

دليل القاضي الإداري

في تطبيق الفصل 49 من الدستور

مراقبة التناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها



دليل القاضي الإداري

في تطبيق الفصل 49 من الدستور

مراقبة التناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها

صفي الدين الحاج



التمهيد العام والإشراف على الأدلة العمليّة

سلوى الحمروني

فريق المراجعة من بين مجموعة العمل المتابعة للمشروع

شفيق صرصار

سهام بوعجيلة أشرف الماجري سلسبيل القليبي

التدقيق العام: منية بلعربي

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

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

بتمويل من وزارة الخارجية الألمانية

© 2021 المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

دليل القاضي الإداري في تطبيق الفصل 49 من الدستور

Guide of the Administrative Judge in the Application of Article 49 of the Constitution

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



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

لمزيد من المعلومات عن رخصة المشاع الإبداعي، أنظر:

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

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

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

التصميم والإخراج الفني: داليا العزب، القاهرة
صورة الغلاف: Wassily Kandinsky, 1914
Fugue, oil- canvas, 129.5 x 129.5 cm

الرقم المعياري الدولي للكتاب (PDF): 978-91-7671-419-5

(المطبوع): 978-91-7671-418-8

مُعَرَّف الوثيقة الرقمي (DOI): <https://doi.org/10.31752/idea.2021.45>

المحتويات

ix	تمهيد عام حول الفصل 49 من الدستور
xii	1. ما هي الحقوق المعنية بالفصل 49 ؟
xiii	2. متى يمكن الخروج عن مقتضيات الفصل 49 ؟
xvi	3. هل يغنينا الفصل 49 عن التحديدات الخاصة لبعض الحقوق؟
xvii	4. ماهي موجبات الحدود على الحقوق والحريات؟
xx	5. شرط الضرورة في دولة مدنية ديمقراطية
xxi	6. شرط عدم المساس بجوهر الحق
xxii	7. شرط التناسب بين الضوابط وموجباتها
xxiii	8. لمن يتوجه صراحة الفصل 49 ؟
2	مقدمة الدليل
8	الجزء الأول - ما هي أسس إعمال القاضي الإداري لمقتضيات الفصل 49 ؟
	القسم الأول - ما هي الأسس الدستورية لتأهيل القاضي الإداري لإعمال أحكام
10	الفصل 49 من الدستور؟
14	القسم الثاني - ماهي الأسس فقه القضاية لإعمال مبدأ التناسب؟
18	الجزء الثاني - ما هي منهجية القاضي الإداري للرقابة على شروط الفصل 49 ؟
	القسم الأول - كيف يتثبت القاضي الإداري من وجود السند القانوني ويبسط رقابته
21	عليه؟
22	الفرع الأول - في المادة الاستشارية
27	الفرع الثاني - في مادة النزاعات الإدارية
40	القسم الثاني - كيف يتثبت القاضي من شرط عدم النيل من جوهر الحق؟
42	الفرع الأول - الوصف الواقعي الدقيق للتدبير أو الإجراء
42	الفقرة الأولى - في المادة الاستشارية
43	الفقرة الثانية - في مادة النزاعات الإدارية
45	الفقرة الثالثة - في مادة النزاعات الانتخابية
46	الفرع الثاني - التكييف القانوني للإجراء وبيان مدى مساسه وتأثيره في جوهر الحق
46	الفقرة الأولى - في المادة الاستشارية
47	الفقرة الثانية - في مادة النزاعات الإدارية
49	الفقرة الثالثة - في مادة النزاعات الانتخابية

51	القسم الثالث - كيف يتثبت القاضي من مدى توفر شرط الضرورة التي تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية ومن الهدف المشروع؟
52	الفرع الأول - في المادة الاستشارية
53	الفرع الثاني - في مادة النزاعات الإدارية
54	الفرع الثالث - في النزاعات الانتخابية
55	القسم الرابع - كيف يتثبت القاضي من شرط التناسب؟
59	الفرع الأول - كيف يتثبت القاضي من أن الإجراء التقييدي ملائم لتحقيق الهدف من الإجراء؟
59	الفقرة الأولى - في النزاعات الإدارية
63	الفقرة الثانية - في النزاعات الانتخابية
65	الفرع الثاني - كيف يتثبت القاضي من أن الإجراء التقييدي ضروري لتحقيق الهدف والغاية من الإجراء؟
65	الفقرة الأولى - في المادة الاستشارية
66	الفقرة الثانية - في النزاعات الإدارية
70	الفرع الثالث - كيف يتثبت القاضي من شرط التناسب بالمعنى الضيق؟
70	الفقرة الأولى - كيف يعمل القاضي شرط التناسب في مفهومه الضيق في المنازعات الإدارية؟
74	الفقرة الثانية - كيف يعمل القاضي شرط التناسب في مفهومه الضيق في مادة النزاعات الانتخابية؟
78	الملحق
97	حول المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

تهديد عام

حول الفصل 49 من الدستور

سلوى الحمروني

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 www.icj.org/wp-content/uploads/2020/05/Universal-ICJ-courts-covid-Advocacy-Analysis-brief-2020-ENG-arabic.pdf?fbclid=IwAR_1i20_mLpHsR-qrizoJswrHamPuvaOXrqEw262EX0G0GkbUWw7R_Qgj-dLoU

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

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

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

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

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

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

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

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

4 الفصل 8 من دستور 1959.

5 الفصل 8 فقرة أخيرة من دستور 1959.

6 الفصل 9 من دستور 1959.

7 الفصل 10 من دستور 1959.

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

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

1. ما هي الحقوق المعنية بالفصل 49 ؟

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

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

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

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

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

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

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

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

ماذا عن الحقوق غير المذكورة بالدستور؟

ينص الفصل 49 صراحة على أن نظام التحديد العام ينطبق على "الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور" وهو ما يعني، إذا التزمنا بقراءة حرفية للنص، أن الحقوق التي لم تحظ بتكريس دستوري ليست معنيّة بشروط الفصل 49.

لكن رغم ذلك، لا نرى أي مانع قانوني لتطبيق شروط الفصل 49 المادية وبالأساس اختبار التناسب على بقية الحقوق على قلتها. فبالرجوع إلى بقية أحكام الدستور، يمكن أن نجد أسسا ممكنة لتطبيق الفصل 49 على تلك الحقوق والحريات مثل حرية الصناعة والتجارة أو حرية العمل.

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

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

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

2. متى يمكن الخروج عن مقتضيات الفصل 49 ؟

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

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

● حالة الحماية الأدنى

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

ينص هذا الفصل على أنّه "لرئيس الجمهورية في حالة خطر داهم مهدّد لكيان الوطن وأمن البلاد واستقلالها

Voir par exemple Anne-Marie Le Pourhiet, « Les armes du juge constitutionnel dans la protection des droits fondamentaux »,

www.revuegeneraledudroit.eu. Voir également Véronique Champeil Desplates, « Le Conseil constitutionnel protecteur des droits et libertés », www.unicaen.fr/puc/html/ecrir/revues/crdf/crdf9/crdf0901champeil.pdf

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

يتعدّر معه السير العادي لدواليب الدولة أن يتّخذ التدابير التي تحتمّها تلك الحالة الاستثنائية وذلك بعد استشارة رئيس الحكومة ورئيس مجلس نواب الشعب وإعلام رئيس المحكمة الدستورية ويعلن عن التدابير في بيان إلى الشعب.

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

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

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

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

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

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

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

Il en informe la Nation par un message.

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

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

13

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

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

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

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

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

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

لا نرى ذلك.

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

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

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

● حالة الحماية الذرفع

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

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

15 Voir à ce propos Laureline Fontaine, « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits », CRDFE, n°6, 2007, p. 43. www.unicaen.fr/puc/html/ecriture/revues/crdf/crdf6/crdf60604fontaine.pdf

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

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

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

19 أنظر مثلاً:

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

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

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

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

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

تتلخص هذه المواد في:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. ما هي موجبات الحدود على الحقوق والحريات ؟

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

أما في الفصل 49، فتتعلق هذه الأهداف بما يلي:

● احترام حقوق الغير

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

● الدفاع الوطني

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

● الذهن العام

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

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

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

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

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

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

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

● الصحة العامة

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

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

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

● مقتضيات الآداب العامة

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. شرط الضرورة في دولة مدنية ديمقراطية

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

● الضرورة

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

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

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

● الدولة المدنية الديمقراطية

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

37 من خلال التقارير أو الشكاوى.

38 من خلال الاستعراض الدوري الشامل.

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

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

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

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

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

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

6. شرط عدم الهساس بجوهر الحق

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

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

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

كيف يمكن إذن للمشرع أن يحدّد ضوابط الحقوق والحريات دون المسّ من جوهرها خاصة إن كنّا في وضع يتطابق فيه جوهر الحقوق مع مجال ممارستها⁴⁵؟

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

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

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

Javier Tajadura Tejada, La doctrine de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction des partis politiques, 42 Revue française de droit constitutionnel 2012/2 (n° 90), pages 339 à 371.

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

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

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

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

7. شرط التناسب بين الضوابط وموجباتها

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

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

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

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

وفي تعليقها العام رقم 21 المتعلق بحق المشاركة في الحياة الثقافية، اعتبرت لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أنه "يلزم في بعض الظروف فرض قيود على حق كل فرد ... ويجب أن تكون هذه القيود ذات هدف مشروع ومتوافقة مع طبيعة هذا الحق وضرورية تماماً لتعزيز الرفاه العام في مجتمع ديمقراطي وفقاً للمادة 4 من العهد. ومن ثمة يجب أن تكون أي قيود متناسبة. بمعنى أنه يتعين اتخاذ أقل التدابير تقييداً عندما يجوز فرض عدة أنواع من القيود".

يمكن أن نعتبر في التناسب، كما هو الشأن في أغلب الأنظمة المقارنة، تمسياً أو تفكيراً مركباً يطبقه كل من هو معني بالفصل 49 على الحالة المطروحة أمامه.

ويقتضي هذا التمشي الإجابة على مجموعة من الأسئلة:

47 أنظر مختلف الأمثلة المقارنة في خالد الماجري، مرجع سابق، ص 80 وما بعدها. أنظر أيضاً:

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

حول المثال السويسري:

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

Comité des DH «Les mesures restrictives doivent être conformes au principe de la proportionnalité ; elles doivent être appropriées pour remplir leurs fonctions de protection, elles doivent constituer le moyen le moins perturbateur parmi ceux qui pourraient permettre d'obtenir le résultat recherché et elles doivent être proportionnées à l'intérêt à protéger». C'est nous qui soulignons. Observation générale n° 27 : Article 12 (Liberté de circulation), https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11

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

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

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

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

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

8. لمن يتوجه صراحة الفصل 49؟

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

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

50 وهو المصطلح المستعمل في المنظومة الكندية مثلا.

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

● المشرع

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

● السلطة التأسيسية الفرعية

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

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

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

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

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

● القاضي

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

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

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

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

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

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

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

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

● المؤسسات الأخرى المعنية بالفصل 49

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

● **السلطة التنفيذية**، لما لها من دور جوهري لا فقط في إعداد مشاريع القوانين لكن أيضاً من خلال ممارستها للسلطة الترتيبية.

● **الهيئات العمومية المستقلة**، فقد أنشأ الدستور مجموعة من الهيئات الدستورية أسند لها الفصل 125 منه وظيفة دعم الديمقراطية، كما أسند المشرع صراحة إلى هيئات عمومية أخرى دور حماية حقوق وحريات معيّنة "منع التعذيب، منع الاتجار بالبشر، حماية المعطيات الشخصية، النفاذ إلى المعلومة..."، وهي معطيات تجعل من الهيئات العمومية المستقلة تحتاج حتماً إلى قراءة عملية للفصل 49 تمكّنها من الاضطلاع بدورها دون التضحية ببعض الحقوق لحماية حقوق أخرى.

● **الجماعات المحلية**، فمنذ دستور 2014 أصبحت للسلطة المحلية مكانة هامة في توزيع السلطات داخل الدولة الموحدّة. وإن كانت اللامركزية من أهمّ مطالب ما بعد 2011، فإنّ طريقة توزيع الاختصاصات بين المركزي والمحلي يمكن أن تطرح العديد من الإشكاليات. وباعتبار حداثة بلدنا بالحكم المحلي، ونظراً إلى بعض الغموض المتبقّي في علاقة بتوزيع الاختصاص وخاصة في علاقة بتأثير بعض القرارات المحلية (أو/ والجهوية مستقبلاً) على التمتع بالحقوق والحريات الدستورية، وجب تسليط الضوء على الإشكاليات المطروحة في هذا المجال.

● **المجتمع المدني**، حيث لعبت الجمعيات والمنظمات في تونس دوراً حاسماً في الدّفع إلى أكثر ضمانات في مجال الحقوق والحريات وهي بالتالي معنية بكل الآليات المتعلقة بتقييد هذه الحقوق. لذلك يتجه تمكين المجتمع المدني من فهم آليات الفصل 49 ومن الأدوات الضرورية التي يحتاجها في عملية تقييم وضع الحقوق والحريات وفي القيام بعمليات المناصرة على أساس الفصل 49.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ويتنزل الدليل المتعلق بالقاضي الإداري في هذا الإطار.

C'est nous qui traduisons, Observation générale n° 27, 1999 à propos de l'article 12 : « Le principe de la proportionnalité 56 doit être respecté non seulement dans la loi qui institue les restrictions, mais également par les autorités administratives et judiciaires chargées de l'application de la loi. Les États devraient veiller à ce que toute procédure concernant l'exercice justifiant l'application de mesures... de ces droits ou les restrictions imposées à cet exercice soit rapide et que les raisons restrictives soient fournies

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



مقدّمة الدليل

ينصّ الفصل 49 من الدستور على ما يلي:

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

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

لئن كانت ولادة الفصل المذكور عسيرة، حيث أكّدت العديد من الدراسات أنه يدين في وجوده لضغط المجتمع المدني¹ والعديد من خبراء القانون²، فإنّ مضمونه يشكل تطوّرًا هامًا في المنظومة القانونية التونسية في مجال تكريس وحماية الحقوق والحريات. وتتجلّى أهمية ذلك التطور خاصة إذا ما قارنًا مضمون الفصل المذكور بما اقتضاه الفصل 7 من دستور غرة جوان 1959 الذي ينص على 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 والازدهار الاقتصادي والنهوض الاجتماعي". وهي عبارات فضفاضة ليس من شأنها أن ترسي نظاما ناجعا لحماية الحقوق والحريات³.

لذلك فقد رأى البعض أنّ الفصل 49 من الدستور يمثل ثورة في القانون الدستوري التونسي⁴ وتحديدًا فيما يتعلق بشروط تدخّل المشرّع لتنظيم ممارسة الحقوق والحريات المضمونة دستوريًا والضوابط المتعلقة بها، كما اعتبر بعض الفقهاء أيضًا أنّ الفصل 49 يعتبر حجر الزاوية في دستور 2014.

إنّ أهمية الفصل 49 من الدستور قد تُفسّر بأهمية الضمانات التي يوفرها للحقوق والحريات، فهو يمثل قيدا حقيقيا متعدد الأبعاد لأعمال المشرّع والسلط الإدارية حتى لا يقع النيل من الحقوق والحريات الأساسية بصورة اعتباطية أو تعسفية. ويمكن تطبيق مقتضيات الفصل 49 من أعمال

1 حول ظروف نشأة هذا الفصل يراجع، سلوى حمروني، الفصل 49 في فقه قضاء الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين (مقال باللغة الفرنسية) غير منشور. يراجع كذلك على سبيل الذكر خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات، تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس 2017، ص 16 وما بعدها.

2 على سبيل الذكر، يراجع سليم اللغاني، سلسيل القليبي، سلوى الحمروني، "الحقوق والحريات"، جمعية البحوث في الانتقال الديمقراطي والجمعية التونسية للقانون الدستوري، قراءة في مسودة مشروع الدستور: تقييم واقتراحات، 15 جانفي/ كانون الثاني 2013.

3 يراجع في هذا الشأن خالد الماجري، المرجع المذكور أعلاه ص 16.

4 Z. Ben Tanfous, « Le juge constitutionnel et l'article 49 de la constitution portant sur la protection des droits et libertés », Infos juridiques, n 260/261- mai 2018, p.10.

أنظر معتز القرقروري، "الضوابط الدستورية للحقوق والحريات من خلال الفصل 49 من دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014"، قراءات في دستور الجمهورية الثانية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2016، ص.83.

رقابة معمقة وحقيقية على أعمال السلطة التشريعية أو التنفيذية لا تقتصر على الجوانب الإجرائية والشكلية فحسب⁵، وإنما تمتد إلى بسط رقابة واسعة على السلطة التقديرية للمشرع والسلط الإدارية بصورة عامة.

إنّ التعمّق في مضمون الفصل 49 من الدستور يفضي بنا إلى استنتاجين أساسيين: الإستنتاج الأول منهجي مفاده أنّ وضع أي قيد على الحق أو الحرية أو ممارستها لا يمكن أن يتمّ إلاّ بمقتضى نص تشريعي وأن لا ينال الحدّ من جوهر الحق، كما يجب أن يكون الحدّ ضروريا ومبررا بأحد الأهداف المحددة حصرا في الفصل 49، وهي حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة. إضافة إلى ذلك، يجب أن تكون تلك الضوابط متناسبة مع موجباتها ومبرراتها، وهي شروط متلازمة ومتظافرة يجب أن تتوفر جميعها في أي قيد يمكن أن يطرأ على ممارسة الحق أو الحرية. ويترتب عن غياب أحد الشروط المذكورة حسب الحال عدم دستورية أو عدم شرعية القيد أو الحدّ المسلط على الحق أو الحرية.

يترتب عن هذا الاستنتاج المنهجي أنّ الشروط المبينة أعلاه مرتبة ترتيبا يتسم بالتدرج في تلك الشروط وهو ما يجعل القاضي⁶، بمناسبة تثبته في مدى توفر شروط الفصل 49، أن يتوقف عن المرور إلى الشروط اللاحقة متى ثبت له عدم توفر أحدها. ومثال ذلك، إذا ثبت للقاضي الإداري أنّ الإدارة اتخذت مثلا قرارا يحدّ من ممارسة حق أو حرية دون وجود سند تشريعي لذلك، فيمكنه الاكتفاء بذلك للتصريح بعدم شرعية القرار المعروض عليه دون أن يكون مضطرا للتثبت في بقية الشروط كالمساس بجوهر الحق أو الضرورة أو التناسب.

إنّ فكري التدرج والتظافر المضممتين بالفصل 49 تجدان لهما تكريسا في فقه قضاء المحكمة الإدارية، من ذلك الحكم الصادر في القضيتين عدد 4105408 و4105496 بتاريخ 12 جانفي/ كانون الثاني 2021 على نحو ما يبيئه المؤطر أدناه.

"وحيث يخلص من الأحكام سالفة الذكر [أحكام الفصل 49] أن وضع القيود على الحقوق والحريات الأساسية لا يكون إلا بموجب قوانين أساسية بهدف حماية إحدى الأهداف المحددة حصرا بالفصل 49 سالف الذكر في دولة مدنية وديمقراطية تقوم على فكرة التعددية والتسامح وإحترام مبادئ دولة القانون ودون أن يفضي القيد الموظف على الحق إلى النيل من جوهره أي أن لا يؤدي إلى نفيه تماما أو يشدّد في شروط ممارسته بما يستحيل معه ممارسته. فإن كان لا بدّ من وضع قيود على حقوق وحريات أساسية فيجب أن يكون القيد قادرا على تحقيق الهدف وأن يكون الأقل حدة وشدّة على الحق وأن لا تتجاوز آثاره النتائج المرجوة من وراء فرضه".

5 Sur ce point, voir Ben Achour Rafaâ, Le juge constitutionnel et la proportionnalité. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 25-2009, 2010. Le juge constitutionnel et la proportionnalité - Juge constitutionnel et droit pénal. pp. 373-379

6 أي كان القاضي دستوريا أو إداريا أو ماليا أو عدليا، فإنّ هذا الاستنتاج ينطبق على جميع الأفضية الواردة بباب السلطة القضائية.

أما الاستنتاج الثاني، فهو يتعلق بمضمون الفصل 49 الذي يعدّ تكريسا للمواثيق والاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الانسان، من ذلك على سبيل الذكر لا الحصر الإعلان العالمي لحقوق الانسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966 والميثاق الإفريقي لحقوق الانسان والشعوب لسنة 1981، وهو ما يجعله متناغما مع المواثيق الدولية ومتبنيا للممارسات الفضلى في مجال حماية الحقوق والحريات.

ولتبسيط مضمون الفصل 49، يمكن القول أنه لا يمكن الحدّ من ممارسة أي حق أو حرية إلاّ طبقا للشروط التالية:

1- لا يمكن الحدّ من الحقوق أو الحريات إلاّ بقانون.

2- تقييد الحق أو الحرية لا يجب أن ينال من جوهره.

3- تقييد الحق أو الحرية يجب أن يكون ضروريا.

4- تقييد الحق أو الحرية يجب أن يكون مقبولا في دولة مدنية ديمقراطية.

5- أي تقييد للحق أو الحرية يجب أن يكون بهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة.

6- أي تقييد للحق أو الحرية يجب أن يكون متناسبا مع الهدف منه.

من حيث المضمون أيضا، يمكن ملاحظة أنّ الفصل 49 من الدستور تضمن مصطلحات لم يعرفها دستور غرة جوان 1959 رغم أنها لم تكن غريبة عن المنظومة القانونية التونسية، من ذلك مثلا التناسب بين ضوابط تقييد الحقوق وموجباتها.

إنّ الفصل 49 من دستور 2014 على أهمية مضامينه وقيمه في المنظومة القانونية التونسية اليوم، فإنه قد يطرح عدة إشكالات في تطبيقه من طرف القاضي الإداري. ولعلّ الإشكال الأول الذي يمكن أن يطرح أمام القاضي هو التساؤل التالي:

هل أنّ القاضي الإداري معنيّ وملزم بأحكام الفصل 49 من الدستور أم أنّ الفصل المذكور يتوجه حصراً إلى المشرع والقاضي الدستوري؟

إذا كانت الإجابة بالإيجاب عن التساؤل الأوّل، فإنّ ذلك سيفضي إلى تساؤل ثان هو الآتي:

ماهي المنهجية التي يمكن أن يتوسلها القاضي الإداري للرقابة على شروط تطبيق الفصل 49؟

إنّ الإجابة عن السؤال الأوّل ستفضي بنا إلى البحث في أسس إعمال القاضي الإداري لأحكام الفصل 49 (الجزء الأوّل) أمّا الإجابة عن السؤال الثاني فإنّها ستؤدّي بنا إلى بيان المنهجية المثلى التي يمكن للقاضي الإداري إعمالها بمناسبة رقابته على شروط تطبيق الفصل 49 (الجزء الثاني).

الجزء الأول

ما هي أسس أعمال القاضي الإداري
لمقتضيات الفصل 49؟

ينص الفصل 49 من الدستور على أنه "يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها.

ولا توضع هذه الضوابط إلا للضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيآت القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك.

لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرّياته المضمونة بهذا الدستور".

إنّ التأمل في الفصل المذكور قد يوحي لأوّل وهلة أنّه موجه إلى السلطة التشريعية وبالتبعية إلى المحكمة الدستورية، باعتبارها الجهاز القضائي المخول له مراقبة دستورية مشاريع القوانين ومشاريع القوانين الدستورية والقوانين التي تحيلها عليها المحاكم وذلك طبقاً لأحكام الفصل 120 من الدستور وطبقاً لما تضمّنه القانون الأساسي المتعلّق بالمحكمة الدستورية¹. وبالتالي تكون بقيّة مكوّنات السلطة القضائية² غير معنية بأحكام الفصل المذكور، وهي القضاء العدلي والقضاء الإداري والقضاء المالي.

إلا أنّ التعمّق والتدبر في الفصل المذكور يدحض ذلك الموقف ضرورة أنّ مختلف مكوّنات السلطة القضائية المبينة أعلاه معنية بأحكام الفصل 49³، وهو موقف له أسس دستورية (الفرع الأوّل) وأسس فقه قضائية (الفرع الثاني).

1 القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر/ كانون الأوّل 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية.

2 خصّص الدستور السلطة القضائية بالباب الخامس منه وخصّص القسم الأوّل منه للقضاء العدلي والإداري والمالي، في حين خصّص القسم الثاني منه للمحكمة الدستورية.

3 تمّ التركيز على باب السلطة القضائية في هذا المجال باعتبار موضوع اهتمامنا في هذا العمل، علماً أن كافة السلط العمومية معنية بأحكام الفصل 49 المذكور أعلاه من سلطة تشريعية وتنفيذية وسلطة قضائية بمختلف مكوناتها. حول هذه المسألة، يراجع خالد الماجري، المرجع المذكور أعلاه ص 42 وما بعده.

القسم الأول – ما هي الأسس الدستورية لتأهيل القاضي الإداري لإعمال أحكام الفصل 49 من الدستور؟

لقد نصّ الفصل 49 من الدستور على أنه:

"... تتكفل الهيآت القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك⁴."

كما نصّ الفصل 102 من الدستور على أن:

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

إن التّصنيفات الدستورية المذكورة أوكلت للسلطة القضائية مهمة وواجب حماية الحقوق والحريات من أي انتهاك. وقد وردت العبارات المضمّنة بالفصل 49 في هذا المجال عامّة، أي إنها تتوجه إلى مختلف مكونات السلطة القضائية كما وردت بالباب الخامس من الدستور، وهي القضاء العدلي والإداري والمالي والمحكمة الدستورية.

وطالما كانت عبارات الدستور مطلقة في هذا الشأن، فإنّه يجب أخذها على إطلاقها عملاً بأحكام الفصل 533 من مجلة الالتزامات والعقود⁵. وبالتالي تكون السلطة القضائية بصورة عامة والقاضي الإداري موضوع هذا الدليل بصورة خاصة، معنيين بأحكام الفصل 49 المذكور. فالقضاء يبقى الجهاز الطبيعي لتطبيق القواعد القانونية أيّا كان مصدرها بما في ذلك القاعدة الدستورية، وهو الجهاز المخوّل أكثر من غيره لتفسير القاعدة القانونية وتأويلها⁶.

4 في رأينا من حيث الصياغة، كان يستحسن فصل هذه الجملة عن الفقرة الثانية وإفرادها بفقرة مستقلة.

5 ينصّ الفصل 533 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه "إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها".

6 علماً أنّ تأويل القانون وتفسيره من قبل القاضي الإداري لا يقتصر على القاضي المتعهد بالزعامات، بل يشمل أيضاً القاضي المتعهد بالمفاتيح الاستشارية، وهو ما أكدته المحكمة في ملف الاستشارة الخاصة عدد 649 المتعلقة بالجمع بين عضوية مجلس نواب الشعب ورئاسة النيابة الخصوصية بالبلديات، حيث أكدت أنه "في ظل غياب موقف صريح صلب القانون عدد 16 لسنة 2014 المؤرخ في 26 ماي/ أيار 2014 المتعلق بالانتخابات والاستفتاء بخصوص اعتبار رئيس النيابة الخصوصية من المسؤوليات التي لا يمكن الجمع بينها وبين العضوية بمجلس نواب الشعب، فإنه يتعيّن البحث عن الحلّ باعتبار قراءة شاملة للقانون المذكور تنقضي مقاصد المشرّح التي أفضت إلى سنّ القاعدة القانونية. ويلاحظ في هذا الصدد أنّ القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المذكور نصّ بصفة صريحة على أنه لا يمكن الجمع بين عضوية مجلس نواب الشعب وعضوية الحكومة أو وظيفة لدى الدولة والجماعات المحلية أو عضوية مجلس الجماعات المحلية المنتخبة. ويتبين من هذه الأحكام أنّ المشرّح أسّس إلى منع الجمع في آن واحد بين وظائف السلطة التنفيذية مثل عضوية الحكومة أو عضوية المجالس المحلية المنتخبة التي تعتبر على معنى الدستور سلطة محلية، وبين وظائف السلطة التشريعية تكريماً لمبدأ الفصل بين السلط وضماناً لتركيز الرقابة المتبادلة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة المحلية. وانطلاقاً من هذه المقاربة، وبما أنّ المشرّح أسّس صراحة على منع الجمع بين عضوية مجلس نواب الشعب وعضوية مجالس الجماعات المحلية المنتخبة وذلك بهدف تحقيق الفصل بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية المحلية، فإنّ قراءة أحكام القانون عدد 16 لسنة 2014 المتعلق بالانتخابات والاستفتاء كوحدة متكاملة ومتراطة يستشفّ منها أنّ إرادة المشرّح كانت متجهة بشكل واضح إلى القطع مع الجمع بين عضوية مجلس نواب الشعب وترؤس البلديات الخصوصية للبلديات. كما يتأكد توجه المشرّح في منع الجمع بين العضويتين في الصورة التي يكون فيها رئيس النيابة الخصوصية لبلدية مدعواً للقيام بمهامه كامل الوقت، ذلك أنّ الفصل 56 من القانون عدد 33 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي/ أيار 1975 المتعلق بالقانون الأساسي للبلديات كما تمّ تنقيحه بالقانون الأساسي عدد 57 لسنة 2008 حدّد ضمن الفقرة 3 (جديدة) الصور التي يقوم فيها رؤساء البلديات بمهامهم كامل الوقت.

والبحث في مراد المشرع من سنهنا.⁷

أما في خصوص الفصل 49، فإنّ القاضي الإداري مدعوّ إلى تطبيق القانون وتفسيره وتأويله تأويلاً ضيقاً⁸ بخصوص القيود⁹ التي يمكن أن تُفرض على الحقوق والحريات، ضرورة أنّ القاضي ملزم بأحكام الدستور المبينة أعلاه بحماية الحقوق والحريات. كما أنّ القاضي بصورة عامة والقاضي الإداري بصورة خاصة يبقى مؤتمناً على حماية الحقوق والحريات، وهو ما أكّده فقه قضاء المحكمة الإدارية في عدّة مناسبات، إذ اعتبر أنّ الأصل هو الحرية والاستثناء هو المنع أو التقييد¹⁰.

وعلى هذا الأساس، فإنّ القضاء بصورة عامة مطالب بالقيام بدور أساسي ومحوري في تأويل الدستور وتفصيل أحكامه خاصة تلك المتعلقة بالحقوق والحريات في إطار دولة مدنية ديمقراطية مثلما يقتضي ذلك الفصل 49 من الدستور¹¹ تدعيماً وتكريساً للحقوق والحريات وحمايتها، بما يؤولها أن تكون "محكمة حقوق إنسان" حسب عبارة الأستاذ ريني شابي¹².

وتفيد عبارة "رئيس البلدية كامل الوقت" بالأساس تواجد رئيس البلدية بمقرها خلال كامل أوقات العمل الإداري وتفرغه لتسيير شؤونها مثلما يتضح من مداوات مجلس النواب لجلسة 19 جويلية/ تموز 2008 المتعلقة بمشروع تنقيح القانون عدد 33 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي/ أيار 1975 المتعلق بالقانون الأساسي للبلديات. وقد اقتضى الفصل 2 من القانون الأساسي عدد 57 لسنة 2008 أنه يمكن لرئيس البلدية الذي أصبح مطالباً بالقيام بمهامه كامل الوقت أن يتخلّى عن وظيفته في حين يخضع أعضاء مجلس نواب الشعب إلى جملة من الالتزامات المصنّمة بالنظام الداخلي للمجلس والذي يقرّ مبدأً عدم تعيّن النواب عن الجلسات (الفصل 26). ويستنتج من كل ما سبق بيانه أنه لا يمكن الجمع بين الاضطلاع بمسؤولية رئاسة نيابة خصوصية وبين العضوية بمجلس نواب الشعب

7 وهو ما بينته المحكمة من خلال فقه قضائنا المتواتر، إذ أكّدت في الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 18456/1 بتاريخ 06 فيفري/ شباط 2013 (غير منشور) أنّ "التّجاه إرادة المشرّع إلى عدم إخضاع القضاة إلى التوقيت الإداري تحليه طبيعة العمل القضائي الذي لا يرتبط بساعات عمل محدّدة في اليوم أو الأسبوع أو الشهر أو السنة والذي تكون فيه العبرة بقيام القاضي بإنجاز العمل القضائي المنوط بعهدته من حضور جلسات المرافعة والمفاوضة والقيام بالأعمال القضائية الأخرى على غرار سماع المتقاضين والتحرير عليهم والتحقيق مع المظنون فيهم وتلخيص الأحكام وغيرها من المهام القضائية".

8 وهو ما أقرته المحكمة الإدارية في عدّة أحكام منها خاصة الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 122836 بتاريخ 04 جوان/ حزيران 2015، وقد أكّدت هذا المبدأ أيضاً في الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 139186 بتاريخ 14 جويلية/ تموز 2015 الذي ذكّر فيه أنّ "الحق في السفر من الحقوق الأساسية لكل مواطن تونسي لا ارتباطه بحرية التنقل إلى خارج البلاد التونسية التي ضمنها الفصل 24 من الدستور، وبالتالي فإنه لا يسوغ إهداره إلا في حدود ما يميزه القانون صراحة، على أن تؤوّل الاستثناءات التي تنال من هذا الحق تأويلاً ضيقاً، كما أنّ ما تستأثر به المصالح الأمنية من سلطة في تقدير ما إن كان السباح يسفر العارض من شأنه النيل من الأمن القومي التونسي أو من النظام العام أو من سمعة البلاد لا يجوز دون إقرار حق القاضي الإداري في بسط رقابته عليها حتى لا يؤوّل الأمر إلى إطلاق يدها وإعفاء أعمالها من الخضوع إلى مبدأ الشرعية. لئن كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال بناء على وجود استثناءات أتاحتها القانون لتقييد حرية السفر، إلّا أنه أبقى ذلك موقوفاً على صدور إذن قضائي سواء من رئيس المحكمة الابتدائية أو من النيابة العمومية أو من حاكم التحقيق ضدّ حامل الجواز لتحصير السفر عليه". كما أكّدت المحكمة نفس المبدأ بمناسبة الإذن الاستعجالي الصادر عن رئيس الدائرة الابتدائية المكلف بالاستمرار في القضية عدد 71327 بتاريخ 10 أوت/ آب 2016 والذي أكّد أنّ "الحق في الحصول على جواز سفر هو من الحقوق الأساسية لكل مواطن تونسي لا ارتباطه بحرية التنقل إلى خارج البلاد التي ضمنها الدستور. وبالتالي فإنه لا يجوز إهداره إلا في حدود ما يميزه القانون صراحة على أن تؤوّل الاستثناءات التي تحوّل دون تمكين المواطن من هذا الحقّ تأويلاً ضيقاً". وهو نفس الموقف الذي تبنته المحكمة الإدارية في عدّة أحكام أخرى منها الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 145402 بتاريخ 12 جويلية 2016، وهو يعدّ تكريساً لفقه قضاء مستقر وينطبق على كافة الحقوق والحريات. ففي خصوص حقّ التعليم مثلاً، اعتبرت المحكمة الإدارية في الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 19401/1 بتاريخ 11 أفريل/ نيسان 2014 أنّ "الحقّ في التعليم يكتسي علوية دستورية ولا يجوز التوسع في تأويل التشريع الخاصّ بضبط شروط ممارسته".

9 Hamrouni(S), L'article 49 dans la jurisprudence de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets de loi, article inédit.

10 يراجع على سبيل الذكر لا الحصر الحكم الصادر في مادة تجاوز السلطة في القضية عدد 3879 بتاريخ 14 مارس/ آذار 1995، شركة كرشان وأبناءه ضدّ رئيس بلدية القصيرين. وهو ما تمّ تأكيده في عدّة أحكام لاحقة منها الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 121327 بتاريخ 18 جانفي/ كانون الثاني 2013 الذي أكّد على أنّ "حرية التجارة من المبادئ العامة للقانون ولا يحدّ منها إلا بقانون صريح يتخذ لأسباب تتعلق بحماية النظام العام وبمختلف مكوناته الأمنية والصحية والإقتصادية".

11 ناجي البكوش، "إرساء المحكمة الدستورية"، مجلة دراسات قانونية عدد 22 لسنة 2015 ص 17.

12 « Le droit administratif évolue aujourd'hui plus nettement qu'hier vers un droit des libertés publiques. », 12

وبالتالي، فإنَّ الشَّرْط المضمَّنة بالفصل 49 الميمن أعلاه لا تقتصر على الأعمال التشريعية فحسب، بل تمتد لتشمل أيضا كافة الأعمال الترتيبية وغير الترتيبية الصادرة عن الإدارة والتي تكون بمناسبة الإدارة ملزمة بمقتضيات الفصل 49 احتراماً وتطبيقاً لهرمية القواعد القانونية¹³.

وبما أنَّ الأعمال الصادرة عن الإدارة، الترتيبية منها وغير الترتيبية، تخضع إلى الرقابة القضائية¹⁴ - حسب الحال - بصورة مسبقة ولاحقة أو بصورة لاحقة فحسب، فإنَّ القاضي الإداري سيكون في إطار وظيفته الرقابية ملزماً بمناسبة تعهده سواء في إطار ممارسته لوظيفته الاستشارية أو النزاعية، بالتثبت من مدى احترام أعمال الإدارة لمقتضيات الشرعية بكلِّ مصادرها بما في ذلك الأحكام الدستورية باعتبارها مصدراً من مصادر الشرعية.

ومن بين الأسس الدستورية الأخرى التي تحول للقاضي الإداري إعمال مقتضيات الفصل 49 ما ورد في التوطئة¹⁵ حول التأسيس "لنظام جمهوري ديمقراطي تشاركي وفي إطار دولة مدنية ... ولمبدأ الفصل بين السلطات والتوازن بينها".

