

أحكام التقييد

INTERNATIONAL
IDEA
INSTITUTE FOR
DEMOCRACY AND
ELECTORAL
ASSISTANCE

تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١٤

نظرة عامة

حول هذه السلسلة

ترمي هذه الكراسات الأساسية التي تتناول بناء الدساتير إلى مساعدة الدول في بناء دساتيرها أو إنجاز عمليات إصلاح دستوري عبر: (١) مساعدة المواطنين والأحزاب السياسية ومنظمات المجتمع المدني والمسؤولين الحكوميين وأعضاء الجمعيات التأسيسية في اتخاذ خيارات دستورية حكيمة؛ (٢) مساعدة موظفي المنظمات الدولية الحكومية وأطراف خارجية أخرى في تقديم دعم مفيد ومدروس ووثيق الصلة بالظروف السياقية لصناع القرار المحليين. وقد صممت الكراسات لتكون مدخلاً للقراء غير المختصين، ومفكرات مكثفة ملائمة لدوي المعرفة أو الخبرة في بناء الدساتير. وهي تهدف بترتيب مواضيعها وفق الخيارات العملية التي يواجهها بناء الدساتير، إلى إيضاح قضايا معقدة بطريقة مبسطة ومختصرة.

ماذا؟

حكم التقييد يمكن من جعل الحقوق الدستورية محدودة نسبياً، إلى حد معين ولأهداف معينة ومحدودة ومبررة ديمقراطياً، في حين تُحظر القيود التي تضر بالديمقراطية بسبب غايتها أو طبيعتها أو نطاقها.

لماذا؟

العديد من الحقوق الممنوحة لمواطني البلدان الديمقراطية ينبغي أن يتم تحديدها أو تقييدها - أو تضييق نطاق الحقوق - بغية منع التنازع مع حقوق أخرى أو لتحقيق مصالح عامة معينة. من شأن حكم التقييد المصاغ بشكل جيد، أن يمنع الإفراط في هذه الحدود أو القيود أو الضوابط، أو إساءة استخدامها.

لم لا؟

يمكن أن يقرر واضعو الدستور جعل بعض الحقوق مطلقة، حيث إن انتهاكها بأي درجة وفي أية ظروف سيكون غير إنساني، ويمكن أن يتسبب في انتهاكات أوسع. في بعض الحالات، تكون الحدود والقيود راسخة تماماً في الإجراءات القضائية.

أين؟

الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والميثاق الكندي للحقوق والحريات ودستور جنوب أفريقيا، هي فقط بعض أكثر الأمثلة تأثيراً على صكوك الحقوق التي تعالج صراحة القيود المفروضة عليها.

حول المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات هي منظمة حكومية دولية تدعم الديمقراطية المستدامة حول العالم.

ما القضية؟

تعد ممارسة حقوق معينة (مثل الحق في محاكمة عادلة، الحرية من الاعتقال التعسفي، حرية الحركة، حرية التعبير، حرية الدين، أو الحق بالمشاركة في صنع القرارات العامة) جزءاً لا يتجزأ من المواطنة في مجتمع ديمقراطي. وتعد حماية الحقوق الأساسية من الانتهاكات التعسفية أو المفرطة سمة جوهرية من سمات الحكومة الدستورية المعترف بها، سواء في قانون حقوق الإنسان الدولي أو في العديد من الدساتير الوطنية.

رغم ذلك، فإن عدداً قليلاً من الحقوق يمكن التمتع بها بصورة مطلقة. تخضع معظم الحقوق لقيود ضرورية ومعقولة في مجتمع ديمقراطي من أجل تحقيق مصالح عامة معينة مثل العدالة الاجتماعية والنظام العام والحكم الفعال، أو من أجل حماية حقوق الآخرين. على سبيل المثال، يمكن تقييد حرية التعبير لمنع الناس من الصراخ 'حريق!' في مكان عام مكتظ، أو يحظر التحريض على العنف ضد شخص معين أو مجموعة معينة. وعلى نحو مماثل، من المناسب تقييد حرية الحركة من خلال القواعد المرورية والقواعد المتعلقة بالاحتجاز والسجن القانونيين وقواعد الهجرة. قد تسمح هذه القواعد للدولة بانتهاك الحريات الفردية، لكن يمكن تبريرها إذا فعلت ذلك فقط لأهداف مشروعة وإلى حد مقبول (أي ضروري ومعقول وتناسبي).

وهكذا، فإن التحدي يتمثل في تصميم حكم دستوري يتيح تقييد الحقوق بحكمة إلى الحد الضروري لحماية المصلحة العامة وحقوق الآخرين، دون تقييد حقوق الإنسان الأساسية أو الحريات المدنية التي توفر الأساس لمجتمع حر. ويمكن تحقيق ذلك من خلال ما يسمى بحكم التقييد، وهو حكم يقيد ويمكن السلطات التشريعية والمحاكم من خلال ما يلي: (١) السماح بقيود محددة على الحقوق؛ (٢) وضع حدود لمثل تلك القيود، وبالتالي حماية الحق من القيود المفرطة.

حتى لو لم يكن هناك حكم تقييد، أو إذا كان حكم التقييد غامضاً، فإن المحاكم تحاول عادة تعريف الحقوق بطرق تعترف بالحاجة لتحقيق التوازن بين الحقوق والمصالح العامة والخاصة، وفي الوقت نفسه تحمي الحق. من الناحية النظرية، تختلف هذه المقاربة عن 'تقييد' الحقوق؛ بدلاً من تحديد القيود المقبولة للحق، فإن المحكمة تعرف بحدود أو نطاق الحق الذي لا يجوز من حيث المبدأ أن يكون محدوداً. يطلب حكم التقييد من المحاكم النظر ليس فقط بما إذا كان قد تم انتهاك الحق، بل أيضاً ما إذا كان الانتهاك مبرراً للأسباب المسموح بها في حكم التقييد؛ أما المقاربة التي تستند إلى تعريف نطاق الحق وحسب، فتسأل ما إذا كان الحق قد انتهك، بصرف النظر عما إذا كان الانتهاك مبرراً أم لا. من الناحية العملية، فإن المقاربة المستندة إلى القيود يمكن أن تجعل المحاكم أكثر استجابة لمضامين السياسات العامة في قراراتها، في حين أن المقاربة التي تستند إلى تعريف نطاق الحق يمكن أن تتغاضى عن المضامين بالنسبة للسياسات العامة.

من المهم ملاحظة أن القيود التي توضع على الحقوق لا تعني انتقاصاً من الحقوق، بل هي ضوابط ضرورية لتحقيق التوازن بين حقوق متعارضة، أو لتحقيق الانسجام بين الحقوق وأهداف عامة أخرى، وبالتالي فإنها ليست استجابة لحالات الطوارئ. أما الانتقاص من الحقوق، فهو عبارة عن قيود إضافية مؤقتة أو تعليق للحقوق، ويُفرض خلال حالة الطوارئ.

الحقوق وحدودها

أعراف حقوق الإنسان

لم تعد الدول الراغبة في اكتساب العضوية الشرعية في المجتمع الدولي تتصرف كما تشاء مع مواطنيها. بات يتوقع من الدول، خصوصاً تلك الساعية إلى الاعتراف بها كدول ديمقراطية، أن تضمن انسجام قوانينها وممارساتها مع مختلف مواثيق حقوق الإنسان العالمية، مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة، العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية،

واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، إضافة إلى الاتفاقيات الإقليمية مثل ميثاق الكومنولث، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب (ميثاق بانجول).

