الداخلية أي الضرورة كعنصر من عناصر اختبار التناسب، وهي التي تؤدّي إلى طرح السؤال التالي: هل أن هذا الحدّ بذاته كان ضروريا أي لا مفرّ منه للوصول إلى تحقيق الهدف المشروع؟ الضرورة تقتضي إذن التثبت من أن الحدود المعتمدة كانت الطريقة الوحيدة والأقلّ سوءا أو الأقلّ تطفّلا على الحقّ أو الحرية لتحقيق الأهداف المنشودة. لو طبقنا هذه المرحلة على نفس مثال منع السباحة، يمكن التساؤل هل أنّ منع السباحة هو الطريقة الوحيدة لتجنب المسّ من الصحّة 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 التثبت من التناسب في معناه الضيق (adaptation): هي مرحلة تستدعي التساؤل إن كان الحدّ أو الإجراء غير مبالغ فيه مقارنة بالهدف المراد حمايته؟ أي إن كان القيد قادرا على تحقيق الهدف المنشود دون أن يتجاوزه بمعنى البحث عن التناسب أو الموازنة بين الآثار السلبية للقيد على الحقّ أو الحرية ونتائجه الإيجابية بالنظر إلى الهدف المراد حمايته. لو نواصل تطبيق المعيار على نفس المثال سيكون السؤال: هل أنّ الآثار السلبية للإجراء المتخذ بمنع السباحة على المواطنين والمساس بحقوقهم هو بقدر أهمية الآثار الإيجابية التي يحققها هذا القيد للحفاظ على الصّحة العامة؟

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

8. لمن يتوجه صراحة الفصل 49؟

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

لكن قراءة الفصل 49 في علاقة ببقية فصول الدستور تبين لنا أنّه لا يُلزم فقط المؤسسات التي تعرّض لها صراحة بل كذلك هياكل ومؤسسات تجد نفسها 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 2017-78 المتعلق بإعطاء عطلة استثنائية للأعوان العموميين المترشحين للانتخابات واعتبرت أن المساواة بين المترشحين في علاقة بهذه العطلة يدخل في إطار تنظيم حق من الحقوق السياسية يستوجب اعتماد قانون أساسي.

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

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

ولقد ذهب فقه القضاء الدستوري في الأنظمة المقارنة في نفس التمشي، فنجد مثلا أن المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية الإسبانية تقر بعدم دستورية القوانين 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 لحقوق الإنسان الأممية (في إطار حديثها عن حرية التعبير) إذ اعتبرت أن الحدّ من الحرية يجب أن يكون بمقتضى قانون وليس بمقتضى قواعد تقليدية أو دينية أو غير ذلك.

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

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

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

كما اتجه فقه القضاء الدستوري المقارن نفس الاتجاه، فإلى جانب المحكمة الدستورية الإسبانية[52]، نجد فقه قضاء مستقر للمجلس الدستوري الفرنسي وما أقره في قرار4 أفريل/ نيسان 2019 يذهب في هذا الاتجاه، إذ اعتبر أن المشرع ملزم بتحديد مجال القوانين الجزائية وبتعريف الجرائم وعقوباتها بصفة دقيقة وواضحة[53].

• السلطة التـأسيسية الفرعية

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

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

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

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

ولئن لا نجد في الفصول المذكورة تنصيصا صريحا على مبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان، فإن ذلك لا يمنع من اعتبار أن ضمان الدولة للحقوق والحريات لا يسمح بالتراجع عنها. كما أن التنصيص في بعض الفصول على حماية هذه الحقوق والحريات وتطويرها ودعمها يؤسس لمبدأ عدم التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان[55].

• القاضي

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

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

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

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

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 Compernolle, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 387-407. Milano (L.), « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi», R.D.P, n°3, 2006, pp.637-671.

54 أنظر الفصل 144 فقرة أولى: كلّ مبادرة لتعديل الدستور تُعرض من قبل رئيس مجلس نواب الشعب على المحكمة الدستورية لإبداء الرأي في كونها لا تتعلق بما لا يجوز تعديله حسبما 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 جميعا أمام تطبيق فلسفة الفصل 49 ومبدئه الأساسي المتعلق بالتناسب على النزاعات التي تطرح أمامهم والتي تستدعي حتما تأويلهم للقانون.

• المؤسسات الأخرى المعنية بالفصل 49

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

- **السلطة التنفيذية**، لما لها من دور جوهري لا فقط في إعداد مشاريع القوانين لكن أيضا من خلال ممارستها للسلطة الترتيبية.
- **الهيئات العمومية المستقلة**، فقد أنشأ الدستور مجموعة من الهيئات الدستورية أسند لها الفصل 125 منه وظيفة دعم الديمقراطية، كما أسند المشرع صراحة إلى هيئات عمومية أخرى دور حماية حقوق وحريات معيّنة "منع التعذيب، منع الاتجار بالبشر، حماية المعطيات الشخصية، النّفاذ إلى المعلومة..."، وهي معطيات تجعل من الهيئات العمومية المستقلة تحتاج حتما إلى قراءة عملية للفصل 49 تمكّنها من الاضطلاع بدورها دون التضحية ببعض الحقوق لحماية حقوق أخرى.
- **الجماعات المحلية**، فمنذ دستور 2014 أصبحت للسلطة المحلية مكانة هامة في توزيع السلطات داخل الدولة الموحّدة. 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، ونظرا إلى بعض الغموض المتبقّي في علاقة بتوزيع الاختصاص وخاصة في علاقة بتأثير بعض القرارات المحلية (أو/ والجهوية مستقبلا) على التمتع بالحقوق والحريات الدستورية، وجب تسليط الضوء على الإشكاليات المطروحة في هذا المجال.
- **المجتمع المدني**، حيث لعبت الجمعيات والمنظمات في تونس دورا حاسما 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 والمؤسساتي، 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 الأممية لحقوق الإنسان بأن مبدأ التناسب يجب أن يقع احترامه من قبل القانون الذي يقر بتحديدات للحقوق لكن أيضا

بالنسبة للسلط الإدارية والقضائية المسؤولة عن تطبيق القانون..."[56].

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

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

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

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

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

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

ويتنزل الدليل المتعلق بالسلطة المحلية في هذا الإطار.

56 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 ستنحت حتما ملامح الديمقراطية التونسية الناشئة.

مقدّمة الدّليل

طرحت جائحة "كوفيد – 19" مسألة حدود السلطات التي تتمتع بها البلديات في تقييد بعض الحقوق والحريات بموجب قرارات ترتيبية للمحافظة على الصحة العامة وذلك بالتوقي من انتشار العدوى بين متساكنيها، والحال أنه للقانون وحده حسب الفصل 49 من الدستور تحديد الضوابط على ممارسة الحقوق والحريات بما لا ينال من جوهرها.

كما طرحت نقاشا حول تداعيات توارد الأحكام المقيدة للحرّيات على المستوى الوطني بفعل الانتشار التدريجي للعدوى وعلى المستوى الجهوي والمحلي بحكم استفحالها في بعض المناطق دون الأخرى. وقد مست القرارات الترتيبية البلدية عديد الحقوق والحريات (كحرية التنقل والحق في العمل والحقوق الشخصية...).

على سبيل المثال، اتّخذت رئيسة بلدية نابل، قبل إعلان حالة الطوارئ بمقتضى الأمر الرئاسي الصادر يوم 22 مارس/ آذار 2020، قرارا يتعلق بتحديد عدد الحاضرين عند إبرام عقد الزواج وذلك بحصره في العروسين والشاهدين لغاية تفادي الاختلاط[1] في إطار تحقيق موجب حماية الصحة العامة. ويهدف هذا القرار إلى تحقيق غاية مشروعة تتمثل في المحافظة على الصحة من خلال الحد من تفشّي العدوى على تراب البلدية والمحافظة على صحّة المواطنين. وعلى خلاف هذا التمشي، اتخذ رئيس بلدية جرجيس الشمالية في 9 نوفمبر/ تشرين الثاني 2020 قرارا يقضي بمنع ابرام عقود الزواج إلى اشعار آخر، كما أصدرت 19 ولاية جزائرية من أصل 48 قرارات تقضي بتعليق إبرام عقود الزواج بالمصالح المحلية بالبلديات إلى إشعار آخر لتحقيق نفس الغرض[2].

لئن ارتأت رئيسة بلدية نابل عدم المساس بالحق من خلال الحدّ من عدد الحاضرين، فإن قرارات رؤساء عدة ولايات بالجزائر ورئيس بلدية جرجيس الشمالية، وإن تأسست على حماية الصحة العامة، لم تحترم موجبات اتخاذ الإجراء الأقلّ وطأة على الحقّ في إطار التوقّي من انتشار العدوى. كان على هؤلاء، أن يُحَدِّدوا مثلا فترة التواجد بمقرّ البلدية لغاية إبرام عقود الزواج أو أن يُخْضِعوا الحاضرين إلى إجراءات خاصّة كالتعقيم المسبق أو احترام مسافة التباعد الجسدي أو أن يُقلّلوا من عدد الحضور. لذا، فإن الإجراءات المتّخذة لم تراع مبدأ التناسب بينها وبين الغاية المشروعة التي تهدف إلى تحقيقها، فكان بالإمكان الوصول إليها بإجراءات مخفّفة.

1 تولى رئيس بلدية أريانة اتخاذ نفس الإجراء في قراره عدد 1 الصادر بتاريخ 30 مارس/ آذار 2020 المتعلق بمقاومة تفشي فيروس كورونا "كوفيد-19" والذي يحصر قائمة الحضور على القرينين والشاهدين ووليّ لكل قرين.

2 مركز الجزيرة للحريات العامة وحقوق الإنسان liberties.aljazeera/com تاريخ آخر زيارة 27 جويلية/ تموز 2020.

معايير تدخل البلديات لحماية الصّحة العامّة في فرنسا

في نفس الإطار، أقرّ مجلس الدولة الفرنسي من جهته في قراره الإستعجالي الصادر في 22 مارس/ آذار 2020 أن «رؤساء البلديات لهم اتخاذ جميع الإجراءات التي توجبها المحافظة على الصّحة العامّة للتوقي من تفشّي الوباء، وتتمثل هذه الإجراءات في تقييد ممارسة الحقوق والحريات الأساسية كحرّية التّنقل وحرّية التّجمع وحرّية ممارسة بعض المهن، بشرط أن تكون ضرورية وملائمة ومتناسبة مع هدف حماية الصحة العامة»[3].

كما اتّخذ رئيس بلدية «كان» الفرنسية قرارا يقضي بمنع الجولان ليلا من السّاعة العاشرة إلى الخامسة صباحا في إطار حالة الطّوارئ الصّحية بالنّظر إلى تنامي إشعال الحرائق في مصبّات الفضلات والّذي استدعى تدخّل رجال الإطفاء. فتولّى الوالي الطعن في شرعيته بدعوى «استعجالي-حريات» بالنظر لعدم تناسبه مع الأوضاع المحلية. ذكّر القاضي الإداري الإستعجالي في قراراه أن الحدّ من الحرّيات والحقوق لا يكون إلّا بمقتضى قانون، قبل أن يُقِرَّ للجماعات المحلية بإمكانية اتّخاذ إجراءات تقييدية كلما توفرت ظروف محلية تُبَرِّرُ اتخاذها. وتأسيسا على ذلك، اعتبر -أولا- أنّ الإجراء المتخذ يَمسُّ من حرية أساسيّة وهي التنقّل، وأكّد -ثانيا- بأنّ المبدأ العام هو الحرّية والقيد هو الاستثناء. وترتيبا على ذلك، فعلى السلطة المحلية أن تُؤَسس إجراءاتها على وجود مخاطر خاصّة على النّظام العام أو أن تستند إلى ظروف خاصّة في مواجهة الآفة، وانتهى- في الأخير- إلى إلغاء القرار بالنظر إلى أنّ الظّروف المحلّية المستند عليها لا تُبَرِّرُ الإجراء المتخذ في علاقته بتفادي انتشار العدوى[4].

يُستفاد من هذه الأمثلة أنَّ تَدَخُّل رؤساء البلديات على أساس سلطاتهم الضبطية طبق الفصول 266 و267 من مجلة الجماعات المحلية (م.ج.م) يبقى مشروطا. فلئن يُخَوَّلُ لهم تقييد الحقوق والحريات من أجل تحقيق مختلف الأغراض المنصوص عليها بالفصل 49 من الدستور (حماية حقوق الغير أو مقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة)، فإنّ عليهم احترام مقتضيات الفصل 49 بما في ذلك مبدأ التناسب، ذلك أنّ مخالفتهم لهذه المقتضيات يُعَرِّضَ قراراتهم في صورة الطعن فيها إلى الإلغاء وإلى إمكانية القيام بدعوى مسؤولية لجبر الضرر الناجم عنها.

كثيرا ما تُطرح على رؤساء البلديات ومجالسها مسألة التّصادم أو التّنافس بين مجموعة من الحقوق والحريات، ممّا يفرض عليهم إعمال الموازنة بين الحقوق، ونذكر على سبيل المثال الحقّ في النّفاذ إلى شبكات الاتصال (الفصل 32 من الدستور) من خلال تركيز المحطات القاعدية للهاتف الجوال والحقّ في الصّحة (الفصل 38 من الدستور).

3 حكم استعجالي في القضية عدد 439674 بتاريخ 22 فيفري/ شباط 2020 نقابة الأطباء الشبان ضد رئيس الحكومة.

4 حكم استعجالي في القضية عدد 2000711، بتاريخ 31 مارس/ آذار 2020 (غير منشور).

المفاضلة بين الحقوق والحريات أمام القاضي الإداري

طرحت على القاضي الإداري مؤخرا مسألة المفاضلة أو الموازنة بين الحقوق والحريات في قضية تتعلق بحقّ استعادة جثمان شخص توفّي بالخارج بجائحة كوفيد-19 والحقّ في الصّحة العامة. وانتهى القاضي المنتصب في المادة الإستعجالية إلى ما يلي: «حيث أنّه من وظيفة القاضي الإداري في دولة القانون، وفي إطار دوره الاجتهادي، الحسم في مسألة الحقوق المتضاربة أو المتنافسة المطروحة عليه بمناسبة بتّه في النزاع، وتغليب إحداهما على الأخرى، على أن يتمّ ترجيحه لإحداهما وفقا لرؤية عقلانية، تقوم على تقدير موضوعي ودقيق، يأخذ بعين الاعتبار مدى جدّية المخاطر التي قد تهدّد حقوق أكبر فئة من الأفراد، بما يؤول إلى قبول القاضي بتقييد الحق الّذي يقدّر أن يترتّب عن تقييده أقلّ المخاطر تجاه المجموعة الوطنية ويحرص على تكريس الحق الذي قد يؤول تقييده إلى مخاطر أكبر وأكثر جدية على البلاد».

غَلَّب بذلك القاضي حق المجموعة في الصحة على حساب حقّ المورثين في جلب جثمان المصابة بفيروس كورونا[5]، مُذكرا بأن الحد من الحق في جلب الجثمان، الذي يعتبر من ضمن الحقوق الثقافية، ضروري ومحدد في الزمن وملائم لمقتضيات الضرورة التي فرضته والمتمثلة في حماية الأمن العام الصحي وسلامة المواطنين، "على أنّ أهالي الموتى لا يفقدون حق طلب العودة بجثامين أقاربهم في وقت لاحق ودفنها في وطنهم، عندما تزول أسباب ذلك المنع". وأضاف القاضي الاستعجالي في آخر حكمه أنه "ولئن توفر شرطا التأكد والجدية في مطلب العارضين المتعلق بجلب جثمان مُوَرِّثتهم المصابة بفيروس كورونا المتّصف بتهديد الأمن الصحي العام بخطر العدوى، يجعل هذه المحكمة تُغَلِّب السلامة الصحية العامة للمواطنين والأفراد الموجودين على التراب التونسي، وتعطيهم الأولوية في الحماية الصحية، بما يتجه معه تبعا لذلك رفض المطلب".

بالإضافة إلى رؤساء البلديات، بوصفهم سلطة ضبط إداري عام، فإنّ جميع الهياكل التي تُسَيّر المصالح المحلية في إطار الصّلاحيات الرّاجعة بالنظر إلى البلديات مطالبة عند ممارسة اختصاصاتها بعدم الحدّ من الحقوق والحريات طالما لم تتحقّق من تَوَفُّرِ ظرف محليّ خاصّ يُوجِبُ تقييدها بشكل مناسب. تتمثل هذه الهياكل في:

- المجالس المُنْتَخَبَةِ أو المُعَيَّنَةِ (لجان التسيير المؤقتة، أو ما كان يطلق عليها بالنيابات الخصوصية)،
- الكاتب العام،
- الأعوان الشاغلين لأحد الخطط الوظيفية،
- الأعوان في صورة التفويض لهم من قبل رئيس البلدية ومساعدي الرئيس ونوابه في صورة تكليفهم بمهام،
- الوالي في صورة الحلول محل رئيس البلدية طبق الفصل268(م.ج.م)،

5 المحكمة الادارية، القضية الاستعجالية عدد 7144774، بتاريخ 11 جويلية/ تموز 2020 (غير منشورة).

- اللجان البلدية،
- مجالس الدوائر،
- أعوان الجماعة.

وقد يحدث أن تُخَوِّل المجالس البلدية إلى بعض الأشخاص العمومية ممارسة جانب من صلاحياتها بموجب اتفاقية أو قرار. وبالتبعية، فعلى هؤلاء احترام منظومة الحقوق واحترام مقتضيات الحدّ منها. تتمثل هذه الأشخاص في المؤسسات المحلية التي تُنشئها الجماعة المحلية طبقا الفصل 103(م.ج.م) لغاية ممارسة أحد اختصاصاتها التي تأخذ شكل:

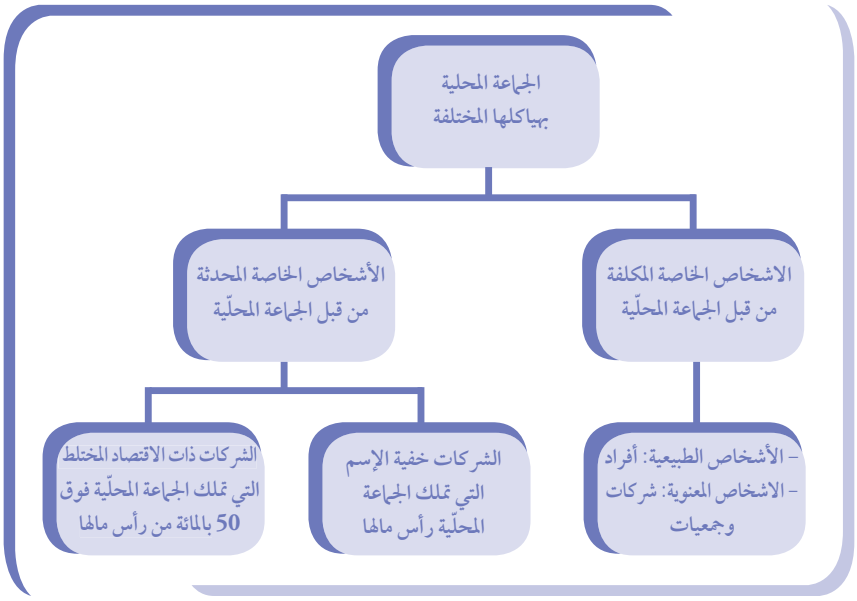
- **المؤسسات العمومية** المحدثة لاستغلال مرافق عامّة ذات صبغة صناعية وتجارية،
- **مؤسسات التعاون** التي تشترك البلديات في إحداثها طبقا لأحكام الفصول 284 إلى 292 (م.ج.م)،

بالإضافة إلى الأشخاص العمومية، قد تُعهَدُ بعض الصلاحيات إلى أشخاص القانون الخاص التي تُحدِثُهَا الجماعة المحلية على غرار:

- **الشركات خفيّة الإسم** التي تمتلك الجماعة رأس مالها بصفة كلية،
- **الشركات ذات الاقتصاد المختلط** التي تمتلك الجماعة ما يزيد عن نصف رأسمالها طبق الفصول 103 و104 (م.ج.م).

كما يمكن للجماعة المحلية أن تُكَلِّف بعض الأشخاص المعنوية أو الطبيعية بمهام مرفقية محلية بموجب عقود كاللزمة (الفصل53 م.ج.م) وعقود تفويض المرافق العامة (الفصل 85 م.ج.م) وعقود الشراكة (الفصل 100 م.ج.م) والجمعيات التي تُبرم معها الجماعة اتفاقيات للقيام بأنشطة تدخل ضمن صلاحياتها (الفصل 111 م.ج.م).

رسم بياني لمختلف الهياكل المحلّية المعنية بتطبيق الفصل 49



قد يحدث أن تحدّ هذه الذّوات من الحقوق والحريات بمناسبة أدائها للمهام التي أُوكِلت إليها أو التي أُحدثت من أجلها، **فعلى الجماعة المحلية أن تُراقب مدى احترامها للحقوق والحريات من خلال ممارسة سلطات الرقابة والمتابعة**. فقد يقوم أحد مستلزمي المرافق العامة البلدية (مسلخ بلدي أو سوق سيارات) بتهيئتها و/ أو استغلالها دون احترام حقوق ذوي الإعاقة من خلال عدم تهيئة مسارات لهم للتنقل العادي أو في صورة إجلائهم عند حصول خطر محدق كالحرائق. كما يمكن أن يتولى المُبَتّت له في استغلال سوق أسبوعية الحدّ من حرية الصناعة والتجارة عبر التّضييق على التّجار في النّفاذ إلى السّوق أو بخرق مبدأ المساواة فيما بينهم. لهذا، يتجاوز تطبيق الفصل 49 السلط المحلية في هذه الحالة، ليشمل كل متدخّل في الشأن المحلي.

يمكن إذن للهياكل المسيرة للسلطة المحلية[6] (المجلس ورئيس البلدية) الحدّ من الحقوق والحريات في صورة توفّر خصوصية محلّية تُحتّم ذلك. ترتبط هذه الامكانية، أولا، بضرورة التحقق من وجود سند قانوني يؤهلهم لاتخاذ الاجراء التقييدي، وثانيا، بعدم المساس بجوهر الحق أو جعل ممارسته استثنائيا، وثالثا، بتأسيسه على ضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية، ورابعا، باحترام مبدأ التناسب من خلال طرح ثلاثة أسئلة متلازمة ومتعاقبة تَقُودها إلى تطبيق الأقيسة الثلاثة التي ينبني عليها هذا المبدأ[7].

6 سنعود لهذه المسألة في الجزء الثاني من هذا الدّليل.

7 سنعود بأكثر تحليل لهذه الأقيسة في العنوان الثالث من الجزء الأول من هذا الدليل.

السؤال الأول: هل أن الإجراء التقييدي الذي سيُتخذ هو إجراء متلائم لتحقيق الغرض المشروع الذي من أجله أُتخذ بالنظر إلى الوضعيات أو الخصوصيّات المحلية؟ بمعنى، هل يوجد رابط منطقي بين القيد على الحرية والغرض من اتخاذه؟

يشمل الغرض المشروع ما أقرّه الدّستور صلب الفصل 49 والذي يتمثل على سبيل الذكر في:

- **حماية حقوق الغير:** كأن يُتّخذ قرار منع شخص من تربية الدواجن في مناطق سكنية باسم احترام حقوق المتساكنين في الصّحة والعيش الكريم،
- **أو لحماية الأمن العام:** كتحديد السّرعة داخل المنطقة البلدية أو منع جولان الشاحنات في أوقات الذروة،
- **أو الآداب العامة،** كأن يقع منع عرض فنّي بالنظر إلى مساسه بالآداب العامة.

يجب أن يتأسّس كلّ إجراء تقييدي تتّخذه السلطة المحلّية على تحقيق أهداف مشروعة تتمثّل في حماية الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصّحة العامة. وقد أضاف إليها القضاء الفرنسي فيما يتعلق بالسلطة المحلية الأخلاق العامة في قراراه الشهير شركة أفلام «لوتيسيا» والنقابة الفرنسية لمنتجي ومصدّري الأفلام الصادر في 18 ديسمبر/ كانون الأوّل 1959، واحترام الكرامة الإنسانية في قراره المعروف بمنع إلقاء الأقزام في الهواء من قبل مرتادي العلب الليلية أثناء الرقص[8].

السّؤال الثاني: هل أنّ الإجراء التّقييدي المزمع اتّخاذه هو إجراء ضروري لتحقيق الغرض؟ بمعنى هل يُعدّ فعلا الإجراء الأقلّ وطأةً أو تطفّلا على الحقوق والحريات، ومن شأنه أن يُمَكِّن من تحقيق نفس الأهداف في صورة اتّخاذ قرار أَشَدَّ وقعًا عليها؟

كأن يتمّ اتّخاذ قرار بالحدّ من السّرعة أو بمنع الرّبوض على طرفي الطّريق خلال فترات زمنية معيّنة لتحقيق سلامة وأمن المترجّلين عوضا عن اتّخاذ قرار يقضي بمنع الجولان.

السؤال الثالث: هل أنّ الإجراء المتخذ يتناسب مع الغاية التي يرنو إلى تحقيقها؟

وتتمّ الإجابة عن هذا السؤال من خلال إجراء موازنة عند تطبيق الإجراء بين الكلفة الاجتماعية أو الاقتصادية التي سيتسبّب فيها وما سيحققه من أرباح، كأن تقع الموازنة بين تقييد حرية الاتصال والتّواصل من خلال منع تركيز المحطات القاعدية للهاتف الجوال بأحد الأحياء في المنطقة البلدية

8 Conseil d'Etat, Assemblée, commune de Morsang- sur-Orge, grands arrêts de la jurisprudence, Dalloz, arrêt n°104, 14ème édition, 2003, page n° 748.

من جهة، والحقّ في الصّحة بالاستناد إلى مبدأ الحيطة من المخاطر التي ستسببها هذه المحطات على صحة المتساكنين، خاصة منهم كبار السن والصغار، من جهة أخرى.

للإجابة عن هذه الأسئلة بتفرّعاتها المختلفة من خلال التطبيقات الواقعية، سيتمّ التّعرض في هذا الدليل إلى الأجزاء الأربعة التالية لتفصيل علاقة الجماعات المحلية بالفصل 49:

أولا- قابلية الفصل 49 للتّطبيق على الجماعات المحلية،
ثانيا- الهياكل المعنيّة بتطبيق الفصل 49،
ثالثا- صور تطبيق الفصل 49،
رابعا- التّبعات النزاعية لعدم احترام موجبات الفصل 49.

الجزء الأول

انطباق الفصل 49 على الجماعات المحلية

قد يبدو من خلال القراءة الحرفية للفصل 49 أنّه يتوجّه للمشرع من خلال إفراده القانون مسألة تحديد ضوابط الحقوق والحريات. وبالتالي، قد يُفْهم أنّ الجماعات المحلّية غير معنيّة بمقتضياته وخاصة منها مبدأ التناسب عند تقييد الحقوق والحريات، وينجرّ عن هذا الفهم عدم مجابهة الجماعات به. إلاّ أنّه بقراءة متأنية لمجلّة الجماعات المحلية وبعض النصوص الخاصة، نلاحظ أنّه عندما تمارس الهياكل المحلية أنشطتها المختلفة، فهي تتدخّل في مجال ممارسة بعض الحقوق والحريات المضمونة دستوريا. لذا، سنسعى في العناوين الثلاثة إلى الإجابة عن الأسئلة التالية:

- ما هي مبرّرات تطبيق الفصل 49 على الجماعات المحلية؟
- ما هي المنهجية المعتمدة لتطبيق الفصل 49؟
- ما هي الأطر التي ينطبق فيها الفصل 49؟

العنوان الأول- ماهي مبرّرات تطبيق موجبات الفصل 49 من قبل الجماعات المحلية؟

تتعلق المبرّرات التي سيتمّ تناولها بمسألتين:

أولا- مسألة انطباق الفصل 49 على الجماعات المحلية.
وثانيا- مسألة تطبيق الجماعات المحلية للفصل 49.

يستفاد من تحليل النّصوص القانونية المنظّمة للجماعات المحلية أنّ العديد من صلاحياتها تتقاطع مع الحقوق والحريات (الفرع الأول) وأن الجماعات المحلية ذاتها تتمتع بحقوق وحريات خاصة بها (الفرع الثاني)، ممّا يوجب على المشرع نفسه عدم تقييدها دون احترام مبدأ التّناسب (الفرع الثالث).

الفرع الأول- تقاطع عديد صلاحيات الجماعات المحلية مع الحقوق والحريات

يتّضح من خلال القراءة الأولية للفصل الأول من مجلة الجماعات المحلية أنّه لم يكرّس بصفة صريحة من بين أهدافها حماية الحقوق والحريات الأساسية في المجال التّرابي المحلي. تهدف المجلة طبق أحكامه إلى ضبط القواعد المتعلقة بتنظيم هياكل السلطة المحلية وصلاحياتها وطرق تسييرها وفقا لآليات الديمقراطية التشاركية بما يحقّق اللّامركزية والتنمية الشاملة والعادلة والمستدامة في إطار وحدة الدولة.

تُقِرُّ هذه الأحكام بصورة ضمنية **حقّ المشاركة في إدارة الشّأن العامّ المحلي** (المنصوص عليه بالفصل 25 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية[9]) من خلال اشتراطه اعتماد آليات

9 المصادق عليه بالقانون عدد 30 لسنة 1968 المؤرخ في 29 نوفمبر/ تشرين الثاني 1968.

الديمقراطية التشاركية. كما يُكَرِّس بصورة ضمنية **الحقّ في بيئة سليمة ومتوازنة** من خلال ذكر التنمية المستدامة كأحد الأهداف التي ترنو إلى تحقيقها المجلة.

الفصل 25 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية:

يكون لكل مواطن، دون أي وجه من وجوه التّمييز المذكور في المادة 2، الحقوق التالية، التي يجب أن تُتاح له فرصة التّمتع بها دون قيود غير معقولة:

أ. أن يشارك في إدارة الشّؤون العامة، إمّا مباشرة وإمّا بواسطة ممثلين يُختارون في حرية،

ب. أن يَنتخِب ويُنتخَب، في انتخابات نزيهة تجرى دوريا بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري، تضمن التعبير الحر عن إرادة الناخبين،

ج. أن تتاح له، على قدم المساواة عموما مع سواه، فرصة تقلّد الوظائف العامّة في بلده.

كما نستخلص من مراجعة اختصاصات الجماعات المدرجة في ثلاث أصناف من الصّلاحيات الذاتية والمشتركة والمنقولة، بأنّ أغلبها يتقاطع مع عديد الحقوق والحريات الدّستورية وحقوق أخرى غير مُضمنة بالدستور.

يُعدّ الفضاء المحلّي أقرب مجال عامّ يُمارِس فيه المتساكن وتنظيمات المجتمع المدني والأحزاب السياسية والنّقابات مختلف حقوقهم وحرياتهم. فمن نتائج مبدأ التّفريع أنّ الجماعة المحلّية تمارس الصّلاحيات المشتركة مع السلطة المركزية والمنقولة منها والّتي تتعلّق بعديد الحقوق والحرّيات. نذكر على سبيل المثال أنّ الإختصاص المشترك في تنمية الاقتصاد ودفع الاستثمارات وإقامة مناطق للأنشطة الاقتصادية قد يمسّ من حرّية الصّناعة والتّجارة. كما يرتبط الاختصاص المشترك المتعلّق بدعم التشغيل بالحقّ في الشّغل. أمّا اختصاص إحداث المنتزهات الطبيعية وإنجاز شبكات التطهير، فإنّه يتقاطع مع الحق في الصّحة ويتنزّل في إطار العيش السليم. لذا، فإنّ فرضيّة الحدّ من هذه الحقوق والحرّيات باسم المصلحة المحلّية تبقى واردة (كأن يتمّ مثلا الحدّ من قبل السّلطة المحلية من حرّية العمل باسم حماية الصّحة العامّة أو الأمن العامّ، أو الحدّ من الحقوق البيئية بإحداث مصبّات للفضلات...).

المجال الترابي لممارسة الإختصاصات البلدية

تمارس البلدية مبدئيا جميع اختصاصاتها في مجالها الترابي (طرقات/ محلات/ فضاءات/ ساحات بلدية/ قاعات بلدية...). وعلى نفس المجال، يمارس المتساكنين حقوقهم وحرّياتهم الّتي يستمدّونها من الدّستور و/ أو من المواثيق الدولية والقوانين في بعض الحالات (كالحقّ في الشّغل والحقّ في الملكيّة وحرّية الصّناعة والتّجارة). كما قد يحدث أن تُمارس أجهزة البلدية اختصاصاتها طبق الفصل 12 (م.ج.م.) خارج مجالها الترابي في صورة تكليفها من قبل جماعة محلّية أخرى أو منشأة عمومية بممارسة إحدى اختصاصاتها الذّاتية. في كل الحالات، على السّلط المحلّية أن تحترم في كل الحقوق والحريات، وإن اقتضى الأمر الحدّ منها، فإنّ ذلك يجب أن يتأسّس على التّحقق من احترام مقتضيات الفصل 49 ومنها مبدأ التناسب بطرح الأسئلة الثلاث التي تمّ ذكرها.

الفرع الثاني- تمتّع الجماعات بالحقوق والحرّيات

يطرح التّساؤل في هذا الإطار عن مدى انطباق الحقوق والحرّيات المنصوص عليها بالدّستور على الجماعات المحلية (أوّلا)، ومدى تَمَتُّعِها بوصفها أحد أشخاص القانون العام بحقوق وحرّيات دستورية خاصّة بها كالحقّ في الاستقلالية وحرية التّدبير(ثانيا)، وكيفية حماية حقوقها ضدّ كلّ تقييد مشطّ من الذوات المعنوية الأخرى (ثالثا).

أولا- هل تنطبق الحقوق والحريات المقرّرة للأشخاص على الجماعات المحلية بوصفها ذواتا معنويّة عموميّة؟

لا تنطبق بداهة الحقوق المقرّرة حصرا للأشخاص الطّبيعية على الجماعات المحلّية بوصفها أشخاصا معنوية، فلا تتمتّع إلّا بالحقوق الّتي تتلاءم مع طبيعتها.

اقتضى الدستور البرتغالي لسنة 1976 في فصله 12 ما يلي: "تتمتع الأشخاص المعنوية بالحقوق وتخضع إلى الواجبات المتلائمة مع طبيعتها". كما تنصّ المادّة 19 فقرة ثالثة من الدستور الفيدرالي الألماني أنّ "الحقوق الأساسية تنطبق على الأشخاص المعنوية الوطنية طالما أن طبيعتها تسمح بذلك".

فمن الطبيعي ألّا تتمتّع البلديات بحق اللّجوء أو الحقّ في الكرامة الإنسانية، لكنّها تتمتّع بحقّ النّفاذ إلى المعلومة الّتي تكون بحوزة الجهات العمومية الأخرى. كما تتمتّع الجماعات بحقّ الملكية والّتي لا يجوز للسّلطة المركزية الحدّ منه إلّا لمقتضيات تُحَتِّمها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصّحة العامة، أو الآداب العامة مع احترام مبدأ التناسب، كأن يقع تقييد حقوق استغلال أملاك راجعة لجماعة محليّة لمدّة معيّنة من قبل السّلطة المركزية بسبب تهديدها لسلامة الأشخاص، كما حصل خلال أزمة كوفيد- 19 (مثلا كقاعات الأفراح والأسواق البلدية).

أقرّ المجلس الدستوري الفرنسي منذ قراره المؤرّخ في 16 جانفي/ كانون الثاني 1980 (المعروف بتسمية التأمين) أن مبدأ المساواة يشمل الأشخاص الطّبيعية والمعنوية، وبذلك ينسحب على الذّوات العموميّة الخاصّة (الجمعيات والأحزاب والنقابات...) والذّوات المعنويّة العموميّة (المؤسّسات العموميّة والجماعات المحلّية...).

ثانيا- ما هي الحقوق التي تتمتع بها الجماعات المحلية في الدستور والتشريع التونسي؟

بالرّغم من عدم التّنصيص الصّريح في الدّستور التّونسي على تمتّع الأشخاص المعنويّة (منها الجماعات المحلية) بالحقوق والحرّيات الّتي تتلاءم مع طبيعتها كشخص معنويّ، فإنّ المنظومة القانونيّة تُقَرِّر لها مجموعة من الحقوق كحقّ التّقاضي والحقّ في الملكية.

تتمتّع الجماعات المحليّة طبق أحكام الفصول 69-74 (م.ج.م) **بحقّ الملكية** شأنها في ذلك شأن الأشخاص الطبيعيين. وتأسيسا على ذلك، يمكن للمشرّع الحدّ من هذا الحقّ دون أن يُفرغه من محتواه أو أن يَحُدّ منه بشكل مجحف. ويفترض هذا الحقّ أن تتصرّف السّلطة المحليّة في أملاكها الخاصة وتستغلّها بمداولة تُتّخذ بالأغلبيّة المطلقة (الفصل 74 من المجلة). فلا يمكن للسّلطة المركزية بموجب أمر أو للمشرع بمقتضى قانون عادي أن يفرضا على البلديّة طريقة ما في التصرّف في أملاكها بمقتضى لزمة أو عقود تفويض مرافق عامة، لأنّ ذلك يُعَدُّ مساسا بحرية التّدبير. وإن تمّ تحديد ممارسة هذه الحقوق من قبل السّلطة المركزيّة بشكل مخالف لأحكام الفصل 49 من الدستور، يمكن للجماعة المحلّية الاحتكام إلى القضاء. كما لا يمكن تنظيم تهيئة التّراب البلدي بما في ذلك أملاك البلدية بمقتضى قانون عادي، ذلك أن هذه الأملاك لا تنظّم حسب الفصل 65 من الدستور إلّا بقانون أساسي.

كما تتمتّع الجماعة المحلية **بحقّ النّفاذ إلى المعلومة** الذي لا يمكن أن تُوضع في شأنه إلّا الضّوابط المنصوص عليها بالفصل 49 من الدّستور، وذلك بنصّ تشريعيّ دون المساس من جوهره ولضرورة تقتضيها دولة ديمقراطية مدنيّة بهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدّفاع الوطني، أو الصّحة العامّة، أو الآداب العامّة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها.

وتطبيقا لهذه المقتضيات، يتضمّن الفصل 40 (م.ج.م) قيودا على حقّ الجماعة المحلية في النّفاذ إلى المعلومة في مجال التّعاون الدّوليّ اللّامركزي، حيث يُمكن للوزارة المكلّفة بالشّؤون الخارجية أن ترفض مشروع اتّفاقية دوليّة تنوي الجماعة المصادقة عليها لأسباب سياديّة تتعلّق بالسّياسة الخارجيّة أو النّظام العام، ولا يمكن في هذه الصورة أن تُفْصِح الوزارة عن أسباب الرّفض للجماعة المحليّة. يتأسّس هذا المنع على هدف مشروع يتمثّل في حماية النّظام العام والّذي يتلاقى مع الأهداف الدّستورية المنصوص عليها بالفصل 49 والمتمثّلة في الدّفاع الوطني والأمن العامّ.

إضافة إلى هذه الصّورة، فإنّ الفصل 33 (م.ج.م) يوجب على المعهد الوطني للإحصاء تمكين الجماعات المحلية من المعلومة الإحصائية التي تهمّ مجال اختصاصها الترابي. فمن حقّها الاطّلاع على الإحصائيات المتعلّقة بها التي يتحوّز عليها المعهد الوطني للإحصاء وكذلك على المعلومات المالية الّتي تخصّها والتي هي بحوزة السّلطة المركزية أو الحصول على الخرائط المتعلّقة بحدودها أو الصّور الرّقمية من مجالها الترابي من وزارة التجهيز للقيام بالتّهيئة التّرابيّة والعمليّات المتعلّقة بها.