إنَّ مبدأ الفصل بين السلطات لا يمثل غاية في حدِّ ذاته بل قدّمه Montesquieu كوسيلة لضمان الحرية ولحمايتها من الإفراط في ممارسة السلطة، وهو مبدأ يقوم على ثلاثة مسائل هي الآتية:

أولاً: يوجد في كل دولة ثلاثة أصناف من السلطة، وهي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية¹⁶.

ثانياً: استقلالية هذه السلطات عن بعضها البعض.

ثالثاً: لا تعني هذه الاستقلالية انفصالها أو عزلتها عن بعضها البعض¹⁷، بل أن لكل منها ملكة إقرار تتمثل في سلطة ممارستها للاختصاص الذي أسنده لها الدستور¹⁸ وملكة ردع تتمثل في مراقبة

Cependant la juridiction administrative tend à répondre à la façon dont elle est communément conçue: une juridiction des droits de l'homme », R. CHAPUS, « L'administration et son juge », E.D.C.E, n°43, 1991, p.265.

Xavier (Ph), 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, DRI- IDEA-PNUD, Tunis ; p. 27.

ويراجع أيضاً خالد الماجري، مرجع مذكور سابقاً ص 75.

14 يمكن أن تكون هذه الرقابة القضائية سابقة بالنسبة إلى الأوامر الحكومية الترتيبية وذلك طبقاً لأحكام الفقرة الأولى من الفصل 116 من الدستور التي تنص على أنه "... يختص القضاء الإداري بالنظر في تجاوز الإدارة سلطاتها وفي النزاعات الإدارية وتماثل وظيفة استشارية طبق القانون"، وطبقاً لأحكام الفصل 4 (جديد) من قانون غرة جوان/ حزيران 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية كما تم تنقيحه بالقانون الأساسي عدد 67 لسنة 1983 المؤرخ في 21 جويلية/ تموز 1983 الذي ينص في فقرته الأولى على أنه "تقع استشارة المحكمة الإدارية وجوباً بشأن مشاريع الأوامر ذات الصبغة الترتيبية". هذا وتجدر الإشارة إلى أن الرقابة السابقة لا تنفي إمكانية ممارسة الرقابة اللاحقة على تلك الأوامر الحكومية ذات الصبغة الترتيبية. أمّا ببقية الأعمال الترتيبية وخاصة القرارات الترتيبية للوزراء فهي تخضع لرقابة قضائية لاحقة.

15 حسب الدستور كل نقاش محتمل حول القيمة القانونية للتوطئة وذلك بالتنصيص صلب الفصل 145 منه على أن "توطئة هذا الدستور جزء لا يتجزأ منه"، وهي بذلك تموز على نفس القيمة القانونية للأحكام المضمنة بمختلف فصول الدستور.

Montesquieu, De l'esprit des lois, Chap. VI, Livre XI 16

A. Barak, Proportionality, Constitutional Rights and their limitation, Cambridge University Press, 2012, p. 385-387 17

« J'appelle faculté de statuer le droit d'ordonner par soi-même », Montesquieu, De l'esprit des lois, op.cit. 18

السلطات الأخرى وإيقافها عند حدّها في حالة تجاوزها للحدود التي وضعها لها الدستور¹⁹.

وبالنسبة إلى السلطة القضائية، فإن كانت ملكة الإقرار الخاصة بها تتمثل في البتّ في النزاعات، فإن ملكة الردع التي كلفها بها الدستور تتمثل في التثبيت من مدى التزام السلطتين التشريعية والتنفيذية بمقتضيات الشرعية (بما فيها الضوابط الدستورية) عند ممارستها لصلاحياتها واختصاصاتها وذلك من أجل إقامة العدل وضمان علوية الدستور وحماية الحقوق والحريات، وهي مسؤوليات أنيطت بعهدتها بمقتضى الفصل 102 من الدستور.

وبما أنّ الدستور، تطبيقاً لأحكام الفصلين المذكورين، قد أسند للسلطة القضائية ولاية عامة في مجال حماية الحقوق والحريات²⁰، فإنه يكون محوّلاً لمختلف الهياكل القضائية المكونة للسلطة القضائية الاعتماد على الشروط التي جاء بها الفصل 49 من الدستور وخاصة شرط التناسب بين الحدود وموجباتها²¹.

من خلال ما تمّ بيانه، يمكن أن نجزم أنّ الفصل 49 من الدستور بما في ذلك مبدأ التناسب لا يتوجه فحسب إلى السلطة التشريعية وإلى القاضي الدستوري، بل يتجاوز ذلك ليشمل القاضي الإداري والمالي والعدلي. فاختبار التناسب ليس مجرد آلية لمراقبة دستورية القوانين، بل هو منهجية تفكير وطريقة موازنة بين حقوق قد تكون متضاربة في إطار قضية واحدة يعملها القاضي بمناسبة فصله في القضايا. إن الأسس التي تغرينا بتجاوز القراءة الضيقة للفصل 49 لا تقتصر على النص الدستوري بل تنهل كذلك من فقه القضاء وهو ما سنتبينه في الفرع الموالي.

« J'appelle faculté d'empêcher le droit de rendre nulle la résolution prise par quelque autre », Montesquieu, 19 De l'esprit des lois, op.cit.

20 وهو ما أكدّه القرار الصادر عن الدائرة التعقيبىة الأولى في القضية عدد 731225 بتاريخ 15 ماي/ أيار 2017 الذي أكد على أنّ "القاضي مطالب بإيصال الحقوق إلى أصحابها، وبإعمال اجتهاده في إطار النصوص النافذة واحترام هرم النصوص القانونية وضمان علوية الدستور، عملاً بأحكام الفصل 102 من هذا الأخير والتي جعلت من "القضاء سلطة مستقلة تضمن إقامة العدل، وعلوية الدستور، وسيادة القانون، وحماية الحقوق والحريات".

21 نفس المرجع المذكور بالهامش أعلاه.

القسم الثاني - ماهي الأسس فقه القضائية للإعمال مبدأ التناسب؟

إنّ التأمّل في فقه القضاء التونسي وخاصّة منه الدستوري والإداري يبيّن أنه كرس في العديد من المناسبات قبل إصدار دستور سنة 2014 وبعده مبادئ تكّرس فكرة التناسب، فقد أكّدت المحكمة الإدارية منذ القرار عدد 325 بتاريخ 14 أبريل/ نيسان 1981 بأنّ القاضي الإداري حامي الحقوق والحريات²²، وهو ما تمّ تكريسه في القرار عدد 476 بتاريخ 2 جويلية/ تموز 1987 الذي أكّدت فيه المحكمة أنها مختصة "بالنظر في القضايا التي تتصرف فيها الإدارة تصرفا ماديا خارجا عن نطاق المشروعية ومستهدفا للملكية الفردية والحريات العامة" لتقرّ فيما بعد صراحة "أنّ الحرية هي المبدأ والحدّ منها لا يكون إلاّ استثناء"²³.

فعلى غرار فقه القضاء المقارن، أعمل فقه القضاء التونسي مبدأ التناسب دون وجود نصّ دستوري يكرّسه، وهو ما يؤكّد بصورة لا لبس فيها أن السلطة القضائية بمختلف أفضيتها معنية بالفصل 49 من الدستور ومدعوة إلى تطبيق مقتضياته تكريسا ودعم مبدأ دولة القانون الذي يمثّل هذا الفصل إحدى آلياته.

إلا أنه ينبغي الانتباه إلى أن إعمال القاضي الإداري لمبدأ التناسب لم يكن بالدقة والوضوح الضروريين لبلوغ نتائجه، من ذلك مثلا أنه اعتبر الضرورة ركنا من أركان الملاءمة، حيث بيّنت المحكمة الإدارية في أحد الأحكام أن "تدابير الضبط الإداري تخضع إلى رقابة الملاءمة التي تقوم على التثبت من توفر ركن الضرورة بمناسبة اتخاذها والتصريح بعدم شرعيتها متى تبيّن أنها لم تكن ضرورية لمواجهة مخاطر الإخلال بالنظام العام".

لم يقتصر إعمال المحكمة الإدارية لمبدأ التناسب على الضبط الإداري وإتّما امتدّ إلى الحقوق السياسية، فقد اعتبرت المحكمة الإدارية في خصوص مبدأ حرية ممارسة النشاط السياسي أن إقصاء الأشخاص الواردة أسماؤهم بقائمة المناشدين من الترشح لانتخابات المجلس الوطني التأسيسي إنّما هو استثناء لمبدأ حرية ممارسة النشاط السياسي.²⁴

Selon le professeur Issam Ben Hassen: « Figure centrale, personnage clé de l'Etat de droit, le juge se voit assigner 22 la fonction de garantir le respect des droits et libertés. Dans une conception substantielle de l'Etat de droit, le juge reçoit la pression de faire respecter les droits fondamentaux. Déjà, la création du TA répond à un souci de protéger les droits des justiciables. La protection des droits des administrés a été la raison d'être de la création du TA. Le rapport du rapporteur général de la constitution de 1959 Ali BELHOUANE est, à cet égard, significatif. De même, le TA a déclaré, dès 1981 dans l'affaire Falcon, que le juge administratif est le protecteur des droits et libertés », Préface du livre « Juge de l'excès de pouvoir et libertés individuelles» Publications ,F.D.S ,Sfax,2018.

23 الحكم الصادر في القضية عدد 3897 المذكورة سابقا.

24 الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 124725 بتاريخ 15 مارس/ آذار 2013.

"لئن أقرت أحكام الفصل 25 من العهد الدولي الخاص للحقوق المدنية والسياسية الحق لكل مواطن في الترشح، إلا أنها أجازت للدولة التي تصادق عليه، الحد من هذا الحق شريطة أن تكون هذه القيود معقولة"²⁵.

من خلال العينة من فقه القضاء المبينة بالمؤطر أعلاه، استعملت المحكمة عبارة "معقولة" للتعبير عن فكرة التناسب بمختلف مكوناتها الداخلية. وهو ما يؤكد أن فكرة التناسب تمثل منهجية يلجأ إليها القاضي في إطار رقابته على القيود التي يمكن أن تسلط على الحقوق والحريات.

أما بعد إصدار دستور سنة 2014، فقد توّضحت ملامح فقه قضاء المحكمة الإدارية بتأسيسها على مقتضيات الفصل 49 من الدستور تلميحا أحيانا وتصريحا أحيانا أخرى. ففي مجال حرية الإعلام، أكدت المحكمة أن الأصل في ممارسة الإعلام هو الحرية، وهي بذلك تحمي حرية وردت بالدستور.

بيّنت المحكمة أنه "يستشف من أحكام الفصول 31 و32 و125 و127 من الدستور أنّ الأصل في ممارسة الإعلام هو الحرية وأنّ التضييق منها هو الاستثناء الذي ينحصر نطاقه في الرقابة اللاحقة وتمارسه هيئة تعديلية مستقلة في نطاق ضوابط تشريعية صريحة"²⁶.

ما يمكن ملاحظته في هذا الحكم هو أنّه لئن لم يستند مباشرة إلى أحكام الفصل 49، إلا أنّه لم يجد عموما استقرار عليه فقه قضاء المحكمة الإدارية من اعتبار أنّ الحرية هي الأصل وأنّ المنع هو الاستثناء. كما يتبين من الحيثية المذكورة أنّ المحكمة أسست حكمها خاصة على الفصل 31 من الدستور الذي ينص على أنّ:

"حرية الرأي والفكر والإعلام والنشر مضمونة.
لا يجوز ممارسة رقابة مسبقة على هذه الحريات".

أما في مادة الضبط الإداري، فقد عملت المحكمة مقتضيات الفصل 49 بصورة واضحة وجلية وأكدت أيضا ما استقر عليه فقه قضاء المحكمة في هذا المجال قبل إصدار دستور سنة 2014. ففي خصوص تحديد أهداف الضبط الإداري²⁷ وإخضاعه إلى الرقابة القضائية، بيّنت المحكمة في حيثية مبدئية وعامة أنّه:

25 الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 124728 بتاريخ 15 مارس/ آذار 2013.

26 الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 139240 بتاريخ 7 ديسمبر/ كانون الأول 2016.

27 حول مفهوم الضبط الإداري كما صاغته المحكمة الإدارية، يراجع الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 124491 بتاريخ 29 أبريل/ نيسان 2016.

" ينصرف مجال الضبط الإداري إلى النشاط الذي تمارسه الجهات الإدارية التي تتكفل بعملية الضبط مثل رئيس الجمهورية والوالي ورئيس البلدية وتكون الإدارة خاضعة في مجال الضبط المتعلق بها إلى رقابة قضائية تمتد إلى حد التثبيت من مدى تناسب التدابير المتخذة في إطارها مع الظروف التي حقت بها والأهداف التي ترمي إلى تحقيقها"²⁸.

رغم إصدار الحكم بعد صدور دستور 2014، إلا أنه لم يكن بالدقة الكافية، ولئن تمّ استعمال عبارة "التناسب" فإن مضمون الحيشية اقتصر على عنصر الملاءمة فحسب. أمّا بخصوص إعمال الإدارة لسلطات الضبط المخولة لها والتي تمكنها من غلق المحلات فقد أكدت المحكمة ما يلي:

" اتخذ قرار الغلق يجب أن يحقق المعادلة بين ممارسة الحق والحفاظ على النظام العام بما لا يمكن معه المساس الفادح بالحقوق الأساسية للمواطنين، وفي صورة اللجوء إلى الغلق فإنه يجب أن يكون الملاذ الأخير للحفاظ على النظام العام استنادا إلى أسباب جديّة مؤسّسة واقعا وقانونا"²⁹.

يعتبر هذا القرار من بين القرارات التي أعملت فيها المحكمة مبدأ التناسب بمكوناته، فقد تعرّضت فيه إلى أن الإجراء المتخذ من الإدارة والمتمثل في غلق محلّ المدعي يجب أن يكون ملائما للهدف من اتخاذه والمتمثل في الحفاظ على النظام العام. كما بينت أن الإجراء يجب أن يكون ضروريا واستعملت عبارة "الملاذ الأخير للحفاظ على النظام العام" للتدليل على ذلك. أمّا في خصوص شرط التناسب في مفهومه الضيق، فقد بينت المحكمة أن الإجراء لا يجب أن يمسّ بصورة فادحة بالحق المحمي. حتى في هذه الحالة، ورغم إتيان المحكمة على مختلف عناصر التناسب، فإنّها لم توضحها بصورة كافية.

يتبيّن من الأمثلة المأخوذة من فقه قضاء المحكمة الإدارية أن هذا الأخير يحمل بذور مبدأ التناسب ويعبّر عن تشبّع القاضي الإداري بفكرة أنه حامي الحقوق والحريات.

يمكن كذلك استنتاج أنّ القاضي الإداري لئن لجأ لمبدأ التناسب في العديد من الأحكام، فإنّه لم يأت على كافة مكوناته مثلما طوّره فقه القضاء المقارن أو التصورات الفقهية له. فهو في أغلب الأحيان يستعمل عبارات "الملاءمة" أو "الموازنة" أو "المعادلة" أو "التلاؤم" أو "التناسب" وفي أغلب الأحيان أيضا بمضمون مختلف عن العبارة المستعملة، وهو ما حال دون تطبيق أمثل لمبدأ التناسب ودون توضيح مختلف مكوناته بصورة جلية في فقه القضاء. إلا أنّه رغم ذلك، يبقى إعمال رقابة الموازنة أحيانا والملاءمة أحيانا أخرى من القاضي الإداري خاصة أساسا فقه قضائيا مهادنا لإعمال مبدأ التناسب، لكنه يستوجب التطوير والتحسين والتجويد.

28 الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 124491 بتاريخ 29 أبريل/ نيسان 2016.

29 القرار الصادر في القضية عدد 419680 بتاريخ 22 جوان/ حزيران 2016.



لذلك يتّجه أولاً في ظل تنصيب الفصل 49 من الدستور بصورة واضحة على مبدأ التناسب وإكسائه قيمة دستورية في المنظومة القانونية التونسية، أن يؤسس القاضي الإداري استناده لمبدأ التناسب مباشرة على أحكام الفصل 49 دون أسس قانونية أخرى، فالقيمة الدستورية للمبدأ تكفي بذاتها وتغني عن كل أساس آخر. يتّجه أيضاً تدقيق العناصر المكونة للتناسب للإتيان على مختلف مكونات التناسب من نظر في الملاءمة ثم الضرورة (الصغرى) وصولاً إلى التناسب في مفهومه الضيق.



يتّجه كذلك اعتماد التدرّج عند إعمال اختبار التناسب:

في مرحلة أولى: يتمّ التثبت من مدى ملاءمة الإجراء للهدف المرجو منه وتحقيقه بصورة مؤكّدة. في مرحلة ثانية: يتمّ التأكّد من أنّ الإجراء كان ضرورياً ولم يكن يوسع الجهة المصدرة له اتخاذ إجراء آخر أقلّ تقييداً للحقّ. في مرحلة ثالثة: يتمّ التثبت من شرط التناسب في مفهومه الضيق ليتأكّد القاضي من أنّ الإجراء لم ينل بصورة مجحفة من الحقّ المحميّ.

يمكنّ هذا التمشي القاضي من التوقف عند أي مرحلة وعدم المرور إلى المراحل الأخرى إذا ثبت أنّ الشرط المعني غير متوفر. فإذا كان القرار أو الإجراء مثلاً غير ملائم للهدف المرجو منه، لن يكون القاضي مجبراً على التثبت في الشرطين الثاني والثالث المكوّنين للتناسب. هذا الأمر من شأنه أن يساهم في تدقيق المفاهيم التي يعتمدها القاضي ويصحّحها.



إنّ إعمال القاضي الإداري للمبدأ على النحو المبين أعلاه، من شأنه أن يوسّع ويعمّق رقابته على الضوابط والقيود التي تضعها السلط العمومية على ممارسة الحقوق والحريات، وفي هذه الحالة لن تكون رقابة القاضي رقابة دنيا في أغلبها على السلطة التقديرية للإدارة.

يتّجه كذلك الأخذ بعين الاعتبار أنّ إعمال التناسب بمختلف مكوناته من شأنه أن يؤثر على هيكلية الأحكام القضائية، ذلك أنّ المطاعن المتعلقة بالتناسب تستوجب الإجابة عنها إطالة في الحثيات لما يستوجبه كل عنصر من استنباط ومقارنات وموازنات بين الحق وسنده القانوني وموجبات تقييده والظروف التي حقت بذلك من أسانيد قانونية وواقعية. وهذا أمر يمكن ملاحظته بتفحص فقه القضاء المقارن، من ذلك فقه القضاء الألماني أو فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أو غيرها، التي تكون عادة مسهبة لما يتعلّق الأمر بالتناسب.

الجزء الثاني

ما هي منهجية القاضي الإداري للرقابة على
شروط الفصل 49؟

إنّ المنهجية التي يعتمدها القاضي الإداري لتطبيق الفصل 49 مرتبطة بشديد الارتباط بتركيبة وهيكلية الفصل نفسه الذي يبدو في الآن ذاته واضحاً في مراحل، ومركباً في شروطه وهو ما سينعكس على المنهجية والمراحل التي سيتبعها القاضي في إعماله لمبدأ التناسب بمناسبة القضايا المعروضة عليه، إذ يستدعي ذلك بصفة أولية تبسيط هيكلية الفصل 49 في شكل رسم يحدّد كافة مراحل إعمال اختبار التناسب بدءاً بالتثبيت في توفر شرط التحفظ التشريعي أو وجود سند تشريعي للحدّ من الحرية، ثم التثبيت من مدى احترام حدود الحدود من خلال بسط رقابته على مدى احترام شرط عدم النيل من جوهر الحق وشرط الضرورة بمختلف حالاته وأسبابه وشرط التناسب بمختلف مكوناته وشروطه.

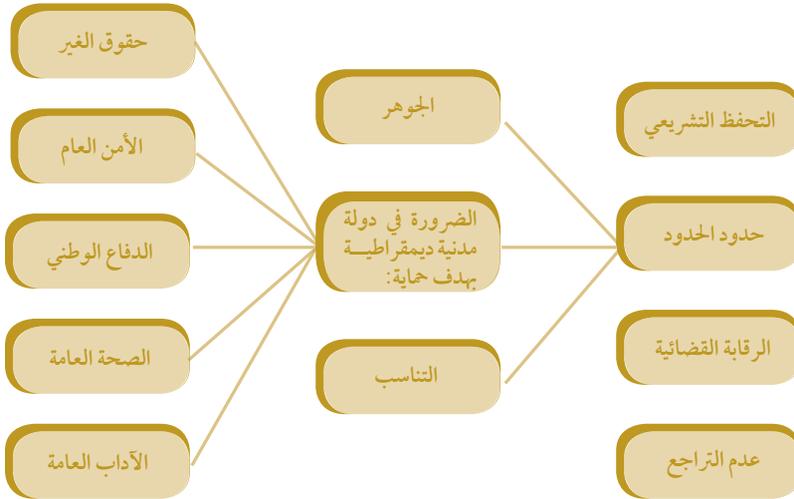
ويّتجه لفت النظر في هذا الشأن أنّ الشروط المبينة بالفصل 49 تتسم بالتدرج والتظافر، لذا من المستحسن إعمالها بصورة متدرّجة. ويترتّب على ذلك أنّ عدم توفر أحد الشروط يجعل العمل التشريعي أو العمل الإداري الصادر عن الإدارة غير شرعي. وفي هذه الحالة، يمكن للقاضي التوقف عن التثبيت في بقية الشروط عند ثبوت عدم توفر أحدها.

ومن الأمثلة الجيدة التي طبقت مبدأ تظافر وتدرج الشروط المنصوص عليها بالفصل 49 من الدستور ما تضمنه قرار توقيف التنفيذ الصادر في القضيتين عدد 4105408 و4105496 بتاريخ 12 جانفي 2021 على نحو ما يبيّنه المؤطر أدناه.

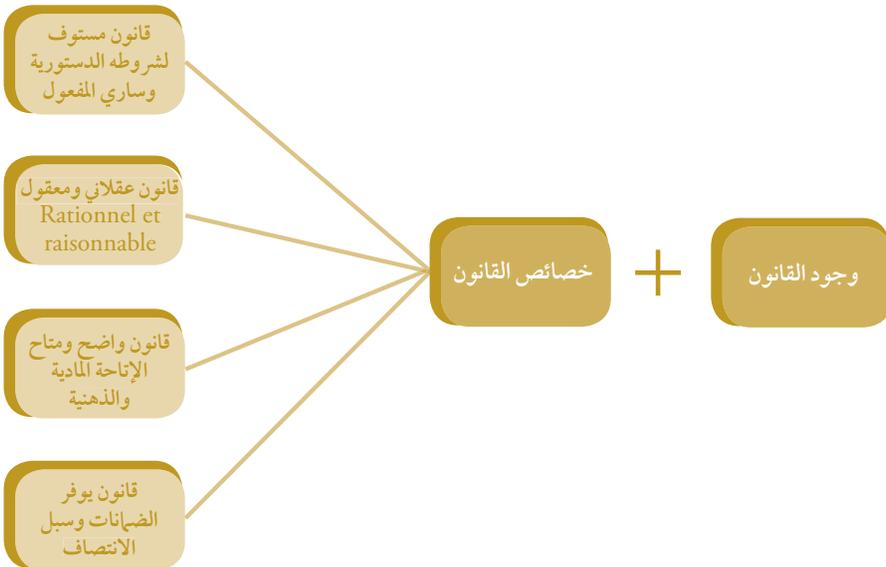
"وحيث يخلص من الأحكام سالف الذكر [أحكام الفصل 49] أنّ وضع القيود على الحقوق والحريات الأساسية لا يكون إلا بموجب قوانين أساسية بهدف حماية إحدى الأهداف المحددة حصراً بالفصل 49 سالف الذكر في دولة مدنية وديمقراطية تقوم على فكرة التعددية والتسامح وإحترام مبادئ دولة القانون ودون أن يفضي القيد الموظف على الحق إلى النيل من جوهره أي أن لا يؤدي إلى نفيه تماماً أو يشدّد في شروط ممارسته بما يستحيل معه ممارسته. فإن كان لا بدّ من وضع قيود على حقوق وحريات أساسية فيجب أن يكون القيد قادراً على تحقيق الهدف وأن يكون الأقل حدة وشدة على الحق وأن لا تتجاوز آثاره النتائج المرجوة من وراء فرضه".



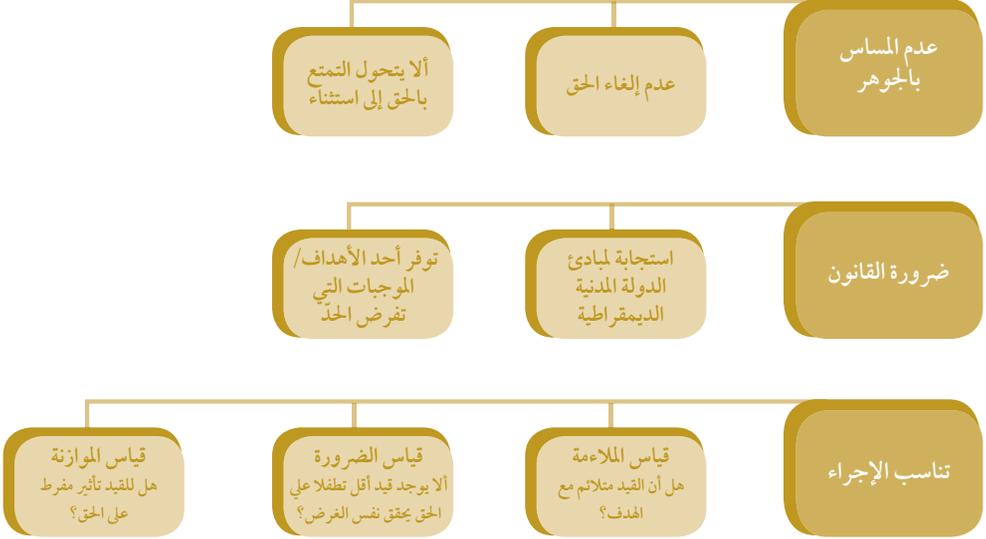
هيكلية الفصل 49 من الدستور



التثبت من توفر شرط التحفظ التشريعي



التثبت من احترام حدود الحدود



القسم الأول - كيف يتثبت القاضي الإداري من وجود السند القانوني ويبسط رقابته عليه؟

ينصّ الفصل 49 من الدستور على أنه:

"يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها..."

وتنصّ الفقرة 15 من مبادئ سيراكوزا على أنه:

"لا يجوز تقييد ممارسة حقوق الإنسان إلاّ إذا نصّ على ذلك تشريع وطني."

إنّ التصور الأمثل لتثبيت القاضي من مدى وجود سند قانوني للإجراء الذي يحدّ من الحرية أو يقيّد ممارسة الحق هو أن يعمل كافة أوجه الرقابة على شرط التحفظ التشريعي، وهي بالأساس التثبيت في وجود قانون ساري المفعول أولاً، ليتثبت ثانياً من أنّ القانون يتوفّر على شرط الوضوح والمقرؤية والدقة³⁰.

30 تراجع سليم اللغاني، الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة، (أنظر الملحق).

إنّ إعمال القاضي الإداري للرقابة على شرط التحفظ التشريعي لا يختلف في مضمونه بين انتصابه للبتّ في المسائل المعروضة عليه في المادة الاستشارية أو بمناسبة بتّه في النزاعات الإدارية، إلاّ أنّه قد يختلف في مداه بين المادة الاستشارية والنزاعات الإدارية.³¹

الفرع الأوّل - في المادة الاستشارية

بعد إصدار دستور سنة 2014، أصبح الاختصاص الاستشاري للمحكمة الإدارية مؤسّساً على الدستور. فقد نصّ الفصل 116 منه على أنّه:

"يختصّ القضاء الإداري بالنظر في تجاوز الإدارة سلطتها وفي النزاعات الإدارية ويبارس وظيفة استشارية طبق القانون".

كما اقتضى الفصل 4 (جديد) من القانون المتعلق بالمحكمة الإدارية³² على أنّه:

"تقع استشارة المحكمة الإدارية وجوباً بشأن مشاريع الأوامر ذات الصبغة الترتيبية".

وتستشار المحكمة الإدارية بخصوص مشاريع النصوص الأخرى وبوجه عام حول كافة المواضيع التي تقتضي الأحكام التشريعية أو الترتيبية مشورتها أو التي تعرضها عليها الحكومة لإبداء رأيها فيها ويحال نصّ كل استشارة متعلقة بمشروع قانون أو بمشروع مرسوم على مجلس النواب".

إنّ دراسة فقه قضاء المحكمة الإدارية في المادة الاستشارية تبين أنّ القاضي الإداري عند بسط رقبته على شرط التحفظ التشريعي يمرّ بثلاث مراحل هي الآتية:

المرحلة الأولى

عملياً يتولّى القاضي في هذه المرحلة التثبت من أنّ الاجراء المتخذ من السلطة التنفيذية له سند تشريعي نافذ، أي أنّ الحدّ من الحقّ أو الحرية تمّ بمقتضى قانون طبقاً لأحكام الفصل 49 من الدستور. وفي هذا الإطار، أكّدت المحكمة على ضرورة أن لا يتمّ الحدّ من ممارسة الحقوق والحريات إلاّ بمقتضى نص تشريعي سابق الوضع. لذلك اعتبرت، في استشارة خاصة، أنه لا يمكن للإدارة فتح مناظرة خارجية لانتداب وعاظ وقصر حق الترشح على الذكور دون الإناث لما في ذلك من تمييز وخرق لمبدأ المساواة.

31 رقابة القاضي الإداري في المادة الاستشارية على مشاريع الأوامر الحكومية الترتيبية التي تعرض أو غيرها من النصوص القانونية الأخرى أو الاستشارات الخاصة حول أي مسألة معينة هي رقابة حرة وغير محدودة وغير مقيدة وذلك مقارنة برقابة القاضي بمناسبة نزاع إداري معروض عليه، حيث يتقيد القاضي بمناسبة تلك المنازعة ببسط رقبته في حدود ما تمسك به الأطراف من طلبات ومطاعن مع مراعاة المطاعن المتعلقة بالنظام التي يثيرها القاضي تلقائياً.

32 قانون غرة جوان/حزيران 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية، وقد تمّ تنقيحه وإتمامه في عدة مناسبات لعلّ أهمها القانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996، أمّا آخرها فهو القانون عدد 2 لسنة 2011 المؤرخ في 3 جانفي/كانون الثاني 2011.



"إن إجراءات التمييزية بين الجنسين تشترط لكي تكون قانونية أن يقتضيها صراحة قانون..."³³.

وهو نفس الموقف الذي اعتمده في خصوص الضمانات المخولة لأعوان الدولة والجماعات العمومية المحلية والمؤسسات العمومية"³⁴ و³⁵ و³⁶.

33 استشارة عدد 682 عدد تتعلق بإمكانية فتح مناظرة خارجية لانتداب وعاظ من المرشّحين الذكور دون الإناث والتي بيّنت فيها المحكمة أنه "لئن كانت أحكام الفصل 21 من الدستور الذي ينص على أنّ المواطنين والمواطنات متساوون في الحقوق والواجبات وهم سواء أمام القانون من غير تمييز تبدو مطلقة في ظاهرها ولا تحتتمل مبدئياً التضييق في نطاقها... إلا أن فقه القضاء الإداري التونسي وفقه القضاء الدستوري (المقارن) أشارا في المقابل إلى أنّ هذا الإطلاق لا يحول دون إمكانية مخالفة المبدأ المذكور لتنظيم بصفة مختلفة وضمانات متباينة أو من أجل أسباب تتعلق بالمصلحة العامة ولكن بشرط أن تكون الاستثناءات المعنوية في حدود موضوع القانون الذي يكرّس المعاملة المتباينة المذكورة... وكذلك الفصل 49 الذي اشترط أن يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والبرقيات المضمونة بالدستور وممارستها لما لا يتألم من جوهرها. وبناء عليه، فإنه لا يمكن للإدارة قانوناً تحديدها جنس المرشّح لسدّ شعور حطة واعظ في منطقة بندها سواء تعلق الأمر بانتداب عن طريق مناظرة أو غيرها أو تعيين في نطاق تعويض أو نقل دورية كما أنه لا يجوز عند إجراء مناظرة للانتداب تولّي لجنة المناظرة التصريح بالنجاح على أساس جنس المرشّحين وكذلك يمنع على الإدارة انتداب مرشّح نجح على أساس جنسه. كما أنّ حالة الضرورة الواقعية المتمسك بها والتي تتطلب إجراءات تمييزية بين الأجناس تشترط لكي تكون قانونية أن يقتضيها صراحة قانون الوظيفة العمومية أو النظام الأساسي المعني بالإشارة إلى طبيعة بعض الوظائف وبشكل يتناسب مع الضرورة المذكورة".

34 الرأي الاستشاري عدد 16508/2014 حول مشروع أمر يتعلق بوضع الأعوان العموميين على ذمة الهيئة العليا المستقلة للانتخابات بمناسبة الانتخابات والاستفتاء، والذي أكدت فيه المحكمة أنه "طلما أنّ الأنظمة الأساسية العامة والأنظمة الأساسية المستقلة لأعوان القطاع العمومي (القضاء والعسكريون وأعوان قوات الأمن الداخلي) وأعوان المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية) لم تتعرض إلى حالة الوضع على الذمة في نظامها القانوني على غرار ما هو معمول به في القانون المقارن (القانون الفرنسي) فإن ذكر عبارة الوضع على الذمة بالفصل 22 من القانون الأساسي عدد 23 لسنة 2012 المؤرخ في 20 ديسمبر/ كانون الأول 2012 المتعلقة بالهيئة العليا المستقلة للانتخابات لا يترتب عنه إحداث حالة الوضع على الذمة كنظام قانوني محدد ومضبوط للأعوان العموميين بالقانون التونسي طالما لم يضبط هذا الأخير تلك الحالة ونظامها القانوني ولم يحدّد شروطها وإجراءاتها، مما يجعل تلك العبارة الواردة بقانون الهيئة العليا المستقلة للانتخابات إنما استعملت في سياق لغوي عام لا يمكن الاستناد إليه لاتخاذ مشروع أمر على أساسها يحدّد على أساسها محلّ عمل القاعظ في منطقتهم من الحالات التي يمكن وضع الأعوان العموميين فيها وضبط نظامها القانوني سبباً وأن هذه المسائل تدخل ضمن مجال القانون وحده في إطار الضمانات الممنوحة إلى الموظّفين العموميين على معنى الفصل 6 من القانون التأسيسي عدد 6 لسنة 2011 المؤرخ في 16 ديسمبر/ كانون الأول 2011" المتعلقة بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية.

وهو ما أكدته المحكمة في عدّة آراء استشارية، منها استشارة خاصة عدد 590/2014 حول إبداء الرأي بخصوص مشروع مدونة الأخلاقيات في القطاع العمومي التي أكدت فيها المحكمة على أنه "تختلف مدونات الأخلاقيات المعتمدة في المنظمات الإدارية عن بقية النصوص التشريعية والترتيبية المألوفة من حيث قواعد الصياغة القانونية ومن حيث غياب الجانب الردعي أو الإنشائي للحقوق والواجبات، ذلك أنّ هذه المدونة تكون في الغالب من صنف الإرشادات أو التذكير بالواجبات دون أن يكون لها قوة إلزامية في حد ذاتها، وبالرجوع إلى مشروع المدونة المعروض، يتبيّن أنها تنزّل ضمن أحكام الفصل 6 من المرسوم الإطاري عدد 120 لسنة 2011 المؤرخ في 14 نوفمبر/ تشرين الثاني 2011 المتعلقة بمكافحة الفساد والذي اقتضى أنه "على الهياكل العمومية والأشخاص المكلفين بتسيير مرفق عمومي اعتماد مدونات سلوك تحدّد واجبات مستخدميهما وحقوقهم"، وطالما أنّ القانون التأسيسي عدد 6 لسنة 2011 المؤرخ في 16 ديسمبر/ كانون الأول 2011 المتعلقة بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية ينص على أنه تتخذ شكل قوانين النصوص المتعلقة بالضمانات الأساسية للموظّفين، فإنّ مدونة السلوك الماثلة يجب أن تمتنع عن التنصيص عن واجبات جديدة أو منح ضمانات أو حقوق لم ترد بنص القانون، وأن تكفي بالتذكير بواجبات النزاهة والحياد وبوضع مبادئ عامة لا تؤسّر لعقوبات تأديبية ولا تلزم المعنيين بها إلا إلزاماً أخلاقياً".

35 في نفس إطار الضمانات المخولة للأعوان العموميين، أكدت المحكمة أنّ تحديد العطل التي يتنفع بها الموظّون العموميون يتدرج ضمن الضمانات الأساسية للموظّفين، ومن ثمّ فإنّ النصوص المتعلقة بها تتخذ شكل قانون عادي طبقاً للفصل 6 من القانون التأسيسي عدد 6 لسنة 2011 المؤرخ في 16 ديسمبر/ كانون الأول 2011 المتعلقة بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية. وطالما أنّ الفصل 35 من القانون عدد 112 لسنة 1983 المؤرخ في 12 ديسمبر/ كانون الأول 2011 المتعلقة بضبط النظام الأساسي العام لأعوان الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية تضمن تحديداً حصرياً للعطل التي يمكن أن يتنفع بها الأعوان الخاضعون لأحكامها، فإنّه يتعيّن على الأنظمة الأساسية الخاصة المضبوطة بأوامر وتطبيقاً لقاعدة التسلسل الهرمي للقواعد القانونية الاكتفاء ببيان كيفية تطبيق الفصل 35 على نحو يأخذ بعين الاعتبار خصوصية طبيعة العمل بالجماعات والمساجد والكتاتيب والزوايا دون إحداث أي صنف من العطل التي لم يتضمّن الفصول 35 المذكور (الرأي الاستشاري عدد 16324/2014 حول مشروع أمر يتعلق بالقائمين بشؤون الجماعات والمساجد).