أحكام التقييد في معاهدات حقوق الإنسان العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

تنص المادة ١٩ (٣) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على ما يلي: 'إن ممارسة الحقوق في [حرية التعبير]. يترتب عليها واجبات ومسؤوليات خاصة. وعلى ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود، ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية (أ) لإحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم؛ (ب) لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة؛

المادة ٢٠ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية تنص على: (١) 'تُحظر بالقانون أية دعاية للحرب. (٢) تُحظر بالقانون أية دعوى إلى الكراهية القومية أو العنصرية الدينية تشكل تحريضاً على التمييز أو العداوة أو العنف؛

تضمن هذه المواثيق حقوقاً أساسية معينة ضرورية للمحافظة على الكرامة الإنسانية (مثل الحرية من العبودية والتعذيب)، والمحافظة على مجتمع منفتح وديمقراطي (مثل حرية التعبير والتجمع والانضمام إلى الجمعيات).

الحقوق المطلقة والمحدودة والمقيّدة

في حين أن الحقوق الواردة في مختلف المعاهدات والمواثيق والعهد الدولية وفي العديد من الدساتير الوطنية جوهرية للديمقراطية، فإنه ليس كل الحقوق يمكن - أو ينبغي بالضرورة - أن تحمي بشكل مطلق. على سبيل المثال، فإن حرية الحركة لا تعطي المرء الحق في الدخول إلى بيوت الناس الآخرين. قد ينبغي تقييد بعض الحقوق، بسبب الأثر السلبي المحتمل الذي يمكن أن تحدثه إساءة استخدام مثل تلك الحقوق على المجتمع بشكل عام أو على حقوق الآخرين: على سبيل المثال، يمكن تقييد الحق في حرية التعبير في العديد من الحالات لمنع مضايقة الآخرين.

وبناء عليه، فإن المعاهدات الدولية وجميع المواثيق الدستورية الوطنية تقريباً تحتوي أحكاماً تقييد توفر، على الأقل، بعض التوجيه حول الحالات التي يمكن فيها تقييد الحدود. المادة ٢٩ (٢) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، على سبيل المثال، تنص على ما يلي:

يخضع الفرد في ممارسة حقوقه وحرياته لتلك القيود التي يقرها القانون فقط، لضمان الاعتراف بحقوق الغير وحرياته واحترامها، ولتحقيق المقتضيات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة والأخلاق في مجتمع ديمقراطي؛

أحكام التقييد هذه تعترف بأن ثمة توتراً بين:

(١) الحقوق الخاصة والأهداف العامة المشروعة للسياسات واللازمة للمصلحة العامة (على سبيل المثال، فرض القيود على حرية التجمع للمحافظة على النظام العام)؛

(٢) الحقوق المتنافسة أو التي قد تصبح متضاربة للأفراد. على سبيل المثال، إذا كانت جريدة على وشك أن تنشر مقالة تنتهك خصوصية أحد الأفراد، فإن ذلك الفرد قد يسعى لإستصدار حكم قضائي من المحكمة ضد الجريدة، يمنع نشر المقالة. وقد تجادل الجريدة بأن ذلك يعد انتهاكاً لحريتها في التعبير.

مثال على الحقوق المقيدة

الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية

المادة ١٠ (أ): لكل شخص الحق في حرية التعبير..؛

المادة ١٠ (ب): يجوز إخضاع ممارسة هذه الحريات..لبعض المعاملات أو الشروط أو العقوبات المنصوص عليها في القانون، والتي تشكل تدابير ضرورية في المجتمع الديمقراطي للأمن الوطني، أو سلامة الأراضي، أو السلامة العامة، أو حماية النظام ومنع الجريمة، أو لحماية الصحة أو الأخلاق، أو لحماية سمعة الغير أو حقوقه. أو لمنع الكشف عن معلومات سرية، أو لضمان سلطة القضاء ونزاهته؛

يمكن تصنيف الحقوق بطرق مختلفة، إلا أن العديد من الولايات القضائية (بها في ذلك تلك المتأثرة بأحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، التي كان لها تأثير ليس فقط في أوروبا بل أيضاً في أفريقيا وجنوب المحيط الهادي والكاربي) تضع الحقوق في ثلاثة تصنيفات أساسية:

الحقوق المطلقة: لا تخضع الحقوق المطلقة لأية حدود أو قيود. على سبيل المثال، بموجب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والعديد من الدساتير الوطنية التي تأثرت بها أو استمدت منها، فإن الحق بعدم التعرض للتعذيب يعد حقاً مطلقاً لا يمكن تقييده تحت أية ظروف.

الحقوق المحدودة: ثمة حقوق محدودة، بمعنى أن التمتع بها يمكن الحد منه في ظروف محددة. على سبيل المثال، فإن الحق بالحرية الشخصية بموجب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان يمكن أن يُحد منه إذا أُدين الشخص بفعل جرمي طبقاً لأحكام الاتفاقيات المتعلقة بالمحاكمات العادلة وسيادة القانون.

الحقوق المقيدة: الحقوق المقيدة هي تلك التي يمكن أن يتم تقييدها في ظروف أكثر عمومية، على سبيل المثال، لتحقيق التوازن بين ما يمكن أن يكون حقوقاً متنازعة لأطراف مختلفين أو لتحقيق التوافق بين حقوق الأفراد مع المصلحة العامة. بموجب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، تضم هذه الحقوق، بين حقوق أخرى، الحق باحترام الحياة الخاصة والعائلية والحق بحرية التعبير.

نقطة تأمل: أية حقوق ينبغي أن تكون مطلقة، وأياً ينبغي أن يكون محدوداً أو مقيداً؟ هل ينبغي توسيع نطاق الحقوق المطلقة أو تضييقه؟ هل هناك اختلاف نوعي بين الحقوق المطلقة والمحدودة أو المقيدة؟

الأهداف المشروعة لتقييد الحقوق

تشمل بعض الأهداف التي يمكن بموجبها أن يكون من المشروع تقييد الحقوق ما يلي:

حماية حقوق الآخرين: عندما يحدث صراع بين الحقوق، فإن بعض الحقوق ينبغي أن يتم تقييدها من أجل حماية حقوق الآخرين. بموجب المادة ١٩ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، على سبيل المثال، فإن الحق بحرية التعبير يمكن أن يقيد بالحاجة لإحترام حقوق - بها في ذلك سمعة - الآخرين.

الصحة العامة: تفترض حماية الصحة العامة حالات يعاني فيها أحد ما، على سبيل المثال، من مرض يمكن أن يكون معدياً وقاتلاً. في تلك الحالة، يمكن تقييد حرية حركة ذلك الشخص (كما في قوانين الحجر الصحي) من أجل حماية الأشخاص الآخرين من خطر العدوى. وعلى نحو مماثل، يعد ارتداء رمز ديني تعبيراً عن الحرية الدينية، يمكن تقييده على أساس من الصحة العامة إذا كان الرمز بحد ذاته يشكل مخاطرة صحية (على سبيل المثال، الرمز الديني الذي يتم ارتداؤه كعقد من قبل ممرضة يمكن أن يكون مصدراً للعدوى).

