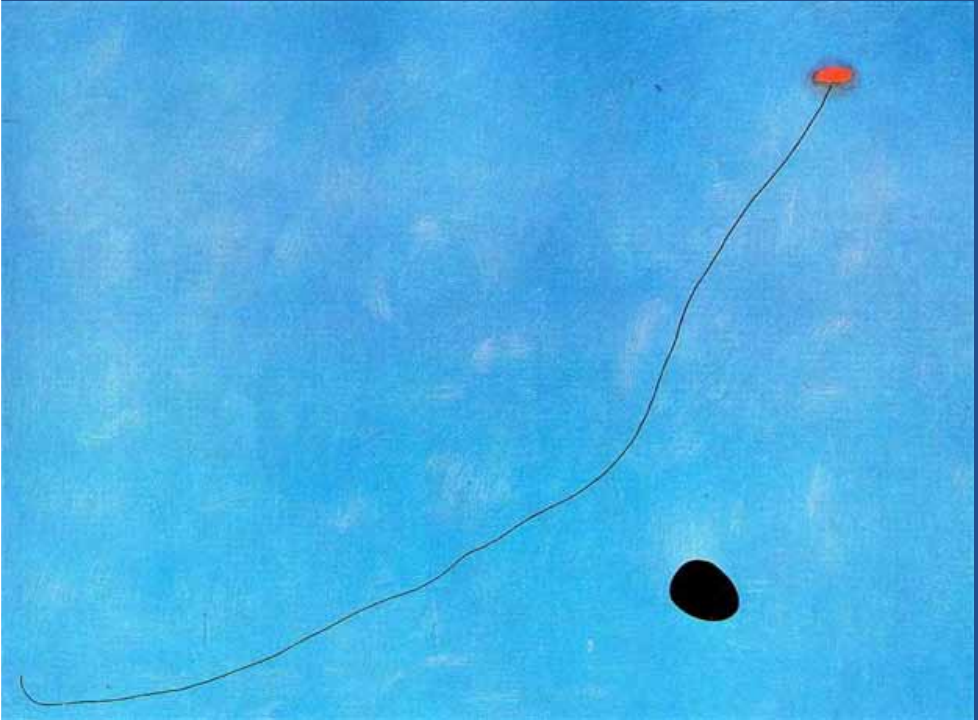


# ضوابط الحقوق والحرريات

تعليق على الفصل ٤٩ من الدستور التونسي





# ضوابط الحقوق والحريات

تعليق على الفصل ٤٩ من الدستور التونسي

خالد الماجري

المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

تونس، ٢٠١٧



مصادر المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات في مجال بناء الدساتير

© ٢٠١٧ المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

ضوابط الحقوق والحريات

تعليق على الفصل ٤٩ من الدستور التونسي

النسخة الإلكترونية من هذا المنشور متاحة بموجب رخصة المشاع الإبداعي (CC)، سمة المشاع الإبداعي، رخصة غير تجارية، رخصة المشاركة بالمثل (٣.٠). يجوز نسخ المنشور وتوزيعه وبه وكذلك تعديله وتهنئته بشرط أن يستخدم لأغراض غير تجارية فقط، وأن يذكر المصدر على النحو الصحيح، ويتم توزيعه برخصة مماثلة. لمزيد من المعلومات عن رخصة المشاع الإبداعي، انظر: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0>.

منشورات المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات (International IDEA) مستقلة عن أية مصالح وطنية أو سياسية معينة. كما أن الآراء الواردة في هذا المنشور لا تمثل بالضرورة وجهات نظر المؤسسة أو هيئتها العامة أو أعضاء مجلسها أو آراء الجهات المانحة. تُوجه 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](mailto:info@idea.int)  
Website: [www.idea.int](http://www.idea.int)

التصميم: داليا العزب، القاهرة.

صورة الغلاف: Blue III, oil - canvas, 355 x 270 cm, Joan Miro, 1961, Musée National d'Art Moderne, Centre Georges Pompidou, Paris, France

الرقم المعياري الدولي للكتاب: ٩٧٨-٩١-٧٦٧١-١٢٥-٥

## المحتويات

المقدمة.....	٧
١. في ضرورة وضع حدود للحقوق والحريات .....	٩
٢. في طرق وضع حدود للحقوق والحريات .....	١١
١-٢. طرق التحديد الخاص .....	١١
٢-٢. طرق المادة الجامعة .....	١٣
٣-٢. طرق التحديد المزدوج .....	١٤
٣. تحديد الحقوق والحريات في تونس من دستور ١٩٥٩ إلى دستور ٢٠١٤ .....	١٦
١-٣. تحديد الحقوق والحريات في دستور ١٩٥٩ .....	١٦
٢-٣. تاريخ الفصل ٤٩ .....	١٦
٣-٣. المادة الجامعة (الفصل ٤٩) ضمن دستور ٢٠١٤ .....	١٨
٤-٣. دستور ٢٠١٤ وطريقة التحديد المزدوج .....	١٩
الجزء الأول: نطاق تطبيق الفصل ٤٩ .....	٢١
الباب الأول: الحقوق والحريات المعنية بالفصل ٤٩ .....	٢٣
١. الفصل ٤٩ لا يتعلّق حصريًا بالحقوق الواردة ضمن الباب الثاني من الدستور .....	٢٤
٢. الفصل ٤٩ لا يتعلّق بكلّ الحقوق الواردة بالدستور ولا ينطبق عليها بنفس الطريقة: "الحقوق المتعلقة بها تحديدات خاصّة" .....	٢٨
أ. الحقوق الخارجة عن نطاق الفصل ٤٩ .....	٢٨
ب. الحقوق الداخلة ضمن نطاق الفصل ٤٩ .....	٣٣
الباب الثاني: السلط المعنية بتطبيق الفصل ٤٩ .....	٤١
١. السلط المخوّلة لوضع القوانين (المشّرع والإدارة) .....	٤٢
أ. المشّرع .....	٤٢
ب. الإدارة .....	٤٩
٢. السلط المخوّلة لتطبيق القوانين .....	٥٠



٥٠ .....	أ. القضاء الدستوري
٥٣ .....	ب. القضاء العادي
٦٠ .....	الجزء الثاني: مضمون الفصل ٤٩
٦١ .....	الباب الأول: التحفظ التشريعي
٦٢ .....	١. وجود القانون
٦٦ .....	٢. خصائص القانون
٧٦ .....	الباب الثاني: حدود الحدود
٧٧ .....	١. عدم المساس بجوهر الحق
٨٠ .....	٢. شرط الضرورة
٩٥ .....	٣. شرط التناسب
١١٠ .....	الخاتمة
ملحق: حالة دراسية من فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان: الحرية الدينية في	
١١٢ .....	فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. نصّ دراسة قام بها الكاتب.
١٢٢ .....	بيليوغرافيا مختارة.
١٢٤ .....	حول المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

## تنويه وشكر

اعتمدت هذه الدراسة، إضافة إلى بحوث الكاتب الشخصية، على جملة من الوثائق والدراسات الداخلية غير المنشورة للمؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات أعدّها يوان يوان وكورنيليوس كونرلسن.

واستفادت أيضاً من الملاحظات التي تلقاها الكاتب في إطار حلقتي نقاش نظمتها المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات يومي ٢٥ و٢٦ نوفمبر/ تشرين الثاني ٢٠١٦. وقد ساهم في حلقة النقاش الأولى أساتذة جامعيون وخبراء في القانون الدستوري هم السيدات والسادة سليم اللغماني ومحمد العربي فاضل موسى ووحيد الفرشيشي وسلوى الحمروني وأحمد الورفلي وسلسبيل القليبي وحسنا بن سليمان (من تونس) ونزار صاغية (من لبنان) ويوهن فندرفتويزن (من جنوب إفريقيا) ويورج فيدتكلي (من ألمانيا) وجانت مينور (من كندا). وساهم في حلقة النقاش الثانية ثلّة من القضاة التونسيين. يتوجه الكاتب بالشكر إلى جميع المساهمين في حلقتي النقاش المذكورتين وإلى مديري برنامج المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات الذي انجزت الدراسة في إطاره وهما السيدين زيد العلي ووسام بن يطر. كما نقدم الشكر أيضاً إلى سوسن هويدي ووصال عطواني من مكتب المؤسسة في تونس لجهودهما في إصدار التقرير، إضافة إلى تحسين زيونة من فريق منشورات المؤسسة لتدقيقه النسخة النهائية.



«في جميع الأنظمة الديمقراطية الليبرالية الراسخة تحدّ النصوص الدستورية والممارسات القضائية المتصلة بها حق البرلمان في تقييد الحريات المنصوص عليها في صكوك الحقوق المعنيّة بما يضمن أنه حتى المؤسسات الديمقراطية المنتخبة انتخاباً مباشراً لا يسمح لها بتقييد الحريات المكفولة على نحو مفرط أو تقويضها من خلال سنّ التشريعات»

بيرنستورف<sup>١</sup>

---

١ بيرنستورف (يوخن فون)، «دور الفصل ٤٩ في الدستور التونسي الجديد»، دراسة معدّة للمؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، غير منشورة، ص ٢ من ١٥.

## المقدمة

على إثر مكالمة هاتفية من سيّدة تعلمهم فيها بوجود شخص غريب في منزلها ليلا انتقل الشرطيّان إلى مكان الحادثة. وبوصولهما أعلمتهما إحدى الجارات بأنّ هذا الشخص لا يزال محتبئاً في الجانب الخلفي للمنزل. هرع أحد الشرطيّين إلى المكان وما إن أحسّ السارق المحتبئ بوجوده حتّى سارع بالفرار. وبالرغم من ظلمة الليل تبين للشرطيّ الذي كان يحمل مصباحاً أنّه فتى في مقتبل العمر يبلغ بالكاد ١٧ سنة ولا يتجاوز طوله متراً و٥٥ سنتمراً وأنّه لا يحمل سلاحاً. كان الفتى يتسلّق سور المنزل عندما أمره الشرطيّ بالتوقف. غير أنّه رفض الامتثال. وعندما تأكد الشرطيّ من أنّ الفتى سينجح في الإفلات منه قام بإطلاق النار عليه متسبباً له بإصابة في العنق. توفيّ الفتى أثناء نقله إلى المستشفى ووجدت بحوزته ١٠ دولارات وحقيبة يد.

لا شك أنّ الشرطيّ تصرف وفقاً لمقتضيات القانون الذي يسمح له بعد إنذار المشتبه به أو في حالة فراره أو مقاومته أثناء عملية الإيقاف باستعمال كلّ وسيلة ضرورية لإنجاح عملية الإيقاف لكنّ النتيجة كانت وفاة شابّ بل طفل من أجل ١٠ دولارات.

ليست هذه الحادثة من وحي الخيال بل هي وقائع قضية نظرت فيها المحكمة الأمريكية العليا سنة ١٩٨٥ ألا وهي قضية:

Tennessee v. Garner, 471 US. 1 (1985) U.S. Supreme Court, March 27, 1985.

وتطرح هذه القضية إشكالات عديدة فبالرغم من أنّ تصرف الشرطيّ كان وفقاً للقانون فإنّ النتيجة تبدو غير مقبولة فقد حرم أحدهم من حقّه في الحياة حفاظاً على النظام العام وحماية لحق الملكية. فهل كان على الشرطيّ أن يعزف عن القيام بواجبه المتمثل في إيقاف السارق أم أنّه كان عليه أن يختار وسيلة أكثر تناسبا مع الوضعية تمكّنه من القيام بواجبه دون الوصول إلى مثل هذه النتيجة الخطيرة؟ أم أنّ الإشكال كامن في النصوص القانونية التي تحكم مثل هذه السياقات دون أن تشير إلى ضرورة تطبيق مبدأ التناسب والتدرّج في استعمال القوة ولو كان الهدف المراد تحقيقه شرعياً؟



يملك أحدهم محلاً قسّمه إلى جزئين يزاول في أحدهما نشاطه التجاري المتمثل في بيع الفواكه الجافة ويستعمل الجزء الثاني كمحلّ سكني ولا يفصله عن واجهة المحلّ غير ستار من القماش. اشترى هذا الشخص سيارة فأثار بذلك شكوك إدارة الضرائب التي تساءلت عن حقيقة موارده المصرّح بها. وبناء عليه أرسلت موظفين لزيارة المحل. وفور وصولهما إلى المكان طلبا من صاحب المحلّ تمكينهما من تفتيش الجزء المخصّص للسكنى من المحل فرفض ذلك مستنداً إلى كونه جزء معدّ للاستعمال الشخصي لا التجاري ومعتدّاً بحقه في حماية حياته الخاصة. وسرعان ما احتدّ النقاش بين صاحب المحلّ وموظفي الضرائب فتّم إيقافه وعرضه على المحكمة على أساس تصديّه لموظفين يسمح لهم القانون التونسي من خلال الفصل ٨ من مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية بزيارة المحلات والقيام بعمليات التفتيش بها الذي ينصّ على أنّه



«يتعيّن على المطالب بالأداء أن يستظهر عند كلّ طلب من أعوان مصالح الجباية المؤهلين لذلك بوصولاته ووثائقه وفواتيره المتعلقة بدفع الأداءات المستوجبة أو المثبتة لقيامه بواجباته الجبائية. ولهذا الغرض يخوّل لهؤلاء الأعوان القيام بزيارات بدون سابق إعلام للمحلات المهنية والمغازات وكذلك المخازن التابعة لها وبصفة عامّة كلّ الأماكن المخصّصة لأنشطة أو عمليّات خاضعة للأداء وإجراء معاينات ماديّة لعناصر ممارسة النشاط التجاري أو الصناعي أو المهني أو لدفاتر ووثائق المحاسبة. وتتمّ المعاينات الماديّة بناء على تكليف خاص للغرض تسلّم نسخة منه مباشرة للمطالب بالأداء أو من ينوبه عند بدء الزيارة مقابل وصل تسليم.»

لا شكّ أنّ دفع الضرائب واجب على كلّ مواطن وعلى الدولة تحصيل هذه الضرائب والعمل على أن يكون تدخلها من أجل ذلك ناجعاً ضامناً لحقّ المجموعة في مساهمة جميع أفرادها في النفقات العامّة. فهل أخطأت الإدارة بتمسّكها بهذا الحقّ؟

من ناحية أخرى فإنّ حرمة المسكن حقّ من حقوق الإنسان ولم يمنع صاحب المحل الإدارة من زيارته بل منع أعوانها من الدخول إلى الجزء الذي خصّصه لسكنائه. فهل أخطأ هو الآخر والحال أنّ الفصل ٨ المذكور ينصّ على أنّ حقّ الإدارة في تفتيش المحلات لا يقتصر على المحلات المهنية وتوابعها بل يمتدّ إلى «كلّ الأماكن المخصّصة لأنشطة أو عمليّات خاضعة للأداء»؟ أم أنّ الإشكال يكمن في الفصل المشار إليه نفسه وهو الذي لا يراعي في ضمّانه لحقّ المجموعة في استخلاص الضرائب ضرورة ضمان حرمة المسكن الشخصي؟<sup>٢</sup>

٢ وقع استقاء هاتين الحالتين الدراسيتين من الدورة السادسة للأيام الدراسية المنظمة بتونس والمنشورة ضمن: DRI-IDEA-PNUD, Vers une nouvelle ère dans la protection des droits fondamentaux en Tunisie : La mise en œuvre de l'article 49 de la nouvelle Constitution tunisienne, [http://democracy-reporting.org/newdri/wp-content/uploads/2016/03/rapport\\_article\\_49\\_1.pdf](http://democracy-reporting.org/newdri/wp-content/uploads/2016/03/rapport_article_49_1.pdf).

## ١. في ضرورة وضع حدود للحقوق والحريات

«لا يمكن إلا في تصوّر طوباويّ خطير على الحرّية نفسها اعتبار الحرّيات غير قابلة للتحديد»<sup>٣</sup>.

فالحقوق والحريات المطلقة في ذاتها تجد عند تصرّفها مقتضيات تجعل من تحديدها ضرورة يقتضيها الحفاظ على الحقوق والحريات نفسها. ذلك أنّ ممارسة الحقوق والحريات دون ضوابط من شأنه أن يخلق فوضى اجتماعية يغدو معها التصادم بين الحقوق والحريات سبيلا إلى نفيها جميعا. يكمن إذن «الأساس المنطقي وراء [الأحكام المحددة للحقوق والحريات] في أنّ إتاحة الحرّية المطلقة للبعض يمكن أن يقوّض حرّية الجميع»<sup>٤</sup>. فنفس الحق عندما يمارسه بصورة مطلقة شخصان متقابلين يغدو نفيًا لحقّ كلّ واحد منهما وعليه فإنّ «ممارسة الحقوق الطبيعية لكلّ إنسان ليس لها من حدود - على حدّ عبارة الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن المؤرّخ في ٢٦ أوت/ آب ١٧٨٩ - سوى تلك التي تمكّن غيره من أفراد المجتمع من التمتع بنفس هذه الحقوق»<sup>٥</sup>. فممارسة شخص ما لحقه الطبيعي في التملك مثلا دون ضوابط يجعله لا محالة يعتدي على حقّ غيره من أبناء مجتمعه في التملك.

كما تنشأ ضرورة التحديد من الحقوق والحريات من التعايش بين الحقوق والحريات المختلفة حيث أنّ بعض الحقوق التي لا سبيل إلى المفاضلة بينها في المطلق تدخل في حال تصرّفها في تعارض صارخ يعبر عنه في القانون الألماني بحالة «التصادم بين الحقوق الأساسية»<sup>٦</sup> بحيث يكون من المستحيل نفي أحدها لصالح الآخر ويغدو من الضروريّ إيجاد طريقة للتوفيق بينها. فكيف نوفّق مثلا بين حقّ العامل في الإضراب وحقّ المنتفع بالخدمة العموميّة في تلقّيها؟ وكيف نوفّق بين حقّ الجنين في الحياة وحقّ المرأة الحامل في التصرّف في جسدها والقيام بعملية إجهاض؟ وما السبيل إلى ضمان الحق في الحصول على المعلومة دون المساس بالحياة الخاصّة للأفراد وحرمتها؟

تضعنا هذه الحالات أمام قياس إجرائيّ إن تمسّكنا بإطلاقية كلّ حقّ في مواجهة الحقّ الآخر. ومن هنا تتأتّى ضرورة الحدّ من هذه الحقوق دون المفاضلة بينها بما يمكن من تصرّف الحقّ المقابل وضمان تمتّع صاحبه به.

ومن الثابت اليوم أنّه من طبيعة الحرّيات التنافسيّة صعوبة الموازنة بين حقّ الأفراد في ممارسة حرّياتهم وحقّ من لا يشاركونهم إيّاها في احترام موقفهم منها وهي موازنة صعبة تطرح مثلا في مجال الحرّية الدينية بين هدفين متضاربين يتعلّقان بممارسة حرّيتين أساسيتين متناقضتين هما حقّ المتدينّ في نقل أفكاره إلى الجمهور وهو ما يدخل في خانة حرية التعبير من ناحية وحقّ الأشخاص الآخرين في احترام حرّيتهم الفكرية في الاعتقاد والتدينّ من عدمه. وهنا تغدو حماية الدين في مواجهة حرّية التعبير عملية موازنة

٣ ISRAEL (J.-J.), Droit des libertés fondamentales, Paris, LGDJ, 1998, p. 314.

٤ بيرنستورف (يوخن فون)، المرجع السابق، نفس الموضوع.

٥ المادة ٤ من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن.

٦ انظر:

FAVOREU (L.) et al., Droit des libertés fondamentales, Précis Dalloz, Droit public et science politique, 4<sup>ème</sup> édition, Paris, 2007, p. 167.

بين حقين على نفس الدرجة من الأهمية. ويمكن قياسا على هذه الأمثلة تعديد الحالات التي تؤدي إلى التصادم بين الحقوق الأساسية إلى ما لا نهاية.

ولا يمكن بأي حال من الأحوال تجاوز هذه الوضعية المخرجة في ظل ما استقر اليوم من تصوّر غير تفاضلي بين الحقوق والحريات. حيث لا يمكن تكريس حق أو حمايته على حساب حق آخر واعتباره أكثر أهمية منه. فاختلاف الحقوق وتنوعها لا يمنح لأي صنف منها أسبقية على صنف آخر. وقد نشأ هذا التصوّر الشامل لحقوق الإنسان من اعتبارين أولهما نظري والآخر واقعي.

أمّا الاعتبار النظري فمناطه أنّ المساس من أي حق يؤدي إلى المساس من حقوق أخرى. من ذلك مثلا أنّه لا يمكن تفضيل الحق في الحياة على حرية التعبير باعتبار أنّ منع حرية التعبير يحول دون المطالبة بالحق في الحياة وتكريسه كما أنّه لا مفاضلة وإن بدت لأول وهلة بديهية بين الحق في العمل والحق في الراحة بما أنّ الحق في العمل يغدو دون الحق في الراحة استلابا للذات البشرية وهو ما يفرغه من محتواه باعتباره وسيلة لتحقيق الذات.

أمّا الاعتبار الواقعي فممنشؤه تجارب مريرة عبر التاريخ حيث كثيرا ما عمدت الأنظمة التسلطية إلى إنتاج خطاب تفاضلي بين حقوق الإنسان لا هدف منه إلا الحدّ من الحقوق التي تراها هذه الأنظمة خطيرة على استمرارها. ففي تونس ما بعد الاستقلال مثلا أنتجت السلطة خطابا قائما على النجاعة يعلي من حقوق معينة كالحق في الصحة والحق في التعليم على حساب الحقوق السياسية (تكوين الأحزاب والجمعيات مثلا) والحريات الفردية (الحق في التعبير مثلا) متعللة بأنّ حاجة التونسيين إلى هذه الحقوق لم تكن ملحة في تلك المرحلة وأنّ حصولهم عليها لن يكون مجديا دون تحقيق الأهداف المذكورة أولا بل قد تعيق تحقيقها.

وقد دفع الحذر من مغبة مثل هذه الطروحات الفقهاء من أمثال ريفيرو إلى رفض أحد المصطلحات الكلاسيكية في ميدان حقوق الإنسان ألا وهو مصطلح «الحقوق الأساسية» إذ يرفض هذا الفقيه استعمال هذا المصطلح نظرا إلى كونه يقحم ضمن حقوق الإنسان فكرة التفاضلية والحال أنّ جميع الحقوق هي في الأخير حقوق أساسية بمعنى أنّها ضرورية في تكاملها لتحقيق الذات الإنسانية وضمان احترامها.<sup>٧</sup> «ينبع مصطلح الحريات الأساسية [إذن] من تصنيف هرمي تفاضلي للحقوق هو في آخر الأمر أسوأ تصنيفاتها»<sup>٨</sup>.

وبناء عليه فلا مناص من تحديد مجال كلّ حرية تنافسية طالما كان من غير المبرر نفي إحداها لصالح الأخرى بحيث تتمثل العملية في موازنة غائية لا هدف منها غير الحفاظ على حقوق الإنسان في صبغتها الشمولية. وتعتمد النظم الدستورية والدولية طرقا مختلفة لوضع حدود للحقوق والحريات.

RIVERO (J.) et MOUTOUH (H.), Libertés publiques, Tome I, 9ème éd., PUF, Coll. Thémis, ٧ Paris, 2003, p. 20

٨ الماجري (خالد)، « الحريات الفردية في القانون التونسي »، ضمن مؤلف جماعي تحت إشراف الأستاذ وحيد الفرشيبي، الحريات الفردية. تقاطع المقاربات، الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية، تونس، ٢٠١٤، ص ٧٦-١٦٣.

## ٢. في طرق وضع حدود للحقوق والحريات

تختلف صيغ وطرق وضع ضوابط للحقوق والحريات من تجربة دستورية أو دولية إلى أخرى. غير أنه يمكن الحديث عن ثلاث طرق هي طريقة التحديد الخاص وطريقة المادة الجامعة وطريقة التحديد المزدوج.

### ٢-١. طريقة التحديد الخاص

تمثل طريقة التحديد الخاص في إرداف كل حق من الحقوق التي يضمنها الدستور أو المعاهدة الدولية بجملة من الضوابط الخاصة به التي تتعلق به لا بغيره تبعا لمحتواه وخصوصياته. ف«لا يمكن فرض قيود على حقوق معينة إلا في إطار تلك الأحكام التي غالبا ما تكون متباينة»<sup>٩</sup>. ومن الأمثلة على طريقة التحديد الخاص الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والقانون الأساسي الألماني وقد اعتمدت هذه الطريقة كذلك في دستور الجزائر ودستور المغرب لسنة ٢٠١١.

### الإطار ١: مقتطفات من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب

#### المادة ٦

لكل فرد الحق في الحرية والأمن الشخصي ولا يجوز حرمان أي شخص من حريته إلا للدوافع وفي حالات يحددها القانون سلفا، ولا يجوز بصفة خاصة القبض على أي شخص أو احتجازه تعسفيا.

#### المادة ٨

حرية العقيدة وممارسة الشعائر الدينية مكفولة، ولا يجوز تعريض أحد لإجراءات تقييد ممارسة هذه الحريات، مع مراعاة القانون والنظام العام.

#### المادة ٩

١. من حق كل فرد أن يحصل على المعلومات.
٢. يحق لكل إنسان أن يعبر عن أفكاره وينشرها في إطار القوانين واللوائح.

#### المادة ١٠

يحق لكل إنسان أن يكون وبحرية جميعات مع آخرين شريطة أن يلتزم بالأحكام التي حددها القانون. لا يجوز إرغام أي شخص على الانضمام إلى أي جمعية على ألا يتعارض ذلك مع الالتزام بمبدأ التضامن المنصوص عليه في هذا الميثاق.

#### المادة ١١

يحق لكل إنسان أن يجتمع بحرية مع آخرين ولا يحد ممارسة هذا الحق إلا شرط واحد ألا وهو القيود الضرورية التي تحددها القوانين واللوائح خاصة ما تعلق بمصلحة الأمن القومي وسلامة وصحة وأخلاق الآخرين أو حقوق الأشخاص وحرياتهم.

٩ بيرنستورف (يوخن فون)، المرجع السابق، نفس الموضوع.

## المادة ١٢

١. لكل شخص الحق في التنقل بحرية واختيار إقامته داخل دولة ما شريطة الالتزام بأحكام القانون.
٢. لكل شخص الحق في مغادرة أي بلد بما في ذلك بلده، كما أن له الحق في العودة إلى بلده ولا يخضع هذا للاحق لأية قيود إلا إذا نص عليها القانون وكانت ضرورية لحماية الأمن القومي، النظام العام، الصحة، أو الأخلاق العامة.
٣. لكل شخص الحق عند اضطهاده في أن يسعى ويحصل على ملجأ في أي دولة أجنبية طبقاً لقانون كل بلد وللاتفاقيات الدولية.
٤. ولا يجوز طرد الأجنبي الذي دخل بصفة قانونية إلى أراضي دولة ما طرف في هذا الميثاق إلا بقرار مطابق للقانون.
٥. يحرم الطرد الجماعي للأجانب. والطرد الجماعي هو الذي يستهدف مجموعات عنصرية، عرقية ودينية.

## المادة ١٤

حق الملكية مكفول ولا يجوز المساس به إلا لضرورة أو مصلحة عامة طبقاً لأحكام القوانين الصادرة في هذا الصدد.

## الإطار ٢: مقتطفات من دستور الجزائر

- الفصل ٤٠: تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن. فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون وفي نطاق احترامه ولا تفتيش إلا بأمر صادر عن السلطة القضائية المختصة.
- الفصل ٥٧: الحق في الإضراب معترف به ويمارس في إطار القانون.
- يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق أو يجعل حدوداً لممارسته في ميادين الدفاع الوطني أو الأمن أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع.

## الإطار ٣: مقتطف من دستور المغرب

- الفصل ٢٧: للمواطنين والمواطنات حق الحصول على المعلومات الموجودة في حوزة الإدارة العمومية والمؤسسات المنتخبة والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام.
- لا يمكن تقييد الحق في المعلومة إلا بمقتضى القانون بهدف حماية كل ما يتعلق بالدفاع الوطني وحماية أمن الدولة الداخلي والخارجي والحياة الخاصة للأفراد وكذا الوقاية من المسّ بالحرّيات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور وحماية مصادر المعلومات والمجالات التي يحددها القانون بدقة.

## ٢-٢. طريقة المادة الجامعة

تقوم طريقة المادة الجامعة على إيراد فصل واحد ضمن الدستور يتضمّن الضوابط المنطبقة على جميع الحقوق والحريات. وهي الطريقة التي اعتمدها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و ميثاق الاتحاد الأوروبي للحقوق الأساسية. وعلى المستوى الوطني اعتمدت هذه الطريقة في المادة الأولى من الميثاق الكندي للحقوق والحريات لسنة ١٩٨٢ :

”الميثاق الكندي للحقوق والحريات يضمن الحريات والحقوق الواردة في بنوده فقط ضمن الحدود المعقولة التي يقرّها القانون والتي يمكن تبريرها مع ضمان مجتمع حرّ وديمقراطي“<sup>١٠</sup>.

كما اعتمدت هذه الطريقة ضمن دستور جنوب إفريقيا لسنة ١٩٩٦ في فصله السادس والثلاثين الذي ينصّ على أنه:

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

باستثناء ما تنص عليه الفقرة (١) أو أي حكم آخر من أحكام الدستور، لا يقيّد أي قانون أي حق منصوص عليه في وثيقة الحقوق.“<sup>١١</sup>

أمّا الدستور الكيني فقد ضمّن هذه المادة في فصله الرابع والعشرين: ”الحقوق المنصوص عليها في إعلان الحقوق لا يحدّ منها إلا بقانون وشرط أن يكون الحد معقولاً ومبرراً في مجتمع منفتح وديمقراطي قائم على الكرامة الإنسانية والمساواة والحرية وأخذاً بعين الاعتبار العناصر المناسبة التي من بينها: طبيعة

١٠ المادة ١.

Section 1 : «The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set on it subject only to such reasonable limits prescribed by laws as can be demonstrably justified in a free and democratic society».

١١ «(1) The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including

(a) the nature of the rights;  
(b) the importance of the purpose of the limitation;  
(c) the nature and extent of the limitation;  
(d) the relation between the limitation and its purpose; and  
(e) less restrictive means to achieve the purpose.

(2) Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any right entrenched in the Bill of Rights.»

الحق أو الحرية الأساسية- أهمية الهدف من الحدّ- طبيعة الحدّ ومداه - الحرص على ألاّ يضرّ تمتّع فرد بحقوقه وحرّياته الأساسية بحقوق الغير وحرّياتهم الأساسية - العلاقة بين الحدّ والغاية منه وتبيّن ما إذا كانت هناك وسائل أقلّ تضييقاً لتحقيق نفس الهدف“.

كما نجد هذه المادة في دستور سويسرا صلب الفصل ٣٦:

”١. كلّ حدّ من حقّ أساسي يجب أن يستند إلى أساس تشريعي والحدود الخطيرة يجب أن ينصّص عليها بقانون إلّا في حالة خطر حقيقي ومباشر وداهم.

٢. كلّ حدّ من حقّ أساسي يجب أن يكون مبرّرا بمصلحة عامّة أو بحماية حقّ أساسي للغير.

٣. كلّ حدّ من حقّ أساسي يجب أن يكون متناسبا مع الهدف المراد تحقيقه.

٤. لا يجوز المساس بجوهر الحقوق الأساسية“.

وغالبا ما لا تكفي الدساتير أو المعاهدات بهذه المادّة الجامعة بل تنصّ في صياغة أحكام بعض الحقوق على اشتراطات أو حدود إضافية محدّدة لتقييد تلك الحقوق<sup>١٢</sup>. وهذا ما يجعل طريقة التحديد المزدوج التي يأتي بيانها لاحقا الطريقة الأكثر اعتمادا في الواقع.

### ٣-٢. طريقة التحديد المزدوج

تعتمد هذه الطريقة على المزاوجة بين المادّة الجامعة والتحديدات الخاصّة. و تطرح في حالة اعتماد هذه الطريقة مسألة تحديد العلاقة بين المادّة الجامعة والتحديدات الخاصّة. وهنا يمكن الحديث عن نوعين من العلاقة فإمّا:

- أن يقصي التحديد الخاص تطبيق المادّة الجامعة بما يجعل الحقوق المرتبطة به غير قابلة للتحديد إطلاقا، أو
- أن يضع التحديد الخاص شروط تحديد خاصّة بالحقوق التي يرتبط بها بما يقصي تطبيق المادّة الجامعة عليها دون أن يخرجها من نطاق الحقوق القابلة للتحديد، وبالتالي فإنّ هذه الحقوق تغدو خاضعة لشروط تحديد مختلفة عن تلك التي تقرّها المادّة الجامعة.

ويمكن لبيان الحالة الأولى الاعتماد على مثال ميثاق الاتحاد الأوروبي للحقوق الأساسية الذي يحتوي على مادّة جامعة هي المادّة ٥٢ (نطاق الحقوق المكفولة) تنصّ على ما يلي:

”١. يجب أن ينص القانون على أي تقييد بشأن ممارسة الحقوق والحرّيات التي يقرها هذا الميثاق، ويجب احترام جوهر تلك الحقوق والحرّيات، وفقاً لمبدأ التناسب - يجوز وضع القيود فقط إذا كانت لازمة وتفي بشكل حقيقي بأهداف المصلحة العامة التي يقرها الاتحاد، أو الحاجة لحماية حقوق وحرّيات الآخرين.

١٢ بيرنستورف (يوخن فون)، المرجع السابق، نفس الموضوع.

٢. تمارس الحقوق التي يقرها هذا الميثاق والتي تقوم على أساس معاهدات المجتمع أو المعاهدة بشأن الاتحاد الأوروبي بموجب الشروط وفي نطاق القيود التي تحددها تلك المعاهدات.

٣. بقدر ما يتضمن هذا الميثاق من حقوق والتي تتطابق مع الحقوق التي تكفلها اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية - يكون مفهوم ونطاق تلك الحقوق هو نفس المفهوم والنطاق الذي تضعه الاتفاقية المذكورة، ولا يمنع هذا الحكم قانون الاتحاد من أن يوفر حماية أوسع.

وتنطبق هذه المادة على جميع الحقوق التي صاغها الميثاق اعتماداً على عبارة "لكل إنسان الحق" غير أن من الحقوق المضمنة به ما يقدمه الميثاق في شكل حظر مطلق مستعملاً عبارة "لا يخضع" كحظر التعذيب والمعاملة أو العقوبة غير الإنسانية أو المهينة موضوع المادة الرابعة<sup>١٣</sup> أو عبارة "لا يجوز" أو عبارة "يحظر" كما هو الحال بالنسبة إلى الحقوق المضمنة بالمادة الخامسة المتعلقة بحظر الاسترقاق والعمل بالإكراه<sup>١٤</sup>. وبالتالي فإن هذه الحقوق لا تقبل أي تحديد وتخرج تماماً عن نطاق المادة التحديدية الجامعة<sup>١٥</sup>.

أما الحالة الثانية فمن أمثلتها دستور جنوب إفريقيا لسنة ١٩٩٦ الذي يحتوي على مادة جامعة هي الفصل السادس والثلاثون منه<sup>١٦</sup> كما يحتوي على تحديدات خاصة كذلك الذي يتعلق بالحق في الملكية حيث ينص الفصل ٢٥ على ما يلي:

"١. لا يجوز حرمان أحد من ممتلكاته إلا بقانون يطبق على الناس كافة، ولا يجوز أن يسمح أي قانون بالحرمان التعسفي من الممتلكات.

٢. لا يجوز نزع الملكية إلا بقانون يطبق على الناس كافة، وفقاً لما يلي: أ. أن يكون لغرض عام أو من أجل المصلحة العامة؛ ب. التعويض، رضاءً أو قضاءً مع تحديد وقت وطريقة دفعه.

٣. يكون مبلغ التعويض ووقت وطريقة دفعه عادلاً ومنصفاً، بما يعكس توازناً منصفاً بين المصلحة العامة ومصالح من تضرر، مع الأخذ في الاعتبار كل الظروف ذات الصلة، ومن ضمنها: أ. الاستخدام الحالي للممتلكات؛ ب. تاريخ حيازة الممتلكات واستخدامها؛ ج. القيمة السوقية للممتلكات؛ د. حجم استثمار الدولة المباشر، والدعم الذي أسهمت به، في اقتناء الممتلكات وتحسين أسماها المجزي. هـ. الغرض من نزع الملكية (...)"

وبالتالي لا تطبق على الحق في الملكية حسب هذا الدستور التحديدات المضمنة بالمادة الجامعة بل تلك التي أتى بها الفصل ٢٥ حيث أنه "من المسلم به عموماً في ظل الدساتير (أو المعاهدات) التي تنص على

١٣ « لا يخضع أي شخص للتعذيب أو للمعاملة أو للعقوبة غير الإنسانية أو المهينة».

١٤ « ١- لا يجوز استرقاق أي شخص أو استعباده.

٢- لا يجوز أن يطلب من أي شخص أن يؤدي عملاً قسراً أو كرهاً.

٣- يحظر الاتجار في البشر».

١٥ بيرنستورف (يوخن فون)، المرجع السابق، ص ٣ من ١٥.

١٦ انظر أعلاه.



أحكام تقييد عامة أنه متى وجدت أحكام تقييد خاصة ضمن صياغة حقوق معينة تتعين مراعاة تلك الأحكام عند تطبيق منظومة الحقوق وحكم التقييد العام<sup>١٧</sup>.

## ٣. تحديد الحقوق والحريات في تونس من دستور ١٩٥٩ إلى دستور ٢٠١٤

### ٣-١. تحديد الحقوق والحريات في دستور ١٩٥٩

احتوى دستور ١ جوان/ حزيران ١٩٥٩ على تحديدات خاصة بكل حق صيغت ضمن كل فصل من فصول الدستور المتعلقة بالحقوق والحريات بطريقة موحدة هي التالية "وفق ما يضيئه (أو ما يحدده) القانون". وتباعد بنا هذه الطريقة الموحدة في إيراد التحديد الخاص عن طريقة التحديد الخاص المعتمدة في الأنظمة الديمقراطية والتي تتميز بإيراد ضوابط خاصة بكل حق تختلف من حق إلى آخر وفقا لمحتواه وخصوصياته. وبالتالي فلا تمت هذه الطريقة المعتمدة في دستور ١٩٥٩ بصلة إلى طريقة التحديد الخاص بها أنها تقوم - وإن تعلقت على مستوى الصياغة بكل حق على حدة- على تحديد عام هو ممارسة هذه الحقوق "وفق القانون" وهو ما من شأنه أن يطلق يد السلطة التشريعية ويجعل "الضمانة الدستورية" مجردة من أي معنى.

كما تضمن هذا الدستور مادة عامة احتواها الفصل السابع منه تتعلق بالضوابط تمت صياغتها بطريقة فضفاضة فاقتضت أنه "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". وقد وقع إفراغ هذا المقتضى الدستوري من محتواه في ظل دستور ١٩٥٩ من خلال اتخاذ عدد من القوانين الماسة بالحقوق والحريات أهمها قانون الصحافة وقانون الجمعيات وقانون التظاهر التي لم يكن من مجال للطعن في دستوريته في غياب آلية مستقلة للرقابة على دستورية القوانين وفي ظل الصياغة المرنة لهذه "الضمانة" التي تمنح للسلطة التشريعية مبررات واسعة النطاق للحد من الحقوق والحريات عوض أن تضبط حدود تدخلها.

### ٣-٢. تاريخ الفصل ٤٩

خرج دستور ٢٠١٤ إلى النور على إثر أربع نسخ هي على التوالي نسخة ١٣ أوت/ آب ٢٠١٢ ونسخة ١٤ ديسمبر/ كانون الأول ٢٠١٢ ونسخة ٢٢ أفريل/ نيسان ٢٠١٣ ونسخة ١ جوان/ حزيران ٢٠١٣. ولم تكن النسخ الثلاث الأولى متضمنة لأي إشارة إلى مادة جامعة حول ضوابط الحقوق والحريات. ففي كل هذه النسخ اكتفى المشرع الدستوري بذكر ضوابط خاصة بكل حق بل ذهب أحيانا إلى إرداف بعض الحقوق والحريات بأحكام تقييدية. ومن الأمثلة على ذلك تضمن نسخة ١٤ ديسمبر/ كانون الأول ٢٠١٢ فصلا تعداده الرابع والعشرون ينص على أن حرية التعبير لا يمكن تقييدها سوى "بموجب القانون الذي يحمي حقوق الآخرين وسمعتهم وسلامتهم وصحتهم"<sup>١٨</sup>.

١٧ بيرنستورف (يوخن فون)، المرجع السابق، نفس الموضوع.

١٨ انظر حول نسخة ٢٢ أفريل/ نيسان ٢٠١٣ من الدستور: الماجري (خالد)، «الحريات الفردية في القانون التونسي»، المرجع السابق.

ومنذ نشر النسخة الأولى من الدستور إلى الجمهور انطلق المجتمع المدني وخبراء القانون في الضغط على المجلس التأسيسي من أجل إدراج مادة جامعة لضوابط الحقوق والحريات وحذف الضوابط الخاصة في بعض الفصول<sup>١٩</sup> وهو ما أدى إلى ظهور هذه المادة الجامعة في النسخة الرابعة ألا وهي نسخة ١ جوان/ حزيران ٢٠١٣ ضمن الفصل ٤٨ بصياغة هي الآتية "يقرّر القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور 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 كل انتهاك".

ولا بدّ من الملاحظة في هذا الصدد أنّ هذه الصياغة لم تأخذ من اقتراحات الخبراء إلا الجزء المتعلّق بالتحديد في حين أنّ اقتراح الأساتذة سليم اللغماني وسلوى الحمروني وسليبي القليبي<sup>٢٠</sup> تضمّن ثلاث فقرات تتعلّق أولاً بالحدود وتتعلّق الثانية بالحقوق التي لا يمكن المساس بها في حالة التعليق والثالثة بطريقة تأويل المحاكم لهذه القيود. أمّا الفقرة الثانية فقد وقع تجاهلها تماماً وجاء الفصل ٨٠ من الدستور حالياً من قائمة للحقوق التي لا يمكن المساس بها في صورة تطبيقه أو في حالة الطوارئ وهو ما يمثل عيباً كان من الممكن تلافيه على ضوء هذا المقترح. وأمّا الفقرة الثالثة من المقترح التي وردت كالتالي "على المحاكم عندما تنظر في قضايا متعلّقة بالحدّ من الحقوق والحريات أن تؤوّل هذه القيود تأويلاً ضيقاً وعلى ضوء مبادئ الديمقراطية والكرامة الإنسانية والمساواة والحرية" فقد وقع إهمالها. وأمّا الفقرة الأولى وهي المتعلّقة بسياق بحثنا فقد وردت في نصّ المقترح كالتالي "لا تخضع ممارسة الحقوق المنصوص عليها بهذا الدستور إلا للحدود المقرّرة في القانون ما لم تمسّ من جوهرها وشرطاً أن تشكّل هذه الحدود تدابير ضرورية في مجتمع مدني ديمقراطي تتخذ لحماية حقوق الغير وحرياته أو الأمن الوطني أو الأمن العمومي ولا بدّ من وجود تناسب بين القيود المفروضة والأهداف التي تبرّرها ومن توفير سبل الطعن فيها". وهنا تمكّن المقارنة بين صياغة المقترح والصياغة التي وقع إقرارها من ملاحظة التكتيف الذي غلب على الصيغة النهائية ولكن للمفارقة احتوت هذه الصيغة على قائمة طويلة من الأهداف المبرّرة للتحديد لم تكن تتضمنها صياغة الخبراء.

وقد ساهم انطلاق صيرورة "الحوار الوطني"<sup>٢١</sup> في ظهور هذا الفصل منذ مبادرة رئيس الجمهورية في أفريل/ نيسان - ماي/ أيار ٢٠١٣ (مبادرة دار الضيافة) التي وقع على إثرها إصدار وثيقة تسوية تضمّنت عدداً من النقاط من بينها إدخال فصل جديد في الدستور يحتوي على مادة جامعة لضوابط الحقوق والحريات والتخلّي عن القيود الخاصة الواردة في كل فصل. وبانطلاق الحوار الوطني الرسمي

١٩ انظر

HumanRights Watch : [www.hrw.org/fr/news/2013/01/22/tunisie-lettre-l-assemblee-nationale-constituante-sur-le-projet-de-constitution](http://www.hrw.org/fr/news/2013/01/22/tunisie-lettre-l-assemblee-nationale-constituante-sur-le-projet-de-constitution)

Association Tunisienne de Droit Constitutionnel : [www.fichier-pdf.fr/2013/06/03/projet/preview/page/1/](http://www.fichier-pdf.fr/2013/06/03/projet/preview/page/1/)

٢٠ انظر سليم اللغماني، سلسبيل القليبي وسلوى الحمروني، «الحقوق والحريات»، ضمن جمعية البحوث في الانتقال الديمقراطي والجمعية التونسية للقانون الدستوري، قراءة في مسودة مشروع الدستور. تقييم واقتراحات، ١٥ جانفي/ كانون الثاني ٢٠١٣، تونس ٢٠١٣، ص ٣١-٥٨.

٢١ مراد (حاتم)، بن سالم (مريم)، الماجري (خالد)، شرف الدين (معز)، النوري (بلحسن) و زقارني (منية)، الحوار الوطني في تونس، نيرفانا للنشر، تونس، ٢٠١٥.

في ٢٥ أكتوبر/ تشرين الأول ٢٠١٣ تحت إشراف ما أضحى يسمّى بالرباعي الراعي للحوار (الاتحاد العام التونسي للشغل - الهيئة الوطنية للمحامين - الرابطة التونسية للدفاع عن حقوق الإنسان - اتحاد الصناعة والتجارة والصناعات التقليدية) تمّ نقل المسألة الدستورية والتوافقات التي حصلت بخصوص بعض الفصول الخلافية خلال مبادرة دار الضيافة إلى "لجنة التوافقات" التي أنشئت داخل المجلس التأسيسي والتي عملت على عدّة فصول كان من بينها الفصل ٤٨ وقد خضع النقاش حول هذا الفصل صلب لجنة التوافقات إلى مبدأ التوافق الذي وسم كل عمل هذه اللجنة وهو ما يفسّر التعديلات التي أدخلت على صياغة هذا الفصل. وجاءت الصياغة النهائية لهذا الفصل الذي أصبح تعدادا التاسع والأربعون ضمن الدستور الجديد حيث تمّ استجابة لمطالب المجتمع المدني إدخال معياري الضرورة والتناسب. كما وقعت إضافة عبارة "الآداب العامة" إلى قائمة الأهداف المبررة للتحديد. فهل كان هذا مقابل ذاك استجابة لمنطق التوافق؟

ومهما يكن من أمر فإنّ الفصل ٤٩ قد تمّت صياغته في نسخته النهائية كالآتي:

"يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها.

ولا توضع هذه الضوابط إلّا لضرورة تقتضيها دولة مدنيّة 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 أيّ انتهاك.

لا يجوز لأيّ تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحريّاته المضمونة بهذا الدستور."

### ٣-٣. المادة الجامعة (الفصل ٤٩) ضمن دستور ٢٠١٤

يأتي الفصل ٤٩ في سياق دستوريّ عام يميّز بالازدواجية. فدستور ٢٠١٤ الذي يورد قائمة هامة من الحقوق والحريّات من حقوق الجيل الأوّل إلى حقوق الجيل الثالث مروراً بحقوق الجيل الثاني لم يتمكّن من فضّ النزاع بخصوص مرجعيّاته. وعلى عكس دستور ١٩٥٩ الذي احتوى من خلال الفصل الخامس منه على مقتضى يجعله يدخل بصورة واضحة ضمن التصوّر الكوني لحقوق الإنسان في بعدها الشامل والمتكامل يراوح دستور ٢٠١٤ بين هذا البعد الكوني لحقوق الإنسان والخصوصيّة الثقافيّة للمجتمع التونسي. ولم يدرج هذا البعد الكوني لحقوق الإنسان في نصّ الدستور صلب التوطئة إلّا بعد سنة ونصف من الجدل<sup>٢٢</sup> داخل المجلس التأسيسي وخارجه. غير أنّ هذا الاعتراف جاء منقوصاً حيث يعلن الدستور من خلال توطئته على "تمسّك شعبنا... بالقيم الإنسانيّة ومبادئ حقوق الإنسان الكونيّة السامية" دون أن يعترف بشموليّتها وترباطها وتكاملها<sup>٢٣</sup>. كما يسبق الدستور على هذه القيم الإنسانيّة الكونيّة "تعاليم الإسلام ومقاصده المتسمّة بالتفتّح والاعتدال" مؤكّداً على "الهويّة العربيّة

٢٢ MOUSSA (F.), in. DRI-IDEA-PNUD, Vers une nouvelle ère dans la protection des droits fondamentaux en Tunisie : La mise en œuvre de l'article 49 de la nouvelle Constitution tunisienne, op. cit., p. 9

٢٣ FERCHICHI (W.), in. ibid., p. 11

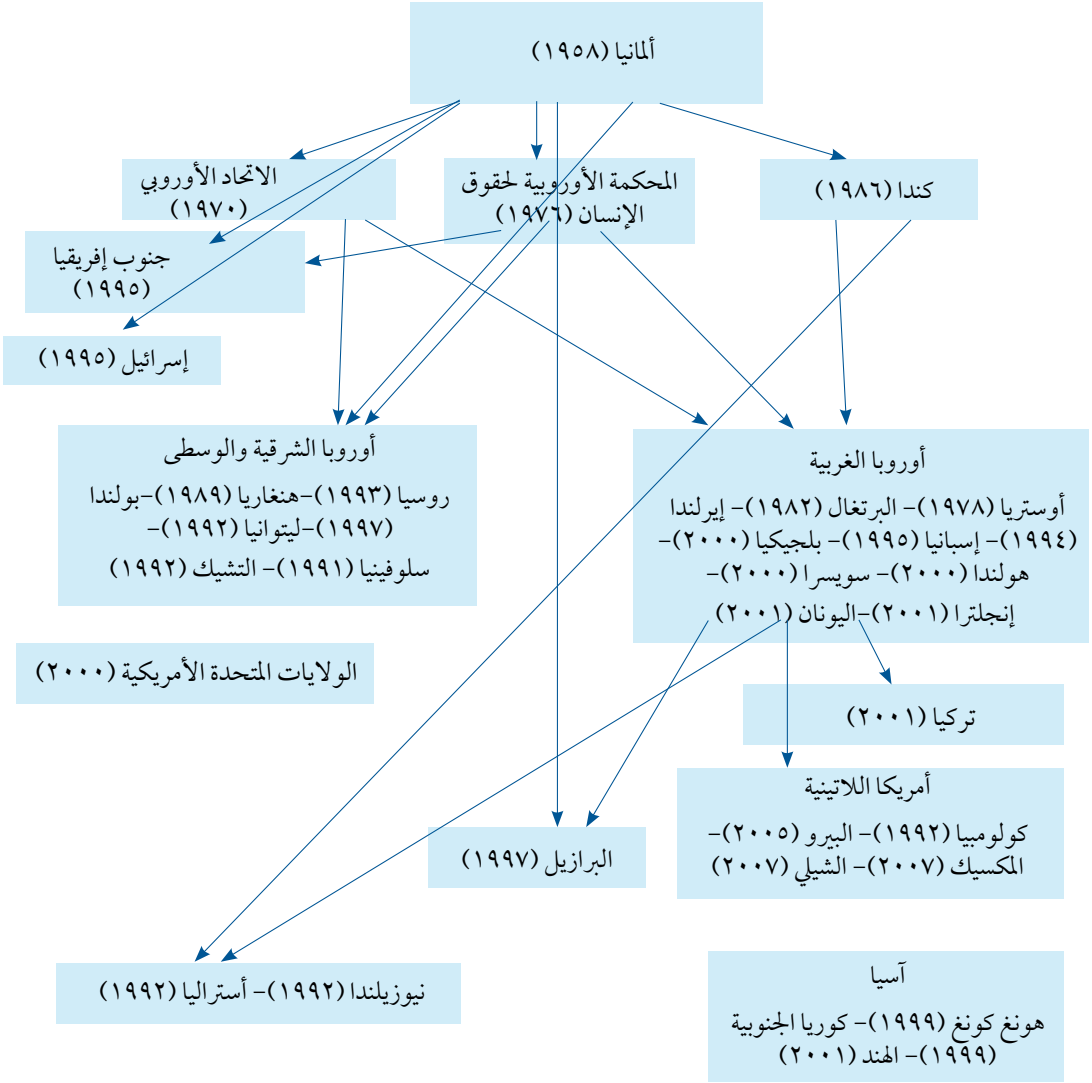
الإسلاميّة” للشعب التونسي. ومن شأن هذه الإشارات إلى الخصوصيات الثقافية أن تحدّ من كونيّة حقوق الإنسان<sup>٢٤</sup>.