حقّ البلديّة في النّفاذ إلى المعلومة وضرورة حماية المعطيات الشخصية خلال أزمة "كوفيد-19"

يمكن الاستدلال بمثال آخر مستمدّ من مكافحة جائحة "كوفيد -19" والتي استدعت من البلديّات القيام بأعمال التّعقيم للمساكن وأماكن الحجر الصّحي والمستشفيات وبأعمال الإحاطة النّفسية والاجتماعية للعائلات المتضررة وتلك المجاورة لها. إلا أنّ السلط المركزية رفضت تمكينهم من حقّ النّفاذ إلى المعلومة المتعلّقة بهويّات الأشخاص المصابين وعائلاتهم بحجّة حماية المعطيات الشخصية. وقد أدّى ذلك إلى عدم تَمَكُّن البلديات من الاضطلاع بصلاحيّاتهم (تعقيم الأماكن التي يقيمون بها وحواشيها، والقيام بالمرافقة النّفسية والاجتماعية للأجوار...) على أكمل وجه. ويطرح هذا المثال مدى تناسب رفض السّلطة المركزية تمكين البلديات من حقّها في المعلومة لتحقيق الغرض المشروع المتمثل في حماية الصّحة العامّة بالنّظر إلى موجبات حماية المعطيات الشخصية. كان بإمكان السّلط الصّحية المركزية تمكين البلديات من هذه المعطيات على شرط استعمالها لغاية التّوقّي من الآفة دون التشهير بالأشخاص المصابين. أما بالنسبة للبلديات، فكان بإمكانهم اللجوء إلى القضاء الاستعجالي لتمكينهم من إذن قضائي للحصول على المعلومات الضرورية في حدود عدم المساس بالمعطيات الشخصية. تثير هذه الوضعيات مسألة المفاضلة بين الحقوق التي تمّ التّطرّق إليها آنفا.

أمّا من جهة الحقوق والحريات الخاصة بالجماعات المحلية، فإنّها تتمتّع طبق الفصل 132 من الدستور بحرية التدبير، الّتي لا يمكن أن يتمّ الحدّ منها بشكل مُشِطّ من قبل السّلطة المركزيّة أو أيّ مؤسّسة عموميّة ذات صبغة وطنيّة. فيُمكن تصوّر قيام الشّركة الوطنيّة لتوزيع واستغلال المياه بقطع تزويد مقرّات إحدى البلديّات بالمياه الصّالحة للشّراب دون سند قانوني أو بصورة تعسّفية، ممّا يحرمها من الحقّ في الماء المضمون بالفصل 44 من الدستور. في هذه الحالة، على الجماعة المحلّية الدّفاع عن ذلك الحقّ أمام القضاء.

حقّ الجماعات المحلية في الدّفاع عن استقلاليتها أمام القضاء في إسبانيا

يقر القانون المنظم للمحكمة الدستورية الإسبانية الصّادر في 3 أكتوبر/ تشرين الأوّل 1979 بأنّها مختصّة في النّزاعات المتعلّقة بالاستقلالية المحليّة (الفصل 2)، والحقوق المتّصلة بها. كما أنّ الدّستور الألماني ينصّ في فصله 93 فقرة أولى على حقّ الطّعن مباشرة أمام المحكمة الدستورية للجماعات المحليّة في صورة خرق حريّة التّدبير. وتتنزّل هذه الدّعوى في إطار حماية الحقوق الأساسيّة.

ثالثا- كيف يمكن للجماعات المحليّة حماية حقوقها من كلّ تقييد مُشِطّ نابع من بقيّة الذّوات العموميّة الأخرى؟

لم يكرّس القانون التّونسي للجماعات المحلية حقّ الطّعن المباشر أمام القاضي الدّستوري في صورة خرق حقّ أو حرّية دستوريّين يمسّان من استقلاليتها. ولكن يُمْكِنُ لها الطّعن مباشرة أمام

القاضي الإداري بدعوى تجاوز السّلطة في صورة تقييد حقّ أو حرّية بشكل مجحف من قبل السّلطة التّنفيذية **بواسطة أمر حكومي أو قرار إداري**.

أمّا إذا تولّد **التقييد عن نصّ تشريعي**، فإنّ الجماعة المحلّية يُمْكِنها الدّفع بعدم دستوريّة القانون أمام القاضي الإداري في إطار طعنها في شرعيّة النّص التّرتيبي المتّخذ في إطار تطبيق القانون بدعوى تجاوز السّلطة[10].

إنّ تمتّع الجماعات المحلّية بحريّة التّدبير يعطي لهياكلها المُسَيِّرة عن طريق ممثّلها القانوني الحقّ المطلق للتقاضي في صورة المساس بها. لذلك، فقد رفض مجلس الدّولة الفرنسي طلب القيام في نزاع "استعجالي-حريات" من قبل مستشار بلدي على أساس المساس بحرية التدبير. وأقرّ المجلس أنّ حقّ القيام يكون للجماعة عن طريق ممثّلها القانوني لا عن طريق أيّ مستشار[11]. بذلك، يكون لرئيس البلدية وحده في تونس بوصفه الممثّل القانوني للبلديّة (الفصل 256 م.ج.م) سلطة حقّ القيام للدفاع عن تقييد صدر عن السّلطة المركزية أو أيّ مؤسسة أو منشأة عمومية.

الفرع الثالث- الفصل 49 يحمي السّلطة المحلّية من السّلطة التّشريعية

علاوة على أنّ الفصل 49 يَحُدُّ من سلطات الجماعات المحلّية، إذ عليها احترام مقتضياته كلّما استدعى الأمر تقييد الحقوق والحريّات باسم الخصوصية المحلّية، فإنّه يحمي الجماعات المحلّية نفسها من تدخّلات السّلطة المركزية بموجب النّصوص الّتي تتّخذها تطبيقا للقوانين المتعلّقة بها. كما يَحمِيها ذات الفصل 49 من السّلطة التّشريعية عند صياغتها للقوانين الخاصّة بالسّلطة المحلّية. فعلى السلطة التّشريعية التقيّد بمبدأ التّناسب عند الحدّ من تمتّع الجماعة المحلّية بالحقوق والحرّيات الدّستورية الّتي تتلاءم مع طبيعتها كذات معنويّة عموميّة (كحقّ النفاذ إلى المعلومة) وكذلك من الحقوق والحرّيات الخاصّة بها كجماعة محلّية (حريّة التّدبير المحلّي).

على المشرّع أن يراعي جميع المقتضيات الّتي تَضمّنها الفصل 49 عند صياغة القوانين المتعلّقة بالشّأن المحلّي أو تنقيحها.

يتعلق الأمر بالخصوص:

- بالقوانين الّتي ستصدر لاحقا والمتعلقة أساسا بتنظيم الصّلاحيات المشتركة بين الجماعات المحلّية والسّلطة المركزية وتلك المتعلّقة بالصّلاحيات المنقولة منها،
- وبمجلة الجماعات المحلية في صورة تنقيح أحكامها.

10 راجع للغرض القرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية يوم 7 نوفمبر/ تشرين الثاني 2013، والقرار التعقيبي عدد 314524 بتاريخ 31 ماي/ أيار 2016 المتعلق بالطعن في دستورية بعض أحكام القانون الانتخابي (مجموعة قرارات المحكمة الادارية في النزاعات المتعلقة بالانتخابات التشريعية والرئاسية لسنة 2014، المطبعة الرسمية 2016).

11 قرار مجلس الدولة بلدية فونال ضد ماربلي 18 جانفي/ كانون الثاني 2001.

فلا يمكن للمشرع أن يتراجع عن حرّية التّدبير الّتي أقرّها الدّستور للجماعات المحلّية أو أن يُضَيِّق من محتواها دون مراعاة مقتضيات الفصل 49. ولا ينبغي أن تَمَسَّ مختلف هذه النصوص بشكل مُشطّ ومُجحف من الحقوق والحرّيات المنطبقة على الجماعات المحلّية وألاّ تُفرغها من جوهرها، كأن يقع تقييد ممارسة حرّية تعبير المستشارين المحلّيين أو حرّية مشاركة المتساكنين بشروط تمييزيّة أو إخضاعها إلى إجراءات مشدّدة ممّا يَحدّ من ممارستها، أو أن يقع الحدّ من حقّ الجماعة في النّفاذ إلى المعلومة بحجب صنف معيّن لا يدخل في الاستثناءات الّتي جاء بها القانون عدد 22 المؤرخ في 24 مارس/ آذار 2016 والمتعلق بالنّفاذ إلى المعلومة.

عند القيام بتعديل قانون يهمّ الحقوق والحريات، يجب أن يقتصر التّعديل على الارتقاء بالضّمانات الموجودة أو على الأقلّ الإبقاء على ما هو موجود، لا أن يتمّ التّراجع عنها. يكون بذلك للنصّ المعدّل أثر ارتقائي أو استبقائي للوضع القائم. وفي صورة مساس قانون ما بمنظومة الحقوق والحريات الّتي تتمتّع بها الجماعات المحلّية، فإنّ لها الطّعن فيها عن طريق الدّفع أمام المحكمة الدّستورية في إطار منازعاتها لشرعيّة قرار أُتّخذ تطبيقا له.

وتعني عبارة الضّوابط الّتي جاء بها الفصل 49، وضع حدود أو قيود على ممارسة حقّ أو حرّية، ذلك أن منع ممارستها بصفة كلّية يتجاوز مقتضياته لأنّه ينسف منظومة الحقوق والحرّيات الّتي يقوم عليها الدّستور التونسي ويمسّ بجوهر الحقوق.

ويُمْكن أن نستدلّ في هذا الصّدد بالمنع الّذي جاء به النّظام الدّاخلي النّموذجي للبلديات الصادر بموجب الأمر عدد 744 لسنة 2018 والمؤرخ في 23 أوت/ آب 2018 في فصله 64: "يمنع منعا كليا على العموم تصوير وتسجيل أشغال الجلسات بأية وسيلة من الوسائل".

العنوان الثاني- كيف تطبق السّلطة المحلّية موجبات الفصل 49

يتضمّن الفصل 49 مجموعة من الضّمانات الّتي يجب توفّرها عند الحدّ من الحقوق والحرّيات والّتي تُطبّق بصفة متراكمة ومتعاقبة وفق منهج متسلسل للحكم على مدى دستورية الحدود المضروبة على الحقوق والحرّيات. تتمثّل هذه الضّمانات في ضرورة الاستناد على نص قانوني (الفرع الأول)، وفي عدم المساس بجوهر الحق (الفرع الثاني) وفي توفر شرط الضرورة المتصل بالدولة المدنية الديمقراطية (الفرع الثالث) وفي احترام مبدأ التناسب باختباراته الثلاث (الفرع الرابع).

الفرع الأول- السند القانوني للإجراء التقييدي

يرتبط التّحفظ التّشريعي الّذي يقوم عليه الفصل 49 بضرورة تقييد الحقوق والحرّيات بموجب قانون أساسي لا قانون عادي، تطبيقا لأحكام الفصل 65 من الدستور. ويجب أن يكون القانون:

- **أولا**، عاما[12] وصريحا[13].
- **ثانيا**، غير تعسّفي أو غير عقلاني بمعنى أنّ مضمونه يتماهى مع السّياق الاجتماعي ومتناسقا مع مقتضيات سَنِّه وغير مُتَّسم بالغلوّ والاعتباطية. تُقَدَّر عقلانية القانون من خلال مقبوليته من قبل المجتمع وعدم رفضه له أو التّعنت في الخضوع إلى أحكامه.
- **ثالثا**، أن يكون واضحا بشكل يسهل فهمه من قبل المواطنين إذ يحتوي على أحكام لا تحتمل عديد المعاني وهو ما يضمن احترام مبدأ الأمان القانوني. يجب على السلطة التشريعية أن تضمن مقروئية النّص أي أن تُسَهِّل النفاذ إلى أحكامه.
- **رابعا**، أن يُوَفِّر الضمانات الكافية وسبل الانتصاف لحماية أيّ إنسان من كلّ انتهاك، أي أن توفّر الآليات المناسبة لكي يتمكّن المخاطبون بأحكامه من الدفاع عن حقوقهم في صورة عدم احترامها.

يرتبط اتخاذ السلطة المحلية لإجراء ضبطي يُقَيِّد ممارسة بعض الحريات والحقوق بوجود سند قانوني يسمح لها باتخاذه، بمعنى أنه يقر باختصاصها بشكل صريح. يُعَد هذا الشرط أساسيا بالنظر إلى أنّ قواعد الاختصاص تهم النظام العام. وكثيرا ما يتمثل السند القانوني الذي يُتَّخَذُ على أساسه الإجراء الضبطي في مجلة الجماعات المحلية (مثلا الفصول 266 و267 بالنسبة للاختصاصات الضبطية لرئيس البلدية) وفي بعض النصوص القطاعية التي تخول لرؤساء البلديات اتخاذ تدابير مختلفة كمجلة التهيئة الترابية والتعمير الصادرة بمقتضى القانون عدد 122 لسنة 1994 المؤرخ في 28 نوفمبر/ تشرين الثاني 1994 والقانون المتعلق بمخالفة تراتيب حفظ الصحة بالمناطق الراجعة للجماعات المحلية الصادر بمقتضى القانون عدد 59 لسنة 2006 المؤرخ في 14 أوت/ آب 2006. وعلى السلطة المحلية التنصيص صلب قراراها على السند القانوني الذي بموجبه تمّ اتخاذ الإجراء الضبطي باعتباره أحد الضمانات بالنسبة للمخاطبين به. ويُسَلِّط القاضي الإداري في صورة الطعن في الاجراء رقابة على صحة السند القانوني. على سبيل المثال، إنّ اتخاذ رؤساء البلديات لأي اجراء ضبطي في مجال سحب رخص الاتصالات يفتقد لأي سند قانوني بالنظر إلى أن اختصاص إيقاع العقوبات الإدارية في هذا المجال يعود بالنظر إلى وزير الاتصالات طبق الفصل 88 من مجلة الاتصالات الصادرة بمقتضى القانون عدد 1 لسنة 2001 المؤرخ في 15 جانفي/ كانون الثاني 2001. كما لا يمكنهم إصدار قرار في الغلق النهائي لمحل تجاري بالنظر إلى أن الاختصاص ينعقد إلى الوزير المكلف بالتجارة بمقتضى الفصل 50 من القانون عدد 36 المؤرخ في 15 سبتمبر/ أيلول 2015 المتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والاسعار، إلا أنه بمكنه اتخاذ إجراء وقتي في صورة وجود خطر محدق يهدد النظام العام بمنطقته البلدية.

12 طبق مبادئ ساريكوزا.

13 المحكمة الإدارية، القضية عدد 148981 بتاريخ 2 جويلية/ تموز 2018 وجيه بن محمد مراصي ضد وزير الداخلية (غير منشورة).

على كل رئيس بلدية أو مجلس بلدي أن يطرح على نفسه السؤال التالي عند اتخاذ أي قرار ضبطي: ماهو النص القانوني المُقِّر باختصاص اتخاذ إجراء ضبطي في المجال موضوع التدخل ؟ أي يجب عليه تحديد الفصول القانونية التي ينبغي الاستناد عليها.

الفرع الثاني- عدم مساس الإجراء التقييدي بجوهر الحق

كلّ حقّ مهما كانت طبيعته يتضمّن جوهرا أو لُبّا[14] لا يجوز المساس به، ولا يمكن أصلا تبرير أيّ انتهاك قد يشمله. في مقابل تحجير المساس بالجوهر، فإنّه يمكن تقييد مجال ممارسة الحقّ. إلّا أنّه توجد حقوق لا تقبل التّقييد مطلقا كالحقّ في الكرامة الإنسانية والحرمة الجسدية وحرية الفكر والوجدان والدين.

لا ينبغي أن يتمّ المساس بجوهر الحقّ أي بنواته الصّلبة عند تقييد ممارسته. فلا يجوز مثلا أن يتمّ إقرار رقابة قبليّة على حرّية التّعبير والرّأي أو تقييد حقّ الملكيّة بشكل يُفرغه من محتواه أو منع التنقل أو المرور من وسط المدينة لبعض مستعملي الطريق (الشاحنات الثقيلة).

على السلطة المحلية أن تطرح على نفسها السؤال التالي:

هل أن الاجراء المزمع اتخاذه يلغي تماما الحق أو يجعله استثنائيا؟ فعلى سبيل المثال، عند اصدار قرار هدم جزء بناية، يطرح رئيس البلدية على نفسه السؤال التالي: هل يمس هذا الاجراء من جوهر حق الملكية أو الحق في العيش الكريم؟ تكون الاجابة حتما بالنفي بالنسبة لحق الملكية وبالايجاب بالنسبة للحق في العيش الكريم.

الفرع الثالث- مقبولية موجب الضرورة المستند عليه في الدولة المدنية الديمقراطية

كلّ تقييد لحقّ أو حرّية ما يجب أن يتأسّس أو أن يُبَرَّر بالموجبات الّتي تقتضيها الدّولة المدنيّة والدّيمقراطية. يُعَدّ تحديد الدّولة الدّيمقراطية أو المجتمع الدّيمقراطي من المسائل الدّقيقة، ويمكن أن يُعَرَّفَا استنادا إلى المبادئ التالية: الكرامة البشرية والمساواة الاجتماعية وقبول التّنوع في المعتقدات واحترام كل الثّقافات وكلّ المجموعات والثّقة في المؤسسات الاجتماعية والسياسية الّتي تضمن مشاركة الأفراد والمجموعات المختلفة في المجتمع. ولا يوجد نموذج واحد للمجتمع الديمقراطي، إلّا أن المجتمع الذي يعترف بحقوق الإنسان المؤسسة على ميثاق الأمم المتّحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان ويحترمها يعتبر مستوفيا لهذا التعريف.

تطرح السلطة المحلية على نفسها السؤال التالي عندما تنوي التدخل باجراء ضبطي بعد تأكدها من وجود السند القانوني وصحته ومن عدم مساسه بجوهر الحق: هل هناك ضرورة مقبولة في

14 خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات (تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي)، منشورات المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2017، الصفحة 77.

دولة مدنية وديمقراطية لاتخاذ هذا الاجراء؟ قد يتمثل هذا الاجراء في هدم بناية لعيوب في هياكلها الإنشائية لحماية الصحة والأمن العاميين أو في منع المرور بطريق كل يوم أحد بسبب انتصاب باعة بصورة أسبوعية على رصيفه وعلى جزء منه لحماية الأمن العام. تكون الإجابة بأن هذين الاجرائين مقبولين في الدولة المدنية الديمقراطية.

ترتبط الضّرورة الّتي تفرضها الدّولة المدنية الدّيمقراطية، بغاية **تحقيق غرض مشروع يبرّر التّقييد على الحقوق والحرّيات المضمونة دستوريا وتشريعيا**. يُعدّ غير ضروري، كلّ إجراء لا يحقّق **أحد الأهداف الدّستورية المشروعة** والمتمثّلة في حماية الدّفاع الوطني أو الأمن العام أو الصّحة العامّة أو الآداب العامّة أو حقوق الغير. بالرغم من تميّز هذه الأهداف بصبغتها المطّاطية، فإنّه يمكن تحديد مكوّناتها بصورة تقريبية:

- **حقوق الغير (الآخرون):** قد يقع مثلا تحديد حرّية مستهلكي الكحول من سائقي السّيارات على أساس تحقيق هدف مشروع يتمثّل في حماية بقيّة مستعملي الطّريق وتأمين سلامتهم وأمنهم. فكثيرا ما توجد حالات تستوجب المفاضلة بين حقوق متعارضة، فيتمّ في هذه الحالة تفضيل الحقوق المضمّنة بالدّستور على تلك غير المضمّنة به. وفي صورة تقابل حقوق دستورية فيما بينها، يتمّ ترجيح أحدها وفقا لرؤية عقلانية وتقدير موضوعيّ يتأسّس على درجة المخاطر الّتي تهدّد حقوق أكبر فئة من الأفراد[15].
- **الدفاع الوطني:** يتمثّل هذا الحدّ في مجموعة التّدابير الّتي تتّخذها الدّولة لحماية بقائها أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السّياسي، كأن يتمّ مثلا تحجير التّنقل أو الحصول على ترخيص مسبق فيما يُسمّى بالمناطق العسكرية العازلة في إطار مكافحة الإرهاب أو منع مرور مظاهرة أو مسيرة بالقرب من ثكنة عسكرية بالنظر إلى تزامنها مع القيام بعمليات ميدانية وتدريبات.
- **الأمن العام:** كثيرا ما يتمّ الاستناد إلى هذا الهدف المشروع للحدّ من حقّ النّفاذ إلى المعلومة إذ تتولّى السّلط حجبها بحجّة الحفاظ على الأمن العامّ أو التخفيض من سرعة الجولان في بعض الأنهج الضيقة بالمناطق البلدية لتحقيق هدف الأمن العام بالنظر إلى وجود مدرسة أو مقرات تابعة لمؤسسات عمومية.
- **الصحة العامة:** يُبَرّر الحفاظ على الصّحة العامّة للمجموعة والأفراد اتّخاذ تدابير وقائيّة تحدّ من حريّتهم سواء في التّنقل أو حقّهم في العمل. طرحت جائحة "كوفيد-19" مسألة تحديد الحقوق والحرّيات لتجنّب تنقّل العدوى وتفشّيها ضمن المواطنين. وتأسيسا على هذا الهدف المشروع، اتّخذ عديد رؤساء البلديّات إجراءات تقييدية في إطار سلطتهم الضّبطية.

15 قرار مجلس الدولة بلدية فونال ضد ماربلي 18 جانفي/ كانون الثاني 2001 والحكم الاستعجالي الصادر عن المحكمة الادارية في القضية عدد 7144774 بتاريخ 11 جويلية/ تموز 2020.

- **الآداب العامة:** يُعدّ هذا الهدف المشروع الذي يُبرّر اتّخاذ التّدابير التّقييدية، من أدقّ الأهداف بالنّظر إلى صعوبة تحديده وتغيّره في الزّمان والمكان وبخطر توظيفه وذلك بالاستناد على الخصوصية الثّقافية. تتصل الآداب العامة بالعادات الاجتماعية والتقاليد المختلفة وتتميز عن مفهوم الأخلاق الحميدة الذي قد يتم إثارته من قبل السّلط المحلّية في مجال الإبداع الفنّي والابتكار المسرحي أو السينمائي للحدّ من حرّية تقديم عروض بالنّظر إلى مساسها بالمنظومة الأخلاقية للمجتمع المحلّي.

هذا، ونذكر أن القاضي الإداري تولّى منذ الثمانينات تحديد الأهداف المشروعة الّتي بموجبها يُمكن للسّلط البلديّة أن تُضَيِّقَ من الحرّيات في إطار رقابته على التّدابير الضّبطية. وتتمثّل الأهداف المشروعة الّتي بلورها في فقه قضائه فيما يُعرف بالثّلاثية الكلاسيكية (أمن وسكينة وصحّة)، والّتي أَثْرَاها بأهداف حديثة تتمثّل بالخصوص في حماية البيئة والمظهر الجمالي للمدن[16] وذلك بفعل التّطوّر التّكنولوجي والعمراني.وبدأ القاضي الإداري يتحسس طريق تطبيق الفصل 49 في مادة الضبط الإداري، فقد استندت الدائرة الجهوية للمحكمة الادارية بالقصرين بصورة غير مباشرة إلى أغراضه المشروعة في مراقبته لمخالفة التراتيب العمرانية. تفيد وقائع قضية أن مواطن قام بخرق أمثلة التهيئة بالبناء بصورة عشوائية والاستيلاء على جزء من الملك العمومي مما ألحق ضررا لأجواره تمثل في حرمانهم من النفاذ إلى مقاسمهم وذلك بتقليص مساحة الطريق وتغيير مسارها. قد اعتبر القاضي الاداري أن مخالفة التراتيب العمرانية بالبناء العشوائي أحد صور التلوث البيئي والاضرار بحقوق المتساكنين، بذلك يكون قد ربط بشكل غير صريح وغير مباشر بين مخالفة التراتيب العمرانية والأغراض الدستورية المتمثلة في الصحة العامة من جهة (التلوث البيئي) وحماية حقوق الغير (المتساكنين) من جهة أخرى.

"وحيث تعد مخالفة التراتيب العمرانية بالبناء العشوائي دون رخصة أو دون احترام الرخصة المسندة عاملا من عوامل تلوث البيئة الحضرية توجب التصدي له من طرف السلطات المعنية باعتباره يؤدي إلى المساس بحقوق متساكني المنطقة البلدية سواء كان ذلك مقترنا بالاعتداء على المال العمومي كما هو الشأن في قضية الحال، أو لم يكن. وعليه، فإن دور رئيس البلدية لا يقتصر فقط على حماية الملك العمومي البلدي والمحافظة عليه وإنما يتعداه إلى واجب التصدي لكل مظاهر التلوث العمراني التي من شأنها المساس بحقوق المواطن وبإطار عيشه داخل المنطقة البلدية الراجعة إليه بالنظر"[17].

16 المحكمة الإدارية، القضية عدد 451 الغرفة النقابية لشركات الاشهار ضد بلدية تونس، بتاريخ 15 فيفري/ شباط 1982 (منشورة بالمجموعة سنة 1983 الصفحة 10).

17 المحكمة الادارية، الدائرة الابتدائية بالقصرين، القضية عدد 137805 بتاريخ 26 مارس/ آذار 2019 عبد الله مدايني ضد رئيس بلدية النور (قضية غير منشورة).

وقد تولّى المشرّع تضمين الأهداف الحديثة للضبط الإداري في الفصل **267** (م.ج.م) الّذي ينصّ على أن "تشمل التدابير الضّبطية... التّدابير اللّازمة للمحافظة على الجمالية الحضرية بالشوارع والسّاحات والفضاءات العموميّة والخاصّة مع احترام الخصوصيّات العمرانية والمعمارية والتاريخية والبيئية للمنطقة البلدية".

فعلى السلط المحلية عند الاستناد إلى الفصل **267** (م.ج.م) أن تُشَبّك الأغراض المشروعة الّتي جاء بها مع تلك المنصوص عليها بالفصل **49**، وعلى القاضي الإداري اليوم عند مراقبته لمدى تلاؤمها أن يحتكم لذات الفصل. وعلى كليهما أن يُذَوِّبَا الأغراض الكلاسيكية والحديثة في إطار الأغراض الدّستورية، أي أن يُحْكما ربطها بمختلف الأهداف المشروعة المنصوص عليها بالفصل **49**.

يتوجّب على السّلط المحلّية:

أولا- أن تؤسس تدابيرها على الأهداف الدستورية،
ثانيا- ألّا تضيف أهدافا أخرى لا ترتبط بها،
ثالثا- أن تتولّى تشبيك أيّ هدف تشريعي أو فقه قضائي آخر بالأهداف الدستورية ضمانا لوحدة المرجعيات.

يتأسّس هذا التّوجه على أن **قائمة الأهداف الدّستورية مغلقة لا يمكن إضافة أهداف أخرى غير متأصّلة فيها أي غير مرتبطة بها**. يمكن الاستدلال على هذا الاستنتاج بمقتضيات الفقرة الثالثة من الفصل 12 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية الذي ينص على أنه "لا يجوز تقييد الحقوق(...) بأية قيود غير تلك التي ينص عليها القانون.."، وينبغي أن تؤخذ عبارة القانون في السياق التونسي على أنها مرادفة للدستور. تأسيسا على ذلك، إنّ حماية المظهر الجمالي للمدينة ينصهر-أوّلا- في إطار مقتضيات الدّولة المدنية الدّيمقراطية الّتي تضمن للمواطنين والمواطنات الرّفاه العام، ويرتبط -ثانيا- بالأهداف الدستورية المتعلقة بحماية حقوق الغير والصحة العامة بما يشمل الحقّ في بيئة سليمة ومتنوّعة.

الفرع الرابع: احترام الإجراء التقييدي لمبدأ التناسب

يتأسّس احترام مبدأ التّناسب في إجابة السّلطة المحلّية على أسئلة أو أقيسة ثلاث بشكل متلازم ومتتابع:

1/ هل أن الاجراء المزمع اتخاذه ملائم لتحقيق الموجب المستند عليه في الدولة المدنية الديمقراطية (صحة، أمن، حقوق الغير...)؟

قياس الملاءمة

2/ هل أنّ الاجراء ضروري لتحقيق هذا الهدف الدستوري المشروع؟ هل أن الإجراء لا مفر منه؟ ألا يوجد إجراء أقل وطأة وتطفلا على الحق أو الحرية المعنية؟

قياس الضرورة

3/ هل أن الاجراء يراعي التوازن بين مختلف المصالح؟ هل أنه مبالغ فيه على صاحب الحق الذي تم تقييده بالمقارنة مع الهدف المشروع المراد تحقيقه؟

قياس التّناسب في مدلوله الضيق

أولا- قياس الملاءمة

يـتأسس قياس الملاءمة على مقارعة الإجراء بالغاية التي يهدف إلى تحقيقها، وهو ما يعني التدليل على الترابط المنطقي والواقعي بينهما، ويوجب على السلطة تبرير إجرائها التقييدي وتعليله عبر الإثبات المادي للوقائع المستند عليها لاتخاذه. ويُعد التعليل من ضمانات أصحاب الحقوق التي تمّ تقييدها إذ يُمَكِّنُهم ذكر الأسباب القانونية والواقعية التي دفعت السلطة المحلية لاتخاذ التدبير الضبطي من معرفة وجاهة التقييد وتقدير تناسبه مع الغاية التي يهدف إلى تحقيقها. كما يعتبر التعليل من الشكليات الجوهرية التي يسلط عليها القاضي الإداري رقابته في صورة الطعن. ويُشْترط في التعليل أن يكون مستساغا وواضحا لا لبس فيه ويدل على السبب الموجب لاتخاذ الإجراء بشكل يسير. ويعد التعليل في فقه قضاء المحكمة الإدارية مبدأ قانونيّا عامّا يُلْزِم الإدارة، باعتباره أحد مقومات دولة القانون والتي من ضمن ما تقتضيه الشفافية في العمل الإداري والسعي إلى تقريب الإدارة من منظوريها وأعوانها، إلى جانب تكريس مبدأ ثقة المواطن في مؤسسات بلاده. ويجب تفادي استعمال العبارة الفضفاضة التالية لتبرير تقييد الحريات: "اتخذ الإجراء لدواعي أمنية" أو

"لدواعي حفظ الصحة واحترام حقوق الغير"، ذلك أن المطلوب يتَمَثَّل في ذكر الدواعي الأمنية أو الصحية الموجبة لاتخاذ الإجراء الضبطي بشكل واضح ودقيق ومرتكزا على وقائع ثابتة[18].

ونورد على سبيل المثال، إيقاف رئيس الدائرة الابتدائية بقابس تنفيذ قرار والي قبلي المتعلق بمنع شركة ستيتليفيلم من تصوير مشاهد من فيلم "عزيز" في قرية قصر غيلان بحجة مساسه بالأمن العام على أساس خلوه من أي تعليل أو تبرير للأسباب الموجبة له. واستنتج رئيس الدائرة الابتدائية أن عدم إجابة الوالي على المراسلات التي بعثتها إليه المحكمة لتبرير إجرائه بمثابة القرينة على عدم استناده على وجود تهديد للنظام العام[19].

كما يمكن أن نورد صورة أخرى لتوضيح قياس الملاءمة، تتمثّل في مطالبة مالك قطعة أرض رئيس بلدية بمنع استعمال جار له لنباتات شوكية كسياج لأرضه بالنظر إلى خطر توالد الحشرات والزواحف ولإخلاله بجمالية المدينة. في هذه الصورة، يجب أن يطرح رئيس البلدية على نفسه السؤال التالي:

هل أنّ قرار الإزالة ملائم بالنظر إلى الهدف الدستوري المشروع المتمثل في المحافظة على الصّحة العامّة الذي يشمل الحقّ في بيئة جميلة وإطار عيش سليم؟

للإجابة عن هذا التساؤل، يتولى رئيس البلدية استقراء المعطيات الواقعية للطلب الماثل لديه. وينتهي بالضّرورة إلى أنّ هذه الحواجز وُضعت لحماية حدود أرض فلاحية، وبذلك فإنها تُولِّدُ بالضرورة الحشرات والزّواحف بالنّظر إلى طبيعة المكان. بذلك يكون تقدير مدى تلاؤم قرار الإزالة بالنظر إلى المعطيات الواقعية من خلال طرح التساؤل التالي: "هل أن الإجراء القاضي بإزالة الأسلاك الشوكية المجلبة للزواحف في أرض فلاحية من شأنه تحقيق هدف الصحة العامة؟" تكون الإجابة بالنفي بالنظر إلى أن الطبيعة الفلاحية للأرض مجلبة للزواحف. إضافة إلى ذلك، فإنّ دفع الجار "المتضرّر" بمساس الحواجز الشوكية بجمالية المدينة مردود لأنّ الأمر يتعلّق بأرض فلاحية توجد في منطقة غير حضرية. بالتالي، يكون الجواب عن السؤال أن قرار الإزالة غير مناسب بالنظر إلى الظروف الواقعية الحافّة به (طبيعة المنطقة) ولا يستجيب لمقوّمات العقلانية (بالنظر إلى أن تسييج العقارات الفلاحية بالحواجز الشوكية معمول به). فلو تعلّق الأمر بوضع النّباتات الشّوكية الجالبة للزّواحف والحشرات كسياج لأرض تقع في منطقة سكنية، فإنّ قرار المنع يستجيب لاختبار الملاءمة بالنظر لمساسه بالصحة العامة بفعل الخطر الذي تُسَبِّبه، إضافة إلى تأثيره على جمالية المدينة. في هذه الصورة، فإن الاجراء المزمع اتخاذه يكون قد اجتاز بنجاح اختبار الملاءمة، مما يجعل السلطة المصدرة له تُخْضعه للاختبار التالي المتمثل في قياس مدى ضروريته وذلك بالحسم في درجة وطأته على الحقوق المعنية.

18 المحكمة الادارية، الدائرة الابتدائية بقابس، توقيف تنفيذ، القضية عدد 09200012 بتاريخ 5 نوفمبر/ تشرين الثاني 2018، غير منشورة.

19 المحكمة الإدارية، الدائرة الإبتدائية بقابس، القضية عدد 09200012 بتاريخ 5 نوفمبر/ تشرين الثاني 2018.

وتجدر الإشارة أنّ الدائرة الابتدائية بقابس تجاوزت في وضعية مشابهة قياس الضرورة المشار إليه بعدم النظر في درجة وطأته وأخضعته إلى قياس التناسب في مدوله الضيق باجراء رقابة الموازنة. يتعلق الأمر بقرار رئيس بلدية قابس القاضي بإخلاء محل من الحيوانات لغاية حفظ صحة المواطنين وحماية المحيط، فقد تولى القاضي المرور مباشرة إلى رقابة التناسب في مدلولها الضيق، وذلك بالموازنة بين نوعية الخطر ومكانه وخصوصية المخاطبين به وطبيعة أنشطتهم دون أن يناقش مدى ضرورية القرار من زاوية وطأته على الحقوق. وقد جاء في القرار ما يلي: "حيث يراعى في تقدير التناسب بين نوعية الخطر ومكانه وخصوصية المخاطبين به وطبيعة أنشطتهم، وحيث يتبين بالرجوع في مثال التهيئة العمرانية والترابية المنطقة على المنطقة موضوع النزاع أن الاسطبل موضوع قرار الإخلاء يتواجد بمنطقة فلاحية وهو مايجعل تربية الحيوانات أمر شائعا وطبيعيا. وحيث يتبين من المعطيات السابقة أن قرار إخلاء الاسطبل لا يتناسب مع الخطر الذي يمثله تربية الحيوانات من قبل المدعي على النظام العام وبالتحديد عل الصحة العامة بالمنطقة التي يتواجد بها، الأمر الذي يؤدي إلى إلغاء القرار المطعون فيه"[20].

إن عزم رئيس بلدية اتخاذ قرار يقضي بهدم بناية على أساس وجود تصدعات تمس هيكلتها الإنشائية يُعد غير مناسب في صورة عدم وجود التصدعات أصلا، أو إذا استند القرار على وجود بعض الشقوق السطحية فحسب. يفشل بذلك القرار المزمع اتخاذه في اختبار الملاءمة، وبالتبعية في اختبار الضرورة على أساس أن قرار الإزالة يفتقد لأسانيده الواقعية.

ثانيا- قياس الضّرورة

طبقا لهذا القياس، على السّلطة المحليّة أن تتولّى طرح التّساؤلات التّالية قبل اتّخاذ الإجراء التّقييدي باسم المصلحة المحلّية:

هل يُعدّ الإجراء المزمع اتّخاذه ضروريّا في حدّ ذاته لتحقيق الغرض منه؟ هل أنّ الإجراء ينطوي على شطط في علاقته بالحقوق والحرّيات؟ ماهو الإجراء الأقلّ وطأة على الحرّيات والحقوق والّذي يُمَكِّن من الوصول إلى الهدف الدستوري المشروع دون اللّجوء إلى الوسائل الأكثر وطأة على الحقوق والحريات؟

يعني هذا القياس ضرورة أن تتّخذ السّلطة المحليّة القرار الأقلّ تقييدا على الحرّيات والذي له قدر كبير من الفعاليّة، بشكل يتمّ بمقتضاه المساس بالحقوق أو الحريات بأقلّ قدر ممكن مع تحقيقه للهدف الدستوري المشروع الذي يسعى للوصول إليه. فعلى السلطة الضّبطية المحلّية تَجَنُّبِ الغُلُوِّ في اتّخاذ التّراتيب الضّبطية، بمعنى أنّه يجب اتّخاذ القرار الأقلّ تقييدا على الحريات دون أن يؤول

20 الدائرة الابتدائية بقابس، قضية عدد 150268 بتاريخ 23 نوفمبر/ تشرين الثاني 2018، الناصفي ضد بلدية قابس، غير منشورة.

ذلك إلى عدم تحقيق الأهداف المرجوة. بالعودة إلى قرار منع والي قبلي تصوير مشاهد من الفيلم السينيمائي، فقد تولى رئيس الدائرة الابتدائية بقابس، الذي نظر في مطلب توقيف تنفيذه، المرور مباشرة إلى تقدير مدى ضرورة الإجراء المتخذ على حق التصوير، وانتهى إلى الاستجابة للمطلب على أساس أن القرار المتخذ يعد من أقسى وأقصى الحلول التي يمكن للإدارة انتهاجها. وجاء بالقرار "وحيث وبناء على ما سبق، فإن إصدار الوالي لقرار المنع الذي يعتبر من أقسى وأقصى الحلول التي يمكن للإدارة انتهاجها في صورة الحال، وإحجامه عن تبرير ذلك، من شأنه أن يجعل المطلب الماثل مؤسسا على أسباب جدية في ظاهرها"[21].

طرحت قضية على القضاء الإداري مفادها أن رئيس بلدية القصرين اتّخذ قرارا يقضي بغلق مقرّ شركة كريشان بالنّظر إلى تسبّبها في تعطيل حركة المرور في وسط المدينة عند التّزود بالبضائع. اعتبر نائب الشركة أنّ القرار البلدي القاضي بغلق مقرّ الشّركة بحجّة إضرارها بالنّظام العام عند قيامها بالتّزوّد وشحن المواد المنزلية لم يكن متلائما مع الوضعيات الواقعية بالنّظر إلى أنّه كان على رئيس البلدية انتهاج جملة من الوسائل والطرق القانونية الأخرى كتنظيم أوقات التّزود لتفادي الاكتظاظ المروري[22]... واعتمادا على التمشي الذي يقتضيه الفصل 49، فإن قرار المنع لم يكن بالضرورة الأقل تطفلا على الحرية بل هو الأقسى والأقصى عليها، وبالتالي لا يستجيب لقياس الضرورة، خاصة وأنه ينسف حرية بكاملها.

يمكن أن نورد مثال المنشور عدد 33 الصادر عن الوزير الأوّل في 17 ماي/ أيار 1994 المتعلّق بمزيد العناية باللّغة العربية من خلال إبرازها في اللّوحات واللّافتات والمعلّقات على اختلاف أنواعها الموضوعة على واجهات المحلّات التّجارية والصّناعية على الشّوارع والسّاحات العموميّة. يستجيب هذا المنشور لموجبات التّناسب بالنّظر إلى غاية العناية باللّغة العربية، ذلك أنّه لم يفرضها كلغة وحيدة بل أقرّ إمكانية إضافة ترجمة لها بلغة أو لغات أجنبية.