الأمن القومي: يمكن لحرية الحركة أن تتضارب مع حماية أمن الدولة في بعض الظروف. وعلى نحو مماثل، فإن نشر أسرار الدولة، من خلال ممارسة حرية التعبير، يمكن أن يضر بأمن الدولة. لكن في العديد من البلدان،

تُستحضر المخاوف على الأمن القومي ليس فقط لحماية الدولة من الإرهاب أو من هجوم معادٍ، بل أيضاً لمضايقة مجموعات المعارضة السلمية والديمقراطية. غالباً ما تستخدم هذه القيود بشكل غير متناسب ضد الفقراء والعمال وأعضاء نقابات العمال، وغيرهم من المجموعات غير النخبوية التي تهدد حملاتهم امتيازات المصالح الاقتصادية أو الحكومية القوية. لذلك، ومن أجل منع تحول 'الأمن القومي' إلى تعبير جامع يستخدم بطرق تحد من الديمقراطية أو تقوضها، فإن تعريف ما يشكل تهديداً حقيقياً ينبغي تحديده بعناية وبشكل ضيق، بحيث تتم حماية حرية التعبير والاحتجاج والمعارضة.

الآداب العامة: تُذكر حماية الآداب العامة أحياناً كمبرر لتقييد الحقوق؛ على سبيل المثال، يمكن استخدامها لتقييد حرية التعبير لمصلحة تنظيم نشر المواد الإباحية. في بعض الدول مثل ماليزيا وباكستان، يمكن استخدام الحاجة لحماية الآداب العامة لتبرير تقييد الحق بحرية التعبير بحيث يمكن منع الكفر. تأتي مثل هذه الأحكام على حساب حدوث تقييد كبير لحرية الاختلاف الديني. على سبيل المثال، فإن الدستور المصري لعام ٢٠١٢ حظر 'سب أو إهانة جميع الأنبياء والرسل' في الوقت الذي يدعي فيه بأنه يضمن حرية الفكر والرأي. إذا بدا وضع القيود على أساس الآداب العامة ضرورياً في السياق السياسي والاجتماعي، قد يكون من المهم النظر في كيفية منع هذه القيود من تقييد النقاش العام حول القضايا الحساسة المتعلقة بالدين أو الأخلاق. كما أن من الضروري النظر في كيف يمكن لهذه القيود أن تصبح ضارة على نحو خاص بالنساء، اللاتي يمكن لوضعهن الاجتماعي والقانوني أن يتضرر من القيود الدينية الموضوعة على الحقوق؛ على سبيل المثال، من المرجح أن يكون للقيود المحددة دينياً على اللباس أثر على النساء أكبر مما هو على الرجال.

دعم العدالة الاجتماعية: تمت المجادلة في بعض الأحيان أن الحقوق الأساسية التي يمكن إنفاذها قضائياً، تنزع لحماية المصالح الخاصة لأصحاب الأملاك وبشكل يلحق أثراً بالغاً بالفقراء والمصلحة العامة. المحكمة العليا في الولايات المتحدة، على سبيل المثال، استخدمت الحق بحرية التعاقد، المضمون بالتعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي، للحد من القيود الدستورية على ساعات العمل (Lochner v. New York، ١٩٠٥)، واستخدمت حرية التعبير لتمكين الإنفاق السياسي للشركات بطرق من شأنها أن تضعف جودة الديمقراطية، وذلك بمنح المصالح التجارية نفوذاً غير متناسب في الانتخابات (Citizens United v. Federal Electoral Commission، ٢٠١٠). قد يكون وضع القيود على الحقوق أو، على الأقل، وضع تعريفات أضيق لطبيعة ومدى وتطبيق الحقوق ضرورياً لمنع مثل تلك النتائج. وهكذا، فإن أحكام حرية التعبير يمكن أن توازن في الدستور من خلال أحكام تمكن السلطة التشريعية من تنظيم تمويل الحملات، بينما يمكن موازنة حرية التعاقد من خلال أحكام تمنح السلطة التشريعية حقاً عاماً وصریحاً بتنظيم الأنشطة الاقتصادية، من خلال سن القوانين المتعلقة بمعايير العمل، ساعات العمل، الحد الأدنى للأجور، حماية المستهلك، وما إلى ذلك. الدستور الهندي يعطي أولوية لإجراءات العدالة الاجتماعية، تحقيقاً لمبادئه التوجيهية، على بعض الحقوق الأساسية (الدستور الهندي، المادة ٣١ - ج بعد التعديل الخامس والعشرين).

تصميم أحكام التقييد في الدساتير

اليوم، لكل نظام قانوني في العالم قيوده الصريحة أو الضمنية على الحقوق، سواء كانت واردة في الدستور أو قانون السوابق القضائية أو التشريعات. وبالفعل، فإن كل دستور تقريباً يحتوي على الأقل حكماً تقيدياً بحق من الحقوق، وأكثر من ٤٠ بالمئة تتضمن حكماً عاماً من نوع ما (Law and Versteeg، ٢٠١٣: ٨٦٣). ولذلك، فإن ممارسة تقييد الحقوق عن طريق موازنتها مع أهداف السياسات العامة المتعارضة معها بات واقعاً عالمياً تقريباً (Gardbaum، ٢٠٠٧: ٧٨٩).

وبالفعل، فقد كان هناك اتجاه نحو تضمين أحكام التقييد في الدساتير؛ فمعظم دساتير ما بعد الحرب العالمية الثانية تنص على أنه يمكن تقييد الأحكام المتعلقة بالحقوق بواسطة قواعد أو قيم أخرى على المستوى الدستوري (Matthews and Sweet، ٢٠٠٨: ٧٣).

يمكن لوضعي الدساتير معالجة تقييد الحدود بثلاث طرق:

(١) عدم وجود حكم تقييد: أقلية من الدساتير تصمت عن موضوع القيود (مثل الأرجنتين والولايات المتحدة)، بمعنى أن القيود يتم وضعها حصراً في التشريعات وقانون السوابق القضائية. على سبيل المثال، فإن التعديل الأول لدستور الولايات المتحدة ينص ببساطة على أنه 'لا يجوز للكونغرس أن يسن أي قانون [...] يجد من حرية التعبير أو من حرية الصحافة'. يعتبر هذا في كثير من الأحيان حماية 'مطلقة'، تحمي حرية التعبير حتى 'على حساب قيم دستورية أخرى وعدم الاكتراث للمخاوف الاجتماعية' (Dorsen et al. ٢٠١٠: ٨٥٤). إلا أن هذا لا يعني أن جميع أشكال التعبير محمية دستورياً. المحكمة العليا في الولايات المتحدة حكمت، في قضية تشابلنسكي ضد نيهايمشاير (١٩٤٢)، أنه 'ثمة تصنيفات معينة معرفة جيداً ومحددة بشكل ضيق من التعبير، لم يكن يُعتقد أن منعها ومعاقبتها ستثير أية مشكلة دستورية'. في غياب الأحكام الدستورية المحددة، فإن الأمر يكون بشكل أساسي من مسؤولية المحاكم لتحديد طبيعة الحريات المحمية ومداهها. قد يكون عدم تضمين حكم تقييد، وترك نطاق الحقوق ليتم تحديده من قبل المحاكم بعد تبني الدستور مقارنة معقولة في الديمقراطيات الراسخة ذات المحاكم التي تتمتع بالمصادقية، لكن ذلك يشكل مخاطرة في البلدان التي لا تتمتع فيها لا السلطة التشريعية ولا المحاكم بما يكفي من الخبرة، ولا هي قوية بما يكفي لتقوم عضواً بتطوير القيود دون درجة أكبر من التوجيه.