### ٤-٣. دستور ٢٠١٤ وطريقة التحديد المزدوج

يمكن القول دون الدخول في الجزئيات التي سنتناولها لاحقاً أنّ دستور ٢٠١٤ قد اعتمد في ضبط الحقوق والحريات على طريقة التحديد المزدوج إذ يقوم نظام ضبط الحقوق والحريات ضمنه على المادّة الجامعة موضوع الفصل ٤٩ أولاً وعلى بعض التحديدات الخاصّة التي تعلّقت ببعض الحقوق ثانياً. فلتن خضعت جلّ الحقوق إلى ضوابط الفصل ٤٩ فإنّ البعض منها تحدّده ضوابط خاصّة ومن بين أهمّ هذه الحقوق الخارجة عن نطاق الفصل ٤٩ الحق في الحياة الوارد بالفصل ٢٢ وحظر التعذيب الوارد بالفقرة ٢ من الفصل ٢٣ ومبدأ شرعيّة الجرائم والعقوبات موضوع الفصل ٢٨ وحرية التعبير المنظمة عبر الفصل ٣١ والحق في المملكيّة الوارد بالفصل ٤١. ويؤدّي اعتماد هذه الطريقة إلى التساؤل عن كفيّة تفصيل هذه التحديدات الخاصّة مع المادّة الجامعة وهو ما سنتعرّض إليه في حينه. فلا تستقيم دراسة الفصل ٤٩ إلّا في إطار المنظومة التي ورد ضمنها وكان بمثابة عمودها الفقريّ.

ولدراسة الفصل ٤٩ ارتأينا الاعتماد على القانون الدستوريّ المقارن ومنظومات حماية حقوق الإنسان على المستوى الدولي في بعده الكوني والإقليمي إضافة إلى دراسة المعايير الدوليّة في هذا المجال. فالفصل ٤٩ ليس إلّا تكريساً لمبدأ التناسب الذي انتشر في المنظومات القانونيّة منذ نهاية الحرب العالميّة الثانية وانطلق من القانون الألمانيّ مهاجراً إلى القانون الأوروبي ومنه إلى قوانين دول أوروبا الغربيّة كالبرتغال وإيرلندا وإسبانيا وبلجيكا وسويسرا وإنجلترا ومن ثمّ إلى دول أوروبا الشرقية والوسطى كروسيا ولتوانيا وسلوفينيا وإلى دول أمريكا اللاتينيّة كالبرازيل وكولومبيا وبيرو والمكسيك وشيلي وعرفته دول أخرى كإسرائيل وتركيا وأستراليا ونيوزيلندا، كما مثل مروره إلى كندا وإفريقيا الجنوبيّة محطة هامّة في انتشاره. وعليه فقد قاربنا هذا المبدأ استناداً إلى التجارب المقارنة التي تعتبر محطات في تشكّله ألا وهي بالخصوص التجربة الألمانيّة والتجربة الأوروبيّة وتجارب دول أوروبا الغربيّة (من خلال تجربة سويسرا بالأخصّ) وكندا وجنوب إفريقيا، في محاولة لوضع الفصل ٤٩ في سياقه العام سعياً إلى حصر نطاق تطبيقه (الجزء الأوّل) وتحديد مضمونه (الجزء الثاني).

## مخطط ١: هجرة مبدأ التناسب



المصدر: BARAK (A.), Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations

Cambridge University Press, United Kingdom, 2012, p.182

# الجزء الأول

## نطاق تطبيق الفصل ٤٩


يدفعنا النظر في الفصل ٤٩ من حيث نطاق تطبيقه إلى تمييزه عن فصل آخر ضمن الدستور ألا وهو الفصل ٨٠ الذي يتعلّق بـ "الحالة الاستثنائية"<sup>٢٥</sup> حيث يطرح هذا الفصل إشكال تماسّه مع الفصل ٤٩ بما أنّ التدابير التي يتحدّث عنها عادة ما تتعلّق بالحقوق والحريات. وعادة ما تتضمّن نصوص حقوق الإنسان الدستورية أو الدولية نوعين من المواد: المواد التحديدية للحقوق والحريات (بالطرق الثلاث المبينة أعلاه) clauses limitatives والمواد التعليقية<sup>٢٦</sup> clauses dérogatoires ou suspensives. وفي الدستور التونسي يمثل الفصل ٤٩ عماد المواد التحديدية في إطار طريقة التحديد المزدوج التي كرّسها في حين يمثل الفصل ٨٠ المادة التعليقية.

٢٥ ينصّ الفصل ٨٠ على أنّه « لرئيس الجمهورية في حالة خطر داهم مهدّد لكيان الوطن وأمن البلاد واستقلالها يتعدّر معه السير العادي لدواليب الدولة أن يتخذ التدابير التي تحتمها تلك الحالة الاستثنائية وذلك بعد استشارة رئيس الحكومة ورئيس مجلس نواب الشعب وإعلام رئيس المحكمة الدستورية وعلان عن التدابير في بيان إلى الشعب. ويجب أن تهدف هذه التدابير إلى تأمين عودة السير العادي لدواليب الدولة في أقرب الآجال ويعتبر مجلس نواب الشعب في حالة انعقاد دائم طيلة هذه الفترة. وفي هذه الحالة لا يجوز لرئيس الجمهورية حلّ مجلس نواب الشعب كما لا يجوز تقديم لائحة لوم ضدّ الحكومة.

وبعد مضيّ ثلاثين يوما على سريان هذه التدابير وفي كلّ وقت بعد ذلك يعهد إلى المحكمة الدستورية بطلب من رئيس مجلس نواب الشعب أو ثلاثين من أعضائه البت في استمرار الحالة الاستثنائية من عدمه. وتصرّح المحكمة بقرارها علانية في أجل أقصاه خمسة عشر يوما.

وينتهي العمل بتلك التدابير بزوال أسبابها. ويوجّه رئيس الجمهورية بيانا في ذلك إلى الشعب. »  
وللفصل ٨٠ ما يعادله في العديد من الدساتير والاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان. حيث يتعرّض العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية إلى الحالة الاستثنائية من خلال مادّة الرابعة وتنصّ الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على الحالة الاستثنائية من خلال مادتها الخامسة عشر وتظهر هذه المادّة كذلك في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان تحت عنوان «المادة ٢٧ - تعليق الضمانات». وعلى مستوى الدساتير فسكتفي بإيراد مثالي المادّة ١٦ من الدستور الفرنسي والمادّة ١٩ من الدستور البرتغالي. هذا ولا تخلو هذه الاتفاقيات ولا هذه الدساتير من تحديدات للحقوق والحريات كتلك التي جاء بها الدستور التونسي والتي تتناولها بالدرس ضمن هذا العمل.

٢٦ انظر في سياق المنظومة الأوروبية لحقوق الإنسان حول فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان المتعلّق بهذه المادّة: ERGEC (R.), Les droits de l'Homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme, Bruylant- Editions de l'Université de Bruxelles, Collection de droit international, n° 19, Bruxelles, 1987.



وتحديد الحقوق والحريات هو عمل مختلف في جوهره عن تعليقها الذي يتعرّض إليه الفصل ٨٠. ففي حين يشترط في التحديد أن يكون بقانون يكون التعليق من خلال "تدابير" يتّخذها رئيس الجمهورية. كما أنّه لا يمكن للتحديد أن يمسّ جوهر الحق فهو عمل لا يقضي الحق من التطبيق بل يضيق من نطاقه أو من مجالات إعماله حسب الحالات أمّا التعليق فإنّه يمكن أن يؤدّي إلى إيقاف إعمال الحق تماما وهو ما يمكن من القول بعدم وجود حدود للتدخل في الحقوق والحريات إذا كان أساس هذا التدخل الفصل ٨٠ من الدستور. ولعلّ من أهمّ معايير التفرقة بين الحالتين هو أنّ أعمال التحديد هي أعمال عادية ويمكن أن تكون دائمة باعتبار أنّها تنظّم تصرف الحقوق والحريات في المجتمع على الدوام ولا تتغير إلّا بتغيّر الأسس الاجتماعية التي فرضت اعتمادها على عكس أعمال التعليق التي تكون بطبيعتها مؤقتة باعتبارها إجابة عن حالة استثنائية تتعلق بخطر معيّن وهي إن دامت بدوام الخطر تبقى لصيقة به ولا بدّ من زوالها بزواله.

وعليه فإنّ مجال عملنا المنصب على عملية تحديد الحقوق والحريات يقودنا بداهة إلى التساؤل بخصوص نطاق تطبيق الفصل ٤٩ عن الحقوق والحريات المعنية به (الباب الأوّل) وعن السلط المخوّلة لذلك (الباب الثاني).

# الباب الأول

## الحقوق والحريات المعنيّة

### بالفصل ٤٩

---



يدفعنا التأمل في دستور ٢٠١٤ وقائمة الحقوق والحريات الواردة ضمنه إلى إبداء ملاحظتين: (١) أنّ الفصل ٤٩ لا يتعلّق حصرياً بالحقوق الواردة ضمن الباب الثاني من الدستور بل يمتدّ نطاقه إلى كلّ ما يمكن أن يتضمّن هذا النصّ من حقوق حتى وإن وردت في غير هذا الباب بل ويمكن القول حتى بانطباقه على الحقوق غير المدسّرة. (٢) أنّ الفصل ٤٩ لا يمكن أن يقرأ إلّا في إطاره العام باعتباره أحد أعمدة طريقة التحديد المزدوج التي اعتمدها الدستور التونسي وبالتالي فإنّه لا ينطبق على كلّ الحقوق الواردة بالدستور من ناحية ولا يمكن تطبيقه على جميع الحقوق الداخلة في مجاله بالطريقة نفسها من ناحية أخرى.

## ١. الفصل ٤٩ لا يتعلّق حصرياً بالحقوق الواردة ضمن الباب الثاني من الدستور

ورد الفصل ٤٩ في ختام الباب الثاني من دستور ٢٠١٤ المعنون بـ "الحقوق والحريات" على إثر قائمة من الحقوق امتدّت على ٢٨ فصلاً (من الفصل ٢١ إلى الفصل ٤٨). غير أنّ وروده ضمن هذا الباب لا يعني أنّه يقتصر على الحقوق الواردة ضمنه. فالدستور يقرأ باعتباره وحدة منسجمة وهو ما يؤكّد عليه الفصل ١٤٦ من الدستور حين يقتضي أنّه "تفسّر أحكام الدستور ويؤوّل بعضها البعض كوحدة منسجمة". وبالتالي فإنّ مجال تطبيقه يمتدّ علاوة على الحقوق الواردة بالباب الثاني إلى حقوق وحريات وردت في مواضع أخرى من الدستور<sup>٢٧</sup>.

وهذه الحقوق هي حرّية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينيّة الواردة بالفصل السادس المنضوي ضمن الباب الأوّل "المبادئ العامّة" والحقوق المتعلّقة بالتقاضي الواردة ضمن الباب الخامس "السلطة القضائيّة" صلب الفصل ١٠٨ كالآتي: "لكلّ شخص الحقّ في محاكمة عادلة في أجل معقول. والمتقاضون متساوون أمام القانون. حقّ التقاضي وحقّ الدفاع مضمونان وييسّر القانون اللجوء إلى القضاء ويكفل لغير القادرين ماليا الإعانة العدليّة. ويضمن القانون التقاضي على درجتين. جلسات المحاكمة علنيّة إلّا إذا اقتضى القانون سريتها ولا يكون التصريح بالحكم إلّا في جلسة علنيّة". ولعلّ أحد أسباب إيراد هذه الحقوق خارج الباب الثاني من الدستور كان رغبة المشرّع الدستوري في ربط حرّية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينيّة بالمبادئ الأساسيّة للدولة وربط مبدأ المحاكمة العادلة بتنظيم السلطة القضائيّة باعتباره منطلقها ومنتهىها.

ولعلّه من المفيد في هذا الصدد إيراد قائمة الحقوق والحريات التي وقع التنصيب عليها في الدستور مفرّقين بين تلك التي وردت بالباب الثاني وتلك التي وردت في غيره من أبواب الدستور.

٢٧ انظر نفس التحليل لدى:

GUELLALI (A.), in. DRI-IDEA-PNUD, Vers une nouvelle ère dans la protection des droits fondamentaux en Tunisie : La mise en œuvre de l'article 49 de la nouvelle Constitution tunisienne, op. cit., p. 21.

FERCHICHI (W.), in. ibid.

الجدول ١: قائمة الحقوق والحريات الواردة بالدستور التونسي

الحقوق والحريات الواردة بالبواب الثاني من الدستور (باب الحقوق والحريات)	
المساواة أمام القانون عدم التمييز	الفصل ٢١
الحق في الحياة	الفصل ٢٢
كرامة الذات البشريّة وحرمة الجسد منع التعذيب	الفصل ٢٣
حرمة الحياة الخاصة حرمة المسكن سرية المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية حرية اختيار مقر الإقامة والتنقل داخل الوطن والحق في مغادرته	الفصل ٢٤
حظر سحب الجنسيّة من أيّ مواطن أو تغريبه أو منعه من العودة إلى الوطن	الفصل ٢٥
حق اللجوء السياسي	الفصل ٢٦
قرينة البراءة والمحاكمة العادلة	الفصل ٢٧
شخصيّة العقوبة شرعيّة الجرائم والعقوبات	الفصل ٢٨
حظر الإيقاف أو الاحتفاظ دون مبررات قانونيّة	الفصل ٢٩
المعاملة الإنسانيّة وكرامة السجين ومراعاة مصلحة الأسرة في تنفيذ العقوبات	الفصل ٣٠
حرية الرأي والفكر والتعبير والأعلام والنشر	الفصل ٣١
الحق في الإعلام والنفاذ إلى المعلومة	الفصل ٣٢
الحريات الأكاديمية وحرية البحث العلمي	الفصل ٣٣
الحق في الانتخاب والاقتراع والترشح	الفصل ٣٤
حرية تكوين الأحزاب والنقابات والجمعيات	الفصل ٣٥
الحق النقابي بما في ذلك حق الإضراب	الفصل ٣٦

الفصل ٣٧	حرية الاجتماع والتظاهر السلميين
الفصل ٣٨	الحق في الصحة الحق في التغطية الاجتماعية
الفصل ٣٩	الحق في التعليم
الفصل ٤٠	الحق في العمل
الفصل ٤١	حق الملكية بما في ذلك الملكية الفكرية
الفصل ٤٢	الحق في الثقافة وحرية الإبداع
الفصل ٤٣	الحق في الرياضة والترفيه
الفصل ٤٤	الحق في الماء
الفصل ٤٥	الحق في بيئة سليمة
الفصل ٤٦	حقوق المرأة (تكافؤ الفرص والتناصف في المجالس المنتخبة)
الفصل ٤٧	حقوق الطفل
الفصل ٤٨	حقوق ذوي الإعاقة (عدم التمييز والاندماج)
الحقوق والحريات الواردة بأبواب أخرى من الدستور	
الباب الأول (الأحكام العامة) الفصل ٦	حرية المعتقد حرية الضمير حرية ممارسة الشعائر الدينية
الباب الخامس (السلطة القضائية) الفصل ١٠٨	المحاكمة العادلة في أجل معقول المساواة أمام القضاء الحق في التقاضي حق الدفاع مبدأ التقاضي على درجتين علنية جلسات المحاكم علنية التصريح بالأحكام

وفي نفس السياق يطرح التساؤل عمّ إذا كان الفصل ٤٩ لا ينطبق إلا على الحقوق والحريات الواردة بوثيقة الدستور أم أنه يمتدّ إلى كلّ حقوق الإنسان بها فيها غير المذكورة في الدستور.

ونحن، إذ نميل إلى قراءة موسّعة لهذا الفصل، فإننا نعتد على مدخلين لتوسيع نطاق انطباقه حتّى على الحقوق غير المذكورة بالدستور. ويتمثّل المدخل الأوّل في ما جاء بتوطئة الدستور من تنصيص على "مبادئ حقوق الإنسان السامية" وهي عبارة عامّة تحيل إلى منظومة حقوق الإنسان في كليّتها وتمكّن من النظر إلى الحقوق والحريات التي لم تردّ بالدستور بنفس الطريقة التي ينظر بها إلى الحقوق الواردة به. أمّا المدخل الثاني لهذه الرؤية فيمكن أن يكون الفصل ٢١ من الدستور الذي ينصّ على "ضمان الحقوق الفردية والعامّة" بإطلاقية هذه العبارة تمكّن من اعتبارها - بالرغم من صياغتها المتبورة وتعلّقها بالمواطن لا بالإنسان - بابا مفتوحا وأساسا عملياً لتوسيع قائمة الحقوق التي ينطبق عليها الفصل ٤٩.

من الضروريّ طرح هذا السؤال ولو احتوى الدستور على قائمة شبه مكتملة من الحقوق والحريات وذلك لاعتبارين. أولهما أنّه بالرغم من طول قائمة الحقوق والحريات التي يحتويها فقد أغفل بعض الحقوق كحرية الصناعة والتجارة التي تعتبر تاريخياً من أهمّ الحقوق في المنظومة القانونية التونسية بما أنّها كانت أحد أعمدة عهد الأمان ودستور ١٨٦١ وكحقوق المستهلك إلى آخره من الحقوق التي لم يوردها نصّ دستور ٢٠١٤. وثانيهما أنّ حقوقاً وحريات جديدة قد تنشأ في مقلب الأيام كما نشأت الحقوق المنصوص عليها صلب الدستور وتكرّست فتطرح حينئذ مشكلة تعريفها معها.

يدعم رأينا فقه قضاء مقارن يذهب في اتجاه تطبيق المادّة التحديدية على الحقوق غير المدرجة. ففي سويسرا استقرّ فقه القضاء على تطبيق المادّة ٣٦ التحديدية واختبار التناسب خاصّة في ميدان ضمان الحق في الملكية وذلك حتى قبل التنصيص على هذا الحق بصفة صريحة في الدستور وهو ما لم يحصل إلّا في ١٩٦٩<sup>٢٨</sup>. أي أنّه حتى سنة ١٩٦٩ كان القاضي يطبّق المادّة التحديدية على حق غير مدرج. كما أقرّ فقه القضاء في نفس هذا البلد في ١٩٩٥ بالحق في الحصول على ظروف معيشية دنيا *Le droit à des conditions minimales d'existence* باعتبارها حقاً دستورياً غير مكتوب<sup>٢٩</sup> وهو لا ينفك يطبّق عليه معايير المادّة التحديدية<sup>٣٠</sup>. وبخصوص هذه المسألة تبدو الأمور في كندا أقلّ استقراراً فالثابت - بالرغم من بعض المحاولات الفقهية لاستخراجها من حقوق أخرى منصوص عليها - أنّ العهد الكندي للحقوق والحريات لا يحمي الحقوق الاقتصادية والاجتماعية. غير أنّ القاضية آربور دافعت في إحدى القضايا<sup>٣١</sup> عن ضرورة الاعتراف بالحق في إعانة اجتماعية دنيا وأنّ رفض هذا الحق أو التحديد منه للمطالبين به يخضع إلى المادّة الأولى من العهد بالرغم من تصريح المحكمة بأنّ المادّة ٧ من العهد لا تفرض على الدولة الكندية التزامات إيجابية.

فالفصل ٤٩ لا يمكن إذن أن يتعلّق بما ورد من حقوق صلب الباب الثاني من الدستور دون غيرها. بيد أنّه لا يمكن كذلك القول بأنّ نطاقه يمتدّ على كلّ هذه الحقوق حيث أنّ صياغة البعض منها تحيل إلى فكرة مزدوجة ألا وهي أنّ منها ما يخرج تماماً عن نطاق الفصل ٤٩ وأنّ ما يدخل في نطاقه من حقوق لا يخضع إليه بنفس الطريقة.

٢٨ SCHMIDT NOEL (A) المرجع السابق ص ٧٦

٢٩ ATF 121 I 367, V

٣٠ SCHMIDT NOEL (A) المرجع السابق ص ١٢١-١٢٨

٣١ Gosselin c. Québec (2002) 4 RCS 429

## ٢. الفصل ٤٩ لا يتعلّق بكلّ الحقوق الواردة بالدستور ولا ينطبق عليها بنفس الطريقة: "الحقوق المتعلقة بها تحديدات خاصّة"

يلاحظ المتأمّل في الحقوق والحريات الواردة بالدستور التونسي أنّ إقرارها لم يتمّ وفقاً لنفس الصياغة. فمن الحقوق ما تحيل صياغتها إلى خروجها عن نطاق الفصل ٤٩ ومنها ما تبدو وفقاً لهذا المعيار خاضعة للتقييدات الواردة به. وبالإضافة إلى معيار الصياغة فإنّ بعض الحقوق يجب أن تقارب من حيث طبيعتها الخاصّة كما حدّتها النظريّة العامّة للحقوق والحريات وفقه القضاء الدولي والمقارن. لا شكّ إذن في أنّ الفصل ٤٩ ينطبق على جلّ الحقوق والحريات المضمونة بالدستور غير أنّ من بين هذه الحقوق ما يخرج بحكم طبيعته عن نطاقه وهو ما تؤكّده صياغتها حسب الدستور.

### أ. الحقوق الخارجة عن نطاق الفصل ٤٩

يمكن تقسيم الحقوق الخارجة عن نطاق الفصل ٤٩ إلى نوعين: الحقوق التي لا تقبل أيّ تحديد من ناحية وتلك التي تقبل التحديد ولكن بسقف أعلى من الفصل ٤٩ من ناحية أخرى.

#### أ-١. الحقوق التي لا تقبل أيّ تحديد

من حقوق الإنسان ما يعتبره اليوم الفقه وفقه القضاء حقوقاً مطلقة لا تقبل التحديد بأيّ شكل من الأشكال وهي بالتالي خارجة عن نطاق تطبيق الفصل ٤٩.

وهذه الحقوق هي في الدستور التونسي:

• منع التعذيب الذي ورد ضمن الفصل ٢٣ "تحمي الدولة كرامة الذات البشريّة وحرمة الجسد وتمنع التعذيب المعنوي والمادي. ولا تسقط جريمة التعذيب بالتقادم".

ولعلّه من المفيد في هذا السياق التذكير بما جاء من حظر لهذه الجريمة ضمن الاتفاقيات الدوليّة التي صادقت عليها تونس كالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في مادته السابعة والاتفاقية الأُميّة لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة. كما يدخل هذا الحظر تحت باب القانون الدولي العام *droit international général* الذي أضحيّ يعتبر هذه الجريمة ممنوعة مهما كان سياق ارتكابها ويعتبر القواعد المانعة لها من صنف القواعد الآمرة *jus cogens*.

"ونصّ المادة ٧ لا يسمح بأيّ تقييد. وتؤكّد اللجنة مرّة أخرى أنّه حتى في حالات الطوارئ العامّة مثل تلك المشار إليها في المادة ٤ من العهد لا يسمح بأيّ انتقاص من الحكم الوارد في المادة ٧ ويجب أن تبقى أحكامها سارية المفعول. وتلاحظ اللجنة أيضاً أنّه لا يجوز التدرّع بأيّ مبررات أو ظروف مخفّفة كتبرير لانتهاك المادة ٧ لأيّ أسباب كانت بما في ذلك الأسباب المستندة إلى أمر صادر من مسؤول أعلى أو من سلطة عامّة"<sup>٣٢</sup>.

٣٢ التعليق العام رقم ٢٠ (١٩٩٢) - المادة ٧ حظر التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة الفقرة ٣.

وفي سويسرا وقع اعتبار هذه الضمانة من قبل الفقه ضمانة مطلقة نظرا إلى أن مجال تطبيقها يتّحد مع نواتها المصلبة أو جوهرها<sup>٣٣</sup>. غير أنّه في كندا مثلا لا يزال مدى هذا المنع محلّ نقاش ففي حين اعتبر بعض الفضاة أنّ خرق هذا المنع يمكن أن يبرّر في حالة السعي إلى تحقيق هدف اجتماعي أسمى *objectif social transcendant*<sup>٣٤</sup> أو بصفة عامة في حالة حرب أو حالة طوارئ<sup>٣٥</sup> يصرّ جانب من الفقه على اعتبار هذا الحقّ حقّا مطلقا لا يمكن بأيّ حال تحديده بل إنّ الحقّ المطلق الوحيد من بين الحقوق التي ينصّ عليها العهد الكندي للحقوق والحريات<sup>٣٦</sup>.

• **شرعية الجرائم والعقوبات ومناطها الفصل ٢٨ من الدستور الذي يقتضي في صياغة صارمة تحيل إلى عدم إمكانية التحديد أنّ "العقوبة شخصية ولا تكون إلّا بمقتضى نصّ قانوني سابق الوضع عدا حالة النصّ الأرفق بالمتهم".** وقد وقع تكريس هذا الحق ضمن المادة ١٥ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والمادة ٧ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والمادة ٩ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان وهو أحد المبادئ العامة للقانون التي لا يجوز تحديدها بأيّ شكل من الأشكال.

• **علنية التصريح بالأحكام الواردة بالفقرة الأخيرة من الفصل ١٠٨ في صياغة هي الآتية:** "جلسات المحاكمة علنية إلّا إذا اقتضى القانون سرّيتها ولا يكون التصريح بالحكم إلّا في جلسة علنية". ويبدو هنا إخراج عملية التصريح بالأحكام من نطاق الفصل ٤٩ واضحا للغاية فالفقرة المذكورة تفرّق بين "الحق في المحاكمة العلنية" الذي يمكن أن ينصّ القانون على خلافه وبين التصريح بالحكم الذي تستثنيه صراحة ف"لا يكون إلّا في جلسة علنية" وهو ما يجعله حقّا مطلقا لا يقبل أيّ تحديد.

• **حظر سحب الجنسية وحظر التغريب الواردين بالفصل ٢٥ كآلاي:** "يحجّر سحب الجنسية التونسية من أيّ مواطن أو تغريبه أو تسليمه أو منعه من العودة إلى الوطن". وتعتبر حماية المواطنين من التغريب في سويسرا حقّا مطلقا لا يقبل التحديد<sup>٣٧</sup> ولا تنطبق عليه بالتالي المادة ٣٦ من الدستور السويسري. وقد وقع تحليل هذه الضمانة في هذا البلد باعتبارها إحدى ضمانات دولة القانون وهي ضمانات انقسم الفقه بشأنها إلى تيارين بين معتبر على أساس طبيعتها كضوابط دنيا للحقوق أنّها غير خاضعة على الأقلّ مباشرة للمادة ٣٦ وبين مدافع عن فكرة مفادها أنّ هذه الحقوق خاضعة للمادة ٣٦ ولكن بشروط أضيق من الشروط التي يقع اعتبارها عند تطبيق نفس هذه المادة على الحريات والحقوق الأخرى. أمّا فقه القضاء في هذا البلد فلم يتعرّض أبدا إلى هذه الحقوق كصنف منفرد وقارب كلّ حقّ منها على حدة فطبّق المادة ٣٦ بصفة مباشرة على حقّ الموقوف في المطالبة في كلّ وقت بالإفراج عليه مثلا<sup>٣٨</sup>.

WIEDERKEHR (R.), Die Kergehaltsgarantie am Beispiel kantonaler Grundrechte, St-Gall, ٣٣ ٢٠٠٠, p. 251, cité par SCHMIDT NOEL (A) المرجع سابق الذكر، ص ٨٦

Op. du juge La Forest dans R. c. Lyon [1987]2 RCS 309, 336 ٣٤

Op. du juge Cory dans Kindler c. Canada [1991]2 RCS 779, 884 ٣٥

HOGG (P. W.), Constitutional Law of Canada, Toronto, 2008, p. 855 ٣٦

HAFELIN (U.), HALLER (W.), KELLER (H.), Schweizerisches Bundesstratrecht, 7 ed., ٣٧ Zurich, 2008, p. 171

ATF 126 I 26, B ; V. SCHMIDT NOEL (A.), La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel ٣٨ comparé, Thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 18 janvier 2011, p. 108

• حرية المعتقد والضمير الواردة ضمن الفقرة الأولى من الفصل ٦: "الدولة راعية للدين كافة حرية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية" وهي بحكم مجالها الخاص وانعدام علاقتها بالفضاء العام حقوق لا يمكن التفكير حتى في تحديدها على عكس ممارسة الشعائر الدينية التي يقرها الدستور بها ولكنها بطبيعتها حق تنافسي يستدعي ضرورة التحديد من نطاقه في حالات معينة كما سيأتي بيانه لاحقا.

## ٢-٢. الحقوق التي تقبل التحديد بسقف أعلى من الفصل ٤٩

بالرغم من اعتباره حقاً قابلاً للتحديد فإن الدستور التونسي قد أخرج الحق في الحياة من نطاق الفصل ٤٩ بصفة شبه صريحة عندما نصّ صلب الفصل ٢٢ منه على أنّ "الحق في الحياة مقدّس لا يجوز المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون". فتحديده إذن لا يكون بالطريقة العادية التي ينصّ عليها الفصل ٤٩ وإنّما يتعلّق به في إطار طريقة التحديد المزدوج التي كرّسها الدستور التونسي تحديد خاص قائم على فكرة أنّ أيّ مساس به يجب أن يكون استثنائياً للغاية يتعلّق بـ "حالات قصوى" لا بتصرف عاديّ للحقوق والحريات في إطار المجتمع كما هو الشأن بالنسبة إلى غيره من الحقوق.

أضف إلى ذلك أنّ مهمّة ضبط هذه الحالات القصوى تعود إلى المشرّع عبر القوانين فلا يمكن الاكتفاء بالاحتجاج بوجود "حالة قصوى" للمساس بالحق في الحياة بل إنّ هذه الحالة القصوى يجب أن يكون منصوباً عليها صلب قانون. وبالتالي فإنّ هذا الحق لا يخضع إلى منطق الموازنة الذي يرسيه الفصل ٤٩ بل إلى تحديدات خاصّة يضبطها القانون لا في صيغة أهداف (كما هو الشأن للحقوق المتعلقة بها بتحديدات خاصّة) بل في صيغة حالات مضبوطة يحددها المشرّع وهو مقيد في ضبطه لها بطبيعتها القصوى. ولعلّ أهمّ تحديدين للحق في الحياة هما عقوبة الإعدام من ناحية والدفاع الشرعي عن النفس من ناحية أخرى.

أمّا عقوبة الإعدام فهي حالة تستأثر الدولة فيها بالحق في المساس بالحق في الحياة. وقد أثارت هذه العقوبة أثناء إعداد الدستور نقاشات حادة بين الداعين إلى المحافظة عليها والساعين إلى إلغائها انتهت لصالح التيار الأوّل فلم يقع المساس بالمقتضيات المكرّسة لها بالقوانين الجزائية بل إنّ من القوانين الصادرة على إثر الدستور ما أقرّها كقانون مكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال. وفي ما يلي ثبت بالجرائم المستوجبة لعقوبة الإعدام حسب القانون التونسي مع الملاحظة أنّ تونس قد علّقت تطبيق هذه العقوبة منذ أوائل تسعينيات القرن الماضي عبر تفعيل آلية العفو الخاص من قبل رئيس الجمهورية ولم تطبّق على المحكوم عليهم بها إلا في حالة الاعتداء على مقر التجمع الدستوري الديمقراطي بباب سويقة وحالة سفاح نابل. غير أنّ الإشكال يبقى قائماً بخصوص إدراج هذه الجرائم تحت ما أسماه المشرّع الدستوري "حالات قصوى" أم لا.

### الجرائم المتعلقة بالأشخاص

- القتل العمد بإضمار (الفصل ٢٠١ من المجلة الجزائية).
- قتل القريب (الفصل ٢٠٣ من المجلة الجزائية).
- جريمة القتل المرتبطة بجريمة أخرى (الفصل ٢٠٤ من المجلة الجزائية).
- جريمة الفرار بشخص ناجم عنها الموت (الفصل ٢٣٧ من المجلة الجزائية).
- جريمة الاعتداء على الحرية الذاتية الناجم عنها الموت (الفصلان ٢٥٠ و ٢٥١ من المجلة الجزائية).
- جريمة الحريق الناجم عنه موت شخص (الفصل ٣٠٧ من المجلة الجزائية).
- جريمة اغتصاب أنثى غصباً باستعمال السلاح أو التهديد به أو سنّها دون ١٠ سنوات (الفصل ٢٢٧ من المجلة الجزائية).
- جريمة أخذ عضو من الشخص دون رضاه ووفاته جرّاء ذلك (الفصل ١٧ من القانون عدد ٢٢ لسنة ١٩٩١ المؤرخ في ٢٥ مارس/ آذار ١٩٩١).
- جريمة الاعتداء بالعنف باستعمال السلاح أو التهديد به على قاض أثناء الجلسة (الفصل ١٢٦ من المجلة الجزائية).

### جريمة الاعتداء على السكك الحديدية

تخريب السكك الحديدية أو إحداث خلل بها أو وضع أشياء أو القيام بأفعال من شأنها إخراج الأرتال عن السكّة وتسبب في وفاة شخص (أمر ١٦ أكتوبر/ تشرين الأول ١٨٩٧ المنقح بالقانون عدد ٣٠ لسنة ١٩٧٦ المؤرخ في ١٢ فيفري/ شباط ١٩٧٦).

### جرائم الاعتداء على أمن الدولة الداخلي أو الخارجي

- الخيانة - التجسس - الإضرار بمعدات أو طائرات أو بواخر معدّة لمصلحة الدفاع الوطني ولو قبل إتمام صنعها
- المشاركة في المس من معنويات الجيش والتحريض على ذلك (الفصول ٦٠ و ٦٠ مكرّر و ٦٠ ثالثاً من المجلة الجزائية)
- الاعتداء المقصود منه تبديل هيبة الدولة أو حمل السكان على مهاجمة بعضهم بعضاً بالسلاح وإثارة الهرج والقتل والسلب بالتراب التونسي (الفصل ٧٢ من المجلة الجزائية)
- جريمة الاعتداء المسلح على المكاسب من قبل جمع من الناس (الفصل ٧٤ من المجلة الجزائية).
- جرائم التفجير لمخازن الذخائر العسكرية وأملاك الدولة (الفصل ٧٦ من المجلة الجزائية).
- الجرائم الإرهابية (القانون الأساسي عدد ٢٦ لسنة ٢٠١٥ المؤرخ في ٧ أوت/ آب ٢٠١٥ والمتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال).



## الجرائم العسكرية

- الفرار إلى العدو (الفصل ٦٩ من مجلّة المرافعات والعقوبات العسكرية).
- جريمة الفرار بمؤامرة أمام العدو ورئيس المؤامرة على الفرار إلى الخارج (الفصل ٧٠ من مجلّة المرافعات والعقوبات العسكرية).
- العصيان - في ظروف محدّدة (الفصل ٨٠ من مجلّة المرافعات والعقوبات العسكرية).
- التحريض على العصيان أثناء الحرب أو حالة الحصار (الفصل ٨١ من مجلّة المرافعات والعقوبات العسكرية).
- أمر قطعة يسلم في ساحة القتال (الفصل ١١٦ من مجلّة المرافعات والعقوبات العسكرية).
- عسكري تونسي أو في خدمة الجيش التونسي يحمل السلاح ضد تونس وأسير أسر مرة ثانية بعد أن نقض العهد وحمل السلاح (الفصل ١١٧ من مجلّة المرافعات والعقوبات العسكرية).
- عسكري يسلم للعدو أو في مصلحة العدو الجند الذي في إمرته... أو يتصل بالعدو ويسهل أعماله... (الفصل ١١٨ من مجلّة المرافعات والعقوبات العسكرية).
- إفشاء كلمة السر أو تحريف الأخبار والأوامر أو دلالة العدو على أماكن قوات الجيش أو التسبب في إيقاع الذعر بالقوات من قبل عسكري (الفصل ١١٩ من مجلّة المرافعات والعقوبات العسكرية).

## الإطار ٤: الجرائم المستوجبة لعقوبة الإعدام في القانون التونسي

ومهما يكن من أمر فإنّ للدول الحق في تقرير هذه العقوبة بشروط أكّدت عليها اللجنة الأُمّية المعنية بحقوق الإنسان حيث أعلنت ما يلي: "ومع أنّه يستتبع من المادّة ٦ (٢) إلى (٦) إنّ الدول الأطراف ليست ملزمة بإلغاء عقوبة الإعدام إلغاء تامّاً فإنّها ملزمة بالحدّ من استخدامها ولاسيما بإلغاء الحكم بها إلّا في حالة ارتكاب "أشدّ الجرائم خطورة" ولذلك ينبغي لها أن تفكّر في إعادة النظر في قوانينها الجنائيّة في ضوء ما سبق وهي ملزمة على أيّة حال بقصر تطبيق عقوبة الإعدام على "أشدّ الجرائم خطورة". وتشير المادّة أيضا بصورة عامّة إلى إلغاء عقوبة الإعدام بعبارات توحي بأنّ الإلغاء مستصوب... "وترى اللجنة أنّه ينبغي فهم عبارة "أشدّ الجرائم خطورة" بمعناها الضيق وهو أنّ عقوبة الإعدام ينبغي أن تكون تدبيرا استثنائيا جدّا..."<sup>٣٩</sup>.

وأما حالة الدفاع الشرعي فهي حالة يكون المساس فيها بالحق في الحياة من قبل شخص في ظروف خاصّة تجعل تعديّه على حقّ غيره في الحياة مبرّرا بل هو دفاع عن حقّه هو في الحياة.

ويقارب الحق في الحياة في منظومات قانونيّة أخرى كالمنظومة الكنديّة بنفس الحذر ولكن في إطار خضوعه للمادّة الجامعة نظرا لعدم وجود تحديدات خاصّة في هذا البلد حيث يستخلص مثلا من فقه القضاء الكندي أنّ المساس بالحق في الحياة (تماما كالمساس بالحرية أو

٣٩ التعليق العام رقم ٦ (١٩٨٢) - المادّة ٦ (الحق في الحياة) الفقرتان ٦ و٧.

بأمن الأشخاص) يمكن تبريره على أساس المادة الأولى من عهد الحقوق والحريات ولكن ذلك لا يكون إلا في الحالات غير العادية كحالة الحرب أو الكوارث الطبيعية أو الكوارث الصحية وذلك نظراً إلى أن هذه الحقوق مهمة للغاية ولا يمكن تبرير المساس بها بسهولة في إطار مجتمع حر وديمقراطي<sup>٤٠</sup> وهو ما يجعل تطبيق المادة الأولى عليها نادراً<sup>٤١</sup> واستثنائياً<sup>٤٢</sup> على عكس الحقوق الداخلة ضمن نطاق الفصل ٤٩.

## ب. الحقوق الداخلة ضمن نطاق الفصل ٤٩

طرح في بعض البلدان إشكالية تتعلق بمدى تطبيق المادة الجامعة وتعلق السؤال بمعرفة إن كانت المادة الجامعة قابلة للتطبيق على الحقوق التي تتعلق بها تحديدات خاصة ففي إحدى القضايا في كندا وقع التعرض إلى هذه المسألة بخصوص المادة ٢٣ من العهد الكندي للحقوق والحريات في قضية Quebec Association of Protestant School Boards. ففي حين دفع المدعي العام الكندي بأن المادة التي تتضمن حدودها الخاصة الواضحة والمفصلة لا تترك مجالاً لتطبيق المادة الأولى على الحق الذي تضمنه رفض القاضي ديشين Deschenes هذا التحليل مدافعاً عن الصيغة العامة للمادة الأولى من العهد<sup>٤٣</sup> وهو ما وقع تأكيده من قبل محكمة الاستئناف<sup>٤٤</sup>. وبالطعن في هذا القرار الأخير تعهّدت المحكمة العليا بالقضية فجاء قرارها ضابطاً وغير حاسم. حيث لئن بدت قابلة لمبدأ التضييق في مجال المادة الأولى فقد أيدت موقف المحكمتين السابقتين في ما يتعلق بالمادة ٢٣ تحديداً<sup>٤٥</sup>. وفي ظل هذا الموقف تعارضت آراء الفقهاء فرأى البعض أن المادة الأولى هي مادة احتياطية لا تطبق إلا على الحقوق التي لا تتعلق بها تحديدات خاصة<sup>٤٦</sup> في حين يصر البعض الآخر على العكس معتبرين أن المادة الأولى تنطبق على جميع مواد العهد سواء منها ما اتصلت به تحديدات خاصة وما لم تتصل به مثل هذه التحديدات<sup>٤٧</sup> وبالتالي فإن بعض

٤٠ Renvoi sur le Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique [1985] 2 RCS 486, 520, 523 ; R. c. Heywood [1994] 3 RCS 761, 802 ; Godbout c. Longueuil (Ville) [1997] 3 RCS 844, 909 ; R. v. Zuzic [1998], 128 CCC (3rd) 97 (Ont. C.A.) ; J.G. v. New Brunswick et al., SCC, n° 26005, 10 septembre 1999 ; Charkaoui c. Canada [2007] 1 RCS 350, § 66

٤١ United States c. Burns [2001] 1 RCS 283, § 133

٤٢ Suresh c. Canada [2002] 1 RCS 3 § 128

٤٣ Quebec Association of Protestant School Boards c. Quebec (Procureur général) [1982] CS 673, 683, 684, 686

٤٤ Même affaire [1983] CA 77, 78, 79

٤٥ Même affaire [1984] 2 RCS 66, 71, 78, 84, 85, 86

٤٦ BENDER (P. A.), Justification for Limiting Constitutionally Guaranteed Rights and Freedoms : Some Remarks About the Proper Role of Section One of the Canadian Charter, (1983) 13 Manitoba Law Journal 669, p. 699 ; AUBERT (J.-F.), «Limitations des droits de l'homme : le rôle respectif du législateur et des tribunaux», in : La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé, Cowansville, 1986, pp. 191-192

٤٧ GIBSON (D.), The Law of the Charter General Principles, Toronto, 1986, pp. 135-142

الحقوق تخضع حسب بعض الفقهاء إلى تحديدات متأتية من مصدرين في آن واحد وهما المادة الأولى من ناحية والتحديدات الخاصة المتعلقة بها من ناحية أخرى. ويبدو هذا الرأي في نظرنا هو الأقرب للصواب وعليه سيكون اعتمادنا لتقسيم الحقوق الداخلة ضمن نطاق الفصل ٤٩ من الدستور التونسي.

## ب-١. حقوق تتعلق بها تحديدات خاصة تجب مراعاتها عند تطبيق الفصل ٤٩ عليها

من الحقوق التي ينصّ عليها الدستور ما يطبّق عليه الفصل ٤٩ بصورة مخصوصة تستدعي مراعاة بعض التحديدات الخاصة المتعلقة بها ويمكن اعتبار هذه التحديدات الخاصة من جوهر هذه الحقوق نفسها أي أنها جزء لا يتجزأ من تعريفها على الأقلّ ضمن المنظومة القانونية المعتمدة. وهذه الحقوق في الدستور التونسي هي الآتية:

• حرية تكوين الأحزاب والنقابات والجمعيات المكرسة عبر الفصل ٣٥ في صياغة هي كالآتي: "حرية تكوين الأحزاب والنقابات والجمعيات مضمونة. تلتزم الأحزاب والنقابات والجمعيات في أنظمتها الأساسية وفي أنشطتها بأحكام الدستور والقانون والشفافية المالية ونبد العنف". لا يكتفي الفصل ٣٥ إذن بالتنصيص على ضمان حرية تكوين الأحزاب والنقابات والجمعيات بل يردفه بجملة من الضوابط التي يجب أن تراعى في تطبيق هذا الحق وهي وإن كانت مستوحاة من منطق وفلسفة المادة التحديدية الجامعة فإنّها تمثّل تحديدات مخصوصة تجب مراعاتها بالتوازي مع تطبيق الفصل ٤٩. وهذه التحديدات الخاصة هي حسب الفصل ٣٥:

- الالتزام بأحكام الدستور والقانون وهو شرط يبدو إرادته في نظرنا من قبيل التزيّد

- الالتزام بالشفافية المالية

- ونبد العنف

أمّا نبد العنف فهو من نتائج تطبيق الفصل ٤٩ فلا يبقى كحدّ مخصوص إلّا الالتزام بالشفافية المالية.

• الحق النقابي وحق الإضراب الواردين بالفصل ٣٦: "الحق النقابي بما في ذلك حق الإضراب مضمون ولا ينطبق هذا الحق على الجيش الوطني. ولا يشمل حق الإضراب قوات الأمن الداخلي والديوانة". يتعلّق هذا التحديد بمجال تعريف الحق نفسه لا بطريقة إعماله فالحق النقابي لا ينطبق على الجيش الوطني وهو تحديد مفهوم للغاية. أمّا بالنسبة إلى قوات الأمن الداخلي والديوانة فقد تمّ تمكينها من الحق النقابي غير أنّه لا يشمل بالنسبة إليها الحق في الإضراب.

• الحق في العمل وهو حق يكرسه الفصل ٤٠ في صياغة هي كالآتي: "العمل حق لكل مواطن ومواطنة وتتخذ الدولة التدابير الضرورية لضمانه على أساس الكفاءة والإنصاف ولكل مواطن ومواطنة الحق في العمل في ظروف لائقة وبأجر عادل". يخضع هذا الحق إلى التحديد على أساس الفصل ٤٩ غير أنّ الدستور يضيف اعتبارين هامّين في الحكم على مدى احترامه وهما الكفاءة من ناحية والإنصاف من

ناحية أخرى وهما مفهومان يضعان التزاما على عاتق الدولة ولكنهما في الآن نفسه يمثلان حدودا لهذا الحق فلا يمكن المطالبة به دون توفر الكفاءة اللازمة ولا الدعوة إلى التمتع به على أساس غير الإنصاف.

• حرية ممارسة الشعائر الدينية وهي إحدى الحريات القابلة للتحديد على عكس الحرية الأم التي تنتجها وهي حرية المعتقد. غير أن ما ورد في الفقرة الثانية من الفصل ٦ على أساس أنها التزامات على كاهل الدولة في هذا المجال يمثل في الآن نفسه حدودا لممارسة هذه الحرية يجب أخذها بعين الاعتبار عند تطبيق الفصل ٤٩ على هذا الحق وهذه الحدود هي:

- مراعاة قيم الاعتدال والتسامح
- احترام المقدسات وعدم النيل منها
- عدم الدعوة إلى التكفير أو التحريض على الكراهية والعنف.

• الحق في الملكية (دون الملكية الفكرية). لا بدّ هنا من التفريق بين حق الملكية الفكرية الذي ينصّ الدستور على ضمانه فحسب دون أية إضافة أخرى وبالتالي فهو حق لا يخضع إلّا إلى الفصل ٤٩ في عملية تحديده وحق الملكية عموما الذي يردف الفصل ٤٩ الجملة المعبرة عن ضمانه بجملة تنصّ على أنّه "لا يمكن النيل منه إلّا في الحالات والضمانات التي يضبطها القانون". وفي هذا إشارة بالخصوص إلى أحد أهم الاستثناءات المكرّسة لحق الملكية وهو حق الدولة في الانتزاع من أجل المصلحة العمومية وهذا ما يحيل إليه لفظ "الحالات" في هذه الجملة غير أنّ المشرّع الدستوري يؤكد على أنّ القانون المنظم للانتزاع يجب أن يوفرّ "الضمانات" اللازمة حتّى لا يؤديّ هذا الاستثناء إلى إفراغ الحق من جوهره. وتطبيقا لهذه الاعتبارات جاء الفصل الثامن من القانون عدد ٧١ لسنة ٢٠١٦ المؤرخ في ٣٠ سبتمبر/أيلول ٢٠١٦ والمتعلق بقانون الاستثمار في صياغة هي كالآتي: "حماية أموال المستثمر وحقوق ملكيته الفكرية مضمونة طبقا للتشريع الجاري به العمل. لا يمكن انتزاع أموال المستثمر إلّا من أجل المصلحة العمومية وطبقا للإجراءات القانونية ودون تمييز على أساس الجنسية ومقابل تعويض عادل ومنصف. لا تحول أحكام هذا الفصل دون تنفيذ الأحكام القضائية أو القرارات التحكيمية". ومن الواضح هنا أنّ الحدّ الذي يتحدّث عنه الفصل في فقرته الثانية وينظّم ممارسته لا يتعلّق إلّا بأموال المستثمر أمّا حقوق ملكيته الفكرية فقد أقصتها هذه الفقرة بصفة جلية من نطاقها بعد أن كانت الفقرة الأولى المتعلّقة بالضمان قد تعرّضت إليها. وهو ما يؤكّد ما ذهبنا إليه من دخول حق الملكية تحت طائلة الفصل ٤٩ وخروج الملكية الفكرية من نطاقه.

• الحق في الثقافة وحرية الإبداع ويكرّسه الفصل ٤٢ كالآتي: "الحق في الثقافة مضمون". تجعلنا هذه الصياغة نعتقد لأوّل وهلة أنّ هذا الحق هو حق لا يمكن تحديده إلّا من خلال الفصل ٤٩. غير أنّ هذا الحق مرتبط ارتباطا عضويا بحرية الإبداع وهي حرية ترد في الفقرة الثانية من نفس هذا الفصل في صياغة تبرز تعلّقها بحدود إضافية وإن وردت هذه الحدود في صيغة التزامات على كاهل الدولة. وهذه الحدود هي دعم الثقافة الوطنية في تأصلها وتنوّعها وتجديدها بما يكرّس قيم التسامح ونبذ العنف والانفتاح على مختلف الثقافات والحوار بين الحضارات.

## ب-٢. حقوق تتعلق بها حماية إضافية

وتتمثل ضمن الدستور التونسي في:

• حظر الإيقاف أو الاحتفاظ دون مبررات قانونية والذي ينص عليه الفصل ٢٩ "لا يمكن إيقاف شخص أو الاحتفاظ به إلا في حالة التلبس أو بقرار قضائي ويعلم فوراً بحقوقه وبالتهمة المنسوبة إليه وله أن ينيب محامياً. وتحدد مدة الإيقاف والاحتفاظ بقانون".