أقرّ القضاء الكندي في مقاطعة الكيباك في مادّة تفضيل اللّغة الفرنسيّة في الإشهار التّجاري أن إجبار السّلط المحلّية باعتمادها دون غيرها يُعدّ غير ضروريّ لتحقيق هدف العناية باللّغة الفرنسية، إذ كان بالإمكان الوصول إلى هذا الهدف بوسائل أقل حدّة من اعتمادها كلغة وحيدة[23].

21 المحكمة الإدارية،، الدائرة الابتدائية بقابس، قضية عدد 09200012 بتاريخ 5 نوفمبر/ تشرين الثاني 2018.

22 محكمة إدارية، قضية عدد 3879 شركة كريشان وأبناؤه ضد بلدية القصرين 14 مارس/ آذار 1995 (منشورة بالمجموعة سنة 1995 الصفحة 128).

23 F. Québec, 1988, 2R.C.S 712, 780

في ضرورة اتخاذ الإجراء الأقلّ مساسا بالحقوق لتحقيق نفس الغرض

أقرّت المحكمة الإدارية في قرار بالضّياف ضدّ رئيس بلدية توزر «أنّ ثبوت التّهديد للنّظام العامّ لا يمنح البلديّة سلطات مطلقة لردّ الخطر وإنّما يفرض عليها توخّي التّدرج في اتّخاذ إجراءات الضّبط الإداري وانتهاج إجراءات وقائية أقلّ صرامة من الغلق من شأنها تحقيق نفس الأهداف، مثل تحجير وقوف أو توقّف الشّاحنات أمام عقار المدّعي أو تحديد وقت معين خلال اليوم أو يوم محدّد من الأسبوع لوقوف الشّاحنات أمام العقار أو في أقصى الحالات إلزام العارض بعدم استعمال الباب خلال أوقات معينة»[24].

ثالثا- قياس الموازنة (التّناسب بالمعنى الضيق)

يعتبر عنصر الموازنة أو التناسب في مدلوله الضيق امتدادا طبيعيا لإختباري الملاءمة والضرورة. لئن يتأسّس الاختباران الأولان على مواجهة الإجراء المقيّد للحقّ أو للحرّية مع الغرض من اتّخاذه، فإنّ اختبار التّناسب في مدلوله الضّيق أو الموازنة يتأسس على مواجهة الإجراء المتخذ مع مصالح صاحب الحقّ أو الحرّية المتضرّر منه.

يتولّى صاحب الإختصاص إجراء تقييم مزدوج ومتلازم بين المصالح الشخصية لِلْمُتَضَرِّرَة (كحرية التّجارة مثلا) من جهة، والمصلحة المحلّية المقابلة لها من جهة أخرى، وذلك انطلاقا من المبرّرات التي اعتمدها للتّقييد.

إنّ الغاية من هذا الاختبار هو الموازنة بين القرار البلدي (الإجراء المتّخذ) والآثار المترتبة عنه على الحقوق والحريات، أي أنّ على السّلطة المُصدرة للإجراء القيام بالموازنة بين آثاره السيئة والإيجابية المنتظرة. قد يَحدث أن يَحْمِلَ الإجراء قيداً بالحدّ الأدنى للحرّيات ممّا يستجيب لاختبارات الملاءمة والضرورة، إلّا أنّ تطبيقه على الواقع قد يكون له كلفة اجتماعية أو بيئية أو اقتصادية كبرى بالمقارنة مع ما سيجنيه من أرباح[25]. وبالعودة إلى القرار الصادر عن رئيس بلدية القصرين والقاضي بغلق شركة كريشان لتعطيلها لحركة المرور، فإنه يُوَفِّر للمواطنين تسهيل حركة المرور وعدم تعطيل مصالحهم، إلا أن أثره على صاحب الحق كبير إذ ينجر عنه فقدان مصدر عمله وعناصر أصله التجاري، لذا فإن الكلفة تكون كبيرة بالنسبة إليه. يمكن عبر إجراء الموازنة السماح له بالقيام بنشاط الشحن والتفريغ المتسبب في تعطيل حركة المرور في ساعات متأخرة في المساء أو في الصباح الباكر، بذلك يتم تحقيق الأمن العام دون الإضرار بشكل جسيم بحق العمل وحرية التجارة المتصلة به. لذا، فعلى رئيس أي بلدية أن يوازن بين مختلف المصالح المتضاربة عند اتخاذ القرار، على أن لا يتمّ تفضيل الموجبات المشروعة (الصحة والأمن والآداب العامة...) على حساب الحقوق والحريات في حدود الإمكان وذلك وفق متطلبات الدولة المدنية الديمقراطية.

24 المحكمة الإدارية، قضية عدد 11049 بتاريخ 19 نوفمبر/ تشرين الثاني 2005 (غير منشور).

25 خالد الماجري، مرجع سابق.

وجاء في قرار صادر عن المحكمة الإدارية " حيث أخضع المشرع المهام المذكورة (الأمن الوطني والدفاع في مقاومة الارهاب) إلى ضوابط قانونية تلتزم بها الإدارة، من شأنها أن تراعي التوازن بين كل من متطلبات النجاعة الأمنية واحترام حقوق الأفراد وحرياتهم، بما يحقق الموازنة بين حق الفرد في ممارسة حرياته من جهة، وحق المجموعة في الأمن والسلامة من جهة ثانية، وفقا لمتطلبات دولة القانون في مجتمع ديمقراطي.[26]

أعملت المحكمة الإدارية نظرية الموازنة في مجال حقّ تأمين خدمات الاتصال بتركيز المحطّات القاعدية للهواتف الجوالة والحقّ في البيئة.

حيث أنّ إسداء المرافق العمومية لا يحول دون إجراء سلط الضّبط الإداري لحقّها في إعمال الصّلاحيات الرّاجعة إليها للحفاظ على النّظام العام في ظلّ القواعد المقرّرة في هذا الخصوص حتى لا يؤول الأمر إلى الإخلال به، خاصة أنّ إزالة الجهاز محلّ النّزاع لا يحول دون تركيزه مجدّدا شريطة مراعاة مقتضيات السّلامة والصّحة المستوجبة...

وحيث بالرّجوع إلى الموازنة بين المصلحة الّتي تولّدت لفائدة الشركة المدعية بالنّظر إلى طبيعة الجهاز المأذون بإزالته من ناحية، وقيمة الرّهانات التي اقترنت بها إجراءات الإزالة المتظلّم منها في مستوى الواجبات المحمولة على الإدارة البلدية في الحفاظ على السلطة العامة، يكون قرار الإزالة المطعون فيه قد صدر في أجل معقول[27].

يمكن أن نذكر على سبيل المثال قضية طرحت أمام المحكمة الفيدرالية السويسرية بخصوص منع معلّمة من ارتداء حجابها الإسلامي والتي طبق فيها القاضي الموازنة بين حق المعلمة في التعبير عن معتقدها الديني ومبدأ حياد المؤسسة التربوية وحق التلاميذ في عدم التأثير عليهم من قبل معلميهم على المستوى العقائدي. انصرف القاضي إلى فحص واقعي للمسألة بالموازنة بين الحقين باعتبار أن لا مفاضلة في المطلق بين حق وآخر. وانتهى على ضوء الملابسات الواقعية أن اللباس الديني الذي ترتديه المعلمة مرئي بصورة واضحة وله دلالة دينية واضحة خاصة وأنها تُدرّس تلاميذ صغار السن، وهو ما يجعلهم من الفئات الضعيفة التي يمكن التأثير عليها بسهولة، لذا رجحت الحياد الديني على حق المعلمة في التعبير عن معتقداتها[28].

26 الدائرة الابتدائية الثالثة بالمحكمة الإدارية، قضية عدد 155750 بتاريخ 3 ماي/ أيار 2019، السعيدي ضد وزير الداخلية، غير منشورة.

27 القضية عدد 12964/ 1 بتاريخ 4 ديسمبر/ كانون الأوّل 2009 الشركة التونسية للاتصالات ضد بلدية تونس (منشورة بالمجموعة سنة 2009 الصفحة 155).

28 AFT 123 I 296, X.

قد تطرح على الجماعات المحلية مسألة شبيهة تتعلّق بمنع كل شخص غير مكشوف الوجه من الدّخول إلى مقرّات البلدية في إطار الحفاظ على الأمن العام وحسن سير المرافق العامة، ممّا قد يعني مساسه بالحرية الشخصية في اللّباس وبالحرّية الدّينية. هذا، ونذكر أنه صدر منشور عن رئيس الحكومة عدد 15 الصادر في 5 جويلية/ تموز 2019 بخصوص هذا المنع. فهل يمكن "لُنَقّبة" التّمسك بعدم شرعية هذا المنشور عند تطبيقه من قبل بلدية أو في صورة اتّخاذ البلدية لقرار ترتيبي يُمنَعُ بمقتضاه كل شخص غير مكشوف الوجه من الدّخول إلى مقراتها بالنّظر إلى عدم وجاهة تنظيم المسألة بمنشور؟ إنّ المنع الوارد بالمنشور يخصّ كلّ شخص غير مكشوف الوجه ولا يتوجّه لفئة بعينها، بل يمكن مجابهة أي شخص به، إن كان من المنقبات أو غيرها. كما يفرض مبدأ المساواة بين مستعملي المرفق عدم تنظيمه (من حيث إسداء الخدمات) إلى طبيعة لباس فئة معينة. كما أنّ حسن سير المرفق العام المرتبط بمبدأ المساواة أمام المرفق العام المنصوص عليه بالفصل 15 من الدّستور يقتضي إسداء الخدمات المتعلقة خاصة بالتّعريف بالإمضاء والنّسخ المطابقة للأصل التّحقق من تطابق وثيقة الهوية المقدّمة مع الشّخص الطّالب للخدمة، مما يفرض أنّ على كلّ شخص كشف وجهه.

استنادا على المسائل التي تمّ عرضها في هذا الفرع الخاص بكيفية تطبيق الفصل 49 ، وقع إعداد مصفوفة بيانات يُمكن للسلط المحلية الاعتماد عليها لتطبيق الفصل 49 عند اتخاذ الإجراء التقييدي. وتقوم هذه المصفوفة على طرح مجموعة من الأسئلة لاستخلاص مدى استجابة الإجراء المزمع اتخاذه لمجموعة الاختبارات التي يستدعيها تطبيق هذا الفصل.

الشروط	الاختبار	الإجابة عن الاختبار من قبل السلطة صاحبة الاختصاص
السنـــد القانـــوني للإجراء	هل هناك سند تشريعي يسمح بهذا الإجراء؟	بيان السند التشريعي للإجراء من خلال مجلة الجماعات المحلية أو أي تشريع متصل.
جوهر الحق	هل أن هذا الإجراء يلغي تماما الحق أو يجعله استثنائيا؟	التثبت في مرحلة أولى من أن الإجراء قد قضى كليا على الحق أو جعله استثنائيا، أو جعل ممارسته ممكنة ولكن بسقف أقل.
موجـــب ضـروري مقبول في دولة مدنية ديمقراطية	هل هناك ضرورة مقبولة في دولة مدنية ديمقراطية لاتخاذ هذا الإجراء؟	للإجابة، يجب الرجوع إلى مفهوم الدولة المدنية الديمقراطية للحكم على الإجراء إذا كان مقبولا أم لا.
التناسب	هل أن هذا الإجراء ملائم للموجب الضروري المقبول في دولة مدنية ديمقراطية؟	التثبت فقط وبصفة مبدئية من وجود علاقة سببية واضحة بين الإجراء والهدف (دون الدخول في التقييم)، بمعنى إن كان الإجراء قادر على تحقيق الهدف.
	هل أن الإجراء ضروري؟ ألا يوجد إجراء آخر أقل وطأة على الحق؟	للإجابة، يجب البحث في فرضيات أو حلول أخرى تحقق نفس الهدف وتُعدّ أقلّ وطأة على الحق.
	هل أن الإجراء يراعي التوازن بين المصالح المختلفة؟ هل هناك مساس مفرط للحقوق؟	يجب التحقق هنا من أن القيد أو الإجراء قد حقق الهدف دون شطط، أي أن الأضرار المترتبة عنه لم تتجاوز الفائدة المرجوة منه بالنسبة لمختلف المصالح التي ترتبط بالإجراء.

العنوان الثالث- ما هي مجالات احترام موجبات الفصل 49 من قبل السلطة المحلية؟

استنادا إلى اشتراط الفصل 49 من الدستور إعمال مبدأ التّناسب عند الحدّ من الحقوق والحريات، فإن السلطة المحلية مطالبة بالتّقيد به عند ممارسة سلطاتها المختلفة في إصدار القرارات الترتيبية والفردية وعند إبرامها للعقود والاتفاقيات المحلّية والدّولية وإعدادها لمختلف البرامج والمخططات التّنموية والعمرانية وقيامها بأنشطة مادية ولامادية في إطار وظيفتها الاجتماعية والتنموية.

أولا- احترام الفصل 49 في مجال ضبط مخططات وبرامج التنمية

تُميِّز مجلة الجماعات المحلية بين مخططات التنمية المحلية (الفصل 105) وبرامج التنمية (الفصل 29).

تُمثِّل مخططات التنمية إطارا مرجعيّا لضبط برامج التّنمية وتدخّلات الجماعات المحلّية والهياكل التّابعة لها في المجال التّنموي الشّامل. ويتَعيَّن إشراك المتساكنين في إعداد المخطّطات والبرامج المتولّدة عنها وأثناء تنفيذها وتقييمها. وبالنّظر إلى ارتباط ممارسة عديد الحقوق والحرّيات بها (حقّ الملكية، حقوق الأجيال القادمة، الحقّ في الصّحة...)، يجب مراعاة مبدأ التّناسب في كلّ المراحل بأن لا يقع الحدّ منها بشكل مجحف. إنّ وضع تنمية الموارد المالية كهدف أوّلي عبر تهيئة التّراب البلدي لتركيز المناطق الصّناعية، يجب أن يراعي الحقّ في البيئة عبر إجراء موازنة بين المرابيح التي يمكن تحقيقها والآثار السّلبية الّتي يمكن أن تتسبّب فيها الاستثمارات على الحقوق البيئية. يخضع إقرار مخططات التنمية حسب الفصل 106 (م.ج.م) إلى ضرورة الأخذ بعين الاعتبار الحقّ في التّنمية المستدامة والمساواة وتكافؤ الفرص بين الجنسين... لذا، فإنّ كلّ حدّ لهذه الحقوق يجب أن يُحترم فيه مبدأ التناسب.

أمام عدم مصادقة المجالس البلدية إلى اليوم على مخطّطاتها المحلية، فإنّها تواصل العمل ببرامج الاستثمار السنوية وفق تَمَشٍّ تشاركيّ يقوم على تمكين المواطنين من إقرار مشاريع القرب بأنفسهم ويكتفي المجلس بالمصادقة عليها بعد إتمام الإجراءات التّشاركية[29]. لذا، على الإدارة البلدية أن تراعي أثناء إعدادها للتّشخيص الفنّي والمالي لهذه المشاريع، بالتشارك مع تنظيمات المجتمع المدني، مقتضيات مبدأ التناسب عند تحديدها لبعض الحقوق كحقّ الملكية وحرّية الصّناعة والتّجارة... كما على الخليّة المكلّفة بإدارة جلسات المناطق والجلسات التّشاركية والمُيَسِّرين أن يحرصوا على احترام ضوابط الحدود على الحقوق والحريات عند إعداد البرنامج قبل عرضه على المتساكنين. كما على الخلية أن تلعب دور المعدّل في صورة اقتراح المواطنين خلال هذه الجلسات إدراج تعديلات على المشاريع المقترحة من قِبَلِها والتي من شأنها المساس بالحقوق والحريات بشكل مجحف. كما على المجلس عدم المصادقة على المشاريع المقرّرة في صورة تعديلها بشكل يتمّ بمقتضاه المساس بالحقوق والحريات دون احترام مبدأ التناسب. فقد يحصل أن يتمّ تعديل مسارات طرق بلديّة أو توسعة سوق بلدية من قبل المتساكنين أثناء الجلسات التّشاركية ممّا يترتّب عنه تضييق ممارسة حقّ الملكية لبعض الأشخاص أو أن يكون له تداعيات على الحقوق البيئية بشكل مجحف، والحال أنه كان بالإمكان اعتماد حلول أخرى أقلّ وطأة.

ثانيا- احترام الفصل 49 في مجال التهيئة الترابية والتعمير

يحدث أن يتمّ المساس بالحقوق والحريات عند إعداد أمثلة التهيئة العمرانية، وهو من الصّلاحيات الذّاتية للبلدية طبق الفصل 239 (م.ج.م). لذا، فعلى المصالح الفنّية للبلدية احترام مبدأ التّناسب عند وضع حدود على ممارسة عديد الحقوق مع الأهداف التي يرنو للوصول إليها، والّتي من ضمنها بالخصوص حماية النّظام العام العمراني. ويقصد بالنظام العام العمراني مجموعة القواعد الآمرة المتعلقة بالتّراتيب العمرانية لغاية الحدّ من الاستعمال العشوائي وغير المنظم للمجال العمراني بهدف حماية الصّحة العامّة وحقوق الغير. وقد يتمّ باسمه الحدّ من حرية البعث العقاري، وهي من متعلّقات حرّية الصّناعة والتّجارة أو من حقّ الملكية بعدم استعماله بكلّ حريّة عند التّقدّم برخص البناء لغرض حماية النظام العام العمراني، والّذي يشمل حماية الأراضي الفلاحية من الزّحف العمراني واحترام مسافة التراجع عن الطّرق العامّة وحماية الطّرف الضّعيف في العلاقة التّعاقدية بين الباعث العقاري والمشتري. لذا، فإن كل حدّ من هذه الحقوق يجب أن يكون متناسبا.

قد تحمل أمثلة التّهيئة تقييدا لحقوق الملكية ولحرّية التّنقل ولحقوق الفئات الهشّة وذوي الإعاقة، لذلك يجب إعمال مبدأ التّناسب عند إعدادها. كما أنّه على المجالس المحلّية الالتزام طبق أحكام الفصل 119 من المجلة باحترام مبادئ التنمية المستدامة في إعداد أمثلة التهيئة، وبالتبعية احترام

29 يمكن العودة إلى المنهجية التشاركية التي أعدتها وزارة الشؤون المحلية للغرض منذ 2016 (منشورة على موقع www.collectiviteslocales.gov.tn).

حقوق الأجيال القادمة، بأن لا يتمّ افراغها من محتواها باستنزاف المخزون العمراني وما يتبعه من انتهاك الحقّ في البيئة.

يتمظهر احترام مبدأ التناسب في تقييد الحقوق والحرّيات (الملكية والتّنقل) عند القيام بعديد العمليات العقارية وإسناد الرّخص وسحبها في لجان التّقسيم والبناء. فعند إسناد رخصة بناء لمالك عقار معين، يقتضي التّشريع الجاري به العمل أنّه على السّلطة المحلّية عدم التضييق من حقوق الجار عبر إسناد رخصة لا تحترم مسافة التراجع. يهدف هذا التّقييد إلى حماية حقوق الغير، وهو أحد أوجه الأهداف المشروعة التي نصّ عليها الفصل 49 من الدستور. كما يجب مراعاة مبدأ التّناسب عند إصدار قرارات الهدم الّتي تحرم المواطن من حقّه في السّكن والعيش الكريم. لذلك، اقتضت مجلّة التّهيئة التّرابية والتّعمير أن كلّ مخالف لرخصة بناء والذي لم يمتثل لقرار وقف الأشغال أن يطلب التماس تسوية الوضعية طبقا للتّراتيب العمرانية. أمّا بالنسبة لمن قام ببناء دون رخصة، فإنّ الفصل 84 من مجلة التهيئة الترابية والتعمير يمنحه ضمانة دنيا تتمثّل في توجيه استدعاء له لسماعه، يتمّ بعدها اتخاذ قرار الهدم. يتمثل إجراء الدعوة لسماعه شكلية جوهرية يترتب في صورة عدم احترامها إلغاء قرار الهدم. ولا يسوغ في هذه الصورة للمتضرر طلب التعويض المادي بالنظر لمخالفته لقواعد التّعمير، إنّما يمكنه فحسب طلب الضّرر المعنوي. فهل يمكن في هذه الصورة لرئيس البلدية أن يتّخذ قرارا أقلّ وطأة على الحرّية، كأن يعطي للمخالف فرصة للتّسوية في صورة عدم التّعدي على ملك الدولة والمؤسسات والمنشآت العمومية وعلى حقوق الأجوار؟ أم هو مطالب قانونيا باتخاذ قرار الهدم بصفة آلية بمجرد توفر أسباب اتخاذه؟ وفي صورة تشييد البناء على أرض تابعة للغير، فإن التسوية لا تكون إلا برضائه.

سلطات رئيس البلدية في خصوص قرارات الهدم التي تمس بحق الحصول على مسكن المتصل بالحق في العيش الكريم

لقد دأب فقه قضاء المحكمة الإدارية على اعتبار أن سلطة رئيس البلدية مُقَيَّدة وليست تقديرية في ردع المخالفات العمرانية. "إن التصدي للمخالفات العمرانية واجب محمول على السلطة البلدية طالما أن محل النزاع متواجد بدائرتها الترابية ويعد اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة إزاء تلك المخالفات اختصاص أصيل معقود لرئيس البلدية"[30]. وأكدت المحكمة الإدارية أن عدم اتخاذ قرار الهدم وتنفيذه من قبل من له النظر يعد خطأ جسيما موجب للمساءلة، ولا ينبغي أن يكتفي رئيس البلدية بإصدار قرار الهدم لأي بناء شُيدَ بدون رخصة أو في صورة ارتكاب مخالفة غير قابلة للتسوية أو في صورة رفض التسوية في خصوصه، بل عليه بَذْل جميع الجهود اللازمة لتنفيذه [31]. ويعد "رفض اتخاذ قرار الهدم بما في ذلك عدم الحرص على على تنفيذه بكل الوسائل المتاحة إنكارا للاختصاص، وعلى رئيس البلدية القيام بمتابعة ملف التنفيذ من خلال إعلام الشرطة البلدية ومتابعة مراسلة السلطات الأمنية جهويا ومركزيا واتخاذ جميع الخطوات القانونية التي

30 المحكمة الابتدائية، الدائرة الابتدائية بقابس، القضية عدد 194947 بتاريخ 27 نوفمبر/ تشرين الثاني 2018، غير منشورة.

31 المحكمة الابتدائية،الدائرة الابتدائية بقابس، قضية عدد 0910066 بتاريخ 24 ماي/ أيار 2019، غير منشورة.

توجبها النصوص، ذلك إن عدم القيام بذلك يعتبر تخليا عن واجباته العمرانية"[32]. ويتمثل إنفاذ قرار الهدم في الاستعانة بالقوة العامة التزاما محمولا على البلدية لا يسقط إلّا بإثبات مبادرة المخالف بالقيام بالتسوية أو وجود ظروف استثنائية أو ثبوت استحالة التنفيذ. ويفترض أن تحترم البلدية الإجراءات القانونية التي تضمنتها مجلة التعمير قبل إصدار قرار الهدم. إن رئيس البلدية مطالب بإصدار قرار الهدم للمباني المحدثة على الملك العام، ودون التقيد بالشكليات القانونية [33]. وتُقيم المحكمة الإدارية تميزا في مجال تسوية المخالفات بين تلك التي لا تستدعي التسوية وبالتالي يمكن في خصوصها عدم احترام الشكليات المتصلة باحترام حقوق الدفاع بإعطاء المخالف الحق في الإعلام وفي سماعه، وبين تلك التي يمكن فيها قبول التسوية على أن تحترم في خصوصها هذه الشكليات قبل اتخاذ قرار الهدم. إلا أن بعض الدوائر بالمحكمة الإدارية ذهبت إلى رأي مخالف مفاده احترام حقوق الدفاع حتّى في صورة ارتكاب مخالفات غير قابلة للتسوية، مُغَلِّبة في ذلك مبدأ احترام حقوق الدفاع على حساب احترام الملك العام.

هل يمكن للبلديات اتخاذ قرارات تسوية جماعية في خصوص الأحياء الشعبية الفوضوية؟

لقد تسبب عدم تدخل المشرع بموجب أحكام استثنائية لتسوية البناءات العشوائية المحدثة بعد 2011 في تكاثرها، وأصبحت بذلك مصدر قلق متواصل وعبءا ثقيلا على السلط المحلية بالنظر إلى عدم قدرتها على هدمها لتداعيات ذلك على الأمن العام، بالرغم من تشويهها للمشهد العمراني والجمالي للمدن وانتهاكها للحقوق البيئية واعتدائها على الأملاك العمومية والخاصة. فهل يمكن لمجالس الجماعات المحلية الاستناد على أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 259 (م.ج.م) للقيام بتسوية البناءات المحدثة على ملكها؟ تنص أحكام هذه الفقرة على أنه لا يمكن تسوية المخالفات المتعلقة بالتعمير إلا وفق شروط واجراءات يضبطها التشريع المتعلق بالتعمير والبناء. اعتمادا على التأويل الموسع لعبارة التشريع، هل يمكن لمجالس الجماعات تنظيم مسألة تسوية الأحياء المُشيدة على ملكها أو على ملك الغير بشرط موافقتهم بمداولة خاصة تراعى فيها جميع المبادئ المتعلقة بالمساواة والشفافية والموضوعية وحفظ حقوق الغير؟ إضافة للتأويل الموسع لعبارة التشريع ولثبوت تقاعس المشرع عن تنظيم المسألة بقانون خاص واستثنائي للبناءات المحدثة زمن اتخاذه فحسب، يمكن للمجالس المحلية الاستناد على أحكام الفصل 132 من الدستور الذي يقر بمبدأ التدبير الحر والفصل 134 المسند لها لاختصاص ترتيبي والفصل 239 (م.ج.م) الذي يُصَنِّف المسألة العمرانية ضمن الصلاحيات الذاتية للبلدية للتصويت على مداولة تنظم بمقتضاها اجراءات التسوية بالنسبة للأحياء المبنية على هذه العقارات. هذا، ولا يمكنها البتة تنظيم التسوية بالنسبة للأحياء المحدثة على ملك الدولة أو الولايات بوصفها جماعة محلية.

32 المحكمة الابتدائية، الدائرة الابتدائية بقابس، قضية عدد 09000144 بتاريخ 31 ديسمبر/ كانون الأوّل 2019، غير منشورة.

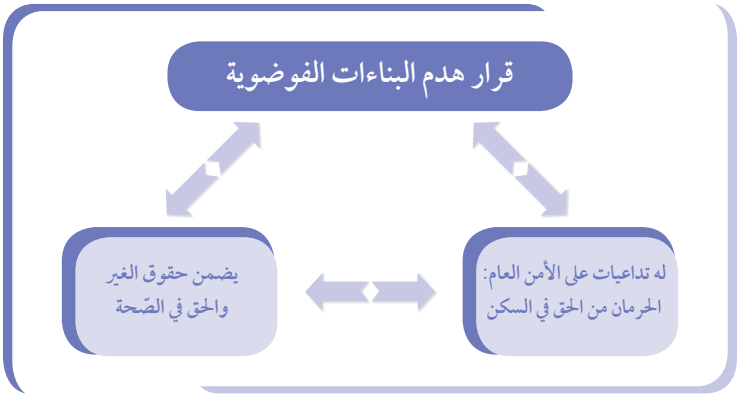
33 القضية عدد 16934 بتاريخ 11 فيفري/ شباط 2000 الصيادي ضد رئيس بلدية قصر هلال، غير منشورة.

إضافة إلى امكانية الاعتماد على التأويل الموسع للفصل 259 (م.ج.م)، فإن اتخاذ قرارات التسوية أو الهدم يتقاطع مع مبدأ التناسب في مدلوله الضيق اعتبارا إلى تصادم حقوق المتساكنين في هذه الأحياء الفوضوية وحقوق أجوارهم الممتثلين لأمثلة التهيئة. يفرض التّعامل مع ظاهرة الأحياء المبنية بصفة فوضوية على ملك البلدية وأملاك الخواص على السلطة المحلّية القيام بموازنة بين الكلفة التي يتسبّب فيها اتّخاذ قرارات في الهدم الجماعي لأحياء بأكملها على الأمن والنظام العام المحلّي، من جهة أولى، والمساس بحقوق الغير والحق في البيئة في صورة عدم الهدم وإصدار قرارات بالتسوية، من جهة ثانية.

يجب أن تتم المفاضلة بين هذه الحقوق وفق مقاربة واقعية وعقلانية تراعي درجة المخاطر التي قد تهدد حقوق كل فئة لتقرر في ذات الوقت:

-قبول تقييد الحقوق التي تقدر السلطة المحلية أن يترتب عن تقييدها أقل المخاطر على الأمن العام المحلي، على أن تسعى بكل الوسائل الممكنة والمتاحة على ضمان حد أدنى من الحماية لها،

-ترجيح الحقوق التي قد يؤول تقييدها إلى مخاطر أكبر وأشد على الأمن العام المحلي.



فقد يسبّب إصدار قرارات هدم ضدّ الفئات الضّعيفة والفقيرة المتمركزة بهذه الأحياء إلى اضطرابات وحتّى اعتداءات على الغير (الأجوار الممتثلين لأمثلة التهيئة). كما أنّ القيام بالتّسوية، قد يحمل ضررا للمتساكنين الممتثلين لأمثلة التهيئة، ذلك أنّها قد تكون على حساب حقّهم في بيئة سليمة. تُفْضِي الموازنة إلى تقديم حقّ الحصول على مسكن بعدم اتّخاذ قرارات في الهدم وإجراء التسوية لضمان الأمن العام على حساب حقوق الغير. إنّ حقوق الغير نفسها (الراحة والسكينة...) ترتبط بتوفّر الأمن العام الذي لا يمكن ضمانه في صورة اتّخاذ قرار الهدم.

كما أن **التّصدّي للانتصاب الفوضوي في المجال التّجاري والصّناعي** لغاية حماية جمالية المدن أو لحماية حرية الصّناعة والتّجارة (حماية التّجار المنظّمين) قد يتسبب في تهديد الأمن العام، خاصة أن الصمت المتواصل للسلطة إزاء هذه الظاهرة أكسبها بمرور الزمن مشروعية على المستوى الاجتماعي. لذا، فإنّ

تدخّل السّلط المحلية للحَدِّ من هذه الأنشطة الفوضوية بعنوان المحافظة على الصّحة العامّة لا يجب أن يتمّ بطريقة غير عقلانية أي دون مراعاة الواقع المحلّي وحقوق التجار المُنَظَّمين. لذلك، يجب أن تتّخذ السّلطات المحلّية القرار المناسب للمنتصبين فوضويا، كأن تُخَصص لهم أماكن مُنَظَّمة ومُهَيَّئة في آجال زمنية معقولة تراعى فيها مقومات الجاذبية التجارية.

ثالثا- تطبيق الفصل 49 في المجال التعاقدي

ينصّ الفصل 102 (م.ج.م) أنّ على الجماعات المحلّية إبرام صفقات التّزود بمواد وخدمات والدراسات والأشغال على أساس مبادئ حرّية المشاركة والمنافسة والشّفافية والمساواة وتكافؤ الفرص والنّزاهة. فلا يجب على الجماعات المحلّية أن تُفرغ هذه المبادئ الدّستورية (باستثناء المنافسة) من محتواها أو تقيّدها بشكل مجحف بفرض شروط إقصائية، وإن شاءت مجالس الجماعات تحديد هذه الحرية، فعليها التّقيد بمبدأ التّناسب. كما على المجالس ضمان احترام مبدأ التّناسب من قبل معاقدها عند تكليفه بمهام مرفقية. فلا يجب عليه كما سبق بيانه[34] التّضييق من ممارسة الحقوق والحرّيات عند قيامه بالمهمة المرفقية (استغلال سوق أسبوعية أو مسلخ بلدي). قد يقوم معاقد البلدية جرّاء عدم قيامها بالمتابعة والمراقبة أو تقاعسها، بالحدّ من ممارسة بعض الحقوق كالانتصاب بالسّوق أو عدم احترام التّراتيب الصّحية... في صورة تحقّق ضرر لأصحاب الحقوق جرّاء هذه الممارسات، يمكن لهم مقاضاة المعاقد والبلدية وطلب التعويض منهما بالتضامن.

رابعا- تطبيق الفصل 49 عند اتخاذ القرارات البلدية

على البلديات التَّقَيُّد بمبدأ التناسب، باعتبار أنّ القرارات الترتيبية التي تتّخذها في نطاق اختصاصاتها طبق النصوص الدستورية والتشريعية تُنَزَّلُ اعتباريا بالنسبة لمتساكنيها كمنزلة التشريع بالنسبة للدّولة. تُعَدّ هذه القرارات بمثابة "القانون" في مدلوله الواسع بالنّسبة للمتعاملين مع البلدية. بما أن السّلطة التّشريعية مُقيّدة بهذا المبدأ عند تحديدها للحرّيات، فإنّ السّلطة المحلّية تكون، من باب أَوْلَى وأَحْرَى، خاضعة إليه، وذلك كلّما قامت بتقييد الحرّيات والحقوق بموجب قرارات بعنوان المصلحة المحلية وفي إطار احترامها لقانون الدولة. ولقد استدعت جائحة "كوفيد – 19" اتّخاذ رؤساء البلديات لمجموعة من القرارات التي تدخل ضمن اختصاصاتهم الذّاتية بعنوان حماية الصّحة العامّة، على أنّ هذه القرارات يجب أن تنصهر ضمن منظومة التّشريع الوطني بالنّظر إلى الصّبغة الوطنية للجائحة[35].

34 راجع مقدّمة الدّليل .

35 سنعود إلى هذه المسألة في الجزء الثاني في عنوانه الثاني. وراجع في الغرض عفاف الهمامي مراكشي "في حوكمة إدارة الأزمة الصحية في تونس: بين الوطني والمحلي، جريدة المغرب يوم 21 مارس/ آذار 2020.

ينصّ الفصل 25 (م.ج.م) أنّ على الجماعات المحلّية (جميع هياكلها) أن "تحرص ... عند ممارسة اختصاصاتها على التّنسيق مع بقية الجماعات المحلّية المختصّة ترابيا وعلى أن تكون الأحكام الترتيبية المحلّية (الّتي تتّخذها) ضرورية وأن لا تنال بصفة جوهرية من مبدأ المساواة أمام القانون والمرفق العام ومن الحقوق المكفولة".

لم تحصر المجلة الحقوق المكفولة في تلك الّتي أقرّها النصّ الدّستوري، بمعنى أنّها تشمل أيّ حقّ أو حرّية تكفلها المنظومة القانونية الوطنية والدّولية. يستنتج من أحكام الفصل 25 أنّه اكتفى بذكر مُوجب عدم النّيل من جوهر مبدأ المساواة ولم يُعَدِّد الأهداف المشروعة الّتي جاء بها الدّستور عند تحديد الحقوق والحرّيات بموجب القرارات التّرتيبيّة. فهو لا ينخرط بالكامل في منظومة الفصل 49 بعدم إقراره لمقتضيات الدّولة المدنيّة الدّيمقراطية وهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدّفاع الوطني أو الصّحة العامّة أو الآداب العامّة. إنّ صياغة الفصل 25 لا تفتح للمجالس المحلية حرّية تحديد صورة الضرورة ومختلف الأهداف المشروعة بل عليها التّقيّد بمحتوى الفصل 49.

تقتضي وحدة الدولة وحدة المرجعيات سواء في المستوى الوطني والجهوي والمحلّي في خصوص نظام الضّوابط على الحقوق والحريات. بذلك، يجب على الجماعات المحلية قراءة الفصل 25 وتطبيقه على ضوء الفصل 49. كما على رؤساء البلديّات التّقيد بذات الفصل عند اتّخاذ القرارات الفردية المنظّمة لممارسة الأشخاص لحقوقهم وحرياتهم.

يسمح هذا التوجه بتوحيد منظومة الحدود على الحقوق والحرّيات كي لا تتحوّل بعض الجماعات المحلية إلى مناطق حرّية وأخرى إلى مناطق متشدّدة أو محافظة أو حتى معادية للحرّية[36]، كما حصل ذلك في قضية عدم سماح رئيس بلدية الكرم بإبرام عقود زواج التونسية بالأجنبي.

إن الإقرار للمجلس المحلي باختصاص اتّخاذ التّراتيب العامة في إطار ضمان الوقاية الصحية والنّظافة وحماية البيئة (الفصل 240 م.ج.م) يتقاطع مع عديد الحقوق الدّستورية ومنها الحقّ في الصّحة (الفصل 38 من الدستور) والحقّ في العيش الكريم (الفصل 21 من الدستور) والحقّ في بيئة سليمة ومتوازنة (الفصل 45 من الدستور). كذلك الشّأن بالنّسبة لرئيس الجماعة الذي يتّخذ طبق الفصل 266 (فقرة ثانية) التّراتيب الخاصّة بالجولان وحفظ الصّحة والسّلامة والرّاحة وجماليّة المدينة والمحافظة على البيئة الّتي قد تمسّ من الحقوق والحرّيات سالفة الذّكر. علاوة على إصداره لقرارات ترتيبية وفردية، فإنّه عند مباشرة تنفيذها بواسطة الأعوان المكلّفين بذلك، سواء أولئك الّذين يتبعون البلدية (أعوان الشرطة البيئية) أو أولئك الّذين يعودون بالنظر إلى وزارة الدّاخلية (الشّرطة البلديّة)، قد يتمّ المساس من بعض الحقوق كحرمة المسكن أو الحريات كحرية الصّناعة والتّجارة لضمان التّنفيذ النّاجز.

36 وحيد الفرشيشي، "تموقع مجلة الجماعات المحلية في منظومة حقوق الإنسان"، منشور في المؤلف الجماعي "الجماعات المحلية والحريات الفردية"، منشور من قبل الجمعية التونسية للدفاع عن الحقوق الفردية، تونس 2019، الصفحة 32.

يشمل احترام مبدأ التّناسب مرحلة تنفيذ القرارات خاصة في صورة رفض أو تصدّي المعنيين لإجراءات التّنفيذ، ذلك أن الشّطط في استعمال الوسائل الجبريّة يؤول في صورة حصول ضرر إلى قيام مسؤولية البلدية. وقد طُرِحت مسألة المسؤولية عن التنفيذ الجبري للقرارات الضبطية الصادرة عن رؤساء البلديات بمناسبة حادثة هدم هيكل كشك تمّ تشييده على ملك الدولة العام بالمنطقة البلدية من سبيطلة يوم 13 أكتوبر/ تشرين الأوّل 2020 على الساعة الرابعة صباحا من قبل فرقة الشرطة البلدية والتي أدت إلى وفاة شخص تحت أنقاضه. لئن يعود اختصاص اتخاذ قرار الهدم إلى رؤساء البلديات، فإن مسألة التنفيذ الجبري تتولاها الشرطة البلدية الخاضعة للسلطة الرئاسية لوزارة الداخلية. لذا، على المشرع التدخل سريعا لتنظيم مسألة التنفيذ الجبري بالحاقها برؤساء البلديات عبر احياء إدارة أعوان التراتيب الذين يتمتعون بصفة الضابطة العدلية وإسناد المسؤولية كاملة للبلدية حتى في صورة لجوئها إلى القوة العامة.

تجد المجالس المحلية نفسها في صور عديدة مطالبة بالموازنة بين حقوق متقابلة تستدعي إعمال تحليل عقلاني عند اتّخاذ قرار ما، كي لا يقع إفراغ الحقّ من جوهره أو أن يُحدّ منه بشكل مبالغ فيه. فكثيرا ما يدور النّقاش في الجلسات العامّة للمجالس البلدية حول مدى تناسب قرار ما أو اتّفاقية أو مشروع معيّن بالنّظر إلى النّتائج الّتي يمكن أن يؤول إليها على المصالح المحلية.

يتولّى المجلس وكذلك رؤساء البلديات بطريقة إرادية أو تلقائية تطبيق مبدأ التّناسب بمختلف اختباراته (الملاءمة/ الضرورة/ التناسب في مدلوله الضيق: الموازنة) عند اتّخاذ عديد القرارات. كما أنّهم قد يتجاهلونه أو لا يدركون ماهيته في عديد الصور، مما يُعَرِّض قراراتهم إلى دعاوى الإلغاء والمسؤولية، وبالتّبعية إلى عدم الاحترام من قبل المخاطبين بها.