36 في خصوص الحق في العمل المنصوص عليه بالفصل 40 من الدستور، أكدت المحكمة أنّ التنصيص على تحجير تعيين عون للعمل تحت المسؤولية الإدارية لقرينه يتعارض مع أحكام الفصل 40 من دستور الجمهورية التونسية الذي أقرّ بالحق في العمل لكل مواطنة ومواطن، وبأن تتخذ الدولة التدابير الضرورية لضمانه على أساس الكفاءة والإنصاف وليس على أي أساس آخر، كما أنّ تحديد هذا الحق هو من اختصاص القانون على معنى الفصل 49 من الدستور وليس للأمر الترتيبي أن يتدخل في هذا المجال، بالإضافة إلى أنّ المتعارف عليه هو تعيين الأعوان بمختلف المصالح على أساس تخصصهم وبالنظر إلى الشغورات الحاصلة، يراجع الرأي الاستشاري عدد 16722/2014 حول مشروع أمر يتعلق بالمصادقة على النظام الأساسي الخاص بأعوان المجمع التونسي للعلوم والآداب والفنون "بيت الحكمة".

أمّا في خصوص سرية المراسلات وحرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر فقد اعتبرت المحكمة أن:

"نحويل النفاذ إلى الشبكات المعلوماتية وقواعد البيانات ومعرفات المصادر في إطار القيام بأعمال البحث والتحرّي يندرج في إطار ممارسة شكل من أشكال الرقابة التي تحدّ من ممارسة الحريات والتي تستوجب لتنظيمها نصّاً يتخذ شكل قانون أساسي بصريح الفصل 65 من الدستور"³⁷.



وهو نفس الموقف الذي اعتمدته المحكمة الإدارية في مختلف آرائها الاستشارية خاصة منها ذات الصلة بالحقوق والحريات المقررة بالدستور، وهو موقف حمائي ذو ثلاثة أبعاد. يتمثل البعد الأوّل في حماية مجال القانون من تدخل السلطة الترتيبية العامة وذلك بإدراجها لأحكام في مشاريع الأوامر الحكومية تدخل في مجال القانون. أمّا البعد الثاني فهو حماية القاعدة الدستورية وضمان احترام القواعد المنظمة لمجال القانون ومجال السلطة الترتيبية العامة. أمّا البعد الثالث والأهم لهذه الحماية فهو الفرد صاحب الحق الذي يستوجب حماية من تعسف محتمل من السلطة التنفيذية على وجه الخصوص.

المرحلة الثانية

يتثبت القاضي في هذه المرحلة من مدى احترام النص التشريعي للدستور. لذلك لم تكتف المحكمة باستنتاج وجود نصّ قانوني في مفهومه الشكلي، بل أوجبت أن يكون النص محترماً للدستور سواء تلميحاً أو تصريحاً ويتمّ التثبت من ذلك بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

في الصورة المباشرة، يتمّ التثبت من وجود القيد في نص تشريعي. أمّا في الصورة غير المباشرة، فيتثبت القاضي فيها من احترام النص الأدنى أو القرار الإداري لمقتضيات القانون.

طبقاً لفقهاء قضاء المحكمة، فإنّ النص الذي يحدّ من الحرية يجب أن يكون محترماً لمقتضيات الدستور ومقتضيات توزيع الاختصاص بين السلطة التشريعية والسلطة الترتيبية العامّة كما تمّ ضبطها بالفصل 65 من الدستور، من ذلك ما بينته المحكمة في إحدى الاستشارات:

"إنّ استحداث حالة جديدة من الحالات القانونية التي يمكن وضع الأعران العموميين بها يشكّل اعتداء على الاختصاص المسند للسلطة التشريعية فضلاً عن أنها تؤديّ إلى إهدار الضمانات الأساسية الممنوحة إلى الموظّفين العموميين ..."³⁸.



37 الرأي الاستشاري عدد 16747/2014 .

38 الرأي الاستشاري عدد 16508/2014 حول مشروع أمر يتعلّق بوضع الأعران العموميين على ذمة الهيئة العليا المستقلة للانتخابات بمناسبة الانتخابات والاستفتاء.

المرحلة الثالثة

يثبت القاضي من شرط وضوح القانون، ويتمثل هذا الشرط في وجوب أن يكون القانون واضحاً ومتاحاً مادياً للجميع.³⁹

وقد تعرّضت المحكمة الإدارية لشرط وضوح التشريع معتبرة أنّ النصوص الحادّة من الحرية لا يجب أن تكون غامضة ومفتقدة للدقّة والتحديد على نحو يتعدّر معه فهم قصد المشرع بوضوح. وهو ما يبيته المحكمة في المثال المضمن بالمؤطر أدناه والذي يستوجب بعض الملاحظات.

مقتطف من رأي استشاري يتعلق بتطبيق أحكام الفصل 53 من القانون عدد 46 لسنة 1995 المؤرخ في 15 ماي/ أيار 1995 المتعلق بضبط النظام الأساسي العام لأعوان الديوانة



"إنّ مقتضيات الفصل 53 من القانون عدد 46 لسنة 1995 المؤرخ في 15 ماي/ أيار 1995 المتعلق بضبط النظام الأساسي العام لأعوان الديوانة المتعلقة بعقوبة الخطّ من الرتبة اتسمت بالغموض وافتقدت للدقّة والتحديد وقد استقرّ فقه قضاء المحكمة الإدارية في المادة التأديبية على تكريس مبدأ شرعية العقوبة التأديبية الذي يقتضي أن تتركز العقوبات التأديبية على نصوص صريحة وأن تكون محدّدة على سبيل الحصر، وبالتالي فإنّ غياب الدقة وتعدّر فهم قصد المشرّع بوضوح يقتضي وفق فقه قضاء هذه المحكمة أن تؤوّل أحكام النصوص القانونية والترتيبية في المادة التأديبية في اتجاه التضييق ولصالح العون المؤاخذ تأديبياً ودون توسع وعليه لا تكون إلا في اتجاه الخطّ برتبة واحدة فقط وإلى الرتبة الأدنى منها مباشرة"⁴⁰ و⁴¹.

بمراجعة الفصل 53 من القانون عدد 46 لسنة 1995 المؤرخ في 15 ماي/ أيار 1995 المتعلق بضبط النظام الأساسي العام لأعوان الديوانة، يتضح أنّ من بين العقوبات التي يمكن أن تسلط على أعوان الديوانة هي الخطّ من الرتبة، أي رتبة واحدة الأدنى مباشرة للرتبة التي يشغلها العون المعاقب، وهي تبدو لنا عبارة واضحة.

39 يراجع خالد الماجري المرجع السابق ص 71.

40 استشارة خاصة عدد 695 تتعلق بعقوبة الخطّ من الرتبة الواردة صلب الفصل 53 من القانون عدد 46 لسنة 1995 المؤرخ في 15 ماي/ أيار 1995 المتعلق بضبط النظام الأساسي العام لأعوان الديوانة.

41 ينص الفصل 53 من القانون عدد 46 لسنة 1995 المؤرخ في 15 ماي/ أيار 1995 المتعلق بضبط النظام الأساسي العام لأعوان الديوانة أنه ترجع سلطة التأديب للوزير المكلف بالمالية ويمكن له أن يفوضها وفق ما تضبطه الأنظمة الأساسية الخاصة لكل سلك من أسلاك أعوان الديوانة. وتشتمل العقوبات التأديبية التي يمكن أن تتخذ ضد أعوان الديوانة على ما يلي:

- عقوبات من الدرجة الثانية،
- الخطّ بدرجة أو درجتين ولو انجر عن هذا الخطّ الانخفاض في الرتبة،
- الرفت المؤقت لمدة لا تتجاوز الستة أشهر مع خصم من المرتب الشهري باستثناء المنح العائلية التي يقع دفعها كاملة،
- الخطّ من الرتبة،
- العزل دون توقيف الحق في جراءة التقاعد....

وترتبا على ذلك، فإنه لا يمكن تسليط عقوبة بالخطأ بأكثر من رتبة على عون من أعوان الديوانة. وأساس ذلك هو مبدأ شرعية العقوبة التأديبية وليس غموض النص، باعتبار أن سلم العقوبات المضمّن بالفصل المذكور لم يتضمن عقوبة الخطأ برتبتين أو أكثر وذلك على غرار عقوبة الخطأ بدرجة أو درجتين.

لذلك كان يتجه تأسيس موقف المحكمة في هذه الحالة حصرا على مبدأ شرعية العقوبة التأديبية دون النظر في شرط وضوح التشريعي. وهو نفس الموقف الذي اعتمدته المحكمة بالنسبة إلى شرط وضوح النصوص الترتيبية.⁴²

كذلك قد يتأتى الغموض لا فقط من عدم وضوح العبارات وعدم دقتها، وإنما أيضا من كثرة الإحالات التشريعية إلى نصوص تشريعية أخرى أو إلى نصوص ترتيبية أدنى درجة، وهو ما أكده فقه قضاء المجلس الدستوري في عدة مناسبات، إذ أكد مثلا في الرأي عدد 27-2008 بخصوص مشروع قانون يتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 72 لسنة 2004 المؤرخ في 2 أوت/ آب 2004 المتعلق بالتحكم في الطاقة أن مجرد الإحالة إلى نص تشريعي آخر بصورة إجمالية وعامة يفقد النص الدقة اللازمة طبق ما يوضحه المؤطر أدناه.

"قاعدة الدقة في ضبط الجرائم والعقوبات المنطبقة عليها هي من القواعد المستمدة من مبدأ شرعية التجريم والعقاب...[وأن] الإحالة إلى العقوبات المنصوص عليها بمجلة التهيئة الترابية والتعمير...وردت بصفة عامة مما يجعلها تفتقد إلى الدقة في تحديد العقوبة المقررة للجريمة...".

إن مضمون الحيثيات المذكورة بالمؤطر أعلاه تعتبر نموذجا جيدا يحتذى به للتنقيح على شرط وضوح التشريع. فقد أصل مفهومها شاملا وواسعا لشرط وضوح النصوص القانونية فلم يقصره في صياغة النص وجودته من وجهة نظر شكلية بل تعداه للمضمون وضرورة عدم الإحالة إلى نصوص أخرى تجنبا لكل لبس أو غموض، وهو أمر من شأنه أن يجعل النص متاحا أكثر. وهو ما أكدته المحكمة الإدارية بأكثر وضوح في المثال المبين أدناه.

مثال تطبيقي مأخوذ من الرأي الاستشاري للمحكمة الإدارية عدد 2015/16876

"تضمن الفصل 10 من مشروع الأمر الحكومي التنقيح على أنه يمكن للوزير المكلف بالتكوين المهني عند معاينة مخالفة أحكام الأمر المنظم لتكفل الدولة بمصاريف التكوين المهني الذي تؤتمنه مؤسسات التكوين المهني الخاصة أن يقرّر إيقاف التكوين الجاري بهذه المؤسسات بصفة مؤقتة أو نهائية بعد سماع ممثلها وكذلك حذفها من قائمة المؤسسات الناشطة بالبرنامج، وتكتسي هذه العقوبات الإدارية

42 الرأي الاستشاري عدد 16741/2014 حول مشروع أمر يتعلق بتنقيح وإتمام الأمر عدد 1690 لسنة 2000 المؤرخ في 17 جويلية/ تموز 2000 المتعلق بضبط النظام الأساسي الخاص بسلك ممرضي الصحة العمومية الذي بينت فيه المحكمة أنه "حرصا على تحقيق قدر أكبر من الموضوعية في الانتداب في سلك من الأسلاك يتجه اعتماد معيار أكثر دقة لاختيار المترشحين خاصة أن عبارة "اعتبرت دراستهم مرضية" وردت غير محددة ومن شأنها أن تؤول إلى الإخلال بالمساواة بين المترشحين نظرا لاختلاف المعايير المعتمدة من قبل المدارس لاعتبار الدراسة مرضية".

خطورة بالغة خاصة منها الإيقاف النهائي والحذف من برنامج التكوين مما يستوجب إقرار ضمانات تكفل حقوق الدفاع بصفة واضحة ودقيقة للمؤسسات المعنية دون الاقتصار على مجرد سماع ممثلها والإحالة إلى نصوص تشريعية وترتيبية عامة في الغرض".

يتّجه التأكيد في هذا المجال أنّ وضوح النصّ ليس غاية في حد ذاته، وإنّما يتمّ من خلاله التأكيد على ممارسة المشرع لكامل صلاحياته في تأطير الحقوق والحريات بما يضمن حسن ممارستها وتوصل الأفراد بها. كما أنّ وضوح النصّ يعتبر شرطاً وآلية تسمح للقاضي بالتثبت من مدى استيفاء القانون للشرط الأول من اختبار التناسب المتمثل في ملاءمة الإجراء مع الهدف التشريعي. وبالتالي فإنّ وضوح التشريع أو العمل الصادر عن السلطة الإدارية يمكن القاضي من رقابة أفضل على عنصر الملاءمة.

من الأمثلة غير الجيدة التي يتّجه الإعراض عنها، ما تضمنه الفصل 99 من القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرخ في 26 ماي/ أيار 2014 المتعلق بالانتخابات والاستفتاء الذي أقر اختصاص محكمة المحاسبات في تسليط العقوبات المالية على المترشحين أو الأحزاب السياسية أو القوائم المترشحة للانتخابات والذي اقتضى أنه "تسلط محكمة المحاسبات عقوبة مالية تراوح بين خمسمائة دينار وألفين وخمسمائة دينار على المترشحين أو القوائم المترشحة أو الأحزاب السياسية التي تعتمد إلى عرقلة أعمالها بالتأخير في مدها بالوثائق المطلوبة لإنجاز الأعمال الرقابية الموكولة لها.

كما يمكن للمحكمة تسليط عقوبة مالية تراوح بين ألف دينار وخمسة آلاف دينار...

تصدر هذه الأحكام ابتدائياً وتستأنف حسب الإجراءات المنصوص عليها بالقانون المنظم لمحكمة المحاسبات".

في هذا الحالة، كان على المشرع أن لا يقتصر على الإجراءات المنصوص عليها بالقانون المنظم لمحكمة المحاسبات، بل كان يتجه أن ينظم الإجراءات الخاصة بالمادة الانتخابية ضمن القانون الانتخابي وذلك على غرار ما تضمنته الفصول من 145 إلى 148 مكرر من نفس القانون الذي نظم إجراءات نزاعات النتائج أمام المحكمة الإدارية وذلك من أجل مقروئية أفضل للنص.

الفرع الثاني - في مادة النزاعات الإدارية

لم يشذ القاضي الإداري المتعهد بالبث في النزاعات الإدارية عن المنهجية التي بيّناها أعلاه عند تثبته من مدى توفر شرط وجود نصّ تشريعي سابق الوضع وفي بعض الأحيان تجاوز القاضي ذلك ليتأكد من مدى دستورية ذلك القانون. وبالتأمل في فقه قضاء المحكمة الإدارية، سنلاحظ

أنه يوفر لنا مادة هامة ومتنوعة شملت تقريبا كافة الحقوق والحريات المضمونة بالدستور انطلاقا من الضبط الإداري إلى غيره من المواد المتعلقة بالحقوق والحريات كالصحة والتعليم.

لكن تتجه الملاحظة أنه لئن تشابه منهجية القاضي عند تعهده بالملفات الاستشارية مع منهجيته عند التعهد بالنزاعات الإدارية فإن الفرق يبقى جوهريا بينها خاصة في مدى الرقابة وإعمال مكونات الفصل 49، ذلك أن الثابت من تلك العناصر في المادة الإستشارية يتم في أغلب الأحيان بصورة نظرية ومجردة⁴³، بصرف النظر عن التطبيقات العملية، في حين أنه في مجال النزاعات يتم الثابت من مدى توفر الشروط بأكثر دقة وعمق لتعلقه بوضعية واقعية تمثل موضوع الدعوى.

ففي نزاعات الضبط الإداري، وبمناسبة الثابت في شرط توفر النص التشريعي النافذ للحد من الحرية أو الحق مثلما يقتضي ذلك الفصل 49 من الدستور، فإن القاضي يتولى في مرحلة أولى تكييف الحق، ثم بيان أساسه والفصل الذي ينظمه في الدستور، ليبين فيما بعد مدى شمول الحق بالفصل 49 من الدستور⁴⁴.

وقد بينت المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ 2 جويلية/ تموز 2018 أنه:

"وحيث ورد بالفقرة الثانية من الفصل 24 من الدستور أنه "لكل مواطن الحرية في اختيار مقر إقامته وفي التنقل داخل الوطن وله الحق في مغادرته".

في مرحلة لاحقة، يتولى القاضي الثابت في وجود نص قانوني وسند تشريعي يحد من الحق أو الحرية. وقد أكدت المحكمة في نفس حكمها الصادر بتاريخ 2 جويلية/ تموز 2018 أنه:

"يتبين بالرجوع إلى مقتضيات الدستور الجديد للبلاد التونسية أن الحقوق والحريات الفردية والجماعية المضمونة به لا يمكن أن توضع ضوابط ممارستها إلا بمقتضى قوانين.

وحيث أن الحق في التنقل ومغادرة تراب الوطن يعد من الحقوق الأساسية المكفولة لكل مواطن بموجب الفصل 24 من الدستور، والتي لا يسوغ تقييدها إلا بموجب قانون صريح".

43 مع مراعاة الاستشارات الخاصة التي تتعلق في أغلب الأحيان بحالات تطبيقية.

44 وهو أمر اعتمده المحكمة منذ نشأتها حتى في غياب فصل مشابه للفصل 49 في ظل دستور غرة جوان/ حزيران 1959. وقد دأبت المحكمة في مختلف أحكامها تقريبا على الرجوع إلى الدستور مباشرة في فصله الذي يضمن الحق المتنازع بشأنه وهي حثية ترد عادة بعد إيراد طلبات الخصوم في المنازعة ومثال ذلك ما تضمنه الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 122836 بتاريخ 04 جوان 2015 الذي اعتبر أنه "وحيث من المستقر عليه فقها وقضاء أن الحق في الحصول على جواز سفر يعتبر من الحقوق الأساسية المكفولة لكل مواطن تونسي لارتباطه المباشر بحرية التنقل داخل البلاد وخارجها التي كفلها الفصل 10 من دستور غرة جوان 1959 المنطبق زمن القيام بالدعوى الماثلة والمكّرس حاليا صلب الفصل 24 من الدستور الجديد" يراجع كذلك على سبيل المثال الحكم الصادر في القضية عدد 139186 بتاريخ 14 جويلية 2015، وهي نفس المنهجية المعتمدة تقريبا في كافة الأحكام المبينة أعلاه.

أما إذا تعلق الأمر بقرارات إدارية، باعتبار أنّ اختبار التناسب على نحو ما ذكرناه أعلاه هو منهجية يعتمدها القاضي الإداري بمناسبة رقابته على أعمال الإدارة ومدى احترامها لمبدأ الشرعية بمختلف مصادره، فإنّ القاضي يعمل نفس التمشّي ويتثبت من مدى مطابقتها لتلك الأعمال الصادرة عن الإدارة للقاعدة الأعلى وهي القانون، أي إنّ القاضي في نهاية الأمر يتثبت من مدى وجود القيود بنصّ تشريعي ومدى احترام الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية للقوانين. وكمثال لفقهاء القضاء المذكور، نورد الحثيات المضمنة بالمؤطر والتي بدورها تستوجب بعض التعليق والتوضيح.

مثال مقتطف من الحكم الصادر في القضية عدد 150168 الصادرة بتاريخ 2 جويلية/ تموز 2018



"وحيث من الجائز للسلطة التنفيذية وللهيئات العمومية ممارسة ما لها من سلطة ترتيبية أو سلطة إصدار ترتيبات داخلية أو قرارات فردية خدمة للمصلحة العامة أو حماية للنظام العام، غير أنّه لا يمكن أن تحمل تلك القرارات أو التدابير قيودا أو تضييقات إلاّ في حدود ما تضمّنته القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية".

قد يفهم من الحثية المذكورة أعلاه أنه يمكن للسلطة التنفيذية بمقتضى أوامر حكومية أو قرارات إدارية ترتيبية أو فردية وضع قيود وتضييقات على الحريات في حدود ما تضمنه النص التشريعي وهو أمر يفترق للدقة.

لذلك يتّجه اجتناب مثل هذه الحثيات ضرورة أنّ وضع القيود على ممارسة الحقوق والحريات يبقى اختصاصا حصريا للسلطة التشريعية، ويبقى دور السلطة التنفيذية مقتصرًا على وضع الصيغ العملية والإجرائية للقيود المضمّنة في النصوص التشريعية.

وهو ما بينته المحكمة في نفس الحكم ولكن باستنتاج أوضح وأكثر تطابقًا مع مقتضيات الفصل 49 عند التثبت في شرط التحفظ التشريعي.

مثال مقتطف من الحكم الصادر في القضية عدد 150168 بتاريخ 2 جويلية/ تموز 2018



"وحيث يغدو استناد جهة الإدارة على نصوص ترتيبية لتأسيس صلاحياتها في ضبط حرية التنقل واختيار المقر والحدّ منها دون وجود نصوص تشريعية تحدّد تلك الضوابط وشروط إعطائها، مخالفًا للدستور"⁴⁵.

45 القضية عدد 150168 الصادرة عن الدائرة الابتدائية الأولى بتاريخ 2 جويلية/ تموز 2018، م. ح صدّ وزير الداخلية (غير منشور).

إنّ الحثيئة المبيّنة أعلاه لها من الدقة والوضوح ما يغني عن أي تحليل آخر قد يثير بعض اللبس. ومن الأمثلة أيضا المشابهة للمثال المين أعلاه ما ورد بالحكم الصادر في القضية عدد 126863 بتاريخ 18 مارس/ آذار 2014 الذي تضمن ما يلي:

"وحيث إن الالتحاء يعدّ أحد مظاهر ممارسة الحرية الشخصية للأفراد ولا يمكن لذلك وضع قيود على تلك الحرية إلّا بموجب قانون...".



ومن الأمثلة الجيدة والواضحة أيضا في رقابة القاضي الإداري على شرط التحفظ التشريعي ما تضمنه الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 155751 بتاريخ 3 ماي 2019 طبق ما يبينه المؤطر أدناه.

"وحيث لا يجوز للإدارة مهما اتسعت سلطتها التقديرية حرمان مواطن من ممارسة أحد حرياته الأساسية في قيمة حرية التنقل عبر رفض تجديد جواز سفره دون سند قانوني يميز لها ذلك ويكون بالضرورة نصّا تشريعيًا مطابقًا للدستور وملئًا للاتفاقيات الدولية المصادق عليها"⁴⁶.



أمّا في النزاعات الانتخابية، فقد اعتمد القاضي الإداري نفس المنهجية من ضرورة التثبيت في وجود نص تشريعي يحد من حرية ممارسة الحق في الانتخاب والاقتراع والترشح المنصوص عليها بالفصل 34 من الدستور، فأكدت المحكمة أنّه "مّا لا شكّ فيه أنّ ممارسة حق الترشح المكفول بالفصل 34 من الدستور تخضع إلى شروط يحددها المشرّع..."⁴⁷.

لم يقصر القاضي الإداري منهجيته في التثبيت من شرط وجود نص تشريعي يحد من الحرية على النزاعات المتعلقة بالصّبط الإداري والانتخابات، وإنّما شملت كافة الحقوق المكفولة بالدستور كالحق في التعليم طبق ما أكدته المحكمة في المؤطر أدناه التي تستوجب إبداء ملحوظات في شأنها.

مقتطف من الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 154505 بتاريخ 22 جانفي/ كانون الثاني 2019

"إنّ ضمان هذا الحق الدستوري يوجب تكريس حق المدعية في الترسيم بالسنة الثانية من الماجستير في القانون ولا يمكن، استثناء، حرمانها منه إلّا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية أو بهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، طبقا لشروط الفصل 49 من الدستور، ويكون ذلك بمقتضى قانون"⁴⁸.



46 نفس في الاتجاه، تراجع الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 155750 بتاريخ 3 ماي 2019.

47 الحكم الاستئنافي الصادر في القضية عدد 20182011 بتاريخ 2 أفريل/ نيسان 2018.

48 الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 154505 صادر بتاريخ 22 جانفي/ كانون الثاني 2019.

في هذه الحثية، لئن بينت المحكمة أن تحديد الضوابط المتعلقة بالحق في التعليم يجب أن يتم بمقتضى قانون طبقاً لما يقتضيه الفصل 49، فإنها من الناحية المنهجية لم تعمل كما يجب مقتضيات الفصل 49 التي تقوم على فكري التدرج والتطافر. فشرط التحفظ التشريعي ورد آخر الشروط في حين أنه الشرط الأول وبانتفائه يكون القاضي في غنى عن التثبت في بقية الشروط.

لذا يتجه إعمال الشروط الواردة بالفصل 49 بصورة متدرجة وفي صورة انتهاء القاضي إلى عدم توفر أحد الشروط فإنه يمكن الاكتفاء بذلك للتصريح بعدم شرعية القرار الإداري دون التثبت في بقية الشروط خاصة أن الشروط الواردة بالفصل 49 تتعلق بالشرعية الداخلية.

ومن الأمثلة الجيدة التي أعملت فيها المحكمة بعض عناصر الفصل 49 بصورة متدرجة المثال التالي:

مثال مقتطف من الحكم الصادر في القضية عدد 126863 بتاريخ 18 مارس/أذار 2014



"وحيث إنّ الالتحاء يعد أحد مظاهر ممارسة الحرية... ولا يمكن لذلك وضع قيود على تلك الحرية إلاّ بموجب قانون شرط أن يكون الهدف منه تحقيق المصلحة العامة وأن لا يمس بجوهر الحق".

بعد تثبت القاضي من وجود القانون مادياً، سيعترضه إشكال آخر يتعلق بمضمون القانون في حد ذاته:

هل هو دستوري أم غير دستوري وهل ينبغي عليه الاكتفاء بتطبيق القاعدة القانونية بمجرد وضعها بدعوى أنه لا يمكن الحكم عليها⁴⁹؟

إنّ رقابة القاضي الإداري على شرط التحفظ التشريعي لم تقتصر على مجرد التثبت من الوجود المادي لنصّ تشريعي يقيّد الحق طبقاً للفصل 49 بل تجاوز ذلك للتثبت من مدى دستورية القانون المقيّد للحرية⁵⁰، الأمر الذي أكدته المحكمة في عدّة قرارات منها الحثية المبينة بالمؤطر أدناه.

"وحيث لئن كان الأصل في ممارسة الحق في الترشح هو الحرية وأنّ التضييق منها هو الاستثناء، وأنّ المشرّع، ومن بعده الهيئة العليا المستقلة للانتخابات بها لها من سلطة ترتيبية، يخضعان إلى رقابة قضائية تمتدّ إلى حدّ التثبّت من مدى تناسب التدابير التي تحدّ من حرية ممارسة حقّ الترشح مع الظروف التي حثّت باتخاذها والأهداف التي ترمي إلى تحقيقها...".



49 الأزهر بوعوني، "تأملات في رقابة دستورية القوانين"، مجموعة دراسات لذكرى الحارث مزبودات، تونس 1994، ص 75.

50 يطرح ذلك عدّة إشكالات قانونية في هذا المجال قد يكون "موقتا" وينتهي مع تركيز المحكمة الدستورية تطبيقاً لأحكام الدستور وأيضاً تطبيقاً لفقه قضاء المحكمة الذي يستشف منه أنه ينتصب للبت في مدى دستورية قانون لسببين اثنين: إمّا أن الهيئة الوقتية لم تنظر فيه أو لعدم وجود هيكل مختص لرقابة دستورية القوانين).

إنّ العبارات المبينة بالحيثية الواردة بالمؤطر أعلاه تستوجب بعض التدقيق خاصة فيما يتعلق بالمبدأ الوارد بها والذي مفاده أنّ "الحرية هي المبدأ والتضييق منها هو الاستثناء"، وهي عبارة متواترة في فقه قضاء المحكمة الإدارية سواء تعلق الأمر بالنزاعات الإدارية أو النزاع الانتخابي. فالقيد على أي حق أو حرية لا يعد استثناء لذلك الحق بل هو تنظيم لممارسته يفترض أن يكون معقولا في إطار دولة مدنية ديمقراطية قائمة على التعددية والانفتاح بما يسمح بتعايش أمثل لحقوق وحرّيات متنافرة في بعض الأحيان. فتوسيع أو تضييق حماية الحق ليس في النهاية سوى انعكاسا للأهمية التي توليها السلطة التشريعية ومن بعدها السلطة القضائية لحق أو حرية معينة بالنظر إلى هدف تشريعي.

لذلك يتّجه التحلي عن هذه المقاربة القائمة على ثنائية المبدأ والاستثناء التي لا تتطابق مع فلسفة الفصل 49 من الدستور وفكرة التناسب بما يضمن تحقّقا أمثل لمختلف الحقوق. كما أنّها، أي هذه المقاربة، لا تمثل آلية ناجعة لحماية الحقوق والحرّيات وقيس وتقدير حدّة القيود المفروضة على ممارستها. بالإضافة إلى ذلك، فإنّ هذه المقاربة لا تأخذ بعين الاعتبار فكرة الحقوق المطلقة أو غير القابلة للانتقاص التي لا يمكن لا اختزالها ولا تقييدها.

من الأحكام التي كانت حاسمة وواضحة في هذا المجال، ما اقتضاه الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 155751 بتاريخ 3 ماي 2019 المشار إليه أعلاه الذي أوجب صراحة أن يكون القانون مطابقا للدستور، بل أكثر من ذلك، أوجب أن يكون القانون محترما للاتفاقيات الدولية المصادق عليها من الدولة التونسية، وهو بذلك يوجب احترام التسلسل الهرمي للقواعد القانونية. وهو أمر جيد باعتباره استند إلى مختلف مصادر الشرعية القانونية في تسلسلها وترتيبها الهرمي⁵¹ على نحو ما يبيّنه المؤطر أدناه.

"وحيث لا يجوز للإدارة مهما اتسعت سلطتها التقديرية حرمان مواطن من ممارسة أحد حرّياته الأساسية في قيمة حرية التنقل عبر رفض تجديد جواز سفره دون سند قانوني يبيّن لها ذلك ويكون بالضرورة نصّا تشريعيًا مطابقًا للدستور وملائمًا للاتفاقيات الدولية المصادق عليها".



من ناحية أخرى، يطرح إشكال يتعلق برقابة القاضي الإداري على دستورية القوانين بمناسبة البت في النزاعات الإدارية أو الانتخابية يتعلق أساسا بمدى أهليته بالبت في دستورية القوانين. ولبسط الإشكال يتجه هنا التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى

تتمثل في أنّ الإجراء مهما كان شكله القانوني أمرا حكوميا أو قرارا ترتيبيا أو قرارا فرديا أو غيره من الأشكال الأخرى مخالف للدستور. في هذه الحالة، على القاضي التصريح بعدم شرعيته بناء على مخالفته للدستور وعملا بمبدأ الشرعية الذي يقوم على احترام العمل أو الإجراء المقيد

51 حول نفس التسمّي المنهجي وخاصة من حيث الاستناد إلى مختلف مصادر المشروعية التي تؤطر الحق المعني، يراجع بالخصوص الإذن الاستعجالي الصادر في القضية عدد 714474 بتاريخ 11 جويلية 2020 والحكم عدد 155750 المذكور أعلاه.

للحق للقاعدة القانونية المقيدة والمنظمة للحق والتي تكون الدستور في هذه الحالة، وهي وضعية كلاسيكية لا تثير أي إشكال وطبقته المحكمة حتى على المراسيم، حيث اعتبرت بمناسبة القرار الصادر في مادة توقيف التنفيذ⁵² ما يلي:

"وحيث أنه متى كان ثابتاً أنّ مجلس تأديب المحامين المتركب من بعض أعضاء مجلس الهيئة الوطنية للمحامين وعلى رأسهم عميدها وأن المجلس المذكور هو الذي اختار في الآن ذاته، بواسطة الانتخاب، المحامين المدعويين للبت في الطعن في القرارات التأديبية الصادرة عن مجلس التأديب بالدائرة المختصة بمحكمة الاستئناف بتونس، فإن شرط استقلالية العضوين في الهيئة المعنية من صنف المحامين والذين يشكلان أغلبية الهيئة الحكمية، عن أطراف المنازعة الراهنة يكون منعدهما بما يتجه في ضوئه اعتبار أنّ الدفع المنار في هذا الخصوص كان مؤسساً على سند سليم من القانون لمخالفته الضمانات الدستورية ذات الصلة"⁵³.

الحالة الثانية

فهي الصورة التي يكون فيها الإجراء التطبيقي المقيد للحق مخالفاً للدستور ومطابقاً للقانون أي أن يثبت تأسيس الإجراء التطبيقي للقيّد أو الحد من الحرية أو الحق على نصّ تشريعي نافذ مخالف للدستور. في مرحلة أولى كان الموقف الغالب هو تطبيق نظرية القانون الحاجب التي استقر فقه قضاء المحكمة الإدارية على تطبيقها على نحو ما هو مبين بالمؤطر أدناه:

مقتطف من الحكم الاستئنائي عدد 26819 بتاريخ 1 جوان/حزيران 2011

"وحيث درج فقه قضاء هذه المحكمة على اعتبار أنه في صورة اتخاذ مقرر إداري استناداً إلى نصّ تشريعي، فإن القاضي الإداري يقتصر على بسط رقابته عند تفحص شرعية ذلك القرار على مراقبة مدى احترامه لذلك النصّ دون أن يتجاوز ذلك إلى النظر في مدى مطابقتها للنصّ التشريعي للنصوص التي تعلوه مرتبة بما فيها الدستور وذلك اقتضاءً بنظرية القانون الحاجب سيما أنّ مراقبة دستورية القوانين لا تندرج ضمن الاختصاص القضائي للمحكمة الإدارية"⁵⁴.

إلا أنّ المحكمة الإدارية، وفي عدّة أحكام تعلقت خاصة بالنزاعات الانتخابية، خاضت في دستورية القانون الانتخابي وقدرت إلى أي مدى كانت أحكام القانون الانتخابي مطابقة للدستور واستندت في كل أحكامها تقريباً إلى مقتضيات الفصل 49 من الدستور على نحو ما تبينه الحيثيات المضمنة بالمؤطر أدناه.

52 قرار عدد 4303418 بتاريخ 15 ماي/ أيار 2019.

53 هذه الحيثية هي رد المحكمة عما تمسك به نائب المدعي في القضية المذكورة من عدم دستورية الفقرة 3 من الفصل 75 من المرسوم عدد 79 لسنة 2011 المؤرخ في 20 أوت/ آب 2011 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة.

54 الحكم الاستئنائي الصادر في القضية عدد 26819 بتاريخ 1 جوان/حزيران 2011، المغربي/ وزير الداخلية، غير منشور.

الحكم الصادر في القضية عدد 20181005 / نزاع انتخابي بتاريخ 2 جويلية / تموز 2018



وحيث أنّ التحجير سالف الذكر وإلزامية قرارات القضاء الدستوري الوقتي لا يخصان إلا الصور التي يكون فيها القاضي الدستوري قد بتّ في الدستورية باعتباره القاضي المختص بصورة أصلية في مراقبة دستورية القوانين.

وحيث لم يسبق للهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين المنتصبة كقاض دستوري أن بتّت في مدى دستورية الشرط المتعلّق بضرورة أن يكون المترشح مسجّلا في نفس الدائرة التي سيترشح بها والمنصوص عليها بالفصل 49 (مكرر) من القانون الأساسي المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء. كما أنّه لا يمكن لهذه المحكمة في ظلّ عدم تركيز المحكمة الدستورية إيقاف النظر في النزاع المائل وإحالة الإشكال الدستوري عليها عملا بأحكام الفقرة الرابعة من الفصل 124 من الدستور.

وحيث أنّ استبعاد القاضي الإداري من البتّ في دستورية الشرط التشريعي المتملّل في ضرورة أن يكون المترشح مسجّلا في نفس الدائرة التي سيترشح بها رغم عدم سابقة البتّ فيه من قبل القاضي الدستوري سيؤول بالضرورة إلى غياب كل رقابة قضائية على ذلك التضييق رغم ما له من تبعات تمسّ من حرية ترشّح الأفراد وهو ما تأباه مقومات دولة القانون، خاصة وأنّ دستور 27 جانفي / كانون الثاني 2014 أوجب على القاضي صلب الفصل 49 منه حماية الحقوق والحريات من أيّ انتهاك أو تضييق غير مبرّر، كما أوجب عليه الفصل 102 ضمان علوية الدستور، وحيث تأسيسا على ما سبق ذكره فقد تعين إقرار اختصاص هذه المحكمة للنظر في دستورية التقييد المذكور.

ويبدو أنّ قبول المحكمة اختصاص رقابة دستورية القوانين سيكون "مؤقتا" وظرفيا وينتهي مع تركيز المحكمة الدستورية تطبيقا لأحكام الدستور وأيضا تطبيقا لفقهاء قضاء المحكمة الذي يستشف منه أنّها تنتصب للبتّ في مدى دستورية قانون لسببين اثنين، إمّا أنّ الهيئة الوقتية لم تنظر في مشروع القانون، أو لعدم وجود هيكل مختص لرقابة دستورية القوانين. ورغم أنّ تطبيق نظرية القانون الحاجب تؤدي إلى نتائج سلبية جدا على الحريات والحقوق باعتبار أنّ وجود قانون مقيد للحرية أو الحقوق من شأنه أن يغرق المنظومة القانونية بقرارات وأعمال إدارية تطبيقية له مخالفة للدستور دون أن يتمكّن القاضي من إلغائها، ورغم ما اقتضاه الفصلان 49 و102 من الدستور، فإنّ القاضي الإداري مع تركيز المحكمة الدستورية سيكون غير مؤهل بالنظر في دستورية تلك القوانين باعتبار أنّ الفصل 120 من الدستور خصّ المحكمة الدستورية دون سواها بالنظر في دستورية القوانين التي تحيلها عليها المحاكم تبعا للدفع بعدم الدستورية بطلب من أحد الخصوم، بما تكون معه بقية مكونات السلطة القضائية غير مؤهلة للنظر في دستورية القوانين.