ويطبق القاضي في كندا المادة الأولى من العهد على حظر الإيقاف والسجن التعسفي الوارد بالمادة التاسعة من نفس العهد كما وقع في قضية هيوفاكسي<sup>٤٨</sup> أو في قضية لادوسور<sup>٤٩</sup>. وقد تعرض القاضي في هاتين القضيتين إلى النقد من قبل فقهاء رافضين لهذا التوجه خاصة وأن القاضي قد حصر في هاتين القضيتين الاختبار في التثبت من الهدف التشريعي ولم يمر إلى تطبيق اختبار التناسب<sup>٥٠</sup>.

• حرية التعبير وقد وردت هذه الحرية صلب الفصل ٣١ كالآتي: "حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر مضمونة". وقد أضاف المشرع الدستوري إلى هذا الضمان الذي لا يمنع من تطبيق الفصل ٤٩ على هذه الحريات ضماناً إجرائية إضافية خاصة بهذه الحقوق بالذات وتتمثل في أنه "لا يجوز ممارسة رقابة مسبقة" عليها. وبالتالي فإن الفصل ٤٩ نفسه لا يمكن أن يكون أساساً لإرساء نظام رقابة مسبقة على هذه الحقوق.

وبعبارة أخرى لو اكتفى الدستور بإيراد الفقرة الأولى من الفصل المذكور لكانت هذه الحقوق داخلية ضمن نطاق التطبيق الحصري للفصل ٤٩ ولأمكن تصوّر منظومة على أساسه تبرّر فيها الرقابة المسبقة على هذه الحقوق. إلا أن إيراد هذه الحماية الإضافية يحصر المشرع عند تطبيقه للفصل ٤٩ على هذه الحقوق ويمنعه حتى في إطاره من تصوّر حلّ لتحديده وتصريفه مع الحقوق الأخرى يكون قائماً على ممارسة الرقابة المسبقة. فالمشرع يمكنه تصوّر جميع الحلول للحدّ من هذه الحقوق على أساس الفصل ٤٩ إذا لزم الأمر ما عدا الحل المتمثل في إرساء منظومة رقابة مسبقة.

• حق اللجوء السياسي المنصوص عليه بالفصل ٢٦: "حق اللجوء السياسي مضمون طبق ما يضبطه القانون ويجرّ تسليم المتمتعين باللجوء السياسي".

• المحاكمة العادلة وهي الضمانة الواردة بالفصل ٢٧: "المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تكفل له فيها جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع والمحاكمة".

R. c. Hufksy [1988] 1 RCS 621, 623-624

٤٨

Ladouceur [1990] 1 RCS 1257

٤٩

BIGENWALD (A.), L'article 1er de la Charte canadienne des droits et libertés à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme, Mémoire présenté à la Faculté de droit des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit, Montréal, 1992, p. 108, cité par SCHMIDT NOEL (A.) et AUBERT (J.-F.), «Limitations des droits de l'homme : le rôle respectif du législateur et des tribunaux», in : La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé, Cowansville, 1986, p. 192

٥٠

في سويسرا كان الرأي الفقهي الغالب في البداية هو اعتبار أن المادة التحديدية لا تطبق إلا على الحريات<sup>٥١</sup> وأنها لا تطبق بتاتا على الضمانات الإجرائية. واليوم بالرغم من الدعوة إلى تطبيق المادة التحديدية بصفة أوسع واعتماد طريقة الحالة بحالة في إخضاع الحقوق الاجتماعية لها فإنه من الثابت أنها لا تطل الضمانات الإجرائية بما أنها ضمانات دنيا لا يمكن التضييق في مجالها<sup>٥٢</sup>.

أما في كندا فمن المرجح أنه يخضع للمادة الجامعة مع ضمانات إضافية حيث أقرت المحكمة العليا في هذا البلد أن ضمانات المادة ١١ من العهد يدعمها مبدأ دستوري غير مكتوب هو استقلال القضاء الذي يتمتع بمكانة جوهرية في النظام القانوني الكندي وبالتالي فلا يمكن المساس بهذه الضمانة على أساس المادة الأولى وحدها وهو ما دفع بالمحكمة إلى إعلان أن القانون المطعون فيه في قضية ماكين يسعى إلى تحقيق أهداف مشروعة عازفة في الآن نفسه عن تطبيق اختبار أوكس عليه<sup>٥٣</sup>.

• المعاملة الإنسانية وكرامة السجين ومراعاة مصلحة الأسرة في تنفيذ العقوبات مناصب الفصل ٣٠: "لكل سجين الحق في معاملة إنسانية تحفظ كرامته. تراعي الدولة في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية مصلحة الأسرة وتعمل على إعادة تأهيل السجين وإدماجه في المجتمع".

• الحق في الصحة والحق في التغطية الاجتماعية الواردين صلب الفصل ٣٨: "الصحة حق لكل إنسان. تضمن الدولة الوقاية والرعاية الصحية لكل مواطن وتوفر الإمكانيات الضرورية لضمان السلامة وجودة الخدمات الصحية. تضمن الدولة العلاج المجاني لفاقدي السند ولذوي الدخل المحدود وتضمن الحق في التغطية الاجتماعية طبق ما ينظمه القانون".

• الحق في التعليم المنصوص عليه بالفصل ٣٩: "التعليم إلزامي إلى سن السادسة عشرة. تضمن الدولة الحق في التعليم العمومي المجاني بكامل مراحل له وتسعى إلى توفير الإمكانيات الضرورية لتحقيق جودة التربية والتعليم والتكوين. كما تعمل على تأصيل الناشئة في هويتها العربية الإسلامية وانتمائها الوطني وعلى ترسيخ اللغة العربية ودعمها وتعميم استخدامها والانفتاح على اللغات الأجنبية والحضارات الإنسانية ونشر ثقافة حقوق الإنسان".

• الحق في الماء والحق في بيئة سليمة المنصوص عليهما تباعا بالفصل ٤٤: "الحق في الماء مضمون. المحافظة على الماء وترشيد استغلاله واجب على الدولة والمجتمع" والفصل ٤٥: "تضمن الدولة الحق في بيئة سليمة ومتوازنة والمساهمة في سلامة المناخ. وعلى الدولة توفير الوسائل الكفيلة بالقضاء على التلوث البيئي".

V. réf. Schmidt notes 315 à 319

٥١

SCHMIDT NOEL (A), المرجع السابق ص ١٣٨

٥٢

Mackin c. New Brunswick [2002] 1 RCS405, § 70-72

٥٣

## ب-٣. حقوق لا تقبل التحديد إلا من خلال الفصل ٤٩

باستثناء الحقوق الوارد ذكرها آنفا ضمن نطاق الفصل ٤٩ والتي هي إمّا حقوق تتعلّق بها تحديدات خاصّة تجب مراعاتها عند تطبيق الفصل ٤٩ عليها وإمّا حقوق تتعلّق بها حماية إضافية فإنّ كلّ الحقوق الباقية هي حقوق لا تقبل التحديد إلا من خلال الفصل ٤٩ ألا وهي:

• المساواة أمام القانون وعدم التمييز المنصوص عليها ضمن الفصل ٢١: "المواطنون والمواطنات متساوون في الحقوق والواجبات وهم سواء أمام القانون من غير تمييز".

في كندا طرحت مسألة تطبيق المادة الأولى على الحق في المساواة (المادة ١٥ من العهد)<sup>٥٤</sup> ويمكن عموما تلخيص موقف فقه القضاء في كونه يقبل تطبيق المادة الأولى على هذا الحق (المادة ١٥ من العهد). ففي قضية أندراوس اعتبر القاضي أنّ التحديد في الولوج إلى مهنة المحاماة يمكن قبوله غير أنّ قصرها على المواطنين الكنديين ليس شرطا أو حداً متلائما مع الهدف المعلن لتبريره والمتمثل في ضمان الولاء لكندا حيث يمكن أن يتوفّر الولاء لكندا في غير المواطنين كما أنّ المواطنة الكندية لا تضمن الولاء<sup>٥٥</sup>. وفي قضية لافوا<sup>٥٦</sup> اعتبرت المحكمة أنّ التمييز لصالح المواطنين الكنديين للولوج إلى الوظيفة العمومية الفيدرالية هو أمر مبرّر في إطار مجتمع حر وديمقراطي مؤكّدة على أنّ مدى هذا التمييز يبقى محدودا نظرا لسهولة التجنيس والحصول على الجنسية الكندية وعدم اشتراط التخلي عن الجنسية السابقة للمتّبع بالجنسية الكندية. وفي هذه القضية دعا القضاء إلى التطبيق الضيق للمادة الأولى بالرغم من عدم رفضهم لتطبيقها على المادة ١٥ وعبرت القاضية آربور عن رأي يستشفّ منه أنّ الضمانات التي تمنحها المادة ١٥ (١) هي شبه مطلقة بما أنّ المساس بها لا يكون مبرّرا إلا في حالات نادرة كضرورة حماية حقوق الغير أو حماية القيم العليا للعهد<sup>٥٧</sup>.

وبخصوص المساواة بين الجنسين الواردة بالمادة ٢٨ من العهد الكندي للحقوق والحريات فإنّ الفقيه موريل يرى أنّ هذه المادة لا تعلن عن حق ويستدلّ على ذلك بورودها ضمن الأحكام العامة. وبالتالي فإنّ هذه المادة لا يمكن أن تخضع إلى المادة الأولى. بل على العكس تقوم المادة ٢٨ كحدّ للمادة الأولى نفسها حيث تمنع من استعمال المادة الأولى لخلق وضعيّة عدم مساواة بين الجنسين وهي وضعيّة يمكن اعتبارها علاوة على ذلك إمعانا لحدّ غير معقول<sup>٥٨</sup>. ويرى غيره أنّ المادة الأولى قد وقع إقصاء تطبيقها على المادة ٢٨

٥٤ بالرغم من الاختلاف الواضح بين المساواة في تونس والتي تتعلّق بحقوق المواطنة والمساواة في كندا والتي تعتبر من حقوق الإنسان فإنّ المثال الكندي يبقى مهماً لبيان مدى مبدأ المساواة ولو على سبيل الاستئناس.

٥٥ Andrews c. Law Society of British-Columbia [1989] 1 RCS 143. V. aussi, R. c. Turpin [1989] 1 RCS 1296 ; R. c. Swain [1991] 1 RCS 933 ; Weatherall c. Canada (Procureur général) [1993] 2 RCS 872, 878 ; M. c. H. [1999] 2 RCS 3

٥٦ Lavoie c. Canada [2002] 1 RCS 769

٥٧ Lavoie 769, § 91

٥٨ MOREL (A.), «La clause limitative de l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés : une assurance contre le gouvernement des juges», Revue du Barreau canadien, 1983, n° 61, p. 88

من خلال الجملة التحفظية clause dérogatoire التي استهل بها المشرع المادة ٢٨<sup>٥٩</sup>. وفي جانب آخر منه يرى الفقه أن المادة ٢٨ لا تمنع من تطبيق المادة الأولى فلو كان الأمر على عكس ذلك فإن كل تمييز إيجابي لصالح أي من الجنسين سوف يصبح مستحيلاً<sup>٦٠</sup>.

• كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد الواردة بالفصل ٢٣: "تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد".

• حرمة الحياة الخاصة حرمة المسكن سرية المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية حرية اختيار مقر الإقامة والتنقل داخل الوطن والحق في مغادرته وهي حقوق ينص عليها الفصل ٢٤: "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".

• الحق في الإعلام والنفاذ إلى المعلومة مناط الفصل ٣٢: "تضمن الدولة الحق في الإعلام والحق في النفاذ إلى المعلومة. تسعى الدولة إلى ضمان الحق في النفاذ إلى شبكات الاتصال".

• الحق في الانتخاب والاقتراع والترشح الوارد بالفصل ٣٤: "حقوق الانتخاب والاقتراع والترشح مضمونة طبق ما يضببطه القانون. تعمل الدولة على ضمان تمثيلية المرأة في المجالس المنتخبة". وقد تعرضت لمسألة الحد من هذا الحق في ظل الدستور التونسي الجديد الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين بمناسبة الانتخابات الرئاسية للعام ٢٠١٤ حيث اعتبر الطاعنون أمامها أن الفصل ٤٢ من القانون الانتخابي الذي يضيف إلى شروط الترشح الدستورية لرئاسة الجمهورية شرط الضمان المالي مخالف للدستور فهو حد إضافي لحق المواطنين التونسيين في الترشح لمنصب رئاسة الجمهورية كما نظمها الفصل ٧٢ من الدستور. رفضت الهيئة هذا الطعن معتبرة أن الفصل ٣٤ من الدستور يضمن حقوق الانتخاب والاقتراع والترشح طبقاً لما يحدده القانون مضيفاً أن الحدود التي أخضع إليها الفصل ٤٢ من القانون الانتخابي هذا الحق ينظمها تماماً كغيره من الحقوق الفصل ٤٩ من الدستور الذي يقتضي أن لا تمس هذه الحدود من جوهر الحق وأن تراعي التناسب بين الحدود وضرورة اتخاذها. وبالعودة إلى شرط الضمان المالي رأت الهيئة أن اشتراط ضمان مالي لا يمثل خرقاً للدستور بل إن من شأنه تحقيق الجدّة في الترشيحات حيث أنه شرط لا يمس من جوهر حق المترشح في التقدّم لهذه الانتخابات ولا من مبدأ التناسب<sup>٦١</sup>.

٥٩ BEAUDOIN (G. A.) et THIBAUT (P.), Les droits et libertés au Canada, Montréal, 2000, p. 715 ; DUPLE (N.), «Les droits à l'égalité dans la Charte canadienne», in. TURP (D.) et BEAUDOIN (G. A.) (dir.), Vues canadiennes et européennes des droits de la personne, Cowansville, 1989, p. 106

٦٠ BRUN (H.), TREMBLEY (G.) et BROUILLET (E.), Droit constitutionnel, 5ème éd., Cowansville, 2008, p. 963 ; GIBSON (D.), The Law of the Charter. General Principales, Toronto, 1986, p. 135

٦١ قرار الهيئة الوقتية لمراقبة على دستورية مشاريع القوانين عدد ٤ - ٢٠١٤، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ٢٣ ماي/أيار ٢٠١٤، عدد ٤١، ص ١٣٤٥-١٣٤٦.



• حرية الاجتماع والتظاهر السلميين مناصب الفصل ٣٧: "حرية الاجتماع والتظاهر السلميين مضمونة".

• حق الملكية الفكرية (انظر الحق في الملكية).

• الحق في الرياضة والترفيه الوارد بالفصل ٤٣: "تدعم الدولة الرياضة وتسعى إلى توفير الإمكانيات اللازمة لممارسة الأنشطة الرياضية والترفيهية".

• حقوق المرأة (الفصل ٤٦) وحقوق الطفل (الفصل ٤٧) وحقوق ذوي الإعاقة (الفصل ٤٨) (انظر الحق في المساواة).

الجدول ٢: جدول تأليفي للحقوق الداخلة ضمن نطاق الفصل ٤٩ وتلك الخارجة عنه

الحقوق الداخلة ضمن نطاق الفصل ٤٩		الحقوق الخارجة عن نطاق الفصل ٤٩		
حقوق لا تقبل التحديد إلا من خلال الفصل ٤٩	حقوق تتعلق بها حماية إضافية	حقوق تتعلق بها تحديدات خاصة تجب مراعاتها عند تطبيق الفصل ٤٩ عليها	الحقوق التي تقبل التحديد بسقف أعلى من الفصل ٤٩	الحقوق التي لا تقبل أي تحديد
بقية الحقوق	حرية التعبير حظر الإيقاف أو الاحتفاظ دون مبررات قانونية حق اللجوء السياسي الحق في محاكمة عادلة المعاملة الإنسانية للسجين الحق في الصحة والحق في التغطية الاجتماعية الحق في التعليم الحق في الماء والحق في بيئة سليمة.	حرية تكوين الأحزاب والنقابات والجمعيات الحق النقابي وحق الإضراب الحق في العمل حرية ممارسة الشعائر الدينية الحق في الملكية (دون حق الملكية الفكرية) الحق في الثقافة وحرية الإبداع	الحق في الحياة	منع التعذيب شرعية الجرائم والعقوبات علنية التصريح بالأحكام حظر سحب الجنسية وحظر التغريب حرية المعتقد حرية الضمير

# الباب الثاني

## السُّلْط المعنِيَّة بتطبيق

### الفصل ٤٩

---

يخاطب الفصل ٤٩ نوعين من السّلط: السّلط المخوّلة لوضع القوانين (المشرّع والإدارة) من ناحية والسّلط المؤهّلة للرقابة عليها (القضاء) من ناحية أخرى.

## ١. السّلط المخوّلة لوضع القوانين (المشرّع والإدارة)

لئن تعلّقت مقتضيات الفصل ٤٩ أساسا بالقوانين بما يجعلها تخاطب مباشرة السّلط المخوّلة لوضعها والتي عادة ما يشار إليها بلفظة جامعة هي لفظة "المشرّع" فإنّها تمتدّ كذلك إلى الإدارة كما سيقع بيانه.

### أ. المشرّع

تتوجّه مقتضيات الفصل ٤٩ في فقرته الأولى إلى المشرّع العادي في حين تخاطب الفقرة الثالثة من نفس الفصل المشرّع الدستوري.

#### المشرّع العادي

يسعى الفصل ٤٩ إلى تأطير وحماية السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرّع عندما يتدخّل في ميدان حقوق الإنسان.

فهو لا يمنع المشرّع من التدخّل بل يضع شروطا لهذا التدخّل تمكّن في الآن نفسه من حماية المخاطبين عبر القاعده القانونية ومن حماية المشرّع نفسه من وضعية يجد فيها النصوص التي يصدرها محلّ نقاش من قبل السّلط المؤهّلة<sup>٦٢</sup>.

وبالتالي فإنّ المشرّع يجب أن لا يتدخّل تشريعيا للحدّ من حقوق الإنسان والحريات إلّا إذا تحققت في تدخّله الشروط التي ينصّ عليها الفصل ٤٩.

فالقانون لم يعد عملا مطلقا وسيّدا لا يناقش ما دام مستجيبا لشروط إنتاجه الشكلية بل إنه تعبير عن العقلانية التي يجب أن تسم أعمال السّلط السياسية المؤهّلة لإعداد القوانين وإصدارها. فمضمونه جزء لا يتجزّأ من الحكم على صحّته.

وبناء عليه فإنّ المشرّع يصبح مدعوّا إلى التثبّت قبل إصدار القانون من مدى استجابته لشروط الفصل ٤٩ وخاصة من أنّ التحديدات التي يتضمّنها متناسبة مع الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها والتي يجب أن تكون مشروعة.

وبالتالي فمن المستساغ أن يقع تصوّر آليات للتثبّت والرقابة على التناسب ضمن مسار صنع القانون fabrication de la loi (إجراءات التشريع).

٦٢ PHILIPPE ( X.), in. DRI-IDEA-PNUD, Vers une nouvelle ère dans la protection des droits fondamentaux en Tunisie : La mise en œuvre de l'article 49 de la nouvelle Constitution tunisienne, op. cit., pp. 23-24

وفي نظرة شاملة لهذا المسار يقترح الأستاذ كسافيي فيليب أن يعاد التفكير في إجراءات التشريع على مستويين<sup>٦٣</sup>.

فعلى مستوى الحكومة يتوجب إرساء آلية لرقابة مسبقة على دستورية التحديدات المقترحة للحقوق والحريات صلب مصالح التشريع الحكومية وذلك لتلافي أكبر قدر ممكن من النزاعات الدستورية لاحقا.

أما المستوى الثاني فهو البرلمان الذي يغدو ملزما كذلك من خلال مصالحه التشريعية بالتثبت في مدى الالتزام بمقتضيات الفصل ٤٩ ضمن مشاريع القوانين المعروضة عليه. ويمكن أن يتم ذلك بإحداث هيكل مختصة في متابعة مشاريع القوانين على هذا الصعيد عند مرورها أمام اللجان البرلمانية تكون مهمتها لفت نظر النواب خلال مناقشتهم لهذه المشاريع إلى كل ما من شأنه أن يمسّ بالقانون من حيث استجابته لشروط الفصل ٤٩.

كما يجب أن يتم ذلك من خلال تقنين ومأسسة تدخل الهيئات الدستورية المستقلة في هذا المجال. وبالتأمل في مقتضيات الدستور التونسي ذات الصلة نلاحظ أن أغلبها مؤهل بحكم الدستور للتدخل في مشاريع القوانين المتصلة بمجالها. حيث ينصّ الفصل ١٢٧ من الدستور المتعلق بهيئة الاتصال السمعي البصري أنه "تتمتع الهيئة بسلطة تريبية في مجال اختصاصها وتستشار وجوبا في مشاريع القوانين المتصلة بهذا المجال" وينصّ الفصل ١٢٨ الخاص بهيئة حقوق الإنسان على أن هذه الهيئة "تستشار وجوبا في مشاريع القوانين المتصلة بمجال اختصاصها". وهذا نفس ما يكرّسه الفصل ١٢٩ في ما يخصّ هيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة حين يقتضي أنه "تستشار هيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة وجوبا في مشاريع القوانين المتعلقة بالمسائل الاقتصادية والاجتماعية والبيئية وفي مخططات التنمية. وللهيئة أن تبدي رأيها في المسائل المتعلقة بمجال اختصاصها" والفصل ١٣٠ في ما يتعلق بهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد التي "تستشار... وجوبا في مشاريع القوانين المتعلقة بمجال اختصاصها". غير أن الملفت للنظر هو أن الدستور يعزف تماما عن إرساء هذا المبدأ بالنسبة إلى هيئة الانتخابات حيث يكفي الفصل ١٢٦ منه بالتنصيص على أنها "تتمتع... بالسلطة التريبية في مجال اختصاصها".

فإذا أردنا أن نبقي أوفياء للنصّ الدستوري كان من الواجب التفريق بين هيئات تتمتع بحق الاستشارة الوجوبية بما يجعل المجلس التشريعي ملزما باستشارتها (دون أن تكون الاستشارة ملزمة) وهي هيئة الاتصال السمعي البصري وهيئة حقوق الإنسان وهيئة الحوكمة ومقاومة الفساد وهيئة التنمية المستدامة من ناحية ومن ناحية أخرى هيئات لا تتمتع بحق إبداء رأيها في مشاريع القوانين المتعلقة باختصاصها وهي هيئة الانتخابات.

بيد أننا لا نرى أيّ وجهة في هذه التفرقة التي يوحى بها نصّ الدستور ونفضّل تصوّر نظام موحد لهذه الهيئات إذا وقع اعتاده كان لا بدّ من إقرار مبدأ الاستشارة الوجوبية لجميعها.

ومهما يكن من أمر إقرار مبدأ الاستشارة الوجوبية لجميع هذه الهيئات أو للبعض منها فقط فإن تفعيل هذا المبدأ يجب أن يمرّ عبر إرساء آلية مؤسّساتية تضمن تدخلها بصفة منتظمة وفي التوقيت المناسب وبطريقة فاعلة في كل مشاريع القوانين التي تدخل ضمن مجال اختصاصها.

تحيل جميع الملاحظات آنفة الذكر إلى ما يتوجّب على المشرّع فعله تماشياً مع الفصل ٤٩ على صعيد النصوص التشريعية المقبلة حتّى تكون مستوفية للشروط الواردة بالمقتضى الدستوري. غير أنّه لا بدّ أيضاً من تصوّر طرق لمواءمة النصوص القانونية التي صدرت قبل دستور ٢٠١٤ أو حتّى تلك التي صدرت بعيد الدستور الجديد والتي يبدو أنّ الكثير منها لم يأخذ بعين الاعتبار مقتضيات الفصل ٤٩.<sup>٦٤</sup>

فباستثناء بعض القوانين التي يبدو فيها الجهد واضحاً لتحديد الاستثناءات الواردة على الحقوق كالقانون الأساسي عدد ٢٢ لسنة ٢٠١٦ المؤرّخ في ٢٤ مارس/ آذار ٢٠١٦ والمتعلّق بالحق في النفاذ إلى المعلومة فإنّ إرادة المشرّع الدستوري الصريحة لإعلاء الحقوق والحريات لم تقع ترجمتها في عديد المناسبات لا بصفة صريحة ولا بطريقة ضمنيّة إلى الحد الذي جعل البعض يتساءل عمّ إذا كنّا قرأنا الفصل ٤٩ محدّراً من خطر انقلاب المجلس التشريعي على إرادة المؤسّس.<sup>٦٥</sup>

ومن الأمثلة على التطبيق الخاطئ للفصل ٤٩ :

- القانون عدد ١١ المؤرّخ في ٢٧ أفريل/ نيسان ٢٠١٥ والمتعلّق بتسوية وضعيّة المباني المنجزة والمخالفة لرخصة البناء الذي يشترط لتسوية وضعيّة المباني المخالفة للرخصة موافقة الأجوار المباشرين أو عدم اعتراضهم على التسوية (الفصل ١٩). وهي قراءة ضيقة وخاطئة للفصل ٤٩ من الدستور. فمن الثابت أنّ هذا الفصل يضع كحدّ للحقوق والحريات احترام حقوق الغير إلّا أنّ هذا القانون ينظر إلى حقوق الغير نظرة ضيقة جدّاً ويربطها بالأجوار فقط. بينما تكون المباني الكثيرة وخاصة تلك التي يقيمها الباعثون العقاريون - وهم مشمولين بهذه التسوية - غير متوافقة مع حقوق الغير بالمعنى الواسع للكلمة فالغير ليس فقط الأجوار بل المجموعة العموميّة بحاضرها ولكن أيضاً بأجيالها القادمة والتي لها الحق في الموارد والفضاءات بما يتماشى مع الفصل ١٢ والفصل ١٣ من الدستور والفصل ١٢٩ منه الذي أحدث هيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة.<sup>٦٦</sup>

- القانون الأساسي المتعلّق بالتسجيل والإيداع القانوني للمصنفات والمؤلّفات مهما كانت حواملها عدد ٣٧ لسنة ٢٠١٥ المؤرّخ في ٢٢ سبتمبر/ أيلول ٢٠١٥ والذي يتوسّع في قائمة أعوان الضابطة العدليّة الذين تعود لهم مراقبة مدى احترام المؤلّفين والناشرين للالتزامات القانونيّة لجعل من هذه القائمة

٦٤ V. CHEKIR (H.) et FERCHICHI (W.), Le travail législatif à l'épreuve de la Constitution tunisienne et des conventions internationales. Octobre 2014-Octobre 2015, FIDH et Friedrich Ebert Stiftung, Tunis, Novembre 2015

٦٥ نضيف إلى القائمة الواردة بهذه الدراسة قانون الانتزاع من أجل المصلحة العمومية الجديد .

٦٥ وحيد الفرشيشي، «هل قرأنا الفصل ٤٩؟»، مداخلة بملتقى كلية العلوم القانونية والاقتصادية والتصرف بجنودية «دستور ٢٠١٤ بعد سنتين من صدوره: واقع الحال؟»، ٧ و٨ أفريل/ نيسان ٢٠١٦، غير منشورة.

٦٦ CHEKIR (H.) et FERCHICHI (W) المرجع سابق الذكر، ص ٥٦-٦٠

نفس قائمة الفصل العاشر من مجلّة الاجراءات الجزائية. وبالتالي فجميع السلط المنصوص عليها بالفصل العاشر المذكور مخوّلة للتثبت من عدم وجود مخالفات بها في ذلك التحقق من مدى مطابقة المصنّف المودع مع المصنّف الموضوع على ذمة العموم. وهنا نشير إلى أنّه من غير المعقول أن يقوم عون أمن أو عون حرس وطني بهذه المهمة وكان من المنطقي جعل هذه المهمة من صلاحيات هيكل الإيداع (دار الكتب الوطنية ومركز التوثيق الوطني) خاصّة وأنّ المسألة تتعلق بمضمون المؤلف ومحتواه. ومن شأن هذا التعامل مع المواد الثقافية والعلمية والأدبية أن ينال من جوهر الحق فأيّ ضرورة من ضرورات الأمن العام والدفاع أو الدولة المدنية والديمقراطية تستوجب أن يعهد بمراقبة حرية التأليف والنشر إلى أعوان الضابطة العدلية؟<sup>٦٧</sup>

- القانون عدد ٢٦ المؤرخ في ١٧ أوت/ آب ٢٠١٥ والمتعلّق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال الذي خصّص القسم الخامس منه (الفصول من ٥٤ إلى ٦٥) لطرق التحري الخاصة بها فيها اعتراض الاتصالات والاختراق والمراقبة السمعية والبصرية لـ "ذوي الشبهة" أو أماكن ومحلات وعربات خاصة أو عمومية... هذه الوسائل الخاصة التي تمكّن من الاطلاع على الحياة الخاصة لـ "ذوي الشبهة" وتجميع معطيات شخصية تتعلّق بهم وبالأشخاص الذين تربطهم بهم علاقات في العمل والأسرة والصدّاقة والحياة الحميمة تمثّل تهديدا لخصوصية الأفراد وتفتح الباب أمام "تجسس اجتياحي على المجتمع بأسره"<sup>٦٨</sup> ولا يولي اهتماما لضوابط الفصل ٤٩.

وينصّ القانون على أنّه إذا لم تترتب عن المعطيات المجمّعة بهذه الطرق تبعات جزائية فإنّها تتمتع بمقتضيات الحماية وفقا للتشريع الجاري به العمل في مجال حماية المعطيات الشخصية. وهي إحالة إلى القانون الأساسي عدد ٦٣ لسنة ٢٠٠٤ المؤرخ في ٢٧ جويلية/ تموز ٢٠٠٤ والمتعلّق بحماية المعطيات الشخصية. إلّا أن هذا القانون لا يتعرّض لهذا النوع من المعطيات من ناحية ومن ناحية أخرى فإنّه ينظّم استعمال ومعالجة المعطيات من قبل الدوائر الخاصة وهو لذلك لا يسري على الدوائر العمومية وليس للهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية أي سلطة على الدوائر العمومية في علاقتها بالمعطيات الشخصية. لا يساعد هذا القصور في قانون ٢٠٠٤ على توفير إطار قانوني ضامن لحماية المعطيات الشخصية وهو ما يجعل من هذه الإحالة ذرّ رماد على العيون ومفرغة من أي محتوى يضمن حقيقة حماية المعطيات الخاصة للأفراد<sup>٦٩</sup>.

- القانون عدد ٥٣ لسنة ٢٠١٦ المؤرخ في ١١ جويلية/ تموز ٢٠١٦ والمتعلّق بالانتزاع من أجل المصلحة العمومية<sup>٧٠</sup>

حدّد الفصل ٤ من هذا القانون نطاق الانتزاع والأحكام التي يمكن أن يشملها غير أنّه توسّع بصفة غير متناسبة فاقتضى أن الانتزاع يمكن علاوة على "العقارات اللازمة للمشروع العمومي المزمع

٦٧ نفسه، ص ٣٣-٣٨.

٦٨ وحيد الفرشيشي، «هل قرأنا الفصل ٩٤؟»، سابق الذكر.

٦٩ CHEKIR (H.) et FERCHICHI (W) المرجع سابق الذكر، ص ٢٤-٣٠.

٧٠ الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد ٦٢ المؤرخ في ٢٩ جويلية/ تموز ٢٠١٦، ص ٢٦٧٧-٢٦٨١.

انجازه وكذلك العقارات اللازمة لضمان قيمة هذا المشروع وحسن استغلاله ولتركيز المرافق والمباني المخصصة للمصالح القائمة على صيانتها والحفاظ على ديمومته“ أن يشمل ”الأراضي المجاورة للمشروع والتي تدعو الحاجة لاستغلالها في تهيئة محيطه وحمايته من الزحف العمراني“ و”العقارات اللازمة لتنفيذ برامج التهيئة والتجهيز والتهديب والسكن وإحداث المدخرات العقارية المقررة من قبل الدولة أو الجماعات المحلية أو الموكولة للمؤسسات أو المنشآت العمومية داخل المناطق العمرانية أو خارجها طبقاً للتشريع والتراتب الجاري بها العمل“ و”العقارات اللازمة لضمان تنفيذ مخططات وأمثلة التهيئة المصادق عليها“ و”البنائات المتداعية للسقوط التي لم يتولّى (هكذا في الأصل والصحيح لم يتولّى) شاغلوها أو مالكوها هدمها وتمثّل تهديداً للصحة أو السلامة العامة أو تلك المدرجة في إطار برامج تهيئة وتحديد وتهذيب مصادق عليها ويجب قبل مباشرة إجراءات الانتزاع التنبيه على الشاغلين أو المالكين بالقيام بالهدم ومنحهم أجل ثلاثة أشهر ابتداء من بلوغ محضر التنبيه إليهم للشروع في ذلك وبانقضاء الأجل المذكور يمكن للجهة طالبة الانتزاع مباشرة إجراءات الانتزاع. ويجب أن يضبط أمر الانتزاع في هذه الصورة برنامج إعادة توظيفها أو التفويت فيها مع الأخذ بعين الاعتبار أولوية المالكين فيها وسبل ضمان حقوق شاغليها“ و”العقارات المهددة بالكوارث الطبيعية والتي تدعو الحاجة لنقل ملكيتها لفائدة الدولة أو الجماعات المحلية أو تلك المخصصة لإنجاز منشآت حماية“ و”العقارات التي تبين أنها تكتسي صبغة أثرية أو تراثية أو تاريخية“.

ومن الواضح أنّ العبارات المستعملة في هذه الفقرات من الفصل ٤ تكتسي من العمومية والإطلاقية ما يمكن الإدارة من سلطة تقديرية واسعة لإعمال آلية الانتزاع وهو ما يتنافى مع الصبغة الاستثنائية لهذه التقنية ويجعل هذا الحدّ غير متناسب ومن شأنه المساس بجوهر الحق.

## الإطار ٥: من أمثلة تطبيق الفصل ٤٩ بصورة مرضية

القانون الأساسي عدد ٢٢ لسنة ٢٠١٦ المؤرخ في ٢٤ مارس/ آذار ٢٠١٦ والمتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة

الفصل ٢٤: لا يمكن للهيكल المعني أن يرفض طلب النفاذ إلى المعلومة إلا إذا كان ذلك يؤدّي إلى إلحاق ضرر بالأمن العام أو بالدفاع الوطني أو بالعلاقات الدولية فيما يتصل بهما أو بحقوق الغير في حماية حياته الخاصة ومعطياته الشخصية وملكياته الفكرية.

ولا تعتبر هذه المجالات استثناءات مطلقة لحق النفاذ إلى المعلومة وتكون خاضعة لتقدير المصلحة العامة من تقديم المعلومة أو من عدم تقديمها بالنسبة لكل طلب ويراعى التناسب بين المصالح المراد حمايتها والغاية من مطلب النفاذ.

وفي صورة الرفض يتمّ إعلام طالب النفاذ بذلك بجواب معلّل وينتهي مفعول الرفض بزوال أسبابه المبيّنة في الجواب على مطلب النفاذ.

الفصل ٢٥: لا يشمل النفاذ إلى المعلومة البيانات المتعلقة بهويّة الأشخاص الذين قدّموا معلومات بهدف الإبلاغ عن تجاوزات أو حالات فساد.

الفصل ٢٦: لا تنطبق الاستثناءات المنصوص عليها بالفصل ٢٤ من هذا القانون.

على المعلومات الضرورية بغاية الكشف عن الانتهاكات الفادحة لحقوق الإنسان أو جرائم الحرب أو البحث فيها أو تتبع مرتكبيها ما لم يكن في ذلك مساس بالمصلحة العليا للدولة.

عند وجوب تغليب المصلحة العامة على الضرر الذي يمكن أن يلحق المصلحة المزمع حمايتها لوجود تهديد خطير للصحة أو السلامة أو المحيط أو جراء حدوث فعل إجرامي.

الفصل ٢٧: إذا كانت المعلومة مشمولة جزئياً باستثناء منصوص عليه بالفصلين ٢٤ و ٢٥ من هذا القانون فلا يمكن النفاذ إليها إلا بعد حجب الجزء المعني بالاستثناء متى كان ذلك ممكناً.

الفصل ٢٨: تصبح المعلومة التي لا يمكن النفاذ إليها على معنى أحكام الفصل ٢٤ من هذا القانون قابلة للنفاذ وفقاً للأجال والشروط المنصوص عليها بالتشريع الجاري به العمل المتعلق بالأرشيف.

الباب الخامس: في الطعن في قرارات الهيكل المختص بحق النفاذ إلى المعلومة.  
(الفصول من ٢٩ إلى ٣١)

لا شكّ وأنّ الدستور التونسي عبر الفصل ١٢٠ فقرة ١ مطّعة ٤ يمكن الأطراف في نزاع قضائي من إثارة دستورية القانون الذي سيقع تطبيقه عليها وهو ما يتيح للمحاكم إحالة هذه القوانين التي قد تكون سابقة لصدور الدستور الجديد إلى المحكمة الدستورية في إطار ممارستها لاختصاص الرقابة عن طريق الدفع.

بيد أنه لا بدّ من إرساء آلية صلب المجلس التشريعي لغرلة النصوص القانونية التي سبق صدورها دستور ٢٠١٤ للنظر فيها على ضوء الفصل ٤٩ حتّى لا يقع إغراق المحكمة الدستورية بهذه الطلبات خاصّة وأنّ الدفع بعدم الدستورية قد تمّت في مشروع قانون المحكمة الدستورية إحاطته بشروط مضيقّة على القضاء العادي الذي يجد نفسه في هذه الحالة مقيّداً وملزماً برفع الدفع فوراً إلى المحكمة دون أن تكون له سلطة للنظر في الدفع.

### المشرّع الدستوري

تنصّ الفقرة الأخيرة من الفصل ٤٩ على أنّه ”لا يجوز لأيّ تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور“.



يتوجّه هذا المقتضى بالخطاب إلى المشرّع الدستوري الذي يكون ملزماً تحت رقابة المحكمة الدستورية<sup>٧١</sup> بعدم تعديل مقتضيات الدستورية المتعلقة بحقوق الإنسان وهو ما يبرهن على "مكانة الحقوق في أذهان المؤسسين وعلى رغبتهم في صونها من الخرق والانتهاك"<sup>٧٢</sup>.

ونجد في بعض الدساتير المقارنة مقتضيات مماثلة:

## الإطار ٦: أمثلة عن دساتير تتضمن منع تعديل الفصول المتعلقة بالحقوق

### دستور البرتغال

الفصل ٢٨٨: «قوانين التعديلات الدستورية تحترم الحدود التالية...

ج- الحقوق والحريات والضمانات الأساسية للمواطنين...»

### دستور المغرب

الفصل ١٧٥: «لا يمكن أن تتناول المراجعة الأحكام المتعلقة بالدين الإسلامي وبالنظام الملكي للدولة وبالاختيار الديمقراطي للأمة وبالمكتسبات في مجال الحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور»

غير أنّ هذه الفقرة تطرح إشكالا بخصوص تأويلها. فهي لا تتحدّث عن فصول محدّدة بالدستور بل تشير إلى "مكتسبات حقوق الإنسان وحرّياته المضمونة في هذا الدستور" وهي عبارة واسعة تمكّن من اعتبار عدد كبير من مقتضيات الدستور غير قابل للتعديل إضافة إلى الفصول المتضمّنة للحقوق والحريات (الباب الثاني دون الفصل ٤٩ نفسه والفصلان ٦ و ١٠٨) يمكن لهذه العبارة أن تشمل فصولاً أخرى كالفصل ٤٩ نفسه فضلاً عن الفصول التي تتعرّض للسلطة القضائية والمحكمة الدستورية باعتبارها ضمانات أساسية لحقوق الإنسان كما أنّه بالإمكان إقحام المقتضيات المتعلقة بالهيئات الدستورية المستقلة التي تمثّل هي الأخرى مكسباً من مكاسب حقوق الإنسان ضمن الفصول غير القابلة للتعديل إذا ما وقع تكريس هذا الفهم الواسع للنص. فهل ستذهب المحكمة الدستورية هذا المذهب؟ لا شكّ وأنّ النصّ الدستوري يسمح لها بذلك.

تضمن هذه العبارة مجالا واسعا لانطباق الحصانة ضدّ التعديل ولا بدّ هنا من الإشارة إلى أنّ التعديل المحظور هو ذلك التعديل الذي يمسّ من هذه الحقوق في اتجاه الإنقاص والتضييق بحيث يكون من الممكن تعديل هذه الفصول ذات العلاقة بحقوق الإنسان في اتجاه إيجابي نحو التوسيع فيها

٧١ الفصل ١١٤ فقرة ١ من الدستور التونسي: «كلّ مبادرة لتعديل الدستور تعرض من قبل رئيس مجلس نواب الشعب على المحكمة الدستورية لإبداء الرأي في كونها لا تتعلّق بما لا يجوز تعديله حسبها هو مقرر بهذا الدستور».

٧٢ المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، ورقة نقاش: الحقوق والحريات في الدساتير. تجارب مقارنة ودروس مستفادة، يناير ٢٠١٣، ص ٣٣.

وزيادة الضمانات أو أصناف جديدة من الحقوق والحريات فالنص لا يحظر إلا التعديل الذي "ينال" من مكتسبات حقوق الإنسان. وبالتالي يمكن القول إن هذه الحصانة من التعديل ليست حصانة مطلقة تمنع المشرع الدستوري من أي تدخل جديد في مجال هذه الحقوق بل هي حصانة مقيدة لا تمنع غير التعديل الذي من شأنه أن يشكل نزولا في سلم ضمانات حقوق الإنسان التي كرّسها الدستور<sup>٧٣</sup>.

وبناء عليه فإنه يمكن القول إن الدستور يكرّس مبدأ عدم جواز التراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان<sup>٧٤</sup>.

## ب. الإدارة

لا تتعرض مقتضيات الفصل ٤٩ إلا للتشريع غير أنه لا شك وأن الإدارة معنية كذلك بتطبيقه حيث تفرض هرمية القواعد القانونية على السلطة الترتيبية احترام مقتضياته<sup>٧٥</sup>.

ولا داعي للتدليل على ذلك في هذا الموضع فالعديد من الحالات التي نوردها كأثلة ضمن هذا العمل تتعرض إلى تطبيق الإدارة لعملية تحديد الحقوق والحريات سواء في أعمالها القانونية أو المادية. وسوف نتعرض في مواضع مقبلة إلى الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على الهياكل الإدارية عند قيامها بهذه الأعمال الداخلة في إطار الضبط الإداري.

ومن ناحية أخرى لا بدّ من التذكير بأن الحكومة تضطلع عملياً بدور رئيسي في العمل التشريعي بل إنها تتمتاز بأولوية دستورية إلى جانب التحضير التقني لمشاريع القوانين. وهو ما يدفع إلى ضرورة التفكير في تمكين الإدارة من آليات تضمن احترامها لمقتضيات الفصل ٤٩ عند إعدادها لمشاريع القوانين كما سبق أن بيّنا عند التعرّض إلى دور المشرّع في احترام وتطبيق الفصل ٤٩. حيث اقترحنا إرساء آلية رقابة مسبقة على دستورية التحديدات المقترحة للحقوق والحريات صلب مصالح التشريع الحكومية.

٧٣ يمكن تقريب هذه النظرية من نظرية الأستاذ روبر كولب بخصوص القانون الدولي الإنساني حيث يرى هذا الأخير أن القانون الدولي الإنساني هو قانون محصّن ضدّ النقص وهو المعنى الذي يعطيه لعبارة *intransgressible* التي تستعملها محكمة العدل الدولية لوصفه عوضاً عن عبارة *jus cogens* (القواعد الإلزامية) التي تعني حصانة مطلقة في جميع الاتجاهات تمنع المساس بهذا القانون سواء كان ذلك في الاتجاه الإيجابي أو السلبي.

KOLB (R.), « Jus cogens, intangibilité, indérogabilité, dérogation « positive » et « négative » », R.G.D.I.P., 2005-2, pp. 305-330.

انظر حول هذه المعاني:

MEJRI (Kh.), *Le droit international humanitaire dans la jurisprudence internationale*, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 469-494.

٧٤ انظر في نفس السياق وحيد الفرشيشي، «دسترة الحريات الفردية. قراءة حقوقية للدستور التونسي الصادر في ٢٧ جانفي ٢٠١٤»، ضمن مؤلف جماعي تحت إشراف وحيد الفرشيشي، الحريات الفردية. تقاطع المقاربات، الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية، ص. ٤٨-٧٥، خصوصاً ص. ٦٩-٧٠.

٧٥ PHILIPPE (X)، المرجع سابق الذكر ص. ٢٧.

## ٢. السّط المخوّلة للرقابة على القوانين

يتعلّق الفصل ٤٩ مبدئيًا بالقوانين ومضامينها وهو ما يجعل الرقابة على احترامه رقابة على احترام القانون للدستور أي رقابة دستورية وهو أمر موكول كما هو معلوم للمحكمة الدستورية (أ).

غير أنّه كما سبق أن بيّنا فإنّ الشروط المضمّنة به لا تقف عند حدّ القانون بل تنطبق على الأعمال الترتيبية وهو ما يجعل القضاء العادي مسؤولاً هو الآخر عن ضمان احترام هذا المقتضى الدستوري (ب).

### أ. القضاء الدستوري

برزت فكرة إنشاء محكمة دستورية في تونس بعيد "١٤ جانفي/ كانون الثاني" كردّة فعل على الواقع القانوني في المرحلة التي سبقت هذا التاريخ والتي تميّزت بوجود المجلس الدستوري الذي لم يكن غير هيكل لدى رئيس الجمهورية<sup>٧٦</sup>. فكادت تجمع برامج الأحزاب السياسية على اختلاف مشاربها بمناسبة انتخاب المجلس الوطني التأسيسي على ضرورة إنشاء محكمة دستورية في تونس وهو ما ظلّ حاضراً طيلة فترة إعداد الدستور انطلاقاً من مشروع الدستور المؤرّخ في ٦ أوت/ آب ٢٠١٢ مروراً بمسودة ١٤ ديسمبر/ كانون الأول ٢٠١٢ ومسودة ٢٢ أفريل/ نيسان ٢٠١٣ ومشروع الدستور المؤرّخ في ١ جوان/ حزيران ٢٠١٣ وصولاً إلى دستور ٢٧ جانفي/ كانون الثاني ٢٠١٤.

وتضمّن هذا الدستور أحكاماً خاصّة بالمحكمة الدستورية وردت بالقسم الثاني من الباب الخامس المتعلّق بالسلطة القضائية (الفصول من ١١٨ إلى ١٢٤ من الدستور).

٧٦ حول المجلس الدستوري انظر:

MDHAFAR (Z.), Le Conseil constitutionnel tunisien, Tunis, CREA, 1998 ; ABDENNADHER (L.), « Le Conseil constitutionnel », Revue Servir, ENA-Tunis, n° 33, 2002, pp. 47 et ss. ; BEN ACHOUR (R.), « Le Conseil constitutionnel tunisien », Mélanges J. Robert, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 455 et ss. ; BEN ACHOUR (R.), « Le contrôle consultatif de la constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel tunisien », Mélanges J. Gicquel, Paris, Montchrestien, 2008, pp. 21 et ss. ; BEN HASSEN (I.), « Etat de droit et contrôle de la constitutionnalité », in. Constitution et Etat de droit, ATDC, Tunis, 2010, pp. 199 et ss. ; BEN MRAD (H.), Commentaire du décret instituant le Conseil constitutionnel de la république », A.J.T., n° 1-2, 1989, pp. 92 et ss. ; BERTEGI (B.), « Le Conseil constitutionnel tunisien et la hiérarchie des normes », in. Le droit constitutionnel normatif : développements récents, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 174 et ss. ; TEBEI (M.), « Les droits constitutionnels et le Conseil constitutionnel tunisien », in. Les droits constitutionnels, ATDC, Tunis, 2010, pp. 199 et ss. ; TEBEI (M.), Les normes de référence du contrôle de la constitutionnalité dans les avis du Conseil constitutionnel, Mémoire de DEA en droit public, FSJPST, 2007 ; SAYARI (M.), Le Conseil constitutionnel en Tunisie, Mémoire de DEA en droit public, FSJPST, 1999 ; MEJRI (Kh.), « Les avis du Conseil constitutionnel tunisien en matière de traités internationaux » in. VIèmes journées maghrébines « Mustapha Chaker », Association Tunisienne de Droit Constitutionnel, 6-7 mars 2008, www.atdc.org.tn.

ولا بدّ من التنويه بالنظر إلى هذا المعطى بالموقع الجديد الذي أصبحت تحتله المحكمة الدستورية ضمن البنية المؤسساتية في البلاد حيث أصبحت جزءاً من السلطة القضائية تحتل ضمنها موقعا متميزا يجعلها تعلق باقي مكونات السلطة القضائية نفسها باعتبارها محكمة الدستور تؤوله تأويلا "يلزم جميع السلطات".

وتنزيلا لهذه المقتضيات الدستورية صدر القانون الأساسي عدد ٥٠ لسنة ٢٠١٥ المؤرخ في ٣ ديسمبر/ كانون الأول ٢٠١٥ والمتعلق بالمحكمة الدستورية.

يقدم القانون المحكمة من خلال فصله الأول باعتبارها "هيئة قضائية مستقلة ضامنة لعلوية الدستور وحامية للنظام الجمهوري الديمقراطي وللحقوق والحريات". وقد كرس القانون على هدي الدستور وظيفتين أساسيتين للمحكمة تتمثلان في ضمان احترام الدستور عبر تكريس الرقابة القضائية على الدستورية من ناحية وفي ضمان استقرار النظام السياسي عبر ما أسنده لها من مهام "تعديلية" من ناحية أخرى.

كرّس دستور ٢٧ جانفي/ كانون الثاني ٢٠١٤ وعلى إثره القانون الرقابة على الدستورية بصنفها ألا وهما الرقابة عن طريق الدعوى والرقابة عن طريق الدفع وهو ما يمثل في حد ذاته تطورا ملحوظا. ففي إطار النظام السابق غابت الرقابة البعدية (عن طريق الدفع) وشكت الرقابة القبلية من عدم النجاعة. ولعل من أهم النقاط في هذا السياق هو كون الرقابة عن طريق الدفع تبقى ممكنة مهما كان موقف المحكمة من القانون قبل دخوله حيز النفاذ فلا توقف الدعوى الدفع. وهو ما يحيل إلى تكامل ضروري بين صنفَي الرقابة ذاك المتعلق بالرقابة عن طريق الدعوى الذي يعبر عن هدف وقائي وذاك المتعلق بالرقابة عن طريق الدفع والتي تنجم عن احتكاك النص بالواقع.

فأما الرقابة عن طريق الدعوى فإنها صنف من الرقابة تمارسه السلطات العامة لضمان علوية الدستور من خلال طلب تدخل المحكمة الدستورية وهي رقابة لا تزال تشكو من نقائص وهنات على مستوى تنظيم آثارها.

وأما الرقابة عن طريق الدفع فتأتي أهميتها في إطار دولة القانون من اعتبارها آلية تهم المواطن بصورة مباشرة بإقرارها إنما هو إقرار لحق من الحقوق المرتبطة بحق الإنسان في التقاضي غير أن نجاعة هذه الآلية ترتبط بضرورة إيجاد نقطة التوازن بين ضمان الحق ونجاعة عمل المحكمة التي تسعى هي بدورها إلى تحقيق توازن من نوع آخر هو التوازن بين السلط السياسية والذي يترهن به استقرار النظام السياسي ويمكن اعتباره لذلك من قبيل الوظيفة التعديلية لهذه المحكمة.