على السلطة المحلية، لضمان مقبولية قراراتها من قبل المخاطبين بها، أن تحترم مبدأ التناسب. إضافة إلى ذلك، فإنّ احترام هذا المبدأ من شأنه أن يُقَلِّل من فرضيات التقاضي والنزاعات أمام القاضي الإداري. وهذا يدخل في صميم الحوكمة المثلى للشؤون المحلية، باعتبار أن للتقاضي كلفة يمكن تفاديها.

خامسا- تطبيق الفصل 49 في اختيار طريقة التصرف في المرافق العامة المحلية

يفرض الفصل 80 (م.ج.م) على الجماعات المحلية إعمال مبدأ التّناسب في مجال اختيار طرق التصرف في المرافق العامة. تتمثل طرق التصرف في:

- الاستغلال المباشر (تصرف ذاتي من قبل الجماعة بمواردها المالية والبشرية)،
- التّعاقد (عقود اللّزمة وعقود الصّفقات والشّراكة بين القطاع العام والخاص)،
- إحداث المؤسسات والمنشآت.

ينصّ الفصل **80** (م.ج.م) على ما يلي: «يخضع اختيار طرق تسيير المرافق المحلّية من قبل مجالس الجماعات المحلّية إلى موازنة لاختيار الطريقة الأفضل بالنظر إلى معايير الجودة والنجاعة وبالنظر إلى إمكانيات الجماعة ذاتها. لمجلس الجماعة الاستنارة بخبرة من يراهم في تقدير الطريقة الأفضل لتسيير المرفق العام واختيارها».

وبالإضافة إلى هذه المعايير الاقتصادية التي ينصّ عليها الفصل 80 (م.ج.م)، **يمكن للجماعة المحلّية أن تُدْرِجَ عنصر احترام الحقوق والحريات وتقدير أثر هذه الطّرق على ممارستها كمعيار لاختيار الطّريقة الأفضل**. يمكن للجماعة المحلية أن تعتمد على مصفوفة بيانات une matrice لجميع طرق تسيير المرافق العامة لاختيار الطّريقة الأفضل بالنّظر إلى آثارها على الحقوق والحريات. لمجلس الجماعة أن يُخضع كلّ طريقة إلى مقاييس موضوعية ليقدّر تأثيرها المحتمل على كل حقّ أو حرّية، لينتهي إلى اعتماد الطّريقة الأفضل من منظور احترامها للحقوق والحريات كأن يتم مثلا اخضاع مسألة اللجوء إلى عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص إلى مصفوفة البيانات "سوات" SWOT وذلك في إطار تقييم تداعياتها على حقوق الاجيال القادمة.

فعلى الجماعة المحلية أن تراعي طبقا لهذا المثال حقوق الأجيال القادمة عند اختيار طريقة تسيير المرفق العام عبر آلية الشراكة بين القطاع العام والخاص. فلئن توفّر هذه الصيغة حلولا مالية حينية للقيام بمشاريع تنموية في ظلّ ندرة الموارد المالية للبلديات، إلّا أنّ الأجيال القادمة تتحمّل التّبعات المالية عند تسديد المقابل المالي بالنظر إلى أن مدّة العقد تتجاوز في غالب الأحيان العشرين سنة. لذا، يجب قبل الحسم في اعتماد طريقة ما للتسيير أن تجيب الجماعة المحلية عن السؤال التالي:

هل يتناسب الاختيار المعتمد لتسيير المرفق العام مع منظومة الحقوق والحريات؟

عند اختيار طريقة ما لتسيير المرافق العمومية (الاستغلال المباشر أو غير المباشر، أو التسيير التعاقدي)، فإنّ على الهياكل البلدية ألاّ تُفرِغ مبدأ المساواة من جوهره أو أن تحدّه بكيفية مُشِطّة.

ينصّ في هذا الصدد الفصل 75 (م.ج.م) على ضرورة احترام مبدأ المساواة في التّصرف في المرافق العمومية المحلّية. كما أن الحدود التي يمكن أن تُفرض على سبيل المثال في كرّاسات شروط استغلال مرفق عام محلّي كسوق أسبوعية، يجب ألا تؤدي إلى إقصاء مشاركين مفترضين وذلك باشتراط أحكام تعجيزية.

احترام المساواة ومبدأ المنافسة وتكافؤ الفرص وعدم إفراغ الحق من جوهره

تفيد وقائع قضية أن رئيس بلدية زغوان أعلن عن بتة عمومية بالإشهار والمزاد العلني لاستلزام السوق الأسبوعية وسوق الدّواب بعنوان سنة **2020** واحتوى كراس الشروط على شرط متمثل في ضرورة تقديم المترشح لضمان مالي يساوي خمسمائة ألف دينار للمشاركة في البتة يدفعه للقابض البلدي بعنوان السّعر الافتتاحي المقدر بثلاثمائة وأربعة وتسعون دينار علاوة على الضمان البنكي المقدّر بمليون دينار الّذي يجب دفعه بعنوان ضمان جدية إنجاز المشروع. تولّى الوالي الطّعن بتأجيل تنفيذ الصفقة بالنظر إلى إخلالها بمبدأ المنافسة وتكافؤ الفرص، وانتهى رئيس الدائرة الإبتدائية الإدارية بنابل إلى الإذن بتأجيل تنفيذ القرار على أساس أن تنفيذه يؤدي إلى إقصاء عدد هام من المشاركين[37].

37 المحكمة الإدارية، الدائرة الابتدائية بنابل، حكم استعجالي (تأجيل تنفيذ) في القضية عدد 02200248 بتاريخ 17 ديسمبر/ كانون الأوّل 2019 (غير منشور).

الجزء الثاني

ما هي الهياكل المحلية المعنية بتطبيق الفصل 49؟

تتمثل الهياكل المحلّية المعنيّة باحترام مبدأ التّناسب، كما تمّ ذكره في مقدّمة الدّليل، فيما يلي:

أوّلا- **الهياكل التداولية**: المجالس المنتخبة أو المُعَيَّنَة (لجان التّسيير المؤقّتة، أو ما كان يُطلق عليها بالنّيابات الخصوصية) واللّجان البلدية ومجالس الدّوائر.

ثانيا- **الهياكل التنفيذية**: رؤساء البلديّات والكاتب العام والأعوان الشّاغلون لأحد الخطط الوظيفيّة والأعوان في صورة التّفويض لهم ومساعدو الرئيس ونوّابه في صورة تكليفهم بمهام والوالي في صورة الحلول محلّ رئيس البلدية طبق الفصل 268 (م.ج.م) وأعوان الجماعة المحلّية.

العنوان الأوّل- الهياكل التّداولية

يعود للمجلس البلدي طبق أحكام الفصل 26 (م.ج.م) الإختصاص المبدئي العام في ممارسة السلطة الترتيبية، ويعني ذلك أنّه يتدخّل في جميع المجالات والمسائل غير المسندة لرئيس البلدية.

تُعدّد الفصول 234 إلى 244 (م.ج.م) مجموعة المجالات التي يمارس فيها المجلس اختصاصاته الترتيبية والّتي تتقاطع مع عديد الحقوق والحرّيات. تتداخل أنشطته الّتي تهدف إلى تنشيط الحياة الاجتماعية والثقافية والرياضية والبيئية مع عديد الحقوق الدّستورية (الحقّ في الثقافة والحقّ في بيئة سليمة والحقّ في العيش الكريم). وكذلك الشأن بالنسبة لإنجازاته بالاشتراك مع السّلطة المركزية في مجال التجهيزات ذات الصّبغة الاجتماعية والثقافية والرّياضية والبيئية والسّياحية كدور الثقافة والمتاحف والملاعب الرياضية وغيرها من التجهيزات. نورد في الأطر التالية التقاطعات المختلفة بين الصلاحيات الراجعة بالنظر إلى الجماعات المحلية وبعض الحقوق والحريات للدّلالة على الترابط الوثيق بينهما، وعلى وجوب التزام السلطة المحلية بمقومات مبدأ التّناسب كلّما ارتأت تقييد ممارستها.

- الصّلاحيات الذّاتية: وهي الصّلاحيات الّتي تنفرد بها الجماعات المحلّية والّتي يمكن للسّلطة المركزية ممارستها بطلب من الجماعة ذاتها أو أن تُفَضِّل الجماعة المعنية ممارستها بالتّعاون مع جماعة أخرى (الفصل 14 من المجلة):

الفصول	الإختصاص	أهمّ الحقوق والحريات المعنية
106	المصادقة على مخطط التنمية المحلية	الحقّ في البيئة المستدامة، حقوق ذوي الإعاقة، الحقّ في العيش الكريم، الحقّ في الشّغل، الحقّ في الصّحة...
109	دعم الاقتصاد الاجتماعي والتّضامني ومشاريع التّنمية المستدامة + تحفيز المؤسسات في مشاريع الاقتصاد الأخضر والطّاقات المتجددة	الحقّ في البيئة المستدامة، الحقّ في العيش الكريم، الحقّ في الشغل
237	ضبط المعاليم والرّسوم... بما فيها المرتبطة بتركيز العلامات الإشهارية	حرّية الصّناعة والتّجارة
237	ترتيب أجزاء الملك العمومي للبلدية من أنهج وساحات عمومية ومساحات خضراء وغيرها	حقّ الملكية، التنقل، الحقّ في البيئة
238	إعداد البرنامج الاستثماري السّنوي	الحقّ في العيش الكريم
238	دفع التّنمية واستقطاب الاستثمار وخاصّة إنجاز البنية الأساسية والتجهيزات الجماعية	حرّية الصّناعة والتّجارة، حقّ الملكيّة، الحقّ في العيش الكريم...
239 و114 و119	إعداد أمثلة التّخطيط العمراني باعتماد آليات الدّيمقراطية التّشاركية+ إعداد التراتيب المحلية للبناء	الحقّ في المشاركة وحقوق الأجيال القادمة، الحقّ في البيئة المستدامة، حقّ الملكية والحقّ في السّكن والمساواة بين الجنسين...
240	بناء وتعهّد وإصلاح الطّرقات وأرصفتها والحدائق والمتنزهات والمنابت...، التّنوير العمومي بالطّرقات والسّاحات العمومية، إنجاز السّاحات العموميّة	التّنقل، الحقّ في العيش الكريم، الحقّ في البيئة المستدامة
240	تهيئة الحدائق والمواقع والمساحات الخضراء وتجميل المدينة وإزالة مظاهر التلوث عن الطريق العام، تجميع الفضلات	الحقّ في البيئة المستدامة، الحقّ في العيش الكريم، حقوق ذوي الإعاقة
240	إنجاز الدّور البلدية، شبكات التصرف في مياه الأمطار، ضمان الوقاية الصحية والنّظافة وحماية البيئة	الحقّ في الصّحة، الحقّ في البيئة المستدامة...
240	إنجاز الأسواق البلديّة والمعارض والتّظاهرات التّجارية والثّقافية ومراكز الاصطياف والاستراحة	حرّية الصّناعة والتّجارة، الحقّ في الثقافة، الحقّ في العيش الكريم...
241	دعم الأنشطة الثّقافية والاجتماعية والرّياضية والبيئية عن طريق المصالح البلدية والمنظّمات والجمعيات	الحقّ في الثّقافة، الحقّ في البيئة المستدامة، الحقّ في العيش الكريم

- **الصلاحيات المشتركة:** وهي الصّلاحيات الموزّعة بين الجماعة المحلية والسّلطة المركزية وفق مبدأ التفريع:

الفصول	الإختصاص	أهمّ الحقوق والحريات المعنية
243	تنمية الاقتصاد ودعم التّشغيل، القيام بالاستثمارات وإقامة مناطق الأنشطة الاقتصادية	حرّية الصّناعة والتّجارة، الحقّ في العمل...
243	إنجاز التّجهيزات الجماعية الاجتماعية والرّياضية والثّقافية والبيئية والسّياحية كدور الثقافة والمتاحف والملاعب والمسابح والمنتزهات والمصبّات المراقبة ومعالجة النفايات، التّصرف في الشّريط الساحلي	الحقّ في الثقافة، الحقّ في البيئة المستدامة، الحقّ في العيش الكريم وحرّية الإبداع...
243	إنجاز شبكات التّطهير وتعهّدها، تعهّد مجاري الأمطار والأودية والحماية من الفياضانات	الحقّ في الصّحة والحقّ في البيئة...
243	النّقل الحضري المدرسي+ صيانة المدارس	الحقّ في التعليم
243	صيانة الطّرقات التّابعة للدولة	حرّية التّنقل، الحقّ في العيش الكريم...

- **الصلاحيات المنقولة:** وهي الصّلاحيات الّتي تُنقل وفق مبدأ التفريع من السلطة المركزية إلى الجماعة المحلّية بمقتضى قانون ويصحبها وجوبا تحويل الاعتمادات والوسائل المناسبة مع الأعباء التي ستتحمّلها الجماعة (الفصل 16 م.ج.م) والتي تتصرف فيها وفق مبدأ حرّية التّدبير (الفصل 17 م.ج.م):

الفصول	الإختصاص	الحقوق والحرّيات المعنية
244	بناء المؤسّسات والمراكز الصّحية وصيانتها	الحقّ في الصّحة
244	بناء المؤسّسات التّربوية وصيانتها	الحقّ في التّعليم
244	بناء المنشآت الثّقافية وصيانتها	الحقّ في الثّقافة
244	بناء المنشآت الرّياضية وتجهيزها وصيانتها	الحقّ في الصّحة والحقّ في التّرفيه والحقّ في العيش الكريم

إضافة إلى تمتّع المجلس باختصاصات ترتيبيّة، فإنّه طبق الفصل 242 (م.ج.م) "يُستشار ويبدي في كل مشروع يُزمع إنجازه في المنطقة البلدية من قبل الدولة أو الجهة أو الإقليم أو منشأة عمومية".

على المجلس في هذه الصورة أن يستند في إبداء رأيه على مبدأ التّناسب إذا تقاطع إنجاز أي مشروع مع أحد الحقوق والحريات. قد يترتّب على أيّ مشروع تحديد الحقوق البيئية أو حقوق الملكية وحقوق الأجيال القادمة، لذا فعلى المجلس البلدي في هذه الصورة أن يتحقّق من توافقه مع مقتضيات الفصل 49.

ولئن يقتصر المجلس على إبداء رأي استشاري، فإن ذلك لا يُعْفيه من ضرورة تقدير أثر تلك التدخلات على الحقوق والحريات على الصّعيد المحلّي وأن يقترح السّبل الّتي بمقتضاها يتمّ التّحديد بشكل عقلاني ومناسب.

علاوة على المجلس المحلّي، فإنّ مجالس الدوائر، بالنسبة للبلديات المقسّمة إلى دوائر، تُبدي رأيها أو تُقَدِّم مقترحاتها في شأن التّجهيزات الجماعيّة المتعلّقة بالثّقافة والرّياضة والشّؤون الاجتماعية وتهيئتها، وفي إحداث أو مراجعة مختلف الوثائق والعمليات العمرانية وفي البرامج السّنوية المتعلّقة بالنّظافة والعناية بالبيئة، وعليها إثارة مبدأ التّناسب كلّما تداول في شأن مسألة ما من شأنها تقييد حقّ أو حرية.

أما بخصوص اللجان البلدية، فإنّها تختصّ بالنّظر في مجالات مختلفة تتقاطع مع ممارسة العديد من الحقوق والحريات وتبدي آراء في الغرض أو تقدم اقتراحات للمجلس، لذا فهي مطالبة باحترام الضوابط التي جاء بها الفصل 49 كلّما طُلب منها إبداء الرأي في مشاريع أو قرارات أو برامج من شأنها تقييد الحقوق والحريات المضمونة دستوريا.

على لجنة النّظافة والصّحة والبيئة أن تُلفِتَ نظر لجنة الأشغال والتهيئة العمرانية مثلا بأيّ تحديد غير مناسب للحقّ في الصّحة بموجب مراجعة مثال التهيئة، كما على لجنة المساواة وتكافؤ الفرص بين الجنسين أن تلفت نظر المجلس في خصوص خرق مبدأ المساواة بمناسبة إنجاز مشروع أو القيام بنشاط أو إسداء خدمة، وعلى لجنة الشؤون الاجتماعية والتّشغيل وفاقدي السّند العائلي وحاملي الإعاقة أن تراعي حقوق هذه الفئات عند إعداد المجلس لمخطّط التنمية والمصادقة عليه.

العنوان الثاني- رئيس البلدية

لرئيس البلدية وظائف مختلفة، فهو:

- رئيس إدارة مسؤولة عن تسيير الشّأن المحلّي طبقا لما يقرّره المجلس أو بتفويض منه أو وفق ما تفرضه عليه النّصوص القانونية،
- سلطة ضبط إداري عامّ يَتَولى بموجبها تقييد الحقوق والحريات بالنظر إلى الظروف المحلية.

الفرع الأول– رئيس البلديّة بوصفه رئيس إدارة

يتمتّع رئيس البلديّة بوصفه رئيس المجلس بسلطات مفوّضة له بمقتضى الفصل 263 (م.ج.م) وبسلطات تنفيذية للتراتيب العامّة الّتي يتّخذها المجلس، ومن بينها تلك المتعلقة بالوقاية الصّحية والنّظافة وحماية البيئة.

لا ينبغي على رئيس البلدية تحت غطاء تنفيذ المداولات إضافة حدود على ممارسة الحريات والحقوق لم تأت بها المداولة، كما عليه الامتناع عن تطبيق أيّ مداولة تضمنت تَعَدّيا خطيرا وفاضحا على الحقوق والحرّيات، كأن تتضمّن المداولة خرقا واضحا لمبدأ المساواة بين الأجناس أو لحرّية ممارسة الشعائر الدينية ولحريتي المعتقد والضمير داخل الفضاء المحلّي.

كما يمارس رئيس البلديّة اختصاصات بوصفه ضابط حالة مدنية (التعريف بالإمضاء وإبرام عقود الزواج وترسيم الأحكام الصادرة بالزواج أو الطلاق وتحرير رسوم الوفاة طبق القانون عدد 3 المؤرخ في 1 أوت/ آب 1957)، فعلى رئيس البلدية عدم تقييد حق الزواج دون احترام موجبات الفصل 49.

يمكن أن نذكر على سبيل المثال رفض رئيس بلديّة الكرم سنة **2018** عقد قران تونسية على أجنبي إلى حين إثباته دخول الدّين الإسلامي استنادا إلى المنشور عدد **606** بتاريخ **5** نوفمبر/ تشرين الثاني **1973** والّذي تمّ إلغاؤه.

وتولّت نفس البلدية يوم **8** جويلية/ تموز **2020** نشر الوثائق الّتي يتعيّن تقديمها لإبرام عقد زواج على موقعها ومن بينها "الشهادة في اعتناق الدين الإسلامي إذا كان الزوج غير مسلم ويروم الزواج بمسلمة".

إنّ القيد على الحريات لا يكون إلّا بقانون حسب الفصل **49**، لذا لا يمكن بأي حال من الأحوال التمسّك بتطبيق منشور غير شرعي.

ويتخذ رئيس البلدية بوصفه رئيس إدارة مجموعة من التّدابير والتّراتيب والإجراءات الدّاخلية لسير المرفق العام الّذي يشرف عليه. ويُصدر بذلك مناشير ومذكّرات عمل وتعليمات يجب أن تقتصر على تفسير النّصوص القانونية النّافذة دون إضافة أي إجراء لها.

لا يجب تمرير ضوابط بصفة صريحة أو ضمنية على ممارسة بعض الحقوق والحريات ضمن المناشير أو مذكّرات العمل (حقّ التّعبير/ حقّ الإضراب...)، ذلك أن الجزاء الذي يرتّبه القاضي الإداري عليها هو الإلغاء متى تجاوز المنشور نطاق التّفسير.

يجب أن تكون التراتيب التنظيمية التي يتخذها رئيس البلدية "ضرورية لتحقيق حسن سير المرفق العام وألا تتعارض مع قواعد قانونية أعلى مرتبة وخاصة تلك المتعلقة بالحريات الشخصية"[38].

أقرّ القاضي الإداري أنّه لا يمكن التّذرّع بحسن سير المرفق العامّ لمنع عون عمومي من إطلاق اللّحية على أساس أن لا تأثير على حسن أدائه. إنّ الالتحاء يُعدّ أحد مظاهر ممارسة الحرّية الشّخصية المتاحة للأفراد ولا يمكن لذلك وضع قيود على تلك الحرّية إلّا بموجب قانون شرط أن يكون الهدف منه تحقيق المصلحة العامة وألا يمسّ من جوهر الحقّ.

الفرع الثاني- رئيس البلدية بوصفه سلطة ضبط إداري عامّ

يمكن التمييز في خصوص السلطات رئيس البلدية في تقييد الحقوق والحريات خلال الفترات العادية لسير مؤسسات الدولة (الفقرة الأولى) وخلال الأزمات أو الفترات الاستثنائية ذات البعد الوطني (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: سلطات رئيس البلدية في تقييد الحقوق والحريات خلال الفترات العادية

لتحقيق الأغراض المشروعة المنصوص عليها بالفصل 49 (الأمن العام، الصحة العامة...)، فإن رئيس البلدية بوصفه سلطة ضبط عام مطالب خلال الفترات العادية بالتدخل بما له من وسائل قانونية في صورة وجود تهديد حقيقي وإخلال بها، ذلك أن عدم تدخله لحماية الصحة العامة مثلا يجعل قراره الضمني بالرفض غير شرعي، والذي يمكن أن يكون سندا للمطالبة بجبر الضرر. كما أنه مؤتمن بما له من سلطات على إيصال الحقوق إلى أصحابها وعليه أن يستنفذ جميع الوسائل القانونية بما يضمن عدم المساس بشكل مشط بحريات وحقوق أشخاص بفعل أنشطة يقوم بها آخرون. إنّ معاودة إصدار نفس القرار دون أن ينصاع المخالف يرتب قيام مسؤولية رئيس البلدية بالنّظر إلى تقصيره في ممارسة صلاحياته.

"إن رئيس البلدية ملزم باتخاذ كل ما من شأنه أن يحقق الراحة والصحة العمومية داخل المنطقة البلدية.

وحيث إن رفض السلطة الإدارية التي لها صلاحيات الشرطة اتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ على الصحة العامة عندما تكون هذه السلطة ملزمة باتخاذ تلك التدابير يكسي قراراتها الصريحة أو الضمنية طابع اللاشرعية"[39].

38 المحكمة الادارية، قضية عدد 126863 بتاريخ 18 مارس/ آذار 2014.

39 القضية عدد 1157 بتاريخ 25 أفريل/ نيسان 1988 توفيق بن قدرية ضد رئيس بلدية حمام الأنف (المجموعة سنة 1988 ، الصفحة 53).

تفيد وقائع قضية أن مجموعة من المتساكنين تظلموا إلى رئيس البلدية جراء تحويل جار لهم لمسكنه إلى ورشة لإصلاح السيارات مما أدى إلى إقلاق راحتهم العامة، وتوّلى رئيس البلدية إصدار قرارات متتابعة في الغلق بالنّظر لعدم امتثال المعني بالأمر، فتقدم المتساكنون للقاضي الإداري بطعن ضده بحجة عدم حرصه على اتخاذ جميع الوسائل الكفيلة بتنفيذ قراراته. وانتهى القاضي الإداري إلى أنّ رئيس البلدية عليه اتّخاذ جميع الإجراءات الكفيلة للكفّ عن النّشاط لا أن يعاود إصدار قرارات الغلق دون نتيجة. "إنّ اقتصار رئيس البلدية على معاودة إصدار قرارات الغلق وتكرار تنفيذها بلا طائل أمام إصرار المعني بها على الاستمرار في تجاوزها غير ذي جدوى وينطوي على تقصير من جانبه في ممارسة صلاحياته المخوّلة له قانونا، طالما أنّه لم يستنفذ السّبل القانونية المتاحة له والتي من شأنها أن تؤدي إلى إلزام المخالف بالامتثال لقرار الغلق[40].

واتجه فقه قضاء المحكمة الإدارية بالخصوص في سياق حمايته لحرية الصناعة والتجارة إلى اشتراط، أولا، الخطر المحدق على الأمن العام و/ أو الصحة العامة و/ أو حقوق الغير، وثانيا، الطبيعة المؤقتة للإجراء التقييدي المتخذ للإقرار بشرعية القرارات الضبطية لرؤساء البلديات عند تدخلهم في مجال سلط الضبط الإداري الخاص (الوزير المكلف بالتجارة). بعد التثبت من الوجود المادي للمخاطر التي يمثلها محل تجاري على الأمن العام بفعل تعطيله لحركة المرور أو على الصحة العامة بفعل عدم احترامه للتراتيب حفظ الصحة، يتعين على رئيس البلدية اتّخاذ قرار وقتي يتمثل في إيقاف نشاطه بصفة مؤقتة ولا غلقه بصفة نهائية، لأن قرار الغلق النهائي يعود للسلطة الوزارية.

قد ألغت الدائرة الابتدائية الإدارية بقابس قرار رئيس بلدية قابس بغلق طاحونة وورشة ميكانيك لوجود إخلالات تهدد الصحة والمحيط على أساس أن قرار الغلق اتخذ بشكل نهائي[41] .

وعلى خلاف ذلك، أقرت الدائرة الابتدائية بسوسة بشرعية قرار رئيسة بلدية القلعة الصغرى القاضي بالغلق المؤقت لمعمل الآجر بالنظر إلى طبيعته المؤقتة[42].

لا يمكن إذن لرئيس البلدية مثلا إصدار قرار بالغلق النهائي لمحل تجاري أو صناعي بالنّظر إلى أن هذا الإختصاص يعود إلى الوزراء المختصين (من اختصاص وزير التجارة طبق قانون المنافسة والأسعار المؤرخ في 30 سبتمبر/ أيلول 2015)، إنما يمكنه فحسب اتخاذ إجراءات تحفظية تحد من الحريات استجابة لمتطلبات النّظام العام. في صورة عدم تقّيد رئيس البلدية بهذا التمشي، فإنه يعرّض قراراته للإلغاء، خاصّة أنّ القاضي الإداري يجري منذ أمد بعيد رقابة على الأعمال الضبطية وأسّس لمبدأ عام في مجال الصناعة والتجارة مفاده أن "المبدأ هو الحرية والاستثناء هو القيد...".

40 المحكمة الادارية، القضية عدد 13229 / 1 بتاريخ 26 أفريل/ نيسان 2007 ، محمد ومن معه ضد رئيس بلدية المروج (منشور بالمجموعة سنة 2007، الصفحة 137).

41 المحكمة الادارية، الدائرة الابتدائية بقابس، قضية عدد 09200110 بتاريخ 14 أوت/ آب 2019 والقضية عدد 152505 بتاريخ 27 نوفمبر/ تشرين الثاني 2019، غير منشورة.

42 الدائرة الابتدائية الادارية بسوسة، قضية عدد 05200122 بتاريخ 28 ماي/ أيار 2019، غير منشورة.

كما على رؤساء البلديات مراعاة الضوابط التي يفرضها الفصل 49 عند اتخاذ القرارات المتعلقة برخص التصفيف الفردي على الطرقات التابعة للملك العمومي للبلدية وغيرها من الرخص طبقا لقرارات التصفيف وتسوية ارتفاع الطرقات . كما أن اتخاذه لقرارات متعلقة بإحداث الطرقات البلدية وتعهدها قد يقيد من ممارسة حرية التنقل أو من حرية الصناعة والتجارة، ممّا يوجب عليه الالتزام بالمقتضيات التي يوجبها الفصل 49 .

إضافة إلى ذلك، يمكن لرؤساء البلديات تقييد بعض الأنشطة الفنيّة المتحصّلة على التّراخيص القانونية بشكل وقتي وبإجراءات مناسبة بالنّظر إلى الخصوصيات المحلّية. في المقابل، عليه اتّخاذ التّدابير الضّبطية المناسبة للتّصدّي إلى "أعمال فنّية" يقوم بها أشخاص دون الحصول على تراخيص في الغرض من السّلط العمومية.

إنّ مبادرة أفراد أو مجموعات بعنوان حرّية التّعبير والفكر والرّأي بتزيين المقرّات البلديّة أو الفضاءات المحلّية (قرافيتي...) أو القيام بإحداثيات أو تزويق معالم تاريخية للتّعبير عن موقف ما يمكن أن يتصادم مع الحقوق الثّقافية للمجموعة وحقوق الأجيال القادمة بما قد تُخَلِّفه من تغيير لطبيعتها الأصلية كما توارثتها مختلف الأجيال السابقة. تفرض هذه الصّورة على رؤساء البلديات التدخّل لمنع هذه الأنشطة لأنّها تمثّل اعتداء على الملك العام وعلى الحقوق سابقة الذكر. إنّ عدم اتّخاذ الجماعة لقرارات ضبطية يترتّب عنه تعمير مسؤوليتها.

قد تضطرّ السّلط المحلّية إلى تحديد بعض الحقوق بعنوان المقتضيات المتعلّقة بالآداب العامّة، كأن يَمْنَع رئيس البلديّة عرض شريط سينمائي أو مسرحية من شأنه إحداث اضطراب على الأمن العام لتعارضه مع الآداب العامّة بالمنطقة البلدية.

سبق للقضاء الفرنسي أن أجاز لرئيس البلديّة منع عرض شريط سينمائي متحصّل على ترخيص وزاري بحجّة احتمال تسبّبه في خطر محدق يتمثّل في الإضرار بالنّظام العام بالنّظر إلى طبيعته غير الأخلاقيّة الّتي لا تقبلها الظّروف المحلّية[43].

وتمّ إقرار هذا التّوجّه فقه القضائي وتحديد مدلول الظّروف المحلّية في أحد عشر قرارا صدرت يوم 19 أفريل/ نيسان 1963 (علاقات خطرة).

وتجدر الملاحظة أن مفهوم الآداب العامة يتغيّر بِتَطَوُّر المجتمعات، فهو ليس بالمفهوم الجامد والثابت. لذا، على السلط المحلية مراعاة التطور بعدم الاستناد الآلي عليه في تقييد الحريات، وعليه –كما ذكرنا سابقا– تأصيل هذه الأغراض ضمن مقتضيات الفصل 49، لضمان وحدة المرجعيات ضمن

43 قرار شركة فيلم LUTICTIA بتاريخ 18 ديسمبر/ كانون الأوّل 1959 إضافة (منشور بالأحكام الكبرى للقضاء الاداري، القرار عدد 80، 2003، Dalloz، الصفحة 528).

الدولة الموحدة. ويتوجب عليه ربط أغراض تحقيق الرّاحة والصّحة العامّة والمحافظة على إطار عيش سليم والمحافظة على جمالية المدينة والبيئة بالأغراض الدستورية.

يتولى القاضي مراقبة مدى تحقّق الخطر المحدق ليقرّ بشرعية القرار البلدي المتّخذ بالنّظر إلى مساسه بحرّية التّعبير. فقد ألغى القرار القاضي بعدم عرض فيلم لاعتبارات أخلاقية بالنّظر إلى أن حجم الاحتجاجات على عرضه لم تكن تهدّد بشكل محدق النّظام العام، كما لم يتمّ إثبات أثناء التّحقيق في القضيّة وجود ظروف محلّية تبرّر منع عرضه لأسباب أخلاقية[44].

الفقرة الثانية: سلطات رئيس البلدية خلال الفترات الاستثنائية والأزمات ذات البعد الوطني أو الجهوي

لقد طرحت جائحة "كوفيد-19" مسألة توارد سلط الضبط وتنافسها على مختلف المستويات وطنيا وجهويا ومحليا. وتميز الوضع القانوني طوال فترة الأزمة بتعدد القرارات المقيدة للحقوق والحريات وبتقاطعها إلى حد التضارب في بعض الأحيان، مما حدا بالسلطة المركزية إلى تذكير مختلف المتداخلين بضرورة التنسيق والتواصل فيما بينها وعدم مخالفة القرار المتخذ على صعيد وطني. ونذكر على سبيل المثال البيان الذي أصدره مجلس بلدية حمام الشط في 29 جانفي/ كانون الثاني 2020 والذي عبر فيه عن رفضه لقرار وزارة الصحة إيواء المصابين بالفيروس في نزل تابع للبلدية بحجة حماية الصحة العامة. كما رفض مجلس "بلدية دوز" في 27 نوفمبر/ تشرين الثاني 2020 القرار الجهوي بغلق المدينة مطالبا السلطة المركزية باتخاذ قرا الحجر الصحي الشامل. تعكس مثل هذه المواقف سوء فهم وتطبيق لمبدأ التدبير الحر.

لقد بادر عديد رؤساء البلديات في نطاق اختصاصاتهم خلال جائحة"كوفيد- 19"، في مرحلة أولى، بتقييد عديد الحقوق والحرّيات لتحقيق غرض المحافظة على الصّحة العامّة قبل اتّخاذ الأمر الحكومي عدد 152 المؤرخ في 13 مارس/ آذار 2020 والّذي اُعتبرت بمقتضاه هذه الجائحة من صنف الأمراض السّارية طبقا للقانون عدد 71 المؤرخ في 27 جويلية/ تموز 1992. ويجيز هذا القانون للسلط الصّحية اتّخاذ قرارات تحدّ من الحرّيات من خلال إجراء العزل التّلقائي والاستشفاء الوجوبي. وتمثّلت هذه القرارات المتّخذة بصفة استباقية من قبل رؤساء البلديات في منع بيع "الشّيشة" (الأرجيلة) بالمقاهي وبيع القهوة في الكؤوس البلورية ومنع انتصاب الأسواق الأسبوعية وبيع الملابس المستعملة.

وفي مرحلة ثانية، اتّخذ رؤساء البلديّات عديد القرارات بعد صدور الأمر الحكومي عدد 156 المؤرخ في 22 مارس/ آذار 2020 المتعلّق بتحديد الحاجيّات الأساسيّة ومقتضيات استمرارية سير المرافق العمومية الحيويّة في إطار تطبيق إجراءات الحجر الصّحي الشّامل تطبيقا للأمر الرئاسي

44 قرار ville de mans et villes de Nantes 6/11/1963.

عدد 28 المؤرخ في 22 مارس/ آذار 2020 المتعلق بتحديد الجولان والتّجمعات خارج أوقات منع الجولان. فقد تولّى بعض رؤساء البلديات، بما لهم من سلطة ضبط وبالنّظر إلى الظّروف المحلّية، التّشديد في التّقييد الوارد في الأمر الحكومي بغلق المقاهي بعد السّاعة الرّابعة مساء وذلك بمنع استعمال الطّاولات والكراسي دون أن يمنعوا النّشاط. وبذلك تستجيب قراراتهم لمقومات مبدأ التناسب إذ تساهم في تحقيق الصّحة العامة بمنع المكوث والتّجمع بالمقاهي لوقت طويل.

قام قاضي "الإستعجالي-حريات" في فرنسا بتعليق الأحكام المتعلقة بمنع التّظاهر في إطار التّصدي لهذه الجائحة بالنّظر إلى عدم تناسبها، على أساس أنّ تحقيق هدف حماية الصّحة العامّة يمكن الوصول إليه باشتراط عدم تجاوز المتظاهرين لعدد معيّن وبوضع الحواجز الحامية واحترام مسافة التّباعد الجسدي المقدّرة بمتر على الأقل[45].

طرحت هذه الجائحة مسألة تنافس سلط الضبط العامة ذات الاختصاص الوطني المتمثلة في رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة وسلط الضبط الإداري الخاص المتمثلة في الوزراء وبالخصوص وزير الصحة وسلط الضبط الإداري العام ذات الاختصاص الجهوي المتمثلة في الولاة وذات الاختصاص المحلي المتمثلة في رؤساء البلديات.

أمام هذا التعدد لسلطات الضبط، تعود الأولوية من الناحية القانونية إلى سلطتي الضبط العام ذات الاختصاص الوطني (رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة) كل في نطاق اختصاصه. أما بالنسبة لسلطة الضبط الإداري الخاص في المجال الصحي، فهي تعود إلى وزير الصحة تطبيقا لقانون 27 جويلية/ تموز 1992 كما تم تعديله سنة 2007 والمتعلق بالأمراض السارية والمرسوم 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. تطبيقا للقواعد التي أرستها المحكمة الإدارية، لا يجوز لسلط الضبط الجهوية والمحلية التدخل في الإجراءات الضبطية التي أقرها وزير الصحة إلا لمزيد تشديدها بعنوان الخطر المحدق وبموجب إجراءات وقتية . "دأب عمل المحكمة الإدارية في صورة توارد سلطتي الضبط العام والخاص على إيلاء الأولوية لسلطة الضبط الإداري الخاص دون منع سلطة الضبط الإداري العام من ممارسة اختصاصها"[46]. ولا يمكن كما سبق ذكره لسلطة الضبط العام التدخل في مجال الضبط الخاص إلا بإثبات وجود خطر محدق وبإجراءات وقتية.

أما في صورة تنازع سلطتي ضبط عام إحداهما جهوية (الولاة) والأخرى محلية (رؤساء البلديات)، فإن الأولوية تنعقد إلى السلطة ذات التدخل الترابي الأوسع، وهي الوالي في صورة

45 المحكمة الادارية، القضية عدد 440846 بتاريخ 13 جوان/ حزيران 2020 رابطة حقوق الانسان والجامعة العامة للشغل (غير منشور).

46 المحكمة الادارية، القضية عدد 14102 بتاريخ 17 أكتوبر/ تشرين الأوّل 1997، غير منشورة.

الحال. ولا يمكن لرؤساء البلديات في هذه الحالات إلا التشديد في الإجراءات بعنوان توفر ظرف محلي يوجب ذلك، ولا يجوز لها التخفيف من الإجراءات والسند في ذلك احترام وحدة الدولة. وتولت على سبيل المثال الولايات الأربع التابعة لإقليم تونس تنسيق تدخلاتها الضبطية في حضر الجولان في شهر أكتوبر/ تشرين الأوّل 2020، مما فرض على البلديات احترام هذه التدابير واتخاذ ما يوجب لتنفيذها.

هذا، ولا يمكن للولاة في صورة مخالفة رؤساء البلديات للإجراءات التي تمّ اتخاذها على صعيد جهوي بالتخفيف منها أو في صورة إنكارها إلا اللجوء إلى القضاء تطبيقا للفصل 278 من (م.ج.م).

العنوان الثالث– الإدارة البلديّة

تمارس الإدارة البلديّة ككلّ إدارة عمومية نوعين من **الوظائف التنفيذية والاستشارية** الّتي تتداخل مع ممارسة العديد من الحقوق والحرّيات. يُقَدِّم الكاتب العام من جهة أخرى للمجلس مقترحاته ويُبدي رأيه في المسائل المعروضة على المجلس والهياكل المنبثقة عنه ويُقَدم استشاراته كلّما طُلب منه ذلك. ففي هذا الإطار، فإنّ الكاتب العام مُطالب بأن ينير من له النّظر بمقتضيات الفصل 49 بما في ذلك مبدأ التناسب بحكم اطّلاعه على الظّرف المحلّي ومحدّدات العمل الإداري.

أمّا من جهة وظيفته التنفيذية، فإنّ الكاتب العام مسؤول تحت سلطة رئيس البلدية على تسيير الإدارة البلدية من خلال إصدار عديد التّعليمات والتّوجيهات إلى الأعوان والعَمَلة البلديين وتنظيم عملهم في مقرات البلدية. وفي هذا الإطار، عليه التّقيّد باحترام مبدأ المساواة وحياد الإدارة عند تنفيذ مختلف القرارات، وكذلك احترام جميع حقوق الأعوان الذين يشتغلون تحت إمرته.

إنّ التّضييق مثلا من الحقوق النّقابية ومن حرّية التّعبير والمعتقد وحرّية تكوين الجمعيات وحقّ النّفاذ إلى المعلومة يجب أن يتأسّس على وجود ضرورة متّصلة بتحقيق أحد الأهداف المشروعة، وأن يستند إلى قانون يضع الضّوابط لهذا التّقييد.

أمّا من جهة الأعوان الذين هم تحت سلطة الكاتب العام، فلهم حقّ الاطّلاع على المعلومات الّتي تهمّ مسارهم الوظيفي وجميع حقوقهم والضّمانات الأساسية التي تمنحها لهم النّصوص القانونية (النّظام العام لأعوان الوظيفة العمومية). كما يلتزم الأعوان بصفتهم مرؤوسين بتطبيق قرارات رئيس البلدية طالما لم تتعارض بصورة صارخة وخطيرة مع الشّرعية. ويُصَنَّف التعدّي على الحقوق والحريات كأحد أشكال المخالفة الصّارخة للشرعية.