(٢) حكم تقييد عام: بدلاً من تحديد ظروف معينة، مثل الصحة أو الآداب، والتي يمكن في ظلها تقييد حق معين، فإن بعض الدساتير تتضمن حكم تقييد عام ومنفرد. على سبيل المثال، فإن الدستور الكندي 'يضمن الحقوق والحريات المنصوص عليها، والتي تخضع فقط لقيود معقولة يحددها قانون السوابق القضائية بالشكل الذي يمكن تبريره بشكل واضح في مجتمع حر وديمقراطي' (المادة ١ من الميثاق الكندي للحقوق والحريات). يمكن لحكم التقييد العام هذا أن يكون مرناً وأن يتيح المجال للتفسير، إلا أن طبيعته غير المحددة تعني أيضاً أنه يمكن أن يقيد الحقوق أكثر مما ينبغي أو أقل مما ينبغي، طبقاً لتوجهات المحكمة.

ملاحظة: لقد تبنت بعض البلدان ذات الأغلبية المسلمة أيضاً حكماً عاماً يقيد الحقوق التي تتعارض مع الأعراف الإسلامية. على سبيل المثال، فإن المادة ١٦ من دستور جزر المالديف يضمن الحقوق فقط 'بطريقة لا تتعارض مع أي من المبادئ الإسلامية'. ثمة مناقشة لـ 'أحكام التنفير' هذه في العرض الخاص بالعلاقات بين الدين والدولة.

(٣) أحكام تقييد خاصة بحقوق معينة: تبني بعض الدساتير قيوداً تتعلق بحدود معينة. على سبيل المثال، تنص المادة ١٩ من الدستور الهندي على حرية التعبير والكلام والتجمع والحقوق الأخرى، ومن ثم تضع قيوداً محددة تنطبق على ممارسة كل من تلك الحقوق. يمكن تصميم حكم تقييد محدد ليتناسب مع أهمية الحقوق المحددة وطبيعتها. بموجب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، على سبيل المثال، 'من المشروع تحقيق الأمن القومي والسلامة العامة والرفاه الاقتصادي على حساب الخصوصية، لكن فقط الأمن القومي والسلامة العامة على حساب حرية التعبير، و فقط السلامة العامة على حساب الحرية الدينية' (Rivers ٢٠٠٦: ١٩٥).

كتابة أحكام التقييد: وسائل منع إساءة الاستخدام

على واضعي الدساتير النظر بعناية إلى صياغة بنود التقييد، كونها تحتمل بعض الإساءة عند استخدامها.

الدساتير الاستبدادية تسمح عادة للسلطة التشريعية بتحديد القيود على الحقوق، وذلك دون قيود تُذكر على حرية السلطة التشريعية في تحديد نطاق هذه القيود. بعبارة أخرى، فإن الحقوق الدستورية توجد فقط إلى الحد الذي

تسمح لها السلطات التشريعية (التي تكون هي نفسها ضعيفة سياسياً وواقعة تحت هيمنة السلطات التنفيذية القوية) بالوجود. من الناحية العملية، فإن مثل هذه الدساتير لم تنص على الحماية الفعلية لحقوق الإنسان، حيث إن القيود القانونية على الحقوق جعلت من الحقوق المزعومة ليست ذات معنى.

إساءة استخدام القيود: الدستور المصري لعام ١٩٧١

نصت المادة ٤٧ من الدستور المصري لعام ١٩٧١ على أن: 'حرية الرأي مكفولة، لكل إنسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون'.

لم يفرض الحكم الدستوري أية قيود على الحد الذي يمكن لهذه القيود التي يفرضها القانون أن تصل إليه. بموجب هذا الدستور، تم إصدار قانون يحظر أي نقاش عام حول صحة الرئيس لأسباب تتعلق بالأمن العام. كما تم إصدار قوانين تحظر أي انتقاد علني للشرطة أو الجيش أو المحاكم، وبات من المستحيل تقريباً انتقاد الدولة، وهو ما يعني أن حرية التعبير لم تكن موجودة فعلياً رغم ما يبدو من الصياغة الفضفاضة والكريمة للمادة ٤٧.

لننظر على سبيل المثال، في المادتين الافتراضيتين الآتيتين:

المثال الأول:

١. لكل شخص الحق في حرية التعبير؛ ويجدد القانون نطاق هذا الحد والقيود التي تفرض عليه.
٢. تعاقب انتهاكات هذا الحق التي تقوض الأمن القومي، أو سلطة الدولة أو سمعة الرئيس أو تشجع الفتنة، أو الإخلال بالنظام، أو الانفصال، أو الكفر، أو الهرطقة أو الآراء غير الأخلاقية وغير الاجتماعية بموجب أحكام القانون.

لا يوفر هذا المثال حماية تذكر من أغلبية تشريعية عازمة على تقييد حرية المعارضة السياسية. يبدو أنه يستهدف بشكل خاص المعارضة السياسية (انتقاد الرئيس والدفاع عن مواقف سياسية ودينية معينة) كأساس لتقييد الحق. يمكن للمرء أن يتساءل عن الحق الذي تتم حمايته بمثل هذه الصيغة الدستورية: هل هو الحق المقيد بشدة أو حرية التعبير أو الحق الواسع للسلطة التشريعية بتقييد حرية التعبير؟ في الواقع، فإن هذه المقاربة تعكس ما تحويه، في كثير من الأحيان، الدساتير الزائفة للدول الاستبدادية.

المثال الثاني:

١. لكل شخص الحق بحرية التعبير؛ وبموجب أحكام هذه المادة، يحدد القانون القيود المفروضة على هذا الحق لحماية الأمن القومي والمحافظة على النظام العام وحماية حقوق الآخرين.
٢. يمكن فرض مثل هذه القيود فقط إلى الحد الضروري والمعقول في مجتمع ديمقراطي.
٣. لا يجوز انتهاك جوهر هذا الحق، بما في ذلك الحق بحرية انتقاد السياسات العامة والمسؤولين العاميين، والحرية بنشر الوقائع والآراء المتعلقة بالمواضيع السياسية والاجتماعية والاقتصادية والدينية والأكاديمية.
٤. يجوز لقانون عضوي فقط أن يفرض قيوداً على حرية التعبير.
٥. إن قانوناً يقيّد الحق بحرية التعبير يبقى نافذاً لفترة لا تتجاوز خمس سنوات، ينقضي بعدها ما لم يتم تمديده لفترة إضافية مدتها خمس سنوات بموجب قانون عضوي آخر.

يظهر المثال الثاني بعض الطرق - التي تستند إلى أحكام حقيقية موجودة في مختلف الدساتير الديمقراطية - التي يمكن من خلالها جعل أسباب تقييد الحقوق أكثر محدودية وحماية الحقوق من الانتهاكات.