ويعبر عن هذه الوظيفة التعديلية صنفان من تدخلات المحكمة في هذا الإطار وهما أولا التدخل الوجوبي والتلقائي وثانيا التدخل المرتبط بعرض المسألة عليها من قبل الأطراف.

أما التدخل الوجوبي والتلقائي فيتعلق بمعاينة حالات شغور منصب رئيس الجمهورية ومعاينة الخطر الداهم والبت في التهم الموجهة إلى رئيس الجمهورية. وأما التدخل المرتبط بعرض الأطراف

فيمثل في البت في نزاعات الاختصاص بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية وبين رئيس الحكومة ورئيس الجمهورية.

وبالرغم من التطور الملحوظ الذي حققه دستور ٢٧ جانفي/ كانون الثاني ٢٠١٤ ومن ورائه القانون فإنّ شبح تسييس المحكمة لا يظلّ حاضرا وهو خطر تجسّمه من ناحية تركيبة المحكمة وإمكانية سيطرة الأطراف السياسية عليها وتعكسه من ناحية أخرى مشمولات المحكمة.

تطرح تركيبة المحكمة بحدة إشكال إمكانية سيطرة الأطراف السياسية عليها حيث أنه من الواضح أنّ ثلثي أعضاء المحكمة معيّنون من قبل هيئات سياسية ألا وهي رئيس الجمهورية ومجلس نواب الشعب. وإن كان من الممكن التصديّ إلى هذه الفكرة من خلال القول باستقلالية القاضي الدستوري المعروف بـ "نكرانه الجميل" سلطة تعيينه *l'ingratitude du juge constitutionnel* خاصة مع تواصل مدّته بصورة تفوق مدّة السلطة التي قامت بتعيينه.

ويطرح تعيين هؤلاء الأعضاء من قبل مجلس نواب الشعب والمجلس الأعلى للقضاء إشكال الإجراءات المتبعة لذلك. ولئن أقرّ مشروع القانون انتخاب الأعضاء الراجعين لكلّ مجلس فإنّ طريقة الانتخاب بالنسبة إلى مجلس نواب الشعب مثلا والتي تعتمد حسب الفصل ١١ من القانون على الترشيح من قبل الكتل النيابية تطرح بصورة ملحة خطر التحزّب.

وإن كان خطر سيطرة الأطراف السياسية وخصوصا الأغلبية الحاكمة على المحكمة حاضرا بشدّة في ما يتعلّق بتركيبة المحكمة فإنه غير غائب كذلك عن مشمولاتها واختصاصاتها. ويتعلّق خطر التسييس من خلال مشمولات المحكمة الدستورية بجانبين اثنين.

أمّا الجانب الأوّل فيهمّ عملية تحريك الدعوى وما يؤدّي إليه حصرها في السلط السياسية و أمّا الجانب الثاني فيخصّ موضوع الدعوى وعدم إتاحة الرقابة الوجودية لها على كلّ النصوص.

أمّا حصر تحريك الدعوى في السلط السياسية فيتبيّن من خلال الدستور والقانون في الأفكار التالية.

أوّلا: كفّ يد المحكمة عن إمكانية التعهّد التلقائي. ومن الملاحظ في هذا السياق أنّ الدستور الذي لم ينصّ صراحة على إمكانية نظر المحكمة تلقائيًا في الدستورية لا يمنع عنها ذلك في المقابل بحيث يمكن أن ينصّ القانون دون أن تكون في ذلك مخالفة للدستور على التعهّد التلقائي لغلّق الباب أمام مرور قوانين تكون عدم دستوريّتها واضحة ولم يتحقّق عدد النواب المطلوب للطعن فيها (خاصّة في ظلّ الائتلاف الموجود اليوم صلب مجلس نواب الشعب).

ثانيا: قطع التواصل بين المحكمة والمواطن. وهنا نشير إلى غياب الطعن المباشر من قبل الأفراد عن دستور ٢٠١٤ في حين طرحت هذه الإمكانية في الصيغ المختلفة التي عرفها قبل إصداره.

ثالثا: قصر يد المعارضة في تحريك الدعوى واللجوء إلى المحكمة فعدد ٣٠ نائبا المشترك لتحريك الدعوى والذي يبدو في المطلق معقولا أضحى في ظلّ تقارب الكتلتين الكبيرتين داخل مجلس نواب

الشعب عددا مرتفعا قد لا يتحقق بسهولة بما قد يسمح بتمرير قانون غير دستوري ويضحي الطعن فيه غير ممكن إلا في إطار الدفع.

رابعا: قطع الطريق أمام القضاء العادي للقيام بأي دور. إذ يمنح الفصل ١٢٠ من الدستور للمحكمة اختصاصا حصريًا في مراقبة الدستورية بما يقطع الطريق أمام إمكانية نظر المحاكم العادية في دستورية القوانين. كما أحاط الفصل ١٢١ من الدستور الدفع بعدم الدستورية بشروط فصلها القانون في إطار التضييق على القضاء العادي الذي غدا مقيدا وملزما برفع الدفع فورًا إلى المحكمة دون أن تكون له سلطة للنظر في الدفع كما يتجلى ذلك من خلال الفصل ٥٦ من القانون.

وأما بخصوص الدعوى فإنه من الواضح أن المحكمة لا تستطيع ممارسة رقابة وجوبية على جميع لأن ولايتها ليست إجبارية حسب الدستور ومن بعده القانون إلا في حدود مبادرات تعديل الدستور والنظام الداخلي لمجلس نواب الشعب أما القوانين العادية كانت أو أساسية فهي غير واجبة العرض وكذلك الحال بالنسبة إلى الاتفاقيات الدولية.

## ب. القضاء العادي

لا تقف الشروط المضمنة بالفصل ٤٩ عند حد القانون بل تنطبق على الأعمال الترتيبية كما أسلفنا وهو ما يجعل القضاء العادي مسؤولا هو الآخر عن ضمان احترام هذا المقتضى الدستوري.

وتمثل الرقابة القضائية ضمانة جوهرية مرتبطة بتحديد الحقوق في كل الأنظمة الديمقراطية الراسخة وهي رقابة محايثة للتدخل التشريعي (بمعنى أنه يحتوي عليها كإحدى الضمانات) ولاحقة (وهي الرقابة التي يمارسها القضاء عادة).

ويختلف القاضي المسؤول عن هذه الرقابة حسب طبيعة الحق أو الحرية ومجال انطباقه والسلط المتدخلة فيمارسها في حالات القاضي العدلي وفي حالات أخرى القاضي الإداري.

ويجدر هنا التذكير بأن عناصر الفصل ٤٩ تعتبر عموما من المبادئ الثابتة في فقه قضاء المحاكم التونسية بحيث يمكن القول إن فكرة الفصل ٤٩ قد وقع إرساؤها في فقه القضاء التونسي منذ أمد طويل ولو بصورة ضبابية بعض الشيء وبشيء من التفاوت بين القضاء العدلي والقضاء الإداري.

## القضاء الإداري

كس القضاء الإداري التونسي مبدأ مفاده أن الحرية هي المبدأ والحد منها لا يكون إلا استثناء<sup>٧٧</sup>. وبناء عليه فإن القاضي الإداري كان دائم الحرص على أن لا يقع المساس من الحقوق إلا بقانون (التحفظ التشريعي) وأن يقع تأويل الاستثناءات المسموح بها تأويلا ضيقا: "حيث استقرّ فقه قضاء المحكمة

٧٧ المحكمة الإدارية تجاوز سلطة قرار عدد ٣٨٧٩ صادر في ١٤ مارس/آذار ١٩٩٥ شركة كريشان وأبناؤه ضد رئيس بلدية القصرين م. ص ١٢٨.

الإدارية على اعتبار أن الحق في الحصول على جواز سفر من الحقوق الأساسية لكل مواطن تونسي بحكم ارتباطه بحرية التنقل خارج البلاد التي ضمنها الفصل ١٠ من الدستور وبالتالي فإنه لا يسوغ إهداره إلا في حدود ما يميزه القانون صراحة على أن تؤوّل الاستثناءات التي من شأنها أن تحول دون تمكين المواطن من هذا الحق تأويلاً ضيقاً<sup>٧٨</sup>. وفي أحد قراراتها أقرّت المحكمة أن رفض الإدارة تسليم المعني رخصة حفر بئر داخل حديقة منزله يكون من صنف القرارات الإدارية غير الشرعية والتي يتوجب إلغاؤها إذ أن مثل هذا القرار وإن اتخذ على أساس ترتيب حفظ الصحة العمومية فإنه لا يرتقي إلى صنف القرارات الشرعية لغيب قاعدة قانونية توجب الحصول على رخصة إدارية قصد حفر بئر داخل المساكن الفردية<sup>٧٩</sup>. وفي قرار آخر اعتبرت المحكمة أن قرار الوزير باسقاطه إلزام المترشحين الناجحين في مناظرة انتداب لأساتذة تعليم عال بالإقامة بمركز عملهم "يكون قد وضع قيداً مبدئياً حرية اختيار مقر الإقامة وهو استثناء لم يأذن به صراحة أي قانون"<sup>٨٠</sup>.

كما سلّط القاضي الإداري رقابته على موجبات التحديد عندما تتحصّن بها الإدارة فرأى في أحد قراراته "أنّ اقتصار جهة الإدارة في دعوى الحال على الإشارة إلى أن قرار رفض تمكين المقام في حقه من جواز سفر قد اتخذ باعتبار أن المعني بالأمر محل تحفظات أمنية دون أن تقيم الدليل على أن سفره من شأنه النيل من النظام والأمن العامين أو من سمعة البلاد التونسية... ودون تمكين المحكمة من معرفة تلك التحفظات الأمنية والخوض في مدى وجاهتها رغم مطالبتها أثناء التحقيق في القضية بتحديد ما يحمل المحكمة على اعتبار قرارها غير مرتكز على سند سليم من الواقع والقانون وإلغاء القرار المطعون فيه على ذلك الأساس"<sup>٨١</sup>. وما ذلك إلا للحدّ من السلطة التقديرية المفرطة التي قد تلجأ إليها الإدارة في استعمالها وتأويلها لموجبات التحديد. ففي ٢٠٠٦ عبّر القاضي الإداري عن موقفه من شرعية المنشور عدد ١٠٢ لسنة ١٩٨٦ الصادر في ١٩ أكتوبر/ تشرين الأول ١٩٨٦ عن وزير التربية والتعليم والبحث العلمي والمتعلق بمظهر المدرسين والأعوان الإداريين والتلاميذ كالآتي: "وحيث تضمن المنشور قاعدة جديدة تتعلّق بالهندام وردت في صيغة مبهمّة لم يسبق التعرّض إليها بنص تشريعي يضبط في كنف احترام مقتضيات الدستورية... ما يمكن اعتباره تطرفاً في الهندام الأمر الذي يفتح للإدارة سلطة تقديرية غير محدودة في تطبيق ذلك المنشور مما ينتج عنه تهديد للحريات الأساسية ومنها حرية الاعتقاد المضمونة دستورياً واستعماله مطية للتضييق من الحقوق والحريات الفردية. وحيث يكون ذلك المنشور بناء على ما سبق عرضه عرضاً مخالفاً للدستور الأمر الذي يؤوّل إلى عدم شرعية القرار المطعون فيه وتعين إلغاؤه لهذا

٧٨ المحكمة الإدارية تجاوز سلطة قرار عدد ١-١٨٥٠٩ صادر في ١٩ نوفمبر/ تشرين الثاني ٢٠٠٩ بلعدي ضد وزير الداخلية والتنمية المحلية غير منشور.

٧٩ المحكمة الإدارية، تجاوز سلطة، قرار عدد ٨٢٨ صادر في ١٤ جويلية/ تموز ١٩٨٦، الكوكي ضد رئيس بلدية أريانة، م. ق. م. إ. ١٩٨٥-١٩٨٦-١٩٨٧، ص ٢٨٥.

٨٠ المحكمة الإدارية، تجاوز سلطة، قرار عدد ١٨٨٧ صادر في ٢٧ جوان/ حزيران ١٩٩٠، رافع بن عاشور ومن معه ضد وزير التربية والتعليم العالي والبحث العلمي، م. ق. م. إ. ١٩٨٨-١٩٨٩-١٩٩٠، ص ٤٠٠. انظر كذلك: المحكمة الإدارية، تجاوز سلطة، قرار عدد ١-١٧٧٤٤ صادر في ٢ فيفري/ شباط ٢٠٠٩، الوسلاطي ضد وزير التعليم العالي والبحث العلمي والتكنولوجيا، غير منشور.

٨١ المحكمة الإدارية، تجاوز سلطة، قرار عدد ١-١٦٣٩٨ صادر في ٣٠ جانفي/ كانون الثاني ٢٠٠٩، الورغي في حق ابنه القاصر ضد وزير الداخلية والتنمية المحلية، غير منشور.

السبب”<sup>٨٢</sup>. غير أنّ القاضي سرعان ما تراجع عن هذا الموقف من المنشور معتبرا في ٢٠٠٨ بمناسبة قضية طعن فيها نفس المدرسة في المنشور نفسه مباشرة أنّ هذا المنشور ”يعدّ متطابقا مع واجب التحفظ ومسايرا لما يستوجبه تحقيق أهداف النظام التربوي والتعليمي“<sup>٨٣</sup>.

وفي تطبيق مباشر لفكرة التناسب اعتبر القاضي الإداري أنّ تدابير الضبط الإداري تكتسي صبغة استثنائية ”لاقترانها بممارسة الحريات العامة“<sup>٨٤</sup>. وبالتالي فإنّ تدابير الضبط الإداري ”تخضع إلى رقابة الملاءمة التي تقوم على التثبت من توفر ركن الضرورة بمناسبة اتخاذها والتصريح بعدم شرعيتها متى تبين أنها لم تكن ضرورية لمواجهة مخاطر الإخلال بالنظام العام“<sup>٨٥</sup>. ممكنا نفسه إذن من رقابة قصوى اعتبر القاضي أنّ اتخاذ الإدارة لقرار يقضي بغلق محل معد للتجارة بالجملة بدعوى تعطيله لحركة المرور بحكم تواجده وسط المدينة لا يمكن اعتباره قرارا شرعيا نظرا إلى أنّ الإدارة كان عليها ”توخي التدرج في اتخاذ التدابير التي تستلزمها ضرورة التوفيق بين المحافظة على النظام العام وممارسة حرية التجارة والصناعة“<sup>٨٦</sup>. وما هذه إلا أمثلة على تحذر فكرة الفصل ٤٩ وروحه في فقه القضاء الإداري في تونس قبل صدور دستور ٢٠١٤<sup>٨٧</sup> ووجوده باعتباره مبدأ فقه قضائي ثابت.

## الإطار ٧: مقتطفات من فقه القضاء الإداري (قرارات غير منشورة)

- المحكمة الإدارية حكم استئنائي قضية عدد ٢٦٨٥٦ صادر في ٢٣ ماي/ أيار ٢٠٠٩

«وحيث ولئن لم تفصح الجهة المدّعى عليها عن السند القانوني للقرار المطعون فيه فقد بينت من خلال التقارير التي أدلت بها في القضية أنّ الباعث على إصداره هو الإخلال بالنظام العام الجمالي وبالشروط الصحية الأساسية والحفاظ على الملك العمومي للطرق.

وحيث استقرّ فقه قضاء هذه المحكمة على اعتبار أنه إذا أفصحت الإدارة عن أسباب قرارها فإنّ القاضي الإداري يكون مدعواً للتحقق من مدى مطابقتها للقانون وأثر ذلك في النتيجة التي انتهت إليها من خلال إجراء رقابته التي تمتدّ في ميدان الضبط الإداري إلى حدّ التثبت من مدى تناسب التدابير المتخذة بعنوانها مع الظروف التي حفت بها والأهداف التي ترمي إلى تحقيقها.

٨٢ المحكمة الإدارية، تجاوز سلطة، قرار عدد ١٠٩٧٦-١ صادر في ٩ ديسمبر/ كانون الأول ٢٠٠٦، العدالي ضد وزير التربية والتكوين، غير منشور.

٨٣ المحكمة الإدارية، تجاوز سلطة، قرار عدد ١٠٦٢٩-١ صادر في ٢٤ جانفي/ كانون الثاني ٢٠٠٨، العدالي ضد وزير التربية والتكوين، غير منشور.

٨٤ المحكمة الإدارية، تجاوز سلطة، قرار عدد ٢٦٨٥٦ صادر في ٢٣ ماي/ أيار ٢٠٠٩، رئيس بلدية المهديّة ضد الظريف، غير منشور. نفس المصدر.

٨٦ المحكمة الإدارية، تجاوز سلطة، قرار عدد ٣٨٧٩ صادر في ١٤ مارس/ آذار ١٩٩٥، كريشان ضد بلدية القصيرين، م، ص ١٢٨.

٨٧ انظر أمثلة أخرى ضمن: أمير الغول، «القاضي الإداري وبعض الحريات الفردية»، ضمن مؤلف جماعي تحت إشراف وحيد الفرشيشي، الحريات الفردية. تقاطع المقاربات، الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية، تونس، ٢٠١٤، ص ١٩٦-٢٢٨.



وحيث أنّ تدابير الضبط الإداري بحكم اكتسائها صبغة استثنائية لاقتنائها بممارسة الحريات العامة تخضع إلى رقابة الملاءمة التي تقوم على التثبت من توفر ركن الضرورة بمناسبة اتخاذها والتصريح بعدم شرعيتها متى تبين أنها لم تكن ضرورية لمواجهة مخاطر الإخلال بالنظام العام.

وحيث أنّ ما تذرّع به المستأنف من إخلال عربة المستأنف ضدها بالنظام العام الجمالي ليس من شأنه تبرير الامتناع عن الترخيص لها في استغلالها طالما أنه لم يتوفّق في إقامة الدليل على أنّ المظهر العام للشارع المراد الانتصاب به يعكس انتهاج أسلوب عام في تنظيمه وتهيئته يتنافى مع تركيزها.

وحيث والحال ما تقدّم ذكره يكون ما قدّمه المستأنف من أسانيد قاصرا عن بيان وجه الضرورة في إجراء رفض الترخيص الذي جنحت إلى اعتماده ومراعاة التوفيق بين الحفاظ على النظام العام وممارسة حرية التجارة والصناعة من خلاله الأمر الذي يكون معه القرار المطعون فيه مفتقرا إلى سنده الشرعي وحرّيا بالإلغاء من هذه الناحية وفق ما خلصت إلى ذلك محكمة البداية»

- المحكمة الإدارية توقيف تنفيذ القضية عدد ٤١٣١٠٨ صادر في ٢٢ فيفري/ شباط ٢٠١٠

وقع إيقاف الطالب من طرف إدارة الحدود والأجانب بتهمة اجتياز الحدود خلصة وإحالة على القضاء. أصدرت محكمة ناحية تونس حكما بعدم سماع الدعوى في شأنه ولكنه بقي قيد الاحتفاظ لدى إدارة الحدود والأجانب. تحصّنت الإدارة بكون المعني بالأمر وهو مغربي الجنسية تونسي النشأة والانتفاء يشكل خطرا على الأمن العام دون الإدلاء بما يفيد ذلك.

«وحيث أنه بالنظر إلى طبيعة الأفعال المنسوبة للعارض من جهة وإلى كونه لم يبق له أيّ رابطة عائلية بالقطر المغربي من جهة أخرى فإنّ قرار الترحيل الذي استهدفه سوف ينال في صورة تنفيذه بصفة مشطّة وغير متناسبة مع الأهداف التي يرمي إليها من حقه في التمتع بحياة عائلية عادية ممّا يجعل الأسباب التي استند إليها المطلب تبدو جدّية في ظاهرها.

وحيث أنّ القرار المذكور من شأنه أن يتسبب للعارض في نتائج يصعب تداركها الأمر الذي يتجه معه الاستجابة للمطلب الراهن».

- المحكمة الإدارية ابتدائي القضية عدد ١ - ١٠٧٢٢ صادر في ٧ جويلية/ تموز ٢٠١٠

تتمثل القضية في طعن بالإلغاء في قرار إيقاف المدّعي بمركز شرطة واحتجازه لمدة أربع ساعات حتى انتهاء زيارة رئيس الجمهورية للمدينة.

«وحيث يستخلص من جملة المعطيات المبينة بالملف أنّ إيقاف المدّعي بمركز الشرطة لم يكن بهدف البحث أو التحري في جريمة أو الوقاية من حصولها... وإنّما يندرج في إطار الإجراءات الأمنية الضرورية لتحقيق النظام العام والمحافظة عليه بمناسبة زيارة رئيس الجمهورية لمدينة المنستير ويتنزّل بالتالي في إطار الضبط الإداري وهو ما يعكس وجود قرار إداري في هذا الصدد...

وحيث أنّ ممارسة الإدارة لنشاط الضبط الإداري يخضع إلى مجموعة من الضوابط التي استقرّ عليها فقه القضاء الإداري والتي تقتضي ضرورة تقيّد الإدارة بالقواعد التشريعية المنظمة للحقوق والحريات وألاّ تحدّ منها إلاّ في حدود ضيقة تبرّرها مقتضيات النظام العام ومستوجبات الضرورة.

وحيث تمّت مطالبة الإدارة المدّعى عليها أثناء التحقيق في القضية بتقديم الأسباب القانونية التي حذت بها إلى اتخاذ قرارها المطعون فيه غير أنها امتنعت عن ذلك وحيث بقيت أوراق الملف خالية ممّا يبيّن ضرورة اللجوء إلى إيقاف المدّعي والاحتفاظ به بمركز الشرطة مدّة أربع ساعات الأمر الذي يعدّو معه القرار المنتقد فاقدًا لكلّ أساس قانوني سليم ومتعيّن الإلغاء».

وعلى إثر صدور دستور ٢٠١٤ سنحت الفرصة للقاضي الإداري بتطبيق الفصل ٤٩ بمناسبة قرار توقيف تنفيذ قرار منع عقد مؤتمر حزب التحرير الداعي إلى إقامة دولة الخلافة الصادر في ٣ جوان/حزيران ٢٠١٦. وتفيد وقائع القضية أنّ حزب التحرير الذي قرّر عقد مؤتمره السنوي كعادته منذ تحصّله على تأشيرة للعمل القانوني جوبه هذه المرة برفض وزارة الداخلية فتقدّم إلى القضاء مطالبا بتوقيف تنفيذ قرار الرفض هذا نظرا لمخالفته للقانون مبرزا أنه لا وجود لتهديد للأمن العام من خلال عقد الحزب لمؤتمره وأنّ الغرض الحقيقي من قرار الرفض هو تعطيل إبرام المؤتمر وهو ما سيشتكل ضررا فادحا للحزب. في المقابل تمسّكت وزارة الداخلية بأنّ قانون الاجتماعات وحالة الطوارئ يخوّلان لها منع هذه التظاهرات فضلا عن أنّ شعار المؤتمر الداعي إلى إقامة دولة الخلافة يعتبر تحريضا ويمثل بالتالي مساسا خطيرا بالنظام العام. بالعودة إلى الفصل ٣٧ من الدستور أكّد القرار على أنّ حرية الاجتماع مضمونة وبسرعة كبيرة أشار إلى أنّ هذه الحرية تمارس طبقا للفصل ٤٩ من الدستور. وعليه فقد اعتبر أنّ تهديد الأمن هو سبب ممكن للحدّ من حرية الاجتماع ولكنّه مشروط. وبالتالي فإنّ توقّع الإخلال بالأمن أو النظام العام لا يمكن أن يستند إلى شعار الحزب أو المؤتمر بما أنّ فكرته موجودة في النظام الأساسي الذي رخص على أساسه للحزب بممارسة نشاطاته ولا وثائق ترجّح في قضية الحال فرضيّة أن يمسّ المؤتمر من النظام العام.

### القضاء العدلي

تبدو فكرة التناسب أقلّ تجذّرا لدى القاضي العدلي ويتّسم موقفه بهذا الخصوص بالتذبذب. فهو وإن لم يتعرّض مباشرة إلى مبدأ التناسب فقد كرّس بصفة تدريجية مبادئ عديدة تدور في فلكه ففي أحد قراراتها المبدئية الصادر في ٣ ديسمبر/ كانون الأول ١٩٦٦<sup>٨٨</sup> كرست محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة قاعدة رقابة محكمة التعقيب على قرارات دائرة الاتهام جاعلة من حرية الأفراد والمساس بها من خلال قرارات صادرة عن دائرة الاتهام كالإيقاف التحفظي عملا خاضعا لرقابة محكمة القانون. وقد أسس هذا القرار لفقه قضاء مستقرّ وأهمّ المشرع ليقوم بتنقيح القانون الجزائي في اتجاه تمكين المتهم من ضمانات حتى

٨٨ قرار تعقيبي عدد ٥٠٨٨ صادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب في ٣ ديسمبر/ كانون الأول ١٩٦٦.

في حالة تقييد حريته من قبل القاضي<sup>٨٩</sup>. وقد أكدت محكمة التعقيب على هذا المبدأ في قضية سامي الفهري حين نقضت قرار دائرة الإتهام القاضي بسجن المتهم من خلال القرار التعقيبي الأول عدد ٧٢١٢ الصادر في ٢٨ نوفمبر/ تشرين الثاني ٢٠١٢ والقرار التعقيبي الثاني الصادر في ٥ أبريل/ نيسان ٢٠١٣.

وفي سياق آخر اتسم موقف محكمة التعقيب بالخطورة على حرمة المسكن حين اعتبرت في أحد قراراتها أنّ عمليات التفتيش التي أجريت دون احترام الإجراءات التشريعية لا ينتج عنها بطلان ما أجري من أبحاث أو بطلان أو إلغاء ما وقع جمعه أثناء التفتيش من أدلة وقرائن<sup>٩٠</sup>. ويبقى موقف محكمة التعقيب من مسألة زواج المسلمة بغير المسلم وهي المسألة المتصلة بحرية الاختيار دليلاً قائماً على تذبذب محكمة التعقيب في ما يخصّ نظرتها للحدود الواقعة على الحريات حيث قاربتها أحياناً من منطلق الشريعة الإسلامية<sup>٩١</sup> وأحياناً من زاوية حقوق الإنسان الكونية<sup>٩٢</sup>.

وبصفة غير مباشرة يمكن إيجاد فكرة الفصل ٤٩ في فقه قضاء محاكم الأصل التي وعلى عكس ما استقرّ عليه فقه قضاء محكمة التعقيب منذ قرار "حورية"<sup>٩٣</sup> من تأويل واسع للفصل ٨٨ من مجلة الأحوال الشخصية يضيف إلى القتل العمد كمانع للإرث مانعاً آخر هو اختلاف الدين رفضت بعضها هذا الحدّ من الحرية الدينية كالمحكمة الابتدائية بتونس في ١٨ ماي/ أيار ٢٠٠٢ ومحكمة الاستئناف بتونس في ١٤ جوان/ حزيران ٢٠٠٢. حيث أنّ إقصاء أرملة مورث أطراف النزاع من زمرة الورثة بناء على معتقدها الديني زمن افتتاح التركة يتعارض مع الفصل ٨٨ م.أ.ش. الذي حدّد موانع الإرث وحصرها في القتل العمد ممّا يلزم معه عدم التوسع في مجاله عملاً بالفصل ٥٤٠ م.إ.ع. ... وحيث أنّ العمل بالدين كمانع من موانع الإرث يؤدّي لجعل هذا الحقّ معلقاً على معتقد الشخص ممّا قد يؤدّي به إلى الضغط على حريته في اختيار دينه سعياً وراء ضمان نصيبه من التركة كما أنّ العمل بهذا المانع يؤدّي بالمحكمة كلما كان نزاع إلى إجبار المتقاضين على التصريح بديانته وهو ما يتعارض مع واجب احترام الشعور الديني وضرورة بقائه في إطار الإيمان الباطني للفرد. وحيث أنّ تأويل الفصل ٨٨ م.أ.ش. كما تتمسك به المدعيتان يؤدّي لو وقع العمل به إلى خرق الفصل السادس من الدستور وذلك بخلق صنفين من التونسيين: صنف له أهلية الميراث لا اعتناقه نفس ديانة مورثه وصنف ممنوع من الميراث لمجرد ممارسته أحد حرياته الأساسية". وقد اعتمدت محكمة الاستئناف على تعليل مشابه

٨٩ انظر مني التابعي، «الحريات الفردية أمام محكمة التعقيب»، ضمن مؤلف جماعي تحت إشراف وحيد الفرشيشي، الحريات الفردية. تقاطع المقاربات، الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية، تونس، ٢٠١٤، ص ١٦٤-١٩٤ و زهير اسكندر، «مراقبة محكمة التعقيب للإيقاف التحفظي»، نصف قرن من القانون الجزائري، أشغال الملتقى يومي ٢٥ و ٢٦ نوفمبر/ تشرين الثاني ٢٠١٠ بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والتصرف بجنودية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، ص ٢٤٧-٢٥٥.

٩٠ قرار تعقيبي جزائي عدد ٤٥٦٠ مؤرخ في ٩ ماي/ أيار ١٩٨٤.

٩١ قرار تعقيبي جزائي عدد ٧٧٥٩ مؤرخ في ٢٧ جوان/ حزيران ١٩٧٣ وقرار تعقيبي مدني عدد ٩٦٥٨ مؤرخ في ٨ جوان/ حزيران ٢٠٠٦.

٩٢ قرار تعقيبي مدني عدد ٣١١١٥ مؤرخ في ٥ فيفري/ شباط ٢٠٠٩.

٩٣ قرار تعقيبي مدني عدد ٣٣٨٤ مؤرخ في ٣١ جانفي/ كانون الثاني ١٩٦٦ ق.ت. لسنة ١٩٦٧ ص ٤٣.

لتعليل المحكمة الابتدائية لدحض التأويل الواسع للفصل ٨٨ م.أ.ش. في قرارها سابق الذكر<sup>٩٤</sup>. وفي انتصار واضح لهذا التوجه في تأويل الفصل ٨٨ م.أ.ش. أصدرت محكمة التعقيب قرارها عدد ٤٢٦٦ في ٢٨ أكتوبر/ تشرين الأول ٢٠١٤ في قضية "الأرملة مادلين" ناقضة حكم محكمة الاستئناف بتونس الصادر تحت عدد ٢٣٦٦١ في ٣٠ جانفي/ كانون الثاني ٢٠١٣ حيث قضت بعدم صحة التأويل الواسع للفصل ٨٨ محيلة القضية من جديد إلى محكمة الاستئناف بتونس التي دعمت بدورها هذا الموقف في قرارها الصادر تحت عدد ٩١٦٥٩ في ١ نوفمبر/ تشرين الثاني ٢٠١٦. وأسست المحكمتان رفضهما للاختلاف في الدين كمانع من موانع الإرث على أن القوانين المكرسة لاستثناءات تخضع لقاعدة التأويل الضيق وهو ما يمنع التوسع في فهم نص لا يقرر صراحة اختلاف الدين كمانع للإرث. كما ذكرت بالطبيعة الوضعية للقانون التونسي التي تمنع اعتبار الشريعة مصدرا من مصادره وبالمبادئ الأساسية للنظام القانوني التونسي التي تحول دون أيّ مساس من حرية المعتقد وأيّ تمييز على أساس الدين<sup>٩٥</sup>.

ليست فكرة الفصل ٤٩ بغريبة إذن عن المنظومة القانونية التونسية ولكنّ تطبيقها كان متسا بالضبائية والتذبذب. ومع إدراج الفصل ٤٩ ضمن دستور ٢٠١٤ تحوّلت هذه الفكرة الهلامية إلى مبدأ دستوري واضح المعالم يجبر القاضي مهما كان توجهه كما يجبر المشرع والإدارة على تفعيل مضمونه.

٩٤ انظر بخصوص هذين القرارين وغيرهما: مالك الغزواني، «من فقه القضاء حول الحقوق الأساسية»، م.ق.ت.، ٢٠٠٢، ص ١-٢٦.

٩٥ انظر بخصوص هذين القرارين:

BEN ACHOUR (Sana), «Vers la fin de l'empêchement à l'héritage du conjoint non-musulman?», [www.leaders.com.tn/article/22321-sana-ben-achour-vers-la-fin-de-l-empêchement-a-heritage-du-conjoint-non-musulman](http://www.leaders.com.tn/article/22321-sana-ben-achour-vers-la-fin-de-l-empêchement-a-heritage-du-conjoint-non-musulman).



# الجزء الثاني

## مضمون الفصل ٤٩

---

يحتوي الفصل ٤٩ على مجموعة من الضمانات ترافق عملية تحديد الحقوق والحريات استقرّ الرأي اليوم على اعتبارها مراحل متراكبة ومتسلسلة في الحكم على شرعية أيّ حدّ يتعلّق بالحقوق والحريات. وتتمثل هذه الضمانات في شروط شكلية تعرف بـ "التحفظ التشريعي" (الباب الأوّل) وفي شروط جوهرية دأب الفقه المقارن على تسميتها بـ "حدود الحدود" (الباب الثاني).

# الباب الأول

## التحفظ التشريعي

---

ظهر مفهوم التحفظ التشريعي (أو الاختصاص التشريعي الحصري) *Gesetzesvorbehalt* كمبدأ من المبادئ الأساسية في القانون الدستوري الألماني منذ القرن التاسع عشر<sup>٩٦</sup> وامتد إلى عديد النصوص الدستورية والدولية كالميثاق الكندي للحقوق والحريات الذي يضمن من خلال مادته الأولى الحريات والحقوق "الواردة في بنوده فقط ضمن الحدود المعقولة التي يقرها القانون..." ودستور جنوب إفريقيا الذي لا يجوز في فصله السادس والثلاثين تقييد الحقوق "إلا بمقتضى قانون يطبق على الناس كافة". كما وقع التنصيص على الاختصاص التشريعي الحصري ضمن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان من خلال المواد من ٩ (٢) إلى ١١ (٢) وميثاق الاتحاد الأوروبي للحقوق الأساسية صلب المادة ٥٢ (١). والمبدأ هو علاوة على ذلك أحد المبادئ الأساسية التي أقرتها مبادئ سيراكوزا المتعلقة بأحكام التقييد وعدم التقييد الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية<sup>٩٧</sup> في صياغة تحيل إلى استقرار هذا الشرط كمبدأ من مبادئ القانون الدولي في وضعه الراهن<sup>٩٨</sup>.

ويسعى هذا الشرط إلى تجنب اعتبارية تدخل السلطات العامة في الحقوق والحريات والمخاطر المرتبطة بصبغته غير المتوقعة<sup>٩٩</sup>.

وبالتالي فإن التحفظ التشريعي لا يحيل فقط إلى وجود قانون يحد من الحقوق والحريات كشرط من شروط تقييدها بل يمتد إلى فرض شروط خاصة بهذا القانون نفسه تحيل إلى اعتبارات تتعلق بجدوة التشريع. فالقانون اللازم للحد من الحقوق والحريات لا يمكن أن يقتصر على الاستجابة لشروط القانون الشكلية بل يجب أن تتوفر فيه شروط مادية تبدو أهم من وجود القانون نفسه. وعليه فإن تطبيق هذا الشرط يستدعي التثبت في مرحلة أولى من وجود القانون وفي مرحلة ثانية في توفر القانون على الشروط المادية المستوجبة.

## ١. وجود القانون

تنص الفقرة ١٥ من مبادئ سيراكوزا على أنه "لا يجوز تقييد ممارسة حقوق الإنسان إلا إذا نصّ على ذلك قانون وطني...". كما تؤكد على ذلك اللجنة الخاصة بحقوق الإنسان صلب الأمم المتحدة عندما تنوّه بأن "القيود المفروضة يجب أن ينصّ عليها القانون"<sup>١٠٠</sup>. وفي مناسبة أخرى متعلّقة بحرية التنقل تعرّضت اللجنة نفسها إلى نفس هذا المعنى قائلة "ولابدّ للقانون نفسه من أن يحدّد الأوضاع التي يجوز فيها الحدّ من الحقوق... فالقيود التي لا ينصّ عليها القانون أو التي لا تتسق مع متطلبات الفقرة ٣ من

٩٦ ويمكن إرجاع ظهوره إلى نهاية القرن الثالث عشر بإنجلترا حيث أعلن الملك إدوارد الأول في ١٢٩٥ قرارا داعما للشرعة الكبرى يتعهد من خلاله أن لا يقع رفع أي ضريبة جديدة دون موافقة البرلمان.

FRISON (D.), *Histoire constitutionnelle de la Grande-Bretagne*, Paris, 2005, pp. 22-23.

٩٧ الفقرات من ١٥ إلى ١٨.

٩٨ انظر الفقرة ٦ من مبادئ سيراكوزا: «ويرى المشتركون أنّ هذه المبادئ تبين الحالة الراهنة للقانون الدولي باستثناء التوصيات التي أشير إليها باستعمال الفعل «يتعين» بدلا من «لا يجوز» (أو «يجب»)» (الإضافة بين قوسين من عندنا).

٩٩ بيرنستورف (يوخن فون)، المرجع السابق، ص ٤.

١٠٠ التعليق العام رقم ٢٢ (١٩٩٣) المادة ١٨، الفقرة ٨.

المادة ١٢ ستمثل انتهاكا للحقوق المكفولة بموجب الفقرتين ١ و ٢<sup>١٠١</sup>. ويعني القانون النص الصادر عن السلطة المؤهلة لإصدار القوانين أي السلطة التشريعية. وفي تونس يؤهل الفصل ٦٥ من الدستور السلطة التشريعية اتخاذ نوعين من القوانين. حيث "تتخذ شكل قوانين عادية النصوص المتعلقة ب - إحداث أصناف المؤسسات والمنشآت العمومية والإجراءات المنظمة للتفويت فيها - الجنسية - الالتزامات المدنية والتجارية - الإجراءات أمام مختلف أصناف المحاكم - ضبط الجنايات والجناح والعقوبات المنطبقة عليها وكذلك المخالفات المستوجبة لعقوبة سالبة للحرية - العفو العام - ضبط قاعدة الأداءات والمساهمات ونسبها وإجراءات استخلاصها - نظام إصدار العملة - القروض والتعهدات المالية للدولة - ضبط الوظائف العليا - التصريح بالمكاسب - الضمانات الأساسية الممنوحة للموظفين المدنيين والعسكريين - تنظيم المصادقة على المعاهدات - قوانين المالية وخلق الميزانية والمصادقة على مخططات التنمية - المبادئ الأساسية لنظام الملكية والحقوق العينية والتعليم والبحث العلمي والثقافة والصحة العمومية والبيئة والتهيئة الترابية والعمرانية والطاقة وقانون الشغل والضمان الاجتماعي. تتخذ شكل قوانين أساسية النصوص المتعلقة بالمسائل التالية - الموافقة على المعاهدات - تنظيم العدالة والقضاء - تنظيم الإعلام والصحافة والنشر - تنظيم الأحزاب والنقابات والجمعيات والمنظمات والهيئات المهنية وتمويلها - تنظيم الجيش الوطني - تنظيم قوات الأمن الداخلي والديوانة - القانون الانتخابي - التمديد في مدة مجلس نواب الشعب وفق أحكام الفصل ٥٦ - التمديد في المدة الرئاسية وفق أحكام الفصل ٧٥ - الحريات وحقوق الإنسان - الأحوال الشخصية - الواجبات الأساسية للمواطنة - السلطة المحلية - تنظيم الهيئات الدستورية - القانون الأساسي للميزانية."

ودون الخوض في وجاهة هذا التقسيم ومبررات ضبط قائمة المواد الداخلة في هذا الصنف من القانون أو ذاك فإننا نكتفي بالإشارة إلى أن حقوق الإنسان تتعلق بمواد تدخل في كلا الصنفين وهو ما يؤدي إلى القول بأن القانون الصادر لتحديد ما قد يكون حسب المادة إما قانونا أساسيا أو قانونا عاديا على عكس ما يوحي به إيراد مادة "الحريات والحقوق الأساسية" ضمن قائمة المواد الداخلة ضمن القوانين الأساسية.

ووجد هذا الشرط في القانون التونسي منذ النسخة الأولى من دستور ١٩٥٩ صلب الفصل السابع وكرسه فقهاء قضاء المجلس الدستوري في أكثر من رأي. ففي رأيه عدد ٣١-٢٠٠٣ الصادر في ٣٠ أبريل/ نيسان ٢٠٠٣ اعتبر المجلس الدستوري أن الحرمان من ممارسة إحدى أنشطة النقل البري في حالات يضبطها نص ترميمي لا يتلاءم مع توطئة الدستور المكرسة للحق في العمل. وفي تعليق على هذا الرأي كتب الأستاذ كمال شرف الدين وهو العضو بالمجلس الدستوري أن المجلس وكأنه "يوجه بذلك إلى السلطة التشريعية دعوة بأن تستفرغ كامل صلاحياتها في سن القوانين"<sup>١٠٢</sup>. وانتهج المجلس الدستوري نفس المنهج في شأن الحق في الصحة في رأيه عدد ٢٧-٢٠٠٦ الصادر في ٢٧ ماي/ أيار ٢٠٠٦ بمناسبة النظر في دستورية مشروع القانون المتعلق بتنقيح وإتمام القانون المتعلق بالأمراض السارية. كما كان في رأيه

١٠١ التعليق العام رقم ٢٧ (١٩٩٩) المادة ١٢ حرية التنقل، الفقرة ١٢.

١٠٢ محمد كمال شرف الدين، «رقابة دستورية القوانين والحقوق الأساسية».



الصادر في ٢٧ أكتوبر/ تشرين الأول ١٩٩٢ قد صرّح أن تنظيم حق الملكية يخرج من اختصاص السلطة الترتيبية مما يصير إقرار اختصاص عام للوزارة المكلفة بالتراث لتتولّى إضافة تراتيب خاصّة للمناطق المجاورة للمعلم التاريخيّة دون تحديد إجراءات اتخاذ هذه التراتيب أو بيان محتواها في نص القانون غير ملائم لما أقرّه الفصل ٣٤ من دستور ١٩٥٩<sup>١٠٣</sup>.

وبخصوص مسألة شكل التشريع المقيّد للحقوق يفيد فقهاء المجلس الدستوري أن هذا الأخير قد فرّق بين الحقوق الأساسيّة التي لا يجوز التقييد منها إلا بقوانين أساسيّة وهي الحريات السياسية وحرمة المسكن وسرية المراسلات وحماية المعطيات الشخصية وحرية التنقل واختيار المقر والحقوق الدستورية الأخرى كحق الملكية وحرمة الفرد والمساواة التي يجوز الحدّ منها بقانون عاديّ<sup>١٠٤</sup>. ولا نرى اليوم وجهة في هذا التقسيم غير أنه قد تمّ اعتماده في أكثر من رأي من آراء المجلس الدستوري على غرار الرأي عدد ٢٥-٢٠٠٠ الصادر في ١٢ جويلية/ تموز ٢٠٠٠ والمتعلّق بمشروع قانون إصدار مجلة المواصلات حيث اعتبر المجلس أن سرية المكالمات والمعلومات المنقولة تندرج في إطار سرية المراسلة فهي بالتالي من الحقوق الفردية المضمونة دستوريا ولا يجوز الحدّ منها ضمن قانون عادي بل وجب التقيّد في شأنها بما يقتضيه الفصل ٢٨ من الدستور باعتقاد شكل القانون الأساسي. وفي رأيه عدد ٦١ لسنة ٢٠٠٢ الصادر في ٩ أكتوبر/ تشرين الأول ٢٠٠٢ حول مشروع قانون يتعلّق بدعم المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب تضمّن أحكاما تتعلّق بالتفتيش بقدر ما تستلزمه معاينة جرائم الإرهاب رأى المجلس أن "ورود هذا الاستثناء ضمن قانون عادي لا يتطابق مع الفصلين ٩ و٢٨ من الدستور"<sup>١٠٥</sup>.

## الإطار ٨: دراسة حالة من فقه القضاء البولندي

لممارسة مهنة المحاماة في بولندا يجب على المترشحين القيام بتكوين. يتمّ تنظيم هذا التكوين من قبل شركات مختصّة ويقبل المترشحون بعد اجتياز امتحان تجريبية هذه الشركات التي تنصّ أنظمتها على أن تحديد عدد الأشخاص الذين سيقع قبولهم وقواعد المناظرة يتمّ من قبل الشركات في كلّ سنة. وقد حصل جدل بخصوص دستوريّة جعل قرار عدد الأشخاص المقبولين وقواعد المناظرة في يد هذه الشركات. اعتبرت المحكمة أن أنظمتها هذه الشركات غير دستورية بما أنّها تعطي للشركات سلطة تتعلّق بالحق في العمل في حين أنّ التحديدات المتعلّقة بهذا الحق يجب أن يقع التنصيب عليها بقانون لا بنظام داخلي لشركة<sup>١٠٦</sup>.

١٠٣ مثله الرأي عدد ٢٥-٢٠٠٠ الصادر في ١٢ جويلية/ تموز ٢٠٠٠.

١٠٤ محمد كمال شرف الدين، سابق الذكر، ص ٢٧.

١٠٥ ومثله الرأي عدد ٧٤-٢٠٠٥ الصادر في ٢١ أكتوبر/ تشرين الأول ٢٠٠٥ والرأي عدد ٥٦-٢٠٠٦ الصادر في ٦ نوفمبر/ تشرين الثاني ٢٠٠٦.

١٠٦ POL-2004-2-012, Constitutional Case Law of the Venice Commission, www.Codices.coe.int

ويمتدّ القانون في هذا السياق إلى النصّ الصادر عن سلطة مفوّضة من السلطة التشريعية. وفي هذه الحالة يجب أن يكون التفويض دقيقاً للغاية في تحديد موضوعه وحدوده. والحديث هنا يتعلّق بالسلطة الترتيبية العامة لتطبيق القوانين<sup>١٠٧</sup> التي لم تندثر بالرغم من تحوّل مجال القانون مع دستور ٢٠١٤ من مجال حددé domaine réservé إلى مجال محصّن domaine assigné.

وفي بعض البلدان التي تطبّق كلياً أو جزئياً النظام الأنجلوسكسوني يعرف القانون بصفة واسعة. ففي كندا مثلاً يعرف القانون بصورة تشمل القانون بالمعنى الشكلي والتراتب ومبادئ القانون الأنجلوسكسوني<sup>١٠٨</sup>. فممارسة حقّ من قبل الحكومة اعتماداً على مبادئ القانون الأنجلوسكسوني يعتبر ممارسة لحقّ على أساس قانون على معنى المادة الأولى من العهد الكندي للحقوق والحريات. حيث تستطيع الحكومة الفيدرالية الاعتماد على حقّها في التصرف في أملاكها وهو حقّ مستخرج من مبادئ القانون الأنجلوسكسوني العامة لمنع وجود مخيم على الربوة البرلمانية بأوتاوا<sup>١٠٩</sup>.

ويذهب فقه القضاء الأوروبي لحقوق الإنسان نفس هذا المذهب الواسع في تعريف القانون فالمحكمة الأوروبية على عكس نظيرتها الأمريكية التي تشترط وجود نصّ قانوني بالمعنى الشكلي<sup>١١٠</sup> تعرف القانون في هذا الصدد بمعناه المادّي وبالتالي فإنّها إضافة إلى القوانين بالمعنى الشكليّ تعتبر كذلك قانوني المعاهدات الدولية النافذة على صعيد القانون الوطني<sup>١١١</sup> والتراتب الصادرة على أساس قوانين بالمعنى الشكلي<sup>١١٢</sup> وحتى القرارات الإدارية<sup>١١٣</sup> والقرارات التي تتخذها الهيئات المهنية بتفويض من المشرّع<sup>١١٤</sup> وبالنسبة إلى دول القانون الأنجلوسكسوني فإنّ المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان اعتبرت قانوناً الأحكام والسوابق القضائية تماشياً مع خصائص هذا النظام القانوني<sup>١١٥</sup>. وتلافياً لخلق حالة من عدم المساواة بين دول النظام الأنجلوسكسوني ودول النظام الروماني الجرمانى فإنّ المحكمة قد قبلت اعتبار حكم قضائيّ مؤوّل لقانون مكتوب قانوناً كذلك<sup>١١٦</sup>.

١٠٧ لا بدّ من الإشارة هنا إلى أنّه لا مجال في هذا السياق للحديث عن السلطة الترتيبية العامة المستقلّة التي يشير إليها الفصل ٦٥ من الدستور من خلال فقرته الأخيرة بأنّه «يدخل في مجال السلطة الترتيبية العامة المواد التي لا تدخل في مجال القانون» وذلك لأنّ الحدود والحريات هي مجال اختصاص حصري للقانون.

١٠٨ R. C. Therens [1985] 1 R.C.S. 613, 645

١٠٩ Weisfeld c. Canada [1995] 1 C.F. 933

١١٠ COUSSIRAT-COUSTERE (V.), in : PETITTI - DECAUX - IMBERT, La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, Paris, 1999, p. 334

١١١ CEDH, Groppera Radio AG et autres, 28 mars 1990, Série A, n° 173

١١٢ Requête à la Commission européenne des droits de l'Homme n° 1983/63, Rec. 18

١١٣ CEDH, Andersson, 25 février 1992, Série A, n° 226, §§ 84-85

١١٤ CEDH, Barthold, 25 mars 1985, Série A, n° 90

١١٥ CEDH, Sunday Times, 26 avril 1979, Série A, n° 30, § 48

١١٦ CEDH, Kruslin, 24 avril 1990, Série A, n° 176

غير أنه لا يعتبر قانونا في فقه القضاء الكندي الممارسات والمقررات الإدارية كمقرّر إداري للإدارة السجنية<sup>١١٧</sup> أو ممارسة بوليسية<sup>١١٨</sup> أو ممارسة لمجلس بلدي تمثلت في تلاوة دعاء في مفتتح اجتماعاته<sup>١١٩</sup> أو مقرر تأديبي صادر من الرئيس المباشر ضدّ موظف عمومي<sup>١٢٠</sup>. كما لا تعتبر المناشير في فقه القضاء الأوروبي قوانين<sup>١٢١</sup>.

## الإطار ٩: مقتطف من التعليق العام رقم ٣٤ (٢٠١١) المادة ١٩ حرية الرأي وحرية التعبير

«٢٤- ويجب أن تكون القيود محدّدة بنصّ القانون وقد يشمل القانون قوانين تتعلّق بالامتيازات البرلمانية وقوانين انتهاك حرمة المحكمة ونظرا إلى أنّ أيّ تقييد لحرية التعبير يشكّل انتقاصا خطيرا من حقوق الإنسان فإنّ تكريس التقييد في القوانين التقليدية أو الدينيّة أو غيرها من القوانين العرفيّة يتنافى مع العهد».

## ٢- خصائص القانون

لا يكفي وجود قانون يحدّد الحقوق والحريات للقول بشرعيّة هذا التحديد بل يجب أن تتوفر في هذا القانون شروط ماديّة تلخصها مبادئ سيراكوزا في أربع فقرات كالآتي:

## الإطار ١٠: الفقرات الخاصّة بالتحفّظ التشريعي ضمن مبادئ سيراكوزا

(يقضي بها القانون)

- ١٥- لا يجوز تقييد ممارسة حقوق الإنسان إلّا إذا نصّ على ذلك قانون وطني مطبّق تطبيقا عاما يتفق مع العهد ويكون ساري المفعول في وقت تطبيق التقييد.
- ١٦- لا يجوز أن تكون القوانين التي تفرض تقييدات على ممارسة حقوق الإنسان تعسّفية أو غير معقولة.
- ١٧- يجب أن تتسم القواعد القانونيّة التي تحدّد من ممارسة حقوق الإنسان بالوضوح وأن تكون في متناول الجميع.