على سبيل المثال، على الأعوان الامتناع عن تطبيق قرار أو مذكّرة عمل أو حتّى قرار شفاهي يخالف مبدأ المساواة بصفة صارخة وفاضحة كمنع إسداء خدمة لشخص بالنّظر إلى لون بشرته أو انتمائه إلى حيّ أو منطقة ما.

إعتبر القاضي الإداري الفرنسي أنّه على أعوان البلديّة الامتناع عن تنفيذ قرار صادر عن رئيس البلدية ينطوي على خرق خطير وواضح وبيّن للشرعية، كأن يُفرغ بشكل تامّ حرّية ما من جوهرها. إن عدم تطبيق المرؤوس في هذه الحالة لأوامر أو تعليمات الرئيس لا يترتب عنه تتبعه من أجل ارتكاب خطأ تأديبي.

قد أقر مجلس الدولة بشرعية عقوبة تأديبية ضدّ رئيس مصلحة وقيام مسؤوليته الشخصية بالنّظر إلى تطبيق لتعليمات رئيسه والحال أنها مخالفة بصفة صارخة للشّرعية[47].

تختصّ الإدارة البلديّة كأيّ جهاز تنفيذي بإنفاذ **النّصوص التّرتيبية أو المشاريع أو المخطّطات الّتي تتولّى إعدادها** قبل أن تُحال على المجلس البلدي للمصادقة. في هذا الإطار، فإنّ الإدارة البلدية قد تَحُدّ من الحقوق بمناسبة إعداد المشاريع الاستثمارية البلدية السنوية بمكوّناتها الثلاث (مشاريع القرب، المشاريع الإدارية، المشاريع المهيكلة) قبل إحالتها على المجلس للنّظر فيها وعلى المتساكنين للتصويت على مشاريع القرب في الجلسات التشاركية. لذا، فإن الإدارة البلديّة مطالبة باحترام مقتضيات الفصل 49 عند إعداد تصوراتها الفنية للمشاريع كي لا يتمّ المصادقة عليها، والحال أنها تَحُدُّ بشكل غير مناسب للحريات والحقوق مما يُعَرِّضها إلى عدم قبولها عند إنفاذها.

كما تسهر الإدارة حسب مقتضيات الفصل 270 (م.ج.م) على خدمة المواطنين من خلال ضمان حقوقهم الدستورية، منها حقّ النفاذ إلى المعلومة دون التّقييد منه إلّا وفق ما يقتضيه قانون 14 مارس/ آذار 2016 المتعلّق بحقّ النّفاذ إلى المعلومة الّذي يُعَدِّد القيود المضروبة على هذا الحقّ.

47 CE Sieur Langneur.

الجزء الثالث

ما هي صور تطبيق الفصل 49 من قبل الجماعات المحلية؟

عديدة هي الحقوق والحرّيات الّتي تمارس في الفضاء المحلّي من قبل المتساكنين والمجتمع المدني والمستشارين والأعوان البلديين والّتي قد يتمّ التّقييد منها بفعل ممارسة الهياكل البلدية لاختصاصاتها المختلفة: منها حرّية التّعبير (العنوان الأول)، حقّ النّفاذ إلى المعلومة (العنوان الثاني)، حرّية التّنقل (العنوان الثالث)، الحقّ في بيئة سليمة ومستدامة (العنوان الرابع)، حقّ الملكية(العنوان الخامس)، حرّية الصّناعة والتّجارة (العنوان السادس)، الحقّ في الماء (العنوان السابع)، الحقّ في الصّحة (العنوان الثامن)، حقوق ذوي الإعاقة (العنوان التاسع).

العنوان الأول- احترام الفصل 49 عند الحدّ من حرّية التّعبير

نميّز في هذا الإطار بين احترام الفصل 49 عند الحدّ من حرّية التّعبير بالنّسبة للمستشارين المحليين وبالنسبة للمتساكنين والمتساكنات.

الفرع الأول- احترام الفصل 49 عند الحدّ من حرّية تعبير المستشارين المحلّيين

يتمتّع المستشار المحلّي بحرّية التّعبير طوال مدّته النّيابية وخلال قيامه بمهامه المختلفة وذلك من خلال التّعبير عن آرائه السّياسية بكل حرّية. ويستمدّ المستشار هذه الحرية من خلال الفصل 31 من الدستور الذي يمنع كل رقابة مسبقة. وتشمل هذه الحرّية الأغلبية الحاكمة وخاصة المعارضة بتمكينها من وسائل العمل والمعلومات والمعطيات المناسبة والكفيلة بممارسة هذا الحقّ بكلّ فعالية.

يتجسد جوهر حرية التعبير كما يلي:

- أولا- في تمكين المستشار من إيصال آرائه دون قيد ضمن أعمال اللّجان والجلسات العامّة.
  ثانيا- في حقه توجيه الأسئلة بصنفيها الكتابية والشفاهية.
- ثالثا- في تنظيم جلسات استماع لرئيس المجلس البلدي ومساعديه ورؤساء اللّجان والدّوائر طبق النّظام الدّاخلي للمجلس.

ترتبط ممارسة حرّية التّعبير بمشاركة المستشار المحلّي في الحياة المحلّية الّتي ترتبط بدورها بإعلامه عبر تبليغ الاستدعاء للجلسات واجتماعات اللجان وبتحديد تاريخ وساعة التئامها. كما تَبْقى مُتَّصِلة بمدى وجود فضاءات مناسبة يُمكن من خلالها للعضو أن يُعَبِّر فيها عن رأيه، لذلك اقتضى الفصل 225 (م.ج.م) أن البلديّات تسعى إلى وضع فضاءات مشتركة على ذمّة أعضاء المجلس البلدي وفق الشروط التي يضبطها النّظام الدّاخلي.

كما تتوقف ممارسة هذه الحرية على نوعية المعلومة وتَدَفُّقِها ووصولها إلى الأعضاء ممّا يسمح لهم باستغلالها، ذلك أن الأجهزة البلدية يُمْكِنها التضييق من حرّية التّعبير عبر التّحكم في المعلومات واختيار شكلها وتاريخ نشرها أو الاعلام بها.

تفترض حرّية التّعبير كذلك تمكين المستشار المحلّي من تكوين يتناسب مع المهام الموكولة له، لذلك على البلدية توفير الفضاءات الكافية والاعتمادات الخاصّة بالتّكوين لتيسير الممارسة الفعلية للحقّ في التّعبير.

ينصّ في هذا الصّدد الفصل 43 من المجلة أن "لأعضاء المجالس المحلية وأعوان الجماعات المحلية الحقّ في تكوين يتناسب ومهامهم. تعمل الجماعات المحلية على التّعاون مع مؤسّسات التّعليم العالي ومؤسّسات التّكوين لتنظيم برامج تكوين لفائدة المنتخبين والأعوان. تخصّص الجماعات المحلية اعتمادات للتّكوين تتناسب والبرامج المعتمدة للغرض وألّا تقل عن 0,5 بالمائة من ميزانية التّصرّف".

قد يؤدّي عدم تمكين المستشار من التّكوين المناسب إلى المساس من حقّه في التّعبير، إذ قد يَجنح العضو إلى السّكوت وعدم التّعبير عن رأيه بالنّظر إلى النّقص في المعارف.

يمكن لرئيس المجلس البلدي أو من يقوم مقامه (الفصل 218 م.ج.م) أو رئيس الدائرة (الفصل 231 م.ج.م) باسم الحفاظ على النّظام العام داخل الجلسة العامة تقييد حرّية التّعبير على أن لا يفرغها من جوهرها بموجب سلطات الضّبط الّتي يمارسها. يمكن لرئيس الجلسة أن يأمر من يتسبّب في الإخلال بسير الجلسة بمغادرتها في صورة دعوته للعنف والكراهية والتمييز، كما له الاستنجاد بالقوّة العامّة لحماية الاجتماعات وضمان سيرها العادي.

هذا، وقد أسند النظام الداخلي النموذجي في فصله 53 لرئيس الجلسة الحقّ في تقييد حرّية التّعبير للأعضاء في صور مختلفة، منها "تجاوز حدود اللياقة والأدب".

إن استعمال هذه العبارات الفضفاضة وغير المحدّدة من شأنه أن يُشَكّل مدخلا للحدّ من الحرية بشكل غير متناسب، ويتّجه تأويلها تأويلا ضيّقا.

موقف المحكمة الإدارية من النّظام الدّاخلي النّموذجي

إنّ المجالس البلديّة ليست مطالبة بالمصادقة الكاملة على هذا النّظام النّموذجي، إذ اعتبر الرئيس الأول للمحكمة الإدارية أنّ «أحكامه لا تكتسي صبغة دائمة وإنّما هي مقتضيات مؤقّتة إلى حين مصادقة المجالس البلديّة على أنظمتها الداخلية...» [48].

لئن يتمتّع رئيس الجلسة بسلطة تقديريّة، فإنّ ذلك لا ينبغي أن يؤدّي إلى إفراغ الحقّ من جوهره أو المسّ به بشكل مشطّ باتّخاذ قرار بطرد المستشار، بل على رئيس الجلسة أن يُعْمِلَ مبدأ التناسب بقياساته الثلاث. وعليه مراعاة التّدرّج في اتّخاذ الإجراءات الأقلّ وطأة على حرّية التّعبير بأن لا

48 المحكمة الادارية، القضية عدد 4102954 بتاريخ 3 جانفي/ كانون الثاني 2019، جمعية بوصلة ضد رئيس الحكومة (غير منشورة).

يتّخذ الإجراء الأكثر وطأة إلّا في صورة استحالة القيام بإجراءات أقلّ حدّة (استدعاء المعني بالأمر لاجتماع بمكتب الرئيس، رفع الجلسة بصورة مؤقّتة، كما اقتضى ذلك الفصل 55 من النظام الداخلي النّموذجي...). في كل الحالات، فإنه يتّخذ القرار المناسب بالنّظر للغاية المرجوة أي الحفاظ على النّظام العامّ دون مصادرة حق المستشار في المشاركة السياسية.

كما قد يحصل تقييد في حرّية التّعبير بموجب التقليص من آجال الدّعوة للجلسات المقدّرة في الظّروف العاديّة بخمسة عشر يوما. يمكن في حالة التأكّد اختصار آجال الدّعوة إلى المجلس بيومين، كما أنّه في حالة التّأكد القصوى تُبَلَّغ دعوة المجلس للانعقاد حالا، مما قد يَحُدّ من حريّة المشاركة السياسية، وبالتّبعية من حرية التعبير. بذلك، قد يُحْرم العضو من حقّ الاطّلاع والتّمعّن في جدول الأعمال الذي يُرْسَلُ وجوبا مع الدّعوة للاجتماع. إنّ الضغط على الآجال في مختلف هذه الصّور له تداعيات على فعاليّة ممارسة حقّ التعبير، إذ قد تَصْرِفُ العضو إلى التّصويت أو التّعبير عن رأيه دون دراية وتَمَعُّن في المسائل المطروحة. لذا يجب التعامل مع آجال الدّعوة بشكل عقلاني.

كما تجد حرّية التّعبير تجسيدا لها في **حقّ طرح الأسئلة الكتابية والشفاهية** والتي أحال الفصل 222 من المجلة مسألة تنظيمها إلى النظام الداخلي النموذجي. يُمَكِّنَ هذا الفصل الأعضاء من تقديم أسئلة فردية أو جماعية على أن يُقَدَّمَ الطّلب قبل شهر من تاريخ الجلسة. إنّ اشتراط النّظام الدّاخلي النّموذجي إيداع السّؤال في أجل الشّهر قبل انعقاد دورة المجلس من شأنه أن يَحُدَّ من حرّية المستشار في تقديم الأسئلة. ولئن يُعَدُّ إقرار شرط زمني إجراءً تنظيميا لممارسة حقّ طرح الأسئلة، إلا أنّ تحديده بشهر لا يبدو مناسبا لتحقيق الغاية الّتي من أجلها تمّ إقراره (تنظيم الأسئلة للإجابة عنها). كما لا يتوافق أجل الشّهر مع أجل تبليغ المستشار الاستدعاء للجلسة العامة (15 يوم قبل تاريخها المحدد). فكثيرا ما يثير جدول الأعمال تساؤلات لدى المستشار، غير أنه لا يمكن له توجيه سؤال كتابي بالنّظر لتجاوز أجل الشهر المخصّص لطرح الأسئلة. للمجلس أن يُخالف هذا الشرط الزّمني بالضّغط عليه والنّزول به إلى أسبوع، وبذلك يعطى حيّزا زمنيّا أكبر للمستشار لطرح الأسئلة بناء على جدول الأعمال المرسل إليه، وبالتّالي نضمن حقّ المشاركة الفعلية في تسيير الشّأن المحلّي.

كما تقتضي ممارسة حرّية التّعبير أن يتولّى رئيس البلدية الإجابة على الأسئلة بشكل واضح ومباشر، إلّا أنّ النّظام الدّاخلي النّموذجي ينصّ على إمكانية دمج إجابات الأسئلة المتشابهة ذات نفس الموضوع. يُعَدُّ هذا الإجراء مناسبا بالنّظر إلى عدم مساسه بحرّية التّعبير، بشرط ألّا يقع استعماله كمطيّة لعدم الإجابة على بعض الأسئلة بحجّة تشابهها أو أن يقوم رئيس الجلسة بدمج إجابات على أسئلة غير متشابهة لغاية التهرّب من الإجابة المباشرة.

الفرع الثاني- حرّية تعبير المتساكنين والمتساكنات

لمتساكني الجماعة المحليّة حقّ المشاركة في إدارة الشّؤون العموميّة (الفصل 25 من العهد الدّولي لحقوق الإنسان) ومنها الشّؤون المحلّية سواء بصفة مباشرة أو عن طريق ممثّليها المُنتَخَبين. وتُكَرِّس مجلّة الجماعات المحلّية حقّ المشاركة المباشرة عبر إمكانية تنظيم الاستفتاء وعبر اعتماد آليات الدّيمقراطية التّشاركية.

انطلاقا من كون البلديّة الإطار الأوّل لممارسة الحقّ في التّعبير، فإنّ المتساكن المحلّي يمارس حرّيته في التعبير من خلال المساهمة في اقتراح البرامج ومتابعة تنفيذها وتقييم أداء السّلطة المحلّية سواء خلال الجلسات التّمهيدية أو الجلسات التّشاركية في إطار إعداد البرنامج السنوي للاستثمار أو في إطار آليات الاستشارة والتشاور والقرار المشترك.

تُعَدُّ الجلسات التّمهيدية إطارا لممارسة حرّية التّعبير المحلّي والّتي يُدعى إليها متساكنو المنطقة بوسائل الإعلام المتاحة لسماع مداخلاتهم في المسائل ذات الصّبغة المحلّية وتعريفهم بالبرامج البلدية، وعلى البلدية الحرص على اعتماد وسائل الدعاية المناسبة لاعلام العموم بتاريخ الجلسة ومكانها. وبالرّغم من أهميته، فإنّ هذا الصّنف من الجلسات غير مُنَظَّم في قانون الجماعات المحلية، لذلك فإنّ المجالس البلدية تقوم بتنظيمها دون الاحتكام لنصّ قانوني، فعليها التقيد في صورة الحدّ من حرّية التّعبير بضوابط الفصل 49.

تُعتبر الجلسات التشاركية المخصّصة لإعداد البرنامج السنوي للاستثمار الإطار الرحب للمتساكنين للتّعبير عن آرائهم بخصوص المشاريع التي تهم منطقتهم وممارسة حقهم في المشاركة وفق منهجية أُعدّت من قبل مصالح وزارة الجماعات المحلية. قد يَتِمُّ التّقييد من هذا الحقّ بموجب نصّ ليست له قيمة تشريعية، والحال أنّ الضّوابط لا يمكن أن تكون إلّا بمقتضى قانون أساسي. ترتبط المنهجية التشاركية الّتي تعتمدها البلديات بالبرنامج السنوي للاستثمار فحسب للحصول على القروض من قبل صندوق القروض ودعم الجماعات المحلية. قد حتمت جائحة "كوفيد-19" التضييق على الحق المشاركة بالاقتصار على تنظيم الجلسات التشاركية وجلسات المناطق عن بعد أو عبر البث المباشر وتفادي الجلسات الحضورية توقيا من تفشي الفيروس. افترضت الموازنة بين حق المشاركة والحق في الصحة تقديم هذا الاخير.

لذلك، على الجماعات المحلية ضبط المنهجية التشاركية بالنسبة لبقية المجالات بالاشتراك مع منظّمات المجتمع المدني بمقتضى قرار طبق ما يقتضيه الفصل 29 (م.ج.م)، ولا يمكن التّذرّع بعدم صدور النّظام النّموذجي بمقتضى أمر حكومي للتّفصّي من هذا الالتزام. وعلى المجالس أن تراعي مبدأ التناسب عند تقييدها لممارسة الحقوق والحرّيات بموجب القرار المتّخذ طبق الفصل سابق الذكر.

إنّ حرّية التّعبير على الصعيد المحلي ليست مطلقة، بمعنى أنّ السّلطة المحلّية يمكن تقييدها على أن تراعي مبدأ التناسب. تتجسّد حرّية التّعبير من خلال تمكين المتساكنين من حقّهم في إبداء رأيهم.

ينص الفصل **30** فقرة ثانية (م.ج.م) «تُمسك الجماعة المحلّية سجلّا يتضمّن مكوّنات المجتمع المدني المعنيّة بالشّأن المحلّي بناء على طلبها. كما تمسك سجلّا خاصّا بآراء المتساكنين ومكوّنات المجتمع المدني والإجابة عنها. ويمكن اعتماد منظومة إلكترونية لمسك نفس السّجل».

تطبيقا للفصل 30، صدر الأمر عدد 401 المؤرخ في 6 مارس/ آذار 2019 ليضبط كيفيّة مسك السّجلات في صيغها الورقيّة والإلكترونية. إنّ اعتماد السّجلات الإلكترونية فحسب من شأنه أن يُقَيِّد حرية التّعبير بالخصوص بالنّسبة للفئات الّتي لا تستعمل هذا النّوع من وسائل الاتّصال في الأرياف أو بالنّسبة للفئات الهشّة والضّعيفة كالمرأة الرّيفية وكبار السّن الّذين لا يُحسنون التّعامل مع وسائل الاتّصال الحديثة أو قد لا يملكون أصلا الوسائل والتّجهيزات الضّرورية.

إنّ اشتراط تسجيل الآراء والاستفسارات في السّجلات لا ينبغي أن يؤول إلى التّضييق من ممارسة حرّية التّعبير خاصّة للمتساكنين القاطنين بعيدا عن مقرّ البلدية، لذا فإنّ الاعتماد المتزامن للصّبغة الإلكترونية والورقية يُعَدُّ السّبيل الأكثر تناسبا. إضافة إلى ذلك، فإنّ القصد من إجراء تسجيل الآراء والاستفسارات هو إثبات الإيداع وإعداد الإجابة. لذا، فإنّ على السّلطة المحلّية عدم التّقيّد بهذا الإجراء وألّا ترفض أي صيغة للتعبير عن الرأي كلّما كان الإجراء المتّبع لا يمسّ بالضّوابط الّتي جاء بها الفصل **49**.

إنّ عمليّة تسجيل الآراء في السّجلات قد يتطلّب تَنَقُّل المتساكن لمسافة طويلة لمقرّ البلديّة وتحمّل تكاليف مالية، ممّا قد يُغَذِّي عزوفه عن ممارسة حقّه في التّعبير. لذا، يجب مراعاة مبدأ التّناسب بين الإجراء والغاية الّتي يهدف إليها، وذلك بتمكين المتساكنين من تسجيل آرائهم ومقترحاتهم واستفساراتهم دون التّقيد بالإجراءات الشّكلية.

كما أنّ المجلة تسند لرئيس البلديّة مهمّة الإصغاء لمشاغل المتساكنين والمجتمع المدني وتقديم الأجوبة عن تساؤلاتهم (الفصل 257 م.ج.م). ولغاية تنزيل هذا الإجراء الّذي من خلاله يُعَبِّر المتساكنون عن آرائهم، ينبغي على رئيس البلدية أن ينظّم هذه اللّقاءات في أماكن وأوقات تسمح بالمشاركة الفعليّة (ذلك أن تنظيمها في الفترات الصّباحية ينجرّ عنه لا محالة تقييد لحقّ المشاركة).

تقييد حرية تعبير المستشار المحلي قرار رئيس جلسة إخراج مستشار بسبب إخلاله بسير الجلسة بسبب الدعوة للعنف والكراهية		
الشروط	**الاختبار**	**الإجابة عن الاختبار من قبل السلطة صاحبة الاختصاص**
السنـــد القانـــوني للإجراء	هل يوجد سند تشريعي للإجراء المتمثل في إخراج المستشار من قاعة الجلسة؟	الفصلان 218 و 231 من مجلة الجماعات المحلية.
جوهر الحق	هل أن هذا الإجراء يلغي تماما حرية التعبير أو يجعلها استثنائية؟	نعم، طرد المستشار من الجلسة يلغي حرية التعبير تماما (إذا كان ما تفوّه به يدخل في إطار حرية التعبير).
موجـــب ضـروري مقبول في دولة مدنية ديمقراطية	هل هناك ضرورة مقبولة في دولة مدنية ديمقراطية لاتخاذ هذا الإجراء؟	تعد حماية حقوق الغير والأمن العام موجب ضروري مقبول في دولة مدنية ديمقراطية.
التناسب	هل أن إجراء الطرد ملائم للموجب الضروري المقبول في دولة مدنية ديمقراطية؟	نعم إجراء الطرد ملائم ويسمح بتحقيق الموجب.
	هل أن إجراء الطرد ضروري؟ ألا يوجد إجراء آخر أقل وطأة على الحرية؟	الإجراء يقتصر على الطرد من الجلسة التي دعا فيها المستشار إلى العنف والكراهية وليس الطرد من جميع الجلسات، ويعدّ بذلك إجراء ضروريا.
	هل أن الاجراء يراعي التوازن بين المصالح المختلفة؟ هل هناك مساس مفرط بالحرية؟	الإجراء مراع للتوازن ولا يحمل شططا في المساس بالحرية في صورة ثبوت المساس بها.

العنوان الثاني– احترام الفصل 49 عند الحدّ من حقّ النّفاذ إلى المعلومة

يتعلّق حقّ النّفاذ إلى المعلومة بالمستشارين من جهة، والمتساكنين والمتساكنات ومنظمات المجتمع المدني وكلّ من له علاقة بالبلدية، من جهة أخرى.

الفرع الأول– احترام الفصل 49 عند الحدّ من حقّ المستشارين المحليين في النّفاذ إلى المعلومة

ينصّ الفصل 32 من الدستور على مايلي: "تضمن الدّولة الحقّ في الإعلام والحقّ في النّفاذ إلى المعلومة...". وترتبط المشاركة السّياسية الفعليّة للمستشار صلب الهياكل المحلّية بمدى حصوله على المعلومة، ذلك أنّ قيامه بمهامه في إطار الجلسات العامّة ونجاعة مشاركته في الأنشطة البلدية مرتبط بمدى توفّر المعلومة لديه. يشمل هذا الحق جميع المعطيات والمعلومات التي من شأنها أن تساعد المستشار المحلّي على القيام بأدواره التمثيلية. ويشمل هذا الحقّ بالخصوص ملفّات الصّفقات والتّصرف المالي في البلدية.

يتجسّد هذا الحقّ بصورة فعلية من خلال توفير المعلومة المطلوبة و/ أو توفّرها وفق أسلوب يسمح بالنّفاذ إليها وفهمها من قبل جميع المستشارين مهما كانت مستوياتهم. إنّ وضع معلومات فنّية أو تقنيّة (المالية والمحاسبية) مصحوبة بمذكّرات توضيحيّة وتبسيطيّة من شأنه أن يضمن بصورة فعلية حقّ النّفاذ.

إنّ تحديد حقّ الاطّلاع على المعلومات بمدّة زمنيّة من قبل مجلة الجماعات قد يَحُدُّ من ممارسة الحقّ في النّفاذ إلى المعلومة، من ذلك أن وضع المعلومة على ذمة المستشار المحلّي لمدّة زمنية قصيرة لا يَضْمن حقّ الاطّلاع عليها بصفة متكاملة خاصة إذا كانت ذات صبغة تقنية.

ينصّ الفصل 217 من المجلّة على مايلي: «تُرفق الدّعوات إلى جلسات المجلس البلدي بملحوظات تفسيرية حول المسائل الّتي تُعرض على التّداول أثناء الجلسة. تُحال على أعضاء المجلس البلدي وجوبا قبل انعقاد الجلسة خمسة أيّام على الأقلّ مشاريع الصّفقات أو غيرها من العقود. ولكلّ عضو من أعضاء المجلس البلدي في إطار ممارسته لمهامّه الحقّ في الاطّلاع على كلّ الوثائق والمعطيات المتعلّقة بالمسائل البلديّة الّتي تكون موضوع تداول».

لئن يضمن إرفاق الدّعوات بملاحظات تفسيريّة النّفاذ إلى المعلومة، فإن حَصْرَ المدّة بالنّسبة إلى الصّفقات والعقود بخمسة أيام قد لا يضمن فعاليّة النّفاذ. على خلاف ذلك، فإنّ مشروع الميزانية يُوجّه وجوبا إلى الأعضاء قبل 15 يوم، وهو ما يُعَدّ أجلا معقولا للمستشار.

يُمكن للمجالس البلدية أن تُمَدِّد أجل الخمسة أيام، بما لها من حرّية في التّدبير، بغاية ممارسة أفضل لحقّ النفاذ. كما يُعتبر الأجل التّشريعي حدّا أدنى لا يمكن للمجالس التّقليص منه، غير أنّه بإمكانها تمديده.

الفرع الثاني- احترام الفصل 49 عند الحدّ من حقّ المتساكنين والمتساكنات في النّفاذ إلى المعلومة

على المجلس المحلّي ضمان تَدَفُّق المعلومة بشكل انسيابي وسلس وفق أسلوب مبسّط يُمَكِّن المتساكن من الاطلاع عليها، ذلك أن الإعلام وضمان حقّ النفاذ يُعَدَّان الدّرجة الدّنيا والأساسية للمشاركة المواطنية بصفة فعليّة. على الجماعات المحلية نشر مختلف المعلومات المتعلقة بتسيير البلدية وكلّ أنشطتها على مختلف الوسائل المادية واللامادية. ينص القانون عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس/ آذار 2016 على واجب النشر التلقائي لمجموعة من المعلومات والمعطيات، علاوة على إمكانية طلب النفاذ المقدم من كل شخص طبيعي أو معنوي وفق الإجراءات التي يضبطها. وقد أصدرت هيئة النفاذ إلى المعلومة قرارا في 17 جانفي/ كانون الثاني 2019 يقضي بإلزام رئيس بلدية العين (ولاية صفاقس) بنشر المعلومات المطلوبة المشمولة بواجب النشر التلقائي على موقع الواب الخاص بالبلدية وتحيينها بغض النظر عن ورود مطالب النفاذ إلى المعلومة بشأنها من عدمه[49]. يتمثل محتوى الحقّ في إبلاغ المعلومة للمتساكنين بشكل مستمرّ وغير منقطع ووفق وسائط تُمكِّن من فهم كنهها وتَمَثُّلها واستعمالها وتوظيفها. كما يُفترض أن تضع الجماعة المعلومة على ذمّة المتساكنين المدّة الكافية الّتي تسمح بالاطّلاع عليها. كما عليها أن تراعي جميع الفئات في إشهار المعلومات والإعلام، بما في ذلك الأُميّين والصمّ وفاقدي البصر وكبار السنّ، وذلك باعتماد مقاربة مُشَخَّصة تأخذ بعين الاعتبار خصوصيّة كلّ فئة، لتضمن بذلك احترام مبدأ التناسب.

لئن تقوم الدّيمقراطية التّشاركية على إشراك المتساكنين في اتّخاذ القرار، فإنّ نجاعتها تبقى مرتبطة بفاعليّة السّياسة التّواصليّة التي تُعِدُّها الجماعة بالتّعاون مع منظّمات المجتمع المدني. يقتضي إعداد البرامج السنوية للاستثمار للبلديات تشريك المتساكنين بصورة فعليّة، بمعنى أن تَضمَن عِلْما مُوَسَّعا وشاملا بالجلسات ليَتَمَكَّن المتساكنون من الحضور لإبداء آرائهم ومقترحاتهم. لذلك، فإن الإعلام بالاقتصار على مجرد تعليق الدّعوات على مقرّات البلدية يُعَدُّ إجراء غير مناسب لضمان المشاركة الفعليّة التي نصت عليها المجلة.

إنّ استعمال عبارة "وسائل الإعلام المتاحة" صلب مجلّة الجماعات المحليّة في عديد المواضع يُعطي قانونا سلطة تقديريّة للبلديّة في استعمال مجموعة الوسائل التي تكون قادرة على توفيرها.

49 قرار عدد 2018/ 490 بتاريخ 17 جانفي/ كانون الثاني 2019 س.ح/ رئيس بلدية العين.

يجب ألّا تُستعمل هذه العبارة كمطيّة للحدّ من الاطّلاع على المعلومات، وذلك باستعمال الوسائل التي لا تُمكّن من معرفة بعض المعلومات بشكل تامّ أو أن تحصر البلدية العلم بها لفئة دون أخرى بالنّظر إلى الآلية المعتمدة.

يشمل حق النفاذ إلى المعلومة اطلاع الأجوار على رخصة البناء التي يمنحها رئيس البلدية طبق الفصل 258 (م.ج.م)، وقد تقدم على سبيل المثال مجموعة من المتساكنين لرئيس الدائرة الابتدائية بصفاقس استعجاليا على أساس الفصل 81 من قانون المحكمة الإدارية بمطلب نفاذ لرخصة بناء المسندة لجار لهم وللمثال الهندسي المصاحب لها. وقد أذن رئيس الدائرة بتمكينهم من رخصة البناء فحسب ليتكمنوا من التحقق من شرعية رخصة البناء ومدى احترام التراتيب الخاصة بحماية المناطق المجاورة للمعالم التاريخية[50].

ويتسلط حق النفاذ على الرخصة فحسب والتي على البلدية نشرها على موقعها الرسمي مصحوبة برأي اللجنة الفنية طبق الفصل 258 (م.ج.م)، تدخل هاتان الوثيقتان ضمن البيانات المفتوحة، ولا يشمل حق النفاذ الأمثلة الهندسية التي تعد من الوثائق ذات العلاقة بالمعطيات الشخصية.

إنّ الحد من حق النفاذ إلى المعلومة للمتساكنين يتوقف على الاستثناءات الواردة بالقانون عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس/ آذار 2016 (الفصول 24-28). ويشمل حق النفاذ بالنسبة لمتساكني البلديات جميع المعلومات المالية ما لم تُؤد إلى إلحاق الضرر بالأمن العام أو الدفاع الوطني أو بالعلاقات الدولية أو بحقوق الغير في حماية حياته الخاصة ومعطياته الشخصية وملكيته الفكرية.

قد أقرت هيئة النفاذ إلى المعلومة أن حق النفاذ يشمل الحصول على نسخة الكترونية تتضمن قائمة مفصلة من المداخيل بعنوان الأداء على النزل بعنوان سنتي 2017 و2018 [51]، وعلى نسخ من محاضر الجلسات العادية للمجلس البلدي [52].

50 المحكمة الادارية، الدائرة الابتدائية بصفاقس، القضية عدد 07300005 بتاريخ 18 ديسمبر/ كانون الأوّل 2018.

51 قرار هيئة النفاذ إلى المعلومة عدد2018/ 589 بتاريخ 12 سبتمبر/ أيلول 2019، ن.د.ع/ بلدية جربة حومة السوق.

52 قرار هيئة النفاذ إلى المعلومة عدد 2018/ 16،17،18 بتاريخ 2 أفريل/ نيسان 2018، م.أ.ط/ رئيس النيابة الخصوصية لبلدية طربة.

رفض مطلب نفاذ إلى المعلومة تقدم به مواطن للحصول على نسخة من المثال الهندسي المصاحب لرخصة البناء لجار بصدد بناء منزل		
الشروط	**السؤال**	**الإجابة عن الاختبار من قبل السلطة صاحبة الاختصاص**
السنـــد القانـــوني للإجراء	هل يوجد سند تشريعي للإجراء المتمثل في رفض مطلب النفاذ إلى المعلومة؟	الفصلان 32 و258 من مجلة الجماعات المحلية والفصل 24 من القانون عدد 22 المؤرخ في 16 مارس/ آذار 2016 المتعلق بالنفاذ إلى المعلومة.
جوهر الحق	هل أن هذا الإجراء يلغي تماما حق النفاذ إلى المعلومة أو يجعله استثنائيا؟	نعم رفض الطلب يُفْرِغُ الحق من جوهره.
موجـــب ضـروري مقبول في دولة مدنية ديمقراطية	هل هناك ضرورة مقبولة في دولة مدنية ديمقراطية لاتخاذ هذا الإجراء؟	تعد حماية حقوق الغير (معطياته الشخصية) موجب ضروري مقبول في دولة مدنية ديمقراطية.
التناسب	هل أن رفض مطلب النفاذ ملائم للموجب الضروري المقبول في دولة مدنية ديمقراطية؟	نعم إجراء رفض المطلب ملائم ويسمح بتحقيق الموجب.
	هل أن الإجراء ضروري؟ ألا يوجد إجراء آخر أقل وطأة على الحق؟	الإجراء ضروري بالنظر إلى أن حق النفاذ يقتصر على الرخصة التي تصنف ضمن البيانات المفتوحة، في حين أن المثال الهندسي يندرج ضمن المعطيات الشخصية.
	هل أن الاجراء يراعي التوازن بين المصالح المختلفة؟ هل هناك مساس مفرط بالحق؟	الإجراء مراع للتوازن ولا يحمل شططا في المساس بالحق.

العنوان الثالث- احترام الفصل 49 عند الحدّ من حرّية التّنقل في الفضاء المحلّي

لكلّ مواطن حسب الفصل 24 من الدستور الحرّية في اختيار مقرّ إقامته وفي التّنقل داخل الوطن وله الحقّ في مغادرته. وتأسيسا على ذلك، فله **حقّ استعمال الطّرق البلدية على اختلاف أصنافها** (مرقّمة أو غير مرقّمة، حضريّة أو ريفيّة...). إنّ حرّية التّنقل على المجال المحلّي تعلو جميع المقتضيات ولا يمكن تحديدها إلّا لتحقيق الأهداف الدستورية المشروعة (الأمن العام والصحة العامة...) وبمقتضى إجراءات متناسبة مع الأهداف المُراد الوصول إليها. إلا أن مجلس بلدية القطار من ولاية قفصة اتخذ بتاريخ 25 نوفمبر/ تشرين الثاني 2020 قرارا يقضي بمنع مرور شاحنات نقل الفسفاط ومشتقاته عبر طرقات البلدية دون ربطه بأحد الأهداف الدستورية المنصوص عليها بالفصل 49. علاوة على نسف هذا القرار لجوهر حق التنقل، فإنه لا يتأسس على أي مبرر تقتضيه الدولة المدنية الديمقراطية.

إنّ تهيئة مناطق إيواء وسائل النّقل داخل المنطقة البلديّة لا يُنْظَرُ إليها بمثابة الإختصاص الّذي يعود للبلديّة والذي يُوَفِّر لها موارد مالية فحسب ، بل يُنظر إليها كذلك على أساس مدى ضمانها لحريّة التنقل لجميع الأشخاص (منهم بالخصوص الفئات الضّعيفة والهشّة وذوي الاحتياجات الخصوصيّة)، إذ تبقى شرعيّة قرارات التّهيئة مرتبطة بمدى تناسبها. كما يجب ألّا تكون المعاليم التي تحدّدها البلديّات لربوض وسائل النّقل لضمان حرّية التّنقل مشطّة أو غير متناسبة مع الخدمة المسداة.

يَشُق الفضاء المحلّي عديد الطّرقات منها الوطنيّة والسّريعة والتي قد تشهد اكتظاظا وذروة في الاستعمال بما قد يهدّد سلامة المتساكنين، وهذا ما قد يَجُرّ رؤساء البلديّات إلى اتّخاذ إجراءات ضبطيّة بعنوان الأمن العام والسّلامة. ترتبط شرعيّة هذه الإجراءات بمدى توفّق رئيس البلديّة في إعمال الموازنة بين حقّ التّنقل ومقتضيات السّلامة والأمن والصّحة. كما إنّ مرور بعض وسائل النّقل الثّقيلة على الطّرقات البلدية بصفة متكرّرة يؤدّي إلى تردّي حالتها.

فإلى أيّ مدى يمكن اتّخاذ إجراءات وقائية للحدّ من تهرئ البنية التّحتية المحلّية؟ فهل يجوز في هذه الصّورة تقييد حرّية التّنقل لأسباب تتعلّق بحماية المرفق العام من التآكل بفعل كثرة الاستعمال؟

يمكن أن يرتبط الإجراء التّقييدي المُتَّخَذ على أساس حماية المرفق العام بالهدف الدستوري المتمثّل في حماية حقوق الغير (الأجيال القادمة) أو الأمن العام، وذلك بتأمين حقّ الأجيال القادمة والمتساكنين في بُنَى تحتيّة سليمة وغير مهترئة. وبالتالي، يكون التّقييد مرتبطا بهدف دستوريّ مشروع بالرّغم من تعلّقه بأسباب مرتبطة بضرورة صيانة المرفق العامّ.

أسباب إمكانية الحدّ من حرّية التّنقل على الطّرقات البلدية

أقرّ القضاء الفرنسي أنّ تقييد حرّية تنقّل وسائل النّقل الثّقيلة (منع التّجول أو تحديد ساعات التّنقّل أو الرّبوض...) داخل المنطقة البلديّة بالرغم من أهمّيتها الماليّة، يمكن أن يتأسّس على الاعتبارين التّاليين أو أحدهما:

- المرفق العام عبر حماية الطّبقة الاسفلتية من التآكل وبفعل الاكتظاظ،
- حماية أمن وسلامة المترجّلين وبقيّة مستعملي الطّرق البلديّة[53].

لقد تنوّعت الإجراءات التّقييدية واختلفت خلال أزمة "كوفيد - 19" وشملت بالخصوص حرّية التّنقل، ممّا جعل المتضرّرين يحتكمون إلى القضاء الإداري.

أوقف مؤخرا القاضي الإداري الفرنسي في مجال "استعجالي-حريات" قرار رئيس بلدية "سو" الّذي أجبر بموجبه كلّ شخص يفوق سنّه **10** سنوات بحمل القناع الواقي للأنف والفم بمجرّد الخروج من المنزل في إطار التوقّي من وباء "كوفيد-**19**". قد استند القاضي في حكمه على انتهاك قرار رئيس البلديّة الفاضح لحريّة التّنقل ولإضافته تقييدا شاملا على الصّعيد المحلّي دون أن يؤسّس ذلك على توفّر ظرف محلّي خاص[54].

لو أخضعنا هذا القرار لأقيسة اختبار التّناسب لانتهينا إلى الإقرار بأنّه غير مناسب، إذ كان يمكن لرئيس البلدية أن يوجب حَمل القناع في الشّوارع الّتي تشهد اكتظاظا بحكم وجود المحلّات التّجارية والتي قد لا تُحْتَرَم فيها مسافة التّباعد الجسدي أو أن يفرضه على المسنّين كإجراء حمائي بالنّظر إلى هشاشتهم الصحية، على أن يستند في قراراته هذه على تطور الوضع الوبائي بمنطقته البلدية.

53 قرار مجلس الدولة الفرنسي 1995/ 10/ 20 département des Alpes-de-haue-Provence وقرار 1966/ 3/ 2 société Lyon-marée

54 قرار المحكمة الإدارية دي سارجي بونتواز، رابطة حقوق الإنسان بتاريخ 9 أفريل/ نيسان 2020.