لذلك، فإنه في صورة دفع الخصوم أمام أي جهاز قضائي بعدم دستورية قانون ما، فإنّ الجهاز القضائي المعني سيكون مجبرا على إحالة المسألة فورا على المحكمة الدستورية التي تتولى البتّ فيها طبقا لأحكام القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر / كانون الأول 2015

المتعلق بالمحكمة الدستورية ضمن القسم الثالث من الباب الرابع المتعلق باختصاصات المحكمة الدستورية⁵⁵. وفي هذه الصورة، فإن القاضي المدفوع أمامه بعدم دستورية قانون ما سيكون ملزماً بإحالة المسألة فوراً على المحكمة الدستورية طبقاً لأحكام الفصل 56 من القانون عدد 50 المشار إليه أعلاه. وليس للقاضي المتعهد بالقضية الأصلية النظر حتى في مدى احترام مذكرة الدفع بعدم الدستورية لموجباتها الشكلية المنصوص عليها بالفصل 55 من ذات القانون. ويجد هذا الموقف أساسه فيما اقتضاه الفصل 59 من نفس القانون الذي ينص على ما يلي:

"تحدث لدى المحكمة الدستورية بقرار من رئيسها لجنة خاصة أو أكثر تتركب من ثلاث أعضاء من ذوي الاختصاص في القانون توكل لها مهمة التثبت في مدى احترام مذكرة الدفع بعدم الدستورية لموجباتها الشكلية والإجرائية.

ترفع اللجنة المذكورة بالفقرة المتقدمة لرئيس المحكمة الدستورية اقتراحاتها القاضية إما بقبول الإحالات من الناحية الشكلية والإجرائية أو رفضها".

يتضح من قراءة الفصل المذكور أنّ البت في مدى احترام مذكرة الدفع بعدم الدستورية للشكليات المستوجبة قانوناً موكول إلى لجنة خاصة تحدث بقرار من رئيس المحكمة الدستورية. وطالما أنّ البت في مدى احترام مذكرة الدفع بعدم الدستورية للشكليات موكول للجنة خاصة، فإنّه ليس للقاضي المدفوع أمامه بعدم الدستورية التثبت في مدى احترامها للشكليات المستوجبة باعتبار وجود هيكل آخر مكلف بذلك. إلا أنه يبقى سؤال مطروح وهو التالي:

هل أنّ الإجراءات المتعلقة بمذكرة الطعن بعدم الدستورية قابلة للتصحيح أمام القاضي المتعهد بالقضية الأصلية؟ وهل يمكن للقاضي الإداري مثلاً مطالبة الأطراف بتصحيح إجراءات المذكرة كتكليف محام لدى التعقيب مثلاً على غرار ما دأب عليه في مادة النزاعات الإدارية، أو تذكير الأطراف بأن الدفع بعدم الدستورية يجب أن يكون بمذكرة مستقلة، أو تذكيرهم بالتنصيصات الوجودية التي يجب أن تتضمنها مذكرة الطعن بعدم الدستورية؟

إنّ الإجابة عن هذا السؤال أو الأسئلة يبدو بالنفي لأنّ مطالبة القاضي الإداري عادة الأطراف بتصحيح الإجراءات إنّها يتعلّق بإجراءات يعود له اختصاص البت فيها وتقدير مدى احترامها للإجراءات كدعوى تجاوز السلطة مثلاً. أمّا والحال أنّ البت في مدى احترام مذكرة الدفع بعدم الدستورية للقواعد الشكلية المستوجبة موكول للجنة خاصة بالمحكمة الدستورية على النحو المبين أعلاه، فإنه ليس للقاضي المتعهد بالقضية الأصلية مطالبة الأطراف بتصحيح إجراءات لا يعود له

55 يرى الأستاذ محمد كمال شرف الدين أنّ إقرار الدستور اختصاص المحكمة الدستورية بالنظر عن طريق الدفع في دستورية القوانين "هو اختصاص جديد ومحمود" إلا أنه قد يطرح إشكالات منها خاصة آثار الإحالة المنصوص عليها بالفصل 66 من القانون والتي تؤدي إلى إيقاف النظر في القضية وما يمكن أن يؤدي إليه الدفع بعدم الدستورية من انحراف بالإجراءات بغرض ماطلة وتعطيل النظر في النزاعات المعروضة على المحاكم باعتبار أنّ آجال البت في القضية الأصلية تعلق إلى حين البت في المسألة التوقيفية.

البت في صحتها. وبذلك يتحول القاضي المتعهد بالقضية الأصلية إلى مجرد "صندوق بريد" يوجه عبره المتقاضى طعنه بالدفع في دستورية قانون ما إلى المحكمة الدستورية.

بالإضافة إلى ذلك، فإنّ تولي القاضي المتعهد بالقضية الأصلية مهمة "غريبة" جدية الدفع بعدم دستورية قانون ما يخشى منه انتقال سلطة مراقبة دستورية القوانين من الهيكل الدستوري المختص، المحكمة الدستورية، إلى هيكل قضائي آخر وهو أمر يتعارض مع مقتضيات الفصل 120 من الدستور.⁵⁶ وترتبا على ما تقدّم، فإنّه ليس للقاضي الإداري اليوم الاجتهاد والعمل على تجاوز تطبيق نظرية القانون الحاجب طالما أنّ هناك قاضيا مختصا بالنظر في دستورية القوانين عن طريق الدفع. وهو أمر من شأنه أن يحدّ من الآثار السلبية لتطبيق نظرية القانون الحاجب المبينة أعلاه.

هذا الإشكال قد يطرح أيضا أمام القاضي المالي لكن ليس بنفس الشكل، باعتبار أنّ القاضي المالي وبمناسبة النزاعات المعروضة عليه المتعلقة بتطبيق مقتضيات الفصل 98 من القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرّخ في 26 ماي/ أيار 2014 المتعلق بالانتخابات والاستفتاء في صيغته القديمة، سيكون أمام نصّ غير دستوري⁵⁷ طبق ما انتهت إليه الجلسة العامة لمحكمة المحاسبات ضمن تقريرها العام حول نتائج تمويل الحملة الانتخابية الرئاسية لسنة 2014 المؤرّخ في 31 أوت/ آب 2015 طبق ما هو مبين بالمؤطر أدناه.

"قد اقتضى الفصل 98 من القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 أن تتولى دائرة المحاسبات تسليط عقوبة مالية تساوي خمسة وعشرين ضعفا لسقف الإنفاق الانتخابي على المرشح الذي لا يقوم بإيداع الحساب المالي لديها بعد التنبيه عليه وإمهاله ثلاثين يوما. ويتضح أنّ هذه العقوبة تتسم بالصرامة إذ تتجاوز 19 مليون دينار بالنسبة إلى المرشحين للدور الأول من الانتخابات. ويطرح ارتفاع مبالغ هذه العقوبة وصرامتها مسألة مدى إمكانية تنفيذ قرارات الدائرة وهو ما يدعو إلى التفكير مستقبلا في مراجعة العقوبة المنصوص عليها بالقانون الانتخابي على نحو يحافظ على صبغته الردعية دون أن يغفل ضرورة التناسب بين المخالفة المرتكبة والجزاء المستوجب".

وبعد تنقيح الفصل 98 المشار إليه أعلاه بمقتضى القانون الأساسي عدد 7 لسنة 2017 المؤرّخ في 14 فيفري/ شباط 2017، تمّ التخفيف من العقوبة المسلطة على المرشح الذي لا يقوم بإيداع الحساب المالي لدى محكمة المحاسبات من خمسة وعشرين ضعفا إلى عشرة أضعاف. وفي هذه الحالة يتجه استبعاد تطبيق الفصل 98 المذكور في صيغته القديمة على النزاعات المنشورة أمام محكمة

56 حول هذه المسألة والخل المعتمد في القانون الفرنسي يراجع محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، مرجع مذكور أعلاه، ص 95 و96.
57 الفصل المذكور في صيغته القديمة مخالف لأحكام الفصل 49 من الدستور لعدم تناسب العقوبة المسلطة مع المخالفة المرتكبة وهي تتعلق بالتناسب في مفهومه الضيق.

المحاسبات والمتعلقة بانتخابات سنة 2014 والتي لم يتم البت فيها بعد وذلك على أساس أن النص الجديد أرفق للمخالفين.

ويمكن للقاضي تطبيق مقتضيات النص الجديد تلقائياً ولو لم يتمسك بذلك الخصوم باعتبار أن الأمر في هذه الحالة يتعلق بمجال تطبيق القانون الذي يعدّ من متعلقات النظام العام تثيره المحكمة وتتمسك به تلقائياً طبق ما هو مستقر عليه فقها وقضاء.

" يعدّ مجال تطبيق القانون من متعلقات النظام العام ويجوز بالتالي للأطراف التمسك بمخالفته في أيّ طور من أطوار التقاضي ويمكن كذلك للمحكمة المتعدّدة إثارتها تلقائياً".^{58 و59}



بالإضافة إلى ذلك، فإنّ القاضي بمناسبة بتّه في المنازعات المعروضة عليه، وعلى غرار مباشرته لوظيفته الاستشارية، يثبّت من شرط وضوح القانون أي في وجوب أن يكون القانون متاحاً للجميع. فقد أكدّ ولو بصورة محتشمة وغير مباشرة أنّ القانون الذي يحّد من الحق يجب أن يكون "صريحاً". والمقصود بعبارة صريح في سياق الحكم أن يكون واضحاً وجلياً لا لبس فيه ولا يستوجب تأويلاً، وهو ما بينته المحكمة الإدارية في حكمها الصادر في القضية عدد 150168 بتاريخ 2 جويلية/ تموز 2018 المذكور أعلاه.

" إنّ الحقّ في التنقّل ومغادرة تراب الوطن يعدّ من الحقوق الأساسية المكفولة لكلّ مواطن بموجب الفصل 24 من الدستور، والتي لا يسوغ تقييدها إلّا بموجب قانون صريح... "⁶⁰



إلّا أنه تجدر الإشارة أنّ فقه قضاء المحكمة الإدارية مستقر بصورة عامة على ضرورة أن تكون النصوص القانونية سواء كانت تشريعية أو ترتيبية واضحة ولئن لم يؤسس القاضي هذا الشرط على مقتضيات الفصل 49 من الدستور وإنما على مبدأ قانوني عام هو مبدأ الأمان القانوني والثقة في التشريع. فقد أكّدت المحكمة بكل جلاء أنّ التشريع أو الترتيب يجب أن تكون واضحة على غرار ما بينته في عدّة أحكام منها الحكم موضوع المؤطر أدناه.

" إنه من المقرّر في قضاء هذه المحكمة أنّ مبدأ الأمان القانوني والثقة في التشريع يقتضي أن تكون القواعد القانونية والترتيبية التي تستند إليها الإدارة في عملها واضحة، وأن تلتزم الأخيرة بعدم تغيير محتوى هذه الأحكام بطريقة فجائية كلّما تبين أنّ هذا التغيير ليس ضرورياً بالنظر إلى محتوى الإجراء الذي اتخذته أو الأهداف التي ترمي من خلاله إلى تحقيقها"⁶¹.



58 القرار الصادر عن الجلسة العامة القضائية بالمحكمة الإدارية في القضية عدد 39906 بتاريخ 28 جوان/ حزيران 2012.

59 Sur l'application de ce principe dans la jurisprudence du C.E, voir Chapus (R) Droit du contentieux administratif, 13ème édition, Paris, Monchrestien 1995,P 628 et s.

60 القضية عدد 150168 الصادرة عن الدائرة الابتدائية الأولى بتاريخ 2 جويلية/ تموز 2018، م. ح. ضدّ وزير الداخلية (غير منشور).

61 الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 128367 بتاريخ 10 جويلية/ تموز 2015.

في هذه الحالة، لئن لم تؤسس المحكمة شرط وضوح التشريع على الفصل 49 من الدستور، فإنه يبقى سندا مفيدا جدًا ومهمًا يمكن الاستئناس به لاستبعاد تطبيق الأحكام التشريعية أو الصيغ العملية لها من نصوص ترتيبية أو قرارات غير واضحة والتي تنال أو تكرس قيودا على الحقوق والحريات وتأويلها تأويلا يحمي الحق والحرية.

لذلك يتجه في خصوص هذا الشرط أن تؤسس المحكمة أحكامها على الفصل 49 من الدستور الذي يكفي بذاته نظرا لقيمته الدستورية، أما بقية الأسس فيتجه التخلي عنها باعتبار أن المحكمة لجأت لها في فقه قضائها السابق لعدم وجود أحكام دستورية نفي بالغرض.

أما إذا تعلق الأمر بقرارات إدارية، باعتبار أن اختبار التناسب على نحو ما ذكرناه أعلاه هو منهجية يعتمدها القاضي الإداري بمناسبة رقابته على أعمال الإدارة ومدى احترامها لمبدأ الشرعية بمختلف مصادرها، فإن القاضي يعمل نفس التمسّي ويثبت من مدى مطابقة تلك الأعمال الصادرة عن الإدارة للقاعدة الأعلى، وهي القانون، أي إن القاضي في نهاية الأمر يثبت من مدى وجود القيود بنصّ تشريعي ومدى احترام الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية للقوانين، وهو ما بينته المحكمة في عدة قرارات على غرار الحكم الصادر في القضية عدد 150168 بتاريخ 2 جويلية/ تموز 2018 المبينة أعلاه والذي بينت فيه أن القيود التي يمكن أن تسلمها السلطة التنفيذية وسائر الهيآت العمومية خاصة بمناسبة ممارستها لسلطتها الترتيبية لا يجب أن يتجاوز ما هو محدد بالقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية.

كما أوجب أن تكون تلك الإجراءات والقرارات التي تتخذها السلط الإدارية والتي تحدّ من ممارسة الحقوق والحريات واضحة وهو ما أكدته المحكمة في عدة أحكام من ذلك الحيشة المبينة بالمؤطر أدناه وذلك على غرار ما انتهى إليه فقه قضاء محكمة العدل الأوروبية في عدة قرارات.⁶²

مقتطف من الحكم الصادر في القضية عدد 1/19291 بتاريخ

30 ديسمبر/كانون الأوّل 2010⁶³

"وحيث يتبيّن بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن البلدية برّرت اتخاذ قرار غلق ورشة العارض المطعون فيه بعدم امتثال هذا الأخير للتراتب الجاري بها العمل.

Voir notamment C.J.U.E, affaires jointes n°C293/12 et C594/12, Digital Rights Ireland Ltdou" la cour a précisé 62 que « Il résulte de ce qui précède que la directive 2006/24 ne prévoit pas de règles claires et précises régissant la portée de l'ingérence dans les droits fondamentaux consacrés aux articles 7 et 8 de la Charte. Force est donc de constater que cette directive comporte une ingérence dans ces droits fondamentaux d'une vaste ampleur et d'une gravité particulière dans l'ordre juridique de l'Union sans qu'une telle ingérence soit précisément encadrée par des dispositions permettant de garantir qu'elle est effectivement limitée au strict nécessaire ».

63 علي ضد رئيس بلدية بوغراة، فقه القضاء المحكمة الإدارية سنة 2010، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس 2013 ص 607.



وحيث ترى المحكمة أنّ اكتفاء الجهة المدّعى عليها بتعليل القرار المنتقد بعبارة "عدم امتثاله للترتيب الجاري بها العمل" هو تعليل عام لم يكن من الوضوح والكفاية والقدر الذي يسمح للمدعي بالإلام بالأسباب التي حُدت بالإدارة إلى اتخاذها"⁶⁴.

في صورة الحال، لا يتعلق انتفاء الوضوح بالصيغة العملية للقرار الصادر عن الإدارة، بل هو نتيجة عدم وضوح ودقة الهدف الذي دفع بالإدارة إلى وضع الصيغة العملية لإجراء الغلق بما يحول دون التثبت من عدم النيل من جوهر الحق ثم في طور ثان إجراء اختبار التناسب بمختلف مكوناته: الملاءمة والضرورة ثم التناسب في معناه الضيق.



يتبين مما تقدّم أنّ منهجية القاضي للتثبت من شرط التحفظ التشريعي تقوم على المراحل التالية:

أولاً- تصنيف الحق وتكييفه وبيان سنده الدستوري للتثبت في مدى إخضاعه للفصل 49 من الدستور.

ثانياً- التثبت من وجود نصّ تشريعي يحدّ من ممارسة الحق.

ثالثاً- التثبت من مدى احترام القانون للدستور على نحو ما بيناه أعلاه، وهي رقابة استثنائية وظرفية.

أما بالنسبة إلى الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية⁶⁵ وخاصة منها الأوامر الحكومية الترتيبية، فإنّ القاضي يتثبت من مدى احترامها للدستور وخاصة الفصل 49 والفصل 65 المتعلق بتوزيع الاختصاصات بين مجال القانون والسلطة الترتيبية العامة.

رابعاً- التثبت من وضوح التشريع والإجراء أو القرار الذي يحدّ أو يقيّد ممارسة حق أو حرية.

ولكي تكون رقابة القاضي الإداري على هذا الشرط ناجعة وليست رقابة شكلية مقتصرة على التثبت من مجرد مطابقة الإجراء للقانون، يتجه أن تكون الرقابة مؤسسة أيضا على مضمون الحق وتهدف إلى تأمين التناظر بين الصيغ العملية والإجرائية لتطبيق القيود المقررة قانونا مع الهدف الذي من أجله تمّ إقرار القيد على نحو يجعلها قائمة على مستويين في أغلب الحالات:

المستوى الأول: يتثبت فيه القاضي من مدى احترام الإجراء العملي التنفيذي المضمن بنصّ ترتيبي للإجراء التقنيدي كيفما ورد بالنص التشريعي، وهذا ينطبق على القاضي الإداري عند ممارسته لوظيفته الاستشارية أو بمناسبة النزاعات الإدارية أو الانتخابية.

64 وهو أمر استقر عليه فقهاء المحكمة الإدارية في مادة تعليل المقررات الإدارية، يراجع مثلا الحكم الابتدائي الصادر في القضية 1/14580 الشركة الوطنية للاتصالات ضدّ رئيس بلدية تونس شيخ المدينة بتاريخ 31 ديسمبر/ كانون الأوّل 2010، فقه القضاء المحكمة الإدارية سنة 2010 المذكور أعلاه ص 609. كما بينت المحكمة في فقه قضائها المتواتر معنى وضوح التعليل بأنه "وحيث أنه من المستقر عليه فقها وقضاء أنّ التعليل لا يتحقق إلا متى كان المقرر التأديبي على درجة من الوضوح يكون معها العون المدان على بينة من المآخذ الموجهة إليه حتى يتيسر له الوقوف على وسائل الدفاع المتاحة في شأنها وترجيح أنسبها لحماية مصالحه"، الحكم الاستئنائي الصادر في القضية عدد 27358 بتاريخ 6 نوفمبر/ تشرين الثاني 2010، وزير التربية ضد عبد العزيز، المرجع المذكور أعلاه ص 430.

65 المقصود هنا القرارات الإدارية بمختلف أشكالها وأصنافها.



المستوى الثاني: يتثبت القاضي من مدى احترام الإجراءات التطبيقي للحدّ والذي يمكن أن يكون قرارا إداريا فرديا مهما كان شكله صريحا أو ضمنيا أو شفويا أو عملا ماديا عدم زيغه عن القيد التشريعي والهدف منه. وهذه الرقابة بمستوياتها هي بالأساس رقابة على السند القانوني للإجراء التطبيقي للحدّ.

يتجه تأسيس التثبيت من شرط التحفظ التشريعي بمختلف مكوناته على الفصل 49 من الدستور بصورة صريحة وهو أساس ذو قيمة دستورية يغني عن بقية الأسس.

يتجه عدم قصر شرط التحفظ التشريعي على الحقوق الواردة صراحة بالدستور، بل يتجه إعمال هذا الشرط حتى على الحقوق والحريات التي لم يتمّ التنصيص عليها صراحة بالدستور على غرار حرية الصناعة والتجارة. يتجه كذلك التخلي عن نظرية القانون الحاجب من أجل رقابة حقيقية وناجعة على الأعمال والاجراءات الإدارية التنفيذية للقيود والحدود على الحقوق والحريات.

القسم الثاني - كيف يتثبت القاضي من شرط عدم النيل من جوهر الحق؟

اقتضت أحكام الفقرة الأولى من الفصل 49 من الدستور التونسي أنه "يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها".

ويعتبر جوهر الحق أو الحرية الجزء الوازن من الحق أو الحرية الذي لا يمكن لأي منفعة عامّة أن تبرر الحدّ منه.⁶⁶

ويعني أيضا أنّ القانون المحدد للضوابط المتصلة بالحقوق والحريات لا يجب أن يفضي إلى تشويها لدرجة أنها تختفي ويفقد تكريسها أي معنى أو جدوى. فحماية جوهر الحق أو الحرية تحمّل السلطة التشريعية التزاما وواجبا بأن تكون أعمالها التشريعية المنظمة للحقوق والحريات لا تمثل انتهاكا صارخا وجسيما لتلك الحقوق والحريات لدرجة إفراغها من محتواها على نحو يحول دون إمكانية ممارستها.⁶⁷

ويقوم مبدأ عدم النيل من جوهر الحقّ "على افتراض ضمني بانطواء كلّ حق على جوهر يتعلق بالكرامة الإنسانية لا يمكن الانتقاص منه ولا تبرير الانتهاكات التي تطاله بأيّ من المبررات التي تكون مقبولة عندما تتسلط على مجال ممارسة الحقّ".⁶⁸

66 يراجع عبد المنعم كيو، القيود الدستورية في تحديد القانون لضوابط الحقوق والحريات الأساسية في الدساتير الحديثة في البلدان العربية، دراسة مقارنة، المنظمة العربية للقانون الدستوري، الكتاب السنوي 2015/2016 تونس، ص 142.

67 Intervention du professeur Xavier PHILIPPE dans le colloque tenu à Gammarth (Tunis) le 27 et 28 novembre 2014, avec la participation d'experts nationaux et internationaux: « 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 ». p. 23 et ss. Rapport disponible sur le site: http://democracy-reporting.org/files/rapport_article_49_1.pdf.

68 خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات، تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي، منشورات المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس، 2017، ص 77.

من جهتها، اعتبرت المحكمة الإدارية أنّ حقوق الإنسان والحريّات المضمونة بموجب نصوص قانونية لا يمكن أن توضع ضوابط لممارستها إلا بمقتضى قوانين تُتخذ لاحترام حقوق الغير ولصالح الأمن العام على أن لا تنال تلك الضوابط من جوهر الحقوق والحريّات ولا يمكن لذلك وضع قيود على تلك الحريّات إلا بموجب قانون شرط أن يكون الهدف منه تحقيق المصلحة العامة وأن لا يمسّ من جوهر ذلك الحقّ.⁶⁹

وقد عرّفت المحكمة في فقه قضائها المساس بجوهر الحق بأنه إفراغ للحق من محتواه كما يلي:

" طالما كان الحقّ في التعليم مندرجا ضمن زمرة الحقوق الأساسية للإنسان، فإنّ تسليط عقوبة الرفت النهائي من جميع المؤسسات التعليمية العمومية يعدّ تقييدا لهذا الحق وإفراغا لمحتواه"⁷⁰.



يتبيّن من الحيثية المبينة أعلاه أنّ القاضي استعمل عبارة "إفراغا لمحتواه" للتعبير عن أنّ الإجراء نال من جوهر الحق، وهي عبارة غير دقيقة لأنّ الرقابة على جوهر الحق تتعلق أساسا بمجال وبمستوى حماية الحق وليس بمضمون ومحتوى الحق في حد ذاته. لذا يتجه اعتماد عبارة جوهر الحق على نحو ما نصّ عليه الفصل 49 من الدستور.

وقد تجاوزت المحكمة الإدارية ذلك الغموض وعرّفت جوهر الحق بصورة أدق وأوضح لما اعتبرت أنّ المساس بجوهر الحق هو النفي التام للحق أو التّشديد في إجراءات ممارسته على نحو يؤدي إلى استحالة ممارسته طبق ما بينه المؤطر أدناه.

" وحيث يخلص من الأحكام سالفة الذكر أن وضع القيود على الحقوق والحريات الأساسية لا يكون إلا بموجب قوانين أساسية... ودون أن يفضي القيد الموظف على الحق إلى النيل من جوهره أي أن لا يؤدي إلى نفيه تماما أو يشدّد في شروط ممارسته بما يستحيل معه ممارسته"⁷¹.



إنّ ما تضمنته الحيثية المبينة أعلاه لجوهر الحق يتّسم بالوضوح وسهولة التطبيق على مختلف الحقوق والحريات كما أنّه يمكن القاضي من التّثبت بصورة أفضل من شرط المساس بجوهر الحقّ. كذلك ما يمكن ملاحظته بصورة عامّة، أنّه بالنظر إلى اختلاف مضامين الحقوق والحريات وكيفية ممارستها واختلاف التشريعات المنظمة لممارستها والحدّ منها⁷²، فإنّه لا يمكن القول بوجود منهجية

69 الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 126863 بتاريخ 18 مارس/ آذار 2014.

70 الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 154505 بتاريخ 22 جانفي/ كانون الثاني 2019.

71 القرار الصادر في مادة توقيف التنفيذ في القضيتين عدد 4105408 و4105496 بتاريخ 12 جانفي/ كانون الثاني 2012.

72 Les mesures limitatives se distinguent des mesures de concrétisation des droits, qui encadrent leur exercice de manière à les favoriser, mais aussi des mesures d'aménagement, qui introduisent les droits dans la vie juridique pour qu'ils puissent effectivement être exercés. La limitation a, quant à elle, une influence directe sur le champ d'application matériel d'un droit. Elle engendre une restriction des prérogatives reconnues à ses bénéficiaires. Le droit canadien illustre cette distinction. La Cour suprême retient la qualification de limitation à un droit

موحدة للرقابة على شرط عدم النيل من جوهر الحق، بل إنه يمكن القول أن القاضي الإداري يتثبت من مدى النيل من جوهر الحق حالة بحالة حسب طبيعة الإجراء والقيد المسلط على ممارسة الحق أو الحرية وظروف وملابسات كل قضية. ويتجه أن يأخذ بعين الاعتبار تباين مستويات ودرجات الحماية اللازمة لكل حق أخذا بعين الاعتبار طبيعة الحق وبحسب تمثل السلط العمومية والقاضي لأهمية الحقوق والحریات في دولة مدنية ديمقراطية والقيم الأساسية التي تقوم عليها.

إلا أن ذلك لا يفي وجود مراحل يتبّعها القاضي تتمثل أساسا في الوصف الواقعي للإجراء الذي ينال من الحق (الفقرة الأولى) لينتهي في مرحلة ثانية إلى التكييف القانوني للحدّ ومدى مساسه وتأثيره في جوهر الحق (الفقرة الثانية).

الفرع الأول - الوصف الواقعي الدقيق للتدبير أو الإجراء

إن الوصف والواقعي للإجراء، وفي بعض الحالات الغاية من اتخاذه⁷³، يعتبر الخطوة الأولى التي يقوم بها القاضي، وهو منهج يتبعه القاضي سواء تعلق الأمر بممارسته لوظائفه الاستشارية، أو بخصوص النزاع الإداري، أو النزاع الانتخابي.

الفقرة الأولى - في المادة الاستشارية

في أغلب الحالات، على الأقل التي أتيج لنا تفحصها ودراستها، يتبين أن المحكمة لم تستعمل بصورة صريحة عبارة "جوهر الحق" المنصوص عليها بالفصل 49 من الدستور، وإنما يمكن استنتاجها حسب السياق وحسب جسامة الانتهاك المسلط على الحق بمناسبة تعهد المحكمة استشاريا، وهو ما سنأتي على بيانه من خلال بعض الأمثلة أدناه.

بمناسبة الرأي الاستشاري عدد 16657/2014 المتعلق بمشروع أمر حكومي يتعلّق بضبط النظام الأساسي الخاص بسلك الأخصائيين النفسانيين السرييين الاستشفائيين، لاحظت المحكمة أن إمكانية الترشح لإحدى الرتب المنصوص عليها بالنظام الأساسي الخاص بسلك الأخصائيين النفسانيين السرييين الاستشفائيين كانت مَحْوَلَة للحاصلين على شهادة الماجستير المهني ولم تكن مَحْوَلَة في نفس الوقت للحاصلين على شهادة ماجستير البحث، وأحدثت الإدارة بذلك نوعا من التمييز بين الشهادتين⁷⁴، فقد اعتبرت المحكمة في وصفها للإجراء أنه يتمثل في ما يلي:

garanti uniquement lorsque la mesure restreint sa portée. A défaut, les critères inscrits à l'article premier de la « Charte canadienne des droits et libertés, relatifs aux conditions de limitation, n'ont pas vocation à s'appliquer Pauline GERVIER, La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public, thèse, Université Montesquieu - Birdeaux IV, p. 34 et 35.

73 بمناسبة تثبت القاضي في مدى مساس الإجراء بجوهر الحق، لا ينظر دائما في الغاية من الإجراء لأنها تصبح عنصرا ثانويا، فالمهم هو مدى اعتبار الإجراء إفراغا للحق من محتواه بصرف النظر عن الغاية.

74 الحق المنتهك في صورة الحال هو الحق في العمل والحق في المساواة.

"قصر الجهة المستشارة إمكانية الانتداب كأخصائي نفسي سريري استشفائي على المترشحين المتحصّلين على الماجستير المهني في علم النفس التطبيقي أو شهادة معادلة دون المتحصّلين على شهادة ماجستير البحث..."⁷⁵.



وهو يشكل إعمالاً للمرحلة الأولى من قياس مدى اعتبار العمل الصادر عن الإدارة مساساً بجوهر الحق، والمتمثلة في الوصف الواقعي للتدبير الذي اتخذته الإدارة.

وفي مناسبة أخرى، كوّنت المحكمة الإجراء الذي تعتمزم الإدارة اتخاذه والذي يمكن أن يكون حلداً ينال من حق الإضراب بأنه يتمثل في اقتطاع الإدارة من أجر الأعوان المضربين عن الفترة الموافقة لمدة توقف العمل.⁷⁶

الفقرة الثانية - في مادّة النزاعات الإدارية

تتجلّى هذه المرحلة أكثر بمناسبة تعهد القاضي بالبت في النزاعات الإدارية، وهي تعدّ مرحلة أساسية عند رقابته وتقديره لمدى مساس الإجراء الصادر عن الإدارة بجوهر الحق المعني.

تجدر الإشارة أنه رغم عدم وجود اختلاف بين منهجية القاضي الإداري بمناسبة تعهده بالملفات الاستشارية أو النزاعية، فإنّ هذه المرحلة تعتبر أبسط بالنسبة للقاضي النزاعات، وهذا يعود بالأساس إلى أنّ القاضي لما يتعهد بالملفات الاستشارية يتولى بنفسه إثارة الإشكالات القانونية خاصة بالنسبة للأوامر الترتيبية، وبدرجة أقلّ الاستشارات الخاصة التي عادة ما يكون الإشكالات القانوني فيها مطروحة بصورة مسبقة من الجهة المستشارة. أمّا قاضي النزاعات، فإنّه يتولّى الوصف الواقعي للتدبير أو الإجراء والغاية من اتخاذه بصورة دقيقة طبق ما يطرح عليه من إشكالات قانونية، لذلك يتولّى هذه المرحلة انطلاقاً من عدّة فرضيات:

الفرضية الأولى: يتولى الوصف الواقعي للإجراء أو التدبير من العريضة وما تضمّنته من وقائع ومطاعن وطلبات إذا كانت العريضة واضحة.⁷⁷

الفرضية الثانية: وهي التي تكون فيها العريضة والطلبات غامضة، فإنّه على القاضي في مرحلة

75 لم يتم نشر الاستشارة كاملة وإنّما تحصلنا فقط على المبدأ الذي أقرته المحكمة بمناسبة تلك الاستشارة، لذلك لا يمكن التثبت من مدى إيراد الجهة المستشارة للهدف من ذلك الحدّ على الحق يتمّ في وثيقة شرح الأسباب. ونعتقد أنّ الوثيقة كانت خالية من بيان الهدف من ذلك الحدّ خاصّة أنّ المحكمة لم تناقشه، إذ لو بينت الإدارة الهدف من الحدّ من مبدأ المساواة لتولت المحكمة مناقشته.

76 استشارة خاصة عدد 2014/640 حول مدى شرعية الاقتطاع من أجور الأعوان المضربين، وهو تقريبا نفس التمشي الذي اعتمده المجلس الدستوري في عدة مناسبات مع الإشارة بكل وضوح إلى شرط المساس من جوهر الحق، ومنها الرأي عدد 14-2008 بخصوص مشروع قانون يتعلق بالموافقة على اتفاقية الضمان الاجتماعي بين الجمهورية التونسية والجمهورية البرتغالية بالتأكيد على ما يلي: "وحيث استثنى هكذا هذا الفصل المتفعّلين الذين يقيمون على تراب دولة لا تربطها بالدولتين المتعاقدتين اتفاقية في مجال الضمان الاجتماعي من صرف المنافع مباشرة لفائدتهم في هذه الحالة. وحيث أنّ صرف المنافع بشكل عملية مادية تقتصر على إيصالها إلى المستفيدين سواء مباشرة أو عن طريق تحويلها مما يجعل هذا الاستثناء لا يمس من جوهر الحق في استحقاق المنافع المذكورة".

77 يتعلق جزء هام من هذه الفرضية بقرارات الرفض الضمني.

أولى الاجتهاد لتحديد الطلبات الحقيقية للدعوى، ثم يتولى وصف التدبير أو الإجراء.⁷⁸ الفرضية الثالثة: أحيانا يتولى القاضي عملية الوصف الواقعي للتدبير أو الإجراء وأهدافه انطلاقا من نسخة القرار المطعون فيه، وهي فرضية تهتم بطبيعة الحال القرارات الصريحة دون القرارات الضمنية.

وقد تولت المحكمة تقريبا أعمال هذه المرحلة في مختلف النزاعات التي طرحت عليها. ففي مادة الضبط الإداري، أصّل القاضي الإداري هذه المرحلة في قراره المبدئي "الغرفة النقابية لشركات الإشهار"⁷⁹ المتعلق بمبدأ حرية الصناعة والتجارة⁸⁰. وإعمالا منها للوصف الدقيق للإجراء المتخذ وأهدافه، اعتبرت أنّ الإجراء يتمثل في ما يلي:

"اتخاذ الإدارة لقرار يقضي بإزالة العديد من اللافتات الإشهارية التجارية والصناعية من شوارع المدينة ومنع الترخيص في انتصابها من أجل تكاثرها بالطريق العام ولمساسها بمظهر المدينة وجماها".



وهو يعتبر نموذجا جيدا لأعمال هذه المرحلة نظرا لما اتسم به من وضوح في تحديد الإجراء وتحديد الغاية والهدف منه، وهو ما من شأنه أن ينعكس إيجابا على بقية المراحل باعتباره سيسهل فيما بعد عملية التكييف القانوني للإجراء وتنزيله في إطاره القانوني وتطبيق القواعد القانونية عليه والتثبت من مدى مساسه بجوهر الحق.

أمّا في خصوص الحق المتعلّق بحرية التنقل داخل الوطن والحق في مغادرته المنصوص عليه بالفصل 24 من الدستور، فقد وصفت المحكمة الإجراء الذي اتخذته الإدارة بصورة دقيقة وهو مثال جيد يحتذى به كما هو مبين في المؤطر أدناه.

"اتخاذ وزير الداخلية لإجراء حدودي يقضي بإخضاع كل مسافر أجنبي تعلقت به قضايا جنائية إلى تفتيش دقيق عند عبوره للحدود..."⁸¹.



وقد اعتمدت المحكمة نفس التمشي بالنسبة إلى الحق في الثقافة وحرية الإبداع المنصوص عليهما بالفصلين 31 و 42 من الدستور، إذ وصفت المحكمة الإجراء بأنه يتمثل في ما يلي:

78 وهو ما أكّده المحكمة في فقه قضائتها المستقر، إذ بينت على سبيل الذكر لا الحصر في الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 127875 بتاريخ 03 أفريل/ نيسان 2015 أنه "لئن كانت الأصول العامة المسلّم بها في فقه المرافعات الإدارية توجب على القاضي التقيّد بالطلبات المقدّمة إليه من الخصوم، فإنه من الثابت أيضا أنّ تكييف الدعوى وبيان حقيقة ما يطلبه الأطراف إنّها يخضع لاجتهاد القاضي الذي يتولّى في حالة تعدّد الطلبات أو غموضها تحديد الطلبات الحقيقية التي قصدتها الأطراف وحزّروها وذلك عبر تقضي تلك الإرادة انطلاقا من طبيعة الدعوى ومن التقارير المقدّمة بمناسبتها".

79 القضية عدد 451 بتاريخ 15 فيفري/ شباط 1981.

80 لم يتم النصيص على هذا المبدأ في دستور سنة 2014 رغم إقراره في فقه القضاء (الإداري والدستوري)، يراجع حول المسألة محمد رضا جنيت، المرجع السابق، ص. 259.