Weatherall c. Canada (P.G.), [1989] 1 C.F. 18 (CA)	١١٧
R. c. Therens [1985] 1 R.C.S. 613	١١٨
Freitag c. Penetanguishene (Town) [2000] 179 D.L.R. (4th) 150 (C.A. Ont)	١١٩
Alberta Union of Provincial Employees c. Alberta (2003) 218 D.L.R. (4th) 16 (C.A. Alta)	١٢٠
CEDH, Frérot, 12 juin 2007, Rec., §§ 52 et ss	١٢١

١٨ - يجب أن يوفر القانون الضمانات الكافية وسبل الانتصاف الفعالة ضدّ فرض التقييدات على حقوق الإنسان أو تطبيقها على نحو قانوني أو منطوي على إساءة استعمال<sup>١٢٢</sup>.

الشرط الأول - أن يكون القانون عامًا متفقًا مع العهد وساري المفعول في وقت تطبيق القانون يتكوّن هذا الشرط من ثلاثة عناصر فالقانون يجب أن يكون:

عامًا

تعني الصبغة العامة للقانون عدم تعلّقه بحالة فردية أو خاصّة بجماعة معيّنة إلّا إذا كانت لهذه الجماعة خصائص موضوعية تبرّر ذلك.

لا يبرز هذا الشرط صراحة في الفصل ٤٩ كما لا يبرز صراحة في بعض النصوص المقارنة كالميثاق الكندي للحقوق والحريات ولكن بعض الدساتير تنصّ عليه بصفة مباشرة كالقانون الأساسي الألماني في فصله ١٩ (١) الذي ينصّ على قانون "مطبّق بصفة عامّة لا على حالات فردية" ودستور جنوب إفريقيا الذي لا يبيّن تحديد الحقوق والحريات "إلّا بمقتضى قانون يطبّق على الناس كافّة" ودستور البرتغال الذي جاء في فصله ١٨ أنّ "القوانين التي تحدّد الحقوق والحريات والضمانات يجب أن تكون ذات صبغة عامّة ومجرّدة...".

متفقًا مع العهد

تحيل عبارة "متفقًا مع العهد" في مبادئ سيراكوزا إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية غير أنّ هذه العبارة يجب أن تفهم في سياق عام هو سياق حقوق الإنسان الكونية والمترابطة والمتكاملة بما يجعلها تحيل إلى ضرورة توافق القانون الداخلي مع القانون الدولي لحقوق الإنسان ككلّ.

## الإطار ١١: مقتطفات من تعليقات عمّة اللجنة المعنية بحقوق الإنسان

التعليق العام رقم ٣٤ (٢٠١١) المادة ١٩ حرّية الرأي وحرية التعبير

٢٦ - ويجب أن تكون القوانين المقيّدة للحقوق الواردة في الفقرة ٢ من المادة ١٩ ... ليس فقط متلائمة مع الشروط الصارمة للفقرة ٣ من المادة ١٩ من العهد بل يجب أن تكون هي نفسها متلائمة مع أحكام العهد وأهدافه وأغراضه. ويجب ألاّ تنتهك القوانين أحكام عدم التمييز المنصوص عليها في العهد. ويجب ألاّ تنصّ القوانين على جزاءات تتنافى مع العهد مثل العقوبة البدنية».

١٢٢ هكذا في النسخة العربية فالتركيّب غير موفّق ولكنّ المعنى واضح.

### التعليق العام رقم ١٦ (١٩٨٨) المادة ١٧ الحق في حرمة الحياة الخاصة

«٣-... ولا يجوز أن يحدث التدخل الذي تأذن به الدول إلا على أساس القانون الذي يجب هو نفسه أن يكون متفقاً مع أحكام العهد ومراميه وأهدافه.

٤-... والمقصود بإدراج مفهوم التعسف هو ضمان أن يكون التدخل نفسه الذي يسمح به القانون موافقاً لأحكام العهد ومراميه وأهدافه وأن يكون في جميع الحالات معقولاً بالنسبة للظروف المعينة التي يحدث فيها.

٨- وحتى في ما يتعلق بعمليات التدخل التي تتفق مع العهد يجب أن يحدّد التشريع ذو الصلة بالتفصيل الظروف المحددة التي يجوز السماح فيها بهذا التدخل. وأي قرار باللجوء إلى هذا التدخل المسموح به يجب أن تتخذ السلطة التي يسمّيها القانون وحدها دون سواها وعلى أساس كلّ حالة على حدة.»

### التعليق العام رقم ٢٧ (١٩٩٩) المادة ١٢ حرية التنقل

١٨- ويجب أن يكون تطبيق القيود المسموح بها بموجب الفقرة ٣ من المادة ١٢ متسقاً مع الحقوق الأخرى المكفولة في العهد ومع المبادئ الأساسية للمساواة وعدم التمييز. وبالتالي فإن تقييد الحقوق المنصوص عليها في الفقرتين ١ و ٢ من المادة ١٢ عن طريق أي تمييز أياً كان نوعه، سواء كان على أساس العرق أو اللون أو الجنس أو الدين أو الرأي السياسي أو غير السياسي أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الملكية أو النسب أو لأي سبب آخر، إنما يشكل انتهاكاً واضحاً للعهد. وقد لاحظت اللجنة خلال فحصها تقارير الدول عدة حالات تطبق فيها تدابير تمنع المرأة من التنقل بحرية أو من مغادرة البلد إلا بموافقة شخص ذكر أو برفقته، وهي حالات تمثل انتهاكاً للمادة ١٢ أيضاً.

٢١- ولا يجوز بأي حال حرمان شخص ما تعسفاً من الحق في الدخول إلى بلده. والغرض من الإشارة إلى مفهوم التعسف في هذا السياق هو التشديد على أنه ينطبق على أي إجراء من جانب الدولة، سواء كان تشريعياً أو إدارياً أو قضائياً؛ فالإشارة إليه تضمن بالضرورة أن يكون أي تدخل، حتى ولو بحكم القانون، متفقاً مع أحكام العهد وغاياته وأهدافه، وأن يكون في جميع الأحوال معقولاً في الظروف المعينة. وترى اللجنة أنه قلماً تكون هناك ظروف - إذا وجدت أصلاً - يمكن أن تعتبر معقولة لحرمان شخص ما من الدخول إلى بلده. ويجب على الدولة الطرف ألا تُقَدِّم - بتجريد شخص ما من جنسيته أو بطرده إلى بلد آخر - على منعه تعسفاً من العودة إلى بلده.

## ساري المفعول في وقت تطبيق القانون

يعتبر هذا الشرط من متعلقات الأمن القانوني *sécurité juridique* وهو تكريس لحق من حقوق الإنسان يعبر عنه بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يقضي في ما يقضيه أن لا تطبق على الذات القانونية غير المتضمنات القانونية سارية المفعول في وقت الحاجة إليها. وقد ورد هذا الشرط بصفة صريحة في دستور البرتغال الذي اقتضى في فصله ١٨ إضافة إلى الصبغة العامة والمجردة التي يجب أن تتوفر في القوانين المحددة للحقوق والحريات والضمانات أنه "لا يمكن أن تكون ذات مفعول رجعي".

### الشرط الثاني - أن لا يكون القانون تعسفياً أو غير معقول

يشير هذا الشرط المزدوج إلى خاصيتين في النص القانوني هما العقلانية *le caractère rationnel* والمعقولية *le caractère raisonnable*.

وتحيل العقلانية إلى شروط واجبة التحقق في النص نفسه في حين ترتبط المعقولية بالسياق الخارجي الذي يتنزل فيه ذلك النص. وبالتالي فإن العقلانية مرتبطة بخصائص النص على المستوى التقني فهي قيمة موضوعية *valeur objective* تهتم بكيفية إعداد النص وصيرورة خروجه إلى الوجود. أما العقلانية فهي قيمة متحركة *valeur conjonctuelle* لانفتاحها على السياق الخارجي للنص واهتمامها بمدى تماشي مقتضياته مع ما يراه الناس عامة على أنه مقبول على المستوى العقلي حيث ترتبط العقلانية في القانون بفكرة الثوابت القانونية *standards*. ولئن كانت الثوابت القانونية عادة ما تستعمل لتبرير صيرورة إنتاج القاعدة القانونية أولاً ولتبرير الحلول أو التأويلات التي تتخيرها هياكل تطبيق القاعدة القانونية ثانياً فإنها تحيل بالرغم من ذلك كله إلى مؤشرات تتسم بحد أدنى من الوضوح ومن شأنها بالتالي أن تضمن كذلك حداً أدنى من السلامة القانونية.

وبناء على ما تقدم يمكن القول إن المعقولية تعبر عن مدى احترام الشروط الشكلية لإنتاج القاعدة القانونية بما يجعلها غير اعتباطية أما العقلانية فتعبر عن مدى انصهار القاعدة القانونية في السياق الاجتماعي الذي وردت ضمنه بما يجعلها غير تعسفية. فيكون القانون مستجيباً لشرط المعقولية إذا كان منسجماً في تركيبته الداخلية *coherence* متناسباً مع مقتضيات سنه *proportionnalité* غير اعتباطي *non arbitraire* حذراً *prudence* وغير متسم بالغلو *non-excessif* ويكون محققاً لشرط العقلانية إذا كان متلائماً مع الوضعيات *convenable* مقبولا من الناس أو قابلاً لأن يكون كذلك *acceptable* ومكرساً لمبدأ الإنصاف *équitable*.

وقد أرست المحكمة الأمريكية العليا مبدأ المعقولية في النصوص القانونية منذ مطلع القرن العشرين من خلال توجه أصبح يعرف باسم "اللوكنرية" نسبة إلى قرارها المبدئي الشهير في قضية لوكنر ضد نيويورك الصادر في ١٧ أبريل/نيسان ١٩٠٥ والذي صرحت فيه المحكمة بعدم دستورية قانون صادر بدولة نيويورك (Bakeshop Act, ١٨٩٥) يحدد ساعات العمل الأسبوعية معتبرة أن هذا القانون يتعارض مع الحرية التعاقدية والحق في العمل بما فيه من تحديد غير معقول لساعات العمل اليومية للمخابز بعشر ساعات والأسبوعية بستين ساعة<sup>١٢٣</sup>.

١٢٣ انظر بخصوص هذا القرار:

SUSTEIN (C.), « Lochner's Legacy », Columbia Law Review, 1987, n° 5, pp. 873-919.

وحسب المحكمة الفيدرالية السويسرية فإنّ القرار الإداري يكون اعتبارياً إذا كان الحلّ الذي يقدمه "غير قابل للدفاع عنه أو في تعارض بديهي مع الوضعية الواقعية أو إذا اتخذ دون مبرر موضوعي أو في خرق لبعض الحقوق وعلاوة على ذلك فإنّه لا يكفي أن تكون أسس اتخاذ القرار المطعون فيه واهية بل إنّ يجب كذلك أن يكون اعتبارياً في النتائج التي يضيفي إليها"<sup>١٢٤</sup>. وأمّا القانون فإنّه يكون اعتبارياً حسب نفس المحكمة إذا "لم يستند إلى مبررات جدّية وموضوعية أو لم يكن له لا معنى ولا هدف"<sup>١٢٥</sup>.

## الإطار ١٢: مقتطفات من التعليق العام رقم ٢٥ (١٩٩٦) المادة ٢٥

«٤- ويجب الاستناد لدى فرض أيّ شروط على ممارسة الحقوق المحميّة بموجب المادة ٢٥ إلى معايير موضوعية ومعقولة. فقد يكون من المعقول على سبيل المثال فرض حدّ أدنى للسن المطلوبة لانتخاب الفرد أو تعيينه لشغل وظائف معينة يكون أكبر من السن المطلوبة لممارسة حق الانتخاب الذي ينبغي أن يتاح لكلّ مواطن بالغ (راشد). ولا يجوز تعليق أو إبطال ممارسة المواطنين لتلك الحقوق إلّا لأسباب موضوعية ومعقولة ينصّ عليها القانون. فقد يشكّل العجز العقلي المثبت سبباً على سبيل المثال حرمان أحد الأشخاص من حقّه في الانتخاب أو شغل منصب.

١٠- ويجب أن يقرّ حق الاقتراع في الانتخابات والاستفتاءات الشعبية بموجب القانون ويجوز أن يخضع هذا الحق لتقييدات معقولة نحو تعيين حدّ أدنى لسنّ ممارسة حق الانتخاب. ومن غير المعقول تقييد هذا الحق على أساس الإصابة بعجز جسمي أو فرض شروط الإلمام بالقراءة والكتابة أو مستوى التعليم أو الملكية. ويجب ألاّ يشكّل الانتساب إلى عضوية أحد الأحزاب شرطاً للأهلية في الانتخاب أو أساساً لعدم الأهلية.

١٤- ويجب على الدول الأطراف أن تبين في تقاريرها وتشرح الأحكام التشريعية التي تحرم المواطنين من حقّهم في الانتخاب. وينبغي أن تكون أسباب هذا الحرمان موضوعية ومعقولة. فإن كانت الإدانة لارتكاب جريمة هي سبب الحرمان من هذا الحق يجب أن تكون فترة الحرمان متناسبة مع خطورة الجريمة وأهميّة العقوبة. ويجب ألاّ يحرم من ممارسة حق الانتخاب الأشخاص الذين احتجزت حريتهم ولكن لم تتمّ إدانتهم بعد.

١٥- وتضمن للمتمتعين بحق الانتخاب حرية اختيار المرشحين بإعمال حق ترشيح النفس واغتنام الفرص لتقلّد المناصب إعمالاً فعالاً. وينبغي أن تكون أيّ تقييدات تفرض على حق ترشيح النفس للانتخاب مثل تعيين حدّ أدنى للسن تقييدات مبرّرة قائمة على معايير موضوعية ومعقولة. ويجب ألاّ يستثنى أيّ شخص مؤهل غير من تطبيق عليه هذه التقييدات من ترشيح نفسه للانتخاب لأسباب غير مقبولة أو تمييزية من قبيل مستوى التعليم أو مكان الإقامة أو النسب أو بسبب انتمائه السياسي.

١٦- ويجب أن تكون شروط تاريخ التعيين أو الرسوم أو الكفالات معقولة وغير تمييزية. وينبغي في حال وجود مبررات معقولة تدعو إلى اعتبار بعض المناصب الترشيحية على أنها تتعارض مع شغل مناصب معينة (أي في القضاء أو بالنسبة إلى مناصب عسكرية من الرتب العالية أو في الإدارة العامة) ألا تقيد التدابير المتخذة لتفادي تضارب المصالح الحقوق المحمية بموجب الفقرة ب تقييدا لا لزوم له. ويجب أن تحدّد في القوانين استنادا إلى معايير موضوعية ومعقولة وحسب إجراءات منصفة الأسباب التي تجيز فصل شاغلي المناصب المنتخبين.

١٧- ويجب ألا يقيد حق الأشخاص في ترشيح أنفسهم للانتخاب بشروط غير معقولة تطالب بأن يكون المرشح منتسبا إلى عضوية أحد الأحزاب أو عضوية أحزاب معينة. وإن طلب إلى المرشح تلبية شرط توافر عدد أدنى من المؤيدين لقبول ترشيحه وجب أن يكون هذا الشرط ضمن المعقول وألا يستخدم كعائق لصعد المرشحين. ولا يجوز التذرع بالمذهب السياسي دون المساس بما ورد في الفقرة ١ من المادة ٥ من العهد لحرمان أي شخص من ترشيح نفسه للانتخاب.

### الشرط الثالث - أن يكون القانون واضحا ومتاحا للجميع

يمكن تلخيص هذا الشرط في جزئه الثاني أي أنه "يجب أن يكون القانون متاحا للجميع" وهو شرط يؤدي إلى الحرص على أن يكون القانون متاحا بالمعنى المادي للكلمة (وهو ما يحيل إليه في صياغة مبادئ سيراكوزا لفظ "واضحا") ومتاحا بالمعنى الذهني للكلمة (وهو ما تحيل إليه في صياغة مبادئ سيراكوزا عبارة "متاحا للجميع"). وهما المعنيان اللذين كرّسهما المجلس الدستوري الفرنسي كـ "مبادئ ذات قيمة دستورية"<sup>١٢٦</sup> ويذهب جانب من الفقه إلى اعتبار هذه الشروط نفسها من حقوق الإنسان<sup>١٢٧</sup>. وهي نفس المعاني التي فرضتها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان منذ ١٩٧٩ حين اعتبرت أن القوانين التي تحد من الحقوق والحريات المضمونة يجب أن تكون متاحة للمواطنين<sup>١٢٨</sup> accessible aux citoyens .

### أما إتاحة القانون للجميع بالمعنى المادي فتعني :

١. أن يكون القانون منشورا بما يمكن من الاطلاع عليه. وبعد أن كان فقه القضاء الأوروبي لحقوق الإنسان يكتفي بوجود القانون<sup>١٢٩</sup> تطوّر في مرحلة لاحقة ليصبح أكثر تشدداً وليضحي ضروريا من وجهة نظره توفر خصائص في القانون هي أن يكون متاحا بما فيه الكفاية « suffisamment accessible » ومعبّرا عنه بالدقة الكافية التي تمكن المواطنين من ضبط تصرّفاتهم « énoncée avec assez de précision »

١٢٦ انظر:

BESSON (E.), «Principe de clarté et objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi», [www.droitconstitutionnel.org/congresmtptextes5/BESSON.pdf](http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtptextes5/BESSON.pdf).

MALAUURIE (Ph.), « L'intelligibilité des lois », Pouvoirs, n° 14, pp. 131-137 ١٢٧

CEDH, Sunday Times c. Royaume Uni, 26 avril 1979, Série A, n° 30, req. N° 6538/74, GACEDH, n° 49 ١٢٨

Req. N° 1747762 Rec. 13, p. 42 ; Hendricks c. Pays-Bas, rapport de la commission, 8 mars ١٢٩  
1982, DR 29, p. 38, §§ 113-114



« pour permettre au citoyen de régler sa conduite »<sup>١٣٠</sup>. وبالنسبة إلى الإتاحة بما فيه الكفاية فهي تعني في السياق الأوروبي النشر<sup>١٣١</sup> publication أو على الأقل إعلام المشمولين بالإجراءات بما يمكنهم من الإطلاع عليها وضبط تصرفاتهم على أساسها<sup>١٣٢</sup>. وعلى هذا الأساس حكمت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأنّ التعليقات والتوجيهات الموجهة من وزير الداخلية البريطاني إلى مديري السجون لا تستجيب إلى شرط الإتاحة بما أنه لم يقع نشرها ولا تمكين السجناء من الاطلاع عليها عبر تعليق أهم مقتضياتها على حيطان زنازاتهم<sup>١٣٣</sup>.

ويذهب الفقه إلى أبعد من ذلك حين يعتبر أنّه يجب كذلك إتاحة الإطلاع للمواطنين على التطبيقات القضائية للقانون<sup>١٣٤</sup>.

٢. أن يكون القانون دقيقا بالمعنى الكافي وهو ما كرّسه المجلس الدستوري الفرنسي باعتباره هدفا دستورياً objectif de valeur constitutionnelle من خلال قراره الصادر في ١٦ ديسمبر/ كانون الأول ١٩٩٩ ودعّمه عبر قراره الصادر في ٢٧ جويلية/ تموز ٢٠٠٦ الذي نورد بعض حيثياته لما فيها من إيضاح لمضمونه "وحيث أنّه على المشرّع أن يارس بصفة كاملة الاختصاص الذي يعهد به إليه الدستور وخاصة الفصل ٣٤ منه. وحيث أنّ ممارسة المشرّع لاختصاصه بصفة كاملة والمبدأ ذو القيمة الدستورية المتعلق بمقروئية القانون وإمكانية الولوج إليه المستخرج من الفصول ٤ و ٥ و ٦ و ١٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ يفرضان عليه أن يصدر مقتضيات دقيقة بالقدر الكافي وأن يستعمل صيغا لا تحيل إلى معان مختلفة حيث عليه إذن أن يحمي الذوات الخاضعة للقانون من تأويل مخالف للدستور ومن كلّ خطر تطبيق اعتباطي دون أن يحيل إلى السلط الإدارية أو القضائية مهمة تحديد قواعد لم يمنح الدستور مهمة تحديدها إلا للقانون"<sup>١٣٥</sup>.

ولا تمثل المقتضيات غير الدقيقة حسب المحكمة الكندية العليا "أساسا مناسباً لنقاش قضائي... فهي لا تحدّد بصفة كافية نطاق التهديد ولا يمكنها إذن أن تمنح المواطنين تحذيرا معقولا ولا أن تحدّد من السلطة التقديرية لتطبيق القوانين"<sup>١٣٦</sup>.

وتعتبر المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنّ شرط الدقة في القانون هو أحد متعلقات مبدأ الأمن القانوني<sup>١٣٧</sup> principe de sécurité juridique الذي تعتبره المحكمة نفسها من جوهر نظام الاتفاقية

CEDH, Sunday Times, 26 avril 1979, Série A, n° 30, § 48	١٣٠
CEDH, Observer et Guardian, 26 novembre 1991, Série A, n° 216, § 52	١٣١
CEDH, Autronic A G, 22 mai 1990, Série A, n° 178, §§ 36 et 57	١٣٢
CEDH, Silver, 25 mars 1983, Série A, n° 61, §§ 87 et 93	١٣٣
BESSON (E), المرجع سابق الذكر، ص ٥	١٣٤
Conseil constitutionnel français, Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, § 9	١٣٥
Nova Scotia Pharmaceutical Society [1992] 2 R.C.S. 606, 639	١٣٦
CEDH, Baranowski c. Pologne, 28 mars 2000, rec. 2000-III, req. N° 28358/95, § 52	١٣٧

والقانون الأوروبي<sup>١٣٨</sup>. غير أن المحكمة الأوروبية تقارب شرط الدقة والوضوح هذا بصفة نسبية حيث لا تطبقه بنفس الطريقة ولا تمنحه نفس المحتوى في كل الحالات فهو شرط يتغير محتواه حسب المشمولين بالقانون وحسب مجال القانون نفسه<sup>١٣٩</sup>. وهذا هو دأب عليه المحكمة الفيدرالية السويسرية التي كرّست في فقه قضائها شرطي الوضوح والدقة رابطة إياهما بمبدأ الشرعية ومبدأ الأمن القانوني ومبدأ المساواة أمام القانون ومعتبرة في الآن نفسه أن هذين الشرطين غير مطلقيين. فلتحديد الدقة المطلوبة في قانون معين يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار معطيات أهمها دائرة المخاطبين بالقانون وخطورة مستوى المساس بالحقوق الذي تتيحه التحديدات<sup>١٤٠</sup>. وتطبيقا لهذه القواعد فقه القضائية وقّع الحكم بأن الأساس القانوني الذي اعتمد عليه مشرّع المقاطعة لفرض واجب مدني على الإطار الطبي في حالة الحرب والكوارث لم يكن بالدقة المطلوبة نظرا لأنه لا ينص على الإجراءات العملية المرافقة لهذا الواجب كمدته والسن القصوى لتأديته وحالات الإعفاء منه وهو ما لا يتيح للإطار الطبي تقدير مدى المساس من حرّيته عبر هذا المقتضى<sup>١٤١</sup>.

وأما إتاحة القانون للجميع بالمعنى الذهني فتعني أن يكون القانون مفهوما. وتطبق المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان هذا الشرط (الوضوح والدقة) على القوانين المكتوبة<sup>١٤٢</sup> وعلى القواعد فقه القضائية<sup>١٤٣</sup> على حدّ سواء.

ويعتبر البعض هذا الشرط طوباويا<sup>١٤٤</sup> فالقوانين بطبيعتها غير متاحة الفهم للجميع وخاصة منها القوانين التقنية التي يقتضي فهمها معرفة بالقانون ولغته الخاصة واصطلاحاتها وقد يقتضي أيضا معرفة تقنية تتعلق ببعض المجالات التي ينظمها القانون. وبالتالي فلا يمكن قصر هذا الشرط على فهم المخاطب بالقانون لمقتضياته خوف أن يضحي من السهل التفصي من تطبيق القانون عبر التحجج بعدم فهمه. غير أن قدرا أدنى من القابلية للفهم يجب أن يتوفّر في القانون كما يؤكد ذلك فقه القضاء الكندي<sup>١٤٥</sup> ويصدق به أحد قضاة هذا البلد وهو القاضي هيو جيسين Hugessen حين يقول: "حسب رأيي فإن من أهم خصائص الحدّ المعقول الذي تفرضه قاعدة قانونية هي أن يكون معبرا عنه بقدر كاف من الدقة ويكون بالإمكان التعرّف عليه وموقعه"<sup>١٤٦</sup>. ومن أجل ذلك يكفي أن تكون المبادئ الكبرى للقاعدة القانونية

١٣٨ CEDH, Marcks c. Belgique, 13 juin 1979, Série A, n° 31, req. N° 6833/74, GACEDH, n° 42, § 58

١٣٩ SUDRE (F.), Droit européen et international des droits de l'Homme, 6ème éd., PUF, 2003, p. 207

١٤٠ ATF 123 I 112, 124, Rolf Himmelberger ; ATF 128 I 327, 339, S. Botta und Mtb

١٤١ ATF 115 Ia 277 B

١٤٢ CEDH, Ezelin, 26 avril 1991, Série A, n° 202, § 45

١٤٣ CEDH, Chappell, 30 mars 1989, Série A, n° 152, § 56

١٤٤ MALAURIE (Ph.), « L'intelligibilité des lois », Pouvoirs, n° 114, septembre 2005, pp. 131-137

١٤٥ Irwin Toy Ltée c. Québec (Procureur général) [1989] 1 R.C.S. 927

١٤٦ Lusher c. Sous-ministre, Revenu Canada [1985] 1 C. F. 85, 88-90 (CA) ; V. également : Osborne c. Canada [1988] 3 CF 218, 228 (CA) ; Black c. Law Society [1986] 27 D.L.R. (4th) 527, 559 (CA Alta) ; Tremblay c. Daigle [1989] 2 R.C.S. 530, 546

واضحة ومفهومة<sup>١٤٧</sup> وما ذلك إلا من قبيل المبدأ العام فلا تقارب القوانين من هذه الزاوية بنفس الطريقة حيث لا تعني القابلية للفهم نفس الشيء بالنسبة إلى قانون اقتصادي وقانون خاص بالأسرة مثلا كما أنه في بعض المجالات يغدو هذا الشرط أكثر شدة كالمادة الجزائية حيث لا يمكن أن تكتفي القاعدة بإيضاح المبادئ الكبرى بل يجب أن تحدّد بدقّة الأفعال الإيجابية والسلبية المجرّمة<sup>١٤٨</sup>. وفي نفس هذا السياق لا تمنع المحكمة الأوروبية المشرّع من استعمال مصطلحات عامّة طالما كانت الوسائل متاحة لإيضاحها فيما بعد وتقليص الغموض من خلال العودة إلى الأعمال التحضيرية مثلا<sup>١٤٩</sup> أو إلى فقه قضاء مستقرّ بخصوصها<sup>١٥٠</sup>. لكنّ نفس هذه المحكمة تقرّ كذلك بأنّ شرطي الإتاحة والدقّة تحتلف مقاربتهما حسب محتوى القانون ومجال انطباقه وعدد ووضعيّة المخاطبين من خلال أحكامه فالمحكمة تبدو متساهلة في هذين الشرطين عندما يتعلّق الأمر بمقتضيات تقنيّة موجهة إلى فاعلين اقتصاديين كالمقتضيات التقنيّة للقانون الدولي للاتصالات الموجهة إلى شركات الاتصال التي اعتبرتها المحكمة بالقدر الكافي من الوضوح بالرغم من تعقيدها أوّلا لأنّ ميدان الاتصال هو بطبيعته ميدان تقني ولا يمكن أن تكون المقتضيات فيه أقلّ تقنيّة من تلك التي وردت في القانون وثانيا لأنّ القانون يخاطب مختصّين في الميدان يفترض فيهم العلم به أو الالتجاء إلى مختصّين لإعلامهم بهذه المقتضيات وشرحها لهم<sup>١٥١</sup> أوحين تعلّق الأمر بالميدان العسكري<sup>١٥٢</sup>. وعلى العكس من ذلك تصبح المحكمة أكثر تشدّدًا في مقارنة هذين الشرطين إذا كان القانون يخاطب عامّة المواطنين<sup>١٥٣</sup>.

## الإطار ١٣: مقتطف من التعليق العام رقم ٣٤ (٢٠١١) المادة ١٩ حرية الرأي وحرية التعبير

«٢٥- ولأغراض الفقرة ٣ يجب أن تصاغ القاعدة التي ستعتبر بمثابة «قانون» بدقّة كافية لكي يتسنى للفرد ضبط سلوكه وفقا لها ويجب إتاحتها لعمامة الجمهور. ولا يجوز أن يمنح القانون الأشخاص المسؤولين عن تنفيذه سلطة تقديرية مطلقة في تقييد حرية التعبير. ويجب أن ينصّ القانون على توجيهات كافية للمكلفين بتنفيذه لتمكينهم من التحقق على النحو المناسب من أنواع التعبير التي تخضع للتقييد وتلك التي لا تخضع لهذا التقييد».

Harper c. Canada [2004] 1 R.C.S. 827

١٤٧

Nova Scotia Pharmaceutical Society [1992] 2 R.C.S. 606

١٤٨

CEDH, Eriksson, 22 juin 1989, Série A, n° 156, § 60

١٤٩

CEDH, Müller et autres, 24 mai 1988, Série A, n° 133, § 29

١٥٠

CEDH, Groppera Radio AG, 28 mars 1990, série A, n° 173, § 68

١٥١

CEDH, Vereinigung Demokratischer Soldaten Oesterreichs et Gubi, 19 décembre 1994, Série A, n° 302, § 31

١٥٢

CEDH, Huvig, 24 avril 1990, Série A, n° 176-B, §§ 29-35 ; CEDH, Olsson, 24 mars 1988,

١٥٣

Série A, n° 130, §§ 30-31 et CEDH, Silver et autres, 23 mars 1983, Série A, n° 61, §§ 88 et ss

### الشرط الرابع - أن يوفر القانون الضمانات الكافية وسبل الانتصاف

تؤكد اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في الأمم المتحدة على أنه على الدول "اتخاذ التدابير لتمكين أي إنسان من أن يحمي نفسه حماية فعّالة من أيّ اعتداءات غير قانونية تحدث بالفعل وتزويده بوسيلة انتصاف فعّالة ضدّ المسؤولين عن ذلك..."<sup>١٥٤</sup>

## الإطار ٤ أ: مقتطفات من التعليق العام رقم ٣١ (٢٠٠٤) - طبيعة الالتزام القانوني العام المفروض على الدول الأطراف في العهد

١٥ - أما الفقرة ٣ من المادة ٢ فتتضي بأن على الدول الأطراف إضافة إلى حمايتها حقوق العهد حماية فعّالة أن تكفل للأفراد أيضا سبل انتصاف فعّالة للمطالبة بهذه الحقوق. وينبغي تكييف سبل الانتصاف هذه على النحو المناسب لمراعاة حالة الضعف الخاصة لفئات معينة من الأشخاص ولا سيما الأطفال. وتعلّق اللجنة أهميّة على قيام الدول الأطراف بإنشاء آليات قضائية وإدارية مناسبة للنظر في ادعاءات انتهاكات الحقوق بمقتضى أحكام القانون المحلي. وتلاحظ اللجنة أنّ التمتع بالحقوق المعترف بها في العهد يمكن أن تكفله بشكل فعّال السلطة القضائية بعدّة طرق مختلفة من بينها إمكانية تطبيق أحكام العهد تطبيقا مباشرا أو تطبيق ما يانثها من أحكام دستورية أو غيرها من أحكام القانون أو ما لأحكام العهد من أثر تفسيري في تطبيق أحكام القانون الوطني. وثمة حاجة خاصة للأخذ بآليات إدارية من أجل تفعيل الالتزام العام بالتحقيق في ادعاءات الانتهاكات بسرعة وشمولية وفعالية بواسطة هيئات مستقلة ونزيهة. وبوسع المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان بتحويلها سلطات مناسبة أن تسهم في تحقيق هذه الغاية. وإنّ تقاعس طرف عن التحقيق في ادعاءات انتهاك قد يفضي في حدّ ذاته إلى حدوث إخلال منفصل بأحكام العهد. وإنّ وقف استمرار انتهاك ما هو عنصر جوهري من عناصر الحق في سبيل تظلم فعّال.

١٦ - والفقرة ٣ من المادة ٢ تقتضي من الدول الأطراف أن تنتصف للأشخاص الذين انتهكت حقوقهم التي ينصّ عليها العهد. فبدون ذلك الانتصاف لا يكون قد تمّ الوفاء بالتزام توفير سبيل انتصاف فعال وهو أمر أساسي في كفاءة تطبيق الفقرة ٣ من المادة ٢. وإضافة إلى الانتصاف الصريح الذي تقتضيه الفقرة ٥ من المادة ٩ والفقرة ٦ من المادة ١٤ ترى اللجنة أنّ العهد ينطوي عموما على تعويض مناسب. وتنوّه اللجنة بأنّ الانتصاف قد يشمل عند الاقتضاء ردّ الاعتبار وإعادة التأهيل وتدابير الترضية كالاعتذارات العلنية وإقامة أنصبة تذكارية عامة وتقديم ضمانات بعدم التكرار وإجراء تغييرات في القانون والممارسات ذات الصلة فضلا عن مقاضاة مقترفي انتهاكات حقوق الإنسان.

١٥٤ التعليق العام رقم ١٦ (١٩٨٨) المادة ١٧ الحق في حرمة الحياة الخاصة الفقرة ١١.



# الباب الثاني

## حدود الحدود

---

تطبق عادة هذه المعايير للحكم على شرعية تحديد الحقوق والحريات باعتبارها مراحل اختبار متتالية تبدأ بالتثبت في المساس بجوهر الحق من عدمه (١) قبل المرور إلى التثبت من شرط الضرورة (٢) ومن ثم التناسب (٣).

## ١. عدم المساس بجوهر الحق

يقوم هذا الشرط الذي يعبر عنه الفصل ٤٩ من الدستور التونسي بعبارة "بما لا يمسّ من جوهر الحق" على افتراض ضمنيّ بانطواء كلّ حقّ على جوهر يتعلّق بالكرامة الإنسانية لا يمكن الانتقاص منه ولا تبرير الانتهاكات التي تطاله بأيّ مبرر من المبررات التي تكون مقبولة عندما تتسلّط على مجال ممارسة الحقّ. ولا شكّ أنّ هذه الفكرة تجد جذورها في فلسفة كلّ من لوك وميل في إنجلترا وكونستان ودي توكفيل في فرنسا بالرغم من أنّ أول نصّ قام بإدراجها هو Grundgesetz بألمانيا في ٢٣ ماي/ أيار ١٩٤٩ الذي جاء في الفقرة الثانية من مادته ١٩ ما يلي: "لا يمكن في أيّ حال من الأحوال التنصيص على حدّ من شأنه أن يفقد الحرية المسلّط عليها جوهرها".

وبالرغم من أنّ بعض نصوص حقوق الإنسان لا تشير إلى فكرة جوهر الحقّ هذه كما هو شأن الميثاق الكندي للحقوق والحريات فإنّ أغلبها يتعرّض إليها صراحة. وقد تعرّض المجلس الدستوري التونسي في أحد آرائه إلى هذا الشرط غير أنّ مقارنته له كانت سريعة لا تفني بغرض تعريفه حيث اكتفى بالتصريح في رأيه عدد ٢٧-٢٠٠٦ الصادر في ٢٧ ماي/ أيار ٢٠٠٦ بأنّ "حقّ الفرد في صون المعلومات المتعلقة بصحته ليس حقا مطلقا ويمكن الحدّ منه اعتبارا لمتطلبات النظام العام للصحة وفي الحدود التي يفرضها هذا النظام وبما لا يفرغ ضمان حرمة الفرد في هذا الشأن من مضمونه"<sup>١٥٥</sup>.

وتعبر الدساتير المقارنة والاتفاقيات الدولية عن هذا الشرط بعبارات مختلفة. حيث ينصّ بعضها على حظر الممارسات المنطوية على "انتهاكات صارخة" للحقوق الأساسية: القانون الأساسي الألماني المادة ١٩(٢)- دستور البرتغال المادة ١٨(٣)- الدستور الإسباني المادة ٥٣(١)- الدستور الفيدرالي السويسري المادة ٣٦- دستور بولندا المادة ٣٠(٣)- دستور الجمهورية السلوفاكية المادة ١٣(٤)- ميثاق الحقوق والحريات الأساسية للجمهورية التشيكية المادة ٤(٤)- دستور هنغاريا المادة ٨(٢)- الدستور التركي المادة ١٣- دستور ألبانيا المادة ١٧(٢)- دستور إستونيا المادة ١١ القسم ٢- دستور جمهورية قبرغيزستان المادة ١٧(٢)- دستور مولدوفا المادة ٥٤(٢)- دستور الأرجنتين المادة ٢٨.

وينصّ بعضها الآخر على حظر انتهاك "كرامة البشر" في جميع الأحوال كالقانون الأساسي الألماني المادة ١(١).

أمّا الصياغة التي توخّاها المشرّع الدستوري التونسي والمتمثلة في حظر انتهاك "جوهر" كلّ حقّ من الحقوق المنصوص عليها فنجدتها كذلك في ميثاق الاتحاد الأوروبي للحقوق الأساسية المادة ٥٢(١) والقانون الأساسي الألماني المادة ١٩(٢).

١٥٥ انظر كذلك الرأي عدد ٤٣-٢٠٠٤ الصادر في ٥ نوفمبر/ تشرين الثاني ٢٠٠٤ والرأي عدد ٤٦-٢٠٠٤ الصادر في ١١ نوفمبر/ تشرين الثاني ٢٠٠٤.

ولا شكّ في أنّ جميع هذه الصياغات تشترك في نقطة تحصيل الكرامة البشريّة<sup>١٥٦</sup>. غير أنّ لجنة الأمم المتحدة المعنية بحقوق الإنسان ترسم تلك الحدود دون الإشارة إلى مصطلح الكرامة البشريّة. وتشترك الطريقتان في كونهما قائمتين على تقييم ما يصيب الفرد من الآثار الشديدة المترتبة عن إجراءات التدخّل دون أية موازنة بينها وبين المصلحة العامّة التي تتوخّاها تلك الإجراءات<sup>١٥٧</sup> بما يجعل هذا الشرط مرحلة أولى من مراحل تقييم شرعيّة التدخّل في الحقوق والحريّات قبل المرور إلى الموازنات (الضرورة والتناسب) التي تتسلّط على مجال ممارسة الحقّ أو نطاقه لا على جوهره.

ويتّضح هذا خاصّة من خلال الممارسة القضائيّة وفقه القضاء المقارن الذي لا ينيّ يؤكد على هذا الشرط. ففي سويسرا حكمت المحكمة الفيدرالية في قضية دافلون بما يلي: "يمنع ضمان الملكية على المقاطعات اتخاذ إجراءات قد تلغي حقّ الملكية الخاصّة أو تفرغه من جوهره وهو الذي يعتبر مؤسسة جوهريّة في النظام القانوني السويسري"<sup>١٥٨</sup>. كما قضت في قضية كاستيلا بالآتي: "حكمت المحكمة الفدراليّة بأنّ ضمان الملكية تماما كالحريّة الفرديّة يمكن الحدّ منه بقانون على مستوى المقاطعة... غير أنّها أقرّت كذلك أنّ هذا الضمان يمنع المقاطعات من اتخاذ إجراءات قد تلغي حقّ الملكية الخاصّة أو تفرغه من جوهره وهو الذي يعتبر مؤسسة جوهريّة في النظام القانوني السويسري"<sup>١٥٩</sup>.

ويؤكد هذا الشرط ما ذهبنا إليه سابقا من وجود حقوق محميّة حماية مطلقة وخارجة بذلك عن نطاق تطبيق الفصل ٤٩ وهي الحقوق التي يتطابق جوهرها مع مجال ممارستها من ذلك مثلا حظر التعذيب الذي يتعلّق بـ "جوهر" الحق في الكرامة والسلامة الجسديّة ولا يمكن تصوّر مجال ممارستها يكون منفصلا عن جوهره. وكذلك الفصل ٣١ (٢) من الدستور التونسي الذي يمنع الرقابة المسبقة وهو ما يعتبر ترسيخا لجوهر الحق في حرية الرأي والتعبير ممّا يفرض على المحاكم اعتبار أيّ نوع من الرقابة المسبقة مخالفة للفصل ٣١ ولو كان بوسع الدولة تقديم مبررات قويّة لأهميّة تلك الرقابة للصالح العام. ولا شكّ أيضا في أنّ ضمانات المحاكمة العادلة الواردة بالفصول من ٢٧ إلى ٢٩ تدخل في نفس هذا السياق وتعتبر غير قابلة لأيّ حدّ أو استثناء نظرا لكونها هي نفسها ضمانات دنيا لا يمكن النزول عنها<sup>١٦٠</sup>.

Lebenslange Freiheitsstrafe [1977], BVerfGE, 45, 187 (Germany); Luftsicherheitsgesetz ١٥٦ [2005], BVerfGE 115, 118 - Germany

انظر من منظور مقارن

Christopher Mc Crudden EJIL 2008, n° 19

١٥٧ بيرنستورف (يوخن فون)، المرجع السابق، ص ٥.

TF Suisse, ATF 88 I 248, 255, Dafflon : « La garantie de la propriété interdit aux cantons ١٥٨ de prendre des mesures qui supprimeraient ou videraient de sa substance la propriété privée envisagée comme institution fondamentale de l'ordre juridique suisse

TF Suisse, ATF 90 I 29, 37, Castella : « Le Tribunal fédéral a jugé que la garantie de la propriété ١٥٩ comme la liberté individuelle, pouvait être limitée par une loi cantonale... Mais il a affirmé aussi qu'elle interdit aux cantons de prendre des mesures qui supprimeraient ou videraient de sa substance « la propriété privée envisagée comme institution fondamentale de l'ordre juridique suisse

Sicherungsverwahrung [2004] BVerfGE 109, 33, 172 ; M. v. Germany App. N° 19359/04 ECHR-2009 ١٦٠

## الإطار ١٥: حالات دراسية من فقه القضاء السويسري

تعرّض فقه القضاء السويسري إلى مفهوم «جوهر الحق» بخصوص معاملة المساجين في قضية Groupe Action Prison Lausanne (ATF 106 Ia 280) حيث أبرزت المحكمة الفيدرالية ما هي الإجراءات التي تمسّ من جوهر الحق في معاملة إنسانية بالنسبة إلى المساجين: «يمكن للأشخاص المسجونين المطالبة بالحق في الحرية الشخصية غير أنّه ليس بإمكانهم المطالبة بالتمتع بجميع مكونات هذا الحق الدستوري (...) فمنذ إيداعهم بالسجن يضحي المعنّون خاضعين للتحديدات الناتجة عن العقاب المفروض عليهم وعن العلاقة الخاصة التي تربطهم بالدولة (...) غير أنّ هذا العقاب لا يمكن أن يصل - دون أن يمسّ بالنواة الصلبة للحرية الشخصية - إلى استعمال طرق يكون الهدف منها أو على الأقل النتيجة المترتبة عنها نفي شخصية السجين أو تعريضه لاضطرابات نفسية خطيرة».

بخصوص الحق في الحياة قضت المحكمة الفيدرالية السويسرية بما يلي: «يتميّز الحق في الحياة عن مظاهر الحرية الشخصية الأخرى بكون كلّ تحديد يسلّط عليه يمثل في الآن نفسه مساساً بجوهره الذي يتمتع بحماية مطلقة. وعليه فإنّ الحق في الحياة لا يمكن أن يخضع إلى أيّ تحديد ومن غير المتصور أن يكون موضوعاً لتحديد ينصّ عليه القانون وتبرّره المصلحة العامة» ATF 98 Ia 508, 514, Gross.

وبخصوص الحرية الدينية حدّدت المحكمة الفيدرالية السويسرية مضمون النواة الصلبة لهذا الحق كالآتي: حظر إجبار أحد على اعتناق ديانة ما. ولا تحتوي هذه النواة الصلبة على الحق في التعبير عن القناعات الدينية وممارسة الشعائر التي يمكن الحدّ منها دون أن يكون في ذلك مساس بجوهر الحرية الدينية. ATF 123 I 296, 301, X.

ولعلّه بالإمكان إيجاد تعريف لمفهوم «جوهر الحق» في «فقه قضاء» اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في الأمم المتحدة التي أشارت إلى هذا المعنى في مرحلة أولى بقولها أنه «يجب عدم تطبيق [الحدود] ١١ على نحو يبطل الحقوق المكفولة...» قبل أن يستقرّ فقه قضائها على فهم المبدأ القائل بعدم إعاقة جوهر الحق من جراء القيود بأنّه الضامن «لأنّ تقلب العلاقة بين الحق والقيود وبين القاعدة والاستثناء» ١٢. بحيث يكون المساس من جوهر الحق هو العملية التي تؤوّل إلى تحويل المبدأ استثناء والاستثناء مبدأ.

انظر كذلك المادة ١٥ (٢) من اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية.

١٦١ التعليق العام رقم ٢٢ (١٩٩٣) - المادة ١٨، الفقرة ٨.

١٦٢ انظر التعليق العام رقم ٢٧ (١٩٩٩) المادة ١٢ حرية التنقل الفقرة ١٣ والتعليق العام رقم ٣٤ (٢٠١١) - المادة ١٩ حرية الرأي وحرية التعبير الفقرة ٢١.



## ٢. شرط الضرورة

يعبر الفصل ٤٩ عن هذا الشرط بعبارة "ضرورة تقتضيها دولة مدنيّة ديمقراطيّة" وهي صياغة مختلفة بعض الشيء عن الصياغة المعهودة لهذا الشرط التي تحدّث عادة عن الضرورة التي يقتضيها "مجتمع" ديمقراطي.

ويبدو أنّ هذا الانزياح مقصودا، فقد نوقش الأمر داخل لجنة التوافقاات عند إعداد الفصل ٤٩ واستقرّ الرأي على تعويض كلمة "مجتمع" بكلمة "دولة" التي بدت للمؤسسين أقلّ ضبابيّة وأكثر دقّة لإمكانيّة تعريفها قانونيّا على عكس المجتمع الذي يبقى ذا مدلول سوسيولوجي<sup>١٦٣</sup>. ومن المؤسف أن وقع ارتضاء هذا التعريف الذي من شأنه أن يقصر الديمقراطية في مفهومها المؤسّساتي مغفلا جانبها المضموني المتعلّق بالعلاقات الاجتماعيّة بين الأفراد والقائم على قيم كونيّة هامة كالترسامح واحترام الآخر والانفتاح التي يعبر عنها الفقيه ديلبري في تحليله لعبارة المجتمع الديمقراطي بعبارة "المستوى الأفقي للديمقراطيّة" المرتبط بسلوكات الأفراد وعقليّاتهم لا بالدولة فحسب<sup>١٦٤</sup>.

يكرّس الفصل ٤٩ إذن قاعدة مفادها أنّ المساس بالحقوق يجب أن يبرّر بإقامة دولة منفتحة وديمقراطيّة ومدنيّة. وهنا تبرز خصوصيّة من خصوصيّات المنظومة القانونيّة التونسيّة هي اعتمادها على مفهوم "الدولة المدنيّة" الذي لا يوجد في الأنظمة الغربيّة. فما الذي يعنيه هذا المفهوم؟ أثار هذا المفهوم جدلا واسعا في الساحة القانونيّة التونسيّة فهناك من اعتبره مرادفا للعلمانيّة في حين يرى آخرون أنّه ليس كذلك بما أنّ الفصل الأوّل من الدستور ينصّ على أنّ الإسلام هو دين الدولة. غير أنّ الثابت في هذا الصدد هو أنّ مفهوم "الدولة المدنيّة" يستخدم ويستخدم في السياق العربي لدحض مفهومين في آن واحد ألا وهما الدولة العسكريّة من ناحية والدولة الإسلاميّة الدينيّة من ناحية أخرى بما يجعله في نهاية المطاف غير بعيد في مضمونه عن العلمانيّة وإن لم يكن مرادفا لها.

وقد ورد شرط الضرورة لأوّل مرّة بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان كما ورد بالانفاقيّة الأوروبيّة لحقوق الإنسان وورد بالمادة الأولى من الميثاق الكندي للحقوق والحريات على النحو التالي: "في حدود ما يمكن تبريره على نحو واضح في مجتمع حرّ وديمقراطي".

ولئن اكتفت مبادئ سيراكوزا بربط المجتمع الديمقراطي بمبادئ حقوق الإنسان فقد عرّف فقه القضاء الكندي من خلال قضية أو كس المجتمع الحرّ والديمقراطي بصورة أكثر تفصيلا 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 المؤسّسات الاجتماعيّة والسياسيّة التي تضمن مشاركة الأفراد والمجموعات المختلفة في المجتمع<sup>١٦٥</sup>. وتؤدّي المقارنة بين هذين التعريفين

١٦٣ GUELLALI (A.), in. DRI-IDEA-PNUD, Vers une nouvelle ère dans la protection des droits fondamentaux en Tunisie : La mise en œuvre de l'article 49 de la nouvelle Constitution tunisienne , op. cit., pp. 20-21

١٦٤ انظر أدناه.

Oakes [1986] 1 R.C.S., 103, 136

١٦٥

إلى نتيجتين متناقضتين فيمكن أن نرى في التفصيل الكندي تضييقاً للإجمال الوارد في مبادئ سيراكوزا أو على العكس توسيعاً له حسب قراءتنا لمبادئ سيراكوزا. وتحيل بعض أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى قائمة أطول من خصائص "المجتمع الديمقراطي" فهو المجتمع الذي يمتاز حسب هذه المحكمة بالتعددية والتسامح والتفتّح واحترام الأقليات<sup>١٦٦</sup> وعلوية القانون<sup>١٦٧</sup> وباحترام مبادئ المحاكمة العادلة<sup>١٦٨</sup>. وفي مقاربة شاملة لمعنى "المجتمع الديمقراطي" في المنظومة الأوروبية لحقوق الإنسان يخلص الفقيه ديليري إلى ثلاثة تعريفات<sup>١٦٩</sup>:

- تعريف من المنظور المجتمعي حيث لم تنص الاتفاقية على "الدولة الديمقراطية" بل على "المجتمع الديمقراطي" وهو ما يحيل إلى أنّ الديمقراطية ليست مسألة مؤسسات فحسب بل هي أيضاً مسألة عقليات وسلوكات تخصّ الأشخاص في ما بينهم.

- تعريف من المنظور الليبرالي حيث تحيل روح الاتفاقية إلى فكرة الحرية باعتبارها العمود الفقري للمجتمع الديمقراطي فحرية التعبير مثلاً "تشكّل إحدى الدعامات الأساسية لمثل هذه المجتمعات وأحد الشروط المبدئية لتطورها ولتحقيق كلّ شخص لذاته... وهي لا تتعلق فقط بالمعلومات أو الأفكار التي يقع استقبالها بالترحيب أو التي تعتبر غير صادمة أو غير مختلفة بل كذلك بتلك التي تزعزع أو تصدم أو تقلق الدولة أو جزءاً مهماً من السكان. هكذا تشاء التعددية والتسامح والانفتاح التي بدونها لا وجود لمجتمع ديمقراطي"<sup>١٧٠</sup>.

- تعريف من المنظور التنافسي la perspective conflictuelle حيث يتوجب تحديد ممارسة الحرية لضمان تمتع كلّ شخص بها.