(١) تم تقييد الأسس التي تدفع لتقييد الحق بشكل ضيق ومحدد أكثر. ينبغي للتقييد أن يكون له هدف مشروع. في هذه الحالة، فإن الأهداف المشروعة هي 'حماية الأمن القومي والمحافظة على النظام العام وحماية حقوق الآخرين'. أما الأهداف الأخرى، مثل منع إحراج السلطات العامة، فقد لا تكون سبباً مشروعاً في مجتمع ديمقراطي، لأن ذلك سيضيق نطاق النقد والنقاش العام بشكل غير مقبول.

(٢) يمكن صياغة مدى التقييد على أساس الضرورة والتناسب أو المعقولة. في هذا المثال الافتراضي، الشبيه بأحكام موجودة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، يذكر بوضوح أن الحق يمكن تقييده فقط لأسباب 'ضرورية' أو 'معقولة في مجتمع ديمقراطي'. ويشكل هذا اختباراً ينبغي أن ينظر به المشرعون عند سن القوانين، وينبغي أن تنظر به المحاكم عند تحديد دستورية القوانين. تشكل الضرورة، في هذا السياق، عائقاً أعلى من المعقولة؛ يمكن للقيود أن يكون معقولاً دون أن يكون ضرورياً، إلا أن الضرورة ستكون هي نفسها دليلاً على المعقولة. لقد اعتمد الفقه في هذا المجال بشكل متزايد على مفهوم التناسبية؛ بمعنى أن القيد على الحق ينبغي أن يكون متناسباً مع الأثر الذي يحدثه تقييد الحق.

(٣) لا يجوز انتهاك جوهر الحق بحرية التعبير. أما ما هي حدود هذا الجوهر فينبغي تحديدها من خلال عملية سياسية قضائية، إلا أنه أعطي للمشرعين والمحاكم، في النص العينة أعلاه، بعض التوجيه حول ماهية الحق الذي ينبغي حمايته (بمعنى السماح بحرية نشر الوقائع والآراء حول المسائل ذات الاهتمام العام والاجتماعي). وقد تم ترسيخ مبدأ الجوهر في القانون الأساسي الألماني لعام ١٩٤٩، ومنذ ذلك الحين تم تضمينه في دساتير عدة بلدان أخرى، رغم أنه من الناحية العملية يتم الاعتماد أكثر على مبدأ التناسبية.

(٤) هناك ضوابط إجرائية، من حيث إن القانون الذي يقيد الحقوق ينبغي أن يكون قانوناً عضوياً. العديد من الولايات القضائية تميز بين القوانين العادية والقوانين العضوية (القوانين المهمة المتعلقة بتنظيم السلطات العامة، التي تخضع عادة لأغلبية أكبر أو قواعد عتبة أعلى أو إجراءات تشريعية أكثر شمولاً). حتى في الولايات القضائية التي لا يتم فيها التمييز بين القوانين العضوية والقوانين العادية، فإن قوانين معينة تقييد الحقوق يمكن أن يتم إخضاعها لعقبات إجرائية إضافية. السويد (صك الحكم، المادة ٢٢)، على سبيل المثال، تمكن عُشر أعضاء البرلمان من فرض فيتو يعلق مشروع القانون الذي ينص على تقييد الحقوق؛ وهذا يدوم عاماً على الأقل، ويمكن إبطاله فقط بأغلبية خمسة أسداس، وذلك من أجل الحماية من الانتهاكات المتسرعة أو الحزبية للحقوق.

(٥) هناك مادة تحدد المدة التي ينتهي بعدها مفعول أي قانون يقيد الحق المحمي. وهذا يعني أن القانون يبقى نافذاً لفترة محددة ومن ثم يتوقف عن النفاذ تلقائياً ما لم يتم تجديده من قبل السلطة التشريعية. تتمثل إحدى ميزات هذه المادة في أنها تبقي تقييد الحقوق تحت الأضواء السياسية؛ حيث إن أنصار وضع قيود على الحقوق ينبغي أن يبرروا موقفهم بشكل متكرر في الدفاع عن هذه القيود، وبذلك يُجبرون على تبرير هذه المواقف. وهذا قد يمنع الناس من التفكير بأن القيود دائمة أو تلقائية أو أمر مسلم به. كما أنه يعطي الأشخاص الذين يعارضون تقييد الحق فرصة متكررة للدفاع عن قضيتهم.

نقطة تأمل: ما هو الهدف من حكم التقييد الذي تجري دراسته؟ هل هو تقييد الحقوق، أو حماية الحقوق من خلال تحديد الظروف التي يمكن تقييد الحقوق في ظلها؟ كيف تنعكس هذه الأهداف في صياغة حكم التقييد؟

اعتبارات سياقية

يعتمد الشكل المحدد الذي ينبغي لحكم التقييد أن يتخذ على السياق التاريخي والثقافي للبلد المعني. في البلدان ذات الديمقراطية القوية والتي لها سجل قوي في حقوق الإنسان، قد تكون أحكام التقييد المفتوحة وحتى الغامضة، والتي تترك مجالاً واسعاً لتقدير السلطة التشريعية والمحاكم مقبولة. أما في البلدان التي لا تزال الديمقراطية فيها هشة، وحيث يوجد سجل حديث لإنتهاكات حقوق الإنسان، فإن القيود الأكثر تفصيلاً وتحديدًا قد تكون ضرورية من أجل منع إساءة استخدام السلطة.

القيم الديمقراطية والمجتمع المدني: في مجتمع ترسخت فيه تقاليد ديمقراطية قوية وشاملة في تاريخ وثقافة المجتمع، وحيث يوجد مجتمع مدني قوي يدافع عن الحقوق والحريات، من الممكن ألا يحدث ضرر يذكر من أحكام التقييد ذات الصياغة الواسعة، وذلك لأن التعديلات غير الضرورية من المرجح أن تلقى مقاومة سياسية من قبل السلطة التشريعية والرأي العام، على الأقل طالما استمرت هذه القيم في الوجود. إلا أن هذا يفرض التركيز على الثقافة المدنية وعلى المحافظة على القيم والأعراف الديمقراطية في المجتمع برمته. من جهة أخرى، ففي مجتمع له تاريخ طويل من الحكم الدكتاتوري، وحيث تهيمن القيم الاستبدادية أو حيث يكون المجتمع المدني ضعيفاً، فإن أحكام تقييد أكثر دقة وتحديدًا قد تكون مطلوبة لمنع سوء الاستخدام.

الأقليات والمجموعات المهمشة: في البلدان التي عانت فيها الأقليات العرقية أو الإثنية أو الثقافية أو الدينية أو غيرها من الإقصاء أو الاضطهاد أو التمييز في الماضي، قد يكون من الضروري على نحو خاص، ضمان عدم استخدام القيود على الحقوق بطريقة تمييزية، وبشكل يضر بشكل غير متناسب بأفراد مثل هذه المجموعات المهمشة. يمكن لمادة مصاغة بلغة قوية ضد التمييز أن تساعد في منع هذا. وهناك بالطبع، احتمال أكبر أن تكون مثل هذه الأحكام أكثر فعالية إذا كانت مصحوبة بإجراءات أخرى تهدف إلى تعزيز إشراك أفراد، مثل تلك المجموعات في الفروع التشريعية والتنفيذية والقضائية للحكومة (على سبيل المثال، من خلال نظام الحصص).