منع حرية تنقل الشاحنات في الطرقات البلدية داخل المدينة		
الشروط	**السؤال**	**الإجابة عن الاختبار من قبل السلطة صاحبة الاختصاص**
السنـــد القانـــوني للإجراء	هل يوجد سند تشريعي للإجراء المتمثل في منع حرية تنقل الشاحنات؟	الفصلان 266 و267 من مجلة الجماعات المحلية.
جوهر الحق	هل أن هذا الإجراء يلغي تماما حرية التنقل أو يجعلها استثنائية؟	نعم يمس الإجراء مبدئيا من حرية التنقل.
موجـــب ضـروري مقبول في دولة مدنية ديمقراطية	هل هناك ضرورة مقبولة في دولة مدنية ديمقراطية لاتخاذ هذا الاجراء	تعد حماية حقوق الغير والأمن العام موجب ضروري مقبول في دولة مدنية ديمقراطية.
التناسب	هل أن إجراء منع المرور بطرقات المدينة ملائم للموجب الضروري المقبول في دولة مدنية ديمقراطية؟	نعم إجراء منع مرور الشاحنات ملائم ويسمح بتحقيق الموجب.
	هل أن إجراء المنع ضروري؟ ألا يوجد إجراء آخر أقل وطأة على الحرية؟	يُعد هذا الإجراء الأقسى والأقصى على الحرية وكان بالإمكان الوصول إلى تحقيق الموجب دون المنع، فيمكن مثلا السماح للشاحنات بالمرور في أوقات معينة أو تهيئة الطرقات بشكل يسمح باستعمالها من قبل الكافة.
	هل أن الإجراء يراعي التوازن بين المصالح المختلفة؟ هل هناك مساس مفرط بالحرية؟	الإجراء غير متوازن بالنظر إلى الكلفة التي يتحملها أصحاب الشاحنات بعدم المرور من المدينة وسلك طريق أطول.

العنوان الرابع- احترام الفصل 49 عند الحدّ من الحقّ في بيئة سليمة ومستدامة

إنّ رئيس البلدية مجبر على القيام بجميع ما يُحتِّمُه ضمان الحق في بيئة سليمة، خاصّة وأن للمتضرر من عدم اتخاذ رئيس البلدية لقرار ضبطي حقّ القيام ضدّ البلدية بدعوى مسؤولية لجبر الضرر الواقع له. مثلا، إن عدم تولّي رئيس البلديّة اتّخاذ "قرار سدم" لأي مصدر للإزعاج والرّوائح الكريهة وتكدّس الحشرات القريبة من التجمعات السكنية كالآبار المُهْملة، بناء على طلب تقدم به متساكن رغم ثبوت تسببها في روائح كريهة، يُعد تنصلا من صلاحياته[55]، مما يُرتب قيام مسؤولية الجماعة المحلية عن الأضرار التي تسببت فيها. إن شمول الحق في بيئة سليمة بالإضافة إلى البعد الطبيعي أبعادا متجددة كالجمالية الحضارية والسكينة من شأنه أن يحد من الحق في الملكية، وذلك بمنع المالك من استعمال محل سكناه بشكل يضر بأجواره.

«وحيث ولئن كانت الجماعة المحليّة مؤتمنة، في حدود اختصاصاتها الضّبطية، على حقّ الأفراد والمجموعة في العيش في بيئة سليمة، فإنّ تدخّلها لتعطيل نشاط اقتصادي بغاية الحفاظ على النّظام العامّ يبقى استثنائيا ومحكوما بتوفّر الشّروط القانونية لذلك وخاضعا للرّقابة القصوى للقاضي الإداري»[56].

يتقاطع الحقّ في بيئة سليمة، وهو حقّ دستوري مع حرّية الصّناعة والتّجارة غير المنصوص عليه في الدّستور، ممّا يوجب على السّلطة المحلية القيام بموازنة باعتبارهما من الحقوق والحرّيات المتقابلة. كما يمكن أن تتقابل الحقوق الدّستورية فيما بينها كالحقّ في النّفاذ إلى شبكات الاتّصال والحقّ في البيئة. في هذه الصورة، يقع تقديم حقّ على آخر بإجراء موازنة بينهما بالنّظر إلى طبيعة كلّ حقّ والمصالح المتضرّرة.

يُسَبِّب تركيز المحطّات القاعديّة للهاتف الجوّال على الفضاء المحلّي ضررا محتملا على المتساكنين من خلال المسّ من راحتهم بسبب المضارّ الصّحية التي تُنْتِجها بتأثيرها المباشر والخطير في صورة تركيزها بالمناطق السكنيّة على سلامة المتساكنين وخاصّة منهم الرّضع وكبار السنّ.

فهل يمكن لرئيس البلديّة التّدخّل عبر إجراء ضبطي للحدّ من حقّ النّفاذ إلى شبكات الاتّصال، وبالتالي تقديم الحقّ في الصّحة؟

55 المحكمة الادارية، القضية عدد 12830 بتاريخ 16 فيفري/ شباط 2008 علي عصيدي ضد رئيس بلدية تالة.

56 حكم ابتدائي صادر عن الدائرة الإبتدائية بقابس في القضية عدد 09100271 بتاريخ 16 جوان/ حزيران 2020، ديوان البحرية التجارية والموانئ ضد بلدية قابس.

موقف القاضي الإداري من تركيز المحطّات القاعديّة للهاتف الجوّال

طُرح أمام القاضي الإداري نزاع بخصوص المحطّات القاعديّة للهاتف الجوّال، لا من زاوية تقابل الحقوق بل من زاوية تأثيرها فحسب على صحّة المواطنين، ممّا جعل النّقاش القضائي يدور بصورة أساسية حول أحقيّة رئيس البلدية في التّدخل ضبطيا لحماية الصّحة العامّة من تأثيراتها وبصورة عرضية حول تصادم الحقوق (حرية التجارة والحقّ في الصّحة). واستند القاضي على مبدأ الحيطة ليقرّ بشرعيّة تدخّل رئيس البلدية، كما اعتمد على نظريّة الموازنة للتّقدير بين المصلحة المتولّدة للشركة وموجبات الحفاظ على الصّحة العامّة في ردّه على المطعن المثار من قبل الشركة المستغلة للمحطّة القاعديّة المتعلق بعدم جواز إزالة الجهاز بعد 4 سنوات من تركيزه.

"وحيث أن الإزالة المأذون بها تعكس حرص الإدارة البلدية على الاحتياط والتوقّي من المخاطر النّاشئة عن جهاز الالتقاط محلّ النّزاع في ظلّ ما ثبت من أنّ المسافة الّتي تفصله عن البناءات المجاورة لا تتجاوز 7 أمتار ومن أنّه محاط بتجمّع عمرانيّ يتميّز بكثافة سكنيّة تأوي شرائح عمريّة حسّاسة من كبار السنّ والأطفال.

حيث يغدو ما انتهى إليه الخبير المنتدب في هذا المجال من أنّ أجهزة الاستقبال والبثّ التي توّلت الشّركة المدعية تركيزها تستجيب إلى مقتضيات السّلامة الصّحية المقرّرة بمقتضى التّراتيب المنطبقة وحريّا بعدم الاعتماد ضرورة أنّ العبرة في هذا المجال تكمن في قيام موجبات الاحتياط من المخاطر المدّعى بها بقطع النّظر عن ثبوتها يقينيّا، و حيث والحال مما تقدم ذكره يكون القرار المطعون فيه قائما على ما يدعمه واقعا وقانونا من جهة مراعاة مبدأ الاحتياط من المخاطر النّاشئة عن أجهزة شبكة الهاتف الجوال وتقدير عواقبها.

حيث أنّ إسداء المرافق العمومية لا يحول دون إجراء سلطة الضّبط الإداري لحقّها في إعمال الصّلاحيات الرّاجعة إليها للحفاظ على النّظام العامّ في ظلّ القواعد المقرّرة حتى لا يؤول الأمر إلى الإخلال به، خاصّة أنّ إزالة الجهاز لا تحول دون تركيزه مجدّدا شريطة مراعاة مقتضيات السّلامة والصّحة...وحيث بالرجوع إلى الموازنة بين المصلحة الّتي تولّدت للشّركة بالنّظر إلى الجهاز المأذون بإزالته من ناحية، وقيمة الرّهانات التي اقترنت بها إجراءات الإزالة المتظلّم منها في مستوى الواجبات المحمولة على الإدارة البلدية في الحفاظ على الصّحة العامة، يكون قرار الإزالة قد صدر في أجل معقول"[57].

إنّ القرارات الضّبطية الّتي يتّخذها رئيس البلديّة بحجّة حماية البيئة تتسبّب في تقييد للحرّية المقابلة (حرّية الصناعة والتجارة)، ويَبْقى للمتضرّر منها القيام بدعوى إلغاء متكونة من فرعين، أحدهما لإلغاء القرار والآخر لجبر الضرر الحاصل، كما له أن يطلب توقيف أو تأجيل تنفيذ القرار المشتكى به.

57 المحكمة الادارية، القضية عدد 12964/ 1 بتاريخ 4 ديسمبر/ كانون الأوّل 2009 الشركة التونسية للاتصالات "اتصالات تونس" ضد رئيس بلدية تونس (منشورة بالمجموعة سنة 2009 الصفحة 155) .

-مثال 1-

اتّخذ مجلس بلدية قابس قرارا بتاريخ 29 مارس/ آذار 2019 يقضي بمنع تنزيل مادّة الفحم البترولي بالميناء التّجاري بقابس وجولان الشّاحنات داخل المنطقة البلديّة واستعماله في أيّ مجال لاعتبارات بيئية. فاحتكمت شركة إسمنت قابس باعتبارها المتضرّرة من قرار المنع إلى القضاء الإداري معتبرة القرار تعسّفيا بالنّظر إلى أنّها كانت تُعَوِّل عند انطلاق أنشطتها على الغاز الطّبيعي كمصدر أساسي للطّاقة، إلّا أنّ سلطة الإشراف ممثّلة في وزارة الصّناعة طلبت اللّجوء إلى مصدر طاقة بديل متمثّل في الفحم البترولي.

وتَوَلَّت الشّركة في هذا الإطار إعادة هيكلة الرّصيف عدد 10 بالميناء التّجاري بقابس وتَحَمَّلت مصاريف تهيئته وذلك قصد توريد هذه المادّة، كما تَوَلَّت القيام بعدّة دراسات للجوانب الفنية الضّرورية بهدف حماية المحيط، وتحصّلت على موافقة الوكالة الوطنيّة لحماية المحيط وأبرم الطرفان اتّفاقية تضمّنت شروطا التزمت بها الشركة. إلّا أنّ المجلس البلدي أصدر قراره المشار إليه أعلاه. فوقع تقديم طلب في توقيف تنفيذه أمام القاضي الإداري وبدعوى تجاوز سلطة بالنظر إلى عدم اختصاص المجلس في إصدار قرار المنع.

وفي ردّه على طعن الشّركة، أقرّ مجلس بلدية قابس أنّه استند على دراسات فنّية تثبت خطورة مادّة الفحم البترولي الّذي يبعث غازات ضارّة عند احتراقه تؤثّر على معدّل الحموضة وبالتالي تؤدي إلى نزول أمطار حمضيّة تلوّث المائدة المائية وترفع نسبة الحموضة في التّربة وتتلف الأشجار والنباتات، كما يتسبّب انتشار غبار البتكوك في الهواء في عديد الأمراض.

ولئن لم يَتَوصّل قاضي الأصل إلى فحص مبدأ التّناسب، فإنّه أقرّ إلغاء قرار المجلس البلدي بالنّظر إلى اعتبارين، أولهما أن القرار اُتّخذ بصفة نهائية والحال أنّ سلطة الضّبط العامّ لا يمكنها إلا اتّخاذ قرار وقتي، وثانيا أنّ على رئيس البلدية قبل إصدار القرار الضّبطي التّثبت من وجود خطر بواسطة معاينات أو تقارير صادرة عن جهات رسمية أو اختبارات مأذون بها من قبل القضاء. فلو اتخذ رئيس البلدية قرارا يقضي بالغلق الوقتي مؤيّدا باختبارات أو معاينات، لأقرّ القاضي الإداري بشرعيّته[58].

-مثال 2-

على خلاف قرار مجلس بلديّة قابس، فإنّ قرار رئيس بلديّة القلعة الصّغرى القاضي بوقف نشاط معمل الآجر ومنع الحركة التّجارية به لتزويده أو التّزود منه لعدم توفّر شروط السّلامة والوقاية وللخطر الجسيم الّذي يشكّله المصنع الحالي على صحّة عمّاله ومواطني المنطقة برمّتها كان في طريقه. وقد أقرّ قاضي توقيف التّنفيذ بشرعيّة قرار رئيس البلدية بالنّظر إلى صبغته الوقتية والتحفّظية.

58 المحكمة الادارية، الدائرة الابتدائية بقابس، حكم ابتدائي، القضية عدد 09100271 بتاريخ 16 جوان/ حزيران 2020 (غير منشور).

«وحيث تقتضي الصّبغة المؤقّتة التّنصيص على مدّة محدّدة لإيقاف النّشاط أو تحديد شرط يتوقف على تحقيقه زوال مفعول قرار إيقاف اَلنَّشَاط.

وحيث يعتبر تنصيص القرار المراد توقيف تنفيذه على أن «المصنع في شكله الحالي» يشكّل خطرا جسيما يهدد صحّة المتساكنين وسلامتهم، تجسيما للصّبغة الوقتيّة لقرار إيقاف النّشاط، باعتبار أنّ اتّخاذ الإجراءات الضّرورية لإزالة الخطر وتلافي الإخلالات التي تمّ على أساسها اتّخاذ القرار المطعون فيه من شأنه أن يؤدّي إلى إصدار قرار جديد في إعادة فتح المصنع.

وحيث طالما برز من ظاهر أوراق الملفّ أنّ القرار المطعون فيه لا يتعلق بالغلق النهائي لمصنع الآجر بالقلعة الصّغرى، وإنّما بالإيقاف الفوري لنشاط هذا المصنع في شكله الحالي كإجراء تحفّظي اتّخذه رئيس البلدية بوصفه سلطة ضبط إداري عامّ وذلك بغاية الحفاظ على الصّحة والسّكينة العامّة وتجنّب مظاهر التلوّث المتأتّية من المؤسسات المرتكزة بالمنطقة البلدية طبق أحكام الفصلين **266** و**267** من مجلّة الجماعات المحلية»[59].

59 المحكمة الادارية، الدائرة الابتدائية بسوسة، تأجيل تنفيذ، القضية عدد 05200122 بتاريخ 28 ماي/ أيار 2019 (غير منشور).

قرار إيقاف نشاط معمل صنع الآجر بصفة وقتية لإضراره بالبيئة		
الشروط	**السؤال**	**الإجابة عن الاختبار من قبل السلطة صاحبة الاختصاص**
السنـــد القانـــوني للإجراء	هل يوجد سند تشريعي للإجراء المتمثل في إيقاف نشاط المصنع؟	الفصلان 266 و267 من مجلة الجماعات المحلية.
جوهر الحق	هل أن هذا الإجراء يلغي تماما حرية الصناعة والتجارة أو يجعلها استثنائية؟	القرار يحدّ من الحرية ولا يجعلها استثنائية باعتباره قرار وقتي.
موجـــب ضـروري مقبول في دولة مدنية ديمقراطية	هل هناك ضرورة مقبولة في دولة مدنية ديمقراطية لاتخاذ هذا الإجراء؟	تُعَد حماية حقوق الغير في بيئة سليمة موجب ضروري مقبول في دولة مدنية ديمقراطية.
التناسب	هل أن إجراء الغلق الوقتي ملائم للموجب الضروري المقبول في دولة مدنية ديمقراطية؟	نعم قرار الغلق الوقتي ملائم ويسمح بتحقيق الموجب.
	هل أن الإجراء ضروري؟ ألا يوجد إجراء آخر غير الغلق الوقتي أقل وطأة على حرية الصناعة والتجارة؟	نعم الإجراء ضروري ويُعد الأقل وطأة بالنظر إلى إمكانية إعادة فتح المصنع بعد تأهيله من الناحية البيئية.
	هل أن الإجراء يراعي التوازن بين المصالح المختلفة؟ هل هناك مساس مفرط بالحرية؟	الإجراء مراع للتوازن ولا يحمل مساسا مفرطا بالحرية.

العنوان الخامس– احترام الفصل 49 عند الحدّ من حقّ الملكيّة

لرئيس البلدية تحديد حرّية المتساكن في استعمال مسكنه في صورة تسبّب النّشاط الّذي يقوم به في ضرر للغير (الأجوار)، كتولّيه مثلا تربية المواشي داخل الحيّ السّكني الّذي يقطن فيه أو تربية الكلاب بالمحلات السّكنية في الإقامات الجماعية. لئن يُخَوِّل حقّ الملكية لصاحبه التّصرّف في محلّه، إلّا أنّ ذلك لا يجب أن يَؤُول إلى الإضرار بالغير وخاصّة منهم الأجوار. وعلى رئيس البلدية، في صورة التظلّم لديه، التّدخل واتّخاذ القرار الضبطي المناسب والمتمثل في إجبار المعني على التّوقف عن النّشاط المذكور.

طُرحت قضيّة على المحكمة الإداريّة مفادها قيام شخص بتربية كلبين بمحلّ سكناه ممّا تسبب في إقلاق راحة المتساكنين، فقام رئيس البلدية باتّخاذ قرار بإلزامه برفع الكلبين، فطعن في القرار وانتهى القاضي إلى الإقرار بما يلي:

"وحيث ثبت من أوراق الملفّ أنّ قيام المدّعي بتربية كلبين داخل محلّ سكناه قد تسبّب في الإضرار براحة بقية متساكني العمارة والمسّ بأمنهم وصحّتهم نتيجة النّباح والرّوائح الكريهة وانقضاض الكلبين في أكثر من مناسبة على البعض منهم ... وحيث يغدو رئيس البلدية المدّعى عليه ملزما بالتّدخل بما له من سلطة ضبط إداري لاتّخاذ التّدابير اللّازمة للحفاظ على صحّة وراحة وأمن متساكني العمارة المجاورين للعارض وهو ما يُكسي قراره المطعون فيه طابع الشّرعية لاستناده إلى سند قانوني ودواعي سليمة..."[60].

يدخل حق الملكية في مواجهة مع حقوق أخرى ذات منزلة دستورية ومنها الحقّ في البيئة من خلال حماية المحيط كإطار للعيش السّليم.

قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في هذا الصّدد بإلغاء رخصة استغلال مقطع حجري على أساس حماية المحيط بالرغم من مساسه بحقّ الملكية. فقد أقرّت المحكمة، أوّلا، أنّ إجراء إلغاء رخصة الاستغلال هو إجراء ينصّ عليه القانون ويسعى إلى تحقيق هدف مشروع وهو حماية المحيط[61].

ففي هذا المستوى، قام القاضي بإجراء قياس الملاءمة ثم انتقل إلى قياس التّناسب من خلال طرح السّؤال التّالي: هل وُفّقت الإدارة في اتّخاذ الإجراء المناسب مع الهدف المراد تحقيقه. قد استند القاضي في إقرار شرعية إلغاء الرّخصة إلى أنّ المتضررين كانوا على علم بإمكانية سحب رخصتهم منذ البداية، كما أن الدولة مكّنتهم من فترة زمنية وكان بإمكانهم غلق الشركة والبحث عن إمكانية أخرى لمواصلة النشاط.

60 المحكمة الادارية، القضية عدد 11293 بتاريخ 16 جوان/ حزيران 2004، محمد ضد رئيس بلدية اريانة (منشورة بالمجموعة سنة 2004 الصفحة 68).

61 Fredin c. Suède (n° 1) - 12033/86 arrêt du 18/2/1991.

تتمثّل صورة قضية أخرى في إصدار رئيس بلدية قرارا يقضي بقلع أربع أشجار صنوبر ذات طول يبلغ **30** مترا بالنظر إلى خطر سقوطها على المنزل بناء على تقرير أعدّه مساعد المدير الجهوي للحماية المدنية وفنيّ مختصّ في الطّبيعة. وأفاد التّقرير بأنّ الأشجار قد تسقط لأيّ سبب طبيعي خاصّة أنّ جذورها بدأت في الظهور، إلّا أنّ القاضي الإداري ألغى هذا القرار بالنظر إلى عدم دقّة التّقرير المستند عليه، كما استند على عدم وجود ما يفيد بالملف قرب سقوطها وأكّد القاضي أن التّدخل في الملكيّة الفردية لا يمكن أن يتأسّس إلّا في صورة إستعجالية لدرء خطر وحالّ[62]. كما ألغت الدائرة الابتدائية الإدارية بقابس قرار رئيس بلدية قابس بهدم المسلخ البلدي بالنظر إلى أن السلطة البلدية اكتفت بمعاينة بصرية لوصف الحالة الخارجية دون الاستناد على معطيات فنية ودقيقة تتعلق بصلابة الأسس ومدى قابليتها للترميم وإعادة التهيئة كليا أو جزئيا، وتجاهلت مراسلة المعهد الوطني للتراث بشأن إمكانية ترميمه[63].

وقد رجحت المحكمة الالتزام الواجب على البلدية في حماية المسلخ لطابعه الجمالي والتاريخي، رغم عدم تصنيفه كمعلم، ودون أن يعفيها ذلك من احترام القانون المنظم للبنايات المتداعية للسقوط.

62 قرار بتاريخ 2 ماي/ أيار 2003 Cour d'appel administrative de Marseille.

63 القضية عدد 09100016 بتاريخ 31 ديسمبر/ كانون الأوّل 2018.

قرار هدم بناية لوجود تصدعات بها وعلاقته بحق الملكية		
الشروط	**السؤال**	**الإجابة عن الاختبار من قبل السلطة صاحبة الاختصاص**
السند القانوني للإجراء	هل يوجد سند تشريعي للإجراء المتمثل في هدم بناية؟	الفصل 258 من مجلة الجماعات المحلية، والفصول 82 و83 و84 من مجلة التهيئة الترابية والتعمير.
جوهر الحق	هل أن هذا الإجراء يلغي تماما الحق في الملكية أو يجعله استثنائيا؟	القرار لا يمس بالحق في ملكية العقار بل يمس بالحق في العيش الكريم (الحق في المسكن) الذي يلغيه.
موجب ضروري مقبول في دولة مدنية ديمقراطية	هل هناك ضرورة مقبولة في دولة مدنية ديمقراطية لاتخاذ هذا الإجراء؟	تعد حماية حقوق الغير والأمن العام موجب ضروري مقبول في دولة مدنية ديمقراطية.
التناسب	هل أن إجراء الهدم ملائم للموجب الضروري المقبول في دولة مدنية ديمقراطية؟	نعم إجراء الهدم ملائم ويسمح بتحقيق الموجب.
	هل أن إجراء الهدم ضروري؟ ألا يوجد إجراء آخر أقل وطأة على الحق؟	الإجراء قد يعد الأقصى على الحق في المسكن في صورة أن التصدعات لا تمس الهيكل الانشائي للبناية، يمكن مثلا التحقق من إمكانية ترميمها أو هدم جزء فقط منها وجعل الهدم هو الحلّ الأقصى.
	هل أن الإجراء يراعي التوازن بين المصالح المختلفة؟ هل هناك مساس مفرط بالحق؟	الإجراء غير مراع للتوازن ويحمل مساسا مفرطا للحق في العيش الكريم.

العنوان السادس- احترام الفصل 49 عند الحدّ من حرّية الصّناعة والتّجارة

لحرّية القيام بالاستثمارات وبالأنشطة التّجارية والصّناعية على الفضاء المحلي أهميّة بالغة بالنّظر إلى كونها دعامة للتّنمية الاقتصادية للجماعات المحليّة. إنّ التّنمية المحليّة تتطلّب تحرير المبادرة، إلا أنّ الدّستور لم يكرّس هذه الحرّية صراحة. لذا، يعتبرها البعض ذات منزلة تشريعيّة. إلّا أنّه هناك من يرى أنّ لها أساس دستوري غير مباشر. وبغضّ النّظر عن القراءة المعتمدة، سواء تلك التي تجعل من مبدأ حرّية الصّناعة والتّجارة ذا قيمة تشريعية أو تلك التي تُقِرّ له بقيمة دستورية، فإنّ السّلط المحليّة عليها احترام مبدأ التناسب عند الحدّ منه.

كثيرا ما تتداخل الأنشطة الّتي تقوم بها البلديّة مع حرّية الصّناعة والتّجارة التي تبقى المبدأ حسب تعبير القاضي الإداري ويبقى الحدّ منها استثناء.

ينبغي على رئيس البلدية بوصفه سلطة ضبط إداري عامّ عند الحدّ من هذه الأنشطة أن يستند على أحد الأغراض الدّستورية المشروعة، والّتي من بينها المحافظة على الصّحة العامّة وحقوق الغير باعتبارهما يشملان المحافظة على الجماليّة الحضارية بالشّوارع والسّاحات والفضاءات العموميّة والخاصة واحترام الخصوصيّات المعمارية والتّاريخية والبيئية للمنطقة البلدية.

وقد أقرّ القاضي الإداري منذ 1982 بأنّ النّظام العامّ الذي يتأسّس عليه الإجراء الضّبطي يشمل الأبعاد الجمالية لتقييد حرّية الصّناعة والجارة.

ألغى القاضي الإداري قرار رئيس بلدية تونس القاضي بإزالة اللّافتات الإشهارية بالنّظر إلى تكاثرها على الطّرقات وباعتبارها أصبحت تمسّ بمظهر المدينة وجمالها. إلّا أنّ القاضي الإداري استنتج من أوراق الملفّ أنّ مظهر المدينة وجمالها لا يستدعيان إزالة كلّ اللّافتات لمساسه بحرّية الصّناعة والتجارة[64].

تتقاطع حرّية الصّناعة والتّجارة مع عديد الحقوق الدّستورية خاصّة منها حرّية التّنقل كما سبق بيانه في العنوان الثالث.

64 المحكمة الادارية، القضية عدد 451 بتاريخ 15 فيفري/ شباط 1982 الغرفة النقابية لشركات الاشهار ضد بلدية تونس (منشورة بالمجموعة سنة 1982 الصفحة 10).

موقف القاضي الإداري من تقاطع حرية الصناعة والتجارة مع حقّ التنقّل في البلديّة

اتّخذ رئيس بلديّة القصرين قرارا يقضي بالغلق النّهائي لمحلّ شركة كريشان المعدّ لبيع المواد المنزليّة والغذائيّة بالجملة بحجّة تعطيله لحركة المرور. وقد تمحور النّقاش في هذه القضيّة حول أحقّية رئيس البلديّة في إصدار قرار في الغلق النّهائي بالنّظر إلى الحفاظ على الأمن العامّ. أقرّ القاضي بأنّ رئيس البلدية ليس له الحقّ في إصدار قرار الغلق النهائي. تأسيسا على صفته كسلطة ضبط إداري عام، فإنّ رئيس البلدية لا يمكنه غلق المحلّات التّجارية بشكل نهائي لأنّ هذا الإختصاص يعود إلى الوزير المختص. ولا يمكنه باسم الحفاظ على الأمن العامّ عند وجود خطر محدق يهدّد النّظام العامّ إلّا إصدار قرار في الغلق بصفة مؤقّتة. كما على رئيس البلدية أن ينتهج أسلوبا متدرّجا في اتّخاذ التّدابير الضّبطية بالمرور من الإجراء الأقلّ حدّة إلى الأشد حدّة، بما يتحقّق معه التّوفيق بين المحافظة على النّظام العام وممارسة حرّية الصناعة والتجارة[65].

موقف القاضي الإداري الفرنسي من تقاطع الكرامة الإنسانية وحرية الصناعة والتجارة

أدرج القضاء الفرنسي منذ **1995** الكرامة الإنسانية كأحد أركان النّظام العام الّذي يتأسّس عليه الإجراء الضّبطي. تُعدّ الكرامة الإنسانية أساس كل الحقوق والحريّات الّتي يمارسها الفرد. إنّ ممارسة أيّ حرية يُفترض أن تكون في أطر تحترم الكرامة الإنسانية، بمعنى أنّه لا يُتَصور أن تمارس مثلا حرّية الصّناعة والتّجارة في إطار لا يضمن كرامة الذّات البشرية وحرمة الجسد.

ففي قضية شهيرة تمثلت وقائعها في قيام رُوّاد عديد العلب الليلية بإلقاء الأقزام في الهواء أثناء الرّقص بمقابل مالي يقدّم لهم، طُرِح تساؤل حول إمكانية رئيس البلدية منع هذه الممارسات استنادا على حماية النظام العام. كان النظام العام إلى غاية القرار الّذي أصدره قاضي مجلس الدولة في هذه القضية في **27** أكتوبر **1995**، يُختَزل في الثلاثية الكلاسيكية (أمن، صحّة، سلامة) لِيَتَّسِعَ بموجب قرار فيلم لوتيسيا سنة **1959** إلى عنصر الأخلاق العامّة، ثم ليطرح بموجب هذا القرار مسألة شمول هذا العنصر الجديد للكرامة الإنسانية الّتي على السلط المحلية حمايتها من كل انتهاك.

اعتبر القضاء أن احترام الكرامة الإنسانية يُعدّ أحد مكوّنات النّظام العام وليس أحد تفريعات النّظام العام الأخلاقي. تُعَدّ كرامة الإنسان مكوّنا مستقلّا بذاته يتأسّس عليه اتّخاذ الإجراء الضّبطي دونما حاجة إلى إثبات توفّر الظّرف المحلّي. وقد أكّد القضاء الأوروبي هذا التّوجه في قرار صادر عن محكمة العدل للاتّحاد الأوروبي في قرارها "أوميغا بون" قضية عدد **02/C-36** الصادر في **14/ 10/ 2004**.

65 المحكمة الادارية، القضية عدد 3879 بتاريخ 14 مارس/ آذار 1995، شركة كريشان وأبناؤه ضد بلدية القصرين(منشورة بالمجموعة سنة 1995، الصفحة 128)، والقضية عدد 14102 بتاريخ 17 أكتوبر/ تشرين الأوّل 1997 سالم التاجوري ضد بلدية الساحلين (منشورة بالمجموعة سنة 1997 الصفحة 413)، والقضية عدد 17332 بتاريخ 29 ديسمبر/ كانون الأوّل 2000، رفيق دريرة ضد رئيس بلدية تونس (غير منشورة)، والقضية عدد 19450 بتاريخ 23 أفريل/ نيسان 2004، عبد الحميد كنو ضد رئيس بلدية صفاقس (غير منشورة)،

فقد وازن مجلس الدّولة في القرار الّذي أصدره في 27 أكتوبر/ تشرين الأوّل 1995 في قضية بلدية "مورسنغ-سير-أورج" بين حرّية التّجارة، بما أنّ الأقزام يتقاضون ثمنا مقابل اللّعب بهم، والحقّ في الكرامة. فهل أن رضاءهم المسبق بوضع أنفسهم على ذمّة رُوَّاد قاعات اللهو من شأنه أن ينفي عن سلطة الضّبط إمكانية التّدخل بمنع هذا النشاط المخلّ بالكرامة الإنسانية؟ للإجابة عن هذا التساؤل، اعتبر القاضي الإداري أن هذا النّشاط بطبيعته يَخْمِل المضرّة للمجتمع بغضّ النّظر عن قبول صاحبه به، باعتبار أن الكرامة تشكّل أحد مكوّنات النّظام العام، ولا يمكن التّذرّع في هذا الإطار بحرّية التّجارة بالنّظر إلى قبول المعنيّين بالأمر بهذه الممارسات وتحصّلهم على مقابل مادّي، وذلك بناء على شدّة وقع تلك الممارسات على الكرامة الإنسانية. وترتيبا على إعلاء الكرامة الإنسانية كمكوّن للنّظام العامّ، فقد اعتبر القاضي أنّه على السّلطة المحلّية التّدخل دون إثبات الخصوصيّة المحلّية، على خلاف بقيّة المكوّنات (النّظام العام المتّصل بالأمن والسّكينة والصّحة والأخلاق الحميدة) الّتي يشترط فيها القاضي ليقرر شرعية الإجراء المتخذ توفّر خصوصية محلّية تُبرّر اتّخاذ القرار.

قرار غلق نهائي لمحل تجاري لبيع المواد الغذائية بالنظر إلى تعطيله لحركة المرور عند شحن السلع وتفريغها		
الشروط	**السؤال**	**الإجابة عن الاختبار من قبل السلطة صاحبة الاختصاص**
السنـــد القانـــوني للإجراء	هل يوجد سند تشريعي للإجراء المتمثل في الغلق النهائي؟	الفصلان 266 و 267 من مجلة الجماعات المحلية.
جوهر الحق	هل أن هذا الإجراء يلغي تماما حرية التجارة والصناعة أو يجعلها استثنائية؟	نعم هذا الإجراء يلغي الحرية تماما، باعتباره قرار بالغلق النهائي.
موجـــب ضـروري مقبول في دولة مدنية ديمقراطية	هل هناك ضرورة مقبولة في دولة مدنية ديمقراطية لاتخاذ قرار الغلق النهائي	تُعد حماية حقوق الغير والأمن العام موجب ضروري مقبول في دولة مدنية ديمقراطية.
التناسب	هل أن إجراء الغلق النهائي ملائم للموجب الضروري المقبول في دولة مدنية ديمقراطية؟	نعم إجراء الغلق النهائي ملائم مبدئيا ويسمح بتحقيق الموجب
	هل أن الإجراء ضروري؟ ألا يوجد إجراء آخر أقل وطأة على الحق؟	الإجراء هو الأقصى والأقسى على الحرية ويمكن الوصول إلى تحقيق الموجب بإجراء أخف وطأة كتحديد وقت الشحن والتفريغ (الصباح الباكر أو المساء).
	هل أن الإجراء يراعي التوازن بين المصالح المختلفة؟ هل هناك مساس مفرط للحقوق؟	الإجراء غير مراع للتوازن بين المصالح ويحمل كلفة على صاحب الحرية

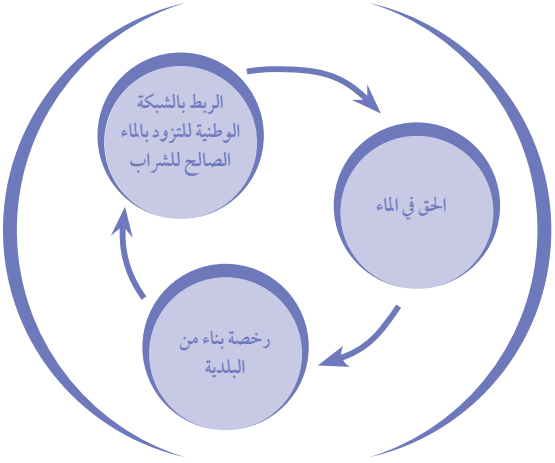
العنوان السابع– احترام الفصل 49 عند الحدّ من الحقّ في الماء

يُمَكِّن كلّ من **الحقّ في الماء**، المنصوص عليه بالدستور التونسي بالفصل 44 وبالفصل 2 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المصادق عليه من قبل الدولة التونسية، **والحقّ في الصّرف الصّحي** الإنسان من التّمتع بمستوى عيش لائق، أو ما يعبّر عنه الفصل 21 من الدستور بالعيش الكريم. كما يمثّل الحقّ في الماء الهدف السادس من أهداف التنمية المستدامة في أفق 2030.

أكدت المحكمة الإدارية أنه ولئن يُعد إحداث محطات التطهير والضخ من التجهيزات الضرورية التي تستوجبها تهيئة الأحياء وتطهيرها للمحافظة على إطار عيش كريم، فإن إنشاءها يجب أن تراعى فيه قواعد السلامة وحفظ الصحة والبيئة[66].

بالتّوازي مع ممارسة السّلطة المحليّة لصلاحيّاتها المختلفة على الفضاء المحلّي، فإنّ الحقّ في الماء بالنّسبة للمتساكن تتداخل فيه الجماعة المحلّية والمؤسّسات العمومية المُتَعهّدة به (الشّركة الوطنيّة لاستغلال وتوزيع المياه). إنّ هذا التّداخل لا يجب أن يؤول إلى التّقييد من ممارسة الحقوق والحريات خاصّة في غياب التّنسيق بين هذه الهياكل، من ذلك أن الحقّ في الماء يتوقّف على الرّبط بالشّبكة الوطنيّة لاستغلال وتوزيع المياه، ممّا يتطلب بدوره الحصول على رخصة بناء أو رخصة تزوّد بالماء من البلديّة. هذا، ولا يعني إسناد البلدية لرخصة التزود تمتع المعني بالأمر برخصة البناء التي يمكن عدم إسنادها له لمخالفة البناء المزمع القيام به مع تراتيب البناء.

إنّ أيّ تأخير أو تعقيد إداريّ من شأنه تعطيل الوصول إلى الحقّ في الماء يمكن أن يُعدّ انتهاكا لهذا الحقّ.



66 المحكمة الادارية، قضية عدد 19153 بتاريخ 4 أفريل/ نيسان 2013 الحداد ضد بلدية الشابة، غير منشور.

وقد تعهّدت المحكمة العليا في الهند بقضيّة طالب بمقتضاها النّاس الّذين يعيشون في أحياء فوضويّة بائسة بتمكينهم من حقّهم في الماء وبالصّرف الصّحي، خاصّة أمام فيضان البالوعات المستخدمة مما يُهَدِّد صحّتهم العامة. أمرت المحكمة إزاء هذه الوضعية البلديّة ببناء عدد كاف من المراحيض العامة وتوفير خدمات المياه[67].

العنوان الثامن- احترام الفصل 49 عند الحدّ من الحق في الصّحة

يُعَدُّ الحق في الصحة من الحقوق الأساسيّة المنصوص عليها بالدّستور التّونسي، ولكلّ إنسان الحقّ في التّمتع بأعلى مستوى من الصّحة (المادة 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية)، ويشمل هذا الحقّ المأكل والملبس والمسكن والرعاية الطّبية والخدمات الاجتماعية.

يتقاطع الحقّ في الصّحة مع الصّلاحيات المنقولة من السّلطة المركزية والتي بمقتضاها تتولّى البلديات بناء المؤسسات والمراكز الصحية وصيانتها. يجب احترام مقتضيات الفصل 49 من قبل البلديات عند تهيئة البناءات بما يكفل ضمان النّفاذ إليها من قبل ذوي الحاجيات الخصوصية والأمّيين وكبار السن.

كما يطرح الحقّ في الصّحة على الصّعيد المحلّي إشكاليات عملية تستدعي الموازنة بينه وبين الحقّ في حماية المعطيات الشخصية عند انتشار الأوبئة.

قد عُرِضَت على بعض البلديات هذه المسألة بخصوص طلب المتساكنين الحماية من العدوى التي قد يتسبّب فيها المريض بوباء "كوفيد- 19" المقيم بمحلّ سكناه في إطار إجراء الحجر الذاتي الوجوبي.

إزاء هذا الوضع، طالبت البلديات السّلط الصّحية الوزارية بهوية هؤلاء الأشخاص للتَّمَكُّنِ من تعقيم حواشي منازلهم لحماية الصّحة العامّة للأجوار، إلّا أنها جُوبهت بالرّفض بحجّة حماية المعطيات الشخصية. قد أدى هذا الرفض برئيس بلدية أريانة إصدار قرار ينصّ على أنّه "يتعيّن إعلام البلدية بكلّ من تمّ إخضاعه من طرف وزارة الصحة للحضر الصحي والعزل الذاتي أو الوجوبي بالمنطقة البلدية لإصابته بفيروس كورونا "كوفيد- 19". ويمكن للبلديات في هذه الصورة التوجه لرئيس المحكمة الإدارية أو رؤساء الدوائر الجهوية في إطار القضاء الاستعجالي لاستصدار إذن في الحصول على المعطيات وذلك لاستعمالها حصريا في إطار التوقي من تفشي الفيروس.

كان بالإمكان تمكين البلديات من هوية المصابين وعناوينهم لاتّخاذ إجراءات وقائية دون التّشهير بهم والاعتداء على كرامتهم، كأن تقوم بأعمال التّعقيم في ساعات متأخرة من اللّيل.

67 المجلس البلدي راتلم ضد شري... المحكمة العليا بالهند 29 جويلية/ تموز 1980 97 (1) SCR.