وعليه فإنّ الحريات تقارب على ثلاث مراحل:

أولاً. يقتضي المجتمع الديمقراطي أن يتمّ تكريس الحقوق والحريات من حيث المبدأ.

ثانياً. تكشف ممارسة الحقوق بطريقة غير مضبوطة تؤدّي إلى مخاطر تهديد المواطنين والمجتمع الديمقراطي نفسه وبالتالي فإنّه يجب الحدّ من الحريات لجعل ممارستها بصفة متزامنة ممكنة لجميع مكونات المجتمع.

CEDH, Handyside, 7 décembre 1976, Série A, n° 24, § 49 ١٦٦

CEDH, Klass et autres, 6 septembre 1978, Série A, n° 269 ١٦٧

CEDH, Campbell, 28 juin 1984, Série A, n° 80 ١٦٨

DELPEREE (F.), «L'apport comparatif du droit européen, in : Les droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux, Aspects canadiens et européens», Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, Cowansville, 1992, p. 100 et ss ١٦٩

CEDH, Handyside, 7 décembre 1976, Série A, n° 24 ١٧٠

ثالثاً- يتوجب في هذه المرحلة تحديد هذه الحدود نفسها أي ضبط كيفية التدخل في مجال الحقوق والحريات فلا يقبل هذا التدخل إلا إذا كان ضروريا لتنظيم المجتمع الديمقراطي وتسييره.

وبهذا المعنى فإنّ ”المجتمع الديمقراطي“... يصلح كأساس للحرية ويصلح كمبرر لحدود الحرية كما يصلح ككايح لحدود الحرية. فهو في المحصلة المحدّد لـ”حدود حدود“ الحرية<sup>١٧١</sup>.

## الإطار ١٦: من مبادئ سيراكوزا

(في مجتمع ديمقراطي)

١٩. تفسّر عبارة «في مجتمع ديمقراطي» بأنّها تفرض قيدا إضافيا على أحكام التقييد التي توصف بهذه العبارة.

٢٠. تتحمّل الدولة التي تفرض التقييدات الموصوفة بتلك العبارة عبء اثبات أنّ التقييدات لا تفسد سير أمور المجتمع على نحو ديمقراطي.

٢١. ورغم أنه لا يوجد نموذج واحد للمجتمع الديمقراطي إلا أنّ المجتمع الذي يعترف بحقوق الإنسان المبيّنة في ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان ويحترمها ويحميها يعتبر مستوفيا لهذا التعريف.

وتولي اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أهمية كبرى لهذا الشرط الذي لا تنفك تذكر به حيث يجب حسب اللجنة أن تكون القيود المفروضة على حرية الرأي وحرية التعبير ”ضرورية“ لأغراض مشروعة. ولذلك وعلى سبيل المثال فإنّ فرض حظر على إعلان تجاري بلغة واحدة من أجل حماية لغة جماعة معينة ينتهك شرط الضرورة إذا كان بالإمكان توفير الحماية بطرق أخرى لا تحدّ من حرية التعبير. ومن جهة أخرى رأت اللجنة أنّ إحدى الدول الأطراف امتثلت لشرط الضرورة عندما نقلت مدرّسا في إحدى المناطق التعليمية إلى وظيفة أخرى غير التدريس لأنه قام بنشر مواد تنطوي على العداء لجماعة دينية وذلك من أجل حماية حق الأطفال الذين ينتمون إلى عقيدة تلك الجماعة وحرّيتهم<sup>١٧٢</sup>. وفي صياغة مبدئية تقضي اللجنة أنّ ”القيود المسموح بفرضها على الحقوق المحميّة... يجب أن لا تبطل مبدأ (ال)حرية... وهي قيود يحكمها شرط الضرورة... والحاجة إلى الاتساق مع الحقوق الأخرى المعترف بها في العهد“<sup>١٧٣</sup>.

١٧١ DELPEREE (F.), «L'apport comparatif du droit européen», in. Les droits de la personne: l'émergence de droits nouveaux, Aspects canadiens et européens, Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, Cowansville, 1992, p. 104

١٧٢ التعليق العام رقم ٣٤ (٢٠١١) المادة ١٩ حرية الرأي وحرية التعبير، الفقرة ٣٣. انظر أيضا التعليق العام رقم ٢٧ (١٩٩٩) المادة ١٢ حرية التنقل، الفقرة ١١ والفقرة ١٤.

١٧٣ التعليق العام رقم ٢٧ (١٩٩٩) المادة ١٢ حرية التنقل، الفقرة ٢.

كما احتلّ شرط الضرورة هذا في فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مكانة متميّزة وهي التي استعملته لتبرير الرقابة القضائية على مدى تناسب إجراءات التدخل التي تتخذها الدول في الحريات في ظلّ غياب أيّ إشارة إلى التناسب ضمن الاتفاقية<sup>١٧٤</sup>.

غير أنّ بعض الدساتير لا تتعرّض لهذا الشرط كما هو شأن القانون الأساسي الألماني وهذا ما حدا بالقضاء الدستوري في مثل هذه البلدان إلى التعرّض إلى الضرورة كمرحلة أولى من مراحل "اختبار التناسب".

وهناك نموذجان لتعريف الضرورة. أمّا النموذج الأول فيقوم على تعريف موحد للضرورة وتمثله المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي استقرّ تعريفها للضرورة مهما كان الحق المسلّطة عليه عملية التحديد على اعتبارها "ضرورة اجتماعية ملحة تبرّرها أسباب معقولة"<sup>١٧٥</sup>. وأمّا النموذج الثاني فهو الذي يقارب الضرورة بصفة مختلفة من حقّ إلى آخر وتمثله خاصّة تجربة كلّ من إفريقيا الجنوبية وكندا.

ومهما كان تعريف الضرورة المعتمد فإنها شرط يقتضي مقارنة أكثر تشدداً مما لو كان المطلوب في الإجراء أن يكون صالحاً *utile* أو عادياً *normal* أو وجيهاً *opportun* أو معقولاً *raisonnable*<sup>١٧٦</sup>.

وترتبط الضرورة بالأهداف المراد تحقيقها من خلال التحديد والتي يضبطها الفصل ٤٩ في قائمة حصريّة تتضمن "حقوق الغير والأمن العام والدفاع الوطني والصحة العامة والآداب العامة" وهي أهداف تظهر كذلك في ما عدا الدفاع الوطني في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>١٧٧</sup> وفي العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ويحملها ميثاق الاتحاد الأوروبي للحقوق الأساسية في عبارة "أهداف المصلحة العامة" في حين تلتزم بعض الدساتير الصمت عندما يتعلق الأمر بتحديد أغراض التقييد كما هو الأمر بالنسبة للقانون الأساسي الألماني ودستور جنوب إفريقيا وميثاق الحقوق والحريات الكندي. ولا يشترك مع الدستور التونسي في إيراد هدف الدفاع الوطني غير دساتير قليلة كالـدستور الكوري<sup>١٧٨</sup>.

ومن الواضح أنّ كلّ المفاهيم المشار إليها كأهداف للتدخل التشريعي المشروع هي مفاهيم مطّاعة من السهل على أجهزة الدولة تطويعها لإدراج الإجراءات التحديدية ضمنها كما تبرز ذلك تجربة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي يعجّ فقه قضائها بالأمثلة عن المبررات المعقولة التي يمكن أن تقدّمها الدول لإقحام الإجراءات المطعون فيها ضمن أحد هذه الأهداف<sup>١٧٩</sup>. وقد كانت تونس من الدول التي

١٧٤ Olson v. Sweden, App. N° 10465/83 ECHR, A 130 [1988] ; 11 EHRR 259 parag. 67 PC  
انظر الملحق.

١٧٥ CEDH, Serif c. Grèce, 1999

١٧٦ CEDH, Handyside, 7 décembre 1976, Série A, n° 24, §§ 48-49 et 50

١٧٧ انظر المواد من ٨ إلى ١١.

١٧٨ Art. 37 (2) : national security, the maintenance of law and order or for public welfare

١٧٩ Harris, O'Boyle et Warbrik, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, 2009, p. 348

استغلّت هذه الصبغة المطاطة لموجبات التحديد للتضييق على الحريات. ويبرز ذلك من خلال فقه قضاء المجلس الدستوري في ظل دستور ١٩٥٩ والفصل السابع منه. فصّرح المجلس أنّ غياب الأهداف المبيّنة بالفصل السابع يمثل عدم تطابق مع أحكامه ويكوّن إشكالا دستورياً<sup>١٨٠</sup>. ولكنه وبالرغم من تأكيد الفقه على أنّ "موجبات التقييد وأسبابه تخضع للتأويل الحصري ولا يجوز التوسع فيها"<sup>١٨١</sup> عمد في العديد من آرائه إلى إقرار شرعية الحدّ بمجرد تنصيب المشرّع على موجب الحد دون التثبت في ضرورته أو تناسبه مع الوضعية فأقرّ الحدّ من حقوق المالكين لأسهم الشركات التعاونية للخدمات الفلاحية الذي "تبرّره أهدافها التنموية من أجل الازدهار الاقتصادي"<sup>١٨٢</sup> كما أقرّ امتيازات مالية وجبائية لفئة من المستثمرين في مجالات اقتصادية واجتماعية معينة اعتماداً على مجرد كونها تهدف إلى تحقيق الازدهار الاقتصادي والنمو الاجتماعي<sup>١٨٣</sup> كما أقرّ الحدّ من حرية التنقل بإحداث وثيقة سفر خاصة بالعمرة على أساس الحفاظ على النظام العام<sup>١٨٤</sup>. ولعلّ هذا الاكتفاء بالغرض المعلن من قبل المشرّع للإقرار بشرعية التحديد هو الذي حدا ببعض الفقهاء إلى الدعوة ولو بصفة مغلفة إلى ضرورة فرض ضمانات أخرى "مستلزمة من روح الدستور ومن علوية مبدأ ضمان الحقوق الأساسية لتحقيق رقابة على مدى الاستثناءات" ليست إلّا رقابة التوازن والتناسب<sup>١٨٥</sup> محاولين تأصيلها في فقه قضاء المجلس الدستوري نفسه. ومهما يكن من أمر هذا التوجه المحتشم في فقه قضاء المجلس الدستوري - والذي سنعود إليه لاحقاً - فإنّ السياسة العامة للمجلس في اعتماده على موجبات النظام العام والازدهار الاقتصادي والتقدم الاجتماعي التي كان يوردها الفصل السابع من دستور ١٩٥٩ كانت تذهب في اتجاه التضييق على الحدود والحريات بل إنّه عمد بالتوازي مع ذلك إلى استعمال تقنية أخرى هي تقنية التوفيق بين الأهداف الدستورية التي غالباً ما كانت تؤول إلى تغليب الهدف المحدّد للحقوق والحريات<sup>١٨٦</sup>. واتسمت تحليلات المجلس في جميع هذه الآراء بالسرعة والسطحية وغياب التدليل<sup>١٨٧</sup> وهو أمر مفهوم نظراً إلى أنّ العملية تتمثل في تطويع هذا الفصل السابع - المحتوي أصلاً على موجبات مشطّة للتحديد - لغير ما يفترض أن يؤدّي إليه واستعماله للتضييق على الحريات والحال أنه معدّ لكفالة حسن ممارستها. فيحصل أن تؤدّي موجبات التحديد إلى إعلاء المبادئ التشريعية على حساب المبادئ الدستورية<sup>١٨٨</sup>

١٨٠ الرأي عدد ١٤-٢٠٠٤ الصادر في ٧ أفريل/ نيسان ٢٠٠٤ والرأي عدد ٧٤-٢٠٠١ الصادر في ١١ جويلية/ تموز ٢٠٠١.

١٨١ محمد كمال شرف الدين، سابق الذكر، ص ٢٩.

١٨٢ الرأي عدد ٥٢-٢٠٠٥ الصادر في ٨ أوت/ آب ٢٠٠٥.

١٨٣ الرأي عدد ٧٢-٢٠٠٧ الصادر في ١٧ أكتوبر/ تشرين الأول ٢٠٠٧.

١٨٤ الرأي عدد ٧٠-٢٠٠٧ الصادر في ٤ أكتوبر/ تشرين الأول ٢٠٠٧.

١٨٥ محمد كمال شرف الدين، سابق الذكر، ص ٣١.

١٨٦ TABEI (M.), «Les droits constitutionnels et le Conseil constitutionnel tunisien», in. Les droits constitutionnels, Actes du colloque de commémoration du cinquantenaire de la promulgation de la Constitution tunisienne du 1er juin 1959, ATDC-FSJEGJ, 2010, pp. 199-218

١٨٧ انظر الرأي عدد ١٧-٢٠٠٥ والرأي عدد ١٢-٢٠٠٦ والرأي عدد ١٥-٢٠٠٦ والرأي عدد ٥١-٢٠٠٦ والرأي عدد ٤٨-٢٠٠٧ والرأي عدد ٧٠-٢٠٠٧ والرأي عدد ٧٠-٢٠٠٨ والرأي عدد ٢٦-٢٠٠٩.

١٨٨ MERLAND (G.), «L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel», in. MATHIEU (B.) et VERPEUX (M.) (dir.), L'intérêt général, norme constitutionnelle, Paris, Dalloz, 2007, p. 37

غير أنّ هذا الخطر قد وقع تلافيه عموماً في التجارب المقارنة ومن خلال المعايير الدولية بطريقتين مختلفتين ولكن قد تكونان متكاملتين.

أمّا الطريقة الأولى فهي التفرقة بين الغرض المعلن والغرض الخفي، فلا يكفي الغرض الذي تعلنه السلطات لتبرير التدخل بل قد يستتج القاضي من القانون أو العمل الإداري نفسه غرضاً خفياً من التدخل لا تفصح عنه الإدارة وتغلفه في غلاف الأهداف المشروعة. وفي هذه الحالة فهو يعلن أنّ الإجراء يعدّ انتهاكاً للحق المعني<sup>١٨٩</sup>. ولا بدّ أن نؤكد في هذا السياق أنّ الهدف الخفي لا يجب أن يكون بالضرورة هدفاً غير مشروع حتى يؤدي إلى اعتبار الإجراء غير شرعي بل إنّ كلّ هدف غير الأهداف المدرجة بقائمة الأهداف الشرعية حيث يمكن أن يكون الهدف مشروعاً ولكنّ عدم وجوده في قائمة الأهداف غير الشرعية يجعل التدخل في الحقوق والحريات على أساسه غير شرعي.

وأمّا الطريقة الثانية فهي قائمة على وجود معايير دولية لتأويل كلّ هدف من هذه الأهداف بطريقة ديمقراطية. وبناء عليه فإننا سنتعرّض إلى محتوى أغلب هذه الأهداف الذي ارتضته الممارسات القضائية الفضلى وأقرته المعايير الدولية.

## حقوق الغير (الآخرين)

يتأتى هذا الهدف من طبيعة الحقوق والحريات المتصادمة أحياناً ويحد أساسه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي يرسّي قاعدة الحدّ من الحقوق والحريات على أساس حماية حقوق الغير وحرياتهم فممارسة الناس لحرياتهم بصفة سلمية هي إحدى مكونات النظام العام التي يتوجب على الدولة حمايتها من خلال التدخل في مجال الحقوق والحريات المتنافسة<sup>١٩٠</sup>.

وقد تعرضت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان إلى هذا الهدف التحديدي في مناسبات عديدة أهمّها ما أقرته بخصوص حرية الرأي وحرية التعبير حيث ورد في تعليقها العام أنّه "تنصّ الفقرة ٣ صراحة على أنّ ممارسة الحق في حرية التعبير تستتبع واجبات ومسؤوليات خاصة. ولهذا السبب يسمح بمجالين حصريّين من القيود المفروضة على الحق يتعلّقان إمّا باحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم أو حماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة"<sup>١٩١</sup>. ويزخر فقه القضاء المقارن بالأمثلة على ذلك حيث قضت المحكمة الفدرالية السويسرية بأنّ حقّ الشخص في تقرير مصير جثته يعلو على حقّ أقاربه بعد وفاته في تقرير مصيرها. وعليه فقد قامت بالحد من حرية أقارب الميت في التصرف في جثته على أساس حق الشخص في حماية شخصيته بعد موته<sup>١٩٢</sup>. وأقرت المحكمة الكورية الجنوبية أنّ تحديد

Moscow Branch of Salvation Army v. Russia, App. N° 72881/01, ECHR [2006] 2006-XI, 44 ١٨٩  
EHRR 912, § 97

TF suisse, ATF 119 Ia 28, M

١٩٠

١٩١ التعليق العام رقم ٣٤ (٢٠١١) المادة ١٩ حرية الرأي وحرية التعبير، الفقرة ٢١.

TF suisse, ATF 129I137, X. et consorts

١٩٢

حركة مستهلكي الكحول من سائقي السيارات هو حدّ ضروري لحرية التنقل تبرره حماية الآخرين والحفاظ على سلامتهم وأمنهم. حيث وقع إلغاء رخصة سيطرة لشخص وقع إيقافه لثلاث مرات وهو يقود في حالة سكر (بعد أن وقع تعليقها في المرة الثانية). واعتبرت المحكمة الإلغاء المطعون فيه على أساس مساسه بحرية التنقل عملاً دستورياً وأقرته نظراً إلى أنّ الهدف منه هو حماية حقوق الآخرين في الحياة والسلامة والأمن<sup>١٩٣</sup>. كما أقرّت المحكمة العليا بكندا - وهو البلد الذي لا ينص عهد الحقوق والحريات فيه على قائمة بالأهداف المشروعة للحدّ من الحريات - بالحدّ من حرية التعبير عندما تمسّ هذه الحرية من حقوق جماعات معيّنة وتدعو إلى الكراهية ضدّها فمن المشروع الحدّ من حرية التعبير لحماية جماعة أقلّيّة من الدعوة إلى التعصّب والعنف والكراهية ضدّها<sup>١٩٤</sup>.

وبالاعتماد على هذا الهدف أقرّ فقه القضاء الأوروبي لحقوق الإنسان بتجريم الممارسات الجنسية المثليّة بين القصر<sup>١٩٥</sup> وبإجراء فحص دموي إجباري من قبل شرطة المرور على السوّاق لحماية الضحايا المحتملين لحوادث الطرقات<sup>١٩٦</sup> وبمصادرة فيلم جارج للشعور الديني لأغليّة المجتمع<sup>١٩٧</sup> وبمنع الأبوين البيولوجيين للطفل من الاتصال به حماية له منهما<sup>١٩٨</sup> وبإجباريّة التأمين على العربات - الذي بدا في القضية مخالفاً لاعتبارات دينيّة معيّنة والذي يبدو عموماً مخالفاً لحرية التنقل - حماية لحقوق الضحايا المحتملين<sup>١٩٩</sup>. وفي مناسبات عديدة أقرّت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بالتقييد الوارد على حرية التعبير حماية لسمعة الآخرين<sup>٢٠٠</sup>.

ولا تتعلّق المفاضلة بين الحقين بالحقوق الواردة في الدستور فحسب حيث تقرّ مبادئ سيراكوزا أنّ نطاق حقوق وحريات الغير التي يمكن أن تعمل كتنقييد للحقوق الواردة في العهد يجاوز الحقوق

١٩٣ KOR-2009-3-001, Constitutionnal Case, Law of the Venice Commission, www.codices.coe.int

١٩٤ R. v. Keegstra (Canada) 1990. V. aussi, Morgentaler c. La Reine [1988] 1 R.S.C., 30, 75, 124 et 181 ; Irwin Toy Ltée c. Quebec (Procureur général) [1989] 1 R.S.C. 927, 990-991 ; Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général) [1989] 2 R.C.S., 1326, 1345-1367, 1379 ; Hess c. La Reine [1990] 2 R.C.S. 906, 920 ; Commission canadienne des droits c. Taylor, [1990] 3 R.C.S., 892, 919 ; Salight Communications Inc. C. Davidson [1989] 1 R.C.S. 1038, 1051 et 1082 et Renvoi relatif au Code criminel [1990] 1 R.C.S. 1123, 1135

CEDH, Dudgeon, 22 octobre 1981, Série A, n° 45 ١٩٥

Req. Comm. EDH, n° 8239/78, DR 16 ١٩٦

CEDH, Otto-Preminger-Institut, 20 septembre 1994, Série A, n° 295 ١٩٧

CEDH, Eriksson, 21 juin 1989, Série A, n° 156 ١٩٨

Req. Comm. EDH, n° 2988/66, Ann. Conv. Vol. X ١٩٩

CEDH, Barfod, 22 février 1989, Série A, n° 149 ; CEDH, Prager et Oberschlick, 26 avril 1995, ٢٠٠ Série A, n° 313 ; CEDH, De Hald et Gijssels, 24 février 1997, Rec. 1997-I ; CEDH, Perna, 6 mai 2003, Rec 2003-V ; CEDH, Fressoz et Roire, 21 janvier 1999, Rec. 1999-I ; CEDH, Steel et Morris, 15 février 2005, Rec. 2005-II et CEDH, Unabhängige Initiative Informations Vielfalt, 26 février 2002, Rec. 2002-I

والحريات المعترف بها في العهد<sup>٢٠١</sup>. غير أنه في صورة وجود تناقض بين حقين أحدهما محمي بموجب العهد (أو الدستور) والآخر غير محمي فإنه ينبغي إيلاء أهمية خاصة للحقوق المضمّنة بالعهد (أو الدستور) باعتبار أن العهد (أو الدستور) ”يهدف إلى حماية أهم الحقوق والحريات الأساسية“<sup>٢٠٢</sup>. وكنا قد ناقشنا فكرة المفاضلة هذه سابقاً وبيّنا تهافتها.

ولخصر مجال هذا الحدّ والتصديّ لاستعماله من قبل الدولة ومسؤوليها للتدخل في الحقوق والحريات فإنّ المعايير الدوليّة تقصره على العلاقات بين المواطنين ولا تجيز استخدامه لحماية الدولة أو المسؤولين فيها من الرأي العام أو الانتقاد<sup>٢٠٣</sup>.

## الإطار ١٧: حالة دراسيّة من فقه القضاء السويسري

إلى أيّ مدى يمكن اعتبار القوانين التي تكرّس قرينة قبول الميت للتبرّع بأعضائه في حالة عدم تعبيره عن موقفه من ذلك إبان حياته تعدياً على حقّ الشخص في التصرف في جسده؟

طرحَت هذه المسألة أمام المحكمة الفيدرالية السويسريّة فقضت بأنّ الحرية الشخصية وحقّ الشخص في التصرف بحريّة في جسده وتقرير مصير جثته هي حقوق يجب أن توازن مع المصالح الخاصّة لأشخاص يحتاجون إلى زرع هذه الأعضاء وهي حاجة مرتبطة كذلك بالحق في الحياة والحق في تحسين ظروف المرضى الحياتيّة. ATF 123 I 112, Rolf Himmelberger

غير أنّ المشرّع السويسري الذي كان يكرّس في قانون زرع الأعضاء قرينة القبول التي لا يمكن دحضها إلّا بإثبات الرغبة المعاكسة للميت إبان حياته قد تدخل سنة ٢٠٠٧ ليعوّض قرينة القبول هذه بمبدأ القبول الصريح فلم يعد بالإمكان استئصال عضو من ميت لزراعة لشخص آخر إلّا إذا كان صاحب الجثة قد عبّر عن قبوله بذلك إبان حياته.

## النظام العام

تعرّف مبادئ سيراكوزا النظام العام بأنّه ”مجموع القواعد التي تضمن سير أمور المجتمع أو مجموعة المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع“ وتؤكد على أنّ ”احترام حقوق الإنسان جزء من النظام العام“<sup>٢٠٤</sup>. ونظراً لاتساع مجال هذه العبارة فإنّ المعايير الدوليّة تؤكد على أنّ النظام العام يفسّر ”في سياق

٢٠١ المبدأ ٣٥ من مبادئ سيراكوزا.

٢٠٢ المبدأ ٣٦ من مبادئ سيراكوزا.

٢٠٣ المبدأ ٣٧ من مبادئ سيراكوزا.

٢٠٤ المبدأ ٢٢ من مبادئ سيراكوزا.



غرض الحق المعين من حقوق الإنسان الذي يقيد على هذا الأساس<sup>٢٠٥</sup>. و"تخضع كل هيئات الدولة أو موظفيها المسؤولين عن حفظ النظام العام للمراقبة أثناء ممارسة كل منها لسلطاته وذلك عن طريق البرلمان أو المحاكم أو غيرها من الأجهزة المستقلة الأخرى ذات الاختصاص"<sup>٢٠٦</sup>.

وعلى هذا الأساس يغدو القاضي الدستوري حكماً في عملية تحديد مفهوم النظام العام<sup>٢٠٧</sup>. وبالتأمل في فقه القضاء المقارن نلاحظ تحفظ القاضي في اعتياده على هذا الهدف للحد من الحقوق والحريات. ففي سويسرا مثلاً نادرة هي الحالات التي اعتبر فيها القاضي التدخل في الحقوق والحريات غير دستوري على أساس هذا الهدف وحده<sup>٢٠٨</sup>. غير أن هذا التحديد قد وقع اعتماده في دول أخرى كتركيا في قضية حكم فيها في سنة ٢٠١٤<sup>٢٠٩</sup> حيث وقعت مصادرة كتاب لعبد الله أو جلان (زعيم حزب PKK الكردي) على أساس قانون مكافحة الإرهاب لسنة ١٩٩١ وهو ما طعن فيه على أساس المساس من الحق في التعبير وحرية النشر. ونظر الكون PKK مصنف كمنظمة إرهابية من قبل تركيا والاتحاد الأوروبي ومنظمة الأمم المتحدة وحلف شمال الأطلسي وغيرها من الدول والمنظمات ولاحقاً الكتاب على الدعوة إلى مناصرة الأعمال الإرهابية لهذه المنظمة فإنه قد تم اعتبار المصادرة عملاً يخدم هدفاً شرعياً هو الحفاظ على النظام العام والأمن العام. غير أنه في نفس هذه القضية وقع اعتبار المصادرة غير دستورية اعتماداً على مبدأ التناسب.

وفي كندا حيث لا ينص عهد الحقوق والحريات على قائمة بالأهداف المشروعة للحد من الحريات استخرج الفقه<sup>٢١٠</sup> من فقه القضاء ثلاثة أهداف يمكن ربطها بهدف النظام العام وهي الوقاية من الجريمة ومكافحتها<sup>٢١١</sup> والحفاظ على السير العادي للتنظيم الاجتماعي<sup>٢١٢</sup> والحفاظ على الاقتصاد والمهن والثقافة<sup>٢١٣</sup>. وهي أهداف نجد ما يشبهها في فقه القضاء الأوروبي الذي برز ضمنه هدف "الحفاظ على

٢٠٥ المبدأ ٢٣ من مبادئ سيراكوزا.

٢٠٦ المبدأ ٢٤ من مبادئ سيراكوزا.

٢٠٧ SCHMIDT NOEL (A) المرجع سابق الذكر، ص ٦٦ وما بعدها

٢٠٨ نفسه.

٢٠٩ TUR-2014-3-006, Constitutional Case of Law of the Venice Commission, www.codices.coe.int

٢١٠ HUPPE (L.), «Quelques objectifs législatifs suffisamment importants aux fins de l'article 1 de la Charte», Revue du Barreau, 1991, n° 51, p. 294

٢١١ Etats-Unis d'Amérique c. Cotroni [1989] 1 R.C.S. 1469, 1485 ; R. Vaillancourt [1987] 2 R.C.S. 636, 660 ; R. c. Martineau [1990] 2 R.C.S. 633, 647 ; R. c. Canadian Newspaper Company Ltd [1988] 2 R.C.S. 486, 521 ; R. c. Chaulk [1990] 3 R.C.S. 1303, 1305 ; R. c. Logan [1990] 2 R.C.S. 731, 746

٢١٢ Re Public Service Employee Relations Act [1987] 1 R.C.S. 313, 374-375 ; S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd [1986] 2 R.C.S. 573, 591 ; R. Edwards Books [1986] 2 R.C.S. 710, 770 ; R. c. Lee [1989] 2 R.C.S. 1384, 1390-1391

٢١٣ Alliance de la fonction publique au Canada c. La Reine [1987] 1 R.C.S. 424, 439-444 et 450 ; Le Collège royal des chirurgiens-dentistes de l'Ontario c. Rocket [1990] 2 R.C.S. 232, 249 ; The Law Society of Alberta c. Black [1989] 1 R.C.S. 591, 627 et 637 ; Stoffman c. Vancouver General Hospital [1990] 3 R.C.S. 483, 523 ; P.G. Québec c. La chaussure Brown's Inc. [1988] 2 R.C.S. 712, 788

النظام والوقاية من الجرائم“ والذي وقع استعماله كمحدد لحقوق المساجين لإجبارهم على ارتداء زيٍّ موحد<sup>٢١٤</sup> أو خلق رؤوسهم (والأمر تعلق ببوذي)<sup>٢١٥</sup> أو لحيمهم<sup>٢١٦</sup> أو الخضوع إلى فحوصات نفسية<sup>٢١٧</sup> أو تنظيف زناناتهم ولو كان ذلك مناقضاً لمعتقداتهم الدينية<sup>٢١٨</sup> أو لمنعهم من الحصول على جرائد غير الجرائد البريطانية<sup>٢١٩</sup> أو للاطلاع من قبل الإدارة السجنية على الرسائل الخاصة بأحد المساجين<sup>٢٢٠</sup>. وفي سياقات أخرى وقع قبول استعمال هذا الهدف لتبرير المراقبة السرية لأشخاص مشكوك في اقترافهم لجرائم<sup>٢٢١</sup> ولتبرير عمليات التفتيش بحثاً عن الأدلة<sup>٢٢٢</sup> ولوضع ضوابط في قطاع الاتصالات<sup>٢٢٣</sup> ولتبرير طرد الغرباء الذين ثبت تورطهم في جرائم خطيرة<sup>٢٢٤</sup>. غير أنه قد تم في نفس هذا السياق رفض الاعتماد على هذا الهدف لتبرير سحب مجلة عسكرية تناولت بالنقد أسلوب حياة الجيش<sup>٢٢٥</sup> أو لتبرير سجن وتسليط خطية مالية على أحد شهود يهوذا اليونانيين الذي تقدّم بطلب بصفة متأخرة لاستعمال أحد المحلات الخاصة لأغراض دينية<sup>٢٢٦</sup> أو لتبرير منع شركة سويسرية للإلكترونيات من بث برامج يشها قمر صناعي سوفياتي كدليل على تمكّنها التقني وعلى كفاءة اللاقط الذي تعرضه للبيع<sup>٢٢٧</sup>. وحسب فقه القضاء الأوروبي فإن هذا الهدف يمكن أن يستعمل في فترات القلاقل لمنع التظاهر بصفة تامة غير أنّ هذا المنع يجب أن يكون محدداً في الوقت وفي الزمان<sup>٢٢٨</sup>. كما برز في فقه القضاء الأوروبي هدف ”الدفاع عن سلطة القضاء وحياده“ وهو الهدف الذي يبرّر ملاحقة الصحفيين الذين يقومون بنشر معلومات تخصّ قضايا جارية أمام المحاكم ويكون خطر إلحاق ضرر بالأشخاص المتعلقة بهم هذه القضايا جرّاء ذلك حقيقياً<sup>٢٢٩</sup>. وبرز أيضاً في ذات السياق هدف ”الحفاظ على المصالح الاقتصادية“ *le bien-être économique* حيث اعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنّ التفتيش في المنازل ومسك وثائق يمكن تبريره في حالة الخروقات للقانون

Req. N° 8231/78, DR 28 (1982), pp. 29-30	٢١٤
Req. N° 1753/63, Annuaire VIII (1965), p. 184	٢١٥
Req. N° 1753/63, Annuaire VIII	٢١٦
CEDH, Murray, 28 octobre 1994, Série A, n° 300-A	٢١٧
Req. N° 8231/78, DR 28, p. 5	٢١٨
Req. N° 5270/72, Rec. 46 (1974), p. 54	٢١٩
CEDH, Golder, 21 février 1975, Série A, n° 18 ; CEDH, Silver et autres, 25 mars 1983, Série A, n° 61	٢٢٠
Req. N° 8170/78, Annuaire XXII (1979), p. 308	٢٢١
CEDH, Murray, 28 octobre 1994, Série A, n° 300-A	٢٢٢
CEDH, Groppera Radio AG, 28 mars 1990, Série A, n° 173	٢٢٣
CEDH, Bouchelkia, 29 janvier 1997, Rec. 1997-I	٢٢٤
CEDH, Vereinigung..., 19 décembre 1994, Série A, n° 302	٢٢٥
CEDH, Manoussakis, 26 septembre 1996, Rec. 1996-IV	٢٢٦
CEDH, Autronic AG, 22 mai 1990, Série A, n° 178	٢٢٧
Req. Comm. EDH, N° 8440/78, DR 21	٢٢٨
CEDH, Sunday Times, 26 avril 1979, Série A, n° 217 ; CEDH, Guardian et Observer, 26 novembre 1991, Série A, n° 216 ; CEDH, Sunday Times (n° 2), 26 novembre 1991, Série A, n° 217	٢٢٩

المتعلّق بالرقابة على الصرف (العملة) شريطة أن يمنح القانون ضمانات مناسبة وكافية ضدّ التعسّف في استعمال هذا الإجراء<sup>٢٣٠</sup>. وقبلت المحكمة هذا التبرير كذلك عندما تعلّق الأمر بتحديد إقامة الغرباء نظرا للكثافة السكانية المرتفعة عندما سعى هذا التحديد إلى تنظيم سوق الشغل<sup>٢٣١</sup>. كما اعتبرت أنه من المشروع للدولة أن تأخذ بعين الاعتبار المصالح الاقتصادية للشركات الجوية وللبلاد عبر فرض سياسة معيّنة بالنسبة إلى الرحلات الليلية<sup>٢٣٢</sup>.

ومن الحجج الأخرى المستعملة في إطار النظام العام حجة النجاعة الإدارية فقد تبرّر الإدارة الحدّ من الحقوق والحريات على أساس أنه ضرورة لمواجهة نفقات الدولة يغدو دونها العمل الإداري غير فعّال. غير أنّ هذه الحجة غالبا ما وقع رفضها من قبل قضاء الدول ككندا وجنوب إفريقيا. ففي كندا طرحت المسألة بمناسبة قضية سينغ<sup>٢٣٣</sup> حيث احتج المشرّع الذي فرض قيودا إجرائية مشدّدة على اللاجئين تمنعهم من التمتع بجلسة استماع باعتبارها المالية العمومية إلّا أنّ المحكمة رفضت هذا الدفع معتبرة أنّه لا يمكن بأيّ حال من الأحوال الاستنفاص من حقوق اللاجئين على أساس الاعتبارات المالية والإدارية للدولة.

وهذه هي نفس الحجة التي وقع رفضها كأساس للحدّ من الحق في المقاضاة أمام تركيبة حكمية متعدّدة<sup>٢٣٤</sup> والحقّ في محام تعيّن الدولة للمعوزين<sup>٢٣٥</sup>. وذهب القاضي الكندي إلى أبعد من ذلك حين قرّر أنّ الاعتبارات الموازنّة لا يمكن الاعتماد عليها لوحدها باعتبارها هدفا متأكّدا وحقيقيا<sup>٢٣٦</sup> إلّا في الحالات الاستثنائية<sup>٢٣٧</sup>.

وفي نفس السياق اعتبرت المحكمة العليا بجنوب إفريقيا في قضية حكمت فيها سنة ٢٠٠٥<sup>٢٣٨</sup> أنّ حرمان السجناء من حقّهم في الانتخاب على أساس تجنّب الصعوبات اللوجستية والمالية التي قد تجاهاها الإدارة من جرّاء تمكينهم من هذا الحق هو مقتضى غير دستوري. إلّا أنّه في بعض الوضعيات القصوى

٢٣٠ وهو ما لم يتوفّر في القضية التي نستشهد بها.

CEDH, Funke, 25 février 1993, Série A, n° 256-A, § 56

CEDH, Berrehab, 21 juin 1988, Série A, n° 138

CEDH, Hatton, 8 juillet 2003, Rec. 2003-VIII

Singh v. Minister of Employment and Immigration [1985] 1 R.C.S. 177

R. c. Lee [1989] 2 R.C.S. 1384, 1385-1386

New Brunswick c. G. [1999] 3 R.C.S. 46

Nouvelle-Ecosse c. Martin [2003] 2 R.C.S. 504, § 109

Terre neuve c. N.A.P.E. [2004] 3 R.C.S. 381, § 59 et ss

في هذه القضية أقرّت المحكمة بشرعية تأجيل برنامج المقاطعة الرامي إلى هيكلة متساوية في الأجور بين الرجال والنساء لمدة ثلاث سنوات نظرا للأزمة الاقتصادية الخانقة التي تعيشها تلك المقاطعة مصرّحة في الآن نفسه أنّه في الحالات العادية لا يمكن اعتماد الاعتبارات المالية كهدف مقبول. ولا بدّ هنا من الإشارة إلى خصوصية أخرى في هذه الحالة وهو أنّ الحق موضوع الحدّ لم يفعل بعد.

Minister of Home Affairs v. National Institute for Crime Prevention and the Reintegration of Offenders (South Africa) 2005

يمكن اعتبار مثل هذه الأهداف شرعية حيث تضحى الاعتبارات المتعلقة بالمالية العمومية ونجاعة الإدارة حرية بالاعتبار في حالة وجود أزمة اقتصادية مثلاً<sup>٢٣٩</sup>.

ولعل عزوف الفصل ٤٩ من الدستور التونسي عن ذكر هذا الموجب من موجبات التحديد أمر محمود نظراً لسعة مجاله وقابليته للتلون وتطوره المطرد حيث اكتفى الفصل ٤٩ بالتنصيص على الأمن العام وهو في النهاية أحد مكونات النظام العام الأكثر خطورة وأضاف إليه الصحة العامة وهي مكون ثان من مكونات النظام العام تتعرض إليه لاحقاً. وبالتالي فلا مجال مع الفصل ٤٩ إلى إثارة هذا الموجب من موجبات التحديد بصفة إطلاعية بل لا تقبل في هذا الصدد إلا التحديدات ذات العلاقة بمكونين يمثلان في النهاية نواته الصلبة ألا وهما الصحة العامة والأمن العام.

## الدفاع الوطني

قليلة هي الوثائق الدولية أو الدساتير المقارنة التي تتعرض لهذا المفهوم كحد من حدود الحريات وتبقى لذلك حدوده غير واضحة تماماً. غير أنه بالإمكان الاستئناس في هذا الصدد بمفهوم الأمن الوطني أو الأمن القومي الذي تعرفه مبادئ سيراكوزا باعتباره مجموع التدابير المتخذة "لحماية بقاء الدولة أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي ضد استخدام القوة أو التهديد باستخدام القوة"<sup>٢٤٠</sup> مؤكدة على ضرورة أن يتسم التهديد بصغته القريبة والمباشرة وبطبيعته الشاملة حيث "لا يجوز الاحتجاج بالأمن القومي كسبب لفرض التقييدات لمجرد منع التهديدات المحلية أو البعيدة نسبياً التي يتعرض لها الأمن والنظام"<sup>٢٤١</sup>. وقد ظهر هذا الهدف في فقه القضاء الأوروبي لحقوق الإنسان في بعض القضايا حيث وقع السماح للدولة بالتجسس على أساس تهديد بالجوسسة والإرهاب تسعى إلى التصدي إليه<sup>٢٤٢</sup> كما وقع في قضية أخرى بيان أن حرية النفاذ إلى المعلومات تمنع الحكومة من حجبها عن الأشخاص التي تسعى إلى الحصول عليها لدى السلطات التي ترتضي إتاحتها ولا تعني أن الدولة مجبرة على مد كل من يطلب معلومة بتلك المعلومة حيث أن بعض المعلومات قد يشكل كشفها تهديداً للأمن الوطني<sup>٢٤٣</sup>. وباسم الحفاظ على الأمن الوطني وقع كذلك السماح بمنع الجنود من الانضمام إلى الأحزاب السياسية<sup>٢٤٤</sup> واعتبار تحديد حق عملاء سابقين بالكا. جي. بي. الليتوانية في الالتحاق بالوظيفة العمومية أو ببعض ميادين العمل في القطاع الخاص لمدة عشر سنوات (١٩٩٩-٢٠٠٩) تحديداً شرعياً<sup>٢٤٥</sup> وكذلك اعتبر حل جمعية ذات توجه فاشي<sup>٢٤٦</sup> وفرض تحديدات أكثر صرامة على حق إرهابي في زيارة زوجته له بالسجن من

.Newfound land (Treasury Board)v. N.A.P.E [2004], Canada

٢٣٩

٢٤٠ المبدأ ٢٩ من مبادئ سيراكوزا.

٢٤١ المبدأ ٣٠ من مبادئ سيراكوزا.

CEDH, Klass, 6 septembre 1978, Série A, n° 28

٢٤٢

CEDH, Leander, 26 mars 1987, Série A, n° 116

٢٤٣

CEDH, Rakvényi, 20 mars 1999, Rec. 1999-III

٢٤٤

CEDH, Sidabras et Dziautas, 27 juillet 2004, Rec. 2004-VIII

٢٤٥

Req. Comm EDH, n° 6741/74, DR 5

٢٤٦

تلك التي يخضع إليها غيره من السجناء<sup>٢٤٧</sup> كما اعتبر هدف الحفاظ على الأمن العام هدفا مقبولا لمعاقبة جنديّ تناول على المؤسسة العسكرية غير أنّ المحكمة رأت في المقابل أنّ العقوبة التي فرضت عليه لم تتوفّر على شرط التناسب<sup>٢٤٨</sup>. وظهرت مسألة وحدة التراب الوطني كمبرر لتحديد الحقوق والحريات في إحدى القضايا التي اعتبرت فيها المحكمة أنّ هدف الحفاظ على وحدة الإقليم الوطني تبرّر العقاب الجزائي المسلّط على نقابي قام بنشر مقال يتهم فيه الدولة التركية بممارسات إرهابية في منطقة الجنوب الشرقي من تركيا فالوضع المتأزّم في هذه المنطقة تحمّ على السلطات أن تمارس أكبر قدر من اليقظة والحزم مع الأعمال التي من شأنها أن تؤجج العنف<sup>٢٤٩</sup>.

ونظرا لخطورة هذا المبرر وسهولة الانزلاق به نحو الاعتباطية والتعسف فإنّ المعايير الدوليّة تربطه عضوياً بضرورة وجود سبل انتصاف تضمن عدم إساءة استعماله وعليه فلا يمكن للدولة الاحتجاج بالأمن العام إلّا إذا بيّنت بالتوازي مع هذه الحجّة ضمانها لسبل انتصاف كافية وفعالة حيث تقتضي القاعدة ٣١ من مبادئ سيراكوزا أنه "لا يجوز استخدام الأمن القوميّ حجّة لفرض التقييدات الغامضة والتعسّفية ولا يجوز الاحتجاج به إلّا في وجود ضمانات كافية وسبل فعالة للانتصاف ضدّ إساءة الاستعمال".

## الصحة العامة

تقرّر مبادئ سيراكوزا أنه يجوز الاحتجاج بالصحة العامة كأساس لتقييد حقوق معيّنة بهدف تمكين الدولة من اتخاذ تدابير للتصدّي لتهديد خطير تتعرّض له صحّة السكّان أو الأفراد وينبغي أن تهدف هذه التدابير خصيصاً إلى منع المرض أو الإصابة أو توفير العناية للمرضى والمصابين<sup>٢٥٠</sup>.

ولتحديد الأمراض الداخلة في نطاق هذا التحديد "يجب إيلاء الاعتبار الواجب لأنظمة الصحة الدوليّة التي تضعها منظمة الصحة العالميّة"<sup>٢٥١</sup>.

ويمكن إيراد مثال على ذلك يتمثّل في كشف السر المهني للطبيب والتحديد من نطاق حماية الحرمة الشخصية للأفراد في بعض الحالات المرضية الخطيرة المعدية حيث يتحوّل واجب الطبيب في الحفاظ على السر المهني إلى واجب إبلاغ عن الحالات التي يتعرّض إليها أثناء ممارسته لمهنته. كما يمكن كذلك إيراد مثال المساس بحرمة المسكن إذا كان الهدف إنقاذ أصحابه في حالة فيضانات أو حرائق أو ما شابه من كوارث<sup>٢٥٢</sup>.

وفي كندا وهو البلد الذي لا ينصّ عهد الحقوق والحريات فيه على قائمة بالأهداف المشروعة للحدّ من الحريات وقع ربط هذا الهدف وهو الصحة العامة بهدف الأمن العام فاستعملا بصفة متلازمة لمنع السواق

Req. Comm. EDH, n° 8065/77, DR 14

٢٤٧

CEDH, Grigoriades, 25 novembre 1997, Rec. 1997-VII

٢٤٨

CEDH, Ceylan, 8 juillet 1999, Rec. 1999-IV

٢٤٩

٢٥٠ المبدأ ٢٥ من مبادئ سيراكوزا.

٢٥١ المبدأ ٢٦ من مبادئ سيراكوزا.

VELU/ERGEK (1990), p. 111

٢٥٢

المتهورين من القيادة<sup>٢٥٣</sup> والرقابة على ظروف استعمال الطريق<sup>٢٥٤</sup> ومنع الأشخاص المحكومين على أساس جرائم جنسية من التجول في ساحات المعاهد أو ساحات الألعاب أو الحدائق العمومية<sup>٢٥٥</sup> ومنع التلوث السمعي عبر الضجيج<sup>٢٥٦</sup> ولمراقبة حيازة واستعمال الأسلحة النارية<sup>٢٥٧</sup>. أمّا فقه القضاء الأوروبي فقد أقرّ عموماً بالتحديد في الحريات والحقوق لصالح صحّة الأطفال والوقاية والرقابة وعلاج الأمراض المعدية أو الأمراض المهنية<sup>٢٥٨</sup>.

## الأخلاق العامة أو الآداب العامة

بقدر ما يمكن حصر الأهداف السابقة وضبط نطاقها بمعايير موضوعية بقدر ما يبدو هذا الهدف عصبياً على التحديد ومتعلّقاً بالخصوصيات الثقافية والدينية للمجتمعات. وهو ما أقرّت به المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية هانديسايد حين صرّحت بأنّ هذا المفهوم هو مفهوم متغيّر خاصّة "في زمننا هذا المتسم بالتطوّر السريع والعميق للأراء في هذا المجال"<sup>٢٥٩</sup>.

ولا تبدو مبادئ سيراكوزا حاسمة في هذا الشأن بما أنّها وإن فرضت على الدولة التي تحتجّ بالمبادئ الأخلاقية العامة كأساس لتقييد حقوق الإنسان أن تبرهن أنّ التقييد المذكور ضروري للحفاظ على احترام القيم الأساسية للمجتمع فإنّها تقرّ بتمتّع هذه الدولة "بحدّ معين من حريّة التقدير" في هذا المجال<sup>٢٦٠</sup> لا ينتفي إلا بخصوص قاعدة عدم التمييز<sup>٢٦١</sup>.

ومن الثابت في فقه قضاء اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أنّ "مفهوم الأخلاق مستمدّ من تقاليد اجتماعية وفلسفية ودينية عديدة وعليه يجب أن تستند القيود المفروضة... بغرض حماية الأخلاق إلى مبادئ غير مستمدة حصراً من تقليد واحد. ويجب أن تفهم هذه القيود في ضوء عالمية حقوق الإنسان ومبدأ عدم التمييز"<sup>٢٦٢</sup>.

- |  |     |
|--|-----|
| Renvoi sur le Motor Vehicle Act [1985] 2 R.C.S. 485, 521   | ٢٥٣ |
| Ladouceur c. La Reine [1990] 1 R.C.S. 1257, 1280   | ٢٥٤ |
| R. c. Heywood [1999] 3 R.C.S. 761, 803   | ٢٥٥ |
| Montréal c. 2952-1366 Québec Inc. [2005] 3 R.C.S. 141  | ٢٥٦ |
| Schwartz c. La Reine [1988] 2 R.C.S. 443, 487  | ٢٥٧ |
| KISS (A.), «Les clauses de limitation et de dérogation dans la Convention européenne des droits de l'homme», in : Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne, Cowansville, 1984, p. 128. V. Req. Comm. EDH, n° 1043/ 83, DR 40 (obligation de soumettre des enfants à l'épreuve de sensibilité cutanée à la tuberculine ou à un examen radiologique du thorax) ; Req. Comm. EDH, n° 8209/78, DR 16, p. 166 (obligation pour les soldats de se faire couper les cheveux de façon à ce qu'ils ne touchent pas le col) et Req. Comm. EDH, n° 8307/78, DR 21 (interdiction de vendre des boissons spiritueuses dans les lieux accessibles au public | ٢٥٨ |
| CEDH, Handyside, 7 décembre 1976, Série A, n° 24, § 48   | ٢٥٩ |
| المبدأ ٢٧ من مبادئ سيراكوزا.   | ٢٦٠ |
| المبدأ ٢٨ من مبادئ سيراكوزا.   | ٢٦١ |
| التعليق العام رقم ٣٤ (٢٠١١) المادة ١٩ حرية الرأي وحرية التعبير، الفقرة ٣٢. انظر كذلك التعليق العام رقم ٢٢ (١٩٩٣) المادة ١٨، الفقرة ٨.  | ٢٦٢ |

وعليه فإنّه من المتّجه فهم الأخلاق العامّة في علاقة بقيم المجتمع الديمقراطي لا باعتبارها أخلاق مجتمع بذاته. وهي بهذا المعنى الأخلاق المؤسسة على المساواة والحرية والكرامة البشريّة وبهذا يغدو الحدّ من الحريات حفاظا على مبادئها الكبرى لا وسيلة لقمعها تحجّجا بأخلاق اجتماعية قد تكون على طرف نقيض مع قيم حقوق الإنسان الكبرى. لا نحبّ أن نرى في هذا الهدف مدخلا لمهرب من تكريس حقوق الإنسان باسم الخصوصية الثقافيّة. في جنوب إفريقيا بمناسبة قضية<sup>٢٦٣</sup> حكم فيها في سنة ٢٠٠٣ اعتبرت المحكمة أنّ المساس من حرّية التعبير عبر مصادرة وإيقاف عرض أفلام إباحيّة للأطفال هو تدخل دستوري نظرا إلى أنّه يسعى إلى تحقيق هدف شرعي هو حماية كرامة الأطفال وحرمتهم الجسديّة. وحكمت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية هانديسايد ضد المملكة المتحدة في ١٩٧٦ لصالح المملكة المتحدة التي صادرت أحد الكتب الموجهة للأطفال كان يحتوي على عبارات نابية على أساس مساسه بالأخلاق العامّة مقرّرة بذلك تحديد حرية التعبير على أساس هدف محدّد هو الأخلاق العامّة ومكرّسة لمبدأ تمتّع السلط الوطنيّة بقدر أكبر من القدرة على الحكم على الإجراءات التقيديّة المستندة على هذا الهدف من المحكمة نفسها. غير أنّ لهذا المبدأ حدود كتلك التي برزت في قضية دودجيون حيث تجاوزت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان معيار السلطة التقديرية للدولة المعنّية لتجعل من الحق بالنسبة للراشدين الراضين بذلك في ممارسة علاقات جنسيّة مثلية في الإطار الخاص دون الخوف من التبعات حقّا يتمتّع بمرتبة القاعدة القانونيّة الأوروبيّة<sup>٢٦٤</sup>.