فعالية المؤسسات التشريعية: كلما كان حكم التقييد أقل تحديداً، كلما اعتمد الدفاع عن الحرية على النوايا الطيبة وعلى استقلال المؤسسات التشريعية وطيب نواياها. إذا كان هناك سلطة تشريعية قوية وتعددية تتمتع ببعض الاستقلال الحقيقي عن السلطة التنفيذية وملتزمة بالدفاع عن الحقوق، فإن الأحكام البسيطة التي تمكن من تقييد الحقوق بموجب القانون قد تكون كافية. أما في الحالات التي تكون فيها السلطة التشريعية ضعيفة وتعمل بردة فعل أو تابعة للسلطة التنفيذية، فإن تمكين تقييد الحقوق بموجب القانون قد لا يكون كافياً لضمان الحقوق، حيث إن القانون سيجسد - فعلياً - إرادة السلطة التنفيذية. من المرجح أن الترتيبات المؤسساتية التي تحقق التوازن وتوزع السلطة التشريعية (من خلال التمثيل النسبي ووجود مجلسين قوين، وربما أيضاً نظام رئاسي - برلماني للحكومة) ستحمي من التقييد غير الضروري للحقوق، لكن في غياب مثل هذه الضوابط السياسية، قد يكون ضرورياً تعزيز قوة الضوابط المؤسساتية والقضائية، على الأقل من خلال أحكام تقييد محددة جداً ومصاغة بشكل دقيق.

فعالية المؤسسات القضائية: هل يمكن الوثوق بالقضاة لتفسير بنود التقييد وتطويرها بطرق لا تدمر روح الحقوق الدستورية؟ إذا كان للمحاكم تراث طويل في احترام الحقوق والاستقلال عن الضغوط السياسية، يمكن الاعتماد عليها لتفسير أحكام التقييد العامة جداً وتعريف مصطلحات مثل 'ضروري ومعقول في مجتمع ديمقراطي' بطرق تدعم الحقوق. أما في بلد خارج من حكم استبدادي أو حيث المحاكم كانت تابعة للسلطة التنفيذية، فإن ثمة حاجة، على الأرجح، إلى أحكام تقييد أكثر تحديداً من أجل منع سوء الاستخدام.

الشرعية والتصورات العامة: ينبغي أيضاً النظر في الأسئلة المتعلقة بالشرعية: هل يتمتع القضاة بالشرعية، من وجهة نظر الجمهور، لوضع تفسيراتهم الخاصة بأحكام التقييد المفتوحة؟ إذا لم يكن الأمر كذلك، من المطلوب أن يكون هناك أحكام أكثر تحديداً تلزم الجهاز القضائي وتوجهه بشكل أدق. إذا قام الجهاز القضائي بنفسه بتطوير القيود من خلال قانون السوابق القضائية، وبالحد الأدنى من التوجيهات الدستورية أو التشريعية أو بدونها إطلاقاً، هناك احتمال بأن هذا قد يثير الاحتكاك مع السلطة التنفيذية أو مع الأغلبية التشريعية التي لديها رؤية مختلفة عن القيود. وقد تحدث ردة فعل، تقوم من خلالها السلطة التنفيذية أو التشريعية بالحد من صلاحيات المحاكم أو تسعى

لتقليص شرعيتها، وقد يؤدي هذا إلى ضرر كبير في ديمقراطية جديدة تقوم فيها المحاكم ببناء شرعيتها المؤسساتية من أجل أن يتم القبول بقراراتها. ويصبح هذا أكثر أهمية، حيث إنه في الديمقراطيات الحديثة تكون المحاكم في معظم الأحيان، وليس السلطة التشريعية، هي التي تلعب دوراً غير متناسب في تطبيق المعايير الدستورية الغامضة.

من يقترح تقييد الحقوق، ولماذا؟ من المهم التفكير في من يقترح وضع القيود على الحقوق وما هي الغاية التي يسعون لتحقيقها. هل هم جزء من النظام القديم أو القوات العسكرية التي تعارض الحريات المدنية وبالتالي تسعى لتقييد الحقوق، أم أنهم نشطاء حقوق إنسان يريدون أحكام تقييد محددة من أجل منع الانتهاكات؟ إن حكماً دستورياً بتقييد الحقوق يتم السعي إليه لأغراض حميدة، يبقى مفتوحاً في المستقبل لسوء الاستخدام ما لم يكن مصاغاً بعناية كبيرة جداً.

مفاوضات بناء الدساتير: قد يكون هناك صعوبة أكبر في التفاوض على أحكام تقييد أكثر تحديداً، كما أن محاولة تحديد القيود بالتفصيل يمكن أن تتسع لتقوض عمليات بناء الدستور. على سبيل المثال:

- يمكن للنزاعات بين الأحزاب الدينية والعلمانية في الجمعية التأسيسية أن تتفاقم عند محاولة الاتفاق على ما إذا كان ينبغي أن يكون الكفر قيداً محدداً على حرية التعبير. قد يكون من الأسهل الاتفاق على حكم تقييد أقل دقة، ومن ثم تطبيقه على هذه القضية المحددة من قبل الهيئة التشريعية والمحاكم. لكن يمكن للمرء أن يجادل بأن هذا يؤجل تسوية الموضوع فقط، وينقل المسؤولية من الجمعية التأسيسية إلى الهيئة التشريعية والمحاكم. من جهة أخرى، فإن ذلك يعني أيضاً أن التفسير قد يتغير بمرور الوقت.

- قد يكون هناك نزاعات في عملية بناء الدستور حول المعنى الفعلي لحق من الحقوق، أو حول نطاق تطبيق حق من الحقوق. على سبيل المثال، يمكن للأحزاب أن تتفق على أن الحق بالحياة ينبغي ترسيخه في الدستور، لكن قد تختلف فيما بينها على ما إذا كان ينبغي لهذا الحق أن يسمح للشخص بالتخلص من حياته عندما يمرض مرضاً لا شفاء منه، أو ما إذا كان حق الحياة يتسع ليشمل الأجنة. هذه قضايا قد تثير العواطف وتؤدي إلى مآزق مكلفة في المفاوضات. وبالتالي، فإن الحقوق يتم النص عليها بلغة غامضة وغير كاملة وغير محددة، ما يترك ذلك للتفسير اللاحق من قبل الهيئتين التشريعية والقضائية.

المرونة والتقييد المستقبليان: يمكن لإحتياجات المجتمع أن تتغير مع تطور التفضيلات والظروف. عند التفاوض على الحقوق الدستورية، لا يمكن لأحد أن يتنبأ بدقة بالتبعات المستقبلية لخياراته. على سبيل المثال، يمكن أن يتم التفاوض على الدستور خلال فترة تكون فيها الدولة منسجمة عرقياً وثقافياً. لكن بعد عدة عقود، يمكن أن يصبح البلد متنوعاً عرقياً ودينياً بسبب الهجرة. في هذا المثال الافتراضي، ورغم أن تكاليف السماح بأشكال معينة من حرية التعبير التي كانت احتمالات إيدائها لمشاعر الأقليات أو إلحاقها الضرر بالنظام العام منخفضة في البداية، فإن تنوع الدولة يعني أنه ينبغي فرض قيود الآن من أجل الحفاظ على النظام. وعلى العكس، فإن المجموعات الجديدة تستحضر حقوقاً مثل الحرية الدينية لقمع الانتقادات المشروعة التي يمكن التعبير عنها حول معتقداتهم من خلال الحق في حرية التعبير. وهكذا، فإن رفض هذه التفسيرات للحرية قد يكون ضرورياً لمنع الإساءة إلى حقوق الآخرين في كلتا الحالتين.