81 الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 129416 بتاريخ 31 ديسمبر/ كانون الأوّل 2015.

"منع والي قبلي شركة "سينتيليفلم" من تصوير بعض المشاهد من فيلم سينمائي داخل مؤسسة تربية ومركز صحة أساسية في منطقة قصر غيلان من معتمدية دوز الشالية"⁸².



أما فيما يتعلق بالحق في التعليم، فقد تولت المحكمة بمناسبة القضية عدد 154505 الصادرة بتاريخ 22 جانفي/ كانون الثاني 2019 وصف الإجراء بأنه يتمثل في ما يلي:

"رفض عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس ترسيم طالبة بالسنة الثانية من الماجستير في القانون العام"⁸³.



تعتبر هذه المرحلة هامة جدا في تحديد مآل بقية المراحل. لذلك فهي تستوجب دقة ووضوحا من القاضي لأنه يتم من خلالها تحديد نطاق وموضوع الدعوى وما يترتب عنه من تحديد الإطار القانوني للعمل أو الإجراء ونطاق الرقابة عليه، لذلك يتجه على القاضي المتعهد إعمال الدقة والوضوح الكامل في هذه المرحلة.

الفقرة الثالثة - في مادة النزاعات الانتخابية

اعتمدت المحكمة نفس التمسّي الذي اعتمده سواء في المادة الاستشارية أو بمناسبة المنازعات الإدارية. إذ بمناسبة تعهدها بالنزاعات الانتخابية التي تعرضت فيها إلى شرط عدم المساس بجوهر الحق، تتولّى الوصف الواقعي الدقيق للتدبير أو الإجراء سواء كان صادرا عن السلطة التشريعية -أي القانون- أو صادرا عن الهيئة العليا المستقلة للانتخابات في إطار ما أوكله لها الدستور والقانون.

وبمناسبة الحكم الصادر في القضية عدد 20181005/ نزاع انتخابي بتاريخ 2 جويلية/ تموز 2018، تولت في نفس الوقت وصف الحدّ الصادر عن المشرع للحق في الانتخاب والممثل في شرط وجوب أن يكون المترشّح مسجّلا في الدائرة الانتخابية التي سيترشّح بها، كما تولّت قبل ذلك وصف العمل الصادر عن الهيئة الفرعية للانتخابات تونس 2 والمتمثل في ما يلي:

القرار الصادر عن رئيس الهيئة الفرعية للانتخابات بتونس 2 بتاريخ 28 فيفري/ شباط 2018 والقاضي برفض مطلب ترشّح قائمة "باردو في عينينا" للانتخابات البلدية بدائرة باردو"⁸⁴.



82 قرار توقيف التنفيذ الصادر عن رئيس الدائرة الابتدائية المنفردة عن المحكمة الإدارية بقابس تحت عدد 09200012 بتاريخ 05 نوفمبر/ تشرين الثاني 2018.

83 سئى أذناه بمناسبة دراسة المرحلة الثانية من التثبت في مدى المساس بجوهر الحق أنّ المحكمة انتهت بمناسبة القضية الماثلة إلى أنّ منع الترسيم المذكور شكّل مساسا بجوهر الحق في التعليم.

84 وهو نفس التمسّي الذي اعتمدته المحكمة تقريبا في النزاعات الانتخابية سواء كانت رئاسية أو بلدية وباختلاف مراحلها بداية من الترشيح وصولا إلى النتائج، من ذلك القضية عدد 201430006 بتاريخ 10 أكتوبر/ تشرين الأول 2014.

بعد فراغ القاضي من المرحلة الأولى للوصف الواقعي الدقيق للتدبير أو الإجراء، فإنه يتولى تكييف ذلك الإجراء وبيان مدى مساسه من جوهر الحق.

الفرع الثاني - التكييف القانوني للإجراء وبيان مدى مساسه وتأثيره في جوهر الحق

يتولى القاضي في هذه المرحلة التثبت من مدى اعتبار التدبير أو الإجراء بمثابة الحد من الحق أو الحرية في مرحلة أولى، ليتولى فيما بعد بيان هل أن هذا الحد وصل في مداه إلى إفراغ الحق من محتواه، ويتثبت في ذلك حالة بحالة وحسب الحق وحسب طبيعة الانتهاك المسلط عليه ومدى إعاقته وتعطيله لممارسة الحق، وهو منهج اعتمده القاضي سواء بمناسبة ممارسته لوظائفه الاستشارية أو بمناسبة النزاع الإداري أو النزاع الانتخابي.

الفقرة الأولى - في المادة الاستشارية

حتى يكون التمشي منطقيًا ومتراطبا، فإننا نواصل بمناسبة تكييف القاضي للإجراء ومدى اعتباره حدًا للحق ثم مدى اعتباره مساسًا من جوهر الحق بالاعتماد تقريبًا على نفس الأمثلة التي تمّ ذكرها أعلاه فيما يتعلق بالوصف الواقعي الدقيق للتدبير أو الإجراء والغاية من اتخاذ باعتبار أن هذه المرحلة هي النتيجة المنطقية للمرحلة السابقة.

ففي خصوص حقّ الإضراب ومدى اعتبار أن اقتطاع الإدارة من أجر الأعوان المضربين عن الفترة الموافقة لمدة توقف العمل مساسًا بجوهر حق الإضراب، أكدت المحكمة ضمنيًا أنّ ذلك الإجراء لا يشكل لا حدًا ولا تقييدًا على حق الإضراب وهو لا يمثل مساسًا بجوهر الحق بالاستناد إلى المنظمة القانونية المكرسة والمنظمة لحق الإضراب⁸⁵، وانتهت المحكمة إلى تكريس المبدأ المضمن بالمؤطر أدناه.

85 استشارة خاصة عدد 2014/640 حول مدى شرعية الاقتطاع من أجور الأعوان المضربين والتي بينت فيها المحكمة أنه "يتبين بالرجوع إلى أحكام الفصل 36 من الدستور أنّ الحق النقابي بما في ذلك حق الإضراب مضمون"، وأن ممارسة هذا الحق تقتضي عملاً بأحكام الفصل 49 من الدستور سنّ قانون يحدد ضوابط ممارسة هذا الحق بما لا ينال من جوهره و"لا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وهدف حماية حقوق الغير، أو لمتعضيات النظام العام، أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة وذلك مع احترام التناوب بين هذه الضوابط وموجباتها...". وبالتالي، وفي غياب نص قانوني ينظم كيفية ممارسة حق الإضراب بالنسبة إلى أعوان الدولة، فإن الأحكام الواردة بالمنظمة القانونية التافذة تبقى ملزمة ما لم تتعارض مع جوهر ممارسة هذا الحق. وعليه فإن الإضراب الذي يعرف بأنه تعطيل العمل لمدة زمنية مضبوطة سعياً لتحقيق مصالح نقابية وبغض النظر عن مدى شرعيته، فإنه بطبيعته تلك يعدّ تركاً إراديّاً للعمل وتحلياً عن ممارسة المهام الموكولة إلى العون العمومي والمتصوص عليها بالفصل السادس من قانون الوظيفة العمومية وكذلك الأنظمة الأساسية الخاصة المنطبقة عليه والتي تفتح له الحق في المرتب. وطالما أن القاعدة في المحاسبة العمومية هي استحقاق الأجر بمقدار العمل المنجز، فإن عدم إنجاز أيّ عمل خلال الإضراب يبرّر اقتطاع المبالغ الموافقة لفترة التوقف عن العمل وهي قاعدة محاسبية لا تعدّ عقوبة إدارية ولا يمكن أن تعدّ تعطيلًا لممارسة حقّ الإضراب باعتبارها توازن بين فصلين من الدستور يتعلّق الأوّل بقرار حقّ الإضراب (الفصل 36) في حين يتعلّق الثاني بحسن التصرف في الأموال العمومية والحرص على عدم إهدارها وضمان استمرارية المرفق العام (الفصل 10 و الفصل 15). وعليه، فإن الإدارة تكون معترمة للأحكام الدستورية ذات العلاقة في صورة اقتطاع النسبة المعادلة لأيام الانقطاع عن العمل للأعوان المعيّنين بعنوان عمل غير منجز خلال مدة الإضراب شريطة أن لا يكون هذا الانقطاع آلياً أو عامّاً وذلك بأن يسلّط الانقطاع حصراً على الأعوان الذين امتنعوا بمقتضى الإضراب عن إنجاز العمل المكلفين به خلال مدة العمل المنصوص عليها بمختلف الترتيب المنظمة لتوقيت العمل بالإدارات العمومية كلّ حسب السلك الذي ينتمي إليه. وتجدر الإشارة في هذا المستوى إلى أنّ فقه القضاء الإداري و الدستوري المقارن قد كرّس على غرار القضاء الإداري التونسي شرعية الاقتطاع من أجور الأعوان المضربين متى ثبت عدم إنجازهم للواجبات المحمولة عليهم باعتبارها لا يعدّ عقوبة وإتياً لإعمالا للقاعدة المحاسبية المتمثلة في التآجير على قدر العمل المنجز.

"اقتطاع الإدارة من أجر الأعدان المضرين عن الفترة الموافقة لمدة توقف العمل لا ينال من جوهر الحق في الإضراب المضمون بالفصل 36 من الدستور".



إنّ ما انتهت إليه المحكمة يعتبر متوافقاً مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور وخاصة مع شرط عدم النيل من جوهر الحقّ، وهو أيضاً موقف مكرس في فقه القضاء المقارن باعتبار أنّ الاقتطاع من الأجر لا يفضي إلى حرمان الموظف من ممارسة حق الإضراب القانوني كمستوى عال من أشكال النضال النقابي. فالإضراب القانوني (الشرعي) يعدّ إستثناء لواجب أداء العمل ويحول دون إثارة التبعات التأديبية نتيجة التوقف ورفض تأمين العمل. ويتجه أيضاً اعتماد التحليل القانوني المبين بنص الاستشارة المذكورة أعلاه في مادة النزاعات الإدارية، كما يتجه أيضاً تكريس المبدأ وتوضيحه أكثر استناداً إلى مقتضيات الفصل 49 من الدستور بصورة مبدئية.

الفقرة الثانية - في مادّة النزاعات الإدارية

اعتمدت المحكمة نفس التمشي الذي اعتمدته في المادة الاستشارية، إذ بعد الوصف الواقعي للإجراء، تتولى المحكمة تكييفه قانونياً:

هل يشكل حدّاً وانتهاكاً لممارسة الحق أو الحرية؟ وإلى أيّ مدى يشكلّ مساساً بجوهر الحق؟

ففي مادة الضبط الإداري، وبخصوص مبدأ حرية الصناعة والتجارة، انتهت المحكمة في قرار الغرفة النقابية لشركات الإشهار المذكور أعلاه أنّ اتّخاذ الإدارة قراراً يقضي بإزالة العديد من اللافتات الإشهارية التجارية والصناعية من شوارع المدينة ومنع الترخيص في انتصابها ينال من حرية الصناعة والتجارة، وبالتالي فهو قيد وحدّ من ممارسة الحق المعني. كما أكّدت ضمناً أنّ الصبغة العامة لقرار الإزالة قد أفرغت المبدأ والحق من مضمونه وبالتالي مسّت من جوهره. إذ بيّنت المحكمة أنه:

"لا يستتج من أوراق القضية أنّ مظهر المدينة وجمالها يستدعيان إزالة كلّ هذه اللافتات وعدم الترخيص في انتصابها بمختلف مناطق العاصمة. وحيث أنّ الصبغة العامة التي يكتسبها القرار المتخذ بدون أيّ سبب شرعي تجعله يمسّ بمبدأ حرية التجارة والصناعة".



إنّ ما تضمنته الحثية بالإطار أعلاه تعتبر مهمة جدّاً، حيث يُستتج منها أنّ الإجراءات الإدارية المقيدة للحقوق أو الحريات تكون ماسة بجوهر الحق متى كانت عامة. وعليه يكون كل إجراء أو قرار صادر عن السلط الإدارية كصيغة عملية لتقييد أو لتحديد حق أو حرية يكون ماساً بجوهر الحق متى كان عاماً، أي هناك قرينة مساس بجوهر الحق متى القيد كان عاماً. وهو نفس الموقف الذي

أكدته محكمة العدل الأوروبية في فقه قضائها المتواتر خاصة في مادة حماية المعطيات الشخصية⁸⁶، ذلك أنّ الصبغة العامة لأي إجراء تقييدي أو لصيغه العملية (قرارات إدارية أو غيرها كالأعمال المادية) يعدّ نبلا من جوهر الحق، لأنّ القيد وبالتبعية الصيغ العملية له تقوم على فكرة ضمان قدر أكبر من التعايش بين الحقوق لا إلى نفي حق من أجل ضمان حق منافس له.

أما في خصوص الحق في التعليم، فقد اعتبرت المحكمة أنّ تسليط عقوبة الرفت النهائي من جميع المؤسسات التعليمية العمومية على تلميذ فيه إفراغ للحق من محتواه وبالتالي تكون المحكمة قد انتهت إلى أنّ ذلك الإجراء مسّ من جوهر الحق في التعليم وهو ما بينته في حيثيات الحكم المذكور على النحو التالي:

"وحيث طالما كان الحقّ في التعليم مندرجا ضمن زمرة الحقوق الأساسية للإنسان، فإنّ تسليط عقوبة الرفت النهائي من جميع المؤسسات التعليمية العمومية يعدّ تقييدا لهذا الحق وإفراغا لمحتواه".



وهو نفس المنهج والتمشي الذي اعتمدهت المحكمة بمناسبة حكمها الصادر في القضية عدد 154505 بتاريخ 22 جانفي/ كانون الثاني 2019 المذكورة أعلاه، إذ اعتبرت في مرحلة أولى أنّ الإجراء المتمثل في رفض عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس ترسيم طالبة بالسنة الثانية من الماجستير في القانون العام هو قيد على ممارسة حقّ كفله الدستور، لتؤكد في مرحلة ثانية أنّ ذلك الإجراء أفرغ الحق من محتواه وبالتالي مسّ من جوهره وهو ما بينته المحكمة على النحو التالي:

"وحيث لا جدال أنّ الحق في الترسيم يمثّل الإجراء الأولي لممارسة الطالب لحقه في التعليم. وحيث يعدّ حرمان المدّعة من الترسيم بالسنة الثانية من الماجستير في القانون العام تقييدا لحقها في التعليم المدرج ضمن طائفة الحقوق الأساسية للإنسان والمبوءة منزلة دستورية، وإفراغا لهذا الحق من محتواه".



كملاحظة عامّة، يتّضح من خلال فقه القضاء المذكور أنّ المحكمة اعتمدت عبارتي "تقييدا للحق" و"إفراغ الحق من محتواه" كمترادفين، وهو أمر مخالف لمقتضيات الفصل 49 من الدستور الذي أجاز للسلطة التشريعية تقييد الحقوق بضوابط محددة شريطة أن لا ينال ذلك

À cet égard, il importe de constater, en premier lieu, que la directive 2006/24 couvre de manière généralisée⁸⁶ toute personne et tous les moyens de communication électronique ainsi que l'ensemble des données relatives au trafic sans qu'aucune différenciation, limitation ni exception soient opérées en fonction de l'objectif de lutte contre les infractions graves ».

En effet, d'une part, la directive 2006/24 concerne de manière globale l'ensemble des personnes faisant usage de services de communications électroniques, sans toutefois que les personnes dont les données sont conservées se trouvent, même indirectement, dans une situation susceptible de donner lieu à des poursuites pénales. Elle s'applique donc même à des personnes pour lesquelles il n'existe aucun indice de nature à laisser croire que leur comportement puisse avoir un lien, même indirect ou lointain, avec des infractions graves. En outre, elle ne prévoit aucune exception, de sorte qu'elle s'applique même à des personnes dont les communications sont soumises, selon les règles du droit national, au secret professionnel."C.J.U.E, affaires jointes n° C293/12 et C594/12, op.cit.

القيّد من جوهر الحقّ لأنّ القانون عندما يضع قيّدا على الحقّ، فإنّ ذلك يترتب عنه تقليص من مستوى الحماية دون أن يفضي ذلك آليا وفي كل الحالات إلى النيل من جوهر الحقّ المستهدف بالقيّد.

يتجه في صورة الحال التخلي عن عبارة "تقييد الحقّ" والاقتصار على الاستنتاج الذي مفاده أنّ الإجراء نال من جوهر الحقّ حسب الحالة، فتقييد الحقّ غير المساس بجوهره.

وبصورة عامّة، يتجه اختيار سند واحد لتعليل الحكم: إمّا اعتبار الإجراء قد قيّد الحقّ أو الحرية بصورة مشطّة، وفي هذه الحالة نكون إزاء إجراء غير متناسب مع الهدف منه، أو أنّ ذلك الإجراء يعدّ نيلا من جوهر الحقّ، وفي هذه الصورة لا يمكن الحديث عن التناسب لأنّ المساس بجوهر الحقّ ينفي التناسب، ذلك أنّ الفرق بين الصورتين أو الحاليتين يكمن في درجة القيد وحدّته وآثاره على ممارسة الحقّ لا في مستوى طبيعته.

الفقرة الثالثة - في مادّة النزاعات الانتخابية

في هذه المادّة، كانت رقابة المحكمة مزدوجة، إذ تسلّطت على القانون⁸⁷ وعلى الإجراء الذي تتخذه الهيئة المكلفة بالانتخابات. وفي بعض الأحيان، يكون تثبت القاضي من مدى نيل الإجراء من جوهر الحقّ تثبتا في مدى نيل القانون الذي ينظم ممارسة الحقّ من جوهر الحقّ لأنّ الهيئة في الحقيقة لم تتخذ أي إجراء مستقل عن القانون بل طبقت القاعدة القانونية مباشرة، وهو ما يبيّنه المحكمة في عدّة أحكام:

87 في عدّة أحكام متعلّقة بالنزاعات الانتخابية وعلى نحو ما بيّناه أعلاه، خاضت المحكمة في دستورية القانون الانتخابي، وقدّرت إلى أي مدى كان القانون الانتخابي دستوريا ولم يزل من جوهر الحقّ، واستندت في كلّ أحكامها تقريبا إلى مقتضيات الفصل 49 من الدستور، إلا أنّ تدخلها لمراقبة دستورية القانون الانتخابي شأنها في ذلك شأن بقية النزاعات التي تدخلت فيها لمراقبة دستورية قانون ما كان مبررا بعدم وجود المحكمة الدستورية، الهيكل المكلف بمراقبة دستورية القوانين، ومشروطا بعدم سبق الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين البت فيه. لذلك يمكن القول أنّ رقابة المحكمة لدستورية القوانين ظرفية وستنتهي بتركيز المحكمة الدستورية، وهي أيضا مقبّدة بعدم سبق بتّ الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين في القانون. وفي هذا السياق، فقد أكّدت المحكمة في حكمها الصادر في القضية عدد 20181005 / نزاع انتخابي بتاريخ 2 جويلية/ تموز 2018 أنّه: "وحيث اقتضى الفصل 148 من الدستور في فقرته السابعة أنّ "يحدّث المجلس الوطني التأسيسي بقانون أساسي خلال الثلاثة أشهر الأولى التي تلي ختم الدستور هيئة وقتية تختص بمراقبة دستورية مشاريع القوانين (...). وتعتبر سائر المحاكم غير مخولة لمراقبة دستورية القوانين". وحيث اقتضى الفصل 3 من القانون الأساسي عدد 14 لسنة 2014 المؤرخ في 18 أفريل/ نيسان 2014 والمتعلّق بالهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين على أنّه "تتولى الهيئة مراقبة دستورية مشاريع القوانين... وتعتبر سائر المحاكم غير مخولة لمراقبة دستورية القوانين". وحيث اقتضى الفصل 21 فقرة الأخيرة من القانون سالف الذكر أنّ "قرارات الهيئة ملزمة لجميع السلطات". وحيث أنّ التحجير سالف الذكر والإلزامية لقرارات القضاء الدستوري لا ينجحان إلا الصور التي يكون فيها القاضي الدستوري قد بتّ في الدستورية باعتباره القاضي المختص بصورة أصليّة في مراقبة دستورية القوانين.

وحيث لم يسبق للهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين المنتصبة كقاض دستوري أن بتّ في مدى دستورية الشرط المتعلّق بضرورة أن يكون المرشّح مسجّلا في نفس الدائرة التي سيرشّح بها رغم عدم سابقية البتّ فيه من قبل القاضي الدستوري سيؤول بالضرورة إلى غياب كل رقابة قضائية على ذلك التضييق رغم ما له من تبعات تمسّ من حرّية ترشّح الأفراد وهو ما تأباه مقومات دولة القانون، خاصة أنّ دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 أوجب على القاضي صلب الفصل 49 منه حماية الحقوق والحريات من أيّ انتهاك أو تضييق غير مبرّر، كما أوجب عليه الفصل 102 ضمان علوية الدستور. وحيث تأسّسها على ما سبق ذكره، فقد تعدّرت إقرار اختصاص هذه المحكمة للنظر في دستورية التقييد المذكور.

"وحيث، وخلافا لما تمسك به المدعي، فإنَّ الشرط التشريعي المتعلق بضرورة أن يكون الناخب مسجلاً في الدائرة الانتخابية التي سيترشح بها لا ينال من جوهر الحق في الترشح المنصوص عليه بالفصل 34 من الدستور..."⁸⁸.

وهو نفس التمشي الذي اعتمده المحكمة في عدّة أحكام تتعلق بالانتخابات الرئاسية لسنة 2014، ومنها الحكم التالي:

"وحيث، وخلافا لما تمسك به المدعي، فإنَّ اشتراط تزكية المترشح للانتخابات الرئاسية من قبل عشرة آلاف ناخب ليس أمراً تعجيزياً ولا يضيّق من حق الترشح المضمون بالدستور ولا ينال من جوهر حقّ الترشح للانتخابات المنصوص عليه بالفصل 34 منه..."⁸⁹.

إنَّ إلزام السلط العمومية بإقامة الدليل على أن القيد يرمي إلى تحقيق أحد الأهداف المنصوص عليها بالفصل 49 من الدستور ينتزل في إطار الرقابة المعمقة التي يفرضها مبدأ التناسب على أعمال السلطة التنفيذية ضرورة أن رقابة القاضي لا تقتصر على التثبت من مضمون القرار بل تمتد إلى التثبت من حقيقة الأهداف التي تروم الإدارة حمايتها بموجب القيد.

عند تنصيب القاضي الإداري قاضياً انتخابياً، اعتمد نفس التمشي في خصوص فكرة تقييد الحق والحد منه والنيل من جوهره على النحو الذي اعتمده في النزاع الإداري، لذلك يتجه في هذا النزاع أيضاً اعتماد أكثر دقة في التمييز بين الحدّ أو التضييق من الحق والنيل من جوهره على نحو ما هو مبين أعلاه.

يبدو أن شرط المساس من جوهر الحق من خلال فقه قضاء المحكمة الإدارية المين أعلاه يفرض أن لا يكون التضييق على الحق عامّاً سواء تعلّق الأمر بتدخل السلطة التشريعية بمقتضى قانون أو بإجراء تنفيذي صادر عن سلطة إدارية معينة، كأن يتدخل المشرع مثلاً ويمنع حقّ الإضراب على الأعدان العموميين أو يتخذ رئيس بلدية مثلاً قراراً يجبر على متساكني منطقة بلدية ممارسة أي نشاط صناعي. كما أنّها بينت ضمناً أنّ تلك التقييدات على الحق يجب أن تكون مبررة بمقتضيات دولة مدنية طبق ما جاء بالفصل 49 من الدستور.

لذلك يتّجه أن تتولّى المحكمة في أحكامها مزيداً من توضيح هذه المسألة على غرار فقه القضاء المقارن، وعلى سبيل الذكر ما انتهت إليه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في تطبيقها للفصل 11 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بتاريخ 21 أفريل/ نيسان 2015 بمناسبة القضية التي جمعت نقابة قوات الأمن بإسبانيا ضدّ الدولة الإسبانية إذ أكدت فيها المحكمة ما يلي:

88 الحكم الابتدائي عدد 15201810 بتاريخ 16 مارس/ آذار 2018، وهو ما بينته المحكمة في عدة أحكام صادرة في المادة الانتخابية.

89 القضية عدد 201430006 بتاريخ 10 أكتوبر/ تشرين الأول 2014.



"إنَّ ضرورة المصلحة غير المنقطعة والولاية المسلحة التي تعتبر خاصية أعوان السلطة تميز هذه المجموعة عن غيرها من الموظفين كالقضاة والأطباء وهي تبرر التحديد من حريتهم النقابية. وفعليا، فالمقتضيات الصارمة التي تخصهم لا تتجاوز القدر الضروري في مجتمع ديمقراطي باعتبار أنها تمكن من صون المصالح العامة للدولة وخاصة بما يضمن سلامتها والأمن العام والدفاع عن النظام وهي المبادئ المعلن عنها بالفصل 2 القسم 11 من الاتفاقية.

وعلاوة على ذلك، فإن الطبيعة الخاصة لنشاطهم تبرر وجود هامش تقدير متسع للدولة في وضع سياستها التشريعية ويمكنها هكذا في إطار المصلحة العامة تنظيم نشاط النقابة دون حرمانها من المحتوى الجوهري لهذه الحقوق طبقا للفصل 11 من الاتفاقية"⁹⁰.

القسم الثالث - كيف يتنبّأ القاضي من مدى توفر شرط الضرورة⁹¹ التي تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية ومن الهدف المشروع؟

نصّت الفقرة الثانية من الفصل 49 من الدستور على أنه:

"لا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة..."

يتبيّن من الفقرة المذكورة أنّ الدستور كرّس قاعدة مفادها أنّ الحدّ من الحقوق يجب أن يبرّر بمقتضيات الدولة المدنية الديمقراطية التي تبقى أساس أي تقييد للحقوق والحريات. فالمشرع، ومن بعده السلط العمومية، يجب أن يأخذ بعين الاعتبار طبيعة مقتضيات الدولة المدنية الديمقراطية. بالإضافة إلى ذلك، فإنّ شرط الضرورة يجب أن يقدر بالنظر إلى الأهداف التي يرمي إليها الحدّ أو التدخل⁹². وهذه الأهداف محدّدة حصرا بالفصل 49، وهي حماية حقوق الغير أو مقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة⁹³. لذلك، لا يجوز التوسّع فيها بإحداث واستنباط أهداف أخرى تبرر الحدّ من ممارسة الحقوق والحريات عملا بالقاعدة الأصولية القائلة أنه لا يجوز التوسّع في الاستثناءات التي يجب أن تؤوّل تأويلا ضيقا. وطالما أنّ الأصل في الأمور هو ممارسة الحقوق والحريات، فإنّ كل الضوابط المتعلقة بالحدّ منها، ومنها الأهداف، يجب أن تؤوّل

C l'Espagne / Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna. 90

Selon Montesquieu, "Toute peine qui ne dérive pas de la nécessité est tyrannique", de l'Esprit des lois, p.5 78. 91 Wikisource, bibliothèque numérique libre, <https://fr.wikisource.org/>

92 هذا المبدأ مكرس أيضا في عدّة نصوص دولية، منها المادة 4 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية الذي نصّ على أنّ "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بأنه ليس للدولة أن تخضع التمتع بالحقوق التي تضمنها طبقا لهذا العهد إلا للحدود المقررة في القانون وإلا بمقدار توافق ذلك مع طبيعة هذه الحقوق وشرط أن يكون هدفها الوحيد تعزيز الرفاه العام في مجتمع ديمقراطي".

93 وهو يعتبر مصطلحا وافدا على المنظومة القانونية التونسية التي تستعمل عبارة "الأخلاق الحميدة" منذ إصدار مجلة الالتزامات والعقود.

تأويلا ضيقا خاصة أن تقدير توفّر شرط الضرورة يتمّ بصورة مبدئية بصرف النظر على ظروف وملابسات القضية المعنية بتطبيق القيد في دولة مدينة ديمقراطية.

كذلك يتجه التأكيد أن تقدير الهدف المشروع يجب أن يُفهم على ضوء مقتضيات الضرورة التي تبررها الدولة المدنية والديمقراطية، فلا يكفي أن يكون الهدف مشروعاً، بل يجب أن يكون ضرورياً في دولة مدنية ديمقراطية، أي أن تقدير الأهداف يتم على ضوء العناصر المميزة للدولة الديمقراطية والمدنية القائمة على التعددية والتنوع والتسامح والحفاظ على الكرامة بما يغلب فكرة علوية الحق. وهو ما يبرر تناول شرط الضرورة مع الهدف المشروع الذي حدّده الفصل 49.⁹⁴

تعرضت المحكمة الإدارية بمختلف هيئاتها القضائية والاستشارية لهذا الشرط الذي أوجبت أن يكون الهدف من كلّ حدّ لممارسة الحقوق أو الحريات أحد الأهداف المبيّنة أعلاه، على أنّه عادة ما تستعمل المحكمة عبارة "المصلحة العامة" أو "النفع العام" بالنسبة إلى المرافق العمومية و"النظام العام" بالنسبة إلى الضبط الإداري. وفي حالات أخرى، تتولى المحكمة التذكير بمقتضيات الفصل 49 من الدستور خاصة في النزاع الانتخابي دون أن تبيّن بدقّة أيّ الأهداف المبيّنة بالفصل 49 هو المعني. لذا يتّجه تناول المسألة بأكثر تدقيق في الأحكام بتحديد الهدف المعني بالقيد أو المنع، على أنّ المحكمة في بعض الحالات تبيّن الهدف من المنع بكلّ دقة خاصة في مسألة الحصول على الوثائق الإدارية⁹⁵. وسيتمّ بيان كيف تناولت المحكمة الهدف من الصّورة في المادة الاستشارية (الفقرة الأولى)، وفي مادّة النزاعات الإدارية (الفقرة الثانية) وفي النزاعات الانتخابية (الفقرة الثالثة).

الفرع الأوّل - في المادة الاستشارية

بيّنت المحكمة بكلّ وضوح هذا الشرط⁹⁶ واعتبرت أنّه:

لتكون قرارات هدم البناءات المتداعية للسقوط الصّادرة عن رئيس البلدية في إطار ممارسته لصلاحيات الضبط الإداري شرعية، يجب توفّر شروط معينة يمكن إجمالها فيما يلي:

- وجود خطر جسيم يهدّد النظام العام،
- تعذّر دفع هذا الخطر بالوسائل العادية،
- أن يكون هدف الإدارة من تصرفها تحقيق الصالح العام،
- أن تكون صيغة التدخل... متلائمة مع درجة المساس بالنظام العام.⁹⁷

94 قد توجي صياغة الفصل 49 بخلاف ذلك، لكنّ تصوّر الأمل لربط الهدف بالضرورة عند صياغة الفصل 49 كان كالتالي: "ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة في دولة مدنية ديمقراطية."

95 القرار الصادر عن رئيس الدائرة الابتدائية المكلف بالاستمرار في القضية عدد 713307 بتاريخ 09 سبتمبر/أيلول 2016 والذي تضمن أنه "تعتبر الشفافية والمساواة وتكافؤ الفرص من أوكذ موجبات الامتحانات والناظرات، وهو ما يتّول لكل المشاركين فيها العلم بجميع مراحلها والاطلاع على كلّ وثائقها ما عدا ما نصّ القانون على صبغته السريّة أو كان له مساس بالمعطيات الشخصية وحقوق الملكية الفكرية والأدبية للغير على معنى أحكام الفصل 16 من المرسوم عدد 41 لسنة 2011."

96 الرأي عدد 447 الصادر بتاريخ 28 جويلية/تموز 2010 المتعلق بالبناءات المتداعية للسقوط.

97 مجموعة قرارات فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2010، مرجع مذكور أعلاه ص 1197 وما بعده.

من خلال الحيثية المذكورة، يتبين أنّ المحكمة أكّدت بصورة ضمنية على شرط الضرورة وأقرت أنّه لا يمكن لرئيس البلدية المختص اتخاذ قرار يهدم بناية متداعية للسقوط ما لم يكن ذلك الإجراء ضروريا ومبررا بوجود خطر جسيم يهدد النظام العام. لذلك يتجه عند التعرض لشرط الضرورة تناوله بصورة صريحة لا بصورة ضمنية ثم توضيحه وربطه أكثر بمقتضيات الدولة المدنية الديمقراطية على نحو ما تضمّن الفصل 49 من الدستور.

الفرع الثاني - في مادة النزاعات الإدارية

توفّر لنا هذه المادة فقه قضاء ثري للتثبت من هذا الشرط، وتعمل المحكمة عادة كلّ الصلاحيات المخوّلة لها في التحقيق للتثبت من الهدف الحقيقي للحدّ من ممارسة الحقّ أو الحرية، وهي تعتمد في ذلك جملة القرائن والمؤشرات كالوقائع والأعمال القانونية والقرارات المترابطة والمتواترة زمنيا للتثبت من عدم زيف الإدارة عن شرعية الهدف من الحدّ من الحرية.

وفي هذه الحالة، تراقب مدى انحراف الإدارة بسلطتها أو بالإجراءات وذلك بسلوكها إجراء معيّنا في وضعية محدّدة قصد تحقيق هدف من أهداف المصلحة العامة في حين كان عليها اتباع إجراء مغاير وضعه المشرّع لمثل تلك الحالة وهو ما يعني انحرافها بالإجراءات. لذلك يقوم التثبت من الضرورة أساسا على التثبت من انحراف الإدارة بالسلطة أو بالإجراءات⁹⁸ لتحقيق هدف غير الأهداف المبينة بالفصل 49، وهو ما يبيّنه المحكمة في مختلف مواد النزاعات الإدارية التي تعهّدت بها.⁹⁹

ما تجدر ملاحظته في هذا المجال أيضا أن المحكمة، ولمزيد تكريس مبدأ الحرية، حمّلت الإدارة عبء إثبات أنّ الإجراء الصادر عنها والمقيّد للحرية أو الحقّ كان هدفه حماية النظام أو أحد الأهداف المنصوص عليها بالفصل 49 من الدستور، وهو ما أكّده في فقه قضائها المتواتر، من ذلك قرار توقيف التنفيذ الصادر في القضية عدد 419966 بتاريخ 15 جويلية/ تموز 2016 الذي اعتبرت فيه المحكمة عبء إثبات أنّ سفر العارض من شأنه النيل من النظام والأمن العامين ومن سمعة البلاد التونسية محمول على الإدارة.¹⁰⁰

98 الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 137531 بتاريخ 14 أكتوبر/ تشرين الأول 2016 الذي أكّدت فيه المحكمة أنّ "الانحراف بالسلطة عيب يصيب المقرّر الإداري. ويتمثل في مبادرة السلطة الإدارية قصديا باستخدام السلطات الراجعة لها قانونا في سبيل خدمة هدف غريب عن الهدف الذي وقع من أجله منحها تلك السلطات، ويتجسّم في مجموعة مؤشرات كالوقائع والأعمال القانونية والقرارات المترابطة والمتواترة زمنيا والتي من شأنها الدلالة على الانحراف. كما استقرّ فقه قضاء هذه المحكمة على تعريف الانحراف بالإجراءات على أنّه لجوء السلطة الإدارية إلى إجراء معيّن في وضعية محدّدة قصد تحقيق هدف من أهداف المصلحة العامة في حين كان عليها اتباع إجراء مغاير وضعه المشرّع لمثل تلك الحالة.

99 القرار التعقيبي الصادر في القضية عدد 313937 بتاريخ 25 جانفي/ كانون الثاني 2016 والذي بينت فيه المحكمة "أنّ المصلحة العامة التي يرمى تحقيقها من انتزاع العقار بسبب طبيعته الأثرية تتمثل في حماية ذلك العقار والمحافظة على قيمته التاريخية والفنية، وهو ما يفترض الاحتفاظ به واستمرار المصالح الفنيّة المختصة في المجال الأثري في الحفاظ عليه محافظة فعلية برعايته وصيانته حتّى يكون مرجعا للدارسين والباحثين وقبله للزوّار والسياح، وأنّ إقرار جهة الإدارة بنفسها بإخراج العقار موضوع النزاع من الملك العمومي الأثري والتفويت فيه إلى الخواص ينهض دليلا على الانحراف بإجراءات الانتزاع لتحقيق منافع خاصة لبعض الأشخاص".

100 القرار الصادر في القضية عدد 4100346 بتاريخ 22 ديسمبر/ كانون الأول 2016.

في نفس التوجه، اعتبرت المحكمة أن إحجام الإدارة عن الإدلاء بما يثبت أن الإجراء الذي اتخذته كان يهدف حماية النظام العام، يجعل هدف حماية النظام العام منتفيا وبالتالي يكون القرار غير شرعي، حيث أكدت أن "عدم إدلاء وزارة الداخلية بما يرجح فرضية أن يتسبب عقد مؤتمر الخلافة السنوي لحزب التحرير تونس بقصر المؤتمرات بالعاصمة يوم السبت 4 جوان/ حزيران 2016 في إخلال بالنظام أو بالأمن العام من شأنه أن يجعل من الأسباب التي استند إليها مطلب توقيف التنفيذ جدية في ظاهرها خاصة وأن منظمي المؤتمر التزموا باحترام القوانين والتراتيب الجاري بها العمل فيما يتعلق بموضوع النشاط والتوقيت والمكان المحددين له وبالإشراف على حسن التنظيم والتأطير وتكليف عناصر بذلك، وتعهدوا بعدم التجمهر أو الخروج في شكل مجموعات بالطريق العام قبل وبعد الندوة وتحملهم المسؤولية في صورة مخالفة ذلك، بالإضافة إلى تنصيب الفصل 6 من القانون عدد 4 لسنة 1969 على إمكانية إعلان السلط الأمنية عن توقيف الاجتماع في صورة حصول تشاجر أو اعتداء بالعنف".¹⁰¹

إن إلزام السلط العمومية بإقامة الدليل على أن القيد يرمي إلى تحقيق أحد الأهداف المنصوص عليها بالفصل 49 من الدستور ينتزل في إطار الرقابة المعمقة التي يفرضها مبدأ التناسب على أعمال السلطة التنفيذية، ضرورة أن رقابة القاضي لا تقتصر على التثبت من مضمون القرار بل تمتد إلى التثبت من حقيقة الأهداف التي تروم الإدارة حمايتها بموجب القيد.