وإن أكّدت هذه القضايا على شيء فإنّها تؤكد على ضرورة مقارنة مفهوم الأخلاق العامة بطريقة موضوعيّة قدر الإمكان تربطه بسياق حقوق الإنسان لا بسياقات أخرى مختلفة ومتنوّعة قد تتعارض مع حقوق الإنسان نفسها كالسياقات الدينيّة أو العادات والتقاليد إلخ.

## الإطار ١٨ : حالة دراسيّة من فقه القضاء السويسري

عمدت شركة سويسريّة للهواتف الجوّالة إلى إنتاج أشرطة إباحيّة معدّة للتحميل على الأنترنت كموايد دعاية لمنتجاتها فوقع منعها من ترويجها.

احتجّت الشركة بحريّة التعبير وحرية الصناعة والتجارة لتبرّر تصرّفها في حين اعتمد المنع على هدف حماية الأخلاق العامّة.

تعرّضت المحكمة الفيدرالية السويسريّة في قضية ( Star TV AG (ATF 133 II هذه الومضات الإشهارية تبرز 136لهذه الحالة فقضت بشرعيّة المنع معتمدة على كون هذه الومضات الإشهارية تبرز الكيان البشري في وضعيات مهينة وبدائيّة وتشيّء الذات البشريّة التي لا تعتبرها غير

٢٦٣ Tasco Luc de Reuck v. Director of Public Prosecutions (Witwatersrand Local Division) (South Africa) (2003)

CEDH, Dudgeon, 22 octobre 1981, Série A, n° 45

٢٦٤

موضوع جنسي مجرد من جوانبه الإنسانية ويتأكد هذا المنع في ظل إتاحة هذه الومضات للجمهور العريض بحيث يمكن الاطلاع عليها من قبل أشخاص غير مستعدين نفسياً لتقبلها خصوصاً الأطفال.

وقد طرحت في فقه القضاء المقارن مسائل عامة بخصوص الأهداف التشريعية أدت إلى ظهور قواعد عامة لمقاربة بعض الإشكالات المتعلقة بها.

ومن أهم هذه الإشكالات مسألة الهدف المتغير التي تعرض إليها القاضي الكندي في قضايا عديدة<sup>٢٦٥</sup> وخلص فيها إلى ثلاثة مبادئ:

١. لا يمكن لهدف جديد أو معاصر أن يعوّض الهدف التاريخي الحقيقي الذي قاد إلى اتخاذ القانون.
٢. بعض الأهداف التشريعية الصالحة في تاريخ اتخاذ القانون المطعون فيه قد تصبح في ما بعد غير صالحة.
٣. من الممكن إثبات أن الهدف التشريعي لا يزال صالحاً بتقديم إحصائيات لاحقة لتاريخ اعتماد القانون موضوع النزاع.

ونشير كذلك في نفس هذا السياق إلى مسألة استعمال الأهداف التقييدية المسموح بها للحدّ بصفة قانونية من حقّ معيّن للحدّ من حقّ آخر وهي مسألة تعرّضت لها بإطنا ب اللجنة الخاصة بحقوق الإنسان مكرّسة مبدأ التخصيص في هذا المجال "فلا يسمح حسب اللجنة بفرض قيود لأسباب غير محدّدة فيها (أي الفقرة المقررة لمبدأ التحديد في المادة المعنية من مواد العهد) حتّى لو كان يسمح بها كقيود على حقوق أخرى محمية في العهد مثل الأمن القومي. ولا يجوز تطبيق القيود إلا للأغراض التي وضعت من أجلها كما يجب أن تتعلّق مباشرة بالغرض المحدّد الذي تستند إليه وأن تكون متناسبة معه"<sup>٢٦٦</sup>.

### ٣. شرط التناسب

بعد التيقّن من تعارض الإجراءات التشريعي أو الإداري مع حقّ من الحقوق المنصوص عليها في منظومة حقوق الإنسان والتي تدخل في مجال التقييد<sup>٢٦٧</sup> والتساؤل عمّ إذا كان ذلك الإجراء مبرّراً يقع إجراء "اختبار التناسب".

٢٦٥ Big M Drug Mart [1985] 1 R.C.S. 295 ; Edmonton Journal c. Alberta (P.G.) [1989] 2 R.C.S. 1326 et Irwin Toy Ltée c. Québec (Procureur général) [1989] 1 R.C.S. 927, 932

٢٦٦ التعليق العام رقم ٢٢ (١٩٩٣) المادة ١٨ الفقرة ٨. انظر أيضاً التعليق العام رقم ٣٤ (٢٠١١) المادة ١٩ حرية الرأي وحرية التعبير الفقرة ٢٢.

٢٦٧ لا مجال لتطبيق اختبار التناسب بدهاءة على الحقوق التي لا تخضع للتحديد كحظر التعذيب أو بعض ضمانات المحاكمة العادلة.



واختبار التناسب هو منهجية قضائية ابتدعتها المحكمة الإدارية العليا في بروسيا Oberverwaltungsgericht في القرن التاسع عشر في شكل اختبار مزدوج للملاءمة والضرورة. وطبقته المحكمة الفيدرالية السويسرية بصفة صريحة منذ ١٩٣٩ في ميدان حرية التجارة والصناعة<sup>٢٦٨</sup> قبل أن تعمّمه على غيره من الحقوق كالحق في الملكية<sup>٢٦٩</sup> والحرية الشخصية<sup>٢٧٠</sup>. وأعادت المحكمة الدستورية الألمانية صياغته في أعقاب الحرب العالمية الثانية<sup>٢٧١</sup> مضيفة إليه مفهوم الموازنة القضائية للمصالح المحمية دستورياً Güterabwägung الذي سعى من خلاله القاضي إلى الحفاظ على وحدة الدستور كنظام قيميّ متّسق. وسرعان ما انتقل اختبار التناسب من فقه القضاء الدستوري الألماني إلى أفضية وطنية أخرى وإلى القضاء الدولي<sup>٢٧٢</sup>. ولئن غاب التنصيص على هذا المبدأ صراحة في بعض الدساتير نظرا لاعتباره مبدأ عاما من مبادئ القانون<sup>٢٧٣</sup> فإن بعض الدساتير والنصوص الدولية تنصّ عليه صراحة كاللستور البرتغالي (المادة ٢٦٦) والدستور السويسري (المادة ٣٦) ودستور جنوب إفريقيا (المادة ٣٦) ودستور اليونان (المادة ٢٥ فقرة ١) والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان عبر شرط المعقولة وميثاق الاتحاد الأوروبي للحقوق الأساسية (المادة ٥٢).

ويتمتع هذا المبدأ اليوم بمكانة عليا في فقه قضاء اللجنة المعنية بحقوق الإنسان حيث أقرّت في معرض حديثها عن حرية التنقل أن "الفقرة ٣ من المادة ١٢ تشير بوضوح إلى أنه لا يكفي أن تخدم القيود الأغراض المسموح بها فيجب أيضا أن تكون ضرورية لحمايتها. ويجب أن تتماشى التدابير التقييدية مع مبدأ التناسب وأن تكون مناسبة لتحقيق وظيفتها الحماية وأن تكون أقل الوسائل تدخلا مقارنة بغيرها من الوسائل التي يمكن أن تحقق النتيجة المنشودة وأن تكون متناسبة مع المصلحة التي ستحميها. ولا بدّ من احترام مبدأ التناسب لا في القانون الذي يحدّد إطار القيود وحده بل أيضا في تطبيقه من جانب السلطات الإدارية والقضائية. وينبغي للدول أن تكفل سرعة إنجاز أيّ إجراءات متصلة بممارسة تلك الحقوق أو تقييدها وأن تكفل توفير الأسباب التي تبرر تطبيق التدابير التقييدية"<sup>٢٧٤</sup>. ومذكّرة هذه الفقرات من فقه قضائها أضافت اللجنة بخصوص تقييد حرية التعبير أنه "يجب أيضا أن يراعي مبدأ التناسب شكل التعبير موضع النظر فضلا عن وسائل نشره. وعلى سبيل المثال يولي العهد أهمية بالغة بشكل استثنائي للتعبير الحر في حالات النقاش العام الذي يتناول في مجتمع ديمقراطي شخصيات موجودة في المجال العام والسياسي"<sup>٢٧٥</sup>.

ATF 65 I 65, Association fribourgeoise des agents immobiliers ٢٦٨

ATF 94 I 127, Keller ٢٦٩

ATF 97 I 45, X ٢٧٠

Lüth [1958] BVerfGE 7, 198 (Germany) ٢٧١

Matews, Stone Sweet, « All Things in Proportion ? American Rights Review and the Problem of Balancing », (2011) 60, Emory Law Journal, 797 ٢٧٢

DELPEREE (F.), in. DRI-IDEA-PNUD, Vers une nouvelle ère dans la protection des droits fondamentaux en Tunisie : La mise en œuvre de l'article 49 de la nouvelle Constitution tunisienne, op. cit., p. 30 ٢٧٣

٢٧٤ التعليق العام رقم ٢٧ (١٩٩٩) المادة ١٢ - حرية التنقل، الفقرتان ١٤ و ١٥.

٢٧٥ التعليق العام رقم ٣٤ (٢٠١١) المادة ١٩ - حرية الرأي وحرية التعبير، الفقرة ٣٤.

وعودة إلى فقه قضاء المجلس الدستوري فإننا نشير إلى أن فكرة التناسب لم تكن غائبة تماماً عن آرائه غير أن حضورها ظل محتشماً ولم تصبح مبدأً ثابتاً في فقه قضائه. حيث عبّر المجلس في بعض الآراء على حرصه على مراقبة التناسب والتوازن بين مقتضيات احترام الحق الأساسي والغرض الذي يبرّر تحديده معلناً أن "القانون الذي يحدّ من حقّ ... لا يجب أن يقتصر على وضع القيود على ممارسة هذا الحق بل يتعين أن يضبط إجراءات توفّر في حدّ ذاتها جملة من الضمانات توازن بين مقتضيات احترام هذا الحق والأساس الذي يبرّر تحديده بحسب ما يقدّره المشرّع ويرقابة المجلس الدستوري"<sup>٢٧٦</sup>.

يقوم اختبار التناسب إذن على ثلاث مراحل تمثل كلّ من المرحلة الأولى والثانية منه ما يسمّى بـ "النموذج التقليدي لاختبار التناسب" أو "النموذج المزدوج" ويمتاز النموذج العصري لاختبار التناسب بإضافته خطوة ثالثة تشكّل خصوصيّة اختبار التناسب اليوم وتعرف لذلك باسم "التناسب بمعناه الحرفي" *proportionnalité stricto sensu* حتّى أنّه يلاحظ في فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تراجع أهميّة الخطوتين الأولى والثانية وقلة مستوى التفصيل الذي ينطوي عليه تطبيقهما مقارنة بهذه المرحلة الثالثة<sup>٢٧٧</sup> وهي نفس الملاحظة التي يمكن إيرادها بخصوص المحكمة العليا الإسرائيلية<sup>٢٧٨</sup>.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية تعوّض اختبار التناسب *proportionality* آلية الموازنة *balancing* ورغم الاختلافات الموجودة بين هاتين الآليتين على مستوى نشأتها التاريخية وسياقاتهما القضائية والإيديولوجية فإنهما يحيلان في جوهرهما إلى نفس التمشّي بما أن آلية الموازنة هي آلية ترادف الخطوة الثالثة من اختبار التناسب (التناسب بمعناه الضيق)<sup>٢٧٩</sup>.

أمّا في ألمانيا، وكما أشرنا سابقاً، فإنّ المحكمة الدستورية تستخدم في الغالب اختبار المراحل الثلاث وتركّز على الموازنة في الخطوة الأخيرة إلّا أنّها تحجم صراحة عن الموازنة حسب الحالة إذا كان الأمر متعلّقاً بانتهاك بالغ الشدّة ذي علاقة ببند الكرامة الإنسانية المضمّن بالمادة الأولى من القانون الأساسي الألماني. وتعتمد المحكمة الفيدرالية السويسرية كذلك على اختبار المراحل الثلاث منذ قراراتها الأولى التي طبّقت فيها شرط التناسب<sup>٢٨٠</sup>.

٢٧٦ الرأي عدد ٢-٢٠٠٧ الصادر في ٢٤ جانفي/ كانون الثاني ٢٠٠٧. انظر كذلك الرأي عدد ٤٨-٢٠٠٧ الصادر في ٢٧ جوان/ حزيران ٢٠٠٧ وانظر أيضاً الرأي عدد ٤٥-٢٠٠٨.

٢٧٧ Handyside v. UK, App. N° 5493/72, ECHR [1976] Série A, n°24, EHRR 737, § 48

278 BARAK (A.), Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations, Cambridge Studies in Constitutional Law, Cambridge University Press, United Kingdom, 2012

٢٧٩ COHEN-ELIYA (M.) and PORAT (I.), Proportionality and Constitutional Culture, Cambridge University Press, United Kingdom, 2013; KLATT (M.) and MEISTER (M.), The Constitutional Structure of Proportionality, Oxford University Press, United Kingdom, 2014, pp. 45-74

٢٨٠ ATF 128 I 92, 95, Schweizer Psychotherapeuten Verband SVP/ASP; V. WEBER-DÜRLER (B.), Grundrechtseingriffe, in : Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Bernertage für die juristische Praxis 1999, Berne, 2000, p. 142

أما المحاكم التي تطبق النموذج التقليدي فإن تركيزها عادة ما ينصب على الخطوة الثانية من خطوات الاختبار ألا وهي قياس الضرورة. وهذا شأن المحكمة الدستورية الكندية ولجنة الأمم المتحدة المعنية بحقوق الإنسان ومحكمة العدل الأوروبية. وعلى الرغم من أن اختبار أوكس Oakes الكندي يشتمل على خطوة ثالثة (هي الموازنة حسب الحالة) فإن معظم الأحكام تكتفي بخطوتين مركزة على قياس الضرورة<sup>٢٨١</sup>. ففي قضية أوكس كرس القاضي الكندي ديكسون اختبار التناسب بمراحله الثلاث وعبر عن ذلك بصورة واضحة للغاية: "للحكم إن كان تحديد ما للحريات معقولا وأن تبريره يمكن الدفاع عنه في إطار مجتمع حر وديمقراطي يجب أن يستجيب هذا التحديد إلى معيارين جوهريين. أولاً يجب أن يكون الهدف الذي ترمي إلى خدمته هذه الإجراءات المحددة لحق أو حرية مضمونة بمقتضى العهد "هامة بما فيه الكفاية لتبرير إلغاء حق أو حرية مضمونين بمقتضى الدستور" (R. c. Big Drug Mart Ltd) ... يجب أن تكون القاعدة ضيقة المجال حتى لا تستفيد الأهداف ضئيلة الأهمية أو المخالفة للمبادئ المكونة لجوهر المجتمع الحر والديمقراطي من حماية المادة الأولى. يجب على الأقل أن يرتبط الهدف باهتمامات متأكدة وحقيقية في مجتمع حر وديمقراطي حتى يمكن نعتة بكونه على درجة كافية من الأهمية. ثانياً ما إن يقع الإقرار بأن الهدف على درجة كافية من الأهمية فإن الطرف الذي يشر المادة الأولى عليه أن يبين أن الوسائل المختارة هي وسائل معقولة وأن تبريرها يمكن التدليل عليه. ويقتضي هذا تطبيق "نوع من معيار التناسب" (R. c. Big Drug Mart Ltd) ... وحتى إن كانت طبيعة معيار التناسب قابلة للتغير حسب الظروف فإنه على المحاكم في كل حالة الموازنة بين مصالح المجتمع من ناحية ومصالح الخواص والجماعات من ناحية أخرى. وحسب رأي فإن معيار التناسب يحتوي على ثلاثة عناصر هامة. أولاً يجب أن تكون الإجراءات المتخذة مصاغة بالدقة الكافية لبلوغ الهدف المطلوب. ويجب أن لا تكون اعتباطية ولا غير منصفة ولا مؤسسة على اعتبارات غير معقولة. وباختصار يجب أن يكون لها رابط عقلائي مع الهدف المعني. ثانياً وحتى على فرض أن هذا الرابط العقلائي موجود فإن الوسيلة المختارة يجب أن تكون من الوسائل التي تحقق "أقل قدر ممكن" من المساس بالحق أو الحرية (R. c. Big M. Drug Mart Ltd) ... ثالثاً يجب أن يوجد تناسب بين آثار الإجراءات المحددة للحق أو الحرية المضمونان بمقتضى العهد والهدف الذي وقع الإقرار به باعتباره هاماً بالقدر الكافي"<sup>٢٨٢</sup>.

وفي علاقة بشرط الضرورة يبدو من المفيد التوقف قليلاً عند فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. ففي غياب نص يحيل على اختبار التناسب بمراحله الثلاث اعتمدت هذه المحكمة على شرط الضرورة الذي تنص عليه الاتفاقية واستخرجت منه تدريجياً الشروط الثلاثة المعبرة عن اختبار التناسب. ففي ميدان حرية التعبير ظهرت الشروط الثلاثة (الضرورة الاجتماعية الملحة - التناسب - الأهداف

GRIMM (D.), « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence » ٢٨١ University of Toronto Law Journal, 2007, n°57, pp. 383-394; WOEHLING (J.), « La Cour suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés », Revue trimestrielle des droits de l'Homme, 1993, n° 15, pp. 379-410

R. c. Oakes [1986] 1 R.C.S. 103, 138-139

الوجيهة والكافية) منذ قرار صانداي تايمز سنة ١٩٧٩<sup>٢٨٣</sup> وأضحت تمثل منذ ذلك الحين فقه قضاء ثابت يعتمد على اختبار التناسب الذي "يدعو إلى الموازنة بين الأهداف التي تعدّها المادة ١٠ فقرة ٢ (من الاتفاقية) مع الأهداف المتعلقة بالحوار الحر حول المسائل المتعلقة بالمصلحة العامة"<sup>٢٨٤</sup>. وفي ميدان حرية الفكر والدين والمعتقد لم تبدأ المحكمة الأوروبية في اعتماد اختبار التناسب الثلاثي إلا منذ ١٩٩٣ بمناسبة قرار كوكينايس<sup>٢٨٥</sup> وهي لا تتعرض في هذا الميدان إلى شرط الهدف إلا بصفة ضمنية. أمّا في مجال حرية التجمع وتكوين الجمعيات فإنّ القاضي ابتداءً بتطبيق شرط التناسب بالمعنى الضيق لوحده<sup>٢٨٦</sup> ثم أصبح في مرحلة لاحقة يستحضر مراحل الاختبار الأخرى<sup>٢٨٧</sup> دون أن يستعملها كلّها بصفة متلازمة. وعبرت المحكمة عن شرط التناسب في ميدان حق الملكية كالآتي: "إنّ إجراء للتدخل في الحق في احترام ممتلكات الناس لا بدّ أن يراعي توازنا دقيقا بين مقتضيات الصالح العام للمجموعة ومقتضيات الحفاظ على الحقوق الأساسية للأفراد. وبالنسبة لخصوص يجب أن توجد علاقة تناسب بين الوسيلة المستعملة والهدف المنشود من كلّ إجراء يحرم شخصا من الملكية"<sup>٢٨٨</sup>. تبرز إذن في فقه القضاء الأوروبي مراحل الاختبار الثلاث كما هو الشأن في القضية الوطنية المختلفة وخاصة القضاء الكندي والسويسري والألماني ولكنّ القاضي الأوروبي يطبّق هذا الاختبار بطريقة مختلفة من حقّ إلى آخر كما يشكو تطبيقه لهذه المعايير من بعض النقائص المنهجية الناتجة عن عدم استقرار تعريفها لديه بصورة ثابتة وهو ما من شأنه أن يمسّ بمبدأ السلامة القانونية<sup>٢٨٩</sup>. هذا علاوة على أن تحليل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لشرط التناسب يبدو إجمالا أقلّ تشدداً من التحليل الذي يعتمده القضاة الوطنيون كالقاضي الكندي أو القاضي السويسري أو القاضي الألماني. غير أنّه يمكن تفسير ذلك باختلاف السياق الوطني عن السياق الإقليمي الذي يمتاز بوجود عدّة دول وبالتالي وجود اختلافات في المنظومات القانونية وهو ما يستدعي من المحكمة الإقليمية مقاربة الأشياء بطريقة أقلّ تشدداً وأكثر ليونة حتّى تتمكّن من أخذ مختلف السياقات بعين الاعتبار وإرساء فقه قضاء. ومهما يكن من أمر فإنّ الثابت هو اعتماد هذه المحكمة كغيرها من المحاكم في الديمقراطية العريقة على اختبار التناسب هذا والذي يمكن إجمال مراحلها في خطّ كالآتي:

- ٢٨٣ CEDH, Sunday Times, 26 avril 1979, Série A, n° 30, § 67
- ٢٨٤ CEDH, Barfod, 22 février 1989, Série A, n° 149, § 29. V. aussi, CEDH, Dudgeon, 22 octobre 1981, Série A, n° 45, §§ 45-53. V. CEDH, Z., 25 février 1997, Rec. 1997-I, § 96 où cette formule est complétée par la nécessité de trouver un « juste équilibre des intérêts en présence et CEDH, Mac Leod, 23 septembre 1998, Rec. 1998-VII, § 53 où apparaît l'exigence de mettre en balance les différents intérêts concurrents
- ٢٨٥ CEDH, Kokkinakis, 25 mai 1993, Série A, n° 260-A, §§ 47 et 49
- ٢٨٦ CEDH, Young, James et Webster, 13 août 1981, Série A, n° 44, § 63
- ٢٨٧ CEDH, Chassagnou, 29 avril 1999, Rec. 1999-III, § 113 (besoin social impérieux) ; CEDH, Sidiropoulos et autres, 10 juillet 1998, Rec. 1998-IV, § 40 (motifs pertinents et suffisants
- ٢٨٨ CEDH, Pressos Compania Naviera S.S., 20 novembre 1995, Série A, n° 332
- ٢٨٩ VAN DROOGHENBROECK (S.), La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux, Bruxelles, 2001, Chap. III

## المخطط ٢ : النموذج التقليدي والنموذج العصري لاختبار التناسب

النموذج التقليدي لاختبار التناسب	النموذج العصري لاختبار التناسب	الخطوة ١	هل أنّ القيد المفروض ملائم لتحقيق الغرض من القانون المعني؟	المقارنة بين الإجراء والغرض من حيث الملاءمة.
		الخطوة ٢	هل أنّ القيد ضروري لتحقيق الغرض من القانون المعني؟ ألا يمكن تصوّر وسائل أقلّ تطفلاً من شأنها تحقيق نفس الغرض؟	المقارنة بين الإجراء والغرض من حيث الضرورة.
		الخطوة ٣	هل أنّ القيد خطير على مصالح صاحب الحق مقارنة بأهمية العوامل المبررة له؟ هل للإجراء المقيد تأثير مفرط على المصالح المحميّة لصاحب الحق؟	قياس خطورة انتهاك الحق (مصالح صاحب الحق المتضرر) مقارنة بأهمية العوامل المبررة له (المصلحة العامة التي يسعى الإجراء لتحقيقها) من حيث التناسب.

## الخطوة الأولى: قياس الملاءمة

هل أنّ الإجراء التقييدي ملائم لتحقيق الغرض من القانون المعني؟

في الأنظمة التي لا ينصّ فيها النص الدستوري بصفة منفصلة على الهدف من التحديد تكون أوّل مرحلة من مراحل اختبار التناسب الثبّت من أنّ الغرض من التقييد هو غرض شرعيّ. ففي كندا تشترط المحكمة الدستورية أن يكون الهدف من التحديد ذا "أهميّة كافية لتبرير غلبته على حقوق أو حريات محميّة دستوريّاً"<sup>٢٩١</sup> في حين لا تشترط المحكمة الدستورية الألمانية إلاّ "غرضاً مشروعاً"<sup>٢٩٢</sup>. فلا تجتاز هذه المرحلة

<sup>٢٩٠</sup> يكون قد تمّ الثبّت من أنّ الهدف مشروع.

<sup>٢٩١</sup> R. v. Big M Drug Mart Ltd [1985] Canadian Supreme Court, 1SCR 295, 352 (Canada)

<sup>٢٩٢</sup> Apothekenurteil [1958] BVerfGE, 7, 377 (Germany)

من الاختبار إلا الإجراءات التي اتخذت لتحقيق هدف مشروع أو في الأنظمة التي تنصّ دساتيرها على أهداف محدّدة أحد الأهداف الشرعيّة. فإذا تبين أنّ الهدف من الإجراء ليس هدفا مشروعاً أو ليس مشمولاً بقائمة الأغراض الشرعيّة توقّف اختبار التناسب عند هذا الحدّ وكان ذلك كافياً لإعلان عدم دستوريّة الإجراء المتخذ باعتباره تقييداً غير مبرر للحق المعني.

أمّا الملاءمة فهي المرحلة الثانية من هذه الخطوة الأولى (وقد يقتصر قياس الملاءمة عليها) وتتمثّل في التساؤل عن وجود صلة منطقيّة بين إجراء التقييد والهدف المنشود فيصريح ببطلان إجراءات التقييد التي تكون عدم ملاءمتها للغرض المنشود جليّة. وهنا يبدو واضحاً اتساع السلطة التقديرية الممنوحة للبرلمانات في تقرير ملاءمة إجراء معيّن من عدمها. وتكتفي في هذا السياق المحكمة الدستوريّة الألمانية بكون الإجراء يسهم (ولو جزئياً) في الوصول إلى الغرض المنشود<sup>٢٩٣</sup> وهو ما يؤدّي إلى القول بأنّ هذا القياس لا يسفر إلاّ عن استبعاد الإجراءات العامّة التي تتبيّن عدم عقلانيّتها<sup>٢٩٤</sup>. أمّا في كندا فقد وقع التعبير عن هذا الشرط بصفة أكثر تشدّداً منذ قضية أوّكس حيث قضت المحكمة أنّ قلب عبء الإثبات في حالة حيازة المخدرات واعتبار الحائز تاجراً إلى أن ينجح في إثبات العكس إجراء غير معقول فمن الشطط اعتبار كلّ حائز تاجراً هذا وقد واصلت المحكمة مصرّحة أنّ الإجراءات التحديدية يجب "أن يتمّ وضعها بصفة دقيقة للوصول إلى الهدف المنشود ويجب أن لا تكون اعتباطيّة ولا غير منصفة ولا مبنية على اعتبارات غير عقلانيّة"<sup>٢٩٥</sup>. وهذا هو نفس التمشي الذي اعتمدته في قضية بينير حيث تعلّق الأمر بقانون المواطنة الكنديّة الذي يقتضي أنّ الأشخاص المولودين في الخارج لأب كندي قبل تاريخ ١٥ فبراير/ شباط ١٩٧٧ بإمكانهم الحصول على الجنسيّة بمجرد تقديم مطلب غير أنهم إن كانوا مولودين لأب كنديّ فعليهم الخضوع إلى تحقيق أمني وأداء القسم. وبالتأمّل في الهدف من هذا الإجراء الذي قدمته السلطات والمتمثل في التأكّد من ولاء الشخص للدولة الكنديّة والحفاظ على سلامة مواطنيها أقرّت المحكمة بتأكّد الهدف وصبغته الحقيقيّة<sup>٢٩٦</sup> غير أنّها قضت بعدم مراعاة هذه المقتضيات لمعيار الرابطة العقلاني مع الهدف التشريعي فالأطفال المولودون لأب كنديّ ليسوا ضرورة أقلّ ولاء لكندا من أولئك المولودين لأب كندي ولا المولودون لأب كندي بأكثر ولاء من أولئك المولودين لأب كنديّ<sup>٢٩٧</sup>. ولإبراز عدم المعقوليّة ليس من الضروري الاستناد إلى حجة علميّة بل يكفي أن يقع الاعتدال على المنطق والفكر السليم<sup>٢٩٨</sup>.

Erddölbevorratung [1971] BVerfGE 30, 292, 316; Abhörurteil [1984] BVerfGE 67, 157, 175; ٢٩٣ Cannabis [1994] BVerfGE 90, 145, 173 (Germany)

٢٩٤ بيرنستورف (يوخن فون)، المرجع السابق، ص ١٣.

R. c. Oaks [1986] 1 R.C.S. 103, 139, 141, 142 ٢٩٥

Benner c. Canada [1997] 1 R.C.S. 358, § 24 ٢٩٦

Ibid. § 95 ٢٩٧

RJR- Mac Donald [1995] 3 R.C.S. 199 § 83 et ss.; R. c. Sharpe [2001] 1 R.C.S. 45; Harper c. ٢٩٨ Canada [2004] 1 R.C.S. 827; R. c. Butler [1992] 1 R.C.S. 452, 502 et Ross c. New Brunswick school District N° 15 [1996] 1 R.C.S. 1130

ومن الاختبارات الفرعية الداخلة في سياق هذه الخطوة الأولى ما يتعلّق بفكرة تأكّد التقييد كاختبار براندنبورغ الذي تستخدمه المحكمة العليا الأمريكية في مجال حرية التعبير<sup>٢٩٩</sup> والذي على أساسه لا يكون تقييد حرية صاحب الحقّ مبرراً إلا إذا كانت تصرّفاتة تعرّض الأمن العام للخطر وفق معايير قائمة على ضرورة أن يكون هذا الخطر واضحاً وقائماً.

ومن الأمثلة التطبيقية ما قضت به في أحد قراراتها المحكمة الفيدرالية السويسرية بخصوص قانون يقصر حق استغلال قاعات الحلاقة على المتحصّلين على شهادة في التكوين المهني من الصنف الأعلى بحجّة أنّ هذه المهنة تقتضي درجة عالية من النظافة. حيث رأت المحكمة أنّ الشهادة لا تضمن في شيء تحقيق هدف النظافة ملاحظة أيضاً أنّ ممتنهي الحلاقة عادة ما يوظّفون معهم مساعدين يبارسون نفس أنشطتهم وليست لهم مثل هذه الشهادة المهنية وعليه فإنّ هذا الشرط لا يضمن تحقيق الهدف المعلن وبالتالي فالقانون يسعى في الحقيقة إلى تحقيق هدف آخر ألا وهو الحدّ من عدد قاعات الحلاقة<sup>٣٠٠</sup>. وفي قرار آخر اعتبرت المحكمة أنّ رفض قبول أحد المترشّحين بمدرسة لتأهيل المرشدين السياحيين بذريعة أنّه قد حوكم في السابق بتهمة الاستنكاف الضميري objection de conscience هو إجراء غير ملائم بما أنّه ما من علاقة بين الاستنكاف الضميري والهدف الذي وقع تبرير قرار المدرسة من خلاله ألا وهو الحفاظ على أمن السواح<sup>٣٠١</sup>.

## الإطار ١٩: اختبار التناسب

حالات تطبيقية مستقاة من فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

حق الملكية في مواجهة حماية المحيط (مؤطر ١)

قضية ( Fredin c. La Suède (n. 18929/91

اعتبر المدعي أنّ إلغاء رخصة سبق أن حصل عليها لاستغلال مقطع حجري بحجّة حماية المحيط مساساً بحق الملكية (تعتبر المحكمة الأوروبية أنّ رخص الاستغلال حقوق عينية).

قضت المحكمة أنّ الإجراء المتمثّل في إلغاء رخصة الاستغلال هو إجراء ينصّ عليه القانون ويسعى إلى تحقيق هدف مشروع ألا وهو حماية المحيط. ومّرت على إثر ذلك إلى اختبار التناسب فاعتبرت أنّ الإجراء متناسب مع الهدف المراد تحقيقه لأنّه يستفاد من وقائع القضية أنّ المتضرّرين كانوا على علم بإمكانية سحب الرخصة منذ البداية كما أنّ الدولة مكّنتهم من فترة زمنية كان بإمكانهم فيها غلق الشركة والبحث عن إمكانية أخرى لمواصلة النشاط. وبالتالي فلا وجود لخرق للمادة الأولى من البروتوكول الأول.

Brandenburg v. Ohio, US Supreme Court [1969] 395 US 444 (1969), p. 444 (USA)

٢٩٩

ATF 70 I 140

٣٠٠

ATF 103 Ia 544, Caminada

٣٠١

### قضية Pine Valley Developements et autres c. L'Irlande (n. 12742/87)

تمثلت الوقائع في هذه القضية في إلغاء رخصة بناء منحت للمدعي لأسباب متعلقة بحماية المحيط. لاحظت المحكمة أنه لا يمكن الحديث عن انتزاع فعلي نظرا إلى أن الشركة بقيت مالكة لقطعة الأرض وبإمكانها استغلالها بشكل آخر. وعليه فإن الهدف المشروع من وراء الإجراء ألا وهو الحفاظ على المحيط لا يمنع الشركة من استغلال قطعة الأرض بل يكفي بمنعها من البناء عليها وهو ما لا يمثل اعتداء على حق الملكية حتى في غياب تعويض. وهنا رأَت المحكمة أنه قد وقعت مراعاة التناسب بما أن المتضرر قد بقي مالكا لعقاره.

### قضية Kapsalis et Nima Kapsali c. La Grèce (n. 20937/03)

وقع إلغاء قرارات رئاسية للبناء من قبل المحاكم لأنها اتخذت دون مراعاة مقتضيات التشريع المتعلق بحماية المحيط. وتأكدت المحكمة الأوروبية أن المدعين كانوا قد اشتروا الأراضي دون أن يبدوا اهتماما بإمكانية البناء عليها من عدمها. فقضت المحكمة أن الإجراء هو إجراء ينص عليه القانون وأن الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه والمتمثل في حماية المحيط هو هدف مشروع. أما بخصوص التناسب فاعتبرت أن الدولة لها سلطة تقديرية في هذا المجال ولا يمكن للمدعين الاحتجاج بإهمالهم وعدم تثبتهم من صبغة الأرض المعنية عند اقتنائها.

## الخطوة الثانية: قياس الضرورة

هل أن القيد المتخذ ضروري لتحقيق الغرض من القانون المعني؟

ألا يمكن تصوّر وسائل أقل تطفلا من شأنها تحقيق نفس الغرض؟

تسعى هذه الخطوة إلى تحقيق التقييد الذي يكون ضرره هو "أقل ضرر ممكن" على الحق المحمي. وهو ما عبّرت عنه المحكمة الدستورية الألمانية بطريقة واضحة في أحد أحكامها معتبرة أن الإجراء العام المقيّد لحقّ معيّن "يكون ضروريا إذا لم يكن بوسع المشرّع أن يختار وسيلة أخرى لها نفس القدر من الفعالية وتنتهك الحقوق الأساسية بقدر أقل أو لا تنتهكها على الإطلاق"<sup>٣٠٢</sup>. وليست بأقل وضوحا صياغة القاضي الكندي لهذه المرحلة الثانية مما يسمّى اختبار أوكس في هذا البلد حيث تتساءل المحكمة في معرضه "إن كانت الوسائل المستعملة لبلوغ الهدف المنشود تمكّن من بلوغه بأقل قدر ممكن من المساس بالحق أو الحرية موضوع التقييد"<sup>٣٠٣</sup>.

Cannabis [1994] BVerfGE 90, 145, 172 (Germany)

٣٠٢

R. c. Big M Drug Mart Ltd [1985] 1 R.C.S. 295, 352

٣٠٣



ولا بدّ هنا من التأكيد على أنّ الإجراء الذي يشترط فيه أن يكون أقلّ تطفلاً على الحقوق والحريات يشترط فيه كذلك بالمقابل فعالية "مماثلة" وهو شرط تشدّد المحكمة الدستورية الألمانية في مقارنته: "في تقرير ما إذا كانت الوسيلة المختارة ملائمة وضرورية لتحقيق الأهداف المرجوة يتمتع المشرّع بقدر من السلطة التقديرية. وينطبق الأمر نفسه على ما يتوجب على المشرّع في هذا السياق من تقدير وتوقع للمخاطر التي تهدّد الأفراد الآخرين أو المصلحة العامة. ولا يحقّ للمحكمة الدستورية الاتحادية أن تراقب ممارسة تلك السلطة التقديرية إلّا في حدود ويعتمد التقدير الدقيق لتلك الحدود على طبيعة الموضوع المعني وإمكانية تكوين صورة واضحة بما يكفي وطبيعة المصالح القانونية المعرضة للخطر<sup>٣٠٤</sup>. و يتماثل هذا الموقف مع موقف المحكمة الكندية<sup>٣٠٥</sup> وموقف محكمة جنوب إفريقيا<sup>٣٠٦</sup>.

ولتقريب الصورة بصفة أوضح بالنسبة إلى قياس الضرورة نورد مثالا كلاسيكياً يتعلّق بالعنف المفرط من قبل رجال الشرطة في حالة إنفاذ القانون فبالرغم من أنّ الإجراء المتخذ من قبل رجال الشرطة غالباً ما يسعى إلى تحقيق غاية مشروعة كحماية النظام العام أو حماية حقوق مواطنين آخرين فإنه لا يكون إجراء مشروعا إذا لم يكن الخطر الذي يقع التصدي إليه وشيكاً أو كان من الممكن تلافيه باستعمال وسيلة أقلّ عنفاً من الوسيلة المستعملة. ويزخر فقه القضاء المقارن بالأمثلة التي تبيّن اعتماد القاضي على هذا المعيار لإعلان عدم شرعية بعض الإجراءات أو القوانين ففي كندا حيث كان هذا المعيار المعيار الفاصل في أغلب القضايا لإعلان عدم شرعية بعض القوانين<sup>٣٠٧</sup> وقع على أساسه التصريح بعدم شرعية مقتضى يكتف استعمل السلاح بطريقة تؤدّي إلى القتل قتلا عمدا مهما كانت الملايسات<sup>٣٠٨</sup> وهو نفس التمشي الذي وقع اعتماده للوصول إلى نفس النتيجة بخصوص نصّ يعاقب دون تمييز كلّ من يتسبّب في موت أحدهم أثناء القيام بجرائم أخرى دون التساؤل عن نيّتهم في القتل من عدمها وهو ما لا يستجيب لشرط الضرورة حسب القاضي<sup>٣٠٩</sup>. كما اعتبر القاضي الكندي أنّ المقتضى القانوني لمقاطعة الكيبك الذي يفرض الاستعمال الحصري للغة الفرنسية في الإشهار التجاري غير ضروري لتحقيق الهدف المرجو منه حيث بالإمكان الوصول إلى نفس هذا الهدف وهو الحفاظ على اللغة الفرنسية بوسائل أقلّ حدّة كرفضها كلغة أولى مثلاً عوضاً عن هذه الوسيلة الراديكالية للغاية<sup>٣١٠</sup>. وفي نفس المجال وقع اعتبار منع الإشهار بالنسبة إلى التدخين إجراء

Cannabis [1994] BVerfGE 145, 173 (Germany)

٣٠٤

Her Majesty the Queen in Right of the Province of Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony [2009] Canadian Supreme Court, 2 SCR 567, at 53 (Canada)

The State. v. Manamela [2003] South African Constitutional Court, 2000 (3) SA 1 (CC), at 95 (South Africa)

SCHMIDT NOEL (A) , المرجع سابق الذكر ص ١٧٩

R. c. Vaillancourt [1987] 2 R.C.S. 636, 660

٣٠٨

R. c. Martineau [1990] 2 R.C.S. 633, 647

٣٠٩

Ford c. Québec [1988] 2 R.C.S. 712, 780

٣١٠

لا يستجيب إلى شرط الضرورة للحدّ منه<sup>٣١١</sup>. وفي سياق متّصل وقع الحكم بأنّ منع نشر نتائج سبر الآراء خلال الثلاثة أيام الأخيرة من الحملة الانتخابية هو إجراء لا يمسّ حرية التعبير بالقدر الأدنى المطلوب ويمكن تصوّر بدائل عنه كإجبار شركات سبر الآراء على نشر المعطيات المنهجية لعملها دون الوصول إلى حدّ منع النشر وبذلك يتحقّق هدف عدم مغالطة الناخبين على مقربة من تاريخ الاقتراع دون المساس بحرية التعبير<sup>٣١٢</sup>. ووقع كذلك اعتبار طرد مدرّس قام بنشر كتابات معادية للسامية إجراء غير ضروريّ للحدّ من مناخ العنصرية بالمدرسة وبالإمكان تصوّر وسائل أقلّ حدة لتحقيق نفس الهدف<sup>٣١٣</sup>. وبالنسبة إلى قرار بلدي يمنع تعليق اللافتات الإشهارية على الممتلكات العامة اعتبر القاضي الكندي أنّ الهدف المنشود من وراء الإجراء هو هدف شرعيّ غير أنّ توقّر طرق بديلة عديدة لتحقيقه يجعل الإجراء إجراء يمسّ من الحق بطريقة تتجاوز ما هو ضروري<sup>٣١٤</sup>. وكمثال أخير من فقه القضاء الكندي نورد القضية التي اعتبر فيها القاضي أنّه لضمان حسن سير المرفق ليس من الضروري اتخاذ إجراء يمنع الموظفين المضربين من توزيع منشور بصفة سلمية في مكان محايّد<sup>٣١٥</sup>.

ويعجّ فقه القضاء السويسري بالأمثلة. ففي قرار صادر في ٨ أكتوبر/تشرين الأول ١٩٧٥ قضت المحكمة الفيدرالية السويسرية بأنّ منع المومسات من ممارسة مهنتهنّ على الطريق العام نهاراً في جميع أنحاء جنيف مخالف لحرية الصناعة والتجارة. فالإجراء يهدف فعلاً إلى تحقيق هدف من أهداف المصلحة العامة وهو حماية المتساكنين وخاصّة الأطفال من مشاهد المراهقة وهو بذلك ملائم ولكنه يبقى غير ضروريّ حيث كان بالإمكان الوصول إلى نفس الهدف باستعمال وسائل أقلّ تطفلاً على الحرية من هذا المنع التام كتلك المستعملة مثلاً في زيورخ والمتمثلة في منع المراهقة على الطرقات والأماكن العمومية المحاطة بمساكن ومحطات النقل العمومي في أوقات استعمالها وداخل الساحات العمومية وحولها وبالقرب من الكنائس والمدارس والمستشفيات<sup>٣١٦</sup>. كما قضت المحكمة في قرار آخر أنّ اشتراط ترخيص من طبيب عيون لوضع عدسات لاصقة يذهب أبعد من الهدف المشروع الذي يسعى إليه وهو الحفاظ على الصحة العامة<sup>٣١٧</sup>. وقضت كذلك بأنّ إخضاع كلّ الإشهارات في قاعات السينما إلى الرقابة المسبقة لا يستجيب لقياس الضرورة ولو كان الهدف الذي يسعى إليه مشروعاً ألا وهو حماية الأخلاق العامة حيث يمكن حماية الأخلاق العامة بوسائل أقلّ حدة<sup>٣١٨</sup>.

RJR-Mac Donald [1995] 3 R.C.S. 199, § 160 et ss	٣١١
Thomson Newspapers Co. C. Canada [1998] 1 R.C.S. 877, § 111 et ss	٣١٢
Ross c. New Brunswick school District n° 15 [1996] 1 R.C.S. 1130, § 106	٣١٣
Ramsden c. Peterborough [1993] 2 R.C.S. 1084, 1105 et ss	٣١٤
Y.U.A.C. c. K Mart Canada [1999] 2 R.C.S. 1083, § 71 et ss	٣١٥
ATF 101 Ia 473, R	٣١٦
ATF 110 Ia 99, Kress	٣١٧
ATF 78 I 298, Ciné-Spectacles SA	٣١٨

حالات تطبيقية مستقاة من فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

حق الملكية في مواجهة حماية المحيط (مؤطر ٢)

**قضية ( Hamer c. La Belgique (n. 21861/03**

اجبرت المدعية على هدم منزل وقع بناؤه دون رخصة في منطقة غابية دون أيّ تعويض.

قضت المحكمة أنّ الاعتبارات الاقتصادية وبعض الحقوق الأساسية كالحق في الملكية لا يمكن أن تمنح الأولوية على الاعتبارات المتعلقة بحماية المحيط خاصة عندما تكون الدولة قد شرّعت في هذا المجال. ولاحظت المحكمة أنّ مالكي هذا المنزل قد استغلّوه طيلة ٣٧ سنة دون تدخل السلطات التي ساهمت بذلك في استمرار وضعيّة مضرّة بالمنطقة الغابية. ليس هناك إذن من إجراء ملائم غير إرجاع الوضعيّة إلى ما كانت عليه نظرا إلى الضرر الثابت الذي تعرّضت إليه المنطقة الغابية وليس في ذلك خرق للمادة الأولى من البروتوكول الأول.

**قضية ( Turgut et autres c. La Turquie (n. 1411/03**

**وقضية ( Satir c. La Turquie (n. 36192/03**

قضت المحكمة بوجود تدخل يسمح به القانون وكان الهدف منه هدفا مشروعاً ألا وهو حماية المحيط. غير أنّ إجراء الانتزاع في هاتين القضيتين لم يرافقه دفع تعويض. وعلى هذا الأساس اعتبرت المحكمة أنّ الإجراء غير متناسب مع الهدف المشروع الذي يسعى إلى تحقيقه. فالمحكمة تقرّ بحق الدولة في اتخاذ الإجراءات التي تراها مناسبة لحماية المحيط غير أنّ هذه الإجراءات لا يجب أن تكون اعتباطية وعليه فإنّ الأشخاص الذين يتعرّضون إلى الانتزاع يجب أن يتمتعوا بتعويض عادل.

**قضية ( Depalle c. France et Brosset Triboulet et autres c. France (n. 34044/02**

قضت المحكمة بعدم وجود خرق للمادة الأولى من البروتوكول الأول لأنّ تدخل الدولة في حق الملكية كان متناسباً مع الهدف المشروع الذي تسعى إلى تحقيقه ألا وهو حماية المحيط. وتمثّل الإجراء في إعادة الوضعيّة إلى ما كانت عليه عبر هدم المنازل المشيّدة دون أيّ تعويض. ويتأكّد عدم استحقاق المدّعين للتعويض بتأكّد معرفتهم بأنّهم قد بنوا دون رخصة وأنّ الرخصة التي منحت لهم هي رخصة استغلال وقتيّة.

## الخطوة الثالثة: قياس الموازنة بحسب الحالة أو التناسب بمعناه الضيق

هل أن للإجراء المقيّد للحق تأثير مفرط على المصالح المحميّة لصاحب الحق؟

يتغيّر طرفا المعادلة في هذه المرحلة. ففي حين تقع المقارنة في الخطوتين الأولى والثانية بين الإجراء المقيّد للحق والغرض من اتخاذه (في الخطوة الأولى من زاوية الملاءمة وفي الخطوة الثانية من زاوية الضرورة) تقع في هذه الخطوة المقارنة بين المصلحة العامة التي يسعى الإجراء لتحقيقها ومصالح صاحب الحق المتضرّر من الإجراء.

وتمتاز هذه الخطوة بصبغتها المرتبطة بالحالة المعتبرة ممّا يؤدي إلى تباين في الأساليب المعتمدة في هذا الجزء من الاستدلال من قضية إلى أخرى ومن محكمة إلى أخرى غير أنّ جوهر هذه الطريقة يقوم عموماً على تقييم المصالح الشخصية المتضرّرة من ناحية وتقييم المصالح العامة المقابلة لها وفق ما قدّمته الدولة كمبررات للانتهاك من ناحية أخرى للحكم إن كان الصالح العام في تلك الحالة بعينها له تأثير مقبول أو مفرط على المصالح الشخصية المحميّة لصاحب الحق. وفي هذا السياق قد تصل بعض المحاكم في ما يتعلّق بالانتهاكات البالغة إلى مفهوم المساس بـ "جوهر الحق"<sup>٣١٩</sup>.

والفكرة من خلال إرساء هذه الخطوة هي أنّ آثار الإجراءات المقيّدة للحريات يجب أن لا تتعدّى على الحقوق الفردية أو الجماعية وأن لا يمحوا الهدف التشريعي مهما كانت أهميّة الحقوق المضمونة<sup>٣٢٠</sup>. وهذا هو التعريف المعهود لهذه الخطوة القائم على الموازنة بين الإجراء التشريعي وآثاره كما ورد في قضية أوكس في كندا مثلاً غير أنّه في نفس هذا البلد هناك من يوسّع في هذا التعريف فيضيف إليه مرحلة أخرى هي الموازنة بين الآثار السيئة للإجراءات وآثارها المحمودة كما بيّن ذلك القاضي لامير في قضية داجوني<sup>٣٢١</sup>.

ونادراً ما أدّت الموازنة حسب الحالة إلى الحكم بعدم شرعية إجراء ما ففي كندا مثلاً يعلمنا شמידت أنّ هذا القياس لم يؤدّ أبداً إلى إلغاء أيّ إجراء إلى حدود سنة ٢٠١١ تاريخ مناقشة أطروحته<sup>٣٢٢</sup> حيث إنّما يقع التصريح بعدم الشرعية قبل الوصول إليه على أساس الأقيسة السابقة وإنّما يجتاز الإجراء بنجاح وهو أمر متوقّع بالنسبة لإجراء تمكّن من اجتياز القياسين السابقين. وهذا جعل بعض الفقهاء الكنديين يعتقدون في عدم جدوى هذا القياس حيث يرى الفقيه هونغ أنّ هذه المرحلة ليست إلّا إعادة صياغة للمرحلة الأولى من اختبار أوكس التي تقتضي أن يكون الهدف من الإجراء على قدر كاف من الأهميّة

Luftsicherheitsgesetz [2005] BVrefGE 115, 118 (Germany)

٣١٩

وكذلك الأمر في جنوب إفريقيا انظر:

DELPEREE (F.), in: DRI-IDEA-PNUD, Vers une nouvelle ère dans la protection des droits fondamentaux en Tunisie : La mise en œuvre de l'article 49 de la nouvelle Constitution tunisienne, op. cit

R. c. Edwards Books [1986] 2 R.C.S. 710, 769. (Canada)

٣٢٠

Dagenais c. Société Radio-Canada [1994] 3 R.C.S. 835, 889. V ; aussi, Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général) [1998] 1 R.C.S. 877, § 125

٣٢١

٣٢٢ SCHMIDT NOEL (A) . المرجع سابق الذكر ص ١٨٦.

فلا يمكن حسب هذا الفقيه الإعلان عن أنّ الإجراء ذو آثار مفرطة على الحقوق بعد أن يكون قد اجتاز بنجاح معايير الهدف والرابط العقلاني و الضرر الأقل. فالحكم بأن الآثار مفرطة يعني ضرورة أن الهدف لم يكن بالقدر المطلوب من الأهمية حيث أن الإجابة الإيجابية عن قياس الهدف لا بدّ وأن تفضي إلى إجابة إيجابية عن قياس التناسب بالمعنى الضيق حسب هذا الفقيه الذي يدعو اعتماداً على هذا التحليل إلى التخلي عن هذه المرحلة من اختبار التناسب<sup>٣٢٣</sup>. غير أنّه لا بدّ أن لا ننسى ما بيّنه القاضي الكندي باستاراش في إحدى القضايا من اختلاف جوهري بين هذه المرحلة من اختبار التناسب ومراحله السابقة بما يمنع من الخلط بينها<sup>٣٢٤</sup> ففي حين تتعلّق المراحل الأولى من الاختبار بالطبيعة العقلانية للإجراء في حدّ ذاته تتعلّق هذه المرحلة بطبيعة المساس من الحريات وعليه فإنّه من الوارد أن يكون الإجراء قد حقّق قدراً أدنى من المساس بالحريات ولكنّ تنزيله في الواقع يمكن أن يكشف عن أنّه والحالة تلك يبقى باهظ التكلفة مقارنة بما سيحقّقه من أرباح وهنا بالتحديد تكمن أهمية هذا القياس. وفي إحدى القضايا بكندا حكمت المحكمة أن الإجراء - وهو قانون - يسعى إلى تحقيق هدف هام وشرعي ولكنه غير قادر على اجتياز امتحان الموازنة بين آثار الإجراء والهدف المعلن<sup>٣٢٥</sup>.