يكمن في جوهر هذه المشكلة التوازن بين المرونة والتصلب المؤسساتي: إلى أي حد ينبغي للفهم المتغير للحقوق أن يتطلب تعديلاً رسمياً للدستور، و/ أو إلى أي حد ينبغي أن تكون التشريعات العادية وعملية صنع القرار القضائية كافية؟ إن الاعتماد المفرط على التعديلات الرسمية، خصوصاً إذا كانت عملية التعديل صعبة، قد يعني أن يخفق الدستور في الاستجابة للتحديات المتغيرة؛ كما يمكن، من جهة أخرى، للمرونة المفرطة ألا توفر قيوداً حقيقية على سوء استخدام السلطة. وهكذا، فإن أحكام التقييد المرنة والغامضة قد تكون مقبولة عندما تكون المحاكم والبرلمانات راسخة في تاريخ وثقافة ديمقراطيين عميقين، لكن ربما يستحسن تحاشيها في دول أخرى حيث لا يمكن الثقة بأن هذه المؤسسات ستضع القيود التي من شأنها أن تؤدي إلى الديمقراطية. في مثل تلك الحالات، قد يتوجب التصحية بالمرونة المستقبلية لمصلحة حماية الحقوق من الانتهاكات.

نقطة تأمل: كيف ينبغي تفصيل 'القيود على القيود' في الدستور؟ كلما كان الحكم محدداً، كلما ساعد في التمكّن من اتخاذ القرارات على المستويات الأدنى؛ كما أن التفاصيل قد تساعد في جعل الدستور أكثر استمراراً وبقاءً. لكن هل من الواقعي أن يتم التركيز على التفاصيل خلال المفاوضات؟

الفقه الدستوري المقارن

بصرف النظر عن وجود الأحكام المحددة (أو عدم وجودها) في النص الدستوري، سيتم اللجوء للمحاكم لتقييم نطاق وقانونية القيود في إطار معايير أوسع أو أضيق.

من أجل القيام بذلك، تستخدم المحاكم اختباراً من شقين، فتسأل أولاً عما إذا كان الحق قد تعرّض للانتهاك، ومن ثم النظر فيما إذا كان القيد مبرراً طبقاً لمعايير (محددة دستورياً أو مستنتجة قضائياً) مثل كونها 'ضرورية' و'تقليدية' بالحد الأدنى، وغير تمييزية و'تناسبية' عندما ينظر إليها من منظور الأهداف المشروعة للدولة (Pati 2005: 223).

يحدد مفهوم التناسبية، على نحو متزايد، محتوى التحليل من حيث قانونية التقييد. عند تحديد ما إذا كان أحد الحقوق التي تضمنتها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان قد تعرض للانتهاك، على سبيل المثال: 'على المحكمة أن تحدد أولاً ما إذا كان الحق قد تم التعدي عليه أصلاً، ومن ثم، إذا كان قد حدث ذلك، ما إذا كان القيد مبرراً. إن مبدأ التناسبية، بمعناه الواسع، هو الاسم الذي يعطى للاختبارات التي تتحقق مما إذا كان القيد على الحقوق مبرراً. القيود المتناسبة على الحقوق مبررة، أما القيود غير المتناسبة فلا' (Rivers 2006: 174). تختلف الطريقة التي يطبّق بها اختبار التناسبية في البلدان المختلفة، لكن نظرياً يمكن تقسيمه إلى عدة مراحل فرعية (Rivers 2006: 181): (١) 'الشرعية: هل يهدف الفعل (القرار، الحكم، السياسة، إلخ) موضوع المراجعة إلى تحقيق هدف عام في سياق الحق المعني؟'؛ (٢): هل الفعل قادر على تحقيق ذلك الهدف؟؛ (٣) 'الضرورة: هل الفعل هو أقل الوسائل تعديلاً في الوصول إلى المستوى المطلوب من تحقيق الهدف؟'؛ (٤) التوازن المنصف أو التناسبية بالمعنى الضيق: هل يمثل الفعل كسباً صافياً عند موازنة التمتع بالحقوق مقابل مستوى تحقيق الهدف؟'.

كندا: يضمن الميثاق الكندي للحقوق والحريات، الحقوق والحريات التي ينص عليها ويخضعها فقط للقيود المعقولة التي ينص عليها القانون 'التي يمكن تبريرها في مجتمع حر وديمقراطي'. يمكن للمحاكم أن تمنح العلاجات المناسبة إذا لم يجتز القانون الذي يقيد الحق هذا الاختبار، وهو ما يمكن أن يشمل إلغاء القانون. تبنت المحكمة الكندية العليا ما يسمى 'اختبار أوكس' (R. v. Oakes 1986) لتقييم ما إذا كان تقييد حق أو حرية مضمون في الميثاق مبرراً. ورداً على هذا السؤال، تتأكد المحكمة أولاً مما إذا كان الحق أو الحرية المحميان قد تم انتهاكهما، ومن ثم تسأل:

(١) ما إذا كان القيد الذي ينتهك الحق يفعل ذلك لغاية مشروعة مهمة بما يكفي في 'مجتمع حر وديمقراطي'، وتشمل هذه الغايات: احترام الكرامة المتأصلة في الشخص الإنساني، الالتزام بالعدالة الاجتماعية والمساواة، القبول بتنوع واسع من المعتقدات، احترام الهوية الثقافية وهوية المجموعات، والإيمان بالمؤسسات الاجتماعية والسياسية التي تعزز مشاركة الأفراد والمجموعات في المجتمع.

(٢) ما إذا كانت القيود المفروضة ترتبط 'عقلانياً' بالهدف المعني. ينبغي ألا تكون تعسفية ولا ظالمة، ولا تستند إلى اعتبارات غير عقلانية.

(٣) ما إذا كانت القيود تعيق الحق أو الحرية المعنية 'بأقل درجة ممكنة'.

(٤) ما إذا كان هناك تناسب بين آثار الإجراءات التي تحدّ من الحق أو الحرية الواردين في الميثاق، والهدف الذي تم تحديده على أنه يتمتع بالأهمية الكافية.

جنوب أفريقيا: يحتوي دستور جنوب أفريقيا على حكم تقييد عام، المادة (٣٦)، ينص على أنه يمكن تقييد الحقوق بموجب قانون ذي تطبيق عام يكون معقولاً ومبرراً في مجتمع منفتح وديمقراطي قائم على الكرامة، والحرية والمساواة. ثم تضع المادة العوامل التي ينبغي أن تؤخذ بالاعتبار عند تحديد ما إذا كان القيد على الحق دستورياً أم لا. ومثل حال المحكمة العليا الكندية، فإن المحكمة الدستورية في جنوب أفريقيا تقوم بتحليل على مرحلتين. أولاً، عليها أن تحدد ما إذا كان الحكم الدستوري الذي تعرض للانتهاك يقيد حقاً دستورياً. إذا كان على ذلك النحو، فإن السؤال الثاني يحدد ما إذا كان القيد المفروض على الحق مبرراً من حيث حكم التقييد (S v. Jordan and Others ٢٠٠٢). بشكل جوهري، كلما كان أثر الإجراء على الحق خطيراً كلما كان ينبغي للتبرير أن يكون مقنعاً (S v. Manamela ٢٠٠٠ at para ٣٢).