العنوان التاسع- احترام مبدأ التّناسب عند الحدّ من حقوق ذوي الإعاقة

تحمي الدولة ذوي الإعاقة من كلّ تمييز وتكفل لهم جميع التّدابير الّتي تضمن لهم الاندماج الكامل في المجتمع، وعلى الدّولة اتّخاذ جميع الإجراءات لتحقيق ذلك. تماهيا مع هذه الالتزامات، فقد اقتضت المجلة أن الجماعات تعمل على تخصيص اعتمادات في حدود إمكانياتها لبرامج قصد مساعدة ذوي الإعاقة. كما تنصّ المجلة أنّه على الجماعة توفير آليات ووسائل العمل المناسبة لأعضاء المجالس المنتخبة من ذوي الإعاقة. بالإضافة إلى ذلك، ينص القانون التوجيهي عدد 83 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت/ آب 2005 المتعلق بالنهوض بالأشخاص ذوي الإعاقة وحمايتهم، كما تمّ تعديله بالقانون عدد 41 لسنة 2016 المؤرخ في 16 ماي/ أيار 2016، أن على السلطات المحلية تخصيص نسبة لا تقل عن 2 بالمئة من مراكز العمل للأشخاص ذوي الإعاقة. وتجدر الإشارة أن الأشخاص ذوي الإعاقة شملهم إجراء الحجر الصحي الشامل (منع حرية التنقل) طبق أحكام الفصل 10 من الأمر الحكومي عدد 208 لسنة 2020 المؤرخ في 2 ماي/ أيار 2020 المتعلق بضبط إجراءات الحجر الصحي الموجه قبل أن يتم إلغاؤها بمقتضى الأمر الحكومي عدد 318 لسنة 2020 المؤرخ في 26 ماي/ أيار 2020.

تتقاطع مختلف حقوق ذوي الإعاقة مع عديد الصّلاحيات التي تقوم بها البلديات، منها خاصة التهيئة العمرانية التي يجب ألا تحدّ من حقوقهم. تدخل حاجيات هذه الفئة حسب الفصلين 27 و28 من مجلة التهيئة الترابية والتعمير ضمن التّراتيب العامة للتعمير والبناء. إلّا أنّ أمثلة تهيئة البناءات لا تراعي احتياجاتهم مثلا عند حصول حرائق أو حوادث، إذ لا تخصّص لهم تهيئة خاصة تسمح لهم بتفادي هذه الوضعيات أو تمكّن من إجلائهم. بالإضافة إلى الفصلين 27 و28 من مجلة التهيئة الترابية والتعمير، فإن الفصل 239 من مجلة الجماعات المحلية ينص في فقرته الثالثة على أن المجلس البلدي يتولى إعداد التراتيب المحلية للبناء والتراتيب المتعلقة بالمحافظة على الخصوصيات المعمارية بالبلدية، فلا يجوز له أن يحدّ من حقوق ذوي الإعاقة عند إعدادها.

إنّ التّذرع بضوابط النّظام العام العمراني كضيق الأنهج بالنظر إلى البناءات العشوائية وحماية المعالم التراثية خاصة في المدن العتيقة وذلك بعدم إمكان تهيئها على النحو الذي يسمح بتنقّل ذوي الإعاقة... بشكل يحدّ من حقوقهم ومن مشاركتهم في الحياة العامة، يرتّب في كلّ الأحوال مسؤولية الجماعة المحلّية التي يجب عليها استنباط الحلول المناسبة.

الجزء الرابع

التّبعات النّزاعية لعدم احترام الفصل 49

إنّ عدم الالتزام باحترام مقتضيات الفصل 49 من الدستور يُعَرِّض أعمال السّلطة المحلّية إلى إمكانيّة الطّعن فيها بدعوى الإلغاء (العنوان الأول) والتّعويض عن الأضرار أمام القاضي الإداري في إطار دعاوى المسؤولية (العنوان الثاني).

العنوان الأول– الطّعن بالإلغاء في القرارات البلديّة لعدم احترام الفصل 49

أقرّ الدّستور في فصله 138 أن الجماعات المحليّة تخضع فيما يتعلّق بشرعية أعمالها للرقابة اللاّحقة بمعنى أنّه لا تُمارس عليها رقابة قبليّة ولا رقابة المصادقة من قبل السّلطة المركزية.

إنّ الرّقابة التي تخضع إليها الجماعات يجريها القاضي الإداري بموجب طعن يوجه إليه من قبل:

- الوالي،
- أو أمين المال الجهوي،
- أو ممّن له المصلحة.

فقد أقرّ الفصل 116 من الدّستور أنّ القاضي الإداري يختصّ بالنّظر في تجاوز الإدارة (بما في ذلك الجماعات المحليّة) سلطاتها وفي النّزاعات الإدارية ويمارس وظيفة استشارية طبق القانون. كما أفرد الفصل 142 من الدستور القضاء الإداري بالبتّ في جميع النزاعات المتعلقة بتنازع الإختصاص التي تنشأ بين الجماعات المحليّة، وبين السلطة المركزية والجماعات المحلية. تطبيقا لهذه المقتضيات، أقرّت مجلة الجماعات المحلية أحكاما مختلفة للطعن في شرعية أعمال السلطة المحليّة.

تحيل المجلّة في بعض المواضع إلى دعوى تجاوز السّلطة، من ذلك الفصل 29 (م.ج.م) المتعلّق باعتماد آليات الدّيمقراطية التّشاركية في إعداد برامج التّنمية والتّهيئة التّرابيّة ومتابعة تنفيذها وتقييمها والّذي ينصّ على أنّ كل قرار لا يَحترم مقتضيات هذا الفصل يمكن الطّعن فيه بدعوى تجاوز السّلطة.

ففي صورة عدم احترام حقّ المشاركة المواطنيّة (طبقا للفصل 29 م.ج.م) أو تحديده دون احترام مبدأ التناسب (تأسيسا على الفصل 49 من الدّستور)، يمكن للمتساكنين ولمنظّمات المجتمع المدني القيام بدعوى لطلب إلغاء القرار. كما يمكنهم تقديم مطلب توقيف تنفيذ القرار المطعون فيه وفق الشروط التي ينصّ عليها الفصل 39 من قانون المحكمة الإدارية وطلب تأجيل تنفيذ القرار طبق أحكام الفصل 81 من قانون المحكمة الإدارية قبل الحسم في مطلب توقيف التنفيذ. بالتالي، ألحقت المجلّة صراحة نظام الطّعن في كلّ قرار يتخذ ضمن مسارات التشاركية بدعوى تجاوز السلطة. يمكن أن نتصور قيام الادارة البلدية بالحد من الحق في المشاركة بشكل تخرق بمقتضاه مبدأ التناسب (كأن يكون الحد فيه شطط وغلو أو أن القرار المتخذ في الغرض لم يكن الأقل وطأة)،

عندها فإن المتضرر (مواطن أو جمعية) يمكنه الطعن في القرار في حد ذاته أو قرار المصادقة على الميزانية بدعوى تجاوز السلطة.

خارج دعوى تجاوز السلطة المقرّرة بالفصل 29 (م.ج.م)، فإنّ المجلّة تنظّم دعاوى عديدة سواء أمام القاضي الإداري أو المالي تحت مُسَمَّيات مختلفة:

- **"دعوى اعتراض "**: الفصل 32 (م.ج.م) في مجال تنظيم الاستفتاء.
- **"طعن الجماعة ضد رفض الوزارة لمشروع اتفاقية دولية"**: الفصل 40 (م.ج.م) المتعلق بالتّعاون اللّامركزي وفق نفس آجال دعوى الإعتراض المنصوص عليها بالفصل 32 (م.ج.م).
- **"دعوى اعتراض خاصة بعقود تفويض المرافق العامة أمام محكمة المحاسبات"**: الفصل 94 (م.ج.م) وفق آجال خاصة.
- **"الطعن في القرارات المتعلقة بضبط المعاليم والرّسوم والحقوق أو معاليم الاستغلال"**: الفصل 143 (م.ج.م) وفق نفس الآجال المقرّرة في الفصل 32 (م.ج.م)، لكن مع إمكانية طلب توقيف التّنفيذ في صورة التّأكد.
- **"دعوى الإعتراض على القرارات الّتي تتّخذها البلديّة "**: الفصل 278 (م.ج.م).

يُستفاد من هذه الفصول أنّ المجلّة تكرّس أنظمة متعدّدة ومعقّدة للدّعاوى الموجّهة ضدّ الجماعات المحليّة الّتي يمكن الاستفادة منها في صورة عدم احترام مبدأ التّناسب ومقتضيات الفصل 49 بصفة عامّة، وفي أي مجال كان. بغضّ النّظر عن مختلف هذه الدّعاوى، سنركّز في هذا الدّليل على الدّعوى الّتي تضمّنها الفصل 278 (م.ج.م) باعتبار أنّه ينص على خصوصية الطّعن ضدّ القرارات الّتي تنال من حرّية عامّة أو فرديّة.

نخصص الفرع الأول إلى اشكاليات مطالب توقيف تنفيذ القرارات التي تمس بحرية عامة أو فردية والفرع الثاني إلى سلطات القاضي في فحص النزاع من جهة الأصل.

الفرع الأول: اشكاليات مطالب توقيف تنفيذ القرارات البلدية التي تمس بحرية عامة أو فردية

ينصّ الفصل **278** (م.ج.م) أنّه «للوالي بمبادرة منه أو بطلب ممّن له المصلحة الإعتراض على القرارات الّتي تتّخذها البلدية. يُبلّغ الوالي نسخة من عريضة الدّعوى ضدّ القرار المطعون فيه ثلاثة أيّام قبل إيداعها بكتابة الحكمة. للوالي في حالة التّأكّد أن يطلب توقيف تنفيذ القرار البلدي. إذا كان القرار البلدي من شأنه النيّل من حرّية عامّة أو فرديّة، يأذن رئيس المحكمة الإداريّة الإبتدائية بإيقاف التّنفيذ في أجل خمسة أيّام وذلك بطلب من الوالي، أو ممّن يهمّهم الأمر. لا تحول الأحكام الواردة بهذا الفصل

دون إمكانية لجوء شخص طبيعي أو معنوي بصفة مباشرة للمحكمة الإداريّة الإبتدائية قصد الطّعن في القرارات البلديّة الّتي أحدثت له أثرا».

ينظم الفصل 278 دعوى اعتراض على القرارات البلدية ومطالب توقيف التنفيذ التي يميز فيها المشرع بين المطالب التي توجه ضد القرارات التي تنال من حرية فردية أو عامة (الفقرة الثالثة من الفصل) والمطالب التي توجه ضد بقية القرارات (الفقرة الثانية من الفصل). بالنسبة للقرارات التي تنال من حرية فردية أو عامة، فإن للوالي أومن يهمه الأمر طلب توقيف تنفيذها ويأذن الرئيس الأول للمحكمة الإدارية أو رئيس الدائرة الابتدائية الجهوية بذلك في أجل أقصاه 5 أيام. أما بالنسبة للقرارات التي لا تمس من حرية ما، فللوالي وحده في صورة التأكد طلب توقيف التنفيذ. يبقى نطاق تطبيق الفقرة الثانية محدود من الناحية العملية بالنظر إلى أن أغلب اختصاصات البلديات تتقاطع مع الحقوق والحريات كما سبق بيانه في الجزء الثاني من الدليل.

يطرح هذا الفصل نقاشا حول استقلالية صور توقيف التنفيذ الواردة بالفقرتين الثانية والثالثة من الفصل 278 عن أحكام الفصل 39 من قانون المحكمة الإدارية المتعلق بتوقيف التنفيذ. فهل تُعد صور توقيف التنفيذ المنصوص عليها بالفصل 278 (م.ج.م) بمثابة النظام الخصوصي المتميز عن الأحكام الواردة بالفصل 39؟ أم هل ينبغي قراءتها على ضوء الفصل 39 وذلك في مستوى آجال تقديم المطلب وشروط قبوله المتمثلة في ضرورة إثبات جدية المطلب وتسببه في نتائج يصعب تداركها؟

كما تطرح تساؤلات أخرى في خصوص تأويل كلتا الفقرتين الثانية والثالثة من الفصل 278، ذلك أن الفقرة الثانية تشترط حالة التأكد، في حين أن الفقرة الثالثة لا تشترطه. فهل يجب سحب شرط التأكد في صورة طلب توقيف التنفيذ ضد القرار الذي ينال من حرية فردية أو عامة أم يجب أن يقتصر على صورة طلب توقيف التنفيذ ضد القرارات التي لا تنال بالحريات؟

يتضح بالعودة إلى التطبيقات القضائية الأولى أن بعض دوائر المحكمة الإدارية دمجت الفقرتين وتناولت شرط التأكد في مطلب توقيف تنفيذ يتعلق بحقوق عامة. يتعلق الأمر مثلا بمطلب توقيف تنفيذ تقدم به والي القصرين ضد قرار رئيس بلدية سبيطلة بإسناد رخصة بناء فضاء ترفيهي على أساس نيله من حقوق متساكني المنطقة. وقد قَبِل رئيس الدائرة الابتدائية مطلب توقيف التنفيذ بالاستناد إلى الإضرار بحقوق المتساكنين. وأسس حكمه على توفر شرط التأكد بالرغم من عدم تنصيص الفصل 278 عليه بالنسبة للقرارات التي تنال من الحريات. "حيث ثبت من أوراق الملف وجود حالة احتقان وتوتر في صفوف المواطنين وغلق الطريق وإشعال الإطارات المطاطية في عديد المناسبات مما يضفي على هذا الطلب صفة التأكد"[68]. كما أقرت المحكمة الإدارية هذا التوجه في القضية التي رفعها والي تونس ضد رئيس بلدية الكرم بخصوص إحداث صندوق الزكاة بها، فقد سحبت شرط التأكد والحال أنها تعهدت بالقضية على أساس الفقرة الثالثة من الفصل 278 (م.ج.م).

68 الدائرة الابتدائية الجهوية بالقصرين، القضية عدد 11200103 بتاريخ 27 نوفمبر/ تشرين الثاني 2019، والي القصرين ضد رئيس بلدية سبيطلة، غير منشور.

جاء بقرار توقيف التنفيذ مايلي: "حيث يؤخذ من الفصل 278 من مجلة الجماعات المحلية أن إرادة المشرع كانت واضحة في الدلالة على تلازم ركني التأكد والنيل من الحقوق والحريات العامة أو الفردية في المطالب الرامية إلى توقيف تنفيذ القرارات البلدية المعترض عليها والتي يكون مآلها الرفض في صورة انتفاء أحدهما أو كلاهما".

أمام ضبابية الأحكام التشريعية الخاصة بتطبيق أحكام الفقرة الثالثة من الفصل 278 (م.ج.م) والتأويل المتشدد للمحكمة الإدارية لها عند نظرها في مطالب توقيف التنفيذ، فعلى كل ذي مصلحة في إيقاف تنفيذ قرار ينال من حرية أن يدعم طلبه على سبيل الاحتياط بما يثبت جديته وتسبب القرار في صورة تطبيقه لآثار يصعب تداركها، بالرغم من عدم تنصيص الفصل على ذلك. ويمكن الاستدلال على هذا الرأي بموقف رئيس الدائرة الابتدائية الإدارية الجهوية بصفاقس الذي اعتبر في قرار أن "اشتراط عنصر التأكد بموجب الفصل 278 من مجلة الجماعات المحلية إنما يكشف عن إرادة المشرع إحلال هذا الشرط محل شرط النتائج التي يصعب تداركها بالنسبة لهذا الصنف المخصوص من الطعون الواردة به..."[69]. كما إن رئيس الدائرة الابتدائية الإدارية الجهوية بنابل أذن بتأجيل تنفيذ قرار رئيس بلدية زغوان المتعلق بالاعلان عن بتة عمومية بالاشهار العلني لاستلزام سوق أسبوعية بالاستناد على الفصل 40 من قانون المحكمة الإدارية والذي يشترط عنصر التأكد للإذن بتأجيل قرار إداري دون إثارة الفصل 278[70]. يقصد بالأسباب الجدية التي يمكن لقاضي تجاوز السلطة أن يأذن فيها بتوقيف تنفيذ قرار ينتهك حرية أو حقا في مجموعة الأسباب والمعطيات المادية والقانونية التي تحمل في ظاهرها قناعة كبرى بجديتها مما يوحي بأن احتمال إلغائها وارد جدا عند الحكم في الدعوى الأصلية. أما النّتائج التي يصعب تداركها، فتتمثل في أنه في صورة تطبيق القرار، فإنه سيؤول إلى آثار (كالنقص في الأرباح أو الإضرار الجسيم بالبيئة) يكون من الصعب تداركها أي إعادة الأمور إلى نصابها وسالف عهدها (كتنفيذ قرار هدم بناية لتصدع هيكلها بالنظر إلى احتمال مساسهابالأمن العام) سيكون لا محالة مكلفا.

كما يمكن للمتضرر من قرار ينال من حريته تأسيس مطلب توقيف تنفيذ على أحكام الفقرة الثالثة من الفصل 278 بالنظر إلى توفر المصلحة في القيام، دون أن يمر بالوالي أو في صورة عدم مبادرة هذا الأخير بإثارة توقيف التنفيذ بالرغم من مطالبته بذلك. كما يمكنه تأسيس المطلب على أحكام الفقرة الرابعة التي تنص على أن الأحكام الواردة بالفصل 278 لا تحول دون إمكانية لجوء كل شخص طبيعي أو معنوي بصفة مباشرة للمحكمة الإدارية الابتدائية قصد الطعن في القرارات البلدية التي أحدثت له أثرا. فعبارة الطعن تستوعب إثارة دعوى في الأصل في إلغاء قرار يمس بحرية ما بكل فروعها (تأجيل وتوقيف التنفيذ).

69 المحكمة الادارية، الدائرة الابتدائية بصفاقس، توقيف تنفيذ في القضية عدد 07200162 بتاريخ 10 جوان/ حزيران 2020، والي صفاقس ضد رئيس بلدية صفاقس.

70 الدائرة الابتدائية الإدارية الجهوية بنابل، القضية عدد 02200248 بتاريخ 17 ديسمبر/ كانون الأوّل 2019، غير منشورة.

استنادا لكل ما سبق ذكره، نستنتج أن توقيف التنفيذ الذي جاء به الفصل 278 (م.ج.م) يختلف جذريا عن الدعوى المعروفة بفرنسا "باستعجالي حريات" الّتي جعلها المشرّع الفرنسي مستقلّة وناجعة لأنّها لا تتوقّف على توقيف التّنفيذ ولا ترتبط بوجود قرار إداري[71]. بمقتضى هذه الدعوى، يأذن القاضي باتخاذ جميع الوسائل لحماية الحرّية الأساسية ولا يقتصر حكمه على إيقاف التنفيذ.

طبق الفصل L 521-2 من مجلّة العدالة الإدارية الفرنسيّة، يمكن في حالة التّأكد للقاضي الإستعجالي أن يأذن في ظرف 48 ساعة باتّخاذ الوسائل الضّرورية لحماية حرّية أساسيّة في صورة انتهاكها بشكل خطير بمقتضى قرار بديهي اللّاشرعية اتّخذه أحد أشخاص القانون العام أو أحد أشخاص القانون الخاص المكلّفون بمهام مرفقية.

الفرع الثاني: سلطات القاضي الإداري عند النظر في أصل النزاع المتعلق بالحقوق والحريات

تتسلط بصورة عامة رقابة قاضي الأصل عند فحصه لشرعية قرارات السلط المحلية على مراقبة عناصر الشرعية الخارجية (الاختصاص والصيغ الشكلية والإجراءات) وعناصر الشرعية الداخلية (صحة السند القانوني وتسبيب القرار وغايته). وعند نظره في تسبيب القرار (مراقبة الوقائع التي على أساسها اتخذ الإجراء)، فإنه يكتفي بالتحقق من الوجود المادي للوقائع وصحة تكييفها. وفي صورة تمتع السلطة المحلية باختصاص تقديري، فإن نظره في الوقائع يقف عند حد مراقبة مدى ارتكابها لخطإ فادح في التقدير.

أما إذا تعلق الأمر بقرار يمسّ بالحريات أو الحقوق، فقد دأب قاضي الأصل عند فحصه للوقائع بعدم مراقبة مدى ارتكاب السلطة الضبطية لخطإ فادح في التقدير بل يُخْضِع القرار المطعون فيه إلى رقابة التناسب. لقد اعتبر قاضي تجاوز السلطة أن مراقبة عنصر الخطأ الفادح في التقدير، وهو العنصر المُمَيِّز للرقابة الدنيا التي يقوم بها كلما تمتعت الإدارة باختصاص تقديري، لا يكفل له حماية الحقوق والحريات من تعسف السلط الإدارية. لذلك، فإنه يُخْضِع الإجراء الضبطي أو التقييدي للحريات إلى رقابة مُعَمَّقة تتجاوز مستوى الرقابة الدنيا من خلال مراقبة عنصر تناسب الإجراء مع الغاية التي يهدف إلى تحقيقها. فلا يكتفي القاضي الإداري بطرح السؤال التالي عند فحصه لشرعية الاجراء التقييدي: هل ارتكبت الإدارة خطأ فادحا في تقدير الوقائع؟ بل إنه يطرح التساؤل التالي: هل أن الإجراء التقييدي يحترم مقتضيات التناسب؟ فقد أقرت المحكمة الإدارية منذ قرار كريشان ضد بلدية القصرين الصادر في 14 مارس/ آذار 1995 في القضية عدد 3879 أن الإدارة خاضعة في مجال الضبط المتعلق بها إلى رقابة قضائية تمتد إلى حد التثبت من مدى تناسب تدابير الضبط المتخذة في إطارها مع الظروف التي حفت باتخاذها والأهداف التي ترمي إلى تحقيقها.

71 راجع بن حسن (ع)، مدخل لدراسة السلطة المحلية على ضوء مجلة الجماعات المحلية والتطبيقات القضائية، مجمع الأطرش 2020، الصفحة 106.

العنوان الثّاني- في قيام مسؤولية السّلطة المحلّية

إذا ترتّبت أضرار عن قرار السّلطة المحلية المخالف لمبدأ التناسب، يمكن أن تقوم مسؤوليتها الإدارية وذلك على أساس الفصل 17 من قانون المحكمة الإدارية الذي ينصّ على اختصاص الدّوائر الإبتدائية في الدّعاوى الرّامية إلى جعل الإدارة مدينة من أجل أعمالها الإدارية غير الشّرعية.

سبق للمحكمة الإدارية بليون – فرنسا أن أقرّت بمسؤولية الدّولة في شخص الوالي بمناسبة كارثة "قران-برنار"، ذلك أن الوالي أسند رخصة استغلال فضاء للاصطياف دون أن يتّخذ الإجراءات الكفيلة بحماية مرتاديه من الفيضانات. كما عَمَّرت في نفس الوقت ذمّة البلديّة بالنّظر إلى عدم اتّخاذ رئيسها للإجراءات الضّبطية الّتي تفرضها عليه القوانين لحماية الأمن العام وتوقي الآفات والكوارث. فقد كان عليها تقييد حرّية الاصطياف بغلق الفضاء في انتظار القيام بالإجراءات الكفيلة بحماية الأشخاص[72].

وبالتّوازي مع الطّعن في مادّة المسؤولية الإدارية، يُطرح تساؤل حول إمكانية القيام بالحق الشّخصي ضدّ رئيس البلدية على أساس عدم احترام مبدأ التّناسب في اتّخاذ الإجراءات الضّبطية عند مقاومة الأوبئة.

يتّجه التّذكير في هذا الإطار أن الفصل 267 (م.ج.م) يوجب على رئيس البلديّة اتّخاذ الإجراءات الضّبطية كلّما توفّرت شروطها وخاصة تلك المتعلّقة بالمحافظة على السّلطة العامة والتي تُمكِّن من تلافي الحوادث والآفات والكوارث بشتّى الوسائل الملائمة وتدارك أمرها بالقيام بالإسعافات اللّازمة كالحرائق والفيضانات والكوارث والأوبئة والأمراض المعدية وأوبئة الدّواب وكذلك التّنسيق مع السّلطة المعنيّة للتّدخل العاجل عند الاقتضاء.

تتوزع هذه الفرضية على صورتين:

- **الصورة الأولى:** تتمثل في تقاعس رئيس البلديّة عن اتّخاذ الإجراءات المناسبة لدرء المخاطر أو عدم كفاية الإجراءات الّتي اتّخذها ممّا ينجرّ عنه حدوث أضرار جسيمة ووفيّات.

عُرِضت في هذا الإطار قضية على محكمة التّعقيب الفرنسيّة تقدّمت بمقتضاها المدعوّة "دانيال" بطعن ضدّ الحكم الجزائي الاستئنافي القاضي بعدم سماع الدّعوى مع القيام بالحقّ الشّخصي ضدّ رئيس بلدية ووالي باريس بالنّظر لتقصيرهما في اتّخاذ الوسائل المناسبة لحماية الصّحة العامّة من التّلوث الهوائي. فقد اعتبرت المحكمة أن الإجراءات المتّخذة في إطار مراقبة انبعاث الغازات في الهواء كانت غير كافية لدرء الأخطار. وهذا ما عَرَّضَ الغير إلى أخطار مباشرة تَمَثَّلت في الموت والإصابات الّتي أدّت إلى أضرار بدنيّة

72 محكمة الاستئناف بليون 13 ماي/ أيار 1997، قضية عدد 94LY01204 94LY 00923 N.

جسيمة كالعجز التّام، وذلك بسبب خرقه الواضح للالتزام بالحماية والحيطة الّذين يفرضهما عليه القانون الجزائي بالفصل 233-1. على ضوء هذه المعطيات، أقرّت المحكمة أنّه لا يمكن أن تدخل الأفعال المنسوبة إلى الوالي ضمن ما يفرضه الفصل 223-1 من المجلة الجزائية، ولا يمكن أن تكون سندا للقيام بالحقّ الشّخصي، وبالتالي قضت بعد سماع الدعوى[73].

- **الصورة الثانية**: تتمثّل في اتّخاذ السّلطة المحليّة قرارا محلّيا يخالف القرار الوطني في مجابهة أوبئة أو أيّ خطر شامل، وذلك بالتّخفيف من حِدَّة الإجراءات الّتي تمّ اتّخاذها على المستوى الوطني على أساس عدم تناسبها، والحال أنها مطالبة وفق القواعد العامة للضّبط الإداري بتشديد الإجراءات لا بالتّخفيف منها. كأن يرخّص مثلا رئيس بلدية في فتح أسواق خضر وأسماك بالتّفصيل والحال أنّ القرار الوطني يقضي بغلقها تطبيقا لقرار الحجر الصّحي الشامل، ممّا ألحق ضررا بالمتساكنين بفعل الازدحام والتهافت.

موقف القاضي الفرنسي من هدف حماية الصّحة العامّة وضمان حرّية الصّناعة والتّجارة خلال أزمة كوفيد-19

لقد رفض القاضي الإداري الفرنسي في مجال «استعجالي-حريات» طلب الجامعة الوطنيّة للأسواق بإعادة فتح أسواق بيع المواد الغذائية الّذي تمّ اتّخاذه من الوزير الأول في 22مارس/ آذار 2020 بعد تفشّي جائحة كوفيد-19 بالنّظر إلى انتهاكها الشّديد لحريّة الصّناعة والتّجارة ولعدم تناسبها مع الظّروف الوطنيّة. تأسّس موقف القاضي على أنّ القرار المطعون فيه يهدف إلى تحقيق غرض حماية الصّحة العامة، إضافة إلى كونه ذو صبغة ظرفية. ويرتبط قرار الغلق، أوّلا، بنقص الإجراءات التّنظيمية الّتي تسمح باحترام مسافة الأمان الاجتماعي أو التباعد الاجتماعي، وثانيا، بتطوّر الوضع على كامل التّراب الفرنسي، وثالثا، بالنّظر إلى المساعدات الّتي قدّمتها الدّولة للتّجار بعنوان التّعويض لهم.

أقرّ القاضي بذلك على ضوء التّحقيق في القضية أنّ إجراءات غلق أسواق المواد الغذائية لا تشكّل مساسا خطيرا بحرّية الصّناعة والتّجارة الّتي تعتبر أحد مكوّنات حرّية تعاطي المهنة. وأشار في معرض قراره أن السّلط المحليّة يمكنها على ضوء الظّروف المحلّية فتح أسواق المواد الغذائية وذلك باحترام شرطين: أولا، الحاجة إلى تموين المتساكنين وثانيا، إحكام التّنظيم والمراقبة بشكل يسمح باحترام قواعد السّلامة الصّحية للمتسوّقين والعاملين بالسوق[74].

نعتقد أنّه كان على مجلس الدّولة الفرنسي أن يضيّق من نطاق الشّرط الأوّل بالنّظر إلى حدّة الوضع الوبائي وذلك باشتراط الحاجة الماسّة للتموين.

73 قرار محكمة التعقيب الفرنسية الصادر في 25 جوان/ حزيران 1996 (القضية عدد 95-86205).

74 مجلس الدولة الفرنسي الجامعة الوطنية للأسواق بفرنسا قضية عدد 439762 بتاريخ 1 أفريل/ نيسان 2020.

هل يمكن ترتيب المسؤولية الجزائية لرئيس البلدية في القانون التونسي في صورة إذنه بفتح أسواق البيع بالتفصيل للمواد الغذائية ومنتجات البحر (والحال أن القرار الوطني أذن بفتح أسواق الجملة فحسب) ودون احترام شرطي: الحاجة الماسة وتأمين قواعد السلامة، وبالتبعية خرقه مبدأ التناسب؟

فهل يمكن تتبّعه على أساس الفصل 312 من المجلة الجزائية الّذي ينصّ على أنّه "يعاقب بالسّجن مدّة ستّة أشهر وبخطيّة قدرها مائة وعشرون دينارا كل من يخالف التّحجيرات وتدابير الوقاية والمراقبة المأمور بها حال وجود مرض وبائي"؟[75] هل تستوعب عبارة "كل من يخالف" رئيس البلدية في صورة مخالفته للتدابير الوطنية بالتخفيف منها؟ أم هل يمكن في هذه الحالة توجيه تهمة القتل غير العمد المنصوص عليها بالفصل 217 من المجلة الجزائية إذا ما اعتبرنا أن عدم اتّخاذه للقرار المناسب ترتّب عنه تفشّي الوباء وحصول وفيّات بسبب التّدافع؟

ينصّ الفصل 217 من المجلة الجزائية على ما يلي: "يعاقب بالسّجن مدّة عامين وبخطية قدرها سبعمائة وعشرون دينارا مرتكب القتل عن غير قصد الواقع أو المتسبّب عن قصور أو عدم احتياط أو إهمال أو عدم تَنبُّه أو عدم مراعاة القوانين".

75 قامت النّيابة العمومية بالمهدية مؤخرا بتتبّع شخص تولّى مغادرة محلّ حجر صحي وجوبي لإبرام عقد زواجه على أساس تسبّبه في مضرة للغير ومخالفة القوانين الجاري بها العمل خاصة تلك المتعلقة بالأمراض السارية (8 سبتمبر/ أيلول 2020).

خاتمة

قال المفكّر الفرنسي أليكسيس دو توكفيل "إنّ مكانة البلديّة بالنّسبة للدّيمقراطية كمكانة المدرسة بالنّسبة للعلم"، وترتيبا على ذلك فإنّ استبطان المجموعة الوطنية لمبدأ التّناسب ولأحكام الفصل 49 من الدّستور يرتبط بمدى تَمَثُّلِه على الصّعيد المحلي. ففي إطار الجماعات المحلية، ينقل المسؤول المحلّي أقيسة التناسب الثلاثة إلى المتساكن الذي عليه أن يُقَيِّم على أساسها سياسات السّلطة المحلّية وبرامجها. إن المستوى المحلي هو حجر الزاوية لبناء منظومة سياسية واجتماعية مقامة على محورية الحقوق والحريات.

تتحقق الديمقراطية المحلية من خلال تَمَكُّنِ المواطن من ممارسة جميع حقوقه وحرياته في فضاء تلتزم فيه السلطة المحلية بتهيئته وتنظيمه وتنميته وتوظيفه دون المساس بجوهرها. إن مبدأ التدبير الحر في تنظيم ممارسة الحقوق والحريات يَحُدُّهُ سقف الفصل 49. إن التنزيل الصحيح لهذا المبدأ يتوقف على استعاب مضامين الفصل 49، خاصة أن عديد البلديات تجاوزت الإطار الدستوري لصلاحياتها متجاهلة في ذلك مبدأ وحدة الدولة.

إن انفراد القانون بضبط القيود على الحقوق والحرّيات لا يحجب إمكانية تقييدها من قبل الجماعات عند ممارسة صلاحياتها التي تتقاطع مع ممارسة عدّة حقوق وحريات. فكلّما اعتمدت الجماعة مبدأ التناسب في أنشطتها المختلفة، إلاّ وَضَمِنت تدريجيا قبولا لسلطتها من قبل المتساكنين وحصانة لقرارتها ضد دعاوى الالغاء.

الملاحق

ملحق عدد 1

الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة

سليم اللّغماني
أستاذ بكلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس

ملحق عدد 2

جدول تفصيلي للأنظمة النّزاعية الواردة بمجلّة الجماعات المحلية

ملحق عدد 1

السّؤال الأول: لماذا يجب الحدّ من الحريات؟

أولا- لأنّ الحرية المطلقة تنقلب إلى ضدّها: يمكن أن تستغلّ حرية التعبير للثلب أو للشتم كما يمكن أن تتحوّل ممارسة حرية التظاهر إلى عنف.

ثانيا- لأن الحريات في حدّ ذاتها حدود لحريات أخرى، مثال: حرية التعبير والحق في الحياة الخاصة أو حق النفاذ للمعلومة من ناحية، والحق في حماية المعطيات الخاصة من ناحية اخرى.

لكن هناك حقوق لا يمكن المساس بها:

- الحق في حرمة الجسد ومنع التعذيب المعنوي والمادي.
- الحق في محاكمة عادلة، قرينة البراءة، شخصية العقوبة، شرعية الجرائم والعقوبات.

هذه الحقوق هي تلك التي يصفها القانون الدولي بـأنها الحقوق الأساسية والتي يتوجّب احترامها في كل الحالات ومهما كانت الظروف ولم يتعرّض لها الدستور التونسي (سوف يتمّ الرّجوع إلى هذه المسألة في آخر الوثيقة).

هذا الشرط هو الأول الذي أدرج في «مشروع الدستور الجمهورية التونسية» بتاريخ 1 جوان/ حزيران 2013 قبل إدراج شرط التناسب في الصيغة النهائية للدستور وإدراج شرط التناسب جعله غير ذي جدوى إذ أن كل حدّ ينال من جوهر الحق أو الحرية هو، بطبعه، غير متناسب.

السّؤال الثّاني: ما هي طرق ضبط حدود الحقوق والحريات؟

اعتمدت الدساتير ثلاثة طرق لضبط حدود الحقوق والحريات:

أولا- 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 والفئات 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 والشروط المبيّنة بالقانون، **ولا يحدّ من هذه الحقوق إلّا بقانون يُتّخذ لاحترام حقوق الغير ولصالح الأمن العام والدفاع الوطني ولازدهار الاقتصاد وللنهوض الاجتماعي.**

الفصل 8

حرية الفكر والتعبير والصحافة والنشر والاجتماع وتأسيس الجمعيات مضمونة **وتمارس حسبما يضبطه القانون.**

الفصل9

حرمة المسكن وسرية المراسلة وحماية المعطيات الشخصية مضمونة **إلّا في الحالات الاستثنائية التي يضبطها القانون.**

الفصل 10

لكل مواطن حرية التنقل داخل البلاد والى خارجها واختيار مقر إقامته **في حدود القانون.**

الفصل 13

كل فرد فقد حريته يعامل معاملة إنسانية في كنف احترام كرامته **طبقا للشروط يضبطها القانون.**

كما تمكن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية على أساس الفصل 46 المتعلق بالحالة الاستثنائية من تعليق الحقوق والحريات.

الفصل 46

لرئيس الجمهورية في حالة خطر داهم مهدد لكيان الجمهورية وأمن البلاد واستقلالها بحيث يتعذر السير العادي لدواليب الدولة **اتخاذ ما تحتمه الظروف من تدابير استثنائية** بعد استشاره الوزير الاول ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس المستشارين.

ويوجه في ذلك بيانا إلى الشعب.

وفي هذه الحالة لا يجوز لرئيس الجمهورية حلّ مجلس النواب كما لا يجوز تقديم لائحة لوم ضد الحكومة.

وتزول هذه التدابير بزوال أسبابها ويوجه رئيس الجمهورية بيانا في ذلك إلى مجلس النواب ومجلس المستشارين.

دستور الجزائر 8 ديسمبر/كانون الأوّل 1996 وقع تعديله في 6 مارس/آذار 2016

الفصل 40:

تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون وفي نطاق احترامه. ولا تفتيش إلّا بأمر صادر عن السلطة القضائية المختصة.

الفصل 57:

الحق في الإضراب معترف به ويمارس 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:

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

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

ثانيا- تخصيص فصل جامع لضبط شروط وضع الحدود على كلّ الحقوق والحريات

يتمّ وفق هذه الطريقة وضع فصل واحد، يتمّ من خلاله ضبط شروط الحدود لكلّ الحقوق والحريات، وتمكن هذه الطريقة من تفادي الإطالة والتشعب في النصّ الدستوري. ومن أهم الأمثلة على ذلك نذكر التالية:

دستور سويسرا 18 أفريل/نيسان 1999

الفصل 36:

حدود الحقوق الأساسية

1. كلّ حدّ من حقّ أساسي يجب أن يستند إلى أساس تشريعي، والحدود الخطيرة يجب أن ينصّص عليها بقانون، إلا في حالة خطر حقيقي ومباشر وداهم.
2. كلّ حدّ من حقّ أساسي يجب أن يكون مبرّرا بمصلحة عامة أو بحماية حقّ أساسي للغير.

3. كلّ حدّ من حقّ أساسي يجب أن يكون متناسبا مع الهدف المراد تحقيقه.
4. لا يجوز المساس بجوهر الحقوق الأساسية.

دستور كينيا 6 ماي/أيار 2010

الفصل 24:

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

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

الميثاق الكندي للحقوق والحريات 17 أفريل/نيسان 1982

الفصل الأول:

«الميثاق الكندي للحقوق والحريات يضمن الحقوق والحريات الواردة في بنوده ولا يمكن ضبطها إلّا بقانون بحدود معقولة يمكن إثبات تبريرها في إطار مجتمع حرّ وديمقراطي».

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 إلّا بناء على قانون. وإذا كانت هذه التقييدات تفيد في حماية النظام الأساسي الديمقراطي الحر، أو في حماية كيان أو أمن الاتحاد، أو كيان إحدى الولايات أو أمنها، فيجوز أن ينصّ القانون على عدم إبلاغ المعنيين بهذه التقييدات، والاستعاضة عن المقاضاة بفحص الأشياء المعنية بواسطة هيئات وأجهزة مساعدة يتم تحديدها من قبل المجالس النيابية.

المادة 19:

الحد من الحقوق الأساسية – حق التقاضي

1. إذا تمّ اللجوء وفقا لهذا القانون الأساسي إلى الحد من أحد الحقوق الأساسية بقانون، أو بناء على قانون، فيجب أن يكون سريان هذا القانون عاماً، وألّا يقتصر على حالة منفردة. وعلاوة على ذلك يجب أن يسمي هذا القانون الحق الأساسي المعني، والمادة الخاصة به في القانون الأساسي.
2. لا يجوز بأي 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

المادّة 7

الحقوق

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

المادّة 36

تقييد الحقوق

1. لا يجوز تقييد الحقوق الواردة في وثيقة الحقوق إلّا بمقتضى قانون يطبق على الناس كافة بقدر ما يكون التقييد معقولاً وله ما يبرره في مجتمع مفتوح وديمقراطي يقوم على الكرامة الإنسانية والمساواة والحرية، مع مراعاة كل العوامل ذات الصلة، بما فيها:
   أ. طبيعة الحق؛
   ب. أهمية الغرض من التقييد؛
   ج. طبيعة ونطاق التقييد؛
   د. العلاقة بين التقييد وغرضه؛ و
   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 الدّولي العام

لم يخصص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية فصلا جامعا لضبط شروط وضع الحدود على الحقوق والحريات بل تعرّض إلى هذه الشروط في بعض الفصول:

المادة 12

1. لكل فرد يوجد على نحو قانوني داخل إقليم دولة ما حق حرية التنقل فيه وحرية اختيار مكان إقامته.
2. لكلّ فرد حرية مغادرة أي بلد، 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 وحرياتهم، وتكون متماشية مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذا العهد.**
4. لا يجوز حرمان أحد، تعسفا، من حق الدخول إلى بلده.