الفرع الثالث - في النزاعات الانتخابية

اعتمدت المحكمة نفس التمشي، إذ سلّطت رقابتها على مدى توافق الهدف من التضييق في الترشح للانتخابات الرئاسية أو التشريعية أو البلدية مع أحد الأهداف المضمنة بالفصل 49 من الدستور.

اعتبرت المحكمة أنه "لئن كان الأصل في ممارسة الحق في الترشح هو الحرية وأن التضييق منها هو الاستثناء¹⁰²، وأن المشرع ومن بعده الهيئة العليا المستقلة للانتخابات بما لها من سلطة ترتيبية، يخضعان إلى رقابة قضائية تمتد إلى حد التثبت من مدى تناسب التدابير التي تحدّ من حرية ممارسة حق الترشح مع الظروف التي حفّت باتخاذها والأهداف التي ترمي إلى تحقيقها.

وحيث أن شرط وجوب أن يكون المترشح مسجلا في الدائرة الانتخابية التي سيرشح بها يعدّ شرطا معقولا ولا يتعارض ومقتضيات الفصل 49 من الدستور، طالما أنه يهدف إلى تنظيم الترشحات وضمان جدّيتها وحسن سير العملية الانتخابية بالشكل الذي يجعل من المترشح لهذه المسؤولية المحلية عالما بمتطلبات وتطلعات مواطني الدائرة المترشح بها. وانتهت إلى أن التضييق على حق الترشح للانتخابات

101 القرار الصادر في القضية عدد 419919 بتاريخ 3 جوان/ حزيران 2016.

102 نفس الملاحظة تمت الإشارة إليها أعلاه، ويتجه التذكير أيضا في مادة النزاعات الانتخابية أن الأمر لا يتعلق باستثناء، وإنما يتعلق بقيود تطرأ على ممارسة الحقوق والحريات ويهدف إلى ضمان تعايش أمثل للحقوق المتنافرة، وأن تقدير مشروعيتها يتم بناء على الصبغة العقلنة للقيد بالنظر إلى الهدف وتقدير حجم الأعباء المترتبة عن ذلك القيد بما يضمن عقلنة تدخل السلط العمومية وليس بالاستناد إلى مفاهيم فضفاضة تحول دون إعمالها وتكريس التعايش الأمثل بين الحقوق في دولة مدنية ديمقراطية.

البلدية باشتراط أن يكون المترشح مسجلا في الدائرة الانتخابية التي سيرشح بها " لا ينال من جوهر الحق في الترشح المنصوص عليه بالفصل 34 من الدستور، ولا يخلّ بمبدأ التناسب مع موجبات ضمان أسس الدولة المدنية الديمقراطية من جهة، ومتطلبات حماية حقوق الغير ومراعاة مقتضيات النظام العام من جهة أخرى".¹⁰³

إن رقابة القاضي على مدى توفر شرط الصّورة المنصوص عليه بالفصل 49 من الدستور كيفما ذكر أعلاه لا تقتصر على التثبت من مدى توفر خدمة الإجراء التقييدي لأحد الأهداف المبينة بالفصل 49 من الدستور وإنما تستوجب قيام القاضي بالتثبت من أنّ الإجراء كان ضروريا، وهي رقابة معمّقة تصل إلى الملاءمات المتروكة للإدارة وتبحث في مدى نجاعة الإجراء المتخذ ومن خلاله مدى نجاعة تدخل السلطة العمومية المعنية.

القسم الرابع - كيف يتثبت القاضي من شرط التناسب؟

بعد تأكد القاضي من عدم تعارض العمل الصادر عن سلطة إدارية مع حقّ من الحقوق أو حرية من الحريات طبقا للمراحل المبينة أعلاه، فإنّه سيكون أمام اختبار آخر يتمثل في التثبت إن كان لذلك الحدّ ما يبرره وهو ما يجعله يُعمل اختبار التناسب الذي يشكّل منهجية قضائية ابتدعها فقه القضاء الألماني. ويجمع الفقهاء اليوم أنّ اختبار التناسب يُعدّ آلية وتقنية لحماية الحقوق والحريات¹⁰⁴، وهو اختبار ثلاثي الأبعاد، وحسب عبارة الفقيه "BRAIBANT" يعني مبدأ التناسب:

"un rapport de juste proportion entre la situation, la finalité et la décision"¹⁰⁵

ويقوم اختبار التناسب اليوم¹⁰⁶ على ثلاث مراحل أو خطوات¹⁰⁷ هي الآتية:

103 الحكم الابتدائي عدد 15201810 بتاريخ 16 مارس/ آذار 2018، وهو تكريس لفقه قضاء مستقر في هذا المجال وطبقته المحكمة في عدّة أحكام سواء تعلق الأمر بالانتخابات الرئاسية أو التشريعية أو البلدية، يراجع أيضا القرار الصادر في القضية عدد 419919 بتاريخ 3 جوان/ حزيران 2016.

104 Le contrôle de proportionnalité est assurément en lui-même une technique de protection des libertés publiques quel que soit le contentieux considéré, constitutionnel ou administratif.

Valérie Goesel-Le Bihan «Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques?», Jus Politicum, n°7. [http://juspoliticum.com/article/Le-contrôle-de-proportionnalite-exerce-par-le-Conseil-constitutionnel-technique-de-protection-des-libertes-publiques-456.html] Voir aussi Grégory KALFLECHE, Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives, Petites Affiches, n°46 spécial, 5 mars 2009 pp 46-53.

G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public, L.G.D.J., Paris, 1974, t. 1, pp. 297-306, spéc. p. 298.

106 حول هذه المسألة والفرق بين النموذج التقليدي والنموذج العصري، يراجع خالد الماجري، المرجع المذكور أعلاه ص 96 وما بعدها.

107 Le contenu du principe de proportionnalité correspond à une conception des rapports entre l'individu et la puissance publique. L'hétérogénéité du principe de proportionnalité le présente sous des formes différentes, mais il est défini généralement par la doctrine comme l'exigence d'un rapport, d'une adéquation et d'un équilibre entre les moyens employés par l'Administration et le but quelle vise. Mais ces deux éléments ne suffiraient pas

أولاً- الملاءمة: تتمثل هذه المرحلة في قياس الملاءمة، وتجب هذه الخطوة عن السؤال التالي:

هل يوجد رابط عقلاي بين الإجراء والهدف، أي هل أن الإجراء التقييدي ملائم لتحقيق الهدف من القانون أو الإجراء المعني؟

وليكون الإجراء ملائماً للهدف من اتخاذه، يجب أن يكون قادراً على تحقيق الهدف المشروع منه وهو أمر مستقر عليه في فقه القضاء، من ذلك ما أكدته محكمة العدل الأوروبية في فقه قضائها المتواتر.

ثانياً- الضرورة: تتمثل هذه المرحلة في قياس الضرورة، وهي تجيب عن السؤال التالي:

هل أن القيد المتخذ ضروري لتحقيق الهدف أو الغرض من القانون أو الإجراء المعني؟ وتعني أنه لم يكن بوسع السلطة المتخذة للإجراء اتخاذ إجراء آخر لتحقيق الهدف المنشود يكون أقل تقييداً للحق أو الحرية، أو بمعنى آخر هل هو الإجراء الأقل تقييداً؟

ثالثاً- التناسب في مفهومه الضيق: يتمثل في قياس الموازنة بحسب الحالة أو التناسب في معناه الضيق، وتجب هذه المرحلة عن السؤال التالي:

هل أن للإجراء المتخذ تأثير مفرط على المصالح المحمية لصاحب الحق؟

ويعني أن الإجراء الملائم والضروري يجب أن يرتب أقل ضرر ممكن على صاحب الحق بالنظر إلى الهدف المراد تحقيقه¹⁰⁸ وهو يرتكز أساساً على إجراء موازنة بين مزايا القيد لتحقيق الهدف والأعباء التي تلحق الحق المشمول بذلك القيد. فإذا اختلف التوازن، فإن ذلك يحول دون تبرير وجهة إقرار ذلك القيد ويحول دون ممارسة الحقوق وتعايشها في دولة ديمقراطية.

pour une définition complète, il faudrait y ajouter aussi la situation de fait à laquelle s'applique la décision administrative. Le principe comporte trois exigences en son contenu; une certaine aptitude, une nécessité et un rapport de proportion stricto sensu dans chaque cas où le juge a recours au principe. Il doit s'établir un rapport de juste proportion entre la situation, la finalité et la décision. L'application du principe consiste en effet de contrôler l'administration dans ses relations avec les administrés afin de trouver un rapport raisonnable entre les mesures prévues, le but poursuivi et le but poursuivi et la situation de fait, dans son fonctionnement", ArÇ. Gör. A. ZiyaÇALI"KAN, le juge administratif français et le principe de proportionnalité. Voir aussi Fromont, M. « Le Principe de Proportionnalité », AJDA, 20 juin 1995, n° spécial, p. 158.

Dans la réalité des choses, il y a toutefois accord sur les points suivants : 1) La mesure en cause n'est appropriée¹⁰⁸ que si elle est de nature à atteindre à coup sûr le résultat recherché ; 2) La mesure appropriée n'est nécessaire que si d'autres moyens appropriés affectant de façon moins préjudiciable la personne concernée et la collectivité ne sont pas à la disposition de l'autorité ; 3) La mesure nécessaire ne présente un caractère de proportionnalité au sens étroit que si elle est hors de proportion avec le résultat recherché [...] Le principe de proportionnalité au sens large découle du principe de l'État de droit et doit toujours être respecté" Nathalie Belley, L'émergence d'un principe de proportionnalité, Les Cahiers de droit, Volume 38, numéro 2, 1997, P, 245-313.

هذا المستوى من الاختبار يفضي إلى تقدير أهمية ووزن الحقوق المعنية بالإجراء التقييدي مقارنة ببقية الحقوق أو الأهداف المشروعة التي تمّ من أجلها إقرار ووضع القيد.

ولئن لم يقرّ فقهاء القضاء مبدأ التناسب بمختلف مكوناته بصورة واضحة وجلية على نحو ما بيناه أعلاه، فإن قرار توقيف التنفيذ الصادر في القضيتين عدد 4105408 و4105496 بتاريخ 12 جانفي 2021 تعرض بصورة واضحة لالبس فيها إلى كافة مراحل اختبار التناسب كما بيّن مضمونها على نحو التصور المين أعلاه. وهو يعتبر قرارا بالغ الأهمية يعكس تطور فقهاء المحكمة الإدارية في مجال الرقابة على حدود ممارسة الحقوق والحريات الأساسية، كما يتميز القرار المذكور عند تعرضه لمكونات اختبار التناسب بالدقة والوضوح بما يؤهله ليكون نموذجا مثاليا لتطبيق اختبار التناسب ويتجه الاستئناس به.

"فإن كان لا بدّ من وضع قيود على حقوق وحريات أساسية فيجب أن يكون القيد قادرا على تحقيق الهدف (شرط الملاءمة) وأن يكون الأقلّ حدة وشدّة على الحق (شرط الضرورة) وأن لا تتجاوز آثاره النتائج المرجوة من وراء فرضه. (شرط التناسب في مفهومه الضيق)".

أيضا من الأمثلة الجيدة التي تعرضت إلى كافة مكونات التناسب ما تضمنه الإذن الاستعجالي الصادر في القضية عدد 714474 بتاريخ 11 جويلية 2020 السابق الإشارة إليه طبق ما هو مبين بالمؤطر أدناه:

"وحيث طالما أنّ الحدّ من حقوق الأفراد المتعلقة بالموت والدفن بتجبر استعادة الجثامين من الخارج هو في الوقت الراهن إجراء ضروري محدد في الزمن وملائم لمقتضيات الضرورة التي فرضته وينتهي مفعوله بانتهانها بما لا ينال من هذه الحقوق بل يحد منها وقتيا ويؤجل ممارستها إلى حين انتفاء أسبابها فإنه لا يفقد حق أهالي الموتى في طلب العود بجثامين أقاربهم في وقت لاحق ودفنها في وطنهم عندما تزول أسباب ذلك المتع".

إلا أنّ هذه الحيشية تستوجب بعض الملاحظات المنهجية تتمثل في ما يلي:
أولا: كان يستحسن التعرض إلى شرط الملاءمة قبل التعرض لشرط الضرورة.
ثانيا: كان يستحسن الفصل الواضح بين شرط الضرورة وشرط الملاءمة.
ثالثا: لئن تعرض الحكم إلى شرط التناسب في مفهومه الضيق فإنه لم يذكره صراحة لذا كان يستحسن الإشارة إلى ذلك صراحة.

وهذه المكونات والمراحل هي ذاتها التي يعتمدها فقهاء القضاء المقارن، من ذلك ما أكدته محكمة العدل الأوروبية في فقهاء قضائها المتواتر على غرار المقتطف من أحد أحكامها بالمؤطر أدناه.

À cet égard, il convient de rappeler que le principe de proportionnalité exige, selon une jurisprudence constante de la Cour, que les actes des institutions de l'Union soient aptes à réaliser les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause et ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation de ces objectifs¹⁰⁹.



ومن بين الأمثلة الجيدة التي يمكن الاستئناس بها لإعمال اختبار التناسب في مختلف مراحلها، ما انتهت إليه المحكمة الدستورية الإسبانية في قرارها المبدئي عدد 2000/186 بتاريخ 10 جويلية/ تموز 2000 المتعلق بتركيز كاميرات مراقبة بمراكز العمل ومدى مخالفتها لأحكام الفقرة الأولى من الفصل 18 من الدستور والذي انتهت فيه المحكمة إلى أنّ إجراء تركيز كاميرات مراقبة لا ينال من حق العملة في الخصوصية الشخصية المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل 18 من الدستور طبقاً للتمشي والتحليل المبين بالمؤطر أدناه:

مقتطف من قرار المحكمة الدستورية الإسبانية عدد 2000/186 بتاريخ 10 جويلية/تموز 2000



تمثل وقائع القضية في أنّ أحد أرباب العمل لاحظ نقصاً فادحاً في عائدات مغازته، فركّز كاميرات مراقبة في الجناح المخصص للملابس والأحذية وكاميرات مراقبة "للخزينة" (caisse).

وقد اعتبرت المحكمة أنّ "تركيز كاميرات المراقبة يجب أن يستوفي ثلاثة شروط هي الآتية: أولاً: يجب أن يكون الإجراء متلائماً مع الهدف الذي يرمي إلى تحقيقه والذي يجب أن يكون مشروعاً. ثانياً: يجب أن يكون الإجراء ضرورياً لتحقيق الهدف. ثالثاً: التناسب بين الهدف الذي يرمي إليه والحق المحمي.

وانتهت المحكمة إلى أنّ "تركيز كاميرات خاصة يعتبر إجراء مبرّراً باعتبار أنّ صاحب المغازة كانت له شكوك مشروعة بخصوص تصرفات العملة المشرفين على الخزينة. كما أنّ الإجراء كان متلائماً مع هدف المؤسسة في التثبت من مصدر الإخلالات الذي كان سبباً في تراجع العائدات المالية للمغازة ليتمكن من مؤاخذتهم تأديبياً عند الاقتضاء. كما أنّ الإجراء كان ضرورياً باعتبار أنّ تسجيلات كاميرات المراقبة تمكّن من إثبات الإخلالات والاختلاسات المالية إن وجدت. كما أنّ الإجراء يستوفي شرط التناسب بين الأهداف التي يرمي إليها وحق العملة في خصوصية ذاتية في العمل باعتبار أنّ كاميرات المراقبة كانت موجهة فقط إلى خزائن خلاص المشتريات ولفترة زمنية محددة"¹¹⁰.

C.J.U.E, affaires jointes n° C 293/12 et C 594/12 op.cit

109

Voir dans le même sens, C.E.D.H, Affaire Lopez Ribalda et autres C. Espagne (Requêtes nos 1874/13 et 110 8567/13), 17 Octobre 2019.

الفرع الأول - كيف يتثبت القاضي من أن الإجراء التقييدي ملائم لتحقيق الهدف من الإجراء؟

تعتبر هذه الخطوة الأولى في اختبار التناسب. وبطبيعة الحال، فإن إعمال هذه المرحلة يفترض أن القاضي قد وصف الإجراء والغاية منه، ثم كيفه على أنه تحديد وقيود على ممارسة الحق أو الحرية المعنية وفق ما هو مبين أعلاه¹¹¹. ويجري القاضي الإداري هذه المرحلة من الاختبار سواء بمناسبة تعهده بالمادة الاستشارية أو بالنزاعات الإدارية أو بالنزاعات الانتخابية.

الفقرة الأولى - في النزاعات الإدارية

يتولى القاضي بمناسبة تعهده بالنزاعات الإدارية التثبت من أن الإجراء الذي اتخذته الإدارة ملائم للهدف الذي يرمي إلى تحقيقه، ويجب أن لا يخرج الهدف عن إطار الأهداف المحددة بالفصل 49 من الدستور¹¹²، وهي حماية حقوق الغير أو الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة، وهو ما استقر عليه فقه قضاء المحكمة الإدارية، حيث بينت في أحد أحكامها المذكورة أعلاه¹¹³ ما يلي:

"وحيث أن ضمان هذا الحق الدستوري يوجب تكريس حق المدعية في الترسيم بالسنة الثانية من الماجستير في القانون ولا يمكن، استثناء، حرمانها منه إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية أو بهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة"¹¹⁴.

ويعدّ هذا الحكم تأكيداً لموقف مستقر في فقه قضاء المحكمة الإدارية، إذ أكدت المحكمة في قضية أخرى ما يلي:

"وحيث إن ممارسة الإدارة لنشاط الضبط الإداري يخضع إلى مجموعة من الضوابط التي استقر عليها فقه القضاء الإداري والتي تقتضي ضرورة تقييد الإدارة بالقواعد التشريعية المنظمة للحقوق والحريات والآخذ منها إلا في حدود ضيقة تبررها مقتضيات النظام العام"¹¹⁵.

111 يراجع أعلاه المبحث الثالث من الجزء الثاني من هذا الدليل ص....

112 توجد أنظمة قانونية لا ينص فيها الدستور على الأغراض أو الأهداف من التحديد، ويتولى القاضي في هذه المرحلة التثبت من مدى شرعية أو مشروعية الهدف، حول هذه المسألة يراجع خالد الماجري، مرجع مذكور أعلاه ص 100 وما بعدها. في كل الأحوال سواء تم التنصيص أو لم يتم التنصيص على ذلك الهدف في النص الدستوري، فإن القاضي يتثبت في كل الأحوال من شرعية الهدف. ولا يجب أيضاً أن ننسى أننا في إطار التضييق من ممارسة حق أو حرية وبالتالي يجب أن لا يخرج الإجراء المتخذ عن دائرة الأهداف المحددة بالدستور والتي تشكل بذاتها حدًا للحد من ممارسة الحقوق والحريات.

113 القضية عدد 154505 بتاريخ 22 جانفي/ كانون الثاني 2019.

114 في هذه الحالة وفي أغلب فقه قضاء المحكمة بعد دستور سنة 2014، أصبحت المحكمة تطبق الفصل 49 مباشرة وتستند إلى الأهداف المحددة به، أمّا قبل ذلك وخاصة في مادة الضبط الإداري، فقد كانت تستند إلى النظام العام بمختلف مكوناته كهدف للتدخل أو الإجراء وهو ما بينه فقه قضاء المحكمة على غرار الحكم المبين بالهامش أدناه.

115 القضية عدد 10722 بتاريخ 7 جويلية/ تموز 2010.

وبالتالي فإنّ القاضي يتثبت، حسب الحال،¹¹⁶ من أنّ القانون أو الإجراء مبرر بشكل ملموس لمنفعة عامة وحقيقية.¹¹⁷

على القاضي أن يتقيد في هذه الحالة بالأهداف المحددة بالفصل 49 من الدستور حتى وإن استعمل عبارات لم ترد بالفصل المذكور على غرار "مصلحة عامة" و"منفعة عامة" و"الصالح العام"، وهي عبارات كان يستعملها القاضي في ظل دستور سنة 1959 لكنها في ذهنه لا تخرج عن الأهداف المبينة بالفصل 49. لذا يتجه درء لكل لبس اعتماد العبارات الواردة بالفصل 49 للتعبير عن الأهداف من تقييد الحقوق أو الحريات.

في المرحلة الثانية، يتثبت القاضي من وجود رابطة وصلة منطقية بين إجراء التقييد والهدف الذي يرمي إليه الإجراء. في هذه الحالة ستكون رقابة القاضي الإداري موجهة بالخصوص إلى السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة، وتكون تبعا لذلك الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على الملاءمة رقابة دنيا في حدود ما يشوب الإجراء المتخذ من خطأ بيّن في تطبيق القانون أو في التقدير أو الانحراف بالسلطة أو تحريف الواقع.¹¹⁸

كما أنّه من الوجيه التأكيد في هذا المجال أنّ رقابة القاضي على الإجراء في هذه الحالة تنصبّ فقط على الشرعية الداخلية للإجراء دون الشرعية الخارجية له.

وقد وجد إعمال المحكمة رقابتها على الملاءمة تطبيقات مختلفة حسب المادّة المعنية. ولئن اشتركت كافة المواد في المراحل المنهجية للتثبت من مدى ملاءمة الإجراء للهدف منه، فإنّ التقدير يكون نسبيا مختلفا حسب المادة وطبيعة الحق.

- 1- في مادّة الضبط الإداري: وهي المادّة التي أعمل فيها القاضي الإداري بوضوح وامتياز مبدأ التلاؤم لشديد ارتباط المادة بالحقوق والحريات، فقد أكد القاضي الإداري في عدّة مناسبات تتعلق برقابته على قيس الملاءمة على مايلي:

"وحيث يكون تدخّل الوالي مشروطا بشبوت وجود خطر جدّي يهدّد النظام العام ومقيّدا باحترام الضوابط الهادفة إلى حماية الحقوق والحريات بما لا ينال من جوهرها وبما يضمن التناسب بين التدابير الضبطية المتخذة من جهة وطبيعة الخطر ودرجته من جهة أخرى، ويتعيّن عليه إثبات حالة الضرورة وملاءمة الوسائل الضبطية للخطر الذي يهدّد النظام العام"¹¹⁹.

116 المقصود هنا القاضي الدستوري الذي يارس رقابة على القانون أو القاضي الإداري الذي يارس بصورة مبدئية رقابة على أعمال السلط الإدارية.

117 وهو ما بينه أيضا فقه قضاء مجلس الدولة الفرنسي بمناسبة قضية ville nouvelle بتاريخ 28 ماي/ أيار 1971.

118 يراجع على سبيل الذكر لا الحصر الحكم الصادر في القضية عدد 1/16926 بتاريخ 1 جوان/ حزيران 2010، شركة أنرسبال تونس ضد المنووية الجمهورية للتنمية الفلاحية بتابل، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2010 ص 586.

119 قرار في مادة توقيف تنفيذ عدد 09200012 بتاريخ 05 نوفمبر/ تشرين الثاني 2018، "وحيث كفّل الدستور صلب فصله 31 ممارسة حرية الفكر والتعبير والإعلام والنشر ومنع ممارسة رقابة مسبقة على هذه الحريات، كما ضمن الفصل 42 الحق في الثقافة وحرية الإبداع، ونصّ على أنّه: "تشجع الدولة الإبداع الثقافي وتدعم الثقافة الوطنية في تأصلها وتنوعها وتجديدها، بما يكرّس قيم التسامح ونبذ العنف والانفتاح على مختلف الثقافات والحوار بين الحضارات". وأوكل الفصل 49 من الدستور إلى القانون مهمة تحديد الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات وممارستها بما لا ينال من

ويتبين من الحيثية المذكورة أن المحكمة راقبت في نفس الوقت أن الإجراء الذي اتخذته الإدارة ملائم للهدف الذي يرمي إلى تحقيقه ثم في مرحلة ثانية تولت التثبيت من وجود رابطة وصلة منطقية بين إجراء التقييد والهدف الذي يرمي إليه طبقاً للمنهجية المبينة أعلاه.

وفي التطبيقات المختلفة للتلاؤم، اعتبرت المحكمة أن التلاؤم في مادة الضبط الإداري لا يكون متوفراً متى كان الإجراء عاماً. ففي عدة أحكام، اعتبرت المحكمة أنه متى لجأت الإدارة إلى إجراءات عامة في مادة الضبط الإداري، فإن تلك الإجراءات تكون غير متلائمة مع الهدف الذي اتخذت من أجله، وهو موقف استقر عليه فقه قضاء المحكمة الإدارية، من ذلك القرار الصادر في القضية عدد 451 بتاريخ 15 فيفري/ شباط 1981 المشار إليه أعلاه¹²⁰ الذي أقر صراحة أنه "وحيث أن الصبغة العامة التي يكتسبها القرار المتقدم بدون أي سبب شرعي تجعله يمسّ بمبدأ حرية التجارة والصناعة"¹²¹.

• 2- في خصوص الحق في التعليم: تثبتت المحكمة من مدى احترام الإدارة لشرط ملاءمة العقوبة التي سلطتها الإدارة على تلميذة نسب لها محاولة العش في الامتحان على النحو التالي:

"وحيث أن حرمان المدّعية من الترسيم لمدة خمس سنوات ورفتها من جميع المؤسسات التعليمية العمومية من أجل محاولة الغش المتمثلة في الاحتفاظ بالهاتف الجوّال داخل قاعة الإمتحان لا يتلاءم مع درجة خطورة الخطأ المرتكب وسنّ المدّعية وحاجتها الماسّة إلى مواصلة دراستها"¹²².

ما يمكن ملاحظته في هذه الحالة وفي الحق في التعليم، وعلى خلاف ما بيّناه في مادة الضبط الإداري وما سترناه في النزاعات الانتخابية، أن الهدف من الإجراء المقيّد للحق لا يظهر في الحيثيات بل هو هدف مفترض، وفي كلّ الأحوال لا يجب أن يخرج عن نطاق الأهداف المحددة حصراً بالفصل 49 من الدستور.

نفس الأمر عند التثبيت من مدى توفر شرط الملاءمة في المثال الأخير المبين أعلاه، كان يتجه تقديره بالنظر إلى الخطأ المرتكب من صاحب الحق الذي تمّ تقييده وربطه بالهدف من ذلك، ولا يجب أن يكون تقدير التلاؤم مبنيًا على سنّ المدّعية وحاجتها الماسّة إلى مواصلة دراستها وهو أمر يستحسن الانتباه له عند تناول كل عنصر من عناصر التناسب.

جوهرها وأضاف أنه: "لا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية ويهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتكتفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك".

120 القضية عدد 451 بتاريخ 15 فيفري/ شباط 1981 المذكورة أعلاه.

121 وهو موقف مستقر عليه في فقه قضاء المحكمة الذي أكدته في القرار الصادر في مادة توقيف التنفيذ عدد 09200012 بتاريخ 05 نوفمبر/ تشرين الثاني 2018 سابق الذكر، والذي أكدت فيه المحكمة أن رقابة القاضي تمتد في مادة الضبط الإداري إلى حدّ التثبيت من مدى تناسب التدابير المتخذة مع الظروف التي حفت بها والأهداف التي ترمي إلى تحقيقها، وتكون تبعاً لذلك إجراءات المنع العامة والمطلقة غير شرعية متى ثبت أنها كانت غير متلائمة مع مقتضيات الحفاظ على النظام العام ومن شأنها النيل من جوهر الحريات أو الحقوق.

122 الحكم الابتدائي عدد 156562 بتاريخ 15 جويلية/ تموز 2019 المشار إليه أعلاه.

ويمكن القول أن الحكم كان في طريقه في النتيجة التي توصل إليها لكنه لم يصب في الأساس الذي بُني عليه، ذلك أن الأمر في الحثيثة المبينة أعلاه لا يتعلق بالملاءمة وإنما يتعلق بالتناسب في مفهومه الضيق باعتبار أن العقوبة المسلطة على المعنية بالأمر ألحقت بها ضررا جسيما غير متناسب مع الهدف المرجو حمايته.

لذلك يتجه تدقيق المصطلحات وربطها بمضامينها وذلك تحقيقا لنجاعة أكبر لرقابة المحكمة على الأعمال الإدارية. كما يتجه انطلاقا من المثال المبين أعلاه أن يوضح القاضي الهدف من القيد على الحق وأن يؤكد أن التقييد المذكور لم يكن يرمي إلى تحقيق أي هدف من الأهداف المبينة بالفصل 49 من الدستور.

• 3- في نزاعات الوظيفة العمومية: إن إعمال المحكمة لشرط التلاؤم يوفر لنا فقه قضاء ثري في هذا المجال، إذ دأبت المحكمة على قياس تلاؤم العقوبة المسلطة على العون بالنظر إلى الخطأ المسلكي المنسوب إلى العون المعاقب، وتعمل المحكمة عند إعمالها لشرط التلاؤم فقط قياس التلاؤم دون الوقوف على الهدف بجلاء، وهي تعتمد نفس التمشي المبين في الحق من التعليم ولا تعتمد نفس المقاربة والتمشي المعتمد في مادة الضبط الإداري. إذ تتولى المحكمة قياس درجة العقوبة المسلطة على العون العمومي ومدى ملاءمتها لردع الخطأ الذي ارتكبه العون وذلك بالثبوت في درجة معقولة العقوبة بالنظر إلى ظروف ارتكاب العون للفعل سند العقوبة ومدى وجود سوابق تأديبية للعون المعني، ويتم تقدير عنصر الملاءمة حالة بحالة وحسب ملاسبات كل قضية.

من الأمثلة الجيدة لإعمال شرط تلاؤم العقوبة مع الفعل المرتكب ما أقرته المحكمة في أحد الأحكام من أنه "يكون تقدير الإدارة للعقوبة مبنيا على استخلاص الأثر المنطقي للمخالفة المرتكبة دون أن يعتره أي تعسف أو غلو يعكس خروجاً عن الحدود المقبولة والمعقولة في الموازنة بين الخطأ والعقوبة، إذ من موجبات التقدير المعقول الوقوف على ظروف الواقعة سند التبع مع الرجوع إلى مسبباتها وإلى الملاسبات التي حفت بها مع مراعاة سائر العناصر المتألف منها ملف المعني بالقرار".¹²³

ما يمكن ملاحظته في الحكم المذكور وما استقر عليه فقه قضاء المحكمة أن التلاؤم بين الخطأ والعقوبة في مادة التأديب في الوظيفة العمومية يقوم أساسا على فكرة المعقولة التي تؤكد المحكمة أحيانا تصرحا وأحيانا تلميحا.

كذلك يتجه التذكير بأن الرقابة التي يجريها القاضي على شرط التلاؤم بين الخطأ والعقوبة هي رقابة دنيا طبق ما استقر عليه فقه قضاء المحكمة، وهو نفس الموقف الذي تبناه فقه قضاء مجلس

123 الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 129191 بتاريخ 30 ديسمبر/ كانون الأول 2014. وهو نفس الموقف الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي، ولمزيد التعمق في المسألة وموقف فقه قضاء مجلس، يراجع الهامش أدناه.

الدولة الفرنسي¹²⁴. فقد اعتبرت المحكمة في فقه قضائها المستقر أنه "تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في تسليط العقوبة التي تراها أكثر تلاؤماً مع الأفعال المقترفة من قبل أعوانها طالما كانت هذه الأفعال ثابتة في جانبهم، ولا يجوز للقاضي الإداري أن يمارس رقابته في خصوصها إلا إذا كان عدم التلاؤم بين الأفعال المرتكبة والعقاب المسلط واضحاً وبيدياً"¹²⁵.

وتتباين رقابة الملاءمة بين الخطأ والعقوبة في المجال التأديبي التي دأب القاضي الإداري على إعمالها مع رقابة التناسب، ضرورة أن الأولى تتوقف في حدود تأكد القاضي من عدم وجود خلل فادح في إعمال الإدارة لسلطتها التقديرية في تقدير الخطأ واختيار العقوبة الملائمة له، في حين أن إختبار التناسب ثلاثي الأبعاد يبحث -في طور أول- في مدى وجود رابطة عقلانية بين الإجراء (التأديبي في صورة الحال) والهدف المزمع حمايته (إستمرارية المرافق العمومية / حياديتها / حسن حوكمتها...) من خلال البحث في مدى قدرة الإجراء على تحقيق الهدف، وهي بالتالي رقابة على سلطة اتخاذ القرار. في حين يتم -في طور ثان- البحث في عدم وجود إجراء أقل حدة على حقوق العون العمومي المستهدف بالإجراء التأديبي (الحق في العمل / حرية التعبير / حرية الاجتماع...) وهي رقابة على سلطة إتخاذ القرار، ل يتم -في مرحلة ثالثة وأخيرة- التثبت في التناسب في معناه الضيق من خلال تقدير ما إذا كانت الأعباء التي لحقت بالعون محل التتبع التأديبي والمترتبة عن القيد متناسبة والمزايا والمنافع التي يمكن تحقيقها لحماية الهدف المشمول بالحماية. وحيث لا تعدو رقابة المواءمة سوى تقديراً لأهمية الهدف المزمع حمايته بالنظر إلى الأهمية الحقيقية والمادية للقيود الموظفة على الحق، بما يفتح نقاشاً بخصوص الأهداف والقيم التي يجب أن تسود وتكرس في دولة ديمقراطية وبخصوص أي نموذج لمجتمع ترغب المجموعة في تكريسه وضمانه.

الفقرة الثانية - في النزاعات الانتخابية

إنّ المنهجية التي يتبعها القاضي للتثبت من مدى توفر شرط ملاءمة القانون أو الإجراء الحاد من ممارسة الحق شبيهة بالمنهجية التي يعتمد عليها القاضي في مادة الضبط الإداري، إذ يتولى في مرحلة أولى التثبت في مدى توفر الهدف من الإجراء والذي يجب أن يكون مشروعاً ولا يخرج عن أحد الأهداف المحددة بالفصل 49 من الدستور على نحو ما بينته المحكمة في الحيثية بالمؤطر أدناه:

"وحيث أنّ شرط وجوب أن يكون المترشح مسجلاً في الدائرة الانتخابية التي سترشح بها يعدّ شرطاً معقولاً ولا يتعارض ومقتضيات الفصل 49 من الدستور، طالما أنّه يهدف إلى تنظيم الترشحات وضمان



Sur cette question, voir Chapus (R) Droit administratif général . tome 2, 15eme édition, Paris, 124 Monchrestien, 2014, p.P 340.

125 الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 124216 بتاريخ 17 مارس/ آذار 2014 والحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 128833 بتاريخ 31 ديسمبر/ كانون الأوّل 2014 والحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 123861 بتاريخ 15 ماي/ أيار 2014.

جديتها وحسن سير العملية الانتخابية بالشكل الذي يجعل من المترشح لهذه المسؤولية المحلية عالماً بمتطلبات وتطلعات مواطني الدائرة المترشح بها¹²⁶.

تستوجب هذه الحيثية بعض الملاحظات فيما يتعلق بالربط بين شرط التسجيل بالدائرة الانتخابية وضمان جدية الترشيحات، ذلك أنّ الأمر في القضية المذكورة يتعلق بانتخابات بلدية وإن شرط التسجيل بالدائرة الانتخابية يجب أن يفهم ويفسر بالنظر إلى خصوصية تلك الانتخابات الرامية إلى انتخاب ممثلين للسلط المحلية لإدارة الشأن المحلي بما يستدعي وجود رابطة فعلية بين المترشح والدائرة المترشح بها. فالهدف من ذلك الشرط إنما يتعلق بانتخاب ممثلين للمناطق صاحبة السلطة المحلية لتصريف شؤون محلية لضمان نجاعة الهيكل المعنية.

هذه الحيثية نجدها متواترة في النزاعات الانتخابية المتعلقة بالانتخابات التشريعية أو الرئاسية أو المحلية.

لذلك يتجه تقدير هذا الشرط والضوابط لممارسة حق الانتخاب حسب خصوصية كل انتخابات. فمبررات الضوابط التي تطرأ على الانتخابات الرئاسية تختلف عن مبررات الضوابط في الانتخابات التشريعية التي تختلف بدورها عن مبررات ضوابط الانتخابات البلدية.

يتثبت القاضي في المرحلة الثانية من وجود رابطة وصلة منطقية بين إجراء التقييد والهدف الذي يرمي إليه الإجراء. وفي هذا المجال تنصب الرقابة على ملاءمة الإجراء المتخذ مع الهدف الذي يرمي إليه.

ومن خلال فقه قضاء المحكمة في النزاعات الانتخابية، يتمّ التثبت من شرط الملاءمة من خلال بيان مدى معقولية الإجراء بالنظر إلى الأهداف التي يرمي إلى تحقيقها، وقد استخلصت المحكمة أنّ الإجراء متى كان معقولاً كان متلائماً مع الهدف منه. لذلك اعتبرت أنّ الشرط التشريعي المتمثل في أن يكون المترشح مسجلاً في الدائرة الانتخابية التي سيترشح بها يعتبر شرطاً معقولاً وبالتالي متلائماً مع الهدف منه.¹²⁷

وقد اعتمدت المحكمة نفس التمشي بمناسبة التثبت في مدى ملاءمة القيد التشريعي المتمثل في اشتراط تركية المترشح للانتخابات الرئاسية من قبل عشرة آلاف ناخب مع الهدف الذي يرمي إليه كما استنتجته القاضي والمتمثل في التأكيد على جدية الترشح وعلى أهمية المنصب المترشح له. وفي هذه القضية، اعتمدت المحكمة عبارة مختلفة عن المعقولة أو الملاءمة وهي عبارة "تعجيز" وأكدت ما يلي:

"وحيث وخلافاً لما تمسك به المدعي، فإنّ اشتراط تركية المترشح للانتخابات من قبل عشرة آلاف ناخب ليس أمراً تعجيزياً ولا يضيّق من حق الترشح المضمون بالدستور... بل إنّ الغاية من هذا الشرط هي التأكيد على جدية الترشح وعلى أهمية المنصب المترشح له. كما أنّ عدد المزيّن المطلوب مناسب ولا يؤدي إلى الإقصاء المتعمد لبعض الراغبين في الترشح باعتبار أنّ القاعدة الجمالية للناخبين المسجلين تفوق الخمسة ملايين ناخب"¹²⁸.