ألمانيا: على غرار المحكمتين الكندية والجنوب أفريقية، فإن المحكمة الدستورية الألمانية تركز معظم تحليلها على المرحلة الثانية: أي ما إذا كان تقييد أو إبطال الحق مبرراً. لقد قالت المحكمة الدستورية الألمانية إن التقييد ينبغي أن: (١) يكون مناسباً؛ (٢) أن يمثل أقل الوسائل الضرورية لتقييداً لتحقيق الهدف الذي يراد تحقيقه؛ (٣) أن يكون متناسباً.

أسئلة تتعلق باتخاذ القرارات

- (١) هل البلد ديمقراطية شابة وطموحة أم أنه ديمقراطية راسخة تعيد كتابة دستورها؛ وما انعكاس ذلك على الحاجة لمنع إساءة استخدام القيود المفروضة على الحقوق؟
- (٢) ما الذي كان الدستور السابق للبلاد ينص عليه فيما يتعلق بالقيود؛ هل كان يحتوي على عدة أحكام مفتوحة، و'عامّة مقيدة بالقانون'؟ هل كانت مثل تلك القيود فعالة في منع إساءة استخدام سلطة الدولة؟
- (٣) من هي الأطراف التي تحت على تضمين الدستور حكم تقييد، ومن هي الأطراف التي تعارض ذلك؟ هل يتخذ أعضاء النظام السابق موقفاً معيناً، وإذا كان الأمر كذلك، لماذا؟
- (٤) هل سينص الدستور على أن بعض الحقوق لا يجوز تقييدها، على سبيل المثال حظر التعذيب والعبودية، والحق بالكرامة الإنسانية أو حرية الضمير؟ ما هي الحقوق الأخرى التي ينبغي أن تكون مطلقة؟
- (٥) ما هي القيم السائدة في الجهاز القضائي؟ هل من المحتمل أن يتخذ نظرة واسعة أو ضيقة حيال تقييد الحقوق؟ هل الجهاز القضائي قادر على إنفاذ القيود على أحكام التقييد؟
- (٦) هل هناك أي أقليات معينة يمكن أن تتطلب حماية خاصة؟ كيف يمكن للقيود المفروضة على الحقوق أن تصاغ بطريقة تحمي تلك الأقليات؟

أمثلة على الأحكام الدستورية

<p>٣٦ قيماً على الحقوق</p> <p>(١) الحقوق الواردة في شريعة الحقوق يمكن تقييدها فقط من خلال قانون ذي تطبيق عام إلى الحد الذي يكون فيه التقييد معقولاً ومبرراً في مجتمع منفتح وديمقراطي قائم على الكرامة الإنسانية والمساواة والحرية، مع الأخذ بعين الاعتبار جميع العوامل ذات الصلة، بما في ذلك:</p> <p>(أ) طبيعة الحق؛ (ب) أهمية الهدف من التقييد؛ (ج) طبيعة ونطاق التقييد؛ (د) العلاقة بين التقييد والهدف منه؛ (هـ) أقل الوسائل تقييداً لتحقيق الهدف.</p> <p>(٢) باستثناء الحالات الواردة في الفقرة الفرعية (١) أو في أي حكم من أحكام الدستور، لا يجوز لأي قانون أن يفيد أي حق ممان في شريعة الحقوق.</p>	<p>جنوب أفريقيا</p> <p>دستور عام ١٩٩٦</p> <p>ولاية قضائية لا مركزية مختلطة متأثرة بالقانون العام والقانون المدني</p> <p>(حكم تقييد عام ومفصل؛ وتخضع بعض الحقوق لقيود إضافية).</p>
<p>المادة ٥</p> <p>(١) لكل شخص الحق بأن يعبر وأن ينشر آراءه بحرية قولاً، أو كتابة أو تصويراً، وأن يحصل على المعلومات لنفسه دون عائق من المصادر المتاحة عموماً. حرية الصحافة وحرية نشر الأخبار عن طريق البث الإذاعي أو التلفزيوني أو الأفلام مصانة. لا يجوز أن يكون هناك رقابة.</p> <p>(٢) تجد هذه الحقوق قيودها في أحكام القوانين العامة، وفي أحكام حماية الأشخاص الشباب، وفي الحق في الشرف الشخصي.</p> <p>المادة ١٩</p> <p>(١) كما هو وارد في هذا القانون الأساسي، يمكن تقييد حق أساسي وفقاً لأحكام القانون، وينبغي لمثل ذلك القانون أن يطبق بشكل كامل وليس على حالة واحدة فقط. إضافة إلى ذلك، ينبغي أن يحدد القانون الحق الأساسي المتضرر والمادة التي يرد فيها.</p> <p>(٢) لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يتأثر جوهر حق أساسي.</p>	<p>ألمانيا</p> <p>دستور عام ١٩٤٩/١٩٩٠</p> <p>ولاية قضائية اتحادية، تتبع القانون المدني وتخضع لمراجعة قضائية قوية.</p> <p>حكم عام يحدد القيود العامة، تدعمه أحكام محددة تتعلق بالحقوق المعيّنة.</p>
<p>الميثاق الكندي للحقوق والحريات يضمن الحقوق والحريات التي ينص عليها، والتي تخضع فقط للقيود المعقولة التي ينص عليها القانون، والتي يمكن تبريرها في مجتمع حر وديمقراطي.</p>	<p>كندا</p> <p>دستور عام ١٩٨٢/١٨٦٧</p> <p>(الميثاق الكندي للحقوق والحريات)</p> <p>ولاية قضائية تعتمد بشكل أساسي على القانون العام مع وجود القانون المدني في كيبك (حكم تقييد عام).</p>

المراجع والموارد وقراءات أخرى

- Dorsen, N., et al., 'Comparative Constitutionalism: Cases and Materials' (St Paul, West, 2nd edn.)
- Gardbaum, Stephen, 'Limiting Constitutional Rights', *UCLA Law Review*, 54 (2007)
- Hirsch, Afua, 'A lesson in proportionality and rights', *The Guardian*, 5 June 2009, available at <<http://www.theguardian.com/commentisfree/libertycentral/2009/jun/05/israel-barak-human-rights>>
- Hirschl, Ram, *Constitutional Theocracy* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010)
- Law, Daniel and Versteeg, Mila, 'Sham Constitutions', *California Law Review*, 101/4 (August 2013) pp. 863-952
- Mathews Jud and Sweet, Alec Stone, 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism', *Columbia Journal of Transnational Law*, 47 (2008), pp. 68-149
- Pati Roza, 'Rights and Their Limits: The Constitution for Europe in International and Comparative Legal Perspective', *Berkeley Journal of International Law*, 23/1 (2005) pp. 223-80
- Rivers, Julian, 'Proportionality and Variable Intensity of Review', *The Cambridge Law Journal*, 65/1 (2006) pp. 174-207
- Cases Cited:
- Chaplinsky vs New Hampshire 315 U.S. 568 (1942)
- R. v. Oakes [1986] 1 S.C. R 103, at 138-40
- S v. Jordan and Others* (Sex Workers Education and Advocacy Task Force and Others as Amici Curiae (CCT31/01) [2002] ZACC 22; 2002 (6) SA 642; 2002 (11) BCLR 1117 (9 October 2002)
- S v. Manamela* 2000 (5) 491