المادة 18

1. لكل إنسان الحق في حرية الفكر والوجدان والدين. ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحريته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملأ أو على حدة.
2. لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأنه أن يخل بحريته في أن يدين بدين ما، أو بحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره.

3. **لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم 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 حريته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى آخرين دونما 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 وحرياتهم.**

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 وحرياتهم. ولا تحول هذه المادة دون إخضاع أفراد القوات المسلحة ورجال الشرطة لقيود قانونية على ممارسة هذا الحق.**
3. ليس في هذه المادة أي حكم يجيز للدول الأطراف في اتفاقية منظمة العمل الدولية المعقودة عام 1948 بشأن الحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي اتخاذ تدابير تشريعية من شأنها، أو تطبيق القانون بطريقة من شأنها أن تخل بالضمانات المنصوص عليها في تلك الاتفاقية.

السّؤال الثّالث: 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 الخاصّة على غرار دستور غرّة جوان/ حزيران 1959.
2. اكتفت مسودة مشروع الدستور (14 ديسمبر/ كانون الأوّل 2012) بضبط قيود لممارسة بعض الحقوق الخاصّة على غرار دستور غرّة جوان/ حزيران 1959.
3. اكتفى مشروع الدستور (22 أفريل/ نيسان 2013) بضبط قيود لممارسة بعض الحقوق الخاصّة على غرار دستور غرّة جوان/ حزيران 1959.
4. أدرج مشروع دستور الجمهورية التونسية (غرة جوان/ حزيران 2013) لأول مرّة فصلا جامعا ولم ينص هذا المشروع على مبدأ التناسب وهو الفصل 48 الذي ينص على ما يلي:

> "يقرر القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمنة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا يتخذ القانون إلا لحماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة. وتسهر الهيئات القضائية على حماية الحقوق والحريات من أي انتهاك".

5. على إثر التوافقات، وقع إدراج مبدأ التناسب ومبدأ عدم التراجع (principe de non régression) ضمن الفصل الجامع لدستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 وتمّ ذلك أثناء القراءة الأولى فصلا فصلا لمشروع الدستور[1].

الفصل 49:

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

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

1 ملاحظة: لقد اقترحنا إدراج فصل جامع يعنى بهذه المسألة هذا نصّه منذ صدور نص «مسودة مشروع الدستور»:
«لا تخضع ممارسة الحقوق المنصوص عليها بهذا الباب إلا للحدود المقررة في القانون، ما لم تمسّ من جوهرها وشريطة أن تشكل هذه الحدود تدابير ضرورية في مجتمع مدني ديمقراطي تتخذ لحماية حقوق الغير وحرياته أو الأمن الوطني أو الأمن العمومي ولا بد من وجود تناسب بين القيود المفروضة والأهداف التي تبررها ومن توفير سبل الطعن فيها».
أنظر: سليم اللّغماني، سلوى الحمروني وسلسبيل 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 وحريات خاصة:

الفصل 22	الحقّ في الحياة لا يمكن المساس به إلّا 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 الحق 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 ثلاثا وعشرين سنة كاملة يوم تقديم ترشحه، شرط أن لا يكون مشمولا 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 بالغا من العمر خمسا وثلاثين سنة على الأقل. وإذا كان حاملا لجنسية غير الجنسية التونسية فإنه يقدم ضمن ملف ترشحه تعهدا بالتخلي عن الجنسية الأخرى عند التصريح بانتخابه رئيسا للجمهورية. تشترط تزكية المترشح من قبل عدد من أعضاء مجلس نواب الشعب أو رؤساء مجالس الجماعات المحلية المنتخبة أو الناخبين المرسمين حسبما يضبطه القانون الانتخابي.

السّؤال الرّابع: هل ينطبق الفصل الجامع على كلّ الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور؟

التأويل الأول: ينطبق الفصل 49 على كل الحقوق والحريات المنصوص عليها في دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 (وليس فقط في الباب المتعلق بالحقوق والحريات).

التأويل الثاني: يُستثنى من مجال تطبيق الفصل 49 الفصول التي ورد فيها قيد خاص وإحالة خاصة على القانون وفقا لمبدأ القانون: "حكم النص الخاص يُستثنى من حكم النص العام" (Le spécial déroge au général).

لابد في رأيي من التمييز:

1. هنالك فصول أو فقرات أو أجزاء من فصول تتعلّق بالحقوق والحريات لا ينطبق عليها الفصل 49 لأسباب مختلفة:

أ. لأنّ الحقوق والحريات المعنيّة حقوق وحريات أساسيّة لا يمكن الحدّ منها البتّة وهي التالية:

الفصل 6	حريّة المعتقد والضّمير.
الفصل 21	المواطنون والمواطنات متساوون في الحقوق والواجبات، وهم سواء أمام القانون من غير تمييز.
الفصل 23	تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد، وتمنع التعذيب المعنوي والمادي. ولا تسقط جريمة التعذيب بالتقادم.
الفصل 25	يحجر سحب الجنسية التونسية. من أي مواطن أو تغريبه أو تسليمه أو منعه من العودة إلى الوطن.
الفصل 27	المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تُكفل له فيها جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع والمحاكمة.
الفصل 28	العقوبة شخصية، ولا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق الوضع، عدا حالة النص الأرفق بالمتهم.
الفصل 30	لكل سجين الحق في معاملة إنسانية تحفظ كرامته.
الفصل 31	حرية الرأي والفكر... مضمونة.
الفصل 108	لكل شخص الحق في محاكمة عادلة في أجل معقول، والمتقاضون متساوون أمام القضاء. حق التقاضي وحق الدفاع مضمونان.

ب. لأنّ النص الدستوري مكّن من النّيل من جوهر الحق:

الفصل 22	الحق في الحياة لا يمكن المساس به إلّا في حالات قصوى يضبطها القانون.
الفصل 36	الحق النقابي بما في ذلك حق الإضراب مضمون. ولا ينطبق هذا الحق على الجيش الوطني. ولا يشمل حق الإضراب قوّات الأمن الدّاخلي والدّيوانة.
الفصل 41	حق الملكية مضمون، ولا يمكن النيل منه إلّا 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 إلّا في حالة التلبس أو بقرار قضائي، ويعلم فورا بحقوقه وبالتهمة المنسوبة إليه، وله أن ينيب محاميا.
الفصل 35	حرية تكوين الأحزاب والنقابات والجمعيات مضمونة. تلتزم الأحزاب والنقابات والجمعيات في أنظمتها الأساسية وفي أنشطتها بأحكام الدستور والقانون وبالشفافية المالية ونبذ العنف.
الفصل 41	الحق الملكية مضمون ولا يمكن النيل منه إلّا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون.
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 تزكية المترشح من قبل عدد من أعضاء مجلس نواب الشعب أو رؤساء مجالس الجماعات المحلية المنتخبة أو الناخبين المرسمين حسبما يضبطه القانون الانتخابي.

د. لأنّ الحقوق التي تضمنتها لا تلزم الدولة التونسية على تحقيق نتيجة بل على بذل عناية فحسب:

الفصل 21	... وتهيئ لهم [للمواطنين والمواطنات] أسباب العيش الكريم.
الفصل 30	... تراعي الدولة في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية مصلحة الأسرة، 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]... تتّخذ الدّولة التّدابير الكفيلة بالقضاء على العنف ضدّ المرأة. ...تسعى الدّولة إلى تحقيق التّناصف بين المرأة والرّجل في المجالس المنتخبة.
الفصل 48	تحمي الدّولة الأشخاص ذوي الإعاقة من كلّ تمييز. لكلّ مواطن ذي إعاقة الحق في الانتفاع، حسب طبيعة إعاقته، بكلّ التّدابير التّي تضمن له الاندماج الكامل في المجتمع. وعلى الدّولة اتّخاذ جميع الإجراءات الضّروريّة لتحقيق ذلك.

2. ينطبق الفصل 49 على الفصول التي أحالت على القانون دون ضبط طبيعة الحد وشروطه:

الفصل 22	الحق في الحياة لا يمكن المساس به إلّا في حالات قصوى يضبطها القانون. (ملاحظة: على القاضي الدستوري التثبت من الطبيعة "القصوى" للحالة ومن التناسب بين الجريمة المقترفة وعقوبة الاعدام التي قرّرها القانون).
الفصل 26	حق اللجوء السياسي مضمون طبق ما يضبطه القانون.
الفصل 29	... تحدد مدّة 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 مشمولا بأي صورة من صور الحرمان التي يضبطها القانون.
الفصل 54	يعدّ ناخبا كل مواطن تونسي الجنسية بلغ من العمر ثماني 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 تزكية المترشح من قبل عدد من أعضاء مجلس نواب الشعب أو رؤساء مجالس الجماعات المحلية المنتخبة أو الناخبين المرسمين حسبما 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:

الفصل 6	... ممارسة الشّعائر الدّينيّة.
الفصل 24	تحمي الدولة الحياة الخاصة، وحرمة المسكن، وسرية المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية. لكل مواطن الحرية في اختيار مقر إقامته وفي التنقل داخل الوطن وله الحق في مغادرته.
الفصل 31	"حرية ... التعبير والإعلام والنشر مضمونة... " إلا أنه، بمقتضى نفس الفصل، وقع حضر اللجوء إلى حدّ بعينه: "لا يمكن ممارسة رقابة مسبقة على هذه الحريات".
الفصل 32	تضمن الدولة الحق في الإعلام والحق في النفاذ إلى المعلومة.
الفصل 37	حرية الاجتماع والتظاهر السلميين مضمونة.
الفصل 38	الصحة حق لكل إنسان. تضمن الدولة الوقاية والرعاية الصحية لكل مواطن وتوّفر الإمكانيات الضرورية لضمان السلامة وجودة الخدمات الصحية. تضمن الدولة العلاج المجاني لفاقدي السند، ولذوي الدخل المحدود.
لفصل 39	التعليم إلزامي إلى سن السادسة عشرة. تضمن الدولة الحق في التعليم العمومي المجاني بكامل مراحله.
الفصل 40	... ولكل مواطن ومواطنة الحق في العمل في ظروف لائقة وبأجر عادل.
الفصل 41	... الملكية الفكرية مضمونة.
الفصل 42	الحق في الثقافة مضمون. حرية الإبداع مضمونة.
الفصل 44	الحق في الماء مضمون.
الفصل 45	تضمن الدولة الحق في بيئة سليمة ومتوازنة.
الفصل 46	تلتزم الدولة بحماية الحقوق المكتسبة للمرأة وتدعم مكاسبها ... تضمن الدّولة تكافؤ الفرص بين الرّجل والمرأة في تحمّل مختلف المسؤوليّات وفي جميع المجالات.
الفصل 47	حقوق الطفل على أبويه وعلى الدولة ضمان الكرامة والصحة والرعاية والتربية والتعليم. على الدولة توفير جميع أنواع الحماية لكل الأطفال دون تمييز ووفق المصالح الفضلى للطفل.
الفصل 108	... ولا يكون التصريح بالحكم إلا في جلسة علنية.

السّؤال الخامس: من المعني بالفصل 49؟

أ- كل المواطنين والمواطنات بحكم أنهم معرّضون للحد من حقوقهم وحرياتهم ومكنهم الدستور من الدفع بعدم دستورية القوانين بما في ذلك القوانين التي لم تحترم مقتضيات الفصل 49.

ب- الجمعيات التي مكنها الفصل 14 من المرسوم عدد 88 لسنة 2011 مؤرخ في 24 سبتمبر/ أيلول 2011 المتعلق بتنظيم الجمعيات مما يلي: " يمكن لكلّ 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 إلاّ بتكليف كتابي صريح من الأشخاص المعنيين بالأمر".

ج- السلطة التشريعية التي تضع الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات. ولا بدّ في هذا الصدد من الإشارة إلى ضرورة إحداث آلية صلب مجلس نوّاب الشعب للتثبت وقائيا من احترام مشاريع القوانين لمقتضيات الفصل 49.

د- السلطة التنفيذية

- بصفتها مشاركة في الوظيفة التشريعية فهي التي تعدّ مشاريع القوانين،
- وبصفتها سلطة تنفيذية بإمكانها الحد من ممارسة الحقوق والحريات عبر سلطتها الترتيبية وصلاحياتها في مجال الضبط الإداري.
- ولا بدّ من إحداث آلية صلب رئاسة الحكومة للتثبت وقائيا من احترام مشاريع القوانين والمقررات الإدارية لمقتضيات الفصل 49.

هـ- الهيئات المستقلة: الهيئات الدستورية المستقلة وبصفة خاصة هيئة حقوق الإنسان التي "تُستشار وجوبا في مشاريع القوانين المتصلة بمجال اختصاصها" (الفصل 128 من الدستور) والهيئات العمومية المستقلة.

و- السلط المحلية في إطار ممارستها لاختصاص الضبط الإداري.

ز- الهيئات القضائية بشتى أصنافها التي كلفها المؤسس "بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك" (الفصل 49) وبضمان علوية الدستور، وسيادة القانون، وبحماية الحقوق والحريات (الفصل 102).

ح- الموفق الاداري الذي أحدث بمقتضى الأمر عدد 2143 لسنة 1992 المؤرخ في 10 ديسمبر/ كانون الأوّل 1992 والذي عهد إليه بالتوسط بين المواطن والإدارة لإيجاد الحلول للمسائل المتشكلة بينهما.

ط- وبطبيعة الحال المحكمة الدستورية.

السّؤال السادس: ما هي مقتضيات تطبيق الفصل 49 ؟

1. التثبت من أنه وقع الحدّ من الحرية بمقتضى قانون. ولا بدّ أن يكون قانونا أساسيا بما أنّ الفصل 65 من الدستور ينص على أنّ النصوص المتعلقة بالحريات وحقوق الإنسان تتخذ شكل قوانين أساسية. ولا بد أن يتوفر في القانون شرط الوضوح والمقروئيّة والدقّة.
2. التثبت بأنه لا ينال من جوهر الحق والحرية المعنية:

- وينال القانون من جوهر الحق أو الحرية إن كانت نتيجته القضاء على الحرية تماما كأن ينص قانون الجمعيات مثلا على أنّ تكوين الجمعيات خاضع لإجراء الترخيص (وهو ما وقع في ظلّ دستور غرة جوان/ حزيران 1959).
- كما يمكن أن نعتبر أن القانون ينال من جوهر الحق عندما يكون مآله إمكانية حرمان شخص من حق أو حرية بصفة نهائية.

وهذا ما يفسّر عدم انطباق هذا الشرط على الفصل 22 و الفصل 36 والفصل 41 (فقرة 2 و 3) لأنّ الدستور نصّ، في هذه الحالات، على إمكانية حرمان شخص بصفة نهائية من حقه في الحياة أو الملكية وعلى حرمان فئات من الحق النقابي وحق الإضراب.

هذا الشرط هو الأول الذي أدرج في "مشروع الدستور الجمهورية التونسية" بتاريخ 1 جوان/ حزيران 2013 قبل إدراج شرط التناسب 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 فعلا "حقوق الغير أو الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة" مع تأويل صارم و حالة بحالة لهذه المقتضيات العامّة.
4. الثبت من وجود "ضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية"

وتعني الضرورة أنّه ليس هناك حلّ آخر وأنّه لضمان القيمة لابد من الحد من الحرية. ويجب أن لا ينال الحد من مدنية الدولة وديمقراطية النظام السياسي.

مثال 1: لا يمكن حماية الصحة العمومية من انتشار وباء إلا بالحدّ من حرية التنقل أو بعزل أشخاص طالهم ذلك الوباء.

مثال 2: يمكن بسبب خطر داهم يهدّد الأمن العام تأجيل انتخابات لكن لا يمكن إلغاءها لأنّ إلغاء الانتخابات نسف لمقتضيات الدولة الديمقراطية.

مثال 3: لا يمكن إغلاق المقاهي نهارا طيلة شهر رمضان لأنّ الغلق ليس ضرورة تقتضيها دولة مدنية بل دولة دينية.

5. التثبت من "التناسب" بين الحد من الحرية وموجبه.

يُعرف التناسب بأنّه علاقة بين هدف (موجب الحدّ من الحرية) تتمثل في قيمة محمية قانونيا (حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة) وإجراء (الحدّ من الحرية) من

المفروض أن يحقق الغاية المنشودة. إنّ تحقيق التناسب بالمعنى الواسع يفترض توفّر ثلاثة شروط، تتمثل فيما يلي:

- الشرط الأول- الملاءمة (adéquat): يجب أن يمكّن الإجراء المتخذ من تحقيق الهدف المنشود.
- الشرط الثاني- الضرورة: يجب أن يكون الإجراء المتخذ ضروريا لتحقيق الهدف المنشود.
- الشرط الثالث- فكرة التناسب بالمعنى الضيق: يجب أن يكون الإجراء المتخذ 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 محدّدا جغرافيا.

وإذا كانت هذه الشروط الثلاث للتناسب بالمعنى الواسع مطلوبة وتمثّل شروط صحة الإجراء فلأنه بدونها يخشى أن ينال الإجراء بصفة مفرطة من قيمة أخرى يحميها القانون وهي الحق أو الحرية المعنيّة. وكما يتّضح، ليس التناسب بقاعدة بقدر ما هو تمشّ. فما نعتبره مبدأ التناسب إنما هو المقتضيات الثلاثة التي يجب أن تحدد الجهة المختصة في اختيار الإجراء والتي يراقبها القاضي للحكم بصحته.

ويستنتج ممّا سبق استنتاجان أولهما أن الفصل 49 يفرض التأكد من وجود ضرورتين، ضرورة مستقلة عن مبدأ التناسب، ضرورة الحدّ من الحرية (nécessité externe) وضرورة الإجراء الذي أُتّخذ للحدّ من الحرية (nécessité interne) وثانيهما أنّ للتناسب معنى واسع (proportionnalité lato sensu) ومعنى ضيق (proportionnalité stricto sensu) وهو المواءمة.

السّؤال السابع: هل يمكن التراجع في الحقوق والحريات التي ضمنها الدستور؟

"لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور". تعتبر هذه الفقرة الأخيرة من الفصل 49 تكريسا لمبدأ عدم التراجع (principe de non régression) الذي يحكم مادّة حقوق الإنسان بصفة عامّة. وينطبق هذا التحجير على تعديل الدستور ومن باب أولى وأحرى على التشريع العادي أو الأساسي. وقد نصّ الفصل 46 صراحة على ذلك في ما يخص حقوق المرأة: "تلتزم الدولة 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 والمرسوم عدد 88 لسنة 2011 المؤرخ في 24 سبتمبر/ أيلول 2011 المتعلق بتنظيم الجمعيات.

السّؤال الثامن: ما هي المسألة المنسيّة في دستور 27 جانفي/كانون الثاني 2014؟

يمكّن الفصل 80 من دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 رئيس الجمهورية "في حالة خطر داهم مهدد لكيان الوطن أو أمن البلاد أو استقلالها، يتعذر معه السير العادي لدواليب الدولة أن يتّخذ التدابير التي تحتمها تلك الحالة الاستثنائية".

ويمكن أن تتمثل هذه التدابير، وهي ليست قوانين، في تعليق حقوق وحريات وعدم اعتماد الفصل 49. كان لا بد من التنصيص في هذه الصورة على الحقوق والحريات التي لا يمكن تعليقها حتى في الحالة الاستثنائية "droits fondamentaux indérogeables" على غرار بعض الدساتير[2].

ولا يمثّل هذا النسيان ثغرة في النظام القانوني التونسي بما أنّه بمقتضى الفصل 20 من الدستور "المعاهدات الموافق عليها من قبل المجلس النيابي والمصادق عليها، أعلى من القوانين وأدنى من الدستور". ولقد صادقت تونس بدون تحفظ على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية[3] الذي ينصّ في فصله الرّابع على ما يلي:

> **في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تتهدد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسميا، يجوز للدول الأطراف في هذا 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.**
>
> **لا يجيز هذا النص أي مخالفة لأحكام المواد 6 و7 و8 (الفقرتين 1 و2) و11 و15 و16 و18[4].**

2 ملاحظة: لقد اقترحنا إدراج فقرة بالفصل الجامع تعنى بهذه المسألة هذا نصّها:
«لا يجوز في صورة تفعيل الفصل 73 من هذا الدستور أو إعلان حالة الطوارئ المساس من أحكام الفصول التالية...».
سليم اللّغماني، سلوى الحمروني وسلسبيل 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.

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

4 الفصل 6: الحق في الحياة.
الفصل 7: حظر التعذيب والمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة.
الفصل 8: الفقرة الأولى: "لا يجوز استرقاق أحد، ويحظر الرق والاتجار بالرقيق بجميع صورهما". الفقرة الثانية: "لا يجوز إخضاع أحد للعبودية.
الفصل 11: حظر سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي.
الفصل 15: مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.
الفصل 16: لكل إنسان، في كل مكان، الحق بأن يعترف له بالشخصية القانونية.
الفصل 18: لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين. ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحريته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد وإقامة الشعائر.

ملحق عدد 2

-جدول تفصيلي للأنظمة النّزاعية الواردة بمجلّة الجماعات المحلية

الفصول	طبيعة الدعوى	المجال	الإختصاص القضائي	الإختصاص والإجراءات والآجال
24	إعتراض	تنازع الإختصاص	المحكمة الإدارية	• **إبتدائي**: أمام المحكمة الإدارية الاستئنافية • أجل البت : شهر • **الإستئناف**: المحكمة الإدارية العليا • أجل البت: شهران
29	دعوى تجاوز سلطة	الديمقراطية التشاركية	المحكمة الإدارية	قانون المحكمة الإدارية
32	إعتراض	الإستفتاء المحلي	المحكمة الإدارية	• **الطعن من الوالي**: شهر من اعلامه. • أجل الفصل ابتدائي: شهران • **الطّعن بالإستئناف**: 10 أيّام من تاريخ الإعلام بالحكم الابتدائي • أجل البتّ في الاستئناف: شهر
40	طعن	اتفاقيات التّعاون الدولي	المحكمة الإدارية	• **إبتدائي**: أمام المحكمة الإدارية الاستئنافية • أجل البتّ : شهر • **الإستئناف**: المحكمة الإدارية العليا • أجل البتّ: شهران
94	إعتراض	اتّفاقات التّفاوض المباشر وتنظيم الاستشارات	محكمة المحاسبات	• **المعترض**: الوالي • **الأجل**: 15 من تاريخ إعلامه ويوقف الإعتراض تنفيذ العقد • **أجل البت إبتدائيا**: شهر • **أجل الطعن بالإستئناف**: 10 أيام من تاريخ صدور الحكم • **أجل البت** : شهر
143	إعتراض	القرارات ذات الصّبغة الماليّة	المحكمة الإدارية	• **المعترض**: الوالي • **الأجل**: شهر من تاريخ اعلامه، لا يوقف الاعتراض التّنفيذ، يمكن للوالي طلب ذلك • **أجل البت إبتدائيا**: شهر • **أجل الطعن بالإستئناف**: شهر من تاريخ الاعلام بالحكم • **أجل البت** : شهر

165	إذن استعجالي	الحصول على وثيقة مالية	المحكمة الإدارية	**أجل التّوجه للمحكمة:** شهر من تاريخ تقديم الطلب للجماعة دون حصول الرد
197	طعن	إعداد وتنفيذ وتوازن الميزانية	محكمة المحاسبات	**الطاعن:** ممثل السلطة المركزية والمطالبين بالأداء. **الآجال والإجراءات:** إحالة للفصل 94
278	• إعتراض • يمكن القيام بطعن مباشر	• القرارات البلدية • قرار ينال من حرّية فردية أو عامّة	المحكمة الإدارية	• على الوالي تبليغ عريضة الدّعوى 3 أيام قبل الإيداع بالمحكمة. لا يوقف الإعتراض التنفيذ، يمكن للوالي طلب ذلك. • يمكن للوالي أم من يهمهم الأمر طلب توقيف التنفيذ ويأذن فيه رئيس المحكمة الإدارية الإبتدائية في ظرف 5 أيام • لكل من أحدث له القرار ضررا

المراجع

المراجع باللّغة العربية

أهم النصوص القانونية

-الدّستور التّونسي الصّادر في 27 جانفي/ كانون الثاني 2014.
-مجلة التهيئة الترابية والتعمير الصادرة بمقتضى القانون عدد 122 لسنة 1994 المؤرخ في 28 نوفمبر/ تشرين الثاني 1994.

-القانون عدد 59 لسنة 2006 الصادر في 14 أوت/ آب 2006 المتعلق بتراتيب حفظ الصحة بالمناطق الراجعة للجماعات المحلية، كما تم تنقيحه بالقانون عدد 30 لسنة 2016 المؤرخ في 5 أفريل/ نيسان 2016.

-القانون عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس/ آذار 2016 المتعلق بحق النفاذ إلى المعلومة.

-القانون عدد 29 لسنة 2018 المؤرخ في 9 ماي/ أيار 2018 المتعلق باصدار مجلة الجماعات المحلية.

فقه القضاء

فقه القضاء التونسي

-قرار المحكمة الإدارية، عدد 451 الغرفة النقابية لشركات الإشهار ضد بلدية تونس 8/ 2/ 1982 (المجموعة ص 10).
-قرار المحكمة الإدارية، عدد 1151 توفيق بن قدرية ضد بلدية حمام الأنف 25/ 4/ 1988(المجموعة ص 53).
-قرار المحكمة الإدارية عدد 1456 الهادي البيباني ضد رئيس بلدية بن عروس بتاريخ 21/ 6/ 1990 (المجموعة ص 395).
-قرار المحكمة الإدارية عدد 2364 فتحي بن سليمان ضد رئيس بلدية بوسالم بتاريخ 21/ 5/ 1992.
- قرار المحكمة الإدارية عدد 3879 شركة كريشان وأبناؤه ضد بلدية القصرين 14/ 3/ 1995 (المجموعة ص 128).
-قرار المحكمة الإدارية محمد البرادعي ضد والي صفاقس بتاريخ 11/ 4/ 1995.
-قرار المحكمة الإدارية الطاهر بولعابي ضد رئيس بلدية حلق الواد بتاريخ 11/ 4/ 1995.
-قرار المحكمة الإدارية عدد 14102 سالم التاجوري ضد بلدية الساحلين بتاريخ 17/ 10/ 1997 (المجموعة ص 418).
-قرار المحكمة الإدارية عدد 17051 محمد ذياب ضد رئيس بلدية تونس عدد 17051 بتاريخ 29/ 1/ 1999.
-قرار المحكمة الإدارية عدد 17332 رفيق دريرة ضد رئيس بلدية تونس بتاريخ 29/ 12/ 2000.
--قرار المحكمة الإدارية عدد 17739 محمد الإمام ضد رئيس بلدية بوعرقوب بتاريخ 21/ 1/ 2003.
-قرار المحكمة الإدارية عدد 19450 عبد الحميد كنو ضد رئيس بلدية صفاقس بتاريخ 23/ 4/ 2004.

-قرار المحكمة الإدارية عدد 11293 محمد ضد رئيس بلدية أريانة 16 جوان/ حزيران 2004 (المجموعة ص 68).
-قرار محكمة إدارية عدد 16566 صالح ومن معه ضد رئيس بلدية حمام الأنف بتاريخ 7/ 1/ 2005 .
-قرار المحكمة الإدارية عدد 1/ 13229 محمد ومن معه ضد رئيس بلدية المروج بتاريخ 26/ 4/ 2007.
-قرار المحكمة الإدارية عدد 26242 أنيس بن أحمد رمضانة ضد رئيس بلدية بنزرت بتاريخ 23/ 10/ 2008.
-قرار المحكمة الإدارية، القضية عدد 12830 بتاريخ 16 فيفري/ شباط 2008، علي العصيدي ضد رئيس بلدية تالة.
-قرار المحكمة الإدارية عدد 41/ 2741 بوزنة ومن معه ضد رئيس بلدية حلق الوادي بتاريخ 7/ 3/ 2009.
-المحكمة الإدارية، القضية عدد 19153 بتاريخ 4 أفريل/ نيسان 2013 الحداد ضد بلدية الشابة.
-قرار المحكمة الإدارية عدد 126863 بتاريخ 18/ 3/ 2014.
-المحكمة الادارية، القضية عدد 121964 بتاريخ 24 فيفري/ شباط 2015، محمد بالشاوش ضد النيابة الخصوصية لبلدية طبربة.
-المحكمة الادارية، القضية عدد 128636 بتاريخ 24 ماي/ أيار 2017.
-قرار هيئة النفاذ إلى المعلومة عدد 2018/ 16،17،18 بتاريخ 2 أفريل/ نيسان 2018، م.أ.ط ضد رئيس النيابة الخصوصية لبلدية طبربة.
-قرار المحكمة الادارية، الدائرة الابتدائية الجهوية بقابس، توقيف تنفيذ، القضية عدد 9200012 بتاريخ 5 نوفمبر/ تشرين الثاني 2018 .
-قرار المحكمة الادارية، الدائرة الابتدائية الجهوية بقابس، القضية عدد 150268 بتاريخ 23 نوفمبر/ تشرين الثاني 2018 الناصفي ضد بلدية قابس.
-قرار المحكمة الادارية، الدائرة الابتدائية الجهوية بقابس، توقيف تنفيذ، القضية عدد 194947 بتاريخ 27 نوفمبر/ تشرين الثاني 2018.
-قرار المحكمة الادارية، الدائرة الابتدائية الجهوية بصفاقس، توقيف تنفيذ، القضية عدد 07300005 بتاريخ 18 ديسمبر/ كانون الأوّل 2018.
-المحكمة الادارية، الدائرة الابتدائية بالقصرين، القضية عدد 137805 بتاريخ 26 مارس/ آذار 2019 عبد الله مداييني ضد بلدية رئيس بلدية النور.
-المحكمة الادارية، القضية عدد 155750 بتاريخ 3 ماي/ أيار 2019، السعيدي ضد وزير الداخلية.
-قرار المحكمة الادارية، الدائرة الابتدائية الجهوية بقابس،القضية عدد 0910066 بتاريخ 24 ماي/ أيار 2019.
-قرار المحكمة الادارية، الدائرة الإبتدائية الإدارية بسوسة عدد 05200122 بتاريخ 28 / 5/ 2019 .
-قرار المحكمة الادارية، الدائرة الإبتدائية بقابس عدد 09200110 قرار توقيف التنفيذ بتاريخ 14 / 8/ 2019.
-قرار هيئة النفاذ إلى المعلومة عدد 2018/ 589 بتاريخ 12 سبتمبر/ أيلول 2019، ن.ع، ضد بلدية جربة حومة السوق.
-قرار المحكمة الإدارية، الدائرة الابتدائية بالقصرين، قضية عدد 11200103 بتاريخ 27 نوفمبر/ تشرين الثاني 2019.
-المحكمة الادارية، الدائرة الابتدائية بنابل، تأجيل تنفيذ، القضية عدد 02200248 بتاريخ 17 ديسمبر/ كانون الأوّل 2019.

-قرار المحكمة الادارية، الدائرة الابتدائية الجهوية بقابس، توقيف تنفيذ، القضية عدد 09000144 بتاريخ 31 ديسمبر/ كانون الأوّل 2019.
-قرار المحكمة الادارية، الدّائرة الإبتدائية بقابس، القضية عدد 09100271 بتاريخ 16 جوان/ حزيران 2020، ديوان البحرية التجارية والموانئ ضد بلدية قابس.
-المحكمة الإدارية، القضية عدد 7144774 بتاريخ 11 جويلية/ تموز 2020.

فقه قضاء مقارن

- Fredin c. Suède (n° 1) - 12033/86 arrêt du 18/2/1991.
-Société film Lotici, 18/12/1959, Les grands arrêts administratifs, p. 554.
-Ville de Morsang-sur-Orge, 27/10/1995, Les grands arrêts administratifs, p. 748.
-CE Sieur Langneur, 10/11/1944.
-Ville de Mans et ville de Nantes 6/11/1963.
-Ville-Aix-en-Provence 26/7/1985.
-Département des Alpes-de-haute Provence20/10/1995.
-Cour d'appel administrative de Marseille, 2/5/2013.

مختارات من المراجع الفقهية

-بن حسن (ع.) والهمامي مراكشي (ع.)،"القاضي الإداري وحماية النّظام العام البيئي "، مداخلة قدّمت بملتقى القاضي وحماية البيئة، أيام 11 و12 فيفري/ شباط 2017 بتنظيم من كلية الحقوق بصفاقس والجامعة التونسية للبيئة والتنمية ومنظمة هانريش بول، منشور سنة 2018، الصفحات 59-74.
-بن حسن (ع.)، مدخل لدراسة السلطة المحلية على ضوء مجلة الجماعات المحلية والتطبيقات القضائية، مجمع الأطرش 2020.
-بسباس (س.)، "القاضي الإستعجالي ومبدأ حماية البيئة والمحيط من خلال قضية الجمعيات البيئية بصفاقس ضد المجمع الكيميائي التونسي"، مداخلة قدمت بملتقى القاضي وحماية البيئة، أيام 11 و12 فيفري/ شباط 2017 بتنظيم من كلية الحقوق بصفاقس والجامعة التونسية للبيئة والتنمية ومنظمة هانريش بول، منشور سنة 2018، الصفحات 87-98.
-الفرشيشي (و.)، الجماعات المحلية والحريات الفردية، مؤلف جماعي، الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية، 2019.
-قرقوري (م.)، "الضوابط الدستورية للحقوق والحريات من خلال الفصل 49 من دستور 27 جانفي/ كانون الثاني "2014، قراءات في دستور الجمهورية الثانية (دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014) ، منشورات مدرسة الدكتوراه بكلية الحقوق بصفاقس عدد 4، 2017، الصفحات 83-110.
-مزيد(ن.)، "الدستور والحقوق الاقتصادية والاجتماعية" ، قراءات في دستور الجمهورية الثانية (دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014) ، منشورات مدرسة الدكتوراه بكلية الحقوق بصفاقس عدد 4، 2017، الصفحات 63-82.

-فندري (خ.)، "تعليق على حكم ابتدائي إداري عدد 1/ 10629 بتاريخ 24/ 1/ 2008"، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق بصفاقس، عدد 16، 2009، الصفحات 113-137.
-ماجري (خ.)، ضوابط الحقوق والحريات تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات 2017.
-مؤسسات كونراد أديناور، أحكام المحكمة الدستورية الألمانية الفيدرالية: الحقوق والحريات الأساسية (ترجمة أحمد السوداني)، مكتب المغرب، 2017.

مختارات مراجع من القانون المقارن

-Bagni (S.), « Le principe de proportionnalité dans l'ordre juridique italien : un cadre général », Revue Générale du Droit, Études et Réflexions 2018.
-Bousta (R.), « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », Revue Française de Droit Constitutionnel, 2011/4, pp. 913-930.
-Cianciardo (J.), The principle of proportionality: the challenge of Human Rights, Research Gate, January 2010.
-Favoreu (L.) et Roux (A.), « La libre administration des collectivités territoriale est-elle une liberté fondamentale ? », Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°12, mai 2002.
-Hamrouni (S.), « La loi et les restrictions aux libertés », actes de colloque organisés par la faculté de droit de Sfax, les 11 et 12 avril 2019 ; à paraître dans la Revue des Etudes Juridiques de la faculté de droit de Sfax.
-Hamrouni (S.), « L'article 49 dans la jurisprudence de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des lois », inédit.
-Laghmani (S.), « Réflexions sur le principe de proportionnalité, à propos de la décision 2017/04 de l'Instance provisoire de contrôle de constitutionnalité des projets de lois relative de la loi organique relative aux dispositions communes aux instances constitutionnelles indépendantes », communication présentée lors des Journée Abdelfattah Amor : la jurisprudence de l'Instance provisoire de contrôle des projets de loi, les 25 et 26 janvier 2018.
-Long (M.) et autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 14ème édition, 2003.
-Touvet (L.) et autres, Les grands arrêts du droit de la décentralisation, Dalloz, 2ème édition, 2001.
-Van Drooghenbroeck (S.) et Delgrange (X.), « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », Revue des Droits de Religions, n°7, mai 2019.

حول المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات منظمة حكومية دولية مهمتها تعزيز الديمقراطية في جميع أنحاء العالم، باعتبارها طموحاً إنسانياً عالمياً وتمكيناً للتنمية المستدامة. نقوم بذلك عن طريق دعم بناء وتعزيز وحماية المؤسسات والعمليات السياسية الديمقراطية على جميع المستويات. تتمثل رؤيتنا في عالم تكون فيه العمليات والجهات الفاعلة والمؤسسات الديمقراطية تشاركية وخاضعة للمساءلة وتوفر التنمية المستدامة للجميع.

عملنا

نركز في عملنا على ثلاثة مجالات تأثير رئيسية: العمليات الانتخابية، وعمليات بناء الدستور، والمشاركة والتمثيل السياسيين. ونتبنى مبادئ النوع 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 لتدخّل المشرع ومختلف السلط العمومية بالاستناد إلى مبدأ التناسب بين ضوابط تقييد الحقوق وموجباتها. فقد تمّ بمقتضى الفصل 49 دسترة مبدأ قانوني هام وهو مبدأ التناسب باعتباره منهجا واختبارا من الضروري إعماله من قبل كافة المتدخلين في هذا المجال حتى تتمّ عقلنة هذا التدخل وضمان حماية أنجع وأدق للحقوق والحريات. ولئن كان المشرع والقاضي الدستوري المخاطبان الأساسيان بالفصل 49، فإن ضمان احترام الحقوق والحريات يستوجب استبطان جميع المتدخلين لهذا المنهج ولمختلف ضوابط الفصل 49، ومن بينهم ممثلي السّلطة المحلية.

وفي هذا الإطار، تقدم المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات هذا الدليل إلى البلديات على وجه الخصوص والذي يمثل أداة عملية تهدف إلى تعزيز إدراك القائمين على المجالس البلدية بأهمية الفصل 49 من الدستور ومساعدتهم على الإلمام بمضامينه وتيسير تطبيقه في مختلف المجالات الراجعة إليهم بالنظر، باعتبار أن استبطان المجموعة الوطنية لمبدأ التّناسب ولأحكام الفصل 49 من الدّستور يرتبط بمدى تَمَثُّلِه على الصّعيد المحلي. فتدخّل البلديات على أساس سلطاتها الضبطية طبق مجلة الجماعات المحلية يبقى مشروطا بتحقيق مختلف الأغراض المشروعة المنصوص عليها بالفصل 49 من الدستور والّتي منها الصّحة العامّة والأمن العام واحترام حقوق الغير. وكثيرا ما تُطرح على البلديات مسألة التّصادم أو التّنافس بين مجموعة من الحقوق والحريات، ممّا يفرض على القائمين عليها إعمال اختبار التناسب. إنّ مخالفة مقتضيات الفصل 49 ومبدأ التناسب قد يُعَرِّضَ قرارات المجالس البلدية في صورة الطعن فيها إلى الإلغاء وإلى إمكانية القيام بدعوى مسؤولية لجبر الضرر الناجم عنها. ويقدّم هذا الدّليل أمثلة عملية ومصفوفات توضيحية حول تطبيق الفصل 49 واختبار التناسب.

International IDEA
Strömsborg
SE-103 34 Stockholm
Sweden
الهاتف: ٠٠ ٦٩٨ ٣٧ ٤٦+
الفاكس: ٢٢ ٢٤ ٢٠ ٤٦+
البريد الالكتروني: info@idea.int
موقع الإنترنت: www.idea.int

Federal Foreign Office
Werderscher Markt 1
Berlin 11013
موقع الإنترنت: www.auswaertiges-amt.de

978-91-7671-374-7 :(PDF) ISBN
978-91-7671-373-0 :(المطبوع)