ومن الممارسات الفضلى لبعض المحاكم في هذا الصدد ميلها إلى وضع ضوابط خاصّة بكلّ حقّ أو بكلّ صنف من الحقوق حتّى يقع "تناول القضايا المتشابهة بطرق متشابهة" تحقيقاً لهدف الأمن القانوني والقابلية لتوقع الأحكام في ما يخصّ حقوق الإنسان.

وسنكتفي في هذا السياق بإيراد مثال وحيد من فقه القضاء السويسري الذي يعجّ بالأمثلة. ففي قضية حكمت فيها المحكمة الفيدرالية السويسرية سنة ١٩٩٧ حول منع معلّمة من ارتداء الحجاب الإسلامي وجد القاضي نفسه أمام موازنة بين حقّ المعلّمة في التعبير عن معتقدها الديني من ناحية وبين حياد المؤسسة التربويّة وحقّ التلاميذ في عدم التأثير عليهم من قبل معلّمتهم على المستوى العقائدي من ناحية أخرى. وحلّ هذا الإشكال القيمي قامت المحكمة بحلّ هذه الموازنة بالنظر إلى الحالة الواقعيّة المطروحة. فلا مفاضلة في المطلق بين الحقين بل يجب النظر في ملابسات الحالة وما يحفّ بها من اعتبارات لتغليب حقّ على آخر مثلاً دأبت على ذلك أيضاً المحاكم الفرنسيّة والألمانيّة. وبالرجوع إلى الحالة لاحظت المحكمة أنّ اللباس الديني الذي ترتديه المعلّمة مرثي بصفة واضحة ولا شكّ في بعده الديني وأنّ المعلّمة تدرّس الصفوف الابتدائية بما يجعل جمهورها هشاً وقابلاً للتأثير عليه بسهولة ونظراً لهذه الاعتبارات رجّحت المحكمة في قضية الحال الحياد الديني للمؤسسة على حقّ المعلّمة في التعبير عن معتقدها<sup>٣٢٦</sup>.

HOGG (P. W.), Constitutional Law of Canada, Toronto, 2008, pp. 849-850 V. dans le même sens, ٣٢٣  
TREMBLAY (A.), Droit constitutionnel: principes, 2ème éd., Montréal, 2000, pp. 399-400

Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général) [1998] 1 R.C.S. 877 § 125 ٣٢٤

Rocket c. Collège royal des chirurgiens-dentistes de l'Ontario [1990] 2 R.C.S. 232, 251 ٣٢٥

ATF 123 I 296, X ٣٢٦

## الإطار ٢١: اختبار التناسب

حالات تطبيقية مستقاة من فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

حق الملكية في مواجهة حماية المحيط (مؤطر 3)

قضية ( Valico SRL c. L'Italie (n. 70074/01

يبدو ما تعرّضت إليه الشركة في هذه القضية مشطاً غير أنّ المحكمة قد قضت بوجود تناسب بين الإجراء المتخذ والهدف المشروع المراد تحقيقه.

ففي هذه القضية اجبرت الشركة نظراً إلى عدم احترامها للشروط المفروضة بقانون التعمير والمحيط على التراجع ببضعة أمتار في تصنيف البناية التي شيدتها داخل منطقة خضراء كما وقع إجبارها على دفع خطية مالية بمليون ونصف المليون يورو.

رأت المحكمة أنّ فرض خطية هو مبدئياً تعدّ على حق الملكية لأنّه يحرم الشخص المعني من أحد عناصر الملكية ألا وهو المبلغ الذي يجبر على دفعه. غير أنّها قضت أنّ الإجراء المتخذ في قضية الحال هو إجراء متناسب مع الهدف المرجو تحقيقه. فالخطية لا تمثل هنا تدخلاً في الملكية لأنّه لم يقع انتزاع العقار من صاحبه الذي سيتمكّن في نهاية الأمر من استغلاله لأهدافه الربحية. حيث تضحي الخطية في قضية الحال تعويضاً عن عدم اتخاذ إجراء أكثر خطورة كان يمكن أن يتمثل في الهدم بما أنّ البناية مشيدة على منطقة خضراء. وبالتالي فإنّ الإجراء تمثل في التراجع بضعة أمتار ودفع خطية عوضاً عن الهدم الذي كان ممكناً وهو ما يجعله الوسيلة الأقلّ حدة لتحقيق الهدف المشروع المراد تحقيقه.

قضية ( Z.A.N.T.E.- Marathonisi A. E. c. La Grèce (n. 14216/03

وقضية ( Papastavrou et autres c. La Grèce (n. 46372/99

لاحظت المحكمة في هاتين القضيتين وجود تدخّل في حق الملكية نظراً إلى أنّ منع المدّعين من البناء على أراضيهم لأسباب متعلّقة بحماية المحيط لم يترافق مع تعويض عادل وهو ما يجعله إجراء غير متناسب مع الهدف المشروع الذي يسعى إلى تحقيقه.

## الخاتمة

بعد تبيين ضرورة وضع حدود للحقوق والحريات جرّاء وجود ما يسمّى بالحريات التنافسية وسعيًا إلى الموازنة بين الصالح العام والصالح الخاص وطرق ذلك كما تحدّدها التجارب الدستورية المقارنة انكبّت هذه الدراسة على الفصل ٤٩ من الدستور التونسي الذي يمثل مادة دستورية جامعة للحدّ الشرعيّ من الحقوق والحريات أَرَدَها المشرّع الدستوري التونسي ببعض التحديدات الخاصّة المتعلقة ببعض الحقوق ليكون بذلك قد أرسى منظومة التحديد المزدوج ضمن القانون الدستوري التونسي.

ولمقاربة هذا الفصل بطريقة شاملة اعتنت الدراسة أولاً بنطاق تطبيقه وثانياً بمضمونه.

أمّا في ما يخصّ نطاق تطبيق الفصل ٤٩ فقد كشفت الدراسة عن نتائج نجملها في النقاط التالية

- لا يتعلق الفصل ٤٩ حصريّاً بالحقوق الواردة ضمن الباب الثاني من الدستور ويمتد نطاقه إلى حقوق وحريات واردة بأبواب أخرى من الدستور
- لا يمتد نطاق الفصل ٤٩ إلى كل الحقوق الواردة بالباب الثاني حيث إنّ صياغة البعض منها تحيل إلى فكرة مزدوجة:

من الحقوق ما يخرج تماماً عن نطاق الفصل ٤٩

ما يدخل في نطاق الفصل ٤٩ من الحقوق لا يخضع إليه بنفس الطريقة

وأفادنا فقه القضاء المقارن بخصوص الحقوق غير المدسّرة لنخرج بانطاق الفصل ٤٩ على الحقوق غير المدسّرة.

ومن النتائج الأخرى المستخلصة أنّ الفصل ٤٩ يخاطب نوعين من السلط: السلط المخولة لوضع القوانين (المشرع والإدارة) والسلط المؤهلة للرقابة عليها (القضاء الدستوري والعادي).

و أمّا بخصوص مضمون الفصل ٤٩ فيمكن التعبير عنه بكونه جملة من الإجراءات والقياسات المترابطة والمتتالية التي تصلح للحكم على شرعية التحديد القانوني للحقوق والحريات.

و تنطلق هذه الإجراءات بالتّثبت في توفر شرط التحفظ التشريعي الذي يتلخص في ضرورة وجود قانون محدّد للحقوق والحريات يغدو مع انتفائه أيّ تحديد غير شرعيّ وضرورة أن يمتاز هذا القانون بخصائص ألا وهي

١. أن يكون القانون عامّاً متفقاً مع العهد وساري المفعول وقت تطبيق التقييد

٢. أن لا يكون القانون تعسفياً أو غير معقول

٣. أن يكون القانون واضحاً وفي متناول الجميع

٤. أن يوفّر القانون الضمانات الكافية وسبل الانتصاف

وتلي هذه المرحلة مراحل اختبار ثلاث متتالية للتثبت أولاً من أن الإجراءات التقييدي تتوفر فيه الشروط الآتية:

أ. عدم المساس بجوهر الحق

ب. شرط الضرورة

ج. شرط التناسب الذي يحتوي بدوره على ثلاث خطوات

الخطوة ١ - قياس الملاءمة

هل أن القيد المفروض ملائم لتحقيق الغرض من القانون المعني؟

الخطوة ٢ - قياس الضرورة

هل أن القيد ضروري لتحقيق الغرض من القانون المعني؟ ألا يمكن تصوّر وسائل أقلّ تطفلاً من شأنها تحقيق نفس الغرض؟

الخطوة ٣ - قياس الموازنة

هل للإجراء المقيّد تأثير مفرط على المصالح المحميّة لصاحب الحق؟

لا شكّ وأنّ للتجارب المقارنة التي استعنا بها خصوصياتها التي تميّز كلّ واحدة عن الأخرى والتي تميّز خاصّة التجارب الوطنيّة عن التجارب الإقليمية ولكنّ هذه الخصوصيات ليست إلّا جزئيات لم تخف في أيّ وقت أعمدة النظرية العامة التي حاولنا إرساءها ولم تمنع من استخراج مبادئ ثابتة تخصّ مسألة وضع ضوابط للحقوق والحريات وهو ما حاولنا الاستدلال عليه طيلة بحثنا الذي قادنا في ما قادنا إليه إلى تأكيد أطروحة "الدستور المفتوح على التفاوض" التي يدافع عنها غريغوار فيير معتبراً أن الدستور ليس عملاً منتهياً end-state بل هو عمل متطوّر ومتحرّك ومفتوح على الحوار activity<sup>٣٢٧</sup>.

غير أنّ الحوار الذي يدفع إليه تطبيق الفصل ٤٩ بين السلطة القضائية والسلطة التشريعيّة يحتمّ التأكيد على ضرورة الموازنة بين دور القاضي كحام للحقوق والحريات ووظيفة السلطة التشريعيّة كمحدّد لمقتضيات المصلحة العامة حتّى لا تتعوّل السلطة التشريعيّة طبعاً ولا تتحوّل كذلك السلطة القضائية إلى مشرّع بدلا عن المجلس النيابي فنجد أنفسنا في حكومة القضاة gouvernement des juges. وقد بيّنت التجارب المقارنة أنّ تلافي خطر حكومة القضاة هو أمر ممكن تماماً إذا حكم تدخل القضاة هاجس وحيد هو هاجس حماية الحقوق والحريات وراعوا قدر الإمكان وظيفة السلطة التشريعيّة والضرورة المشروعة التي تحتمّ عليها أحيانا تحديد الحقوق والحريات ليكونوا بحقّ ضماناً للتمتّع بالحقوق والحريات في إطار مجتمع حرّ وديمقراطي لا تتحوّل الحرية فيه إلى فوضى ولا "يسمح حتى للمؤسسات الديمقراطية المنتخبة انتخاباً مباشراً بأن تقيّد الحريات المكفولة على نحو مفرط أو أن تقوّضها من خلال سنّ التشريعات".

WEBBER (G. C. N.), The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights, Cambridge ٣٢٧ University Press, United Kingdom, 2009





# ملحق

## حالة دراسية من فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان: الحرية الدينية في فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

---

نورد ضمن هذا الملحق نصّ دراسة أعدّها الكاتب حول الحرية الدينية في فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان نشرت ضمن مؤلّف جماعي تحت إشراف الأستاذ وحيد الفرشيشي، الحريات الفردية. تقاطع المقاربات، الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية، تونس، ٢٠١٤، ص ٧٦-١٦٣.

الحريات الدينية في فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

أيّ دروس مستفادة لبلد في مرحلة انتقال ديمقراطي كتونس؟

لسائل أن يسأل ما الدروس التي يمكن أن نستخلصها كمجتمع مسلم في غالبيته من تجربة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان؟

يصدر هذا السؤال الإنكاري في جوهره من تجاهل لطبيعة مجتمعاتنا التي نقرّر سلفاً أنها منسجمة تمام الانسجام دون أن نبحت في تحقق ذلك فعلياً بصفة فردية أوّلاً ومن تجاهل لطبيعة المجتمعات الأوروبية ثانياً فنقاط التشابه بينها وبين مجتمعاتنا أكثر بكثير من نقاط الاختلاف ولعلّ أهمّها:

- أن العديد من المجتمعات الأوروبية مجتمعات محافظة ومن الدول الأوروبية تلك التي تعكس قوانينها الصبغة المحافظة للمجتمع أو تمسكه بدين واحد أو مذهب واحد ذي قيمة مميزة.
  - عدم خلوّ هذه المجتمعات من ظاهرة التطرف الديني في مختلف فترات تاريخها.
  - أن التعدّد الديني الناتج في هذه المجتمعات عن عدم تمسك أفرادها بالديانات التقليدية هو في الواقع أمر تتقاسمه مع مجتمعاتنا التي تعتم على هذه الحقيقة الثابتة فيها منذ قرون عوض أن تواجهها.
- ونظراً لهذه الاعتبارات فإنّ العديد من الإشكاليات تطرح في المجتمعات الأوروبية وفق نفس المفردات التي تطرح من خلالها في مجتمعاتنا الإسلامية بل أحياناً بصورة أشدّ حدّة.

ولعلّ أهمّ الدروس المستفادة من فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان المتعلق بحرية الدين<sup>٣٢٨</sup> التي يكفلها الفصل التاسع من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان درسان يتعلّق كلاهما بتصرف هذه الحرية في مواجهة الدولة باعتبارها حرية تنافسية يقتضي الاعتراف بها تنظيمها إبان ممارستها في الفضاء العام وهو السؤال الذي أجابت عنه المحكمة من خلال تعرّضها لمسائل مختلفة ومتنوّعة متعلّقة بالممارسات الدينية بإلزامها للدولة بالحياد تجاه الظاهرة الدينية حتّى تتيح للفرد وللجماعات الدينية التمتع بحقّها في الدين بصورة كاملة (الباب الأوّل) دون أن تنكر على الدولة حقّها في الحدّ من التجاوزات التي يمكن أن تبرّر باعتبارات دينية ما دامت الدّولة ملتزمة بالتدخل في حدود ما تفرضه قيم "المجتمع الديمقراطي" (الباب الثاني).

V. Conseil de l'Europe/ Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), Aperçu de la ٣٢٨ jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de liberté de religion, rapport préparé par la Division de la recherche de la Cour, 19 janvier 2011 et mis à jour au 31 octobre 2013, [http://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_religion\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_religion_FRA.pdf)

## الباب الأول: التزام الدولة بالحياد تجاه الظاهرة الدينية

يقوم فقهاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على مبدأ ثابت مفاده أن "حرية الدين تفترض إقصاء أي تدخل من قبل الدولة للحكم على شرعية المعتقدات الدينية أو على طرق التعبير عنها"<sup>٣٢٩</sup> وهو ما يعبر عنه بمبدأ الحياد المفروض تجاه الأفراد من ناحية (المبحث الأول) وتجاه المؤسسة الدينية من ناحية أخرى (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: الحياد الديني تجاه الأفراد

يفرض الحياد الديني تجاه الأفراد على الدولة الحفاظ على سرية المعتقدات الدينية للأشخاص (١) وحمايتهم من الإكراه على اعتناق معتقدات معينة (٢). كما يستدعي حماية حقوق أخرى مجاورة تقتضي حماية الدين احترامها (٣).

#### ١. سرية المعتقدات الدينية للأشخاص

تقر المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن "حرية الدين بما في ذلك حرية إظهار الدين وممارسة العبادات تنتمي أولاً إلى المجال الداخلي للأشخاص"<sup>٣٣٠</sup>. وعليه فإن الدولة محمولة على الامتناع عن التجسس على ديانة الأفراد سواء كانوا من مواطنيها أو من غير مواطنيها<sup>٣٣١</sup>. وتطبيقاً لهذا المبدأ فإن المحكمة تمنع احتواء الوثائق العامة على معلومات خاصة بدين الشخص<sup>٣٣٢</sup> كما تمنع إجبار الأشخاص على إظهار دياناتهم حيث "تعتبر أن حرية إظهار المعتقدات الدينية تحتوي كذلك على جانب سلبي وهو حق الفرد في أن لا يقع إجباره على إظهار عقيدته أو معتقداته الدينية وأن لا يقع إجباره على التصرف بطريقة تمكن من استخلاص إن كانت له هذه المعتقدات أو لم تكن. وفي نظر المحكمة ليس للسلط داخل الدولة الحق في التدخل في مجال حرية المعتقدات والتفتيش عن قناعاتهم الدينية أو إجبارهم على إظهار تصوراتهم الخاصة بالذات الإلهية. وهذا ينطبق خاصة في الحالة التي يكون فيها الشخص مجبراً على التصرف بهذه الطريقة من أجل التمكن من ممارسة بعض الوظائف وبالخصوص عند أداء يمين قانونية"<sup>٣٣٣</sup>.

٣٢٩ CEDH, Grande chambre, Refah Partisi c. Turquie, 13 février 2003 ; CEDH, Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova, 13 décembre 2001 ; CEDH, Grande chambre, Hassan et Tchaouch c. Bulgarie, 26 octobre 2000 ; CEDH, Eglise de scientologie de Moscou c. Russie, 5 avril 2007

٣٣٠ CEDH, Grande chambre, Refah Partisi c. Turquie, 13 février 2003

٣٣١ CEDH, X c. Royaume-Uni, 4 octobre 1977 ; CEDH, Grande chambre, Folgero et autres c. Norvège, 29 juin 2007 ; CEDH, Hasan et Eylem Zengin c. Turquie, 9 octobre 2007

٣٣٢ CEDH, Sofianopoulos et autres c. Grèce, 12 décembre 2002

٣٣٣ CEDH, Alexandridis c. Grèce, 21 février 2008 ; V. aussi, CEDH, Grande chambre, Buscarini et autres c. Saint-Marin, 18 février 1999

غير أن تطبيق هذا المبدأ يخضع إلى حدود حيث لا يعدّ تجسسا على سرية المعتقد طلب إثبات الانتفاء إلى ديانة معينة لمن يطلب التمتع على أساسها بمعاملة خاصة<sup>٣٣٤</sup>.

## ٢. منع إجبار الأشخاص على اعتناق معتقدات معينة

تقرّ المحكمة الأوروبية بأنّ حقّ الأشخاص في الدعوة إلى دياناتهم مضمون وإلاّ أضحي "الحق والحرية في تغيير الديانة حبرا على ورق"<sup>٣٣٥</sup> غير أن الدعوة إلى الديانات المختلفة يجب أن تبقى متميزة بعدم الإجبار<sup>٣٣٦</sup>. وفي هذا الإطار تعتبر المحكمة أنّ السياق العام كالانتفاء إلى قوات الجيش قد يمثل ظرف إجبار<sup>٣٣٧</sup> وعليه فإنه على الدولة حماية الأشخاص من إجبارهم على المشاركة في أنشطة دينية ضدّ إرادتهم كحملهم على دفع ضرائب عقدية<sup>٣٣٨</sup> أو على أداء اليمين على الإنجيل بالنسبة إلى نائب مخافة فقدته لوظيفته<sup>٣٣٩</sup>.

وفي نفس هذا السياق طرحت أمام المحكمة مسألة الدمغجة في علاقة بالنظام التعليمي وتأسيسا على واجب الدولة في ضمان تمتع الأطفال بحقوقهم في التعليم وارتباط هذا الحق بحق الوالدين في احترام معتقداتهما الدينية والفلسفية ضمن المناهج التعليمية التي يتلقاها أبناؤهم<sup>٣٤٠</sup> أرست المحكمة مبدأ التعددية التعليمية<sup>٣٤١</sup> وهو مبدأ يمنع محاولات الدمغجة للتلاميذ في ميدان التثقيف الجنسي<sup>٣٤٢</sup> والسياسي<sup>٣٤٣</sup> والديني<sup>٣٤٤</sup> ويفرض أن تكون المعلومات المقدّمة ضمن المنهج التعليمي متّسمة بالموضوعية والصبغة النقدية والتعددية<sup>٣٤٥</sup> وهو ما لا يتعارض مع إيلاء مكانة خاصة ضمن هذا المنهج لدين معين نظرا لاعتبارات اجتماعية موضوعية<sup>٣٤٦</sup> ما لم يؤدّ ذلك إلى إقصاء الديانات والمعتقدات الأخرى<sup>٣٤٧</sup>.

CEDH, Kostoski c. L'ex-République yougoslave de Macédoine, 13 avril 2006	٣٣٤
CEDH, Kokkinakis c. Grèce, 25 mai 1993	٣٣٥
CEDH, Kokkinakis c. Grèce, 25 mai 1993 ; CEDH, Murphy c. Irlande, 10 juillet 2003	٣٣٦
CEDH, Larissis et autres c. Grèce, 24 février 1998	٣٣٧
CEDH, Darby c. Suède, 23 octobre 1989	٣٣٨
CEDH, Grande chambre, Buscarini et autres c. Saint-Marin, 18 février 1999	٣٣٩
CEDH, Ostello Roberts c. Royaume-Uni, 25 mars 1993	٣٤٠
CEDH, Kjeldsen et autres c. Danemark, 7 décembre 1976 ; CEDH, Hasan et Eylem Zengin c. Turquie, 9 octobre 2007	٣٤١
CEDH, Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976 ; CEDH, Kjeldsen et autres c. Danemark, 7 décembre 1976	٣٤٢
CEDH, Vogt c. Allemagne, 26 septembre 1995	٣٤٣
CEDH, X c. Royaume-Uni, 1er mars 1979	٣٤٤
CEDH, Kjeldsen et autres c. Danemark, 7 décembre 1976	٣٤٥
CEDH, Folgero et autres c. Norvège, 29 juin 2007	٣٤٦
CEDH, Hasan et Eylem Zengin c. Turquie, 9 octobre 2007	٣٤٧

### ٣. عدم المساس بحقوق مجاورة بما يؤدي إلى انتهاك حرية الدين

يؤدي الاعتراف بحرية الدين إلى الحق في التجمع لممارسة الديانة دون تدخل اعتباطي من الدولة<sup>٣٤٨</sup> كما يفرض ضمان حرية التنقل لممارسته التي تعتبر المحكمة أنّ الحدّ منها يمثل أحيانا مساسا بالفصل التاسع من الاتفاقية<sup>٣٤٩</sup>. وتفرض حرية التدين على الدولة حماية المتدينين من الاعتداءات الجسدية بصفة خصوصية لأنها تسعى إلى منع المتدينين من ممارسة حريتهم في الاعتقاد في دين ما وممارسة عباداتهم<sup>٣٥٠</sup>. هذا وتعتبر المحكمة أنّ عدم الاعتراف بهذه الحقوق في هذا السياق يعتبر "ممارسة مهينة"<sup>٣٥١</sup>.

## المبحث الثاني: الحياد التنظيمي تجاه المؤسسة الدينية

يفترض الحياد تجاه المؤسسة الدينية التزامات سلبية (١) وأخرى إيجابية (٢) تقع على كاهل الدولة.

### ١. الالتزامات السلبية للدولة

- عدم التمييز بين الأديان

تري المحكمة أنّ من أهمّ ميزات المجتمع الديمقراطي سمة التعددية الدينية فـ"حرية الفكر والضمير والدين تمثل حسب القاضي الأوروبي إحدى دعائم المجتمع الديمقراطي"<sup>٣٥٢</sup> ولا يحتوي المجتمع التعدديّ على متدينين فحسب بل كذلك على من لا يعتقدون في شيء<sup>٣٥٣</sup>.

وعلى هذا الأساس ترسي المحكمة مبدأ حماية الجماعة الدينية معتبرة أنّ حماية الدين تتمّ عبر حماية المؤسسات الساهرة عليه فالكنيسة مثلا هي التي تمارس باسم الممتنّين إليها الحقوق المضمونة بالفصل التاسع<sup>٣٥٤</sup> ذلك أنّه "لو لم تكن حياة الجماعة الدينية محمية بمقتضى الفصل التاسع من المعاهدة لغدت كلّ مظاهر حرية الدين للفرد مهددة... فالمشاركة في حياة الجماعة هي مظهر من مظاهر التعبير عن الدين التي تتمتع بحماية الفصل التاسع"<sup>٣٥٥</sup>.

٣٤٨ CEDH, Grande chambre, Hassan et Tchaouch c. Bulgarie, 26 octobre 2000 ; CEDH, Eglise de scientologie de Moscou c. Russie, 5 avril 2007

٣٤٩ CEDH, Chypre c. Turquie, 10 mai 2001

٣٥٠ CEDH, Membres de la Congrégation des Témoins de Jéhovah de Gldani c. Géorgie, 3 mai 2007 ; CEDH, Manoussakis et autres c. Grèce, 26 septembre 1996 ; CEDH, Otto Preminger Institut c. Autriche, 20 septembre 1994

٣٥١ CEDH, Chypre c. Turquie, 10 mai 2001

٣٥٢ CEDH, Kokkinakis c. Grèce, 25 mai 1993

٣٥٣ CEDH, Muslum Gunduz c. Turquie, 12 juillet 2005

٣٥٤ CEDH, Grande chambre, Cha'are Shalom v. Tsedek c. France, 27 juin 2000 ; CEDH, Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova, 13 décembre 2001

٣٥٥ CEDH, Grande chambre, Hassan et Tchaouch c. Bulgarie, 26 octobre 2000 ; CEDH, Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova, 13 décembre 2001

ودون أن تعطي نموذجا ثابتا للتنظيم الديني تؤكد المحكمة على بعض خصائصه. فالاعتراف بجماعة دينية معينة يقتضي توفر ثلاثة عناصر ألا وهي وجود هيكل تنظيمي أولا وخضوع المجموعة لقواعد يعتبرها المنتمون إليها غالبا ذات مصدر إلهي أو مفارق ثانيا واعتبار الطقوس الدينية من قبل أفراد المجموعة ذات معان مقدسة خاصة إذا أقامها أشخاص مؤهلون لذلك أخيرا<sup>٣٥٦</sup>. لا وجود لديانة إذن دون وجود مجموعة مهيكله هرميا حول معتقدات وتمارس طقوسا واحتفالات جماعية<sup>٣٥٧</sup> وهو ما يجعل تعريف الدين في فقه قضاء المحكمة الأوروبية أضيق من تعريفه حسب اللجنة الأومية لحقوق الإنسان التي لا تفترض وجود مجموعة مهيكله للاعتراف بوجود ديانة ما<sup>٣٥٨</sup>.

وإن كانت القوانين الداخلية غالبا ما تؤسس على التمييز بين الديانات أو الاعتراف ببعضها دون الآخر أو إخضاع أغلبها للاعتراف بها إلى إجراءات كالتسجيل أو الحصول على الشخصية المعنوية أو إبرام معاهدة مع الدولة... فإن المحكمة تعتبر أن عدم الاعتراف بديانة ما أو رفض تمكينها من تسهيلات إدارية وما ينجر عن ذلك من عدم تمكين أفرادها من ممارسة معتقداتهم يمثل تدخلا في حرية الدين وبالتالي خرقا للفصل التاسع من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>٣٥٩</sup>. ومن هذا المنطلق تعتبر المحكمة أن عدم الاعتراف بالشخصية القانونية للكنيسة الكاثوليكية يمنعها في اليونان من التقاضي وهو ما يمثل خرقا للفصلين السادس والتاسع من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>٣٦٠</sup>.

وقد يتمظهر التمييز بين الأديان حسب المحكمة الأوروبية من خلال ممارسات تطال الأفراد حيث تعتبر المحكمة أنه لا يمكن قبول أي تمييز مبني أساسا على اعتبارات دينية ومن هنا فهي تقر أن التمييز بين الأشخاص في الارتقاء إلى المناصب الوظيفية على أساس ديني خرق لواجب الدولة في عدم التمييز بين الأديان<sup>٣٦١</sup>.

وعموما فإن حياد الدولة يفرض عليها عدم التمييز لصالح ديانة معينة ومن قبيل التمييز جعلها جميعا خاضعة لإدارة واحدة ف"في مجتمع ديمقراطي ليس للدولة أن تتخذ إجراءات

CEDH, Perry c. Lettonie, 8 novembre 2007

٣٥٦

CEDH, X c. Danemark, 8 mars 1976

٣٥٧

CDH, Observation générale n° 22, 48ème session, 1993

٣٥٨

CEDH, Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova, 13 décembre 2001 ; CEDH, Biserica Adevarat Ortodoxa Din Moldova c. Moldavie, 27 février 2007 ; CEDH, Vergos c. Grèce, 24 juin 2004 ; CEDH, Manoussakis et autres c. Grèce, 26 septembre 1996

٣٥٩

CEDH, Eglise catholique de la Canée c. Grèce, 16 décembre 1997

٣٦٠

CEDH, Savez crkava "Riječ života" et autres c. Croatie, 9 décembre 2010 ; CEDH, Grande chambre, Sedjic et Finci c. Bosnie-Herzégovine, 22 décembre 2009 ; CEDH, Hoffmann c. Autriche, 23 juin 1993 ; CEDH, Ivanova c. Bulgarie, 12 avril 2007 ; CEDH, Grande chambre, RefahPartisi et autres c. Turquie, 13 février 2003 CEDH, Eglise catholique de la Canée c. Grèce, 16 décembre 1997 ; CEDH, Tsirlis et Kouloumpas c. Grèce, 29 mai 1997 ; CEDH, Thlimmenos c. Grèce, 6 avril 2000 ; CEDH, Manoussakis et autres c. Grèce, 26 septembre 1996 ; CEDH, Palau-Martinez c. France, 16 décembre 2003 ; CEDH, Chypre c. Turquie, 10 mai 2001

٣٦١

لتضمن كون المجموعات الدينية خاضعة لإدارة واحدة<sup>٣٦٢</sup> وهو ما يعدّ مساسا باستقلالية المجموعات الدينية.

#### - عدم المساس باستقلالية المجموعات الدينية

تري المحكمة الأوروبية أنّ "استقلالية المجموعات الدينية شرط ضروري لضمان التعددية في مجتمع ديمقراطي وهي من جوهر الحماية التي يمنحها الفصل التاسع"<sup>٣٦٣</sup>. فضلا عن عدم إخضاع الديانات المختلفة إلى إدارة واحدة المشار إليه سابقا تؤدي الاستقلالية إلى عدم تدخل السلطة القضائية في تسيير الديانات وتنظيمها الداخلي وإلا مسّ ذلك من حياد الدولة تجاه الأديان<sup>٣٦٤</sup> كما تفرض عدم مساس قوانين الدولة بالتنظيم الداخلي للديانة<sup>٣٦٥</sup>. وهو ما يمكن من القول إنّ الحياد مفروض على الدولة بمختلف سلطاتها التنفيذية والقضائية والتشريعية المدعومة جميعها إلى عدم المساس باستقلالية الديانات عبر التدخل في تنظيمها الداخلي وهو التزام سلبي يدعمه التزام الدولة الإيجابي بحماية الأديان المختلفة.

#### ٢. الالتزام الإيجابي للدولة: حماية الأديان المختلفة

من طبيعة تصنيف الحريات التنافسية صعوبة الموازنة بين حق الأفراد في ممارسة حرياتهم وحق من لا يشاركونهم إياها في احترام موقفهم منها وهي موازنة صعبة تطرح في مجال الحرية الدينية بين هدفين متضاربين يتعلقان بممارسة حريتين أساسيتين متناقضتين هما حق المتدينين في نقل أفكاره للجمهور وهو ما يدخل في خانة حرية التعبير من ناحية وحق الأشخاص الآخرين في احترام حريتهم الفكرية في الاعتقاد والتدين<sup>٣٦٦</sup>. وهنا تغدو حماية الدين في مواجهة حرية التعبير عملية موازنة بين حقين على نفس الدرجة من الأهمية وهو ما يجعل المبدأ الثابت هو حرية التعبير التي لا يحدّ منها إلا إذا تجاوزت هدفها التعبيري إلى ازدراء الأديان. والمحكمة الأوروبية إذ تؤكد على أنّ "مفهوم احترام القناعات الدينية للغير مفهوم واسع ممّا يؤدي إلى خطر التدخل المشط في حرية التعبير تحت غطاء التصدي لما فيه ازدراء (للأديان)"<sup>٣٦٧</sup> فهي تعتبر الدولة مسؤولة إذا سكنت عن حملة تشويه منظمة ضدّ ديانة ما فقد وقع حسب المحكمة "خرق الفصل التاسع (احترام المشاعر الدينية للأشخاص) عبر مجسّات تشويهية لمواضيع دينية وهو ما يمكن أن يعتبر خرقا سيّء النية لروح التسامح التي يجب أن تسود أيضا في مجتمع ديمقراطي"<sup>٣٦٨</sup>. كما وقع اعتبار

CEDH, Manoussakis et autres c. Grèce, 26 septembre 1996

٣٦٢

CEDH, Grande chambre, Hassan et Tchaouch c. Bulgarie, 26 octobre 2000 ; CEDH, Eglise de scientologie de Moscou c. Russie, 5 avril 2007 ; CEDH, Témoins de Jehovas et autres c. Autriche, 31 juillet 2008

٣٦٣

CEDH, X. c. Danemark, 8 mars 1976 ; CEDH, Eglisemétropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova, 13 décembre 2001

٣٦٤

CEDH, Saint Synode de l'Eglise orthodoxe bulgare et autres c. Bulgarie, 22 janvier 2009

٣٦٥

2006 mai 2 ,CEDH, Aydin Tatlav c. Turquie

٣٦٦

2003 juillet 10 ,CEDH, Murphy c. Irlande

٣٦٧

10 ,CEDH, Murphy c. Irlande ; 1994 septembre 20 ,CEDH, Otto Preminger Institut c. Autriche

٣٦٨

رسم قديسة في وضعيات جنسية مع المسيح خرقاً لحرية الأديان يمكن من الحد من حرية التعبير فمن بين الواجبات والمسؤوليات التي ينص عليها الفصل ١٠ فقرة ٢ من المعاهدة في سياق المعتقدات الدينية واجب تجنب التعبيرات الجارحة مجانياً للغير والمزدورية لدينه<sup>٣٦٩</sup>. ومهما يكن من أمر فإن المحكمة تقر بأن هامشا من التقدير متروك للدولة للمواءمة بين حرية التعبير واحترام الأديان عند التشريع في هذا المجال<sup>٣٧٠</sup>.

## الباب الثاني: التزام الدولة بالتدخل في الظاهرة الدينية في حدود ما تفرضه قيم "المجتمع الديمقراطي"

الدولة هي المنظم المحايد لممارسة الديانات المختلفة وذلك في إطار مجتمع ديمقراطي<sup>٣٧١</sup> فقيم المجتمع الديمقراطي تمثل في نظر المحكمة حداً للدين وعليه فإن الاعتبار المتعلق بالمحافظة على قيم المجتمع الديمقراطي يمكن الدولة من فرض حدود على الظاهرة الدينية تتعلق بمقتضيات النظام العام من ناحية والقانون الوطني من ناحية أخرى.

فالدولة تتدخل لضمان علوية القانون ولكن أي قانون؟ إنه القانون المتلائم مع مقتضيات الدولة الديمقراطية (المبحث الأول). وهي تتدخل كذلك لحماية الأمن العام ولكن ما هو الأمن العام الذي يتيح للدولة التدخل في الظاهرة الدينية؟ إنه الأمن العام الذي يضم ضمن مفرداته التعددية الدينية واحترام المعتقد (المبحث الثاني).

## المبحث الأول: ضمان علوية القانون ما دام القانون متلائماً مع مقتضيات الدولة الديمقراطية

تضمن الدولة الديمقراطية حسب المحكمة الأوروبية علوية قانون الدولة في مجاله على القواعد الدينية المختلفة<sup>٣٧٢</sup> وفي منع الدين من أن يعوّض سلطة الدولة<sup>٣٧٣</sup> ضماناً لمبدأ المواطنة<sup>٣٧٤</sup>.

وعليه فإن حرية الدين لا تحمي التصرفات المخالفة للقانون ومن بين تطبيقات هذا المبدأ اعتبار المحكمة أن الفصل التاسع من المعاهدة لا يضمن لغريب الحق في الحصول على إقامة بالدولة على أساس أنه سيمارس وظيفة دينية (إمام) بالرغم من أن مشغله هو جمعية دينية<sup>٣٧٥</sup> كما لا تحمي حرية الدين ضد

2003 juillet

2006 2mai ,CEDH, Aydin Tetlav c. Turquie ; 1996 octobre 22 ,CEDH, Wingrove c. Royaume-Uni	٣٦٩
.2003 novembre 13 ,2 °CEDH, MuslumGunduz c. Turquie (N)	٣٧٠
2003 février 13 ,CEDH, Grande chambre, RefahPartisi et autres c. Turquie	٣٧١
1997 1er juillet ,CEDH, Kalaç c. Turquie	٣٧٢
2003 février 13 ,CEDH, Grande chambre, RefahPartisi et autres c. Turquie	٣٧٣
2002 décembre 12 ,CEDH, Sofianopoulos et autres c. Grèce	٣٧٤
2007 décembre 20 ,CEDH, El Majjaoui et Stechting Touba Moskee c. Pays-Bas	٣٧٥



فرض ارتداء لباس معين أو نزع لباس معين في حالات خاصة تبرّرها مقتضيات قانونية كفرض ارتداء خوذة على ممتطي درّاجة سيخي<sup>٣٧٦</sup> أو فرض نزع لباس معين يبرّره أصحابه باعتبارات دينية<sup>٣٧٧</sup>. فالدولة يمكنها فرض التزامات على أشخاص من ذوي ديانات معينة دون أن يكون في ذلك خرق لحرية الدين إذ لا يمكن مثلاً لأجير أن يفرض أخذ أوقات أدائه لطقوسه الدينية بعين الاعتبار في جدولة أوقات عمله ولا يعدّ طرده من عمله من أجل غيابه الذي يبرّره باعتبارات دينية اعتداء على حريته الدينية.

وفي نفس هذا السياق اعتبرت المحكمة أنه لا يمكن الامتناع عن تطبيق قانون نافذ على أساس مخالفته للدين فلا يمكن لصيدلي مثلاً رفض بيع مواد لاعتبارات دينية<sup>٣٧٨</sup> ولا يمكن للأبوين طلب إعفاء أبنائهما من تلقّي بعض المواد الدراسية على أساس مخالفتها لمعتقداتها الدينية والفلسفية<sup>٣٧٩</sup>. كما اعتبرت أنه لا يمكن الاعتداد بالفصل التاسع لتجنب تطبيق قانون التعمير ساري المفعول إذا كان القاضي قد أولى في الإجراءات المعمول بها على أساس هذا القانون أهمية كافية لحرية الدين<sup>٣٨٠</sup>. ويحيل الشرط الذي تشترطه المحكمة على فكرة الموازنة بين حرية الدين وضرورة احترام القانون فعلى الدولة أن تأخذ بعين الاعتبار حرية الدين في عملية التشريع وتطبيق القانون وأن توجد كما أسلفنا إمكانيات معقولة فعلياً لممارسة الشخص حرية الدين (إمكانية الاستقالة - وجود التعليم الخاص وقرب المدارس الخاصة...) حتى تعتبر قوانينها ديمقراطية ولا تجوز معارضتها بحرية الدين. فالقانون الذي تسبّقه المحكمة على الاعتبارات الدينية هو القانون الذي يأخذ بعين الاعتبار حرية الدين والتعددية الدينية في عملية وضعه وفي تطبيقه وهو القانون الذي توجد الدولة من خلاله إمكانيات معقولة فعلياً لممارسة الشخص لحرية الدين. وعموماً من الضروري أن يكون القانون موجهاً لهدفه الصحيح ألا وهو تحقيق وجود مجتمع ديمقراطي. وتبرز هذه الفكرة من خلال تعامل المحكمة الأوروبية مع إشكال الاستنكاف الضميري المتمثل في اعتداد بعض الأشخاص بالاعتبارات الدينية والفلسفية لرفض تطبيق القانون واحترامه فالدول حسب المحكمة التي أنتجت في هذا الصدد فقه قضاء يتسم بالحدّ<sup>٣٨١</sup> تبقى حرّة في الاعتراف بالاستنكاف الضميري أو رفضه<sup>٣٨٢</sup>. غير أنه في الدول التي لا تعترف بالاستنكاف الضميري يحاول فقه القضاء الأوروبي إيجاد حلول للحدّ من العقوبات التي غالباً ما تكون جزائية<sup>٣٨٣</sup>. ويحيل هذا التمشي إلى

- 
- ٣٧٦ 12 juillet 1978, CEDH, X c. Royaume-Uni
- ٣٧٧ 11 janvier 2005, CEDH, Phull c. France
- ٣٧٨ 2 octobre 2001, CEDH, Pichon et Sajous c. France
- ٣٧٩ 25 mars 1993, CEDH, Ostello Roberts c. Royaume-Uni ; CEDH, Jimenez Alonso et Jimenez ; 25 mai 2000, CEDH, Martins Casimiro et Cerveira Ferreira c. Luxembourg ; 25 mai 2000, CEDH, Merino c. Espagne ; 27 avril 1999
- ٣٨٠ 8 mars 1994, CEDH, Iskcon et autres c. Royaume-Uni
- ٣٨١ FAVOREU (L.) et autres, Droit des libertés fondamentales, Paris, Dalloz, 4ème éd., 2007, p. 428
- ٣٨٢ Comm EDH, 23 avril 1965, A. Grandrath c. RFA, Ann. 1965, p. 507 ; CEDH, Groupe d'objecteurs de conscience c. Danemark, 7 mars 1977, DR 9, p. 117
- ٣٨٣ CEDH, Thlimmenos c. Grèce, 6 avril 2000, Chron. J. F. Flauss, A.J.D.A., 2000, p. 537 ; CEDH, Osman Murat Ulke c. Turquie, 24 janvier 2006

طبيعة العقوبة المقررة قانوناً في دولة ديمقراطية إذ يجب أن تكون هذه العقوبة متناسبة مع الفعل ودوافعها وأن تتوجه إلى الفعل ذاتها لا إلى شخص الفاعل قصد إهانته أو ترويعه أو التمثيل به.

## المبحث الثاني: حماية الأمن العام مع اعتبار أن التعددية الدينية واحترام المعتقد مفردة من مفرداته

تعتبر المحكمة الأوروبية أن الدولة هي الضامن الأخير للتعددية في مجتمع ديمقراطي<sup>٣٨٤</sup> وهو ما يسمح لها بالتدخل لفرض حدود على الديانات قصد ضمان التعددية<sup>٣٨٥</sup> بل يجعل تدخلها ضرورياً ذلك أن تنظيم الدولة وتحديد ممارستها بعض الديانات يساهم في إقامة السلم الاجتماعي وإرساء قيم التسامح في مجتمع ديمقراطي<sup>٣٨٦</sup>. فعلى الدولة يقع واجب حفظ النظام وضمن السلم الاجتماعي ومن ذلك مثلاً مراقبتها لجماعة يشك في أنها تسعى تحت غطاء الدين إلى اقتراف أفعال مضرّة بالسكان وبالأمن العام<sup>٣٨٧</sup>.

إن حياد الدولة أو هاجس ضمان الأمن العام لا يؤدي إلى منع التعددية الدينية بل إن التزامها بالحياد أو تدخلها في إطار حفظ الأمن العام يعني ضمان التعددية في سياق يتسم بعدم اللجوء إلى العنف بين الجماعات المختلفة<sup>٣٨٨</sup>.

ويرتبط هذا المعنى بما أسلفنا حول حماية الأديان وعلاقة حرية الدين واحترام الأديان من ناحية بحرية التعبير من ناحية أخرى وكيف يمكن الحد من حرية التعبير على أساس منع ازدراء الأديان في إطار هدف تحقيق قيم المجتمع الديمقراطي.

وبالرغم من اعتراف المحكمة بصعوبة تحقيق الموازنة المطلوبة بين حفظ الأمن العام وضمن الحرية الدينية<sup>٣٨٩</sup> فإن فقه قضائها يسمح باستخراج ما نسميه "مفهوم الحد-الضامن" الذي لا يسمح بوضع حد لممارسة دين معين أو التدخل فيه إلا إذا مسّت هذه الممارسة بمقتضيات المجتمع الديمقراطي وذلك بهدف تمكين الديانات جميعها من الوجود والتحقق في إطار تعددي فالحدّ الموجّه إلى دين معين في هذا النسق هو ضامن لحرية الدين عموماً تلك الحرية التي ما هي إلا أساس من أسس المجتمع الديمقراطي.

CEDH, Informationsvereinintia c. Autriche, 24 novembre 1993 ٣٨٤

CEDH, Kokkinakis c. Grèce, 25 mai 1993 ; CEDH, Grande chambre, RefahPartisi et autres c. Turquie, 13 février 2003 ٣٨٥

CEDH, Grande chambre, Cha'are Shalomvetsedek c. France, 27 juin 2000 ٣٨٦

CEDH, Manoussakis et autres c. Grèce, 26 septembre 1996 ٣٨٧

CEDH, Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova, 13 décembre 2001 ; CEDH, Serif c. Grèce, 14 décembre 1999 ; CEDH, Agga c. Grèce, 17 octobre 2002 ; CEDH, Grande chambre, Refah partisi et autres c. Turquie, 13 février 2003 ٣٨٨

CEDH, Manoussakis et autres c. Grèce, 26 septembre 1996 ; CEDH, Serif c. Grèce, 14 décembre 1999 ; CEDH, Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova, 13 décembre 2001 ٣٨٩



## بيبلوغرافيا مختارة

BARAK (A.), Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations, Cambridge Studies in Constitutional Law, Cambridge University Press, United Kingdom, 2012.

CHEKIR (H.) et FERCHICHI (W.), Le travail législatif à l'épreuve de la Constitution tunisienne et des conventions internationales. Octobre 2014-Octobre 2015, FIDH- Friedrich Ebert Stiftung, Tunis, Novembre 2015.

COHEN-ELIYA (M.) and PORAT (I.), Proportionality and Constitutional Culture, Cambridge University Press, United Kingdom, 2013.

DRI-IDEA-PNUD, Vers une nouvelle ère dans la protection des droits fondamentaux en Tunisie : La mise en œuvre de l'article 49 de la nouvelle Constitution tunisienne, [http://democracy-reporting.org/newdri/wp-content/uploads/2016/03/rapport\\_article\\_49\\_1.pdf](http://democracy-reporting.org/newdri/wp-content/uploads/2016/03/rapport_article_49_1.pdf).

ERGEC (R.), Les droits de l'Homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme, Bruylant- Editions de l'Université de Bruxelles, Collection de droit international, n° 19, Bruxelles, 1987.

FAVOREU (L.) et al., Droit des libertés fondamentales, Précis Dalloz, Droit public et science politique, 4ème édition, Paris, 2007.

ISRAEL (J.-J.), Droit des libertés fondamentales, Paris, L.G.D.J., 1998.

KLATT (M.) and MEISTER (M.), The Constitutional Structure of Proportionality, Oxford University Press, United Kingdom, 2014.

PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.) et IMBERT (P.-H.), La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article, Paris, Economica, 1995.

QUESTIAUX (N.), Etude sur les conséquences pour les droits de l'Homme des développements récents concernant les situations dites d'état de siège ou d'exception, Doc. O.N.U., E/CN.4/Sub. 2/1982/15.

RIVERO (J.) et MOUTOUH (H.), Libertés publiques, Tome I, 9ème éd., PUF, Coll. Thémis, Paris, 2003.

SCHMIDT NOEL (A.), La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé,

Thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 18 janvier 2011.

Table ronde: Le juge constitutionnel et la proportionnalité, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2009, pp. 79-439.

WEBBER (G. C. N.), *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2009.

WOEHLING (J.), "La Cour suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés", *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 1993, n° 15, pp. 379-410.

المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، ورقة نقاش: الحقوق والحريات في الدساتير. تجارب مقارنة ودروس مستفادة، يناير ٢٠١٣.

# حول المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات هي منظمة حكومية دولية تضطلع بمهمة دعم الديمقراطية المستدامة في جميع أنحاء العالم. تتمثل أهداف المؤسسة في دعم مؤسسات وعمليات ديمقراطية أقوى، وأنظمة ديمقراطية أكثر استدامة وفعالية ومشروعية.

## ما دور المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات؟

تعمل المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات على المستوى العالمي والإقليمي ومستوى البلدان، وتركز على المواطنين بصفقتهم محرك التغيير.

وتنتج المؤسسة معرفة مقارنة في مجالات خبرتها الأساسية: العمليات الانتخابية، صياغة الدساتير، المشاركة والتمثيل السياسيين، الديمقراطية والتنمية وكذلك الديمقراطية في علاقتها بقضايا النوع الاجتماعي، التنوع، النزاعات، والأمن.

وهي تُقدم هذه المعرفة إلى الجهات الفاعلة الوطنية والمحلية الساعية للإصلاح الديمقراطي، وتسهل عملية الحوار بغية دعم التغيير الديمقراطي.

تهدف المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات في عملها إلى ما يلي:

- زيادة قدرات النظام الديمقراطي وشرعيته ومصداقيته؛
- مشاركة أكثر شمولاً، وتمثيل خاضع للمساءلة؛
- تعاون ديمقراطي أكثر فعالية وشرعية.

## أين تعمل المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات؟

تعمل المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات في جميع أنحاء العالم. ويقع مقرها الرئيسي في ستوكهولم بالسويد، ولها مكاتب إقليمية في أفريقيا، آسيا، المحيط الهادئ، وأميركا اللاتينية والكاريبي، غرب آسيا، وشمال أفريقيا.

يعبر الفصل ٤٩ من الدستور التونسي المؤرخ في ٢٧ جانفي/يناير ٢٠١٧ عن تحوّل في نموذج تحديد الحقوق والحريات في تونس. فبعد أن كان تدخل القانون في ظلّ دستور ١٩٥٩ لضبط الحقوق والحريات عملاً سيّداً، أضحي صيرورة عقلانية تجعل من كلّ تدخل لرسم حدود للممارسة الحقوق والحريات أمراً خاضعاً لمبادئ القانونية والضرورة والتناسب. ولئن ظهر مبدأ التناسب منذ عقود في دول وأصقاع مختلفة من العالم، فإنّ التجربة التونسية تعدّ رائدة في هذا المجال على المستوى العربي، وهو ما يؤكّد على أهميّة دراستها بما يساهم في استشراف طرق تطبيق هذا المبدأ على صعيد المنظومة القانونية التونسية راهناً ومستقبلاً والاستفادة من ذلك بالنسبة للتجارب الأخرى في المنطقة.

يسعى هذا المؤلّف انطلاقاً من هذا المعطى إلى تحديد نطاق تطبيق الفصل ٤٩ من الدستور التونسي واكتشاف محتواه وطرق تفعيله ضمن المنظومة القانونية، مستفيداً من التجارب المقارنة ومعتمداً على المعايير الدوليّة في مجال ضبط ممارسة الحقوق والحريات وفي إطار مجتمع حرّ وديمقراطي، لا تتحوّل الحرّيّة فيه إلى فوضى، ولا «يسمح حتى للمؤسسات الديمقراطية المنتخبة انتخاباً مباشراً بأن تقيّد الحريات المكفولة على نحو مفرط أو أن تقوّضها من خلال سنّ التشريعات».