126 الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 15201810 بتاريخ 16 مارس/ آذار 2018 المشار إليها أعلاه.

127 نفس المرجع المذكور أعلاه.

128 الحكم الصادر في القضية عدد 201430006 بتاريخ 10 أكتوبر/ تشرين الأول 2104.

الفرع الثاني - كيف يتثبت القاضي من أن الإجراءات التقييدي ضروري لتحقيق الهدف والغاية من الإجراءات؟

أكدت المحكمة الدستورية الألمانية في أحد أحكامها أن الإجراءات المقيّد ممارسة حق أو حرية معيّنة " يكون ضروريا إذا لم يكن بوسع المشرع أن يختار وسيلة أخرى لها نفس الفاعلية وتنتهك الحقوق الأساسية بدرجة أقل أو لا تنتهكها على الإطلاق"¹²⁹ ويقوم هذا الشرط على فكرة التدرج في القيود على ممارسة الحقوق والحريات، أي إن الإجراءات يكون غير شرعي متى كان للإدارة إمكانية اتخاذ إجراء آخر أقل تضييقا للحرية مع تحقيق نفس الهدف، وهو تقريبا نفس ما انتهت إليه المحكمة الإدارية بمناسبة تعهدها سواء بالملفات الاستشارية أو النزاعات الإدارية أو النزاعات الانتخابية.

الفقرة الأولى - في الهادة الاستشارية

تعرضت المحكمة الإدارية بمناسبة مباشرتها لوظيفتها الاستشارية لهذا الشرط ضمن الرأي عدد 447 الصادر بتاريخ 28 جويلية/ تموز 2010 المتعلق بالبناءات المتداعية للسقوط،¹³⁰ حيث اعتبرت أنه يتمثل في "تعذر دفع هذا الخطر بالوسائل القانونية العادية". وأكدت أن سلامة قرارات هدم البناءات المتداعية للسقوط الصادرة عن رئيس البلدية في إطار ممارسته لصلاحيات الضبط الإداري ولتكون شرعية يجب توفر شروط معينة يمكن إجمالها فيما يلي:

- وجود خطر جسيم يهدد النظام العام،
- تعذر دفع هذا الخطر بالوسائل القانونية العادية،
- أن يكون هدف الإدارة من تصرفها تحقيق الصالح العام،
- أن تكون صبغة التدخل المعتمدة من إصلاح أو هدم أو إخلاء أو تدخل عقاري أو تدخل عاجل متلائمة مع درجة المساس بالنظام العام.

من خلال هذا الرأي، أكدت المحكمة أن من بين شروط شرعية القرارات الإدارية المتعلقة بهدم البناءات الآيلة للسقوط أن يكون الإجراءات ضروريا، وعبرت المحكمة عن هذا الشرط بعبارة "تعذر دفع هذا الخطر بالوسائل القانونية العادية".

وفي هذه الحالة، يتولّى القاضي من الناحية المنهجية الحلول محل الإدارة ليرى إن كانت توجد حلول أخرى أقل تقييدا للحق كان على الإدارة اتخاذها، أي هل كان للإدارة إمكانية اتخاذ إجراء آخر أقل تضييقا للحرية مع تحقيق نفس الهدف، ويكون هذا التمشي بمثابة توجيه أمر للإدارة باتخاذ إجراء آخر أقل تقييدا للحق ومحققا نفس النتيجة المرجوة من الهدف.

BVerfGE 90, 145,172 CANNABIS , Germany.9 mars 1994 .

129

130 مجموعة قرارات فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2010، المرجع المذكور مرجع مذكور أعلاه ص 1197 وما بعده.

اعتمدت المحكمة نفس التمشي بمناسبة الرأي الاستشاري حول إمكانية تنظيم النقاب داخل الحرم الجامعي¹³¹ والذي أكدت فيه "أنّ تدخّل العمداء ومديري مؤسسات التعليم العالي يجب أن يقتصر على اتخاذ التدابير العامة أو الفردية الضرورية لضمان حسن سير المرفق العمومي وتلافي ما من شأنه الإخلال بالنظام العام داخل فضاءاته ... (وأنّ) يقتصر على حظر تغطية الوجه بصفة كاملة أو جزئية داخل مكونات الفضاء الجامعي فحسب ودون أن يمتد إلى أي إجراء إضافي من شأنه المسّ من حرية المعتقد واللباس الرّاجعة لمستعملي المرفق العمومي".

الفقرة الثانية - في النزاعات الإدارية

على غرار القاضي الاستشاري، يتولى القاضي عند تعهده بالنزاعات الإدارية التثبيت من شرط الضرورة الداخلية كشرط من شروط اختبار التناسب وذلك بالخصوص في مادة الضبط الإداري وغيرها من مواد النزاعات الإدارية.

- في مادة الضبط الإداري: طبقا لفقهاء قضاء مستقر، دأبت المحكمة على التثبيت من أنّ الحدّ أو الإجراء كان ضروريا لتحقيق الهدف من التضييق والحد من ممارسة الحق أو الحرية، وأوجب أن يكون القرار "أقل صرامة" إذ بينت المحكمة ما يلي:

"ثبوت التهديد للنظام العام لا يمنح البلدية سلطات مطلقة لردّ الخطر وإنما يفرض عليها توخي التدرج في اتخاذ إجراءات الضبط الإداري وانتهاج إجراءات وقائية أقل صرامة من الغلق من شأنها أن تحقق نفس الأهداف مثل تجبير وقوف أو توقف الشاحنات أمام عقار المدعي أو تحديد وقت معين خلال اليوم أو يوم محدد من الأسبوع لوقوف الشاحنات أمام العقار أو في أقصى الحالات إلزام العارض بعدم استعمال الباب خلال أوقات معينة"¹³².

وهو نفس الأمر الذي اعتمده المحكمة في مادة الوظيفة العمومية وخاصة في خصوص نقلة القضاة طبق ما يبينه المثال أدناه:

مقتطف من الحكم الصادر في القضية عدد 138840 بتاريخ

10 ديسمبر/كانون الأوّل 2015

"نقلة المدعية من مركز عملها الأصلي إلى محكمة الاستئناف بتونس في رتبة قاضي من الرتبة الثالثة استجابة لما تقتضيه مصلحة العمل، يجب أن يكون مصحوبا بما يفيد حصول شغور في الرتبة المذكورة وثبوت عدم وجود راغبين في الالتحاق بمركز العمل المعني ودعوة القضاة المباشرين بأقرب دائرة قضائية

131 الاستشارة عدد 491/2011 المتعلقة برأي المحكمة الإدارية بشأن استشارة خاصة حول إمكانية تنظيم النقاب داخل الحرم الجامعي .

132 الحكم الصادر في القضية عدد 11049 بتاريخ 19 نوفمبر/ تشرين الثاني 2005.

مع اعتماد التناوب أو إجراء القرعة عند الاقتضاء، وهي من قبيل الإجراءات التي لا محيد عن إعماها الواحدة تلو الأخرى حتى تتحقق الغاية من الموازنة بين مقتضيات مصلحة العمل واحترام مبدأ عدم جواز نقلة القاضي دون رضاه".

فالقاضي في هذه الحالة يتثبت من مدى وجود حلول أخرى أقلّ تقييدا للحق من الحلول التي ارتأتها الإدارة، وإذا ثبت له وجود حلول أخرى أقلّ تقييدا للحرية، فإنّ الإجراء يكون غير ضروري وعرضة للإلغاء باعتبار أنّ سلطة الضبط أو أيّ سلطة إدارية لا يمكنها عندئذ أن تمنع الحرية أو أن تحدّ منها إلاّ إذا استنفذت كل الوسائل الأخرى لحماية النظام العام¹³³، وهو ما تمّ أيضا إقراره في فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان¹³⁴ ومجلس الدولة الفرنسي¹³⁵ وفي فقه قضاء مجلس الدولة المصري¹³⁶.

بناء على فقه القضاء المتواتر في الغرض، يمكن الاستنتاج أنّ القاضي يتقيد بالمرحل التالية عند تثبته من شرط الضرورة الداخلية كشرط من شروط اختبار التناسب:

أولاً- تكييف الإجراء وتحديد مدى تأثيره على ممارسة الحقّ أو الحرية، وهي المرحلة التي يتأكّد فيها القاضي أنّ الإجراء كان "قصويا" وذهب بعيدا في التحديد.

133 وحيد الفرشيشي، "اتجاهات القضاء الإداري في رقابة التدابير الضبطية"، أعمال ملتقى نظّمته الجمعية التونسية للعلوم الإدارية بعنوان "القضاء الإداري بعد إصلاحات 3 جوان/ حزيران 1996"، نظم يومي 12-13 أبريل/ نيسان 2001، بكلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، مركز النشر الجامعي، 2002، ص. 392.

134 Au sens de l'article 11 §2. La Cour rappelle que cette notion de nécessité implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime recherché." l'affaire Öllinger c. Autriche, 8 juin 2006.

135 Michel, Concl, sur CE., 19 Mai 1933, cité in M. Long et (al.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 2009, p. 280.

ويعتبر قرار Benjamin الصادر بتاريخ 19 ماي/ أيار 1933 والمرتببط بحرية الاجتماع أول قرار تمّ فيه إعمال رقابة التناسب في فقه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث ألغى القرار الصادر عن عمدة مدينة "Nevers" والقاضي بمنع عقد أحد الاجتماعات بسبب تخوفه من وقوع اضطرابات تخلّ بالنظام، وقد قام المجلس بفحص الظروف المحلية التي أحاطت بالدعوة إلى عقد الاجتماع وتبين له أن السلطات المحلية كانت تستطيع باستخدام قوات البوليس المتوفرة لديها المحافظة على النظام العام مع السماح بعقد الاجتماع، ولذلك قضى المجلس بإلغاء قرار العمدة لأنه أتضح من التحقيق أن الاضطرابات المحتملة التي تدرع بها العمدة لا تبلغ في خطورتها الدرجة التي يعجز معها بها لديه من سلطات البوليس عن المحافظة على النظام العام مع السماح بعقد الاجتماع.

136 طبقت المحكمة الإدارية العليا في مصر نفس الاتجاه بشأن الرقابة على التناسب في مجال ممارسة الأشخاص لحرية عقد الاجتماعات العامة، فقد قضت في أحد أحكامها بوقف تنفيذ قرار الإدارة برفض عقد مؤتمر شعبي لبعض الأحزاب السياسية بميدان التحرير بمناسبة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وعقده في أي مكان مغلق لما قد يسببه هذا الاجتماع من إخلال بالنظام العام، وقد جاء في حيثيات الحكم الآتي: "...وعلى ذلك فإن ما قرره مديرية أمن القاهرة في أنها لا توافق على عقد الاجتماع بالمكان الذي اقترحه المدعون بمقولة إن ثمة عناصر غير شرعية سوف تستغل الاحتفال لأغراض تخلّ بالأمن العام والسكينة العامة، هذا القول يشكل في ظاهره تهريا من الاختصاص الذي ناطه الدستور والقانون بالشرطة، فليس لها أن تنأى عن التزامها وتتخذ هذا المسلك تبريرا لقرارها برفض الاجتماع العام في المكان المراد عقده فيه، بل عليها أن تعمل جاهدة وتتخذ كل ما من شأنه أن يمكن المدعين من عقد اجتماعهم في أمن وطمأنينة تكفلها الشرطة..."، الحكم الصادر في القضية رقم 1254 لسنة 38 ق، بجلسة 1983/12/28، في الشق المستعجل. في نفس الاتجاه، انظر أيضا الحكم الصادر في القضية رقم 578 لسنة 5 ق، والصادر بجلسة 1951/6/26، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، س5 ص 1069.

ثانيا- تتمثل هذه المرحلة في تثبت القاضي من إمكانية وجود إجراءات أخرى¹³⁷ كان يمكن للإدارة التفكير فيها زمن اتخاذها للإجراء، وهي مرحلة يحل فيها القاضي نظرياً محل الإدارة. ومن بين التطبيقات الجيدة لهذه المرحلة ما سنبينه بالمؤطر أدناه¹³⁸.

"نقطة المدعية من مركز عملها الأصلي إلى محكمة الاستئناف بتونس في رتبة قاضي من الرتبة الثالثة استجابة لما تقتضيه مصلحة العمل، يجب أن يكون مصحوباً بما يفيد حصول شغور في الرتبة المذكورة وثبوت عدم وجود راغبين في الالتحاق بمركز العمل المعني ودعوة القضاة المباشرين بأقرب دائرة قضائية مع اعتماد التناوب أو إجراء القرعة عند الاقتضاء، وهي من قبيل الإجراءات التي لا يحيد عن إعطائها الواحدة تلو الأخرى حتى تتحقق الغاية من الموازنة بين مقتضيات مصلحة العمل واحترام مبدأ عدم جواز نقلة القاضي دون رضاه".



ثالثا- مقارنة الإجراء الذي اتخذته الإدارة بالإجراءات التي كان يمكن لها اتخاذها، وهي موازنة داخلية في إطار شرط الضرورة (الصغرى) بين ما تمّ اتخاذه من إجراء وما كان يمكن اتخاذه، وذلك بالنظر إلى الظروف الواقعية والملابسات المادية التي تحيط بكل قضية، وهو ما أقرّه أيضاً مجلس الدولة الفرنسي في قرار Benjamin المشار إليه أعلاه¹³⁹.

رابعا- استخلاص النتيجة وهي المرحلة الأخيرة التي ينتهي فيها القاضي بالتصريح إن كان الإجراء ضرورياً أم لا أو أنه كان على الإدارة اتخاذ إجراء آخر أقلّ تقييداً للحق ومحققاً لنفس الغرض، وهي مرحلة تعتبر بمثابة توجيه أوامر إلى الإدارة باتخاذ إجراء معين في صورة ثبوت أن الإجراء لم يكن ضرورياً¹⁴⁰.

Une décision récente du juge des référés du tribunal administratif de Cergy-pontoise en datant du 9 avril 137 2020 sous le N°2003905 est allée dans le même sens confirmant une jurisprudence établie, en précisant que: «en dernier lieu, il a été énoncé au cours des débats à l'audience que la mesure en litige était destinée à protéger les personnes âgées de la commune, qui constituent une part importante de la population dès lors que les plus de 65 ans en représentent 25%, et qui sont contraintes de faire leurs courses dans l'unique rue piétonne de la commune où sont regroupés tous les commerces et où se retrouve la plus grande concentration de personnes. Mais ces débats ont aussi fait apparaître que la commune avait mis en place un service de courses livrées à domicile au bénéfice des personnes âgées, susceptible de leur permettre d'éviter des déplacements présentant un risque excessif de côtoyer le virus. Par ailleurs, et alors qu'il a été reconnu par l'adjoint au maire présent à l'audience que la mesure en litige résulte du choix de la commune de ne pas imposer un confinement aux personnes âgées, lequel est apparu plus attentatoire aux libertés que l'obligation du port d'un dispositif de protection à l'ensemble de la population, il n'est pas établi que le même objectif de protection des personnes âgées n'aurait pu être atteint par une mesure moins contraignante, telle celle d'imposer le port d'un dispositif de protection efficace aux seules personnes âgées ou de leur réserver l'usage des commerces à certaines heures de la journée».

138 الحكم الصادر في القضية عدد 138840 بتاريخ 10 ديسمبر/ كانون الأول 2015.

C.E, 19 mai 1933, Rec.541, « Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'éventualité des troubles alléguée 139 par le maire de Neves ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pas pu, sans interdire la conférence maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre ».

140 وهو ما انتهت إليه المحكمة في عدّة قرارات من ذلك ما انتهت إليه في الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 11049 بتاريخ 19 نوفمبر/ تشرين الثاني 2005 والذي أكدت فيه المحكمة أن "ثبوت التهديد للنظام العام لا يمنح البلدية سلطات مطلقة لرد الخطر وإنما يفرض عليها توخي التدرج في اتخاذ إجراءات الضبط الإداري واتخاذ إجراءات وقائية أقل صرامة من العلق من شأنها أن تحقق نفس الأهداف مثل تحجير وقوف أو توقف الشاحنات أمام عقار المدعي أو تحديد وقت معين خلال اليوم أو يوم محدد من الأسبوع لوقوف الشاحنات أمام العقار أو في أقصى الحالات إلزام العارض بعدم استعمال الباب خلال أوقات معينة".

من الأمثلة الجيدة التي يتّجه اعتمادها والاستئناس بها في هذا المجال والتي توتّى فيها القاضي الإداري أعمال كافة تلك المراحل للثبوت في مدى توفر شرط الضرورة، ما تضمنه القرار الصادر في مادة توقيف التنفيذ في القضيتين عدد 4105408 و4105496 بتاريخ 12 جانفي 2021 المذكور أعلاه على نحو ما يبينه المؤطر أدناه:

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

إن المنهجية التي اعتمدها القاضي الإداري هي ذاتها المنهجية التي اعتمدها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إذ بينت في أحد القضايا موضوع المؤطر أدناه ما يلي:

حالة تطبيقية وأخذة من فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان¹⁴¹

تتمثل وقائع القضية المذكورة في رفض إدارة السجن التابعة للدولة الرومانية الترخيص للسجين المدعو "مانولاش" لحضور مراسم جنازة والده. الأسباب التي بررت بها الإدارة السجنية الرفض تتمثل في سوء سلوك السجين ومساهمته شبه المنعدمة في الأنشطة التعليمية. كما أنه لم يكن محل ثقة نتيجة تتبعه جزائيا أثناء قضائه العقوبة السجنية من أجل التحيل. كما بررت الإدارة قرارها بأن المعني مسجون من أجل جريمة قتل ويقضي عقوبة مشددة من أجل العود. الحق المنتهك: حرمة الحياة الخاصة والعائلية المنصوص عليه بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. موقف المحكمة: "ترى المحكمة أنّ الإدارة السجنية لم تنظر في إمكانية اللجوء إلى المرافقة لنقل المدّعين لحضور مراسم الجنازة"¹⁴².

وانتهت المحكمة إلى أنّ الأسباب التي استندت إليها الإدارة السجنية لرفض تمكين المدعي من ترخيص لحضور مراسم جنازة والده لا تكفي لتبرير أنّ إجراء المنع الذي اتخذته كان ضروريا¹⁴³.

Requête n° 39635/17, du 26 mars 2020 affaire Manolache et autres c. Roumanie.

141

De plus, la Cour a noté que les autorités pénitentiaires n'avaient nullement examiné la possibilité d'avoir "142 recours à une escorte pour le transfert des requérants sur le lieu des funérailles".

Compte tenu de sa jurisprudence en la matière, elle estime que les raisons invoquées par les autorités nationales 143 pour refuser aux requérants l'autorisation de sortie afin d'assister aux funérailles des membres de la famille proche ne suffisent pas à démontrer que l'ingérence dénoncée était « nécessaire dans une société démocratique ».

ما يمكن ملاحظته أيضا في هذا الشأن أنّ منهجية القاضي الإداري عند بتّه في النزاعات الإدارية لا تختلف عن منهجيته لما ينتصب "كقاض انتخابي" يبتّ في النزاعات الانتخابية.

الفرع الثالث - كيف يتبّت القاضي من شرط التناسب بالمعنى الضيق؟

خلافا للمرحلتين السابقتين من قياس التناسب اللتين تنصّبان على المقارنة بين الإجراء المقيّد للحق والغرض أو الهدف من اتخاذه، وهي تقريبا رقابة "مغلقة" لأنها تتعلق بالإدارة فحسب، فإنه في هذه المرحلة يتمّ إقحام صاحب الحق وتم المقارنة فيها بين الهدف الذي يسعى الإجراء لتحقيقه ومصالح صاحب الحق المتضرر من الإجراء. فهي رقابة مباشرة على علاقة الإدارة بمنظورها¹⁴⁴ ورصد وتقييم آثار الإجراء المقيّد للحق أو الحرية على الحالة الواقعية، وتقوم على التناسب بين الأعباء المترتبة عن توظيف القيد والمنافع المتتظر تحقيقها من الهدف أو الحق المزمع حمايته، وبالتالي لا يكون الإجراء شرعيا إلا إذا كانت إيجابياته أكثر من سلبياته وبالمعنى المحاسبي يجب أن يكون رصيده إيجابيا. وفي النهاية تعتبر الموازنة التي يجريها القاضي "محاكمة"¹⁴⁵ لآثار الإجراء أو التقييد ومدى مساسها بالحق أو الحرية. وخلافا لشرط الضرورة، يكون تقدير التناسب في مفهومه الضيق في الغالب ضمنيا¹⁴⁶.

وقد أعملت المحكمة شرط التناسب في مفهومه الضيق بمناسبة النزاعات الإدارية أو بمناسبة النزاعات الانتخابية.

الفقرة الأولى - كيف يعمل القاضي شرط التناسب في مفهومه الضيق في المنازعات الإدارية؟

أعمل القاضي شرط التناسب في مفهومه الضيق في مختلف النزاعات الإدارية التي تعهد بها على غرار الوظيفة العمومية والضبط الإداري.

ففي مادة الوظيفة العمومية مثلا، أعمل القاضي الإداري نظرية وتقنية الموازنة خاصة في إطار رقابته على العقوبات التأديبية التي تسلطها الإدارة على موظفيها وأيضا في حالات نقلة أعوانها بالمرافق الراجعة إليها.

Il doit s'établir un rapport de juste proportion entre la situation, la finalité et la décision. L'application du "144 principe consiste en effet de contrôler l'administration dans ses relations avec les administrés" ArÇ. Gör. A. Ziya ÇALIKAN, Le juge administratif français et le principe de proportionnalité, op. cit

145 هي استعارة مأخوذة من عبارة الفقيه لافريار عند تعريفه لتجاوز السلطة.

Un procès fait à un acte" est la formule d'Edouard Laferrière, c'est la définition de ce qu'est le recours pour excès" de pouvoir, en effet c'est un procès fait contre un acte administratif par le requérant.

"Le contrôle de la proportionnalité au sens strict est plus implicite que le test de la nécessité". Pauline Gervier 146 La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public ,op cit, p.247.

في المادة التأديبية، للثبوت من أن العقوبة التي سلّطتها الإدارة على عونها كان لها تأثير مفرط على المصالح المحميّة لصاحب الحق، يتولى القاضي اعتماد منهجية تتلخص في جملة من المراحل هي الآتية:

أولاً- وصف الوقائع وتكييفها¹⁴⁷: في هذه المرحلة، يتولى القاضي وصف الوقائع وصفا دقيقا ثمّ تكييفها تكييفا قانونيا¹⁴⁸ وذلك بغية الثبوت من مدى اعتبارها تمثل خطأ تأديبيا موجبا للمساءلة والعقاب أم لا. فإذا كانت الوقائع لا تشكل خطأ تأديبيا في هذه الحالة، فإنّ القاضي يتوقف عند هذه المرحلة ويكتفي بالرقابة على سلامة التكييف القانوني للوقائع. أمّا في صورة انتهت المحكمة إلى أن الوقائع تشكل خطأ موجبا للتبعية التأديبي، فإنّ المحكمة تواصل الثبوت في بقية المراحل التي سنينها أدناه.

ما يمكن ملاحظته أنه لئن كان التكييف القانوني في المراحل السابقة ينصب أكثر على الهدف والإجراء، فإنه ينصب بمناسبة هذه المرحلة على الوقائع لتكون رقابة القاضي موجهة للتكييف القانوني للوقائع من الإدارة¹⁴⁹ والتي أدّت بها إلى اتخاذ الإجراء. وفي هذه الحالة يمارس القاضي رقابة عادية على التكييف القانوني للوقائع.¹⁵⁰

ومن أمثلة إعمال المحكمة لهذه المرحلة، ما بيّنته في الحكم الصادر في القضية عدد 17180 بتاريخ 31 أكتوبر/ تشرين الأوّل 2000 (دباش ضدّ وزير التربية)¹⁵¹ على النحو المين بالمؤطر أدناه:

"وحيث ثبت من مظروفات الملف أن العارضة اعترفت بارتكابها الخطأ المنسوب إليها المتمثل في الترفيع من معدل تلميذة حتى يمكنها اجتياز السنة الدراسية بنجاح.

وحيث يعدّ ما قامت به العارضة تجاوزا فادحا ...".



¹⁴⁷ خلافا للمرحلتين السابقتين التين يتولى فيها القاضي وصف وتكييف الإجراء، فإنّ التكييف في هذه المرحلة سيتعلق بالوقائع التي بررت الإجراء أي بالحالة الواقعية. وهو التمشي الذي تعتمده المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان التي بيّنت في إحدى القضايا ما يلي:

"La Cour rappelle tout d'abord que dénoncer un comportement prétendument illicite devant une autorité est susceptible de relever de la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention", l'affaire Tête c. France, 26 mars 2020.

¹⁴⁸ الثبوت في مدى سلامة التكييف القانوني للوقائع يختلف جوهريا في مضمونه عن الثبوت في صحة الوقائع، فكلّ من الأمرين يجيب عن سؤال محدد.

On remarquera cependant le fait que les arrêts sont alors rédigés de manière particulièrement habile en "149 rattachant clairement le contrôle du bilan à la qualification juridique des faits", Grégory KALFLÈCHE, Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives, op cité.

¹⁵⁰ تتجاوز هذه الرقابة مجرد التأكد من صحة الوجود المادي للوقائع، فهي عملية تهدف إلى الثبوت من أنّ الشروط التي حدّدها القانون توفرت على مستوى الواقع. إذ يقتضي التكييف إعطاء الواقعة الثابتة ماديا وصفاً يحدّد موضعها داخل نطاق قاعدة القانون التي يراد تطبيقها أو إدخالها ضمن الطائفة القانونية التي نصّت عليها القاعدة القانونية، عصام بنحسن، "سلطات قاضي تجاوز السلطة"، أعمال ملتقى نظم بالاشتراك مع قسم القانون العام بعنوان "التطور المتباين لدعوى تجاوز السلطة"، منشورات مدرسة الدكتوراه بكلية الحقوق بصفاقس، الطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 2010، ص. 54.

¹⁵¹ غير منشور.

في هذه الحالة، انتهت المحكمة إلى أن التكييف القانوني الذي أعطته الإدارة للأفعال التي أتها العارضة كان سليماً. أما بالنسبة للصورة العكسية التي تنتهي فيها المحكمة إلى عدم سلامة التكييف القانوني للوقائع الذي اعتمدته الإدارة، فإننا نسوق كمثال ما تضمنه الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 1/10643 و 1/10723 بتاريخ 23 مارس/ آذار 2011.

"وحيث من الثابت بالرجوع إلى أوراق القضية أن تحريك الإجراءات التأديبية في شأن العارض كان عقب توجيهه رسالة إلى رئيس الجمهورية بوصفه رئيس المجلس الأعلى للقضاء، ضمنها لفت نظره إلى أن المباشرة اليومية للعمل القضائي أتاح له الاطلاع على الحقيقة "أوضاع القضاة" وأن المسؤولية الدستورية لرئيس البلاد تفرض عليه اتخاذ القرارات اللازمة لرفع الوصاية على القضاة. وحيث أنه في ضوء ما ذكر، يكون القرار المتخذ باستناده إلى الإخلال بواجبات المهنة والمس من سمعة القضاء، قد صدر فاقداً للتكييف القانوني الصحيح مما يجعله عرضة للإلغاء على هذا الأساس".

ثانياً- مرحلة التقييم والتقدير: وهي بمثابة تقدير القاضي لإعمال الإدارة لسلطتها التقديرية في اختيار العقوبة لردع ما قد يرتكبه أعوانها من أخطاء مسلكية ومن خلالها يتثبت القاضي من مدى ارتكاب الإدارة لخطأ فاحش في التقدير. وهو تثبت في وجود موازنة ورابط معقول بين الخطأ والعقوبة وذلك باعتماد جملة من المؤشرات والمعطيات المتوفرة بملف القضية، ويتم التثبت في هذه المرحلة حالة بحالة حسب ملاسبات كل قضية والظروف التي حفت بها، وهو ما أكدته المحكمة في عدة مناسبات في حيثية تعدّ نموذجاً جيداً لإعمال الموازنة في إطار الرقابة على عنصر التناسب في مفهومه الضيق.

"يكون تقدير الإدارة للعقوبة مبنياً على استخلاص الأثر المنطقي للمخالفة المرتكبة دون أن يعتره أيّ تعسف أو غلو يعكس خروجاً عن الحدود المقبولة والمعقولة في الموازنة بين الخطأ والعقوبة، إذ من موجبات التقدير المعقول الوقوف على ظروف الواقعة سند التبع مع الرجوع إلى مسبباتها وإلى الملاسبات التي حفت بها مع مراعاة سائر العناصر المتألف منها ملف المعني بالقرار¹⁵²."

وهذا المثال رغم وضوحه، فإنه يتّجه إتمامه بتوضيح التناسب في مفهومه الضيق بكل وضوح وبصورة مباشرة والتأكيد على أن أثر الإجراء نال أو لم ينل بشكل مفرط من حق المعني بالأمر على

152 الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 129191 بتاريخ 30 ديسمبر/ كانون الأول 2014. وهو أيضاً ما أكدته المحكمة في فقه قضائها المستقر: على سبيل الذكر لا الحصر، الحكم الصادر في القضية عدد 17180 بتاريخ 31 أكتوبر/ تشرين الأول 2000 المذكور أعلاه والذي أكدت فيه المحكمة "وحيث يعدّ ما قامت به العارضة تجاوزاً فادحاً له نتائج خطيرة وانعكاسات سلبية على مبدأ النزاهة والمساواة في التعامل مع التلاميذ وعلى مستوى الشهادت العلمية"، أو الحكم الابتدائي الصادر في القضية عدد 126230 بتاريخ 26 جوان/ حزيران 2015 الذي أكدت فيه المحكمة أن "الموازنة بين واجب الطاعة الذي يحتم على العون العمومي الامتثال إلى الأوامر الصادرة عن رئيسه المباشر وإلى التدابير المتعلقة بتنظيم العمومي الامتثال إلى الأوامر الصادرة عن رئيسه المباشر وإلى التدابير المتعلقة بتنظيم المصلحة التي يعمل بها، وضرورة تحديد المهام الموكولة إلى العون طبق المشمولات المنصوص عليها بالنظام الأساسي الخاص به، تحتم على الإدارة عدم تكليفه بأعباء غير تلك التي هو ملزم قانوناً بإنجازها".

غرار ما بيّنه فقه القضاء المقارن، رغم أنّ التمشي الذي اعتمدته المحكمة يقترب من التمشي الذي اعتمدته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في أحد القضايا المعروضة أمامها.¹⁵³

حالة تطبيقية وأخذة من فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان¹⁵⁴



"تمنع المعاملة التمييزية بين الأشخاص المتماثلين في الوضعيات القانونية ما لم يكن مبرر ذلك موضوعيا ومعقولا... وتكون التفرقة تمييزية إذا لم يكن لها مبرر موضوعي ومعقول أي ما لم تكن ترمي إلى تحقيق هدف مشروع أو ما لم يوجد رابط تناسب معقول بين الوسائل المستعملة والهدف المراد تحقيقه".

وانتهت المحكمة إلى أنّ التمييز في الميراث بين المدّعية على أساس أنها مولودة خارج إطار الزواج وبقية الورثة المولودين في إطار الزواج لم يكن مبررا وأكّدت "أنّه لا يوجد رابط تناسب معقول بين الوسائل المستعملة والهدف المشروع وأن التفرقة في المعاملة التي تعرضت لها المدّعية لم يكن لها مبرر معقول وموضوعي وهو ما يمثل خرقا للفصل 14 من الاتفاقية والفصل الأول من البروتوكول عدد 1"¹⁵⁵.

Voir dans ce sens l'affaire Tête c. France, 26 mars 2020 ou la cour a précisé que "La nature et la lourdeur des 153 sanctions infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'on évalue la proportionnalité de l'ingérence. En l'espèce, le requérant a été condamné à une amende de 3000 EUR. Or à supposer qu'il faille retenir comme le suggère le Gouvernement que ce montant est modéré, il s'agit néanmoins d'une sanction pénale qui peut avoir un effet dissuasif quant à l'exercice de la liberté d'expression, lequel doit être pris en compte pour apprécier la proportionnalité de l'ingérence. Le prononcé même d'une condamnation pénale est l'une des formes les plus graves d'ingérence dans le droit à la liberté d'expression (voir, par exemple, Lacroix c. France, no41519/12, § 50, 7 septembre 2017). Il faut de plus relever qu'à l'amende de 3000 EUR s'ajoute la condamnation du requérant au paiement de 10 000 EUR au titre des frais exposés par les parties civiles (article 475-1 du code de procédure pénale) devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel de Paris.

La Cour n'est donc pas convaincue que l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la liberté d'expression du requérant était proportionnée au but légitime poursuivi et que la motivation des décisions des juridictions internes suffisait pour la justifier".

Sur cette démarche dans la jurisprudence française, voir. TA Besançon, 5 septembre 2013, Mme B. et autres, requête numéro 1101725 et 1200594 ou le Tribunal a jugé qu'un projet de « voie verte », aménagée le long d'une route départementale et dédiée aux modes de déplacement doux, était, eu égard à ses caractéristiques et à ses conditions d'aménagement, à sa faible attractivité touristique et surtout à son coût excessif, estimé à 13 millions d'euros hors taxes pour 11,7 km, dépourvue d'utilité publique.

C.E.D.H affaire Quilichini c. France, 14 mars 2019 "La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence constante, 154 dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables. Au regard de cette disposition, une distinction est discriminatoire si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

À la lumière de ce qui précède, la Cour conclut qu'il n'existait pas de rapport raisonnable de proportionnalité "155 entre les moyens employés et le but légitime poursuivi. La différence de traitement dont la requérante a fait l'objet n'avait donc pas de justification objective et raisonnable. Partant, il y a une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole no1."

الفقرة الثانية - كيف يعمل القاضي الإداري شرط التناسب في مفهومه الضيق في مادة النزاعات الانتخابية؟

إنّ كيفية تثبّت القاضي الإداري، بمناسبة تنصيبه قاضيا انتخابيا، من أن للإجراء التقييدي المتخذ تأثير مفرط على المصالح المحميّة لصاحب الحق لا يختلف عن المنهجية التي اعتمدها في النزاعات المتعلقة بالوظيفة العمومية. إذ يقوم بالموازنة بين الحقوق والمصالح المعنية ويبحث القاضي هنا عن إيجاد رابط معقول بين خطورة التدخل والحدّ من الحرّيّة من جهة، والفائدة أو المصلحة المراد الحصول عليها من الهدف المنشود، من جهة أخرى، وهي عملية تحليل للمساوئ والمحاسن أو المضار والمنافع.

وقد أتيحت للمحكمة عدّة فرص للتثبت من مدى تناسب المنفعة العامة من الإجراءات والقيود التي سلّطها المشرع على حق الترشح للانتخابات الرئاسية أو الانتخابات البلدية ومصالح صاحب الحق المتضرر. وسنورد حالة دراسية مأخوذة من الحكم الاستثنائي الصادر في القضية عدد 201430006 بتاريخ 10 أكتوبر/ تشرين الأول 2014 لتبيّن كيفية إعمال القاضي للموازنة بين حرمان شخص من الترشح للانتخابات الرئاسية المضمون بالفصل 34 من الدستور من ناحية، والهدف من الضوابط التي تحدّ منه من ناحية أخرى، والمتمثل في ما اقتضاه الفصل 41 من القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرخ في 26 ماي/ أيار 2014 والمتعلق بالانتخابات والاستفتاء من ضرورة تركية المترشح للانتخابات الرئاسية من عشرة نواب من مجلس نواب الشعب أو من 40 من رؤساء مجالس الجماعات المحلية المنتخبة أو من 10 آلاف من الناخبين طبقا للمراحل التالية:

أولاً- الوضعية الواقعية: تتمثل في تقدّم مترشّح للانتخابات الرئاسية ليوم 23 نوفمبر/ تشرين الثاني 2014 دون الإدلاء بما يفيد تركيته للانتخابات الرئاسية من 10 آلاف ناخب فتمّ رفض ترشحه.

ثانياً- التكييف القانوني للوقائع: عدم استيفاء المدّعي للشروط القانونية للترشح لمنصب رئيس الجمهورية بعدم إرفاق مطلب ترشحه بما يفيد تركيته للانتخابات الرئاسية من 10 آلاف ناخب. يرفض مطلب ترشحه للإنتخابات الرئاسية ليوم 23 نوفمبر/ تشرين الثاني 2014 لعدم إدلائه بالتزكيات المطلوبة في نسختها الورقية والإلكترونية وفق الصيغة المحدّدة من الهيئة.

ثالثاً- إعمال الموازنة بين المصالح الذاتية المنتهكة للمدّعي والمتمثلة واقعا في منعه من الترشح للانتخابات الرئاسية والمصلحة والمنفعة العامة المررة للقيود ولممارسة الحق والمتمثلة في التأكيد على جدية الترشح وعلى أهمية المنصب المترشّح له.

في هذه المرحلة، تبين المحكمة إيجابيات الهدف وسلبياته وبيان مدى خطورة تأثيره وانتهاكه لممارسة المدعي لحقه في الترشح للانتخابات الرئاسية.

في المثال المقترح، التجأ القاضي إلى مؤشرين أساسيين، وهما القاعدة الجمالية للناخبين المسجلين

التي تفوق خمسة ملايين ناخب وعدد التزكيات المستوجب والذي لا يقل عن 10 آلاف. وانتهت المحكمة بناء على تلك المؤشرات إلى اعتبار أن اشتراط 10 آلاف ترقية للترشح للانتخابات الرئاسية لن يكون له أثر جسيم على حق المعني بالأمر ولا يعيقه عن ممارسة حقه في الترشح للانتخابات الرئاسية. واعتبرت بذلك أن المنفعة والمصلحة العامة في الحالة المعنية (والمتمثلة في التأكيد على جدية الترشح وعلى أهمية المنصب المرشح له) التي تبرر الإجراء المقيد لممارسة الحق (شرط ترقية المرشح للانتخابات الرئاسية من 10 آلاف من الناخبين الرسميين) بما تكون معه المنفعة العامة من الإجراء والقيد الذي سلّطه المشرع على حق الترشح للانتخابات الرئاسية متناسبا وحق المدعي في الترشح للانتخابات الرئاسية. وهو ما أكدته المحكمة في القضية الميينة أعلاه على النحو التالي:

"وحيث وخلافا لما تمسك به المدعي، فإنّ اشتراط ترقية المرشح للانتخابات الرئاسية من قبل عشرة آلاف ناخب ليس أمرا تعجيزيا ولا يضيّق من حق الترشح المضمون بالدستور ولا ينال من جوهر حق الترشح للانتخابات المنصوص عليه بالفصل 34 منه، بل إنّ الغاية من هذا الشرط هي التأكيد على جدية الترشح وعلى أهمية المنصب المرشح له. كما أنّ عدد المزيّن المطلوب مناسب ولا يؤدّي إلى الإقصاء المتعمّد لبعض الراغبين في الترشح باعتبار أنّ القاعدة الجمالية للناخبين المسجلين تفوق الخمسة ملايين ناخب"¹⁵⁶.

إنّ الحيثية المبيّنة بالمؤطر أعلاه، لئن أعملت التناسب في مفهومه الضيق بصورة واضحة، فإنّ تمشي المحكمة لا يخلو من نقائص يتّجه تلافيها وهي الآتية:

أولاً- من الناحية المنهجية، وهي ملاحظة يّبناها في عدّة مناسبات أعلاه وتتعلق خاصة بأسانيد الحكم وذلك بعدم تناول شرط المساس بجوهر الحق أثناء إعمال اختبار التناسب لأنّ إعمال القاضي لاختبار التناسب يفترض بالضرورة أنّ الإجراء لم ينل من جوهر الحقّ.

ثانيا- عند تناول شرط التناسب في مفهومه الضيق، يستحسن الانطلاق من الغاية والهدف من الإجراء قبل تقدير تأثيره على الوضعية الواقعية للمعني بالحق بحيث تكون هيكله الحيثية المبيّنة بالمؤطر أعلاه على النحو التالي:

"وحيث وخلافا لما تمسك به المدعي، فإنّ الهدف من اشتراط ترقية المرشح للانتخابات الرئاسية من قبل عشرة آلاف ناخب يكمن في التأكيد على جدية الترشح وعلى أهمية المنصب المرشح له. وأنّه بالنظر إلى أنّ القاعدة الجمالية للناخبين المسجلين تفوق الخمسة ملايين ناخب، يكون عدد المزيّن المطلوب مناسباً ولا يضيّق من حق الترشح للانتخابات المنصوص عليه بالفصل 34 من الدستور".

156 وهو ما أكدته المحكمة في فقه قضائها المستقر سواء تعلق الأمر بانتخابات رئاسية أو تشريعية أو بلدية من ذلك ما أكدته المحكمة في حكمها الصادر في القضية عدد 15201810 بتاريخ 16 مارس/آذار 2018 "وحيث، وخلافا لما تمسك به المدعي، فإنّ الشرط التشريعي المتعلق بضرورة أن يكون الناخب مسجلاً في الدائرة الانتخابية التي سيترشح بها لا ينال من جوهر الحق في الترشح المنصوص عليه بالفصل 34 من الدستور، ولا يخلّ بمبدأ التناسب مع موجبات ضمان أسس الدولة المدنية الديمقراطية من جهة، ومتطلبات حماية حقوق الغير ومراعاة مقتضيات النظام العام من جهة أخرى".

ثالثاً- من خلال الحيثية المأخوذة من الحكم الاستثنائي الصادر في القضية عدد 201430006 والمبينة أعلاه، يتبين أنّ المحكمة قصرت اختبار التناسب على التناسب في مفهومه الضيق باعتبار أنها لم تتناول شرطي الملاءمة والضرورة بالصورة الكافية كمكوّنين أساسيين لاختبار التناسب. وقد كان من المتجه إعمال كافة مراحل اختبار التناسب وذلك بالتثبيت أولاً من أنّ اشتراط تزكية المترشح للانتخابات الرئاسية من قبل عشرة آلاف ناخب ملائم لتحقيق الهدف من القانون والمتمثل في ضمان جدية الترشح وأهمية المنصب المترشح له. وعند ثبوت أنّ الإجراء ملائم، يتولّى القاضي في مرحلة ثانية التثبيت في مدى توفر شرط الضرورة (الصغرى)، أي هل أنّ اشتراط التزكية للمترشح للانتخابات الرئاسية ضروري لتحقيق الهدف منه وهو ضمان جدية الترشح وأهمية المنصب المترشح له، وأنه لم يكن بوسع المشرع اتخاذ إجراء آخر أقلّ تقييداً للحق، لينتهي القاضي إلى المرحلة الأخيرة وهي تقدير التناسب في مفهومه الضيق.

لذلك يتّجه عند إعمال اختبار التناسب الإتيان على مرحلته الثلاثة وعدم قصره على التناسب في مفهومه الضيق.



الملاحق

الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة

سليم اللّغمانى

أستاذ بكلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس

السؤال الأول: لماذا يجب الحد من الحريات؟

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

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

لكن هناك حقوق لا يمكن المساس بها:

- الحق في حرمة الجسد ومنع التعذيب المعنوي والمادي.

- الحق في محاكمة عادلة، قرينة البراءة، شخصية العقوبة، شرعية الجرائم والعقوبات.

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

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

السؤال الثاني: ما هي طرق ضبط حدود الحقوق والحريات؟

اعتمدت الدساتير ثلاثة طرق لضبط حدود الحقوق والحريات:

أولاً- وضع الحدود ضمن الفصل المتعلق بالحق أو الحرية

تتمثل هذه الطريقة في وضع شروط الحدود بالنسبة لكل حق أو حرية على حدة. وفيما يلي بعض الأمثلة على ذلك:

الدستور التونسي لغرة جوان/حزيران 1959

الفصل 5:

- تضمن الجمهورية التونسية الحريات الاساسية وحقوق الانسان في كونيتها وشموليتها وتكاملها وترابطها.
- تقوم الجمهورية التونسية على مبادئ دولة القانون والتعددية وتعمل من أجل كرامة الإنسان وتنمية شخصيته.
- تعمل الدولة والمجتمع على ترسيخ قيم التضامن والتآزر والتسامح بين الأفراد والفئات والأجيال.
- الجمهورية التونسية تضمن حرمة الفرد وحرية المعتقد وتحمي حرية القيام بالشعائر الدينية ما لم تخل بالأمن العام.

الفصل 7

يتمتع المواطن بحقوقه كاملة بالطرق والشرط المبيّنة بالقانون، ولا يحدّ من هذه الحقوق إلا بقانون يُتخذ لاحترام حقوق الغير ولصالح الأمن العام والدفاع الوطني ولازدهار الاقتصاد وللنهوض الاجتماعي.

الفصل 8

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

الفصل 9

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

الفصل 10

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

الفصل 13

كل فرد فقد حرّيته يعامل معاملة إنسانية في كنف احترام كرامته طبقا للشرط يضبطها القانون.

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

الفصل 46

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

ويوجه في ذلك بيانا إلى الشعب.

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

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

دستور الجزائر 8 ديسمبر/كانون الأول 1996 وقع تعديله في 6 مارس/أذار 2016

الفصل 40:

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

الفصل 57:

الحق في الإضراب معترف به ويبارس في إطار القانون. يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق أو يجعل حدودا لممارسته، في ميادين الدفاع الوطني أو الأمن أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات الحيوية للمجتمع.

دستور المملكة المغربية 29 جويلية/تموز 2011

الفصل 27:

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

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

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

دستور سويسرا 18 أفريل/نيسان 1999

الفصل 36:

حدود الحقوق الأساسية

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

3. كل حد من حق أساسي يجب أن يكون متناسبا مع الهدف المراد تحقيقه.
4. لا يجوز المساس بجوهر الحقوق الأساسية.

دستور كينيا 6 ماي/أيار 2010

الفصل 24:

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

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

الميثاق الكندي للحقوق والحريات 17 أبريل/نيسان 1982

الفصل الأول:

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

ثالثا- المزج بين الطريقتين

اعتمدت بعض الدساتير طريقة ثالثة، تتمثل في المزج بين الطريقتين السابقتين ومن أهم الأمثلة على ذلك نذكر القانون الأساسي الألماني ودستور جنوب أفريقيا.

القانون الأساسي الألماني 23 ماي/أيار 1949

يبيّن القانون الأساسي الألماني 23 ماي/ أيار 1949 ضمن الفقرة 2 من فصله العاشر شروط الحدود التي يمكن إدخالها على الحق في سرية المراسلات والاتصالات، ويحدد الفصل 19، بشكل عام، ضوابط الحدّ من الحقوق الأساسية.

المادة 10:

سرية الرسائل والبريد والاتصالات الهاتفية

1. لا يجوز انتهاك سرية الرسائل والمراسلات البريدية والاتصالات.
2. لا يجوز فرض أيّ تقييدات لهذه السرية إلاّ بناء على قانون. وإذا كانت هذه التقييدات تفيد في حماية النظام الأساسي الديمقراطي الحر، أو في حماية كيان أو أمن الاتحاد، أو كيان إحدى الولايات أو أمنها، فيجوز أن ينصّ القانون على عدم إبلاغ المعنيين بهذه التقييدات، والاستعاضة عن المقاضاة بفحص الأشياء المعنية بواسطة هيئات وأجهزة مساعدة يتم تحديدها من قبل المجالس النيابية.

المادة 19:

الحد من الحقوق الأساسية – حق التقاضي

1. إذا تمّ اللجوء وفقاً لهذا القانون الأساسي إلى الحد من أحد الحقوق الأساسية بقانون، أو بناء على قانون، فيجب أن يكون سريان هذا القانون عاماً، وألاّ يقتصر على حالة منفردة. وعلاوة على ذلك يجب أن يسمي هذا القانون الحق الأساسي المعني، والمادة الخاصة به في القانون الأساسي.
2. لا يجوز بأيّ حال المساس بجوهر مضمون الحق الأساسي ذاته.
3. تسري الحقوق الأساسية أيضاً بالنسبة للأشخاص الاعتبارية داخل الدولة، إذا كانت هذه الحقوق في جوهرها صالحة لأن تطبق عليها.
4. إذا انتهكت السلطات العامة حقوق أحد، فيمكنه اللجوء إلى التقاضي، ويكون ذلك أمام المحاكم النظامية، إذا لم يكن هناك داع للجوء إلى محكمة مختصة أخرى. ولا يمس ذلك المادة 10 فقرة 2 جملة 2.

دستور جنوب إفريقيا 10 ديسمبر/كانون الأوّل 1996

المادة 7

الحقوق

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

المادة 36

تقييد الحقوق

1. لا يجوز تقييد الحقوق الواردة في وثيقة الحقوق إلا بمقتضى قانون يطبق على الناس كافة بقدر ما يكون التقييد معقولاً وله ما يبرره في مجتمع مفتوح وديمقراطي يقوم على الكرامة الإنسانية والمساواة والحرية، مع مراعاة كل العوامل ذات الصلة، بما فيها:
 - أ. طبيعة الحق؛
 - ب. أهمية الغرض من التقييد؛
 - ج. طبيعة ونطاق التقييد؛
 - د. العلاقة بين التقييد وغرضه؛ و
 - هـ. الوسائل الأقل تقييداً لتحقيق الغرض.
2. باستثناء ما ينص عليه القسم الفرعي (1) أو أي حكم آخر من أحكام الدستور، لا يقيّد أي قانون أي حق منصوص عليه في وثيقة الحقوق.

القانون الدولي العام

لم يخصص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية فصلاً جامعاً لضبط شروط وضع الحدود على الحقوق والحرريات بل تعرّض إلى هذه الشروط في بعض الفصول:

المادة 12

1. لكل فرد يوجد على نحو قانوني داخل إقليم دولة ما حق حرية التنقل فيه وحرية اختيار مكان إقامته.
2. لكل فرد حرية مغادرة أي بلد، بما في ذلك بلده.
3. لا يجوز تقييد الحقوق المذكورة أعلاه بأية قيود غير تلك التي ينص عليها القانون، وتكون ضرورية لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرّياتهم، وتكون متماشية مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذا العهد.
4. لا يجوز حرمان أحد، تعسفاً، من حق الدخول إلى بلده.

المادة 18

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

3. لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحررياتهم الأساسية.
4. تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء، أو الأوصياء عند وجودهم، في تأمين تربية أولادهم دينيا وخلقيا وفقا لقناعاتهم الخاصة.

المادة 19

1. لكل إنسان الحق في اعتناق آراء دون مضايقة.
2. لكل إنسان الحق في حرية التعبير. ويشمل هذا الحق حرية في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى آخرين دونها اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها.
3. تستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة 2 من هذه المادة واجبات ومسؤوليات خاصة. وعلى ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية:
(أ) لاحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم،
(ب) لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة.

المادة 21

يكون الحق في التجمع السلمي معترفا به. ولا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسة هذا الحق إلا تلك التي تفرض طبقا للقانون وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحررياتهم.

المادة 22

1. لكل فرد حق في حرية تكوين الجمعيات مع آخرين، بما في ذلك حق إنشاء النقابات والانضمام إليها من أجل حماية مصالحه.
2. لا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسة هذا الحق إلا تلك التي ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحررياتهم. ولا تحول هذه المادة دون إخضاع أفراد القوات المسلحة ورجال الشرطة لقيود قانونية على ممارسة هذا الحق.
3. ليس في هذه المادة أي حكم يميز للدول الأطراف في اتفاقية منظمة العمل الدولية المعقودة عام 1948 بشأن الحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي اتخاذ تدابير تشريعية من شأنها، أو تطبيق القانون بطريقة من شأنها أن تخل بالضمانات المنصوص عليها في تلك الاتفاقية.

السؤال الثالث: ما هي الطريقة التي اعتمدها المؤسس التونسي لضبط حدود الحقوق والحريات؟

لقد تدرّج المجلس الوطني التأسيسي في وضع شروط الحدّ من الحريات:

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

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

5. على إثر التوافقات، وقع إدراج مبدأ التناسب ومبدأ عدم التراجع (principe de non régression) ضمن الفصل الجامع لدستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014 وتمّ ذلك أثناء القراءة الأولى فصلا فصلا لمشروع الدستور¹.

الفصل 49:

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

1 ملاحظة: لقد اقترحتنا إدراج فصل جامع يعني بهذه المسألة هذا نصّه منذ صدور نص «مسودة مشروع الدستور»:

«لا تخضع ممارسة الحقوق المنصوص عليها بهذا الباب إلا للحدود المقررة في القانون، ما لم تمسّ من جوهرها وشريطة أن تشكل هذه الحدود تدابير ضرورية في مجتمع مدني ديمقراطي تتخذ لحماية حقوق الغير وحرياته أو الأمن الوطني أو الأمن العمومي ولا بد من وجود تناسب بين القيود المفروضة والأهداف التي تبررها ومن توفير سبل الطعن فيها».

أنظر: سليم اللغواني، سلوى الحمروني وسليبي القليبي، «الحقوق والحريات»، اليوم الدراسي عبد الفتاح عمر، قراءة في مسودة مشروع الدستور: تقييم واقتراحات، 15 جانفي/ كانون الثاني 2013، النشر بمساندة مؤسسة هانس سايدل في مارس/ آذار 2013 ص 31-58.

وإلى جانب الفصل الجامع، وقع الإبقاء على الإحالة على القانون في ما يخص حقوق وحرّيات خاصة:

الفصل 22	الحقّ في الحياة لا يمكن المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون.
الفصل 26	حقّ اللجوء السياسي مضمون طبق ما يضبطه القانون.
الفصل 29	تُحدّد مدة الإيقاف والإحتفاظ بقانون.
الفصل 34	حقوق الانتخابات والاقتراع والترشح مضمونة طبق ما يضبطه القانون. تعمل الدولة على ضمان تمثيلية المرأة في المجالس المنتخبة.
الفصل 38	تضمن الدولة الحقّ في التغطية الاجتماعية طبق ما ينظمه القانون.
الفصل 41	حق الملكية مضمون، ولا يمكن النيل منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون. الملكية الفكرية مضمونة.
الفصل 53	الترشح لعضوية مجلس نواب الشعب حق لكل ناخب تونسي الجنسية منذ عشر سنوات على الأقل، بلغ من العمر ثلاثاً وعشرين سنة كاملة يوم تقديم ترشحه، شرط أن لا يكون مشمولاً بأي صورة من صور الحرمان التي يضبطها القانون.
الفصل 54	يعدّ ناخب كل مواطن تونسي الجنسية بلغ من العمر عشرة سنة كاملة وفق الشروط التي يحددها القانون الانتخابي.
الفصل 74	الترشح لمنصب رئيس الجمهورية حقّ لكل ناخبة أو ناخب تونسي الجنسية منذ الولادة، دينه الإسلام. يشترط في المترشح يوم تقديم ترشحه أن يكون بالغاً من العمر خمساً وثلاثين سنة على الأقل. وإذا كان حاملاً لجنسية غير الجنسية التونسية فإنه يقدم ضمن ملف ترشحه تعهداً بالتخلي عن الجنسية الأخرى عند التصريح بانتخابه رئيساً للجمهورية. تشترط تزكية المترشح من قبل عدد من أعضاء مجلس نواب الشعب أو رؤساء مجالس الجماعات المحلية المنتخبة أو الناخبين الرسميين حسبما يضبطه القانون الانتخابي.

السؤال الرابع: هل ينطبق الفصل الجامع على كلّ الحقوق والحرّيات المنصوص عليها في الدستور؟

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

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

لابد في رأيي من التمييز:

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

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

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

ب. لأنّ النص الدستوري مكنّ من النيل من جوهر الحق:

الفصل 22	الحق في الحياة لا يمكن المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون.
الفصل 36	الحق النقابي بما في ذلك حق الإضراب مضمون. ولا ينطبق هذا الحق على الجيش الوطني. ولا يشمل حق الإضراب قوّات الأمن الداخلي والدّيوانة.
الفصل 41	حق الملكية مضمون، ولا يمكن النيل منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون.

ج. لأنّ طبيعة الحد المسلط على الحق أو الحرية وشروطها أدرجت صلب النص الدستوري:

الفصل 29	لا يمكن إيقاف شخص أو الاحتفاظ به إلا في حالة التلبس أو بقرار قضائي، ويعلم فوراً بحقوقه وبالتهمة المنسوبة إليه، وله أن ينيب محامياً.
الفصل 35	حرية تكوين الأحزاب والنقابات والجمعيات مضمونة. تلتزم الأحزاب والنقابات والجمعيات في أنظمتها الأساسية وفي أنشطتها بأحكام الدستور والقانون وبالشفافية المالية وببذ العنف.
الفصل 41	الحق الملكية مضمون ولا يمكن النيل منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون.
الفصل 74	الترشح لمنصب رئيس الجمهورية حق لكل ناضجة أو ناضج تونسي الجنسية منذ الولادة، دينه الإسلام. يشترط في المترشح يوم تقديم ترشحه أن يكون بالغاً من العمر خمساً وثلاثين سنة على الأقل. وإذا كان حاملاً لجنسية غير الجنسية التونسية فإنه يقدم ضمن ملف ترشحه تعهداً بالتخلي عن الجنسية الأخرى عند التصريح بانتخابه رئيساً للجمهورية. تشترط تركية المترشح من قبل عدد من أعضاء مجلس نواب الشعب أو رؤساء مجالس الجماعات المحلية المنتخبة أو الناخبين المرسمين حسبها يضبطه القانون الانتخابي.

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

الفصل 21	... وتهمي لهم [للمواطنين والمواطنات] أسباب العيش الكريم.
الفصل 30	... تراعي الدولة في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية مصلحة الأمرة، وتعمل على إعادة تأهيل السجين وإدماجه في المجتمع.
الفصل 32	... تسعى الدولة إلى ضمان الحق في النفاذ إلى شبكات الاتصال.
الفصل 39	... وتسعى [الدولة] إلى توفير الإمكانيات الضرورية لتحقيق جودة التربية والتعليم والتكوين.
الفصل 40	العمل حق لكل مواطن ومواطنة، وتتخذ الدولة التدابير الضرورية لضمانه على أساس الكفاءة والإنصاف.
الفصل 43	تدعم الدولة الرياضة، وتسعى إلى توفير الإمكانيات اللازمة لممارسة الأنشطة الرياضية والترفيهية.
الفصل 45	تضمن الدولة... المساهمة في سلامة المناخ. وعلى الدولة توفير الوسائل الكفيلة بالقضاء على التلوث البيئي.
الفصل 46	... وتعمل الدولة على تطويرها [الحقوق المكتسبة للمرأة]... تتخذ الدولة التدابير الكفيلة بالقضاء على العنف ضد المرأة. ... تسعى الدولة إلى تحقيق التناصف بين المرأة والرجل في المجالس المنتخبة.
الفصل 48	تحمي الدولة الأشخاص ذوي الإعاقة من كل تمييز. لكل مواطن ذي إعاقة الحق في الانتفاع، حسب طبيعة إعاقته، بكل التدابير التي تضمن له الاندماج الكامل في المجتمع. وعلى الدولة اتخاذ جميع الإجراءات الضرورية لتحقيق ذلك.

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

الفصل 22	الحق في الحياة لا يمكن المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون. (ملاحظة: على القاضي الدستوري التثبت من الطبيعة "القصوى" للحالة ومن التناسب بين الجريمة المقترفة وعقوبة الاعدام التي قررها القانون).
الفصل 26	حق اللجوء السياسي مضمون طبق ما يضبطه القانون.
الفصل 29	... تحدد مدة الإيقاف والاحتفاظ بقانون.
الفصل 34	حقوق الانتخابات والاقتراع والترشح مضمونة طبق ما يضبطه القانون. تعمل الدولة على ضمان تمثيلية المرأة في المجالس المنتخبة.
الفصل 38	... تضمن الدولة الحق في التغطية الاجتماعية طبق ما ينظمه القانون.
الفصل 53	الترشح لعضوية مجلس نواب الشعب حق لكل ناخب تونسي الجنسية منذ عشر سنوات على الأقل، بلغ من العمر ثلاثا وعشرين سنة كاملة يوم تقديم ترشحه، شرط أن لا يكون مشمولاً بأي صورة من صور الحرمان التي يضبطها القانون.
الفصل 54	يعدّ ناخبا كل مواطن تونسي الجنسية بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة كاملة وفق الشروط التي يحددها القانون الانتخابي.
الفصل 74	الترشح لمنصب رئيس الجمهورية حق لكل ناخبة أو ناخب تونسي الجنسية منذ الولادة، دينه الإسلام. يشترط في المترشح يوم تقديم ترشحه أن يكون بالغاً من العمر خمساً وثلاثين سنة على الأقل. وإذا كان حاملاً لجنسية غير الجنسية التونسية فإنه يقدم ضمن ملف ترشحه تعهداً بالتخلي عن الجنسية الأخرى عند التصريح بانتخابه رئيساً للجمهورية. تشترط تركية المترشح من قبل عدد من أعضاء مجلس نواب الشعب أو رؤساء مجالس الجماعات المحلية المنتخبة أو الناخبين المرسمين حسبها يضبطه القانون الانتخابي. ملاحظة: لا ينطبق الفصل 49 إلا على شرط التركيبة الوارد بالفصل 74.
الفصل 108	... يضمن القانون التقاضي على درجتين. جلسات المحاكم علنية إلا إذا اقتضى القانون سريتها.

3. ينطبق الفصل 49 على الأحكام الدستورية التي لم تحل على القانون ويمكن الحدّ منها بمقتضى الفصل 49 ذاته:

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

السؤال الخامس: من المعني بالفصل 49؟

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

ب- الجمعيات التي مكناها الفصل 14 من المرسوم عدد 88 لسنة 2011 مؤرخ في 24 سبتمبر/ أيلول 2011 المتعلقة بتنظيم الجمعيات مما يلي: " يمكن لكل جمعية أن تقوم بالحق الشخصي أو أن تمارس الدعوى المتعلقة بأفعال تدخل في إطار موضوعها وأهدافها المنصوص عليها في نظامها الأساسي ولا يمكن للجمعية إذا ارتكبت الأفعال ضد أشخاص معينين بذواتهم مباشرة هذه الدعوى إلا بتكليف كتابي صريح من الأشخاص المعنيين بالأمر".

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

د- السلطة التنفيذية

- بصفتها مشاركة في الوظيفة التشريعية فهي التي تعدّ مشاريع القوانين،

- وبصفتها سلطة تنفيذية بإمكانها الحد من ممارسة الحقوق والحرّيات عبر سلطتها الترتيبية وصلاحياتها في مجال الضبط الإداري.

- ولا بدّ من إحداث آلية صلب رئاسة الحكومة للتثبت وقائما من احترام مشاريع القوانين والمقررات الإدارية لمقتضيات الفصل 49.

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

و- السلط المحلية في إطار ممارستها لاختصاص الضبط الإداري.

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

ح- الموفق الإداري الذي أحدث بمقتضى الأمر عدد 2143 لسنة 1992 المؤرخ في 10 ديسمبر/ كانون الأول 1992 والذي عهد إليه بالتوسط بين المواطن والإدارة لإيجاد الحلول للمسائل المشكّلة بينها.

ط- وبطبيعة الحال المحكمة الدستورية.

السؤال السادس: ما هي مقتضيات تطبيق الفصل 49؟

1. التثبت من أنه وقع الحدّ من الحرية بمقتضى قانون. ولا بدّ أن يكون قانوناً أساسياً بما أنّ الفصل 65 من الدستور ينص على أنّ النصوص المتعلقة بالحرّيات وحقوق الإنسان تتخذ شكل قوانين أساسية. ولا بدّ أن يتوفر في القانون شرط الوضوح والمقروئية والدقّة.
 2. التثبت بأنّه لا ينال من جوهر الحق والحرية المعنية:
 - وينال القانون من جوهر الحق أو الحرية إن كانت نتيجة القضاء على الحرية تماماً كأن ينص قانون الجمعيات مثلاً على أنّ تكوين الجمعيات خاضع لإجراء الترخيص (وهو ما وقع في ظلّ دستور غرة جوان/ حزيران 1959).
 - كما يمكن أن نعتبر أن القانون ينال من جوهر الحق عندما يكون مآله إمكانية حرمان شخص من حق أو حرية بصفة نهائية.
- وهذا ما يفسّر عدم انطباق هذا الشرط على الفصل 22 و الفصل 36 و الفصل 41 (فقرة 2 و 3) لأنّ الدستور نصّ، في هذه الحالات، على إمكانية حرمان شخص بصفة نهائية من حقه في الحياة أو الملكية وعلى حرمان فئات من الحق النقابي وحق الإضراب.
- هذا الشرط هو الأول الذي أدرج في "مشروع الدستور الجمهورية التونسية" بتاريخ 1 جوان/ حزيران 2013 قبل إدراج شرط التناسب في الصيغة النهائية للدستور وإدراج شرط التناسب جعله غير ذي جدوى إذ أن كل حدّ ينال من جوهر الحق أو الحرية هو، بطبعه، غير متناسب.
3. التثبت من الوجود الفعلي لموجب الحدّ أي التثبت من أنّ ممارسة الحق تهدد فعلاً "حقوق الغير أو الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة" مع تأويل صارم و حالة بحالة لهذه المقتضيات العامة.
 4. التثبت من وجود "ضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية"
- وتعني الضرورة أنّه ليس هناك حلّ آخر وأنّه لضمان القيمة لأبد من الحد من الحرية. ويجب أن لا ينال الحد من مدنية الدولة وديمقراطية النظام السياسي.
- مثال 1: لا يمكن حماية الصحة العمومية من انتشار وباء إلا بالحدّ من حرية التنقل أو بعزل أشخاص طاهم ذلك الوباء.
- مثال 2: يمكن بسبب خطر داهم تهدّد الأمن العام تأجيل انتخابات لكن لا يمكن إلغائها لأنّ إلغاء الانتخابات نفس لمقتضيات الدولة الديمقراطية.
- مثال 3: لا يمكن إغلاق المقاهي نهاراً طيلة شهر رمضان لأنّ الغلق ليس ضرورة تقتضيها دولة مدنية بل دولة دينية.
5. التثبت من "التناسب" بين الحد من الحرية وموجبه.
- يُعرف التناسب بأنّه علاقة بين هدف (موجب الحدّ من الحرية) تتمثل في قيمة محمية قانونياً (حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة) وإجراء (الحدّ من الحرية) من

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

- الشرط الأول- الملاءمة (adéquat): يجب أن يمكن الإجراء المتخذ من تحقيق الهدف المنشود.

- الشرط الثاني- الضرورة: يجب أن يكون الإجراء المتخذ ضروريا لتحقيق الهدف المنشود.

- الشرط الثالث- فكرة التناسب بالمعنى الضيق: يجب أن يكون الإجراء المتخذ موائما (adapté) للهدف المنشود. يجب أن لا يتجاوز الحدّ من الحرية ما هو ضروري لضمان موجب الحق. مثال: لا يجب الحد من حرية التنقل في كامل البلاد إن كان الوباء محددا جغرافيا.

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

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

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

"لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور". تعتبر هذه الفقرة الأخيرة من الفصل 49 تكريسا لمبدأ عدم التراجع (principe de non régression) الذي يحكم مادة حقوق الإنسان بصفة عامة. وينطبق هذا التحجير على تعديل الدستور ومن باب أولى وأحرى على التشريع العادي أو الأساسي. وقد نصّ الفصل 46 صراحة على ذلك في ما يخص حقوق المرأة: "تلتزم الدولة بحماية الحقوق المكتسبة للمرأة وتدعم مكاسبها وتعمل على تطويرها".

مثال: لا يمكن التراجع في مكتسبات حرية تكوين الأحزاب والجمعيات التي تحققت بمقتضى المرسوم عدد 87 لسنة 2011 المؤرخ في 24 سبتمبر/ أيلول 2011 المتعلق بتنظيم الأحزاب السياسية والرسوم عدد 88 لسنة 2011 المؤرخ في 24 سبتمبر/ أيلول 2011 المتعلق بتنظيم الجمعيات.

السؤال الثامن: ما هي الوسألة المنسيّة في دستور 27 جانفي/كانون الثاني 2014؟

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

ويمكن أن تتمثل هذه التدابير، وهي ليست قوانين، في تعليق حقوق وحرّيات وعدم اعتماد الفصل 49. كان لا بد من التنصيص في هذه الصورة على الحقوق والحرّيات التي لا يمكن تعليقها حتى في الحالة الاستثنائية "droits fondamentaux indérogables" على غرار بعض الدساتير².

ولا يمثّل هذا النسيان ثغرة في النظام القانوني التونسي بما أنّه بمقتضى الفصل 20 من الدستور "المعاهدات الموافقة عليها من قبل المجلس النيابي والمصادق عليها، أعلى من القوانين وأدنى من الدستور". ولقد صادقت تونس بدون تحفظ على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية³ الذي ينصّ في فصله الرابع على ما يلي:

في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تتهدد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسمياً، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ، في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير لا تنقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد، شريطة عدم منافاة هذه التدابير للالتزامات الأخرى المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي. لا يبيح هذا النص أي مخالفة لأحكام المواد 6 و7 و8 (الفقرتين 1 و2) و11 و15 و16 و18⁴.

- 2 ملاحظة: لقد اقترحنا إدراج فقرة بالفصل الجامع تعنى بهذه المسألة هذا نصّها:
«لا يجوز في صورة تفعيل الفصل 73 من هذا الدستور أو إعلان حالة الطوارئ المساس من أحكام الفصول التالية...»
سليم اللغمان، سلوى الحمروني وسليبي القليبي، «الحقوق والحرّيات»، اليوم الدراسي عبد الفتاح عمر، قراءة في مسودة مشروع الدستور: تقييم واقتراحات، 15 جانفي/ كانون الثاني 2013، النشر بمساندة مؤسسة هانس سايدل في مارس/ آذار 2013 ص 31-58.
- 3 قانون عدد 30 لسنة 1968 مؤرخ في 29 نوفمبر/ تشرين الثاني 1968 يتعلق بالترخيص في انخراط البلاد التونسية في الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وفي الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية.
- 4 الفصل 6: الحق في الحياة.
الفصل 7: حظر التعذيب والمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة.
الفصل 8: الفقرة الأولى: "لا يجوز استرقاق أحد، ويحظر الرق والاتجار بالرق بجمع صورهما". الفقرة الثانية: "لا يجوز إخضاع أحد للعبودية.
الفصل 11: حظر سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدية.
الفصل 15: مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.
الفصل 16: لكل إنسان، في كل مكان، الحق بأن يعترف له بالشخصية القانونية.
الفصل 18: لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين. ويشمل ذلك حرّيته في أن يدين بدين ما، وحرّيته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحرّيته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبّد وإقامة الشعائر.



حول المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

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

عملنا

نركز في عملنا على ثلاثة مجالات تأثير رئيسية: العمليات الانتخابية، وعمليات بناء الدستور، والمشاركة والتمثيل السياسيين. وتبنى مبادئ النوع الاجتماعي والتشاركية وحساسية النزاع والتنمية المستدامة في جميع مجالات عملنا.

توفر المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات تحليلات للاتجاهات الديمقراطية العالمية والإقليمية، وتنتج معرفة مقارنة بشأن الممارسات الديمقراطية، وتقدم المساعدة الفنية وبناء القدرات في مجال الإصلاح للجهات المشاركة في العمليات الديمقراطية، وتجري حواراً بشأن قضايا مهمة للنقاش العام بشأن الديمقراطية وبناء الأنظمة الديمقراطية.

أين نعمل؟

يقع مقرنا الرئيسي في ستوكهولم، ولدينا مكاتب إقليمية وقطرية في أفريقيا وآسيا والمحيط الهادئ وأوروبا وأمريكا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي. والمؤسسة عضو مراقب دائم في الأمم المتحدة وهي معتمدة لدى مؤسسات الاتحاد الأوروبي.

<<https://www.idea.int>>

أحدث الفصل 49 من الدستور تغييراً جذرياً في منظومة حماية حقوق الإنسان في تونس، إذ يكاد يكون المادة الجامعة الوحيدة في الدساتير العربية التي تضع الشروط والمعايير المتعلقة بتنظيم الحقوق والحريات وضبط إطار لتدخل المشرع ومختلف السلطات العمومية بالاستناد إلى مبدأ التناسب بين ضوابط تقييد الحقوق وموجباتها. فقد تمّ بمقتضى الفصل 49 دسترة مبدأ قانوني هام وهو مبدأ التناسب باعتباره منهجاً واختباراً من الضروري إعماله من قبل كافة المتدخلين في هذا المجال حتى تتمّ عقلنة تدخلهم وضمان حماية أنجع وأدق للحقوق والحريات. ولئن كان المشرع والقاضي الدستوري المخاطبان الأساسيان بالفصل 49، فإن ضمان احترام الحقوق والحريات يستوجب استبطان مختلف الهيئات القضائية لهذا المنهج ولضوابط الفصل 49، ومن بينهم القاضي الإداري.

وفي هذا الإطار، تقدم المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات هذا الدليل للقاضي الإداري باعتباره معنياً بتطبيق أحكام الفصل 49 الذي كلّف جميع «الهيئات القضائية» بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك. وتختلف الزاوية التي يتولى من خلالها القاضي الإداري تطبيق مقتضيات الفصل 49 وخاصة مبدأ التناسب عن رقابة الدستورية التي يعملها القاضي الدستوري. ويبرز الدليل تجذّر مبدأ التناسب في فقه قضاء المحكمة الإدارية، ممّا يؤسس لإعمال القاضي الإداري لمقتضيات الفصل 49 من الدستور.

ويتطرق الدليل إلى منهجية إعمال القاضي الإداري للرقابة على شروط الفصل 49، وهي منهجية مرتبطة بشديد الارتباط بتركيبية الفصل وهيكلته التي تتسم بتدرج الشروط الواردة فيه وتظايرها، والتي يجب أن يستند إليها القاضي الإداري في الرقابة على تقييد الحقوق والحريات سواء كان ذلك في المادة الاستشارية أو في مادة النزعات الإدارية أو في مادة النزعات الانتخابية.

Federal Foreign Office

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

International IDEA

Strömsborg
SE-103 34 Stockholm
Sweden
الهاتف: +٤٦٨ ٦٩٨ ٣٧ ٠٠
الفاكس: +٤٦٨ ٢٠ ٢٤ ٢٢
البريد الإلكتروني: info@idea.int
موقع الإنترنت: www.idea.int

